

1. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
2. LAW – אגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות אדם
ע"י ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן
מרח' סימטת בית השואבה 6, תל-אביב

העותרים

נ ג ד

ממשלת ישראל ואח'
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

השלמת סיכומים מטעם פרקליטות המדינה

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד הגישה המדינה תשובה מקדמית לעתירה זו. בתחילת הדיון הראשון שהתנהל בעתירה ביום 18.4.2002, התבקשה המדינה להשיב לכמה שאלות משפטיות אשר הוצגו לה על ידי בית המשפט. המדינה הגישה את תשובתה לשאלות אלה ביום 2.2.03 במסמך מפורט מאד שכונה "הודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה".

ביום 12.6.2003 הגישו העותרים את תגובתם להודעת המדינה. תגובת העותרים עוסקת בשורה ארוכה של סוגיות, אשר חלקן קשורות במישרין בסוגיה נשוא העתירה, וחלקן משיקות לה. בנוסף, הגישו העותרים ביום 13.6.2003, חוות-דעת מומחה מטעמו של פרופסור אנטוניו קססה.

ביום 8.7.03 התקיים הדיון בעתירה והושלמה שמיעת טענות הצדדים.

לבקשת המדינה, אישר לה בית המשפט להגיש השלמת סיכומים בכתב במסגרתם תוכל להתייחס לטענות שהועלו בתגובת העותרים ובחוות הדעת של פרופ' קססה. סיכומים אלה מוגשים עתה.

להלן יובא תוכן העניינים של סיכומים אלה.

פרק א: פתח דבר 3

פרק ב. על אופיו ומהותו של המשפט הבין-לאומי 11

פרק ג. שימוש בכוח כנגד טרור 15

1. כללי 15

2. אמצעים לאכיפת חוק אל מול שימוש בכוח לחימתי 21

3. ארגון טרור כצד לעימות מזוין 25

4. סיווג הלחימה בטרור כעימות מזוין עליו חלים דיני הלחימה של המשפט הבינ"ל 28

פרק ד. העימות המזוין עם הטרור הפלסטיני 30

פרק ה. סיווג העימות המזוין והזכות האינהרנטית להגנה עצמית 33

ה. 1. עימות מזוין בין-לאומי 35

ה. 2. עימות מזוין שאינו בין-לאומי 37

ה. 3. קטגוריה נפרדת של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור 41

ה. 4. הפרוטוקול ה-I ואי תחולתו על העימות בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים 46

ה. 5. סיכום פרק ה 50

פרק ו. תיאור מערכות הדינים השונות החלות על סוגי העימותים המזוינים 51

מבוא 51

ו. 1. דיני עימות מזוין בין-לאומי 54

ו. 2. דיני עימות מזוין שאינו בין-לאומי 61

ו. 3. דיני עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור 65

סיכום פרק ו' 70

פרק ז'. אזרחים בעימות מזוין בין-לאומי 71

ז1. ההבחנה בין אזרחים ללוחמים בדיני הלחימה 71

ז2. מתי מותר לפגוע באזרחים במסגרת עימות מזוין בין-לאומי 74

ז3. היקף החריג המתיר פגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בביצוע מעשי איבה 76

ז4. פרשנות התנאים הכלולים בחריג המתיר פגיעה באזרחים במהלך עימות מזוין 80

סיכום פרק ז' 88

פרק ח'. עקרון הפרופורציונליות 90

ח1. עקרון הפרופורציונליות – רקע כללי 91

ח2. שדה הקרב - "ממלכת אי הודאות" 96

ח3. משמעות הפגיעה באזרחים בהקשרו של עקרון הפרופורציונליות 99

פרק ט. על הפרסוניפיקציה של יעד התקיפה הכרוכה במבצע של סיכול ממוקד ועל

מוסריות הפעולה 105

פרק י'. הריגה בוגדנית 107

סוף דבר 108

פרק א: פתח דבר

2. את עיקרי התגובה הקודמת שהגישה המדינה ניתן לתמצת כדלקמן:

א. באזורנו קיים "עימות מזוין" המתנהל בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור והמחבלים. בית המשפט העליון הכיר בשורה של פסקי דין בקיומו של עימות מזוין זה.

ב. מערכת הדינים החלה על עימות מזוין הינה מערכת "דיני המלחמה (Laws of War) /דיני העימות המזוין (Laws of Armed Conflict)" של המשפט הבין-לאומי. במסגרת זו חלה על הסכסוך גם תת מערכת של דיני העימות המזוין, שהיא מערכת "דיני הלחימה" (Laws of Warfare). מערכת זו מסדירה את דרכי ניהול העימות המזוין בפועל, והיא חלה גם על לחימה המתרחשת בשטח כבוש.

ג. על פי מערכת דינים זו, מחבלים הנוטלים חלק בביצוע מעשי איבה המכוונים נגד מטרות אזרחיות או צבאיות (בין בביצוע, בין בתכנון ובין בשילוח), הינם "לוחמים בלתי חוקיים", והם מהווים "מטרות לגיטימיות בלחימה", אשר מותר לתוקפן על פי דיני הלחימה.

ד. תקיפת המטרות יכולה להתבצע רק בשיטות חוקיות, ועל כן חל איסור על תקיפה בדרך "בוגדנית" או ב"דרכי מעל". מדינת ישראל אינה פועלת בשיטות אסורות שכאלה.

ה. תקיפת המטרות כפופה לעקרון הפרופורציונליות, הקובע כי אסור לבצע תקיפת מטרות צבאית אם צפוי כתוצאה ממנה נזק בלתי מידתי לחפים מפשע. מדינת ישראל פועלת על פי עקרון זה.

על סמך חמש הנקודות האלה (ונקודות נוספות שאליהן אין צורך להתייחס בשלב זה) נטען בתגובתנו כי מדיניותה של מדינת ישראל הינה חוקית והיא תואמת הן את כללי המשפט הבין-לאומי והן את כללי המשפט הישראלי.

3. העותרים בתגובתם חולקים על חלק מהנחות אלה ונקודות מסוימות הם נתמכים בחוות דעתו של פרופ' קססה. עם זאת, בחלק מהנקודות, העותרים מסכימים עם עמדותיה המשפטיות של המדינה. להלן נתייחס בתמצית לנקודות המחלוקת העיקריות כסידרן ולאחר מכן נביא עמדתנו בהרחבה בעניינן.

4. הנקודה המרכזית הראשונה שעמדה בבסיס עמדת המדינה, עניינה בכך שבשטחים מתרחש כיום "עימות מזוין" (המכונה לעתים "סכסוך מזוין"). בנושא זה העותרים נוקטים בתשובתם בעמדה מעורפלת, וניתן להבין מפרקים מסוימים בתשובה כי

העותרים מעדיפים להשאיר השאלה במעין "צריך עיון". עם זאת, במקומות אחדים מודים העותרים למעשה כי בשטחים אכן מתחולל עימות מזוין.

כך למשל, בפסקה 37 כותבים העותרים כי:

"תיאור המצב הקיים על ידי המשיבים כעימות מזוין... הוא אולי תיאור נכון אך הוא אינו תיאור ממצה."

ובפסקה 57 כותבים העותרים כי:

"אין לנו כל חילוקי דעות עם המשיבים ביחס לעובדה שבשטחים הכבושים מתנהלת לפרקים לחימה ממש וכי לעובדה זו יש משמעות רבה בסיווג הסכסוך לצרכים משפטיים."

ובפסקה 79 הם כותבים:

"בנוגע לעימות המזוין הבין-לאומי המתנהל בשטחים – חלים דיני הלחימה".

כמו כן, העותרים אינם מנסים כלל להפריך את כל ההוכחות שהביאו המשיבים לכך שבשטחים מתנהל עימות מזוין, ובמיוחד מתעלמים הם משורת פסקי הדין בה נקבע קיומו של מצב זה כממצא עובדתי (כגון פס"ד עג'ורף).

נושא זה אף עלה בעת הדיון שהתקיים ביום 8.7.03 ומדברי ב"כ העותרים אכן עלה כי מקובל עליו שבשטחים מתנהל למעשה עימות מזוין. לפיכך אין צורך ממשי להרחיב בנושא זה ולהביא הוכחות נוספות לכך שקיים בשטח "עימות מזוין".

5. למרות האמור, במסגרת תשובה זו נתייחס לשאלה הקשורה לנושא זה שאותה מציגים העותרים למשיבים, והיא השאלה "מהו סיווגו המדויק של העימות המזוין מתרחש באזורנו" (פסקאות 59-60 לתגובת העותרים). להלן נבחר מה עמדתנו בנדון שכן התשובה לשאלה זו משליכה על מערכת הדינים החלה בענייננו. לעניין זה נתייחס בעיקר בפרק ה'.

6. הנקודה המרכזית השנייה עליה עמדנו בתשובתנו הינה כי על עימות מזוין חלים "דיני העימות המזוין" (המהווים הרחבה של דיני המלחמה) ובכללם כלולים גם "דיני הלחימה", שהם המסדירים את דרך ניהול הלחימה בפועל במהלכו של עימות מזוין ועל פיהם נקבע אם פעולת לחימה כלשהי הינה חוקית אם לאו. בתשובתנו הבהרנו כי דינים אלה חלים הן מכוח קליטה ישירה מן המשפט הבין-לאומי והן מכוח הפניה של המשפט המקומי.

בעניין זה ציינו כי עמדה זו התקבלה גם היא על ידי בית המשפט העליון (ראו למשל פסה"ד אלסקא, אלמדני ואיברהים, נספחים מש3/, מש5/, ומש6/ לתגובתנו הקודמת, ועמ' 21-22 לתגובה זו).

גם כאן עמדת העותרים אינה ברורה לגמרי. העותרים כותבים אמנם כי מקובל עליהם "שדיני המלחמה הפכו ברבות השנים לדיני 'עימות בין-לאומי מזוין' החולשים על קשת רחבה יותר של עימותים בין-לאומיים מבעבר" (פסקה 67), וכן מביעים העותרים עמדתם לפיה: **"בנוגע לעימות המזוין הבין-לאומי המתנהל בשטחים – חלים דיני הלחימה"** (פסקה 79).

אלא שלמרות זאת טוענים העותרים, כי על הפעילות נגד הטרור המתנהלת בשטחים, לא חלים דיני הלחימה אלא חלים אך ורק דיני אכיפת חוק (פסקה 79 להודעת העותרים).

נשאלת אפוא השאלה, על מה כן חלים דיני הלחימה, אם על העימות נגד הטרור דינים אלה אינם חלים.

לטעמנו, המדובר בעמדה חסרת יסוד המתעלמת מן המציאות בשטח, שכן מציאות זו מלמדת שעיקר העימות מנוהל בין המדינה לארגוני הטרור. מכל מקום, בהתחשב בכך שטענה זו, לפיה על עימות נגד טרור וטרוריסטים לא חלים דיני לחימה, אלא חלים אך ורק דיני אכיפת חוק בלבד, היא טענה מרכזית ביותר של העותרים, נתייחס בתגובה זו בהרחבה רבה לנושא זה, בעיקר במסגרת פרקים ג' - ד'.

7. בהקשר זה נתייחס גם לטענה נוספת של העותרים, לפיה, כביכול, על-מנת שהסכסוך הנוכחי יוכר כ"עימות מזוין", על ישראל להכיר בכך שהמדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי מן הסוג המוכר בפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977 שעליו לא חתמה מדינת ישראל. לטענת העותרים, בהעדר הכרה כאמור, המדינה אינה רשאית לטעון כי בשטח יש "עימות מזוין", וכתוצאה מכך מדינת ישראל אינה רשאית להחיל את דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי על פעולותיה הצבאיות מול ארגוני הטרור הפלסטינים, אלא צריכה היא להחיל על פעולותיה אלה את הכללים הרגילים של המשפט הפלילי הישראלי.

לטעמנו, המדובר בטענה מופרכת. לצורך כך נבהיר את ההוראות הרלוונטיות מתוך הפרוטוקול הראשון לעניין ההגדרה של "עימות מזוין", נבהיר כי מדובר בקביעות שאינן חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי, ונבהיר כי אין קשר בין אי ההכרה בהגדרה הרחבה של "עימות מזוין" שבפרוטוקול הראשון לבין עובדת תחולתם של דיני הלחימה על ענייננו.

8. יצוין, כי מעיון בתגובת העותרים ומשמיעת טענותיהם בעל פה עולה לכאורה, כי בכל הנוגע לשתי הנקודות הללו, העותרים טוענים טענותיהם בשפה "רפה" משהו, שכן קשה

לחלוק על העובדה, שהוכרה על ידי בית המשפט הנכבד, שבשטחים מתחולל עימות מזוין, בין המדינה לבין ארגוני הטרור, וכן קשה לחלוק על כך שעל עימות מזוין זה חלים דיני הלחימה, כפי שקבע בית המשפט העליון במפורש.

לפיכך נדמה לנו, כי נקודת המחלוקת המרכזית בין העותרים למדינה קשורה לנקודה המרכזית השלישית עליה עמדנו בתגובתנו, שאליה מתייחסים העותרים בהרחבה יתירה ושבה בעיקר עוסק גם פרופ' קססה. לנקודה זו נתייחס עתה.

9. במסגרת הנקודה השלישית ציינו, כי דיני הלחימה החלים בעת עימות מזוין מתירים לתקוף מחבלים הנוטלים חלק (בין בביצוע, בין בתכנון ובין בשילוח) במעשי טרור המכוונים כנגד מטרות אזרחיות או צבאיות, שכן מחבלים שכאלה מהווים "מטרות לגיטימיות בלחימה", אשר מותר לתוקפן על פי דיני הלחימה.

עמדתנו העקרונית הינה כי מחבלים שכאלה הם ה"לוחמים" בעימות המזוין המתחולל בשטחים (אם כי "לוחמים בלתי חוקיים"), ואנו הפנינו לאסמכתאות רבות מן המשפט הבין-לאומי בהן נקבע כי תקיפת לוחמים בלתי חוקיים שכאלה הינה לגיטימית (ראו עמ' 56-60 לתגובתנו הקודמת). בכל מקרה, בתגובתנו הקודמת טענו כי ניתן לראות במחבלים אלה מטרות לגיטימיות לתקיפה, בגין השתתפותם הפעילה בביצוע מעשי טרור נגד חיילים ואזרחים, דבר אשר גורם להם – על פי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי – לאיבוד כל חסינות מפני תקיפה (אם היתה להם בכלל חסינות שכזו מלכתחילה).

10. בעניין זה חולקים העותרים בבירור על טענתנו, וטענתם הינה כי מחבלים אלה, המשלחים, מתכננים, או מבצעים פיגועי טרור, הם אזרחים ולא לוחמים. כאזרחים – נהנים הם – לפי הטענה - מהגנה כמעט מוחלטת מפני תקיפה, וככלל, אף אם תוקפים הם לוחמים או אזרחים של מדינת ישראל, אסור לפגוע בהם, לא מראש ולא לאחר מעשה, אלא לכל היותר מותר להעמידם לדין.

העותרים מודים כי לכלל זה קיים חריג מוכר במשפט הבין-לאומי, אשר בהתקיימו מותר לתקוף גם אזרחים אלה. אלא שלפי הטענה, חריג זה מתקיים רק כאשר מתמלאים שני תנאים מצטברים (המעוגנים בסעיף 51 לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון)): התנאי האחד הוא שהאזרחים נוטלים "חלק ישיר" במעשי האיבה; והתנאי השני הוא שהפגיעה בהם נעשית רק בזמן שהם נוטלים "חלק ישיר" כאמור.

למרות הכרתם בחריג זה טוענים העותרים כי מדובר בחריג שאינו ישים לנושא העתירה, שכן לדעתם, יש לפרש התנאים המבססים קיומו של חריג זה בצמצום מירבי (פרופ' קססה תומך אף הוא בעמדה זו). לטענתם, במסגרת חריג זה ניתן לפגוע במחבל רק בשעה שהוא מבצע בפועל פעולת טרור (כגון בשעה שהוא יורה על כוחותינו או מפוצץ פצצה), או לכל היותר, בשעה שהוא פוסע בדרכו אל המטרה כשהוא חמוש באמצעי הלחימה (אם כי

גם אז יש מגבלות רבות על יכולת התקיפה). אולם מלבד פרק זמן מצומצם זה אסור לפגוע בו - לא לפני כן ולא אחרי כן.

העותרים מדגישים כי בכל מקרה, החריג אינו מתיר לדעתם לפגוע במחבל בשעה שהוא מכין פעולת טרור, מדריך אדם אחר לבצע פעולת טרור, או משלח אותו לבצעה, שכן לדעתם, כל אלה אינם בגדר "נטילת חלק ישיר במעשי האיבה". פרופ' קססה אף מדגיש כי החריג אינו מאפשר לפגוע אפילו במחבל מתאבד החוגר חגורת נפץ על גופו, אלא לאחר שהוא התבקש להציג את אשר הוא נושא על גופו וסירב. לדעתו, בשום אופן אסור לפגוע בו לפני כן.

על יסוד פרשנות זו שנתנו לחריג הנ"ל, ממשיכים העותרים וטוענים כי פעולות הסיכול הממוקד אינן נכנסות לגדרו של חריג מצומצם זה, ולפיכך, לטענתם, אסורות פעולות אלה על פי הוראות המשפט הבין-לאומי, שכן מדובר בהפרת האיסור על פגיעה באזרחים.

11. המדינה אינה מקבלת תיזה זו על שני חלקיה.

ראשית, כאמור, עמדת המדינה היא, כי מעמדם של המחבלים המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין מטעמים של ארגוני הטרור, אינו כשל אזרחים, כי אם של לוחמים בלתי חוקיים, ועל כן הם מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה כפי שכל לוחמים בכל עימות מזוין שהוא מהווים יעד לגיטימי לפגיעה.

לחלופין, טוענת המדינה, כי אף לפי התפיסה הטוענת כי מדובר באזרחים, עדיין, חל לגבי מחבלים שכאלה, הנוטלים חלק ישיר ופעיל בעימות על ידי תכנון, שילוח וביצוע של מעשי טרור, החריג המוכר במשפט הבין-לאומי, המאפשר לתקוף אזרחים במהלך עימות מזוין, אם נוטלים הם חלק ישיר במעשי האיבה.

המדינה סבורה, כי הפרשנות המאד מצמצמת שניתנה לחריג זה על ידי העותרים הינה פרשנות בלתי סבירה ומקוממת, ובמסגרת תשובה זו נביא אסמכתאות לעמדתנו לפיה יש לפרש חריג זה באופן תכליתי וענייני, המאפשר לראות במחבלים המשלחים ומבצעים פיגועי טרור, יעד לגיטימי לתקיפה.

על יסוד פרשנות זו נבקש לטעון, כי פעולות הסיכול הממוקד הן חוקיות בכל מקרה לפי המשפט הבין-לאומי, שכן אפילו לפי התפיסה הגורסת כי המחבלים בהם עסקינן הינם בגדר אזרחים, עדיין חל לגביהם החריג המאפשר לתוקפם בגין כך שהם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. בעניין זה נעסוק בהרחבה בפרק ז' להלן.

12. מטבע הדברים, יש קשר בין שלוש הנקודות השונות עליהן עמדנו עד כה, שכן חוקיות הפגיעה במחבלים נגזרת, באופן ישיר, מקיומו של עימות מזוין ומתחולתם של דיני הלחימה על עימות שכזה. אכן, בתנאים מסוימים פגיעה במחבלים חוקית היא גם כאשר

לא מתרחש בשטח עימות מזוין – ולעניין זה ראו את הפרק העוסק ב"פגיעה במחבלים במסגרת זכות ההגנה העצמית", שנכלל בעמ' 78 ואילך לתגובתנו הקודמת. עם זאת, מאחר שבענייננו קיים עימות מזוין, אין צורך להיכנס לנושא זה ודי באשר כתבנו בנדון בתשובתנו הקודמת.

13. הקשר בין שלוש הנקודות הללו בא לידי ביטוי בהקשר של שאלת סיווגו של הסכסוך המזוין. כאמור, נקודת המוצא לדיון הינה כי אין ספק שקיים בשטח עימות מזוין, ועובדה זו נקבעה גם בשורה של פסקי דין. לנושא זה התייחסנו בהרחבה בתשובתנו הקודמת ועל כן, כאמור, אין צורך להאריך בנדון. כפי שכבר צוין, אף העותרים אינם חולקים על עובדה זו באופן ממש. מכל מקום, אכן עולה השאלה מהו סיווגו המדויק של עימות זה.

לגישת המדינה, עימות מזוין זה אינו נופל באופן מובהק לקטגוריות המסורתיות של עימותים מזוינים שבמשפט הבין-לאומי ועל כן שאלת הסיווג אינה שאלה פשוטה.

בספרות המשפטית ניתן להצביע כיום על גישות שונות בנושא סיווגם של עימותים מזוינים בין מדינות לבין ארגונים לבר-מדינתיים בכלל, ובנושא סיווגם של עימותים בין מדינות לבין ארגוני טרור בפרט.

כפי שיוצג להלן, לפי גישה אחת, מדובר בעימות האנלוגי לעימות מזוין בין-לאומי.

אחרים סוברים כי יש לסווג סכסוך בין מדינה לארגון טרור כעימות מזוין שאינו בין-לאומי.

גישה מרכזית נוספת, שתופסת לה תאוצה בשנים האחרונות, סבורה כי מדובר בסוג חדש של עימות מזוין, המיוחד למצב של לחימה בין מדינות לארגוני טרור.

לגישת המדינה, אין הכרח להכריע בעתירה זו בשאלת סיווג הסכסוך בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטינים, שכן בין אם יסווג העימות המזוין כעימות מזוין בין-לאומי, בין אם יסווג כעימות מזוין שאינו בין-לאומי, ובין אם יסווג כעימות מזוין מסוג חדש המתפתח בעשור האחרון במשפט הבין-לאומי, הרי שלפי כל אחת מן הגישות, אלה המשתתפים באופן פעיל בעימות מזוין זה מטעמם של ארגוני הטרור, אינם אזרחים, אלא הם צד לעימות. משכך, הם מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

במילים אחרות, עמדת המדינה היא, כי משעה שברור שהעימות הקיים בין ישראל לבין ארגוני הטרור והמחבלים הפלסטיניים הינו עימות מזוין, כנובע ממהותו ומאופיו של הסכסוך, יחולו עליו בכל מקרה דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי. דינים אלה ייקבעו לפי סיווגו של הסכסוך המזוין: אם הסכסוך יסווג כסכסוך מזוין בין-לאומי, יחולו עליו דיני סכסוך מזוין בין-לאומי. אם הוא יסווג כסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי, יחולו עליו דיני סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי. ואם יסווג הסכסוך כסכסוך מזוין מסוג חדש, המתנהל מול ארגוני טרור, שאינם מוסדר באמנות ספציפיות, הרי שבהעדר מערכות דינים

ייחודיות, יחולו על סכסוך זה העקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי ודיני הלחימה הבסיסיים המחייבים בכל סכסוך מזוין, יהא סיווגו של הסכסוך אשר יהא.

כפי שנראה בהרחבה בהמשך, **לפי כל הסיווגים האפשריים, הרי שלפי דיני הלחימה הרלוונטיים, מותר לפגוע במי שמשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין מטעמים של ארגוני הטרור, שכן משתתפים אלה מהווים למעשה לוחמים (בלתי חוקיים), הנלחמים במסגרת הצד שכנגד בעימות מזוין זה.**

14. יתירה מזו, כפי שכבר ציינו, הרי שאף אם לא תתקבל עמדה זו, אין בכך כדי להשליך על השאלה העומדת בלב עתירה זו, שכן בכל מקרה, אף אם יוחלט שיש לראות בחברי ארגוני הטרור "אזרחים", עדיין, לפי הכללים המנהגיים המקובלים במשפט הבין-לאומי, אותם אזרחים המשתתפים ישירות בתכנון, שילוח או ביצוע פיגועים מטעם ארגוני הטרור, מהווים אזרחים "הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה במסגרת העימות המזוין", ולפיכך, בכל מקרה, הם מהווים "מטרה לגיטימית לפגיעה".

15. אלו היו אם כן בתמצית טענותינו המשיבות לטענות העותרים, ככל שאלה עוסקות בשלוש הנקודות המרכזיות העומדות בלב עמדת המדינה.

16. אשר לנקודה הרביעית, העוסקת בחוקיות שיטות התקיפה ובאיסור על פעולות בוגדניות המבוצעות בדרכי מעל, שעליה עמדנו בהרחבה בתשובתנו הקודמת, הרי שעיון בתגובת העותרים מעלה כי הם אינם חולקים על עמדת המדינה בנושא זה (למעט בנושא הפרופורציונליות, שעליו נעמוד בנפרד), ועל כן אין צורך לחזור ולדון בנושא הנ"ל.

17. אשר לנקודה החמישית, העוסקת בעקרון הפרופורציונליות, הרי שאין מחלוקת בין המדינה לבין העותרים על קיומו של עקרון זה ועל תוכנו. אלא שהעותרים טוענים כי המדינה מפרה בפועל עקרון מחייב זה. לכך נתייחס בהרחבה בפרק ח' לתשובה זו ונבהיר כי מדובר בטענה שאין בה כל ממש.

18. מעבר לכל האמור יש לעותרים טענה מרכזית נוספת, הקשורה חלקית לנקודות עליהן עמדנו לעיל.

19. טענה זו הינה כי כל המחבלים המותקפים במסגרת פעולות של סיכול ממוקד מצויים ב"שטח כבוש", היינו בשטח שלישראל יש עליו שליטה אפקטיבית, ועל כן, לישראל – ככובש – יש חובות כלפי תושביו, מכוח "דיני התפיסה הלוחמתית". לנושא זה מוקדש פרק רחב בטענות העותרים (עמ' 11-16).

אלא שכפי שהובהר בהרחבה בתגובתנו הקודמת, בין אם ניתן לראות את כל השטחים כ"שטחים כבושים" ובין אם לאו, אין לכך כל השלכה ישירה על השאלה נושא דיוננו. כך הוא הדבר, שכן השאלה אם אמצעי הסיכול הממוקד הינו חוקי אם לאו, נגזרת על פי "דיני

הלחימה," שרק הם קובעים מהם האמצעים הצבאיים המותרים והאסורים לנקיטה בעת "עימות מזוין". דינים אלה חלים הן בשטח כבוש והן בשטח שאינו כבוש, ובלבד שמתחולל במקום "עימות מזוין". לפיכך, אף אם נקבל את הטענה כי כל המחבלים המותקפים על ידי המדינה בפעולות של סיכול ממוקד מצויים בשטח כבוש, עדיין חלים על הנושא "דיני הלחימה", בהם עסקנו בהרחבה בתשובתנו הקודמת ובהם נעסוק בהרחבה גם בתשובה זו.

מכל מקום נדגיש את שצוין בהודעתנו הקודמת, כי בכל מקרה מדיניות המשיבים הינה כי לא ינקט צעד של סיכול ממוקד אלא כאשר אין אפשרות לעצור באמצעים סבירים את המחבל בו מדובר.

לשאלת היחס בין מערכת הדינים החלה בשטח כבוש (דיני התפיסה הלוחמתית) לבין מערכת דיני הלחימה התייחסנו בהרחבה בעמ' 18 ואילך לתשובתנו הקודמת, ועל כן נפנה לכל האמור שם.

לכך נוסיף, כי איננו מסכימים לטענה הגורפת לפיה כל המחבלים המהווים יעד לפעולות הסיכול הממוקד מצויים בשטח כבוש, הנתון לשליטה אפקטיבית של כוחות הביטחון של ישראל, ואנו סבורים כי למצער בעיר עזה, וכן בכמה וכמה ערים ואזורים אחרים, שבהם מבוצעות מעת לעת פעולות של סיכול ממוקד, אין שליטה אפקטיבית של כוחות הביטחון. מכל מקום, אין צורך להיכנס לנושא זה במפורט, שכן כאמור, התשובה לשאלה זו אינה רלוונטית ישירות לענייננו.

20. אלו הם אם כן עיקרי הנושאים בהם נעסוק בתגובה זו. מכיוון שנושאים אלה נדונו בהרחבה ע"י העותרים בתגובתם, כאשר הנושא המרכזי ביניהם אף עמד בלב חוות הדעת של פרופ' קססה, ומכיוון שנושאים אלה עמדו גם בלב הדיון בעל פה שהתקיים בתיק ביום 8.7.03, נרחיב, אולי אף נרחיב ביתר, לגבי נושאים אלה במסגרת תגובה זו. אשר לנושאים אחרים שהועלו בתמצית בתגובת העותרים, הרי שככלל, יש בהודעתנו הקודמת משום תגובה מלאה ומספקת לכולם, ועל כן נתייחס אליהם רק בקצרה, אם יהיה בכך צורך.

כמו כן לא נדרש לטענות שאין להן השלכה ישירה על נושא העתירה, כגון טענת העותרים, לפיה לאמנת ג'נבה הרביעית כולה יש כיום מעמד של משפט מנהגי. כידוע, מדינת ישראל אינה מקבלת עמדה זו, אולם מאחר שלשאלה זו אין רלוונטיות לנושא העתירה, לא נדרש אליה במסגרת תשובה זו.

21. בטרם נידרש לסוגיות עליהן עמדנו בפרק המבוא, בהן תעסוק תגובה זו בהרחבה, מצאנו לנכון להתייחס בכמה מילים למספר מאפיינים מרכזיים של המשפט הבין-לאומי, הרלוונטיים לדיון בעתירה זו, שכן למאפיינים אלה יש חשיבות כללית לענייננו.

פרק ב. על אופיו ומהותו של המשפט הבין-לאומי

22. בבסיס טיעוניהם של העותרים ושל פרופסור קססה, עומדת הגישה לפיה המשפט הבין-לאומי הוא תורה סדורה, ברורה, חד-משמעית וממצה. ברוח זו, יכולים העותרים לטעון בנחרצות לקיומן (או העדרן) של קטגוריות משפטיות, לקיומם של איסורים ברורים וחד-משמעיים, ובכלל להציג את הסוגיות המתעוררות בעתירה שבנדון בצבעים של שחור ולבן.
23. יחד עם זאת, כל דיון מעמיק המתבסס על הוראות של דיני המלחמה שבמשפט הבין-לאומי חייב להכיר במספר אמיתות ביחס למהותו ואופיו של המשפט הבין-לאומי הפומבי:

א. למשפט הבין-לאומי יש מסגרת משפטית קזואיסטית - המתפתחת (במידה מסוימת בדומה למשפט המקובל) כתגובה לאירועים ותופעות המתרחשים בעולם והמחייבים התייחסות משפטית (נקודתית או עקרונית, לפי העניין). לפיכך, אין המדובר בתורה סדורה ואחידה אשר פותחה מתוך ראייה כוללת של מחוקק אחד, אלא ברצף של קביעות פרטניות היוצרות פסיפס של הסדרים משלימים, חופפים, חלקיים ולעתים אף סותרים;

ב. למשפט הבין-לאומי יש מקורות ייחודיים – מקורותיו של המשפט הבין-לאומי שונים תכלית השינוי ממקורותיו של משפט לאומי (Municipal Law). בעוד אשר מקורותיה העיקריים של שיטת משפט לאומית הם בדרך כלל חקיקה ופסיקה, הרי שהמשפט הבין-לאומי מכיר בחמישה מקורות משפטיים ייחודיים: אמנות בין-לאומיות; נוהג בין-לאומי; עקרונות משפטיים של "מדינות בנות-תרבות"; הכרעות של בתי משפט; וכתבי מלומדים. בהקשר זה יבקשו המשיבים להדגיש שלוש נקודות:

האחת – אין להמעיט בחשיבות העובדה שבמשפט הבין-לאומי בכוחם של הנוהג והפרקטיקה לשמש כמקורות משפטיים מחייבים. משכך, ברור לחלוטין שאחד המאפיינים החשובים ביותר של המשפט הבין-לאומי הוא יכולתו להשתנות ולהתאים עצמו, דרך נוהגן של מדינות (ובלא צורך בהליך "חקיקה" פורמלי), למציאות המשתנה של החיים.

השנייה - הכרעותיהם של טריבונאלים לאומיים משמשים אף הם כמקורות משפטיים, הן לבירור נוהגיה של מדינה קונקרטית והן כמקור לבחינת תוקפו של כלל עקרוני. יפים בהקשר זה דבריו של המלומד Brownlie, המתייחס לנושא זה באומרו:

"Decisions of national courts. Article 38(I)(d) of the Statute of the International Court [of Justice] is not confined to international decisions and the decisions of national tribunals have evidential value. Some decisions provide indirect evidence of the practice of the state of the *forum*

on the question involved; others involve a free investigation of the point of law and considerations of available sources, and may result in a careful exposition of the law.” [ההדגשה הוספה.]

I. Brownlie *Principles of Public International Law* (5th ed., 1998), 23

אגב, אף בחוות דעתו, בחר פרופסור קססה להביא לא פחות מארבע החלטות של בתי משפט לאומיים (שתיים מארה"ב, אחת מישראל ואחת מבריטניה) לחיזוק טענותיו.

על רקע דברים אלה, קשה לקבל את טענת העותרים, בסעיפים 64-65 לתגובתם, לפיה:

“העותרים, בכבוד הראוי, אינם סבורים שפיתוח ענפים חדשים למשפט הבין-לאומי נתון לבית משפט מקומי דוגמת בית המשפט הנכבד. למשפט הבין-לאומי מוסדות משלו ודרכים ייחודיות של התפתחות אשר כולם מצויים בספירה הבין-לאומית ולא באתרים הפנים-מדינתיים.”

השלישית - במשפט הבין-לאומי, בנושאים רבים, יש למלומדים שונים גישות שונות ותפיסות מגוונות. מכאן נובע שהמלומדים של המשפט הבין-לאומי תורמים לבירור המשפט ואף לפיתוחו באופן בלתי מבוטל. ואולם, מכאן גם נובע, כי במשפט הבין-לאומי לא ניתן לייחס חשיבות מכרעת לדעה, תפיסה או עמדה של מלומד זה או אחר, שכן אל מול כל מלומד ודעה ניצבים מלומד אחר ודעה שונה. הטיב להביע זאת המלומד Shaw בספרו על המשפט הבין-לאומי, בקובעו, כי המשפט הבין-לאומי מהווה למעשה מתודיקה לבירור טענות וטענות נגד:

“The range of theories and approaches to international law testifies both to the importance of the subject and the inherent difficulties it faces.

International law is clearly much more than a simple set of rules. It is a culture in the broadest sense in that it constitutes a method of communicating claims, counter-claims, expectations and anticipations as well as providing a framework for assessing and prioritising such demands.” [ההדגשה הוספה.]

M. N. Shaw, *International Law* (4th ed., Cambridge, 1997) 53.

ג. לרוב, המשפט הבין-לאומי הוא איטי בתהליך התהוותו. תוצאה זו היא טבעית, שכן מובן כי נדרש פרק זמן ארוך על מנת לטעון לגיבושו של נוהג בין-לאומי מחייב. בדומה,

במציאות הגיאוגרפית העולמית הנוכחית, כל ניסיון לגבש קונצנזוס בין-לאומי בשאלות אקטואליות מחייב משא ומתן ממושך לצורך יישוב האינטרסים הנוגדים של השחקנים השונים בזירה הבין-לאומית. מטעמים אלה אין זה מפתיע שישנן עד היום סוגיות שהמשפט הבין-לאומי מתקשה להסדירן, חרף העובדה שחלפו עשרות שנים מאז עלו לראשונה על סדר היום העולמי. בדומה, אין זה מפתיע כי ישנם נושאים אשר ההסדר המשפטי הקיים בעניינם הוא תוצאה של מציאות גיאוגרפית שחלפה מהעולם לפני עשרות שנים (ולעתים יותר מכך) אך טרם ניתן היה לגבש כללים חדשים ועדכניים יותר. ואולם, מנגד, קיימות גם סוגיות בין-לאומיות אחרות בהן המשפט הבין-לאומי מתהווה בקצב מסחרר תוך יצירת קונצנזוס רחב היקף. כך למשל, עדים אנו בשנים אחרונות להקמתו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי הקבוע הראשון, שאך לפני כעשר שנים החלו המאמצים להקמתו. דומה, כי אף סוגיית ההתמודדות עם הטרור הבין-לאומי מתפתחת בעשור האחרון בקצב מסחרר.

ד. בתחומים לא-מועטים, המשפט הבין-לאומי אינו יורד לפרטים ודקויות אלא מסתפק בקביעתם של עקרונות כלליים, אשר נתונים לפרשנויות משפטיות שונות ואף סותרות. כך, לשם הדוגמא, אחד מעקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי (המעוגן בין היתר במגילת האומות המאוחדות) הוא עיקרון ההגנה העצמית. העיקרון זוכה להכרה ותמיכה מוחלטת בקרב הקהילה הבין-לאומית. יחד עם זאת, בהעדר פרום או ערכאות משפטיות מחייבים, מתקשים מלומדי המשפט הבין-לאומי להגדיר במדויק את מהותו וגדרו של עיקרון "מוסכם" זה, וקיימות גישות שונות ביחס להיקפו ותוכנו.

ה. למשפט הבין – לאומי יש תחולה מודולרית – המדובר בתופעה אשר הינה, במידה רבה, ייחודית למשפט הבין-לאומי, והיא מתבטאת בכך שקיימת במסגרתו האפשרות שבאותה סיטואציה, יחולו הוראות שונות על מדינות שונות. כך, מצב שגור הוא כי מדינה א' תהא מחויבת לפעול בהתאם לנורמה אחת (אשר נקבעה בשורה של אמנות אשר מדינה א' היא צד להם) בעוד שמדינה ב' (אשר אינה צד לאותן האמנות) לא תהא מחויבת באותה נורמת-התנהגות. כדוגמא מייצגת ניתן להביא את נושא ההגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזוין. בנושא זה קיימות כיום במשפט הבין-לאומי התייחסויות במסגרת חמש אמנות רלבנטיות שונות (הכללים הנספחים לאמנת האג הרביעית משנת 1907; אמנת האג משנת 1954 להגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזוין; הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977; חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי משנת 1998; והפרוטוקול הראשון לאמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות משנת 1999). במידה רבה, תופעה זו היא תוצאה של רצונן של מדינות וארגונים ליצור נורמות חדשות, גם מקום שאין הן מצליחות לגבש קונצנזוס בין-לאומי נרחב ליוזמה. מובן כי למצב דברים זה יש פוטנציאל כאוטי לא מבוטל, אשר ילך ויגבר ככל שיווצרו יותר ויותר משטרים משפטיים מקבילים במשפט הבין-לאומי.

24. אין חולק על כך כי המשפט הבין-לאומי צמח והתפתח בעשורים האחרונים באופן ניכר, כך שהיום הוא חובק נושאים רבים יותר, חל על שחקנים וישויות רבים יותר, וקובע הסדרים

מפורטים יותר בנושאים השונים אותם הוא מסדיר. עם זאת, מאפייניו הייחודיים שפורטו לעיל גורמים לא אחת למצב בו אמירתו של המשפט הבין-לאומי בנושא ספציפי היא עמומה, חלקית, חסרה או לא-עדכנית.

25. המשפט הבין-לאומי העוסק בתחום הלחימה בטרור נמנה עם אותם חלקים במשפט הבין-לאומי המתאפיינים בבעיות המוצגות לעיל, דבר שיבוא לידי ביטוי גם בעת הניתוח הקונקרטי של הסוגיות הטעונות הכרעה במסגרת עתירה זו.

על רקעו של פרק כללי זה נתייחס עתה לנושא של "שימוש בכוח נגד טרור".

11. כללי

26. העותרים טוענים בתגובה שהגישו, כי מדינה המותקפת על ידי טרוריסטים רשאית להתגונן נגדם אך ורק תוך שימוש באמצעים של אכיפת חוק, כגון חקירות, מעצרים, העמדה למשפט, והטלת עונשי מאסר. בשום מצב (או כמעט בשום מצב), כך טוענים העותרים, אסור למדינה לנקוט אמצעים צבאיים כנגד טרוריסטים ומטרות טרור, שכן מדובר באזרחים שאינם לוחמים.

טענה זו משוללת יסוד, הן מבחינת הדין הבין-לאומי והן מבחינת הפרקטיקה הנוהגת על-ידי מדינות.

כפי שהובהר בתגובתנו הקודמת, דיני המלחמה הקלאסיים עסקו במלחמה בין מדינות. לדינים אלה יש שני ראשים עיקריים: ה- *jus ad bellum* – אלה הדינים המסדירים את חוקיות השימוש בכוח, או חוקיות "היציאה למלחמה"; וה- *jus in bello* – אותם דינים המסדירים את ניהול המלחמה. שני ראשים אלה משלימים זה את זה, אך אינם תלויים זה בזה; דהיינו, ה- *jus in bello* מחייבים את שני הצדדים למלחמה באופן שווה, ללא קשר לשאלה מיהו הצד שפתח במלחמה והאם הפתיחה במלחמה היתה חוקית, אם לאו.

ניסיונות מודרניים יותר של הקהילה הבין-לאומית להרחיב את דיני המלחמה מעבר ליחסים בין מדינות באופן כללי, ולהגדיר נורמות ברורות למלחמה של מדינות מול ארגוני טרור באופן ספציפי יותר, נתקלו תמיד במחלוקות פוליטיות עזות.

לאור מחלוקות פוליטיות אלה, לא גובשה עד כה אמנה כללית העוסקת בלחימה בטרור והמסדירה את אמצעי הלחימה שניתן לנקוט נגד ארגוני טרור ואת גדר האסור והמותר במסגרת עימות שכזה. במקום זאת, גובשו כ- 12 אמנות שונות, העוסקות כל אחת באספקט מסוים של טרור (חטיפות מטוסים, פיצוצים, וכד'), והמטילות על החברות באמנה חובות שיתוף פעולה בחקירות, במעצרים, בהעמדה לדין ובהסגרה. משמעות הדבר היא שלא התפתח במשפט הבין-לאומי תחום מגובש ומסודר של כללי הלחימה בטרור. בשל סיבה זו, אותן מדינות, כדוגמת ישראל וארה"ב, אשר מוצאות עצמן קורבנות מועדפים של הטרור הבין-לאומי, נדרשות, לא אחת, לפתח, בצד הפתרונות המבצעיים לטרור, גם פתרונות משפטיים, שיענו למציאות החדשה והקשה אשר עמה עליהן להתמודד.

למרות האמור, הרי שניסיון לטעון כאילו אמצעי אכיפת חוק הינם האמצעים היחידים החוקיים, העומדים לרשותה של מדינה המותקפת על ידי טרוריסטים, כפי שמנסים העותרים לעשות, אינו אלא ניסיון עקר שאין בו ממש.

27. לאמיתם של דברים, אין כיום, בקרב מומחי המשפט הבין-לאומי, כל מחלוקת משפטית של ממש לגבי השאלה אם מדינה רשאית להפעיל כוח צבאי כנגד טרוריסטים. המחלוקות, מקום שקיימות, מתמקדות בשאלה מתי מותר למדינה להפעיל כוח צבאי כאמור כנגד ארגון טרור, והאם מותרת הפעלת כוח שכזה אם כרוכה בכך פגיעה בריבונות מדינה אחרת.

גדר המחלוקת נעוץ בצורך ליישם את סעיף 2(4) למגילת האו"ם, האוסר על שימוש בכוח בין מדינות, ואת סעיף 51 למגילת האו"ם, המתיר, כחריג, שימוש בכוח כנגד מדינה אחרת ופגיעה בריבונותה למטרות הגנה עצמית מפני "התקפה חמושה" ("armed attack"), על עימותים מול ארגוני טרור.

על השאלה מתי מותר למדינה להפעיל כוח צבאי כנגד טרוריסטים, הכרוך בפגיעה בריבונותה של מדינה אחרת, עונים מלומדים:

כאשר התקפת הטרור עולה כדי "התקפה חמושה", כמשמעותה בסעיף 51 האמור, מותר למדינה להפעיל כוח צבאי כנגד טרוריסטים, כפי שמוותר לה במקרה שכזה להפעיל כוח צבאי נגד מדינה אחרת.

למעשה, קביעת קיומה של "התקפה חמושה" חשובה מבחינת ה- *jus ad bellum*, דהיינו, הצדקת עצם השימוש הראשוני בכוח כלפי המטרה.

המחלוקת בין המלומדים מתמקדת על כן בעיקרה בשאלה מתי ניתן לראות במתקפת טרור "התקפה חמושה": יש מי שחושב שכל ירי הוא "התקפה חמושה" המצדיקה שימוש בכוח להגנה עצמית, ויש המחמירים יותר, כמו הפרופ' גיימס רולס, הדורשים סף אלימות גבוה יותר. עם זאת, אפילו רולס מסכים כי התקפות טרור רחבות היקף, חוזרות ונשנות, עולות כדי "התקפה חמושה" לצורך סעיף 51. ראו:

James Rowles, *Military Responses to Terrorism: Substantive and Procedural Constraints in International Law*, 81 Proc. Am. Soc'y Int'l L. 314 (1987).

28. בהקשר זה נציין, כי היקפו של סעיף 51 עצמו, התנאי המגביל לכאורה של "התקפה חמושה" והזכות להגנה עצמית, הם כולם מושא לדיונים רבים של המלומדים. נזכיר רק כי בפרשת ניקרגואה (בה נדונה תמיכתה של ארה"ב בכוחות הקונטראס), קבע שופט בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, השופט שוויבל, כי סעיף 51 לא התיימר למצות את הזכות להגנה עצמית במשפט הבין-לאומי:

"... for my part, I do not agree with a construction of the United Nations Charter which would read Article 51 as if it were worded: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if,

and only if, an armed attack occurs...". I do not agree that the terms or intent of Article 51 eliminate the right of self-defence under customary international law, or confine its entire scope to the express terms of Article 51."

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua
(Merits) [1986] *I.C.J. Rep.* 14, 347-348.

(השופט שווייבל אמנם היה בדעת מיעוט לגופה של ההחלטה על בסיס הנסיבות הספציפיות של המחלוקת שהובאה בפני בית הדין, אך לא לעניין השאלה האם סעיף 51 ממצה את הזכות להגנה עצמית – שאלה שלא נבחנה בדעת הרוב).

29. בעניין זה, קובע גם הפרופ' דינשטיין:

"There is a strong school of thought maintaining that Article 51 only highlights one form of self-defence (namely response to an armed attack), and that it does not negate other patterns of legitimate action in self defence vouchsafed by customary international law."

Yoram Dinstein, *Law, Aggression, and Self-Defense* (3rd ed., 2001) 167.

30. במאמר מוסגר נציין, כי יש אף הטוענים כי המלחמה בטרור העולמי עיקרה מתוכן את המסגרת המגבילה לכאורה של סעיף 51 למגילת האו"ם, וכי ההיגיון העומד בבסיס הזכות האינהרנטית להגנה עצמית מאפשר פעולה רחבה הרבה יותר מזו המוסדרת במגילה:

"The upshot is that the Charter's use-of-force regime has all but collapsed. This includes, most prominently, the restraints of the general rule banning use of force among states, set out in Article 2(4). The same must be said, I argue here, with respect to the supposed restraints of Article 51 limiting the use of force in self-defense...".

M.J. Glennon "Military Action Against Terrorists Under International Law: The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter" 25 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (2002) 539, 540, 557.

בכל מקרה, מרגע שספגה המדינה "התקפה חמושה", אין מחלוקת בין המלומדים לגבי זכותה של המדינה להפעיל כוח צבאי מתוך הגנה עצמית.

לעניין זה, קובעים הפרופסורים בק (Beck) וארנד (Arend), בתום סקירה מקפת של הדין והפרשנות לו, כי:

"Legal scholars who have examined the *jus ad bellum* dimensions of the terrorism question would appear to agree on at least four basic principles. Virtually all recognize that: (1) if it has suffered an armed attack by terrorist actors, a state is entitled to defend itself forcibly; (2) a victim state's forcible self-defense measures should be timely; (3) a victim state's forcible self-defense measures should be proportionate; and (4) a victim state's forcible self-defense measures should be discriminate and taken against targets responsible in some way for the armed attack".

Robert J. Beck and Anthony C. Arend, "*Don't Tread on Us*": *International Law and Forcible State Responses to Terrorism*, 12 Wis. Int'l L. J. 153, 190 (1994).

31. יתרה מזאת, גם בחינת הפרקטיקה הנוהגת על ידי מדינות, מלמדת כי מדינות שראו עצמן תחת "התקפה חמושה" מצד טרוריסטים, וכמי שביטחונן מועמד בסכנה על ידי טרוריסטים אלה, הגיבו להתקפה באופן צבאי. במאמר משנת 1994, קובעים בק וארנד כי מאז אמצע שנות ה-60, בוצעה בממוצע תקיפת-נגד צבאית אחת מידי שנה כנגד בסיסי טרור, בדרך-כלל באמצעות כוחות מיוחדים או תקיפות אוויריות. ראו:

Beck & Arend, *supra*, at 190

כידוע, מספרים אלה גדלו באופן משמעותי בשנים האחרונות, במקביל לגידול בכוח ובמעשיהם של ארגוני הטרור.

32. המחלוקת בין המלומדים, כפי שצוין לעיל, ניטשה אפוא לא על השאלה אם מותר למדינה להפעיל כוח צבאי בתגובה לפעילות טרוריסטית המכוונת נגדה, אלא עסקה בעיקרה בשאלה **מתי** רשאית מדינה להגיב באופן צבאי.

בנוסף, התגלעה בין מלומדים שונים מחלוקת אם מותר למדינה להגיב בכוח צבאי נגד ארגון טרור, אם תקיפתו כרוכה בפגיעה בריבונות של מדינה אחרת. סלע המחלוקת בנושא זה היה נטוע בסעיף 2(4) למגילת האו"ם, האוסר על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות, ובעקרון הריבונות, האוסר על מדינות להתערב בענייניהן הפנימיים של מדינות אחרות.

השאלה שהעסיקה רבים מהמלומדים היתה אפוא האם מותר למדינה לתקוף טרוריסטים, באופן צבאי, **בשטחה של מדינה אחרת**. ודוק, המחלוקת לא היתה לגבי **עצם חוקיות השימוש בכוח צבאי** כנגד טרוריסטים, אלא לגבי חוקיות הפרת הריבונות של מדינה אחרת תוך כדי הפעולה הצבאית. לעניין זה ראו:

Beck & Arend, *supra*; Abraham Sofaer, *Terrorism, the Law, and the National Defense*, 126 *Mil. L. Rev.* 89 (1989); G. Roberts, *Self-Help in Combating State-Sponsored Terrorism: Self-Defense and Peacetime Reprisals* 19 *Case. W. Res. J. Int'l L.* 243 (1987); M. Baker, *Terrorism and the Inherent Right of Self-Defense*, 10 *Hous. J. Int'l L.* 38 (1987); M. Reisman, *International Legal Responses to Terrorism*, 22 *Hous. J. Int'l L.* 3 (1999).

מכל האמור עולה, כי אין ממש בטענת העותרים, כאילו אסור למדינה להפעיל כוח צבאי כנגד ארגון טרור, מאחר שארגון זה מורכב מ"אזרחים".

33. אשר לטענת העותרים, לפיה השימוש בכוח צבאי אסור במיוחד כנגד טרוריסטים המצויים בשטח הנתון בשליטת המדינה הנלחמת בהם, הרי שתחילה נציין, כי כפי שהדגשנו בהודעתנו הקודמת, בכל מקום בו ניתן לעצור מחבל באמצעים סבירים, ממילא מדיניות המשיבים הינה שיש לעוצרו ואין לנקוט צעד של סיכול ממוקד. מכל מקום, במישור המשפטי נבקש לציין, כי המחלוקת בין מלומדי המשפט הבין-לאומי היא דווקא ביחס לשימוש בכוח צבאי **בשטחה של מדינה אחרת**, וזאת משיקולים של הפרת ריבונותה. אולם בשטח הנתון בשליטתה של המדינה עצמה, שיקולים של הפרת ריבונות אינם רלוואנטיים כלל. כך למשל קובע דינשטיין (המשתמש לצורך טיעונו בשתי מדינות דמיוניות, "Utopia" ו-"Arcadia") לגבי שימוש בכוח צבאי על-ידי מדינה בתוך שטחה כנגד קבוצות טרור:

"Clearly, Utopia is entitled to employ force within its own territory, so as to extirpate all hostile armed bands or terrorists (wherever they come from). The question is whether, when the armed bands or terrorists operate from within Arcadian territory, but there is no complicity between them and the Arcadian Government, Utopia may take forcible counter-measures inside Arcadia."

DINSTEIN, *LAW, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE*, 213.

וכך קובעים גם בק וארנד:

"...force might be employed by a victim state if the terrorist actor were located in that state's jurisdiction or in an area beyond the jurisdiction of any state..".

Beck & Arend, *supra*, at p. 218.

34. בעניין זה מלמדת גם הפרקטיקה של מדינות שונות כי העותרים שוגים בטענתם. בהקשר זה נפנה למשל לדיווחי התקשורת האמריקאית המלמדים על תקיפות שביצע צבא ארה"ב כנגד מטרות החשודות בטרור, בתוך ערים בעיראק הנתונות בשליטה אמריקאית:

"A pair of 2,000-pound satellite-guided bombs were dropped late Tuesday near Baqouba, 30 miles northeast of Baghdad, on "camps suspected to have been used for bomb-making..." The military said the bombings were part of Operation Iron Hammer, the new aggressive tactic of initiating attacks against insurgents before they strike... In recent days, U.S. forces have used heavy artillery, battle tanks, attack helicopters, F-16 fighter-bombers and AC-130 gunships to pound targets throughout central Iraq, including Tikrit, Baqouba, and Fallujah.... residents expressed bewilderment at the offensive and the choice of targets in **territory fully controlled by coalition forces...**"

ABC News, Channel 15, November 27, 2003;

כן נפנה לדיווחים בעניין תקיפות אמריקאיות באפגניסטן, זמן רב לאחר שבוצעה הפלישה הראשונה לארץ זו, בשלהי 2001:

"American warplanes are striking a 'hotbed' of terrorist support in eastern Afghanistan to wipe out regrouping Taliban and Al-Qaida forces and hidden weaponry."

Susanne M. Schafer, *U.S. Warplanes Renew Strikes in Eastern Afghanistan*, Associated Press, July 1st, 2002:
<http://multimedial.belointeractive.com/attack/strike/0107warplanes.html>.

35. ניתן אפוא לסכם נקודה זו ולקבוע, כי הן מכתבי המלומדים והן מבחינת הפרקטיקה של מדינות המעורבות בכגון דא עולה כי אין כל ספק לגבי חוקיות השימוש בכוח צבאי כנגד טרוריסטים ומטרות טרור. מומחי המשפט הבין-לאומי מכירים בזכותה של מדינה

שספגה "התקפה חמושה" לנקוט אמצעים צבאיים, מתוך הגנה עצמית, כנגד טרוריסטים, וזאת הן בשטחה שלה, הן בשטח שבשליטתה, והן, בתנאים מסוימים, בשטחה של מדינה אחרת. זו גם הפרקטיקה הנוהגת על ידי מדינות.

ודוק, כפי שעולה בבירור מהסקירה דלעיל, תקיפת מטרות טרור באמצעים צבאיים מותרת גם בימי שלום, בתגובה להתקפה שספגה מדינה מצד ארגון הטרור המותקף. קל וחומר שתקיפת מטרות טרור תהיה מוצדקת במסגרת "עימות מזוין" מתמשך המנוהל בין המדינה לארגוני הטרור התוקפים אותה. במקרה כזה, בו מתקיים עימות מזוין, נשוב ונזכיר, אין צורך לבחון באופן פרטני לגבי כל פעולה, אם קדמו לה נסיבות המצדיקות מימוש הזכות ל"הגנה העצמית". כפי שצוין בהודעתנו הראשונה וכפי שצוין גם לעיל, בחינה זו נעשית אך לשם בחינת ההצדקה הראשונית לעצם השימוש בכוח. מכל מקום, ללא קשר לשאלה אם קיים צידוק לשימוש בכוח לפי דיני ה- *jus ad bellum*, משקיים בפועל עימות מזוין, הרי שעל תקיפת מטרות במסגרתו חלים דיני ה- *jus in bello* – הם דיני ניהול הלחימה, עליהם עמדנו בהרחבה בהודעתנו הראשונה ושלגביהם עוד נרחיב.

2ג. אמצעים לאכיפת חוק אל מול שימוש בכוח לחימתי

36. למרות כל אשר צוין בפרק הקודם, נכון הדבר כי מדינות רבות אכן ראו (וחלקן אף רואות עדיין) פעולות טרור כמעשי פשע, אשר יש לטפל בהם באמצעי אכיפת חוק מקובלים. עם זאת, השתכללות הטרור העולמי והפיכתו לסכנה קיומית לציביליזציה המערבית המודרנית בשנים האחרונות, הביאה לידי כך שיותר מדינות החלו לעשות שימוש גובר באמצעים צבאיים מלחמתיים – כבמלחמה בין מדינות – כנגד התקפות הטרור שכוונו נגדן. במקביל, פרסמו מלומדים רבים מאמרים החוזרים וקובעים כי יש לראות בטרור המודרני איום מעין-מלחמתי, המצדיק שימוש באמצעים צבאיים, וכי יש לראות בארגוני הטרור צד ישיר לעימות מזוין.

37. כך למשל, בהקשר של התקפות טרור שספגה ארה"ב, קובע המלומד בראון (Brown), כי בעוד שהתקפות הטרור על שגרירויות ארה"ב בקניה ובטנזניה עוד נתפסו כמעשים פליליים (אף כי לא היתה זו עמדת ממשל ארה"ב, אשר ראה בהן "התקפה חמושה" ואף הגיב עליהן בתקיפות של בסיסי טרוריסטים בסודאן ובאפגניסטן), הרי שלגבי אירועי ה- 11 בספטמבר, 2001, כבר היתה הסכמה כוללת כי מדובר במעשי מלחמה. למעשה, קובע בראון, השילוב שנוצר בין פשע לבין מלחמה שבר את המוסכמות הישנות במשפט הבין-לאומי, לפיהן שימוש בכוח, התקפות מזוינות וכיו"ב, הינם כלים היכולים לשמש אך מדינות ריבוניות. וזו לשונו:

"This new hybrid of crime and war has shattered the long-standing premise in international law that force, aggression and armed attacks are instruments of relations between states."

D. Brown, "Use of Force Against Terrorism After September 11th: State Responsibility, Self-Defence and Other Responses", 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 1, (Spring 2003), 2-3.

38. במאמר אחר שחובר בנושא ההתמודדות עם הטרור העולמי החדש, קובע המלומד Biggio באופן חד-משמעי, כי אין לראות בפעולות טרור סתם מעשים פליליים, אלא יש לראות בהן "מעשים מלחמתיים" ולהילחם בהן בהתאם. לגישתו, מלחמה חדשה זו עשויה, במקרים המתאימים, להצדיק גם הפרת ריבונותן של מדינות אחרות:

"This Note will advance two novel claims. First, acts of terrorism against a country by non-state sponsored organizations or individuals need to be considered more than just criminal acts. Instead, they should be considered acts of war against the victim nation. Accordingly, the traditional notions of war should be expanded to include rogue terrorists and their organizations as potential adversaries. Second, if a nation can declare war against a non-state sponsored organization, international laws must make concessions that will allow a country to prosecute such a war by conducting limited intrusions into the sovereign territory of another nation if that nation is unable or unwilling to cooperate with efforts to prevent further terrorist acts by groups or individuals operating within their boundaries."

Frank A. Biggio, "Notes: Neutralizing the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism", 34 *Case W. Res. J. Int'l L.* 1 (Fall, 2002).

39. גם פרופ' ג'ינקס (Jinks), בהתייחסו לנושא ההתמודדות עם פעולות טרור, קובע, כי דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, אשר נועדו מלכתחילה להסדיר פעולות איבה אינטנסיביות ומאורגנות, צריכים לחול כיום גם על רוב פעולות הטרור:

"If humanitarian law is to regulate intense, organized hostilities, this law should apply to much of the conduct traditionally characterized as "terrorism.""

Derek Jinks, September 11 and the Laws of War, 28 *YJIL* 1, at 41, 48-49

40. למעשה נראה, כי הגישה המתפתחת היום, גורסת כי מעשי טרור בהיקף קטן יחסית, יכול שייתפסו אך כ"מעשה פלילי", שיטופל באמצעי אכיפת חוק. אך מעשי טרור שיטתיים בהיקף ניכר, צריכים להתפס כ"מעשי מלחמה" מצד הטרוריסטים, המצדיקים שימוש מצד המדינה המותקפת באמצעים צבאיים. בחירת האמצעים שבהם תגיב מדינה נגד מעשי טרור, תלויה, בין היתר, בהיקף פעולות הטרור, בעוצמתן, במידת האיום שבהן, וכו', ונתונה לשיקול-דעתה הבלעדי של המדינה.

כך למשל קובעים פרופ' טרוואיו (Travallio) והאלוף במיל. אלטנבורג (Altenburg), מי שהיה העוזר לפרקליט הצבאי הראשי בצבא ארה"ב, כי למקבלי ההחלטות נתונה למעשה הפריבילגיה לבחור איזה משני סוגי האמצעים להפעיל:

"A state may use two possible legal theories in responding to terrorist acts: (1) a law enforcement approach or (2) a use of armed force (conflict management) approach. Until recently, the law enforcement approach has predominated...

...under appropriate circumstances, both approaches should be available to a state's decisionmakers, and the law of armed conflict approach may sometimes be the more appropriate strategy, depending upon the nature and scope of the terrorist acts at issue.

The actions of terrorists (unlawful combatants) that call for a law of armed conflict approach are those that may fairly be characterized as involving an "armed attack" against a state.

Individual criminal acts, riots, and minor disorders are not acts that justify the application of the law of armed conflict. Such acts rightly limit a state to a law enforcement approach".

G. Travallio and J. Altenburg, "State Responsibility, and the Use of Military Force", 4 Chi. J. Int'l L. 97, (Spring 2003), 100-101.

באופן דומה קבעה לאחרונה גם פרופ' ג'יין סתרומסטי' כי –

"Preventing and defending against terrorist attacks certainly requires law enforcement and intelligence cooperation on a global scale, but it may also require the appropriate and selective use of military force. The United States

and its allies should reexamine the concept of self-defense and update their understanding both of the circumstances justifying resort to self-defense and the scope of permissible action in the post-September 11th world."

Jane S. Stromseth, *Law and Force After Iraq: A Transitional Moment*, 97 AJIL 628, 635 (2003).

41. ברוח גישה זו, לפיה המאבק בטרור מצריך אמצעים הן מתחום אכיפת החוק והן מתחום המלחמה, פרסם נשיא ארה"ב בחודש פברואר 2003 את מסמך "האסטרטגיה הלאומית למלחמה בטרור", ובו קבע כך:

"While divulging the details of this aspect of the strategy would be imprudent, we will focus our efforts on three pillars. First, we will expand out law enforcement effort to capture, detain, and prosecute known and suspected terrorists. **Second, America will focus decisive military power and specialized intelligence resources to defeat terrorist networks globally**. Finally, with the cooperation of its partners and appropriate international organizations, we will continue our aggressive plan to eliminate the sources of terrorist financing."

NATIONAL STRATEGY FOR COMBATING TERRORISM, p. 17 (available on www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/20030214-7.html).

לבסוף, **אפילו פרופ' קססה**, נותן חוות הדעת מטעם העותרים, הודה אך לא מכבר, במאמר שפירסם, אף כי במורת רוח, כי הדעה המקובלת כיום הינה כי מדינות יכולות להגיב בכוח צבאי כנגד מתקפות טרור. ואלה היו דבריו:

"As to the specific question of how to react to *terrorist attacks*, some states (notably Israel, the United States and South Africa) argued in the past that they could use force in self-defence to respond to such attacks, by targeting terrorist bases in the host country... However, the majority of states did not share, let alone approve, this view. Furthermore, *armed reprisals* in response to small-scale use of force short of an armed attack proper, have been regarded as unlawful both against states and against terrorist organizations. The events of 11 September have dramatically altered this legal framework.

(Antonio Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, 12 *European Journal of Int'l. L.* 993, 996 (2001)).

42. ניתן אפוא לסכם חלק זה כדלקמן: שימוש בכוח כנגד מטרות טרור וטרוריסטים אינו תופעה חדשה. שימוש בכוח שכזה יכול שייעשה בתגובה ממוקדת על התקפה שספגה מדינה מצד טרוריסטים (כל עוד זו עלתה כדי "התקפה חמושה"), או באופן נרחב יותר, במסגרת מלחמה נמשכת כנגד טרוריסטים.

אין כל איסור במשפט הבין-לאומי על שימוש בכוח כאמור, בתנאים המצדיקים זאת. ניתן להשתמש בכוח כאמור בשטחה של המדינה המגיבה עצמה, בשטח הנתון בשליטתה, ולעתים גם בשטח הנתון בריבונותה של מדינה אחרת. עם זאת, שימוש בכוח צבאי כנגד מטרות בשטחה של מדינה אחרת, צריך לעמוד גם במבחנים נוספים, על מנת להצדיק את הפגיעה בריבונותה.

43. בשנים האחרונות הולכת וגוברת הנכונות לראות בהתקפות טרור "התקפות חמושות", המצדיקות שימוש בכוח צבאי, לעתים עד כדי מלחמה נמשכת בטרוריסטים. התפתחות זו בולטת הן בספרות המשפטית והן בפרקטיקה הנוהגת על ידי מדינות. למעשה, מדינות רשאיות להפעיל הן אמצעים צבאיים והן אמצעי אכיפת חוק במאבקן בטרור, תוך התחשבות בהיקף פעולות הטרור, תדירותן, האיום הטמון בהן, וכו', הכל לפי שיקול-דעתן של אותן המדינות.

44. **יישום כללים אלה לגבי העימות המתחולל בין מדינת ישראל לארגוני הטרור הפועלים נגדה בשטחים מוביל בבירור למסקנה כי מדובר בעימות מזוין אשר במסגרתו ישראל רשאית לעשות שימוש בכוח צבאי נגד המחבלים וארגוני הטרור. היקף פעולות הטרור, תדירותן, האיום הטמון בהן, וכיו"ב, מובילים כולם למסקנה זו בעליל ומבהירים כי אין כל ממש בטענת העותרים כאילו אסור לישראל לעשות שימוש בכוח צבאי במאבקה נגד ארגוני הטרור. לעניין זה נשוב ונדרש בהמשך, ביתר הרחבה.**

3. ארגון טרור כצד לעימות מזוין

45. אחת השאלות המרכזיות הנשאלות בסוגיית ההתמודדות עם תופעת הטרור היא, כלום ארגון טרור יכול לשמש צד למלחמה במובן המשפטי? המלומד Brown, בהתייחסו לשאלה זו קובע, כי ההבחנה שהיתה קיימת במשפט הבין-לאומי בין מדינות לבין ארגונים אל-מדינתיים נעלמה בעשורים האחרונים, כך שהיום ארגון אל-מדינתי יכול לבצע התקפה מזוינת כנגד מדינה:

"International law developed in a manner that clearly distinguished state actors from non-state actors. That distinction has eroded over the last few decades in many sub-disciplines, now including jus ad bellum. It must now be recognized that in modern warfare a non-state actor may have the capability to commit aggression not merely against persons, but against a state. When it does so, the principles of jus ad bellum can and should be applied in responding to that aggression."

Brown ,52-53

.46 ברוח זו קובעים גם Travallio ו-Altenburg כי לא קיים כל ספק שהמלחמה בטרור הינה לא פחות מוחשית ממלחמות רבות שנלחמו בעבר :

"There is no doubt that the United States and others are engaged in a "war" against terrorism no less real than many other wars fought in the past."

Travallio ו-Altenburg , 112-113

.47 הפרופ' J. Fitzpatrick בהתייחסה לנושא זה קובעת, כי אירועי ה- 11 בספטמבר ממחישים בצורה ברורה, כי כיום ארגונים לבר-מדינתיים עלולים לעצב את היחסים הבין-לאומיים בזירה הבין-לאומית באופן יותר משמעותי ממרבית המדינות בעולם :

" The events of September 11 vividly illustrate that non-state actors may now shape international relations and affect the conduct of powerful states more profoundly than many formal members of the territorial state club. Indeed, it is difficult to imagine a territorial state bold enough to launch such attacks openly upon the territory of the United States."

J. Fitzpatrick, "Sovereignty, Territoriality, and the Rule of Law", 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 303

.48 חשוב בהקשר זה לציין, כי ההכרה באפשרות קיומו של סכסוך מזוין מול ארגוני טרור והשימוש ההולך ומתרחב באמצעים צבאיים כנגד ארגוני טרור התאפשרו, בין היתר, כתוצאה מהיכולות הצבאיות, ואמצעי המלחמה חסרי-התקדים אשר מצויים כיום בידי ארגוני הטרור, וכן כתוצאה מנכונותם של ארגונים אלה להשתמש באמצעים אלה ללא קשר לחומרת התוצאות שיביא השימוש באמצעים אלה. Altenburg ו-Travallio בהתייחסם לנושא זה מציינים, כי לרשות ארגוני הטרור הבין-לאומיים עומדים כיום אמצעים ניכרים

(בין כלכליים ובין מבצעיים), אימונים צבאיים, ארגון וסדר, גישה פוטנציאלית לנשק בלתי קונבנציונלי וכיו"ב איכויות ויכולות, המאפיינות ככלל מדינות ריבוניות :

" Transnational terrorist threats now occur in the form of stateless entities that possess most of the attributes of a state: wealth, willing forces, training, organization, and potential access to weapons of mass destruction. However, unlike states, these terrorist organizations are led by individuals who are prepared to employ suicide missions on a regular basis and who display an utter disregard for both human life and the rule of law."

Travallio ו- Altenburg , 117-118

49. על רקע הדברים האמורים קשה להטיל ספק באפשרות קיומם של סכסוכים מזוינים בין מדינות לבין ארגוני טרור, במסגרתם מותר למדינות לעשות שימוש בכוח צבאי כנגד התקפות טרור רחבות היקף, כמקובל במלחמות בין שתי מדינות:

"On the macroscopic level, when that individual is part of an organization, or when an organization has provided funding, training, logistical support, and direction to that individual, the organization is responsible for the attack as well. The responsible organization, taken as a whole, will be considered to have committed the attack. It follows, therefore, that when a terrorist organization is responsible for an attack, a state may use counter-force not only against the individuals, but also against the entire organization."

Brown, 4-5

50. כאמור, בהתבסס על תפיסה משפטית-עובדתית זו, התהוותה בעשורים האחרונים פרקטיקה בין-לאומית, במסגרתה מדינות המעורבות בעימותים עם ארגוני טרור עשו שימוש באמצעים צבאיים נרחבים שהשימוש בהם מקובל בעימותים מזוינים קלאסיים. כך למשל, ראו מלחמתה של רוסיה נגד הטרור הצ'צ'ני, ארה"ב נגד אל קעידה, טורקיה נגד ה-PKK ועוד. כזכור, פרקטיקה בין-לאומית אף היא מקור נורמטיבי במשפט הבין-לאומי.

ג. סיווג הלחימה בטרור כעימות מזוין עליו חלים דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי

51. על רקע הפרקטיקה של מדינות ועמדות המלומדים באשר לרשות הקיימת למדינות להתייחס בשתי גישות אפשריות להתמודדות עם תופעת הטרור (גישת השימוש בכוח מלחמתי וגישת אכיפת החוק) ובהעדר הגדרה מחייבת של עימות מזוין במשפט הבין-לאומי (ראו Jinks בעמ' 21-22), נשאלת השאלה כיצד, אם כן, ניתן לזהות את המקרים בהם מצב הדברים בין הצדדים עולה כדי עימות מזוין. במאמר שפרסם לאחרונה המלומד Tannesson, מנהל המכון הבין-לאומי לחקר השלום באוסלו, הוא קובע בהקשר זה, כי כאשר שני צדדים לסכסוך תופסים את הסכסוך כמלחמה, משתמשים בכלי נשק וגורמים להרג אלפי אנשים, לא ניתן להגדיר זאת, אלא כמלחמה:

“When both sides in a conflict perceive what they are doing as ‘war’, use arms against each other, and cause the death of thousands, it seems difficult to categorise their interaction as anything else than ‘war’, ...”

S. Tannesson, *The Al-Qaeda – United States Conflict: A ‘Global Civil War’?*
(Paper presented at the COST conference, Copenhagen Peace Research
Institute (COPRI), 5 September 2002, 12

52. השאלה מתי קיים במקום מסוים "עימות מזוין", נדונה לאחרונה גם על ידי טריבונל הערעורים של בית הדין הבין-לאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר. לעניין זה קבע הטריבונל, כי "עימות מזוין" קיים כשמדינות עושות שימוש בכוח מזוין בינן לבין עצמן, או כשקיימת אלימות מזוינת ממושכת בין מדינה לקבוצות מזוינות מאורגנות, או בין קבוצות כאמור. כלשון הטריבונל:

“an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a state.”

Tadic, Case No. IT-94-1-AR 72, pp. 37;

53. לעניין זה נדרשה לאחרונה גם "הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם", המהווה פורום רב חשיבות וידוע העוסק בזכויות אדם, השייך לארגון המדינות האמריקאיות (OAS) והמאגד בתוכו 34 מדינות מצפון, מרכז ודרום אמריקה. וכך קבעה ועדה זו בהקשר דין:

"In certain circumstances, terrorist or counter-terrorist actions may involve organized violence of such intensity as to give rise to an armed conflict. Such would be the case, for example, where terrorist or counter-terrorist actions involve resort to armed force between States or low intensity and armed confrontation between A State and a relatively organized armed group or between such forces or groups within the territory of a state, which in some cases may take place with the support or connivance of states."

Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights (2002), sec. 73.

54. במצב בו ארגון טרור מנהל מערכה שיטתית נגד מדינה בשיטות טרוריסטיות, רשאית המדינה להשתמש נגדו בכוח מלחמתי. לענין זה נפנה לדבריו של פרופ' דינשטיין, העומד בספרו על-כך שרצף של פעולות טרור העולה לכדי דפוס התנהגות של ממש, מהווה הלכה למעשה "עימות מזוין":

"Since assaults by irregular troops, armed bands or terrorists are typically conducted by small groups, employing hit-and-run pinprick tactics, the question whether they are of 'sufficient gravity' and reach the *de facto* threshold of an armed attack – or the consensus Definition of Aggression – is clearly apposite... This is not to say that every single incident, considered independently, has to meet the standard of sufficient gravity. A persuasive argument can be made that, **should a distinctive pattern of behaviour emerge, a series of pinprick assaults might be weighed in its totality and count as an armed attack...**" [ההדגשה הוספה.]

Y. Dinstein, *War, Aggression and Self Defence* (3rd edition, Cambridge, 2001), 182.

55. הדברים שצוטטו לעיל, אשר עסקו, בין היתר, בעימות בין ארצות הברית לאל-קעידה, ובפרקטיקה המתפתחת של מדינות העושות שימוש באמצעי לחימה למיגור הטרור, יפים כמובן גם לענייננו. כל המקורות שצוטטו לעיל, ואחרים שלא צוטטו כדי שלא להאריך עוד יותר, תומכים כמובן בעמדת המדינה בעניין אבחון העימות בינה לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים כעימות מזוין – דבר המאפשר שימוש בכוח מלחמתי כנגד התקפות מזוינות המופנות כלפי המדינה. בפרק הבא נפרט בנושא זה ביתר הרחבה.

פרק ד. העימות המזוין עם הטרור הפלסטיני

56. הגישה לפיה מדינת ישראל מצויה בעימות מזוין הוסברה בפירוט בהודעת המדינה המשלימה מיום 2.2.2003. ראו, עמ' 14-4 להודעתנו הקודמת. כפי שצוין שם, מזה למעלה משלוש שנים נתונה מדינת ישראל בפני מסכת בלתי-פוסקת, מתמדת ורצחנית של פיגועים, המופנים כלפי ישראלים באשר הם, בלא כל הבחנה בין חיילים לאזרחים או בין גברים, נשים וטף. במסגרת מערכת הטרור הנוכחית, נהרגו עד כה, מאז סוף חודש ספטמבר 2000 למעלה מ-900 ישראלים, וכן נפצעו אלפי ישראלים אחרים. כן נהרגו ונפצעו אלפי פלסטינים בתקופה זו. למען ההשוואה נציין, כי כמות הנפגעים הישראלים יחסית לאוכלוסיית מדינת ישראל, גדולה פי כמה מאחוז הנפגעים שנפגעו בארה"ב במסגרת אירועי ה-11 בספטמבר אל מול אוכלוסיית ארה"ב. כידוע, וכפי שכבר ציינו, אירועי 11.9 הוגדרו על-ידי מדינות העולם וארגונים בין-לאומיים ללא כל היסוס כ"התקפה מזוינת" המצדיקה שימוש בכוח נגדי.

57. פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – השטחים) והן במדינת ישראל גופה. הם מופנים הן נגד אזרחים, בריכוזי אוכלוסין אזרחיים, במרכזי קניות ובשווקים, והן נגד חיילי צה"ל, בבסיסים ובמתקנים של כוחות הביטחון. ארגוני הטרור עושים שימוש בפיגועים אלה באמצעים בעלי אופי צבאי מובהק, כאשר המכנה המשותף לכולם הוא קטלניותם ואכזריותם. בין אמצעים אלה ניתן למנות פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכוניות תופת וכיו"ב. בתגובה למערכת הטרור האמורה, מדינת ישראל נוקטת בשורה ארוכה של צעדים ביטחוניים צבאיים, בעלי דרגות חומרה שונות. מצב זה, מבחינה עובדתית, הוא מצב שבו מתרחשים בשטחים **"אירועי לחימה של ממש"** (כפי שנקבע בבג"צ 2461/01 **כנעאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** תקדין עליון, 1/2001), (1600).

58. לא זו אף זו, מצב זה, מבחינה משפטית, הן אובייקטיבית (כמות האירועים, היקף הפעולות ועוצמתם) והן סובייקטיבית (תפיסת ארגוני הטרור ומדינת ישראל את הסכסוך) הוא מצב של **"Armed Conflict"** – ובתרגום לעברית – **"עימות מזוין"** או **"סכסוך מזוין"** (כפי שנקבע בבג"צ 7015/02, 7019/02 **עגורי אח' נ' המפקד הצבאי לאזור יו"ש**, פ"ד נו (6) 352 – להלן: פרשת עגורי). מכאן, כי על העימות בין ישראל וארגוני המחבלים והטרור הפלסטינים חלים דיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי (יהיה סיווגו של עימות מזוין זה אשר יהיה).

כאמור בעמ' 5-7 להודעתנו הקודמת, בית המשפט העליון קבע שוב ושוב כי אכן מתקיים באזורנו כיום "עימות מזוין".

59. עוד נבקש להוסיף בהקשר זה, כי בדין וחשבון מיום 9.10.2002, העוסק במדינת ישראל, שניתן על ידי הוועדה לזכויות הילד של האו"ם (אשר פועלת מכוח האמנה לזכויות הילד), הכירה גם ועדה זו בכך שישראל מצויה במצב של עימות מזוין (ראו סעיפים 31, 51, 58, 59).

לדין וחשבון אשר פורסם באתר האינטרנט של האו"ם – www.unhchr.ch. כך למשל, בסעיף 31 לדו"ח המתייחס לזכות לחיים של ילדים צוין, כי העימות המזוין הנוכחי בכלל, ומעשי הטרור בפרט, משפיעים לרעה על התפתחותם של הילדים:

"The Committee deeply regrets the killing and injuring of all children in the State party committed by all actors prior to and during the **present armed conflict**. It is extremely concerned about the consequences of the climate of terror which seriously harms the development of children."

הוועדה לזכויות הילד היא גוף הנהנה מיוקרה רבה, והיא מהווה גוף מרכזי בתחום השמירה על זכויות ילדים, כחלק מהמשטר שהתפתח במשפט הבין-לאומי העוסק בזכויות אדם. העובדה שגוף מכובד זה מצא לנכון להכיר בסיטואציה בה מצויה מדינת ישראל כבסיטואציה של "עימות מזוין", מלמדת כי גם בפורומים בין-לאומיים האמונים על זכויות אדם, אשר (כפי שאף עולה מהדו"ח) אינם נרתעים מלמתוח ביקורת על מדינת ישראל מקום שלגישתם יש מקום לעשות כן, מקובלת עמדת מדינת ישראל בהקשר זה.

60. בהקשר זה נוסף ונציין, כי העמדה לפיה המאבק בין ישראל לארגוני הטרור הוא בגדר מלחמה, נשמעת אף מצד ארגוני הטרור עצמם. כך למשל, הודיע מנהיג החמא"ס, השייח' אחמד יאסין, בראיון מיום ה- 30.3.2001, שפורסם באתר האינטרנט Rome La Republica כי

"כבר ישנה מלחמה כוללת [בין ישראל לפלסטינים]. אנו כבר נמצאים במצב מתלקח והוא יכול רק להסלים. אנו כבר עכשיו רואים את עצמנו במלחמה."

באופן דומה, הצהיר מחמוד אלזהאר, מבכירי החמא"ס ברצועת עזה, בראיון לטלוויזיית אלמנאר ביום 30.5.2001, כי –

"באדמות הכבושות משנת '67' ובהן רצועת עזה והגדה המערבית ובאדמה הכבושה משנת '48' מתנהלת מלחמה אמיתית והתנגדות אמיתית שקוטפת את פירותיה כעת באמצעות איומים על הביטחון האישי של המתנחלים בכל פלסטין, דבר אשר מחריב מהיסוד את רעיון הציונות."

ובראיון שנתן אלזהאר לטלוויזיה של אבו-דאבי ביום 8.7.2001 הוסיף –

"אנחנו במצב מלחמה... אנו מפנים מסר של אזהרה לכל ציוני באשר הוא, השווה על אדמה פלסטינית. לפי מסר זה – בטחונו מאוים, כל עוד נמצאים כיבוש והתנחלות על האדמה הזו."

61. בטרם נסכם עניין זה נבקש לציין, כי המדינה אינה טוענת כי כל תרחיש של התמודדות עם טרור בהכרח יביא לידי אימוץ הגישה של התרת השימוש באמצעים צבאיים מלחמתיים – כבמלחמה בין מדינות. יחד עם זאת, במצב הקיים כיום בין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים, אין ספק כי המדינה רשאית להפעיל את זכותה לעשות שימוש באמצעים צבאיים מלחמתיים – כבמלחמה בין מדינות – למגר את הטרור, להדוף את הסכנה ולשים קץ לחימה הנפשעת שנכפתה עליה.

62. לסיכום, מפרק זה עולה בבירור כי ישראל מצויה כיום בעימות מזוין המתנהל אל מול ארגוני טרור ומחבלים פלסטיניים. מצב עובדתי זה, נתפס הן על-ידי ישראל והן על-ידי ארגוני הטרור כמצב של מלחמה – מלחמה בין מדינה לבין ארגוני טרור וטרוריסטים. משכך, מוצדק במסגרת עימות זה לעשות שימוש בכוח צבאי כנגד ארגוני הטרור והמחבלים, וזאת בהתאם לדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי.

פרק ה. סיווג העימות המזוין והזכות האינהרנטית להגנה עצמית

63. העותרים, בתגובתם להודעתנו הקודמת (פסקאות 58-77), דורשים מהמדינה לפרט מהו סיווגו של העימות המזוין המתחולל בשטחים. כפי שצינו במבוא לתשובה זו, העותרים עצמם אינם נותנים תשובה ברורה לשאלה האם לדעתם קיים בכלל בשטח עימות מזוין. כל שהם מוכנים לומר הוא, שאם קיים בשטח עימות שכזה, הוא יכול להיות רק עימות מסוג אחד. לשיטתם, אם בכלל קיים עימות מזוין, הרי שמדובר ב'עימות מזוין בין-לאומי' (International Armed Conflict) מן הסוג המוכר בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה. לדבריהם, אם לא מדובר בעימות מזוין מסוג זה, כי אז אין בכלל עימות מזוין בשטח, אלא יש בשטח רק "מאבק של אזרחים", כאשר המחבלים הפועלים בגדרו של מאבק זה הינם פושעים המפרים את החוק בלבד, ולא צדדים לסכסוך מזוין. עמדתם זו של העותרים מובאת בתמצית בפיסקה 69 לתגובתם.

נאמנים לגישתם זו טוענים העותרים, כי אם המדינה אינה מוכנה לקבל את הטענה כי מדובר בסכסוך מן הסוג הנדון בפרוטוקול הראשון, כי אז אין היא יכולה לטעון בכלל לקיומו של סכסוך מזוין בינה לבין המחבלים הפלסטינים, ובכל מקרה, אין היא יכולה לטעון כי תחום זה איננו מוסדר במערכת דינים ספציפית ואין היא יכולה לטעון כי צריכים לחול על עימות זה דינים חדשים. לטענתם, אם המדינה אינה מכירה בתחולת הפרוטוקול הראשון על הסכסוך בינה לבין ארגוני הטרור, אין היא יכולה לטעון כי דיני הלחימה הבין-לאומיים חלים על סכסוך זה.

64. המדינה דוחה גישה זו מכל וכל.

ראשית, שאלת קיומו של סכסוך מזוין בין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים לבין מדינת ישראל כלל איננה תלויה בסיווגו של הסכסוך. השאלה אם קיים בשטח מסוים עימות מזוין, כפי שהבהרנו בפרק הקודם, הינה שאלה עובדתית-משפטית-מדינית: האם בשטח קיימים מעשי לחימה, והאם אלה נתפסים על-ידי הצדדים לסכסוך כמעשי לחימה. עובדה היא שמזה כשלוש שנים קיים בשטחים, בפועל, סכסוך מזוין המאופיין במעשי לחימה רבים, ועובדה היא שכך הדבר נתפס הן על-ידי הצדדים ללחימה והן על-ידי צדדים חיצוניים לה. במצב דברים זה ברור כי בפועל מתנהל בשטח עימות מזוין, וכתוצאה מיידיית מכך, ברור כי חלים על הסכסוך עקרונות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי – יהא סיווגו של הסכסוך אשר יהא.

אכן, יש חשיבות לשאלת סיווגו של הסכסוך המזוין, אך חשיבות זו הינה רק לגבי השאלה מהם הדינים הספציפיים, מתוך כלל דיני הלחימה, החלים על סכסוך זה, כאשר אין ויכוח על עצם העקרון, לפיו חלה על סכסוך זה "מערכת דיני הלחימה" של המשפט הבין-לאומי. כך למשל, במסגרת התשובה לשאלה זו יש להשיב לשאלה אם קיימת מערכת דינים ייחודית בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, אשר נועדה להסדיר סכסוכים מהסוג של

הסכסוך הנ"ל, או שמא יחולו על סכסוך זה רק העקרונות והדינים הכלליים של המשפט הבין-לאומי החלים בכל סכסוך מזוין, יהא סיווגו אשר יהא. אולם שאלת הסיווג אינה יכולה להשפיע על עצם הקביעה כי במצב מסוים קיים עימות מזוין.

לפיכך, טענת העותרים, לפיה עצם שאלת קיומו של הסכסוך המזוין נגזרת מעמדת המדינה לגבי תחולת הפרוטוקול הראשון על הסכסוך, היא טענה מופרכת.

65. שנית, למדינת ישראל, כמו לכל מדינה, נתונה זכות אינהרנטית ובלתי מעורערת להגנה עצמית מפני כל סכנה ותקיפה אשר נועדו לכלותה, בין אם אלה מופנות אליה באמצעות צבאות סדירים של מדינות, ובין אם הן מופנות אליה באמצעות מיליציות או ארגוני טרור. לגישת העותרים, רק אם ישראל היתה מצטרפת לפרוטוקול הראשון היא היתה יכולה להגדיר הסכסוך כסכסוך מזוין עליו חלים דיני הלחימה, ולהשיב מלחמה שעה באמצעים צבאיים, אך כיוון שהיא לא עשתה כן, אין לה לישראל ברירה, כי אם להסתפק בשימוש באמצעים של אכיפת חוק נגד ארגוני הטרור הקמים עליה לכלותה.

לגישה זו אין כל בסיס. הזכות להגנה עצמית הינה זכות אינהרנטית ששום אמנה לא נועדה להגבילה או לבטלה. כפי שכבר צוין לעיל, גם סעיף 51 למגילת האו"ם – שהוא הסעיף המעגן את זכותה של מדינה לפעול בכוח מתוך הגנה עצמית תוך פגיעה בריבונותה של מדינה אחרת – אינו מתיימר למצות את זכות ההגנה העצמית במשפט הבין-לאומי.

מדינה המצויה תחת התקפה מזוינת, רשאית לעשות שימוש בכוח מלחמתי, ככל אשר יידרש. הפרוטוקול הראשון, שעל אודותיו נרחיב בהמשך, איננו מהווה אלא ניסיון להסדיר את אופן הלחימה בסכסוכים מסוימים עם גורמים אל-מדינתיים הנופלים בגדר תחולתו, וזאת בהתאם לכללים הקבועים בו. אולם בכל מקרה, אי הצטרפות לפרוטוקול אין משמעה ויתור על זכות המדינה להגנה עצמית או ויתור על היכולת לעשות שימוש בכוח, ואין היא גוררת הגבלת זכות מרכזית זו, כנטען על-ידי העותרים, כי אם אי קבלת ההסדרים הספציפיים אשר נקבעו במסגרת הפרוטוקול לגבי המקרים עליהם הוא נועד לחול.

66. במילים אחרות, ההיתר להרוג מי שנוטלים חלק בלחימה בזמן סכסוך מזוין הינו היתר אינהרנטי הנובע מעצם קיומו של הסכסוך ומזכותה האינהרנטית של המדינה להגנה עצמית. לפיכך אין שחר לטענת העותרים, לפיה, כביכול, אי קבלת הפרוטוקול הראשון גורמת לביטול זכותה של המדינה להגנה עצמית.

67. בהקשר זה נדגיש, כי לפי גישת העותרים, גם ארה"ב, שאיננה חברה בפרוטוקול הראשון, צריכה להיות מוגבלת לכאורה בפעולותיה כנגד ארגון אל-קעידא לאמצעים של אכיפת חוק פלילית בלבד, ואסור לה – כביכול – עקב אי קבלת הפרוטוקול – להשתמש בכוח מלחמתי-צבאי כנגד ארגון טרור זה. לפיכך, לפי גישת העותרים, פעולות הלחימה של ארה"ב נגד ארגון זה, שקיבלו את ברכת העולם כולו, היו בלתי חוקיות כביכול. גישה זו

הינה כמובן גישה בלתי סבירה, שאין לה כל עיגון במשפט הבין-לאומי, ולא בכדי לא מובאת כל אסמכתא לגישה זו.

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי טענת העותרים, לפיה אי קבלת הפרוטוקול הראשון על ידי מדינת ישראל מובילה למסקנה כי אין באזורנו כלל עימות מזוין, הינה טענת סרק בלתי מבוססת.

68. למרות זאת, יש מקום לדעתנו להידרש לשאלת סיווגו של עימות מזוין כנגד טרור, מפאת חשיבותה העיונית של השאלה. לפיכך, לסוגיה זו נדרש עתה.

כפי שצינו בדברינו בפרק המבוא, שאלת הסיווג אינה שאלה פשוטה כלל ועיקר, והיא מעסיקה בימים אלה רבות את מלומדי המשפט הבין-לאומי. עיון בכתובה הרלוונטית מעלה כי קיימות כיום שלוש גישות עיוניות שונות באשר לשאלה כיצד יש לסווג עימות מזוין המתנהל בין מדינה לבין ארגון טרור.

- (א) גישה אחת סבורה כי מדובר בסוג של עימות מזוין בין-לאומי, שעליו חלים הדינים של עימות מזוין בין-לאומי, בשינויים המחויבים;
- (ב) גישה שנייה סבורה כי מדובר בעצם בעימות מזוין שאינו בין-לאומי, שעליו חלים דיני סכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, כלשונם או בשינויים המחויבים;
- (ג) גישה שלישית סבורה כי מדובר בקטגוריה נפרדת וייחודית של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור, שלא הוסדרה באמנה ספציפית, שעליה צריכים לחול דינים ייחודיים, המתפתחים בעשור האחרון ואשר עשויים להתבסס על העקרונות המשותפים לכל סכסוך מזוין.

להלן יוצגו גישות אלה ובהמשך (בפרק ו'), יפורטו מערכות הדינים החלות על-פי כל אחת מהן. ואולם, כבר עתה נקדים את המאוחר ונאמר, כי **לפי כל החלופות האפשריות, מותר למדינה להרוג מי שנלחמים כנגדה**, וזאת בהתאם לעקרונות היסוד של דיני המלחמה החלים בכל סכסוך מזוין.

1.ה עימות מזוין בין-לאומי

69. כאמור, האפשרות האחת היא לראות בעימות מזוין המתנהל בין מדינה לארגוני טרור, סוג של עימות מזוין בין-לאומי, שעליו חלים כללי עימות מזוין בין-לאומי, בשינויים המחויבים.

70. ההשקפה העומדת בבסיסה של גישה זו, היא שמבחינה קונספטואלית, עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור הכולל בחובו יסודות בין-לאומיים משמעותיים, דומה במאפייניו לעימות מזוין בין לאומי. כך למשל, בעימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, העימות חורג מגבולותיה של מדינת ישראל (ולפיכך אין מדובר בסכסוך פנימי); העימות מתנהל בחלקו

בשטחה של ישות מדינית, שלמרות שאינה מדינה - היא שואפת להיות כזו; חלק אחר של העימות מתנהל בשטחים עליהם מוחלים דיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי; העימות מתנהל עם ארגוני טרור זרים שבסיסיהם ופעילותם אינה מנוהלת בישראל; ועוד.

71. לפי גישה זו, לאור קיומם של יסודות בין-לאומיים אלה, מן הראוי לסווג ככלל עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור, החורג מתחומה של אותה מדינה, כעימות מזוין בין-לאומי, ואין מקום לסווגו כעימות מזוין שאיננו בין-לאומי או כעימות מזוין מסוג אחר.

72. מצד שני, בחינה מדוקדקת של האמנות העוסקות בעימותים מזוינים בין-לאומיים, ובראשן אמנות ג'נבה, מלמדת שהן לא צפו לחול, על פי נוסחן, על סכסוכים בין מדינות לארגוני טרור.

73. כך למשל, סעיף 2 המשותף לכל אמנות ג'נבה, קובע כי :

“In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them”. [ההדגשה הוספה.]

כלומר, התפיסה העקרונית המקובלת שעמדה לנגד עיניהם של מנסחי תקנות האג מ-1907 ומנסחי אמנות ג'נבה מ-1949, כמו גם התפיסה המצויה בבסיס דיני הלחימה המנהגיים, צפתה קיומם של סכסוכים מזוינים **בין מדינות בלבד**.

74. יחד עם זאת, ניתן לטעון, כי בשל קיומם של סממנים בין-לאומיים חזקים בחלק מן הסכסוכים המזוינים מול ארגוני טרור, הבולטים במיוחד בעימות המנוהל בינינו לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים, ניתן וצריך להחיל את דיני העימות המזוין הבין-לאומי, באופן אנלוגי ובשינויים המחויבים, גם על סכסוכים בין-לאומיים מסוג זה, שלא היו קיימים ערב קבלתן של תקנות האג משנת 1907 ואמנות ג'נבה משנת 1949.

75. כך למשל סובר Dunlap, יועץ משפטי בכיר בחיל האוויר האמריקאי, אשר קבע כי המלחמה בטרור מערבת למעשה אלמנטים של סכסוך מזוין בין-לאומי, מלחמת גרילה עולמית, וחקירה פלילית בין-לאומית רחבת היקף:

"The War on Terrorism is unlike any other war in Americas history. Terrorists do not wear uniforms, carry weapons openly, fight as organized units, or obey the most fundamental principles of the LOAC [Law of Armed Conflict]. **This**

new war combines the elements of an international armed conflict, a global guerilla war, and an international criminal investigation."

C. J. Dunlap, "International Law and Terrorism: Some "Qs and As" for Operators", October-November 2002 The Army Lawyer, Da Pam 27-50-357.

.76 בדומה, גם הפרופ' רוברט גולדמן, בהתייחסו לעימות בין ארה"ב לאל-קעידה, קובע כי:

"One might anticipate that the U.S., by analogy to interstate armed conflict rules, will treat Osama bin Laden and his associates as constituting a paramilitary organization whose members do not comply with the most basic rules and customs of warfare.

Robert K. Goldman, *Certain Legal Questions and Issues Raised by the September 11th Attacks*, 9 Hum. Rts. Br. 2, 3 (2001).

.77 ניתן אפוא לסכם גישה זו ולומר, כי לפיה, כיוון שמבחינה קונספטואלית העימות המזוין המתנהל בין ישראל - מדינה ריבונית - לבין ארגוני טרור פלסטיניים - ארגונים לבר מדינתיים - כולל אספקטים בין-לאומיים רבים, ניתן לראות בעימות זה כסוג של עימות מזוין בין-לאומי שעליו חלים כללי עימות מזוין בין-לאומי, בשינויים המחויבים מאופי הסכסוך. ההשקפה העומדת בבסיסה של גישה זו היא שמבחינה קונספטואלית העימות בין ישראל לפלסטינים דומה במאפייניו לעימות מזוין בין-לאומי, ועל כן היסודות הבין-לאומיים החזקים הקיימים בסכסוך זה, מעצבים גם את אופיו של הסכסוך. עם זאת, בהינתן העובדה שמנסחי אמנות גינה ותקנות האג לא צפו קיומו של סכסוך מזוין בין-לאומי המתנהל בין מדינה ריבונית לארגון על-מדינתי, יש להחיל את הדינים החלים על-פי אמנות אלה, על הסכסוך דנן, בשינויים המחויבים, הנובעים מהאופי המיוחד של הלחימה אל מול ארגונים לבר מדינתיים.

לשאלה מהי מערכת הדינים הספציפית החלה על העימות דנן, לפי גישה זו, נדרש בהמשך, במסגרת פרק ו'.

ה.2 עימות מזוין שאינו בין-לאומי

.78 אפשרות שנייה היא לסווג עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור כעימות מזוין שאינו בין-לאומי. באופן אינטואיטיבי ניתן לסבור שכל סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי (במובן של אמנות גינה, כלומר סכסוך שאינו מתנהל בין שתי מדינות) הינו עימות מזוין שאינו בין-לאומי. דא עקא, הואיל והמשפט הבין-לאומי מתפתח באופן קזואיסטי ואינו מהווה תורה

סדורה ושלמה, סברה אינטואיטיבית זו איננה מובנת מאליה, ורק חלק קטן מן המלומדים תומך בה.

79. לפי הגישה המסורתית, בקטגוריית הסכסוכים המוגדרים כ"סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל", נכללים רק חלק מוגדר מן הסכסוכים המזוינים שבפועל אינם בין-לאומיים, וזאת בהתאם לשני מקורות משפטיים מרכזיים:

המקור האחד הוא סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1949, הקובע את אמות המידה הבסיסיות להגדרת סכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים (בהמשך נפרט אודות תוכנו המהותי של סעיף זה). על-פי סעיף זה, סכסוכים מזוינים שאינם סכסוכים בין-לאומיים הינם רק אלה המתרחשים בתוך שטחה של מדינה מסוימת.

המקור המשפטי השני לנושא זה מצוי בפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ג'נבה משנת 1977, המתייחס לקטגוריה עוד יותר מצומצמת של עימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים – היינו, לעימותים מזוינים שאינם עימותים בין לאומיים, המתנהלים בתחומה של מדינה מסוימת, בין הכוחות המזוינים של מדינה זו לקבוצות חמושות בדלניות השולטות בחלק משטחה.

וכך קובע הפרוטוקול השני במקור:

"This Protocol,...., shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of... [Protocol I]... and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed groups which, under responsible command, exercise such control over part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol".

80. על-רקע האמור, בחלק מן הספרות הרלוונטית מקובל לחשוב שעימות מזוין המוגדר כ"עימות מזוין שאינו בין-לאומי", מקביל למלחמת אזרחים – היינו, למלחמה המתנהלת בתחומי מדינה בין הממשלה לארגון המנסה לתפוס את השלטון במדינה (כפי שצוין מפורשות במסגרת הפרוטוקול השני). כמו כן, מרבית הספרות גורסת כי עימות מזוין שאינו בין-לאומי אכן מוגבל לעימות המתרחש בשטחה של המדינה שהינה צד לסכסוך.

81. גישה זו עולה מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. ראו לעניין זה:

II-B Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, at 53-94
;(1951)

Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *The Constitutional Validity of Military Commissions*, 5 Green Bag 2d 258 (2002).

כמו כן, ניתן להצביע על אסמכתאות רבות התומכות בגישה זו:

MORRIS GREENSPAN, THE MODERN LAW OF LAND WARFARE ;(1959) 619-27
 Jordan J. Paust, *Addendum: War and Responses to Terrorism*, ASIL Insights,
 at <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#addendum2> (Sept. 2001).
 Steven Ratner, *International vs. Internal Armed Conflict*, in CRIMES OF WAR
 206-207 (Roy Gutman & David Rieff eds., 1999).

82. פרשנות זו, מייצגת את ה"גישה הקלאסית" לנושא זה של "עימות מזוין שאינו ביני"לי".

לפי גישה זו, סעיף 3 לאמנות ג'נבה, אינו חל על הסכסוך בין ישראל לארגוני הטרור, שכן הסכסוך אינו מוגבל לשטח המדינה.

כמו כן, לפי גישה זו, גם הפרוטוקול השני, אינו חל מבחינה עניינית על הסכסוך בין ישראל לארגוני הטרור, שכן אין המדובר בסכסוך המוגבל לתחומי ישראל, וארגוני הטרור אינם שולטים בשום חלק משטח המדינה.

כן יש להוסיף ולציין, כי ישראל אף אינה צד לפרוטוקול השני, שמהווה דין הסכמי מובהק.

83. למרות האמור, הרי שלאחרונה מוצגת בספרות גישה חדשה, המנסה לגרוס כי המונח "עימות מזוין שאינו בין-לאומי" מכסה את כל אותם עימותים מזוינים שאינם נופלים במסגרת ההגדרה של "עימות מזוין בין-לאומי", וזאת אף אם אין מדובר במלחמת אזרחים, ואף אם סכסוכים אלה חורגים מגבולותיה של המדינה.

84. גישה חדשה זו מבוססת על תפיסה הוליסטית (שלמה) של המשפט הבין-לאומי, ולפיה, במשפט הבין-לאומי אין ואף לא יכולה להיות לאקונה. לפיכך, אם סכסוך מזוין מסוים איננו נכנס בגדר הגדרת סכסוך מזוין בין-לאומי, הוא בהכרח יוגדר כסכסוך מזוין שאינו בין-לאומי.

85. מבחינה לשונית, תזה זו מבוססת על פרשנות של הוראות סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, העוסק בסכסוכים מזוינים שאינם בין-לאומיים. למרות העובדה שהסעיף עוסק בסכסוך המתרחש בשטחה של מדינה החברה באמנה, ולמרות ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף, טוענים מספר מלומדים שיש לפרש סעיף זה כקובע הגדרה שיווית להגדרה של עימות מזוין בין-לאומי, המופיעה בסעיף 2 לאמנת ג'נבה.

86. כך למשל, במאמר שפורסם ב – YJIL כותב פרופ' Jinks את הדברים הבאים :

"By its terms, Common Article 3 applies to "armed conflicts not of an international character"... Three interpretations of the text find some support in its text, structure, and history. The plain meaning of the text suggests that the provision covers all armed conflicts not involving two or more states. The legislative history of the provision, on the other hand, provides some evidence that it applies only to 'civil wars' proper. Moreover, some evidence suggests that the provision governs only those 'armed conflicts' confined to the territory of one state... I conclude that the best reading of Common Article 3 is that it applies to all armed conflicts not covered by Common Article 2 of the Geneva Conventions".

Derek Jinks, "September 11 and the Laws of War", 28 YJIL, 2003.

ובהמשך הדברים :

"The September 11 attacks, if properly characterized as the initiation or confirmation of an 'armed conflict' within the meaning of the Geneva Conventions, come within the material field of application of Common Article 3."

Derek Jinks, at 41

בכך מבטא Jinks למעשה גישה הוליסטית למשפט.

87. יודגש, כי מלומד זה ואחרים ערים היטב לקושי הקיים בפרשנות המוצעת על ידם. כך, פרופ' Jinks דן ארוכות בהיסטוריה החקיקתית של הסעיף ובמגבלה הכלולה בו באשר לתחולתו על סכסוכים המוגבלים לתחומי המדינה. אולם למרות הקשיים האמורים נוטים מלומדים אלה, בסופו של דבר, לדעה, כי סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, אשר מסדיר את הדינים החלים בעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, חל גם על סיטואציות של עימות בין מדינה לארגון טרור.

88. גישה זו מבוססת על ההשקפה לפיה עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור קרוב יותר לעימות מזוין שאינו בין-לאומי, מאשר לעימות מזוין בין-לאומי. ראו למשל:

S. Tannesson, The Al-Qaeda – United States Conflict: A ‘Global Civil War’?
(Paper presented at the COST conference, Copenhagen Peace Research
Institute (COPRI), 5 September 2002, 4.

89. לסיכום, באופן מסורתי, המונח עימות מזוין שאינו בין-לאומי התייחס למלחמות אזרחים שהיו מוגבלות לתחומי המדינה שהיתה צד להן. אולם בשנים האחרונות החלה להישמע עמדה בספרות המשפטית, אשר לפיה הן מבחינה לשונית והן מבחינה קונספטואלית, יש לסווג עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור כעימות מזוין שאינו בין-לאומי, שכן גם כאן מדובר בעימות בין מדינה לארגון שאינו מדינה. יצוין, כי אף אם אין מקבלים את הפרשנות לפיה סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה מסדיר סכסוכים בין מדינה לארגון טרור, עדיין ניתן לטעון כי בשל הדמיון הקונספטואלי הקיים בין סכסוכים בין מדינה לארגון טרור ובין עימות מזוין שאינו בין-לאומי, יש ללמוד, על דרך האנלוגיה, מההוראות החלות בעימות מזוין שאינו בין-לאומי, באשר לדין החל בעימות מזוין בין מדינה לארגון טרור.

90. לפיכך, לפי גישה זו, על הסכסוך בין ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים, יחולו דיני עימות מזוין שאינו בין-לאומי, ובראשם סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. על מערכת הדינים המהותית החלה על עימות מזוין שאינו בין-לאומי, נרחיב בהמשך, במסגרת פרק ו'.

ה.3 קטגוריה נפרדת של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור

91. אפשרות שלישית היא לסווג עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור כקטגוריה נפרדת של עימות מזוין, שאיננה מוסדרת באמנה ספציפית.

92. התומכים בגישה זו סבורים, כי עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור אינו מהווה עימות מזוין בין-לאומי. זאת, כיוון שסממן היסטורי מרכזי של עימות מזוין בין-לאומי מצוי בכך שהצדדים לסכסוך הם מדינות ריבוניות.

93. כמו-כן, סבורים התומכים בגישה זו, כי עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור אינו מהווה עימות מזוין שאינו בין-לאומי, שכן, לגישתם, "עימות מזוין שאינו בין-לאומי" כולל בחובו רק מלחמות אזרחים או מלחמות המוגבלות לשטחה של מדינה בלבד.

94. על פי גישה זו, מתהווה במשפט הבין-לאומי קטגוריה נוספת של עימותים מזוינים – הכוללת עימותים מזוינים המתחוללים בין מדינות לארגוני טרור. המדובר למעשה בסוג של

סכסוך מזוין, שלא נקבעו לגביו מערכת דינים מיוחדת וכללים ספציפיים החלים עליו, אך בכך אין כדי לגרוע מהיותו בבירור סוג של עימות מזוין.

95. גישה זו מתבססת על ההבנה כי המשפט הבין-לאומי מתפתח באופן קזואיסטי תוך שהוא מסדיר התרחשויות בין-לאומיות שונות ומנסה לתת להן מענה משפטי הולם. לפי תפיסה זו, קיימים במשפט הבין-לאומי סוגים מסוימים של סכסוכים מזוינים שזכו להסדר ספציפי וייחודי, ולעומתם קיימים סכסוכים מזוינים אחרים שאין לגביהם הסדרים ספציפיים.

96. בהקשר זה של התהוות קטגוריה חדשה של סכסוך מזוין, קרי, סכסוך מזוין בין מדינה לארגון טרור, נבקש להפנות לספרו של המלומד Shaw, על המשפט הבין-לאומי. Shaw מציין בספרו, כי המשפט הבין-לאומי הוא תוצר של הסביבה שלו. הוא צמח והתפתח מכוח היחסים הבין-לאומיים שבין מדינות, ועל-מנת לשרוד הוא צריך לדור בכפיפה אחת עם המציאות העכשווית:

“Similarly, international law is a product of its environment. It has developed in accordance with the prevailing notions of international relations and to survive it must be in harmony with the realities of the age.”

M. N. Shaw, *International Law*, 4th ed. Cambridge, 1997, 36

97. מן הראוי לשוב ולהזכיר כי אף בית המשפט העליון של מדינת ישראל הכיר בכך כי קיים צורך לתת פרשנות דינמית להוראות של המשפט הבין-לאומי הקלאסי, תוך יישומן של הוראות אלה ללחימה בטרור, על-מנת לתת פתרונות למצבים חדשים הנוצרים מבחינת המשפט הבין-לאומי בכל הנוגע ללחימה השוררת בשטחים. ראו פרשת עג'ורג', נספח מש7/ להודעתנו הקודמת, בעמ' 24.

98. Shaw בספרו מוסיף ומציין, כי קיים מתח תמידי בין הכללים המבוססים והישנים לבין הכוחות החדשים והמתפתחים, הדורשים שינוי. אחת הבעיות הגדולות של המשפט הבין-לאומי היא לקבוע מתי ואיך ליצוק דפוסי התנהגות חדשים, מתוך הכרה במציאות חדשה, לתוך המסגרת הקיימת, כך שהמשפט יישאר רלוונטי אך המערכת לא תזועזע מיסודותיה (שם, בעמ' 36).

99. כך גם מציינת המלומדת L.D. Beck, במאמר שחיברה בנושא יישום המשפט ההומניטרי במלחמות עתידיות, כי קיים צורך לפתח את המשפט על-מנת לתת מענה לסוגי לחימה חדשים:

“It is clear that law will need to be developed in order to address new methods of warfare.”

L. D. Beck, "Implementation of International Humanitarian Law in future Wars", in M. N. Schmitt & L. C. Green (Editors), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium* (Naval War College, Vol. 71, 1998), 45

Beck בסיכום מאמרה מציינת, כי בהעדר מאמצים לאיתור דרכים ליישום המשפט ההומניטרי גם על סכסוכים מזוינים בלתי מסורתיים, עלול להתגלות משבר מוחלט לגבי קיום הוראות המשפט ההומניטרי בסכסוכים מסוג זה:

"The twenty-first century could easily witness a catastrophic lack of humanitarian law implementation, with much of it being seen as irrelevant because the vast majority of conflicts are not classic inter-State ones. Dangerous new means and methods of warfare, ideological conflicts, and further rampant arms proliferation, all taking place in the context of an increasingly disturbing environmental situation, could easily spell disaster... Efforts should be made to establish how the law can be applied to nontraditional situations, and effective mechanisms put in place."

100. על-פי גישה זו, לסוג חדש זה של "עימות מזוין נגד טרור", יש מאפיינים הן של עימות מזוין בין-לאומי והן של עימות מזוין שאינו בין-לאומי. מחד גיסא, העימות חורג מגבולה של מדינה, כך שיש לו מאפיינים בין-לאומיים. מאידך גיסא, הסכסוך מתקיים עם ארגון שאינו מדינה, בדומה למצב בעימות מזוין שאינו בין-לאומי. לפיכך, חלה על סכסוך מסוג זה מערכת דינים ייחודית הרלוונטית לאופיו ולנסיבותיו.

101. התפתחות זו היא חלק מתהליך כולל המתרחש במשפט הבין-לאומי. המשפט הבין-לאומי ה"קלאסי", המתייחס למדינות כאל האורגנים העיקריים ביחסים בין-לאומיים, אט-אט מתאים עצמו למצב בו לארגונים שאינם מדינות תפקיד הולך וגדל בעיצוב המציאות העולמית. תופעה זו אינה ייחודית לתחום המלחמה בטרור, אך תחום הלחימה בטרור הוא תחום בו היא מקבלת ביטוי מרכזי ביותר:

"today's world is one where the number of actors in international politics far exceeds the number of nation-states. Multi-national corporations transfer capital... Non-governmental organizations have created transnational networks of cooperation... And terrorist groups with global reach are able to strike with devastating effectiveness against targets as widely dispersed as a US embassy in Tanzania, a naval warship off the coast of Yemen, a tourist hang-out in

Bali, and the Pentagon on the outskirts of Washington DC – killing many hundreds at almost every turn”.

Daalder, 16(1) *Leiden Journal of Int'l Law*, p. 178.

102. על התפתחות זו המתרחשת בתחום המלחמה בטרור ניתן ללמוד מכתבי מלומדים רבים המתארים התפתחות זו. כך למשל, פרופ' Slaughter (נשיאת ה – American Society of International Law) ומר Burke-White מביעים את עמדתם, במאמר שפרסמו לאחרונה, כי מדובר בסוג חדש של מלחמה המצריך כללים חדשים:

“ We thus find ourselves between the threats and the wars of the twentieth century and those of the twenty first. The war in Afghanistan is not a war against a geographically bounded state, nor is it a war against a religion, a people or a civilization. It is a new kind of war, a war against stateless network individuals... To respond adequately and effectively to the threats and challenges that are emerging in this new paradigm, we need new rules.”

[ההדגשות הוספו.]

Anne-Marie Slaughter & William B. White, “An International Constitutional Moment”, *Winter 2002 Harv. Int'l L. J. 1*.

103. גם המלומד Tannesson, מנהל המכון הבין-לאומי לחקר השלום, מציג במאמרו עמדה דומה:

“The US–Al-Qaeda war does not fit into our normal categories. It is neither a civil nor an international war, although it has elements of both... Should the US–Al-Qaeda war be considered another 'extra-systemic' aberration? Or does it represent a new category?”

S. Tannesson, *A 'Global Civil War'?*, *Security Dialogue* 33(3).

תשובת המחבר לשאלה זו הינה, כי יש להכיר בקיומה של קטגוריה חדשה של עימותים מזוינים, אשר מכסה גם עימות בין מדינה לארגון טרור גלובלי.

104. גישה דומה מציג גם ארגון זכויות האדם InterRights :

"It may be that the events of September 11 highlight a new hybrid type of armed conflict between organized groups and foreign States. The law governing such a scenario is unsettled."

InterRights, *International Rights and September 11*, at IV(a), October 2001
<http://www.interrights.org/about/Seot%2011%20Parts%2011V.htm>.

105. באשר למהותה של קטגוריה חדשה זו מציין Tannesson במאמר נוסף שפרסם כי :

"The war between Al-Qaeda and the United States does not seem to fit into either of the two normal categories,..."

ובהמשך :

"Thus, the war seems essentially civil, and must be analysed with the methods used to understand asymmetric civil wars, although it is transnational and global in character."

S. Tannesson, *The Al-Qaeda – United States Conflict: A 'Global Civil War'?*
 Paper presented at the COST conference, Copenhagen Peace Research
 Institute (COPRI), 5 September 2002, 12.

106. יתרונה של גישה זו, הקוראת להכיר בקיומה של קטגוריה נפרדת של עימות מזוין בין מדינות לבין ארגוני טרור אל-מדינתיים, הינה בכך שהיא מכירה בעובדה שהמציאות של ארגוני טרור הרומסים ברגל גסה עקרונית יסוד וכללים בסיסיים של דיני הלחימה במשפט הבין-לאומי, מחייבת יצירה של דיני לחימה ייחודיים שלפיהם יתנהל עימות מזוין עמם. דיני הלחימה החלים בעימות מזוין מן הסוג המוכר באמנות השונות, מניחים א-פריורית כי שני הצדדים ללחימה מחויבים בכיבוד הדדי של כללי לחימה מסוימים. על-בסיס הנחה זו, עוצבו דיני הלחימה, באופן שנועד להבטיח אפשרות לניהול לחימה אפקטיבית מחד-גיסא, תוך הגנה על מי שאינם מעורבים בלחימה והכרה בצרכים ההומניטריים שלהם, מאידך גיסא. אלא שהפרקטיקה של ארגוני הטרור, שאינם כופפים עצמם לדיני לחימה כלשהם, מערערת את האיזון שעל בסיסו גובשו דיני הלחימה. מצב זה מצריך גיבוש של דיני לחימה ייחודיים, שיתאימו לסיטואציה ייחודית זו.

107. לסיכום, הרי שבפרק זה הצגנו את הגישה הסוברת כי במשפט הבין-לאומי התפתח סוג חדש של עימות מזוין – זה המתנהל בין מדינה לארגון טרור. לפי גישה זו, אין זה מן הראוי לסווג סכסוכים המתנהלים בין מדינות לבין ארגוני טרור כחלק מאחת הקטגוריות

המסורתיות שבמשפט הבין-לאומי, אלא ראוי לסווגם כסכסוך מזוין מסוג חדש. גישה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת המשפט הבין-לאומי כמערכת משפט קזואיסטית, המנסה לתת מענה להתרחשויות בין-לאומיות שונות המתחדשות כל העת. אשר למערכת הדינים המהותית החלה על סכסוך מסוג זה, על כך נרחיב בפרק ו'.

ה.4 הפרוטוקול ה-I ואי תחולתו על העימות בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים

108. כפי שהראנו לעיל, קיימות מספר דרכים שונות להסתכל על הסכסוך המזוין הקיים בין ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים. לפי כל אחת מן האפשרויות השונות, חלה מערכת דינים שונה (כפי שנרחיב על כך בהמשך). ברם, דבר אחד ברור, והוא שקיים כאן עימות מזוין. אשר לדינים המהותיים הרלוונטיים לנושא העתירה, נקדים את המאוחר ונאמר, כי בכל הנוגע לנושא עתירה זו, לפי כל אחת מהשיטות, מותר לפגוע במי שנוטלים חלק פעיל בעימות זה.

109. מכל מקום, בטרם נידרש לנושא זה, נתייחס שוב לטענה מרכזית של העותרים, אשר טוענים בתגובתם להודעתנו הקודמת, כי רק אם ישראל היתה מצטרפת לפרוטוקול הראשון, היא היתה יכולה להגדיר הסכסוך כסכסוך מזוין עליו חלים דיני הלחימה, אך כיוון שהיא לא עשתה כן, אין מדובר בכלל בסכסוך מזוין, ועל כן אין לה לישראל ברירה, כי אם להסתפק בשימוש באמצעים של אכיפת החוק.

כבר ציינו לעיל, כי לגישה זו אין כל בסיס. השאלה אם במקום מסוים מתקיים עימות מזוין אם לאו, היא שאלה עובדתית-משפטית-מדינית, שאיננה תלויה בשאלה אם אמנה מסוימת חלה על אותו עימות אם לאו.

כפי שהראינו בהרחבה בהודעתנו הראשונה ובהודעה זו, ניתוח עובדתי-משפטי-מדיני מוביל באופן חד משמעי למסקנה כי בענייננו קיים "עימות מזוין", וכך קבע גם בית המשפט (ראה למשל פרשת עגורני). השאלה אם הפרוטוקול ה-I חל בענייננו אם לאו, היא ודאי שאלה נכבדה, אולם אין לה השלכה על שאלת קיומו או אי קיומו של עימות מזוין, אלא רק על השאלה מהי מערכת הדינים החלה בסיטואציה זו. הפרוטוקול ה-I לא "יצר" סכסוכים מסוג חדש, אלא נועד רק להוסיף ולהסדיר את מערכת הדינים שתחול על סיטואציה עובדתית שעליה חל פרוטוקול זה, כפי שהפרוטוקול ה-II, שנחתם במקביל, לא "יצר" סכסוכים פנים מדינתיים, אלא נועד רק להסדיר את מערכת הדינים שתחול בסיטואציות שכאלה. לפיכך ברור, כי לא ניתן לקבל את טענת העותרים, שלפיה ההחלטה אם לחתום על הפרוטוקול ה-I אם לאו, היא שקובעת אם מתקיים באזורנו עימות מזוין אם לאו.

110. בנוסף, כפי שכבר הודגש, הזכות להגנה עצמית הינה זכות אינהרנטית הנתונה לכל מדינה. מדינה הנתונה תחת התקפה מזוינת, רשאית לעשות שימוש בכוח לחימתי, ככל אשר יידרש. הפרוטוקול הראשון איננו אלא ניסיון להגביל את אופן הלחימה בארגוני טרור מסוימים,

וזאת בהתאם לכללים הקבועים בו. אולם אי הצטרפות לפרוטוקול, ואי תחולתו על ענייננו, אין משמעה ויתור על הזכות להגנה עצמית ועשיית שימוש בכוח, כנטען על-ידי העותרים, כי אם אי תחולת ההסדרים אשר נקבעו במסגרת פרוטוקול זה על הסכסוך בין ישראל לארגוני הטרור.

בכך היה די כדי לדחות טענה זו של העותרים.

111. למרות האמור, הרי מכיוון שהעותרים התייחסו בהרחבה לפרוטוקול ה-I, נבקש גם אנו להתייחס אליו, ובמיוחד נתייחס להוראת סעיף 1(4) לפרוטוקול זה, הקובעת כי ההוראות החלות על עימות מזוין בין-לאומי יחולו גם על עימותים מזוינים בין מדינה לבין ארגון לבר מדינתי – בתנאים ובסיטואציות מסוימים. כפי שנראה בהמשך, קביעה זו אינה רלוונטית לענייננו, וזאת מכמה וכמה טעמים.

לצורך הבהרת נקודה זו, נתייחס עתה בתמצית להוראה זו של הפרוטוקול ה-I.

112. כידוע, הפרוטוקול הראשון קובע הוראות שונות החלות בעיקרן על סכסוך מזוין בין-לאומי. חלקן מנהגיות וחלקן הסכמיות.

113. סעיף 1(3) לפרוטוקול קובע, כי הוראות הפרוטוקול יחולו – בראש ובראשונה – על סכסוכים מהסוג שפורט בסעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה (היינו, על סכסוכים מזוינים בין-מדינתיים).

בנוסף, סעיף 1(4) לפרוטוקול קובע, כי הוראות הפרוטוקול יחולו גם על חלק מן הסכסוכים המזוינים המתנהלים בין מדינות לארגונים שאינם מדינות, אולם זאת, רק כאשר מתקיימים מספר תנאים.

וכך קובעים סעי' 1(3)-1(4) לפרוטוקול:

“1(3). This Protocol, which supplements the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the protection of war victims, shall apply in the situations referred to in Article 2 common to those Conventions.

1(4). The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations

and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.”

114. במסגרת סעי' 1(4), ניסה הפרוטוקול הראשון להסדיר סכסוכים מזוינים מסוימים בין מדינות לבין ארגונים לבר מדינתיים ולהגביל את חופש הפעולה של מדינות מעבר להגבלות הכלליות החלות בכל סכסוך מזוין. אולם סעיף זה אינו רלוונטי לגבי הסכסוך המזוין המתנהל בין ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים, וזאת מכל אחד מן הטעמים המפורטים להלן.

115. ראשית, מדינת ישראל **לא התמה על** הפרוטוקול הראשון, לא אשררה אותו, והיא אינה צד לו, ולכן הוראותיו אינן מחייבות אותה, אלא ככל שמצויות בו הוראות ספציפיות שהינן מנהגיות. סעיף 1(4) לפרוטוקול, המחיל את הוראות הפרוטוקול על חלק מן הסכסוכים בין מדינות לארגונים שאינם מדינות, אינו מהווה – אליבא דכולי עלמא - משפט בין-לאומי מנהגי, ולפיכך אינו מחייב את מדינת ישראל.

סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון היווה, ועודו מהווה, את מוקד המחלוקת המרכזי סביב הפרוטוקול, והוראות סעיף זה הן הסיבה המרכזית שבגינה נמנעות מדינות רבות, בעיקר כאלה המעורבות בעימותים מזוינים עם ארגוני טרור (לרבות ישראל, ארצות הברית, טורקיה, הודו ועוד) מלהצטרף לפרוטוקול הראשון.

116. הקביעה כי סעיף 1(4) משקף קביעה הסכמית בלבד, ואינו משקף הוראה מנהגית, עולה בבירור מכתבי מלומדים רבים. כך למשל קובעת המלומדת Gardam:

...“the objections of most Western States who are refusing to ratify is primarily based on the expansion of the scope of Protocol I to cover certain categories of wars of self-determination. This has little impact on the rule of non-combatant immunity as far as traditional armed conflicts are concerned. It will certainly prevent the early transformation into custom of Article 1(4).”

Judith Gail Gardam, “*Non-combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*”, 161 (1993, Martinus Nijhoff Publishers).

117. על גישת ארה"ב להוראות סעיף 1(4) לפרוטוקול ניתן ללמוד ממאמרו של נשיא בית הדין ליוגוסלביה, המלומד Theodor Meron:

“Among the provisions of the Protocol the United States found to be neither desirable nor a part of customary international law were: Article 1(4), which extends the concept of international armed conflicts covered by the Protocol to conflicts waged against colonial domination, alien occupation, and racist regimes (...)”

Theodor Meron, “*Human Rights and Norms as Customary Law*” 66 (1991, Clarendon Press Oxford).

עיון בעמדת העותרים מעלה שגם הם אינם טוענים כי מדובר בהוראה מנהגית (ר' סעיפים 63-61 ו-137 לתגובתם).

נמצא, כי לכל הדעות מדובר בהוראה הסכמית בלבד שאינה מחייבת את מדינת ישראל.

118. בהערת אגב אף נוסף, כי לגישת המדינה, הפרוטוקול הראשון ערך איזון לא ראוי בין הצורך בניהול לחימה אפקטיבית של מדינות עם גורמים חמושים לבר-מדינתיים, מבחינה משפטית, לבין הרצון הפוליטי-המדיני להעניק לחברי ארגונים אלה לגיטימיות (כולל, למשל, מעמד של שבויי מלחמה). לא זו אף זו, נסיון זה שערכו מנסחי הפרוטוקול הראשון לא הצליח כלל ועיקר, שכן אין, למיטב ידיעת מנסחי הודעה זו, ולו ארגון שחרור לאומי אחד אשר קיבל על עצמו את הוראותיו של הפרוטוקול ויישם את ההסדרים אשר נקבעו על-פיו.

בכל מקרה, ברור כי בנושא זה מדובר כיום בהוראה הסכמית בלבד, שאינה מחייבת את מדינת ישראל וזהו אפוא הטעם הראשון שבגינו סעיף 1 (4) אינו רלוונטי לענייננו.

119. שנית, ארגוני הטרור בהם נלחמת מדינת ישראל אינם נופלים בכל מקרה בגדר התחולה העניינית של הפרוטוקול הראשון המפורטים לעיל, כך שאף אילו קיבלה מדינת ישראל את הפרוטוקול, לא היתה תחולה לסעיף 1(4) על העימות המזוין המנוהל בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים.

120. שלישית, הפרוטוקול חל על סכסוך בין מדינה לבין ארגון מסוים (הנכנס לתנאי סעיף 1(4)), רק במקרה שבו הארגון בו מדובר קיבל על עצמו לפעול לפי כללי הפרוטוקול וחתם על התחייבות כאמור. כך נקבע במפורש בסעיף 96(3) לפרוטוקול.

ארגוני הטרור הפלסטיניים לא חתמו מעולם על התחייבות כזאת. יתרה מזו, דרך פעולתם של ארגונים אלה מנוגדת לחלוטין להוראות הפרוטוקול. חברי הארגונים האמורים מקדשים את הפרת דיני הלחימה (כולל כמובן אלו הנכללים בפרוטוקול הראשון) ומכוונים

את עיקר מאמצם ולחיתמתם כנגד אזרחים שאינם נוטלים כל חלק בסכסוך המזוין (בניגוד מפורש להוראות הפרוטוקול הראשון).

121. לסיכום, מכל האמור עולה בבירור כי הפרוטוקול הראשון בכללותו אינו חל על הסכסוך המזוין המתנהל בין מדינת ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים. הן מהטעם שישראל אינה צד לו והוא איננו משקף – בכללותו - משפט בין לאומי מנהגי, והן מהטעם שארגוני הטרור אינם עומדים בתנאי התחולה של הפרוטוקול, ובנוסף, מפריס הם באופן גס את דיני הלחימה הבסיסיים המחייבים בכל סכסוך מזוין.

העובדה שהפרוטוקול ה- I אינו חל בענייננו, ודאי אין משמעה שלא ניתן לפגוע במחבלים ובארגוני הטרור הפלסטיניים במסגרת העימות המזוין המנוהל נגדם.

יתירה מזו, בכל מקרה, כפי שנראה בהמשך, גם אילו היו הוראות הפרוטוקול ה- I חלות על ענייננו, הרי שעדיין, המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים היו מהווים לפיו מטרה לגיטימית לפגיעה, מאחר שגם על פיו היו הללו מסווגים כלוחמים (בלתי-חוקיים).

122. מכל האמור אף עולה בבירור כי יש לדחות מכל וכל את גישת העותרים, לפיה אי אימוצו של הפרוטוקול הראשון על ידי מדינת ישראל משמעו ש"אין סכסוך מזוין" בין ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטיניים. כפי שהבהרנו בהרחבה, שאלת קיומו של הסכסוך המזוין מבחינת המשפט הבין-לאומי הינה שאלה משפטית שהתשובה עליה נגזרת מן המצב העובדתי הקיים בשטח ומתפיסת המצב על-ידי הצדדים לסכסוך. אי תחולתו של הפרוטוקול הראשון על הסכסוך דנן, אינה יכולה כמובן להוביל למסקנה כי לא קיים סכסוך מזוין בין שני הצדדים.

ה. 5 סיכום פרק ה

123. בפרק זה דנו בשאלה מהו סיווגו המדויק של העימות המזוין המתנהל בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים.

כפי שהראינו, ניתן לסווג סכסוך זה, או כסכסוך מזוין בין-לאומי, או כסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, או כסכסוך מזוין מסוג חדש – שייקרא להלן "סכסוך מזוין נגד טרור". על משמעות סיווג זה לנושא העתירה – נדון בפרק הבא.

פרק ו. תיאור מערכות הדינים השונות החלות על סוגי העימותים המזוינים ויישום מערכות דינים אלה על ענייננו

מבוא

124. כפי שראינו, קיימות גישות שונות במשפט הבין-לאומי באשר לאופן סיווגו של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור. מגישות שונות אלה נגזרות גם עמדות שונות באשר לדין החל על עימות בין מדינה לארגון טרור.

125. כך למשל, לפי התיזה כי המדובר בעימות מזוין בין-לאומי, יש להחיל על עימות מזוין זה את הוראות דיני הלחימה של עימותים מזוינים בין-לאומיים, ככתבם וכלשונם, או בשינויים המחויבים הנובעים מאופי הלחימה ומהותו.

126. לעומת זאת, לפי גישת אלה הגורסים כי עימות בין מדינה לארגון טרור נופל במסגרת הגדרת עימות מזוין שאינו בין-לאומי, על עימות מזוין זה חלים הדינים החלים בעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, ככתבם וכלשונם או בשינויים המחויבים.

127. אשר לאלה המחזיקים בגישה כי עימות מזוין נגד טרור הוא מצב חדש, השייך לקטגוריה חדשה, הרי שהם סבורים כי המשפט הבין-לאומי בנושא עימות מזוין בין מדינות לארגוני טרור נמצא בתהליך של התפתחות והתהוות וצריכה לחול עליו מערכת דינים ייחודית שתכונה להלן: "דיני הלחימה בטרור".

128. לפי גישה זו, חלק מדיני הלחימה בטרור יכולים להקבע באמצעות אנלוגיה למשטרים המשפטיים הקיימים המסדירים עימות מזוין בין-לאומי ועימות מזוין שאינו בין-לאומי, ככל שאלה קובעים כללים הרלוונטיים לסיטואציה חדשה זו. כך למשל, עקרון ההבחנה, המבחין בין מי שנוטלים חלק בלחימה לבין אזרחים שאינם נוטלים חלק בלחימה, שאסור לפגוע בהם, יכלל בודאי גם במערכת דינים חדשה זו. בנוסף, במסגרת דינים אלה יכללו גם כללים פרטניים המסדירים תחום מיוחד זה, המתגבשים אט אט. בהעדר אמנה המסדירה את נושא העימות המזוין בין מדינה לארגון טרור, כללים פרטניים אלה הם בעיקר תוצאה של פרקטיקה של מדינות. מכל מקום, בהעדר כללים ספציפיים שהתגבשו, צריכים לחול על הסכסוך העקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, אשר חלים בכל עימות מזוין.

129. לעניין תחולת דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי על סכסוכים מזוינים בין מדינות לבין ארגוני טרור, יהא סיווגם אשר יהא, נבקש להפנות לפסה"ד בעניין Tadic, של הטריבונל הבינ"ל לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר, שהוזכר לעיל, שם נקבע מפורשות, כי

דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי חלים מרגע תחילתו של סכסוך מזוין ועד להשגת שלום כולל בין הצדדים :

“an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a state. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring states or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place.”

Tadic, Case No. IT-94-1-AR 72, pp. 37

130. כאמור, גישת המדינה היא, כי בין אם יחולו על העימות המזוין נושא העתירה הדינים החלים בסכסוך מזוין בין-לאומי, בין אם יחולו הדינים החלים בעימות מזוין שאינו בין-לאומי, ובין אם תחול מערכת דינים ספציפית המיוחדת לעימותים מזוינים בין מדינות לארגוני טרור (הכוללת – למצער – הוראות הנגזרות מדיני הלחימה הבסיסיים המשותפים לכל סכסוך מזוין), הרי שלפי כל אחת ממערכות דינים אלה, ברור כי אלה המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין מטעמים של ארגוני הטרור, אינם נחשבים כאזרחים המוגנים מפני פגיעה, אלא נחשבים הם כ"לוחמים", הלוחמים במסגרת העימות המזוין, המהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

131. מכיוון שנקודה זו היא החשובה לענייננו, לא נרחיב על כלל ההסדרים הנכללים במערכות הדינים החלות בשלושת סוגי העימות המזוין, אלא נתמקד בדין הקובע, לפי כל אחד מסוגי העימותים, כי מחבלים מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

על נושא זה כבר הרחבנו, באופן כללי, בעמ' 55 ואילך להודעה הקודמת שהוגשה מטעמנו, וכל שייכתב להלן יתווסף לאמור באותה הודעה.

132. מכל מקום, בטרם נעבור לדיון האמור, נבקש להשיב בתמצית לטענת העותרים שהועלתה כבר בעתירה, ושהועלתה שוב בתגובה להודעתנו הקודמת, לפיה, על נושא העתירה חלים כביכול, בראש ובראשונה, "דיני זכויות האדם" (לצד אמנת גינבה הרביעית) ולא "דיני המלחמה".

לטענה זו התייחסו בהרחבה כבר בהודעתנו הקודמת (עמ' 26-30) ואנו מפנים לכל שנטען שם. לא נבקש להוסיף אלא זאת. לטעמנו, אין כלל צורך להיכנס לשאלת תחולת האמנות הבין-לאומיות העוסקות בזכויות אדם על השטחים, שכן הוראות דיני המלחמה, מהוות בכל מקרה דין מיוחד (Lex Specialis) החל בעיתות עימות מזוין, ולפיכך, על פיהם צריכה להיגזר שאלת חוקיותו של אמצעי כזה או אחר המופעל בעיתות מעין אלה. כך נקבע בחוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי (ICJ) לעניין חוקיות השימוש בנשק אטומי, אשר צוטטה בהרחבה בהודעתנו הקודמת, וכך קבעה מפורשות גם הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם:

"the American Convention and other universal and regional human rights instruments were not designed specifically to regulate armed conflict situations and do not contain specific rules governing the use of force and the means and methods of warfare in that context. Accordingly, in situations of armed conflict, international humanitarian law may serve as *lex specialis* in interpreting and applying international human rights instruments. For example, both Article 4 of the American Convention and humanitarian law applicable to armed conflicts protect the right to life, and thus, prohibit summary executions in all circumstances. However, reference to Article 4 of the Convention alone may be insufficient to assess whether, in situations of armed conflicts, the right to life has been infringed. This is in part because the Convention is devoid of rules that either define or distinguish civilians from combatants and other military targets. Nor does the Convention specify the circumstances under which it is not illegal, in the context of an armed conflict, to attack a combatant or civilian or when civilian casualties as a consequence of military operations do not imply a violation of international law. Consequently, in such circumstances, one must necessarily look to and apply definitional standards and relevant rules of international humanitarian law as sources of authoritative guidance in the assessment of the respect of the inter-American Instruments in combat situations."

Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights (2002), sec. 61.

לפיכך ברור, כי "דיני העימות המזוין" הם הדינים החלים בענייננו. אשר על כן, ההסדרים הרלוונטיים מתוך דינים מהותיים אלה הם שייסקרו בפרק זה, ביחס לכל אחד מסוגי העימות המזוין עליהם עמדנו לעיל.

במסגרת פרק זה נוכיח, כי לפי כל אחת ממערכות הדינים עליהם עמדנו, מחבלים הינם "מטרות לגיטימיות" בעת עימות מזוין מכל סוג שהוא.

1.1. דיני עימות מזוין בין-לאומי

133. אחד העקרונות הבסיסיים החלים בעימות מזוין מבחין בין לוחמים לאזרחים. מעקרון זה נובעים שני כללים בסיסיים: הכלל האחד קובע, כי רק ללוחמים מותר להשתתף בלחימה, בעוד שלאזרחים אסור הדבר. הכלל השני, המשלים את הכלל הראשון, קובע כי מותר לפגוע בלוחמים ואסור לפגוע באזרחים.

במילים אחרות, קיימת הבחנה בין "לוחמים" ל"אזרחים", שממנה נובעת החובה להותיר את האזרחים מחוץ למעגל הלחימה, הן במובן האקטיבי (כמשתתפים) והן במובן הפסיבי (כמטרות).

134. נקודה שלא יכולה להיות שנויה במחלוקת היא שבמהלך עימות מזוין מותר לכל צד לוחם לפגוע במכוון בלוחמי הצד השני. לפי כל פרשנות אחרת, הרי עלול להיווצר מצב אבסורדי לפיו צד אחד פוגע באחר באופן שיטתי ואילו לאחר אסור לפגוע בו. כלל זה חל גם עימות של מדינה מול ארגון טרור, ומאפשר הוא למדינה לפגוע בפעילי ארגון הטרור.

135. בהקשר זה נפנה לדוגמא למאמרו של פרופ' Goldman (ממנו עולה, כי לדעתו, עימות מול ארגון טרור הינו עימות מזוין בין-לאומי). וכך קובע פרופ' גולדמן:

“One might anticipate that the U.S...will treat Osama bin Laden and his associates as constituting a paramilitary organization whose members do not comply with the most basic rules and customs of warfare. As such, **the U.S. could treat them as unprivileged combatants subject to direct attack ... Combatants may lawfully target and kill enemy combatants, as well as civilians who directly participate in the hostilities. As these persons are legitimate targets of attack, their deaths are treated as justifiable homicide for which the attacker incurs no liability under domestic or international law.** Such killings do not constitute assassinations within the meaning of the Executive Order or IHL [International Humanitarian Law], nor would they violate, in principle, the prohibition against arbitrary deprivation of life in human rights law.”

R.K. Goldman, "Certain Legal Questions and Issues Raised by the September 11th Attacks", 9 Hum. Rts. Br. (2001) 2, 4.

136. העימות המזוין בו עסקינן מתנהל בין מדינת ישראל לבין המחבלים וארגוני הטרור הפלסטינים. חברי ארגוני הטרור והטרוריסטים – ולמצער, הנוטלים חלק פעיל וישיר בעימות מזוין זה על ידי השתתפותם בתכנון, שילוח וביצוע של פיגועי טרור – מהווים את הלוחמים (הבלתי חוקיים) מטעם ארגוני הטרור בעימות מזוין זה, וממילא מהווים הם מטרות לגיטימיות לפגיעה.

בהקשר זה נפנה למאמר נוסף שעסק במעמדם של אנשי אל קעידה, שם נכתב כדלקמן:

"Al Qaeda committed an armed attack on the United States. Al Qaeda operatives are *combatants*, "unlawful combatants" to be sure, but not "mere" drug traffickers or international criminals." [ההדגשה הוספה.]

Travallio ו-Altenburg, 105-106

137. כשם שמותר לפגוע בלוחמי מדינת האויב, בעימות מזוין בין-לאומי "רגיל", המתנהל בין שתי מדינות, כך גם מותר לפגוע ב'לוחמים' מטעם ארגוני הטרור, בעימות מזוין המתנהל בין מדינה לבין ארגוני הטרור.

138. לגישת העותרים, יש לראות בחברי ארגוני הטרור "אזרחים". כלומר, לפי גישה זו, חברי ארגוני הטרור אמורים להימצא מחוץ למעגל הלחימה. אלא שגישה זו סותרת את המציאות הקיימת בשטח. לו היתה מאומצת גישה כאמור, משמעות הדבר היתה כי בעימות המזוין המתנהל בין ישראל לבין המחבלים הפלסטינים וארגוני הטרור הפלסטיניים, הצד שכנגד איננו כולל לוחמים, אלא מורכב הוא מאזרחים בלבד. זוהי טענה אבסורדית, שכן, לא יתכן סכסוך שבצידו האחד אין כלל לוחמים, ובנוסף, ברור כי אנשים אלה, על-פי אופיים, הרכבם והתנהגותם, הכניסו עצמם במודע ובמתכוון למעגל הלחימה ונמצאים הם אפוא במעמד של לוחמים בלתי-חוקיים.

139. יתירה מזו, גישה המבקשת לראות במחבלים וארגוני הטרור הפלסטינים "אזרחים", חותרת באופן מהותי תחת אושיותיו של עקרון ההבחנה והרציונל העומד בבסיסו.

כאמור, עקרון זה נועד לא רק להבטיח הדדיות בכללי הלחימה החלים על הצדדים לעימות המזוין, אלא נועד הוא, בראש ובראשונה, להגן על האוכלוסייה האזרחית התמימה ולאפשר את הוצאתה מחוץ למעגל הלחימה. הגישה לה טוענים העותרים עלולה למוטט את עקרון ההבחנה, בכך שנותנת היא תמריץ למחבלים וארגוני הטרור להתחזות לאזרחים שלווים ולא להבחין עצמם מן האוכלוסייה האזרחית "האמיתית". הפועל היוצא של פרקטיקה זו

הוא ברור – סיכון האוכלוסייה האזרחית התמימה מתוכה פועלים המחבלים – ועל כן יש לדחות את גישת העותרים המובילה לתוצאה קשה זו.

140. לא זו אף זו, לפי גישת העותרים, מחבלים וארגוני טרור, המשתתפים בפועל בלחימה, תוך רמיסה ברגל גסה של דיני הלחימה, יזכו לחסינות מפני פגיעה, המוקנית לאזרחים תמימים, אף שברור שאין הם בגדר "אזרחים תמימים". בכך יזכו מחבלים אלה למעמד עדיף על זה הנתון לחייל "רגיל", המכבד ככלל את דיני הלחימה, שאינו נהנה מן החסינות האמורה. מובן כי תוצאה זו אף היא איננה הגיונית.

141. לסיכום, מכל האמור עולה בבירור, כי לפי דיני העימות המזוין הבין-לאומי, יש לראות במחבלים הנוטלים חלק בעימות מזוין כ"לוחמים בלתי-חוקיים" בעימות זה, ועקב כך הם מהווים "מטרות לגיטימיות לפגיעה". בוודאי שאין הם בגדר "אזרחים", כנטען על-ידי העותרים.

1.1.1. הקשר בין מעמד של "לוחם" (בלתי-חוקי) למעמד של שבוי מלחמה, לפי דיני עימות מזוין בין-לאומי

142. העותרים מוסיפים וטוענים כי לא ניתן לקבל את עמדת המדינה לפיה מחבלים המתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור, הינם "לוחמים בלתי-חוקיים" לפי דיני העימות המזוין הבין-לאומי, המהווים "מטרות לגיטימיות בלחימה", שכן המדינה לא מעניקה להם מעמד של שבוי מלחמה שעה שהם נתפסים על ידי כוחותינו. לדעת העותרים (ופרופסור קססה), המשפט הבין-לאומי קובע כביכול **משוואה מוחלטת**, במסגרתה נקבע כי לוחם הוא "מטרה חוקית", אשר עם לכידתו הוא זכאי למעמד של שבוי, בעוד אשר אזרח, אינו מטרה חוקית, אך בד בבד ניתן להעמידו לדין. על רקע משוואה זו טוענים העותרים, כי משעה שלמחבלים לא ניתנת הכרה כ"שבוי מלחמה", לא ניתן לראותם כ"לוחמים" המהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

לאור העובדה שהעותרים התייחסו בהרחבה לטענה זו, מוצאים אף המשיבים לנכון להבהיר את עמדתם בהרחבה בהקשר זה.

143. עמדה זו של העותרים אינה נכונה ואינה עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט הבין-לאומי. הזכות להיות מוכר כ-"שבוי מלחמה" במקרה של נפילה בשבי הצד האחר לעימות מזוין, אכן מהווה במקרים מסוימים **תוצאה** של הגדרתו של אדם כלוחם, אך היא איננה מהווה בשום פנים ואופן **אינדיקציה** או אבן בוחן להיותו של אדם "לוחם".

ההוכחה לכך מצויה בעובדה שדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, מכירים, מחד-גיסא, בקיומם של אנשים שאינם "לוחמים", אשר זכאים בכל זאת למעמד של שבוי מלחמה עם

תפיסתם, ומאידך-גיסא, בקיומם של "לוחמים", אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה עם תפיסתם.

144. כך, לדוגמא, קבלני אספקה אזרחיים או כתבים צבאיים המסופחים לכוחות הלוחמים, אינם נחשבים כלוחמים ואינם מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה. ראו למשל בדברי המלומד Dieter Fleck:

"Persons accompanying the armed forces without being members thereof (e.g. war correspondents, members of labour units or of services responsible for the soldiers' welfare) are also considered civilians;"

D. Fleck *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1995, Oxford), para. 319.

למרות זאת, אנשים אלה זכאים למעמד של שבויי מלחמה אם ייפלו בשבי – ראו סעיף (4)4 לאמנת ג'נבה השלישית.

145. מנגד, ישנם מקרים בהם אדם יהווה מטרה לגיטימית לתקיפה, למרות שלא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה אם ייתפס.

כך למשל, לוחם אשר אוסף מודיעין בבגדים אזרחיים, ייחשב ל"מרגל", ולא ייהנה כלל ממעמד של שבוי מלחמה. זאת, למרות שהוא מהווה כמובן מטרה לגיטימית לפגיעה (ראו לעניין זה תקנות 29 – 31 לתקנות האג משנת 1907).

146. מהאמור לעיל, ברור כי "המשוואה המוחלטת" אליה מתייחסים העותרים, כלל אינה קיימת.

ואכן, משוואה זו גם אינה מתקיימת לגבי מחבלים, הנחשבים כ"לוחמים בלתי חוקיים". מחבלים שכאלה מהווים מטרות לגיטימיות בלחימה, אך אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה. לצורך הבהרת דברינו אלה, נבהיר בתמצית מי נכנס לגדרו של מונח משפטי זה - "לוחמים בלתי חוקיים" (unlawful combatants).

147. כידוע, דיני המלחמה מבחינים בין לוחמי אויב המקיימים את כל התנאים המְצֻפִּים, על-פי דיני המלחמה, במעמד של שבוי מלחמה, לבין לוחמי אויב אשר אינם מקיימים תנאים אלה, ועל-כן אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה ולכל הזכויות הנובעות ממנו. לוחמים אלו, שאינם מקיימים התנאים האמורים, מכונים במשפט הבין-לאומי "לוחמים בלתי חוקיים".

כך למשל, פרופ' דינשטיין מבהיר נושא זה במילים הבאות:

”בצד האבחנה בין לוחמים לאזרחים, קיימת הבחנה משלימה בין לוחמים חוקיים ובלתי חוקיים. הכלל הוא שרק לוחמים חוקיים זכאים למעמד של שבויי מלחמה, כלומר נהנים מן היתרון של חסינות מפגיעה שעה שהם נופלים בידי האויב. לוחמים בלתי חוקיים, לעומת זאת, מותר להעמיד לדין ולהעניש בכל חומרת הדין...”

” דינשטיין, דיני מלחמה (1983), עמ' 96.

148. העובדה שלוחמים בלתי חוקיים אלה אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה עם נפילתם בשבי, אינה גורעת כהוא זה מזיהויים כלוחמים המהווים מטרה לגיטימית לתקיפה. כך למשל קובעת המלומדת *Detter*:

“The principle of distinction is of importance. If a person fulfills the requirements for combatant status he is entitled to the ‘rights’ of a soldier, notably to enjoy prisoner of war status if captured; **if he does not fulfill these requirements, he is an unlawful combatant and may be shot.**” [ההדגשה הוספה.]

I. Detter, *The Law of War* (2nd edition, Cambridge, 2000), 141.

ואכן, ביחס לאנשי ארגון "אל-קעידה" קבעו מלומדים כי הם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, ובה בעת נקבע, כי אם ייתפסו, אין הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. כך, למשל, קובע פרופ' גולדמן:

“One might anticipate that the U.S.... will treat Osama Bin Laden and his associates as constituting a paramilitary organization whose members do not comply with the most basic rules and customs of warfare. **As such, the U.S. could treat them as unprivileged combatants subject to direct attack, and if captured, not entitled to prisoner of war status...**” [ההדגשה הוספה.]

Robert K. Goldman, *Certain Legal Questions and Issues Raised by the September 11th Attacks*, 9 Hum. Rts. Br. 2, 3 (2001).

גם הועד הבין-אמריקאי לזכויות אדם קבע מפורשות כי:

"Unlike privileged combatants, unlawful combatants upon capture can be tried and punished under municipal law for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war."

Report on Terrorism and Human Rights, supra, sec. 69.

149. הבחנה זו, בין לוחמים חוקיים לבלתי חוקיים, מעוגנת היטב גם בפרקטיקה של צבאות זרים. כך למשל סירבה ארצות-הברית להכיר באנשי ארגון "אל-קעידה" או באנשי טליבאן שנתפסו על-ידה כשבויי מלחמה, אף כי נהגה בהם כלוחמים בשדה הקרב (ראו לעניין זה צו נשיאותי מיום 13.11.01 וכן את הודעת הבית הלבן מיום 7 בפברואר 2002).

150. לפני כשנה הכיר גם בית המשפט המחוזי בתל-אביב באבחנה שבין "לוחמים חוקיים" ל-"לוחמים בלתי חוקיים", וקבע כי מדובר באבחנה מבוססת היטב במשפט הבין-לאומי. בית המשפט הוסיף וקבע כי המחבלים הפלסטינים הינם לוחמים מסוג זה ועל כן לא מגיע להם מעמד של שבויי מלחמה. קביעות אלה נקבעו בב"ש 92134/02 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' מרואן ברגותי (טרם פורסם), שם קבע בית המשפט המחוזי כדלקמן:

"טרוריסטים הפוגעים באוכלוסייה אזרחית אינם נכנסים למסגרת של "לוחמים חוקיים" הזכאים למעמד של "שבויי מלחמה", מכיוון שאינם מקיימים את התנאים, על פי הדין הבינלאומי, שלוחם חוקי נדרש לעמוד בהם...

המשפט הבינלאומי מבחין בין שתי קבוצות של לוחמים המבצעים פעולות איבה כנגד מדינת ישראל.

קבוצה ראשונה של גורמים המבצעים פעולות איבה נגד המדינה, כוללת אנשים הנמנים על צבאות סדירים המנהלים פעולות לחימה נגד מדינת ישראל, בהתאם לדיני המלחמה. לוחמים הפועלים במסגרת קבוצה זו ונתפסים, זוכים למעמד של שבויי מלחמה...

הקבוצה השנייה של לוחמים אותה מזהה המשפט הבינלאומי, מכונה "לוחמים בלתי חוקיים". בקבוצה זו, נכללים אנשי ארגוני טרור וכוחות אויב הנוטלים חלק בפעולות טרור ואיבה נגד ישראלים וישראל, אך בהיתפסם אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה...

אבחנה זו של המשפט הבינלאומי בין לוחמים חוקיים לבין לוחמים בלתי חוקיים, מבוססת במספר רב של אסמכתאות. בנוסף, מעוגנת

היא בפרקטיקה הבינלאומית ומופעלת על ידי צבאות אחרים בעולם כדוגמאות צבא ארצות-הברית וצבא גרמניה.

151. ניתן אפוא לסכם ולומר, כי המשפט הבין-לאומי מכיר באופן מפורש בקיומם של לוחמים (מהסוג הבלתי חוקי), המהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, מחד-גיסא, אך אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, מאידך-גיסא. ממילא, אין כל בסיס לטענת העותרים לפיה העובדה שאדם איננו זכאי למעמד של שבוי מלחמה, הופכת אותו – אוטומטית – למטרה בלתי-לגיטימית לתקיפה. "משוואה מוחלטת" שכזו אינה בנמצא, ועל כן, דין טענתם זו של העותרים להידחות.

1.1.2. סיכום ביניים בנושא "דיני העימות המזוין הבין-לאומי"

152. לסיכום, על-פי הגישה הטוענת כי על המאבק בין מדינת ישראל לארגון טרור חלים הדינים המסדירים עימות מזוין בין לאומי, הרי שמעמדם של אלה הנלחמים בישראל מטעמם של ארגוני הטרור הוא של לוחמים בלתי חוקיים. כיוון שכך, מחד-גיסא, מותרת הפגיעה בהם באמצעים צבאיים, וזאת בגין הגדרת המצב כעימות מזוין, ומאידך-גיסא, כאשר הם נתפסים, אין הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. זאת, בשל העובדה שהלחימה של ארגוני הטרור היא בלתי חוקית, ובפרט היא מתעלמת לחלוטין מדיני הלחימה. משכך, ניתן להעמידם לדין לא רק על פשעי המלחמה המבוצעים על ידם, אלא גם על עצם השתתפותם בלחימה.

153. כך קובע מפורשות גם הוועד הבין-אמריקאי לזכויות אדם:

"Specifically, where in the context of an international armed conflict, individuals take direct part in hostilities by perpetrating or otherwise participating in terrorist violence but do not qualify as lawful combatants, because, for example, they are no authorized by a party to the conflict to engage in hostilities as provided for under Article 4 of the Third Geneva Convention, they may properly be considered to be unlawful combatants. While these individuals will, as a consequence, not qualify for the protections of the Third or Fourth Geneva conventions, they will nevertheless be entitled to the minimum standards of protection under Article 75 of Additional Protocol I.

(Report on Terrorism and Human Rights, supra, sec. 74).

154. עד כה עסקנו בשאלה מהם הדינים החלים על העימות המזוין בין ישראל למחבלים לפי הגישה הסבורה כי על עימות זה חלים הדינים המסדירים "עימות מזוין בין לאומי". עתה נעבור לבחון את השאלה מה יהיו הדינים החלים על עימות זה, לפי הגישה הסבורה כי חלים בענין דגן הדינים המסדירים "עימות מזוין שאינו בין לאומי".

2.1 דיני עימות מזוין שאינו בין-לאומי

155. הדינים החלים בעימות מזוין שאינו בין-לאומי, על סוגיו השונים, מוסדרים בעיקר בשלושה מקורות משפטיים: סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, הפרוטוקול המשלים השני לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: הפרוטוקול השני) והמשפט הבין-לאומי המנהגי.

156. סעיף 3 המשותף הנ"ל קובע כי:

"In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1) Persons taking no active part in hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, color, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

- a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;
- b) taking of hostages;
- c) outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment;
- d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted

court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

- 2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The parties to the conflict shall further endeavor to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict."

157. בנוסף, הפרוטוקול השני קובע הסדרים נוספים, אולם כמפורט לעיל הוא קובע סף תחולה גבוה יותר מסעיף 3 המשותף לאמנות גינבה, שכן הוראותיו חלות רק בסוגים מסוימים של עימות מזוין שאיננו בין-לאומי, ולא בכל עימות כאמור.

158. כך למשל סעיף 4 לפרוטוקול קובע כי :

- "1. All persons who do not take a direct part and who have ceased to take part in hostilities, whether or not their liberty has been restricted, are entitled to respect for their person, honour and convictions and religious practices. They shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction. It is prohibited to order that there shall be no survivors.
2. Without prejudice to the generality of the foregoing, the following acts against the persons referred to in paragraph 1 are, and shall remain, prohibited at any time and in any place whatsoever:
- a. violence to the life, health and physical or mental well-being of person, in particular murder, as well as cruel treatment, such as torture, mutilation or any form of corporal punishment..."

159. כפי שניתן לראות, הן סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה והן הפרוטוקול מבחינים בין ההגנה הניתנת לאלה שאינם נוטלים חלק בפעולות האיבה, או שחדלו לחלוטין ליטול חלק בפעולות האיבה (ולא לתקופה מסוימת), לבין ההגנה הניתנת לאלה הנוטלים חלק בעימות.

160. בדברי הפרשנות של הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום לסעיף 4 לפרוטוקול נקבע כי :

"The scope of application as defined here applies not only to Article 4, but also to part II as a whole. *Ratione Personae* it covers all persons affected by the armed conflict within the meaning of Article 2 of the Protocol (*personal field of application*) when they do not or no longer, participate directly in hostilities. *Ratione temporis*, combatants are protected as soon as they are *hors de combat*."

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Y. Sandoz *et al.* Eds., ICRC, Geneva 1987), para. 4520.

161. כפי שניתן לראות, אנשים שנטלו חלק בעימות שכזה זכאים לזכויות הקבועות בסעיף זה רק כאשר הם יוצאים לחלוטין ממעגל העימות. הסעיף חל רק ביחס לאלה שאינם נוטלים חלק בפעולות האיבה, או שחדלו לחלוטין ליטול חלק בפעולות האיבה.

162. בדומה, חלק IV לפרוטוקול השני מוקדש כולו להגנה על האוכלוסייה האזרחית וכולל הוראות המיועדות למנוע פגיעה בה. אין בפרוטוקול הוראות דומות שנועדו להגן על לוחמים במסגרת סכסוך מזוין שאינו בין-לאומי.

163. **מכל האמור לעיל עולה, כי במהלך עימות מזוין שאינו בין-לאומי, מותר לפגוע בכל הנוטלים חלק אקטיבי בעימות, המהוים את הלוחמים בעימות מסוג זה.**

164. אם נדרשת הוכחה נוספת להוכחת ההיתר לפגוע בנוטלים חלק בפעולות האיבה במסגרת עימות מזוין שאיננו בין-לאומי, מצויה היא בחוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי קובעת עבירה של פגיעה באזרחים במסגרת עימות מזוין שאינו בין-לאומי (סעיף 8(e)(ii)). לעומת זאת, על פי הוראות החוקה, פגיעה בלוחמים בעימות כזה אינה מהווה כל עבירה (העבירה היחידה שנקבעה בהקשר של פגיעה בלוחמים בקונטקסט של עימות מזוין שאיננו בין-לאומי, היא פגיעה בלוחם תוך שימוש באמצעי מעל (סעיף 8(e)(ix)).

מכאן עולה בבירור, כי כל הנוטלים חלק בעימות שכזה, אינם נחשבים ל"אזרחים" אלא ל"לוחמים", המהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

165. גם הפסיקה של בית הדין הבין-לאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ברואנדה (ה – ICTR) באשר למונח "אזרחים בעימות מזוין שאינו בין-לאומי", מובילה למסקנה שאנשים הנוטלים חלק אקטיבי במעשי איבה הינם **לוחמים** המהווים מטרה לגיטימית לפגיעה ואין הם כלל בגדר **אזרחים**. כך, בעניין Akayesu נקבע בפסקה 582 כי:

"Members of the civilian population are people who are not taking any active part in the hostilities, including members of the armed forces who laid down their arms and those persons placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause."

The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, case no. ICTR-96-4-T (Judgement)

מפסיקה זו עולה בבירור כי חברי הכוחות המזוינים שלא יצאו ממעגל הסכסוך אינם נחשבים כ"אזרחים" וממילא מותר לפגוע בהם.

166. אם ניישם כללים אלה על ענייננו נמצא, כי לפי הגישה הסבורה שעל עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור חלים "דיני עימות מזוין שאינו בין-לאומי", הרי שכל אלה המתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור רצחניים, היינו כל אלה הנוטלים חלק אקטיבי במעשי האיבה, ייחשבו כלוחמים, המהווים "מטרה לגיטימית לפגיעה".

נמצא, כי בעניין דנן, דיני העימות המזוין שאינו בין-לאומי ודיני העימות המזוין הבין-לאומי מובילים לתוצאה זהה, לפיה מותר לפגוע במחבלים הנוטלים חלק במעשי טרור, כל עוד לא פרשו לחלוטין מפעילות טרוריסטית.

167. אשר למשוואה שהעותרים מנסים ליצור, לפיה, כביכול, לוחם זכאי תמיד למעמד של שבוי מלחמה ועל כן מי שאינו זכאי למעמד של שבוי אינו יכול להיחשב כלוחם, נבקש לציין, כי במסגרת עימות מזוין שאינו בין לאומי, אין אלה הנוטלים חלק בסכסוך, קרי הלוחמים, זכאים בכלל למעמד של שבוי מלחמה. מעמד זה אינו מוזכר כלל בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה או בפרוטוקול השני. הדעה הרווחת היא שהמשפט הבין-לאומי אינו מכיר במעמד של שבוי מלחמה במסגרת עימות מזוין שאינו בין-לאומי, חרף העובדה שהוא כן מכיר בקיומן של קטגוריות נפרדות של "אזרחים" ו"לוחמים", גם בסוג זה של עימות מזוין. דברים אלה עולים מסעיפים 5 ו-6 לפרוטוקול השני, הדנים בזכויותיהם של הנוטלים חלק בעימות, בעת העמדתם לדין בגין השתתפותם בעימות המזוין.

היינו, מהפרוטוקול עולה בבירור כי ניתן להעמיד לדין את הנוטלים חלק בעימות המזוין, דבר שלא היה מתאפשר אילו היה מוקנה להם מעמד של שבויי מלחמה.

העדר מעמד של שבויי מלחמה ללוחמים אלה, אף הוא מפריך כליל את טענות העותרים המועלות בהקשר זה, אליהן התייחסנו לעיל, שלפיהן, כביכול, בגין כך שמדינת ישראל לא מעניקה למחבלים מעמד של שבוי מלחמה, אין היא יכולה להתייחס אליהם כאל מטרות לגיטימיות לפגיעה.

1. 3 דיני עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור

168. לפי הגישה השלישית שהוצגה לעיל, הרי שבמשפט הבין-לאומי קיימים מספר סוגים של עימותים מזוינים. חלקם מוסדרים באמצעות כללים קונקרטיים, המעוגנים בדרך-כלל באמנות ספציפיות (בין מנהגיות ובין הסכמיות) ולחלקם אין מערכת כללים סדורה ולא חלות עליהם אמנות ספציפיות. סכסוכים מזוינים בין מדינות ריבוניות לבין ארגוני טרור וטרוריסטים שייכים לקטגוריה של סכסוכים שאינם מוסדרים - לפי גישה זו - בכללים ספציפיים. עם זאת ברור כי הם מהווים סוג של "עימות מזוין", ולפי גישה זו, הם מהווים סוג נפרד וייחודי של סכסוך מזוין.

169. השאלה הרלוונטית אם כן היא, מהם הכללים והדינים שיחולו על סכסוכים מזוינים שכאלה. כפי שהצגנו לעיל, על-פי גישה זו, כללים אלה, המותאמים לאופי המיוחד של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור, נמצאים בימים אלה בעיצומו של תהליך התפתחות והתהוות. בהתייחסם למלומדים הדוגלים בגישה זו, מציינים Travallio ו-Altenburg כי מלומדים אלה מכירים בעובדה שהמשפט הבין-לאומי צריך לעבור אדפטציה על-מנת להתמודד עם בעיית הלוחמה אל מול ארגוני טרור:

"These scholars recognize that transnational terrorism presents a new, unanticipated threat, and that international law must adapt to deal with it."

Travallio ו-Altenburg, 106-107

אשר לדרך האדפטציה מציעים המחברים, כי יש לנקוט בגישה של פרשנות הדינים הקיימים כבר לגבי סכסוכים הקלאסיים:

"This Article does not advocate a wholesale change or abandonment of the rules regarding the use of military force, to the contrary, it argues only for an interpretation of the existing rules to deal with unique adversaries unforeseen at the time of the adoption of the UN Charter."

Travallio ו- Altenburg, 113-114

170. אכן, ייתכן כי טרם הושגה הסכמה רחבה ביחס לכל הכללים החלים בעימות כאמור. אולם, נראה כי הכללים הרלוונטיים לענייננו נובעים, באופן טבעי, מעצם ההכרה בקיומו של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור.

בהקשר דנן, השאלה החשובה היא כמובן, מיהם "הצדדים" לעימות מזוין זה, המהוים "מטרה לגיטימית" לפגיעה.

171. לגישת המדינה, מעצם ההכרה בקיומו של עימות מזוין בין מדינה לארגון טרור נובעת המסקנה כי הצדדים לעימות המזוין הם המדינה, מצד אחד, וארגון הטרור והטרוריסטים מהצד שכנגד. משכך, המשתתפים באופן אקטיבי בעימות המזוין מטעם ארגון הטרור, מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה.

172. כך הוא הדבר אפילו אם הפגיעה בהם כרוכה בפגיעה בריבונות מדינה אחרת הנותנת מחסה לארגון זה:

"The terrorists located in the state, however, and their facilities and supplies, are permissible targets, and military force may be employed, even if it means breaching the territorial integrity of the harboring state."

Travallio ו- Altenburg, 112-113

כן ראו בהקשר זה דעתו של Brown כפי שצוטטה בקטע שהובא בסעיף 51 לעיל.

173. זהו המצב בכל סוג של עימות מזוין. כאשר מדינה נלחמת במסגרת עימות מזוין בין-לאומי נגד מדינה אחרת רשאית היא לפגוע בכוחות הלוחמים מטעמה של מדינת האויב. כאשר היא נלחמת בעימות שאינו בין-לאומי, רשאית היא לפגוע בכוחות הלוחמים המנסים לתפוס את השלטון במדינה. אפילו על פי הפרוטוקול הראשון, שכאמור, אינו מחייב את ישראל, אלה הנלחמים מטעמם של ארגונים העומדים בתנאי סעיף 41(4) לפרוטוקול (ארגונים הלוחמים למען הגדרה עצמית) מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה. כאשר זה מצב הדברים בכל סוגי העימותים המזוינים, קשה למצוא בסיס לטענת העותרים כאילו דווקא בעימות מזוין כנגד טרור, מעניק המשפט הבין-לאומי חסינות מפני פגיעה, לאלה הנלחמים מטעמם של ארגוני הטרור.

174. אולם לא רק ניתוח קונספטואלי של הרעיון העומד מאחורי התפיסה של "עימות מזוין" מסוג חדש מוביל למסקנה האמורה. גם בחינה של העקרונות המשותפים לדינים החלים בכל סוגי עימות מזוין, יהא סיווגו אשר יהא, מובילה למסקנה האמורה.

175. כידוע, אחת המהפכות הגדולות בתחום דיני הלחימה היתה הקביעה, לפיה מדינות אינן בלתי מוגבלות בזכותן להפעלת כוח. במהלך השנים קביעה זו תורגמה למספר עקרונות וכללי ברזל שכיום הינם בעלי תחולה בכל סכסוך מזוין, יהא סיווגו אשר יהא.

176. בין העקרונות האמורים ניתן למנות למשל, בראש ובראשונה, את עקרון de Martens Clause כפי שנוסח במסגרת הסכם האג מס' 4 משנת 1907 בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (ולפניו בהסכם האג מס' 2 משנת 1899). לפי עיקרון זה, בכל מקרה, בין אם סכסוך מזוין מסוים מוסדר ובין אם לאו, יחולו עליו "עקרונות המשפט הבין-לאומי, כפי שהם נובעים מנהגים קבועים בין עמי התרבות, מדיני האנושיות ומדרישות המצפון הציבורי". עיקרון-על נוסף שהשתרש במהלך השנים הוא עיקרון ההומניות, לפיו אסור לגרום סבל מיותר אפילו ללוחמים שמהווים מטרה לגיטימית.

177. McDonald & Sullivan במאמרם על פרשנות אמנת ג'נבה השלישית מתייחסים לנושא תחולת העקרונות הכלליים של המשפט הבין-לאומי בכל סכסוך מזוין וקובעים כי הדבר הינו בעל חשיבות רבה:

"Even without considering the interpretation of the Third Geneva Convention, the detainees would be covered by what are best termed "general principles" of humanitarian law, such as those contained in the Martens Clause. The Martens Clause was originally formulated within the Hague Regulations of 1899 as follows... The "requirements of public conscience" or "elementary considerations of humanity" are not meant to be solid rules of governance but rather interpretative guides... **Such an approach affirms that there are general principles "of invaluable importance at the interpretative level" to guide a state applying the laws of war.**"

McDonald & Sullivan, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the "War on Terror"" Winter 2003 *44 Harv. Int'l L.J.* 301, 305

178. גם דו"ח הוועדה הבין אמריקאית לזכויות אדם קובע כי עקרונות-על מסוימים חלים בכל עימות מזוין, מבלי קשר לטיבו. עקרונות אלה, כך קובע הדו"ח, מופיעים בסעיף 3 המשותף

לאמנות גינבה, וכן כוללים הם את עקרונות הצורך הצבאי, ההומאניות, ההבחנה, והפרופורציונאליות (הדו"ח על טרור וזכויות אדם, לעיל, פסקאות 65-66).

179. לענייננו, עיקרון העל החשוב ביותר, שהוא בעל תחולה בכל סכסוך מזוין, ובכלל זה בסכסוך מזוין מול ארגוני טרור, הוא עיקרון ההבחנה. לפי עיקרון זה, אסור לתקוף אזרחים שאינם נוטלים חלק בלחימה. אולם מותר לתקוף **לוחמים** – הכוללים בודאי את **מי שנוטלים חלק אקטיבי או ישיר בלחימה**.

משילוב של עיקרון זה עם זכותה האינהרנטית של מדינה להגן על עצמה, נגזרת למעשה זכותה של המדינה לתקוף את מי שנלחמים כנגדה. במילים אחרות, לפי עיקרון ההבחנה, על צדדים ללחימה מוטלת החובה לכוון את לחימתם כנגד מי שנוטלים חלק פעיל בלחימה – הלוחמים – בלבד, ולא לפגוע באזרחים שאינם נוטלים חלק בה. שילוב זה של העקרונות האמורים, מספק הגנה לאזרחים תמימים מפני התוצאות ההרסניות של מלחמה, מחד, ומאפשר לצדדים ללחימה לתקוף באמצעים צבאיים את לוחמי האויב, שהינם צד לסכסוך המזוין, מאידך.

180. העותרים ודאי אינם חולקים על כך שעקרון ההבחנה, שהוא מהעקרונות הבסיסיים ביותר בדיני המלחמה, אשר חל בכל סכסוך מזוין, חל גם בעימות מזוין בין מדינה לארגון טרור. עקרון זה, המבחין בין אזרחים ללוחמים, מניח, כמובן, את קיומם של אזרחים ולוחמים בעימות מזוין. ומיהם הלוחמים בעימות מזוין בין מדינה לארגון טרור, אם לא אלה המתכננים, משלחים ומבצעים פיגועי טרור?!

181. **כל פרשנות סבירה של עקרון האבחנה, בקונטקסט של עימות בין מדינה לארגון טרור, מובילה למסקנה כי יש לראות את אלה המתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור כאנלוגיים ללוחמים במסגרת עימות מזוין בין-לאומי או ללוחמים במסגרת עימות מזוין שאינו בין-לאומי, ולפיכך מהווים גורמים אלה "מטרה לגיטימית לפגיעה".**

182. בהקשר זה נציין, כי יישום עקרון ההבחנה לענייננו מעורר שאלות של אופן יישום הכלל ביחס לחברי ארגון הטרור. האם כל חבר ארגון ייחשב כמטרה לגיטימית לפגיעה, או רק מי שעוסק בפועל בפעילות צבאית? והאם יש מקום לקבוע רף של מעורבות ישירה בפיגועים או שמא יש לקבוע רף אחר, נמוך יותר בנדון?

כידוע, במשפט הבין-לאומי הקלאסי, כל חייל מהווה מטרה לגיטימית, אף אם אינו משרת בתפקיד צבאי. האם נכון להפעיל כלל זה באופן אנלוגי אף בעימות מול טרוריסטים, או שמא יש להתאים כלל זה למציאות הייחודית של טרור?

שאלות נכבדות אלה ואחרות הינן ודאי שאלות מעניינות, אולם בהקשר דנן ניתן להותירן בשלב זה ללא הכרעה, מאחר שישראל אימצה ממילא מדיניות מצמצמת, לפיה סיכולים ממוקדים יופעלו אך ורק כלפי אלה המתכננים, משלחים או מבצעים בפועל פיגועי טרור,

כלומר רק כלפי מי שמקבילים לכוחות המבצעים את הלחימה בפועל בצבא האויב. לגבי כוחות אלה, ברור כי הם מהוים מטרה לגיטימית לפגיעה, ועל כן, כאמור, ניתן להשאיר את השאלות שפורטו לעיל בצריך עיון.

183. לכל האמור לעיל נוסף, כי בהקשר של קביעת דיני הלחימה בטרור, יש מקום חשוב לפרקטיקה של מדינות הנאלצות להתמודד עם תופעה זו. המלומד Shaw בהתייחסו לנושא התפתחות המנהג במשפט הבין-לאומי קובע מפורשות, כי יש לייחס לפרקטיקה של מדינות מסוימות הנוגעות לעניין או מעורבות בנושא, חשיבות יתרה בקביעת נורמות התנהגות מחייבות. לדבריו, מנהג במשפט בין-לאומי יכול להתהוות גם על-ידי מספר מועט של מדינות, כל עוד מדינות אלה קשורות באופן אינטימי לנשוא המנהג, בין בגין הכוח שלהן ובין בגין היחס המיוחד שיש להן עם נשוא המנהג:

"Accordingly, custom should to some extent mirror the perceptions of the majority of states, since it is based upon usages which are practiced by nations as they express their power and their hopes and fears. But it is inescapable that some states are more influential and powerful than others and that their activities should be regarded as of a greater significance. This is reflected in international law so that **custom may be created by a few states, provided those states are intimately connected with the issue at hand, whether because of their wealth and power or because of their special relationship with the subject-matter of the practice**, as for example maritime nations and sea law. Law cannot be divorced from politics or power and this is one instance of that proposition". [ההדגשה הוספה].

M. N. Shaw, *International Law* (4th ed., Cambridge, 1997), 62-63.

כך נפסק גם בפסק הדין של בית הדין הבין-לאומי בהאג בעניין המדף היבשתי בים הצפוני. וכך נקבע בפסק הדין:

"73. With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected." (p. 42).

184. מן האמור לעיל עולה, כי יש חשיבות רבה גם לפרקטיקה הנוהגת בהקשר של עימותים מזוינים בין מדינות לארגוני טרור. כידוע, מדינות רבות מלבד ישראל מתמודדות עם בעיית הטרור, וקיימת חשיבות רבה לפרקטיקה שהן נוקטות. בחינת פרקטיקה זו מעלה, כי רבות מהן עושות שימוש בכוח צבאי נגד טרוריסטים ורואות בהם מטרות לגיטימיות לפגיעה. הדוגמא המובהקת הינה ארצות הברית, אשר במלחמתה באל-קעידה, ראתה באנשי אל-קעידה מטרות לגיטימיות לפגיעה, הן בשדה הקרב והן מחוצה לו. ישראל כידוע נוהגת באופן דומה. לעובדות אלה, יש משקל ממשי בגיבוש עמדת המשפט הבין-לאומי בהקשר זה, שכן מדובר בפרקטיקה הנקטת על ידי מדינות המצויות בחזית המאבק העולמי בטרור.

185. ניתן איפוא לסכם ולומר, כי מכל האמור לעיל נגזר כלל ברור, ולפיו, במסגרת "דיני הלחימה בטרור", רשאית מדינה לפגוע באנשי ארגוני הטרור הנלחמים נגדה, היינו באלה הנוטלים חלק אקטיבי במעשי הטרור כנגדה וכנגד אזרחיה. מסקנה זו מתיישבת היטב עם העקרונות והכללים הבסיסיים של המשפט הבין-לאומי החלים בכל סכסוך מזוין.

סיכום פרק ו'

186. מכל שפורט במסגרת פרק ו' עולה בבירור, כי יהא סיווגו של הסכסוך בין ישראל לבין ארגוני הטרור והטרוריסטים אשר יהא, הרי שלפי כל הדעות והשיטות אותן סקרנו, מותר לפגוע במחבלים שנלחמים כנגד המדינה במסגרת העימות המזוין המנוהל נגדה, ומותר להפעיל נגד מחבלים אלה כוח צבאי, כמקובל במלחמה רגילה המנוהלת בין שתי מדינות. כל האמור לעיל מצטבר ומחזק את האסמכתאות הרבות שהבאנו כבר בהודעתנו הקודמת לכך שמחבלים הינם מטרות לגיטימיות המותרות לפגיעה בעת עימות מזוין (עמ' 56-60 להודעתנו הקודמת).

פרק ז'. אזרחים בעימות מזוין בין-לאומי

11. ההבחנה בין אזרחים ללוחמים בדיני הלחימה

187. כפי שהסברנו במבוא להודעה זו, הרי שמתגובת העותרים להודעתנו הקודמת עולה כי יש בפיהם למעשה שתי טענות מרכזיות נגד התיזה שהובאה בתגובתנו הקודמת. הטענה האחת הינה כי לא חלים על המאבק בארגוני הטרור כלל ועיקר דיני העימות המזוין ודיני הלחימה אלא חלים עליו דיני אכיפת חוק בלבד. בנושא זה עסקנו בהרחבה לעיל והבהרנו כי מדובר בתיזה שאולי נהגה בעבר אך כיום היא חסרת בסיס, וכיום מקובלת בעולם הרחב התיזה שאותה הצגנו לפיה חלים גם על מאבק בארגוני טרור דיני העימות המזוין ודיני הלחימה.

הטענה השנייה שבפי העותרים אומרת כי גם אם חלים דיני הלחימה על המאבק בטרור, עדיין, מונעים הם מהמדינה להפעיל כוח צבאי כלפי מחבלים, שכן מדובר באזרחים ולא בלוחמים. אכן, העותרים מסכימים שלפי דיני הלחימה מותר למדינה לפגוע גם באזרחים, כחריג, אם אלה לוקחים חלק ישיר בלחימה וכל עוד הם עושים כן, אלא שלטענתם מדובר בחריג צר מאד שלא מאפשר לבצע פעולות של סיכול ממוקד נגד המחבלים. בטענה זו מסתמכים העותרים על חוות הדעת של פרופ' קססה ומבחינה משפטית מסתמכת דעה זו בעיקר על הוראת סעיף 51 לפרוטוקול הראשון, הקובע שמותר לפגוע במהלך לחימה באזרחים רק כשמדובר באזרחים הנוטלים "חלק ישיר" במעשי האיבה ורק בתנאי שהפגיעה בהם נעשית בזמן שהם נוטלים "חלק ישיר" כאמור.

188. לטענה זו, לפיה המחבלים הינם בגדר אזרחים ולא לוחמים, התייחסנו בהרחבה בפרקים הקודמים, תוך שהבהרנו כי לפי כל סיווג שהוא של העימות המזוין המתחולל באזורנו, יש לראות במחבלים כלוחמים (בלתי חוקיים), שבהם מותר לפגוע לפי דיני הלחימה. התיזה אותה מעלים העותרים, לפיה מחבלים אלה הינם בגדר אזרחים, הינה תיזה מוקשה ובעייתית והתוצאה הנגרמת ממנה תהיה – לשיטת העותרים – שבעימות המזוין המתחולל בין מדינה לארגון טרור, צד אחד לעימות יהיה מורכב מלוחמים (שבהם מותר לפגוע תמיד) ואילו הצד האחר יהיה מורכב מאזרחים בלבד, שבהם – לפי הטענה – ניתן לפגוע רק במקרים חריגים ביותר. תיזה שכזו סותרת בעליל את עקרון ההדדיות העומד בבסיס דיני הלחימה ומובילה היא לתוצאה אבסורדית. אם אותם אלה הנלחמים בפועל מטעם ארגון הטרור (בפרט אלה המעורבים בפועל בתכנון, שילוח וביצוע פיגועים) הם אזרחים, נשאלת השאלה מיהם הלוחמים בעימות המזוין בין מדינת ישראל לארגוני הטרור? העותרים אינם מתמודדים בהודעתם עם קושי לוגי זה, המהווה חלק בלתי נפרד מעמדתם.

189. אם התיזה אותה מציגים העותרים היא כי קיים עימות מזוין בין-לאומי בין מדינה לארגון טרור המאופיין במעשי איבה, כאשר אין לוחמים בצד ארגוני הטרור, הרי שמדובר בטענה מרחיקת לכת, ולחלוטין חסרת בסיס במשפט הבין-לאומי. למותר לציין, כי תזה כאמור

אינה נתמכת על ידי פרקטיקה של מדינות או על ידי עמדות מלומדים, ואף העותרים אינם מביאים כל אסמכתא לקיומה של אפשרות זו. **אין מעשי איבה בלי אויב ואין מעשי לחימה בלי לוחמים.**

לפיכך, עמדתנו הברורה הינה כי אלה הנוטלים חלק ישיר ופעיל במעשי האיבה המבוצעים נגד מדינת ישראל, הינם בודאי לוחמים (וליתר דיוק, לוחמים בלתי חוקיים) ועל כן הפגיעה בהם היא לגיטימית.

190. יתרה מכך, המשמעות של קבלת התיזה של העותרים הינה למעשה, **הענקת חסינות לטרוריסטים המשתתפים בלחימה מפני פגיעה בהם.** בכך מוענקת לטרוריסטים זכות יתר המבוססת על הפרתם הבוטה של דיני המלחמה - המחייבים לוחם להבחין עצמו מקרב האוכלוסייה האזרחית. זכות יתר זו מעדיפה אותו - לפי שיטה זו - ביחס לחיילים בצבא סדיר המכבדים את דיני הלחימה. תוצאה אבסודרית זו ממחישה אף היא את חוסר הישימות של גישת העותרים בסוגיה.

191. למעלה מכך, כפי שצינו קודם, קבלת התיזה של העותרים, היתה נותנת תמריץ למתבלים **שלא להבחין עצמם מן האוכלוסייה האזרחית ה"רגילה"**. אימוץ כלל שכזה היה מוביל לסיכון האוכלוסייה האזרחית מתוכה הם פועלים. גם מטעם זה לא ניתן לקבל גישה זו.

192. לכך נוסיף, כי העותרים טוענים לדיכוטומיה מוחלטת במצב המשפטי הקיים. הם מבקשים להציג בפני בית המשפט הנכבד מצג לפיו המשפט הבין-לאומי מכיר כביכול רק בשתי קטגוריות נפרדות וברורות, בדמותם של "לוחמים" ו"אזרחים". לדידם של העותרים, שתי קטגוריות אלה מכסות את מכלול המצבים האפשריים אשר בהן ניתן להיתקל בחיי המעשה.

פרופסור קססה מוסיף ומחדד כי, לגישתו, המשפט הבין-לאומי אינו מכיר בשום קטיגורית-ביניים בין שתי קטיגוריות אלה. או שאדם הוא לוחם, או שהוא אזרח. אם הוא לוחם - ניתן לפגוע בו. אם הוא אזרח - לא ניתן לפגוע בו.

ואולם, בדיקת הנושא במשפט הבין-לאומי מעלה כי דיכוטומיה מוחלטת שכזו אינה קיימת, ומרובים הם מצבי הביניים בנדון. כך למשל, כפי שהעותרים ופרופ' קססה בעצמם מודים, דיני הלחימה קובעים מפורשות כי דינם של "אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" שונה מדינם של אזרחים "רגילים". בעוד שאלה האחרונים אכן חסינים מפגיעה מכוונת, הרי שאלה הראשונים נחשבים, אף לגישתו של פרופסור קססה, כמטרות לגיטימיות (על שאלת פרק הזמן שבו הם נחשבים למטרה לגיטימית נרחיב בהמשך הדברים). גם אם נתעקש להמשיך לקרוא לאנשים מסוג זה "אזרחים" (כמצוות העותרים) ולא "לוחמים בלתי חוקיים" או "מתבלים" (כגישת המשיבים) אין חולק כי דיני הלחימה קובעים לקבוצה זו הסדרים שונים מאשר אלה החלים על אזרחים "רגילים".

193. זאת ועוד, במציאות הטכנולוגית-כלכלית של תחילת המאה ה-21, האבחנה בין "אזרחים" ו"לוחמים" עומעמה במידה רבה בחיי המעשה. כך, למשל, ישנה כיום מגמה של הפרטת חלק מהפעילות הצבאית לגורמים אזרחיים, כולל למשל אנשי צוות במטוסים, מפעילי מזל"טים וכיו"ב. על רקע מציאות מורכבת זו, אין זה מפתיע כי בכנס מומחים בין-לאומי שהתקיים בהאג בתחילת חודש יוני 2003, בין היתר, בחסות ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, אשר הוקדש כולו לשאלת מעמדם של אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה, הובעה על ידי יותר מדובר אחד הדעה כי יש מקום כיום להכיר בקיומם של שלושה סוגים של "אזרחים": (1) אזרחים "רגילים"; (2) אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה שלא במסגרת צבא או מיליציה מאורגנת; ו – (3) אזרחים הממלאים תפקידים מסוגים שונים במסגרת צבאות של מדינות. כל קטיגוריה כאמור מחייבת, כמובן, התייחסות שונה בהתאם למאפייניה.

194. **מכל הטעמים שפורטו לעיל בתמצית, אשר פורטו בהרחבה בפרקים הקודמים, עולה לדעתנו בבירור, כי המשפט הבין לאומי קובע שיש להתייחס למחבלים כאל לוחמים המהווים מטרה לגיטימית לפגיעה, ולא כאל חלק מהאוכלוסיה האזרחית.**

195. למעשה, לגישה זו ניתן למצוא תימוכין גם בדברי העותרים עצמם ובחוות הדעת של פרופ' קססה.

כך למשל, בסעי' 152 להודעתם ואילך, מדגישים העותרים את עקרון האבחנה, שהינו עקרון יסוד במשפט הבין-לאומי, הנועד לאבחן בין לוחמים לאזרחים, ובהקשרו, הם מביאים בסעי' 156 לתגובתם את "החלטת אדינבורו" של המוסד למשפט בין-לאומי משנת 1969. החלטה זו תומכת בבירור בעמדתנו, שכן החלטה זו קובעת במפורש כי **עקרון האבחנה מחייב לאבחן בין "אנשים המשתתפים בפעולות האיבה" לבין "האוכלוסיה האזרחית"**.

מאסמכתא זו שהביאו העותרים עולה בבירור, כי "אנשים המשתתפים בפעולות האיבה" (כגון המחבלים) אינם חלק מהאוכלוסיה האזרחית.

196. בדומה, גם פרופ' קססה עצמו, בחוות דעתו (עמ' 3), מציין כי המונח "אזרחים" כולל את כל האנשים שאינם משתייכים לקטגוריה של לוחמים ושאינם לוקחים חלק ישיר במעשי האיבה.

מדבריו אלה עולה אם כן בבירור, כי אנשים הלוקחים חלק במעשי האיבה, אינם נכללים בהגדרת "אזרחים".

לפיכך, אף בטענות מסוימות הנכללות בדברי העותרים ופרופ' קססה יש כדי לתמוך בעמדתנו לפיה **"אנשים המשתתפים בפעולות האיבה" (כגון המחבלים) אינם חלק מהאוכלוסיה האזרחית.**

197. לטעמנו, די בכל האמור עד כאן כדי לדחות את טענתם המרכזית של העותרים.

מכל מקום, לחלופין, עמדת המדינה היא כי אף לו היה מקום לראות במחבלים אלה משום "אזרחים", עדיין, לא היה בכך כדי לאסור על השימוש בפעולות של סיכול ממוקד כלפי מחבלים שכאלה הנוטלים חלק ישיר בביצוע, תכנון ושילוח של מעשי טרור, שכן פעולות אלה מותרות – בכל מקרה – מכוח החריג הקיים בדיני מלחמה, שבקיומו מודים גם העותרים ופרופ' קססה, אשר לפיו מותר לפגוע באזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה.

כדי להבהיר עמדה זו, נידרש בפרק זה לחריג הנ"ל, ונבחן את היקפו.

2. מתי מותר לפגוע באזרחים במסגרת עימות מזוין בין-לאומי

198. חרף העובדה שאחת מהמטרות העיקריות של דיני המלחמה המודרניים היא למזער את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית, אין הם אוסרים לחלוטין כל פגיעה באזרחים. כך למשל, דיני הלחימה מכירים בכך שאזרחים עלולים להיפגע כתוצאת אגב של תקיפה של מטרה צבאית לגיטימית, כאשר האזרחים מצויים בתוכה או בקרבתה, ואין הם אוסרים על הוצאת תקיפה שכזו אל הפועל אלא בנסיבות מסוימות. לנושא זה נדרש בפרק הבא. בנוסף, וחשוב יותר לענייננו, דיני הלחימה מתירים מפורשות פגיעה מכוונת באזרחים הנוטלים חלק במעשי האיבה.

לנושא זה התייחסנו גם כן בהרחבה בתשובתנו הקודמת, בעמ' 56-60, והבאנו שם אסמכתאות רבות המלמדות כי לפי דיני המשפט הבין-לאומי, אזרחים מאבדים את חסינותם אם הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה – "Take direct part in hostilities". ראו במיוחד מדריך הצלב האדום עמ' 34, דברי פרופ' גולדמן, דברי המומחה האמריקני הייס פרקס, וכל יתר האסמכתאות המופיעות בעמ' אלה. כעולה מכל האסמכתאות הללו, התנאי שבו מותרות לגיטימיות הפגיעה באזרחים הינו כי אזרחים אלה "נטלו חלק ישיר במעשי האיבה". הא ותו לא.

199. המשיבים סבורים, כי מחבלים המבצעים, מתכננים ומשלחים פעולות טרור, נכללים לפי כלל של פרשנות סבירה בגדר המונח "אנשים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה", ועל כן אנו סבורים כי גם אם יראו במחבלים שכאלה אזרחים ולא לוחמים, מותרת הפגיעה בהם – בין בדרך של סיכול ממוקד ובין בדרך אחרת – לפי החריג האמור הקבוע במשפט הבין-לאומי.

200. העותרים חולקים על עמדה זו ולטענתם, לא ניתן לבצע פעולות של סיכול ממוקד כלפי מחבלים שכאלה, אלא במקרים חריגים ביותר. לדעת העותרים, יש לפרש את החריג

הקבוע בנושא זה במשפט הבין-לאומי באופן מצמצם הרבה יותר מן האופן שבו מפרשים אותו המשיבים, וזאת משני טעמים.

ראשית טוענים העותרים, כי חריג זה מותנה בקיומם של שני תנאים (ולא בתנאי אחד כפי שהצגנו לעיל). התנאי האחד, שאליו כבר התייחסנו, עניינו בכך שידובר באזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה, והתנאי השני, שאותו מוסיפים העותרים, דורש כי התקיפה תבוצע אך ורק בשעה שהם נוטלים חלק במעשי האיבה כאמור.

שנית, ובנוסף, טוענים העותרים, כי לחריג זה יש לתת פרשנות מצמצמת ביותר (סעי' 148 לתגובת העותרים), ופרשנות מצמצמת זו חלה הן על המונח "נטילת חלק ישיר", הן על המונח "מעשי איבה" והן על המונח "רק בשעה בה מבוצעים מעשי האיבה".

כך למשל, על פי פרשנות זו, החריג מתיר תקיפת "אזרחים" שכאלה רק במצב שבו הם מצויים בעיצומה של פעולת טרור ממש (יורים, משליכים בקבוק תבערה וכדומה). היינו, כלשון העותרים, בשעה שבה הם מסכנים בפועל חיי אדם, ורק בשעה זו. פרופ' קססה מרחיב מעט יותר וקובע כי חריג זה חל לגבי מחבלים גם בשעה שהם נושאים נשק בגלוי ומצויים בדרכם לביצוע פיגוע, שאזי, ברגעים אלה מאבדים הם את חסינותם כאזרחים מפני פגיעה. אולם העותרים מטילים ספק אם יש מקום ל"הרחבה" זו של פרופ' קססה (ראו פסקה 189 לתגובתם). מכל מקום, הן העותרים והן פרופ' קססה מדגישים, כי אם מצויים המחבלים "רק" בשלב של תכנון פיגוע, שילוח לפיגוע, ואף בדרך לביצוע פיגוע בלא נשיאת נשק בגלוי (וכך הוא המצב כמעט תמיד עת מדובר במחבלים), אסור בכל אותן שעות לפגוע בהם, שכן לדעתם, באותן שעות, עדיין לא איבדו "אזרחים" אלה את החסינות המוקנית להם, ולפיכך אין המחבלים נכנסים באותן שעות לגדר החריג האמור.

כך הוא המצב, לדעת העותרים ופרופ' קססה, שכן לטענתם, מי שמתכנן פיגוע או משלח אדם אחר לבצעו, וכן מי שנמצא בדרכו לביצוע פיגוע אך אינו נושא נשק בגלוי, אינו נכלל בגדר המונח "אדם הנוטל חלק ישיר בביצוע מעשי טרור" ו/או "אינו נמצא במהלך ביצוע פעולת טרור".

יצויין, כי העותרים אינם מתייחסים כלל לשאלה אם ניתן למנוע מהמחבלים לבצע את הפיגוע אם לאו. לדעתם, לשאלה זו אין כל חשיבות, ובכל מקרה, אף אם אין דרך אחרת למנוע את הפיגוע, אסור לפגוע במחבלים בשלב זה.

בנוסף, לטענת העותרים ופרופ' קססה, מיד ברגע שהסתיים ביצוע הפיגוע, שוב נוטלים המחבלים את חסינותם כאזרחים, ושוב אסור לפגוע בהם. זאת, אפילו אם ידוע וברור כי מחבלים אלה חוזרים לבתייהם על מנת להתחיל בתכנון והוצאה לפועל של פיגוע נוסף. היינו, לשיטתם, החסינות פרוסה כגג על ראש המחבלים, ובגג זה נפער חור לדקות ספורות, רק ברגע של ביצוע פיגוע בפועל, במובן המצמצם ביותר, וחור זה נסתם מיד עם תום ביצוע הפיגוע. כלומר, לפי הטענה, מחבלים אלה נהנים רוב הזמן מהחסינות המוקנית לאזרחים,

על אף שעוסקים הם בטרור באופן שיטתי, והם מאבדים אותה רק לדקות או שעות ספורות מדי פעם, בעת שהם מבצעים בפועל אקט פיזי של פיגוע.

עמדה זו כמובן אינה מקובלת על המשיבים שכן יוצרת היא אבסורד מוחלט. כדי להבהיר עמדה זו, נתייחס להלן בנפרד לשתי טענות העותרים. תחילה נתייחס לטענה כי החרג כולל שני תנאים ולא אחד, ולאחר מכן נתייחס לשאלת פרשנות החרג.

3. היקף החרג המתיר פגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בביצוע מעשי איבה

את טענתם הראשונה, לפיה החרג כולל שני תנאים, ולא רק תנאי אחד (כטענת המשיבים), מבססים העותרים ופרופ' קססה על נוסחו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, אשר קובע כדלהלן:

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take direct part in hostilities".

כעולה מתוכנו, סעיף זה קובע שני תנאים המתירים פגיעה מכוונת באזרח: האחד – מותר לתקוף רק אזרחים הנוטלים חלק "ישיר" במעשי האיבה; השני – התקיפה מותרת רק למשך פרק הזמן שאותו אזרח נוטל חלק במעשי האיבה כאמור.

לטענת העותרים סעיף זה מחייב את מדינת ישראל שכן הוא נהנה ממעמד של משפט בין-לאומי מנהגי.

201. המשיבים חולקים על עמדה זו שכן אין בסיס לטענה כי סעיף ספציפי זה, הכולל שני תנאים ולא אחד, משקף משפטי בין-לאומי מנהגי. להלן נתייחס לנושא זה בהרחבה.

3.1. סעיף 51(3) אינו מהווה משפט בין-לאומי מנהגי

202. כפי שהוסבר לעיל, מדינת ישראל (כמו גם ארה"ב, הודו, יפן, פקיסטן, תורכיה ומדינות אחרות) בחרה שלא להצטרף לפרוטוקול הראשון, ולפיכך אין היא מחויבת לקיים את אותן הוראות מתוכו המהוות משפט בין-לאומי הסכמי.

203. משכך, ישראל יכולה להיות מחויבת בהוראות סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, רק ככל שאלה מהוות משפט בין-לאומי מנהגי. כפי שנראה להלן, סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון אינו משקף משפט בין-לאומי מנהגי, ולפיכך מדינת ישראל אינה מחויבת בהוראותיו.

204. תחילה נציין, כי אין למעשה מי שחולק על כך שרק חלק מהוראותיו של הפרוטוקול הראשון מהוות משפט בין-לאומי מנהגי, בעוד יתר ההוראות מהוות משפט בין-לאומי הסכמי. כך למשל כותבת המלומדת Ingrid Detter, בספרה The Law of War :

“The Protocols have not been ratified by an overwhelming number of States and a number of militarily important States are missing from the list of those which are bound. However, the Protocols may, in many respects, reflect what the existing law already is, and then, in those parts, be binding, not by virtue of the obligations of the Protocols as treaties, but by virtue of the underlying obligations enshrined in previously accepted rules.”

Ingrid Detter, The Law of War 143 (2000, Cambridge University Press).

205. גישה דומה עולה אף מסעיף 35 לדו"ח מזכ"ל האו"ם משנת 1992 (הסעיף מצוטט בפסקה 123 לתגובת העותרים). דו"ח מזכ"ל האו"ם, אשר מציג רשימה מלאה של אמנות המהוות משפט בין-לאומי מנהגי, אינו מזכיר את הפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה. צא ולמד, שאף לגישתו של מזכ"ל האו"ם (שהינה בודאי גישה מרחיבה בנושא זה), אין הפרוטוקול בכללותו נכלל במסגרת המקורות המשפטיים הנהנים ממעמד מנהגי ברור.

גם העותרים מודים במפורש כי לא כל הוראות פרוטוקול זה הן מנהגיות. ראו פסקה 137 להודעתם.

על רקע זה נתייחס עתה אפוא באופן ספציפי לשאלת מנהגיותו של סעיף 51 (3).

206. העותרים טוענים כי מדובר בסעיף המבטא דין מנהגי (סעי' 139 להודעתם). אלא שאין הם מביאים שום אסמכתא ממשית לכך, ולא בכדי, שכן המצב המשפטי שונה הוא. על פי מצב זה, הרי שלא כל רכיבי הסעיף משקפים משפט מנהגי.

השקפה זו, לפיה סעיף 51(3) אינו משקף בכללותו משפט בין-לאומי מנהגי, אינה ייחודית רק למדינת ישראל. כך למשל, בדין וחשבון של הוועדה השבדית למשפט בין-לאומי הומניטרי, נדונה שאלת מנהגיותם של סעיפים בפרוטוקול הראשון, וכך נקבע:

“The following rules in Additional Protocol I would, in the opinion of the Swedish international humanitarian law committee, have the status of customary international law, at the times however only in their main outlines:

....

- the principle of ditinguishment, Art. 48;

- the principle of proportionality, Art. 51:5(b)

”...

כפי שניתן לראות, סעיף 51(3) נעדר מהרשימה.

207. סעיף 51(3) נעדר גם מהרשימה של הסעיפים המנהגיים של הפרוטוקול שפורטה בדו"ח הועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם (ראו Report on Terrorism and Human Rights, supra, sec. 64), הכוללת, למשל, את סעיף 51(1) ואת סעיף 52(1).

208. כך גם מדגישים Turner ו-Norton, יועצים משפטיים של צבא ארה"ב (בהווה ובעבר), כי סעיף 51(3) הינו סעיף שנוי במחלוקת, המשנה מן הדין המנהגי לפיו לוחם בלתי חוקי איננו יכול לזכות בחזרה במעמד של אזרח מוגן:

"Customary international law does not recognize the ability of an unlawful combatant to regain the protections of his civilian status. However, a controversial provision of Additional Protocol I allows the civilian to regain his protection from attack when ceases direct participation in hostilities".

L. L. Turner and L. G. Norton, "Civilians at the Tip of the Spear", 51 A. F. L. Rev. 1 (2001), 28-30.

209. מעניין לציין, כי בחוות דעתו מפנה פרופ' קססה לשלוש החלטות ביניים של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, כאסמכתא לטענתו שסעיף 51(3) מהווה משפט בין-לאומי מנהגי. אלא שבכל הכבוד הראוי, עיון בהחלטות מלמד כי בית הדין נמנע במפורש מלקבוע שהוראת סעיף 51(3) היא הוראה מנהגית. אדרבא, ההיפך הוא הנכון.

210. כך למשל, ההחלטה האחרונה מבין השלוש, והיחידה אשר ניתנה על ידי בית הדין לערעורים בהרכב של חמישה שופטים, קובעת מפורשות כי:

"Article 51 and 52 of Additional Protocol I and, to a lesser extent, Article 13 of Additional Protocol II consist of a number of provisions focusing on, but not limited to the prohibition on attacks on civilians and civilian objects cited in the relevant counts of the indictment. Contrary to the suggestion of the appellant's first sub-ground of appeal ... the Trial Chamber did not pronounce on the legal status of the whole of the relevant Articles, as, having found that they did not form the basis of the charge against the appellant, it was not obliged to do so. It rather examined "whether the principles contained in the

relevant provisions of the Additional Protocols have attained the status of customary international law”, and in particular the principles explicitly stated in the indictment: the prohibition of attacks on civilians and of unlawful attacks on civilian objects. It held that they had attained such a status, and in this it was correct”. [ההדגשה הוספו].

Prosecutor v. Pavle Strugar, 22 November 2002.

צא ולמד, שאף בית הדין לערעורים הבין את ההחלטה של בית המשפט דלמטה, ככזו המכירה בעקרונות הכלליים של סעיף 51 כמשפט בין-לאומי מנהגי, ואינה מכירה בכל פסקה ופסקה כמנהגית. בית הדין קובע, כי העקרונות שלגביהם נקבע כי הם מהווים משפט בין לאומי מנהגי הם: איסור התקפה על אזרחים ואיסור תקיפות בלתי חוקיות של מטרות אזרחיות. עקרונות אלה מקובלים כמובן גם על מדינת ישראל כמשקפים משפט בין-לאומי מנהגי. אלא שאין ללמוד מעקרונות אלה דבר באשר למנהגיותם של שני התנאים הקבועים בסעיף העוסק בחוקיות הפגיעה באזרח הנוטל חלק בפעולות איבה, ועל כן אסמכתאות אלה, אליהן הפנה פרופ' קססה, אין בהן כדי ללמד שכל התנאים שנקבעו בסעיף 51(3) הינם בגדר תנאים מנהגיים מחייבים.

211. לסיכום, מכל האמור עולה כי סעיף 51(3) אינו מהווה בכללותו משפט בין-לאומי מנהגי. כל שנקבע במשפט הבין-לאומי המנהגי הוא כי אסור לפגוע באזרחים בדרך כלל, וכן נקבע בו, במפורש, כי **מותר לפגוע באזרח "הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה"**.

על פרק הזמן בו מותרת פגיעה זו אין כל מגבלה, ולפיכך מותרת הפגיעה, הן בשעה שהוא מבצע פיסית פעולות איבה והן בשעות שמעבר לזמן בו הוא מעורב ישירות בפעולות האיבה, כפי שיוסבר להלן. ובלבד, שלא מדובר במחבל שהניח את נשקו או יצא בדרך אחרת ממעגל הלחימה. לעניין זה ראו במיוחד דבריהם של Norton ו-Turner שהובאו לעיל.

212. תימוכין נוספים לעמדה זו קיימים גם בהוראות חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי. מחברי החוקה הקפידו להגביל את עצמם לכלול במסגרתה רק הוראות המשקפות משפט בין-לאומי מנהגי, ועל כן, ככלל, מנוסח החוקה ניתן ללמוד אלו הוראות בפרוטוקול הינן מנהגיות, לגישת מנסחי חוקת בית-הדין, ואלו אינן מנהגיות. בנושא הרלוונטי לענייננו, קובע סעיף 8(2)(b)(i) כי עבירה של פגיעה באזרחים תהא:

“Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities”.

סעיף זהה בנוסחו נקבע לעניין סכסוכים שאינם בין-לאומיים (סעיף 8(2)(b)(i)).

213. כפי שניתן לראות, במסגרת הסעיף הושמטה התיבה המתירה פגיעה באזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות האיבה "רק שעה שהוא נוטל בהן חלק", ולא במקרה.

214. ואכן, פרופסור אוטו טריפטר, שערך את המדריך הפרשני להוראות אלה של החוקה, מפרש סעיף זה מבלי להתייחס לכל מגבלת זמן שהיא. כדבריו:

"Military objectives are combatants and other persons directly engaged in hostilities"

O. Thriffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, 1999).

215. בהקשר זה נפנה גם לדבריו של רוג'רס, הפרקליט הצבאי הבריטי לשעבר, אשר הציע רשימה של מטרות צבאיות המותרות בתקיפה, שוב, מבלי להתייחס לכל מגבלה של זמן. במסגרת מטרות אלה כולל רוג'רס את המטרות הבאות:

"Military personnel and persons who take part in the fighting without being members of the armed forces..."

Rogers, *Law on the Battlefield* (1996) 37.

216. מכל האמור עולה, כי אין בסיס ממשי לעמדת העותרים ופרופ' קססה הסבורים כי קיים כיום כלל מנהגי המגביל את האיסור על פגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה, לכל שעה שמעבר לפרק הזמן בו הם עוסקים באופן פיסי בירי, הנחת פצצות, וכדומה. לפיכך סבורים המשיבים, כי אין כל מניעה לפגוע במחבלים הנוטלים חלק ישיר במעשי הטרור, בכל עת ומקום, כל עוד לא הניחו את נשקם או יצאו ממעגל האיבה.

217. מכל מקום, אף אם היינו מרחיקים לכת ובוחנים את חוקיות המדיניות הישראלית לאור הוראות סעיף 51(3) עצמן, עדיין היינו מגיעים לתוצאה כי המדיניות חוקית היא, וזאת על פי כללי פרשנות סבירים של הסעיף. לנושא זה נדרש עתה ובמסגרתו נעסוק גם בפרשנות המונח "אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה" (הכלול בסעיף 51(3)), אשר לטענתנו, הוא הקובע מתי מותר לפגוע באזרחים במהלכו של עימות מזוין.

4. פרשנות התנאים הכלולים בחריג המתיר פגיעה באזרחים במהלך עימות מזוין

218. כזכור, סעיף 51 (3) קובע כדלקמן:

“Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take direct part in hostilities”.

כבר בשנות השבעים היה ברור למנסחיו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון כי כלולות בו מספר אמירות אשר פותחות פתח רחב ביותר לפרשנויות ומחלוקות. בהקשר דן כולל הסעיף שלוש תיבות שיש לפרשן: האחת – המילה “מעשי איבה” (hostilities), השנייה – המילה “ישיר” (direct); והשלישית – המילים “כל עוד” (for such time). ואכן, עד עצם היום הזה קיימים חילוקי דעות ביחס לפרשנות הנכונה של תיבות אלה. להלן נדרש לנושא זה ונבקש להוכיח כי הפרשנות המצמצמת מאוד שנותנים העותרים ופרופ' קססה לתיבות אלה, כלל אינה מחויבת המציאות, ובוודאי שאינה משקפת משפט מנהגי מחייב, כי אם עמדה פרשנית שבשוליים. יצוין, כי פרשנותם של מונחים אלה קשורה לעתים זו לזו, ועל כן יש להשקיף על התמונה הפרשנית כמכלול.

“hostilities”

219. דברי הפרשנות לפרוטוקול הראשון מטעם ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, מתייחסים לפרשנות הראויה של הביטוי hostilities:

“It seems that the word “hostilities” covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon.” [הציטוט מעמ' 618 ההדגשה הוספה].

220. כפי שעולה מדברי פרשנות אלה, “מעשי איבה” אינם חייבים לכלול שימוש בנשק או נשיאת נשק. **דברים אלה סותרים חזיתית את עמדת העותרים ופרופ' קססה.**

לדעת המשיבים, אין כל עילה פרשנית שבגינה יש להגביל את פרשנות המונח “מעשי איבה” אך ורק לביצוע פיזי של פעולות הפיגוע עצמן, כנטען על ידי העותרים, ויש לכלול בגדרו של מונח זה גם מעשים כגון פיקוד על חוליות טרור, תכנון פיגועי טרור ושילוח מפגעים. מעשי איבה שכאלה נכללים לדעתנו בבירור בהגדרת המונח “מעשי איבה” המופיע בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון.

221. למסקנה דומה ניתן להגיע גם מקריאת המדריך הצבאי האוסטרלי:

“Whether or not a civilian is involved in hostilities is a difficult question which must be determined by the facts of each individual case. Civilians bearing arms and taking part in military operations are clearly taking part in

hostilities; civilians working in a store on a military air base may not necessarily be taking such a direct part. However, stores depots, supply columns and military installations are clearly military objectives which may be attacked, regardless of the presence of civilian workers.”

Australian Defence Force Publication, Operations Series ADFP 37 Law of
Armed Conflict, para. 532

המדינה מסכימה שההגדרה מהן פעולות איבה אינה תמיד ברורה, אולם ברי כי האנשים בהם פוגעת ישראל במסגרת פעילות הסיכול הממוקד, אינם דומים לאנשים המוכרים מזוון בחנות בבסיס של חיל האוויר, אלא מעמדם הוא של אנשים המבצעים בבירור "מעשי איבה".

"Take a **direct part** in hostilities"

222. סעיף 51(3) דורש שהאזרח בו מדובר ייטול חלק ישיר (direct part) במעשי האיבה. בפסק דין Akayesu (בפסקה 629) נקבע, כי המונח "חלק ישיר" הוא מונח נרדף למונח "חלק פעיל" (active part):

"...These phrases are so similar that, for the Chamber's purposes, they may be treated as synonymous. Whether the victims referred to in the indictment are indeed persons not taking an active part in hostilities is a factual question..."

223. בהיעדר הנחייה היסטורית ברורה, קיימת מחלוקת בין המלומדים בשאלה כיצד יש לפרש את המונח "direct part", כאשר הצלב האדום מנהיג פרשנות מצמצמת יחסית, ואילו מלומדים אחרים מעדיפים פרשנות מרחיבה. כך, הצלב האדום, בפרשנות לפרוטוקולים, קובע כי נטילת "חלק ישיר" משמעה כדלקמן:

" Direct participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces..."

Direct participation in hostilities implies a direct causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place."

Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Y. Sandoz *et al.* Eds., ICRC, Geneva 1987), paras. 1944, 1679.

(פרשנות הצל"א לפרוטוקולים, עמ' 619, 516).

224. לעומת זאת, המלומד הייס פארקס (Hays Parks) קובע, כי גם איסוף מודיעין או תמיכה לוגיסטית מהווים נטילת "חלק ישיר" במעשי האיבה. ראו:

Hays Parks, Air War and the law of War, 32 A. F. L. Rev. 1, 116, 118 (1990).

בדומה, רוג'רס קובע, כי נהג משאית המובילה תחמושת באזור קרבות אף הוא נוטל "חלק ישיר" בפעולות האיבה. ראו:

A. P. V. ROGERS, LAW ON THE BATTLEFIELD, 7 (1996).

225. בכל מקרה ברור, כי בין לפי הפרשנות המצמצמת ובין לפי המרחיבה, יש לראות בתכנון של פיגוע טרור, בשילוח מחבלים לביצוע הפיגוע ובפיקוד על חוליית טרור – נטילת חלק ישיר בביצוע פעילות איבה, שכן בודאי שלא ניתן לחלוק על כך שמדובר, כלשון מדריך הצלב האדום, במעשים המהוים:

"acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces."

כיוון שכך ברור כי מחבלים המבצעים פעולות אלה, מאבדים את חסינותם כאזרחים מפני פגיעה.

226. יתרה מכך, לפי העמדה שהוצגה בעניין Akayesu, לפיה הדרישה היא לנטילת "חלק פעיל" במעשי האיבה, בודאי ובודאי שניתן לקבוע כי מי שמתכנן, משלח או מבצע פיגועי טרור, מעורב באופן פעיל במעשי האיבה.

227. מתכנן, משלח או מבצע של פיגוע טרור אינו נוטל חלק פסיבי בעימות המזוין. הוא אינו נוטל חלק אגבי בסכסוך המזוין. מדובר באדם הנוטל חלק מרכזי, פעיל וישיר בעימות המזוין. אנשים אלה הם הכח המניע את העימות המזוין מצד ארגוני הטרור הפלסטינים.

לעניין זה התייחס המלומד קנסטרו באומרו:

"Noncombatants and civilians can be designated a valid target if they are sufficiently involved in the war effort. For example, any civilian who directly participates in hostilities would be equivalent, for targeting purposes, to a combatant. Although the exact level of involvement necessary for a civilian to become a valid target has not been fully defined legally, it is usually viewed as being a decision in practice based on context. **Civilians who work directly to conduct the war, or occupy a role normally held by a soldier, are valid targets.** There is also a legal consensus that a civilian head of state who serves as commander-in-chief of the armed forces falls within this category. **Other civilians** who occupy positions of special importance or significance-**such as weapons development**-that are more valuable to their government in their current role than any contribution they could have made on the front lines, **are similarly subject to attack.**"

N. Canestaro, "American law and Policy on Assassinations of Foreign Leaders: The Practicality of Maintaining the Status Quo", 26 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1, (Winter 2003), 8-9.

228. כן נפנה לדבריו של המלומד גילורי, הקובע כי אזרחים יחשבו כמי ש"נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה" אם הם משולבים (integrated) בפעולות האיבה; "שילוב" מוגדר על ידו כ-

"an uninterrupted, indispensable part of an activity, such that the activity cannot function without that person's presence."

M. E. Guillory, *Civilianizing the Force: Is the United States Crossing the Rubicon?* 51 Air Force L. R. 111(2001), 117.

מאחר שאין ספק כי המשלחים, המתכננים והמבצעים פיגועי טרור, מבצעים כולם רכיבים החיוניים להוצאת פעילות האיבה אל הפועל, וזו לא תוכל להתקיים בלעדיהם, ומאחר שאין ספק כי כולם "משולבים" באופן עמוק ביותר בפעילות האיבה, אין גם ספק כי מדובר במי שלוקחים חלק ישיר בביצוע פעולות איבה.

229. יצוין, כי פרופ' קססה מסכים בחוות דעתו, כי גם אזרח הלוקח חלק בפעילות צבאית מקדימה לפעולות התקיפה, יחשב כמי שנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, אולם הוא מתנה זאת בכך שאותו אדם ישא נשק בגלוי (סעי' 13 לחוות הדעת). דא עקא, שקשה לקבל את

הקביעה לפיה השאלה אם אדם יחשב כמי שנוטל חלק ישיר במעשי איבה אם לאו תגזר מהשאלה אם נושא אותו אדם נשק בגלוי אם לאו. וכי מי שנושא חגורת נפץ בהיחבא על גופו לא יחשב כמי שנוטל חלק ישיר במעשי האיבה?! התשובה לכך ברורה מאליה, ועל כן נדמה כי בעניין זה (כבאחרים) לא ניתן לקבל את עמדתו של פרופ' קססה.

לכך נוסיף, כי כפי שכבר צוין, עמדה זו מביאה לתוצאה אבסורדית, לפיה מי שמפר את דיני הלחימה ברגל גסה, ואינו נושא נשקו בגלוי, נהנה מהגנה רחבה מאד, כשל אזרח, והגנה זו תהיה רחבה יותר מההגנה הניתנת למי שמבחין עצמו מן האוכלוסייה האזרחית, כפי שדורשים דיני הלחימה, על-ידי נשיאת נשק בגלוי. עם תוצאה מעין זו לא ניתן להשלים.

"For such time as they take a direct part in hostilities"

230. כאמור לעיל, עמדת המדינה היא כי תיבה זו אינה מהווה חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי. למרות האמור, נידרש גם לפרשנותה של תיבה זו, הכלולה בסעי' 51 (3).

231. ביחס לתיבה זו קיימות שלוש גישות עקרוניות בקרב מלומדי המשפט הבין-לאומי.

הגישה הראשונה מקבלת את הניסוח וטוענת כי יש לפרשו על דרך הצמצום, באופן שאדם ייחשב כמטרה לגיטימית רק בזמן שהוא מבצע פעילות לחימה פיזית, כגון ירי או זריקת בקבוק תבערה. יצוין, כי מקריאת חוות דעתו של פרופסור קססה עולה, כי הוא נמנה על אסכולה זו, שכן לגישתו, הזכות לפגוע באותו אדם הנוטל חלק בלחימה מוגבלת רק למועד ביצוע התקפה חמושה (וכן במהלך תנועה לקראת תקיפה, אם האדם נושא נשק באופן גלוי, דבר שלרוב אינו רלוונטי לפעילות טרור).

232. הגישה השנייה מקבלת אף היא את הניסוח, אך סוברת כי יש לפרשו בצורה מרחיבה יותר, לפיה כאשר מדובר באדם שבאופן חוזר ונשנה מעורב בפעילות טרור, ניתן לראותו כמי שעוסק כל הזמן בטרור. אדם כזה הוא דה-פקטו לוחם והוא מפסיק להיחשב כמי שמעורב באופן ישיר בפעילות טרור רק כאשר הוא חדל מפעילות זו לחלוטין ומניח את נשקו.

233. בהקשר זה נשוב ונפנה לדברי הפרשנות לפרוטוקול הראשון מטעם ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, אליהם כבר הפנינו לעיל, המתייחסים לסעיף זה בקובעים:

"It seems that the word "hostilities" covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon."

יצוין, כי גם פרופ' קססה, שלא במשים כנראה, מביע תמיכה מסוימת בפרשנות זו, בדברו (בעמ' 4) על כך שמחבל רוכש בחזרה את חסינותו, רק כאשר הוא מניח את נשקו. מתן פרשנות למונח זה רק במישור הפיזי (של הנחת הנשק) אינה סבירה כלל ועיקר.

234. הגישה השלישית שוללת את התיבה האמורה וסבורה כי אין מקום להגבלת האפשרות לפגוע באזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה במגבלה זו. במסגרת זאת, יש הסוברים כי המבחן הרלבנטי אינו זה הקבוע בסעיף 51(3) אלא המבחן הרלוונטי הוא מבחן ה"חברות". לדידם - אדם הנמנה על ארגון (שאינו מיליציה מאורגנת לגיטימית), המבצע באופן שוטף מעשי תקיפה, ייחשב למטרה לגיטימית כל עוד הוא חבר באותו ארגון:

"[At the other end of the spectrum is] the view that there is a loss of privileged status as long as the person is a "member" of the group engaged in hostilities."

Ken Watkins, *Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in the 21st Century*, HPCR Policy brief, (<http://www.ihlresearch.org/portal/ihli/Session2.pdf>, at p. 2.

235. בבסיס הגישה הנ"ל עומדת התפיסה שאין זה סביר לאפשר לאנשים הנוטלים חלק בפעילות האיבה "להחליף כובעים" כרצונם, בין כובע ה"לוחם" לכובע ה"אזרח". על כן דוגלת גישה זו בסברה, כי כל עוד חבר מחבל בארגון טרור, יש לראותו כ"אדם הנוטל חלק ישיר במעשי איבה".

בהקשר זה ראוייה לתשומת לב גישתו של פרופסור קססה, אשר סבור מפורשות כי ראוי לאפשר "מעבר סטטוס" ו"החלפת כובעים" כאמור. כלשונו בחוות דעתו:

"A civilian who, after carrying out military operations, is in his house or is going to a private home or to a market, may not be the object of attack, but may be arrested and prosecuted..."

יצוין, כי פרופ' קססה סבור שכלל דומה חל גם על חיילים בצבא סדיר, אשר גם בהם אסור לפגוע, לדעתו, עת נמצאים הם בביתם. אלא שגישתו זו – בקשר לחיילים – אינה מקובלת כלל ועיקר בקרב המלומדים של המשפט הבינלאומי, ועל כן הבסיס המשפטי העומד בבסיס עמדתו שהובאה בפסקה המצוטטת לעיל, הינו בסיס רעוע ביותר.

בכל מקרה, למותר לציין, כי המשיבים אינם שותפים לגישתו זו של פרופסור קססה, אשר מעניקה יתרון בלתי סביר ובלתי מוצדק למחבלים, על פני כוחות הביטחון הנלחמים בהם.

236. בהקשר זה נוסף ונפנה לדברי הוועד הבין-אמריקאי לזכויות אדם, הקובע כי :

"Others falling within the category of unprivileged combatants are civilians, noncombatant personnel in the armed forces, as well as noncombatant members of the armed forces who, in violation of their protected status, actively engage in hostilities. These persons temporarily forfeit their immunity from direct individualized attack during such time as they assume the role of a combatant. It is possible in this connection, however, that once a person qualifies as a combatant, whether regular or irregular, privileged or unprivileged, he or she cannot on demand revert back to civilian status or otherwise alternate between combatant and civilian status."

Report on Terrorism and Human Rights, supra, sec, 69.

237. פרשנות כמו זו המוצעת על-ידי העותרים ופרופסור קססה בהכרח תוביל למצבים אבסורדיים שאינם עולים בקנה אחד עם מטרות דיני הלחימה. Turner ו-Norton הטיבו להביע אבסורד זה תוך שהם מציינים כי התרת המרת הסטטוס בכל עת, תוביל לתוצאה בלתי מוצדקת בעליל :

"Now, exactly when a civilian ceases his direct participations in hostilities is unclear. If "direct part" in hostilities is an affirmative behavior akin to taking up arms, such as sniping at military members, such a civilian who is a valid military target while he is planning or executing an attack becomes immune from attack once he is not involved in planning another attack, even if he will become involved in the conflict later. Great inequities could result. A serviceman would be subject to a charge of a violation of LOAC [Law of Armed Conflict] should he kill a civilian while he is out of the hostilities, even if the civilian had recently taken a direct part in hostilities."

Turner ו-Norton, 29-30

238. אם נסכם נושא זה, הרי שעמדתנו נוטה לגישה השלישית שהוצגה לעיל, שכן אין הצדקה לכאורה לאפשר למחבל או לכל אזרח אחר להחליף כובעים של אזרח ולוחם כרצונו, ובודאי שאין כל הצדקה או הגיון לאפשר למחבל להנות מחסינות ברוב רובה של עת פעילותו, ולקבוע כי הוא יאלץ לוותר על חסינותו רק לרגעים ספורים, כאשר יגיע הרגע בו יבצע את מעשה הטרור באופן פיזי.

מכל מקום, גם אם ייקבע שיש מקום להכיר בתנאי זה, הקובע כי ניתן לפגוע באזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה "רק בשעה שהוא עושה כן", ברור כי פרשנות תכליתית תחייב לפרש מונח זה שלא באופן כל כך מצמצם כפי שמציעים העותרים ופרופ' קססה, אלא באופן סביר, היינו באופן הקובע כי **כל עוד מדובר במחבל העוסק באופן שיטתי במעשי טרור, יש לראות בכל מהלך הזמן בו עוסק הוא במעשי טרור כ"שעה שהוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה"**.

הפרשנות האחרת, בה דוגלים העותרים, לפיה יש לראות באדם העוסק בטרור כ"מי שנוטל חלק ישיר" במעשי האיבה רק באותן דקות בודדות בהן הוא מוציא את תכנוני המתמשכים אל הפועל ומבצע באופן פיזי את הירי על כוחותינו או את שילוח הטיל או הפעלת מטען החבלה, היא פרשנות בלתי סבירה בעליל.

סיכום פרק ז'

239. כעולה מהפרקים הקודמים, הרי שעמדתנו הינה כי מחבלים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה הינם בבחינת "לוחמים" (בלתי חוקיים) הנוטלים חלק פעיל בסכסוך המזוין המתנהל בינינו ובין ארגוני הטרור הפלסטינים. על כן מהוים מחבלים שכאלה "מטרות לגיטימיות לפגיעה".

עם זאת, לחלופין, התייחסנו בפרק זה לעמדתם הנוגדת של העותרים, הרואים במחבלים שכאלה אזרחים, ועסקנו במסגרת הפרק הנ"ל בשאלה מתי מותר לפגוע באזרחים בעת לחימה. לצורך כך הבאנו את המבחן הרלוונטי שנקבע לעניין זה בדיני הלחימה ולאחר מכן הבאנו אסמכתאות רבות לכך שגם אם יש לראות במחבלים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (בין בביצוע בין בשילוח ובין בתכנון), משום "אזרחים", עדיין, לפי דיני הלחימה, מותר לפגוע בהם.

במסגרת זו התייחסנו תחילה לטענת העותרים לפיה גבולות ההרשאה לפגיעה באזרחים הם הגבולות הקבועים בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון.

בדברינו הבהרנו, כי אכן, במסגרת ניסוח סעיף זה, נעשה ניסיון של מנסחי הפרוטוקול לגדור את התנאים בהם מותר יהיה לפגוע באזרחים הנוטלים חלק בלחימה, במסגרת עימות מזוין בין-לאומי.

אלא שבעוד שרבות מהוראות הפרוטוקול ביחס לתקיפת מטרות היו מבוססות על פרקטיקה ונוהג בין-לאומיים, הרי שסעיף זה היה (ונוותר) בגדר חידוש במשפט הבין-לאומי.

בשים לב למצב דברים זה, אין המשיבים מקבלים כי סעיף 51(3) מהווה משפט בין-לאומי מנהגי, המחייב את כלל מדינות העולם בלא כל קשר לשאלת הצטרפותן לפרוטוקול הראשון.

240. לגישת מדינת ישראל, הכלל המנהגי המחייב בהקשר זה קובע שהאיסור החל על פגיעה באזרחים מתייחס רק לאזרחים ש"אינם נוטלים חלק ישיר או פעיל במעשי האיבה", בעוד שמדינה רשאית לפגוע באזרחים "הנוטלים חלק ישיר או פעיל במעשי האיבה". לפיכך נדרשנו לפרשנותו של מונח זה והראינו כי מחבלים המתכננים, משלחים ומבצעים פיגועים, בודאי נכללים בגדרו של מונח זה.

241. יחד עם זאת, נדרשנו גם לפרשנות הוראות סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון והתייחסנו גם לאפשרות שסעיף זה הוא הקובע את הבסיס המשפטי המחייב בנוגע לאפשרות לבצע תקיפה מכוונת של "אזרחים" הנוטלים חלק במעשי האיבה. במסגרת זו הראינו, כי באם תנתן פרשנות סבירה ותכליתית להוראות סעיף זה, כי אז נגיע לאותה תוצאה אליה הגענו לעיל, ולפיה, אזרחים הנוטלים חלק ישיר בייזום, הכוונה וביצוע של פעילות טרור, נופלים בכל מקרה בגדרם של המבחנים הקבועים בסעיף האמור ועל כן מהוים הם מטרה לגיטימית לפגיעה, כל עוד לא הניחו את העיסוק בטרור או יצאו בדרך אחרת ממגל הלחימה.

נמצא, כי כל הדרכים מובילות למסקנה זהה, לפיה רשאית ישראל להפעיל כוח צבאי כלפי מחבלים מן הסוג האמור.

פרק ח'. עקרון הפרופורציונליות

242. בתגובתם, חוזרים העותרים על טענתם לפיה פעולות הסיכול הממוקד הן בלתי חוקיות בשל הנזק הבלתי-פרופורציונאלי, לגישתם, הנגרם לאזרחים במהלכן.
- לעקרון הפרופורציונליות כבר התייחסנו בתמצית בתגובתנו הקודמת, ואנו מפנים לסעיפים 190-203 להודעה זו.
- עם זאת, לאור חזרת העותרים על טענתם בעניין זה, נבקש להוסיף על הדברים שנאמרו בתגובתנו הקודמת, ולשוב ולחדד את משמעותו המשפטית של תנאי הפרופורציונליות.
243. ראשית, נדגיש, כי בין המדינה והעותרים אין כל מחלוקת ביחס להיותה של דרישת הפרופורציונליות עקרון יסוד של דיני המלחמה, המעוגן במשפט בין-לאומי מנהגי. המדינה רואה עצמה מחויבת לפעול לפי עקרון זה, ומנחה את כוחותיה בהתאם.
- עם זאת נראה, שקיימת מחלוקת בין המדינה והעותרים בשאלת משמעותו האמיתית של כלל הפרופורציונליות, כאשר באים ליישמו בפועל:
- המדינה סבורה כי יש להחיל את עקרון הפרופורציונליות בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי, לפיהן אין לגרום לנזק בלתי מידתי לאזרחים במהלך פעולות צבאיות. עקרון זה קובע כי ניתן לבצע פעולה צבאית, אף אם צפוי כתוצאה ממנה נזק לאזרחים, ובלבד שהנזק העלול להגרם להם אינו עולה על היתרון הצבאי הצפוי מן הפעולה.
- לעומת זאת, מטענות העותרים משתמע, כי הם מפרשים את העקרון כאילו נקבע בו שאין לבצע שום פעולה צבאית אם עלולה היא לגרום לנזק כלשהו לאזרחים, וזאת אפילו אם היתרון הצבאי הצפוי ממנה הוא משמעותי. למעשה, נראה כי גישתם האמיתית של העותרים היא שכל פעולה צבאית שיש בה פוטנציאל ממשי לפגיעה נלווית באזרחים - אסורה. לגישה זו אין, ולא יכול שיהיו, כל תימוכין במשפט הבין-לאומי. למעשה, אף העותרים עצמם מודים שזו אינה משמעות העקרון (ראו פסקאות 4-162 לעמדתם), אולם בפועל, רוצים הם לתת לעקרון זה משמעות שאין לו.
- כדי להבהיר נקודה זו ביסודיות נתייחס בהרחבה לעקרון הפרופורציונליות הנ"ל.

1ח. עקרון הפרופורציונליות – רקע כללי

244. דיני הלחימה מתייחסים מפורשות לאפשרות כי חפים מפשע יפגעו כתוצאה מהלחימה. הדבר בולט במיוחד במסגרת "עקרון הפרופורציונליות" (או המידתיות), שהוא עיקרון מרכזי בדיני הלחימה, ולפיו - פעולה צבאית היא מותרת כל עוד היתרון הצבאי הצפוי כתוצאה ממנה עולה על הפגיעה הצפויה בחפים מפשע.

הדברים מצאו ביטוי במאמרו של המלומד Stone:

"The doctrine of proportionality... accepts wartime civilian casualties as inevitable, but the doctrine of proportionality requires that civilian casualties inflicted by military strikes not be excessive in relation to the anticipated military advantage gained by the strike." (ההדגשות הוספו - הח"מ)

R. W. Stone, "Protecting Civilians During Operation Allied Force: The Enduring Importance of the Proportional Response and NATO's Use of Armed Force in Kosovo", 50 Cath. U. L. Rev. 501, 504.

כלומר, המשפט הבין-לאומי מקבל את העובדה כי במצבים מסוימים בלחימה, פגיעה באוכלוסייה אזרחית היא בלתי נמנעת, אולם דורש הוא שמירה על עקרון הפרופורציונליות.

בהתאם למשפט הבין-לאומי, כל עוד הפגיעה באזרחים אינה מפרה את עקרון הפרופורציונליות, היא נחשבת חוקית.

245. לעניין זה נוסף ונפנה לדברי המלומד לסלי גרין:

"Perhaps the most basic rule of the law of armed conflict is that civilians and civilian objects must not be made the object of direct attack, although incidental injuries caused to such persons or objects in the course of a legitimate attack must be proportionate to the purpose of the attack. The 'attack' here referred to relates 'to the advantage anticipated from the specific military operation of which the attack is a part taken as a whole and not from isolated or particular parts of that operation..."

Injury caused to civilians or civilian objects incidental to a legitimate attack against a military objective does not render the attack illegal.”

Leslie C. Green, “*The Contemporary Law of Armed Conflict*” (2nd ed., 2000) 124.

דוגמא נוספת לקביעה דומה, מתוך מדריך הצלב-האדום הבין-לאומי בעניין דיני הלחימה :

“... Military objectives do not cease to be legitimate objects of attack merely because of the presence of civilians or protected objects. Nevertheless, care must be taken to spare the civilian population and objects when attacking a legitimate objective.”

How Does Law Protect in War?, Marco Sassoli & Antoine eds. (1999) 164-165, 167.

וכן במאמרו של המלומד Wright :

“Not all unintended civilian harms are prohibited, though. Only those unintended civilian deaths and other harms are barred that are either unnecessary or somehow override or outweigh “the concrete and direct military advantage anticipated” from the attack...” (ההדגשה הוספה - הח"מ).

R. George Wright, “*Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War*”, 38 Wake Forest L. Rev. 129, 134.

ובדבריה הנוקבים והממצים של המלומדת Gardam :

“The immunity of noncombatants from the effects of warfare is not, and has never been regarded as, absolute. Some civilian casualties have always been tolerated as a consequence of military action.”

Judith Gail Gardam, “*Proportionality and Force in International Law*”, 87 A.J.I.L. 391, 398 (1993).

בהתייחסה באופן ספציפי לתקיפת מטרות מן האוויר, הוסיפה וציינה המלומדת *Gardam* :

“Military objectives in civilian areas were legitimate targets if they were in the immediate area of the operations of land forces and there was 'a reasonable presumption that the military concentration is sufficiently important to justify such bombardment having regard to the danger thus caused to the civilian population' ”.

Supra, 401.

246. מכל האמור עולה, כי המשפט הבין-לאומי מניח כי קיימת אפשרות שפעילות לחימתית תפגע בחפים מפשע ונקבע בו כי פגיעה זו אינה אסורה כל עוד היא פרופורציונלית לתועלת הצבאית שבפגיעה ביעד מסוים. מטבע הדברים, ככל שהתועלת הצבאית הצפויה מפעולה מסוימת גדולה יותר, "הסיכון" שניתן לקחת במסגרת ביצועה לפגיעה באזרחים, יכול להיות גדול יותר.

247. בהקשר זה קובע במפורש מדריך דיני הלחימה לסכסוכים מזוינים כי נוכחותם של אזרחים באזור בו נמצאת מטרה צבאית לא מקנה חסינות למטרה הצבאית וניתן לתוקפה על אף שידוע בבירור כי באזור נמצאים אזרחים. כלשון המדריך :

“Civilians present in military objectives are not protected against attacks directed at these objectives; the presence of civilian workers in an arms production plant, for instance will not prevent opposing armed forces from attacking this military objective.”

Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual, The Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany (VR II 3, 1992) , 445.

248. מושכלות יסוד אלה באות לכדי ביטוי גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבין-לאומי (חוקת רומא). כידוע, מדינת ישראל לא אישררה את חוקת בית-הדין והוראותיה אינן מחייבות את ישראל. עם זאת, ניתן להצביע על כך שגם מחוקת בית-הדין עולה, כי כל עוד נשמר עקרון הפרופורציונליות, הפעולה לא תהווה פשע מלחמה, גם אם כתוצאה ממנה נגרמה תוצאה טראגית של פגיעה באזרחים.

לעניין זה, קובע סעיף 8(2)b(4) לנספח *Elements of Crimes* של חוקת רומא, המגדיר את פשעי המלחמה עליהם בית הדין קונה סמכות, כי אחד מפשעי המלחמה יהיה :

"Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated." (ההדגשה הוספה - הח"מ)

כלומר, הסעיף קובע במפורש שתנאי לקיום עבירה הוא שהפגיעה המכוונת באזרחים תהיה באופן מובהק בלתי-פרופורציונלית לתועלת הצבאית הצפויה מהפעולה, ואין די בעצם קיומה של פגיעה מכוונת באזרחים ליצירת עבירה. **מכאן עולה בבירור כי פגיעה באזרחים, אפילו אם נעשתה מתוך צפיה ברורה של התרחשות התוצאה, לא תחשב בהכרח כעבירה.** המבחן הקובע האם פגיעה מכוונת זו יש בה משום עבירה אם לאו, הינו מבחן הפרופורציונליות.

249. בפרשנות הרשמית של סעיף 8 הנ"ל, בעריכת המלומד *Thrifterer*, נקבע כדלקמן:

"The fact that a civilian is killed or injured as a result of an attack does not automatically mean that a violation of international humanitarian law has occurred. Civilian casualties may occur when weapons are directed against military objectives but the projectiles miss the target, or when military personnel, acting in good faith but on the basis of erroneous information, attack an object which they believe to be a military objective, but which in reality is not.

The fact that civilian casualties are caused during an attack does not, of itself, render the attack unlawful, as proportional incidental casualties caused during an attack on a military objective are legally acceptable."

O. Thrifterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, 1999), 187 .

250. מפרשנות רשמית זו עולות מספר מסקנות חשובות ביותר - עצם העובדה שאזרחים נהרגים איננה הופכת את הפעולה לפשע; אזרחים עלולים להיפגע כתוצאה מהחטאה או ממידע שגוי - ועדיין אין זו עבירה; וכל עוד מתקיים עקרון הפרופורציונליות - פגיעה באזרחים יכולה להיות פעולה חוקית.

251. בהקשר זה נפנה גם לפרשנות שנתנה בריטניה לעקרון הפרופורציונליות, המפורטת בהסתייגות עליה הודיעה בריטניה כאשר אשררה את הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה. לגישת בריטניה, מקום שהצד שכנגד מפר את עקרון הפרופורציונליות, מותר למדינה להגיב במתקפת נגד, **גם היא איננה פרופורציונלית**. הדברים באים לידי ביטוי בהסתייגות, בהאי ליסנא:

“The obligations of Articles 51 and 55 are accepted on the basis that any adverse party against which the United Kingdom might be engaged will itself scrupulously observe those obligations. If any adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian population or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole purpose of compelling the adverse party to cease committing violation under those Articles...”

במילים אחרות – תחולת עקרון הפרופורציונליות, אליבא דבריטניה, נקבעת תמיד גם על-פי התנהגות הצד שכנגד. מקום שהאויב פוגע באזרחים באופן שאיננו פרופורציונלי, מותר למדינה להגיב במתקפה שגם היא איננה עומדת בעיקרון הפרופורציונליות.

כך היא אם כן עמדת בריטניה. עם זאת, מדינת ישראל נוקטת במדיניות מתונה הרבה יותר, שכן היא מחילה את עקרון הפרופורציונליות גם כאשר היא תוקפת מחבלים התוקפים באופן מכוון אזרחים חפים מפשע באופן שאין בו שמץ פרופורציונליות.

252. **אשר לאחריות לבחינת הפרופורציונליות של הפעולה, בזמן אמת ובתנאי הקרב, הרי שזו מוטלת על כתפיהם של אנשי הצבא**. הדברים מצאו ביטוי במאמרו של המלומד *Fenrick*:

“It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to non-combatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. I suggest that the determination of relative values must be that of the “reasonable military commander”...” (ההדגשה הוספה – החי"מ)

William J. Fenrick, "Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offence",
7 Duke Journal of Comparative and International Law 539, 546

ובמילים אחרות - יש לבחון כל מקרה דרך עיניו של "המפקד הסביר", וכאשר החלטתו והאיזון שעשה בין השיקולים הם סבירים, גם אם בדיעבד נפגעו חפים מפשע, אין מדובר במעשה פסול וודאי שלא במעשה פלילי.

253. ההחלטות המתקבלות על-ידי מפקדים בלחימה הן קשות מאין כמותן. המונח "חיים או מוות" משקף החלטות אלה בצורה הטובה ביותר ובמשמעותו כפשוטה. בלחימה, המפקד הצבאי נדרש לקבל החלטות הכרוכות בחיי אדם - חיי חייליו, חיי אזרחי המדינה שעליה הוא מגן וגם חיי אזרחים חפים מפשע שאותם הוא עלול לסכן. זה אופיה וזו מהותה של הפעילות הלחימתית.

254. קושי נוסף המאפיין את הלחימה הוא **חלקיות המידע** המצוי בידי המפקדים, וחוסר יכולתם לחזות תמיד את התוצאות בפועל של החלטותיהם. עקב כך, היכולת לחזות בכל פעולה מי יהיו הנפגעים, מה תהיה זהותם, ומה יהיה מספרם - היא מוגבלת ביותר בעולם הלחימה. בנושא זה נעסוק להלן.

ח2. שדה הקרב - "ממלכת אי הודאות"

255. שדה הקרב כונה לא פעם "ממלכת אי הודאות" ורב בו הנסתר על הנגלה. הדבר הוא ממושכלות היסוד של עולם הלחימה, ועל כך כתב קלאוזוביץ, התיאורטיקן הגדול של המלחמה, בתרגום לעברית:

"המלחמה היא נחלת האקראיות... בשל אי-ודאות זו בכל המידע ובכל ההשערות, בגלל התערבות מתמדת זו של המקרה, ימצא תמיד איש המלחמה את פני הדברים שונים מכפי שציפה למוצאם".

(על המלחמה, מדריך קצר לקלאוזוביץ, הגאוניות במלחמה, עמ' 79)

ובהקשר אחר:

"... הדברים מגיעים עד כדי כך, שמעולם לא בוצע כל מבצע חשוב, מבלי שהמפקד יאלץ לכבוש בקרבו ספקות חדשים, בשעה שהוא פותח בפעולה. ... זהו אחד הפערים הגדולים המפרידים בין תכנון לביצוע".

(על המלחמה, מדריך קצר לקלאוזוביץ, המידע במלחמה, עמ' 88).

למעלה מזאת, כדברי המלומד Wright :

“The battlefield assessments, even under the best of circumstances, would also be strongly colored by emotion and stress, and by imperfect information and reasoning. In particular, to try to predict even the direct military advantage to be gained only by exposing a civilian population to some additional hazard is to risk drowning in unknown contingencies, unexplored alternatives, and disputable assessments of the value of the advantages in question.” (ההדגשות הוספו – הח"מ)

R. George Wright, “*Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War*”, 38 Wake Forest L. Rev. 129, 146.

וכן :

"Military operations, like moves in chess, are sometimes sensibly undertaken with an eye toward indirect, long-term payoffs, whether such payoffs are certain or not..."

Supra, 149.

במילים אחרות - בעולם הלחימה, לא ניתן לדעת אל-נכון ובוודאות את תוצאותיה, בטווח הקצר ובטווח הרחוק, של פעולה צבאית מסוימת. המפקד הצבאי הסביר, עליו מוטלת החובה לקבל החלטות בזמן אמת, אינו יכול להיות בטוח מי הם שיפגעו מהחלטותיו, היכן יפגעו היריות, כיצד יתפתח הקרב, מי האדם שייכנס לזירה וכיו"ב.

לפיכך, המשפט הבין-לאומי בוחן את סבירות וחוקיות ההחלטות המתקבלות בלחימה על בסיס המידע שהיה מונח בפני המפקדים ב"זמן אמת", היינו במועד קבלת ההחלטות, ולא על-פי תוצאות ההחלטות בדיעבד.

כך אמר בעניין זה המלומד Fenrick :

“... the standard of measurement must be one that is practicable to use in advance and it must be possible to determine whether the proportionality requirement is being met at various stages in the conflict...”

W. J. Fenrick, "Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia", EJIL (2001), Vol. 12 No. 3 489, 499.

וכן בדברי המלומד *Hampson*:

"It is also necessary positively to consider the likelihood of civilian losses and to take that into account in deciding whether to proceed with an operation and how to carry it out. It was clear, even without the statements made at signature of Protocol I, that the evaluation has to be made at the time and not with the benefit of hindsight."

Charles A. Allen, rpt., "Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity", American Society of International Law Proceedings, April 1-4 1992, 47.

ראו גם:

Danielle L. Infeld, "Note on Precision-Guided Munitions", 26 GW. J. Int'l L. & Econ. 109, 120.

וברוח זו, הערת שוליים 37 לנספח elements of crime, המבארת את סעיף 8(2)b(4) לחוקת רומא, קובעת כי החלטה בדבר חוקיותה של פעולה מסוימת, תיבחן תמיד על סמך המידע הקיים בידי המפקד הצבאי בזמן קבלת ההחלטה, ולא על-בסיס מידע שהתקבל אחרי ביצוע הפעולה. כך בלשון הערת השוליים:

"... this knowledge element requires that the perpetrator make the value judgment as described herein. An evaluation of that value judgment must be based on the requisite information available to the perpetrator at the time."

Elements of Crimes, Article 8(2)b(4), footnote 37.

256. המשפט הבין-לאומי מכיר בקושי העצום שבקבלת החלטה בתנאי אי-הודאות והמחסור במידע המאפיינים את שדה הקרב. מן הטעם הזה, מגן המשפט הבין-לאומי על מי שקיבל

החלטה בתום לב ועל יסוד המידע שהיה ברשותו, גם אם בדיעבד התגלתה החלטה זו כשגויה. כך ביטא המלומד Fenrick עקרון זה:

“It is suggested that the duty to take precautionary measures is not absolute. It is a duty to act in good faith to take practicable measures, and persons acting in good faith may make mistakes”.

W. J. Fenrick, “*Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*”, EJIL (2001), Vol. 12 No. 3 489, 499.

נוכח מציאות זו, מעניק המשפט הבין-לאומי שיקול דעת נרחב לאיש הצבא ומגלה כלפיו סלחנות רבה, מקום שמתרחשות טעויות. כדברי המלומדת Gardam:

“The rule as it stands allows a considerable degree of latitude for interpretation before a particular attack will be considered indiscriminate. The lack of precision operates in the interest of the military rather than that of civilians.” (ההדגשה הוספה – הח"מ)

Judith Gail Gardam, “*Proportionality and Force in International Law*”, 87 A.J.I.L. 391, 407 (1993)

3. משמעות הפגיעה באזרחים בהקשרו של עקרון הפרופורציונליות

257. כפי שראינו, המשפט הבין-לאומי מניח, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי בלחימה עלולים להיפגע ולהיהרג אזרחים חפים מפשע. כן ברור מהוראותיו, כי פגיעה באזרחים חפים מפשע אינה מעידה בהכרח על ביצוע פעולה אסורה.

זאת ועוד, המשפט הבין-לאומי מניח כי הלחימה מתקיימת בתנאים קשים של אי-ודאות, וכי לא ניתן לשפוט את פעולות המפקדים והחיילים בדיעבד, אלא לפי תמונת העולם שעמדה לרשותם במועד החלטתם.

לפיכך, המשפט הבין-לאומי דורש לפעול לפי עקרון הפרופורציונליות ולא לגרום לפגיעה בחפים מפשע שתהיה בלתי-פרופורציונלית לתועלת הצבאית הצפויה מהתקיפה. אין דרישה במשפט הבין-לאומי להימנע מכל פעולה צבאית אשר עלולה לגרום לפגיעה בחפים מפשע, שכן דרישה שכזו היא בלתי סבירה ולא ניתן יהיה לעמוד בה.

258. כפי שציינו כבר בהודעתנו הקודמת, גורמי הביטחון של ישראל מודעים היטב לדרישת הפרופורציונליות ומונחים להקפיד עליה בכל פעילות מבצעית. מעבר להיותה של דרישה זו דרישה משפטית, המדובר גם בדרישה המחויבת מטעמים מוסריים, אשר עומדים ביסוד ערכיה של מדינת ישראל בכלל ושל כוחות הביטחון בפרט.

למותר לציין, כי אין משמעות הדבר שגורמי הבטחון של מדינת ישראל (או של כל מדינה אחרת) יכולים להבטיח, כי בכל מקרה ומקרה, ייפגעו אך ורק המחבלים ולא אף אדם אחר. דרישה שכזו היא בלתי אפשרית בנסיבות לחימה.

259. במיוחד לא ניתן לדרוש דרישה שכזו במאבקה של מדינה נגד פעילי טרור, שכן אחד ממאפייני הפעולה של גורמים אלה היא שבהיותם מודעים לעובדה שגורמי הבטחון דולקים אחריהם, מקפידים להימצא בסביבה אזרחית בה מצויים אזרחים רבים שהם חפים מפשע. זאת מתוך מגמה לנצל את הסביבה האזרחית לשם השגת "חסינות", כמגן אנושי, מפני אפשרות של פגיעה בהם. בכך מפריס פעילי הטרור ברגל גסה את אחד מעקרונות היסוד החשובים של דיני הלחימה, בדבר הצורך באבחנה בין אזרחים לבין לוחמים.

מציאות הלחימה בטרור היא שאין ביכולתם של גורמי הביטחון להבטיח כי פגיעה במחבלים תיעשה אך ורק במקומות בהם לא יימצא אף אדם אחר בטווח הסכנה.

לפיכך, אין מנוס לעתים מתקיפת מחבלים גם אם מצויים הם באזור שהתקיפה בו עלולה לסכן אזרחים ולפגוע בהם.

260. **יחד עם זאת, צה"ל וכוחות הביטחון נוקטים אמצעי זהירות שנועדו למזער במידת האפשר את הפגיעה הנלווית העלולה להגרם לאזרחים במהלך פעילות הסיכול הממוקד.**

סכנת הפגיעה באזרחים תמימים נשקלת ונבחנת ביחס לכל פעולה צבאית, מתוכננת או בלתי-מתוכננת. רשויות הביטחון משקיעות מאמץ רב באיסוף מודיעין בזמן אמת, ובבחירה קפדנית של כלי הנשק, מקום ביצוע הפעולה ועיתה, והכל על מנת למזער ככל הניתן את הפגיעה באזרחים. אין זה סוד שפעולות מתוכננות רבות מבוטלות ברגע האחרון בשל מידע על הימצאות אזרחים בקרבת מקום. כמו כן, כפי שפורסם בהרחבה, ההצלחה של מספר פעולות נפגעה בשל בחירת כלי נשק בעל עוצמה פחותה יחסית, אשר נבחר מתוך מגמה לנסות ולמזער במידת האפשר את הפגיעה באזרחים השוהים בקרבת מקום ליעד הפעולה.

261. אכן, בחלק מפעולות הסיכול הממוקד נפגעו גם אזרחים. אך אין בעובדה שבבחינה תוצאתית נמצא כי במהלך חלק מפעולות הסיכול הממוקד נפגעו גם אזרחים, כדי להשליך על חוקיותו של האמצעי ככזה. כפי שכבר ציטטנו לעיל, בעניין זה קובע המלומד לסלי גרין מפורשות:

"Injury caused to civilians or civilian objects incidental to a legitimate attack against a military objective does not render the attack illegal."

Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, *supra*, at 156.

262. כל גישה אחרת היתה מחייבת לקבוע כי אין ולו אמצעי מלחמתי חוקי אחד. כך, למשל, לו היינו מבקשים לבחון את חוקיותן של הפצצות מן האוויר, בכל הקשר שהוא, היינו מוצאים כי באחוז ניכר מן ההפצצות, בעיקר אלה המתרחשות בסביבת אוכלוסיה אזרחית, נפגעים גם אזרחים. ברי, כי אף טריבונאל בעולם, מדינתי או בין-לאומי, לא יקבע כי משום כך, הפצצות מן האוויר הן בלתי חוקיות כשלעצמן.

263. עוד נדגיש, כי עקרון הפרופורציונאליות אינו מחייב את כוחות הביטחון לקחת על עצמם סיכונים בלתי סבירים בבחירת דרכי פעולתם, כדי להקריב את עצמם תחת אזרחים שעלולים להיפגע בתקיפה. כך למשל, קובע Parks, מפורשות כי:

"Lawful combat actions are not subject to some sort of 'fairness doctrine', and neither the law of war in general nor the concept of proportionality in particular imposes a legal or moral obligation on a nation to sacrifice manpower, firepower, or technological superiority over an opponent."

W. Hays Parks, *Air War and the Law of War*, 32 A. F. L. Rev. 1, 89 168 (1990).

264. זאת ועוד: כפי שכבר צוין, שיקולי הפרופורציונאליות נבחנים בטרם ביצוע התקיפה, על בסיס המידע, הנתונים וההערכות המצויים בידי הגורמים המחליטים (ראה Danielle L. Infeld, *Note on Precision-Guided Munitions*, 26 GW. J. Int'l L. & Econ. 109, 120 (1992)). טעות בזיהוי, מודיעין חסר, חישוב מוטעה של פיזור החימוש, או שינוי בלתי-צפוי של הנסיבות ברגע האחרון – כל אלה עשויים לגרום לפגיעה מצערת באזרחים; עם זאת, כל אלה אינם הופכים את הפעולה לבלתי-חוקית.

265. טעויות מעין אלה הן חלק כאוב, אך בלתי נפרד, מכל מלחמה המתנהלת בקרבת אזרחים. דוגמאות לפגיעות לא-מכוונות, שנגרמו על ידי צבאות זרים לאוכלוסיה אזרחית, מצויות למכביר. כך למשל, נזכיר, לדוגמה, כי במהלך חודשיים וחצי באביב 1999, שבמהלכם ניהלה נאט"ו מערכה נגד הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה, נהרגו כ- 500 אזרחים יוגוסלביים. במהלך מערכה זו, איש מחיילי נאט"ו לא נפגע (Washington Post, 21 September 1999, A1, cited in A.H. Cordesman, "The Lessons and Non-Lessons of the Air and Missile Campaign in Kosovo" (1999) 21).

תובעת של הטריבונאל הבין-לאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר, אשר בחנה טענות שהועלו כנגד פעילות כוחות נאט"ו בגין פגיעות אלה באזרחים, קבעה כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית באף אחד מהמקרים שבהם נגרמה פגיעה באזרחים.

דו"ח הוועדה פורסם על-ידי התובעת של בית הדין. ראו :

Final Report of the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, June 13 2000.

פורסם ב: <http://www.un.org/icty/pressreal/nato031300.htm>.

בין השאר, התייחס הדו"ח לפעולות הבאות של נאט"ו :

א. תקיפת הרכבת בגרדליקה (12.4.99) : בתאריך 12.4.99 נפגעה רכבת נוסעים משתי פצצות בזמן שעברה על גשר בגרדליקה. התקיפה התרחשה באמצע היום ולפחות 12 אזרחים נהרגו. במסיבת עיתונאים, יום למחרת התקיפה, הציג גנרל ווסלי קלארק - מפקד כוחות נאט"ו באזור - את סרט התקיפה, והסביר כי הטייס שיגר את הפצצות ממרחק רב בלא שידע כי הרכבת עומדת לעבור על הגשר. לדבריו, מטרת התקיפה הייתה הריסת הגשר ולא פגיעה ברכבת הנוסעים. החלטת התובעת הייתה, כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית ביחס לתקיפה.

ב. תקיפת שיירת פליטים אלבניים בדג'קוביצה (14.4.99) : לפי הטענות, מעל 70 פליטים אלבניים נהרגו ולפחות 100 נפצעו בתקיפה של מטוסי נאט"ו על שיירת פליטים אלבניים. גורמי נאט"ו הכירו באחריותם לתקיפה אחת בלבד מתוך הארבע שהתרחשו. עוד נטען על-ידם, כי הטייס חשב שמדובר בשיירה של כלי רכב צבאיים ולכן שיגר את הפצצה. ממצאים אלה עלו מבדיקה פנימית של נאט"ו ולא מחקירה פלילית. בעקבות מקרה זה הופקו בנאט"ו לקחים מבצעיים.

החלטת התובעת של בית-הדין הייתה, כי למרות שקיים דיווח על פיו הטלוויזיה הסרבית הקליטה שדר, בו נשמע טייס בריטי מודיע לטייס האמריקאי שביצע את התקיפה, כי מדובר בשיירה של פליטים, אין לפתוח בחקירה פלילית. זאת מאחר שלא היה מדובר בתקיפה מכוונת של אזרחים אלא בטעות של הטייס שחשב שמדובר במטרה צבאית.

ג. תקיפת תחנות הטלוויזיה והרדיו של סרביה (23.4.99) : בזמן התקיפה, שהייתה בשעות הבוקר, היו בבניין 120 עובדים, כולם אזרחים. בהתקפה נהרגו לפחות 16 אזרחים ו-16 נוספים נפצעו.

נאט"ו לא ערך חקירה רשמית בנוגע לתקיפה, וראשי נאט"ו אף הצהירו כי התקיפה נעשתה במכוון, וכי אזהרה ניתנה בכך שראשי הטלוויזיה והרדיו של סרביה הוזהרו שבועיים לפני התקיפה כי אם ימשיכו את שידורי ההסתה יותקף מבנה הטלוויזיה.

גם כאן החלטת התובעת הייתה שאין לפתוח בחקירה פלילית כנגד כוחות נאט"ו.

ד. תקיפת השגרירות הסינית בבלגרד (8.5.99): ביום 8.5.99 הפציץ מפציץ B-52 של נאט"ו את בניין השגרירות הסינית בבלגרד, גרם למותם של 3 אזרחים, ולפציעתם של 20. כוחות נאט"ו לא התכוונו לפגוע בשגרירות הסינית אלא בבניין הניהול הפדרלי של הממשל הסרבי. מפקדי נאט"ו הביעו את צערם על הפגיעה הבלתי מכוונת בבניין השגרירות, ומזכיר ההגנה האמריקאי וראש ה-CIA, הודיעו במסיבת עיתונאים משותפת כי התקיפה התבצעה בעקבות טעות מודיעינית.

תקיפת השגרירות הסינית הייתה המקרה היחיד בכל המתקפה על יוגוסלביה בו ננקטו צעדים אישיים. ועדת חקירה של ה-CIA קבעה כי יש לנקוט בצעדים משמעותיים (להבדיל מפליליים) נגד מספר מסוכניה אשר הם אלו שהביאו לטעות בזיהוי בניין השגרירות הסינית.

מכל מקום, גם במקרה זה, לא מצאה התובעת של בית הדין כי יש מקום לקיום חקירה פלילית.

ה. תקיפת פליטים אלבניים בקוריסה (13.5.99): הפצצה של מטוסי נאט"ו את הכפר קוריסה, בה נגרמו מותם של 48 אזרחים, ופציעתם של לפחות 60. במסיבת עיתונאים, טענו גורמי נאט"ו כי התקיפה התבצעה נגד עמדה של הצבא הסרבי שהייתה ממוקמת מחוץ לכפר, וכי בתקיפה הופלו 8 פצצות על העמדה, בה נמצאו משוריינים וכוחות ארטילריה. עוד נטען, כי ייתכן שנלקחו אזרחים על-ידי כוחות סרביים לאתר התקיפה על מנת לשמש כ"מגנים אנושיים".

גם כאן התובעת של בית הדין מצאה כי אין מקום לקיום חקירה פלילית.

266. ממכלול המקרים המתואר לעיל, עולה כי ביחס למספר רב של תקיפות, בהן נפגעו לפי הנתען אזרחים רבים, לא נערכו חקירות פליליות על-ידי נאט"ו. בנוסף, כאשר נדרש לנושא בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה, מצאה התובעת של בית-הדין כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

מכאן עולה, כי הן נאט"ו והן התובעת של בית הדין הבינלאומי סברו לכאורה, כי מתקפות אלה, על אף שתוצאתן היתה פגיעה מסיבית באזרחים, לא הפרו את כלל הפרופורציונליות, ולא היו בגדר פשע מלחמה או פשע נגד האנושות. הדבר עולה בבירור מהעובדה שנאט"ו והתובעת לא סברו שיש הצדקה אפילו לפתיחת חקירות פליליות.

267. בדומה, רק לאחרונה פורסם בתקשורת דבר התקפתם של הכוחות האמריקאים באפגניסטאן על בית, שלפי מודיעין שהיה בידי האמריקאים, הסתתרו בו לוחמי טליבאן. רק לאחר המתקפה התברר שבשל המודיעין השגוי, פגעו האמריקאים בבית פרטי, וגרמו למותם של עשרה אזרחים, בהם תשעה ילדים (ראו "עשרה הרוגים בהפצצה שגויה של משפחה באפגניסטאן", "הארץ", 7.12.03). על אף התוצאה הטראגית, אם בעת תכנון התקיפה הניחו האמריקאים באופן סביר כי הם עומדים לפגוע במטרה צבאית, שהתועלת מהפגיעה בה מרובה על החשש לנזק אזרחי נלווה, הרי שאין בפגיעה התוצאתית באזרחים משום פשע מלחמה.

יצויין, כי במהלך ההתקפה האמריקאית על אפגניסטן שהחלה ביום 7.10.01, נהרגו מאות רבות של אזרחים. יש הסבורים כי מספר האזרחים ההרוגים הגיע עד ל-4000 כבר בחודשיים הראשונים של המתקפה (ראו כתבה בעתון גרדיאן, מיום 20.12.01). בין היתר זכור במיוחד המקרה שבו תקף מפציץ אמריקאי אתר בו נערכה חתונה מקומית, כאשר לפי הנטען, נהרגו במקום עשרות אזרחים. למרות זאת, מספר האזרחים הגדול שנהרג, לא הפך – כלשעצמו - את פעילותה של ארה"ב במהלך תקיפה זו לבלתי חוקית.

268. **על רקע כל אלה ברור, כי יש לדחות את טענתם הכוללנית של העותרים, לפיה ישראל מפירה את עקרון הפרופורציונליות.**

ישראל מקפידה על קיום עקרון זה והסיכון לפגיעה באזרחים נדון לגופו לפני ביצועה של כל תקיפה ותקיפה, במהלך הדיונים לאישורה, וניתנת לו חשיבות רבה. במקרים רבים לא אושרו תקיפות בשל הסברה כי במהלכן עלולים להפגע אזרחים באופן לא פרופורציונלי. קביעתם של העותרים בנושא זה הינה קביעה כוללנית בעלמא, המתעלמת מהנסיבות הספציפיות של כל תקיפה, מהקשיים בכל מקרה ומקרה להשיג מודיעין מדויק, מהעובדה שבמהלך לחימה מעין זו לא ניתן להמנע מטעויות בזיהוי ומהחטאות, וממכלול השיקולים הנוספים הרלוונטיים לנושא זה, עליו עמדנו בהרחבה בפרק זה.

לפיכך אין כל ממש בטענה הכוללנית המועלית על ידי העותרים לפיה, כביכול, מדינת ישראל מפרה את עקרון הפרופורציונליות, ולפיה, מטעם זה, יש לאסור כליל על ביצוע פעולות של סיכול ממוקד.

269. לסיכום פרק זה נשוב ונציין את שצויין כבר בהודעתנו הראשונה, כי פעולות הסיכול הממוקד מבוצעות אך ורק במקום שלא ניתן לעצור את הטרוריסט באמצעים סבירים. מדיניות זו ננקטת על מנת להבטיח כי פעולות הסיכול הממוקד לא יבוצעו כדבר שבשגרה, אלא אך ורק כאמצעי חריג, כמתחייב מאופיו המורכב והמסובך של הסכסוך בו אנו נתונים. ממילא אין ממש בטענת העותרים לפיה במקרים רבים נעשה שימוש באמצעי של סיכול ממוקד למרות שניתן היה לעצור את יעדי הסיכול.

פרק ט. על הפרסוניפיקציה של יעד התקיפה הכרוכה במבצע של סיכול ממוקד ועל מוסריות הפעולה

270. מטיעוני העותרים בכתב ובעל-פה נראה, כי אחת הסוגיות המטרידות את רוחם בהקשר של הסיכול הממוקד היא הפרסוניפיקציה של הנתקף. כידוע, במלחמה אנו הורגים את חיילי האויב, ככלל, מבלי לדעת את שמם וזהותם. לעומת זאת, בסיכול ממוקד אנו פוגעים באויב ידוע ונברר. משלל טענות העותרים עולה כי לדעתם הבחירה הפרסונאלית בטרוריסט כזה או אחר הופכת את הסיכול הממוקד לפעולה שונה בתכלית, לגישתם, מהרג לוחמי האויב בשדה הקרב, ולטענת העותרים, בחירה פרסונלית שכזו הינה אסורה הן מבחינה משפטית והן מבחינה מוסרית.

271. בתשובה לטענות אלה נבקש תחילה להבהיר, כי **אין כל איסור בדיני המלחמה על פגיעה מכוונת בלוחם ספציפי. כל עוד המטרה היא לגיטימית, אין כל הגבלה על בחירה, סימון ופגיעה בה**. לעניין זה התייחסנו בהרחבה בעמ' 70-72 לתשובתנו הקודמת ואנו מפנים לכל האמור שם ולכל האסמכתאות המוכיחות כי אין כל פגם בפגיעה בלוחם ספציפי. עוד נפנה בהקשר זה לדברי פרופ' דינשטיין הקובע כי:

"The *jus in bello* prohibits treacherous assassination, yet nothing prevents singling out as a target an individual enemy combatant (provided that the attack is carried out by lawful combatants). The prohibition of assassination does not cover "attacks, by regular armed military forces, on specific individuals who are themselves "legitimate military targets". The United States was, consequently, well within its rights during World War II when it specifically targeted the Commander-in-Chief of the Japanese Fleet, Admiral Yamamoto, whose plane was ambushed..."

Yoram Dinstein, *Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello*, 31 Isr. Y.B. Hum. Rts. 1, 15 (2002); quoting B. M. Carnahan, *Correspondent's Report*, 2 Y. B. Int'l Humanitarian L. 423, 424 (1999).

272. אין כל הבדל בין פגיעה מכוונת במפקד מסוים של האויב בשדה הקרב, לבין פגיעה מכוונת בטרוריסט בכיר ומוכר. להיפך, המפקד הצבאי נלחם בשם מדינתו, ולרוב פועל בהתאם לדיני המלחמה. לעומתו, הטרוריסט מפר את העקרונות הבסיסיים ביותר של דיני המלחמה, כחלק אינטגרלי מאופן פעולתו. הפגיעה הממוקדת והמכוונת בו היא אמצעי חוקי ומתחייב מהמלחמה בטרור, ובודאי שאין היא חוקית פחות מתקיפה המכוונת לבסיס צבאי או לבסיס טרור, המתבצעת מבלי לדעת את זהותם הצפויה של קורבנות התקיפה.

273. אשר למישור המוסרי, הרי שלעניין זה התייחס כבר הפילוסוף, פרופ' דניאל סטטמן. ואלו היו דבריו ביחס לפגם המוסרי כביכול, הקשור לבחירה של מותקף ספציפי:

"... targeting perpetrators of terror is not killing them by name, but by role. To kill by name is to kill somebody simply because he is who he is, regardless of any contingent features he has or actions he has committed. Such killing is, indeed, deeply problematic. But targeting people in war is not of this kind. It is connected with the special role the targets play in the war, or, to put it more precisely, the special threat they pose to the other side..."

In [targeted killings], human beings are killed not because they are 'the enemy,' but because they bear special responsibility to play a special role in the enemy's aggression. This is particularly true in war against terrorism, where those targeted are personally responsible for atrocities against innocent lives...

Thus, when the leaders of various Palestinian organizations, such as *tanzim* or *hamas* decide to murder teenagers in a night club, children in a bus on their way to school, or participants at a Passover *seder*, and when the members of these organizations volunteer to carry out such horrors, they bear full responsibility for their actions. Killing them to prevent or at least reduce such atrocities is the least form of depersonalization in warfare, and hence the most justified one."

Daniel Statman, *The Legitimacy of Targeted Killing*, paper presented in Tel-Aviv University, available on <http://www.tau.ac.il/law/cegl/statman.doc>.

274. עמדת המדינה הינה, שפעולות הסיכול הממוקד הינן מוסריות בעליל, שכן נועדו הן להגן על חיי אזרחי ישראל על ידי פגיעה באויבי המדינה הקמים עליה לכלותה. פגיעה זו ממלאת אחר ההרשאה היהודית הידועה המתירה לפגוע באויבך בטרם יקום עליך להורגך. כלשון התלמוד: "הבא להורגך השכם להורגו" (ברכות, נח, ע"א).

לטעמנו, חיוב כוחות הבטחון לפעול בשיטה בה מציעים העותרים לפעול כנגד ארגוני הטרור, היינו על ידי המתנה לכך שיעלה בידינו לעצור את ראשי ארגוני הטרור ואת שלוחיהם המוצאים מקלט בעזה ובאזורי מקלט דומים, שם קשה מאד לעצרים, ואי נקיטת

שום פעולה צבאית נגדם, למרות ידיעתנו הברורה כי אי נקיטת פעולות שכאלה תעלה בחיי אדם רבים, היא שהיתה מהווה מעשה בלתי מוסרי מן המעלה הראשונה.

275. אין בכוננתנו להוסיף דברים אודות מוסריות פעולות הסיכול הממוקד, שכן גם העותרים שמו את הדגש על הפן המשפטי. אשר על כן נסתפק בהבאת הדברים דלעיל וכן נפנה למאמר נוסף העוסק בנושא זה. ראו:

עמוס ידלין ואסא כשר, לחימה מוסרית בטרוור, בטחון לאומי, 2003, גליון 3-2, עמ' 5.

פרק י'. הריגה בוגדנית

276. העותרים אינם מתייחסים כלל לנושא זה אליו התייחסנו בהרחבה בהודעתנו הקודמת ואינם חולקים על דברינו בנדון. כזכור, בהודעתנו הקודמת הבהרנו כי מדובר בסוג הריגה אסור וכן הבהרנו כי מדינת ישראל מקפידה שלא לפעול בדרך שכזו. מאחר שהעותרים אינם חולקים על דברינו אלה לא נדרש לנושא זה שוב בהודעה זו. עם זאת, להשלמת התמונה, הרי שלמסכת האסמכתאות שנפרסה בהודעה הקודמת, נבקש להוסיף את המאמרים הבאים – אשר כולם חוזרים ומדגישים את אשר כבר אמרנו: אין לראות הריגת לוחם ספציפי שלא באמצעים בוגדניים, כהריגה האסורה בדיני הלחימה.

T. J. Harder, "Time to Repeal the Assassination Ban of Executive Order 12,333: A Small Step in Clarifying Current Law", 172 Military L. Rev. 1 (June 2002).

J. F. Addicot, "Proposal for a New Executive Order on Assassination", 37 U. Rich. L. Rev. 751, (March 2003).

N. Canestaro, "American law and Policy on Assassinations of Foreign Leaders: The Practicality of Maintaining the Status Quo", 26 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1, (Winter 2003).

B. A. Gorelick, "The Israeli Response to Palestinian breach of the Oslo Agreements, 9 New Eng. Int'l & Comp. L. Ann. 651, (2003).

277. עמדת המדינה, בתמצית, היא שבאזורנו מתחולל מזה כשלוש שנים עימות מזוין. לפיכך, חלים על עימות זה דיני הלחימה של המשפטי הבין-לאומי (יהא סיווגו של הסכסוך אשר יהא). על פי דינים אלה, המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין מטעמם של ארגוני הטרור, אינם אזרחים, כי אם לוחמים, ובכל מקרה הם מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה. בהקשר זה נפנה לדברי המלומד אדיקוט:

" In the modern era, however, where the line between war and peacetime is inexorably blurred, many of the most basic rules regarding military necessity, unnecessary suffering and proportionality apply equally to the peacetime use of military force.

The law of armed conflict describes lawful targets, which can be destroyed in the proper context of military operations.

The general principle is that military personnel acting in self-defense in a peacetime or wartime environment may kill the enemy, whether lawful combatants or unprivileged belligerents. It is also clear that "the enemy" may include civilians who take part in the hostilities. An enemy combatant, whether part of an organized military or a civilian who undertakes military activities, is a legitimate target at all times and may be lawfully killed, even if by surprise. This includes the leader of the hostile forces."

J. F. Addicot, "Proposal for a New Executive Order on Assassination", 37 U. Rich. L. Rev., 751, (March 2003) 783-784.

278. כפי שהראינו בהודעתנו זו ובהודעה הקודמת, פעולות הסיכול הממוקד מותרות הן לפי כללי המשפט הבין-לאומי.

מזה כשלוש שנים מתקיימים בשטחים ובישראל פעולות איבה של ממש במהלכם נהרגו מאות ונפצעו אלפים. המדובר בפועל במלחמה, המכה את מדינת ישראל מכה שאינה פחות קשה מהמכה שהוכינו בכל מלחמה אחרת שידענו.

אלה הסוברים כי המשפט הבין-לאומי מתפתח באופן קזואיסטי, יגיעו בסופו של הדבר למסקנה כי הסכסוך המזוין המתקיים בין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים הינו סכסוך מסוג חדש המתפתח במשפט הבין-לאומי. לסכסוך זה יש ליצור מערכת דינים הולמת, המבוססת בעיקרה על פרשנות דינמית שתנתן לכללים החלים מאז ומעולם על סכסוכים מזוינים.

לעומתם, אלה המחזיקים בגישה משפטית הוליסטית יטענו כי המדובר בסכסוך מזוין בין-לאומי או בסכסוך מזוין שאיננו בין-לאומי, כהגדרתם במשפט הבין-לאומי.

כך או כך, בסופו של יום, אלה כאלה יגיעו למסקנה כי למדינה מותר להפעיל כוח ולפגוע במי שנלחמים כנגדה – ובודאי במחבלים הנלחמים נגדה ופוגעים באזרחיה בדרכים בלתי חוקיות המהוות פשע מלחמה, כפי שאף העותרים מודים.

לפיכך נטען, כי אין כל פגם בפעולות הסיכול הממוקד שמבצעים העותרים כדי להגן על חיי אזרחי המדינה, ופעולות אלה אינן אלא מיישמות את הכלל עתיק היומין, המשקף הן עמדה מוסרית והן עמדה משפטית, הקובע כי "הבא להורגך השכם להורגו".

279. אשר על כן, מכל הטעמים שפורטו בהודעה זו ובהודעותינו הקודמות, נשוב ונבקש את דחיית העתירה.

היום: כ"ז טבת, תשס"ד

21 ינואר, 2004

שי ניצן

מנהל תחום תפקידים מיוחדים (בפועל)