



המכון הישראלי לדמוקרטיה

האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור?

על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה

מרדכי קרמניצר

מהבזורה אלוזכנת
הכולל 22-שיא 2004
ההריגה המונעת
(הסיכול הממוקד)

נייר
עמדה 60

ירושלים, כסלו תשס"ז, דצמבר 2006

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים. הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה, ובאמצעות פרסום מחקרו.

עורך ראשי: אורי דרומי
מנהלת ההוצאה לאור: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיוב
עריכת לשון: תמי אילון אורטל, ענת ברנשטיין
רכז הפקה: נדב שטכמן
הבאה לדפוס: אברהם שליון
עיצוב גרפי: רון הרן
סדר: ארט פלוס, ירושלים, תשס"ו
מהדורה שנייה מורחבת נדפסה בדפוס איילון, ירושלים, תשס"ז

מסת"ב 965-519-013-7 ISBN

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 1-800-20-2222, 02-5392888; פקס: 03-5488640
דואר אלקטרוני: orders@idi.org.il
כל ניירות העמדה נמצאים באתר האינטרנט וניתנים להורדה: www.idi.org.il

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2005
Second edition published 2006

הספר נכתב במסגרת הפרויקט "ביטחון לאומי ודמוקרטיה", בראשות דן מרידור ומרכז קרמניצר.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

5	פרק ראשון: מבוא והערות מקדימות
11	פרק שני: הריגה מונעת בעתות שלום ומלחמה – עקרונות כלליים
13	א. הריגה מונעת בעת שלום
16	ב. הריגה מונעת בעת מלחמה
16	1. האיסור המשפטי על הריגה מונעת
22	2. ההבחנה בין לוחמים לאזרחים
29	3. טעמי המצדיקים את ההריגה המונעת
30	4. טעמי המתנגדים להריגה מונעת
35	5. סיכום ביניים
37	פרק שלישי: פעולות מונעות והגנה עצמית נגד ארגוני טרור ופעיליהם
43	פרק רביעי: סיכום ומסקנות
47	נספח: הריגה מונעת בארצות הברית
51	מקורות
	רב-שיח: האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור?
	על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד)
59	של ישראל ביו"ש ובעזה
103	ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה
109	مختصر
i-v	Summary



1

מבוא והערות מקדימות

הריגה מונעת (או "סיכול ממוקד")¹ היא אמצעי המשמש את המטרה להביא לחיסולו של אדם מסוים: מנהיג פוליטי או צבאי, מפקד או פעיל בארגון מחבלים או אדם שנושא באחריות (לפי מידע מודיעיני) לפעולות טרור. לביטוי "סיכול ממוקד" קונוטציה חיובית והוא בא להחליף את המושג "התנקשות" ונועד להכשיר את השימוש באמצעי זה. כדי להימנע משימוש במילים שעלולות להכריע מראש, או להטות, את הדיון המוסרי-משפטי באמצעי זה לחיוב או לשלילה, בחרנו להשתמש בביטוי הניטרלי "הריגה מונעת". ההריגה המונעת מעוררת שאלות מוסריות ומשפטיות הנוגעות לזכויותיהם לחיים ולמשפט הוגן של הקרבנות שהשיטה גובה. במסגרת נייר עמדה זה נתמודד עם שאלת חוקיותה של ההריגה המונעת ומוסריותה, נצביע על התנאים המצומצמים שבהם ראוי להשתמש בה, ובסיכומם של דברים נדון באמצעים משפטיים חלופיים להתמודדותה של ישראל עם הטרור. הריגה מונעת היא, כאמור, הריגה מכוונת של פעיל בארגון מחבלים, במקרים רבים של פעיל הממלא תפקיד פיקודי או הנהגתי. ישראל נוקטת מדיניות זו בשטחים הכבושים מנובמבר 2000,² אך עוד קודם לכן הפעילה שיטה זו מחוץ לישראל.³ כיוון שמדובר באמצעי המופעל בזירה הבין-לאומית, יש לבחון את כשרותו לפי דיני המשפט הבין-לאומי.⁴ במסגרת זו יש להבחין בין הדינים החלים במצב מלחמה ובין הדינים החלים במצב שלום.

* תודה להילי מודריק אבן-חן על עזרתה במחקר.

- 1 את המונח טבע היועץ המשפטי לממשלה לשעבר אליקים רובינשטיין, שאמר בהופעתו בכינוס הפורום למשפט וחברה כי המינוח "חיסולים" גורם עוול לישראל ויש להשתמש בביטוי "סיכול ממוקד" (גדעון אלון, **הארץ**, 2.12.01). מתחילת האנטיפאדה ועד 16 במרס 2003 חוסלו בשיטה זו 123 פלסטינים (גדעון לוי, **הארץ**, 16.3.03).
- 2 לפי דוח המשותף ל"אל קאנון", הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה, ול"ועד הציבורי נגד עינויים בישראל" (להלן: "דוח אל קאנון"), סימן חיסולו של חוסיין עביאת ב-9 בנובמבר 2000 בבית לחם את תחילתה של מדיניות החיסולים הרשמית של ישראל.
- 3 ראו, לדוגמה, את חיסולם של רוצחי הספורטאים הישראלים באולימפיאדה במינכן (5 בספטמבר 1972) בידי אנשי המוסד, את חיסולו של שייח' עבאס מוסאווי בלבנון ב-16 בפברואר 1992 ואת ההתנקשות באבו-ג'יהאד בטוניס ב-16 באפריל 1988. עם זה יש לציין, שישראל לא הודתה באחריותה להתנקשות באבו-ג'יהאד.
- 4 פרופ' עמנואל גרוס סבור, כי הדין הבין-לאומי, ובעיקר אמנת ג'נבה מ-1949, אינם חלים על הסכסוך הישראלי-פלסטיני, וכי השימוש בדין זה הוא על דרך האנלוגיה

בטרם נפתח את הדיון, נקדים הערה לגבי השאלה מהי הגדרתו המשפטית של מצב הטרור, והאם יש להבחינו מן המלחמה. קיומו של מצב מלחמה נלמד מן התשובה לשאלה, מתי חלים דיני מלחמה. סעיף 2 המשותף לארבע אמנות גינבה (1949) מחיל את האמנות על כל מקרה של מלחמה מוכרזת או לא מוכרזת, סכסוך חמוש שפרץ בין הצדדים ומצבים של כיבוש. סעיף 3, המשותף גם הוא לארבע האמנות, מחיל במפורש את ההוראות הנוגעות לקבוצות מוגנות, כגון אזרחים ופצועים, גם על סכסוכים חמושים שאינם בין-לאומיים וקובע כי הצדדים ישתדלו להסכים על תחולת שאר ההוראות. Pictet מבהיר, כי המעורבים בסכסוכים שאינם בין-לאומיים הם, מצד אחד, ממשלה אפקטיבית, ומצד אחר, ארגון צבאי הסר למשמעתה של רשות האחראית למעשיו – רשות הפועלת ביחידה טריטוריאלית מוגדרת ויש לה יכולת לקיים בעצמה את חוקי האמנות (Pictet, 1960, 36). המונח המקובל לגבי סכסוכים כאלו הוא "עיוות מזוין" (armed conflict)⁵, כדי להבחיןם ממצב המלחמה הקלסי.⁶

עם זה, טענה רווחת היא, שטרור אינו מצב מלחמה קלסי וכי יש לו מאפיינים הן של לוחמה הן של שלום: מחד גיסא, מעשי טרור עלולים להתרחש בכל מקום שמתרחשת בו לוחמה מוכרזת או לא מוכרזת בין שני צדדים בזירה הבין-לאומית ונוסף על כך הטרור פועל פעמים רבות באמצעים של לחימה מזוינת ולכן אפשר להשוותו למלחמה. מאידך גיסא, ההגדרות המקובלות לטרור מלמדות גם על ההבדלים בין שני המצבים: לפי הגדרה

בלבד. זאת בשל העובדה שהרשות הפלסטינית אינה מדינה (ראו Gross, 2001, 199). אולם טענה זו אינה משתלבת עם דבריו באותו מאמר, כי המאבק בטרור הפלסטיני הוא למעשה מלחמה (Gross, 2001, 198). קו מחשבה זה, בצירוף העובדה שהעיוות עם הפלסטינים מתנהל בחלקו בתנאים שיוצרים מקבילה צבאית (שימוש בנשק כבד, תקיפת מתקנים המשמשים לפעילות צבאית, כגון בתי חרושת ליצירת חומרי חבלה וכדומה) מחייב את המסקנה כי דיני המלחמה, ובכללם אמנת גינבה, חלים על הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

5 וישנם המוסיפים אף: "שאינו עולה כדי מלחמה". ראו תגובת המשיבים בעתירה שהוגשה לבית המשפט העליון על ידי הוועד הציבורי נגד עינויים: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (ההליכים בתיק זה עדיין מתנהלים).

6 עם זה, הדינים החלים על עיוותים אלו הם דיני המלחמה ולפיכך אין משמעות מעשית לביטוי "עיוות מזוין", במובחן ממלחמה. על כן נוסף אנו להשתמש במונח "מלחמה" גם לגבי העיוות המזוין בין ישראל לפלסטינים. להגדרת מצב הלחימה בין ישראל לפלסטינים כעיוות מזוין ראו גם בג"ץ 2461/00 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תק-על (1)2001, 1600; בג"ץ 9252/00, 9515/00, 3484/00 אל סקא נ' מדינת ישראל תק-על (2)2001, 1678.

אחת, טרור הוא "השמדה או איום בהשמדתן של מטרות אזרחיות (היינו, לא צבאיות ולא פוליטיות) מתוך שימוש באמצעים פוליטיים ולוחמניים" (Coll, 1990, 298). נראה אפוא, כי הטרור נבדל ממלחמה בשני אופנים עיקריים: ראשית, הוא משתמש בשורה של אמצעים שאינם דווקא אמצעי לחימה מזוינת. ארגוני הטרור, הפועלים באמצעות לוחמים ונתמכים לעתים במדינות או בקהילות, משלבים פעמים רבות בין מהלכים פוליטיים ודיפלומטיים ובין פעולות מזוינות. שנית, בניגוד למלחמה, שבה הפגיעה במטרות אזרחיות היא תוצר לוואי, הטרור מכוון מראש נגד מטרות אזרחיות.⁷ בעיה נוספת, הנוגעת למעמדם של הטרוריסטים ולזיהוים כלוחמים נובעת מכך שפעמים רבות קשה להבחין מן האוכלוסייה האזרחית. מאחר שטרוריסטים אינם נושאים את נשקם בגלוי, וזהותם כלוחמים מתגלה רק כאשר הם מוציאים את תכניותיהם מן הכוח אל הפועל – עלול להיווצר מצב שהם יקבלו סטטוס של אזרחים מכוח סעיף 3 לאמנת גינבה, המקנה סטטוס של אזרח לכל מי שאינו מזוהה כלוחם.⁸

מן הטענה שטרור אינו זהה למלחמה עשויה להיגזר המסקנה, שדיני **המלחמה** אינם חלים על התמודדות בטרור, ובכלל זה על ההריגה המונעת. לטענה זו משמעות במיוחד לגבי המצב המשפטי השורר בישראל, שלא הצטרפה לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות גינבה (1977).⁹ הפרוטוקול ביקש להשוות את מעמדם של סכסוכים שאינם בעלי אופי בין-לאומי – במובן זה שאין הם מתרחשים בין שתי מדינות ריבוניות (וכאלו הם בדרך כלל מצבי הטרור) – למעמדם של סכסוכים בין-לאומיים ולהחיל עליהם את המשפט ההומניטרי.¹⁰

פרשנות הדין הבין-לאומי כיום מובילה למסקנה, שיש לראות את הטרור כמצב לוחמה שחלים עליו רוב הדינים ההומניטריים, גם כאשר מדובר

7 להרחבה בנושא "מהו טרור" ראו למשל, Rawls, 1990, 307; Kopel and Olson, 1996, 247; Gross, 2001, 91

8 ראו גם דבריו של Georg Nolte (להלן: Nolte) בהרצאה שניתנה בכנס באוניברסיטת ת"א ב-18-19 בדצמבר 2002 (להלן: "כנס אוניברסיטת תל אביב"): "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order", p. 9 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (7/12/1978), 1125 U.N.T.S 3 (Protocol 1) (להלן: "הפרוטוקול הראשון").

10 המונח "משפט ההומניטרי" מחליף כיום את המונח "דיני מלחמה". אנו נשתמש במונחים אלה לחלופין.

בסכסוך שאינו בין-לאומי; וזאת כאשר הסכסוך הוא ממושך וקשה, ומתנהל בין שני צדדים בעלי רמת ארגון צבאי גבוהה.¹¹ מסקנה זו נכונה בייחוד לגבי מאבקה הנוכחי של ישראל בטרור, שהרי פעולות הטרור שמדובר בהן ושבהתמודדות עמן מוציאה ישראל לפועל הריגות מונעות, אינן פעולות ספורדיות, אלא חלק ממצב לוחמה ממושך ומאורגן המתנהל מזה כארבע שנים ואשר במהלכו משתמשים שני הצדדים בכלי נשק רבי עצמה, כל אחד כפי יכולתו. לפיכך נראה, כי יש להתמודד עם השאלה מהי עמדתו של הדין הבין-לאומי בכלל, ודיני המלחמה בפרט, בעניין שימוש בהריגה מונעת? והאם עמדה זו עולה בקנה אחד עם ההתמודדות המודרנית נגד טרור? עם זה, ראוי לתת את הדעת על הבדל יסודי בין לוחמים ובין טרוריסטים. כאמור, הפגיעה במטרות אזרחיות בעת מלחמה היא בדרך כלל תוצר לוואי. לעומת זאת, הטרור מכוון מראש את פעולתו כנגד מטרות אזרחיות. במובן זה הטרור הוא מלחמה לא לגיטימית, מחולליו נחשבים לפושעי מלחמה והם עשויים לעמוד לדין על מעשיהם, אם וכאשר ייתפסו.

הערה מקדימה נוספת נוגעת לשאלה, האם דיני הכיבוש חלים על שטחי A של הרשות הפלסטינית? כידוע, במהלך השנים 1993-1995 נחתמו כמה הסכמים בין ישראל לאש"ף, נציג העם הפלסטיני, וביניהם הסכם עזה ויריחו, המחלק את השטחים הפלסטיניים לשלושה אזורים: A, B ו-C.¹² האזורים המצויים בשטחי A הפכו למעשה לעצמאיים במידה מכרעת, במובן זה שהסמכויות האדמיניסטרטיביות והביטחוניות שבהם הועברו לרשות הפלסטינית. לכאורה, אין להחיל אפוא את דיני הכיבוש על האזורים הללו. אולם המבחן המכריע שנקבע במשפט הבין-לאומי לעניין השאלה, האם שטח מסוים הוא שטח כבוש, הוא מבחן השליטה האפקטיבית,¹³ כלומר,

11 *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1, ICTY, App.C. (2 Oct. 1995), Para 70
 בפרשת ניקרגואה, שעניינה תקיפה שביצעה ארצות הברית בניקרגואה ב-1984 באמצעות הנחת מוקשים בנמליה ובתגובה לכך שניקרגואה סיפקה נשק למורדים באל-סלוודור, קבע בית הדין כי ארצות הברית התערבה במהלכו של סכסוך חמוש בניקרגואה שאינו בין-לאומי, ושחל עליו סעיף 3 המשותף לאמנות גינבה. ראו *Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.)* 1986, ICJ 4 (להלן: "פרשת ניקרגואה").

12 **הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני (להלן: "אש"ף"), הנציג של העם הפלסטיני**, מ-28 בספטמבר 1995, כ"א 32, מס' 1067, עמ' 1.

13 *Hague Convention No. IV Respecting the Laws and Customs of War on Land and Annex Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land*, Oct. 18 1907, 36 Stat. 2277 T.S. No. 539 (להלן: "אמנת האג" ו"יתקנות האג", בהתאמה).

בידי מי הכוח לבצע את החובות המוטלות על הכובש לפי דיני הכיבוש של המשפט הבין-לאומי (בן-נפתלי ומיכאלי, 2003, 66). לדעתנו, התשובה אינה חד משמעית, כיוון שישנם גם טעמים לקביעה שמדובר בשטח כבוש: ראשית, מתחילת אנתיפאדת אל-אקצה נכנס צה"ל פעמים רבות לתוך אותם שטחים, ביצע שם פעולות צבאיות שונות והוא ממשיך לכתר אותם. ועוד זאת, העובדה שישראל שמרה לעצמה סמכויות שלטוניות מסוימות לגבי שטחים אלה – כגון שליטה מוחלטת על ענייני החוץ והביטחון וכמו כן שליטה על מעבר אוכלוסין וטובין אל שטחי האוטונומיה ומחוצה להם – מצביעה אף היא על כך שמדובר בשטח כבוש.¹⁴ לפיכך, גם על שטחי A עשויים לחול דיני הכיבוש לפי הוראות אמנות האג וגינבה, בהתאם למצב האקטואלי.¹⁵

14 ראו דוח אל קאנון (לעיל הערה 2), עמ' 84.

15 לנוכח הדברים האמורים לעיל, קל וחומר שדיני הכיבוש חלים על שטחי B, שהשליטה הביטחונית בהם היא בידי ישראל מכוח הסכמי עזה ויריחו; ועל שטחי C, שלרשות הפלסטינית אין בהם כל שליטה. ישראל אינה מתנגדת לעמדה זו, וצה"ל כמעט שאינו מבצע סיכולים ממוקדים בגדה המערבית.



2

הריגה מונעת בעתות שלום ומלחמה – עקרונות כלליים

המשפט הבין-לאומי מבחין בין הריגה מונעת בעת שלום ובין הריגה מונעת בעת מלחמה, במובן שדיני המלחמה חלים על מצב אחד ואינם חלים על מצב אחר. עם זה, עקרונותיו של משפט זכויות האדם הבין-לאומי חלים על שני המצבים. העקרונות, הקבועים באמנות בין-לאומיות, מגדירים את הזכויות הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם. ועדות בין-לאומיות לזכויות אדם, הבוחנות טענות על הפרת זכויות, בתי המשפט הבין-לאומיים והמקומיים של המדינות החברות באמנות אמונים על אכיפת הזכויות הללו.¹⁶ בין זכויות האדם המוגנות נמנות הזכות לחיים והזכות למשפט הוגן. הזכות לחיים נחשבת במשפט הבין-לאומי לזכות כמעט מוחלטת, שזכתה למעמד של *jus cogens*, היינו, לנורמה נחרצת, שאף מדינה אינה רשאית לחרוג ממנה, גם אם אינה חתומה על האמנות הכוללות אותה.¹⁷ אמנות לזכויות אדם והוועדה לזכויות האדם של האו"ם קבעו, כי אין לשלול זכות זו באופן שרירותי וכי יש להגביל בחקיקה את הנסיבות שבהן יוכלו השלטונות להפקיע מאדם כלשהו את זכותו לחיים.¹⁸ סעיף 14(1) של האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות קובע כי הוצאות להורג בלא משפט אסורות, אפילו בעתות חירום או סכסוך מזוין.¹⁹ בין הדוגמאות לשלילה שרירותית של הזכות לחיים שהובאו בדוח הוועדה לזכויות האדם בעניין הוצאות להורג מיידיות – שרירותיות או בלא הליך משפטי – הופיע חיסול ממוקד של פרטים שאינם נתונים במעצר ממשלתי.²⁰

זכות אדם נוספת המוגנת על ידי המשפט הבין-לאומי היא הזכות למשפט

16 להרחבה בנושא זה ראו **דוח אל-קאנון (לעיל הערה 2)**, עמ' 68-81.

17 **שם**, עמ' 69.

18 ראו סעיף 16(1) **לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות**, 16 בדצמבר 1996, כ"א 31, עמ' 269 (להלן: "האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות"), שישראל אשררה ב-1991; וכמו כן ההערה של ועדת זכויות האדם של האו"ם לסעיף זה: General Comment 3(16)

19 יש לשים לב שהסעיף לא קיבל משמעות בחקיקה הישראלית הפנימית במובן זה, שהחוק הישראלי אינו מסדיר את השימוש בכוח מסכן חיים ואינו קובע מתי מותר או אסור לנקוט כוח כזה.

20 E/CN.4/1983/16 paras.74-75

הוגן. הזכות קבועה בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם²¹, וכמו כן בסעיף 14 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע סטנדרטים מינימליים להליך הוגן. בין השאר קובע הסעיף את חזקת החפות, היינו, כי כל אדם מוחזק כחף מפשע עד שהוכחה אשמתו בבית משפט, וכמו כן את זכותו של כל נאשם לדעת את מהותה של עילת האישום נגדו ולהתגונן בפניה באופן אישי (אף אם ייעזר בעורך דין).²² אמנת גינבה הרביעית קובעת כי בשום מקרה אין למנוע מאדם את זכותו למשפט הוגן, אף אם מדובר בשעת חירום.²³ ברור שהריגה מונעת שוללת את הזכות למשפט הוגן, שהרי היא מונעת מן החשודים את ההזדמנות להפריך את החשדות נגדם, ולמעשה אינה אלא הוצאה לפועל של גזר דין מוות בלא שנוהל משפט. יחד עם זאת יש לזכור, כי הדילמה העומדת ביסודה של ההחלטה להוציא אל הפועל הריגה מונעת, נוגעת בין השאר בשאלה, האם קיימת אפשרות מעשית להודיע מראש על היעדים ולאפשר להם להתייצב לשיפוט? הדילמה מעלה גם את שאלת זכותה של המדינה לנקוט להם הגנה עצמית שתכליתה הדיפה של תקיפה לא חוקית, ולא ענישה על מעשה עבירה.

לזכות למשפט הוגן חשיבות ומשמעות מיוחדת נוכח הטענה המקובלת, שאחת ההצדקות לסיכול הממוקד נעוצה בכך שהטרוריסטים אינם מקיימים את דיני המלחמה ופועלים בשיטות לא חוקיות, בין השאר נגד אזרחים ולא נגד חיילים. הדברים נאמרים גם כנגד חלק מן הטרוריסטים הפלסטינים. אף שהמוטיבציה לפעולתם היא מלחמת שחרור כנגד כיבוש, להבדיל ממוטיבציה להשמיד את ישראל – מטרה שעשויה להיות צודקת ואף היא חלק מהאינטרסים המוגנים על ידי המשפט הבין-לאומי²⁴ – הרי שהאמצעים הפסולים שהם נוקטים מעיבים על הצדק שבמטרתם (Gross, forthcoming). עם זה ראוי לזכור שגם לאותם טרוריסטים, שיש המציעים להתייחס

21 התקבלה על ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-10 בדצמבר 1948.

22 סעיף 4 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (לעיל הערה 18), מאפשר לסגת ממנה בתנאים של "מצב חירום המאיים על שלום האומה". ישראל משתמשת תכופות בהרשאה זו ונסוגה מן החובות הקבועות בסעיפים 9 ו-14 לעניין מעצרים מנהליים.

23 ראו למשל אמנת גינבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (כ"א 1, עמ' 559) (להלן: "אמנת גינבה הרביעית", סעיף 5).

24 ראו סעיף 1 לפרוטוקול הראשון (לעיל הערה 9), המחיל את הפרוטוקול על מצבים שבהם עמים לוחמים את מלחמתם כנגד כיבוש זר לצורך מימוש זכותם להגדרה עצמית; וכמו כן סעיף 2 המשותף לארבע אמנות גינבה (1949), אשר מחיל את הוראותיהן של האמנות על מצבים של כיבוש. ברור, כי דברים אלה אינם חלים על הטרוריסטים המבקשים להרוס את מדינת ישראל.

אליהם כאל פושעים ותו לא (שם, 10),²⁵ ישנן זכויות יסוד, ואחת העיקריות שבהן היא הזכות למשפט הוגן.

א. הריגה מונעת בעת שלום

האיסורים הספציפיים על הריגה מונעת מצויים, כאמור, באמנות הקובעות את דיני המלחמה ובאמנות שעניינן הריגה מונעת בעת שלום. ההריגה המונעת בעת שלום נאסרה בשתי אמנות – האחת בין-לאומית והשנייה אזורית. האמנה הבין-לאומית היא אמנת ניו יורק בדבר מניעת פשעים המבוצעים כנגד אנשים הזכאים להגנה בין-לאומית וענישה עליהם²⁶ (להלן: אמנת ניו יורק). האמנה האזורית היא אמנת האיחוד האפריקני, The Charter of the Organization of African Unity (OAU).²⁷ מטרת האמנות היא לספק הגנה דיפלומטית למנהיגי מדינות, לשרי חוץ ולנציגי מדינות. יתר על כן, בחלק מן האמנות הבין-לאומיות מוגדרת הריגה מונעת של הזכאים להגנה בין-לאומית כ"פשע טרור". כך, לדוגמה, סעיף 2(a) לאמנת ניו יורק קובע כי רציחתו, חטיפתו או תקיפתו בדרך אחרת של אדם הזכאי להגנה בין-לאומית היא עבירה פלילית. גם האמנה האירופית לדיכוי הטרור קובעת כעבירה פלילית כל תקיפה המבוצעת נגד חייו, שלמות גופו או חירותו של אדם הזכאי להגנה בין-לאומית.²⁷ התייחסות נוספת להתנקשות בעת שלום מצויה באמנות הסגרה בין-לאומיות שונות, הקובעות כי רצח הוא פשע בר-הסגרה, כוללות את ההתנקשות בגדר עבירה זו ולפיכך הופכות אותה למעשה בר-הסגרה (Schmitt, 1992, 621, ft 56).

יתרה מזו, הריגה מונעת בעת שלום, הנעשית בשטחה של מדינה אחרת, עשויה להיחשב כעבירת תוקפנות (aggression) (Beres, 1991, 233).

25 ראו גם את טענתו של פרופ' עמנואל גרוס, כי הטרוריסטים הפלסטינים אינם זכאים למעמד של לוחמי חופש המוקנה ללוחמי גרילה בפרוטוקול הראשון (Gross, 2001, 202-203).

26 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents, Dec. 14, 1973, 28 U.S.T 1975, 1035 U.N.T.S 167

27 Article 1 of the European Convention on the Suppression of Terrorism, opened for signature Jan. 27, 1977, Europ. T.S. No. 90, 15 I.L.M. 1272 (entered into force Aug. 4, 1978)

סעיף 1 להחלטת העצרת הכללית של האו"ם בדבר הגדרת תוקפנות²⁸ קובע, כי תוקפנות היא בין השאר שימוש בכוח חמוש בידי מדינה אחת כנגד ריבונותה, שלמותה הטריטוריאלית ועצמאותה המדינית של מדינה אחרת או פגיעה בכל אלו בדרך אחרת. ההריגה המונעת עשויה אפוא לעלות בגדרו של פשע התוקפנות.²⁹

בעת שלום, שימוש בכוח קטלני (כוח מסכן חיים) כנגד אדם על ידי גורם אוכף-חוק בא בחשבון רק באחד משני המצבים הבאים:³⁰

1. הפגיעה הקטלנית (פגיעה מסכנת חיים) היא אמצעי הכרחי (אין אמצעי אפשרי חמור פחות) במובן החמור של המונח "הכרחיות", כלומר, הפגיעה נעשית לצורך הדיפת תקיפה לא חוקית המסכנת באופן מיידי וממשי חיי אדם, גופו או חירותו (הגנה מפני תקיפה לא חוקית).
2. הפגיעה הקטלנית היא אמצעי הכרחי במובן החמור של המילה, לביצוע מעצר או למניעת בריחתו של אסיר מן הכלא או לסיכול יכולתו להתנגד למעצר, אם בריחתו מסכנת את חייהם ושלמות גופם של אחרים ואין אפשרות אחרת למניעת הסכנה (מניעת סכנה במסגרת אכיפת חוק).

יש לשים לב, שהשימוש בכוח קטלני מותר רק לצורך מניעת סכנה קונקרטי לחיים או לגוף ואינו יכול להתבסס על עצם חומרת העבירה שהאדם עשה בעבר או שהוא חשוד בעשייתה (למשל, בעניינו של אסיר או עציר המבקש להימלט ממעצר או מאסר). לפיכך, אין להפעיל כוח קטלני על אישה החשודה בהריגת בעל מתעלל או גבר שאנס אותה והנמלטת ממעצר, משום שאין נשקפת ממנה סכנה. הזכות לחיים של המתנגד או הנמלטת גוברת על אינטרס אכיפת החוק, והדבר צריך לבוא לידי ביטוי מפורש ומפורט בחקיקה ראשית.³¹

28 החלטה 3314 על הגדרת תוקפנות – G.A. Res. 3314, U.N. GAOR 24th Sess. – Supp. No. 31 at 142, U.N. Doc. A/ 9631 (1975) (להלן: "ההחלטה בדבר הגדרת תוקפנות").

29 ראו גם סעיף 2, שם, הקובע כי השימוש הראשוני בכוח של מדינה אחת כלפי אחרת בניגוד למגילת האו"ם, ייחשב בדרך כלל כראיה לביצוע פשע של תוקפנות (נהוג לכנות זאת "כלל הירייה הראשונה").

30 Frowein/Peukert EMRK- Kommentar, Art. 2 Rz V2,4
 31 השו"ע עם סעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), תשכ"ט-1969, המאפשר לנקוט כל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו.

- יש דמיון מהותי בין שימוש בכוח קטלני על ידי גורם אוכף-חוק ובין ההגנה העצמית הפרטית, אולם ראוי להצביע גם על ההבדלים ביניהם:³²
1. אין להתיר שימוש בכוח קטלני כדי להגן על רכוש בלבד (התגוננות מפני שוד או התפרצות **איננה** הגנה על רכוש בלבד);
 2. אפשר להטיל מגבלות חמורות יותר על גורמי אכיפת-חוק, וזאת בהיותם מיומנים ומאומנים לקראת שימוש בנשק ולקראת מטרה זו;
 3. יש להקדים אזהרות שונות לשימוש בכוח קטלני;
 4. יש להתכוון לפעולה – לבדוק ביסודיות את המידע העומד בבסיסה, להתאמן, להנחות את הכוחות במגמה לנטרל נטיות שליליות, לפרס אותם כראוי ולנקוט פעולות המיועדות להפחית ולמנוע סיכונים מיותרים (למשל, פגיעה באזרחים חפים מפשע);
 5. לאחר האירוע יש לקיים בדיקה עצמאית, רצוי משפטית, של האירוע.

השימוש באמצעי של פגיעה קטלנית חייב להישקל רק כאמצעי אחרון, במובן חמור יותר מזה הנדרש בהגנה עצמית (בין השאר, משום שהפעולה נעשית על ידי מקצוענים מיומנים). מנגד, אפשר לטעון כי חובת הנסיגה צריכה להיות חמורה פחות מזו הנדרשת בהגנה עצמית, משום שמדובר בנסיגה של הממונים על אכיפת החוק – נסיגה הנושאת עמה משמעויות לא רצויות (למשל, פגיעה בכוח ההרתעה של רשויות האכיפה). עם זה, אין להפחית בחשיבותם של איפוק ומתינות מצדן של רשויות אכיפת החוק, אשר יעוררו, בסופו של דבר, כבוד רב יותר לשלטון החוק. ככלל, מטרת השימוש בנשק קטלני היא למנוע מאדם יכולת לתקוף או להימלט, ולא להורגו. ישנם מקרים חריגים וקיצוניים, שבהם אין לשלול את האמצעי של ירי כדי להרוג באופן קטגורי ואפשר להתירו בתנאים החמורים הבאים: הסכנה לחיי אדם או לפגיעה חמורה בשלמות גופו היא מיידית, ברורה וכמעט ודאית; אין אמצעי סביר אחר אשר יכול למנוע את הסכנה (למשל, להצלת חטוף או בן-ערובה המצוי בסכנת חיים). בתנאים אלה דומה, שאין מקום גם להבחין בין פעולתו של איש רשויות החוק אשר לא התכוון לגרום פגיעה קטלנית ובין פעולה שנעשתה בכוונה להמית. המקרים שתוארו לעיל הם **היחידים** שבהם בא בחשבון שימוש בכוח קטלני, במקום שלרשויות המדינה ישנה שליטה אפקטיבית (בגבולות המדינה או בשטחים כבושים). שאלה קשה מתעוררת בנוגע לשטחים הנתונים בשליטה חלקית (שאפקטיביות השליטה בהם אינה

McCann v. United Kingdom, ECHR Ser. A No. 324, 1995 32

מלאה). גם בהם יש להעדיף בבירור אמצעים של אכיפת חוק, ובלבד שההיזקקות לאמצעים כאלה אינה כרוכה בסיכון לא סביר לחיי אדם.

ב. הריגה מונעת בעת מלחמה

1. האיסור המשפטי על הריגה מונעת

האיסור על הריגה מונעת בעת מלחמה נגזר ממספר רב של מקורות במשפט הבין-לאומי, המשקפים את כללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי. מלבד ההיבטים המשפטיים מעורבים בטעמים נגד הריגה מונעת גם היבטים מוסריים, תועלתניים ופוליטיים. בפרק זה נסקור את טיבו של האיסור המשפטי על ביצוע הריגה מונעת.

האיסור על הריגה מונעת בעת שלום חל על עצם פעולת ההרג, אולם איסור אפשרי על הריגה מונעת בעת מלחמה אינו מערער על הצורך להרוג את חיילי האויב. הבעייתיות בהריגה מונעת בעת מלחמה נוגעת לאפשרות שהריגה כזו תיחשב "בוגדנית". עקרון האבירות קובע, כי אין להשתמש באמצעים "בוגדניים" (treacherous) ורמאיים לצורך ביצוע פעולות צבאיות (Wingfield, 1999, 309). מדובר באיסור מוחלט על שימוש באמצעים כאלה (למשל, התנקשות בעת משא ומתן או התנקשות במי שנמצא בדרכו למשא ומתן), אשר פותח במשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי³³ ואומץ גם באמנת בית הדין הבין-לאומי הפלילי.³⁴ כבר בראשית המשפט הבין-לאומי במאה השבע עשרה, המגמה הרווחת בין המלומדים הייתה לאסור על ההתנקשות, שפורשה כהתנהגות בוגדנית, כלומר, כהפרת האמון או כללי המשחק הבסיסיים שבין התוקף לנתקף בעת מלחמה (Zengel, 1991, 128).³⁵

33 Prof. Abraham D. Sofaer חולק על טענה זו. לדבריו, האיסור הוטל רק על התנקשויות שמטרתן פוליטית, ואילו התנקשויות בקציני צבא במסגרת לוחמה מותרות (Sofaer, 1989, 120)

34 Rome Statute of the International Criminal Court UN Doc.A/CONF/ 183/9, article 8(b)(xi)

35 עם זה, היו מי שסברו כי יש להתיר התנקשות בתנאים מסוימים. Emer de Vattel סבר, כי יש להבחין בין התנקשות כפעולה אסורה ובין "פעולות מפתיעות", כלומר, תקיפה באמצעות התגנבות אל מחנה האויב, שהן מותרות (Zengel, 1991, 126). Hugo Grotius ביקש לאסור על פעולות בוגדניות המבוצעות כנגד אויב ריבון, אך להתיר פעולות כאלו כנגד אויבים אחרים, כגון שודדים או פירטים, בשל השנאה שבני כל האומות חשים כלפי האחרונים (Grotius, 1925, 633)

אין הכוונה לכך, שכל תקיפה של מנהיגי האויב במטרה להורגם הייתה אסורה; ההפך הוא הנכון. בין המלומדים Grotius, Gentili ו- de Vattel היה קונסנזוס על כך, שתקיפת מנהיגו של האויב כחלק מהתקפה כוללת על מחנה האויב מותרת.³⁶ עם זה, וכפי הנראה מתוך תפיסה של ראליזם משפטי המכיר בהשפעת יחסי הכוח על המשפט, המלומדים שאפו להגביל את האמצעים העשויים לשמש לתקיפה שכזו. השיקולים שהנחו אותם היו, מחד גיסא, הרצון להקפיד על קיומו של "מוסר לחימה", ומאידך גיסא, הניסיון להגן על מלכים ומפקדים בכירים, ששימשו בדרך כלל מטרות מועדפות לניסיונות ההתנקשות (Zengel, 1991, 130).

חקיקה מעשית של האיסור על התנקשות החלה בדיני מלחמה של המאה התשע עשרה. בעת מלחמת האזרחים בארצות הברית ניסח פרופ' פרנסיס ליבר (Lieber) קוד לוחמה, אשר פורסם רשמית על ידי הנשיא לינקולן ב-1863 ונקרא General Order 100. הקוד כלל איסור מפורש על התנקשות, אך לא הגדיר מפורשות את המעשה:

The law of war does not allow proclaiming either an individual belonging to the hostile army or a citizen... an outlaw, who may be slain without trial *by any captor* [emphasis added]... on the contrary, it abhors such outrage. The sternest retaliation should follow the murder committed in consequence of such proclamation, made by whatever authority.

יש לציין, כי האיסור על התנקשות העולה מן הקוד של ליבר אינו ברור לגמרי. אם הכוונה היא לאסור על הריגתו של שבוי מלחמה או אזרח לאחר שנתפס (by any captor), הרי שאז יש לכך הצדקה מלאה, אך מצד אחר, אין זה רלוונטי לענייננו. לעומת זאת, אם מדובר באיסור על הריגתו של חייל אויב מסוים, המצוי למשל במחנה האויב, לא לגמרי ברור הטעם לאיסור כזה.

הקוד של ליבר השפיע על ניסיונות החקיקה הבין-לאומית של דיני המלחמה. ב-1874 נפגשו בבריסל נציגיהם של כמה מדינות אירופיות, ובראשן רוסיה, כדי לנסח אמנת חוקי מלחמה. אמנם, האמנה לא אושררה מעולם,

36 Grotius (1925, 633), למשל, סבר כי אחד מביטויי הריבונות הוא זכותה של מדינה לפתוח במלחמה.

אך הצהרת בריסל, אשר כללה איסור על "רצח יחידים באמצעים בוגדניים" – murder by treachery of individuals belonging to the hostile [nation] – (or army), הייתה חוליה מקשרת וחשובה בין הגדרותיהם של המלומדים הראשונים ובין האיסורים הנוכחיים על התנקשות במסגרת דיני המלחמה המודרניים (Schmitt, 1991, 629).

הצהרת בריסל משתקפת בסעיף 23(b) לתקנות האג,³⁷ אשר הטיל איסור על הריגה או פציעה של יחידים המשייכים לאויב או לצבאו באמצעות שימוש באמצעים בוגדניים. המרכיב המהותי של הבוגדנות פורש כהתנהגות רמאית שבאמצעותה עלה בידי המתנקש להגשים את מזימתו (Zengel, 1991, 131), למשל, בעת שאותו יחיד הוזמן לשוחח או להיפגש עם נציג של הצד שכנגד. משמעות הדבר היא הסטת הדגש מבגידה ביחסי אמון כלשהם השוררים בין הצדדים לרמאות כשלעצמה, גם כשהצד התוקף אינו חב בחובת אמון כלשהי. עם זה יש לזכור, כי דיני המלחמה אינם אוסרים על תכסיסים ותחבולות מלחמה המאפשרים לחלש לצמצם את הפער בינו ובין החזק,³⁸ ובלבד שנשמרים דיני המשפט ההומניטרי.³⁹ מכאן, שעצם הירי על לוחם מרכב או ממסוק אין פירושו שימוש באמצעי בוגדני לפי תקנות האג, משום שמדובר בשימוש בגורם ההפתעה ובתכסיס מלחמתי שהתפתח במקביל להתקדמות הטכנולוגית של אמצעי הלחימה.⁴⁰ אפשר אולי לטעון, כי שימוש באמצעי שאין לצד האחר תשובה כלפיו, ולמעשה אין לו סיכוי מול אויבו, מעורר תחושת אי-הגינות ואף נוגד את עקרון האבירות. אולם ספק רב אם אפשר למתוח כדי כך את עקרון האבירות ולהסיק ממנו איסור על היזקקות ל"אמצעי מנצח".

37 לעיל הערה 13.

38 ישנם הטוענים כי תכסיסים אף מועילים יותר לצד החלש, והתרתם תאפשר יצירת תנאי התמודדות שווים לצדדים (Swinarsky, Zimmerman and Sandoz 1987, 440).
39 שימו לב לסעיף 37 לפרוטוקול הראשון (לעיל הערה 9), הקובע מהן תחבולות אסורות שהן מעילה באמון, כגון שימוש במדים וברכב של כוחות ניטרליים והנפת דגל לבן כתחבולה.

40 עם זה, ישנם אמצעים ותחבולות טכנולוגיות חדשניים האסורים לפי המשפט הבין-לאומי. כאלו הם סוגי נשק שונים שנועדו לגרום סבל מיותר ונאסרו בתקנות האג (1907) (לעיל הערה 13), וכאלו הם גם חפצים ממולכדים לפי Protocol Additional to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be Deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects and relating to the Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II)

אף על פי כן ישנם הכוללים בין האמצעים הבוגדניים האסורים, כאמור לעיל, את ההתנקשות (Greenspan, 1959, 317).⁴¹ ייתכן שהרציונל של תפיסה זו נעוץ בבסיס המוסרי של דיני המלחמה. המלחמה נתפסת כא-פרסונלית, כיוון שהיא נעשית בין חיילים אנונימיים, שאין ביניהם כל יריבות אישית. החיילים משני עברי הקו נתפסים כנציגים של צבאותיהם ומדינותיהם, והם הורגים ונהרגים אך ורק בשל כך. כל עוד אין הם מבצעים פשעים, אין להם אחריות משפטית למעשיהם. הורדת המסך מעל פניהם של החיילים וסימונו ובחירתו של חייל מסוים כבן מוות משנה את התשתית המושגית והמוסרית של דיני המלחמה. היא מחייבת להצדיק את הבידוד (singling out) של אותו יחיד והיא עלולה להטות את ההצדקה להרג במלחמה מהצדקה כללית להצדקה המבוססת על דיני ההגנה העצמית האינדיבידואלית (Gross, 2003, 8). יש לזכור, כי אחת מן ההצדקות להריגת כל חייל המשתייך לצבא האויב מבלי לייחס חשיבות לתפקיד שהוא ממלא, נעוצה בתפיסת האויב כמכונת מלחמה שאין לקבוע איזה מחלקיה חיוני יותר או חיוני פחות. על כן אין חשיבות להבחנה בין החייל במשרד לחייל בשדה הקרב, ושניהם מטרות לגיטימיות. פרסונליזציה ואינדיבידואליזציה של מטרות המלחמה עלולות למוטט את התפיסה המקובלת של מלחמה ואת ההצדקה להרוג במסגרת תפיסה זו. עם זה, תפיסת ההתנקשות כשלעצמה כבוגדנית היא עמדת מיעוט, שאיננה מבטאת את ההשקפה הרווחת. לפי ההשקפה הרווחת, אין ההתנקשות כשלעצמה אמצעי בוגדני אסור.

העובדה שעצם ההתנקשות אינה אסורה בתור שכזו אינה הופכת בהכרח כל התנקשות לחוקית מבחינת כללי המשפט הבין-לאומי. עליה לעמוד גם בעקרונות הצורך הצבאי ומניעתו של סבל לא הכרחי. על פי עקרון הצורך הצבאי, אין להתנקש באדם אם הריגתו אינה הכרחית להשגת המטרה הצבאית: קרי, כניעת האויב. עקרון המידתיות קובע, כי יש לאזן בין התוצאות שבהריגת אדם מסוים ובין תוצאות ההימנעות מכך. אם מיישמים את העיקרון על השאלה אם להתנקש במנהיג צבאי, יש לברר מהו האיזון בין תוצאות הריגתו ובין תוצאות אי-הריגתו. למשל, האם הריגתו תסיים את העימות או לפחות תחליש את הארגון שבראשו הוא עומד ובכך תמנע הריגתם

41 אמצעים אסורים נוספים הם שימוש בשכירי חרב, הטלת פרס על ראשו של האויב, החרמתו או הוצאתו אל מחוץ לחוק והעמדת פני פצוע, מת או חולה כתכסיס המשמש לתקיפה. מרכיב אחרון זה אף אומץ אל סעיף 37 של הפרוטוקול הראשון (לעיל הערה 9), הקובע מהי מעילה באמון.

של נוספים? האם הריגתו תפתח מעגל של מעשי תגמול ונקמה? המצבים הקיצוניים הם שניים: אם התשובה לשאלה שהצגנו חיובית, הרי שמדובר באמצעי ראוי, המגשים גם את עקרון המידתיות גם את עקרון הצורך הצבאי. יתר על כן, אפשר אף שזהו אמצעי מתחייב, דווקא משום שהוא כרוך במניעת קיפוחם של חיי אדם של רבים. שיקול זה גובר על שיקולים אחרים, לרבות עקרון האבירות. מנגד, אם אפשר לצפות שההריגה תביא להסלמה, הרי שאף לא אחד מן העקרונות יוגשם, ומכאן שאין להשתמש באמצעי זה. באופן כללי יש לומר כי כאשר מדובר בארגון צבאי גדול, שלמלחמתו אופי לאומי-פופולרי (להבדיל, למשל, מארגון קיקיוני), רב מאוד הסיכוי כי מקומו של ההרוג ייתפס על ידי אחר בלי שתיגרם לארגון פגיעה של ממש וארוכת טווח. שיקול זה חל ביתר שאת כאשר מדובר בממלא תפקיד פיקודי זוטר או בינוני. ועוד זאת, הסיכון שפגיעה במנהיג צבאי תגרור פעולות תגמול ונקמה הוא סביר ביותר. בהערכת אפשרות זו יש להביא בחשבון הן תגובות של המעגל הקרוב להרוג (קרובי משפחה ואוהבים) הן תגובות ארגוניות ועממיות. ככל שמעמדו של ההרוג בכיר יותר, יש לצפות לתגובות קשות יותר ברמה הארגונית-עממית.

ההריגה המונעת עלולה להתנגש גם במניעה של סבל לא הכרחי. עקרון יסוד זה, אשר נזכר לראשונה בהצהרת סנט פטרסבורג (1868),⁴² קובע את האיסור על שימוש בנשק שמטרתו לגרום סבל לא הכרחי. מכאן, שאין להתיר הריגה מונעת המכוונת להרג אנשים במקום שאפשר לנקוט אמצעים חמורים פחות, אשר עולים בקנה אחד עם הצורך הצבאי, כגון מעצר, שבי או פגיעה באמצעי לחימה במקום בלוחמים.⁴³ עם זה, אם פגיעה באדם או באנשים מסוימים בקרב האויב עשויה לקדם או להחיש את הכניעתו, אפשר לראות בהריגה מונעת אמצעי שיש בו כדי להביא לחיסכון בחיי אדם, ושיקול זה מאפיל על עקרון האבירות.

42 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Signed at St. Petersburg, 29 November/11 December 1868, reprinted in Schindler and Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (Sijthoff & Noordhoff, 1981), 95

43 אמנם, גישה זו אינה משקפת את הוראות הדין הפוזיטיבי, אך היא עולה בקנה אחד עם המגמה לקשור בין המשפט ההומניטרי למשפט זכויות האדם ולהחיל על הראשון נורמות הקבועות באחרון.

טיעון אחר נגד ההריגה המונעת הוא הנזק הסביבתי הנגרם לחפים מפשע שהיו בקרבתו של האדם המבוקש. נזק זה עלול להפר את הדרישה למידתיות באשר לפגיעה באזרחים, שהיא אחד מעקרונות היסוד שלפיהם מתנהלת המלחמה. דרישת המידתיות קובעת, כי אין לנקוט אמצעים מסוימים אם **קיימת הערכה** שעלולה להתלוות לאמצעים אלו פגיעה במטרות לא לגיטימיות, ואם פגיעה זו מוגזמת לגבי היתרון הצבאי הכללי שעמד ביסודה של הפעולה.⁴⁴ ההריגה המונעת גורמת, כמעט תמיד, לפגיעה באזרחים חפים מפשע המצויים בקרבתו של האדם החשוד בפעילות טרור או בפעילות צבאית אחרת, משום שקשה לאתר מצבים שבהם ימצא האדם בשטח סטרילי, מבודד לחלוטין מאוכלוסייה אזרחית. בעיה זו חשובה במיוחד נוכח העובדה, שפעיליהם של ארגוני הטרור פועלים בדרך כלל מתוך אוכלוסייה אזרחית ואינם מצויים בבסיסים צבאיים, בשטחי אימונים או במפקדות, האופייניים לצבא סדיר.⁴⁵ יש לשים לב, שהמידתיות נקבעת על פי הנזק שאפשר להעריך באורח סביר עובר למעשה, ולא על פי הנזק שנגרם בפועל, משום שגורמים שאין לצפותם מראש עלולים להשפיע על עצמתו של הנזק הנגרם בפועל. אין זה הוגן ואין זה סביר לצפות ממקבלי ההחלטות לגלות כושר נבואי. קשה להעריך את מידתיות הנזק הסביבתי גם נוכח הבעייתיות שבקביעת הקריטריונים הרלוונטיים וביישומם. האם יש לשקלל גם את מידת הפגיעה שעלולה להיגרם לחיילים הישראליים ולאוכלוסייה

44 גרימת נזק מוגזם, כאמור, נקבעה כפשע מלחמה באמנת בית הדין הבין-לאומי הפלילי. ראו Rome Statute of the International Criminal Court (**לעיל** הערה 34). דוגמה לפעולה, שלכאורה נראית ככזו שאינה עומדת בתנאי עקרון המידתיות, היא הטלת הפצצה במשקל טון לצורך ההתנקשות בסלאח שחאדה ב-23 ביולי 2002. פצצה זו גרמה למותם של 15 אזרחים פלסטינים, בהם 11 ילדים (לילי גלילי, **הארץ**, 30.9.03, "סופרים עותרים: לחקור ההתנקשות בשחאדה ילפני פנייה לבתי דין בינ"ל"). האופן שבו יושמו לקחי הפעולה בעת ניסיון ההתנקשות בבכירי החמאס ב-6 בספטמבר 2003 מלמד על כך, שאמנם היה מדובר בנזק סביבתי לא מידתי. בעת ניסיון ההתנקשות בבכירי החמאס הוטלה פצצה במשקל רבע טון בלבד על הבית ששהו בו הפעילים. קצין בכיר אמר, כי כישלון ההתנקשות נצפה וכי הנזק הסביבתי שנגרם בעת חיסולו של שחאדה גרם לצה"ל להסתכן בכישלון פעולה זו. ראו www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2747855,00.html

45 סגן ראש השב"כ אמר בריאיון שנעשה עם סיום תפקידו בספטמבר 2003 (להלן: "הריאיון עם סגן ראש השב"כ"), שברצועת עזה, שם מבוצעים רוב הסיכולים הממוקדים, הסיכוי לפגוע באנשים שנקלעו לאזור הפעולה רב, מפני שהרחובות והסמטאות גדושים באנשים (זאב שיר, **הארץ**, 10.9.03, "סיכולים: מפצצה מתקתקת לתשתית מתקתקת").

האזרחית בעקבות נקיטת פעולה מבצעית אלטרנטיבית, כגון ביצוע מעצר, ואם כן – כיצד?⁴⁶ מהי חשיבותם של שיקולים מדיניים ומהי תרומתה החיובית או השלילית של הפעולה להשגת יעדים מדיניים ארוכי טווח?⁴⁷ כיצד אפשר להעריך את ההשפעות קצרות הטווח וארוכות הטווח של הפעולה על שיעור הפיגועים ועל תשתית הטרור וכיצד יש לשקלל השפעות קצרות טווח עם השפעות ארוכות טווח?

2. ההבחנה בין לוחמים לאזרחים

טיעון נוסף, המצדיק את האיסור על הריגה מונעת, נעוץ בהבחנה בין לוחמים לאזרחים, שהיא אחת מאשיותיו של המשפט ההומניטרי. חשוב לציין, שיש קושי בסיווג מחבלים החברים במסגרת ארגונית (להבדיל מאזרחים המסייעים להם בפעולותיהם) באחת משתי הקטגוריות. תקנות האג, אמנות גינבה והפרוטוקולים שנוספו עליהן קובעים מיהם אזרחים ומיהם לוחמים. תקנות האג⁴⁸ קובעות, כי הזכאים למעמד של לוחמים הם אלו הממלאים את התנאים הבאים:

- (1) אנשי כוחות חמושים סדירים של הצדדים הלוחמים.
- (2) אנשי כוחות מיליציה ומתנדבים אחרים, הממלאים את התנאים הבאים:
 - (א) מפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו;
 - (ב) יש להם סימן הבחנה קבוע, שאפשר לזהותו ממרחק;
 - (ג) הם נושאים את נשקם בגלוי;
 - (ד) הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה;
 - (ה) הם משתייכים לצד אחד של הסכסוך.
- (3) תושביה של טריטוריה לא כבושה, אשר עם התקרב האויב, נוטלים לידיהם נשק באופן ספונטני כדי להתנגד לכוחות הפולשים, בלי שהייתה להם שהות להתארגן במסגרת יחידות צבאיות סדירות, בתנאי שהם

46 דיון בסוג שיקולים זה ראו בפרק 3 בהמשך.

47 בריאיון עם סגן ראש השב"כ (לעיל הערה 45) העיד הסגן, כי הערכת הצלחה של פעולת סיכול תלויה בנקודת המבט – מבצעית או אסטרטגית-מדינית. לדבריו, הצלחה מבצעית נמדדת גם לפי מיעוט נפגעים ישראלים, ואילו מבחינה אסטרטגית-מדינית הקריטריון הוא קודם כול הורדת הפיגועים למינימום ופגיעה בתשתית הטרור, אך גם יצירת מצב שבו הדרג המדיני יוכל לממש את יעדיו.

48 תקנות 1-3.

(א) נושאים נשקם בגלוי (ב) מכבדים את דיני המלחמה ומנהגיה.⁴⁹ סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, הקובע מי זכאי למעמד של שבוי מלחמה, מעתיק כמעט בשלמותו את נוסח תקנות האג.⁵⁰

אזרחים מוגדרים על דרך השלילה, כמי שאינם משתייכים לכוחות הלוחמים ואינם לוקחים חלק בפעולות הלוחמה. על כן אזרחים נחשבים ל"אנשים מוגנים" לפי אמנת ג'נבה הרביעית, כל עוד לא השתתפו בלחימה. עם זה, אזרחים המשתתפים באופן ישיר בלחימה מאבדים את חסינותם מפני התקפה בידי כוחות האויב, כל עוד הם נמצאים בשדה הקרב וכל עוד לא הניחו את נשקם (Pictet, 1987, 619).⁵¹ למעשה, מעמדם הופך כמעט זהה למעמד של חיילים והם זכאים ליחס זהה לזה הניתן לחיילים בשדה הקרב, מלבד חסינות מפני העמדה לדין.⁵² אולם הם חוזרים למעמד של אזרחים הזכאים להגנות אמנת ג'נבה הרביעית או הפרוטוקול הראשון, ברגע שחדלו מפעולות הלחימה. ההנחה היא, שאפשר לזהות בקלות משתתפים ישירים

49 בסכסוכים שאינם בין-לאומיים, שחלים עליהם כללי הפרוטוקול השני הנוסף על אמנות ג'נבה (ראו Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Protocol (II) 8 July 1977, 1125 U.N.T.S 609, reprinted in 16 I.L.M. 1442 [1977] [להלן: "הפרוטוקול השני"]), אין הלוחם חייב למלא את כל התנאים הללו, משום שהפרוטוקול השני אינו מגדיר את המושגים "לוחם" ו"אזרח". על כן לוחם יהיה מי שהוא בפועל לוחם.

50 הפרוטוקול הראשון צמצם את התנאים המזכים אדם במעמד של לוחם, כך שכל שנדרש ממנו הוא לשאת את נשקו בגלוי בעת הפעולה הצבאית (ראו סעיף 44 לפרוטוקול הראשון). על כל פנים, ישראל לא אשררה את הפרוטוקול הזה, ומאחר שסעיף 44 לא נחשב מנהגי, אין היא מחויבת בו. יתרה מזו, כיוון שישראל היא "מתנגדת עקיבה" לפרוטוקול הראשון, גם לו היה נוצר מנהג לפי סעיף זה לא הייתה ישראל מחויבת בו. עם זה, אין הדברים אמורים לגבי כללים הקבועים בפרוטוקול שהיו מנהגיים עוד בטרם קבלת הפרוטוקול (ראו למשל סעיף 51 הנידון להלן).

51 ראו **שס**, סעיף 51, אשר ישנם הסוברים, כי הפך למנהגי. כמו כן ראו Cassese Antonio, *Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law*, written at the request of the Petitioners in H CJ 769/02 *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel* (proceedings are still under way) (להלן: "חוות דעתו של קססה"), עמ' 6, ה"ש 10-9.

52 שכן עצם השימוש של אזרחים בנשק היא הפרה של דיני המלחמה. על כן ישנם הנוהגים לכנות אזרחים הנוטלים חלק בפעולות הלחימה "לוחמים לא חוקיים", כדי להבחין מן הלוחמים הרגילים. עם זה, אין הכוונה ליצירת קטגוריה נוספת לפי המשפט ההומניטרי, אלא למונח תיאורי בלבד (ראו **שס**, עמ' 5).

בלחימה בשל פעילותם האקטיבית כלוחמים, ובתנאי שהם נושאים את נשקם בגלוי. נוסף על כך אפשר לפגוע באזרחים המצויים במקום אשר מוגדר מטרה צבאית לפי סעיף 52 לפרוטוקול הראשון.⁵³ הימצאותם של אזרחים במקום המוגדר "מטרה לגיטימית" אינה מקנה להם חסינות מפני תקיפה, אך זאת בכפיפות לעקרון המידתיות הקובע כי אין לתקוף מטרה אם הנזק שהתקיפה עלולה לגרום למטרות אזרחיות הוא מעל ומעבר לנדרש לצורך השגת המטרה הצבאית⁵⁴ (Fleck, 1995, 163).

הגדרותיהם של המושגים "לוחמים", "אזרחים" ו"אזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה" הן קריטיות בשל התוצאות הנלוות אליהן. כזכור, לוחם יכול לשמש מטרה צבאית בכל עת, ולא רק כאשר הוא נמצא במהלך פעולה צבאית. אולם אם נתפס, הוא זכאי למעמד של שבוי מלחמה ואין להעמידו לדין על עצם השתתפותו בלחימה. עם זה, אפשר להעמידו לדין ולהענישו בגין פעולות שביצע, אם הן לא חוקיות ומפרות את דיני המלחמה. אזרח שלא השתתף בפעולות הלחימה זכאי למעמד של "אדם מוגן", ואילו אזרח שהשתתף בפעולות הלחימה מותר להרגו במהלך הלחימה בלבד ולא בזמן אחר (לפני הלחימה או אחריה). אם נתפס, אפשר להעמידו לדין על פעולותיו. עמדה זו של המשפט הבין-לאומי נועדה ליצור בהירות מרבית בנוגע לשאלה, מיהו לוחם או אזרח שהשתתף ישירות בלחימה? המבחנים שנקבעו מאפשרים למראה עיניים להכריע בדבר – להבחין בנשיאת הנשק המשמשת מעין הודאה של האדם (self admission) על כך שהוא משתתף באורח ישיר בלחימה, ואין כל צורך או מקום להחליט בכך על יסוד חומר מודיעיני. באופן כזה מובטחת הגנה מרבית לכל מי שמצוי בצד האויב, אך לא השתתף בלחימה.

על יסוד הדברים האמורים לעיל, האפשרות לראות בטרוריסטים לוחמים תלויה לכאורה בשאלה, האם הם מקיימים את התנאים הנמנים בתקנות האג ובאמנת ג'נבה השלישית באשר ל"חברי ארגונים ביחס לאנשי כוחות מיליציה ומתנדבים אחרים"? ברור, שמבחינות מסוימות אפשר להשוות טרוריסטים ללוחמים סדירים. זאת, כאשר הם משתתפים בלחימה נגד מטרות

53 "Objects which by their nature, location, purpose, or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offer a definite military advantage"

54 סעיף 51(5) לפרוטוקול הראשון.

האויב באופן סדיר, כאשר הם משתייכים לארגון בעל שרשרת פיקודית, מעמידים את עצמם באופן מוחלט לשירות הארגון ומקדישים את עתותיהם לפעילות צבאית: אימונים, הצטיידות ופעולות לחימה (Paust, 2003, 32). מנגד, העובדה שפעילים כאלה אינם מצייתים לדיני המלחמה – למשל, מסתירים את נשקם בבגדיהם או פוגעים במכוון באזרחים – אינה מאפשרת להעניק להם את סטטוס הלוחם הזכאי למעמד של שבוי מלחמה לפי המשפט ההומניטרי. אולם אין זה הגיוני להסיק מכך שיש להעניק להם חסינות מפני תקיפה בכל עת. הדבר יהיה הענקת יתרון לטרוריסטים והצבת מגבלה לא מוצדקת על הצד האחר, המבקש להילחם בהם. על כן ישנם הגורסים, כי אפשר לאשר פגיעה במחבל מתאבד שאינו נושא את נשקו בגלוי כמובן כאשר יש חשד ממשי לכך שהוא אמנם נושא נשק על גופו ואין די זמן לברר זאת. כמו כן אין אפשרות לעצרו, שכן ניסיון כזה יגרום לו לפוצץ את עצמו.⁵⁵ עם זה, בעיית אי-הוודאות והסיכוי לטעות באשר לזהותו ולמעמדו של חבר ארגון הטרור נותרת בעינה. בעיה זו אינה מתעוררת לגבי חיילים בכוחות סדירים, אשר נושאים סימן הבחנה קבוע או לפחות נושאים את נשקם בגלוי, ובכך מוסרים כעין הודאה בדבר השתייכותם לכוחות הלוחמים. בהיעדר סימנים המאפשרים להניח הודאה דומה של חברי ארגוני טרור בדבר השתייכותם לכוחות הלוחמים, הרי הריגתם, המסתמכת על הערכה סובייקטיבית, עלולה לעלות כדי נטילה שרירותית של חיי אדם – דבר שהוא כמובן אסור. חיזוק למסקנה זו נמצא בסעיף 50 לפרוטוקול הראשון, הקובע שבמקרה של ספק אם אדם הוא אזרח, הוא ייחשב לאזרח; וכמו כן חובתו של הכובש להבטיח את רווחת האוכלוסייה הנכבשת.⁵⁶ לפיכך לצורך אישור השימוש בנשק כלפי אדם כלשהו במהלך לחימה, יש לדרוש הוכחה שמדובר בלוחם. זה המצב לגבי יחידים המצהירים על עצמם כמנהיגים של ארגוני טרור או כטרוריסטים פעילים. על המדינה המעוניינת להילחם בפעילים אלה ובארגוניהם להכריז עליהם כעל "כוח מזוין". ישנם הטוענים שאם המדינה תהיה מוכנה לחשוף, בכפיפות לשיקולי ביטחון, את הראיות שיש לה כנגד אותם כוחות מזוינים ולפרסם את שמות פעיליהם, ישתנה אופיים של מבצעי ההריגה הממוקדת ויזכה ליתר הצדקה.

55 חוות דעתו של קססה (לעיל הערה 51), עמ' 8-9.

56 סעיף 42 לתקנות האג (לעיל הערה 13).

חשיפת השמות יכולה להעניק לפעילים המבוקשים הזדמנות להיכנע (אפשרות הנתונה לחיילים).⁵⁷

משמעות ההכרזה על ארגון טרור כ"כוח מזוין" היא כפולה: מצד אחד, לוחם במסגרת ארגון כזה אינו נחשב לפושע ויש לו הגנה מבחינת דיני הלחימה על עצם הלחימה. למעשה בידי כל הזכויות והפריבילגיות המוענקות ללוחם סדיר: ראשית, יש לו "רישיון להרוג", ממש כשם שרישיון כזה ניתן ללוחמי המדינה שכנגד. נוסף על כך הוא חסין מפני העמדה לדין בגין פעולות חוקיות שעשה במהלך הלחימה וזכאי למעמד של שבוי מלחמה, אם נתפס על ידי הכוח הנגדי. מצד אחר, הוא הופך מטרה לגיטימית בכל עת, כשם שחיילי המדינה חשופים לפגיעה כל עוד הם משתייכים לכוח הלוחם. מבחינת הרציונל של דיני המלחמה, הענקת סטטוס של לוחמים לטרוריסטים מתחייבת כאשר המדינה מעוניינת להפוך אותם למטרה לגיטימית בכל עת. בצד זה יש לזכור את המחיר שהמדינה עלולה לשלם עבור הכרה זו. הטרוריסטים הפועלים בשיטות אסורות יזכו למעמד וליוקרה של לוחמים (אם כי, כאמור לעיל, נותרת האפשרות להעמידם לדין בגין פעולות לא חוקיות שביצעו במסגרת הלחימה), ודבר זה עלול אף לעודד אנשים להצטרף לארגוני טרור. אם המדינה אינה מעוניינת להעניק להם מעמד כזה (ואמנם זוהי עמדתה של ישראל, גם כאשר הטרוריסטים פועלים נגד מטרות צבאיות), אין היא יכולה להפוך אותם ללוחמים א-סימטריים, כלומר, כאלה שהם מטרה לגיטימית מבחינת המדינה, אך אינם זכאים למעמד הלוחם, כאמור לעיל.

לעומת זאת נראה, כי כוחו של הניתוח דלעיל אינו יפה לעניין חברי ארגון המעמידים את עצמם לרשות הארגון אך ממשיכים, בה בעת, לנהל גם חיים אזרחיים, וזאת, משני טעמים: ראשית, ההבדל היסודי בין אנשים אלה ובין לוחמים המשתייכים למערכת צבאית מסוימת הוא, שכל מאמציהם ועתותיהם של הלוחמים נתונים לאותה מערכת. ההיתר להרוג "לוחם" מבוסס על היותו לוחם כל העת, ואילו כאן אין מדובר במי שלוחמים כל העת. שנית, הקושי להכריע בוודאות בדבר נכונותו של אותו אדם לעמוד לרשות הארגון בכל עת. לכאורה השתתפות אותו אדם במספר רב של מבצעים צבאיים

57 חשיפת השמות עשויה להעניק גם אפשרות נוספת להופיע בפני פורום שיפוטי בין-לאומי או פורום זר אחר, כדי לסתור את הראיות נגדם. זאת, בכפיפות לכך שהמדינה המתגוננת יוזמת הקמה של פורום כזה ומוכנה לשתף עמו פעולה. אולם קשה להניח שהמדינה המתגוננת תסכים לכך, ובמיוחד אין להניח שתסכים להעביר לפורום כזה מידע חסוי.

עשויה להעיד על נכונות כזו, אך אין בה כדי להוכיח בוודאות נכונות להשתתף בכל משימה של הארגון או להוכיח שנכונות כזו נותרה בעינה ולא חל בה שינוי. יש להדגיש, כי המדינה יכולה עדיין לפעול נגד מטרות צבאיות המוגדרות בסעיף 52 לפרוטוקול הראשון, כגון מחנות אימונים, מטות הארגונים ומפעלים לייצור תחמושת, ככל שהיא מצייתת לדיני המלחמה.

ישנם הטוענים כי ראוי להעניק מעמד של לוחם, המשמש מטרה לגיטימית בכל עת, גם לחשודים בפעילות טרור שלא הצהירו על עצמם בגלוי ככאלה. הכוונה לאנשים החשודים על סמך מידע מודיעיני בהשתייכות לארגוני טרור ובפעילות במסגרתם. ראוי להתנגד לגישה זו על יסוד פגיעתה בעקרון ההבחנה בין לוחמים ובין אזרחים. בהמשך נדון בחשש מטעות ועל השלכותיה השליליות של מדיניות כזו על יישום עקרונות המשטר הדמוקרטי. טעם נוסף למניעת סטטוס כזה מן החשודים בפעילות טרור הוא האופי הפלילי של מעשי הטרור. פעולותיהם של לוחמים הן בדרך כלל חוקיות, ואילו פעולותיהם של חשודים בפעילות טרור, המכוונים את מעשיהם נגד אזרחים, הן פליליות בתכלית. הענקת הסטטוס של לוחמים לאנשים אלה תעלה את הפושעים לדרגתם של לוחמים ותפגע בלוחמים עצמם. ביסוד ההבחנה בין אזרחים ללוחמים מצוי הצורך להעניק ללוחמים היתר להרוג לוחמי אויב. אין כל הצדקה להעניק היתר כזה לטרוריסטים, שהם פושעים פליליים. גם ליצירת רושם מטעה שניתן היתר כזה השלכה שלילית חמורה.

מן הדברים שלעיל עולה, שהדרך הראויה להתמודדות עם החשודים בפעילות טרור אינה באמצעות כליו של המשפט ההומניטרי (דיני המלחמה) ובראייתם כלוחמים, על כל המשתמע מכך, אלא באמצעות כלי המשפט הפלילי. יש להעניק מנדט רחב לנקיטת אמצעים כאלה: לקבוע איסורים על פעילות טרור, על חברות בארגוני טרור ועל סיוע להם במישור הפיננסי והתעמולתי, לרבות הסתה לפעילות טרור ופרסום בפומבי של שבח לפעילות כזו או הזדהות עמה. תמיכה במסקנה זו אנו מוצאים בעובדה, שמי שנחשד בפעילות טרור על ידי רשויות המודיעין של מדינה מתגוננת אינו יכול לנצל הזדמנות של ממש להיכנע ולהציל את חייו. למעשה אין לו אף רגע מנוח מן המֶרדף שמנהלות אחריו רשויות המדינה המתגוננת, וזאת כאשר לא הצהיר על עצמו כלוחם ומבלי שגילה סימן חיצוני אשר יזהה אותו ככזה. לעומתו, הלוחם הסדיר אמנם משמש באופן רשמי מטרה לגיטימית בכל עת, אך באופן מעשי ישנם מקומות ועתים שבהם הוא מוגן, למשל בחופשה בביתו. נוסף על כך הוא יכול באופן עקרוני לפרוש ממעמד זה באמצעות כניעה או ניתוק שקוף (באמצעות הסרת הסימנים המזהים) מן הארגון הצבאי. אפשרות

זו אינה עומדת בפני חשוד בפעילות טרור. למרות הרצון המובן שלא להעניק לטרוריסטים יתרון על פני לוחמים (ולמנוע תמריץ להצטרף לארגוני טרור), לא יהיה זה ראוי – בהתחשב בשיקולים שהובאו – להתיר בכל עת את דמם של החשודים כטרוריסטים.

קושי בשימוש בהליכים פליליים מתעורר כאשר פעילות הטרור מבוצעת כלפי מדינה משטחה של מדינה אחרת או מטריטוריה שלמדינה המתגוננת אין בה שליטה אפקטיבית; וכאשר הגורמים האחראים על אותה טריטוריה אינם מעוניינים, או אינם יכולים, לפעול נגד הטרוריסטים המצויים בשטח שבשליטתם. המדינה המתגוננת, המבקשת להגן על אזרחיה מפני ניסיון לפגוע בהם, תיטה לנקוט פעולות יזומות למניעת פעילות הטרור תוך כדי פלישה למדינה הזרה והפרת עקרון הריבונות, הקבוע במגילת האו"ם.⁵⁸ הפעולות יינקטו בדרך כלל נגד מנהיגי הטרור ונגד פעילים בארגוני הטרור. דרך פעולה זו מתארת, בלא ספק, את ההתמודדות עם מחבלים מתאבדים. זאת, לנוכח הקושי הרב להרתיעם ונוכח העצמה הרבה שהטרוריסט היחיד יכול כיום לרכז בידי, נגישותו לחומרי נפץ, הקושי לאתר את הטרוריסטים ואת חומרי החבלה שלהם והקלות היחסית שבה יכול הטרוריסט לנוע עם המטען ולפוצצו בכל מקום שיבחר. הדרך היחידה למנוע ממדינות מתגוננות לנקוט פעילות צבאית נגד מדינות תומכות טרור היא יצירת שיתוף פעולה בין-לאומי הדוק במאבק בארגוני הטרור, כדי להביא – באמצעות לחץ – ממשלות ורשויות אחרות לפעול באמצעי אכיפת חוק נגד ארגוני הטרור הפועלים בשטחיהן. כאשר לא מתקיים שיתוף פעולה בין-לאומי יעיל כזה, יש להכיר בהצדקה המובהקת של פעולה צבאית נגד הטרוריסטים ובפגיעה בריבונות הכרוכה בכך.

יש לזכור, כי המשפט הבין-לאומי מספק בכל זאת היתר מצומצם לפגיעה באנשים שאינם בעלי מעמד של לוחמים, כלומר, באזרחים, וזאת כאשר נטלו חלק ישיר בלחימה ובעת שהם נוטלים חלק בזה. נטילת חלק ישיר בפעולות הלחימה מתפרשת כעשיית אותם מעשים שמטרתם, באופן טבעי,

58 סעיף 4(2) למגילת האומות המאוחדות וחוקת בית הדין הבין-לאומי, שנכנסה לתוקפה ב-24 באוקטובר 1945, כ"א 19, עמ' 203 (להלן: "מגילת האו"ם"). הסעיף קובע, כי על כל המדינות החברות בארגון להימנע מאיום או משימוש בכוח כנגד שלמותה הטריטוריאלית ועצמאותה המדינית של מדינה אחרת. בית הדין הבין-לאומי לצדק קבע, כי לסעיף זה מעמד של *jus cogens* ראו פרשת ניקרגואה (לעיל הערה 11). ישראל התקבלה כחברה באו"ם ב-11 במאי 1949.

לגרום נזק לכוחות האויב ולציודו.⁵⁹ מנגד, פעולות שמטרתן לתרום למאמץ הלחימה הכללי (למשל, הסתרת לוחמים) וכמו כן סיוע עקיף ללחימה, כמו הכנת מאגרי תחמושת (בניגוד לסיפוקם הישיר לשדה הקרב), לא ייחשבו לנטילת חלק ישיר בלחימה (Pictet, 1987, 619). עם זה, ישנה אפשרות לעצור אותם אנשים כעוסקים בפעולות חבלה וריגול, לפי סעיף 5 לאמנת גינבה הרביעית. ההיתר לפגיעה ניתן רק בעת שהאזרח היה עסוק בפעילות מלחמתית⁶⁰ או בפריסה לקראתה;⁶¹ לא לפנייה ולא לאחריה, כאשר הניח את נשקו.

3. טעמי המצדיקים את ההריגה המונעת

בהתבסס על ההנחה שהמיועדים להריגה מונעת מזוהים כ"לוחמים" או כ"אזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה", כאמור לעיל, מעלים מצדדי ההריגה המונעת כמה טיעונים לטובת מדיניות זו. הטיעון העיקרי נעוץ בניסיון להראות, כי שיטת ההריגה המונעת עולה בקנה אחד עם העקרונות הבסיסיים של דיני מלחמה, בראש ובראשונה מניעת סבל מיותר. יתרונו העיקרי של הנשק החכם ושל ההריגה המונעת הוא ביכולתו להתמקד ברוב המקרים, בפגיעה ישירה, באויבים לכאורה,⁶² תוך כדי צמצום הפגיעה הנלווית והמיותרת בסביבה האזרחית – פגיעה המאפיינת את הסכסוך החמוש הקונבנציונלי. אכן נזק סביבתי נגרם גם בהריגה מונעת,⁶³ שכן קשה לאתר שטח "סטריילי" לגמרי ולבודד את האדם שמבקשים לפגוע בו. אולם בהחלט ייתכן שפעולות אחרות – כגון פעולות רחבות היקף לביצוע מעצרים או

59 פגיעה באזרחים תעלה אף היא בגדר נטילת חלק ישיר בלחימה, אף שמדובר בפעולה שלו הייתה מתבצעת על ידי לוחם מן השורה, הייתה נחשבת לא חוקית, ועל החייל היה לתת עליה את הדין, אילו נתפס. אזרח שנטל חלק ישיר בלחימה יעמוד לדין בכל מקרה שייתפס, משום שעצם הצטרפותו לכוח הלוחם אינה חוקית.

60 סעיף 3(51) לפרוטוקול הראשון קובע: "Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, *unless and for such time* as they take a direct part in hostilities" (emphasis added)

61 חוות דעתו של קססה (לעיל הערה 51), עמ' 7.

62 היותם אויבים היא רק לכאורה במובן זה, שאין לגביה "הודאה עצמית" והיא נסמכת על ראיות שנמצאו בידי אנשי הצבא.

63 לפי דיווח של *The Palestine Monitor*, בתקופה שבין 28 בנובמבר 2000 ל-15 בדצמבר 2003 נהרגו 149 אזרחים תמימים במהלכן של ההתנקשויות. 37 מתוכם היו ילדים. ראו www.palestinemonitor.org.factsheet/Palestinian_intifada_fact_sheet.htm

השתלטות על שטח לשם סריקתו לצורך חיפושים – יביאו להרג רב יותר של אזרחים חפים מפשע.⁶⁴

לפגיעה הממוקדת, שהיא למעשה הריגה שמית (named killing), ישנה גם השלכה מוסרית. לפי טיעון זה, דווקא הריגה לא שמית – כלומר, הריגת אדם רק משום שהוא חייל בצבא האויב – היא לא מוסרית, כיוון שהיא מבטלת את היכולת לכבד את אנושיותו האינדיבידואלית.⁶⁵ המסקנה העולה מכך היא שדווקא ההריגה המונעת, או ההריגה השמית, נכונה יותר מבחינה מוסרית. ההרג הסלקטיבי מאפשר לפגוע באנשים בשל התפקיד המיוחד והנכבד שהם נושאים במסגרת המאבק, להבדיל מהריגת בני אדם רק משום שהם "אויב".

4. טעמי המתנגדים להריגה מונעת

נעסוק בכמה טיעונים מוסריים-משפטיים ועל טיעונים תועלתניים נוספים התומכים באיסור משפטי על הריגה מונעת:

א. טיעונים מוסריים-משפטיים

1. חשוב בפעילות טרור אינו טרוריסט – אף כי השיח הרשמי והציבורי מתייחס ליעדים להריגה מונעת כאל טרוריסטים, אין הדבר כן. מדובר במי שחשודים כטרוריסטים. לנתון זה השלכות עובדתיות ונורמטיביות. יש להביא בחשבון את האפשרות של טעות. טעות עלולה ליפול בזיהוי אדם, בהערכת תפקידו ותרומתו של פעיל בארגון טרור ובאשר לשאלה, האם הוא מוסיף להיות פעיל בארגון הטרור? אפשרות זו נובעת מהסתמכות על חומר מודיעיני, הנאסף פעמים רבות מתוך הסתייעות במשתפי פעולה, ועל הערכתו. ככל שהדבר נוגע להערכת מעמדו של המועמד לסיכול ממוקד (פעיל בולט בארגון טרור, פעיל זוטא או אזרח תמים), הסתמכות עיוורת על החומר המודיעיני, בבחינת "כזה ראה וקדש", היא בעייתית. היעדרו של הליך משפטי ושליטת זכות הטיעון מאדם שחיו

64 נוסף על כך ההריגה המונעת מאפשרת חיסכון בדם ומניעת הרג מיותר כאשר הפעולה מכוונת כלפי ראש המערכת הצבאית או השלטונית המפקדת על הצבא, שכן אם הפעולה תביא להתמוטטות המערכת העוינת, יינצלו חיי רבים אחרים, לרבות חייהם של הדרגים הבינוניים והזוטרים באותה מערכת. ועוד זאת: ההריגה המונעת מפחיתה את מידת הסיכון שנחשפים אליו חיילי המדינה המתגוננת ואת היקפו.

65 את הטיעון הציג דניאל סטטמן בהרצאה בכנס אוניברסיטת תל אביב (לעיל הערה 8): "The Legitimacy of Targeted Killings".

מצויים על כפות המאזניים אינם עולים בקנה אחד עם האמצעים וההליכים המשפטיים שמשטר דמוקרטי דורש ליישם כדי להגיע לחקר האמת. טעויות הן בלתי נמנעות גם כאשר מתנהלים הליכים משפטיים הוגנים, הנעשים בפניו של האדם שמדובר בו,⁶⁶ ועל אחת כמה וכמה הן עלולות ליפול בהיעדר הליכים כאלה. טעויות עלולות להוביל לשימוש מופרז ולא מוצדק באמצעי זה, במיוחד נוכח התנאים הפסיכולוגיים שמקבלי ההחלטות פועלים בהם, הרצון להראות לציבור שישנה תשובה לטרור והשאיפה לקיים חופש פעולה מרבי. קשה גם להניח שהמערכת יכולה ומוכנה לבקר את עצמה ביעילות, בהתחשב במחיר הציבורי העלול להיגבות עקב הודאה בטעויות ובמשמעותן. בסופו של דבר תוצאתן של טעויות היא פגיעה בעיקרון בסיסי של המשפט ההומניטרי – הגנת אזרחים. בהיעדר יסודות מינימליים של הליך הוגן, ההרג הוא שרירותי.

2. פגיעה בחפים מפשע – הניסיון מראה, כי ההריגה המונעת מסבה פגיעות של ממש בנפש ובגוף לאזרחים חפים מפשע המצויים בקרבת מקום, במיוחד נוכח העובדה שהטרוריסטים פועלים בקרב אוכלוסייה אזרחית. בהתנקשות בסלאח שחאדה הוטלה פצצה במשקל טון על ביתו וגרמה להרג של 15 אזרחים פלסטינים ובהם 11 ילדים. הלקח שנלמד הביא לכך, שבעת ניסיון ההתנקשות בבכירי החמאס (שנכשל) השתמשו הטייסים בכמות פחותה של חומר נפץ. יש לציין שלהקפדה על הגנת חייהם של חפים מפשע משנה תוקף במשטר כיבוש, נוכח חובת הכובש להבטיח את רווחתה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש.

3. דה-הומניזציה – ההיתר הניתן בדם קר, בצורה מחושבת, מאחורי שולחן עבודה, לחיסול אדם בפרק הזמן שבו אינו מעורב בפעילות טרור, מבוסס על דה-הומניזציה של האויב ועל התחושה שאפשר לנקוט כלפיו כל אמצעי. סביר להניח, שאמצעים כאלה לא היו מופעלים כלפי מי שנתפס כבן-אנוש במלוא מובן המילה, "אחד מאתנו". שיטה זו אינה רק מבוססת על דה-הומניזציה: היא אף מביאה לדה-הומניזציה נוספת ולהשחתה של המעורבים בה – המתכננים כמו גם המבצעים. השחתה זו באה לידי ביטוי בזילות ערך חיי אדם ומעצימה את תחושת האדנות על חיי

66 אמנם ישנם הליכים מצומצמים שבהם משתמשים בראיות חסויות מפניו של חשוד (למשל, מעצרים מנהליים), אך ההליך מתנהל לפחות בידיעתו, וחסיון הראיות מנומק על ידי בית המשפט.

- הזולת. משפט זכויות האדם צריך להנחות אותנו בפרשנות דיני המלחמה בשאלת התרתה או איסורה של שיטת ההריגה המונעת.
4. חשש משימוש יתר – החשש משימוש יתר הוא ראלי. שימוש יתר עלול להיווצר עקב לחץ, זעם ציבורי והצורך להרגיע את הציבור. שימוש יתר מעורר חשש, שהטעם לביצוע הסיכול הממוקד ישתנה ויהפוך מפעולה שמטרתה מניעה לפעולה שמטרותיה הן ענישה, נקמה והרתעה. שיקולים אלה אסורים לפי המשפט הבין-לאומי, אשר אינו מתיר פעולות ענישה. החשש משימוש יתר מתגבר בשים לב לכך, שקל יותר לתכנן ולממש פעולות סיכול על יסוד מידע המתייחס למעשיו של אדם בעבר מאשר על יסוד מידע עדכני המתייחס להווה ולתכניותיו לעתיד; ובהתחשב בעובדה שהריגה מתוכננת של אדם בהתאם ללוח הזמנים והמיקום שקובע מתכנן ההריגה היא קלה ובטוחה יותר מהריגה במצבים שבהם אין למתכנן שליטה על גורמים אלה, הנקבעים על ידי הנסיבות.
5. מדרון תלול בהוראות פתיחה באש והשחתה של המעורבים בתהליך – קיים חשש שמתן היתר להריגה מונעת יביא לאצבע קלה על ההדק ולא-הקפדה על הוראות הפתיחה באש גם במקרים אחרים, למשל, במקרים שמטרתם לעצור את החשוד. סכנה זו מאיימת לחלחל גם לטיפול בחשודים אחרים בפשיעה, בייחוד כאלה שאינם חלק מ"אנחנו" ולמערכות המטפלות בהם – מערכות השיטור לעומת הצבא.⁶⁷
6. ניצחון לטרור – ההריגה המונעת היא ניצחון לטרור משום שהיא גוררת את המדינה לשימוש באמצעי פסול, כשם שהמחבלים נוקטים אמצעים פסולים להשגת מטרותיהם. בכך מצטמצם היתרון המוסרי של המדינה לעומת הטרוריסטים. הנזק החינוכי והמוסרי שגורמות פעולות כאלה כאשר הן נעשות על ידי המדינה ומוצגות כחוקיות, רב לאין שיעור מהנזק הנגרם עקב נקיטת פעולות אלה על ידי יחידים.

ב. טיעונים תועלתניים

חשוב לציין, כי שיקולים תועלתניים הם חלק אינטגרלי – לדעתנו – של הבחינה המשפטית-מוסרית ואינם חיצוניים להם. אם שפיכות דמים אינה

67 דוגמה למקרה שבו הוכח כי קשה לדרוש איפוק מן המדינה היא הפרשה המכונה "פרשת העינויים", שניתן בה היתר לשימוש בלחץ פיזי מתון לצורך חילוץ מידע מאדם הנחשב ל"פצצה מתקתקת". ראו **דוח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת בראשותו של השופט (בדימוס) מ' לנדוי, משנת התשמ"ח-1987**, ספר לנדוי, כרך א, התשנ"ה, עמ' 269.

מביאה את התוקף לניצחון, עליו להימנע ממנה, ולו על בסיס זה בלבד. נוסף על כך אם ההריגה המונעת הופכת למדיניות, מתעוררת נטייה להגן עליה ולהשתמש בשיקולי יעילות כדי להציגה כמדיניות מוצדקת מלכתחילה. כך, למשל, הטענה של מקורות רשמיים בישראל, שאין כל קשר בין האמצעים שנוקטת ישראל נגד הטרור ובין פעולות ספציפיות של ארגוני טרור – מוטלת בספק. סביר, שלמקבלי ההחלטות קשה לבחון באופן אובייקטיבי את המדיניות ולשקלל את יתרונותיה מול חסרונותיה. בעיה אחרת היא הנטייה להתמקד בהשלכות המיידיות וקצרות הטווח של המדיניות, כאשר למעשה יש להעריך את תרומתה או פגיעתה של ההריגה המונעת מבחינה משפטית, מוסרית, פוליטית ותועלתנית בהקשר כוללני וארוך טווח, נוכח התוצאות הנלוות לה, ולא על ידי הערכה של כל פעולה ופעולה.

ההריגה המונעת אכן טומנת בחובה כמה יסודות מועילים: הרתעת מתפקדים חדשים החפצים בחיים מהצטרפות לארגוני טרור; חיוב אנשי הארגונים להקדיש זמן ומשאבים להסתתרות; וערעור ביטחונם של אנשי הארגונים – דבר שעשוי להוביל להפחתת יכולת הגיוס שלהם ולפגיעה במוטיבציה הכללית להילחם, כלומר, יצירת דה-מורליזציה. נוסף על כך מתקפה מסיבית של מבצעי הריגה מונעת כנגד ארגון טרור, במיוחד כאשר היא ממוקדת במנהיגות הארגון, עשויה להוביל את הארגון להסכים להפסקת אש, אף על פי שהיכולת להרתיע מחבלים מתאבדים מוגבלת מאוד. כנגד יתרונות אלה אפשר למנות את ההשלכות השליליות הבאות:

1. המנהיגים של ארגוני הטרור ניתנים (ברוב המקרים) להחלפה – בדרך כלל הסיכול הממוקד יעיל לטווח קצר בלבד, שכן לכל מנהיג שמחוסל אפשר, ככלל, למצוא מחליף. זאת במיוחד כשמדובר בארגונים גדולים הזוכים לתמיכה ציבורית רחבה, למשל, ארגונים הנלחמים נגד משטר כיבוש. במקרים של ארגונים קטנים, כשמדובר בדמויות כריזמטיות או באנשים בעלי כישורים יוצאי דופן, קשה יותר למצוא תחליף. ברור, שאין קושי למצוא מחליף לפעיל שאינו בדרג ההנהגה.
2. אפקט הרתעה מוגבל – כאשר מדובר במאבק נגד כיבוש של אנשים הפועלים מתוך מוטיבציה גבוהה, ובייחוד כאשר קיימת נכונות לסכן את החיים, הסיכוי שלהריגות מונעות יהיה אפקט מרתיע בעל משקל הוא נמוך.
3. מעגל דמים והדדיות – מעשים של הריגה מונעת הם חוליה במעגל דמים ויש בהם כדי להזינו ולהעצימו על ידי יצירת מוטיבציה לנקמה ולהמשך הלחימה. נוסף על כך קיים חשש, שהדבר יביא לאישור פעולות

מסוג זה גם כלפי אזרחים ישראלים ואף כלפי יהודים מחוץ לישראל, בין על ידי ארגוני טרור בין על ידי מדינות עוינות. אין אפשרות לאשר הריגת טרוריסטים מבלי לקחת בחשבון את האפשרות שאישור כזה יפעל נגדנו כבומרנג וישמש את היריב. זאת במיוחד נוכח העובדה שאין היום הגדרה מקובלת לטרור במשפט הבין-לאומי. נראה, כי אישור של ישראל להריגת טרוריסטים עלול ליצור לגיטימציה לשימוש באמצעי זה על ידי אויביה. כך, למשל, סביר להניח, כי אישור כזה עלול היה ליצור לגיטימציה להריגת ראש הממשלה גולדה מאיר ואחרים, אשר החליטו על חיסולם (כעונש) של רוצחי הספורטאים הישראלים באולימפיאדה במינכן.

4. הנעה ודחיפה של אנשים לפעילות טרור – יש להביא בחשבון את ההשפעה של דרך פעולה מסוימת על סביבתם של הטרוריסטים – האם השפעתה מבודדת את הטרוריסטים ומביאה לניכור כלפיהם, או שמא להפך? השימוש שהמדינה עושה באמצעים רבי עצמה מול אדם יחיד, שאינו מעורב בפעילות מלחמתית באותה עת שבה הוא משמש מטרה, מעורר אהדה והזדהות עם אותו אדם ומאבקו. בטווח הארוך הדבר עלול להגביר את המוטיבציה לפעול נגד הכובש בכל דרך. השימוש בנשק מתוחכם כלפי אנשים שאינם מפעילים נשק כזה ושאינם להם אפשרות להתגונן מפניו עלול להגביר את תחושת התסכול, האין אונות והייאוש בצד האחר, ועקב כך להגביר בקרבם את ההזדהות עם הטרוריסטים ואת המוטיבציה להשתמש באמצעים לא קונבנציונליים שמפניהם בעל הנשק המתוחכם אינו יכול להתגונן. ההריגה המונעת מסמנת לכל פעיל ופעילה בארגון טרור שאין להם מה להפסיד לאחר שהצטרפו לפעילות טרור, משום שהם ממילא יעד לחיסול. תחושה זו עלולה להגביר את המוטיבציה להתאבדות רצחנית. השימוש הסמלי ב"נשק מנצח" יוצר הנעה כפולה: לא להיכנע בפני הנשק הזה ואף לגבור עליו.

5. הימנעות משימוש באמצעים חלופיים – היתר לפעולות של הריגה מונעת הוא תמריץ שלילי להשקעה בפיתוח אמצעי מעקב ומעצר משוכללים ומתוחכמים. הוא גם מונע, מעשית, היזקקות לדרך אחרת של מעצר חשודים. יש לשער, שאם אפשר לחפש מנהרות או מקומות מסתור לנשק בשטח שמידת השליטה של צה"ל בו שנויה במחלוקת, אפשר גם לבצע מעצרים. הבעיה היא החשש מסיכון חיי חיילינו, גם כאשר מדובר בסיכון שמוצדק ליטול. חשש זה מוביל בסופו של דבר להעדפת הסיכול הממוקד.

קשה לצפות באופן מעשי שלא תהיה הטיה בהקשר זה לטובת הימנעות מיצירת סיכון לחיי חיילינו.

6. שיטה של הרג מונע מביאה לכך שלא מושקע מאמץ מרבי בכיוון הפתרון הרצוי, קרי, ביצירת שיתוף פעולה בין-לאומי ובהפעלת לחץ בין-לאומי על ארגוני הטרור ועל המדינות התומכות בהם, במטרה להביא להליכים משפטיים נגד מחבלים ונגד מפקדי הארגונים. אפשר שההתייחסות להריגה מונעת כאל שיטה יעילה להתמודדות עם הטרור השפיעה במשך תקופה ארוכה על ההתייחסות להקמת גדר ביטחון ותרמה לעיכוב ההקמה. יתר על כן, היא יוצרת ציפייה להכרעה צבאית ומביאה לרפיון בתחום היזמה המדינית, שבלעדיה ספק רב אם אפשר להתמודד ביעילות בטרור על רקע של מאבק לשחרור לאומי.

לבסוף יש לשוב ולהזכיר, כי העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים מתקיים בכל זאת, לפחות בחלקו, בשטח כבוש הנתון לשליטה אפקטיבית של ישראל. בשטחים הללו, רובם שטחי הגדה המערבית,⁶⁸ לישראל הכלים המצויים בידי כל כובש להשלטת סדר. ככל שמדובר במי שמצויים בשטח כבוש הנתון לשליטה אפקטיבית של ישראל, אין ישראל רשאית להפעיל אמצעי מלחמה, ובכללם הריגה מונעת, כנגד מי שיש לראות בהם פורעי חוק. על ישראל להפעיל אמצעי שיטור בלבד, ובראשם מעצרים, הליכים פליליים ומעצרים מנהליים, למעט המקרים הברורים של הגנה עצמית, שבהם נדון להלן. ראוי לנקוט גישה זו גם בשטחים שאפשר להשיג בהם שליטה אפקטיבית, תוך כדי נקיטת סיכון סביר.

5. סיכום ביניים

בסופו של דבר, נוכח הקשיים בביצוע מעצרים של דמויות מפתח ונוכח ההטיה הכמעט מובנית של מקבלי ההחלטות נגד יצירת סיכון לכוחותינו, יש להניח שמקבלי ההחלטות ייטו לאשר הריגות מונעות במקרים מסוימים. על יסוד הנחה זו חשוב לקבוע הליכים מסודרים וברורים למתן היתרים כאלה, אשר יפחיתו את החשש מטעות ואת הסכנה לפגיעה באזרחים תמימים.

68 להבדיל משטחי רצועת עזה, שבהם אין ישראל שולטת כלל, לאחר ההתנתקות.

1. יש לבחון תחילה את החלופה של מעצר, מתוך הסתמכות על הניסיון שהצטבר בביצוע מעצרים במצבים דומים. ההחלטה על הריגה מונעת חייבת לכלול ניתוח מפורט של הערכת חלופת המעצר והסבר לדחייתה.
 2. בהליך לאישור הריגה מונעת ישתתף משפטן מיומן שימש בתפקיד "פרקליט השטן". עליו יוטל לערער על המידע המוצג כנגד החשוד.
 3. ראוי שתהיה מעורבות **משפטית עצמאית ואזרחית** בהליך.
 4. יש לקבוע את טיב הראיות הנדרשות לצורך אישורה של פעולת סיכול ממוקד (למשל, דרישה לריבוי מקורות מידע מגוונים ולא קשורים).
 5. יש להתנות את הפעולה בסיכון אקטואלי הנשקף מן החשוד וברמת הסתברות גבוהה למעורבות ישירה עתידית שלו בפעילות טרור. מעשי העבר של החשוד יובאו בחשבון רק מבחינת מה שנובע מהם לעניין מסוכנותו העתידית.
 6. הממצאים העובדתיים שעליהם מתבססת ההערכה חייבים להיות ברמת הוודאות הנדרשת להרשעה פלילית.
 7. יש לקבוע כללים להערכת הנזק הסביבתי ולדרך שקלולו ולנקוט אמצעי זהירות כלפי המקום, הזמן והנשק שבו ישתמשו נגד החשוד כדי למזער את הנזק לאוכלוסייה האזרחית.
 8. יש לתעד את ההליך שהביא לקבלת ההחלטה.
 9. ראוי להקים גוף **עצמאי** שיבקר את ההחלטות שהתקבלו.
 10. יש להזהיר מראש את החשוד ולאפשר לו להסגיר את עצמו לידי הרשויות.⁶⁹
- נדגיש, שלדעתנו גם אם ננקטים כללים אלה אין בהם כדי להצדיק הריגה מונעת, אלא רק למזער את נזקה.

69 ראו גם הערה 57 לעיל.

3 פעולות מונעות והגנה עצמית נגד ארגוני טרור ופעיליהם

בפרק זה נבחן את זכותה של מדינה להגן על עצמה מפני פעילותם של ארגוני טרור – זכות המוגבלת על ידי עקרונות ההגנה העצמית. ראשית, נדון בהצדקות לפעולה נגד ארגוני הטרור עצמם, על תשתיתם, ולאחר מכן נבחן את ההצדקות לפעולה נגד פעילים ספציפיים או נגד התא היחיד המעורב בפעולה מסוימת. העובדה שמצדו האחר של המתרס ניצבים אנשים אשר אינם מוגדרים כלוחמים ושאפשר לפגוע בהם כל העת אינה יכולה לפגוע בזכותה של המדינה להגנה עצמית. עד לאחרונה נהוג היה לחשוב, כי הזכות להגנה עצמית אינה משמשת הצדקה לפעולה נגד המדינה או הרשות המקבלות בהסכמה שבשתיקה את פעילות הכוחות הטרוריסטיים המצויים בשטחן, וכי רק כאשר המדינה או הרשות משתתפות ישירות בפעילות הטרור הן הופכות למטרה לגיטימית. אולם לאחר התקפת הטרור על ארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001 קיבלה מועצת הביטחון החלטה אשר שינתה את פרשנות הזכות להגנה העצמית של מדינה כלפי מדינה אחרת. במבוא להחלטה מאשרת המועצה את זכות ההגנה העצמית על פי מגילת האו"ם: "Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations..."⁷⁰ הצהרה זו היא מבוא לתביעות החלטיות מן המדינות לפעול למיגור הטרור ולא לאפשר פעילות טרור או סיוע לפעילות טרור משטחן. זאת, בצירוף ההסכמה שבשתיקה שנתנה מועצת הביטחון לפלישת ארצות הברית לאפגניסטן לאחר 11 בספטמבר 2001, מצביעים על כוונת מועצת הביטחון לקבוע לפחות שני כללים בדבר פרשנות הזכות להגנה עצמית:

א. פעילות טרור, גם זו המנווטת על ידי ארגונים ולא בהכרח על ידי מדינות, מצדיקה הגנה עצמית לפי מגילת האו"ם (ונחשבת ל"התקפה חמושה" לפי סעיף 51 למגילה).

ב. הסכמה שבשתיקה של מדינה לביצוע פעולות טרור משטחה והימנעותה מנקיטת פעולות שימנעו מפעילי הטרור לפעול משטחה היא

SC Res. 1373 (Sept. 28, 2001), 40 *ILM* 1278 (2001) 70

הפרה של עקרון הריבונות על ידי אותה מדינה, ומזכה את המדינה המותקפת בזכות להגנה עצמית.⁷¹

מרגע שהחלה פעילות טרור נגד מדינה מסוימת, אין ספק כי המדינה זכאית להגן על עצמה מפני התמשכותן של פעולות כאלה.⁷² יש להבחין בין פעולת הגנה עצמית מונעת ובין פעולת תגמול – כלומר, פעולת ענישה – שאינה מותרת לפי המשפט הבין-לאומי. מכאן, שכאשר הארגון אינו יוצר עוד סכנה למדינה (למשל, כאשר חדל מפעילותו) או כאשר אין ראיות בדבר כוונת הארגון להמשיך בפעולות נגד המדינה, אין לנקוט פעולה כוחנית כלפי הארגון, שכן לא מדובר עוד בהגנה עצמית.

תנאי ההגנה העצמית הם מיידיות, מידתיות והיעדר חלופה סבירה.⁷³ יש לתת לדרישת המיידיות פרשנות גמישה. דרישת המיידיות עניינה באופן עקרוני שתי קטגוריות: הסכנה והפעולה הנדרשת למניעתה. כלומר, הסכנה צריכה להיות מיידית ולא זו בלבד אלא שגם הפעולה המונעת צריכה להיות דרושה באופן מידי. בדרך כלל פעולה מיידית אכן נדרשת לסילוקה של סכנה מיידית, אך אין זה נכון לגבי כל המקרים האפשריים. לפעמים נדרשת פעולה מיידית לסיכול סכנה שאינה מיידית, משום שאם לא יינקטו אמצעים מידיים למניעת הסכנה, לא תהיה אפשרות לנקוט אותם בשלב מאוחר יותר. במצב כזה פעולת ההגנה היא הכרחית, וראוי להסתפק בכך. יש להבין את הדרישה לסכנה מיידית כמאפיין וכביטוי רווח של **נחיצות הפעולה המתגוננת**, שהיא העיקר. מצבים אלה מאפיינים את ההתמודדות עם הטרור, ובמיוחד עם מחבלים מתאבדים. הסיכויים לאתר מחבלים מתאבדים לאחר שכבר נכנסו לשטח המדינה שבה הם מעוניינים לפגוע קלושים ועל כן מוצדק לפעול נגדם עוד בטרם יצאו לדרכם ואף במהלך הכנת הפיגוע. אפשר לנקוט פעולות

71 עיקרון זה מרחיק לכת יותר מהחלטה בעניין אחריותה של לוב לפיצוץ המטוס בלוקרבי, סקוטלנד, אם כי הסכמה שבשתיקה לביצוע פעולות טרור כבר נזכרה שם: "Every state has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another state or *acquiescing* in organized activities within its territory..." (emphasis added) U.N. Res. 748, U.N. SCOR, 47th Sess., at 65, U.N. Doc. S/PV.3063, ראו S/RES/748 (1992)

72 לעניין זכות ההגנה העצמית של מדינה כנגד ארגוני טרור לפי המשפט הבין-לאומי ראו למשל Baker, 1987, 43; Blum, 1970, 136.

73 עקרונות אלה נקבעו במשפט הבין-לאומי בדוקטרינה המכונה "דוקטרינת קרוליין". ראו Gross, 2001, 209-210.

כאלה נגד תשתיות הטרור – מטרות צבאיות או מעין צבאיות, כגון מחנות אימונים, מעבדות לייצור חומרי חבלה ומפקדות ארגוני הטרור, זאת כמובן בכפיפות לכך שהנזק הסביבתי שעלול להיווצר יעמוד בעקרון המידתיות. אם לא יינקטו פעולות אלה לסיכול התנאים המאפשרים את הוצאתם לפועל של פיגועים, סביר להניח שלא יהיה אפשר למנוע את הפיגועים עצמם בשלב מאוחר יותר. דברים אלה נכונים בעיקר לגבי ארגונים הפועלים באופן שיטתי ורחב היקף נגד אזרחים וארגונים המבקשים להשיג נשק לא קונבנציונלי. כאמור, יש לעמוד גם בתנאים הנוספים של מידתיות והיעדר חלופה סבירה להדיפת הסכנה. אמצעים חלופיים יכולים להיות גדר ביטחון, מעצרים שאינם מסכנים את האוכלוסייה האזרחית (אינם דורשים שימוש בכוח צבאי רחב היקף) ואינם יוצרים סיכון לא סביר לכוחות המבצעים אותם. אולם מבט מפוכח ומעשי לגבי דרישה זו יגלה, כי נכונותם של מקבלי ההחלטות להכיר בהיתכנות אמצעים חלופיים אינה גדולה, בלשון המעטה. סביר להניח, שנטיית מקבלי ההחלטות תהיה לשלול את קיומו של אמצעי חלופי כאשר אמצעי זה יוצר סיכון (גם סביר) לכוחותיה של המדינה המתגוננת.⁷⁴ חלק מן האמצעים החלופיים (כגון מעצרים) הופכים את המדינה המותקפת לרשות אוכפת חוק, המחליפה את המדינה או הרשות הריבונית שבה פועלת המדינה המותקפת. לעתים אוכפת המדינה המותקפת את חוקיה שלה, כאשר במדינה המעניקה מקלט לטרוריסטים אין חוקים מתאימים למניעת פעולתם. פעולות כאלה גוררות הפרה של עקרון הריבונות, אך הפרה כזו מוצדקת בגדר הגנה עצמית,⁷⁵ בתנאים שבהם המדינה תומכת הטרור נתבעה לשתף פעולה באכיפת החוק וסירבה לעשות זאת או להתיר למדינה המותקפת לפעול לשם כך.

האם אמצעי אכיפת החוק עדיפים בכל מקרה על פני תקיפת הטרוריסטים? לכאורה, לפי המשפט הבין-לאומי ולפי עקרון מניעת סבל לא הכרחי, ההריגה המונעת צריכה לשמש תמיד אמצעי אחרון. אמצעי אכיפת החוק עדיפים תמיד על פני שימוש בכוח קטלני ועל פני הוצאה להורג בלא הליך משפטי ראוי. אולם גישה זו טומנת בחובה שני קשיים: ראשית, שימוש

74 התמודדות עם הטיה זו יכולה להיות באמצעות ייסוד מנגנון בקרה על החלטותיו של הדרג המבצע. עם זה, הסבירות שמנגנון כזה ייוסד נמוכה.

75 ראו החלטת מועצת הביטחון 1373 (לעיל הערה 70), המתפרשת כמתן זכות להגנה עצמית למדינה גם כלפי ארגוני טרור הפועלים במדינת חסות.

באמצעי אכיפת חוק עלול לגרום מחיר כבד הן לאוכלוסייה האזרחית הן לחיילי המדינה המתגוננת. כך, למשל, כאשר חברי ארגוני הטרור או האוכלוסייה האזרחית צפויים להתנגד בכוח לכניסת כוחות המדינה המתגוננת לצורך אכיפת החוק. נוסף על כך אף שהדרישה היא להעמיד את הכוח הלוחם של המדינה המתגוננת בסיכון **סביר** לצורך אכיפת חוק, הרי שמקבלי ההחלטות, כאמור לעיל, ייטו להפחית ככל האפשר את הסכנה לכוחות שבשליטתם. עובדה זו מעמידה בספק, מבחינה מעשית, את האופציה של שימוש באמצעי אכיפת חוק על פני תקיפה של ארגוני טרור ופעיליהם. לסיכום, יש להדגיש כי כל האמצעים שנבחנו לעיל עניינם מצב שארגוני הטרור פועלים מתוך שטחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית של המדינה המתגוננת. בשטחים שבהם ישנה שליטה כזו אין ספק, כי ההתמודדות הראויה עם ארגונים כאלה היא באמצעי אכיפת חוק בלבד, גם כאשר מדובר בפושעים מסוכנים ונתעבים. נוסף על כך על המדינה המתגוננת לנסות ולהשיג שליטה אפקטיבית בשטח, כאשר הדבר אינו יוצר סיכון לא סביר לחיי אדם, כדי להוציא לפועל את האמצעים שברשותה לאכוף את החוק. כך, למשל, כאשר ישנה אפשרות לפגוע באמצעות מסוק באדם המצוי בשטח מבודד וסטרילי, סביר להניח שאפשר גם לעצרו, ויש להעדיף אמצעי זה.

דנו בכך שלכל מדינה שמורה הזכות להגנת אזרחיה מפני סכנה הנשקפת להם, גם כאשר הדבר כרוך בהפרת עקרון הריבונות של מדינה או רשות אחרת בטריטוריה שבה פועלים תאיהם של ארגוני טרור ומשלחים ממנה את פעיליהם. הפרה כזו מוצדקת כאשר המדינה או הרשות השולטת בשטח אינה אוכפת את החוק על פעילי הטרור ואינה מונעת את פעולתם. כאמור לעיל, נוכח חומרת הסכנה הנשקפת, אין לצפות מן המדינה, שהיא יעד לארגוני הטרור, שתמתין לכניסת פעילי הארגונים לשטחה הריבוני כדי לפעול נגדם. השהיית הפעולה עלולה להיות הרת אסון, שכן הסיכויים לאתר את הטרוריסט לאחר שכבר יצא לפעולתו בדרך כלל נמוכים ביותר. על כן אפשר להצדיק פגיעה במפגעים יחידים או בתאים המתכננים הוצאה לפועל של פיגוע כבר בשלביו המוקדמים, כגון כאשר המחבל המתאבד מקבל את המטען או כאשר הוא מקבל הוראה לצאת לפעולה. ככלל, מעשים אלה הם כבר בגדר "חציית הרוביקון", והסיכוי שהמבצע יתחרט או ייסוג קלוש.⁷⁶

76 תמיכה במסקנה זו אפשר למצוא בסעיפים (4)44 ו-5)44 לפרוטוקול הראשון, אשר מרחיבים את טווח מעשי האיבה (hostilities) לשלב פריסת הכוחות ולשלב מבצעי ההכנה לקראת ההתקפה.

גם דוקטרינת ההגנה העצמית תומכת בהשקפה שאף כאשר הסכנה אינה מיידית, האמצעים הנדרשים לסיכולה עשויים להיות מיידיים, כיוון שאלמלא יינקטו בשלב זה, לא יהיה אפשר לסכל את הסכנה מאוחר יותר (Robinson, 1984, S 131(b), (c)). זאת, בכפיפות לדרישה שהסכנה אשר מבקשים למנוע היא סכנה חמורה. עם זאת, הבעיות המעשיות של הרחבה זו נעוצות בעובדה, שבדרך כלל קשה לאתר את השלבים המוקדמים הללו. אף על פי כן התניית ההיתר, כאמור, עדיפה על פני מתן היתר לפעולה נגד מי שהחשד הקיים כלפיו הוא כללי ולא ממוקד: הסתברות הטעות קטנה יותר, וההצדקה מובהקת יותר.



בנייר עמדה זה בדקנו את שאלות חוקיותה של ההריגה המונעת במסגרת התמודדותה של ישראל בטרור בשטחים הכבושים. בחנו שאלות אלו הן על פי המשפט הפנימי הן על פי המשפט הבין-לאומי. מסקנתנו היא, שההריגה המונעת יכולה לשמש אך ורק כלפי מי שמעמידים את עצמם באופן מלא לרשותו של ארגון מחבלים ושיזיהוים ככאלה ברור (למשל, מי שמתאמנים במחנה אימונים או מצויים במפקדה של ארגון טרור), או כלפי "אזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה" במסגרת המצומצמת שבה הם מעורבים בפעילות לחימה. אין לראות בהריגה המונעת אמצעי ראוי נגד חשודים בפעילות טרור על בסיס מידע מודיעיני.

יש לנקוט אמצעים של אכיפת חוק כלפי החשודים בפעילות טרור הן בשטחים שלמדינה המתגוננת שליטה אפקטיבית בהם הן בשטחים שאין לה שליטה כזו, אך היא יכולה להשיגה בתנאים סבירים. יש להעניק לגורמי האכיפה מנדט רחב לטפל בטרור באמצעים אלה, כולל בעצם ההתארגנות, בסיוע לסוגיו, במימון פעילות טרור, בשידול ובהסתה לביצוע מעשי טרור ובהשמעת דברי שבח והזדהות עם מעשים כאלה. את כל המשתתפים הללו יש לעצור ולהביא לדין. כמו כן יש לפגוע בתשתית החימוש של המפגעים. אמצעי אכיפת החוק מתיישבים עם עקרון יסוד של המשפט ההומניטרי בדבר מניעתו של סבל לא הכרחי, הם אינם גזר דין בלא הליך שיפוטי ומאפשרים הגנה טובה יותר על זכויותיו הבסיסיות של כל אדם לחיים ולמשפט הוגן. ראשית, אמצעי אכיפת החוק מאלצים את המערכת המתמודדת עם הטרור לאסוף ראיות קבילות ואמינות נגד החשוד. הם מאפשרים לכל חשוד להביא ראיות כדי להזים את ראיות התביעה שנמסרו לעיונו ואשר הוצגו במשפט, ובכך הם מעניקים לו את הזכות להליך הוגן. שנית, הליכים אלה מאפשרים להתמודד עם בעיות של טעות בנוגע לזהותו ולחלקו של החשוד בפעילות הטרור. שלישית, ההליכים יוצרים הבחנה חדה וברורה בין דרכיהם של הטרוריסטים ובין דרכה של מדינת חוק, ובכך מוענק למדינה יתרון מוסרי מובהק. רביעית, גישה זו מסייעת לשמירת ההבחנה בין אזרחים ללוחמים, כיוון שהיא מונעת פגיעה במטרה שאינה חוקית, קרי, באזרח מן השורה שלא נטל חלק ישיר בפעולות הלחימה. עם זה, נוכח ההכרה בכך שמקבלי ההחלטות ייטו להשתמש באמצעי של הריגה מונעת במקרים מסוימים דנו בכך, שיש לוודא כי אמצעי זה

יישקל תמיד כאמצעי אחרון וכי יש לקבוע הליכים ברורים לקבלת ההחלטה, לאופן מימושה ולבקרה עליה (כמפורט בסיכום הביניים).

נקיטת הליכים אלה אינה מסלקת את הקושי המהותי לגבי מי שאינם "לוחמי קבע" (מי שאינם מעמידים את עצמם באופן טוטלי לרשות הארגון) ואינה מסלקת את הקושי ההוכחתי והדיוני (היעדר הליך הוגן). עם זה, נקיטת ההליכים עדיפה על פני הימנעות מנקיטתם. ברור, שלהריגה מונעת אין אפילו אחיזה קלושה של חוקיות כאשר היא נעשית בשטח שהוא בריבונותה או בשליטתה האפקטיבית של המדינה המבצעת אותה.

נוסף על כך בדקנו את התאמתה של ההריגה המונעת לשמש אמצעי של הגנה עצמית הן כלפי ארגוני הטרור ותשתיותיהם המצויים במדינה אחרת אשר אינה מעוניינת, או אינה יכולה, למנוע את פעילותם הן כלפי פעיליהם הספציפיים – בודדים וחוליות – של הארגונים הללו. דנו בכך, שלכל מדינה שמורה הזכות להגנת אזרחיה מפני סכנה הנשקפת להם, גם כאשר הדבר כרוך בהפרת עקרון הריבונות של מדינה או רשות אחרת בטריטוריה שבה פועלים תאיהם של ארגוני טרור ומשלחים ממנה את פעיליהם. הפרה כזו מוצדקת כאשר המדינה או הרשות השולטת בשטח אינה אוכפת את החוק על פעילי הטרור ואינה מונעת את פעולתם. הדרך היחידה למנוע ממדינות מתגוננות לנקוט פעילות צבאית נגד מדינות תומכות טרור היא יצירת שיתוף פעולה בין-לאומי הדוק במאבק בארגוני הטרור, כדי להביא – באמצעות לחץ – ממשלות ורשויות אחרות לפעול באמצעי אכיפת חוק נגד ארגוני הטרור הפועלים בשטחיהן. כאשר לא מתקיים שיתוף פעולה בין-לאומי יעיל כזה, יש להכיר בהצדקה המובהקת של פעולה צבאית נגד טרוריסטים ובפגיעה בריבונות הכרוכה בכך.

הגענו למסקנה, שפעולות הגנה עצמית כאלה עומדות בתנאי הדוקטרינה של הגנה עצמית: מיידיות, סבירות ומידתיות. גרסנו, כי יש להרחיב את דרישת המיידיות לעניין איומי הטרור, כך שיתאפשר לנקוט אמצעים הדרושים מיידית לסיכולה של סכנה שאינה מיידית, במקרה שהימנעות מפעולה כזו שוללת את האפשרות לסכל את הסכנה בשלב מאוחר יותר, כלומר, במקרה שפעולת ההתגוננות הכרחית. על כן הצענו שיותר להדוף איום טרוריסטי בשלב מוקדם, כגון בשלב צבירת נשק להשמדה המונית או בשלב הוצאתו לפועל של פיגוע טרור (למשל, בעת ההצטיידות בחגורת חומר נפץ או בזמן היציאה לדרך).

סיכומם של דברים, כדי למנוע את התמוטטות עקרונות המשפט ההומניטרי ובראש ובראשונה את ההבחנה בין לוחמים לאזרחים, וכדי להגן

על זכויות האדם הבסיסיות – הזכות לחיים והזכות למשפט הוגן – יש לעודד שיתוף פעולה בין-לאומי והפעלת לחץ בין-לאומי על ארגוני הטרור ועל המדינות התומכות בהם, במטרה להביא להליכים משפטיים נגד מחבלים ונגד מפקדי הארגונים בכל מקום שהם נמצאים בו. לשם כך יש לפעול נגד יצירת מקלטים המאפשרים לארגוני הטרור להוציא את תכניותיהם לפועל באין מפריע. שיתוף פעולה של ישראל עם יזמות מסוג זה עשוי לסייע לה במאבקה בטרור ולהשיג לה תמיכה בין-לאומית בפעולותיה. משרד החוץ הישראלי יוזם אמנה בין-לאומית נגד פיגועי התאבדות ופועל להפיץ אותה לממשלות זרות לחתימה כהסכם בין-לאומי. האמנה קוראת לקבוע כנורמה פלילית גם פעולות סיוע לפיגועים, כגון תפירת חגורות נפץ (הארץ, 5 במרס 2003).⁷⁷ כינון משטר בין-לאומי נגד טרור בכלל ונגד טרור המתאבדים בפרט, יחד עם הימנעותה של ישראל מפעילות לא חוקית כנגד הטרור, יכולים לסייע לישראל להשיג את תמיכת הקהילה הבין-לאומית בפעולות חוקיות שתנקוט לצורך הגנה עצמית. בהיעדר משטר בין-לאומי כזה יש קושי לבוא חשבון עם המדינה ועם אלה שפועלים בשמה, כאשר הם חורגים מן המותר לשם הגנה על אזרחי המדינה ותושביה מפני התקפות טרור.

77 זה לא כבר צירפה ישראל את חתימתה לשתי אמנות נוספות נגד טרור: (1) **האמנה לדיכוי פיצוצי הטרור** (1997). ראו International Convention for the Suppression of Terrorism Bombings, 37 I.L.M 249 (1998); (2) **האמנה נגד מימון הטרור** (1999). ראו International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism, 39 I.L.M 270 (2000). מבין מדינות האזור צירפו את חתימתן, נוסף על ישראל, רק לוב ואלג'יריה (הארץ, 5.3.03).



נספח: הריגה מונעת בארצות הברית

מאת הילי מודריק אבן-חן

בראשית נובמבר 2002 חוסלו שישה אנשים מארגון אל-קאעידה בעת שמכוניתם התפוצצה במחוז מריב שבתמימן. בין ההרוגים היה עלי אל-הארתי, המכונה "אבו עלי", ואשר נחשד במעורבות בתכנון מתקפת הטרור של 11 בספטמבר ובפיצוץ המשחתת האמריקנית Cole. מקורות בכירים בממשל האמריקני אישרו, כי הפיצוץ נבע מירי טילי "הלפייר" ממטוס ללא טייס לעבר המכונית.⁷⁸ זו לא הייתה הפעם הראשונה, שהאמריקנים מעורבים בהריגה מונעת או בניסיון לבצע הריגה מונעת.

הדיון הציבורי האמריקני בסוגיית ההריגה המונעת, או ההתנקשות (assassination), כבר החל בראשית שנות השבעים. באותה עת החלו לדלוף ידיעות בדבר מעורבותם של המודיעין והצבא האמריקניים בניסיונות ובפעולות ממשיות של חיסול מנהיגים זרים בשנות החמישים והשישים, ביניהם ניסיון החיסול של פידל קסטרו שליט קובה וחיסולו של רפאל טרוזיילו מן הרפובליקה הדומיניקנית (Johnson, 1992, 405).

בעקבות שמועות אלה הקים הסנאט ב-1975 ועדה בראשותו של הסנטור פרנק צירץ' לבחינת המבצעים של סוכנויות המודיעין (להלן: "ועדת צירץ'")⁷⁹ ולבחינת ההאשמות בדבר מעורבותה של ארצות הברית בהתנקשויות ובניסיונות ההתנקשות השונים. הוועדה חשפה תהליך קבלת החלטות ושתוף פעולה פגום. הפקידים הזוטרים הסתירו מן הפקידים הבכירים מידע, כדי שהבכירים יוכלו לאשר את פעולות ההתנקשות בלי שידעו את פרטיו המדויקים של המבצע, וכך יהיו מוגנים מפני האשמה ציבורית במקרה שהמבצעים המאושרים על ידם ייחשפו. בעקבות זאת פסקה הוועדה, כי אין לאשר את ההתנקשות במצב שאינו מלחמה, והמליצה על חקיקת חוק שיאסור את השימוש באמצעי זה (Pape, 2002, 64-65).

אולם החוק שהמליצה עליו הוועדה לא נחקק, והאיסור יצא אל הפועל בדמותו של צו מנהלי (executive order) שהוציא הנשיא ג'רלד פורד.⁸⁰

www.ynet.co.il/articles/0,77340,L-2224418,00.html 78

US Senate, Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities, "Alleged Plots Involving Foreign Leaders", S. Rep.

No/ 755, 94th Cong., 2d sess., Book 1, 7

Executive Order No. 11,905 3 C.F.R 90 (1977) 80

הצו אסר על כל פקיד ממשל אמריקני להשתתף בהתנקשות פוליטית או בתכנונה. ב-1981 אף הורחב האיסור באמצעות צו מנהלי שהוציא הנשיא רייגן ומספרו 12,333.⁸¹ צו זה, אשר הסדיר את מטרותיהם ודרכי פעולתם של שירותי המודיעין האמריקניים, אסר גם על השתתפות עקיפה במבצעי התנקשות שלא בזמן מלחמה. משמעות הדבר היא, שנאסר על סוכנויות המודיעין האמריקניות לשדל אחרים לבצע עבורן התנקשויות, כאמור. הצו לא בוטל בכל המשטרים עד כה.

מן האמור לעיל עולה לכאורה, שפעולות ההתנקשות בחברי ארגון אל-קאעידה הן הפרה של הצו הנשיאותי, בהיותן פעולות התנקשות שאינן מבוצעות בזמן מלחמה.⁸² אולם באמצע שנות השמונים, לאחר שתוקן ספר ההדרכה המשפטי של הצבא האמריקני,⁸³ הכין אנף הדין הבין-לאומי במחלקת יחסי החוץ של הממשל תזכיר המפרש את המונח "התנקשות" ומסביר מהן הפעולות הנכללות בו ואשר אסורות בעת שלום או מלחמה.⁸⁴ כמו כן מפרט המסמך אותן פעולות שאינן עולות בגדרה של התנקשות, ואשר חלקן מותרות בעת שלום וחלקן האחר מותר בעת מלחמה.

המסמך מבחין בין התנקשות בעת שלום ובעת מלחמה. ההתנקשות בעת שלום מוגדרת כהריגה שנועדה למטרות פוליטיות. ההתנקשות בעת מלחמה קונבנציונלית מוגדרת כ"הוצאה אל מחוץ לחוק של האויב או הצעת פרס על ראשו". לעומת זאת, פעולות לוחמה שיש בהן מרכיב של הפתעה ואשר אינן כוללות מרכיבים של מעילה באמון – כלומר, כל אותן פעולות המכוונות להרוג את חיילי האויב שלא נכנעו – מותרות, ואינן נקראות "התנקשות". המסמך מציין, כי מתן האפשרות להיכנע תלוי בנסיבות ועל כן הריגת חייל ממטח כדורים שכבר נורו אל יחידתו במהלך התקפה עליה, ואשר הניח את נשקו במהלך ההתקפה, לא תיחשב התנקשות אסורה.⁸⁵ נוסף על כך מבחין המסמך במצבי אלימות אחרים, פרט למלחמה קונבנציונלית: מלחמת גרילה ומלחמת הגנה עצמית.⁸⁶ מאחר שמלחמת הגרילה מתאפיינת בלוחמה מקרב האוכלוסייה ובלוחמה שאינה כוללת

Executive Order No. 12,333, 3 C.F.R 200 (1981), 50 U.S.C. # 401 81

לעומת זאת, חיסול בניו של סדאם חוסיין אינו אסור לפי הצו הנשיאותי. 82

U.S. Army Field Manual 27-10 83

Memorandum of Law: Executive Order 12,333 and Assassination, printed in 84
The Army Lawyer, December 1989

שם, עמ' 5. 85

שהיא פעולה שאינה במסגרת מלחמה. 86

לבישת מדים, הריגתו של לוחם גרילה שהסתתר בקרב האוכלוסייה ולא הבדיל את עצמו ממנה לא תיחשב להתנקשות. ועוד זאת, המסמך מציינ שלא תמיד אפשר לשרטט בוודאות את קו הגבול בין הלוחמים ובין האזרחים התמימים וכי העניין נתון להכרעה מבצעית בשטח.⁸⁷

בנוגע לפעולות המותרות במסגרת הגנה עצמית המסמך מונה שלושה סוגים של הגנה עצמית: פעולה ממשית של התגוננות בפני התקפה אלימה או כוח צבאי, פעולה שמטרתה למנוע הפעלת כוח הצפויה באופן מיידי ופעולת הגנה כנגד איום מתמשך. ארגוני טרור הם כוח העשוי לאיים על מדינה באחת מן הדרכים הללו – דרכים המצדיקות פעולה של הגנה עצמית. שאלה נוספת שהמסמך עוסק בה היא, מי עשוי לשמש מטרה לגיטימית בעת מלחמה ומי אינו עשוי לשמש מטרה כזו, כך שהריגתו תהיה התנקשות אסורה. הנגזרת של ההבחנה הזו היא השאלה, מתי מותר להרוג אזרחים במסגרת מלחמה? בהידרשו ללחמת גרילה, מבחין המסמך בין אזרחים המשתתפים בלחימה ובין אזרחים שאינם משתתפים בלחימה, על יסוד ההנחה הבסיסית שלחמת הגרילה מתנהלת בשני מישורים הקשורים זה בזה בקשר הכרחי: מדיני וצבאי. האזרחים המשתתפים בלחימה נחלקים לשלוש קטגוריות: 1. Military operations – לחימה מעשית, השתתפות במבצעים צבאיים; 2. Military effort – דרג הפיקוד והשליטה הגבוהה, לוגיסטיקה ומודיעין צבאי וכמו כן הדרג הפוליטי הגבוהה – מנהיגים וחברי מפלגה מרכזיים; 3. War effort – פעולות שבכוון לסייע לכוח הלוחם להביס את האויב, אף שאינן מתייחסות לפעולה צבאית מסוימת, כגון מודיעין מקומי, אימון וגיוס ולוגיסטיקה ביניים, ובצד הפוליטי – דרג הנהגה נמוך ושאר החברים. אזרחים שאינם משתתפים בלחימה הם מי שמסייעים באופן פסיבי בלחימה, למשל, מי שנותנים מחסה לחברי הארגון או לא מוסרים את מקום הימצאם. לעומת זאת, מתגייסים פוטנציאליים מצויים בקו התפר שבין משתתפים המסייעים למאמץ הלחימה הכללי (war effort) ובין מי שאינם משתתפים.⁸⁸ מן המסמך עולה, שאזרחים הנכללים בשלוש הקטגוריות

87 עמ' 7. בעיה זו נידונה גם במסגרת הידרשותו של המסמך לשאלה, מהן מטרותיה הלגיטימיות של פעולה צבאית, שאינה עולה בגדר התנקשות אסורה? ראו הדיון להלן.

88 הצעות ליצירת קטגוריות משנה ל"אזרחים" עלו גם בעת הדיונים בוועידה הדיפלומטית לניסוח הפרוטוקול הראשון, אך נדחו. ראו Bothe, 1982, 294-295. הצלב האדום הגדיר קטגוריות אלו באופן דומה. ראו הדיונים בוועידה הדיפלומטית לקראת ניסוחו של הפרוטוקול הראשון: CDDH/III/SR.2 para 9. בנוגע להבחנה בין אזרחים ללוחמים במלחמה קונבנציונלית, המסמך האמריקני קבע כמה כללי עזר להכרעה בשאלת

משתתפים בלחימה, אך לא ברור אם עצם ההשתייכות לקטגוריה אחת מאפשרת לפגוע במשתייך בכל עת.

המסמך קובע, גם שהרג לא מכוון של אזרחים אינו אסור אם האזרחים נטלו על עצמם סיכון ושהו בקרבת שדה הקרב.⁸⁹ לעומת זאת, לא נקבעו מסקנות חד משמעיות לגבי הריגתם של אזרחים שנטלו חלק זה או אחר בסיוע לפעולות המלחמה, אך צוינו כמה כללי עזר: א. אזרחים אשר עובדים במקום שהוא מטרה צבאית משמשים מטרה לגיטימית למשך כל זמן שהייתם באותו מקום; ב. הצבתו של אזרח במקום שבדרך כלל ניצב בו חייל אינה מקנה לו חסינות מפני תקיפה; ג. אדם שמשרת את הצבא במסגרת עבודתו האזרחית, ותרומתו באותו מקום למאמץ המלחמתי גדולה יותר מהתרומה שהיה עשוי לספק כחייל, ישמש מטרה לגיטימית.

הדברים האמורים לעיל יכולים לשמש את ארצות הברית בניסיון להצדיק את פעולות ההריגה המונעת שנקטה נגד פעילי אל-קאעידה, כפעולות הגנה עצמית כלפי איום מתמשך וכלפי חברי ארגון טרור שאינם אזרחים תמימים. אפשרות נוספת היא שהנשיא יורה על חריג לצו, שיאפשר להתנקש באדם מסוים. לצורך כך על הנשיא להוכיח שהפעולה נדרשת להגנה על ביטחון המדינה, לדווח על כך לקונגרס ולהידרש להוצאות שהפעולה דורשת. דבר קיומה של הפעולה יכול אף להישמר כסוד מדינה, בהוראת הנשיא (Pape, 2002, 66-67). לעומת זאת, הטענה שמדובר במלחמה או בעימות מזוין אינה נראית סבירה, משום שלא מדובר בסכסוך צבאי ממושך ואינטנסיבי שבו כל אחד מן הצדדים פועל ברמת ארגון צבאית גבוהה.

⁸⁹ חסינותם של אזרחים המשתייכים לאחת מן הקטגוריות הנידונות בגוף הטקסט בעמוד זה. כללים אלו אין עניינם לחמת גרילה, אך ייתכן שאפשר להקיש מהם לצורך ניסוח כללים לעניין ההבחנה בין לוחמים לאזרחים בארגוני טרור.

⁸⁹ שימו לב, שמסמך זה אינו מאזכר את עקרון המידתיות, אשר עשוי לשנות כמובן את המסקנה כי בכל מקרה אין הצבא אחראי להרג לא מכוון של אזרחים תמימים.

מקורות

פרסומים רשמיים

- אמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, עמ' 559.
- הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני, הנציג של העם הפלסטיני מ-28 ספטמבר 1995, כ"א 32, מסי 1067, עמ' 1.
- חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003, ס"ח 1894, עמ' 502.
- מגילת האומות המאוחדות וחוקת בית הדין הבין-לאומי, נכנסה לתוקף ב-24 באוקטובר 1945, כ"א 19, עמ' 203.
- Charter of the Organization of African Unity, May 25, 1963, 2 I.L.M. 766 (1963).
- Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents, Dec. 14, 1973, 28 U.S.T. 1975, 1035 U.N.T.S. 167.
- Definition of Aggression, G.A. Res. 3314, U.N. GAOR, 24th Sess. Supp. No. 31, at 142, U.N. Doc. A/ 9631 (1975).
- Executive Order No. 11,905 3 C.F.R. 90(1977).
- Executive Order No. 12,333, 3 C.F.R. 200 (1981), 50 U.S.C. # 401.
- European Convention on the Suppression of Terrorism, *opened for signature* Jan. 27, 1977, Europ. T.S. No. 90, 15 I.L.M. 1272 (entered into force Aug. 4, 1978).
- Hague Convention No. IV Respecting the Laws and Customs of War on Land and Annex Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18 1907, 36 Stat. 2277 T.S. No. 539.
- International Convention for the Suppression of Terrorism Bombings, 37 I.L.M. 249 (1998).
- International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism, 39 I.L.M. 270 (2000).
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (7/12/1978), 1125 U.N.T.S. 3 (Protocol 1).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 8 July 1977, 1125 U.N.T.S 609, *reprinted* in 16 I.L.M. 1442 (1977).

Protocol Additional to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be Deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects and relating to the Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II).

SC Res. 1373 (Sept. 28, 2001), 40 I.L.M. 1278 (2001).

S.C Res. 911 U.N. SCOR, 43d Sess., at 15, U.N Doc. S/Res/911 (1988).

S.C. Res. 678, 45 U.N. SCOR, at 27, U.N. Doc. S/Res/678 (1991).

S.C. Res. 262 S/Res/262 (1968).

Statute of the International Criminal Court UN Doc.A/CONF/ 183/9. U.N. Res. 748, U.N. SCOR, 47th Sess., at 65, U.N. Doc. S/PV.3063, S/RES/748 (1992).

United Nations Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, G.A. res. 47/133, U.N GAOR, 47th Sess. Supp. No. 49, at 207, U.N. Doc. A/49/47/ Sess., 1992.

E/CN.4/1983/16.

US Senate, Select Committee to Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities, "Alleged Plots Involving Foreign Leaders", S. Rep. No. 755, 94th Cong., 2d sess., Book 1, 7.

דוחות, עיתונות ואתרי אינטרנט*

אלון גדעון, "רובינשטיין תומך במדיניות צה"ל של חיסולים ממוקדים", **הארץ**, 2 בדצמבר 2001.

אל קאנון – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה והוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (יוני 2002), **מדיניות החיסולים של**

מדינת ישראל נובמבר 2000-ינואר 2002.

בן אלוף, "ישראל יוזמת אמנה נגד תמיכה במתאבדים", **הארץ**, 5 במרס 2003.

* כל האתרים היו פעילים בזמן כתיבת נייר עמדה זה.

גלילי לילי, "סופרים עותרים: לחקור ההתנקשות בשחאדה לפני פנייה לבתי דין בינ"לי", **הארץ**, 30 בספטמבר 2003.

דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת בראשותו של השופט (בדימוס) מ' לנדוי, משנת התשמ"ח-1987, ספר לנדוי, כרך א, התשנ"ה, עמ' 269.

לוי גדעון, "הפעם צה"ל יחקור", **הארץ**, 16 במרס 2003.

שיף זאב, "סיכולים: מפצה מתקתקת לתשתית מתקתקת", **הארץ**, 10 בספטמבר 2003.

www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0006001.html

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2017413,00.html

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-274337,00.html

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2224418,00.html

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2747855,00.html

www.ynet.co.il/articles/0,7340/L-2747737,00.html

www.palestinemonitor.org.factsheet/Palestinian_intifada_fact_sheet.htm

ספרים ומאמרים

גור-אריה מרים, "צורות של ביצוע עבירה פלילית", **פלילים א** (תש"ן), 29.

גור-אריה מרים, "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע", **משפטים יא** (תשמ"א), 518.

סנגירו בועז, **הגנה עצמית במשפט הפלילי**, 2000. ירושלים: נבו.

פלר ש"ז, 1987. **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב).

קדמי יעקב, 1996. **על הדין בפלילים** (חלק ראשון), תל אביב: אוניברסיטת תל אביב.

קרמניצר מרדכי, "המבצע בדיני העונשין – קווים לדמותו", **פלילים א** (תש"ן), 65.

Baker Mark B., "Terrorism and the Inherent Right of Self-Defense (A Call to Amend Article 51 of the United Nations Charter)", 10 *Hous. J. Int'l L.* (1987), 25.

Beres Louis R., "On Assassination as Anticipatory Self-Defense: The Case of Israel", 20 *Hofstra L. Rev.* (1991), 321.

- Beres Louis R., "The Permissibility of State-Sponsored Assassination During Peace and War", 5 *Temple Int'l & Comp. L.J.* (1991), 231.
- Bothe Michael *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1982.
- Blum Yehuda, "The Beirut Raid and the International Double Standard: A Reply to Professor Richard A. Falk", 64 *American J. Int'l L.* (1970), 80.
- Coll Albert R., "The Legal and Moral Adequacy of Military Responses to Terrorism", in: Malloy Michael P. (ed.), *American Society of International Law: Proceedings of the 81st Annual Meeting*, Washington D.C: The American Society of International Law, 1990.
- Fleck Dieter (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995.
- Greenspan Morris, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, 1959.
- Grotius Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (re. ed.1646), reprinted in 3(2) *The Classics of International Law* 653 (F. Kelsey trans.), Washington: Carnegie Institution, 1925.
- Gross Emanuel, "Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators or their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights *Versus* the State's Duty to Protect its Citizens", 15 *Temp. Int'l L.J.* (2001), 195.
- Gross Emanuel, "Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights", 6 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* (2001), 89.
- Gross Michael, "Fighting by Other Means in the Mideast: A Critical Analysis of Israel's Assassination Policy", 51 *Journal of Political Studies* (2003), 1.
- Gross Michael, "Assassination: Killing in the Shadow of Self-Defense", forthcoming, in: Irwin J. (ed.), *War and Virtual War: The Challenges to Communities*, Amsterdam: Rodopy.

- Jackson Jami M., "The Legality of Assassination of Independent Terrorist Leaders: An Examination of National and International Implications", 24 *N.C.J Int'l L. & Com. Reg.* (1999), 669.
- Johnson M. Boyd, "Executive Order 12,333: The Permissibility of an American Assassination of a Foreign Leader", 25 *Cornell International Law Journal* (1992), 401.
- Kopel David B. and Olson Joseph, "Preventing a Reign of Terror: Civil Liberties Implications of Terrorism Legislation", 21 *Okla. City U.L. Rev.* (1996), 247.
- Nolte Georg, "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order", Lecture given at Tel Aviv University in an "International Conference on Liberty, Equality, Security", 18-19 December, 2002.
- Oppenheim Lassa and Lauterpacht Hersch, *International Law: A Treatise* (7th ed.), Great Britain: Hazel Waston and Viney, 1952.
- Pape Matthew S., "Can We Put the Leaders of the 'Axis of Evil' in the Crosshairs?", *Parameters* (2002), 62.
- Paust Jordan J., "War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Laws of War", 28 *Yale Journal of International Law* (2003).
- Pictet Jean S. (ed.), *Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949*, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958.
- Rawls James P., "Military Responses to Terrorism: Substantive and Procedural Constrains in International Law", in: Malloy Michael P. (ed.), *American Society of International Law, Proceedings of the 81st Annual Meeting*, Washington D.C: The American Society of International Law, 1990.
- Robinson H. Paul, *Criminal Law Defenses*, Minn.: West Publishing, 1984.
- Sandoz, Yves, Swinarski Christophe and Zimmerman Bruno (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, IV Geneva Convention*, 1987, Geneva: Martinus Nijhof Publishers.

- Schachter Oscar, "The extra-Territorial Use of Force Against Terrorist Bases", 11 *Hous. J. Int'l. L.* (1989), 309.
- Sharp Walter G., "Revoking an Aggressor's License to Kill Military Forces Serving the United Nations: Making Deterrence Personal", 22 *Md. J. Int'l L. & Trade* (1998), 442.
- Schindler Dietrich and Toman Jiri (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Sijthoff & Noordhoff, 1981.
- Schmitt Michael N., "State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law", 17(2) *Yale Journal of International Law*, (1992), 609.
- Sofaer Abraham D., "The Sixth Annual Waldemar A. Solf Lecture in International Law: Terrorism, the Law and the National Defense", 126 *Military Law Review* (1989), 89.
- Statman Daniel, "The Legitimacy of Targeted Killing", Lecture given at Tel Aviv University in an "International Conference on Liberty, Equality, Security", 18-19 December, 2002.
- Wingfield Thomas C., "Taking Aim at Regimes Elites: Assassination, Tyrannicide and the Clancy Doctrine", 22 *Md. J. Int'l L. & Trade* (1999), 287.
- Zengel Patricia, "Assassination and the Law of Armed Conflict", 134 *Military Law Review* (1991), 123.

פסקי דין

- ע"פ 689/85 אבו סלימאן נ' מדינת ישראל, תק-על 86(3) 755.
 בג"ץ 9252/00, 9515/00, 3484/00 אל סקא נ' מדינת ישראל, תק-על 2001(2), 1678.
- ע"פ 229/62 גרז'ינסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(2) 1077.
 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4), 817.
- ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624.
 ע"פ 190/54 היועץ המשפטי לממשלה נ' קמינסקי, פ"ד ט(1) 54.
 בג"ץ 2461/00 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, תק-על 2001(1), 1600.

דני"פ 1294/96 עוזי משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1.
ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388.
ע"פ 319/71 שיק נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 309.

פסיקה זרה

McCann v. United Kingdom, ECHR Ser. A No. 324, 1995.

Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S), 1986, ICJ 4.

Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1, ICTY, App.C., (2 Oct. 1995).



רב-שיח: האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה

התקיים ביום כ"ו בניסן תשס"ו, 24 באפריל 2006

רשימת המשתתפים

ד"ר אריק כרמון, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה
פרופ' רות לפידות, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; חוקרת בכירה במכון
ירושלים לחקר ישראל; פרופסור אמריטוס של האוניברסיטה העברית
בירושלים
הילי מודריק אבן-חן, עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה;
דוקטורנטית בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
עו"ד דן מרידור, עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה
עו"ד שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים
השופט (בדימוס) אמנון סטרשנוב, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי
פרופ' מרדכי קרמניצר, עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה
עו"ד (אל"מ) זניאל רייזנר, עמית במכון הישראלי לדמוקרטיה; לשעבר
ראש מחלקת הדין הבין-לאומי בפרקליטות הצבאית
ד"ר יובל שני, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

אריק כרמון: מטרת הפגישה הזאת להעשיר את השיח בנושא הסיכול הממוקד בעקבות נייר העמדה "האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה" מאת מרדכי קרמניצר.

דניאל רייזנר: הסיכול הממוקד הוא אמצעי שנולד באופן רשמי בחמש-שש השנים האחרונות, וכל הזמן נכתבים עליו דברים. שלוש שאלות עקרוניות שואלים את עצמם כותבי המאמרים בימים טרופים אלה: (1) האם חוקי לעשות פעולה מסוג זה? (2) מכוח מה חוקי לעשות פעולה מסוג זה? (3) באילו תנאים ומגבלות צריך או אפשר לעשות פעולה מסוג זה? עיקר הדיון בדברים שמתפרסמים עוסק בשתי השאלות הראשונות. חלק גדול מהטיעונים הקשורים אליו אפשר לייחס למדינת ישראל. למעשה, הטיעונים שהוצגו בבג"ץ במסגרת תיק הסיכול הממוקד הם הצגת הדברים המורכבת ביותר שהוצגה עד היום בעולם באשר לחוקיות או האי-חוקיות של האמצעי הזה. וכך כתב מרדכי קרמניצר בנייר העמדה: "המסקנה הכללית היא שסיכול ממוקד הוא הכרח מגונה. אני מסכים אתה מבחינה מוסרית, אף כי יש לפעולה כזאת המון חסרונות. יש לה גם מעט יתרונות, אבל אפשר להבין מדוע אין בררה אלא לנקוט אותה. יש גם שיקול תועלתני מדיני שלפיו אין בררה, כי זו המציאות שאנו חיים בה".

לנייר העמדה שכתב מרדכי קרמניצר יש תרומה גדולה מאוד, משום שהוא מפתח את הדיון על המגבלות שבסיכול הממוקד. נושא זה זכה לדיון מועט, וההתייחסות העיקרית אליו היא בשאלה איך מוודאים שהסיכול נעשה נכון. את רוב הערותיי אקדיש לעניין זה, משום שזו אדמה חרושה פחות.

אך ראשית, דיון פרטני. בעמ' 7 נשאלת השאלה במה נבדל טרור ממלחמה. למעשה, הנייר לכל אורכו מתמודד עם ההבדלים בנקיטת סיכול ממוקד במצבי מלחמה ובמצבי שלום ומפרט את האפשרויות השונות בכל מצב. בעמ' 7 נאמר: "הטרור נבדל ממלחמה בשני אופנים עיקריים: ראשית, הוא משתמש בשורה של אמצעים שאינם דווקא אמצעי לחימה מזוינת [בעוד שבמלחמה זה בעיקר לחימה]". אינני מסכים עם אמירה זו. היום משתמשים במלחמה באמצעים כלכליים, באמצעים מדיניים, באמצעים תקשורתיים. למעשה, המלחמה היום היא רב-ממדית בדיוק כמו הטרור. במישורים האלה אין ביניהם הבדל אמיתי, שלא כבמישורים אחרים. הערתי זו אינה קשורה למהות. ברמה המהותית אומר כי איני שלם עם ההבחנה הקלסית בין שלום

לבין מלחמה בהקשר של טרור. הרי אחת הבעיות הקשות היא שטרור אינו מתיישב עם שום מצב. מסיבות רבות ומוצדקות לא נוח לנו לומר שטרור הוא מלחמה. בה בעת כולנו מרגישים באופן עמוק ואינטואיטיבי שטרור ושלוש הם שני מושגים מנוגדים.

המוטיב החוזר בנייר זה – שאיני מסכים עמו – הוא שטרור צריך להיות כמעט תמיד עברה פלילית. לדעתי יש שני סוגי טרור: טרור שהוא עברה פלילית וטרור שהוא מעשה מלחמה. ההבחנה ביניהם היא כמו ההבחנה בין מקרה שבו אדם רוצח בעברה פלילית ובין מקרה שאדם הורג חייל אחר משום שהוא חייל בצבא אויב. יש איזו שהיא נקודה שבה עוברים את הקו הזה. אפשר להבחין בין שני המקרים בעזרת מאפיינים ידועים.

נוסף על כך בנייתו שנעשה בנייר העמדה בסוגיית דיני המלחמה לא נעשתה הבחנה ברורה בין שני סוגי המלחמה שהמשפט מכיר בהם – בין המלחמה הקונוונציונלית לבין המלחמה הלא קונוונציונלית.

אחד הנושאים הנדון ארוכות בהודעת המדינה במסגרת בג"ץ הסיכול הממוקד הוא הדין הלא מפותח יחסית של מלחמות אזרחים. הרבה מן הקביעות המוחלטות בעניין דיני מלחמה אינן נכונות במלחמות אזרחים. יש מקרים שהתוצאה היא למעשה הפוכה. לדוגמה, אזרחים מוגדרים על דרך השלילה, כמי ש"אינם משתייכים לכוחות הלוחמים ואינם לוקחים חלק בפעולות הלוחמה. על כן אזרחים נחשבים ל'אנשים מוגנים' על פי אמנת ג'נבה הרביעית, כל עוד לא השתתפו בלחימה" (עמ' 23). עם זה אנשים שמשתמשים בלחימה מאבדים את חסינותם מפני התקפה בידי כוחות אויב. הדברים נכונים כשמדובר במלחמה רגילה, קונוונציונלית, אבל כשמדובר בקונפליקט שאינו בין-לאומי הגדרת הלוחמים נשאת עמומה. ברור מהמילה "קונפליקט" שיש לוחמים ויש הרוגים ויש פצועים אבל אין שבויים ויש העמדת המפסיד לדין. הואיל והספרות המקצועית אינה נותנת תשובה מעמיקה לבעיה, אמרנו בתשובת המדינה שכמו שמלחמת אזרחים היא תחום לא מפותח במשפט הבין-לאומי, גם לחימה בטרור היא תחום לא מפותח, ולכן לא בטוח שנכון להשוות את האמירות המתייחסות לקונפליקט הבין-לאומי למלחמה בטרור. אפשרי בהחלט שאנחנו נמצאים בתחום לא מוסדר. הנייר ערך השוואות והוא ביקורתי באשר לחלק מן האנלוגיות שאנחנו עושים. בעמ' 23 כתוב: "הם חוזרים למעמד של אזרחים הזכאים להגנות אמנת ג'נבה הרביעית או הפרוטוקול הראשון, ברגע שחדלו מפעולות הלחימה". הדברים נאמרים כקביעה. על הנושא הזה יש מחלוקת רחבת היקף במשפט הבין-לאומי. הצלב האדום מוביל דיון בנושא זה שנמשך כבר

חמש שנים. השאלה: האם נכון שלוחמים חוזרים למעמד של אזרחים ברגע שחדלו מפעולות הלחימה? מתי בדיוק לוחם כזה מפסיק להיחשב לוחם? בעניין זה אני סבור שיש לקח אחד חשוב והוא שאפילו המשפט הבין-לאומי של דיני המלחמה אינו ברור. הוא המסודר ביותר, הוותיק ביותר, וכלול בו מספר האמנות הגדול ביותר, אבל גם הוא אינו ברור. המשפט הבין-לאומי שעניינו מלחמות אזרחים אינו מפותח, וכך גם המשפט הבין-לאומי שעניינו טרור. לפיכך איני יכול לקבוע שמהו אסור לחלוטין או מותר לחלוטין, אבל באותה מידה איני יודע ליישם כלים בצורה חד-משמעית ולקבוע מה אפשרי ומה לא.

ההערה הבאה שלי עוסקת בעמ' 15 – מתי מותר להשתמש בכוח במסגרת הגנה עצמית. הנייר מפרט את חמש הקטגוריות שבמסגרתן מותר לגוף אוכף חוק להשתמש בכוח. ההבחנה חשובה ביותר, מפני שבצד אחד נמצא העולם הפלילי אוכף החוק, ובצד השני נמצא העולם המלחמתי הצבאי. לא כל המדינות סבורות שאסור להשתמש בכוח קטלני בהגנה על רכוש. בראשן נמצאת ארצות הברית – הוראות הפתיחה באש של הצבא האמריקני מאפשרות להרוג על מנת להגן על בניין, עד כדי כך הדברים קיצוניים. ואגב, זו אינה דעה פופולרית בקרב המשפטנים בתחום, ורבים מהם גורסים שהיא אינה סבירה. אני מעיר את הערתי כהערה פורמלית.

חרף זאת ההתמודדות בנייר העמדה עם סוגיית אכיפת החוק – ואני משתמש בהערה פרטנית כבמה להערה כללית – מתבססת על ההנחה ששוטרים וגורמי אכיפת חוק יכולים להתמודד עם טרור. הנייר אינו מתמודד עם העובדה שבשיא תקופת אירועי הסיכול הממוקד נתבקשה חוות דעת של מומחה איטלקי, אנטוניו קסזה. הוא הביע עמדה התומכת בעמדת העותרים והוסיף שיש להזהיר לפני הפעולה ולהסמיך את אנשי אכיפת החוק שכאשר הם רואים אדם החשוד בעיניהם כמחבל מתאבד, עליהם לחייב אותו לפשוט את בגדיו על מנת שיזדהה. אם הוא מסרב, מותר להרוג אותו.

איני מסכים פעמיים. פעם ראשונה אינני מסכים שצריך לדרוש משוטרי להתקרב לאדם החשוד כמחבל מתאבד כדי להורות לו להתפשט, כי יש סיכוי שהשוטר ייהרג. איני מסכים גם להסמיך שוטרים וחיילים להרוג אדם רק מפני שהוא לא פשט את מעילו. באחד האירועים בגינן, בזמן מבצע חומת מגן, הורו חיילים לאנשים להתפשט, ועל אחד מהם נראתה חגורת בטן. החייליים הרגו את האיש מיד, ואז התברר שהייתה לו בעיה בעמוד השדרה והחגורה תמכה בגבו, אלא שמרחוק היא נראתה כמו חגורת

נפץ. מתברר שהנטייה הקלילה לומר לאנשי אכיפת חוק להתעמת עם טרוריסטים נתקלת בקשיים של ממש במציאות. מתברר שאמצעי אכיפת החוק אינם נותנים פתרון טריוויאלי למצבים שאנחנו מתמודדים אתם. אמצעים אלה אינם רעים לטרוריסט הפלילי. זאת אומרת, כאשר מתרחש שוד בנק מטעמים אידאולוגיים הוא אינו נבדל משוד בנק מטעמים של בצע כסף. אדם שמנסה להרוג את חברו בסכין מטעמים אידאולוגיים אינו נבדל מאדם שמנסה להרוג למטרת שוד. הבעיה היא שהטרוריסט האידאולוגי משתמש לעתים באמצעים לחימתיים, ואתם מנגנוני אכיפת החוק אינם מסוגלים להתמודד.

באשר לכללי השימוש בכוח להגנה עצמית: אני סבור שהנייר אינו מתמודד עם הקושי האמתי – למעשה סוג האיום הזה אינו איום ששוטרים מסוגלים להתמודד אתו באמת. זה רק סוג מסוים של טרור, אבל זה סוג הטרור שעליו אנחנו מדברים. בעמ' 19 מופיעה אמירה מעניינת שעוסקת בסוגיית ההתנקשות במשפט הבין-לאומי, וכך נכתב שם: "סימונו ובחירתו של חייל מסוים כבן מוות משנה את התשתית המושגית והמוסרית של דיני המלחמה. היא מחייבת להצדיק את הבידוד (singling out) של אותו יחיד, והיא עלולה להטות את ההצדקה להרג במלחמה מהצדקה כללית להצדקה המבוססת על דיני ההגנה העצמית האינדיבידואלית".

אני רוצה לחלוק על דברים אלה. במלחמה פוגעים תמיד במטרות אינדיבידואליות. מה פירוש הדבר? כשאתה נתקל בגדוד טנקים הדבר הראשון שמלמדים אותך הוא לפגוע רק בטנק המפקד או בקשר. המונח הוא "מטרת איכות". אין מדובר בסכנה שמסכנת אותך, אלא במטרה שהפגיעה בה היא היעילה ביותר לנטרול כוח האויב. לדעתי הדברים מורכבים יותר. אני סבור שיש לפגוע באמצעי הקשר, במפקד. שם התואר "יעיל" הוא שם תואר מורכב, והפרשנות שלו נובעת מהסיכון שמאיים עליך, מהפגיעה במורל החיילים. לדוגמה, בתקופת נפולאון המטרה הייתה להרוג קודם לכול את המפקד ואחריו את הדגל. מדוע? משום שבכך מביאים לדמורליזציה כוללת בקרב כל החיילים, שלאחריה תהיה מנוסה כוללת של חיילים רבים יותר. הכלל הזה לא השתנה מעולם, ולכן האמירה שבמלחמה יש בעיה בתחום זה אינה מקובלת עליי. איננו מחליטים לפגוע באנשים בגלל זהותם האישית, אלא בגלל מעמדם ותפקידם הארגוני. אבל היות שמדובר בארגון מחבלים, אנחנו עושים את האנלוגיה הצבאית. ובכל זאת אין ספק שבמלחמה מותר להרוג גנרל באשר הוא גנרל, ואפילו נאמר – חכם להרוג גנרל באשר הוא גנרל. בזמנו התנהל דיון מרתק על חוקיות הניסיון שעשו בנות הברית להרוג את

רומל. תוכנן מבצע מיוחד של ה-SAS הבריטי במלחמת העולם השנייה להיכנס לקרוון של רומל במדבר המערבי ולהרוג רק אותו. ההנחה הייתה שהריגתו תמוטט את מורל החיילים הגרמנים, הנחה סבירה למדי בהתחשב בכך שהכריזמה שיחקה תפקיד חשוב במלחמה. הדיון שהזכרתי התנהל באנגליה, כשכתבו את המדריך הבריטי לדיני מלחמה. התנהל דיון מורכב על השאלה אם הניסיונות להרוג את היידריך ואת רומל היו חוקיים.

אני סבור שלא הגיוני להגביל את ה"בידוד" במלחמה, ואני חושב שהוא אינו פוגע בשום עיקרון של דיני המלחמה. העיקרון בדיני המלחמה הוא treacherous killing, ופירושו – פשוטו כמשמעו – שאסור להרוג כל אדם, בלי קשר להיותו מבודד או לא, תוך ניצול לרעה של הגנה שהמשפט הבין-לאומי מקנה ושבעקבותיה עלולים להרוס את ההגנה. לדוגמה: התחפשות לאזרח אויב והתחפשות לאיש צוות רפואי הן פעולות שיגררו תגובת שרשרת בשדה הקרב שבעקבותיה לא יכובדו הגנות שכולנו כבני אדם מעוניינים שיכבדו אותן. אני חושב שזה המקום היחיד שבו במלחמה חל איסור להרוג אדם מסוים.

ולכן, שוב, אני מנצל את דבריי כדי להעיר הערה פרטנית. לכל אורך הנייר יש התייחסות לעקרון המידתיות או הפרופורציונליות בדיני המלחמה. הוא מופיע לפחות שלוש פעמים, והוא מופיע בשלושה ניסוחים שונים, שעם חלקם אינני מסכים. יש במשפט הבין-לאומי שני סוגי מידתיות, ויש נטייה בעולם להתבלבל ביניהם. הסוג הראשון הוא המידתיות של זכות ההגנה העצמית, ופירושה שבתגובה במסגרת פעולת ההגנה העצמית על התגובה להיות פרופורציונלית לסכנה ולאיום. בהקשר זה מדובר בלשון של מידה כנגד מידה. זאת אומרת: אם האיום הוא שתותח אחד ירה ירייה אחת, אין לשלוח בעקבות זאת מאות מפציצים במסגרת פעולת הגנה עצמית. תגובה כזאת לא תוכר כתגובה פרופורציונלית במסגרת זכות ההגנה העצמית. הסוג השני הוא הפרופורציונליות של דיני המלחמה. הכוונה לכך שאסור לבצע תקיפה כאשר הנזק הצפוי לחפים מפשע או למטרות לא חוקיות או לסביבה האזרחית (יהיה הניסוח אשר יהיה) אינו מידתי ביחס ליתרון הצפוי בעקבות התקיפה.

ובכן, מהי הטעות הנפוצה? לפעמים הניסוחים אינם חדים ונאמר שאסור להשתמש בכוח גדול מהנדרש. בחמש השנים האחרונות מתפתחת תזה חדשה, ולפיה אם אתה תוקף מטרה חוקית ואין סכנה רבה לפגיעה בחפים מפשע, אזי אם אתה יכול להשמיד את המטרה בפצצה של חמישה טון, אל תשתמש בעשרת אלפים פצצות של אלף טון. למיטב הבנתי את המשפט הבין-לאומי

אין דרישה כזאת. מותר לך להשתמש בכל אמצעי שהוא מטבעו חוקי כל עוד אינך צפוי לחולל נזק סביבתי לא פרופורציונלי. אבל מה האמצעי והאם האמצעי הוא פטיש גדול מדי למטרה או קטן מדי למטרה? – כל עוד הוא אינו משפיע על חפים מפשע, אין דרישה מפורשת. אם יש מטרה צבאית לגיטימית, כמו בונקר צבאי, והמפקד הצבאי צריך לברור את האמצעי לתקיפה, המשפט אינו מטיל עליו מגבלות אם אין אזרחים בסביבה; הוא אינו מטיל מגבלות אלא אם מדובר בנשק בלתי חוקי. אם הנשק שמשתמשים בו חוקי ואם יכולים לבחור בין שליחת אלף מפציצים ופגיעה בבונקר ובין שליחת טיל מונחה חכם אחד, המשפט הבין-לאומי אינו מטיל שום מגבלה ואינו מורה באיזו משתי האפשרויות לבחור. מתי המשפט הבין-לאומי מתערב? אם רוצים, למשל, להשתמש בנשק כימי (ואז יש דרישה שלא להשתמש בנשק כזה), או שבסביבה יש אזרחים. במקרה האחרון יש דרישה להעריך את הנזק הפוטנציאלי של כל אחד מהאמצעים ולבחור את האמצעי שהנזק שייגרם ממנו יהיה נזק פרופורציונלי. ובקיצור, אין במשפט הבין-לאומי הדרישה של מידה כנגד מידה שמופיעה במידתיות של ההגנה העצמית. בעמ' 20 נאמר משהו מעניין, הלקוח מהעולם החשוב של התועלתנות והיעילות: "כאשר מדובר בארגון צבאי גדול, שלמלחמתו אופי לאומי-פופולרי (להבדיל, למשל, מארגון קיקיוני), רב מאוד הסיכוי כי מקומו של ההרוג ייתפס על ידי אחר בלי שתיגרם לארגון פגיעה של ממש וארוכת טווח". קל וחומר כשההרוג הוא פעיל זוטר. ועוד זאת: "הסיכון שפגיעה במנהיג צבאי תגרוור פעולת תגמול ונקמה הוא סביר ביותר". למעשה כתוב שצריך להביא בחשבון את פעולת הנקמה.

בעניין זה יש להעיר שהדיון התועלתני חשוב ואינו מתנהל כיום כראוי. אחת הביקורות שלי על המדיניות של ישראל היא שלמעשה איננו מנהלים דיון תועלתני. כפי שבמשך עשרים שנה לא התנהל דיון על החוקיות שבהריסות בתים, כך לא התנהל דיון תועלתני עד לפני שנתיים בעניין הסיכול הממוקד. אין מתנהל דיון על השאלה אם הסיכולים הממוקדים טובים לישראל לטווח ארוך, אלא רק אם הם חוקיים. לאורך כל הנייר נרמז, בצדק, שצריך להיכנס לדיון התועלתני. אבל דווקא כאשר מדובר בארגוני טרור, חיסול יחידים הוא פעולה יעילה יחסית. אין ספק שבארגונים צבאיים גדולים, פרט להריגת אישים כדוגמת רומל, היעילות בפגיעה ביחידים היא נמוכה למדי. אבל ככל שהארגון קטן יותר וככל שמתקרבים לעולם הטרוריסטי, לטענת היעילות יש ערך גדול יותר. הסיבה לכך היא שהמשקל הסגולי של אנשים בארגונים כאלה גדול יותר ממשקלם בארגונים צבאיים. הדברים

האלה נאמרים בנייר העמדה. אינני מתווכח עמם, אלא רק מעיר שהם מוצגים כטיעון שלילי.

שי ניצן: משום שמדברים כל כך הרבה על שאלת החוקיות של אמצעי הסיכול הממוקד, מדברים הרבה פחות על שאלת התועלתנות.

דניאל רייזנר: לדעתי יש לפנינו פרק שעניינו התבונה המוסרית. יש ממד מוסרי לתבונה. לדעתי לא נכון להתמקד רק בנושא המשפטי, כי אחד היתרונות של הנייר הזה שהוא לא הגביל את עצמו לראייה משפטית צרה של הנושא. בתחתית עמ' 20 יש פסקה שאני חולק עליה לחלוטין – הפסקה שמייחסת לסיכול ממוקד או להריגה את הקשר לעקרון הסבל הלא הכרחי במשפט הבין-לאומי. העיקרון הזה חל רק על החוקיות של סוגי כלי נשק מסוימים. הוא אינו עקרון-על במשפט הבין-לאומי במה שקשור לחוקיות פעולות. אינני מכיר עיקרון כללי כזה, ולכן ההתנגשות הזאת אינה קיימת בעיניי.

יובל שני: אתה טוען, וגם שי ניצן טוען בעתירה, שהמדינה לא תנקוט מדיניות של סיכול כאשר יש חלופת מעצר. השאלה היא אם זה מעבר לנדרש או שזה משקף את תמונת הדין הקיים.

דניאל רייזנר: שי ניצן ואני שאלנו את עצמנו מכוח מה הומצא התנאי הזה. לדעתי הוא לא הומצא מהתנאי של סבל ונזק מיותרים. אנחנו צריכים להמציא לוגיקה למפרע כדי לדעת את מקורו. אחת הביקורות הגדולות שלי על הנייר נוגעת לעניין שנדון בעמ' 25 ובעוד כמה מקומות. מדובר ברעיון להכריז על ארגון כארגון עוין כתנאי ללחימה בו. אם אני מבין נכון, אחד האמצעים הביורוקרטיים המוצעים בעניין מסגור הפעילות הבעייתית הזאת במסגרת נורמטיבית סבירה יחסית הוא שתהיה ודאות באשר לזהותו של האויב. מרדכי קרמניצר מציע להכריז עליהם רשמית כארגון, לתת להם הזדמנות להיכנע, ורק אם הם אינם נכנעים יש לגיטימציה לנהל נגדם מהלכי מלחמה מעין צבאיים.

בעיניי הדרישה להכריז על ארגון טרור כעל כוח עוין מזכירה את הדרישה שהייתה נהוגה בתחילת המאה העשרים להכריז מלחמה, דרישה שפסה מן העולם מזמן. היום הנורמה הבין-לאומית היא שאין מכריזים על מעשי מלחמה ואין מצביעים באופן רשמי על זהות האויב בגלל הבעיה שהעולם

המורכב של היום אינו מאפשר פעולות כאלה. עוד בשנות הארבעים היו כמה הכרזות מלחמות רשמיות, אבל מאז זה נגמר. קל וחומר שכמעט בלתי אפשרי לעשות זאת כאשר מדובר בארגון טרור. אחת הבעיות היא לזהות ארגון כזה במדויק. למשל ארגון החמאס: יש לו כמה פלגים, ובכל פעם שנאלצנו להכריז על התאחדות בלתי מותרת, נאלצנו לכלול שמות רבים. מכיוון שמכריזים עליו כעל התאחדות בלתי מותרת ומכיוון שחברות בפלג הופכת לעברה פלילית, אתה צריך לדעת בדיוק על מי הכרזת, וזה בור בלי תחתית. בכל יום נולד פלג חדש, ובכל יום מתנהל דיון בבית משפט אם הוא שייך לארגון שהכרזת עליו. אינני מסכים עם ההוראה הזאת באופן מהותי. אני חושב שלא נכון לדרוש דרישה מעין זו ממדינה שנלחמת בטרור. אני גם סבור שאי-אפשר ליישם אותה בגלל הקושי האינהרנטי להגדיר צד שני כארגון טרור.

בעמ' 26 נמשך הסבר הרציונל של ההכרזה הזאת, ונאמר שלוחם בארגון כזה לא ייחשב פושע ותהיה לו הגנה. בנקודה זו אני רואה רכיבים של הטענות בעתירה לבג"ץ, שבה העותרים קשרו בצורה חד-ערכית את מעמד הלוחם עם מעמד בעל זכויות לפי דיני המלחמה, בכלל זה שבויים. בפרוטוקול השני על מלחמות אזרחים ברור לחלוטין שלוחם עומד לדין פלילי אחרי שתופסים אותו ואין לו לגיטימיות. אדם יכול להיות לוחם ומטרה חוקית לתקיפה, ובכל זאת הוא לא ייחנה מהלגיטימיות של אי-העמדה לדין אחר כך. המשפט הבין-לאומי מכיר כבר כיום במצב עניינים שכזה במלחמות אזרחים. הטענה שלנו הייתה שמשוהו דומה צריך לחול על מצב טרור בגלל הלוגיקה הדומה. הפסקה כולה בעמ' 26 חותרת לדעתי לומר שלוחם לגיטימי פירושו לוחם שיש לו זכויות והוא אינו עומד לדין. אני מציב סימן שאלה על סימני הזהות שמופיעים בפסקה.

בעמ' 27 נרמזת השוואה בין מעשי המחבלים לעברות פליליות, ולפיה כל מעשה טרור הוא רק עברה פלילית ולא מעשה לחימה. אני מתנגד להשוואה זו. בעמ' 28 יש הערה חשובה על הקושי להתמודד בפלילים עם טרוריסטים, אבל הקושי שמועלה אינו הקושי הבעייתי. הקושי שמועלה הוא הקושי להתמודד עם טרור ממדינה שכנה, אך הקושי האמיתי בעיניי הוא העובדה שאמצעי אכיפת החוק אינם מתמודדים עם מעשי טרור מן הסוג האלים. נוסף על כך צריך להודות בכך שמנגנון אכיפת החוק במדינות דמוקרטיות אינו מתמודד טוב עם עברות עתידיות. הוא מתמודד טוב עם פשעי העבר. הוא מעמיד לדין את שודד הבנק ואת הפושע הידוע, אבל אינו יודע למנוע את שוד הבנק הבא.

באשר לרשימת עשר ההמלצות למדיניות בעמ' 36: מדובר לדעתי בהמלצות דרמטיות וחשובות ביותר. מדובר למעשה בהמלצה לסדר את תהליך קבלת ההחלטה בצורה ראויה יותר. אני רוצה למקד את תשומת הלב בשתיים מתוכן. האחת, הבקרה על תהליך קבלת ההחלטה. בנייר יש ניסיון להעמיס עודף בקרה – עורך דין, מעורבות משפטית אזרחית עצמאית, גוף עצמאי מבקר, תיעוד לוועדת החקירה העתידית. לדעתי העמסת היתר הזאת תביא לתוצאה רעה. אני רוצה להזכיר שמאז תיקי הגירוש ב-1992, אחרי הניסיון עם 415 המגורשים, עלתה יותר מפעם אחת ההצעה שמשפטן אובייקטיבי בעל סיווג ביטחוני גבוה יקרא את החומר הביטחוני הנוגע לעותרים כדי לוודא שלא נעשה ניסיון "לעבוד" עליהם; לא סמכו על השופטים שהם יהיו אובייקטיביים ולא סמכו על המדינה שתהיה אובייקטיבית. המדינה התנגדה לתהליך הזה, אם כי מעולם לא היה לה טיעון אינטליגנטי לכך. השב"כ התנגד להציג את החומר לאנשים שהוא לא סמך עליהם גם כשהובאו לפניו שמות של עורכי דין אזרחיים ידועים. לדעתי מנגנון בקרה הוא רעיון נכון, ויש לבנות מנגנון שהמערכת יכולה לחיות אתו.

העניין השני שאני רוצה לעמוד עליו הוא המלצות 4 ו-6 – טיב הראיות והממצאים העובדתיים. אם מתייחסים לסיכול הממוקד כאל אמצעי מנהלי, ולדעתי אין בררה אלא להתייחס אליו כך, אזי ככל שהפקידים הבכירים קיבלו החלטה לעשות משהו לאדם בלי הליך פלילי, כך נקבעו נורמות מורכבות יותר באשר לרמת החומר הנדרש להכנסת אדם למעצר מנהלי או לגירוש. אני מוטרד מכך שהתהליך היום אינו דורש אותה רמת דיוק בחומר כאשר מדובר בהריגתו של אדם כמו הרמה הנדרשת במעצר מנהלי או בגירוש. פעמים רבות הדבר נובע מכך שלפעמים אדם ידוע עד כדי כך שמניחים שאין צורך לפרט את החומר הקשור בו. אבל אני יכול לספר שהיו מקרים שבהם דרשתי דרגת פירוט גבוהה, והתפתח דיון מעניין על השאלה אם האיש קרוב ראוי למדיניות. הדיון התפתח רק משום שכל החומר נפרש לפני מקבלי ההחלטות. לפיכך יש לקבוע סטנדרדים ברורים לרמת החומר הנדרש, ובהם עניינים כמו מי צריך לעיין בחומר, מתי ואיפה, וגם איזו רמה מינימלית נדרשת מחומר כזה. אני מסתייג מהאמירה של מרדכי קרמיניצר שזה צריך להיות חומר שיהיה בו די להביא להרשעה במשפט פלילי רק משום שאני חושב שאפשר להסתמך על חומר שלא היה קביל בהליך פלילי. בעיניי זה אמצעי מנהלי קלסי. גם חומר חסוי שהושג בדרכי ערמה כולל עדות שמיעה, כולל האזנות סתר לא חוקיות, אם הכוונה שלך, מרדכי, הייתה למידת הדיוק של החומר. אם מדובר במידת הקבילות של החומר, אני מציע שלא לקבל.

יובל שני: אני סבור, קודם לכול, שהנייר מעניין וטוב ומציג תזה מבוססת. לדעתי חשוב לעשות מיפוי קצת יותר מסודר של המסגרות הנורמטיביות שבתוכן הדיון נערך. יש בעצם שלושה תרחישים עיקריים: סכסוך בין-לאומי, סכסוך שאינו בין-לאומי וסיכולים שמתבצעים בשטח ריבוני או בשטח כבוש. מערכות השיקולים ומערכות הזכויות והחובות של הצדדים ללוחמה הן לא אותן מערכות בכל אחד מן התרחישים. למשל, אי-אפשר לדבר על אנשים מוגנים מכוח אמנת ג'נבה הרביעית כשעושים סיכול בשטח של מדינה אחרת. מבחינה זו דווקא המקרה הישראלי הוא במובן מסוים לא המקרה הפרדיגמטי. המקרה הפרדיגמטי הוא הסיכולים שארצות הברית מבצעת למשל בתימן או בפקיסטן בתקופה האחרונה. כשמדינת ישראל נכנסת לשטחים יש מערכת נוספת של כללים, וייתכן שבה אנחנו יכולים למצוא את העיגון לדילמה הנוגעת לחלופת המעצר. הסיבה לכך היא שכאשר מדברים על אזרחים מוגנים בשטח כבוש, יש גם תחולה של דיני זכויות אדם; יש מערכת נורמטיבית נוספת שמגבילה את כוחו של הצד הלוחם.

אני מסכים עם דבריו האחרונים של דניאל רייזנר בעניין סף הוודאות הנחוץ להרשעה בפלילים. אני חושב שזו דרישה כבדה, וקשה לי לקבל אותה בצורה כל כך גורפת בלי להביא בחשבון את גודל הסיכון הצפוי. במילים אחרות, אם יש בידינו מידע שאדם מסוים יש ביכולתו לבצע נזק בהיקף גדול, אני לא בטוח שאנחנו יכולים לקבוע שרק אם נאסוף מידע ברמת ודאות הנחוצה להרשעה בפלילים, אנחנו יכולים לשלול את חייו. זה מתקשר לדבריו של רייזנר בעניין הקושי של רשויות אכיפת חוק ליישם את המדיניות הזאת. הקושי הזה הוא קושי קיים של רשויות אכיפת חוק, אבל העובדה שמדובר במצב מורכב אינה צריכה להוביל אותנו למסקנה שאין חלים עליו נהלים כלשהם. אינני רואה בעיות בנהלים שמרדכי קרמניצר הזכיר, אבל כגודל הסיכון כך גם גמישות הנהלים. כאשר בוחנים את מה שעשו הבריטים לאזרח הברזילאי אחרי הפיגועים ברכבת התחתית בלונדון, מבינים שהאירוע ממחיש את חוסר האפשרות של רף ראייתי מן הסוג המוצע כאשר יש סיכון גבוה ומידי, ואני לא בטוח שאנחנו יכולים לעמוד בדרישות הפרוצדורה שקרמניצר מציע. כמובן הפתרון אינו לזרוק את כל ההגנות, אבל אנחנו צריכים למצוא מבחן שהוא רגיש דיו למצבים קיצוניים שמייצגים איומים למיניהם. איננו יכולים לקיים במצב כזה את הנוהל שקרמניצר מדבר עליו – קיום ועדות, איסוף מידע וספק סביר.

עניין אחר: אני רוצה להצטרף לדבריו של דניאל רייזנר בעניין הקישור בין טרוריסטים שהם מטרות לגיטימיות לבין היותם זכאים להגנות או

לעצם התפיסה של הלחימה שלהם כפעולה חוקית. בעיניי זו פונקצייה של המסגרת הנורמטיבית שבתוכה אנחנו פועלים. אם אנחנו בסכסוך שאינו בין-לאומי, כי אז המשפט הבין-לאומי אינו מתיר את הלחימה במסגרת הזאת, אבל הוא גם אינו אוסר את הלחימה הזאת. הוא אדיש לשאלה אם הפעולה היא חוקית או לא חוקית. הדבר ייגזר לפי הדין הפלילי של המדינה הרלוונטית. במסגרת סכסוך בין-לאומי פני הדברים אחרים: יש חסינות ללוחמים, ולכן יש חשיבות לפרדיגמה שבתוכה אנחנו נמצאים לצורך זיהוי הכלל המדויק.

הערה לסיום: לפני כמה שבועות פורסם דוח של ועדת מומחים שישבו באוניברסיטת גינבה ובחנו את הנושא הזה מכל מיני היבטים. דוד קרצימר ייצג שם את העמדה הישראלית. הדוח נוקט עמדה שאינה שונה באופן דרמטי מהעמדה שהציגה המדינה בבג"ץ.

שי ניצן: בתשובה האחרונה שהגשנו לבג"ץ הודענו שיש בידינו טיוטת הדוח הזה, שממנה עולה שבאופן עקרוני כל המומחים הסכימו שסיכול ממוקד הוא צעד חוקי בנסיבות כאלה או אחרות. חשוב לדעת שהאופן שבו מדינת ישראל רואה את הדברים התקבל. הדוח הוא תיעוד של דיוני המומחים, והוא מקבל את התפיסה שטרוריסטים הם לוחמים וש אפשר לפגוע בהם לפי דיני הלחימה.

דן מרידור: אני רוצה לומר דברים כלליים שנכונים לא רק לעניין הזה. בעולם מתנהל דיון מרתק, על חלקו כותב מרדכי קרמניצר, ולפי דעתי הוא נוגע לשוליים ולא למצב שישראל ניצבת לפניו. נוח לנו לדבר על הדברים הגדולים ולמצוא מקרים שבהם מותר לעשות סיכול ממוקד. אני חושש מהמדרון החלקלק שמתחיל שם לא רק בהקשר הזה אלא גם בהקשרים אחרים. עמדתו בעניין זה היא ארוכת שנים ולא השתנתה. היא רק מתחזקת עם הזמן. יש לי מחלוקת עם שי ניצן על דרך הצגת הדברים בעניין נוהל שכן, שהוא חמור ופסול. מפריעה לי הטענה, שבעיניי אינה אמתית ואינה נכונה, כאילו נוהל שכן נועד להציל את הערבי ולא את החיילים הישראלים. השתתפתי בדיונים רבים שעסקו בשאלה איך אפשר להציל את החיילים הישראלים, ובבג"ץ זה לא נשמע כך. הנושא מרתק כי זו מלחמה מסוג אחר. אין פרדיגמה מסודרת. יש מקרים שבהם אליבא דכולי עלמא מותר לעשות סיכול ממוקד, דהיינו בתנאים של הגנה עצמית, כשאין דרך אחרת והסכנה מידית. לכך כולנו נסכים. במקרים אחרים הוא ודאי אסור. אבל יש שטח

אפור גדול שנשאר לא ברור, ושם הבעיה. לכן אני מעיר את ההערה הכוללת הזאת.

עכשיו אני רוצה לחזור לעניין הישראלי. העולם התאורטי בנושא זה מתחלק באופן טכני לשניים – העולם הפלילי של אכיפת החוק מצד אחד והמלחמה מצד שני. אין בעיני שום ספק מהו הדין בתוך שטח ישראל. יש שאלה מעניינת מה הדין בשטחים רחוקים. האם מותר לפגוע בטרוריסט שנמצא במרחק גדול? זאת שאלה מעניינת, אבל בדרך כלל היא אינה נוגעת לישראל. כך נהגה למשל ארצות הברית בתימן. לא זה הדין האמתי הנוגע למדינת ישראל. מדובר ביחידות צבאיות שעושות עבודה בשטחים והורגות אנשים בדרך כזאת. השטחים הם עולם מיוחד. הם לא ישראל הפשוטה, המדינה הריבונית המסודרת, שבה אין ספק שאסור להתחיל לחסל אנשים לפי רשימות. כמובן, יש דיני הגנה עצמית ודיני אכיפת חוק שלא ניכנס אליהם עכשיו. אלה שאלות שהדין הנוגע להן פשוט, אבל לא בהן אנחנו דנים עכשיו.

השאלה היא מהי הסיטואציה, האם באמת התקיימו התנאים, מהם התנאים באשר להגנה עצמית – מה שבטעות מכונה "הגנת הצורך" – לפי חוק העונשין, ומה בדבר שימוש בכוח סביר לשם אכיפת החוק או בעת מעצר חשוד. השאלה הרחוקה בחו"ל מעניינת, אבל היא איננה הדבר העיקרי. השאלה העיקרית שנוגעת לנו נוגעת לשטחים שבהם יש שולט. אני רוצה להגדיר שליטה, כי זה כמובן עניין רגיש. ובכן, העובדה שאנו שולטים במעלה אדומים ברורה, ואף על פי שהיא נמצאת בשטחים, נדמה לי שאיש לא יציע שבמעלה אדומים יהיה מותר להרוג אנשים כי הם מהשטחים. התושבים שם ישראלים, ונדמה לי שהאמירה שבמעלה אדומים אין שליטה ישראלית היא אבסורד גמור. אותו הדין חל לדעתי על אזורים ערביים שהם בשליטה ישראלית מלאה ביהודה ובשומרון. השאלה היא מה באשר לאזורים בשטחים שבהם השליטה אינה מלאה. מדובר כאן באיזון ובמחיר שצריך לשלם בניסיון לאכוף את החוק על ידי תפיסת האדם והבאתו לדין לעומת אמצעים אחרים. זו שאלה לא קלה כלל.

השאלה המשפטית היא איך מגדירים שטח שאנו שולטים בו. האם זה שטח שאנחנו יכולים להכנס אליו עם יחידה בשביל להביא את האיש ולהעמיד אותו לדין? השאלה נוגעת למחיר. אם אני צריך להכניס גדוד שלם ולסכן את כל החיילים בשביל להביא אדם לא חשוב אחד, כי אז המעשה אינו ראוי. אבל אם מדובר במשהו פחות מזה, כי אז זה עשוי להיות במידה. אין מדובר פה בשחור ולבן. שכס למעשה נשלטת על ידינו היום. האם יכול

ערבי להיכנס היום לשכם ולצאת ממנה בלי לבוא במגע עם צה"ל? האם אפשר להכניס סוכר או חלב לשכם בלי לעבור את צה"ל? אי-אפשר לומר שאיננו שולטים היום בשכם, וודאי שאנו שולטים באזורים שמסביבה. האם איננו אמורים להיות מסוגלים, אם המחיר סביר, לעשות מהלך אחר שאינו הריגה? כוונתי, לא חיסול האיש בלי משפט. באופן עקרוני אני נוטה תמיד להחליט לעשות את המאמץ הזה, גם בשטח שלא נמצאים בו בכל רחוב אבל שולטים בו. אני אומר את דבריי באופן כללי. כבר אין שטחי A, B, C. זה כבר לא מה שהיה פעם. במקום שצה"ל ייכנס לעשות שם את הסיכול עצמו, למה שלא לנסות להיכנס כדי להביא את האיש? למה סיכול מרחוק? זה באשר ליהודה ושומרון. עזה זו בעיה קשה יותר. יש משמעות לכניסה לעזה: ראשית, סיכון חיי חיילים; שנית, שבירת סטטוס בין-לאומי שנוצר, שיש לו משמעות רבה. איננו יכולים לדרוש מהמדינה לשבור את הסטטוס הבין-לאומי ולהורות על כניסה לעזה להבאת אדם מסוים לישראל. לכן אני סבור שהמבחן הזה אינו רלוונטי לעזה במצבה היום.

שי ניצן: אז מה ההבדל בין עזה לתימן? תימן אינה מעניינת.

דן מרידור: אינני יכול לדרוש היום מהצבא להיכנס לעזה ולעצור אדם מסוים. אני מקבל שעזה דינה כדין חוץ לארץ; שאין אפשרות ואין הצדקה לדרישה להתייחס אליה כאל שטח שאנחנו יכולים לשלוט בו. אלה הם פני הדברים באשר לעזה דהיום, ולכן הדברים שאמרתי קודם אינם מאפשרים לעשות סיכולים ממוקדים בשטחים, פרט לעזה ופרט למקרים של הגנה עצמית במובנה בחוק העונשין.

השאלה על עזה או על תימן כשם קוד היא שאלה לגמרי לא פשוטה בעיניי במובן הזה: נניח שיש אדם בעזה או בתימן שאנחנו יודעים שבכוונתו להזיק לנו; הוא כבר הזיק בעבר; אנחנו יודעים שיש לו פוטנציאל לגרום נזק גדול, והנזק הוא נזק חמור למדינה ולביטחונה. האם אנחנו רשאים להרוג אותו? ונניח שמדובר באזרח ישראלי. מין וענונו כזה.

אמנון סטרשנוב: על איזה בסיס עולה השאלה אם להרוג אותו?

דן מרידור: הוא עומד לפרסם משהו ולגרום נזק אדיר לביטחון המדינה. טרוריסט יקבל חמש שנים בכלא, והאיש הזה ישב שמונה עשרה שנים בכלא. אנשי זכויות האדם בתימן הרגו אזרח אמריקני במכונית ההיא. ידעו שהוא

שם. אני שואל: האם אנחנו נתיר להרוג את אזרחינו בחוץ לארץ? בלי משפט? אגב, היו אנשים שעזרו למחבלים. יש לנו השמות שלהם. למה לא להרוג אותם בלי משפט? האם האזרחות משנה משהו? האם יש חובה לחיי אדם כלפי האזרחים שהיא שונה מהחובה כלפי אחרים? כשאני מתכנן להרוג אדם ללא משפט, שלא במלחמה – מיד אתייחס לשאלה אם במלחמה כוללת או במלחמה רגילה – אני נוהר מאוד. אני מודה בכך. אינני מדבר על האפקטיביות של המהלך, אלא על הצד המשפטי של העניין. האפקטיביות היא עניין נפרד, ואנחנו נדון בה בקשר לשאלה אם היא מגבירה טרור או מחלישה טרור. אינני אומר "לעולם לא". אני כן אומר שיש לשקול כל מקרה בזהירות רבה מאוד, זהירות במובן הזה שלא הייתי עושה את זה אלא אם באמת הנזק הצפוי הוא איום ונורא; במקרה שאין שום דרך אחרת לעצור את הנזק, ואם אנחנו נוציא לפועל את הסיכול הממוקד, אזי ברור לנו מעל לכל ספק שהאסון הנורא יימנע.

ומה באשר לעזה? היא המקום היחיד שעשו בו לאחרונה סיכול ממוקד. גם שם צריך להיזהר מאוד, לא באשר לנזק אלא באשר לאיש שבו מדובר. אני מציע לעשות את זה בזהירות, מפני שבסופו של דבר התופעה הזאת – של אנשים בישראל שמקבלים מידע שיכול להיות לא אמין – היא בעייתית. הסיכול הממוקד הוא תופעה שיש לי התנגדות פנימית לראות אותה כשיטת לוחמה מקובלת. אני מודה שאם אדע שאין לנו בררה ושהכול מתמוטט עלינו, אתמוך במעשה כזה. לא מדובר בדיני מלחמה – למה מותר להרוג. דיני מלחמה הם עולם אחר. אני מדבר על דינים שאינם דיני מלחמה רגילים. במקרים שאנחנו עוסקים בהם אין ודאות שהאיש יושב ומחזיק בידו פצצה. יש סבירות כזו או אחרת. לדעתי חיסול נכון רק במקרים קיצוניים ביותר. נייר העמדה שאנו מדברים בו עושה חלק גדול מהעבודה – קובע תנאים ומגבלות. אני רק רוצה להדגיש שבעיניי יש הצדקה לחיסולים ממוקדים רק במקרים קיצוניים. אם נוקטים את השיטה הזאת אך ורק במקרים הקיצוניים ביותר, כי אז אני מקבל שיש מעין איזון בין הצרכים לבין הערכים שלנו ושאין לנו בררה אלא לחיות עם זה. כשהסיכולים הממוקדים הופכים להיות שגרה, אז יש לנו בעיה קשה. אני מרגיש שמבחינה מוסרית אנחנו עוברים במקרה כזה גבול שצריך להיזהר מלעבור אותו. יש מקרים קיצוניים מאוד שמאפשרים בעיניי סיכול כזה: רק כאשר הנזק הצפוי חמור, כאשר אין דרך אחרת למנוע אותו, ורק אחרי חקירה, בדיקה ודרישה שעשו כל הנוגעים בדבר, ורק אם המידיות הכרחית למניעת הנזק. רק במקרים הקיצוניים האלה אני מוכן לקבל סיכול ממוקד ורק אחרי הבדיקות שמרדכי קרמניצר

הציע. הבעיה היא שאני מכיר את התהליך. יש פיגוע ואז באים לקבינט ואומרים: צריך לעשות משהו, תביאו את הרשימות, את המטרות. אני מכיר את זה, הייתי שם עשרות פעמים, כשהייתה דרישה להגיב על מעשה טרור, אם כי סיכולים ממוקדים ספציפיים אינם מובאים לקבינט, ומעולם לא השתתפתי באישור כזה.

אמנון סטרשנוב: הנה, לאחרונה היה פיגוע ולא הגיבו בסיכול.

דן מרידור: כנראה המערכת לומדת משהו. אני רוצה לשבח את מי שהחליט שלא להגיב בדרך של סיכול ממוקד. דעתי אינה שכולם רעים ומנוולים. אני מכיר את המערכת הפסיכולוגית הזאת. כשרוצים משהו, מבקשים. בקבינט לא דנים בסיכולים. דנים על להרוס פה, לגרש שם, להיכנס עם איזו יחידה. לפעמים פעולות שאינן קשורות לעיקר.

השאלה האחרונה שנשאלת ונוגעת ללב העניין היא אם הפעולה לגיטימית. זו שאלה מרתקת, אבל לא היא הנושא. ועוד עניין הוא הלחימה האמתית, הלחימה במחבלים. באמת יורים עלינו את הקסאמים ובאמת אנחנו יורים בחזרה. גם כאן לא מדובר בשחור ולבן, אבל ככל שזה יותר דומה למלחמה, אני רוצה יותר לפעול כמלחמה, ולא אכפת לי אם האיש מולי לובש מדים או אינו לובש מדים כשהוא פועל כמלחמה. אני לא מתאבד. אם אני יודע שיש קבוצה שבאה מחאן יונס לשדה הזה ויורה, אני לא מחכה. אני יורה בהם. הם עובדים כחיילים, לא כשודדי בנק. הנוהג שלהם כחיילים אינו לפי ההגדרה של אמנות ג'נבה, אלא בפועל, בעברית הפשוטה שלנו, הם נוהגים כחיילים. במקרה כזה אני יורה בהם בלי היסוס. זאת מלחמה. אני לא מביא אותם לבית משפט לברר מה קורה פה. אם אלה יהיו המקרים הנדונים, אעמוד בצד המגנים על מעשיה של המדינה. אבל אם המקרים יהיו כמו אלה שהכרתי בזמנים הרעים, כי אז לדעתי עלינו להיות זהירים מאוד.

הילי מודריק אבן-חן: ייתכן בהחלט, ואני מקבלת עליי חלק מה"אשמה", שהנייר הזה לא התייחס לאפשרות הפרדיגמה של לחימה בטרור כעימות מזוין שאינו בין-לאומי. הפרדיגמה הזאת עשויה לתת לגיטימציה אחרת לפרקטיקה שאנו דנים בה. אילו התייחסנו אליה, לא היה צורך להתמודד עם הבעיה שהכרזה על ארגוני טרור ככוח מזוין מחייבת, לכאורה, הענקת מעמד של שבויי מלחמה לפעילים בארגונים אלה על מנת לאפשר את הלחימה

בהם. בעימות מזוין שאינו בין-לאומי אפשר לקבוע, בתנאים מסוימים (השתתפות ישירה בלחימה), שפעילים בארגוני טרור הם מטרה לגיטימית בלי לתת להם את המעמד של שבויי מלחמה.¹ מבחינה זו הנייר לוקה בחסר, אבל הדבר אינו פוגע, לדעתי, בחלק העוסק בהמלצות להליך הביקורת על תהליך קבלת ההחלטות. שוב, ההבחנה בין עימות מזוין בין-לאומי לעימות מזוין שאיננו בין-לאומי אינה מוזכרת כאן, ובהחלט אפשר שהייתה בה תועלת אילו הופיעה.

שי ניצן: אף על פי שאני המשתתף היחיד בדיון שהוא עובד מדינה, בעניין הזה יש ביני לבין דן מרידור הסכמה מלאה. גם דניאל רייזנר ואנוכי רואים דברים רבים עין בעין, ואשתדל שלא לחזור על הערותיו. רוב התשובות שהוגשו לבית משפט, אף שאני חתום עליהן, הן עבודה משותפת של דניאל ושלי.

והערה כללית: תיק הסיכול הממוקד מתנהל זה ארבע שנים. למעשה מדובר בכמה עתירות, כל אחת מזווית ראייה אחרת, אבל העתירה המרכזית היא העתירה הראשונה שהוגשה נגד מדיניות הסיכול הממוקד, והיא נדחתה בפסק דין של השופט חשין. פסק הדין נכתב על חצי עמוד, ומסקנתו היא שהנושא הוא בלתי שפיט.

דן מרידור: הנשיא ברק תיקן את האמירה הזאת כעבור כמה שבועות בפסק דין אחר.

שי ניצן: מדובר בעצם בשתי אסכולות. ההרכבים מתחלפים. בהרכב הבכיר יושבים השופטים ברק, חשין ובייניש. פסק הדין צפוי בקרוב, משום שלשופט חשין מותר לתת פסקי דין בדיוק עוד חודש ימים.

1 המסמכים היסודיים המסדירים את כללי העימות המזוין שאינו בין-לאומי הם סעיף 3 המשותף לאמנת גינבה. ראו למשל **אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה** מ-12 באוגוסט 1949 כ"א 1, עמ' 559, והפרוטוקול השני הנוסף לאמנות גינבה. ראו *Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)* 8 July 1977, 1125 U.N.T.S 609, Reprinted in 16 I.L.M. 1442 (1977). ההבחנה בין אזרחים המשתתפים ישירות בלחימה לבין אזרחים שאינם משתתפים בלחימה בעימותים מזוינים שאינם בן-לאומיים מופיעה בסעיף 13 לפרוטוקול השני.

אכן, העולם התאורטי בתחום הזה מעניין ביותר. עד לפני שנים מספר איש לא היה מעלה בדעתו שנושא כזה יידון וילובן לעומק בבית המשפט העליון של מדינת ישראל, כמו במדינות אחרות. ודאי היו דוחים את העניין על רקע שפיטות. ובאמת, לפני שנים אחדות שלושה שופטים נכבדים מאוד דחו את העניין על רקע שפיטות. אין ספק שבלי הנשיא ברק העניין הזה לא היה בא לידי ליבון. מדובר בצעד דרמטי מאוד של מדינת ישראל מבחינת הידרשות בית משפט. גם אנחנו טענו שהעניין בלתי שפיט; המדינה טענה שהוא בלתי שפיט. בה בעת אין ספק שסיכול ממוקד צריך להיות חוקי לפי דיני המלחמה. סוגיית השפיטות היא סוגיה ביחסים של בית המשפט עם הרשות המבצעת. אבל לגופו של עניין – בלי ספק אנחנו מעוניינים שפעולה כזאת תהיה חוקית. עוד בטרם הוגשה העתירה, כבר יצאו הנחיות הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה לרשות המבצעת שניסחו מסגרת תנאים לביצוע פעולות מעין אלה. כשהוגשה העתירה בית המשפט היה מודע להנחיות הללו. עניין נוסף: גם העותרים אינם חולקים על כך שכאשר אנשים עומדים לעשות פעולת לחימה, למשל להציב קסאמים או אולי אפילו כבר ירו אותם, מותר לפגוע בהם במסוק או בטנק. אפשר להתווכח אם פעולה כזאת היא סיכול ממוקד או הריגה מונעת – מבחינת ההגדרה זה בדיוק מה שהיא. היא גם סיכול ממוקד, אבל אין ויכוח על כך שהיא חוקית. אם כך, מתעוררת השאלה איפה עובר הגבול בין פעולה חוקית מסוג זה לפעולה לא חוקית? האם מותר להרוג אדם שיצא לבצע פיגוע התאבדות והוא כבר חגור בחגורת נפץ? אולי יחלפו עוד יומיים עד שהוא יעבור את המחסומים. האם במקרה כזה מותר להרוג אותו? נראה לי שמקרה כזה שייך לאותה קטגוריה הגורסת שאין ספק שמותר. אבל אולי העובדה שיש לו עוד יומיים הופכת את האירוע לרחוק מדי?

קל לדון בזה, אבל מה עושים כשמוכרחים להחליט? יש מידע שבעוד דקה הוא נכנס לקסבה בשכם, ואז לך תפגע בו בתוך הקסבה! בדוגמה הקודמת יש לו עוד יומיים. כרגע הוא אינו חגור בחגורת הנפץ. אבל יש בידינו מידע חד-משמעי שהוא עומד לעשות פיגוע. סוגיית המידע ורמת המידע חשובה מאוד, ואחר כך אקדיש לה זמן. נחזור לעניין. נניח שאנחנו שומעים אותו ברגע זה מספר שביום העצמאות הוא יעשה פיגוע. אגב, בבית המשפט העליון היה דיון דומה כאשר דיברנו על הפעלת אמצעי לחץ פיזיים על נחקרי שב"כ.

השאלה היא, אם כן, מהי מידת המידיות של הסכנה. חשוב לי לומר שאני עצמי, באופן אישי, תומך בעמדת המדינה. איש אינו חולק על כך

שהמצב היום הוא מצב של עימות מזוין. על עימות מזוין – וגם בית המשפט העליון כבר קבע כך עשרות פעמים – חלים דיני העימות המזוין, שהם דיני המלחמה. גם מרדכי קרמניצר מסכים עם עמדה זו, ולכן מבחינתי זו נקודת מוצא פשוטה, אף כי – יש לומר – לא זו דעתם של כולם. לדעתי לא נכון למקד את הדיון בדוגמה מסוימת. לדעתי אנחנו במצב של עימות מזוין במאבק שלנו עם ארגוני הטרור – החמאס, הג'יהאד – גם אם כרגע זירת חברון שקטה. כך זה גם בינינו לבין סוריה, אפילו אם קוניטרה שקטה.

לעניין מרכזי נוסף: לא ברור לי לגמרי מה דעתו של קרמניצר בסוגיה זו. השאלה: האם אנחנו רואים במחבלים חברים בארגוני טרור? יש פסיקה שצריך להכריז על ארגון כעל ארגון טרור. הכרזות כאלה ישנן למכביר. בשנים האחרונות הכרזנו על עשרות פלגים ופלגי פלגים כעל ארגוני טרור, אבל המחבלים ששייכים לארגונים המרכזיים יודעים היטב שהם חברים בארגוני טרור ושמדינת ישראל רואה בארגונים שלהם ארגוני טרור. לכן לדעתי הדרישה לראות בהם חברים בארגוני טרור היא דרישה פשוטה. אנחנו מחשיבים אנשים כחברים בארגוני הטרור אם הם מבצעים פיגועים נגדנו. גם המשגרים והיזמים והמתכננים הם מבחינתנו הלוחמים בעימות המזוין. בשלב זה בדיון עולה העניין המרכזי – לוחמים לעומת אזרחים. באופן חד-משמעי מדובר מנקודת מבטנו בלוחמים. אם הם אינם לוחמים, מי כן?! ובכן, אם מוסכם שיש עימות מזוין, שהוא משול למלחמה, ברור שיש שני צדדים למלחמה. ולכן בעינינו הם לוחמים. לדעתי אלה כל חברי הארגונים, אבל לצורך הדיון אצמצם ואומר שהכוונה לחברי ארגוני טרור המשתתפים באופן פעיל בביצוע פיגועים, דהיינו מתכננים, משלחים ומבצעים. אני מוציא כרגע מהדיון את ההנהגה המדינית.

ועכשיו אנו מגיעים לסוגיה שנדונה בהרחבה בנייר – לוחמים לעומת אזרחים. המשפט הבין-לאומי קובע שאזרחים חסינים מפני פעולות מלחמתיות. לכך הוא קובע סייג, ולפיו מי שמתתף באופן פעיל או ישיר במעשי לחימה אין לו חסינות (סעיף 3]51] לפרוטוקול הראשון; מצוטט בנייר העמדה בעמ' 29, הערה 60). לדעתי המשמעות של הביטוי "אין לו חסינות" מקבילה לאמירה "הוא לוחם". לדעתי אם אנשים משתתפים באופן פעיל בביצוע מעשי איבה אינם לוחמים, כי אז אין לוחמים אחרים. אם הם אינם לוחמים, נגד מי נלחמת מדינת ישראל!?

כאן עולה שאלה חדשה, שאינה זוכה להרחבה בנייר. פרופ' אנטוניו קססה דיבר עליה, העותרים דיברו עליה, אנחנו דיברנו עליה. הילי מודריק אבן-חן התייחסה אליה בהערות שוליים. המדינה נתנה לה תשובה שמשטרעת

על 300 עמודים. השאלה היא מה ההגדרה של "משתתף ישיר" בעימות המזויין. פרופ' קססה והעותרים טוענים שאדם נחשב למשתתף ישיר רק מן הרגע שהוא לוקח את הנשק או את הפצצה בידו ועד הרגע שהוא מוציא אותם ממנה. מהרגע שהוא מוציא אותם מידו הוא אינו נחשב עוד למשתתף ישיר. אפילו אם אנחנו יודעים שהוא מתכנן לקחת פצצה בעוד שעה ולפוצץ את עצמו, כל עוד אין עליו פצצה, הוא אינו משתתף ישיר.

המדינה טוענת שזו פרשנות לא הגיונית. לא הגיוני לומר שאפילו אם יודעים שאדם עומד לבצע פיגוע בעוד זמן קצר ולכן הוא יקבל לידי פצצה, הוא בכל זאת עדיין אינו לוחם, כי הוא כרגע אינו מחזיק את הפצצה ביד. הענקנו לו סוכך בהגדירנו אותו אזרח, ולכן אי-אפשר לפגוע בו. התזה הזאת אינה מתקבלת על דעתנו. לכן טענו שבמילים "משתתף ישיר" אין הכוונה למובן המילולי של לקחת נשק לידיים. אנחנו מתכוונים גם לאדם שמשתתף באופן פעיל בתכנון ובביצוע. אדם שאחת לשלושה ימים יוצא לבצע פיגוע, לא יכול להיות בעיני אזרח ביומיים שבין פיגוע לפיגוע. פרופ' קססה והעותרים טענו שאדם כזה חובש שני כובעים: כשהוא מבצע פיגוע הוא לוחם. בזמן הזה הוא מאבד את חסינותו. אבל בימים שחולפים עד הפיגוע הבא הוא אזרח, ואז אסור לפגוע בו; הוא חסין. לדעתנו זו קביעה לא הגיונית. קרמניצר נדרש לעניין זה בעמ' 29: "ההיתר לפגיעה ניתן רק בעת שהאזרח היה עסוק בפעילות מלחמתית או בפריסה לקראתה". לדברים האלה אפשר לתת פרשנות רחבה. והוא ממשיך: "לא לפניו ולא לאחריה כאשר הניח נשקו". אם המובן של "הניח נשקו" הוא המובן המקובל, כלומר יצא ממעגל מעשי האיבה, הדברים מקובלים עלינו, ואף כתבנו על כך לבית המשפט. אם הוא הניח את נשקו עד תכנון הפיגוע הבא, בעיני הוא לא הניח את נשקו. כאמור, בלב הדיון על סוגיית הסיכול הממוקד עומדת השאלה מי הוא לוחם. מתי בן אדם נחשב לוחם ומותר לפגוע בו? נדמה לי שהדיון בשאלה הזאת בנייר אינו מעמיק דיו, וגם לא ברור לגמרי מה דעתו של קרמניצר. כזכור, בסעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון מופיעים שני תנאים: "משתתף ישיר" ו"כל עוד ש...". גם על המשמעות המדויקת של התנאי השני יש לפתח דיון.

דן מרידור: לדברך גם הכרזה על הפסקת אש אינה מפסיקה את היותו לוחם. אז מתי כן?

שי ניצן: הכרזה רצינית על הפסקת אש – מטעם אדם מוכר, מכובד, מטעם הארגון או הפלג – כן מפסיקה את הגדרתו כלוחם. למיטב ידיעתי לא

נעשה עד היום סיכול ממוקד לחבר ארגון או ללוחם בארגון בעת הפסקת אש.

דניאל רייזנר: אם מוכרזת הפסקת אש במלחמה רגילה, הריגת חייל אויב אינה נחשבת פשע מלחמה. לעובדה זו השלכות על חוקיות המעשה.

דן מרידור: במקרה הזה מסגרת הזמן מוגדרת במילים מפורשות. השאלה היא כמובן איפה הגבול; מתי מסתיימת תקופת היותו לוחם.

שי ניצן: לכן הדגשתי את התנאי "כל זמן ש...". זה אינו משפט מנהגי. אמנם הוא נקבע בפרוטוקול הראשון, ובכל זאת הוא אינו מנהגי. אבל עם התנאי "משנתף ישיר" אי-אפשר להתווכח. לשני הביטויים אפשר להעניק פרשנות. הגדרה טכנית צרה אינה טובה כאן, ולכן הצעתי את ההגדרה שלנו. בעוד זמן קצר נדע אם בית המשפט מאמין בה גם הוא.

עלי להעיר גם שאיני מסכים עם העמדה המוצגת בעמ' 26: "מבחינת הרציונל של דיני המלחמה, הענקת סטטוס של לוחמים לטרוריסטים מתחייבת כאשר המדינה מעוניינת להפוך אותם למטרה לגיטימית בכל עת". איננו מקבלים את העמדה הזאת בשום פנים ואופן. הטרוריסטים הם כהגדרתנו לוחמים בלתי חוקיים. הם כאלה מפני שהם אינם שומרים על דיני המלחמה. בלוחמים בלתי חוקיים מותר לפגוע ומותר להעמידם לדין. לא מקובל עליי שנצטרך לתת להם איזה שהוא סטטוס של לוחמים, למשל לוחמי חירות. לדעתי מותר לפגוע בחייל שאינו שומר על דיני המלחמה (למשל, חייל שמתחפש בבגדים אזרחיים).

דן מרידור: לא מדובר רק במצבים של הגדרת חייל על פי המדים שהוא לובש. יש מאות דיני מלחמה, ולדעתי חייל שמפר דין מלחמה אינו יכול לאלץ אותנו להתייחס אליו כמי שמקיים אותם.

שי ניצן: מובן שהדברים תלויים בכל דין ודין. אבל יש דברים בסיסיים, למשל חייל שעובד כמרגל ולובש בגדים אזרחיים. הוא אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה, ולכן מותר לפגוע בו ומותר להעמיד אותו לדין. בעיניי מחבל הוא אותו המקרה.

עניין אחר שנדון רבות בנייר: בהנחה שמותר לפגוע בלוחמים, איך מסבירים את העובדה שלפעמים, בעת סיכול ממוקד, פוגעים גם באזרחים?

גם הביקורת הבין-לאומית וגם הביקורת הציבורית בתוך ישראל אינן מתמקדות בעובדה שאנחנו פוגעים במחבלים, אלא בכך שלעתים נפגעים גם אזרחים. העניין הזה מטריד ביותר. ברור לכל בר דעת שאיש אינו שמח או נשאר אדיש כשנהרגים אזרחים חפים מפשע. ובכל זאת איני יכול לקבל את האמירה שאם יש סיכון שייהרג חף מפשע, יש להפסיק את הסיכול הממוקד. לדעתי אי-אפשר לקבל את הדבר הזה. אין מלחמה בעולם שלא נפגעים בה חפים מפשע, ואם מדינה בזמן מלחמה תימנע מפעילות צבאית בכל מצב שבו יש חשש לפגיעה בחפים מפשע, היא תפסיד במלחמה. השקפה כזאת גם נותנת בידי אויבי המדינה כלי מצוין, כי הם יציבו אזרחים בכל מקום שיש בו יעדים צבאיים, ובזה הם "קנו" חסינות, וכבר היו דברים מעולם.

בנייר מובא הכלל המשפטי שלפיו לא יהיה נכון לומר שאסור לבצע פעולה צבאית אם יש חשש לפגיעה בחפים מפשע. הכלל הוא שאסור לבצע פעולה צבאית אם הסיכון לפגיעה בחפים מפשע גבוה מהתועלת הצבאית באורח לא סביר או באורח לא פרופורציונלי. מדובר בכלל משפטי בסיסי, ואני תומך בו. בעמ' 21 קרמניצר כותב שאי-אפשר לקבוע את רמת הסיכון בדיעבד, אלא צריך לקבוע אותה לפי מה שהמפקד רואה בשטח. פירוש הדבר שאי-אפשר במקרה הזה להיות חכם לאחר מעשה, ואי-אפשר לצפות ממפקד צבאי להיות נביא. אני מסכים עם הדברים. הבעיה היא שקשה מאוד להעביר את המסר הזה לציבור, כי כשעושים עשרות ומאות מבצעים, נפגעים חפים מפשע. כולם מצטערים וזה אסון אמתי. ועוד עניין חשוב: כשמשקללים את מאזן הפגיעה בחפים מפשע, יש להביא בחשבון גם את החפים מפשע שהיו נפגעים בצד הישראלי לולא נקטה מדינת ישראל פעולה כזאת. דבריי אלה נוגעים לסוגיית הפרופורציונליות, וחשוב לי להבהירם. עניין שלישי חשוב ביותר – מה שהוכתר בפיו של דן מרידור "עשרת הדיברות של מרדכי קרמניצר". שלא כמו קודמיי אני סבור שלמרות הכול יש לעשות סיכולים ממוקדים. מקריאת הנייר איני יכול להחליט אם קרמניצר מסיק בסופו של דבר שסיכול ממוקד הוא אסור או מותר. נותרה עמימות. דן מרידור השאיר גם הוא את הדברים עמומים, אבל בעמימות מסוג אחר. מדבריו הבנתי שהוא סבור שבמקום שיש לנו שליטה אפקטיבית, אפילו חלקית, אסור לעשות סיכול ממוקד, ואילו במקום שאין לנו בו שליטה אפקטיבית כלל, היינו עזה, מותר לעשות סיכול ממוקד רק במקרים קיצוניים ביותר.

דן מרידור: אמרתי עוד דבר – שכאשר המצב דומה ללחימה, הוא לחימה.

שי ניצן: זו עמימות במובן זה שהמקרים הקיצוניים נתונים לפרשנות. העמימות בנייר מתבטאת בכך שנאמר בו שאכיפת חוק עדיפה תמיד. הוא תומך בעידוד יצירת אמנות בין-לאומיות ובעידוד מאבק משותף בטרור. עם כל אלה אני מסכים, אבל הם נתיבי מילוט. הרי אנחנו יודעים שהרשות הפלסטינית אינה משתפת פעולה, שאין שליטה אפקטיבית ושאיכפת החוק בעזה אינה עניין מציאותי. לא ברור לי מה המסקנה הסופית מעשרת הכללים. בסופם, בעמ' 36, כתוב: "נדגיש, שלדעתנו גם אם ננקטים כללים אלה אין בהם כדי להצדיק הריגה מונעת". למעשה קרמניצר אומר שהשלטון בכל זאת יעשה סיכול ממוקד, ולכן הוא מבקש ממנו לשמור לפחות על עשרת הכללים. הוא מכריז שהוא מתנגד, אבל מעיר שהוא יודע שהשלטון לא יעשה כדעתו. אבל אנחנו סבורים שסיכולים ממוקדים הם חוקיים, ולכן דווקא מהבחינה הזאת העמוד החשוב ביותר בנייר העמדה, מבחינתי כנציג המדינה, הוא עמ' 36, הואיל והמדינה אכן עושה, עדיין, סיכולים ממוקדים. אני מעריך שבית המשפט יאשר, או למצער לא יקבע באופן גורף שסיכול ממוקד הוא אסור. בכל מקרה הוא יקבע מגבלות.

יש לבחון תחילה את חלופת המעצר, ואם היא אפשרית – להעדיף אותה. שאלה מעניינת היא מאין נולד התנאי הזה. איני בטוח שמעצר הוא חובה חוקית. בדיני לחימה אין חובה כזאת. אפשר לירות בחייל אויב בלי להניד עפעף. הואיל ואין חובה מפורשת, קיבלנו עלינו את הצורך לבצע מעצר כמגבלה, והצהרנו על צורך זה כעל המדיניות שלנו. אמרנו שאנחנו עושים פעילות כזאת רק כשאין חלופה אפקטיבית אחרת, דהיינו מעצר בלי סיכון של כוחותינו.

דניאל רייזנר: האם בתימן היינו דורשים אותו התנאי? לא בטוח.

דן מרידור: למעשה פירוש הדבר שזו האינדיקציה. אם אתה חושב שאתה יכול לעשות את זה, סימן שאתה שולט.

שי ניצן: אם אתה מסכים אתי בעניין הזה, אין לך בררה אלא להסכים שבשכם השליטה שלנו מפוקפקת למדי, ואז שליחת חיילים למבצע מעצר היא פעולה שיכולה לסכן חיילים רבים.

בעניין מעורבות המשפטנים בהליך אישור הסיכול הממוקד: בסעיף 2 קרמניצר מציע שבהליך ישתתף משפטן מיומן שישימש בתפקיד פרקליט השטן. בשום החלטה מנהלית אחרת אין דרישה לשתף משפטן. בעיניי זו דרישה לא סבירה.

אמנון סטרשנוב: בצבא כל הריסת בית וכל גירוש חייבים באישור משפטי. איך אפשר שלא לדרוש אישור משפטי על פעולה כזאת?

שי ניצן: נשאלת השאלה מה פירוש "חייב". כדרישה חוקית נדמה לי שכולנו מסכימים שאין חובה משפטית.

אמנון סטרשנוב: אם יתבצע גירוש בלי להתייעץ עם המשפטנים, הבג"ץ יחזיר אליך את הכדור.

שי ניצן: אין דעתי כדעתך. אם בדיעבד הפעולה עומדת חד-משמעית בכל הכללים, אין חובה חוקית לערב משפטן. שאלה מעניינת, שהתשובה עליה אינה פשוטה, היא אם טוב שישתתף משפטן. לא ברור עד כמה מעורבות כזאת תעזור, כי השתתפות משפטית קבועה הופכת בסופו של דבר את המשפטן לחלק מהמערכת המחליטה. זה תלוי כמובן גם באופיו המסוים של המשפטן המסוים. למעורבות כזאת נדרש אומץ. דניאל רייזנר הוא דוגמה למישהו שהיה לו האומץ להתייצב נגד קצינים בכירים שהביאו טיעונים בשם ביטחון המדינה ולסרב להם, אבל לא כל אחד מסוגל לכך. עירוב משפטן כשלעצמו אינו בהכרח ערובה לשום דבר. על כל פנים, זה בהחלט עניין שכדאי לתת עליו את הדעת.

בסעיף 3 מדובר על מעורבות משפטית עצמאית אזרחית. אני מבין שהכוונה למשפטן מחוץ לצבא. איני שולל את הרעיון, ובהחלט אפשר לצרף משפטן צבאי או משפטן אזרחי או גוף ביקורת.

דניאל רייזנר: בנייר נשאלה השאלה אם משרד ממשלתי מסוים מוכן להיות שותף לתהליך קבלת ההחלטות מראש. ההחלטה החד-משמעית הייתה שלא.

שי ניצן: כאשר מעיינים בעשרת הכללים מתחוור שהנושא הראשון הוא חלופת המעצר, הנושא השני הוא הביקורת המשפטית או מבניות התהליך, והנושא השלישי הוא מידת הראיות (סעיפים 4 ו-6). וזו לשון סעיף 6:

"הממצאים העובדתיים [...] חייבים להיות ברמת הוודאות הנדרשת להרשעה פלילית". האם הכוונה שחלים כללי הקבילות של המשפט הפלילי, היינו אנו פוסלים עדות שמיעה, אנו פוסלים מקורות מודיעיניים?

מרדכי קרמניצר: לא כתוב שום דבר על קבילות. רמת השכנוע היא באשר לממצאים העובדתיים, ולא באשר להערכות. עליה להיות כמו רמת השכנוע של שופט שקובע ממצא עובדתי כדי לשלוח אדם כלשהו לבית הסוהר.

שי ניצן: אם כך, הדברים מקובלים עליי. אני סבור שכדי לשלוח אדם אל מותו, או ליתר דיוק – לשלוח אליו פצצה – בהחלט נדרשת רמת ודאות גבוהה. אפילו זו אולי אינה מספיקה. הייתי שמח אם טרם הטלת הפצצה לא יישאר אפילו אותו ספק סביר. מעולם לא השתתפתי בדיון שעניינו הטלת פצצה במקום מסוים, אבל אני מקווה שנסקלת שם רמת הוודאות מעבר לכל ספק סביר. אני מנחש שאם תתקבל ההצעה לצרף לצוות המחליטים משפטן, תפחת כמות הסיכולים הממוקדים, מפני שעד שהמשפטן יאשר יחלוף זמן. דניאל רייזנר אינו מסכים עמי, ואני מודה שאני עושה כאן ספקולציה.

בסעיף 5 כתוב: "יש להתנות את הפעולה בסיכון אקטואלי הנשקף מן החשוד בהסתברות גדולה למעורבות". מקובל עליי לחלוטין ובלבד שהסיכון האקטואלי מוגדר, כלומר כפי שאני מגדיר אותו – לא רק סיכון של "בעוד שעה", אלא גם סיכון של אדם שברור שהוא עומד לבצע פעולת טרור. מבחינתי גם אם הוא מתכנן לבצע או לשלח פעולת טרור בתוך שבוע, שבועיים, חודש, מותר לסכל אותו, אם אין דרך אחרת לעצור את הפעולה. חשוב בהקשר הזה להביא בחשבון שלא בכל רגע יש היתכנות מבצעית לבצע סיכול.

כלל 7 עוסק בנוק הסביבתי, ולא אחזור על הדברים שנאמרו קודם בעניין זה.

הסעיף שאני חולק עליו לחלוטין הוא סעיף 10: "יש להזהיר מראש את החשוד ולאפשר לו להסגיר את עצמו לידי הרשויות". לא ברור לי אם הכוונה לשלוח אזהרה קונקרטית שאנחנו עומדים להטיל עליו פצצה. דבר זה יוביל בוודאות לסיכול המבצע. לכן הסעיף נראה לי לא הגיוני.

אמנון סטרשנוב: זה דווקא התנאי היחיד שנראה לי הגיוני, משום שכל אחד מהם יודע שהוא ברשימה ודמו בראשו.

שי ניצן: אם הכוונה להזהיר אדם לאחר שמתקבלת החלטה מסוימת עליו, דעתי היא שלא הגיוני לנהוג כך. מצד אחר, כפי שאמר אמנון סטרשנוב, הם כולם יודעים בוודאות שהם בסכנה.

עניין אחרון שחשוב לי להעלות כאן – השינוי במעמד של עזה, שהוא רלוונטי ביותר לסוגיית הסיכול הממוקד. מבחינתי עזה היום היא חוץ לארץ לגמרי, ועובדה זו הופכת את המלחמה בהם, בעיניי, למלחמה רגילה, כמו המלחמה נגד סוריה.

אמנון סטרשנוב: מטבע הדברים אני מסכים רק עם חלק מהדברים שנאמרו כאן. ראשית אני רוצה לכפור בעיקר ולומר שאין שום אמנה במשפט הבין-לאומי שמגדירה טרור כפשע מלחמה, ואין שום אמנה נגד טרור. יש אמנות רבות של שלום ושל מלחמה ואמנה למען הילדים ואמנה נגד השחיתות, אבל אין אמנה נגד הטרור. במונח "אמנה בין-לאומית" אני מתכוון לאמנה שדנים עליה באו"ם ובמסגרתה מגדירים, בין השאר, את הטרור. הוועידה האסלאמית ניסתה להגדיר את הטרור ואת ההבדל בין טרור לפשע. בעקבות זאת אני שואל איך אפשר להתייחס לסוגיה מבחינת המשפט הבין-לאומי. יש מין דרישה שנחיל אמנות מלפני חמישים שנה או מאה שנה – כללי האג או אמנות ג'נבה – על מצב שלא היה ידוע בזמנו, לא היה מובן, לא היה קיים כלל. זה דומה לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית שאוסר להעביר אוכלוסייה ממקום למקום בעקבות מקרים נוראיים שעשו הנאצים. ניסו להחיל את הסעיף הזה על ההתנחלויות בשטחים. ייתכן שחוקיותן מוטלת בספק, אבל לא בטוח שלזה התייחס המשפט הבין-לאומי.

מדוע הם לוחמים בכלל? מדוע הם לוחמים בלתי חוקיים? מה המקור של הלחימה ומה הבסיס המשפטי של העניין הזה?

מה הסיבה לשאלותיי? לפני שבועיים השתתפתי בסמינר זלצבורג בנושא התגובות האירופיות לטרור. לא האמריקנים קבעו הפעם את הטון, אלא הצרפתים והבלגים. שאלו אותנו מדוע אנחנו נותנים לטרוריסטים מעמד של לוחמים. הסבירו לנו שלוחם הוא אדם שמשותף במלחמה, שפירושו מעמד חיובי. טענו כנגדנו שאנחנו הופכים את הטרוריסטים, את האנשים שצריך להרוג, ללוחמים בעלי מעמד. לא התווכחו אתנו על הסיכולים הממוקדים. הסברתי להם שיש לנו חוק של לוחמים בלתי חוקיים, שאנחנו יכולים לעצור אותם במעצר מנהלי וכד'. והם שאלו: מה פתאום הם לוחמים? ה-IRA [המחתרת האירית] היו לוחמים? לדעתם הם היו פושעים. הדיון אתם חידד אצלי כמה עניינים.

קראתי מסמך שדניאל רייזנר כתב בזמנו שאי-אפשר לנקוט נגד אזרחים צעדים שאפשר לנקוט נגד לוחמים. במאמר מוסגר אומר שקל יותר להרוג לוחמים כאלה. זו תשובה, אבל היא אינה משכנעת. אני מסכים לחלוטין עם מרדכי קרמניצר בכך שהוא מבסס את דעתו על דיני ההגנה העצמית במשפט הפלילי, ובסופו של דבר הוא אומר: "הגענו למסקנה שפעולות הגנה עצמית כאלה עומדות בתנאי הדוקטרינה של ההגנה העצמית: מידיות, סבירות ומידתיות" (עמ' 44). ובמקום אחר (עמ' 27): "עולה שהדרך הראויה להתמודדות עם החשודים בפעילות טרור אינה באמצעות כליו של המשפט ההומניטרי (דיני המלחמה) ובראייתם כלוחמים, על כל המשתמע מכך, אלא באמצעות כלי המשפט הפלילי". זו בהחלט גם דעתי, והיה מעניין לשמוע את תגובות האירופים ששאלו מה פתאום הטרוריסטים הם לוחמים. הם הביאו כדוגמה את הריגת הברזילי בידי הבריטים [לאחר הפיגועים ברכבת התחתית בלונדון]. זו הייתה טעות, אבל אילו התברר שזו לא הייתה טעות, נדמה לי שאיש לא היה מתרגש מהמעשה. לכן אני חושב שעלינו לשאול את עצמנו מדוע אנו מחשיבים את הטרוריסטים ללוחמים ואיפה בסיס ההגדרה הזאת. האם באמנות מלפני חמישים שנה?

בעמ' 44 כתוב: "נקיטת הליכים אלה אינה מסלקת את הקושי המהותי לגבי מי שאינם 'לוחמי קבע' (מי שאינם מעמידים את עצמם באופן טוטלי לרשות הארגון) ואינה מסלקת את הקושי ההוכחתי והדיוני (היעדר תהליך הוגן)". נראה לי שלפנינו הבחנה בין לוחם קבע ללוחם לשעה. איני רואה את ההבדל ביניהם, כי מכוח דיני ההגנה העצמית מי שמסכן אותי והסכנה היא מידית ואני נוקט פעולה בתנאי הסבירות והמידתיות, אין זה מענייני אם הוא חבר בארגון חמישים שנה או אם הוא מתכנן עכשיו לבצע את המעשה בעוד יומיים. הכול כפוף לכללי ההגנה העצמית. אם ננהג לפי כל עשרת הכללים המפורטים בנייר או רק לפי חמישה מתוכם, המועמד לסיכול יגיע לשיבה טובה ואנחנו נמשיך "להתברבר". שלוש פעמים לפחות מזכיר הנייר את החיסול בטעות ואת החשש מטעות. אין לי נתונים, אבל לפי מה שמופיע בנייר עד דצמבר 2003 נעשו 123 סיכולים. אני מניח שהיום מספרם כבר מגיע ל-150 עד 200 בקירוב. חשוב לדעת את מספר הטעויות, אך אין בידי הנתונים על כך.

מרדכי קרמניצר: ככל הידוע לי מן התקשורת נעשות בין טעות אחת לשתיים, גם אם לא ידוע לי על מעקב שיטתי על כך; וברור שאין למערכת עניין בחשיפת טעויות.

אמנון סטרשנוב: זה שורש העניין, וזה חשוב ביותר. הנייר מתייחס לכך בעמ' 25, בעמ' 30, ובעמ' 43 – "חשד לחיסול מוטעה, חשש לפגיעה מוטעית". אין טעויות למיטב ידיעתי. בעניין הזה אנחנו עושים פחות טעויות משעשו בתי המשפט בארצות הברית או באנגליה בהוציאים להורג אנשים חפים מפשע, ומדובר בבתי משפט שמפעילים את כל ההליכים הנדרשים. אי-אפשר למנוע טעויות. אנחנו לא סטרילים. לכן הבקרה חשובה מאוד, ויש לעשות אותה, אבל עלינו לזכור שלא זו הבעיה.

בעניין הסיכולים הממוקדים יש שתי בעיות: החוקיות והנזק הנלווה. את הנזק הנלווה קשה להצדיק. אפשר לחזור ולומר שמבחינת המשפט הבין-לאומי זה לא פשע מלחמה. אבל קשה לשכנע את העולם שהריגת 15 איש בגלל שחאדה המנוול או הריגת ילדים בני 6, ופעמים רבות לצערנו פוגעים בילדים, הן חוקיות ומותרות. בסוף הנייר נאמר: "גם אם ננקטים כללים כאלה אין בהם כדי להצדיק הריגה מונעת". אם כן, אין צורך בכל רשימת ההמלצות. אכן, נדרשים בקרה ומשפטן שותף במערכת ההתייעצות. איני בטוח שיש צורך במשפטן כזה בכל מקרה וגם לא "מבקר" חיצוני דוגמת מבקר המדינה. זה יכול להיות בעייתי במקרים דחופים. אבל בהחלט חשוב לקבוע מערכת כללים להתנהגות, וחשוב שתהיה בקרה.

שי ניצן: אתה מדבר על רשימת המבוקשים, אבל לא כל מבוקש הופך להיות סיכול ממוקד.

אמנון סטרשנוב: נכון, אבל יש אדם לא מבוקש שהופך להיות סיכול ממוקד?

שי ניצן: ודאי שאין.

אמנון סטרשנוב: בסדר, אז יש אנשים שיפחדו בלי סיבה, שיחששו לחייהם. לכן נקודת המוצא של קרמניצר בעניין הטעות או האפשרות לטעות לא נראית לי, ובכל זאת אני מסכים שצריכות להיות בקרה והתייעצויות. ושוב, בצבא אין חובה משפטית להתייעץ על כל פעולה, אבל נוהגים לקיים התייעצויות לפני הריסת בתים וגירושים, ואינני מציע לשנות את הנוהג הזה. אני חושב שגם בג"ץ לא יתמוך בשינוי כזה.

וכמה הערות על הפן הערכי, המוסרי, ועל הפן המעשי, בעיקר בהתייחס לדברים שהעלה דן מרידור. אין לי שום בעיה עם פגיעה במי שאני יודע שבא להרוג אותי – בעוד שבוע או בעוד חודש – בתנאי שיש לי נתונים בדוקים

על כך. הקם להרגך השכם להרגו! בנייר מצוטט רובינסון בעניין ההגנות במשפט הפלילי. רובינסון מביא שתי דוגמאות מעניינות בעניין המידיות. הדוגמה הראשונה מספרת על אנייה שרחוקה שני ימי הפלגה מהחוף ומתחילים לחדור אליה מים. הצוות רוצה לחזור, אך הקפטן מסרב. הספינה לא תטבע מיד, אלא בעוד חמישה ימים, אבל אז הם יהיו בלב ים. לכן הם מחליטים למרוד ולחזור לחוף, וזה מוצדק. הדוגמה השנייה מספרת על אדם שמכין חומר נפץ לפיגוע שיתבצע כעבור שבוע ימים, ומותר לפגוע בו באופן מיד, ולא להמתין שבוע.

אין ספק שהמידע המודיעיני צריך להיות נכון ומדויק, וברוב המקרים הוא אכן כזה. אין לי בעיה משפטית או מוסרית עם האדם שנתן למבצע את ההוראה או עם המבצע עצמו. אני מבחין בין אנשים שהם טרוריסטים והם באים לפגוע בי לבין חפים מפשע ואוכלוסייה תמימה. מדאיג אותי יותר נוהל מעצר שכן, מפני שמדובר באוכלוסייה תמימה. הייתה לי בעיה ויש לי עדיין בעיה עם הריסות הבתים.

הדגשת ההגנה העצמית במסגרת המשפט הפלילי נראית לי הבסיס הנכון. הנושא הזה של לוחם בלתי חוקי לא ברור לי עד תומו, אף על פי שאנחנו נוהגים כאילו יש לוחמים בלתי חוקיים, וזה גם היה הטיעון בבג"ץ. ולבסוף, הפן התועלתי. בעזרת הסיכולים הממוקדים סיכלנו את חצי חמאס, את שיחי' יאסין ואת רנטיסי, ובכל זאת חמאס עלה לשלטון. ולכן אני סבור שהפוליטיקאים הם שצריכים לפתור את שאלת התועלתיות שבסיכולים הממוקדים – תועלתיות בעבר, בהווה ובעתיד. לא אנשי המשפט הם שצריכים לעסוק בה.

רות לפידות: ברצוני להוסיף כמה הערות. ראשית, שאלה לשי ניצן: אמרת שאתה כולל באנשים המסוכנים את המתכננים. מה באשר למסיתים?

שי ניצן: איננו כוללים אותם. האם את מתכוונת למסיתים באופן כללי, ולא לאנשים ששולחים אנשים אחרים לעשות פיגוע? השיחי' יאסין לא היה מסית, אלא מפקד צבאי.

דניאל רייזנר: היא מתכוונת כנראה לשיחי' אחר שעומד במסגד ביום שישי ומטיף להרג יהודים, אך אינו יושב בדיונים קונקרטיים על הריגת יהודים. אחד כמוהו לא יופיע ברשימה.

רות לפידות: שנית, הזכרתם את המסמך של הקבוצה בגינבה, ואני מבקשת לציין שהמסמך לא נכתב בידי ישראלים, אלא בידי מומחים למשפט בין-לאומי הומניטרי (מומחים מהצלב האדום וכו'). הישראלי היחיד שהיה שותף לכתיבה היה דוד קרצימר. המסמך הזה חשוב מאוד. כדאי לקיים עליו דיון. ולבסוף, בעיית הסיכול הממוקד היא חלק מן הסוגיה הכללית של התנאים שבהם מותרת הגנה עצמית טרומית.

שאר ההערות שאותן היה בדעתי להעיר כבר נאמרו. עניין חשוב שיש להדגיש: מותר לדעתי לבצע סיכולים ממוקדים רק במקרים שמשקפת סכנה מידית, ולא כעונש על מעשים שכבר נעשו. אין לבצע סיכול ממוקד כעונש, אלא רק להגנה עצמית (anticipatory self defense).

מרדכי קרמיניצר: תודה לכל המשתתפים. החכמתי מאוד. נאמרו דברים רבים, ואני מתנצל אם לא אתייחס לכולם. אי-ההתייחסות אינה מלמדת על הסכמה לדברים. אתייחס רק למה שנראה לי רלוונטי לתוצאות הניתוח המשפטי. עם זאת מקובלת עליי ההערה שהיה מקום לדיון מפורט יותר בשאלה אם מדובר בעימות בין-לאומי או בעימות שאיננו בין-לאומי.

ובכן, אפתח בכך שבמקרים מסוימים, המפורטים בנייר העמדה, ההריגה המונעת מותרת. למשל, בעת שמישהו מצטייד בחגורת חומר נפץ או כבר יוצא לדרך – אם בשלב הזה יש חשש מבוסס שלא יהיה אפשר לסכל את הפיגוע מאוחר יותר, כי אז מותר לפגוע באדם הזה ולהרוג אותו בשלב המוקדם הזה. נדמה לי שעמדתי זו עולה בקנה אחד, פחות או יותר, עם רעיון ההגנה העצמית המוקדמת או המקדימה שרות לפידות התייחסה אליה. ברור שמותר להרוג אזרחים שמשותפים באופן ישיר בלחימה בעת שהם משותפים בה. מעבר לזה, לדעתי, אסור להרוג.

עם זאת אני מבין את מצבה המיוחד של מדינת ישראל, החורגת בכל הנוגע להריגה המונעת מהתחום שסרטטתי. למיטב הבנתי הורגים אנשים גם בנסיבות שבהן הדרג המדיני והדרג הצבאי מרגישים חובה להגן על חיי האזרחים בשל החשש שאם האמצעי הקיצוני הזה לא יינקט, הם לא ימלאו את חובתם. סיימתי את נייר העמדה בכך שבהיעדר משטר בין-לאומי, כמו שהיה צריך להיות מבחינת ההתמודדות בטרור, קשה לבוא חשבון עם מדינה ועם אלה שפועלים בשמה גם כאשר הם חורגים מן המותר לשם הגנה על אזרחי המדינה ותושביה מפני התקפות טרור. זו תמצית העמדה שלי, והיא כתובה בנייר במכוון, כדי שלא יהיה אפשר להשתמש במסמך שלי על מנת לייחס לדרגים הבכירים – המדיניים והצבאיים – פשעי מלחמה.

בתשובה לדניאל רייזנר ששאל מדוע לא כתבנו מסמך מלומד שמתכתב עם מלומדי המשפט הבין-לאומי – שני טעמים לכך: הראשון, בעת שהדברים נכתבו, טרם ראו אור הפרסומים הללו; השני, אינני משוכנע שהמשפט הבין-לאומי מוביל באופן מובהק לפתרון מעבר לסוגיה שעניינה השתתפות ישירה של אזרחים בלחימה. משום שהוזכר כאן העימות, שאינו בעל אופי בין-לאומי, אני רוצה להזכיר את הגדרת העימות שאיננו בין-לאומי כסכסוך של "מדינה" בין כוחות חמושים לכוחות מתנגדים חמושים או קבוצות חמושות מאורגנות אחרות" (Between armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups). כלומר, הדימוי של תיאור הסכסוך הוא של כוחות חמושים שהשתלטו על חלק מטריטוריה של מדינה, ולכן ברור מדוע המצב במקרה כזה קרוב מאוד למצב של מלחמה ממש: יש בשטח אנשים חמושים שפועלים בצורה מאורגנת וגלויה כמו חיילים, ולכן הרעיון שמותר להרוג אותם בכל עת אינו רעיון מבהיל.

לדעתי יישום הרעיון הזה על סוג הטרור שאנחנו מתמודדים אתו הוא עיוות הדברים. לא מפליא שדניאל רייזנר מתייחס למאבק כזה כאל "מלחמת אזרחים" – ביטוי שאיננו מתאים לחלוטין למאבק שמנהלים נגדנו ארגוני הטרור הפלסטיניים. עם זאת אני ער לכך שגם כאשר מתארים את העימות שלנו כעימות בין-לאומי² מתעוררים קשיים, ולכן אין כאן פתרון אלגנטי וטהור מבחינת הדינים של המשפט הבין-לאומי.

ניסיתי להפיק מן המשפט הבין-לאומי את מה שנראה לי הרלוונטי ביותר, וניסיתי לדון בדברים ברמה שהיא מעל רמת הכללים המשפטיים, קרי ברמת הניתוח המוסרי והניתוח התועלתני. ההנחה שלי היא שכאשר הפתרון המשפטי איננו חד וחלק, לדיון המוסרי והתועלתני השפעה משמעותית על עיצובו. מקריאת המסמך אפשר להבין שאני ספקן מאד באשר לתועלת שיש בחלק גדול מן הפעולות האלה. ייתכן, דניאל רייזנר, שחלק מן הפעולות האלה הן יעילות יותר מהרג חיילים במלחמה, וייתכן שלא. אבל ההבדל המשמעותי הוא שלפעולות נגד ארגון טרור עשויה להיות השפעה מזיקה – הן עלולות להמריץ התגייסות לטרור ולהגביר את התמיכה בו. ההריגה המונעת מייצרת "מרטירים", שאין להם מקבילה בלוחמה רגילה; ומרטירולוגיה היא תשתית לטרור. לדעתי הריגה יכולה להיות יעילה אם

2 אם כי גרסת הממשלה, שלפיה מדובר במאבק מזוין בהוראת ובהנחיית הרשות הפלסטינית והנהגת אש"פ, וגם אופי המאבק כמאבק נגד כיבוש והיותו חוצה גבולות – כל אלו מחזקים גרסה זו.

הורגים מנהיג משמעותי בארגון קטן. במקרה כזה אפשר שנצליח, בתנאים מסוימים, להשבית את הארגון הזה. במקרים האחרים מי שהרגנו מוחלף, ואנו מקבלים מהצד השני מחויבות לתגמול בצורת מעשה נקמה. נוכחנו בכך כשהרגנו את איש החיזבאללה בלבנון מוסאווי, ובאו התגובות הקשות בארגנטינה, וקיבלנו במקומו את נסראללה, שאיננו טוב ממנו. כך היה גם במקרה של רצח השר רחבעם זאבי, שקדם לו חיסול של מנהיג "החזית העממית" אבו עלי מצטפא. וראוי להזכיר גם את ההריגות שהביאו, ככל הנראה, לסיום תקופות של רגיעה או ירידה במספר הפיגועים (המהנדס בעזה ריאד כרמי וכדומה). בלוח הזיכרון הזה יש מקום גם לפרשת ניסיון ההתנקשות במשעל ולמחירה. ולכן מי ששוקל את העניין בשיקולי תועלת אינו יכול אלא להיות ספקן.

חשוב לראות את התמונה הכללית: כיצד טרור פועל? באיזו מידה אנחנו משחקים לידינו? לדעתי, הטרוריסטים רוצים להשיג מהמדינה שהם פועלים נגדה תגובות יתר. הרעיון שלהם הוא לגרום למדינה שהם פועלים נגדה – בגלל הזעם והפחד ותחושת חוסר האונים – להגיב תגובת יתר. מדוע? כי תגובת היתר מחוללת שני דברים. האחד, היא מקטינה את ההבדל המוסרי בין הטרוריסט לבין מי שהטרוריסט נלחם נגדו. העניין הזה חשוב להם. השני, תגובת היתר מעוררת אהדה כלפיהם, בעיקר בקרב האוכלוסייה שמתוכה הם באים, ומגבירה את התמיכה בהם.

כאשר בוחנים את התועלת שהפקנו מהפעולות הישראליות איננו יכולים להתעלם מהנתון שלא היה לנו עיניי כשכתבתי את המסמך – החמאס נבחר לעמוד בראשות הממשלה של העם הפלסטיני. לבחירה הזאת יש סיבות רבות, אבל אנחנו דחפנו באופן חלקי את האוכלוסייה הפלסטינית לבחור בחמאס. העובדה הזאת גם היא חלק מהתמונה, ובסופו של דבר היא דוגמה לתופעות המסוכנות ביותר: במקום להתמודד עם מספרים כאלה או אחרים של טרוריסטים אנחנו עלולים להפוך אוכלוסייה אזרחית שלמה לטרוריסטית או לתומכת טרור בצורה מובהקת. התפתחות כזאת אינה מתרחשת בבת אחת, אלא בתהליך הדרגתי. הבעיה היא שבחירת האמצעים הננקטים נגד טרור אינה מתחשבת בשיקולים ארוכי טווח, או מתחשבת בהם רק במעט. ברמה המוסרית אני סבור שיש משהו מצמרר במצב שבו יושבים אנשים באיזה שהוא מקום, מעיינים במסמכים ומחליטים שצריך להרוג איש מסוים, וכשנוצרת הזדמנות מתאימה – אנחנו יודעים שהוא ישן בלילה במקום מסוים ואין אזרחים מסביבו – אנחנו שולחים כלי שמסוגל להרוג אותו והורגים אותו. זו בעיניי נקודת המוצא המוסרית שלי כאשר אני נדרש לעניין

הזה. אי-אפשר להימנע מלתהות גם על אפקט ההשחתה שיש לעשייה כזו ועל השאלה היכן נעצרים; היש להריגה המונעת גבול בלתי עביר? על כך אוסיף שההריגה המונעת קשורה, בעיניי, בתפיסה המוציאה את המחבלים אל מחוץ לחוק (תפיסה שבאה לידי ביטוי בהוראתו של ראש השב"כ "לחסל" את המחבלים בפרשת קו 300). ההריגה המונעת מוסברת על רקע תפיסה זו וגם תורמת לה. חשוב לומר שהדיכוטומיה שעשה אמנון סטרשנוב בין מנוולים לחפים מפשע היא דיכוטומיה פשטנית. המנוולים ברוב המקרים הם חשודים כמנוולים, אך אינם מנוולים. הדוגמה המובהקת לכך הוא ערפאת. לכאורה, מי האדם שקהילת המודיעין המפוארת הישראלית הייתה אמורה לדעת יותר מכל אחד אחר מה חלקו בפעולות הטרור? מהי מטרה איכותית, אם אשתמש בניסוחו של דניאל רייזנר? התשובה: ערפאת. האם אנחנו יודעים מה היה חלקו של ערפאת במעשי הטרור? אנחנו יודעים שיש מחלוקת גדולה מאוד בתוך קהילת המודיעין על התשובה, ויש בה שיישבעו שהם יודעים שהוא עמד מאחורי הגל האחרון של פעולות הטרור, ויש שיאמרו שאין שום ראייה לכך.

אמנון סטרשנוב: אבל עובדה שלא פגעו בו, ומלבד זאת – הוא מדינאי. אין טעויות באשר לאנשים שנמצאים ברשימה.

מרדכי קרמניצר: אינני מסכים לכך. מדוע הצד השני אינו צועק? משום שמבחינתו הוא לוחם. אני חולק לחלוטין על ההנחות שרייזנר מוכן לעשות למחבלים בכך שהוא אינו רוצה להגדיר אותם פושעים. אני מסכים עם הדברים שאמר סטרשנוב, ולפיהם טעות לתת להם את הכבוד שכרוך במעמד של היות לוחם. בעיניי זאת טעות מכרעת לקרוא לאנשים האלה "לוחמים", בייחוד לאלה שכל פעילותם מצטמצמת לפעולות של רצח אזרחים על ידי התאבדות. אלה חיילים? אלה לוחמים? אלה פושעים מהסוג הגרוע ביותר, ולכנות אותם לוחמים זו הטעיה ושיבוש המושג. בכך מעניקים להם מעמד ולגיטימיות, אפילו אם אנחנו מתייגים אותם בתג "בלתי חוקיים". הרי הם מזלזלים בחוקיות שלנו. מצד שני, ספק רב אם יש מספיק דמיון מהותי ביניהם לבין לוחמים, דמיון נחוץ על מנת לראות בהם, מכוח אנלוגיה, לוחמים. נקודת הראות שלהם שונה לגמרי. לדעתי, כל חבר בארגון החמאס – גם אם הוא לא עשה דבר – רואה את עצמו כלוחם בשביל הפלסטינים, ולכן העובדה שישראל עשויה להרוג אותו אינה מטרידה אותו. הוא חושב שזה בסדר. הם מפעילים לשיטתם הגנה עצמית, כשהם הורגים אזרחים שלנו,

והם מבינים שגם אנחנו מפעילים הגנה עצמית, כאשר אנחנו הורגים פעילים או חברים בארגונים שלהם. אין פירוש הדבר שבמושגים שלי אם הרגתי אדם, שהוא חבר בארגון טרוריסטי, שעוד לא עשה כלום, היה מותר לי להרוג אותו. אינני מקבל את אמות המידה שלהם, ואינני מציע שאנחנו נאמץ את אמות המידה הללו. לכן העובדה שהם עדיין אינם צועקים, אין משמעה שלא טעינו. אולי הרגנו אדם שעשה פיגועים פעם בשלושה ימים, ואולי הרגנו אדם שעשה פיגוע לפני שלוש שנים ומאז הוא לא עשה כלום. אנחנו לא נשמע צעקות. חוץ מזה איני בטוח שאנחנו מתעניינים בצעקות שלהם או שאנחנו מקיימים מעקב אחר הצעקות שלהם. אנחנו יודעים שגם בהליך פלילי מסודר ומלא יש טעויות. לכן ההנחה שהאיסוף והניתוח המודיעיניים חפים מטעויות היא הנחה לא סבירה, שגם איננה מתיישבת עם מה שאנחנו יודעים על היחס בין תמונת המודיעין לבין תמונת המציאות. לכן ההנחה שהכול בסדר היא הנחה נוחה, אבל אין לה בסיס. אני נשאר עם העמדה שהריגה מונעת מותרת בתחום צר, בתחום של אנשים המשתתפים בלחימה באופן ישיר, ונכללים בו שלב היציאה לקראת הלחימה וההרחבה בדבר ההגנה העצמית. מחוץ לתחום הזה אנחנו עוסקים פה באנשים שהם לא יותר מחשודים, והרעיון שאפשר להרוג בני אדם על יסוד חשד, בלי לאפשר להם לטעון נגד החשד, הוא רעיון בעייתי מאוד בעיניי. אני סבור שזו הפרה של איסור קוגנטי של המשפט הבין-לאומי – האיסור על הריגת בני אדם באופן שרירותי. מכל מקום, מי שטוען להתיר הריגה במקרה כזה – עליו הנטל להוכיח קיומו של היתר כזה, ואינני סבור שהמתירים עמדו בנטל הזה. זאת ועוד: אם המצב המשפטי אינו ברור, חובת המדינה המחזיקה בשטח כבוש לדאוג לשלומם ולביטחונם של התושבים, והדין הוא שבמקרה של ספק יש לראות באדם אזרח (הראוי להגנה כאזרח). החובה והדין האלה מכריעים את הכף נגד הריגה מונעת. בזמנו אמרתי: שוו בנפשכם שהחמאס ישלוט בשטחים. אמרתי את הדברים האלה לפני שלוש שנים ואף הוספתי עוד חיזיון בלהות: נניח שתקום קבוצה יהודית שמתנגדת לצאת מהשטחים, והחמאס ירשה לה להישאר בשטח שבשליטתו, והקבוצה הזאת תבצע פיגועים נגד ישראל. האם במקרה כזה ממשלת ישראל הייתה עושה סיכולים ממוקדים לאנשי הקבוצה הזאת? אני נוטה לחשוב שהדבר הזה לא היה מתקבל על הדעת ולא היה עובר שום החלטה של דרג צבאי או דרג מדיני בישראל.

אם כך, מדוע זה מתרחש כשמדובר בארגוני ערבים מחבלים? לדעתי זה קשור בעובדה שמדובר בערבים; באנשים שאנחנו איננו מרגישים כלפיהם שום אמפתיה. וכמובן, ברגע שאנחנו "מסכלים" אנשים כאלה, ברגע שאנחנו

הורגים אנשים אפילו בשנתם על סמך חומר מודיעיני, הדה-הומניזציה שמביאה לכך גם נתרמת על ידי המעשה הזה, וכך אנחנו מוסיפים לדה-הומניזציה ולשנאה נדבך. אני מדגיש: עצם המנגנון והתהליך שבהם הורגים בני אדם על סמך חשדות, מבוססים על דה-הומניזציה וגורמים לדה-הומניזציה.

ברמת המקרו אני מתחבר לדברים שאמר מרידור שתמיד הייתה לישראל תפיסה ביטחונית שלפיה טרוריסטים – או בלשונו של סטרשנוב "מנוולים", או בלשוני "אנשים החשודים כטרוריסטים" – הם בני מוות. אני חושב שכשאברהם שלום נתן הוראה להרוג את המחבלים בקו 300 הייתה לו בתודעה – לפחות באופן חלקי – ההבנה שאלה אנשים שהם בני מוות ושהם מחוץ לחוק.

לדעתי הגישה הזאת מפחידה ומבהילה, ואיש מן היושבים כאן לא יתמוך בה. מאחורי הסיכול הממוקד – לא ברמת המדינה שמופיעה בבג"ץ, אלא ברמת האנשים שמחליטים על מדיניות ומימושה – הגישה הזו נמצאת ברקע של קבלת ההחלטות. זאת ועוד: בתאוריה מדובר באמצעי שתכליתו היחידה – וגם הצדקתו – היא מניעה. בעולם המעשה אפשר להניח שהריגות מונעות מוצאות אל הפועל גם משיקולי נקמה, גמול, ענישה, ועל מנת להוכיח לציבור שאין אנו חסרי אונים אל מול הטרור. להסתכלות הנכוחה אל המציאות יש פן נוסף. כאשר מדברים על מעצר כחלופה מועדפת וכאשר המדינה כותבת בתשובה לבג"ץ שהיא תנקוט סיכול ממוקד רק כאשר לא ניתן לעצור, נשאלת השאלה מי יחליט אם ניתן לעצור ומהי עמדתו הבסיסית הצפויה. אפשר לשער שבכל מקרה שאפשר להראות בו סיכון לחיילים, החלופה שתיבחר תהיה חלופת ההריגה על פני יצירת סיכון כזה, אפילו הוא סיכון סביר, לחיילים.

מתבקשת גם השאלה כיצד ליישב את עמדתם העקרונית המאוד חד-משמעית של דניאל רייזנר ושי ניצן, מעצבי עמדת המדינה, עם עמדת המדינה ביחס לקדימותה של חלופת המעצר. מדוע שהמדינה תגרע מסמכותה לפי המשפט הבין-לאומי ותפגע בחובתה להגן על תושבי המדינה? ההסבר לכך נעוץ, לדעתי, בכך שגם באי כוח המדינה מודעים לכך שמה שהם מציעים כמצב משפטי חד-משמעי איננו כזה.

הבעייתיות בהריגה המונעת – ומכאן סכנתה – בפיתוי שבה. הגורם המחליט שואל את עצמו אם לבחור בחלופה של המעצר. אם תינקט החלופה הזאת, יהיה צורך להוכיח נגד העצור אשמה במשפט פלילי, וזו משימה קשה מאוד, בייחוד כאשר מסתמכים על חומרים מודיעיניים, לפעמים בלתי

אפשרית. מעצר מנהלי גם הוא מסובך – צריך לשכנע שופט, והוא גם מוגבל מעשית בטווח הזמן. הרבה יותר קל להרוג את האיש. דווקא על ההריגה, שהיא האמצעי הקיצוני והפוגעני ביותר, אין שום פיקוח וביקורת. הפיתוי הוא כל כך גדול, והצורך להראות לציבור שלנו שיש בידינו אמצעי נגד הטרור כל כך חזק, ויש שיקולי נקמה, יש התחשבות על חשבון מעשי האיש הזה בעבר. כל הדברים האלה כל כך חזקים עד כי הסכנה שתתקבלנה החלטות לא ענייניות היא כל כך גדולה, שכל מערכת שמתירה את הרצועה אפילו מעט צפויה לעמוד לנוכח מציאות שבה הרצועה הזאת מותרת בפועל הרבה יותר.

בנייר העמדה כתבתי שאם לא תתקבל עמדתי השוללת הריגה מונעת מעבר לתחום הצר שסרטטתי, מן הראוי לקיים הליך שיצמצם את סכנת הטעות ויפחית במשהו את השרירות. הכללים שהצעתי אינם מתייחסים למצב של הגנה עצמית שמתרחשת לנוכח פיגוע שיצא לדרך, שהחל להתגלגל משלביו הראשונים! ברור שכאשר יש סכנה בהגנה עצמית, לא עושים שום דיונים בשום פורומים אלא פועלים כדי לסכל את הסכנה. אני מדבר על מצב אחר לגמרי; על מצב שבו מחליטים לפעול – וכך פעלו לדעתי בעבר ואולי גם היום. מחזיקים מאגר של מטרות לעת מצוא, מעין בנק "אוצרות" שאפשר לפגוע בהם כשצריך.

מהו סוג ההכרעה או המנגנון או המבנה שצריך להינקט במצב כזה? אם רוצים לתת מקצת לגיטימיות למעשים כאלה, אין שום דבר מוגזם בדברים שכתבתי. ההתנגדות של רייזנר לתביעה להגדיר מיהו האויב מבוססת, להערכתי, על נוחות אדמיניסטרטיבית. אם נמנעים מהגדרה כזו, יכול להיווצר רושם שמותר דמם של שוטרי הרשות הפלסטינית, ואולי אף של האוכלוסייה הפלסטינית בכללה (רושם המתחזק כאשר מונעים בחוק פיצוי נזיקי מפלסטינים שנפגעו על ידי כוחות הביטחון רק בשל היותם תושבים פלסטינים בשטח מוחזק). אני סבור שהמעט שמגיע לאדם קודם שהורגים אותו הוא שמישהו ישחק את "פרקליט השטן" בפני פורום מתאים וישאל: בהנחה שאני מגן על האיש הזה, מה הייתי אומר כדי להראות שהחומר שאתם מראים אינו משכנע? זה לא הרבה אם חושבים על הזכות להליך הוגן. והזכות להליך הוגן קיימת כחלק מזכויות המשפט הבין-לאומי גם כשמדובר בסכסוך שאינו סכסוך בין-לאומי. צריך להיות שם אדם אחר – לא פרקליט השטן – שתפקידו לתת חוות דעת משפטית. הדרישה הזאת אינה מוגזמת בעיניי. רצוי מאוד ומתבקש שהאדם האחר הזה יהיה אדם מחוץ למערכת, משום שאם הוא בתוך המערכת, המערכת תגרום לכך – באמצעות תהליכים שונים

— שהוא יהיה אדם שייתן לה את האישור באופן שגרתי. הדרישה לבקרה נראית לי בסיסית ומינימלית. הכללים שפירטתי בנייר העמדה אינם לעניין מידת הראיות. לא כתבתי דבר בעניין הקבילות, אלא רק בעניין מידת השכנוע שצריכה להיות באשר למעשיו של אדם כזה בעבר וכן באשר למידת הסיכון הנשקפת ממנו בעתיד. אני מציע לדייק בהצעה שהעליתי שאני מבחין בה בין רמת השכנוע באשר למה שאדם עשה בעבר לבין רמת ההסתברות באשר למה שהוא עלול לעשות בעתיד. הדברים המוצעים, לדעתי, הם דברים סבירים ולא מוגזמים, אם מתייחסים ברצינות לאיסור על הרג שרירותי של אנשים. לדעתי צריך לאפשר לאנשים האלה, אף על פי שאין לכך ערך מעשי רב, להסגיר את עצמם כדי למנוע את הריגתם. בסופו של דבר מדובר במעשה שאין ממנו חזרה.

אמנון סטרשנוב: האם הם אינם יודעים שהם יכולים להסגיר את עצמם? האם הם אינם יודעים שהם מבוקשים? האם הם אינם מתחבאים כל הזמן? דברך הם היתממות מוחלטת. אתה מתייחס אליהם כאל חסידי ציון שישנים שינה תמימה לפני שהם הולכים בבוקר לעבודה או להאכיל את ילדיהם הקטנים או לחלופין לשים איזו פצצה בבית קפה בישראל. אנחנו רוצים למנוע את המעשה הזה שלהם, ויש לנו מידע. את סוגיית הטעות תוציא מהדיון, כי נאמר כאן חד-משמעית שאין טעויות או שהטעויות שואפות לאפס.

מרדכי קרמניצר: כל כך נוח לך לקבל שאין טעויות. אינני יודע על סמך מה אתה מניח שמי שהוגדר אצלנו כבן מוות יכול להסגיר את עצמו בלי להסתכן בכך שיהרגו אותו. העמדה שלך מוכיחה את אחת הבעיות הקשות של התמודדות הדמוקרטית עם טרור: הנטייה הטבעית שלנו היא להתגייס לטובת צעד שהמדינה נוקטת, למצוא לו את כל הצידוקים האפשריים שיש בעולם ולהניח את ההנחות העובדתיות הנוחות לצורך הצדקת הצעד.

אמנון סטרשנוב: הצד השני אינו טוען נגדנו שנעשות טעויות. איש לא העלה את הטענה הזאת. לא שמעתי את הטענה הזאת חוץ מבנייר העמדה שלך שבו כתבת על טעויות גם באשר למהות. אתה מדבר שם כל הזמן על הוצאה להורג, וזה קצת מקומם. אני מתווכח אתך גם לצורך הוויכוח, כי העמדה שלך מקוממת. לכן שאלתי על האמנות. זו אינה מלחמה; זה לא מצב של כוחות שווים. אלה אנשים שבאים להרוג נשים וילדים ללא שום קשר לסוגיית

העם הפלסטיני או לזכויות הערבים המסכנים. אני מבחין ביניהם הבחנה ברורה. אותי מקומם המקרה שבו חייל ישראלי עושה את צרכיו בתוך אגן המים על גג ביתו של פלסטיני יותר משמקוממים אותי הסיכולים הממוקדים. היו לנו מקרים כאלה והבאנו אותם לבית דין צבאי. זו פעולה נגד אוכלוסייה תמימה, ובעיניי היא חמורה ביותר.

יש לעשות הבחנה ברורה בין הגנה על תושבים ואזרחים חפים מפשע לבין מלחמת חרמה חסרת רגשות במחבלים, בכל האמצעים החוקיים והלגיטימיים שברשותנו.

מרדכי קרמניצר: אתה מוכן "לקנות" מקהיליית המודיעין את ההגדרה שלהם למנוול מתוך תחושת ביטחון שמי שהם מדביקים לו את תווית ה"מנוול" הוא אכן מנוול. אני ספקן ממך, אני חשדן ממך, ואני לא "קונה" שכל מי שקהיליית המודיעין שלנו מגדירה אותו מנוול הוא אכן מנוול. אם באמת היה מקום להסתמכות כזאת על קהילת המודיעין, היה צריך לחשוב מחדש על כל ההליך הפלילי שלנו, שלפי תפיסתך הוא נחות מן "ההליך המודיעיני". מבחינה משפטית חשוב לומר ששום משחק מילים אינו יכול להרחיב את הקטגוריה של מי שהותר להרגם מעבר למשתתפים באופן ישיר בלחימה. אם הורגים אנשים שאינם משתתפים באופן ישיר בלחימה, אי-אפשר לכנות אותם אחרת מאשר "אנשים החשודים בעשיית מעשה או מעשים מסוימים בעבר ובעשיית מעשים דומים בעתיד". הם לא יותר מחשודים. אין קטגוריה משפטית של "מנוול". זו קטגוריה שאנחנו יכולים להשתמש בה בשיח שלנו, אבל אם רוצים להגדיר באופן משפטי את מי הורגים בסיטואציה הזאת, אזי הורגים מישהו שהוא חשוד, שמדינת ישראל על סמך מידע מודיעיני חושדת בו ושעל יסוד חשד בדבר פעילות קודמת שלו הוא נחשב גם כסיכון עתידי. סימן השאלה כאן הוא כפול: הן באשר לפעילות בעבר, שמה שיש לגביה הוא חשד, הן באשר לסכנה העתידית, שמה שיש לגביה הוא הנחה בעייתית ביותר ולפיה "פעם מחבל – תמיד מחבל".

בהקשר הזה השאלה היא אם המעשה הזה שעושה מדינת ישראל הוא מעשה שאפשר לקבל. מדוע לא אסכים למעשה גם אם יקיימו את כל הכללים שכתבתי? משתי סיבות: האחת, לדעתי אם הולכים מעבר להגדרה הסבירה של השתתפות ישירה בלחימה, אין למעשה תמיכה במשפט הבין-לאומי. במקרה כזה מדובר פשוט בהרג שאין לו שום הצדקה. וגם אם יקיימו איזה שהוא מנגנון מפואר, זה עדיין יהיה מנגנון שמטרתו להרוג אנשים שאסור להרוג אותם. הסיבה השנייה היא שאני ספקן באשר לאמצעי הפיקוח, הבקרה

והייעוץ. כאשר יש מערכת שיש לה הצרכים והשיקולים שתוארו לעיל, היא תדע להזמין את המשפטים שיהיו נוחים לה, את פרקליטי השטן שיעשו עבודה לא רצינית. בסופו של דבר היא תקבל את התוצאות שהיא רוצה לקבל. משני הטעמים האלה חשבתי שגם אם יקיימו את הכללים האלה, הם אינם יכולים לשמש יסוד להרחבה מעבר להשתתפות ישירה בלחימה. שואל שי ניצן – נניח שמדובר באדם שעושה פיגוע אחת לשלושה ימים, מה דינם של היומיים בין פיגוע לפיגוע? מובן שהשאלה הזאת מתרחבת, שכן כאשר מדברים על שלושה ימים הנטייה היא להסתכל עליהם כאילו האיש הזה עוסק ברציפות ובהתמדה בפעילות של מעשי טרור. נניח שאלה לא שלושה ימים. נניח שאלה שלושה חודשים. במצב עניינים כזה השאלה נעשית קשה בהרבה. קשה יותר לומר על אדם שהפעילות האחרונה שאתה יודע שהוא עשה – לאמיתו של דבר, שאתה חושד שהוא עשה – הייתה לפני שלושה חודשים, שגם עכשיו הוא משתתף באופן ישיר בפעולת לחימה. לכן אני מקווה שבג"ץ יפרש באופן מתקבל על הדעת את הביטוי "השתתפות ישירה בלחימה". נדמה לי שהפירוש של המדינה הוא פירוש מרחיב מעבר למה שמתקבל לפחות על דעתי, ואני מקווה שבג"ץ ימתח קווים הדוקים יותר.

הוזכרה פה סוגיית הלוחמים הבלתי חוקיים. זה נושא בפני עצמו, והילי מודריק אבן-חן כתבה עליו נייר עמדה נפרד. לא אכנס לדיון מעמיק בעניין זה, אך חשוב לי לומר שיש לי ספקות באשר למעמד הזה של לוחמים בלתי חוקיים. כאשר קוראים על עינויים שהפעילו משרתים בצבא ארצות הברית במקומות שונים ומנסים לנתח את התופעה הזאת – שוודאי אינה מנת חלקם רק של "התפוחים הרקובים", אלא יש בה משהו הרבה יותר נרחב ושיטתי – כל אדם צריך לשאול את עצמו אם שימוש במונחים כמו "לוחמים בלתי חוקיים" אינו מסוג הדברים שמתפרשים באופן כזה המזמין להפעיל עינויים או להתייחס באופן לא אנושי לאנשים שמישהו הגדיר אותם לוחמים בלתי חוקיים.

אמנון סטרשנוב: אשמח אם לפני סיום דבריך תאמר לנו מהי השערתך באשר לתוצאות הדיון בבג"ץ בעוד שלושה שבועות?

מרדכי קרמניצר: אין לי השערה. יש לי תקווה. אני מקווה שבית המשפט ייתן פירוש שאינו מקבל את ההנחה שמי שחושדים בו שהוא מתכנן או משלח הוא בהכרח מתכנן או משלח. ברור שהגרעין הקשה של השתתפות

ישירה בלחימה הוא לחימה בפועל או – בהקשר הטרוריסטי – מי שהחלו לגלגל פיגוע חבלני, לרבות שלב השילוח. אתם – אין בעיה, כי מאתרים אותם ומזהים אותם לפי מעשיהם. הם כמו אנשים שלובשים מדים או נושאים נשק.

התיאור הזה (של הגרעין הקשה של השתתפות ישירה בלחימה) אינו חל על מי שישן בלילה בביתו, ואף לא על מי שיושב באיזה שהוא מקום וחשוד בתכנון פעולת טרור. הסיבה לכך היא שמעשה כזה – של תכנון – אינו גלוי לעין ואינו מדבר בעד עצמו כמו פעולת הלחימה או פעולת הטרור שיצאה לדרך, למן שלביה המוקדמים. מי שתכנן פעולת טרור או שילח מחבל מתאבד לפני חודש, אינו משתתף עתה (כעבור חודש) באופן ישיר בלחימה. מעבר ללשון ולהגיון של "השתתפות ישירה בלחימה", הרחבה כזו כרוכה בחשש – שאני עומד על כך שהוא חשש של ממש – מטעות ומפגיעה באנשים שגם אם הם קשורים לפעילות ארגוני החבלה, הקשר שלהם אינו מסוג הקשר שאנחנו חושדים בו, או שמידת האינטנסיביות או מידת המעורבות שלהם היא לאו דווקא מידת המעורבות שאנחנו מייחסים להם.

אביא דוגמה לכך. מרואן ברגותי, ראש הארגון "גדודי חללי אל-אקצה": המדינה סברה שהוא היה מעורב באופן ישיר ופעיל בשורה ארוכה של מעשי פיגוע, אבל בית המשפט חשב שהוא היה מעורב בארבע פעולות בלבד – ללמדנו על הפער שבין חומר מודיעיני לבין חומר משפטי, כפי שהוא עולה גם מפרשיית אחמד סעדאת מזכ"ל "החזית העממית" שהוצג כמעורב ישירות ברצח השר רחבעם זאבי, עד שהוברר שאין ראיות נגדו בגין מעורבות ברצח. על פי שיטתו של סטרשנוב ברור שאילו הרגו את ברגותי, איש בצד השני לא היה פוצה פה ומצפצף, משום שברגותי הוא איש שלפי שיטתם הפעיל על ישראל את זכות ההגנה העצמית, וישראל הגנה על עצמה מפניו.

אבל לפי שיטתי, הבה נניח שארבעת מעשי הפיגוע שהוא עשה נעשו לפני שנה, ומאז הוא אינו עוסק במעשי פיגוע כאלה ולא הוא שנותן את ההוראות לבצעם. האם מותר להרוג את האיש הזה או אסור להרוג אותו? לדעתי אם אומרים שמותר, כי אז אומרים שמותר להרוג אותו רק על סמך המנוולות שלו בעבר. במקרה כזה פועלים באופן ענישתי, תגובתי, ואין מדינת חוק רשאית לנהוג כך – גם לא כלפי הגרועים שבמנוולים. אם ההצדקה שלנו – וזו ההצדקה הנטענת – היא הצדקה מניעתית, סיכולית, כי אז אסור להרוג אותו. הסיכוי שמערכת הביטחון הייתה מחליטה על סמך מידע כזה "לסכל" אותו הוא, בעיניי, סיכוי ממשי ומוחשי.

אסיים בשלוש הערות ספקניות:

ראשית, ראוי שאזרחים ישאלו את עצמם אם נכונים הם למסור בידי הממשלה כוח להורות על הריגה מונעת, כוח המאפשר לממשלה להביא לסיומה תקופה של רגיעה על ידי הוצאה לפועל של הריגה מונעת, בלי שתהיה בידיהם (בידי האזרחים) בקרה ממשית על הפעלת הסמכות הזאת. שנית, ההריגה המונעת מניחה שמדובר בשטח שאיננו בריבונותה או בשליטתה של המדינה. אפשר לשאול אם מצב דברים זה משקף נאמנה את המציאות גם בכל הנוגע לרצועת עזה.

שלישית, לא התנהל בישראל דיון של ממש בשאלה אם מתקיים סכסוך מזוין בינה לבין ארגוני הטרור. דיון כזה צריך להתבסס, בין השאר, על נתונים בדבר היקף כוח האדם והחימוש של הצד השני, אך גם על הבנת המשמעויות של ההכרה בסכסוך כזה. אם ההשלכות המשפטיות של התקיימות סכסוך מזוין הן מן הסוג של היתר להריגה מונעת, כפי שהיא נהוגה בפועל, והיתר להימנע מחקירות משטרתיות למקרים שבהם נהרגים אזרחים, לרבות ילדים, כי אז יש סיבה טובה בעיניי לחזור ולשאול אם אמנם מדובר בסכסוך מזוין.

דן מרידור: אנחנו חיים בשטח שאליבא דכולי עלמא הוא שטח לא ברור במשפט. ההגנה העצמית ברורה, המלחמה ברורה, אבל כל מה שבתווך אינו ברור. לכל המשתתפים כאן, פרט לאריק כרמון, חולשה אחת משותפת – הם כולם משפטנים. דעתי כמשפטן: כאשר לא ברור, צריך לקבוע את הכללים לפי חוש הצדק; חוש הצדק והמוסר גם לעומת התועלת. על התועלת תעיד אשתו של רחבעם זאבי (גנדי), שייתכן שהיא יודעת למה הוא נהרג – כתגובה לחיסולו של אבו עלי מוסטפא. הוכחות ברורות בידינו, ויעידו אנשי הבניינים הפגועים בארגנטינה. התועלת ודאי אינה ברורה. השב"כ עצמו מעריך במשך השנים פעם שֶׁכֵּן ופעם שלא. הפגם המוסרי הוא בעיניי איום ונורא, ולכן ראוי להיזהר. אני מציע שנפעל כאילו אין כללים כתובים. אין מה לחפש כללים במה שכתוב בשווייץ או בגרמניה. צריך לפעול לפי מה שמרגישים בפנים – נכון לפעול כך או לא נכון? אם לא נכון, לא נעשה את זה.

ובעניין הפגיעה בחפים מפשע: אני רוצה לומר לשי ניצן – השאלה אינה אם אנחנו מצטערים שנהרגו אנשים, כשיודעים מראש שכדי להרוג את המחבל יש סיכוי סביר שנפגע גם באיש נוסף. השאלה היא אם עושים את זה או לא. בעניין הזה ישראל שינתה את עמדותיה. אני יכול להעיד מניסיוני על מקרים שאני זוכר מישיבות הממשלה או ועדת השרים לביטחון. השאלה שגם מנחם

בגין וגם בורג הזקן היו שואלים היא אם יש סיכוי שהפעולה תפגע גם באזרחים. כן או לא עושים את הפעולה? היה מקרה שידעו שכדי להרוג אדם מסוים, שהיה מנוול אמתי, ייאלצו להרוג גם את אשתו. בגין החליט לבטל את הפעולה. לכך אני מתכוון כשאני ממליץ לפעול לפי חוש הצדק ולא לפי כללים כלשהם שמישהו כתב במאמר כלשהו ואולי הם מתאימים ואולי אינם מתאימים. כך צריך לפעול!

ועוד עניין: הרשימות האלה – מה הן? הרעיון שיש רשימה שאני נמצא בה כי אני בן מוות והיא קבועה ומחכים רק לרגע הנכון להזדמנות מבצעית הוא רעיון מטורף. הרי אם סיכול ממוקד אינו ענישה, צריך לבדוק את הרשימה בכל יום. האם האיש המסוים הזה עדיין יכול לעשות פיגוע? אבל לא בודקים בכל יום את הרשימה. אם לא נותנים הוראה בכל יום או בכל שלושה ימים לבדוק את הרשימה מחדש, ושייתן הפרקליט הצבאי הראשי הוראה כזאת, כי אז כל הרשימות הן הוכחה שהכול לא אמתי, שכשאנשים נכנסים לרשימה אין בודקים אם הם עדיין מסוכנים או לא. פעם הם היו מסוכנים, מחכים להזדמנות, אז הורגים אותם. ולכן צריך להיזהר בזה מאוד. ולבסוף, מרדכי קרמניצר דיבר על דה-הומניזציה. זו הסיבה שאינני יכול לשאת את הביטוי "סיכול". אינני רוצה לרמוז על עולמות אחרים, אבל כאן לא הורגים אנשים, אלא מסכלים. צריך לומר במפורש: אנחנו הורגים אנשים, ויש מקרים שלגייטימי להרוג אנשים. הקם להרגך, השכם להרוג – לא לסכלו. כשלגייטימי להרוג, נהרג; אבל לומר "סיכול" זה כאילו לא הרגנו. יש רשימה שפעם קבעו אותה. אז נהרגו כמה חפים מפשע. למה לפעמים לביטחון המודיעיני אין שחר? כי אילו הביטחון המודיעיני היה טוב כל כך, היו צריכים לדעת גם ש-15 איש ייהרגו בידי שחאדה. איך המודיעין לא ידע? כי המודיעין אינו מדויק.

רות לפידות: שאלה אחרונה: האם לדעתכם אם מישהו טוען שהטרוריסטים הם בעלי מעמד של לוחמים, כי אז מותר להרוג אותם גם ללא סיבה ישירה?

שי ניצן: זו בדיוק ההבחנה בין אזרח ללוחם בלתי חוקי. לוחם בלתי חוקי בא להרוג אותך שלא בדין, ולכן מותר לך להרוג אותו. זו תמצית התזה שהמדינה דוגלת בה. אני שומע כאן שיש זעזוע מוסרי מהידיעה שיושבים ומתכננים איך להרוג אדם אחר. ובמלחמה רגילה – מה עושים? לא יושבים ומתכננים איך להרוג את האויב? דן מרידור הציע שכל אחד יפנה אל חוש הצדק הפנימי שלו. להצעה זו אני ודאי מסכים.

דן מרידור: אתה יודע מדוע? אתה עצמך אמרת שבדיונים האלה קשה יותר לקבל את מספר ההריגות. אנחנו כולנו באותו הצד פחות או יותר.

אריק כרמון: כפי שנאמר, אני המשתתף היחיד בדיון הזה שאינו משפטן. ובכל זאת דבריי הבאים יתיישבו עם דבריו האחרונים של דן מרידור. אני רוצה לספר לכם על חווייה. התחום שעסקתי בו במחקריי הוא גרמניה הנאצית והשוואה. הופעתי היום, ערב יום השואה, לפני יחידה שהבן שלי משרת בה, יחידה קרבית שנמצאת בשטח. חלקתי אתם את מה שלפני כמה עשרות שנים ניסיתי להטמיע בתודעה שלנו בהתמודדות עם השואה בשני מישורים. טענתי אז, ואני טוען היום, שאנחנו עשינו סימטריה מקברית ביחס שלנו לרוצח ולקרבת – "אנחנו" ו"הם". כלפי הרוצח לא נכנסנו אף פעם לשפיטה המוסרית. אמרנו: אושוויץ היא פלנטה אחרת. וכלפי הקרבן – כצאן לטבח. שוב, "אנחנו" ו"הם".

התמקדתי אתם במיוחד בסוגיית הרוצח. הטענה הבסיסית שלי הייתה שאושוויץ נמצאת בפלנטה הזאת, ואנחנו כולנו נמצאים על אותו רצף אנושי. אחד הקצינים שאל אותי אם לא קצת מסוכן להשתמש במקרה הנאצי גם לגבי אנלוגיות רלוונטיות לחיים שלנו כאן. לידיעתכם, לא אמרתי מילה על אנלוגיות רלוונטיות. החיילים קלטו את העניין הזה בעצמם. בתשובתי אמרתי בדיוק את מה שאמר דן מרידור. אמרתי: אתה מחפש אצלי תשובה מובהקת לשאלה אם השואה יכולה לקרות שוב ואם מה שאנחנו עושים הוא על אותו רצף רשע מידרדר. תשובתי: אנחנו תמיד צריכים לצאת מההנחה שהשואה יכולה לקרות שוב, אבל השאלה העיקרית שאנחנו צריכים לחיות אתה או הספק שאנחנו צריכים לחיות אתה הוא בדיוק הספק שאתה מעורר. פיתחתי את הרעיון בדבר ההבדל בין ציות עיוור לבין ציות וולונטרי לסמכות, שהוא אחד הקווים המנחים להבחנה המוסרית.

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגב' רחל לאל (1997)
2. **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי (1997)
3. **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן, בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1997)
4. **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי (1997)
5. **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני (1997)
6. **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1997)
7. **הסטה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים (1997)
8. **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי (1998)
9. **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי (1998)
10. **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1998)
11. **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן (1998)
12. **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
דעון רהט ונטע שר-הדר (1998)

13. **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (1999) (הופיע גם בערבית)
14. **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999)
15. **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן, בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
16. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
17. **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין (1999)
18. **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (1999)
19. **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד (2000)
20. **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט (2000)
21. **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גירבי וגל לוי, בהנחיית פרופ' רות גביזון (2000)
22. **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2000)
23. **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות (2000)
24. **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן, בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס (2000)
25. **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר (2001)

26. **זגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר, בהנחיית פרופ' אשר אריאן (2002)
- הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
27. **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל (2002)**
28. **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה (2002)**
29. **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (2002)**
30. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002 (2002)**
31. **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2002)
32. **חקיקה פרטית**
דנה בלאנדר וערן קליין, בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס (2002)
- הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
33. **איום ביטחוני ומשבר כלכלי (2002)**
34. **הגלובליזציה (2002)**
35. **מדיניות הפנסיה (2002)**
36. **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002–2003 (2002)**
37. **רגולציה – הרשות המפקחת**
אורי ארבל-גנץ, בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן (2003)

38. **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי**
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר (2003)
39. **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת**
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
40. **האומנם מדינת כבוד האדם?**
אלוף הראבן (2003)
41. **פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות**
רם ריבלין, בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
42. **המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע**
יאיר שלג (2003) (מהדורה שנייה 2004)
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
43. **המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה** (2003)
44. **הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור** (2003)
45. **אמינות ושקיפות במשק** (2003)
46. **מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב** (2003)
47. **המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים**
עדי אייל, בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס (2004)
48. **מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה**
ידידיה צ' שטרן (2004)
49. **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית**
אבי בן בסט ומומי דהן (2004)

50. **האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית**
אביעזר רביצקי (2004)
51. **יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא-יהודים בישראל**
יאיר שלג (2004)
- הכנס הכלכלי השנים-עשר – יולי 2004**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
52. **המדיניות המקרו-כלכלית: הקטנת האבטלה וצמצום הפערים**
(2004)
53. **שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח**
(2004)
54. **יחסי עבודה בעידן של תמורות** (2004)
55. **רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים** (2004)
56. **סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי**
מרדכי קרמניצר ואפרת רחף (2005)
57. **זת ובג"ץ: דימוי ומציאות: ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם שיפוטי**
מרגית כהן, מרדכי קרמניצר, אלי לינדר ואביטל בגין (2005)
58. **לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002**
הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר (2005)
59. **פסילת רשימות**
מרדכי קרמניצר (2005)
60. **האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה**
מרדכי קרמניצר (2006)

61. סוד הכוח: מועצת יש"ע ומאבקיה בגדר ההפרדה ובתכנית ההתנתקות
ענת רוט, בהנחיית אשר אריאן (2005)

הכנס הכלכלי השנתי השלושה-עשר – יולי 2005
מנהל הכנס והעורך: דוד ברודט

62. מרווחה לעבודה: המדיניות הכלכלית להמשך הצמיחה וההבראה
המשקית (2006)

63. א-סימטרייה: משק קטן – כלכלה גלובלית (2006)

64. מחיר ההינתקות: השלכות כלכליות (2006)

65. מדינה, משפט והלכה – ד. מה יהודי במשפט הישראלי?
ידידה צ' שטרן (2006)

66. גברים בשחור: מסע אל נבכי הפוליטיקה הישראלית – גברים חרדים
בתנועת הליכוד
יואב חקק בהנחיית אביעזר רביצקי ותמר רפפורט (2006)

67. אחרי רבים – להטות? עמדות רבנים בישראל כלפי הדמוקרטיה
יאיר שלג (2006)

68. ברית הזוגיות
שחר ליפשיץ (2006)

● **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جيبزون

English Publications of the Israel Democracy Institute:

- 1E **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky (2000)
- 2E **State, Law, and Halakhah: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Prof. Yedidia Z. Stern (2001)
- 3E **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim (2002)
- 4E **State, Law and Halakhah: Part Two – Facing Painful Choices: Law and Halakhah in Israeli Society**
By Prof. Yedidia Z. Stern (2003)
- 5E **The Political and Social Ramifications of Evacuating Settlements in Judea, Samaria and the Gaza Strip**
By Yair Sheleg (2004)
- 6E **State, Law and Halakhah: Part Three – Religion and State: The Role of Halakhah**
By Prof. Yedidia Z. Stern (2004)

مختصر

هل الكل مباح عند مواجهة الإرهاب حول سياسة القتل الوقائي لإسرائيل في يهودا و السامرة وقطاع غزة

القتل الوقائي هو قتل دقيق لناشط (يشغل على الأغلب مرتبة قيادية في تنظيم عسكري)، أو زعيم سياسي،¹ بدأت إسرائيل ممارسة هذه السياسة في أراضي الضفة الغربية وقطاع غزة منذ شهر تشرين الثاني 2000، لكنها استعملت هذا الأسلوب من قبل في أماكن أخرى خارج البلاد. على الرغم أن المفهوم الأولي للقتل الوقائي والاعتقال أو التصفية قد يفسر كعمل غير أخلاقي، إلا أنه لا يمكننا إن نتجاهل حقيقة وجود مزايا معينة لهذه الأساليب في ظروف الحرب الحديثة، وربما تكون بعض هذه المزايا أخلاقية أيضا. من ناحية ثانية يثير القتل الوقائي أسئلة أخلاقية وقضائية بخصوص حق الضحايا في الحياة والمحاكمة العادلة، تعرضنا في مذكرة المواقف لهذه القضايا من منظور القانون الدولي ومن منظور القانون الداخلي في حالات السلم والحرب، وركزنا على انعكاساتها على الحرب التي تخوضها إسرائيل ضد الإرهاب في الضفة الغربية وقطاع غزة.

يبحث القسم الأول القتل الوقائي في أثناء فترة السلام ويقارن بين الدفاع عن النفس على الصعيد الشخصي وبين القتل الوقائي الذي تنفذه الأطراف المطبقة للقانون من رجال شرطة وجنود؛ النتيجة التي توصل إليها المؤلف هي أنه يجب استعمال هذه الوسيلة الفتاكة من قبل أجهزة تطبيق

1 القتل الانتقائي هو وصف يحمل، للهولة الأولى، دلالة ايجابية لمفهوم "الاعتقال"، بهدف شرعية استعمال هذه الوسيلة. لذلك فضلت استعمال مصطلح "القتل الوقائي".

הقانون عندما تكون هذه الوسيلة هي آخر ملاذ وبمفهوم أشد من هذا المطلوب في حالة الدفاع عن النفس (ذلك لأن العملية تتم من قبل محترفين مدربين). يمكننا الادعاء بالمقابل إن وجوب الانسحاب من المخالف للقانون يجب أن يكون أقل شدة من ذلك المطلوب في حالة الدفاع عن النفس لأنه سيعتبر في نهاية الأمر تراجع القائمين على تطبيق القانون والذي قد يتم تفسيره بشكل غير مرغوب (تمس على سبيل المثال بقوة الردع التي تتمتع بها سلطات تطبيق القانون). ومع ذلك لا يجوز التقليل من أهمية التروي والاتزان لسلطات تطبيق القانون والتي ستؤدي في نهاية الأمر إلى زيادة احترام سيادة القانون. الهدف من استعمال السلاح الفتاك بشكل عام هو منع الشخص من المهاجمة أو الهروب وليس بالذات قتله. ومع ذلك يمكن الإشارة إلى حالات شاذة لا يمكن فيها إطلاقاً منع استعمال إطلاق النار بهدف القتل ويمكن السماح به في الظروف الصعبة الآتية: إذا كان الخطر المتشكل على حياة الإنسان أو على سلامة جسمه هو خطر فوري وواضح وشبه مؤكد؛ ليس هناك وسيلة معقولة أخرى بوسعها درء الخطر (مثلاً من أجل إنقاذ مخطوف أو رهينة التي حياته معرضة للخطر)؛ الحالات الموصوفة أعلاه هي الحالات الوحيدة التي من الوارد فيها استعمال القوة الفتاكة في المواقع التي تتمتع فيها سلطات الدولة بسيطرة تامة (حدود الدولة أو الأراضي المسيطر عليها عسكرياً). هناك مسألة صعبة تتعلق بالأراضي التي تكون فيها السيطرة جزئية (فعالية السيطرة فيها ليست كاملة)، وفي هذه المناطق أيضاً يجب تفضيل وسائل تطبيق القانون بشكل واضح، شريطة أن تكون الحاجة إلى تلك الوسائل غير مرهونة بتعريض حياة البشر للخطر بطريقة غير معقولة.

يتناول القسم الثاني القتل الوقائي في أثناء الحرب، يستعرض الكاتب في هذا القسم التطور التاريخي لاستعمال هذه الوسيلة مع الإشارة إلى مختلف المصادر القانونية الموضوعية. وفق رأي الكاتب، لا يوجد منع لقتل وقائي في أثناء الحرب بشرط إن لا يكون هناك خرق لإحكام الحرب (مثلاً، عندما ترتبط بتحاييل مراوغ).

استنتاج المؤلف هو أن استعمال القتل الوقائي قد يتم من الناحية الجوهرية فقط ضد من يتم تعريفهم كمقاتلين ويمكن تشخيصهم "كمقاتلين" بشكل واضح أو ضد "مواطنين مشاركين مباشرة في القتال" في الإطار الضيق الذي يضطلعون فيه بأنشطة حربية؛ يحظر انتهاج مثل هذه السياسة بأي حال من الأحوال في المناطق التي تتمتع فيها الدولة بسيطرة تامة. كذلك لا يمكن اعتبار هذه السياسة وسيلة مناسبة ضد من يُشتبه بممارستهم أنشطة إرهابية طبقاً لمعلومات استخبارية. بحق هؤلاء يمكن ممارسة سبل تطبيق القانون في الأراضي التي تتمتع فيها الدولة بسيطرة تامة وكذلك في الأراضي التي لا تسيطر عليها الدولة بشكل كامل، لكن بوسعها تحقيق هذه السيطرة في ظروف معقولة؛ يجب منح الأطراف القائمة تفويضاً واسعاً لمحاربة الإرهاب بوسائل العقوبات، بما فيه منع الانضمام لمنظمة إرهابية أو تقديم المعونة للإرهاب بأنواعه، أو التمويل والاستدراج والتحرير على تنفيذ الأعمال الإرهابية وتمجيد هذه الأعمال والتعاطف معها. يجب القبض على جميع المظلمين بكل هذه الأشكال من الأعمال ومحاكمتهم. كذلك يجب النيل من قاعدة تسليح منفذي الأعمال الإرهابية، وسائل تطبيق القانون ليست بمثابة حكم لا يسبقه إجراء قضائي، وتسمح بتوفير الحماية الأفضل لحق كل إنسان بالحياة والمحاكمة العادلة؛ أولاً، تُجبر هذه الوسائل الجهاز المحارب للإرهاب على جمع الأدلة والبراهين المقبولة والموثوق فيها ضد المتهم. كما تسمح لكل متهم إن يقدم أدلة وبراهين لتنفيذ تقديرات الأجهزة التنفيذية حول نواياه، وهكذا تمنحه الحق بالحصول على إجراءات عادلة. ثانياً، تسمح هذه الإجراءات التعامل مع مشاكل الخطأ فيما يخص هوية المتهم ودوره في الأنشطة الإرهابية. ثالثاً، ينجم عن هذه الإجراءات تمييز واضح بين طرائق الإرهابيين وطريقة دولة القانون، وهذا ما يمنح الدولة أفضلية أخلاقية واضحة؛ رابعاً، يساعد هذا التوجه في الحرص على التمييز بين المواطنين والمحاربين، حيث أنه يمنع المس بأهداف غير قانونية: مواطن عادي لم يضطلع مباشرة في الأنشطة الحربية.

על ضوء القناعة بميل صنّاع القرار نحو التوجه لتوسيع حدود الإذن باستعمال وسائل القتل الوقائي، فإنه يصر المؤلف على ضرورة التأكّد من أنه يؤخذ بالاعتبار أن استعمال هذه الوسيلة تكون كوسيلة أخيرة وأن يتم تحديد إجراءات واضحة لاتخاذها قبل اللجوء لاستعمالها. يتم تفصيل الإجراءات المقترحة في مذكرة المواقف هذه التي يكون جوهرها تقليص الخطأ وتقليل مدى الاعتباطية التي ترتبط مع القتل الوقائي.

في القسم الثالث يفحص المؤلف ملائمة انتهاج القتل الوقائي كوسيلة للدفاع عن النفس تجاه منظمات الإرهاب وهيكلها المتواجدة في دولة أخرى غير معنية أو غير قادرة على منع نشاطها، وكذلك تجاه ناشطين معينين وتجاه خلايا تلك المنظمات. حق كل دولة محفوظ في حماية مواطنيها من الخطر الذي يتهددهم، حتى وإن تطلب الأمر خرق مبدأ سيادة دولة أو سلطة أخرى في المنطقة التي تنشط فيها خلايا المنظمات الإرهابية والتي ينطلق منها نشاطها. يتم تبرير هذا الخرق في حال لم تعمل الدولة أو السلطة المسيطرة على المنطقة على تطبيق القانون على الإرهابيين ولم تمنع نشاطهم.

القتل الوقائي هو عملية للدفاع عن النفس عندما تقف بشروط: فورية واحتمال ونطاق هذا العمل، وبرأيه يجب إرساء مطلب الفورية على العمليات الوقائية وليس على الخطر الذي يواجهه المدافع عن نفسه. وفق هذا المفهوم يسمح باتخاذ الوسائل اللازمة فوراً لعرقلة خطر غير فوري حين يتضح أنه هناك خطر حقيقي بان عدم القيام بذلك من شأنه أن يمس بالقدرة على درء هذا الخطر في مراحل لاحقة، أي أن عملية الوقاية هي ضرورية؛ ولهذا يقترح المؤلف أنه من الممكن صد تهديد إرهابي في مرحلة مبكرة مثل جمع أسلحة الدمار الشامل أو عشية تنفيذ عملية إرهابية (مثلاً، في مرحلة التزود بحزام ناسف أو أثناء الخروج لتنفيذ العملية).

إجمالاً لما قيل، يجب تشجيع التعاون الدولي وممارسة ضغوط دولية على منظمات الإرهاب وعلى المدن الداعمة لها بغية القيام بإجراءات قضائية ضد الإرهابيين وضد المنظمات أينما تواجدت؛ وكل ذلك في

مسعى لمنع انهيار أسس القضاء الإنساني وعلى رأسها مبدأ التمييز بين المقاتلين والمدنيين ومن أجل الدفاع عن حقوق الإنسان الأساسية كالحق بالحياة والحق بالحصول على محاكمة عادلة. ولهذا ينبغي العمل ضد توفير المأوى للمنظمات الإرهابية، وهو المأوى الذي يتيح لها تنفيذ خططها دون مضايقة؛ وبالنسبة لإسرائيل، فإن هذا التعاون المصحوب بمبادرات من هذا القبيل قد يساعدها في محاربتها للإرهاب والحصول على تأييد دولي لأنشطتها؛ تأسيس نظام دولي ضد الإرهاب بشكل عام وضد إرهاب الانتحاريين بشكل خاص، بالتزامن مع امتناع إسرائيل عن القيام بعمليات غير قانونية ضد الإرهاب من شأنه أن يساعد إسرائيل في كسب تأييد المجتمع الدولي لعملياتها القانونية في الدفاع عن نفسها. وفي غياب نظام دولي كهذا تبقى صعوبة في محاسبة الدولة ومن يعمل باسمها حين يشذون عن الإطار المخطط له في مذكرة المواقف في سبيل حماية مواطني الدولة وسكانها من الهجمات الإرهابية.

humanitarian law – primarily the distinction between combatants and civilians – and in order to defend basic human rights such as the right to life and to a fair trial, it is necessary to encourage international cooperation and bring international pressure to bear on terrorist organizations and the states supporting them. This will lead to legal proceedings initiated against terrorists and the commanders of their organizations, wherever they may be located. It is therefore essential to prevent the creation of sanctuaries for terrorist organizations which allow them to freely carry out their plans. From Israel’s point of view, cooperation with these initiatives could help the nation in its struggle against terror and in obtaining international support for Israel’s operations. The establishment of an international regime against terrorism in general, and against suicide bombers in particular, along with Israel refraining from taking illegal action against terror, could help Israel obtain support from the international community for those legal activities which it carries out in self-defense. In the absence of such an international regime, no state, no individual, nor any group acting on behalf of such a state, can be held accountable for deviating from the traditional approach presented in the position paper for the purpose of protecting its citizens and residents from terrorist attacks.

illegal target, ordinary citizens for example, who have not had a direct hand in hostilities.

In recognition of the fact that decision makers will lean toward granting broad sanction for the use of preventative killings, the author insists that this method should always be viewed only as a last resort, and that clear procedures must be established for putting them into practice. The position paper details the proposed procedures, whose purpose is to minimize the risk of error and reduce the arbitrary dimension of preventative killing.

In the third section the writer examines the degree to which preventative killing is appropriate as a means of self-defense, both with respect to terrorist organizations and their infrastructures located in a foreign country which is disinterested in, or unable to prevent their activities, and relative to specific activists and cells belonging to such organizations. Every state has the right to defend its citizens against danger, even when this defense necessitates violating the sovereignty of another country, or another authority, on territory in which the terrorist organization's cells and emissaries are operating. This violation of sovereignty is justified when the state or authority controlling the territory does not enforce the law against the terrorists or does not prevent their activities.

Preventative killing is an act of self-defense when it falls within the boundaries of immediacy, reason and measure. In the author's opinion, this entitles authorities to use measures that call for the immediate implementation of defensive action so as to prevent possible attacks at a later stage; in other words, when defensive measures are absolutely essential. He therefore proposes granting permission to take action in order to repel various terrorist threats at an earlier stage, when there is a risk that delaying action will prevent the possibility of eliminating the threat later on; threats such as the accumulation of weapons of mass destruction, or the carrying-out of a terrorist attack, for example, when a terrorist is equipped with a suicide bomber's belt and sets out on a journey intended to culminate in a terrorist attack.

In conclusion: to prevent the collapse of the principles of

the rules of engagement (for example, when it involves treachery or deceit).

The author concludes that preventative killing can be used only against those defined as “combatants” and who can be clearly identified as such, or against those who are defined as “civilians taking a direct part in hostilities” and only then within the limited fighting framework in which they are involved. Tactics like these may never be used in areas where the state maintains full and effective control. Similarly, it is not considered an appropriate measure to be used against those who are suspected of terrorist activity solely on the basis of intelligence information. Non-lethal law enforcement activities are to be used against this latter group, both in territories in which the defending state has effective control, and in areas where it can obtain this control under reasonable circumstances. Law enforcement authorities should be given a broad mandate for dealing with terror by means of punitive measures, among them forbidding membership in terrorist organizations, aiding and abetting all forms of terrorism, financing the terrorist organizations, or inciting the commission of terrorist acts as well as praising and identifying with such acts. All those suspected of these violations should be arrested and indicted. The ordnance infrastructure should also be targeted.

These law enforcement measures do not constitute a verdict without trial, and they provide improved protection for the basic human right to life and to a fair trial. First, they force the authorities confronting terrorism to collect admissible and credible evidence against a suspect, and they allow any suspect to bring evidence to refute the charges against him, thereby providing the suspect with due process. Second, such proceedings allow for the possibility of mistaken identity, or in errors regarding a suspect’s involvement in terrorist activity. Third, these procedures create a clear and sharp distinction between the actions of the terrorists and those of a state governed by law, and provide the state with a clear moral advantage. And finally, this approach facilitates the ability to distinguish between combatants, and between civilians who refrain from carrying out attacks on an

seriously than personal self-defense (due to, *inter alia*, the fact that such actions are taken only by trained professionals). One might also argue that the need to refrain from using lethal force against an aggressor in a situation of self-defense must be less strictly applied with regard to preventative killings carried out by law-enforcement authorities than in cases of violence employed in personal self-defense. Restraint on the part of law enforcement authorities could result in undesirable implications (as in a negative impact on the authorities' deterrent capabilities). However, one cannot underestimate the importance of restraint and moderation by law enforcement authorities, as these traits will, in the end, engender greater respect for the rule of law. As a rule, the purpose of the use of lethal force is not necessarily to kill an individual but to prevent him from attacking or escaping.

And yet, there are exceptional and extreme cases in which shooting with intent to kill cannot be categorically ruled out, and may be permitted in the following critical circumstances: a) situations in which there is a danger to human life or of serious physical injury to a human being which is clear, immediate and virtually certain, and b) when there is no other reasonable measure which can neutralize the danger (for example, when the mission is to rescue someone who has been abducted, or a hostage whose life is in danger). The circumstances described above are the only ones in which the use of lethal force can be considered even where the state authorities have full and effective control (i.e. in areas within the state's borders or within militarily held territories). A difficult question arises with regard to the use of such force in areas under partial control (in which effective control is not complete). In these areas, regular, non-lethal law enforcement measures are obviously preferable, as long as they do not entail an unreasonable level of risk.

The second part of the paper deals with preventative killing in wartime. In this section the author surveys the historical development of the use of this measure and notes the relevant legal sources. In his opinion, there is no prohibition against the preventative killing of an enemy soldier in wartime, as long as the killing does not violate

Summary

Are All Actions Acceptable in the Face of Terror?

Israel's Policy of Preventative (Targeted) Killing in Judea,
Samaria and Gaza

Mordechai Kremnitzer

A preventative (targeted) killing is the intended and precise assassination of an individual; in many cases of an activist who holds a command position in a military organization or is a political leader.* Israel has been carrying out such actions in the occupied territories since November 2000, but has conducted such operations outside of Israel prior to that date. Even though the use of preventative killings, assassination or elimination would intuitively register as an immoral action, one cannot ignore the fact that in modern warfare this method enjoys certain advantages, some of which can be viewed as indubitably moral. The implementation of preventative killings also raises ethical and legal questions as to the rights of the victims – specifically, the right to due process and the right to life. This position paper examines these questions both with regard to international and domestic law, as they arise both in times of peace and war. The focus is on the implications of these questions for Israel's war against terror in the occupied territories.

The first section deals with preventative killings during peacetime and draws a comparison between self-defense as practiced by an individual on the one hand, and the use of preventative killing by law enforcement authorities – the police and the military – on the other. The author concludes that the use of lethal force by law enforcement authorities must be considered only as a last resort, and viewed more

* “Targeted killing” gives a positive connotation to the term “assassination,” and is meant to make the use of the term more acceptable. I have therefore chosen to use the term “preventative killing” throughout this paper.