

בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור

דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב, מרדכי קרמיניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ('הספרייה לדמוקרטיה'), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

פרופ' דוד אנוך הוא פרופסור לפילוסופיה ולמשפטים בדוכן יעקב ברמן באוניברסיטה העברית בירושלים.

ד"ר עידו פורת הוא מרצה למשפטים במכללה האקדמית למשפטים ברמת גן.

ד"ר ראם שגב הוא מרצה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.



בלי כוונה

פגיעה בחפים מפשע

בזמן מלחמה בטרור

דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב, מרדכי קרמניצר

הספרייה
לדמוקרטיה

עריכת לשון: רעיה כהן
עיצוב הסדרה: שוקי הרשקוביץ
עיצוב העטיפה: רון הרן, יוסי ארזה
סדר והדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-040-3 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 02-5300800, 1-800-20-2222; פקס: 02-5300867
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ח
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2007

כל מחקרי המדיניות, פרק נבחר מכל ספר והתקציר בערבית של ספר זה ניתנים להורדה חנם מאתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

מבוא

מרדכי קרמניצר

9

פגיעה בחפים מפשע במסגרת פעולות לסיכול טרור

ראם שגב

- 17 תקציר
- 19 א. מבוא
- ב. המישור התוצאתי: שקלול של תוצאות חיוביות ושליליות במצבי קונפליקט
- 31 ג. מגבלות דאונטולוגיות על שקלול תוצאתי
- 63 ד. העדפה של אזרחים?
- 90 ה. סיכום
- נספח: עמדת דיני המלחמה של המשפט הבין-לאומי
- 95 בעניין פגיעה באזרחים
- 97

מה ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים? מחשבה על ההבחנה בין גרימת נזק מכוונת לבין גרימת נזק צפויה לחפים מפשע

דוד אנוך

- 105 א. הבעיה
- 106 ב. הטרוריסט המעניין והמחסל המעניין
- 107 ג. תשובות גרועות אחדות
- 115 ד. ההבחנה בין תוצאות מכוונות לתוצאות צפויות
- 117 ה. ביקורות על ההבחנה בין תוצאות מכוונות לתוצאות צפויות
- 127 ו. המקרה המיוחד של פעולות מדינה
- 132 ז. אז מה ההבדל?

מה באמת ההבדל? תגובה למאמרו של דוד אנוך

עידו פורת

- 139 א. מבוא
- 142 ב. טענותיו של אנוך
- 144 1. ביקורת על החלק הראשון במאמרו של אנוך
- 158 2. ביקורת על החלק השני במאמרו של אנוך

- 182 ג. סיכום
183 ד. תגובה לתגובה ותוספת אחרונה בנוגע למוסריות החיסולים

עוד על ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים: תשובה

לעידו פורת

דוד אנוך

- 191 א. האם הייתי צריך לכתוב מאמר אחר?
193 ב. איך – ובעיקר איך לא – לטעון מתוצאות
195 ג. הסתברות
198 ד. כוונה, צפייה, אמצעי, תוצר לוואי
201 ה. מצביה המנטליים של המדינה
202 ו. הפניית סיכון לעומת יצירת סיכון חדש
203 ז. קאנט

עוד באותו עניין

- 207 **ממבחר פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה**

Abstract

Mordechai Kremnitzer

מבוא

מרדכי קרמניצר

קבוצה חמושה של מחבלים פלסטינים יוצאת מרצועת עזה לכיוון ישראל כדי לבצע פיגוע. בדרך, עדיין ברצועת עזה, היא נכנסת לבניין מגורים רב קומות. האם מותר לתקוף את הבניין על מנת לפגוע בקבוצה ואגב כך לפגוע גם ביושבי הבניין שאינם קשורים לטרור?

הדין הבין-לאומי אינו אוסר איסור קטגורי לפגוע באזרחים בנסיבות אלו, אך הוא אוסר לפגוע באזרחים פגיעה שתהא מוגזמת ביחס ליתרון הצבאי שביסוד הפעולה. עם זאת הוא אוסר לחלוטין פגיעה מכוונת באזרחים; ומכאן גם הגינוי (הכמעט) אוניברסלי למעשי טרור המתמקדים באזרחים. מה דינה של פגיעה באזרחים אגב פגיעה במטרה צבאית שמותר לפגוע בה, אם הפעולה אינה נעשית בכוונה לפגוע באזרחים אלא מתוך מודעות שאפשרות זו תיתכן, ואפילו בהסתברות גבוהה?

בנקודת הראות המוסרית של סוגיה זו דנים שלושה תאורטיקנים של המשפט: פרופ' דוד אנוך וד"ר ראם שגב, שניהם מן האוניברסיטה העברית בירושלים, וד"ר עידו פורת מן המכללה האקדמית למשפטים ברמת גן. הראשון עוסק במודעות באופן כללי יותר, ואילו השניים האחרים מתמקדים במודעות להסתברות גבוהה שאירוע מסוים יתרחש.

מאמרו של דוד אנוך בוחן אם יש הבדל מוסרי בין פעולות הטרור הפלסטיניות לבין פעולות ההריגה המונעת (המכוונת 'סיכול ממוקד') שישאל נוקטת. תחילה הוא מסלק קבוצת שיקולים לא רלוונטיים; אחר כך הוא בודק אם ההבחנה המוסרית בין הפעולות הללו היא זו שבין 'תוצאות מכוונות [...] לבין [...] תוצאות שהן – אף אם צפויות – בלתי מכוונות', וליתר דיוק הוא אומר: 'אצל הטרוריסט הפגיעה בחפים מפשע היא אמצעי להשגת מטרה; ואילו אצל המחסל הפגיעה בחפים מפשע היא בגדר תוצר לוואי צפוי'. אנוך מראה שהבחנה זו מרכזית למחשבה המוסרית הקומונסנסית: היא מאפשרת לעשות הבחנה בין שני מקרים: הראשון, מקרה הקרונית: הסטת קרונית הנעה במסלול שבו היא עלולה להרוג חמישה בני אדם לעבר מסלול שבו היא עלולה להרוג אדם אחד נחשבת בעינינו פעולה מוצדקת, שבה הריגתו של האדם היחיד איננה מטרה ואיננה גם אמצעי למטרה, אלא רק תוצר לוואי צפוי. השני, מקרה ההשתלה: הריגת חולה אחד בידי רופא כדי להשתמש באברי גופו לשם השתלה בחולים אחרים שהוא מבקש

* התקציר בערבית המופיע באתר המכון והתקציר באנגלית בסוף הספר הם התרגום של מבוא זה.

להציל נחשבת בעינינו פעולה שבה הריגתו של האדם היחיד אינה מוצדקת, משום שהמתת החולה – מנקודת מבטו של הרופא – היא מטרה, או לפחות אמצעי להשגת מטרה.

ואולם אנוך מביא ביקורות רבות ובעלות משקל על הבחנה זו. הדיון בביקורות הללו מסתכם בעמדה מורכבת: מצד אחד, חוסר היכולת להגן על ההבחנה האמורה, ומצד שני הקביעה: 'עומקה של המהפכה המוסרית שתגרום התמוטטות ההבחנה האמורה גורם לי שלא למהר ולהסיק שההבחנה אינה ניתנת להגנה מפני הקשיים שנמנו לעיל (אפילו אין אני יודע איך להגן עליה)!'.

מכאן אנוך עובר לדון במקרה המיוחד של פעולות המדינה. מסקנתו היא שאפילו אם מניחים את קיומה של ההבחנה בין תוצאות מכוונות לבין תוצאות צפויים, יש טעמים לדחות אותה אם מדובר בפעולה של המדינה. לכאורה זו עמדה המחמירה עם המדינה. אולם למעשה נובעת מכאן מסקנה מפתיעה, שמקלה דווקא עם המדינה, שכן היא מותירה במקרה של המדינה את ההכרעה לשיקולים תוצאתניים, ואילו במה שקשור למחבל – נותרת בעינה ההבחנה האמורה. היא לא סולקה לחלוטין, והיא משמשת מחסום מוסרי בפני מעשי טרור המכוונים להרוג אזרחים. כדי להימנע מא־סימטרייה זו אנוך מעלה את האפשרות של כפירה בנפקותה המוסרית של ההבחנה – בין תוצאות מכוונות לבין תוצאות צפויים – גם כאשר מדובר בפרטים.

מאמרו של עידו פורת הוא תגובה למאמרו של אנוך. יש בו חמש טענות עיקריות: (א) המקרה של הטרוריסט שבו אנוך דן אינו משקף את המקרה הרגיל של הטרוריסט הפלסטיני במלוא מהותו וחומרתו. (ב) יש מקום לעסוק רק במקרה של פעולה הנעשית מתוך מודעות לדרגה גבוהה של הסתברות שיהרגו אזרחים, ולא בכל מקרה של מודעות לאפשרות כזו. (ג) יש מקום להבחין בין אחריות לפעולה, שבה אנוך דן, לבין הצדקה לפעולה, שהיא הקטגוריה שבה ראוי לבחון את פעולת המדינה. (ד) אפשר להציל את ההבחנה בין מקרה הקרונית למקרה ההשתלה באמצעות ההבחנה בין יצירת סיכון שאינה מוצדקת לבין הסטה של סיכון קיים ממסלולו המקורי, שעשויה להיות מוצדקת. (ה) אפשר להציל את ההבחנה בין כוונה לבין ציפייה אם מסתמכים על קאנט. הטענה היא שכמי שמבקשים לפעול לפי נוסחו הראשון של הציווי הקטגורי של קאנט, היינו עשויים להסכים לפרקטיקה אוניברסלית שמאפשרת גרימת נזק צפויה (אך לא מכוונת)

לצורך השגת תוצאות טובות, אך לא היינו מסכימים לפרקטיקה כללית שמאפשרת גרימת נזק מכוונת לשם השגת תוצאות טובות.

אנוך חולק בתשובתו לפורת על נפקותה המוסרית של ההבחנה בין יצירת סיכון חדש לבין הסטתו של סיכון קיים. הוא מראה שגם אילו קיבלנו את ההבחנה, לא היה ביכולתה לספק הבחנה מוסרית בין פעולת חיסול מטעם המדינה לבין פעולת טרור. אנוך חולק גם על 'הטיעון הקאנטיאני' של פורת. בין השאר הוא מראה שטיעונו של פורת מבוסס על חישוב תוצאתי שאפשר לחלוק עליו, ושבטור חישוב שכזה אין הוא מסוגל לבסס טענה בדבר חשיבות אינטרינזית של ההבחנה בין כוונה לציפייה. עוד הוא טוען שאין צדק בהגבלת ההשוואה של כוונה לציפייה לתוצאה רק למקרה של ציפייה ודאית בקירוב לתוצאה. הוא מעיר שדיונו של פורת חל גם על תוצאות שאינן צפויות כלל, ואלה חורגות בבירור מתחום הדיון. אנוך מראה עוד שדעתו של פורת על מצבים מנטליים שונה, צרה יותר, מדעתו שלו על מצבים אלו, וכי גם התייחסותו של פורת למבנים סיבתיים שונה משלו.

ראם שגב מתמקד, כאמור, במצב שבו צופים שהתוצאה של פגיעה באזרחים היא ודאית או בעלת הסתברות גבוהה. הוא נוקט שני מהלכים: תחילה הוא מנתח את הסוגיה ניתוח תוצאתי, ואחר כך הוא בוחן אם יש מקום למגבלה דאונטולוגית (לא תוצאתנית) על פגיעה כזו. לאחר דיון מפורט ויסודי הוא מסיק שיתיה הצדקה לפעולות כאלה רק במצבים שבהם מספר הנפגעים המשוער עקב מעשה הטרור גדול מאוד לעומת מספר הנפגעים המשוער עקב הפעולה למניעתו, או כאשר סיכוי המניעה המשוער הוא גבוה מאוד.

ובמילים אחרות: שגב מסיק שפעולות כאלה יהיו מוצדקות רק אם הסיכוי להציל חפים מפשע יהיה גבוה מהסיכון לפגוע בחפים מפשע. הוא מראה שהתנאים הללו מתקיימים רק במצבים יוצאי דופן, בייחוד משום שבדרך כלל אין ביטחון (להבדיל מחשד) שמעשה טרור עלול להתבצע; אין ודאות בהצלחת הפעולה למניעתו, ויש סיכוי למנוע את הפגיעה בחפים מפשע בדרך אחרת; לעומת זאת הסיכון לפגוע בחפים מפשע בפעולה במקרה הנבחן הוא ודאי או קרוב לכך. שגב מראה שיישום השקלול התוצאתי עלול להיות מוטה לרעת החפים מפשע בצד השני. מסקנתו, לפיכך, היא ששתי אפשרויות באות בחשבון: האחת, שלילה מוחלטת של

פעולות כאלה; השנייה, התרתן רק במצב הנדיר שבו ישנן ראיות מהימנות המהוות בסיס להערכה סבירה שאם לא תינקט פעולה מניעתית, יתרחש פיגוע טרור קונקרטי בתוך פרק זמן קצר'.

בחלקו השני של המאמר שגב מנתח את האפשרות לאמץ מגבלה דאונטולוגית על פעולה ומבסס מסקנה הדוחה אפשרות זו. הוא דן גם ביחס שבין תוצאה מכוונת לתוצאה צפויה ומסיק שראוי לדחות את ההבחנה ביניהן ולראות בהן תוצאות שקולות מבחינה נורמטיבית.

אנוך ושגב מחדדים את הגדרת אחריותו של העושה לתוצאות הצפויות של מעשהו. האחריות אינה מצטמצמת רק לתוצאות שהעושה רוצה לחולל, אלא גם לתוצאות שאין הוא רוצה בהן אך הוא מודע לאפשרות שיתרחשו, בפרט כאשר הוא מודע להסתברות הגבוהה להתרחשותן. 'לא התכוונתי' הוא תירוץ מקובל בקרב ילדים, אך בעולם המבוגרים התנערות מאחריות של מי שלא התכוון לגרום לתוצאה אך היה מודע לאפשרות התרחשותה איננה נסבלת מבחינה מוסרית. גם הניסיון, הנשמע לעתים במקומותינו, להטיל את האחריות על המחבלים השוהים בקרב האוכלוסייה האזרחית או אף על האוכלוסייה האזרחית עצמה איננו אלא התחמקות מאחריות.

לאחריות בהקשר הזה עוד היבט: בחירתן של מטרות צבאיות. הקביעה שיעד מסוים (מקום, מתקן או אדם) הוא מטרה צבאית שמתר להתקיפה אינה משמרים בכל מקרה שבו אין נשקפת סכנה מיידית מאותה מטרה. אם צפויה פגיעה באזרחים, מתבקש לחזור ולבחון: האם בחירת המטרה נשארת מוצדקת אם מביאים בחשבון בצד היתרון הצבאי שאמורים להפיק מפגיעה בה גם את הפגיעה בחפים מפשע? הרי פגיעה בחיי אדם היא גרימת מותם של בני אדם, ולא נזק קולטרלי (המונח המקובל במשפט הבין-לאומי לפגיעה נלווית בחפים מפשע).

בעת כתיבת המאמרים פסל בית המשפט החוקתי של גרמניה (כפי שפורת מזכיר) חוק שנועד לאפשר לשר ההגנה הגרמני להורות על יירוט מטוס נוסעים שמחבלים חטפו ומבקשים לרסקו על בניין מגורים ולגרום להרג המוני. ההנמקה שניתנה היא מן הסוג הדאונטולוגי, ולפיה מחויבותה המוחלטת של המדינה היא לכבוד האנושי של כל אדם, והיא אוסרת לנהוג באדם כאילו היה אמצעי גרדא של המדינה. ירי מכוון לעבר מטוס העלול בהסתברות גבוהה להביא לידי מותם של הנוסעים, פירושו שאין רואים בנוסעים סובייקטים בעלי כבוד וזכויות. אם מותם משמש אמצעי להצלת אחרים, הרי שהם מוחפצים ומוצאים אל מחוץ למשפט. בכך נשללת

מהם זכותם לכבוד אנושי. לשון אחר: החוק נפסל בשל הפרת האיסור המוחלט לפגוע בכבוד האנושי. בית המשפט קבע שאין הוא דן בשאלה של האחריות הפלילית במקרה כזה ורמז בכך כי למבצעי יירוט מסוג זה עשוי לעמוד פטור מאחריות פלילית. מעניין לציין שהעובדה שהיה אפשר לראות בהמתתם של נוסעי המטוס תוצר לוואי של הפעולה לא מנעה מבית המשפט החוקתי לראות בה התייחסות אל בני אדם כאל אמצעים בלבד. ראויה לציין גם גישתו של בית המשפט החוקתי המצביעה על הקושי הניכר לעמוד על הדברים לאשורם במצב שבו נחטף מטוס על נוסעיו ויש חשד בדבר מטרותיהם של הטרוריסטים. הדברים ראויים לתשומת לב לנוכח החיזיון הנפרץ אצלנו של מעבר מהיר – כמעט אוטומטי – מחשד לידיעה בטוחה.

מנקודת הראות המשפטית השאלה המתבקשת היא מהו הדין החל על ציפייה בהסתברות גבוהה שייגרם מותם של אזרחים בפעולה שתכליתה לפגוע במטרה צבאית – האם הדין הרגיל שאינו אוסר את הפעולה, בכפוף לדרישת הפרופורציה, או שמא הדין האוסר נחרצות ובלא סייג להמית המתה מכוונת? קשה להשיב על שאלה זו תשובה חד-משמעית. מחד גיסא, יש טיעון חזק לשקילות, או לקרבה לשקילות נורמטיבית, בין פעולה מכוונת לבין פעולה שבה התוצאה צפויה בדרגת הסתברות גבוהה. למה קרובה יותר גרימת המוות של חפים מפשע במצב שבו היה מותם צפוי מראש בהסתברות גבוהה – לפעולה המכוונת להמיתם או לפעולה שבה נחזה מותם מראש בהסתברות נמוכה או בינונית (הסתברות גבוהה או לפחות ממשית שחפים מפשע לא ייפגעו)? דומה שהקרבה המובהקת יותר היא להמתה המכוונת. מאידך גיסא, אי-אפשר להתעלם מן הנסיבות המיוחדות שבהן עסקינן, קרי פעולה מוצדקת מבחינה מסוימת (מבחינת הלגיטימיות של הפגיעה במטרה הצבאית). הקשר זה יש בו כדי להשפיע על מידת האנטי-חברתיות שבפעולה. אין מדובר בהתנהגות שהיא כולה אנטי-חברתית, אלא בהתנהגות שיש לה פנים נוגדים: היא מצילה חיים ומקפחת חיים בעת ובעונה אחת.

להצדקת הדין הבין-לאומי האוסר איסור קטגורי המתה מכוונת של חפים מפשע אפשר לטעון את שתי הטענות האלה: (א) אין להצדיק בשום מקרה ובשום נסיבות כוונה (רצון) להמית חפים מפשע. קיומה של כוונה כזו מעצים את הממד האנטי-חברתי שבמעשה, מעיד על מסוכנותו של העושה או המחליט, ואף מטיל ספק בכשרותה של הפעולה (שמא המטרה הצבאית כלל אינה סיבת הפעולה, אלא תירוץ בלבד לעשות מעשה שמניעיו

אחרים לגמרי, למשל הטלת אימה על האוכלוסייה האזרחית). או למצער: (ב) התנאי המקדמי לחוקיות ההחלטה הוא שהמחליט יהיה בר לבב, ומי שרוצה במותם של חפים מפשע איננו כזה. אם אלה הם טעמי הדין האמור, אין הם חלים בהכרח על מי שפעל מתוך ציפייה בהסתברות גבוהה שחפים מפשע ייהרגו בעקבות התקפה על מטרה צבאית, שכן השיקולים האמורים אינם מתקיימים בו.

אם מאמצים את ה'אידך גיסא', בכל זאת ראוי ליתן ביטוי לאופייה ולמעמדה המיוחדים של הפעולה הנעשית מתוך ציפייה בדרגה גבוהה של הסתברות שהיא תגרום למותם של חפים מפשע. נראה כי הן לפי ניתוח תוצאתני הן לפי גישה דאונטולוגית מתונה, שאינה מאמצת את השקפת בית המשפט הגרמני החוקתי, ראוי להגביל פעולה כזו רק למקרה של סכנה אקטואלית, מוחשית וקונקרטית, שבו יש בסיס מוצק להערכה שאם לא תינקט פעולה מניעתית יתרחש פיגוע קונקרטי בתוך זמן קצר. אם התוצאה הזאת מקובלת מבחינה מוסרית, נדמה לי כי עדיף להעמיד אותה על כלל מוגדר וברור.

לאחר סיום העבודה על הספר ניתן פסק הדין של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין חוקיותן של ההריגות המונעות (הסיכולים הממוקדים) – בג"ץ 769/02. פסק הדין עוסק גם בסוגיה שהיא מושא ספר זה. בית המשפט קבע שקשה להגיע לאיזון בין התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית לבין הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה. הוא הסתפק בהידרשות למקרי הקצה: יטול מקרה רגיל של לוחם או מחבל צלף היורה על חיילים או אזרחים ממרפסת ביתו. ירייה לעברו תהא מידתית גם אם כתוצאה ממנה ייפגע אזרח תמים הגר לידו או העובר בתמימות ליד הבית. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו. בעניין המקרים הקשים שבין הקצוות הסתפק בית המשפט בקביעה שינדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה; נדרש כי התועלת הצבאית תהיה ישירה וצפויה. חבל שבית המשפט לא מצא לנכון לקבוע כללים, או לפחות קווים מנחים ברורים ומוגדרים יותר, לעניין זה.