

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 769/02

בפני: כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

העותרים: 1. הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל
2. LAW - אגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות האדם

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל
2. ראש ממשלת ישראל
3. שר הביטחון
4. צבא הגנה לישראל
5. ראש המטה הכללי
6. שורת הדין – Israel Law Center ו-24 אחרים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י' בכסלו התשס"ו (11.12.2005)

בשם העותרים: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד מיכאל ספרד

בשם המשיבים 1-5: עו"ד שי ניצן

בשם המשיבים 6: עו"ד ניצנה דרשן-לייטנר; עו"ד שרון לוברני

פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

ממשלת ישראל נוקטת במדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ביהודה, שומרון או חבל עזה. היא פוגעת למוות במחבלים אלה אשר מתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור בישראל ובאזור יהודה, שומרון וחבל עזה, כנגד אזרחים וחיילים גם יחד. פגיעה זו פוגעת לעתים גם באזרחים תמימי לב. האם בכך פועלת המדינה שלא כדין – זו השאלה הניצבת לפנינו.

1. רקע עובדתי

1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה הופנתה כנגד מדינת ישראל וכנגד ישראלים באשר הם. מתקפת הטרור אינה מבחינה בין לוחמים לאזרחים, או בין נשים, גברים וטף. פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, והן בתחומי מדינת ישראל. הם מופנים כנגד מרכזים אזרחיים, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות. בחמש השנים האחרונות בוצעו כנגד ישראל אלפי פעולות טרור. במהלכן נהרגו למעלה מאלף אזרחים ישראלים. אלפי אזרחים ישראלים נפצעו. כן נהרגו ונפצעו במהלך תקופה זו אלפי פלסטינים.

2. במלחמתה כנגד הטרור נוקטת מדינת ישראל צעדים שונים. כחלק מהפעילות הביטחונית אשר נועדה להתמודד עם פיגועי הטרור, מפעילה המדינה את מה שהיא מכנה "מדיניות הסיכולים הממוקדים". במסגרת מדיניות זו, פועלים כוחות הביטחון להריגתם של פעילים בארגוני טרור המעורבים בתכנון, שילוח, או ביצוע פיגועי טרור כנגד ישראל. במהלכה של האינתיפאדה השנייה בוצעו פגיעות מונעות ברחבי יהודה, שומרון וחבל עזה. לפי נתונים שמסרו העותרים, מאז החלו פעולות אלה ועד סוף שנת 2005 נהרגו קרוב לשלוש מאות פעילים בארגוני טרור בתקיפות אלה. למעלה משלושים ניסיונות סיכול ממוקד נכשלו. כמאה וחמישים אזרחים אשר שהו בקרבת מקום ליעדים של סיכולים ממוקדים נהרגו במהלך פעולות אלה. מאות אחרים נפצעו. מדיניות הסיכולים הממוקדים היא העומדת במוקד עתירה זו.

2. טענות העותרים

3. עמדת העותרים היא שמדיניות הסיכולים הינה בלתי חוקית בעליל, מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט הישראלי ולעקרונות בסיסיים של מוסר אנושי. היא מפרה את זכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי והבינלאומי הן של יעדי הסיכולים, והן של עוברי אורח תמימים הנקלעים לזירת הסיכול.

4. עמדת העותרים היא שמערכת הדינים החלה על הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור אינה מערכת דיני המלחמה כי אם מערכת הדינים העוסקת באכיפת החוק בשטח כבוש. בעמדת העותרים לעניין זה חלו שינויים במהלך הדיון בעתירה, חלקם עקב שינויים שחלו בעמדת המשיבים. מלכתחילה נטען כי דיני הלחימה עוסקים בעיקר בעימותים בינלאומיים, ואילו העימות המזוין שבין ישראל לפלסטינים אינו נופל

לגדר עימות בינלאומי. לפיכך חלים על סכסוך זה לא דיני המלחמה כי אם דיני שיטור ואכיפת חוק. בהודעתם המסכמת (מיום 1.9.2004) מסכימים העותרים לעמדה לפיה מדובר בענייננו בסכסוך בינלאומי, אך גם במסגרתו אין מקום לפעולות צבאיות עליהן חלים דיני המלחמה. זאת משום שזכותה של ישראל לנקוט בפעולות צבאיות של הגנה עצמית, מכוח סעיף 51 למגילת האו"ם משנת 1945, אינה חלה על הסכסוך הנדון. זכות ההגנה העצמית נתונה למדינה בתגובה להתקפה חמושה של מדינה אחרת. שטחי האזור מצויים בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל, ועל כן סעיף 51 כלל איננו חל על ענייננו. כשם שהמדינה אינה יכולה לטעון להגנה עצמית כנגד אוכלוסייתה שלה, כך אין היא יכולה לטעון להגנה עצמית כנגד תושבים המצויים תחת כיבוש של צבאה. כנגד אוכלוסיה אזרחית נכבשת אין זכות להגנה עצמית אלא זכות לאכיפת חוק בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית. מכל מקום, חלים על ענייננו דיני שיטור ואכיפת חוק במסגרת דיני הכיבוש, ולא דיני המלחמה. במסגרת זו, אין מקום להריגתם של חשודים ללא הליך הוגן, וללא מעצר וללא משפט. הסיכולים הממוקדים מפרים את הזכות הבסיסית לחיים, ואין למצוא להפרה זו הגנה או הצדקה. האיסור על הריגה שרירותית שאינה נחוצה לצורך הגנה עצמית מעוגן בנורמות מנהגיות של המשפט הבינלאומי. איסור מעין זה נובע גם מחובותיו של הכוח השולט בשטח כבוש כלפי האוכלוסיה הנכבשת, המהווה אוכלוסיה מוגנת לפי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אוכלוסיה אזרחית בימי מלחמה משנת 1949, וכן לפי שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות שנחתמו בשנת 1977. דינים אלה כולם משקפים נורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי, והן מחייבות את ישראל. לטענת העותרים, הפרקטיקה של המדינות הנלחמות בטרור מצביעה באופן חד משמעי על נוהג בינלאומי לפיו חברי ארגוני טרור מקבלים יחס של עבריינים, והמשפט הפלילי, לעתים בתוספת סמכויות מיוחדות של שעת חירום, הוא שחולש על דרכי המאבק בטרור. העותרים מציינים כדוגמאות לעניין זה את מאבקה של בריטניה במחתרת האירית, את מאבקה של ספרד במחתרת הבאסקית, את מאבקה של גרמניה בארגוני הטרור, את מאבקה של איטליה בארגון הבריגדות האדומות ואת מאבקה של טורקיה במחתרת הכורדית.

5. לחילופין טוענים העותרים שמדיניות הסיכולים הממוקדים מפרה את כללי המשפט הבינלאומי אף אם אנו מחילים על הסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים את דיני המלחמה. דינים אלה מכירים בשני סטטוסים של אנשים בלבד – לוחמים ואזרחים. לוחמים הינם מטרת לגיטימיות לתקיפה, אך הם נהנים גם מהזכויות המוענקות במשפט הבינלאומי ללוחמים, ובהן חסינות מפני העמדה לדין והזכות למעמד של שבוי מלחמה. אזרחים נהנים מההגנות והזכויות הנתונות במשפט הבינלאומי לאזרחים בשעת מלחמה. בין השאר, הם אינם מטרה לגיטימית לתקיפה. מעמדם של האזרחים

וההגנה עליהם מעוגנים בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. הוא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי המנהגי. עמדת העותרים היא שחלוקה זו בין לוחמים לאזרחים היא חלוקה ממצה. אין סטטוס ביניים, ולא קיימת קטגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים". כל אדם שאינו לוחם, וכן כל אדם שלגביו קיים ספק אם הוא לוחם, הוא מינה וביה במעמד של אזרח והוא זכאי לזכויות ולהגנות הנתונות לאזרחים בשעת מלחמה. גם אזרח המשתתף בפעולות לחימה אינו "לוחם בלתי חוקי", כי אם אזרח עבריין, ומכל מקום הוא שומר על מעמדו כאזרח. העותרים דוחים, לפיכך, את עמדת המדינה לפיה יש לראות בפעילי ארגוני הטרור לוחמים בלתי-חוקיים. העותרים עומדים על כך שהמדינה עצמה מסרבת לתת לפעילים אלה את הזכויות וההגנות הניתנות במשפט הבינלאומי ללוחמים, כגון הזכות למעמד של שבוי מלחמה. התוצאה היא שהמדינה מבקשת לנהוג בהם לפי הרע שבשני העולמות: כלוחמים להצדקת הריגתם, וכאזרחים לצורך מעצרים והעמדתם לדין. תוצאה זו היא בלתי מתקבלת על הדעת. פעילי ארגוני הטרור, אף אם הם משתתפים בפעולות לחימה, אינם מוצאים בשל כך אל מחוץ לתחולת כללי המשפט הבינלאומי. עמדת העותרים היא, אם כן, כי יש לראות בפעילי ארגוני הטרור כמי שנמצאים במעמד של אזרחים.

6. העותרים מציינים שאזרח המשתתף בלחימה עשוי לאבד חלק מההגנות הנתונות לאזרחים בשעת לחימה. אולם זאת רק כאשר הוא נוטל חלק ישיר בלחימה, וכל עוד נמשכת השתתפות ישירה זו. שני תנאים אלה קבועים בסעיף 51(3) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן – הפרוטוקול הראשון). סעיף זה, על כל תנאיו, משקף, לעמדת העותרים, כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי. תנאים אלה אומצו בפסיקה בינלאומית, והם נזכרים במסמכים בינלאומיים נוספים, כמו גם במדריכים הצבאיים של מרבית המדינות המערביות. על מנת לשמור על ההבחנה החדה בין לוחמים לאזרחים, ניתנה לתנאים אלה פרשנות מצומצמת ודווקנית. לפי פרשנות זו, אזרח יאבד את חסינותו מפני תקיפה רק בעת שהוא נוטל בפועל חלק ישיר בפעולות איבה, ורק במהלך הזמן בו השתתפות ישירה זו נמשכת. כך למשל, מרגע ששב האזרח לביתו, וגם אם בכוונתו להשתתף שנית במועד מאוחר יותר בפעולת איבה, הרי שאין הוא מטרה לגיטימית לתקיפה, אף כי ניתן לעוצרו ולהעמידו לדין בגין השתתפותו בלחימה. העותרים עומדים על כך שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מבוצעת בפועל וכפי שהמשיבים מצהירים עליה מפורשות, חורגת מגבולות מצומצמים אלה. היא פוגעת באזרחים גם בזמן שהם אינם משתתפים באופן ישיר בלחימה או במעשי איבה. פעולות הסיכול נעשות בנסיבות בהן לא מתקיימים תנאי המיידיות והנחיצות שרק בהתקיימם ניתן לפגוע באזרחים. לפיכך מדובר במדיניות בלתי חוקית המהווה פגיעה אסורה במטרות אזרחיות.

7. העותרים צירפו חוות דעת מומחה של פרופסור קססה (Cassese), מומחה למשפט בינלאומי, אשר שימש כנשיאו הראשון של בית הדין הבינלאומי הפלילי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר. בחוות דעתו עומד פרופסור קססה על ההבחנה העקרונית במשפט הבינלאומי בין אזרחים ללוחמים המעוגנת, בין השאר, בכללים הנספחים לאמנת האג הרביעית משנת 1907. מי שאיננו נופל לגדר הגדרת הלוחמים הינו, מניה וביה, אזרח. לא קיימת קטגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים". לפיכך, מי שמתתפים בפעולות לחימה שונות מבלי שהם עונים להגדרת לוחמים, הינם במעמד של אזרחים וזכאים להגנות המוענקות להם בדיני המלחמה. אזרח אשר משתתף בפעולות לחימה מאבד הגנות אלה, והוא עשוי להיות מטרה לגיטימית להתקפה. אך זאת רק אם הוא נוטל חלק ישיר בפעולות עוינות, ורק אם התקיפה כנגדו מבוצעת בפרק הזמן במהלכו הוא נוטל חלק ישיר כאמור. כלל זה מעוגן בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, אך הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. עמדתו של פרופסור קססה היא שאת הביטויים "חלק ישיר" ו"פרק הזמן" יש לפרש באופן דווקני ומצמצם. אזרח המשתתף בפעולות מלחמתיות מאבד את ההגנות הניתנות לאזרחים רק בפרק הזמן שבו הוא נוטל, בפועל, חלק ישיר בפעולות לחימה, כגון כאשר הוא יורה או מניח פצצה. גם אזרח הנערך לבצע פעילות עוינת עשוי להיחשב כמי שנוטל חלק ישיר בפעולות עוינות, ובלבד שהוא נושא נשק בגלוי. כאשר הוא מניח את נשקו, או כאשר הוא אינו מבצע פעולות מלחמתיות, הוא פוסק מלהיות מטרה לגיטימית לתקיפה. לפיכך, מי שמסייע בלבד לתכנון פעולה עוינת, או מי שמדריך או משלח אחרים לבצע פעולות עוינות, איננו מטרה לגיטימית לתקיפה. סיוע עקיף מעין זה לפעילות עוינת עשוי לחשוף את האזרח למעצר ולמשפט, אך אין הוא הופך אותו ליעד לגיטימי לתקיפה.

8. עמדת העותרים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מתבצעת בפועל, מפרה גם את דרישות המידתיות המהוות חלק מהמשפט הישראלי וכן המשפט הבינלאומי המנהגי. עיקרון המידתיות הוא עיקרון מרכזי של דיני המלחמה. הוא אוסר פגיעה גם במטרות לגיטימיות, אם ההתקפה צפויה להביא לפגיעה קשה באופן מוגזם (excessive), בהתחשב בתועלת הצבאית מהפעולה, בחיי חפים מפשע. עקרון זה מעוגן בסעיף 51(5)(B) לפרוטוקול הראשון, אשר מהווה כלל מנהגי. מדיניות הסיכולים הממוקדים אינה מקיימת תנאי זה. מבצעה מודעים לכך שהיא עשויה, לעתים בוודאות קרובה, להביא למותם ולפציעתם של חפים מפשע. וכך אמנם קורה פעם אחר פעם. בשל שיטות הפעולה הננקטות במסגרת מדיניות זו, מסתיימים רבים מניסיונות הסיכול במותם ובפציעתם של אזרחים חפים מפשע. כך למשל, ביום 22.7.2002 הוטלה פצצה

שמשקלה 1000 ק"ג אל עבר ביתו של המבוקש סאלח שחאדה באזור מגורים צפוף בעיר עזה. הפצצה וההדף גרמו למותו של המבוקש, של אשתו, של ביתו, וכן למותם של שניים עשר אנשים נוספים שהתגוררו בשכנות. עשרות אנשים נפצעו. מקרה זה, כמו גם מקרים אחרים, מדגים את ניזוקה של מדיניות הסיכולים הממוקדים, שאינה מבחינה בין מחבלים לבין חפים מפשע. עמדת העותרים היא, אם כן, כי מדיניות הסיכולים אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר. זאת ועוד, לטענת העותרים המדיניות אף לא עומדת במבחן המידתיות השני, שענייננו האמצעי שפגיעתו פחותה. לטענת העותרים, המשיבים עושים שימוש בכלי הסיכול הממוקד לעתים מזומנות, ובכלל זה גם כאשר ישנם אמצעים אחרים לתפיסתם של חשודים בפעילות טרוריסטית. העותרים מצביעים על כך שכוחות הביטחון ביצעו במהלך האינתיפאדה השנייה מאות מעצרים בשטחי A שבתחומי יהודה ושומרון וחבל עזה. נתונים אלה מראים כי בידי כוחות הביטחון היכולת המבצעית לעצור חשודים גם בשטחי A ולהביאם למתקני מעצר וחקירה. בנסיבות אלה, אין מקום לעשות שימוש בסיכולים ממוקדים. לבסוף, העותרים עומדים על כך שמדיניות הסיכולים הממוקדים אינה חסינה מפני טעויות קשות. ליעדי הסיכול לא ניתנת הזדמנות להגן על חפותם. מדיניות הסיכולים כולה פועלת בעולם חשאי שבו עין ציבורית אינה שוזפת את תיק הראיות שעל-בסיסו נקבעים יעדי הסיכולים. לא מתקיימת ביקורת שיפוטית לפני או אחרי פעולות סיכול. לפחות במקרה אחד יש חשש שאירעה טעות בזיהוי והומת אדם שנשא שם דומה למבוקש וחי באותו הכפר.

3. תשובת המשיבים

9. בתשובתם המקדמית לעתירה ציינו המשיבים כי עתירה הזוהה במהותה ובטענות שהועלו בה לעתירה שבפנינו נידונה ונדחתה בבית המשפט העליון (בג"ץ 5872/01, פסק דין מיום 29.1.2002). בפסק דין זה נקבע כי "ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם". עמדת המשיבים היא שגישה זו ראויה היא. עתירה זו, כמו קודמתה, מבקשת להביא את בית המשפט אל תוך תוכה של זירת לחימה, לדיון בעניינים בעלי אופי מבצעי מובהק, אשר אינם שפיטים. מטעמים אלה, דין העתירה להידחות על הסף. עם זאת, המשיבים לא חזרו על טענה זו בכתבי הטענות המשלימים אותם הגישו.

10. לגופו של עניין, המשיבים עומדים על הרקע הביטחוני שהוביל למדיניות הסיכולים הממוקדים. החל מסוף ספטמבר 2000 מתרחשים באזור יהודה, שומרון וחבל עזה פעולות לחימה וטרור נגד ישראל. עקב פעולות אלה נהרגו בשנים 2000-2005 מעל לאלף אזרחים ישראלים. אלפים נוספים נפצעו. כוחות הביטחון נוקטים בפעולות שונות על מנת להתמודד עם פעולות הלחימה והטרור. לנוכח העימות המזוין, חלים על פעולות אלה דיני המלחמה, או דיני סכסוכים מזוינים (laws of armed conflicts) המהווים חלק מן המשפט הבינלאומי. עמדת המשיבים היא שיש לדחות את הטענה שישראל רשאית להתגונן כנגד הטרור תוך שימוש באמצעים של אכיפת חוק בלבד. אין עוד מחלוקת כיום כי מדינה רשאית להגיב בכוח צבאי על מתקפת טרור נגדה. זאת, מכוח זכותה להגנה עצמית הקבועה בסעיף 51 למגילת האו"ם, המאפשרת למדינה להגן על עצמה מפני "התקפה חמושה". אף אם קיימת מחלוקת בין מומחים אשר לשאלה מהי "התקפה חמושה", לא יכול להיות כל ספק שמתקפת הטרור כנגד ישראל עונה להגדרה של התקפה חמושה. לפיכך ישראל רשאית להפעיל כוח צבאי כנגד ארגוני הטרור. המשיבים מצביעים על כך שמדינות נוספות חדלו להתייחס אל פעולות טרור כפשעים פליליים בלבד, והחלו לעשות שימוש באמצעים צבאיים-מלחמתיים כנגד פעולות טרור שכוונו נגדן. במיוחד כך כאשר מדובר במעשי טרור בהיקף נרחב הנמשכים תקופה ארוכה. עמדת המשיבים היא שהשאלה אם חלים על כל שטחי האזור דיני התפיסה הלוחמתית אינה רלוונטית לסוגיה שבפנינו, שכן השאלה אם מדיניות הסיכולים הממוקדים הינה חוקית תוכרע על-פי דיני המלחמה, החלים הן בשטח כבוש והן בשטח שאינו כבוש, ובלבד שמתחולל בו עימות מזוין.

11. עמדת המשיבים היא שדיני המלחמה חלים לא רק על מלחמה במובנה הקלאסי, כי אם גם על סכסוכים ועימותים מזוינים אחרים (armed conflicts). המשפט הבינלאומי אינו כולל הגדרה חד-משמעית למושג "עימות מזוין". עם זאת, אין עוד ספק כיום כי יכול שיתקיים סכסוך מזוין בין מדינה לבין קבוצות וארגונים שאינם מדינתיים. זאת בהתחשב, בין היתר, ביכולות הצבאיות ואמצעי הלחימה שבידי ארגונים כאלה, ובנכונותם להשתמש בהם. הסכסוך הנוכחי בין ישראל לארגוני הטרור הוא סכסוך מזוין במסגרתו רשאית ישראל להגיב באמצעים צבאיים. כך גם קבע בית המשפט העליון בשורה של מקרים. אשר לסיווגו של העימות, מלכתחילה טענו המשיבים כי מדובר בעימות מזוין בינלאומי אשר חלים עליו דיני המלחמה הרגילים. בתגובתם המסכמת (מיום 26.1.2004) מציינים המשיבים כי שאלת סיווגו של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים היא שאלה סבוכה, ויש בה פנים לכאן ולכאן. מכל מקום, אין צורך להכריע בה לצורך העתירה. זאת שכן לפי כל אחד מהסיווגים, יחולו על פעולות

המדינה דיני העימות המזוין. דינים אלה מתירים פגיעה במי שהוא צד לסכסוך המזוין ולוקח בו חלק פעיל, וזאת בין אם מדובר בעימות מזוין בינלאומי ובין אם מדובר בעימות שאינו בינלאומי, ואף אם מדובר בסיווג חדש של עימות מזוין ההולך ומתפתח בעשור האחרון במשפט הבינלאומי, שעניינו סכסוכים מזוינים בין מדינות לבין ארגוני טרור. לפי כל אחד מסיווגים אלה, מי שהוא צד לסכסוך המזוין ונוטל בו חלק פעיל הינו לוחם, וניתן לפגוע בו. עמדת המשיבים היא שפעילי ארגוני הטרור הינם צד לסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור, והם נוטלים חלק פעיל בלחימה במסגרתו. לפיכך הם מטרות חוקיות לתקיפה כל עוד נמשך העימות המזוין. עם זאת, הם אינם זכאים לזכויות של לוחמים על-פי אמנת ג'נבה השלישית וכללי האג משום שהם אינם מבחינים עצמם מאוכלוסיה אזרחית, ומשום שאין הם מקיימים את דיני המלחמה. לנוכח מציאות מורכבת זו, עמדת המשיבים היא שיש להכיר בקטגוריה שלישית של אנשים, והיא הקטגוריה של לוחמים בלתי-חוקיים. אנשים הנופלים לגדר קטגוריה זו הינם לוחמים, ועל כן הם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה. עם זאת, אין הם זכאים לכל הזכויות הניתנות ללוחמים חוקיים, שכן הם עצמם אינם מקיימים את דרישות דיני המלחמה. עמדת המשיבים היא שפעילי ארגוני הטרור בתחומי האזור נופלים לגדר הקטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים". מעמדם של המחבלים המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין אינו כשל אזרחים. הם צד לעימות המזוין, ולפיכך ניתן לפגוע בהם. הם אינם מקיימים את דיני המלחמה, ולפיכך הם אינם נהנים מהזכויות וההגנות הניתנות ללוחמים חוקיים, המקיימים את דרישות דיני המלחמה. עמדת המשיבים היא, אם כן, שלפי כל אחת מהחלופות, "מותר למדינה להרוג את מי שנלחמים כנגדה, וזאת בהתאם לעקרונות היסוד של דיני המלחמה החלים בכל סכסוך מזוין" (פיסקה 68 לתגובת המשיבים מיום 26.1.2004).

12. לחלופין, עמדת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים הינה חוקית אף אם לא תתקבל הטענה שפעילי ארגוני הטרור הינם לוחמים המהווים צד לסכסוך המזוין, ואף אם נראה בהם כמי שנמצאים במעמד של אזרחים. זאת משום שדיני העימות המזוין מתירים לפגוע באזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות מלחמתיות. אכן, ככלל, דיני המלחמה מקנים לאזרחים חסינות מפני פגיעה. עם זאת, "אזרח" אשר נוטל חלק ישיר במעשי האיבה מאבד את חסינותו ומותר לפגוע בו. בכלל זה, מותר לפגוע באזרחים כדי לסכל כוונות לבצע פעילות עויינת עתידית או מתוכננת. כל אדם הנוטל חלק ישיר – בביצוע, בתכנון, או בשילוח – של מעשי איבה המכוונים כנגד מטרות אזרחיות או צבאיות הינו מטרה לגיטימית לתקיפה. חריג זה משקף כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי. עמדת המשיבים היא שתנאי הבו-זמניות הקבוע בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, לפיו אין לפגוע באזרח אשר נוטל חלק ישיר במעשי איבה אלא

בזמן שבו הוא נוטל חלק כאמור, אינו מחייב את ישראל שכן אין הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. לעניין זה מציינים המשיבים שישראל, כמו גם מדינות אחרות, לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון. לפיכך, מותרת הפגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה גם בזמן שאינם פועלים כאמור. אין כל מניעה לפגוע במחבלים בכל עת ומקום, כל עוד לא הניחו את נשקם ויצאו ממעגל הלחימה. לבסוף, עמדת המשיבים היא שאף אם נראה בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, על כל תנאיו, כלל מנהגי, הרי שמדיניות הסיכולים הממוקדים מקיימת את הוראותיו. זאת משום שיש לפרשו באופן מרחיב יותר מהפרשנות שהוצעה על-ידי העותרים. כך, יש לפרש את הביטוי "מעשי איבה" (hostilities) ככוללים מעשים כגון תכנון פיגועי טרור, שילוח מפגעים, ופיקוד על חוליות טרור. אין כל בסיס לעמדתו של פרופסור קססה לפיה "מעשי איבה" חייבים לכלול שימוש בנשק או נשיאת נשק. גם לביטוי "חלק ישיר" יש לתת פרשנות מרחיבה כך שמי שמתכנן, משלח, או מבצע פיגוע טרור ייחשב כמי שלוקח חלק ישיר בפעולות איבה. לבסוף, גם את תנאי הבו-זמניות יש לפרש באופן מרחיב כך שניתן יהיה לפגוע במחבל כל זמן שהוא עוסק באופן שיטתי במעשי טרור. עמדת המשיבים היא שהפרשנות המאוד מצמצמת המוצעת על-ידי העותרים לסעיף 51(3) היא בלתי סבירה ומקוממת. מעמדת העותרים, ומחוות הדעת מטעמם, עולה שנתונה למחבלים חסינות מפני פגיעה כל זמן שהם מתכננים פיגועי טרור, וחסינות זו מוסרת לזמן קצר בלבד, ברגע ביצוע הפיגוע בפועל. לאחר ביצוע הפיגוע שבה החסינות לחול על המחבלים, אף אם ידוע וברור כי הם חוזרים לבתייהם על-מנת לתכנן ולהוציא אל הפועל את הפיגוע הבא. פרשנות זו מאפשרת למי שנוטלים חלק פעיל בפעילות איבה "להחליף כובעים" כרצונם בין כובע הלוחם לכובע האזרח. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת. היא גם לא עולה בקנה אחד עם תכליתו של החרגי, שנועד לאפשר למדינה לפעול כנגד אזרחים הנוטלים חלק פעיל במאבק כנגדה. מסקנת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים מקיימת את דיני המלחמה אף אם אנו רואים במחבלים אזרחים, ואף אם אנו רואים בתנאים הקבועים בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון כללים מנהגיים.

13. עמדת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מתבצעת בפועל, עומדת בדרישת המידתיות. דרישת המידתיות אינה מובילה אל המסקנה שאסור לבצע פעולות מלחמתיות בהן עלולים להיפגע אזרחים. דרישה זו פירושה שהפגיעה באזרחים צריכה לעמוד ביחס מידתי לתועלת הביטחונית העשויה לצמוח מהפעולה הצבאית. זאת עוד, את מידתיותה של הפעולה יש לבחון על-רקע אי הוודאות האינהרנטית האופפת כל פעילות מלחמתית, במיוחד בהינתן נסיבותיו של הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור. מדינת ישראל מקיימת את דרישות המידתיות.

פעולות של סיכול ממוקד אינן ננקטות אלא כצעד חריג, כאשר אין לפעילות זו חלופה אחרת. מטרתה הצלת נפשות. היא נשקלת ברמות הפיקוד הגבוהות ביותר. בכל מקרה נעשה ניסיון למזער ככל שאפשר את הפגיעה הנלווית העלולה להיגרם לאזרחים במהלך פעילות הסיכול הממוקד. במקרים בהם גורמי הביטחון סבורים כי קיימות חלופות אחרות לפעולה, מיושמות חלופות אלה במידת האפשר. לא אחת נדחו או בוטלו משימות סיכול כאשר הסתבר כי אין אפשרות לבצען בלא לסכן חפים מפשע באופן בלתי-מידתי.

4. העתירה והטיפול בה

14. העתירה הוגשה (ביום 24.1.2002) ולאחר הגשת תגובות מקדמיות נקבעה לדיון לפני הרכב של שלושה שופטים. לאחר הדיון הראשון (ביום 18.4.2002 לפני השופטים א' ברק, ד' דורנר, י' אנגלרד) התבקשו הצדדים להגיש הודעות משלימות ובהן התייחסות לשורה של שאלות שהוצגו על-ידי בית המשפט. לאחר הגשת התגובות התקיים (ביום 8.7.2003, לפני הרכב השופטים א' ברק, ת' אור, א' מצא) דיון נוסף בעתירה. במהלכה נדונה בקשת העותרים למתן צו ביניים. הבקשה נדחתה. לבקשת הצדדים, נקצבו מועדים נוספים להגשת הודעות משלימות. לבקשת העותרים, נערך דיון נוסף בעתירה (ביום 16.2.2005, לפני הרכב השופטים א' ברק, מ' חשין, ד' ביניש). במהלכה הציגו המשיבים את הודעת ראש הממשלה בוועידת שארם-א-שייח לפיה מדינת ישראל משעה את השימוש במדיניות הסיכולים. לנוכח הודעה זו, החלטנו על דחיית הדיון בעתירה למועד אחר, ככל שיידרש. בחודש יולי 2005 שבה המדינה לעשות שימוש במדיניות זו. לנוכח זאת, ולבקשת הצדדים, נערך דיון נוסף בעתירה (ביום 11.12.2005, לפני הרכב השופטים א' ברק, מ' חשין, ד' ביניש). בסיומו קבענו כי פסק הדין יינתן לאחר הגשת הודעות משלימות נוספות מטעם הצדדים. לפי החלטת הנשיאה ד' ביניש (מיום 22.11.2006) בא המשנה לנשיאה א' ריבלין במקומו של המשנה לנשיא מ' חשין שפרש לגמלאות.

15. לאחר הגשת העתירה הוגשו שתי בקשות להצטרף אליה. תחילה הוגשה (ביום 22.7.2003) על-ידי באי-כוח העותרים בקשה מטעם ה-National Lawyers Guild וה-International Association of Democratic Lawyers להצטרף לעתירה ולהגיש כתב טיעונים במעמד של ידיד בית המשפט (Amicus Curiae). המשיבים התנגדו לבקשה. לאחר מכן הוגשה (ביום 23.2.2004) בקשה מטעם שורת הדין-Israel Law Center ו-24 מבקשים נוספים בקשה להצטרף כמשיבים לעתירה. העותרים התנגדו לבקשה. אנו מחליטים לקבל את שתי הבקשות ולצרף את המבקשים כצדדים לעתירה. הטיעון מטעם

ידיד בית המשפט תומך בעיקרי טענות העותרים. עוד נטען בו כי הריגתם של מנהיגים דתיים ופוליטיים נוגדת את המשפט הבינלאומי ואיננה לגיטימית, לא בשעת מלחמה ולא בשעת שלום. בנוסף, אין לעשות שימוש במדיניות הסיכולים הממוקדים כלפי מי שמעורבים בפעילות טרוריסטית אלא במקרים בהם ישנה סכנה מיידית לחיי אדם, וגם אז רק בהיעדרו של אמצעי אחר להסרת הסכנה. הטיעון מטעם שורת הדין תומך בעיקרי טענות המשיבים. עוד נטען בו כי פעילות הסיכולים הממוקדים מותרת, ואף מחוייבת, מכוח העיקרון במשפט העברי של "הבא להרגך השכם להרגו" ומכוח דין "הרודף אחר חברו להרגו".

5. המסגרת הנורמטיבית הכללית

א. עימות בינלאומי מזויין

16. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – האיזור) קיים מאז האינתיפאדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזויין או סכסוך מזויין (armed conflict). על קיומו של עימות זה עמד בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין (ראו בג"ץ 9255/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באירוש, (לא פורסם); בג"ץ 9293/01 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509; בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30; להלן – פרשת אלמדני; בג"ץ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); להלן – פרשת מראעבה). באחת הפרשות ציינתי:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזויין" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(6) 352, 358; להלן – פרשת עג'ורי).

גישה זו עולה בקנה אחד עם הגדרתו של עימות מזויין בספרות הבינלאומית (ראו א' בן-נפתלי וי' שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, 142 (2006); להלן – בן-נפתלי ושני; H. ; Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defence 201 (4th. Ed., 2005); H. ; Duffy, The 'War on Terror' and the Framework of International Law 219 (2005); להלן - דופי). היא משקפת היטב את שמתרחש, עד עצם היום הזה, ב"איזור". וכך תואר המצב בהשלמת הסיכומים מטעם פרקליטות המדינה (מיום 26.1.2004):

"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.

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" (עמ' 30).

17. עימות (או סכסוך) מזויין זה אינו מתקיים בחלל נורמטיבי. הוא נתון למערכות נורמטיביות באשר למותר ולאסור. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי... פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות – חלקן של המשפט הבינלאומי המינהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, וחלקן בכללי היסוד של המשפט הישראלי – הקובעות כללים באשר לניהול הלחימה" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 391; להלן – פרשת רופאים לזכויות האדם).

מהי המערכת הנורמטיבית החלה במקרה של עימות מזויין בין ישראל לארגוני הטרור הפועלים באיזור?

18. המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזויין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאיזור היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או סכסוך) מזויין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict). על אופיו הבינלאומי של סכסוך מזויין בין מדינה התופסת באזור בתפיסה לוחמתית לבין מחבלים וטרוריסטים הבאים מאותו אזור – לרבות הסכסוך המזויין שבין ישראל לארגון הטרור שבאיזור – עמד פרופ' קססה, בצינו:

"An armed conflict which takes place between an Occupying Power and rebel or insurgent groups – whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to an international armed conflict" (A. Cassese, International Law 420 (2nd. Ed., 2005)); (להלן – קססה).

דינים אלה כוללים בחובם את דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת, אין הם מוגבלים אך להם. דינים אלה חלים בכל מקרה של עימות מזויין בעל אופי בינלאומי – כלומר, חוצה גבולות המדינה – בין אם המקום בו מתרחש העימות המזויין נתון לתפיסה לוחמתית ובין אם לאו. דינים אלה מהווים חלק של דיני ניהול הלחימה (ה-*ius in bello*). מנקודת המבט ההומניטרית, הם חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (ה-*International Humanitarian Law*). משפט הומניטרי זה הוא "הדין המיוחד" (ה-*lex specialis*) החל בעימות מזויין. במקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-*Human Rights Law*) (ראו Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, [1996] ICJ Rep. 226, 240; להלן – פרשת חוקיות הנשק הגרעיני; Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 IL M Bankovic v. Belgium, 41 I. L. M. 517 (ECHR ; להלן – פרשת הגדר; 1009 (2004) ; להלן – פרשת הגדר; 12. Dec. 2001) ; ראו גם Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", 94 (Am. J. Intl. 2. 239 (2000)). בצד המשפט הבינלאומי העוסק בעימות מזויין עשויים לחול כללי יסוד של המשפט הציבורי הישראלי, אותם נושא כל חייל ישראל בתרמילו והם נעים עימו לכל אשר יפנה (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון, אגודה שיתופית רשומה בדין במפקדת איזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 810 ; להלן – פרשת ג'מעית אסכאן ; פרשת עג'ורי, עמ' 365 ; פרשת מראעבה (פסקה 14 לפסק הדין)).

19. חלקים ניכרים של המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות מזויין הם בעלי אופי מנהגי. דינים מנהגיים אלה הם חלק מהמשפט הישראלי. זאת "מכוח היות מדינת ישראל מדינה ריבונית ועומדת ברשות עצמה" (השופט ש"ז חשין בע"פ 174/54 שטמפ 999 נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' 5, 15; ראו גם ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033; רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלטון, פ"ד נא(1) 625, 639 והפסיקה המוזכרת בו, וכן לפידות, "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי", משפטים יט 809 (תש"ן); ר' סיבל, משפט בינלאומי 29 (2003)). היטיב להביע זאת הנשיא שמגר, בצינינו:

"לפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת ככפפות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת" (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35).

המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות בינלאומיות (בין אם ישראל צד להן ובין אם לאו) ואשר אין בו משום אימוץ של משפט בינלאומי מנהגי, אינו חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל (ראו בג"ץ 69/81 א-כסיל אבו עיטא נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 234, וכן זילברשץ, "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי", משפטים כד 317 (תשנ"ד)). בעתירות שלפנינו לא מתעוררת כל שאלה בעניין חקיקה ישראלית סותרת. המשפט הציבורי בישראל מכיר בצבא ההגנה לישראל כ"צבאה של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא). הצבא מוסמך "לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים-לאומיים" (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948). חוק-יסוד: הממשלה מכיר בחוקתיותן של "פעולות צבאיות הדרושות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" (סעיף 40(ב)). פעולות אלה כוללות, כמובן, גם עימות מזויין עם ארגוני טרור מחוץ לגבולות המדינה. כן יש להזכיר את הסייג לאחריות הפלילית הקבוע בסעיף 34ג(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לפיו לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהוא "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". כאשר חיילי צבא הגנה לישראל פועלים על פי דיני העימות המזויין, הם פועלים "לפי דין", ועומדת להם הגנת הציודוק. לעומת זאת, אם הם יפעלו בניגוד לדיני העימות המזויין הם עשויים לשאת, בין השאר, באחריות פלילית לפעולותיהם. אכן, "המקום הגיאומטרי" של סוגייתנו, הוא במשפט הבינלאומי המנהגי הדין בעימות מזויין. ממנו יגזרו גם הדינים האחרים העשויים להיות רלבנטיים על פי משפטנו הפנימי. משפט בינלאומי הסכמי שאין לו כוח מנהגי אינו חלק ממשפטנו הפנימי.

20. המשפט הבינלאומי הדין בעימות המזויין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור מעוגן במספר מקורות (ראו Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict 5 (2004); להלן – דינשטיין). המקורות העיקריים הם אמנת האג הרביעית (ה- Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907); להלן – אמנת האג). להוראות אמנה זו, אשר ישראל צד לה, מעמד של משפט בינלאומי מנהגי (ראו פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 793; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 817, 827; להלן – פרשת בית סוריק; פרשת עג'ורי, עמ' 364). בצידו עומדת אמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949); להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). ישראל צד לאמנה זו. היא לא אומצה בחקיקה ישראלית. עם זאת הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל (ראו פסק דינו של השופט ח' כהן בבג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 638; להלן – פרשת קוואסמה). כידוע, עמדתה של ממשלת ישראל הינה כי עקרונית דיני התפיסה הלוחמתית שבאמנת ג'נבה הרביעית אינם תופסים בכל הנוגע לאיזור. עם זאת, ישראל מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו (ראו פרשת קוואסמה; פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 194; פרשת עג'ורי, עמ' 364; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385, 396; להלן – פרשת המוקד להגנת הפרט; פרשת בית סוריק, עמ' 827; פרשת מראעבה, פסקה 14 לפסק הדין). לצרכי העתירה שלפנינו די בכך. בנוסף, מעוגנים דיני העימות המזויין הבינלאומי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 – הפרוטוקול הראשון). ישראל אינה צד לפרוטוקול זה, והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית. כמובן, הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הם חלק ממשפטה של ישראל.

21. נקודת המוצא שלנו הינה, כי הדין החל על הסכסוך המזויין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאיזור, הוא המשפט הבינלאומי הדין בעימות או סכסוך מזויין. כך ראה בית משפט זה בעבר את אופיו של הסכסוך, וכך אנו ממשיכים לראותו גם בעתירה שלפנינו. על פי תפיסה זו, העובדה שארגוני הטרור והחברים בהם אינם פועלים בשמה של מדינה אינה הופכת את המאבק בהם למאבק פנים-מדינתי גרידא (ראו קסטסה, עמ' 420). אכן, במציאות של היום, עשוי ארגון מחבלים להיות בעל יכולות צבאיות ניכרות. לעתים אף כאלה העולות על יכולותיהן של מדינות. ההתמודדות עם סכנות

אלה אינה יכולה להיות מוגבלת אך למדינה פנימה ולמשפטה הפלילי בלבד. ההתמודדות עם הסיכון של הטרור מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הדין בסכסוך מזויין בעל אופי בינלאומי. בספרות המשפטית הועלו אפשרויות נוספות (ראו דופי, עמ' 218; ע' גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים 585 (2004); להלן – גרוס; Ben-Naftali and Michaeli, "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings", 36 *Cornell Intl. L. J.* 233 (2003); Jinks, "September 11 and the Law of War", 28 *Yale J.I.L.* 1 (2003). על פי גישתו של פרופ' קרצ'מר, יש לסווג סכסוך מזויין זה כסכסוך שאינו בעל אופי לאומי-פנימי גרידא, אך גם אין לסווגו כבעל אופי בינלאומי, אלא הוא בעל אופי מעורב, בו יש תחולה, הן לדיני זכויות האדם הבינלאומיים והן לדינים ההומניטריים הבינלאומיים (ראו Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?" 16, *Eur. J. Int'l L.* 171 (2000); להלן – קרצ'מר); בא כוח המדינה העלה בפנינו אפשרויות אלה, והצביע על בעיותיהן, בלא שנקט לגביהן כל עמדה. כפי שראינו, נקודת המוצא על פיה נהג בית המשפט העליון מזה שנים – והיתה זו תמיד גם נקודת המוצא של באי כוח המדינה בפני בית המשפט העליון – הינה כי הסכסוך המזויין הוא בעל אופי בינלאומי. בפסק דינו זה אנו ממשיכים בתפיסה זו. יצויין כי גם אלה הסבורים כי הסכסוך המזויין בין ישראל לארגוני המחבלים אינו בעל אופי בינלאומי גורסים כי חל בו המשפט הבינלאומי ההומניטרי או המשפט הבינלאומי של זכויות האדם (ראו קרצ'מר, עמ' 194; בן-נפתלי ושני, עמ' 142, וכן Hamdan v. Rumsfeld, 165 L. Ed. 2nd 729 (2006); Prosecutor v. Tadic, ICTY, Case No. IT-94-1, para. 127 – פרשת Tadic. על הסכסוך המזויין שאינו בינלאומי, ראו Y. Dinstein, C. Garraway, M. Schmitt, The Manual On Non-International Armed Conflict: With Commentary (2006).

22. המשפט הבינלאומי הדין בעימות מזויין מבוסס על איזון עדין בין שני שיקולים נוגדים (ראו פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794; פרשת המוקד להגנת הפרט, עמ' 396; פרשת בית סוריק, עמ' 833). האחד, עניינו השיקולים ההומניטריים הנוגעים לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזויין. שיקולים אלה מבוססים על זכויותיו של האדם וכבודו. האחר, עניינו השיקולים הצבאיים, המונחים ביסוד הסכסוך המזויין. שיקולים אלה מבוססים על הצורך הצבאי והצלחתו (ראו דינשטיין, עמ' 16). האיזון בין שיקולים אלה הוא הבסיס למשפט הבינלאומי של העימות המזויין. עמד על כך פרופ' גרינווד (Greenwood), בציינו:

"International humanitarian law in armed conflicts is a compromise between military and humanitarian requirements. Its rules comply with both military necessity and the dictates of humanity" (Fleck (ed.) The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts 32 (1995); (להלן – פלק)).

בפרשת ג'מעית אסכאן ציינתי:

”תקנות האג סוככות סביב שני צירים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית; האחרת – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית” (שס, עמ' 794).

בפרשה אחרת ציינה השופטת א' פרוקצ'יה, כי אמנת האג מסמיכה את המפקד הצבאי לדאוג לשני צרכים:

”הצורך האחד הוא צבאי, והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום. והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול” (בג”ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נח(3) 455, 443; להלן – פרשת הס).

בפרשת בית סוריק הוספתי כי -

”דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באיזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה. עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי ביניהם לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית” (שס, עמ' 833).

אכן, ”כמו בתחומים רבים אחרים של המשפט, הפתרון אינו בכל או בלא כלום. הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים; הפתרון הוא במתן משקלות יחסיים לשיקולים השונים, תוך איזון ביניהם בנקודת ההכרעה” (פרשת מראעבה, פסקה 29 לפסק הדין). תוצאתו של איזון זה

הינה, כי זכויות האדם מוגנות על ידי דיני הסכסוך המזויין, אך לא כדי מלוא היקפן. הוא הדין לעניין הצורך הצבאי. ניתנת לו האפשרות להגשים את עצמו, אך לא כדי מלוא צרכיו. איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם ואת מגבלותיו של הצורך הצבאי. נקודת האיזון אינה קבועה. "בעניינים מסויימים הדגש הוא בצורך הצבאי ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה המקומית" (פרשת ג'מעית אטכאן, עמ' 794). מה הם הגורמים המשפיעים על נקודת האיזון?

23. שיקול מרכזי המשפיע על נקודת האיזון הינו זהותו של אדם הנפגע או המטרה הנפגעת בעימות המזויין. זהו העקרון הבסיסי של ההבחנה (distinction) (ראו דינשטיין, עמ' 82; בן-נפתלי ושני, עמ' 151). המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזויין עומד על הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) ומטרות צבאיות (military objectives) לבין שאינם לוחמים (non-combatants), כלומר אזרחים (civilians) ומטרות אזרחיות (civilian objectives) (ראו פרשת חוקיות הנשק הגרעיני, עמ' 257; סעיף 48 לפרוטוקול הראשון). על פי העקרון הבסיסי של ההבחנה לא הרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין לוחמים ומטרות צבאיות של הצד שכנגד, כהרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין אזרחים ומטרות אזרחיות של הצד שכנגד. ככלל, לוחמים ומטרות צבאיות הם מטרות לגיטימיות להתקפה צבאית. חייהם וגופם נתונים לסיכון הלחימה. ניתן להמיתם ולפצוע אותם. עם זאת, לא כל פעולת לחימה מותרת כלפיהם ולא כל אמצעי צבאי מותר הוא. כך, למשל, מותר לירות בהם ולהרגם. עם זאת חל איסור על הריגתם ב"דרכים בוגדניות" (treacherous killing), או לפגוע בהם בדרכי מעל (perfidy) (ראו דינשטיין, עמ' 198). כן נאסר שימוש בכלי נשק מסויימים. הדין בכל אלה אינו מתעורר בעתירה שלפנינו. זאת ועוד: דינים מקיפים עוסקים במעמדם של שבויי מלחמה (prisoners of war). כך, למשל, אין להעמיד שבויי מלחמה לדין פלילי בשל עצם השתתפותם בלחימה, ויש לנהוג בהם "מנהג אנושי" (סעיף 13 לאמנת ג'נבה השלישית). ניתן כמובן להעמידם לדין בגין פשעי מלחמה שהם ביצעו במהלך פעולות האיבה. לעומת הלוחמים ומטרות צבאיות עומדים אזרחים ומטרות אזרחיות. אסור להם להיות נתונים להתקפה צבאית המכוונת כלפיהם. חייהם וגופם מוגנים מפני סיכוני הלחימה ובלבד שהם עצמם אינם נוטלים חלק ישיר בלחימה. כך נוסח עקרון מנהגי זה:

"Rule 1: The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians.

Rule 6: Civilians are protected against attack unless and for such time as they take a direct part in hostilities.

Rule 7: The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects" (J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law p. 3, 19, 25 (Vol. 1, 2005) להלן - Henckaerts and Doswald-Beck).

גישה זו – המגינה על חייהם, גופם ורכושם של אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בעימות מזויין – עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 794; בג"ץ 72/86 זלוב נ' המפקד הצבאי לאיזור יהודה והשומרון, פ"ד מא(1) 528, 532; פרשת אלמדני, עמ' 35; פרשת עג'ורי, עמ' 365; פרשת המוקד להגנת הפרט, עמ' 396; בג"ץ 5591/02 הלאל יאסין נ' יוני בן דוד – מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1), 403, 412; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 364; פרשת הס, עמ' 465; פרשת מראעבה, פסקאות 24-29; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, פסקה 15); בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פסקה 23 לפסק דיני; להלן – פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת"). עמדתי על כך בפרשת רופאים לזכויות האדם, אשר דנה בפעילות לחימה בעת העימות המזויין ברפיח:

"ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת הלחימה הינה כי התושבים המקומיים...' זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות' (סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם תקנה 46 לתוספת לאמנת האג). ביסוד הוראה זו עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן. חובה בסיסית זו אינה מוחלטת. היא כפופה ל'... אותם אמצעי פיקוח ובטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה' (סעיף 27 סיפא). אמצעים אלה אסור להם לפגוע בליבת הזכויות... עליהם להיות מידתיים" (שם, עמ' 393).

בהמשך אותה פרשה ציינתי כי:

“חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להמנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שליטת'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית'... שתי החובות הללו – אשר הגבול ביניהן הוא דק – צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על פי צורכי הזמן והמקום” (שם, עמ' 394).

האם ארגוני טרור וחבריהם הם לוחמים (combatants) לעניין זכויותיהם בסכסוך המזויין? האם הם אזרחים הנוטלים חלק ישיר בעימות המזויין? ואולי אין הם לא לוחמים ולא אזרחים? מהו, איפוא, מעמדם של מחבלים אלה?

ב. לוחמים

24. מיהם לוחמים (combatants)? קטיגוריה זו כוללת כמובן את אנשי הצבא (Armed Forces). כמו כן נכללים במסגרתה אנשים הממלאים את התנאים הבאים (סעיף 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907):

“הדינים, הזכויות והחובות של המלחמה חלים לא על הצבא בלבד, אלא אף על מליציה ועל יחידות מתנדבים הממלאים אחרי התנאים הבאים –

(1) מפקד עליהם אדם האחראי לפיקודיו;

(2) יש להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק;

(3) הם נושאים נשק בגלוי; וכן

(4) הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה”.

על ניסוח זה חוזר סעיף 13 לאמנת ג'נבה הראשונה והשניה, וסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית (השוו גם סעיף 43 לפרוטוקול הראשון). בספרות המשפטית נבחנים תנאים אלה, ותנאים נוספים הנדרשים אותם מסיקים מהאמנות הרלבנטיות (ראו דינשטיין, עמ' 39). אין לנו צורך לדון בכל אלה, שכן ארגוני הטרור מהאיזור ויחידיהם אינם מקיימים

את התנאים של לוחמים (ראו גרוס, עמ' 75). די אם נציין, שאין להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק, והם אינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה. באחת הפרשות ציינתי:

"אין לראות בעצורים הלבנונים שבויי מלחמה. די בכך שאין מתמלאת לגביהם הוראת סעיף 4a(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית, הקובעת כי אחד התנאים שיש למלא כדי לקיים את ההגדרה של 'שבוי מלחמה' הוא 'that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war'. הארגונים שאליהם השתייכו העצורים הלבנונים הם ארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים מתוך אוכלוסיה אזרחית, המשמשת להם כמגן. כל אלה הן פעולות הנוגדות את המשפט הבינ-לאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל היתה כל השנים שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם. לא מצאנו עילה להתערב בעמדה זו" (בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 191; ראו גם תפ"ח 1158/02 (ת"א) מדינת ישראל נ' ברגותי (טרם פורסם, פסקה 35); תמ/4/69 התובע הצבאי נ' קאסם, פסקי דין נבחרים של בתי הדין הצבאיים בשטחים המוחזקים, כרך א', עמ' 403).

25. המחבלים וארגוניהם, עימם יש למדינת ישראל סכסוך מזויין בעל אופי בינלאומי, אינם נופלים לקטיגוריה של לוחמים (combatants). אין הם משתייכים לאנשי הצבא (armed forces) ואין הם נופלים ליחידות להם מעניק המשפט הבינלאומי המנהגי מעמד הדומה לזה של לוחמים. אכן, המחבלים והארגונים השולחים אותם הם לוחמים בלתי חוקיים (unlawful combatants). אין הם נהנים ממעמד של שבויי מלחמה. ניתן להעמידם לדין על השתתפותם במעשי האיבה, לשפוט אותם ולהענישם. עמד על כך נשיא בית המשפט העליון האמריקני סטון (Stone CJ) בציינו:

"By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful population of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatant are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful" (Ex Parte Quirin 317 U.S. 1, 30 (1942); ראו גם Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)).

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 מסמיך את ראש המטה הכללי להוציא צו המורה על מעצר מינהלי של "לוחם בלתי חוקי". מושג זה מוגדר בחוק כ"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינלאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה". למותר לציין כי לוחמים בלתי חוקיים אינם מחוץ לחוק. אין הם בגדר outlaws. גם אותם ברא האל בצלמו; גם את כבוד האדם שלהם יש לכבד; גם הם נהנים וזכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי (ראו Neuman, "Humanitarian Law and Counterterrorist Force", 14 *Eur. J. Int'l L.* 283 (2003); Nolte, "Preventive Use of Force And Preventive Killings: Moves Into a Different Legal Order", 5 *Theoretical Inquiries in Law* 111, 119 (2004) - להלן; *Nolte*). בוודאי כך כשהם נתונים במעצר או כאשר הם מובאים לדין (ראו סעיף 75 לפרוטוקול הראשון המשקף משפט בינלאומי מנהגי, וכן Dormann, "The Legal Situation of 'Unlawful / Unprivileged' Combats", 85 *IRRC* 45, 70 (2003) - *Dormann*). האם נובע מכאן כי במסגרת ניהול הלחימה של ישראל כלפי ארגוני הטרור, אין היא זכאית לפגוע בהם, ואין היא זכאית להרגם גם אם מתכננים משלחים או מבצעים פיגועי טרור? אילו ראינו בהם לוחמים (חוקיים), התשובה היתה כמובן כי ישראל זכאית היתה לפגוע בהם. כשם שניתן לפגוע בחייל של מדינת אויב, כן ניתן היה לפגוע בהם. במקביל, הם היו נהנים ממעמד של שבויי מלחמה, ושאר ההגנות הניתנות ללוחמים חוקיים. אך, כפי שראינו, המחבלים הפועלים נגד ישראל אינם לוחמים לפי הגדרת ביטוי זה במשפט הבינלאומי; הם אינם זכאים למעמד של שבויים; ניתן להעמידם לדין בגין השתייכות לארגוני מחבלים ובגין פעולותיהם כנגד הצבא. האם דינם כדין אזרחים? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

ג. אזרחים

26. המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לעימות המזויין מגן על "אזרחים" מפני פגיעות בהם כתוצאה מפעולות האיבה. עמד על כך בית הדין הבינלאומי בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני, בציינו:

"states must never make civilians the object of attack" (p. 257).

עקרון מנהגי זה מצא ביטוי בסעיף 51(2) לפרוטוקול הראשון, לפיו:

"The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack".

מכאן גם החובה לעשות הכל כדי להקטין את האובדן (הנוק) הנלווה לאוכלוסיה האזרחית (ה-collateral damage) בעת ביצוע התקפות על "לוחמים" (ראו Benvenisti, "Human Dignity in Combat: The Duty To Spare Enemy Civilians", 39 *Isr. L. Rev.* 81 (2006)). על רקע הגנה זו הניתנת ל"אזרחים", קמה ועולה השאלה מיהו "אזרח" לעניין דין זה? גישתו של המשפט הבינלאומי המנהגי הינה כי "אזרחים" הם מי שאינם "לוחמים" (ראו סעיף 50(1) לפרוטוקול הראשון וכן טיבל, עמ' 432). בפרשת Blaskic ציין בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה כי אזרחים הם –

"Persons who are not, or no longer, members of the armed forces" (*Prosecutor v. Blaskic* (2000) Case IT-95-14-T, para 180).

הגדרה זו היא "שלילית" באופיה. היא גוזרת את המושג "אזרחים" כניגודו של "לוחמים". בכך היא רואה בלוחמים הבלתי חוקיים – שכפי שראינו, אינם "לוחמים" – כאזרחים. האם משמעות הדבר הינה כי הלוחמים הבלתי חוקיים זכאים לאותה הגנה לה זכאים אזרחים שאינם לוחמים בלתי חוקיים? התשובה היא בשלילה. המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזויין קובע כי אזרח נוטל חלק ישיר במעשי האיבה אינו נהנה אותה עת מההגנה הניתנת לאזרח שאינו נוטל חלק ישיר באותם מעשים (ראו סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). נמצא, כי הלוחם הבלתי חוקי אינו לוחם אלא "אזרח". עם זאת, הוא אזרח אשר אינו מוגן מתקיפה כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי" אינה רק עניין למשפט הפלילי הפנים-מדינתי. היא עניין למשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזויינים בינלאומיים (ראו *Jinks*). ביטוי זה הוא בכך, שהאזרחים המהווים לוחמים בלתי חוקיים הם אובייקט לגיטימי לתקיפה, וממילא אינם נהנים מזכויותיהם של אזרחים שאינם לוחמים בלתי חוקיים, ובלבד שהם נוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה. כפי שראינו, הם גם אינם נהנים מהזכויות הנתונות ללוחמים. כך למשל, אין דין שבויי המלחמה חל בהם.

ד. קטיגוריה שלישית: לוחמים בלתי חוקיים?

27. בטיעונים בפנינו, בכתב ובעל-פה, ביקשה המדינה כי נכיר בקיומה של קטגוריה שלישית של אנשים, והיא הקטגוריה של לוחמים בלתי-חוקיים (unlawful combatants). אלה הם אנשים הנוטלים חלק פעיל ומתמשך בסכסוך מזוין, ועל כן דינם כדין לוחמים במובן זה שהם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, ואין הם זכאים להגנות הנתונות לאזרחים. עם זאת, אין הם זכאים לכל הזכויות וההגנות הנתונות ללוחמים, שכן הם אינם מבחינים עצמם מאזרחים, והם אינם מקיימים את דיני המלחמה. כך למשל, אין הם זכאים למעמד של שבוי מלחמה. עמדת המדינה היא שהמחבלים המשתתפים בעימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור נופלים לגידרה של קטגוריה זו של לוחמים בלתי-חוקיים.

28. הספרות בנושא זה היא מקיפה (ראו Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs", 28 Bri. Y. B. Int'l. L. 323 (1951); Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle Over Legitimacy", 11 Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (2005); להלן – ווטקיין; Calle, "Unlawful Combatants and the Geneva Conventions", 44 Va. J. Int'l L. 1025 (2004); Hoffman, "Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction With Implications for the Future of International Humanitarian Law", 34 Case W. Res. J. Int'l L. 227 (2002); Zachary, "Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?", 38 Isr. L. Rev. 378 (2005); Nolte; Dormann אם רצוי להכיר בקטיגוריה שלישית זו. השאלה שלפנינו אינה של משפט רצוי אלא של משפט מצוי. לדעתנו, בכל הנוגע למשפט המצוי אין בפנינו מספיק נתונים המאפשרים לנו להכיר בקיומה של קטיגוריה שלישית זו. זאת, על פי המצב הקיים של המשפט הבינלאומי, בין ההסכמי ובין המנהגי (ראו קסטסה, עמ' 408, 470). קשה לנו לראות כיצד ניתן להכיר בקטיגוריה שלישית במסגרת פירושן של אמנות האג וג'נבה. לא נראה לנו כי הוצגו בפנינו נתונים מספיקים המאפשרים לנו לומר כי קטיגוריה שלישית זו הוכרה, לעת הזו, במשפט הבינלאומי המנהגי. עם זאת, מציאות חדשה מחייבת לעתים פרשנות חדשה. כללים שפותחו על רקע מציאות שהשתנתה יצטרכו לקבל פירוש דינמי אשר יתאים אותם, במסגרת כללי הפרשנות המקובלים, למציאות החדשה (ראו פרשת

ג'מעית אסכאן, עמ' 800; פרשת עג'ורי, עמ' 381). ברוח פרשנות זו ניגש עתה אל הדינים של המשפט הבינלאומי המנהגי הדנים במעמד של אזרחים המהווים גם לוחמים בלתי חוקיים.

6. דינם של אזרחים שהם לוחמים בלתי חוקיים

א. העקרון הבסיסי: אזרחים הנוטלים אותה עת חלק ישיר בפעולות איבה אינם מוגנים באותה עת

29. אזרחים נהנים מהגנה מקיפה על חייהם, גופם, חירותם ורכושם. "השמירה על חיי האוכלוסיה האזרחית הינה ערך מרכזי בדינים ההומניטריים" (פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת", פסקה 23 לפסק דיני). "הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסיה המקומית" (השופט ד' ביניש בבג"ץ 9593/04 מוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם)). להבדיל מלוחמים, שניתן לפגוע בהם משום היותם לוחמים, אין לפגוע באזרחים, משום היותם אזרחים. הוראה ברוח זו קבועה בסעיף 51(2) לפרוטוקול הראשון המהווה משפט בינלאומי מנהגי:

"האוכלוסיה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה".

ברוח דומה קובע סעיף 8(2)(b)(i)-(ii) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, בהגדירו פשע מלחמה, כי אם ניתנת בכוונה הוראה לתקוף אזרחים, הרי זה פשע. פשע זה משתרע לעניין אותם אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה ("not taking direct part in hostilities"). כמו כן אין לפגוע באזרחים בהתקפה חסרת הבחנה, כלומר התקפה, שבין השאר, אינה מכוונת כלפי מטרה צבאית מסויימת (ראו סעיף 51(4) לפרוטוקול הראשון, המהווה משפט בינלאומי מנהגי: ראו Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 37). הגנה זו ניתנת לכל האזרחים, למעט אותם אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה. אכן, ההגנה מפני תקיפה אינה מוענקה ללוחמים בלתי חוקיים, הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"הלחימה היא בטרוריסטים ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עויינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים" (פרשת רופאים לזכויות האדם, עמ' 394).

עקרון בסיסי זה, לפיו הגנתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ניטלת ממי שנוטל אותה עת חלק ישיר בפעולות איבה – מה מקורו ומה תחום פריסתו?

ב. מקורו של העקרון הבסיסי ואופיו המנהגי

30. העקרון הבסיסי הינו, כי אזרחים נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה, אינם מוגנים אותה עת מהתקפה עליהם. עקרון זה מצא את ביטויו בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון הקובע:

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

ובתרגום עברי:

"אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה".

כידוע, ישראל אינה צד לפרוטוקול הראשון. ממילא הוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי. האם מבטא העקרון הבסיסי משפט בינלאומי מנהגי? עמדתו של הצלב האדום הינה כי זהו עקרון של משפט בינלאומי מנהגי (ראו Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 20). עמדה זו מקובלת עלינו. היא תואמת את הוראת סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, אשר ישראל צד להן ואשר מקובל על הכל כי הן משקפות משפט בינלאומי מנהגי, לפיו ניתנת הגנה לאנשים:

"[T]aking no active part in the hostilities".

בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קבע כי סעיף 51 לפרוטוקול הראשון מהווה משפט בינלאומי מנהגי (ראו Struger ICTY IT-OT-42-T-22 (2005)). ב-Military Manuals של מדינות רבות, ובהן אנגליה, צרפת, הולנד, אוסטרליה, איטליה, קנדה, גרמניה, ארצות-הברית (ציי חיל אוויר) וניו-זילנד, הועתקה הוראה זו כלשוונה, או תוך אימוץ עיקריה, לפיהן אין לתקוף אזרחים, אלא אם כן הם נוטלים חלק (ישיר) במעשי האיבה. הספרות המשפטית רואה בהוראה זו ביטוי למשפט בינלאומי מנהגי (ראו דינשטיין, עמ' 11; קרצ'מר, עמ' 192; בן-נפתלי ומיכאלי, עמ' 269; קסטסה, עמ' 416, וכן

Roscini, "Targeting and Contemporary Aerial Bombardment", 54 *Int'l and Proulx*, "If the Hat Fits Wear"; Roscini – להלן; *Comp. L. Q.* 411, 418 (2005) It, If the Turban Fits Run For Your Life: Reflection On The Indefinite Detention And Targeted Killings Of Suspected Terrorists", 56 Hastings L.J. 801, 879 (2005); Adrich, "The Laws of War on Land", 94 Am. J. Int'l L. 42, 53 (2000). באי כוח המשיבים ציינו בפנינו כי לדעתה של ישראל, לא כל הוראותיו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משקפות משפט בינלאומי מנהגי. לפי עמדת המדינה, "כל שנקבע במשפט הבינלאומי 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 כזו אין כל הגבלה" (השלמת סיכומים מטעם פרקליטות המדינה (מיום 26.1.2004), עמ' 79). נמצא, כי על פי עמדת המדינה החלק הלא מנהגי שבסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון הוא זה הקובע כי האזרחים לא נהנים מהגנה בפני תקיפה "למשך אותו זמן" בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. כאמור עמדתנו הינה כי כל חלקיו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משקפים משפט בינלאומי מנהגי. מה היקפה של הוראה זו? לשאלה זו נעבור עתה.

ג. מהותו של העקרון הבסיסי

31. הגישה הבסיסית הינה איפוא זו: אזרח – כלומר מי שאינו נופל להגדרה של לוחם – חייב להימנע מלהשתתף באופן ישיר בפעולות איבה (ראו פלק, עמ' 210). אזרח המפר דין זה והמבצע פעולות לחימה אינו מאבד את הסטטוס שלו כאזרח, אך כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי איבה הוא אינו נהנה באותו זמן מההגנה הניתנת לאזרח. הוא נתון לסיכונים של תקיפה כמו אלו של הלוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של לוחם, כגון אלו הנתונות לו כשבוי. אמת, הסטטוס שלו הוא של אזרח ואין הוא מאבד סטטוס זה שעה שהוא משתתף באופן ישיר בביצוען של פעולות איבה. עם זאת, הוא אזרח המבצע פונקציה של לוחם. כל עוד הוא פועל להגשמת הפונקציה שלו, הוא נתון לסיכונים שפונקציה זו גוררת עימה וחדל ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח מפני התקפה (ראו Watkin, "Controlling The Use of Force: A Role For Human Rights Norms In Contemporary Armed Conflict", 98 Am. J. Int'l L. 1 (2004) – להלן – ווטקין). עמד על כך גסר (Gasser), בצינינו:

"What are the consequences if civilians do engage in combat?... Such persons do not lose their legal status as civilians... However, for factual reasons they may not be able to claim the protection guaranteed to civilians, since anyone

performing hostile acts may also be opposed, but in the case of civilians, only for so long as they take part directly in hostilities" (p. 211, para. 501).

ברוח דומה צויין במדריך של הצלב האדום:

"Civilians are not permitted to take direct part in hostilities and are immune from attack. If they take a direct part in hostilities they forfeit this immunity" (Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces, para. 610, p. 34 (1999)).

זה דינו של הלוחם הלא חוקי. כל עוד הוא שומר על הסטטוס שלו כאזרח – כלומר, אינו הופך להיות חלק מכוחות הצבא – אך הוא מבצע פעולות לחימה, הוא חדל ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח, והוא נתון לסיכוני תקיפה בדומה ללוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של הלוחם כשבוי מלחמה. אכן, מחבלים וטרוריסטים, המבצעים פעולות איבה אינם זכאים להגנה הניתנת לאזרחים. אמת, מחבלים המבצעים פעולות איבה אינם חדלים מלהיות אזרחים, אך בפעולותיהם הם שללו מעצמם אותה נפקות של אזרחותם המעניקה להם הגנה מפני תקיפתו של הצבא. הם גם אינם נהנים מזכויותיהם של לוחמים, כגון מעמד של שבוי מלחמה.

32. ראינו כי העקרון הבסיסי הינו שהאוכלוסייה האזרחית ואזרחים יחידים מוגנים מפני סכנות הפעילות הצבאית ואינם מטרה להתקפה. הגנה זו ניתנת לאזרחים "אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). הוראה זו מורכבת משלושה חלקים עיקריים. החלק האחד עניינו הדרישה כי האזרחים נוטלים חלק ב"מעשי האיבה" (hostilities); החלק השני עניינו הדרישה כי האזרחים נוטלים חלק "ישיר" (direct) במעשי האיבה; השלישי עניינו ההוראה כי אזרחים אינם מוגנים מפני תקיפה "למשך הזמן" (for such time) בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. נעמוד על כל אחד מחלקים אלה בנפרד.

ד. חלק ראשון: "נוטלים חלק... במעשי האיבה"

33. אזרחים מאבדים את הגנתו של המשפט הבינלאומי המנהגי הדין במעשי איבה בעלי אופי בינלאומי אם הם "נוטלים חלק... במעשי האיבה" (take a part in hostilities). מה מובנה של הוראה זו? הדעה המקובלת הינה כי "מעשי איבה" הם כל

אותם מעשים שעל פי טבעם ומטרתם נועדו לגרום נזק לצבא. וכך קובע הקומנטר על הפרוטוקולים הנוספים שפורסם (ב-1987) על ידי הצלב האדום:

"Hostile acts should be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces" (Y. Sandoz et. al Commentary on the Additional Protocols 618 (1987)).

גישה דומה התקבלה על ידי הוועדה הבינ-אמריקנית לזכויות האדם (ראו Inter-Henckaerts and Doswald-Beck (עמ' 22)). דומה כי להגדרה זו יש להוסיף מעשים אשר על פי טבעם ומטרתם נועדו לגרום נזק לאזרחים. על פי ההגדרה המקובלת, אזרח נוטל חלק במעשי האיבה כאשר הוא משתמש בנשק במסגרת הסכסוך המזויין, כאשר הוא אוסף מודיעין לשם כך, או כאשר הוא מכין עצמו לקראת מעשי האיבה. לעניין נטילת חלק במעשי האיבה, אין זה תנאי שהאזרח ישתמש הלכה למעשה בנשק שעימו ואף אין זה תנאי שהוא ישא עליו נשק (בגלוי או בסתר). ניתן ליטול חלק במעשי איבה בלא להשתמש בנשק כלל. עמד על כך הקומנטר על הפרוטוקולים הנוספים בזו הלשון:

"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" (p. 618-619).

כפי שראינו, גישה זו אינה מצומצמת אך לעניין "מעשי איבה" כלפי הצבא של המדינה. היא חלה גם לעניין מעשי איבה כלפי האוכלוסיה האזרחית של המדינה (ראו קרצ'מר, עמ' 192).

ה. חלק שני: "נוטלים חלק ישיר"

34. אזרחים מאבדים את ההגנה בפני תקיפה של הצבא, המוענקת להם על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי העוסק בסכסוך מזויין בינלאומי (כפי שהוא מאומץ בפרוטוקול הראשון, סעיף 51(3)), אם "הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה". ההוראה מבחינה, איפוא, בין אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (מהם מוסרת ההגנה בפני תקיפה) לבין אזרחים הנוטלים חלק עקיף במעשי האיבה (הממשיכים ליהנות

מההגנה בפני תקיפה). מהי הבחנה זו? הוראה דומה מופיעה בסעיף 3 המשותף של אמנות ג'נבה, הנוקט לשון של "active part in hostilities". פסק הדין של בית הדין הפלילי לפשעים ברואנדה קבע כי שני ביטויים אלה הם בעלי תוכן זהה (ראו "The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (1998)". מהו תוכן זה? דומה שמקובל בספרות הבינלאומית, כי הגדרה מוסכמת של הדיבור "ישיר" (direct) בהקשר שלפנינו אינה קיימת (ראו Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, Report Prepared by the International Committee of the Red Cross (2003); Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law (2004)). בצדק ציינו Henckaerts ו-Doswald Beck כי:

"It is fair to conclude... that a clear and uniform definition of direct participation in hostilities has not been developed in state practice"

(שם, עמ' 23).

במצב דברים זה, ובהיעדר אמת מידה מנהגית כוללת ומוסכמת, לא יהא מנוס מצעידה ממקרה למקרה, תוך צמצום תחום המחלוקת (השוו פרשת Tadic). בעניין זה ראויים לציון הדברים הבאים בקומנטר של הצלב האדום:

"Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept to combat and active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly" (שם, עמ' 516).

אכן, אזרח הנוטל נשק (בין בגלוי ובין בסתר) והוא בדרכו אל המקום בו ישתמש בו נגד הצבא, או שהוא במקום הירי עצמו, או שהוא בדרכו חזרה ממקום הירי, הוא אזרח הנוטל "חלק ישיר" במעשי האיבה (ראו ווטקין, עמ' 17). לעומתו, אזרח התומך באופן כללי במעשי האיבה נגד הצבא, אינו נוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ראו דופי, עמ' 230). בדומה, אזרח המוכר ללוחמים הבלתי חוקיים מזון או תרופות, נוטל אף הוא אך חלק עקיף במעשי האיבה. עמד על כך הדו"ח השלישי של הוועדה הבין-אמריקאית על זכויות האדם:

"Civilians whose activities merely support the adverse party's war or military effort or otherwise only indirectly participate in hostilities cannot on these grounds alone be considered combatants."

This is because indirect participation, such as selling goods to one or more of the armed parties, expressing sympathy for the cause of one of the parties or, even more clearly, failing to act to prevent an incursion by one of the armed parties, does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party" (IACHR Third Report on Human Rights in Columbia, par. 53, 56 (1999)).

מה הדין במרחב שבין שני קצוות אלה? מחד גיסא, הרצון להגן על אזרחים תמימים מוביל במקרים הקשים למתן פירוש מצמצם לדיבור נטילת חלק "ישיר" במעשי האיבה. כותב פרופ' קסטסה:

"The rationale behind the prohibition against targeting a civilian who does not take a direct part in hostilities, despite his possible (previous or future) involvement in fighting, is linked to the need to avoid killing innocent civilians" (p. 421, (ההדגשות במקור).

מאידך גיסא ניתן לומר כי הרצון להגן על הלוחמים וכן הרצון להגן על אזרחים תמימי דרך מוביל, במקרים הקשים, למתן פירוש נרחב לאופי ה"ישיר" של מעשי האיבה, שכן בכך מעודדים אזרחים להתרחק ככל האפשר ממעשי האיבה. כותב שמיט (Schmitt):

"Gray areas should be interpreted liberally, i.e., in favor of finding direct participation. One of the seminal purposes of the law is to make possible a clear distinction between civilians and combatants. Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered by their activities. Moreover, a liberal approach creates an incentive for civilians to remain as distant from the conflict as possible – in doing so they can better avoid being charged with participation in the conflict and are less liable to being directly targeted" (Schmitt, "Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict", in H. Fischerr (ed.), Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift Fur Dieter Fleck 505, 509 (2004): להלן (–) שמיט).

35. על רקע שיקולים אלה יש לכלול בגדר נטילה של "חלק ישיר" במעשי האיבה, את המקרים הבאים: מי שאוסף מידע על הצבא, בין בתחומים שבהם מתבצעים מעשי האיבה (ראו, Parks, "Air War and the Law of War", 32 A. F. L. Rev. 1, 116, (1990); להלן - פרקט) ובין מעבר לתחומים אלה (ראו שמיט, עמ' 511); מי שמוביל לוחמים בלתי חוקיים אל המקום בו מתבצעות פעולות איבה או ממנו; מי שמפעיל כלי נשק בו משתמשים לוחמים בלתי חוקיים או מפקח על הפעלתם או נותן להם שירות, יהא המרחק משדה הקרב אשר יהא. כל אלה מבצעים פונקציה של לוחמים. הפונקציה קובעת את ישירות נטילת החלק במעשי האיבה (ראו ווטקיין, עמ' 17, וכן, Roscini). לעומת זאת, מי שמוכר ללוחם בלתי חוקי מוצרי מזון או תרופות אינו נוטל חלק ישיר אלא עקיף במעשי האיבה. הוא הדין במי שמסייע ללוחמים הבלתי חוקיים בניתוח אסטרטגי כללי ומעניק להם תמיכה לוגיסטית-כללית, לרבות תמיכה כספית. הוא הדין במי שמפיץ תעמולה התומכת באותם לוחמים בלתי חוקיים. אם אלה נפגעים עשויה המדינה שלא להיות אחראית לכך, אם הם נכנסים לגדר אובדן או נזק נלווה (collateral or incidental damage). עמד על כך גסר (Gasser):

"Civilians who directly carry out a hostile act against the adversary may be resisted by force. A civilian who kills or takes prisoners, destroys military equipment, or gathers information in the area of operations may be made the object of attack. The same applies to civilians who operate a weapons system, supervise such operation, or service such equipment. The transmission of information concerning targets directly intended for the use of a weapon is also considered as taking part in hostilities. Furthermore, the logistics of military operations are among the activities prohibited to civilians... [N]ot only direct and personal involvement but also preparation for a military operation and intention to take part therein may suspend the immunity of a civilian. All these activities, however, must be proved to be directly related to hostilities or, in other words to represent a direct threat to the enemy... However, the term should not be understood too broadly. Not every activity carried out within a state at war is a hostile act. Employment in the armaments industry for example, does not mean, that civilian workers are necessarily participating in hostilities... Since, on the other hand, factories of this industry usually constitute lawful military objectives that may be attacked, the normal rules governing the assessment of possible collateral damage to civilians must be observed" (p. 232, para. 517, 518, פלק, 518, 517).

בספרות הבינלאומית קיימת מחלוקת סביב המקרה הבא: מה דין אזרח הנוהג במשאלית המובילה תחמושת (ראו פרקט, עמ' 134; שמיט, עמ' 507; A. P. V. Rogers, Law on; Turner and Norton, "The Battlefield 8 (1996); להלן – רוגרט; וכן "Civilians At The Tip of the Spear", (2001) A. F. L. Rev 31; Heaton, "Civilians at War: Re-Examining The Status of Civilians Accompanying The Armed Forces", (2005) A. F. L. Rev. 171). יש הסבורים כי הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ועל כן ניתן לתקוף אותו) ויש הסבורים כי הוא אינו נוטל חלק ישיר (ועל כן לא ניתן לתקוף אותו). שתי הדעות גורסות כי את התחמושת שבמשאלית ניתן לתקוף. המחלוקת הינה לעניין תקיפת הנהג-האזרח. הסבורים כי הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה גורסים כי ניתן לתקפו. הסבורים כי הוא אינו נוטל חלק ישיר במעשי האיבה גורסים כי אותו אין לתקוף, אך אם הוא נפגע הרי זה אובדן נלווה הנגרם לאזרח המצוי בקרבת אובייקט צבאי הניתן לתקיפה. לדעתנו, אם הנהג-האזרח מוביל את התחמושת למקום ממנו ישמשו בו לביצוע פעולות האיבה יש לראותו כנוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ראו דינשטיין, עמ' 27; שמיט, עמ' 508; רוגרט, עמ' 7; וכן A. P. V. Rogers and Malherbe, Model Manual of the Law of Armed Conflict 29 (ICRC, 1999)).

36. מה דין אזרחים, המהווים "מגן חי" (human shield) לטרוריסטים שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה? בוודאי שאם הם עושים כן משום שאולצו לעשות כן על ידי הטרוריסטים, אין לראות באותם אזרחים תמימים כנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הם עצמם קרבנות הטרור. לעומת זאת אם הם עושים כן מרצונם החופשי ותוך תמיכתם בארגון הטרור, הרי יש לראותם כמי שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (ראו שמיט, עמ' 521 וכן Schmitt, "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", 5 Ch. J. Int'l Law 511, 541 (2004)).

37. ראינו, כי אזרח הפוגע בצבא, נוטל "חלק ישיר" במעשי האיבה. מה דין אלה המגייסים אותו ליטול חלק ישיר במעשי האיבה, ואלה אשר שולחים אותו לבצע מעשי איבה? היש הבדל בין מפקדיו הישירים לבין אלה הממונים עליהם? האם נטילת החלק ה"ישיר" מוטלת רק על כתפי המחבל האחרון בשרשרת הפיקוד, או שהיא משתרעת על כל השרשרת כולה? לדעתנו, אין לצמצם את אופייה ה"ישיר" של נטילת החלק אך למי שמבצע את פעולת התקיפה הפיזית. גם מי ששולח אותו לביצוע התקיפה, נוטל בה "חלק ישיר". הוא הדין במי שהחליט על הפעולה עצמה, ומי שתכנן אותה. אין לומר

על כל אלה כי הם נוטלים חלק עקיף במעשי האיבה. תרומתם היא ישירה (ופעילה) (ראו שמייט, עמ' 529).

1. חלק שלישי: "ולמשך אותו הזמן"

38. סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון קובע כי אזרחים נהנים מההגנה מפני סכנות הנובעות מפעולות צבאיות, והם לא יהיו מטרה לתקיפה, אלא אם כן "ולמשך אותו הזמן" (for such time) בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון מעמידה דרישה של זמן. אזרח הנוטל חלק במעשי איבה מאבד את ההגנה מפני תקיפה "למשך אותו זמן" בו הוא נוטל חלק באותם מעשי איבה. עבר "אותו זמן" - חוזרת ההגנה הניתנת לאזרח למקומה. לדעת המשיבים, חלק זה של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון אינו בעלי אופי מנהגי, ואין מדינת ישראל חייבת לנהוג על פיו. אין בדינו לקבל גישה זו. כפי שראינו, סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון על כל חלקיו משקף משפט בינלאומי מנהגי, לרבות הדרישה בעניין הזמן. שאלת המפתח הינה, מה פירושה של הוראה זו, ומהו היקף פריסתה?

39. כמו לגבי היקפו של הדיבור "נוטלים חלק ישיר" במעשי האיבה, כך גם לגבי היקפו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן", אין הסכמה בספרות הבינלאומית. אכן, שני מושגים אלה קרובים זה לזה. עם זאת, אין הם זהים. בהיעדר הסכמה על פירושו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן" אין מנוס מהליכה ממקרה למקרה. שוב יועיל אם נבחן את המקרים הקיצוניים. מחד גיסא, אזרח אשר נטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן מנתק עצמו מפעילות זו, הוא אזרח שעם ניתוקו מהפעילות זכאי להגנה מתקיפה. אין לתקוף אותו בגין מעשי האיבה שביצע בעבר. מאידך גיסא, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור, אשר הפך להיות ביתו, ובמסגרת תפקידו באותו ארגון הוא מבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות קצרות למנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה "במשך אותו הזמן" בו הוא מבצע את שרשרת הפעולות. אכן, לגבי אזרח כזה המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכוננות למעשה האיבה הבא (ראו Statman, "Targeted Killing", 5 Theoretical Inquiries in Law (2004), 179, 195).

40. דוגמאות אלה מצביעות על הדילמה אשר דרישת ה"ולמשך אותו הזמן" מעמידה בפנינו. מחד גיסא אין לפגוע באזרח שבאופן חד פעמי או ספורדי נטל חלק ישיר במעשי איבה, אך אשר ניתק עצמו מהם (אם בכלל ואם לתקופה ארוכה). מאידך גיסא, יש להימנע מהתופעה של "הדלת המסתובבת" (ה-revolving door), על פיה יש

לכל מחבל מעין "קרנות מזבח" או "ערי מקלט" אליהם הוא פונה למנוחה ולהתארגנות, תוך שהם מעניקים לו הגנה מפני תקיפה (ראו שמיט, בעמ' 536; ווטקין, עמ' 12; קרצ'מר, עמ' 193; דינשטיין, עמ' 29, וכן פרקס, עמ' 118). בתחום הנרחב שבין שתי אפשרויות אלה מצויים המקרים ה"אפורים", אשר לגביהם טרם התגבש משפט בינלאומי מנהגי. אין מנוס, איפוא, מבחינה עניינית של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה מן הראוי לעמוד על ארבעה אלה: ראשית, נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כנופל לאחד מהמצבים עליהם עמדנו. אין לפגוע באזרחים תמימים (ראו קססה, עמ' 421). צריך להתקיים מידע בדוק ביותר באשר לזהותו ופועלו של האזרח אשר לפי הטענה נוטל חלק במעשי האיבה (ראו Ergi v. Turkey, 32 EHRR 388 (2001)). בצדק ציין קססה כי:

"[I]f a belligerent were allowed to fire at enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined. The basic distinction between civilians and combatants would be called into question and the whole body of law relating to armed conflict would eventually be eroded" (p. 421).

הנטל המוטל, בעניין זה, על הצבא התוקף הוא כבד (ראו קרצ'מר, עמ' 203; גרוס, עמ' 606). במקרה של ספק, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תעשה תקיפה. עמדו על כך Henckaerts and Doswald-Beck:

"[W]hen there is a situation of doubt, a careful assessment has to be made under the conditions and restraints governing a particular situation as to whether there are sufficient indications to warrant an attack. One cannot automatically attack anyone who might appear dubious" (p. 24).

שנית, אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, כלל זה מתבקש מעקרון המידתיות. אכן, מבין האמצעים הצבאיים, יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה (ראו Mohamed Ali v. Public [Prosecutor [1969] 1 A.C. 430]). משפט עדיף על שימוש בכוח. מדינת חוק נוקטת ככל האפשר בהליכי משפט ולא בהליכי כוח. שאלה זו התעוררה בעניין McCann v.

United Kingdom, 21 E.H.R.R. 97 (1995); להלן – פרשת מקקאן. כאן נורו למוות שלושה טרוריסטים מאירלנד הצפונית אשר השתייכו ל-IRA. הם נורו ברחובות גיברלטר, מקום בו פגעו בהם סוכנים אנגליים. בית המשפט האירופאי לזכויות האדם קבע כי אנגליה פגעה שלא כדין בזכותם של הנפגעים לחיים (סעיף 2 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם). כותב בית המשפט:

"[T]he use of lethal force would be rendered disproportionate if the authorities failed, whether deliberately or through lack of proper care, to take steps which would have avoided the deprivation of life of the suspects without putting the lives of others at risk" (p. 148, para. 235).

המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט בהם תמיד. לעתים אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט בה (ראו A. Dershowitz, Preemption: A Knife That Cuts Both Ways 230 (2005)). עם זאת, זו אפשרות שיש לשקול אותה תמיד. היא עשויה להיות מעשית דווקא בתנאים של תפיסה לוחמתית בו הצבא שולט באיזור בו נעשית הפעולה, ומעצר, חקירה ומשפט הן אפשרויות הניתנות לעתים למימוש (ראו סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית). כמובן, בנתוניו של מקרה ספציפי, אפשרות זו עשויה שלא להתקיים. לעתים, פגיעתה בחיי אזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום עשויה להיות גדולה יותר מהמנעות ממנה. במצב דברים זה אין לנקוט בה. שלישית, לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית (ראו ווטקין, עמ' 23; דופי, עמ' 310; קססה, עמ' 419; ראו גם Warbrick, "The Principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State to Terrorism", (2002) EHRLR 287, 292; 161, 163; וכן - (McKerr v. United Kingdom, 34 E.H.R.R. 553, 559 (2001)). במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (ראו קססה, עמ' 419, 423, וכן סעיף 3 לתקנות האג; סעיף 91 לפרוטוקול הראשון). לבסוף, אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, הפגיעה בהם הינה אובדן (נזק) נלווה. פגיעה זו צריכה לעמוד במבחן המידתיות. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

7. מידתיות

א. העקרון של המידתיות ותחולתו במשפט הבינלאומי המנהגי

41. עקרון המידתיות הוא עקרון כללי במשפט. הוא חלק מתפיסתנו המשפטית בדבר זכויות האדם (ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 346 (2004)). הוא מרכיב חשוב במשפט הבינלאומי המנהגי (ראו Higgins, Problems and Process – International Law and How We Use It, 219 (1994); Delbruck, "Proportionality" Encyclopedia of Public International Law, 1144 (1997)). הוא חלק בלתי נפרד מדיני ההגנה העצמית. הוא מרכיב מהותי בהגנה על אזרחים במצבים של סכסוך מזויין (ראו דינשטיין, עמ' 119; גסר, עמ' 220; קסטסה, עמ' 418; בן-נפתלי ושני, עמ' 154; וכן Henckaerts and Doswald-Beck, 60; Gardan, "Proportionality and Force in International Law", 87 Am. J. Int'l L. 391 (1993); J.S. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law 62 (1985); Fenrick, "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", 98 Mil. L. Rev. 91 (1982); T. Meron, Human Rights and Humanitarian Norms As Customary International Law 74 (1989)). הוא חלק מרכזי בדיני התפיסה הלוחמתית (ראו פרשת הס, עמ' 461; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736; פרשת בית סוריק, עמ' 836; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 102 לפסק הדין של הרוב; פרשת מראעבה, פסקה 30 לפסק דיני; ראו גם דינשטיין, עמ' 119; Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 60). בשורה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את סמכותו של המפקד הצבאי באיזור על פי אמות המידה של מידתיות. הוא עשה כן, בין השאר, לעניין תיחום מקום מגורים (פרשת עג'ורי); לעניין כיתור ישובים והצבת מחסומים בדרכי הגישה אליהם ומהם לצורכי סיכול טרור (ראו בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם)); לעניין פגיעה ברכוש תושבים מוגנים עקב פעולות הצבא (ראו בג"ץ 9252/00 אלי סקאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)); לעניין שמירה על זכויות תפילה וגישה למקומות קדושים (פרשת הס); לעניין הריסת בתים לצרכים מבצעיים (ראו בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608); לעניין הטלת מצור (פרשת אלמדני); ולעניין הקמת גדר הביטחון (פרשת בית סוריק; פרשת מראעבה).

ב. מידתיות בעימות בינלאומי מזויין

42. עקרון המידתיות תופס מקום מהותי בדינים הבינלאומיים בדבר סכסוך מזויין (השוו סעיפים 51(5)(b) ו-57 לפרוטוקול הראשון (ראו Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 46; בן-נפתלי ושני, עמ' 154). דינים אלה הם בעלי אופי מנהגי (ראו Prosecutor v. Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 53; דופי, עמ' 235; וכן Prosecutor v. Kupreskic, ICTY Case NO IT-95-16 (2000)). עקרון המידתיות מתעורר כאשר הפעילות הצבאית מכוונת כנגד לוחמים ומטרות צבאיות, או כנגד אזרחים הנוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי איבה, ותוך כדי כך נפגעים אף אזרחים. הכלל הוא כי הפגיעה באזרחים התמימים הנגרמת כאובדן נלווה תוך כדי פעולות לחימה צריכה להיות מידתית (ראו דינשטיין, עמ' 119). אזרחים עשויים להיפגע בשל נוכחותם בתוך מטרה צבאית, כגון אזרחים העובדים במחנה צבאי; אזרחים עשויים להיפגע כאשר הם גרים, עובדים או עוברים ושבים בקרבת מטרות צבאיות; לעתים בשל תקלה נפגעים אזרחים גם אם הם מרוחקים ממטרות צבאיות; לעתים משתמשים באזרחים, תוך כפייה, כ"מגן אנושי" מפני תקיפה של מטרה צבאית, והם נפגעים כתוצאה מכך. בכל המצבים הללו ובאחרים דומים להם, הכלל הינו כי הפגיעה באזרחים התמימים חייבת לקיים בין השאר, את עקרון המידתיות.

43. עקרון המידתיות חל בכל מקרה בו נפגעים אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר אותה עת במעשי איבה. עמדה על כך השופטת היגינס (Higgins) בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני:

"The principle of proportionality, even if finding no specific mention, is reflected in many provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949. Thus even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack" (p. 587).

ביטוי לעקרון מנהגי זה ניתן למצוא בפרוטוקול הראשון, על פיו נאסר על "התקפות חסרות הבחנה" (indiscriminate attacks) (סעיף 51(4)). הפרוטוקול הראשון מוסיף וקובע (סעיף 51(5)):

”בין השאר, ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה:

(א) ...

(ב) התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאבדן נלווה (incidental loss) של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים (excessive) ביחס ליתרון (advantage) הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי.”

44. דרישת המידתיות בדיני הסכסוך המזויין מתמקדת בעיקר במה שבמשפט החוקתי שלנו מכונה המידתיות “במובן הצר”, כלומר בדרישה כי יתקיים יחס מידתי ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי. עם זאת, דיני הסכסוך המזויין כוללים מרכיבים נוספים, שאף הם חלק בלתי נפרד מהעקרון העיוני של המידתיות במובנו הרחב. ראוי הוא לשקול את האפשרות לרכז דינים אלה כולם למְטָרִיה להם שייכים, תוך גיבוש תורה מקיפה של מידתיות, כפי שזו מקובלת במשפטן הפנימי של מדינות רבות. לא נוכל לבחון עניין זה במסגרת העתירה שלפנינו. נתרכז בהיבט של המידתיות המקובל על הכל כשייך לענייננו.

יחס ראוי בין התועלת לנזק

45. מבחן המידתיות קובע כי התקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת, אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית (בהגנה על לוחמים ואזרחים). לשון אחר, התקיפה היא מידתית אם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה. זהו מבחן ערכי. הוא מבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 850; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם); בפסקה 74 לפסק דיני; להלן – פרשת עדאלה). הוא מקובל במשפט הלאומי של מדינות שונות. הוא מהווה מבחן נורמטיבי מרכזי לבחינת פעילות השלטון בכלל והצבא בפרט בישראל. באחת הפרשות ציינתי:

”מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה” (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר

הביטחון (טרם פורסם, פסקה 30 לפסק דיני); ראו גם R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights 66 (2002).

כפי שראינו, דרישה זו של מידתיות נוהגת במשפט הבינלאומי המנהגי שעניינו הגנה על אזרחים (ראו קסטסה, עמ' 418; קרצ'מר, עמ' 200; בן-נפתלי ומיכאלי, עמ' 278; ראו גם Gardam, "Proportionality and Force In International Law", 87 Am. J. Int'l. L. 391 (1993); וכן סעיף 51(2)(III) לפרוטוקול הראשון, המהווה משפט מנהגי). כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו יחסי לתועלתו של הצבא התוקף, התקיפה תהא בלתי מידתית ואסורה.

46. המידתיות במובן זה אינה נדרשת לעניין פגיעה בלוחם או באזרח הנוטל אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, אזרח המשתתף במעשי איבה מסכן את חייו, והוא עשוי להיות – כמו לוחם – אובייקט לתקיפה הגורמת מוות. זו הריגה מותרת. לעומת זאת, המידתיות נדרשת בכל מקרה בו נפגע אזרח תמים. על כן יש לקיים את דרישותיה של המידתיות במובן הצר במקרה בו הפגיעה בטרוריסט גוררת אחריה נזק נלווה לאזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום. כלל המידתיות חל לגבי הפגיעה באזרחים תמימים אלה (ראו סעיף 51(5)(b) לפרוטוקול הראשון). הכלל הינו, שאין לפגוע בלוחמים או במחבלים אם הנזק הצפוי לאזרחים תמימים שבקרבתם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית שבפגיעה בהם (ראו Henckaerts and Doswald-Beck, עמ' 49). עריכתו של איזון זה קשה היא. אף כאן נדרשת הליכה ממקרה למקרה, תוך צמצום תחום המחלוקת. טול מקרה רגיל של לוחם או מחבל צלף היורה על חיילים או אזרחים ממרפסת ביתו. יריה לעברו תהא מידתית גם אם כתוצאה מכך ייפגע אזרח-תמים הגר לידו או העובר בתמימות ליד הבית. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו (השווה דינשטיין, עמ' 123; גרוס, עמ' 621). המקרים הקשים הם אלה המצויים במרחב שבין הדוגמאות הקיצוניות. כאן נדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה; נדרש כי התועלת הצבאית תהא ישירה וצפויה (ראו סעיף 57(2)(III) לפרוטוקול הראשון). אכן, במשפט הבינלאומי כמו במשפט הפנימי, המטרה אינה מקדשת את האמצעים. כוחה של המדינה אינו בלתי מוגבל. לא כל האמצעים כשרים. עמד על כך בית הדין הבינ-אמריקני לזכויות האדם (ה- Inter-American Court of Human Rights), בצינו:

"[R]egardless of the seriousness of certain actions and the culpability of the perpetrators of certain crimes, the power of the state is not unlimited, nor may the state resort to any means

to attain its ends" (Velasquez Rodriguez v. Honduras, I/A Court H.R. (Ser. C.), No 4, 1, para. 154 (1988)).

עם זאת, כאשר מתקיימים מעשי איבה נגרמות אבידות. יש לאזן בין חובתה של מדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה, לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים. איזון זה קשה הוא, כאשר הוא נוגע לחיי אדם. הוא יעורר בעיות מוסריות ואתיות (ראו Kasher and Yadlin, "Assassination And Preventive Killing", 25 SAIS Rev. 41 (2005)). חרף הקושי אין מנוס מלעשותו.

8. שפיטות

47. חלק ניכר מתגובתה הראשונה של פרקליטות המדינה (מיום 20.3.2002) הוקדש לטענת סף. על פיה "פעולות הלחימה הצה"ליות המבוצעות במסגרת אירועי הלחימה המתרחשים באיזור, הנושאות אופי מבצעי מובהק, אינן שפיטות – ולמצער אינן שפיטות מוסדית – ובית משפט נכבד זה לא יידרש להן" (פסקה 26, עמ' 7; ההדגשה במקור). בהסבירו גישה זו הדגיש בא כוח המשיבים כי לדעתו "אופיו הדומיננטי של העניין אינו משפטי ומידת הריסון השיפוטי מחייבת שבית המשפט לא ירד אל זירת הלחימה ולא יידרש לפעולות המבצעיות המובהקות המתרחשות בזירה זו" (שם, פסקה 36, עמ' 11; ההדגשה במקור). בא כוח המשיבים הדגיש כי "מובן הוא, כי היותו של נושא 'בלתי שפיט' אין פירושו כי לא מופעלים בתחום זה אמצעי פיקוח ובקרה מצד הרשות המבצעת עצמה. ... רשויות הצבא הונחו על ידי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי לפעול בתחום זה, כבאחרים, אך ורק על פי הוראות המשפט הבינלאומי, המתייחסות לדיני לחימה, והוראה זו מקויימת על ידן" (שם, פסקה 40, עמ' 13).

48. כידוע, אנו מבחינים בין טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית לבין טענה של חוסר שפיטות מוסדית (ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441; להלן – פרשת רסלר). טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית גורסת כי אינן קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך המונח בפני בית המשפט. טענה של חוסר שפיטות מוסדית גורסת כי אין זה ראוי לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט. לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית אין בסיס משפטי, לא באופן כללי ולא בעניין שלפנינו. באופן כללי אין לה, לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית, בסיס משפטי שכן תמיד מצויה נורמה משפטית על פיה יוכרע סכסוך, וקיומה של נורמה משפטית מבסס קיומן של אמות מידה משפטיות לכך. יתכן שקל לזהות את הנורמה ואת אמות המידה הגלומות

בה ויתכן שקשה לעשות כן. אך בסופו של יום תמצא תמיד נורמה משפטית וימצאו תמיד אמות מידה משפטיות. נורמה זו יכולה להיות כללית, כגון שלאדם מותר לעשות הכל, פרט למה שנאסר עליו ולשלטון מותר לעשות רק מה שהותר לו. לעתים הנורמה היא מצומצמת הרבה יותר. כך הוא הדבר בענייננו. קיימות נורמות משפטיות הדנות בשאלה הניצבת בפנינו, ומהן ניתן לגזור אמות מידה הקובעות את המותר והאסור. אין איפוא יסוד לטענה בדבר חוסר שפיטות נורמטיבית.

49. הסוג השני של חוסר שפיטות עניינו חוסר השפיטות המוסדית. חוסר שפיטות זו עוסק בשאלה, "אם המשפט ובית המשפט הם המסגרת הראויה להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט. התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט" (פרשת רסלר, עמ' 488). סוג זה של חוסר שפיטות מוכר במשפטנו. כך, למשל, נפסק כי ככלל שאלות של ניהול יומיומי של ענייני הכנסת אינו שפיט מהבחינה המוסדית (ראו בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 812, 800; בג"ץ 9056/00 ח"כ קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה(4) 703, 708). רק אם נטען כי הפרת הכללים בעניין הניהול הפנימי פוגע במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של משטרנו החוקתי, יהא מקום לדון בטענה בבית המשפט (ראו בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197; בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141; בג"ץ 742/84 ח"כ כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(4) 85).

50. היקפה של דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית בישראל אינו ניכר. על גבולותיה אין הסכמה. כשלעצמי, סבור אני כי יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 275 (2004)). יהא עניין זה כאשר יהא, אין לה תחולה בעתירה שלפנינו, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, בפסיקתו של בית המשפט העליון מתבלט קו ברור, לפיו אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית במקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות האדם. עמד על כך השופט א' ויתקון בפרשת אויב. פרשה זו דנה בחוקיותה של התנחלות באיזור. נטען על ידי המדינה כי שאלת חוקיותה של התנחלות באיזור אינה שפיטה. בדחותו טענה זו כתב השופט א' ויתקון:

"לא התרשמתי מטענה זו כלל ועיקר. ... ברור שהעניינים של מדיניות חוץ – כמו במספר נושאים דומים – ההכרעה היא בידי הרשויות הפוליטיות ולא בידי הרשות השופטת. אך בהנחה ... שרכושו של אדם

נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שבית- המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיוון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ובמתן פוליטי" (בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג (2) 113, 124).

בפרשת דוויקאט נדונה שוב שאלת החוקיות של התנחלות באיזור. כתב מ"מ הנשיא מ' לנדוי:

"ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות קניין של הפרט, עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של חוסר שפיטות" (בג"ץ 390/79 דוויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1, 15; להלן – פרשת דוויקאט).

בפרשת מדאעבה נדונה חוקיות גדר ההפרדה על פי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. לעניין שפיטותה של אותה שאלה ציינתי:

"בית המשפט אינו נמנע מביקורת שיפוטית רק משום שהמפקד הצבאי פועל מחוץ לישראל, ולפעילותו השלכות מדיניות וצבאיות. כאשר החלטות המפקד הצבאי או פעולותיו פוגעות בזכויות האדם, הן שפיטות. דלתו של בית המשפט פתוחה. הטענה כי הפגיעה בזכויות אדם נעשתה משיקולי ביטחון אינה שוללת ביקורת שיפוטית. 'שיקולי ביטחון' או 'צורך צבאי' אינן מילות קסם. ... כך מתבקש מההגנה על זכויות האדם" (שם, פסקה 31 לפסק הדין).

העתירה שלפנינו נועדה לקבוע את המותר והאסור בלחימה העשויה לפגוע בזכות היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים. הדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית אינה יכולה למנוע בחינתה של שאלה זו.

51. שנית, שופטים הסבורים כי יש מקום לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית מציינים, כי המבחן הוא אופייה הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת. כאשר אופי זה הוא מדיני או צבאי, יש מקום למניעת שיפוט. לעומת זאת, כאשר אופי זה הוא משפטי, אין תחולה לדוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית (ראו בג"ץ 4481/91 גבריאלי ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210, 218). השאלות השנויות במחלוקת בעתירה שלפנינו אינן שאלות של מדיניות. הן גם אינן שאלות צבאיות. השאלה אינה אם לנקוט במדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ולעתים של אזרחים תמימים

שבקרבכם אם לאו. השאלה הינה – והניתוח של פסק דיננו מצביע על כך – משפטית; השאלה הינה סיווגו המשפטי של הסכסוך הצבאי המתקיים בין ישראל למחבלים הבאים מהאיזור; השאלה הינה קיומו או היעדרו של משפט בינלאומי מינהגי בעניין נשוא העתירה; השאלה הינה קביעת היקף פריסתו של מנהג זה, ככל שהוא משתקף בהוראת סעיף 51(ד) לפרוטוקול הראשון; השאלה הינה דיני המידתיות החלים בעניין. התשובה לכל השאלות הללו היא בעלת אופי דומיננטי משפטי.

52. אכן, ברשימה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את זכויותיהם של התושבים באיזור. אלפי פסקי דין ניתנו על ידי בית המשפט העליון אשר בהיעדר ערכאה שיפוטית אחרת, עסק בנושאים אלה. בחינה זו עסקה בסמכויות של הצבא בעת לחימה, ובמגבלות המוטלות עליו על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך, למשל, נבחנה זכויותיה של האוכלוסיה המקומית למזון, לתרופות וכיוצא בהם צרכים שיש לאוכלוסיה זו בעת פעולות לחימה (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם); נבדקו זכויותיה של האוכלוסיה המקומית בעת מעצר מחבלים (ראו פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת"); בעת הובלת פצועים (ראו בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26); בעת מצור על כנסייה (פרשת אלמדני) ובעת מעצר וחקירה (פרשת המוקד להגנת הפרט; בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403; פרשת מרעב). למעלה ממאה עתירות בחנו את זכויותיהם של התושבים המקומיים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעקבות הקמתה של גדר ההפרדה (ראו פרשת בית סוריק; פרשת מראעבה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)). בכל אלה האופי הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת היה משפטי. אמת, לתשובה המשפטית עשויות היו להיות השלכות מדיניות או צבאיות. אך לא הן שקבעו את אופייה של השאלה. לא התוצאות הנגזרות מפסק הדין קובעות את אופיו, אלא השאלות הנדונות על ידו ודרך פתרונן. שאלות אלה היו בעבר, והן גם לפנינו היום, בעלות אופי דומיננטי משפטי.

53. שלישית, סוגי השאלות שנבחנו על ידינו נדונות על ידי בתי משפט בינלאומיים. המשפט הבינלאומי הדין בחובות הצבא כלפי אזרחים בעת סכסוך מזויין נדון, למשל, על ידי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה וברואנדה (ראו פסקאות 26, 30 ו-34 לעיל). בתי משפט אלה בחנו את ההיבטים המשפטיים של התנהגות הצבא. מדוע אין בית משפט ישראלי יכול לערוך אותה בחינה עצמה? מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, חדלות להיות שפיטות בבתי דין לאומיים?

54. לבסוף, הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבתם, דורשת בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא (ראו פסקה 40 לעיל). בחינה זו צריכה להיות – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי. כדי להגביר את אופיה זה, ולהבטיח את מירב האובייקטיביות הנדרשת, מן הראוי לחשוף בדיקה זו לביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת השוטפת של גורמי הצבא, המפעילים ביקורת זו מראש. "לפי מבנהו ותחום תפקידו של בית המשפט, אין הוא יכול לפעול בדרך של מעקב ופיקוח מתמשכים" (הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 825). כמו כן, ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד, לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה. משנערכה (בדיעבד) ביקורת, ראוי הוא לאפשר, במקרים מתאימים, ביקורת שיפוטית על החלטותיה של ועדת הבדיקה האובייקטיבית. הדבר יבטיח את פעולתן התקינה.

9. היקף הביקורת השיפוטית

55. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעתם של מפקדי הצבא באיזור. כך נהג בית משפט זה מאז מלחמת ששת הימים. נקודת המוצא אשר הדריכה את בית המשפט היתה, כי המפקדים הצבאיים והקצינים הנתונים למרותו הם עובדי ציבור הממלאים תפקידי ציבור על פי דין (פרשת ג'מעית אסכאן, עמ' 809). ביקורת זו שומרת על חוקיות הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי.

56. היקף הביקורת השיפוטית על החלטת מפקד הצבא לבצע פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים באיזור ולעתים של אזרחים תמימים, משתנה על פי מהותה של השאלה הקונקרטית העולה לדיון. בקצה האחד של הקשת עומדת השאלה, בה דנו בעתירה שלפנינו, שעניינה תוכנו של המשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזויינים. זו שאלה מובהקת של קביעת המשפט החל. על פי תפיסתנו המשפטית, שאלה זו היא בתחומה של הרשות השופטת. "ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141). מלאכת הפרשנות של הדין היא בידי בית המשפט. כך לעניין חוקי היסוד, החוקים והתקנות. כך לעניין המשפט המקובל הישראלי. כך בוודאי גם לעניין המשפט הבינלאומי המנהגי החל בישראל. בית המשפט אינו רשאי להשתחרר מסמכותו זו. השאלה אשר בית המשפט צריך לשאול עצמו אינה אם הבנת הדין על ידי הרשות המבצעת היא הבנה סבירה. השאלה שעל בית המשפט

לשאל עצמו הינה אם זו הבנה נכונה (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 762). המומחיות לפירוש הדין היא של בית המשפט (ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 305, 728; בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305). נמצא, כי הביקורת השיפוטית על תוכנו של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסוגייה שלפנינו היא מקיפה ומלאה. בית המשפט שואל את עצמו מהו הדין הבינלאומי והאם תפיסתו של המפקד הצבאי תואמת דין זה.

57. בקצה האחר של קשת האפשרויות עומדת ההחלטה המקצועית-צבאית לנקוט בפעולת מנע הגורמת למותם של מחבלים באיזור. זוהי החלטה המצויה באחריותה של הרשות המבצעת. לה המומחיות המקצועית-ביטחונית לכך. בית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל. השאלה הינה, אם החלטת המפקד הצבאי נופלת למתחם הפעילות הסבירה של מפקד צבאי. אם התשובה היא בחיוב, לא יחליף בית המשפט את שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי, בשיקול דעתו הביטחוני של בית המשפט (ראו בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539; פרשת עג'ורי, עמ' 375). בפרשת בית טוריק, אשר דנה במתווה של גדר הביטחון ציינו:

"אנו, שופטי בית-המשפט העליון, איננו מומחים לענייני צבא. לא נבחן אם תפיסתו הצבאית של המפקד הצבאי תואמת את תפיסתנו שלנו – עד כמה שיש לנו תפיסה צבאית בעניין טיבו הצבאי של המתווה. כך אנו נוהגים בכל שאלה של מומחיות, וכך אנו נוהגים גם בענייני צבא. כל שעלינו לקבוע הוא אם מפקד צבאי סביר היה יכול לקבוע מתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי" (שם, עמ' 843).

נמצא, כי הביקורת השיפוטית באשר לאמצעים הצבאיים שיש לנקוט בהם היא ביקורת רגילה של סבירות. אמת, "שיקול צבאי" או "ביטחון המדינה" אינן מילות קסם השוללות את הביקורת השיפוטית. עם זאת, השאלה אינה מה אני הייתי מחליט בנסיבות הנתונות, אלא האם ההחלטה שהמפקד הצבאי קיבל הינה החלטה שמפקד צבאי סביר היה רשאי לקבלה. לעניין זה יש ליתן משקל מיוחד לחוות הדעת הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון (ראו בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92; פרשת דוויקאט, עמ' 25; פרשת בית טוריק, עמ' 844; פרשת מראעבה, פסקה 32 לפסק הדין).

58. בין שני קצוות אלה של הקשת, מצויים מצבי ביניים. כל אחד מהם מחייב בחינה מדוקדקת של טיב ההחלטה. עד כמה שיש בה היבט משפטי, היא תתקרב לקצה האחד של הקשת. עד כמה שיש בה היבט מקצועי-צבאי, היא תתקרב לקצה האחר של קשת האפשרויות. טול את השאלה, אם החלטה לפגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים נופלת למסגרת התנאים שהמשפט הבינלאומי המנהגי קובע בעניין זה (כאמור בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). מהי היקף הביקורת השיפוטית על החלטת המפקד הצבאי כי תנאים אלה מתקיימים במקרה ספציפי? תשובתנו הינה כי שאלת קיום התנאים הקבועים במשפט הבינלאומי המנהגי לביצועה של פעילות צבאית היא שאלה משפטית, אשר בה המומחיות היא של בית המשפט. עמדתי על כך בפרשת רופאים לזכויות אדם:

“הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על כן מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין-לאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיה במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו” (שם, עמ' 393).

גישה דומה קיימת לעניין המידתיות. ההכרעה בשאלה אם התועלת הצומחת מהפגיעה המונעת שקולה נגד האובדן הנלווה שבנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה, הינה שאלה משפטית, אשר המומחיות לגביה נתונה לרשות השופטת. עמדתי על כך בפרשת בית סוריק לעניין מידתיות של הפגיעה שגדר ההפרדה פוגעת במרקם החיים של התושבים המקומיים:

“המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטים ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו” (שם, עמ' 846; פרשת מראעבה, פסקה 32 לפסק הדין).

המידתיות אינה אמת מידה מדוייקת. לעתים קיימות מספר דרכים לקיום תנאיה. נוצר מתחם של מידתיות. על גבולותיו של מתחם זה שומר בית המשפט. ההכרעה בתוך גבולות המתחם היא של הרשות המבצעת. זהו מרחב התמרון (ה- margin of appreciation) שלה (ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280; פרשת עדאלה, פסקה 78 לפסק דיני).

59. אינטנסיביות הביקורת השיפוטית על החלטות צבאיות לנקוט בפגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ואזרחים חפים מפשע היא מטבעה מועטה. הטעמים לכך הם שניים: ראשית, הביקורת השיפוטית לא יכולה להיות מופעלת מראש. משקבענו בפסק דיננו זה הוראותיו של המשפט הבינלאומי המנהגי בסוגייה שלפנינו, לא נוכל, מטבע הדברים, לבחון את הגשמתה מראש. הביקורת השיפוטית תהא בסוגיה זו מטבעה בדיעבד. שנית, עיקר הבדיקה צריכה להיעשות על ידי ועדת בדיקה אשר על פי המשפט הבינלאומי צריכה לקיים בדיקה אובייקטיבית המופעלת בדיעבד. הביקורת של בית משפט זה יכולה, מעצם טבעה, להיות מכוונת רק כנגד החלטותיה של ועדה זו, וזאת על פי אמות המידה המקובלות לעניין זה.

10. מן הכלל אל הפרט

60. הצו-על-תנאי שהוצא על פי בקשת העותרים, הוא זה:

"לחייב את המשיבים 1-3 לבוא וליתן טעם מדוע לא יבטלו את מדיניות 'הסיכול הממוקד' (להלן – 'מדיניות החיסולים') וימנעו מלתת הוראות למשיבים 4-5 לביצוע מדיניות זו, וכן לחייב את המשיבים 4-5 לבוא וליתן טעם מדוע לא ימנעו מביצוע פעולות של חיסול מבוקשים על-פי המדיניות האמורה".

בחינתו של "הסיכול הממוקד" – ובמינוחנו שלנו פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב – מלמדת כי שאלת החוקיות של הפגיעה המונעת על פי המשפט הבינלאומי המנהגי היא מורכבת (לניתוח המדיניות הישראלית, ראו: Shany, "Israeli Counter – Terrorism Measures: Are They 'Kosher' Under International Law", M. Schmitt and G. Beruto (eds.), Terrorism and International Law: Challenges and Responses, p. 96 (2002); M. Gross, "Fighting By Other Means in the Mideast A Critical Analysis of Israel's

Assassination Policy", 51 Political Studies p. 360 (2003); David, "Debate: Israel's Policy of Targeted Killing", 17 Ethics and International Affairs p. 111 (2003); Stein, "Response to Israel's Policy of Targeted Killing: By Any Name Illegal and Immoral", 17 Ethics and International Affairs p. 127 (2003); Guiora, "Symposium: Terrorism on Trial: Targeted Killing As Active Self-Defense" 36 Case Western Res. J. Int'l L., 319; Bilsky, "Suicidal Terror, Radical Evil, And The Distortion of Politics And Law" 5 Theoretical Inquiries in Law 131 (2004). התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד. הגישה של המשפט הבינלאומי המנהגי החלה בסכסוכים מזויינים בעלי אופי בינלאומי הינה, כי אזרחים מוגנים מפני תקיפתו של הצבא. עם זאת, הגנה זו אינה קיימת כלפי אותם אזרחים "ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). פגיעה באזרחים אלה, גם אם תוצאתה מוות, מותרת היא, ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו בהם פחותה, ובלבד שאינם נפגעים אזרחים תמימים שבקרבם. הפגיעה בהם צריכה להיות מידתית. מידתיות זו נקבעת על פי מבחן ערכי הבא לאזן בין התועלת הצבאית לבין הנזק האזרחי. נמצא, כי אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית. הכל תלוי בשאלה אם אמות המידה של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך מזויין בינלאומי מאפשרות אותה פגיעה מונעת אם לאו.

סוף דבר

61. מדינת ישראל נלחמת בטרור קשה הפוקד אותה מהאיזור. האמצעים העומדים לרשותה הם מוגבלים. המדינה קבעה כי אמצעי חיוני מבחינה צבאית הוא זה של פגיעה מונעת במחבלים באיזור הגורמת למותם. הדבר גורם לעתים לפגיעה ולמוות של אזרחים תמימים. השימוש בתקיפה מונעת זו, עם כל חשיבותו הצבאית, חייב להיעשות במסגרת הדין. ידועה האימרה כי כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. רעיון דומה הביע קיקרו (Cicero) באומרו: "בעת מלחמה, החוקים מחרישים" (silent enim leges inter arma). על אימרות אלה יש להצטער. אין הן משקפות, לא את המצוי ולא את הרצוי (ראו 2 [2004] Re. Application Under s.83.28 Of The Criminal Code (S.C.R. 248, 260). דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים לחוקים (ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470; להלן – פרשת מורכוס). כל מאבק של המדינה – נגד הטרור או נגד כל אויב אחר – נעשה על פי כללים ודינים. תמיד קיים דין שהמדינה חייבת לנהוג על פיו. "חורים שחורים" (black holes) אינם בנמצא (ראו J. Steyn, Democracy Through Law: Selected Speeches and Judgments (2004) 195) בענייננו, נקבע הדין על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוכים

מזויינים בעלי אופי בינלאומי. אכן, המאבק של המדינה בטרור אינו נעשה "מחוק" למשפט. הוא נערך "בתוך" המשפט ובכלים שהמשפט יעמיד למדינה דמוקרטית.

62. לחימתה של מדינה נגד הטרור היא לחימתה של המדינה נגד אויביה. היא גם לחימתו של המשפט נגד הקמים עליו (ראו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132). באחת הפרשות בה נבחנו דיני הלחימה בסכסוך מזויין, ציינתי:

"לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה. אימרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית... הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק לשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור" (פרשת אלמדני, עמ' 34; ראו גם פרשת מורקוס, עמ' 470; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 369).

אכן, בלחימתה של המדינה נגד הטרור הבינלאומי, עליה לפעול על פי כללי המשפט הבינלאומי (ראו Aus. 21, Kirby, "Australian Law – After 11 September 2001", Bar. Rev. 253 (2001)). כללים אלה מבוססים על איזון. אין בהם הכל או לא כלום. עמדתי על כך בפרשת עג'ורי בצייני:

"באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה" (שם, עמ' 383).

אכן, המאבק בטרור הפך את הדמוקרטיה שלנו ל"דמוקרטיה מתגוננת" או ל"דמוקרטיה לוחמת" (ראו (A. Sajo, Militant Democracy (2004)). עם זאת, אסור שמאבק זה ישלול ממשטרנו את אופיו הדמוקרטי.

63. השאלה אינה אם ניתן להתגונן כנגד טרור. בוודאי שניתן לעשות כן, ולעתים אף חובה לעשות כן. השאלה הינה אופן התגובה. בעניין זה נדרש האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים. על הצבא להדריך עצמו על פי כללי המשפט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על השופטים, אשר צריכים לקבוע – על בסיס המשפט הקיים – את המותר והאסור. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות הקשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית-משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה" (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491).

אכן, ההכרעה בעתירה שלפנינו אינה קלה. "אנו בני החברה הישראלית. אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואזרחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר, אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ועל אזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו לכך כי בטווח הקצר פסק-דיננו זה אינו מקל על המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין אנו עומדים לדין. אנו פועלים על פי מיטב מצפוננו והכרתנו. אשר למאבקה של המדינה בטרור הקם עליה, משוכנעים אנו כי בסופו של יום מאבקה על פי הדין (תוך מילוי הוראותיו) מחזק את כוחה ואת רוחה. אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא מרכיב בביטחון הלאומי" (פרשת בית טוריק, עמ' 861).

64. באחת הפרשות דנו בשאלה אם המדינה רשאית להורות לחוקריה לנקוט באמצעי חקירה מיוחדים אשר יש בהם משום שימוש בכוח כלפי טרוריסטים, וזאת במצב של "פצצה מתקתקת". השבנו על שאלה זו בשלילה. תיארתי בפסק דיני את המציאות הביטחונית הקשה שבה מצויה מדינת ישראל, והוספתי:

"מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בזכויות הפרט, מהווה מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845).

לו יהי כן !

אשר על כן הוחלט, כי אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא אסור על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, כשם שאין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא מותר על פי המשפט הבינלאומי המנהגי. דיני הסיכול הממוקד קבועים במשפט הבינלאומי המנהגי, וחוקיותה של כל פגיעה אינדיבידואלית צריכה להיקבע לאורם.

ה נ ש י א (בדימ')

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. הריני מצטרף לפסק-דינו החשוב והמקיף של חברי הנשיא א' ברק.

התפשטות הטרור בשנים האחרונות – התפשטות בהיקף ובעוצמה – העלתה על סדר היום שאלות קשות הנוגעות לאופן שבו צריכה ורשאית מדינה דמוקרטית להיאבק באלה הקמים עליה ועל אזרחיה לכלותם. אכן, אין מחלוקת כי מדינה רשאית וחייבת להיאבק בטרור. אין מחלוקת גם כי לא כל האמצעים כשרים. מתווה הלחימה בטרור וההגנה העצמית מפניו הוא קשה לשרטוט. האמצעים הרגילים שבהם מדינה

מגינה על עצמה ועל אזרחיה אינם אפקטיביים בהכרח כנגד ארגוני הטרור וחבריהם. גם אמצעי-שיטור ואכיפה המאפיינים מאבק בתופעות בלתי-חוקיות "קונבנציונאליות" אינם הולמים את צרכי הלחימה בטרור (ראו גם Daniel Statman, "Targeted Killing" 5 *Theoretical Inq. L.* 179 (2004)). אשר על כן, מדינת ישראל (כמו מדינות אחרות) נקטה ונוקטת לאורך השנים בפעולות שונות לצורך התמודדות עם הטרור, ובית משפט זה, בהזדמנויות שונות, נדרש לשאלת האיזונים העדינים הכרוכים בשימוש בדרכי-פעולה אלה.

העתירה שלפנינו נוגעת למדיניות "הסיכול הממוקד". במסגרת מדיניות זו, פוגעת מדינת ישראל באנשים שהיא מזהה כמעורבים בתכנון ובהוצאה לפועל של פיגועי-טרור. המטרה: מחד גיסא, להגן על אזרחים וחיילים של מדינת ישראל; ומאידך גיסא, למנוע פגיעה או למזער נזקים נלווים לאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. חברי הנשיא א' ברק סבור כי יש לבחון את הסוגיה שבפנינו לאורם של דיני המשפט הבינלאומי הנוגעים לעימות (או סכסוך) מזויין בעל אופי בינלאומי. שותף אני לעמדה זו (ראו גם: J. Nicholas Kendall, "Israeli Counter-Terrorism: 'Targeted Killings' Under International Law" 80 *N.C.L. Rev.* 1069 (2002)). בין ישראל לבין ארגוני המחבלים השונים הפועלים באזור מתקיים, מזה שנים, מצב מתמשך של סכסוך מזויין. סכסוך זה, מצויין חברי הנשיא, אינו מתקיים בחלל נורמטיבי. שתי מערכות נורמטיביות תחולנה כאן וכלשונו של חברי הנשיא: "בצד המשפט הבינלאומי העוסק בעימות מזויין עשויים לחול כללי יסוד של המשפט הציבורי הישראלי, אותם נושא כל חייל ישראלי בתרמילו והם נעים עימו לכל אשר יפנה". אכן, שתי מערכות נורמטיביות צריכות בחינה בענייננו – האחת, הכללים של המשפט הבינלאומי, והאחרת – הכללים המשפטיים והעקרונות המוסריים של מדינת ישראל ובכלל זה ערך היסוד בדבר כבוד האדם.

2. במסגרת הדיון במערכת הנורמטיבית הכלולה בדיני המשפט הבינלאומי, עוסק חברי הנשיא בשאלת סיווגם הנכון של ארגוני הטרור וחבריהם: האם יש לראותם כלוחמים, כאזרחים או שמא כקבוצה נפרדת של לוחמים בלתי-חוקיים? מסקנתו של חברי היא, כי ככל שמדובר במשפט המצוי, "אין בפנינו נתונים המאפשרים הכרה בקיומה של קטגוריה שלישית" של לוחמים בלתי-חוקיים, וכיוון שלוחמים כאלה אינם מקיימים את תנאי-הכניסה למסגרת הקטגוריה של "לוחמים", הרי שיש לסווגם כאזרחים. סיווג זה, כך הוא מבהיר, אינו מקנה, במסגרת המשפט הבינלאומי, הגנה לאזרחים שנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה; אלה, לפיכך, אינם מוגנים מפני תקיפה, בעת שנוטלים הם חלק ישיר בפעולות הטרור.

סוגיית הסיווג הנכון והראוי של ארגוני טרור וחבריהם מעוררת שאלות קשות. המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי (Customary International Humanitarian Law) מחייב את הצדדים לסכסוך להבחין בין אזרחים ללוחמים, בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות ולהימנע מגרימת נזק יתר לאזרחי האויב. השאלה היא אם המציאות לא יצרה, בפועל, קבוצה נוספת שדינה הוא דין מיוחד. אכן, היקפו של הסיכון הנשקף למדינת ישראל ולשלום אזרחיה מצדם של ארגוני הטרור, וחוסר ההלימה בין האמצעים הננקטים ברגיל כנגד אזרחים מפרי-חוק לבין האיום הנובע מפעילות הטרור, מעוררים חוסר נוחות בעת שבאים אנו להתאים את הקטגוריה המסורתית של "אזרחים" לאלה הנוטלים חלק פעיל במעשי טרור. אלה האחרונים אינם "לוחמים" – כהגדרתם במשפט הבינלאומי. האופן שבו הוגדרו ה"לוחמים" באמנות הנוגעות בדבר נובע דווקא מן הרצון לשלול מן "הלוחמים הבלתי-חוקיים" הגנות מסוימות הניתנות ללוחמים חוקיים (במיוחד הגנות הנוגעות לסוגיית השבי וההעמדה לדין). אלה הם "נצים נטולי זכויות יתר" - unprivileged belligerents (ראו, Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle Over Legitimacy" 11 *Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research* (2005) ; Richard R. Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas, and Saboteurs" (1951) 28 *British Year Book of International Law* 342). אולם, דווקא המאפיינים של ארגוני הטרור וחבריהם, המוציאים אותם מכלל ה"לוחמים" – היעדר סימני היכר הניבטים למרחוק ואי-קיום דיני המלחמה ומנהגיה – יוצרים קושי, ככל שיש בהחרגה זו משום מתן מעמד מיטיב, ולו אך בעניינים מסוימים, למי שבוחר להפוך לוחם "בלתי-חוקי", הפועל שלא בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ולכללי המוסר וההומניטאריות.

סיווגם של חברי ארגוני הטרור תחת הקטגוריה של "אזרחים" איננו, אפוא,

דבר מובן מאליו. Dinstein כתב בהקשר זה כי:

"...a person is not allowed to wear simultaneously two caps: the hat of civilian and the helmet of a soldier. A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. He is an unlawful combatant in the sense that he can be lawfully targeted by the enemy, but he cannot claim the privileges appertaining to lawful combatancy. Nor does he enjoy the benefits of civilian status: Article 5 (first Paragraph) of the 1949 Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War

specifically permits derogation from the rights of such a person (the derogation being less extensive in occupied territories, pursuant to the second Paragraph of Article 5)" (Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*" (Cambridge 2004) p. 29-30).

ובמקום אחר נכתב: "... אם לא ראוי לראות בטרוריסטים כלוחמים, וכפועל יוצא מכך להעניק להם את ההגנות המגיעות ללוחמים, קל וחומר שאין לראותם כאזרחים שאינם לוחמים, ולהעניק להם זכויות רבות הרבה יותר" (עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 76 (תשס"ד); ראו עוד: Yoram Dinstein, "Unlawful Combatancy" 32 *Israel Yearbook on Human Rights* 249 (2002) וכן: Richard R. Baxter, "So Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs" (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 342). אלה הסבורים כי קטגוריה שלישית של פורעי חוק מתקיימת, מדגישים כי נמנים עליה אלה המבקשים לערפל את הגבולות שבין אזרחים ללוחמים: John C. Yoo and James C. Ho "The New York University – University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Status of Terrorists" 33 *Virginia Journal of International Law* 217 (2003). הקושי עשוי להתעצם עוד אם נביא בחשבון כי גם אלה המבדילים עצמם מן הלוחמים החוקיים מזה, ומן האזרחים התמימים מזה, אינם עשויים מקשה אחת. באים בהם קבוצות שאינן בהכרח זהות זו לזו מבחינת הנכונות לקבל על עצמן נורמות יסוד משפטיות ואנושיות. במיוחד ראוי, בהקשר זה, להבחין בין לוחמים בלתי חוקיים הנאבקים בצבא מזויין לבין אלה שבמכוון פועלים כנגד אזרחים.

נראה, אפוא, כי הדין הבינלאומי נדרש להתאים את עצמו לעידן שבו אנו חיים. לאור הנתונים שבאו בפנינו, מציע חברי הנשיא לערוך את ההתאמה במסגרת פרשנות הדין הקיים, המכיר, לשיטתו, בשתי קטגוריות – לוחמים ואזרחים (ראו גם Shlomy Zachary, "Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?" 38 *Israel L. Rev.* 379 (2005)). תיתכנה כאמור גישות אחרות. לא מצאתי צורך להרחיב לגביהן שכן לאור כללי הפרשנות שמציע חברי הנשיא, מאבד הקושי העקרוני, בסופו של יום, מעוקצו.

הפרשנות שמציע חברי הנשיא א' ברק יוצרת בפועל ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. ניתן לגזור אותה מקבוצת הלוחמים ("לוחמים בלתי-חוקיים") וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. בדרך האחרונה הולך חברי הנשיא. אם נלך בדרכו, נגזור

מקבוצה זו את קבוצת האזרחים פורעי החוק הבינלאומי, שאותם הייתי מכנה - uncivilized civilians. כך או כך, אין בין הדרכים שוני תוצאתי, שכן הפרשנות שמציע חברי הנשיא להוראות המשפט הבינלאומי מתאימה את הכללים למציאות החדשה. פרשנות זו מקובלת עלי. זוהי פרשנות דינאמית המתגברת על מגבלות הקריאה הפשטנית (Black letter reading) של דיני המלחמה.

3. על רקע ההבדלים שבין הלוחמים ה"חוקיים" לבין הלוחמים "פורעי החוק הבינלאומי", ניתן לערוך אנלוגיה בין דרכי-הלחימה המותרות במאבק בין שני צבאות לבין "הסיכול הממוקד" של מחבלים (ראו גם Statman, במאמרו הנ"ל). התפיסה העומדת מאחורי מדיניות "הסיכול הממוקד" היא שיש לכוון את הנשק אך ורק כלפי המעורבים ממש בפעילות הטרור. אכן, במלחמה קונבנציונאלית הלוחמים מזוהים ומובחנים מן האוכלוסייה האזרחית. ניתן לפגוע בלוחמים אלה (בכפוף להגבלות של המשפט הבינלאומי). באזרחים אין לפגוע. בדומה, במסגרת המאבק כנגד הטרור מותר לפגוע בלוחמים פורעי-החוק הבינלאומי, אולם יש להימנע, ככל האפשר, מפגיעה באזרחים. הקושי נובע כמובן מן העובדה שהלוחמים הבלתי-חוקיים, בהגדרה, אינם פועלים לפי דיני המלחמה, ובכלל זה, הם פועלים לעיתים קרובות במסווה מתוך אוכלוסייה אזרחית - זאת בניגוד להוראותיו המפורשות של הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה. הם עושים כן כדי לזכות ביתרון הנובע מכך שהעומד מולם מבקש לכבד את כללי המשפט הבינלאומי (ראו Jason Callen, "Unlawful Combatants and the Geneva Conventions" 44 *Va. J. Int'l L.* 1025 (2004)).

אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי-החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

4. בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיננו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין. החובה לכבד את אזרחי הצד שכנגד מפורשת בכללי המשפט הבינלאומי (ראו: Eyal Benvenisti, "Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians" 39 *Israel L. Rev.* 81, 96 (2006)).

חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין: היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעקרון העל של שמירה על כבוד האדם. נדרשתי לכך בהתייחסי לסוגיית השימוש בנוהל "אזהרה מוקדמת" ("נוהל שכך"):

... בעניין אחד הקווים ברורים וחדים – השמירה על כבוד האדם כאשר הוא. חובתו של הצבא התופש שטח בתפישה לוחמתית להגן על חייו של התושב המקומי. הוא חייב להגן גם על כבודו. עצם העמדתו של תושב כזה, שנקלע לאזור של קרב, בפני הברירה אם להעתיק לבקשת הצבא להעביר אזהרה למבוקש ואם לאו – יש בה כדי להעמידו בפני ברירה בלתי-אפשרית. הברירה עצמה אינה מוסרית. היא עצמה פוגעת בכבוד האדם (דנג"ץ 10739/05 שר הביטחון נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (טרם פורסם)).

שתי המערכות הנורמטיביות החלות על הסכסוך המזויין מאוחדות בכך שהן מעמידות במרכזן את עיקרון כבוד האדם. עקרון זה מזין את הפרשנות של המשפט הבינלאומי, כפי שהוא מזין את הפרשנות של המשפט הציבורי הפנימי בישראל. הוא מבטא ערך כללי שממנו נובעות חובות ספציפיות שונות (על מקומו של העיקרון הזה במשפט הבינלאומי, ועל משמעותו בכל הנוגע ליחס שיש לנקוט בו כלפי אזרחים, ראו Benvenisti, במאמרו הנ"ל; יצוין כי Benvenisti מזהה שני עקרונות שהם רלבנטיים ליישומו של עקרון השמירה על כבוד האדם בהקשר הנדון: עקרון האינדיבידואליות, המורה כי כל אדם אחראי אך ורק למעשיו-הוא; ועקרון האוניברסאליות, לפיו כל הפרטים זכאים לאותן זכויות, תהא השתייכותם הקבוצתית אשר תהא. עקרון אחרון זה אינו מוכר מפורשות בדיני הסכסוך המזויין. בכך אין כדי לאיין את החובה הנוגעת לאזרחי אויב. היקף החובה משתנה אך לא עצם קיומה של החובה (שם, עמ' 88).

5. עקרון המידתיות, שהוא בגדר עקרון כללי המעוגן בהוראות שונות של המשפט הבינלאומי, בא להגשים את החובה הזו. עקרון זה שולל פגיעה נלווית בלתי-מידתית באזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי התועלת שתצמח מהשגת המטרה הצבאית הראויה תהא שקולה כנגד הנזק שנגרם לאזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי הנזק הלווה לא יהא מופרז בנסיבות העניין. יש הרואים בהעמדת התועלת מול הנזק כקונקרטיזציה של ההוראה בדבר הימנעות מפגיעה מופרזת באזרחים. אף כי הקשר בין השתיים ברור, נראה כי יתכנו נזקים נלווים לאוכלוסיה האזרחית שהם כה קשים עד כי גם מטרה צבאית בעלת תועלת של ממש לא תצדיק את גרימתם. מכל מקום, מדובר

בדרישות ערכיות. "זהו מבחן ערכי" – מציין חברי הנשיא – "הוא מבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים". תפיסה ערכית זו מקובלת במשפט הבינלאומי המנהגי בכל הנוגע להגנה על אזרחים (סעיף 51 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה). היא גם מקובלת במערכות המשפט הלאומיות של מדינות רבות. מבחן זה – כפי שכתב הנשיא ברק באחת הפרשות – "נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (טרם פורסם)).

החובה לכבד את חייהם של האזרחים התמימים היא, אפוא, נקודת המוצא. ממנה נובעת הדרישה כי הנזק הנלווה לאזרחים לא יהא מופרז ויעמוד ביחס של שקילות לתועלת שתצמח מן הפעולה. תפיסה ערכית זו מטילה כפועל יוצא מגבלות על תקיפתם של הלוחמים פורעי-החוק עצמם. המגבלות עשויות להתייחס לסוג הנשק שבו נעשה שימוש במהלך פעולת הסיכול. המגבלות עשויות להביא לכך שייבחר אמצעי אשר מעמיד בסכנה מופחתת את חייהם של אזרחים תמימים. המגבלות עשויות להתייחס למידת הזהירות שיש לנקוט בה בזיהוי יעד הסיכול. כל אלה הן מגבלות שבעיקרן חותרות להגשים את החובה לכבד את חייהם של האזרחים התמימים, והן תפורשנה בהתאם.

נקודת המוצא היא, אם כן, זכויותיהם של האזרחים התמימים. זוהי נקודת המוצא אך אין זו נקודת הסיום. אין בה כדי לאיין את כבוד האדם של הלוחמים פורעי-החוק עצמם. אכן, המשפט הבינלאומי אינו מקנה להם זכויות שוות לאלה הנתונות ללוחמים חוקיים או, מאידך גיסא, לאזרחים תמימים. אולם כבוד האדם הוא עקרון החל לגבי כל אדם, גם בעת לחימה ומאבק. הוא אינו תלוי בהדדיות. אחת הנפקויות הנובעות מכך – והמדינה אינה חולקת על כך – היא כי בכל עת שניתן יהיה לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי איבה ולהעמידו לדין – כך תנהג המדינה. זוהי אפשרות שיש לשקול תמיד. אולם כפי שציין חברי הנשיא, לעתים עשויה האפשרות הזו להיות בלתי מעשית כלל או להעמיד את החיילים בסיכון גדול מדי.

6. עקרון המידתיות קל לניסוח אך קשה ליישום. כאשר נדרשים לו מראש, באילוצים של זמן ולאורה של מסכת מוגבלת של מידע – עשויה ההכרעה להיות קשה ומורכבת. תכופות יש צורך לשקול ערכים ומידות שאינם קלים להשוואה. כל אחד מן השיקולים המתחרים, הוא עצמו נתון למשתנים יחסיים. אף אחד מהם אינו יכול

להישקל כשהוא עומד בפני עצמו. הצורך הצבאי המידתי כולל בתוכו יסודות הומניטריים. השיקול ההומניטרי חובק בגדריו גם צורך צבאי קיומי. כפי שמציין חברי הנשיא, בית המשפט קובע את המשפט החל על החלטתו של המפקד הצבאי. ההחלטה המקצועית הצבאית מצויה באחריותה של הרשות המבצעת, ובית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל לאורן של המערכות הנורמטיביות החלות על המקרה (השוו: דין-וחשבון הוועדה שבחנה את פעולות נאטו ביוגוסלביה, שהוגש ל-I.C.T.Y. בחודש יוני 2000).

7. סוף דבר, כמו חברי הנשיא סבור גם אני, כי אין לקבוע מראש, שפעולה של סיכול ממוקד היא תמיד, בלתי חוקית, כמו שאין לקבוע מראש כי בכל הנסיבות היא חוקית ומותרת. על פעולה כזו – כדי שתהיה חוקית – לקיים את כללי המשפט, ובכלל זה, את דרישת המידתיות כפי שהוסברה. כל זאת, מתוך תפיסה המעניקה משקל מרכזי לזכותה של מדינת ישראל להגן על עצמה ועל חיי אזרחיה, ובד בבד, הרואה כערך יסודי את העקרון בדבר כבוד האדם.

אשר על כן, מצטרף אני לפסק-דינו של חברי הנשיא א' ברק.

המשנה לנשיאה

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק, ומבקשת להדגיש מספר היבטים הנוגעים לסוגיה הקשה שהונחה לפתחנו.

בעתירה שבפנינו ביקשו העותרים כי נורה למשיבים לבטל את מדיניות "הסיכול הממוקד", וכי ימנעו מביצוע פעולות במסגרת מדיניות זו. זוהי, אפוא, עתירה לסעד כוללני ורחב הנשען על טענת העותרים כי מדיניותה של ישראל בעניין זה "בלתי חוקית בעליל". בין יתר טענותיהם מתחום המשפט הבינלאומי ומתחום המשפט הישראלי-הפנימי, תמכו העותרים את טענותיהם גם בדוגמאות פרטניות מן העבר, שלשיטתם מצביעות על פסלותה של המדיניות הנדונה. דוגמאות פרטניות אלה מלמדות על הבעייתיות ועל הסיכונים הנלווים למדיניות "הסיכול הממוקד", אולם אין בהם כדי להכריע את השאלה המשפטית של חוקיות המדיניות בכללותה.

מהטעמים שפורטו בחוות-דעתו של חברי הנשיא ברק, אני מצטרפת למסקנה כי הסוגיה שלפנינו נשלטת על-ידי הדינים החלים על סכסוך בינלאומי מזוין, ולכך שעמדתם הגורפת של העותרים אינה מתחייבת מכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. המסקנה אליה הגיע הנשיא ברק ושאליה אני רואה להצטרף, הינה כי לא ניתן לומר שהמדיניות הנדונה אסורה תמיד, כפי שלא ניתן לומר כי היא מותרת בכל הנסיבות על-פי שיקול-דעת המפקד הצבאי. הסוגיה המשפטית שלפנינו הינה מורכבת ואינה ניתנת למיצוי במתכונת רחבה וכוללת באופן שהעותרים טוענים לו.

בית-משפט זה שב ופסק פעמים רבות בעבר כי גם פעולות לחימה מתנהלות על-פי נורמות המעוגנות במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד, וכי אין הפעילות הצבאית מתקיימת בריק נורמטיבי. הקשיים המשפטיים שעלינו להתמודד עימם נובעים בראש ובראשונה מכך שהמשפט הבינלאומי טרם פיתח את דיני הלחימה באופן שיתאימם לחימה בארגוני טרור להבדיל מצבא סדיר. לפיכך, עלינו לעשות שימוש בכלים הפרשניים על-מנת להתאים את הדין ההומניטרי הקיים לצרכי המציאות הקשה שעמיה מתמודדת מדינת ישראל. יצוין כי התפשטות נגע הטרור בשנים האחרונות מעסיקה חכמי משפט במדינות שונות ואנשי משפט בינלאומי, בניסיון להציב את נורמות המותר והאסור אל מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין. על רקע מציאות נורמטיבית זו, אף עליו מקובל כי במסגרת הדינים הקיימים, אין לסווג את המחבלים וארגוניהם כ"לוחמים" אלא כ"אזרחים". בהתחשב בכך, חל על עניינם סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ג'נבה הרביעית - הסדר שהוא חלק מהדין המינהגי - ולפיו:

"אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על-פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה".

בפסק-דינו, עמד הנשיא ברק בהרחבה על פרשנותם של הרכיבים העיקריים בסעיף 51(3) הנ"ל, נוכח הצורך להגדיר את הביטוי "אזרחים" נוטלים חלק ישיר במעשי איבה" וכן לבאר מהו "משך אותו זמן". כעולה מהפרשנות האמורה בפסק-דינו של הנשיא, מתחייבים סייגים ומגבלות על כוחה של המדינה לבצע פעולות של "סיכול ממוקד". מסייגים אלה עולה כי לא כל מעורבות בפעילות חבלנית תהווה נטילת "חלק ישיר במעשי איבה" לפי סעיף 51(3) וכי המדובר בפעילות הקשורה בגרעין של מעשי האיבה עצמם - פעילות אשר מחד גיסא אינה רק התקיפה הפיזית עצמה, אך מאידך גיסא אין נכללת בה פעילות של סיוע עקיף (ראו: פסקה 35 לפסק-דינו של הנשיא).

מסכימה אני לכך שהדילמות המתעוררות נוכח הפרשנות לרכיביו של סעיף 51(3) הנ"ל, מחייבות בדיקה פרטנית ממקרה למקרה. יש לזכור כי תכליתו של "הסיכול ממוקד" למנוע פגיעה בחיי אדם כחלק מחובתה של המדינה להגן על חייליה ועל אזרחיה. מאחר וסעיף 51(3) הינו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתרה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות. במסגרת הקפדה זו, יש לבחון את רמת המידע לשם סיווגו של "אזרח" כנוטל חלק ישיר בפעולות איבה. על המידע להיות מבוסס היטב, חזק ומשכנע באשר לסיכון הנשקף מהמחבל לחיי אדם - סיכון הכולל גם פעילות מתמשכת שאינה מצטמצמת לפעילות קונקרטית ספורדית או חד פעמית. אוסיף כי בנסיבות מתאימות, מידע על פעילותו של המחבל בעבר, עשוי לשמש לצורך בדיקת הסיכון הנשקף ממנו בעתיד. עוד אוסיף כי במסגרת הערכת הסיכון, יש להביא בחשבון את מידת הסתברותה של פעילות האיבה המסכנת חיי אדם. בעניין זה, אין די בחשש רחוק ויש צורך ברמת הסתברות משמעותית לקיומו של סיכון כזה. מקובלת עליו כמובן הקביעה כי יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית (בדיעבד) באשר לדיוק הזיהוי ולנסיבות הפגיעה. לכל אלה, יש להוסיף שניים: ראשית, אין לעשות שימוש "בסיכול הממוקד" כאשר ניתן לעצור מחבל הנוטל חלק ישיר במעשי איבה, ללא סיכון ממשי לחיי חיילים. ושנית, יש לקיים את עקרון המידתיות המקובל במשפט הבינלאומי המינהגי, ולפיו יש להימנע מפגיעה נלוות בלתי מידתית באזרחים תמימים. כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו עומד ביחס הולם לתועלת של הפעילות הצבאית (מבחן "המידתיות במובן הצר"), "הסיכול הממוקד" יהא בלתי מידתי. על עניין זה עמד בהרחבה גם חברי המישינה-לנשיאה ריבלין, ומסכימה אני גם עימו. בסופם של דברים, כאשר מבוצעת פעולת "סיכול ממוקד" בהתאם לסייגים הנדונים ובמסגרת דיני הסכסוך המזוין הבינלאומי לפי המשפט המינהגי ההומניטרי כפי שפורש על-ידינו, אין מדובר בנטילת חיי אדם באופן שרירותי, אלא באמצעי שנועד להצלת חיי אדם.

אשר על כן, אף אני סבורה כי במלחמתה הקשה של ישראל בטרור הפוקד אותה, אין לומר באופן גורף כי השימוש באמצעי של "סיכול ממוקד" כאחד האמצעים למלחמה בטרור הינו אסור, ולשלול מהמדינה אמצעי אשר לדעת המופקדים על הביטחון מהווה אמצעי חיוני להגנה על חיי תושביה. עם זאת, נוכח אופיו הקיצוני של אמצעי "הסיכול הממוקד", אין לעשות שימוש באמצעי האמור שלא בהתאם למגבלות ולסייגים שהותוו בפסק-דיננו, והכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, כ"ג בכסלו התשס"ז (14.12.2006).

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ה נ ש י א (בדימ')