

מבט על, גיליון 566, 26 ביוני 2014

הלחימה בחמאס – הזווית המשפטית

פנינה שרביט ברוך

בעקבות אירוע החטיפה פתחה ישראל במערכה נגד ארגון החמאס באזורי יהודה ושומרון. במסגרת מערכה זו מתנהלת פעילות אינטנסיבית בשטח, הכוללת חיפושים, מעצרים, תשאולים, החרמות רכוש ופעילות נוספת. פעילות זו עולה בקנה אחד עם חובותיה וזכויותיה של ישראל לשמור על ביטחונה וביטחון אזרחיה. צעדים אלה כפופים למסגרת משפטית, ובפרט לחובה לאזן בין צורכי הביטחון לבין זכויותיהם של תושבי האזור. עם זאת, חופש הפעולה הוא יחסית רחב. במקביל, ננקטים גם צעדים קונקרטיים נגד אנשי חמאס מסוימים. ככל שמדובר בצעדים של מעצר, הרי שקיימת מסגרת משפטית המסדירה ביצוע צעדים אלה. הקושי המשפטי מתעורר בעיקר ביחס לשני סוגים של צעדים – גירוש אנשי חמאס אל מחוץ לאזור והריסת בתי מחבלים. הבעייתיות המשפטית שכרוכה בצעדים אלה חייבת להילקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה ויש לבחון לאורה את התועלת מול העלות שבנקיטה בהם.

באשר לצעד הגירוש, קיימת הוראה מפורשת המעוגנת בסעיף 49 של אמנת ג'נבה הרביעית, האוסרת על העברה כפויה של תושבי שטח כבוש בתוך השטח או גירושם אל מחוצה לו. אכן קיים דיון תיאורטי לגבי תחולת האמנה באזורי יהודה ושומרון וכן לגבי היקף קליטתה של האמנה לתוך הדין הישראלי הפנימי. עם זאת, מדינת ישראל הכירה לאורך שנים בתחולה דה-פאקטו של האמנה ביחס לפעולותיה בשטחים ואף התחייבה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה. כיום גם אין חולק על מעמדה של האמנה כמשקפת משפט מנהגי, אשר נקלט באופן אוטומטי לתוך הדין הפנימי. לגבי הפרשנות של סעיף 49 עצמו, בשנות השמונים אומצה בבית המשפט העליון פרשנות מצמצמת, לפיה ההוראה אינה חלה על גירוש של יחידים, להבדיל מגירוש המוני. עם זאת, העמדה המקובלת על כל הגורמים המשפיעים על קביעת התוכן של המשפט הבינלאומי, היא שהאיסור הוא גם על גירוש של פרטים. מעבר לכך, האיסור האמור אף עוגן במפורש בחוקת רומא, שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, בתור פשע מלחמה ופשע נגד האנושות, בהתעלם מן השאלה מה היה יעד הגירוש.

יש המבקשים לערוך הבחנה בין גירוש אל תחומיה של מדינה אחרת, כגון לבנון (כפי שנעשה בעבר) לעומת גירוש אל רצועת עזה, שאינה חלק ממדינה אחרת ויש לה קרבה וחיבור לאזורי יהודה ושומרון. בהקשר זה בשנת 2002 הכיר בג"ץ, בפרשת עגור¹, בכך שניתן להעביר אדם מאזורי יהודה ושומרון לרצועת עזה מכוח צו "תיחום מגורים" (assigned residence) המחייבו להעתיק את מגוריו לרצועה. זאת מכוח סעיף 78 לאמנת ג'נבה, המתיר לתחום מקום מגורים לאדם, כל עוד הוא נשאר בשטח הנתון תחת תפיסה לוחמתית. הקושי ביישום פסיקה זו כיום הוא שהרציונל שעמד בבסיסה היה שרצועת עזה ואזורי יהודה ושומרון היו נתונות שתיהן תחת תפיסה לוחמתית של ישראל. מצב דברים זה השתנה בעקבות ההתנתקות. עמדתה הרשמית של ישראל, שאף אושרה על ידי בג"ץ, היא שעזה אינה עוד שטח כבוש והממשל הצבאי שם בוטל. בנסיבות אלו, קשה מאוד לבסס טיעון על סעיף 78 הנ"ל ולהגדיר את הגירוש לרצועה בתור תיחום מקום מגורים.

התוצאה היא שקשה ליישב צעד של העברה כפויה של אנשי חמאס מיהודה ושומרון לרצועת עזה עם הדין הבינלאומי החל בנושא. לפיכך, החלטה לבצע צעד כזה תעורר נגד ישראל טענות על הפרה של המשפט הבינלאומי ואף על ביצוע פשעי מלחמה. במישור הפנימי, מעבר לשאלה הערכית של החשיבות של כיבוד המשפט הבינלאומי, הרי שבמישור המעשי אין ספק שהנושא יגיע להכרעת בג"ץ. המשפטנים המייצגים את המדינה ושופטי בג"ץ עצמם יידרשו לבחור בין שתי חלופות בעייתיות, כדי לאשר צעד זה – האחת, להציג טיעון משפטי הכרוך בלוליינות משפטית על מנת לקבוע שהצעד עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי; השנייה, לטעון שהגם שהצעד נוגד את המשפט הבינלאומי הרי של ישראל זכות לבצעו מכוח חקיקה פנימית הגוברת על המשפט הבינלאומי.

¹ בג"ץ 7015/02 - כיפאח מחמד אחמד עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3) 1021.

החלופה השנייה מסוכנת למדינה. בעידן בו יש אפשרות שיינקטו הליכים פליליים, בין אם בבית הדין הפלילי הבינלאומי (בהנחה שבית הדין ירכוש סמכות על צעדיה של ישראל ביהודה ושומרון) ובין אם במדינות שונות במסגרת סמכות שיפוט אוניברסאלית – הודאה של המדינה בכך שפעלה בניגוד למשפט הבינלאומי תשמש נגדה (או ליתר דיוק נגד הבכירים הישראליים שעלולים להיות מועמדים לדין פלילי) בדומה להודאה של חשוד בהליך פלילי רגיל.

החלופה הראשונה אמנם מאפשרת לישראל להתגונן בהליכים אפשריים, אך יש בה פגיעה עקיפה בהתמודדות עם הליכים כאלו. אחת מהטענות העיקריות העומדות למדינה בהליכים פליליים בינלאומיים (כולל בהליכים מכוח סמכות אוניברסאלית) היא "טענת המשלימות" (complementarity), קרי, הטענה, לפיה יש למדינה מערכת משפט ראויה אשר ניתן לסמוך עליה ולכן אין צורך להידרש לערכאות חיצוניות. למערכת המשפטית הישראלית, ובפרט לבית המשפט העליון, מעמד מכובד בזירה הבינלאומית ולכן לישראל טענה טובה במישור זה. כאשר מאלצים את בית המשפט "לכופף" את הדין הבינלאומי, מחלישים את מעמדו הבינלאומי ואז עלולה להיפגע טענת המשלימות גם בהליכים שאינם נוגעים בהכרח לצעד של הגירוש עצמו.

העולה מן האמור הוא שיש מחיר רציני בזירה המשפטית להחלטה על נקיטה בצעד שקשה להגן עליו במסגרת המשפט הבינלאומי. בהקשר זה, נשמעת לעיתים הטענה, כי המשפט הבינלאומי הקיים אינו מתאים להחימה בטרור. התשובה, בקצירת האומר, היא כי המשפט הבינלאומי הוא מערכת דינמית המתפתחת כל העת, בין היתר באמצעות הפרקטיקה של מדינות ובאמצעות השיח המתנהל בזירה המשפטית הבינלאומית. לכן כאשר נדרשים צעדים אשר אין לגביהם כללים מוחלטים, אפשרי ואף לגיטימי לפתח את הדין באמצעות פרשנות יצירתית. כך נעשה למשל על ידי ישראל ומשפטניה לפיתוח הרעיון של הסיכול הממוקד – המאפשר לתקוף גורמי טרור בכירים כצעד מניעתי במסגרת המאבק בטרור. צעד זה פותח על בסיס קונסטרוקציה משפטית של העקרונות הקיימים, אשר אומצה מאז על ידי רוב המלומדים בעולם ועל ידי צבאות אחרים, ובראשם ארצות הברית. לעומת זאת, במקרה שלפנינו קיים כלל מפורש אשר קשה לתת לו פרשנות יצירתית ואשר ההתפתחויות שחלו במשפט לגביו אך החמירו את האיסור הגלום בו.

מול הקושי המשפטי והשלכותיו יש לבחון את התועלת הגלומה בצעד של הגירוש. בניגוד לסיכול הממוקד, אשר היווה מרכיב חשוב בהצלחה למגר את הטרור במהלך האינתיפאדה השנייה, במקרה דנן אין באמת טענה, כי הגירוש לרצועת עזה של כמה בכירי חמאס מאזורי יהודה ושומרון, רובם עצורים מנהליים כבר כעת, הוא שיפתור את בעיית החמאס, קל וחומר יסייע באיתור החטופים. התחושה היא שמדובר בצעד הננקט בעיקר כדי להפגין עשייה. יש לשקול היטב האם התועלת מצעד זה שקולה לנזק הרב הצפוי ממנו.

צעד נוסף שנשקל הוא זה של הריסות בתי מחבלים, קרי הריסת ביתה של משפחתו של מחבל (שהוא עצמו עצור או הרוג) לצרכים הרתעתיים. אף כאן מדובר בצעד אשר יש לו בסיס בדין הפנימי (בתקנות ההגנה מתקופת המנדט הבריטי) ואשר אושר בעבר על ידי בג"ץ, כולל בשנות האלפיים. אף זה צעד אשר יש קושי רב להצדיקו מבחינת המשפט הבינלאומי. מעבר לכך, צעד זה גם מעורר טענות במישור המוסרי – ובראשן הטענה שיש בו ענישה קולקטיבית של משפחה על פשעים של אחד מבניה, הנוגדת את העיקרון הבסיסי שאין להעניש אחד על פשעי הזולת. צעד זה חושף אף הוא את ישראל לביקורת משפטית ולגינויים ופוגע בלגיטימציה של מדינת ישראל בזירה הבינלאומית. אף כאן, ראוי לבחון האם התועלת הצפויה מן הצעד עולה על הנזק הגלום בו, לרבות הנזק למוסריות הלחימה של ישראל.

חטיפת נערים צעירים היא מעשה נבלה. את החמאס צריך להכות. את הטרור צריך וראוי להביס. עם זאת, יש הרבה מאוד פעולות שאפשר לעשות במסגרת הדין. לפעולות שחוקיותן מוטלת בספק יש מחיר – הן בזירה הבינלאומית והן בזירה הפנימית, הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך. את המחיר הזה חייבים מקבלי ההחלטות לקחת בחשבון וחובתם של המשפטנים בשירות המדינה, היא להציף אותו.