

פגיעה מכוונת במשתתפים בפעילות טרור בעזה

11.07.2024 | ד"ר רפאל ביטון | written by

עיקרי הדברים

- על פי פרסום, הפרקליטה הצבאית הראשית ("הפצ"רית") הטילה מגבלה על היכולת לחסל מחבלים שאינם מזוהים כחברי חמאס או ג'יהאד אסלאמי ("גא"פ"). האיסור אף הורחב למניעת פגיעה מכוונת בחברי המשטרה של חמאס בעזה.
- אלא שגם מחבלים שאינם משתייכים לחמאס ולגא"פ הם "לוחמים בלתי חוקיים", ולכן הם מטרה לגיטימית בעת סכסוך חמוש.
- גם תחת תפיסת בג"צ שלפיה מדובר ב"אזרחים המעורבים בפעילות עוינת", המחבלים שאינם חברי חמאס וגא"פ הם מטרות לגיטימיות לאורך תקופת הסכסוך.
- בנוגע לאלו שהשתתפו במתקפת ה-7/10 ולאור אופייה, צריך וניתן להניח שהם פועלים במאורגן או באופן עקבי. צריך להניח כי כל עוד לא נכנעו, הרי שהם יממשו את כוונתם שוב. לכן, הם מהווים מטרה לגיטימית.
- משטרת חמאס ואנשיה הם כוח חמוש של חמאס. הם מטרה לגיטימית לאור הטענה הישראלית למעורבותם בטרור. אבל, גם אם היו מגבילים את פעילותם ל"אכיפת חוק", הרי שיש לראות בהם מטרה לגיטימית. הטעם לכך הוא שמשטרה של ארגון טרור אינה מבצעת לעולם אכיפת חוק, אלא "אכיפת טרור". בלי מיגורה, לא יתאפשר ניצחון על ארגון הטרור.
- עמדה אחרת, דוגמת זו שמיוחסת לפצ"רית, איננה עקבית. היא מעניקה חסינות למחבלים מוצהרים ומאורגנים רק בגלל שיוך ארגוני אקראי. היא מערבת עניינים של "הצהרה" על ארגון טרור, בלי שהצהרה כזו רלוונטית לדיני המלחמה, והיא מעודדת את הפרקטיקה של קניית חסינות על ידי שימוש בארגוני קש.

רקע

לאחרונה פורסם כי הפצ"רית הטילה מגבלה ייחודית על מתקפה מכוונת של צה"ל נגד מחבלים, ובכללם כאלו שהשתתפו בזוועות ה-7/10[1]. על פי הפרסום, הפצ"רית קובעת שהמשפט הבינלאומי אוסר מתקפה מכוונת על עוסקים בטרור שאינם מאוגדים במסגרת שני ארגוני הטרור המובהקים וה"מוכרזים" (כלומר חמאס וגא"פ). מן העמדה הזו עולה שמי שאינו מאוגד במסגרת ארגונית טרוריסטית, או מי שהוא דווקא כן מאוגד במסגרת כזו אבל היא אינה זו של חמאס או של הגא"פ, אינו מהווה מטרה לגיטימית למתקפה של כוחות צה"ל שמיועדת לחיסולו. עוד פורסם כי הפצ"רית אף קובעת שלא ניתן לכוון מתקפה אל חמושים הגם שהם כן מאוגדים בכוח חמוש

של חמאס, אם לדוגמה מדובר בחברי המשטרה של חמאס.

נייר מדיניות זה מבקש להראות שהפרשנות המיוחסת לפצ"רית של הדין הבינלאומי היא, עם כל הכבוד הראוי, שגויה. כלומר, בנייר זה אטען כי מי שעוסק בטרור בסכסוך הנוכחי בעזה הוא מטרה לגיטימית במלחמה, גם אם אינו מסונף לארגון טרור כלל. מזה נובע שמי שפועל פעילות טרוריסטית במסגרת ארגון טרור הוא כמובן מטרה לגיטימית למתקפה, בין שהוא מאוגד במסגרת חמאס וגא"פ ובין שהוא מאוגד בכל מסגרת ארגונית אחרת. בנוגע לאנשי המשטרה של חמאס, הטענה המובאת כאן היא כי מדובר בחברים פעילים בזרוע הטרור של חמאס והם מטרה לגיטימית למתקפה קטלנית.

מה מעמדם של המעורבים בטרור ברצועת עזה?

הכול מסכימים שדיני המלחמה שבדין הבינלאומי מכירים בלפחות שתי קטגוריות של בני אדם במסגרת סכסוך חמוש דוגמת זה שמתנהל בעזה. הקבוצה הראשונה היא קבוצת הלוחמים. כלומר, אלו שעוסקים בלחימה. מוסכם שמותר לכוון מתקפה כנגד לוחם. אפשר לכוון אליו מתקפה ולהרוג אותו בכל עת בזמן סכסוך חמוש. אין צורך לנהל דיון להוכחת "אשמתו" לפני הריגתו, ואין חובה לנסות לעצור אותו כשניתן. הקבוצה השנייה היא קבוצת האזרחים או ה"לא-לוחמים". לאזרחים, בניגוד ללוחמים, אסור להשתתף במעשי העוינות. מנגד, הם חסינים ממתקפה מכוונת. כלומר, אסור לכוון מתקפה על אזרחים כדי להרוג אותם.

בספרות ובפסיקה על דיני המלחמה ישנו ויכוח בשאלה אם קיימת במסגרת דיני המלחמה קבוצה שלישית. מקובל לכנות אותה כקבוצת "הלוחמים הבלתי חוקיים". הכוונה היא לאלו שמצד אחד עוסקים בלחימה ולכן הם לוחמים, ואז ניתן לכוון מתקפה ישירה נגדם, אבל לוחמים אלה מנהלים את מלחמתם באופן לא חוקי. לדוגמה, תוך הפרת דיני המלחמה, ובדרך כלל תוך לחימה שלא במדים וללא נשיאת נשק בגלוי. בשל כך, אין לתת להם זכויות של לוחמים, כמו הזכות למעמד שבוי מלחמה שמעניקה חסינות מהעמדה לדין בגין עצם הלחימה. את העמדה הזו, לדוגמה, נראה שבית המשפט העליון האמריקאי קיבל כבר בזמן מלה"ע השנייה[2].

בית המשפט העליון הישראלי לא השתכנע בקיומה של קטגוריה שלישית כזו של לוחמים[3]. ב"בג"ץ החיסולים" קבע בית המשפט שטרם הוכרה קטגוריה שלישית, ולכן מדובר באזרחים. בניגוד לאזרחים רגילים, האנשים הפעילים בארגוני הטרור הם, לפי בג"ץ, "אזרחים המעורבים בפעילות עוינת". הקביעה הזו, עם כל הכבוד, היא לטעמי שגיאה משפטית שגם עומדת בסתירה לאתיקה של המלחמה[4]. אם מאמצים את קביעת בג"ץ שמדובר באזרחים המעורבים בפעילות עוינת, יש להזכיר שדיני המלחמה מסירים מאזרחים כאלו את ההגנה[5], אבל הם מסירים אותה רק לזמן שהם מעורבים בפעילות. מרגע שהניחו את נשקם, הם שבים להיות חסינים מתקיפה (אבל לא ממעצר ומענישה פלילית).

אם כך, מה מעמדו של מעורב בטרור מעזה, שהשתתף לדוגמה במתקפת ה-7/10? מי שמקבל את

העמדה האמריקאית יראה בו לוחם בלתי חוקי בקטגוריה שלישית, כלומר כזה שאינו לוחם חוקי ואינו אזרח. התוצאה של סיווג כזה היא שפעיל הטרור הזה יהיה מטרה לגיטימית למתקפה של צה"ל לשם חיסולו. אין צורך לנסות לעוצרו במקום להורגו, גם כשהדבר ניתן. ומנגד, אין לו חסינות מפני העמדה לדין וניתן, אם הוא נתפס, להעמידו לדין בגין פשעי הטרור שלו. מי שייצמד להלכה של בית המשפט העליון ב"בג"ץ החיסולים", יראה בו אזרח שמעורב בפעילות עוינת. במקרה כזה, ברור שכשהוא מזוהה בעיצומה של הפעילות העוינת הרי הוא מטרה לגיטימית (כי אזרח שמעורב בפעילות עוינת מאבד את חסינותו שלא להיות מותקף כל עוד לא הניח את נשקו). ומה בדבר היכולת לתקוף אותו דווקא כשהוא ישן או מתחבא ואינו בדיוק בעיצומה של פעילות עוינת? במקרה כזה, אומר פסק דינו של הנשיא ברק, יש לראות את שגרת הטרור הפעילה שלו כמעורבות נמשכת בפעילות עוינת. ואז, כל עוד לא חדל מפעילותו, הרי שהוא עדיין מהווה מטרה לגיטימית אפילו בשעה שהוא ישן או מתחבא.

מדוע העמדה המיוחסת לפצ"רית שגויה?

מהסקירה עד כאן עולה שגם לפי פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי, ואפילו לפי זו של בית המשפט העליון הישראלי, עמדת הפצ"רית, עם כל הכבוד, שגויה. המחלוקת, מן הסתם, אינה נוגעת למצב שבו היעד למתקפה מזוהה כשהוא אחוז בנשק עם כוונה לבצע מתקפת טרור. קשה להניח שיהיה מי שיתנגד שפעיל טרור כזה הוא מטרה לגיטימית כל עוד לא הניח את נשקו. המחלוקת, ככל הנראה, נוגעת ליכולת לתקוף אותו שלא במסגרת זמן שבו הוא נושא נשק כחלק ממתקפה. על פי הגישה האמריקאית, בהיותו לוחם בלתי חוקי, הרי הוא מהווה יעד חוקי למתקפה בכל שלב במסגרת הסכסוך החמוש. לפי הגישה של "בג"ץ החיסולים", נדרש שהתקיפה תתרחש בתוך פרק הזמן שבו מתקיים סוג של "חברות פעילה" של פעיל הטרור במסגרת טרוריסטית[6]. אלא שאף אחת מהגישות, בניגוד לעמדה המיוחסת לפצ"רית, אינה קובעת שפעיל הטרור חייב להיות חבר בארגוני טרור מסוימים.

מי ש"רק" השתתף במתקפת ה-7/10 § מי שהשתתף במתקפת ה-7/10 הרי ממילא קמה נגדו חזקה שהוא מעורב בפעילות עוינת ומאורגנת נגד ישראל, וזאת גם אם אין מידע מוצק על פעילותו העכשווית. מתקפת ה-7/10 היא ללא ספק ממתקפות הטרור הגדולות והמאורגנות בהיסטוריה. מי שהצטרף אליה והשתתף בה, גם אם ספונטנית, הוכיח כי הוא כבר השתתף באירוע טרור המלווה בארגון, בהיקף ובאכזריות קיצוניים. הוא ביצע אקט שיש לראות בו אקט של הצטרפות דה-פקטו לפעילות החמאס. מי שהשתתף במתקפה עצומה ואכזרית באופן חריג בהיסטוריה, קמה חזקה נגדו שהוא ישוב ויבצע מתקפה אם רק יוכל. שהוא פועל על בסיס הזדמנות, ולכן מידע על פעילותו העכשווית אינו מאוד רלוונטי. מכאן שגם לפי גישת בג"ץ, חזקה על פעיל טרור מסוכן שכזה, שכבר הוכיח כוונה לפעול באופן טרוריסטי מאורגן, שהוא אזרח המעורב בפעילות עוינת באופן נמשך.

הדרישה לחברות דווקא בארגון שמוכרז ככזה שנלחם בישראל אינה רלוונטית לדיני המלחמה § הכרזה על ארגון טרור נעשית בדרך כלל מטעמים של הדין הפנימי הישראלי[7]. יש לה השלכות

רבות, בין היתר על היכולת לאסור פעילות, להעמיד לדין פלילי חברים ומסייעים ולתפוס משאבים המיועדים לטרור, אלא שהיא זרה לעצם ההגדרה של מטרה בדיני המלחמה כמטרה לגיטימית. המבחן להיותה של מטרה צבאית הוא פונקציונלי, כלומר, אם המטרה תורמת ישירות לפעילות הצבאית של היריב. המבחן אינו פורמלי. הוא אינו תלוי בהכרזה מוקדמת. ולכן, כשחוליה נכנסת לבית אזרחי כדי להשתמש בו לירי נ.ט., הבית הופך מייד למטרה לגיטימית. לא כי הוכרז ככזה, אלא פשוט כי הפך פונקציונלית למטרה צבאית. בכלל, בעוד שההכרזה היא עניין פנימי של הדין הישראלי, הקביעה אם מטרה היא לגיטימית בסכסוך חמוש נעשית על פי הדין הבינלאומי.

הדרישה לחברות בארגון מסוים יוצרת עיוות מעשי וחוסר עקביות [8] דרישה לחברות בארגון מסוים כתנאי להכרה במטרה לגיטימית תביא לאבסורד. לדוגמה, אם תכריז על עצמה קבוצה של לוחמים ככאלו שייסדו ארגון חדש שמטרתו השמדת ישראל והישראלים הרי שאנשיו, לפי העמדה המיוחסת לפצ"רית, לא יהיו מטרה לגיטימית כל עוד הארגון החדש לא יוכרז ככזה בישראל. נזכיר שגישה כזו עומדת גם בסתירה לפרקטיקה של ארגוני טרור, שלא אחת מפעילים ומייסדים ארגוני קש שיבצעו פעולות תוך הרחקת אחריות מארגון האם. כך נהג פת"ח עם "ספטמבר השחור", וכך נהג חיזבאללה עם ארגון "המדוכאים עלי אדמות". גישה שלא תאפשר פגיעה במי שאינם חברים ספציפית בארגון מסוים שכבר הוכרז ככזה תחסן את החברים בארגוני הקש ותעודד את הפרקטיקה הזו. למעשה, במתקפת הטרור של ה-7/10 נטלו חלק ארגונים קטנים, תוך השתתפות ברצח ובחטיפה. המחשבה שפעיל טרור יכול להיות חבר בהם ולפעול במסגרתם ולהיות חסין מפגיעה מכוונת על פי הגישה המשפטית הצבאית בישראל אינה מתקבלת על הדעת.

האיסור על פגיעה מכוונת במשטרת חמאס הוא שגוי [9] במשפט הבינלאומי מקובל לראות אנשי כוח שיטור של האויב כמטרה לגיטימית אם כוח השיטור משולב בכוח הלוחם של האויב. במובן הזה, קשה שלא לראות באנשי המשטרה של חמאס בעזה לוחמים לכל דבר בארגון הצבאי של חמאס. מדובר בכוח חמוש ומאורגן שממונה על ידי חמאס וסר למרותו. הכוח אינו נראה ככוח שיטור קלאסי, ואנשיו חמושים לא אחת ברובי סער ארוכים ובציוד צבאי ולא כשוטרים טיפוסיים. ישראל נהגה במלחמות קודמות, וגם במלחמה הזו, לפגוע באנשי משטרת חמאס בעזה. מכת הפתיחה של מבצע עופרת יצוקה כוונה למסדר סיום של קורס של משטרת חמאס. גם במהלך המלחמה האחרונה, ישראל כיוונה מתקפות אל קצינים בכירים של משטרת חמאס. ההצדקה הישראלית בכל המקרים הייתה שמדובר בכוח מסונף באופן מובהק לכוח הצבאי של חמאס [8].

אבל, ביחס למשטרת חמאס ניתן לקבוע כי מדובר במטרה לגיטימית אפילו אם הייתה מגבילה את פעילותה ל"אכיפת חוק". כלומר, אפילו לא היה ברור שהיא חלק מהכוח הצבאי של חמאס. ספק רב אם בנוגע לארגון כמו דעא"ש, לדוגמה, הייתה מועלית טענה להפרדה בין כוחותיו הלוחמים ה"רגילים" ובין הכוח המשטרתי שלו. הטעם לזה הוא שאכיפת חוק מטעם ארגון טרור,

להבדיל מאכיפת חוק מטעם מדינה, היא לעולם אינה אכיפת חוק אלא אכיפת טרור[9]. משטרת חמאס היא מכשיר שליטה של ארגון הטרור בשטח. לכן, גם היעדים הצבאיים במלחמה מול ארגון טרור שונים מאלו שמול מדינה. לדוגמה, הם כוללים בנוגע לחמאס את מיטוט שלטונו האזרחי. שדה השלטון האזרחי הוא שדה הקרב האמיתי של ארגון החמאס. מיטוטו הוא מהלך חיוני למיגור חמאס כארגון צבאי. ארגון החמאס נלחם על המשך שליטתו בשטח, וארגון חמוש שמאפשר לו שליטה טרוריסטית בשטח הוא מטרה שבהשמדתה יש ערך צבאי חשוב, ולכן היא מטרה לגיטימית למתקפה ישירה.

מסקנות

כל מי שהשתתף בפעולות טרור במסגרת מתקפת ה-7/10 הרי הוא לוחם בלתי חוקי, או לכל הפחות אזרח המעורב בפעילות עוינת באופן נמשך. ככזה, הרי שלפי דיני המלחמה הוא יעד לגיטימי למתקפה בכל עת, אלא אם נכנע. אין היגיון בהגבלת היכולת לכוון מתקפה רק לחברים בארגונים מסוימים, "מוכרזים" או לא. מגבלה כזו אינה עולה מדיני המלחמה. מסקנה ברורה נוספת היא כי יש לראות בשוטרי המשטרה של חמאס לוחמים בלתי חוקיים, המהווים חלק מהכוח הלוחם של חמאס. ככאלו, הם מטרה לגיטימית למתקפה ישירה.

חשוב לעמוד על נקודה אחרונה לסיכום. ישראל, שלא ברצותה, היא חלוצה בתחום המלחמה בטרור. לא אחת היא מהראשונות הנתקלות באיומים חדשים, ומכאן שישראל היא גם לא אחת חלוצה בטיפול המשפטי בטרור. הטיעונים המשפטיים החלוציים שישראל מעלה נתקלים לא אחת בהתנגדות בזירה הבינלאומית-המשפטית. אבל חלק מהטיעונים הישראליים החלו זוכים להסכמה גוברת כשאיומי הטרור שעיימם התמודדה ישראל התרחבו למדינות מערביות אחרות[10]. אחד התחומים הבולטים שבהם נדחתה העמדה הישראלית בתחילה וזכתה לקבלה רחבה יותר בהמשך הוא דווקא נושא ה"חיסולים" של פעילי טרור. מדינות מערביות שביקרו את חוקיות הפרקטיקה הישראלית אימצו פרקטיקה והצדקות דומות בהמשך[11]. המסקנה מכל זה כפולה: 1. כשהמציאות משתנה או מחמירה, ישראל יכולה וצריכה לגבש עמדות משפטיות מתאימות יותר; 2. כל עוד העמדה הישראלית צודקת ומבוססת, אין להירתע מכך שהיא נענית בהתנגדות. כשיובן בעתיד האתגר המעשי שישראל מתמודדת עימו, העמדה הישראלית עשויה להפוך לעמדה מקובלת בהרבה.

[1] ראו לדוגמה את הפרסום ברשת X של העיתונאי עמית סגל (1/7/2027) https://x.com/amit_segal/status/1807828966776131648.

[2] Ex part Quirin, 317 U.S. 1, 14 (1942). "Our Government has thus recognized "the existence of a class of unlawful belligerents

[3] בג"ץ 769/02 הועד נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507.

[4] על קביעה זו מתחתי ביקורת בסמוך לנתינתה: רפאל ביטון, דיני המלחמה כמסגרת כוללת להסדרת הריגה מוסדית, משפט וצבא 19 (תשס"ז), 245.

Article 51(3), **Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian** [5]
Persons in Time of War of August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287

[6] מעשית, אפשר שבין שתי הגישות הפער אינו גדול בשאלת פרק הזמן שבו היעד מותר לתקיפה. כדי להיות לוחם בלתי חוקי פעיל הטרור עדיין נדרש להיות לוחם. וכדי להיות לוחם, הוא נדרש לפעילות נמשכת. ואם נגדיר אותו כאזרח המעורב בפעילות עוינת, הרי שאובדן חסינותו הנמשך, לפי הנשיא ברק, הוא תולדה של פעילותו הנמשכת.

[7] חוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016, 2-א-19.

Miriam Berger and Bryan Pietsch, What to know about Gaza's police force, [8]
which Israel is targeting, The Washington Post (21/3/2024),
<https://www.washingtonpost.com/world/2024/03/21/gaza-police-aid-hamas>

[9] ראו לדוגמה, בנוגע לדעא"ש, כמה שירותי המשטרה שלו היו מכשיר חיוני לשליטתו בשטח
ולשלטון הטרור שלו: Charles C. Caris & Samuel Reynolds, ISIS Governance in Syria, 22
Middle East Security Report (2014),
https://www.understandingwar.org/sites/default/files/ISIS_Governance.pdf

[10] לתיאור חלק מהשינויים בתפיסה הרווחת לאחר מתקפות ה-11/9, ראו: Cohen, A. and
Bitton, R., 2015. The Threshold Requirement in Asymmetric Conflicts: A Game
Theory Analysis. *Chi. J. Int'l L.*, 16, p. 43, 51-53

[11] רפאל ביטון, דיני המלחמה כמסגרת כוללת להסדרת הריגה מוסדית, משפט וצבא 19
(2007), 245-247.