

1. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל
2. LAW – אגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות אדם
ע"י ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ו/או עו"ד מיכאל ספרד
מרח' הוברמן 10, תל-אביב

ה ע ו ת ר י ם

נ ג ד

ממשלת ישראל ואח'
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

ה מ ש י ב י ם

הודעה משלימה מטעם המשיבים

1. בתיק זה הגישו הצדדים הודעות וסיכומים, המשתרעים על פני מאות עמודים. ההודעה האחרונה מטעם המשיבים הוגשה ביום 21.1.04, היינו לפני כשנתיים.
2. ביום 16.2.05 התקיים הדיון האחרון בעתירה ובסופו החליט בית המשפט הנכבד לדחות המשך הדיון בעתירה לאור המצב ששרר בשטח אותה עת. בית המשפט קבע כי אם יחול שינוי במצב, תמסר לו הודעה בנדון ועל פי תוכנה יוחלט על אופן המשך הדיון בעתירה.
לאחרונה ביקשו העותרים לחדש הדיון בעתירה ובעקבות כך חודש הדיון.
3. לקראת דיון זה, ועל פי החלטת בית המשפט, נבקש לעמוד בקצרה על השינוי המהותי שחל לאחרונה במצב המשפטי ברצועת עזה, בה בוצעו עיקר הסיכולים הממוקדים שבהם דנה העתירה, שכן לשינוי זה יש השלכה על נושא העתירה.
4. בנוסף, נבקש להפנות לכתיבה אקדמית עדכנית שנכתבה בשנתיים האחרונות, הרלוונטית לנושא העתירה, והתומכת בעמדת המשיבים בסוגיות השונות שנדונו בסיכומים. למאמרים אלה נבקש להפנות כדי להרחיב את התמונה שהוצגה על ידינו במסגרת הסיכומים שהוגשו בתיק זה ולעדכן את בית המשפט בנדון.

השינוי שחל במצב המשפטי ברצועת עזה והשלכותיו על נושא העתירה

5. כידוע, ביום 12.9.05 עזב אחרון חיילי צה"ל את רצועת עזה, ועקב כך בוטל הממשל הצבאי ששרר ברצועת עזה מאז שנת 1967. המנשר בו נקבע ביטול הממשל הצבאי, מצ"ב **כנספה א'**.
- שינוי זה גרם לכך שהחל מאותו מועד, דיני התפיסה הלוחמתית, ככל שחלו עד לאותה עת, אינם חלים עוד ברצועת עזה.
6. **שינוי זה משליך באופן מהותי על טענות העותרים**, שכן כעולה מעיון בעתירה, חלק נכבד מטיעוני העותרים בעתירה הסתמכו על כך שפעולות הסיכול הממוקד בוצעו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לפיכך טענו העותרים כי יש להחיל על פעולות אלה את דיני התפיסה הלוחמתית. ראו למשל, סע' 64 לעתירה ואילך.
- כעולה מתשובות המדינה, עמדת המדינה היתה ועודנה כי הדינים החלים על סיכול ממוקד במצב של עימות מזוין הינם דיני הלחימה, וזאת אף בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ולא חלים בענין זה דיני התפיסה הלוחמתית.
- עמדה זו לא היתה מקובלת על העותרים בשעתם והם הסתמכו, כאמור, על דיני התפיסה הלוחמתית. מכל מקום, עתה, משהשתנה המצב המשפטי ברצועת עזה בצורה מהותית, טיעונים אלה של העותרים ודאי אינם תקפים עוד, ככל שהדברים אמורים לגבי סיכולים ממוקדים המבוצעים בשטח זה. כאמור, רוב רובם של הסיכולים הממוקדים שבוצעו עד היום, בוצעו בשטח זה. מכל מקום, לדעתנו, טיעונים אלה אינם תקפים גם לגבי איו"ש, כפי שפורט בעבר בהרחבה.
7. להשלמת התמונה בהקשר זה נציין כי בפסק הדין בפרשת **מראעבה** שניתן לאחרונה, שב בית המשפט וקיבל את טענת המדינה, כי כאשר מתנהלות פעולות לחימה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, יחולו על פעולות אלה דיני הלחימה (ראו בג"צ 7597/04 **מראעבה ואח' נגד ראש הממשלה ואח'** (טרם פורסם) – סעיף 17 לפסה"ד).
8. בנוסף, כזכור, המדינה טענה כבר בתגובתה הראשונה כי נושא העתירה אינו שפוט. כך נטען, כאשר חיילי צה"ל עדיין שהו ברצועת עזה, וזאת מחמת העובדה שהעתירה עוסקת **בפעילות לחימתית** המיושמת על ידי מדינת ישראל במאבקה נגד פעולות טרור, המבוצעות במסגרת עימות מזוין. כזכור, בעתירה קודמת שעסקה באותו נושא ממש, התקבלה טענה זו והעתירה נדחתה מהטעם האמור על ידי כב' השופטים מצא, חשין ולוי. ראו: בג"צ 5872/01 **ח"כ ברכה נ. ראש הממשלה ואח'**, שצורף כנספה מ/3 לתגובת המשיבים הראשונה.
- משעזבו חיילי צה"ל כליל את רצועת עזה, טיעון זה מתחזק והולך לגבי פעולות המבוצעות בשטח רצועת עזה, שכן שם מדובר עתה בפעילות לחימתית המבוצעת **בשטח זר**, מחוץ לשטח המדינה, שבו אין למדינת ישראל תפיסה לוחמתית, ודומה הוא בעיקרו לשטח של מדינה זרה שמתוכו מבוצעות פעולות לחימה נגד מדינת ישראל.
- המדינה סבורה שפעולות לחימה התקפיות, ובפרט כאלה המבוצעות על ידה בשטחים שמחוץ למדינה ושאינם תחת שליטתה, אינן שפוטות, והלכה זו חלה גם לגבי פעולות שכאלה המבוצעות ברצועת עזה.
9. לפיכך, לעובדת עזיבת רצועת עזה על ידי חיילי צה"ל יש השלכה על העתירה, בשני מישורים אלה, ומצאנו לנכון לעדכן את בית המשפט בנדון.
10. מעבר לכך, כאמור, נבקש להפנות לכתובה אקדמית עדכנית שנכתבה בנושא העתירה בשנתיים האחרונות, התומכת בעמדת המשיבים בסוגיות השונות שנדונו בכתבי בי דין.

הפניה למאמרים עדכניים הרלוונטיים לנושא העתירה.

11. כאמור, הסיכומים האחרונים מטעם המדינה בנושא העתירה הוגשו בראשית שנת 2004 ובהם התייחסו בין היתר, לכתיבה האקדמית שהתפרסמה עד אותה עת. מאז ועד עתה, במקביל להתרחבות הלחימה נגד הטרור העולמי (בעיראק, באפגניסטן, בישראל ובמקומות אחרים), רבתה גם הכתיבה האקדמית בנושא הסיווג המשפטי של הלחימה נגד הטרור, ובנושא חוקיות השימוש באמצעי הסיכול הממוקד.
12. כדי לעדכן בנושא זה נתייחס להלן בקצרה לכמה מאמרים מרכזיים שנכתבו בנדון, תוך התייחסות לסוגיות שונות אשר התעוררו במהלך הדיונים בעתירה ונדונו בכתבי בי דין שהוגשו על-ידי הצדדים.

סיווג העימות עם ארגוני הטרור כעימות מזוין ותחולת דיני הלחימה על עימותים מזוינים עם ארגוני טרור

13. העותרים טענו בעתירתם כי יש להפעיל כלפי מחבלים דיני אכיפת חוק רגילים, וכי על פעילותה של המדינה נגד הטרור לא חלים דיני הלחימה. בתגובה, טענו המשיבים בתשובותיהם כי בין ישראל לארגוני המחבלים שורר מצב של "עימות מזוין" ועל כן חלים על עימות זה "דיני העימות המזוין", שהינם זהים לדיני המלחמה.
14. בכתבי בי דין שהגישה המדינה הפנינו למאמרים שונים שתמכו בגישה זו וכן הפנינו לפסקי דין של בית משפט נכבד זה, בהם נקבע במפורש כי אכן קיים "עימות מזוין" בין מדינת ישראל למחבלים.
- בינתיים, רבתה הכתיבה האקדמית בעולם בנדון, וכיום קיים כמעט קונצנזוס בין מלומדי המשפט הבינלאומי בנושא זה, לפיו אמנם חלים דיני המלחמה על עימות בין מדינה לארגוני טרור המתרחש בסדר גודל משמעותי – וכך המצב בענינו.
15. בהקשר זה נפנה למשל למאמר שכתב קנת וותקין, שהינו ראש המחלקה לדין הבינלאומי בצבא הקנדי, בשנת 2004, בו הוא מתייחס לשאלת סיווגו של עימות בין מדינה לארגון טרור ולמסגרת המשפטית החלה על עימות שכזה. וותקין קובע בבירור כי המסגרת המשפטית הרלוונטית היא מסגרת "דיני עימות מזוין" ולא מסגרת של "דיני אכיפת חוק". במאמר נטען, כי ההתפתחות האדירה של ארגוני הטרור והעובדה שהם מהווים כיום לעתים איום ברמה של צבא סדיר, מחייבת להתייחס אליהם באופן שונה מאשר כאל פושעים "רגילים". (כדבריו (בעמ' 14):

"Until recently, commentators have been reluctant to acknowledge that an international armed conflict can occur between a state and a private actor. One impact of the September 11 attacks is that the destruction inflicted by the Qaeda terrorists has focused attention on a challenge that has more often faced states dealing with internal threats. **Today a nonstate actor can attain such a level of organization and sophistication that it poses a threat comparable to that presented by military forces acting for or on behalf of a state. Such a group can field operational elements complete with a command structure and planning organization. The scale and effects of these attacks and their potential to be repeated or continued call for a response other than one focused exclusively on law enforcement.**" (ההדגשות כאן ובהמשך הוספו)

(על ידי –ש.ג.)

K. Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict* 98 A.J.I.L. (2004) 1.

16. בהמשך המאמר, מתייחס ווטקין ישירות גם לשאלת התשתית המשפטית החלה בשטחים כבושים. הוא דוחה את הגישה לפיה מותר למדינה לעשות בשטח כבוש שימוש רק באמצעים של אכיפת חוק, וקובע, כי יש להבחין בין פעילות פלילית רגילה (איתה יש להתמודד באמצעים של אכיפת חוק) לפעילות לחימתית (איתה יש להתמודד באמצעים לחימתיים עליהם יהולו דיני הלחימה). כדבריו (בעמוד 27) –

"Neither that Convention (ג'נבה הרביעית – ש.ג.) nor the provisions of the 1907 Hague Conventions on occupation encompass all aspects of international humanitarian law applicable to occupied territory. While arrest and prosecution are an available option for dealing with threats to security, the Geneva Convention does not give any concrete directions on how to confront resistance movements militarily. An occupying power is going to face situations of common criminal activity that are more suitable for a human rights regime of accountability. Such situations could involve the operations of the civilian police force of the occupied territory, as well as the security forces of the occupying power. At the same time, an armed conflict may be continuing and the hostilities may involve the direct participation of both combatants and civilians. The term used by Francis Lieber for resisters in occupied territory was "war--rebel," which meant one who "return[s] to war after having been conquered." After a limited attempt to extend prisoner--of--war status to members of organized resistance movements in the Third Geneva Convention, Additional Protocol I now provides less stringent criteria for them to gain combatant status. Operations against those combatants are covered by international humanitarian law. A similar conclusion can be reached about resistance movements whose members are unprivileged belligerents. While their crimes are considered domestic in nature, unprivileged belligerents can pose the same threat as combatants. Their resistance thus falls within the category of armed conflict, as would operations by groups that use terrorist tactics in conducting their resistance. The challenge lies in separating incidents that are simply criminal in nature from those that form part of the armed conflict. The difficulty of separating civil unrest from ongoing armed resistance has been graphically illustrated in the attacks on forces of the United Kingdom and the United States following the cessation of major combat operations in Iraq on May 1, 2003. Criteria not that dissimilar to those used to identify noninternational armed conflicts might be employed, including the nature of the opposing force (i.e., Is the group organized to conduct hostilities?), the level of violence used by the group, and the degree of freedom of the group in terms of operating outside the occupying power's control. "

17. בהמשך, מתייחס ווטקין במפורש גם למצב השורר בשטחים המוחזקים בידי ישראל, וקובע כדלקמן (בעמוד 28) –

"Situations involving lengthy periods of occupation, such as in the Middle East, complicate attempts to resolve the interface between human rights law and international humanitarian law. Long--term governance might inevitably create the expectation that international human rights norms associated with

peaceful governance will apply. **Yet even in the Israeli/Palestinian conflict it is widely recognized that international humanitarian law applies in the occupied territories. As a result, in addition to the provisions protecting persons in occupied territories found in the 1907 Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention, the rules on the methods and means of warfare will be applicable. International humanitarian law would therefore govern the use of force relating to the conduct of hostilities.** The question is not necessarily whether individuals will be targeted but, rather, whether the targeted person is "taking a direct part in hostilities" and whether operations are conducted according to the laws governing armed conflict."

18. נציין כבר עתה, כי במאמר אחר שלו, משנת 2005, קובע וותקין שסיכול ממוקד של לוחמי הצד השני הוא חלק אינטגרלי ולגיטימי של דיני הלחימה, וממילא, משעה שדיני הלחימה חלים גם על מאבק בטרוריסטים, סיכולם הממוקד מהווה צעד חוקי לפי דיני העימות המזוין של המשפט הבינלאומי. כדבריו (בעמוד 309) -

"Targeted killing is an integral part of warfare... the *lex specialis* of international humanitarian law recognizes the non-culpable homicide of members of an opposing force during armed conflict."

Kenneth Watkin, *Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues: Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing*, 15 *Duke Journal of Comparative and International Law* (2005) 281.

19. המלומד שיינדורף, במאמר משנת 2005, עוסק גם הוא בשאלת הסיווג המשפטי של הלחימה בטרור, וקובע כדלקמן (בעמוד 14) -

"Two main questions analyzed in that literature are relevant to this Article. The first is whether extra-state hostilities should be classified as an armed conflict. In this respect, the prevailing view in the literature is that the notion of armed conflict (or war) should be expanded to include such hostilities. **Only a few scholars argue that the situation should not be conceived of as war, and even those writers focus on the lack of justification for the use of force against non-state actors rather than on the question of how to classify such use of force once it has already occurred.** The second question has to do with how to classify extra-state hostilities within the traditional categories of armed conflicts: inter-state armed conflicts and intra-state armed conflicts. Many scholars refrain from taking a clear position on the question."

R. S. Schondorf, *Extra-State Armed Conflicts: Is There A Need For a New Legal Regime*, 37 *NYU Journal of Int'l Law and Politics* (2005) 1.

- ובהמשך המאמר (עמוד 30) -

Finally, for the reasons stated above, it is possible to classify extra-state hostilities as an armed conflict. Particular attention must be paid to the many similarities this situation bears to other situations of ongoing hostilities that are defined as an armed conflict. Current practice suggests that the tendency

among states is indeed to view such hostilities as armed conflicts, and the academic literature overwhelmingly favors such position."

20. בסיכום מפגש מומחים שנערך בג'נבה בשנת 2004 בנושא השתתפות אזרחים בלחימה, תחת חסותו של ארגון הצלב-האדום הבין-לאומי, התייחסו המומחים גם לשאלת המסגרת המשפטית החלה בסיטואציות של עימות שאיננו מהווה מלחמה במובן הפורמאלי המסורתי. כפי שעולה מן הסיכום (שאיננו מייחס עמדות למומחים פרטניים כעניין שבמדיניות), רוב המומחים תמכו בסיווגו של עימות כזה כ-"עימות מזוין", עליו חלים למעשה דיני המלחמה, וזאת כאשר מדובר במצב שבו מדינה נאבקת בקבוצות מזוינות שאינן תחת שליטתה. וכך נכתב בעמוד 18 לסיכום –

"Several experts said that the rules to be applied depended on the situation. Accordingly, the existence of armed groups outside the control of the authorities made it impossible to apply the rules of law enforcement. In such situations, one could not insist on the application of – essentially insufficient – methods of law enforcement instead of offering a realistic approach on how to deal with armed groups. This would weaken respect for IHL by all those involved and, ultimately, lead to a decrease in protection for the civilian population. Therefore, if necessary, the rules of war must be applied side by side with law enforcement methods."

את הסיכום כולו ניתן למצוא ב-

[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5TALL8/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2004_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5TALL8/$File/Direct_participation_in_hostilities_2004_eng.pdf)

21. פרופ' קרצ'מר, במאמר שפרסם, מסכים אף הוא כי דיני הלחימה רלוונטיים לסיטואציות כגון לחימתה של ישראל בטרור. עם זאת, פרופ' קרצ'מר מציע, כי מערכת דינים זו תחול במקביל לתחולתן של מערכות דינים אחרות (כמו דיני זכויות האדם, הרלוונטיים בעיקר לסיטואציות של אכיפת חוק). וזו לשונו (בעמוד 175 למאמר) –

"My conclusions are that neither the law-enforcement model, as reflected in standards of IHR (International Human Rights), nor the armed conflict model, as reflected in standards of IHL (International Humanitarian Law), provides an adequate framework for the issue of transnational terror. I therefore conclude by suggesting a framework that combines elements of both models."

David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?* 16 EJIL (2005) 171.

פרופ' קרצ'מר מציע אפוא מודל המשלב בין אלמנטים של דיני אכיפת החוק לאלמנטים של דיני עימות מזוין. מכאן נובעת מסקנתו, כי סיכול ממוקד של טרוריסטים יהיה מותר במקרים שבהם לא ניתן למנוע את הסכנה הצפויה מן המחבל בדרך אחרת. כדבריו (בעמ' 203) –

"A state may not use force if there are other means of defending itself. **In the present context the implication is that a state may not target suspected terrorists if there is a reasonable possibility of apprehending them and putting them on trial.** Whether apprehension, arrest and trial are reasonable alternatives will depend on whether the victim state has effective control over the territory in which the terrorists are operating, and if it does not, on the degree of willingness or capability of the de facto force in control of the

territory to arrest and try the terrorists, to extradite them, or, at the very least, to take effective steps to stop their activities...

The targeting of suspected terrorists must be limited to cases in which there is credible evidence that the targeted persons are actively involved in planning or preparing further terrorist attacks against the victim state and no other operational means of stopping these attacks are available. "

יצויין, כי פרופ' קרצ'מר אמנם חולק בנושאים שונים על עמדת המדינה המפורטת, כפי שהובעה במסגרת עתירה זו. מכל מקום, בנושא שפורט, היינו בשאלה האם קיים עימות מזוין בין מדינת ישראל לארגוני הטרור, ובשאלה אם חלים על עימות זה אך ורק דיני אכיפת חוק, כטענת העותרים, חולק פרופ' קרצ'מר על עמדת העותרים ונוטה הוא לעמדת המשיבים. ויודגש, עמדת המשיבים היא, כי על פעולות הסיכול הממוקד, גם אם הן מבוצעות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, חלים דיני העימות המזוין בלבד.

22. לסיכום, בנושאים אלה, קיים כיום כמעט קונצנזוס, כי עימות מעין זה המתחולל בין מדינת ישראל לארגוני הטרור, מהווה "עימות מזוין" וחלים בנדון "דיני העימות המזוין", והזיהם ל"דיני המלחמה".

מעמדם המשפטי של טרוריסטים וחוקיות הפגיעה בהם בדרך של סיכול ממוקד

23. כזכור, עמדת המדינה היתה כי טרוריסטים הלוקחים חלק בעימות מזוין, הינם לוחמים בלתי חוקיים, ולמצער, הינם בגדר "אזרחים הנוטלים חלק פעיל בלחימה", אשר איבדו כתוצאה מכך את חסינותם מפני פגיעה, ועל כן הינם מהוים "מטרה חוקית לתקיפה". תקיפה זו ניתנת לבצע בדרך של "סיכול ממוקד".

גם עמדה זו קיבלה תימוכין נוספים בכתיבה אקדמית עדכנית, ולהלן נפנה לכמה אסמכתאות בנדון.

24. בפתח דבר, נפנה בענין זה לספרו החדש של פרופ' יורם דינשטיין, בו הוא קובע לאמור (בעמ' 29):

"An enemy civilian who does not take arms, and does not otherwise participate actively in the hostilities, is guaranteed by LOIAC not only his life, health and dignity (as is done with respect to prisoners of war), but even his personal liberty which cannot be withheld (through detention) without cause. However, a person is not entitled to wear simultaneously two caps: the hat of a 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.**"

Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge, 2004).

ובהמשך לכך, קובע פרופ' דינשטיין, כי פעולות של סיכול ממוקד כלפי מחבלים הינן לגיטימיות לגמרי. כך הדבר בכלל, וכך הדבר בפרט בהתייחס לפעולות שכאלה שנקטה מדינת ישראל. (דבריו (בעמוד 94) -

"Is it permissible to target specific individuals who are members of the armed forces. **As indicated, all combatants can be lawfully targeted.** This includes all members of the armed forces, whether or not they are actually engaged in combat. When a person takes up arms or merely dons a uniform as a member of the armed forces, he automatically exposes himself to enemy attack. LOIAC (Law of International Armed Conflict) prohibits treacherous killing of enemy individuals. It does not preclude singling out an individual enemy combatant as a target, if the attack is carried out without treachery. Differently put, that prohibition of treacherous killing does not cover 'attacks, by regular armed military forces, on specific individuals who are themselves legitimate military targets'.

Thus, the use by Israel of helicopters (firing missiles), tanks and regular infantry units in 2001/3 to target individual Palestinian fighters accused of terrorism, was not in breach of LOIAC."

25. ברוח דומה, מנתח גם **פרופ' דיוויד** את מדיניות הסיכול הממוקד ככלל, ואת פעולות הסיכול הממוקד של מדינת ישראל בפרט, ומצדיק אותן לגמרי. וזו לשונו:

"Finally, for targeted killing to be legal, the targets must be combatants. Under the laws of war and armed conflict, combatants are subject to attack, raising the question of just what constitutes a combatant. It is true that the Palestinians, lacking a state, do not field a regular army with uniformed soldiers. This does not mean, however, that terrorists cannot be considered combatants. What is critical is whether the objects of the targeted killings pose an armed threat to Israeli security. If they do, then they are combatants, regardless of whether they wear a uniform.

Since most of the targets of Israeli strikes have been members of militant organizations that call for the destruction of Israel through military struggle, they present an armed threat and are subject to attack.

Moreover, most experts on international law argue that even civilians can be considered combatants if they are part of the military chain of command that poses a threat to your country. Here again the United States appears to be supportive of Israeli policy in deed, though not in word. In November 2002, the United States used an unmanned Predator aircraft to launch a missile that killed a senior al-Qaeda operative travelling with five associates by car in Yemen. In commenting on the killing, a Pentagon official remarked, "We're at war with Al Qaeda. If we find an enemy combatant, then we should be able to use military forces to take military action against them." This rationale mirrors the Israeli justification for targeted killing."

S. R. David, *Israel's Policy of Targeted Killing (Debate)* 17 Ethics & Int'l Affs.

26. בהקשר זה נפנה גם לציטוט ברוח דומה, שהובא מפיו של צ'רלס אלן, סגן היועמ"ש לעניינים בין-לאומיים במשרד ההגנה של ארה"ב:

"Charles Allen made it clear that the U.S. military saw the same rules governing this conflict as traditional, "battlefield" wars: "When we have a lawful military target that the commander determines needs to be taken out,

there is by no means a requirement under the law of armed conflict that we must send a warning to these people, and say, 'You may surrender rather than be targeted.'"

צוטט ב –

A. Dworkin, *Law and the Campaign Against Terror: The Case from the Pentagon*, available at: <http://www.globalpolicy.org/intljustice/general/2002/1216terror.htm>.

27. פרופ' קרצ'מר, במאמרו שאוזכר לעיל, אף הוא מקבל את הגישה כי חלים על לחימה עם טרור דיני העימות המזוין, ועל כן, במסגרת זו, יש לראות בטרוריסטים "לוחמים" ולא "אזרחים מוגנים". כלשונו (בעמ' 194) –

"When the armed conflict is essentially between a state and the terrorist group, the theory that the terrorists are civilians simply does not make sense. An armed conflict model of law (as opposed to a law-enforcement model) cannot be applicable if only one party to the conflict has combatants."

28. גם קנת וותקין, שלמאמרו הפנינו לעיל, מקבל את האבחנה (אותה עושה גם פרופ' דינשטיין) בין לוחמים (חוקיים ובלתי חוקיים, לרבות אזרחים הנוטלים חלק בלחימה) לבין אזרחים שאינם נוטלים חלק בלחימה. לטענתו, זהו הביטוי המדויק ל"עקרון האבחנה". לפיכך, יש לראות בלוחמים בלתי חוקיים, כמו גם באזרחים אחרים שנוטלים חלק בלחימה – לוחמים לכל דבר, החשופים לתקיפה. כלשונו (בעמוד 16) –

"The outcome of that debate does not alter the fact that persons taking a direct part in hostilities are subject to being lawfully targeted by the opposing force. **Under both Additional Protocols, the direct involvement of civilians in hostilities does not affect their legal status, but it does mean that they will lose the protection of that status and could be targeted.** Consequently, the principle of distinction is perhaps more accurately described as distinguishing between combatants, legal or otherwise, and those civilians who do not take a direct part in hostilities."

29. בהמשך לכך, כפי שכבר הזכרנו, קובע וותקין במאמר נוסף כי סיכול ממוקד של לוחמים שכאלה, הינו צעד לגיטימי לחלוטין. כלשונו:

"Targeted killing is an integral part of warfare... the *lex specialis* of international humanitarian law recognizes the non-culpable homicide of members of an opposing force during armed conflict."

Kenneth Watkin, *Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues: Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing* 15 Duke Journal of Comparative and International Law (2005) 281.

30. עמדה דומה ניתן למצוא גם במאמרה של המלומדת ברנדה גודפרי, המתייחסת גם היא לשאלת החוקיות של הריגתם של טרוריסטים במסגרת עימות מזוין וקובעת כי מדובר בצעד חוקי לגמרי.

Brenda L. Godfrey, *Authorization to Kill Terrorist Leaders and Those Who Harbor Them: An International Analysis of Defensive Assassination*, 4 San Diego Int'l L. J. 491.

מעניין לציין, כי במסגרת המאמר, מובא ציטוט של הייס פרקס, יועץ משפטי בכיר במשרד ההגנה האמריקאי, אשר כבר בשנת 1989 קבע כדלקמן (עמוד 494):

"One military law expert suggests that the employment of "clandestine, low visibility or overt military force would not constitute assassination if U.S. military forces were employed against the combatant forces of another nation, a guerilla force, **or a terrorist or other organization whose actions pose a threat to the security of the United States.**" This suggestion makes sense because the objective of the killing is not to murder but to protect the country's citizens from harm."

31. בחודש ספטמבר 2005, התקיים בג'נבה מפגש מומחים בנושא הזכות לחיים בעימותים מזוינים ובמצבים של כיבוש. כפי שעולה מטיוטת סיכום הכנס, המצויה בידי המשיבים, כל המומחים שהשתתפו בכנס סברו, כי סיכול ממוקד בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית לא ייחשב כבלתי חוקי, בתנאי שמדובר בשטח שבו אין לצד הכובש שליטה אפקטיבית ולכן לא קיימת חלופת מעצר ולא ניתן בדרכים אחרות ללכוד את המבוקש, בתנאי שמדובר באדם המעורב בפעילות עוינת חמורה וקיים מודיעין אמין לפיו אותו אדם ימשיך לעסוק בפעולות אלה, ובתנאי שלא ניתן לתת מענה לאיום בדרכים חלופיות. כידוע, עמדה זו קרובה מאוד לעמדת המשיבים, ומעניין לציין שזוהי המסקנה הגורפת אליה הגיעו כלל המומחים שהשתתפו בכנס.

כאמור, סיכום הכנס טרם פורסם, אך טיוטא שלו מצויה בידי המשיבים.

32. מאמר נוסף אליו נבקש להפנות הוא מאמרו של נורמן פרינטר, יועץ משפטי במשרד ההגנה האמריקאי, אשר ניתח מבחינה משפטית מבצע של סיכול ממוקד שביצעה ארה"ב, שכוון נגד טרוריסטים של ארגון אל קעידה בתימן. פרופ' פרינטר הצדיק מבצע זה, על בסיס הקביעה העקרונית כי יש לסווג טרוריסטים כ-"לוחמים בלתי חוקיים", המותרים בתקיפה במסגרת עימות מזוין (עמוד 382) –

"In particular, a lawful combatant is a belligerent who observes the laws of war, in addition to being commanded by a person responsible for his subordinates; wearing a distinctive emblem; and carrying arms openly. On the other hand, terrorists that use transnational force against innocent civilians in situations that constitute an armed attack under the UN Charter are unlawful combatants under the laws of war.

The six suspected terrorists in Yemen were lawfully targeted by the U.S. Predator. As unlawful combatants, the suspected terrorists enjoyed no more rights than they would have if they had been lawful combatants. Therefore, the U.S. was justified in targeting the six individuals based upon their suspected status as al--Qaeda members and support of terrorist operations."

N. G. Printer, *The Use of Force Against Non-State Actors Under International Law: An Analysis of the U.S. Predator Strike in Yemen* 8 UCLA J. Int'l L. & For. Aff. 331

בחלק אחר של המאמר, מסביר פרינטר עד כמה בעייתי הרעיון שבאי-הגדרתם של טרוריסטים כלוחמים, והתייחסות אליהם כאל אזרחים (עמוד 375) –

"Furthermore, according a protected status to terrorists would only create an incentive for noncompliance with the laws and customs of war. If a terrorist

could claim a privileged status, he would, in effect, be rewarded for disobeying the rules. This result would promote violations of the laws of war and undercut the primary purpose of LOAC to limit the horrors of combat. To be true to the theoretical underpinnings engendering the distinctions between combatants and noncombatants, the law should only grant an elevated status to those who abide by the rules. In addition, practical considerations dictate that terrorists should not occupy a protected status. If a terrorist was considered a protected person, he could use force without being subject to counter force. A state subjected to a terrorist attack would effectively be deprived of the right of self-defense. If terrorists were allowed to occupy a protected status, a state could not lawfully respond to a terrorist attack because protected persons are unlawful targets. In effect, terrorists would be legally bulletproof. They would enjoy the best of both worlds by being able to target the enemy, albeit unlawfully, while at the same time being immune from the threat of counter force. This is undesirable in that the law does not allow a person to be "a combatant and a noncombatant at the same time." Thus, al-Qaeda terrorists should not be able to claim a protected status."

33. מאמר נוסף אליו נפנה הינו מאמרו של פרופ' דניאל סטטמן, המנתח את דיני לחימה ומגיע למסקנה, כי המאבק נגד טרוריסטים שקול למלחמה של ממש, ולפיכך יש לראות בטרוריסטים "לוחמים" של הצד השני, נגדם מותר למדינה המותקפת להפנות מתקפה, ובפרט על דרך של סיכול ממוקד. כדבריו (בעמוד 185) –

"Hence, the latter wars do not take the conventional form of soldiers from one side of the conflict fighting directly against soldiers from the other side in an open space – in trenches, in the air, or at sea, remote from civilian life. Indeed, they take a rather different form. If we are to continue to adhere to the fundamental idea of just war theory, namely, that wars are fought between combatants only and should avoid targeting non-combatants, we must conclude that in wars against terror, too, the combatants of the terrorized country may direct their weapons only at members and activists in the terror organizations against which they are fighting... all members of the relevant terror organizations are legitimate targets and may be killed by the terrorized side in the basis of the latter's right to self-defense..."

Targeted killing is the most natural application of the principles of *jus in bello* in wars against terror."

פרופ' סטטמן דן במאמרו גם בהיבטים המוסריים/פילוסופיים של השימוש בסיכול ממוקד. הוא מנתח סיטואציה של לחימה בטרור באספקלריה של דיני לחימה הקלאסיים, ומגיע למסקנה שהטלת איסור על תקיפת מחבלים היא לא מוסרית, לאור דיני לחימה הרגילים המתירים פגיעה בכל לוחם של הצד השני במסגרת מלחמה לגיטימית. כדבריו (בעמוד 187) –

"... it is my claim, that there is a profound inconsistency in, on the one hand, accepting the legitimacy of killing in conventional wars but, on the other, making a moral objection to targeted killing in wars against terror. "

34. בהמשך, מוסיף וכותב פרופ' סטטמן, שהשימוש בסיכול ממוקד הוא גם מוסרי יותר משיטות אחרות של לחימה נגד טרור, כמו פעילות צבאית קרקעית. (עמוד 186) –

"The moral legitimacy of targeted killing becomes even clearer when compared to the alternative means of fighting terror – that is, the massive invasion of the community that shelters and supports the terrorists in an attempt to catch or kill the terrorists and destroy their infrastructure... "

D. Statman, *Targeted Killing* 5 Theoretical Inq. L. (2004) 178

35. לסיכום פרק זה, נפנה לסימפוזיון שנערך בנושא הלחימה בטרור, שבמסגרת סיכומו עמד עורכו על כך שבמקרים רבים, סיכול ממוקד הוא האופציה ההומאנית ביותר להילחם בטרור, בגלל מזעור הפגיעה בחפים מפשע -

"Active self-defense (in the form of targeted killing), if properly executed, not only enables the State to more effectively protect itself within a legal context but also leads to minimizing the loss of innocent civilians caught between the terrorists (who regularly violate international law by using innocents as human shields) and the State. "In time of war or armed conflict innocents always become casualties. It is precisely because targeted killing, when carried out correctly, minimizes such casualties, that it is a preferable option to bombing or large-scale military sweeps that do far more harm to genuine non-combatants."

Amos Guiora, *War Crimes Research Symposium: "Terrorism on Trial": Targeted Killing as Active Self Defense* 37 Case W. Res. J. Int'l L. 319

36. נמצא, כי מלומדים רבים קובעים כיום כי סיכול ממוקד של טרוריסטים הינו צעד חוקי לגמרי לפי דיני המשפט הבינלאומי המנהגי.

משך והיקף אבדן החסינות מפני תקיפה של טרוריסטים הנוטלים חלק ישיר בלחימה

37. אחת השאלות בהן עסקנו בהרחבה בסיכומינו שהוגשו ביום 21.1.04, הינה השאלה מהו משך הזמן שבו מאבדים מחבלים הנוטלים חלק ישיר בלחימה, את חסינותם מפני תקיפה. בהקשר זה הצגנו שלוש דעות, שאחת מהן מצמצמת ביותר, בה דוגלים העותרים ופרופ' קססה, ולפיה מותר לפגוע במחבלים רק באותם רגעים שהם עסוקים בביצוע מתקפה פיזית ממש. בסיכומינו הבהרנו עד כמה בעייתית היא דעה זו והפנינו לאסמכתאות שתמכו בגישתנו. לפיכך טענו כי חלה בנדון אחת משתי הדעות האחרות – או הדעה הסוברת כי כל עוד אדם הינו חבר בארגון טרור אובדת חסינותו, או למצער, הדעה הסוברת כי כאשר אדם מעורב באופן חוזר ונשנה בפעילות טרור, ניתן לראותו כמי שעוסק כל אותה עת בטרור, ולפיכך בכל אותה עת אובדת חסינותו. כדי שלא להאריך נפנה בנושא זה לסעי' 230-238 לסיכומינו הנ"ל.

38. גם בנושא זה ישנה כתיבה עדכנית התומכת בעמדתנו, ולהלן נפנה אליה.

39. קנת וותקין, שלמאמרו הפנינו לעיל, דן בהרחבה גם בשאלה זו, ומבהיר עד כמה בעייתית היא הגישה הצרה הקובעת כי החסינות אובדת אך ורק לפרק הזמן שבו המחבל משתתף באופן פיזי במעשי האיבה. כדבריו (עמוד 311 למאמרו משנת 2005):

"An area of controversy has been whether a terrorist or other non-state actor must have a weapon in their hand in order to be targeted. This appears reflective of a human rights-based approach using force, and unfortunately, does not address the group nature of participation in hostilities and the greater level of violence associated with armed conflict. In that regard, participation in combat is inherently a group activity with combat functions such as fighters,

commanders, planners, intelligence gatherers and logistics personnel being carried out by members of the group... The attempts to limit the exposure of civilians to the risk of being targeted to the time when they have weapons in their hands has introduced concerns about a "revolving door" of protection for unlawful combatants... adopting a policy where a state would have to wait while the next attack is being planned and organized could erode rather than strengthen the credibility of humanitarian law."

לפיכך, הוא דוחה את הגישה הצרה (בה תומך פרופ' קססה בחוות דעתו ובה תומכים העותרים), ומציע מודל רחב יותר (עמוד 312):

"A strong argument can be made that members of a terrorist organization involved in an armed conflict should remain at risk of being targeted as long as they act as "combatants" (albeit without lawful status). **Their status as "unprivileged belligerents" would be determined by the participation of their group in an armed conflict and the "function" that the individuals perform within that organization... members of the organization employed in supplying weapons and or carrying out intelligence activities could be attacked.** These participants in hostilities could regain the protection afforded in article 51 of Additional Protocol I by becoming *hors de combat* or by taking concrete steps such as surrendering... This would include not only the hands-on killers but also those who perform command and support functions similar to those carried out by uniformed personnel in regular armed forces."

וכן במאמרו משנת 2004, אשר צוטט לעיל (בעמוד 17) –

"One approach to the temporal limitation found in the phrase "for such time as" (Art. 53(1) of Protocol I) has been to suggest that targeting civilian participants should be limited to times when they are firing weapons or otherwise posing an immediate threat. When not so engaged, these civilians would not be attacked. While designed to maximize the protection of uninvolved civilians, this interpretation might erode the humanitarian shield extended to civilians under Additional Protocol I because groups could take advantage of it by planning operations when not bearing arms or overtly conducting operations. Concern has long been expressed over the idea of such a "revolving door" of protection. Unfortunately, there is limited judicial guidance on this issue, as the case law has primarily dealt with the killing of persons who were *hors de combat*. The argument that civilians are protected unless engaged in overtly aggressive acts like carrying weapons may be particularly difficult to maintain where armed groups are technically accorded civilian status by virtue of not being considered lawful combatants. **To the extent that civilians fulfill the same function as combatants, either in the armed forces or as part of the organization of an "illegitimate" nonstate actor, they are logically subject to targeting under the same provisions of international humanitarian law.**"

40. עמדה דומה מביעה המלומדת גודפרי, הקובעת גם היא שיש לאמץ "חלון זמנים" רחב יחסית לאובדן החסינות של מחבל (עמ' 498):

"Therefore, there should be some leeway on the timeliness of the response within the necessity requirement where a terrorist attack has occurred. It is in the interest of protecting the world's innocents as a whole that there should be some flexibility built into the doctrine. Otherwise, the terrorist wins by having the luxury of remaining hidden and forestalling the state's right to come after him."

41. עוד נפנה לעמדתו של פרופ' קרצ'מר בנושא זה, הטוען גם הוא, כי גם אם נאמץ ניתוח לפיו טרוריסטים הם "אזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה", הרי שאין כל הגיון בטענה לפיה מותר לפגוע בהם רק בזמן ביצוע מתקפה ממש (עמ' 193 למאמר). פרופ' קרצ'מר חולק מכל וכל על גישתו של פרופ' קססה (בחוות הדעת שהוגשה על ידי העותרים) והוא מסביר זאת כך:

"Article 51(3) refers to such time as the civilians are taking a direct part in the hostilities. In the opinion mentioned above, Professor Cassese is adamant that this term must be given a narrow meaning. It is only while the persons are actually engaged in carrying out their hostile acts that they may be targeted. As soon as they have completed the hostile act, they once again enjoy the same protection as every other civilian. This view is supported by the ICRC Commentary on API. If we accept this narrow interpretation, terrorists enjoy the best of both worlds - they can remain civilians most of the time and only endanger their protection as civilians while actually in the process of carrying out a terrorist act. Is this theory, which has been termed the 'revolving door' theory, tenable? The Inter-American Commission on Human Rights seemed to have its doubts. So do some experts. It has been argued that the contemporary definition of civilians should rest on their inoffensive character and that civilians 'can lose their civilian status whenever they become "offensive" - that is, whenever they take action against military forces or their fellow citizens'. Another argument is that a 'combatant-like' approach based on membership in the military wing of a group involved in hostilities, rather than on individual actions, should be adopted in deciding whether persons may be targeted. If we adopt the restricted theory, according to which international terrorists are civilians who may only be targeted while taking a direct part in hostilities, the right of self-defence under Article 51 of the UN Charter following an armed attack by a terrorist group may become meaningless. As any action carried out in self-defence must comply with *ius in bello*, targeting the terrorists regarded as responsible for the attack will not be lawful unless they are targeted while carrying out an attack. This does not seem to make much sense."

לדבריו, מחבלים נחשבים ל-"לוחמים" כאשר הם משתייכים לקבוצה מאורגנת שחבריה נוטלים חלק בלחימה. "נטילת החלק בלחימה" מתייחסת לארגון ולא לפרט, ולכן אין מגבלות "זמניות", כמו אלה החלות ביחס ל-"אזרחים הנוטלים חלק בלחימה".

וזו לשונו (בעמוד 199) –

"Thus, combatants are only those persons who take an active part in hostilities. Note, however, that this does not mean that such persons are combatants only for such time as they take part in the hostilities, but merely that their actual participation is what makes the combatants, and not their membership in a certain organization. The conclusion would be that while the

armed conflict continues members of the terrorist group who have taken an active part in hostilities are combatants who may be targeted. Other persons are civilians who may only be targeted 'for such time as they take a direct part in hostilities'.

42. גם בכנס המומחים בנושא השתתפות אזרחים בלחימה, נדונה השאלה אילו פעולות ייחשבו ל-"השתתפות בלחימה" הגוררת בעטיה אובדן החסינות. הדעה הכללית שהושמעה התנגדה למתן הפרשנות המצמצמת וגרסה כי ניתן לתקוף מחבלים לכל אורך התקופה שבה הם מהווים חלק מארגון טרור המעורב בלחימה, וזאת כדי למנוע תופעה של "דלת מסתובבת", לפיה המחבל יהיה בדרך כלל חסין וניתן יהיה לפגוע בו רק בפרקי הזמן המצומצמים שבהם יבצע בפועל מעשי טרור אקטיביים. כמו כן, הדעה הכללית היתה כי גם פעולות הכנה (לפחות טקטיות), וגם פעולות של גיוס ואימון ייחשבו ל-"השתתפות בלחימה", ועל כן גם עושיהן יהיו מטרות לגיטימיות לתקיפה. לפיכך, גם אם מקבלים את טענת העותרים (ופרופ' קססה), כי מותר לפגוע בטרוריסטים "רק בזמן שהם נוטלים חלק בלחימה" – חלון הזמן הזה הוא למעשה די רחב.

ראו עמוד 3 לסיכום הכנס, אליו הפנינו בסעיף 20 לעיל.

43. בהקשר זה, הציג פרופסור מיכאל בות'ה בכנס זה נייר עמדה, במסגרתו הגיע למסקנה כי גם חברי ארגוני מחבלים וגם אזרחים אחרים הנוטלים חלק ספוראדי בלחימה מהווים מטרות לגיטימיות לתקיפה. אשר לפרק הזמן בו הם מהווים מטרה לגיטימית, הרי כאשר מדובר בחבר ארגון טרור, הוא מהווה מטרה שכזו בכל משך הזמן שבו הוא חבר בארגון. אשר לאזרחים אחרים, שאינם חברי ארגוני טרור, המשתתפים בלחימה, הרי שהם יאבדו את ההגנה המוענקת להם רק בזמן שהם משתתפים למעשה בלחימה.

כדבריו (בעמוד 15 לסיכום) –

- "As a consequence, in non-international conflict (regardless of the applicability of Additional Protocol II) there are two categories of persons: on the one hand "fighters", and, on the other hand, protected civilians, as well as civilians who have temporarily lost their protection against direct attack.
- "Fighters" are persons who belong to that part of the administrative organization of a party to a conflict that constitutes its armed forces. **They do not lose membership by working during the day and fighting only at night.**
- On the other hand, civilians who do not belong to an armed organization, lose protection only while directly participating in hostilities.
- **Consequently, according to Additional Protocol II and customary law, both "fighters" (for the entire duration of their membership in the armed organization) and unprotected civilians (for the duration of their DPH) constitute legitimate military objectives."**

למותר לציין, כי המטרות שנגדן פועלת ישראל באמצעות סיכול ממוקד, הינן ככלל מחבלים בכירים החברים בארגוני טרור.

44. עוד נוסף, כי בשאלת משך אובדן ההגנה, ובעיית הדלת המסתובבת, הביעו מומחים שהשתתפו בכנס דעות לפיהן יש לראות במי שהשתתף בעבר בלחימה, כמי שממשיך להשתתף בלחימה, אלא אם הוא מבצע פעולה גלויה וברורה כדי להראות שהוא כבר איננו משתתף בלחימה. הדברים נכונים בייחוד ביחס למי שמשתתפים בלחימה במסגרת חברותם בארגון טרור, שאז עליהם לבצע פעולה גלויה המצביעה על ניתוקם מן הארגון (ראו עמוד 22 לסיכום).

45. לסיכום, האסמכתאות אליהן הפנינו תומכות כאמור בהיבטים השונים אליהם התייחסנו בתשובותינו הקודמות. כל האמור לעיל מחזק, איפוא, את האסמכתאות הקודמות שהבאנו וכן את הניתוח המשפטי שהובא, אף אם בעת שהובא נתמך הוא רק באסמכתאות מעטות יחסית, שכן באותה עת, עדיין לא הייתה בנמצא כתיבה אקדמית רבה בנושאים אלה.

46. כן נזכיר, כי ישראל אינה המדינה היחידה הנאלצת לעשות שימוש בסיכול ממוקד נגד גורמי הטרור. בענין זה כבר הזכרנו פעולות קודמות בדרך זו של ארצות הברית, ורק ביום 3.12.05, ערב הגשת תגובה זו, פורסם ברבים, כי ארה"ב שוב עשתה שימוש באמצעי של סיכול ממוקד כדי להרוג את קצין המבצעים הבכיר של אל-קעידה, אבו-חמזה רבייע, אשר נפגע מטיל ששוגר ממל"ט אמריקאי.

47. אשר על כן, ומכל הטעמים שפורטו בהרחבה במכלול תשובותינו, נשוב ונבקש את דחיית העתירה.

היום: ד' כסלו, תשס"ו
5 דצמבר, 2005

שי ניצן

**המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)**