



מרכז המידע למודיעין ולטרור  
המרכז למורשת המודיעין (מל"מ)

20 בדצמבר 2006.

## **משפט וטרור: החלטה עקרונית של בית הדין הגבוה לצדק מאפשרת לכוחות הביטחון הישראליים להמשיך ולבצע "סיכולים ממוקדים" נגד פעילי ארגוני הטרור תוך הצבת מגבלות וסייגים<sup>1</sup>**

**כללי**

1. ביום ה' ה-14 בדצמבר 2006 נתן בית המשפט העליון בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק (להלן: בג"צ) פסק דין עקרוני בתיק 769/02 (הועד הציבורי נגד עינויים נגד ממשלת ישראל). פסק הדין מאפשר לכוחות הביטחון הישראליים להמשיך ולבצע "סיכולים ממוקדים" תוך בחינת נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

2. ההחלטה התקבלה בהרכב של שלושה שופטים בראשות נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרון ברק. בג"צ דחה פה אחד את העתירות שהוגשו נגד חוקיות השימוש ב"סיכול הממוקד" נגד פעילי ארגוני הטרור והשלים בכך הליך ממושך של התדיינות בבית המשפט העליון שהחל בשנת 2002, בעיצומה של מערכת הטרור הפלסטינית.

<sup>1</sup> מסמך זה נכתב בסיוע לשכת היועץ המשפטי של משרד החוץ ובתאום עם משפטנים מצה"ל.

3. בהחלטתו קבע בג"צ 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<sup>2</sup> וחוקיותה של כל פגיעה אינדיבידואלית צריכה להיקבע לאורם". משמעות ההחלטה הינה שבג"צ אינו אוסר באופן גורף את מדיניות "הסיכולים הממוקדים" של ישראל, המהווה כלי חשוב במלחמה בטרור, אך הוא מציב בפניה מגבלות וסייגים ומחייב לבחון כל מקרה של סיכול ממוקד לגופו (הליך שממילא מתבצע ע"י כוחות הביטחון).

4. להלן מספר הדגשים מפסיקתו של הנשיא (בדימוס) אהרון ברק, אשר נועדו לשפוך אור על ההיגיון והנימוקים העומדים בבסיס הפסיקה של בג"ץ. בנספח מובא סיכום קצר של הפסיקה (באנגלית), שנלקח מאתר האינטרנט של בית המשפט העליון. באתר ניתן גם למצוא את פסק הדין במלואו (62 עמודים) בשפה העברית.

## הדגשים לפסיקת בג"צ

### המסגרת הנורמטיבית המסדירה את התנהלות העימות הישראלי-פלסטיני

5. בג"צ קבע בהחלטתו כי בין ישראל לבין ארגוני טרור פלסטיניים, הפועלים מיהודה, שומרון ורצועת עזה קיים מצב של עימות מזוין (armed conflict). לפיכך, המערכת הנורמטיבית שחלה על העימות הישראלי-פלסטיני, מורכבת מדיני המשפט הבינלאומי העוסקים בסכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי. המדובר במיוחד בכל הנוגע למשפט הבינלאומי המנהגי והמשפט הבינלאומי ההסכמי שנקלט בדין הישראלי. במקום בו ישנו חוסר, כי אז משלימים אותו דיני זכויות האדם וכן עקרונות יסוד של המשפט הישראלי.

<sup>2</sup> במשפט הבינלאומי ישנה אבחנה בין משפט בינלאומי מנהגי (Customary International Law) למשפט בינלאומי הסכמי (Treaty law). המשפט המנהגי כולל את אותם עקרונות של התנהגות המחייבים את כל מדינות העולם, כולל את אלה שאינן שותפות להסכמים כלשהם בנושא. המשפט ההסכמי לעומת זאת, מחייב רק את אותן המדינות שחתמו על אותה אמנה.

6. באופן פרטני יותר, בראיית בג"צ על הסכסוך המזוין הנוכחי חלות הוראות אמנת האג הרביעית מ-1907; הוראות אמנת ג'נבה הרביעית מ-1949 (ההוראות ההומניטאריות שבהן); וההוראות המנהגיות שבפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה מ-1977.

### **מעמד המשפטי של פעילי הטרור על רקע כללי המשפט הבינלאומי הדנים בעימות מזוין**

7. כללי המשפט הבינלאומי הדנים בעימות מזוין מבוססים על איזונים בין השיקולים ההומניטאריים הנוגעים לזכויות האדם ולכבוד האדם של הנפגעים כתוצאה מהסכסוך לבין השיקולים הצבאיים. עקרון ההבחנה (distinction), מחייב את הצדדים לעימות להבחין בין לוחמים ומטרות צבאיות לבין אזרחים, שאינם נוטלים חלק בלחימה.

8. בהקשר לכך עורר בג"צ את שאלת סיווג מעמדם של ארגוני הטרור: האם המדובר ב"לוחמים", ב"אזרחים", או ב"לוחמים בלתי חוקיים?". להבחנה זאת חשיבות רבה בכל הנוגע לזכויות ולחובות הניתנים ללוחמים ולאזרחים, ולקביעה האם המדובר ביעד לגיטימי לתקיפה.

9. בג"צ קבע כי פעילי ארגוני הטרור אינם נכללים בקטגוריה של "לוחמים חוקיים" מאחר והם אינם מקיימים את התנאים הקבועים בדיני המלחמה וכי מדובר למעשה ב-"לוחמים בלתי חוקיים" כיוון שהם משתתפים בלחימה, אך אינם עושים זאת בצורה חוקית ואינם נהנים מהזכויות הנתונות ללוחמים חוקיים. יחד עם זאת, בג"צ נמנע מלנקוט עמדה בנוגע לאפשרות של הכרה בקיומה של קטגוריה של "לוחמים בלתי חוקיים" כקטגוריה משפטית נפרדת בציינו כי אין בפניו נתונים מספיקים לבסס קביעה בנושא זה.

10. בג"צ קבע כי פעילי טרור הינם אזרחים, אשר עקב השתתפותם בלחימה באופן בלתי חוקי, מאבדים את זכאותם להגנה לה זכאים אזרחים תמימים, שאינם מעורבים בפעולות טרור.

## דינם של "אזרחים", שאינם מוגנים על פי החוק הבינלאומי

11. למרות שישראל אינה צד לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה, קובע בג"צ כעקרון מנהגי מחייב את העיקרון לפיו **אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה אינם מוגנים** (סעיף 51 (3) לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה). קרי-היות והמדובר באזרח הממלא תפקיד של **לוחם הרי הוא מאבד את ההגנה הניתן לאזרח**. אזרח הממלא תפקיד של לוחם נתון לסיכונים של תקיפה כמו אלה להם נתון הלוחם אולם אין הוא נהנה מזכויות היתר של לוחם (כמו הכרה במעמדו כשבוי). **נוסח הסעיף:**

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

12. לעניין זה קובע בג"צ את הפרמטרים הבאים במסגרת פרשנות הסעיף דלעיל:-

א. **נטילת חלק במעשי האיבה (hostilities)**: אין משמעות הדבר בהכרח שימוש הלכה למעשה בנשק, **וניתן ליטול חלק במעשי האיבה בלא להשתמש בנשק כלל**. כמו כן, אין בהכרח צורך שמעשי האיבה יכוונו נגד צבא של מדינה, אלא הם יכולים להיות מכוונים גם כלפי האוכלוסייה האזרחית של המדינה.

ב. **נטילת חלק ישיר (direct part) במעשי האיבה**: בג"צ קובע כי הגם שאין הסכמה בספרות הבינלאומית באשר להיקפו של מושג זה, **אין לצמצם את אופייה ה"ישיר" של נטילת החלק רק למי שמבצע את פעולת התקיפה הפיזית**. בג"צ מונה שורת מקרים הנמצאים (או שאינם נמצאים) בקטגוריה של **נטילת חלק ישיר במעשי האיבה**:

1) **נמצאים בקטגוריה זאת**: [פעיל הטרור] המשלח את מבצע ההתקפה; מי שמחליט על ביצוע ההתקפה; מי שמתכנן את ההתקפה; מי שאוסף מידע על הצבא; מי שמפעיל כלי נשק בהם משתמשים לוחמים בלתי חוקיים, מפקח על הפעלתם או נותן להם שירות; מי שמבצע פונקציה של לוחם.

2) **אינם נמצאים בקטגוריה זאת**: בג"צ מאבחן מקרים של **השתתפות עקיפה במעשי האיבה**, ומקרים אלה אין בהם כדי

לבטל ההגנה הניתנת לאזרחים, למשל: מי שמוכר מוצרי מזון או תרופות ללוחם בלתי חוקי; מי שעורך ניתוח אסטרטגי כללי; תמיכה לוגיסטית כללית, לרבות תמיכה כספית; הפצת תעמולה.

ג. **למשך אותו הזמן (such time):** בג"צ מציין שאין הסכמה בספרות לעניין אורך התקופה בה מאבד מתבל את ההגנה הנתונה לו ולכן יש לבחון כל מקרה לגופו.

### 13. השיקולים שנקבעו לחוקיות סיכול ממוקד פרטני:-

1) נדרש **מידע מבוסס** בטרם יסווג האזרח ככזה הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה.

2) אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה אם ניתן לנקוט כלפיו **באמצעי שפגיעתו פחותה** (מעצר והעמדה לדין) **כנדרש לפי עיקרון המידתיות**. (עיקרון אשר במסגרתו נמדדת גם מידת הסיכון הצפויה לחיי החיילים אל מול האפשרות לעצור פעיל במקום לפגוע בו).

3) לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בנטילת חלק ישיר במעשי האיבה יש לערוך בדיעבד בדיקה יסודית בנוגע לזהותו ונסיבות הפגיעה בו. לעניין זה, במקרים מסוימים בג"צ אף מעלה את האפשרות כי יש מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים.

4) אם אגב הלחימה באזרח המשתתף באופן פעיל בפעולות האיבה נפגעים גם אזרחים תמימים המצויים בקרבתו, **יש לבדוק אם הפעולה עומדת במבחן המידתיות**.

### **עקרון המידתיות (proportionality)**

14. בג"צ מורה שיש לקיים בכל מקרה פרטני את **מבחן המידתיות**, קרי- לבדוק האם התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית שקולה כנגד הנזק שעלול להיגרם לאזרחים תמימים שנמצאים בסמוך למטרה. כלומר, בג"צ קובע כי יש לאזן בין חובתה של המדינה לשמור על חיי חייליה ואזרחיה, לבין חובתה לשמור על חייהם של אזרחים תמימים הנפגעים בעת פגיעה במחבלים.

הכלל הינו שאין לפגוע במחבלים אם הנזק הצפוי לאזרחים הוא מופרז ביחס לתועלת הצבאית.

### סיכום

15. בסיכומו של דבר, בג"צ אימץ פרשנות של המשפט הבינלאומי המנהגי החל בסכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי וקבע כי ההגנה העומדת לאזרחים מפני תקיפתו של הצבא אינה מתקיימת ביחס לאזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. פגיעה באזרחים אלה גם אם תוצאתה מוות, היא מותרת, ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו פחותה (מעצר), ובכפוף לתנאי שהפגיעה באזרחים תמימים המתגוררים בסמיכות מקום תהא מידתית.

## HCJ 769/02 The Public Committee against Torture in Israel v.

### The Government of Israel - Summary of Judgment

The Government of Israel employs a policy of "targeted killings" which cause the death of terrorists who plan, launch, or commit terrorist attacks in Israel and in the area of Judea, Samaria, and the Gaza Strip, against both civilians and soldiers. These strikes at times also harm innocent civilians. Does the State thus act illegally? That was the question posed before the Supreme Court.

#### International Armed Conflict

The Supreme Court, in a judgment delivered by the President (ret') A. Barak, with President D. Beinisch and Vice-President E. Rivlin concurring, decided that the starting point of the legal analysis is that between Israel and the terrorist organizations active in Judea, Samaria, and the Gaza Strip, there exists a continuous situation of armed conflict. This conflict is of an international character (international armed conflict). Therefore, the law that applies to the armed conflict between Israel and the terrorist organizations is the international law of armed conflicts. It is not an internal state conflict that is subject to the rules of law-enforcement. It is not a conflict of a mixed character.

A fundamental principle of the customary international law of armed conflict is the principle of distinction. It distinguishes between combatants and civilians. Combatants are, in principle, legitimate targets for military attack. Civilians, on the other hand, enjoy comprehensive protection of their lives, liberty and property. The Supreme Court rejected the view according to which international law recognizes a third category of "unlawful combatants".

#### Harm to Civilians

The Supreme Court decided that members of the terrorist organizations are not combatants. They do not fulfill the conditions for combatants under international law. Thus, for example, they do not comply with the international laws of war. Therefore, members of terrorist organizations have the status of civilians. However, the protection accorded by international law to civilians does not apply at the time during which civilians take direct part in hostilities. This too is a fundamental principle of customary international law. It is expressed in Article 51(3) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions which states as follows:

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

Thus, a civilian, in order to enjoy the protections afforded to him by international law during an armed conflict, must refrain from taking a direct part in the hostilities. A civilian who violates this principle and takes direct part in hostilities does not lose his

<sup>3</sup> המקור: אתר האינטרנט של בית המשפט העליון, 21 בדצמבר 2006.

status as a civilian, but as long as he is taking a direct part in hostilities he does not enjoy the protections granted to a civilian. He is subject to the risks of attack like those to which a combatant is subject, without enjoying the rights of a combatant, *e.g.* those granted to a prisoner of war.

When can it be said that a civilian takes part in **hostilities**? Hostilities are acts which are intended to harm the army or civilians. A civilian takes part in hostilities when he is engaged in such acts, or when he prepares himself for such acts. It is not required that he carries or uses arms. When can it be said that a civilian takes a **direct part** in hostilities? A civilian bearing arms (openly or concealed) who is on his way to the place where he will use them, or is using arms, or is on his way back from such a place, is a civilian taking a direct part in hostilities. So are those who decide on terrorist acts or plan them, and those who enlist others, guide them and send them to commit terrorist acts. On the other hand, civilians who offer general support for hostilities, such as selling of food, drugs, general logistic aid, as well as financial support, take an indirect part in hostilities. How shall we understand the scope of the words "**for such time**" during which the civilian is taking direct part in hostilities? A civilian taking a direct part in hostilities one single time, or sporadically, who later detaches himself from that activity, is a civilian who, starting from the time he detaches himself from that activity, is entitled to protection from attack. He is not to be attacked for the hostilities which he committed in the past. On the other hand, a civilian who has joined a terrorist organization and commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack for the entire time of his activity. For such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next act of hostilities. These examples point out the dilemma regarding the requirement which "for such time" presents before us. On the one hand, a civilian who took a direct part in hostilities once, or sporadically, but detached himself from them (entirely, or for a long period) is not to be harmed. On the other hand, the "revolving door" phenomenon, by which each terrorist can rest and prepare for the next act of hostilities while receiving immunity from attack, is to be avoided. In the wide area between those two possibilities, one finds the "gray" cases, about which customary international law has not yet crystallized. There is thus no escaping examination of each and every case. In that context, the following four things should be said: First, well based, strong and convincing information is needed before categorizing a civilian as falling into one of the discussed categories. Innocent civilians are not to be harmed. Information which has been most thoroughly verified is needed regarding the identity and activity of the civilian who is allegedly taking a direct part in the hostilities. The burden of proof on the army is heavy. In the case of doubt, careful verification is needed before an attack is made. Second, a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked if a less harmful means can be employed. A civilian taking a direct part in hostilities is not an outlaw (in the original sense of that word – people deprived of legal rights and protection for the commission of a crime). He does not relinquish his human rights. He must not be harmed more than necessary for the needs of security. Among the military means, one must choose the means which least infringes upon the humans rights of the harmed person. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed. Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required. Third, after an attack on a civilian suspected of taking an active part, at such time, in



hostilities, a thorough investigation regarding the precision of the identification of the target and the circumstances of the attack upon him is to be performed (retroactively). That investigation must be independent. In appropriate cases compensation should be paid as a result of harm caused to an innocent civilian. Fourth, every effort must be made to minimize harm to innocent civilians. Harm to innocent civilians caused during military attacks (collateral damage) must be proportional. That is, attacks should be carried out only if the expected harm to innocent civilians is not disproportional to the military advantage to be achieved by the attack. For example, shooting at a terrorist sniper shooting at soldiers or civilians from his porch is permitted, even if an innocent passerby might be harmed. Such harm conforms to the principle of proportionality. However, that is not the case if the building is bombed from the air and scores of its residents and passersby are harmed. Between these two extremes are the hard cases. Thus, a meticulous examination of every case is required.

### **Justiciability**

The Supreme Court rejected the position of the State that the issue of targeted killings is not justiciable. First, this position must be rejected in cases that involve impingements upon human rights. Second, the disputed issues in this petition are of legal nature. They involve questions of customary international law. Third, these issues were examined by international courts and tribunals. Why do those questions, which are justiciable in international courts, cease to be justiciable in national courts? Fourth, the law dealing with preventative acts on the part of the army which cause the deaths of innocent civilians requires *ex post* examination of the conduct of the army. That examination must – thus determines customary international law – be of an objective character. In order to intensify that character, and ensure maximum objectivity, it is best to expose that examination to judicial review. That judicial review does not replace the regular monitoring of the army officials performed in advance. In addition, that judicial review is not review instead of *ex post* objective review, after an event in which it is alleged that innocent civilians who were not taking a direct part in hostilities were harmed. After the (*ex post*) review, judicial review of the decisions of the objective examination committee should be allowed in appropriate cases. That will ensure its proper functioning.

### **The Scope of Judicial Review**

The Supreme Court decided that the scope of judicial review of the decision of the military commander to perform a preventative strike causing the deaths of terrorists, and at times of innocent civilians, varies according to the essence of the concrete question raised. On the one end of the spectrum stands the question regarding the content of international law dealing with armed conflicts. That is a question of determination of the applicable law, *par excellence*. That question is within the realm of the judicial branch. On the other end of the spectrum of possibilities is the decision, made on the basis of the knowledge of the military profession, to perform a preventative act which causes the deaths of terrorists in the area. That decision is the responsibility of the executive branch. It has the professional-security expertise to make that decision. The Court will ask itself if a reasonable military commander could have made the decision which was made. Between these two ends of the spectrum, there are intermediate situations. Each of them requires a meticulous examination of the character of the decision. To the extent that it has a legal aspect, it approaches the one end of the spectrum. To the extent that it has a professional military aspect, it approaches the other end of the spectrum.

**A democracy fights with one hand tied behind her back: The ends do not justify the means**

In conclusion, the Supreme Court observes that in a democracy, the fight against terror is subject to the rule of law. In its fight against international terrorism, Israel must act according to the rules of international law. These rules are based on balancing. We must balance security needs and human rights. The need to balance casts a heavy load upon those whose job is to provide security. Not every efficient means is also legal. The ends do not justify the means. In one case the Court decided the question whether the state was permitted to order its interrogators to employ special methods of interrogation which involved the use of force against terrorists, in a "ticking bomb" situation. The Court answered that question in the negative. In President Barak's judgment, he described the difficult security situation in which Israel finds itself, and added:

"We are aware that this judgment of ours does not make confronting that reality any easier. That is the fate of democracy, in whose eyes not all means are permitted, and to whom not all the methods used by her enemies are open. At times democracy fights with one hand tied behind her back. Despite that, democracy has the upper hand, since preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of her security stance. At the end of the day, they strengthen her and her spirit, and allow her to overcome her difficulties (HCJ 5100/94 *The Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) PD 817, 845).

**The decision**

Thus it is decided that it cannot be determined in advance that every targeted killing is prohibited according to customary international law, just as it cannot be determined in advance that every targeted killing is permissible according to customary international law. The law of targeted killing is determined in the customary international law, and the legality of each individual such act must be determined in light of it.