

האוניברסיטה העברית בירושלים
החוג ליחסים בינלאומיים

טקטיקת החיסול הממוקד

בזמן שלום ובזמן מלחמה

מגישה: הגר גזית

תוכן עניינים

- מבוא.....3
- 24-4.....חיסול ממוקד במסגרת עימות מזויין
- האם לחימה בטרור יכולה להיחשב תחת ההגדרה של "מלחמה"?
- מהם הכללים המשפטיים שיש להחיל בעת לחימה בטרור המשתווה לעימות מזויין?
- מהן מטרות לגימיות לחיסול ממוקד על פי דיני העימות המזויין?
- מי הם לוחמים?
- מי הם אזרחים?
- מהן המגבלות על טקטיקת החיסול הממוקד בלחימה בטרור?
- 41-25.....חיסול ממוקד במסגרת הגנה עצמית
- מהי הגנה עצמית?
- תנאי הצורך וחיסול ממוקד
- תנאי הפרופורציונליות וחיסול ממוקד
- 43-42.....סיכום ומסקנות
- בבילוגרפיה

מבוא

בהתמודדות שלנו עם הטרור עלינו לשאול לא רק מה החוק מותיר לנו ואוסר עלינו ביחס לכך, אלא גם איזו דרך פעולה עלינו לבחור, כך שתהיה הקרובה ביותר לרוח החוק, שמירה על מוסר גבוה ועל תמיכה בינלאומית נרחבת, כאשר פגיעה מינימלית באזרחים, תעיד עד כמה אנחנו נאמנים לחוק.

(Koh, 2002:23)

טקטיקת החיסול הממוקד, הן תחת המסגרת של מלחמה והן תחת המסגרת של הגנה עצמית, בהתמודדות מול איום הטרור, מעלה שאלות ודילמות רבות. כיצד יש להחשיב לחימה בעצימות גבוהה של מדינה כנגד ארגון טרור או מדינה אשר תומכת בארגון טרור? האם לחימה כזו יכולה להיכלל תחת קיומו של מצב מלחמה? אלו דינים יש להחיל בלחימה מסוג זה? האם מותר לחסל מנהיג של ארגון טרור או מדינה המפעילה טרור? האם ומתי מותר לחסל אזרח הלוקח חלק בפעולות העוינות? האם המושג התנקשות חופף לטקטיקת החיסול הממוקד? מה יחשב לחיסול ממוקד פרופורציונלי בזמן מלחמה? האם ניתן לחסל במסגרת הגנה עצמית, קרי בזמן שלום? האם חיסול ממוקד עומד בתנאי הצורך והפרופורציונליות תחת הגנה עצמית?

בעבודה זו אנסה לדון ולהבהיר שאלות אלו. בפרק הראשון של העבודה אדון בטקטיקת החיסול הממוקד תחת המסגרת של עימות מזוין, תוך בחינה של השאלה האם לחימה בטרור יכולה להשתוות למצב של מלחמה ומתי. וכן אלו דינים יש להחיל במצב זה. אבחן מתי וכלפי מי הפעלת הטקטיקה של חיסול ממוקד מותרת. וכן מהן המגבלות על טקטיקה זו בזמן מלחמה. בפרק השני אבחן את טקטיקת החיסול הממוקד תחת המסגרת של הגנה עצמית, קרי בזמן שלום. אבחן את תנאי ההגנה העצמית ואת דוקטרינת פעולות המנע. אדון במושג התנקשות בזמן שלום. אבחן האם, מתי ואיך ניתן להפעיל את הטקטיקה תחת הגנה עצמית.

חיסול ממוקד במסגרת עימות מזוין

המאבק בטרור הוא בעל צביון מיוחד. שלא כמאבק חמוש אחר, בין עמים או אומות המוסדר בכללי המשפט הבינלאומי אין המלחמה בטרור מוסדרת בכללים מיוחדים של המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי ה"קלאסי" אינו ערוך כנדרש על מנת להתמודד עם איומי הטרור הבינלאומי והגלובלי, אשר מאפיינים את התקופה הנוכחית. משמעות הדבר היא שלא התפתח במשפט הבינלאומי תחום מגובש ומסודר של כללי הלחימה בטרור. לפיכך, מאחר שאין במשפט הבינלאומי מערכת דינים ספציפית החלה על לחימה בטרור, ולאור העובדה שכאשר מדובר בטרור, אין המדובר בסכסוך מזוין בין שתי מדינות (International armed conflict) או בסכסוך פנים-מדינתי (Non-international armed conflict), ניתן היה לכאורה להגיע למסקנה שאין במשפט הבינלאומי של דיני המלחמה כללים המגבילים את חופש הפעולה של מדינות המהוות קורבן של תופעת הטרור. חיזוק מסוים לקו זה ניתן למצוא בכך שאחד הרציונלים העיקריים העומדים בבסיס דיני המלחמה הוא קיומה של הדדיות (reciprocity), ולפיכך, ככלל, דיני המלחמה מגבילים ומחייבים את כל הצדדים לסכסוך. אלא שרציונאל זה אינו מתקיים במקרה של לחימה בארגוני טרור, אשר מעצם טבעם מתעלמים הם לחלוטין מהכללים הבסיסיים ביותר של המשפט וההומאניות. (בג"צ:2002, 10-11) כפי שמדגיש גרוס: "ארגוני הטרור הפלסטיניים מנסים לשוות למאבק החמוש אופי של מאבק לשחרור לאומי ולחימת גרילה ולוחמיהם מוגדרים כלוחמי חופש, אולם ארגוני טרור, השולחים מתאבדים להתפוצץ בקרב אוכלוסייה אזרחית וטובחים בלא הבחנה באזרחים, בעיקר משום היותם יהודים והזוכים משום "הקרבה" זו לתואר של "קדוש", לא רק שאינם ראויים להגנת המשפט הבינלאומי השמור ללוחמי חופש, אלא גם אשמים בפשעים של השמדת עם." (גרוס, 2003: 84) המשפט הבינלאומי לא צפה מאבק חמוש של ארגוני טרור נגד אומות דמוקרטיות ולכן לא נערך בהתאם. האומות הדמוקרטיות בעולם רואות עצמן, ככולות למגבלות של כללי המלחמה, כפי שגובשו בכללי המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי.

האם לחימה בטרור יכולה להיחשב תחת ההגדרה של "מלחמה"?

המלחמה בטרור משקפת שינוי מעמדה אסטרטגית, המתייחסת למחבלים כעבריינים, לעמדה הרואה בטרור איום על הביטחון הלאומי. זה נובע ממספר סיבות: גלובליזציה וטכנולוגיה מגבירות את יכולתם של מחבלים לנוע, להזרים כספים, לתקשר ולגרום נזק; אמצעי אכיפת החוק אינם מספיקים דיים כדי למנוע או להרתיע טרוריסטים; מדינות עשויות להתחמק מאחריות למתקפות, באמצעות השימוש במחבלים ולאפשר למחבלים לתקוף מדינות אחרות, תוך סירוב למנוע פיגועים. (Sofaer,2003:209)

על פי המשפט הבינלאומי ה"קלאסי", היה מקובל לערוך אבחנה בין שני מצבים: "מלחמה" ו"שלוש". בעת "מלחמה" חלו אותם כללים של המשפט הבינלאומי אשר הוגדרו כ"דיני המלחמה". אשר למונח "מלחמה", הרי שאין לו – ולא היתה לו – הגדרה אחידה ומחייבת במשפט הבינלאומי.

במאה התשע עשרה ותחילת המאה העשרים היו שתי גישות מתחרות לשאלה: מתי מתקיים מצב מלחמה? הגישה הסובייקטיבית, לפיה הצדדים הם אלו שקובעים מתי מתקיים מצב מלחמה, והגישה האובייקטיבית לפיה יש צורך בכללים אובייקטיביים מוגדרים. היה אומנם חיפוש אחר הגדרה אובייקטיבית למלחמה, אולם הוא נכשל, משום שאף הגדרה לא התאימה לפרקטיקת המדינות. (Greenwood, 1987:287) על פי פרופסור ברונלי, פרקטיקת המדינות הביאה למסקנה, כי מצב של מלחמה קיים, כאשר אחד מהצדדים או שניהם תופסים כך את המצב. (Greenwood,1987:286) גם דינשטיין תומך בגישה זו, לפיו המיון של פעולה צבאית כמלחמה או התנגשות, תלויה בהערכת המצב על ידי הצדדים, כאשר די בכך שאחד הצדדים רואה בכך מצב של מלחמה. (Dinstein,2001:11)

ככל שהמאה העשרים התפתחה, גדלו מספר הקונפליקטים, אשר היה קשה לקבוע בהם האם הצדדים היו במלחמה או לא. בעוד שהיו מקרי עוינות רבים מאז שנת 1945, חלקם בעצימות גבוהה מאוד, לא היתה הצהרה רשמית על קיומו של מצב מלחמה ורק חלק קטן מקונפליקטים אלו אופיינו כ"מלחמה".

(Greenwood,1987:283-285) למעשה, כאשר אין השלכות חוקיות ישירות מיצירה של מצב מלחמה, הוא נעשה ריק מתוכן. עם זאת, המלחמה אומנם איבדה כמעט את כל המשמעויות החוקיות שלה, אך עדיין ישנם גופים, המציעים שמדינות מתייחסות ליצירת מצב מלחמה כאפשרית, ועדיין צריך להיות מקום לספק לגבי השאלה: האם מלחמה לא בעלת חשיבות כמוסד חוקי, באשר לתחום של ניטרליות.

(Greenwood,1987:305) לאחר כינון מגילת האו"ם המלחמה הפסיקה להתקיים כתנאי חוקי, מאחר

שיצירת מצב של מלחמה לא תאמה לאיסור על איום או שימוש בכוח על פי סעיף 2(4) במגילת האו"ם.

(Greenwood,1987:287) מדינה שפונה לעשות שימוש בכוח ומפרה בכך את סעיף 2(4) לא יכולה להצדיק את מעשיה על ידי הכרזת מלחמה. (Greenwood,1987:302) ואילו מדינה הפועלת בהגנה עצמית יכולה ליצור מצב של מלחמה, רק אם היא נוקטת באמצעים פרופורציונליים. (Greenwood,1987:289)

אבחנה היסטורית זו, בין "שלום" ל"מלחמה", כמו גם ההגדרה של "מלחמה", נתגבשו בכתבי מלומדים של משפט בינלאומי החל מלפני מאות בשנים, והתבססו, בין היתר, על מציאות שבה ישויות מדינתיות (כגון ממלכות, נסיכויות וכו') היו ה"שחקנים" היחידים בזירה הבינלאומית. זאת ועוד, באותה תקופה, ומתוך כיבוד עיקרון הריבונות המוחלטת של הישויות המדינתיות, לא עלה על דעתם של מלומדי המשפט הבינלאומי לעסוק באירועים אשר התרחשו בתוך אותן ישויות מדינתיות, אלא רק באירועים אשר התרחשו ביניהן, בזירה הבינלאומית. במהלך המאה ה-20, ובעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה, החל להתבהר כי במציאות, קיימים מצבים רבים נוספים בהם מופעל כוח על ידי מדינות, שבהם לא מתקיימים אחד או יותר משלושת המרכיבים המאפיינים מלחמה: 1. שימוש נרחב בכוח. 2. בין ישויות מדיניות. 3. בין צבאות. כך, נשאלה השאלה מה דינה של הפעלת כוח מאסיבית שאיננה עולה כדי מלחמה? ומה דינו של סכסוך המתרחש לא בין מדינות אלא בתוך מדינה אחת? (בג"צ, 2002: 13-14)

זינגל קובעת במאמרה, כי אין יותר הפרדה והבחנה בין מצב של מלחמה ומצב של שלום ואף שלא ברור אם אי פעם היתה. (Zengel,1991:154) בנסיבות אלה, האבחנה ה"קלאסית" בין "מלחמה" ו"שלום" ניטשטשה, ובמקום צבעי שחור ולבן, הצבע השולט בתחום זה הפך לצבע האפור. (בג"צ, 2002: 14)

על פי סמית, קיים אזור אפור בין קצה האחד של הציר אשר ממוקם בו סכסוך פנימי ובין קצה הציר השני בו ממוקמת התעסקות צבאית בין כוחות של שתי מדינות. סכסוך פנימי כולל התפרעויות, פעולות בודדות ולא סדירות של אלימות, אלו אינם מהווים מאבק מזוין. באזור אפור זה ממוקמים לוחמי פעולות גרילה או טרור. (Schmitt,1992: 643)

דינשטיין פותר זאת בכך שהוא מבחין בין שני מובנים למצב למלחמה. מלחמה במובן הטכני, קרי הכרזה על מצב מלחמה, אשר מסתיים עם אמנת שלום או צעדים רשמיים אחרים, המעידים על כך שהמלחמה נגמרה. מלחמה במובן המטריאלי המתבטאת בפריצה של עוינות בין הצדדים, אפילו בהעדר הכרזה על מלחמה. כך שלא קיים מצב של מלחמה במובן זה ללא פעולות של לוחמה. לוחמה (warfare) משמעה

שימוש בכוח חמוש, קרי באלימות. (Dinstein,2001:9) הוא מציע הגדרה למלחמה אשר תתמודד עם מורכבות הקונפליקטים בתקופה המודרנית: מלחמה היא אינטראקציה עויינת בין שתיים או יותר מדינות, במובן הטכני או במובן המטריאלי. מלחמה במובן הטכני היא מעמד רשמי הקורה באמצעות הכרזה על מלחמה. מלחמה במובן המטריאלי מתרחשת באמצעות שימוש ממשי בכוח מזוין, אשר חייב להיות מקיף לפחות עבור צד אחד מהקונפליקט. (Dinstein,2001:15-16)

לפיכך נתגבש והוטבע מונח חדש במשפט הבינלאומי, אשר ייעודו היה לכלול כל מצב של סכסוך אלים (מוכרז או שאינו מוכרז) אשר מעורבת בו לפחות מדינה אחת. מונח זה הוא – "עיומת מזוין". המשפט הבינלאומי המודרני מכיר הן ב"עיומת מזוין בינלאומי" (סכסוך אלים בין שתי מדינות או יותר) והן ב"עיומת מזוין שאינו בינלאומי" (סכסוך אלים בתוך שטחה של מדינה). סעיף 2 המשותף לאמנות ג'נבה מגדיר קונפליקט כבינלאומי, כאשר הוא מתקיים בין שתיים או יותר מדינות. לפי סעיף 3 המשותף לאמנות, כל שאר הקונפליקטים נחשבים ללא בינלאומיים. סעיף 1(4) של הפרוטוקול 1 הרחיב את ההגדרה של קונפליקט בינלאומי שיכלול גם תנועות שחרור כנגד כיבוש זר, משטר קולוניאלי ומשטר גזעני (Fourth Geneva convention and Protocol I) לפיכך, אפילו אם אירוע בודד אחד יכול להיחשב כקונפליקט חמוש בין שתי מדינות, רק עוינות אשר דומה למלחמה בינלאומית, עם כוח חמוש משני הצדדים, יכולה להשתוות לקונפליקט חמוש במצבים המוגדרים כלא בינלאומיים. סטנדרט כזה חשוב לשם ההבחנה בין קונפליקט חמוש ובין פעולות טרור, אשר שייכות לדאגה הפנימית של המדינה.

הפרוטוקול השני לאמנות ג'נבה עוסק בקונפליקטים פנימיים, הוא חל במקרה של סכסוך הנערך בשטחה של מדינה בין כוחות המדינה ובין כוחות המורדים, כאשר הכוחות המורדים תחת פיקוד מסודר, השולט על חלק מהשטח והמסוגל לנהל מערכה צבאית מרוכזת וליישם את הפרוטוקול. (Protocol II) בעקבות התפתחות זו, הרי שהמונח השגור היום לתיאור מצבי לחימה מסוגים שונים, הוא המונח "עיומת מזוין", הכולל הן מצבים שבעבר הוגדרו כ"מלחמה" והן מצבים של סכסוכים מזוינים שונים נוספים שאינם עולים כדי מלחמה. (בג"צ, 2002: 14) על פי דינשטיין, יש להבחין בין שימוש נרחב בכוח ובין התנגשות בעצמות נמוכה, כאשר מקרים של שימוש בכוח אשר לא מגיעים לכדי מלחמה, אולם מהווים מעבר להתנגשות בעצמות נמוכה, מתרחשים די הרבה ביחסים בין מדינות. (Dinstein,2001:11)

הגדרה זו תואמת את המצב הנוכחי בשטחים, שכן למרות שהמדינה מצויה ב"עימות מזוין", שבמסגרתו מתבצעים בשטחים מעשי לחימה של ממש, הרי שמעשי לחימה אלה אינם מהווים "מלחמה", במובנה הקלאסי. יתרה מכך, הרשות הפלסטינית איננה במעמד של מדינה, והעימות מנוהל בעיקרו נגד ארגוני טרור, ולא נגד צבא סדיר. (בג"צ, 2002: 15)

אסמכתאות לכך שלחימה בטרור הינה משתווה לעימות מזוין ניתן למצוא בפסקי דין רבים של בית המשפט העליון של ישראל ביושבו כבג"צ הקובעים כי בשטחים מתקיימים אירועי לחימה של ממש. בפסק הדין עג'ורי צויין כי "מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין." בעקבות התקפות הטרור שאירעו בניו-יורק ובוושינגטון בחודש ספטמבר 2001, הוציא נשיא ארצות הברית, ביום 13.11.2001, צו צבאי שעניינו "מעצר, טיפול, ושיפוט של אנשים שאינם אזרחים במלחמה נגד טרור". במסגרת צו זה קבע הנשיא האמריקני, בין היתר, קביעה דומה ביותר לקביעה הישראלית שהובאה לעיל. היינו, גם הנשיא האמריקני קבע, כי התקפות הטרור שכוונו נגד ארצות הברית יצרו מצב של "**עימות מזוין**" - **Armed Conflict** - המחייב הפעלת הצבא האמריקני. כמו כן, הברית הצפון אטלנטית – נאט"ו החליטה להפעיל את סעיף 5 לאמנת נאט"ו לפיו חלה התקפה מזויינת על אחת מחברות הברית או יותר. סעיף 5 הנ"ל הופעל לראשונה בהיסטוריה של נאט"ו במועד האמור, וזוהי הפעם הראשונה בה מדינות אירופה הכירו בפעולת טרור כ"**התקפה מזויינת**" (**Armed Attack**) במובן הצבאי של המילה, תוך שהפעילו בגין פעולה זו את סעיף 5 לאמנה, העומד בליבה של ברית צבאית זו. הכרזה זו מלמדת כי הקהילה הבינלאומית מכירה במתקפה המבוצעת על ידי ארגון טרור כמקבילה לתקיפה צבאית – מלחמה, המבוצעת על ידי מדינה ריבונית. ברוח דומה החליטה **מועצת הבטחון של האו"ם** ביום 28.9.01 בהחלטה מס' 1373 כי התקפות הטרור הללו, כמו כל התקפות טרור בינלאומיות, מהוות "**סכנה לשלום ולבטחון הבינלאומיים**". קביעה זו משמעה כי מעשי טרור שכאלה מצדיקים הפעלת סמכויות מועצת הבטחון הקבועות בפרק 7 למגילת האו"ם, לרבות **הסמכות להשתמש בכוח**, אשר מסורתית יועדה לטיפול באיומים צבאיים של מדינות. מכל האמור לעיל עולה, כי אומות העולם המתקדמות הכירו במאבק נגד טרור כמקביל למאבק צבאי נגד מדינות תוקפניות; הכירו במתקפה של ארגון טרור כ"התקפה מזויינת" –

המסכנת את השלום והבטחון הבינלאומיים; וארצות הברית, שנפגעה ישירות מהמתקפה, אף הכריזה פורמלית על קיומו של "עימות מזוין" בינה לבין ארגון הטרור שפגע בה. (בג"צ, 2002: 9-10)

מהם הכללים המשפטיים שיש להחיל בעת לחימה בטרור המשתווה לעימות מזוין?

כפי שהובהר לעיל, הרי שהמונח המשפטי – היסטורי "מלחמה", הוחלף במחצית השניה של המאה העשרים במונח הרלוונטי יותר "עימות מזוין". מונח זה כולל כל מצב של סכסוך אלים, אשר מעורבת בו לפחות מדינה אחת. היות שכך, המונח "דיני מלחמה", שהיה נפוץ ושגור עד אמצע המאה ה-20, פינה אט-אט את מקומו למונח חדיש ורחב יותר – הוא "דיני עימות מזוין" - Law of Armed Conflict (Green, 1996:52-53) דיני המלחמה התפתחו בין השנים 1856 עד 1907 והוטמעו כמנהג בינלאומי. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003:21)

מבחינה מהותית – "דיני העימות המזוין" זהים ל"דיני המלחמה", ויש רבים אשר עדיין דבקים במינוח ה"מסורתי". על פי גרינווד, על מנת ליישם את דיני ניהול הלחימה אין צורך להגדיר את העוינות כמלחמה. יותר חשוב לקבוע מהו אופי הסכסוך, האם הוא עימות מזוין בינלאומי, פנימי או מלחמה לשחרור לאומי, מאשר לשאול האם לסכסוך יש מעמד רשמי של מלחמה. (Greenwood, 1987:304) בהתאם לכללי האג, דיני המלחמה מיושמים רק במצב מלחמה, אולם בפרקטיקה הדינים שהם כוללים תקפים במאבק מזוין בינלאומי, ללא קשר להיותו מלחמה. על פי סעיף 2 באמנות ג'נבה: "כל מקרה של מלחמה מוכרזת או כל סכסוך מזוין אחר... אפילו אם מצב מלחמה לא מוכר על ידי אחד מהצדדים." (Fourth Geneva convention) גרינווד מדגיש כי התפיסה העובדתית של מאבק מזוין הינה רלוונטית יותר מאשר התפיסה הטכנית של מלחמה, והיא אשר הופכת את הדינים הללו

למתאימים. (Greenwood, 1987:304) דינשטיין מדגיש אף הוא כי דיני המלחמה נכנסים לתוקף כאשר מלחמה פורצת במובן המטריאלי, על אף העדר של מצב מלחמה במובן הטכני. (Dinstein, 2001:9) גרינווד מדגיש כי הכרזה על מלחמה חשובה רק במובן של יישום של אמנות ג'נבה, בשל הצורך לשמור על אזרחי הצדדים, אפילו אם אין עוינות הלכה למעשה ולכן לא קיים מאבק מזוין. (Greenwood, 1987:295) במילים אחרות, דיני המלחמה ה"קלאסיים" אמנם נותרו על מכונם (בשינויים ותוספות מסוימים, כמתחייב משינויי העיתים), אולם חשיבות המונח "מלחמה" פחתה, שכן המדובר רק במקרה אחד (וקיצוני יחסית) של "עימות מזוין". (Greenwood, 1987:303-305) לפיכך מתייחסים כיום "דיני המלחמה", ובשם

המודרני, "דיני העימות המזוין", לכל מצב של "עימות מזוין". על כן בכל מצב שבו קיים "עימות מזוין", תהא הגדרתו אשר תהא, חלים הדינים שנקראו בעבר "דיני המלחמה", המכונים כיום "דיני העימות המזוין". כך הוא הדבר בין כאשר מדובר במצב המוגדר כמלחמה, לפי משמעותה הקלאסית, ובין כאשר מדובר במצב המוגדר כ"עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה".

בן נפתלי ומיכאלי מדגישות נקודה זו, לפיהן דיני מלחמה והדינים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי חלו במקורם בסיטואציות של קונפליקטים בינלאומיים בלבד. מכאן כי כל קונפליקט חמוש אשר אינו נופל להגדרה זו, נופל בגדר סכסוך בעל אופי שאינו בינלאומי. חלק לא מבוטל של דיני מלחמה והדינים ההומניטריים חלים אף בסכסוך מסוג זה אם מדובר בסכסוך חמוש, דהיינו כאשר מדובר בסכסוך ממושך וקשה המתנהל בין שני צדדים בעלי רמת ארגון צבאי גבוהה. ניסיון להשוות מעמדם של סכסוכים אלו לסכסוכים בינלאומיים הובילו לחתימתו של הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה. (בן נפתלי ומיכאלי, 2003: 68) וכן כפי שנקבע בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, גם בעת סכסוך שאינו בינלאומי, יחולו כללים מינימליים באשר לבני אדם שאינם לוקחים חלק פעיל בפעולות האיבה, לרבות פצועים, חולים וחיילים אשר ניהו את נשקם. (Third Geneva convention, Art.3)

על פי שני, ניתן לראות בסכסוך בין ישראל ובין הפלשתינים מאז התפרצות האינתיפאדה כסכסוך בעל עצימות גבוהה ועל כן חלים על הסכסוך חלק מדיני המלחמה. (שני, 2003: 32) כך גם על פי בן נפתלי ומיכאלי, יש ספק קטן בלבד באשר לכך שהפלשתינים מהווים "קבוצה חמושה מאורגנת" ואין ערעור על המנהיגות הפלשתינית. כל קבוצות הלחימה מאורגנות להילחם בישראל מאוחדות על ידי אותן המטרות של הגדרה עצמית ומהוות חזית אחידה של התנגדות. אין ספק באשר לחומרת הקונפליקט לנוכח השימוש הרב בנשק ובמספר האבדות בנפש. הקונפליקט גם היה על סדר היום של מועצת הביטחון ולכן ניתן לפסוק כי הוא מעבר לפעולות טרור. על כן דיני המלחמה תקפים במקרה זה.

(Ben-Naftali & Michaeli, 2003: 34)

מהן מטרות לגימיות לחיסול ממוקד על פי דיני העימות המזוין?

בלב דיני המלחמה קיימת ההבחנה בין לוחמים ובין אזרחים. הלוחמים לוקחים חלק בפעולות העוינות ומהווים מטרות צבאיות לגיטימיות. כלל בסיסי הוא כי חיילי אויב ולוחמים הם לעולם מטרות לגיטימיות (למעט אם נתפסו, נכנעו או יצאו ממעגל הלחימה כתוצאה מפציעה). (בג"צ, 2002: 58) אופנהיים מציין

בספרו כי: "כל לוחם יכול לההרג או להיפצע, באם הוא חייל, מפקד ואפילו מלך או אדם ממשפחתו. אין חוק מוקפד המונע את ההרג והפציעה של אנשים אלו." מדריך הצלב האדום קובע בהקשר זה, כי אין מניעה בחוק לתקוף פרט מהאויב, אשר הינו לוחם, כאשר ההתקפה מבוצעת על ידי לוחם, אשר מבחינים עצמם כלוחמים או לפחות נושאים את נשקם בגלוי. (בג"צ, 2003: 59)

הזכות המוענקת לאזרחים הינה בתגובה לכך שהם נמנעים מלקחת חלק בפעולות העוינות. הפרה של חובה זו מונעת מהם את ההגנה המיוחדת המגיעה להם. יותר מכך, לוחמים לא יכולים להיות מועמדים לדין ברגע שהם נשבו ומוענק להם מעמד של שבויי מלחמה. מעמד זה לא מוענק ללא לוחמים מאחר והם אסורים מלקחת חלק בלחימה, ולכן הם יכולים להיות מועמדים לדין על השתתפותם בפעולות העוינות. שאלת הזיהוי חשובה לדיני המלחמה. אולם, כפי שנוכחנו פני המלחמה השתנו, וההבחנה בין לוחם ובין לא לוחם טושטשה. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003: 30)

מי הם לוחמים?

הנסיון הראשון לכונן הגדרה מקובלת של לוחמים, נעשה בפרויקט של ההכרזה הבינלאומית בדבר החוק והמנהג של מלחמה משנת 1874.

Project of an International Declaration concerning Laws and Customs of War

החוק, זכויות וחובות במלחמה לא פונה רק לכוחות צבא, אלא גם למליציות ומתנדבים הממלאים אחר התנאים הבאים: 1. יש להם מפקד. 2. יש להם סמל אבחנה קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק. 3. הם נושאים נשק בגלוי. 4. הם מנהלים את הלחימה בהתאם לדיני מלחמה. 5. הם שייכים למדינה שהיא צד לסכסוך. תנאים אלו אומצו באמנת האג ובאמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה (Hague convention IV Art.1 and Third Geneva convention Art.4(2)) בנוסף לכך, אנשים מאוכלוסייה שעדיין לא נכבשה אולם האויב בדרך אליה, לוקחים נשק באופן ספונטני, על מנת להתנגד לפלוגות הפולשות מבלי זמן להתארגן, יחשבו ללוחמים, אם הם יכבדו את דיני המלחמה. אין זה כולל קבוצות מהאוכלוסייה הכבושה אשר לוקחים נשק לאחר זמן הכיבוש, על מנת להציק לכובש.

(Third Geneva convention Art.4(6))

Oxford Manual on the Law of War משנת 1880, הגדיר "כוח מזוין" כך:

1. צבא כולל מיליציות.

2. שומרים לאומיים, חילות חופשיים וגופים נוספים הממלאים אחר שלושת התנאים הבאים:

- תחת פיקוד של מפקד.

- לובשי מדים או סמל מבחין אחר שניתן לזיהוי מרחוק.

- עליהם לשאת את נשקם בגלוי.

3. תושבים של אזור לא כבוש, אשר בעת התקרבות האויב לוקחים נשק באופן ספונטני, על מנת

להתנגד לפלוגות הכובשות.

4. צוות של "איש של מלחמה" וסירות צבאיות נוספות.

וכן בנוסף לכך על כל לוחם של כוח מזוין לציית לדיני המלחמה. (Green,1996: 106)

הפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 צמצם את תנאים ובכך הרחיב את הגדרת הלוחמים. על פי הפרוטוקול הארגון צריך להיות: 1. שייך למדינה שהיא צד לסכסוך או לתנועת שחרור הנלחמת נגד שלטון קולוניאלי, כיבוש זר או משטר גזעני. 2. הארגון מחוייב לכבד את הוראות אמנות ג'נבה והפרוטוקול. 3. הלוחמים בארגון נושאים את נשקם בגלוי בעת הלחימה ובעת התנועה לקראת הלחימה הגלויה לאויב. 4. הארגון בעל מערכת היררכית האוכפת ציות לדיני המלחמה. (Protocol I Art.43(3),44,96) אם, בעבר, ההבחנה בין שתי האוכלוסיות הייתה יחסית ברורה (חיילים היו לוחמים, וכל היתר היו אזרחים), הרי שמאז מלחמת העולם השנייה הובהר לכל, כי קיימים מצבים רבים בהם ההבחנה אינה כה פשוטה וקלה. בכל מקרה אין מחלוקת, כי אדם הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה הוא מטרה לגיטימית, יהא איפיונו הפורמלי (חבר בצבא סדיר, לובש מדים, לוחם גרילה, אזרח וכו') אשר יהא. בעניין זה קובע מדריך הצלב האדום במפורש, כי אזרחים אשר לוקחים חלק ישיר בפעולות העוינות חסרי חסינות, קרי הגנה. גולדמן מציין אף הוא, כי לוחמים יכולים לחסל אויב באופן חוקי, כמו גם אזרח, אשר משתתף באופן ישיר בעוינות. (בג"צ, 2002: 61)

מי הם אזרחים?

לא היתה הגדרה של אזרחים או אוכלוסייה אזרחית לפני פרוטוקול 1 משנת 1977.

(Ben-Naftali & Michaeli, 2003:33) סעיף 50 מספק את ההגדרה הבאה: אזרח הינו אדם, אשר אינו תחת אחד מהקריטריונים המוצגים בסעיף 4 (A) באמנת ג'נבה השלישית ובסעיף 43 של הפרוטוקול הראשון. במקרה של ספק, אם אדם הוא אזרח, הוא יחשב לאזרח. האוכלוסייה האזרחית מורכבת מכל האנשים

שהם אזרחים. הימצאות של יחידים אשר לא תחת ההגדרה של אזרחים באוכלוסייה האזרחית לא מונעת מהאוכלוסייה את אופייה האזרחי. (Protocol I Art.50)

קיימים אנשים מוגנים נוספים אשר אינם נחשבים ללוחמים, כגון: לוחמים שיצאו מהמערכה, צוותים רפואיים ודתיים (Third Geneva convention Art. 4(c) & 33) ומנהלי משא ומתן. (Hague convention IV Art.32). מעבר לכך, אובייקט אזרחי גם כן נחשב למוגן ואין להתקיפו במכוון. אובייקט אזרחי הינו כל דבר שאינו מהווה מטרה צבאית. (Protocol I Art. 52)

מה לגבי אנשים אשר אינם משתתפים באופן פיזי בלחימה, אולם לוקחים חלק ישיר בפעילות

העויינת, על ידי תכנון ותמיכה באלו אשר מבצעים את הפעולה הלכה למעשה?

האם היסול של ראש מדינה, אשר אומנם אינו מהווה חלק מההיררכיה הפיקודית, אולם מהווה גורם שולח ומתכנן של המהלכים הצבאיים, הינו לגיטימי ?

על פי פארק, לוחמים מהווים מטרות בכל מצב, בכל תפקיד ובכל זמן, ללא קשר לפעולות או לחובות שלהם בזמן ההתקפה. (Parks,1989:5) סמית גם כן מדגיש כי אם אינדוודואל עוסק בפעולות עוינות ובכך הוא נחשב כלוחם במהלך עימות מזוין, התקפתו הינה חוקית. (Schmitt,1992:644) פיקארד, מציין במאמרו כי יש הבנה מתי אינדוודואל הינו "מטרה חוקית" ללא חשיבות לשאלה האם הוא לוקח חלק פעיל בקרב. (Pickard,2001:19-18) כך גם על פי סמית, אין זה משנה האם האינדוודואל המהווה מטרה חוקית, יפעל הלכה למעשה בקרב. (Schmitt,1992:647) בהתאם לעקרונות אלה, כל אדם הנוטל חלק ישיר (בין בביצוע, בין בתכנון ובין בשילוח) במעשי איבה המכוונים כנגד מטרות אזרחיות או צבאיות, נופל בגדר ההגדרה של "מטרה לגיטימית" כאמור. אדם כזה אינו יכול לנסות ולעשות שימוש ציני בדיני הלחימה ולטעון כי העובדה שהוא אינו לובש מדים בעת ביצוע פעילותו הלחימתית (תוך הפרה חמורה של עקרונות דיני הלחימה), כשלעצמה, מקנה לו חסינות מפני פגיעה. (בג"צ, 2002: 62) תחת המשפט הבינלאומי, התנקשות על חייו של סדאם חוסיין המבוצעת על ידי חיילי כוחות הקואליציה במדים, הייתה מותרת לחלוטין. לארצות הברית ולבעלי בריתה הייתה סמכות מהאו"ם להפעיל כוח נגד עיראק, ואין ספק שמצב של מלחמה היה קיים בין ארצות הברית לבין עיראק. בהתאם לכך, אין ויכוח על כך כי סדאם חוסיין היווה מטרה לגיטימית. (Zengel,1991: 147) בהנחה כי קדאפי היווה מטרה להתקפה אמריקנית בשנת 1986,

כמפקד העליון של הכוחות המזוינים של לוב, הוא, כמו סדאם, היווה לוחם אויב ולכן מטרה לגיטימית

לחיסול. (Zengel, 1991: 150).

לפיכך, ההשתתפות הפיזית בלחימה איננה תנאי הכרחי למעמד של "לוחם". כ"לוחם" יכול להיחשב לא רק מי שיוורה ברובה או מפעיל פצצה, אלא גם מי ששולח את היוורה למשימתו או מתכנן אותה. (בג"צ, 2002: 62) פארק מציין כי בזמן מלחמה תפקיד הצבא כולל הריגה חוקית של האויב, באם הוא חייל חוקי, לוחם או אזרח הלוקח חלק בפעילות העויינת. (Parks, 1989: 5-7) זינגל מדגישה את ההגיון העומד מאחורי החיסול הלגיטימי של מנהיגים בזמן מלחמה בכך ששינויים בחברה, יחד עם שינויים בטיבה של המלחמה ובגודל ההרס שהיא עלולה לגרום, שינו את מוקדו של משפט המלחמה. המשפט כיום מעוניין פחות מאשר בעבר בכללים מפורטים באשר לצורה שבה יש לנהל מלחמה, ומנסה תחילה למנוע את פריצת המלחמה, ורק אחר כך, במידה וניסיונות אלה נכשלים, לצמצם ככל הניתן את הנזק, ולשים קץ ללוחמה בהקדם האפשרי. בהקשר זה, אין הגיון בשמירת כלל ייחודי המגן על חייהם של אנשים בודדים על-אף התבלטותם, על חשבון חייהם ורווחתם של מאות אלפי אחרים. (Zengel, 1991: 155) גם טרנר מוסיף על כך, לפיו לא בכל מצב של חיסול מנהיג, מדובר בהפרה של המשפט הבינלאומי בדבר קונפליקט מזוין. זוהי אופציה אשר חייבת להיות מוערכת באופן זהיר, בהקשר של נסיבות מיוחדות במצב נתון. שכן, יכולות להיות השלכות שונות לחיסול מנהיג, למשל יכולה להיווצר אנרכיה או שיכול להחליפו מנהיג לא פחות חסר רחמים. ניתן גם לטעון כי מדיניות של חיסול תגרום לצד השני לנסות להרוג מנהיגים מנגד. אולם על פי טרנר, מדובר יותר בבעיה תאורטית מאשר אמיתית, מאחר ומנהיגים אשר מפירים באופן מחפיר את העקרונות הבסיסיים של מגילת האו"ם, לא נראה כי הם יהיו מאולצים על ידי כבוד עמוק לשלטון החוק. אם סאדם ידע כי ביזימתו מלחמה גם הוא יהווה מטרה ולא רק חייליו, המצייתים לו, זה יכול היה ליצור מצידו אי נכונות לנהוג בהתנהגות תוקפנית. (Turner, 2003: 805)

האם חיסול של אזרח, הלוקח חלק ישיר בפעולות העוינות, אולם לאו דווקא לחימה פיזית, מהווה

חיסול לגיטימי?

בן נפתלי ומיכאלי מדגישות, כי ככלל דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי מעניקים חסינות לאזרחים מפעולות ותקיפות צבאיות, כל עוד הן הם נוטלים חלק ישיר בלוחמה. עם זאת יש לציין כי הלחימה של העשורים האחרונים המתבטאת בריבוי קונפליקטים עקובי דם שאינם בעלי אופי בינלאומי, כמו הסכסוך

הישראלי פלשתיני, חדדה את השאלה: מהי אותה פעילות שבה מעורב אזרח הנוטלת ממנו את ההגנה המגיעה לו ככזה? הטעם לחידוד שאלה זו, הוא היות קונפליקטים אלו מאופיינים במידה רבה של מעורבות מצד האוכלוסייה האזרחית ובסיוע רחב היקף שזו מספקת לכוחות הלוחמים סיוע, הכולל אספקה קבועה של מזון, מחבוא ומקלט. הרצון למנוע שלילת כל הגנה מאוכלוסיות אזרחיות שלמות, השליך על הפרשנות המצמצמת שניתנה למושג "נטילת חלק ישיר בלוחמה". כיום, יש להבחין בין נטילת חלק במאמץ המלחמתי הכללי, שאינה פוגעת בהגנה המוענקת למשתתפים בו, לבין פעילות אשר תכליתה וטבעה לגרום נזק רב לחיי אדם ולציוד של כוחות האויב והמהווה לפיכך איום ממש. כך פעילות הכוללת הרג, לקיחת שבויים, הרס של ציוד האויב, איסוף מודיעין בשטח בו מתבצעת לוחמה והפעלת מערכות נשק, מהווה "נטילת חלק ישיר בלוחמה", ואילו אספקת מזון ללוחמים המתבצעת על ידי מרבית האוכלוסייה באופן סדיר, אינה נחשבת ככזו. (בן נפתלי ומיכאלי, 2003: 68) מיליטריזציה זו של אוכלוסייה אזרחית הינה מאפיין של קונפליקט לא בינלאומי, כאשר האוכלוסייה האזרחית מספקת ללוחמים מזון מקלט והסתרה, באופן שמקשה על יצירת הבחנה בין אזרחים ובין לוחמים. כך שהמציאות בוחנת את היעילות של עקרון ההבחנה בין אזרחים ובין לוחמים. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003: 34) הפרוטוקולים הראשון והשני לאמנות ג'נבה ניסו להגיב לאתגר זה באמצעות ניסיון למצוא נקודת אמצע בקטגוריות המוחלטות. הפתרון נובע מהמשפט המנהגי בסעיף 51 לפרוטוקול הראשון, לפיו אזרח המשתתף בפעולות צבאיות לא שולל מהיחיד את מעמדו כאזרח, אלא מצמצם את ההגנה המובטחת לו ומגדיר אותו כלוחם בלתי חוקי. אם כך הוא יכול להישפט אם הוא נתפס. (Protocol I Art. 51) גרין מדגיש גם כן, כי לא ניתן להיות לוחם ולא לוחם בו זמנית ובכך להנות מהמעמד של לא לוחם. על פי סעיף 51(3) של הפרוטוקול הראשון לא לוחם אשר הינו אזרח, הלוקח חלק ישיר בעוינות, מאבד את מעמדו כאזרח מוגן, אולם רק כל עוד הוא פועל באופן כזה, בתקופה זו הוא מהווה מטרה לגיטימית להתקפה. בזמן זה אין הוא רשאי להנות מזכויות של לוחם. (Green, 1996: 105)

זה מדגים את הגבולות שעיקרון ההבחנה יכול להימתח בהם: אזרח אשר לוקח חלק בפעולות העוינות כלוחם, מהווה איום מידי ליריב ולכן לא רשאי להגנה המוצעת לאזרחים. אולם, בניגוד ללוחם ברגע שהוא מפסיק לקחת חלק בעוינות, הוא לא מהווה יותר איום, והוא מקבל מחדש את מעמדו כאזרח ולכן מקבל חזרה הגנה, כך שהוא לא יכול להוות מטרה להתקפה. תפיסה זו מרחיבה את הקטגוריה של

ה"אזרח", כאשר לפיה, אדם שלוקח חלק ישיר בקרב אינו בהכרח לוחם. אולם, אין זה כולל השתתפות עקיפה במאמץ המלחמתי, מאחר שהוא נדרש מהאוכלוסייה באופנים שונים. השתתפות כללית זו לא מוסרת אזרחים כמטרה צבאית לגיטימית, אולם, אם הם מצויים קרוב למטרות צבאיות, הם מניחים את הסיכון של התקפה. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003:34) אזרחים שעוברים ביעדים צבאיים מצויים בסכנה, אם הם נפגעים בטעות או כתוצאה מהתקפה ישירה, אין זה מהווה חיסול בלתי חוקי. הימצאות של אזרח בעמדה אשר באופן נורמלי שייכת ללוחם, לא מקנה לעמדה זו הגנה. הסבירות שאדם יהיה מטרה להתקפה חוקית, אם השירות שלו בעמדה האזרחית בעל ערך רב למאמץ המלחמתי מאשר שרות בצבא. לדוגמא: אזרח שהוא מדען בעל עמדת מפתח בייצור נשק, המסייע למלחמה או לביטחון הלאומי, חיסולו אינו בלתי חוקי. (Parks, 1989:6)

המבחן לקביעה האם אזרח לוקח חלק ישיר בלחימה, הינו האם האזרח יכול לגרום נזק ממשי לצד השני והאם הוא מהווה איום ממשי ומיידי לאויב. כל עוד האיום לא ממשי וחמור ישנן דרכים אלטרנטיביות למנוע את האיום. לפיכך, מותר לעצור או לתבוע אזרח, אולם הוא לא מהווה מטרה לגיטימית לחיסול. לפיכך, חיסול של לוחמים ואזרחים, אשר לוקחים חלק ישיר בעוינות במהלך הלחימה, הינו מותר. חיסול של לא לוחמים, אשר אינם לוקחים חלק בעוינות, הינו אסור ומשתווה לפעולה פלילית תחת המשפט הבינלאומי. חיסול של לא לוחמים אשר לקחו חלק בעוינות, אולם לא מעורבים בה יותר הינו אסור ומצריך אחריות פלילית. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003:51)

על פי פארק, ישנן ארבע קטגוריות אשר לפיהן יש לסווג את האוכלוסייה האזרחית:

1. אזרחים שלא משתתפים בעוינות, תמיד יהיו מוגנים.
2. אזרחים הלוקחים חלק במאמץ מלחמתי – כל הפעולות הלאומיות אשר באופיין ובמטרתן תורמות להבסה הצבאית של האויב.
3. אזרחים הלוקחים חלק במאמץ צבאי – כל הפעולות הנעשות על ידי אזרחים ואשר באופן אובייקטיבי יעילות בהגנה או בהתקפה במובן הצבאי, מבלי להוות את הגורם הישיר ליצירת הנזק ברמה הצבאית.
4. אזרחים הלוקחים חלק בפעולות צבאיות - תנועות של התקפה או הגנה.

אולם, אין הסכמה באשר לקריטריונים אלו וכן אין אמנה המספקת הבהרת לעניין. מעבר לכך, פארק קובע כי הקביעה מתי אזרח נחשב ללוחם או למעין לוחם ולפיכך לגיטימית לחיסול, נקבעת על פי מדיניות ולא על פי שיקולים חוקיים. כך שבעוד שיש הסכמה לכך שאזרחים המשתתפים בעוונות נחשבים ללוחמים, לא ברורה ההסכמה למידת ההשתתפות הנחוצה על מנת להפוך אזרח ללוחם. (Parks, 1989:6)

מהן המגבלות על טקטיקת החיסול הממוקד בלחימה בטרור?

על פי סעיף 23 לכללי האג הצדדים הלוחמים מוגבלים בבחירת אמצעי הלחימה ושיטות הלחימה. (Hague convention IV, Art.23) לפיכך, כל עוד פועלים לוחמים בתחום המוסדר על ידי דיני העימות המזוין, על פי הכללים הקבועים בדיני העימות המזוין, לא יחול על מעשיהם הדין הפלילי הפנימי והם לא ישאו באחריות פלילית כלשהי. עם זאת, אם יפעלו לוחמים אלה בניגוד לדיני הלחימה, הם ישאו באחריות פלילית לכך, בגין הפרתם את הוראות המשפט הבינלאומי, ועל הפרה זו הם יועמדו לדין, בהתאם להוראות המשפט הפלילי הפנימי הרלוונטי. (בג"צ, 2002: 47)

האיסור על התנקשות

האיסור על התנקשות תחת דיני העימות המזוין סובל מפגם דומה לזה שתחת המשפט הבינלאומי בזמן שלום (אדון בכך בהמשך), הוא חסר הגדרה ברורה. עם זאת עדיין קיים ניסיון להבנת המושג. (Schmitt: 1992, 628)

הרקע לאיסור

האיסור על התנקשות בוטא ב - General Order 100, על ידי הנשיא לינקולן בשנת 1868 סעיף 148 ב - General Order 100 אשר בפרוץ על התנקשות, אולם לא היתה הגדרה ברורה למונח. המאמצים המודרניים שימרו את התפיסה הבוגדנית כחלק חיוני של המונח התנקשות. (Schmitt: 1992, 630)

הצהרת בריסל משנת 1874 מייצגת קשר חשוב בהתפתחות של האיסור על התנקשות בזמן המודרני: "Murder by treachery of individuals belonging to the hostile nation or army." הצהרה זו השפיעה על ה - Oxford Manual משנת 1880 אשר אסר על ניסיון בוגדני לקחת חיי אויב. בסעיף 23(b) להסדרי האג נקבע כי אסור במיוחד להרוג או לפצוע באופן בוגדני יחידים השייכים למדינה או הצבא העויינים. הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 שומר על האיסור עם שינוי קטן. על פי סעיף 37 לפרוטוקול אסור להרוג, לפצוע או לתפוס יריב באמצעות בגידה. בגידה בביטחון

של היריב לאחר שנטעת בו ביטחון לפיו הוא מוגן תחת המשפט הבינלאומי של מאבק מזוין. תנאי זה עוצב על מנת להתמזג עם האיסור המוזכר בכללי האג. פרשנות המונח צריכה להיות כהרג בוגדני של האויב. (Schmitt:1992, 629-631)

סעיף 8 לאמנת רומא משנת 1998 בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי, המפרט את סמכות בית הדין הפלילי בנוגע לעבירות של פשעי מלחמה, קובע אף הוא, בסעיף 8 (2) (b) (xi), איסור על הרג או פציעה תוך מעשה בוגדנות. באמנה זו העדיפו אפוא מחברי האמנה לדבוק במונח ה"קלאסי" treacherously, בו נקטו כללי משנת 1907, וזאת על פני המונח החדש יחסית, "perfidy", אשר נטבע רק בשנת 1977, במסגרת הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה. איסור זה הוא שעומד גם בבסיס סעיף 8 (2) (b) (vii) לחוקת רומא, האוסר על שימוש כוזב בסימנים מוגנים בינלאומיים. (בג"צ, 2002: 74-73) קיימים שני אלמנטים בהגדרת התנקשות בזמן מלחמה: (Schmitt:1992, 632)

1. חיסול של יחיד – התנקשות היא לא הרג בלתי מובחן, אלא חיסול ישיר של אדם ספציפי.
2. שימוש באמצעים בוגדניים – הפרה של תחושת ביטחון. דרישה זו לא מתקיימת בזמן שלום בזמן שלום האמצעים להריגת אדם שוליים יותר, מה שחשוב הם המניעים הפוליטיים אשר מגדירים את העבירה.

פעולה שמתבצעת בזמן עוינות ואשר כוללת אלמנטים אלו, הינה אסורה בהחלט ללא קשר למניעים. בניגוד לכך פעולה אשר חסרה אחד מאלמנטים אלו, אינה משתווה להתנקשות, ללא קשר לזהות המטרה, האמצעים או הדרישות של פרופורציונליות וצורך השולטות בשימוש בכוח. (Schmitt:1992, 632)

מהי משמעותו המדויקת של המונח treacherously?

על פי פארק, בהתאם לדיני המלחמה בטרם מלחמת העולם הראשונה האיסור על הרג או פציעה בוגדניים התייחס לחיילים, אשר מסווים את עצמם לאזרחים, על מנת לגשת לכוח האויב ולהפתיע. תפיסה זו נזנחה במהלך מלחמת העולם השנייה ונוצרה הסתמכות על לוחמים פרטיזנים. הסתמכות זו שינתה את פרקטיקת המדינות ואת דיני המלחמה, במיוחד לאור העובדה שמדינות רבות משלבות לחימת גרילה עם לחימה של יחידות צבאיות רגילות. (Parks,1989:6) גרוטיוס Grotius, אשר נחשב בעיני רבים כאבי המשפט הבינלאומי, השתמש במושג "בוגדני" או רצח בוגדני" כנקודת פתיחה לניתוח. בהבנה של המושג הדידיות, התנקשות הינה "הפרה של חובה ברורה או מרומזת של תום לב." בין מדינות. הפרה של המשפט הטבעי

או "משפט המדינות" מתרחשת אם מנהיג נרצה על ידי אלו אשר היו מחוייבים לו. גרטיוס מתנגד באופן נחרץ לקביעת מחיר על ראשו של מנהיג. (Addicott,2003:765)

בהעדר פרשנות רשמית ומחייבת לכללי האג, אין למונח הנ"ל משמעות ברורה ואחידה. מכל מקום, עיון בכתיבה הרבה שעסקה במונח זה מוביל למסקנה כי כעקרון, מדובר **בהריגה המתבססת על הפרת אמון של הצד השני או על ניצול לרעה של סימנים או מעמד אשר המשפט הבינלאומי הקנה להם הגנות מיוחדות.** (בג"צ,2002: 65)

האיסור על התנקשות במאבק מזוין משרת שתי פונקציות חשובות: (Schmitt:1992, 633)

1. משמר את הסדר ויכולת הצפי במלחמה אשר תורמים ליכולת הניהול של הקונפליקט. התנקשות

מותרת בזמן מלחמה יכולה להביא לפרנויה, אשר עלולה לעכב או למנוע את היכולת למשא ומתן ולהביא למעשי זוועה.

2. האיסור הינו הומניטרי, שכן ללא לוחמים יש מעמד מוגן תחת דיני המאבק המזוין וניצול של מעמד זה יכול להביא לסיבוך מסוכן של סטנדרטים של התנהגות.

זינגל מציינת כי, הסיבות לאיסורים על השימוש בבגידה בפרוטוקול ובחוק הבינלאומי באופן כללי כוללים: שיקולים של כבוד ומוסריות והרצון להרתיע התנהגות, שעלולה להקשות על קיום יחסי שלום בעתיד. אולי מניע פרמטי יותר נעוץ בשיקול, כי אם מאפשרים להגנות והחובות תחת החוק הבינלאומי להפוך לבסיס להונאה, הם יקוימו. בהקשר זה, משמעו כי עוצמתן של הגנות לאזרחים, תלוי בכך, שהגנות אלו לא יגנו גם על לוחמים. האובייקט להגנה אינו האויב על הכוונת, אלא בטחונה של האוכלוסייה האזרחית ובאופן כללי יותר, אמון בחוק ובהסכמים בינלאומיים. רציונל זה מספק בסיס מוצק יותר לדרישה המחייבת לבישת מדים בעת התקפת האויב, מאשר ניסיונות לאפיין אי-לבישת מדים כבוגדנית. (Zengel, 1991:138)

האיסור על התנקשות כמו הגבלות כלליות נוספות על בגידה, עוצבו על מנת להבהיר את הקו המבחין בין לוחמים ובין אלו שאינם לוחמים. שימוש בכלי תעופה על מנת לחסל אדם ספציפי לא מהווה התנקשות, אלא אם כן כלי תעופה זה היה מסומן כמוגן, למשל כרפואי. כוח מיוחד יכול להניח פצצה במקום שבו המטרה שלו נמצאת או לירות בו מעמדה מוסווית באופן חוקי, אין זה כולל ניצול לרעה של מעמד מוגן.

(Schmitt:1992, 634)

מה אם כן יהווה הפרה של האיסור?

סעיף 37 של פרוטוקול הראשון מציע דוגמאות לכך. אחת מהן הינה כאשר לוחמים מעמידים פנים לאזרחים, אשר יש להם מעמד מוגן של לא לוחמים. (Schmitt:1992, 634) מעבר לכך, גם התחזות לצוותים רפואיים ודתיים על מנת לבצע פעילות עוינת, שהרי אין לתקוף קטגוריות אלו. (Protocol I Art.38) התקפת האויב בלבוש אזרחי כהסוואה נחשב לפשע מלחמה. חבר בכוח לוחם המחסל יחיד, כאשר הוא לא לובש מדים. לבוש מדי האויב או סימנים של האויב לשם כניסה לאזור הפעולה הינו לגיטימי, לבישת מדי האויב תחשב לבוגדנית, רק אם לבושים במדי האויב בזמן ההתקפה. (Schmitt:1992, 636-635)

שימוש בכוחות לא רגילים לחיסול יחידים ספציפים מהווה בעיה רצינית יותר. הסדרי האג ואמנות ג'נבה כפי שראינו לעיל, מציבים תנאים למליציות ומתנדבים, אולם ברוב המקרים הם מתעלמים מכך. בשל סיבות הומניטריות ההנחה צריכה להיות שלבוש אזרחי אינו חוקי במקרים המוטלים בספק. (ההתייחסות הינה למשפט המנהגי) (Schmitt:1992,637- 639)

לסיכום, הרג חייב להיות בוגדני בטרם הוא יכונה התנקשות, לא משנה מעמד המטרה (מעמד הקורבן חשוב בזמן שלום ולא בזמן מלחמה) והבחירה בסוג הנשק. על אף שניתן לטעון כי חלק מהנשקים בוגדניים כלשעצמם. לפיכך בוגדנות משמעותה הפרה של ביטחון במעמד ולא בשיטות. גם תנאי הפרופורציונליות והצורך לא ישפיעו על הקביעה שמדובר בהתנקשות. (Schmitt:1992, 640)

לפיכך, התנקשות אסורה הן על פי עקרונות המשפט הבינלאומי והן על פי שיטות המשפט הלאומיות של כל מדינה ומדינה.

בהתאם לפסיקת בג"צ, מדינת ישראל אינה פועלת בשיטות של treacherous killing, perfidy או assassination. אכן, המדינה תוקפת לעתים מחבלים ספציפיים, באמצעים צבאיים, וזאת במסגרת מלחמתה בטרור הרצחני המכוון נגדה. אולם כפי שהוסבר לעיל, בכך אין כל פסול והדבר מותר במפורש על פי כללי המשפט הבינלאומי. (בג"צ, 2002: 77) קנדל מדגיש זאת במאמרו, באומרו כי מדיניות החיסולים של ישראל אינה מנוגדת למשפט הבינלאומי. אין זו מדיניות של התנקשות, כפי שמונח זה מוגדר תחת המשפט הבינלאומי המנהגי. (Kendall,2002:1071) מכלי התקשורת עולה שלאחרונה, גם ארצות הברית נקטה את שיטת הלחימה הנדונה בעתירה, נגד חברי ארגון אל – קעידה. תקיפה זו בוצעה

על ידי ארצות הברית נגד מחבלים אלה בעת שהיו בשטחה של תימן. כלי התקשורת ציטטו בכירים בממשל בארצות הברית, אשר טענו כי אין כל פגם בפעולה זו, שנועדה לפגוע בלוחמים המשתייכים לארגון טרור, ושבוצעה במסגרת המערכה העולמית שמנהלת ארצות הברית נגד הטרור. (בג"צ, 2002: 80)

האיסור על הריגת חפים מפשע/אנשים מוגנים תחת דיני העימות המזוין

ההנחה הבסיסית מאחורי יצירת הקשר בין הפרות חמורות של דיני מלחמה ובין פשעי מלחמה הינה קיומן של סנקציות פליליות, אשר מגבילות את ההתנהגות של הכוח החמוש ואת מקבלי ההחלטות בזמן של מאבק מזוין. האמנות והפרוטוקולים לאמנות לא מפנים להפרות חמורות כלפי קורבנות של מאבק מזוין שאינו בינלאומי. על כן קיימת לקונה בעניין. (Dinstein & Tabory , 1996:293)

פשעי מלחמה מהווים עברות חמורות של דיני מלחמה, המטילות אחריות פלילית אישית. על פי דינשטיין יש כאלו הטוענים כי כל הפרה של דיני המלחמה צריכה להוות פשע מלחמה, כאשר בניגוד אליהם, יש הטוענים כי לא כל הפרה של דיני מלחמה צריכה להצריך עונש. ארבעת אמנות ג'נבה מכילות רשימה של "הפרות חמורות" המערבות פעולות ספציפיות נגד אנשים או רכוש המוגנים תחת האמנות כגון: שבווי מלחמה ואזרחים. פשע מלחמה נעשה בדרך כלל על ידי חברים בכוח מזוין, אולם גם אזרחים יכולים לבצע פשע מלחמה. פשע מלחמה יכול להתבצע ללא קשר למעמד, אפילו על ידי חייל פרטי ואזרח שאין לשלוט בו. (Dinstein & Tabory , 1996:3)

על פי אמנת רומא המכוננת את בית הדין הפלילי הבינלאומי פשע מלחמה הינו פגיעה בחיים ובגוף של בני אדם שאינם נוטלים חלק פעיל במעשי האיבה ופגיעה מכוונת ביעדים אזרחיים. סעיפים 8(2)(ג) ו 8(2)(ה) קטגוריית פשעי המלחמה כוללת חמישים עברות שונות, המתחלקות באופן גס לשתי תתי קבוצות: עברות המתבצעות במסגרת סכסוך חמוש בינלאומי ועברות המתבצעות במסגרת סכסוך חמוש שאינו בינלאומי. (שני, 2003: 32-35)

דיני הלחימה שבמשפט הבינלאומי מחייבים כל צד לוחם להקפיד על פרופורציונליות בביצוע תקיפות. משמעותה של דרישה זו היא שחל איסור לבצע תקיפה אם צפוי, כתוצאה ממנה, נזק בלתי-מידתי לחפים מפשע. בעבר כאשר רווחה דוקטרינת המלחמה הצודקת, ברגע שהסיבה למלחמה נחשבת לצודקת כל שיטה ואמצעי להשגת היעדים היו מותרים. ראייה זו שונה לגמרי מהתפיסה הרווחת כיום באשר לפרופורציונליות. הראייה המודרנית החלה, כאשר במאה התשע עשרה ננטשה תאוריית המלחמה

הצודקת והתחילו לראות מלחמה כאלמנט חיוני של מדיניות לאומית. בתקופה זו הוחל לפתח את המשפט הבינלאומי העוסק בסכסוכים חמושים, כאשר זה הגיע לשיאו באימוץ אמנת ג'נבה בשנת 1949. דינים אלו מציינים אלו פעולות מקובלות במלחמה, כולל הגנה על אזרחים ואיסור על שימוש בנשק ובטקטיקות מסוימות. ביחד עם התפתחות זו נוצרה הגירסה המודרנית של דוקטרינת הפרופוציונליות, לפיה ללוחמים אין אפשרויות בחירה בלתי מוגבלות לגרימת נזק ליריב. בטרם מלחמת העולם הראשונה ובטרם השימוש בפצצות מהאוויר, השימוש בדוקטרינה היה בעיקר בין לוחמים, אולם מאחר ופצצות מהאוויר לא מבחינות בין לוחמים ובין אזרחים, ההתמקדות העיקרית של דוקטרינת הפרופוציונליות המודרנית הינה בהגנה על חיי אזרחים. (Bonafede, 2002:165)

גורמי הבטחון של מדינת ישראל (או של כל מדינה אחרת כלשהי) אינם יכולים להבטיח, כי בכל מקרה ומקרה, ייפגעו אך ורק המחבלים ולא אף אדם אחר. דרישה שכזו הינה בלתי אפשרית. במיוחד לא ניתן לדרוש דרישה שכזו במאבקה של מדינה נגד טרוריסטים, שכן לא אחת קורה שהמחבלים, המודעים לעובדה שגורמי הבטחון דולקים אחריהם, מקפידים להימצא בסביבה אזרחית, אשר בה מצויים אזרחים רבים שהינם חפים מפשע, וזאת מתוך מגמה לנצל את הסביבה האזרחית לשם השגת "חסינות" מפני אפשרות של פגיעה בהם. בשל קשיים אלה, וקשיים מבצעיים אחרים, אין ביכולתם של גורמי הבטחון להבטיח כי פגיעה במחבלים תיעשה אך ורק במקומות בהם לא יימצא אף אדם אחר בטווח הסכנה. יחד עם זאת, בכל שלבי איסוף המודיעין, התכנון המבצעי והביצוע, נעשים מאמצים משמעותיים ביותר להבטיח, ככל שניתן, שלא תהיה פגיעה בחפים מפשע. עקב כך בוטלו פעולות מבצעיות רבות, וזאת אך ורק בשל העובדה שהוברר כי אין אפשרות לבצע את המשימה בלא לסכן חפים מפשע באופן בלתי-מידתי. כמו-כן, יש לזכור, שברוב המקרים הפעולה המבצעית מסתמכת על מידע מודיעיני. אמנם, כאמור, נעשים מאמצים רבים לוודא כי המדובר במידע אמין ומדויק, אך במציאות הבטחונית שתוארה לעיל, מידע שהיה נכון ומדויק בשעה מסוימת יכול להשתנות תוך דקות או שניות. לפיכך, מטבע הדברים, וחרף כל האמצעים הרבים המושקעים לטובת נושא זה, אין אפשרות לצפות מגורמי המודיעין השונים ל- 100% דיוק מודיעיני, לאורך זמן, בכל מקרה ומקרה. לפיכך, גורמי הבטחון פועלים על פי המידע המודיעיני הטוב ביותר המגיע לידיהם, עובר לקבלת ההחלטה, ועושים כל מאמץ לוודא כי לא יפגעו בחפים מפשע. המידע שמצוי בידי הרשויות עובר לביצוע התקיפה, והוא המידע שעל פיו יש לקבל

ההחלטה, ועל פיו יש גם לבחון בדיעבד את ההחלטה, ואין לבדוק את הדברים בבחינת "חכמה שלאחר מעשה". (בג"צ, 83-2002:82)

על פי בן נפתלי ומיכאלי, כל חיסול אשר מצריך סכנה של אזרחים, צריך לקחת בחשבון את האחריות של ישראל. לאור העובדה שהשטחים הפלשתינים מאוכלסים בצפיפות ושרוב הפעולות יכולות להתבצע רק בשטחים אלו, רק נסיבות יוצאות דופן תאפשרנה ביצוע של פעולות אלו כאשר יש להן השפעה מזיקה קטנה. זה תקף גם לגבי השיטות המיושמות בפעולות אלו. התקפה לא מובחנת הינה פלילית תחת המשפט הבינלאומי. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003:50) משפט זכויות האדם צריך להנחות את אופן הפרשנות והיישום של דיני המלחמה ודיני כיבוש. זוהי הגישה של בית הדין הבינלאומי בהאג, כי לא ניתן להשעות את זכויות האדם בעת קונפליקט. לפיכך, משפט זכויות האדם צריך להשפיע על פרשנות של חוקים ספציפיים של דיני מלחמה ושל דיני כיבוש, באופן שהוא ישקל, בטרם פעולה צבאית תקבע כלגיטימית. (Ben-Naftali & Michaeli, 2003:53)

מה הדין במקרה של פקודה הניתנת מלמעלה?

כל העבירות במשפט הבינלאומי הפלילי מורכבות משני אלמנטים: 1. הפעולה הפלילית. 2. התודעה הפלילית. אחריות אבסולוטית אינה חלה על יחידים, כך שבמקרה של חוסר תודעה פלילית מצד הנאשם, אין הרשעה. (Dinstein & Tabory, 1996:5) על פי הטריבונול של נרינברג ה"מבחן האמיתי" של אחריות פלילית הינו "האם היתה קיימת בחירה מוסרית" מחסור בבחירה מוסרית משמעותו שלנאשם לא היתה אלטרנטיבה אחרת על מנת להציל את חייו או את חייו של האדם שליידו או אם הוא רצה להימנע מפגיעה חמורה. (Dinstein & Tabory, 1996:9) הגנה בשל מעשה הנעשה בכפייה חייבת להיות מבוססת על עובדות, לפיהן הנאשם באמת לא רצה לבצע את פשע המלחמה בו הוא נאשם, וכי הוא היה נמנע מהפעולה לולא הכפייה. הגנה בשל כפייה לא קבילה, אם מוכח כי הנזק הנגרם בשל פשע המלחמה היה לא גדול יותר באופן פרופורציונלי, מאשר הנזק הפוטנציאלי שהיה עלול להיגרם לנאשם. ובוודאי שאף מידה של כפייה לא מצדיקה רצח ובטח שלא רצח עם. על פי אופנהיים ואחרים, המפקדים בלבד אחראים לפשע מלחמה של החיילים הכפופים להם, כך שציות לדרגה עליונה מהווה הגנה. על פי טריבונול נרינברג עקרון של המשפט הבינלאומי לפיו תחת נסיבות מסוימות סוכני המדינה מוגנים, לא יכול להיות תקף לגבי פעולות הנחשבות לפשע מלחמה. מבצעי הפעולות הללו לא יכולים להסתתר מאחורי העמדה הרשמית

שלהם על מנת לחמוק מעונש. כל שכן ייחוס של פעולה למדינה והטלת האחריות עליה אינו שולל את

האחריות האישית הפלילית של היחיד. (Dinstein & Tabory , 1996:10-14)

חיסול ממוקד במסגרת הגנה עצמית

מהי הגנה עצמית?

על פי החוקר יורם דינשטיין, הגנה עצמית פירושה: "שימוש חוקי בכוח ביחסים שבין מדינות הנעשה בתגובה לשימוש בלתי חוקי בכוח שנעשה קודם לכן והעומד בתנאים המוטלים עליו בהתאם למשפט הבינלאומי" (Dinstein, 2001: 159)

הגנה עצמית היא **תגובה**, כך שתמיד צריכה להיות פעולה בלתי חוקית הנוגעת לשימוש בלתי חוקי בכוח (או איום בשימוש כזה) הקודמת להפעלת ההגנה העצמית. לעולם אין הגנה עצמית בתגובה להגנה עצמית. הגנה עצמית היא **זכות**. המשפט הבינלאומי אינו מחייב מדינה להפעיל כוח בתגובה לשימוש בלתי חוקי בכוח. (Dinstein, 2001: 161)

הזכות להגנה עצמית מעוגנת הן במשפט המנהגי על פי פרשת קרוליין משנת 1837, אשר מדגיש את תנאי הצורך והפרופורציונליות. (The Caroline Case) במשפטי נירנברג (1949) נקבע כי כללים אלו משקפים את המנהג הבינלאומי. והן במשפט ההסכמי אשר מיוצג על ידי סעיף 51 במגילת האו"ם משנת 1945. לשון הסעיף:

" שום דבר מדברי המגילה הזאת אין בו כדי לפגום בזכות הטבעית של חבר האומות המאוחדות להגנה עצמית, אם בכוחות עצמו ואם בכוחות משותפים, מפני התקפה מזויינת שתבוא עליו, כל עוד לא נקטה מועצת הביטחון את האמצעים הנחוצים לקיום השלום והביטחון הבינלאומיים. אמצעים שנקטו חברים אגב שימוש בזכותם זו להגנה עצמית, יודיעו עליהם מיד למועצת הביטחון, ואין בכוחם של אמצעים אלה לפגוע בשום פנים בסמכותה ובאחריותה של מועצת הביטחון על פי המגילה הזאת לנקוט בכל עת ובכל שעה את הפעולה שתראה צורך בה, כדי לקיים או להחזיר על מכונם את השלום והביטחון הבינלאומיים."

לפיכך, התנאים למימוש הזכות להגנה עצמית הינם:

משפט מנהגי	משפט הסכמי	
צורך מכריע ומיידי אשר איננו משאיר ברירה אחרת ושיקול	התקפה חמושה	תנאי סף

	דעת. כאשר נפגע ומאויים אינטרס חיוני.	
כל עוד לא נקטה מועצת הביטחון את האמצעים הנחוצים+ דיווח למועצת הביטחון.	פרופרציונליות – פעולה לא מופרזת אשר מטרתה היא הסרת האיום והדיפת התוקפן, תוך שמירה על דיני המלחמה והמשפט ההומניטרי והגדרת יעד וזמן ברורים.	תנאי מהות

בבחינת חוקיות טקטיקת החיסול הממוקד תחת המסגרת של הגנה עצמית, אבחן ראשית את תנאי הסף, קרי הצורך וההתקפה החמושה ולאחר מכן את תנאי הפרופרציונליות.

תנאי הצורך והתקפה חמושה

מה הכוונה בהתקפה חמושה תחת המגילה?

למושג התקפה חמושה אין הגדרה ברורה, ניתוח של המושג כרוך בהגדרת התוקפנות משנת 1974: שימוש בכוח חמוש על ידי מדינה על מנת לפגוע במדינה אחרת או באזרחיה אפילו ללא כוונה להפר את הריבונות שלה ואת השלמות הטריטוריאלית או העצמאות המדינית, עדיין נופל תחת המושג תוקפנות. אולם, הגדרת התוקפנות אינה מספקת תמונה שלמה למושג התקפה חמושה. פעולות אחרות של תוקפנות מתאימות להגדרת התוקפנות, אולם לא בהכרח מספיק חמורות בכדי להיכלל תחת התקפה חמושה. בסעיף 3(g) בהגדרת התוקפנות נראה כי קיימת התייחסות לטרור. לפ הסעיף הגדרת התוקפנות מכסה פעולה של אדם אשר אינו חלק מכוח רגיל של מדינה אולם נשלח על ידה או פועל בשמה, **כאשר הפעולה שווה בהיקפה לפעולה של כוח צבאי רגיל של המדינה**. בפסק דין ניקרגוואה אושרה תפיסה זו, לפיה כדי שמדינה תהיה אחראית לפעולות מורדים במדינה אחרת, על הפעולות להיות בהיקף ובהשפעה של כוח צבא רגיל. (פס"ד ניקרגוואה, הערה 9) החלטה זו חשובה שכן היא מכירה בכך שפעולה צבאית נגד מדינה צריכה להיות בהיקף והשפעה מסוימים. ושנית, היא מאשרת כי מדינה יכולה לבצע התקפה חמושה נגד מדינה, באמצעות שליחת כוחות לא רגילים, כאשר פעולותיהם בעלות היקף והשפעה שווים לכוח צבאי

רגיל. לפיכך, התקפה ישירה נגד יעד במדינה יכולה להחשב לשימוש בכוח, אולם לא בהכרח להתקפה חמושה, אם הביצוע לא גדול מספיק והנוק לא רב. (Brown, 2003:23)

קיימת מחלוקת משמעותית לגבי השאלה האם סעיף 51 מהווה את החותמת האחרונה באשר לשימוש הזכות להגנה עצמית. הדעה הרווחת מדגישה כי מדובר בזכות טבעית, בפסק דין ניקרגוואה, בית הדין הבינלאומי קבע כי הזכות להגנה עצמית היא טבעית וטבעה, כך שהיא מהווה מנהג. כך שסעיף 51 רק מדגיש את הזכות בתגובה להתקפה חמושה, אך לא שולל אותה לאור המשפט המנהגי – קרוליין. שובל לא מסכים כי סעיף 51 מגביל או מעלים את הזכות להגנה עצמית תחת המשפט הבינלאומי המנהגי. כך גם וולדוק, לפיו סעיף 51 לא הוכנס על מנת להגדיר את הזכות להגנה עצמית, כי אם להבהרת העניין. בנוסף לכך יש לקרוא את סעיף 51 לאור העובדה שהוא מהווה חלק מפרק 7 כך שהוא נועד להגנה בפני הפרות חמורות של השלום אשר מיוחסות להתקפה חמושה, אולם תהיה זו טעות לפרש אותו כך שניתן לממש את הזכות להגנה עצמית רק כנגד התקפה חמושה ולא כנגד שימוש אחר בכוח. (Schwebel, 1986:348) אף בהתאם לקנדל, סעיף 51 איננו מגביל את הזכות להגנה עצמית תחת המשפט הבינלאומי המנהגי, לפיו סעיף 51 צריך להבטיח את הזכות להגנה עצמית ולא להגביל אותה. (Kendall, 2002:1079)

לא בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג (ICJ) ולא האו"ם קבעו מה המשמעות המדויקת של סעיף 51. כתוצאה מכך סעיף 51 נתון לשתי פרשנויות באשר למידת ההיתר של פעולות מקדימות. Clark, (2003:93) הניחוק בין הכוונה המקורית של סעיף 51 ובין הנחיצות הגוברת לפעולות צבאיות אל מול גורמים לא מדינתיים, מרמז על הצורך בהערכה מחדש של סעיף 51. זאת כאשר האתגר הביטחוני נעשה מורכב יותר ופחות מבוסס על גורמים מדינתיים וכאשר הערכה כלפי מודעות בינלאומית לזכויות אדם גוברת. יש הסבורים כי יש לבצע הערכה מחדש של סעיף 51, אולם נראה שניתן להתמודד עם האיומים החדשים דרך פרשנות תכליתית, ופחות פורמלית, של דיני ההגנה העצמית, תוך חזרה למקורות של דינים אלו. (Hendrickson 2001:208) הממצאים מעידים על כך כי יש צורך להעריך מחדש את השימוש בזכות להגנה עצמית בעולם המודרני, להתמודדות עם תופעות של טרור ושל טיהור אתני ולשמירה על נורמת אי ההתערבות במדינה ריבונית אחרת. סעיף 51 איננו כשיר להתמודדות עם איומים ביטחוניים מודרניים, פנימיים ובינלאומיים כאחד. בפסק דין ניקרגוואה הפרשנות שלו היתה מוגבלת ביותר, על פי ההקשר המילולי בלבד. (Hendrickson, 2001:226) עם זאת, הנסיבות השתנו באופן כל כך דרמטי מאז

כינון מגילת האו"ם בשנת 1945, כך שההגבלה של התקפה חמושה בכדי להפעיל את הזכות להגנה עצמית אינה יכולה להיות מובנת רק באופן המילולי של הסעיף. (Kirgis, 2002)

לפיכך, אם מטרת מגילת האו"ם לשקף את הלך הרוחות העולמי שלאחר סיום המלחמה הקרה, נדרשת הבנה חדשה של סעיף 51, תוך התחשבות בשינויים באיומים ושינויים בנורמות של זכויות האדם. אומנם הרחבת הזכות להגנה עצמית יכולה להביא לניצול נרחב יותר של סעיף 51 עם פוטנציאל להתערבות ופגיעה בריבונות ללא בסיס. אולם, מדינות לא יכולות להפנות את גבן להפרת זכויות אדם. בעולם של טרור משוכלל וגלובלי יש להתאים את סעיף 51 להתמודדות עם האתגרים הביטחוניים העומדים בפני מדינות העולם כיום. (Hendrickson, 2001:229)

בעקבות אירועי ה-11 בספטמבר והאיום מעיראק, ממשל בוש הנהיג אסטרטגיה חדשה של הביטחון הלאומי אשר נקראת "דוקטרינת בוש". אלמנט מרכזי באסטרטגיה זו הינו התפיסה של מניעה, קרי שימוש בכוח לפני התקפה, אשר אינה בהכרח ממשמשת ובאה. זהו נושא מאוד שנוי במחלוקת במשפט הבינלאומי. למרות שהמשפט הבינלאומי המסורתי דורש כי תהיה "סכנה מיידית של התקפה" לפני שפעולות מנע תהיינה אפשריות, ממשל בוש טוען כי ארצות הברית חייבת לאמץ את הקונספט של איום מידי בהתאם ליכולות וליעדים של היריבים כיום. (Clark, 2003:89)

במשפט בינלאומי המודרני הגנה עצמית מקדימה מורכבת מהאלמנטים הבאים: (Brown, 2003:38)

- התקפה חמושה התחילה או ממשמשת ובאה נגד שטח של מדינה, אזרחיה או/ו כוחותיה.
- קיימת נחיצות דחופה להגן מפני התקפה זו.
- אין אלטרנטיבה אחרת.
- האמצעים הננקטים הינם לעצירה או למניעת ההתקפה.
- במקרה של הגנה עצמית קולקטיבית, הקורבן חייב לבקש עזרה.

בסעיף 51 או בסעיף אחר במגילה אין אזכור של הגנה עצמית מקדימה ולא ברורה הלגיטימיות שלה במשפט בינלאומי המודרני. הקהילייה הבינלאומית רואה זאת בסקפטיות. חוקרים טוענים כי בטרם כינון המשטר של מגילת האו"ם, שני הקריטריונים של המשפט המנהגי – צורך ופרופורציונליות, היוו את הסטנדרטים לפעולה מקדימה, לפיכך אם המדינה מוכיחה כי קיימת נחיצות ופועלת באופן פרופורציונלי,

הפעולה המקדימה שלה חוקית. בשביל להצדיק הגנה עצמית מקדימה, המדינה צריכה להוכיח חשש סביר אשר מבוסס על עובדות כי התקפה חמושה ממשמשת ובאה. (Brown, 2003:40)

לפיכך, הגנה עצמית מקדימה נגד טרור תהיה מוצדקת תחת הנאים אלו:

- אין הצדקה אחרת.

- המדינה מוכנה להוכיח קיומו של איום מידי עם הוכחות, מעבר לרצון לעליונות.

אולם אין זה מהווה מסגרת איתנה וחוקית להתמודדות נגד טרור. (Brown, 2003:43)

יש לציין כי הפרשנות של סעיף 51 מצומצמת, על מנת למנוע ניצול לרעה. אומנם הגנה עצמית מקדימה מנוגדת לסעיף 51, אולם בזמנים המודרניים, עם התהוות הנשק הלא קונבציונלי והחשש כי ארגוני הטרור יוכלו להשיג נשק שכזה בנקל, יש לעיתים צורך בכך. הבעיה העיקרית באשר להגנה עצמית מקדימה היא עירוב של הנחות באשר לצעדים של הצד השני. זאת כאשר הפירוש והקביעה באם מדובר באיום מידי נתונה אך ורק בידי המדינות. (Shaw, 1997: 790) הפעלת הזכות להגנה עצמית מקדימה במקרה של איום מידי נתונה במחלוקת, מאחר ולמדינות ולמדע המשפט קשה לקבוע מתי בוצע עוול ממשי ומתי קיים איום מידי על השלמות הטריטוריאלית והעצמאות המדינית של המדינה. העצרת הכללית של האו"ם ניסתה להתמודד עם בעייתיות זו על ידי ניסוח הגדרת התוקפנות. אולם, ראינו לעיל, כי עדיין יש מחלוקת רבה בנושא. סופר מדגיש כי מדינות המוכנות להשתמש בכוח בכוונה רעה, אינן מורתעות על ידי כללים משפטיים מגבילים. לחלופין ספק אם גישה הדורשת ניתוח קפדני של הנחיצות ופרופורציונליות, תעודד שימושים בכוח שלא היו מתרחשים אחרת. (Sofaer,2003:223) בעולם של טרור משוכלל וגלובלי יש להתאים את סעיף 51 להתמודדות עם האתגרים הביטחוניים העומדים בפני מדינות העולם כיום.

(Hendrickson, 2001:229)

על פי קלארק, יש לבדוק את הפרקטיקה של המדינות ובכך לקבוע האם המשפט בינלאומי המנהגי עוזר לספק משמעות לשפה האמביוולנטית של הסעיף או מעיד על קיומו של חוק מנהגי חדש המאפשר פעולות מקדימות מונעות. (Clark, 2003:93) בבחינה של הפרקטיקה של המדינות לאחר תקופת מגילת האו"ם לא נמצא מנהג האוסר פעולת מנע תחת הגנה עצמית מקדימה. יותר מכך, נראה כי התמיכה בדוקטרינה גברה. אולם, בין אלו התומכים ברור כי זכות זו מוגבלת לתנאי הנחיצות והפרופורציונליות. (Clark, 2003:96) מעבר לכך, המשפט הבינלאומי מבוסס על הסכמת המדינות הריבוניות. מדינות ריבוניות יכולות לעשות

כרצונן, אלא אם הן הסכימו לחוק אשר מגביל את התנהגותן. לכן יש להוכיח כי לא קיים חוק אשר אוסר על מדינות שימוש בפעולות מנע. אי ההתנגדות ללחימה של ארצות הברית לאחר ה – 11 בספטמבר יכולה להעיד על תהליך של היווצרות של מנהג אשר מאפשר לחימה במדינה המסייעת לטרור. חוקרים אחרים טוענים בדומה כי אי ההתנגדות מעיד על כך שניתן בתגובה לטרור לנקוט בהגנה עצמית מקדימה. (Bonafede, 2002:201)

לאור זה, טוען קלארק, כי ממשל ארצות הברית יכול לפנות לדוקטרינת בוש. אולם, מה שהופך את דוקטרינת בוש לשונה היא העובדה שהיא מחפשת למתן את הדרישה המסורתית של תנאי הנחיצות. "ככל שהאיום גדול יותר כך גדל הסיכון שבחוסר פעולה וקיים צורך רב יותר לנקוט בפעולה מונעת על מנת להגן על עצמנו, אפילו אם קיימת חוסר בהירות באשר לזמן ולמקום של התקפת האויב." כלומר הממשל טוען כי בשל האיומים החדשים של נשק להשמדה המונית וטרור, הדרישה הישנה לנחיצות, נתפסת לעיתים כלא הגיונית. המשפט בינלאומי המסורתי, אומנם אינו דורש מקום וזמן מדויקים, אולם הוא דורש וודאות מסוימת. (Clark, 2003:96) סופר אומר הוא, כי יש להתאים את הביטוי "איום הממשמש ובוא" באופן שישקף את היכולות והמטרות של ארגוני הטרור ושל מדינות החורגות מהכללים. (Sofaer,2003:211) הבעיה היא שנשק להשמדה המונית וטרור יכולים להכות במדינה באופן שהמשפט הבינלאומי המנהגי לא עונה עליו. בתקיפה רגילה תנאי קרוליין מובנים, שכן ניתן להעריך את הזמן בטרם התקיפה ולהעריך להגנה אפקטיבית. כאשר מדובר בטרור ונשק להשמדה המונית העניין שונה. קשה מאוד לקבוע האם מדינה מחזיקה בנשק המוני וכאשר השימוש הוא מידי, קשה למדינה לנקוט בהגנה יעילה. באופן דומה קשה לחזות פעולת טרור לחשוף אותה בטרם ביצועה או אפילו עד שהיא מסתיימת. לכן הגיוני לחסל מפעלים ידועים לנשק להשמדה המונית, מחנות טרור הרבה לפני התקפה מיידית, אם המטרה היא לשמר את זכות המדינות להגנה עצמית אפקטיבית. (Clark, 2003:98)

מבחינה משפטית יש בעיה רצינית עם ההרפייה מתנאי הנחיצות. איפה הגבול? אם מיידיות לא תהיה יותר תנאי מוקדם לפעולה מונעת, מה כן? האם די בעצם ההחזקה של נשק המוני? זהו מצב בעייתי ביותר. מה באשר לכוונות עוינות כקריטריון? ניתן יהיה לטעון כי אם מדינה המחזיקה נשק המוני ויש לה כוונות עויניות כלפי מדינות אחרות זה יצדיק פעולת מנע. הגישה המיתרנית הזו יכולה להיות יותר מיתרנית אם יטען כי עצם תוכניות לנשק עוד לפני החזקתו מאפשר פעולה מונעת, כפי שישראל טענה בהפצצת הכור

ומועצת הביטחון התנגדה לטיעון זה. (Clark, 2003:98) האם זה אכן מספיק על מנת לקבוע כי תנאי

הנחיצות מתקיים? מי צריך להכריע בעניין?

מה יהיה הסטנדרט לטרור? כאשר מדובר בסדרת פעולות טרור כפי שביצעה אל קעידא זה לא

העניין, אלא כאשר מדובר בקבוצה שלא ביצעה עדיין פעולה, אולם נראה כי תבצע בעתיד, מתי

מדינה תוכל להקדים קבוצה זו באופן חוקי?

עדיין אין סטנדרטים ברורים לקביעה מתי פעולות מנע תהיינה מותרות במקרי טרור ונשק המוני. עם זאת, סופר מדגיש כי הסטנדרט הצר לנחיצות ומיידיות, חל רק כאשר מדינת קורבן פוטנציאלית יכולה לסמוך על כוחות הביטחון של המדינה ממנה צפוי פיגוע טרור אפשרי. יש צורך בסטנדרט גמיש יותר כאשר המדינה ממנה יוצאות התקפות הטרור אינה מוכנה או אינה מסוגלת למנוע אותן, או אף אחראית להן. הטאליבן סירב בפירוש למנוע התקפות של אל קעידא על ארצות הברית. לפיכך, הסטנדרט הנכון אומנם עדיין תנאי הנחיצות, אולם יש לקבוע את הנחויץ על סמך כל הנסיבות הרלוונטיות.

(Sofaer,2003:209-212)

לאחר חמישים שנה מעת כינון מגילת האו"ם הפרקטיקה של המדינות הינה בניגוד באופן משמעותי למגילת האו"ם. האיסורים של מגילת האו"ם 2(4) לא מומשו הלכה למעשה על ידי המדינות. לדוגמא: הפעילות הסובייטית בצ'כוסלובקיה 1948, פעולות ארצות הברית בגוואטמלה 1954. בקיצור, מדינות כולל המדינות החזקות ביותר עשו שימוש בכוח והפרו את מגילת האו"ם באופן בסיסי. (Clark, 2003:100) לפיכך, לא ניתן לומר כי מגילת האו"ם שולטת בפרקטיקה של המדינות ובמקרה כזה היא לא יכולה לשקף את המשפט בינלאומי הנוכחי. קל וחומר שהמשפט הבינלאומי אינו רלוונטי עוד, כפי שסופר מדגיש, מבחינת החלטות הנוגעות לשימוש בכוח בעולם של טרוריות ומנהיגים נוקלים. (Sofaer,2003: 212) סופר אומר כי הסטנדרט המיושן של נחיצות ומיידיות, מראש לא הטוה על ידי וובסטר תחת האפשרות למתקפה באמצעות טכנולוגיה מודרנית ונשק מתקדם להשמדה מנוית, המשוגר על ידי טרוריסטים הפועלים בחשאי בתמיכתן של מדינות. (Sofaer,2003: 213) במקום זאת, מדגיש סופר, יש להוכיח צורך על סמך גורמים ונסיבות אשר רלוונטים לקביעת הלגיטימיות של השימוש בכוח תחת עקרונות המשפט הבינלאומי וערכי מגילת האו"ם, לרבות: 1. טיבו ומידתו של האיום. 2. הסבירות שהאיום ימומש, אלא אם כן תינקט פעולת מנע. 3. קיומן של אלטרנטיבות לשימוש בכוח. בית הדין קבע בפסק דין ניקרגוואה

כי פעולות ארצות הברית לא יכולות להיות מוצדקות תחת תנאי הנחיצות. אולם שובל מדגיש כי השאלה צריכה להיות, האם היו לארצות הברית אמצעי שלום לסיום הסכסוך. על פי השופט אגו נחיצות משמעותה כאשר אין שום אמצעי לעצירת ההתקפה, חוץ מאשר לפנות לשימוש בכוח חמוש, כלומר אם יש אמצעים אחרים להשגת אותה תוצאה שלא כוללים כוח, אזי השימוש בכוח אינו מוצדק. (Schwebel:362-363) 4. השאלה האם השימוש בכוח מונע עולה בקנה אחד עם תנאי ומטרות מגילת האו"ם והסכמים בינלאומיים אחרים. (Sofaer,2003: 220)

לאחר שדנתי בשאלה כיצד ניתן להתמודד עם איומים מצד ארגוני טרור בזמן שלום, אבחן את המושג התנקשות בזמן שלום.

המילה התנקשות נובעת מהקשר ערבי "HASHISHIYYIN" אשר מתייחס לפרקטיקה במאה האחת עשרה של ה"אחוזה" המוסלמית, אשר הוקדשה באופן מיוחד להרג של אויבים פוליטיים ודתיים בכל אמצעי זמין. (Addicott,2003:762) ישנן דוגמאות היסטוריות בהן המושג התמזג והפך לחלק בלתי נפרד של אמונות דתיות. חוקרים מערביים בתקופה המוקדמת, דנו במושג בהקשר של מלחמה, כמו גם בהקשר של שלום. כולם ראו התנקשות כפעולה ישירה נגד מנהיגי מדינות. באופן מעניין, חלקם סברו כי להרוג מנהיג רשע למען טוב משותף יכול להיות מוצדק מבחינה חוקית. תפיסה זו החזיקה מעמד רק זמן מועט, בעיקר בעקבות הסכם וסטפליה בשנת 1648 ועליית מדינת הלאו"ם. לפיכך ניתן להסיק מדברי החוקרים המערביים מהתקופה המוקדמת, כי התנקשות מוגדרת כפעולה בלתי חוקית, הקשורה להריגת מנהיג האויב בזמן שלום ובזמן מלחמה. (Addicott,2003:764)

על פי סמית, אין הגדרה המאפשרת את הבנת המושג התנקשות תחת המשפט הבינלאומי. אולם, ניתן ללמוד על המונח התנקשות ממגילת האו"ם ומהחלטות העצרת הכללית של האו"ם (החלטת התוקפנות וההחלטה בדבר יחסים ידידותיים). כל איסור על התנקשות מותאם לעיקרון אי לקיחת חיים, וכל מדינה התומכת בהתנקשות תחשב כנראה למפרה את איסור השימוש בכוח על פי סעיף 2(4) במגילת האו"ם. (Schmitt:1992, 621) בתי דין מדינתיים מתייחסים להתנקשות כבלתי חוקית, אולם לא ברור האם יש התייחסות מובחנת להתנקשות ביחס לרצח. על פי המסורת המערבית התנקשות מובחנת מרצח ומביאה לעונש חמור. (Schmitt:1992, 625) על פי אדיקוט, יש לעשות הבחנה בין רצח אשר תמיד אינו חוקי ובין הרג אשר יכול להיות לא חוקי ובאותה מידה חוקי. לצערנו, ההבחנה לעיתים מטושטשת בחברה

המודרנית, דבר התורם לחוסר הבהירות באשר לנושא ההתנקשות. רבים מהפוסט מודרניסטים מאמינים באופן מוטעה, שבלתי מוסרי עבור מדינה, לקחת את החיים של אדם אחר, לא משנה תחת אלו נסיבות. עבורם הקונספט של אין פשע ללא עונש לא תקף גם ללקיחת חיים של אחרים, מכאן לפיהם כל הרג הוא גם בלתי מוסרי וגם בלתי חוקי. על פי טייילר הארדר, יש להבין את המושג בהתאם לשלושה אלמנטים חיוניים: 1. רצח. 2. של דמות המהווה מטרה מיוחדת. 3. למטרות פוליטיות. לפיכך התנקשות צריכה להכיל את כל שלושת האלמנטים אחרת ההרג לא יעמוד בדרישות של המושג. גישתו של הארדר מספקת נקודת מוצא טובה מאחר שהוא מתמקד על אלמנטים של רצח, אשר תמיד מהווה פעולה לא חוקית, ופוליטי, תפיסה אשר בדרך כלל שמורה לפעולות מחוץ לתחום של המלחמה.

(Addicott,2003:761) לסיכום התנקשות היא עבירה לא חוקית תחת המשפט הבינלאומי והיא מובחנת מרצח. זוהי הריגה בעלת צביון פוליטי, אולם לא ברור כיצד זה נקבע. ובנוסף לכך, התנקשות הינה חיסול ישיר של אינדווידואל ספציפי. (Schmitt:1992, 627) הקריטריונים של התנקשות הינם דו משמעיים ולכן מדינות יכולות לאפיין הרג כך שיתאים למטרות שלהן, לפיכך, להתנקשות יש אופי הקשרי. על אף שהקהילייה הבינלאומית רואה התנקשות פוליטית כאסורה באופן עקרוני, בפרקטיקה ראייה זו היא דו משמעית או גרוע מכך חסרת תוכן. כך שמחוץ למשפט של מאבק מזוין, נורמות בינלאומיות ביחס להתנקשות הינן מצומצמות.

(Schmitt:1992, 627-628)

על פי הפרופסורים Reisman ו- Baker בגלל הקושי בהגדרת המונח, ניתוח חוקי של החוקיות של התנקשות צריך להעשות בהתאם להקשר של כל מקרה אשר נשען על ההקשר הפולטי ומתייחס לדוקטרינה המסורתית של איסור השימוש בכוח ותנאיה: פרופורציונליות, צורך והבחנה ביחס למטרה. (Schmitt:1992, 625)

בהתחשב בהגדרות של המושג התנקשות כפי שנבחנו לעיל, האם הריגה של טרוריסט ידוע מהווה

למעשה התנקשות? בהסתכלות ראשונית נראה כי כן, כאשר הטרוריסט הוא דמות ציבורית הפועל למטרות פוליטיות, אולם חיסול של טרוריסט לא נחשב להתנקשות, אלא לאקט של הגנה עצמית. זאת מכיוון שהחיסול לא נועד לשם מימוש יעדים פוליטיים, אלא למנוע רצח של חפים מפשע. כך שמטרת החיסול הינה הגנה ולא רצח לשמו. (Godfrey,2003:494) דרך זו, על פי גודפרי, הינה הדרך היעילה והפחות מזיקה תחת הגנה עצמית. לפיכך, התנקשות כאמצעי של הגנה עצמית צריכה להיות מותרת

בנסיבות מסוימות. (Godfrey,2003:496) אדיקוט מוסיף על כך בקביעתו כי שימוש בכוח תחת הגנה עצמית לא נחשב להתנקשות. (Addicott,2003:783) טרנר קובע אף הוא כי ההבחנה בין התנקשות ובין חיסול תחת הגנה עצמית הינה דקה מאוד, ועל כן פנייה לאסטרטגיה כזו על ידי ארצות הברית יכולה להיות מובנת לא נכון על ידי רוב העולם. (Turner,2003:804) זה חיוני כי הדוקטרינה המאפשרת חיסול מנהיגים תוקפניים תהיה מוסברת באופן מלא וזהיר לעולם במונחים מוסריים וחוקיים וכן יש להפריד אותה מהתנקשות. (Turner,2003:804) חיסול מנהיג חייב להיות אופציה מדינית חוקית. מתי זה צריך להעשות, תלו בנסיבות מסוימות של כל מקרה נתון. אולם בכל מקרה על ארצות הברית להסביר את התנהגותה ולהבחין את זה באופן ברור מהתנקשות שמהווה פשע. על פי פארק, בפעולה במסגרת מגילת האו"ם, החלטה לבצע פעולה חשאית או גלויה לא תחשב להתנקשות, אם היא תופנה נגד צבא של מדינה אחרת, לוחמי גרילה או טרוריסטים או כל ארגון שפעולתו מהווה הפרה של הביטחון הלאומי. (Parks,1989:8) הטענה העיקרית של זינגל במאמרה, הינה כי מוטב להתייחס להתנקשות כאחד האמצעים, להפעלת כוח על ידי מדינה אחת כנגד מדינה אחרת, וכי יש להבין אותה כמותרת תחת אותן הנסיבות והאילווצים שחלים על השימוש בכוח באופן כללי, לפיכך, אין לראות אותה כעבירה יחודית תחת החוק הבינלאומי או ככפופה לאיסור המעוגן בחוק של ארצות הברית. (Zengel, 1991:123)

בהתחשב בפירוש הנוקשה של תנאי הצורך על פי פס"ד ניקרגוואה, האם חיסול של הטרוריסט בן לאדן על ידי ארצות הברית יהיה חוקי? על פי תנאי הצורך של קרוליין נראה כי התשובה היא שלילית. כמו במקרה ניקרגוואה, חלף זמן מזמן ההתקפה על ארצות הברית ויש שיטענו כי אין צורך להדוף את ההתקפה. אולם, ניתוח זה נכשל לקחת בחשבון את האיום המתמשך שבן לאדן ואל קעידא מהווים. בן לאדן חשוד בתכנון של סדרת התקפות על ארצות הברית בטרם ה – 11 בספטמבר. בן לאדן גם קרא לכל המוסלמים להרוג אמריקאים בכל העולם. כך עצם העובדה שהוא מהווה איום על ביטחון האמריקאים בכל מקום לא נתונה במחלוקת. יש צורך חזק לארצות הברית לחסל אותו שכן הוא מהווה סכנה רבה. במקרה של בן לאדן העניין מכריע ומחייב במובן זה שכמעט ואין אפשרויות לנקיטה באמצעים אחרים, על מנת למנוע התקפות נוספות, חוץ מאשר לחסל את בן לאדן כהגנה עצמית. כל עוד בן לאדן חי יש סבירות כי הוא יבצע פעולות טרור כנגד ארצות הברית, אפילו מתוך הכלא. (Godfrey,2003:497)

הניתוח לפיו חיסול בזמן שלום תמיד יחשב לתנקשות אסורה אינו נראה הוגן כלפי מדינת הקורבן. למדינה צריכה להינתן האפשרות להגן על תושביה מפני נזק נוסף. במיוחד לאור העובדה שטרוריסטים מכים ללא אזהרה, ויותר מסובך מכך, כאשר מדובר במתאבדים לא ניתן לנקוט בהגנה אפקטיבית. (Godfrey,2003:499)

באיזו נקודה איום על הביטחון הלאומי של מדינה מצדיק חיסול? על פי פרופסור ברס BERES, יש איום נרחב מקיומו של הנשק הגרעיני. בשל אופיו החשאי של הנשק ובשל העובדה שהאופטרופוסטים של הנשק הזה בדרך כלל במצוקה כספית, יש סיכון שהוא ימכר דרך השוק השחור לגורמי טרור. פרופסור ברס מזהיר כי על המדינה להיות זהירה ולא לפעול רק על פי חשד או ספק, שכן היא מסתכנת בכך שהיא תהפוך לתוקפן בתהליך. כמובן שמדינות לא יכולות לחסל בעודן טוענות כי הן מגינות על הביטחון שלהן, אולם אם קיימות עובדות מודיעיניות מספיקות, הגיוניות והגונות, למדינה יש את הזכות להגן על עצמה מפני מנזק ממשמש ובא. (Godfrey,2003:507-508)

הבעיה המרכזית הינה הסטנדרטים אשר לפיהם ישפטו את העובדות המודיעיניות. בדרך כלל עובדות אשר מתאמתות על ידי האו"ם מתקבלות, אולם האו"ם צריך את האמצעים ואת המומחים, על מנת להשיג מטרה זו. אלטרנטיבה אחרת העומדת בפני מדינה מאוימת הינה שימוש באמצעים אחרים על מנת להכשיל את ההתקפה, כגון פנייה למועצת הביטחון. מדינות תרגשנה בטוחות אם הן תדענה כי הגנה עצמית מצוייה לרשותן ותחת אלו נסיבות הן יכולות לממש אותה. (Godfrey,2003:509) לפיכך, לאור הפוטנציאל של התקפות טרור הרסניות המערבות נשק להשמדה המונית, הזכות להגנה עצמית צריכה לכלול את האופציה של התנקשות. על פי טרנר, סאדם מהווה מטרה חוקית בשל עברו ותמיכתו המתמשכת בטרור בינלאומי. יש ראיות לכך שעירק היתה מאחורי התקפות טרור שונות על ישראל וארצות הברית וכן משתפת פעולה עם בן לאדן. מועצת הביטחון העבירה החלטות רבות המגנות את עירק וטרור ומי שתומך בו, בהקשר זה הודגשה הזכות לעשות שימוש בכוח מחסל תחת הגנה עצמית בתגובה לטרור. (Turner,2003:802) גודפרי לעומתו, קובע כי ביחס לפעולה נגד סאדם, המצב לא ברור כל כך. לא ברור כי ארצות הברית תוכל להצדיק חיסול שלו תחת המשפט הבינלאומי מאחר ולא התרחשה התקפה חמושה. אולם פתרון אפשרי אחד הינו יצירת תנאי על ידי האו"ם, המספק סטנדרטים של הוכחה להתקפה נצפית. תנאי זה ימנע ניצול לרעה של הגנה עצמית ובאותו זמן יעניק למדינה המאוימת יכולת להגן על עצמה ועל אזרחיה.

(Godfrey,2003:512) אדיקוט מסמכים עם גודפרי בקביעתו כי שני העניינים המתגרים ביותר במלחמה נגד הטרור הינם אופי האויב ואופי האיומים אשר השתנו באופן דרמטי, אשר מצריך הערכה מחדש של החוק והתפקיד של החוק. (Addicott,2003:774) לאור זה הריגה של טרוריסטים ידועים אינה התנקשות, אלא פעולה של הגנה עצמית מונעת. ישראל, כמובן לא קוראת לכך התנקשות למרות שהמושג לעיתים נאמר כביקורת. הממשלה הישראלית קוראת לכך "חיסול" "סיכול ממוקד" (Addicott,2003:780) על פי ד"ר אלי קרמון השימוש של ישראל בהגנה עצמית מונעת הינו האמצעי הטוב ביותר לתגובה נגד טרוריסטים. קרמון מדגיש כי צה"ל לא מפציץ בשטחים בלי הבחנה או משתמש בנשק כבד כמו בלבנון. לפיו בשטחים יש יותר שליטה, מודיעין טוב יותר והיכולת לפעול טובה יותר. התהליך הינו כזה: המודיעין מספק רשימה של חשודים שישראל מעבירה לרשות הפלשתינית בבקשה לעצורם, דבר חסר תועלת מכיוון שהרשות מסרבת לפעול. (Addicott,2003:781) על פי גרוס, המסתייגים מצורה זו של תגובה טוענים כי מדובר כאן למעשה במעשה רצח המבוצע על ידי המדינה, וכן כי מדובר בשלילת זכותו של אותו אדם חשוד להליך הוגן ולמשפט, דבר המהווה פגיעה קשה בזכויות יסוד ובאופי הדמוקרטי של המדינה. הטרור הפלשתיני הינו פשיעה היוצאת ממקום המצוי מחוץ לתחומה של מדינת ישראל כאשר הרשות המפקדת על אותו מקום לא רק שאינה עושה דבר, אלא גם מעודדת אותם. במקרה כזה מותר למדינה לנקוט פעולות הגנה כולל הגעה אל האויב ופגיעה בו. נכון כי ככלל מדינה מחויבת לוודא כי אכן היא פוגעת באדם הנכון, וגם חובה עליה 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 פגיעה כזו עלולה לגרום לסיכון בלתי סביר של כוחותינו מותר לחפש 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. אלו המבקשים משפט לכל מחבל, מתעלמים 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. (גרוס,2003: 88)

על פי סמית, הגישה הטובה ביותר הינה להסיט את הפוקוס מרמת הקונפליקט להצדקת הפעולה, קרי אם המדינה המחסלת יכולה להצדיק את השימוש בכוח תחת המשפט הבינלאומי והיחיד שמהווה מטרה לחיסול, עוסק בפעילות שהופכת אותו ללוחם במאבק מזוין, המתקפה הישירה נגדו מקובלת. למדינה יש הזכות להגנה עצמית תחת המשפט הבינלאומי, גם אם לא ברור האם טרור משתווה למאבק מזוין. אם היחיד עוסק בפעילות שהופכת אותו ללוחם, התקפתו חוקית. החוקיות של חיסול בהגנה עצמית תלויה בשאלה: כיצד האדם חוסל ולא במניעים הספציפיים לחיסול. לפיכך, החיסול הממוקד בהגנה עצמית איננו מצוי במחלוקת חוקית. המחלוקת עולה באשר להגדרה של הגנה עצמית, למשל: המעמד החוקי של התקפות מונעות בצורה של הגנה עצמית נשאר לא ברור. הגנה עצמית מקדימה משרתת פונקציה הרתעתית חשובה. הזכות הזו הופכת את היתרונות של התוקפן לפחות בטוחים. מדינה תחת איום יכולה לחסל את מפקד האויב ולהכות ראשונה תחת התקפה מונעת. (Schmitt:1992, 644-646) בהנחה שהגנה עצמית מונעת מצדיקה חיסול ממוקד יש לבחון את העיתוי. על פי הראייה של הגנה עצמית מקדימה ההתקפה צריכה להיות "ממששת ובאה" קביעת הסטנדרט לכך הינה קריטית. ככל שהאיום היחסי יותר גדול יותר סביר שפעולה מונעת תהיה אפקטיבית ועל כן הצידוק לחיסול יהיה יותר גדול. התמונה הרבה יותר מורכבת כאשר מדובר באיום לא קונבציונאלי כמו טרור. (Schmitt:1992, 647) מדינה שתהסס לפעול נגד טרוריסט יכולה לאבד את האפשרות לפעול בכלל. קשה לאתר ולמצוא טרוריסטים במיוחד לאור העובדה שהפעולות שלהן בעלות אופי סודי. הסטנדרט הנכון להערכה של פעולה מקדימה חייב להיות תחת השאלה האם או לא פעולת ההגנה התרחשה במשך האופציה האחרונה הניתנת למימוש. אם פעולה לא עומדת בסטנדרטים של הגנה עצמית, והיא ממניעים פוליטיים היא יכולה להיחשב להתנקשות. כאשר הלגטימיות של השימוש בכוח אינה בטוחה תחת המשפט הבינלאומי, חיסול ממוקד מצוי במחלוקת גדולה. (Schmitt:1992, 648-652)

תנאי הפרופורציונליות

תגובת ארצות הברית להתקפה של ה-11 בספטמבר שינתה את החוקים הקיימים בלחימה בטרור במיוחד מבחינת הפרופורציונליות. זה נובע בעיקר מהעובדה כי לעולם לא היתה הגדרה מוסמכת למהי ומהי לא תגובה פרופורציונלית לטרור. לכן ארצות הברית עונה וממלאה את החלל לבד באשר למהו פרופורציונלי וראוי. (Bonafede, 2002:201) פרופורציונליות יכולה להיחשב לתת דוקטרינה של הגנה

עצמית אשר מגבילה את החומרה ומשך הזמן של הפעולות הננקטות תחת הגנה עצמית. לאחר ה – 11 בספטמבר חל שינוי בפרקטיקת המדינות אשר מאפשר לפעול תחת הגנה עצמית ופרופורציונליות בהקשר של טרור בינלאומי. (Bonafede, 2002:162)

פרופורציונליות הינה הקפדה על פעולה לא מופרזת, אשר מטרתה הסרת האיום והדיפת התוקפן, תוך שמירה על דיני המלחמה והמשפט ההומניטרי והגדרת יעד וזמן ברורים. במובן האבסטרקטי של עקרון הפרופורציונליות מדובר בפעולה תחת הגנה עצמית אשר חייבת להיות פרופורציונלית לסכנה המיימת ועל לה לחרוג. כותבים רבים סבורים כי הגנה עצמית צריכה להיות מוגבלת להדיפת הסכנה המיידית. אולם, הכוונה המונעת של הגנה עצמית לא מוציאה מהכלל פרשנות שמאפשרת פעולה אשר מסירה את הסכנה, על בסיס ההבנה כי הגנה עצמית תהיה ללא תוכן אם זה לא יתאפשר.

(Tucker and Kelsen, 1967:82)

על פי איזה קנה מידה, קרי מתי נדע כי הסכנה אשר הצדיקה מלכלתחילה את השימוש בכוח באמצעות הגנה עצמית הוסרה? ניתן להדוף התקפה או למנוע איום של התקפה, אולם הסכנה יכולה להמשיך להתקיים. מעולם לא היה ברור האם פעולה לגיטימית של הגנה עצמית צריכה להיות מוגבלת להדיפת הסכנה המיידית או צריכה להיות מופנת ישירות להסרת האיום. אישור להסרת האיום יביא לניצול, אולם הגבלה להדיפה בלבד תאבד את כוונתה אם הסכנה תופיע שוב. (Tucker, 1982)

שווה לבחנות דעתו על פסק דין ניקרגוואה, מדגיש את מבחן הפרופורציונליות על פי השופט אגו: הדרישה לפרופורציונליות בפעולה תחת הגנה עצמית מחשיבה את היחסים בין הפעולה ובין הכוונה. לחשוב שזה רק להדיפת ההתקפה יהיה מוטעה. מה שחשוב הינה התוצאה אשר צריכה להיות מושגית באמצעות הפעולה ההגנתית ולא הצורה, התוכן והחוזק של הפעולה עצמה. יש לזכור כי הגנה עצמית אינה צורה של סנקציה כמו פעולת תגמול. בפעולת תגמול התאור"ם בין העברה ובין פעולת העונש צריך להיות פרופורציונליות. אולם בהגנה עצמית החוקיות של ההגנה עצמית נמדדת על פי היכולת להשיג את התוצאה הרצויה.

חשוב להדגיש כי ללא גמישות, הדרישה לפרופורציונליות לא תתקבל. מוטעה לחשוב כי יש צורך בזהות של תוכן וחוזק בין ההתקפה ובין הפעולה תחת הגנה עצמית. כך שארצות הברית פעלה בפרופורציונליות בהפלת המשטר של ניקרגוואה. (Schwebel, 1986:367)

על פי שוובל, מיידיות משמעה כאשר ההתקפה עדיין נמשכת ולא לאחר שהיא מסתיימת, לאחר מכן המדינה לא יכולה לטעון להגנה עצמית, אולם אם ישנן מספר התקפות הדרישה למיידיות תבחן ביחס לסך כל ההתקפות. (Schwebel, 1986:367) הכוונה לפרופורציונליות מצטברת, שימוש בכוח בפעולה אחת בהיקף גדול בתגובה להצטברות של פעולות טרור קטנות תחת נסיבות מסוימות. ברור כי יש להגיב באופן שונה כלפי התקפת טרור בודדת מאשר כלפי התקפת טרור אשר מהווה חלק משרשרת של התקפות במיוחד כאשר ברור כי יש סיוע מצד מדינת המקלט. בעוד כאשר כל התקפה בודדת משרשרת ההתקפות לא מהווה התקפה חמושה סך כל ההתקפות כן מהוות התקפה חמושה. תאורית הצטברות של אירועים. לא פעם הוצהר על ידי ארגוני טרור כי הם מעדיפים לתקוף מדי פעם מאשר בפעם אחת רצינית ובהיקף רב. לפיכך מסע מאורגן של ארגון טרור אשר ניתן להוכיח באופן ברור או קל כי הוא נתמך על ידי ממשלה מהווה התקפה חמושה. תאורית ההצטברות משחקת תפקיד חשוב מבחינה נוספת, שכן על פי סעיף 51 ניתן לממש את הזכות להגנה עצמית רק לאחר התקפה חמושה ואילו במקרה זה "לאחר" יכול גם להיחשב ל"לפני" שההתקפה הבאה מתרחשת. (Blum, 1976:233) כאשר התקפות הטרור לא נתפסות כבודדות, אלא כמצטברות, תגובה חזקה תתפס כפרופורציונלית ולא תחשב למוגזמת. המטרה שיש להשיג הינה למנוע התקפות עתידיות. יש לציין כי לעיתים סדרה של התקפות קטנות וחתרניות יכולה להוות סיכון נרחב יותר למדינה מאשר התקפה אחת קונבציונאלית. (Blum, 1976:235) גודפרי אומר כי, ברור שיש לנהוג בהתקפת טרור בודדת באופן שונה מאשר בהתקפת טרור, אשר רק מהווה חלק משרשרת של התקפות, בעיקר כאשר ברור כי סדרה זו של התקפות לא היתה יוצאת לפועל ללא עידוד, ידיעה של מדינה אחרת. כל פעולת טרור בודדת מסדרת הפעולות, לא תחשב כמשתווה להתקפה חמושה, אולם הסכום הכולל של כל הפעולות יכול להשתוות להתקפה חמושה. תופעה זו נקראת טקטיקה של דקירת מחט – nadelstichtaktik. על פי גישה זו, דקירת מחט בודדת לא משתווה להתקפה חמושה, אולם אוסף של דקירות מחט כבר אינן נסבלות. (Godfrey, 2003:503)

האם חיסול מקודם של טרוריסט יחשב פרופורציונליות לאיום של התקפה?

זה יהיה פרופורציונלי, אם תהיה סבירות גבוהה שאדם אחד או יותר יהרגו בהתקפת הטרור. מעבר לכך, האלטרנטיבה לחיסול הינה שימוש מוגבר בכוח בעל אופי של מכות צבאיות הגנתיות, כאשר בבדיקה של עלות ותועלת, אופציית החיסול מועדפת. זה הגיוני לצמצם את הנזק כמה שניתן על מנת להגן על המדינה.

(Godfrey,2003:507) לטרוריסטים צריכה להיות הגנה מינימלית תחת המשפט הבינלאומי. האו"ם לא התנגד לפעולות ארצות הברית בתגובה להתקפת הטרור של ה-11 בספטמבר וגם לא נראה כי תהיה התנגדות לחיסול בן לאדן על ידי ארצות הברית כפעולה של הגנה עצמית. לארצות הברית תקדימים היסטוריים של שימוש בכוח צבאי לתפיסה או הריגה של יחידים אשר פעולתם בזמן שלום מהווה איום ישיר על אזרחי ארצות הברית או הביטחון הלאומי של ארצות הברית. (Addicott,2003:773) טרנר טוען כי דוקטרינת הפרופורציונליות תומכת באופציה של חיסול מכוון של עריצים, כאמצעי לסיום תוקפנות. פעולה זו עדיפה על פני שליחת חיילים צעירים לטבח. הוא מכנה זאת "חיילים חפים מפשע" הוא סבור כי לחיי החיילים יש ערך מוסרי אשר המשפט הבינלאומי חייב לקחת אותו בחשבון כאשר הוא קובע איזו התנהגות חוקית או לא. (Turner,2003:800)

על ההגבלות של הפרופורציונליות להעשות גמישות יותר בלחימה נגד טרור. יש לנקוט בפעולות מגוונות כנגד מקומות ויעדים מגוונים בתגובה להתקפת טרור אחת. במיוחד בהתחשב ביכולות של הטרור הבינלאומי כיום לפגוע בכמות בלתי נתפסת של חפים מפשע. הצורך להגמשת הנורמות המסורתיות הכרחי יותר מבעבר. לא יהיה הגיוני להיות מודע לקיום של ארגון טרור ולהתקיף אותו רק לאחר שהוא מממש את התקפת הטרור. באם אין שיתוף פעולה מהמדינה שבה הארגון ממוקם, אזי למדינה המאויימת יש זכות לשמור על האינטרסים שלה. אולם, שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית יהיה חוקי רק לאחר שימצאו מספיק ראיות לקיומם של מקורות טרור בינלאומיים. יתרה מכך, אם ארצות הברית לא תבהיר את פעולותיה לאחר ה-11 בספטמבר ומדינות אחרות תרגשנה כי פרופורציונליות לא מהווה דרישה יותר התוצאה תהיה הידרדרות בלגיטימיות של האו"ם בקביעת הסדרים באשר לקונפליקטים חמושים. (Bonafede, 2002:198)

לפתירת הדילמה ניתן לשנות ולהתאים את סעיף 51, כך שיתאפשר יותר מרחב תמרון בשימוש בכוח נגד טרור בינלאומי. אי ההתנגדות ללחימה של ארצות הברית לאחר ה-11 בספטמבר יכולה להעיד על תהליך של היווצרות של מנהג אשר מאפשר לחימה במדינה מסייעת לטרור. הגנה עצמית צריכה להעשות יותר גמישה, כאשר המשפט הבינלאומי המנהגי מכתוב פרשנות חדשה של סעיף 51 כולל יוצא הדופן של דרישת הפרופורציונליות בהקשר של לחימה בטרור. השינוי לא פשוט מאחר ויש חשש להישארות ללא גבולות ולפגיעה בעקרונות האו"ם. אם כל מדינה תטען לזכות להגיב כפי שארצות הברית עושה עוד לפני

ה – 11 בספטמבר העולם יכול להיות מצוי באנרכיה גדולה יותר, על כן על ארצות הברית להימנע מתוצאה שכזו. ארצות הברית צריכה להילחם בטרור אולם תחת המשפט הבינלאומי לכן המשפט הבינלאומי צריך להתפתח בהתאם לשינויים. יש צורך באיזון עדין של אינטרסים ויש להתאים את החוקים למציאות. אחרת מגילת האו"ם תתפס כלא יעילה. עם זאת, חשוב לשמור על גבולות דוקטרינת הפרופורציונליות גם לאחר השינוי. ראשית, יש לשמור על דיני מלחמה ולהימנע מפגיעה באזרחים. יש להוכיח קשר בין המטרות ובין הטרור. אסור לארצות הברית להשתמש בכך כתירוץ להפיל משטרים לגיטימיים של מדינות. (Bonafede, 2002) מלחמה מול אויב שהוא ארגון טרור, דורשת גיבוש כללי משפט חדשים או פרשנות יצירתית של כללי המשפט הקיימים. ישראל עמוסה בנסיון של מלחמה בטרור ולכן שומה עליה למצוא את האיזונים הראויים בין שמירת זכויות אדם וכללי המשפט ההומניטרי לבין הגנה אפקטיבית על אזרחינו וחיילינו. (גרוס, 2003: 89)

על פי קנדל, ישראל עומדת בכל התנאים של קרוליים: צורך, מיידיות ופרופורציונליות.

(Kendall, 2002: 1087)

- **צורך** – הפלשתינים מסרבים לעצור את מתכנני ומבצעי הפיגועים. אין אלטרנטיבה טובה יותר.
- **פרופורציונליות** - פגיעה במבצע או מתכנן אחד אשר שואף לפגוע בכמה שיותר אנשים. ישראל גם נמנעת מלפגוע בחפים מפשע.
- **מיידיות** – החיסול מתבצע מיידית להתקפת הטרור או לאיום. עיכוב רב הינו אסור שכן אז זה יחשב לפעולת תגמול.

פעולות ישראל הינן פעולות תחת הגנה עצמית, עם כוח התרעתי, למניעה של התקפות חוזרות ולא לענישה. בנוסף לכך, אומר קנדל, על פי הפרקטיקה של המדינות, פעולות החיסול של ישראל נחשבות לחוקיות תחת הגנה עצמית. (Kendall, 2002: 1087)

סיכום ומסקנות

התקפת הטרור של ה-11 בספטמבר גרמה לשינוי בתפיסת האיום הנובע מטרור. אם בטרם ה-11 בספטמבר טרור נתפס כפעולה עבריינית, לאחר ה-11 בספטמבר הובן כי הטרור הנוכחי, מהווה איום כלפי הביטחון הלאומי והעולמי כאחד. הובן כי יש הבדל בין הצורך להתמודד עם פעולות טרור אשר מתרחשות, מדי פעם ובקנה מידה קטן, ובין הצורך להתמודדות עם איום מתמשך של התקפות טרור, אשר משתווה להתקפה מזוינת ממדינה אחרת. מעבר לכך, הובן כי על אף שהאיום יכול להשתוות לאיום ממדינות, דרך הטיפול באיום זה קשה כפליים. זאת מאחר ולא מדובר על צבאות, אשר לרוב פועלים בהתאם לדיני המלחמה, כי אם על כוחות בלתי סדירים של לוחמים, אשר האסטרטגיה המובילה אותם, היא הימצאות במחתרת, תוך כדי היטמעות באוכלוסייה אזרחית. כלומר, האסטרטגיה המובילה אותם הינה שבירת כל כללי המשחק הקיימים, שהיו נהוגים עד כה. אחת מהטקטיקות להתמודדות עם איום מורכב זה, הינה טקטיקת החיסול הממוקד. בעבודה זו בחנתי טקטיקה זו תחת שתי מסגרות: מסגרת של עימות מזוין ומסגרת של הגנה עצמית. תחת המסגרת של עימות מזוין, לגיטימי לחסל כל אדם, אשר מצוי תחת ההגדרה של לוחם, וברור כי לא ניתן לחסל, כל אדם, אשר מצוי תחת ההגדרה של אזרח. עם זאת, כל אדם, גם אם הוא אזרח או לא לוחם, אשר משתתף באופן ישיר בפעילות העויינת, מאבד את מעמדו המוגן ומהווה מטרת חיסול לגיטימית. אולם, בניגוד ללוחם, ברגע שפעילותו הישירה נפסקת, מעמדו המוגן מוענק לו שוב. עדיין אין תשובה ברורה לשאלה, מהי מידת המעורבות הנדרשת, על מנת שאזרח או לא לוחם יאבדו ממעמדו המוגן? בן נפתלי ומיכאלי טוענות, כי יש להבחין בין נטילת חלק במאמץ המלחמתי הכללי, שאינה פוגעת בהגנה המוענקת למשתתפים בו, לבין פעילות אשר תכליתה וטבעה לגרום נזק רב לחיי אדם ולציוד של כוחות האויב והמהווה לפיכך איום ממשי. אולם, מהי ההגדרה למאמץ מלחמתי כולל? האם קיימת הגדרה מוסכמת וברורה, אשר מספקת הבחנה ברורה בין השתתפות במאמץ מלחמתי ובין השתתפות המהווה איום ממשי ומיידי? כיצד נקבע האם אזרח מהווה איום מיידי או לא?

באשר למנהיג של מדינה, אשר אומנם לא מצוי בשרשרת הפיקוד ההיררכית, אולם הוא אשר מתכנן, שולח ואחראי על הפעילות, האם ניתן לחסלו? להערכתך, אפשרות של חיסול לגיטימי של מנהיג, הינה רצויה. אפשרות כזו תגרום למנהיגים לשקול את צעדיהם יותר בקפידה, בטרם הם מבצעים אותם הלכה

למעשה, בידועם שלהשלכות, כתוצאה ממעשים אלו, יש השפעה ישירה עליהם. כפי שלמנהיג יש את היכולת לקבל החלטות כאלו או אחרות, עליו גם לשאת באחריות כלפי החלטות אלו. המגבלות החלות על טקטיקה זו הינן: פגיעה לא פרופורציונלית בחיי אזרחים חפים מפשע וכן התנקשות, קרי חיסול באמצעים בוגדניים בזמן מלחמה. התנקשות בזמן שלום הינה בעלת מובן שונה. זהו חיסול ישיר של אינדוידואל, אשר הינו בעל צביון פוליטי, אולם לא ברור כיצד זה נקבע. הקריטריונים של התנקשות הינם דו משמעיים ולכן מדינות יכולות לאפיין הרג כך שיתאים למטרות שלהן, לפיכך, להתנקשות יש אופי הקשרי. גם כאן, כמו בדילמה של מידת המעורבות הנדרשת מאזרח, בכדי שמעמדו כמוגן יפגע, מדובר על שאלות, הקשורות יותר למדיניות זו או אחרת, מאשר לכללים אובייקטיביים מוגדרים וברורים.

להערכת, הסיבה לכך שאין לדילמות אלו פתרון ברור, הינה בדיוק אותה הסיבה לכך שאין לטרור הגדרה ברורה ומוסכמת. לדעתי, צריך להיות ברור, כי כל מי שפוגע באזרחים חפים מפשע במטרה לפצוע להרוג אזרחים חפים מפשע, מפעיל טרור, ללא חשיבות למניעים אלו או אחרים, העומדים מאחורי מעשיו.

צריך שיהיה ברור כי חיסול אשר נעשה, על מנת למנוע או להגן על חיי חפים מפשע, לא מהווה התנקשות, קרי פעולה בלתי חוקית. מדינה צריכה להיות מסוגלת להגן על אזרחיה ואם דרך ההתמודדות למול האיום המיוחד והמורכב של הטרור, נעוצה בחיסול, יש לאפשר טקטיקה זו תחת הזכות להגנה עצמית. אולם, אל למדינות לפעול ללא בקרה במימוש הזכות להגנה עצמית ועליהן להפעיל מערכת ריסון עצמית, על מנת שהן לא תהפכנה בתהליך לתוקפניות בעצמן. עליהן לדאוג להפעיל את הטקטיקה, אם בזמן שלום ואם בזמן מלחמה, באופן שיטיב עם כלל האזרחים החפים מפשע, רק תחת הנסיבות הנחוצות ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי.

Addicott, F. J., 2003. "Symposium Article: Proposal For A New Executive Order On Assassination", University of Richmond Law Review, 37, pp: 751-785.

Ben-Naftali, O. and Michaeli, K., 2003. "We Must Not Make a Scarecrow of the Law: A Legal Analysis of The Israeli Policy of Targeted Killings". Cornell Law Review, Forthcoming, 36(2)

Blum, Z.Y. 1976. "State Response to Acts of Terrorism", Jahrbuch fur international recht, 19, pp: 223-237

Bonafede, C.M. 2002. "Here, There, and Evrywhere: Assessing The Proportionality Doctrine and U.S. Uses of Force in Reaponse to Terrorism after The September 11 Attacks", Cornell Law Review, 88, pp: 155-214.

Brown, D. 2003. "Use of Force Against Terrorism After September 11TH: State Responsibility, Self – Defense and Other Responses", Cardozo Journal of International and Comparative Law, 11, pp: 1-53.

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), ICJ Reports, 1986.

Clark, A. 2003. "International Law and the Preemptive Use of Military Force", The Washington Quarterly, 26, pp: 89-103.

Dinstein, Y. 2001. War Aggression and Self – Defense, Cambridge: University Press.

Dinstein, Y. and Tabory, M.(eds.) 1996. War Crimes In international Law, Marinus Nijhoff Publishers.

Godfrey, L.B., 2003, " Authorization to Kill Terrorist Leaders and Who Harbor Them: An International Analysis of Defensive Assassination", San Diego Intenational Law Journal, 4, pp: 491-512.

Green, L.C. 1996. The Contemporary Law of Armed Conflict, (Manchester & New York).

Greenwood, C. 1987. "The Concept of War in Modern International Law" Internatinal and Comparative LawQuarterly, 36, pp: 283, 303-305.

Hendrickson, C.R. 2001. "Article 51 and the Clinton presidency: military strikes and the U.N. Charter", Boston University International Law Journal, 19, pp: 207-230.

Kendall, N.J. 2002. "Recent development: Israel counter terrorism: "Targeted Killings" under International Law", North Carolina Law Review, 80, pp: 1069-1087.

Koh, H.H. 2002. "The spirit of the law", Harvard International Law Journal, 43,pp:23-37.

Parks, W. H. 1989. "Memorandum of Law: Executive Order 12333 and Assassination", Army Lawyer, pp:4-8.

Pickard, D.B. 2001. "Legalizing assassination? Terrorism, the central intelligence agency, and international law", The Georgia Journal of International and Comparative Law, 30,pp: 1-33.

Schmitt, M.N. 1992. "State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law" Yale Journal of International Law, 17, pp: 618-685.

Schwebel, 1986. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), ICJ Reports.

Shaw, M.N. 1997. International law, Cambridge University Press.

Sofaer.A.D., 2003, "On the necessity of Pre-emption", EJIL, 14,2, pp: 209-226.

The Caroline Case, B.F.S.P., 29 , pp: 1137-1138.

Tucker, W.R. and Kelsen,H. 1967. Principles of International law, The Johns Hopkins University.

Tucker, W.R. 1982," A Reply To Critics: Morality and The War", The New York Times.

Turner. F. R., 2003, "Symposium Essay: It's Not Really "Assassination": Legal and Moral Implication of Intentionally Targeting Terrorists and Aggressor-State Regime Elites", University of Richmond Law Review,37, pp: 787-810.

Zengle, P. 1991."Assassination and the law of armed conflict", Military Law Review, 134, pp: 123-155.

www.un.org 20/8/2003

מגילת האום - סעיפים 2(4), 2(7), 51, פרק 7.

www.icrc.org 20/8/2003

Geneva convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 12 August 1949. (Third Geneva convention)

Geneva convention Relative to the Protection of Civilian Persons in time of War of 12 August 1949. (Fourth Geneva convention)

Hague convention IV, 1907, Respecting the Law and Customs of War on Land, Annex to the convention: Regulation Respecting the Law and Customs of War on Land.

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict (Protocol I), 1977.

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non- International Armed Conflict (Protocol II), 1977.

www.asil.org 20/8/2003

The American Society of International Law :

Kirgis, F.L. 2002. "Pre-emptive Action to Forestall Terrorism", pp: 1-2.

הודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה, בג"צ 769/02, הועד הציבורי נגד עינויים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (עדיין אין פסק דין)

בן נפתלי. א. ו מיכאלי.ק., 2003, "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית", המשפט, 15, המכללה למינהל, עמ': 56-72.

גרוס.ע., 2003, " מאבקה של ישראל בטרור בשנת 2002- היבטים משפטיים אגב מבצע "חומת מגן" ", המשפט, 15, המכללה למינהל, עמ': 84-89.

שני.י., 2003, "ישראלים על ספסל הנאשמים?-השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל", המשפט, 15, המכללה למינהל, עמ': 28-45.