

מחברות עידאליה

גיליון מס' 5, אביב 2009, על ההפלה

הקדמה	3
העורכות	
משכטים פליליים בעידן של טרור	9
ליאורה בילסקי	
להרחיב את המרווחים) - הרהורים על משפט, לאומיות ואנושיות	25
(בעקבות בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה) ברק מדינה ואילן סבן	
תיקון מספר 66 לחוק העונשין (תשס"ב - 2002), סעיף 2ד14 - הסתה לביצוע מעשי אלימות או טרור: חקיקה המבוססת על שיקולים פוליטיים	39
ח'אלד גנאים	
"הלכה למעשה": ראיון עם עו"ד סחר פרנסיס, על ניסיונה בייצוג פלסטינים בבתי משפט צבאיים ישראלים	47
רשא שמאס	
הגדרת האסירים הפלסטינים בבתי הכלא בישראל "אסירים ביטחוניים", סמנטיקה ביטחונית להסוואת פרקטיקה פוליטית	57
עביר זֶפֶר	
הרחבת מעצרי מנע של מהגרים במסגרת "המלחמה בטרור" בארצות הברית	69
אסלי בלי	
ביקורת ספרים: התביעה נגד אריאל שרון וגורל סמכות השיפוט הבינלאומית	87
ריצ'רד פולק	

1969, ירושלים, צילום: יוסף אלגזי

יום השנה למלחמה. בדרך לתחנת המשטרה. המנהיגה של קבוצת הנערות שצעדו בתהלוכה עם זר לזכר הלוחם האלמוני בידיו. הוא נראה דרוך, פלג גופו העליון מופנה לעברה, כאילו בעוד רגע יהיה עליו להסתער אם תבקש לברוח. בישיבתה הנינוחה והזקופה ובמבטה הבהה לפניו היא מסמנת מרחק בינה כמי שעשתה מעשה פוליטי לגיטימי לבין הסיטואציה המחשידה שבה היא מוסגרת על ידי כוחות הביטחון.



גיליון זה של **מחברות עדאלה** פותח את דפיו לבחינת הדרכים שבהן מדינת ישראל מתייחסת לצורות שונות של פעילות פוליטית והתנגדות כאל עבירות פליליות, בעילות של "עבירות ביטחוניות" או "טרור".

בעוד שתכלית פעילותה של מערכת המשפט הפלילי נתפשת בדרך כלל כהרחקת "עבריינים" מכלל הציבור, מדינות מנצלות אותה לא אחת לצרכים אחרים. אלה נעים בטווח שבין תכליות כלליות, כמו יצירת גוף אזרחים צייתני, לבין יעדים מיוחדים כמו בלימת גלי הגירה או דיכוי קבוצות "בלתי־רצויות". על אלה נמנות, בין השאר, קבוצות שחבריהן מאמינים בדתות מסוימות או אוחזים בהשקפות פוליטיות מסוימות, שייכים לקהילות אתניות מסוימות, בעלי נטיות מיניות מסוימות או סובלים מלקויות נפשיות. מדינות גם מנצלות את החוק הפלילי כדי להגביל את תנועותיהן של אוכלוסיות מסוימות בתוך גבולותיהן (חוקי המעבר בדרום־אפריקה בתקופת האפרטהייד הם דוגמה לכך), כדי לאסור נישואים בין־גזעיים (לדוגמה, "החוק להגנת הדם הגרמני והכבוד הגרמני" בגרמניה הנאצית, והחוק שאסר על נישואי תערובת בארצות הברית עד 1967) וכדי למנוע את כניסתן של קבוצות לאומיות מסוימות לתחומן (לדוגמה, החוק הישראלי למניעת הסתננות מ־1954).

ישראל גם משתמשת במערכת המשפט הפלילי כאמצעי להדרת מעשים וביטויים פוליטיים של אזרחיה הפלסטינים מהספירה של הפעילות הלגיטימית, ואגב כך מאיינת את הממד הפוליטי של מעשים וביטויים כאלה. באופן דומה בתי משפט ובתי כלא צבאיים, הפועלים בכוח גלוי וחשוף כדי להתלות זכויות מסוימות, ממלאים תפקיד מרכזי ביצירת התייחסות פלילית כלפי האוכלוסייה הפלסטינית של השטחים הפלסטיניים הכבושים ובדיכוי התנגדותה לכיבוש.

הפעלת סמכותה של מדינה על אזרחיה באמצעות מערכת המשפט הפלילי היא מעשה פולשני וכפייתי מאין כמוהו, אם מביאים בחשבון את המחיר הגבוה שגובה אכיפתו של איסור. את המחיר הזה יש לאמוד לא רק במונחים של אובדן החירות האישית, אלא גם במונחים של הנזק הרחב יותר שנגרם לפרטים ולאוכלוסיות המופללים. נזק זה עלול לבוא לביטוי גם בפגיעה גופנית, נפשית וכלכלית. מכיוון שלאכיפת החוק הפלילי בהקשר זה עלולות להיות השלכות הרסניות, אין להקל ראש בניצולו לרעה לצרכים פוליטיים בידי מדינות.

גיליון מס' 4 של **מחברות עדאלה** ביקש לחקור את המושג "ביטחון" ולבחון את ההנמקה הביטחונית בעיקרה שמציגה מדינת ישראל בתיקים משפטיים שונים. הנמקה זו מניחה ודורשת את קיומו של "איום" ואת הצורך להסירו. ליתר דיוק, אותו גיליון תהה כיצד אפשר להתמודד באופן ביקורתי עם נהלים המופעלים נגד פלסטינים אזרחי ישראל "בשם הביטחון", בלי לשוב ולהקים את ההגדרה של אזרחים אלה או של חלק מפעולותיהם כאיום על ביטחון המדינה. הגיליון הנוכחי מאמץ לעצמו כנקודת מוצא נושא שהועלה בגיליון הקודם: שאלת ההתנגדות הפוליטית של פלסטינים – במקרה זה, התנגדותם של פלסטינים אזרחי ישראל ושל האוכלוסייה הפלסטינית הכבושה – ובוחר את הדרכים שבהן המדינה מסיטה את הדיון בהתנגדות זו אל המישור הפלילי. המאמרים בגיליון זה בודקים את מגוון הערוצים המשמשים את ישראל בעניין זה, לרבות העמדתם של מנהיגים פוליטיים פלסטינים למשפטים פוליטיים, חקיקה שתכליתה לבצר את היחס להתנגדות פוליטית כהתנהגות פלילית, הפעלת מערכת המשפט הצבאי ויצירת הקטגוריה "אסיר ביטחוני" במערכת הכליאה הישראלית, שמאפשרת הטלת מגבלות ועונשים על אסירים פוליטיים פלסטינים. מכאן מורחב הדיון לארצות

יריבים כאלה. היא מסכמת ואומרת שהפעלת החוק הפלילי בתיקים פוליטיים במהותם מטשטשת את הבסיס הפוליטי של הסכסוך ואגב כך מוחקת את הקשרו הפוליטי והקיבוצי ואת האפשרות להביע דעות מוסריות בהקשר זה.

ברק מדינה ואילן סבן דנים אף הם בפרשת עזמי בשארה, אבל מתמקדים בפסיקה שהוציא בית המשפט העליון בעניינו בפברואר 2006. אז, ברוב של שניים נגד אחד, ביטל בית המשפט את ההליכים הפליליים נגד בשארה וקבע כי ההחלטה שקיבלה הכנסת ב-2001, להסיר את חסינותו הפרלמנטרית כדי שאפשר יהיה להעמידו למשפט פלילי, היתה בלתי חוקית. חשיבותו של משפט זה טמונה, בחלקה, בעובדה שהיתה זו הפעם הראשונה שבה הוגש כתב אישום נגד ח"כ בגלל נאום פוליטי. באמצעות פסיקה זו והחלטת בית המשפט העליון מ-2003, שבה נדחה המאמץ שעשה פרקליט המדינה לפסול את השתתפותו של בשארה בבחירות לכנסת, מדינה וסבן מנתחים את מרחב הפעולה המוענק לאזרחי ישראל הפלסטינים המבקשים לבטא את דעותיהם הפוליטיות בהקשר של הסכסוך הפלסטיני-הישראלי והעימות הערבי-הישראלי.

מדינה וסבן מתארים את החלטת בית המשפט העליון במשפט הפלילי כ"פסיקה אמיצה", כהחלטה ליברלית שהתקבלה "תחת אש". הם טוענים כי ההחלטה "מדגישה את העמימות האינהרנטית המלווה את עבירות הביטוי שעניינן קריאה לאלמות בחברה הישראלית השסועה", וכי השתקת הוויכוח הביקורתי חזקה עליה שתוביל ל"סכנות מיוחדות". הגם שמדינה וסבן מבקרים קשות את דעותיו הפוליטיות של בשארה, הם טוענים כי חייבים לאפשר לו ולמנהיגים ערבים אחרים לממש את זכותם לחופש ביטוי כדי להגדיל את המרחב הזה. סוגיית חופש הביטוי של מנהיגים ערבים שבה והתייצבה בחזית הדיון הציבורי במערכת הבחירות לכנסת ב-2009. בינואר 2009 החליטה ועדת הבחירות המרכזית לפסול שתי מפלגות ערביות מהתמודדות בבחירות, עקב טענות כי הן שוללות את אופייה היהודי של

הברית, שם נאסרו והוחזקו במעצר מינהלי ערבים ומוסלמים במספרים גדולים מכוח חוקי ההגירה, בעקבות התקפות 11 בספטמבר 2001. את הגיליון חותם דיון באפשרות לפתח סמכות שיפוט אוניברסלית כאמצעי לאכיפת אחריות פלילית בינלאומית על פקידי ממשל המעורבים בפשעי מלחמה.

בפתח הגיליון בוחנת **ליאורה בילסקי** את הגבולות הלגיטימיים של המשפט הפלילי, באמצעות עיון בשני משפטים טעונים מאוד שנערכו למנהיגים פוליטיים פלסטינים בבתי משפט ישראליים בשנים האחרונות. במרכזם של משפטים אלה עמדו האשמות בפעילות "טרוריסטית", שתורגמו לעבירות פליליות ספציפיות. המשפט הפוליטי הראשון היה משפטו של חבר הכנסת לשעבר וראש בל"ד (ברית לאומית דמוקרטית), עזמי בשארה. המשפט עסק בנאומים שנשא בשארה בשנים 2000 ו-2001 בזכות הפלסטינית ל"התנגדות" לכיבוש הישראלי בשטחים ובשבחי ההתנגדות הלבנונית לכיבוש דרום לבנון בידי ישראל. המשפט הפוליטי השני היה משפטו של מרואן ברגותי, חבר המועצה המחוקקת הפלסטינית ומראשי תנועת פתח. הגם שברגותי הואשם בסעיפי רצח רבים והורשע בהם, האישיומים שהוגשו נגדו עסקו במידה רבה בנאומים הפוליטיים שנשא, שבהם הביע תמיכה באינתיפאדה הפלסטינית. במאמרה בוחנת בילסקי כיצד נוצל החוק הפלילי הרגיל במשפטים אלה במאמץ להשיג שליטה ב"מאבק פוליטי בין-קבוצתי". היא גם מזהה קשיים המתעוררים כל אימת שהמושג "טרור" עולה בתחומי המשפט הפלילי וכל אימת שתיקים כאלה מתבררים במערכת השיפוט הלאומית של אחד הצדדים לעימות.

בילסקי טוענת כי ניצול המשפט הפלילי נגד יריב פוליטי משווה למדינה לגיטימיות, שכך המשפט מסווה את המניע הפוליטי שלה ומאפשר להציג את פעולתה הפוליטית כתביעה פלילית רגילה. ככל שהדברים אמורים במדינה, המשפט הפוליטי נועד להפוך יריב פוליטי לגיטימי לפושע, כלומר לערער את ההיבט הפוליטי בפעילותם של

המערבית בגין מעשים הנחשבים עבירות נגד ביטחון המדינה. לדברי פרנסיס, בתי המשפט הצבאיים מתייחסים אל כל הפלסטינים, אזרחים ולוחמים, בראש ובראשונה בהקשר הפוליטי והפלילי ורואים בהם קבוצה אחידה שפעולותיה הפוליטיות הן בגדר איום על ביטחון ישראל, בהגדרה רחבה, גם אם מדובר באבנים שמשליכים ילדים או בפעילות פוליטית שמארגנים סטודנטים. פרנסיס מזהה סדרה ארוכה של הליכים לא-הוגנים שעל פיהם מתנהל תהליך המעצר כולו, לרבות מניעת קשר עם עורכי דין, מעצר מינהלי, החזקתם של עצירים קטינים באותו מתקן שבו מוחזקים עצירים בגירים ושפיתתם בבתי משפט צבאיים במקום בבתי משפט לנוער. היא גם מצביעה על ההבדלים בין מערכת המשפט הפלילי למערכת המשפט הצבאי של ישראל ועל השוני בין האופן שבו נאכף החוק על פלסטינים ובין אמצעי האכיפה הננקטים נגד ישראלים יהודים המתגוררים בהתנחלויות בשטחים, גם אם האישומים נגדם דומים. היא מדגישה כי מערכת המשפט הצבאית בנויה להרשעה ולמעצר: חלק הארי של הפלסטינים המובאים בפני בתי המשפט הצבאיים מורשעים ונידונים לתקופות מאסר ארוכות, עובדה המסייעת לתחזוקת הכיבוש הישראלי.

עו"ד עביר פֶּפֶר דנה במאמרה בסיווג של הפלסטינים הכלואים בבתי הסוהר ובמתקני המעצר של ישראל כאסירים "ביטחוניים", להבדיל מאסירים פליליים גרידא, ובהחלתו הבלעדית כמעט של סיווג זה על פלסטינים. בכך מכנה התנהלות זו בשם "קולקטיביזציה" וטוענת כי החלתה הגורפת הופכת אלפי אסירים פוליטיים פלסטינים (7,900 בקירוב, שבדצמבר 2008 הוחזקו כ-550 מהם במעצר מינהלי) לקבוצה אחת ויחידה, שהאיום שנשקף מכל חברה אחיד ברמתו. גישה זו מצדיקה את תנאי הכליאה הקשים שבהם מוחזקים האסירים ה"ביטחוניים" ואת האיסור הכמעט מוחלט המוטל על קיצור תקופת מאסרם. לדוגמה, כפועל יוצא וישיר מסיווגם כאסירים "ביטחוניים" נאסר על אסירים פלסטינים לנהל

המדינה ומביעות תמיכה במאבק המזוין נגד ישראל. בג"ץ הפך את החלטתה של ועדת הבחירות.

בשנת 2002, אחרי הגשת כתבי האישום נגד בשארה ובעוד התיקים הפליליים נגדו היו תלויים ועומדים בבית המשפט, העבירה הכנסת סדרה של תיקונים לחוקים קיימים, שכפו הגבלות חדשות על זכויות ההשתתפות וההתבטאות הפוליטית. במאמרו דן ח'אלד גנאים באחד משני התיקונים החדשים הללו, התיקון לחוק העונשין הישראלי האוסר לפרסם "קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור" או לתמוך במעשה כזה ולפרסם פרסום ש"יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור". גנאים טוען כי האיסור על הסתה המופיע בסעיף 2144 לחוק העונשין, סעיף שמתייחס למבחן התוכן ולמבחן התוצאה, מקשה להבחין בין פרסומים שהם בגדר עבירה על חוק ההסתה לבין פרסומים המוגנים על ידי חופש הביטוי. גנאים גם סבור כי הוספת המונח "מעשה טרור" ללשון החוק משרתת תכלית פוליטית, מכיוון שהמונח "טרור" הוא כשלעצמו מושג פוליטי. בעיני הציבור הטרור מאיים על יציבות המשטר ועל שלום הציבור. לכן הכרזה כי ארגון שהמדינה חפצה לערערו או לבערו הוא ארגון טרור מצדיקה, כמדומה, בעצמה וכשלעצמה, את המאבק נגדו. ההגדרה "טרוריסטי" מעניקה למדינה את הסמכות החוקית לנקוט נגד היעד שבחרה את כל האמצעים, לרבות המשפט הפלילי, בעילה של פגיעה ב"ביטחון הלאומי".

הראיון עם עו"ד סחר פרנסיס מעביר אותנו ממערכת המשפט הפלילי הרגילה לבתי המשפט הצבאיים. פרנסיס היא פרקליטה מובילה המייצגת פלסטינים בבתי משפט צבאיים ומשמשת כמנהלת אדאמיר, אגודה לתמיכה באסירים ולזכויות אדם. המראיינת, עו"ד רשא שמאס, מציגה לפרנסיס שאלות על ניסיונה המקצועי כעורכת דין המייצגת בפועל בגירים וקטינים בבתי המשפט הצבאיים, שבהם מגישה ישראל בעיקר כתבי אישום פליליים נגד פלסטינים תושבי הגדה

שיחות טלפון מבית הסוהר, בקשותיהם לחופשות נדחות ומונעים מהם את האפשרות לערוך ביקורי בית בליווי סוהר.

בכר משווה גישה זו של "קולקטיביזציה" לגישה הננקטת כלפי האסירים היהודים המסווגים כאסירים "ביטחוניים", שמספרם מועט ביותר; למרות חומרת פשעיהם, על-פי ההנחיות של שירות בתי הסוהר הישראלי (שב"ס) אסירים אלה מוחזקים בתנאים נוחים לאין ערוך מאלה של האסירים הפלסטינים. הסיבה לאפליה זו, היא טוענת, נעוצה בכך שגישתו של שב"ס לאסירים "ביטחוניים" יהודים נשענת על תכונותיהם כבני אדם ולא דווקא על הסיווג שניתן להם בין כותלי בית הסוהר. מבדיקה יסודית של הסיווג אסירים "ביטחוניים" המוצמד לאסירים פלסטינים, עולה כי הוא נועד בראש ובראשונה לשלול מהם את הזכויות הבסיסיות ואת טובות ההנאה המוענקות לאסירים "ביטחוניים" יהודים.

אסלי באלי מרחיבה את הדיון בהפללה ומוציאה אותו אל מעבר לתחומי ישראל והשטחים הכבושים, מתוך בחינה של ההתפשטות העצומה שעברה מערכת המעצרים של חשודים בעבירות על חוקי ההגירה של ארצות הברית בעקבות התקפות 11 בספטמבר 2001. בעקבות ההתקפות יזמה ארצות הברית תוכנית של מעצרי מנע, שעילתם היתה הפרות טכניות של חוקי ההגירה. התוכנית כוונה נגד אנשים בעלי חזות מזרח תיכונית או מוסלמית. מעצרים מינהליים אלה, שנועדו לעקוף הגנות חוקתיות שמערכת המשפט הפלילי נותנת לחשודים ועצורים, הולידו מערכת צללים משפטית הנוטלת מקורבנותיה את ההגנות ההליכיות הבסיסיות. בסוף 2004 כמעט 20 אלף בני אדם הוחזקו במעצר בארצות הברית או גורשו ממנה, מתוקף יוזמות לאכיפת חוקי ההגירה שבאו לעולם בתקופה שלאחר 11 בספטמבר; רק נגד ארבעה מהם הוגשו כתבי אישום שייחסו להם מעורבות ברור וכולם נדחו בסופו של דבר. באלי טוענת כי מעצרים בעילה של עבירות על חוקי ההגירה סיפקו לממשל האמריקאי מנגנון חלופי במקום שבו הערוצים הרגילים של המערכת

הפלילית הגבילו אותו יתר על המידה בהשגת יעדיו, מאחר שהם מבטיחים זכויות להליך הוגן. אחת מזכויות אלה היא חזקת החפות. באלי דנה גם בעינויים בדפוסים דומים לאלה שהיו נהוגים בכלא אבו עריב בעיראק ובמחנה המעצר במפרץ גואנטנמו, שננטו גם נגד עצירים שהוחזקו במעצר מינהלי במתקני כליאה בארצות הברית, כחלק מ"המלחמה נגד הטרור" בעקבות פיגועי 11 בספטמבר. הדיון נוגע ישירות לזכויות שפרצו לאחריה בארצות הברית, בשאלה אם לפתוח בחקירה פלילית נגד פקידים בממשל בוש שנתנו אישור לביצוע עינויים.

מכאן פונה באלי להשוואה בין מערכת המעצרים בעילה של עבירות על חוקי ההגירה, שפותחה בארצות הברית, לבין השימוש של ישראל במעצרים מינהליים כמנגנון פיקוח על הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים. באלי טוענת כי בין שתי המערכות יש קווים מקבילים, שעיקרם נהלים המיועדים לספק חלופה להליכים פליליים ולעקוף את אמות המידה הראייתיות המקובלות, את ההגנות ההליכיות השונות ואת תנאי המעצר המינימליים שמבטיח החוק לאסירים. לאחר שהיא מציינת כמה הבדלים משמעותיים בין "השימושים והשימושים לרעה" שעושים האמריקאים והישראלים במעצר המינהלי, טוענת באלי כי אפילו בדיקה חטופה של שתי המערכות חושפת את נקודות הדמיון ביניהן, המתמקדות בתכליות הפוליטיות שמשרת המעצר המינהלי. לדוגמה, שתי המדינות טוענות כי מעצרים אלה מבוססים על שיקולים הקשורים לביטחון הלאומי ולהגנה על הדמוקרטיה, ושתיהן מטפלות בקבוצות חשודות על בסיס מוצאן הלאומי במקום להסתמך על תכונות אישיות של העצורים או על הנסיבות שהביאו למעצרים. באלי מסיקה כי בשתי החברות קיימת סכנה חמורה לשלילה שרירותית של חירות ומזהירה כי השעיית החירויות בשם הביטחון עלולה להידרדר במהירות לפיתוח דפוסים שיטתיים של הפרת ההליך ההוגן, שחזקה עליהם שיערערו את שלטון החוק.

שרון. פולק סוקר כמה מן המאמרים באוסף, שכמעט כולם מצדדים בניסיון ההיסטורי לאכוף אחריות פלילית על מנהיגים שביצעו פשעים בינלאומיים וגרמו סבל קשה לאנשים רבים. הוא מותח ביקורת על אחד המחברים, הסבור שהניסיון לאכוף אמות מידה משפטיות בינלאומיות של אחריות משפטית נדון לכישלון מאחר שהוא מתעלם מן המציאויות הפוליטיות העכשוויות. פולק טוען כי מחבר זה מניח שמערכת המשפט של כל מדינה תוכל להטיל אחריות על מנהיגים, בלי שיקדיש תשומת לב לעובדה ש"החוויה הפלסטינית מתקיימת מחוץ למבנים המגוננים של מדינות ריבוניות" ובלי להציע פתרונות לעמים חסרי מדינה הנאלצים להתמודד בסדר עולמי מדינתי. פולק מסיים את סקירתו בטענה שהמאבק הנוכחי נגד פשיעה באין מעניש פוטר במובלע את השחקנים הגיאופוליטיים הקובעים את המדיניות העולמית ומסגיר את הבררנות השלטת בהעמדה לדין של פושעי מלחמה. לדעתו, בררנות זו מדגישה את "ההישענות על סטנדרט כפול במצב הנוכחי של הסדר העולמי".

מהדיון שמנהל פולק אפשר להפיק תובנות בנוגע להתדיינות משפטית בינלאומית פוטנציאלית נגד מדינאים ואנשי צבא ישראלים, המעורבים בפעולות שעשויות להיחשב פשעי מלחמה שנעשו במסגרת מבצע "עופרת יצוקה" בעזה בין דצמבר 2008 לינואר 2009.

השימוש לרעה בכוחה של המדינה וניצולם של אמצעים משפטיים שונים כדי לחפות על כך מובילים מלומדים ופעילים בקהילה המשפטית הבינלאומית לתור אחר אמצעי-נגד, שיאפשרו להטיל אחריות משפטית על פקידי ממשל הנוהגים ס בדרך זו. בתי דין בינלאומיים פליליים אד-הוק, כמו בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר, ובתי דין של החברה האזרחית, כמו בית הדין העולמי לעניין עיראק, הם רק שתי דוגמאות לאמצעים הננקטים במישור זה. ספרו של ג'ון בורנמן (Borneman) *The Case of Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction*, מוקדש לדיון בסמכות שיפוט אוניברסלית כדרך אחרת להטיל על מדינות אחריות משפטית בחסות החוק הבינלאומי. סקירה של הספר, פרי עטו של ריצ'רד פולק, חותמת את הגיליון. בעוד שליאורה בילסקי דנה בבעיות הכרוכות ב"העמדה למשפט של הטרור" בבתי משפט של מדינה שהיא צד לעימות אלים עם הקבוצה שאליה משתייך הנתבע, פולק בוחן את אחד הפתרונות שפותחו בשנים האחרונות כדי להתגבר על המכשולים הללו – הטלת אחריות פלילית בינלאומית. בספר הנסקר נכללת אסופה של מאמרים העוסקים בתביעה הפלילית שניצולי הטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה בלבנון ב-1982 הגישו בבלגיה נגד אריאל שרון, בגלל מעורבותו באירועים. לטענת פולק, בשלב שבו יזמו ניצולי הטבח את הגשת התביעה החלה מסתמנת הסכמה כללית בעניין האחריות הפלילית הבינלאומית שבה נושאים מנהיגים. הסכמה זו נסבה על הרעיון בדבר קיומו של חוק המצוי מעל לחוק שמחוקקות מדינות, אפילו בעתות מלחמה. לפיכך ניצלו יוזמי המשפט את האווירה הבינלאומית האוהדת ואת החוק הבלגי מ-1993, שאִפשר להגיש תביעות פליליות על בסיס סמכות שיפוט אוניברסלית.

מחברי המאמרים המופיעים בספר מעריכים, מנקודת מבט בינתחומית, את הסבירות של אכיפת אחריות לפשעים נגד האנושות בהסתמך על סמכות שיפוט אוניברסלית בעקבות המשבר הדיפלומטי שהתגלע בין בלגיה לישראל וארצות הברית ואחרי ביטול ההליכים המשפטיים נגד

1972, לוד, צילום: עוזי קרן

לוד. נמל התעופה. "חזות" ערבית בשדה התעופה היתה דרכון מעבר לחדרון צדדי, שבו מאחורי וילון שחציו פתוח וחציו סגור, התבצע בידוק גופני. הטכנולוגיה, שעוד לא היתה משוכללת כמו היום, וההשערה שפצצות או נשק מוחבאים בגרביים או בנעליים, נתנה לפלסטיני הנבדק ליהנות ממבט מגבוה במחשידיו.



הקדמה

מה הקשר בין גבולות קהילה לאומית להיקף התחולה של המשפט הפלילי שלה? האם קשר זה משתנה בעידן של משפט פלילי בינלאומי? שאלות אלה הן חלק ממחקר רחב יותר שאני עורכת בעניין טבעם המשתנה של משפטים פוליטיים בעידן גלובלי. במסגרת זו העליתי תהיות לגבי דוקטרינת "סמכות השיפוט האוניברסלית" אשר התפתחה לאחרונה במסגרת המשפט הפלילי הבינלאומי כדי להתגבר על מגבלות המשפט הפלילי המקומי.¹ במאמר זה אבקש לדון בשאלה מכיוון הפוך ולשאל כיצד הניסיון להכניס סכסוך פוליטי בין קבוצתי בעל מימדים בינלאומיים למסגרת המשפט הפלילי המקומי, משנה הן את ההבנה שלנו את הסכסוך והן את הגבולות הלגיטימיים של השימוש במשפט הפלילי.

אבקש להתמודד עם הסוגיה התיאורטית באמצעות השוואה בין שני "מקרי גבול"² שנדונו בבתי משפט ישראליים בשנים האחרונות. המקרה הראשון, המשפט של עזמי בשארה, חבר כנסת (לשעבר) ערבי-ישראלי, עסק בנאום אשר נשא בשארה בסוריה, ובו תמך בזכות ה"התנגדות" של הפלסטינים (והלבנונים).³ המקרה השני הוא משפטו של מרואן ברגותי, חבר הפרלמנט הפלסטיני ומנהיג פוליטי בתנועת הפתח. זה היה משפט רצח, אשר הכיל מרכיב חזק של "ביטוי" (ועסק בנאומים שנשא ברגותי, שבהם הביע תמיכה באינתיפאדה נגד הכיבוש הישראלי).⁴ בשני המקרים נשענה התביעה הפלילית הישראלית על האשמות ב"טרור", שאותן צריך היה לתרגם לעבירות פליליות ספציפיות. אטען כאן שאלה לא היו משפטים רגילים, אלא "משפטים פוליטיים", במובן זה שעצם הלגיטימיות של השימוש במשפט הפלילי היתה שנויה במחלוקת, בהינתן טבעו הפוליטי של הסכסוך. יש להבהיר כבר בפתח הדברים, שהעובדה שאני מתארת משפטים כ"פוליטיים" אין פירושו שיש

לאסור אותם כעניין שבעיקרון, אלא שעלינו לעסוק בבעיות המיוחדות שהם מעלים בדרך ישרה (מבלי להסתתר מאחורי מסכה של לגליזם ליברלי). לכן אנסה להצביע על הקשיים שעולים כשטרוריות נכלל בתחומו של המשפט הפלילי ונשפט בידי בתי משפט לאומיים, השייכים לצד אחד של הסכסוך. בנוסף, אצביע על הסיכונים הבלתי צפויים שמשפטים כאלה עלולים ליצור לשלטונות הפוליטיים שעומדים מאחוריהם, ואשקול את תפקידם בסיווג הנאשם כ"חבר" או "אויב" של הקהילה הלאומית. לבסוף, אתיחס למידה שבה משפטים כאלה יכולים לספק פרום (מוגבל ותחום) לשמיעת סיפורו של האחר (שאחרת היה מודחק או מוכחש), ולהרחיב את מרחב השיח הפוליטי.

חבר ואויב

יחסו של משפט פלילי ליברלי לפשיעה מבוסס על דחיית הגישה המבוססת על זהות הנאשם והחלפתה בגישה המבוססת על ענישת פעולות ספציפיות, ללא תלות בזהות המבצע.⁵ תיאור ליברלי זה של המשפט הפלילי המודרני היה נושא לביקורת מצדו של המשפטן הגרמני קרל שמידט (Carl Schmitt) (שבתקופת הרייך השלישי הפך לתומך של הנאציזם). שמידט הצביע על סתירה, שמאפיינת את השיטה המשפטית הליברלית. מצד אחד, היא מחויבת לתפיסה של פשיעה המבוססת על התנהגות. מצד שני, גבולות ההתערבות של המשפט הפלילי עצמו, משורטטים על פי גישה המבוססת על זהות המבצע, גישה שמבדילה בין חבר לאויב, אזרח וצר. בספרו, *The Concept of the Political*, כותב שמידט על "האויב הפוליטי" כנופל מחוץ לתחום המשפט הפלילי:

ההבחנה הפוליטית הספציפית שאליה ניתן לצמצם מעשים ומניעים פוליטיים היא זו שבין חבר לאויב... ההבחנה בין חבר ואויב מסמלת את הדרגה העליונה של איחוד או הפרדה, של חיבור או

ניתוק... האויב הפוליטי... [הוא] האחר, הזר, ודי לצורך טבעו שהוא, באופן עז במיוחד, משהו שונה וזר מבחינה אקזיסטנציאלית, כך שבמקרה הקיצוני סכסוכים אתו הם אפשריים.⁹

אליבא דשמידט, מי שנחשבת "חברה" בקהילה היא זו שמצויה בתוך המעגל הפנימי של החוק: היא יכולה להיות אזרחית שומרת חוק שעשויה להיקלע לוויכוח פוליטי בעניין ערכי היסוד של חברה, או שהיא יכולה להיות מישהי שלוקחת את החוק לידיים ובכך עוברת עליו. במקרה כזה היא נחשבת פושעת, בלי קשר לשאלה אם הפעולה נבעה ממערכת ערכים פוליטית או אידיאולוגית מנוגדת. מישהי שנמצאת מחוץ למעגל של המשטר, מצד שני, יכולה להיות זרה ידידותית או, וזה הדבר החשוב ביותר, להיות "אויבת". לטענת שמידט, כשהדברים אמורים באויבת אפילו דמוקרטיה ליברלית לא משתמשות במשפט הפלילי. במקרים קיצוניים, הן פונות לסכסוך אלים המכונה מלחמה, ואז הן נכנסות לתחומי התחולה של מערך חוקים שונה: דיני המלחמה הבינלאומיים.¹⁰ במילים אחרות, אלימות הופכת לאמצעי מותר בנסיבות מסוימות, בהסתמך על הסיווג הקודם של המתנגדת כ"חברה" או "אויבת" לקהילה.

בשנים האחרונות אנו עדים לתהליך של טשטוש קו הגבול המפריד בין המשפט הפנימי למשפט החיצוני, בין משפט פלילי מקומי לדיני המשפט הבינלאומי. הדבר התרחש, בין השאר, באמצעות הכנסת מושג הביניים "טרור" או "לוחם לא חוקי" (בין פושע ללוחם). ביטויים דוגמת "פשעי הטרור" ו"מלחמה בפשיעה" מצביעים על טשטוש ההבדל בין הפוליטי לפלילי. ביטויים אלו מעידים על צורך כפול ולפעמים סותר, להבחין טרוריסטים מקהילת האזרחים, מדרכי המחאה והפרת החוק הרגילות (ולהתייחס אליהם כ"אויב"), ובאותה עת, להרחיק את המימד הפוליטי ממעשיהם על ידי התייחסות אליהם כאל פשעים רגילים. הפנייה אל המשפט הפלילי חושפת סתירה זו, מאחר שבאופן מסורתי החלת המשפט הפלילי מצביעה על כך שהנאשם משתייך

למשטר (ומניחה מראש שהוא או היא חבים דין וחשבון לקהילה שנפגעה). לכן, הרחבת תחום החלות של המשפט הפלילי על טרוריסטים נוטה לערער את ההבחנה שבין אלה שמשתייכים למעגל הפנימי ואלה שנמצאים מחוץ לו, בין חברים לאויבים. באותה עת, המשפט הפלילי יכול גם להדגיש הבחנה זו, מאחר שמשפט פלילי ליברלי (בשונה ממשפט בינלאומי) לא מעניק כל מקום ל"מניע הפוליטי" של הנאשם. פעולותיו הן, אם כן, משוללות משמעות פוליטית.¹¹ לפיכך, החלת המשפט הפלילי על טרוריסטים תורמת לדמוניזציה שלהם, שכן פעולותיהם מאבדות את הגיון הפוליטי. אך בו בזמן, המשפט הפלילי מקרב את הנאשם לחברה על ידי הכללתו במעגל הפנימי של סמכות השיפוט.

קירשהיימר: משפטים פוליטיים ואלמנט

הסיכון

התשובה הליברלית המסורתית לסכנת הטשטוש בין הפוליטי למשפטי היתה סימון הגבולות מחדש. כך למשל, תאורטיקנים ליברלים מסתמכים על מבנה בינארי, שמבחין באופן חד בין משפט פלילי למשפט בינלאומי וטוען שהשאלה הרלוונטית היחידה היא בתחומה של איזו משבצת עלינו לטפל בטרוריסט.¹² אבל לגליזם ליברלי כזה רק מתחמק מהבעיה שאני מעלה כאן, משום שהוא מתעלם מן התהליך שמגדיר אדם כ"חבר" או "אויב" לקהילה באמצעות השימוש במשפט הפלילי. ייתכן שדרושה מסגרת מושגית חדשה, כזו שמסוגלת להכיר בקיומם של משפטים פוליטיים בדמוקרטיה ליברלית, בעודה קובעת את גבולות השימוש הלגיטימי במשפט הפלילי נגד טרוריסטים כביכול. אני טוענת שזו המשימה של התיאוריה הליברלית של משפטים פוליטיים.¹³ השאלה כיצד להעריך את הלגיטימיות של משפט פוליטי נבחנה בעבר על ידי כותבים ליברלים שונים. ברצוני להסתמך כאן על כתביו של אוטו קירשהיימר (Kirchheimer), על מנת להעריך את ההתפתחויות העכשוויות בשפיטת מעשי טרור בבתי משפט לאומיים.

קירשהיימר זיהה כפל תפקידים של המשפט

אמביוולנטי זה של משפטים פוליטיים מסבך את ההערכה שלנו בדבר היתרונות שבניהול משפט פלילי נגד טרוריסטים לכאורה.

משפטים פליליים ושוני רדיקלי (Radical Difference)

בניסיון להכיר באופיו המיוחד של המשפט הפוליטי, עלינו לטפל ראשית באופן שבו הוא סוטה מהנחות היסוד הבלתי מפורשות של משפט רגיל. משפטים פוליטיים רבים מתחילים עם מה שניתן לתאר כמצב של "שוני רדיקלי". זהו מצב שבו שתי קבוצות בעלות מושגים מנוגדים או בלתי ניתנים ליישוב לגבי משפט, חברה ופוליטיקה נפגשות בבית המשפט. הסכסוך הוא קיצוני במובן זה ששני הצדדים אינם יכולים להסכים לגבי סמכות השיפוט של בית המשפט או לגבי המשפט המהותי או הפרוצדורלי שצריך להכריע את הוויכוח. לא ניתן ליישב את המחלוקת באמצעים משפטיים בלבד, מאחר שעניינה אינו שאלה משפטית טהורה דוגמת פירוש החוק, אלא היא מעלה את השאלה המקדמית לאיזו מערכת משפט מסורה הזכות להכריע בסכסוך ולאיזה טריבונל סמכות שיפוט בעניין. בניסוח אחר, אפילו אם הנאשם ביצע את הפשעים הנטענים, ישנה שאלה אם על הנאשם להיות כפוף לבית המשפט שפוסק בעניין. למעשה, כל צד קורא להכרה בנרטיב היסטורי אחר אשר דרכו יש לקרוא את הסכסוך ואת מקור הסמכות (או העדר הסמכות) של בית המשפט. במקרים כאלה, המבנה המשולש של המשפט קורס למבנה בינארי של שני צדדים יריבים, המתמודדים זה עם זה במאבק של כוח, בהעדר חוק עדיף ומקובל שיכול לתפקד כבורר בסכסוך. במשפט רגיל יכולים שני הצדדים היריבים להביא את עניינם בפני צד שלישי, שמעמדו החיצוני לסכסוך יכולה להבטיח העדר משוא פנים מצדו, ובכך להעניק לפסיקתו לגיטימציה. במקרים של שוני רדיקלי, אין צד שלישי כזה משום שבית המשפט עצמו, בשיתוף עם המשטר, נתפש בעיני אחד הצדדים כיריב, ולכן הלגיטימיות של בית המשפט מוטלת בספק. תופעה זו של שוני רדיקלי הופכת את המשפט לפוליטי

הפלילי הפוליטי. תפקיד אחד הוא לסלק יריב מן הזירה הפוליטית. תפקיד שני הוא להעניק לגיטימציה לאקט הזה באמצעות הסתמכות על מסורת "שלטון החוק". במילים אחרות, השימוש במשפט פלילי נגד יריב פוליטי מעניק לגיטימציה לבעלי הכוח הפוליטי, משום שהמוטיבציה הפוליטית שלהם מוסווית באמצעות המשפט והמהלך הפוליטי שלהם מוצג כאקט רגיל של העמדה לדין פלילי (במיוחד מאחר שהמשפט הפלילי הליברלי אינו מאפשר ל"מניע הפוליטי" של הנאשם להיכנס אל הדיון המשפטי). לכן, בעיני השלטונות משפט פוליטי מוצלח הוא כזה שהופך יריב פוליטי לגיטימי לעבריין, שאין עוד צורך להתייחס לביקורת שלו כלפי השלטונות במישור הפוליטי. אולם, כפי שציין קירשהיימר, כפל התפקידים של המשפט הפלילי נושא עמו סיכון אינהרנטי לשלטונות הפוליטיים. כדי שהמשפט ייצור לגיטימציה, על השלטון להבטיח עצמאות כלשהי לבית המשפט (הפרדת רשויות). הנאשם, מצדו, יכול להסתמך על אוטונומיה יחסית זו של בית המשפט על מנת לחשוף את המוטיבציה הפוליטית של השלטונות ולהשתמש במשפט על מנת לפגוע בלגיטימיות שלהם. אז מתגלה המשפט לא כהעמדה לדין פלילי, אלא כרדיפה פוליטית. בתנאים של אוטונומיה יחסית יכול המשפט הפלילי להפוך למשחק בעל סיכון גבוה לשני הצדדים. כתיבתו של קירשהיימר בנושא זה מכוונת לפיכך לזיהוי המשחק הזה ולשקילת האפשרויות של הרחבת מרחב ההזדמנויות העומדות לפני הנאשם הפוליטי על ידי הכנסת אלמנט של סכנת העמדה לדין.

שימוש במשפט הפלילי נגד ביטוי פוליטי מאיים לצמצם את המרחב הפוליטי שבו פועלות קבוצות מסוכסכות המתדיינות על ערכי היסוד של החברה. אולם, כשאנו עוסקים בטרוריסטים לכאורה, המתוארים בכלי התקשורת כ"אחר" לחברה, ישנה תוצאה אחרת שכמעט שלא מכירים בה: בניהול משפט פלילי (בניגוד למעצר מינהלי או התנקשות פוליטית) השלטונות גם תורמים לאפשרות של דיון פוליטי בעזרת ההליך המשפטי (אם כי באופן מאולץ וא-סימטרי). אופי

והופכת את שאלת סמכות השיפוט למרכזית לשני הצדדים.

שאלת סמכות השיפוט

על מנת להעריך את הדרכים הפתוחות בפני הנאשם הפוליטי המאפשרות להעלות את חששותיו הפוליטיים בפני בית המשפט מבלי להעניק לו לגיטימציה, עלינו לפנות לשאלת סמכות השיפוט. נראה כי נקודה מכריעה בעניין זה היא תפישת הסמכות על המקרה מצד בית המשפט. בשלב הראשוני של המשפט, הצדדים אינם צריכים לעסוק בטענות המהותיות לגבי אשמתו או חפותו של הנאשם, אלא להתדיין בשאלה מהו הטריבונול הנכון לטפל בשאלות אלה. לכן, זהו השלב שבו ניתן להכניס חששות "פוליטיים" אל המשפט. באופן מעניין, בעוד שהתיאוריה הליברלית מתעקשת בדרך כלל לשמור את האידיאל של "שלטון החוק" באמצעות הבטחת המרחק שבין הטריבונול והצדדים למחלוקת,¹² בשלב ראשוני זה נדרש ההיפך. לפני שהצדדים יוכלו להציג את טענותיהם המהותיות, מבקש בית המשפט שסמכות השיפוט שלו בעניין תבוסס, ושהצדדים יראו קשר משמעותי בין העניין שבמחלוקת לבין בית המשפט. במשפט פלילי, הקשר החשוב ביותר מבוסס על זיקה טריטוריאלית: שהמעשים נשוא הסכסוך התרחשו בטריטוריה שלבית המשפט סמכות שיפוט לגביה (עקרון הטריטוריאליות). קשר נוסף הוא פרסונלי, במקרים שבהם אחד מהצדדים לסכסוך נחשב חבר בקהילה הפוליטית שמצויה תחת סמכות השיפוט של בית המשפט (עקרון הלאומיות). בנוסף, יש להוכיח קשר של זמן – שאין חוק התיישנות כלשהו שחל על המעשה שנבחן. שלושת הקשרים האלה, המבססים את סמכות השיפוט של בית המשפט, הם גם שלושה קשרים בסיסיים שיוצרים קהילה פוליטית: מקום, אנשים וזמן.¹³ לבסיס הקהילתי של המשפט הפלילי יש חשיבות מיוחדת כשאנו עוסקים בתחום המשפטי העוסק בטרור.¹⁴ הוא מייצג את ההבנה המודרנית של משפט פלילי כאחד הביטויים החשובים ביותר של ריבונות מדינית, התחומה בדרך כלל במונחים של

טריטוריה וגיאוגרפיה (ומבטיחה להחיל את הקוד הפלילי באופן שווה על כל תושביה של טריטוריה מסוימת).¹⁵ חוקי הסמכות יכולים, אם כן, לתת לנו רמז ראשון לגבי הקשר שבין משפט וקהילה, קשר שאנו עלולים להתעלם ממנו בקלות רבה מדי בעידן של "סמכות שיפוט אוניברסלית".¹⁶

שתי אסטרטגיות של הגנה פוליטית

ניתן לזהות שתי גישות עיקריות למשפט פלילי מצד הנאשמת. אסטרטגיה אחת היא לקבל את חוקי המשחק ולשחק על פיהם, בתקווה שזכייה במשפט לגופו של עניין תביך את השלטונות ותוכיח שהתיק המשפטי היה לא יותר מאשר תחבולה פוליטית. האסטרטגיה האפשרית השנייה היא לא לשתף פעולה: לנסות לפגוע בלגיטימיות של המשפט באמצעות האמירה, "לבית המשפט הזה אין כל סמכות בענייני. אתם יכולים להעמיד אותי לדין, אבל אני לא אתן לכם לגיטימציה בכך שאמנה עורכי דין או אחקור את עדיכם חקירה נגדית. עשו מה שתרצו. אני כאן רק כסמל של הכוח שלכם עלי. זהו שלטון הכוח ולא החוק, משום שאתם הכרחתם אותי להיות כאן – אינכם יכולים להכריח אותי לדבר או להגן על עצמי, או לשחק על פי החוקים שלכם". הבעיה עם האסטרטגיה הזו היא שהיא לא ממש נותנת לנאשמת את ההזדמנות להציג את גרסתה לאירועים בבית המשפט, והיא בדרך כלל פשוט מפסידה.

שתי אסטרטגיות אלה אומצו על ידי הנאשמים בשארה וברגותי, בהתאמה. על מנת להסביר את בחירותיהם השונות, עלינו להבין ראשית את הבחירות שעשו השלטונות הישראליים בקשר לשני משפטים אלו. בשני המקרים, מדינת ישראל החליטה לנהל משפט פלילי בבתי משפט אזרחיים רגילים. בשני המקרים, לא היתה זו החלטה מובנת מאליה. במקרה של בשארה, על מנת להגיש כתב אישום נגד חבר כנסת היה על המדינה להתגבר על החסינות הפרלמנטרית שממנה נהנה חבר הכנסת (לשעבר) בשארה. במקרה של ברגותי, מאחר שהתביעה יכולה היתה לבחור בין שתי סמכויות שיפוט מקבילות (בתי משפט צבאיים

האידיאולוגיה של הפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה" בניגוד ל"מדינה יהודית ודמוקרטית", כפי שחוקי היסוד של ישראל מגדירים אותה היום. ברגותי, מצד שני, איננו אזרח ישראלי; הוא פלסטיני תושב רמאללה, מנהיג פוליטי בתנועת הפתח וחבר נבחר של הפרלמנט הפלסטיני. הוא תומך בפלטפורמה פוליטית שמגנה את הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים ודוגל בהתנגדות צבאית לכיבוש הישראלי כביטוי של הזכות הפלסטינית להגדרה עצמית. ברגותי, בניגוד לכמה מנהיגים פלסטינים קיצוניים יותר, דוגל בהגבלת ההתנגדות האלימה לשטחים הכבושים (כלומר נגד חיילים ומתנחלים) וטוען שהגבלה זו הופכת את פעולות ההתנגדות ללגיטימיות על פי המשפט הבינלאומי.¹⁸ נרטיב המאבק לשחרור לאומי שהוא מקדם מתנגש עם הנרטיב של ישראל כפי שהוגדר לאחרונה ב"מלחמתה בטרור", נרטיב שאינו מבחין בין פעולות של התנגדות אלימה ומגדיר את כולן פעולות טרור.

למרות קווי הדמיון המבניים בין שני המקרים, הבדל חשוב אחד הוא שבשארה, שלא כמו ברגותי, נופל בקטגוריה של "חבר" בקהילה הפוליטית הישראלית, כלומר, הוא אזרח ישראלי וחבר כנסת נבחר (בזמן ניהול המשפט). פירוש הדבר הוא שהדלת פתוחה בפניו להתחרות בנרטיב הישראלי המקובל ברמה הפוליטית ולהכליל את השקפותיו בחוק באמצעות שינוי חוקתי. עם זאת, משפטו של בשארה תפקד ברמה הסימבולית כדרך להגדיר מחדש את זהותו ההיברידיית כאזרח ערבי של ישראל (בעל נאמנויות סותרות לישראל ולמאבק הפלסטיני) ולצמצמה לכזו המזדהה עם ה"אויב" (תנועת התנגדות הפלסטינית). המימד הסימבולי של המשפט עשוי להסביר את החלטתו שלא להטיל ספק בעצם כשירותם של בתי משפט ישראלים לשפוט את מעשיו. בשארה העלה טענה צרה יותר שלפיה, על פי החוק הקיים, הוא חייב לענות רק לכנסת, מאחר שעל נאומים פוליטיים של חברי פרלמנט חלה חסינות מהותית לפי חוק החסינות הישראלי. בשארה טען שאם בית המשפט יפסוק נגדו בשאלה המקדמית של החסינות ויצהיר על סמכותו לפסוק בעניין, הוא

ובתי משפט אזרחיים), הדרך הפשוטה יותר היתה לנהל משפט בבית משפט צבאי, כפי שישראל עושה ברוב המקרים של נאשמים פלסטינים.¹⁷ מה יכול להסביר את הבחירות יוצאות הדופן להאשים את שני הנאשמים במערכת המשפט הרגילה? כאן אנחנו יכולים לראות את כוחה המבאר של תיאוריית הלגיטימציה של קירשהיימר. בבחירה לנהל את המשפט בבתי משפט אזרחיים ועל פי המשפט הפלילי הרגיל (פרוצדורלי ומהותי), הסכסוך הורחק עוד יותר מן ההקשר הפוליטי שלו. במקרה של בשארה היה למשפט הפלילי פוטנציאל להפוך ביטוי פוליטי למעשה פלילי, ובעקבות כך סילוק מחלוקת פוליטית מתחום הדיון הפוליטי הלגיטימי. במקרה של ברגותי, בית משפט צבאי לא נהנה מההילה של "שלטון החוק", ולכן בית משפט אזרחי, על אף הסיכון הנוסף מבחינת השלטונות, היה הדרך המועדפת לפגוע בלגיטימיות של ההנהגה הפוליטית הפלסטינית על ידי הצגת אחד מראשיה כפושע רגיל.

שני הנאשמים ריכזו את טיעוניהם לגבי ההיבטים הפוליטיים של המשפטים בשלב סמכות השיפוט. שני הנאשמים ביקשו לחשוף את הבסיס הפוליטי של המשפט באמצעות הצגת הטיפול הבלתי שוויוני שקיבלו. בשארה הצהיר שמשפטו מהווה תקדים ראשון של העמדת חבר כנסת ישראלי לדין בגין נאומים פוליטיים, וברגותי טען שישראל סטתה מהנורמות של דיני המלחמה הבינלאומיים בכך שהיא מתייחסת אליו כאל פושע במקום כאל "אסיר מלחמה", ובכך שהיא מנהלת משפט פוליטי נגדו. כך הטילו שני הנאשמים ספק בלגיטימציה של פנייה למשפט הפלילי הישראלי הפנימי. מסיבה זאת גם הדגישו שניהם את האופי הקולקטיבי של המשפט נגדם, בכך שהנאשם האמיתי איננו האינדיווידואל שעומד לדין כי אם הקבוצה שהוא מייצג.

הן ברגותי והן בשארה הם מנהיגים פוליטיים, ומה שרלוונטי במיוחד לתזה שלי – שני הנאשמים מקדמים נרטיבים שמתחרים עם הנרטיבים ההגמוניים לגבי ערכי היסוד של ישראל. עזמי בשארה הוא אזרח ישראלי, חבר כנסת (לשעבר) ומנהיג פוליטי של מפלגה שזוהתה עם

ישרטט בכך מחדש את גבולות הביטוי הפוליטי הלגיטימי בישראל, על ידי הפיכת דברי הביקורת נגד הכיבוש הישראלי ונגד הגדרת המדינה כמדינה יהודית, לדברים שעליהם ניתן להעמיד לדין פלילי.¹⁹ המדינה הכחישה את תוקפה של טענה זו והסבירה שאזרחי ישראל הערבים ועוד יותר מכך חברי כנסת ערבים נהנים ללא ספק מחופש ביטוי, אולם בשארה חצה את הגבול של ביטוי פוליטי לגיטימי כאשר תמך בפעולות של ארגון טרור וכן תמך בהתנגדות אלימה של פלסטינים לכיבוש הישראלי.

במקרה של בשארה היתה לטענה נגד סמכות השיפוט של בית המשפט איכות "חיצונית", משום שעל אף שהיא הועלתה לראשונה בפני בית המשפט שדן בעניין ונדחתה על ידו, היא נדונה על ידי בית המשפט העליון ואומצה על ידו.²⁰ במקרה של ברגותי, שלב הסמכות לא נהנה מהפרדה מוסדית, מאחר שאותו טריבונל פסק הן בשאלת סמכות השיפוט והן בשאלה המהותית של אחריות פלילית (ניתן לערער רק על ההחלטה בשלמותה). עם זאת, ברגותי, כנאשם פוליטי, ייחס משקל ניכר להבדל איכותי זה ופעל בהתאמה. כך, על אף שהוא יוצג משפטית והגיש תגובה משפטית בעניין סמכות השיפוט, סירב ברגותי להיות מיוצג משפטית או לשתף פעולה עם בית המשפט הישראלי או עם הסנגוריה הציבורית בכל עניין אחר על מנת להימנע מאפקט הלגיטימציה. ברגותי נחשב מראש ל"אויב", ולכן טענתו נגד סמכות שיפוט ישראלית היתה רדיקלית הרבה יותר מזו של בשארה: היות שהפלסטינים מבססים את זכותם להתנגדות אלימה על זכותם להגדרה עצמית, והיות שהמשפט הישראלי אינו מכיר בזכות כזו, בתי משפט ישראליים אינם יכולים לשמש כפוסקים לגיטימיים. בית המשפט דחה את טענותיו של ברגותי נגד סמכות השיפוט שלו,²¹ ועמד על כך שפעולותיו לא היו פוליטיות אלא פליליות, ולכן זהו תפקידה של התביעה הישראלית להעמיד אנשים כמו ברגותי לדין.

ניתן לראות ששני הנאשמים הפוליטיים ריכזו את טענותיהם בשלב הסמכות, אך קווי ההגנה שנקטו הביעו דרגות שונות של לגיטימציה לבית

המשפט. כעת עלינו לבחון באיזו מידה יצרה אסטרטגיית ההגנה של כל אחד מהנאשמים "סיכון" למשטר ועירערה את מידת תוקפו של כתב האישום נגדם.

משפט ברגותי

על מנת להעריך את אלמנט הסיכון במשפט ברגותי, ראשית עלינו למקמו במסגרת ההקשר הרחב יותר של הדיון הציבורי בישראל לגבי המוסריות והחוקיות של מדיניות ההתנקשות במנהיגים צבאיים ופוליטיים פלסטינים. בית המשפט העליון הישראלי פסק לאחרונה בעניין וקבע כי אף על פי שההתנקשויות יכולות להיות חוקיות, הדרך העדיפה במסגרת מדינה השומרת על שלטון החוק היא תפיסת החשוד במעורבות בפעילות טרור והעמדתו לדין פלילי.²² אף שרבים ביקרו את האופי הפוליטי של משפט ברגותי, התקשו אותם מבקרים לגנות את המשפט ובאותה עת לגנות את מדיניות ההתנקשויות של ישראל (למשל ההתנקשות במנהיג חמאס, שייח יאסין). אלה שמגנים את מדיניות "החיסולים הממוקדים" של ישראל כלא חוקית צריכים להתמודד עם האלטרנטיבה של ניהול משפט פלילי, ולהעריך אותו כמשפט פוליטי בהתאם ל"מרחב הסיכון" שהוא מאפשר לנאשם.

על מנת להעריך את מרחב ההזדמנויות שהעניק בית המשפט הישראלי לברגותי, עלינו להתייחס לשתי שאלות: ראשית, האם המשפט נתן לברגותי במה להסביר את הנרטיב המתחרה שלו בנרטיב ההגמוני הישראלי, ובכך איפשר לשופטים ולבית המשפט הישראלי לשמוע סיפור שונה לגבי האינתיפאדה השנייה? שנית, האם המשפט נשא עמו סיכון כלשהו לשלטונות הישראליים?

נפתח בשאלה השנייה: סיכון גדול אחד אכן התגשם במשפט, וזאת בכך שבית המשפט דחה את הקונספציה של התביעה לגבי המשפט. התביעה הישראלית רצתה לבנות תיק דומה לזה של משפט אייכמן, שבו נקבע כי יכול להיות שהנאשם יישא באחריות לכל פעולות הטרור שבוצעו על ידי חברים כפופים בארגון הפוליטי שלו. במובן זה, המשפט יכול היה לתפקד כפורום

רגיל, ובהתבסס על החוק הפלילי הרגיל. עם זאת, תוצאת העמדתו לדין על פי המשפט הפלילי הפנימי היתה שפרשנות מרחיבה של דיני השותפות היתה הופכת לתקדים המערער את עקרון האחריות האישית. באיזון הכולל דאגתם של השופטים לכיוון ההתפתחות הכללית של המשפט הפלילי גברה. כהערה צדדית אציין שהשופטים במשפט אייכמן ניצבו בפני אותה דילמה לאחר שדחו את תיאוריית ה"קונספירציה" שאימץ בית המשפט בנירנברג. הם התמודדו עם דילמה זו בכך שהסתמכו על "החוק המיוחד" לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950, ובכך שהחילו קטגוריות מיוחדות של "פשעים נגד העם היהודי" לצד הקטגוריה הכללית יותר של "פשעים נגד האנושות".²⁵ בכך הגנו שופטיו של אייכמן על המשפט הפלילי הרגיל מפני התרחבות בלתי רצויה. עם זאת, להחלטתם להסתמך על חוק מיוחד נגד נאצים ועוזריהם היה פוטנציאל של ערעור הלגיטימיות של המשפט, מאחר שהיה קשה לטעון שאייכמן נשפט כמו כל פושע אחר.²⁶

השופטים במשפטו של ברגותי, לעומת זאת, לא יכלו לפנות לחוק מיוחד זה משום שהוא יוחד רק לפשעים שבוצעו נגד האנושות בתקופה הנאצית. מאחר שהשופטים גם לא היו מוכנים להרחיב את ההוראות הכלליות של החוק הפלילי בנוגע למבצע עיקרי ושותפים, פטרו השופטים במשפט ברגותי שלושים ושלושה מתוך שלושים ושבעת סעיפי האישום בגין רצח שבהם הואשם ברגותי כבלתי רלוונטיים והרשיעו אותו כשותף לרצח וברצח בארבעה מקרים בלבד. במקרים אלו מצא בית המשפט שהוכחה מעורבות ישירה של הנאשם. פעילות פוליטית בלבד, דוגמת נאום פוליטי שמעודד התנגדות אלימה, או אפילו אספקת תמיכה כספית וכלי נשק לצורך ביצוע התקפות טרור באופן כללי, לא היה בה די, לדעת בית המשפט, על מנת להפוך את המנהיג הפוליטי לשותף לכל ההתקפות שביצע הארגון שלו. בית המשפט הסביר כי "לא ניתן לייחס לנאשם עבירה כוללנית וגורפת של סיוע לרצח ככוונה תחילה בגין כל פיגוע ופיגוע, רק בשל מודעותו הכללית לכך שאנשיו מבצעים פיגועים תוך שימוש בנשק

שבו יסופר הסיפור של ישראל כקורבן במהלך האינתיפאדה השנייה. התפישה של התביעה הישראלית היתה שמאחר שברגותי תמך באינתיפאדה השנייה ועודד אותה, אפשר לייחס לו כל פעולת טרור שבוצעה על ידי חברים בארגונו. על מנת להשיג מטרה פוליטית זו במסגרת המשפט הפלילי היה על התביעה לתרגם את תפישתה לדוקטרינות משפטיות.

המשפט הפלילי הישראלי מבוסס על עקרון האחריות האישית.²⁵ על מנת להרשיע את ברגותי בגין התקפות הטרור שביצעו חברים הכפופים לו בארגון, היה על התביעה לספק פירוש רחב לשאלה מי צריך להיחשב שותף לפשע (צד בביצוע העבירה). התביעה טענה שדי בעובדת היותו מנהיג פוליטי בכיר, שדוגל בפעולות של התנגדות אלימה ומספק תמיכה כספית וכלי נשק ל"אנשים בשטח", כדי להפוך את ברגותי לאחראי באופן אישי. יתרה מכך, התביעה טענה כי יש לראות בברגותי לא שותף משני למעשי רצח, שנושא באחריות עקיפה, אלא מבצע עיקרי, שנושא באחריות ישירה.

בית המשפט סירב לקבל את התפישה הרחבה של התביעה והרשיע את ברגותי רק בגין פעולות שבהן ניתן היה למצוא מעורבות ישירה של ברגותי. בכך עירער בית המשפט את המסר הפוליטי החשוב ביותר של התביעה.²⁴ כיצד יכולה התיאוריה שלנו לגבי משפטים פוליטיים להסביר תוצאה זו? כאן עלינו להקדיש תשומת לב לדינמיקה של משפט פלילי. קבלת הטענות שהציגה התביעה היתה עלולה לערער את אחת מאבני הפינה של המשפט הפלילי הישראלי: הצורך להוכיח אחריות אישית. על מנת להרשיע את ברגותי, בית המשפט היה נדרש לטשטש את ההבחנה בין מבצע עיקרי לשותף. השופטים סירבו לאמץ את פרשנות התביעה לחוק בדיוק משום שפרשנות זו מסכנת את חירויות היסוד של אזרחי ישראל, שכן הרשעת ברגותי במסגרת המשפט הפלילי הרגיל יוצרת תקדים מסוכן. זו הדינמיקה של לגיטימציה שקירשהיימר צפה: כדי שהקהילה הבינלאומית תכיר בלגיטימיות של משפט ברגותי, היה על ישראל להעמיד אותו לדין בבית משפט

ובכספים שהוא דאג להשיג עבורם". במונחים של משפט פלילי, ברגותי הורשע ברצח, כך שהיה זה ניצחון משפטי של התביעה במונח זה. במונחים של פוליטיקה, עם זאת, השלטונות הישראליים נכשלו בכך שלא הצליחו להציג את ההנהגה הפוליטית של העם הפלסטיני כפושעת מכיוון שפנתה מהסכמי אוסלו ובחרה בדרך של התנגדות אלימה. באופן זה מצא בית המשפט דרך לשמר את האוטונומיה החלקית שלו מהשלטונות הפוליטיים, והפך העמדות לדין נוספות מסוג זה לרצויות פחות.²⁸

ידה של הפוליטיקה היתה על העליונה, עם זאת, בשלב המקדמי של המשפט, שבו נדונה סמכות השיפוט של בית המשפט. כפי שצוין, במהלך שלב הסמכות שיתף ברגותי פעולה עם ההליכים והציג כמה עילות להתנגדויות משפטיות.²⁹ אולם, מרגע שהפסיד בעניין זה, הפסיק ברגותי לשתף פעולה. מנקודה זו ואילך התנהל המשפט ללא שיתוף פעולה מצדו, וזהו עיקר הניסיון של ברגותי לעשות דה־לגיטימציה לבית המשפט הישראלי.³⁰ מהלך זה אילץ את השופטים, שמורגלים למלא את תפקיד הבוררים במשפט, לנסות ולדמיין את עמדתו של ברגותי על מנת לספק את הצד החסר בסיפור. הנאשם, מצד שני, תפש את עצמו כמי שמצוי בסכסוך ישיר עם בית המשפט ולא רק עם התביעה. כפי שברגותי הצהיר בפני שופטת ההרכב (השופטת שרה סירוטה): "אני מנהיג פוליטי... אני נלחם למען השלום ולמען הזכויות והעצמאות של בני עמי... אני לא מכיר בבית המשפט הזה. זה בית משפט שמייצג את הכובשים".³¹ הנאשם, שבית המשפט חייב אותו להיות מיוצג על ידי הסנגוריה הציבורית הישראלית, סירב להציג הגנה משפטית. באמצעות אקט הסירוב הפרפורמטיבי, ניסה ברגותי לחשוף את שלטון הכוח שמונח ביסוד משפט זה.

האם ברגותי הצליח להשתמש במשפט על מנת להציג נרטיב חלופי לנרטיב הישראלי הרשמי? כפי שהוסבר, הנאשם סירב להציג הגנה משפטית. עם זאת, בית המשפט התיר לו לעתים להשתמש בבית המשפט כבמה להצגת הנרטיב

הפוליטי שלו. כך, המשפט הפך לאחת מנקודות ההצטלבות המעניינות ביותר של הנרטיב הישראלי והפלסטיני לגבי קריסת הסכם אוסלו. על פי הנרטיב הישראלי הנפוץ, ברגותי מייצג את הבגידה הפלסטינית בעיקרי ההסכם. ברגותי, בניגוד לכך, ניסה להציג את הסיפור של אוסלו מנקודת המבט הפלסטינית. על פי הנרטיב הזה, היתה זו ישראל שהפרה את הבטחותיה בכך שהמשיכה לבנות התנחלויות והקשתה על חייהם של הפלסטינים בעקבות אוסלו. ברגותי גם ביטא את נקודת המבט האישית שלו:

אני אדם שחי ונולד תחת כיבוש ישראלי, ואני יודע מה זה כיבוש. אולי בשבילכם זה שליטה בעם אחר, ואתם גאים שאתם כבשתם ושיש לכם כוח על הפלסטינים. כיבוש זה להרוג ולרצוח אומה שלמה. הוא גונב את האוויר מהאדם... החודש לפני עשר שנים, ערפאת ורבין חתמו על הסכם של הכרה הדדית... אני הייתי אחד מאלה שהובילו להסכם הזה ואישרו ועודדו אותו, כי ראיתי בו הזדמנות חדשה לשני העמים... כשרבין נרצח אנחנו שילמנו את המחיר.

ברמה של נרטיבים מתחרים, בית המשפט מיאן לקבל את הנרטיב של ברגותי, של מאבק לגיטימי לשחרור לאומי והזכות להגדרה עצמית, כהגנה רלוונטית למעשיו הפליליים. בהחלטתו בעניין סמכות השיפוט דחה בית המשפט גם את טענת ברגותי, שלפיה עליו לזכות במעמד של "אסיר מלחמה" על פי החוק הבינלאומי. בית המשפט הבחין בין "לוחמים חוקיים" ל"לוחמים בלתי חוקיים", והסביר שהאחרונים אינם זכאים למעמד של "אסיר מלחמה" והם כפופים למשפט הפלילי.³² לשפיטת ברגותי דרך עדשות המשפט הפלילי היה אפקט של הסתרת האופי הקולקטיבי של הסכסוך והצגת ברגותי כפושע רגיל. אולם, המשפט השפיע באופן הפוך על הציבור הפלסטיני ועזר להציג אותו כמנהיג פוליטי נרדף.³³ נקודות מבט מפורצלות אלה לגבי המשפט מבטאות את המצב של "שוני רדיקלי", שנהפך לגלוי עם ניהולו של משפט פלילי.

משפט בשארה³⁴

ב-7 בנובמבר 2001, החליטה הכנסת בהצבעה להסיר את חסינותו הפרלמנטרית של בשארה וב-11 בנובמבר 2001 הגיש היועץ המשפטי לממשלה שני כתבי אישום נגדו. הראשון האשים את בשארה בהפרת פקודת מניעת טרור תש"ח-1948 בשני נאומים פומביים שנשא, אחד בעיר הערבית אום אל-פחם ב-5 באוגוסט, 2000, והשני בקרדחא, סוריה, ב-10 ביוני, 2001, בטקס אזכרה לציון יום השנה הראשון למותו של הנשיא הסורי לשעבר חאפז אל-אסד. בטקס האזכרה נכחו מנהיגים של מפלגת החיזבאללה. בכתב האישום נטען שנאומיו של בשארה היו למעשה הסתה לביצוע פעולות טרור נגד ישראלים. הוא הואשם בתמיכה בארגון טרור.

בנאום שנשא, ושבינו הוגש נגדו כתב אישום, אמר בשארה את הדברים הבאים:

לא ניתן עוד להמשיך מבלי להרחיב את המרווח בין אפשרות המלחמה הכוללת ובין העובדה שהכניעה הינה בלתי אפשרית. מה שמאפיין את ממשלת שרון הוא שהיא עלתה לשלטון לאחר ניצחון ה"התנגדות" הלבנונית, אשר הפיקה תועלת מהמרווח הזה, שאותו הרחיבה סוריה בהתמדה, בין קבלת התנאים הישראליים הקרויים שלום כולל בריקיימא לבין האופציה הצבאית. המרווח הזה הועיל לעקשנות, להתמדה ולגבורה של הנהגת ה"התנגדות" הלבנונית ולוחמיה. אולם לאחר ניצחון ה"התנגדות" ולאחר זנבה, וכן לאחר כישלון "קמפ דייוויד", באה ממשלה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית ה"התנגדות", אלא על ידי הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו לנהל מאבק ו"התנגדות"....³⁵

במשפט בשארה היתה אירוניה מסוימת, שאני מבקשת לעמוד עליה. במשפט הזה היה קשה הרבה יותר להעמיד את בשארה לדין מאשר את ברגותי, משום שההאשמות נגדו היו מבוססות אך ורק על נאומים פוליטיים. המונח "התנגדות" שבו

השתמש בשארה היה מעורפל, ולכן הלגיטימיות של המשפט היתה מעורערת כבר מן ההתחלה. ניתן היה לפרש את הנאום כאימוץ ברור של מודל האלימות של חיזבאללה, או שאפשר היה לראות בו תמיכה להתנגדות לא אלימה, כגון אי-ציות אזרחי. האירוניה נובעת מהמתח בין צורה לתוכן, בין תוכן הנאום לבין הצורה של המשפט הפלילי. הנאום שבגיניו הואשם בשארה עסק בהרחבת מרחב הפעולה הפוליטית ויצירת אופציה שלישית, בין כניעה מוחלטת לדרישותיה של ישראל ומלחמה כוללת. האישומים הפליליים נגד בשארה כללו דרישה לסיווג נאומו על פי היגיון בינארי של "חופש ביטוי" או "תמיכה בטרור". לכן, הצורה של המשפט תרמה להסתרת אותו מרווח פעולה שעליו דיבר בשארה, מרווח שמתרע בין שני הקטבים הללו, שכולל, כאמור, סוגים שונים של אי-ציות אזרחי.³⁶ השאלה שהיה על בית המשפט לדון בה היתה למה התכוון בשארה כשהשתמש במונח "התנגדות". בשארה לא הבהיר אם התכוון להתנגדות אלימה או בלתי אלימה, אבל הוא כן הדגיש שפעל למען דרך שלישית וכי דיבר, לפחות בנאומו, על הרחבת המרחב הפוליטי. תגובת השלטונות בישראל לקריאה זו היתה להקטין את מרחב הדיון הפוליטי באמצעות הסרת חסינותו הפוליטית של בשארה. באופן סימבולי, פעולה זו הסירה את השקפותיו מעל סדר יומה של הכנסת, הפורום שבו היה בשארה יכול לבטא נרטיב מתחרה לדיכוטומיה החובקת-כל של שלום או מלחמה כוללת, שמציג הזרם המרכזי בישראל. קידום של "דרך שלישית" סומן כך על ידי התביעה כאופציה לא פוליטית, נהפך לפעולת דיבור פלילית ולכן לאופציה שהציבור הישראלי לא נדרש להתווכח איתה.

המתח שבין צורה ותוכן שם את בשארה במלכוד. העלאת כתב הגנה ענייני להאשמות עלולה להעביר מסר של קבלת המבנה הבינארי שהמדינה ביקשה לכפות עליו. מצד שני, סירוב להתמודד עם ההאשמות המהותיות באמצעות התמקדות בשאלת סמכות השיפוט (דרך העלאת טענה מקדמית של חסינות) עלול להיתפש כאי רצון להתמודד עם ההצדקות המהותיות

להשקפותיו. בשארה בחר בדרך האחרונה. בהשוואה למשפט ברגותי, נראה שההתמקדות בשאלת הסמכות הועילה לבשארה יותר, מאחר שמעשיו היו מרוחקים מרחק כפול מאקט של "התנגדות". ראשית, הוא לא הואשם בהשתתפות בפעולות האלימות של "התנגדות" אלא רק בדיבור לטובתן. ושנית, מאחר שבשארה היה חבר כנסת נבחר, הוא יכול היה לבחור שלא לטעון נגד החוקתיות של המשפט הפלילי המהותי האוסר על נאומים כאלה ופוגע יתר על המידה בחופש הביטוי, אלא לטעון לחסינות פרלמנטרית מפני העמדה לדין על פי חוקים כאלה. הוא גם נהנה מהיתרון המוסדי של היותו חבר כנסת, דבר שאיפשר לו להביא את טענותיו בעניין החסינות המהותית בפני בית המשפט העליון, ביושבו כבית משפט גבוה לצדק, לאחר שערכאת המשפט דחתה את טענותיו (אופציה שלא עמדה לרשותו של ברגותי, שהערעור שלו בשאלת סמכות השיפוט יכול היה להתקיים רק לאחר סיום המשפט וכחלק מערעור נגד פסק הדין כולו).

האם הדיאלקטיקה של סיכון ולגיטימיות שזיהה קירשהיימר התקיימה גם במשפטו של בשארה? ב-1 בפברואר 2006 התקבלה עתירתו של בשארה לבית המשפט העליון נגד שלילת החסינות הפרלמנטרית שלו, וההליכים הפליליים נגדו הופסקו (נשיא בית המשפט העליון אז, השופט אהרן ברק, כתב את דעת הרוב של בית המשפט. השופט אליעזר ריבלין הצטרף והשופטת אסתר חיות, בדעת מיעוט, התנגדה). לצורך ההחלטה אם הנאומים שנשא בשארה חסו תחת הגנת "החסינות המהותית", הנשיא ברק היה מוכן להניח שהם אכן מילאו את התנאים להתקיימות העבירה של "תמיכה בארגון טרור". אולם, ברק החליט שהפרת החוק הפלילי מצד חבר כנסת בנסיבות אלה מוגנת על ידי החסינות העניינית ויש לראות בה "חלק אינטגרלי מהפעולות הלגיטימיות של הבעת עמדה בסוגיות מדיניות פוליטיות". גורם חשוב בהחלת החסינות של בשארה היה השפעת ההחלטה על המבנה החוקתי של הדמוקרטיה הישראלית, במיוחד על האיזון שבין המשפט הפלילי (איסור על הסתה

לאלימות ותמיכה בארגוני טרור) וההגנה על חופש הביטוי הפוליטי. בית המשפט הסתמך על החלטתו הקודמת להפוך את ההחלטה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול את מפלגתו של בשארה מהתמודדות בבחירות לכנסת בשל מצעה, הקורא להפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה". בית המשפט קבע כי מצע זה אינו סותר את חוק יסוד: הכנסת, המצהיר כי מדינת ישראל היא מדינה "יהודית ודמוקרטית".³⁷ במקרה שלנו צעד בית המשפט העליון צעד נוסף בכיוון זה, והכיר בתחולת החסינות העניינית לגבי נאומים שנופלים לכאורה בגדר האיסור על הסתה לאלימות וטרור.

המשפט הפלילי נגד בשארה הופסק. אך האם היה זה גם ניצחון פוליטי של הנאשם? את ההחלטה של בית המשפט העליון, לקבל את עתירתו של בשארה, אפשר לפרש כניסיון לאשר את ההבחנה בין צורה לתוכן. בית המשפט הרחיב את ההגנה המוענקת לנציגים נבחרים של הציבור הערבי, כך שיוכלו לבקר את הערכים הבסיסיים של המדינה מבלי לחשוש שיועמדו לדין פלילי. בטווח הקצר, נראה שההחלטה עושה דה-לגיטימציה לטיעוני הפרקליטות. אולם, בטווח הרחוק, החלטה כזו נושאת עמה אפקט לגיטימציה רחב הרבה יותר לגבי העמדות לדין של אזרחים רגילים על פי האיסורים שקובע המשפט הפלילי המהותי על ביטויים פוליטיים מסוימים (התומכים בארגוני טרור). זאת משום שההוראה הפלילית מקבלת תוקף באמצעות השתתפות נציגי האזרחים הערבים בדיוני הכנסת, כשהם נהנים מחסינותם ללא חשש מפני העמדה לדין פלילי.³⁸ למרות אפקט הלגיטימציה של החלטת בית המשפט העליון, פסיקתו הרחיבה את מרחב הדיון הפוליטי ודחתה את ההיגיון הבינארי של העמדה לדין פלילי, לפחות בכל הנוגע לחברי כנסת. העובדה שבשארה היה חבר כנסת איפשרה לבית המשפט להסתמך על "אופציה שלישית" בין זיכוי והרשעה, אופציה שמתמודדת עם הבעייתיות החוקתית של העמדה לדין פלילי מבלי להכריע בעובדות המקרה לגופן.³⁹ משמעות נוספת של ההחלטה היתה הסירוב לשרטט מחדש את קו

הגבול בין "חבר" ל"אויב" בצורה צרה באופן שהופך את מי שתומכים בפעולות "התנגדות" לישראל, ומבקרים את המבנה החוקתי של ישראל מניה וביה, ל"אויבים".

סיכום

לסיכום, אני מבקשת לחזור לנקודת ההתחלה של מאמר זה. טרוריות מצייב היום אתגר מורכב לליברליזם המשפטי. מצד אחד, המחויבות הליברלית לשלטון החוק מצאה ביטוייה בניסיון להכפיף כל ביטוי של אלימות לשלטון החוק, באמצעות הרחבת חלות המשפט הפלילי. מצד שני, היכולת לשרטט את הגבול שבין פוליטיקה ומשפט, בין משפט פלילי ומשפט בינלאומי, מתערערת כשמחילים אותה על הקטגוריה הלא מוגדרת של טרור.

התגובה הראשונית של מדינת ישראל, שמקיימת שלטון כיבוש במשך ארבעים שנה, ושהיתה חשופה לפעולות טרור מתמשכות ואלימות במיוחד, היתה לפתוח בתגובה צבאית ולפתח שיטות שחוקתיותן מפוקפקת, כגון ענישה קולקטיבית ו"חיסולים ממוקדים". בהקשר זה, הפנייה למערכת המשפט הרגילה והפעלת החוק הפלילי על טרוריסטים לכאורה יכולות להיחשב "התקדמות" בכיוון של שלטון החוק. אולם, כפי שהראיתי, הסכנה שבהעמדות לדין פלילי גדולה, משום שהיא תורמת לערפול הבסיס הפוליטי של הסכסוך ולטשטוש ההבדלים שבין הנאשם הפוליטי והנאשם הפלילי הרגיל. הפיכת הסכסוך לפלילי משמעה מחיקת ההקשר הפוליטי והקולקטיבי שלו והיכולת לשמור על שיפוט מוסרי המביא בחשבון את הקונטקסט הפוליטי הרחב יותר. בתמצית, אין למשפט הפלילי המהותי כלים להתמודד עם מצבים של מה שכיניתי "שוני רדיקלי". בנוסף, כשטרוריות נכנס לאולם בית המשפט של מדינה שמעורבת בסכסוך אלים עם הקבוצה שאליה משתייך הנאשם, אבן יסוד של המשפט הפלילי – אי המעורבות של השופטים במקרה הנדון – אינה מתקיימת. לאור בעיות אלה, נשמעו קריאות רבות לדחות את הלגיטימיות של הפעלת המשפטים הפוליטיים במסווה המשפט

הפלילי הרגיל.

אחד הפתרונות שפותחו בשנים האחרונות הוא העברת סכסוכים מסוג זה לבתי משפט של צד שלישי (בתי משפט לאומיים כמו זה בבליה או בתי משפט בינלאומיים כגון בית הדין הפלילי הבינלאומי). אופציה זו, כפי שטענתי במקום אחר, יוצרת בעיות של פוליטיזציה מסוג אחר (שמקורן בשרירותיות וחוסר העקביות שבאכיפת החוק הבינלאומי), וביסודו של דבר לא פותרת את הקושי הזה.⁴⁰ האלטרנטיבה שבחנתי במסה זו היא להכיר בכך שמשפטים פליליים כאלה עשויים להיות לגיטימיים, למרות אופיים הפוליטי, ולהעריך את מידת הלגיטימיות שלהם על פי מרווח הסיכון שהם יוצרים לשלטונות. במאמר זה ניסיתי להדגים כיצד – אפילו בנסיבות הקשות ביותר של סכסוך אלים בין קבוצות – שופטים של בתי משפט לאומיים יכולים בכל זאת לרכך את האופי הפוליטי של העמדה לדין באמצעות הפעלת שיקולים משפטיים פנימיים (דרישות הדין הפלילי המהותי, תקדימים מחייבים וסייגים פרוצדורליים), כמו גם שיקולים מוסדיים (עצמאותה של מערכת המשפט ביחס לזרוע המבצעת, מעמד בתי המשפט ביחס לקהילה המשפטית הבינלאומית וכולי). כיניתי תופעה זו, בעקבות כתיבתו של קירשהיימר, הגדלת מרווח הסיכון. בדיוק משום שהמשפט הפלילי המודרני קשור לקהילה לאומית, הענקת מעמד (אפילו זה של נאשם במשפט פלילי), נותנת לנאשם אפשרות מסוימת לקרוא תיגר על המערכת מבפנים. במסה זו הצבעתי על מרחב התמרון שנוצר לנאשם הפוליטי במשפט הפלילי. משזיהינו את הדינמיקה הזו, כדאי לפתח דרכים משפטיות להרחבת המרווח ולחזוקו.⁴¹

⁴⁰ ליאורה בילסקי היא פרופסור בקולומביה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

- הערות
- * אני מבקשת להביע את תודתי העמוקה לענבל דז'לובסקי על עזרתה במחקר במהלך הגרסאות השונות של מאמר זה. נאסר חוסיין וקנת מאן קראו גרסאות שונות של המאמר והציעו את הערותיהם הנדיבות.
- 1 ליאורה בילסקי, "בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניברסלית – על שינוי היחס למדינת הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי" עיוני משפט כז(2) (2003) 655.
- 2 "מקרי גבול" במובן של הימצאות בגבול שבין הפלילי לפוליטי.
- 3 ת"פ (נצ') 1087/02 מדינת ישראל נ' בשארה (טרם פורסם) (להלן: עניין בשארה), בשארה הואשם בתמיכה בארגון טרור, הפרה של סעיף 7 לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948.
- 4 תפ"ח (ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (טרם פורסם) ניתן ביום 20.5.2004. ההאשמות נגד ברגותי כללו את העבירות הבאות: רצח בכוונה תחילה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; סיוע לרצח לפי סעיף 300(א)(2) ביחד עם סעיף 31 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; שידול לרצח לפי סעיף 300(א)(2) יחד עם סעיף 30 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ניסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; קשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; פעילות וחברות בארגון טרור לפי סעיפים 2 ו-3 לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948.
- 5 George E. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston: Little, Brown, 1978) at 343-349. פלטשר מסביר את ההבדל המושגי שבין "הכפשה" ל"האשמה".
- 6 Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (New Brunswick, NJ: Rutgers Univ. Press, 1976) at 26-27.
- 7 במילים אחרות, משפט פלילי מניח שאלומות כבר איננה תגובה לגיטימית בתוך חברה, ושהמונופול על שימוש בה נמסר למדינה. משפט בינלאומי, מצד שני, מכיר עדיין בלגיטימיות של פנייה לאלומות במקרים מסוימים ("מלחמה צודקת"). אך רק כשהנוקט בה הוא קולקטיב מוכר. פלטשר מסביר שפשעי מלחמה ממוקמים בגבול שבין שתי הפקודות החוקיות האלה. "מצד אחד, הפקודה החוקית האלטרנטיבית המכונה מלחמה מדכאה את זהותו של החייל האינדיווידואלי ומבודדת אותו מאחריותו הפלילית; מצד שני, הפקודה החוקית הבינלאומית קובעת שאינדיווידואלים נושאים באחריות בגין צורות מסוימות של יחס בלתי מוסרי ופוגע כלפי האויב." George Fletcher, "Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt," 111 *Yale Law Journal* (2002) 1499, p. 1518.
- 8 זאת בשל המחויבות של משפט פלילי ליברלי להוציא "מניע" משיקולי האחריות שלו. לביקורת על התפקיד של מניע פוליטי במשפט פלילי ליברלי, ראו: Alan Norrie, *Crime, Reason and History*, 2nd ed., (London:
- Anthony: ראו: *Buttersworth*, 2001) pp. 35–58
Duff, "Principle and Contradiction in the Criminal Law: Motives and Criminal Liability," in *Philosophy and the Criminal Law* Duff ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 156, pp. 179–184.
- 9 Ronald Dworkin, "What the Court Really Said", 51 *Num. 13, N.Y. Rev. Books* (August 12, 2004).
- 10 Leora Bilsky, *Transformative Justice*: ראו: *Israeli Identity on Trial* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004).
- 11 ברי שאלות של סמכות שיפוט הן גם שאלות משפטיות, אך הן מצביעות לעובדה פוליטית חוץ-משפטית הדרושה על מנת להכריע בהן.
- 12 הנורמות של עצמאות והעדר משוא פנים מבוססות על קיום המרחק בין הטריבוטל וה"מקרה" והגנה עליו. להרחבה על המבנה המשולש של המשפט כבסיס ללגיטימיות שלו ראו: Martin M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press, 1981).
- 13 במונחים משפטיים, משפט בינלאומי מכיר בחמישה עקרונות של סמכות שיפוט (עקרון הטריטוריאליות, עקרון הלאומיות, עקרון ההגנה, האישיות הפסיבית והעיקרון האוניברסלי). ראו: Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (Oxford: Clarendon Press, 1997) pp. 140-141.
- 14 יש לכך גילויים אחרים, כמו הזכות למשפט בידי מושבעים בתיקים פליליים. להרחבה לגבי הקשר הזה וההיסטוריה שלו במשפט האנגלי, ראו: Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200–1800* (1985).
- 15 לתפישה אחרת במהלך ימי הביניים, שקישרה משפט פלילי לקהילה של אנשים ולא לטריטוריה, ראו: Marian Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and the Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge* (1994).
- 16 השאלה כיצד סמכות שיפוט אוניברסלית משנה מיסודם את היחסים שבין משפט, טריבוטל וקהילה ראויה למאמר שלם. לפי השקפתי, המעבר של מקרים של "שוני רדיקלי" לבתי משפט של צד שלישי, המפעילים משפט אוניברסלי, לא פותר בהכרח את הבעיות של פוליטיזציה. ראו: Leora Bilsky, *Universal Jurisdiction and the Eichmann Trial* (unpublished manuscript). כמה כותבים העלו את הבעיה בכך שהצביעו על המאפיינים הלא-דמוקרטיים של משפטים בסמכות שיפוט אוניברסלית. ראו: Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism* (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- 17 מערכת בתי המשפט הצבאיים פעלה בעזה (עד 2005) והיא עדיין בתוקף בגדה המערבית. היא משמשת כענף

ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם) ניתן ביום 14.12.2006. בעוד שבית המשפט העליון אישר את השימוש ב"חיסולים ממוקדים" נגד אזרחים שהם גם "לוחמים בלתי חוקיים", הוא קבע כי: "אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, כלל זה מתבקש מעקרונ המידתיות. אכן, מבין האמצעים הצבאיים, יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה... משפט עדיף על שימוש בכוח. מדינת חוק נוקטת ככל האפשר בהליכי משפט ולא בהליכי כוח" (השופט ברק, בפסקה 40).

23 להרחבה לגבי המתח בין אשמה קולקטיבית ומשפט פלילי ראו: פלטר, הערה 7, לעיל.

24 תפ"ח (ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (טרם פורסם) ניתן ביום 20.5.2004 (להלן: עניין ברגותי).

25 ע"פ 336/61 אייכמן נ' מדינת ישראל פ"ד (טז) 2033.

26 ראו ביקורת של חנה ארנדט לגבי הסתמכות בית המשפט על "פשעים נגד העם היהודי" לעומת "פשעים נגד האנושות". Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (New York: Viking Press, 1963).

27 עניין ברגותי, בפסקה 171.

28 להרחבה לגבי הרעיון של "אוטונומיה חלקית" במשפטים פוליטיים, ראו: "Some Critical Theories of Law and Their Critics" *The Politics of Law* 3rd ed. David Kairys ed., (New York: Basic Books, 1998) pp. 64–61. נראה כי להדגמת האוטונומיה היחסית על ידי בית המשפט שדן בענייניו של ברגותי היתה השפעה על מדיניות התביעה הישראלית. כך, אחרי שהצבא לכד את אחמד סעד בשל כך שהשתתף לכאורה בהתנקשות בחיי השר הישראלי רחבעם זאבי, החליטו רשויות התביעה בישראל שלא לנהל את משפטו בבתי משפט אזרחיים, אלא בבית משפט צבאי. ראו: הארץ, 27 באפריל, 2006. באותו אופן בחרו רשויות התביעה להביא את ההליכים בפני בתי המשפט הצבאיים במקרים של חברי פרלמנט פלסטיניים אחרים. במהלך חודש יוני 2006, זמן קצר לאחר חטיפת החייל הישראלי גלעד שליט, הועמדו למשפט עשרים חברי פרלמנט פלסטינים ושרים בבתי משפט צבאיים. ההאשמות נגדם כללו עבירות של חברות בארגונים בלתי חוקיים, ובמקרים מסוימים, תעמולה לתמיכה בפעולות טרור.

29 ברגותי יוצג במשך הליכי המעצר, אז העלו עורכי דינו את הטענה נגד סמכות השיפוט של בית המשפט. אולם, בית המשפט לא יישב את עניין הסמכות בשלב זה של ההליכים. ראו ב"ש (ת"א) 92134/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (טרם פורסם) ניתן ביום 12.12.2002. בפתיחת משפטו, הציג ברגותי בעצמו את טענותיו המקדמיות נגד סמכות השיפוט של בית המשפט, ללא ייצוג משפטי. ב"נאומו" הוא הצהיר כי "בית המשפט והסנגוריה

של השלטון הצבאי המינהלי בשטחים הכבושים. מועמדים בה לדין פלסטינים, על בסיס יומי, בגין ביצוע מעשי טרור מסוגים שונים. ראו: Lisa Hajjar, *Courting Conflict: The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza* (Berkeley: University of California Press, 2005).

18 המשפט הבינלאומי מתחיל להכיר בהדרגה במצבים של הגדרה עצמית, שבהם עם פונה להשתמש בכוח נגד כוח קולוניאלי, כעניין שאינו רק פנימי. ההגדרה המוסמכת של "aggression" (1974), שאומצה על ידי האסיפה הכללית של האו"ם, מציגה בסעיף 7 את זכותו של עם הזכאי להגדרה עצמית, אך זו נשללת ממנו תוך שימוש בכוח, "להיאבק למען מטרה זו ולחפש ולקבל תמיכה, בהתאם לעקרונות כתב הזכויות ובהתאם להצהרה 197". ראו: Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2003) pp. 1036–1039.

19 ניתן למצוא סיכום הטענות שהעלה העותר באתר של עדאלה: www.adalah.org/eng/legaladvocacypolitical.php#11225

20 עניין בשארה (ההחלטה ניתנה ביום 12 בנובמבר, 2003). השאלה אם חבר כנסת ישראלי נהנה מחסינות פרלמנטרית מפני אישומים פליליים נדונה ראשית בוועדת הכנסת, שמגישה את המלצותיה למליאת הכנסת. רק לאחר הסרת החסינות על ידי הכנסת ניתן להביא את העניין בפני בית משפט. במקרה של בשארה, בית המשפט שדן בתיק החליט לדחות את החלטתו בעניין החסינות לסוף המשפט, לאחר שיוחלטו העניינים המהותיים הנוגעים לאחריות פלילית. הנאשם, חבר הכנסת (לשעבר) בשארה, עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק בעניין זה, ובי"ב בפברואר 2006 פסק בית המשפט העליון לטובתו. בג"ץ 11225/03 בשארה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם).

21 בית המשפט הסביר כי יש לישראל סמכות להבטיח את ביטחונם של ישראלים אפילו בשטחים הכבושים, וכי סמכות זו בוטאה באופן מפורש בהסכמי אוסלו. בית המשפט הוסיף כי מאחר שהסכמי אוסלו הופרו באופן שיטתי על ידי הפלסטינים, "בכל קנה מידה של היגיון אנושי" אין לקבל את הטענה שיש לאכוף את ההסכם. בית המשפט פסק שברגותי לא היה זכאי למעמד של "שבוי מלחמה" מאחר שאינו עומד בדרישות של אמנת ז'נבה (כגון נשיאת סימן היכר קבוע של חייל, נשיאת נשק בגלוי והימנעות מתקיפת אזרחים) ועל כן יש לראות בו "לוחם בלתי חוקי", שצריך לעמוד לדין על פשעיו. על פי בית המשפט, לא היתה כל הפרה של המשפט הבינלאומי, המתיר מעצרו של אלה שעלולים להוות סיכון לאינטרסים הביטחוניים של ישראל. חוקיות הדרך שבה הובא ברגותי למשפט היתה עניין נפרד, שלא היתה לו השפעה על סמכות השיפוט של בית המשפט (בטיעון זה נשען בית המשפט על התקדים של משפט אייכמן). בית המשפט גם פסק שהמשפט הבינלאומי לא מכיר בחסינות של אזרח מדינה א', שמבצע פשעים במדינה ב'.

22 ראו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

- ישראל אצל קרוביהם בסוריה, גם כניסיון לשבור את המבנה הבינארי. לפי התפישה הקלאסית של משפט בינלאומי, כששתי מדינות מצויות במצב מלחמה, כל הנתינים החבים נאמנות למדינה אחת מצויים במלחמה עם כל הנתינים של המדינה האחרת. ה"ביקורים" המאורגנים של בשארה הרגישו את העובדה שערביי ישראל הם אזרחים של מדינה שרואה בסוריה "אויבת", אבל בעת ובעונה אחת הם גם קשורים בקשרי משפחה לנתינים סורים. במילים אחרות, בשארה ניסה לתקוע יתד בין האינדיווידואל למדינה ובכך להצביע על אופציה שלישית – זו של יחסים (של נסיעה ושל ביקור) בין אינדיווידואלים של שתי המדינות. להרחבה על אופציה שלישית כזו באמצעות השימוש במשפט הבינלאומי הפרטי ראו: Karen Knop, *Public/Private Citizenship* (unpublished manuscript, on file with author).
- 37 עניין טיבי. שבו הפך בית המשפט העליון את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול את חבר הכנסת בשארה ואת מפלגתו, בל"ד, מהשתתפות בבחירות הכלליות בשל מצעה הקורא להפיכת ישראל ל"מדינת כל אזרחיה".
- 38 באופן מעניין, אפילו השופט שהיה בדעת מיעוט, שסבר כי חסינות פרלמנטרית אינה מגינה על נאומים אלה, הסכים שיש להעניק הגנה גדולה יותר לחברי כנסת נבחרים, אפילו במקרים שבהם נראה כי הנאומים שלהם מפרים איסורים פליליים.
- 39 דעה זו לא היתה זמינה בתביעה קודמת שהוגשה נגד עיתונאי ערבי: ע"פ 96/8613 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, שבה בחר בית המשפט העליון לזכות על בסיס פירוש מחמיר של פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948.
- 40 בילסקי, הערה 1, לעיל.
- 41 להרחבה ראו: Leora Bilsky, "Strangers Within: The Barghouti and the Bishara Criminal Trials," in *Law and the Stranger* (Stanford: Stanford University Press, forthcoming).
- הציבורית מייצגים את הכיבוש הישראלי והם כאן כדי להגן עליו... יש כתב אישום נגדי. לא קראתי או שמעתי אותו... אני לא מכיר בו". החלטת בית המשפט שיש לו סמכות שיפוט במקרה זה התייחסה לטיעונים המשפטיים של ברגותי, שהוצגו בהליכי המעצר. עניין ברגותי (טרם פורסם), החלטה מיום 19.1.2003.
- 30 ברגותי סירב לשכור את שירותיו של עורך דין פרטי או לקבל ייצוג של עורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית הישראלית. בית המשפט הורה לסנגוריה הציבורית לייצג את ברגותי בכל זאת. עניין ברגותי (טרם פורסם) החלטה מיום 27.3.2004. אולם, עורכי הדין מטעם הסנגוריה הציבורית לא סיפקו הגנה פעילה על מנת שלא לפעול נגד רצון הלקוח שלהם. להרחבה בעניין, ראו: K. Mann and D. Weiner, "Creating a Public Defender System in the Shadow of the Israeli – Palestinian Conflict," 48 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* (2003) 91, pp. 111–122.
- 31 "האינתיפאדה במשפט טירוטה", גלובס, 9 באוקטובר, 2002.
- 32 השופט טל בעניין ברגותי. ברגותי טען עוד כי הוא עמד במגבלות של "חוקי המלחמה", שכן הוא הגביל את אנשיו לפעולות בתוך גבולות "הקו הירוק". ראו, למשל, עניין ברגותי, בפסקה 42 (ציטוט מדבריו של העד רדאידה, שהסביר שברגותי היה מוכן לספק לו אמל"ח רק אם יפעל נגד חיילים ומתנחלים). ראו גם, שם, בפסקה 49 (ציטוט מדבריו של העד עמור, שהצהיר שברגותי אמר לו להעדיף מטרות צבאיות על פני מטרות אזרחיות). בית המשפט דחה את ההבחנה בין קטגוריות שונות של אזרחים (מתנחלים וישראלים בתוך גבולות הקו הירוק) כבלתי תקפה מבחינה משפטית.
- 33 אכן, ברגותי השתתף בבחירות 2006 ברשות הפלסטינית, בעודו בכלא ישראלי, ונבחר לפרלמנט. הוא גם יזם את "הסכם האסירים" בין הפלגים הפלסטינים השונים לגבי גבולות 1967 וחתם עליו, ראו: הארץ, 11 במאי, 2006.
- 34 בשארה הובא למשפט על בסיס שני כתבי אישום: אחד בגין ארגון ביקורים של ערבים אזרחי ישראל בסוריה (כתב האישום בוטל אחרי שנתיים של דיונים) ושני בגין נאומים פוליטיים שנשא. צירוף התיקים היה אמור לחזק את הלגיטימיות של התביעה הפלילית (מאחר שהראשון סיפק בסיס על "פעולה" לתביעה הפלילית שהוא מעבר ל"דיבור"). אולם, הלגיטימיות של המשפט התערערה כשבית המשפט ביטל את התיק הראשון נגד בשארה. להרחבה לגבי הפוליטיקה של משפטים אלה, ראו: נימר סולטאני ואריג' סבאע'ח'ורי, ההתנגדות להגמוניה: משפטו של עזמי בשארה (חיפה: מדה אלכרמל, 2003).
- 35 הנאום בתרגום עברי מופיע בבג"ץ 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' אחמד טיבי פ"ד נו(4), בפסקה 31 (להלן: טיבי).
- 36 לדוגמה, נטען ש"דרך שלישית" כזו של התנגדות הופעלה בכפר בילעין בהפגנות נגד בניית גדר ההפרדה. ראו יונתן ליס, "שקרים וכוח מופרז מול מפגיני הגדר", הארץ, 28 ביולי, 2005. אפשר לפרש את המעשה החתרני של בשארה, ארגון ביקורים משפחתיים של ערבים אזרחי

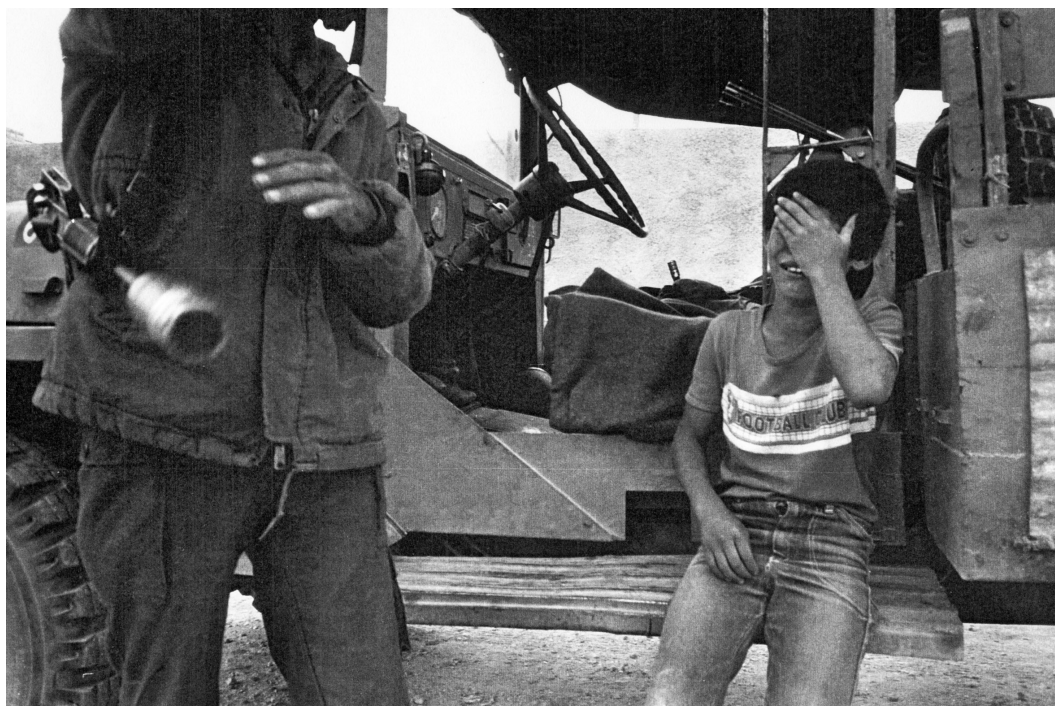
1982, עזה, צילום: יוסף הוכמן

עזה. שני הילדים העצורים אינם מבוהלים. הם דרוכים לדעת מה יכריע החייל שהם נתונים למרותו. הם עוקבים אחר תנועותיו, מנסים להציל משפת גופו או מן מהדברים שהוא אומר מעל ראשיהם לחייל אחר, מידע כלשהו על הצפוי להם.



1989, חוסאן, צילום: מיקי קרצמן

חוסאן. לחברו של הנער הזה הורו לסלק את האבנים שהונחו לרוחב הכביש כדי לחסום את התנועה. עליו ציוו לעלות לג'יפ ולחכות. ההבדל בעונשים נועד להחדיר אי־ודאות, לזרוע פחד וכניעות, לסמן שהחוק אינו רלוונטי, שהסמכות ומקור הסמכות חדיהם, שיש מקום למשא ומתן על העונש (חנופה, שיתוף פעולה, וסיוע יכולים לעזור), ושלעונש יש ממד חינוכי (למען יראו וייראו). נראה שהנער יודע שבמצב זה של העניינים, מוטב לו למנוע מהדמעות לפרוץ מעיניו.



להרחיב את המרווח(ים) – הרהורים על משפט, לאומיות ואנושיות

(בעקבות בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה)¹

ברק מדינה ואילן סבן

מגוון עמדות ביחס לשאלות העומדות בלב הקונפליקט – שאלת יעדי המאבק של העם הפלסטיני ושאלת האמצעים הננקטים במאבק זה. השאלה הראשונה היא, האם המאבק חותר להביא לתום הכיבוש הארוך כל כך, על הנישול הנלווה אליו (ההתנחלויות). אך תוך הסתפקות ב"פתרון שתי המדינות", או שמא עליו לחתור להשגת תביעה נוספת – לזכות השיבה ומימושה המקיף בתוך ישראל – ואולי עוד הלאה, למדינה דו-לאומית בכל שטח פלסטין המנדטורית, ואולי למדינת שריעה בפלסטין כולה? שנית, בקרב המיעוט מופיעה מחלוקת עמוקה הן בשאלת הלגיטימיות המוסרית והן בשאלת התועלת הנובעת מאמצעים שונים המשמשים חלקים מבני עמו של המיעוט במאבקם להשיג יעדים כאלה או אחרים (סוגיית הטרור והמאבק המזוין). שלישית, העמדות מתפצלות גם ביחס לטיב הקשר העתידי בין המיעוט לבין עמו לבין מדינת ישראל, בהנחה שראוי כי זו תמשיך להתקיים.⁴ כאן מופיעה השאלה העיקרית שבה אנו מבקשים לדון: מהו המרווח שמותרתה ישראל לבטייה של אזרחיה הערבים, על מגוון עמדותיהם, בכל הנוגע לאמצעי המאבק הננקטים בידי בני-עמם כלפי מדינתם ובכל הנוגע ליעדי המאבק? פסק דין בשארה נוגע כל כולו בסוגיית מרווחי פעולה. ראשית, הוא מתמקד בנאום של חבר כנסת ערבי, הקורא להרחבת מרווח הפעולה/ההתנגדות של הערבים (הפלסטינים ותושבי מדינות ערב) למדיניותה של ישראל. שנית, פסק הדין משרטט באורח ליברלי את המרווח שבו אנו מתמקדים – מרווח הפעולה הפוליטית של המיעוט הערבי-פלסטיני ונציגיו בעניינו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני והישראלי-הערבי. שלישית, פסק הדין משקף מרווח נוסף – זה הנתון (עדיין) לבית המשפט העליון הישראלי כדי לפעול למימוש העקרונות הליברליים הבסיסיים של הסובלנות למרות מצב החירום.

בפסק דין שניתן בפברואר 2006 פסק בית המשפט הגבוה לצדק, כי אין להעמיד לדין את חבר הכנסת (לשעבר) עזמי בשארה בגין נאומים שנשא לפני שנים ספורות, שבהם שיבח את החיזבאללה על הצלחתו במאבק נגד צה"ל בדרום לבנון והביע תמיכה ב"התנגדות" לכיבוש. בית המשפט העליון קבע, ברוב דעות, כי דבריו של בשארה חוסים בגדר החסינות המוקנית לחבר הכנסת ביחס ל"הבעת דעה... במילוי תפקידו". זו היתה הפעם הראשונה שבה הוגש כתב אישום נגד חבר כנסת בגין הבעת דעה בנושא פוליטי, ומכאן חשיבותו הרבה של פסק הדין הן ביחס להיקף החסינות המהותית של חברי הכנסת והן ביחס להגנה על חופש הביטוי בכלל.

ברשימה קצרה זו אנו מבקשים ללבן כמה נקודות מרכזיות שפסק הדין מחדד, ובכללן סוגיה פוליטית בעלת חשיבות ורגישות מיוחדת: סוגיית המרווח שמותר המשפט הישראלי בפני המיעוט הערבי-פלסטיני לפעולה בזירת הסכסוך הישראלי-פלסטיני והסכסוך הישראלי-הערבי.²

כמו אקרויט על חבל דק: המיעוט הערבי-פלסטיני והמציאות הישראלית-פלסטינית

עיון במצב הדברים הנוכחי מגלה הכרעה ובחירה ארוכות-שנים של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל: לסייע לעמו ללא הצטרפות למאבק המזוין נגד מדינתו.³ שיתוף פעולה של אזרחים ערבים עם המאבק המזוין לצורותיו השונות נותר תופעה שולית מאוד, המתקבלת בגינוי פנימי. רוב מוחלט בקרב בני קהילת המיעוט מגבילים את הסיוע שהם מנסים להגיש לעמם לאותן דרכים שהמשפט הישראלי מותר להם: מאבק פוליטי פרלמנטרי, מאבק משפטי ואזרחי אחר, השתתפות בשיח הציבורי (הישראלי, הפלסטיני, הכלל-ערבי והגלובלי), תרומות חומריות לנזקקים וכדומה. עם זאת, בקרב המיעוט הערבי-פלסטיני קיימות

לכיבושה של מדינתנו? דוגמה קרובה אחרת היא הדרישה מהמיעוט הערבי להיות האוונגרד בתביעה לויתור על מימוש זכות השיבה של הפליטים הפלסטינים. אנו עצמנו סבורים שויתור זה הוא מרכיב הכרחי בהסדר עתידי בין שני העמים. ואולם תהא זו אטימות לב שלא לראות מדוע קשה למיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל לקבל על עצמו תפקיד שכזה. דווקא הוא, שניצל מהפליטות, מתקשה מאוד להיות ראש החץ הקורא לאומללים, לפליטים, להסכים עם כך שאת שנעשה ב-1948 אין להשיב.

אלו שתי דוגמאות בלבד לדרישות קשות, כמעט בלתי אפשריות, המוצבות בהווה בפני המיעוט. מנגד, לא כל דרישה חד-משמעית היא פסולה. יש לפחות דרישה אחת שראויה בעינינו להקפדה רבה של בני קהילת המיעוט. זו דרישה שעניינה אמצעי המאבק או האמצעים המשמשים לניסיון להשיג את השינוי. האזרחים הערבים-הפלסטינים של ישראל – כמו יתר בני האדם – חבים כיבוד מלא של האיסור שמטילה האנושיות, שמטיל המוסר ושמטיל החוק על השימוש באמצעי טרור. באופן דומה ראוי (כל עוד ישראל אינה מידרדרת להיות דיקטטורה רצחנית), שהאזרחים הערבים יצייתו לסייגים שמטילה האמנה החברתית הפנים-ישראלית על אזרחי המדינה – משמע, שלא ייטלו חלק במאבק מזוין נגדה.

עם זאת, יש הבחנה מוסרית חשובה בין תביעה מהמיעוט שלא להיות שותף למאבק המזוין לבין דרישה גורפת כי יותר על הסולידריות שלו עם המאבק של עמו. יתרה מכך, במישור התועלתני דרישה שכזו נושאת פוטנציאל הרס גדול. היא מחמירה את משבר הלגיטימציה של "המדינה היהודית והדמוקרטית" בעיניו של המיעוט הלאומי. זאת משום שהיא פונה לצמצם את חופש הביטוי של המיעוט ולא רק את חופש המעשה שלו (בסוגיה הנוגעת בנימי נפשו), ובכך מצמצמת את ממדיה הדמוקרטיות של ישראל, שכבר עתה אינם רחבים. שבר חד בלגיטימציה של ישראל בעיני המיעוט יהיה צעד בדרך להצטרפותו למאבק האלים. אם כך יקרה, חלילה, העימות הלאומי

עמדתנו היא, שיצירת "מרווחים" היא צורך מפתח במציאות הסוגרת עלינו בהווה. הלכי-הרוח בקרבנו בינאריים, צבועים בשחור-לבן ונוטים לפשטנות; כל צד בסכוך הישראלי-הפלסטיני מתבוסס בכאבו, מתבצר בתחושת הצדק שלו, עסוק בפחדיו ומונע על ידם – וחותר להכרעה שתסיים החלטית ("אחת ולתמיד") את סבלו. למרבה הקושי, המציאות הישראלית-הפלסטינית מזמנת ערבוב קשה להתרה בין הכרעות חדות שאכן נדרשות לבין תביעות להכרעה, שאם יטופלו בחדות יהיו הרסניות.

אחת מאלו האחרונות מתדפקת על דלתו של המיעוט הלאומי בישראל ותובעת ממנו תשובה חדה והחלטית לשאלה: "הלנו אתה או לצרינו?" שאלה זו באה במיוחד מצד הרוב הישראלי-היהודי, אך מגיעה לעתים מזומנות גם מהכיוון המנוגד, של הרגש הלאומי-הפלסטיני.

לשאלה/דרישה זו יש נוכחות עמוקה בחיינו המשותפים. היא עומדת, בין היתר, ביסוד הדרישה להנהיג שירות אזרחי לאזרחים הערבים. מבחינתה של קהילת הרוב, דרישה זו היא מעין נייר לקמוס של נאמנות. הישראלים-היהודים אומרים: "אתם רוצים שוויון אמיתי – תנו שוויון חובות; זה יהיה הסמן של אזרחותכם, התנאי להשתלבותכם המלאה". על כך משיבים האזרחים הערבים: "תנו להרגיש שווים באמת, ואז אולי נהיה מוכנים לתרום משהו דוגמת שירות אזרחי". משמע, כל צד ממתין לשינוי מהותי שיתחולל (קודם, כמובן) בצד האחר. ואולם שתי הטענות – של היהודים ושל הערבים – אינן כנות, ומכל מקום אינן מלאות. חלק מהיסוד הטרגי במצבנו נעוץ בכך שהמיעוט הערבי-הפלסטיני לא יוכל לעולם להבטיח נאמנות מלאה/השלמה מלאה עם מדינת ישראל – עד שעמו ישתחרר מכיבושה של זו ומהנישול שגרמה לו. כיצד יכולים בני אדם בעלי כבוד עצמי להתפשר על "עסקה דו-צדדית" שמתעלמת מצלע שלישית מרכזית: העם הפלסטיני החלש, המושפל, הנמצא תחת הכיבוש הישראלי? מי אמור להסכים, ולהצהיר שהוא מסכים, לעסקה של "סיר הבשר" תמורת ויתור על הסולידריות עם עמו הנתון זה שני דורות

תשי"א-1951, שהוא במוקד הדיון בפסק דין בשארה, תוקן בכל הנוגע לחסינות המהותית הנתונה לחברי כנסת. סעיף 1 לחוק קובע עתה כלהלן:

1. (א) חבר הכנסת לא ישא באחריות פלילית או אזרחית, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית, בשל הצבעה, או בשל הבעת דעה בעל פה או בכתב, או בשל מעשה שעשה - בכנסת או מחוצה לה - אם היו ההצבעה, הבעת הדעה או המעשה במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת. (א1) למען הסר ספק, מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים, של חבר הכנסת שיש בהם אחד מאלה, אין רואים אותם, לעניין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת:

... (4) תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

3. התיקון השלישי הוא הוספת סעיף 2ד144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (במקביל להשמטת הוראה מהפקודה למניעת טרור).⁵ הסעיף קובע לאמור:

(א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה - פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו - מאסר חמש שנים.

והנה, במהלך שקשה להפריז בחשיבותו מיתן בית המשפט העליון את המהלכים התחקיקתיים הנזכרים, באמצעות פרשנות של אותם מהלכים בדרך המשמרת מרווח פעולה משמעותי למיעוט הערבי-הפלסטיני. נדגים זאת באמצעות פסק דין בשארה, שהוא אחד מכמה פסקי דין שהמהלך האנטי-דיכטומי, המהלך המגשר, הוא נתיבם.⁶ עם זאת, נמהר כבר עתה להוסיף, כי קשה לבטוח בכוחו של בית המשפט למנוע לבדו את קריסת הקווים האדומים בתרבות הפוליטית של ישראל.

בארץ ישראל/פלסטין יעבור טרנספורמציה מהותית. בוזמנית ישתנו הצדדים לעימות, אפשרויות ההיחלצות ממנו והמחיר שהוא גובה: שלושת הצדדים שסביב השסע הלאומי (קהילת רוב יהודית, מיעוט פלסטיני, עם פלסטיני) יצטמצמו לשניים; ומכיוון שאזרחים יהודים ואזרחים ערבים בישראל מעורבבים מרחבית, אופציית החלוקה (פתרון שתי המדינות) תלך לעולמה בעקבות התפתחות זו. מכלול שטח ישראל/פלסטין יעמוד להסדרה, וכל צד ייתפס בעיני האחר כנאבק להשגת ההגמוניה ביישות האחת והיחידה. בתמצית, המאבק הלאומי ילבש אופי מבהיל של "הכל או לא כלום".

נראה, עם זאת, שעמדה מהסוג שאנו מציגים כאן נופלת על אוזניים ערלות, ומכל מקום היא נדחית. חלקים רחבים בקהילת הרוב היהודית מנסים לדחוק במיעוט להכרעה חד-משמעית של ויתור על סולידריות עם המאבק של עמו בעת הנוכחית. ניסיון זה מצא ביטוי במישור התחקיקתי. שלושה מהלכים מרכזיים התגבשו בדמותם של תיקוני חקיקה שהתקבלו בשנת 2002, כשנה וחצי לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה:

1. סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שעוסק בהגבלת היכולת להשתתף בבחירות לכנסת, קובע עתה את ההוראות הבאות:

(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

התיקון העיקרי שהתקבל כאן הוא הוספת סעיף-קטן (3).

2. חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם,

לאחרונה, למשל, הוא כשל במבחן מרכזי. בדעת רוב של שישה שופטים נגד חמישה בחר בית המשפט להותיר על כנו חוק שבעינינו אינו מידתי, והמקפל בחובו השלכות אנושיות קשות במיוחד – חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.⁷ חוק זה מגביל באופן גורף איחוד משפחות של אזרחי המדינה עם בני-זוג פלסטינים תושבי השטחים. ההצדקה לחקיקת החוק היתה ביטחונית, אבל האמצעי שננקט כדי להתמודד עם הסיכון הביטחוני אינו מידתי באופן חמור.

פסק דין בשארה

חבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה צוטט כמי שהביע תמיכה, בשתי הזדמנויות שונות, במאבקו של ארגון חיזבאללה נגד הכיבוש הישראלי בדרום לבנון. נטען כי בנאום שנישא ביוני 2000 באום אל-פחם הכריז חבר הכנסת בשארה, בין היתר, כי:

החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל.⁸

כמו כן נטען, כי בנאום שנישא בסוריה כשנה מאוחר יותר, הביע חבר הכנסת בשארה תמיכה ב"אופציית ההתנגדות":

לא עוד ניתן להמשיך, מבלי להרחיב את המרווח בין אפשרות המלחמה הכוללת ובין העובדה שהכניעה הינה בלתי אפשרית... באה ממשה ישראלית שמנסה להצר מרווח זה, כדי שתעמיד בחירה בנוסח: או קבלת התנאים הישראליים, או מלחמה כוללת. כך אי אפשר יהיה להמשיך באופציה השלישית, שהיא אופציית ה"התנגדות", אלא על ידי הרחבתו מחדש של המרווח הזה, כדי שהאנשים יוכלו לנהל מאבק ו"התנגדות". לא ניתן להרחיב מרווח זה אלא באמצעות עמדה מדינית ערבית מאוחדת ואפקטיבית בזירה הבינלאומית ואמנם הגיעה השעה לכך.

התבטאויות אלה הובילו לשתי תגובות משפטיות. ראשית, בספטמבר 2001 החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין את חבר הכנסת בשארה בגין שתי ההתבטאויות האמורות, בעבירה של

תמיכה בארגון טרוריסטי, על פי פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948. בשל כך הוגשה בקשה לכנסת להסרת חסינותו של חבר הכנסת בשארה. הבקשה התקבלה בנובמבר 2001 ובעקבות זאת הוגש נגדו כתב אישום. בהקשר זה יש לציין כי רק ביוני 2002 התקבל בכנסת התיקון לחוק חסינות חברי הכנסת, חובותיהם וזכויותיהם, תשי"א-1951, שמכוחו הוסף סעיף ו(א1) לחוק שבו נקבע כי החסינות אינה חלה, בין היתר, על "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל". שנית, הוחלט לפעול לשלילת זכותו של חבר הכנסת בשארה להתמודד בבחירות לכנסת. לשם כך התקבל ביוני 2002 התיקון הנזכר לעיל לסעיף דא לחוק-יסוד: הכנסת, ובו נקבע, בין היתר, כי "לא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם... יש במעשיו... תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל". מכוח הוראה זו ובעקבות בקשת היועץ המשפטי לממשלה, החליטה ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, בינואר 2003, שלא לאשר את מועמדותו של חבר הכנסת בשארה (ואת מועמדות מפלגתו, בל"ד) בבחירות לכנסת. ההחלטה התקבלה בעיקר בשל ההתבטאויות שיוחסו לו.

בפסק דין שניתן בינואר 2003 (הנימוקים פורסמו במאי 2003) חסם בית המשפט העליון את התגובה המשפטית השנייה, שהוגשה על ידי היועץ המשפטי וועדת הבחירות המרכזית, וקבע, ברוב של שבעה שופטים מול ארבעה, כי חבר הכנסת בשארה רשאי להשתתף בבחירות לכנסת (פרשה הידועה כפרשת טיבי).⁹ נקבע שם כי בדברים שיוחסו לו יש אמנם משום תמיכה בארגון שהוא ארגון טרור, אך לא הוכח במידה מספקת כי חבר הכנסת בשארה תומך דווקא במאבק מזוין או ב"התנגדות אלימה" של אותו ארגון, ולפיכך אין לשלול את זכותו להיות מועמד בבחירות לכנסת. כעת, בפסק הדין מושא דיונונו, חסם בית המשפט העליון גם את המהלך האחר – אישום פלילי בגין עבירות ביטוי – וקבע, ברוב של שני שופטים (הנשיא אהרן ברק והשופט אליעזר ריבלין) מול אחד (השופט אסתר חיות), כי עומדת לחבר הכנסת בשארה חסינות מפני העמדה לדין בגין

ההתבטאויות שיוחסו לו.

הנמקתם של שופטי הרוב נשענת על המהלכים

הבאים:

א. הנשיא ברק מקבל את עמדתה של שופטת המיעוט חיות, שלפיה התיקון לחוק החסינות הוא "תיקון מבהיר", תיקון הצהרתי, ולכן הוא עשוי ללכוד ברשתו גם ביטוי ומעשה של חבר כנסת שהופיעו קודם להתגבשותו. אשר על כן, יש לבחון אם הסייג לחסינות המהותית המופיע בתיקון האמור לכד ברשתו את הביטוי המיוחס לחבר הכנסת בשארה. אנו ספקניים מאוד ביחס לעמדה זו, אך מטעמי היקף לא נדון בה כאן.¹⁰ הסייג שהוסף בתיקון לחוק החסינות מבהיר כי ביטוי של חבר כנסת לא יחסה בצלה של החסינות המהותית, אם הוא בגדר "תמיכה במאבק מזוין" או תמיכה ב"מעשי טרור". בדומה לעמדת הרוב בפרשת טיבי, גם כאן הדגישה עמדת הרוב את ההבדל בין תמיכה במאבק מזוין או בטרור לבין "תמיכה בארגון טרור". תמיכה ("סתם") עשויה להיות במטרותיו של הארגון, להבדיל מאמצעיו, או תמיכה באותו חלק לא אלים של ארסנל האמצעים הננקט על ידי הארגון. בכך אין די מבחינת הסייג לחסינות המהותית.

הנשיא ברק קבע כי בדיקת השאלה אם הדברים שנאמרו הם בגדר תמיכה במאבק מזוין תיעשה, ברמה העקרונית, על בסיס ההנחה כי העובדות הנטענות בכתב האישום נכונות. משמע, בלי שמחלוקות עובדתיות סביב תוכן הנאומים או נסיבותיהם מלובנות בשלב זה. ואולם, בנקודה זו מופיעה בפסק דינו של הנשיא ברק מידה מסוימת של אי-בהירות, שכן הוא מאמץ את מסקנת הרוב בפרשת טיבי (פסילת הרשימות), שהתגבשה לא רק על בסיס ההתבטאויות שיוחסו לחבר הכנסת בשארה, אלא גם על בסיס הסברים ותוספות שסיפק חבר הכנסת בשארה בוועדת הבחירות המרכזית ובמקומות נוספים וכן על הערכת כוח השכנוע של הראיות שהוצגו לבית המשפט. כל אלו יחדיו הביאו לגיבוש הממצא הבא:

האם חבר הכנסת בשארה תומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל? ודוק, השאלה לפנינו אינה אם חבר הכנסת בשארה

תומך בארגון טרור... כפי שראינו, טענתו של חבר הכנסת בשארה הינה כי מגישתו הדמוקרטית-ליברלית נגזרת התנגדות לאלימות ולמאבק מזוין. על-פי השקפתו, ניתן להתנגד למה שהוא מכנה "כיבוש" בלא לנקוט מאבק מזוין. על כן הוא מתנגד לכל פגיעה באזרחים.¹¹

הננו סבורים כי לא הונחו בפנינו ראיות אשר במשקלן ובעוצמתן מקיימות את המבחן הנדרש... לא שוכנענו כי מונחות בפנינו ראיות משכנעות ברורות וחד משמעיות כי ח"כ בשארה תומך במאבק מזוין כנגד מדינת ישראל.¹²

ב. המחלוקת העיקרית שעלתה בין הרוב והמיעוט בפסק הדין, נגעה לשאלה אם ההכרעה השיפוטית שהתקבלה בפרשת טיבי, שלפיה אין לראות בהתבטאויות של חבר הכנסת בשארה "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל" לעניין הזכות להשתתף בבחירות, מחייבת את המסקנה כי אותן התבטאויות אינן בגדר "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל" לעניין סעיף 1(א1) לחוק החסינות.

השופטת חיות קבעה, בדעת מיעוט, כי יש להבחין בין שתי הקביעות. לשיטתה, "קיים שוני מהותי" בין ההסדר הנוגע לחסינות העניינית ובין שלילת הזכות להיבחר: "מניעת רשימה או מניעת מי ממועמדיה מלהתמודד בבחירות, פוגעות באופן בלתי הפיך בזכויות יסוד של הפרט" ואילו "אי-הענקת חסינות עניינית היא החלטה אשר מעצם טיבה מצומצמת לנסיבותיו של מקרה קונקרטי שלגביו מתעוררת שאלת החסינות, ואין בה כדי לשלול מידי חבר הכנסת באופן גורף את זכויותיו ואת אפשרויות הפעולה והביטוי העומדות לרשותו במסגרת תפקידו".¹³ לפיכך, לשיטתה, אין מקום להחיל לעניין הסייג לתחולתה של החסינות את המבחנים המחמירים שנקבעו בפסיקה לעניין הגבלת הזכות להיבחר. בפרט, השופטת חיות קבעה כי בהתחשב בעובדה שהנאומים של חבר הכנסת בשארה "כוללים שיר הלל ושבח לארגון החיזבאללה" ולנוכח ההכרזה על ארגון זה כארגון טרוריסטי, "יקשה שלא לראות בהתבטאויותיו של

- אך אשר התאוצה של ביצוע התפקיד יוצרת סיכון שהוא טבעי לתפקיד... [המדובר] בפעולות כה קשורות ושזורות בתפקידיו, עד כי קיים חשש, כי אם חבר הכנסת יידרש ליתן הדין על פעולות בלתי חוקיות אלה, הדבר ישפיע במישרין ויגביל את יכולתו לבצע את תפקידיו כחוק.

האם ההתבטאויות המיוחסות לחבר הכנסת בשארה נופלות בגדר מתחם הסיכון הטבעי? דעת הרוב משיבה על כך בחיוב, תוך שהיא מגבשת התפתחות חשובה במבחן מתחם הסיכון הטבעי. היא מרחיבה את המבחן מעבר לנוסחו בפרשת פנחסי, שבה נכתב פסק הדין המנחה בסוגיה זו. בלשונו של ד"ר בן-שמשי: "כעת ברור (מה שהיה בהערת אגב בפרשת פנחסי) שמבחן הסיכון הטבעי אינו תלוי ביסוד הנפשי של הדובר, לא נדרשת 'גלישה' במובן של חוסר שימת לב או משהו מעין זה. מבחן הסיכון הטבעי יחול גם אם הדברים נאמרו במכוון ומתוך מחשבה. עם זאת, עדיין נדרש שהדברים האסורים לא היוו את עיקר הדברים שנאמרו, ושלא נעשה ניסיון 'לנצל לרעה' את מוסד החסינות. הנימוק להרחבה: מדובר בביטוי, המצוי בלב לבה של הפעילות הפרלמנטרית. בנוסף, עבירות הביטוי מנוסחות בצורה רחבה מאוד, ועל כן יש צורך בהגנת החסינות העניינית על מנת לא להכביד יתר על המידה על חברי הכנסת במלאם את תפקידם (שהוא, כאמור, בעיקר התבטאויות בנאומים, מאמרים, הרצאות וכיו"ב)".¹⁷

ואכן, דעת הרוב מדגישה את העמימות האינהרנטית המלווה את עבירות הביטוי שעניינן קריאה לאלימות בחברה הישראלית השסועה. היא רומזת לסיכונים המיוחדים שעשויים להיות להשתקה כפויה של דיון בסוגיות ובטיעונים שהם גורליים לחברה הישראלית המחפשת את דרכה. הנשיא ברק בוחר לצטט כאן את דבריו מאירי העיניים של פרופ' קרמניצר:

הקושי הוא שהביטויים "שבח", "עידוד" ו"אהדה" הם רחבים ביותר... האם אמירה לפיה "אלמלא האינתיפאדה לא היה נכרת הסכם אוסלו" איננה בבחינת אהדה למעשי אלימות? האם תיאור קיפוחו של המיעוט הערבי והקושי או אי-האפשרות לחולל

העותר משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור".¹⁴

עמדת הרוב נקטה גישה אחרת. ביסודה של עמדת הרוב מונחת ההכרה בכך שאף שמדובר בהקשרים שאינם זהים, שיקולי המדיניות העומדים ביסודם דומים - השאיפה להגן על חירויות היסוד הפוליטיות. כפי שהדגיש השופט ריבלין, ההכרעה באשר להיקף תחולתו של הסייג לחסינות נובעת "מתפיסה ערכית באשר לאופן ההתמודדות הראוי של חברה דמוקרטית, ושל החברה הישראלית בפרט, עם אמירות מן הסוג שהשמיע העותר".¹⁵ תפיסה זו באה לידי ביטוי מובהק בהכרעה בעניין הזכות להיבחר, והיא זו שיושמה גם בהקשר הנדון כאן. שופטי הרוב קבעו כי לשם החלתו של הסייג לחסינות, נדרשות "ראיות משכנעות ברורות וחד משמעיות" לכך שחבר הכנסת הביע תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. מכיוון שבהליך הפלילי לא הובאו כל ראיות חדשות לעומת אלה שעליהן התבססה ההחלטה בעניין הגבלת הזכות להיבחר, המסקנה המתחייבת זהה.

ג. בכך לא תם הדיון. חבר הכנסת בשארה הואשם בעבירה של "תמיכה בארגון טרור" (סעיף 4(ב) לפקודה למניעת טרור, להבדיל מהסתה למאבק מזוין או למעשי טרור), והשאלה היא אם על עבירה זו - שכאמור אינה נופלת בגדר הסייג של סעיף 1(א1) לחוק חסינות חברי הכנסת - חלה, מלבתחילה, החסינות המהותית? האם התבטאויותיו הנזכרות של ח"כ בשארה נופלות כלל בגדר "הבעת הדעה... במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת"?

לפי הגישה הרווחת, שנדונה בפרשת פנחסי,¹⁶ תפקידו של חבר הכנסת כוללים עקרונית אך ורק פעולות שאינן אסורות לפי החוק, ואולם עניינה של החסינות הוא בפעולות בלתי חוקיות שהן בגדר "מתחם הסיכון הטבעי" של מילוי תפקידו של חבר הכנסת:

סביב [מילוי] תפקידו כדיון של חבר הכנסת מצוי מתחם של התנהגות, המשתרע על כל אופן פעולות אסורות - שאינן חלק מתפקידו של חבר הכנסת

שלושה הרהורים על משפט, לאומנות יהודית, לאומנות פלסטינית ואנושיות

1. פסק דין בשארה מצטרף לפסק דין בכרי (בעניין הקרנת הסרט ג'נין-ג'נין).²¹ בכך ששניהם כופים הרחבה של הפריזמה הצרה והתכופות צדקנית שבה מתבוננת החברה הישראלית-היהודית על סכסוך הדמים עם שכניה. לשון אחר, פסקי דין אלה מחוררים (מעט) את "הבועתיות" הישראלית-היהודית. בועתיות זו היא נוקשה, מקיפה ורב-השלכות, שכן היא נובעת לפחות משני יסודות משולבים שקשה לשנותם. ראשית, קהילת הרוב הישראלית-היהודית היא חד-לשונית. אין לה מגע בלתי-אמצעי עם עמדותיו של השכן. תפיסת עמדותיו של "האחר" עוברת דרך מתווכי-ידע הדוברים את שפתה של קהילה זו (בעיקר אנשי תקשורת, מורחנים ואנשי ביטחון ומודיעין). שנית, לקהילת הרוב היהודית יש כלים – ואתם היא אכן בוחרת להפעיל – לכפות בתוכה כמעט מונופול מלא של הנרטיב שלה. תוכנית הלימודים של ילדיה (ושל ילדי המיעוט הערבי-הפלסטיני) נמצאת בשליטתה המוחלטת, ויש לה גם שליטה רבה בתקשורת ההמונים. בכלי התקשורת הממלכתיים אין כמעט נוכחות של עורכים ודוברים ערבים, וגם כלי התקשורת האלקטרוניים הפרטיים דוברי העברית מצויים בשליטתם של בעלי הון ועורכים יהודים.²² בשנים האחרונות קיימת אמנם נגישות לכלי תקשורת זרים, אך חלק מהנגישות הפוטנציאלית הזו שוב לא מתממשת בשל מגבלות שפה של בני קהילת הרוב. פסקי הדין הנזכרים – ובתוכם, במקום חשוב, פסק דין בשארה – מאפשרים חדירה של "קולות אחרים" לתוך השיח הציבורי בישראל – קולות של נציגים מגוונים של המיעוט הערבי-הפלסטיני, המבקשים להצביע על פרוכות ועל הפרזות בסיפורים השגורים שקהילת הרוב מספרת לעצמה. קולות אלו מאפשרים להצביע על הפתחים הקיימים במה שאחרים רואים או מתארים כ"מבוי סתום", ויש בהם לפיכך כוח הפריה פוטנציאלי שקשה להפריז בו.

2. הדיבור על כוח הפריה "פוטנציאלי" נועד לעורר

שינוי משמעותי בעניין זה אינו עידוד אלימות? האם תיאור אמצעי הדיכוי הננקטים בשטחים המוחזקים תוך ביקורת חריפה ונוקבת עליהם איננו עידוד כזה? האם מחקר היסטורי המצביע על כך שבמצבים מסוימים לא ניתן להשיג את תשומת לבו של הרוב למצוקתו של המיעוט, אלא תוך שימוש באלימות, הוא עידוד לאלימות? האם התייחסות לקשר שבין מעשיה של הממשלה לבין פעולות טרור אינה מעודדת טרור? מדובר בפרסום דברים המצויים בלב התחום המוגן על-ידי חופש הביטוי.¹⁸

ד. פסק דינו של שופט הרוב השני, השופט ריבלין, מוסיף הנמקות חשובות למהלך המגוון על חופש הביטוי ועל החסינות המהותית של חברי הכנסת הערבים דווקא. הוא מצביע במשתמע על הרציונל האנטי-דיכוטומי (הרציונל המגשר) של פסיקת בית המשפט, שעליו עמדנו בפתח הדברים. ראו את הנקודות הבאות בהנמקתו:

התפיסה המרחיבה, השואפת לקיים ככל האפשר את חירויות היסוד, אינה מתנגשת בהכרח עם תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת. אדרבא, היא צומחת מתוך אותו מצע רעיוני ממש. שוק הרעיונות החופשי בכלל, וביטויי בבית הנבחרים בפרט, חיוני לשמירה על הדמוקרטיה. הגבלת האפשרות לבחור ולהיבחר לכנסת ובדרך זו לבטא דעות ועמדות, לא נועדה כדי לדכא את הדעות והעמדות, וודאי לא לאיינן. אדרבא, השותפות בהליך הדמוקרטי היא תכופות מחסום לפעילות אנטי-דמוקרטית, וחופש הביטוי, שהוא כלי העבודה המרכזי הנתון להם לחברי הכנסת כדי למלא את שליחותם, הוא לעתים קרובות צדו האחר של מטבע האלימות, האיבה המתפרצת, או תחושת הנרדפות וההפליה.¹⁹

... ובענייננו – לא ביטוי סתם כי אם ביטוי פוליטי, ולא ביטוי פוליטי סתם כי אם ביטוי פוליטי של חבר הכנסת, ולא חבר הכנסת סתם כי אם נציגה של קבוצת מיעוט. החסינות העניינית נועדה בראש ובראשונה להבטחת ייצוגן האפקטיבי של הקבוצות השונות באוכלוסייה בכנסת, באופן שקולן יישמע ולא יודר, ככל האפשר תחת המגבלות של החברה הדמוקרטית, מן השיח הציבורי במדינת ישראל; ...²⁰

גם את תשומת הלב של דוברי המיעוט עצמם. בהקשר זה איננו רוצים להחריש ביחס לביקורת שנותרה בלבבנו על עמדתו של חבר הכנסת בשארה.

עמדה זו אינה מוצגת במלוא מורכבותה ובמלוא קשיותה בפסק דינם של שופטי הרוב. עיון בעתירתו של חבר הכנסת בשארה, זו שעל בסיסה ניתן פסק הדין, מאפשר להבין טוב יותר את מכלול מרכיבי עמדתו בהקשרו של החיזבאללה. חבר הכנסת בשארה דווקא תומך במוצהר לא רק בחיזבאללה אלא גם באמצעיו, בהיותם "מלחמת גרילה" לשחרור מכיבוש.

ראו את הדברים הבאים, המופיעים בסעיף 74 לעתירה:

העותר [חבר הכנסת בשארה] יטען כי הנאום המיוחס לח"כ בשארה באום אל-פחם דומה במהותו לנאומי שניתן מספר ימים קודם לכן בפני מליאת הכנסת, אם כי הנאום בכנסת ביום 31.5.2000 היה אף תקיף, חד וחרוף יותר מהנאום המיוחס לו באום אל-פחם, כדבריו:

אדוני היושב-ראש, חברי הכנסת, ממשלת ישראל יכולה להציג את נסיגתה מלבנון כביצוע של החלטה 425 של מועצת הביטחון. אבל גם זכותה של ההתנגדות הלבנונית לכיבוש הישראלי להציג את זה כניצחון על הכיבוש הישראלי, לא במובן של צבא סדיר ולא במובן של ניצחון צבאי קלאסי, אבל במובן של מלחמת גרילה... ללא שום ספק יש כאן ניצחון של ההתנגדות הלבנונית בכל המובנים. ההתנגדות הלבנונית הוכיחה יכולת לקונסיסטנטיות, לעיקשות ולדבקות במטרה.

הרי ישראל כבשה את לבנון במטרה להרוס את אש"ף, לא את חיזבאללה, כי לא היה חיזבאללה; מי שיצר את חיזבאללה זה הכיבוש הישראלי. מימי לא חשבתי שחיזבאללה הוא ארגון טרור. תמיד חשבתי שהוא ארגון התנגדות לגיטימי בעברית ובערבית... הוא לא הביס את ישראל ולא הרס את ישראל ולא השמיד את ישראל, הוא הביס את הכיבוש הישראלי בלבנון...²⁵

עם זאת, בוועדת הבחירות המרכזית לקראת בחירות 2003 מעמעם חבר הכנסת בשארה את

תמיכתו במאבק המזוין של החיזבאללה. כך הובנו הדברים על ידי הנשיא ברק בפסק דינו בפרשת טיבי:²⁴

אשר ללבנון, הוא רואה את נוכחות צה"ל בה ככיבוש, והוא מכיר בחוקיות ההתנגדות הלבנונית נגד הכיבוש. יחד עם זאת, תמיכה בהתנגדות אין פירושה תמיכה בהתנגדות אלימה (עמ' 220-214 לפרוטוקול הדיון בוועדת הבחירות); ח"כ בשארה מוסיף ומציין כי אין זה מתפקיד מפלגה הפועלת בישראל להורות על דרכי ההתנגדות לכיבוש, לאלה המצויים תחת כיבוש. הוא אינו רואה בחיזבאללה ארגון טרור אלא ארגון גרילה הנלחם על אדמתו נגד הכיבוש. אשר לשטחים, הוא רואה גם בנוכחות ישראל בהם ככיבוש. אולם הוא מתנגד לשימוש באלימות כנגד אזרחים - אם בישראל ואם בשטחים. הוא מתנגד למתאבדים הפלסטינים, ומאשים את ישראל בהיווצרותה של תופעה זו. בדבריו בפני ועדת הבחירות ציין כי "פגיעה באזרחים חפים מפשע אינה מקובלת עלי... היא אשר יהא מקומה".

דעת הרוב בפרשת בשארה ראתה בעמימות הנזכרת משום בסיס השולל את התגבשותו של הסייג לחסינות המהותית הקבוע בסעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת.²⁵

ואולם דווקא כאן אנו מבקשים להשמיע את עיקר ביקורתנו על חבר הכנסת בשארה עצמו. ביקורת זו מושמעת מכיוון מוסרי. בשארה מרבה לדבר על "הרחבת המרווח". אך הנה המרווח החשוב באמת הוא זה שעניינו בהגדלת אפשרויות הפשרה בין העמים - האפשרויות לסיום מרחף הדמים. תרומתם של מנהיגים נבחרת בשאלה עד כמה הם תורמים לפריצת המעגל המוכר עד זרא של הרג - הרג שכנגד - צדקנות. אם קצנו במעגליות הזו, הרי שלא עוד רגשות לאומנית נחוצה לנו. נחוץ לנו הרגש המידלדל של האנושיות. רגש זה עיקר מעייניו בערך של חיי האדם - הוא שולל נחרצות פגיעה בחפים מפשע, והוא מחפש ומוכן גם לפשרה בכדי להשיג זאת. והנה, חבר הכנסת בשארה נעשה עם השנים יותר ויותר אמביוולנטי בהקשר זה. מצד אחד הוא מצביע על שורש מרכזי לאלימות - הכיבוש

והנישול – אך מצד אחר הוא מותיר עמימות ביחס לעמדתו הערכית כלפי פעולות החיזבאללה המופנות נגד אזרחים ישראלים בקרית שמונה או ביישובי גבול אחרים. יתר על כן, לעניין הנכונות להתפשר: החזון של חבר הכנסת בשארה למצב הישראלי-הפלסטיני אינו מכיל מרווח ממשי לפשרה. הוא "שלבי" – בשארה שואף לכינון עתידי של מדינה דו-לאומית אחת בשטח פלסטין המנדטורית (ארץ ישראל), מדינה ליברלית עם הסדרי שותפות-כוח בין הקהילות הלאומיות.²⁶ זהו חזון מוסרי שהדופי שבו אינו מופיע במישור העקרוני, אלא במישור המעשי של המציאות הישראלית-הפלסטינית. לאחר שואת היהודים באירופה, לאחר שנים ארוכות של חיים באזור הנחשב עוין ולאחר השבר של תהליך אוסלו ופריצת האינתיפאדה השנייה, מעטים מאוד הישראלים היהודים המוכנים לוותר על לפחות שני קווים אדומים: שליטה יהודית בשערי ההגירה לישראל, ושליטה יהודית בצבא ובכוחות ביטחון שיערבו לביטחונם. מסגרת דו-לאומית גורעת ממשית מהשליטה היהודית באותם מישורים קריטיים. מכאן ההתנגדות העזה לה. במילים אחרות, שני מהלכיו אלה של חבר הכנסת בשארה, אחד בתחום החזון והאחר בתחום האמצעים, אינם פורצים את המעגליות העצובה שלנו; הם דלק מניע להמשכה. הפרשנות הניתנת להם נעשית (כצפוי) מתוך עולם הפחדים של האזרחים היהודים. מרווח הפשרה הנלווה להם צר מאוד, אם הוא בכלל קיים; הם עלולים להביא לסגירת הדיאלוג, במקום לפתיחתו.

כאן צפויה תשובת-הנגד הבאה: תתפשרו אתם (היהודים הישראלים). המשך המעגל האלים צפוי דווקא מנתיב "שתי המדינות" – שכן אין כאן באמת פתרון לסכסוך. "פתרון" זה אינו נותן מענה מספק לתחושת הצדק הפלסטינית, ולפיכך הוא מותיר כוחות מתנגדים משמעותיים, שימשיכו את ההתנגדות האלימה כלפיו. מה תשובתנו? אכן יש להסכים, כי ההכרעה בין שתי האופציות המתחרות איננה עקרונית-אפריורית אלא קונטינגנטית – תלויה נסיבות. גם אופציית המדינה הדו-לאומית וגם אופציית שתי המדינות

צודקות למדי, וודאי אף אחת מהן אינה ראויה לפסילה על הסף. ההכרעה ביניהן מושפעת מאוד מהתחזית ביחס למחירו של הניסיון להגשים כל אחת מהן בנסיבות ההווה והעתיד הנראה לעין. את המחיר יש לאמוד על בסיס הערכות ותחזיות שונות. הגורמים התומכים בעינינו בפתרון שתי המדינות הם ההערכות הבאות: מדובר בפתרון שניתן להשגה בתוך טווח זמן לא ארוך, ויש לו כמה תוצאות ברורות והחלטיות: הפסקת הכיבוש והוצאת רוב רובם של בני שני העמים ממעגל הדמים. מנגד, לא ברור אם פתרון המדינה הדו-לאומית – לו כונן – היה אכן מביטח לשני העמים ביטחון קיומי והגינות. מדוע שפתרון זה לא יקרוס באלימות בתוך זמן לא רב (ראו, למשל, קפריסין של שנות ה-60 וה-70 ויוגוסלביה לשעבר)? יתרה מכך, לא צפוי שפתרון זה יתממש בטווח הנראה לעין, וסיכויי התממשותו מותנים, קרוב לוודאי, בהימצאותו של כוח זר חיצוני היכול לדרוף את שני העמים לפתרון "תאומים-סיאמיים" שכזה (והיכול לשמור את הפתרון הזה מפני אותה קריסה אלימה). למותר לציין כי כוחות שוחרי-טוב שכאלה אינם עומדים בתור למשימה הזו. בינתיים, בהמתנה לאותו פתרון, ימשיכו עוד דורות של פלסטינים וישראלים-יהודים להקיז אלה את דמם של אלה ואת דמם שלהם-עצמם.

למרות טיעונים אלה, ראוי לא להתבלבל: הסתייגותנו מחלק מעמדותיו של חבר הכנסת בשארה אינה טעם להגבלת חופש הביטוי שלו. חופש הביטוי שלו ושלנו הוא העומד ביסוד האפשרות ההדדית לשמוע ולהשמיע, לבקר חלקית ואולי להשתכנע, במידה כזו או אחרת.

3. נקודה אחרונה של הרהור נוגעת בצורך להתמודד עם נקודת ביקורת מרכזית, שלפיה התוצאה של פסק דין בשארה אינה עולה בקנה אחד עם כוונתם של יוזמי התיקון לחוק החסינות. החקיקה שהתקבלה בכנסת ב-2002 היתה במידה רבה תגובה להתבטאויותיו של חבר הכנסת בשארה, מתוך שאיפה ברורה של יוזמי התיקונים השונים לגרום לכך שביטויים מעין אלה יובילו לשלילת הזכות להיבחר בנסיבות הדומות לאלו שתוארו כאן (באמצעות התיקון לסעיף 7א

כנסת בפרט, מחייבת נקיטת עמדה טובלנית כלפי התבטאויות של חברי כנסת בנושאים פוליטיים. לשם כך אין די בסייגים המוטלים על הרשעה בגין התבטאויות (ובהם הדרישה לקיומה של אפשרות ממשית להתממשות נזק עקב הביטוי). ויש להרחיב את ההגנה על חופש הפעולה של חברי הכנסת באמצעות פירוש נדיב של החסינות המהותית המוקנית להם. ככלות הכול, בולטותם וחשיבותם של חברי כנסת המייצגים קהילות מיעוט הופכות אותם ל"חשודים מידיים" – נמענים עיקריים להתנכלויות מצד קהילת הרוב והרשויות השלטוניות שבשליטתה ("למען יראו וייראו"). אשר על כן, חברה דמוקרטית שסועה, המחויבת באמת ובתמים לפלורליזם רעיוני, חייבת לאזן את הפגיעות המוגברת הזו (ואת האפקט המצנן הנלווה לה) באמצעות הענקת הגנה מוגברת לנציגיו בפרלמנט של מיעוט אתני, דתי או פוליטי. הגנה מוגברת זו עוברת דרך היקף החסינות המהותית הנתונה לחברי הכנסת.

סוף דבר

אחת הדילמות הקשות ביותר שלפניהן ניצב הציבור הפלסטיני בישראל היא זו הנוגעת למאבקו של העם הפלסטיני בכיבוש הישראלי בשטחים. מצד אחד, משטר הכיבוש פוגע באופן קשה ביותר בתושבים הפלסטינים בשטחים, תוך פגיעה עמוקה ומתמשכת בזכויות יסוד ובתנאי הקיום הבסיסיים של התושבים. מצד שני, חלק מהמאבק בכיבוש נעשה בדרך אלימה ואכזרית, הגורמת לפגיעה באזרחים ישראלים חפים מפשע. לכאורה, הזוהות המורכבת של אזרחי ישראל הפלסטינים אינה אמורה להיות משמעותית בגיבוש עמדה בסוגיות אלה. המוסר האוניברסלי – ולא הזוהות הלאומית הפלסטינית – מחייב להתנגד לכיבוש; המוסר האוניברסלי – ולא הזוהות האזרחית הישראלית – גם מחייב להתנגד לטרור, אף אם תכליתו של הטרור היא להביא לסיום הכיבוש.

הדילמה של הציבור הפלסטיני בישראל נעוצה, בין היתר, בעובדה שבהקשרים רבים המוסר אינו מספק תשובות חד־משמעיות. כך

לחוק יסוד: הכנסת), וכן יובילו להעמדה לדין פלילי של חבר הכנסת (באמצעות חקיקת התיקון הנדון לחוק החסינות). הכרעתו של בית המשפט העליון בעניין בשארה מצטרפת להכרעתו בעניין טיבי באופן המצמצם מאוד את האפשרות לנקוט תגובה משפטית כלשהי להתבטאויות של חבר כנסת המתקרבות קרבה מסוכנת לתמיכה במאבק המזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. עקב כך תיתכן ביקורת הן במישור המוסדי (על בית המשפט לכבד את הכרעתו של המחוקק) והן במישור המהותי (אין זה ראוי לנקוט גישה טובלנית כלפי התבטאויות כאמור של חבר הכנסת בשארה).

המענה לטענה המוסדית הוא כפול. ראשית, פרשנות החקיקה מבוססת על ההנחה כי בצד התכלית הספציפית שאותה נועד לקדם דבר חקיקה כלשהו יש לו גם "תכלית כללית", שעניינה קידום ערכי היסוד של השיטה המשפטית.²⁷ כיבוד חופש הביטוי בכלל וחופש הביטוי של חברי כנסת בפרט נמנה עם ערכי היסוד של השיטה, והפרשנות של הוראות חוק החסינות מבוססת על החזקה כי ההסדר שנקבע מבטא הגנה ראויה על ערכים אלה. לכך יש חשיבות רבה במיוחד ככל שמדובר בהגנה על חירויותיהם של נבחרים ציבוריים המייצגים קבוצת מיעוט. שנית, ראוי לזכור כי "דיאלוג חוקתי" קל ופשוט יחסית מתקיים במשטר החוקתי הנוכחי של ישראל; בית המשפט אינו "הפוסק האחרון" בחברה הישראלית. טעויותיו, או אלו הנתפסות ככאלה, ניתנות לתיקון בדרך של הליכי חקיקה, ובמקרים מיוחדים בדרך של תיקונים לחקיקת יסוד, בדרך קלה למדי.²⁸

הטענה המהותית מכוונת לשאלת קו הגבול הראוי לסובלנות כלפי ביטויים מסוג אלה שיוחסו לחבר הכנסת בשארה. הבעת תמיכה בפעולות איבה נגד חיילי צה"ל ואמביוולנטיות כלפי פגיעה באזרחים הן מקוממות; חרף זאת, לפי התפיסות המקובלות בחברה דמוקרטית, בכך אין די כדי להטיל איסור משפטי, הנאכף באמצעות איום בהטלת סנקציה פלילית על התבטאויות כאלה מפיהם של חברי כנסת. ההכרה בחשיבות הרבה של הבטחת חופש הביטוי בכלל, וזה של חברי

הציבור הערבי בקרב הציבור היהודי. בד בבד הן משפיעות על הנכונות של דוברי המיעוט להשתתף בשיח הציבורי בישראל, מתוך ניסיון לעצב מבפנים את החברה שבה חיינו משולבים יחדיו.²⁹ על כן פסק דין בשארה הוא פסק דין אמיץ. הוא מכריע הכרעה ליברלית ביחס למרווח שישראל צריכה להותיר לפעולה ולביטוי של אזרחיה הערבים באשר לקונפליקט האלים בין מדינת אזרחותם, ישראל, לבין עמם הכבוש על ידי מדינתם (ובין מדינתם לבין חלקים באומתם הערבית). זהו פסק דין אמיץ, משום שהוא נכתב "תחת אש" – האש המאכלת בנו, בכולנו, שנים ארוכות. אין דרך פשוטה לכבות את האש, ודאי לא זו הפונה לכפיית אלם על אלו הנפגעים ממנה או חשים סולידריות עם אחרים הנפגעים ממנה. דעת הרוב הכירה בכך, ומצאה דרך משפטית (הנשענת על מסורת פרשנית ארוכת שנים בזכות חופש הביטוי וההגנה על המיעוט) לספק סעד המצמצם את היקף האלם הכפוי. בכך היא התירה אמנם גם את החלק הבלתי-ראוי בדבריו של בשארה, אך זה היה מחיר בלתי-נמנע בשירותו של מעשה בעל ערך פודה ראשון במעלה. מעשה ההרחבה של המרווח הנכון – זה שבו האנושיות וזכויות האדם מאזנות בתוך ויכוח פתוח את כוחה-היתר של הלאומיות.

מרווח זה עשוי לפתוח נתיב להפסיק את הקרבת קורבנות האדם המועלים למולך שנה אחר שנה, המולך של הפחדים המופרזים שלנו, של שאיפתנו לביטחון מוחלט או, מנגד, לצדק מוחלט.

ד"ר ברוק מדינה הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

ד"ר אילן סבן הוא מרצה למשפט ציבורי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

ביחס לשאלה מהו ההיקף הלגיטימי של התנגדות למשטר הכיבוש מצד האוכלוסייה הכבושה, וכך ביחס לשאלה אילו פעולות צבאיות ואחרות שנועדו למנוע מעשי טרור הן לגיטימיות. ההכרעות בסוגיות קונקרטיות רבות בהקשרים אלה מחייבות הערכות מורכבות באשר להיקפם של איסורים מוסריים מוחלטים, באשר לסיכויים ולסיכונים, באשר לאלטרנטיבות פעולה ובאשר לאיזון הראוי בין אינטרסים מתנגשים. התוצאה היא שביחס לסוגיות מרכזיות רבות ייתכנו חילוקי דעות לגיטימיים.

כאשר אזרח ישראלי מביע עמדה המעדיפה את האינטרסים (הצרים) של ישראל (למשל: תמיכה במדיניות החיסולים של חשודים בפעילות טרור), הוא עשוי אמנם להיות מואשם בכך שעמדו אינה נובעת אך ורק מהערכה נייטרלית וכנה של האינטרסים הרלוונטיים אלא גם (או שמא בעיקר) מהזדהות יתרה עם האינטרסים של קהילת הרוב בישראל. זוהי האשמה בחוסר יושר אינטלקטואלי, בחוסר מוסריות (ובמקרים מסוימים בחוסר תבונה פוליטית), אך השלכותיה החברתיות השליליות מוגבלות למדי. לעומת זאת, כאשר אזרח ישראלי מביע עמדה נגד האינטרסים (הצרים) של ישראל, הוא עלול להיות מואשם בכך שעמדו נובעת גם (או שמא בעיקר) מהזדהות עם האינטרסים של אויבי ישראל. במקרה זה ההאשמה אינה מוגבלת עוד לחוסר יושר אינטלקטואלי, אלא מתרחבת להבעת חוסר-אמון עמוק באזרח שכזה, העשויה לשמש הצדקה לנקיטת צעדים חמורים כדי להתגונן מפניו – עד כדי שלילת זכותו להשתתף בהכרעות הפוליטיות. על רקע זה בולטת חשיבותו של המשפט. תגובה משפטית להתבטאויות של אזרחים ערבים המביעות תמיכה ב"התנגדות" עשויה להשפיע לא רק באופן ישיר – להרתיע, ומנגד לעודד ביטוי; התגובה המשפטית להתבטאויות משפיעה גם על עמדות הציבור היהודי כלפי הדובר וכלפי הציבור הערבי בכלל. העמדה לדין באשמה של בגידה, תמיכה בטרור וכדומה, וכמוה שלילת הזכות להשתתף בבחירות, עשויות להעצים את השפעתה של ההתבטאות על חוסר-האמון כלפי

- הערות
- 11 עניין טיבי, בעמ' 42.
- 12 שם, בעמ' 43.
- 13 עניין בשארה, סעיף 15 לפסק הדין של השופטת חיות.
- 14 שם, סעיף 12 לפסק הדין של השופטת חיות.
- 15 שם, סעיף 1 לפסק הדין של השופט ריבלין.
- 16 בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, בעמ' 685-686.
- 17 ד"ר יעקב בן-שמשי, סמינר שניתן ב"פורום המורים למשפט ציבורי" שליד העמותה למשפט ציבורי (אוניברסיטת תל-אביב, 31 במארס 2006).
- 18 מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: בירור הלכות הסתה לגזענות", משפטים ל (1999), 105, בעמ' 142.
- 19 סע' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.
- 20 שם, שם. לנקודה דומה ראו גם את סע' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 21 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249.
- 22 לדיון בהדרתם של האזרחים הערבים ממפת התקשורת האלקטרונית בישראל ראו, בין היתר, אמל ג'מאל, תרבות צריכת תקשורת בקרב מיעוטים לאומיים: הערבים בישראל (נצרת: מרכז אעלאם, 2006), בעיקר בפרקים 6 ו-14; עמית שכטר "זהגר אשר בקרבך" - חקיקת התקשורת וזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל במבט מבקר", ניתן לצפייה באתר: www.personal.psu.edu/ams37/the%20stranger%20full%20version.htm (מאמר שיעקריו הושמעו ביום עיון בנושא "זכויות תקשורת כזכויות קולקטיביות, פוליטיות ותרבותיות" (נצרת: מרכז אעלאם, 2 בדצמבר 2005)).
- 23 פרוטוקול הדיון בכנסת מיום 31.5.2000, בעמ' 29-31.
- 24 סעיף 35.
- 25 לטעמנו ניתן היה לפנות בכיוון משפטי נוסף. סעיף ו(א1) לחוק החסינות דורש כי התמיכה השוללת את החסינות המהותית תהיה "תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים". והנה, הנמקתו של חבר הכנסת בשארה לכך שהסייג לחסינות לא חל על דבריו נעוצה בעצם בטיעון שלפיו הוא אינו תומך לא במאבק מזוין של "מדינה" ולא ב"מעשי טרור"; הוא תומך במאבק מזוין של ארגון, שהוא מלחמת גרילה להשתחררות מכיבוש.
- 26 ראו: אמל ג'מאל, "חזון האומה המדינית ואתגר מדינת כל אזרחיה: עיונים בכתביו של עזמי בשארה", אלפנים 30 (2006), 71.
- 1 (טרם פורסם). פסק הדין ניתן ב-1 בפברואר 2006 (להלן: פסק דין בשארה). ח"כ בשארה יוצג על ידי ארגון עדאלה.
- 2 במקום אחר הרחבנו את הדיון בהיבטיו המשפטיים הסבוכים למדי של פסק הדין. היבטים אלה הסתעפו מהוויכוח בין שופטי הרוב (השופטים ברק וריבלין) לבין שופטת המיעוט (השופטת חיות). ראו ברק מדינה ואילן סבן, "להרחיב את המרווח? על היקף זכותו של חבר כנסת להתנגד לכיבוש", משפטים ל(1) (2007), ע"ע 219-251. כאן אנחנו דנים רק בחלק מההיבטים המשפטיים של פסק הדין.
- 3 השוו, בין היתר, דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2002 (2003) (להלן: דו"ח ועדת אור) בשער 1, פרק א', סעיף 9.
- 4 לסקר עמדות מקיף שנערך בקרב ערבים ויהודים בישראל, ולניתוחו הבהיר, ראו: סמי סמוחה, מדר יחסי ערבים-יהודים 2004 (חיפה: המרכז היהודי-ערבי, אוניברסיטת חיפה; ירושלים: הפורום להסכמה אזרחית; תל-אביב: קרן פרידריך אברט), 2005.
- 5 סעיף 4א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948.
- 6 לדיון מפורט בדוגמאות אחרות, ראו: אילן סבן, "After the Storm? The Israeli Supreme Court and the Arab-Palestinian Minority in the Aftermath of October 7, 2008", *Israel Affairs* 14(4) 623 (October, 2008). מאמר זה פונה גם לביקורת משלימה ביחס למחללי בית המשפט בהגנה על המיעוט באירועים שונים.
- 7 העתירות נגד החוק הוגשו על ידי עדאלה והאגודה לזכויות האזרח ועל ידי גופים נוספים. פסק הדין הוא בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.2006). לביקורת חריפה על החוק, ראו: גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). התשס"ג-2003", משפט וממשל, ח (2005) ע"ע 643-699. לביקורת חריפה על תוצאת פסק הדין וחלק מההנמקות שהושמעו בו, ראו: יעקב בן-שמשי, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה", משפט וממשל י (2006) 47, ע"ע 85-47.
- 8 ראוי לציין, כי חבר הכנסת (לשעבר) בשארה השמיע הסברים חולקים לטענות אלה של כתב האישום. בין היתר טען בשארה כי הציטוטים המיוחסים לו רצופים אי-דיוקים. לביסוס הטענה הציג תכתובת שלו עם עורך העיתון "מעריב", שבו פורסם המאמר ששימש בסיס בלעדי לאחד האישומים, ואף הודאה של נציג העיתון כי המאמר שוכתב. ראו במיוחד סעיף 74 לכתב העתירה.
- 9 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (להלן: עניין טיבי).
- 10 ראו מדינה וסבן, הערה 2, לעיל.

27 ככלות הכול, זוהי תיאוריה פרשנית ידועה, גלויה וארוכת-שנים, הנוכחת בכל רובדי המשפט הישראלי (ולא בהקשר של זכויות המיעוט לבדן), והיא מתגלה גם במקורות שונים של משפט השוואתי. ראו, למשל, אהרן ברק, **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה** (תשנ"ג) בעמ' 250-251, 417-475; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, בעמ' 329-330.

28 לכנסת הישראלית יש שני כובעים. היא מתפקדת בו-זמנית כרשות מכווננת וכרשות מחוקקת. ברוב המקרים, לא נדרש הליך מיוחד לצורך חקיקה, ביטול או תיקון חוק יסוד. על כן קיים שוני משמעותי בין הליך תיקון חוקי יסוד בישראל לבין אותו הליך במדינות אחרות. חוק יסוד: חופש העיסוק למשל, תוקן כבר שלוש פעמים מאז שחוקק בשנת 1992. ראו: יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", **משפטים** כח (תשנ"ז) 149. נקודה דומה טופלה גם במאמר הבא: אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו (תשס"ב) 241, בעמ' 296-297.

29 ראוי להזכיר כאן את פנייתו של חבר הכנסת גלעד ארדן לשר הפנים בבקשה לשקול את שלילת אזרחותו (1) של חבר הכנסת ואסל טאהא בגין דברים שכתב בעת מלחמת לבנון השנייה. שר הפנים לא דחה פנייה זו על הסף, אלא ביקש את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. זה השיב לשר הפנים תשובה שראוי לצטט חלק ממנה. אותות השפעתו של פסק דין בשארה ניכרים בה: "אני סבור שאין מקום, ככלל, לעשות שימוש בסמכות לביטול אזרחות בגין הפרת אמונים, במתכונתה הנוכחית, ובוודאי שאין לכך מקום כאשר העילה לכך היא התבטאות, תהא קשה ואומללה ככל שתהא. לכך יש להוסיף כי בענייננו המדובר בהתבטאות של חבר כנסת, אשר מטבע הדברים ועל פי פסיקת בית המשפט העליון, קנויה לו זכות רחבה ביותר לחופש ביטוי, אף מעבר לאזרח רגיל. מקרה זה, לפי כל אמת מידה, אינו מתאים ואינו מבסס עילה לשלילת אזרחות" (מכתב מיום 6.8.2006, תוכנו צורף להודעתו של דובר משרד המשפטים, המצויה עם הכותבים).

1988, ירושלים, צילום: ענת סרגוסטי

ירושלים. בתחילת האינתיפאדה הראשונה עוד לא כלל "פק"ל המעצרים" אזיקוני פלסטיק ופלנליות. מבחינת העצורים, הפקודה להישאר עם ידיים שלובות על העורף אינה בהכרח פחות אלימה, שרירותית ומשפילה. מבחינת האחראים על התנהלות המעצר, ייתכן שהיא פחות יעילה.



תיקון מספר 66 לחוק העונשין (תשס"ב-2002), סעיף 2144 ד2 – הסתה לביצוע מעשי אלימות או טרור: חקיקה המבוססת על שיקולים פוליטיים

ח' א ל ד ג נ א י ם

ביקורת כלשהי על ראשי השלטון, גם אם הביקורת היא פרסום אמת. המשטר המנדטורי הבריטי בפלסטינה קלט את פרק ההמרדה שבחוק הבריטי בפקודת החוק הפלילי, 1936. המחוקק הישראלי השאיר את פרק ההמרדה בחוק העונשין על כנו, אם כי היה ער לכך שמדובר בחקיקה מנדטורית שעומדת בסתירה מובהקת לעקרונות היסוד של המשפט החוקתי ושל המשפט הפלילי, כגון עקרון חופש הביטוי, עקרון החוקתיות ועקרון הבהירות והוודאות המשפטית הנגזרים ממנו.⁵ במשך השנים ובימים כתיקונם, היינו, בתקופה שקדמה לרצח ראש הממשלה יצחק רבין, פרק ההמרדה בחוק העונשין הופעל במקרים מעטים ובאופן סלקטיבי. לפיכך, קיימים רק שני פסקי דין מנחים העוסקים בפרק ההמרדה.

בפסק הדין הראשון, ענבתאוי נ' מדינת ישראל,⁶ דובר בערבי תושב חיפה, אלכוהוליסט, שבהיותו בגילופין בשעות הבוקר המוקדמות אמר לשכנו, בעת ריב שכנים, "איטבח אל יהוד", "אני אביא את סדאם חוסיין שיהרוג אתכם" ו"אני אעשה לכם אינתיפאדה".

בית המשפט המחוזי בחיפה הרשיע את ענבתאוי בעבירת המרדה והטיל עליו עונש מאסר בפועל לשנתיים ותקופה זהה של מאסר על תנאי. בית המשפט גם הפעיל עונש מאסר על תנאי של 18 חודשים באופן מצטבר ושמונה חודשי מאסר על תנאי באופן חופף, כך שעל הנאשם הוטל עונש מאסר בפועל למשך שלוש שנים וחצי. ענבתאוי הגיש לבית המשפט העליון ערעור על פסיקתו של המחוזי. בפתחת הדיון הגישו סניגורו והתביעה הכללית הסדר טיעון לבית המשפט העליון. בהסדר הוסכם, כי תהיה חפיפה מלאה בין המאסר שהוטל עליו בפועל בגין עבירת ההמרדה לבין המאסר על תנאי שהופעל. הסניגור ציין גם, כי המערער יעבור לגור בנצרת מתוך כוונה להשתקם. הוא הוסיף שענבתאוי יעזוב את חיפה (עיר מעורבת יהודית-ערבית) ויעבור לנצרת (עיר ערבית), כנראה כדי

בשנת 2002 התקין המחוקק את סעיף 2144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,¹ שכותרתו "הסתה לאלימות או לטרור". לפיו:

המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים.

בחקיקה זו נתן המחוקק מענה לקריאתו של בית המשפט העליון לערוך רפורמה בפרק ההמרדה שבחוק העונשין, סעיפים 136-139, ובסעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948; וכן לקבוע את גבולותיה של תופעת ההסתה לאלימות מפורשות בחוק העונשין. קריאתו של בית המשפט העליון עולה, במפורש ובמשתמע, מחילוקי הדעות שאפיינו את פסיקתו באשר להגדרת הערך המוגן העומד מאחורי עבירות ההמרדה בחוק העונשין, וכן לגבולותיהן של עבירת ההמרדה² ועבירות הקשורות לפעילות טרור הנופלות בגדר סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור.³

הרקע לרפורמה החקיקתית

סעיף 136 לחוק העונשין מגדיר את ההמרדה, בחלופות מספר 3 ו-4, כדלקמן:

- לעורר אירצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;
- לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין.

מקורו של פרק ההמרדה בחוק העונשין הוא במשפט הבריטי מלפני מאות שנים.⁴ הרקע ההיסטורי לאותה חקיקה היה רצונה של המערכת הפוליטית בבריטניה, ובראשה משפחת המלוכה, הממשלה והפרלמנט, להיאבק בעיתונות הכתובה שהחלה להתפתח באותה תקופה ולמנוע מתיחת

לתת יתר תוקף לעמדת התביעה הכללית ולשכנע את בית המשפט העליון לקבל את הסדר הטיעון. בית המשפט העליון הזכיר עובדה זו בנימוקים לקבלת הסדר הטיעון.

ברצוני לטעון כי באמירות שהשמיע ענבתאוי אין כדי לקיים את יסודות עבירת ההמרדה. ראשית, הדברים לא הושמעו בפומבי ועל-כן אין בהם פגיעה בשלום הציבור. שנית, האמירות נאמרו בשעות לפנות בוקר על ידי אלכוהוליסט שהיה בגילופין, על רקע סכסוך שכנים. על-כן לא נשקפת מן האמירות, בנסיבות העניין, שום סכנה. יכול להיות שהאמירות הן אנטי-מוסריות, אבל בנסיבות העניין אין הן מסוכנות. שלישיית, מבחינת ההיבט הפלילי ובהקשר של הגנה על הערכים החברתיים, האמירות הן בגדר מעשים אבסורדיים, שכן למי שהשמיע אותן לא היתה שום שליטה על סדאם חוסיין או על שאר התושבים בשכונתו ולא היה ביכולתו לגרום להם לפתוח באינתיפאדה. מעשים אבסורדיים אינם אסורים מבחינה פלילית ומי שעושה אותם נתפס כאדם שמנותק מן המציאות, בדומה לחולה נפש.⁷

פסק הדין השני, **עאליה נ' היועץ המשפטי לממשלה**,⁸ עסק באדם תושב הגדה המערבית (השטחים הכבושים), שצילם כרוזים הקוראים לשביתה שנכלל בהם איום על מפירי השביתה. על-פי עובדות האירוע, הכרוזים לא הופצו, או לפחות אי אפשר להוכיח שהם הופצו. למרות זאת, בית המשפט המחוזי הרשיע אדם זה בהמרדה והטיל עליו עונש מאסר של חמש שנים, מחציתן בפועל ומחציתן על תנאי. בית המשפט העליון דחה את הערעור על ההרשעה בעבירת המרדה וקבע כי "הכנת הכרוז [היא] אחד ממאמציה הכוללים של ההתקוממות המכוונים לפגוע במדינה". בית המשפט העליון קיבל את הערעור על חומרת העונש והטיל על הנאשם עונש של שלוש שנות מאסר, מחציתן בפועל ומחציתן על תנאי.

גם במקרה זה לא התקיימו יסודות עבירת ההמרדה. ראשית, לא הוכח שהפרסום נעשה בפומבי. שנית, ההרשעה התבססה על הסכנה לפגיעה במשטר; הרשעת הנאשם אינה מבוססת

על קריאה שלו לפגוע במפירי השביתה, אלא על קריאה לפגיעה במשטר המדיני. אולם, הקריאה להפעלת אלימות המופיעה בכרוז אינה מכוונת נגד המשטר המדיני. מנקודת הראות של המדינה, מדובר בקריאה לשביתה ללא איום להפעלת אלימות נגדה. שביתה שאין בה יסוד של אלימות נגד המשטר המדיני, אינה יכולה לקיים עבירת המרדה נגד המשטר המדיני. שביתה כזאת נופלת בגדר חופש הביטוי המוגן. שלישיית, עבירת ההמרדה נועדה להגן (גם) על המשטר המדיני. ספק רב אם עבירת ההמרדה יכולה להגן על תפיסה צבאית של מדינה בשטח מסוים, כמתואר לעיל.

אבל בעת משבר, כמו זה שהיה בישראל בתקופה שאחרי רצח רבין, נוטות רשויות אכיפת החוק לזנוח את המנהג של הפעלת פרק ההמרדה לעתים רחוקות בלבד. כך היתה באותה עת הפעלה מסיבית ובלתי עניינית של פרק ההמרדה נגד אנשי הימין (הקיצוני, בעיקר מתנחלים).⁹ כאמור לעיל, פרק ההמרדה בחוק העונשין מקורו בחקיקה מנדטורית של מחוקק לא דמוקרטי. חקיקה זו פוגעת בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי, כמו חופש הביטוי על כל ענפיו, והפעלתה במשך השנים היתה בלתי עניינית ואף שרירותית. ביקורת חריפה על פרק ההמרדה, וכן קריאה לערוך בו רפורמה, נשמעו בשני פסקי דין עיקריים. הראשון היה ע"פ כהנא, שעובדותיו מובאות להלן: בנימין כהנא מתנועת "כהנא חי", שרצה בבחירות 1992 עד לפסילתה, פרסם בתעמולת הבחירות קריאה להפציץ את אום אל-פחם.¹⁰ בע"פ כהנא קבעו רוב שופטי בית המשפט העליון, כי עבירות ההמרדה נועדו להגן על המבנה והיציבות של המשטר בלבד, ולא על שלום הציבור במובן של מניעת הסתה לאלימות נגד אדם מסוים או קבוצה מסוימת;¹¹ לחיזוק פרשנות זו הסתמך הרוב על ההיסטוריה החקיקתית של פרק ההמרדה בפקודת החוק הפלילי, 1936. בפקודת החוק המנדטורית הוגדרה ההמרדה "בגידה ועבירות אחרות כלפי השלטון והממשלה" (Treason and Other Offences Against the Authority of the Government). שופטי הרוב בבית המשפט

ג'בארין²¹ גרסו כי פקודת מניעת טרור מתייחסת לארגון טרור בלבד, ולפיכך נופלים בגדר העבירה לפי סעיף 4(א) רק מעשי פשע של ארגון טרור. לחיזוק מסקנתם הסתמכו שופטי הרוב על לשון תכלית הפקודה להיאבק בארגוני טרור, וכן על הרקע ההיסטורי של הפקודה. על כן, לפי עמדת הרוב בעניין ג'בארין, פרסום דברי שבח והזדהות עם פשע שבוצע על ידי יחיד אינו אסור פלילית על פי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור. בנוסף, וכפי שעולה מהפסיקה בעניין כהנא, גבולות עבירת ההמרדה לפי סעיף 133 ואילך לחוק העונשין שנויים במחלוקת פסיקתית. רקע זה הביא את המחוקק לערוך רפורמה ולהתקין את סעיף 27144 בחוק העונשין; במקביל בוטל סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור.

תופעות שנופלות בגדר הסתה לפי סעיף

27144

סעיף 27144 לחוק העונשין מגדיר שתי צורות של הסתה: הסתה ישירה במובן של קריאה מפורשת או משתמעת לעשיית מעשי אלימות או טרור, והסתה עקיפה במובן של פרסום דברי תמיכה ועידוד לעשייה עתידית של מעשה אלימות או טרור, או פרסום דברי שבח והזדהות בזכות מעשה אלימות שבוצע בעבר. מושאי ההסתה הם אפוא מעשי אלימות או טרור, היינו מעשים שיש בהם הפעלת כוח פיסי נגד חיי אדם או גופו.

טענתי היא כי הוספת המונח "מעשי טרור" לסעיף החדש הינה מיותרת, וכי צעד זה נבע ממניעים פוליטיים. "טרור" הוא מונח פוליטי²²; מקורו בשפה הלטינית (terror) ומשמעו הפחדה באמצעות אלימות או איום בהפעלת אלימות. מנקודת ראות היסטורית, למונח טרור אין קונוטציה שלילית או פוליטית. שיאו של השימוש במונח טרור בהקשר הפוליטי-המדיני היה במאה ה-19, כאשר כל מעשה שיש בו משום פגיעה בתדמיתו של המשטר או ערעור הלגיטימיות שלו נתפס כמעשה טרור. המונח "טרור" שימש בידי משטרים שונים כמכשיר למאבק בתנועות ובארגונים שלא הזדהו עמם. למשל, מיד לאחר עליית הנאצים לשלטון, הם האשימו בטרור גופים

העליון הסתמכו גם על שיטות משפט המבוססות על המשפט האנגלי המקובל, כמו המשפט האנגלי המודרני¹³, המשפט הקנדי¹⁴ והמשפט האוסטרלי¹⁵, שלפיהן פרק ההמרדה נועד להגן על המשטר (המבנה והיציבות) ולא על שלום הציבור במובן של מניעת הסתה לאלימות. לעומתו קבע הרוב בדנ"פ כהנא, כי פרק ההמרדה בחלופות מספר 3 ו-4 לסעיף 136 נועד להגן גם על הלכידות החברתית, היינו גם על שלום הציבור, ולכן הוא אוסר על הסתה לאלימות.¹⁶ שופטי הרוב הסתמכו על דברי המחוקק כשהתקין את עבירת ההסתה לגזענות (סעיף 144ב בחוק העונשין)¹⁷, וכן על פסיקה קודמת שעסקה בתופעת ההסתה לגזענות,¹⁸ שלפיהם סעיף 136 (3) ו-4(4) אוסר גם הסתה לגזענות והסתה לאלימות. בשל חילוקי דעות אלה בנוגע לערך החברתי המוגן על ידי פרק ההמרדה ועקב האופי האנטי-דמוקרטי של פרק ההמרדה, קרא בית המשפט העליון לערוך רפורמה בפרק ההמרדה ולהגדיר בבהירות את התופעות של הסתה לאלימות.

סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, שכותרתו "תמיכה בארגון טרוריסטי", קבע כי:

המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות – ייאשם בעבירה, ובצאתו חייב בדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או קנס עד 1,000 לירות או לשני העונשים יחד.

סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור נדון בהרחבה בע"פ ג'בארין ובדנ"פ ג'בארין, שגם בהם היתה קריאה לרפורמה חקיקתית בתחום. באותו מקרה דובר בנאשם שפרסם כתבה בעיתון בשפה הערבית, שבה דברי שבח לילדים הזורקים אבנים על חיילי צה"ל (באינתיפאדה הראשונה). לפי עמדת הרוב בע"פ ג'בארין,¹⁹ העבירה לפי סעיף 4(א) אוסרת על תמיכה ופרסום דברי שבח ואהדה בפשע שיש לו אופי טרוריסטי, קרי: מעשי פשע המאפיינים ארגון טרור. אין בסעיף דרישה שמעשה הפשע יבוצע על ידי ארגון טרור (להבדיל ממעשה שנעשה על ידי פרט).²⁰ לעומת עמדה זו, שופטי הרוב בדנ"פ

לשינוי אופיו של המשטר הישראלי.²⁶ הממשל הזמני רצה לרכז את כל הכוח הצבאי בידי צבא של המדינה, שיהיה נתון למרותו. לכן חוקק את הפקודה האמורה. הנסיבות שבהן נוסחה פקודת מניעת טרור מצביעות על שימוש במשפט למטרות פוליטיות.

מכל אלה עולה, כי ראוי שלא להחדיר את המונח "טרור" כמונח פוליטי למערכת המשפטית או לכל הפחות יש למעט ככל האפשר בשימוש בו, ולעשות זאת רק אם הדבר נחוץ. כאמור, טרור משמעו שימוש באלימות, לרבות הפחדה ואיום בשימוש באלימות להשגת מטרה, בעיקר פוליטית. המונח טרור כולל בתוכו, אפוא, אלמנט של אלימות. לכן הוספת המונח טרור לעבירת ההסתה מעלה תמיהה. הרי הסתה לעשיית מעשי טרור כבר כוללת בתוכה הסתה לעשיית מעשי אלימות.²⁷

התופעה של הסתה לאלימות: עבירה התנהגותית מסוג חשש וסיכון

כאמור, בגדר הסתה נופלות הסתה ישירה והסתה עקיפה. הסתה ישירה היא קריאה מפורשת או משתמעת לעשיית מעשי אלימות. על אופייה של הסתה ישירה ועל הסכנה הטמונה בה כבר עמדנו במקום אחר.²⁸ האנטי-חברתיות הנעוצה בהסתה ישירה היא קריאת תיגר על שלטון החוק והסדר המשפטי, וכן פגיעה בשלום הציבור, במובן של חיים בשלום ובשלווה ללא מורא או פחד, ובייחוד בתחושת הביטחון של הציבור. זהו הערך החשוב שעליו מגינה עבירת ההסתה. יש לציין כי האנטי-חברתיות הטמונה בהסתה ישירה פחותה מהאנטי-חברתיות הטמונה בהסתה של אדם מסוים או של קבוצה קטנה ומסוימת. למסית בפומבי אין השפעה דומה לזו שיש למי שמדיח ומשדל אדם מסוים באופן אישי; למסית בפומבי אין השפעה בין-אישית וישירה על המוסתים; אנשי ציבור, אמצעי תקשורת וגופים אחרים יכולים לפרסם דברים בגנות ההסתה ולהפחית מחומרת האנטי-חברתיות הטמונה בה. עם זאת, ההסתה הישירה היא תופעה חמורה וההצדקה להפללתה ברורה. מסקנה זו משתקפת היטב

פוליטיים יריבים כדי לרדוף אותם. המפלגה הקומוניסטית (KPD) הוכרזה ארגון טרור ב-28 בפברואר 1933, והמפלגה הסוציאל דמוקרטית (SPD)²⁵ הוכרזה ארגון טרור ב-22 ביוני 1933.

עצם ההכרזה על מפלגה או תנועה כלשהי כארגון טרור, מוציאה אותן אל מחוץ לתחומי הלגליות המשפטית ומעניקה היתר משפטי להפעיל את כל האמצעים, לרבות הפלייליים, כדי להילחם בהן. תופעת הטרור נתפסת כמערערת את יציבות המשטר ואת הביטחון הציבורי, ולכן מבחינה ציבורית המאבק בארגוני טרור מוצדק. כפי שציין פרופ' גד ברזילי, "אם הציות לחוק נתפס כנחויץ לביטחון הלאומי, רצוי לא לבקר את החוק. אם הביטחון הלאומי הוא צורך קולקטיבי, הרי שהוא מצדיק חוקים הפוגעים בזכויות אדם ואזרח. דיני 'מניעת טרור' הם דוגמה מובהקת למשפט מדינה הפוגע בזכויות אדם ואזרח, וזאת תוך שימוש בנימוקים של ביטחון לאומי."²⁵

תופעה זו של שימוש במשפט כאמצעי במאבק נגד יריב פוליטי אינה זרה למדינת ישראל. פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, התקבלה על-ידי מועצת העם. המדובר בגוף לא נבחר, שנשלט על ידי דוד בן-גוריון ומקורביו. הפקודה נועדה "לטפל" באצ"ל ובלח"י, שהיו ארגונים מתחרים ויריבים פוליטיים של בן-גוריון. שתי סיבות היסטוריות הביאו לאישור הפקודה למניעת טרור. הראשונה היתה הירצחם של שליח עצרת האומות המאוחדות, הרוזן פולקה ברנדוט (Count Bernadotte), ועוזרו הקולונל הצרפתי אנדרה סרו (Andre Serot), בירושלים ב-17 בספטמבר 1948. הממשלה הזמנית ומועצת העם חוקקו את פקודת מניעת טרור במהירות הבזק, שישה ימים בלבד לאחר הרצח, כלומר ב-23 בספטמבר 1948. התגובה המהירה נועדה להעביר לעצרת האומות המאוחדות מסר בדבר נחישותה של מדינת ישראל להיאבק בתופעות הפוליטיות של שימוש בכוח, לרבות רצח ממניעים פוליטיים. הסיבה השנייה היתה הצורך לספק לממשל הזמני אמצעי נוסף "לטפל" בארגונים של היריב הפוליטי. הממשלה הזמנית חששה שמא הארגונים היריבים, כגון האצ"ל והלח"י, לא יקבלו את מרותה, ייאבקו בה ויפעלו

לפיכך, הגדרת ההסתה העקיפה כעבירה פלילית מותרת כהוראת שעה למצבי משבר. בנוסף, כדי למנוע מצב שבו העבירה של הסתה עקיפה מקרבת את מערכת האכיפה לענישה על מחשבות בלבד, נדרש פוטנציאל לעשיית מעשי אלימות. הדרישה לפוטנציאל פוגעני, כלומר להסתה שיש בה כדי להביא לעשיית מעשי אלימות, מדגישה את האנטי-חברתיות האובייקטיבית הטמונה בהסתה העקיפה. המבחן ההסתברותי בהסתה עקיפה הוא אפוא תנאי הכרחי להגדרתה כעבירה פלילית. בנוסף, בהעדר אפיון אובייקטיבי של המעשה עלולים ליפול בגדר האיסור ביטויים המוגנים באמצעות חופש הביטוי במשטר דמוקרטי.³¹ דוגמה לכך היא אמירתו של ראש הממשלה לשעבר, אהוד ברק, כי אם היה נולד פלסטיני בשטחים הכבושים היה מצטרף לארגוני הטרור, היינו לחמאס או לג'יהאד האיסלאמי. בנוסף, יש לדרוש מטרה כיסוד נפשי מיוחד,³² כדי להחמיר את האנטי-חברתיות של העבירה ולאפשר את הפללתה.

עבירת ההסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 כוללת בתוכה מבחן הסתברותי כפול ומשולב: מבחן תוכני ומבחן תוצאתי. כלומר, מעשי האלימות יכולים מבחינה אובייקטיבית מופשטת (בעלי פוטנציאל ממשי) להביא לפגיעה בחיים או בגוף, והפרסום במקרה הקונקרטי יוצר אפשרות ממשית לעשיית מעשי אלימות שעלולים לפגוע בחיים או בגוף. המבחן המשולב מתחשב בכל השיקולים והנסיבות שמפיעים על אפשרות של יצירת הסכנה והתממשותה, כגון הזמן, המקום, קהל היעד, מעמדו של המפרסם והשפעתו. כדברי השופט אור, הוכחת "הפוטנציאל האמור במקרה ספציפי זה או אחר [תלויה] בנסיבותיו של כל מקרה לגופו... בית המשפט יסיק את מסקנותיו בעניין זה מתוך מכלול הנסיבות הקיימות... המדובר בהערכת פועלו האפשרי של הפרסום הקונקרטי, בעת שנעשה. בראש ובראשונה יידרש בית המשפט לתוכנו של הפרסום, הן מבחינת מובנו והן מבחינת סגנונו. בית המשפט יידרש גם לנסיבות האופפות את המקרה – מהו המדיום בו נעשה שימוש, מהו קהל היעד, היכן נעשה

בעמדה הרואה בהסתה ישירה "ראש יאנוס", שפניו הן לשידול שאליו מתייחס החלק הכללי של דיני העונשין והן לתופעה של פגיעה בשלום הציבור שבחלק הספציפי של חוק העונשין. כלומר, מדובר בגוף שרגלו האחת נמצאת בחלק הכללי של דיני העונשין בצמוד לשידול, ורגלו השנייה עומדת בחלק הספציפי, בצמוד לעבירות נגד שלום הציבור. אם שידול הוא תופעה אנטי-חברתית חמורה ודינו של מי שחוטא בה, לפחות מבחינה נורמטיבית, צריך להיות זהה לדינו של המבצע הישיר, כי אז הסתה ישירה קרובה לשידול והפללתה מוצדקת. העובדה שהאנטי-חברתיות של ההסתה הישירה פחותה במידה מסוימת מזו שבשידול מוצאת את ביטוייה בעונש; העונש על הסתה ישירה פחות מהעונש על שידול. קרבתה של ההסתה הישירה לשידול מצדיקה בבירור את הפללתה. בנוסף לכך, שיטות המשפט שמבוססות על המשפט המקובל וגישתה של פרופסור מרים גור-אריה גורסות כי ההסתה הישירה היא צורה של שידול.²⁹ לפי גישות אלה, הסתה היא תופעה חמורה והצדקת איסורה ברורה.

לעומת זאת, האנטי-חברתיות של הסתה עקיפה, היינו פרסום דברי עידוד ואהדה לעשיית מעשה אלימות עתידי, וכן פרסום דברי שבח בזכות מעשה אלימות שנעשה בעבר, פחותה. עיקר האנטי-חברתיות נעוץ בהצטברות של מעשי הסתה עקיפה ליצירת אווירה נוחה לעשיית מעשים דומים.³⁰ ההשפעה שיש להסתה מפורשת או משתמעת על שלום הציבור הפנימי, במובן של חיים בשלום ובשלווה, לרבות תחושת הביטחון של הציבור, כמו גם על שלטון החוק, חמורה ואפקטיבית יותר מאשר ההשפעה שבפרסום דברי תמיכה, אהדה, עידוד ושבח למעשי אלימות. בהסתה עקיפה מדובר בעבירה שמעוררת חשש וסיכון לעשיית מעשי אלימות.

אי אפשר למתוח קו מקשר בין פרסום דברי ההסתה העקיפה לבין עשיית מעשה האלימות מושא ההסתה. התופעה של הסתה עקיפה נמצאת בתחום הקפץ של המשפט הפלילי, היינו התחום שבין התופעות החמורות שמצדיקות הפללה לבין התופעות הפחות חמורות שאינן מצדיקות הפללה.

- הפרסום ומתי הוא נעשה³⁵.
 הערות
- 1 כאמור, יש לדרוש מטרה כיסוד נפשי מיוחד, כדי להחמיר את האנטי-חברתיות האובייקטיבית הפחותה ממילא של ההסתה העקיפה, שאינה מספיקה להפעלת המשפט הפלילי והפללת המעשה. אולם, האיסור מסתפק במודעות בפועל בלבד; איסור כזה פוגע בחופש הביטוי ומקשה על מתיחת קו ברור המפריד בין התופעה המסוכנת והפלילית של הסתה לבין פרסום שמוגן על ידי חופש הביטוי. ביקורת זו הביע גם בית המשפט העליון, אשר גרס כי "איסור כזה [פרסום דברי שבח למעשי אלימות, אפילו בוצעו בעבר] יש עמו פגיעה משמעותית בחופש הביטוי; ניתן להסכין עמו בחברה דמוקרטית כאשר עסקינן בארגונים טרוריסטיים, על הסיכון הרב והמיוחד הטמון בהם".³⁴
 - 2 נראה שהמחוקק, שהסתפק במודעות בלבד, רצה להרחיב מאוד את האיסור הפלילי ולאפשר מתיחת ביקורת מוצדקת עליו, הן מצד הפסיקה והן מצד הספרות המשפטית, כדי להניע את התביעה הכללית להפעיל את האיסור הפלילי בצורה סלקטיבית, בדומה להפעלת האיסור הרחב והבלתי מוצדק על המרדה.³⁵ הוכחה לפוליטיזציה של האיסור על הסתה לאלימות אפשר למצוא בדיוני הכנסת, שבהם העלו סיעות שונות טענות נגד החקיקה והיקף האיסור, מחשש שמא ייפגעו תומכיהן.³⁶
 - 3 הגדרה רחבה זו של האיסור יוצרת הפעלה סלקטיבית פסולה ופוגעת בשלטון החוק; האיסור הפלילי הוא כללי ותחולתו אינה מוגבלת לקבוצה מסוימת. הפעלתו הסלקטיבית, שמונעת גם, ואולי בעיקר, ממניעים ומשיקולים פוליטיים, פסולה. על האיסור להיות ברור ומוצדק עניינית ולפנות אל כלל הציבור.
 - 4 ראו ע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 585; דנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 158. מרדכי קרמניצר וח'אלד גנאים, הסתה, לא המרדה (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997), עמ' 7; משה נגבי, חופש העיתונות בישראל – ערכים בראי המשפט (ירושלים, 1995), עמ' 62; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג, "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות בעקבות פרשת כהנא", משפט וממשל ז' (תשס"ד), עמ' 308-309; ראו גם הביקורת שמשמיעים James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Vol. II (New York B. Franklin, 1883) p. 298; *Law Reform Commission of Canada Working Paper 49, Crimes against the State* (Ottawa 1986) p. 35. על הגדרת ההמרדה במשפט האנגלי ובמשפט הקנדי, הוזהרה להגדרה במשפט הישראלי.
 - 5 ראו גם קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 7, 10-9; דנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 159-160.
 - 6 ע"פ 1448/91 ענבתאוי נ' מ"י, תק"על 91(3) 2396.
 - 7 ראו קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 28.
 - 8 ע"פ 294/89 עאליה נ' היוה"מ, פ"ד מג(4) 627.
 - 9 על הערך המוגן בעבירת ההמרדה, ראו הערה 4 לעיל.
 - 10 ראו גם קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 10; מרדכי קרמניצר, "מהי הסתה אסורה", כוח המלום וחולשת הדעת: תעמולה, הסתה וחופש הביטוי (תל אביב, עם עובד, 2002) עמ' 100, 104; מרים גור-אריה, "הגבלות פליליות על ביטויים התורמים להיווצרות אקלים אלים", ספר שמגר, כרך ב (תל אביב, 2003) עמ' 115-117.
 - 11 החלטתה של התביעה הכללית להעמיד לדין בגין עבירות ההמרדה היא בחירה מוזרה, שכן העבירה הרלוונטית היא עבירת הסתה לגזענות; ראו קרמניצר ולבנון-מורג, הערה 4 לעיל, עמ' 311, 317; ראו גם דבריו של שופט השלום ז' זילברטל המובאים בע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 546-547.
 - 12 ע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 552 ואילך – פס"ד של השופט גולדברג, עמ' 582-583 – פס"ד השופט ברק; זוהי גם עמדת המיעוט בדנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 181 – פס"ד השופט ברק, עמ' 192 – פס"ד השופט טירקל.
- ח'אלד גנאים מלמד בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

- Hochverrat und Staatsgefaehrdung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* (Bonn, 1962) 69–84.
- Friedrich-Christian Schroeder, *Der Schutz von Staat und Verfassung* (Muenchen, 1970)155.
- 24 ראו ברזילי, הערה 22 לעיל, עמ' 233.
- 25 שם, דנ"פ ג' בארין, הערה 3 לעיל, עמ' 203-204.
- 26 ייתכן שהשימוש במונח טרור יביא תועלת למדינה בתחומי חקיקה אחרים, אבל ברור שההזדקקות לו בעבירת הסתה לאלימות מיותרת.
- 27 ראו קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 17 ואילך.
- 28 ראו גור-אריה, הערה 10 לעיל, עמ' 143-152; המשפט האנגלי, ראו: Glanville L. Williams, *Criminal Law – The General Part*, 2nd ed. (London, 1961), p. 612.
- 29 ראו קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 26-27, 32-34; גור-אריה, הערה 10 לעיל, עמ' 122; השופט אור בדנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 167.
- 30 ראו גם ע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 558; השופט ברק, שם, עמ' 589.
- 31 ראו קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 27; קרמניצר ולבנון-מורג, הערה 4 לעיל, עמ' 350; השופט דורנר בדנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 191.
- 32 דנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 172-173.
- 33 השופט אור בדנ"פ ג' בארין, הערה 3 לעיל, עמ' 205, וגם בדנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 180.
- 34 על הפעלה סלקטיבית של הוראות פליליות וטענת האפליה, ראו גם ת"פ 2212/02 מ"י נ' אמארה, פסק דין של בית משפט השלום בנצרת, ניתן ביום 14 בנובמבר 2002 (טרם פורסם). על טענת האפליה וההפעלה הסלקטיבית של החוק, ראו גם שלמה אבינרי, "ביצד דמוקרטיה מגינות על עצמן", *כוח המלום וחולשת הדעת: תעמולה, הסתה וחופש הביטוי* (תל אביב, עם עובד, 2002) עמ' 169, 172-173. על ההפעלה הסלקטיבית והמונעת משיקולים פוליטיים של עבירת ההמרדה (sedition) במשפט האוסטרלי, ראו: Maher, הערה 15 לעיל.
- 35 ראו גם מיכאל קונפינו, "הרטוריקה כשדה קרב", *כוח המלום וחולשת הדעת: תעמולה, הסתה וחופש ביטוי* (תל אביב, תל אביב, עם עובד, 2002) עמ' 30-31.
- 13 *R. v. Burnes* 16 Cox C.C. 355 (1886); *R v. Aldred*, 22 Cox CC 1 (1909); *R. v. Chief of Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury*, 1 All E.R. 306 (1991); Lobban, "From Seditious Libel to Unlawful Assembly: Peteloo and the Changing Face of Political Crime c770-1820", *10 Oxford Journal of Legal Studies* (1990) 307; James E. Boasberg, "Seditious Libel v. Incitement to Mutiny: Britain Teaches Hand and Holmes a Lesson", *10 Oxford Journal of Legal Studies* (1990) 106.
- 14 ראו *Boucher v. The King* (1951) S.C.R. 265; L.R.C. of Canada. ראו הערה 2, לעיל.
- 15 ראו *Burns v. Ransley*, 79 CLR 101 (1949); Laurence W. Maher, "The Use and Abuse of Sedition", 14 *Sydney Law Review* 287 (1982); *Review of Commonwealth Criminal Law, Fifth Interim Report, June 1991, Part V – Offences Relating to the Security and Defence of the Commonwealth*, para 32.15.
- 16 ראו דנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 154 ואילך – פס"ד של השופט אליהו מצא, עמ' 183 – פס"ד של השופט שלמה לויין, עמ' 183 – פס"ד של השופט קדמי, עמ' 185 ואילך – פס"ד של השופט דורנר. זוהי גם עמדת המיעוט של השופט מצא בע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 572.
- 17 ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מספר 24) תשמ"ה-1985, עמ' 195-196.
- 18 ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221, עמ' 244-254 (להלן: ע"פ אלבה); בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255, עמ' 313; ראו גם עמדתם של השופט מצא בע"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 573, וכן השופט אור בדנ"פ כהנא, הערה 2 לעיל, עמ' 155. ראו גם קרמניצר וגנאים, הערה 4 לעיל, עמ' 7.
- 19 ע"פ ג' בארין, הערה 3 לעיל, עמ' 38. עמדה זו הובעה פה אחד בע"פ אלבה, הערה 18 לעיל, עמ' 285.
- 20 השופט מצא בע"פ אלבה, הערה 18 לעיל, עמ' 285; דנ"פ ג' בארין, הערה 3 לעיל, עמ' 217; לעמדה זו הצטרפו השופט קדמי, שם, עמ' 212-215; והשופט ש' לויין, שם, עמ' 214-217. ראו גם ת.פ. 149/96 (כ"ס), מ"י נ' אקסלרוד (טרם פורסם) ניתן ביום 1.11.1997; ת.פ. 1035/97 (י"ם), מ"י נ' בר יוסף (טרם פורסם). ניתן ביום 19.11.1998, עמ' 12.
- 21 דנ"פ ג' בארין, הערה 3 לעיל.
- 22 גד ברזילי, "מרכז נגד פריפריה: דיני מניעת טרור" כפוליטיקה", *פלילים ח* (תש"ס), 229, עמ' 234.
- 23 מפלגה זו הרכיבה את הממשלה ושעליה נמנה הנשיא לפני עלייתו של היטלר; לאחר נפילת המשטר הנאצי בתום מלחמת העולם השנייה חזרה המפלגה הסוציאל דמוקרטית לזירה הפוליטית ובתקופות שונות אף הרכיבה את הממשלה; גם המפלגה הקומוניסטית חזרה לחיים הפוליטיים, אולם השיקולים לפסילתה בשנת 1933 היו, לדעתם של רבים, בעיקר פוליטיים; ראו, Martin Kutscha

1991, שכם, צילום: אלכס ליבק

בהיעדר מלאי מספיק של פלנליות, אחד העצירים נדרש לפשוט את חולצתו ולקשור בה את עיניו. החייל המוביל את השורה, מחייך למצלמה כאילו היה רקדן ראשי בלהקה שהוא נותן לה את הקצב. לא רק שעיניהם של הפלסטינים נקשרו והם איבדו תחושת התמצאות, הם גם התבקשו לתת ידיים אלה לאלה ולנוע בשורה כך שלחייל יהיה קל לשלוט בתנועתם בשעה שהוא מוביל אותם לבית משפט.



“הלכה למעשה”: ראיון עם עו”ד סחר פרנסיס, על ניסיונה בייצוג פלסטינים בבתי משפט צבאיים ישראלים

ר ש א ש מ א ס

צבאי, כדי לשמור על ביטחונה.² עם זאת, זכות זו אינה יכולה לרמוס את זכותה של האוכלוסייה הכבושה לקבל יחס אנושי ומכובד או את זכותם של חשודים בעבירות ו/או עצורים למשפט הוגן.³ זכויות אלה מופרות מדי יום ביומו.

צו צבאי מספר 378 מאפריל 1970, שכותרתו “צו בדבר הוראות ביטחון”, מבסס את סמכות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים הישראליים ואת נוהלי בית המשפט ומגדיר באופן רחב את רוב העבירות שהחשודים בהן יובאו לפני בתי המשפט הצבאיים.⁴ ישראל משתמשת בצו 378 ובתקנות ההגנה (שעת חירום) הבריטיות משנת 1945 – שני כלים משפטיים שבהם היא מכניסה תיקונים מדי פעם – כדי לנהל בפועל את הכיבוש.⁵ ישראל טוענת שהשימוש בכלים משפטיים אלה הוא חוקי על פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, מכיוון שבאמצעותם היא מגינה על ביטחונה.

הרוב הגדול של עצורים פלסטינים שמובאים לפני בתי משפט צבאיים מורשעים ונשלחים לתקופות מאסר ממושכות. פלסטינים מהשטחים הכבושים מוחזקים ב־22 בתי כלא, מתקני מעצר ומתקני חקירה, הפזורים ברחבי ישראל⁶ והגדה המערבית.

בפברואר 2008 דיווח שירות בתי הסוהר הישראלי (שב”ס) כי במתקניו מוחזקים 8,463 בגירים פלסטינים ו־300 ילדים פלסטינים.⁷ עורכי דין מהארגון “Defence for Children International – Palestine”, מדווחים כי, בהתבסס על מעקב מספרי שהם מנהלים בביקורים שגרתיים בבתי הכלא ומתקני החקירה כמו גם על מעורבותם בדיונים בבתי המשפט הצבאיים, כ־327 ילדים פלסטינים מהשטחים הכבושים הוחזקו הן במתקנים של הצבא הישראלי והן במתקני שב”ס באפריל 2008.⁸ אדאמיר, האגודה לתמיכה באסירים ולזכויות אדם,⁹ דיווחה כי באפריל 2008 הוחזקו בבתי כלא ובמתקני מעצר בישראל 9,087 מבוגרים מהשטחים הכבושים.¹⁰ ארגוני זכויות אדם ועורכי דין פרטיים

פלסטינים שנעצרים על ידי הצבא הישראלי מובאים למשפט במערכת בתי המשפט הצבאית הישראלית, גוף שיפוטי שיצרה מדינת ישראל אחרי שכבשה את הגדה המערבית ורצועת עזה בשנת 1967. מערכת בתי המשפט הצבאיים מנוהלת על ידי הפרקליטות הצבאית הראשית של ישראל. פלסטינים המובאים לפני בתי המשפט הצבאיים עומדים לדין בגין מה שנחשב עבירות נגד ביטחון ישראל. מאחורי הגדרה זו מסתתר טווח נרחב של מעשים – החל בזריקת אבנים וכלה בפעילויות רחבות יותר, כמו חברות במפלגה פוליטית פלסטינית המוגדרת בלתי חוקית על ידי ישראל או מעורבות במפלגה כזאת.

הרשות הפלסטינית, שהוקמה ב־1993 בעקבות הסכמי אוסלו, קיבלה סמכות שלטונית מוגבלת בכמה אזורים בגדה המערבית וברצועת עזה. עם זאת, ישראל שמרה בידיה את השליטה בכל העניינים הנוגעים לביטחונה בשטחים הכבושים. היא גם שמרה על זכותה לעצור כל אדם בכל אזור בשטחים הכבושים והמשיכה להפעיל את בתי המשפט הצבאיים באזורים מסוימים.

פורמלית, ה”התנתקות” הישראלית מרצועת עזה בשנת 2005 שמה קץ לסמכותם של בתי המשפט הצבאיים באזור.¹ כיום פועלים בגדה המערבית שני בתי משפט של הצבא הישראלי – בית המשפט הצבאי עופר ליד רמאללה ובית המשפט הצבאי סאלם ליד ג'נין. בדרום ישראל, בנגב, פועל בית משפט צבאי אחד. זהו בית המשפט הצבאי קציעות, המטפל בתיקים של מעצר מינהלי. שלושה בתי משפט צבאיים נוספים, וביניהם מתחם המעצר במגרש הרוסים בירושלים, פועלים בתוך מתקני חקירה ומעצר בעיקר כדי להאריך את תקופות החקירה של עצורים פלסטיניים.

על פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, לישראל, ככוח כובש, יש זכות לאכוף את חוקיה באזורים שבהם היא שולטת באמצעות כיבוש

ולעקוב אחר הפרות של זכויות האסירים, אבל אז התחלנו לקבל בקשות של האסירים עצמם, שהיו זקוקים לייצוג בבתי המשפט הצבאיים. מיד אחרי שקיבלתי את רישיון עריכת הדין שלי, בשנת 1996, התחלתי לייצג פלסטינים שהוחזקו במעצר מינהלי – כלומר מעצר בלי כתב אישום או משפט.¹² ישראל עצרה מאות פלסטינים שהיו פעילים בארגונים כמו פתח, חמאס, החזית העממית לשחרור פלסטין, הג'יהאד האיסלאמי, החזית הדמוקרטית לשחרור פלסטין ומתנגדים אחרים להסכם אוסלו. בערך 850 פלסטינים הוחזקו במעצר מינהלי. המספרים לא השתנו מאז במידה ניכרת. היום ישראל מחזיקה בערך 786 פלסטינים במעצר מינהלי.¹³

איך למדת את התחום המיוחד הזה של ייצוג משפטי? מי היו המדריכים הרחנניים שלך כשהתחלת להופיע בבתי המשפט הצבאיים?

ההכשרה שלי היתה בדרך של אימון עצמי, אבל אני חושבת שככה זה אצל כל עורכי הדין שמופיעים בבתי המשפט הצבאיים. כל ההכשרה מבוססת על לימוד עצמי – לשאול שאלות, לחקור, להתבונן וללמוד. הסתמכתי במידה רבה על עצות ותמיכה של עמיתים שהכירו את העבודה בבתי המשפט הצבאיים והיו מנוסים בהופעות לפנייהם. עורכי דין מאדאמיר, שייצגו אסירים פוליטיים פלסטינים זמן מה לפני שאני התחלתי לעסוק בכך סיפקו לי תמיכה רבה. עורכי דין אחרים עזרו לי; עורכת הדין הישראלית לאה צמל, לדוגמה, נתנה לי הרבה עצות וסיוע.

היה אז, ויש גם היום, מגוון של עורכי דין, ברמות מקצועיות שונות, שמופיעים בבתי המשפט הצבאיים: עורכי דין פלסטינים מהשטחים, עורכי דין ישראלים ועורכי דין פלסטינים מישראל. ההכשרה היא תהליך מתמשך. תקשורת עם התובעים היא חלק מהתהליך, משום שהם יכולים לספק מידע חיוני כמו עותקים של החלטות בית המשפט הצבאי לערעורים, שאינן נגישות בדרך אחרת.

רבים מייצגים פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים או עוסקים בזכויות אסירים באופנים שונים. את הראיון שלהלן ערכה רשא שמאס, עורכת דין אוסטרלית ממוצא פלסטיני המתגוררת בגדה המערבית, הממונה לשעבר על סגור בינלאומי לילדים פלסטינים עצורים בארגון "Defence for Children International – Palestine".¹¹ שמאס שוחחה עם עורכת דין סחר פרנסיס, מנהלת אדאמיר, על ניסיונה הלכה למעשה בייצוג פלסטינים בגירים וקטינים בבתי המשפט הצבאיים הישראליים. עו"ד פרנסיס היא עורכת דין פלסטינית מובילה, העוסקת בהגנה על זכויותיהם של אסירים פלסטינים. עו"ד פרנסיס היא פלסטינית אזרחית ישראל. היא חברה בלשכת עורכי הדין בישראל ועובדת כעורכת דין מאז שנת 1996.

מה היה האקלים הפוליטי בישראל ובשטחים הכבושים כשהתחלת להופיע בבתי משפט צבאיים?

זה היה בשנת 1995, בתקופה שמיד לאחר הסכמי אוסלו. באותו זמן, ממש לפני שהרשות הפלסטינית התחילה לשלוט בחלקים של הגדה המערבית ועזה, ישראל עצרה אלפי פלסטינים ויזמה מדיניות של סגר בבתי הכלא: במשך תשעה חודשים נאסר על פלסטינים לבקר את קרוביהם שהיו כלואים בבתי הכלא הצבאיים.

בדיוק באותה תקופה סיימתי את לימודי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועבדתי כמתמחה בארגון "Society of St. Ives" בבית לחם. ארגון זה ייצג פלסטינים תושבי הגדה המערבית בתיקים של זכויות אדם, שעסקו בבעיות כמו הפקעת קרקעות, חופש תנועה והריסת בתים. התחלנו לקבל בקשות לבקר אסירים מהקהילה המקומית. לרבים מתושבי בית לחם היו קרובים בכלא, ולכן התחלנו לבקר כל אדם שנוקק לייצוג משפטי ושהוחזק באחד מבתי הכלא, מתקני המעצר ומתקני החקירה, כולל נשים וילדים. בהתחלה התכוונו לתעד ביקורים בכלא

נקודת הפתיחה של הענישה היא כליאה, ולעולם לא שום דבר אחר. ההבדל הוא אידיאולוגי: עקרונית הענישה החלים בבתי משפט פליליים שונים אידיאולוגית מאלה שחלים בבתי משפט צבאיים.

הבדל מהותי נוסף הוא שהשופטים והתובעים בבתי המשפט הצבאיים משרתים באותה יחידה צבאית והם חייבים להיות חיילים בשירות הצבא הישראלי. תהליך המינוי של שופטים בבתי משפט אלה אינו מבוסס על קריטריונים אובייקטיביים, ואילו במערכת המשפט הישראלית, הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי, ננקטים הליכים קפדניים בכל הקשור למינוי שופטים. אפשר למנות שם, למשל, רק מועמדים שצברו ניסיון משפטי מעשי מינימלי של חמש שנים. לרוב השופטים בבתי המשפט הצבאיים אין כל ניסיון במערכת משפטית אחרת, גם לא בבתי המשפט האזרחיים או הפליליים הרגילים, ויש להם פחות מחמש שנים של ניסיון מעשי. לעתים קרובות הניסיון המעשי שלהם מסתכם בעבודה כתובעים בבתי המשפט הצבאיים.

כשמבקרים בבתי משפט צבאיים, מבחינים מיד בהבדלים בינם לבין בתי משפט פליליים ישראלים רגילים. אם תבקרי בבית משפט ישראלי ותצפי בהליך פלילי, תראי כיצד הכללים הפורמליים מיושמים בקפדנות. לדוגמה, כתב אישום במערכת המשפט הפלילי הישראלית חייב לכלול פרטים חיוניים על העבירה, התאריך, השעה והמקום המדויקים שבהם היא נעברה, וכן תיאור מפורט של עובדות האישום. בבתי משפט צבאיים, לעומת זאת, ההאשמות מעורפלות ושופטים אינם מצפים מתובעים לתאר את העבירה בפירוט ואינם דורשים זאת מהם. הם מסתפקים בתיאור סוג העבירה. דוגמה לכך היא אישום בזריקת אבנים, שפרטי המידע היחידים בנוגע אליו שמובאים בכתב האישום הם החודש, השנה ושם הכפר או העיר שבהם נטען שהתרחש האירוע. כתב האישום אינו כולל פרטים ספציפיים אחרים על העבירה, שיכולים

האם את יכולה להשוות וייצוג משפטי לפני בתי משפט צבאיים לייצוג במערכת המשפט הפלילי הישראלית הרגילה?

ההבדלים ברורים והם נוגעים לזהותם של הנאשמים, לסוגי הפשעים שבגינם מעמידים לדין ולעונשים שמטילים בתי המשפט. על פי סעיף 1 וסעיף 7(ה) של הצו הצבאי מספר 378, בתי המשפט הצבאיים מוסמכים לדון בכל עבירה שבוצעה על ידי כל אדם בכל אזור הגדה המערבית. עם זאת, בפועל נשפטו בבתי המשפט האלה רק פלסטינים. מתנחל שרצח פלסטיני בגדה המערבית, לדוגמה, צריך לעמוד לדין בבתי המשפט הצבאיים. למעשה, מתנחלים שנגדם הוגשו כתבי אישום עמדו לדין במערכת המשפט הפלילית הישראלית הרגילה, שהעונשים שהיא מטילה חמורים הרבה פחות מאלה שמטילים בתי המשפט הצבאיים.¹⁴

אמנת ז'נבה הרביעית מתירה את קיומם של בתי המשפט הצבאיים הישראליים, בגלל הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים. אבל אמנת ז'נבה הרביעית דורשת שבתי משפט כאלה יבחינו בין אזרחים לבין לוחמים העומדים לדין לפנייהם. בתי המשפט הצבאיים הישראליים אינם עושים זאת. הם אינם מבחינים בין אזרחים פלסטינים לבין לוחמים. פלסטינים מזוהים, בהקשר פוליטי ופלילי, כקבוצה אחת של אנשים.

צו צבאי מספר 378 קובע גם את סדר הדין בבתי המשפט הצבאיים. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 ודיני הראיות תקפים גם בבתי המשפט הצבאיים, וכשיש בצו צבאי מספר 378 פערים בנוגע לעניין פרוצדורלי מסוים, אפשר להחיל את המשפט האזרחי הישראלי.

מבחינה טכנית, סדר הדין דומה למדי בשתי מערכות המשפט, אבל יש ביניהן כמה הבדלים מהותיים. כשהוא בא לגזור עונש, למשל, בית משפט פלילי שוקל את היעדים והעקרונות של הענישה – הגנה על הקהילה לעומת סוג העבירה. בבתי משפט צבאיים,

לסייע להגנת הנאשם.

תובעים גם נוקבים בעבירות על פי סיווג רחב יותר, ולא פעם עלינו לנהל דיונים משפטיים בשאלה מהו סעיף האישום המדויק. לדוגמה, באחד מהתיקים שבהם עסקתי הועמד לדין פלסטיני, שנטען כי ירה בכלי נשק לעבר בסיס של הצבא הישראלי. הוא הואשם בניסיון לרצח, אבל כתב האישום לא ציין פרטים כלשהם על “כוונה להמית”, לא הביא ראיות כלשהן לפגיעה של מי מהנוכחים בבסיס ולא כלל מידע על המרחק שבין המקום שממנו נורו היריות לבין הבסיס. אלה פרטים חשובים, שיכולים לעזור לעורך דין להביא טיעונים משמעותיים לטובת הנאשם. היעדרם של פרטים אלה יכול לפגוע בהגנה באופן חמור ולהביא להרשעה אוטומטית. זה גם מה שקורה ברוב המקרים.

גם בתהליך המעצר יש הבדלים. בישראל יש להביא אדם הנאשם בעבירות פליליות לפני בית משפט בתוך עשרים וארבע שעות מרגע המעצר, ונאשם זוכה לייצוג משפטי, או באמצעות סניגור ציבורי שממונה על ידי בית המשפט או באמצעות עורך דין פרטי. לפני הגשת כתב אישום אפשר להחזיק בגיר הנאשם בעבירות פליליות לצורך חקירה עד 30 יום בלי שיוגש נגדו כתב אישום;¹⁵ קטין אפשר להחזיק במעצר לצורך חקירה עד 20 יום.¹⁶ תיקון לחוק סדר הדין הפלילי, שנחקק ב־27 ביוני 2006, יצר הליכים פליליים מסוימים, שמאפשרים למשטרת ישראל ולשירות הביטחון הכללי (השב"כ) להורות כי עצור החשוד בביצוע “עבירות ביטחוניות” יכול להיות במעצר עד 48 שעות – ובמקרים מסוימים 96 שעות – לפני שהוא מובא לבית משפט.¹⁷ חוק זה מציין גם, שעצור כזה יכול להישאר במעצר עד 35 ימים בלי שיוגש נגדו כתב אישום.¹⁸ המצב בנוגע לחשודים העומדים לדין בבתי משפט צבאיים חמור הרבה יותר: אפשר להחזיק עציר פלסטיני שמונה ימים אחרי מעצרו לפני שהוא מובא לפני שופט, ולא עשרים וארבע שעות; אפשר להחזיק אותו במעצר לצורך חקירה ולפני

הגשת כתב אישום עד 90 יום. מבחינה זו אין הבדל בין בגירים לקטינים. יתרה מכך, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון או בית הדין הצבאי לערעורים יכולים להאריך את תקופת המעצר הראשונית – 90 ימים – ב־90 יום נוספים.¹⁹

בכל הנוגע לראיות, כתבי אישום המוגשים לבתי המשפט הצבאיים מסתמכים במידה רבה מאוד על הודאות, ואת תוקפן של הודאות כמעט בלתי אפשרי לערער. בשל תקופת החקירה הממושכת ועקב שיטות החקירה שנוקט השב"כ, הכוללות מכות ואיומים לפגוע בבני משפחה של עצירים או לעצור אותם, כמעט 90% מהעצורים הבגירים הנשפטים בבתי דין צבאיים מוסרים הודאות וכך עושים כמעט 100% מהעצורים הקטינים. פעם ייצגנו עצור בן 17 שסירב למסור הודאה, וכתוצאה מכך הוחזק במעצר מינהלי במשך שנה.

ככלל, דיני הראיות לגבי הודאות שלפיהם פועלים בתי המשפט הצבאיים דומים לאלה שמנחים את מערכת המשפט הפלילי הישראלית הרגילה: אם הודאה הושגה מתוך שימוש בלחץ פסיכולוגי, בלחץ פיסי או בעינויים, ואם ההגנה מבקשת לפסול אותה כראיה, נטל ההוכחה לביטוס הסיבה לפסילת ההודאה מוטל על ההגנה. זה נטל שקשה לשאת, משום שההגנה צריכה להראות שההשפעה של הלחץ או העינויים על מצבו הפסיכולוגי של הנאשם היתה חמורה כל כך, שההודאה שלו לא היתה מהימנה.

כיצד ישראל מחליטה אילו פשעים מהווים איום על ביטחונה ואיך היא מגדירה את העבירות האלה?

צו צבאי מספר 378 מגדיר טווח רחב של עבירות – ממעשים כלליים ועד הריגה ורצח. סעיף 53א לצו, לדוגמה, מוגדר “זריקת חפצים”. מהטרמינולוגיה הנרחבת של הצו הזה אפשר לראות באיזו קלות מוגדרים מעשים שעושים יחידים, כמו השלכת אבנים – אם כחלק מהפגנה קבוצתית ואם כאקט נגד הצבא הישראלי – פשע נגד מדינת ישראל.

רק אחרי הבחירות, כדי למנוע מהם להשפיע באופן כלשהו על ההתמודדות. במערכת הבחירות ישראל הגדירה עבירות חדשות רבות, באופן שהפך כל סוג של קשר עם חמאס לבלתי חוקי.

אחד הלקוחות שלי, אשרף טקאקה, הוחזק אז במעצר מינהלי. כשתקופת המעצר הסתיימה, אחרי ארבעה חודשים, הוא הואשם בעבודה בארגון שישראל הכריזה עליו לא חוקי ושנחשב קשור לחמאס. הארגון שבו מדובר הוא “דאר אל-איייתם”, בית יתומים הממוקם בכפר בית פג'אר. לא יכולנו לטעון שהארגון אינו בלתי חוקי, מכיוון שישראל הכריזה שהוא כזה בהתאם לתיקון לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 ושיקול הדעת בנוגע להכרזה כזאת מסור באופן בלעדי לממשלת ישראל. תמיכה בפעולות צבאיות של חמאס או בפעילות אחרת של הארגון לא היתה רלוונטית לאופן שבו הגדיר בית המשפט את הפשע, ולכן מרשי נאלץ להודות באשמה ונדון לשישה חודשי מאסר.

אחרי 11 בספטמבר 2001 ישראל הכריזה כי שני ארגוני צדקה – קרן ירושלים וקרן אל-אקצה – הם ארגונים לא חוקיים. ארצות הברית ואירופה אסרו את פעילותם של הארגונים האלה. אם עבדת בארגון שקיבל מימון מהקרנות האלה, כמו גן ילדים או מכון כושר, על פי הדין הישראלי עברת עבירה ואפשר היה לעצור אותך.

כשמדובר בילדים, זריקת אבנים היא המעשה הנפוץ ביותר המוגדר עבירה נגד ביטחונה של מדינת ישראל. אפשר לדון ילדים לתקופות מאסר של כמה חודשים על זריקת אבנים. ילדים צעירים, אפילו בני עשר, הוחזקו שעות בתחנות משטרה ישראליות בשל זריקת אבנים על כלי רכב צבאיים ישראלים.

האם קיימים הליכים מיוחדים או חוקים מיוחדים המתייחסים לקטינים שמועמדים לדון בבתי המשפט הצבאיים?

צו צבאי מספר 132 חל באופן ספציפי על

דוגמה אחרת היא סעיף 68, שכותרתו היא “פעילות נגד הסדר הציבורי”. הסעיף הזה קובע: “העושה מעשה הפוגע או העלול לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי – יואשם בעבירה על צו זה”. עבירה זו יכולה לכלול כל מעשה, וכך ניתן לעצור פלסטינים שמבצעים מעשים שונים, שאינם פשעים אלא אקטים פוליטיים שנחשבים פגיעה בשלום הציבור. הצבא הישראלי מרבה להשתמש בסעיף האישום “ניסיון לרצח”, שהעונש המקסימלי עליו הוא מאסר עולם, משום שסעיף זה אינו מוגדר כהלכה; המרכיבים הספציפיים של הפשע אינם מפורטים בצו מספר 378, ולכן בתי המשפט יכולים להחיל הגדרה רחבה. דוגמה שגרתית לשימוש מסוג זה בסעיף 68 היא של פלסטיני שברשותו נמצא סכין ושמואשם בניסיון לרצח, גם אם אין כל ראיה ממשית שמעידה כי הוא או היא אכן השתמשו או התכוונו להשתמש בנשק על מנת להרוג.

מניסיוןך, אילו פעילויות פוליטיות פלסטיניות מובאות לפני בית המשפט הצבאי כעבירות?

ישראל משתמשת באופן עקבי בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 הבריטיות, שבהן מוכנסים תיקונים לפי הצורך, כדי להגדיר פעילויות פוליטיות מסוימות כעבירות בהתאם למצב הפוליטי ששורר בזמן מסוים. למשל, בבחירות לרשות הפלסטינית בשנת 2006 עצר הצבא הישראלי עשרות סטודנטים שהיו חברים בתנועות פוליטיות סטודנטאיות, שישראל סברה כי הן קשורות למפלגות פוליטיות פלסטיניות. על פי סעיף 185(א) לתקנות, אפשר לקבוע כי מפלגות פוליטיות מסוימות אינן חוקיות ולהוציא נגדן צווים צבאיים. פתח וחמאס, לדוגמה, הוכרזו מפלגות פוליטיות לא חוקיות. תנועות סטודנטים, כגון קוטלה איסלאמייה, נחשבו קשורות לחמאס וחבריהן נעצרו ונכלאו לתקופות ארוכות.

אבל לא רק סטודנטים נעצרו. לקראת הבחירות ב-25 וב-26 בספטמבר 2005, ישראל עצרה בין 200 ל-300 פלסטינים. הם שוחררו

איך היית משווה את תוצאות המשפטים המתנהלים בשתי מערכות המשפט?

ההבדל העיקרי בין משפטים שבהם הנאשמים הם פלסטינים למשפטים של ישראלים נעוץ בגור הדין. שופטי בתי המשפט הצבאיים גוזרים את דינם של פלסטינים תושבי השטחים, ולמעשה גם של פלסטינים אזרחי ישראל המואשמים בעבירות "ביטחוניות" שעומדים לדין בבתי המשפט הפליליים בישראל, על פי אידיאולוגיה של ענישה קולקטיבית. נאשמים אלה נתפסים כסיכון ביטחוני, בלי קשר לסעיפי האישום או לראיות שמובאות לפני בית המשפט. בניגוד בולט לכך, ישראלים יהודים עומדים לדין במערכת הפלילית כיחידים, ונשפטים בהתאם לראיות המובאות נגדם.

על פי צו צבאי מספר 132, אי אפשר להטיל על ילדים פלסטינים בגיל 14-16 עונש מאסר של מעל שישה חודשים, אם הורשעו בעבירות שהעונש עליהן הוא פחות מעשר שנות מאסר. אבל ילד, כמו מבוגר, יכול לשאת בעונש של מעל עשר שנות מאסר וייתכן גם שילד פלסטיני יקבל עונש של מאסר עולם.

ב-2005 ייצגתי ילדה בת 14 משכם. היא נסעה לירושלים לבדה ונעצרה במסגד אל-אקצה כשברשותה סכין. היא לא פגעה באיש, אבל אמרה לקציני הצבא הישראליים שרצתה להרוג שוטר. היא הואשמה בניסיון רצח ונשלחה לשש שנות מאסר.

ייצגתי גם נאשמת בת 19, שמבחינה טכנית לא היתה קטינה, אבל אני מזכירה אותה מכיוון שברצוני להשוות את המקרה שלה למקרה של שלושה קטינים יהודים, שהואשמו ברצח של חקלאי פלסטיני בערך באותו הזמן. הלקוחה שלי דקרה שוטר, וגרמה לו פצע בעומק של כחמישה סנטימטרים. הוא נפצע, אבל נשאר בחיים. שופט בבית משפט צבאי דן אותה ל-19 שנות מאסר. בערך באותו זמן שבו נעצרה האשה הצעירה נסעו שלושה קטינים ישראלים באוטובוס של בית הספר בחזרה לביתם, ושיחקו עם מקל עץ. הם הוציאו את המקל דרך

קטינים, אבל ככלל אין תקנות מיוחדות לילדים וקטינים בבתי משפט צבאיים. ההליכים שלפיהם קטינים נעצרים ומועמדים לדין זהים בעיקרון לאלה שלפיהם מובאים לדין בגירים; צו מספר 378 מסדיר את ההעמדה לדין של שתי האוכלוסיות. צו מספר 132 מגדיר ילדים הכשירים לעמוד לדין כבני 16 ומעלה; במערכת המשפט הפלילית הישראלית, הגיל שבו אדם נחשב כשיר לעמוד לדין הוא 18. ילד פלסטיני שגילו 16 ומעלה נשפט כמו בגיר ונכלא עם בגירים. בישראל יש מערכת משפט מיוחדת לקטינים, שמטפלת בילדים ישראלים, אבל בגדה המערבית אין מערכת דומה המטפלת בילדים פלסטינים.

כשקטינים ישראלים נעצרים בישראל, הם מטופלים על ידי קצין מבחן מיוחד ונשפטים בבתי דין לנוער, שסגורים לציבור על מנת להגן על פרטיותם. ילדים שמובאים לבתי המשפט הצבאיים מוכנסים לאולם בדרך כלל כשרגליהם אזוקות. הם יושבים על ספסל הנאשמים יחד עם עצורים בגירים ומחכים לדיון בעניינם. לפעמים יכולים לשבת עד עשרה עצורים, בגירים וקטינים, על ספסל אחד בבית המשפט. אם על ספסל הנאשמים כבר יושבים עצורים בגירים, מושיבים ילדות עצירות, המלוות על ידי חיילת בבית המשפט, לידם. הדיון בית המשפט אינו סגור ובני משפחות של עצירים אחרים יכולים להימצא שם ולצפות בילדים ובהליכים המתנהלים בעניינם.

כל הילדים הפלסטינים שמגיעים לבתי המשפט הצבאיים נכלאים; לא נשקלת שום חלופה לכליאה ואין להם אפשרות להיכלל בתוכנית שיקום, כפי שקורה בבתי משפט לנוער בישראל. יש כמה כללים ספציפיים המתייחסים לעונשים שחלים על קטינים עד גיל 16, אבל כללים אלה אינם משקפים את הסטנדרטים של המשפט הבינלאומי לענישת ילדים ואינם מקיימים אותם, משום שבעיקרון הם מתייחסים רק לקביעת תקופות מאסר.

חלון האוטובוס ופגעו בגבר פלסטיני, שרכב על החמור שלו לצד האוטובוס. הוא נהרג. כל אחד משלושת הקטינים נדון למאסר של שנתיים. ההבדל בין העמדה לדין של פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים להעמדתם לדין במערכת הפלילית הרגילה נוגע לא רק להליך, אלא גם לתקופת המאסר. בבואם לקבוע תקופות מאסר, הנחת המוצא של שופטים בבתי המשפט הצבאיים היא שהנאשם הפלסטיני התכוון לפגוע ביהודי או להרוג אותו משום שהוא יהודי. הם מונחים על ידי הנחות אחרות אם הנאשם הוא יהודי. למשל, לפני שלוש שנים בערך תיכננה קבוצה של מתנחלים מבת עין להניח פצצת גז במכונית שחנתה ליד בית ספר לבנות במזרח ירושלים. המתנחלים הועמדו לדין בבתי משפט פליליים רגילים ונדונו לתקופות מאסר של 12-15 שנים. פלסטינים שהואשמו בעבירות שבוצעו בנסיבות דומות נדונו ל-25-30 שנות מאסר. ילד פלסטיני שמואשם ב"מעורבות" בתכנון פיגוע התאבדות יכול לשאת בעונש של 15 שנות מאסר או יותר. המונח "מעורבות" יכול לכוון לכל דבר – מדיבור על התוכנית בלי להיות חלק מהמעשה עצמו ועד לנשיאת חלק מהפצצה בשק שהילד קיבל ממישהו אחר, בלי שהוא מודע לתכולת השק.

רשא שמאס היא עורכת דין אוסטרלית ממוצא פלסטיני, שעבדה עשר שנים כעורכת דין פלילית בסידני. לשעבר הממונה על סנגור בינלאומי לילדים פלסטינים עצורים בסניף הפלסטיני של ארגון *Defence for Children International*, הממוקם ברמאללה.

סחר פרנסיס, פלסטינית אזרחית ישראל, עובדת כעורכת דין בגדה המערבית מ-1996. כיום היא מנהלת אדאמיר – האגודה לתמיכה באסירים ולזכויות אדם.

- הערות
- 13 הנתונים התקבלו מאדאמיר, 6 באפריל 2008.
- 14 ראו בצלם, ”מערכת החוק הכפולה בשטחים“, ב- http://www.btselem.org/hebrew/Settler_Violence/Dual-Legal_System.asp ועדויות של פלסטינים שהתקפו בידי מתנחלים ב- <http://www.btselem.org/hebrew/Testimonies/?TF=01&image.x=13&image.y=11>
- 15 סעיף 17(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ”ו-1996.
- 16 סעיף 10(3) ל חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), התשל”א-1971.
- 17 לפי סעיף 3(1) וסעיף 3(2) לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) התשס”ו-2006.
- 18 לפי סעיף 4 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) התשס”ו-2006.
- 19 לפי סעיף 78 לצו צבאי מספר 378, חייל זוטור בצבא הישראלי או שוטר בדרג נמוך במשטרת ישראל יכולים לעצור ילד פלסטיני למשך 96 שעות, בלי שיוגש נגדו כתב אישום. לאחר מכן אפשר להחזיק את הילד לצורך חקירה שמונה ימים נוספים, לפני שהוא מובא לפני שופט באמצעות צו מעצר רשמי שמוציא קצין בדרגה גבוהה יותר. לשופט בבית משפט צבאי יש סמכות להאריך את תקופת המעצר לצורך חקירה עד ל-90 יום. לפי סעיף 78, שופט בית המשפט הצבאי לערעורים מוסמך להאריך את התקופה של 90 ימי מעצר לצורך חקירה לתקופה נוספת של עד שלושה חודשים.
- 1 על פי חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס”ו-2006, תושבי עזה שנעצרים בידי ישראל מובאים כעת לפני בתי משפט פליליים בישראל. אבל ישראל חוקקה חוקי מעצר חמורים יותר, שחלים למעשה רק עליהם.
- 2 ראו סעיף 5 לאמנת ז’נבה הרביעית (1948).
- 3 ראו סעיף 64 לאמנת ז’נבה הרביעית (1948).
- 4 ראו צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס’ 378) תשל”ו-1970.
- 5 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.
- 6 אם כוח כובש עוצר אדם מחוץ לשטח הכבוש, הוא מפר את סעיף 76 לאמנת ז’נבה הרביעית (1948).
- 7 הנתונים הסטטיסטיים התקבלו מארגון בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים, והם מעודכנים לתאריך 28 בפברואר 2008.
- 8 נתונים על ילדים אסירים התקבלו מארגון “Defence for Children International - Palestine Section”, והם מעודכנים לפברואר 2008.
- 9 אדאמיר, האגודה לתמיכה באסירים ולזכויות אדם, הוא ארגון אזרחי פלסטיני שהוקם ב-1992 על ידי פעילי זכויות אדם פלסטינים. פעילותו של אדאמיר מתמקדת בהצעת תמיכה לאסירים פלסטינים, הגנה על זכויותיהם וקריאה להפסקת העינויים באמצעות מעקב, נקיטת הליכים משפטיים ומערכות ציבוריות לגיוס סולידריות. למידע נוסף ראו אתר האינטרנט של הארגון: www.adameer.org
- 10 נתונים שנמסרו על ידי אדאמיר, מעודכנים ל-6 באפריל 2008.
- 11 “Defence for Children International (DCI) - Palestine Section” הוא אחד מבין שלושים וחמישה סניפים של DCI ברחבי העולם. המזכירות הבינלאומית של הארגון הוקמה בז’נבה בשנת 1979. הסניף הפלסטיני הוקם ב-1992, עקב הצורך הדחוף להגן על זכויותיהם של ילדים פלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה באינתיפאדה הראשונה. המשרד הראשי של הסניף הפלסטיני ממוקם ברמאללה ומשרדים אחרים שלו פועלים בבית לחם ובחברון. עורכי דין מהמחלקה המשפטית של DCI מייצגים ילדים פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים הישראליים ומבקרים אותם בבתי כלא ישראלים. למידע נוסף ראו: www.dci-pal.org
- 12 העיכובים והמעצרים השרירותיים של אנשים, שבהם לא נמסר לעצורים מידע על האישומים נגדם והם אינם מובאים למשפט בתוך פרק זמן סביר, הם הפרה של סעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). מעצר מינהלי בבתי משפט צבאיים מוסדר על פי צו צבאי מספר 1226 ופרק ה1 לצו צבאי מספר 378.

1994, יפו, צילום: זיו קורן

הפלסטיני שנעצר, השתתף במהומות שפרצו ביפו בעקבות הטבח שביצע ברוך גולדשטיין בחברון. השוטרים מנסים להכניס את העצור לניידת באלימות רבה ומופגנת: אחיזה באזיקים, אלה על הצוואר ולפייתת האזון כך שכל תנועה מיותרת עלולה להוביל לתלישתה.



1996, רמאללה, מיקי קרצמן

רבים מאלה שעד לפני זמן קצר זרקו יחד אתו אבנים על החיילים התעייפו ונעשו לצופים מן היציע בעימות מסוכן אחד על אחד בינו לבין החייל.



הגדרת האסירים הפלסטינים בבתי הכלא בישראל "אסירים ביטחוניים", סמנטיקה ביטחונית להסוואת פרקטיקה פוליטית

ע ב י ר ק ר

שלו, היחס כלפי האסירים "הביטחוניים" מבוסס על השתייכותם לקבוצה שעליה הם נמנים. בנוסף, טשטוש מאפייניו האישיים של האסיר באמצעות הצמדת ההגדרה "ביטחוני", מביא לא רק לפגיעה בזכויותיו כפרט אלא גם להכחשת הווייתו הפוליטית ולהעלמת הרקע והמציאות שעומדים מאחורי שליחתו לבית האסורים. תפיסה קולקטיבית חד סטרית זו משתקפת גם בבית המשפט. היא פוסחת על האסירים היהודים המסווגים כ"ביטחוניים", שהיחס כלפיהם מבוסס על האלמנטים האינדיווידואליים שלהם כפרטים ולא דווקא על סיווגם הביטחוני בתוך בית הכלא. תפיסה זו איננה פועל יוצא של מדיניות מסוימת. היא מעוגנת באופן בלתי ישיר בהוראות שב"ס. כדי להראות עד כמה תפיסה זו מושרשת הן בפרקטיקה והן בהוראות הכתובות, אנתח תחילה את ההגדרה "אסיר ביטחוני" מהיבטים משפטיים ובתוך כך אעמוד על ההשלכות הפרקטיות שיש להגדרה זו ועל האפליה שהיא יוצרת. בהמשך אציג את אורח חייהם הקולקטיבי של האסירים הפלסטינים בתוך בית הכלא ואעמוד על הקשר בין אורח חיים זה לבין האופן שבו תופסים האסירים את עצמם לעומת האופן שבו הם נתפסים בעיני מערכת הכליאה ובתי המשפט.

מיהו אסיר "ביטחוני"?

אסיר "ביטחוני" מוגדר "אסיר אשר הורשע ונידון בגין ביצוע עבירה, או שהוא עצור בגין חשד לביצוע עבירה, שעל-פי טיבה או נסיבותיה, הוגדרה כעבירה ביטחונית מובהקת או שהמניע לעבירה היה לאומני".⁴ הגדרה זו מופיעה בפקודות הפנימיות של שירות בתי הסוהר ואין המדובר בהוראה נורמטיבית המעוגנת בחקיקה ראשית. שירות בתי הסוהר איננו מתכחש לעובדה, כי סיווג האסירים כ"ביטחוניים" נועד, בין היתר, "להקל על הניהול התקין של מתקני הכליאה על ידי החזקת הקבוצות הללו בנפרד".⁵ לא ברור

במה אנחנו עוסקים כאן? בהגדרה? האם הגדרה זו או אחרת בכוחה להוסיף או לגרוע במשהו מתנאי מאסרם של אסירים, או לשחרר את אלה שאנו מבקשים לשחרר? התשובה היא: כן! ההגדרה שאנו תובעים היא הגדרה פוליטית ולא משפטית, ונגזרת ממנה לא רק עמדה ערכית תיאורטית, אלא אף מעשית פוליטית.

(וליד דקה, כלא גלבו, 2006)¹

מבוא

אסירים בבתי הכלא בישראל מסווגים לשתי קטגוריות: האסירים "הפליליים" ואלה "הביטחוניים". הפקודות וההנחיות של שירות בתי הסוהר (שב"ס) אינן מגדירות מיהו אסיר פלילי, אך הן כן עומדות על הגדרתו של האסיר ה"ביטחוני".² בפועל, רוב האסירים המוגדרים "ביטחוניים" הם פלסטינים, אך יש בנמצא גם אסירים יהודים המוגדרים ככאלה.

הקביעה כי אסיר מסוים נחשב "ביטחוני", היא פועל יוצא של החלטה אדמיניסטרטיבית פנימית של שירות בתי הסוהר ולא של הוראת דין מסוימת. הגדרה זו נהפכה עם הזמן לקוד הזיהוי של האסירים הפלסטינים³ כלפי כולי עלמא, ולא דווקא כלפי שב"ס או רשויות אכיפת החוק בלבד. במאמר זה ברצוני לטעון כי הגדרתם של אסירים אלה כ"ביטחוניים" – שאני מכנה "קולקטיביזציה" – היא בעייתית הן במישור החוקתי והן במישור הפרקטי. הגדרה זו הופכת את אלפי הפלסטינים הכלואים כיום בבתי הכלא בישראל לכאלה הנמנים על קבוצה אחת המקרינה, בתור שכזו, מידת מסוכנות זהה המצדיקה החמרה בתנאי המחיה שלהם ובאמצעי הפיקוח שיש להטיל עליהם. מצד אחר היא מפחיתה את סיכוייהם לשחרור מוקדם, באופן קטגורי עיוור וללא הבחנה. להבדיל מהיחס כלפי כלל האסירים בבתי הכלא, המבוסס על הערכה אינדיווידואלית של הפרט ושל מידת המסוכנות

לאילו קבוצות הכוונה, שכן הסיווג שנקבע על ידיו הופך את האסירים הללו לקבוצה אחת ויחידה. את הרציונל העומד מאחורי הסיווג הקולקטיבי מסביר שב"ס במלים הבאות:

- הכלא. אלה הם הנושאים:⁵
1. הקביעה באיזה כלא או באיזה אגף בכלא ירצה האסיר את עונשו;
 2. מתן חופשות;
 3. שיחות טלפון מהכלא;
 4. ביקורי בית מאובטחים;
 5. דיווח שוטף לשב"כ או למשטרה לקראת תום שני שלישים מתקופת המאסר, לצורך מתן חוות דעת לפרקליטות המדינה;

באסירים השפטים בגין עבירות נגד ביטחון המדינה קיים בדרך כלל פוטנציאל ממשי לסיכון ביטחון המדינה בכלל ולסיכון הסדר והמשמעת בבתי הסוהר בפרט – וזאת לאור סוג העבירה שביצעו, עברם, מניעיהם ומעורבותם בפעולות נגד ביטחון המדינה. רובם של אסירים אלה אף קשורים לארגוני טרור וקשר זה טומן בחובו סכנות מיוחדות הן לסדר ולמשמעת בבית הסוהר והן לביטחון המדינה. הסיכון הביטחוני הצפוי מהאסירים "הביטחוניים" מחייב כליאתם בנפרד מאסירים פליליים והטלת מגבלות מיוחדות עליהם בכל הנוגע לקשר עם החוץ, ובכלל זה בנושאים של חופשות, ביקורים, שיחות טלפון והתייחדות.⁶

יש להדגיש, כי הנקודות המפורטות בסעיפים 1-5 לעיל קובעות למעשה חלק מהעניינים שנשללים אוטומטית מהאסירים הפלסטינים רק בשל הגדרתם כ"ביטחוניים", שכן ניתן למנות שורה ארוכה של פגיעות נוספות בזכויות רבות אחרות, אך בשל קוצר היריעה לא אעמוד עליהן כאן.⁷ לעומת זאת, אתמקד בדברים העולים מפקודת הנציבות המצוטטת לעיל ובמשמעותם דה־פקטו. הפקודה הנ"ל יוצרת איסור גורף, המונע מאסירים עם הסיווג "ביטחוני" להשתמש בטלפון ולצאת לחופשות. האיסור אף חוסם את דרכם לבקש שחרור מוקדם מבית הכלא. עם זאת, לכלל זה נקבעו שני חריגים שעליהם ארחיב להלן. קריאת החריגים, על פניה, מראה כי הם מבוססים על קונספציה פרטנית המאפשרת לפרט ליהנות מזכויות בהתאם לנתונו האישיים. אולם בדיקה מעמיקה של חריגים אלה מראה כי תפיסה פרטנית זו פוסחת על האסירים הפלסטינים, כמבואר להלן:

חריג (1): אי השתייכות לארגון עויני⁸

אחד החריגים המאפשרים להימנע מהטלת הגבלות על אסיר המסווג "ביטחוני" הוא, שאותו אסיר לא היה חבר בארגון עויני ולא סייע לארגון עויני, עובר לביצוע העבירה וניתנה חוות דעת של השב"כ כי לא נשקפת סכנה לפגיעה בביטחון המדינה מאי הטלת מגבלות מיוחדות עליו.

"ארגון עויני" לעניין סעיף זה הוא אחד מהארגונים המנויים להלן: חמאס, ג'יהאד איסלאמי, חזית עממית, חזית דמוקרטית (חוואתמה), חיזבאללה, פת"ח (אבו מוסא), "החזית העממית המפקדה הכללית" (גיבריל), ארגון "אבו-

באמצעות ההסבר הכללי הזה הופכים אלפי האסירים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים" לבעלי רמת מסוכנות זהה. נער בן 14 שחשוד בזריקת בקבוק תבערה שלא התפוצץ נתפס כמסוכן בדיוק כמו גבר בן 40 שפיקד על חוליה ששלחה מפגעים; חברי התנועה האיסלאמית, שנחשדו בביצוע עבירות כלכליות ובטוויית קשרים כלכליים עם ארגונים פלסטיניים המוגדרים עוינים, נראו כמאיימים על ביטחון המדינה עד כדי מניעת מגע בינם לבין ילדיהם בבית הסוהר,⁹ בדיוק כמו לוחמים שנתפסו תוך כדי לחימה פעילה. אסיר שנשפט לפני עשרים שנה על חברות בחוליה שהרגה חייל ידורג כבעל אותה מידת מסוכנות ביטחונית כמו אסיר שזה עתה ביצע רצח.

השלכות ההגדרה ואי תחולת החריגים לה על האסירים הפלסטינים

על-פי פקודות נציבות שירות בתי הסוהר, הצמדת ההגדרה "ביטחוניים" לאסירים מסוימים אמורה לכאורה להשפיע רק על ההתייחסות של שב"ס בטיפולו באסירים ועצורים אלה בנושאים מוגדרים הנוגעים לקשר עם העולם שמחוץ לבית

הארגונית אינה מוגדרת אפשר למצוא בנתונים שמביא שב"ס באחד מפרסומיו.¹⁴ מנתונים אלה עולה, כי מבין 3,167 האסירים הפלסטינים המסווגים "ביטחוניים" שנשפטו על עבירות "עם דם על הידיים" כהגדרת שב"ס (66% מכלל האסירים ה"ביטחוניים") שהוחזקו בבתי הכלא בשנת 2005, רק 101 לא השתייכו לארגון "עוין". הפרסום הנ"ל איננו מתייחס לקבוצת האסירים האחרים שאיננה "עם דם על הידיים" ולמידת ההשתייכות או האי השתייכות של חבריה לארגון כלשהו.

אין להמעיט בערכו של החריג הנ"ל. בזכותו זכו אסירים יהודים להקלות משמעותיות בתנאי מעצרם ושמרו על קשר עם העולם החיצון חרף סיווגם כ"ביטחוניים". דוגמה אחת היא של האסיר היהודי יגאל עמיר, שהורשע ברצח ראש הממשלה לשעבר יצחק רבין. עמיר מסווג בבית הכלא כאסיר "ביטחוני". בתור שכזה, כמוהו כמו אלפי האסירים הפלסטינים, הוא אמור לקבל ביקורים בבית הכלא כאשר מחיצה שקופה חוצצת בינו לבין בני משפחתו.¹⁵ העובדה כי אין הוא מוגדר כאסיר עם השתייכות ארגונית כלשהי מאפשרת לו, על-פי פקודת נציבות בתי הסוהר, לזכות בביקורים פתוחים.¹⁶ לאסיר הנ"ל, בניגוד לכל שאר האסירים ה"ביטחוניים", ניתנת הזכות לדבר בטלפון עם בני משפחתו באופן יומיומי ובאין מפריע. טענת ה"אי השתייכות" סייעה לו גם במימוש זכותו להורות באמצעות ההתייחדות עם זוגתו בבית הכלא.¹⁷ תחילה נמנע מהאסיר עמיר להביא ילדים לעולם באמצעות התייחדות עם בת זוגו, מסיבות של חשש לפגיעה בביטחון המדינה. מאוחר יותר התיר לו שב"ס להתייחד עם זוגתו,¹⁸ הנימוק הביטחוני נמוג פתאום. די במהלך זה כדי להוכיח את היחס הפרטני כלפי אותו אסיר, שאף שהוא מוגדר "ביטחוני" בשב"ס בוחנים אותו בהתאם להערכות סיכון עדכניות שיכולות להשתנות.

באותה מידה אפשר להבין מה מקור ההקלות הרבות שמקבל האסיר עמי פופר, שרצח שבעה פועלים ערבים בשנת 1990, בהשוואה לשאר האסירים המסווגים כ"ביטחוניים". פופר זכה להתחתן כשהוא בבית הסוהר, התייחד עם בת זוגו

נידאל,¹⁹ ארגונו של אוסאמה בן-לאדן.²⁰ מקריאת החריג הזה אפשר להתרשם כי מדובר בסעיף המבטא גישה אינדיווידואלית לאסיר, המבוססת על הערכת רמת הסיכון האינדיווידואלי שלו, אף על פי שהוא מוגדר "ביטחוני". אלא שגישה אינדיווידואלית זו פוסחת על רובם המכריע של האסירים הפלסטינים המסווגים כ"ביטחוניים". בהתאם לכך, טענתי היא כי חריג זה בא לשרת בעיקר את האסירים היהודים המסווגים "ביטחוניים".²¹

ראשית: אין בין הארגונים העוינים המוגדרים בפקודת הנציבות ולו ארגון יהודי אחד, אף שההיסטוריה הוכיחה כי יש ארגונים יהודיים הקוראים לפגיעה בערבים, בהיותם כאלה, כמו המחתרת היהודית או תנועת כ"ך.²² משמעות הדבר היא כי החריג הנ"ל יחול על כל אסיר יהודי המסווג כ"ביטחוני" באופן אוטומטי, בין אם השתייך לארגון כלשהו הקורא לשימוש באלימות ובין אם לאו, תהא מידת חומרת פעילויותיו של הארגון אשר תהא. משמע, ההתייחסות לאסיר היהודי המסווג כ"ביטחוני" היא לעולם אינדיווידואלית, הואיל ואותו חריג המבטא גישה אינדיווידואלית יחול תמיד עליו. תחולת החריג מביאה להקלות דרסטיות בהגבלות המוטלות על אסירים "ביטחוניים". התוצאה היא שאסיר "ביטחוני" יהודי ייהנה תמיד מהקלות אלו, ללא שום קשר להשתייכותו הארגונית, בניגוד לפלסטיני שעצם השתייכותו תעמוד לו לרועץ.

שנית: גם אם נרצה להחיל את החריג הנ"ל על אסירים פלסטינים, כמעט ואין אפשרות להכניס בגדרו שום פלסטיני, למעט בודדים. מדוע? הפרקטיקה מלמדת, כי רובם המכריע של האסירים הפלסטינים מוחזקים בבתי הכלא הישראליים באשמת השתייכות לארגון "עוין" כלשהו, בנוסף לעבירות אחרות. לא היה אפשר להשיג נתונים עדכניים על מספרם של האסירים הפלסטינים המוחזקים גם בגין השתייכות ארגונית. דוגמה לאחוז הקטן של האסירים שהשתייכותם

והוליד שלושה ילדים. פופר אף זוכה בחופשות¹⁹ ונמצא בקשר טלפוני מתמיד עם בני משפחתו. המסקנה היא, כי חריג זה פוגע בזכות לשוויון בכך שהוא מביא לתוצאה מפלה על רקע לאום, בין אם הדבר נעשה במכוון על ידי שב"ס ובין אם לאו.²⁰ סעיף זה איננו חוקתי ולו מכיוון שפגיעה בזכות חוקתית צריכה להיעשות בחקיקה ראשית או על פיה, ובענייננו מדובר בפגיעה בזכות החוקתית של האסירים לשוויון, הנעשית כתוצאה מהוראה מינהלית גרידא.²¹

חריג (2): השתייכות לארגון עוין לאחר ריצוי שליש או עשר שנים מתקופת המאסר

החריג השני שקובעת פקודת הנציבות²² ואשר לכאורה מבוסס גם על תפיסה אינדיווידואלית של מידת המסוכנות של כל אסיר, קובע כי אפשר להימנע מהטלת הגבלות על אסיר המסווג כ"ביטחוני" ואשר היה חבר בארגון עוין או סיעה לארגון עוין עובר לביצוע העבירה, בהתקיים שני תנאים. הראשון, שהאסיר הנ"ל ריצה שליש מתקופת מאסרו או עשר שנים לפי המוקדם ביניהם. והשני שהשב"כ קבע לגביו, כי ניתק כל מגע, ישיר או עקיף, עם הארגון ועם חברי הארגון. השב"כ אמור לאשר בחוות דעת מטעמו, כי לא נשקפת מאי הטלת מגבלות מיוחדות על אותו אסיר סכנה לפגיעה בביטחון המדינה.

תיאורטית, משמעות החריג הנ"ל במקרה הטוב היא, שההתייחסות הפרטנית לאסיר המסווג כ"ביטחוני" והמשתייך לארגון עוין, תחול רק לאחר ריצוי שליש או עשר שנים מתקופת מאסרו (לפי המוקדם ביניהם). מבחן המציאות מלמד, כי כמעט אף לא אסיר פלסטיני אחד לא זכה עד כה להקלות מסוימות כתוצאה מהפעלת החריג הנ"ל.²³ סיווגם של האסירים כ"ביטחוניים" ממשיך להאפיל על כל דרישה לגיטימית שלהם בבית הכלא והיחס כלפיהם ממשיך להיות קולקטיבי ולא פרטני. לשם המחשה, די לציין כי עד לסוף שנת 2006 היו בכלל כ-424 אסירים פלסטינים שישבו בבית הכלא למעלה מעשר שנים,²⁴ אך למיטב ידיעתי לא היה עד כה שום מקרה שבו זכו אסירים אלו בהקלות משמעותיות כמו התייחדות, ביקור פתוח כדרך

קבע או שימוש יומיומי בטלפון. לעומת זאת, כמובא לעיל בדיון בחריג הראשון, חלק מהאסירים היהודים שנדונו למאסר בגין רצח ערבים על רקע לאום לא השלימו שליש מתקופת מאסרם ולמרות זאת זכו לא רק להקלות משמעותיות בבית הכלא, אלא אף לשחרור.

מהשוואה שערך האסיר מוכלס בורגאל עולה,²⁵ כי בניגוד לאסירים היהודים אזרחי המדינה שביצעו מעשים על רקע אידיאולוגי נגד ערבים, האסירים הפלסטינים אזרחי המדינה טרם זכו לקציבה ריאלית של עונשם או לשחרור מוקדם. למשל, דני אייזמן, מיכל הלל וגיל פקס הורשעו ברצח נהג המונית חמיס טוטאנג'י, פלסטיני תושב ישראל, ונדונו למאסר עולם. זהותו הלאומית של טוטאנג'י היתה המניע לביצוע הרצח.²⁶ כל הנאשמים שוחררו כעבור פחות מעשר שנים מביצוע הרצח.

יורם שקולניק רצח בדם קר, בשנת 1993, תושב ערבי שהיה עצור וכפות בידיו. הוא נשפט למאסר עולם. עונשו נקצב על ידי נשיא המדינה כמה פעמים והוא שוחרר שבע שנים לאחר תחילת מאסרו.²⁷

זאב וולף וגרשון הרשקוביץ, שהיו פעילי תנועת "כהנא חי", נידונו ביולי 1993 לעשר שנות מאסר בגין זריקת רימון יד בשוק הקצבים בירושלים המזרחית. המעשה בוצע כנקמה על הירצחו של מנהיג התנועה, מאיר כהנא. שניהם הורשעו בגרימת מותו של סוחר ערבי ובפציעת שמונה אחרים. בשנת 1997, פחות מארבע שנים לאחר הרשעתם, חנן אותם עזר ויצמן (הנשיא אז) והם שוחררו מבית הכלא.²⁸

לעומת זאת, שני האסירים מוחמד מנצור זיאדה ומוכלס בורגאל, פלסטינים אזרחי המדינה, נדונו ב-1987 למאסר עולם בגין זריקת רימון על אוטובוס. הרימון לא התפוצץ ולנוסעים לא נגרם נזק. עד היום, זה כעשרים שנה, נמצאים שני האסירים בכלא. עונשם נקצב לאחרונה ל-40 שנה. משמע, שחרורם צפוי בעוד כעשרים שנה, כששניהם יהיו בני למעלה מ-70. חאפז קונדוס, פלסטיני אזרחי ישראל, נדון ל-28 שנה בגין זריקת רימון על ביתו של ראש הוואקף האיסלאמי בגין

של אסירים אלה הוא התפיסה הקולקטיבית שלהם בנוגע לעובדת המאסר ולמציאות הפוליטית שהביאה אותם לבלות שנים ארוכות, אם לא כל חייהם, מאחורי סורג ובריח. תפיסה קולקטיבית זו באה לביטוי, לדוגמה, בניהול קופה משותפת לכלל האסירים בכל בית כלא וקביעת סכום אחיד המוקצב לכל אסיר; קיום כללי משמעת ייחודיים, תוך שמירה על נורמות וערכים גבוהים הכוללת למשל פליטת אסירים השפויים בגין עבירות סמים, מין, אלכוהול ושיתוף פעולה וקביעת מנגנון קבלת החלטות המבוסס בעיקר על שותפות. במנגנוני קבלת ההחלטות, הדגש הוא על חילופי דעות ורעיונות ובחירה באופציית הדיאלוג כפתרון לסוגיות שבמחלוקת.

חרף ריבוי הפלגים הפוליטיים שאליהם משתייכים האסירים והמחלוקות השונות שעשויות להתגלע כתוצאה מכך, מצליחים האסירים להשיג שיתוף פעולה בין כל הפלגים בבית הכלא. את שיתוף הפעולה מאפשר מנגנון שבמסגרתו מתקבלות החלטות על ידי נציגים הנבחרים מטעם האסירים בתוך הכלא. לבד מהנציגים הנבחרים, אפשר גם למצוא חלוקה מוסדית בבתי הכלא. זו באה לביטוי בעיקר בבחירת ועדים למיניהם, שכל אחד מהם אחראי לטיפול בנושא מסוים.²⁹ התארגנות זו התאפיינה גם בקביעת הוראות ורשימות פנימיות המסדירות את החיים בתוך תא המעצר, החל בסידורי השינה על הרצפה במידת הצורך, עבור לקביעת שעת השקט בתא וכלה בקביעת כללים לצפייה בטלוויזיה.³⁰ במישור היחסים עם הנהלת הכלא, האסירים נאבקו כדי שיתאפשר להם לבחור נציג מטעמם בכל בית כלא, המשמש איש קשר בהידברות בינם לבין רשויות הכליאה. בשנים 1984 ו-1986,³¹ פתחו האסירים הפלסטינים בשביתות רעב כלליות, בדרישה להכיר בנציגיהם הנבחרים כדוברים. בעקבות שביתות רעב אלו הצליחו האסירים לבסס את מעמדו של מוסד הדוברות ומדי שנה נערכות בחירות שבהן מתחרים האסירים על תפקידים של דוברי האגפים ודוברי בית הכלא כולו. תפקידו של הדובר לטפל בבעיות שוטפות של האסירים ולתאם את ההידברות עם

כוונתו למכור בית קברות איסלאמי לחברת בנייה ישראלית. עד כה ריצה האסיר קונדוס למעלה מ-22 שנים וועדת השחרורים סירבה לשחררו לאחר ריצוי שני שלישים מעונשו. האסיר וליד נימר דקה הוא פלסטיני אזרח ישראל, תושב העיר באקה אל-גרביה. בשנת 1984 נידון דקה למאסר עולם בלתי קצוב, מכיוון שהיה חבר בחוליה שרצחה וחספה חייל. עד כה ריצה למעלה מעשרים שנה בכלא, עונשו לא נקצב ובקשת חנינה שהגיש לרמטכ"ל נדחתה.

הנה כי כן, החריגים שקבע שירות בתי הסוהר, אשר כללו תנאים וקריטריונים למתן הקלות לאסירים ה"ביטחוניים", לא נועדו אלא להקל על האסיר היהודי מצד אחד ולשמור את ההחמרה בתנאים לאסירים הפלסטינים המוגדרים "ביטחוניים", מצד אחר. מסקנה זו נובעת, כפי שראינו, הן מהפרשנות לאותם חריגים והן ממבחן האופן שבו הם מיושמים בפועל.

חיים קולקטיביים בבית הכלא – מסוכנות או דמוקרטיזציה?

עד כה דנו בבעייתיות המשפטית הכרוכה בהגדרת האסיר כ"ביטחוני" ובאפליה הקבוצתית על רקע לאום הטמונה בה. ניסוחה של ההגדרה בפקודות שב"ס מצביע על הגישה הקולקטיבית כלפי האסירים הפלסטינים. אבל ההגדרה המשפטית איננה המרכיב היחיד שעומד בבסיס ההתייחסות הקולקטיבית לאסירים. מרכיב אחר העומד בבסיס היחס הקולקטיבי העיוור של השב"ס כלפי האסירים הפלסטינים ה"ביטחוניים" נוגע לאורח חייהם של האסירים בתוך בית הכלא. לכידותם של האסירים הפלסטינים מתפרשת על ידי הצד הפלסטיני כסמל לדמוקרטיזציה; בעוד שבעיני מערכת המשפט הישראלית היא נתפסת כסמל למסוכנות וכאיום ביטחוני.

התארגנות האסירים הפלסטינים בתוך בית הכלא מזווית פלסטינית

אורח החיים של האסירים הפלסטינים בבתי הכלא ויחסיהם בינם לבין עצמם שונים מאלה של האסירים האחרים. מאפיין עיקרי של אורח חייהם

התארגנות האסירים הפלסטינים בתוך בית הכלא מזווית ישראלית

האסיר מוחמד דהוד דרוויש עתר לבית המשפט העליון³⁶ נגד שירות בתי הסוהר והתרעם על פגיעות רבות בזכויותיו, לרבות סירוב של שב"ס לספק לו מיטה. שירות בתי הסוהר טען בפני בית המשפט, כי מיטה יכולה לשמש בידי אסירים "כלי משחית מסוכנים; ואם לגבי כל אסיר כן, לא כל שכן לגבי אסירים ביטחוניים".³⁷ בפני בית המשפט הוכח, כי כלל האסירים עושים שימוש לרעה במיטות, ולא דווקא האסירים ה"ביטחוניים". למרות זאת, שב"ס בחר למנוע רק מה"ביטחוניים" להשתמש במיטה בעוד שזכותם של האסירים האחרים למיטה הוכרה ללא יוצא מן הכלל.³⁸ דעותיהם של שופטי בית המשפט העליון בפרשת דרוויש משנת 1980 נחלקו בשאלה אם לאסיר "ביטחוני" יש זכות קנויה לקבל מיטה. בדעת מיעוט סבר השופט חיים כהן, כי יש להיענות לבקשת האסיר ולספק לו מיטה, וכי בחששות של שב"ס משימוש לרעה במיטות שיסופקו לאסירים, אין כדי להצדיק ירידה מתחת לסטנדרטים המסדירים את היחס המינימלי כלפי האסיר. את פסק דינו סיים השופט כהן במלים אלה: "אם ננהג בהם כבני אדם, יש תקווה שגם הם ילמדו לנהוג כבני אדם".³⁹ השופטים יהודה כהן ומנחם אלון דחו את עתירתו של האסיר וקיבלו את עמדת שב"ס.

לענייננו חשובה במיוחד חוות דעתו של השופט יהודה כהן, שהתייחס לטענת העותר, כי הוא מופלה לרעה ביחס לאסירים פליליים שאינם מסווגים כ"ביטחוניים", הואיל וגם בקרב אסירים פליליים נמצאים אנשים אלימים שעשו שימוש לרעה בחלקי מיטה או שיכולים לעשות זאת, וחרף זאת לא נשללה מהם הזכות לקבל מיטה. השופט כהן מכיר בכך שאכן מדובר באפליה, אך מסביר כי אין מדובר באפליה פסולה מכיוון שהוא מקבל את עמדת השב"ס. לפי עמדה זו, הטעמים להצדקת האפליה הם:

שהאסירים הביטחוניים הם גוף מאורגן הפועל כגוף אידיאולוגי אחד, וזה על-פי הוראות מנגנון ארגוני, שאותו מקיימים אסירים בכל בית כלא,

הנהלת בית הסוהר. כיום מוסדר מעמדו של הדובר בפקודות נציבות שירות בתי הסוהר.³²

תנאי המאסר הקשים הניעו את האסירים לפעול כיד אחת לגיבוש אסטרטגיות מאבק נגד רשויות בתי הכלא, מתוך אינטרסים קולקטיביים ולא פרטניים צרים. ניהול שביתות רעב כלליות הוא מאפיין מרכזי ובולט במאבקייהם המשותפים למען שיפור תנאי המחיה, שחרור אסירים או הבעת הזדהות עם נושא מדיני כלשהו. לפעמים מוכרזות שביתות רעב לצורך הבעת מחאה. לא אחת הביאו שביתות רעב כלליות לשיפור בתנאי המחיה של האסירים הפלסטינים.³⁵

יהיה זה אך טבעי לשער כי מערכת היחסים בין האסירים הפלסטינים לבין עצמם לוותה גם בחילוקי דעות, ריבים ואף נתק בין הפלגים. הפעילויות הפנימיות לוו בעבר בתחרויות ובעימותים, שגלשו לפעמים לאלימות.³⁴ עימותים אלו פחתו במרוצת הזמן, ככל הנראה עקב ההחמרה בתנאי המאסר. הצלחת מאבקייהם של האסירים השפיעה על התפתחות התנועה התרבותית והעשייה החברתית בכלא. ההתארגנות הפנימית וקשרי שיתוף הפעולה בין האסירים שמרו על פיוס והכרה של כל אחד מהפלגים באחרים, למרות השוני האידיאולוגי ביניהם. לדעת חאלד אל-הינדי, חוקר פלסטיני שבעצמו היה אסיר, הדרך שבה פעלו האסירים בבניית מוסדותיהם בתוך בתי הכלא, דבקתם בנורמות שנקבעו על ידיהם וביסוס מוסדותיהם והחלטותיהם על הליכי בחירות דמוקרטיים שהתקיימו במועד, כל אלה מהווים אינדיקציה חשובה לביסוס הערכים הדמוקרטיים בפלגים הפלסטיניים. לדידו, באופן התארגנותם בבית הכלא הגיעו האסירים לרמת דמוקרטיה העולה על כל ההישגים הדמוקרטיים שנחלו הפלגים הפלסטיניים מחוץ לבית הכלא – החל בארגון לשחרור פלסטין וכלה בפלגים המוסלמיים.³⁵ אלא שאותו היבט דמוקרטי שאיפיין את התארגנותם של האסירים הפלסטינים בתוך בתי הכלא פורש על ידי רשויות המדינה, לרבות שב"ס, הפרקליטות, בית המשפט והמחוקק, באופן שונה לחלוטין. בכך יעסקו השורות הבאות.

תכונה אנושית. עוינות לשלטון היא המימד היחיד שראה השופט באסיר דרוויש, ללא כל קשר לממדים האחרים שלו כאדם הזכאי להיכלא בתנאי כבוד מינימליים. הדברים שהביא השופט פָּהַן בסוף חוות דעתו רק מוכיחים את התפיסה המעוותת, החד ממדית, הגובלת בדה־הומניזציה, כלפי האסירים הפלסטינים:

חברי הנכבד מביע תקווה, כי נעורר באסירים הביטחוניים מידות אנושיות על־ידי כך, שאם "ננהג כבני־אדם, יש תקווה שהם גם ילמדו לנהוג כבני־אדם". מסופקני אם ניתן "לקנות" את לבם של אסירים ביטחוניים על ידי הטבות שונות בתנאי המאסר. לפי ניסיון החיים, במיוחד כשמדובר באסירים אשר מונחים על ידי טעמים לאומיים אידיאולוגיים, חוששני שזו תקוות שווא.⁴¹

והמחליט על פעולות האסירים, תוך הפעלת משמעת חמורה ואמצעי ענישה המגיעים עד כדי חיסול פיזי של הסרבנים [סרבני קיום הפקודות]. בין היתר נאמר בתצהיר, שאסירים ביטחוניים מרבים לצאת לעבודה ומקימים פעולות קולקטיביות אחרות המראות על משמעת ועל מנהיגות היכולה לכפות משמעת כזאת. כן נאמר בתצהיר, שאסירים ביטחוניים בבתי כלא מקבלים הנחיות והוראות לפעולה מארגוני חבלה שונים ומוציאים לפועל הוראות אלה.⁴⁰

עינינו הרואות כיצד נתפס אורח החיים הקולקטיבי שמנהלים האסירים הפלסטינים בתוך בית הכלא על ידי שלטונות הכלא. התארגנותם של האסירים, כפיפותם למנהיגות וכללי משמעת משלהם נתפסת בעיני שב"ס, בגיבוי בית המשפט, רק מזווית של מסוכנות ואלימות ולא מעבר לכך. טענתו של האסיר דרוויש, כי אין הוא נמנה על קבוצת האסירים האלימים ובשל כך לא נשקפת סכנה כי יעשה שימוש לרעה במיטה, לא נסתרה על ידי השב"ס או על ידי בית המשפט, אך בה בעת לא סיפקה סיבה מספקת להיענות למבוקשו. סיווגו של דרוויש כ"ביטחוני", כאסיר השייך לקבוצה המקיימת התארגנות עצמאית בתוך בית הכלא, ללא כל קשר למסוכנותו האינדיווידואלית או להסתברות כי יעשה שימוש לרעה במיטה, הוא אשר מנע ממנו לזכות במיטה שעליה יניח את ראשו.

למעשה, באמצעות יצירת קבוצה נפרדת של אסירים, הנושאת את השם "אסירים ביטחוניים", והדבקת דפוסי פעילות קולקטיבית לאותה קבוצה, הצליח שב"ס לשכנע את בית המשפט, כי לא תכונותיו האישיות של האסיר והתנהגותו בתוך בית הכלא רלוונטיות לצורך הדיון במערך זכויותיו, אלא הקבוצה שאליה הוא משתייך. השופט פָּהַן ניסה לנמק גישה זו בכך שהתארגנותם של האסירים "הביטחוניים" מביאה לידי ביטוי עוינות למדינת ישראל ודי בכך כדי להצדיק נקיטת אמצעים חמורים כלפיהם. בגישתו זו של בית המשפט כל מימד אחר המאפיין אסירים אלה והעדיף לראות בהם חפצים דוממים הנעדרים כל

גישה זו מאפיינת כאמור לא רק את בית המשפט, אלא את כלל רשויות המדינה, והיא מוצאת לה ביטוי בהוראותיו של מחוקק המשנה. תקנה 22 לתקנות סדר הדין הפלילי⁴² מונה באופן מפורש שורה של הגבלות המכרסמות בזכויותיו של כל עצור החשוד בעבירות ביטחון. על פי אותה תקנה, בכל תא מעצר יותקנו שולחן, מושבים ומדפים לאחזקת חפצים אישיים של עצורים ולא יהיו בו יותר מארבע מיטות. עם זאת, תא שבו נמצא עצור החשוד בעבירות ביטחון לא יכלול שום פריט מפריטים אלה, לרבות מיטות.⁴³ תקנה 4 לתקנות הנ"ל קובעת, כי תא המעצר יסויד לפחות פעמיים בשנה וכי תבוצע בו פעולת חיטוי והדברה אחת לשנה לפחות. אולם, תאו של עצור "ביטחוני" יסויד לפחות פעם בשנה ואין כל הוראה המחייבת ביצוע פעולות חיטוי והדברה כלשהן בתא כזה.⁴⁴ הגבלה נוספת היא שלילת זכותו של העצור ה"ביטחוני" לשימוש בטלפון ולהליכה יומית, בעוד שלעצור פלילי קיימת זכות קנויה לכך על פי חוק.⁴⁵ הנקודה המעניינת בתקנה זו היא, שבנוגע לעצורים פליליים דאג המחוקק להקפיד על העיקרון, שכל פגיעה בזכויותיו של העצור תיעשה באופן מידתי, לפרק זמן מוגדר ותוך מתן הנמקה בכתב. התקנה קובעת, למשל, כי שליחת עצור לתא שאין בו שירותים מחייבת הנמקה מפורשת

ובכתב⁴⁶; שלילת הזכות להליכה יומית מעצירים מסוימים תיעשה לפרק זמן מוגבל, מטעמי חקירה ותוך הנמקת ההחלטה החריגה בכתב.⁴⁷ ההיגיון המנחה את ניסוח אותה תקנה בנוגע לעצורים פליליים גורס, כי ככלל יש לתת לעצור ליהנות משלל זכויותיו באופן מלא, וכי אפשר להגביל את זכותו של עצור פלוני רק במקרים חריגים, לפי מידת הצורך, לפרק זמן מוגדר ובלי להשליך על מיצוי זכויותיהם של יתר העצורים. היגיון זה פוסח על העצורים החשודים בעבירות ביטחון. על פי תקנה 22, די בחשד לביצוע עבירות ביטחון על מנת להכשיר פגיעה גורפת באוכלוסיית עצורים שלמה באופן קטגורי וללא הבחנה.⁴⁸

הפוליטיקה והדה-פוליטיקה שמסתתרות מאחורי הסמנטיקה

הגדרתם של האסירים הפלסטינים כ"ביטחוניים" נהפכה לכלי עזר המשמש את רשויות המדינה לקידום תפיסה אידיאולוגית הרואה בפלסטיני, ככזה, סכנה קיומית ללא כל הקשר אנושי או הוויה פוליטית, ולפיה מקומו מאחורי חומות וגדרות בלבד.⁴⁹ אותה תפיסה עמדה מאחורי כל גילויי הענישה הקולקטיביים נגד הפלסטינים, החל במניעת נישואים של פלסטינים מהשטחים הכבושים עם פלסטינים אזרחי המדינה,⁵⁰ עובר בניסיון למנוע מהם לקבל פיצויים בגין נזקים שגרמו להם כוחות הביטחון הישראליים⁵¹ וכלה בכליאתם בבתייהם ומניעת יציאתם באופן גורף אפילו לצורך לימודים ורכישת השכלה גבוהה.⁵² בבסיס הענישה הקולקטיבית הזו עומדת אידיאולוגיה פוליטית הרואה בפלסטינים חפצים דוממים ללא כל סממן אנושי.⁵³

יש הרואים בכינוי אסיר "ביטחוני" אמצעי המשרת דווקא את הדה-פוליטיזציה של מעשיהם של האסירים, תוך טשטוש שאיפותיהם הפוליטיות. לדעת ד"ר ענת מטר, המטבע "ביטחוני" מוחק את היותם של האסירים סובייקטים והופך אותם לאובייקטים כמו "קיר נופל, כמו גג נדלק, כמו אבן קלע או סכין או ציפורניים",⁵⁴ שיכולים להיות סכנה ביטחונית שמפניה עלינו לשמור את נפשותינו. סובייקט, לעומת זאת, הוא פוליטי, תמיד

פוליטי. לדידה, באמצעות תווית זו המאבק הפלסטיני כולו מוכחש וההוויה הפוליטית הופכת להיות אובייקט מסוכן לסובייקט היחיד בסביבה.⁵⁵ רבים סוברים, כי דרישתם של האסירים הפלסטינים ובני עמם להגדרם "פוליטיים" ולא "ביטחוניים" נובעת מהרצון להבליט את המניע למעשים המיוחסים להם בתור מעשים שהמניע שלהם היה לאומי אידיאולוגי. בהסבר מאיר עיניים טוען האסיר וליד דקה, כי הרצון לדבוק בתווית אסיר "פוליטי" ולא אסיר "ביטחוני" איננו קשור כלל למניע הפוליטי שעומד מאחורי מעשיהם של האסירים או מחדליהם. לדעתו, האלמנט הפוליטי בהתייחסות לאותם אסירים נעוץ דווקא בבסיס ההגדרה "ביטחוני", שמתאימת להסוות יחס מפלה וגזעני כלפי האסירים הפלסטינים ולייפות את המציאות המכוערת.⁵⁶

סיכום

שירות בתי הסוהר רשאי, ככל רשות מינהלית, לנהל כראות עיניו את ענייניו האדמיניסטרטיביים, בתנאי שהדברים נעשים בשקיפות, בתום לב, ללא שיקולים זרים ותוך שמירה על יחס שוויוני כלפי כלל האסירים ללא הבדל דת, גזע, מין או לאום. אין ברשימה זו הבעת עמדה בדבר נחיצות הסיווג של האסירים לתתי קבוצות. אסתפק באמירה כי גם אם צורכי הניהול של מוסדות הכליאה מחייבים חלוקת האסירים לפי הגדרות מסוימות, הגדרות אלו אמורות להישען על קריטריונים ברורים ומשכנעים שמיועדים לשרת צרכים ניהוליים בלבד, תוך שמירה מקסימלית על כבודם של האסירים וזכויותיהם. הניסיון להצדיק את הגדרתם של האסירים כ"ביטחוניים" בצרכים אדמיניסטרטיביים הוא אחיזת עיניים, בלשון המעטה. בחינה משפטית מדוקדקת של הגדרה זו מעלה, כי היא נועדה בעיקר לפגוע בזכויותיהם של האסירים הפלסטינים המוגדרים "ביטחוניים" ובה בעת להיטיב עם האסירים היהודים שהוגדרו אף הם "ביטחוניים". תכלית זו, בחלקה, איננה גלויה לעיני כל, אך המציאות העגומה והפרקטיקה היומיומית מוכיחות אותה בריש גלי. היחס המפלה והגזעני העומד בבסיס הגדרה זו בא

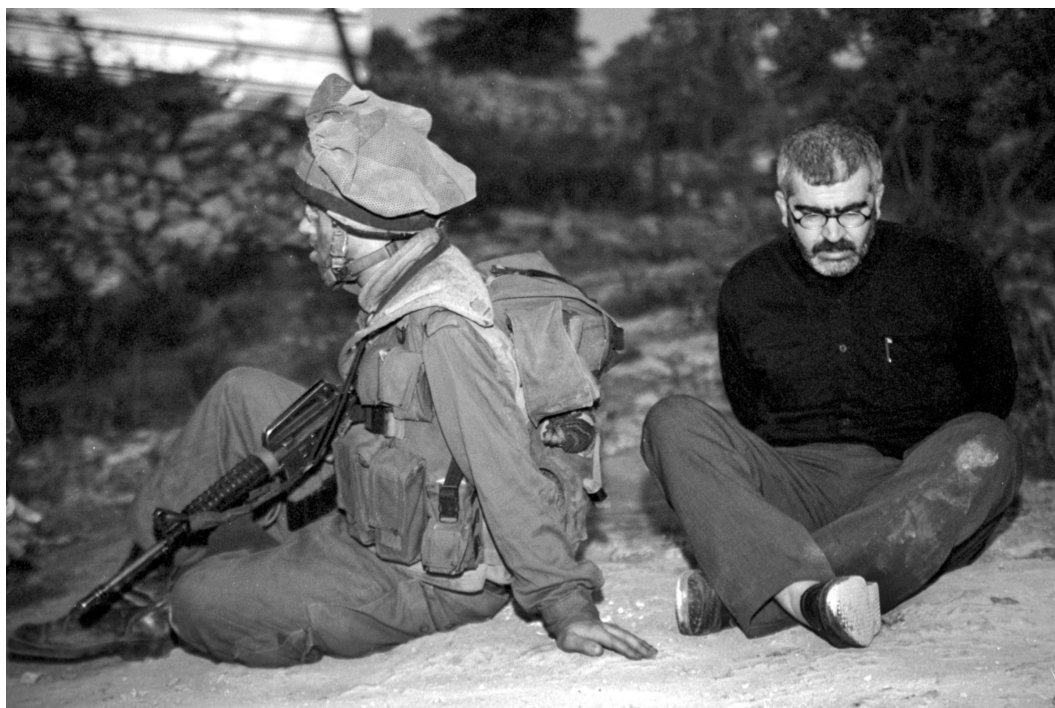
- הערות
- 1 וליד דקה, "פוליטיים או ביטחוניים", גיליון עדאלה האלקטרוני מס' 24, אפריל 2006.
- 2 מאז 1967 עצרה ישראל קרוב ל-700 אלף פלסטינים. מספרם של האסירים עד שנת 2000, טרם פרוץ האינתיפאדה השנייה, היה כ-1,150. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה ובעקבותיה עלה מספרם של האסירים הפלסטינים באופן קיצוני ביותר. מנתוני שירות בתי הסוהר עולה, כי בסוף אוקטובר 2006 היה מספרם הכולל של האסירים הערבים – פלסטינים ואזרחי מדינות ערב – המסווגים כ"ביטחוניים" כ-9,140. ביניהם, 289 פלסטינים היו אזרחי ישראל. המרכז הלאומי הפלסטיני לאינפורמציה מדווח, כי מאז שנת 2000 עצרה ישראל כ-5,000 ילדים פלסטינים (מתחת לגיל 18). עד מחצית אוגוסט 2006 קרוב ל-335 ילדים פלסטינים נמצאו עדיין בבתי הכלא. מספרן של הנשים הפלסטיניות שנעצרו מאז אוקטובר 2000 הוא 500. באוקטובר 2006 עדיין היו בבתי הכלא למעלה ממאה נשים. ראו: www.pnic.gov.ps ומכתב תשובה משב"ס לארגון עדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, מיום 30.10.2006.
- 3 במאמר זה, המושג "אסירים פלסטינים" מכוון לאסירים שסווגו כ"ביטחוניים".
- 4 סע' ו(א) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר 4.5.2000.
- 5 שם, שם.
- 6 סע' ו(ב) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר 3.2.2000.
- 7 ראו עתירתו של השייח ראיד סלאח, ראש הפלג הצפוני של התנועה האיסלאמית, שבה ביקש לאפשר לו לחבק את ילדו התינוק בעת הביקור בבית הכלא. עע"א 436/04 השייח ראיד סלאח מחאג'נה נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם) ניתן ביום 1.8.2004. העתירה נדחתה.
- 8 הערה 4, לעיל. סע' ו(ב) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר.
- 9 מלבד הגבלות בעניין הטלפון והחופשות ישנן הגבלות נוספות רבות שקשה לעמוד עליהן ברשימה זו, כגון הגבלות הנוגעות לזכות לביקורים, להתייחדות, לחינוך, לטיפול סוציאלי ורפואי ולשחרור מוקדם. עם זאת אדגיש, כי עצם העובדה שמדובר בהגבלות על זכויות יסוד חוקתיות הנעשות מכוח הוראה אדמיניסטרטיבית מהווה טעם לפגם חוקתי בסיסי, המחייב כי הגבלות אלו ייעשו בחוק או על-פיו. אלא שתיקון אותו פגם חוקתי על-ידי חקיקה ראשית לא יפחית את הפגיעה בזכויותיהם של האסירים, אלא רק יקשה על הפעלת ביקורת שיפוטית על אותן הגבלות במידה שייקבעו בחוק.
- 10 הערה 6, לעיל. סע' ו(ג) ו(ד) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר.
- 11 סע' ו(ג) 3 לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר, שם. יש
- לשרת אג'נדה פוליטית אידיאולוגית הבאה להעלים את מימדיו של הפרט הפלסטיני כאדם, תוך הפיכת מאפיינים דמוקרטיים שהוא מבטא בניהול חייו בבית הכלא לאיום ביטחוני ותו לא.
- עביר ג'ר** היא עורכת דין בעדאלה והמנחה המשפטית של הקליניקה לזכויות ושיקום האסיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

- זה מלמדות רק התוצאות בשטח. אין בנתונים המובאים כאן לייתר עריכת מחקר אמפירי מקיף, הבוחן בדקדקנות את מידת השימוש בחריג זה כלפי האסירים הפלסטינים, אם בכלל.
- לפי נתוני מרכז המידע הלאומי הפלסטיני: <http://www.pnic.gov.ps/arabic/social/prisoners/9-2006.html>
- ראו הדו"ח שכתב האסיר מוכלס בורגאל. ניתן לצפייה באתר: www.kibush.co.il
- לפירוט עובדות המקרה, ראו ע"פ 747/86 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447.
- ראו: מזל מועלם, "יורם שקולניק, שרצה פלשתינאי, ישוחרר בעוד כשנתיים וחצי", הארץ, 4.2.1999.
- "ישוחררו זורקי הרימון בשוק הקצבים; עונשם של עוד ארבעה נקצב", הארץ, 5.10.1997.
- חאלד אל-הינדי, הניסיון הדמוקרטי של תנועת האסורים הפלסטינים (מוואטן; הארגון הפלסטיני לחקר הדמוקרטיה, רמאללה: פלסטין, 2000) (בערבית).
- המידע מתבסס על מזכר מאת "אלג'מאעה אלאיסלאמיה", שהופץ בכלא עזה המרכזי תחת הכותרת "מסמך הבנות" בין חמאס לג'יהאד האיסלאמי מיום 11.6.1991. ראו אל-הינדי, שם, עמ' 146.
- הערה 14, לעיל. דו"ח שב"ס, עמ' 16.
- הערה 6, לעיל. סע' 3 לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר.
- הערה 14, לעיל. דו"ח שב"ס, עמ' 18.
- הערה 29, לעיל. אל-הינדי, עמ' 145-146.
- שם, עמ' 185.
- בג"ץ 221/80 מוחמד דהוד דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה (1) 536.
- שם, עמ' 537.
- העובדות המובאות בפסק דין דרויש רלוונטיות לשנת מתן פסק הדין. כיום אין הוראה המונעת מאסיר שפוט לקבל מיטה, כשם שאין הוראה המחייבת אספקת מיטה. עם זאת, לעצורים המסווגים "ביטחוניים" שנמצאים בשלב חקירה אין זכות מוקנית למיטה. בישראל קיים מחסור גדול במיטות לאסירים, בטענת העדר תקציב. ראו החלטה עקרונית בעניין זה מיום 12.2.2007. בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם).
- עניין דרויש, עמ' 541 (ההדגשה הוספה).
- שם, עמ' 544. בית המשפט חזר על דבריו אלה ברע"ב 95/1076 מדינת ישראל נ' סמיר קונטאר פ"ד נ(4) 492, 500-501.
- לציון, כי בפברואר 2007 תוקנה פקודת נציבות שירות בתי הסוהר הנ"ל. הגדרת ארגון עיון לפי התיקון החדש הינה: "כל ארגון שהוכרז כארגון טרוריסטי לפי פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948 או שהוכרז כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 או שהוצא כנגדו צו החרמה לפי התקנות הנ"ל. רשימה מעודכנת של הארגונים העיוניים מצויה בידי היועמ"ש ובמקרה של ספק יש להיוועץ בו". סמיכות קבלת התיקון הנ"ל למועד פרסום מאמר זה מקשה על בדיקת השפעתו על זכויות האסירים הביטחוניים. כמו כן לא עלה בידי המחברת להשיג את רשימת הארגונים העיוניים הנמצאת בידי היועץ המשפטי של שב"ס. למרות התיקון הנ"ל, כל הנאמר במאמר תקף ועומד בעינו לפחות עד למועד כניסת התיקון, ואולי אף לאחריו, עד לבדיקת השלכות התיקון.
- 12 מנתוני שב"ס עולה, כי עד ליום 30.10.2006 הגיע מספרם ל-12.
- 13 למידע על ארגונים יהודיים שהוכרזו ארגוני טרור אפשר לעיין במסמך רקע בנושא "אלימות פוליטית מצד יהודים בישראל", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אוגוסט, 2005. ניתן לצפייה באתר: <http://www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m01268&type=doc>
- 14 אילת וירצר, אסירים ביטחוניים הכלואים בשירות בתי הסוהר, עמ' 8 (שירות בתי הסוהר, מחלקת דוברות) 2005 (להלן: "דו"ח שב"ס").
- 15 הערה 6, לעיל. סע' 14 (י) לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר.
- 16 שם, שם.
- 17 שם, סע' 15, שם.
- 18 ראו עמ"א (מחוזי – ת"א) 4714/04 יגאל עמיר נ' שב"ס (טרם פורסם) ניתן ביום 7.3.2005; בג"ץ 2245/06 ח"ב נטע דוברין נ' שב"ס (טרם פורסם) ניתן ביום 13.6.2006.
- 19 לפי הצהרות שב"ס, עד לינואר 2007 הספיק פופר לצאת ל-125 חופשות. ראו יאיר אטינגר, "עמי פופר נהג בערבה ללא רישיון – אשתו ובנו נהרגו בתאונה", הארץ, 19.1.2007.
- 20 על המבחן התוצאתי, ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם) ניתן ביום 14.5.2006; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) ניתן ביום 28.2.2006 (להלן: "פס"ד ועדת המעקב").
- 21 על עקרון החוקיות והפגיעה המפורשת לפי חוק, ראו פס"ד ועדת המעקב; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746.
- 22 הערה 6, לעיל. סע' 1 ו(ג) ר-2 לפקודת נציבות שירות בתי הסוהר.
- 23 למען הזהירות יש לציון, כי על האפליה הטמונה בחריג

- 41 עניין דרוויש, עמ' 545.
- 42 תקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי אחזקה במעצר), תשנ"ז-1997 (להלן: "תקנות סדר הדין הפלילי") יש לציין, כי ביום 19.12.2004 פנה ארגון עדאלה לשר לביטחון פנים בדרישה לבטל אותה תקנה, בהיותה בלתי סבירה באופן קיצוני. השר דחה את בקשת עדאלה. ניתן לצפות בפנייה באתר: <http://www.adalah.org/newsletter/heb/dec04/7.php>
- 43 זכותו של עצור למיטה מעוגנת בסעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, אולם במסגרת סמכותו של השר לביטחון פנים (סעיף 11 (4) לחוק הנ"ל) להגביל את זכויותיהם של עצורים החשודים בעבירות ביטחון קבע השר בתקנה, כי להבדיל מאסיר פלילי, אין לעצור ביטחוני זכות למיטה. קביעה זו היא ברוח הדברים שנאמרו בפסק דין דרוויש לעיל. על הזכות למיטה ראו גם: סעיף 19 לתקנות הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים של האו"ם (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), 1955; בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם-ישראל נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם), ניתן ביום 12.2.2007; בג"ץ 5678/02 רופאים לזכויות אדם-ישראל נ' השר לביטחון פנים ואח', ניתן ביום 24.6.2003; בג"ץ 3910/99, 7082/97 הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין נ' השר לביטחון פנים ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 545/02 רופאים לזכויות אדם-ישראל נ' השר לביטחון פנים ואח' (טרם פורסם).
- 44 שתכנון בנייתו החל לאחר 1997. ראו: תקנה 3 (ה) פסקה 1, 4, תקנה 22 (1) (ב) ותקנה 22 (2) לתקנות סדר הדין הפלילי.
- 45 ראו תקנה 22 (2)(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי. לרשימה מלאה של כל ההגבלות על עצירים החשודים בעבירות ביטחון, ראו פניית עדאלה מיום 19.12.2004: <http://www.adalah.org/newsletter/heb/dec04/7.php>
- 46 ראו תקנה 7(2) לתקנות סדר הדין הפלילי.
- 47 ראו תקנה 9(ג) לתקנות סדר הדין הפלילי.
- 48 על חשיבות הבדיקה האינדיווידואלית כערוכה לקיום מבחן הפגיעה הפחותה ביותר בזכות, ראו בג"ץ 5627/02 אחמד סוף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח', פ"ד נח(5) 70; דברי הנשיא ברק בבג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח', פ"ד נח(2) 358.
- 49 ראו יצחק לאור, "שימותו", הארץ, 18.4.2004.
- 50 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם) ניתן ביום 14.5.2006.
- 51 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (טרם פורסם) ניתן ביום 12.12.2006.
- 52 בג"ץ 8242/06 סוסן סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (תלוי ועומד).
- 53 דוגמה טובה לענישה הקולקטיבית היא החלטת השב"ס למנוע מהאסירים הפלסטינים לגעת בילדיהם בביקור בבית כלא. הטענה היתה כי היו מקרים אחדים שבהם ניסו האסירים להבריח הפצים אסורים באמצעות ילדיהם. בעונש על מעשה זה נשללה מכל האסירים הזכות להתקרב לילדיהם. רק בעקבות עתירה לבג"ץ איפשר שב"ס להורים לגעת בילדיהם, לא לפני שהתנה זאת בהגשת בקשה בכתב על ידי האסיר, על מנת שיוכיח כי הוא אכן חפץ בקרבת ילדיו. ארגון עדאלה התנגד לגישה זו ולבסוף חזר בו שב"ס מהדרישה להגיש בקשה בכתב. ראו בג"ץ 7585/04 חכים כנאענה ואח' נ' שירות בתי הסוהר (עתירה תלויה ועומדת). ב-2 במארכ 2005 נתן בית המשפט העליון החלטה, המחייבת את שב"ס לפרט את הנימוקים למניעת המגע הפיזי בין הילדים לבין הוריהם האסירים. על ההגבלות בביקורים ככלל, ראו ענת בר סלע, "ביקורים אסורים: הפגיעה בזכות לביקורי משפחות של פלסטינים הכלואים בישראל", דף מידע, בצלם (ספטמבר 2006).
- 54 ענת מטר, "אובייקטים או סובייקטים", גיליון עדאלה האלקטרוני מס' 35, אפריל 2007.
- 55 שם, שם.
- 56 הערה 1, לעיל.

2002, רמאללה, שם הצלם חטוי

לילה. בדרך כלל, בקרבה כזו, עיניו של העצור גם קשורות. כיוון שידי אזוקות, החייל יכול פשוט להפנות לו את הגב ולהימנע ממבטו של פלסטיני או ממה שהמבט שלו עצמו יכול לגלות לו.



הרחבת מעצרי מנע של מהגרים במסגרת "המלחמה בטרור" בארצות הברית

א ס ל י ב א ל י

בספטמבר הואט אחרי שנת 2004, התשתית למעצרים ולעיכובים המוניים שהתבססה על חוקי הגירה למיניהם עדיין קיימת ואפשר יהיה להפעילה בכל עת בעתיד, אם הממשל יחשוב כי תצמח לו תועלת ממעצר של מהגרים בתאונות שווא.

ההרחבה המסיבית של מערכת המעצרים המבוססים על חוקי ההגירה בארצות הברית אחרי 11 בספטמבר היתה ראשיתה של תוכנית מעצרי מנע, שביקשה לעקוף את האיסורים החוקתיים וליצור מערכת צללים משפטית, החפה מן ההגנות הפרוצדורליות הבסיסיות המוענקות לאזרח על פי שלטון החוק. במקום לעמוד בדרישות "העילה המסתברת" הנוהגת במערכת המשפט הפלילי, התובע הכללי העדיף להורות על מעצרים בעילה של הפרות טכניות שוליות של חוקי ההגירה, שלא היו מובילות למעצר עובר ל-11 בספטמבר.

מערכת זו של מעצרי מנע ומערכת המשפט הפלילי הרגיל משלימות זו את זו.⁵ בעוד שבמערכת המשפט הפלילי נדרשת הוכחה מעבר לכל ספק סביר לשם הרשעה, במערכת של מעצרי מנע בגין הפרת חוקי ההגירה נדרשת רמה נמוכה יותר של הוכחה – "ראיות ברורות ומשכנעות". בעוד שבמערכת פלילית יש להוכיח לפני קצין שיפוט, על בסיס אישי, כי פלוני מהווה סיכון כדי להצדיק את מעצרו לפני משפט והרשעה, מערכת ההגירה מותירה לאנשיה שיקול דעת רחב בכל הנוגע לביצוע מעצר. בעוד שהמערכת הפלילית אינה מאפשרת להחזיק אדם במעצר מעבר ל-48 שעות כל עוד לא הוגש נגדו כתב אישום, חוקי ההגירה מאפשרים להאריך את מעצרו המינהלי של אדם ללא הגשת כתב אישום ובהתאם לשיקול דעתו של התובע הכללי. בפועל, מעצר מינהלי על בסיס חוקי ההגירה מאפשר לתובע הכללי לעקוף את זכויות העצורים באמצעות התעלמות מאמות מידה ראייתיות ופרוצדורליות. הרחבת סמכויות המעצר תוך כדי ניצול מערכת המשפט המושתתת

פארוק עבדל-מוהטי, פעיל זכויות אדם פלסטיני המתגורר בניו יורק, נעצר בביתו ב-26 באפריל 2002, ב-6:30 בבוקר.¹ לשוטרים שהגיעו לעצור אותו לא היה צו מעצר. הם דרשו להיכנס לדירתו כדי לחקור אותו בשאלות הקשורות להתקפות של 11 בספטמבר וטענו כי יש בידיהם מידע על כלי נשק או חומרי נפץ שנמצאו לכאורה בדירה. אולם לאחר שפארוק נעצר, הוא לא נחקר על אירועי 11 בספטמבר ובדירתו לא נערך חיפוש. כמו באלפי מעצרים בנסיבות דומות, פקידי ממשל השתמשו באירועי 11 בספטמבר כנימוק כוזב למעצר של אדם ממוצא מזרח תיכוני בעילה הקשורה למעשה לחוקי ההגירה.² המעצר ההמוני של אנשים בעלי רקע ערבי או מוסלמי בעילות הקשורות לחוקי ההגירה נהפך ליסוד שעליו הושתתה מערכת חדשה של מעצרים מינהליים, שהלכה והתפתחה במהירות לכלל "גולאגים אמריקאיים", כפי שכינה זאת אחד הפרשנים.³

מיד לאחר 11 בספטמבר פתח הממשל האמריקאי במצוד נרחב, שנועד להביא למעצרים של כמה שיותר אנשים בעלי חזות מזרח תיכונית או מוסלמית המתגוררים בארצות הברית. מעצרים אלה בלטו בעיקר באזור ניו יורק, אבל הם התבצעו בכל רחבי המדינה. בנוסף לכך, בינואר 2002 החלו שלטונות ארה"ב לנקוט יוזמות נוספות. תחילה הופעלה תוכנית ההתייצבות "מרצון", שבעקבותיה באו תוכניות נוספות שהובילו לגלי מעצרים חדשים כגון "היוזמה ללכידת מתחמקים" (Absconder Apprehension Initiative); הנהגת מערכת מיוחדת לרישום יוצאים ונכנסים (NSEERS) ועוד. בסוף שנת 2004 עוכבו או גורשו קרוב ל-20,000 אנשים בעקבות פעולות לאכיפת חוקי ההגירה שנקטו בעקבות 11 בספטמבר. כל המעצרים שבוצעו בהתבסס על חוקי ההגירה הניבו רק ארבעה כתבי אישום שהתייחסו לאירועי טרור, וכולם נדחו בשנת 2004.⁴ אף על פי שקצב האכיפה של חוקי ההגירה בעקבות אירועי 11

שבהם מוחזקים המהגרים העצורים בשטחה מצביע על מדיניות מכוונת של התעמרות ולא דווקא על צירוף מקרים של התנהלות אכזרית. המאמר מתמקד בעיקר במערכת המעצרים המיוחדת בארצות הברית החל מ־11 בספטמבר. אולם הסקירה הכללית של מערכת זו בשלושת חלקי המאמר מציעה גם בסיס להשוואה עם השימוש הנרחב שעושה ישראל במעצרים מינהליים כמנגנון לשליטה, בראש ובראשונה, בפלסטינים בשטחים הכבושים. השוואה ממצה של שתי המערכות חורגת מהיקפו של מאמר זה. ברם, די בהשוואה תמציתית כדי להצביע על הדמיון בתקנות, שנועדו לעקוף את אמות המידה הרגילות של שלטון החוק במשטרים דמוקרטיים – דיני ראיות, הגנות פרוצדורליות ותנאי מעצר מינימליים. חרף ההבדלים המשמעותיים הרבים בין האופן שבו משתמשים האמריקאים במעצר מינהלי ומנצלים אותו לרעה לאופן שבו עושים זאת הישראלים, שהבולט ביניהם הוא ההקשר של כיבוש מלחמתי במקרה הישראלי, די בהשוואה חטופה בין שתי המערכות כדי לחשוף את נקודות הדמיון ביניהן, בעיקר בכל האמור בתכלית שמשרתת המדיניות המסתייעת במעצר מינהלי. בכך יעסוק חלקו האחרון של המאמר.

שלילת חירות...

ימים ספורים אחרי 11 בספטמבר 2001 יזם משרד המשפטים האמריקאי מתקפה נגד הטרור. מתקפה זו כללה מעצרים גורפים, שהסתמכו על מוצא אתני וזהות דתית כהרשאה לייחס פעילות חשודה לעצור. המעצרים לא התבססו על מידע שייחס לעצורים קשר לפעילות טרור או על ראיות פליליות אחרות שיכולות להוות עילה למעצר. תחת זאת, העילה לרוב המעצרים היתה הפרות טכניות שוליות של חוקי ההגירה. בשבעת השבועות הראשונים שאחרי ההתקפות נלכדו יותר מאלף בני אדם ב־11/9⁸. בעוד שגל המעצרים הראשון התבצע למראית עין בחסות הכללית של חקירת אירועי 11 בספטמבר, המעצרים שבאו מאוחר יותר התמקדו בפלח אוכלוסייה צר יותר – מהגרים מוסלמים או ערבים

על חוקי ההגירה במקום על המשפט הפלילי איפשרה לתובע הכללי להוציא את המעצרים האלה אל מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית ולהעבירם אל תחום שיקול הדעת המינהלי של מחלקתו שלו⁹.

מעצר מינהלי על בסיס חוקי ההגירה סיפק לממשל מנגנון חלופי למימוש כוונותיו, במקרים שבהם הוא מצא כי הכלים המקובלים במשפט הפלילי דוגמת חזקת החפות וביקורת שיפוטית בלתי-תלויה על מעצרים – אינם אלא מטרדים מעיקים. אילו בוצעו המעצרים שלאחר 11 בספטמבר בהתאם לחוק הפלילי, מרביתם היו מסתיימים בתוך 48 שעות בשל העדר ראיות מספיקות. בדיוק כדי להימנע מכך, ניצל משרד המשפטים לרעה את חוקי ההגירה (וכמה חוקים אחרים, כמו חוק העד החיוני) כדי ליצור מערכת של מעצרי מנע דה־פקטו, במקרים שבהם מעצר מנע דה־יורה נותר לא חוקתי. התוצאה העיקרית של גישה זו היא הענקת סמכות רחבה לעכב יחידים, מבלי להעניק להם הזדמנות משמעותית לערער על מעצרים.

למדיניות שאימץ ממשל בוש אחרי 11 בספטמבר שלושה היבטים המשלימים זה את זה: הרחבת סמכויות המעצר הנתונות בידי הממשל; צמצום זכויות העצורים וההגנות העומדות לרשותם והרעת תנאי המעצר. חלקו הראשון של המאמר מציע מבט כללי על הרחבת השימוש בסמכויות להורות על מעצר מנע מכוח חוקי ההגירה האזרחיים ועל בנייתה של מערכת מעצרים מינהליים שמכוחה נכלאים 22,000 בני אדם מדי יום ונעצרים יותר מ־200,000 בשנה¹⁰. החלק השני של המאמר עוסק בסוגיית סילוקן של ההגנות הפרוצדורליות הבסיסיות ממערכת המעצרים המינהליים. מכאן יפנה המאמר לתנאי המעצר וישווה אותם לכמה מן הפרקטיקות השערורייתיות הנקוטות במחנות המעצר האמריקאיים במפרץ גוונטנמו בקובה, בעיראק ובאפגניסטן. הדמיון המדהים בין הסטנדרטים הנוהגים במרכזי המעצר שארצות הברית הקימה מחוץ לשטחה מאז 11 בספטמבר, כחלק מ"המלחמה העולמית נגד הטרור", ובין התנאים

לאחר 11 בספטמבר נעשה שימוש נרחב בחוק זה לצורך מעצר מנע של אנשים שלא היו עדים לפשע או שאיש לא ציפה שיובאו למסור עדות בבית המשפט, אבל לא נמצאה כל עילה אחרת למעצרו מפני שהם זהו בארה"ב באורח חוקי.

השימוש בחוק העד המהותי איפשר לממשל להרחיב את סמכויות המעצר המינהלי שבידיו ולהחילן על אזרחים, מאחר שלשם יישום חוק זה אין צורך בעילה של עבירת הגירה כלשהי כדי לעכב אנשים. מן העדים המהותיים נמנעו ההגנות הבסיסיות שמספק החוק. הם הוחזקו בתנאים קשים ביותר: לעתים קרובות הם נכלאו בבידוד, הוחזקו בתא עשירים ושלוש שעות ביממה, נחשפו לתאורה מלאכותית עשירים וארבע שעות ביממה, נקשרו באזיקים ועברו חיפוש גופני פולשני בכל פעם שהעבירו אותם למקום אחר או הרשו להם לצאת מתאיהם. יתר על כן, עדים מהותיים נעצרו בלי שדבר מעצרו התפרסם ועל רבים מהם נאסר ליצור קשר עם עורכי דין. במקרים שבהם הצליחו עצורים להשיג ייצוג משפטי, הוטל צו איסור פרסום על הייעוץ שהם מקבלים. בנוסף לכך, מאחר שאין בחוק הגבלה על תקופת המעצר של עדים מהותיים, הם היו עלולים למצוא את עצמם במעצר למשך זמן בלתי-מוגבל.

ג. תוכנית "ההתייבבות מרצון" לתשאל באף-בי-איי (FBI): בדצמבר 2001 הודיע הממשל כי זיהה 5,000 מהגרים, שנדרשו להתייבב ל"תשאל מרצון" במשרדי האף-בי-איי. באביב שלאחר מכן נוספו לרשימה 3,000 שמות. לא הובהר אם הנחקרים יכולים להיוועץ בעורכי דין או אילו השלכות יהיו לסירוב להתייבב ל"תשאל מרצון". בתשאלים הם נדרשו למסור פרטים על מצבם הכספי האישי, השתייכותם הדתית, דעותיהם הפוליטיות ומעמדם כמהגרים. בשנת 2003, לפני פלישת ארצות הברית לעיראק וכיבושה, נכללו בתשאלים אלה גם מהגרים ילידי עיראק. בזמן המלחמה רואיינו יותר מ-11,000 עיראקים וכמה עשרות מהם עוכבו, אך הדבר לא הניב מידע הקשור לטרור ולא הוביל למעצרים.¹⁴ מספרם של המעוכבים והמגורשים בעקבות השתתפותם

– ובוצעו בעיקר בפרקי זמן שבהם חששות הקשורים לביטחון הלאומי עלו לראש סדר העדיפויות.⁹

חלק זה של המאמר מציע מילון מונחים קצר, המתאר את המנגנונים השונים שהוקמו בארצות הברית החל משנת 2001 כדי להרחיב את סמכויות הממשל בכל הנוגע למעצר מינהלי.¹⁰ כמו כן, יתוארו פעילותו המעשית של כל מנגנון והשפעתה.

א. יוזמה ללכידת מתחמקים: בסוף שנת 2001, כאשר ארגונים לזכויות האזרח החלו בפיקוח הדוק על גל המעצרים הראשון, הציג משרד המשפטים תוכנית שנועדה להעלות אל ראש סולם העדיפויות את מעצרו וגירושו של 6,000 גברים מארצות ערביות ומוסלמיות.¹¹ אנשים אלה סומנו מבין יותר מ-300,000 מהגרים שצויי גירוש היו תלויים ועומדים נגדם, שלפי ההשערה נמצאו אז בארצות הברית. המהגרים מהמדינות הערביות והמוסלמיות סומנו כ"חשודים" רק על סמך מוצאם הלאומי, ולא על סמך נתונים אישיים. השלטונות ראו בהם חשודים, מתוך הנחה שבארצותיהם קיימת נוכחות משמעותית של ארגון אל-קאעדה. הדבר הוביל למעצרו של יותר מ-1,100 ערבים ומוסלמים נוספים עד מאי 2003,¹² וביניהם פארוק עבדל-מוהטי שהוזכר לעיל. הממשל לא טען כי גילה קשר של ממש בין מי מהעצורים האלה לפעילות טרור, ואף שמאז 2003 לא פורסם מידע נוסף כלשהו על מעצרי "מתחמקים", ב-2007 התוכנית עדיין היתה פעילה.

ב. צווי מעצר לעדים מהותיים: אחרי 11 בספטמבר 2001 נעצרו לפחות 50 אנשים על פי צווי מעצר ל"עדים מהותיים", שהוציא משרד המשפטים האמריקאי. החוק הפדרלי קובע כי אפשר לעצור אדם כעד/ה מהותי/ת, אם הוא או היא מחזיקים במידע מהותי להליך פלילי ואם אין כל אפשרות אחרת לגבות את עדותם.¹³ חוק זה יועד, בראש ובראשונה, למשפטים נגד המאפיה, שבהם עדים פחדו להופיע בדיונים בבית המשפט. הוא לא נועד בשום פנים ואופן לתת הכשר למעצר ממושך.

"מרצון" בתוכנית התשאלים איננו ידוע.

ד. NSEERS / רישום מיוחד: בקיץ 2002 הודיע משרד המשפטים על תוכנית, שלפיה נדרשו אזרחים זרים מארצות מסוימות לעבור תהליך של הרשמה, מסירת טביעות אצבעות, צילום ותשאל ל לפני הכניסה לארצות הברית או היציאה ממנה. עד לאביב שלאחר מכן, הוחלה תוכנית זו על אזרחיהן של 25 מדינות, כולן (למעט קוריאה הצפונית) ערביות או בעלות רוב מוסלמי.¹⁵ בנוסף לרישום בכניסה למדינה או ביציאה ממנה, אזרחים של מדינות אלה בגיל 16 ומעלה, שכבר נמצאו בארצות הברית, נדרשו להירשם במשרדי ההגירה. העונש על אי ציות לזימון להירשם היה גירוש לאלתר. קבוצות תמיכה של מהגרים עשו במשך חצי שנה מאמצים קדחתניים להעביר לחברי הקהילות שלהן מידע על הדרישות החדשות ולעודד אותם להישמע להן. בשבועות שמיד לאחר החלת התוכנית בוצעו מאות מעצרים. 13,000 מבין יותר מ-80,000 האנשים שנענו לקריאה מצאו עצמם בסכנת גירוש.¹⁶

ה. מבצעי זיפות, מלכודת זבובים ומשחק גמר: בסתיו 2002 יזם הממשל האמריקאי שלושה מבצעים לאכיפת חוקי ההגירה על אזרחיהן של מדינות מסוימות. מבצעים אלה התמקדו לכאורה במהגרים בלתי-חוקיים המסכנים את הביטחון הלאומי. מבצע זיפות ומבצע מלכודת זבובים התמקדו במהגרים לא חוקיים שעבדו בנמלי תעופה ביוסטון ובושינגטון. בכל אחד מהם עוכבו יותר מ-100 אנשים, אבל לא התגלה מידע הקושר מי מהמעוכבים לפעילות טרור. לקראת משחק הסופרבוול של 2003, שהתקיים בעיר סן דייגו, התבצע מבצע סריקה רחב של האזור. המבצע הביא לעשרות מעצרים, שגם הם לא הניבו כיווני חקירה חדשים או מידע הקשור בטרור.¹⁷

המדיני המתדפקים על שעריה של ארצות הברית¹⁸ ובסבב תשאלים נוסף של האף-בי-איי, ששם לו למטרה לעצור יותר מ-11,000 עיראקים ועיראקים-אמריקאים¹⁹ והוביל למעצרים של עשרות.²⁰

בעקבות הסלמת המתיחות בין ארצות הברית לאיראן החל משנת 2005, הופיעו מעת לעת דיווחים שלפיהם ארצות הברית עשויה לפתוח בסבב תשאלים נוסף, שבהם יידרשו להשתתף אנשים ממוצא איראני הגרים בארצות הברית. אף שטרם פורסמה הודעה רשמית על תוכנית כזאת, דיווחים מסוימים – במיוחד מקליפורניה, שבה מצוי הריכוז הגדול ביותר של איראנים החיים בארצות הברית – מספרים על מקרים בודדים של זימון לתשאל. ככל שגובר החשש לעימות בין ארצות הברית לאיראן, ובהתחשב בתקדימים הרבים שבהם ננקטו בשש השנים האחרונות יוזמות תשאל ומעצר, ובעיקר תשאליהם של מהגרים ילידי עיראק בתקופת המלחמה, פעילים למען זכויות מהגרים נערכים לגל חדש של תשאלים ומעצרים.²¹

בסיכום כולל, מאז 11 בספטמבר הביאו תוכניות אלה למעצרים של אלפי מהגרים ערבים ומוסלמים בארצות הברית.²² אף לא אחת מהיוזמות הללו לא הניבה מידע, ראיה, פעילויות או כתבי אישום הקשורים בפעילות טרור, למרות המסר הברור שהממשל העביר לכל האמריקאים, שלפיו נוהלי המעצר והעיכוב התוקפניים שלו נועדו "להבטיח את העורף". ההתמקדות של הממשל במהגרים ערבים ומוסלמים העבירה לאומה האמריקאית מסר, שחברי הקבוצות הללו הם בגדר סיכון מוגבר לביטחון הלאומי וכי הם חשודים מעצם טבעם. המסר הזה ביטל עשרות שנים של התקדמות בחקיקת חוקים האוסרים אפליה על רקע השתייכות אתנית, דתית ולאומית כתחליף לחשד או לאשמה.

ללא הליך משפטי הוגן

על המגוון המסחרר של יוזמות, שנועדו להגדיל את מספר המעצרים בעילה של הפרת חוקי ההגירה, מאפילה האצת הצעדים להגבלת זכויותיהם של אלה שנעצרו כתוצאה מתוכניות

ו. מבצע מגן החירות: מבצע זה, שיצא לדרך ממש לפני ההתקפה האמריקאית על עיראק במאוס 2003, הוצג כיוזמה להגנת העורף בזמן המלחמה. הוא היה כרוך במעצר של כל מבקשי המקלט

לוואי של מערכת המעצרים המינהליים. נהפוך הוא, דומה כי מערכת זו תוכננה בדיוק כדי שתוכל לשמש תחליף למערכת המשפט הפלילי בדמות מעצר מנע המעניק לעצורים זכויות מעטות, אם בכלל, ובד בבד כופה עליהם תנאים קשים יותר מאלה הקבועים בחוק הפלילי. תווי ההיכר של מערכת זו כוללים, כפי שיפורט להלן, חשאיות, מניעת גישה לעורכי דין, הנחה מראש בדבר אשמתם של העצורים, הגבלות על ביקורת מינהלית של עילת המעצר ואפשרות גירוש (או הסגרה) ללא הליך משפטי הוגן.

חשאיות: מעצרים, עדות ושימועים

נראה כי תו ההיכר הבולט ביותר של האופן שבו ניהל ממשל בוש את ה"מלחמה בטרור" במישור הפנים ארצי הוא אלמנט החשאיות. כאשר אדם נעצר בהסתמך על עבירות על חוקי ההגירה ניכרת חשאיות מורחבת, המוחלת על תנאי המעצר, על הראיות המוצגות כאשר הוא מובא בפני שופט מינהלי וכן על האופן שבו מתנהל השימוע עצמו. בכל אחד מהמישורים האלה קעקע ממשל בוש את אחד מערכי המפתח החוקתיים, שעליהם התבססה מערכת המשפט האמריקאית עד ל-11 בספטמבר: ממשל פתוח ושקוף, הכפוף לעקרונות החובה הדמוקרטית לתת דין וחשבון ולשאת באחריות.

בדו"ח ביקורתי, שפירסם המפקח הכללי של משרד המשפטים על הטיפול בעצורי 11 בספטמבר, נקבע כי הממשל הרחיק לכת בצורה יוצאת דופן בהגבלת המידע על שמות העצורים ועל המקומות שבהם הם מוחזקים.²³ אף שזהותם של עצורי הגירה היא בדרך כלל עובדה המותרת לפרסום, משרד המשפטים סירב בשיטתיות לפרסם את שמות העצורים על רקע חוקי ההגירה כמו גם פרטים על זהותם של העדים המהותיים בתקופה שמיד לאחר 11 בספטמבר 2001. צעדים אלה הגבירו את החששות שהממשל בעצם "מעלים" אנשים.²⁴

צו ביניים חדש התיר לממשל להשתמש בראיות חסויות בדיונים משפטיים בענייני הגירה, שבהם לא יוחסה לעצורים מעורבות בפעילות

אלה ולצמצום ההגנות הניתנות להם. דרישות יסוד של ההליך ההוגן, כמו חזקת החפות, הזכות לייצוג ולקיום דיונים משפטיים לפני שופטים בלתי תלויים והזכות להשתחרר בערבות, עשויות כולן לקעקע את האסטרטגיה של משרד המשפטים החותרת להביא לסילוק ערבים ומוסלמים במספר הגדול ביותר האפשרי מרחובות הערים האמריקאיות. לפיכך, התובע הכללי באותה עת, ג'ון אשקרופט, העדיף מעצרים מינהליים, המסורים לאחריותם של שופטים מינהליים (שהם חלק מהרשות המבצעת ולא ממערכת משפט בלתי-תלויה), כדי לשלול מן העצורים את הזכות החוקתית להליך הוגן המעוגנת במערכת המשפט הפלילי. בפרק זה ברצוני להציע מבט כללי על קווי מדיניות שהונהגו כדי לצמצם עוד יותר את ההגנה שאולי נותרה לעצורים בבתי המשפט לענייני הגירה, באמצעות שינויים שהוכנסו בתקנות מכוח סמכותו הבלעדית של התובע הכללי.

כשבוחנים באיזו מידה תרמה מערכת המעצרים המינהליים להשעיית הגנות היסוד המגולמות במושג "הליך הוגן" בתקופה שלאחר 11 בספטמבר, מגלים כי למעשה מערכת זו שימשה תחליף למעצר פלילי. עם ההגנות הפרוצדורליות השמורות לנאשמים פליליים מכוח סדרה של תיקונים בחוקת ארצות הברית – הרביעי, החמישי, השישי והארבעה-עשר – נמנות הזכות להיוועץ בעורך דין; הזכות למשפט מהיר בבית דין בלתי-תלוי; הזכות לדיון ב"עילה מסתברת" בתוך ארבעים ושמונה שעות למן תחילת המעצר, כדי לאפשר ביקורת שיפוטית של בסיס המעצר; הזכות לדיון על שחרור בערבות; הזכות למשפט בדלתיים פתוחות על האישומים המהותיים; והזכות לעיין בחומר הראיות. כל ההגנות החוקתיות הללו נשללות מעצורים מינהליים, מאחר שאלה נעצרים מחוץ למערכת המשפט הפלילי. עצורים מינהליים הם גם קורבנותיה של האי-ודאות הכרוכה במעצר ממושך, לתקופה בלתי-מוגבלת, לעתים קרובות בתנאים קשים יותר מאלה שהם מנת חלקם של פושעים שהורשעו בדין, אף על פי שהראשונים לא הואשמו בביצוע פשע כלשהו. אלה אינן תופעות

פלילית או בפעילות טרור.²⁵ מכיוון שנגד איש מהעצורים בעקבות 11 בספטמבר לא הוגש כתב אישום המייחס לו מעורבות בטרור, אפשר להניח שהשימוש בראיות חסויות בדיונים שעניינם עבירות הגירה מצביע על כך שלממשל לא היו ראיות מספיקות להעמדה לדין של עצורים בדלתיים פתוחות, ולא על צורך בחשאיות הנגזרת משיקולי ביטחון לאומי כלשהם.

שופט ההגירה הראשי, מייקל קרפי, פירסם בספטמבר 2001 תזכיר שאיפשר לקיים שימועי הגירה חשאיים לאנשים מסוימים, שהתובע הכללי מצא בהם "עניין מיוחד".²⁶ התיוג "עניין מיוחד" התבסס באורח תדיר על לאומיותו של העצור, ולא דווקא על מידע כלשהו הקשור ספציפית לזהותו האישית. השרירותיות של תיוג זה מטרידה במיוחד לנוכח השלכותיו החמורות: שימועים בדלתיים סגורות והחלת הליכי שחרור מחמירים מעידים על הנחה מראש בדבר אשמתו של העצור.

מניעת גישה לעורכי דין ומניעת ביקורי משפחות
החשאיות שאפפה את מעצרי 11 בספטמבר שימשה למעשה כמחסום שמנע מעצורים למסור למשפחותיהם מידע על מקום הימצאם. כתוצאה מכך נבצר מהעצורים להשיג עורך דין שייצג אותם. באופן עקרוני, עצורים זכאים לנהל שיחות טלפון ממתקני מעצר, כדי ליצור קשר עם בני משפחותיהם וכדי להשיג ייצוג משפטי, החיוני להגנתם. זכויות אלה הופרו בשיטתיות בכל הנוגע לעצורי 11 בספטמבר. במקרים רבים חלפו שבועות וחודשים עד שיכלו ליצור קשר עם העולם החיצוני ולהשיג סיוע משפטי. מעצורים אלה נמנעה הגישה לקווי טלפון פעילים, צידו אותם ברשימות שגויות של מספרי טלפון של ארגונים המעניקים סיוע משפטי חינם ולעתים קרובות לא הרשו להם לבצע יותר משיחת טלפון אחת בשבוע.

הנחת אשמה: מעצר ללא הגשת כתב אישום, הליכי "מעצר" ו"בדיקה ביטחונית" של האף-בי-איי
ב-20 בספטמבר 2001 הוציא התובע הכללי צו ביניים, המאפשר לעצור מהגרים בלי להגיש נגדם

כתב אישום לתקופת זמן בלתי-מוגבלת, "במצב חירום או בנסיבות חריגות אחרות".²⁷ צו הביניים הזה חל על יותר מ-1,200 המהגרים שנעצרו בשלושת החודשים שאחרי התקפות 11 בספטמבר. המפקח הכללי הגיש דו"ח מפורט, שבו ציין כי היו עיכובים חמורים בהגשת כתבי אישום נגד עצורים אלה.²⁸ הנהוג של מעצר מהגרים ללא הגשת כתב אישום נותר בעינו גם כיום, אם כי באפריל 2004, בעקבות הביקורת מצד לשכת המפקח הכללי, הוציא המשרד לביטחון פנים הנחיות שנועדו לצמצם במידת מה את השימוש במעצרים לתקופות בלתי מוגבלות.

לצו הביניים של התובע הכללי התלווה צעד נוסף שהאריך, במתכוון ובפועל, את תקופת המעצר של מהגרים שנעצרו אחרי 11 בספטמבר: עצורים שעוררו "עניין מיוחד" הוחזקו ב"מעצר האף-בי-איי". הדבר מנע את שחרורם או את גירושם, עד שהאף-בי-איי ערך להם "בדיקה ביטחונית" וזיכה אותם מזיקה כלשהי לפעילות טרור.²⁹ "העניין המיוחד" באנשים מסוימים, שגרם להחזקתם ב"מעצר האף-בי-איי", התבסס במקרים רבים על המוצא הלאומי ותו לא. כך הוחלפה חזקת החפות השמורה לעצורים רגילים, בהנחת אשמה של עצורים אלה, שנדרשו להוכיח את חפותם. אף לא אחד מהמעצרים שביצע האף-בי-איי הניב כתבי אישום הקשורים לפעילות טרור.

העדר ביקורת שיפוטית משמעותית
מרכיב חשוב נוסף באסטרטגיית המעצר הממושך הוא הגבלת הביקורת המינהלית על המעצרים שבוצעו בעקבות 11 בספטמבר. ראשית, הממשל אימץ מדיניות שלא איפשרה שחרור בערבות בכל התיקים הקשורים ל-11 בספטמבר.³⁰ שנית, הוא הסמיך את פרקליטיו לבטל באורח חד-צדדי החלטות של שופטי הגירה על שחרור בערבות והורה להם "לעכב אוטומטית" את שחרורו של כל מי שנעצר לאחר 11 בספטמבר. כך רוקנה מתוכן סמכותם של שופטי הגירה לשחרר עצורים המוחזקים ללא סיבה מוצדקת.³¹ מכאן שמעצרים שאינם נתונים לביקורת שיפוטית בלתי-תלויה, אלא רק לפיקוחם של בתי משפט מינהליים שהם

הברית ו"הוסגר" לידיהם של מענים מחוץ לגבולות המדינה.³⁶

תנאי מעצר

מאז שהגיעו התמונות מכלא אבו עריב בעיראק, עלה כי פרקטיקות העינוי שננקטו שם הופעלו באופן שיטתי גם במתקני מעצר אמריקאיים אחרים מחוץ לארצות הברית.³⁷ מה שידוע פחות, ככל הנראה, הוא באיזו מידה נחשפו אנשים המוחזקים במעצר מנע במתקנים המצויים בתחומי ארצות הברית להתעללויות דומות.

כשבכל שנה מוחזקים במעצר 200,000 בני אדם בעילה של עבירות על חוקי ההגירה, מעצר המנע נהפך בארצות הברית למערכת נרחבת של מרכזים המנהלים הליכי הגירה, בתי כלא מקומיים, בתי סוהר פדרליים ומתקנים המצויים בבעלות חברות כליאה פרטיות ומתחזקים על ידן, הפועלים בשולי החוק.³⁸ להלכה, התנאים במתקני המעצר שבהם מוחזקים עצורים אלה כפופים לאמות מידה מינימליות, אבל מאחר שאיש לא הכריז עליהן כעל תקנות רשמיות, הן אינן ברות-אכיפה.³⁹ התנאים במעצר הגירה מינהלי משתייכים לתחום האפור, ככל שהדברים אמורים בתקנות מחייבות. שיקול הדעת הנרחב הניתן לאנשי הסגל המשרתים במתקני המעצר והעדר מנגנוני דיווח משמעותיים משרים אווירה של הפקרות, המאפשרת לסוהרים לענות עצורים.

כמה מרכזי מעצר עורכים "קבלת פנים של מכות" לעצורים חדשים, כדי להשליט "משמעת" במתקן. באחד המתקנים בניו ג'רזי, קבלת הפנים כללה:

בעיטות, מכות אגרופים... מריטת שיער גופם של עצורים במלקחיים, הכנסת ראשיהם לאסלות, מתן הוראות לעצורים לקיים יחסי מין זה עם זה, אילוף עצורים עירוניים לעמוד בתנוחות חריגות ומשפילות והטחת קללות ועלבונות בעצורים.⁴⁰

כפי שיפורט בחלק זה, פרקטיקות כמו שימוש בגוף העצור ובהשפלה מינית, כמו גם שימוש בכלבים כדי לאיים על עצורים ואפילו כדי לתקוף אותם, תועדו כולן במערכת המעצר המינהלי הפנים

חלק מהזרוע המבצעת (והמצויים איפוא בתחום סמכותו של התובע הכללי), כפופים למגבלות פרוצדורליות נוספות, שכן מן העצורים נשללת הזכות לביקורת מינהלית משמעותית של הבסיס למעצר. צעדים אלה הם בגדר הפרות ברורות של זכותם המהותית של מהגרים ועצורים להליך הוגן. זכות זו מעוגנת בתיקון החמישי לחוקה, המעניק הגנה לכל בני האדם שנמצאים בארצות הברית (כלומר, הגנה זו אינה מוגבלת לאזרחים בלבד). בפסיקה מהעת האחרונה קבע בית משפט פדרלי בקליפורניה, כי סעיפי "המעצר האוטומטי" יוצרים סיכון חמור לשלילת חירויות על בסיס שגוי ובד בבד מבטלים בדרך לא ראויה את סמכותם של שופטי הגירה להפעיל שיקול דעת.³² רק העתיד ילמד אם ההחלטה הזאת תעמוד במבחן ערכאות הערעור.

הסגרות חריגות

מעדויות הולכות ומצטברות עולה, כי במסגרת מה שמכונה תוכנית "הסגרה חריגה", חטפה ארצות הברית ועצרה אנשים הנמצאים במדינות זרות ו"הסגירה" אותם למדינות המבקשות לחקור ולענות אותם. גורלם של כמה מהמהגרים שנעצרו בעקבות 11 בספטמבר מצביע על קיומה של מקבילה פנים אמריקאית לשיטה זו של הסגרה חריגה.

באירוע ההסגרה שזכה לדיווח הנרחב ביותר עוכב מהאר ארר, אזרח קנדי, בידי פקידי הגירה באולם ההמתנה לנוסעים במעבר בנמל התעופה קנדי בניו יורק, הגם שהחזיק בדרכון קנדי בר-תוקף.³³ ארר נחקר יותר משבוע בתחומי ארצות הברית, לפני שגורש לסוריה בטיסה פרטית ב-7 באוקטובר 2002, כשהוא מלווה בפקידיים אמריקאים.³⁴ ארר טען כי בעת שהיה עצור בסוריה הוא נחקר ועונה. הוא שוחרר ב-6 באוקטובר 2003, יותר משנה אחרי שעוכב לראשונה בניו יורק, מבלי שהוגש נגדו כתב אישום. לפי ההערכות, מספרם של האנשים שהוסגרו ב"הסגרות חריגות" מגיע ל-150, בלי להבחין בין אלה שנעצרו בארצות הברית לאלה שנחטפו מחוץ לגבולותיה.³⁵ עם זאת, ידוע כי ארר לא היה האדם היחיד שעוכב בארצות

ארצות המופעלת בידי הממשל האמריקאי. ספרו של העיתונאי מארק דאו חושף מקרי התעללות רבים, המזכירים את אלה שנחשפו בכלא אבו ע'ריב. במתקן אחד בניו המפשייר, עצרות אולצו להתקלח לעיני סוהרים גברים. הכליאה בבידוד, מטעמי משמעת ומטעמים אחרים, היתה נפוצה מאוד וכמוה כליאת עצורים במחסנים, בתאי שירותים ובמקלחות במקום בצינוקים ייעודיים. דאו גם מתעד הטיה אנטי-ערבית ממוסדת במתקני כליאה, שקדמה אפילו להתקפה על מרכז הסחר העולמי ב-1993.⁴¹ בתמונה שדאו מצייר לגבי המעצרים המינהליים, נראים מעשי אכזריות והשפלה נפוצים המשמשים בידי הסוהרים אמצעים גסים לאכיפת משמעת. הסוהרים רומסים את אנושיותו של העצור או מתמכרים לדחפיהם הסדיסטיים, המציצניים והמיניים באווירה של לית דין ולית דיין.

ביוני 2003 פירסמה לשכת המפקח הכללי של משרד המשפטים ("OIG") דו"ח שמתח ביקורת נוקבת על היחס לעצורי 11 בספטמבר. זה היה הרמז הראשון לכך שאמות מידה רשמיות כלשהן עשויות לחול על מעצריהם של אלפי אנשים, שהוחזקו במתקני הממשל בעקבות 11 בספטמבר. ממצאי הדו"ח, שלפיהם לא נעשה מאמץ רב מדי להבחין בין מהגרים הקשורים לכאורה לטרור לבין אנשים שנלכדו באקראי, מאשרים את הטענות של קהילות מהגרים ושל פרקליטים הפועלים למען זכויות מהגרים, כי מרבית המעצרים לא שירתו תכלית כלשהי הקשורה בחקירות בנוגע לפעילות טרור.⁴²

אולם תרומתו החשובה ביותר של הדו"ח היא ההתייחסות לתנאים שבהם מוחזקים עצורי 11 בספטמבר. אנשי ה-OIG תיעדו באופן מיוחד את מעצרים של עצורי הגירה רגילים. אלה הוחזקו במתקנים מאובטחים, בתנאים הקשים ביותר הקיימים במערכת הכליאה האמריקאית. הדו"ח מצא כי הוטל איפול תקשורת מלא על המעצרים הקשורים ל-11 בספטמבר במשך שבועות אחדים אחרי תאריך זה. לאחר מכן יושמו הליכים מיוחדים של "אבטחת עדים", שהקשו על קרובי משפחה ועורכי דין לאתר את העצורים ומנעו

מהאחרונים לקבל ייעוץ משפטי. הדו"ח ציין כי כמה עצורים הוחזקו בתאים נעולים 23 שעות ביממה, כי האור דלק בתאיהם 24 שעות ביממה וכי רגליהם וידיהם נכבלו בשלשלאות כבדות בכל פעם שהתירו להם לצאת מתאיהם. מחברי הדו"ח הזכירו גם, כי "כמה סוהרים פיתחו דפוס של התעללות גופנית ומילולית" בעצורי 11 בספטמבר.⁴³ בדו"ח מפורטים מקרים שבהם סוהרים הטיחו עצורים בקירות וגררו אותם בזרועותיהם, דרכו על השרשרות המחברות את אזיקי הקרסול כדי לגרום לנפילתם, טובבו את ידיהם, עיקמו את שורשי כפות ידיהם ואת אצבעותיהם כדי לגרום להם כאב והשמיעו השמצות ואיומים.

הדו"ח הראשוני חולל גלי הלם בכל רחבי המדינה ואמצעי התקשורת גינו את מעשי הזוועה שהתבצעו במסגרת מעצרי 11 בספטמבר.⁴⁴ ה-OIG פירסמה נספח לדו"ח בדצמבר 2003, לאחר שגבתה עדות מיוחדת נוספת על תנאי מעצר פוגעניים.⁴⁵ מלבד ראיות נוספות למעשי ההתעללות הגופנית והמילולית שתועדו בדו"ח הראשון, הנספח חשף את השימוש השיטתי בחיפוש גופניים, בבדיקות חודרניות ובטכניקות למניעת שינה שהיו מנת חלקם של העצורים. לאחר צפייה בעדות שתועדה בווידיאו, הדו"ח אישר את קיומן של הפרקטיקות הבאות: חיפוש גופניים לא נחוצים, שבוצעו דקות אחדות אחרי שהעצורים כבר עברו חיפוש יסודי. בין חיפוש אחד למשנהו היה העצור כבול באזיקים ומלווה בסוהר; חיפוש גופניים שבהם לעגו סוהרים לאסירים ועלבו בהם; חיפוש בעירום שבוצעו בחדרים שהיו גלויים לחלוטין למי שעמד בפרוודור או בתאים אחרים במתקן, הסרטה של החיפוש הגופניים ושל עצורים עירומים; שימוש בחיפוש גופניים בעירום לצורך ענישה; וביצוע חיפוש גופני בעירום בעצורים גברים, בעת שנשים נכחו בחדר.⁴⁶ את ממצאי הדו"ח של ה-OIG השלימו ואישרו עדויות שמסרו עצורי 11 בספטמבר עצמם, בהצהרות פומביות שנתנו אחרי שחרורם או גירושם. מרבית העדויות מתייחסות לתנאים באחד מארבעת מתקני המעצר הבאים: מרכז המעצר המטרופוליטני (MDC) (ברוקלין, ניו יורק).

למרות ההבדל בקנה המידה, יש דמיון בין האסטרטגיה והטקטיקה הננקטות ב"מלחמה נגד הטרור" במישור המקומי לבין אלה המשמשות לניהול מבצעים מעבר לים.

מעצר מינהלי בארצות הברית ובישראל

כמה פרשנים מצביעים על זיקה ממשית בין ההתעללות המינהלית של הרשויות האמריקאיות בעצורים לבין הטקטיקה שפיתחה ממשלת ישראל לצורך דיכוי ההתנגדות הפלסטינית לכיבוש. פרשנים אלה מדברים על "ישראליוציה" של המדיניות שנוקטת ארצות הברית ב"מלחמה נגד הטרור".⁵³ בין אם קשר ישיר כזה קיים ובין אם לא, האסטרטגיות שנוקטות שתי המדינות, המשתמשות במעצר המינהלי כדי לכלוא אנשים רבים בתקופות חירום בלי להגיש נגדם כתב אישום, דומות מאוד זו לזו.

נשיא ישראל לשעבר, משה קצב, העיר פעם בהתייחס למעצרים מינהליים, כי בהגנה על הדמוקרטיה יש לנקוט לפעמים צעדים לא דמוקרטיים.⁵⁴ כאשר משטרים דמוקרטיים נוקטים צעדים כאלה, הם עושים זאת מן הסתם בדרכים דומות. לרבים ממעשיו של המשטר האמריקאי, שתועדו במאמר זה, יש מקבילות בישראל, לרבות אמצעי ההתעללות שפורטו לעיל.⁵⁵ שתי המדינות משעות הגנות בסיסיות המיועדות להבטיח הליך הוגן, כדי לבצע מעצרים אלה. את מקום ההגנות תופסים הנחת אשמה המתבססת על מוצא אתני ולאומי, מעצרים חשאיים, העברת עצורים ממתקן למתקן לצורך הארכת המעצר ותנאי מעצר פוגעניים. כך נוצרת בין השתיים קרבה מדאגיה: הן ישראל והן ארצות הברית מפירות זכויות בסיסיות באמצעות מנגנון המעצר המינהלי.⁵⁶

ארגוני זכויות אדם ישראלים, פלסטיניים ובינלאומיים מתעדים בהרחבה את המעצרים המינהליים שמבצעת ישראל, כדי לכלוא ללא כתב אישום מספר רב של פלסטינים, לעתים קרובות בלי שמתקיימים דיונים משפטיים על הסיבות למעצרים.⁵⁷ כמו במעצרי ההגירה בארצות הברית, המעצרים הללו מסתמכים על צו מינהלי ולא על צו שיפוטי ופוגעים קשות בזכותם של

בית הכלא המחוזי פסאיק (ניו ג'רזי). הכלא של מחוז הדסון (ניו ג'רזי) ומרכז המעצר המטרופוליטני (MCC) (מנהטן, ניו יורק). למשל, פרטים על הכאות וכליאה בבידוד כאמצעי ענישה הופיעו ברבים מהדיווחים של עצורים שהוחזקו בפסאיק.⁴⁷ פארוק עבדל-מוהטי, העצור הפלסטיני שתואר בתחילת המאמר, הוחזק במתקן פסאיק, שם הוכה בידי שומרים, על פי הדיווחים, למרות גילו המתקדם ובריאותו הלקויה.⁴⁸ הוא גם הוחזק בבידוד למעלה משמונה חודשים, אחרי שניסה לארגן את העצורים כדי לדרוש את שיפור התנאים.⁴⁹

ההתעללויות הקשות במתקני הכליאה העיקריים שבהם שוכנו עצורי 11 בספטמבר חרגו מעבר לחיפוש גופניים פולשניים. אחד המנהגים המטרידים ביותר בכלא המחוזי פסאיק (Passaic), היה השימוש בכלבים כדי לאיים על עצורים, כפי שפורט בכתבת תחקיר ששודרה ב-National Public Radio.⁵⁰ בדיווח נכללו תעודות רשמיות מפסאיק ומסמכים רפואיים סודיים, שלפיהם "לפחות שני אסירים נלקחו לבית חולים בשנת 2004 לצורך טיפול, אחרי שנשכו על ידי כלבים".⁵¹ בעקבות תשומת הלב התקשורתית הרבה שעורר השימוש בכלבים במתקן פסאיק, דיווחה תחנת הרדיו כי המשרד לביטחון פנים הורה לפסאיק ולמתקני כליאה אחרים להפסיק להשתמש בכלבים בקרבתם של העצורים.⁵² כל אימת שביקורת ציבורית מופנית לעבר העולם החשאי ברובו של המעצרים המינהליים, מתבצעים שינויים מזעריים בנוהלי העבודה של מתקני הכליאה, בתגובה לדיווחים פומביים על מקרים ספציפיים. ברם, לרוע המזל, טרם אומצה מדיניות המתאימה להתמודדות שיטתית עם דפוס ההתעללות הרחב יותר שאליו נחשפו ערבים ומוסלמים אשר נעצרו אחרי 11 בספטמבר.

הדמיון בין דפוסי הפעולה במתקנים אלה לבין הגילויים שפורסמו לאחרונה על תנאי המעצר בבתי כלא אמריקאיים מעבר לים, באבו ע'ריב ובמפרץ גוונטנמו, מדהים. הן פה והן שם היו ערבים ומוסלמים קורבן לציד אדם שרירותי, ואחרי שנעצרו סבלו השפלה מינית, מניעת שינה, כליאה בבידוד, תקיפות של כלבים והתעללות גופנית.

העצורים להליך הוגן.⁵⁸ בעוד ששלטונות ישראל אינם מגרשים בדרך כלל עצורים מינהליים אל מחוץ לאזור שבו ישראל מפעילה שליטה בפועל (לרבות השטחים הפלסטיניים הכבושים), היו מקרים שבהם גירשו או "טרנספרו" אסירים כאמצעי ענישה, בלי לקיים הליך משפטי.⁵⁹ הטקטיקה הזאת דומה לגירושים ול"הסגרות" שבאמצעותם מבקשת ארצות הברית לגרש ערבים ומוסלמים רבים משטחה.

בין ספטמבר 1993 למאי 1997 תיעד ארגון בצלם כ-800 מקרים שבהם נעצרו פלסטינים במעצר מינהלי לתקופות ארוכות, בלי שהוגש נגדם כתב אישום.⁶⁰ החל מ-1998 חלה, לדברי בצלם, "ירידה הדרגתית במספר הפלסטינים שהחזיקה ישראל במעצר מינהלי". בין 1999 לאוקטובר 2001, עמד מספר העצורים המינהליים הפלסטינים על פחות מעשרים.⁶¹ מספר המעצרים שבוצע בפועל אמנם פחת בתקופה זו, אבל התשתית החוקית המאפשרת למדינה לבצע מעצרים מינהליים בקנה מידה גדול נותרה בעינה. היא הופעלה בשנית בתחילת האינתיפאדה השנייה. לפי הדיווחים, בספטמבר 2006 הוחזקו בבתי כלא ישראלים יותר מ-9,000 פלסטינים, 801 מהם היו עצורים מינהליים.⁶² בעוד שממשלת ישראל טוענת כי המעצרים המינהליים הם אמצעי ביטחון הכרחי, ארגוני זכויות אדם סבורים כי המעצר המינהלי משמש למעשה חלופה להליך פלילי. לדבריהם, אמצעי זה מיועד להביא לנטרולם של מתנגדים פוליטיים ולהגבלת ההגנות העומדות לרשותם של אנשים המוחזקים במעצר על סמך ראיות חסויות. לדוגמה, בדו"ח על מעצרים מינהליים טוען בצלם, כי "הרשויות משתמשות במעצר המינהלי כתחליף מהיר ויעיל להליך פלילי, בעיקר כאשר אין בידיהן הוכחות לאשמה או כאשר הן אינן רוצות לחשוף את הראיות שברשותן".⁶³

שלילת החירות לתקופה בלתי מוגבלת ללא כתב אישום, מעצר בבידוד ומניעת הגנות פרוצדורליות בסיסיות – באמצעות שימוש בראיות סודיות או מסווגות וחסמת הגישה למגננונים שבאמצעותם אפשר לערער על סיבת

המעצר – הם תווי היכר משותפים גלויים של השימוש שנעשה במעצר מינהלי בישראל ובארצות הברית.⁶⁴ לשתי המדינות אופייני גם האזכור התכוף של שיקולים הקשורים בביטחון לאומי לשם הצדקת צורות קולקטיביות של מעצר מינהלי. מערכות המעצר בשתי המדינות הופכות על פיה את אחת ההגנות הפרוצדורליות הבסיסיות ביותר הנדרשות על פי שלטון החוק, אגב אימוץ הנחת אשמה המתבססת על מאפיינים של השתייכות קיבוצית – ובמיוחד אתנית.⁶⁵ נקודת דמיון נוספת בין שתי המערכות אפשר למצוא באי הגשת כתבי אישום ובהימנעות מפרסום סיבת המעצר.⁶⁶ כמו כן, אפשר לזהות דמיון בשיטות ההתעללות הגופנית והנפשית המתלוות למעצר מינהלי בישראל ובארצות הברית. ארגוני זכויות אדם ישראלים ופלסטיניים מדווחים כי ביקורי משפחות, גישה לעורכי דין וטיפול רפואי הולם נמנעים מעצורים מינהליים כעניין שבשגרה. כמו כן, הם מדווחים כי עצורים אלה מועברים ממתקן כליאה אחד למשנהו והסטטוס שלהם משתנה תדיר, כדי להאריך את תקופת המעצר. הם גם עוברים התעללויות גופניות חמורות, לרבות עינויים.⁶⁷ מקבילה אחרונה בין המערכת האמריקאית לאחותה הישראלית ניכרת בשימוש הנעשה במעצר המינהלי כבתחליף להליך פלילי. אמות המידה הראייתיות המצומצמות של הליך זה והנחת האשמה שעליה הוא מתבסס מקדמות את שאיפת הממשלות להרחיק מהרחוב אנשים המשתייכים לקטגוריות "חשודות".⁶⁸

מעצר מינהלי, הן בארצות הברית והן בישראל, מוליד מערכות צללים הפועלות ברוב המקרים, מחוץ לטווח של מערכת המשפט הרגילה. מעצר כזה מאפשר לרשות המבצעת להשעות זכויות והגנות בסיסיות, משאיר את העצורים ללא מקורות סיוע כמעט ומתיר למדינה להשתמש במעצר מנע כתחליף להליכים משפטיים. המגמה המדאיגה של הרחבת הסמכות המינהלית לבצע מעצרים, צמצום הביקורת השיפוטית על סמכויות המעצר, הכרסום בהגנות ההליכיות וביטול זכויות העצורים, מבשרת על

צורה של השעיית זכויות בסיסיות, משתבש האיזון הנכון בין הזכות לחירות לזכות לביטחון.

שחיקה דומה של שלטון החוק בארצות הברית ובישראל.

מחיר השעירים לעזאזל

פתחתי בנסיבות מעצרו של המכונה "מתחמק", פארוק עבדל-מוהטי. המקרה של פארוק מייצג בצורה מדכאת את הנזק הנגרם כתוצאה מהפיכתם של ערבים ומוסלמים לשעירים לעזאזל אחרי 11 בספטמבר. הוא גם מסמל באופן מפחיד את קווי הדמיון בין המדיניות והטקטיקה האמריקאיות ב"מלחמה נגד הטרור" לאסטרטגיות שנוקטת ישראל באכיפת הכיבוש על השטחים הפלסטיניים. פארוק, פעיל למען זכויות הפלסטינים ובעל קשרים אמיצים בניו יורק, נעצר בתואנה שהפר את חוקי ההגירה, אף שלא היה צו מעצר נגדו. הוא היה נתון במעצר שנתיים, שבהן היטלטל בין חמישה מתקני מעצר שונים. הוא הוחזק לעתים קרובות בבידוד, כדי לסכל את ניסיונותיו לארגן את שאר העצורים לדרוש הטבה בתנאי המעצר. הוא הוכה ולא קיבל טיפול רפואי הולם. כאשר המקרה שלו הובא לבסוף לפני בית דין בלתי תלוי, הוא שוחרר.

שלושה חודשים בלבד הספיק פארוק ליהנות מניצחוננו, שהושג בדי עמל. ההשפעות המשולבות של בריאות לקויה, שנתיים של הכאות והעדר טיפול רפואי גבו את מחירן: הוא התמוטט ומת ביולי 2004, בגיל 56, אחרי הרצאה על זכויות עצורים שנשא בפנסילבניה.⁶⁹ קהילת הפעילים לקידום חירויות האזרח בארצות הברית איבדה חבר חשוב. העובדה שפארוק היה פלסטיני, שיתכן כי נעצר בגלל פעילותו הפוליטית, היא תזכורת מהדהדת במיוחד לקווים המקבילים בין מערכת המעצר המינהלי המתפתחת בארצות הברית לתשתית המשפטית של מעצרים מינהליים בישראל. שתי החברות ניצבות לפני הסכנות החמורות הכרוכות בשלילת חירות שרירותית. פגיעה בחירויות בשם הביטחון, ובמיוחד בחירויותיהן של קהילות פגיעות, מסתאבת במהירות לכלל דפוסים שיטתיים של הפרת הזכות להליך הוגן, המערערת את שלטון החוק. כאשר הדיבורים על הצורך במניעת מעשי טרור עוטים

אסלי באלי מכהנת כפרופסורית למשפטים, באוניברסיטת קליפורניה בלוס־אנג'לס (UCLA). כותבת עבודת דוקטור במחלקה למדע המדינה באוניברסיטת פרינסטון. עבודתה מתמקדת ביחסים בינלאומיים ובמשפט בינלאומי.

Eggen, "U.S. to Stop Issuing Detention Tallies," *Washington Post*, 9 November 2001, at A16. הערות

- 1 מידע על מעצרו של פארוק ופרטים על המקרה שלו נמצאים ב־CCR Center for Constitutional Rights, Secures Release of Palestinian Activist Farouk Abdel-Muhti באתר: <http://www.ccr-ny.org/v2/legal/justice/justiceArticle.asp?ObjID=6JmiF5tIky&Content=375>
 - 2 מעצרו וכליאתו של פארוק שונים אולי מאלה של אלפים אחרים, מכיוון שהיה פעיל פוליטי ידוע. חודש אחרי שהחל לעבוד בתחנת הרדיו בעלת הנטייה השמאלית "פסיפיקה", במארס 2002, הגיעו פקירי ממשל לביתו כדי לעצור אותו. ראו: Abdel-Muhti, "Palestinian Freedom Fighter Farouk (Democracy Now) 1947-2004," Pacific Radio (Democracy Now) <http://www.democracynow.org/static/farouk.shtml>
 - 3 Mark Dow, *American Gulag: Inside U.S. Immigration Prisons* (Berkeley: University of California Press, 2004).
 - 4 האופן שבו נוהלו מעט התיקים שבהם הוגשו כתבי אישום בגין מעורבות בטרור מאלף. לאחר שהראיות נחשפו לבדיקה מכוח ההגנות הקיימות במערכת המשפט הפלילי, כל התיקים קרסו. ראו: David Shepardson, "Feds Admit: Errors, Ask to Toss Terror Verdicts," *Detroit News*, 1 September 2004. אנשים אחרים שנגדם הוגשו כתבי אישום בגין מעורבות בטרור בעקבות החקירה של התקפות 11 בספטמבר לא נלכדו במצוד אחר עברייני הגירה או במסגרת תוכנית הגירה כלשהי; התיקים האלה הוכנו בעבודה משטרתית רגילה.
 - 5 מערכת "מעצרי ההגירה" בארצות הברית, במיוחד באופן שבו היא מופעלת מאז 11 בספטמבר, היא למעשה מערכת של מעצרי מנע מינהליים. בשל החפיפה הקיימת בארצות הברית בין מעצר הגירה, מעצר מינהלי ומעצר מנע, המונחים הללו יישמשו אותי כאן לחלופין.
 - 6 למעשה, החוק לאיחוד אמריקה וחזוקה באמצעות הספקת הכלים המתאימים ליירוט פעולות טרור ולסיכולן ("USA PATRIOT Act" H.R. 3162), הקנה לתובע הכללי סמכויות רחבות ביותר והעניק לו שיקול דעת בלבדי להחליט על החזקתם של לא-אזרחים במעצר מנע לתקופה בלתי מוגבלת (סעיף 412). עד כה אין ברשומות עדות כלשהי לכך שהתובע הכללי ניצל סמכות זו, שכן משרד המשפטים השכיל לגבש מערכת מעצרים מינהליים נרחבת בלי שנוקס לסעיפי החוק הפטריוטי האמריקאי.
 - 7 ראו: Dow הערה 3 לעיל, עמ' 9 ו-1, *Kareem Shora et al.*, "Invitation to join DWN (Detention Watch Network)," 7 February 2005.
 - 8 משרד המשפטים קיים מסיבות עיתונאים סדירות, שבהן הכריז על מספרי האנשים שנעצרו "בחדש לפעילות טרוריסטית", עד שהמספרים תפחו דיים כדי לעורר חששות לפגיעה בחירויות אזרחיות. ההכרזה הפומבית האחרונה מסוג זה, מתחילת נובמבר 2001, חשפה כי 1,182 אנשים מוחזקים במעצר. ראו: Amy Goldstein and Dan
- 9 למידע מפורט על התוכניות המתוארות בסקירה הכללית שלהלן, ראו: David Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism* (New York, NY: The New Press, 2003); Barbara Olshansky, Michael Ratner, Rachel Meeropol and Steven MacPherson Watt, *America's Disappeared: Secret Imprisonment Detainees and the "War on Terror"* (New York, NY: Seven Stories Press, 2005) לסקירה כללית יותר של מעצרי הגירה בארה"ב, ראו: Mark Dow, *American Gulag: Inside U.S. Immigration Prisons* (Berkeley, CA: University of California Press, 2004). לפרטים על השימוש במעצר מינהלי מאז 11 בספטמבר, ראו: Muzaffar Chishti, et al., *America's Challenge: Domestic Security, Civil Liberties and National Unity After September 11* (Migration Policy Institute, 2003) ("MPI Report"); A Year of Loss: Reexamining Civil Liberties Since September 11 (Lawyers Committee for Human Rights, 2002); *Imbalance of Powers: How Changes to U.S. Law & Policy Since 9/11 Erode Human Rights and Civil Liberties* (Lawyers Committee for Human Rights, 2003); *Presumption of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees* (Human Rights Watch, 2002); *Assessing the New Normal: Liberty and Security for the Post-September 11 United States* (Lawyers Committee for Human Rights, 2003); *Ending Secret Detentions* (Human Rights First [formerly the Lawyers Committee for Human Rights], 2004).
- 10 רוב הצעדים האלה נכנסו לתוקף בין 2001 ל-2005. ממשל בוש השני שינה את תפיסתו בכל הנוגע להגירה. המוקד נדד מהאיום הטרוריסטי שנשקף, לכאורה, מצד מהגרים לסוגיית ההגירה הבלתי-חוקית ממקסיקו. התווה הזאת שיקפה את הזמן שחלף מאז התקפות 11 בספטמבר, את ההצלחה שבה ממשל בוש הרחיב את סמכויות המעצר של הרשות המבצעת ואת החילופים בלשכת התובע הכללי, שאליה נכנס אלברטו גונולס במקום ג'ון אשקרופט. עד 2005, ממשל בוש כונן את המנגנונים הנחוצים להפיכתה של מערכת ההגירה הארצית למתקן עצום של מעצרי מנע המצוי מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית. לפיכך הוא יכול היה להרשות לעצמו לחזור ולהפנות את תשומת לבו להיבטים אחרים, יומיומיים יותר, של רפורמת הגירה. לתיאור סדר היום בכל הנוגע לסוגיות הגירה בתקופת השנייה של בוש בבית הלבן, ראו: Julia Gelatt, "Bush Puts Immigration Reform Back on Agenda, Approves Funding for DHS," *Migration Information Source* (Migration Policy Institute), 1 November 2005 <http://www.migrationinformation.org/USfocus/display.cfm?id=346>
- 11 Memorandum from Deputy Attorney General to the Commissioner of the Immigration and Naturalization Service (INS), Director of the Federal Bureau of Investigation, Director of the United States Marshal Service, and U.S. Attorneys, "Guidance for Absconder Apprehension Initiative," 25 January 2002.

- 12 Cole, הערה 9 לעיל, עמ' 25.
- 13 18 U.S.C. § 3144.
עד מאי 2003.
- 14 ראו דרוגמה: FBI "Wartime Probes of Iraqis End, Interviews 11000, Finds No Spies," *CBS News*, April 17, 2003, ניתן לצפייה באתר: www.cbsnews.com/stories/2003/04/17/iraq/main549841.shtml. ראו גם: Maia Jachimowicz and Ramah McKay, "FBI, BICE Interview Iraqi-Born Immigrants," *Migration Information Source* (Migration Policy Institute), ניתן לצפייה באתר: <http://www.migrationinformation.org/USfocus/display.cfm?ID=111>
- 15 הרשימה המלאה, שפורסמה בארבע הודעות ברשומות הפדרליות בין ספטמבר 2002 לינואר 2003, כללה את המדינות הבאות: אפגניסטן, אלג'יריה, בחריין, בנגלדש, מצרים, אריתריאה, אינדונזיה, איראן, עיראק, ירדן, כווית, לוב, מרוקו, קוריאה הצפונית, עומן, קטאר, סעודיה, סומליה, סוריה, סודן, תוניסיה, איחוד האמירויות הערביות ותימן.
- 16 Anastasia Hendrix, "Registration Ends; Suspicious Linger," *San Francisco Chronicle*, 3 December 2003.
- 17 לפרטים על שלושת המבצעים האלה, ראו: Asli Ü. Bâli, "Changes in Immigration Law and Practice After September 11: A Practitioner's Perspective," *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal* 2(1) (2003), p. 170.
- 18 Department of Homeland Security Press Release, "Operation Liberty Shield: Increased Security at Borders Asylum Modifications," March 2002 ניתן לצפייה באתר: http://www.dhs.gov/dhspublic/interapp/press_release/press_release_0115.xml
- 19 מדובר ב-11,000 עיראקים שהיו ליעדים ב"עדיפות גבוהה", מתוך רשימה של 50,000 עיראקים המצויים בארצות הברית שהכין האף-בי-איי. "FBI Interviewing Iraqis Living in the U.S.," *CNN*, 20 March 2003 ניתן לצפייה באתר: <http://www.cnn.com/2003/LAW/03/20/fbi.war.preps/>
- 20 "FBI Manhunt Targets Al Qaeda Suspect," *CBS News*, 24 March 2003 ניתן לצפייה באתר: <http://www.cbsnews.com/stories/2003/03/24/attack/main545808.shtml>
- 21 *ACLU Campaign Against Racial Profiling*, "Highlights in Arab, Muslim and South Asian News," 16 February 2005.
- 22 אם מסכמים את הנתונים הידועים על האנשים שנעצרו במצוד הראשוני ובמיוחד במבצעים המתוארים בחלק זה של המאמר, מספר המעצרים המינהליים הנובעים ממדיניות הקשורה באירועי 11 בספטמבר עולה על 5,000 לפחות. סביר להניח כי המספר הזה מייצג לכל היותר
- 23 מחצית מהסך הכל האמיתי, מאחר שכל הנתונים מתבססים על המידע המוגבל שממשל בוש התיר לפרסום עד מאי 2003.
- 24 בהסתמך על חוק חופש המידע, העמידו קואליציה של ארגונים להגנה על חירויות אזרחיות וקבוצות תקשורת למבחן פדרלי את סירוב הממשל לפרסם מידע בסיסי על העצורים. הערכאה הפדרלית הראשונה שבפניה התבררה התביעה סברה כי "האינטרס הציבורי לדעת את זהויות אנשים שנעצרו ועוכבו חיוני כדי לוודא שהממשל פועל במסגרת החוק." *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice*, 215 F. Supp. 2d 94, 106 (D.D.C.2002). בערעור, הפכה ערכאה גבוהה יותר את הפסיקה והכריעה לטובת הממשל. *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice*, 331 F. 3d 918 (D.D.C.2003) ופסיקה זו נותרה בעינה אחרי שבית המשפט העליון סירב לבחון את המקרה מחדש. *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice*, 215 F. Supp. 2d 94 (D.D.C. 2002), cert. denied, (12 January 2004).
- 25 צו הביניים מסמיך שופטי הגירה להוציא צווי איסור פרסום ולהטיל חיסיון על פרוטוקול הדיון המשפטי כאשר הוא עשוי להיות כרוך במידע הנוגע לביטחון הלאומי. *Protective Orders in Immigration Administrative Proceedings*, 67 *Federal Register* 36, 799 (21 May 2002).
- 26 תזכיר של מייקל ג'יי קרפי, שופט הגירה ראשי, לכל שופטי ההגירה ומינהלי בתי המשפט (21 בספטמבר 2001). ניתן לצפייה באתר: <http://www.news.findlaw.com/hdocs/docs/aclu/creppy092101memo.pdf>
- 27 *Custody Procedures*, 66 Fed. Reg. 48,334 (20 September 2001).
- 28 דו"ח OIG, עמ' 27-36, ראו הערה 23 לעיל.
- 29 שם, עמ' 37-69.
- 30 לדיון מפורט במדיניות "אי שחרור בערובה", ראו שם בפרק 5, עמ' 72-90.
- 31 *Custody/Bond*, 8 C.F.R. § 1003.19(i)(2) (2003).
- 32 זאוולה נגד רידג' ואשקרופט, תיק מס' 04-00253 JSW (הוראה להוציא צו הביאס קורפוס) (CA ND) 1 במארס (2004).
- 33 פרטים על תיק ארר אפשר להשיג במרכז לזכויות חוקתיות (CCR), המלכ"ר הניו יורקי המעניק שירותים משפטיים

- 43 שם, עמ' 186 (על איפול תקשורתי ועל הליכים להבטחת עדים שמנעו קשר עם בני משפחה ועורכי דין); עמ' 111-157 (פרק 7) (על תנאי מעצר); ועמ' 142 (על דפוסי ההתעללות הגופנית והמילולית).
- 44 ראו, לדוגמה, "The Abusive Detentions of Sept. 11," *The New York Times*, 3 June 2003; "Troubling Truth: Search for terrorists steamrolled other people," *Dallas Morning News*, 6 June 2003; "Sledgehammer justice," *Denver Post*, 5 June 2003.
- 45 OIG, "Supplemental Report on September 11 Detainees' Allegations of Abuse at the Metropolitan Detention Center in Brooklyn, New York," U.S. Department of Justice (December 2003), ("OIG Supplemental Report") ניתן לצפייה באתר: <http://www.usdoj.gov/oig/special/0312/>
- 46 כל הדוגמאות האלה מתייחסות לחיפוש שנועשו בעצורים אשר הוחזקו ביחידת דיור מיוחדת של מתקן הכליאה MDC. שם, עמ' 33-34.
- 47 ראו, לדוגמה, Irum Sheikh, "Abuse in American Prisons," *Muslim World Journal of Human Rights*, Vol Michelle Goldberg, "The Person Abuse Scandal at Home," *Salon.com*, 19 May 2004, ניתן לצפייה באתר: <http://dir.salon.com/story/news/feature/2004/05/19/maddy/index.html>
- 48 "NJ Officers Assault Detained Palestinian Activist, Confiscate 'Anti-Government' Publications," Committee for the Release of Farouk Abdel-Muhti (Press Release), 24 November 2003.
- 49 Center for Constitutional Rights, "Case Synopsis: Farouk Abdel-Muhti," July 2004 ניתן לצפייה באתר: <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/report.asp?ObjID=MGvRXc7PZB&Content=422>
- 50 Daniel Zwerdling, "Jailed Immigrants Allege Abuse: Immigrant Detainees Tell of Attack Dogs and Abuse," *National Public Radio* (All Things Considered), 18 November 2004 ניתן לצפייה באתר: <http://www.npr.org/templates/story/>
- 51 העצור רוֹנְדוֹ לואיס, בן 29, מדווח כי ננשך על-ידי כלב והוכה במהלך עימות עם קבוצת סוהרים. שם. שייח ריאיון עצור שטען כי עבר התעללות דומה ב-2002 ופירסם את עדותו על שימוש בכלבים ועל התעללויות אחרות בפסאיק. ראו "ראיון עם 'רחים' (שם בדוי)" בתוך: Sheikh, הערה 47 לעיל, עמ' 9-10. (ראו גם הערות 26-28 בפרסום הנ"ל). כמו כן, ראו: Eva Sanchis (Chris Brandt- transl.) "Use of Dogs in Passaic Jail Raises Alarm," *El Diario*, 19 November 2004 ניתן לצפייה באתר: <http://www.indypressny.org/article.php3?ArticleID=1769>
- 52 Daniel Zwerdling, "Government Halts Use of Dogs Around Detainees," *NPR*, 30 November 2004.
- שייצג את ארר בהתנדבות, ניתן לצפייה באתר: <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/report.asp?ObjID=NydViALvVC&Content=300>
- 34 Jane Mayer, "Outsourcing Torture: The Secret History of America's 'Extraordinary Rendition Program,'" *The New Yorker*, 14 February 2005 ניתן לצפייה באתר: http://www.newyorker.com/fact/content/?050214fa_fact6
- 35 הערכה זו לקוחה מדו"ח בעריכתם המשותפת של לשכת עורכי הדין של העיר ניו יורק והמרכז לזכויות אדם וצדק עולמי, *New York University Law School*, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Renditions,'" December 2004 ניתן לצפייה באתר: [http://www.abcny.org/pdf/report/Torture%20by%20Proxy%20-%20Final%20\(PDF\).pdf](http://www.abcny.org/pdf/report/Torture%20by%20Proxy%20-%20Final%20(PDF).pdf)
- 36 לדוגמה, מארק דאו מתעד את מקרהו של עצור מצרי, נביל סולימאן, שגורש למצרים על ידי שלטונות ארה"ב והועבר במישורין למעצר במצרים. לפי ארגון אמנסטי, סולימאן הוחזק בחשאי שבועות מספר במתקן כליאה מצרי, לפני שהועבר לכלא טורה. ראו Dow, הערה 3 לעיל, עמ' 225-226.
- 37 לסקירה של תזכירים ותעודות רשמיות אחרות, המתעדת את השינוי שחל במדיניות ארה"ב בנושא העינויים, ראו: *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel, eds., (Cambridge: Cambridge University Press, 2005); Mark Danner, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib and the War on Terror 51(10)* (New York Review of Books, 10 June 2004); "Records released in response to torture FOIA request" ניתן לצפייה באתר: http://www.aclu.org/torturefoia/released/FBI_010505.html
- 38 ראו Dow, הערה 3 לעיל, עמ' 9-10.
- 39 באמות המידה נכללים ביקורי עורכי דין, ראיונות לתקשורת, הליכים להגשת תלונות עצורים וביורון והיבטים אחרים של חיי הכלא. לאמות המידה של BICE לגבי מעצרים, ראו: <http://www.ice.gov/graphics/dro/opsmanual/index.htm>
- 40 ראו Dow, הערה 3 לעיל, עמ' 143-144.
- 41 ראו עמ' 22, 234-237 בתוך: Dow, שם (על מתקן הכליאה בניו המפשיר); עמ' 115, 135, 167, 182, 194, 203 ו-242 (על שימוש בבידוד); עמ' 59 (עדות קלחו על כליאת עצירים בבתי שימוש); ועמ' 93 (על השימוש בחדר מקלחת כבאת הפרדה); עמ' 211 (על הטיה אנטי-ערבית ממוסדת).
- 42 דו"ח OIG, הערה 23 לעיל. הדו"ח הוכן על בסיס ראיונות שנוהלו עם מדגם של 762 מעצורי 11 בספטמבר - נתח משמעותי מבחינה סטטיסטית, שרק ה-OIG מסוגלת היתה להגיע אליו.

- 53 ראו, לדוגמה, "Israeli interrogators in Iraq," BBC, 3 July 2004, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3863235.stm; Wayne Madsen, "The Israeli Torture Template," *Counterpunch*, 10 May 2004 <http://www.counterpunch.org/madsen05102004.html>; "Israeli Interrogators in Iraq – An Exclusive Report," *Jane's Foreign Report*, 7 July 2004 http://www.janes.com/security/international_security/news/fr/fr040707_1_n.shtml; Lisa Hajjar, "Torture and the Future," *Middle East Report*, May 2004.
- 54 ראו: *Mideast Mirror* (Section A: Israel), 14 February 2005.
- 55 כאשר עורכים את ההקבלה הזאת, מן הראוי להדגיש שתי נקודות חשובות. הראשונה מתייחסת לאי-השוויון במעמד החוקי הבינלאומי של מערכות המעצר המינהלי בארה"ב ובישראל. ישראל משתמשת בעילת מצב החירום כדי להצדיק מעצרים מינהליים שהיא מבצעת, והפלסטינים העצורים בתנאים אלה אינם אזרחים או מהגרים, אלא נתינים הכפופים למערכת של כיבוש לוחמתי, עובדה שמבדילה את המקרה הישראלי מהאמריקאי בצורה משמעותית. במידה שישאל מחזיקה תושבים של שטח פלסטיני כבוש במעצר מינהלי היא עושה כן ככובשת לוחמתית, ופעולותיה נבחנות על-פי אמות המידה שמציבות אמנות ז'נבה. לדוגמה, בהעבירה אנשים שנעצרו בשטח פלסטיני כבוש למעצר בישראל, ישראל מפירה את סעיפים 76 ו-147 של אמנת ז'נבה הרביעית. לעומת זאת, מערכת המעצר המינהלי הפנים-ארצית שפותחה בארצות הברית אגב ניצול תקנות ההגירה, אינה נדרשת לציית לסעיפי אמנות ז'נבה. נקודה משמעותית נוספת מתייחסת למכנה המשותף של ארצות הברית, ישראל ודמוקרטיות אחרות שפיתחו אף הן מערכת של מעצר מינהלי בהקשר של משבר ביטחוני. למעשה, המשותף לישראל ולדמוקרטיות האחרות הללו רב יותר מזה שבינה לבין ארצות הברית. באופן ספציפי, בתגובה לאתגר שמציבה האלימות הפוליטית הקשורה בבדלנות הצפון-אירית, פיתחה בריטניה מערכת מעצר מינהלי שנועדה לחברי הצבא האירי הרפובליקאי (IRA), וכמוה נהגה ספרד בתגובה לתביעות בדלניות דומות של קבוצת ETA הבאסקית. בניגוד לישראל, לבריטניה ולספרד, ארצות הברית אינה שרויה בסכסוך צבאי הכרוך במחלוקת טריטוריאלית. תחת זאת, ארצות הברית מפתחת את מערכת המעצר המינהלי שלה אגב שימוש במוצא אתני וברקע דתי כחלופה לחשד במעורבות בסכסוך אמורפי וכוללני, תחת הכותרת "המלחמה העולמית נגד הטרור" מאז 11 בספטמבר. לפיכך, מערכות המעצר המינהלי הממשל האמריקאי בתחומי ארצות הברית ומחוץ לגבולותיה נבדלות בטיבן ובהיקפן הפוטנציאלי מן המערכת הישראלית, המכוונת נגד פלסטינים, כאשר יוצאים מן הכלל מקרים ספורים מאוד של אזרחים ישראלים יהודים שהוחזקו אף הם במעצר מינהלי.
- 56 מאמר זה מתמקד בעיקר בניתוחה של מערכת המעצר המינהלי האמריקאית, המוכרת פחות יחסית. ניתוח זה אמור לשמש בסיס להשוואה יסודית עם מערכת המעצר
- המינהלי הישראלית במחקר נוסף. בעוד שמאמר זה מציג השוואה ראשונית של השתיים, עיון מקיף יותר בנוהגי המעצר המינהלי הישראליים והשוואת-עומק של שתי המערכות חורגים מהיקפו של המאמר הנוכחי.
- 57 ראו, לדוגמה, Amnesty International, "Administrative Detention: Despair, Uncertainty and Lack of Due Process" (Israel and the Occupied Territories) (1997); Amnesty International, "Administrative Detention," (2004), <http://web.amnesty.org/pages/isr-action-detention>; Addameer, "Administrative Detention" (1999), <http://www.addameer.org/administrative>; בצלם, "שבויים של שלום: מעצר מינהלי במהלך תהליך אוסלו" (1977); ובצלם, "ביקורים אסורים: הפגיעה בזכות לביקורי משפחה של פלסטינים הכלואים בישראל", (ספטמבר 2006), ניתן לצפייה באתר: http://www.btselem.org/Download/200609_Barred_from_contact_Heb.doc
- 58 במקרה מעניין אחד, בית המשפט העליון הישראלי דן בסוגיית חוקיותו של המעצר המינהלי. תיק זה עסק בעצורים לבנונים שהוחזקו לאחר שריצו את עונשם במעצר מינהלי בתור "קלפי מיקוח" במשא ומתן עתידי עם קבוצות לבנוניות שהחזיקו בישראלים. בית המשפט העליון קבע בסופו של דבר כי אין להחזיק אדם במעצר אך ורק לשם ניצולו כ"קלף מיקוח". בעוד שהחלטה זאת לא הובילה לשחרורם המידי של העצורים, אשר שוחררו לבסוף בעסקת חליפין מאוחרת יותר בין ממשלת ישראל לארגון חיזבאללה, היא מעידה על נכונותו של בית המשפט העליון הישראלי להתיר גישה למערכת שיפוטית בלתי-תלויה לצורך ערעור על מעצר מינהלי. דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721. תיק מ-2002, שבו בית המשפט העליון הישראלי סקר את תנאי הכליאה במתקן קציעות בנגב, מצביע אף הוא על מידה מסוימת של ביקורת זמינה, אם כי העתירה נדחתה. ראו: בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403.
- 59 לנתונים על גירוש עצורים פלסטינים בידי ישראל, ראו: *An Illusion of Legality: A Legal Analysis of Israel's Mass Deportation of Palestinians on 17 December 1992* (Al-Haq, 1993).
- 60 הערה 57 לעיל. בצלם, שבויים של שלום.
- 61 בצלם, מעצר מינהלי (2004), ניתן לצפייה באתר: <http://www.btselem.org/Hebrew/Administrative-Detention/>
- 62 בצלם, ביקורים אסורים, הערה 57 לעיל. המספר 801 מתייחס לעצורים המינהליים שהוחזקו במעצר בינואר 2007 והוא מופיע בנתונים המעודכנים על עצירים מינהליים באתר של בצלם: <http://www.btselem.org/Hebrew/Administrative-Detention/Statistics.asp>
- 63 בצלם, הערה 61 לעיל. ארגון אמנסטי מדווח כי "השלטונות הישראליים משתמשים לעתים במעצר מינהלי להחזקת אסירי מצפון, אשר מנצלים בצורה לא-

אלימה את זכותם לחופש דיבור והתאגדות". אמנסטי, הערה 57 לעיל.

64 לתיאור מפורט של מאפיינים אלה של מערכת המעצר המינהלי הישראלית, ראו: Lisa Hajjar, *Courting Conflict: The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza* (Berkeley: University of California Press, 2005), pp. 3–5. למקבילות בין הטקטיקה האמריקאית לטקטיקה הישראלית בתקופה שלאחר 11 בספטמבר, ראו שם, בעמ' 235–252.

65 על הנחת האשמה בנוגע לעצורים פלסטינים, ראו באופן כללי, שם. על מדיניות האיפה ואיפה הננקטת בבתי משפט אזרחיים וצבאיים בישראל בכלל האמור בפעולות של אזרחים ישראלים יהודים ושל פלסטינים מן השטחים הכבושים או של פלסטינים בעלי אזרחות ישראלית, ראו: Martin Edelman, *Courts, Politics and Culture in Israel* (Charlottesville: University Press of Virginia, 1994), pp. 111–121.

66 ראו, לדוגמה, בצלם, **עצורים בלא משפט: מעצרים מינהליים בשטחים מתחילת האינתיפאדה (1992)**, ניתן לצפייה באתר: http://www.btselem.org/hebrew/Publications/Summaries/199210_Detained_Without_Trail.asp

84

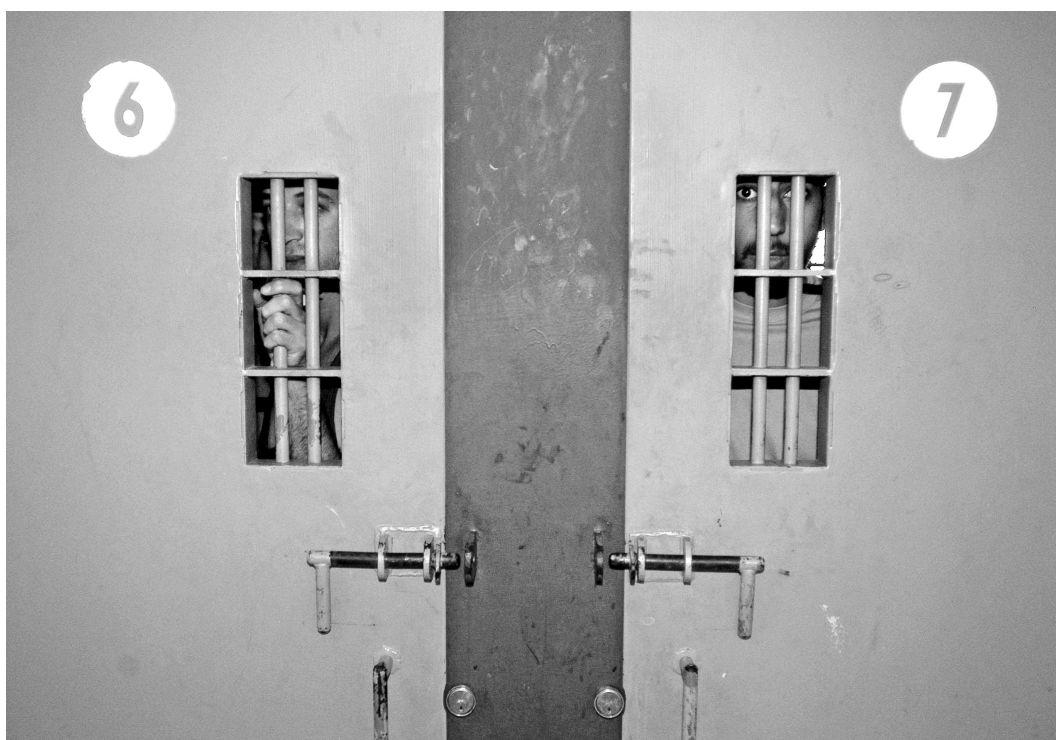
67 בצלם פירסם לאחרונה דו"ח מפורט, המתעד טכניקות המשמשות למניעת ביקורים מעצירים פלסטינים המוחזקים בישראל. בצלם, הערה 57 לעיל. הדו"ח מציין כי מספטמבר 2000 עד מארס 2003, נשללו מהעצירים ביקורי משפחה באופן שיטתי (עמ' 3). אמנסטי, הערה 57 לעיל; על מניעת ביקורי משפחה, ראו המקרה של אחמד קטאמש; על מניעת גישה לייעוץ משפטי, ראו המקרים של עבדולטיף גיית ובורהאן חאלד; על מניעת טיפול רפואי, ראו המקרה של אסמה מוחמד סולימן סבענה אבו אל-היג'ה; ועל התעללות גופנית קשה, ראו המקרים של טלי פחימה, דאוד דירעווי ועבד אל-סלאם עדוון. ראו גם: Human Rights Watch, *Administrative Detention*, <http://www.geocities.com/onemansmind/jc/HRW01.html>. על השימוש בהעברות לצורך הארכת תקופת המעצר, ראו אדאמיר, הערה 69 לעיל. "Section III: Transferring Administrative Detainees to Interrogation".

68 בצלם, הערה 66 לעיל. בעמ' 12. ראו גם אדלמן, הערה 65 לעיל, בעמ' 100–118.

69 Center for Constitutional Rights, "CCR Mourns the Loss of Freedom Fighter Farouk Abdel-Muhti," July 2004, ניתן לצפייה באתר: <http://www.ccr-ny.org/v2/reports/report.asp?ObjID=MGvRXc7PZB&Content=422>

2004, כלא הדרים, צילום: ניר כפרי

אסירים "ביטחוניים".



2005, כלא רמלה, צילום: ניר כפרי

בגלל עומק המפתח של חלונית ההצצה הקטנה בדלתות התאים, האסיר אינו יכול לראות מה מתרחש במסדרון אלא אם כן מישהו נעמד ממש ממול הפתח. מראה קטנה אותה הוא מסובב בין אצבעותיו מאפשרת לו להגדיל במעט את שדה הראייה. כשדיוקן של העציר משתקף במראה ונראה לעיני הצלם, דיוקנו של הצלם המסייר במסדרון, נראה באותו רגע לעיניו של העציר.



ביקורת ספרים: התביעה נגד אריאל שרון וגורל סמכות השיפוט הבינלאומית

ר י צ' ר ד פ ו ל ק

החדה בכוחו של הליכוד בראשית המאה ה־21, הצלחתו לקבל הכשר נרחב מהקהילה הבינלאומית בעקבות בחירתו לראש הממשלה בתחילת 2001 היא תופעה מדהימה למדי.

בכל אופן, שרון לא הסתפק בהצלחתו לפטור את עצמו מבדיקה קפדנית וביקורתית של עברו השנוי במחלוקת. בעזרת המשטר האמריקאי ולמרות הרבב שדבק במוניטין שלו, עלה בידו להשפיל לחלוטין את מקבילו הפלסטיני, יאסר ערפאת, ולפגוע באמינותו כמנהיג פוליטי לגיטימי באמצעות טענות לקשרים, כביכול, בינו לבין פעילות טרור. הוא הצליח לעשות זאת אף על פי שהאשמות במעשי עוולה שהפנה נגד ערפאת היו קלושות בהרבה מאלה שהועלו נגדו־עצמו, שהתקבלו בהתעלמות. בשנותיו כמנהיג אש"ף הואשם ערפאת רבות בהצגת עמדה לא עקבית בכל הנוגע לתפקידה של ההתנגדות האלימה ובהתאמת הטיעונים לקהלים השונים שאליהם פנה. גם אם זו האשמה נכונה, יש לאזן אותה עם המאמצים המתועדים היטב של ערפאת, לעתים קרובות מתוך סיכון אישי ופוליטי גדול, להגיע להסדר עם ישראל במסגרת דיפלומטית ובניגוד לאינטרסים הפלסטיניים. לעומת זאת, בעת ששרון היה ראש הממשלה, ניסיונות להטיל ספק במידת הלגיטימיות או ההתאמה שלו לייצג את עמדתה הרשמית של ישראל התקבלו בזרם המרכזי של התקשורת בארצות הברית כהצגת גישה אנטי־ישראלית, אם לא אנטישמית.

הלגיטימציה הבינלאומית שהוענקה לשרון כמנהיג מדינת ישראל קיבלה חיזוק, כמובן, ממאמציהן של שתי המפלגות האמריקאיות. התקשורת כיבדה והממשל בווישינגטון קיבל באופן בלתי מותנה את תוצאות הבחירות החופשיות וההוגנות במדינה שתוארה בהתמדה כיחידה באזורה שבה שורר שלטון דמוקרטי. עם זאת, הטיהור המלא של שרון נותר מפתיע, במיוחד בשל התמיכה הגוברת בדעת הקהל הבינלאומית

התביעה נגד אריאל שרון וגורל סמכות השיפוט הבינלאומית

ג'ון בורנמן (עורך)

מכון פרינסטון ללימודים אזוריים

ובינלאומיים

אוניברסיטת פרינסטון, 2004

181 עמודים

The Case Against Ariel Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction

John Borneman (Editor)

Princeton, NJ: Princeton Institute for International and Regional Studies

Princeton University, 2004

181 pages

מאז השבץ הקשה שבו לקה בינואר 2006, ראש ממשלת ישראל לשעבר, אריאל שרון, הפסיק להיות שחקן פעיל במציאות היומיומית. עם זאת, חייו והקריירה שלו משמשים תזכורת מתמדת ועזת רושם לכך שכוח גולמי גובר לעתים תכופות על האמת והצדק, ככל שהדברים נוגעים להתחשבות פוליטית. אין דבר שמדגים טוב יותר את הספין התקשורת הפרו־ישראלי בארצות הברית מאשר יכולתו של שרון, כאשר החזיק במשרתו הרמה, להתחמק מהכתמת שמו כמנהיג אזרחי־פוליטי באמצעות אזכור עברו הצבאי העשיר במעשים ברוטליים ובאירועים של התעללות, ובהם מתקפות טרור מתועדות היטב נגד אזרחים פלסטינים.¹ הכתם הגדול ביותר שדבק במוניטין של שרון, כמובן, הוא הקשר שלו לטבח הידוע לשמצה שביצעו הפלנגות הנוצריות הלבנוניות במחנות הפליטים סברה ושתילה ב־1982, מייד לאחר הפלישה הישראלית ללבנון וכיבושה.² בעוד שיייתכן כי טיהור שמו של שרון בתוך ישראל אינו מפתיע כל כך, לנוכח העלייה

הבינלאומי לרואנדה. בתי הדין האלה הוקמו מכוח סמכותה של מועצת הביטחון של האו"ם במחצית הראשונה של שנות ה-90 ועבודתם נמשכת עד עצם היום הזה. כפי שהוזכר, בית הדין הפלילי הבינלאומי מסדיר ומעגן היום את הגישה הזו, גם אם התנגדותה הנמרצת של ממשלת ארצות הברית מעמידה בספק את יכולתו לתפקד כמתוכנן. כלומר, לא ברור אם ניתן לספק לקהילה הבינלאומית מנגנון קבוע שבאמצעותו אפשר להגיש כתבי אישום, לנהל תביעה ולהעניש יחידים שנמצאו אשמים בפשעים בינלאומיים. ממשלת ארצות הברית הסכימה, בהיסוסים כבדים ואחרי מאמצים רבים, להסדר שלפיו אפשר יהיה להעמיד לדין את האחראים לכאורה למקרי המוות ברפור לפני בית הדין הפלילי הבינלאומי.

הזרם השני קשור ליוזמות של בתי משפט לאומיים, והוא מתקשר למה שמשפטים מכנים "סמכות שיפוט בינלאומית"⁴. "סמכות שיפוט בינלאומית" היא תפישה ישנה במשפט הבינלאומי, שנועדה לחדד את מעמדה הבלתי חוקי של פיראטיות. היא מאפשרת לכל בית משפט בכל מדינה ללכוד פיראטים בכל מקום, לתפוס את רכושם ולהעמיד אותם לדין על פשעיהם. סביר שפשעים אלה התרחשו בלב ים ופגעו באינטרסים זרים; קרי, אין זיקה בינם לבין בית משפט ספציפי. בית המשפט הלאומי נתפש כסוכן של הסדר העולמי, המשרת את האינטרס המשותף בדיכוי הפיראטיות, וההליכים בפניו לא נחשבו פגיעה בזכויות הריבונות של מדינה כלשהי. סמכות השיפוט האוניברסלית שנויה במחלוקת, משום שהיא מאפשרת לבתי משפט לאומיים לשפוט יחידים שפעלו מחוץ לתחום סמכותו של בית המשפט, להגיש נגדם כתבי אישום ולתבוע אותם גם כאשר אלה פעלו, כביכול, במסגרת הוראות החוק המדינתי.

העמדתו לדין של אדולף אייכמן בישראל ב-1961, על חלקו בפיקוח על מערכת המשלוחים ששלחה יהודים אל מחנות המוות בתקופת השלטון הנאצי, היתה ציון דרך בניסיונות לאומיים להרחיב את האחריות הפלילית כך שתחול על מעשים של זרים שבוצעו בטריטוריה

בהעמדה לדין של מנהיגים הנושאים באחריות פלילית לפשעים נגד האנושות ולעוולות שלטוניות אחרות. בסוף שנות ה-90 של המאה הקודמת התחדשו באופן מרשים המאמצים הבינלאומיים (שדעכו מאז משפטי נירנברג אחרי מלחמת העולם השנייה) להטיל אחריות אינדיווידואלית על אנשים הנושאים בתפקידים רשמיים בממשלה, וביניהם מפקדים צבאיים, לפשעים של מדינות ובמיוחד לפשעים נגד האנושות, עינויים ומדיניות של השמדת עם.

בעקבות מאמצים אלה הוגש ב-1998 בספרד, בדרמה גדולה, כתב אישום נגד אוגוסטו פינושה, הרודן ששלט בצילה בין 1973 ל-1990, שנעצר כחלק מהליכי הסגרה לבריטניה.⁵ שנה לאחר מכן, ב-1999, הוגש לבית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) כתב אישום נגד סלובודן מילושביץ', נשיא יוגוסלביה לשעבר. מילושביץ' הואשם במעורבות פלילית בטיהור אתני ובפשעים נגד האנושות בבוסניה, ומאוחר יותר בקוסובו. התפתחויות אלה הגיעו לשיאן עם הקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע (ICC). בית הדין הוקם בשנת 2002 ביוזמת תנועה עולמית שבה שיתפו פעולה ממשלות וארגוני חברה אזרחית, וזאת למרות התנגדותה התקיפה של ארצות הברית. במלים אחרות, בשחר המאה ה-21 הסתמן קונצנזוס עולמי בכל הקשור לייחוס אחריות פלילית בינלאומית למנהיגים. ביסודה של גישה זו עמד הרעיון שקיים חוק כללי עליון, שכוחו רב יותר מכוחם של חוקים שקבעה מדינה ריבונית, אפילו בעת מלחמה. היו סימנים לכך שחוק זה מתחיל לזכות ליישום, ולא רק בידי מנצחים ביחס למנוצחים. נראה שאם מגמה זו תימשך, מנהיגים לשעבר עלולים למצוא את עצמם חשופים לסיכון שיוגש נגדם כתב אישום, בדומה לזה שהוגש נגד אוגוסטו פינושה.

התנועה שהובילה מהלך זה מחולקת לשלושה זרמים. הראשון מדגיש, בעקבות משפטי נירנברג, את חשיבות היוזמות הפורמליות של הקהילה הבינלאומית. יוזמות אלה כוללות הקמה של בתי דין בינלאומיים מיוחדים, כמו בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר ובית הדין הפלילי

בפלילים, בהיותו שותף לעבירה שבוצעה בטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה בלבנון. את פתיחת התיק המשפטי יזמו בבריטל ניצולים ממעשי הטבח, שהסתמכו על חוק בלגי משנת 1993 שאפשר הגשת תביעות פליליות על בסיס של סמכות שיפוט בינלאומית. חוק זה מאפשר הגשת תביעה פלילית גם בהעדר קשר כלשהו בין המדינה שבה מצוי בית המשפט למקום שבו בוצע הפשע או שבו מצויים קורבנותיו. באותו מקרה פלסטינים שהיו תושבי לבנון בשנת 1982 ובעת הגשת התביעה היו בעלי אזרחות של מדינות שונות, השתמשו במערכת המשפט הבלגית כדי להאשים יחידים ישראלים בפשעים שבוצעו בטריטוריה לבנונית, למעלה מעשר שנים לאחר שאומץ החוק הבלגי. מדינת ישראל זעמה על הרעיון שמנהיגה הנבחר (אז) נגרר לתביעה משפטית בבית משפט זר. ישראל אף שיבשה את יחסיה הדיפלומטיים עם בלגיה ואיימה בסנקציות כלכליות, אם זו תמשיך בהליכים המשפטיים. למרות הרטינות הישראליות, ההליכים נמשכו. ראוי לציין שבמשפט אייכמן ישראל היא זו שפנתה לבתי משפט לאומיים כדי להביא לדין ולהעניש יחיד שלא היה אזרח ישראלי, על פשעים שביצע במדינה זרה. אמנם רבים מקורבנות פשעיו של אייכמן היו יהודים, אך הפשעים שנדונו במשפטו בוצעו יותר מחמש עשרה שנה לפני הגשת התביעה נגדו והנאשם הובא לדין בפני בית המשפט הישראלי לאחר שנחטף מארגנטינה באופן לא חוקי על ידי סוכני המוסד.

באותה תקופה עלו במערכת המשפט הבלגית יוזמות מעוררות מחלוקת אחרות, לרבות כתבי אישום שהוגשו נגד אנשי ממשל אמריקאים שעדיין היו בתפקיד, שהתייחסו לפעילות שלהם במלחמת המפרץ ב-1991 ובמלחמת עיראק. כתב האישום שהוגש בבריטל נגד ג'ורג' בוש האב ונגד אמריקאים בעלי תפקידים רשמיים בצבא ובמערכת הפוליטית עורר תגובת נגד אמריקאית בוטה שכללה, בין השאר, איום מצדו של שר ההגנה, דונלד רמספלד, שהבטיח "ללמד את בלגיה לקח". רמספלד גם איים להוציא מבריטל את מפקדת נאט"ו ולנקוט נגדה ענישה כלכלית, אם

זרה. כתב האישום שהוגש נגד פינולה בספרד הוא דוגמה נוספת, מאוחרת, לפריצת דרך בכל הנוגע לתפקיד האקס-טריטוריאלי של בית המשפט המקומי או הלאומי, במיוחד משום שמעמדו החשוב של הנאשם כראש מדינה לשעבר משך תשומת לב עולמית למקרה.⁵ בקשות עוקבות להסגרתו של פינולה, שהגישו כמה בתי משפט באירופה שבהם הוגש נגדו כתב אישום, סיפקו אינדיקציה נוספת למגמה הברורה של הרחבת גישה זו בכל הנוגע לאכיפת המשפט הפלילי הבינלאומי.

הזרם השלישי קשור ליוזמות של החברה האזרחית שאינן נהנות מהסכמה של הממשלה או מתמיכה של האו"ם. יוזמות אלה הובילו להקמת מסגרות משפטיות שונות בכמה מקומות ובחטות ארגונים שונים, כדי לאסוף ראיות המתייחסות לאדם או למצב המזעזעים את המצפון המוסרי והמשפטי, אך לעתים המציאות הפוליטית חוסמת פעולה משפטית פורמלית מסוג זה. צורה זו של חקירה משפטית נולדה בשנת 1967 בעקבות יוזמה שנקט הפילוסוף הבריטי המהולל ברטרנד ראסל, בנוגע לטענות על האופי הפלילי של מלחמת וייטנאם. דמויות בולטות בעלות סמכות מוסרית, לרבות ז'אן פול סרטור וסימון דה בובואר, השתייכו לחבר המושבעים בטריבונל שהקים ראסל, אשר החליט לגנות את התפקיד שמילאו האמריקאים בווייטנאם על פי המשפט הבינלאומי.⁶ בעקבות הטריבונל של ראסל קמו כמה בתי משפט אחרים, שעסקו במגוון רחב של נושאים. ביניהם היה ה-Permanent Peoples Tribunal, שפועל ברומא ברציפות מאז הוקם בשנת 1976 על ידי Lelio Basso Foundation. עד היום הוקמו לפחות 15 טריבונלים אזרחיים במקומות שונים בעולם, כדי לבחון את חוקיותה של מלחמת עיראק ואת האחריות הפלילית של מנהיגים אזרחיים וצבאיים שהיו מעורבים בתכנון המלחמה ובפיקוח על הכיבוש שבא בעקבותיה. תהליך זה הגיע לשיאו כאשר בשנת 2005 התכנס באיסטנבול ה-World Tribunal, פורום שמשך אליו תשומת לב בינלאומית.

הספר התביעה נגד שרון מתאר דוגמה למאמץ מהזרם השני. בתביעה הואשם שרון כאחראי

בלגיה לא תזנח באופן מיידי את ההליכים הפליליים נגד מנהיגים זרים. כפי שדווח בהרחבה בשנת 2003, בלגיה חזרה בה ותיקנה את החוק באופן שהגביל במידה ניכרת את האפשרות ליישמו בכל הנוגע לאחריות בגין פשעים כאלה. ההליכים נגד אמריקאים וישראלים הנושאים בתפקידים רשמיים בממשל הופסקו במהרה.

ספרו של ג'ון בורנמן (John Borneman), המתייחס לפרשת התביעה נגד שרון, מעורר עניין רב הן בהתייחסותו לפטור מעונש שהוענק למנהיגים ישראלים שהיו מעורבים בפשעים שבוצעו נגד העם הפלסטיני והן בתיאור המאמצים המגומגמים שעשה המשפט הפלילי הבינלאומי לכונן דרכים משמעותיות לטיפול בעוולות שגרמו הפשעים הבינלאומיים שביצעו מנהיגים פוליטיים וצבאיים. במיוחד הוא מעורר עניין בהתייחסותו לפשעים שביצעו מנהיגים של מדינות בעלות עוצמה. אפשר לקרוא את הספר הן כהנמקה להליכים המשפטיים שנקטו בבלגיה והן כדיון בשאלה אם ניסיון כזה היה אפשרי אי פעם, בהתחשב בטבעו של הסדר העולמי הנוכחי.

מעניין לציון כי את הסדנה, שבה השתתפו חוקרים אחדים שמאמריהם פורסמו בספר זה, יזם ג'ון בורנמן, אנתרופולוג בכיר וידוע המגלה עניין רב בהבטחת צדק בהקשר של המצב הפוסט-קטסטרופלי שלאחר הקמת הוועדה לחקירת פשעים נגד האנושות.⁷ בורנמן, פרופסור באוניברסיטת פרינסטון, מונה את הקשיים הפוליטיים בדרך ליישום פרויקט זה, לרבות חוסר הנכונות של עמיתים וחוקרים שקיבלו הזמנה רשמית להיות קשורים לעניין כה שנוי במחלוקת. חוקרת אחת, ששמה אינו מוזכר בספר, יצרה קשר עם בורנמן יום לאחר שהסכימה להשתתף בסדנה כדי לבשר לו שחזרה בה. לדבריו, "נאמר לה שלא לדבר בפומבי על הפרשה (פרשת שרון) – משום שבעלי השפעה איימו למשוך בחזרה תרומות שהעניקו לאוניברסיטה" (עמ' 7).

בורנמן מתאר גם את הביקורת שמתחו חברי סגל אחרים בפרינסטון, ששאלו אם ראוי בכלל לקיים סדנה שעניינה אחריותו הפלילית של שרון. התנגדות זו מספקת אינדיקציה נוספת למסע

הציבורי המתואם והנרחב המתנהל בארצות הברית, שנועד למנוע דיון אקדמי פתוח ומחקר, בכל מקרה שבו התוצאות עשויות להביך את ישראל. ראוי לשקול טענה זו בשים לב למאמצים שנעשו באוניברסיטת קולומביה ובמוסדות אקדמיים אחרים בארצות הברית לתקוף חברי סגל אקדמי שנתפשו כפרו-פלסטינים או כמבקרי ישראל. לפיכך, בורנמן ראוי לתמיכה ולהערצה על שהחליט לקיים את הסדנה למרות לחצים אלה. לתמיכה ולהערצה ראוי גם המכון ללימודים בינלאומיים ואזוריים בפרינסטון (Princeton Institute for International and Regional Studies), שכנס את המחקרים שהוצגו בסדנה ופירסם גרסאות משופרות שלהם כספר.

על כן מוזר מעט בעיני שבורנמן לא ציין את התפקיד שמילאה פרינסטון בעבר, כשאיחזה כינוס בדרג בכיר שעסק בסמכות שיפוט אוניברסלית. אותו כינוס יצר מערך של קווים מנחים ליישומה של אחריות פלילית בינלאומית, לרבות מסגרת לפעילותם של בתי המשפט הלאומיים בתחום זה.⁸ זה מוזר, מכיוון שרבים מהמשתתפים באותו תהליך היו משפטנים בעלי השפעה, חלקם שופטים, שהעניקו אמינות למעמדה של סמכות שיפוט בינלאומית בתקופה שקדמה לפרשת שרון. מוזר גם שאין בספרו של בורנמן כל דיון בהשלכות של מנהיגותם הקיצונית של אריאל שרון וג'ורג' בוש הבן ובחשיבותן של ההתקפות שבוצעו ב-11 בספטמבר 2001. שילוב נסיבות זה עיכב, אם לא הסיט לחלוטין מדרכן, את ההתפתחויות של שנות ה-90 שהביאו לבנייה מחדש של ציפיות להטלת אחריות לפשעים בינלאומיים על מנהיגים לאחר משפטי נירנברג.

בכל זאת, מנקודת מבט אקדמית, פרסומן של גרסאות ערוכות של המחקרים שהוצגו בסדנה הוא תוספת מבורכת מאוד לספרות הדנה בנושאים של אחריות פלילית בינלאומית. המאמרים שומרים על אמת מידה אקדמית גבוהה ובשום פנים ואופן אי אפשר לראות בהם תעמולה אנטי ישראלית. אכן, מרכז הכובד של הדיון נוטה יותר לשאלת הישימות של תביעות מסוג זה ולסוגיות שהעיסוק בתביעות אלה מעורר בתחום של תורת המשפט,

ערביות, שלא העניקו תמיכה כלשהי לחוק הבלגי, כאשר זה היה נתון להתקפה (עמ' 98).

המסקנה שלה מרתקת ומעוררת שאלות רבות, לרבות השאלה אם המושג סמכות שיפוט אוניברסלית מניח מראש את קיומה של "קהילה בינלאומית" מתפקדת. בדגש אנתרופולוגי, כמו גם במעורבות אקטיביסטית שאיננה נפוצה בקרב חוקרים בתחום המשפט, קינג-אירני מתעקשת כי כדי שקהילה כזו תהיה יותר ממה שהיא מכנה "הפשטה שימושית לעתים... (היא) חייבת להתחיל ביחסים מוחשיים בין אנשים אמיתיים במרחבים אמיתיים ולא רק וירטואליים – ולפעול באמצעותם" (עמ' 98). כלומר, מאמץ המאורגן דרך האינטרנט, יעיל ככל שהיה, אינו יכול להשיג את התוצאה הדרושה. במובן האנתרופולוגי הזה, האתגר שמציב הכישלון בבלגיה מעורר דאגה בהקשר של יכולתה של החברה האזרחית הגלובלית לשמש סוכנת. הוא גם משקף את המחויבות הבין-ממשלתית המהוססת למאבק נגד פטור מעונש. התמיכה בסמכות שיפוט אוניברסלית כמנגנון של פוליטיקה של אחריות חלשה מדי כיום. במצב הנוכחי, היא לא תוכל לגבור על התנגדות גיאופוליטית נחושה להפעלתה בהקשרים ספציפיים. זהו אולי הלקח שרוב המשקיפים יפיקו מהתביעה נגד שרון.

מכמה היבטים, המאמר המרתק ביותר בקובץ הוא זה שכתב המלומד המוערך פול קאהן. המאמר מרתק, בין היתר, משום שהוא קורא תיגר באופן פרובוקטיבי על האפשרות שסמכות שיפוט בינלאומית תוכל להתקיים בעולם של מדינות ריבוניות. קאהן גם מציג הבנה אוהדת לצעדים שנקטו ישראל וארצות הברית כדי לסכל הליכים שנועדו להטיל אחריות פלילית על מנהיגיהן. העמדה שמציג קאהן מתנגשת בחריפות עם זו של סאלי פולק מור, שרואה בניסיון הבלגי צעד ראוי לתשומת לב, למרות הכישלון שנחל במקרה זה. היא סבורה כי התביעה נגד שרון מייצגת קהילה מוסרית בקנה מידה גלובלי, מהסוג שעמנואל קאנט הציג לפני זמן רב כבסיס ל"שלום נצחי" (עמ' 129).

קאהן חולק גם על הטענה הבסיסית של

מאשר לשאלת אשמתו של אריאל שרון, או אפילו אשמת ישראל. כפי שמלמד שמו המלא של הספר, המחברים השונים מתרכזים בנייתוח של המושג "סמכות שיפוט בינלאומית" כאמצעי להטלת אחריות לפשעים נגד האנושות. ההקדמה טובת האבחנה של בורנמן קובעת את הטון, בעיקר מפני שהיא ממקמת את החיפוש אחר אחריות לפשעים נגד האנושות בתוך מאמץ גדול יותר של פעילי זכויות אדם לכוונן אמות מידה אוניברסליות בעלות תוקף, שיאפשרו שיפוט של התנהגות ויסקו קווים מנחים להגנה על קורבנות. כצפוי, ארבעה מהמחברים הם אנתרופולוגים: בורנמן עצמו, לורי קינג אירני (Laurie King-Irani), דן רבינוביץ' (Dan Rabinowitz) וסאלי פולק מור (Sally Falk Moore). שאר הכותבים הם משפטנים: שיבלי מלאט (Chibli Mallat) ולוק ואלין (Luc Walley), שהיו מעורבים באופן ישיר בפרשת שרון כעורכי הדין שייצגו את המתלוננים, פול קאהן (Paul Kahn), פרופסור בבית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל, וריד ברודי (Reed Brody) (מומחה בהגשת תביעות נגד העבריינים שביצעו את הפשעים החמורים ביותר, שעבד זמן רב עם ארגון Human Rights Watch ושירת במשרה רמת דרג בוועדת האו"ם לזכויות אדם בז'נבה). בסך הכל זו קבוצה מכובדת של כותבים, שכל אחד מהם מעלה שאלות חשובות ומספק תובנות בנוגע לנושאים הבסיסיים שעל הפרק.

הפרק של מור כולל בחינה בהירה של הרקע שעליו התפתחה סמכות השיפוט הבינלאומית וסקירה קצרה ומועילה של התפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי מאז משפטי נירנברג.

קינג-אירני מציעה לקוראים דיון מאיר עיניים ומעגנת את התביעה נגד שרון בהקשר הרחב יותר של המאבק נגד פטור מעונש למנהיגים ששם נקשר בפשעים נגד האנושות. היא מדגימה כיצד השילוב של כוח אמריקאי ושל העדר התגייסות בינלאומית רחבה יותר בתמיכה ברדיפת צדק מסוג זה על-ידי קבוצת קורבנות זו (שהיתה עשויה לאזן את הלחצים הגיאוגרפיים), הגביר את הפגיעות הפוליטית של ההליכים. היא מציינת במיוחד את האכזבה שהנחילו לתובעים ממשלות

בבוז את חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק, שהתקבלה כמעט פה אחד, בדבר אי חוקיותה של חומת הביטחון הנבנית על שטח פלסטיני. בה בעת צייתה ממשלת ישראל להחלטת בית המשפט העליון הישראלי, שבה נדרשה לשרטט מחדש את תוואי גדר ההפרדה, בהוצאות ניכרות, כדי למנוע חלק מן הנזק שזו גורמת לקהילות פלסטיניות. הגישה הרווחת את החלת אמות המידה הבינלאומיות על התנהגותה של ישראל משקפת תפיסת עולם פרנואידיית משהו, שמייחסת לעולם שמחוץ למדינה היהודית עוינות כלפיה.

מדיניות הביטחון של ישראל, שעיצובה הושפע מטראומת השואה, התבססה על הצורך באי תלות בגורם חיצוני כלשהו על מנת לשרוד. במשך השנים, כשישראל רכשה כוח, מוזגה השקפת עולם זו עם תפישה אולטרה-ריאליסטית של העולם ועם שאיפות התרחבות לאומיות, שלפיהן החוקים עושים מה שהם רוצים והחלשים עושים מה שהם חייבים.

בגישה שמציג קאהן יש קטע חשוב, שמבטא חוסר רגישות. הניתוח שלו מניח כי מערכת המדינות מתאימה לייצוג עמי העולם. חוסר רגישות כזה עוזר להסביר את חוסר תשומת הלב של קאהן לעובדה שהחוויה הפלסטינית מתקיימת מחוץ למבנים המגוננים של מדינות ריבוניות. מה אמור לעשות עם חסר מדינה בתוך סדר עולמי שכזה? השאלה רלוונטית גם למיעוטים לאומיים החיים במדינה עוינת. בלתי אפשרי להניח ש־15 מיליון כורדים תושבי טורקיה מקבלים ייצוג הולם או הגנה הולמת מהממשלה הטורקית. סוגיית הרגישות לנסיבות הפלסטיניות, על הדחיפות רבת הפנים שלהן, היתה יכולה לקבל מענה חלקי אילו פלסטיני אחד או יותר היו תורמים פרקים לספרו של בורנמן. סביר שפלסטיני, במיוחד אם הוא חי תחת כיבוש, היה מודע באופן מעשי לליקויים של הסמכות הבינלאומית כגוף מייצג, מהזווית של תמיכה במינימום של זכאות חוקית וזכויות אדם. מדוע, עם זאת, בחר קאהן לחזק גילויים של לאומיות מיליטנטית ברגע ההיסטורי הנוכחי? ברמה אחת, קאהן אומר לקוראים שלא להתאכזב.

בורנמן, שלפיה קהילה פוליטית המבחינה בין קורבנות למעוולים מצויה בתהליך של כינון עצמי כקהילה מוסרית, וכי תהליך זה הוא שמקנה עניין לטענות לסמכות שיפוט בינלאומית ולפרטים הספציפיים של התביעה נגד שרון. קאהן מתעקש שבשלב זה של ההיסטוריה, כל טיעון בעד אחריות בינלאומית הוא טיעון מוסרי בלבד ושהניסיון לכפות אמות מידה חוקיות נדון לכישלון משום שהוא אינו רגיש למציאות הפוליטית של שלטון לאומי, השומר על לכידותו באמצעות זיקות המבוססות על רגש ועל תחושה של סמכות חוקית המוגבלת להליכים של חקיקה לאומית. הוא קושר את הרעיון של חוקים לגיטימיים לכמה נקודות מבט אמריקאיות ספציפיות, כולל הדגש ששם אברהם לינקולן על סמכותה של הריבונות העממית של האזרחים, המקבלת ביטוי באמצעות הקונגרס ובית המשפט העליון. בכך היתה השקפתו של לינקולן מנוגדת לזו של תומס ג'פרסון, שגזר סמכות משפטית מעקרונות אוניברסליים של צדק. קאהן כותב מלים קשות על הרציונל המונח בבסיס היוזמה: "הטענה הבלגית לסמכות שיפוט בינלאומית פשוט מתעלמת מהמציאות הפוליטית" (עמ' 135). הוא מוסיף, בחוזרו להבחנה בין לינקולן לג'פרסון: "זו, אם כן, התלונה שלי נגד סמכות שיפוט בינלאומית. היא כולה צדק ואין בה שום לגיטימיות" (עמ' 145).

לפי תפישתו של קאהן, ארצות הברית (וישראל) הלכה בעקבות גישתו של לינקולן. לכן סביר לצפות ששתי המדינות יפנו את גבן לסמכות שיפוט בינלאומית, שנתפשת כאתגר "מוסרי" בלבד ואין לה כל ביסוס בהליכים מעניקי הלגיטימציה של חקיקה לאומית. קאהן מחדד את הערותיו כשהוא מציין כי התפנית האירופית בכיוון של בינלאומיות בחוק ובפוליטיקה היא השתקפות של הלקח המר שלמדה אירופה במלחמות המאה ה-20. הניסיון האירופי מתנגש עם התחושה האמריקאית של שביעות רצון עצמית בכל הקשור לאמות המידה הלאומיות העצמאיות של אחריות. ישראל, בלי יתרון הסמכות של לינקולן, שותפה למגמה האמריקאית. העמדה הישראלית הומחשה עם ההחלטה לדחות

שטחיות של ריאלזם פוליטי ולאומיות מיליטנטית. אין זה מפתיע שבלגיה נסוגה תחת הלחץ שהופעל עליה, אך ראוייה לציון העובדה שהתפישה של אחריות פלילית של מנהיגים צוברת מהימנות.¹⁰ במאה ה-18 ובמאה ה-19 אפשר היה להשתמש בטיעון שמעלה קאהן כהצדקה להגנה של בית המשפט העליון האמריקאי על העבדות במדינות הדרום. נדרשו עשורים של מאבק עד שנוצרו פרויקטים פוליטיים הקוראים למחויבות מוסרית. סביר מאוד שתהליך דומה יתרחש בכל האמור בהתפשטותה של סמכות שיפוט בינלאומית וצמיחתם של הליכים אפקטיביים בינלאומיים להטלת אחריות פלילית על מנהיגים המואשמים בביצוע פשעים נגד האנושות ופשעים בינלאומיים אחרים הגורמים סבל אנושי. ברור שיהיו במאבק עליות וירידות. ייתכן מאוד שג'ון בורנמן צודק כשהוא מגיע למסקנה כי "לעת עתה, פרשת שרון אכן עשויה לסמן סופה של תקופה קצרה שבה הדוקטרינה של סמכות שיפוט אוניברסלית הורחבה והאפשרויות של אחריות בינלאומית פותחו" (עמ' 6). אם וכאשר יבוא היום, בסופו של דבר, שבו תקוים ההבטחה של אחריות בינלאומית, אני סמוך ובטוח שפרשת שרון תיזכר, כמו פרשת פינושה, כאחד מציוני הדרך המשמעותיים במאבק "להרוס את החומה של פטור מעונש, אשר מאחוריה הסתתרו מאז ומעולם עריצי העולם כדי להגן על עצמם מפני הצדק" (ברודי, עמ' 149). הכרך הקטן שערך בורנמן, למעט מאמרו של קאהן, יכול להיקרא כתמיכה במאמץ היסטורי זה וכניסיון לספק לו נימוקים. ראוי לציון גם, כי אף שהחומה המגוננת של פטור מעונש החלה להתמוטט, לעת עתה היא מספקת מקלט בלתי ראוי מפני תביעות משפטיות לשחקנים הפוליטיים המסוכנים ביותר בעולם, דהיינו למנהיגים הפוליטיים והצבאיים של המדינות הריבוניות החזקות ביותר.

במצב הנוכחי, באופן שבו מנוהל המאבק נגד פטור מעונש, ניתן פטור מרומז לשחקנים הגיאו-פוליטיים השולטים במדיניות הגלובלית, ובמיוחד בארצות הברית. הסלקטיביות בהגשת תביעות נגד פושעי מלחמה מדגישה הישענות על סטנדרט

אלו הם פני הדברים, וציפיות אחרות הן נאיביות ומטעות. אני חולק על כך. מעולם לא היה חשוב יותר להתנגד ללאומיות מיליטנטית, אפילו מנקודת המבט של האינטרס העצמי של ארצות הברית וישראל. הפדרליזם האמריקאי מביא את ההיגיון הלאומי עד קיצוניות. מדינת טקסס, למשל, הכריזה לאחרונה שריבונותה באה במקום זו של בית הדין הבינלאומי לצדק בכל הנוגע לזכויותיהם של מקסיקנים שנידונו למוות לקבל שימוע בנוכחות נציג מהקונסוליה שלהם.¹⁰ הגלובליזציה, שצברה תאוצה בעשורים האחרונים, תייצר מלחמה בלתי פוסקת אם לא תוגבל באמצעות משפט פלילי בינלאומי אפקטיבי, שיחייב את כל המשתתפים, גדולים כקטנים. כפי שאני מבין, קאהן טוען, ובורנמן מכיר בכך בעקיפין, כי קודרים הסיכויים לסמכות שיפוט בינלאומית במקרים בעלי פרופיל גבוה, כל עוד האליטות של החברות הגדולות בעולם לא יפנימו את הנורמות היסודיות של אחריות. התפתחות כזאת, אם תבוא, תהיה איטית ויקראו עליה תיגר בכל שלב. אפילו כך, אין שום נימוק טוב מדוע ארצות הברית וישראל לא יוכלו לחיות בתוך מגבלות על התנהגות, שייקבעו על ידי שלטון החוק הגלובלי. מגבלות כאלה הוטלו לאחר מלחמת העולם השנייה על המנהיגים שייצגו את גרמניה הנאצית ואת יפן האימפריאלית, ולאחרונה על אלה שפעלו באופן רשמי בשמן של יוגוסלביה לשעבר, רואנדה וסיירה ליאון. נוסף על כך, קיימת סיבה טובה לכך שכל המנהיגים יהיו כפופים לאמות מידה בינלאומיות של אחריות. הטענה שהליכים כאלה הם פוליטיים ולא משפטיים כאשר הם מוחלים על מעצמת על היא תירוץ קלוש להעדר חוק בינלאומי. החרדה מפני הליכים משפטיים בינלאומיים כלל אינה תוצאה של הוצאת הליכים אלה לפועל בבתי המשפט – יהיו אלה בינלאומיים או לאומיים. הליכים אלה ננקטו עד כה, בעקביות, באופן אחראי.

השקפותיו של קאהן מטרידות במיוחד, בגלל אי התייחסותו לעובדות מעוררות הדאגה הקשורות לפרשת שרון. התביעה נגד ראש הממשלה לשעבר הוגשה כדי להילחם בהנחות

כפול בעיצוב הנוכחי של הסדר העולמי. באווירה סוריאליסטית כזו, סדאם חוסיין הורשע במשפט ראווה במלוא חומר הדין, הוטל עליו עונש מוות וזמן מה לאחר מכן הוא הוצא להורג; ואילו ג'ורג' בוש הבן התקבל בבירות העולם ללא הסתייגות קלה ביותר. קריאות התיגר על הפטור מעונש שהוענק לבוש נושאות אופי סימבולי ואתני טהור. הן מקבלות ביטוי רק בדמותם של מפגינים היוצאים לרחובות ומורחקים על ידי המשטרה. הפגנות כאלה מחזיקות את המאבק בחיים, במידת מה, אך מציעות רק נחמה פורתא לאנשים כמו קורבנות הטבח בסברה ושתילה. אלה קיוו, גם אם בתמימות, לסוג כלשהו של הכרה משפטית פורמלית בעוולות החמורות ובפשעים הברבריים שהם היו קורבנותיהם לפני למעלה מ-20 שנה.

ריצ'רד פולק הוא יו"ר הוועד המנהל של ארגון *Nuclear Age Peace Foundation*, ומחבר הספרים: *Religion and Humane Global Governance (Palgrave)*; *The Declining World Order: America's Neo-Imperial Foreign Policy (Routledge)*; *The Great Terror War (Olive Branch)*. פולק הוא מרצה אורח ללימודים גלובליים באוניברסיטת קליפורניה, סנטה ברברה, והדווח המיוחד מטעם האו"ם למצב זכויות האדם בשטחים הכבושים.

- הערות
- 7 ראו: John Borneman, "Reconciliation after Ethnic Cleansing," *Public Culture* 14 (2002) 281; "Reconciliation and Response," 15 *Public Culture* 181 (2003). דיון זה נוגע ישירות לנושאים הכרוכים בפצעים שגרם טבח סברה ושתילה, שנותרו פתוחים.
- 8 לתיאור של הפרויקט ראו Macedo, לעיל, הערה 3, על "עקרונות פרינסטון" המסדירים הסתמכות על סמכות שיפוט אוניברסלית, בעמ' 35.
- 9 ברשימת ביקורת על הספר *America Right or Wrong: An Anatomy of American Nationalism* מאת Anatol Lieven מעיר וולטר ראסל מיד (Mead) הערה שוביניסטית טיפוסית: "אף על פי שדברי (ביקורת) אלה הם בבחינת תובנות מעניינות (גם אם לא לגמרי מקוריות), הקורא מחכה להסבר של Lieven לשאלה כיצד מדינה בעלת תרבות בלתי מתפקדת באופן חמור כל כך הצליחה באופן מבריק כל כך על הבמה הבינלאומית זמן רב כל כך," פורסם ב-*Foreign Affairs* 84 (2005) 2, 157. כל העניין בסמכות שיפוט אוניברסלית הוא לקרוא תיגר על "הצלחה" שנמדדת בכוח ובעושר בלבד. אגב, ספרו של Lieven ראוי לציון בשל הביקורת שהוא מותח על אבסולוטיזם לאומי מהסוג שאומץ בשנים האחרונות הן בארצות הברית והן בישראל, בדרך כלל על חשבון יריבים חלשים, וכן, כפי שבורנמן מציין, קורבנות פלסטינים לא מיוצגים, היות שהם חסרי מדינה על פי הפרספקטיבה של המשפט הבינלאומי.
- 10 Adam Liptak, "U.S. Says It Has Withdrawn From World Judicial Body," *New York Times*, 10 March 2005, A14. נציג רשמי של מדינת טקסס מצוטט כאומר: "מדינת טקסס מאמינה כי שום חוק בינלאומי אינו גובר על חוקי טקסס או על חוקי ארצות הברית".
- 11 ראו עקרונות פרינסטון, כפי שהם מוצגים ומנותחים אצל Macedo, הערה 3 לעיל, בעמ' 25-18.
- * אני מבקש להודות לליסה חג'אר (Lisa Hajjar) ומיוון קלש (Maivan Cléch) על ההצעות מאירות העיניים שהעלו אחרי שקראו טיוטה מוקדמת של מאמר ביקורת זה.
- 1 ראו: Avi Shlaim, *The Iron Wall Israel and the Arab World* (New York: W.W. Norton, 2000), pp. 90-92, 406-417.
- 2 ועדת כהן, שהוקמה על ידי ממשלת ישראל לחקור את מעשי הטבח, פירסמה את הדו"ח שלה ב-7 בפברואר 1983. ועדת כהן מצאה את שרון (לצד כמה קציני צבא בכירים) "אחראי בעקיפין" למעשי הטבח. לא הוטלה על שרון אחריות פלילית, בנימוק שהוא מילא תפקיד "מאפשר" (facilitative) בלבד. על פי ועדת כהן, שום ישראלי לא היה אחראי באופן ישיר לאירועים שהתרחשו במחנה. עם זאת, הוועדה המליצה על הרחקת שרון מתפקיד שר הביטחון. המלצה זו יושמה במובן המילולי, אך שרון זכה לטיהור שמו כאשר נשאר בממשלה כשר בלי תיק. ראו גם: "The MacBride Commission", *Israel in Lebanon: The Report of the International Commission to Enquire into Reported Violations of International Law by Israel during its Invasion of Lebanon* (London: Ithaca Press, 1983) pp. 162-186 on the massacres; ששודרה ב-BBC בשנת 2002, שתיארה את תפקידם של שרון ושל גורמים ישראליים רשמיים אחרים באירועי סברה ושתילה ב-1982.
- 3 אף שבית הלורדים אישר לבסוף את הסגרת פינושה, בשל הקשר שלו לעינויים בחלק מהתקופה שבה היה מנהיג ציילה, פינושה הורשה בסופו של דבר לחזור לציילה, אחרי ששר החוץ הבריטי מצא שהוא בלתי כשיר לעמוד לדין. לסקירה ראו: Richard Falk, *Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?* in Stephen Macedo, ed. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004) pp. 97-120.
- 4 במידת מה, טעות לחשוב כי סמכות שיפוט בינלאומית היא האמצעי היחיד שבעזרתו יכולים בתי משפט לאומיים להתמודד עם פשעים שבוצעו מחוץ לטריטוריה הלאומית. על פי החוק הבינלאומי, בתי משפט לאומיים יכולים גם להתמודד עם פשעים בינלאומיים על בסיס דוקטרינות משפטיות אחרות, כמו קשרים לקורבן או למבצע או על בסיס ההשפעה שיש לפעולה מסוימת על המדינה שבה מתנהלת התביעה. לדיון נרחב יותר ראו: Macedo, שם, בעמ' 15-35.
- 5 ראו גם ההרחבה החשובה של סמכות משפטית לאומית אמריקאית כדי לטפל בפשעים שבוצעו בפרגוואי: *Filartigia v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir, 1980).
- 6 למסמך המלא ראו: John Duffett, ed. *Against the Crime of Silence: Proceedings of the International War Crimes Tribunal* (New York: Simon and Schuster, 1968).

מחסום חווארה, 2005, צילום: לירית לבני להב

איננו יודעים את שמה, אולם אצלם היא מופיע כ"מבוקשת". היא מעוכבת כאן כבר שעה, מחכה לאיש השב"כ שייקח אותה מכאן. ההנחיות למעצר (פק"ל מעצרים) מורות על איזוק הידיים לפני קשירת העיניים. המתיונות שהחיילים נוהגים בעצורה, כמו גם המחווה הג'נטלמנית כביכול, לפיה החייל אווזז בפלנלית כאילו היתה צעיף שהוא עומד להניח על ראשה, מעידים שהם אינם רואים בה סכנה. נדמה כי הם חשים חוסר נוחות מסוים לנהוג בה באלימות הנהוגה ביחס לעצורים גברים. הצלמת, פעילה של מחסום ווטש, קלטה את תחושותיהם והבטיחה להם לא לצלם את פניהם. כמה אירוני שעל מנת לקיים את הבטחתה, נדרשתי לכסות את עיניו של החייל.

בתצלום השני רואים פעם נוספת את אותה אשה שאך לפני רגע עמדה זקופת קומה. כאן היא כפופת גב, ראשה מורכן והיא תלויה בחייל המוביל אותה, אותו חייל שעד לפני רגע היא ביקשה לשמור על מרחק מפניו. זהו רק ראשית מעצרה. אחרי שתיעלם בג'יפ הצבאי שיוביל אותה למתקן השב"כ היא תיבלע בארץ החושך שממנה נחשפו מפי הנחקרים, נכון להיום, תצלומים ספורים ומעט עדויות מילוליות.

