

גבול הציות

זאב פרבר

"זה אסון אם אישים הקובעים את גורל העולם
טועים באשר לגבולות האפשר... נחישותם,
ואם תרצו גאוונותם, מניבות למאמצייהם
הצלחה חולפת, אך מאחר שהם נכסטים
למאבק עם התכניות, עם האינטרסים, עם כל
הישות המוסרית של בני זמנם, כוחות
ההתנגדות האלה פונים נגדם – וכעבור זמן
מסוים, זמן ארוך מאוד לקרבנותיהם, אך
קצר מאוד מבחינה היסטורית, מכל מפעליהם
נשארים רק הפשעים שביצעו והסבל שגרמו."

בנימין קונסטנס

1. הדילמה המשפטית

השאלה אם מבצע עברה תוך ציות לפקודה חסין מפני
אחריות פלילית היא שאלה משפטית סבוכה.
הבעייתיות נובעת מהצורך של המדינה להחזיק
ולקיים מערכת בליוורטרית יעילה הפועלת לפי הוראות,
ולקיים צבא ממושמע. יסוד המשמעת חשוב בכל מערכת
היררכית, אך הוא מקבל משנה חשיבות כאשר מדובר
בצבא, מאחר שצבא "מושגת" על משמעת. משמעת
פירושה שכל פקוד חייב לציית לפקודות הממונים עליו.
כאשר מדובר בצבא, המשמעת הנדרשת מטרתה "להחליק
אנשים לקרב, להובילם תחת אש לניצחון, ובשעת הצורך
– להניעם להקרב חייהם למען המולדת".¹ לכן, כפי
שציין פרופ' דינשטיין, המשמעת הצבאית כרוכה בשינוי
מערכת הערכים אצל החייל: התגברות על הנטייה הטבעית
שלו למלט את נפשו מפני הסכנה. שינוי זה מכרסם גם
במחסום המוסרי לפני ביצוע העברה. פן נוסף של המשמעת
הצבאית נובע מהעובדה ששירות צבאי בישראל הינו שירות
חובה.² גם ביצוע שירות של מעשים שבחיים האזרחיים היו
נחשבים לעברות פליליות מחרף את הבעיה של ציות
לפקודות בלתי-חוקיות בצבא.

כאשר חייל מקבל פקודה בלתי-חוקית לבצע מעשה
המהווה עברה פלילית, מתעורר מצד אחד צורך לשמור על
המשמעת, ומצד שני – צורך למנוע עברה ולשמור על
שלטון החוק. הדילמה שבה נמצא החייל שקיבל פקודה

מצב הנוכחי, שבו הממשלה מותחת עד הגבול את
הקונסטנסוס הלאומי ונוקטת פעולות ואמצעים שלפני
שנים ספורות לא היו עולים כלל על הדעת; כאשר
נושאים כמו שייכות ארץ-ישראל לעם ישראל, התייחסות
להתיישבות היהודית בארץ-ישראל, האופי היהודי של
מדינת ישראל ורבים אחרים, הועמדו לדיון לגיטימי,
כביכול, ובכך הועמדו בספק; כאשר הממשלה רומסת את
כל הבטחותיה והתחייבויותיה, עולה שוב ושוב בכל
חריפותה שאלת גבול הציות.

השאלה אקטואלית במיוחד באשר לפקודות במסגרת
צה"ל. עד מתי חייב לציית לפקודות שמקורן בשולחן
הדיונים של רבין-ערפאת? עד מתי מותר לחייל לציית
לפקודות כאלה? בהמשך נעמוד על שאלות אלה
באספקלריה של הדין הפלילי בתקוה, אולי תמימה מדי,
אך הכרחית לשלטון החוק, שכל עבריין יבוא על עונשו,
במוקדם או במאוחר. על-כן השאלות שננסה לתת להן מענה
במאמר זה הן האם חייל המבצע פקודה בלתי-חוקית יישא
באחריות פלילית על-פי דין, באיזו מידה הפקודות
שהממשלה מוציאה, או מתכוונת להוציא, בלתי-חוקיות,
ואם כן – מה מידת אי-חוקיותן?

זאב פרבר עלה מברית-המועצות ב-1988. הוא בוגר הפקולטה למשפטים
בירושלים. זהו פרסומו הראשון בתיב.

¹ "דינשטיין, 'הגנה של
יציות לפקודות מגבוה'
במשפט הבינלאומי"
(הוצ' מגנס, ירושלים,
תשכ"ח), עמ' 19.

² א' הרון, 'הגנת הציודק
בשל ציות לפקודות בל'
תי-חוקיות; תקציר
סימפוזיון, 'משפטים
כ', תשנ"א, עמ' 591,
592.

להילקח בחשבון בגזירת עונשו. לפי הסעיף, גם נאשמים שציינו לפקודת תחת איום של עונש מוות ישאו במלוא האחריות למעשיהם. הקביעה נראית לא צודקת, אך ניתן לחבין אותה על רקע זוויות השואה, כאשר הפרת כל דיני המלחמה והאנושות הפכה לשגרה. במצב זה, חייל שנשאר חייל בוהרמכט ולא ערק, הסכים להימצא במצב שבו ניתנו לו פקודה בלתי-חוקית ואיום בעונש מוות על סירוב לה בצדה, והסכים בעצם לציית לה.

המצב במשפט האמריקני קרוב מאוד לדוקטרינה של אחריות מוחלטת. על החייל האמריקני להפעיל שיקול-דעת לפני ביצוע פקודה, ולברר לעצמו את מהותה, אם אי-חוקיותה גלויה לעין. הצרפתים ראו במשך זמן רב השקפה זו כמגוחכת, וקראו לה "שיטת הכידונים האינטליגנטיים". דוקטרינת ההגנה המלאה ודוקטרינת האחריות המוחלטת אינן נותנות פתרון אמיתי לדילמה. הדוקטרינה הראשונה מתעלמת מהאינטרס של המשפט הפלילי, ואילו השנייה מתעלמת מצורכי המשמעת הצבאית. על כן הפתרון הראוי, לדעת רוב המלומדים, נמצא בדוקטרינה השלישית, שלפיה חייל העובר עברה מתוך ציות לפקודה יהיה פטור מאחריות למעשה, אך אם אירחוקיות ברורה וגלויה לעין, חייב החייל לטור לבצעה.

דוקטרינה זו אומצה בידי ישראל בסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, אשר קובע: "לא ישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123 ו-124 (המגדירים עבירות של אי-ציות לפקודה) אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית"; ובסעיף 24(א) (2) לחוק העונשין, אשר קובע שאין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או מחדל "בציות לצו של רשות מוסמכת שהוא חייב על פי הדין לציות לו, וזולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". סעיף 24 לחוק העונשין חל גם על המערכת האזרחית וגם על המערכת הצבאית. ההבדל בין הסעיפים הוא בזה שסעיף 24 עוסק בתחום זה בדיעבד – מי ייענש על ביצוע העברה. סעיף 125 עוסק בחובת הציות: נקודת-מוצאו היא חובת ציות, והוא פוטר מעונש על אי-ציות. סעיף 24 עוסק בחובת אי-ציות, וקובע הגנה למי שצייט לפקודה שהיה חייב לטור למלאה ואת הגבולות של הגנה זו. אי-חוקיות בעליל נקבעת על-פי אמת-מידה אובייקטיבית, "המושתתת על רמה אינטלקטואלית של אדם סביר". אם חוקיות הפקודה מוטלת בספק, החייל חייב לציית לה.⁵

באחד המשפטים שבעקבות מלחמת-העולם השנייה נקבע שלפקוד יש זכות להניח שבחעדר ידע ספציפי לסטור, הפקודה שהוא מקבל חוקית. במצב כזה הפקוד אינו יכול להיות אחראי לטעות בשיקול-דעת במצב משפטי שנוי במחלוקת. לדעת כמה מלומדים בולטים (ובניהם פרופ' דינסטיין⁶), מאחר שהתביעה צריכה להוכיח את המצב הנפשי של הנאשם (כלומר שהוא הבין בעת המעשה את פליליותו, תנאי הכרחי להרשעה ברוב העברות – כולל זו של ציות לפקודה בלתי-חוקית בעליל, נוסף על עצם הביצוע הפיזי של המעשה), המבחן האובייקטיבי של אי-חוקיות בעליל פועל רק ככלי-עזר שנועד להקל על התביעה ולהעביר נטל ההוכחה על הנאשם. ייתכנו מקרים שבהם פקוד יודע בפועל על אי-חוקיות הפקודה למרות שאינה ברורה לאדם מן השורה. לא ייתכן לפטור פקוד כזה מאחריות רק משום שאירחוקיות לא היתה גלויה לפי המבחן האובייקטיבי. גישה זו אומצה על-ידי בית-הדין הצבאי לערעורים

בלתי-חוקית היא בכך שאם יציית לפקודה ויבצע פשע, יעבור על הוראות החוק ויהיה צפוי לסנקציה פלילית, ואם יפר את הפקודה וימנע מלעשות את המעשה, עלול הוא לעבור על דיני הצבא. ההוראות הרלוונטיות בישראל כלולות בסעיפים 122, 123 ו-124 לחוק השיפוט הצבאי, המטילים עונש מאסר על סירוב לקיים פקודה, על אי-קיום פקודה ועל התרשלות בקיום פקודה.

התמיכה באי-ציות בעולם המערבי גדולה להפליא. אחרי המגבלות לצינות שהציבה היהדות,³ גם הנצרות הכירה שהציות אינו מוחלט. מסקנה זו חדרה עם הזמן גם למערכת הפוליטית והמשפטית של המערב. ניתן לסכם את הדעות של מלומדים ומשפטים ברחבי העולם בנושא בשלוש דוקטרינות, שלושת הפתרונות האפשריים. הדוקטרינה הראשונה מכונה הדוקטרינה של הגנה מלאה (respondet superior), לפיה חייל העובר עברה מתוך ציות לפקודה חסין אוטומטית מאחריות. התומכים בגישה זו טוענים שחייל אינו יכול לשפוט את חוקיותה או אי-חוקיותה של פקודה, ובורותם של חיילים פשוטים באשר לדיני מלחמה אינה מאפשרת להם להחליט בעניין. "אין אפשר לצפות מחייל", אמר דנבר, "שיישא בתרמילו לא רק שריבט של פלדמרשל, אלא אף מסכת על משפט בינלאומי". גם אם נעודד חייל להפך פקודה בלתי-חוקית עדיין קשה יהיה לו לקבוע מה תיחשב כהפרה ומה לא תיחשב להפרה של דיני מלחמה.⁴

הסניגורים במשפטי נירנברג ניסו להיעזר בדוקטרינה של הגנה מלאה. הם טענו שחיילים נמצאים רק לעתים נדירות מאוד במצב שבו הם מבחינים בכל הנסיבות הרלוונטיות כדי שיוכלו לקבוע אם המלחמה שהם משתתפים בה היא מוצדקת. נטען גם שקצינים וחיילים אינם מוסמכים לספוק באשר לחוקיות המדיניות של ממשלתם, ושגם אם יש לחיילים ספקות באשר לחוקיות הפקודה, עדיין הם חייבים לציית לה. אולם ברור שפעמים רבות תהיה לחיילים הרגשה כי מה שהם עושים פסול, גם אם לא יוכלו לבטא את הרגשתם במונחים משפטיים. הדוקטרינה של הגנה מלאה אינה מסבירה מדוע חייל שהבין את אי-חוקיותה של הפקודה ובכל זאת ביצע אותה לא יועמד לדין. על כן, גם התומכים בדוקטרינה זו מסכימים שאין לתת הגנה לחייל המבצע פקודה אשר אי-חוקיותה ברורה וגלויה.

הדוקטרינה של אחריות מוחלטת, שלפיה העובדה שחייל עבר עברה בפעול לפי פקודה אינה רלוונטית, מציגה עמדה הפוכה לדוקטרינה של הגנה מלאה. חייל שקיבל פקודה בלתי-חוקית חייב לטור לה, ואם לא עשה כן – דמו בראשו. מאידך גיסא, לפי דוקטרינה זו, חייל שסירב לפקודה בלתי-חוקית לא יישא באחריות על סירובו. הדוקטרינה הוצעה כתגובה וכחשש מפני הדוקטרינה של הגנה מלאה, העלולה להביא למצב שבו חייל מוגלג את האחריות על מפקדו, וזה על מפקדו, וכן הלאה.

ההיגיון בדוקטרינה זו הוא בכך, שפקודה הדורשת ציות חייבת לחתייחס לצורך צבאי; אין מפקד יכול לדרוש ביצוע פעולה הנמצאת מחוץ לגדר הצורך הצבאי, והפקוד אינו צריך לבצעה. הדוקטרינה קובעת בעצם את עליונות החוק. סעיף 8 למגילת בית-הדין המיוחד בנירנברג, שדן את פושעי מלחמת-העולם השנייה, אימץ את הדוקטרינה של אחריות מלאה. לפי סעיף זה, העובדה שנאשם פעל לפי פקודת ממשלתו אינה פוטרת אותו מאחריות, אך עשויה

A. Kirschenbaum, "A cog in the wheel: The defence of obedience to superior orders in Jewish law", in The Israel Yearbook on Human Rights 4, p. 168.

J.L. Bakker, "The Defence of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement," 17 American Journal of Criminal Law (1988) 55, 59.

5 שייז פלר, "הגנת הציר דוק...". שם, עמ' 591, 596.

6 דינסטיין, שם, עמ' 45.

בישראל, אשר קבע כי אם הנאשם עצמו היה מודע לכך שהוא משתתף בביצוע עברה על-פי פקודת מפקדו, אין מקום להזיקק למבחן האדם הסביר כדי לקבוע אם הפקודה היתה שלא כדין בעליל, או סתם שלא כדין.

פטור מאחריות לפקוד על ביצוע פקודה בלתי-חוקית סתם (לא בעליל) אין פירושו פטור גם למפקד. אסור למפקד לתת פקודה בלתי-חוקית, הן משום שאינו מוסמך לתתה והן משום שהיא כוללת הוראה לבצע עברה על החוק.⁷ מפקד שנתן פקודה כזאת יישא באחריות פלילית, אלא אם כן הוא פעל לפי פקודה שאינה בלתי-חוקית בעליל.

2. המצב במשפט הישראלי

המקרה הראשון והידוע ביותר של ציות לפקודה בלתי-חוקית בעליל בישראל אירע מיד אחרי קום המדינה: היתה זו פרשת "אלטלנה". האנייה הוגפה, וההפגזה נמשכה זמן רב, למרות שמ"אלטלנה" לא נורתה אף ירייה אחת. ההפגזה התחדשה ונמשכה גם אחרי שנודע ליורים מהפלמ"ח שעל הסיפון ישנם פצועים, וגם אחרי שנתבקשו לעזור לפנותם ולהזעיק סיוע רפואי. על מעשה דומה להפליא הורשע מפקד צוללת גרמנית, שהטביע ביודעין אנייה בריטית נושאת חולים במלחמת-העולם הראשונה (The "Llandovery Castle" case). הפגזת "אלטלנה" נמשכה גם אחרי שעל האנייה הונף דגל לבן, כלומר, גם אחרי שהאנייה על כל צוותה ואנשיה הכריזו על כניעתם. על מעשה דומה, ירי בשבוי, הורשע יורם שקולניק ונידון למאסר-עולם. אך מבצעי הפקודה הנפשעת ונותניה במקרה של "אלטלנה" לא הועמדו לדין. נהפוך הוא, הם קודמו ותפסו עמדות בכירות בשירות המדינה ובצה"ל. "הפכה לעולם אינה נגמרת בהצלחה אלא אם כן היא גם נקראת אחרת", אמר המשורר הסקוטי.

המקרה הראשון של ציות לפקודה בלתי-חוקית בעליל שהגיע לערכאות בישראל היה פרשת כפר-קאסם. עובדות המקרה ידועות היטב. ביום שבו החלה מלחמת-סיני, ב-29 באוקטובר 1956, בשעה 17:00, הוטל עוצר על כפר-קאסם. לאחר הטלת העוצר עזרה חוליית חיילים, בכניסה לכפר, קבוצה של 43 ערבים, בכלם נשים, ילדים וזקנים, שחזרו לכפר אחרי שסיימו את עבודתם ביישובי האזור. למרות שאלה לא ידעו כלל על העוצר שהוטל על הכפר, העמידו אותם החיילים בשורה וירו בהם למוות. בעקבות המקרה חטרי הועמדו לדין הן המפקדים שנתנו את הפקודה והן החיילים שביצעו. בית-הדין הצבאי הרשיע את החיילים, ודחה את טענת ההגנה של ציות לפקודה, בפסקו כי הפקודה היתה בלתי-חוקית בעליל ואסור היה לבצעה. כפי שנאמר בפסק הדין:

סימן ההיכר של פקודה בלתי-חוקית בעליל מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: "אסור" לא אי-חוקיות פורמלית נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי-חוקיות המתגלה רק לעיני הכמי משפט חשובה כאן, אלא הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי-חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצווה לעשותם. אי-חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין איננה עיוורת והלב איננו אטום או מושחת -

זוהי מידת אי-חוקיות ובעליל הדרושה כדי לבטל את חובת הציות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשה.

זה היה מבחן "הדגל השחור" המפורסם.

מבחן זה שהציע בית-הדין נועד לסייע לחיילים הניצבים "בשעת מעשה" בפני צורך להחליט אם פקודה הניתנת להם היא פקודה בלתי-חוקית בעליל, ואסור להם, לפי החוק, לציית לה. בית-הדין חזר והדגיש שגם אדם שאינו משפטן יכול צריך להבחין בדגל השחור. לכן היו מלומדים שסברו שלפי גישת בית-הדין, השיקולים המוסריים הצרופים, שאינם תלויים כלל בחוק הקיים, יכולים לבדם להוליך למסקנה כי פקודות מסוימות הן בלתי-חוקיות בעליל.⁸ השופט לדווי ביטא זאת בפסק-דין אחר, באמרו שהוראות החוק בענין ציות לפקודה באות לעודד את מצפונם המוסרי והאנושי של חיילינו. חייל סביר יוכל להבחין בפקודה בלתי-חוקית בעליל על פניה, מבלי לדרוש בועץ משפטי או לעיין בספר חוקים... חובה על כל חייל לבחון לפי קול מצפונו את חוקיות הפקודה הניתנת לו...

בפסק-הדין בפרשת כפר-קאסם הגיע בית-הדין למסקנה של אי-חוקיות הפקודה בשני שלבים. בשלב ראשון קבע שהפקודה היתה בלתי-חוקית בהיותה מנוגדת לעקרונות הכלליים של החוק הפלילי בישראל ולתקנות ההגנה לשעת חירום. בשלב שני קבע שאי-חוקיות שבפקודה היתה "בעליל". אך מה היה קורה אילו זמן קצר לפני התרחשותה של פרשת כפר-קאסם, היו רוב חברי הכנסת ותומכיהם בחקיקת חוק שהיה קובע כי מותר לחיילים להרוג כל אדם הנמצא מחוץ לביתו בשעת העוצר? אם נלך לפי הגישה שאי-חוקיות נבחנת רק לפי המצב המשפטי הקיים, נקבל שהפקודה שניתנה בפרשת כפר-קאסם לא היתה בלתי-חוקית, וממילא לא בלתי-חוקית בעליל (מצב כזה אינו כל כך היפותטי: מעשיהם של הנאצים בשואה היו חוקיים לפי הדין הגרמני דאז⁹). אך גם במצב זה ניתן לומר על הפקודה שהיא דוקרת את העין ומקוממת את הלב, וגם במצב זה מתנוסס מעל הפקודה דגל שחור מוסרי, האומר "אסור!"¹⁰ נראה על כן שמבחן "הדגל השחור" אינו מבחן משפטי רגיל לפי סעיפי החוק אלא מבחן מוסרי, או כמו שאמר פרופ' שלמה אבינרי, על-ידי מבחן "הדגל השחור" הכניס בית-הדין הצבאי לפסיקה הישראלית עקרונות ששורשיהם ביסודו של "משפט הטבעי" (jus naturale) הקלסי.¹¹

בית-הדין ניסה לקבוע כאן מכנה משותף אנושי שיהא מקובל על הכל, עד כדי כך שיהיה ברור בעליל לכל אדם ולכל חייל ששום פקודה אינה יכולה להינתן בניגוד לו, ואם ניתנה פקודה הנוגדת עיקרון יסודי זה, הרי הפקודה בלתי-חוקית בעליל וחובה להפרה. שום חוק ושום פקודה אינם יכולים להיות חוקיים אם הם מורים להרוג אנושים החוזרים לאחר העבודה לכפרם לאחר שביטויים הוטל עוצר על מקום יישובם ללא ידיעתם. במילים אחרות, חוק או פקודה העומדים בניגוד לעקרונות יסוד מוסריים אינם תקפים ואין להם תוקף משפטי.¹²

איך יוודא החייל בשעת הדחק מתי הנורמה המוסרית החברתית הרלוונטית? לפי הגישה של השופט טלגס הפתרון נמצא במצפנו של החייל. לכן "בלתי-חוקי בעליל הוא מה שחייל בעל מצפון יחוש בו מיד שאינו חוקי". עם זאת, הוא אינו פוטר את החייל מהסיכון כי מה שנראה לו בלתי-חוקי עשוי להיות פקודה חוקית שהוא מסתכן בהפרתה ועל כן

⁷ א' שטרזמן, "הפקודה כהגנה בהיותה בלתי-חוקית בעליל", משפט וצ' בא 1, התשמ"ח, 1, 6.

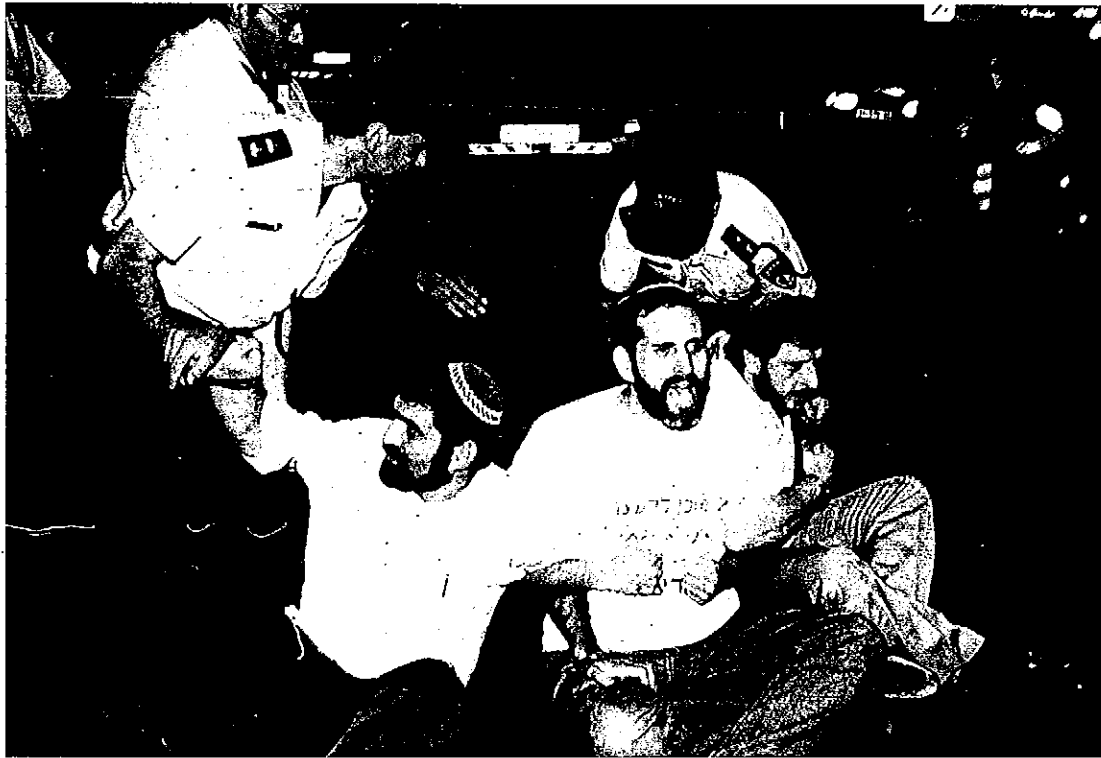
⁸ ע' פרוש, "פסק-הדין בפרשת כפר-קאסם, מב-חן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי-חוקית בעליל", עיוני משפט טו (2), עמ' 245, 246.

⁹ H.C. Kelman, V.L. Hamilton, Crimes of Obedience, Yale University Press, 1989, p. 46.

¹⁰ פרוש, שם, עמ' 258.

¹¹ שלמה אבינרי, "ציות זדמוקרטיה", נבכי הד-מוקרטיה (הוצ' אוניבר-סיטת ברוקלין), עמ' 55, 66.

¹² שטרזמן, שם, עמ' 11.



הפגנת "זו ארצנו", ירושלים 13.9.95. בפרץ הוונדליזם בימי מרד הסטודנטים בפריס ב-1968 הוצתו מאות מכוניות ונבזזו בתי כלבו. במהומות בארצות-הברית על רקע ההתנגדות למלחמת וייטנם הועלו באש ספריות אוניברסיטאיות, נרצחו שוטרים, וסטודנטים נורו למוות. לעומתם, הפגנות "זו ארצנו" תן סמל לאיפוק ונימוס אזרחי. עם זאת, ממשלות צרפת וארצות-הברית לא הפרו חוק, וההפגנות היו על רקע אידיאולוגי-מוסרי בלבד. ממשלת רבין מפרה בעליל חוק ומשפט. מכאן שהפגנות גדה אינן זכות, אלא חובה של כל אזרח המחויב לעקרונות של צדק ולערכי דמוקרטיה.

בשימוש בכוח על-ידי חיילים נגד תושבים ערביים. אחרי שהוטלו מגבלות על שימוש באש עבר צה"ל לשימוש בכוח כאל כלי כמעט יחיד להשלת סדר. האלה והאגרופן, כפי שכתב הפרקליט הצבאי הראשי דאז, תא"ל סטרשנוב,¹⁵ "הפכו למכשיר ענישה", וככל הנראה אמצעי זה היה מוצלח כך ש"בלשכת שר-הביטחון, בפיקודים ובמטכ"ל שררה אותה שעה תחושת אופוריה מסוימת כי הנה נמצא הכלי היעיל למיגור האינתיפאדה". אך סטרשנוב וחבריו עמדו על המשמר. ב-25 בינואר 1988 שיגר סטרשנוב מכתב לרמטכ"ל ובו הגביל באופן משמעותי את השימוש בכוח, ואסך – בין היתר – על שימוש בכוח כאמצעי ענישה. ההתנגדות החריפה של מפקדי חטיבות להמלצות אלה היתה לשווא, כפי שתיאר זאת סטרשנוב בגאוון בספרו. על סמך מכתב זה פורסמה ביום 23.2.88 איגרת רמטכ"ל שאימצה את המגבלות שהטיל הפרקליט הצבאי הראשי.

משפטי-האינתיפאדה עסקו בשימוש בכוח כאמצעי ענישה. הנסיבות שבאירועים שהיו נשוא משפטי גבעתי בי וגולני כמעט זהות. האירוע שיוחס לטאשמים במשפט גולני אירע ביום 8.2.88, ובמקרה של גבעתי בי – ב-7.2.88, כלומר, לפני איגרת הרמטכ"ל, ובשניהם הוכו מפירי הסדר מיד אחרי שהמפר חדל לפעול. בשניהם מת המוכה לאחר ההכאות. אך התוצאות שאליהן הגיעו השופטים היו שונות. במשפט גבעתי בי קבע בית-הדין הצבאי חד-משמעית ש"אינן ספק – ולא יכול להיות ספק – כי ההוראה... הנוגעת ליישום הכאה בדרך של ענישה, הינה בבחינת הוראה בלתי-חוקית בעליל. אסור היה לתיתה ואסור היה למלאה".

יישא באחריות. אך כפי שכתב השופט שטרוזמן, מן הראוי להקל על החיילים הנמצאים בין הפטיש לסדן, בין פקודת המפקד לבין ביצוע מעשה בלתי-חוקי, במיוחד בשעת דחק המחייבת שיקול-דעת והחלטה מהירים, ולומר להם מתי לציית לפקודה ואימתי יסרבו ולא ייענשו.

הפתרון נמצא במבחן של "בחירה מוסרית" שאומץ במשפט נירנברג: "המבחן האמיתי אשר ניתן למצוא בשינויים מסוימים במשפט הפלילי של רוב המדינות, אינו אם היתה פקודה, אלא האם הבחירה המוסרית היתה באמת אפשרית". לפי מבחן זה, הפקוד שהיתה לו בחירה מוסרית לבצע פקודה בלתי-חוקית או לא ובחר לציית, יישא באחריות פלילית. לעומת זאת, אם לא היתה לפני הפקוד בעת קבלת הפקודה בררה מוסרית אלא לבצע פקודה, יהיה פטור מאחריות, כלומר אי-חוקיות לא היתה אז "בעליל".¹³

¹⁵ א" סטרשנוב, צדק תחת אש, המערכת המשפטית באינתיפאדה, (הוצ: ידיר עות אחרונות, 1994), עמ' 178.

¹³ בקר, שם, עמ' 72.

3. משפט ומשפח בזמן האינתיפאדה

ולס בזמן האינתיפאדה שימש עניין הפקודה הבלתי-חוקית בעליל צרכים פוליטיים, בניסיון למנוע את מיגור האינתיפאדה על-ידי צה"ל, כך ש"הפתרון המדיני" ייראה כאפשרות יחידה. לשם כך הורד מבחן הסף של אי-ציות, כפי שביטא זאת פרופ' פלר, בציינו שבמשפטי האינתיפאדה המבחן אינו חייב להיות "דגל שחור" שחור, אלא שצבעו דהה.¹⁴ משפטי האינתיפאדה עסקו בעיקר

¹⁴ פלר, שם.

גיבריל רגוב, ראש "השב"כ הפלשתינאיי, שהיכה חייל ישראלי¹⁸ הרי מעשהו היה חמור הרבה יותר מאשר מעשיהם של המורשעים במשפטי האינתיפאדה, משום שהחייל לא הפר את הסדר אלא שמר עליו, ואם היה שוטר צבאי או איש מג"ב, כי אז מעשהו של גיבריל רגוב חמור פי כמה וכמה.

זו אינה הפעם הראשונה בישראל שהצדק והמשפט מוקרבים על מזבח הפוליטיקה. מ"אלטלנה" דרך משפטי האינתיפאדה ועד לאיומים הפראיים על המתנחלים, אותם כוחות פוליטיים, ולעתים אף אותם אנשים, מעמידים את עצמם מעל החוק. גם בזמן שלטון הליכוד לא נעשה ניסיון של ממש "לרדוף צדק". ניתן להבין זאת על רקע שאיפותיו של המחנה הלאומי להגיע לפיוס לאומי ולהסכמה לאומית רחבה. רצון דומה הניע את נשיא ארגנטינה, אלפונסין, ליזום ב-1987 חנינה כללית לחיילים שצייתו לכת הצבאית השלטת וביצעו שורה של פשעים נגד עמם. אך זו הייתה חנינה רשמית, כלומר, לאיש לא נשאר ספק מי היה הפושע, וגם אחרי החנינה עדיין היו רבים מנותני הפקודות חשופים לתביעה פלילית. הדבר לא נעשה בישראל, והמשכיות של מצפון לא נקי ממישיכה להרעיל את הדמוקרטיה הישראלית.

גישה זו, שהייתה נהוגה בזמן האינתיפאדה, שפירושה לעקם את הדין מסביב להר, או ליתר דיוק, לעוות את הדין על-פי נטיות פוליטיות, פסולה היא, ואין לנו מנוס אלא לבחון את הסוגיה של סירוב לפקודה בלתי-חוקית לפי המבחן הקשה של "הדגל השחור". כל הקלה בעניין זה פירושה כרסום במשמעת הצבאית והחלשת צה"ל, כפי שקרה בפועל בזמן האינתיפאדה – המלחמה היחידה שצה"ל הפסיד בה. אך כל סטייה לכיוון ההפוך, פירושה ויתור על שלטון החוק.

4. מדינת ישראל אחרי אוסלו

פקודה חוקית אמורה להינתן בהתאם ל"צורך צבאי". ומהו צורך צבאי? האם פקודה לקצין צבא לשאת ולתת עם מחבל על העברת שטחי מולדת לידינו נובעת מ"צורך צבאי"? האם פקודה לשחרר מחבלים ממעצר היא "צורך צבאי"? האם פקודה למסור למחבל נשק היא פקודה "לצורך צבאי"? האם פקודה לפנות יישוב יהודי מתיישבת עם "צורך צבאי"? נראה שהתשובה לשאלות אלה טמונה ברובד עמוק יותר, שבו נבחן מה תפקידו של צבא במדינת ישראל.

במדינה דמוקרטית יש לצבא תפקיד אחד בלבד: להגן על המדינה מפני אויב. חיצוני. במשטרים טוטליטריים יש לצבא תפקיד נוסף: לדכא את "האויב הפנימי". אם אנו דבקים עדיין באופיו הדמוקרטי של השלטון במדינת ישראל, עלינו לקבוע, לכאורה, שכל פקודה לחייל לפנות יישוב יהודי, או להתעמת עם אזרחי מדינת ישראל, היא פקודה בלתי-חוקית. כך ללא ספק בנוגע ליישובים הנמצאים ברמת-הגולן, שהיא שטח ריבוני ישראלי ללא עוררין. אזרח ישראלי המתגייס לצה"ל אינו עושה זאת כדי להפוך לכלי-שרת בידי מפקדיו, ולא כדי למלא אחרי נטיות לבם, אלא כדי להגן על מולדתו ועל עמו, ובכך הוא נבדל משכיר-חרב. צה"ל הינו "צבא הגנה לישראלי", וכאשר

הנאשמים הורשעו אפוא. במשפט גולני, לעומת זאת, נקבע שהפקודה לא היתה בלתי-חוקית בעליל, והנאשמים זוכו. ואם בית-הדין הצבאי בהרכבים שונים רואה אותה פקודה פעם כבלתי-חוקית בעליל(!) ופעם לא, כיצד יכול היה החייל הפשוט לבחון את הפרשה תוך כדי ביצוע המשימה? מה המשמעות אפוא של התיבה "בעליל"? היכן "הדגל השחור"?

בית-הדין הצבאי בפרשת גבעתי א' הרשיע את הנאשמים וקבע: "נודה כי התלבטנו, ורק לאחר היסוסים מרובים הגענו למסקנה, שאכן הפקודה היתה בלתי-חוקית בעליל". השאלה המתבקשת היא, אם כן: אם הפקודה היא בלתי-חוקית בעליל, אי-חוקיותה צריכה להיות ברורה וגלויה לעין כל – וודאי שהיתה צריכה להיות ברורה גם לבית-הדין. אם כך, מהו מקור ההיסוסים? אולי בהתנגשות בין האינטרס הפוליטי של היושבים בדין לבין עקרונות המשפט והצדק? על איזו אי-חוקיות "בעליל" של פקודה ניתן לדבר, אם כדי "להבהיר" את אי-חוקיותה נדרשות איגרת רמטכ"ל והוראת אג"ם/מבצעים?

מאידך-גיסא, התנהגות המורשעים, כלומר הכאה לצרכי הרתעה, היתה תופעה כללית בשטח באותם הימים, כפי שצוין בפסק-דין גולני:

רק בחודש מרץ 1988 נכתבה הוראה 1.36 של אג"ם/מבצעים שאסרה שימוש בכוח כאמצעי ענישה... עד למועד זה ... נהגו חיילים בשטחים על-פי הפקודה להכות לצרכי הרתעה ואכיפת סדר. פקודה זו – זאת ידע כל חייל וקצין בצבא – עברה את כל מערכות הסינון והבקרה האפשריות – ועמדה אפילו נוכח ביקורת ציבורית, ולא בוטלה, כאמור, אלא בחודש מרץ 1988...

בכל מקרה, בין אם סברו בתי-הדין והפרקליטות הצבאית שהפקודה בלתי-חוקית בעליל ובין אם אינה "בעליל", היה עליהם למצות את הדין גם עם נותניה; במיוחד לאור הקביעה בפסק-הדין בעניין גולני:

היה ברור לכל שאין מדובר בפקודה שהיא פרי יזמה מקומית של מפקדים – ויהיו אפילו בכירים – אלא פרי מדיניות צבאית מבצעית – הנדונה ונבחנת בקפדנות בפורומים רחבים בצמרת הצבא, וכי זו תשובתו של הצבא לאינתיפאדה שפרצה...

אך הפרקליטות הצבאית הפגינה עיוורון מפליא בעניין זה. סטרטגיה אף השווה את השאלה "מי נתן את הפקודה" לפרשת לבון¹⁶ ולאחר סיום שירותו הצבאי נתמנה לשופט בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב.

המעשה שהפליל את הנאשמים במשפטי האינתיפאדה היה הכאה לאחר תום ההתנגדות של מפירי הסדר, דהיינו: "פעולה עונשית", וכל אדם "החי במדינת חוק יודע שרק לבית-המשפט הסמכות להעניש". נכון שבדרך-כלל ענישה על-ידי כוח צבאי היא מעשה המנוגד לדיני המלחמה ואסור, אך כאשר גם האויב מפר דיני מלחמה, כמו במקרה של האינתיפאדה (פגיעה מכוונת באזרחים, הסתתרות בין אזרחים בזמן הפיגוע ואחריו, שימוש בילדים לצרכים מבצעיים וכיוצא בזה), דיני המלחמה מתירים מעשי תגמול (reprisals)¹⁷. לאור הלכה זו, ספק גדול אם הפקודות שהמצייתים להן הורשעו בתקופת האינתיפאדה היו בכלל בלתי-חוקיות, שלא לדבר על אי-חוקיות "בעליל". אם הכאה היא דבר כה חמור עד שפקודה לבצע מעשה נתעב כזה היא "בלתי-חוקית בעליל", מדוע לא הועמד לדין

¹⁶ סטרטנוב, שם, עמ' 245.

¹⁷ T. Taylor, "Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy", Ch.2 (1970), in War and Morality, p. 387; M. Walzer, Just & Unjust Wars, 2nd ed., 1992, p. 207; L.C. Green, Essays on the Modern Law of War, 1985, p. 144.

פעילותו סוטה מהמטרה שלשמה הוקם ושלמענה הוא קיים, אין כל הצדקה למעמדו המיוחד ולמשמעת שבו. לכן, לא זו בלבד שכל פקודה לפנות את אזרחי ישראל מבתיהם ברמת-הגולן מחוסרת סמכות ובלתי-חוקית, אלא שהיא גם חותרת לתחת האופי הדמוקרטי של מדינת ישראל.

האם אי-חוקיות זו עולה עד כדי אי-חוקיות "בעלילי", שרק היא מצדיקה סירוב לציית לה? יש להתחשב בפן הנוסף של המצב הנוכחי, והוא נעוץ בכך שהפקודות וההחלטות שאי-החוקיות מרחפת עליהן הן חלק מהמדיניות הכוללת. לכן אין פקודות-אלה נגועות ב"פתאומיות" ששררה במצב שתואר לעיל, כאשר חייל נדרש לציית לפקודה בלתי-חוקית בשעת קרב. מדיניות הסותרת את החוקיות נותנת לאדם שהות מספקת לעמוד על מהותה האנטי-חוקית של הפקודה לממש מדיניות כזאת.¹⁹ במצב כזה אין יותר מקום לאי-בהירות באשר לאי חוקיות הפקודה – ניתן להבחיר אותה. על כן, במקרה זה של ביצוע מדיניות, מתלכדים בעצם המושגים של אי חוקיות ואי-חוקיות בעליל, וכל פקודה שנועדה בביצוע לביצוע מדיניות בלתי-חוקית דינה שיסרבו לה.²⁰ כל חייל המציית לפקודה לפנות יישוב ברמת-הגולן, או להתעמת עם מפגינים בירושלים, עובר עברה פלילית ומקומו בכלא.

אשר ליישובים בישיע, שטרם סופחו למדינת ישראל, והנתונים לממשל צבאי, יש לסוגיה פן נוסף. צה"ל בישיע נמצא גם בנעליה של המשטרה האזרחית ומקבל גם את סמכויותיה ותפקידיה. על כן, לכאורה, מותר לצה"ל ולחיילים לבצע משימות משטרתיות בישיע. אולם צה"ל ממלא תפקידים אזרחיים בישיע כאשר הוא פועל מול האוכלוסייה המקומית, אך כאשר לפעולות כלפי אזרחי ישראל הנמצאים בישיע, יש בכל זאת טעם לפגם עם צנחה טוטליטרית, כאשר צה"ל ממלא נגדם משימות משטרתיות. לכן בפועל, הוסמכה גם המשטרה לפעול בישיע. בין אם מוסמך צה"ל לבצע משימות משטרתיות בישיע ובין אם המשטרה היא הגוף היחיד המורשה לפעול שם מול אזרחי ישראל, מבחן הסף של "פקודה בלתי-חוקית בעליל" לגבי פעולות משטרתיות אמור להיקבע לפי התבחינים של המערכת האזרחית, המתירים סירוב פקודה בקלות יחסית, מאחר שחשיבות המשמעת בחיים האזרחיים נמוכה הרבה יותר. אך אנו, גם בשל רגישות הנושא וגם בשל הערך המיוחד שאנו מייחסים לצה"ל ולמשטרה, נמשיך לבחון את המצב לפי הסף הגבוה ביותר של מבחן "הדגל השחור".

האם החלטת ממשלה לפנות יישובים בישיע תהיה החלטה חוקית? האם ביצוע מדיניות בהתאם להסכם אוסלו עומדת במבחן החוק? נבחר מיד שלפי הפקודה למניעת טרור, המפרסם דברי שבח או קריאה לעזרה לאשי"ף, עובר עברה פלילית. גם הנוהץ כסף לאשי"ף עובר עברה פלילית, וגם המעמיד לרשותו מקום (קל וחומר בסיס צבאי ונשק), וכך עובר עברה גם מי שמניף דגל אשי"ף במקום ציבורי. האם ישתנו הדברים אם הממשלה, הנשענת על דראושה וחד"ש, תשכתב את ספר החוקים של מדינת ישראל ותבטל את הפקודה למניעת טרור? ניחא לצורך הדיון שהממשלה נבחרה באופן דמוקרטי, ושגם החלטה תיפול באופן דמוקרטי. האם החלטה דמוקרטית זו תהיה חוקית? האם העובדה שהחלטה נתקבלה באופן דמוקרטי שוללת את האפשרות של אי-חוקיותה?

דמוקרטיה איננה רק שלטון רוב המאופיין בחופש,

בשיויון ובאחרון. שיויון, חופש ושותפות מתפרשים ביחס לדמוקרטיה אך ורק באורח נוהלי: כלומר, כהנחיות הנוגעות לנוהל קבלת החלטות. השיויון הוא שיויון בערך הדעת שיש לשותפים בשלטון בשעת שקלול הקולות, ואין מדובר בשיויון כללי. דמוקרטיה ניטרלית לגבי-תוכנם של כללי ההתנהגות התרבותיים, הכלכליים והמוסדיים הרווחים בה.²¹ מדינה דמוקרטית יכולה לקיים בתוכה משטר חברתי ליברלי המקנה תוקף לזכויות יסוד של בני אדם ולחירויות הבסיסיות שלהם, ויכולה להיות בעלת אופי טוטליטרי, השולל את מרביתן של חירויות וזכויות אלה. בעבר שימשה הדמוקרטיה כלי מגן על החירות האישית של האזרחים, אך עם הזמן התחילה לתבע זכות להכריע ברוב קולות בכל עניין. נוצר רושם מוטעה שביקורת דמוקרטית על השלטון מספיקה להגבלתו. אולם דמוקרטיה זקוקה להגבלה על השלטון יותר מכל צורת שלטון אחרת, מאחר שהיא מוגנת פחות מפני קבוצות אינטרסים, לפעמים קטנות, אך כאלה שבהן תלוי רוב בפרלמנט.²² האמריקנים הבחינו בסכנה זו כבר לפני מאתיים שנה והגבילו את כוחו של הרוב בחוקה. על עיקרון זה כתב כבר אריסטו: "מקום שבו אין חוק ריבוני... מקום שבו הריבון הוא אדם, גם אם לא אינדיווידואלי, אלא קולקטיבי... שם הדמוקרטיה איננה חוקתית."²³

לאותה מסקנה הגיע הכלכלן הדגול מילטון פרידמן, חתן פרס נובל, משיקולים פרגמטיים לגמרי: מתן כוח בלתי-מוגבל לרוב מביא לריכוז כוח גדול מדי בידי מעטים, ולכן מחיר המשגים של אנשים אלה יהיה כבד מדי. פרידמן הציע "להשיג שלטון של חוק ולא של בני-אדם."²⁴ השאלה המרכזית בהקשר זה היא על כן עד כמה מותר להליך הדמוקרטי לקבוע את טבעו הכלכלי, החברתי והערכי של המשטר השורר במדינה? כדי לחשיב על שאלה זו נבחן תחילה את הצדקת הדמוקרטיה במוסד הממשל. עובדה היא שלא כל מוסד חברתי יכול להתנהל בשיטה דמוקרטית, אפילו בחברה שהיא עצמה דמוקרטית למחצה. מוסדות לא-ממשלתיים (כמו צבא, משטרה, משפחה, חברות כלכליות) אינם מושתתים על דמוקרטיה, ולגביהם דמוקרטיה מאבדת משמעות. רולס מבסס את הצדקת הדמוקרטיה על הנחה שמדינה דמוקרטית ממששת בתוכה עקרונות בסיסיים של צדק, כלומר על קיומה של אמנה חברתית היפותטית בין השותפים למשטר המדיני. הרעיון של האמנה הוא לקבוע איזה סוג של משטר חברתי מתחייב על-פי הצדק, בדרך של ניסיון לענות על השאלה מה טבעו של ההסכם המדיני שאנשים היו מגיעים אליו אילו היו דנים באפיו של המשטר החברתי, טרם שקיבלו על עצמם את דינו. אם השלטון נוצר לא כתוצאה של כיבוש, אנשים מציינים לו לא משום שהם מוכנים להרשות לו לעשות ככל העולה על רוחו, אלא מפני שהטילו עליו לפעול בהתאם לתפיסה מסוימת של צדק. התנאים שלפיהם אנשים מסכימים לציית לשלטון, מטילים עליו מגבלות קבועות, מאחר שהם ברזומנית תנאי לחוסנה של החברה ואפילו לקיומה.

דרך אחרת לצדקת הדמוקרטיה, המיוחסת לבנתם, היא ההנחה שמדינה דמוקרטית מביאה לתוצאות הטובות ביותר לאזרחיה. הדמוקרטיה היא צורת המשטר הטובה ביותר, משום שהיא מביאה למרב העושר למרב בני-האדם. לפי גישה זו אנשים שוקלים דברים מתוך אינטרסים צרים

²¹ לוריא, "הצדקת הדימוקרטיה", נבגי הדמוקרטיה, (הוצ' אוניברסיטת בר-גוריון), עמ' 25, 27.

¹⁹ פלר, שם, עמ' 591, 595.

²⁰ ש"ז פלר, "צו יבעליל" שלא כדין השולל את סיג הצידוק, עיוני משפט (טו), עמ' 217, 238.

²² F.A. Hayek, *The Political Order of a Free People*, Ch. 7.

²³ Aristotle, *Politics*, 4 (Loeb Classical Library, Mass & London 1932), pp. 304-305.

²⁴ מ' פרידמן, *קפיטליזם וחופש* (ספרי אדם – אוניברסיטה חופשית, 1962), בעמ' 45.

יחס חיות יווני קול רלית לייס לקיים יסוד לחיות רניות גן על נחילה רושם בלתו. מכל בוצות י רוב לפני ת. על 'בוני... דואלי, יתי" 23 חתן בלתי ז, ולכן ו הציע מותר חברתי שאלה ממשל כשיטה קרטית שטרה, קרטיה, וס את וממשת מה של זמדיני חברתי ולה מה יו אילו בלו על כיבוש, שות לו ו לפעול ולפיהם מגבלות החברה לבנתם, הטובות הטובה האדם. ס צרים

של עצמם. הדרך הטובה ביותר למנוע את התוצאה שרק לאחדים יהיה טוב היא אפוא לאפשר לכולם לדאוג לטובתם האישית; זה מה שמטטר דמוקרטי אמור להבטיח. הוא מאפשר לכל אדם ליטול חלק בשלטון ובדרך זו לדאוג לאינטרסים של עצמו.

כל אחת מההצדקות נשענת על הנמקה למען הדמוקרטיה הטומנת בחובה גם את היסודות לסיוגה של הדמוקרטיה המדינית ולהגבלתה. הצדקת הדמוקרטיה על סמך עקרונות של צדק מציגה באותה עת גם טעם לסיוג רצונו של העם בתוך הליך פוליטי דמוקרטי, נוכח מה שדורש הצדק. לכן הכרעה ממשית הנעשית במדינה דמוקרטית הופכת להכרעה צודקת או בלתי-צודקת ביחס ישיר להיותה מתקבלת על דעתם של בני-אדם בעמדה המקורית - קודם כינונה של המדינה וכריתת האמנה החברתית.

בהקשר של החברה הישראלית, זוהי חברה המושתתת על יסודות הצינונות, אחדות עם ישראל וזיקתו הנצחית לארץ-ישראל, שמצאו את ביטויים, בין היתר, במגילת העצמאות. על עקרונות אלה הוקמה מדינת ישראל. זוהי למעשה האמנה החברתית בין פלגים שונים בעם ישראל. אמנה זו מצויה מחוץ לתחום התערבותו של השלטון במדינת ישראל.

"לאחר שהוגלה העם מארצו..." - קוראים אנו במגילת העצמאות - "ישמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו ולא חדל מתפלה ומתקווה לשוב לארצו. תוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהיאחזו במולדתם". כל פקודה שתיתן במסגרת מדינית כללית המכוונת להפדת האמונים של "העם היהודי לארצו", עוקרת את אשיותיה של מדינת ישראל ולכן היא פקודה בלתי-חוקית בעליל.

לפי גישת בנתם, ההכרעה הדמוקרטית מוצדקת ומחייבת רק אם היא מטפקת את מרב התועלת למרב האנשים. האם לפי גישה זו ניתן להצדיק את התהליך המדיני של הממשלה הנוכחית, שהיא קוראת לו "תהליך השלום" וערפאת קורא לו ברגעים של גילוי-לב "תהליך הגיהאד"? נראה שכבר מלכתחילה המטרה היתה הבאת הסכם שלום ולא הבאת שלום. אין יכוח ששלום פירושו לפחות שלושה: ביטחון, תפירות, ויחסים כלכליים. יחסים דיפלומטיים וטקסיים אמורים רק ליצור מנגנון לכינונם של שלושה אלה. בכל שלושת התחומים האלה המצב רק הורע, במיוחד לאור פרותיו של תהליך אוסלו, כמו גידול חד במספר הפיגועים, הכנסת צבא זר לתחומי ארץ-ישראל בקרבת יישובי "הקו הירוק", סיכון גובר לאזרחים ישראלים ביש"ע, סכנות לחקלאות הישראלית עקב הקלות במכס לתוצרת מעזה, ורעות חולות רבות אחרות שחשף נתיב על דפינו. גם מבחינה תועלתנית אין החלטותיה של הממשלה עומדות במבחן שהיה ניתן למדיניותה לגיימצייה. מכאן, שבתהליך המדיני הממשלה מציבה בעצם פאידיאל הסכם שלום, ואילו השגת השלום עצמו היא מטרה משנית בלבד. ניתן לתמוה על כך שחלק ניכר מן העם נגרר אחרי הממשלה ברדיפתה אחרי פיסת נייר הקרויה "הסכם שלום", על חשבון השלום האמיתי. ייתכן שהמקור לסתף הזה נעוץ בכמיהה יהודית-גלונית לזכות בהכרה מצד הגויים, והכרה זו יכולה להיות רק באמצעות הסכם שלום, אך לא באמצעות שלום זהפקטו.

מאחר שמדובר במדיניות, הרי לא רק פקודה לפנות יישוב יהודי, אלא גם פקודות כמו מסירת נשק למחבלים של ערפאת, או פינוי בסיס צבאי, כאשר פינוי אינו תורם לביטחונה של המדינה אלא גורע ממנו, או פקודות לדון עם פלשתינאים או עם סורים על מסירת שטחים לשליטתם, הן פקודות בלתי-חוקיות שדגל שחור מתנוסס עליהן, ומן הדין לסרב לציית להן. במקרה של פקודה לפנות יישוב יהודי, איזה-חוקיות תבלוט עוד יותר מבחינה מנטלית, משום שבעת ביצוע הפקודה יועמד החייל מול התושבים ולא יוכל להתעלם מהשאלות המוסריות.

השתתפות בסיוור משותף עם "משטרה" פלשתינאית נראית אולי פחות "דוקרת את העין" מאשר גנבה מארנקו של חבר, אך היא עדיין מהווה פשע, ועל חייל המשתתף בסיוור כזה לשאת בעונשו. הוא לא יוכל להתחפש לבלתי-ענה ולומר "לא ידעתי". קצין המתלווה לרמטכ"ל לשירות עם מחבלים מעונבים שמטרתן יישום הסכמי אוסלו עובר עברה; שוטר המבצע פקודה לא לפתוח באש על המשטרה הפלשתינאית ועל המון מתפרע גם. כאשר נשקפת סכנה לחיי ולחיי אורחים, עובר עברה; פקיד משרד התחבורה המיישם את ההסדר ל"מעבר בטוח" (בטוח למחבלים), עובר עברה, משום שכל פעולה כזאת היא שלב בביצועה של מדיניות נפשעת.

פרס נובל שקיבלו פרס ורביץ לא יהווה לנו נחמה אחרי ששטחי ישיע יועברו לערפאת, ואחרי שמאות אלפי פליטים יחזרו לחברון ולבית-לחם, ואחרי שפליטים אלה יעמדו על זכות השיבה לתוך גבולות "הקו הירוק". גם פרס נובל שקיבלו קסיינג'ור ולה-דוק'תהו ב-1973 לא נחם את הדרום-וייטנמים. גם אז, למרות ההסכם היפה בין צפון וייטנם לארצות-הברית, ולמרות פרס נובל לשלום, הלחמה לא פסקה גם אחרי שהכוחות האמריקניים הוצאו מוייטנם בהתאם להסכם. ההסכם, הפרס וכל הטקסים על מדשאות למיניהן לא מנעו מצפון-וייטנם לתקוף את דרום-וייטנם שנתיים בלבד לאחר חתימת ההסכם, קצת יותר משנה אחרי קבלת פרס נובל לשלום. והסוף ידוע: דרום-וייטנם נכבשה וחדלה להתקיים כמדינה עצמאית, ואף שמה של בירתה, סייגון, הוטב להוציא-מין סיטי. אך הדיו שבו נכתב ונחתם ההסכם לא דחה מבושה, וגם מקבלי הפרס לא החזירוהו לנותניו.

5. סלילת דרך לגיהנום

שנס סימנים ברורים שהממשלה מכינה את העם ואת הצבא לביצוע פקודות בלתי-חוקיות. כפי שצינו קלמן והמילטון במחקרם המאלף בנושא זה, משטר הרוצה ליצור תנאים הולמים לביצוע פקודות בלתי-חוקיות. פועל בשלושה כיוונים עיקריים: הענקת סמכות בעיני הציבור למקור הפקודות, הפיכת ציות לפקודות בלתי-חוקיות לשגרה ושליטת צלם אנוש מהקרבת המיועדים.²⁵ בפעולה לפי הוראות הרשות המוסמכת הדברים מוגדרים בצורה כזאת שהפרט משתחרר מהאחריות לשקול את הבררה המוסרית שלו. על-ידי הפיכת מעש' הפשע לשגרה, הדברים מתארגנים בדרך כזאת. שלפרט אין כל אפשרות להעלות שאלות מוסריות. על-ידי שלילת צלם אנוש, היחס של חיילים, מבצעי פשע, כלפי המטרה וכלפי עצמם נהיה

²⁵ קלמן והמילטון, שם, 16.

מופשט וחד-משמעי עד שאין הם יכולים ואינם צריכים לחשוב במונחים של מוסר.

כשאנשים עומדים בפני בעל סמכות, הם מרגישים מחויבות לציית לפקודותיו, מבלי להתאים זאת לעמדה האישית שלהם. הם רואים את עצמם מחוסרי בררה, ומקבלים על עצמם את הלגיטימיות של בעל הסמכות הנותן את הפקודות; אנשים כבר אינם נשאלים באשר לתוכן הפקודה.

בישראל של ימינו הסמכות נובעת מראש-הממשלה. הוא "מנווט", הוא "מוביל", הוא "קובע". התערבבו הגבולות בין "האני" לבין "המדינה". גם בממשל ניקסון נבעה עצם החובה לציית – במיוחד בעיני אלה שהיו כפופים לו ישירות – מערך של נאמנות לנשיא ולמדיניותו. באידיאולוגיה המדינית של ממשל ניקסון, הנאמנות לנשיא כאדם ולשליחותו היתה לערך עליון. גישה זו חוזקה באמונה שרווחה אז שיריבו הפוליטיים של הנשיא חותרים תחת הביטחון הלאומי. גישה זו הוליכה בסופו של דבר לפרשת ווטרגייט.

הפיכה לשגרה ממלאת שני תפקידים. היא מקטינה את הצורך להחליט, בכך שהיא ממזערת את האפשרויות שבהן עלולות השאלות המוסריות להתעורר. נוסף על כך, היא מאפשרת למבצעי הפשע להימנע מתחושת מעורבות אישית במעשה.

ההתנגדות לביצוע פקודה בלתי-חוקית נחלשת כאשר מאפשרים למבצעה לא לראות את הקשר בין פעולותיהם לבין תוצאותיהן ההרסניות. התכנית הנציונל-סוציאליסטית ליסטיית להשמדה המונית טופלה בידי ביוורוקרטיה מסועפת, שבה ישבו פקידים רבים, מאייכמן ועד אחרון הפקידים, ליד שולחנות, העבירו זה לזה ניירות, ארגנו רכבות וטיפלו במשימות אחרות תוך התעלמות מהתוצאה הסופית של מאמציהם. כך גם נוצר רושם של פיזור אחריות בתוך הביוורוקרטיה. ככל שאנשים רבים יותר מעורבים בפרשה, כך פוחתת ההסתברות שמישהו מהם יראה את עצמו כנושא באחריות מוסרית.

בישראל שאחרי אוסלו הפכו מפגשים של חיילים עם מחבלים במדים ובלעדיהם לשגרה מטמטמת. למפגשים אלה שתי מטרות: האחת, לנצל את היוקרה של צה"ל בחברה הישראלית ולהוסיף לגיטימציה גם לתהליך הניהיגוד. המטרה השנייה היא להרגיל את החיילים ואת הקצינים לבצע עבירות תוך ציות לפקודה מהממשלה. היום קצין אי מעביר למחבל ב' נשק ודן עמו בהעברת שטחי ישראל, ומחר הם יפנו "התנחלויות", ביחד או לחוד.

כל מקרה של ציות לפקודה בלתי-חוקית בהיקף רחב התאפשר רק כאשר הקרבנות הוגדרו במושגים של הקבוצה שאליה השתייכו, וכאשר קבוצה זו הוצאה מחוץ למשפחה האנושית. המחסום בפני פגיעה באותם אנשים נעלם אז בקלות. פעמים הרבה הקרבנות משתייכים לגזע שונה, או לדת שונה, או לקבוצה פוליטית או אתנית שונה.²⁶ שילת צלם אנוש מהווה תופעה כללית למדי בכל מצב מלחמה, אך האסונות מתרחשים כאשר ההרגל יוצר תדמית.

כבר לפני שנה השווה ראש-ממשלת ישראל את מתנגדי מדיניותו ברחוב היהודי לחמאס, והיועץ המשפטי לממשלה הכריז שמועצת יש"ע היא "גוף ממריד". אלה היו הניסיונות הראשונים של הממשלה לשלול לגיטימציה מיריביה הפוליטיים לאחר שנכשלה בוויכוח האידיאולוגי

נגדם. שניהם חזרו, כביכול, מדבריהם כעבור זמן, אך ההשוואה בין מתנגדי השלום אצל הערבים ואצל היהודים רווחת בפיהם של השרים וראש-הממשלה גם היום. על-ידי השוואה זו נשלל צלם אנוש מהאוכלוסייה המוגדרת כמתנחלים, דתיים ו"כיפות סרוגות", והם מושווים לרוצחים, תמאסים, קנאים הזורעים מוות וטרור בחוצות ישראל, וביטויי השנאה כלפיהם מצד הממשל עולים על גדותיהם.

נראה על כן שהנצרה כבר הוסרה, הנשק נדרך ושעת ההכרעה קרבה; והיא תהיה בראש ובראשונה במישור המוסרי. ההכרעה לא תהיה קלה. החברה מקוטבת תמיד באשר ליחס כלפי סרבני פקודה בלתי-חוקית וגם כלפי מבצעי פשע של ציות. אוליבר נורת' וויליאם קלי היו גיבורים בעיני חלקים ניכרים באוכלוסיית ארצות-הברית. גם הפופולריות של קורט ולדהיים באוסטריה רק גדלה אחרי שהתגלה עברו הנאצי. כל זה מוכיח שאין דרכים קלות. אך לא רק גורל היישובים או ארץ-ישראל עומד לפני הכרעה, אלא גם גורלה של הדמוקרטיה הישראלית.

אין בסירוב לפקודה בלתי-חוקית כל גלישה למלחמת אזרחים; נהפוך הוא. סירוב לפקודה אינו כרוך כלל באלימות, ואינו אלא ניסיון להימנע משימוש באלימות, ולהימנע מביצוע עירות.

לא מקרה הוא שמקור הסכנה לדמוקרטיה ולערכים הוא במפלגות הסוציאליסטיות, או בעלות העבר הסוציאליסטי. הייך, חתן פרס נובל לכלכלה, כתב:

בטווח הארוך העולם מנוהל על-ידי עקרונות מוסריים מסוימים שבהם רוב האנשים מאמינים. העיקרון המוסרי היחיד שאפשר את התפתחותה של הציוויליזציה העולמית הוא עקרון חופש הפרט. הוא מניח שהפרט בהחלטותיו מתנהל לא על-פי הנחיות של מאן דהו אלא על-פי כללי ההתנהגות הצודקת. בסוציאליזם אין כל עקרונות של התנהגות אינדיווידואלית, והוא חולם על מצב שאליו לא יוכלו להוביל שום פעולות מותנתות מוסרית של פרטים... רק עיוור אינו מבחין שהסכנה העיקרית לחופש הפרט נשקפת מהאגף השמאלי של הקשת הפוליטית, ולא משום ששם רודפים אחרי אידיאלים מיוחדים, אלא משום שתנועות סוציאליסטיות הן הארגונים הגדולים היחידים המוכנים לבנות חברה לפי תסריט נתון מראש למען רעיונות מושכים ופופולריים. זה יביא בסופו של דבר להכחדה מלאה של האחריות המוסרית של הפרט ומגמה זו כבר חיסלה בזה אחר זה ערובות רבות לחופש אישי, שעוצבו במשך מאות שנות התפתחות עקבית של חוקיות.²⁷

או כפי שכתב פסטרנק:

הצרה העיקרית, השורש של הרע העתידי, היה באבדן האמון בערך של דעה עצמאית. התיימרו לחשוב שהתקופה שבה הלכו אחר השראת החוש המוסרי חלפה, ושעתה צריך לשיר בציבור ולחיות לפי השקפות זרות שנכפו על כולם.²⁸

לא במקרה מנסה הממשלה בעקבות לשלול מהאזרחים

²⁷ האייק, שם.

²⁶ W. Churchill, The River War, an Account of the Reconquest of the Sudan.

²⁸ בוריס פסטרנק, ד"ר זיוואנו, פרק 13.

זמן, אך היהודים
1. על-ידי זמגורת
אזשויים בחוצות
על ועדת
במישור
ת תמיד
ם כלפי
קלי היו
הברית
ק גדלה
זרכים
מד לפני
1. מלחמת
ך כלל
לימות,
ם הוא
ליסטי
סריים
ציקרון
ז של
הוא
ות של
ידקת.
הגות
יוכלו
... רק
זפרט
ולא
אלא
ולים
נתון
יביא
זרית
ובות
שנות
בדן
שוב
סרי
צות
ים

את ההיצמדות לערכי המוסר, ולהביאם למצב של יחסיות מוסרית ולשיתוק מוסרי. הממשלה מנסה להחליף את היחס הערכי הרגשי לשאלות של קיום ביחס חשבונאי פשוט, ולהשאיר את היהודים ברמת עם של סוחרים. ממשלה זו מציעה להתייחס לאדמת מולדת ואפילו ליישובים שלמים מתוך מבטו של סרסור מקרקעין, שלא יהסס למכור חלקת קרקע אם זה יביא לו רווח עכשווי, מידי* בהקשר זה אוהבים להזכיר את דהגול ואת ויתורו על אלגיר. שוכחים רק לציין שאלגיר היתה מלכתחילה מושבה צרפתית, ולא חלק אינטגרלי מצרפת, ושהמורדים האלגיראים מעולם טענו שפריס היא בירת ארצם. חברון,

לעומת זאת, היא ערש האומה היהודית והממלכתיות היהודית. אם מתעקשים להביא דוגמה מצרפת דווקא, ראוי להזכיר את חבל אלזס-לורן, אזור המריבה בין צרפת לגרמניה. הצרפתים נלחמו על אזור זה שבעים שנה עד לניצחון המלא. ואם נמשיך בדוגמאות מצרפת, פטן יהלום את מנהיגינו יותר מדהגול. המרשל פטן, גיבור מלחמת העולם הראשונה, כרת ברית עם האויב הגרמני במלחמת העולם השנייה ("שלום עושים עם אויבים..."), מתוך כוונות טובות - הוא רצה מאוד להגיע לשלום. העם הצרפתי התפכח, האשים אותו בבגידה ודן אותו למוות** ■

אחרי חתימת הסכם אוסלו ב' בושינגטון הכריז רבין בארוחת-ערב במלון ולדורף-אסטוריה בניו-יורק, כי "ויתרו על נכסי דלא-ניידי תמורת ערכים יהודיים" וכי "התניח הוא ספר של ערכים, השראה ואמונה, ולא ספר טאבו מיושן"; מעריב, 1.10.95 (הערי המערכת).
ראה: ברוך קורות, "הדרך לליהיוס רצופה כור נות טובות", נתיב 4/93 (הערי המערכת).