

מאבקה של ישראל בטרור שנת 2002 – היבטים משפטיים אגב מבצע "חומת מגן"

עמנואל גרוס *

- א. הקדמה
- ב. צה"ל עורך טבח בתושבי ג'נין?
- ג. מניעת טיפול רפואי
- ד. סיכול ממוקד
- ה. מניעת הספקת סיוע הומינטרי
- ו. הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין
- ז. סיכום

א. הקדמה

"נטען בעתירות כי טבח נעשה במחנה הפליטים בג'נין. המשיבים חולקים על כך בכל העוצמה. קרב היה בג'נין – קרב שרבים מחיילינו נפלו בו. הצבא נלחם מבית לבית ולא בדרך של הפצצות מן האוויר כדי למנוע ככל האפשר פגיעה באזרחים. עשרים ושלושה מחיילי צה"ל קיפחו את חייהם. עשרות חיילים נפצעו. העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם. טבח הוא דבר אחד. קרב קשה הוא דבר אחר. המשיבים חוזרים ומציינים בפנינו כי אין להם מה להסתיר, ואין הם מבקשים להסתיר דבר. ההסדר המעשי שהגענו אליו הוא ביטוי לעמדה זו"¹.

דברים אלו של הנשיא ברק בעתירתם של חברי הכנסת ברכה וטיבי נגד שר הביטחון והצבא בעיצומו של מבצע "חומת מגן", אשר ביקשו להורות לצבא להפסיק את ה"טבח" בתושבי ג'נין – יש בהם כדי לתמצת את מהות המאבק המזוין בין ישראל לארגוני המחבלים. זהו מאבק בלתי הוגן ובלתי שוויוני, שכן

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
1 הנשיא ברק כבג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נון(3) 11, 16 (להלן: עניין ברכה).

רק צד אחד מחויב לאמות מידה של חוק ומוסר. שוב, היה זה הנשיא ברק אשר לפני זמן לא רב העיר:

”זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים 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 בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה”².

אכן, גל הטרור הפלסטיני הנוכחי מול מדינת ישראל שפרץ בספטמבר 2000, אף כי הוא בעל תחולה גאוגרפית אזורית, אינו אלא חלק ממאמץ טרור מקיף עולם, שהמשכו בפיגוע הרצחני בארצות-הברית ב-11.9.2001. המאבק הפך להיות בין העולם החופשי לבין ארגוני הטרור האיסלאמיים. ישראל כחלק מהאומות הדמוקרטיות מצייבה אתגר בפני ארגונים אלו לנסות להכחידה.

קצרה היריעה במאמר זה מלחקור את ההיבטים הגלובליים של תופעת הטרור, אך יש לראות את המתרחש באזורנו בראייה רחבה יותר, והתשובות שישראל נותנת למאבקה בטרור יונקות מכללי המשפט הבינלאומי וממשפטה הפנימי.

המאבק בטרור הוא בעל צביון מיוחד. שלא כמאבק מזוין אחר, בין עמים או אומות, המוסדר בכללי המשפט הבינלאומי, אין המלחמה בטרור מוסדרת בכללים מיוחדים של המשפט הבינלאומי³. אף שהמשפט הבינלאומי לא צפה מאבק מזוין של ארגוני טרור נגד אומות דמוקרטיות ולכן לא נערך בהתאם⁴, רואות עצמן האומות הדמוקרטיות בעולם ככולות למגבלות של כללי המלחמה כפי שגובשו בכללי המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי⁵.

מטבע הדברים מבקשים ארגוני הטרור הפלסטיניים לשוות למאבקם המזוין אופי של התקוממות, מאבק לשחרור לאומי, לחימת גרילה, ולוחמיהם מוגדרים כלוחמי חופש⁶. אולם ארגוני טרור השולחים מתאבדים כדי להתפוצץ בקרב אוכלוסייה

2 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845.

3 E. Gross “The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations” 15 *Fla J. Int'l L.* 389-480 (2003). וראו גם ספרי, ע' גרוס מאבקה

4 של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (2004), 45. למשל מושג בסיסי כמו “ארגון טרור” או מיהו “טרוריסט” לא זכו להסכמה בינלאומית.

5 למעשה רק לאחרונה נעשה ניסיון לגבש הסכמה לגבי מושגים אלו ולבטא זאת באמנה. ראו דיון בנושא זה במאמרי: E. Gross “Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between The Right of a Democracy To Defend Itself and Protection Of Human Rights” 6

UCLA J. Int'l L. & For. Aff. (2001) 89, 97-101. וראו גם גרוס, לעיל הערה 3, בע' 135.

6 לדיון נרחב בנושא זה ראו: Gross, *supra* note 3, שם.

7 נושא זה נדון על ידי במאמר שראה אור לאחרונה: E. Gross “Democracy’s Struggle Against Terrorism: The Powers of Military Commanders To Decide Upon the Demolition of Houses, The Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and Declaration of an

אזרחית, הטובחים בלא הבחנה בישראלים בעיקר משום היותם יהודים, והזוכים משום "הקרבה" זו לתואר של "קדוש", לא רק שאינם ראויים להגנת המשפט הבינלאומי השמור ללוחמי חופש⁷ אלא הם אף אשמים בפשעים של השמדת עם. משגברו פעולות הטרור נגד האוכלוסייה האזרחית בישראל וברחבי יהודה והשומרון, והרשות הפלסטינית לא רק שלא מנעה זאת אלא אף עודדה והנהיגה פעולות אלו, נאלצה ישראל לצאת למבצע צבאי רחב היקף של לחימה בתשתיות הטרור בעיקר בערים הפלסטיניות ביהודה ובשומרון ובמיוחד ב"קן הצרעות" בג'נין.

לחימת צה"ל בטרור, להבדיל מפעולת לחימה בצבא סדיר של מדינת אויב, והעובדה כי הטרוריסטים נמנים על ישות מדינית שהיא אינה מדינה, שמדינת ישראל קשורה עמה בהסכם של חלוקת סמכויות – כל אלו הציבו בפני צה"ל ומדינת ישראל דילמות מוסריות ומשפטיות לא פשוטות. חלקן של התנהגויות צה"ל הובא על ידי ארגוני זכויות אדם וחברי כנסת בפני בית המשפט הגבוה לצדק להכרעתו, וזכה להתייחסות. דיון דומה מצאנו אצל חוקרי משפט. רשימה קצרה זו תעמוד על ההיבטים העיקריים של לחימת צה"ל נגד הטרור הפלסטיני בעקבות מבצע "חומת מגן".

ב. צה"ל עורך טבח בתושבי ג'נין?

מספר עתירות הוגשו לבית המשפט הגבוה לצדק בטענה כי הצבא מבצע טבח בתושבי ג'נין והורג אזרחים בלא הבחנה⁸, וכך משיב בית המשפט לטענה זו:

"נטען בעתירות כי טבח נעשה במחנה הפליטים בג'נין. המשיבים חולקים על כך בכל העוצמה. קרב היה בג'נין – קרב שרבים מחיילינו נפלו בו. הצבא נלחם מבית לבית ולא בדרך של הפצצות מן האוויר כדי למנוע ככל האפשר פגיעה באזרחים. עשרים ושלושה מחיילי צה"ל קיפחו את חייהם. עשרות חיילים נפצעו. העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם. טבח הוא דבר אחד. קרב קשה הוא דבר אחר"⁹.

השימוש באזרחים כבחומת מגן, והרצון של צה"ל להימנע ככל האפשר מפגיעה באזרחים, גם במחיר של סיכון חייהם של חיילינו, הוא שאפיין לחימה אכזרית

165 (2002) 30 *Ga. J. Int'l & Comp.L.* "Area as a Closed Military Area". ראו גם גרוס, לעיל הערה 3, בע' 205.

7 על הקבלתו של לוחם חופש ללוחם אשר זכאי להגנות שונות של המשפט הבינלאומי, ראו במאמרי: E. Gross "Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does A Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?" 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* (2001) 721. ראו גם גרוס, לעיל הערה 3, בע' 259.

8 עניין ברכה, לעיל הערה 1.

9 שם, שם.

זו. המחבלים, שהתבצרו בבתי האזרחים, השתמשו בחלקם כבחומת מגן חיה על מנת לעכב או למנוע מחיילי הצבא להתקדם וללכדם. למרבה הצער מקצת האזרחים שיתפו פעולה עם המחבלים, ואף קשה היה לדעת את זהותם האמיתית של האזרחים, אם הם אכן אזרחים תמימים או מחבלים שהתחזו לאזרחים. דילמות אלו, מהם הגבולות המוסריים של שימוש באזרחים כבחומת מגן והגנה עליהם בשעת לחימה, הן נושא קשה אשר לא מצא פתרון חד-משמעי בספרות הפילוסופיה¹⁰. היא מציבה דילמה בפני מקבלי ההחלטה שכן מדובר בשתי חובות מוסריות נוגדות. מחד הגנת חיי אזרחיך וחייליך, ומאידך החובה שלא לפגוע באזרחים תמימים, קרבן המלחמה¹¹. נדמה כי מבחינה מוסרית איזון זה"ל כראוי את החובות המוסריות הללו, כאשר החליט לסכן את חייליו גם על חשבון פגיעה אפשרית בהם¹², ולו כדי למנוע פגיעה קשה באזרחים שיתכן כי מוחזקים כבני ערובה על ידי המחבלים. בכך נבדל זה"ל כצבא מוסרי וכצבא של מדינה דמוקרטית מכנופיות של מרצחים אשר האזרחים שבידיהם הם אך ורק מכשיר להשגת יעד ולא מטרה.

מן ההיבט המשפטי, המשפט הבינלאומי מגן על אזרחים אשר אינם לוחמים מפני שימוש בהם או פגיעה בהם:

“Discrimination is a general principle of the law of armed conflict that requires an attacker to distinguish between civilians and civilian objects on the one hand and military objectives (combatants or objects) on the other, and to use weapons capable of discrimination between them”¹³.

אמנות ג'ניבה משנת 1949 והפרוטוקולים המשלימים משנת 1977¹⁴ מטילים חובות

10 ראו למשל א' כשר אתיקה צבאית (תשנ"ו) 39–40; ד' סטטמן דילמות מוסריות (תשנ"א) 175. E. Gross “Use of Civilians as a Human Shield: What Legal and Moral Restriction Pertain to a War Waged by Democratic State Against Terrorism” *EMORY Int'l L.Rev.* 445–493 (2002). ראו גם גרוס, לעיל הערה 3, בע' 523.

11 על פתרון אפשרי לדילמה של שתי חובות מוסריות סותרות, ראו למשל: R.M. Hare *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point* (Oxford, 1981) 26–27; ע' קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות (תשל"ג) 108–109 (תורגם על ידי מ' שפי).

12 כפי שראינו, לדאבון הלב, נפלו עשרים ושלושה מחיילינו בגנין, בלחימה מבית לבית. M.N. Schmitt “Bellum Americanum: The U.S View of Twenty First Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict” *19 Mich. J. Int'l L.* (1998) 1051, 1075.

14 אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 387 (להלן: “אמנת ג'ניבה הראשונה”); אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 423 (להלן: “אמנת ג'ניבה השנייה”); אמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 453 (להלן: “אמנת ג'ניבה השלישית”); ואמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים כימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 559 (להלן: “אמנת ג'ניבה הרביעית”); Protocol Additional to the Geneva

ברורים על הצדדים הלוחמים שלא לפגוע באזרחים שאינם לוחמים או ברכושם הפרטי, וכן שלא לפגוע בלוחמים אשר הניחו את נשקם:

"Persons taking no active part in the hostilities, including members of the armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention, or any other cause"¹⁵.

עם זאת, גם המשפט הבינלאומי אינו מקנה חסינות מוחלטת לאזרחים אשר נוטלים חלק במאמץ הלחימה או שאינם נענים לקריאה לעזוב את מקום הקרבות¹⁶. אם ביתם של אזרחים משמש מחבלים במאמץ המלחמתי ואם ניתנת להם הזדמנות לעזוב את הבית והם בוחרים להישאר בו, הרי שאין להם אלא להליץ על עצמם אם הם נפגעים במהלך הקרבות¹⁷.

כאן גם המקום לעשות הבחנה בין פעולות לחימה קרקעיות שבמהלכן מפעיל הצבא כלים כבדים כדי להרוס בתים לבין פעולה של הריסת בתים כתגובה צבאית לכך שהבית שימש בידי מחבלים לפי תקנות ההגנה¹⁸. כאשר מדובר בהריסת בית תוך כדי הקרבות וכצורך צבאי, התייחס בית המשפט הגבוה לטענה כי היה ראוי להימנע מהריסת הבית בטרם ניתנה לבעליו "זכות השימוע":

"עמדת המשיב היא שהמדובר בפעולות לחימה אפקטיביות שבהן לעתים פגיעה בבתי מגורים היא בלתי נמנעת, כאשר בתים כאלה הופכים למעין בונקרים המשמשים לירי על כוחות צה"ל. בניסיונות כאלה כוחו של בית המשפט להתערב בפעולות מבצעיות על ידי ביקורת שיפוטית הוא מוגבל... בהודעת המשיב נאמר שהוא עושה ככל יכולתו כדי להימנע מפגיעה בחפים מפשע, והוא ער לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי שלפיהם עשויים כוחות הצבא לפגוע ברכוש הפרט רק במידה שהדבר דרוש – לפי שיקול דעתו של המפקד הצבאי – בשל צרכי הלחימה. בתנאים אלה מתן זכות טיעון ושימוע אינו מצוי"¹⁹.

Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 ("Protocol I" (להלן: "Protocol I") 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the Protections of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 609

Protocol I, *ibid*, at art. 51 15

D. Statman "Jus in Bello and the Intifada" *Philosophical Perspectives on the Israeli-Palestinian Conflict* (New York, T. Kapitan ed., 1997) 133, 143 16

"דינשטיין טוהר הנשק בדיני המלחמה, טוהר הנשק ("סמינר סוגיות בביטחון ישראל") 27 (1991) 25, 27 (עותק שמור במערכת); Gross, *supra* note 10; 17

לעניין אחרון זה ראו: Gross, *supra* note 6, at pp. 179–212. 18

בג"צ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 8, 6. 19

לא נופתע נוכח האמור כי בית המשפט הגבוה לצדק, לאחר שהשתכנע לא רק שלא היה טבח בג'נין אלא כי הצבא נטל על עצמו סיכונים שלא היו מחוייבי המוסר או המשפט, קבע כי החיילים לא הפרו את הוראות המשפט ההומניטרי בדבר הגנתם של אזרחים במלחמה.

מה שבית המשפט העליון לא הדגיש מספיק, היא העובדה כי את פעולות הצבא בג'נין וביתר הערים הפלסטיניות יש לראות באספקלריה של מלחמת מגן, אקט של הגנה עצמית מפני תוקפנות של ארגוני טרור, ולאחר שמוצו כל הדרכים האחרות להביא להפסקת פעולות רצח אלו. במצב של הגנה עצמית כל שנדרש מהצד הלווחם הוא להראות כי נקט "מידתיות"²⁰. אין ספק כי הצבא יכול היה לצאת ידי חובת דרישה זו על ידי מתן אזהרה הולמת לאזרחים במקומות שאליהם נכנס ולבקשם לעזוב מיד ולאחר מכן להפציץ את האזור מן האוויר, כפי שעשו מדינות אחרות באפגניסטן, בעיקר ארצות-הברית. אם בכל זאת בחר הצבא בדרך היותר קשה ומסוכנת לחייליו, ללחום בדרך יבשתית, מבית לבית, הרי עשה יותר מן הנדרש הן מן ההיבט המוסרי והן מן ההיבט המשפטי.

ג. מניעת טיפול רפואי

במהלך הלחימה של מבצע "חומת מגן" וכן לפניו, הועלו טענות שצה"ל מונע בכוונה מתן טיפול רפואי לאנשים חולים או פצועים, זאת על ידי מניעת הכנסתם של שירותי הצלה לתוך המחנות או עיכוב האמבולנסים שלא לצורך במחסומי הצבא.

הלכה למעשה, אכן התברר כי במספר מקרים עוכבו רכבים של הסהר האדום במחסומי הצבא לצורך בדיקתם, אך זאת לאחר שמחבלים ניצלו את מעמדם המיוחד של כוחות הצלה אלו על מנת לנסות להכריח חומרי חבלה או להסתיר מחבלים שהתחזו כחולים²¹. צה"ל לא נקט שום מדיניות של מניעת טיפול רפואי לאוכלוסייה, גם לא בתקופת לחימה, אם כי מטבע הדברים, בזמנים כאלו מתן השירותים הרפואיים הוא קשה יותר. כך גם כאשר אנשים חמושים פרצו אל תוך מתחם כנסיית הקבר בבית לחם. אמנם צה"ל צר על המקום והקשה על המחבלים שהתמקמו שם לצאת, אך הוא לא מנע תרופות וטיפול רפואי²².

20 ראו בג"ץ 3022/02 קאנון (Law) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9.

21 ראו למשל בג"ץ 2936/02 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3, 4: "הדבר נובע מן הלחימה עצמה, שבמהלכה נתברר כי בכמה אירועים הועברו חומרי נפץ באמבולנסים, ומחבלים מבוקשים מצאו מחסה בבתי חולים".

22 בבג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22, 24 (להלן: עניין הקסטודיה), ציינה השופטת טובה שטרסברג-כהן:

"במהלך כל התקופה בה נמצא צה"ל במקום מוגשת לאנשי הכמורה עלי ידי כוחות צה"ל הנמצאים מחוץ למיתחם כל עזרה המתבקשת על ידיהם. כך ניתן סיוע לפינוי כל מי שרצה

צה"ל ער לכללים ההומניטריים המוטלים עליו לפי המשפט הבינלאומי, והוא מחויב להם. הבעיה אשר צה"ל מתמודד עמה היא כיצד ליישב חובות הומניטריות אלו עם ניצולן הציני לרעה על ידי המחבלים. התשובות שמצא צה"ל הן לא ביטול החובות, אלא נקיטת אמצעי זהירות על מנת לסכל כל ניסיון להשתמש באמצעים הומניטריים אלו על מנת לקדם את מטרת המלחמה של המחבלים, ועל כך העירה השופטת דורנר:

"רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות ההרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בכתי חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"²³.

ראוי להדגיש כי אמנות ג'נבה המעניקות חסינות לאנשי הקורפוס הרפואי דוגמת הצלב האדום והסהר האדום, התנו מעמד מיוחד זה בכך שהוא לא ינוצל לרעה. בוודאי אין להסתתר מאחוריו על מנת לקדם פיגועים בצד השני. במקרה כזה מאבד הגורם הרפואי כל מעמד מיוחד והופך להיות צד לוחם שמתורן לפעול כלפיו כפי שמתייחסים לאותו לוחם²⁴.

ד. סיכול ממוקד

אחד האמצעים שאימץ צה"ל במלחמתו בטרור הפלסטיני הוא לנסות להגיע למפגעים או לשולחיהם ולפגוע בהם בטרם הם פועלים כלפינו. נושא זה של פגיעה במחבל או בשולחו, מעורר שאלות מוסריות²⁵ ומשפטיות²⁶ סבוכות. מאבק מזוין בטרור מטבעו שונה ממלחמה רגילה בין שני צבאות. עובדה זו מכתיבה צורות לחימה שונות, במיוחד כשלעתים מדובר בלחימה של צה"ל בתוך

להתפנות... כמו כן טופלו פצועים ופוגו לכתי חולים ככל שנדרש. כך גם הועברו תרופות לפי מרשמים שנמסרו על ידי אנשי כמורה לכוחות צה"ל."

²³ בג"ץ 2936/02, לעיל הערה 21, בע' 4-5.

²⁴ המחבלים לרעה אינם לוחמים חוקיים, ולכן הם אינם זכאים להגנות של לוחמים לפי אמנות ג'נבה, ראו לעניין זה מאמרי: Gross, *supra* note 7.

²⁵ על ההיבט המוסרי של הסיכול הממוקד ראו מאמרי: E. Gross "Self Defense Against Terrorism — What Does it Mean?" *Journal of Military Ethics* (2002).

²⁶ ראו מאמרי: E. Gross "Thwarting Terrorists Acts by Attacking The Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self Defense: Human Rights Versus The State Duty to Protect Its Citizens" *15 Temp. Int'l & Comp. L. J.* (2001) 195 בע' 3, לעיל הערה 3, בע' 581.

שטחים שאינם בשליטה ביטחונית של ישראל אלא של הרשות הפלסטינית, אשר על פי ההסכמים אחראית למניעת יציאת מפגעים מתחומה ולמעצרת המדי. נוכח מציאות זו, אשר הסתבכה מאז פרצו האירועים האלימים של ספטמבר 2000, בעיקר משום שהרשות, לא רק שלא מנעה פיגועים אלא עמדה מאחוריהם, לא הייתה לממשלת ישראל ברירה אלא לפעול גם בתוך תחומי שטחי A של הרשות.

נדמה כי אף אחד לא יכול לחלוק על זכותה של מדינה דמוקרטית, למעשה זו גם חובתה כלפי אזרחיה, לצאת למלחמת מגן כדי למנוע את המשך הפיגועים נגד תושבי המדינה. שוב צריך לזכור כי מלחמת מגן זו, היא כורח מציאות שנכפתה עלינו. במישור המשפט הבינלאומי, מוכרת זכותה של מדינה להגן על עצמה²⁷, זכות זו מעוגנת הן במשפט המנהגי²⁸ והן במשפט ההסכמי, דוגמת סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות²⁹. בכל זאת יש החולקים על זכותה של ישראל לצאת למלחמת מגן מהסוג המכונה "סיכול ממוקד", כלומר פגיעה ממוקדת במי שנחשב בעיני ישראל כמחבל או במשלחו³⁰. המסתייגים מצורה זו של תגובה טוענים כי מדובר כאן למעשה במעשה רצח המבוצע על ידי המדינה. לגבי דידם של הטוענים כך, מדובר בשלילת זכותו של אותו אדם חשוד להליך הוגן ולמשפט. שלילת הזכות הבסיסית הזו של אדם חשוד למשפט ולהליך ראוי מהווה פגיעה קשה בזכויות יסוד ובאופי הדמוקרטי של המדינה. בית המשפט טרם דן בטענות אלו לגופן, אם כי בעתירה אחרת, משום שהייתה בעלת אופי כללי, נדחתה העתירה מבלי צורך לקבוע עמדה ערכית כלפי זכותה של ישראל להתגונן בצורה זו³¹.

איני יודע כיצד יפסוק בית המשפט העליון בנושא זה, אך דעתי היא שאם מתקיימים התנאים הבאים, פעולת הגנה זו המכונה "סיכול ממוקד" אינה אלא פעולה מותרת במסגרת זכותה של המדינה להגנה עצמית. קצרה היריעה לפרט את הנימוקים מדוע יש לראות בפגיעה במחבלים הגנה עצמית³².

תמצית התזה שמנחה אותי היא כי הטרור אינו סוג אחר של מאבק מזוין, או מלחמה. כמו במלחמה, לא כל פעולה מותרת, ומדינת ישראל כמדינה דמוקרטית כבולה לכללי המלחמה של המשפט הבינלאומי. מדובר בפשיעה היוצאת ממקום המצוי מחוץ לתחומה של מדינת ישראל, כאשר הרשות המופקדת על אותו מקום, לא רק שאינה עושה דבר למנוע מעשים אלו אלא גם מעודדת אותם. במקרה כזה מותר למדינה לנקוט פעולות הגנה, כולל הגעה אל האויב ופגיעה בו. נכון כי ככלל המדינה מחויבת לוודא כי היא אכן פוגעת באדם הנכון, וגם חובה עליה

27 י' דינשטיין דיני מלחמה (תשמ"ג) 19-22.

28 F. Boyle "Military Responses to Terrorism" 81 *Am. Soc'y Int'l. Proc.* (1987) 287, 289

29 ראו דיון נרחב בנושא זה במאמרי: Gross, *supra* note 26, at pp. 212-220.

30 דאו למשל בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, תקדין עליון 2003(3), 856.

31 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1.

32 דיון נרחב בנושא זה כמו גם האסמכתאות, ראו במאמרי האמור: Gross, *supra* note 25.

לוודא כי הפגיעה באותו אדם עומדת בדרישת המידתיות. כך למשל, אם ישראל יכולה להגשים את תכלית נטרולו של המחבל על ידי מעצרו, חובה עליה לעשות זאת. עם זאת אם פעולה כזו עלולה לגרום לסיכון בלתי סביר של כוחותינו, מותר לחפש אחר דרך אחרת. דרך זו היא הפגיעה הממוקדת באותו מחבל ונטרולו. אין לדבר במקרה זה על מניעת זכויות בסיסיות מאותו מחבל, שהרי אף אחד לא יטען ברצינות כי בשדה הקרב פגיעה באויב יש בה מניעת זכויות חוקתיות ממנו. יש מידה לא קטנה של ציניות או סרקזם בטענות מסוג זה. המבקשים משפט לכל מחבל, מתעלמים מן הסתם מהסיכון הכרוך לא אחת בעצם הניסיון לעצור את המחבל. לא מדובר במעצרו של פושע בתחומי המדינה אלא במעצרו של אויב בתוך שטחו. אין כל נורמה במשפט הבינלאומי המחייבת מדינה לבצע מעצרים בשטחה של מדינה אחרת, זולת באותם מקרים שהאויב נכנע או שוב אינו מסכן את כוחותינו. במקרים אחרים אין כל חובה להימנע מפגיעה בו.

ה. מניעת הספקת סיוע הרמינטרי

אחת הטענות שרווחו במהלך מבצע "חומת מגן" הייתה כי צה"ל מנע בכוונה הגשת סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית באזורי הלחימה³³. מן ההיבט הנורמטיבי, שוב אין חולק כי גם בזמן מלחמה, יש להגן על האוכלוסייה הלא לוחמת, האוכלוסייה האזרחית³⁴. אך לא תמיד ניתן, בזמן שהקרב בעיצומו, לאפשר את הסיוע ההומניטרי. במילים אחרות, הגם שחובת הכטחת שלומם ורווחתם של האזרחים אינה שנויה במחלוקת, שאלת היישום היא פעמים בעייתית. כך למשל יש שקיים צורך להטיל עוצר על מקום מסוים הן כדי להבטיח את הסדר והביטחון והן כדי לאפשר תפיסתם של מחבלים. ברור כי הטלת העוצר פוגעת ביכולת האזרחים לממש את צורת חייהם כפי שהיו רוצים. החוק הבינלאומי כמו גם המשפט הפנימי, מאפשרים הטלת עוצר, אך מחייבים הפסקתו לפרקי זמן כדי לאפשר לאוכלוסייה להצטייד במצרכים הבסיסיים. יתר על כן הצבא אמור לדאוג כי לא יחסרו אותם דברים חיוניים לקיום חיים בזמן עוצר, כמו מזון, מים, חשמל וכדומה³⁵. אכן בית המשפט העליון בדונו בנושא זה עמד על זכותם של האזרחים להצטייד באותו מינימום כדי לשרוד את העוצר.

כך גם כאשר הצבא צר על מקום מסוים דוגמת מה שהיה בכנסיית הקבר בבית לחם, גם במקרה כזה כאשר דובר באזרחים שהוחזקו בתוך הכנסייה, בעל כורחם,

33 ראו למשל עניין ברכה, לעיל הערה 1; עניין הקסטודיה, לעיל הערה 22; בג"צ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30.

34 ראו למשל אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 העוסקת בהגנתם של אזרחים.

35 ראו דיון בנושא העוצר במאמרי: Gross, *supra* note 6, at pp. 216–222.

הקפיד הצבא לספק להם את השירותים החיוניים מבחינה הומניטרית, כמו מזון, תרופות וסיוע רפואי³⁶.

כך גם באשר לזכותן של המשפחות להביא את מחיהן לקבורה מכובדת. שמירת כבוד המת, גם בתקופת קרבות, היא לא רק זכות הומניטרית במשפט הבינלאומי אלא מסמלת גם את התרבות היהודית³⁷. עם זאת, חובת פינוי החללים מוטלת על הצד הלוחם רק לאחר שהוא פעל כדי לוודא כי הגופות אינן ממולכדות ופינוין אינו מסכן את כוחותינו³⁸. גם בנושא זה כמו ביתר הנושאים ההומניטריים, המחלוקת פחות ממוקדת בעצם קיומה של הזכות, היא קיימת יותר בנושא אופן היישום. היישום הוא תולדה של איזון צודק בין צורכי הצבא לבין זכותם של האזרחים. איזון זה הוא המפתח להבנת הזכות, והוא מסור בדרך כלל לשיקול דעתם של המפקדים בשטח, שחזקה עליהם שהם פועלים בהגינות וביושר בהפעלתה.

1. הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין

אחת התוצאות הבלתי נמנעות של פעולות צה"ל במסגרת מלחמתו במחבלים היא מעצרו של אנשים שראוי לבחון את מידת מעורבותם והקשר שלהם לטרור. המפקד הצבאי הפעיל את סמכותו והסמיך את מפקדי הכוחות לעצור אנשים שיש סיבה לחשוד בהם כי הם מסכנים את ביטחון האזור³⁹.

אין חולק כי בימים כתיקונם ושלא במסגרת לחימה, זכות בסיסית היא לכל אדם להיפגש עם עורך דין לאחר מעצרו. עם זאת כאשר מדובר באנשים החשודים במעורבות או בקשר לפעולות טרור הרי: "לא יעלה על הדעת שבמהלך פעולות לחימה ובסמוך להן יאפשר המשיב פגישה של אנשים שקיים לגביהם חשש שהם מסכנים או עלולים לסכן את בטחון האזור, את ביטחון כוחות צה"ל או את ביטחון הציבור עם עורכי דין, כל עוד לא בשלו התנאים המאפשרים שקילת נסיבותיו האינדיווידואליות של כל עצור ועצור"⁴⁰.

36 ראו הפסיקה לעיל הערה 33.

37 לעניין זה, בעניין ברכה, לעיל הערה 1, בע' 16, העיר הנשיא ברק: "כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוהים ניבא האדם... הכול מסכימים כי רצוי הוא שהקבורה תיעשה בכבוד, על פי כללי הדת, ובמהירות המרבית".

38 שם, שם.

39 ראו למשל בג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נון(3) 19.

40 שם, בע' 21. הוראה דומה של מניעת מפגש של חשוד בעברות ביטחון עד לתקופה של עשרים ואחד ימים קבועה בס' 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

ז. סיכום

הבעיה המרכזית, כפי שאני רואה אותה שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, היא ההתלבטות כיצד להגדיר את פעולות הלחימה של צה"ל לעת הזאת בשטחי יהודה ושומרון, בין במסגרת "חומת מגן" או "דרך נחושה" או כל שם אחר. גדר ההתלבטות נובעת מכך שאם אכן מדובר במאבק מזוין שהוא למעשה מלחמה, הרי השאלה הבאה עד כמה מוכן בית המשפט העליון להתערב בפעולות מלחמתיות, או במילים אחרות, שאלת השפיטות. אומנם במספר מקרים העלתה הפרקליטות שאלה זו כחלק מתשובתה לעתירות, אך לא ממש עמדה על כך והשיבה לגופן של הטענות. אכן ראוי כי בית המשפט העליון יימנע מלדון בשאלות בעלות אופי מלחמתי מובהק, כמו למשל אם ראוי לצה"ל לנקוט דרך מלחמתית מסוימת או לאחוז באמצעי מלחמתי מסוים:

"ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית משפט זה יראה מקום להתערב בהם"⁴¹.

עם זאת, שלא כמו כללי מלחמה שבין מדינות, מלחמה מול אויב שהוא ארגון טרור, דורש גיבוש כללי משפט חדשים או פרשנות יצירתית של כללי המשפט הקיימים. ישראל, לצער כולנו, עמוסה בניסיון של מלחמה בטרור אולי יותר מכל מדינה אחרת בעולם, ולכן שומה עלינו למצוא את האיזונים הראויים בין שמירת זכויות אדם וכללי המשפט ההומניטרי לבין הגנה אפקטיבית על אזרחינו וחיילינו.

41 בג"ץ 5872/01, לעיל הערה 31. ראו עוד, בג"ץ 2977/02, לעיל הערה 19; בג"ץ 3022/02, לעיל הערה 20.