

בג"ץ 769/02

- א. 1. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
2. LAW – האגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות האדם
נגד
1. ממשלת ישראל
2. ראש ממשלת ישראל
3. שר הביטחון
4. צבא הגנה לישראל
5. ראש המטה הכללי
6. שורת הדין Isreal Law Center ו-24 אחרים

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[14.12.2006, 11.12.2005, 16.2.2005]

לפני הנשיא (בדימ') א' ברק, הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין

במלחמתה נגד הטרור – שהתבטא במלוא עוזו לאחר ספטמבר 2000 (תקופת "האינתיפדה השנייה") – נוקטת מדינת ישראל צעדים שונים. כחלק מהפעילות הביטחונית, אשר נועדה להתמודד עם פיגועי הטרור, מפעילה המדינה את מה שהיא מכנה "מדיניות הסיכולים הממוקדים". זוהי מדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ביהודה, בשומרון או בחבל עזה. היא פוגעת למוות במחבלים אלה אשר מתכננים, משלחים או מבצעים פיגועי טרור בישראל ובאזור יהודה, שומרון וחבל עזה, נגד אזרחים וחיילים גם יחד. פגיעה זו פוגעת לעתים גם באזרחים תמימי לב.

עמדת העותרים היא שמדיניות הסיכולים הינה בלתי חוקית בעליל ובלתי מידתית, והיא מנוגדת למשפט הבינלאומי, למשפט הישראלי ולעקרונות בסיסיים של מוסר אנושי. היא מפרה את זכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי והבינלאומי, הן של יעדי הסיכולים והן של עוברי אורח תמימים הנקלעים לזירת הסיכול. העתירה נסבה על השאלה אם בנוקטה את מדיניות "הסיכולים הממוקדים" נהגת המדינה שלא כדין.

בית המשפט העליון (מפי הנשיא (בדימו') א' ברק) פסק:

- א. (1) נקודת המוצא העקרונית הינה כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, משומרון ומחבל עזה (להלן: האזור) קיים מאז האינתיפדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזוין או של סכסוך מזוין (544ב).
- (2) עימות (או סכסוך) מזוין זה אינו מתקיים בחלל נורמטיבי. המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאזור היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או בסכסוך) מזוין בעל אופי בינלאומי (545ה, 546א).
- ב. (3) דינים אלה כוללים את דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת, אין הם מוגבלים אך להם. דינים אלה חלים בכל מקרה של עימות מזוין בעל אופי בינלאומי – כלומר, חוצה גבולות המדינה – בין אם המקום שבו מתרחש העימות המזוין נתון לתפיסה לוחמתית ובין אם לאו. דינים אלה מהווים חלק של דיני ניהול הלחימה. מנקודת המבט ההומניטרית, הם חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי. משפט ההומניטרי זה הוא "הדין המיוחד" (ה-*lex specialis*) החל בעימות מזוין. מקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-*Human Rights Law*) (546ג-ה).
- (4) בצד המשפט הבינלאומי העוסק בעימות מזוין עשויים לחול כללי יסוד של המשפט הציבורי הישראלי, שאותם נושא כל חייל ישראל בתרמילו והם נעים עימו לכל אשר יפנה (1546).
- ד. (5) (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין): שתי המערכות הנורמטיביות החלות על הסכסוך המזוין מאוחדות בכך שהן מעמידות במרכזן את עקרון כבוד האדם. עיקרון זה מזין את הפרשנות של המשפט הבינלאומי, כפי שהוא מזין את הפרשנות של המשפט הציבורי הפנימי בישראל. הוא מבטא ערך כללי שממנו נובעות חובות ספציפיות שונות (1595).
- ה. (1) חלקים ניכרים של המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות מזוין הם בעלי אופי מנהגי. דינים מנהגיים אלה הם חלק מהמשפט הישראלי (547א).
- (2) המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות בינלאומיות (בין אם ישראל צד להן ובין אם לאו) ואשר אין בו משום אימוץ של משפט בינלאומי מנהגי, אינו חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל (754ד).
- ו. (3) "המקום הגיאומטרי" של סוגייתנו הוא במשפט הבינלאומי המנהגי הדין בעימות מזוין. ממנו ייגזרו גם הדינים האחרים העשויים להיות רלוונטיים על פי משפטנו הפנימי. משפט בינלאומי הסכמי שאין לו כוח מנהגי אינו חלק ממשפטנו הפנימי (548א-ב).
- ג. (1) המשפט הבינלאומי הדין בעימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור מעוגן במספר מקורות. המקורות העיקריים הם אמנת האג הרביעית (להלן:

אמנת האג). להוראות אמנה זו, אשר ישראל צד לה, מעמד של משפט בינלאומי מנהגי. בצידה עומדת אמנת ג'נבה הרביעית, שלא אומצה בחקיקה ישראלית. עם זאת, הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל (548ב-ה).

(2) נוסף לכך, מעוגנים דיני העימות המזוין הבינלאומי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (להלן: הפרוטוקול הראשון). ישראל אינה צד לפרוטוקול זה והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית. כמובן, הוראותיו המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הן חלק ממשפטה של ישראל (548 – 549א).

ב. ד. (1) נקודת המוצא הינה כי הדין החל על הסכסוך המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאזור, הוא המשפט הבינלאומי הדין בעימות או בסכסוך מזוין. על פי תפישה זו, העובדה שארגוני הטרור והחברים בהם אינם פועלים בשמה של מדינה אינה הופכת את המאבק בהם למאבק פנים-מדינתי גרידא. במציאות של היום, עשוי ארגון מחבלים להיות בעל יכולות צבאיות ניכרות. ההתמודדות עם סכנות אלה אינה יכולה להיות מוגבלת אך למדינה פנימה ולמשפטה הפלילי בלבד (549ב-ג).

(2) גם אלה הסבורים, כי הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני המחבלים אינו בעל אופי בינלאומי, גורסים כי חל בו המשפט הבינלאומי ההומניטרי או המשפט הבינלאומי של זכויות האדם (549 – 550א).

(3) המשפט הבינלאומי הדין בעימות מזוין מבוסס על איזון עדין בין שני שיקולים נוגדים. האחד, עניינו השיקולים ההומניטריים הנוגעים לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על זכויותיו של האדם ועל כבודו. האחר, עניינו השיקולים הצבאיים, המונחים ביסוד הסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על הצורך הצבאי והצלחתו. האיזון בין שיקולים אלה הוא הבסיס למשפט הבינלאומי של העימות המזוין (550ב-ג).

(4) תוצאתו של איזון זה הינה כי זכויות האדם מוגנות על ידי דיני הסכסוך המזוין, אך לא כדי מלוא היקפן. הוא הדין לעניין הצורך הצבאי. ניתנת לו האפשרות להגשים את עצמו, אך לא כדי מלוא צרכיו. איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם ואת מגבלותיו של הצורך הצבאי. נקודת האיזון אינה קבועה (551ה-ו).

ה. (1) שיקול עיקרי המשפיע על נקודת האיזון הינו זהותו של אדם הנפגע או המטרה הנפגעת בעימות המזוין. המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזוין עומד על הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) ומטרות צבאיות (military objectives) לבין שאינם לוחמים (non-combatants), כלומר אזרחים (civilians) ומטרות אזרחיות (civilian objectives) (551 – 552א).

(2) על פי העיקרון הבסיסי של ההבחנה לא הרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין לוחמים ומטרות צבאיות של הצד שכנגד, כהרי נקודת

- האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין אזרחים ומטרות אזרחיות של הצד שכנגד (א-552-ב).
- (3) ככלל, לוחמים ומטרות צבאיות הם מטרות לגיטימיות להתקפה צבאית. חייהם וגופם נתונים לסיכון הלחימה. ניתן להמיתם ולפצוע אותם. עם זאת, לא כל פעולת לחימה מותרת כלפיהם ולא כל אמצעי צבאי מותר הוא (552-ב).
- (4) לעומת הלוחמים ומטרות צבאיות עומדים אזרחים ומטרות אזרחיות. אסור להם להיות נתונים להתקפה צבאית המכוונת כלפיהם. חייהם וגופם מוגנים מפני סיכוני הלחימה ובלבד שהם עצמם אינם נוטלים חלק ישיר בלחימה (552-ד-ה).
1. (1) שאלה היא מהו מעמדם של מחבלים. הקטיגוריה של לוחמים כוללת כמובן את אנשי הצבא. כן נכללים במסגרתה אנשים הממלאים את התנאים שבסעיף 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907. המחבלים וארגוניהם, שעמם יש למדינת ישראל סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי, אינם נופלים לקטיגוריה של לוחמים. אין הם משתייכים לאנשי הצבא ואין הם נופלים ליחידות שהמשפט הבינלאומי המנהגי מעניק להן מעמד הדומה לזה של לוחמים (554, 555-ה-1).
- (2) המחבלים והארגונים השולחים אותם הם לוחמים בלתי חוקיים (unlawful combatants). אין הם נהנים ממעמד של שבויי מלחמה. ניתן להעמידם לדין על השתתפותם במעשי האיבה, לשפוט אותם ולהענישם (1555-ז).
- (3) לוחמים בלתי חוקיים אינם מחוץ לחוק. גם אותם ברא האל בצלמו; גם את כבוד האדם שלהם יש לכבד; גם הם נהנים וזכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי. בוודאי כך כשהם נתונים במעצר או כאשר הם מובאים לדין (556-ה-1).
- (4) המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לעימות המזוין מגן על "אזרחים" מפני פגיעות בהם כתוצאה מפעולות האיבה. מכאן גם החובה לעשות הכל כדי להקטין את האבדן (הנזק) הנלווה לאוכלוסייה האזרחית בעת ביצוע התקפות על "לוחמים" (557-ג, ה).
- (5) הלוחם הבלתי חוקי אינו לוחם אלא "אזרח". עם זאת, הוא אזרח אשר אינו מוגן מתקיפה כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי" אינה רק עניין למשפט הפלילי הפנים-מדינתי. היא עניין למשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזוינים בינלאומיים. ביטוריו הוא בכך, שהאזרחים המהווים לוחמים בלתי חוקיים הם אובייקט לגיטימי לתקיפה, וממילא אינם נהנים מזכויותיהם של אזרחים שאינם לוחמים בלתי חוקיים, ובלבד שהם נוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה (558-ב-ד).

- ז. (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין):
- א. (1) "אזרחים" הנוטלים חלק פעיל במעשי טרור אינם "לוחמים" – כהגדרתם במשפט הבינלאומי. האופן שבו הוגדרו ה"לוחמים" באמנות הנוגעות בדבר נובע דווקא מן הרצון לשלול מן "הלוחמים הבלתי-חוקיים" הגנות מסוימות הניתנות ללוחמים חוקיים (במיוחד הגנות הנוגעות לסוגיית השבי וההעמדה לדין). אלה הם "נצים נטולי זכויות יתר" – unprivileged belligerents (ג-592).
- ב. (2) אולם, דווקא המאפיינים של ארגוני הטרור וחבריהם, המוציאים אותם מכלל ה"לוחמים" – היעדר סימני היכר הניבטים למרחוק ואי-קיום דיני המלחמה ומנהגיה – יוצרים קושי, ככל שיש בהחרגה זו משום מתן מעמד מיטיב, ולו אך בעניינים מסוימים, למי שבוחר להפוך לוחם "בלתי-חוקי", הפועל שלא בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ולכללי המוסר וההומניטריות (ד-592).
- ג. (3) גם אלה המבדילים עצמם מן הלוחמים החוקיים מזה, ומן האזרחים התמימים מזה, אינם עשויים מקשה אחת. באים בהם קבוצות שאינן זהות בהכרח זו לזו מבחינת הנכונות לקבל על עצמן נורמות יסוד משפטיות ואנושיות. במיוחד ראוי, בהקשר זה, להבחין בין לוחמים בלתי חוקיים הנאבקים בצבא מזויין לבין אלה הפועלים בממכון נגד אזרחים (ה-593).
- ח. (1) להבדיל מלוחמים, שניתן לפגוע בהם משום היותם לוחמים, אין לפגוע באזרחים, משום היותם אזרחים. אם ניתנת ככוונה הוראה לתקוף אזרחים, הרי זה פשע. פשע זה משתרע לעניין אותם אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. כן אין לפגוע באזרחים בהתקפה חסרת הבחנה, כלומר התקפה, שבין השאר, אינה מכוונת כלפי מטרה צבאית מסוימת. הגנה זו ניתנת לכל האזרחים, למעט אותם אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה. ההגנה מפני תקיפה אינה מוענקת ללוחמים בלתי חוקיים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה (א-560).
- ה. (2) הגישה הבסיסית הינה אפוא זו: אזרח – כלומר מי שאינו נופל להגדרה של לוחם – חייב להימנע מלהשתתף באופן ישיר בפעולות איבה. אזרח המפר דין זה והמבצע פעולות לחימה אינו מאבד את הסטטוס שלו כאזרח, אך כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי איבה אין הוא נהנה באותו זמן מההגנה הניתנת לאזרח. הוא נתון לסיכונים של תקיפה כמו אלה של הלוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של לוחם (ג-562).
- ו. (3) מחבלים וטרוריסטים, המבצעים פעולות איבה, אינם זכאים להגנה הניתנת לאזרחים. אמת, מחבלים המבצעים פעולות איבה אינם חדלים מלהיות אזרחים, אך בפעולותיהם הם שללו מעצמם אותה נפקות של אזרחותם המעניקה להם הגנה מפני תקיפתו של הצבא. אין הם נהנים גם מזכויותיהם של לוחמים, כגון מעמד של שבוי מלחמה (ג-563).

- ט. (1) העיקרון הבסיסי הינו שהאוכלוסייה האזרחית ואזרחים יחידים מוגנים מפני סכנות הפעילות הצבאית ואינם מטרה להתקפה. הגנה זו ניתנת לאזרחים "אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (563ה).
- א (2) הוראה זו מורכבת משלושה חלקים עיקריים. החלק האחד עניינו הדרישה כי האזרחים נוטלים חלק ב"מעשי האיבה" (hostilities); החלק השני עניינו הדרישה כי האזרחים נוטלים חלק "ישיר" (direct) במעשי האיבה; השלישי עניינו ההוראה כי אזרחים אינם מוגנים מפני תקיפה "למשך הזמן" (for such time) שבו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (563ה-1).
- י. (1) הדעה המקובלת הינה כי "מעשי איבה" הם כל אותם מעשים שעל פי טבעם ומטרתם נועדו לגרום נזק לצבא. להגדרה זו יש להוסיף מעשים אשר, על פי טבעם ומטרתם, נועדו לגרום נזק לאזרחים. על פי ההגדרה המקובלת, אזרח נוטל חלק במעשי האיבה כאשר הוא משתמש בנשק במסגרת הסכסוך המזוין, כאשר הוא אוסף מודיעין לשם כך או כאשר הוא מכין עצמו לקראת מעשי האיבה. לעניין נטילת חלק במעשי האיבה, אין זה תנאי שהאזרח ישתמש, הלכה למעשה, בנשק שעומו ואף אין זה תנאי שהוא יישא עליו נשק (בגלוי או בסתר). ניתן ליטול חלק במעשי איבה בלא להשתמש בנשק כלל (564א, ד-ה).
- (2) גישה זו אינה מצומצמת אך לעניין "מעשי איבה" כלפי הצבא של המדינה. היא חלה גם לעניין מעשי איבה כלפי האוכלוסייה האזרחית של המדינה (565א).
- יא. (1) אזרח הנוטל נשק (בין בגלוי ובין בסתר) והוא בדרכו אל המקום שבו ישתמש בו נגד הצבא, או שהוא במקום הירי עצמו, או שהוא בדרכו חזרה ממקום הירי, הוא אזרח הנוטל "חלק ישיר" במעשי האיבה. לעומתו, אזרח התומך באופן כללי במעשי האיבה נגד הצבא, אינו נוטל חלק ישיר במעשי האיבה (566א-ב).
- (2) השאלה היא מהו הדין במרחב שבין שני קצוות אלה. מחד גיסא, הרצון להגן על אזרחים תמימים מוביל במקרים הקשים למתן פירוש מצמצם לדיבור נטילת חלק "ישיר" במעשי האיבה. מאידך גיסא ניתן לומר כי הרצון להגן על הלוחמים וכן הרצון להגן על אזרחים תמימי דרך מוביל, במקרים הקשים, למתן פירוש נרחב לאופי ה"ישיר" של מעשי האיבה, שכן בכך מעודדים אזרחים להתרחק ככל האפשר ממעשי האיבה (566ה-ו, 567א).
- (3) על רקע שיקולים אלה יש לכלול בגדר נטילה של "חלק ישיר" במעשי האיבה, את המקרים הבאים: מי שאוסף מידע על הצבא, בין בתחומים שבהם מתבצעים מעשי האיבה ובין מעבר לתחומים אלה; מי שמוביל לוחמים בלתי חוקיים אל המקום שבו מתבצעות פעולות איבה או ממנו; מי שמפעיל כלי נשק שבו משתמשים לוחמים בלתי חוקיים או מפקח על

- הפעלתם או נותן להם שירות, יהא המרחק משדה הקרב אשר יהא. כל אלה מבצעים פונקציה של לוחמים. הפונקציה קובעת את ישירות נטילת החלק במעשי האיבה. לעומת זאת, מי שמוכר ללוחם בלתי חוקי מוצרי מזון או תרופות אינו נוטל חלק ישיר אלא עקיף במעשי האיבה. הוא הדין במי שמסייע ללוחמים הבלתי חוקיים בנייתוח אסטרטגי כללי ומעניק להם תמיכה לוגיסטית-כללית, לרבות תמיכה כספית. הוא הדין במי שמפיץ תעמולה התומכת באותם לוחמים בלתי חוקיים. אם אלה נפגעים עשויה המדינה שלא להיות אחראית לכך, אם הם נכנסים לגדר אבדן או נזק נלווה (567 – 568א).
- (4) אזרחים המהווים "מגן חי" (human shield) לטרוריסטים, שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה, אם הם עושים כן משום שאולצו לעשות כן על ידי הטרוריסטים, אין לראות בהם כנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הם עצמם קרבנות הטרור. לעומת זאת, אם הם עושים כן מרצונם החופשי ותוך תמיכתם בארגון הטרור, הרי שיש לראותם כמי שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (569-ד-ה).
- (5) אין לצמצם את אופייה ה"ישיר" של נטילת החלק אך למי שמבצע את פעולת התקיפה הפיסית. גם מי ששולח אותו לביצוע התקיפה נוטל בה "חלק ישיר". הוא הדין במי שהחליט על הפעולה עצמה ובמי שתכנן אותה. אין לומר על כל אלה כי הם נוטלים חלק עקיף במעשי האיבה. תרומתם היא ישירה (ופעילה) (569 – 570א).
- ט יב. (1) הוראת סעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון מעמידה דרישה של זמן. אורח הנוטל חלק במעשי איבה מאבד את ההגנה מפני תקיפה "למשך אותו זמן" שבו הוא נוטל חלק באותם מעשי איבה. עבר "אותו זמן" – חוזרת ההגנה הניתנת לאזרח למקומה. סעיף זה על כל חלקיו משקף משפט בינלאומי מנהגי, לרבות הדרישה בעניין הזמן (570-ב-ג).
- (2) בהיעדר הסכמה על פירושו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן", אין מנוס מהליכה ממקרה למקרה. מחד גיסא, אזרח אשר נוטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן מנתק עצמו מפעילות זו, הוא אזרח שעם ניתוקו מהפעילות זכאי להגנה מתקיפה. אין לתקוף אותו בגין מעשי האיבה שביצע בעבר. מאידך גיסא, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור, אשר הפך להיות ביתו, ובמסגרת תפקידו באותו ארגון הוא מבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות קצרות למנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה "במשך אותו הזמן" שבו הוא מבצע את שרשרת הפעולות. אכן, לגבי אזרח כזה המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכוננות למעשה האיבה הבא (570-ד-ו).
- (3) בתחום הנרחב שבין שתי אפשרויות אלה מצויים המקרים ה"אפורים", אשר לגביהם טרם התגבש משפט בינלאומי מנהגי. אין מנוס, אפוא, מבחינה עניינית של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה, מן הראוי לעמוד על ארבעה אלה:

- א
- נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כנופל לאחד מהמצבים שתוארו. אין לפגוע באזרחים תמימים. צריך שיתקיים מידע בדוק ביותר באשר לזהותו ולפועלו של האזרח אשר, לפי הטענה, נוטל חלק במעשי האיבה (571-ג).
- (4) הנטל המוטל, בעניין זה, על הצבא התוקף הוא כבד. במקרה של ספק, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תיעשה תקיפה (571-ה1).
- יג. (1) אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, כלל זה מתבקש מעקרון המידתיות. אכן, מבין האמצעים הצבאיים, יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט צעדים אלה. משפט עדיף על שימוש בכוח. מדינת חוק נוקטת ככל האפשר הליכי משפט ולא הליכי כוח (572-אב).
- ג (2) המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט תמיד. לעתים אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט אותה. עם זאת, זו אפשרות שיש לשקול אותה תמיד. היא עשויה להיות מעשית דווקא בתנאים של תפיסה לוחמתית כאשר הצבא שולט באזור שבו נעשית הפעולה, ומעצר, חקירה ומשפט הן אפשרויות הניתנות לעתים למימוש (572-ו1).
- ט (3) לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריך שתהא עצמאית. במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (572 – 573א).
- ה (4) אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, הפגיעה בהם הינה אבדן (נוק) נלווה. פגיעה זו צריך שתעמוד במבחן המידתיות (573ב).
- יד. (1) עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי במשפט. הוא חלק מתפיסתנו המשפטית בדבר זכויות האדם. הוא מרכיב חשוב במשפט הבינלאומי המנהגי. הוא חלק בלתי נפרד מדיני ההגנה העצמית. הוא מרכיב מהותי בהגנה על אזרחים במצבים של סכסוך מזוין. הוא חלק עיקרי בדיני התפיסה הלוחמתית (573-ז1).
- (2) עקרון המידתיות תופס מקום מהותי בדינים הבינלאומיים בדבר סכסוך מזוין. עקרון המידתיות מתעורר כאשר הפעילות הצבאית מכוונת נגד לוחמים ומטרות צבאיות, או נגד אזרחים הנוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי איבה, ותוך כדי כך נפגעים אף אזרחים (574-ה).
- ט

- (3) דרישת המידתיות בדיני הסכסוך המזוין מתמקדת בעיקר במה שבמשפט החוקתי מכונה המידתיות "במובן הצר", כלומר, בדרישה כי יתקיים יחס מידתי ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי. עם זאת, דיני הסכסוך המזוין כוללים מרכיבים נוספים, שאף הם חלק בלתי נפרד מהעיקרון העיוני של המידתיות במובנו הרחב. ראוי הוא לשקול את האפשרות לרכז דינים אלה כולם למטריה שהם שייכים לה, תוך כדי גיבוש תורה מקיפה של מידתיות, כפי שזו מקובלת במשפטן הפנימי של מדינות רבות. בנסיבות דנן, יתמקד הדין בהיבט של המידתיות המקובל על הכול כשייך לענייננו (575-ז).
- א
- ב. טו. (1) מבחן המידתיות קובע כי התקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית (בהגנה על לוחמים ואזרחים). זהו מבחן ערכי. הוא מבוסס על איוון בין ערכים ואינטרסים נוגדים. הוא מקובל במשפט הלאומי של מדינות שונות. הוא מהווה מבחן נורמטיבי מרכזי לבחינת פעילות השלטון בכלל, והצבא בפרט, בישראל (576-אג).
- ג
- (2) המידתיות במובן זה אינה נדרשת לעניין פגיעה בלוחם או באזרח הנוטל אותה על חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, אזרח המשתתף במעשי איבה מסכן את חייו, והוא עשוי להיות – כמו לוחם – אובייקט לתקיפה הגורמת מוות. זו הריגה מותרת. לעומת זאת, המידתיות נדרשת בכל מקרה שבו נפגע אזרח תמים. על כן, יש לקיים את דרישותיה של המידתיות במובן הצר במקרה שבו הפגיעה בטרוויסט גוררת אחריה נזק נלווה לאזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום (576 – 577א).
- ד
- (3) המקרים הקשים הם אלה המצויים במרחב שבין הדוגמאות הקיצוניות. כאן נדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה; נדרש כי התועלת הצבאית תהא ישירה וצפויה. אכן, במשפט הבינלאומי כמו במשפט הפנימי, המטרה אינה מקדשת את האמצעים. כוחה של המדינה אינו בלתי מוגבל. לא כל האמצעים כשרים (577ג-ד).
- ה
- (4) כאשר מתקיימים מעשי איבה נגרמות אבידות. יש לאזן בין חובתה של מדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים. איוון זה קשה הוא, כאשר הוא נוגע לחיי אדם. הוא יעורר בעיות מוסריות ואתיות, אך חרף הקושי אין מנוס מלעשותו (577-ז).
- ו
- (5) (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין): עקרון המידתיות קל לניסוח אך קשה ליישום. כאשר נדרשים לו מראש, באילוצים של זמן ולאורה של מסכת מוגבלת של מידע – עשויה ההכרעה להיות קשה ומורכבת. תכופות יש צורך לשקול ערכים ומידות שאינם פשוטים להשוואה. כל אחד מן השיקולים המתחרים הוא עצמו נתון למשתנים יחסיים. אף אחד מהם אינו יכול להישקל כשהוא עומד בפני עצמו. הצורך הצבאי המידתי כולל בתוכו
- ז

יסודות הומניטריים. השיקול ההומניטרי חובק בגדריו גם צורך צבאי קיומי (597ג-ה).

- א (1) טז. יש להבחין בין טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית לבין טענה של חוסר שפיטות מוסדית. טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית גורסת כי אין קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך המונח לפני בית המשפט. טענה של חוסר שפיטות מוסדית גורסת כי אין זה ראוי לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט (578ד-ה).
- ב (2) לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית אין בסיס משפטי, לא באופן כללי ולא בעניין שלפנינו. בנסיבות דנן, קיימות נורמות משפטיות הדנות בשאלה הניצבת לדיון, ומהן ניתן לגזור אמות מידה הקובעות את המותר והאסור (578ה, ז).
- ג (3) חוסר שפיטות מוסדית עוסק בשאלה אם המשפט ובית המשפט הם המסגרת הראויה להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט. התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט (579א).
- ד (4) היקפה של דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית בישראל אינו ניכר. על גבולותיה אין הסכמה. נראה כי יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד (579ד).
- ט (5) העתירה שלפנינו נועדה לקבוע את המותר והאסור בלחימה העשויה לפגוע בזכות היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים. הדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית אינה יכולה למנוע בחינתה של שאלה זו (580ה).
- יז. (1) בנסיבות דנן, השאלות השנויות במחלוקת אינן שאלות של מדיניות. הן גם אינן שאלות צבאיות. השאלה אינה אם לנקוט מדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ולעתים של אזרחים תמימים שבקרבתם, אם לאו. השאלה הינה משפטית; השאלה הינה סיווג המשפטי של הסכסוך הצבאי המתקיים בין ישראל למחבלים הבאים מהאזור; השאלה הינה קיומו או היעדרו של משפט בינלאומי מנהגי בעניין נושא העתירה; השאלה הינה קביעת היקף פריסתו של מנהג זה, ככל שהוא משתקף בהוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון; השאלה הינה דיני המידתיות החלים בעניין. התשובה לכל השאלות הללו היא בעלת אופי דומיננטי משפטי (580 – 581א).
- יח. (2) סוגי השאלות שנבחנו בעתירה דנן נדונות על ידי בתי משפט בינלאומיים. בתי משפט אלה בחנו את ההיבטים המשפטיים של התנהגות הצבא. על כן, בית משפט ישראלי רשאי לערוך אותה בחינה עצמה. שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, אינן חדלות מלהיות שפיטות בבתי דין לאומיים (581 – 582א).

(3) הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבתם, דורשת בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא. בחינה זו צריך שתהא – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי. כדי להגביר את אופייה זה, ולהבטיח את מירב האובייקטיביות הנדרשת, מן הראוי לחשוף בדיקה זו לביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת השוטפת של גורמי הצבא, המפעילים ביקורת זו מראש (א-582-ב).

א

(4) בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעתם של מפקדי הצבא באזור. כך נהג בית משפט זה מאז מלחמת ששת הימים. נקודת המוצא אשר הדריכה את בית המשפט הייתה כי המפקדים הצבאיים והקצינים הנתונים למרותו הם עובדי ציבור הממלאים תפקידי ציבור על פי דין. ביקורת זו שומרת על חוקיות הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי (א-582-1).

ב

(5) היקף הביקורת השיפוטית על החלטת מפקד הצבא לבצע פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים באזור, ולעתים של אזרחים תמימים, משתנה על פי מהותה של השאלה הקונקרטית העולה לדיון. בקצה האחד של הקשת עומדת השאלה בעתירה שלפנינו, שעניינה תוכנו של המשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזוינים. זו שאלה מובהקת של קביעת המשפט החל. על פי תפישתנו המשפטית, שאלה זו היא בתחומה של הרשות השופטת (א-582-2).

ג

יח. (1) מלאכת הפרשנות של הדין היא בידי בית המשפט. כך לעניין חוקי היסוד, החוקים והתקנות. כך לעניין המשפט המקובל הישראלי. כך בוודאי גם לעניין המשפט הבינלאומי המנהגי החל בישראל. בית המשפט אינו רשאי להשתחרר מסמכותו זו. השאלה אשר בית המשפט צריך לשאול עצמו אינה אם הבנת הדין על ידי הרשות המבצעת היא הבנה סבירה. השאלה שעל בית המשפט לשאול עצמו הינה אם זו הבנה נכונה. המומחיות לפירוש הדין היא של בית המשפט (א-583-ב).

ד

(2) בנסיבות דנן, בקצה האחר של קשת האפשרויות עומדת ההחלטה המקצועית-צבאית לנקוט פעולת מנע הגורמת למותם של מחבלים באזור. זוהי החלטה המצויה באחריותה של הרשות המבצעת. לה המומחיות המקצועית-ביטחונית לכך. בית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל. אם התשובה היא בחיוב, לא יחליף בית המשפט את שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו הביטחוני של בית המשפט. לעניין זה יש ליתן משקל מיוחד לחוות הדעת הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון (א-583-ה, א-584).

ה

(3) בין שני קצוות אלה של הקשת מצויים מצבי ביניים. כל אחד מהם מחייב בחינה מדוקדקת של טיב ההחלטה. עד כמה שיש בה היבט משפטי, היא

ז

- תתקרב לקצה האחד של הקשת. עד כמה שיש בה היבט מקצועי-צבאי, היא תתקרב לקצה האחר של קשת האפשרויות (ג-584).
- א (4) בשאלות, אם החלטה לפגיעה מונעת, הגורמת למותם של מחבלים, נופלת למסגרת התנאים שהמשפט הבינלאומי המנהגי קובע בעניין זה, ומהי היקף הביקורת השיפוטית על החלטת המפקד הצבאי כי תנאים אלה מתקיימים במקרה ספציפי, התשובה הינה כי שאלת קיום התנאים הקבועים במשפט הבינלאומי המנהגי לביצועה של פעילות צבאית היא שאלה משפטית, אשר בה המומחיות היא של בית המשפט (ג-584 ד).
- ב (5) גישה דומה קיימת לעניין המידתיות. ההכרעה בשאלה אם התועלת הצומחת מהפגיעה המונעת שקולה כנגד האבדן הנלווה שבנוק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה, הינה שאלה משפטית, אשר המומחיות לגביה נתונה לרשות השופטת. המידתיות אינה אמת מידה מדויקת. לעתים קיימות דרכים אחדות לקיום תנאיה. נוצר מתחם של מידתיות. על גבולותיו של מתחם זה שומר בית המשפט. ההכרעה בתוך גבולות המתחם היא של הרשות המבצעת. זהו מרחב התמרון שלה (ג-584 א, ד-ג).
- ג (6) אינטנסיביות הביקורת השיפוטית על החלטות צבאיות, לנקוט פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים חפים מפשע, היא מטבעה מועטה. הטעמים לכך הם שניים: ראשית, הביקורת השיפוטית אינה יכולה להיות מופעלת מראש. שנית, עיקר הבדיקה צריך שיעשה על ידי ועדת בדיקה אשר – על פי המשפט הבינלאומי – צריכה לקיים בדיקה אובייקטיבית המופעלת בדיעבד. הביקורת של בית משפט זה יכולה, מעצם טבעה, להיות מכוונת רק כלפי החלטותיה של ועדה זו, וזאת – על פי אמנת המידה המקובלות לעניין זה (ה-585).
- ט. (1) בחינתו של "הסיכול הממוקד" – הפגיעה המונעת הגורמת למות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב – מלמדת כי שאלת החוקיות של הפגיעה המונעת על פי המשפט הבינלאומי המנהגי היא מורכבת. התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד. הגישה של המשפט הבינלאומי המנהגי החלה בסכסוכים מזוינים בעלי אופי בינלאומי הינה כי אזרחים מוגנים מפני תקיפתו של הצבא. עם זאת, הגנה זו אינה קיימת כלפי אותם אזרחים "ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (ג-586 א, ה-1).
- ה (2) פגיעה באזרחים אלה, גם אם תוצאתה מוות, מותרת היא ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו בהם פחותה, ובלבד שאין נפגעים אזרחים תמימים שבקרבתם. נמצא, כי אין ניתן לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין ניתן לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית. הכל תלוי בשאלה אם אמנת המידה של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך מזוין בינלאומי מאפשרת אותה פגיעה מונעת, אם לאו (1586 – 587 א).

- (3) בנסיבות דנן, המדינה קבעה כי אמצעי חיוני מבחינה צבאית הוא זה של פגיעה מונעת במחבלים באזור הגורמת למוותם. הדבר גורם לעתים לפגיעה ולמוות של אזרחים תמימים. השימוש בתקיפה מונעת זו, עם כל חשיבותו הצבאית, חייב להיעשות במסגרת הדין. אכן, המאבק של המדינה בטרור אינו נעשה "מחוץ" למשפט. הוא נערך "בתוך" המשפט ובכלים שהמשפט יעמיד למדינה דמוקרטית (587ב, ה).
- (4) בעקבות בג"ץ 5100/94 [58]: זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת ביטחונה (590א).
- (5) אשר על כן, אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא אסור על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, כשם שאין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא מותר על פי המשפט הבינלאומי המנהגי. דיני הסיכול הממוקד קבועים במשפט הבינלאומי המנהגי, וחוקיותה של כל פגיעה אינדיווידואלית צריך שתיקבע לאורם (590ג-ד).
- כ. אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין):
- (1) אין מחלוקת כי מדינה רשאית וחייבת להיאבק בטרור. אין מחלוקת גם כי לא כל האמצעים כשרים. מתווה הלחימה בטרור וההגנה העצמית מפניו הוא קשה לשרטוט. האמצעים הרגילים שבהם מדינה מגינה על עצמה ועל אזרחיה אינם אפקטיביים בהכרח נגד ארגוני הטרור וחבריהם. גם אמצעי-שיטור ואכיפה המאפיינים מאבק בתופעות בלתי חוקיות "קונבנציונאליות" אינם הולמים את צורכי הלחימה בטרור (590ה-ז).
- (2) בין ישראל לבין ארגוני המחבלים השונים הפועלים באזור מתקיים, זה שנים, מצב מתמשך של סכסוך מזוין. סכסוך זה, אינו מתקיים בחלל נורמטיבי. שתי מערכות נורמטיביות צריכות בחינה בענייננו – האחת, הכללים של המשפט הבינלאומי, והאחרת – הכללים המשפטיים והעקרונות המוסריים של מדינת ישראל, ובכלל זה ערך היסוד בדבר כבוד האדם (591ג-ד).
- (3) בדיון במערכת הנורמטיבית הכלולה כדיני המשפט הבינלאומי, יש לעסוק בשאלת סיווגם הנכון של ארגוני הטרור וחבריהם. סוגיית הסיווג הנכון והראוי של ארגוני טרור ושל חבריהם מעוררת שאלות קשות. המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי מחייב את הצדדים לסכסוך להבחין בין אזרחים ללוחמים, בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות ולהימנע מגרימת נזק יתר לאזרחי האויב. השאלה היא אם המציאות לא יצרה, בפועל, קבוצה נוספת שדינה הוא דין מיוחד (591ה, 592א).
- (4) קבוצת התייחסות נוספת ניתן לגזור מקבוצת הלוחמים ("לוחמים בלתי חוקיים") וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. הפרשנות להוראות המשפט

הבינלאומי, שלפיה ניתן לגזור מקבוצה זו את קבוצת האזרחים פורעי החוק הבינלאומי, מתאימה את הכללים למציאות החדשה. זוהי פרשנות דינמית המתגברת על מגבלות הקריאה הפשטנית של דיני המלחמה (א-594ג).

א (5) על רקע ההבדלים שבין הלוחמים ה"חוקיים" לבין הלוחמים "פורעי החוק הבינלאומי" ניתן לערוך אנלוגיה בין דרכי הלחימה המותרות במאבק בין שני צבאות לבין "הסיכול הממוקד" של מחבלים. התפישה העומדת מאחורי מדיניות "הסיכול הממוקד" היא שיש לכוון את הנשק אך ורק כלפי המעורבים ממש בפעילות הטרור. הקושי נובע כמוכח מן העובדה שהלוחמים הבלתי-חוקיים, בהגדרה, אינם פועלים לפי דיני המלחמה, ובכלל זה, הם פועלים לעתים קרובות במסווה מתוך אוכלוסייה אזרחית. הם עושים כן כדי לזכות ביתרון הנובע מכך שהעומד מולם מבקש לכבד את כללי המשפט הבינלאומי (א-594ג-1).

כא. (אליבא דמשנה לנשיאה א' ריבלין):

א (1) גם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי-החוק לבין האזרחים. זו משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות (א-594 – 595א).

ב (2) בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיניו של בית המשפט, יקל להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזוין. החובה לכבד את אזרחי הצד שכנגד מפורשת בכללי המשפט הבינלאומי (א-595ב).

ג (3) החובה לכבד את חייהם של האזרחים התמימים היא, אפוא, נקודת המוצא. ממנה נובעת הדרישה כי הנזק הנלווה לאזרחים לא יהא מופרז ויעמוד ביחס של שקילות לתועלת שתצמח מן הפעולה. תפישה ערכית זו מטילה, כפועל יוצא, מגבלות על תקיפתם של הלוחמים פורעי החוק עצמם. המגבלות עשויות להתייחס לסוג הנשק שבו נעשה שימוש במהלך פעולת הסיכול. המגבלות עשויות להביא לכך שייבחר אמצעי אשר מעמיד בסכנה מופחתת את חייהם של אזרחים תמימים. המגבלות עשויות להתייחס למידת הזהירות שיש לנקוט בויהוי יעד הסיכול. כל אלה הן מגבלות שחותרות בעיקרן להגשים את החובה לכבד את חייהם של האזרחים התמימים, והן תפורשנה בהתאם (א-596 – 597א).

ד (4) זוהי נקודת המוצא אך אין זו נקודת הסיום. אין בה כדי לאיין את כבוד האדם של הלוחמים פורעי החוק עצמם. אכן, המשפט הבינלאומי אינו מקנה להם זכויות שוות לאלה הנתונות ללוחמים חוקיים או, מאידך גיסא, לאזרחים תמימים. אולם כבוד האדם הוא עיקרון החל לגבי כל אדם, גם בעת לחימה ומאבק. הוא אינו תלוי בהדדיות (א-597ב).

כב. (אליבא דנשיאה ד' ביניש):

- (1) הסוגיה שלפנינו נשלטת על ידי הדינים החלים על סכסוך בינלאומי מזוין, ועמדתם הגורפת של העותרים אינה מתחייבת מכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. המסקנה היא כי לא ניתן לומר שהמדיניות הנדונה אסורה תמיד, כפי שלא ניתן לומר כי היא מותרת בכל הנסיבות על פי שיקול דעתו של המפקד הצבאי (1-598).
- (2) הקשיים המשפטיים שעל בית המשפט להתמודד עימם נובעים, בראש ובראשונה, מכך שהמשפט הבינלאומי טרם פיתח את דיני הלחימה באופן שיתאימם ללחימה בארגוני טרור, להבדיל מצבא סדיר. לפיכך, על בית המשפט לעשות שימוש בכלים הפרשניים כדי להתאים את הדין ההומניטרי הקיים לצורכי המציאות הקשה שעימה מתמודדת מדינת ישראל (1598 – 599א).
- (3) במסגרת הדינים הקיימים אין לסווג את המחבלים ואת ארגוניהם כ"לוחמים" אלא כ"אזרחים". אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על פי סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית אלא אם ולמשך אותו זמן שבו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (599ב-ג).
- (4) תכליתו של "הסיכול ממוקד" היא למנוע פגיעה בחיי אדם כחלק מחובתה של המדינה להגן על חייליה ועל אזרחיה. מאחר שסעיף 51(3) הניגו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתרה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות (599ה-ו).
- (5) מכוח הקפדה זו, יש לבחון את רמת המידע לשם סיווגו של "אזרח" כנוטל חלק ישיר בפעולות איבה. על המידע להיות מבוסס היטב, חזק ומשכנע באשר לסיכון הנשקף מהמחבל לחיי אדם – סיכון הכולל גם פעילות מתמשכת שאינה מצטמצמת לפעילות קונקרטית ספורדית או חד פעמית (1599 – 600א).
- (6) בעניין זה, אין די בחשש רחוק ויש צורך ברמת הסתברות ממשית לקיומו של סיכון כזה. יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית (בדיעבד) באשר לדיוק הזיהוי ולנסיבות הפגיעה. לכל אלה, יש להוסיף שניים: ראשית, אין לעשות שימוש "בסיכול הממוקד" כאשר ניתן לעצור מחבל, הנוטל חלק ישיר במעשי איבה, ללא סיכון ממשי לחיי חיילים. ושנית, יש לקיים את עקרון המידתיות המקובל במשפט הבינלאומי המנהגי, ולפיו יש להימנע מפגיעה נלוות בלתי מידתית באזרחים תמימים. כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו עומד ביחס הולם לתועלת של הפעילות הצבאית (מבחן "המידתיות במונח הצר"), יאה "הסיכול הממוקד" בלתי מידתי (600א-ג).
- (7) אין לומר באופן גורף כי השימוש באמצעי של "סיכול ממוקד" כאחד האמצעים למלחמה בטרור הינו אסור, ולשלול מהמדינה אמצעי אשר, לדעת המופקדים על הביטחון, מהווה אמצעי חיוני להגנה על חיי תושביה. עם זאת, לנוכח אופיו הקיצוני של אמצעי "הסיכול הממוקד", אין לעשות שימוש באמצעי האמור שלא בהתאם למגבלות ולסייגים שהותוו בפסק הדין דנן, והכול – בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו (600ד-ה).

חוקי יסוד שאוזכרו:

- חוק-יסוד: הצבא, סעיף 1.
- חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 40(ב).
- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8.

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, סעיף 18.
- חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 34ג(1).
- חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, סעיף 2.

אמנות שאוזכרו:

- אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 559, סעיף 3.

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002).
- [2] בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.5.2001).
- [3] בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם, ניתן ביום 29.3.2001).
- [4] בג"ץ 9293/01 ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509 (2002).
- [5] בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002).
- [6] בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002).
- [7] בג"ץ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, ניתן ביום 14.10.2002).
- [8] בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).
- [9] בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).
- [10] בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004).

- [11] בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983).
- [12] ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5 (1956).
- [13] ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033 (1961).
- [14] רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא (1) 625 (1997).
- [15] בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1 (1988).
- [16] בג"ץ 69/81 אבו עיטא נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197 (1983).
- [17] בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).
- [18] בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617 (1980).
- [19] בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385 (2002).
- [20] בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004).
- [21] בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528 (1987).
- [22] בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, מתקן כליאה קציעות, פ"ד נז(1) 403 (2002).
- [23] בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003).
- [24] בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005).
- [25] בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).
- [26] בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188 (2000).

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

- [27] בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא (1) 844 (2006).
- א [28] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) (2005).
- [29] בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם, ניתן ביום 14.7.2003).
- ב [30] בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 23.5.2001).
- [31] בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו (4) 608 (2002).
- [32] בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).
- ג [33] בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב (1) 1 (2006).
- [34] בג"ץ 910/86 דסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (1988).
- [35] בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה (4) 800 (2001).
- ד [36] בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נה (4) 703 (2001).
- [37] בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197 (1982).
- [38] בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141 (1985).
- ה [39] בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85 (1985).
- [40] בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג (2) 113 (1979).
- [41] בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1 (1979).
- [42] בג"ץ 4481/91 מנכ"ל תנועת "שלום עכשיו" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (4) 210 (1993).
- ו [43] בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) 26 (2002).
- [44] בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 16.10.2005).
- [45] בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3) 801 (1988).
- ז [46] בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118 (1981).

- [47] בג"ץ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749(1993).
- [48] בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728(1999).
- [49] בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255(1987).
- [50] בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536(1990).
- [51] בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90(1979).
- [52] בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1(1996).
- [53] בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235(2002).
- [54] בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467(1991).
- [55] בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113(1980).
- [56] בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353(1996).
- [57] דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485(1996).
- [58] בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817(1999).
- [59] דנג"ץ 10739/05 שר הביטחון נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (לא פורסם, ניתן ביום 27.2.2006).
- ה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [60] תפ"ח (מחוזי ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי (לא פורסם, ניתן ביום 20.5.2004).
- ו פסקי דין צבאיים שאוזכרו:
- [61] ת"מ/מ/4/69 התובע הצבאי נ' קאסט, פסקי דין נבחרים של בתי הדין הצבאיים בשטחים המוחזקים, כרך א 403 (התש"ל).
- ז פסקי דין אירופיים שאוזכרו:
- [62] Bankovic v. Belgium, 41 I. L. M. 517 (E.C.H.R. 12. Dec. 2001).

- א
- [63] Ergi v. Turkey, 32 E.H.R.R. 388 (2001).
[64] McCann v. United Kingdom, 21 E.H.R.R. 97 (1995).
[65] McKerr v. United Kingdom, 34 E.H.R.R. 553 (2001).
- פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:
- [66] Hamdan v. Rumsfeld, 165 L. Ed. 2d 723 (2006).
[67] *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1, 30 (1942).
ב [68] Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).
[69] Velasquez Rodriguez v. Honduras, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C.) No 4 (1988).
- פסקי דין אנגליים שאוזכרו:
- ג [70] Mohamed Ali v. Public Prosecutor [1969]1 A.C. 430.
- פסקי דין של בית המשפט הפלילי הבינלאומי המיוחד (יוגוסלביה):
- ד [71] Prosecutor v. Tadic, ICTY, Case NO IT-94-1 (2.10.1995).
[72] Prosecutor v. Blaskic, ICTY, Case NO IT-95-14-T (3rd March 2000).
[73] Prosecutor v. Struger, ICTY, Case NO IT-OT-42-T-22 (31 January 2005).
[74] Prosecutor v. Kupreskic, ICTY, Case NO IT-95-16 (14 January 2000).
- ה
- פסקי דין של בית המשפט הפלילי הבינלאומי המיוחד (רואנדה):
- [75] The Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Case No. 96-4-T (September 2nd 1998).
- ו
- פסקי דין קנדיים שאוזכרו:
- [76] *Re Application Under s.83.28 of the Criminal Code* [2004] 2 S.C.R. 248.

ז

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [77] ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006).
- [78] רובי סיבל משפט בינלאומי (2003).
- [79] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).
- [80] עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (2004).

א

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [81] רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 809 (1990).
- [82] יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצויו" משפטים כד 317 (1994).

ב

ג

ספרים זרים שאוזכרו:

- [83] YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE (4th ed., 2005).
- [84] HELEN DUFFY, THE "WAR ON TERROR" AND THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW (2005).
- [85] ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2005).
- [86] YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT (2004).
- [87] DIETER FLECK (ed.) THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS (1995).
- [88] JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BEC (eds.), CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (Vol. 1, 2005).
- [89] KENNETH WATKIN, WARRIORS WITHOUT RIGHTS?: COMBATANTS, UNPRIVILEGED BELLIGERENTS, AND STRUGGLE OVER LEGITIMACY (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2005).

ד

ה

ו

ז

- [90] FIGHT IT RIGHT: MODEL MANUAL ON THE LAW OF ARMED CONFLICT FOR ARMED FORCES (ICRC, 1999).
- א [91] YVES SANDOZ, CHRISTOPHE SWINARKI & BRUNO ZIMMERMAN (eds.) COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 (1987).
- [92] A. P. V. ROGERS, LAW ON THE BATTLEFIELD (1996).
- ב [93] ALAN M. DERSHOWITZ, PREEMPTION: A KNIFE THAT CUTS BOTH WAYS (2005).
- [94] ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT (1994).
- ג [95] JEAN PICTET, DEVELOPMENT AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (1985).
- [96] THEODOR MERON, HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN NORMS AS CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW (1989).
- [97] ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2002).
- ד [98] JOHAN STEYN, DEMOCRACY THROUGH LAW: SELECTED SPEECHES AND JUDGMENTS (2004).
- [99] ANDRAS SAJO, MILITANT DEMOCRACY (2004).
- ה מאמרים זרים שאוזכרו:
- [100] Teodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94 A.J.I.L. 239 (2000).
- [101] Orna Ben-Naftali & Keren Michaeli, *'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings*, 36 CORNELL INT'L L. J. 233 (2003).
- ו [102] Derek Jinks, *September 11 and the Law of War*, 28 YALE J. INT'L L. 1 (2003).

- [103] David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, 16 EUR. J. INT'L L. 171 (2005).
- [104] Yoram Dinstein, Charles H. B. Garraway, Michael N. Schmitt, *The Manual on Non-International Armed Conflict – With Commentary*, (International Institute of Humanitarian Law, 2006). א
- [105] Gerald L. Neuman, *Humanitarian Law and Counterterrorist Force*, 14 EUR. J. INT'L L. 283 (2003). ב
- [106] Georg Nolte, *Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order*, 5 THEORETICAL INQ. L. 111 (2004).
- [107] Knut Dormann, *The Legal Situation of “Unlawful/Unprivileged” Combats*, 85 INT'L REV. IRRC 45 (2003). ג
- [108] Eyal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians*, 39 ISR. L. REV. 81 (2006).
- [109] Richard R. Baxter, *So-Called “Unprivileged Belligerency”: Spies, Guerrillas and Saboteurs*, 28 BRI. Y. B. INT'L L. 323 (1951). ד
- [110] Jaon Callen, *Unlawful Combatants and the Geneva Conventions*, 44 VA. J. INT'L L. 1025 (2003–2004).
- [111] Michael H. Hoffman, *Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction with Implications for the Future of International Humanitarian Law*, 34 CASE. W. RES. J. INT'L L. 227 (2002). ה
- [112] Shlomy Zachary, *Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?*, 38 ISR. L. REV. 378 (2005). ו
- [113] Marco Roscini, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, 54 INT'L AND COMP. L. Q. 411 (2005). ז

- א
- [114] Vincent-Joel Proulx, *If the Hat Fits Wear It, If the Turban Fits Run for Your Life: Reflection on the Indefinite Detention and Targeted Killings of Suspected Terrorists*, 56 HASTINGS L. J. 801 (2005).
- [115] George H. Adrich, *The Laws of War on Land*, 94 A. J. INT'L L. 42 (2000).
- ב
- [116] Kenneth Watkin, *Controlling The Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, 98 A. J. I. L. 1 (2004).
- [117] Michael N. Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*, in CRISIS MANAGEMENT AND HUMANITARIAN PROTECTION: FESTSHRIFT FÜR DIETER FLECK 505 (H. Fischerr ed., 2004).
- ג
- [118] Hays Parks, *Air War and the Law of War*, 32 A. F. L. REV. 1 (1990).
- [119] Lisa L. Turner & Lynn G. Norton, *Civilians At The Tip of the Spear*, A. F. L. REV. 1 (2001).
- ד
- [120] J. Ricou Heaton, *Civilians at War: Re-Examining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces*, 57 A. F. L. REV. 155 (2005).
- ה
- [121] A. P. V. Rogers & P. Malherbe, *Model Manual of the Law of Armed Conflict* 29 (ICRC, 1999).
- [122] Michael N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, 5 CHI. J. INT'L L. 511 (2004–2005).
- ו
- [123] Daniel Statman, *Targeted Killing*, 5 THEORETICAL INQ. L. 179 (2004).
- [124] Colin Warbrick, *The Principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State to Terrorism*, E.H.R.L.R. 287 (2002).
- ז

- [125] Jost Delbruck, *Proportionality*, ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1144 (1997).
- [126] Judith Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, 87 AM. J. INT'L L. 391 (1993). א
- [127] William J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, 98 MIL. L. REV. 91 (1982).
- [128] Asa Kasher & Amos Yadlin, *Assassination and Preventive Killing*, 25 SAIS REV. 41 (2005). ב
- [129] Yuval Shany, *Israeli Counter Terrorism Measures: Are They "Kosher" Under International Law?*, in TERRORISM AND INTERNATIONAL LAW 96 (Michael N. Schmitt & Gian Luca Beruto eds., 2002).
- [130] Michael L. Gross, *Fighting by other Means in the Mideast: A Critical Analysis of Israel's Assassination Policy*, 51 POLITICAL STUDIES 360 (2003). ג
- [131] Steven R. David, *Debate: Israel's Policy of Targeted Killing*, 17.1 ETHICS AND INTERNATIONAL AFFAIRS 111 (2003). ד
- [132] Yael Stein, *Response to Israel's Policy of Targeted Killing: By Any Name Illegal and Immoral*, 17.1 ETHICS AND INTERNATIONAL AFFAIRS 127 (2003).
- [133] Amos Guiora, *War crime Symposium: Terrorism on Trial: Targeted Killing As Active Self-Defense*, 37 CASE W. RES. J. INT'L L. 319 (2005). ה
- [134] Leora Bilsky, *Suicidal Terror, Radical Evil, and the Distortion of Politics and Law*, 5 THEORETICAL INQ. L. 131 (2004).
- [135] Michael Kirby, *Australian Law – After 11 September 2001*, 21 AUSTL. B. REV. 253 (2001). ו
- [136] J. Nicholas Kendall, *Israeli Counter-Terrorism: "Targeted Killings" Under International Law*, 80 N. C. L. REV. 1069 (2002). ז

- [137] Yoram Dinstein, *Unlawful Combatants*, 32 ISR. Y. B. HUM. RTS. 247 (2002).
- א [138] John C. Yoo & James C. Ho, *The New York University – University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Status of Terrorists*, 44 VA. J. INT'L L. 207 (2003).
- ב שונות:
- [139] מגילת האו"ם, 1945.
- [140] הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977.
- [141] אמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, התוספת (תקנות האג).
- ג [142] Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, [1996] I.C.J. Rep. 226
- [143] Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 I.L.M. 1009 (2004)
- ד [144] אמנת ז'נבה הראשונה, 1949.
- [145] אמנת ז'נבה השנייה, 1949.
- [146] אמנת ז'נבה השלישית, 1949.
- [147] חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי.
- ה [148] Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, Report Prepared by the International Committee of the Red Cross (2003)
- [149] Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law (2004)
- ו [150] IACHR, Third Report on Human Rights in Columbia, Doc. (OEA/Ser. L/V/II.102 Doc. 9 rev.1, 26 February 1999)
- [151] דין וחשבון הוועדה שבחנה את פעולות נאט"ו ביוגוסלביה, הוגש ל-I.C.T.Y. – יוני 2000.
- ז

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים. העתירה נדחתה.

אביגדור פלדמן, מיכאל ספרד – בשם העותרים;
א שי ניצן, משנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) – בשם המשיבים 1–5;
ניצנה דרשן-לייטנר, שרון לוברני – בשם המשיבים 6.

פסק דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

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

1. רקע עובדתי

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

2. במלחמתה נגד הטרור נוקטת מדינת ישראל צעדים שונים. כחלק מהפעילות הביטחונית, אשר נועדה להתמודד עם פיגועי הטרור, מפעילה המדינה את מה שהיא מכנה "מדיניות הסיכולים הממוקדים". במסגרת מדיניות זו, פועלים כוחות הביטחון להריגתם של פעילים בארגוני טרור המעורבים

א בתכנון, בשילוח או בכיצוע פיגועי טרור נגד ישראל. במהלכה של האינתיפדה השנייה בוצעו פגיעות מונעות ברחבי יהודה, שומרון וחבל עזה. לפי נתונים שמסרו העותרים, מאז החלו פעולות אלה ועד לסוף שנת 2005 נהרגו קרוב לשלוש מאות פעילים בארגוני טרור בתקיפות אלה. למעלה מ-30 ניסיונות סיכול ממוקד נכשלו. כ-150 אזרחים אשר שהו בקרבת מקום ליעדים של סיכולים ממוקדים נהרגו במהלך פעולות אלה. מאות אחרים נפצעו. מדיניות הסיכולים הממוקדים היא העומדת במוקד עתירה זו.

ב

2. טענות העותרים

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

ד 4. עמדת העותרים היא שמערכת הדינים החלה על הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור אינה מערכת של דיני המלחמה כי אם מערכת הדינים העוסקת באכיפת החוק בשטח כבוש. בעמדת העותרים לעניין זה חלו שינויים במהלך הדיון בעתירה, חלקם – עקב שינויים שחלו בעמדת המשיבים. מלכתחילה נטען כי דיני הלחימה עוסקים בעיקר בעימותים בינלאומיים, ואילו העימות המזוין שבין ישראל לפלסטינים אינו נופל לגדר עימות בינלאומי. לפיכך חלים על סכסוך זה לא דיני המלחמה כי אם דיני שיטור ואכיפת חוק. הוודעתם המסכמת (מיום 1.9.2004), מסכימים העותרים לעמדה שלפיה מדובר בענייננו בסכסוך בינלאומי, אך גם במסגרתו אין מקום לפעולות צבאיות שעליהן חלים דיני המלחמה. זאת, משום שזכותה של ישראל לנקוט פעולות צבאיות של הגנה עצמית, מכוח סעיף 51 למגילת האו"ם משנת 1945 [139], אינה חלה על הסכסוך הנדון. זכות ההגנה העצמית נתונה למדינה בתגובה להתקפה חמושה של מדינה אחרת. שטחי האזור מצויים בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל, ועל כן סעיף 51 כלל אינו חל על ענייננו. כשם שהמדינה אינה יכולה לטעון להגנה עצמית נגד אוכלוסייתה שלה, כך אין היא יכולה לטעון להגנה עצמית נגד תושבים המצויים תחת כיבוש של צבאה. נגד אוכלוסייה אזרחית נכבשת אין זכות להגנה עצמית אלא זכות לאכיפת חוק בהתאם לדיני

ט

התפיסה הלוחמתית. מכל מקום, חלים על ענייננו דיני שיטור ואכיפת חוק מכוח דיני הכיבוש, ולא דיני המלחמה. במסגרת זו, אין מקום להריגתם של חשודים ללא הליך הוגן, ללא מעצר וללא משפט. הסיכולים הממוקדים מפירים את הזכות הבסיסית לחיים, ואין למצוא להפרה זו הגנה או הצדקה. האיסור על הריגה שרירותית שאינה נחוצה לצורך הגנה עצמית מעוגן בנורמות מנהגיות של המשפט הבינלאומי. איסור מעין זה נובע גם מחובותיו של הכוח השולט בשטח כבוש כלפי האוכלוסייה הנכבשת, המהווה אוכלוסייה מוגנת לפי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר ההגנה על אוכלוסייה אזרחית בימי מלחמה משנת 1949, וכן לפי שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות שנחתמו בשנת 1977 [140]. דינים אלה כולם משקפים נורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי, והן מחייבות את ישראל. לטענת העותרים, הפרקטיקה של המדינות הנלחמות בטרור מצביעה באופן חד משמעי על נוהג בינלאומי שלפיו מקבלים החברים בארגוני טרור יחס של עבריינים, והמשפט הפלילי – לעתים, בתוספת סמכויות מיוחדות של שעת חירום – הוא שחולש על דרכי המאבק בטרור. העותרים מציינים כדוגמאות לעניין זה את מאבקה של בריטניה במחתרת האירית, את מאבקה של ספרד במחתרת הבסקית, את מאבקה של גרמניה בארגוני הטרור, את מאבקה של איטליה בארגון הבריגדות האדומות ואת מאבקה של טורקיה במחתרת הכורדית.

5. לחלופין, טוענים העותרים שמדיניות הסיכולים הממוקדים מפירה את כללי המשפט הבינלאומי אף אם אנו מחילים על הסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים את דיני המלחמה. דינים אלה מכירים בשני סטטוסים של אנשים בלבד – לוחמים ואזרחים. לוחמים הינם מטרת לגיטימיות לתקיפה, אך הם נהנים גם מהזכויות המוענקות במשפט הבינלאומי ללוחמים, ובהן חסינות מפני העמדה לדין והזכות למעמד של שבויי מלחמה. אזרחים נהנים מההגנות ומהזכויות הנתונות במשפט הבינלאומי לאזרחים בשעת מלחמה. בין השאר, אין הם מטרה לגיטימית לתקיפה. מעמדם של האזרחים וההגנה עליהם מעוגנים בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה. הוא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי המנהגי. עמדת העותרים היא שחלוקה זו בין לוחמים לאזרחים היא חלוקה ממצה. אין סטטוס ביניים ואין קיימת קטיגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים". כל אדם שאינו לוחם, וכן כל אדם שלגביו קיים ספק אם הוא לוחם, הוא מינייה וביה במעמד של אזרח, והוא זכאי לזכויות ולהגנות הנתונות

אזרחים בשעת מלחמה. גם אזרח המשתתף בפעולות לחימה אינו "לוחם בלתי חוקי" כי אם אזרח עברייני, ומכל מקום הוא שומר על מעמדו כאזרח. העותרים דוחים, לפיכך, את עמדת המדינה שלפיה יש לראות בפעילי ארגוני הטרור לוחמים בלתי חוקיים. העותרים עומדים על כך שהמדינה עצמה מסרבת לתת לפעילים אלה את הזכויות וההגנות הניתנות במשפט הבינלאומי ללוחמים, כגון הזכות למעמד של שבוי מלחמה. התוצאה היא שהמדינה מבקשת לנהוג בהם לפי הרע שבשני העולמות: ללוחמים להצדקת הריגתם, וכאזרחים לצורך מעצרים והעמדתם לדין. תוצאה זו היא בלתי מתקבלת על הדעת. פעילי ארגוני הטרור, אף אם הם משתתפים בפעולות לחימה, אינם מוצאים בשל כך אל מחוץ לתחולתם של כללי המשפט הבינלאומי. עמדת העותרים היא, אם כן, כי יש לראות בפעילים של ארגוני הטרור כמי שנמצאים במעמד של אזרחים.

6. העותרים מציינים שאזרח המשתתף בלחימה עשוי לאבד חלק מההגנות הנתונות לאזרחים בשעת לחימה. אולם, זאת – רק כאשר הוא נוטל חלק ישיר בלחימה וכל עוד נמשכת השתתפות ישירה זו. שני תנאים אלה קבועים בסעיף 51(3) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 [140] (להלן: הפרוטוקול הראשון). סעיף זה, על כל תנאיו, משקף, לעמדת העותרים, כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי. תנאים אלה אומצו בפסיקה בינלאומית והם נזכרים במסמכים בינלאומיים נוספים, כמו גם במדריכים הצבאיים של מרבית המדינות המערביות. על מנת לשמור על ההבחנה החדה בין לוחמים לאזרחים, ניתנה לתנאים אלה פרשנות מצומצמת ודווקנית. לפי פרשנות זו, אזרח יאבד את חסינותו מפני תקיפה רק בעת שהוא נוטל, בפועל, חלק ישיר בפעולות איבה, ורק במהלך הזמן שבו נמשכת השתתפות ישירה זו. כך למשל, מרגע ששב האזרח לביתו, וגם אם יש בכוונתו להשתתף שנית במועד מאוחר יותר בפעולות איבה, הרי שאין הוא מטרה לגיטימית לתקיפה, אף כי ניתן לעוצרו ולהעמידו לדין בגין השתתפותו בלחימה. העותרים עומדים על כך שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מבוצעת בפועל וכפי שהמשיבים מצהירים עליה במפורש, חורגת מגבולות מצומצמים אלה. היא פוגעת באזרחים גם בזמן שאין הם משתתפים באופן ישיר בלחימה או במעשי איבה. פעולות הסיכול נעשות בניסיונות שבהן אין מתקיימים תנאי המיידיות והנחיצות שרק בהתקיימם ניתן לפגוע באזרחים. לפיכך, מדובר במדיניות בלתי חוקית המהווה פגיעה אסורה

במטרות אזרחיות.

7. העותרים צירפו חוות דעת מומחה של פרופ' קססה (Cassese), מומחה למשפט בינלאומי, אשר שימש כנשיאו הראשון של בית הדין הבינלאומי הפלילי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר. בחוות דעתו עומד פרופ' קססה על ההבחנה העקרונית במשפט הבינלאומי בין אזרחים ללוחמים, המעוגנת, בין השאר, בכללים הנספחים לאמנת האג הרביעית משנת 1907 [141]. מי שאינו נופל לגדר הגדרת הלוחמים הינו, מניה וביה, אזרח. אין קטיגוריה שלישית של "לוחמים בלתי חוקיים". לפיכך, אלה שמשתתפים בפעולות לחימה שונות בלי שהם עונים להגדרת "לוחמים" הינם במעמד של אזרחים והם זכאים להגנות המוענקות להם בדיני המלחמה. אזרח אשר משתתף בפעולות לחימה מאבד הגנות אלה, והוא עלול להיות מטרה לגיטימית להתקפה. אך זאת, רק אם הוא נוטל חלק ישיר בפעולות עוינות ורק אם התקיפה נגדו מבוצעת בפרק הזמן שבמהלכו הוא נוטל חלק ישיר כאמור. כלל זה מעוגן בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140], אך הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. עמדתו של פרופ' קססה היא שאת הביטויים "חלק ישיר" ו"פרק הזמן" יש לפרש באופן דווקני ומצמצם. אזרח המשתתף בפעולות מלחמתיות מאבד את ההגנות הניתנות לאזרחים רק בפרק הזמן שבו הוא נוטל, בפועל, חלק ישיר בפעולות לחימה, כגון כאשר הוא יורה או מניח פצצה. גם אזרח הנערך לבצע פעילות עוינת עשוי להיחשב כמי שנוטל חלק ישיר בפעולות עוינות, ובלבד שהוא נושא נשק בגלוי. כאשר הוא מניח את נשקו, או כאשר אין הוא מבצע פעולות מלחמתיות, הוא פוסק מלהיות מטרה לגיטימית לתקיפה. לפיכך, מי שמסייע בלבד לתכנון פעולה עוינת, או מי שמדריך או שמשלח אחרים לבצע פעולות עוינות, אינו מטרה לגיטימית לתקיפה. סיוע עקיף מעין זה לפעילות עוינת עלול לחשוף את האזרח למעצר ולמשפט, אך אין הוא הופך אותו ליעד לגיטימי לתקיפה.

8. עמדת העותרים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מתבצעת בפועל, מפרה גם את דרישות המידתיות המהוות חלק מהמשפט הישראלי ומהמשפט הבינלאומי המנהגי. עקרון המידתיות הוא עיקרון מרכזי של דיני המלחמה. הוא אוסר פגיעה גם במטרות לגיטימיות, אם ההתקפה צפויה להביא לפגיעה קשה באופן מוגזם (excessive) – בהתחשב בתועלת הצבאית מהפעולה

א – בחיי חפים מפשע. עיקרון זה מעוגן בסעיף 51(5)(B) לפרוטוקול הראשון [140], אשר מהווה כלל מנהגי. מדיניות הסיכולים הממוקדים אינה מקיימת תנאי זה. מבצעה מודעים לכך שהיא עשויה, לעתים בוודאות קרובה, להביא למותם ולפגיעתם של חפים מפשע. וכך אמנם קורה פעם אחר פעם. בשל שיטות הפעולה הננקטות על פי מדיניות זו, מסתיימים רבים מניסיונות הסיכול במותם ובפגיעתם של אזרחים חפים מפשע. כך למשל, ביום 22.7.2002, הוטלה פצצה שמשקלה 1,000 ק"ג אל עבר ביתו של המבוקש סאלח שחאדה באזור מגורים צפוף בעיר עזה. הפצצה וההדף גרמו למותו של המבוקש, של אשתו, של בתו, וכן למותם של 12 אנשים נוספים שהתגוררו בשכונת. עשרות אנשים נפצעו. מקרה זה, כמו גם מקרים אחרים, מדגים את ניזוקה של מדיניות הסיכולים הממוקדים, שאינה מבחינה בין מחבלים לבין חפים מפשע. עמדת העותרים היא, אם כן, כי מדיניות הסיכולים אינה עומדת במבחן המידתיות במונח הצר. זאת ועוד, לטענת העותרים, המדיניות אף אינה עומדת במבחן המידתיות השני, שענייננו האמצעי שפגיעתו פחותה. לטענת העותרים, המשיבים עושים שימוש בכלי הסיכול הממוקד לעתים מזומנות, ובכלל זה גם כאשר ישנם אמצעים אחרים לתפיסתם של חשודים בפעילות טרוריסטית. העותרים מצביעים על כך שכוחות הביטחון ביצעו במהלך האינתיפדה השנייה מאות מעצרים בשטחי A שבתחומי יהודה ושומרון וחבל עזה. נתונים אלה מראים כי בידי כוחות הביטחון היכולת המבצעית לעצור חשודים גם בשטחי A ולהביאם למתקני מעצר וחקירה. בנסיבות אלה, אין מקום לעשות שימוש בסיכולים ממוקדים. לבסוף, העותרים עומדים על כך שמדיניות הסיכולים הממוקדים אינה חסינה מפני טעויות קשות. ליעדי הסיכול אין ניתנת הזדמנות להגן על חפותם. מדיניות הסיכולים כולה פועלת בעולם חשאי שבו עין ציבורית אינה שוזפת את תיק הראיות שעל בסיסו נקבעים יעדי הסיכולים. אין מתקיימת ביקורת שיפוטית לפני פעולות סיכול או לאחריהן. לפחות במקרה אחד יש חשש שאירעה טעות בזיהוי והומת אדם שנשא שם דומה למבוקש החי באותו הכפר.

3. תשובת המשיבים

9. בתשובתם המקדמית לעתירה ציינו המשיבים כי עתירה זוהה במהותה ובטענות שהועלו בה לעתירה שלפנינו נדונה ונדרחתה בבית המשפט העליון (בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש-הממשלה [1]). בפסק דין זה נקבע, בעמ' 1, כי

א
"ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פגיעי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם". עמדת המשיבים היא שגישה זו ראויה היא. עתירה זו, כמו קודמתה, מבקשת להביא את בית המשפט אל תוך תוכה של זירת לחימה, לדיון בעניינים בעלי אופי מבצעי מובהק אשר אינם שפיטים. מטעמים אלה, דין העתירה להידחות על הסף. עם זאת, המשיבים לא חזרו על טענה זו בכתבי הטענות המשלימים שהגישו.

ב
ג
ד
ה
ו
ז
ח
ט
י
יא
10. לגופו של עניין, עומדים המשיבים על הרקע הביטחוני שהוביל למדיניות הסיכולים הממוקדים. החל מסוף ספטמבר 2000 מתרחשות באזור יהודה, שומרון וחבל עזה פעולות לחימה וטרור נגד ישראל. עקב פעולות אלה נהרגו בשנים 2000–2005 מעל לאלף אזרחים ישראלים. אלפים נוספים נפצעו. כוחות הביטחון נוקטים פעולות שונות על מנת להתמודד עם פעולות הלחימה והטרור. לנוכח העימות המזוין, חלים על פעולות אלה דיני המלחמה או דיני סכסוכים מזוינים (laws of armed conflicts) המהווים חלק מן המשפט הבינלאומי. עמדת המשיבים היא שיש לדחות את הטענה שישראל רשאית להתגונן נגד הטרור תוך עשיית שימוש באמצעים של אכיפת חוק בלבד. אין עוד מחלוקת כיום כי מדינה רשאית להגיב בכוח צבאי על מתקפת טרור נגדה. זאת, מכוח זכותה להגנה עצמית הקבועה בסעיף 51 למגילת האו"ם [139], המאפשרת למדינה להגן על עצמה מפני "התקפה חמושה". אף אם קיימת מחלוקת בין מומחים באשר לשאלה מהי "התקפה חמושה", לא יכול שיהא כל ספק שמתקפת הטרור נגד ישראל עונה להגדרה של התקפה חמושה. לפיכך, ישראל רשאית להפעיל כוח צבאי נגד ארגוני הטרור. המשיבים מצביעים על כך שמדינות נוספות חדלו להתייחס אל פעולות טרור כאל פשעים פליליים בלבד, והחלו לעשות שימוש באמצעים צבאיים-מלחמתיים נגד פעולות טרור שכוונו נגדן. במיוחד כך כאשר מדובר במעשי טרור בהיקף נרחב הנמשכים תקופה ארוכה. עמדת המשיבים היא שהשאלה אם חלים על כל שטחי האזור דיני התפיסה הלוחמתית אינה רלוונטית לסוגיה שלפנינו, שכן השאלה אם מדיניות הסיכולים הממוקדים הינה חוקית תוכרע על פי דיני המלחמה החלים הן בשטח כבוש והן בשטח שאינו כבוש ובלבד שמתחולל בו עימות מזוין.

יא
11. עמדת המשיבים היא שדיני המלחמה חלים לא רק על מלחמה במובנה

הקלאסי, כי אם גם על סכסוכים ועל עימותים מזוינים אחרים (armed conflicts). המשפט הבינלאומי אינו כולל הגדרה חד-משמעית למושג "עימות מזוין". עם זאת, אין עוד ספק כיום כי יכול שיתקיים סכסוך מזוין בין מדינה לבין קבוצות וארגונים שאינם מדינתיים. זאת, בהתחשב, בין היתר, ביכולות הצבאיות ואמצעי הלחימה שבידי ארגונים כאלה, ובנכונותם להשתמש בהם. הסכסוך הנוכחי בין ישראל לארגוני הטרור הוא סכסוך מזוין שבמסגרתו רשאת ישראל להגיב באמצעים צבאיים. כך גם קבע בית המשפט העליון בשורה של מקרים. אשר לסיווגו של העימות, מלכתחילה טענו המשיבים כי מדובר בעימות מזוין בינלאומי אשר חלים עליו דיני המלחמה הרגילים. בתגובתם המסכמת (מיום 26.1.2004) מציינים המשיבים כי שאלת סיווגו של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים היא שאלה סבוכה, ויש בה פנים לכאן ולכאן. מכל מקום, אין צורך להכריע בה לצורך העתירה. זאת, שכן לפי כל אחד מהסיווגים, יחולו על פעולות המדינה דיני העימות המזוין. דינים אלה מתירים פגיעה במי שהוא צד לסכסוך המזוין ונטול בו חלק פעיל, בין שמדובר בעימות מזוין בינלאומי ובין שמדובר בעימות שאינו בינלאומי, ואף אם מדובר בסיווג חדש של עימות מזוין ההולך ומתפתח בעשור האחרון במשפט הבינלאומי, שעניינו סכסוכים מזוינים בין מדינות לבין ארגוני טרור. לפי כל אחד מסיווגים אלה, מי שהוא צד לסכסוך המזוין ונטול בו חלק פעיל הינו לוחם, וניתן לפגוע בו. עמדת המשיבים היא שפעילי ארגוני הטרור הינם צד לסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור, והם נוטלים חלק פעיל בלחימה במסגרתו. לפיכך, הם מטרות חוקיות לתקיפה כל עוד נמשך העימות המזוין. עם זאת, אין הם זכאים לזכויות של לוחמים על פי אמנת ג'נבה השלישית [146] וכללי האג [141] משום שאין הם מבחינים עצמם מאוכלוסייה אזרחית ומשום שאין הם מקיימים את דיני המלחמה. לנוכח מציאות מורכבת זו, עמדת המשיבים היא שיש להכיר בקטיגוריה שלישית של אנשים, והיא הקטיגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים". אנשים הנופלים לגדר קטיגוריה זו הינם לוחמים ועל כן הם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה. עם זאת, אין הם זכאים לכל הזכויות הניתנות ללוחמים חוקיים, שכן הם עצמם אינם מקיימים את דרישותיהם של דיני המלחמה. עמדת המשיבים היא שפעילי ארגוני הטרור בתחומי האזור נופלים לגדר הקטיגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים". מעמדם של המחבלים המשתתפים באופן פעיל בעימות המזוין אינו כשל אזרחים. הם צד לעימות המזוין, ולפיכך ניתן לפגוע בהם. הם אינם מקיימים את

דיני המלחמה, ולפיכך אין הם נהנים מהזכויות ומההגנות הניתנות ללוחמים חוקיים המקיימים את דרישותיהם של דיני המלחמה. עמדת המשיבים היא, אם כן, שלפי כל אחת מהחלופות, "מותר למדינה להרוג את מי שנלחמים כנגדה, וזאת בהתאם לעקרונות היסוד של דיני המלחמה החלים בכל סכסוך מזוין" (פסקה 68 לתגובת המשיבים מיום 26.1.2004).

12. לחלופין, עמדת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים הינה חוקית אף אם לא תתקבל הטענה שפעילי ארגוני הטרור הינם לוחמים המהווים צד לסכסוך המזוין, ואף אם נראה בהם כאלה הנמצאים במעמד של אזרחים. זאת, משום שדיני העימות המזוין מתירים לפגוע באזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות מלחמתיות. אכן, ככלל, דיני המלחמה מקנים לאזרחים חסינות מפני פגיעה. עם זאת, "אזרח" אשר נוטל חלק ישיר במעשי האיבה מאבד את חסינותו ומותר לפגוע בו. ככלל זה, מותר לפגוע באזרחים כדי לסכל כוונות לבצע פעילות עוינת עתידית או מתוכננת. כל אדם הנוטל חלק ישיר – בביצוע, בתכנון, או בשילוח – של מעשי איבה המכוונים נגד מטרות אזרחיות או צבאיות הינו מטרה לגיטימית לתקיפה. חריג זה משקף כלל מנהגי של המשפט הבינלאומי. עמדת המשיבים היא שתנאי הבר-זמניות הקבוע בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140], שלפיו אין לפגוע באזרח אשר נוטל חלק ישיר במעשי איבה אלא בזמן שבו הוא נוטל חלק כאמור, אינו מחייב את ישראל, שכן אין הוא משקף כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי. לעניין זה, מציינים המשיבים שישראל, כמו גם מדינות אחרות, לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון. לפיכך, מותרת הפגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה גם בזמן שאינם פועלים כאמור. אין כל מניעה מלפגוע במחבלים בכל עת ומקום כל עוד לא הניחו את נשקם ויצאו ממעגל הלחימה. לבסוף, עמדת המשיבים היא שאף אם נראה בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140], על כל תנאיו, כלל מנהגי, הרי שמדיניות הסיכולים הממוקדים מקיימת את הוראותיו. זאת, משום שיש לפרשו באופן מרחיב יותר מהפרשנות שהוצעה על ידי העותרים. כך, יש לפרש את הביטוי "מעשי איבה" ("hostilities") ככוללים מעשים, כגון תכנון פיגועי טרור, שילוח מפגעים ופיקוד על חוליות טרור. אין כל בסיס לעמדתו של פרופ' קססה שלפיה "מעשי איבה" חייבים לכלול שימוש בנשק או נשיאת נשק. גם לביטוי "חלק ישיר" יש לתת פרשנות מרחיבה כך שמי שמתכנן, משלח, או מבצע פיגוע טרור, ייחשב כמי שנוטל חלק ישיר בפעולות איבה. לבסוף, גם את תנאי הבר-

א זמניות יש לפרש באופן מרחיב, כך שניתן יהיה לפגוע במחבל כל זמן שהוא עוסק באופן שיטתי במעשי טרור. עמדת המשיבים היא שהפרשנות המאוד מצמצמת המוצעת על ידי העותרים לסעיף 51(3) היא בלתי סבירה ומקוממת. מעמדת העותרים ומחוות הדעת מטעמם עולה שנתונה למחבלים חסינות מפני פגיעה כל זמן שהם מתכננים פיגועי טרור, וחסינות זו מוסרת לזמן קצר בלבד ברגע ביצוע הפיגוע בפועל. לאחר ביצוע הפיגוע שבה החסינות לחול על המחבלים אף אם ידוע וברור כי הם חוזרים לבתייהם על מנת לתכנן את הפיגוע הבא ולהוציאו לפועל. פרשנות זו מאפשרת לאלה שנוטלים חלק פעיל בפעילות איבה "להחליף כובעים" כרצונם, בין כובע הלוחם לכובע האזרח. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת. היא גם אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של החריג שנועד לאפשר למדינה לפעול נגד אזרחים הנוטלים חלק פעיל במאבק נגדה. מסקנת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים מקיימת את דיני המלחמה אף אם אנו רואים במחבלים אזרחים ואף אם אנו רואים בתנאים הקבועים בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140] כללים מנהגיים.

א 13. עמדת המשיבים היא שמדיניות הסיכולים הממוקדים, כפי שהיא מתבצעת בפועל, עומדת בדרישת המידתיות. דרישת המידתיות אינה מובילה אל המסקנה שאסור לבצע פעולות מלחמתיות שבהן עלולים להיפגע אזרחים. דרישה זו פירושה שהפגיעה באזרחים צריך שתעמוד ביחס מידתי לתועלת הביטחונית העשויה לצמוח מהפעולה הצבאית. זאת עוד, את מידתיותה של הפעולה יש לבחון על רקע אי הוודאות האינהרנטית האופפת כל פעילות מלחמתית, במיוחד בהינתן נסיבותיו של הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני הטרור. מדינת ישראל מקיימת את דרישות המידתיות. פעולות של סיכול ממוקד אינן ננקטות אלא כצעד חריג, כאשר אין לפעילות זו חלופה אחרת. מטרתה – הצלת נפשות. היא נשקלת ברמות הפיקוד הגבוהות ביותר. בכל מקרה, נעשה ניסיון למזער ככל שאפשר את הפגיעה הנלווית העלולה להיגרם לאזרחים במהלך פעילות הסיכול הממוקד. במקרים שבהם גורמי הביטחון סבורים כי קיימות חלופות אחרות לפעולה, מיושמות חלופות אלה במידת האפשר. לא אחת נדחו או בוטלו משימות סיכול עת הסתבר כי אין אפשרות לבצען בלא לסכן חפים מפשע באופן בלתי מידתי.

א 4. העתירה והטיפול בה

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

15. לאחר הגשת העתירה הוגשו שתי בקשות להצטרף אליה. תחילה הוגשה (ביום 22.7.2003) על ידי כוח העותרים בקשה מטעם ה-National Lawyers Guild וה-International Association of Democratic Lawyers להצטרף לעתירה ולהגיש כתב טיעונים במעמד של "ידיד בית המשפט" (*Amicus Curiae*). המשיבים התנגדו לבקשה. לאחר מכן, הוגשה (ביום 23.2.2004) מטעם שורת הדין – Israel Law Center – ו-24 מבקשים נוספים בקשה להצטרף כמשיבים לעתירה. העותרים התנגדו לבקשה. אנו מחליטים לקבל את שתי הבקשות ולצרף את המבקשים כצדדים לעתירה. הטיעון מטעם ידיד בית המשפט תומך בעיקרי טענות העותרים. עוד נטען בו כי הריגתם של מנהיגים דתיים ופוליטיים נוגדת את המשפט הבינלאומי ואינה לגיטימית, לא בשעת מלחמה ולא בשעת שלום. נוסף לכך, אין לעשות שימוש במדיניות הסיכולים הממוקדים כלפי אלה שמעורבים בפעילות טרוריסטית אלא במקרים שבהם יש סכנה מיידית לחיי אדם, וגם אז – רק בהיעדרו של אמצעי אחר להסרת הסכנה. הטיעון מטעם שורת הדין תומך בעיקרי טענות המשיבים. עוד נטען בו כי

פעילות הסיכולים הממוקדים מותרת, ואף מחויבת, מכוח העיקרון במשפט העברי של "הבא להרגך השכם להרגו" ומכוח דין "הרודף אחר חברו להרגו".

א

5. המסגרת הנורמטיבית הכללית

א. עימות בינלאומי מזוין

ב

16. נקודת המוצא העקרונית הינה כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, משומרון ומחבל עזה (להלן: האזור) קיים מאז האינתיפדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזוין או של סכסוך מזוין (armed conflict). על קיומו של עימות זה עמד בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין (ראו: בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל [2]; בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש [3]; בג"ץ 9293/01 ברקה נ' שר הביטחון [4]; בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון [5]; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון [6]; להלן: פרשת אלמדני; בג"ץ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [7]; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל [8]; להלן: פרשת מראעבה). באחת הפרשות ציינתי:

ט

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [9], בעמ' 358; להלן: פרשת עג'ורי).

י

גישה זו עולה בקנה אחד עם הגדרתו של עימות מזוין בספרות הבינלאומית (ראו: ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום [77], בעמ' 142; להלן: בן-נפתלי ושני; YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE [83], at p. 201; HELEN DUFFY, THE "WAR ON TERROR" AND THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW [84], at p. 219; להלן: דופי). היא משקפת היטב את שמתרחש, עד עצם היום הזה, ב"אזור". וכך תואר המצב בהשלמת הסיכומים מטעם פרקליטות המדינה (מיום 26.1.2004):

יא

"מזה למעלה משלוש שנים נתונה מדינת ישראל בפני מסכת בלתי-פוסקת, מתמדת ורצחנית של פיגועים, המופנים כלפי ישראלים באשר הם, בלא כל הבחנה בין חיילים לאזרחים או בין גברים, נשים וטף. במסגרת מערכת הטרור הנוכחית, נהרגו עד כה, מאז סוף חודש

ספטמבר 2000 למעלה מ-900 ישראלים, וכן נפצעו אלפי ישראלים אחרים. כן נהרגו ונפצעו אלפי פלסטינים בתקופה זו. למען ההשוואה נציין, כי כמות הנפגעים הישראלים יחסית לאוכלוסיית מדינת ישראל, גדולה פי כמה מאחוז הנפגעים שנפגעו בארה"ב במסגרת אירועי ה-11 בספטמבר אל מול אוכלוסיית ארה"ב. כידוע, וכפי שכבר ציינו, אירועי ה-11.9 הוגדרו על ידי מדינות העולם וארגונים בין-לאומיים ללא כל היסוס כ'התקפה מזוינת' המצדיקה שימוש בכוח נגדי.

א

ב

פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – השטחים) והן במדינת ישראל גופה. הם מופנים הן נגד אזרחים, בריכוזי אוכלוסין אזרחיים, במרכזי קניות ובשווקים, והן נגד חיילי צה"ל, בבסיסים ובמתקנים של כוחות הביטחון. ארגוני הטרור עושים שימוש בפיגועים אלה באמצעים בעלי אופי צבאי מובהק, כאשר המכנה המשותף לכולם הוא קטלניותם ואכזריותם. בין אמצעים אלה ניתן למנות פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכוניות תופת וכיו"ב" (עמ' 30).

ג

ד

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

"ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי [...] פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות – חלקן של המשפט הבינלאומי המנהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, וחלקן בכללי היסוד של המשפט הישראלי – הקובעות כללים באשר לניהול של לחימה" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה [10], בעמ' 391; להלן: פרשת רופאים לזכויות האדם).

ה

ו

מהי המערכת הנורמטיבית החלה במקרה של עימות מזוין בין ישראל לארגוני הטרור הפועלים באזור?

18. המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין ישראל לבין

ז

א ארגוני הטרור שבאזור היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או בסכסוך) מזוין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict). על אופיו הבינלאומי של סכסוך מזוין בין מדינה התופסת באזור בתפיסה לוחמתית לבין מחבלים וטרוריסטים הבאים מאותו אזור – לרבות הסכסוך המזוין שבין ישראל לארגון הטרור שבאזור – עמד פרופ' Cassese, בציינו:

ב “An armed conflict which takes place between an Occupying Power and rebel or insurgent groups – whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to an international armed conflict” (ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW [85], at p. 420) (להלן: קסטסה).

ג דינים אלה כוללים את דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת, אין הם מוגבלים אך להם. דינים אלה חלים בכל מקרה של עימות מזוין בעל אופי בינלאומי – כלומר, חוצה גבולות המדינה – בין אם המקום שבו מתרחש העימות המזוין נתון לתפיסה לוחמתית ובין אם לאו. דינים אלה מהווים חלק של דיני ניהול הלחימה (ה-*ius in bello*). מנקודת המבט ההומניטרית, הם חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (ה-*International Humanitarian Law*). משפט ההומניטרי זה הוא “הדין המיוחד” (ה-*lex specialis*) החל בעימות מזוין. מקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי “משפט זכויות האדם הבינלאומי” (ה-*Human Rights Law*) (ראו: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons [142], at p. 240; of Nuclear Weapons [142], at p. 240; פרשת חוקיות הנשק הגרעיני; Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [143]; להלן: פרשת הגדר; Teodor Meron, *The Humanization of* Bankovic v. Belgium [62]. ראו גם: Humanitarian Law [100], at p. 239). בצד המשפט הבינלאומי העוסק בעימות מזוין עשויים לחול כללי יסוד של המשפט הציבורי הישראלי, שאותם נושא כל חייל ישראל בתרמילו והם נעים עימו לכל אשר יפנה (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמן אלעתאוניה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון [11], בעמ' 810; להלן: פרשת ג'מעית אסכאן [11]; פרשת עג'ורי

[9], בעמ' 365; פרשת מראעבה [8], בפסקה 14 לפסק הדין).

א 19. חלקים ניכרים של המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות מזוין הם בעלי אופי מנהגי. דינים מנהגיים אלה הם חלק מהמשפט הישראלי. זאת, "[...] מכוח היות מדינת ישראל מדינה ריבונית ועומדת ברשות עצמה" (השופט ש"ז חשין בע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה [12], בעמ' 15. ראו גם: ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה [13]; רע"א 7092/94 Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון [14], בעמ' 639, והפסיקה המוזכרת בו, וכן רות לפידות "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי" [81]; רובי סיבל משפט בינלאומי [78], בעמ' 29). היטיב להביע זאת הנשיא שמגר, בציינו:

ג "לפי פסיקתו העקבית של בית-משפט זה, המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפיפות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת" (בג"ץ 785/87 עפ"ו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [15], בעמ' 35).

ד המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות בינלאומיות (בין שישראל צד להן ובין שאינה צד להן) ואשר אין בו משום אימוץ של משפט בינלאומי מנהגי, אינו חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל (ראו: בג"ץ 69/81 אבו עיטא נ' מפקד אזור יהודה ושומרון [16], בעמ' 234, וכן יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" [82]). בעתירות שלפנינו, אין מתעוררת כל שאלה בעניין חקיקה ישראלית סותרת. המשפט הציבורי בישראל מכיר בצבא ההגנה לישראל כב"צבאה של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הצבא). הצבא מוסמך "לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הבטחוניים-לאומיים" (סעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948). חוק-יסוד: הממשלה מכיר בחוקתיותן של "פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור" (סעיף 40(ב)). פעולות אלה כוללות, כמובן, גם עימות מזוין עם ארגוני טרור מחוץ לגבולות המדינה. כן יש להזכיר את הסייג לאחריות הפלילית הקבוע בסעיף 334(ג1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לפיו, לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהוא "היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". כאשר חיילי צבא הגנה לישראל

א פועלים על פי דיני העימות המזוין, הם פועלים "לפי דין" ועומדת להם הגנת הצידוק. לעומת זאת, אם הם יפעלו בניגוד לדיני העימות המזוין הם עשויים לשאת, בין השאר, באחריות פלילית לפעולותיהם. אכן, "המקום הגיאומטרי" של סוגייתנו הוא במשפט הבינלאומי המנהגי הדין בעימות מזוין. ממנו ייגזרו גם הדינים האחרים העשויים להיות רלוונטיים על פי משפטנו הפנימי. משפט בינלאומי הסכמי שאין לו כוח מנהגי אינו חלק ממשפטנו הפנימי.

ב 20. המשפט הבינלאומי הדין בעימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור מעוגן בכמה מקורות (ראו YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT [86], at p. 5 להלן: דינשטיין). המקורות העיקריים הם אמנת האג הרביעית [141] (ה-Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907); להלן: אמנת האג). להוראות אמנה זו, אשר ישראל צד לה, מעמד של משפט בינלאומי מנהגי (ראו: פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 793; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל [17], בעמ' 827; להלן: פרשת בית סוריק; פרשת עג'ורי [9], בעמ' 364). בצידה עומדת אמנת ג'נבה הרביעית Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949); להלן: אמנת ג'נבה הרביעית. ישראל צד לאמנה זו. היא לא אומצה בחקיקה ישראלית. עם זאת, הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל (ראו פסק דינו של השופט ח' כהן בבג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון [18], בעמ' 638; להלן: פרשת קוואסמה). כידוע, עמדתה של ממשלת ישראל הינה כי, עקרונית, דיני התפיסה הלוחמתית שבאמנת ג'נבה הרביעית אינם תופסים בכל הנוגע לאזור. עם זאת, ישראל מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו (ראו: פרשת קוואסמה [18]; פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 194; פרשת עג'ורי [9], בעמ' 364; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית [19], בעמ' 396; להלן: פרשת המוקד להגנת הפרט; פרשת בית סוריק [17], בעמ' 827; פרשת מראעבה [8], בפסקה 14 לפסק הדין). לצורכי העתירה שלפנינו – די בכך. נוסף לכך, מעוגנים דיני העימות המזוין הבינלאומי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed

Conflicts (Protocol I), 1977 – להלן: הפרוטוקול הראשון [140]). ישראל אינה
צד לפרוטוקול זה והוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית. כמוכן, הוראותיו
המנהגיות של הפרוטוקול הראשון הן חלק ממשפטה של ישראל.

21. נקודת המוצא שלנו הינה, כי הדין החל על הסכסוך המזוין שבין ישראל
לבין ארגוני הטרור שבאזור הוא המשפט הבינלאומי הדין בעימות או בסכסוך
מזוין. כך ראה בית משפט זה בעבר את אופיו של הסכסוך וכך אנו ממשיכים
לראותו גם בעתירה שלפנינו. על פי תפישה זו, העובדה שארגוני הטרור
והחברים בהם אינם פועלים בשמה של מדינה אינה הופכת את המאבק בהם
למאבק פנים-מדינתי גרידא (ראו קסטס [85], בעמ' 420). אכן, במציאות של
היום, עשוי ארגון מחבלים להיות בעל יכולות צבאיות ניכרות. לעתים אף כאלה
העולות על יכולותיהן של מדינות. ההתמודדות עם סכנות אלה אינה יכולה
להיות מוגבלת אך למדינה פנימה ולמשפטה הפלילי בלבד. ההתמודדות עם
הסיכון של הטרור מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הדין בסכסוך מזוין בעל
אופי בינלאומי. בספרות המשפטית הועלו אפשרויות נוספות (ראו: דופי [84],
בעמ' 218; עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים
ומוסריים [80], בעמ' 585; להלן: גרוס; Orna Ben-Naftali & Keren Michaeli,
"We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the
Israeli Policy of Targeted Killings [101]; Derek Jinks, *September 11 and
the Law of War* [102]; להלן: Jinks). על פי גישתו של פרופ' קרצ'מר, יש
לסווג סכסוך מזוין זה כסכסוך שאינו בעל אופי לאומי-פנימי גרידא, אך גם אין
לסווגו כבעל אופי בינלאומי, אלא הוא בעל אופי מעורב, שבו יש תחולה הן
לדיני זכויות האדם הבינלאומיים והן לדינים ההומניטריים הבינלאומיים (ראו
David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial
Executions or Legitimate Means of Defence?* [103]; להלן: קרצ'מר). בא
כוח המדינה העלה לפנינו אפשרויות אלה והצביע על בעיותיהן בלא שנקט
לגביהן כל עמדה. כפי שראינו, נקודת המוצא שעל פיה נהג בית המשפט העליון
מזה שנים – והייתה זו תמיד גם נקודת המוצא של באי כוח המדינה בבית
המשפט העליון – הינה כי הסכסוך המזוין הוא בעל אופי בינלאומי. בפסק דינו
זה אנו ממשיכים בתפישה זו. יצוין כי גם אלה הסבורים כי הסכסוך המזוין בין
ישראל לארגוני המחבלים אינו בעל אופי בינלאומי, גורסים כי חל בו המשפט
הבינלאומי ההומניטרי או המשפט הבינלאומי של זכויות האדם (ראו קרצ'מר

א Hamdan v. Rumsfeld, [103], בעמ' 194; בן-נפתלי ושני [77], בעמ' 142, וכן: על הסכסוך המזוין שאינו בינלאומי, ראו Yoram Dinstein, Charles H. B. Garraway, Michael N. Schmitt, *The Manual the on Non-International Armed Conflict: With* (Commentary) [104].

ב 22. המשפט הבינלאומי הדן בעימות מזוין מבוסס על איזון עדין בין שני שיקולים נוגדים (ראו: פרשת ג'מעית אטכאן [11], בעמ' 794; פרשת המוקד להגנת הפרט [19], בעמ' 396; פרשת בית סוריק [17], בעמ' 833). האחד, עניינו השיקולים ההומניטריים הנוגעים לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על זכויותיו של האדם ועל כבודו. האחר, עניינו השיקולים הצבאיים המונחים ביסוד הסכסוך המזוין. שיקולים אלה מבוססים על הצורך הצבאי ועל הצלחתו (ראו דינשטיין [86], בעמ' 16). האיזון בין שיקולים אלה הוא הבסיס למשפט הבינלאומי של העימות המזוין. עמד על כך פרופ' גרינווד (Greenwood), בציינו:

ט "International humanitarian law in armed conflicts is a compromise between military and humanitarian requirements. Its rules comply with both military necessity and the dictates of humanity" (DIETER FLECK (ed.) THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS [87], at p. 32) (להלן: פלק).

בפרשת ג'מעית אטכאן [11] ציינתי:

י "תקנות האג סובבות סביב שני צירים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; האחר – הבטחת צרכיה של האוכלוסיה האזרחית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית" (שם [11], בעמ' 794).

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

"הצורך האחד הוא צבאי, והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום, והשני – באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [20], בעמ' 455–456; להלן: פרשת הט).

בפרשת בית טוריק [17] הוספתי כי –

"דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בכוחו של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון באזור ולהגן בכך על ביטחונה של מדינתו ושל אזרחיה, עם זאת, הם מתנים הפעלתה של סמכות זו באיזון ראוי בינה לבין הזכויות, הצרכים והאינטרסים של האוכלוסיה המקומית" (שם [17], בעמ' 833).

אכן, "כמו בתחומים רבים אחרים של המשפט, הפתרון אינו בכל או בלא כלום; הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים; הפתרון הוא במתן משקלות יחסיים לשיקולים השונים, תוך איזון ביניהם בנקודת ההכרעה" (פרשת מראעבה [8], בפסקה 29 לפסק הדין). תוצאתו של איזון זה הינה כי זכויות האדם מוגנות על ידי דיני הסכסוך המזוין, אך לא כדי מלוא היקפן. הוא הדין לעניין הצורך הצבאי. ניתנת לו האפשרות להגשים את עצמו, אך לא כדי מלוא צרכיו. איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם ואת מגבלותיו של הצורך הצבאי. נקודת האיזון אינה קבועה. "בעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסיה האזרחית" (פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 794). מה הם הגורמים המשפיעים על נקודת האיזון?

23. שיקול עיקרי המשפיע על נקודת האיזון הינו זהותו של אדם הנפגע או המטרה הנפגעת בעימות המזוין. זהו העיקרון הבסיסי של ההבחנה (distinction) (ראו: דינשטיין [86], בעמ' 82; בן-נפתלי ושני [77], בעמ' 151).

א המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזוין עומד על הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) ומטרות צבאיות (military objectives) לבין שאינם לוחמים (non-combatants), כלומר אזרחים (civilians) ומטרות אזרחיות (civilian objectives) (ראו: פרשת חוקיות הנשק הגרעיני [142], בעמ' 257; סעיף 48 לפרוטוקול הראשון [140]). על פי העיקרון הבסיסי של ההבחנה, לא הרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין לוחמים ומטרות צבאיות של הצד שכנגד כהרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין אזרחים ומטרות אזרחיות של הצד שכנגד. ככלל, לוחמים ומטרות צבאיות הם מטרות לגיטימיות להתקפה צבאית. חייהם וגופם נתונים לסיכון הלחימה. ניתן להמיתם ולפצוע אותם. עם זאת, לא כל פעולת לחימה מותרת כלפיהם ולא כל אמצעי צבאי מותר הוא. כך, למשל, מותר לירות בהם ולהרגם. עם זאת חל איסור על הריגתם ב"דרכים בוגדניות" ("treacherous killing"), או לפגוע בהם בדרכי מעל (perfidy) (ראו דינשטיין [86], בעמ' 198). כן נאסר שימוש בכלי נשק מסוימים. הדיון בכל אלה אינו מתעורר בעתירה שלפנינו. זאת ועוד: דינים מקיפים עוסקים במעמדם של שבויי מלחמה (prisoners of war). כך, לדוגמה, אין להעמיד שבויי מלחמה לדין פלילי בשל עצם השתתפותם בלחימה, ויש לנהוג בהם "מנהג אנושי" (סעיף 13 לאמנת ג'נבה השלישית [146]). ניתן כמובן להעמידם לדין בגין פשעי מלחמה שהם ביצעו במהלך פעולות האיבה. לעומת הלוחמים ומטרות צבאיות, עומדים אזרחים ומטרות אזרחיות. אסור להם להיות נתונים להתקפה צבאית המכוונת כלפיהם. חייהם וגופם מוגנים מפני סיכוני הלחימה ובלבד שהם עצמם אינם נוטלים חלק ישיר בלחימה. כך נוסח עיקרון מנהגי זה:

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

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

א Rule 7: The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may

only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects" (JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW [88], at pp. 3, 19, 25).
(להלן: HENCKAERTS & DOSWALD-BECK).

א

גישה זו – המגינה על חייהם, על גופם ועל רכושם של אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בעימות מזוין – עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו: פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 794; בג"ץ 72/86 זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה והשומרון [21], בעמ' 532; פרשת אלמדני [6], בעמ' 35; פרשת עג'ורי [9], בעמ' 365; פרשת המוקד להגנת הפרט [19], בעמ' 396; בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, מתקן כליאה קציעות [22], בעמ' 412; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [23], בעמ' 364; פרשת הס [20], בעמ' 465; פרשת מראעבה [8], בפסקאות 24–29; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל [24], בפסקה 15; בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל [25], בפסקה 23 לפסק דיני; להלן: פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת"). עמדתי על כך בפרשת רופאים לזכויות האדם [10], אשר דנה בפעילות לחימה בעת העימות המזוין ברפיח:

ב

ג

ד

"ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת פעולות הלחימה הינה כי התושבים המקומיים [...] זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות" [...] (סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם תקנה 46 לתוספת לאמנת האג). ביסוד הוראה בסיסית זו עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין [...] אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן. חובה בסיסית זו אינה מוחלטת. היא כפופה ל' [...] אותם אמצעי פיקוח ובטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה' (סעיף 27 סיפא). אמצעים אלה אסור להם לפגוע בליבת הזכויות [...] עליהם להיות מידתיים" (שם [10], בעמ' 393–394).

ה

ו

ז

בהמשך אותה פרשה ציינתי כי:

א "חובתו של המפקד הצבאי על-פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלישית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית' [...] שתי החובות הללו – אשר הגבול ביניהן הוא דק – צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על-פי צורכי הזמן והמקום" (שם [10], בעמ' 394).

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

ב. לוחמים

ד 24. מיהם לוחמים (combatants)? קטיגוריה זו כוללת כמובן את אנשי הצבא (Armed Forces). כן נכללים בה אנשים הממלאים את התנאים הבאים (תקנה 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 [141]):

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

ו (1) מפקד עליהם אדם האחראי לפיקודיו;

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

ח (3) הם נושאים נשק בגלוי; וכן

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

י על ניסוח זה חוזר סעיף 13 לאמנות ג'נבה הראשונה [144] והשנייה [145], וסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית [146] (השוו גם סעיף 43 לפרוטוקול הראשון [140]). בספרות המשפטית נבחנים תנאים אלה ותנאים נוספים נדרשים, שאותם

מסיקים מהאמנות הרלוונטיות (ראו דינשטיין [86], בעמ' 39). אין לנו צורך לדון בכל אלה, שכן ארגוני הטרור מהאזור ויחידיהם אינם מקיימים את התנאים של לוחמים (ראו גרוס [80], בעמ' 75). די אם נציין שאין להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק והם אינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה. באחת הפרשות ציינתי:

א

"אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שאין מתמלאת לגביהם הוראת סעיף 4a(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית, הקובעת כי אחד התנאים שיש למלא כדי לקיים את ההגדרה של 'שבויי מלחמה' הוא 'that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war'. הארגונים שאליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים מתוך אוכלוסיה אזרחית, המשמשת להם כמגן. כל אלה הן פעולות הנוגדות את המשפט הבינ-לאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל הייתה כל השנים שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם. לא מצאנו עילה להתערב בעמדה זו" (בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל [26], בעמ' 191).

ב

ג

ד

ראו גם: תפ"ח (מחוזי ת"א) 1158/02 מדינת ישראל נ' ברגותי [60], בפסקה 35; ת"מ/4/69 התובע הצבאי נ' קאסם [61].

ה

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

ז

א
 ב
 "By universal agreement and practice, the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful" (*Ex Parte Quirin* [67], at p. 30).

ראו גם Hamdi v. Rumsfeld [68].

ג
 חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, מסמך את ראש המטה הכללי להוציא צו המורה על מעצר מינהלי של "לוחם בלתי חוקי". מושג זה מוגדר בחוק כ"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביה התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבינ-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה" (סעיף 2). למותר לציין כי לוחמים בלתי חוקיים אינם מחוץ לחוק. אין הם בגדר outlaws. גם אותם ברא האל בצלמו; גם את כבוד האדם שלהם יש לכבד; גם הם נהנים מהגנה וזכאים להגנה, ולו מינימלית, על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי (ראו: Gerald L. Neuman, *Humanitarian Law and Counterterrorist Force* [105]; Georg Nolte, *Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves Into a Different Legal Order* [106], at p. 119; להלן: Nolte). כשהם נתונים במעצר או כאשר הם מובאים לדין (ראו סעיף 75 לפרוטוקול הראשון [140] המשקף משפט בינלאומי מנהגי, וכן Knut Dormann, *The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged" Combats* [107], at p. 70; להלן: Dormann). האם נובע מכאן כי בניהול הלחימה של ישראל כלפי ארגוני הטרור אין היא זכאית לפגוע בהם ואין היא זכאית להרגם גם אם הם מתכננים, משלחים

או מבצעים פיגועי טרור? אילו ראינו בהם לוחמים (חוקיים), התשובה הייתה כמובן כי ישראל זכאית הייתה לפגוע בהם. כשם שניתן לפגוע בחייל של מדינת אויב, כן ניתן היה לפגוע בהם. במקביל, הם היו נהנים ממעמד של שבויי מלחמה ומשאר ההגנות הניתנות ללוחמים חוקיים. אך, כפי שראינו, המחבלים הפועלים נגד ישראל אינם לוחמים לפי הגדרת ביטוי זה במשפט הבינלאומי; אין הם זכאים למעמד של שבויים; ניתן להעמידם לדין בגין השתייכות לארגוני מחבלים ובגין פעולותיהם נגד הצבא. האם דינם כדין אזרחים? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

ג. אזרחים

26. המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לעימות המזוין מגן על "אזרחים" מפני פגיעות בהם כתוצאה מפעולות האיבה. עמד על כך בית הדין הבינלאומי בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני [142], בציינו:

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

עיקרון מנהגי זה מצא ביטוי בסעיף 51(2) לפרוטוקול הראשון [140], שלפיו:

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

מכאן גם החובה לעשות הכל כדי להקטין את האבדן (הנזק) הנלווה לאוכלוסייה האזרחית (ה-collateral damage) בעת ביצוע התקפות על "לוחמים" (ראו Eyal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty To Spare Enemy Civilians* [108]). על רקע הגנה זו הניתנת ל"אזרחים", קמה ועולה השאלה מיהו "אזרח" לעניין דין זה. גישתו של המשפט הבינלאומי המנהגי הינה כי "אזרחים" הם אלה שאינם "לוחמים" (ראו סעיף 50(1) לפרוטוקול הראשון [140] וכן סיבל [78], בעמ' 432). בפרשת Blaskic ציין בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה כי אזרחים הם –

"Persons who are not, or no longer, members of the armed forces" (Prosecutor v. Blaskic [72], para 180).

- א הגדרה זו היא "שליטת" באופייה. היא גוזרת את המושג "אזרחים" כניגודו של "לוחמים". בכך היא רואה בלוחמים הבלתי חוקיים – אשר, כפי שראינו, אינם "לוחמים" – אזרחים. האם משמעות הדבר הינה כי הלוחמים הבלתי חוקיים זכאים לאותה הגנה לה זכאים אזרחים שאינם לוחמים בלתי חוקיים? התשובה היא בשלילה. המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזוין קובע כי אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה אינו נהנה אותה עת מההגנה הניתנת לאזרח שאינו נוטל חלק ישיר באותם מעשים (ראו סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140]). נמצא, כי הלוחם הבלתי חוקי אינו לוחם אלא "אזרח". עם זאת, הוא אזרח אשר אינו מוגן מתקיפה כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה.
- ב אכן, היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי" אינו רק עניין למשפט הפלילי הפנים-מדינתי. הוא עניין למשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזוינים בינלאומיים (ראו Jinks [102]). ביטוי זה הוא בכך שהאזרחים המהווים לוחמים בלתי חוקיים הם אובייקט לגיטימי לתקיפה, וממילא אינם נהנים מזכויותיהם של אזרחים שאינם לוחמים בלתי חוקיים, ובלבד שהם נוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה.
- ג כפי שראינו, הם גם אינם נהנים מהזכויות הנתונות ללוחמים. כך, לדוגמה, אין דין שבויי המלחמה חל בהם.

ד. קטיגוריה שלישית: לוחמים בלתי חוקיים?

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

28. הספרות בנושא זה היא מקיפה (ראו: Richard R. Baxter, *So-Called "Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas and Saboteurs* [109]; KENNETH WATKIN, WARRIORS WITHOUT RIGHTS? COMBATANTS, UNPRIVILEGED BELLIGERENTS, AND STRUGGLE OVER LEGITIMACY [89] וכן: Jaon Callen, *Unlawful Combatants and the Geneva Conventions* [110]; Michael H. Hoffman, *Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction with Implications for the Future of International Humanitarian Law* [111]; Shlomy Zachary, *Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?* [107]; Nolte [106]; Dormann [112]).

לא ננקוט עמדה בשאלה אם רצוי להכיר בקטיגוריה שלישית זו. השאלה שלפנינו אינה של משפט רצוי אלא של משפט מצוי. לדעתנו, בכל הנוגע למשפט המצוי, אין לפנינו די נתונים המאפשרים לנו להכיר בקיומה של קטיגוריה שלישית זו. זאת, על פי המצב הקיים של המשפט הבינלאומי, בין ההסכמי ובין המנהגי (ראו קסטס [85], בעמ' 408, 470). קשה לנו לראות כיצד ניתן להכיר בקטיגוריה שלישית במסגרת פירושן של אמנות האג וג'נבה. לא נראה לנו כי הוצגו לפנינו נתונים מספיקים המאפשרים לנו לומר כי קטיגוריה שלישית זו הוכרה, לעת הזו, במשפט הבינלאומי המנהגי. עם זאת, מציאות חדשה מחייבת לעתים פרשנות חדשה. כללים שפותחו על רקע מציאות שהשתנתה יצטרכו לקבל פירוש דינמי אשר יתאים אותם, במסגרת כללי הפרשנות המקובלים, למציאות החדשה (ראו: פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 800; פרשת עג'ורי [9], בעמ' 381). ברוח פרשנות זו ניגש עתה אל הדינים של המשפט הבינלאומי המנהגי הדינים במעמדם של אזרחים המהווים גם לוחמים בלתי חוקיים.

6. דינם של אזרחים שהם לוחמים בלתי חוקיים

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

29. אזרחים נהנים מהגנה מקיפה על חייהם, על גופם, על חירותם ועל רכושם. "השמירה על חייה של האוכלוסייה האזרחית היא ערך מרכזי בדינים ההומניטריים" (פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת" [25], בפסקה 23 לפסק דיני).

א "הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסייה המקומית" (השופט ד' ביניש בבג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון [27]). להבדיל מלוחמים, שניתן לפגוע בהם משום היותם לוחמים, אין לפגוע באזרחים, משום היותם אזרחים. הוראה ברוח זו קבועה בסעיף 51(2) לפרוטוקול הראשון [140] המהווה משפט בינלאומי מנהגי:

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

ג ברוח דומה קובע סעיף 8(2)(i)-(ii) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי [147], בהגדירו פשע מלחמה, כי אם ניתנת ככוונה הוראה לתקוף אזרחים, הרי זה פשע. פשע זה משתרע לעניין אותם אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה ("not taking direct part in hostilities"). כמו כן, אין לפגוע באזרחים בהתקפה חסרת הבחנה, כלומר התקפה, שבין השאר, אינה מכוונת כלפי מטרה צבאית מסוימת (ראו סעיף 51(4) לפרוטוקול הראשון [140], המהווה משפט בינלאומי מנהגי, וכן HENCKAERTS & DOSWALD-BECK [88], בעמ' 37). הגנה זו ניתנת לכל האזרחים, למעט אותם אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה. אכן, ההגנה מפני תקיפה אינה מוענקת ללוחמים בלתי חוקיים, הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

ד "הלחימה היא בטורוריסטים ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עוינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים" (פרשת רופאים לזכויות האדם [10], בעמ' 394).

ה עיקרון בסיסי זה – שלפיו הגנתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ניטלת ממי שנוטל אותה עת חלק ישיר בפעולות איבה – מה מקורו ומה תחום פריסתו? ב. מקורו של העיקרון הבסיסי ואופיו המנהגי

ו 30. העיקרון הבסיסי הינו כי אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה אינם מוגנים אותה עת מהתקפה עליהם. עיקרון זה מצא את ביטויו בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140] הקובע:

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

א

ובתרגום עברי:

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

ב

כידוע, ישראל אינה צד לפרוטוקול הראשון [140]. ממילא הוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית. האם מבטא העיקרון הבסיסי משפט בינלאומי מנהגי? עמדתו של הצלב האדום הינה כי זהו עיקרון של משפט בינלאומי מנהגי (ראו HENCKAERTS & DOSWALD-BECK [88], בעמ' 20). עמדה זו מקובלת עלינו. היא תואמת את הוראת סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, אשר ישראל צד להן ואשר מקובל על הכל כי הן משקפות משפט בינלאומי מנהגי, שלפיו ניתנת הגנה לאנשים:

ג

“[T]aking no active part in the hostilities”.

בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קבע כי סעיף 51 לפרוטוקול הראשון [140] מהווה משפט בינלאומי מנהגי (ראו Prosecutor v. Struger [73]). ב-Military Manuals של מדינות רבות, ובהן אנגליה, צרפת, הולנד, אוסטרליה, איטליה, קנדה, גרמניה, ארצות-הברית (ציי חיל אוויר) וניו-זילנד, הועתקה הוראה זו כלשונה, או תוך אימוץ עיקריה, שלפיהן אין לתקוף אזרחים אלא אם כן הם נוטלים חלק (ישיר) במעשי האיבה. הספרות המשפטית רואה בהוראה זו ביטוי למשפט בינלאומי מנהגי (ראו: דינשטיין [86], בעמ' 11; קרצ'מר [103], בעמ' 192; בן-נפתלי ומיכאלי [100], בעמ' 269; קסטס [85], בעמ' 416, וכן: Marco Roscini, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*: Vincent-Joel Proulx, *If the Hat Fits*; וכן: Roscini, [113], at p. 418; *Wear It, If the Turban Fits Run for Your Life: Reflection on the Indefinite Detention and Targeted Killings of Suspected Terrorists* [114], at p. 879; George H. Adrich, *The Laws of War on Land* [115], at p. 53. באי כוח המשיבים ציינו לפנינו כי, לדעתה של ישראל, לא כל הוראותיו של סעיף 51 (3) לפרוטוקול הראשון [140] משקפות משפט בינלאומי מנהגי. לפי עמדת המדינה,

ד

ה

ו

ז

א "כל שנקבע במשפט הבינלאומי המנהגי הוא כי אסור לפגוע באזרחים בדרך כלל, וכן נקבע בו, במפורש כי מותר לפגוע באזרח 'הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה'. על פרק הזמן בו מותרת פגיעה כזו אין כל הגבלה" (השלמת סיכומים מטעם פרקליטות המדינה, מיום 26.1.2004, בעמ' 79). נמצא, כי על פי עמדת המדינה, החלק הלא-מנהגי שבסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140] הוא זה הקובע כי האזרחים אינם נהנים מהגנה בפני תקיפה "למשך אותו זמן" שבו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. כאמור, עמדתנו הינה כי כל חלקיו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משקפים משפט בינלאומי מנהגי. מה היקפה של הוראה זו? לשאלה זו נעבור עתה.

ג. מהותו של העיקרון הבסיסי

ג 31. הגישה הבסיסית הינה אפוא זו: אזרח – כלומר, מי שאינו נופל להגדרה של לוחם – חייב להימנע מלהשתתף באופן ישיר בפעולות איבה (ראו פלק [87], בעמ' 210). אזרח המפר דין זה והמבצע פעולות לחימה אינו מאבד את הסטטוס שלו כאזרח, אך כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי איבה הוא אינו נהנה באותו זמן מההגנה הניתנת לאזרח. הוא נתון לסיכונים של תקיפה כמו אלה של הלוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של לוחם, כגון אלה הנתונות לו כשבו. אמת, הסטטוס שלו הוא של אזרח ואין הוא מאבד סטטוס זה שעה שהוא משתתף באופן ישיר בביצוען של פעולות איבה. עם זאת, הוא אזרח המבצע פונקציה של לוחם. כל עוד הוא פועל להגשמת הפונקציה שלו, הוא נתון לסיכונים שפונקציה זו גוררת עימה וחדל ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח מפני התקפה (ראו: Kenneth Watkin, *Controlling The Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict* [116]; להלן: ווטקיין). עמד על כך גסר (Hans-Peter Gasser), בציינו:

ג "What are the consequences if civilians do engage in combat?
[...] Such persons do not lose their legal status as civilians [...]
However, for factual reasons they may not be able to claim the
protection guaranteed to civilians, since anyone performing
hostile acts may also be opposed, but in the case of civilians,
T only for so long as they take part directly in hostilities" (THE

HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS by
DIETER FLECK [87], ch. 5, p. 211, para. 501).

א ברוח דומה צוין במדריך של הצלב האדום:

ב “Civilians are not permitted to take direct part in hostilities and are immune from attack. If they take a direct part in hostilities they forfeit this immunity” (FIGHT IT RIGHT: MODEL MANUAL ON THE LAW OF ARMED CONFLICT FOR ARMED FORCES [90], para. 610, at p. 34).

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

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

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

א. 33. אזרחים מאבדים את הגנתו של המשפט הבינלאומי המנהגי הדין במעשי איבה בעלי אופי בינלאומי אם הם "נוטלים חלק [...] במעשי האיבה" ("take a part in hostilities"). מה מובנה של הוראה זו? הדעה המקובלת הינה כי "מעשי איבה" הם כל אותם מעשים שעל פי טבעם ומטרתם נועדו לגרום נזק לצבא. וכך קובע הקומנטר על הפרוטוקולים הנוספים שפורסם (ב-1987) על ידי הצלב האדום:

ב. "Hostile acts should be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces" (YVES SANDOZ, CHRISTOPHE SWINARKI & BRUNO ZIMMERMAN (eds.) COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 [91], at p. 618).

ג. גישה דומה התקבלה על ידי הוועדה הבינ-אמריקנית לזכויות האדם (ראו ת. Inter-American Commission on Human Rights) והיא מובאת בהסכמה ב- HENCKAERTS & DOSWALD-BECK [88], בעמ' 22. דומה כי להגדרה זו יש להוסיף מעשים אשר, על פי טבעם ומטרתם, נועדו לגרום נזק לאזרחים. על פי ההגדרה המקובלת, אזרח נוטל חלק במעשי האיבה כאשר הוא משתמש בנשק במסגרת הסכסוך המזוין, כאשר הוא אוסף מודיעין לשם כך או כאשר הוא מכין עצמו לקראת מעשי האיבה. לעניין נטילת חלק במעשי האיבה, אין זה תנאי שהאזרח ישתמש, הלכה למעשה, בנשק שעימו ואף אין זה תנאי שהוא יישא עליו נשק (בגלוי או בסתר). ניתן ליטול חלק במעשי איבה בלא להשתמש בנשק כלל. עמד על כך הקומנטר על הפרוטוקולים הנוספים בזו הלשון:

ד. "It seems that the word 'hostilities' covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon" ([90], at pp. 618-619).

כפי שראינו, גישה זו אינה מצומצמת אך לעניין "מעשי איבה" כלפי הצבא של המדינה. היא חלה גם לעניין מעשי איבה כלפי האוכלוסייה האזרחית של המדינה (ראו קרצ'מר [103], בעמ' 192).

א

ה. חלק שני: "נוטלים חלק ישיר"

34. אזרחים מאבדים את ההגנה בפני תקיפה של הצבא המוענקת להם על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי העוסק בסכסוך מזוין בינלאומי (כפי שהוא מאומץ בפרוטוקול הראשון [140], סעיף 51(3)), אם "הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה". ההוראה מבחינה, אפוא, בין אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (שמהם מוסרת ההגנה בפני תקיפה) לבין אזרחים הנוטלים חלק עקיף במעשי האיבה (הממשיכים ליהנות מההגנה בפני תקיפה). מהי הבחנה זו? הוראה דומה מופיעה בסעיף 3 המשותף של אמנות ג'נבה, הנוקט לשון של "active part in hostilities". פסק הדין של בית הדין הפלילי לפשעים ברואנדה קבע כי שני ביטויים אלה הם בעלי תוכן זהה (ראו *The Prosecutor v. Akayesu* [75]). מהו תוכן זה? דומה שמקובל בספרות הבינלאומית כי הגדרה מוסכמת של הדיבור "ישיר" ("direct") בהקשר שלפנינו אינה קיימת (ראו: *Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, Report Prepared by the International Committee of the Red Cross* [148]; *Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law* [149]).
בצדק ציינו Henckaerts ו-Doswald-Beck כי:

ב

ג

ד

"It is fair to conclude [...] a clear and uniform definition of direct participation in hostilities has not been developed in state practice" (שם [88], בעמ' 23).

ה

במצב דברים זה, ובהיעדר אמת מידה מנהגית כוללת ומוסכמת, לא יהא מנוס מצעידה ממקרה למקרה, תוך צמצום תחום המחלוקת (השוו פרשת *Tadic* [71]). בעניין זה ראויים לציון הדברים הבאים בקומנטר של הצלב האדום [90], בעמ' 516):

ו

"Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept to combat and active military operations

ז

would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly”.

א

אכן, אזרח הנוטל נשק (בין בגלוי בין בסתר) והוא בדרכו אל המקום שבו ישתמש בו נגד הצבא, או שהוא במקום הירי עצמו, או שהוא בדרכו חזרה ממקום הירי, הוא אזרח הנוטל "חלק ישיר" במעשי האיבה (ראו ווטקין [116], בעמ' 17). לעומתו, אזרח התומך באופן כללי במעשי האיבה נגד הצבא, אינו נוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ראו דופי [84], בעמ' 230). בדומה, אזרח המוכר ללוחמים הבלתי חוקיים מזון או תרופות, נוטל אף הוא אך חלק עקיף במעשי האיבה. עמד על כך הדר"ח השלישי של הוועדה הבין-אמריקנית על זכויות האדם:

ב

ג

“Civilians whose activities merely support the adverse party's war or military effort or otherwise only indirectly participate in hostilities cannot on these grounds alone be considered combatants. This is because indirect participation, such as selling goods to one or more of the armed parties, expressing sympathy for the cause of one of the parties or, even more clearly, failing to act to prevent an incursion by one of the armed parties, does not involve acts of violence which pose an immediate threat of actual harm to the adverse party” (IACHR, Third Report on Human Rights in Columbia [150], Chapter IV, par. 53, 56).

ד

ה

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

ו

“The rationale behind the prohibition against targeting a civilian who does not take a direct part in hostilities, despite his possible (previous or future) involvement in fighting, is linked to the *need to avoid killing innocent civilians*” ([85], at p. 421) (ההדגשות במקור).

ז

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

"Gray areas should be interpreted liberally, i.e., in favor of finding direct participation. One of the seminal purposes of the law is to make possible a clear distinction between civilians and combatants. Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered by their activities. Moreover, a liberal approach creates an incentive for civilians to remain as distant from the conflict as possible – in doing so they can better avoid being charged with participation in the conflict and are less liable to being directly targeted" (Michael N. Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict* [117], at pp. 505, 509) (להלן: שמיט).

35. על רקע שיקולים אלה יש לכלול בגדר נטילה של "חלק ישיר" במעשי האיבה את המקרים הבאים: מי שאוסף מידע על הצבא, בין בתחומים שבהם מתבצעים מעשי האיבה (ראו: Hays Parks, *Air War and the Law of War* [118], at p. 116); (להלן: פרקט) ובין מעבר לתחומים אלה (ראו שמיט [117]), בעמ' 511); מי שמוביל לוחמים בלתי חוקיים אל המקום שבו מתבצעות פעולות איבה או ממנו; מי שמפעיל כלי נשק שבו משתמשים לוחמים בלתי חוקיים או המפקח על הפעלתם או הנותן להם שירות, יהא המרחק משדה הקרב אשר יהא. כל אלה מבצעים פונקציה של לוחמים. הפונקציה קובעת את ישירות נטילת החלק במעשי האיבה (ראו ווטקין [116], בעמ' 17, וכן Roscini [112]). לעומת זאת, מי שמוכר מוצרי מזון או תרופות ללוחם בלתי חוקי אינו נוטל חלק ישיר אלא עקיף במעשי האיבה. הוא הדין במי שמסייע ללוחמים הבלתי חוקיים בנייתו אסטרטגי כללי ומעניק להם תמיכה לוגיסטית-כללית, לרבות תמיכה כספית. הוא הדין במי שמפיץ תעמולה התומכת באותם לוחמים בלתי חוקיים.

אם אלה נפגעים, עשויה המדינה שלא להיות אחראית לכך, אם הם נכנסים לגדר אבדן או נזק נלווה (collateral or incidental damage). עמד על כך גסר (Gasser):

א

“Civilians who directly carry out a hostile act against the adversary may be resisted by force. A civilian who kills or takes prisoners, destroys military equipment, or gathers information in the area of operations may be made the object of attack. The same applies to civilians who operate a weapons system, supervise such operation, or service such equipment. The transmission of information concerning targets directly intended for the use of a weapon is also considered as taking part in hostilities. Furthermore, the logistics of military operations are among the activities prohibited to civilians [...] [N]ot only direct and personal involvement but also preparation for a military operation and intention to take part therein may suspend the immunity of a civilian. All these activities, however, must be proved to be directly related to hostilities or, in other words to represent a direct threat to the enemy [...]. However, the term should not be understood too broadly. Not every activity carried out within a state at war is a hostile act. Employment in the armaments industry for example, does not mean, that civilian workers are necessarily participating in hostilities [...]. Since, on the other hand, factories of this industry usually constitute lawful military objectives that may be attacked, the normal rules governing the assessment of possible collateral damage to civilians must be observed” (in FLECK [87], at p. 232, para. 517, 518).

ב

ג

ד

ה

ו

בספרות הבינלאומית קיימת מחלוקת סביב המקרה הבא: מה דין אזרח הנוהג במשאית המובילה תחמושת (ראו: פרקס [118], בעמ' 134; שמיט [117], בעמ' 507; A. P. V. ROGERS, LAW ON THE BATTLEFIELD [92], at p. 8

ז

להלן: רוגרט; וכן Lisa L. Turner & Lynn G. Norton, *Civilians at the Tip of the Spear* [119], at p. 31; J. Ricou Heaton, *Civilians at War: Re-Examining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces* [120], at 171. יש הסבורים כי הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ועל כן ניתן לתקוף אותו) ויש הסבורים כי הוא אינו נוטל חלק ישיר (ועל כן לא ניתן לתקוף אותו). שתי הדעות גורסות כי את התחמושת שבמשאית ניתן לתקוף. המחלוקת הינה לעניין תקיפת הנהג-האזרח. הסבורים כי הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה גורסים כי ניתן לתקופו. הסבורים כי הוא אינו נוטל חלק ישיר במעשי האיבה גורסים כי אותו אין לתקוף, אך אם הוא נפגע הרי זה אבדן נלווה הנגרם לאזרח המצוי בקרבת אובייקט צבאי הניתן לתקיפה. לדעתנו, אם הנהג-האזרח מוביל את התחמושת למקום שממנו ישתמשו בו לביצוע פעולות האיבה, יש לראותו כנוטל חלק ישיר במעשי האיבה (ראו: דינשטיין [86], בעמ' 27; שמיט [117], בעמ' 508; רוגרט [92], בעמ' 7, וכן A. P. V. Rogers & P. Malherbe, *Model* (Manual of the Law of Armed Conflict [121], at p. 29).

36. מה דין אזרחים, המהווים "מגן חי" ("human shield") לטרוריסטים שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה? ודאי שאם הם עושים כן משום שאולצו לעשות כן על ידי הטרוריסטים, אין לראותם באותם אזרחים תמימים כנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הם עצמם קרבנות הטרור. לעומת זאת, אם הם עושים כן מרצונם החופשי בתומכם בארגון הטרור, הרי שיש לראותם כמי שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (ראו: שמיט [117], בעמ' 521, וכן Michael N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by (Private Contractors or Civilian Employees* [122], at p. 541).

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

עקיף במעשי האיבה. תרומתם היא ישירה (ופעילה) (ראו שמיט [117], בעמ' 529).

א

1. חלק שלישי: "ולמשך אותו הזמן"

38. סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140] קובע כי אזרחים נהנים מההגנה מפני סכנות הנובעות מפעולות צבאיות וכי הם לא יהיו מטרה לתקיפה, אלא אם "ולמשך אותו הזמן" ("for such time") שבו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. הוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון מעמידה דרישה של זמן. אזרח הנוטל חלק במעשי איבה מאבד את ההגנה מפני תקיפה "למשך אותו זמן" שבו הוא נוטל חלק באותם מעשי איבה. עבר "אותו זמן" – חוזרת למקומה ההגנה הניתנת לאזרח. לדעת המשיבים, חלק זה של סעיף 51(3) אינו בעלי אופי מנהגי ואין מדינת ישראל חייבת לנהוג על פיו. אין בידינו לקבל גישה זו. כפי שראינו, סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון על כל חלקיו משקף משפט בינלאומי מנהגי, לרבות דרישה בעניין הזמן. שאלת המפתח הינה מה פירושה של הוראה זו ומהו היקף פריסתה.

ב

ג

ד

ה

ו

39. כמו לגבי היקפו של הדיבור "נוטלים חלק ישיר" במעשי האיבה, כך גם לגבי היקפו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן", אין הסכמה בספרות הבינלאומית. אכן, שני מושגים אלה קרובים זה לזה. עם זאת, אין הם זהים. בהיעדר הסכמה על פירושו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן" אין מנוס מהליכה ממקרה למקרה. שוב יועיל אם נבחן את המקרים הקיצוניים. מחד גיסא, אזרח אשר נטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן מנתק עצמו מפעילות זו, הוא אזרח שעם ניתוקו מהפעילות זכאי להגנה מתקיפה. אין לתקוף אותו בגין מעשי האיבה שביצע בעבר. מאידך גיסא, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור, אשר הפך להיות ביתו, ובמסגרת תפקידו באותו ארגון הוא מבצע שרשרת של מעשי איבה תוך הפסקות קצרות למנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה "במשך אותו הזמן" שבו הוא מבצע את שרשרת הפעולות. אכן, לגבי אזרח כזה, המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכוננות למעשה האיבה הבא (ראו Daniel Statman, *Targeted Killing* [123], at p. 195).

ז

40. דוגמאות אלה מצביעות על הדילמה אשר דרישת ה"ולמשך אותו הזמן" מעמידה לפנינו. מחד גיסא, אין לפגוע באזרח שנטל באופן חד פעמי או ספורדי

חלק ישיר במעשי איבה, אך אשר ניתק עצמו מהם (בין בכלל ובין לתקופה ארוכה). מאידך גיסא, יש להימנע מהתופעה של "הדלת המסתובבת" (ה-"revolving door"), שעל פיה יש לכלל מחבל מעין "קרנות מזבח" או "ערי מקלט" שאליהן הוא פונה למנוחה ולהתארגנות, תוך שהן מעניקות לו הגנה מפני תקיפה (ראו: שמיט [117], בעמ' 536; קרצ'מר [103], בעמ' 193; דינשטיין [86], בעמ' 29, וכן פרקס [118], בעמ' 118). בתחום הנרחב שבין שתי אפשרויות אלה מצויים המקרים ה"אפורים", אשר לגביהם טרם התגבש משפט בינלאומי מנהגי. אין מנוס, אפוא, מלבחון בחינה עניינית כל מקרה ומקרה. בהקשר זה, מן הראוי לעמוד על ארבעה אלה: ראשית, נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כנופל לאחד מהמצבים שעליהם עמדנו. אין לפגוע באזרחים תמימים (ראו קססה [85], בעמ' 421). צריך שיתקיים מידע בדוק ביותר באשר לזהותו ולפועלו של האזרח אשר, לפי הטענה, נוטל חלק במעשי האיבה (ראו Ergi v. Turkey [63]). בצדק ציין קססה כי:

"[I]f a belligerent were allowed to fire at enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined. The basic distinction between civilians and combatants would be called into question and the whole body of law relating to armed conflict would eventually be eroded" ([85], at p. 421).

הנטל המוטל, בעניין זה, על הצבא התוקף הוא כבד (ראו: קרצ'מר [103], בעמ' 203; גרוס [80], בעמ' 606). במקרה של ספק, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תיעשה תקיפה. עמדו על כך Henckaerts & Doswald-Beck:

"When there is a situation of doubt, a careful assessment has to be made under the conditions and restraints governing a particular situation as to whether there are sufficient indications to warrant an attack. One cannot automatically attack anyone who might appear dubious" ([88], at p. 24).

שנית, אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, מתבקש כלל זה מעקרון המידתיות. אכן, מבין האמצעים הצבאיים יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט צעדים אלה (Mohamed Ali v. Public Prosecutor [70]). משפט עדיף על שימוש בכוח. מדינת חוק נוקטת ככל האפשר הליכי משפט ולא הליכי כוח. שאלה זו התעוררה בעניין McCann v. United Kingdom [64]; להלן: פרשת מקאן. כאן נורו למוות שלושה טרוריסטים מאירלנד הצפונית אשר השתייכו ל-IRA. הם נורו ברחובות גיברלטר, מקום שבו פגעו בהם סוכנים אנגלים. בית המשפט האירופי לזכויות האדם קבע כי אנגליה פגעה שלא כדין בזכותם של הנפגעים לחיים (סעיף 2 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם). כותב בית המשפט:

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

המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט תמיד. לעתים, אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט אותה (ראו ALAN M. DERSHOWITZ, PREEMPTION: A KNIFE THAT CUTS BOTH WAYS [93], at p. 230). עם זאת, זו אפשרות שיש לשקול אותה תמיד. היא עשויה להיות מעשית דווקא בתנאים של תפיסה לוחמתית כאשר הצבא שולט באזור שבו נעשית הפעולה, וכאשר מעצר, חקירה ומשפט הם בגדר אפשרויות הניתנות לעתים למימוש (ראו סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית). כמובן, בנתוניו של מקרה ספציפי, אפשרות זו עשויה שלא להתקיים. לעתים, פגיעתה בחיי אזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום עלולה להיות חמורה יותר מהימנעות ממנה. במצב דברים זה, אין לנקוט אותה. שלישיית, לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ולנסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריך שתהא עצמאית (ראו: ווטקין [116], בעמ'

23; דופי [84], בעמ' 310; קסטסה [85], בעמ' 419; ראו גם: Colin Warbrick, *The Principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State to Terrorism* [124], at p. 292; פרשת מקקאן [64], בעמ' 161, 163, וכך: (McKerr v. United Kingdom [65], at p. 559). במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (ראו: קסטסה [85], בעמ' 419, 423, וכך תקנה 3 לתקנות האג [141]; סעיף 91 לפרוטוקול הראשון [140]). לבסוף, אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, הפגיעה בהם הינה אבדן (נזק) נלווה. פגיעה זו צריך שתעמוד במבחן המידתיות. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

7. מידתיות

א. העיקרון של המידתיות ותחולתו במשפט הבינלאומי המנהגי

41. עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי במשפט. הוא חלק מתפישתנו המשפטית בדבר זכויות האדם (ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [79], בעמ' 346). הוא מרכיב חשוב במשפט הבינלאומי המנהגי (ראו: ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT [94], at p. 219; Jost [125] (Delbruck, *Proportionality*). הוא חלק בלתי נפרד מדיני ההגנה העצמית. הוא מרכיב מהותי בהגנה על אזרחים במצבים של סכסוך מזוין (ראו: דינשטיין [86], בעמ' 119; גטר אצל פלק [87], בעמ' 220; קסטסה [85], בעמ' 418; בן-נפתלי ושני [77], בעמ' 154, וכך: HENCKAERTS & DOSWALD-BECK [88], at p. 60; Judith Gail Gardam, *Proportionality and Force in International Law* [126]; JEAN PICTET, DEVELOPMENT AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW [95], at p. 62; William J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare* [127]; THEODOR MERON, HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN NORMS AS CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW [96], at p. 74). הוא חלק עיקרי בדיני התפיסה הלוחמתית (ראו: פרשת הס [20], בעמ' 461; פרשת עיריית בית לחם [24]; פרשת בית טוריק [17], בעמ' 836; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה

43. עקרון המידתיות חל בכל מקרה שבו נפגעים אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר אותה עת במעשי איבה. עמדה על כך השופטת היגינס (Higgins) בפרשת חוקיות הנשק הגרעיני [142]:

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

ביטוי לעיקרון מנהגי זה ניתן למצוא בפרוטוקול הראשון [140], שעל פיו נאסר על “התקפות חסרות הבחנה” (“indiscriminate attacks”) (סעיף 51(4)). הפרוטוקול הראשון מוסיף וקובע (סעיף 51(5)):

“בין השאר, ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה:

(א) [...]

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

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

יחס ראוי בין התועלת לנזק

א 45. מבחן המידתיות קובע כי התקיפה של אזרחים תמימים אינה מותרת, אם הנזק הנלווה להם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית (בהגנה על לוחמים ואזרחים). לשון אחר, התקיפה היא מידתית אם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה. זהו מבחן ערכי. הוא מבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים (ראו: פרשת בית סוריק [17], בעמ' 850; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [32], בפסקה 74 לפסק דיני; להלן: פרשת עדאלה). הוא מקובל במשפט הלאומי של מדינות שונות. הוא מהווה מבחן נורמטיבי מרכזי לבחינת פעילות השלטון בכלל, והצבא בפרט, בישראל. באחת הפרשות ציינתי:

ג "מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון [33], בפסקה 30 לפסק דיני. ראו גם ROBERT ALEXU, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS [97], at p. 66).

ה כפי שראינו, דרישה זו של מידתיות נוהגת במשפט הבינלאומי המנהגי שעניינו הגנה על אזרחים (ראו: קסטח [85], בעמ' 418; קרצ'מר [103], בעמ' 200; בן-נפתלי ומיכאלי [101], בעמ' 278; ראו גם Gardam [125], וכן סעיף 51(2)(III) לפרוטוקול הראשון [140], המהווה משפט מנהגי). כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו יחסי לתועלתו של הצבא התוקף, התקיפה תהא בלתי מידתית, ואסורה.

ו 46. המידתיות במובן זה אינה נדרשת לעניין פגיעה בלוחם או באזרח הנוטל אותה עת חלק ישיר במעשי האיבה. אכן, אזרח המשתתף במעשי איבה מסכן את חייו, והוא עשוי להיות – כמו לוחם – אובייקט לתקיפה הגורמת מוות. זו הריגה מותרת. לעומת זאת, המידתיות נדרשת בכל מקרה שבו נפגע אזרח תמים. על כן, יש לקיים את דרישותיה של המידתיות במובן הצר במקרה שבו הפגיעה

בטוריסט גורת אחריה נזק נלווה לאזרחים תמימים המצויים בקרבת מקום. כלל המידתיות חל לגבי הפגיעה באזרחים תמימים אלה (ראו סעיף 51(5)(b) לפרוטוקול הראשון [140]). הכלל הינו שאין לפגוע בלוחמים או במחבלים אם הנזק הצפוי לאזרחים תמימים שבקרבתם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית שבפגיעה בהם (ראו HENCKAERTS & DOSWALD-BECK [88], בעמ' 49). עריכתו של איזון זה – קשה היא. אף כאן נדרשת הליכה ממקרה למקרה, תוך כדי צמצום תחום המחלוקת. טול מקרה רגיל של לוחם או מחבל צלף היורה על חיילים או על אזרחים ממרפסת ביתו. ירייה לעברו תהא מידתית גם אם כתוצאה מכך ייפגע אזרח-תמים הגר לידו או העובר בתמימות ליד הבית. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו (השוו: דינשטיין [86], בעמ' 123; גרוס [80], בעמ' 621). המקרים הקשים הם אלה המצויים במרחב שבין הדוגמאות הקיצוניות. כאן נדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה; נדרש כי התועלת הצבאית תהא ישירה וצפויה (ראו סעיף 57(2)(III) לפרוטוקול הראשון [140]). אכן, במשפט הבינלאומי, כמו במשפט הפנימי, המטרה אינה מקדשת את האמצעים. כוחה של המדינה אינו בלתי מוגבל. לא כל האמצעים כשרים. עמד על כך בית הדין הבין-אמריקני לזכויות האדם (ה- Inter-American Court of Human Rights), בציינו:

“Regardless of the seriousness of certain actions and the culpability of the perpetrators of certain crimes, the power of the state is not unlimited, nor may the state resort to any means to attain its ends” (Velasquez Rodriguez v. Honduras [69], para. 154).

עם זאת, כאשר מתקיימים מעשי איבה – נגרמות אבידות. יש לאזן בין חובתה של מדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים. איזון זה קשה הוא כאשר הוא נוגע לחיי אדם. הוא יעורר בעיות מוסריות ואתיות (ראו Asa Kasher & Amos Yadlin, *Assassination and Preventive Killing* [128]), אך חרף הקושי אין מנוס מלעשותו.

א 47. חלק ניכר מתגובתה הראשונה של פרקליטות המדינה (מיום 20.3.2002) הוקדש לטענת סף. על פיה, "פעולות הלחימה הצה"ליות המבוצעות במסגרת אירועי הלחימה המתרחשים באיזור, הנושאות אופי מבצעי מובהק, אינן שפיטות – ולמצער אינן שפיטות מוסדית – ובית משפט נכבד זה לא יידרש להן" (פסקה 26, עמ' 7; ההדגשה במקור). בהסבירו גישה זו הדגיש בא כוח המשיבים כי, לדעתו, "אופיו הדומיננטי של העניין אינו משפטי ומידת הריסון השיפוטי מחייבת שבית המשפט לא ירד אל זירת הלחימה ולא יידרש לפעולות המבצעות המובהקות המתרחשות בזירה זו" (שם, פסקה 36, עמ' 11; ההדגשה במקור). בא כוח המשיבים הדגיש כי "מובן הוא, כי היותו של נושא 'בלתי שפוט' אין פירושו כי לא מופעלים בתחום זה אמצעי פיקוח ובקרה מצד הרשות המבצעת עצמה. [...]

ב רשויות הצבא הונחו על ידי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי לפעול בתחום זה, כבאחרים, אך ורק על פי הוראות המשפט הבינלאומי, המתייחסות לדיני לחימה, והוראה זו מקויימת על ידן" (שם, פסקה 40, עמ' 13).

א 48. כידוע, אנו מבחינים בין טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית לבין טענה של חוסר שפיטות מוסדית (ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון [34]; להלן: פרשת רסלר). טענה של חוסר שפיטות נורמטיבית גורסת כי אין קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך המונח לפני בית המשפט. טענה של חוסר שפיטות מוסדית גורסת כי אין זה ראוי לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט. לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית אין בסיס משפטי, לא באופן כללי ולא בעניין שלפנינו. באופן כללי, אין לה, לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית, בסיס משפטי, שכן תמיד מצויה נורמה משפטית שעל פיה יוכרע סכסוך, וקיומה של נורמה משפטית מבסס קיומן של אמות מידה משפטיות לכך. ייתכן שקל לזהות את הנורמה ואת אמות המידה הגלומות בה וייתכן שקשה לעשות כן. אך, בסופו של יום, תימצא תמיד נורמה משפטית ויימצאו תמיד אמות מידה משפטיות. נורמה זו עשויה להיות כללית, כגון שלאדם מותר לעשות הכל, פרט למה שנאסר עליו, ולשלטון מותר לעשות רק מה שהותר לו. לעתים, הנורמה היא מצומצמת הרבה יותר. כך הוא הדבר בענייננו. קיימות נורמות משפטיות הדנות בשאלה הניצבת לפנינו, ומהן ניתן לגזור אמות מידה הקובעות את המותר והאסור. אין אפוא יסוד לטענה בדבר חוסר שפיטות נורמטיבית.

49. הסוג השני של חוסר שפיטות עניינו חוסר השפיטות המוסדית. חוסר שפיטות זו עוסק בשאלה "אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית המשפט; התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על-פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט" (פרשת רסלר [34], בעמ' 489). סוג זה של חוסר שפיטות מוכר במשפטנו. כך, למשל, נפסק כי, ככלל, שאלות של ניהול יומיומי של ענייני הכנסת אינו שפיט מהבחינה המוסדית (ראו: בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט [35], בעמ' 812; בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יושב-ראש הכנסת [36], בעמ' 708). רק אם נטען כי הפרת הכללים בעניין הניהול הפנימי פוגע במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של משטרנו החוקתי, יהא מקום לדון בטענה בבית המשפט (ראו: בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת [37]; בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת [38]; בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת [39]).

50. היקפה של דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית בישראל אינו ניכר. על גבולותיה אין הסכמה. כשלעצמי, סבור אני כי יש להכיר בה אך בגבולות מצומצמים מאוד (ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [79], בעמ' 275). יהא עניין זה אשר יהא, אין לה תחולה בעתירה שלפנינו, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, בפסיקתו של בית המשפט העליון מתבלט קו ברור, שלפיו אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית מקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות האדם. עמד על כך השופט א' ויתקון בפרשת אויב [40]. פרשה זו דנה בחוקיותה של התנחלות באזור. נטען על ידי המדינה כי שאלת חוקיותה של התנחלות באזור אינה שפיטה. בדחותו טענה זו כתב השופט א' ויתקון:

"לא התרשמתי מטענה זו כלל ועיקר. [...] ברור שבענינים של מדיניות חוץ – כמו במספר נושאים דומים – ההכרעה היא בידי הרשויות הפוליטיות ולא בידי הרשות השופטת. אך בהנחה [...] שרכושו של אדם נפגע או נשלל ממנו שלא כדין, קשה להאמין שבית-המשפט יקפוץ את ידו מאותו אדם, כיון שזכותו של זה עשויה לעמוד לוויכוח במשא ומתן פוליטי" (בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון [40], בעמ' 124).

בפרשת דויקאט [41] נדונה שוב שאלת החוקיות של התנחלות באזור. כתב מ"מ הנשיא מ' לנדוי:

א "ממשל צבאי המבקש לפגוע בזכות הקנין של הפרט, עליו להראות אסמכתא משפטית לכך ואין הוא יכול לפטור עצמו מפיקוח שיפוטי על מעשיו בטענה של חוסר שפיטות" (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל [41], בעמ' 15; להלן: פרשת דויקאט).

ב בפרשת מראעבה [8] נדונה חוקיותה של גדר ההפרדה על פי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. לעניין שפיטותה של אותה שאלה ציינתי:

ג "בית המשפט אינו נמנע מביקורת שיפוטית רק משום שהמפקד הצבאי פועל מחוץ לישראל, ולפעילותו השלכות מדיניות וצבאיות. כאשר החלטות המפקד הצבאי או פעולותיו פוגעות בזכויות אדם, הן שפיטות. דלתו של בית המשפט פתוחה. הטענה כי הפגיעה בזכויות אדם נעשתה משיקולי ביטחון אינה שוללת ביקורת שיפוטית. 'שיקולי ביטחון' או 'צורך צבאי' אינן מילות קסם. [...]

ד כך מתבקש מההגנה על זכויות האדם" (שם [8], בפסקה 31 לפסק הדין).

ה העתירה שלפנינו נועדה לקבוע את המותר ואת האסור בלחימה העשויה לפגוע בזכות היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים. הדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית אין בה כדי למנוע בחינתה של שאלה זו.

ו 51. שנית, שופטים הסבורים כי יש מקום לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית מציינים כי המבחן הוא אופייה הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת. כאשר אופי זה הוא מדיני או צבאי, יש מקום למניעת שיפוט. לעומת זאת, כאשר אופי זה הוא משפטי, אין תחולה לדוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית (בג"ץ 4481/91 מנכ"ל תנועת "שלום עכשיו" נ' ממשלת ישראל [42], בעמ' 218). השאלות השנויות במחלוקת בעתירה שלפנינו אינן שאלות של מדיניות. הן גם אינן שאלות צבאיות. השאלה אינה אם לנקוט מדיניות של פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים, ולעתים של אזרחים תמימים שבקרבם, אם לאו. השאלה הינה – והניתוח של פסק דיננו מצביע על כך –

משפטית; השאלה הינה סיווגו המשפטי של הסכסוך הצבאי המתקיים בין ישראל למחבלים הבאים מהאזור; השאלה הינה קיומו או היעדרו של משפט בינלאומי מנהגי בעניין נושא העתירה; השאלה הינה קביעת היקף פריסתו של מנהג זה, ככל שהוא משתקף בהוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140]; השאלה הינה דיני המידתיות החלים בעניין. התשובה לכל השאלות הללו היא בעלת אופי דומיננטי משפטי.

א

52. אכן, ברשימה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את זכויותיהם של התושבים באזור. אלפי פסקי דין ניתנו על ידי בית המשפט העליון אשר, בהיעדר ערכאה שיפוטית אחרת, עסק בנושאים אלה. בחינה זו עסקה בסמכויותיו של הצבא בעת לחימה ובמגבלות המוטלות עליו על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך, למשל, נבחנה זכויותיה של האוכלוסייה המקומית למזון, לתרופות וכיוצא בהם צרכים שיש לאוכלוסייה זו בעת פעולות לחימה (פרשת רופאים לזכויות אדם [10]); נבדקו זכויותיה של האוכלוסייה המקומית בעת מעצר מחבלים (פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת" [25]); בעת הובלת פצועים (ראו בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [43]); בעת מצור על כנסייה (פרשת אלמדני [6]) ובעת מעצר וחקירה (פרשת המוקד להגנת הפרט [19]; פרשת יאסין [22]; פרשת מרעב [23]). למעלה ממאה עתירות בחנו את זכויותיהם של התושבים המקומיים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעקבות הקמתה של גדר ההפרדה (ראו: פרשת בית טוריק [17]; פרשת מראעבה [8]; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל [44]). בכל אלה, האופי הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת היה משפטי. אמת, לתשובה המשפטית עשויות היו להיות השלכות מדיניות או צבאיות. אך לא הן שקבעו את אופייה של השאלה. לא התוצאות הנגזרות מפסק הדין קובעות את אופיו, אלא השאלות הנדונות על ידיו ודרך פתרונן. שאלות אלה היו בעבר – והן גם לפנינו היום – בעלות אופי דומיננטי משפטי.

ב

ג

ד

ה

ו

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

ז

מדוע שאלות אלה, שהן שפיטות בבתי דין בינלאומיים, חדלות מלהיות שפיטות בבתי דין לאומיים?

- א 54. לבסוף, הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבם, דורשים בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא (ראו פסקה 40 לעיל). בחינה זו צריך שתהיה – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי. כדי להגביר את אופייה זה, ולהבטיח את מירב האובייקטיביות הנדרשת, מן הראוי לחשוף בדיקה זו לביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת השוטפת של גורמי הצבא, המפעילים ביקורת זו מראש. "לפי מבנהו ותחום תפקידיו של בית המשפט, אין הוא יכול לפעול בדרך של מעקב ופיקוח מתמשכים" (הנשיא מ' שוגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון [45], בעמ' 825). כמו כן, ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד, לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה. משנערכה (בדיעבד) ביקורת, ראוי הוא לאפשר, במקרים מתאימים, ביקורת שיפוטית על החלטותיה של ועדת הבדיקה האובייקטיבית. הדבר יבטיח את פעולתן התקינה.

ד

9. היקף הביקורת השיפוטית

- א 55. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעתם של מפקדי הצבא באזור. כך נהג בית המשפט זה מאז מלחמת ששת הימים. נקודת המוצא אשר הדריכה את בית המשפט הייתה כי המפקדים הצבאיים והקצינים הנתונים למרותו הם עובדי ציבור הממלאים תפקידי ציבור על פי דין (פרשת ג'מעית אסכאן [11], בעמ' 809). ביקורת זו שומרת על חוקיות הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי.

ב

- א 56. היקף הביקורת השיפוטית על החלטת מפקד הצבא לבצע פגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים באזור, ולעתים של אזרחים תמימים, משתנה על פי מהותה של השאלה הקונקרטית העולה לדיון. בקצה האחד של הקשת עומדת השאלה, שבה דנו בעתירה שלפנינו, שעניינה תוכנו של המשפט הבינלאומי הדין בסכסוכים מזוינים. זוהי שאלה מובהקת של קביעת המשפט החל. על פי תפישתנו המשפטית, שאלה זו היא בתחומה של הרשות השופטת. "ההכרעה

ד

הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת [46], בעמ' 141). מלאכת הפרשנות של הדין היא בידי בית המשפט. כך לעניין חוקי היסוד, החוקים והתקנות. כך לעניין המשפט המקובל הישראלי. כך בוודאי גם לעניין המשפט הבינלאומי המנהגי החל בישראל. בית המשפט אינו רשאי להשתחרר מסמכותו זו. השאלה אשר על בית המשפט לשאול עצמו אינה אם הבנת הדין על ידי הרשות המבצעת היא הבנה סבירה. השאלה שעל בית המשפט לשאול עצמו הינה אם זו הבנה נכונה (בג"ץ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים [47], בעמ' 762). המומחיות לפירוש הדין היא של בית המשפט (ראו: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים [48], בעמ' 744; בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור [49], בעמ' 305). נמצא, כי הביקורת השיפוטית על תוכנו של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסוגיה שלפנינו היא מקיפה ומלאה. בית המשפט שואל את עצמו מהו הדין הבינלאומי ואם תפישתו של המפקד הצבאי תואמת דין זה.

57. בקצה האחר של קשת האפשרויות עומדת ההחלטה המקצועית-צבאית לנקוט פעולת מנע הגורמת למותם של מחבלים באזור. זוהי החלטה המצויה באחריותה של הרשות המבצעת. לה המומחיות המקצועית-ביטחונית לכך. בית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר עשוי היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל. השאלה הינה אם החלטת המפקד הצבאי נופלת למתחם הפעילות הסבירה של מפקד צבאי. אם התשובה היא בחיוב, לא יחליף בית המשפט את שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול דעתו הביטחוני של בית המשפט (ראו: בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה [50], בעמ' 539; פרשת עג'ורי [9], בעמ' 375). בפרשת בית סוריק [17], אשר דנה במתווה של גדר הביטחון, ציינו:

"אנו, שופטי בית-המשפט העליון, איננו מומחים לענייני צבא. לא נבחן אם תפיסתו הצבאית של המפקד הצבאי תואמת את תפיסתנו שלנו – עד כמה שיש לנו תפיסה צבאית בעניין טיבו הצבאי של המתווה. כך אנו נוהגים בכל שאלה של מומחיות, וכך אנו נוהגים גם בענייני צבא. כל שעלינו לקבוע הוא אם מפקד צבאי סביר היה יכול לקבוע מתווה כפי שקבעו המפקד הצבאי" (שם [17], בעמ' 843).

א נמצא, כי הביקורת השיפוטית באשר לאמצעים הצבאיים שיש לנקוט היא ביקורת רגילה של סבירות. אמת, "שיקול צבאי" או "ביטחון המדינה" אינן מילות קסם השוללות את הביקורת השיפוטית. עם זאת, השאלה אינה מה אני הייתי מחליט בנסיבות הנתונות, אלא אם ההחלטה שהמפקד הצבאי קיבל הינה החלטה שמפקד צבאי סביר היה רשאי לקבלה. לעניין זה יש ליתן משקל מיוחד לחוות הדעת הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון (ראו: בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון [51]; פרשת דויקאט [41], בעמ' 25; פרשת בית טוריק [17], בעמ' 844; פרשת מראעבה [8], בפסקה 32 לפסק הדין).

ב 58. בין שני קצוות אלה של הקשת מצויים מצבי ביניים. כל אחד מהם מחייב בחינה מדוקדקת של טיב ההחלטה. עד כמה שיש בה היבט משפטי, היא תתקרב לקצה האחד של הקשת. עד כמה שיש בה היבט מקצועי-צבאי, היא תתקרב לקצה האחר של קשת האפשרויות. טול את השאלה, אם החלטה לפגיעה מונעת הגורמת למותם של מחבלים נופלת למסגרת התנאים שהמשפט הבינלאומי המנהגי קובע בעניין זה (כאמור בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140]). מהי היקף הביקורת השיפוטית על החלטת המפקד הצבאי כי תנאים אלה מתקיימים במקרה ספציפי? תשובתנו הינה כי שאלת קיום התנאים הקבועים במשפט הבינלאומי המנהגי לביצועה של פעילות צבאית היא שאלה משפטית, אשר בה המומחיות היא של בית המשפט. עמדתי על כך בפרשת רופאים לזכויות אדם [10]:

ה "הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תכונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על-כן מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין-לאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (שם [10], בעמ' 393).

גישה דומה קיימת לעניין המידתיות. ההכרעה בשאלה, אם התועלת הצומחת מהפגיעה המונעת שקולה נגד האבדן הנלווה שבנוק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה, הינה שאלה משפטית, אשר המומחיות לגביה נתונה לרשות השופטת. עמדתי על כך בפרשת בית סוריק [17] לעניין מידתיותה של הפגיעה שגדר ההפרדה פוגעת במרקם החיים של התושבים המקומיים:

"המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו" (שם [17], בעמ' 846; פרשת מראעבה [8], בפסקה 48 לפסק הדין).

המידתיות אינה אמת מידה מדויקת. לעתים קיימות דרכים אחדות לקיום תנאיה. נוצר מתחם של מידתיות. על גבולותיו של מתחם זה שומר בית המשפט. ההכרעה בתוך גבולות המתחם היא של הרשות המבצעת. זהו מרחב התמרון (ה-margin of appreciation) שלה (ראו: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [52], בעמ' 12; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה [53], בעמ' 280; פרשת עדאלה [32], בפסקה 78 לפסק דיני).

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

10. מן הכלל אל הפרט

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

א

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

ב

ג

ד

ה

ו

ז

בחינתו של "הסיכול הממוקד" – ובמינוחנו שלנו: פגיעה מונעת הגורמת למוות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב – מלמדת כי שאלת החוקיות של הפגיעה המונעת על פי המשפט הבינלאומי המנהגי היא מורכבת (לניתוח המדיניות הישראלית ראו: Yuval Shany, *Israeli Counter – Terrorism Measures: Are They "Kosher" Under International Law* [129]; Michael L. Gross, *Fighting by other Means in the Mideast A Critical Analysis of Israel's Assassination Policy* [130]; Steven R. David, *Debate: Israel's Policy of Targeted Killing* [131]; Yael Stein, *Response to Israel's Policy of Targeted Killing: By Any Name Illegal and Immoral* [132]; Amos Guiora, *Symposium: Terrorism on Trial: Targeted Killing As Active Self-Defense* [133]; Leora Bilsky, *Suicidal Terror, Radical Evil, and the Distortion of Politics and Law* [134]). התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד. הגישה של המשפט הבינלאומי המנהגי החלה בסכסוכים מזוינים בעלי אופי בינלאומי הינה כי אזרחים מוגנים מפני תקיפתו של הצבא. עם זאת, הגנה זו אינה קיימת כלפי אותם אזרחים "ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון [140]). פגיעה באזרחים אלה, גם אם תוצאתה מוות, מותרת היא ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו בהם פחותה ובלבד שאין נפגעים אזרחים תמימים שבקרבם. הפגיעה בהם צריך שתהא מידתית. מידתיות זו נקבעת על פי מבחן ערכי הבא לאזן בין התועלת הצבאית לבין הנזק האזרחי. נמצא, כי אין בידנו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין בידנו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית. הכל תלוי

בשאלה אם אמות המידה של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך מזוין בינלאומי מאפשרות אותה פגיעה מונעת, אם לאו.

א סוף דבר

61. מדינת ישראל נלחמת בטרור קשה הפוקד אותה מהאזור. האמצעים העומדים לרשותה הם מוגבלים. המדינה קבעה כי אמצעי חיוני מבחינה צבאית הוא זה של פגיעה מונעת במחבלים באזור הגורמת למוותם. הדבר גורם לעתים לפגיעה ולמוות של אזרחים תמימים. השימוש בתקיפה מונעת זו, עם כל חשיבותו הצבאית, חייב להיעשות במסגרת הדין. ידועה האמרה כי כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. רעיון דומה הביע קיקרו (Cicero) באומריו: "בעת מלחמה, החוקים מחרישים" (*silent enim leges inter arma*). על אמרות אלה יש להצטער. אין הן משקפות, לא את המצוי ולא את הרצוי (ראו *Re Application Under s. 83.28 of the Criminal Code [76]*, at p. 260). דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים לחוקים (ראו בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון [54], בעמ' 470; להלן: פרשת מורכוס). כל מאבק של המדינה – נגד הטרור או נגד כל אויב אחר – נעשה על פי כללים ודינים. תמיד קיים דין שהמדינה חייבת לנהוג על פיו. "חורים שחורים" ("black holes") אינם בנמצא (ראו JOHAN STEYN, *DEMOCRACY THROUGH LAW: SELECTED SPEECHES AND JUDGMENTS* [98], at p. 195) בענייננו, נקבע הדין על ידי המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוכים מזוינים בעלי אופי בינלאומי. אכן, המאבק של המדינה בטרור אינו נעשה "מחוץ" למשפט. הוא נערך "בתוך" המשפט ובכלים שהמשפט יעמיד למדינה דמוקרטית.

62. לחימתה של מדינה נגד הטרור היא לחימתה של המדינה נגד אויביה. היא גם לחימתו של המשפט נגד הקמים עליו (ראו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון [55], בעמ' 132). באחת הפרשות שבה נבחנו דיני הלחימה בסכסוך מזוין, ציינתי:

"לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה. אימרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת

א את המציאות המודרנית [...] הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו [...] אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור" (פרשת אלמדני [6], בעמ' 34–35; ראו גם: פרשת מורכוס [54], בעמ' 470; בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון [56], בעמ' 369).

אכן, בלחימתה של המדינה נגד הטרור הבינלאומי עליה לפעול על פי כללי המשפט הבינלאומי (ראו Michael Kirby, *Australian Law – After 11* [135] September 2001). כללים אלה מבוססים על איזון. אין בהם הכל או לא כלום. עמדתי על כך בפרשת עג'ורי [9] בציני:

ה "באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה" (שם [9], בעמ' 383).

אכן, המאבק בטרור הפך את הדמוקרטיה שלנו ל"דמוקרטיה מתגוננת" או ל"דמוקרטיה לוחמת" (ראו ANDRAS SAJO, *MILITANT DEMOCRACY* [99]). עם זאת, אסור שמאבק זה ישלול ממשטרנו את אופיו הדמוקרטי.

63. השאלה אינה אם ניתן להתגונן נגד טרור. ודאי שניתן לעשות כן, ולעתים אף חובה לעשות כן. השאלה הינה אופן התגובה. בעניין זה נדרש האיזון בין

צורכי הביטחון לזכויות הפרט. איוון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים
בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים.
על הצבא להדריך עצמו על פי כללי המשפט. איוון זה מטיל מעמסה כבדה על
השופטים, אשר צריכים לקבוע – על בסיס המשפט הקיים – את המותר והאסור.
עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

”ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על
חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים
והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי
ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית-משפט הקובע מה מותר
ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח
בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא יעינינו
בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה” (דנג”ץ 2161/96 שריף נ'
אלוף פיקוד העורף [57], בעמ' 491).

אכן, ההכרעה בעתירה שלפנינו אינה קלה. ”אנו בני החברה הישראלית. אף
שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם
נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה
ואזרחיה גורר אחרינו. ככל ישראלי אחר, אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה
ועל אזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו לכך כי בטווח הקצר
פסק-דיננו זה אינו מקל את המאבק של המדינה כנגד הקמים עליה. ידיעה זו
מקשה עלינו. אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין. אנו
פועלים על-פי מיטב מצפוננו והכרתנו. אשר למאבקה של המדינה בטרור הקם
עליה, משוכנעים אנו כי בסופו של יום מאבקה על-פי הדין ותוך מילוי הוראותיו
מחזק את כוחה ואת רוחה. אין ביטחון ללא משפט. קיום הוראות המשפט הוא
מרכיב בביטחון הלאומי” (פרשת בית טוריק [17], בעמ' 861).

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

א "מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [58], בעמ' 845).

לו יהי כן!

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

ד המשנה לנשיאה א' ריבלין:

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

ה התפשטות הטרור בשנים האחרונות – התפשטות בהיקף ובעוצמה – העלתה על סדר היום שאלות קשות הנוגעות לאופן שבו צריכה, ורשאית, מדינה דמוקרטית להיאבק באלה הקמים עליה ועל אזרחיה לכלותם. אכן, אין מחלוקת כי מדינה רשאית וחייבת להיאבק בטרור. אין מחלוקת גם כי לא כל האמצעים כשרים. מתווה הלחימה בטרור וההגנה העצמית מפניו הוא קשה לשרטוט. האמצעים הרגילים שבהם מדינה מגינה על עצמה ועל אזרחיה אינם אפקטיביים בהכרח נגד ארגוני הטרור וחבריהם. גם אמצעי-שיטור ואכיפה המאפיינים מאבק בתופעות בלתי חוקיות "קונבנציונאליות" אינם הולמים את צורכי הלחימה בטרור (ראו גם Daniel Statman, *Targeted Killing* [123]). אשר על כן, מדינת ישראל (כמו מדינות אחרות) נקטה ונוקטת לאורך השנים פעולות

שונות לצורך התמודדות עם הטרור, ובית משפט זה, בהזדמנויות שונות, נדרש לשאלת האיזונים העדינים הכרוכים בשימוש בדרכי פעולה אלה.

א העתירה שלפנינו נוגעת למדיניות "הסיכול הממוקד". על פי מדיניות זו, פוגעת מדינת ישראל באנשים שהיא מזהה כמעורבים בתכנון ובהוצאה לפועל של פיגועי טרור. המטרה: מחד גיסא, להגן על אזרחים ועל חיילים של מדינת ישראל; מאידך גיסא, למנוע פגיעה, או למזער נזקים נלווים, לאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. חברי הנשיא א' ברק סבור כי יש לבחון את הסוגיה שלפנינו לאורם של דיני המשפט הבינלאומי הנוגעים לעימות (או לסכסוך) מזוין בעל אופי בינלאומי. שותף אני לעמדה זו (ראו גם: J. Nicholas Kendall, *Israeli Counter-Terrorism: "Targeted Killings" Under International Law* [136]). בין ישראל לבין ארגוני המחבלים השונים הפועלים באזור מתקיים, זה שנים, מצב מתמשך של סכסוך מזוין. סכסוך זה, מציין חברי הנשיא, אינו מתקיים בחלל נורמטיבי. שתי מערכות נורמטיביות תחולנה כאן, וכלשונו של חברי הנשיא: "בצד המשפט הבינלאומי העוסק בעימות מזוין עשויים לחול כללי יסוד של המשפט הציבורי הישראלי, שאותם נושא כל חייל ישראלי בתרמילו והם נעים עימו לכל אשר יפנה". אכן, שתי מערכות נורמטיביות צריכות בחינה בענייננו – האחת, הכללים של המשפט הבינלאומי, והאחרת – הכללים המשפטיים והעקרונות המוסריים של מדינת ישראל, ובכלל זה ערך היסוד בדבר כבוד האדם.

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

סוגיית הסיווג הנכון והראוי של ארגוני טרור ושל חבריהם מעוררת שאלות קשות. המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי (Customary International Humanitarian Law) מחייב את הצדדים לסכסוך להבחין בין אזרחים ללוחמים, בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות, ולהימנע מגרימת נזק יתר לאזרחי האויב. השאלה היא אם המציאות לא יצרה, בפועל, קבוצה נוספת שדינה הוא דין מיוחד. אכן, היקפו של הסיכון הנשקף למדינת ישראל ולשלום אזרחיה מצידם של ארגוני הטרור, וחוסר ההלימה בין האמצעים הננקטים ברגיל נגד אזרחים מפרי חוק לבין האיום הנובע מפעילות הטרור, מעוררים חוסר נוחות בעת שבאים אנו להתאים את הקטיגוריה המסורתית של "אזרחים" לאלה הנוטלים חלק פעיל במעשי טרור. אלה האחרונים אינם "לוחמים" – כהגדרתם במשפט הבינלאומי. האופן שבו הוגדרו ה"לוחמים" באמנות הנוגעות בדבר נובע דווקא מן הרצון לשלול מן ה"לוחמים הבלתי חוקיים" הגנות מסוימות הניתנות ללוחמים חוקיים (במיוחד הגנות הנוגעות לסוגיית השבי וההעמדה לדין). אלה הם "נצים נטולי זכויות יתר" – unprivileged belligerents – (ראו: KENNETH WATKIN, WARRIORS WITHOUT RIGHTS? COMBATANTS, UNPRIVILEGED BELLIGERENTS, AND STRUGGLE OVER LEGITIMACY [89] (להלן: ווטקין). וכן: Richard R. Baxter, *So-Called "Unprivileged Belligerency": Spies, Guerrillas and Saboteurs* [109], at p. 342, אולם, דווקא המאפיינים של ארגוני הטרור וחבריהם, המוציאים אותם מכלל ה"לוחמים" – היעדר סימני היכר הניבטים למרחוק ואי קיום דיני המלחמה ומנהגיה – יוצרים קושי, ככל שיש בהחרגה זו משום מתן מעמד מיטיב, ולו אך בעניינים מסוימים, למי שבוחר להפוך לוחם "בלתי חוקי" הפועל שלא בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ולכללי המוסר וההומניטריות.

סיווגם של חברי ארגוני הטרור בקטיגוריה של "אזרחים" אינו, אפוא, דבר מובן מאליו. Dinstein כתב בהקשר זה כי:

"[...] a person is not allowed to wear simultaneously two caps: the hat of civilian and the helmet of a soldier. A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. He is an unlawful combatant. He is a combatant in

the sense that he can be lawfully targeted by the enemy, but he cannot claim the privileges appertaining to lawful combatancy. Nor does he enjoy the benefits of civilian status: Article 5 (first Paragraph) of the 1949 Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War specifically permits derogation from the rights of such a person (the derogation being less extensive in occupied territories, pursuant to the second Paragraph of Article 5)” (YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT [86], at pp. 29–30).

ובמקום אחר נכתב: “[...] אם לא ראוי לראות בטרוריסטים כלוחמים, וכפועל יוצא מכך להעניק להם את ההגנות המגיעות ללוחמים, קל וחומר שאין לראותם כאזרחים שאינם לוחמים, ולהעניק להם זכויות רבות הרבה יותר” (עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים [80], בעמ' 76; ראו עוד: Yoram Dinstein, *Unlawful Combatants* [137], at p. 249, וכן: Richard R. Baxter, *So Called “Unprivileged Belligerency”: Spies, Guerrillas and Saboteurs* [109]). אלה הסבורים כי קטיגוריה שלישית של פורעי חוק מתקיימת, מדגישים כי נמנים עימה אלה המבקשים לערפל את הגבולות שבין אזרחים ללוחמים: John C. Yoo & James C. Ho, *The New York University – University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Status of Terrorists* [138], at p. 207. הקושי עשוי להתעצם עוד אם נביא בחשבון כי גם אלה המבדילים עצמם מן הלוחמים החוקיים מזה, ומן האזרחים התמימים מזה, אינם עשויים מקשה אחת. באים בהם קבוצות שאינן זהות בהכרח זו לזו מבחינת הנכונות לקבל על עצמן נורמות יסוד משפטיות ואנושיות. במיוחד ראוי להבחין, בהקשר זה, בין לוחמים בלתי חוקיים הנאבקים בצבא מזוין לבין אלה שפועלים במכוון נגד אזרחים.

נראה, אפוא, כי הדין הבינלאומי נדרש להתאים את עצמו לעידן שבו אנו חיים. לאור הנתונים שבאו לפנינו, מציע חברי הנשיא לערוך את ההתאמה על פי פרשנותו של הדין הקיים, המכיר, לשיטתו, בשתי קטיגוריות – לוחמים ואזרחים

ראו גם Shlomy Zachary, *Between the Geneva Conventions: Where Does the Unlawful Combatant Belong?* [112], at p. 378. תיתכנה כאמור גישות אחרות. לא מצאתי צורך להרחיב לגביהן, שכן לאור כללי הפרשנות שמציע חברי הנשיא, מאבד הקושי העקרוני, בסופו של יום, מעוקצו.

א

הפרשנות שמציע חברי הנשיא א' ברק יוצרת בפועל, ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. ניתן לגזור אותה מקבוצת הלוחמים ("לוחמים בלתי חוקיים") וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. בדרך האחרונה הולך חברי הנשיא. אם נלך בדרכו, נגזור מקבוצה זו את קבוצת האזרחים פורעי החוק הבינלאומי, שאותם הייתי מכנה: uncivilized civilians. כך או כך, אין בין הדרכים שוני תוצאתי, שכן הפרשנות שמציע חברי הנשיא להוראות המשפט הבינלאומי מתאימה את הכללים למציאות החדשה. פרשנות זו מקובלת עליי. זוהי פרשנות דינמית המתגברת על מגבלות הקריאה הפשטנית (black letter reading) של דיני המלחמה.

ב

ג

3. על רקע ההבדלים שבין הלוחמים "חוקיים" לבין הלוחמים "פורעי החוק הבינלאומי" ניתן לערוך אנלוגיה בין דרכי הלחימה המותרות במאבק בין שני צבאות לבין "הסיכול הממוקד" של מחבלים (ראו גם Statman, במאמרו הנ"ל [123]). התפישה העומדת מאחורי מדיניות "הסיכול הממוקד" היא שיש לכוון את הנשק אך ורק כלפי המעורבים ממש בפעילות הטרור. אכן, במלחמה קונבנציונלית, הלוחמים מזוהים ומובחנים מן האוכלוסייה האזרחית. ניתן לפגוע בלוחמים אלה (כפוף להגבלות של המשפט הבינלאומי). באזרחים אין לפגוע. בדומה, במסגרת המאבק נגד הטרור מותר לפגוע בלוחמים פורעי החוק הבינלאומי, אולם יש להימנע, ככל האפשר, מפגיעה באזרחים. הקושי נובע כמובן מן העובדה שהלוחמים הבלתי חוקיים, בהגדרה, אינם פועלים לפי דיני המלחמה, ובכלל זה – הם פועלים לעתים קרובות במסווה מתוך אוכלוסייה אזרחית. זאת, בניגוד להוראות המפורשות של הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה. הם עושים כן כדי לזכות ביתרון הנובע מכך שהעומד מולם מבקש לכבד את כללי המשפט הבינלאומי (ראו Jason Callen, *Unlawful Combatants and the Geneva Conventions* [110]).

ד

ה

ו

אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד"

ז

בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

א 4. בכל הנוגע ליישומה של דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחי חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עינינו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזוין. החובה לכבד את אזרחי הצד שכנגד מפורשת בכללי המשפט הבינלאומי (ראו Eyal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians* [108], at p. 96).

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

ד "[...] בעניין אחד הקווים ברורים וחדים – השמירה על כבוד האדם באשר הוא. חובתו של הצבא התופש שטח בתפישה לוחמתית להגן על חייו של התושב המקומי. הוא חייב להגן גם על כבודו. עצם העמדתו של תושב כזה, שנקלע לאזור של קרב, בפני הברירה אם להעתר לבקשת הצבא להעביר אזהרה למבוקש ואם לאו – יש בה כדי להעמידו בפני ברירה בלתי-אפשרית. הברירה עצמה אינה מוסרית. היא עצמה פוגעת בכבוד האדם" (דנג"ץ 10739/05 שר הביטחון נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל [59]).

ה שתי המערכות הנורמטיביות החלות על הסכסוך המזוין מאוחדות בכך שהן מעמידות במרכזן את עקרון כבוד האדם. עיקרון זה מזין את הפרשנות של המשפט הבינלאומי כפי שהוא מזין את הפרשנות של המשפט הציבורי הפנימי בישראל. הוא מבטא ערך כללי שממנו נובעות חובות ספציפיות שונות (על מקומו של העיקרון הזה במשפט הבינלאומי, ועל משמעותו בכל הנוגע ליחס שיש לנקוט כלפי אזרחים, ראו Benvenisti, במאמרו הנ"ל [108]); יצוין כי Benvenisti מזהה שני עקרונות שהם רלוונטיים ליישומו של עקרון השמירה על

א כבוד האדם בהקשר הנדון: עקרון האינדיווידואליות, המורה כי כל אדם אחראי אך ורק למעשיו-שלו; ועקרון האוניברסליות, שלפיו כל הפרטים זכאים לאותן זכויות, תהא השתייכותם הקבוצתית אשר תהא. עיקרון אחרון זה אינו מוכר במפורש בדיני הסכסוך המזוין. בכך אין כדי לאיין את החובה הנוגעת לאזרחי אויב. היקף החובה משתנה אך לא עצם קיומה של החובה (שם [108], בעמ' 88).

ב 5. עקרון המידתיות, שהוא בגדר עיקרון כללי המעוגן בהוראות שונות של המשפט הבינלאומי, בא להגשים את החובה הזו. עיקרון זה שולל פגיעה נלווית בלתי מידתית באזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי התועלת שתצמח מהשגת המטרה הצבאית הראויה תהא שקולה כנגד הנזק שנגרם לאזרחים תמימים. כך הוא לגבי הדרישה כי הנזק הנלווה לא יהא מופרז בנסיבות העניין. יש הרואים בהעמדת התועלת מול הנזק קונקרטיזציה של ההוראה בדבר הימנעות מפגיעה מופרזת באזרחים. אף כי הקשר בין השתיים ברור, נראה כי ייתכנו נזקים נלווים לאוכלוסייה האזרחית שהם כה קשים עד כי גם מטרה צבאית בעלת תועלת של ממש לא תצדיק את גרימתם. מכל מקום, מדובר בדרישות ערכיות. "זהו מבחן ערכי" – מציין חברי הנשיא – "הוא מבוסס על איוון בין ערכים ואינטרסים נוגדים". תפישה ערכית זו מקובלת במשפט הבינלאומי המנהגי בכל הנוגע להגנה על אזרחים (סעיף 51 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה [140]). היא גם מקובלת במערכות המשפט הלאומיות של מדינות רבות. מבחן זה – כפי שכתב הנשיא ברק באחת הפרשות – "נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון [33]).

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

יעד הסיכול. כל אלה הן מגבלות שחותרות בעיקרן להגשים את החובה לכבד את חייהם של האזרחים התמימים, והן תפורשנה בהתאם.

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

6. עקרון המידתיות קל לניסוח אך קשה ליישום. כאשר נדרשים לו מראש, באילוצים של זמן ולאורה של מסכת מוגבלת של מידע – עשויה ההכרעה להיות קשה ומורכבת. תכופות יש צורך לשקול ערכים ומידות שאינם פשוטים להשוואה. כל אחד מן השיקולים המתחרים הוא עצמו נתון למשתנים יחסיים. ד אף אחד מהם אינו יכול להישקל כשהוא עומד בפני עצמו. הצורך הצבאי המידתי כולל בתוכו יסודות הומניטריים. השיקול ההומניטרי חובק בגדריו גם צורך צבאי קיומי. כפי שמציין חברי הנשיא, בית המשפט קובע את המשפט החל על החלטתו של המפקד הצבאי. ההחלטה המקצועית הצבאית מצויה באחריותה ה של הרשות המבצעת, ובית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל לאורן של המערכות הנורמטיביות החלות על המקרה (השוו: דין וחשבון הוועדה שבחנה את פעולות נאט"ו ביוגוסלביה, שהוגש ל-I.C.T.Y. בחודש יוני 2000 [151]).

7. סוף דבר, כמו חברי הנשיא, סבור גם אני כי אין לקבוע מראש שפעולה של סיכול ממוקד היא תמיד בלתי חוקית, כמו שאין לקבוע מראש כי בכל הנסיבות היא חוקית ומותרת. על פעולה כזו – כדי שתהיה חוקית – לקיים את כללי המשפט, ובכלל זה את דרישת המידתיות כפי שהוסברה. כל זאת, ת מתוך תפישה המעניקה משקל עיקרי לזכותה של מדינת ישראל להגן על

עצמה ועל חיי אזרחיה, ובד בבד, הרואה כערך יסודי את העיקרון בדבר כבוד האדם.

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

הנשיאה ד' ביניש:

ב מסכימה אני לפסק דינו של הנשיא (בדימו') א' ברק, ומבקשת להדגיש היבטים אחדים הנוגעים לסוגיה הקשה שהונחה לפתחנו.

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

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

ה בית משפט זה שב ופסק פעמים רבות בעבר כי גם פעולות לחימה מתנהלות על פי נורמות המעוגנות במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד, וכי אין הפעילות הצבאית מתקיימת בריק נורמטיבי. הקשיים המשפטיים שעלינו להתמודד עימם נובעים, בראש ובראשונה, מכך שהמשפט הבינלאומי טרם פיתח

את דיני הלחימה באופן שיתאימם ללחימה בארגוני טרור, להבדיל מצבא סדיר. לפיכך, עלינו לעשות שימוש בכלים הפרשניים כדי להתאים את הדין ההומניטרי הקיים לצורכי המציאות הקשה שעימה מתמודדת מדינת ישראל. יצוין כי התפשטות נגע הטרור בשנים האחרונות מעסיקה חכמי משפט במדינות שונות ואנשים מתחום המשפט הבינלאומי, בניסיון להציב את נורמות המותר והאסור אל מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין. על רקע מציאות נורמטיבית זו, אף עליו מקובל כי במסגרת הדינים הקיימים אין לסווג את המחבלים ואת ארגוניהם כ"לוחמים" אלא כ"אזרחים". בהתחשב בכך, חל על עניינם סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 [140] לאמנת ג'נבה הרביעית – הסדר שהוא חלק מהדין המנהגי – ולפיו:

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

בפסק דינו, עמד הנשיא ברק בהרחבה על פרשנותם של הרכיבים העיקריים בסעיף 51(3) הנ"ל, לנוכח הצורך להגדיר את הביטוי אזרחים ה"נוטלים חלק ישיר במעשי איבה" וכן לבאר מהו "משך אותו זמן". כעולה מהפרשנות האמורה בפסק דינו של הנשיא, מתחייבים סייגים ומגבלות על כוחה של המדינה לבצע פעולות של "סיכול ממוקד". מסייגים אלה עולה כי לא כל מעורבות בפעילות חבלנית תהווה נטילת "חלק ישיר במעשי איבה" לפי סעיף 51(3) וכי מדובר בפעילות הקשורה בגרעין של מעשי האיבה עצמם – פעילות אשר, מחד גיסא, אינה רק התקיפה הפיסית עצמה, אך – מאידך גיסא – אין נכללת בה פעילות של סיוע עקיף (ראו פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא). מסכימה אני לכך שהדילמות המתעוררות לנוכח הפרשנות לרכיביו של סעיף 51(3) הנ"ל מחייבות בדיקה פרטנית ממקרה למקרה. יש לזכור כי תכליתו של "הסיכול ממוקד" היא למנוע פגיעה בחיי אדם כחלק מחובתה של המדינה להגן על חייליה ועל אזרחיה. מאחר שסעיף 51(3) הינו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתרה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות. מכוח הקפדה זו, יש לבחון את רמת המידע לשם סיווגו של "אזרח" כנוטל חלק ישיר בפעולות איבה. על המידע להיות מבוסס היטב, חזק ומשכנע באשר לסיכון הנשקף מהמחבל לחיי אדם – סיכון הכולל גם פעילות מתמשכת שאינה מצטמצמת לפעילות קונקרטיה ספורדית או

א חד פעמית. אוסיף כי, בנסיבות מתאימות, מידע אודות פעילותו של המחבל בעבר, עשוי לשמש לצורך בדיקת הסיכון הנשקף ממנו בעתיד. עוד אוסיף כי בהערכת הסיכון, יש להביא בחשבון את מידת הסתברותה של פעילות האיבה המסכנת חיי אדם. בעניין זה, אין די בחשש רחוק ויש צורך ברמת הסתברות ממשית לקיומו של סיכון כזה. מקובלת עליו כמובן הקביעה כי יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית (בדיעבד) באשר לדיוק הזיהוי ולנסיבות הפגיעה. לכל אלה, יש להוסיף שניים: ראשית, אין לעשות שימוש "בסיכול הממוקד" כאשר ניתן לעצור מחבל, הנוטל חלק ישיר במעשי איבה, ללא סיכון ממשי לחיי חיילים. ושנית, יש לקיים את עקרון המידתיות המקובל במשפט הבינלאומי המנהגי, ולפיו יש להימנע מפגיעה נלווית בלתי מידתית באזרחים תמימים. כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו עומד ביחס הולם לתועלת של הפעילות הצבאית (מבחן "המידתיות במובן הצר"), יהא "הסיכול הממוקד" בלתי מידתי. על עניין זה עמד בהרחבה גם חברי המשנה לנשיאה ריבלין, ומסכימה אני גם עימו. בסופם של דברים, כאשר מבוצעת פעולה של "סיכול ממוקד" בהתאם לסייגים הנדונים ובמסגרת דיני הסכסוך המזוין הבינלאומי לפי המשפט המנהגי ההומניטרי, כפי שפורש על ידינו, אין מדובר בנטילת חיי אדם באופן שרירותי, אלא באמצעי שנועד להצלת חיי אדם.

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

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

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

ד