

על לחימה בטרור ועל מוסר

ישנם משפטנים שחושבים כי טרוריסט הוא מטרה לגיטימית רק בעת שהוא מבצע פעולות טרור. לפני כן ואחרי כן הוא זכאי לדעתם לחסינות כמו כל אזרח אחר שאינו מעורב בלחימה. בעיני ישראל התפיסה הזאת היא עיוות של המוסר



אנשי חמאס משגרים טילי קסאם מרצועת עזה | דיני המלחמה מאפשרים בנסיבות מסוימות פגיעה במטרות מוגנות, שכן אין זה סביר להעניק הגנה מוחלטת לאוכלוסייה אזרחית ולפגוע בזכויות אחרים, כפי שלא ניתן להעניק יד חופשית למדינה שנתונה למתקפת טרור לבחור בכל אמצעי לחימה



רס"ב עו"ד אברהם כהן

מודיעין חיל האוויר. מחבר הספר:
ההריגה המונעת - משפט ואתיקה



מבוא

לעמוד במבחן הסבירות. במילים אחרות: יש לבחון עד כמה ניתן - בכורח הנסיבות - לתת לאזרחים את האפשרות להתרחק מהיעד המותקף.⁴

העיקרון שלפיו יש להבחין בין מטרות צבאיות למטרות אזרחיות (עקרון ההבחנה) זכה למעמד של נורמה נחרצת שלא ניתן לוותר עליה גם בהסכמת הצדדים. בית הדין הבינלאומי שהקים האו"ם לחקר פשעי המלחמה שנעשו במלחמה ביוגוסלביה (ICTY) קבע שלעיקרון הזה יש תוקף מנהגי. וכך הוא כתב:⁵

אלה הם העקרונות העיקריים... של החוק ההומניטרי: הראשון - מטרתו היא להגן על אוכלוסייה אזרחית ועל מטרות אזרחיות וליצור הבחנה בין לוחמים ללא לוחמים: על מדינות חל איסור מוחלט להפוך אזרחים ליעד להתקפה וכתוצאה מכך חל עליהן איסור מוחלט להשתמש בכלי נשק שאינם מסוגלים להבחין בין מטרה צבאית למטרה אזרחית.

במלחמת העולם השנייה הפריחו היפנים בלונני אש לעבר חופה המערבי של ארה"ב כדי להצית דלקות ענק. האמצעי הזה, למשל, אינו מבחין בין מטרות מותרות למטרות אסורות והופך את כולן למטרה "מותרת" אחת. באותה המלחמה הפציצה גרמניה את בריטניה באמצעות טילי שיוט (V1) ובאמצעות טילים בליסטיים (V2). על פי עקרון ההבחנה שני כלי הנשק האלה פסולים שכן בגלל חוסר דיוקם לא ניתן היה להבטיח שיפגעו במטרות צבאיות בלבד.

דוגמאות נוספות לכלי נשק שנאסרו לשימוש: פרוטוקול המוקשים של אמנת הנשק הקונוונציונלי מ-1980 אוסר שימוש בנשק מתלקח כפגזי זרחן או נפלם.⁶ כמו כן הוא אוסר להשתמש בנשק להשמדה המונית.⁷ אמנת אוטווה מ-1979 אוסרת שימוש במוקשים נגד אדם.⁸ יש הסוברים שמכוח עקרון ההבחנה אסור להשתמש בפצצות מצרר ובפגזי פלאשט בגלל הפיזור הרב שלהם.⁹

ההבחנה בין לוחמים לאזרחים

על הצדדים למאבק להבדיל את עצמם

זוועות הנאצים במלחמת העולם השנייה דירבנו את מדינות העולם לעגן בחוק הבין-לאומי את ההגנה על האוכלוסייה האזרחית ועל מתקני תשתית חיוניים המשרתים אותה. אולם את החוקים האלה מנצלים באופן ציני ארגוני טרור שבכוונה תחילה מרכזים את פעילותם בלב מרכזי אוכלוסייה, וזו משמשת להם חומת מגן אנושית. כתוצאה מכך מתקשות הדמוקרטיאות, שרוצות לשמור על החוק הבין-לאומי, להתגונן מפני הטרוריסטים ולשמור על ביטחון אזרחיהן. דיני המלחמה מבוססים על איזון בין שני קטבים: מחד, צרכים צבאיים, ומאידך, שיקולים הומניטריים. לכן לעולם ההגנה על מטרות אזרחיות אינה מוחלטת כי אם יחסית ונמדדת על פי האינטרס האחר המוגן אף הוא. הדינים אלה מבוססים על עקרונות יסוד שמטרתם היא לשמור על איזון בין הצורך הצבאי לבין החובה לשמור על מידתיות. אלה הם העקרונות שהנחו את המשפטנים שניסחו את דיני המלחמה בחוק הבין-לאומי:

1. **עקרון הצורך הצבאי** (military necessity) - השימוש בכוח מותר כל עוד הוא נועד להשיג תכלית צבאית ראויה ומשמעותית נגד האויב.
2. **עקרון המידתיות** (proportionality) - פגיעה באזרחים או במטרות אזרחיות הנגרמת עקב תקיפה צבאית של יעד לגיטימי אין בה כדי להפוך את התקיפה לבלתי חוקית, כל עוד הנזק האגבי הצפוי להיגרם לאזרחים אינו מופרז ביחס לתועלת הצבאית הצפויה מהפעולה.
3. **עקרון ההבדלה** (distinction) - חלה חובה על הצדדים למאבק להבדיל בין הלוחמים לבין האוכלוסייה האזרחית. על הלוחמים ללבוש מדי צבא, לשאת נשק בגלוי ולעונד סימני היכר. כמו כן עליהם לפעול מחוץ לאזורים מאוכלסים ולמנוע מעורבות של האוכלוסייה במאבק המזוין.

מהדברים האלה משתמע שדיני המלחמה מאפשרים בנסיבות מסוימות פגיעה במטרות מוגנות, שכן אין זה סביר להעניק הגנה מוחלטת לאוכלוסייה אזרחית ולפגוע בזכויות אחרים, כפי שלא ניתן להעניק יד חופשית למדינה שנתונה למתקפת טרור לבחור בכל אמצעי לחימה. על הצדדים למאבק המזוין להבחין הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) לבין פרטים שאינם לוחמים (non combatants) כמו אזרחים (civilians) ובין מטרות צבאיות (military objectives) למטרות אזרחיות (civilian objectives).

שימוש בשיטות ובכלי נשק מבחינים

אחת מאושויותיו של הדין ההומניטרי הוא הכלל שלפיו לא כל מטרה היא לגיטימית לתקיפה. לכוח מזוין ניתנת הרשות לפעול רק נגד מטרות צבאיות. הכלל הזה מעוגן בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נווה שקיבל תוקף מנהגי:¹

אסור לבצע התקפות חסרות הבחנה. התקפות חסרות הבחנה הן:

1. התקפות שאינן מכוונות למטרה צבאית ספציפית.
2. התקפות שבהן נעשה שימוש בשיטת לחימה או באמצעי לחימה שלא ניתן לכוונם לעבר מטרה צבאית ספציפית.
3. התקפות שבהן נעשה שימוש בשיטת לחימה או באמצעי לחימה שאת השפעותיהם לא ניתן להגביל כפי שנדרש בפרוטוקול הזה.

הסעיף הזה אוסר לתקוף את האויב באופן אקראי ובלי להבחין בין מטרות צבאיות למטרות אזרחיות. נוסף על כך הוא אוסר על הצדדים הלוחמים להפעיל נשק כראות עיניהם. שלוש חובות מטיל הסעיף הזה על הכוח התוקף:

1. אסור לו להתייחס אל מקבץ מטרות מעורבות - צבאיות ואזרחיות - כאל מטרה אחת.²
2. חובה עליו לנקוט את האמצעים הסבירים והנחוצים כדי לברר את אופיה של המטרה המותקפת.³
3. ישנה חובה להזהיר את התושבים לפני התקפה, אך זו אינה חובה מוחלטת, אלא עליה

סעיף 38 של אמנת האו"ם לזכויות הילד האוסרת על עירוב ילדים מתחת לגיל 15 במאבקים חמושים. היא גם מנוגדת להחלטה 1,261 של האו"ם שבה נאמר כי אסור להפוך ילדים לחיילים שכן זוהי הפרה של החוק הבינ-לאומי.

סעיף 28 לאמנת ז'נווה הרביעית אוסר להפוך אזרחים לחומת מגן כדי למנוע מהצד האחר לבצע פעולה צבאית.¹⁵

אובדן החסינות של אזרח בעקבות השתתפותו בלחימה נקבע בסעיף 51(3) של הפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נווה. נאמר בו:

אזרחים ייהנו מההגנה המוענקת על פי סעיף זה, אלא אם במשך אותו הזמן הם משתתפים ישירות במעשי האיבה.

הסעיף הזה ראוי לניתוח מדוקדק.

השאלה הראשונה שעולה ממנו היא: מה ייחשב להשתתפות ישירה במעשי איבה שבגינה יאבדו האזרחים את ההגנות שמקנה להם הדין הבינ-לאומי. אין מחלוקת על הגדרת המונח "מעשי איבה". אלה הם כל אותם המעשים שנועדו לגרום נזק לאויב כדי להביא בסופו של דבר להבסתו. מדובר לא רק בפעולות של לחימה בפועל אלא גם בפעולות כמו איסוף מודיעין, הספקת תחמושת, תכנון וניהול של מהלכי לחימה.

השאלה השנייה שעולה נוגעת למושג "השתתפות ישירה" במעשי איבה, שהרי מלשון החוק עולה שישנו לכאורה הבדל בין מעשה איבה ישיר למעשה איבה עקיף.¹⁶ הפרשנות של הצלב האדום קובעת שהשתתפות ישירה פירושה מעשי איבה שנועדו לגרום נזק ממשי לכוח האדם

באמצעות סימני היכר כמו נשיאת נשק בגלוי ולבישת מדים הנושאים סימן זיהוי מוכר. לוחם המבדיל בינו לבין האוכלוסייה האזרחית מאפשר לקיים את עקרון ההבחנה ומעניק אגב כך הגנה לאזרחים. סימני היכר הייחודיים מקנים ללוחמים את הזכות להילחם ולקבל מעמד של שבויי מלחמה במקרה של נפילה בשבי.

פעילי טרור לובשים בדרך כלל בגדים אזרחיים ופועלים במרכזי אוכלוסייה ואינם מאפשרים להבחין בינם לבין האוכלוסייה המקומית. לכן אם הם נופלים בשבי אין הם נהנים ממעמד של שבויי מלחמה וניתן להעמידם לדין פלילי על פעילותם.¹⁰ סעיף 4 לאמנת ז'נווה השלישית, המבוסס בחלקו על סעיף 1 של תקנות האג מ-1907,¹¹ קובע קטגוריות של הזכאים למעמד של שבויי מלחמה.¹²

מיהו חייל?

דיני המלחמה - על זכויותיהן וחובותיהן - חלים לא רק על הצבא, אלא אף על מיליציות ועל יחידות מתנדבים הממלאות אחר התנאים הבאים:

1. מפקד עליהן אדם האחראי לפקודין.
2. יש ללוחמיהן סימן קבוע שמבדיל בינם לבין סביבתם ושלאפשר לזהותו מרחוק.
3. לוחמיהן נושאים נשק בגלוי.
4. הלוחמים מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה.
5. הן משתייכות לאחד הצדדים בסכסוך.

מיהו אזרח?

אזרחים הם מי שאינם משתייכים לכוחות הלוחמים.¹³ אולם אזרח שהשתתף באופן ישיר בלחימה מאבד את חסינותו מפני התקפת האויב והופך למטרה לגיטימית.¹⁴ יתר על כן, הימצאותם של אזרחים - אף אם הם תמימים - במקום שמוגדר "מטרה לגיטימית" אינה מקנה להם חסינות מפני תקיפה.

ב"חומת מגן" עשו ארגוני הטרור הפלסטיניים שימוש בילדים תמימים שאין ביכולתם להבין את מהות מעשיהם. זוהי פעולה מקוממת מהבחינה המוסרית שנוגדת את

ב"חומת מגן" עשו ארגוני הטרור הפלסטיניים שימוש בילדים תמימים שאין ביכולתם להבין את מהות מעשיהם. זוהי פעולה מקוממת מהבחינה המוסרית שנוגדת את סעיף 38 של אמנת האו"ם לזכויות הילד



ולציוד של צבא האויב.¹⁷ לעומת זאת צבא גרמניה קובע שיש לתת למושג פרשנות מרחיבה וכי הוא כולל אזרחים המפעילים נשק, מפקחים על תפעול נשק, מספקים שירותים להכנת מבצע צבאי או שבכוונתם להשתתף במבצע.¹⁸

המונח "השתתפות ישירה" הוא אכן בעייתי. כך, למשל, בספרות המקצועית ישנה מחלוקת בנוגע לאופן שבו יש להתייחס לנהג משאית שמוביל תחמושת צבאית. יש הטוענים שהובלת תחמושת היא "השתתפות ישירה במעשי האיבה", ולכן לגיטימי להרוג את הנהג, ויש מלומדים שסבורים כי הובלת תחמושת היא השתתפות עקיפה במעשי האיבה, ולכן אסור לנסות לפגוע בנהג. אבל בסופו של דבר זהו ויכוח תיאורטי למדי, שכן אין שום ויכוח על כך שהמשאית עצמה היא יעד לגיטימי לתקיפה, ואם הנהג נהרג בעת תקיפת המשאית, הריגתו לא תהיה פשע מלחמה, שהרי הפגיעה במשאית היא צורך צבאי מובהק, והיתרון הצבאי המושג בהשמדתה גבוה בהרבה ממחיר הפגיעה בנהג. כך גם אזרח הפועל בשירותו של ארגון טרור הוא מטרה לא מוגנת - בין היתר בשל קרבתו למטרה צבאית בזמן לחימה.¹⁹

השאלה השלישית נוגעת לביטוי "במשך אותו הזמן". כך, למשל, הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל טען (בבג"ץ 769/02) כי אזרחים שעוסקים בטרור הם מטרה לגיטימית לפגיעה רק בעת שהם עוסקים בפעולות האיבה. הם הביאו את חוות דעתו של פרופסור אנטוניו קססה שלפיה זכאי פעיל טרור להגנה מלאה - כמו כל אזרח אחר - מהרגע שבו הוא סיים את השתתפותו בפעולות האיבה. עוד טען הוועד הציבורי נגד העינויים שזוהי גם פרשנותו של הצלב האדום לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נווה. במילים אחרות, לפי הפרשנות הזאת זכאים הטרוריסטים למעמד מיוחס אף יותר מחיילים: בעוד שהחיילים הם כל הזמן מטרה לגיטימית לתקיפה, הטרוריסטים הם מטרה לגיטימית רק ברגע שהם עוסקים בפעולות איבה. כך,

סיכום: הגישה של ישראל להגדרת טרוריסטים

מדינת ישראל, כמו ארה"ב, חוקקה חוק המגדיר פעילי טרור "לוחמים בלתי חוקיים". זוהי קטגוריה שלישית לצד "אזרחים" ו"לוחמים". הטרוריסטים נקראים "לוחמים" משום שהם נושאי נשק ועושים בו שימוש. הם בלתי חוקיים, משום שהם לוחמים שלא בהתאם לדיני המלחמה. בראש ובראשונה: הם לא לובשים מדים ואינם מאפשרים להבחין בינם לבין האוכלוסייה האזרחית הבלתי מעורבת.

המונח "לוחמים בלתי חוקיים" אינו חדש. הוא היה בשימוש כבר במלחמת העולם השנייה להגדרת קבוצות ומיליציות שנלחמו באופן בלתי חוקי. המעמד הזה שלל מהן את הזכויות המוקנות לשבויי מלחמה.

למשל, אסור - לפי הפרשנות הזאת - לפגוע בטרוריסט דקות ספורות לאחר שהוא שיגר טיל לעבר יישוב אזרחי.

לא רק בית המשפט בישראל דחה את הפרשנות הזאת, שלפיה יכול הטרוריסט ליהנות מחסינות בשעה שהוא מתארגן להמשך פעילותו, אלא גם הוועדה הבין-לאומית לזכויות האדם.²⁰ בסופו של דבר נועד המשפט הבין-הלאומי להעניק למדינה מותקפת כלים להגן על עצמה. אימוץ פרשנות המעניקה חסינות כה מרחיקת לכת לטרוריסטים ירוקן למעשה מתוכן את סעיף 51 של מגילת האו"ם המקנה למדינה זכות להגן על עצמה.

גם לדעתי אין לקבל את הפרשנות של הוועד הציבורי נגד עינויים. טרוריסט רואה בטרור דרך חיים. מנוחתו בביתו היא רק לצורך התארגנות לקראת פעילותו הבאה. עיסוקו בטרור הוא עבודתו. בפסק הדין בנוגע לסיכול הממוקד קבע השופט אהרן ברק שאת המושג "במשך אותו הזמן" יש לפרש כל פעם לגופו של עניין, ובלשונו: יש ללכת "ממקרה למקרה".²¹ לאחר מכן הוא נתן דוגמאות משני קצות הספקטרום שבהן ברור לחלוטין אם מדובר בטרוריסט מקצועי שלא זכאי לשום הגנה - גם כשהוא נח בביתו - או שמדובר באזרח שנקלע באקראי לאירוע שבו הוא מסייע לטרור באופן חד-פעמי, ואין לראות בו טרוריסט מקצועי.

הפתרון של ברק אינו עומד, לדעתי, במבחן המציאות. נדרש מבחן אובייקטיבי ומעשי. ברור שבמקרים פשוטים ניתן יהיה לקבוע ללא קושי כיצד לפרש את המונח "במשך אותו הזמן", אולם במקרים סבוכים יותר לא ברור אם "הליכה ממקרה למקרה" תיתן את המענה הראוי. זאת ועוד, בשדה הקרב המודיעין אינו תמיד מדויק ומשתנה בתדירות גבוהה, וזו אחת הסיבות לכך ששדה הקרב הוא "ממלכת אי-הוודאות". כיום ישנו תחום אפור של מקרים שבנוגע אליהם טרם התגבש משפט מנהגי. מכאן שאין לקבל את דעתו של המלומד קססה שפעיל טרור מקבל בחזרה את ההגנה מפני פגיעה בו כל אימת שסיים את עבודתו הטרוריסטית והולך לנוח לקראת הפעולה הבאה.

הערות

1. הסעיף זכה למעמד מנהגי, דהיינו למעמד של נורמה נחרצת. ראו דברי השופט אהרן ברק בבג"ץ 769/02 – הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נגד ממשלת ישראל (טרם פורסם רשמית, אך מצוי באתר נבו: www.nevo.co.il)
2. סעיף 51(א) לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נובה
3. שם, סעיף 57(א)(1)
4. שם, סעיף 57(ג)
5. UN Final Report to the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, <http://kosova.org/post/UN-Final-Report-to-the-NATO-Bombing-Campaign-Against-Yugoslavia.aspx>
6. Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons, 10 Oct 1980, art. 2, 1342 U.N.T.S. 171, 19 I.L.M. 1534 (1980)
7. Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925, 94 L.N.T.S. 65
8. Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti Personnel Mines and on Their Destruction, 18 September 1997, 36 I.L.M. 1507
9. T.M. McDonnell, "Cluster Bombs over Kosovo: A Violation of International Law?" *Ariz. L. Rev.* 31, 2002, p. 625
10. אין להעמיד לוחם שבוי לדין פלילי, ויש לנהוג בהם "מנהג אנושי", ראו סעיף 13 לאמנת ז'נובה השלישית.
11. Convention (IV) Respecting the Law and Customs of War on Land and its annex: Regulations Respecting the Law and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Article 1 to the Regulations
12. חיילים בצבא סדיר, חברי מיליציות, חיילי צבא סדיר הנאמן לממשלה או ליישות מוסמכת אחרת, אנשים נלווים כמו עיתונאים או ספקים, אנשי צוות במתקנים צבאיים ניידים כמו אוניות ומטוסים, תושבי שטח כבוש הפועלים באופן ספונטני כדי להדוף פולש מתקרב, חיילי אויב השוהים בשטח של מדינתם שנכבש.
13. זוהי הבחנה קלסית מן העבר. ראו סעיף 50 לחוק הפטריוט האמריקני. כיום אנו עדים לקטגוריה שלישית של "לוחם בלתי חוקי".
14. שכן עצם השימוש שעושים אזרחים בנשק הוא הפרה של דיני המלחמה. ישראל מכנה אותם "לוחמים לא חוקיים" כדי להבדיל בינם לבין לוחמים רגילים.
15. בעבר נעזר צה"ל בתושבי השטחים כדי לעצור חשודים באמצעות "נוהל שכן". בג"ץ אסר על הנוהל הזה.
16. בית הדין הפלילי לפשעים ברואנדה קבע שהביטויים האלה הם בעלי תוכן זהה. ראו: *Prosecuter v. Akayesu*, case No. 96-4-T (1998) ICTR
17. ICRC, Commentary on Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the 'Protection of Victims of International Armed Conflicts', (Protocol I), 8 June 1997, para 1944
18. Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, para 232, 1995
19. A. P. V. Rogers and Malherbe, *Model Manual of the Law of Armed Conflict* 29, ICRC, 1999
20. Report on Terrorism and Human Rights, QEA/Ser. L/V/II. 116, Doc. 5 rev. 1 corr, 22 October 2002 הוועדה קבעה שאזרחים שמשתתפים ישירות בפעולות האיבה מוותרים זמנית על חסינותם מפני התקפה אישית במשך הזמן שבו הם ממלאים תפקידים של לוחמים. הוועדה הוסיפה: "בהקשר הזה ייתכן כי מרגע שאדם מוגדר לוחם רגיל או לא רגיל, מוגן או לא מוגן, הוא לא יוכל לשוב למעמד של אזרח או לעבור בין מעמד של אזרח למעמד של לוחם". על פי המשפט הבין-לאומי המנהגי, אזרח שחצה את הקווים וביצע פעולות לחימה אינו יכול לשוב למעמד של אזרח, והוא מטרה לגיטימית.
21. מדינת ישראל בבג"ץ 769/02 טענה כי הוראות הפרוטוקול אינן חלות על ישראל בשל היותה מתנגדת עקבית לפרוטוקול. השופט ברק לא קיבל את טענת הפרקליטות ופסק שמדובר בסעיף (3)51 שקיבל מעמד מנהגי שמחייב את כל המדינות.