

מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים – האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?

מאת

עמנואל גרוס*

א. מבוא

פיגועי טרור, בכלל, ופיגועי טרור התאבדתיים, בפרט, אינם תופעה חדשה. מאז ומתמיד היו ארגונים דתיים או לאומניים רדיקליים, אשר ראו במאבק אלים כלי חשוב לקידום מצעם האידיאולוגי. פיגועי התאבדות נתפסו בעיניהם כנבדלים משיטות טרוריסטיות אחרות, הן נוכח ההתרסה המיוחדת הטמונה בהם כלפי הישות המדינית שכנגדה הם מכוונים, הן משום חומרת הפגיעות הגופניות, הרכושיות והמורליות שבכוחם של פיגועים אלו להסב לאזרחים, והחל מהעשורים האחרונים, גם נוכח האפשרות לבצע פיגועים כאלו תוך שימוש לא רק בחומרי נפץ קונבנציונליים, אלא גם בכלי נשק להשמדה המונית. מאפיינים אלו הקנו לפיגועי התאבדות חומרה רבה מאשר למעשי טרור אחרים. על רקע זה הפכו פיגועי התאבדות לאיום הרציני, המורכב והחמור ביותר שהציב הטרור המודרני לפתחן של מדינות העולם החופשי.

אין זה פלא אפוא כי התמודדותן של מדינות המערב עם איום זה מחייבת התגברות על מגוון רחב של קשיים. מן הבחינה התיאולוגית, המוסרית, הסוציולוגית והפסיכולוגית, קיים קושי רב בהבנת הגורמים להיווצרותן של סיטואציות שבהן מוכנים אנשים לוותר על חייהם שלהם – בחסות תמיכתה ועידודה של סביבתם הקרובה – בכדי לזרוע מוות, הרס, פחד וזעזוע בקרב אזרחיה של המדינה שכנגדה מכוון מאבקם. מן הבחינה הביטחונית, לבד מן הקושי הרב להילחם בפצצות אנושיות ובאלה שגייסו, הכשירו ותמכו בהם, קיים קושי משמעותי יותר הנוגע להיעדר היכולת לחזות כיצד יבחרו ארגוני הטרור להפעיל את

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לעורכת דין תחיה שחר, אשר שקידתה וחריצותה אפשרו רשימה זו.

המתאבדים בשליחותם: האם ילבישו על גופם חגורת נפץ ויורו להם לפוצץ עצמם באוטובוס גדוש נוסעים או במסעדה עמוסת סועדים; האם יכשירו אותם לנהוג מכונית עמוסת חומרי נפץ אל יעד הומה אדם; האם יציידו אותם ברובים וברימונים ויורו להם להגיע אל רחוב הומה ושם להפעילם כנגד העוברים ושבים עד אשר יצליח מישוהו להרגם; האם יציידו אותם בסכינים ויאמנו אותם כיצד לחטוף מטוס מסחרי ולרסקו, על נוסעיו, לתוך יעד אחר; והאפשרויות עוד רבות...

היטיבה לתאר קושי זה הוועדה שהוקמה על מנת לחקור את הנסיבות שאפשרו את ביצוע פיגועי הטרור בארצות-הברית בתאריך ה-11 לספטמבר 2001, כאשר קבעה כי כישלוננו החמור ביותר של הממשל האמריקני היה כישלון הדמיון, כלומר חוסר יכולתו להבין כי מארגוני טרור, דוגמת אל-קאעידה, נשקף איום חדש שטרם היה כמותו לביטחונה של ארצות-הברית.¹

על רקע מתעוררת מחלוקת משפטית בדבר האמצעים שבהם יכולה מדינה דמוקרטית לעשות שימוש כדי להגן על אזרחיה מפני סוג זה של טרור.² אמנם, ידענו כי היקף ההגנה שנדרשת המדינה להעניק לחירויות ולזכויות היסוד של אזרחיה בעתות חירום מצומצם מזה שלו הם זכאים בעתות רגיעה, שכן אם תאבד עצמה המדינה לדעת על מזבח חירויותיהם החוקתיות של אזרחיה, ממילא לא יהיה בכוחה להעניק להם כל הגנה שהיא בתום המשבר.³ אולם יש המרחיקים לכת מעבר לכך וטוענים כי לחימה אפקטיבית בתופעת טרור המתאבדים, בשל חומרתו היתרה, תתאפשר רק על ידי הגמשת המגבלות החוקתיות הכובלות את ידי המדינה בשעת חירום, באופן שיאפשר שימוש באמצעים מניעתיים והרתעתיים אשר ככלל, מנועה מדינה דמוקרטית מלהשתמש בהם במסגרת מאבקה בסוגים אחרים של טרור.

מטרתי במאמר זה היא לבחון את המורכבות המיוחדת הטמונה בטרור המתאבדים, תוך ניסיון לסרטט את המתווה הנורמטיבי שבגדרו צריכה המדינה הדמוקרטית להיאבק בו. הטרור הוא בראש ובראשונה תופעה חברתית. על כן מציאת הדרכים המשפטיות הראויות למאבק בו אינה מתאפשרת מבלי להקדים ולהתחקות אחר שורשיו, מניעיו והאקלים שבו הוא גדל ומתפתח. חלקה הראשון של רשימה זו מוקדש להבהרת מאפייניו הייחודיים של המעשה הטרוריסטי ההתאבדתי, לעומת מעשים טרוריסטים אחרים. בחלק השני של המאמר אסקור את שורשיו ההיסטוריים של טרור המתאבדים המודרני ולאחר מכן אבחן מה הם הגורמים שהביאו להתהוותם של ארגוני הטרור הבולטים בזירה

1 ראו The 9/11 Commission Report – Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States 339 (Official Government ed. 2004).

2 ראו להלן פרק ה.

3 W.H. Rehnquist *All the Laws but One – Civil Liberties in Wartime* (1998), 222-223

העולמית, המבצעים בעת הזו פיגועי התאבדות שיטתיים כנגד מדינות דמוקרטיות לצורך קידום מטרותיהם. במסגרת זו אעמוד על האידיאולוגיה, המבנה הארגוני, המקורות הכלכליים ושיטות הפעילות של ארגונים דוגמת הנמרים הטמיליים בסרי לנקה, אל קאעידה, החזית האסלאמית החמושה באלג'יריה וארגוני הטרור הפלסטיניים הדתיים והחילוניים. בחלק השלישי אנסה להתחקות אחר מכלול הגורמים לביצוע פיגועי ההתאבדות: החל במניעים האינדיווידואליים המגבשים בקרב האדם הבודד את המוטיבציה להקריב את חייו לשם קידומו של אידיאל קולקטיבי דתי או לאומני, עובר דרך בחינת המערך הענף שפיתחו ארגוני הטרור לצורך גיוס מתאבדים פוטנציאלים והכשרתם, וכלה במניעים סביבתיים דוגמת תגובתן – התומכת בדרך כלל – הן של משפחות המתאבדים למעשים הרצחניים שביצעו ילדיהם הן של האוכלוסיה המקומית אשר "למענה" ביצעו, כביכול, המתאבדים את מעשיהם. בהסתמך על התשתית שהונחה בחלקים הקודמים, החלק הרביעי והמרכזי של רשימה זו יבחן תחילה מהי המסגרת החוקתית שאליה ראוי להכפיף את המדינה בשעת חירום, כלומר אם ראוי שמערך ערכי היסוד החוקתיים המנחה את המדינה בעתות שלום ימשיך להנחותה גם בעתות המצוקה או שמא מן הראוי ליצור מערך חוקתי ייחודי לעתות חירום בלבד. מסקנתי היא כי ערכי היסוד הדמוקרטיים בדבר שלטון החוק, הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת וכיבוד ערכי צדק ומוסר חברתי שבמרכזם זכויות אדם, מחייבים כי התמודדותן של מדינות דמוקרטיות עם מצבי חירום, בכלל, ועם מצבי חירום ביטחוניים, בפרט, תיעשה בגדריה של המסגרת החוקתית "הרגילה". על רקע מסקנה זו אבחן אם נוכח האיום הבלתי רגיל הנשקף מטרור המתאבדים, רשאית המדינה ליישם את נוסחת האיוון החוקתית בין הביטחון הלאומי לזכויות הפרט במתכונת ליברלית וגמישה יותר מאשר בהקשר למאבקה כנגד איומים טרוריסטיים אחרים (כך שיתורו למשל מעצרי מנע המוניים נטולי חשד ושימוש בעינויים במהלך חקירתם של חשודים בפעילות טרור); או שמא על אף חומרתו היתרה של סוג זה של טרור, המשקל שעל המדינה לתת לנסיבות החירום שיוצר טרור המתאבדים אינו שונה מזה הניתן לנסיבות חירום ביטחוניות אחרות, כך שהאמצעים שבעזרתם רשאית המדינה להיאבק בו אינם יכולים להיות חמורים יותר מאשר אלו שבהם היא רשאית להיאבק ביתר סוגי הטרור.

כפי שאסביר, דעתי היא כי חרף האיום החמור במיוחד הנשקף מטרור המתאבדים כלפי המשטרים הליברליים המערביים ועל אף קיומם של נימוקים חזקים לטובת העדפת האינטרס הביטחוני על חשבון השעייתן הזמנית של זכויות הפרט בכדי ללחום ביתר אפקטיביות למיגורו של טרור המתאבדים, עקרון שלטון החוק, כעקרון יסוד של המשטר הדמוקרטי, שולל סטייה זו, שמשמעותה אינה אלא ויתור המדינה על אופייה וצלמה הדמוקרטיים.

ב. טרור המתאבדים – הגדרתו ומאפייניו

1. מהותו של המעשה הטרוריסטי

בהיסטוריה האנושית מתועדים מקרים רבים שבהם נעשה שימוש שיטתי במעשי אלימות לצורך קידום משנה אידיאולוגית בעלת תכנים דתיים, לאומניים, חברתיים או כלכליים. על אף קיומו של קונצנזוס בגנות הטרור הפוליטי, הפלורליזם השורר בקהילה הבינלאומית בדבר טיבן של אותן נסיבות רקע שבהן יש כדי לאיין ממעשה מסוים את אופיו הטרוריסטי הלכאורי – פלורליזם אשר בא לידי ביטוי באמרה הידועה שלפיה "טרוריסט בעיני האחד, הוא לוחם חופש בעיני האחר" – מונע גיבושה של הגדרה דסקריפטיבית אוניברסלית של מאפייני המעשה הטרוריסטי.

בחינת מגוון ההגדרות המשפטיות אשר הוצעו למעשה הטרוריסטי במישור הבינלאומי ובמישורים פנים-מדינתיים, כגון החלטה 49/60 של העצרת הכללית של האו"ם בדבר Measures to Eliminate International Terrorism⁴, הגדרת סעיף 2331 לקוד הפלילי האמריקני, כפי שתוקן על ידי ה-Patriot Act of 2001⁵, הגדרת סעיף 1 ל-Terrorism Act of

4 General Assembly Resolution 49/60, Measures to Eliminate International Terrorism (1994): "Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify .them"

5 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272. Sec. 802 (amending 18 U.S.C. 2331): "(1) the term "international terrorism" means activities that – (A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; (B) appear to be intended – (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum; (2)... (3)... (4)... (5) the term 'domestic terrorism' means activities that – (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be intended – (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States"

2000 הבריטי⁶, הגדרת סעיף (1) 83.01 לקוד הפלילי הקנדי⁷ והגדרת סעיף 1 לפקודת מניעת טרור הישראלית⁸, מעלה כי כולן מכוונות עצמן להגן על חיי הפרט, שלמות גופו ורכושו

Terrorism Act, 2000, c. 11: "(1)... 'terrorism' means the use or threat of action where- 6
(a) the action falls within subsection (2), (b) the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a section of the public, and (c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious or ideological cause.
(2) Action falls within this subsection if it-- (a) involves serious violence against a person, (b) involves serious damage to property, (c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action, (d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public, or (e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system. (3) The use or threat of action falling within subsection (2) which involves the use of firearms or explosives is terrorism whether or .not subsection (1)(b) is satisfied"

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46: "'terrorist activity' means... (b) an act or 7
omission, in or outside Canada, (i) that is committed (A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and (B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and (ii) that intentionally (A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence, (B) endangers a person's life, (C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public, (D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or (E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counseling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of .international law"

פקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, ע"ר 24, תוס' א, ע"מ 73: "ארגון טרוריסטי" פירושו חבר 8
אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי-אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי-אלימות כאלה; "חבר בארגון טרוריסטי" פירושו אדם הנמנה עליו, וכולל

והסדר הציבורי. חלקן עושות כן על ידי סיווג המעשה הטרוריסטי כמעשה פלילי, חלקן אינן מתייחסות מפורשות לאופיו הפלילי אלא רק לעצם ביצוע (או האיום בביצוע) מעשי אלימות פוגעניים וחלקן מתייחסות הן לאופיו הפלילי הן לאופיו האלים. כל ההגדרות (לבד מזו שבפקודת מניעת טרור הישראלית, שהיא הגדרה יוצאת דופן מבחינת ניסוחה הגורף) עומדות על כך שהמניע לביצוע המעשה הוא אידיאולוגי ועל כך שטיב המעשה הוא כזה אשר יש בו כדי לגרום פחד, חשש, חרדה, בהלה או אימה בקרב כלל הציבור או חלקים מוגדרים בו.

ברם לצד מאפיינים משותפים אלה, קיימים גם הבדלים בין ההגדרות: ראשית, חלק מן ההגדרות מגבילות עצמן רק למעשים המכוונים כנגד אוכלוסיה אזרחית בלתי לוחמת או כנגד רכוש, ואילו הגדרות אחרות מתפרסות גם על מעשים המכוונים כנגד יעדים ממשלתיים או צבאיים, כך שאין אחדות בדבר זהות האובייקטים המוגנים. שנית, כל ההגדרות, לבד מזו שבהחלטת האו"ם האמורה, אינן מבהירות אם צידוקים מוסריים או משפטיים למטרה האידיאולוגית שאותה שואפים מבצעי המעשים לקדם באמצעות מעשיהם, באותם מקרים שבהם אכן קיימים כאלה, הם רלוונטיים לעניין קביעת אופיים הטרוריסטי של המעשים. בעוד שיש הסוברים כי במטרה, צודקת ככל שתהא, אין כדי להכשיר שימוש באמצעים בלתי חוקיים ולהסיר מעליהם את אופיים הטרוריסטי, ישנם הטוענים כי מאבק למען מטרות צודקות בעלות עיגון חוקי במשפט הבינלאומי, כגון זכותם של עמים להגדרה עצמית או זכותן של קבוצות מיעוט להכרה בזהותן העצמית, מכשיר ביצוע מעשים אשר בנסיבות אחרות היו נחשבים כבעלי אופי טרוריסטי⁹. שלישית, כל ההגדרות – חלקן יותר וחלקן פחות – מנוסחות בלשון רחבה, גורפת וכוללנית. דרך ניסוח זו טומנת בחובה סכנה אינהרנטית להחלתן על מעשים כוחניים מצד כוחות הביטחון והשיטור של הממשל אשר היו דרושים באופן פרופורציונלי לשמירת הסדר והביטחון הציבורי, מחד גיסא, ועל פעילויות מחאה לגיטימיות במשטר דמוקרטי המופנות כנגד הממשל או חלקים ממנו ומבוצעות על ידי קבוצות אפוזיציה, מאידך גיסא.

הבדלים אלו מחדדים את הקשיים אשר מנעו עד עתה את גיבושה של הגדרה משפטית בינלאומית אוניברסלית לעבירת הטרור. לכאורה, היינו יכולים לפטור עצמנו מהתעסקות בקשיים ההגדרתיים האמורים בטענה כי הכל מסכימים שקידום יעדים פוליטיים באמצעות ביצוע, או איום בביצוע, מעשי אלימות בלתי חוקיים הוא בגדר עבירה פלילית ועל כן כפופים המעורבים בתכנונו ובביצועו למרות דיני העונשין. משאין מניעה למצות את הדין

אדם המשתתף בפעולותיו, המפרסם דברי-תעמולה לטובת ארגון טרוריסטי, פעולותיו או מטרותיו, או אוסף כספים או חפצים לטובת ארגון טרוריסטי או פעולותיו".
 L.R. Beres "The Meaning of Terrorism-Jurisprudential and Definitional Clarifications" 9
 .28 *Vand. J. Transnat. L.* (1995) 239, 241-242

עם האשמים, החשיבות המעשית שבאיתור ההבדל בין המעשה הפלילי "הרגיל" לבין המעשה הפלילי הייחודי של "טרור" מתייגת והופכת תאורטית גרדא. יתרה מכך, גם לו נאמר שהדין העונשי "הרגיל" מספק הגנה כללית בלבד לאינטרסים חברתיים חשובים, ולכן אין בכוחו לספק להם את אותה מידת הגנה מיוחדת שעה שנפגעים הם כתוצאה מביצוע מעשי טרור, הרי שבכך יוצאים אנו מנקודת הנחה כי מעשה טרוריסטי – כלומר, מעשה פלילי שבוצע ממניעים אידיאולוגיים – הוא חמור ומגונה יותר ממעשה זהה שהמניע לביצועו פלילי רגיל (כגון תאוות בצע, נקמה וכיוצא באלו). אולם באותה מידה של סבירות ניתן לומר גם את ההפך, כלומר "שיותר גרוע להרוג אדם מתוך קנאה או תאוות בצע מאשר מתוך מניע אידיאליסטי"¹⁰.

הגם שלגישה המתמקדת אך ורק בפליליות המעשה ואינה מבדילה בין מעשה טרוריסטי לבין מעשה פלילי רגיל יש כוח משיכה מסוים, דעתי היא כי חסרונותיה עולים על יתרונותיה. גישה זו מוחקת לחלוטין את כל סממני הייחודיים של המעשה הטרוריסטי ורואה בו אך מעשה אחד מני רבים המסב פגיעה לאינטרסים ציבוריים הראויים להגנה. ברם שלא כמו המעשה הפלילי הרגיל, המעשה הטרוריסטי איננו שואב את חומריו היתירה משיטות ביצועו האכזריות והברוטליות ומן הפגיעות הקשות בגוף, בנפש וברכוש שהוא מסב לקרבנותיו, שהרי לא מן הנמנע שמעשים פליליים "רגילים" יבוצעו אף הם בצורה מזעזעת וזוועתית לא פחות. ייחודו של המעשה הטרוריסטי לעומת מעשים פליליים "סתם" נובעת מאופייה הערכי הבלתי מוסרי הייחודי של מטרת ביצועו. משקיבע הטרוריסט בתודעתו ישות שאותה הוא תופס כ"אויב" – יהא זה האויב הדמוקרטי-ליברלי שערכיו מאיימים על אמונותיו הפונדמנטליסטיות, יהא זה האויב השולט באדמת אבותיו ומסכל בכך את מימוש חזונו הלאומני או יהא זה כל אויב אחר שעצם קיומו נוגד את שאיפותיו – הוא פועל כנגדה תוך הינתקות מוחלטת ממכלול מוסכמותיו המוסריים, המשפטיים והחברתיים של המין האנושי. ערכי מוסר, חיובים הומניטריים ומוסכמות אנושיות בסיסיות, ככל שיש בהם כדי לגרוע מאפקטיביות מאבקו, נסוגים מפני מחויבותו האולטימטיבית העליונה לאמונתו האידיאולוגית. הטרוריסט יפעל לקידום אמונותיו בכל האמצעים הנחוצים בעיניו כאפקטיביים, בלי שיקדים לבחנם במשקפי המוסר והחוק. התקפותיו הרצחניות נושאות אופי א-פרסונלי, במובן זה שאין הטרוריסט מתעניין בזהות הקרבן הקונקרטי, אלא רק בעצם השתייכותו של הקרבן לישות שבה הוא נלחם. תפיסתו המוחלטת נטולת הספקות והסייגים את הפרט הנפגע מן המעשה הטרוריסטי כאמצעי בלבד, היא שיוצרת את האפקט הפסיכולוגי של הפחד, החשש והחרדה בקרב כלל הציבור, ברמה שהיא בלתי פרופורציונלית ביחס לנזק הישיר שהסב המעשה הטרוריסטי הפרטני שביצע. כל אחת ואחד

10 דברי המשפטן חיים כהן ז"ל, אשר כיהן כיועץ משפטי לממשלה וכשופט בית המשפט העליון, כפי שהובאו ב: ל' גלילי "הוצאה להורג בידי מדינה היא רצח מתוכנן" הארץ (30.12.83).

מחברי הקהילה מודע היטב לכך שהוא זה שעלול היה להיות קרבן המתקפה שהייתה, וכי הוא שעלול להיות קרבן המתקפה העתידית, שכן הטרוריסט גזר את דינו, בלא משפט, על פי מערכת הנורמות הא־מוסרית המנחה אותו.

סממנים ייחודיים אלו של המעשה הטרוריסטי, לעומת מעשים פליליים רגילים, מחייבים אפוא להבחין בין המעשה הטרוריסטי לבין המעשה הפלילי הרגיל. בשל כך, דעתי היא כי הגדרה ראויה לטרור היא כזו המשתרעת על ביצוע (או איום בביצוע) שיטתי ומכוון של מעשים פוגעניים, אשר יש בנסיבות ביצועם כדי לזרוע אימה וחרדה בקרב הציבור כולו או חלקים ממנו, כאשר ביצועם של מעשים אלה מכוון כנגד אזרחים חפים מפשע או רכושם במטרה לקדם אידיאולוגיה פוליטית, חברתית או דתית. מעשים דומים, המכוונים כנגד יעדי ממשל וצבא, אינם בבחינת פעולות טרור אלא עולים הם כדי פעולה מלחמתית של ממש¹¹. כמו כן ראוי שהגדרת העבירה תבהיר מפורשות כי צידוקים מוסריים או משפטיים למטרה שאותה שואף המבצע לקדם באמצעות מעשיו, באותם מקרים שבהם אכן קיימים כאלה, אינם רלוונטיים לעניין קביעת אופיים הטרוריסטי של המעשים. שכן במניע – צודק ככל שיהא – אין כדי להכשיר שימוש באמצעים טרוריסטיים בלתי חוקיים¹². רק הגדרה מפורטת וברורה מעין זו תתחום בכירור את גבולותיה של עבירת הטרור ותספק מענה הולם לקשיים שתוארו לעיל.

2. מהותו של המעשה הטרוריסטי ההתאבדתי

את הפעולות העונות על המאפיינים שנמנו לעיל, ועל כן ראוי כי תיחשבנה בבחינת "טרור", ניתן לסווג על פי קריטריונים שונים משלימים זה את זה. בין היתר, ניתן להיזקק לסוג אמצעי החבלה המשמש את הטרוריסט (נשק להשמדה המונית (ביולוגי, כימי, גרעיני), נשק קונבנציונלי (חס, קר) או נשק טכנולוגי (חדירה למערכות מידע ממוחשבות חיוניות ושיבושן באופן העלול לגרום קרבנות רבים בנפש)); זירת התרחשות האקט הטרוריסטי (אווירית, ימית, יבשתית); טיב תפקידו האופרטיבי של המפגע האמון על הוצאת תוכנית הפיגוע אל הפועל.

בהקשר אחרון זה, יש ותפקידו של המפגע אינו מצריך נוכחות באזור התקיפה בעת התרחשותה, שכן מתמצא הוא בהנחת מטען נפץ בעל הפעלה אוטומטית מושהית ביעד הנבחר או בחדירה מרחוק אל מערכת מידע ממוחשבת ושיבושה. עם זאת ייתכן כי תפקידו מורכב יותר מכיוון שהפעלת האמצעי החבלני מחייבת הימצאות בסמוך לאזור התקיפה בעת התרחשותה (הפעלת מטען נפץ הנשלט ממרחק או שהייה במקום מסתור הצופה אל

A.R. Coll "The Legal and Moral Adequacy of Military Responses to Terrorism" 81 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (1987) 297, 298

12 Coll, שם; Beres, לעיל הערה 9, עמ' 242.

מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים –
האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?

יעד התקיפה המיועד ומאפשר ירי מדויק אל עבר העוברים והשבים), אולם ייתכן שעל המפגע להפעיל את האמצעי החבלני אגב שהייה בזירת הפיגוע, תוך הקרבה עצמית של חייו.

מפגע אחרון זה נבדל מן השניים האחרים בכך שבעוד שאלו ניגשים לביצוע התקיפה המתוכננת ביוזמה כי קיים סיכוי מסוים לכך שתכנית הפעולה תשתבש וכתוצאה מכך ימצאו את מותם או ייעצרו בידי הצד המותקף בטרם יעלה בידם להימלט. הוא ניגש לביצועו בלא הכנה מוקדמת של דרכי מילוט, בידיעה כי הצלחה בביצוע התקיפה המתוכננת כרוכה בהכרח במותו ורק תקלה בלתי צפויה בעת הוצאתה לפועל של תכנית הפעולה עשויה להביא להישארותו בחיים. ניתן אפוא להגדיר דפוס פעולה ייחודי זה, המכונה על פי רוב "פיגוע התאבדות" או "פיגוע הקרבה עצמית", כפעולת טרור המבוצעת על ידי מפגע בודד (או כמה מפגעים) ההורג עצמו מבחירה, בעקבות תכנון מקדים, ביעד התקיפה הנבחר, מתוך מודעות עצמית מלאה לעובדה כי מותו מהווה תנאי הכרחי לעצם התרחשות הפיגוע¹³.

מקובל לפרש הגדרה זו בצמצום, כך שתשתרע אך ורק על פיגועי הקרבה עצמית "קלאסיים", שבהם מהווה מות המחבל תנאי הכרחי ישיר לעצם התרחשותם. כלומר, מקובל להיזקק להגדרה רק בהקשר לפיגועים שבהם הריגת המחבל את עצמו היא חלק אינהרנטי מן המתקפה, במובן זה שאין כל אפשרות אובייקטיבית להוציאה אל הפועל מבלי שיהרוג עצמו ועל כן היוותרותו בחיים משמעה בהכרח אי-ביצועה¹⁴. פיגועים מסוג זה יכול שיתבצעו בידי מחבל המפעיל ביעד התקיפה הנבחר חומר נפץ אשר נושא הוא על גופו או בכליו, בידי מחבל המטמין מטען חבלה בכלי תחבורה אווירי, ימי או יבשתי באופן המחייבו להימצא בכלי זה עד התפוצצות רגע המטען, או לחילופין בידי מחבל המשתלט על כלי תחבורה כלשהו במטרה להשמידו על נוסעיו (לעתים אל תוך יעד מוגדר מראש). על פי פרשנות צרה זו, פעולות טרור שבהן מות המחבל מהווה תנאי הכרחי עקיף לעצם התרחשותן – כלומר, פעולות שבהן הוצאת המעשה הטרוריסטי אל הפועל אינה כרוכה במותו, אולם ההסתברות להריגתו בידי הצד המותקף קרובה לוודאי, עקב נסיבות ביצוע המתקפה – אינן מוגדרות כ"פיגועי התאבדות". שיטת הפעולה השכיחה ביותר לביצוע פעולות מסוג זה היא הסתערות אל עבר אזור הומה אדם, תוך ירי מכוון לעבר הנוכחים

הערה [1e]: ההפניה בהערה אינה נכונה, המאמר אינו מופיע בקישור שבהערה ולמעשה לא נמצא כלל באתר זה

13 Y. Schweitzer "Suicide Terrorism: Development & Characteristics" (Publication of the International Policy Institute for Counter-Terrorism, Herzliya, 21.4.00), <http://www.ict.org.il/Articles/tabid/66/Articlsid/42/currentpage/1/Default.aspx>

14 B. Ganor "Suicide Terrorism: an Overview" (Publication of the International Policy Institute for Counter-Terrorism, Herzliya, 15.2.00), <http://www.ict.org.il/articles/articleidet.cfm?articleid=128>

המלווה בהשלכת רימונים. שיטת פעולה אחרת היא הסתערות אל עבר מרכזי קהל תוך תקיפת הנוכחים בנשק קר (כגון סכין או גרזן). שיטה שלישית היא השתלטות מזוינת על זירה מוגדרת (כגון מטוס, אוטובוס, תיאטרון). פעמים תוך מלכודה בחומרי חבלה והחזקת הנוכחים כבני ערובה למטרות מיקוח¹⁵.

דעתי היא כי בהימנעות מלראות פעולות אלה, שבהן מבחינתו של המחבל מותו אינו הכרחי, כפעולות התאבדות, יש כדי להחטיא את המבדיל והמייחד את פיגועי ההתאבדות משאר מעשי הטרור. שכן בראייה רחבה, אין כל שוני מהותי בין המצב הקלאסי, שבו התרחשות הפיגוע משמעה בהכרח מותו הוודאי של מחבל השולח יד בנפשו, לבין מצב שבו התרחשות הפיגוע משמעה מותו הקרוב לוודאי של המחבל בידי הצד המותקף. בשני המצבים, מגובה מצב עובדתי אובייקטיבי של סכנת חיים ממשית למחבל המבצע בנכונותו הסובייקטיבית להקריב חייו ולא רק לסכנם, ומשום כך בשניהם ניגש הוא לביצוע המעשה בלא תכנון מוקדם של דרכי מילוט¹⁶. אלמלא היה נכון המפגע להקריב את חייו אלא רק לסכנם תוך הותרת סיכוי אובייקטיבי ממשי להיוותר בחיים, לא היה מבצע אף לא אחת מן הפעולות הנ"ל אלא היה בוחר באקט תקיפה אשר היה מותיר לו סיכויי ממשי להינצל. אמנם המחבל המתאבד הקלאסי הוא שגורם באופן פיזי ישיר למותו ואילו בפיגוע בעל מאפייני פיגוע ההקרבה העצמית הקלאסי, הצד המותקף הוא הגורם הישיר למות המחבל, אך נראה לי כי מבחינה מהותית, פעולה אובדנית ישירה אינה שונה במאום מפעולה אובדנית עקיפה. כשם שאדם המחליט לירות בעצמו למות אינו שונה מאדם המחליט לסיים חייו על ידי התפרצות פתאומית אל כביש סואן, כך טרוריסט השולח יד בנפשו בכדי לאפשר הוצאתה לפועל של פעולה טרוריסטית אינו שונה מטרוריסט המכניס עצמו ביודעין וברצון למצב דברים אשר מרבית הסיכויים הם כי יגרום באופן תוצאתי למותו, בכדי לאפשר הוצאתה אל הפועל של פעולת טרור. בדומה, גם העובדה כי בניגוד למחבל המתאבד הקלאסי שמותו הוודאי הוא תנאי הכרחי לביצוע הפיגוע, למתאבד התוצאתי יש סיכוי – אמנם נמוך – להוציא את הפיגוע אל הפועל מבלי למות (בין על ידי בריחה בלתי מתוכננת ובין על ידי מעצר בידי הצד המותקף), אינה הופכת פיגוע מסוג אחרון זה לפיגוע לא התאבדותי, מכיוון שאת הדגש יש לשים, כאמור, על כוונתו הסובייקטיבית של המחבל לבצע מעשה הקרבה אולטימטיבי ולא על ודאיותה של התוצאה הסופית הצפויה.

גם מצדדי הפרשנות המצמצמת ערים לעובדה שלא הרי מחבל היוצא לפעולה שסיכויו לשרוד אותה, קלושים כמחבל המסכן חייו תוך הותרת סיכויי הישרדות סבירים (לכשתפקידו מחייב נוכחות בסמוך לאזור) ופעמים אף גבוהים (לכשתפקידו אינו מחייב נוכחות באזור בשעת ביצוע הפיגוע), ועל כן מתייחסים לסוג זה של פיגועים כאל סוג מיוחד

15 שם; ש' שי שההידים – האסלאם ופיגועי ההתאבדות (2003), 26-27.

16 נ' טל "ישראל וטרור המתאבדים" עדכן אסטרטגי 5 (1) (2002) 25, 27.

במינו (Sui Generis)¹⁷. כמוסבר, דעתי היא כי הבחנה זו אינה תופסת כראוי את נבדלותם וייחודם של פיגועי ההתאבדות משאר מעשי הטרור ועל כן יש לראות גם את פעולות ההתאבדות העקיפות כ"פיגועי התאבדות". רק פעולות טרור שבהן מות המחבל אינו תנאי הכרחי – בין ישיר ובין עקיף – להוצאת האקט הטרוריסטי אל הפועל, כי אם תוצר של התממשות הסכנה הכרוכה בביצוע שני תפקידיו האלטרנטיביים, כפי שפורטו לעיל, אין לראותן כפיגועי התאבדות. הגדרה פונקציונלית-מהותית זו של המעשה הטרוריסטי ההתאבדתי, לעומת מעשי טרור אחרים, תדריכנו בפרקים הבאים, עת נתחקה אחר טיבו, שורשיו ומניעיו הייחודיים ונבחן מהו המענה הנורמטיבי הראוי לו.

ג. טרור המתאבדים – רקע היסטורי

"וְהַבַּיִת, מְלֵא הָאֲנָשִׁים וְהַנְּשִׁים, וְנִשְׁמָה, כֹּל סָרְנֵי פְּלִשְׁתִּים; וְעַל-הַגֵּג, כְּשֶׁלֶשֶׁת אֲלָפִים אִישׁ וְאִשָּׁה, הָרְאִים, בְּשַׁחֲוֶק שְׁמִשׁוֹן. וַיִּקְרָא שְׁמִשׁוֹן אֶל-יְהוָה, וַיֹּאמֶר: אֲדֹנָי יְהוִה זְכַרְנִי נָא וְחַזְקֵנִי נָא אֲךָ הַפַּעַם הַזֶּה, הָאֲלֹהִים, וְאֶנְקָמָה נִקְם-אֶחָת מִשְׁתִּי עֵינִי, מִפְּלִשְׁתִּים. וַיִּלְפַּת שְׁמִשׁוֹן אֶת-שְׁנֵי עַמּוּדֵי הַתֶּרֶן, אֲשֶׁר הַבַּיִת נֹכַח עֲלֵיהֶם, וַיִּסְמְךְ, עֲלֵיהֶם--אֶחָד בְּיַמִּינוֹ, וְאֶחָד בְּשְׂמָאלוֹ. וַיֹּאמֶר שְׁמִשׁוֹן, תָּמוּת נַפְשִׁי עִם-פְּלִשְׁתִּים, וַיֵּט בְּכַח, וַיַּפֵּל הַבַּיִת עַל-הַסָּרְנִים וְעַל-כָּל-הָעָם אֲשֶׁר-בּוֹ; וַיִּהְיוּ הַמֵּתִים, אֲשֶׁר הָמִית בְּמוֹתוֹ, רַבִּים, מְאֹד אֲשֶׁר הָמִית בְּחַיּוֹ"¹⁸.

ספר דברי ימי ההיסטוריה האנושית אינו חסר מקרים שבהם דבקו אנשים במטרה רעיונית-קולקטיבית מסוימת בנחישות כה עזה, עד כי היו נכונים להקריב את חייהם בכדי לאפשר ביצועה של פעולה אלימה, אשר בה, כך האמינו, היה כדי לסייע בקידום שאיפותיהם. תחילה כווננו מעשי ההקרבה העצמית אך כנגד אישי ממשל וצבא, כשפגיעה באזרחים חפים מפשע הייתה אגבית בלבד. כבר בספר שופטים, אשר נכתב במאה העשירית לפני הספירה לערך, מצוי תיעוד משיחי של האירוע שבו הקריב שמשון חייו, בצורה הקלאסית, בכדי לשחרר את עם ישראל מן הכיבוש הפלשתי. גם הכת האיסמעילית-ניזארית, כת משיחית מוסלמית-שיעית שמקורה בפרס, אשר התקיימה מסוף המאה האחת-עשרה ועד סוף המאה השלוש-עשרה לספירה, עת נכבשה מדינתה בידי צבאות מונגוליה, שלחה את מאמיניה לפעולות התאבדות. אנשי הכת האמינו כי בקץ הימים יבוא המשיח וינהיג מלחמת

17 שי, לעיל הערה 15, עמ' 26.

18 שופטים, טז, כז-ל.

קודש בכל הכופרים עלי אדמות שבסופה תטוהר דת האסלאם, וכי עליהם לפעול למען החשת בואו¹⁹. האיטמעיילים כבשו כמה מבצרים הרריים מבודדים ברחבי פרס וסוריה, ייסדו בהם מדינה עצמאית, שאותה ניהלו בהתאם לחוקי האסלאם השיעי, תוך שהשתמשו בצבאם בייחוד כדי להגן על מבצריהם ולהילחם בכופרים הצלבנים. כנגד יריביהם המוסלמים (ובמקרים נדירים ביותר גם כנגד אלה הנוצרים) – מנהיגים פוליטיים, צבאיים ודתיים רבי השפעה שבזו לתורתם המשיחית הרדיקלית וניסו למנוע מהם להפיצה – פעלו באופן נקודתי, תוך הימנעות מפגיעה חסרת הבחנה בחפים מפשע²⁰. פעולות נקודתיות אלה בוצעו תמיד במתכונת של מעשי התאבדות עקיפים, תבנית פעולה שאותה אימצו בשל נחיתותם המספרית והלוגיסטית אל מול אויביהם²¹. במהלכם תקף המתאבד את קרבנו בפגיון, לעתים קרובות באתרים קדושים, בחצרות מלכות או במקומות ציבוריים הומי אדם²². התוקף, לא זו בלבד שידע כי שימוש בכלי נשק גלוי בזירה ציבורית הומה מקים סכנה ממשית להריגתו, כי אם גם חפץ לסיים חייו במעמד זה ובמרבית המקרים לא עשה כל ניסיון להימלט, שכן מגיל צעיר חונך לשאוף למות קדושים וידע כי הישרדות לאחר מעשה תמנע ממנו וממשפחתו כבוד גדול²³. הקושי המוסרי הרב שעמד בפני מתנגדי הכת וההיסטוריונים של אותה תקופה בהבנת נכונותם חסרת הסייגים של בני הכת לבצע רציחות בדם קר תוך הקרבת חייהם, זיכה אותם בכינוי אססינים – מתנקשים פנאטיים המשתמשים בטקטיקות של תרמית ובגידה²⁴ וכן בכינוי "חשישיים" – אנשים המבצעים מעשים בלתי רציונליים בשל היותם תחת השפעת חשיש²⁵.

גם בין המאות 18-20 פעלו בקרב הקהילות המוסלמיות בהודו, באינדונזיה ובפיליפינים קבוצות מיליטנטיות קיצוניות שלחמו לסילוק המשטרים הקולוניאליים המערביים מארצותיהם, בין השאר באמצעות פעולות התאבדות עקיפות²⁶.

הגם שכאמור, מעשי ההקרבה העצמית אינם דפוס פעולה חדשני שהביאה עמה העת המודרנית, הרי שמעשי ההתאבדות המבוצעים החל מאמצע המאה העשרים ועד ימינו, נבדלים מקודמיהם הן בזהות היעדים המותקפים הן באופן ביצוע התקיפה. היות ובעבר התקשו ארגונים מיליטנטיים להשיג חומרי חבלה ולא כל שכן ידע מתאים להפעלם, בוצעו

19 ד' ס' רפפורט "חיל ורעדה: טרור בשלוש מסורות דתיות" 2 מדינה וחברה (2002) 209, 217.
 20 שם, עמ' 218-220; W.B. Bartlett *The Assassins – The Story of Medieval Islam's Secret* ;
 21 Bartlett, שם, עמ' 48.
 22 רפפורט, לעיל הערה 19, עמ' 216; Bartlett, שם, עמ' 49.
 23 רפפורט, שם.
 24 Lewis, לעיל הערה 20, עמ' 2.
 25 Bartlett, לעיל הערה 20, עמ' xi.
 26 שי, לעיל הערה 15, עמ' 51.

מרבית פעולות ההתאבדות בשיטה העקיפה, תוך שימוש בנשק קר או חס, וכוונת כנגד אישי ממשל וצבא, בכדי לערער את ביטחון האויב ולהשיג הד ציבורי מקסימלי. החידושים הטכנולוגיים שהביאה עמה המאה העשרים, הפכו את כלי הנשק ואת חומרי החבלה למתוחכמים, פשוטים להפעלה, זולים ופוגעניים הרבה יותר מאלו שהיו בעבר. ארגוני הגרילה השכילו להבין כי ביצוע פעולות התאבדות עקיפות כנגד אוכלוסיה אזרחית, שפגיעותה, מטבע הדברים, רבה יותר משל יעדי ממשל וצבא, לא כל שכן ביצוע פעולות התאבדות קלאסיות באמצעות פיצוץ חומרי נפץ רבי עוצמה במרכזי קהל הומים, יערערו את חוסנו המנטלי של היריב הרבה יותר מאשר פעולות המכוונות כנגד יעדים מסורתיים ועל כן יהיו אפקטיביים הרבה יותר לקידום מטרותיהם.

להלן אעמוד על מאפייניהם של ארגוני הטרור הדומיננטיים בזירה העולמית כיום, המבצעים בשיטתיות פיגועי התאבדות כנגד אוכלוסיה אזרחית²⁷:

1. ארגון "הנמרים הטמילים"

הסינהאליים והטמילים, שני עמים שמוצאם בהודו, פלשו לאי ציילון (שהפך בשנת 1972 לרפובליקה סרי-לנקה) במאה השישית ובמאה השנייה לפני הספירה, בהתאמה. מלחמות אזרחים בלתי פוסקות התנהלו מאז בין העמים, עד כי כיום נשלטת סרי-לנקה בידי הרוב הסינהאלי המהווה כ-74 אחוזים לערך מכלל אוכלוסיית המדינה, ואילו הטמילים הם מיעוט בשיעור 18 אחוזים לערך, השואף להקמת מדינה טמילית עצמאית המשתרעת על שטחי צפון ומזרח האי, שם הם מהווים רוב²⁸. ארגון "הנמרים הטמילים", שנוסד בשנת 1972, הוא הדומיננטי שבארגוני הגרילה הטמילים לשחרור לאומי. מקור משאביו הכלכליים והלוגיסטיים ביוזמות עסקיות ענפות מחוץ למדינה (חלקן חוקיות, חלקן בלתי חוקיות), וכן בגיוס תרומות בקרב קהילות הטמילים בצפון אמריקה, באירופה ובאסיה²⁹ וההערכות הן כי

27 כפי שצינתי בפרק הקודם, פעולות אלימות המכוונות כנגד מטרות ממשל וצבא אינן בבחינת פעולות טרור אלא בבחינת פעולות מלחמה. על כן לא אעסוק כאן בארגוני גרילה מיליטנטיים המבצעים פעולות התאבדות אך או בייחוד כנגד יעדים אלה, כדוגמת ארגון "צבא הטהורים" (Lashkar e-Toiba) הפקיסטאני, מפלגת הפועלים הכורדית בתורכיה (Kurdistan Worker's Party – PKK) והארגונים הצ'צ'נים.

28 D.M. Rothenberg "Negotiation and Dispute Resolution in the Sri Lankan Context: Lessons From the 1994-1995 Peace Talks" 22 *Fordham Int'l L.J.* (1998) 505, 510; שירות "הארץ" שיחות השלום עם הטמילים הושעו בשל המתח בין הנשיאה לראש הממשלה" הארץ (11.11.03).

29 "Profile of the Liberation Tigers of Tamil Eelam" in *Patterns of Global Terrorism, 2003* (United States Department of State), <http://www.state.gov/s/ct/rls/pgtrpt/2003/31711.htm>

הוא מונה בין 10,000-18,000 לוחמים, מחציתם נשים³⁰. מרבית הטמילים הם בני הדת ההינדואית, אולם אין הם מקנים כל צביון דתי לשאיפתם האתנית-לאומנית לעצמאות³¹. על כן הדרכים שבהן פועל הארגון אינן תוצר מוכתב מראש של צו הלכתי נוקשה, כי אם של טעמים אסטרטגיים תועלתניים בדבר האופן האפקטיבי ביותר להשגת המטרה. פעולות ההתאבדות, שהחלו בשנת 1987 בעקבות מהלומה צבאית קשה שספג הארגון מהצבא, מוצאות אל הפועל באמצעות יחידת "הנמרים השחורים", שהיא יחידת עילית המיוחדת אך ורק למטרה זו³². כעניין שבמדיניות, מכון הארגון את פעולותיו האלימות בעיקר כנגד התשתית הפרסונלית והמבנית של הממשל, הצבא והכלכלה, וכנגד פוליטיקאים טמילים המשתפים פעולה עם הממשל, כשהפגיעה באוכלוסיה אזרחית המצויה בסמוך ליעד היא אך תוצאה נלווית, אולם חלק מהפעולות האלימות, ובכלל זה פיגועי התאבדות, מכוונות במישרין כנגד האוכלוסיה האזרחית. בעקבות שיחות השלום בין ממשלת סרי-לנקה לבין "הנמרים הטמילים", השעה הארגון את ביצוע פעולותיו אלימות ובכלל זה את פעולות התאבדות, אולם ראוי לציין כי לא חדל מגיוס ומאימון פעילים וכן מהצטיידות במקורות פיננסיים ובאמצעי לחימה³³.

2. החזית האסלאמית החמושה באלג'יריה³⁴

ארגון אסלאמי פונדמנטליסטי רדיקלי הפועל החל מתחילת שנות התשעים בתמיכת איראן וסודאן, במטרה להפיל את המשטר האלג'ירי החילוני ולהקים תחתיו משטר אסלאמי הלכתי. מאז הקמתו ביצע הארגון פעולות אלימות רבות על אדמת אלג'יר הן כנגד מטרות

30 C. Beyler "Messengers of Death – Female Suicide Bombers" Publication of the International Policy Institute for Counter-Terrorism, Herzliya (12.2.03), <http://www.ict.org.il/Articles/tabid/66/Articlsid/94/currentpage/5/Default.aspx>

31 שם.

32 כבר בתחילת שנות השמונים צוידו כל לוחמי הארגון בכמוסות ציאניד, שאותן חויבו לבלוע בהתקיים סכנה ממשית לנפילה בשבי, בכדי למנוע את האפשרות שימסרו בחקירתם מידע סודי אודות הארגון. מבחינה מהותית, יחידת המתאבדים (הפועלת על פי השיטה הקלאסית) אינה אלא פיתוח והעצמה של נכונות חברי הארגון להקריב עצמם על מזבח המטרה. מאז שנת 1987 ועד היום ביצע הארגון מעל 170 פעולות הקרבה עצמית כנגד יעדים שלטוניים, צבאיים ואזרחיים גם יחד – יותר מכל ארגון מיליטנטי אחר בעת המודרנית – וגרם בכך למותם של מאות אנשים, לפציעתם של אלפים ולנזק כבד לרכוש. ראו E. Sprinzak "Rational Fanatics" <http://www.foreignpolicy.com/Ning/archive/archive/120/rationalfanatics.pdf>

33 ראו ריאיון שנערך בחודש מאי 2002 בתוכנית FRONTLINE/World עם Dr. Rohan Gunaratna, מומחה בחקר ארגוני טרור באסיה: <http://www.pbs.org/frontlineworld/stories/srilanka/feature2.html>

34 שי, לעיל הערה 15, עמ' 123-125.

ממשל וצבא הן כנגד יעדים אזרחיים, וכן כמה פעולות טרור כנגד יעדים צרפתיים בצרפת ומחוצה לה, כנקמה על תמיכת הצרפתים במשטר האלג'ירי הקיים. חלק מן הפעולות האלימות היו פעולות התאבדות, מרביתן בוצעו במתווה הקלאסי של מחבל הנוהג מכונית תופת אל תוך היעד הנבחר, אך בוצעו גם פיגועי התאבדות עקיפים, שהידוע בהם הוא חטיפת מטוס חברת התעופה הצרפתית Air-France בדצמבר 1994 בידי ארבעה מחברי הארגון, למטרות מיקוח.

3. ארגון אל-קאעידה³⁵

ארגון אל-קאעידה נוסד אמנם באופן רשמי רק בשנת 1988 בידי אוסאמה בן לאדן, מולטי מיליונר בן למשפחה סעודית עשירה, אולם כבר מאז 1979, עת פלשו הסובייטים לאפגניסטאן, ניצל בן לאדן את הונו ואת קשריו עם בעלי ממון ערביים בכדי לפעול להבאתם של מוסלמים צעירים מקהילות מוסלמיות שונות ברחבי העולם לאפגניסטאן, שם הקים עבורם מחנות אימונים שאליהם הביא מומחים בלוחמת גרילה. בתום עשור של לחימה הובסו הסובייטים ויצאו מאפגניסטאן. אז, הקים בן לאדן את ארגון Al-Qaeda, שאותו ייעד לשמש כבסיס לבניית צבא איסלאמי עולמי. לאחר שהות קצרה בערב הסעודית, שאותה עזב במצוות השלטונות, העתיק בן לאדן בשנת 1991 את מקום מושבו לסודאן. בתמורה להשקעותיו הכספיות הנרחבות בבניית כבישים ובמימון מלחמתה של הממשלה בבדלנים בדרום המדינה, העניק לו הממשל מרחב פעולה לחיזוק ולפיתוח תשתיות הרוחנית, הפוליטית, הצבאית, הפיננסית והתעמולתית של אל קאעידה. בשנת 1996, בעקבות לחץ שהופעל על השלטון הסודאני מצד ארצות-הברית, מדינות מערביות נוספות וכן מצרים, ערב הסעודית, לוב והאו"ם, נאלץ בן לאדן לעזוב את המדינה ולשוב לאפגניסטאן, שם בא בבירת עם אנשי הטאליבאן שתפסו את השלטון, ובתמורה למתן תמיכה כספית נרחבת לממשל והספקת לוחמים שסייעו בידו במלחמתו כנגד פלגי התנגדות בצפון המדינה, העניק ממשל הטאליבאן לבן לאדן חופש לפעול לפיתוח ארגונו. בשנת 1998 הכריז בן לאדן על הקמת "החזית האסלאמית הבינלאומית לג'יהאד כנגד הצלבנים והיהודים" – ארגון גג בינלאומי, שמטרתו לקדם שיתוף פעולה בין אל קאעידה לארגונים אסלאמים פונדמנטליסטים אחרים, הפועלים במדינות שונות למען הפלת המשטרים הכופרים והחלפתם במשטרים אסלאמיים הלכתיים, באמצעות ביצוע פעולות אלימות כנגד יעדי ממשל וצבא וכנגד יעדים אזרחיים. עד להקמת הארגון נמנעו חברי אל

35 הסקירה שלהלן נסמכת על ש' שי, "שוייצר הטרור של "בוגרי אפגניסטן" – האסלאם נגד שאר העולם (2000)", Staff Statement ; The 9-11 Commission "Overview of the Enemy", No. 15, http://www.9-11commission.gov/hearings/hearing12/staff_statement_15.pdf.

קאעידה מביצוע אקטיבי של פיגועי טרור והתרכזו בבניית תשתית מוסדית, רוחנית, חברתית, כלכלית ולוגיסטית של תמיכה בארגוני טרור אסלאמיים פעילים ברחבי העולם. הקמת ארגון הגג נועדה לסמל את פתיחתו של שלב רדיקלי יותר במאבק, שבו ייעד לעצמו אל קאעידה לא רק את תפקיד הארגון המוביל לא רק בתמיכה בארגוני טרור ברחבי העולם, אלא גם בביצועם האקטיבי של מעשי טרור. תגובתו הצבאית של הממשל האמריקני למתקפת הטרור של ה־11 בספטמבר 2001, שהתבטאה בהפלת משטר הטאליבאן באפגניסטן בד בבד עם הריגתם, מעצם ורדיפתם של בן לאדן ואנשיו, הסבה פגיעה קשה במבנהו הריכוזי של הארגון, במקורות המימון שלו וביכולתו לאמן ולהכשיר טרוריסטים, כך שכיום, בניגוד לעבר, לא מדובר עוד בארגון הייררכי מסודר, אלא באסופת תאים ורשתות של טרור מקומיים הפרוסים באזורים שונים בעולם, שהסמכויות הביצועיות הואצלו במידה רבה לידי מפקדיהן. עם זאת שאיפת הארגון להוציא אל הפועל כנגד ארצות־הברית ובעלות בריתה מתקפות טרור מתריסות ורצחניות אף יותר ממתקפת ה־11 בספטמבר רק העצימה מאז, וכל העת נמשכת מלאכת הכשרת הפעילים לביצוע פיגועים קונבנציונליים, כמו גם הניסיונות להשגת נשק כימי, ביולוגי, רדיואקטיבי או אף גרעיני. מספר הפיגועים המדויק שביצע הארגון אינו ידוע, שכן אין הוא נוהג ליטול אחריות על מלוא מעשיו ולעתים קיים קושי מודיעיני לספק ראיות חותכות למעורבותו בהם. עם זאת ידוע כי פעולות התאבדות, המבוצעות כולן בשיטה הקלאסית, מהוות את שיטת פעולתו העיקרית.

4. ארגוני הטרור הפלשתיניים

(א) ארגונים אסלאמיים דתיים־פונדמנטליסטים

1. הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני: ארגון מוסלמי סוני רדיקלי שהוקם בשנת 1981 ברצועת עזה, על ידי שניים מפורשי תנועת "האחים המוסלמים": ד"ר פתחי אל־שקאקי ושייח' עבד אל־עזיז עודה³⁶. הג'יהאד האסלאמי שותף לחזון האומה המוסלמית העולמית המאוחדת של "האחים המוסלמים", אולם שעה שהאחים המוסלמים אינם מייחסים חשיבות מיוחדת לקיומה של מדינת ישראל בשטחי פלסטין, בסברם כי ישראל, ככל משטר לא אסלאמי אחר, תובס בנקל בידי המדינה האסלאמית המאוחדת העתידה לקום, הג'יהאד האסלאמי רואה בעצם קיומה של ה"יישות היהודית הציונית" כהגדרתו, מכשול להשגת האחדות הפנימית המיוחלת, שהיא כאמור, תנאי מקדמי הכרחי לכינון האומה המוסלמית

36 י' חבקוק, ש' סאלח טרור בשם האסלאם (1999), 120.

האוניברסלית³⁷. תפיסה זו נובעת מפרשנותם של אנשי הג'יהאד את מצבו של העולם הערבי. לטענתם, ירידת כוחו של האיסלאם והתחזקות התרבות המערבית בעולם הערבי החלה עם פלישת נפוליאון למצרים בשנת 1798 והגיעה לשיאה בשנת 1918 עם התפוררות האימפריה העותמאנית, שהיוותה סמל לאיחוד האסלאמי. מכאן ואילך הואצה השתלטות העולם המערבי על העולם הערבי, פרדיגמות מערביות חללו אל החברה הערבית והביאו לחילון חלקים נרחבים ממנה. הפרדת הדת מן המדינה החלישה את עמידותו העולם הערבי אל מול האימפריאליזם המערבי ואפשרה את הקמתה של מדינת ישראל ובכך את הגשמת החזון הציוני. עצם קיומה של מדינת ישראל מנציח את עליונות התרבות המערבית על העולם הערבי ועל כן אין הוא אלא המקור המרכזי לחולייה הרוחניים של החברה המוסלמית, אשר מונע את האחדות האסלאמית הפנימית המקווה. לפיכך משימתם הראשונה של המוסלמים היא ניהול מאבק מזוין עיקש לחיסול הישות הציונית. אמנם, אין בכוחו של מאבק זה להביא להבסתה המוחלטת של ישראל, אולם יש בו כדי להביא להיחלשותה, וכפועל יוצא להאיץ את גיבוש העולם הערבי תחת דגל האיסלאם ולאפשר הקמתה של האומה האסלאמית המאוחדת אשר תשלים את המלאכה³⁸.

השילוב ההופך אפוא את הג'יהאד האסלאמי לקיצוני שבארגוני הטרור הפלסטיניים, הוא זה שבין אידיאולוגיה אסלאמית פונדמנטליסטית לבין אידיאולוגיה לאומנית פלסטינית. המדיניות הישראלית כנגד התנועה, אשר כללה בין השאר את הוצאתה אל מחוץ לחוק, מעצר רבים מחבריה וגירוש מייסדיה ומנהיגיה הבכירים ללבנון, הביאה לפיצולה לכמה פלגים עצמאיים, שמפקדותיהם שוכנות במדינות שונות במזרח התיכון וזכות לסיוע כלכלי ולוגיסטי בייחוד מאיראן³⁹.

בשנת 1984 החל הארגון את מאבקו המזוין כנגד כוחות צה"ל וכנגד האוכלוסיה הישראלית האזרחית. בשנים הראשונות בוצעו פיגועי הטרור במגוון שיטות, ובהן הטמנת מטעני חבלה במרכזים ציבוריים ורציחת אזרחים ישראלים שנקלעו לתחומי רצועת עזה. בתקופה זו לא ביצע הארגון פיגועי התאבדות קלאסיים, אולם עמד מאחורי מספר רב של פיגועי התאבדות עקיפים, אשר בוצעו בייחוד על ידי דקירות סכינ⁴⁰. רק בשנת 1993 החל לבצע פעולות התאבדות קלאסיות – תחילה כנגד כוחות צה"ל ובהמשך גם כנגד אוכלוסיה אזרחית – על פי דפוסי פעולה שלמדו אנשיו במחנות האימונים של ארגון החיזבאללה

37 מ' בורגין, ד' טל טרור איסלאמי וישראל (ע' קורץ עורכת, 1993), 121-122.

38 שם.

39 שם, עמ' 127-128.

40 Sprinzak, לעיל הערה 32.

בלבנון, שביצע פעולות התאבדות כנגד מטרות ממשל וצבא אמריקניות וישראליות כבר משנת 1983⁴¹.

2. חמא"ס – "תנועת ההתנגדות האסלאמית": ארגון החמא"ס נוסד ברצועת עזה בדצמבר 1987 על ידי השיח' אחמד אסמאעיל יאסין, כאחד מאגפיה הקיצוניים של תנועת האחים המוסלמים. בסוף שנות הששים מונה השיח' יאסין לעמוד בראש תנועת האחים המוסלמים ברצועה. בכדי למשוך כמה שיותר אנשים מכל שכבות האוכלוסיה לאמץ את אורחות חיי האיסלאם, שילב השיח' – באמצעות כמה אגודות שהקים לשם כך, שהעיקרית שבהן הייתה האגודה האסלאמית (אל-מג'מע אל-אסלאמי) – את ההטפה וההכוונה הדתית עם מגוון פעילויות בתחומי התרבות, החברה, הרווחה, הספורט והבריאות. כך למשל בצד עריכת דרשות ושיעורי קוראן במסגדים ובצד הקמת מסגדים וספריות ללימודי האסלאם, הושט סיוע כלכלי למחוסרי אמצעים, הוקמו מרפאות שהעניקו טיפולים רפואיים ותרופות לנזקקים במחירים סמליים, הוקמו גני ילדים, מוסדות חינוך ומועדוני ספורט, סטודנטים זכו לסיוע בהסדרת לימודיהם באוניברסיטאות בארצות ערב והוקמו מנגנונים אלטרנטיביים לפתרון סכסוכים שנועדו לייתר את הזדקקות התושבים לבתי המשפט. במקביל לבניית התשתית הדתית-חברתית המכונה ד'אוה, פעלה האגודה האסלאמית להעצמת כוחה הפוליטי ולשם כך שילבה את פעיליה – לעתים בתום מאבקים אלימים – במוסדות המרכזיים של הרצועה, כדוגמת האוניברסיטה האסלאמית בעזה ואגודת עורכי הדין⁴².

האגודה לא נקטה בפעולות אלימות כנגד מדינת ישראל, אולם תשתית הד'אוה הענפה שהניחה לאורך השנים קנתה לה את תמיכת רבים מתושבי הרצועה והכשירה את הקרקע לייסוד החמא"ס – התנועה האסלאמית הלוחמת לשחרור פלסטין – ימים ספורים לאחר פרוץ האינתיפאדה הראשונה. בחודשים הראשונים להיווסדה עסקו מנהיגי התנועה, ובראשם השיח' יאסין – שמילא את תפקיד מנהיגה הרוחני מאז ועד מרץ 2004 עת נהרג בידי כוחות הביטחון הישראליים – בבניית תשתית המוסדית-ארגונית וכן בכינונה גם בשטחי הגדה המערבית. שנייה בהייררכיה ניצבת וועדת ההיגוי, המתווה את מדיניותה האסטרטגית של התנועה ומפקחת על אופי קשריה עם מדינות ערב ועם הקהילות המוסלמיות במדינות אחרות ברחבי העולם. הוועדה המרכזית, הכפופה לה, אחראית על תכנון ותיאום פעולות התנועה בשטחים⁴³.

בהכללה, התנועה פועלת בארבעה מישורים מקבילים, שמיוננם הפיננסי בא בעיקר מתרומות, ממגביות וממוסדות צדקה אסלאמיים הפועלים בארצות ערב ובקהילות המוסלמיות ברחבי העולם, מהלבנת כספים באמצעות מוסדות הד'אוה וממדינות תומכות

41 שי, לעיל הערה 15, עמ' 65, 81.

42 חבקוק וסאלח, לעיל הערה 36, עמ' 49-56.

43 א' שאבי, ר' שקד חמאס – מאמונה באללה לדרך הטרור (1994), 31-36.

טרור⁴⁴: האחד, המישור הדתי-חברתי, שחלק ניכר ממוסדותיו הוקמו על ידי אגודת המרכז האסלאמי. השני, המישור ההסברתי והמדיני, האחראי על כתיבת והפצת כרוזי, עלוני וביטאוני התנועה בשטחים ובקהילות המוסלמיות ברחבי העולם ועל ניהול קשרים עם מערכות העיתונים המוסלמיים המתפרסמים בתחומי הקו הירוק. השלישי, מישור ביטחון הפנים, האחראי על אכיפת כללי המוסר האסלאמיים ברחוב הפלסטיני ועל חשיפת והענשת משפטי הפעולה עם כוחות הביטחון הישראליים. אגף זה הוקם כבר בשנת 1986 בידי השיח' יאסין, כארגון המכונה "חוליות הג'יהאד וההטפה" וסופח לחמא"ס עם הקמתו. הרביעי, המישור הצבאי, האחראי על תכנון וביצוע פיגועים כנגד כוחות הביטחון הישראליים וכנגד אזרחים ישראלים בשטחים ובתחומי הקו הירוק. גם אגף זה, כקודמו, הוקם על ידי השיח' יאסין טרם הקמת החמא"ס (בשנת 1982) וסופח לתנועה עם הקמתה.

אמנת החמא"ס, שחברה באוגוסט 1988, היא מסמך אידיאולוגי מפורט, הפורס את הבסיס הרעיוני המנחה את התנועה. מהאמנה עולה שאף כי החמא"ס הוא אגף מאגפיה של תנועת "האחים המוסלמים" ואילו הג'יהאד האסלאמי נחשב לגוף פורש שמרד בארגון האם. ההבדלים האידיאולוגיים בין שני הארגונים אינם כה מהותיים, שכן שניהם תופסים עצמם כתנועות מוסלמיות-פלסטיניות הרואות בהפלת המשטר הישראלי (הפן האידיאולוגי-לאומני) תנאי חיוני מקדים לשיקום העולם המוסלמי כולו (הפן האידיאולוגי הדתי), ולכן שניהם מתנגדים לכל פשרה מדינית הכרוכה בויתור על חלק כלשהו מאדמת פלסטין השלמה ורואים בג'יהאד את הדרך הבלבדית להשגת מטרתם, אולם ההבדל המהותי בין שתי התנועות טמון בתגובתן לצורכי השעה המדיניים. שעה שהג'יהאד האסלאמי דוגל במלחמת ג'יהאד כנגד ישראל, החמא"ס (שהוצא אל מחוץ לחוק בספטמבר 1989) מבחין בין חזונו האידיאולוגי לבין האופציות המדיניות הריאליות שבאפשרותו להשיג ולכן אינו פוסל על הסף הידברות מדינית עמה⁴⁵.

פעולות האגף הצבאי של החמא"ס הלכו ונעשו נועזות ופוגעניות יותר במהלך השנים. בתחילה בוצעו פיגועי הטרור בייחוד באמצעות הטמנת מטעני חבלה במרכזי קהל וירי אל עבר אזרחים או תקיפתם בנשק קר, כשרבים מפיגועי הירי והתקיפה בוצעו במתכונת של פיגועי התאבדות עקיפים. בדומה לג'יהאד האסלאמי, בשנת 1993 החל גם החמא"ס לבצע פעולות התאבדות קלאסיות, תחילה כנגד כוחות צה"ל ובהמשך גם כנגד האוכלוסיה האזרחית, על פי דפוסי הפעולה שלמדו מארגון החיזבאללה בלבנון. בניגוד לג'יהאד

44 שם, עמ' 118-127, 279-286.

45 אמנת תנועת ההתנגדות האסלאמית – פלסטין. R. Israeli "The Charter of Allah: The Platform of the Islamic Resistance Movement (Hamas)" *The 1988-1989 Annual on Terrorism* (Y. Alexander, A.H. Foxman eds., 1990), 108-129; א' לוי "מדיניות הפיגועים של החמאס – ג'יהאד בכל מחיר או מדיניות מחושבת?" *מערכות* 376 (2001), 34, 34-35.

האסלאמי שנחשב מאז היווסדו ועד היום לארגון פנאטי קיצוני שלא הצליח לחדור אל לב החברה הפלסטינית, הפכה החמאס בהדרגה לתנועת המונים, אשר בינואר 2006 אף נטלה לידיה את ההנהגה הפלסטינית⁴⁶, כאשר הישגה זה נזקף במידה רבה להצלחתה בבניית תשתית מוסדית, חברתית והסברתית איתנה.

(ב) ארגונים חילוניים

1. אש"ף, ארגון השחרור הפלשתיני: הוקם ביוני 1964 בתמיכת מדינות ערב, שייעדו את הארגון החדש לשמש כארגון ממסדי המנהיג והמייצג את הישות הפלסטינית במאבק לשחרור לאומי⁴⁷. במקביל לייסודם ולהתבססותם של מוסדות אש"ף, קמו ארגונים מיליטנטיים שצדדו באימוץ המאבק המזויץ כדרך האסטרטגית היחידה לשחרור פלסטין וקראו להפיכת אש"ף לארגון לוחם. על ארגונים אלה נמנה הפת"ח בראשות יאסר ערפאת, והחזית העממית לשחרור פלסטין בראשות ג'ורג' חבש.

מסוף שנות הששים ועד היום מהווה הפת"ח את הזרם המרכזי באש"ף. תחילה הונע הארגון מאידיאולוגיה לאומנית הקוראת למאבק אלים לשחרור פלסטין מהכיבוש הישראלי ולכינון מדינה פלסטינית דמוקרטית חילונית בכל שטחיה, אולם במהלך השנים, ובייחוד בעקבות מלחמת יום כיפור, הבינה הנהגת הארגון כי מטרה זו אינה ריאלית, וכי תוכל להשיג עצמאות חלקית לפלסטינים רק על פני חלקים משטחי ארץ ישראל, קרי בגדה המערבית וברצועת עזה באמצעות הידברות מדינית עם ישראל, במשולב עם מאבק אלים שאותו תפסה ככלי לקידום המטרות המדיניות⁴⁸.

2. החזית העממית: ארגון המשלב את היעד הלאומני של שחרור פלסטין עם אידיאולוגיה מרכסיסטית. התפרקותה האיטית של ברית המועצות, בצירוף התנגדותו הנחרצת של הארגון לנכונות הפת"ח לנהל הידברות מדינית עם ישראל ובכך לוותר דה-פקטו על שחרור פלסטין השלמה, דחקו את תמיכת הרחוב הפלסטיני בו לשוליים⁴⁹. מאז ייסודם ביצעו ארגוני הגרילה החילוניים השונים, ובהם הפת"ח והחזית העממית, שלל פעולות התקפיות הן כנגד כוחות הביטחון הישראליים הן כנגד האוכלוסיה הישראלית האזרחית, אולם פעולות התאבדות לא היוו חלק מפעולות אלה. רק בשנת 2001, בעיצומה של אינתיפאדת אל-אקצה, החלו גם הפת"ח (על פלגיו השונים) והחזית העממית לבצע

46 S. Wilson " Hamas Sweeps Palestinian Elections, Complicating Peace Efforts in Mideast" *Wash. Post* (January 27, 2006), A1
 47 מ' שמש "אש"ף: 1964-1993 – ממאבק מזויץ לחיסול מדינת ישראל, להסכם שלום איתה" התנועה הלאומית הפלסטינית – מעימות להשלמה? (מ' מעוז, ב"ז קדר עורכים, 1996), 299.
 48 מ' קליין אש"ף והאינתיפאדה: מהתרוממות רוח למצוקה (1991), 18-21.
 49 שם, עמ' 15.

פעולות הקרבה עצמית, בדומה לשני הארגונים הפונדמנטליסטים. מרבית פעולות ההתאבדות של ארגונים אלה כוונו כנגד האוכלוסייה האזרחית ורק מיעוטם כנגד כוחות הביטחון.

פיגועי הקרבה עצמית, כפי שעולה משמם, הם תופעה קהילתית, שבמסגרתה מוותר הפרט על חייו בכדי להיטיב עם הקולקטיב שאותו הוא מייצג. השאיפה האנושית הטבעית להיוותר בחיים בכדי להיווכח בתוצאותיה ההרסניות של פעולה "מוצלחת", מוחלפת בשאיפה להקרבה העילאית היקרה מכל שאין אחריה ולא כלום, בכדי לקדם יעד קולקטיבי באופן שלא ניתן להשיגו בדרכים אחרות⁵⁰. מכאן, שהבחירה האינדיווידואלית במוות אינה מתבצעת בחלל ריק, כי אם בחסות ערב רב של גורמים חברתיים, אשר לבחינתם אפנה כעת.

ד. תשתיות הפעולה של טרור המתאבדים

האדם התבוני, שלא כשאר בעלי החיים, מודע לערכם המקודש של חייו, כמו גם לעליונות המעמדית שמקנה לו אנושיותו על שאר האורגניזמים. האדם הוא כנראה גם בעל החיים היחיד היודע כי המוות מצפה לו בהכרח בסוף כל דרך שבה יבחר ללכת, וכי הגם שאין לאל ידו לחמוק ממנו, הרי שביכולתו להביאו על עצמו כמו ידיו בכל רגע נתון.

על פי שלוש הדתות המונותאיסטיות הגדולות – היהדות, הנצרות והאסלאם – האל הוא המחליט מי לחיים ומי למוות, באשר החיים עלי אדמות הם מתת האל ונפש האדם היא קניינו. מכיוון שהפרט אינו הבעלים על נשמתו, אין הוא רשאי לוותר עליה, ואדם העושה כן בכל זאת, מורד בריבונות האל על נשמתו ועל כן נחשב לחוטא. האדם המאמין מצווה אפוא על בחירה בחיים בכדי להוכיח את דבקותו באל, כאמרת הפסוק התנכ"י: "הַעֲדֹתִי בְּכֶם הַיּוֹם, אֶת־הַשָּׁמַיִם וְאֶת־הָאָרֶץ--הַחַיִּים וְהַמֵּוֹת נִתְּתִי לְפָנֶיךָ, הַבְּרָכָה וְהַקְּלָלָה; וּבְחִרְתָּ, בְּחַיִּים--לְמַעַן תִּחְיֶה, אִתָּהּ וְיִרְעֶךָ"⁵¹.

בחברה הדמוקרטית-מערבית, הנושאת את דגל חירויות וזכויות הפרט, חלוקות הדעות בדבר הלגיטימציה של לקיחת חיים עצמית. כך למשל ישנם פילוסופים הסוברים כי אין זה ראוי לסייג את חירות הפרט לבחור במוות, אם לאחר בחינה שקולה, יסודית ורציונאלית של כלל הנסיבות הרלוונטיות הוא רואה בה את הפתרון ההולם ביותר בעבורו לסבלותיו ולחוסר מזלו בעולם הגשמי⁵². בשונה מכך, סבר הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט, שחירותו

50 ר' ישראל "איסלאמיקה – טרור המתאבדים" נתיב (1997) 69, 70.

51 דברים, ל, יט.

L.A. Seneca "The Stoic View" *Suicide – Right or Wrong?* (J. Donnelly ed., 1990) 27;

D. Hume "Reason and Superstition" *Suicide – Right or Wrong?* (J. Donnelly ed., 1990)

.37

המוחלטת של הפרט לעשות בגופו כל שירצה מוגבלת רק לאותם מקרים שבהם המניע למעשיו הוא של שימור עצמי ולא של הרס עצמי. ההתאבדות, לדעת קאנט, אינה מעשה מוסרי המסמל את חירות האינדיווידואל לעשות את הדבר המשרת בצורה הטובה ביותר את האינטרסים העצמיים שלו, אלא מעשה מביש, באשר אדם הפועל להרס עצמו מוותר בכך על אנושיותו ומביא לפיחות ערך חייו לדרגה שאינה גבוהה יותר מזו של חיה או אובייקט⁵³. עם זאת יודגש כי התפיסות האמורות עוסקות בקשת מצבים, שבהם המניע להתאבדות הפרט הוא מניע אישי-אנוכי של חוסר אושר, חוסר סיפוק וחוסר נכונות להתמודד עם קשיי העולם הגשמי. לעומת זאת הגישות כלפי התאבדות ממניע הרואי נאצל או קולקטיבי-אלטרואיסטי היו על פי רוב טובלניות הרבה יותר. כך למשל תרבויות אחדות, כגון זו של האסקימוסים והסמואים, קיבלו ולעיתים אף עודדו התאבדות של זקנים וחולים, בראותן את המעשה כאקט אלטרואיסטי, שמטרתו להותיר די משאבים הנחוצים להמשך קיומה התקין של החברה⁵⁴. גם התאבדויות שבוצעו על מזבח של דבקות עמוקה באידיאלים ובעקרונות שונים, דוגמת התאבדותו של סוקרטס, נתקבלו בהבנה ואף בהערצה. כך היה גם לגבי התאבדויות שבוצעו בעתות לחימה, בכדי שלא ליפול בשבי האויב ובכך לרפות את ידי העם, בכלל, ואת ידי הלוחמים, בפרט (דוגמת התאבדותו של המדינאי הרומי Cato שידע כי נפילתו בשבי של יוליוס קיסר תחליש את רוח הלחימה של עמו), או בכדי לאיין מראש את ההשפלה הצפויה והאפשרות לגילוי סודות תחת מכש העינויים (דוגמת בחירתו של שאול, מלך ישראל, ליפול על חרבו בטרם ישיגוהו הפלשתים⁵⁵). היהדות למשל רואה באקט ההקרבה העצמית של שמשון למען שחרור עמו מן הכיבוש הפלשתי כאקט גבורה אלטרואיסטי. בדומה, הגישה המסורתית השלטת בקרב חכמי ההלכה המוסלמים במשך דורות רבים, גרסה כי יש להתייחס בהבנה ואף בהערכה למוסלמי בודד המחליט להסתער לבדו על קבוצה גדולה של כופרים בדיעה ברורה שהדבר עתיד להביא עליו את מותו, באם כוונתו לבצע אקט של תעוזה המכוון לפגוע במוראל האויב ולתרום בכך להבסתו⁵⁶. גם קאנט היה בדעה כי חובת הפרט לשמר את חייו אינה בהכרח חובתו העליונה, וכי בהתקיים נסיבות שבהן המשך החיים כרוך בהפרת חובותיו כלפי עצמו – דבר השולל מחייו כל ערך – עליו להקריב את חייו ולא לחיות חיים חסרי כבוד המבזים את אנושיותו של האדם⁵⁷.

- I. Kant "Duties towards the Body in Regard to Life" *Suicide – Right or Wrong?* 53
 (J. Donnelly ed., 1990) 55
- .K.R. Jamison *Night Falls Fast – Understanding Suicide* (2000), 12-13 54
- שמואל א, לא, ד: "וַיֹּאמֶר שְׂאוּל לְנִשְׂא כְלָיו שְׁלֵף חַרְבֶּךָ וְדַקְרְנֵי בָהּ, פֶּן-יָבֹאוּ הָעַרְלִים הָאֵלֶּה וְדַקְרְנֵי וְהָעַלְלוּ-בִּי, וְלֹא אָכָה נִשְׂא כְלָיו, כִּי יָרָא מָאֵד; וַיִּקַּח שְׂאוּל אֶת-הַחֶרֶב, וַיַּפֵּל עָלָיָהּ". 55
- ר' פז התאבדות וג'האד באסלאם הרדיקאלי הפלסטיני: הפן הרעיוני (1998), 11-12. 56
- Kant, לעיל הערה 53, עמ' 53-55. 57

השיח הפורה בתחומי התיאולוגיה, הפילוסופיה והמוסר בדבר לגיטימיות ההתאבדות ממניעים פרטיים יוצא מנקודת הנחה, שלפיה ההחלטה להתאבד היא החלטה מושכלת שמקבל האינדיווידואל לאחר שקלול רציונלי של מלוא הנסיבות הרלוונטיות. הבחירה בחיים היא אפוא בחירה מתמדת שעורך האדם, כל עוד אלו נתפסים בעיניו כבעלי משמעות וערך. כאשר אין עוד בכוחם לספק לו משמעות וערכים ברמה מספקת בעיניו, הוא בוחר במוות⁵⁸. לעומת זאת התאבדותו של הטרוריסט נובעת מדבקותו הרדיקלית חסרת הפשרות במטרה אידיאולוגית קולקטיבית כלשהי. אף כי כפי שנראה מיד, אין לפסול קיומן של נסיבות אישיות דומות לאלה הקיימות אצל המתאבד על רקע אישי, הרי שמשקלן בסיטואציה זו שולי בלבד, באשר הן בבחינת נסיבות רקע המתלוות למוטיבציה האידיאולוגית הדומיננטית של הפרט להקריב את חייו בדרך המכוונת להריגתם ולפציעתם של אחרים, הנמנים על קבוצת האנשים שאותה הוא תופס כאויבת הקבוצה שאליה הוא משתייך.

בכדי להיטיב ולהבין מוטיבציה יוצאת דופן זו ולהימנע מלטעות ולראות בטרוריסטים המתאבדים אך כפנאטיים בעלי תפיסת מוסר מעוותת, יש להתחקות אחר מכלול הגורמים האינדיווידואליים והסביבתיים האחראיים לגיבושה. כיוון שבשנים האחרונות הפך טרור המתאבדים לתופעה גלובלית רחבת היקף, המסוגלת להתאים עצמה במהירות להקשרים הדתיים, הלאומיים, התרבותיים והחברתיים של כל אחד מן האזורים שבהם היא מתקיימת, הרי שלא ניתן להתייחס כמקשה אחת לכלל האנשים שבחרו להקריב עצמם על מזבח האידיאולוגיה. אמנם, את בחינתי להלן בחרתי למקד אך בגורמים המעצבים את נכונותו של הטרוריסט הפלסטיני להצטרף לשורותיו של אחד מארגוני הטרור הפלסטיניים שנסקרו בפרק הקודם, ולהקריב חייו לשם פגיעה באזרחים ישראלים. עם זאת על אף צמצום היריעה להקשר הישראלי-פלסטיני בלבד, על מכלול ייחודיו הדתיים והלאומיים, הרי שמן האמור בה ניתן ללמוד, בשינויים ההקשריים המתחייבים, גם על מאפייניהן של תופעות טרור מתאבדים המתקיימות באזורים אחרים בעולם, כיוון שלמרות שתוכן המניעים עשוי אמנם להשתנות מהקשר להקשר, הרי שמהותם זהה תמיד.

בהכללה, מניעים אלה נחלקים לחמישה מישורים, החל מן המישור הראשוני-גרעיני של מאפייני האינדיווידואל המבצע את אקט ההקרבה, עבור דרך מישורי הביניים של תפקיד משפחתיים של הטרוריסטים המתאבדים ותפקידם של ארגוני הטרור האחראים על גיוסם

58 S.M. Jourard "The Invitation to Die" *On the Nature of Suicide* (E.S. Shneidman ed., 1969) 129, 132. עם זאת יש לציין שהפסיכיאטריה גורסת כי אף שחוויתו הסובייקטיבית של המתאבד אכן עשויה להיות לעתים קרובות חוויה של בחירה חופשית ומושכלת, הרי שמבחינה אובייקטיבית, במרבית המקרים ההתאבדות אינה נובעת מבחירה חופשית אלא היא תוצר של מחלה הניתנת לטיפול. ראו לעניין זה י' יובל סערת נפש (2001), 215.

ושילוחם למשימה, וכלה במישור יחסה של האוכלוסיה שבקרבה חי הטרוריסט המתאבד ויחסן של מדינות ערביות אחרות אשר תגובתן למעשהו היא בעלת אפקט השפעה על נכונותו ויכולתו להוציא לפועל את הפיגוע.

1. פרופיל המחבל הפלסטיני המתאבד

נוכח ההתגברות המהירה של תופעת השימוש בטרוריסטים מתאבדים על ידי ארגוני טרור פונדמנטליסטיים וחילוניים כאחד, ניסו גורמי המודיעין ליצור את פרופיל הטרוריסט הפלסטיני המתאבד הפוטנציאלי, הליך המבוסס על איסוף מקסימלי של נתונים אישיים אודות מתאבדי העבר ופלסטינים שנתפסו בדרכם לביצוע פיגועי התאבדות (דוגמת ארץ לידתם, מגדרם, גילם, מצבם המשפחתי, מעמדם הסוציו-אקונומי, מידת אדיקותם הדתית, השכלתם, אורח חייהם וכיו"ב), ולאחר מכן ניתוחם הסטטיסטי של נתונים אלה במטרה לקבוע את שכיחותו של כל אחד מהם, כשהמאפיינים הנפוצים ביותר נקבעים כקריטריונים בדיוקן הטרוריסט המתאבד הפוטנציאלי. פרופיל זה אמור לסייע בידי כוחות הביטחון לאתר את מתאבדי העתיד בטרם יספיקו לבצע תכניותיהם⁵⁹. אף כי פנייתו של שלטון חוק דמוקרטי אל שיטת הפרופיל, כאמצעי עזר להפעלת סמכויותיו, כרוכה בדילמות מוסריות וחוקתיות כבדות משקל, אשר יסודן בקשיים הנלווים להתייחסות אל האינדיווידואל בהסתמך על מאפייני הקבוצה שאליה הוא משתייך, להבדיל מראותו כגוף עצמאי הראוי לבחינה נפרדת, הרי שבסיטואציה הנוכחית מתווסף לכך קושי נוסף, הנעוץ ביעילותה המוגבלת של שיטה זו, נוכח מגמות שינוי תכופות בכמה ממאפייניה. כך למשל מאז שנת 1993, עת החלו הארגונים הפלסטיניים הפונדמנטליסטיים לבצע פיגועי התאבדות ועד פרוץ אינתיפאדת אל-אקצה בספטמבר 2000, היו כל המתאבדים גברים, רובם נשואים בעלי השכלה תיכונית ואף גבוהה⁶⁰. בעיצומה של אינתיפאדת אל-אקצה, נכנסו למעגל המתאבדים גם הנשים הפלסטיניות ואילו מרבית המתאבדים הגברים בתקופה זו התאפיינו בהיותם רווקים⁶¹. גם במצבם הכלכלי של המתאבדים לא ניתן לאתר מגמה אחידה, שכן חלקם באו ממשפחות פליטים עניות וחלקם ממשפחות שרמת חייהן סבירה ביחס למקובל ברשות הפלסטינית⁶². עם זאת לאורך כל השנים בלט גילם הצעיר של רוב המתאבדים

59 להרחבה אודות מהותה של שיטת הפרופיל ושימושיה ראו E. Gross "The Struggle of a Democracy Against Terrorism – Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest – The Proper Balance" 37 *Cornell Int'l L.J.* (2004) 27, 42-45.

60 א' יפה "ג'יהאד עד מוות – המניע הדתי" 15 (88-87) נתיב – כתב עת למחשבה מדינית, חברה ותרבות (2002) 10, 14.

61 טל, לעיל הערה 16, עמ' 27-28, 30-31.

62 שי, לעיל הערה 15, עמ' 112.

(גילאי 17-23), כשרק מעטים מהפיגועים (ומהניסיונות לביצוע פיגועים) בוצעו בידי נערים צעירים יותר, מחד גיסא, ובידי אנשים מבוגרים יותר, מאידך גיסא⁶³. כן בלטה העובדה, שעיקר חשיבותה במישור הסימבולי, כי מעולם לא בוצע פיגוע התאבדות בידי מי מבניהם או מבנותיהם של המנהיגים המדיניים והדתיים הבכירים של ארגוני ההתנגדות והדבר אף אינו נראה מקרי, שכן במקביל להטפותיהם הנלהבות אל הציבור הפלסטיני להצטרף אל שורות המתאבדים, הקפידו להרחיק את בניהם מזירת הלחימה, לרוב על ידי שליחתם ללימודים בחו"ל⁶⁴.

הקריטריון החשוב ביותר בפרופיל הוא בלא ספק תוכן המניעים המביאים לגיבוש ההחלטה לבצע את הפיגוע. כאמור בפרק השני, המייחד את פיגוע ההתאבדות ממגוון האקטים הטרוריסטיים האחרים הוא נכונותו של הפרט לבצע אקט טרוריסטי באופן שאינו מותיר לו סיכוי אובייקטיבי ממשי להיוותר בחיים ולהיות עד לתוצאותיו הרצחניות של מעשהו. החלטתו לרצוח מלווה בהחלטה לרצח עצמי. שילוב ייחודי זה הוא היוצר אפוא את השוני בין מניעיו של אדם המחליט להתאבד על רקע אישי לבין מניעיו של טרוריסט הגומר אומר להתאבד על רקע אידיאולוגי. הראשון רואה את המוות כמפלט האחרון, הטוב ביותר מבחינתו להתמודדות עם תחושות עמוקות של כישלון עצמי, ייאוש ובדידות, כפי שהיטיבה לתאר הפסיכיאטריית Kay Redfield Jamison:

“Suicide is a particularly awful way to die: the mental suffering leading up to it is usually prolonged, intense, and unpalliated. There is no morphine equivalent to ease the acute pain, and death not uncommonly is violent and grisly. The suffering of the suicidal is private and inexpressible, leaving family members, friends, and colleagues to deal with an almost unfathomable kind of loss, as well as guilt. Suicide carries in its aftermath a level of confusion and devastation that is, for the most part, beyond description”⁶⁵.

לעומת זאת הטרוריסט המתאבד אינו בהכרח שותף לתחושות חריפות אלה, ואף אם כן, הרי שזכות הן למשקל שולי בלבד בהחלטתו להמית עצמו תוך כדי הריגתם ופציעתם של כמה שיותר אנשים הנמנים על הקבוצה שאותה תופס הוא כאויב. נכון אמנם כי לא אחת, מאחורי החלטתו לבצע אקט חבלני באופן שאינו מותיר לו סיכוי סביר להיוותר בחיים אכן עומדת מוטיבציה אישית לסיים החיים, הנעוצה ברצון להימנע מהבושה ומהסנקציות

63 טל, לעיל הערה 16, עמ' 30-31.

64 ס' פרי "בני, המחבל המתאבד" ידיעות אחרונות (9.10.02).

65 Jamison, לעיל הערה 54, עמ' 24.

החברתיות שעתידה החברה השמרנית שבה הוא חי להטיל עליו ועל משפחתו מסיבה כלשהי, כגון שיתוף פעולתו עם כוחות הביטחון הישראליים, היותו מכור לסמים או לאלכוהול, היותו בעל נטייה הומוסקסואלית, היותו חולה במחלה שמדרכה לזכות את בעליה בנידוי חברתי וכיו"ב. עם זאת הרצון לחמוק מן ההתמודדות עם המבוכה, ההשפלה והנידוי אינו המניע העיקרי לגיבוש ההחלטה שלא להסתפק ברצח עצמי, אלא לבחור בפעולה אלימה המכוונת לפגוע באכזריות ובלא הבחנה בבני קבוצה מוגדרת כלשהי. החלטה שכזו יכול שתתגבש רק כאשר המניע הבלעדי, ולמצער העיקרי, הוא אידיאולוגי. כך לדוגמה מתאר צעיר פלסטיני כבן עשרים לערך, שנלכד בידי כוחות הביטחון בדרכו לבצע פיגוע התאבדות מטעם הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, מדוע החליט על ביצוע המעשה: "האמת היא שהסיבה היא... מניע דתי. ומצד שני, מניע לאומי. המוות, שעכשיו הוא בכל מקום, במקום שיגיע אלי, רציתי ללכת אליו ולהגיע לגן עדן"⁶⁶. צעירה פלסטינית אחרת כבת עשרים וחמש, מוסלמית אדוקה, שנלכדה על ידי כוחות הביטחון ערב יציאתה לביצוע פיגוע התאבדות מטעם גדודי חללי אל-אקצה, קבוצת מיליציה מזוינת המסונפת לארגון הפת"ח והנתמכת בכספי הרשות הפלסטינית, אמרה כי החליטה לבצע פיגוע התאבדות הן מטעמים אישיים שאותם סירבה לפרט, הן בשל מה שנתפס בעיניה כדיוכיוו האלים של העם הפלסטיני בידי הכיבוש הישראלי, אך בעיקר בשל הטפותיהם של חכמי הדת בדבר הצורך במלחמת ג'יהאד אשר תביא, כפי שתיארה זאת, ליצירתה של:

"A just and equal, non-corrupt and non-criminal society by the spread and unification of Islam"⁶⁷.

בפיגוע התאבדות שבוצע באוקטובר 2003 מטעם הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, פוצצה עצמה הנאדי ג'ראדאת', צעירה פלסטינית כבת עשרים ותשע, בתוך מסעדה הומת אדם בחיפה בצהרי יום שבת, הרגה כ-21 אזרחים ופצעה עשרות נוספים. בראיונות לתקשורת, הסבירו קרובי משפחה כי ביצעה את הפיגוע הרצחני כנקמה על הסבל שגרמו כוחות הביטחון לה, למשפחתה ולעמה: תחילה, נהרג חתנה המיועד בהיתקלות עם כוחות הביטחון. כמה שנים לאחר מכן נורו ונהרגו לנגד עיניה אחיה ובן דודה, בעת שניסו להימלט מכוחות הביטחון שהגיעו לבית המשפחה כדי לעצור את בן הדוד, שהשתייך לזרוע הצבאית של הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני. נוסף על כך סירבו שלטונות הצבא לאפשר לאבי המשפחה, שהיה חולה סרטן ונוזק לטיפול רפואי מתקדם מזה הקיים בבתי החולים בשטחים להיכנס לתחומי ישראל לצורך קבלת הטיפול בשל קשריו המשפחתיים לפעילי

66 ע' הס "מרחפים לגן עדן" הארץ (4.4.03).

67 D. Rudge "In the Mind of a Would-be Suicide Bomber" *The Jerusalem Post* (May 30, 2002).

הג'יהאד האסלאמי שנטלו חלק בתכנון פיגועים כנגד ישראלים. מאורעות אלה, כך העידו קרובי המשפחה, חיזקו במאוד את אדיקותה הדתית והביאוה לנקום את מות יקיריה ואת הסבל שנגרם למשפחתה, בפרט, ולעמה, בכלל⁶⁸. כך צוטטה הנאדי ג'ראדאד' בסמוך לאחר מות אחיה בידי אחד העיתונים הירדנים: "הרוצח עוד ישלם את המחיר, ואנחנו לא נישאר היחידים שבוכים. אם העם שלנו לא יוכל להגשים את חלומם ואת מטרותיהם של הקרבנות, ולחיות בחירות ובכבוד, אז שימחק העולם כולו"⁶⁹.

באשר לתופעת המחבלות המתאבדות, שראשיתה כאמור במהלך אינתיפאדת אל-אקצה, ראוי לציין שרבים בחברה הפלסטינית ומחוצה לה רואים בה תופעה שעיקר מטרתה לשרת אינטרס הצהרתי פנים-חברתי של המגזר הנשי כלפי הנהגתה השמרנית של החברה הפלסטינית, ופחות את אינטרס החוץ המיליטנטי. מן הבחינה המבצעית, נכון אמנם כי מעורבות נשים בפיגועי התאבדות מרחיבה את מאגר המתאבדים הפוטנציאליים ומציבה אתגר חדש ומורכב בפני כוחות הביטחון, הנדרשים עתה למצוא דרכי בידוק שיאפשרו את איתורן של נשים אלה מבלי לפגוע במידה העולה על הנדרש בכבודן ובצנעתן של כלל הנשים הפלסטיניות שאינן מעורבות בפעילות טרוריסטית⁷⁰. כמו כן נכון הוא כי פרופיל המחבלת המתאבדת אינו שונה באופן ניכר מפרופיל המחבל המתאבד, לבד מכך שהשכלתן עולה לרוב על הממוצע עבור נשים בחברה הפלסטינית⁷¹ (כך למשל הייתה הנאדי ג'ראדאד' עורכת דין במקצועה), וכי מניעה זהים ביסודם לאלו של המחבל המתאבד והם אידיאולוגיים (דתיים ולאומניים), פעמים בשילוב עם מוטיבציות אישיות. עם זאת חשוב לזכור כי מבחינה כמותית, עד כה מספר הנשים הפלסטיניות שביצעו או שנתפסו בדרכן לבצע פיגועי התאבדות הוא זניח ביחס למספר הגברים הפלסטיניים המתאבדים (בניגוד לדוגמה ליחידת המתאבדים של ארגון הנמרים הטמילים בסרי-לנקה המוציאה לפועל כ- 30% לערך מפיגועי ההתאבדות בידי נשים⁷²), כך שתרומתן האופרטיבית למאבק המזוין מוגבלת ביותר. על כן אלה המייחסים לתופעה זו מניע מופשט יותר, של קידום מעמד הנשים בחברה הפלסטינית, גורסים כי מכיוון שהחברה הפלסטינית נמצאת בשנים אלה בשלבי התהוות, לקראת הקמתה של המדינה העצמאית, הרי שמטבע הדברים קיים בה מאבק כוחות סמוי בין זרמים שונים המבקשים לעצב את דמותה על פי חזונם. הזרם הפמיניסטי הגיע לכלל החלטה כי בחברה שהיא ברובה מוסלמית אורתודוקסית, הרואה את

68 ו' לוי-ברזילי "פצצה מתקתקת" הארץ (17.10.03).

69 ראו ציטוט הדברים, שם.

70 D. Brook "Profiling's Gender Gap" *Legal Affairs* (October 2003) 44.

71 א' יפה "ג'יהאד בשם אלה – המתאבדות בשרות האינתיפדה" 26 *הד המח"ר* – בטאון אגודת האקדמאים למדעי החברה והרוח בישראל (אפריל 2003) 4, 5.

72 שם, עמ' 4.

האישה כנחותה מהגבר, משום שעל פי הקוראן בחר האל להעניק לגבר מעמד עליון עליה, הדרך האפקטיבית ביותר לפלס את מקומה של האישה לעמדות מפתח היא באמצעות השתלבותה האקטיבית במעגל הלחימה. בדיוק כשם שהשתלבותן של הנשים היהודיות במחתרות הלוחמות בתקופת מלחמת השחרור להקמת מדינת ישראל הפכה ברבות הימים לחלק אינהרנטי מהאתוס הישראלי ונתנה בידיהן אמצעי אסטרטגי יעיל לקידום מעמדן השוויוני בכל תחומי החיים, כך גם קידום מעמדה של האישה הפלסטינית בחברה המסורתית יעשה בצורה הטובה ביותר באמצעות תרומתה במישור המלחמתי.

מכאן, שאף כי למניע האידאולוגי המשקל העיקרי בהחלטתה של האישה לבצע אקט טרוריסטי התאבדוּת, הרי שאין לפסול כי היא עצמה, או אלו אשר פעלו לגיוסה והעניקו לה את ברכת הדרך, התיימרו להעביר בכך מסר הצהרתי אל חוגי ההנהגה השמרנים, שלפיו קיים מגזר בלתי מנוצל, הרוצה ומסוגל לתרום למאבק האידאולוגי, וכי הגיע השעה להתחיל לשתפו הן במישור המלחמתי הן במישור ההנהגתי⁷³.

2. תגובתן של משפחות המחבלים המתאבדים למעשי ילדיהן

בחברה הפלסטינית המסורתית, תופסת המשפחה מקום מרכזי בחייו של המתאבד ותורמת תרומה מכרעת לעיצוב אישיותו ולמידת נכונותו להקריב חייו בשם דתו או למען עמו. משום כך ברור כי הצגת תמיכה משפחתית בלתי מסויגת בצידוק המוסרי למעשהו הרצחני של אחד מבני המשפחה מסייעת לארגוני הטרור הן במקסום "יחסי החוץ", קרי בהעצמת מסר האימה שנועד הפיגוע להעביר, נוכח מוכנותן הבלתי נתפסת כמעט של המשפחות לאבד את היקר להן מכל למען קידומה של המטרה הקולקטיבית, הן במקסום "יחסי הפנים", קרי בהרחבת מעגל תומכי הארגון בקרב האוכלוסיה הפלסטינית ובכך בהגברת יכולותיו לגייס מתאבדים נוספים בעתיד. אכן, לאחר רבים מפיגועי ההתאבדות מתראיינים הוריהם, אחיהם ושאר בני משפחתם של המתאבדים באמצעי התקשורת, ומביעים תמיכה נלהבת בבחירתו של בן המשפחה האהוב להקריב עצמו במאבק המזוין כנגד האויב הציוני. סוכות אבלים נפתחות אמנם, אולם לפחות כלפי חוץ שוררת בהן אווירה של שמחה, וכדי להעיד על כך מחלקים בני המשפחה לבאים לנחמם ממתקים. תגובת תמיכה אופיינית היא זו של אבי המחבלת המתאבדת, הנאדי ג'ראדאת', שאמר בריאיון שנתן לרשת הטלוויזיה הערבית אל-ג'זירה כי הפעולה שביצעה בתו "ביטאה את הזעם שחש כל פלשתינאי נגד הכיבוש"⁷⁴, וכי אין הוא רוצה במנחמים על מותה ומוכן הוא לקבל "רק

73 שם, עמ' 6.

74 לוי-ברזילי, לעיל הערה 68.

ברכות על מה שהיא עשתה. זאת הייתה מתנה שהיא העניקה לי, למולדת ולעם הפלשתיני. לכן אני לא בוכה עליה. למרות שלקחו ממני את הדבר היקר ביותר⁷⁵.

סוג תמיכה נוסף, קיצוני יותר אך נפוץ פחות, הוא זה המערב לא רק הזדהות עם מעשה הילד לאחר מעשה, כי אם גם עידוד מקדים לביצועו. במסגרת זו, משדרות רשתות הטלוויזיה המקומיות תוכניות שבהן מרואיינים הורים המביעים בגלוי את שאיפתם כי ילדיהם יהפכו באחד הימים לשהידים ואף מודיעים כי בדעתם לחנכם ברוח זו⁷⁶. במקרים אחרים מצטלמת אם לצד בנה בסמוך למועד יציאתו לפעולת ההתאבדות ומביעה באוזנו את ברכתה ושמחתה על "מעשה הגבורה" שבחר לבצע⁷⁷.

בצד דברים אלה, יש ליתן את הדעת לכך כי באווירה הקיצונית השוררת בשנים האחרונות בקרב החברה הפלסטינית, מתקשות משפחות שילדיהן ביצעו פיגועי התאבדות ואשר אינן שותפות להשקפה האמורה הבלתי נתפסת כמעט של הורים המחנכים את ילדיהם לשאוף למוות או לכל הפחות לא מגנים שאיפתם זו, למצוא במה תומכת להבאת דבריהן ובמרבית המקרים אף אין הן מעוניינות בכך בכדי שלא לפגוע באהדה הציבורית כלפיהן ובתמיכה הכספית הנלווית לכך⁷⁸. עם זאת קיימות עדויות גם לגישה שונה זו. אחת הבולטות והחשובות שבהן היא מכתב פומבי קשה ונוקב שכתב אביו של מחבל מתאבד ואשר פורסם בעילום שם מחשש לחיי הכותב בעיתון "אל-חיא"ת", היומון הסעודי החשוב ביותר בעולם הערבי. במכתב הנפתח במלים "אני כותב איגרת זאת בלב פצוע ובעיניים שלא חדלו להזיל דמעות"⁷⁹, מתאר האב את תחושותיו למן היום שבו פוצץ עצמו בנו באחת מערי ישראל, בשם ארגון החמא"ס, ובין היתר כך הוא אומר:

"מאותו היום, אני משול לרוח רפאים המהלכת על פני הארץ... הדבר הקשה ביותר עבורנו היה כאשר נודע לי שחבריו של בני הבכור, המת, החלו להתקבץ כנחשים ארסיים סביב בני האחר, שעוד לא מלאו לו 17 שנים, ולכוונו לדרך שבה כיוונו את אחיו, כדי שיפוצץ עצמו למוות גם הוא, כנקמה על מות אחיו. 'ממילא', הסבירו לבני, 'כבר אין לך מה להפסיד'... ואני שואל את אותם השייח'ים, שמתחרים ביניהם על פרסום פסקי הלכה לוחמניים והצהרות בזכות פיגועי הטרור: למה אתם לא שולחים את הבנים שלכם? מדוע כל אחד מהמנהיגים, שלא מסוגל לכבוש את התרגשותו מעל גבי ערוצי הטלוויזיה בכל פעם שצעיר או צעירה פלשתינית יוצא לפוצץ עצמו,

75 שם.

76 "בשם האלוהים" ערוץ 2 (22.9.03).

77 שי, לעיל הערה 15, עמ' 102-103.

78 ראו להלן הערות 98-102 והטקסט הנלווה להן.

79 ראו ציטוט הדברים בפרי, לעיל הערה 64.

לא שולח את בנו לבצע את הפיגוע? מי נתן לכם רשות דתית או אחרת לדחוף את ילדינו אל המוות? מדוע לא ראינו עד לרגע זה אף אחד מבניהם או בנותיהם של אותם המטיפים לובש חגורת נפץ והולך להגשים במעשים, ולא בדיבורים, את מה שאביו מטיף לו יומם ולילה? האם הג'יהאד, מות קדושים, אינו נוגע לשכבת הבכירים? האם על הבנים והבנות הפרטיים של המנהיגים לא חל מה שחל על ילדיהם של כלל הציבור הפלשתיני?..."⁸⁰.

3. מערך הגיוס וההכשרה של ארגוני הטרור

כאמור בפרק השני, הנהגתם המדינית והרוחנית של ארגוני הטרור אחראית על גיבוש המצע האידיאולוגי של הארגון, על קביעת הדרכים להפצתו ולהסברתו בקרב האוכלוסיה המקומית והבינלאומית, וכן על התווית אסטרטגיית הלחימה המזוינת של הארגון וגיוס הכספים הנחוצים לצורך ביצוע פעולות אלה. לעומת זאת הזרוע הצבאית אחראית על גיבושה של תכנית מבצעית המגשימה את מדיניות הטרור של ההנהגה הפוליטית, ועל הוצאתה אל הפועל. כאשר מדיניות הטרור כוללת ביצוע פיגועי התאבדות, נדרשת הזרוע הצבאית לפתח יכולות מבצעיות לגיוס מתאבדים, הכשרתם הדתית (בארגונים הדתיים), הלאומנית (בארגונים החילוניים), הנפשית והטכנית.

על ביצוע קשת פעולות זו מופקדים פעילים מסוימים בזרוע הצבאית, אשר נהוג לכנותם משלחי מתאבדים. המשלחים הם לרוב אנשים משכילים, כריזמטיים, בעלי יכולת התבטאות מרשימה, הנמצאים בעמדות מנהיגות במשפחתם ובסביבתם הקרובה⁸¹. אין הם רואים כל פסול מוסרי במעשיהם הטרוריסטיים ובמוכנותם לקחת אדם, בן דתם ועמם, אשר ייתכן כי הכירוהו וגדלו עמו עוד מילדות, ולשלחו אל מוות מחריד בלי לסכן עצמם, שכן אידיאולוגיית הארגון שבשמו הם פועלים מספקת את הציוד המוסרי לביצוע האקט הטרוריסטי עצמו, ואילו שליחת אחיהם אל מותם מוסברת על ידיהם כחלוקת תפקידים בעת לחימה – כשם שפעילות צבאית תקינה מושתתת על ציות החיילים לפקודות המבצעיות של מפקדיהם, כך פעילות הארגון מושתתת על תפקיד המשלח לתכנן את תכנית הפעולה ועל תפקיד המגויס לבצעה בפועל⁸².

80 שם.

81 ד' שחורי "בחיי הפרטיים הוא אנושי, כשמדובר בישראלים הוא לא" הארץ (15.6.03).

82 שם.

גיוס מתאבדים פוטנציאלים בידי המשלחים יכול שיעשה בכמה דרכים⁸³: האחת, גיוס מקרב קהל באי המסגדים ומוסדות לימוד הדת. הבסיס לשיטת גיוס זו הוא דתי ועל כן היא משמשת רק את המשלחים מטעם הארגונים הפונדמנטליסטים. השנייה, גיוס בהפגנות או בפעילויות בעלות צביון לאומני. הבסיס לשיטת גיוס זו לאומני ועל כן היא נמצאת רק בשימוש המשלחים מטעם הארגונים החילוניים. השלישית, גיוסם (הן לארגונים דתיים הן לארגונים חילוניים) של אנשים הנחזים בעיני המשלחים כבעלי אישיות פגיעה ונקמנית, עקב טרגדיה אישית שחוו זה לא מכבר. מדובר בעיקר על גיוס קרובי משפחתם של מי שבעבר ביצעו פיגועי התאבדות, של מבוקשים שנהרגו בהיתקלויות עם כוחות הביטחון, של מבוקשים שנתפסו ונכלאו בבתי כלא בישראל לתקופות ממושכות או של אזרחים חפים מפשע שנקלעו לזירת הלחימה ונפגעו בשוגג על ידי כוחות הביטחון. הרביעית, גיוס מתנדבים מקרב שורות הפעילים של הארגון. כאן, שלא כבשאר הקטגוריות, למגויס רקע קודם בפעילות טרוריסטית. החמישית, גיוס בכפייה. במסגרת שיטה זו המגויס אינו מעוניין בביצוע הפיגוע, אולם מסכים לבצעו נוכח אמצעי לחץ, איום והפחדה המופעלים עליו מצד מגייסיו. מדובר במקרים שבהם נודע למשלחים אודות מצוקה אישית כלשהי שבה שרוי אדם, כגון החשדתו כמשתף פעולה עם ישראל, כעברייני, כחולה במחלה חשוכת מרפא המקנה לבעליה סטיגמה שלילית וכיו"ב, המנוצלת על ידיהם בכדי להביאו לידי הסכמה כפויה לבצע את הפיגוע. במקרים אלה נוהגים המשלחים להעמיד את אותו אדם בפני אחת משתי ברירות: או שיחשפו ברבים את סיבת מצוקתו ובכך ימיטו קלון עליו ועל משפחתו, או שיענה לדרישתם לבצע פיגוע התאבדות ובכך לא רק ימנע את הבושה אלא אף יזכה את עצמו ואת בני משפחתו בכבוד ובתגמול כספי.

משגויס המתאבד הפוטנציאלי מתחילים משלחיו בהליכי הכשרתו למשימה. בשנות התשעים, עת היו פיגועי התאבדות בשלבי התהוותם, נמשך שלב זה כמה חודשים בכדי להבטיח את מוכנותו של המועמד ולמזער כשלים אפשריים בתכנית הפעולה, אולם כיוון שבמהלך אינתיפאדת אל-אקצה שכללו כוחות הביטחון את שיטות המעקב אחר פעולות הארגונים, החלו האחרונים לקצר במאוד את לוחות הזמנים⁸⁴, בניסיון לשמר את יכולותיהם המבצעיות להוציא פיגועי התאבדות אל הפועל, תוך לקיחת הסכנה של כשלון המבצע עקב חרטת המחבל או עקב כשלים מבצעיים.

83 שי, לעיל הערה 15, עמ' 43; H.W. Kushner "Suicide Bombers: Business as Usual"; *Essential Readings on Political Terrorism – Analyses of Problems and Prospects for the 21st Century* (H.W. Kushner ed., 2002) 35, 39

84 לא אחת שוגרו מתאבדים לביצוע פיגועים תוך ימים ואף תוך שעות ספורות בלבד מרגע גיוסם. ראו שי, לעיל הערה 15, עמ' 43, וכן הס, לעיל הערה 66.

הליך הכשרתו של המתאבד מורכב משני שלבים. העיקרי והממושך שבהם הוא שלב ההכשרה הדתית (בארגונים הדתיים) או הלאומנית (בארגונים החילוניים). ההכשרה הדתית, שעליה ידובר בהרחבה להלן, מתבצעת על ידי אנשי דת הקשורים לארגון, המעניקים למחבל הכשר הלכתי למעשהו. ההכשרה הלאומנית שמה את הדגש על חשיבותו הפטריוטית של המעשה ועל פי רוב כוללת גם מינון צנוע של סממנים דתיים. הן ההכשרה הדתית הן זו הלאומנית נועדו להעניק למועמד חיזוק נפשי ולהעמיק את דבקותו בהחלטתו הראשונית להתאבד⁸⁵. דגש מיוחד מושם במסגרתן על ההתמודדות עם החשש מפני המוות הצפוי. מגוון שיטות התמודדות פותחו לשם כך (כגון השמת המגויס בתוך קבר בבית קברות למשך כמה שעות), אולם כולן מסתיימות בריטואל טקסי זהה, המתועד במצלמת וידאו: בארגונים הדתיים, מתייצב המתאבד (או המתאבדת) בפני המצלמה כשבידו האחת ספר קוראן ובשנייה נשק, ובארגונים החילוניים אוהז הוא בנשקו כשברקע סמל הארגון ודגל מדינת פלסטין. הוא מציג (כאמור, לעתים כשלצדו אמו) את שמו, משימתו והצידוק האידיאולוגי הקיים, לדעתו, בביצועה. כמו כן ניתנת לו האפשרות להפקיד בידי משלחיו צוואה כתובה אשר תועבר לאחר מותו למשפחתו. מרגע סיום הטקס נחשב המחבל ל"קדוש חי", המשקיף על המתרחש סביבו מנקודת מבטו של אדם מת, דבר הנועד לגרום לו לעבור מבחינה פסיכולוגית את נקודת ה"אל-חזור" ולמזער עד למינימום האפשרי את הסיכוי שיחזור בו, שכן כעת כרוכה החרטה באבדן קשה של כבודו העצמי⁸⁶.

במקביל להכשרה האידיאולוגית, משלימים המשלחים את גיבוש התכנית המבצעית (ובכלל זה איסוף מודיעין, השגת חומרי הנפץ, ייצור מטען התופת, גיוס ותשלום כספים לאנשים האמורים להסתיר את המחבל בביתם עד ליום הפיגוע ולנהגים האמורים להסיעו ליעד וכיו"ב) ומעבירים את המחבל הכשרה טכנית-מבצעית כיצד להוציאה אל הפועל. מוסבר לו מהו היעד שנבחר, כיצד יגיע אליו, סוג המטען שאותו עליו להפעיל (חגורת נפץ המוצמדת לגוף, מטען חבלה בתיק יד, רכב ממולכד וכד'), כיצד מתבצעת ההפעלה, מהו עיתוי הפיצוץ האופטימלי למיקסום מספר הנפגעים, מה ללבוש וכיצד להתנהג כדי שלא לעורר חשד, ומה לעשות במקרה שתכנית הפעולה משתבשת וקיים חשש לתפיסתו (על פי רוב, ההוראה במקרה שכזה היא להפעיל את המטען, ללא קשר למספר הנוכחים סביב, כדי למנוע את התפיסה והחקירה בעקבותיה)⁸⁷.

בתום כל ההכנות נלקח המחבל לדירת מסתור מבודדת עד למועד ביצוע הפיגוע ונאסר עליו לבוא במגע עם משפחתו וחבריו, כדי למנוע השפעות סביבתיות כלשהן העלולות לעורר בו חרטה על החלטתו להתאבד.

85 שי, לעיל הערה 15, עמ' 43-45.

86 שם.

87 Sprinzak, לעיל הערה 32; Rudge, לעיל הערה 67.

4. ההכשר ההלכתי לביצוע פיגועי ההתאבדות

על פי החוק האסלאמי (השריעה), נחלק העולם לבית האסלאם (דאר אל אסלאם) ולבית המלחמה (דאר אל חרב). בית האסלאם כולל את אותן מדינות שבהן חוק הארץ הוא משפט האסלאם, ואילו בית המלחמה כולל את כל שאר המדינות, שבהן חיים התושבים על פי משפט הכופרים הנוצרים, היהודים, הפגאניים או אחרים⁸⁸. בין שני הבתים שורר מצב תמידי של עוינות מזוינת, אשר עתיד להימשך עד אשר יהפוך בית המלחמה לבית האסלאם, אולם נוכח האפשרות הריאליסטית כי מאזן הכוחות העולמי עשוי לעתים לנטות לרעת המוסלמים, אין להוציא מכלל אפשרות שביתות נשק או כריתת בריתות שלום, כל עוד אלה מוגבלות בזמן⁸⁹.

הבסיס התיאולוגי למרכזיות המלחמה יסודו אפוא בראות האסלאם את עצמו כדת העליונה השואפת להבטיח את שליטתה על פני העולם כולו – לא מדובר בשאיפה לכפייה דתית, כי אם בהפיכת חוק האסלאם לחוק הריבוני הבלעדי בעולם כולו, כאשר אלה המקבלים על עצמם לחיות על פיו זכאים ליחס מועדף, בעוד שהכופרים "עמי הספר" (כשהכוונה בעיקר ליהודים ולנוצרים) זכאים לשמור – בכפוף למגבלות מסוימות – על אמונתם הדתית, אולם אינם זכאים למלוא הזכויות שלהן זכאים הנתינים המוסלמים, ואילו הכופרים הפגאניים אנוסים להשתעבד, על פי תפיסות מתונות, או להתאסלם כדי להימנע מחיסול, על פי תפיסות קיצוניות יותר⁹⁰.

החוק המוסלמי קובע את הג'יהאד – שמשמעותו המילולית היא מאמץ, ואילו בקוראן כוונתו להקרבת הנפש והרכוש של המאמין למען אלה במאבק נגד הכופרים השוכנים ב"בית המלחמה" – כמצווה דתית מרכזית⁹¹. כל הנהרג במהלך מאבק זה נחשב לקדוש מעונה (שהיד) הזכאי לשכר מידי האל – מובטחת כניסתו וכניסת בני משפחתו לגן העדן, מובטח לו כי יראה את פניו של אלה, וכי יזכה ב־72 נשים שחורות עין, טהורות וחסודות, ובכל ההנאות שמונעים חוקי השריעה מן המאמין בעולם הגשמי, כגון שתיית אלכוהול⁹². כאמור בתחילת הפרק, קובע האסלאם איסור הלכתי חמור על התאבדות על רקע של מצוקה אישית ומורה כי המתאבד נדון להישרף באש הגיהנום. עם זאת לאורך ההיסטוריה ניתנו פסיקות הלכתיות רבות, שבהן קבעו חכמי הדת המוסלמים כי מעשי הקרבה עצמית שמבצע הפרט במהלך מלחמת ג'יהאד מותרים, כאשר מהווים הם גילוי תעוזה המכוון

88 B. Lewis *The Crisis of Islam – Holy War and Unholy Terror* (2003), 31

89 ע' סיוון "ג'יהאד: מיתוס והיסטוריה" 11 אלפיים – כתב עת בינתחומי לעיון, הגות וספרות (1995), 9, 11.

90 שם, עמ' 10-12.

91 א' גורן "למושג ג'יהאד באסלאם" 15 רישומים: בטאון משרד החוץ (1993), 21.

92 B. Hoffman *Inside Terrorism* (1998), 99.

להחליש את כושר עמידתו של האויב. בעת המודרנית רווחה בקרב חכמי הדת התפיסה הרואה בהתחזקותה המתמדת של תרבות המערב סכנה קיומית להמשך עצם קיומו של "בית האסלאם", ובניסיון לתת מענה לאיום זה, הקצינו רבים מהם את אמונתם והפכו את ההקרבה העצמית לערך עליון. אף כי היו מחלוקות בין פוסקים מתונים לרדיקליים, הרי שקול האחרונים הוא שגבר, כשהראשונים נתפסו בעיני הציבור הרחב כסוכנים בשירות המשטרים הכופרים ועל כן כמי שאינם בעלי סמכות דתית מחייבת.

תחילה היו פסיקות אלה מגבילות בהיקפן וקבעו כי פעולות הקרבה עצמית שמבצע המאמין אינן דומות לפעולות התאבדות של אנשים מיואשים, שכן המנטליות המניעה את המתאבד בשם האל שונה לחלוטין מזו המניעה את המתאבד ממניע אישי. האחרון מחליט לשים קץ לחייו מתוך שיקולים אנוכיים ומבטא בכך כפירה באל אשר העניק לו את נשמתו, ואילו הראשון מקריב חייו מתוך אמונה באל ועל כן מת מות קדושים המהווה ביטוי לפסגת הג'יהאד. עם זאת אין להפוך פעולות הקרבה אלה לדבר המוני המבוצע כעניין שבשגרה, אלא רק במצבים קשים, שבהם המבצע בא לכלל החלטה מודעת לקבל על עצמו את המוות מתוך מודעותו לעובדה כי בפעולתו יש כדי לתרום להשגת המטרה⁹³. כמו כן היו פוסקי ההלכה תמימי דעים כי האסלאם אינו משתף נשים בפעולות ההקרבה⁹⁴.

עם חלוף הזמן, משקיבל הרחוב הפלסטיני את פיגועי ההתאבדות בהערכה ובהערכה, נעשו פסיקותיהם של חכמי הדת מגבילות פחות ופחות. כך למשל התבטא השייח' יאסין כי בכל מקרה שמתאבד קיבל את ברכתו של שייח' מוסלמי מוסמך, אין הוא מתאבד על רקע אישי אלא שהיד שנפל בג'יהאד⁹⁵. השייח' יוסוף אל-קרדאווי, מגדולי הפוסקים הסוניים בעולם המוסלמי, קבע אף הוא באופן גורף כי פעולות ההתאבדות שמבצעים הפלסטינים כנגד ישראל, הם מעשי התנגדות לגיטימיים שנועדו להביא לשחרור אדמתם הכבושה ולהגן על כבודם של הפלסטינים ועל כן אין לראות במבצעי הפעולות כמתאבדים אלא כשהידים שנפלו בג'יהאד למען אללה⁹⁶.

גם כאשר לאפשרות שילובן של נשים בפיגועי ההקרבה העצמית, זיהו פוסקי ההלכה את הפוטנציאל המבצעי, התקשורת והמורלי הטמון בכך ועל כן פסקו כי ככלל, האסלאם אינו אוסר על מעורבות נשים במאבק למען האל, אולם במצב הרגיל אין הן נדרשות להילחם שכן זהו תפקידם של הגברים. עם זאת בנסיבות מיוחדות – כגון אלו המתקיימות עקב החרפת הסכסוך בין הפלסטינים לאויב הציוני – הופכת מלחמת הג'יהאד גם לחובתן של הנשים

93 פז, לעיל הערה 56, עמ' 13-17.

94 טל, לעיל הערה 16, עמ' 28.

95 שם, עמ' 26.

96 מ' זונדר "גן העדן האבוד" מעריב (17.8.01).

ומותר להן לבצע פיגועי התאבדות במהלכה⁹⁷. גם על הקושי בדבר מהות השכר המצפה לאישה שהקריבה עצמה למען האל ביחס לזה המצפה לגבר על הקרבתו התגברו הפוסקים, בקבעם כי לה ולמשפחתה מובטח מקום בגן העדן וכן כי עתידה היא להינשא לשהיד.

5. יחס החברה הפלסטינית ומדינות ערב לפיגועי ההתאבדות

בקרב החברה הפלסטינית התקיימו מתמיד חילוקי דעות אודות התבונה המדינית שבביצוע פיגועי טרור, בכלל, ופיגועי התאבדות, בפרט, כנגד האוכלוסיה הישראלית. המתנגדים טענו כי המאבק המזוין אינו משרת את האינטרס הפלסטיני, באשר יש בו כדי לפגוע ברמת ובאיכות חייהם של הפלסטינים עקב תגובות הסיכול של ישראל, וכן כדי לגרוע מתמיכת מדינות העולם במאבקן של העם הפלסטיני להגדרה עצמית. למרות טענות אלה, תמיכת הציבור הפלסטיני במאבק העממי המזוין כנגד הכיבוש הישראלי התרחבה בהתמדה ופיגועי ההתאבדות נתפסו על ידיו כהפגנת כוח המקנה תחושה סובייקטיבית של עוצמה על פני אויב, שמבחינה אובייקטיבית הוא חזק הרבה יותר.

בהדרגה הפכה ההקרבה העצמית למען האל ולמען המולדת לאידיאל קולקטיבי ראשון במעלה, אשר שינה לחלוטין את תפיסת מהותו של המוות. מנגנוני ההסברה של תנועות ההתנגדות התאמצו רבות כדי לטפח את מיתוס ההקרבה, ולשם כך חיברו משוררים וסופרים דתיים וחילוניים שירי וסיפורי גבורה, שבהם תואר המתאבד כדמות הרואית השואפת אל המוות כדי לנקום את התחושות הקולקטיביות של המצוקה, המחנק, ההשפלה, איבוד הכבוד וגזילת אדמת המולדת. דוגמה אחת מיני רבות ליצירות אלה היא מאמר שפורסם בביטאון המרכזי של תנועת החמאס, "פלסטין אל-מסלמה", כבר בספטמבר 1991:

"העולם כולו רודף אותך וכוחות האופל מציבים לך מארב כדי להפיל אותך. קום ושפוך חמתך. כל העולם כולו הוא החזית שלך ואל תוציא עצמך מן העימות. הבה ותהיה התקוממות בכל צורות המאבק נגד הכיבוש שכן המוות ממילא מצפה לך. חיי ההשפלה שוללים ממך את כל משמעות החיים והופכים את חיך למוות. אתה חי כמת, אוכל מבלי למצוא טעם באוכל וישן מבלי למצוא טעם בשינה. אנו עומדים כיום בפני פרשת דרכים: המוות או החיים, אך חיים בלי הקרבה עצמית הם מוות. חפשו אחר המוות ויוענקו לכם החיים"⁹⁸.

97 טל, לעיל הערה 16, עמ' 28.

98 ראו ציטוט הדברים אצל פז, לעיל הערה 56, עמ' 31-32.

חשוב לתת את הדעת על כך שהלך הרוח השורר ברחוב הפלסטיני מקבל גיבוי וחיזוק מתמיכתן של כמה מדינות ערביות בארגוני הטרור. הבולטות שבמדינות אלה הן איראן, סוריה, ערב הסעודית ובעבר גם עיראק. הממשל האיראני מספק מדי שנה (במסווה של סיוע מדיני, הסברתי והומניטרי) לארגוני הטרור הפלסטיניים, ובייחוד לחמא"ס ולג'יהאד האסלאמי, תמיכה כספית, לוגיסטית וכן חומרי חבלה, מחנות אימונים ואמצעי לימוד והדרכה, ששוויים הכספי הכולל מוערך בעשרות מיליוני דולרים⁹⁹. לבד מכך מספקת איראן לארגוני הטרור תמיכה הסברתית, בהתירה לכלי התקשורת הפועלים בתחומה לדבר בשבח פיגועי ההתאבדות. סוריה מעניקה אף היא תמיכה כספית לארגוני הטרור הפלסטיניים, מאפשרת להם להקים בשטחה מפקדות ומחנות אימונים, וכן משמשת צינור להעברת כספים ממדינות תומכות טרור אחרות לארגונים אלה¹⁰⁰. ערב הסעודית, המהווה בעלת ברית לארצות-הברית ומקיימת מדיניות חוץ פרו-מערבית, דוגלת בתפיסת עולם פנים-מדינתית אסלאמית רדיקלית ואינה נוקטת באמצעים אפקטיביים דיים כדי למנוע מארגונים אסלאמיים קיצוניים הנמצאים בשטחה לפעול להפצת רעיונות האסלאם הרדיקלי במדינות העולם. יתרה מכך, הסעודים מעניקים תמיכה כספית לארגוני הטרור ומעבירים – במסווה של תמיכה הומניטרית – סיוע כספי נרחב לתמיכה במשפחות המתאבדים, במשפחותיהם של פלסטיניים שנהרגו בעימותים עם כוחות הביטחון, במשפחותיהם של מחבלים הכלואים בבתי כלא בישראל ובמחבלים פצועים הזקוקים לסיוע רפואי, וכן מסייעים במימון מיזמים נוספים, כגון פעולות הסברה ברחוב הפלסטיני לעידוד המשך המאבק המזוין ובניית בתי מגורים חלופיים למשפחות מחבלים שבתיהם נהרסו על ידי הצבא הישראלי¹⁰¹.

עד לנפילת משטרו של סדאם חוסיין, תמך הממשל העיראקי בפיגועי ההתאבדות, דיבר בצדקתם ופעל לעידודם באמצעות העברת סיוע כלכלי ניכר למשפחות המתאבדים במטרה להגביר את המוטיבציה לביצוע פיגועי התאבדות על פני פיגועי טרור "רגילים", שמשפחות מבצעייהן זכו לתגמול כספי קטן יותר על מות בניהן שנהרגו. בצד הסיוע הכספי לאוכלוסיה, העבירה עיראק לרשות הפלסטינית כספים לצורך רכישתם של אמצעי לחימה איכותיים¹⁰². סקירת חמשת המישורים לעיל נועדה להדגיש את העובדה כי כדי להגשים את בחירתם האסטרטגית להשתמש בנשק המתאבדים, נדרשים ארגוני הגרילה, פלסטיניים או אחרים, בתמיכתן של מדינות תומכות טרור, לשקוד על בניית תשתיות אידיאולוגיות, מבצעיות,

Erased in a Moment: Suicide Bombing Attacks against Israeli Civilians (Human Rights Watch Organization, 2002), part VI, <http://www.hrw.org/reports/2002/isrl-pa/ISRAELPA1002.pdf>

100 שם.

101 שי, לעיל הערה 15, עמ' 183-190.

102 שם, עמ' 178-183, *Suicide Bombing Attacks Against Israeli Civilians*, לעיל הערה 99, חלק 4.

לוגיסטיות והסברתיות ענפות. "התוצר המוגמר" של אדם המוותר מרצונו החופשי לכאורה על השאיפה האנושית הטבעית לחיות, בכדי לפגוע באויבו בדרך המכוונת להמחיש את גודל נחישותם של בני עמו להילחם, לא היה מתהווה אלמלא תשתיות אלה. ללמדנו כי מאבק אפקטיבי ומושכל בצורת לוחמה בלתי שגרתית זו, הוא כזה המתמקד בעיקר בהריסתן של התשתיות האמורות ולא בטיפולים נקודתיים בתוצרים הסופיים שבכוחן להצמיח, קרי במתאבדים עצמם. אפנה כעת לבחינת חוקיותן של הדרכים שבאמצעותן מתמודדות כיום מדינות דמוקרטיות, דוגמת ישראל, ארצות-הברית, אנגליה וקנדה, כנגד איום המתאבדים ולבחינתן המשפטית של הדרכים שבהם ראוי כי יעשה מאבק זה.

ה. המענה המשפטי הראוי לטרור המתאבדים

אחד האתגרים הגדולים והמיוחדים הניצבים בפני מדינות המערב הליברליות הוא מציאת מענה משפטי אפקטיבי הולם למגוון איומי הטרור המודרני המופנים כלפיהן – מענה נורמטיבי אשר יבטא את האיזון החוקתי האופטימלי, בנסיבות העניין, בין האינטרס הציבורי לביטחון, לסדר ולשלום הציבור, מחד גיסא, לבין חובתו של הממשל הדמוקרטי לכבד את חירויותיו וזכויותיו של כל אדם, באשר הוא אדם, מאידך גיסא.

חשיבותו של אתגר זה נובעת מכך שבמישור הבינלאומי כרוך הוא בהכרח, כפי שנראה בהמשך, בגיבושם של דיני מלחמה חדשים להסדרת הדרכים לניהולם של סכסוכים מזוינים בין מדינות ריבוניות לבין קבוצות חמושות פרטיות והמדינות התומכות בהן, ואילו במישור הפנים-מדינתי כרוך הוא בהתמודדות עם סוגיות חוקתיות כבדות משקל הנוגעות במישורן אל אושיות שיטת המשטר הדמוקרטית.

כאמור בפרק השני, הטרור הוא תופעה עתיקת יומין וחוצת גבולות, המתפתחת ומתאימה עצמה בלא ליאות לחידושי העתים. טרור המתאבדים אמנם אינו הגרסה הפוגענית ביותר האפשרית העומדת לרשות ארגוני הטרור, שהרי אנו מודעים למאמציהם הבלתי פוסקים לפתח יכולות מבצעיות לשימוש בכלי נשק כימיים, ביולוגיים, רדיואקטיביים ואף גרעיניים, שהפעלתם אינה מחייבת בהכרח שימוש במפגע מתאבד, אולם טרור המתאבדים כשלעצמו – בין שהמתאבד אמור להפעיל נשק קונבנציונלי או נשק בלתי קונבנציונלי להשמדה המונית – הוא אמצעי האלימות הקיצוני והבוטה ביותר העומד לרשות ארגוני הטרור, ככל שהדבר נוגע הן למידת ההתרסה כלפי ריבונות הממשל בשטחו מבוצעת ההתקפה, הן לעוצמת הפחדת האזרחים נוכח נחישותם הבלתי מתפשרת של הטרוריסטים להשגת יעדם האידיאולוגי. השאלה אם ועד כמה משפיעים מאפייניו הייחודיים האמורים של טרור המתאבדים על אופן הטיפול המשפטי הראוי בו, בשונה מן הדרכים המשפטיות הראויות לטיפול בסוגים אחרים של טרור, מחייבת אפוא להקדים ולפרוס, בקליפת האגוז,

את מושכלות היסוד המנחות בסוגיה כללית יותר – מהות יחסי הגומלין בעתות חירום בין האינטרס הלאומי בביטחון המדינה והציבור לבין חירויותיו וזכויותיו היסודיות של הפרט. אחד מעקרונות היסוד של המשטרים הליברליים הנאורים הוא עקרון שלטון החוק¹⁰³. עיקרון זה מורכב משני מישורים: פורמלי ומהותי¹⁰⁴. המישור הפורמלי מורה כי במדינה דמוקרטית, כל הגורמים במדינה – הפרטים ורשויות השלטון – חייבים לפעול אך ורק בגדרי החוק, בעתות שלום ובעתות משבר כאחד¹⁰⁵. מישור זה אינו עוסק בתכניו המהותיים של החוק, אלא אך ורק בצורך להשליטו על כלל הגורמים במדינה, מתוך תפיסה שאין איש או רשות המצויים מעליו ועל כן משוחררים מכבליו. המישור המהותי של עקרון שלטון החוק קובע את חובתה המוחלטת של המדינה הדמוקרטית לגבש חוקים המבטאים איוון חוקתי ראוי בין צורכי הכלל והפרט, בעתות רגיעה כמו גם בעתות מצוקה¹⁰⁶.

דומה כי ההכרח שבניהול החיים הדמוקרטיים על פי עקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי חדר היטב לתודעה הלאומית הקולקטיבית, כך שכל הפרת חוק מצד הפרט או השלטון זוכה לתגובה מחמירה, גם כאשר העילה הניתנת להפרתו נושאת גוון של שמירה על הביטחון הלאומי. אחת מהצלחותיה הגדולות ביותר של הפרדיגמה הדמוקרטית-ליברלית היא בכך שהביאה לנטישתה המוחלטת של התפיסה שלפיה "בעת שרועמים התותחים שותקים החוקים" וזרועות הממשל רשאיות לפעול כטוב בעיניהן להשבת הסדר על כנו, מחד גיסא, ולהשתרשות התפיסה שלפיה כל מאורע בחיים הדמוקרטיים נשלט על ידי המשפט, מאידך גיסא: במישור הבינלאומי, מדובר במשפט הבינלאומי הפומבי; במישור הפנים-מדינתי, מדובר במשפט הפנים-מדינתי. השכלנו להבין כי "כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה"¹⁰⁷. המאבק בטרור, ככל מאבק אחר שאליו נדרשת הדמוקרטיה, אינו מתנהל מחוץ לחוק אלא בגדריו. עת חירום, קשה ודוחקת ככל שתהא, אינה מהווה צידוק לנטישת הנורמות המשפטיות. בכך נבדלת המדינה הדמוקרטית מן הטרוריסטים הקמים עליה: "ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו

103 ל' שלף מרות המשפט ומהות המשטר (1996), 31.
 104 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה 5, כרך א, תשנ"ז), 227.
 105 שם, עמ' 228-243.
 106 שם, עמ' 243-245.
 107 דברי נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק בבג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הבטחון, פ"ד מה(1) 467, 470-471.

ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק¹⁰⁸. עם זאת ככל שאמורים הדברים באשר לניהול החיים הדמוקרטיים על פי עקרונות שלטון החוק במובנו המהותי, קיימת מחלוקת עמוקה אודות תכניו הראויים של החוק בעת מצב חירום. שעה שאין חולק כי לא הרי היקף ההגנה המוקנה לחירויות ולזכויות הפרט בעתות חירום כהרי היקף ההגנה המוקנה להן בעתות שלום, שכן בשעת משבר מצוות הן לסגת מפני צרכים ביטחוניים חיוניים, באותה מידה הנדרשת למימושם, הרי שהמחלוקת נסבה על שיטת עריכתו של איזון רגיש זה, המשפיעה במישרין על תוצאתו.

בהכללה, ניתן לראות מחלוקת זו כנחלקת לשני מישורים, כאשר עניינו של המישור הראשון בטיבה של המסגרת החוקתית בגדרה מתבצע האיזון האמור ואילו עניינו של המישור השני, הנגזר מן הראשון, באופן עריכתו של האיזון בגדרה של מסגרת חוקתית נתונה. אדון בשני מישורים אלה כסדרם.

1. המישור הראשון – המסגרת החוקתית הישימה בשעת משבר

לכאורה, רבים יתפלאו לפרש עצם העיסוק במישור זה. כלום אין זה ברור מאליו שאותה מסגרת חוקתית, אותו מערך של ערכי יסוד מסורתיים המנחים את האומה בימי שלום ימשיכו להנחותה גם בשעותיה הקשות? התעלה על הדעת סברה שלפיה יכולה מדינה דמוקרטית לאחוז בגאון מערך חוקתי מסוים רק בתקופות הטובות בחייה ואילו בשעות מצוקתה להפנות לו עורף ולאמץ אל חיקה, באותה נחישות מוסרית, מערך חוקתי שונה בתכלית? הרי פירוש הדבר הוא, הלכה למעשה, חלוקתו של המשטר הדמוקרטי לשניים: האחד לתקופות שגרה, השני לתקופות חירום, כאשר דמותו של הראשון עשויה להיות שונה מדמותו של השני לבלי הכר. האומנם חלוקה זו היא אכן כה מופרכת כפי שנחזית היא להיות במבט ראשון? כל נשכח שהיא הרי הנמצאת בבסיסו של משפט העמים הבינלאומי. כבר בשנת 1625 חיבר הוגו גרוטיוס את ספרו "על משפט המלחמה והשלום" (De Jure Belli ac Pacis), אשר שמו בלבד מרמז על כך כי רבים מדיני השלום הבינלאומיים יכול שיושעו בעתות מלחמה ויוחלפו בנורמות משפטיות שונות, פעמים אף סותרות¹⁰⁹. במישור הפנים-מדינתי, יש הסוברים כי ראוי לנהוג בצורה דומה, באמצעות תיחומו של המשטר החוקתי "הרגיל" המוכר לנו לעתות שלום בלבד ויצירת משטר חירום חוקתי אשר יהא בתוקף בעתות המשבר, ובמסגרתו יורחבו הסמכויות הביצועיות של רשויות הממשל בד

108 דברי שופט בית המשפט העליון לשעבר, חיים ה. כהן בבג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113, 132.

109 ' דינשטיין דיני מלחמה (1983), 13.

בבד עם צמצום היקף הביקורת השיפוטית על אופן יישומן. פרופ' ברוס אקרמן סבור למשל כי התפיסה החוקתית, שלפיה חוקה אחת היא שצריכה להסדיר את מכלול החיים הדמוקרטיים היא תפיסה פגומה, כיוון שאין היא מסוגלת להבטיח לזכויות האזרח את מידת ההגנה הראויה להן נוכח האיומים הביטחוניים, בעיקר הטרוריסטיים, של העת המודרנית¹¹⁰. זאת משום שבכל פעם שארגוני הטרור מצליחים לבצע מתקפה רצחנית כלשהי, לא כל שכן מתקפה בסדר גודל חריג, רווחת בקרב הציבור התחושה שמנגנוני הביטחון כפופים למגבלות חוקתיות הדוקות מדי, המונעות מהם לעשות שימוש באמצעים אפקטיביים שיכלו למנוע את המתקפה שהתרחשה ועל כן יש להסירן, תוך יצירת איזון נורמטיבי חדש בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי בביטחון המדינה. הממשלה, הנשענת על תמיכת הרוב ובעלת אינטרס לנכס לעצמה סמכויות רבות ככל הניתן בכדי להרחיב את מרחב פעולותיה, עשויה לפעול בהתאם לתחושות אלה, גם במקרים שבהם הן אינן מגובות בצורך עובדתי תקף ולהסב לזכויות היסוד של הפרט פגיעות חמורות ובלתי הפיכות. לכן, סבור פרופ' אקרמן, רק שינוי יסודי של המבנה החוקתי הקיים, שינוי המכוון ליצור דוקטרינה משפטית חוקתית הקובעת הבחנה ברורה בין סמכויות המשטר הדמוקרטי בעתות חירום לבין סמכויותיו בעתות שלום, תבטיח את הגבלת הפגיעה בזכויות הפרט רק לעת החירום, תוך מניעת הגבלות מיותרות וארוכות טווח על חירויות הפרט בזמן שלום¹¹¹. בבסיס תאוריית "חוקת החירום" שמציע פרופ' אקרמן, מונחת למעשה התפיסה כי הצלם הדמוקרטי ניתן לחלוקה: אחד בעת שלום ואחר בעת משבר, כאשר האחרון דרוש על מנת לאפשר לזרועות הממשל להתמודד באפקטיביות עם מצבי מצוקה, באופן שירגיע את הציבור החרד וימנע את התמשכות הפגיעה בזכויות האדם החוקתיות גם לאחר סיומה של שעת החירום. תפיסה זו מוטעית לדעתי, כאשר הופכת היא על פיהן את אבני המסד של הפרדיגמה הדמוקרטית-ליברלית.

במאמרו החשוב "קץ ההיסטוריה?", שפורסם לקראת סוף המאה שעברה, טען פרנסיס פוקוימה כי תם המאבק האידיאולוגי בין התאוריה הדמוקרטית למתנגדותיה בניצחון מובהק לדמוקרטיה¹¹². משהצליח הליברליזם המערבי לשרוד את הכישלונות המוסריים הרבים שהביאו על עצמם בני המין האנושי במהלך המאה העשרים, ובראשם הפיכת גרמניה ממדינה בעלת מסורת דמוקרטית ארוכת שנים לדיקטטורה נאצית אכזרית, הגיע העולם

110 B. Ackerman "The Emergency Constitution" 113 *YALE L.J.* (2004) 1029; B. Ackerman "This Is Not a War" 113 *Yale L.J.* (2004) 1871.

111 D. Cole "The Priority of Morality: אקרמן ראו The Emergency Constitution's Blind Spot" 113 *Yale L.J.* (2004) 1753; L.H. Tribe, P.O. Gudridge "The Anti-Emergency Constitution" 113 *Yale L.J.* (2004) 1801.

112 F. Fukuyama "The End of History?" *Conflict after the Cold War: Arguments on Causes of War and Peace* (R.K. Betts ed., 1994) 5.

לכדי הכרה בכך שהדמוקרטיה הליברלית היא שתהא לצורת המשטר הדומיננטית בו בעתיד. מתקפת הטרור של ה-11 בספטמבר 2001 הייתה נקודת השבירה של קונספציה שגויה זו – העת שבה הבינו מדינות המערב כי הוויכוח הרעיוני עדיין רחוק מאוד מלקרוב אל קיצו, כי מאבקן של המדינות הדמוקרטיות בטרוריסטים פונדמנטליסטיים ולאומניים הוא לא רק מאבק למען הרגעת הציבור והבטחת שלומו וביטחונו, אלא גם מאבקה של האידיאולוגיה הליברלית על המשך בכירותה הרעיונית.

מן התזה שמציע פרופ' אקרמן עולה כי הוא סבור שהדוקטרינה המשפטית הנכונה לטיפול במצבי חירום בחייה של הדמוקרטיה, ובכלל זה במצב חירום הנגרם עקב מתקפות טרור, הוא במסגרת של "חוקת חירום" הנותנת בידי הממשל הכשר משפטי ומוסרי ליישום אמצעי לוחמה בטרור הנעדרים כל תוקף חוקתי ומוסרי במסגרת "חוקת השלום". הוא סבור שלא די בחוקה ה"רגילה" המאפשרת הכרזה קונסטיטוטיוטית על מצבי חירום, הכרזה המקנה לרשויות המדינה אפשרות ליישם את נוסחת האיזון בין האינטרס הביטחוני לחירויות הפרט באופן שונה מאופן יישומה בעתות רגיעה. באופן שהמשקל היחסי שניתן לאינטרסים השונים משתנה – בהתאם לנסיבות החירום – כך שדברים האסורים בעתות שלום מותרים בעתות משבר, אלא מעוניין הוא בשינוי הנוסחה עצמה. הוא מציע לנו משטר שונה (דמוקרטי וחוקתי אף הוא, להשקפתו) לזמן מוגבל. משטר שלאחריו ישוב הכל לקדמותו. האומנם סביר להאמין כי "דמוקרטיה השלום" לא תזכור את שעוללה "דמוקרטיה החירום"? אין לי אלא להצטרף בעניין זה לדבריו הבאים של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק:

"It is a myth to think that it is possible to maintain a sharp distinction between the status of human rights during a period of war and the status of human rights during a period of peace. It is self-deception to believe that we can limit our judicial ruling so that they will be valid only during wartime, and that we can decide that things will change in peace time. The line between war and peace is thin – what one person calls peace, another calls war. In any case, it is impossible to maintain this distinction long-term... I must not make do with the mistaken belief that, at the end of the conflict, I can turn back the clock... A wrong decision in a time of war and terrorism plots a point that will cause the judicial graph to deviate after the crisis passes"¹¹³.

A. Barak "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 113
Harv. L. Rev. (2002) 16, 149-150

ודוק: הבעיה המרכזית בתזה שאותה מציע פרופ' אקרמן אינה נעוצה בקיומו של קושי פורמלי לביסוסה של הבחנה נורמטיבית בין עתות שלום לחירום, שכן עניין זה ניתן ליישוב באמצעות חקיקת יסוד, המצריכה הכרזה פרלמנטרית-רובנית לשם מעבר ממשטר השלום למשטר החירום, ולהיפך. הבעיה המרכזית בתזה המוצעת נעוצה בשני גורמים אחרים בעלי אופי מהותי.

הגורם האחד, עניינו בהיעדרה של הגדרה נורמטיבית ברורה ומוסכמת של מושג ה"חירום". הגם שכאמור, עצם המעבר בין משטרי השלום לחירום יכול שיעשה באמצעות אקט פורמלי וודאי, אין בנמצא אמות מידה נורמטיביות ברורות להבחנה בין עתות שלום לחירום. כפי שמלמדת המציאות בלא הפסק, מצבי חירום עשויים להיגרם בשל מגוון אינסופי של מצבים ומאורעות, בדרגות חומרה שונות, מבלי שקיימת אפשרות לחזותם מראש. יתרה מכך, מכיוון שמדינות נבדלות זו מזו בגודלן, תרבותן, אופי משטרן וכיוצא באלה פרמטרים, כל ניסיון לקבוע מראש באופן כוללני כי התקיימותו של מערך נסיבות כלשהו תעלה אוטומטית כדי "חירום" בכולן, לוקה בפגם אינהרנטי, באשר הוא מתעלם מהצורך לבחון כל מאורע על פי הקשרו ונסיבותיו הייחודיות¹¹⁴. אמנם, ניתן לנסות ולהתגבר על קושי זה באמצעות קביעת הגדרת מסגרת, הנסמכת על מאפייני היסוד המשותפים לכלל עתות החירום. על פי הגדרה זו, "חירום" פירושו מאורע משברי זמני, אשר התרחש בפועל או עתיד להתרחש במהרה (imminence), ואשר יש בו משום פגיעה או ניסיון לפגיעה חמורה ויוצאת דופן בסממני הריבונות של המדינה¹¹⁵. ברם מלבד העמימות הרבה האינהרנטית להגדרות מסגרת מעין אלה, שהן מעצם טיבן בעלות "רקמה פתוחה",

114 ראו למשל The International Law Association Paris Report (1984), 59, quoted in J. Oraa *Human Rights in States of Emergency in International Law* (1992), 31: "[I]t is neither desirable nor possible to stipulate in abstracto what particular type or types of events will automatically constitute a public emergency within the meaning of the term; each case has to be judged on its own merits taking into account the overriding concern for the continuance of a democratic society"; The Federalist No. 23 (Alexander Hamilton), in *The Federalist Papers* (1961) 153: "[I]t is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies... The circumstances that endanger the safety of nations are infinite..."

115 E. Gross *How to Justify an Emergency Regime and Preserve Civil Liberties in Times of Terrorism?* (forthcoming 2008), Ch. 1; J. Fitzpatrick *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (1994), 55; R. St. J. Macdonald "Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights" 36 *Colum. J. Transnat'l L.* (1997) 225, 241; C. Michaelsen "International Human Rights on Trial – The United Kingdom's and Australia's Legal Response to 9/11" 25 *Sydney L. Rev.* (2003) 275, 288-289

יישום ההגדרה על מצבי חירום ביטחוניים הנגרמים בעייתיים של מעשי טרור הוא אף סבוך וייחודי עוד יותר, בשל אופיו המיוחד של האקט הטרוריסטי¹¹⁶.

הגורם האחר, עניינו בחשש מפני השפעות מוסריות מזיקות נלוות של משטר "דמוקרטיית החירום". אף כי השיבה אל משטר "דמוקרטיית השלום" מתבצעת באמצעות אקט חוקתי פורמלי חד-משמעי, אין בה כדי למחוק מן התודעה את אופן התנהלותן של רשויות המדינה בשעת החירום. כל אותן הכרעות חקוקות, ביצועיות ושיפוטיות, שניתנו בחסות "חוקת החירום" כעת מאבדות אמנם את תוקפן הנורמטיבי, אולם זכרן והשפעותיהן אינם נמחקים מן התודעה כלל ועיקר ועשויות הן לחלחל ולתת אותותיהן גם בחסות "חוקת השלום". כלומר, עצם היחשפות ציבור האזרחים אל החיים בחסות "חוקת החירום" טומנת בחובה השפעות תודעתיות מזיקות, שיש בהן כדי להקים סכנה לפרשנותה של "חוקת השלום" באופן גמיש ומתירני יתר על המידה.

מסקנת הדברים היא כי ערכי היסוד הדמוקרטיים: שלטון החוק, הפרדת הרשויות, עצמאות הרשות השופטת והכרה בערכים של צדק ומוסר חברתי שבמרכזם זכויות האדם, כל אלה אינם דברי מותרות לעתות שלום העושים את הדמוקרטיה שבה אנו חיים לטובה

116 כך למשל מכיוון שהאיום הטרוריסטי מתאפיין באופיו הא-פרסונלי ובכך שהוא יוצר אפקט פסיכולוגי של חשש ופחד בקרב כלל הציבור ברמה שהיא בלתי פרופורציונלית ביחס לנוזק הישיר שהסב האקט הטרוריסטי הפרטני שבוצע, דומה כי אין להעריך את חומרת האיום על פי שיעור הנוזק המוחשי אלא כשקלול של שיעור הנוזק הכולל – הן הפיסי הן הפסיכולוגי – הצפוי כתוצאה מההתמודדות עמו (R. Young "Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation" 29 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (2006) 23, 56-57, לעיל הערה 115, פרק 2). כך למשל מתקפת ה-11 בספטמבר 2001 על ארצות-הברית, שבוצעה בידי ארגון אל-קאעידה, אף כי הייתה יכולה להיחשב כאיום קיומי אילו בוצעה במדינה קטנה יותר שחוסנה המשטרי חלש יותר, הספיקה כשלעצמה על מנת להכריז על מצב חירום בארצות-הברית, אף שלא הייתה בבחינת איום קיומי על האומה האמריקנית. זאת נוכח היקפה הנרחב של המתקפה וממדי ההרס העצומים שגרמה לנפש ולרכוש, אולם נראה כי גם ביצוע שיטתי של פיגועים בסדר גודל מצומצם יותר, דוגמת פיגועי התאבדות במרכזי אוכלוסיה אזרחית, עשוי להיות בעל השפעה מצטברת המצדיקה הכרזה על חירום. גם למאפיין הזמניות ביטוי ייחודי במצבי חירום של טרור, שכן בשונה מאיומים "קלאסיים" הנובעים ממלחמות בין מדינות ריבוניות, ממשברים כלכליים, מאסונות טבע, ממגפות וכיוצא באלה, האיום הטרוריסטי הוא איום ארוך טווח, הנעדר מועדי התחלה וסיום מוגדרים ועל כן למאפיין הזמניות חשיבות תפיסתית יותר מאשר אופרטיבית – כלומר, עניינו בשימור ההבדל הדיכוטומי-רעיוני בין הנורמליות לחירום. מאפיין הזמניות מונע את טשטוש הגבולות שבין החירום לנורמליות ומדגיש כי על אף התמשכותו של מצב החירום ואף שהנורמליות נחזית כאידיאה שאין יודעים מתי תושג, לעולם אין החירום יכול להפוך מחריג לנורמה השלטת ומשום כך סמכויות החירום הן בהכרח בעלות תוקף זמני ולעולם אין הן יכולות להפוך לחלק אינהרנטי ממשטרה החוקתית של המדינה אשר אינו מחייב פיקוח פרלמנטרי או שיפוטי מוגבר ומיוחד (Gross, שם, שם).

יותר, אלא בלעדיהם אין הדמוקרטיה קיימת. דמוקרטיה המרשה לעצמה לסטות מכיבוד ערכים אלה – ולו לזמן מוגבל – אינה דמוקרטיה גרועה, אלא מבחינה מהותית אין היא דמוקרטיה כלל. על כן התמודדותן של מדינות דמוקרטיות עם מצבי חירום, בכלל, ועם מצבי חירום ביטחוניים, בפרט, חייבת להיעשות בגדריה של המסגרת החוקתית הקיימת.

2. המישור השני – אופן עריכת האיזון בין הביטחון הלאומי לזכויות הפרט בגדרי המסגרת החוקתית ה"רגילה"

לאור מסקנתי האמורה, שלפיה נוסחת האיזון בין ביטחון המדינה לזכויות האזרח זהה הן בשעת חירום הן בשעת שלום, כאשר הכרזה קונסטיטוטיובית על שעת חירום, הנעשית בהתאם לחוקתה "הרגילה" של המדינה, מאפשרת מתן משקל שונה לערכים המתנגשים על ידי הסטת כפות המאזניים החוקתיים לטובת האינטרס הביטחוני על חשבון זכויות הפרט, אבחן כעת מהו המשקל אשר ראוי להינתן לכל אחד מהערכים המתנגשים, נוכח מצב החירום הנכפה על המדינה עקב היותה נתונה לאיזומיהם של ארגוני גרילה טרוריסטיים. המשקל שיינתן לנסיבות החירום המיוחדות הוא שיקבע את היקף ההגנה הראוי לכל אחד מהערכים המתנגשים.

על המאבק בטרור להתנהל תוך יצירת איזון עקרוני חוקתי הולם בין שני ערכים מתנגשים¹¹⁷: מצד אחד, ניצב האינטרס הציבורי בביטחון המדינה ובביטחון תושביה. זכויות אדם – יסודיות, חשובות ונחוצות ככל שתהינה – אינן מוחלטות והצורך לקיימן אינו מצדיק את ערעור הביטחון הלאומי בכל מצב. נהפוך הוא: דמוקרטיה שבוחרת במודע "לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה"¹¹⁸, חוטאת לחובתה לקיים בעבור אזרחיה תשתית אזרחית תקינה, אשר מהווה תנאי הכרחי ליכולתם לממש את זכויותיהם הבסיסיות. מצד אחר, אף ביטחון המדינה אינו ערך מוחלט והצורך בהגשמתו אינו מעניק לשלטון רישיון בלתי מוגבל לפגוע בזכויות החוקתיות של האינדיווידואל. אכן, "אין מנוס – בחברה דמוקרטית שוחרת חופש ובטחון – מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון – איזון עדין וקשה – בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור"¹¹⁹. איזון נורמטיבי מורכב זה מעורר דילמות קשות שבמוסר ובמשפט, שכן אנו ניגשים לעורכו בידענו מראש כי תוצאתו אינה עתידה להקל עלינו את המאבק. כל איזון נכון בין ביטחון

E. Gross *The Struggle of Democracy Against Terrorism: Lessons from the United States* 117
the United Kingdom and Israel (2006), 6

118 כאמרת נשיא בית המשפט העליון כדימוס, אהרן ברק, בע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 315.

119 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741.

לחירות יכפה מגבלות מסוימות הן על הביטחון הן על החירות. מתניות התגובה והנכונות לפשרה הן מחיר הדמוקרטיה. על כן פסולות בעיניי הצעות דוגמת זו של פרופ' אורן גרוס¹²⁰, המציע לנו את ה-"Extra-Legal Measures model", שלפיו אנשי הממשל רשאים לנקוט באמצעים המנוגדים לנורמות, לעקרונות ולכללים חוקתיים, באותן נסיבות שבהן הם מאמינים שתגובה קיצונית שכזאת הכרחית, בבחינת מוצא אחרון, לצורך הגנת האומה והציבור מפני סכנות ואיומים חמורים במיוחד, ובתנאי שתגובות בלתי חוקתיות אלה תהיינה גלויות לעינו הבוחנת של הציבור. או אז, מציע פרופ' אורן גרוס, מעשיו הבלתי חוקיים של פקיד הציבור יחייבוהו לעמוד למבחן הציבור, במובן זה שהציבור יידרש לבחור בין מיצוי הדין המשפטי והציבורי עם הפקיד שראה עצמו משוחרר מכבלי החוקה (במקרים שבהם נהג כך בהיעדר צורך ביטחוני הכרחי), או שלחילופין יעניק בדיעבד הכשר מוסרי וחברתי לאמצעים הבלתי חוקתיים שבהם נקט (במקרים שבהם נבעו מעשיו מצורך ביטחוני לוחץ). מודל זה, על אחריותו הציבורית האינדיווידואלית של הפקיד הציבורי, כך סובר פרופ' אורן גרוס, לא מחליש את נאמנותה של המדינה לשלטון החוק אלא אך מחזק אותה, שכן הוא מכוון לשמר את הציות ארוך הטווח לערכים החוקתיים. הוא מבטא את אחריותו הפוליטית והמוסרית של הממשל כלפי אזרחיו. אחרי הכל, באמצעות מודל זה באפשרותנו להימנע מנורמליזציה של היוצא מן הכלל: להתייחס אל האמצעים הבלתי חוקיים כמות שהם – כאמצעים שהפעלתם התחייבה לאור אופיו החריג של האיום, תוך שאנו מודעים בלא כחל ושרק למשמעויותיה החמורות של עצם ההחלטה לפעול מחוץ לגבולות החוק ולא מנסים לשוות לה אופי של פעולה חוקית באמצעות פרשנות מרחיבה של הדינים הקיימים. לו כך היינו נוהגים, היינו מסתכנים ביצירת תקדימים משפטיים שיחלחלו אל המערכת המשפטית הרגילה וייטמעו בה¹²¹.

על אף הסכנות הממשיות שעליהן מצביע פרופ' אורן גרוס, לדעתי המודל המוצע על ידי מעורר קשיים וסכנות חוקתיים ומוסריים גדולים הרבה יותר, שכן אין הוא מציע לאזן בין האינטרסים המתחרים אלא לסטות כליל מנוסחת האיזון, באותם מקרי חירום יוצאי דופן. העדפת האינטרס הביטחוני על פני זכויות האדם חייבת להתבצע תמיד במסגרת גבולות החוק – דהיינו, במסגרת נוסחת האיזון החוקתית. איזהו התקדים המסוכן יותר: זה

O. Gross "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?" 112 *Yale L.J.* (2003) 1011

120 שם, עמ' 1130-1133. לדעה נוספת, שלפיה כדי להימנע מפרשנויות מרחיבות של החוק הקיים בשעת חירום וכך לא ליצור תקדימים משפטיים העשויים לחלחל אל המערכת המשפטית בשעת שלום, עשויים מצבי חירום יוצאי דופן להתיר לפקיד הממשל לפעול באמצעות סמכויות הנמצאות מחוץ לגבולות החוק, באם השימוש בסמכויות אלה הכרחי כדי להתמודד עם מצב החירום ראו M. Tushnet "Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime" *Wis. L. Rev.* (2003) 273, 298-307.

המתיר פגיעה יוצאת דופן באחת מזכויות היסוד במסגרת נוסחת האיזון החוקתית, או זה המתיר יציאה אל מחוץ לכבלי החוקה במצבי חירום מסוימים? נוסחת האיזון החוקתית מאזנת את האיום הטורריסטי אל מול האינטרסים והזכויות הראויים להגנה וקובעת את היקף ההגנה הראוי להם בנסיבות העניין. לכן, כל יציאה אל מחוץ לגבולות החוק אינה מוצדקת, באופן קטגורי. ניקח לדוגמה מצב שבו תתיר מדינה – בגדרי מודל האיזון החוקתי הקיים – לגופי אכיפת החוק להפעיל בנסיבות מסוימות אמצעי חקירה חריגים בחומרתם כנגד חשודים במעורבות בפעילות טורריסטית. טוען פרופ' אורן גרוס, ובצדק, כי מכיוון שהיתר זה נעשה בגדרי המסגרת החוקתית הקיימת, יהיה בו כדי ליצור אפקט עיתידי מסוכן של "מדרון חלקלק" להכשרת השימוש בשיטות חקירה חריגות גם במצבים שאינם מצדיקים זאת. לפיכך מציע לנו פרופ' אורן גרוס לנטרל סכנה זו באמצעות הוצאת אמצעי החקירה האמורים אל מחוץ לחוק והכשרת השימוש בהם בדיעבד, כחריג הכרחי. חסרונות הצעתו זו של פרופ' אורן גרוס עולים, לגישתי, על יתרונותיה, שכן בעצם היציאה אל מחוץ לכבלי החוקה טמונות השלכות נורמטיביות ומוסריות מסוכנות הרבה יותר. עצם מוכנותה של חברה דמוקרטית להתעלם מחוקי המשחק ולא לנסות להתנהל ולנצח במסגרתם היא הסכנה הגדולה מכולן.

במסגרת נוסחת האיזון הקיימת, חוקתיות האמצעי תלויה במכלול של נסיבות ועל כן אין לקבוע מראש כי יש אמצעים שתמיד יהיו בלתי חוקתיים וימנעו מהמדינה תגובה יעילה לטרור¹²², כהתבטאותו הרטרית של הנשיא אברהם לינקולן בנאומו שנשא בפני הקונגרס בארבעה ביולי, 1861:

"Are all the laws but one to go unexecuted, and the Government itself go to pieces, lest that one be violated?"¹²³.

אמצעי, מרחיק לכת ככל שיהא, הננקט בהתאם לנוסחת האיזון עשוי אמנם ליצור תקדים מסוכן, אולם הפתרון לסכנה זו צריך שיימצא בקביעת הגבלות נורמטיביות אפקטיביות ולא בנטישת המסגרת החוקתית הקיימת בכללותה. מכאן ששמירת אופייה הדמוקרטי של מדינה המתמודדת עם איומי טרור מחייב עריכת איזון עדין, בהתאם לנסיבותיו של כל עניין ועניין. פגיעה בלתי חוקתית בזכויות היסוד של הפרט, גם אם הוא חשוד במעורבות בפעילות טורריסטית, פוגעת בשלטון החוק (במובנו המהותי) ובחוסנה של הדמוקרטיה בדיוק כשם שמתן משקל כבד מדי לזכויות הפרט על חשבון האינטרס הביטחוני פוגעת בהם. יישומה של נוסחת האיזון אינו פשוט לביצוע. תוצאותיה אינן מקלות על המאבק, אולם "זה גורלה

122 ד' דורנר "מידתיות" ספר ברנזון, כרך ב – בני סברה (תש"ס) 281, 291-292.
123 A. Lincoln "Message to Congress in Special Session (July 4, 1861)" in *The Collected Works of Abraham Lincoln* (vol. 4, Roy P. Basler ed., 1953) 421, 430.

של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורות לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפישת בטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה"¹²⁴.

התוואי החוקתי שסורטט לעיל נועד להסביר מדוע, על אף מאפייניו הייחודיים של טרור המתאבדים, חובתה של מדינה דמוקרטית המתמודדת עמו לטפל בו באותן דרכים חוקתיות המשמשות אותה לטיפול בסוגי הטרור האחרים. כפי שאראה מיד, נוסחת האיזון הקיימת בהחלט מאפשרת סיכול יעיל ואפקטיבי של פיגועי התאבדות, אולם בכדי לעשות זאת, צריך הדגש להיות מושם על חכמת האמצעים ולא על עוצמתם. טרור המתאבדים, כעולה מן הפרקים הקודמים, הוא תופעה מורכבת אשר מעורבים בה מגוון גורמים – משפחות המתאבדים, משלחי המתאבדים וסייענים העובדים בצמידות עם משלחים אלה, פוסקי דת מוסלמים קיצוניים, ציבור מקומי אוהד, מדינות תומכות טרור ועוד. לכן, מיקוד מרב המשאבים בניטרולם, הרתעתם וענישתם של גורמים אלה בבחינת טיפול "מן השרוש", ופחות בניסיונות נקודתיים לתפיסת מפגע מתאבד כזה או אחר בבחינת טיפול "מן הענף", הוא הדרך הנכונה להתמודד עם סוג זה של טרור.

בטרם אפנה לבחינתן של דרכים אלה, אדרש לסוגיית ברירת הדין המסדירה את תגובותיה של המדינה המתגוננת מפני טרוריסטים הפועלים כנגדה – כלומר, האם פעולותיה כפופות למגבלות הדין הבינלאומי בדבר אופן ניהולם של קרבות, או שמא לדין הבינלאומי אין תחולה כאשר מדובר בסכסוך אלים בין מדינה ריבונית לגורם לא מדינתי, כך שמעשי המדינה נשלטים אך ורק בידי דינייה הפנימיים, בכפוף לדיני זכויות האדם הבינלאומיים? בעת המודרנית, נקודת המוצא של דיני ה-*jus ad bellum* – הדינים הבינלאומיים המסדירים את הדרכים החוקיות לפתיחתה, להפסקתה ולסיומה של מלחמה – היא שעל כל מדינה להימנע מלהשתמש בכוח כדי לפתור מחלוקות בינלאומיות, אלא לאחר מיצוי כל אמצעי השלום האפשריים¹²⁵, אולם גם כשהמדינה רשאית להשתמש בכוח, עדיין קיימות מגבלות על טיב האמצעים שהיא רשאית להפעיל. דיני ה-*jus in bello* – הדינים הבינלאומיים המסדירים את אופן ניהולה החוקי של המלחמה ואשר מצויים בעיקר באמנות האג משנת 1899 ו-1907, באמנות ג'נבה משנת 1949 ובפרוטוקולים המשלימים לאמנות משנת 1977, קובעים מגבלות ביחס לאמצעים שבהם רשאית המדינה להשתמש. ראשית, קיימת הבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים; על המלחמה להתנהל אך ורק בין הלוחמים

124 דברי נשיא בית המשפט העליון כדימוס, אהרן ברק, בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845.

125 דינשטיין, לעיל הערה 109, עמ' 47-54.

ואלה נדרשים להימנע, ככל האפשר, מפגיעה באוכלוסייה האזרחית ולהגן על אזרחים המוצאים עצמם בידי האויב במהלך הלחימה. שנית, דיני המלחמה קובעים שאף שהלוחמים חושפים עצמם מרצון לסיכוני המלחמה, עדיין קיימות מגבלות על אופן ניהולה. על הלוחמים להימנע מלגרום זה לזה פציעות ונזק מעבר למינימום הנדרש לשם הגשמת יעדי המלחמה.

ההבחנה היסודית שעליה מבוססות שתי המגבלות האמורות היא זו שבין לוחמים לאזרחים. עם זאת בצד ההבחנה האמורה, מבוססים דיני המלחמה גם על הבחנה יסודית נוספת, אשר בניגוד לקודמתה אינה מעוגנת בהם מפורשות כי אם רק באופן משתמע – ההבחנה בין לוחמים חוקיים ללוחמים לא חוקיים¹²⁶. אמנם, התנאים שנדרש אדם למלא בכדי להחזיק בזכות להיחשב כלוחם חוקי, צומצמו במידה משמעותית עם כניסתו לתוקף של הפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה, שזיכה גם את לוחמי החופש בסטטוס של לוחמים חוקיים, אולם עדיין בכדי לבוא בגדרה של הלוחמה החוקית יש לקיים כמה תנאי סף מינימליים, ובהם הדרישה כי הלוחמים יבדילו עצמם מהאוכלוסייה האזרחית ואילו במקרים שבהם טיב הלחימה אינו מאפשר עשיית הבדלה זו, על הלוחמים לשאת נשקם בגלוי¹²⁷. נוכח אופי הלחימה של הטרוריסטים, כפי שפורט בפרק השני, ובייחוד נוכח העובדה כי לא רק שאין הם עושים כל שביכולתם כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית מנזקי המלחמה, אלא להיפך – הם מכוונים את פעולותיהם האלימות דווקא כלפי אוכלוסיית הצד היריב ופעמים רבות אף מעמידים את האזרחים בני עמם בסכנה בעת שהם נטמעים בקרבם מתוך כוונה שאלו ישמשו להם שריון מגן אנושי מתוקף ההגנה המוקנית להם, הרי שלדעת לא ניתן לראותם כלוחמים חוקיים, לרבות כלוחמי חופש¹²⁸.

כפועל יוצא מכך שהדין הבינלאומי אינו מסדיר באופן פוזיטיבי את הסטטוס המוקנה לטרוריסט, כלוחם בלתי חוקי, גם אין בכוחו לספק הסדרה הולמת לאופן ניהולו של סכסוך אלים המתנהל בין מדינה ריבונית לארגוני טרור פריטיים. סעיף 2 המשותף לכל אמנות ג'נבה משנת 1949 קובע שהנורמות המעוגנות באמנות מיועדות לחול על סכסוכים מזוינים בינלאומיים – קרי על סכסוכים בין שתיים או יותר ישויות בעלות אישיות משפטית בינלאומית – בין שכל הצדדים הנוגעים בדבר הכריזו באופן רשמי על קיומו של מצב

Y. Dinstein *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* 126 (2004), 29.

Art. 43(3) of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (June 8, 1977) 1125 U.N.T.S. 3

S.J. Crona, N.A. Richardson "Justice for War Criminals of Invisible Armies: A new Legal and Military Approach to Terrorism" 21 *Okla. City U. L. Rev.* 128 (1996) 349, 366.

מלחמה ביניהם ובין שאחד מהם אינו מכיר באופן רשמי בקיומו של מצב זה¹²⁹. סעיף 1(4) לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה מרחיב את הגדרת הסכסוך המזוין גם למצבים שבהם נלחמים עמים כנגד שלטון קולוניאלי, כיבוש זר או כנגד משטרים גזעניים במסגרת מימוש זכותם להגדרה עצמית¹³⁰. כן מאפשר הדין הבינלאומי לייחס את פעולותיהם של גורמים לא מדינתיים למדינה התומכת במעשיהם רק אם לאותה מדינה יש שליטה אפקטיבית עליהם¹³¹. במציאות הקיימת, אף שרובם המכריע של ארגוני הטרור אכן נתמכים על ידי מדינות ריבוניות ואין קיומם מתאפשר אלא משום כך, קשה מאוד לספק הוכחות מספקות לכך שאותן מדינות אמנם מעניקות לטרוריסטים מחסה בשטחן או מסייעות בידיהם לקדם מעשיהם על ידי מתן כלי נשק, סיוע לוגיסטי ומימון כספי, כיוון שהדברים נעשים בחשאי רבה, תוך הקפדה על טשטוש העקבות. לכן רק במקרים מעטים ניתן להפעיל את דוקטרינת השליטה האפקטיבית ולייחס למדינה התומכת אחריות למעשי טרור המבוצעים בשטחה של מדינה אחרת. בשאר המקרים נשלטת מלחמתה של המדינה בארגון הטרור על ידי דיניה הפנימיים, למעט בנסיבות שבהן מדובר בסכסוכים מזוינים פנימיים שאינם בעלי אופי בינלאומי – קרי בסכסוכים פנימיים המתרחשים בשטחה של מדינה מסוימת בין המדינה עצמה לבין קבוצות חמושות פרטיות שאינן מדינה – שאז חל סעיף 3 המשותף לכל אמנות ג'נבה, הקובע נורמות הומניטריות מינימליות שלהן מחויבים כל הצדדים לסכסוך¹³². מכאן שהשאלה המרכזית היא אם יש לסעיף זה תחולה על מתקפות טרור על מדינה ריבונית המתבצעות בידי ארגוני טרור שאינם נתמכי מדינה, או כשלא ניתן להוכיח תמיכה שכזו.

סעיף 3 אינו מתייחס במפורש למעשי טרור אלא מונה שני תנאים מצטברים לתחולתו: האחד, קיומו של סכסוך מזוין והשני, שהסכסוך אינו בעל אופי בינלאומי. בכדי לעמוד בתנאי הראשון, יש להראות שמתקפות טרור אינן אך בגדר מהומות והפרות סדר פנים-מדינתיות, אלא שיש בהן לעלות כדי סכסוך מזוין של ממש. הגם שבמשפט הבינלאומי אין

Art. 2 common to the four Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War 129
Victims, (August 12, 1949), 75 U.N.T.S. 3

Art. 1(4) of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and 130
Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (June
.8, 1977) 1125 U.N.T.S. 3

Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua 131
(*Nicaragua v. United States of America*), 1986 I.C.J. 14, 65; see also Draft
Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 8,
[http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles\(e\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles(e).pdf).

Art. 3 common to the four Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War 132
Victims, (August 12, 1949), 75 U.N.T.S. 3

עדיין הגדרה מוסכמת למונח "סכסוך מזוין", ברור שאקטים טרוריסטיים, לאור טיבם ומאפייניהם, אינם מהווים סכסוך מזוין במובנו המסורתי. עם זאת אקטים אלה ממלאים אחר כמה מהמאפיינים היסודיים של הסכסוך המזוין הקלאסי: ארגון הטרור הוא ארגון בעל מבנה הייררכי ובו זרוע מדינית האחראית על פעולות הזרוע המבצעית, מעשי הטרור אינם ספונטניים אלא קדם לביצועם תכנון מוקפד ולעתים איסוף מידע מודיעיני בכדי להגביר את סיכויי הצלחתם ויש בכוחם להסב פגיעות רבות בגוף וברכוש. שקלול הקריטריונים האמורים לעיל ראוי שיעשה תוך איזון בין מטרותיהן ההומניטריות של אמנות ג'נבה, מחד גיסא, לבין כיבוד ריבונותן של המדינות בשטחן והימנעות מהתערבות בינלאומית במתיחויות פנים-מדיניות, מאידך גיסא¹³³. מכאן, שגם אם לא ניתן לסרטט בבירור את גבולות פריסתו של המונח סכסוך מזוין, עדיין ניתן לקבוע שהוא חל עימותים המהווים הפרה חמורה של הדין ההומניטרי הבינלאומי. לפיכך אמנם לא כל מתקפת טרור עשויה לעלות כדי סכסוך מזוין, אולם באותם מקרים שבהם מבצעי המתקפה הם קבוצות מאורגנות המוציאות אל הפועל באופן שיטתי התקפות מתוכננות ומתואמות כנגד אזרחים הגורמות לנזקים חמורים, הרי שראוי לראותן כעולות כדי סכסוך מזוין.

כאמור, התנאי השני לתחולת סעיף 3 הוא שהסכסוך אינו נושא אופי בינלאומי. עמימותו של ניסוח זה הביאה לפרשנותו כמכוון לשלושה מצבים שונים¹³⁴: האחד, כחל על כל סכסוך מזוין שאינו נשלט בידי סעיף 2 המשותף לכל האמנות – כלומר, סכסוך שרק אחד הצדדים לו הוא מדינה ריבונית והאחר גוף פרטי. השני, כחל רק על מלחמות אזרחים. השלישי, כחל רק על סכסוכים מזוינים בין המדינה לבין ארגוני טרור מבית, אך לא מחוץ. פירוש תכליתי של סעיף 3, תוך התאמתו למציאות העולמית שבה הולך הטרור ומתפשט בעוצמה הולכת וגוברת מבלי שהקהילה הבינלאומית מצליחה לגבש מענה הולם למיגורו, מחייבת לבכר את הפרשנות הראשונה.

עם זאת אדגיש כי בניהול המאבק על פי הדין הפנימי אין בהכרח פסול, שהרי יכול ודינים אלה יכבלו את המדינה אף יותר מאשר הדין ההומניטרי הבינלאומי, אולם עדיין אני סבור שהחלת הדין ההומניטרי הבינלאומי חיונית, שכן יש בו כדי לספק מסגרת נורמטיבית יציבה לניהול המאבק, בהיותה זוכה לתמיכה נרחבת בקרב אומות העולם¹³⁵. דיני המלחמה הבינלאומיים מבוססים אמנם על עקרון ההדדיות, שבו נושאים שני הצדדים בחובה לציית למגבלות המרסנות את הפעלת הכוח ואילו במלחמה כנגד ארגון טרור רק המדינה היא שמקבלת על עצמה מגבלות אלה, אולם גם בכך אין לדעתי כדי לשנות מן המסקנה שאליה הגעתי, שכן המדינה הדמוקרטית, מעצם היותה כזו, נושאת בחובה מוחלטת להגן על עצמה

133 D. Jinks "September 11 and the Laws of War" 28 *Yale J. Int'l L.* (2003) 1, 23

134 שם, עמ' 38-39.

135 שם, עמ' 47.

ועל אזרחיה במסגרת החוק ועל פיו, ובשום מצב אין היא יכולה להיתלות ב"נסיבות מקלות", כגון העובדה שיריביה רואים עצמם משוחררים ממגבלות אלה, אשר יתירו לה לעשות לעצמה הנחות משפטיות ומוסריות. בהכפפת מלחמתה לדין ההומניטרי הבינלאומי יש אפוא לא רק חשיבות אופרטיבית אלא גם חשיבות הצהרתית חשובה לא פחות.

3. הדרכים המשפטיות הראויות לטיפול בטרור המתאבדים – שילוב בין מניעה וענישה

מגוון האמצעים להתמודדות עם תופעות של טרור, בכלל, ועם תופעת טרור המתאבדים, בפרט, משתייכים למעשה לשתי קטגוריות: האחת, מניעתית-סיכולית והשנייה, הרתעתית-עונשית. עם זאת יודגש כי לא מדובר בסיווג דיכוטומי נוקשה אלא בקו רציף, שכן ברבים מהאמצעים המניעתיים ישנו גם פן עונשי המכוון להרתיע ובאמצעים הרתעתיים ישנו, בהכרח, גם ממד מניעתי. הסיווג שלהלן נסמך אפוא על מטרתו הדומיננטית של האמצעי, ולא על מטרתו הנלווית.

האמצעים המניעתיים, כעולה משמם, הם אמצעים הצופים פני עתיד: מטרתם הבלעדית, ולמצער העיקרית, היא סיכול איומי טרור עתידיים על ידי תפיסת אלו המעורבים בתכנון ובהוצאת הפיגוע ההתאבדתי אל הפועל בטרם הספיקו לבצע מלאכתם. לעומת זאת האמצעים הענישתיים מיושמים רק לאחר שבוצע המעשה האסור (משנתן פוסק ההלכה למתאבד הכשר לביצוע המעשה; מששילח המגייס את המתאבד ליעדו; משעשה המתאבד ניסיון כושל לביצוע הפיגוע או משביצע אקט התאבדתי עקיף¹³⁶ ונותר בחיים וכד'), ומיועדים לבוא חשבון עם המעורבים בתכנונו ובביצועו של פיגוע ההתאבדות, להרחיקם מן החברה ולהרתיעם לבל ינסו לחזור על מעשיהם בעתיד ואגב כך להרתיע את כלל הציבור שאליו משתייכים אותם אנשים לבל יערב עצמו בפעילות הטרוריסטית האמורה¹³⁷.

(א) האמצעים המניעתיים

(1) התחקות מודיעינית אחר תשתיות טרור המתאבדים¹³⁸

136 כאמור, מדובר בפיגוע התאבדות שהוצאתו אל הפועל אינה כרוכה בהכרח במות המבצע, אולם ההסתברות למותו בסיטואציה זו קרובה לוודאי. ראו לעיל פרק 2(ב).

137 דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (ירושלים, 1997), 9.

138 לבחינה נרחבת של מגוון הדרכים לאיסוף מידע מודיעיני לצורך סיכול פיגועי טרור, בכלל, ופיגועי התאבדות, בפרט, והמגבלות המשפטיות הראויות לחול על השימוש בהן ראו Gross, לעיל הערה 59.

מן האמור בפרק הקודם עולה בבירור שלהוצאתו אל הפועל של פיגוע התאבדות קודמת שורת פעולות של תכנון מבצעי ולוגיסטי, גיוס מתאבדים פוטנציאליים והכשרתם המבצעית והרוחנית וגיוס כספים וחומרי חבלה. את כל אלה מבצעים ארגוני הטרור בחשאי, תוך הקפדה על מידורם של המעורבים השונים. לו תסתייע המדינה שכלפיה מכוונים הטרוריסטים את מעשיהם באמצעי המעקב האנושיים והטכנולוגיים הקיימים כיום, יעלה בידה לחדור אל הספרות הפרטיות שבהן מתבצעות פעולות התכנון וההכנה האמורות, וכך להגביר במידה ממשית את יכולותיה לסכל את פיגועי ההתאבדות טרם ביצועם ואף לתפוס את אלה המעורבים בייזומם ובתכנונם. עם זאת איתור אותן ספרות בודדות המנוצלות בידי הטרוריסטים לתכנון אקטים רצחניים, מחייבת לא אחת חדירה לפרטיותה של כלל האוכלוסייה. כך למשל כדי למנוע ממחבל הנושא על גופו חגורת נפץ מלעלות על מטוס נוסעים מסחרי, יש להתנות את עליית כל נוסעי המטוס בכך שיעברו דרך מכשיר המשקף את מתאר גופם מבעד לבגדיהם. בדומה, כדי לחשוף את זהות החברים בתא טרור מקומי שחבריו מתקשרים ביניהם ועם מפעיליהם מפעם לפעם באמצעות הדואר האלקטרוני, יש לסרוק בהתמדה תכתובות אישיות של מיליוני אנשים תמימים. באיזון בין האינטרס הביטחוני לבין זכות האדם לצנעת חייו – זכות יסוד הנגזרת מזכותו החוקתית לחירות ולכבוד – הן הדין הבינלאומי הן משטר הדינים הפנימי של המדינות השונות מאפשרים לזרועות הביטחון לחדור, במגבלות מסוימות, אל פרטיותה של כלל האוכלוסייה בכדי לאתר מתוכה את אותם מתי מעט המנצלים לרעה את הימנעות המדינה מחדירה גורפת אל הספרות הפרטיות של אזרחיה.

כך למשל סעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית, המהווה את ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעת לחימה¹³⁹, מורה כי:

“Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honor, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs... However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war”¹⁴⁰.

בדין הישראלי, נוסף על הוראות חוק הנותנות בידי המשטרה סמכויות חדירה לפרטיות האזרחים לשם חקירת ביצוען של עבירות פליליות באופן כללי, ישנה שורת הוראות סטטוטוריות, שתכליתן ביטחונית, המרחיבה ומגמישה סמכויות אלה במטרה לתת בידי

J.S. Pictet *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary* (vol. 4, 1958), 199 139
 Art. 27 of the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time 140
 of War (Geneva IV), (August 12, 1949), 75 U.N.T.S. 287

רשויות הביטחון די אמצעים לצורך לחימה בטרור. כך למשל תקנה 75 לתקנות ההגנה (שעת חירום)¹⁴¹ מסמיכה כל חייל או שוטר לערוך חיפוש בכל מקום, לרבות כלי רכב, טייס ושייט, אם יש לו יסוד סביר לחשד שהוא משמש או ששימש זה מקרוב לתכלית הפוגעת בשלום הציבור ובביטחון המדינה או שנמצא בו אדם שעבר עבירה המנויה בתקנות. תקנה 76 לתקנות ההגנה מעניקה לכל חייל או שוטר סמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם, אם יש להם יסוד סביר לחשד שאותו אדם נושא עמו חפץ ששימש לביצועה של עבירה המנויה בתקנות, שנעשתה לגביו עבירה או שעשוי לשמש ראיה לביצועה של עבירה כאמור. סעיף 9 לחוק הטייסים¹⁴² מעניק לאיש ביטחון, לשוטר, לחייל או לחבר הג"א סמכות לחפש בכלי רכבו של אדם בעת כניסתו לשדה התעופה ואגב שהייתו שם, אם החיפוש דרוש, לדעתם, בכדי לשמור על ביטחון הציבור. כמו כן מעניק הסעיף לאנשים המנויים לעיל סמכות לחפש על גופו של אדם המצוי בשדה תעופה או בכלי טייס, אם החיפוש דרוש, לדעתם, כדי לשמור על ביטחון הציבור. אם סירב אדם להתיר חיפוש בגופו, קובע החוק איסור מנדטורי להטיסו, כמו גם סמכות שבשיקול דעת לבצע בו את החיפוש על אף סירובו, למנוע את כניסתו או יציאתו משדה התעופה או להוציאו מהמקום. סעיף 6 לחוק הטייס מסמיך את שר התחבורה להורות על נקיטת אמצעים לביטחון שדה התעופה במקרקעין הסמוכים לשדה, כשלשם ביצוע ההוראה, מוסמכים מבצעה להיכנס למקרקעין, להציב בהם ציוד ולגדרם. הסמכת המחזיק או ביקורת שיפוטית אינה נדרשת ואדם הרואה עצמו נפגע מההוראה רשאי לפנות לוועדת ערעור.

בארצות-הברית, אף כי ככלל, ניתן לחפש בגופו ובכליו של אדם רק בהתאם לתנאי התיקון הרביעי לחוקה, קרי על החיפוש להיות סביר ולהתבצע מכוח צו שיפוטי המגדיר בבירור את האובייקט נשוא החיפוש והניתן לאחר שמבקש החיפוש מסר לבית המשפט הצהרה בשבועה ובה הוכחות לקיומה של עילה מסתברת (probable cause) למעורבות האדם נשוא הבקשה בעבירה אשר בוצעה או עתידה להתבצע – הרי שבמהלך השנים נקבעו כמה חריגים הן באשר לדרישת הצו הן באשר לדרישת הסבירות והעילה המסתברת. כך למשל באשר לדרישת הצו, חריג ה-"stop and frisk search" מסמיך את אלו הנמנים על רשויות אכיפת החוק לעכב כל אדם המעורר חשד סביר להיותו מעורב בפעילות פלילית. במהלך העיכוב מורשה המעכב לחפש על בגדיו של האדם, אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי הוא חמוש ועל כן מסכן אותו או את הציבור¹⁴³. חריג ה-"administrative search" מאפשר עריכת חיפושים למטרה חינוכית, כגון אלו המיועדים לאיתור כלי נשק וחומרי נפץ, כל עוד

141 תקנות ההגנה (שעת חירום), ע"ר 1442, תוס' 2, 855.

142 חוק הטייס (בטחון בתעופה האזרחית), תשל"ז-1977, ס"ח 854.

143 *Terry v. Ohio* 392 U.S. 1 (1968); *United States v. Bell* 464 F. 2d 667, 673 (2nd Cir. 1972).

פקיד הממשל אשר החליט על עריכת החיפוש הפעיל את שיקול דעתו בהתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, והגבילו אך ורק להגשמת המטרה האמורה¹⁴⁴. באשר לדרישת סבירות החיפוש ועריכתו על בסיס עילה מסתברת, קבע בית המשפט כי:

“Whether a particular search meets the reasonableness standard is judged by balancing its intrusion on the individual's Fourth Amendment interests against its promotion of legitimate government interests”¹⁴⁵.

וכי:

“‘Probable cause’ is the standard by which a particular decision to search is tested against the constitutional mandate of reasonableness ... In determining whether a particular inspection is reasonable – and thus in determining whether there is probable cause to issue a warrant for that inspection – the need for the inspection must be weighed in terms of these reasonable goals of code enforcement”¹⁴⁶.

בהסתמך על קביעות אלה, ניתן לומר כי עתות חירום, שבהן מוצאת עצמה המדינה תחת מתקפות טרור או תחת איומים ממשיים לביצוען, מאפשרות להנמיך את הסטנדרט לבחינת קיומה של עילה מסתברת אל מתחת לרמת ההוכחה הנדרשת לצורך הוצאתם של צווי חיפוש בעבירות פליליות רגילות, אולם יש להישמר מפני הנמכת יתר אשר יהיה בה בכדי לרוקן מתוכן את הדרישה להוכחת קיומה של עילה זו¹⁴⁷.

ראויה לדגש מיוחד העובדה כי מתקפת ה-11 בספטמבר 2001 העצימה במידה משמעותית את סמכויות החדירה לפרטיות המוקנות לממשל, בד בבד עם צמצום היקף הביקורת השיפוטית על אופן יישומן של סמכויות אלה. את עיקר הפגיעה בזכות לפרטיות מסב ה-USA Patriot Act, שרבות מהוראותיו ישימות לא רק בחקירות הקשורות בטרור אלא גם בחקירות פליליות רגילות.

מתקפת ה-11 בספטמבר הביאה גם את קנדה לשנות את האיזון בין צורכי הביטחון להיקף ההגנה המוקנה לזכות לפרטיות, שינוי שהתבטא בחקיקתו של החוק למניעת טרור Bill C-36, שהוראותיו מרחיבות במידה משמעותית את הסמכויות החקירתיות של רשויות

United States v. Davis 482 F. 2d 893, 910 (9th Cir. 1973); *Camara v. Municipal Court* 144 387 U.S. 523, 532, 536 (1967)

Veronica School District 47J v. Acton 515 U.S. 646, 652-653 (1995) 145

פסק דין *Camara*, לעיל הערה 144, עמ' 534-535. 146

E. Gross “The Influence of Terrorist Attacks on Human Rights in the United States: The Aftermath of September 11, 2001” 28 *N.C.J. Int'l & Com. Reg.* (2002) 1, 31 147

אכיפת החוק. כך למשל בתקנו את הקוד הפלילי, מחייב החוק כמה גופים, ובהם בנקים זרים הפועלים בקנדה וחברות אשראי, לערוך בדיקות שוטפות בכדי לאתר אם מצוי ברשותם רכוש השייך לארגון טרור או למישהו מטעמו. כמו כן, חכים גופים אלה בדיווח תקופתי אודות ממצאיהם¹⁴⁸. בתקנו את ה־National Defense Act, קובע החוק כי ניתן להאזין לתקשורת פרטית בלא צו שיפוטי, אלא באישור שר ההגנה, אם מטרתה הבלעדית של ההאזנה היא איסוף מודיעין זר, וכן בתנאי שהיא מכוונת לאדם זר הנמצא מחוץ לקנדה, שלא קיימת אפשרות סבירה להשגת המידע באמצעים אחרים, שהמידע עתיד להיות בעל ערך רב ושנגטו אמצעים מספקים להבטחת פרטיותם של אזרחי ותושבי קנדה ולהבטחת עשיית השימוש במידע אך ורק במידה המתחייבת מצורכי הביטחון, ההגנה ויחסי החוץ¹⁴⁹. בבריטניה, מעניק ה־Regulation of Investigatory Powers Act¹⁵⁰ 2000, שחוקק בשנת 2000, לגופים החקירתיים סמכויות ענפות ביותר, בלא צורך בצו שיפוטי, אף כי מידת התאמתן של הוראות אלה לאמנה האירופית לזכויות אדם מוטלת בספק רב. בין היתר, הוא מאפשר לשר הפנים לאשר מעקב אחר תשדורות המועברות באמצעות שירותי הדואר או הטלוקומוניקציה, אם הדבר נחוץ, בין השאר, מטעמי ביטחון המדינה, במסגרת חקירת פשיעה חמורה או לצורך שמירת חוסנה הכלכלי של המדינה¹⁵¹. בשנת 2000, חוקק הפרלמנט את ה־Terrorism Act, ובו הוראות רבות המסכות פגיעות משמעותיות לזכות לפרטיות¹⁵². כך למשל סעיף 20 לחוק, מתיר לכל אדם – אך אינו מחייבו – ליידע את המשטרה כי הוא חושד שרכוש או הון כלשהם מיועדים למטרות טרור, וסעיף 21 קובע שאדם הנוטל חלק בביצוע פעולות התמיכה והמימון האמורות, לא ישא באחריות בגין מעורבותו בהן אם פנה ביוזמתו למשטרה מיד כשהחל לחשוד כי הוא מעורב בפעילות אסורה. ה־Anti-terrorism, Crime and Security Act¹⁵³, שחוקק בעקבות אירועי ה־11 בספטמבר 2001, צמצם עוד יותר את היקף ההגנה שלה זוכה לפרטיות בהתנגשה בצורכי הביטחון. כך למשל בעוד שה־Terrorism Act קובע שבמסגרת חקירת טרור, רשאי שופט להוציא צו המורה למוסד פיננסי למסור מידע מוגדר המוחזק ברשותו אודות לקוחותיו, כגון מספר החשבון של הלקוח, שמו, תאריך לידתו, כתובתו, תאריכי התחלת וסיום הקשר העסקי בינו לבין המוסד, כאשר הצו לא יינתן אלא משהוכח כי המידע המבוקש יסייע בקידום החקירה¹⁵⁴,

.Section 83.11 of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-46 (as amended by Bill C-36) 148

Section 273.65(1)(2) of the National Defense Act, R.S. c. N-5 (as amended by Bill C-36) 149

.Regulation of Investigatory Powers Act, 2000, c. 23 150

שם, סעיף 5. 151

.Terrorism Act, 2000, c. 11 152

.Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001, c. 24 153

שם, סעיף 38. 154

החוק החדש מרחיב את סוגי המידע שעל מוסדות פיננסיים למסור אודות לקוחותיהם מכוח ה־Terrorism Act, כך שיכלול גם מידע אודות חשבוננו של הלקוח באותו מוסד¹⁵⁵.

אף כי מהצורך בסיכול יעיל של פיגועי טרור, בכלל, ופיגועי התאבדות, בפרט, נובע כי פגיעות מסוימות בזכותו של הפרט לצנעת חייו אשר אינן מידתיות במסגרת הליך פלילי רגיל, יכול שתתקבלנה כחריג חוקתי בתחום הביטחוני, הרי שלא כל הפגיעות הן מידתיות, גם כאשר מוכח כי יש בהן כדי לסייע באיתור תשתיות הטרור. לכן אין למשל הצדק חוקתי לסמכות הכניסה לחצרים בלא צו חיפוש שמקנה חוק הטייס הישראלי ולחלק מהסמכויות החקירתיות הנרחבות הקבועות ב־Regulation of Investigatory Powers Act הבריטי.

מעבר לכך, הגם שלפני מתקפת הטרור על ארצות־הברית בספטמבר 2001 העניקו המדינות הנזכרות לעיל לרשויות הביטחון סמכויות חדירה נרחבות לצנעת הפרט בשם האינטרס הביטחוני, הרי שלאחריה ערכו כולן – למעט ישראל – שינויים חקיקתיים אשר הצרו את תחומי הגנת הפרטיות: חלקן באופן משמעותי יותר (ארצות־הברית ואנגליה) וחלקן באופן משמעותי פחות (קנדה). הדבר הבולט הוא שרבים מהשינויים הללו לא נועדו להעניק לרשויות הביטחון סמכויות שלא היו להן בעבר, אלא רק להחליש את הביקורת השיפוטית על אופן הפעלתן ולהביא להחלת ההוראות הביטחוניות המיוחדות גם בתחום הפלילי בכללותו. באשר לניסיון להחזיר את ההוראות הביטחוניות אל התחום הפלילי הרגיל, ברור כי אין לו כל נחיצות עניינית, שהרי החלת החקיקה הביטחונית גם בחקירת ביצוען של עבירות פליליות רגילות אינה מובילה באורח רציונלי להשגת תכלית הפגיעה – כלומר, למניעת מעשי טרור – ולכן פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות הפרט להליך פלילי הוגן. שעה שעל הפרדה זו הקפיד המחוקק הישראלי, ועל פי רוב אף הקנדי, לא כך נהגו בתי המחוקקים של ארצות־הברית ובריטניה.

באשר להיקף הביקורת השיפוטית על אופן הפעלת הסמכויות, למדנו לדעת כי כל סמכות מחייבת קביעת מנגנוני פיקוח אפקטיביים על אופן יישומה בכדי לוודא כי לא יעשה בה שימוש שלא לצורך, וכי לא תנוצל לרעה, כשלדרישה זו משנה תוקף בתחום הביטחוני, שבו היקפי הסמכויות והקלות היחסית שבהפעלתן יוצרים ממדי כוח ועוצמה העולים פי כמה על אלה שבכל תחום אחר¹⁵⁶.

יתרה מכך, בשל הקושי בהגדרת המונח "טרור", אימצה כל מדינה הגדרה רחבה ועמומה למושג. הגם שאין ספק כי מטרת העמימות להבטיח כי יתפסו ברשתו של המושג ארגוני טרור כדוגמת אל־קעידה וחמאס, תוצאת הלוואי היא כי גם רבות מפעולות המחאה האזרחיות הלגיטימיות אשר מתקיימות בחסות חופש הביטוי וההתארגנות יכול שיבואו במסגרתו, ועל כן לא מן הנמנע כי באחד מן הימים יריבים פוליטיים יעוותו את מטרת

155 שם, סעיף 3.

156 'זמיר "זכויות אדם ובטחון המדינה" משפטים יט (תשמ"ט) 17, 22.

העמימות בנוסחתם לנטרל זה את זה, אולם למרות פוטנציאל הסיכון הרב ולמרות שבקביעת מנגנוני ריסון ובקרה (כדוגמת ביקורת שיפוטית מהותית (להבדיל מסימבולית) מראש ולמצער בדיעבד, ייסודם של גופים מבקרים או הבטחת שקיפות ציבורית על ידי דרישה למתן דין וחשבון תקופתי) אין כדי לפגוע ביישומן האפקטיבי של הסמכויות, ניתן לראות כי כל המדינות ויתרו עליהם לא אחת, בייחוד לאחר ספטמבר 2001, כשהויתור הקיצוני והנרחב ביותר מצוי בעיקר בדיניהן של ארצות-הברית ובריטניה.

(2) הפעלת לחץ פיזי ופסיכולוגי על נחקרים החשודים כנמנים
על תשתית טרור המתאבדים¹⁵⁷

לסוגיית המותר והאסור בחקירת אנשים החשודים במעורבות בטרור משנה חשיבות כשברור מתאבדים עסקינן. זה לא מכבר היטבנו לדעת כי חקירתו של טרוריסט – כל טרוריסט – קשה עד מאוד, שכן בניגוד לעבריינין "רגיל" שמעשיו האנטי-חברתיים הונעו ממניעים חומריים או נקמניים ושהקשיים בחקירתו נובעים מרצונו להסתיר את מעורבותו מפני רשויות אכיפת החוק, הרי שהטרוריסט הוא עבריינין אידיאולוגי, אשר לא רק לא מנסה להסתיר מעורבותו במעשה העברייני, אלא אף מתגאה בה והקשיים בחקירתו נובעים מדבקותו חסרת הפשרות במטרה הפונדמנטליסטית או הלאומנית שהעמיד לנגד עיניו. תמריצים חקירתיים חיוביים או שליליים, אשר יש בהם בדרך כלל כדי להניע את הפושע הרגיל לשתף פעולה עם חוקריו ולספק להם את המידעים המודיעיניים הדרושים להם, הם נטולי כל ערך חקירתי כלפי העבריינין האידיאולוגי הרואה את טובתו האישית כמשנית לקידומה של המטרה האידיאולוגית הנכספת. נוסף על הקשיים הללו, הרי שחקירתו של טרוריסט שהיה מוכן להקריב חייו, אך כשל או נתפס טרם יציאתו לפעולה, קשה עוד יותר, שכן מדובר באדם שדבקותו האידיאולוגית הניעה אותו לוותר על חייו ועל כן הפעלת כל אמצעי חקירתי "קונבנציונלי" כלפיו נדון מראש לכישלון. גם חקירתם של משלחי אותו מתאבד ושל נותני ההכשר ההלכתי למעשה אינה קלה יותר מזו של המתאבד עצמו, שכן אמנם אנשים אלה לא היו מוכנים לוותר על חייהם שלהם בשם האידיאולוגיה, אולם מתוקף תפקידם המיוחד, הרי שבהיתפסם, כבולים הם ל"צו הארגון" המחייבם לראות בטובתם האישית כמשנית לזו של הארגון שבשמו הם פועלים, שאחרת – מתאבדים פוטנציאליים

157 לבחינה נרחבת של מגוון שיטות החקירה "הלוחצות" באמצעותן ניתן לאסוף מידע מודיעיני לצורך סיכול פיגועי טרור, בכלל, ופיגועי התאבדות, בפרט, והמגבלות המשפטיות הראויות לחול על השימוש בהן ראו E. Gross "Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of A Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights" 6 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* (2001) 89.

יאבדו אמן לא רק בהם אלא בכלל המשלחים ומטיפי הדת של העובדים בשירות אותו ארגון.

בנסיבות אלה עולה השאלה אם שירותי הביטחון רשאים להפעיל בעת חקירת חשודים אלה אמצעים בלתי שגרתיים – כלומר, אמצעים שיסבו להם כאב פיזי או סבל נפשי חמור – אשר קרוב לוודאי יהיה בהם כדי לגרום להם "לשתף פעולה" עם חוקריהם ולמסור להם מידעים העשויים לסייע בסיכול פיגועי התאבדות עתידיים.

הדין הבינלאומי שולל באופן מוחלט את אפשרות השימוש באמצעים אלו. סעיף 4(2) לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות קובע שבשעת חירום מנועות המדינות מלגרוע (derogate) מזכויות הפרט, המעוגנת בסעיף 7 לאמנה, שלא להיות נתון לעינוי או ליחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל¹⁵⁸. גם סעיף 75(2)(a)(ii) לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנות ג'נבה קובע איסור כללי מוחלט על הצדדים לסכסוך מזוין לענות אנשים הנמצאים בידיהם; סעיף 12 לאמנת ג'נבה הראשונה והשנייה מדגיש את האיסור לענות לוחמים פצועים או חולים; סעיף 17 לאמנת ג'נבה השלישית מדגיש את האיסור לענות שבויי מלחמה; סעיף 32 לאמנת ג'נבה הרביעית מדגיש את האיסור לענות אזרחים¹⁵⁹. מעבר לכך, the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia קבעה שהאיסור האמור על עינויים, הקבוע בדין הבינלאומי בדבר ניהולם של סכסוכים מזוינים, מהווה נורמת jus cogens – כלומר, נורמת יסוד בל תעבור הגוברת על נורמות בינלאומיות הסכמיות ומנהגיות סותרות¹⁶⁰.

על אף מוחלטות הדין הבינלאומי בסוגיה, משפטן של המדינות השונות מסויג קצת יותר. בארצות הברית, התיקון השמיני לחוקה, האוסר על הטלת עונשים אכזריים ובלתי

International Covenant on Civil and Political Rights (December 19, 1966) 999 U.N.T.S. 158
3 (entered into force: March 23, 1976); United Nations Human Rights Committee
(General Comment No. 29 Regarding Art. 4 to the International Covenant on Civil and
Political Rights) (August 31, 2001), para. 7

See Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to 159
the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (June 8, 1977)
1125 U.N.T.S. 3; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the
Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Geneva I), (August 12, 1949), 75
U.N.T.S. 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded,
Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea (Geneva II), (August 12,
1949), 75 U.N.T.S. 85; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of
War (Geneva III), (August 12, 1949), 75 U.N.T.S. 135; Geneva Convention Relative to
the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva IV), (August 12, 1949), 75
U.N.T.S. 287

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, *Prosecutor* 160
v. Furundzija (1998), Case IT-95-17/1, 121 ILR 213, 254-257, 260-261

רגילים, פורש בפסיקת בית המשפט העליון כחל רק על הטלת עונשים במסגרת הליך פלילי חוקי¹⁶¹, ולא על סיטואציות חקירתיות שבמהלכן מופעלים על הנחקר אמצעים חריגים על מנת להוציא ממנו מידע אודות פיגועים עתידיים. מזכרים שהוכנו על ידי אנשי משרד המשפטים במהלך שנת 2002, ואשר איכותם המשפטית זכתה לביקורת נרחבת וחריגה בחריפותה, קבעו שלנשיא, כמפקד העליון של הצבא, יש סמכות להתיר שימוש במגוון רחב של אמצעי חקירה כוחניים במהלך חקירתם של אנשים הנחשדים כבעלי ידע על יוזמות טרור עתידיות, בלי שיהיה בכך משום הפרה של הדין הבינלאומי האמור או של Section 2340 of Title 18, החוק הפדרלי האוסר גרימת כאב וסבל פיזי או נפשי חמור¹⁶². כך למשל נטען שאמצעים המסבים לנחקר כאב פיזי ניכר ועל כן עולים כדי עינוי הם רק אותם אמצעים העלולים להסב לו מוות או פגיעה חמורה אחרת בתפקוד הגוף. פרשנות צרה דומה הוענקה גם לסוג האמצעים שהשימוש בהם יעלה כדי כאב נפשי ניכר – בין היתר, נקבע שאין להשתמש בסמים המשבשים באופן ניכר את תחושותיו של הנחקר, אולם ניתן להשתמש בסמים שהשפעתם על הנחקר אינה מגעת לכדי שיבוש טוטלי של יכולותיו הקוגניטיביות¹⁶³.

בבריטניה, השימוש שנעשה באמצעים חקירתיים בלתי שגרתיים בעת חקירתם של חשודים במעורבות בפעולות האלימות שביצע ה־Irish Republican Army בתחילת שנות השבעים, ואשר הביאו למותם של מאות אנשים ולפציעתם של אלפים אחרים, העמיד את בריטניה בפני ה־European Court of Human Rights¹⁶⁴. נפסק שקיימת רמת התנהגות מינימלית, שסטייה ממנה תהווה יחס בלתי אנושי. הרמה המינימלית היא יחסית והיא נקבעת על פי אורך הזמן, נסיבות המקרה, ההשלכות הפיזיות והנפשיות ולעתים גם מינו של החשוד, גילו, מצב בריאותו וכיוצא באלו. בית הדין פסק שהגם שהאמצעים החקירתיים

161 *Ingraham v. Wright* 430 U.S. 651 (1977).

162 N.A. Lewis, E. Schmitt "Lawyers Decided Bans on Torture Didn't Bind Bush" *The New York Times* (June 8, 2004); A. Liptak "Legal Scholars Criticize Memos on Torture" *The New York Times* (June 25, 2004).

163 K. Zernike "Defining Torture: Russian Roulette, Yes. Mind-Altering Drugs, Maybe." *The New York Times* (June 27, 2004).

164 *Republic of Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, 2 Eur. Hum. Rts. Rep. 25 (1978) (להלן – *The Ireland case*). בפסק הדין, דובר על חמש טכניקות חקירתיים: 1. הכרחת הנחקר לעמוד במשך שעות מול קיר כשידיו גבוה מעל ראשו, רגליו פסוקות והוא עומד על בהונותיו כשמשקל גופו בעיקר על אצבעות רגליו. 2. בהפסקות בין החקירות, השמת שק על ראשו של הנחקר. 3. השמת הנחקר בהפסקות בין החקירות בחדר ובו רעש חזק. 4. מניעת שינה מהנחקר בין החקירות. 5. מניעת כמות מספקת של אוכל ושתייה מהנחקר (שם, עמ' 59).

שהפעילו הבריטים כנגד הנחקרים נחשבים כיחס בלתי אנושי, הם אינם עולים כדי עינוי¹⁶⁵. שופט המיעוט, Sir Gerald Fitzmaurice, פסק שחמש הטכניקות כלל לא עלו כדי יחס בלתי אנושי¹⁶⁶. לעמת זאת שופט מיעוט אחר, השופט Evrigenis, פסק שחמש הטכניקות עלו כדי עינוי¹⁶⁷. לסיכום, שישה עשר שופטים, נגד דעתו החולקת של שופט אחד, הגיעו למסקנה שחמש הטכניקות הגיעו לדרגה של יחס משפיל ובלתי אנושי. שלושה עשר שופטים, נגד דעתם החולקת של ארבעה, פסקו שחמש הטכניקות לא עלו כדי עינוי¹⁶⁸. מאז ניתן פסק הדין חל שיפור ניכר ביחס שניתן לנחקרים החשודים במעורבות בפעולות טרור. לפי דוח הוועדה האירופית למניעת טרור, אשר ביקרה בבריטניה בשנת 1994, לא נרשמו מקרים של עינוי וכמעט שלא נרשמו מקרים של אלימות כנגד עצורים ונחקרים¹⁶⁹.

בקנדה, פעילות שירותי המודיעין מוסדרת החל משנת 1984 ב־ Canadian Security Intelligence Service Act, שהקים את ה־Security Intelligence Service, שעד אז היה חלק מה־RCMP (Royal Canadian Mounted Police). החוק נחקק במידה רבה הודות לדוח של הוועדה לחקר פעילות המשטרה שפורסם בשנת 1981¹⁷⁰. ועדה זו הוקמה בשנת 1977, לאחר שנחשפו סדרת מעשים בלתי חוקיים לכאורה שביצע שירות הביטחון של ה־RCMP. המעשים החמורים ביותר בוצעו בפרובינציית קוויבק, במסגרת ניסיונותיהם של שירותי המודיעין לחשוף ולסכל מבעוד מועד את פעולותיהם של הארגונים הלאומניים והבדלנים, אולם הם לא הוגבלו רק לפרובינציה זו אלא יושמו גם במהלך חקירות ביטחוניות אחרות. בין הפעולות שבוצעו ניתן למנות הסגת גבול לרשות הפרט כדי להשיג מידע, עיון בלתי מורשה בדברי דואר פרטיים, שריפת מקומות שהיו אמורים לשמש את המיליטנים הלאומניים הרדיקליים להתכנסות, הטרדת אנשים על ידי ניסיונות לשכנעם להפוך למודיעים וכיצא באלו. דוח הוועדה, שכלל ביקורת נוקבת על אופן התנהלותם של שירותי המודיעין, ציין כמה עקרונות יסוד, שעל פיהם יש לנהוג כשעוסקים באיסוף מידע מודיעיני כלשהו, ובין היתר את חשיבות השמירה על שלטון החוק – אין להשתמש בטכניקות חקירתיות המהוות הפרה של הדין הפלילי או של כל חוק אחר. במידה והחוק הקיים מאזן שלא כראוי בין ביטחון לחירות – כלומר, מגביל יתר על המידה את הסמכויות החקירתיות – יש לטפל

165 *The Ireland Case*, שם, עמ' 79-80.

166 שם, עמ' 133.

167 שם, עמ' 143-144.

168 יצוין שהוועדה האירופית לזכויות אדם הייתה בדעה שחמש הטכניקות האמורות עלו כדי עינוי. ראו E.M. Aswad "Torture by Means of Rape" 84 *Geo. L.J.* (1996) 1913, 1927.

169 Position Paper: Legislation Permitting Physical and Mental Pressure in the General Security Service Interrogations, 50 Betzelem (Jerusalem, January 2000).

170 Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police – Second Report: Freedom and Security under the Law (Ottawa, 1981).

בכך על ידי שינוי החוק ולא על ידי הפרתו. עיקרון יסוד נוסף שצוין הוא עקרון הפרופורציונליות – על האמצעי החקירתי להיות פרופורציונלי לגודל האיום. כן הודגש כי טרם השימוש בטכניקה חקירתית כלשהי (גם אם היא חוקית), יש לערוך מאזן של התועלת הצפויה כתוצאה מהפעלתה ביחס לנוק הצפוי להיגרם ממנה לחירויות הפרט ולמרקם החיים הדמוקרטיים.

תיאור המצב המשפטי בישראל מחייב להתייחס לשני ציוני דרך מרכזיים. הראשון היה הקמתה בשנת 1987 של ועדת חקירה, בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט משה לנדוי, לעניין בחינת חוקיותם של שיטות ונהלי החקירה שבהם משתמש שירות הביטחון הכללי (להלן – השב"כ) בחקירות בנושא פעילות חבלנית עוינת. בדין וחשבון המסכם שגיבשה הוועדה עם סיום דיוניה¹⁷¹ (אשר חלקים ממנו נותרו חסויים מטעמי ביטחון המדינה) נקבע כי חקירה יעילה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת לא תיתכן בלי שימוש באמצעי לחץ כדי לגבור על רצון עיקש שלא לגלות מידע ועל פחדו של הנחקר שיבולע לו מידי אנשי ארגונו אם יגלה מידע. לפיכך סברה הוועדה כי בתנאי חירום של סכנה מידית לחיי אדם, רשאים החוקרים לסטות מהנורמות המשפטיות המקובלות בחקירת חשודים בכדי לסכל את הסכנה. באשר לסוגי הלחץ שרשאים הם להפעיל, קבעה הוועדה מדרג דרשלי, שלפיו תחילה יש להסתפק בהפעלת לחץ פסיכולוגי לא אלים של חקירה נמרצת וממושכת, תוך שימוש בתחבולות, לרבות מעשי הטעיה. רק אם אמצעים אלה אינם משיגים את המטרה, רשאים החוקרים להפעיל מידה מתונה של לחץ פיזי¹⁷². הפעלת מידה זו של לחץ פיזי, שאינה מגעת כדי עינוי הנחקר והיא מידתית לסכנה הצפויה, תקים לחוקרים סייג מפני אחריות פלילית, הוא סייג הצורך¹⁷³, אולם במדרג האמור יש, במידה רבה, כדי לעצם יותר מאשר להבהיר, שכן ראשית, משתמעת ממנו הנחה בלתי מבוססת, שלפיה לחץ פסיכולוגי הוא פחות ברוטלי ופחות אכזרי כלפי הנחקר מאשר לחץ גופני, ושנית, קשה לעמוד על טיבה והלימותה של ההרשאה להפעיל לחץ פיזי מתון, במגבלות הגנת הצורך, שכן סוגי החקירה המותרים במסגרת הלחץ הפיזי המתון פורטו רק בחלקו החסוי של הדוח. ציון הדרך השני היה פסק הדין שנתן בית המשפט העליון בספטמבר 1999, שבו נקבע כי קיים איסור מוחלט להפעיל כנגד חשודים בפעילות חבלנית עוינת שיטות חקירה העולות

171 דוח הוועדה לבחינת שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנוגע לפעילות חבלנית עוינת (ירושלים, 1987). (להלן – דוח ועדת לנדוי)

172 דוח ועדת לנדוי, שם, עמ' 71.

173 הגנת הצורך, הקבועה בסעיף 34א לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (ובעת פרסום הדוח, הייתה קבועה בסעיף 22 לחוק) קובעת כך: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

כדי עינוי הנחקר או יחס אכזרי, משפיל ובלתי אנושי כלפי הגוף או הנפש, אולם לגיטימי להפעיל אמצעי לחץ מידתיים המתחייבים מצורכי החקירה¹⁷⁴. בהכירו בכך שדרכי החקירה הנהוגות במשטר פלוני "הן בבואה די נאמנה של טיב המשטר כולו"¹⁷⁵, קבע בית המשפט שגיבוש אמצעי החקירה הלגיטימיים של חשודים בטרור מחייבת לאזן בין הצורך להגן על ביטחון המדינה ואזרחיה לבין חובת המשטר להגן על הכבוד, החירות וצלם האדם של הנחקר. באיזון זה, לא כל האמצעים כשרים להשגת המטרה, חשובה ככל שתהא. מנגד, אותם אמצעים המסבים לנחקר פגיעה מידתית לאור האיום הנשקף שממנו הם מותרים. איזון זה הוא שמוביל אל גיבוש כללי החקירה הסבירה. כך למשל בדרך כלל יהיו אמצעים, דוגמת מניעת שינה מכוונת לאורך זמן מהנחקר, הכרחתו לכרוע על קצות אצבעות רגליו למשך כמה דקות כל פעם או טלטולו (ניעור בחוזקה של פלג גופו העליון קדימה ואחורה פעמים אחדות, בצורה הגורמת לצווארו ולראשו להתנדנד במהירות, באופן העלול לגרום לו לפגיעות בריאותיות שונות החל בכאבי ראש חמורים, הקאות ואיבוד הכרה וכלה בפגיעה בעמוד השדרה הצווארי ובנזק מוחי חמור) בגדר אמצעי חקירה פסולים, שכן פגיעתם בכבודו ובגופו היא מעל ומעבר למידה הדרושה ועל כן חורגים הם מגבולות החקירה ההוגנת והסבירה. במקרים שבהם נוכחים חוקרי השב"כ לדעת כי בידי הנחקר מידע העשוי להביא לסיכול פגיעה חמורה בחייהם או בגופם של אזרחים חפים מפשע ואין בידיהם דרכים חלופיות להשגתו של מידע זה, בהשתמשו באמצעים האמורים עדיין חורג החוקר מסמכותו, שכן אין הוא מנהל עוד חקירה הוגנת וסבירה, אולם ייתכן ויעמוד לו סייג הצורך שיפטור אותו כדיעבד מנשיאה באחריות פלילית למעשהו.

על אף שני אלה, תנועות למען זכויות האדם טוענות שהשב"כ אמנם הפסיק את השימוש בחלק מהשיטות שנפסלו בפסק הדין, אולם החל להשתמש במקומן בשיטות אחרות, חמורות לא פחות, כגון מניעת הנחקר מהליכה לשירותים לפרקי זמן ממושכים, איומים (חלקם בעלי אופי מיני) כלפיו, בידודו לזמן ממושך בצינוק מטונף שורץ מקקים ועוד¹⁷⁶. היטבנו לדעת את חובתנו המשפטית והמוסרית כחברה דמוקרטית לשמור על חירותו כבודו וצלמו של כל אדם באשר הוא אדם – גם אם הוא טרוריסט. עם זאת המלחמה בטרור מעמידה את המדינה בפני מצבים שבהם אם תדבק בזכויות הנחקרים המוחזקים בידיה ותימנע מלהפעיל כנגדם אמצעי לחץ פיזיים ופסיכולוגיים, לא יהיה באפשרותה לסכל פיגועי טרור רצחניים כנגד אזרחיה. ניתן אפוא להבין מדוע יש הסוברים כי בנסיבות שבהן מסרב נחקר לגלות לחוקריו את הידוע לו אודות פיגוע עתידי ואין כל דרך אחרת להשגת

174 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817.
 175 כדברי השופט לנדוי בע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 232.
 176 זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 2004, האגודה לזכויות האזרח, <http://www.acri.org.il/>, .hebrew-acri/engine/story.asp?id=883#sub_3

המידע הנחוץ לסיכול, מוצדק לענותו על מנת למנוע התרחשותו של מעשה פוגעני יותר. הפתרון הראוי הוא אפוא בבחינת רע הכרחי, בחירה טרגית, אשר אין למדינה האמונה על שמירת ביטחון אזרחיה ברירה אחרת אלא לעשותה, אולם ככלל דילמה, אין המדובר במצב של "שחור" או "לבן". ניתן להבין את חששם של אלה השוללים באופן מוחלט שימוש באמצעי חקירה בלתי רגילים בטענה שפתיחת פתח חוקי ל"עינוי מניעת" – קרי עינוי של חשוד במעורבות בפעולות טרור עתידיות – תתרחב עד מהרה גם לעינויים של חשודים במעורבות בעבירות ביטחוניות שכבר בוצעו ואף תחדור את התחום הפלילי כולו. לכך מתווסף אף הטיעון שלפיו טרוריסטים שאמונתם במטרתם האידיאולוגית כה עזה עד כי מוכנים הם להקריב חייהם כדי להגשימה, לא יישברו בחקירה – קשה ואינטנסיבית ככל שתהא – ועל כן בכוחם של אמצעים אלה להשפיע רק על חפים מפשע ששגגה גרמה להחשדתם ואשר יאמרו כל שמצופה מהם בכדי להפסיק את סבלם. לעומת זאת ניתן להבין את הקשיים המיוחדים שעמם מתמודדים חוקרי זרועות הביטחון בעת חקירת מחבלים החשודים כאוצרים בידיהם מידע אודות פעולות טרור עתידיות, קשיים שאינם דומים כלל ועיקר לקשיים בחקירתם של חשודים בפעולות פליליות רגילות.

תומכי ומתנגדי העינויים כאחד אינם חולקים על כי המלחמה בטרור היא מלחמה צודקת. אין הם חולקים אף על העובדה כי לעתים תכופות היא מעוררת סיטואציות קשות וסבוכות יותר מכל מלחמה אחרת – הן מן הבחינה המוסרית הן מן הבחינה המשפטית. עם זאת המלחמה בטרור – ככל מלחמה – אינה מתרחשת בחלל ריק, במובן זה שמטרתה הראויה אינה מקדשת את כל האמצעים האפקטיביים להצלחתה. כל רשות שלטונית – לרבות זרועות הביטחון – חייבת בכיבוד החוק. על כן אין מנוס מלהסיק כי פתרונה הראוי של הדילמה הוא בין שתי הגישות האמורות. אין זה מעשי למנוע משירותי הביטחון עשיית שימוש באמצעי שלעתיים אין תחליף לו, שכן אחרת נימצא חוטאים למחויבות המדינה להגן על ביטחון אזרחיה ולאילוצה הלכה למעשה להפקירם ולבכר על פניהם את ביטחונם של הטרוריסט החפץ ברציחתם. עם זאת נוכח חשיבותה הרבה והשלכותיה מרחיקות הלכת של הסמכות להשתמש באמצעי חקירה דרסטיים החורגים מדיני החקירה הרגילים, אין להשאיר את תנאי הפעלתה להנחיות פנימיות של ארגוני הביטחון, אלא יש לקבוע בחוק את התנאים להפעלתה. הדיון הציבורי אשר יתעורר בדרך הטבע בעת גיבוש החוק¹⁷⁷ ומגוון הדעות שוודאי יישמעו, יביאו לגיבושו של חוק המתיר אמנם חריגה מדיני החקירה הקונבנציונליים, אולם בה בעת קובע בבירור את הנסיבות המאפשרות חריגה זו, את הגבול העליון של הלחץ הפיזי או הפסיכולוגי המותר (מבלי לפרט כמובן את מגוון שיטות החקירה

177 O. Gross "Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience" 88 *Minn. L. Rev.* (2004) 1481, 1553-1554.

(דבר אשר ראוי כי יעשה רק בהנחיות פעולה פנימיות), בכדי לא לאיין את האפקטיביות שלהם) וכן את מנגנון הפיקוח והבקרה על הפעלת אותן סמכויות – מנגנון אשר ראוי לו שיהיה עצמאי ובלתי תלוי. כלומר, אין להסתפק אך בדיווח על אופן יישום הסמכויות לוועדה מפקחת הנמנית על הרשות המבצעת אלא יש לחייב גם אישור בצו שיפוטי טרם הפעלת אותם אמצעים כנגד הנחקר ובמקרים שבהם דחיפות החקירה אינה מאפשרת שהות זו, יש לחייב ביקורת שיפוטית בדיעבד, אשר תבצע בסמוך לאחר חלוף הנסיבות אשר מנעו קיומה מראש.

לדעתי, הכרה פומבית בזכותה של המדינה לעשות שימוש באמצעי חקירה יוצאי דופן בכפוף לחסמים נורמטיביים נוקשים, מהווה איזון מידתי מבחינה משפטית ומוצדק מבחינה מוסרית.

(3) הפעלת המפקד הצבאי את סמכויותיו המינהליות כנגד תשתיות טרור המתאבדים¹⁷⁸

כדי לאפשר סיכול יעיל של איומים ביטחוניים, החוק מעניק למפקדים הצבאיים מגוון נרחב של סמכויות מינהליות, דוגמת הטלת עוצרים, סגרים וכתרים, הכרזה על מקום כעל שטח צבאי סגור, שימת אנשים במעצרים מינהליים, גירושם או העתקת מקום מגוריהם בכפייה כדי למנוע סכנה ביטחונית עתידית הנשקפת מהם ועוד. אכן, גם אם ניתן לזהות בחלק מהאמצעים, דוגמת גירוש והעתקת מקום מגורים או מעצרים מינהליים, פן של הרתעה קולקטיבית, הרי שאין זה הפן העיקרי המביא להפעלתו של אותו אמצעי, אלא אך תופעת לוואי הנלווית לשימוש בו. כלומר, בשוקלו אם מוצדק לנקוט באמצעי מינהלי כלשהו, אין המפקד הצבאי רשאי לשקול שיקולים שעניינם הרתעת הרבים, אולם אם מצא כי השימוש באותו אמצעי הכרחי בשל שיקולי נחיצות צבאיים, וכי אין דרך פוגענית פחות להשגת המטרה הצבאית והשאלה היחידה העומדת בפניו היא אך אם אכן ברצונו לעשות שימוש באמצעי זה או להפעיל במקומו אמצעי אחר, הוא רשאי לשקול גם את השיקול

178 בחינה מקיפה של מגוון הסמכויות המינהליות הנתונות למפקד הצבאי ושל המגבלות על הפעלתן ראו במאמריי הבאים: "Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?" 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* (2001) 721; "Democracy's Struggle Against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area" 30 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* (2002) 165; "Defensive democracy: Is it Possible to Revoke the Citizenship, Deport, or Negate the Civil Rights of a Person Instigating Terrorist Action against his own State?" 72 *UMKC L. Rev.* (2003) 51

ההרתעת¹⁷⁹. כמו כן חלק מהאמצעים המינהליים, דוגמת הטלת עוצרים, סגרים וכתרים והכרזה על מקום כעל שטח צבאי סגור, מיועדים להגביל את חופש תנועתם של הטרוריסטים וכך לאפשר את לכידתם, אולם התוצאה האיומה הנלווית לשימוש בהם היא פגיעה ביכולותיהם של אזרחים חפים מפשע להגיע למקום עבודתם, למקום לימודיהם ובכלל לממש את מגוון חירויותיהם. לכן, בעת שמופעלים אמצעים אלה, חובה על רשויות הצבא לעשות את כל הפעולות הנדרשות כדי להקל על סבלה של האוכלוסייה המקומית¹⁸⁰. ההחלטה על הפעלת האמצעים המינהליים האלה יסודה באיזון ראוי בין נחיצות צבאית לבין כיבוד חירויות וזכויות הפרט הן של חפים מפשע הן של חשודים בטרור, אולם חשוב לזכור כי הנסיבות שעמן מתמודדים המפקדים הצבאיים בחיי המעשה מציבים בפניהם קשיים רבים במלאכת יישומו של האיזון מתאוריה למעשה. ניקח לדוגמה את סוגיית מעצרים המינהלי של טרוריסטים מתאבדים שנתרו בחיים בשל "שיבוש" שחל בתכנית פעולתם, של משלחיהם ושל מוריהם הרוחניים. המעצר המינהלי ממלא כמה מטרות חשובות: הוא מונע מהעצור להמשיך לפעול עם חברי ארגונו כנגד המדינה¹⁸¹; הוא מאפשר לכוחות הביטחון לחקור את העצור ולאסוף מידע חיוני בנוגע לפעולותיו של הארגון שאליו הוא משתייך¹⁸²; הוא מאפשר למנוע ממנו להתהלך חופשי במצבים שבהם העמדתו לדין פלילי אינה אפשרית בגלל חסיון או אי-קבילותן של ראיות¹⁸³. על סמך מטרות אלה, ניתן לסכם ולומר כי המעצר המינהלי הוא בבחינת "רע הכרחי" באיזון בין חופש הפרט לבין הנזק שהוא עלול לגרום לחברה אם לא ייעצר. שלילת חירותו של אדם שלא במסגרת הליך פלילי תקין היא אמצעי חירום יוצא דופן בחומרתו, אשר ניתן להפעילו רק על מנת לסכל סכנה ביטחונית הנובעת ממעשים שהעצור עלול לבצע אם יתהלך חופשי ושאינן אפשרות סבירה למנועם על ידי מעצרו במסגרת הדין הפלילי הרגיל, או על ידי נקיטת צעד מינהלי חמור פחות כנגדו. הצדקתם החוקתית של דיני המעצר המינהלי טמונה בכך שהפגיעה בחירותו של העצור מוצדקת נוכח קיומה של תשתית ראייתית המבססת חשד אישי כלפיו. עם זאת ניתן להעלות על הדעת סיטואציות שבהן המפקד הצבאי סבור שטרוריסטים נטמעו בקרבה של קבוצת אזרחים מוגדרת, המונה כמה עשרות או מאות איש. הטרוריסטים, בהיותם לוחמים בלתי חוקיים, אינם לובשים מדים מזהים או נושאים את נשקם בגלוי, אלא נטמעים במכוון בקרב בני עמם המספקים להם – מרצון או מכורח – חומת מגן אנושית. סיטואציה זו סבוכה

179 בג"ץ 7015/02 עגזרי נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352, 374.
180 D. Fleck (ed.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1995), 212.
181 ראו חלק II(A)(2) ל-*Brief for the Petitioner in the matter of Donald H. Rumsfeld*,
Secretary of Defense v. Jose Padilla (Docket No. 03-1027), 6-7.
182 ש.ם.
183 S. Shetreet "A Contemporary Model of Emergency Detention Law: An Assessment of
the Israeli Law" 14 *Isr. Yearbook on Hum. Rts.* (1984) 182, 196-197.

בייחוד בהקשר של טרור המתאבדים, שכן ייתכן מצב שבו כוחות הביטחון יודעים כי משלחיו של מחבל מתאבד שיכנוהו ערב יציאתו לפעולה באחד מבתי הכפר על מנת שיעביר שם את הלילה ובבוקר המחרת יוסע משם אל יעד הפיגוע, אך אין הם יודעים באיזה מן הבתים שוכן. האם אז יכולים הם לעצור, ולו רק לשעות ספורות, את כלל תושבי הכפר העונים על פרופיל המתאבד המצוי בידיהם, בכדי לתחקרם ולאחר מתוכם אותו ואת סייעניו? לו ימנעו מלעשות כן, ייתכן שיצליח המחבל לבצע את מעשהו הרצחני. עם זאת מעצרי מנע המוניים של אנשים שלא קיימת כלפיהם עילת מעצר אישית, מסכה פגיעה חמורה מאוד לזכויותיהם החוקתיות הבסיסיות ביותר, שהרי הם נעצרים רק משום שהם מצויים באזור לגביו קיימת תשתית ראייתית המבססת ודאות קרובה לכך שמצויים בו מחבלים מתאבדים, משלחיהם או סייעניהם. זהו מעצר ללא עילת מעצר אינדיבידואלית אלא קולקטיבית, היינו מעצר המתבצע על רקע השתייכותו הקבוצתית של העצור. האם מעצרי מנע נטולי חשד מעין אלה הם חוקתיים?

בארצות-הברית ידועים שלושה אירועים שבהם בוצעו מעצרי מנע המוניים: הראשון, אשר זכה לכינוי Palmer Raids, אירע ב-1919. בעקבות פיצוץ סימולטני של מטעני חבלה בשמונה ערים ברחבי המדינה, עצר הממשל כמה אלפי נתינים זרים ובעקבות חקירתם הוחלט להאשימם בהפרות של חוקי ההגירה ובחברות אסורה עם גורמים קומוניסטים. מאות גורשו, אולם אף אחד לא נמצא מעורב בפיצוצים¹⁸⁴. השני אירע בעקבות מתקפת הפתע היפנית על הבסיס הימי האמריקני בפרל הארבור בדצמבר 1941. בעקבות המתקפה החליט הממשל האמריקני על מעצר מינהלי המוני במסגרתו הוכרחו יותר מ-110,000 אזרחים ותושבים אמריקניים ממוצא יפני לעזוב את בתיהם, נאסר עליהם לשהות באזורים נרחבים במערב המדינה ורובם הוחזקו בעל כורחם במחנות מעצר משך שנות מלחמת העולם השנייה, בטענה שאין הם נאמנים לאומה האמריקנית בשל מוצאם או שורשיהם¹⁸⁵. השלישי אירע בעקבות מתקפת ה-11 בספטמבר 2001. לאחר המתקפה נעצרו מאות אנשים – מקצתם אזרחים אמריקניים, אך רובם המכריע אזרחים זרים – אשר נחשדו על ידי הממשל במעורבות או בקיום קשר עם ארגוני טרור בינלאומיים. אזרח אמריקני יכול שיעצר אם יוכרז על ידי הנשיא כ"לוחם אויב בלתי חוקי" – מדובר בהכרזה קונסטיטוטיובית, שאינה מעוגנת בחוק של הקונגרס¹⁸⁶, המאפשרת לעצור אדם לפרק זמן בלתי מוגבל מבלי

D. Cole *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism* (2003), 116-128 184

E. Baker "Limitations on Basic Human Rights – A View From The United States" in *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (A. de Mestral et. al. ed., 1986) 75, 97 185

הבסיס הנורמטיבי לעריכת המעצרים נסמך על סמכותו של הנשיא כמפקד העליון של הצבא, כמו גם על החלטה משותפת שקיבלו שני בתי הקונגרס בסמוך לאחר מתקפת הטרור, שבה 186

להעמידו לדין ומבלי לחשוף בפניו את מלוא הראיות שהובילו לסיווגו ככזה¹⁸⁷. גם הבסיס הנורמטיבי למעצרים של נתינים זרים אינו מעוגן בחוק. מדובר במעצרים שאינם מוגבלים בזמן, העצירים יכול שיוחזקו במתקני כליאה בתוך או מחוץ לארצות הברית (דוגמת מתקן הכליאה הצבאי בגואנטנמו שבקובה) והסמכות לדון במעצרים או בשפיטתם לא נתונה לבתי משפט פדרליים ואף לא לבתי משפט צבאיים, כי אם לוועדות צבאיות, שהן טריבונל שיפוטי מיוחד המחיל סדרי דין וראיות "מרוככים" הרבה יותר מאלה המוחלים בבתי המשפט הפדרליים או הצבאיים. יצוין כי בשנים האחרונות, הפגין בית המשפט העליון הפדרלי נכונות רבה יחסית לבחון את חוקתיותם של המעצרים. כך, בשנת 2004 נפסק כי לבתי המשפט הפדרליים נתונה סמכות לדון בעניינם של נתינים זרים שנעצרו באופן מינהלי ונכלאו במחנה המעצר גואנטנמו שבקובה¹⁸⁸. ביוני 2006 פסק בית המשפט גם בשאלת חוקיותן של הוועדות הצבאיות¹⁸⁹. הגם שבית המשפט הכיר בסמכותו של הנשיא לכונן את הוועדות, נקבע כי סדרי הדין והראיות הנוהגים בהן שוללים מן העצירים את הזכות להליך הוגן וראוי. בעקבות פסק הדין, חוקק הקונגרס את ה־ Military Commissions Act of 2006¹⁹⁰. החוק מהווה אמנם שיפור לעומת ההסדר שקדם לו, אולם סדרי הדין והראיות שנקבעו בו עדיין רחוקים מלדמות לאלה הנהוגים בבתי המשפט האזרחיים או למצער, הצבאיים. ביוני 2008 פסק בית המשפט כי סעיף 7(a) לחוק, השולל מבתי המשפט סמכות לשמיעת עתירות habeas corpus (כולל עתירות תלויות ועומדות) בנוגע להחלטות הוועדה, אינו חוקתי ודינו להתבטל¹⁹¹. על אף חשיבותן הרבה של פסיקות אלה, אין בהן כדי לתקן באופן מלא את מגרעותיהם החוקתיות הרבות של דיני המעצרים המינהליים בארצות הברית כיום. כך, מעצרים מינהליים כיום מבוצעים בלא הסדר סטטוטורי המבהיר מה הם הקריטריונים לביצועם; מבין חברי הוועדות הצבאיות, רק יושב הראש נדרש להשכלה משפטית; לחברי הוועדה שיקול דעת למנוע גילויין של ראיות לעציר ולבא כוחו בשם שיקולי ביטחון המדינה וכן שיקול דעת להתיר גם קבלת ראיות העומדות בסטנדרט ראייתי מקל במיוחד של "ערך הוכחתי בעיני האדם הסביר"; כמו כן, בדונם בעתירותיהם של

הסמיכו את הנשיא להפעיל כל כוח נחוץ וראוי כנגד מי שנטלו חלק במתקפה, השתתפו בתכנונה, אישרו אותה או סייעו לבצעה.

Hamdi v. Rumsfeld, Secretary of Defense, 124 Sup. Ct. 2633 (2004) 187

Rasul v. Bush, President of the United States, 124 Sup. Ct. 2686 (2004) 188

Hamdan v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, 126 Sup. Ct. 2749 (2006) 189

Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600

Boumediene et al. v. Bush, President of the United States (U.S. Sup. Ct., judgment dated June 12, 2008) 191

עצירים, מנועים בתי המשפט הפדראליים לבסס פסיקותיהם על כללי המשפט הבינלאומי, ובהם גם אמנות ג'נבה¹⁹².

גם בישראל ידועים מקרים של מעצרים המוניים, אם כי בסדר גודל מצומצם יותר. בשנת 2002, במסגרת מבצע "חומת מגן" שנועד להרוס את תשתית הטרור הפלסטיני בשטחים המוחזקים על ידי ישראל בתפיסה לוחמתית, ביקשו כוחות הביטחון לעצור אנשים המשתייכים לארגוני הטרור הפלסטיניים השונים. במהלך המבצע, נערכו פשיטות על אזורים שונים ובוצעו כמה מעצרים קולקטיביים, שבמהלכם נעצרו אלפי תושבים פלסטיניים. בכל פעם שנוערך מעצר המוני, רוכזו העצורים לצורך ביצוע מיון ראשוני. אלה שחוסר מעורבותם בטרור התברר בשלב זה שוחררו מיד. כל היתר הועברו למתקני מעצר להמשך חקירה, שבמהלכה שוחררו רבים נוספים¹⁹³. ככלל, קיים איסור חוקתי על מעצרי מנע המוניים. כך, כשלאחר מתקפת ה-11 בספטמבר 2001 קיבלו שני בתי הקונגרס החלטה משותפת בדבר Authorization for Use of Military Force¹⁹⁴, הוענקה במסגרתה לנשיא הסמכות להשתמש בכל הכוח הנחוץ לו רק כנגד אלה שהיו מעורבים בתכנון, באישור או בביצוע המתקפה. גם פרופ' אקרמן, התומך בביצועם של מעצרי מנע המוניים, אינו מתיימר להציגם במסגרת החוקתית הרגילה אלא משייכם למסגרת חוקת החירום המרחיבה את מתחם המידתיות המוקנה לרשות המבצעת במלחמתה בטרור¹⁹⁵. לכן מעניינת היא גישת בית המשפט העליון שלנו בסוגיה. בפסק הדין בעניין מרעב¹⁹⁶, נדונה שאלת חוקיותו של צו שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון במהלך פעילות כוחות צה"ל באזור במבצע חומת מגן, שאפשר לו לעצור כל אדם שנסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או עלול לסכן את ביטחון האזור, ביטחון כוחות צה"ל או ביטחון הציבור. כאמור, מכוח צו זה נעצרו אלפי תושבים פלסטיניים. הרטוריקה שבה עשה בית המשפט שימוש בפסק הדין, קבעה באופן חד-משמעי כי קיים איסור מוחלט על מעצרים שאינם מעצרים אינדיווידואליים המבוססים על תשתית ראייתית המקיימת חשד אישי כנגד העצור, באשר מעצרים אלו הם שרירותיים ולכן אינם מבטאים איזון מידתי ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל בביטחון¹⁹⁷. אולם תוצאתו האופרטיבית של פסק הדין התירה למעשה מעצרים

192 ראו Military Commissions Act of 2006, לעיל הערה 191; J.M. Beard "The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 And U.S. Counterterror Operations" 101 *A.J.I.L.* (2007) 56; L. Fisher "Military Commissions: Problems of Authority and Practice" 24 *B.U. Int'l L.J.* (2006) 15. 16

193 בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349. Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001)

194 Ackerman, *The Emergency Constitution*, לעיל הערה 110, עמ' 1037.

195 ראו הערה 194, לעיל.

197 פסק דין מרעב, שם, עמ' 366.

המוניים: בית המשפט קבע שעל פי מהותו, הצו אינו משייך עצמו אל קטגוריית המעצרים המינהליים אלא לקטגוריית המעצרים לצורכי ניהולה של חקירה פלילית, שכן הוא נועד לאפשר את מעצרו של כל אדם שקיימת לגביו תשתית ראייתית להקמת חשש שממנו עצמו נשקפת סכנה ביטחונית, ועל כן יש לעצרו כדי למנוע את הסכנה הביטחונית או כדי למנוע את הימלטותו ובכך את שיבוש החקירה¹⁹⁸. לא מדובר במעצר המוני אלא במעצר אישי, שבו נעצר האדם מכוח תשתית עובדתית המעוררת לגביו חשש לסיכון הביטחון. אדם לא נעצר רק משום שהוא נמצא בכפר או בבית שמצויים בו אנשים אחרים המעורבים בפעילות טרור, אלא משום שנסיבות מעצרו הן כאלה המעוררות לגביו חשש לסיכון הביטחון. קיומה של תשתית עובדתית להקמת חשד אישי למעורבות שכזו נקבעת בנסיבות העניין. כך למשל כאשר אש נורית מאחד הבתים, כל אדם המצוי באותו בית והמסוגל לירות מקים חשש שהוא מסכן את ביטחון הציבור. בבחירתו לראות את הוראת הצו האמור כהוראה הקובעת מעצר לצורכי חקירה ולא כהוראה הקובעת מעצר מינהלי בלא עילת מעצר אינדוידואלי, שגה בית המשפט והתיר לצבא לבצע מעצרים המוניים.

(4) סיכול מניעתי ממוקד של אישים הנמנים על תשתיות טרור המתאבדים¹⁹⁹

הריגה מכוונת של מנהיגיהם הבכירים של ארגוני הגרילה – הוגי רעיון טרור המתאבדים ונותני ההכשר ההלכתי לביצועו, ושל הפעילים הזוטרים יותר בארגונים אלה – המשלחים והמתאבדים עצמם, מעוררת מגוון קשיים הן במישור המוסרי הן במישור המשפטי. הסיבה לכך ברורה: בשם הביטחון, המדינה לא רק מפעילה כנגד אדם שבו היא חושדת בסיכון שלום אזרחיה את הכוח הקטלני ביותר העומד לרשותה, אלא היא עושה כן מבלי להקדים לכך הליך שיפוטי ראוי בפני טריבונל נטול פניות האמון על שמירת זכויותיו החוקתיות של הנאשם בהליך הפלילי. משום כך ניטשת מחלוקת ציבורית, פוליטית, מוסרית ומשפטית חריפה ביותר סביב השימוש באמצעי מנע זה. בישראל בולטת מחלוקת זו במיוחד, נוכח העובדה שחיסולם היזום של טרוריסטים הפך למדיניות מוצהרת המבוצעת על ידי הצבא באופן שיטתי כחלק אינהרנטי מהפעילות הסיכולית השוטפת²⁰⁰. מתנגדי השימוש בו

198 שם, עמ' 367-368.

199 להרחבה אודות היתרונות האופרטיביים והקשיים המשפטיים והמוסריים הטמונים בשימוש באמצעי זה ראו E. Gross "Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights Versus the State's Duty to Protect Its Citizens" 15 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* (2001) 195

200 O. Ben-Naftali, K.R. Michaeli "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings" 36 *Cornell Int'l L.J.* (2003) 233, 234. עשרות חיסולים ממוקדים ביצעה ישראל, כשהבולט בהם הוא, כאמור בפרק השני, זה

טוענים כי המדובר בפרקטיקה בלתי חוקית בעליל, המנוגדת לדיני המלחמה הבינלאומיים, ליסודות הלבנה של המשטר הדמוקרטי ולמושכלות יסוד של מוסר אנושי, באשר מדינה הרודפת אדם עד מוות בלא שהקדימה לכך ניהול הליך שיפוטי ראוי, מפרה הפרה חמורה את עקרונות היסוד שלהם היא מחויבת כמדינת חוק ליברלית ומבצעת למעשה אקט של רצח בכוונה תחילה. מנגד, אלו התומכים בסיכולים ממוקדים טוענים כי אכן מדובר אמנם באמצעי יוצא דופן בחומרתו, אולם במציאות הקיימת קיים הכרח ביטחוני לנקוט. נוכח התקפות טרור שתכיפותן הולכת וגוברת, נוכח העובדה שהאמצעים העומדים לרשות ארגוני הטרור הולכים ומשתכללים ונוכח הפיכתם של פיגועי ההתאבדות לנשק הדגל של ארגוני טרור פונדמנטליסטיים וחילוניים כאחד, אין המדינה יוצאת ידי חובתה להגן על אזרחיה רק על ידי פעולות לאיתורם ולנטרולם של אותם מחבלים מתאבדים שכבר עטו על גופם את חגורת הנפץ ויצאו ליעדם, אלא עליה לאתר ולפגוע גם במשלחיהם ובמוריהם הרוחניים – אלו שבלעדיהם, לא היה יוצא הפיגוע אל הפועל. אדרבה, קיים פגם מוסרי דווקא במצב שבו המדינה משקיעה את מרב מאמציה באיתור המתאבדים, שאינם אלא טרוריסטים וזוטרם, במקום להקדים ולמצות את הדין עם מפקדיהם.

בדיני המלחמה הבינלאומיים ישנן שלל הוראות האוסרות על צד לסכסוך המזוין לפצוע או להרוג לוחמים חוקיים שיצאו ממעגל הלחימה. כך למשל סעיף 23 לתקנות האג הנספחות לאמנת האג הרביעית, אוסר על צד לסכסוך המזוין להרוג או לפצוע אויב אשר הניח את נשקו ונכנע²⁰¹. סעיף 3(1) לארבעת אמנות ג'נבה קובע את האיסור הבא:

“Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely... To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds...”²⁰².

יתרה מכך, הסיכולים הממוקדים, על אף כינויים, אינם תמיד כה סטריליים ומדויקים במובן זה שרק המטרה המיועדת נפגעת במהלכם, שכן ביצוע הפעולה בשטח בנוי צפוף,

של מנהיגה הרוחני של תנועת החמאס, השיח' אחמד יאסין, שנתן הכשר דתי לביצועם של פיגועי התאבדות כנגד אזרחים ישראלים הן בידי גברים הן בידי נשים. 201 Regulation 23, Annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague IV) (October 18, 1907).
202 Art. 3(1) common to the four Geneva Conventions of 1949 for the Protection of War Victims, (August 12, 1949), 75 U.N.T.S. 3

כשלים מבצעיים או הערכות מודיעיניות מוטעות עשויות להוביל גם לפגיעה באוכלוסיה אזרחית מוגנת השוהה בסמוך ליעד החיסול.

מן הבחינה הנורמטיבית, מסקנת הדברים היא כי אמנם יש מקרים שבהם אין מנוס מלנקוט בפעולת מנע הכרוכה בהריגתו של טרוריסט, בכדי למנוע ממנו להגשים את תכניתו הרצחנית, שביצועה המוצלח עתיד לגרום לשפיכות דמים ולממדי הרס גדולים בהרבה מאלו הנגרמים על ידי הריגתו²⁰³. ברם פעילות זו אין לבצע כעניין שבשגרה, אלא רק כמוצא אחרון, באותם מקרים יוצאי דופן שבהם מתקיימים שני תנאים מצטברים: ראשית, תנאי המידתיות: האיזון בין צורכי הביטחון לזכויות היסוד של הפרט – הן של הטרוריסט הן של אזרח חף מפשע – מתיר למדינה להגשים את צורכי הביטחון תוך פגיעה בזכויות היסוד במידה הפחותה האפשרית בנסיבות העניין. לכן, אם ביכולתה של המדינה לסכל את הסכנה הנשקפת מהטרוריסט באמצעות שימוש באמצעי פוגעני פחות מהרג הטרוריסט, ואם לא מתקיים יחס סביר בין התועלת הצפויה לצמוח מהריגתו לבין הנזק העתיד להיגרם כתוצאה מן הפגיעה בו, אין היא רשאית להרגו. כלומר, אם יכולה המדינה לשים ידה על הטרוריסט מבלי להעמיד אגב כך את ביטחון חייליה בסיכון בלתי סביר, הרי שחובתה לתפסו ולאחר מכן להעמידו לדין פלילי או לעצרו במעצר מינהלי, אך גם אם בנסיבות העניין לא עומדת לרשותה אלטרנטיבה פוגענית פחותה בחומרתה, עדיין ייתכן מצב שבו התועלת העתידה לצמוח מהריגת המחבל אינה פרופורציונלית לנזק העתיד להיגרם כתוצאה מהריגתו. ניקח למשל מקרה שבו יודעים כוחות הביטחון כי מחבל מתאבד עתיד ללון ערב יציאתו לפעולה בבית מסוים. כל כניסה של כוחות רגלים לאזור על מנת לתפסו כרוכה בסכנה רבה לביטחונם, וגם המתנה עד לאחר עזיבתו של המחבל את הבית והתקדמותו אל עבר יעד הפיגוע (שאינו ידוע בוודאות) כרוכה בקשיי מעקב מרובים המקיימים סכנה ממשית לאיבוד עקבותיו. בנסיבות אלה, אם ניתן להרגו בעת שהותו בבית מבלי לפגוע בשאר תושבי הסביבה, מובן שהתועלת הצפויה לצמוח מהמעשה עולה בהרבה על הנזק העתיד להיגרם, אולם אם אין אפשרות מבצעית להרגו בלי לפגוע גם בשאר דיירי הבניין ואולי אף בדיירי בניינים סמוכים, סבור אני כי מבחינה מוסרית יש להבחין בין שני מצבים²⁰⁴: במצב הראשון, דיירי הבית שבו לן המחבל ודיירי הבתים הסמוכים אינם מודעים לכוונותיו הטרוריסטיות ולכן משמשים בידיו מגנים אנושיים שלא מדעת, ולחילופין ידועות להם

203 J. Ulrich "The Gloves Were Never On: The Mosaic of the President's Authority to Order Targeted Killing in the War Against Defining the President's Authority to Order Targeted Killing in the War Against Terrorism" 45 *Va. J. Int'l L.* (2005) 1029; D. Statman "Targeted Killing" 5 *Theoretical Inq. L.* (2004) 179

204 E. Anscombe "War and Murder" in *War, Morality and the Military Profession* (Malham .M. Wakin ed., 1979) 285, 288

כוונותיו, אולם הישארותם בקרבתו אינה נובעת מרצון חופשי אלא נכפית עליהם תחת איומי חברים מארגונו של המחבל. בסיטואציות אלה, התנהגותם אינה לוקה בפסול מוסרי ולכן המדינה לא רשאית לבצע מעשה שיסכן את ביטחונם, למעט במקרים קיצוניים ויוצאי דופן שבהם המחיר שיהיו אזרחיה צפויים לשלם כתוצאה מהימנעותה מהפעולה (או כאמור, המחיר שיהיו חייליה צפויים לשלם אם יישלחו אל האזור בכדי לתפוס את המחבל) הוא כה כבד וחריג, עד כי התועלת בהצלת אזרחים רבים חפים מפשע עולה בהרבה על הנזק שבפגיעה במספר מוגדר של חפים מפשע המשמשים מגנים אנושיים בעל כורחם²⁰⁵. לעומת זאת במצב השני מעוניינים אותם אזרחים להימצא בקרבתו של המתאבד כדי לשמש לו חומת מגן אנושית, מתוך שאיפה להחיל את ההגנה המוקנית להם בתור אזרחים גם עליו. או אז, בהיותם מסייעים למחבל להוציא לפועל את תכניותיו, הם מאבדים בכך את הגנתם, במובן זה שהמדינה אמנם אינה רשאית להורגם במתכוון, אולם היא רשאית לפגוע למוות בטוריסטים השוכנים בקרבם תוך פגיעה גם במגנים האנושיים, באם אין בידיה כל דרך סבירה למקד את הפגיעה אך בטוריסט ולא באלו השוכנים לצדו²⁰⁶.

שנית, תנאי התשתית הראייתית המספקת: ביישום תנאי זה יש להבחין בין שני מישורים. במישור הראשון, יש לוודא שיעד החיסול שעליו הוחלט אכן מעורב באותן פעולות המיוחסות לו ולכן מהווה סכנה חמורה לביטחון המדינה ואזרחיה. הסיכול הממוקד מונע, כאמור, מהאדם את האפשרות לקבל את יומו בפני בית המשפט ולהשיב על ההאשמות המיוחסות לו. לכן, המדינה חייבת להימנע מחיסולו אם אין בידיה די ראיות מהימנות לביסוס החשדות שהיא מייחסת לו. באשר לסטנדרט שבו צריכות לעמוד ראיות אלה, הרי שיש הסוברים שנדרשות ראיות להוכחת ההאשמות מעל לכל ספק סביר – ראיות בדרגה זהה לסטנדרט ההוכחה הנדרש לצורך הרשעה במשפט הפלילי, אולם לדעתי, מכיוון שאיסוף הראיות והסקת המסקנות מהן אינם מתבצעים על ידי רשות שיפוטית אלא מינהלית, ונוכח הקושי המיוחד הכרוך באיסוף ראיות ועדויות מהימנות בעניינים הקשורים בטורר, הרי שאין ספק שאין לבסס החלטה בדבר הריגתו של אדם על תשתית ראייתית של מאזן ההסתברויות, אך באותה מידה אין זה מעשי לדרוש תשתית ראייתית לביסוס החשדות מעל לכל ספק סביר. הסטנדרט הראוי בסיטואציה זו הוא של "ראיות ברורות ומשכנעות"²⁰⁷. במישור השני, אין להוציא את פקודת החיסול אל הפועל אלא לאחר שיעד החיסול זוהה

- R. Wasserstrom "On the Morality of War: A Preliminary Inquiry" in *War, Morality and the Military Profession* (Malham M. Wakin ed., 1979) 299,321 205
 Daniel Statman "Jus in Bello and the Intifada" in *Philosophical Perspectives on the Israeli-Palestinian Conflict* (T. Kapitan ed., 1997) 133, 143 206
 E. Gross "Human Rights in Administrative Proceedings: A Quest for Appropriate Evidentiary Standards" 31 *Cal. West. Int'l L.J.* (2001) 215 207

בשטח בוודאות כמעט גמורה כדי למנוע הריגתו של אדם חף מפשע אשר נחשב בטעות להיות הטרוריסט בן המוות²⁰⁸.

(ב) אמצעים עונשיים – מדיניות בלתי מתפשרת של העמדה לדין וענישה מחמירה של הנמנים על תשתיות טרור המתאבדים

אמצעים מניעתיים, אפקטיביים ככל שיהיו, אינם מסוגלים להביא לבדם למיגורה של תופעת טרור המתאבדים. הם עשויים אמנם לתרום רבות לצמצומה, אך לא להכחדתה שכן צבא מאורגן וארגוני מודיעין מוסדיים לעולם לא יצליחו לגבור באופן מוחלט על פעילות גרילה מחתרטית. כאן מתחיל תפקידם של אמצעי הענישה. ענישת הטרוריסט, ככל ענישה פלילית, מכוונת לשרת, כאמור, שלוש מטרות: האחת, לגמול לו על השתתפותו בתכנון או בביצוע המעשה הרצחני. השנייה, להרחיקו מן החברה לבל ישוב לסכנה ואגב כך להרתיעו לבל ישוב לעסוק בפעילותו הטרוריסטית בעתיד. השלישית, להשתמש בענישתו ככלי להרתעת ציבור העבריינים הפוטנציאליים לבל ילכו בדרך שבה בחר אותו אדם. מעבר לכך, הרי שמיצוי מלוא חומרת הדין עם אדם שנטל חלק בביצוע פעילות טרוריסטית בכלל, לא כל שכן בסוג טרור כה קיצוני כטרור המתאבדים, מסייע בידי המדינה לחזק את אמון הציבור בפעולות שנוקטת לשם הבטחת ביטחונו.

על אף חשיבותה הבלתי מבוטלת של ענישת העשייה הטרוריסטית, הוראות הדין הבינלאומי בסוגיה אינן אפקטיביות דיין. כאמור בפרק השני, הקהילה הבינלאומית טרם הגיעה להסכמה בדבר גיבוש הגדרה בינלאומית אוניברסלית של עבירת הטרור ולכן עליה להתמודד עם תופעה זו באמצעות העבירות הבינלאומיות שנקבעו בה כימים עברו, אך בעבירות אלה אין כדי לספק מענה הולם לענישתו של האקט הטרוריסטי. ניתן להדגים זאת באמצעות בית הדין הפלילי הבינלאומי שנוסד ב־ Rome Statute of the International Criminal Court²⁰⁹, מתוך מטרה להוות גוף שיפוטי קבוע לטיפול בפשעים פליליים בעלי חשיבות בינלאומית ובכך לבטל את הצורך בהקמתם אד הוק של בתי דין בינלאומיים מיוחדים, כגון אלה שהוקמו בנירנברג ובטוקיו עם תום מלחמת העולם השנייה. בית הדין נועד לא רק להרתיע מפני ביצוע הפרות חמורות של זכויות אדם יסודיות, אלא גם לתפקד כ"שומר חומות" בינלאומי האוכף את נורמות המשפט הבינלאומי במקום שבו המדינות עצמן אינן מעוניינות או אינן מסוגלות להפעיל את מנגנוני האכיפה הפליליים הפנימיים

A.R. Coll "The Legal and Moral Adequacy of Military Responses to Terrorism" 81 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (1987) 297, 305

Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, U.N. Doc. A/CONF. 209.183/9, 37 I.L.M. 999 (1998)

שלהן. סמכות שיפוטו משתרעת על ארבעה סוגי עבירות²¹⁰: פשע השמדת עם, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ופשע התוקפנות. סעיפים 6-8 לחוקת בית הדין מפרטים את שלוש העבירות הראשונות בבהירות רבה ואילו פשע התוקפנות, שנועד לכלול גם את פשעי הטרור, טרם זכה להגדרה נוכח אי-הסכמתן של המדינות באשר למהותה של עבירת הטרור ולכן כל עוד לא גובשה הגדרה, לא ניתן לשפוט אדם על פשע זה²¹¹. מכאן שכיום יכולה שפיטתם של טרוריסטים להיעשות רק מכוח אחת משלוש הקטגוריות האחרות, שמספקות מענה חלקי בלבד למאבקה של הקהילה הבינלאומית בטרור²¹². כך, הרשעתו של אדם בפשע השמדת מתאפשרת רק אם הוכח כי התכוון להביא במעשהו לידי השמדתה המלאה או החלקית של הקבוצה המותקפת, אולם כפי שהוסבר בפרק השלישי, רבים מארגוני הטרור, דוגמת הג'יהאד האסלאמי או הפת"ח, ריאליים דיים כדי להבין שאין ביכולתם להביא להשמדת אויבם ולכן רואים במאבק האלים כנגדו אך כאמצעי אסטרטגי להגשמת היעד המסוים אותו הציבו לעצמם. לכן פשע השמדת העם מספק מענה סלקטיבי בלבד לשיפוט טרוריסטים בגין פשעיהם. גם עבירת הפשעים נגד האנושות אינה מספקת מענה הולם לשיפוט טרוריסטים, אולם מסיבה שונה. מדובר בעבירה תוצאתית, שבה העושה חייב להיות מודע להתנהגותו ולהתכוון אליה וכן עליו לרצות בגרם התוצאה ולחילופין להיות מודע להתרחשותה הקרובה לוודאי במהלך הרגיל של הדברים²¹³. להלכה, מעשי הטרור באים בגדר עבירה זו, שכן מדובר בהתקפות שיטתיות חוזרות ונשנות המופנות כנגד אוכלוסייה אזרחית והמתבצעות ביסוד נפשי של מודעות לאפשרות גרימת התוצאה המזיקה וחפץ בהשגתה. עם זאת לדעתי הכללת הטרור בגדר עבירה כללית זו "מפשיטה" ממנו הלכה למעשה את ייחודיותו ונבדלותו, ומציבה אותו כאחד מיני רבים מהמעשים המהווים פשע נגד האנושות. כלומר, בדרך זו מובא הטרוריסט לדין רק משום הפגיעה הברוטלית שהסב לקרבנותיו ולא משום אופיים הא-מוסרי של מעשיו, המבטאים הפניית עורף גורפת למוסכמותיה של החברה האנושית. אופיים השרירותי והרנדומלי של מעשיו והאפקט הפסיכולוגי המאיים הנובע מהם, שהוא בלתי פרופורציונלי ביחס לנזק הישיר שהסבו מעשיו – כל אלה כלל אינם באים לידי ביטוי משנותן הטרוריסט את הדין בגין מעשיו מכוח עבירת הפשע נגד האנושות. נותרה אפוא העמדת הטרוריסט לדין בגין פשעי מלחמה. פשעי מלחמה הם הפרות של דיני המלחמה ההסכמיים והמנהגיים המסדירים את ניהולם של סכסוכים מזוינים בינלאומיים ופנים-מדינתיים. ראינו שאין זה ברור כלל אם דיני המלחמה אכן חלים על אירוע טרוריסטי ככזה, אולם גם אם יש להם תחולה, הרי שמנוסח סעיף 8

210 שם, סעיפים 5-8 לחוקת בית הדין.

211 שם, סעיף 5(2) לחוקת בית הדין.

212 Gross, לעיל הערה 117, עמ' 19.

213 סעיף 30 לחוקת בית הדין, לעיל הערה 210.

לחוקת בית הדין, המגדיר את הפשע האמור, עולה כי הפרט אינו נחשב כמבצע פשעי מלחמה בגין כל הפרה של דינים אלה, אלא רק בגין הפרות חמורות ורציניות של דינים אלה. מכאן, שבדומה לאופייה הסלקטיבי של עבירת השמדת העם, גם עבירת פשעי המלחמה עשויה לכלול רק מעשי טרור מסוימים, שאופיים, טבעם ואיכותם עולים כדי הפרה חמורה של דיני המלחמה ולא מעשי טרור אחרים הפחותים בחומרתם. גם אם נתגבר על קושי זה באמרינו כי פיגוע התאבדות, מעצם מאפייניו, עולה תמיד כדי הפרה חמורה של דיני המלחמה, הרי ששב ועולה אותו קושי עליו הצבעתי לעיל בדוני באפשרות לשפוט טרוריסטים מכוח עבירת הפשעים נגד האנושות – הטמעת פשע הטרור בתוך העבירות הבינלאומיות הקיימות פירושה "הפשטתו" מייחודיותו ונבדלותו.

מכאן שהדין הבינלאומי מותיר למעשה את מלאכת שפיטת הטרוריסטים בידי המדינות השונות, על פי משפטן הפנימי, אולם כאן חשוב לתת את הדעת לכך שהעמדת טרוריסטים לדין היא סיטואציה בעלת רגישות מיוחדת במדינות מערביות שבהן מתגוררת אוכלוסיית מהגרים גדולה מארצות ערב, הן משום שרבים באוכלוסיה זו רואים בטרוריסטים לוחמי חופש, הן משום שהעמדת מנהיגיהם הדתיים של ארגוני הטרור או נושאי תפקידים בכירים אחרים עשויה ליצור חיכוכים ותחושות של ניכור וקיפוח בקרב תושבים אלה. מדינות הרוצות להימנע מכך – מסיבות פוליטיות, כלכליות או אחרות – עשויות לוותר במקרים רבים על העמדתם לדין של טרוריסטים²¹⁴. נוכח הנזק האסטרטגי הרב הטמון בויתור זה, אין להימנע ממיצוי הדין, אולם יש לגבות את המהלכים המשפטיים האמורים בשורת אמצעים הסברתיים המכוונים כלפי אוכלוסיות המהגרים. בין היתר, טוב תעשה המדינה המעמידה לדין אם תקפיד לתת במה למנהיגיהן המדיניים והרוחניים המתונים של אותן אוכלוסיות.

גם לאחר העמדת הטרוריסטים לדין והרשעתם, עדיין נותרת שאלת העונש הראוי להם, כשהמחלוקת העיקרית נוגעת להחלתו של עונש המוות על מרצחים טרוריסטים, ובמקרה זה

214 ראו למשל החלטתה של ה-Crown Prosecution Service בבריטניה שלא להעמיד לדין את השיח' יוסוף אל-קרדאווי, אחד מהפוסקים הסונים רבי ההשפעה בעולם המוסלמי, הידוע בתמיכתו בפיגועי ההתאבדות המבוצעים כנגד אזרחים ישראלים וכנגד הכוחות האמריקנים בעיראק. אפשרות העמדתו לדין של אל-קרדאווי, המתגורר בקטאר, עלתה לאחר שהתבטא בראיונות שנתן לכלי התקשורת הבריטיים בזכות פיגועי ההתאבדות וטען כי הם אינם מנוגדים למשפט המוסלמי. הנימוק הפורמלי לאי-העמדה לדין היה היעדר ראיות מספיקות לכך שהתבטאויותיו של אל-קרדאווי היוו הסתה, אולם ניתן להניח כי גם לחששה של הממשלה מפני כניסה לעימות עם האוכלוסיה המקומית היה חלק בהחלטה. ראו S. Sadeh "U.K. Decides not to Prosecute Visiting Muslim Cleric" *Ha'aretz Daily* (July 12, 2004).

על מתאבדים שביצעו פיגועי התאבדות עקיפים ונותרו בחיים²¹⁵. דיני המלחמה הבינלאומיים מדגישים לא רק את חובת הצדדים לסכסוך להימנע מלגרום זה לזה נזק חמור יותר מהנדרש לשם הגשמת מטרת המלחמה²¹⁶ ואת חובתם לשמור על זכותה לחיים של האוכלוסיה האזרחית המוצאת עצמה בידיהם במהלך הקונפליקט²¹⁷, אלא גם את חובתם שלא לגרום למותם של לוחמים חוקיים שאינם לוקחים עוד חלק פעיל בקרבות בשל כניעתם, פציעתם, חוליים, תפיסתם או מכל סיבה אחרת²¹⁸. עם זאת האמנות אינן מתייחסות אל הזכות לחיים כמוחלטת, אלא מתירות לפגוע בה בהתקיים נסיבות מוגדרות. כך, באשר ללוחמים שיצאו ממעגל הלחימה מרצון או מכורח ונפלו בידי האויב נקבע כי הם כפופים לדיני צבאה של המדינה המחזיקה בהם, ולכן מותר לה לשפטם ולהענישם על הפרת דינים אלה. בין היתר, ניתן לגזור עליהם עונש מוות, לאחר שתשומת לבו של בית הדין הדן אותם הופנתה לכך שאין הם חבים אמונים למדינה העוצרת, ואת הוצאתו לפועל של גזר הדין יש לעכב למשך ששה חודשים²¹⁹.

גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת את זכותו של כל אדם לחיים, אך מאפשרת הטלת עונש מוות בגין פשעים חמורים²²⁰. הפרוטוקול האופציונלי השני לאמנה שאומץ בידי האו"ם בשנת 1989 אוסר על המדינות החברות לבצע הוצאות להורג במטרה להביא לחיסולו המוחלט של עונש המוות, אולם מתיר להן להנהיג עונש זה בעת מלחמה בגין הרשעתו של אדם בפשע חמור בעל אופי צבאי אשר בוצע במהלך הלחימה, אך זאת רק אם צירפו הסתייגות בעניין זה בעת הצטרפותן או אשרורן את הפרוטוקול²²¹. במישור המדינתי, מדינות המערב מכירות בקדושת ערך החיים, אולם בד

215 שאלה היא אם ניתן לראות במשלחים ובפוסקי ההלכה כמבצעים בצוותא של האקט הטרוריסטי ועל כן כמי שניתן להטיל גם עליהם את עונש המוות, או שמא אין הם אלא משדלים או מסייעים לדבר עבירה ועל כן צפויים לסנקציות עונשיות חמורות פחות ממיתה.

216 Article 35 of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (June 8, 1977) 1125 U.N.T.S. 3

217 ראו בייחוד סעיף 3(א)1 המשותף לארבעת אמנות ז'נבה משנת 1949; סעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית; סעיף 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907; סעיף 32 לאמנת ז'נבה הרביעית.

218 סעיף 3(א)1 המשותף לארבעת אמנות ז'נבה משנת 1949; סעיף 13 לאמנת ז'נבה השלישית; סעיף 11 לפרוטוקול המשלים הראשון.

219 סעיף 100-101 לאמנת ז'נבה השלישית.

220 Art. 6 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights

221 Art. 1 & 2 of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, G.A. res. 44/128, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 207, U.N. Doc. A/44/49 (1989), (entered into force: July 11, 1991).

בבד, חלקן מתירות הטלת עונש מוות בנסיבות מסוימות. כך למשל בעוד שבבריטניה הוצא עונש המוות לחלוטין מספר החוקים ב-1998, כאשר עד אז היה ניתן להטילו בגין הרשעה בעבירות צבאיות מסוימות תחת ה־Armed Forces Act; בקנדה הוצא עונש המיתה מה־Criminal Code בשנת 1976 עם חקיקת ה־Bill C-84 והוחלף במאסר עולם חובה בלא אפשרות לחנינה למשך 25 שנים בגין כל הרציחות מדרגה ראשונה, ובשנת 1998 חוסל לחלוטין עונש המוות כאשר הוצא גם מה־National Defence Act, הרי שבישראל ובחלק ממדינות ארצות־הברית עדיין ניתן להטיל עונש מוות²²².

חשוב לזכור שסוגיית הטלתו של עונש מוות על מרצחים טרוריסטים, בכלל, ועל טרוריסטים שנטלו חלק בביצועם של פיגועי התאבדות, בפרט, מהווה רק חלק אחד בוויכוח ארוך שנים בין תומכי עונש המוות למתנגדיו. עיקר טיעוניהם של תומכי עונש המוות הוא כי במישור הגמולי, הטלת כל עונש הפחות ממוות אינה מבטאת באופן הולם את עוצמת הפגיעה בקדושת ערך החיים, ובמישור התוצאתי, עונש המוות יוצר את ההרתעה הציבורית האפקטיבית ביותר מפני ביצוע מעשי רצח עתידיים, שולל באופן מוחלט את אפשרות שחרורו או בריחתו של הרוצח בעתיד ובכך מגביר את תחושת הביטחון בקרב הציבור²²³. מתנגדי עונש המוות שוללים כמובן את תקפותם של הטיעונים המצדדים בהטלת עונש זה וטוענים, בין היתר, שפרק הזמן הארוך החולף מרגע ביצוע הפשע ועד תום ההליכים המשפטיים הקפדניים והמדוקדקים המתנהלים כל אימת שמתבקשת הריגתו של אדם כרוכים בסבל נפשי עצום לרוצח עד כי עונש זה כבר אינו פרופורציונלי לחומרת מעשהו וכן נטען שאין ביסוס עובדתי להנחה שעונש המוות אכן מרתיע את הציבור יותר מאשר מאסר

222 יש לציין כי אמנם הדין הישראלי מאפשר הטלת עונש מוות, אולם אופציה זו אינה מיושמת בפועל. האפשרות להטיל עונש מוות קיימת מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, ובמישור הביטחוני – מכוח חוק העונשין המאפשר להטיל בהליך פלילי אזרחי על אדם עונש מוות בתקופה שמתנהלות פעולות איבה כנגד ישראל אם הורשע בעבירות של בגידה. בתי המשפט הצבאיים מוסמכים להטיל עונש מוות הן מכוח סעיף 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 בגין ירי לעבר בני אדם או הנחת מטעני חבלה במטרה לגרום למוות, הן מכוח סעיף 51(א) לצו בדבר הוראות בטחון, תש"ל-1950 בגין גרימת מוות מכוונת. היועץ המשפטי לממשלה (בהליכים פליליים בפני בית משפט אזרחי) והתביעה הצבאית (בהליכים פליליים בפני בית משפט צבאי) מוסמכים לדרוש עונש מוות בכפוף לאישור הממשלה, אולם בפועל, כבר שנים רבות שאישורים שכאלה אינם מתבקשים והתביעה מסתפקת בדרישה להטלת מאסרי עולם על מורשעים בעבירות האמורות. גם בעבר, בעת שהטילו בתי המשפט הצבאיים עונשי מוות, ערכאת הערעור תמיד המירה (בהסתמך על נימוקים פורמליים) את גזרי הדין במאסרי עולם. להרחבה ראו ע' בן חיים "עונש המוות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים" משפט וצבא 10 (תשמ"ט) 35.

223 לסקירה נרחבת של הטיעונים הגמוליים והתוצאתיים בעד עונש המוות ראו ב' סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב (תשס"ב) 127, 145-164.

עולם, אך יותר מכל מדגישים המתנגדים את העובדה שהאמת המשפטית אינה תמיד גם האמת העובדתית. היות שעונש המוות הוא עונש סופי ובלתי הפיך, הרי שהרשעת חף מפשע והוצאתו להורג וכן הרשעה וגזירת דין מוות על אדם שכשרותו הנפשית או השכלית (הן בזמן ביצוע המעשה הן בזמן בירור האשמה) אינה מאפשרת כן אך לא הובררה כהלכה, אינם ניתנים לתיקון בדיעבד²²⁴. בהקשר הטורריסטי משתנה במעט תכנם של טיעונים אלה. מן ההיבט הגמולי, יש הסוברים שרצח אידיאולוגי אינו חמור יותר מרצח נקמני או מרצח ממניעים של קנאה או רדיפת בצע, אולם בפרק השני הבהרתי מדוע, לדעתי, חמור הרצח הטורריסטי יותר מהרצח הפלילי הרגיל – דבר המחזק את התפיסה הגמולית הגורסת שרק הריגת הטורריסט היא הגמול ההולם על מעשהו האנטי-חברתי החמור. מן ההיבט התוצאתי, הטיעון בדבר האפשרות להרשעת שווא מאבד את רב משקלו, כאשר תפיסת המחבל בזירת הפיגוע שוללת כל אפשרות לטעות. לכך מצטרף הטיעון שגזירת מאסר עולם על הטורריסט אינה ברת מימוש במקרים רבים, שכן תיתכנה עסקות חליפין שבהן ישוחרר המחבל תמורת שחרור חיילים או אזרחים שנחטפו בידי ארגוני הטרור. לעומת זאת כאשר לממד ההרתעה, קיים ספק רב אם יש בכוחו של עונש המוות להרתיע טורריסטים בכוח, לא כל שכן טורריסטים המוכנים להקריב חייהם. ייתכן כי דווקא ההיפך הוא הנכון – הריגת הטורריסט תקנה לו את מעמד הקדוש המעונה או ה"שהיד" לו ייחל ותהפכו למודל חיקוי והערצה בקרב בני עמו. כן נטען כי הריגת הטורריסט תגביר את המוטיבציה של ארגוני הטרור לחטוף את חייליה ואזרחיה של המדינה ולהוציאם להורג, ובכך ישיג למעשה עונש המוות את המטרה ההפוכה מזו אותה נועד להשיג. לכך יש להוסיף כמובן את הטענה כי היות והוויכוח סביב הגדרת הטורריסטים כלוחמים בלתי חוקיים או כלוחמי חופש לא תם, יהיו מי שיטענו כי למעשה לוחמי חופש הם שהוצאו להורג, ותשומת הלב העולמית תוסט מאכזריות מעשי הזוועה שביצעו הטורריסטים לאכזריותה של המדינה האחראית להריגתם. מהאמור לעיל עולה שכף המאזניים אינה נוטה בבירור לצד זה או אחר, שכן יש מן הצדק הן בטענות המתנגדים לעונש המוות הן בטענות תומכיו. ההכרעה הסופית תלויה בעיקרה בהשקפות דתיות, מוסריות, חברתיות ופוליטיות. דעתי שלי היא כי מכיוון שהטלת עונש המוות – בדומה להימנעות ממנו – כרוכה במחיר מסוים, הרי שלא כל אקט של רצח טורריסטי מצדיק בהכרח הטלת עונש מוות על מבצעו, בדיוק כשם שלא כל אקט של רצח פלילי רגיל מצדיק הטלת עונש מוות על מבצעו. עונש זה ראוי להותיר רק לזוועתיים והמזעזעים שברציחות, כגון טבח המוני או פגיעה מכוונת בילדים. רבים מפגיגועי ההתאבדות בהחלט באים בגדר קטגוריה זו, אולם לא כולם. הימנעות מהטלת עונש מוות באותם מקרים קיצוניים המצדיקים הטלתו, מהווה בעיניי פשרה בלתי ראויה של המדינה על חובתה להגן על חיי אזרחיה.

224 ראו שם, עמ' 145-202.

(ג) שילוב בין מניעה להרתעה – הריסת בתים²²⁵

הריסת בתים הוא אמצעי מיוחד במינו להתמודדות עם סכנות ביטחוניות, במובן זה שהוא אחד האמצעים המינהליים העומדים לרשות המפקד הצבאי, אולם מטרתו הדומיננטית אינה מניעה או הרתעה אלא שילוב בין השניים. בישראל למשל מבוצעים הריסות הבתים מכוח תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום) הקובעת כי:

“A military commander may by order direct the forfeiture to the Government of Palestine of any house, structure or land form in which he has reason to suspect that any firearm has been illegally discharged, or any bomb, grenade or explosive or incendiary article illegally thrown detonated, exploded or otherwise discharged or of any house, structure or land situated in any area, town, village, quarter or street the inhabitants or some of the inhabitants of which he is satisfied have committed, or attempted to commit, or abetted the commission of, or been accessories after the fact to the commission of, any offence against these regulations involving violence or intimidation or any Military Court offence, and when any house, structure or land is forfeited as aforesaid, the Military commander may destroy the house or the structure or anything in or on the house, the structure or the land...”.

על פי רוב, המפקד הצבאי מבקש לעשות שימוש בסמכות זו בעקבות פיגוע שביצע אדם המתגורר בבית. הטעם המובא על ידיו הוא כי החרמת הבית והריסתו עתידים להרתיע את המחבל עצמו (במידה ונותר בחיים), את דיירי הבית וכן את הציבור הרחב ובכך לקיים את הסדר הציבורי²²⁶. גם בית המשפט העליון אימץ גישה זו, בקובעו כי הריסת הבית אינה מיועדת לשרת מטרה עונשית, אלא הרתעתית בלבד. לפיכך על הטענות שלפיהן התקנה האמורה מנוגדת לדין הבינלאומי בדבר ניהולם של קרבות מכיוון שהיא מתירה ענישה קולקטיבית²²⁷ ופגיעה בקניין פרטי²²⁸, ניתן להשיב כי ראשית, הריסת הבתים אינה מהווה,

225 להרחבה אודות יתרונות השימוש באמצעי זה, הבעייתיות הכרוכה בו ואופן הפעלתו הראוי ראו Gross “Democracy’s Struggle Against Terrorism”, לעיל הערה 178, עמ’ 179-212.

226 בג”ץ 2977/91 תג’ נ’ שר הבטחון, פ”ד מו(5) 467, 473.

227 Regulation 50 Annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague IV) (October 18, 1907); Art. 33 of fourth Geneva Convention.

כאמור, אמצעי בעל אופי עונשי כי אם הרתעתי בלבד ושנית, הדין הבינלאומי לא אוסר באופן מוחלט על הרס רכוש פרטי אלא מתיר לעשות זאת כשהרס שכזה מוצדק מטעמים של נחיצות צבאית. הריסת הבתים אינה פעולה עונשית המבוצעת בכסות של פעולה בעלת גוון צבאי, אולם כדי להבטיח את אותנטיות הצורך הצבאי, קבע בית המשפט כמה גורמים שעל המפקד הצבאי לאזנם זה מול זה בשקלו הריסה²²⁹: השפעת ההריסה על המתגוררים במבנה ובסמוך לו ראשית, חומרת המעשים המיוחסים לאדם המתגורר במבנה הנדון, ושקיימות ראיות בדוקות לביצועם, על רקע שכיחות ביצועם והצורך להרתיע מפניהם. שנית, באיזו מידה היו הדיירים האחרים מודעים למעשיו האסורים של המחבל או שהיה להם יסוד סביר לחשוד בביצוע פעילות שכזו. יודגש שהיעדר ראיות לקיומה של ידיעה אינו מונע כשלעצמו את נקיטת הסנקציה, על אף הקושי המוסרי הכרוך בהטלתה, כפי שאיכזן לא אחת בית המשפט: "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סיעו בידי ואל ידעו על מעשיו... אולם, הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך"²³⁰. שלישיית, האם ניתן להפריד את יחידת המגורים של המחבל מיתר חלקי המבנה ולפגוע רק בה, ואם לא, אם ניתן להשיג את המטרה ההרתעתית על ידי איטום החדר שבו התגורר המחבל או אף על ידי איטום כל הבית – פעולה הפיכה הניתנת לשינוי, בניגוד למוחלטות הפגיעה הכרוכה בהריסה. רביעית, מספר האנשים העתידים להיפגע מן ההריסה, מידת קירבתם למחבל והשפעת ההריסה עליהם.

לכך יש להוסיף כי בעבר הגישה הייתה כי במידה ונהרג המפגע, יש להימנע מאטימת או הריסת הבית, שכן המוות מהווה הרתעה כשלעצמה, אולם נוכח התגברות תופעת פיגועי ההתאבדות, נוצר מצב אבסורדי שבו מות המחבל היווה סיבה להימנעות מהריסת ביתו – דבר אשר לא רק לא הרתיע, אלא אף היה עשוי לעודד בחירה בסוג זה של פיגועים דווקא. על רקע זה, נאלצו המפקדים הצבאיים לנטוש מדיניות זו מתוך רצון להרתיע מתאבדים בכוח על ידי העברת מסר כי ביצוע הפיגוע על ידי יגרום לפגיעה קשה במשפחתו המתגוררת עמו²³¹. איזון מכלול השיקולים הללו, תוך הענקת משקל ראוי לכל אחד מהם בנסיבות העניין היא הקובעת אם ייהרס הבית אם לאו.

Regulations 23 & 46 Annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague IV) (October 18, 1907); Art. 53 of fourth Geneva Convention. 228

בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 700-699; בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון, פורסם בנבו (10.1.90), פסקה 4 לפסק הדין. 229

בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פורסם בנבו (27.11.03), פסקה 3 לפסק הדין. 230

בג"ץ 6026/94 נזל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 347-348. 231

אף כי ראינו שבית המשפט דוחה בעקביות את הטענה שמדובר באמצעי בעל אופי עונשי או מניעתי וטוען כי מדובר באמצעי הרתעתי בלבד, הרי שלמעשה, הריסת הבתים משמשת הן מטרה עונשית כלפי אותם מחבלים שנותרו בחיים הן מטרה סיכולית. מטרה עונשית משום שהריסת הבית היא אמצעי תגובה על מעשה שביצע המחבל בעבר ומטרתה לפגוע בנכס היקר למחבל כדי להעביר לו מסר כי עליו לחדול לאלתר ממעשיו – זהו פן הרתעתי המהווה את אחת ממטרות הענישה. ההריסה היא גם אמצעי מניעתי, שכן מדובר באקט כוחני הפגנתי שנועד להרתיע את המחבל, את בני משפחתו ואת כלל הציבור לבל יערכו עצמם בפעילות האמורה, ובכך למנוע מעשי טרור עתידיים. דווקא עירוב ייחודי זה, הוא התגובה ההולמת במקרים מסוימים כלפי טרוריסטים, בכלל, וכלפי טרוריסטים מתאבדים, משלחיהם, מוריהם הרוחניים וסייעניהם, בפרט.

סיכום

ההגנה על חירויות היסוד של הפרט במצבי חירום היא אתגר קשה ומורכב לכל משטר דמוקרטי. בימים כתיקונם, כל הפרה של שלטון החוק הפורמלי או המהותי על ידי הממשל בשם הביטחון הלאומי נתקלת בגינוי חריף וחד-משמעי מצד כלל הפלגים בציבור ואין בנמצא כאלה המנסים לבנות קונסטרוקציות פרשניות להצדקתה. הגבולות בין פעולות שלטוניות לגיטימיות המצויות בגדר שלטון החוק לבין פעולות פסולות החורגות ממנו מטשטשים דווקא במצבי חירום, כאשר חיי האזרחים אינם מתנהלים כסדרם והמדינה פועלת כנגד האיומים והסכנות למען השבת הסדר על כנו. בזמנים קשים אלה, כך למדנו מלקחי ההיסטוריה, נדרשת הקפדה יתרה על שמירת ערכי היסוד המשפטיים, כדי להגן על הפרט מפני הפרות שרירותיות, בלתי מידתיות ובלתי נחוצות של זכויותיו המבוצעות באצטלה ביטחונית, הפרות אשר פעמים יש בהן כדי להביא להתרופפות יסודות המשטר הדמוקרטי ולערעור שלטון החוק ללא תקנה.

במסגרת מאבקה של המדינה הדמוקרטית כנגד ארגוני טרור המאיימים על ביטחון אזרחיה, פירוש הדבר הוא שנדרש איזון חוקתי ראוי בין הגשמה אפקטיבית של הצרכים הביטחוניים, מחד גיסא, לבין חובתה להמשיך ולכבד את חירויות וזכויות היסוד של הפרט, מאידך גיסא. המדינה חייבת להגן על אזרחיה ואף ללחום למען הבטחת ביטחונם, אולם בה בעת חייבת היא לנהל מלחמה זו בהתאם לנורמות היסוד הדמוקרטיות. במישור העקרוני, פירוש הדבר הוא כי את אופן ניהול המאבק מסדירות הנורמות המסורתיות המעוגנות בגדר המסגרת החוקתית "הרגילה" ולא נורמות יוצאות מן הכלל שעוגנו בגדריה של מסגרת חירום חוקתית מיוחדת. במישור המעשי, פירוש הדבר הוא כי באיזון בין האינטרס הביטחוני לבין חירויותיו החוקתיות של הפרט, איזון הנעשה על פי מערך הנורמות המסורתיות, אין המדינה רשאית להגשים את צרכיה הביטחוניים על ידי שימוש בכל אמצעי

אפקטיבי העומד לרשותה, אלא רק על ידי שימוש באותם אמצעים המסכים לחירויות הפרט פגיעה שהיא מידתית ביחס לגודל האיום הביטחוני הנשקף. סטייה משני מישורים אלה לא תביאנו לחיות בדמוקרטיה פגומה, אלא במשטר שכלל אינו דמוקרטי. עלינו להימנע מן הפיתוי לראות את המשך קיומו של המשטר הדמוקרטי שבו אנו חיים כדבר מובן מאלינו, ולהפנים את העובדה ששמירת ההווה הדמוקרטית אינה מתאפשרת בלא ערנות, פתיחות ועמידה מתמדת על משמר החירות: "המאבק למשפט אינו פוסק. הצורך לעמוד על משמר שלטון החוק קיים תמיד. עצים שגידלנו שנים רבות עשויים להיגדע בהינף גרזן אחד... לעולם אין להרפות מהגנה על שלטון החוק. כולנו – כל הרשויות כולן, כל המפלגות והסיעות כולן, כל הגופים כולם – צריכים לשמור על הדמוקרטיה... לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו, ולהגן עליהם בפני הקמים עליהם"²³².

דברים אלה אינם מאבדים במאומה מתוקפם כשטרור המתאבדים עסקינן. ארגוני הטרור משקיעים מאמצים תעמולתיים והסברתיים רבים בכדי לשכנע את בני עמם, את אזרחי המדינות המותקפים על ידיהם ואת כלל האנשים הבוחנים בהשתאות את טיב מעשיהם, שטרור המתאבדים הוא למעשה נשקם האפקטיבי היחיד של החלשים, המושפלים והמדוכאים המתמודדים כנגד ישות חזקה מהם, שמעשיה הביאו אותם למצב שבו הוויתור על חייהם כבר אינו נתפס כנורא כל כך. על פי תפיסה זו, הטרוריסט המתאבד מבטא במעשהו את תחושת חוסר האונים הקולקטיבית של עמו ופוגע באויבו בדרך היחידה המכאיבה והמזעזעת אותו באמת²³³. העולם המערבי נשבה במידה רבה בהצגת דברים מעוותות זו ולכן התחושה הרווחת בו היא שפיגועי ההתאבדות פוגעים בצורה הרסנית הרבה יותר מכל אקט טרוריסטי אחר במרקם החיים הדמוקרטיים²³⁴. אם זהו אכן המצב ומניעיו של טרור המתאבדים הם אכן אלה המוצגים על ידי יוזמיו, הרי שבהחלט סביר לתהות אם ועד כמה יעילים כנגדו אמצעי המנוע וההרתעה המשמשים את המדינה הדמוקרטית במלחמתה כנגד שאר סוגי הטרור. ככלות הכל, פעולות כגון הריסת הבתים שבהם התגוררו המתאבדים או הטלת עונשי מוות על מי שממילא הפגינו נכונותם למות אינן נראות כה אפקטיביות בנסיבות אלה, והפתרון נראה כנמצא בהגמשתה של נוסחת האיזון המסורתית, באופן שזו תתיר שימוש באותם אמצעים האסורים בדרך כלל – חדירה אינטנסיבית ופולשנית הרבה יותר מזו הנהוגה לפרטיות הכלל כדי לחשוף את תשתיות המתאבדים, מעצרי מנע המוניים נטולי חשד, עינויים חקירתיים וכיוצא באלו, אולם לא אלה הם פני הדברים. מאפייניו של טרור המתאבדים מבדילים אותו בלא ספק מיתר סוגי האקטים

232 דברי נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק, בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 806.

233 S. Telhami "Why Suicide Terrorism Takes Root" *The New York Times* (April 4, 2002) שם.

הטרוריסטיים ומקנים לו חומרה יתרה ביחס אליהם, אולם חשוב לזכור כי יוזמיו – מנהיגי ארגוני הטרור ופוסקי ההלכה – רואים בו אך ככלי אסטרטגי נוסף לקידום מאבקם. הם עושים בו שימוש כשבכוחו לשרת את צורכיהם ונמנעים מלהפעילו כשהנסיבות משתנות²³⁵. מכאן, שאמצעי המנע וההרתעה הרגילים העומדים לרשות המדינה הדמוקרטית בהילחמה בטרור אינם בלתי יעילים, אלא שיש להפעילם בצורה שונה, תוך התמקדות בעיקר בדרג הארגוני הבכיר (מנהיגי הארגונים, פוסקי ההלכה הקיצוניים, מגייסי המתאבדים וסייעניהם) ובסביבה המשפחתית והציבורית התומכת²³⁶, ופחות במתאבדים עצמם, שהם תוצר שטוף מוח של פעילות רמי הדרג ושל הסביבה שבה גדלו וחונכו. שימת הדגש על הרתעתם וענישתם של הוגי רעיון הטרור ותומכיו, בשילוב עם אמצעים הסברתיים שיכוונו לנסות לגרום לציבור שבקרבו צומחים המתאבדים, לתהות על מניעיהם האמיתיים של שולחיהם – את כל אלה, כאמור בחלק הקודם, ניתן לעשות בגדרי נוסחת האיזון הקיימת, מבלי לנטוש שלא לצורך את ערכי היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, נטישה אשר משמעותה אינה אלא הפסד במלחמתה של המדינה הדמוקרטית בטרור.

235 לוי, לעיל הערה 43.

236 לכך יש להוסיף את החשיבות הרבה שבהטלת סנקציות פוליטיות ומשפטיות נוקשות על מדינות תומכות טרור. נושא זה, לאור מורכבותו הרבה, דורש בחינה מעמיקה נפרדת ולכן לא טופל כאן.