

בפני כב' בית המשפט המבוים מיום 9 מאי 2018

בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה

בהנחיית ד"ר דניאל בן-אוליאל

- העותרים:
- (1) **ה'לם - האגודה לזכויות המיעוטים**, ע"ר 580442622
 - (2) **עבדאללה נאיף חאדר**, ת.ג. (הרשות הפלסטינית) 066785525
- כולם באמצעות מר יוחאי אדרי ו/או גב' הדיל נאסיף
שדרות הציונות 70, חיפה 246675;
טל: 04-8249914, פקס: 04-8245458
- (להלן, ביחד 'העותרים')

-- נ ג ד --

- המשיבים:
- (1) **היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבל**
 - (2) **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף רוני נומה**
 - (3) **הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל שרון אופק**
- באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, גב' שרה גור ו/או גב' אנתיסאר זבידאת
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין 22, ירושלים.
טל: 02-5605000, פקס: 02-6109898
- (להלן, ביחד 'המשיבים')

עתירה למתן צו על תנאי וסעד הצהרתי

עתירה למתן צו על תנאי וסעד הצהרתי

אקדמת מילין:

עניינה של עתירה זו נסוב סביב אי חוקיותה של פעילות ההסתערבות הצבאית אותה מבצעים כוחות הביטחון של ישראל למטרות לכידה ומעצר של חשודים בגדה המערבית (להלן: האזור ו/או הגדה המערבית) המוגדרת כאזור בתפיסה לוחמתית (בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה ל' מפקד כוחות צהל ביהודה ושומרון לא(4) 785 (להלן: פרשת ג'מעית)).

הקביעה כי פעולת ההסתערבות הינה פעולה צבאית בלתי חוקית נשענת על אדנים מוצקים המעוגנים במשפט הבינלאומי ההומניטרי, בדיני זכויות האדם הבינלאומיים ובהתחייבותה של ישראל לפי ספרי תורת הלחימה של צבא ההגנה לישראל. בהתאם לכך, בית המשפט הנכבד יתבקש להוציא תחת ידיו צו על תנאי וסעד הצהרתי ובו איסור על שימוש במעל (Perfidy) בדרך של הסתערבות צבאית למטרות לכידה ומעצר של פלסטינים תושבי האזור על ידי כוחות הביטחון של ישראל.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, אם יחפוץ:

- א. מדוע לא יפרסמו המשיבים או מי מהם את הנוהל או הפקודה הקובעת אמות מידה לפרקטיקת ההסתערבות הצבאית לשם לכידת מבוקשים בשל חשד לפעילות חבלה וטרור.
- ב. מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד על שיטת ההסתערבות הצבאית לשם לכידה ומעצר של חשודים כשיטת לחימה בלתי חוקית.
- ג. מדוע לא ייתן בית המשפט הנכבד כל צו על תנאי או סעד אחר לטובת העותרים אותם ייראה לנכון.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה, כלהלן.

תוכן עניינים

- א. הצדדים:..... 4
- ב. הרקע העובדתי:..... 5
- ג. החלק המשפטי; הילוך הטיעון:..... 6
1. כללי..... 6
2. מקור הסמכות העניינית של בית המשפט העליון כבית המשפט הגבוה לצדק..... 8
3. זכות העמידה לעותרים..... 8
4. תחולת הדינים בגדה המערבית..... 9
- 4.א האם חלה תפיסה לוחמתית על שטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית בגדה המערבית?..... 11
- 4.ב הסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים בשטח האזור: בחינה מחדש..... 13
- 4.ג. מתקל הדינים- איזה דין גובר?..... 22
5. מעמד המשפטי של המעורבים הפלסטינים..... 28
- 5.א. הדין הפוזיטיבי – ראשית דבר..... 28
- 5.ב. סיווגים קיימים במשפט הבינלאומי ההומניטרי וישומם על עניינו של העותר השני..... 30
- 5.ג. היעדר תחולתו של חוק לוחמים בלתי חוקיים באזור..... 40
6. הסתערבות צבאית במסגרת המשפט הבינלאומי..... 43
- 6.א. מבוא..... 43
- 6.ב. שימוש במעל בהסתערבות צבאית: המסגרת הנורמטיבית..... 46
- 6.ג. ההסתערבות הצבאית והעקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה..... 52
- 6.ד. הסתערבות צבאית אינה תחבולת מלחמה מותרת..... 58
- 6.ה. הסתערבות צבאית וריגול..... 60
- 6.ו. תוצאות פעולת ההסתערבות הצבאית..... 63
- ד. סיכום..... 65

ואלו נימוקי כתב העתירה, דבר דבור על אופניו, כלהלן:

כתב העתירה

א. הצדדים:

1. העותרת הראשונה, הָלֶם - האגודה לזכויות המיעוטים (להלן: **העותרת הראשונה** או **האגודה**), הינה עמותה הרשומה בישראל ופועלת בה כחוק. מטרת העמותה היא לקדם שמירה והגנה על זכויות האדם של כל אזרחי ותושבי ישראל וכן אלו הנתונים לשליטתה באזור. האגודה פועלת ברוח "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" אשר נתקבלה ואומצה ב-10 בדצמבר 1948, באסיפה הכללית של האומות המאוחדות, וברוח האמנה הבינלאומית כדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שנתקבלה באומות המאוחדות ב-6 בדצמבר 1966 ואושררה ע"י מדינת ישראל ב-18 באוגוסט 1991.
2. העותר השני, עבדאללה נאיף חאדר (להלן: **העותר השני** או **העותר 2**), הינו תושב ג'נין כבן 30. חאדר הינו אסיר המרצה את עונשו בבית סוהר לאחר שהורשע בבית הדין הצבאי בשומרון בעבירת רצח של בני זוג ישראלים, יהושע ואורטל גולדברג ז"ל, במסגרת פעולת טרור מטעם ארגון החמאס. העותר השני נלכד ונחטף לישראל בידי כוח מסתערבים צבאי של יחידת דובדבן.
3. המשיב מס' 1 הינו היועץ המשפטי לממשלה אשר מתוקף תפקידו הינו העומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת בישראל. תפקידו העיקריים הינם ייעוץ משפטי למשרדי הממשלה על מנת שיוציאו לפועל את מדיניות הממשלה בתחומם בהתאם לסמכויות הניתנות להם בחוק, ראש התביעה הכללית מטעם המדינה והגורם האחראי על ייצוג רשויות המדינה בבתי המשפט השונים. בפרט, מייצג משיב זה את האינטרס הציבורי ואת השמירה על קיום החוק ושלטון החוק במדינה.
4. המשיב מס' 2 הוא מפקד כוחות צבא הגנה לישראל באזור. מתוקף תפקידו, הוא משמש כחליפו של הריבון אשר היה בשטח עובר לכיבוש הגדה המערבית על ידי כוחות צבא ההגנה לישראל בשנת 1967. דיני הכיבוש הבינלאומיים הם שהאצילו למשיב זה, במגבלות מסוימות וחשובות, את סמכויות הניהול, המנהל והחקיקה בשטח המוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית והטילו עליו את החובה להחזיר לאזור את הסדר והביטחון ולהגן על האזרחים המוגנים שבו ועל זכויותיהם.
5. המשיב מס' 3 הוא הפרקליט הצבאי הראשי. מתוקף תפקידו, הפרקליט הצבאי הראשי הינו הגורם המשפטי הבכיר בצבא ההגנה לישראל. הוא משמש הן כראש מערכת אכיפת החוק הצבאית והן כיועץ המשפטי העליון לפיקוד הבכיר בצבא. הפרקליט הצבאי הראשי מייצג לגורמי צבא ההגנה לישראל השונים ומנחה

אותם בדבר חובותיהם וסמכויותיהם בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטרי החולש על שטחי '67 ביהודה ושומרון/הגדה המערבית (לעיל, להלן **הגדה המערבית** או **האזור**) מכוח מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס' 2), התשכ"ז-1967 (להלן: **המנשר השני**).

ב. הרקע העובדתי:

6. העותר השני מרצה את עונשו במאסר עולם לאחר שהורשע לאחרונה בבית הדין הצבאי בשומרון (להלן: **ערכאה קמא**) בביצוע עבירת רצח של שני ישראלים.

7. מממצאי ערכאה קמא עולה כי העותר השני אושפז ביום 4 למרץ 2016 בבית החולים חליל סולימאן בעיר ג'נין בעקבות פצע ירי ברגלו הימנית כתוצאה מאירוע ירי, בו נרצחו שני ישראלים, יהושע ואורטל גולדברג ז"ל. מיד עם הגעתו לבית החולים נשלח העותר 2 לניתוח כירורגי דחוף להוצאת קליע הירי. לאחר הניתוח הוא אושפז במחלקה הכירורגית של בית החולים להשגחה וטיפול.

8. יום לאחר הניתוח האמור, ובעודו מאושפז במחלקה הכירורגית בבית החולים, הופיעו בסביבות השעה 03:00 לפנות בוקר בחדרו של העותר 2 כשבעה אנשים בלבוש אזרחי המתאים לאופי הלבוש של תושבי העיר ג'נין, כשאחד מהם מחופש לאישה בהריון ישובה על כיסא גלגלים. באותה העת, ישן על הכיסא, לצידו של העותר 2, בן דודו שהוא גם חברו הקרוב, אחמד מוראד חאדר (להלן: **בן הדוד** או **אחמד**).

9. ערכאה קמא הוסיפה כי העותר השני התעורר בבהלה למשמע מאבק וצעקות בין אחמד לקבוצת האנשים, אותם לא זיהה תחילה כחיילי צה"ל. לאחר מספר דקות של מאבק, נשמעו שתי יריות ובן הדוד נפל שותת דם על רצפת החדר ומת.

10. מהודאתו בערכאה קמא עוד עולה כי בעודו מנסה להבין את המתרחש סביבו, ציוו החיילים הלבושים בבגדים אזרחיים על העותר 2 להתלוות אליהם, זאת תוך שימוש בכוח פיזי נגדו. חאדר הבין כעת שמדובר בחיילים ישראלים הפועלים כמסתערבים, ובשיטת פעולה שבמסגרתה מתלבשים חיילי צה"ל בבגדים אזרחיים ונטמעים באוכלוסייה המקומית על מנת להתקרב לפלסטינים אותם הם מעוניינים ללכוד ולעצור בהפתעה, מבלי שאלו יבחינו בהם או יזהו אותם מראש כחיילים.

11. העותר השני ניסה להסביר לשני החיילים שפנו אליו בשפה הערבית שהוא מתאושש מניתוח ותנועתו מוגבלת. החיילים לא הסכימו להקשיב להסבריו ולאחר דקות מעטות של ויכוח הרימו אותו ממיטתו, תמכו בו משני צדדיו והובילו אותו בעודו ישוב על כיסא גלגלים לעבר היציאה מבית החולים כאשר שאר

החיילים, עם נשקים שלופים, יוצרים סביבם טבעת אבטחה. אירוע זה תועד במצלמות האבטחה של בית החולים ופורסם ברשת האינטרנט ובתקשורת.

12. במהלך הנסיעה שנמשכה כשעה וחצי, סבל העותר 2 מכאבים רבים כאשר אולץ לשבת לאורך כל הנסיעה מבלי שיכול היה לקבל טיפול רפואי כנדרש, מלבד בדיקה ראשונית וכללית של חייל שהצטרף לכוח כחובש צבאי.

13. העותר השני הורשע ביום 10 לאוקטובר 2017 בבית המשפט הצבאי בשומרון, בשל רציחתם של שני הישראלים יהושע ואורטל גולדברג ז"ל.

ג. החלק המשפטי; הילוך הטיעון:

1.1 כללי:

14. בטרם נציג את טיעוננו בפירוט, אנו מתכבדים להביא בפני בית המשפט את הילוך הטיעון בקצרה.

15. בחלקו הראשון של פרק זה נדון בסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירה המונחת בפניו.

16. בחלקו השני של הפרק נדון בזכות העמידה של העותרים בפני בית המשפט הנכבד.

17. בחלקו השלישי של הפרק נדון בתחולת הדין בגדה המערבית. אנו נטען כי בגדה המערבית איננו מתקיים יותר סכסוך מזויין ולכן הדין החל באזור הוא שילוב של דיני הכיבוש, דיני זכויות האדם, החקיקה המוקדמת וחקיקת המפקד הצבאי; זאת לצד המשפט המנהלי הישראלי שחל על רשויות השלטון הישראליות בשטח ובראשן צבא ההגנה לישראל. לחילופין, נטען כי גם אם תמשיך ותתקבל עמדת המדינה לפיה מתקיים סכסוך מזויין בינלאומי באזור, הרי שלצד הדין המיוחד – דיני הלחימה – חלים עקרונות רבים של דיני זכויות האדם במסגרת נוסחת איזון בין הצורך הצבאי ובין שיקולים הומניטאריים הנדונים בעתירה זו.

18. בחלקו הרביעי של הפרק, תוך הנחה חלופית לפיה ממשיכים להתקיים דיני הלחימה באזור, נעמוד על מעמדם של האובייקטים המעורבים בסכסוך לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. נטען כי העותר השני, כמו גם שאר הפעילים בארגוני הסירוב הפלסטיניים, ובהם ארגון החמאס, **הינם בעיקרו של דבר אזרחים**

ולא לוחמים לפי דיני הלחימה; ולכן הפגיעה בהם אפשרית רק אם הם לוקחים חלק פעיל בלחימה ובזמן בו הם לוקחים חלק בפעילות מלחמתית. משכך, העותר השני איננו לוחם, אלא אזרח, ולכן לכידתו באמצעות פעולת הסתערבות מנוגדת לדיני הלחימה.

19. בחלקו החמישי, והאחרון, של הפרק נדון בהרחבה בחוקיות פעילות ההסתערבות. אנו נטען שהסתערבות למטרות לכידה, בדומה להסתערבות למטרות הריגה או פציעה, הינה אסורה על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהיגי כפי שניתן ללמוד מאמנת האג (Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907 (להלן: **אמנת האג הרביעית**)) ומהפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977. (להלן: **הפרוטוקול הראשון**)), ולכן ישראל, הגם שאיננה חתומה על הפרוטוקול הראשון, מחויבת להימנע מפעילות הסתערבות למטרות לכידה. לחילופין, ולמעלה מן הצורך, נטען כי גם אם האיסור על לכידה תוך שימוש בפעולת הסתערבות איננו מנהיגי, הרי שמתוקף החובה לקיים את ארבעת העקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה – עקרון הצורך הצבאי, עקרון ההבחנה, עקרון המידיות ועקרון מניעת הסבל המיותר – על ישראל להימנע מביצוע פעולות הסתערבות צבאית למטרות לכידה, במיוחד כאשר קיימות חלופות אחרות שפגיעתן בחשוד וסביבתו פחותה.

20. בנוסף, נטען כי לפעילות ההסתערבות שלוש תוצאות עיקריות עבור חיילי צבא ההגנה לישראל המסתערבים והמיוצגים בידי המשיבים: א) פעולת הסתערבות חושפת את החיילים המסתערבים לפגיעה בזכויותיהם כלוחמים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בכך שבעצם היותם מחופשים לאזרחים, הם עלולים לאבד את האפשרות שלהם לזכות במעמד שבוי מלחמה; ב) חקירה – יש לחקור אירועים בהם נהרגים אזרחים הן לפי דיני הלחימה והן לפי דיני זכויות האדם; ג) אחריות פלילית – לוחמים שהפרו את דיני הלחימה עלולים להיות חשופים לאחריות פלילית.

21. לסיכום, נטען, כי על ישראל להפסיק את פעולות ההסתערבות בגדה המערבית לעת זו ולבחור בחלופות מידתיות אחרות על מנת לעצור מבוקשים על ידה. לחילופין ו/או במצטבר, נבקש מבית המשפט הנכבד להוציא תחת ידיו אמות מידה לפיהן תקבע גדר חוקיותה של ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה, במידה וזו תוכל להיחשב חוקית בעינינו, על פי כל דין.

ג.2. מקור הסמכות העניינית של בית המשפט העליון כבית המשפט הגבוה לצדק

22. עתירה זו נוגעת במדיניות ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה (Capture) במסגרת שימוש במעל (Perfidy) במשפט הבינלאומי ההומניטארי. במסגרת מדיניות זו, פוגעת מדינת ישראל באנשים שהיא מזהה כמעורבים בפעילויות חבלה וטרור. מדיניות זו טרם הוסדרה בתחיקה ובתוך שכך לא נדונה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. זאת ועוד, למדינה אין עמדה אחידה דיה לעניין פרקטיקה מרכזית ונפוצה זו. מחד, ישנה עמדת ממשלת ישראל המצטרפת לעמדה המוכרת כמחייבת לכאורה, לפיה שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית. מאידך, עמדת הצבא כפי שפורסמה בהזדמנות אחת חריגה, הינה שהצבא אוסר לכאורה על שימוש במעל בכל צורותיו והן הריגה, פציעה ולכידה.

23. **סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה** קובע כי "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי (בג"ץ 2208/02 **סלאמה נ' שר הפנים** פ"ד (5) 950, 953 (2002)).

24. זאת ועוד, **סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה**, מקנה לבית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק סמכות "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין..".

25. מכוח הוראות אלו, מתבקש בית משפט נכבד זה להפעיל את סמכותו וליתן לטובת העותרים כל צו על תנאי כסעד שימצא לו לנכון.

ג.3. זכות העמידה לעותרים

26. בית המשפט העליון הנכבד הרחיב בהלכה פסוקה עד מאוד את זכות העמידה של העותר הציבורי. הוא עשה זאת מקום בו מדובר בעניין בעל אופי ציבורי שיש לו נגיעה לקידום שלטון החוק, לאכיפתם של עקרונות חוקתיים וכשמתבקשת התערבות כדי לתקן פגם מהותי בפעולת המינהל הציבורי (בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה** נז(2) 62, 67 (להלן – **האגודה לזכויות האזרח**); דנג"צ 4110/92 **הס נ' שר הבטחון**, פ"ד מח(2) 811, 812; בג"צ 852/86 **אלוני נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 1 (להלן – **פרשת אלוני**); בג"צ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה(3) 365 (1981)). מעמדו של העותר הציבורי הוכר גם כאשר אין באפשרותו להצביע על נגיעה אישית ישירה או פגיעה אישית בו (**האגודה לזכויות האזרח**, בעמ' 68). לאור הלכה זו, לעותרת 1 זכות עמידה בפני בית משפט נכבד זה.

27. לעניין העותר 2, הוא מצורף לעתירה כמקרה מסוים שלעניינו נבחן את חוקיות ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה. כבר כעת נציין כי קיומו של סעד חלופי העומד לעותר 2 בערכאת שיפוט אחרת - בית הדין הצבאי, הוא גורם שיובא בחשבון בבוא בית המשפט הגבוה לצדק להחליט בשאלה האם לעשות שימוש בסמכותו; אולם, לעולם נתונה לכב' בית המשפט העליון ביושבו כבית דין גבוה לצדק הברירה להפעיל את סמכותו הוא, ולהיזקק לסוגיה המובאת בפניו, בשים לב למהותה ולכלל הנסיבות שברקעה (בגץ 4675/03 **פייזר פרמצבטיקה ישראל בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות** 1, 28 (פורסם בנבו 12.5.11)). היות ובפנינו סוגיה שטרם נדונה חוקיותה בפני בית משפט נכבד זה, ועל רקע השימוש הנפוץ בהסתערבות הצבאית למטרות לכידה בגדה המערבית, מבוקש בזאת מבית משפט נכבד זה להפעיל את סמכותו ולהיזקק לסוגיה מהותית וחשובה זו.

4.ג. תחולת הדינים בגדה המערבית

28. על פי עמדתן המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שזו הוצגה בפני בית משפט נכבד זה (ר' למשל, **תשובת המדינה לבג"צ כנגד חוק פינוי-פיצוי**, פסקה 8), ואף נתקבלה על ידי בית משפט נכבד זה לדורותיו (בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, בפס' 3 לדברי הנשיא ברק (2005) (להלן: פרשת **חוף עזה**)), מדינת ישראל מחזיקה באזור בדרך של **תפיסה לוחמתית** (Belligerent Occupation). משמעותה המשפטית של תפיסה לוחמתית זו היא כפולה. ראשית, המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלו. לראיה, ממשלת ישראל מעולם לא הוציאה צו להחלת המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה על האזור. מכאן, שאזורים אלו מעולם לא סופחו למדינת ישראל, ואינם חלק הימנה. לכן, בהיעדר הוראת חקיקה מפורשת או משתמעת, חוקי הכנסת אינם חלים באזור זה (בג"צ 2612/94 **שעאר נ' מפקד כוחות צהל באזור יהודה ושומרון** מח(3) 675, 681 (1994)). שנית, המשטר המשפטי החל באזורים הללו נקבע על-ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית שהינם חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (פרשת **ג'מעית**, בעמ' 792).

29. התפיסה הלוחמתית סובבת סביב שני צירים מרכזיים. הראשון, הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של הצד התופס בשטח הנתון כעת לשליטתו. השני, אבטחת צורכיהם של האנשים המוגנים (Protected Persons) על ידי דיני התפיסה הלוחמתית (פרשת **ג'מעית**, בעמ' 794). מדובר בשני 'קטבים מגנטים' שביניהם מנסים דיני התפיסה הלוחמתית למצוא איזון עדין (פרשת **חוף עזה**, בפס' 9 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק); יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" **עיוני משפט** ב (תשל"ב-תשל"ג) 505, 509 (להלן – **דינשטיין, סמכות החקיקה**). חשוב להדגיש שנקודת המוצא בכל הקשור לשטח הנתון בתפיסה לוחמתית היא שהמפקד הצבאי איננו יורשו של השלטון הקודם ואינו הריבון באזור

המוחזק. הוא רק מחליף זמני של השלטון הקודם – שלטון שסמכויותיו מושעות – גם אם הזמניות הזו ארוכה יחסית (בג"צ 351/80 **חברת חשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתיות** לה(2) 673, 690).

30. המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקרוי גם **דיני הלחימה** או **דיני המלחמה**, הוא הדין החל, כאמור, בשטחי האזור מתוקף היותם של אלו מוחזקים בתפיסה לוחמתית. דיני המלחמה מעוגנים בעיקרם באמנת האג הרביעית (1907) ((Huge Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on land (1907)) (להלן: **אמנת האג**)) ובתקנות הנספחות לה – אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי המחייב את ישראל למרות שזו איננה חתומה עליהן; אמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה**)) שהוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל ובית משפט נכבד זה נזקק כבר בעבר ליתן פרשנות להוראותיה השונות (בג"צ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349 (להלן: פרשת **מרעב**)). לצד זאת, הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 שמדינת ישראל איננה חתומה עליו והיא איננה צד לו, אך מחויבת להוראותיו המנהגיות המהוות חלק מהמשפט הישראלי (בג"צ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** סב(1) 507, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנוב, 14.12.2006) (להלן – **סיכולים הממוקדים**)). לסיום, ישראל מקבלת על עצמה כי במקום בו קיים חסר בדיני הלחימה במקורות המצוינים לעיל, יש להשלימו מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (Human Rights Law) (Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall) (in the Occupied Palestinian Territory, 43 ILM 1009 (2004)).

31. לצד המשפט הבינלאומי ההומניטרי, חל באזור חוק מיוחד שהוחק על-ידי המפקד הצבאי באזור. במשך שנות השליטה של ישראל בגדה המערבית הוצאו מנשרים וצווים רבים שנועדו להסדיר את החיים והביטחון של תושבי האזור הפלסטינים. מנשרים וצווים אלו הוצאו על-ידי מפקד האזור במסגרת הסמכות הנתונה לו בדיני התפיסה לוחמתית לשנות את החוק בהתאם לתנאים בשטח ולשינויים הנובעים מכינון השלטון הצבאי (**פרשת חוף עזה**, פס' 5 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק; תקנה 43 לתקנות האג; ס' 64 לאמנת ג'נבה הרביעית).

32. בנוסף למשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמרכזו דיני התפיסה הלוחמתית, כפוף המפקד הצבאי באזור גם לעקרונות היסוד של המשפט המנהלי – הגינות, אי-שרירות, סבירות, מידתיות, זכות טיעון וכללי הצדק הטבעי (ע"א 6860/01 **חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב** נז(3) 8, 17 (2003)). משמעות הדבר היא שפעולותיו של הממשל הצבאי ורשויותיו שהן זרועותיה של הרשות המבצעת של מדינת ישראל, נבדקות

מבחינת חוקיותן ותוקפן גם לפי אמות המידה של המשפט המנהלי הישראלי (בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' **מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לא(2) 197, 231).

33. על פעולות המפקד הצבאי באזור חלה גם ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון הנכבד. ביקורת זו נובעת מהתפיסה שתוארה לעיל, לפיה הממשל הצבאי באזור הוא זרוע של הרשות המבצעת בישראל, המדבר בשמה ומייצג אותה (בג"צ 2717/96 **וופא נ' שר הביטחון** נ(2) 848, 855). מכוח סמכותו הכללית של בית המשפט העליון לתת צווים לגופים ואנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין (ס' 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה), נגזרת סמכותו לתת צווים למפקד הצבאי ולשאר רשויות הממשל הצבאי באזור בכל הנוגע לפעולותיהם (פרשת **ג'מעית**, בעמ' 810). נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט אהרון ברק, היטיב לתאר זאת באומרו "....כי כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי" (שם). עילות הביקורת המשפטית על הממשל הצבאי והיקף ביקורת זו הן כמקובל במשפט המנהלי הישראלי (שם).

ג.4. האם חלה תפיסה לוחמתית על שטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית בגדה המערבית?

34. לאחר שפרסנו בתת-הפרק הקודם את הדין החל על האזור בהקשר של תפיסה לוחמתית, בתת-פרק זה נעסוק בדין החל על שטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית, קרי, שטחי A ושטח H1 בחברון שבשליטה ביטחונית ואזרחית פלסטינית, שטחי B שבשליטה אזרחית פלסטינית ושליטה ביטחונית ישראלית ושטחי C שבשליטה ישראלית מלאה. הטעם לכך נעוץ בעניין הנדון לפנינו, ואשר במסגרתו פעולת ההסתערבות הצבאית למטרת לכידתו של העותר 2 בוצעה בעיר ג'נין המצויה בשטח A ברשות הפלסטינית, וזאת על רקע פעילות השוטפת של צבא ההגנה לישראל בהסתערבות צבאית באזורי A ו-B בפרט, כלהלן.

35. עמדת המדינה בפרשת סיכולים ממוקדים (פסקאות 45-48 להודעה המשלימה של המדינה לבג"צ) היא שבשטחי A ו-H1 בחברון וכן, כנראה, גם באזורי B, אזורים שעברו לשליטה ביטחונית ו/או אזרחית של הרשות הפלסטינית, לא מתקיים יותר שלטון צבאי ולכן **לא חלים בו דיני התפיסה הלוחמתית אלא דיני הרשות הפלסטינית בהתאם להסכמים השונים שנחתמו בין ישראל לרשות**, בזו הלשון:

"46. ישראל הפסיקה להפעיל סמכויות של ממשל צבאי ביחס לאזורי האחריות באיו"ש ו"השטחים הלבנים" H ו-A הביטחונית הפלסטינית בתוך השטחים (שטחי באזח"ע). ביתר השטחים צומצמו סמכויות הממשל הצבאי הישראלי, בהתאם

לחלוקת האחריות שנקבעה בהסכמים שנחתמו בין ישראל לאש"פ".

47. לאור מציאות זו, גם אליבא דגישתם של אלה המצדדים בטענה שנוכחות ישראל בשטחים הייתה במעמד של תפיסה לוחמתית, הרי שבעקבות ההסדרים המדיניים האמורים צומצמה התפיסה הלוחמתית הישראלית של [צ"ל: "על"] השטחים באופן משמעותי, והוחלפה (לפחות בשטחי A ומקביליהם באזח"ע) במשטר אוטונומי יציר-הסכס מדיני (פסקה 46-47 מתוך הודעת המדינה לבג"צ).

36. המדינה מנמקת עמדה זו בכך שישראל הפסיקה להפעיל סמכויות של ממשל צבאי באזורים אלו, כיוון שסמכויות אלו עברו לרשות הפלסטינית. ודוק, אנו העותרים, מתנגדים לעמדה זו של המדינה, וזאת בשל שני טעמים. ראשית, עמדת המדינה נשענת על כלל 42 לתקנות האג הנספחות לאמנת האג 1907 לפיהם:

“Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”.

37. לפי פרשנות המדינה למשפט המודגש לעיל, הרי שמדובר בתפיסה לוחמתית של שטח כל עוד הוא נמצא תחת השליטה של צבא עויין. במקרה שלנו, כל עוד השטח נמצא בשליטה פיזית של צה"ל. ברגע שצה"ל יצא מהערים הפלסטיניות בעקבות הסכמי אוסלו, הרי שהוא איננו שולט במקום ולכן דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים יותר בשטח זה.

38. פירוש זה שגוי מיסודו, שכן הפירוש שניתן למונח שליטה בהקשר של תקנה 42 לעיל, הוא "שליטה אפקטיבית" בשטח. קרי, מצב בו יכול הכוח הכובש להפעיל את מרותו (יורם דינשטיין, **דיני מלחמה** (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1983) עמ' 210-209) (להלן – **דינשטיין, דיני מלחמה**). אין ספק שישראל יכולה להפעיל את מרותה באופן מלא על אזורי A ו-B שכן אזורים אלו מוקפים מכל הצדדים בשטח בשליטת ישראל, התנועה בין החלקים השונים של שטחי A ו-B תלויה ברצונו של הצבא לאפשר אותה, ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני, בכניסת ויציאת סחורות משטחים אלו, ביציאה וכניסת אנשים אליהם ועוד.

39. שנית, מספר מלומדים בולטים בתחום המשפט הבינלאומי מצדדים זה שנים רבות בעמדה לפיה אין צורך בנוכחות צבאית פיזית בכל חלקי השטח על מנת שיחשב כשטח כבוש (ראו דבריו של L. Oppenheim, *International Law*, (7th Edition, edited by H. Lauterpacht, 1952), p. 435 צבאית בכל עיר ועיירה על מנת ליצור מצב של תפיסה לוחמתית דה-פקטו. לדידם, ניתן לקיים כיבוש אפילו באמצעות חיל אויר בלבד! (ראו דבריו של G. Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, (The University of Minnesota Press, 1957), P. 28-29).

40. לשון קיצור, לאור העובדה כי ישראל, באמצעות צבא ההגנה לישראל, מחזיקה בידה, ולא באופן פוטנציאלי גרידא, סמכות שלטונית ניכרת הקשורה לחייהם של הפלסטינים בגדה המערבית הרי **שלא** ניתן לומר שהשטחים שנתונים תחת ניהולה השוטף של הרשות הפלסטינית הם שטחים עצמאיים שאינם נמצאים תחת תפיסה לוחמתית. העובדה שצה"ל העביר **מרצונו**, בעקבות הסכמים אליהם הגיעה מדינת ישראל עם הרשות הפלסטינית, חלק מהסמכויות בתחומים אזרחיים לרשות, **אינה מבטלת את הסיווג של השליטה של ישראל בשטחים ככיבוש ומשכך תפיסה לוחמתית**, וזו גם ההצדקה העיונית להחלת דיני התפיסה הלוחמתית על שטחי A ובהם העיר ג'נין בה נלכד ונעצר העותר 2, נשוא העתירה דנן, תוך שימוש בהסתערבות צבאית.

ג.4.2 הסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים בשטח האזור: בחינה מחדש

41. בפרק זה של העתירה נביע את עמדתנו בשאלת הסטטוס המשפטי של העימות בין ישראל לפלסטינים. תחילה, נציג באופן כללי את סוגי הסכסוכים הקיימים במשפט הבינלאומי, נעבור לדיון בעמדת בית משפט נכבד זה אשר הגדיר את העימות בין ישראל לפלסטינים כ"סכסוך מזוין שאינו עולה לכדי מלחמה", ולבסוף נציע בחינה מחדש של המצב המשפטי המתקיים היום בין ישראל לפלסטינים באופן שיתיר את תחולת התפיסה הלוחמתית אך יאייץ את תחולת דיני הלחימה לכל הפחות באזורי A שבשליטה ביטחונית ואזרחית פלסטינית ובהם העיר ג'נין נשוא לכידתו ומעצרו של העותר 2.

ג.4.2.1 סוגי סכסוכים המוכרים במשפט הבינלאומי ההומניטרי

42. המשפט הבינלאומי הפומבי מכיר בשני סוגים של סכסוכים מזוינים במסגרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי החל בשטחי האזור (*The Prosecutor v. Duš ko Tadić*, Case No.: IT-94-1-T, Trial Chamber) II, 7 May 1997 (להלן – **עניין טאדיץ**)). הראשון הוא סכסוך מזוין בינלאומי, קרי סכסוך הנלחמות בו אז בזו שתי מדינות או יותר; סוג הסכסוך המזוין השני הוא סכסוך מזוין שאינו בינלאומי ועניינו בסכסוך

בין ארגונים חמושים ובין מדינות (שם). פשיטא, הקביעה לגבי סוג הסכסוך החל בשטחי האזור חשובה, כיוון שההשלכות לגבי תחולת דיני הלחימה הינה שונה (ר' למשל, דויד קרצמר, ביקורת שיפוטית והשטחים המוחזקים: משנתו של אהרן ברק, **ספר ברק** 259, 306) (להלן, **קרצמר, ביקורת שיפוטית והשטחים המוחזקים**). כאשר מתקיים סכסוך מזויין – חלים דיני הלחימה. מאידך, כאשר לא מתקיים סכסוך מזויין – יחולו הדינים הלאומיים וכן לפי ההקשר שבענייננו יחולו גם דיני התפיסה הלוחמתית ודיני זכויות האדם הבינלאומיים, כפי שיידון בהמשך.

ג.4.ב.2 עמדת בג"ץ: "סכסוך מזויין שאינו עולה כדי מלחמה באזור" (armed conflict short of war)

43. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה בסוף חודש ספטמבר 2000, התנהלה בגדה המערבית ורצועת עזה לחימה קשה בין ישראל ובין ארגוני טרור פלסטינים. מדינת ישראל הייתה חשופה למסכת מתמדת ורצחנית של פיגועים, המופנים כלפי הישראלים, בלא הבחנה בין חיילים לאזרחים חפים מפשע. פיגועי הטרור התרחשו הן באזור והן בשטח מדינת ישראל עצמה. ארגוני הטרור עשו שימוש בפיגועים אלה באמצעים בעלי אופי צבאי מובהק – פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה, פיגועי התאבדות, ירי רקטות, שימוש במכונות תופת ועוד (השלמת הסיכומים מטעם פרקליטות המדינה בפרשת סיכולים ממוקדים, בעמ' 30 (מיום 26.1.2004)). נוכח מצב זה, הודיעה הפרקליטות כי המצב בשטחים הינו מצב של "סכסוך מזויין שאינו בבחינת מלחמה" (קרצמר, **ביקורת שיפוטית והשטחים המוחזקים**, בעמ' 305). זו גם הייתה באותה תקופה הנחת המוצא בסביבה המשפטית (סיכולים ממוקדים, בעמ' 13); (בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358 (להלן, **פרשת עג'ורי**)).

44. כפועל יוצא מכך, נקבע כי חלים על הסכסוך המזויין דיני הלחימה (ועדה מיוחדת לבחינת סיכול ממוקד – **צלאח שחאדה דין וחשבון**, בעמ' 30 (פברואר 2011)). יצוין כי אין נפקות משפטית של ממש לשאלה אם המצב עולה לכדי מלחמה או לא (יובל שני ועמיחי כהן, סוף הסכסוך (החמוש) - חזרה לשגרת החקירות בגדה (מאמר דעה, 19 באוקטובר 2010), בעמ' 2 (להלן, **שני וכהן, סוף הסכסוך (החמוש)**)).

45. לאור ההנחה שהייתה מקובלת בעבר, לפיה דיני הלחימה חלים רק על סכסוכים מזויינים בינלאומיים, כלומר עימותים בין מדינות, מתעוררת השאלה באם דינים אלה חלים על העימותים שבין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים, הואיל והשטחים שבשליטת הרשות הפלסטינית אינם מדינה עצמאית. גישה זו נשענה על העמדה לפיה האמנות הבינלאומיות, לרבות אמנת ג'נבה והפרוטוקולים שלה, חלות רק בסכסוכים בינלאומיים (ח (חיל) 7961-07-15 **מדינת ישראל נ' האנייה "Marianne"** בעמ' 21 (פורסם בנבו 20.11.2016)).

46. נדמה כי לפחות בשאלה זו יש הכרעה ברורה בקשר לסכסוך הישראלי-פלסטיני, כאשר גם המדינה וגם העותרים מסכימים לקביעתו של בית המשפט העליון הנכבד בפרשת **סיכולים ממוקדים**, לפיה הסכסוך הקיים בין ישראל לבין הפלסטינים הוא סכסוך בינלאומי בשל אופיו. וכך פסק הנשיא (בדימוס) אהרן ברק:

"נקודת המוצא שלנו הינה, כי הדיו החל על הסכסוך המזויין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאיזור, הוא המשפט הבינלאומי הדן בעימות או סכסוך מזויין. כך ראה בית משפט זה בעבר את אופיו של הסכסוך, וכך אנו ממשיכים לראותו גם בעתירה שלפנינו..." (סיכולים ממוקדים, פס' 21 של הנשיא ברק).

47. זאת ועוד, סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנת ג'נבה מרחיב את תחולת הדינים ההומניטריים במלואם גם לסכסוכים מזוינים עם ארגונים הנלחמים לשחרור לאומי (סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון הנוסף).

ג.4.ב.3 הצעה לבטלות תחולת דיני הלחימה באזור – בחינה עדכנית

48. צוין לעיל כי לאור גל האלימות שפרץ בספטמבר 2000, הודיעה הפרקליטות שהמצב בשטח האזור הוא מצב של "סכסוך מזויין שאיננו בבחינת מלחמה", וכי עמדה זו אומצה על ידי ממשלת ישראל. בהזדמנויות מספר, אימץ בית משפט נכבד זה, את עמדת הממשלה, מבלי לבחנה לגופה. כך למשל, בפסק דינו **בפרשת עג'ורי**, שניתן בספטמבר 2002, קבע הנשיא (בדימוס) ברק כך:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזויין" (פרשת עג'ורי, בעמ' 358).

49. עמדה זהה אומצה על ידי בית משפט נכבד זה גם בסיכולים ממוקדים שניתנה בשנת 2006, כאשר הנשיא (בדימוס) ברק קבע כך:

"נקודת המוצא העקרונית הינה, כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – האיזור) קיים מאז האינתיפאדה הראשונה מצב נמשך של עימות

מזויין או סכסוך מזויין (armed conflict) "סיכולים ממוקדים,
בעמ' 13).

50. על קיומו של סכסוך מזויין באזור עמד בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין נוספים (ראו בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 23.5.2001); בג"ץ 2461/01 כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו 29.3.2001); בג"ץ 9293/01 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509; בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (להלן – פרשת אלמדני); בג"ץ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו 14.10.2002); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל ס (2) 477 (2005) (להלן – פרשת מראעבה)).

51. כאמור, לאפיון המצב כסכסוך מזויין יש השלכות משפטיות. כאשר מתקיים סכסוך מזויין – חלים דיני הלחימה. אולם כאשר לא מתקיים סכסוך מזויין – יחולו הדינים הלאומיים וכן לפי ההקשר שבענייננו יחולו גם דיני התפיסה הלוחמתית ודיני זכויות האדם הבינלאומיים, כפי שידון בהמשך. לאור השלכות אלו, יש מקום לבחון מחדש את המצב הקיים בקפדנות לפני אפיונו כסכסוך מזויין בינלאומי החלים עליו דיני הלחימה (ר' למשל, דויד קרצמר, **ביקורת שיפוטית והשטחים המוחזקים**, בעמ' 305).

52. בעניין טאדיץ', בית הדין הבינלאומי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע לראשונה הגדרה לסכסוך מזויין – סכסוך מזויין הוא כל שימוש בכוח בין מדינות, או עימות צבאי אינטנסיבי בין קבוצות מאורגנות או בין קבוצות מאורגנות לבין המדינה. האינטנסיביות עשויה לבוא לידי ביטוי במשך העימות ובאמצעי הלחימה בהם משתמשים הצדדים לסכסוך (פרשת טאדיץ', פס' 70). זו ההגדרה הקיימת גם כיום. לאור הגדרה זו, ניצבים בפנינו שני תנאים שעליהם להתקיים על מנת להגדיר את המצב בתור "סכסוך מזויין" – ראשית, האם מתקיים סכסוך ממושך ואינטנסיבי בין ישראל לבין חרכת אל-מקואמה אל-אסלאמייה (לעיל, להלן, ארגון חמאס) וארגוני הטרור הפלסטינים האחרים. שנית, האם חמאס הוא צד מאורגן בסכסוך מזויין. נעבור לדון בשאלות אלו בהתאמה.

ג.א.3.ב.4.ג. הירידה בעצימות הסכסוך בגדה המערבית

53. כיום, כעבור עשור וחצי מאותה מסכת אירועי טרור קשה ורצחנית שאירעה בשלהי שנות ה-2000, נראה כי הגיעה העת להגדרה מעודכנת של הדין החל בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים באזור, בעקבות השינויים באופיים ובהיקפם של מעשי האיבה המזוינים מצד ארגוני הטרור הפלסטינים. המלומדים פרופ' יובל שני ופרופ' עמיחי כהן הגדירו את מצב הדברים באזור כך:

"תקופות רגיעה ממושכות, שבהן רמת האלימות יורדת לרמה נמוכה והטיפול בה מצוי שוב ביכולתם של גורמי אכיפת החוק, מחייבות בחינה מחודשת של סיווג המשפטי של המצב" (שני וכהן, סוף הסכסוך (החמוש), בעמ' 2).

54. כאמור, הירידה בעצימות מצביעה על שינוי בהגדרה של הסכסוך הקיים בין ישראל לפלסטינים בגדה המערבית. בעת הזאת אפשר וראוי להיאבק במבצעי פעולות הטרור באמצעים הנתונים בידי רשויות אכיפת החוק, לרבות בידי הצבא בפעולתו ככוח שיטור בשטחים, כמו שנהגה ישראל בעשרות השנים שקדמו לאינתיפאדה השנייה. לענייננו, מכיוון שאין עוד מצב של סכסוך מזויין בגדה המערבית, לא ניתן ללכוד את תושביה תוך שימוש בפרקטיקת ההסתערבות, וכל פגיעה בהם בהיותם אזרחים מעלה חשש לכאורה של הפרת דין, ומצדיקה חקירת משטרה צבאית חוקרת (שם).

55. טענתנו היא כי תקופות הרגיעה הממושכות מתבטאות בשני אופנים עיקריים: יחסי הגומלין בין ישראל לכוחות הפלסטיניים וירידה חדה בעצימות הסכסוך בגדה המערבית. להלן נעמוד על אופנים אלו בהרחבה.

56. יחסי הגומלין בין צה"ל לכוחות הביטחון הפלסטיניים הם יחסים מורכבים שידעו עליות ומורדות, ויש שיאמרו בעיקר מורדות (טלי קרויטורו, פסק זמן באיו"ש מערכות גיליון 445, עמודים 43, 44 (אוקטובר 2012)) (להלן – פסק זמן באיו"ש). כישלון שיתוף הפעולה לאחר הסכמי אוסלו הוליד חוסר אמון וחשדנות בין הצדדים. המצב קיבל תפנית בשנים 2006-2007, עם בחירתו של אבו מאזן ליושב ראש הרשות, או אז גם הוכרז על תום עידן האלימות וההתנגדות החמושה (שם). לאחר מכן, החלה בנייה מחודשת של הרשות הפלסטינית. בנייה זו הופסקה עקב הפיכה אלימה של החמאס ברצועת עזה. הפיכה זו הביאה את החמאס לשלטון מוחלט בעזה (שם).

57. ההנהגה הפלסטינית רצתה למנוע בכל מחיר הפיכה דומה בשטחי האזור. על כן, נוצר שיתוף פעולה בין ישראל לפלסטינים, בתמיכה בינלאומית, בין היתר, לביצוע רפורמות ביטחוניות באזור (שם).

58. לתיאום הביטחוני בין כוחות הביטחון הישראליים לבין מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית, חשיבות מכרעת בשמירת הסדר והשקט בשטחים ובמניעת חיכוכים והתלקחויות בין ישראלים לפלסטינים (האתר הרשמי של צבא הגנה לישראל, תיאום פעולות הממשלה בשטחים, תיאום ביטחוני (להלן, האתר הרשמי של צה"ל)). האינטרס הביטחוני המשותף מגשר על פערי עבר רבים בין הצדדים ומביא כיום ליצירת פעילות ביטחונית מתואמת המשרתת את שני הצדדים (ר' שלומי אלדר, הפרטנר הפלסטיני מציל חיים

בישראל, אתר AL-MONITOR (23 בינואר 2013)). תיאום ביטחוני שוטף ורציף מתקיים באזור בין גורמי הביטחון הישראליים (לרבות צה"ל ומשטרת ישראל) לבין מנגנוני הביטחון הפלסטיניים (האתר הרשמי של צה"ל).

59. מבין פעילויות הכוחות הפלסטיניים, פעילות מרכזית הינה בלימה של פעילותם האלימה של החמאס ושל ארגוני הסיור והטרור האחרים. על רקע זה, מנגנוני הביטחון הפלסטיניים פעלו לסילוק גורמים רשמיים של החמאס מתפקידים ממשלתיים והביאו לסגירת מוסדות אזרחיים של החמאס, בנוסף לפירוקן של מיליציות חמושות וכנופיות פליליות חמושות שלקחו את החוק לידיהן (פסק זמן באיו"ש, בעמ' 45).

60. כך למשל, בתאריך ה-4 ביוני 2009, ניהלו כוחות הביטחון הפלסטיניים קרב יריות למול פעילי חמאס בקלקיליה, שניסו מספר ימים לפני האירוע לבצע פיגוע בתל-אביב אך נכשלו בשל תקלה טכנית. אירוע זה, לדעת מדינת ישראל, מהווה דוגמה מרכזית שבו הרשות הפלסטינית הוכיחה את מחויבותה להילחם בטרור ולמנוע את השתלטות החמאס על הערים בשטחי האזור (שם).

61. ברוח זו, בשנת 2010, צה"ל ראה במנגנוני הביטחון הפלסטיניים גופים יציבים, שיש להם זהות אינטרסים עמו במלחמה נגד הטרור של חמאס. מכאן, שעובר לשנת 2010 נוצר, הלכה ולמעשה, שיתוף פעולה מלא ויעיל בין צה"ל לבין הרשות הפלסטינית במלחמה נגד הטרור (שם, בעמ' 47).

62. צא ולמד, המציאות הביטחונית בשטחי האזור בשנים האחרונות מאופיינת בשקט ביטחוני, המיוחס, בין היתר, לפעילותם היעילה של כוחות הביטחון הפלסטיניים. צה"ל מצדו החל להימנע - מבחירה ולא מכפייה, מלהיכנס לערים הפלסטיניות באזורי A שבשליטה ביטחונית ואזרחית פלסטינית כדי להתמודד עם הטרור (פסק זמן באיו"ש, בעמ' 47). צה"ל מנהל גישה של "מגע עקיף", לפיה ברגע שמגיע לידיו מידע על פעילות טרור שמתקיימת בעיר פלסטינית, הוא מעביר את הידיעה למנגנוני הביטחון הפלסטיניים (שם).

63. מקורות תקשורתיים פלסטיניים, יוסף, עומדים אף הם על שיתוף הפעולה בין הרשות הפלסטינית לבין כוחות הביטחון הישראליים, אולם הם מגדירים את חלוקת שיתוף הפעולה בצורה אחרת אשר לא זכתה לאישוש רשמי מצד המשיבים בעתירה זו. לדידם, ישראל מבצעת את רוב רובם של המעצרים בלילה כנגד מפגעים פוטנציאליים, והרשות מתמחה בפעולות מעקב אחר עצירים משוחררים ומדכאה שלוחות חברתיות של הארגונים המהווים מאגר למפגעים העתידיים, ומדכאה גם הפגנות נגד פעילות צה"ל (ר' למשל, אתר החדשות 'פלסטין' בקישור: <http://felesteen.ps/details/news/148609.html> (בשפה הערבית)). משכך, יש בעמדת מקורות תקשורתיים פלסטינים אלה, כדי לעלות מעמדת העותרים המפורטת, כלעיל.

64. לשם השלמת התמונה יצוין כי בעקבות ההשתלטות העוינת של ארגון חמאס על רצועת עזה בחודש יוני 2007 הופסק התיאום הביטחוני מול רצועת עזה (ר' **האתר הרשמי של צה"ל**).

65. נעבור כעת לבחון את היקף האלימות בשטחי האזור לאחר סיום האינתיפאדה השנייה. בשנים האחרונות נרשמה ירידה חדה בהיקף האלימות באזור בהשוואה לשנות האינתיפאדה, בהן הוגדר המצב בין ישראל לפלסטינים כסכסוך מזויין בינלאומי.

66. בדוחות שפורסמו באתר הרשמי של שירות הביטחון הכללי (להלן, **השב"כ**) בחודש ינואר 2017, צוין כי בשטחי האזור ובעיר ירושלים בוצעו 98 פיגועים נגד ישראל; 96 פיגועים בחודש פברואר 2017; 111 פיגועים בחודש מרץ 2017; 115 פיגועים בחודש אפריל 2017; 142 פיגועים בחודש מאי 2017; 93 בחודש יוני 2017; 216 פיגועים בחודש יולי 2017; החל מחודש אוגוסט 2017 החלה להירשם ירידה בכמות הפיגועים כאשר בוצעו 107 פיגועים נגד ישראל; 103 פיגועים בחודש ספטמבר 2017; 67 פיגועים בחודש אוקטובר 2017; בחודש נובמבר נרשמה עליה קלה בכמות הפיגועים- 82 פיגועים ובחודש דצמבר נרשמה עליה חדה בכמות הפיגועים- 234 פיגועים כאשר 216 מתוכם הם במתווה של השלכת בקבוקי תבערה. בסך הכל בשטח האזור ובירושלים היו 1,464 פיגועים במהלך 2017. נתון זה מדגים ירידה בהיקף הפיגועים ביהודה, שומרון וירושלים לעומת שנים קודמות: 2,354 פיגועים בשנת 2015; 2,139 פיגועים בשנת 2014 (ר' **האתר הרשמי של השב"כ**, בקישור: www.shabak.gov.il).

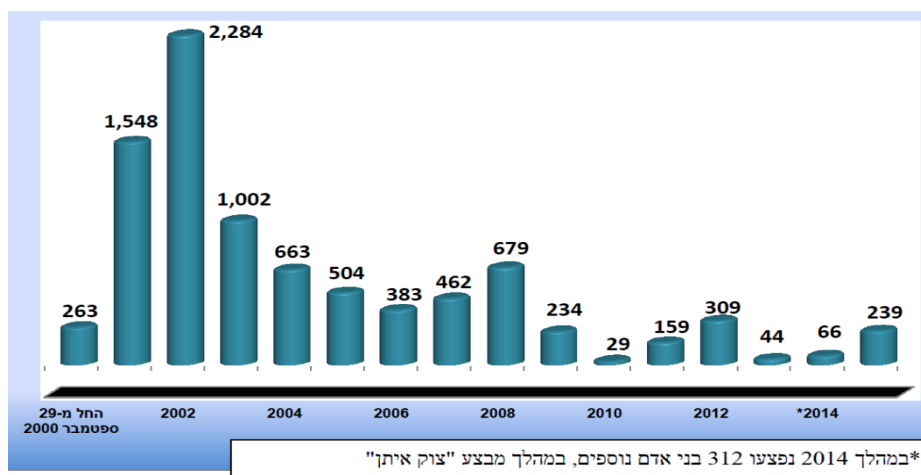
67. במהלך כתיבת מסמך זה, פורסמו באתר הרשמי של השב"כ גם דוחות חודשיים של ינואר ופברואר 2018. להלן הנתונים העולים מהם ורלוונטיים לענייננו- בחודש ינואר 2018, בשטחי האזור ובעיר ירושלים בוצעו 113 פיגועים נגד ישראל ו-149 פיגועים בחודש פברואר 2018, זאת לעומת 234 פיגועים אפילו לעומת חודש דצמבר 2017.

68. יתרה מזאת, הירידה בעצימות הסכסוך באה לידי ביטוי אף בכמות ההרוגים והפצועים מאז האינתיפאדה השנייה ועד היום באזור ובישראל כנגד ישראלים. להלן נתונים שפורסמו בפברואר 2016 בסיכום השנתי של שנת 2015 כפי שהוצגו באתר הרשמי של השב"כ לעיל:

התפלגות הרוגים בפיגועים בחתך שנתי



התפלגות פצועים בפיגועים בחתך שנתי



69. מהנתונים לעיל, עולה כי המצב באזור וכן בעיר ירושלים אינו עוד מצב שעונה להגדרה המקורית של סכסוך מזוין במשפט הבינלאומי וכן אליבא דבית המשפט העליון הנכבד בפרשת הסיכולים הממוקדים. מובן כי מעגל האלימות לא תם כליל, אך אין עוד מדובר בסכסוך מזוין היות וקיימת ירידה חדה בעצימות ובאינטנסיביות של האלימות כפי ששררה בשלהי שנות ה-2000. ירידת העצימות מתבטאת הן במספר הפיגועים, הן במספר ההרוגים והן במספר הפצועים.

70. אשר על כן, טענת העותרים הינה כי אין לשוב ולהחיל את דיני הלחימה באזור ובפרט ביחס למסכת העובדתית המקופלת בעתירה הנוכחית. בהדבק הדברים יבקשו העותרים להצביע על מתקל הדינים הראוי והדין המיוחד (lex specialis) החל בענייננו.

ג.4.ב.3.ב האם החמאס הוא צד מאורגן בסכסוך מזויין

71. דומה כי, אין צורך להרחיב בענייננו בהגדרתו של ארגון החמאס כאשר כבר בשנת 1989 הוכרז בידי ממשלת ישראל על היותו 'ארגון טרור' כהגדרתו בפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. אין עוררין כי החמאס הוא ארגון טרור מן הקיצוניים והמסוכנים שבארגוני הטרור. מבחינתו, השאיפה העיקרית היא להבטיח את המשכיות המאבק המזוין בישראל עד לנסיגתה, ללא תנאי, מכל "השטחים", בשלב הראשון, ועד לקיצה של ישראל, בשלב הבא (ר' סקירת חמאס – אידיאולוגיה ומעורבות בטרור, האתר הרשמי של השב"כ, 14.01.2009).

72. ארגון החמאס הינו צד מאורגן, כאשר הוא מוביל יחד עם ארגונים פלסטינים בולטים נוספים את המאבק הפלסטיני להגדרה עצמית מידי מדינת ישראל באזור. ודוק, יעדו המרכזי הוא הקמת מדינת הלכה אסלאמית על כל שטח פלסטין, באמצעות מלחמת "ג'יהאד" נגד ישראל (ר' ליאור בן דוד מסמך רקע בנושא: **ארגוני הטרור הנלחמים בישראל**, מסמך מלווה זרקור 17-23 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2 בספטמבר 2004) (להלן – **ארגוני הטרור הנלחמים בישראל**). ואולם בעצם שאיפתו זו אין כשלעצמה כדי לאיין את תחולת סעיף 1(4) לפרוטוקול הראשון, אשר כאמור מרחיב את הגדרת הסכסוך הבינלאומי גם כלחימת מדינה בארגון הנלחם לשחרור לאומי ו/או הגדרה עצמית, לכשעצמו על ארגון זה. אין חולק, על מנת שיחולו הדינים ההומניטריים גם על סכסוכים מזויינים עם ארגונים הנלחמים לשחרור לאומי, כגון ארגון החמאס, ברי כי על ארגון השחרור הלאומי הרלוונטי כבענייננו להצהיר על נכונותו למלא אחר אמנות ג'נבה והפרוטוקול הראשון (ס' 4(2)(d) **לאמנת ג'נבה השלישית**). על שאלה זו נעמוד בהמשך הדברים.

73. בין החמאס לבין הרשות הפלסטינית התגלעה נקודת משבר בעקבות שבוע רווי טרור בחורף של שנת 1996 בו נהרגו כ-60 ישראלים מסדרת פיגועי התאבדות של החמאס והג'יהאד האסלאמי. לאור זאת, הופעל לחץ חסר תקדים מצד הקהילה הבינלאומית וישראל על הרשות הפלסטינית לפעול לדיכוי הארגונים האסלאמיים בשטחה (ר' גיא אביעד, **לקסיקון חמאס** (צה"ל, הוצאת מערכות וההוצאה לאור של משרד הביטחון) 1, 8 (2009) (להלן – **לקסיקון חמאס**). וכך, בין השנים 1996-2000 נעצרו מאות מפעילי התנועה, ורמת הפעילות הצבאית של החמאס ירדה לשפל כמוותי ואיכותי. אולם, כינונה של ממשלת החמאס בבחירות המוניציפליות שנערכו בשנת 2005, סימנה את סופה של הרשות הפלסטינית במתכונתה המוכרת ברצועת עזה והחמאס הפכה לחלופה מלאה לתנועת הפת"ח (שם, בעמ' 9). בשנת 2007, לאחר עימות בין חמאס לפת"ח, התהליך הסתיים בתפיסת חמאס את מנגנוני הביטחון בעזה. חרף, הפעילות האינטנסיבית של צה"ל לבלימת כוחה של חמאס ברצועה, שלטון התנועה בעזה לא נסדק (שם, בעמ' 11).

74. לעומת זאת, ובניגוד ניכר, בשטחי הגדה המערבית, שיתוף הפעולה בין הרשות הפלסטינית לישראל מנע הפיכה באזור הדומה לזו שהתקיימה ברצועת עזה. על רקע זה ארגון החמאס בפועל בגדה המערבית אינו צד מאורגן בסכסוך המזויין שבין ישראל לפלסטינים, בהיותו ארגון אופוזיציה פוליטי כמוסבר, שפעילותו הצבאית דעכה באופן ניכר כמוסבר לעיל ובהינתן השליטה הפוליטית והביטחונית, הלכה ולמעשה, של הרשות הפלסטינית באזור מצד הפלסטינים באזור.

ג.4.ג. מתקל הדינים- איזה דין גובר?

75. כפי שהצגנו בתת פרק ג.4, ישנו מכלול מגוון של מערכות דינים החלות בגדה המערבית. נזכיר בקצרה כי מדובר בשילוב של דיני הלחימה, דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש), דיני זכויות האדם הבינלאומיים, חקיקה קודמת שחלה באזור ערב הכיבוש – חקיקה עות'מנית, בריטית וירדנית, חקיקה של המפקד הצבאי ועקרונות המשפט המנהלי הישראלי מתוקף העובדה שהכוח הכובש כפוף לביקורת שיפוטית כמו כל רשות מנהל אחרת.

76. ברור שמערכות דינים שונות ומורכבות שכאלו יוצרות לא אחת התנגשויות ולכן חשוב להבין מהו הדין הגובר במקרה של התנגשות, בפרט בעניין עתירה דנן, הגם שהתשובה לא תמיד ברורה או מוחלטת.

77. על פי המשפט הישראלי, להתחייבויות של ישראל באמנות בינלאומיות אין תוקף במשפט הישראלי כל עוד לא נקלטו בחוק הישראלי, והן רק כלי פרשני המסייע בקביעת תוכנו של הדין הקיים. לעומת זאת, המנהג הבינלאומי הינו מחייב גם בלא קליטה במשפט הישראלי וכל עוד אין חקיקה ישראלית סותרת (ר' למשל, עמיחי כהן, טל פילברג, יובל שני, "השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל" **חוקים** י 69 76 (אוקטובר 2017)).

78. עמדת ישראל כאמור, היא שהגדה המערבית כפופה ככלל לדיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי (laws of belligerent occupation), ובראשם תקנות האג מ-1907, אשר זכו למעמד מנהגי, כפי שעולה מהחלטות טריבונלים צבאיים וערכאות בינלאומיות שונות הנסמכות על התקנות (International Military Tribunal (Nuremberg) 41 AM. J. INT' L L. 172, 248–249 (1947); East (Tokyo), 15 I.L.R. 356, 365–366 (1948); חוות דעת בעניין גדר ההפרדה). בהדבק הדברים, בפסיקת כבוד בית משפט זה נקבע מעמדן המנהגי של תקנות האג (פרשת **חוף עזה**, פסקאות 76-77 של הנשיא (בדימוס) ברק; פרשת **ג'מעית**, בעמ' 793; יפה זילברשץ "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפיסה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי" **מחקרי משפט** כ 547, 551 (2004) (להלן, **זילברשץ**); ארנה בן-נפתלי וקרן

מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום - בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ט 107, 110 (תשס"ד)).

79. בנוסף, מדינת ישראל הינה צד לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. עם זאת, עמדתה הרשמית היא כי האמנה אינה חלה ביחס לשטחי האזור כיוון שלטענתה לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 2(2) לאמנות ג'נבה לפיו השטח הנכבש הנו "ארצו של אחד מבעלי האמנה". לשיטת ישראל, העובדה כי ירדן לא הייתה ריבון חוקי בשטחי הגדה, משחררת את ישראל מן החובה ליישם את האמנה הרביעית בשטחים אלה. יושם אל לב, המלומד דויד קרצ'מר למשל, מבקר בספרו עמדה זו של המדינה כאשר הוא קובע כי יש מקום להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית על התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור מאחר ואמנה זו עוסקת במוגנים המוצאים עצמם, בעקבות סכסוך או כיבוש, בידי מעצמה שאין הם אזרחיה, ואין ספק שתושבי האזור עונים על הגדרה זו (David Kretzmer, The Occupation Of Justice, The Supreme Court Of Israel) and the Occupied Territories 32-34 (2002) (להלן, קרצ'מר)).

80. יחד עם זאת, ישראל הודיעה באופן חד צדדי שהיא מכבדת את ההוראות ההומניטריות של אמנה זו, מבלי לפרט מהן לשיטתה הוראות אלו (Meir Shamgar, The Observance of International Law in the Administered Territories, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262, 266 (1971)). עמדת בג"ץ היא כי האמנה כמכלול אינה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, ומכאן שללא חקיקה פנימית הקולטת את האמנה אל תוך הדין הישראלי, אין מדובר בדין פנימי שניתן לאוכפו בבג"ץ. עם זאת, לעמדת בג"ץ, חלק מהוראותיה של האמנה מייצגות דין מנהגי בינלאומי ואלו אכיפות בבג"ץ. בפועל, בג"ץ החיל את האמנה בשורה ארוכה של פסקי דין בענייני האזור (ראו למשל, פרשת עג'ורי, בעמ' 364; פרשת ג'מעית, בעמ' 194; בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 638; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.9.2005)).

81. ודוק, עמדתה של ישראל בכל הנוגע לאי תחולתה העקרונית של אמנת ג'נבה בשטחים נדחתה על ידי הקהילה הבינלאומית ומרבית המשפטנים הבינלאומיים העוסקים בתחום והעמדה המקובלת כיום היא כי לאמנת ג'נבה יש תחולה מלאה בשטחים שתחת שליטת ישראל (חוות דעת בעניין גדר ההפרדה, פסקאות 108-111; ספרו של קרצ'מר, בעמ' 32-34; ארנה בן-פתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 140 (2006) (להלן, בן נפתלי ושני)).

82. אשר על כן, אם תתקבל עמדתנו כי בעת זו לא מתקיים סכסוך מזויין בין ישראל לבין הפלסטינים, הרי שהדינים החלים הם אינם דיני הלחימה אלא דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש) שהם חלק מדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי בכללותו.

83. על פי תקנה 43 לתקנות האג (תקנה 43 לתקנות האג הנלוות לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של הלחימה ביבשה (1907) (להלן – **תקנות האג**)), סמכות הכוח הכובש מוגבלת לנקיטת "כל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, אלא אם כן נבצר ממנו הדבר לחלוטין". הפרשנות המקובלת לתקנה 43 היא כי על המדינה הכובשת לנהל את השטח הכבוש לטובת האינטרסים של האוכלוסייה המקומית (ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש" **תיאוריה וביקורת** 31, 15, 19 (2007) (להלן, **בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי**), ולשמר את המצב שהיה קיים בשטח ערב כיבושו (ר' י' זילברשץ, בעמ' 556).

84. לצד דיני הכיבוש חלים כמובא בעתירה דכאן גם דיני זכויות האדם. נראה כי בית הדין הבינלאומי בהאג (חוות דעת בעניין גדר ההפרדה, בפס' 104 ואילך), וכן מלומדים רבים סבורים כי לדיני זכויות האדם תחולה בכל שטח הנתון תחת סמכותן של המדינות החברות, ובכלל זאת גם בשטח כבוש (Yoram Dinstein, *The International Law Of Belligerent Occupation* 71 (2009) (להלן, **Dinstein**)); Eyal Benvenisti, *The International Law Of Occupation* 12 (second, 2012) 12-15, 74 (להלן, **Benvenisti**); בן נפתלי ושני, בעמ' 242-243; Yutaka Arai-Takahashi, *The Law Of Occupation: Continuity And Change* 401-Of International Humanitarian Law, And Its Interaction With International Human Rights Law (2009) 550. לצד אלו יחולו הדינים שנקבעו על ידי המפקד הצבאי של האזור לצורך טיפול בעבירות פליליות כפי שאלו מוסדרים בצו בדבר הוראות ביטחון.

85. זאת ועוד, דיני זכויות האדם מקבלים מעמד משמעותי יותר, יחסית למעמדם במצב של סכסוך מזויין שאז – ורק אז, לדיני הלחימה, **כחוק מיוחד**, יש מעמד שגובר על חלק מדיני זכויות האדם – דינים המהווים **חוק כללי** (חוות דעת נשק גרעיני פס' 25-34).

86. מהאמור לעיל עולה כי התקפות ופיגועים המתבצעים על ידי אזרחים פלסטינים כנגד אזרחים ישראלים וחילי צה"ל הן עבריינות חמורה הן על פי המשפט הבינלאומי והן על פי המשפט הישראלי החל. לכן, על אותם הפלסטינים חלים הדינים הרלוונטיים לאכיפת החוק הפלילי מתוקף אמנת ג'נבה הרביעית משנת

1949 שמשדירה מבחינת הדין הבינלאומי את הדין בשטח כבוש. **סעיף 49** לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כד:

"Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive. Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased..."

87. החשוב לענייננו הוא כי העברה בכפייה של יחידים מוגנים משטח כבוש, האזור, לשטחה של המעצמה הכובשת, ישראל, הינה אסורה, יהא המניע אשר יהיה. לעניין העותר 2, אסור היה לכוחות המסתערבים ללכוד אותו ולהעבירו לשטח ישראל, במידה וכך נהגה ו/או נוהגת ישראל במסגרת חקירת ומעצר חשודים הנחטפים במהלך הסתערבות צבאית למטרות לכידה נשוא העתירה דנן. על מנת למצות עמו את הדין, יכלו המשיבים לפנות לכוחות הפלסטיניים בדרישה לסייע במעצרו של העותר 2, לאחר שחרורו מבית החולים, לאור התיאום הביטחוני הקיים בין כוחות הביטחון הישראליים לבין מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית, כפי שהוצג לעיל.

88. לחלופין, אם תתקבל עמדת המדינה המגדירה את הסכסוך המתקיים בין ישראל לגדה המערבית **כסכסוך מזויין** (לפחות משנת 2000 וזאת בהתאם להודעת המדינה לבג"צ סיכולים ממוקדים) – דבר המוכחש בעתירה זו כמוסבר לעיל – **הרי שהעותרים יטענו כטענה חלופית בלבד** – כי חלים בשטח דיני הלחימה, Jus in bello, שעיקרם מוסדר, כאמור, באמנות האג מ-1899 ומ-1907, באמנות ג'נבה מ-1949, בפרוטוקול הראשון והשני לאמנות ג'נבה מ-1977 ובמגוון נוסף של אמנות שרובם נחתמו בחסות הצלב האדום, ומסדירות את המותר והאסור בשדה המלחמה. לצד אותן האמנות, מצוי גם המשפט הבינלאומי המנהגי, שרוב כלליו מאוגדים כיום במדריך הצלב האדום למשפט בינלאומי מנהגי (נמצא באתר האינטרנט של

הצלב האדום: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul. מעל כל אלו חלים העקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה: עקרון האבחנה (distinction), עקרון הצורך הצבאי (military necessity), עקרון המידתיות (proportionality) ועקרון מניעת הסבל המיותר (unnecessary suffering) (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons - Advisory Opinion of 8 July 1996) (להלן, **חוות דעת נשק גרעיני**).

89. זאת ועוד, אנו סבורים כי גם בעת סכסוך מזויין חלים עקרונות רבים של דיני זכויות האדם, במקביל לדיני הלחימה.

90. דיני זכויות האדם חלים, באופן עקרוני על כל בני האדם בעת שלום, ואילו דיני הלחימה חלים על קטגוריות מסוימות של אנשים בעת סכסוך מזויין (ר' למשל, הילי מודריק-אבן חן, "דיני מלחמה" משפט בינלאומי 353, 354 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016)). לשתי מערכות הדינים יש מסורות שונות, דיני אכיפה שונים וכללי תחולה שונים. אמנם יש הרואים בדיני הלחימה חלק מיוחד מדיני זכויות האדם (1995) Declaration of Minimum Humanitarian Standards, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116 (להלן, **הכרזת טורקו**) ולדיני זכויות האדם הייתה השפעה מסוימת על התפתחות דיני הלחימה (G.I.A.D. Draper, The Development of International Humanitarian Law, in International Dimensions of Humanitarian Law 68, 83 (1988)), אך עדיין מדובר בשתי קטגוריות נפרדות.

91. אולם, על אף מסלולי התפתחותם הנפרדים, שני המשטרים המשפטיים מבוססים על ההכרה בקיומו של כבוד אנושי בסיסי שיש להגן עליו. זוהי תכליתם המשותפת. היא עומדת ביסודם של כללים רבים בדיני העימות המזויין – אשר מיועדים להגן בעיקר על האוכלוסייה האזרחית אך גם על אלה שמעורבים בלחימה – ביניהם האיסור החל על תקיפה שמכוונת נגד אזרחים; האיסור החל על מעשי עינויים ויחס בלתי אנושי, משפיל או מבזה; האיסור החל על פגיעה מיותרת וגרימת סבל שאינו נחוץ ללוחמים; ההגנה על פצועים ושבויי מלחמה; עקרון המידתיות בתקיפה; החובה לנקוט את כל האמצעים הדרושים על מנת לצמצם את הסכנה לאזרחים; ההגנה על רכוש פרטי בשעת לחימה, ועוד (ר' למשל, גיל לימון, "הדין החל על מאבק בטרור תחת פרדיגמת הלחימה" **המאבק בטרור בראי המשפט הבין-לאומי** 203, 206 (2016)). דיני העימות המזויין ומשפט זכויות האדם אינם מוציאים זה את זה, אלא מתקיימים זה בצד זה (שם).

92. לעמדה לפיה גם בעת סכסוך מזויין חלים עקרונות רבים של דיני זכויות האדם קיימות אסמכתאות רבות, ודי אם נציין את עיקרן:

א. בשנים האחרונות בית הדין הבינלאומי בהאג אימץ עמדה לפיה דיני זכויות האדם חלים גם בעת שחלים דיני המלחמה. אמנם דיני הלחימה הם הדין המיוחד (lex specialis) החל על סיטואציה של לחימה, אך דיני זכויות האדם עשויים לחול גם הם ומשמשים כלי לפרשנות הוראותיהם של דיני הלחימה (Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (להלן, **חוות דעת בעניין גדר ההפרדה**; **חוות דעת נשק גרעיני**)).

ב. לדעת המלומד דויד קרצ'מר, בסכסוך מזויין שאינו בעל אופי בינלאומי גרידא, יש תחולה הן לדיני זכויות האדם והם לדיני הלחימה, במעורב (Targeted Killing of Suspected Terrorists) Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists – (להלן – Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?" 16, Eur. J. Int'l L. 171 (2000) קרצמר, Targeted Killings).

ג. בהתאם לדוח האחרון שהגישה ארצות הברית לוועדת זכויות האדם, בשנת 2012, היא קיבלה את התפיסה של תחולה משותפת של ההסדרים המשפטיים, כאשר היא גורסת כי משפט זכויות האדם ממשיך לחול גם בזמן עימות מזוין, וכי בהקשרים רבים משפט זכויות האדם ודיני העימות המזוין אף משלימים ומחזקים זה את זה (ר' Reports Human Rights Committee, Consideration of United Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: Fourth Periodic Report: States of America, paras. 506–509, U.N. Doc. CCPR/C/USA/4 (22.5.2012)). יצוין כי עד לפני הגשת דוח זה, עמדתה של ארצות הברית הייתה, בדומה לעמדתה של מדינת ישראל, כי המשטר המשפטי של דיני זכויות האדם אינו חל כלל מקום שדיני העימות המזוין מסדירים את פעולותיה של המדינה (ראו עמדתה של ארצות הברית בשנת 2005 לפני ועדת זכויות האדם United States of America Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights – Second and Third (Periodic Report, para. 130, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3 (28.11.2005)).

ד. החלטת האו"ם 2675 (XXV) בדבר העקרונות הבסיסיים של הגנת אזרחים בעימותים מזויינים (התקבלה במליאת האומות המיוחדות ב-1970) ללא כל התנגדות ולפיה בימי עימות מזויין חלים בין היתר זכויות אדם יסודיות:

“fundamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflict”.

ה. איסור גורף על עינויים בכל מקרה ומצב, שמשפט זכויות האדם אוסר על חריגה ממנו, כנקבע באמנת איסור העינויים משנת 1984:

2(2). No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture. (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984)

93. עולה מן המקובץ, טענת העותרים הינה כי בעת זו לא מתקיים סכסוך מזויין בין ישראל לפלסטינים. פעילות מבצעית בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, שלא מתנהל בו עימות מזויין בפועל, תסווג ככזו הקרובה בטיבה לפעילות "אכיפת חוק" ולא כפעילות "לחימתית" שחלים עליה דיני הלחימה.

94. ישראל שולטת בשטח האזור ועל כן היא רשאית להפעיל רק את אותן פעולות עונשין המותרות לפי דיני הכיבוש, גם אם מדובר במאבק נגד פעולת טרור מאורגנת. לכן קבע בית הדין הבין לאומי בהאג **בחוות דעתו בעניין גדר ההפרדה**, כי הדינים החלים על הסוגיה הם דיני זכויות האדם הבינלאומיים ודיני הכיבוש, ולא דיני הלחימה (חוות דעת בעניין גדר ההפרדה, בפס' 124-126).

95. **לחלופין** – וכפי שיטען לכל אורך העתירה מכאן ואילך – במידה ובית המשפט העליון הנכבד ימשיך להסכים עם עמדת המדינה לפיה ממשיך להתקיים באזור סכסוך מזויין, הרי שתחולתם של דיני זכויות האדם והעקרונות המרכזיים ימשיכו לחול גם בעת סכסוך מזויין, ואף על רקע זה יטענו העותרים בהמשך העתירה כי פעולת ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה, כמו למטרות הרג או פציעה, איננה חוקית.

ג.5. מעמדם המשפטי של המעורבים הפלסטינים

ג.5.א. הדין הפוזיטיבי – ראשית דבר

96. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מעניק חשיבות מרכזית לשאלת הסיווג של אדם כלוחם או כאזרח. הדינים המסדירים את החוקיות לניהול מלחמה, אשר כאמור קבועים בעיקר באמנות האג משנת 1899 ו-1907, באמנות ג'נבה משנת 1949 וכן בפרוטוקולים המשלימים לאמנות ג'נבה משנת 1977, ואשר חלקם הפכו לדינים מנהגיים, מגבילים את חירות הצדדים לעשות שימוש בכל האמצעים האפקטיביים העומדים

לרשותם (ראה ס' 48 לפרוטוקול הראשון הנוסף; ס' 52 לפרוטוקול הראשון הנוסף; עמנואל גרוס, **מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים**, שער שני 45, 66 (2004) (להלן, **גרוס**)).

97. בפרק זה נעסוק בהגבלות הכרוכות בשאלת סיווגם של פעילי ארגוני טרור כאזרחים או לוחמים, שלאורן תיבחן חוקיות מדיניות השימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה בהמשך כתב העתירה. משכך, כבר עתה נבקש לבחון את מעמדם של האובייקטים האמורים במשפט הבינלאומי ההומניטרי באזור על מנת לעמוד על זכויותיהם בסכסוך מזויין. בחלק זה **העותרים יטענו כי על פי הדין הבינלאומי ההסכמי והמנהגי, לפי ההקשר, פעילי ארגוני הטרור הם אזרחים וכי החריג המאפשר פגיעה באזרחים בזמן שהם לוחמים בפועל נגד צה"ל, הינו חריג מצומצם החל רק על אזרחים המסכנים חיי אדם ורק בזמן שהם מסכנים חיי אדם בהיותם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה** (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון).

98. בנוסף, העותרים יטענו כי פעילי ארגון החמאס והעותר 2 בפרט, אינם צריכים להיחשב לוחמים בלתי חוקיים (unlawful combatants). בהדבק הדברים, יטענו העותרים כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב 2002 (להלן – **חוק לוחמים בלתי חוקיים**) אינו חל על תושבי האזור, ועל כן העותר 2 אינו לוחם בלתי חוקי. בנוסף, יטענו העותרים כי פעילי החמאס ובהם העותר 2 **אינם צריכים להיחשב כנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה מעצם השתייכותם המוסדית לארגון החמאס לכשעצמה**, הכל כמפורט להלן.

99. בשולי הדברים נציין כי חוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 (להלן, **חוק המאבק בטרור**), אשר נועד לאגד תחתיו את דברי החקיקה השונים הקשורים בטרור ולהוות הסדר נורמטיבי מקיף, קוהרנטי ומודרני בנושא, הרחיב את החריג המאפשר פגיעה באזרחים רק בזמן שהם לוחמים בפועל נגד צה"ל. סעיף 22(א) לחוק המאבק בטרור קובע כי חבר בארגון טרור – דינו מאסר 5 שנים. דהיינו, ההגדרה דורשת רק חברות פורמלית או הבעת הסכמה לחברות, בלי שהעושה יצטרך לבצע כל פעולה אקטיבית נוספת במסגרת הארגון. עולה מכך כי החוק מאפשר להטיל אחריות פלילית על התנהגות ברמת אנטי-חברתיות נמוכה, כמו למשל הבעת הסכמה חד-פעמית להצטרף לארגון טרור; וחברות שמית ברשימות של הארגון. עם זאת, שאלת חוקיותו של החוק טרם הובהרה בפני בית משפט נכבד זה ומשכך גם לא הובהרה שאלת מתקל הדינים בינו הן ברובדו החוקי והן זה החוקתי, ובין הדין המנהגי אשר מגדיר "נטילת חלק" במסגרת הדין המנהגי המגולם בסעיף 51(3) לפרוטוקול הנוסף הראשון שידון להלן, באופן צר יחסית, גם לפי עמדת בג"ץ (**סיכולים ממוקדים**, פסקה 34 של הנשיא (בדימוס) ברק).

ג.5.ב סיווגים קיימים במשפט הבינלאומי ההומניטרי ויישומם על עניינו של העותר השני

100. המשפט הבינלאומי ההומניטרי עורך הבחנה ברורה בין לוחמים למי שאינם לוחמים, כאשר הוא קובע כי על הלחימה להתנהל בין אנשי הכוחות המזוינים המצווים להימנע, ככל הניתן, מפגיעה במטרות אזרחיות ובאוכלוסייה האזרחית כעולה מסעיף 48 לפרוטוקול הנוסף הראשון, 1977.

101. דיני הלחימה יחולו על כוחות צבא וכן על מיליציות וגדודי מתנדבים הממלאים אחר ארבעת התנאים שנקבעו באמנת האג הראשונה מ-1907 ומגדירים מיהו 'לוחם': הוא סר לפיקודו של מפקד אחראי וכפוף לו (סעיף 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907); הוא נושא עליו סימן היכר מובחן וקבוע שאפשר להבחין בו ממרחק, כאשר לוחם אינו רשאי לבלבל את האויב על ידי שינוי חוזר ונשנה של הסימן המובחן. מטרתו של תנאי זה היא להבטיח את הוגנות הלחימה (שם); הוא נושא נשק בגלוי במהלך כל תעסוקה צבאית וכאשר הוא נראה לעיני האויב (שם), והוא מתחייב להתנהל בלחימה על פי דיני הלחימה ומנהגיה. זה נחשב לתנאי המרכזי כאשר הוא מבחין בין לוחמה חוקית לבין שאינה חוקית (שם). אמנת ג'נבה (השלישית) בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, 1949 חוזרת על תנאים אלה ומוסיפה בסעיף 4(א)(2) עוד שני תנאים להגדרתו של לוחם: האחד, היותו חלק מהיררכיה ארגונית; השני, שייכותו לצד בסכסוך. פסיקה מאוחרת יותר הוסיפה את התנאי השביעי והאחרון, המהווה כיום רובד מהמשפט הבינלאומי המנהגי, לפיו נדרשת אי נאמנות ואי השתייכות לכוח העוצר. כלומר, על מנת שהתנאי יתקיים, על הלוחמים של הצד השני לא להיות מאותו לאום של הכוח שעוצר אותם ולא להיות נאמנים לאותו כוח (Public Prosecutor v. Oie Hee Koi et al. (1967), [1968] A.C. 829 (Judicial Committee of the Privy Council (U.K.)).

102. לוחמים אשר עומדים בכל התנאים ונתפסו על ידי היריב, יהיו זכאים לסטטוס של שבויי מלחמה המזכה בזכויות שונות בדין הבינלאומי. מעמד זה מחייב את השוברים לשמור על חייהם של הלוחמים, בריאותם וכבודם (ר' למשל, ס' 13 לאמנת ג'נבה השלישית; שם, בסעיף 14; סעיף 11 לפרוטוקול הנוסף הראשון). בנוסף, הלוחמים יהיו חסינים מהעמדתם לדין והענשתם בגין מעשיהם בעת הלחימה (ס' 75 לפרוטוקול הנוסף הראשון). האחריות ליחס לשבויים אינה מוטלת על הפרט או היחידה שעצרו אותם, אלא על כתפי המעצמה העוצרת (סעיף 12 לאמנת ג'נבה השלישית).

103. אין לנו צורך להרחיב את הדיון באם מעמדם של אנשי החמאס הוא מעמד של לוחמים, שכן בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע כי ארגוני הטרור הפלסטיניים ובדגש על ארגון החמאס, מפריס את כללי המשפט הבינלאומי כאשר אינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה, אינם נלחמים בגלוי, אין להם סימן היכר קבוע שניתן להבחין בו מרחוק ומטרתם העיקרית היא פגיעה באזרחים

תמימים ואינם בוחלים באמצעים לשם קידום מטרותיהם (ר' למשל, **סיכולים ממוקדים**, פס' 24-25 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק; גרוס, שער שני 45, 74-76).

104. מן הכלל אל הפרט, העותר השני הינו פעיל חמאס אשר לקח חלק בפיגוע ירי שהוביל לרציחתם של שני אזרחים חפים מפשע, על לא עוול בכפם. פעילות זו מהווה הפרה של תנאי מרכזי מתנאי הלוחמה החוקית, לפיו בסכסוך מזויין חובה לפעול על פי דיני הלחימה ומנהגיה. דינים אלו, מחייבים לבצע אבחנה בין לוחמים לבין מי שאינם לוחמים בסכסוך מזויין (סעיף 48 לפרוטוקול הנוסף הראשון, 1977). מכך עולה כי העותר 2 אינו ממלא את התנאים הנדרשים להגדרתו כ'לוחם' במסגרת החלוקה הברורה בין לוחמים ואזרחים כמוסבר.

105. לשון קיצור, בתת-חלק זה הצגנו את מעמד ה"לוחמים" בסכסוך מזויין. עמדנו על התנאים שיש לקיימם על מנת להיכלל בקטגוריה זו והצגנו את הזכויות החובות המוטלות על "לוחמים". לאור פעילותם של פעילי החמאס הנוגדת את דיני הלחימה, הבענו את תמיכתנו בעמדת כבוד בית משפט זה כלעיל, לפיה פעילי ארגון החמאס אינם מוגדרים "לוחמים". נעבור כעת לדון בקטגוריה 'אזרחים' כאשר טענתנו היא שהעותר השני הינו 'אזרח'.

106. המונח 'אזרח' הוגדר מפורשות לראשונה בפרוטוקול הנוסף הראשון משנת 1977. הגדרה זו מכירה בכך שבשדה הקרב ישנם "שחקנים" שאינם משתתפים בלחימה ובשל כך הם זכאים להגנות מסוימות. זוהי לשון **סעיף 50 לפרוטוקול הראשון** המגדיר 'אזרח':

1. "A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.
2. The civilian population comprises all persons who are civilians.
3. The presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character".

107. צא ולמד, המונח 'אזרח' מוגדר במשפט הבינלאומי המנהגי באופן שירי. כלומר כל מי שאיננו עונה על ההגדרה 'לוחם', הרי הוא אזרח לפי סעיף 50(ג) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה 1977.

108. ודוק, מדינת ישראל אינה צד לפרוטוקול הנוסף הראשון והוא אף לא אומץ בדבר חקיקה ישראלית. אולם, עמדתו של הצלב האדום הינה כי החריג הקבוע בסעיף 51(3), השולל את החסינות מאזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשה איבה באותה עת, הינו עקרון של משפט בינלאומי מנהגי (שם, בעמ' 20).

109. זאת ועוד, מדריכים צבאיים של מדינות רבות ובהן, צרפת, בריטניה, הולנד, איטליה, אוסטרליה, קנדה, גרמניה, ארצות-הברית וניו-זילנד, אימצו את הוראת סעיף 51 לפרוטוקול הראשון כלשונו, או את עיקריה. לפי מדריכים אלה, אין לתקוף אזרחים, אלא אם כן הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה (שם). קיימות אסמכתאות רבות, ודי אם נביא את חלקן:

110. במדריך מטעם מחלקת ההגנה של ארצות הברית לעניין דיני הלחימה נקבע כדלקמן:

“AP I, Article 51(3) Provision on Direct Participation in Hostilities.

Although, as drafted, Article 51(3) of AP I does not reflect customary international law, the United States supports the customary principle on which Article 51(3) is based. Similarly, although parts of the ICRC’s interpretive guidance on the meaning of direct participation in hostilities are consistent with customary international law, the United States has not accepted significant parts of the ICRC’s interpretive guidance as accurately reflecting customary international law. But some States that are Parties to AP I may interpret and apply Article 51(3) of AP I consistent with the customary international law standard. (Department of Defense, Law of War Manual, Office of General Council

Department of Defense (June 2015) p.227 § 5.8.1.2)
(הדגשה של הח"מ).

111. במדריך הצבאי של בריטניה לעניין דיני הלחימה נקבע כדלקמן:

"A civilian is a non-combatant. He is protected from direct attack and is to be protected against dangers arising from military operations. He has no right to participate directly in hostilities. If he does so he loses his Immunity" (JSP 383: Joint Service Manual of The Law of Armed Conflict (2004 edition) P. 53 § 5.3.2).

112. בדוח מטעם משרד החוץ הישראלי לעניין מבצע "צוק איתן" נקבע כדלקמן:

"In accordance with the Law of Armed Conflict, the IDF scrupulously observed the principle of distinction, only targeting persons where there was reasonable certainty that they were members of organized armed groups or civilians directly participating in hostilities, and only targeting structures where there was reasonable certainty that they qualified as military objectives. The IDF did not deliberately target civilian objects or civilians not directly participating in hostilities" (The 2014 Gaza Conflict: Factual and Legal Aspects - The Full Report (14 Jun 2015) P. 155 §263).

113. ובהמשך בסעיף 268 נקבע כך:

"Civilians Taking a Direct Part in Hostilities. In addition to members of organized armed groups, civilians who have forfeited their protected civilian status are

legitimate targets. Under the Law of Armed Conflict, civilians who take a direct part in hostilities become legitimate targets for attack during and for such time as they so participate in hostilities. "Direct participation in hostilities" is a legal term for the circumstances in which a civilian forfeits protection from attack because the individual is sufficiently involved in military action, so as to render him a lawful target. The Law of Armed Conflict does not contain an exhaustive list of activities that amount to direct participation in hostilities but rather mandates a careful evaluation of the circumstances of each case. To this end, the IDF has provided its personnel with a list of activities amounting to direct participation in hostilities, which accords with the relevant guidelines given by Israel's Supreme Court" (ibid., § 268).

114. אף הספרות המשפטית רואה בהוראות סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון ביטוי למשפט בינלאומי מנהגי (ראו Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* 5, 11 (2004) (להלן, **דינשטיין, דיני מלחמה**)); Ben-Naftali and Michaeli, "We Must Not Make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings", 36 *Cornell Intl. L. J.* 269 (2003) (להלן, **בן-נפתלי ומיכאלי**); קרצמר, Targeted Killings, בעמ' 192).

115. אם לא די בכך, בית משפט נכבד זה דחה בעבר את עמדת המדינה לפיה לא כל הוראותיו של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משקפות דין בינלאומי מנהגי וקבע כי כל חלקיו של סעיף 51(3) משקפים דין מנהגי מחייב וזאת מכוח היקש להוראת סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה (מנהגי) (סיכולים ממוקדים, בעמ' 30).

116. כאשר קבענו כי בשל השתייכותו לארגון החמאס, העותר 2 אינו נכלל בקטגוריה "לוחם", וכי החרג השולל את ההגנה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי מן האזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה הינו חריג מנהגי, נפנה עתה לבחון באם העותר 2 עונה לשלושת התנאים הקבועים בהגדרה של 'אזרח' – "נוטל חלק... במעשי האיבה"; "חלק ישיר"; "למשך אותו זמן" – ואם חלות עליו ההגנות של המשפט הבינלאומי המנהגי

המוענקות לאזרח, במסגרת בחינת תחולת סעיף 351(3) לפרוטוקול הנלווה הראשון על פעילי ארגון החמאס והעותר השני בעתירה דנן, כלהלן.

א. "נוטלים חלק... במעשי איבה":

117. אזרח מאבד את הגנתו הניתנת לו מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי הדין במעשי איבה אם הוא "נוטל חלק... במעשי איבה". מעשי איבה הם אותם מקרים שעל פי טבעם ומטרתם נועדו לגרום נזק לצבא. כך קובע בעניין זה הקומנטר (commentary) על הפרוטוקולים הנוספים משנת 1977 שפורסם בשנת 1987 על ידי ארגון הצלב האדום הבינלאומי:

"Hostile acts should be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces" (Y. Sandoz et. al Commentary on the Additional Protocols 618 (1987)) (להלן, **הקומנטר**)

118. ניתן ליטול חלק במעשי האיבה גם מבלי להשתמש בנשק כלל ואף אין זה תנאי לשאת נשק. עמד על כך **הקומנטר** בזו הלשון:

"It seems that the word 'hostilities' covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon" (בעמ' 618-619)

למען הסר כל ספק, גישה זו חלה גם לעניין מעשי איבה כלפי אוכלוסייה אזרחית כבעניין העתירה דכאן, ולא רק כלפי צבא (קרצמר, Targeted Killings, בעמ' 192). פשיטא, ואין חולק, הרצח של הזוג גולדברג ז"ל, על ידי חוליית החמאס והעותר השני, נכלל תחת הדיבור "מעשה איבה". הזוג גולדברג ז"ל הינם אזרחים שלא נטלו חלק בלחימה וחרף זאת, מעשה רציחתם הינו מעשה איבה.

ב. "חלק ישיר":

119. כאמור, מכוח הוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הנוסף הראשון, אזרח מאבד את ההגנה של המשפט הבינלאומי המנהגי כאשר הוא נוטל חלק ישיר במעשה איבה. נראה, אפוא, שהוראה זו מבחינה בין אזרח הנוטל חלק ישיר במעשה איבה ובכך מוסרת ממנו ההגנה המגיעה לאזרח מהמשפט הבינלאומי המנהגי, ובין אזרח הנוטל חלק עקיף במעשה איבה אשר ממשיכה לחול עליו ההגנה שזכאי לה אזרח מכוח דיני המשפט הבינלאומי המנהגי.

120. אולם, בהקשר שלפנינו לא קיימת הגדרה מוסכמת וממילא אין בנמצא הגדרה אחידה ומחייבת לביטוי "ישיר" (Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law, Report Prepared by the International Committee of the Red Cross (2003)). במצב דברים זה, בו נעדרת אמת מידה מנהגית מוסכמת, יש לבחון את המקרים הקיצוניים בכדי לצמצם את תחום המחלוקת (סיכולים ממוקדים, בעמ' 33).

121. באותו עניין (שם), בית משפט נכבד זה קבע כי, בין היתר, מי שמפעיל כלי נשק במעשה איבה יראה כמי שנוטל חלק ישיר:

"מי שמפעיל כלי נשק בו משתמשים לוחמים בלתי חוקיים או מפקח על הפעלתם או נותן להם שירות, יהא המרחק משדה הקרב אשר יהא" (סיכולים ממוקדים, בעמ' 35).

122. ודוק, במקרה של העותר 2, בהיותו מאושפז בבית חולים בעת שנחטף בידי יחידת מסתערבים, הוא לא נטל חלק ישיר במעשה איבה. העותרים יטענו כי כאשר אדם שוכב פצוע ומנוטרל בבית חולים לפרק זמן לא ידוע, בהימצאו הלכה ולמעשה מחוץ למעגל פעילות האיבה לפרק זמן ממושך לכל הפחות, לא ניתן לומר כי הוא מבצע מעשה איבה או כי הינו יוצא ונכנס תדירות למעגל מעשי האיבה באופן אפקטיבי צופה פני-עמיד אפילו תתקבל הגדרת 'ישירות' במובנה הרחב ביותר ביחס לפצועים וחולים, דבר המוכחש בעתירה זו.

123. בתוך שכן, נרחיב ונתייחס כבר עתה למעמדו של העותר 2 כפצוע על פי דיני הלחימה. עיקרון בסיסי ומרכזי במשפט הבינלאומי ההומניטרי הנו כי אין לפגוע באנשים המצויים מחוץ למעגל הלוחמה (Hors de combat). מכוח עיקרון זה, פורשות האמנות המרכזיות את הגנתן על פרטים המצויים מחוץ למעגל

הלוחמה – המכונים גם אנשים מוגנים (Protected Persons) ומטילות על הצדדים לסכסוך המזויין חובות בנוגע להגנתם. אמנות ג'נבה הראשונה והשנייה משנת 1949 עוסקות בהגנה על פצועים, בעיקר על אלו הנמנים עם הכוחות הצבאיים של המדינות הלוחמות (ס' 13 לאמנת ג'נבה הראשונה; ס' 13 לאמנת ג'נבה השנייה). יצוין כי הפרוטוקולים הנוספים משנת 1977 הרחיבו את ההגנה האמורה גם לאוכלוסייה אזרחית (ס' 8א) לפרוטוקול הראשון; ס' 7 לפרוטוקול השני). ההוראות המרכזיות העוסקות בהגנה על פצועים, במיוחד אלו הכלולות בשתי אמנות ג'נבה האמורות, משקפות דין מנהגי (ר' מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום, בעמ' 403).

124. העיקרון הבסיסי בכל הנוגע להגנה על פצועים מצוי בסעיף 12 המשותף לאמנות ג'נבה הראשונה והשנייה ובסעיף 10 לפרוטוקול הראשון. סעיף אחרון זה קובע כי:

Article 10 — Protection and care

“1. All the wounded, sick and shipwrecked, to whichever Party they belong, shall be respected and protected.

2. In all circumstances they shall be treated humanely and shall receive, to the fullest extent practicable and with the least possible delay, the medical care and attention required by their condition. There shall be no distinction among them founded on any grounds other than medical ones”.

125. ניתן להצביע על מספר נקודות מרכזיות וחשובות לענייננו העולות מן הטקסט האמור. קיימת חובה לכבד ולהגן על הפצועים. כל פגיעה בהם הינה אסורה בתכלית האסור. כך למשל, ס' 12 לאמנות ג'נבה הראשונה והשנייה קובע במפורש כי אסור לפגוע בחייהם ובגופם של הפצועים, אסור לענותם, ואסור להפקירם ללא טיפול רפואי. זאת ועוד, קיימת חובה פוזיטיבית להגן על הפצועים מפני סכנה (ר' למשל, ס' 11 לפרוטוקול הראשון).

126. תחת זאת, יטענו העותרים כי, העותר 2 כאשר הוא נלכד על ידי המסתערבים בעודו פצוע ומאושפז בבית חולים חוסה תחת הגנה מנהגית בהגדרתו כ'פצוע' כלעיל, הריהו שלא נטל "חלק ישיר" במעשה איבה. צא ולמד, לכידתו וחטיפתו כאשר הוא פצוע ומאושפז בבית חולים מנוגדת להוראות דיני הלחימה במשנה וטוקף ואף מעבר לנטען עד כה, בהינתן היקף החובות המנהגיות המוטלות על צד לסכסוך מזוין במסגרת הדינים המטילים חובות הגנה על פצועים, כלעיל.

127. לאחר הדיון בשני התנאים הראשונים, נעבור כעת לבחון באם מתקיים התנאי השלישי, לפיו נבחן באם מעצרו של העותר 2 ופעילי החמאס בכללות על ידי המסתערבים בוצע **בעודו** "נוטל חלק ישיר" במעשה האיבה השולל ממנו את ההגנה המגיעה לאזרחים מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי.

ג. "למשך אותו זמן":

128. ההוראה הקבועה בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון מוסיפה כי אזרח הנוטל חלק במעשה איבה, מאבד את ההגנה מפני תקיפה **"למשך אותו זמן"** שבו הוא נוטל חלק באותו מעשה. כאשר עובר "אותו זמן" - חוזרת ההגנה הניתנת לאזרח. כאמור, עמדת בית משפט נכבד זה היא כי סעיף 51(3) על כל חלקיו משקף משפט בינלאומי מנהגי המחייב את מדינת ישראל להתנהל על פיו (**סיכולים ממוקדים**, בעמ' 30).

129. בהתאם לקביעתו של הצלב האדום הבינלאומי, אזרח הנוטל חלק ישיר בפעילות איבה, אך אינו פעיל, זוכה להגנת המשפט הבינלאומי המנהגי כאזרח בלתי מעורב בפעילות איבה (Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law 8 (ICRC, N. (Melzer ed., 2009).

130. כמצוין לעיל, אין הסכמה אחידה לגבי היקפו של הדיבור "נוטלים חלק ישיר" במעשי איבה. כך מצב הדברים גם לעניין הדיבור "ולמשך אותו הזמן" – אין הסכמה על היקפו בספרות הבינלאומית (**סיכולים ממוקדים**, בעמ' 30). מסיבה זו, בית משפט נכבד זה בחר במבחן אד-הוק באמצעות תיאור ציר של פעולות שבצדו האחד אדם המקדיש את כל עתותיו לארגון הטרור שבו הוא פעיל, כלומר אדם שהפך את ארגון הטרור ל"ביתו" ולפי כך פעילותו בארגון היא רציפה ותדירה ולכן הוא מאבד את החסינות הנתונה לו מפני התקפה "במשך אותו הזמן" שבו הוא מבצע את אותה פעילות, ובצדו האחר של הציר אדם המבצע פעולה יחידה למען ארגון טרור (שם, בפס' 40). בין שני מצבים אלו, מצויים מקרים "אפורים" אשר לעניינם טרם גובש משפט בינלאומי מנהגי (שם, בעמ' 37).

131. בית משפט נכבד זה קבע ארבעה תנאים שיש לעמוד עליהם כדי לבחון כל מקרה לגופו מ"הנופלים" לשטח "האפור" ולקבוע אם מתקיים התנאי "למשך אותו זמן" (**סיכולים ממוקדים**, 38-39; ס' 3 לתקנות האג; סעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון). ראשית, נדרש מידע מבוסס בטרם סיווג האזרח כ"נוטל חלק ישיר בפעולת איבה". זהו נטל כבד המוטל על המדינה והדורש בדיקה קפדנית בטרם תעשה תקיפה. במקרה של העותר 2, ולאור הפרשנות המצומצמת שיש לתת לתנאי סעיף 51(3), הרי שבעודו שוכב בבית

חולים, לאחר ניתוח סבוך ובהתאוששות שלאחריו צפוי העותר 2 לתקופת החלמה ממושכת ושאינן להקיש הימנה כי בהכרח ישוב ליטול חלק בפעילות איבה – לא מתקיים התנאי "למשך אותו זמן".

132. שנית, אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה, כאשר ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. לעניין העותר 2, ולעניין העקרוני שבבסיס העתירה, כאשר לכוחות הביטחון הישראליים ידוע מקום הימצאותו, היה ניתן לנקוט בדרכים חלופיות. כך למשל, ניתן היה לבצע פשיטה גלויה לבית החולים. אין ספק כי הצורך להפחית סיכון לכוחות צבא הינו שיקול לגיטימי אשר ניתן לשקלל בצד התועלת הצבאית אשר עשויה לצמוח מן התקיפה אשר חוקיותה נבחנת – ההסתערבות הצבאית. אך אין בצורך זה כדי להטות את הכף במקרים שבהם הפגיעה באינטרסים הומניטריים הינה קיצונית. **סעיף 51(5)(א)** לפרוטוקול הראשון אוסר על התייחסות למקבץ מטרות צבאיות ואזרחיות נפרדות כאל מטרות אחת. בענייננו, המסתערבים לא ביצעו הבחנה בין העותר, שהוא המטרה הצבאית, לבין מקום ביצוע הפעולה – בית החולים – שהוא מטרה אזרחית ויש בכניסת המסתערבים אליו כדי לסכן מטרות אזרחיות שאינן מעורבות בלחימה. זאת ועוד, קיימת חובה להזהיר, במידת האפשר, את האוכלוסייה האזרחית על המתקפה, על מנת לאפשר לה להתרחק מן היעד המותקף (**סעיף 57(2)(ג)** לפרוטוקול הראשון). חובה זו לא התקיימה בעת פשיטת המסתערבים לבית החולים בהפתעה גמורה באישון לילה.

לחילופין, ועל מנת להקטין את החשיפה של החיילים ולצמצם את סיכויי הפגיעה במטרות אזרחיות, שהיא כאמור אסורה מכוח עקרון ההבחנה הקבוע בסעיף 31(3) לפרוטוקול הראשון, היה ניתן להשתמש במארב צבאי מחוץ למתחם בית החולים במקרה דנן, וכך בעקרון כמישור פעולה מועדף בידי כוחות מסתערבים בשטחי האזור. **לחילופי חילופין**, ולאור שיתוף הפעולה הקיים בין ישראל לכוחות הביטחון של הרשות הפלסטינית כפי שהוצג לעיל, היה ניתן לפנות למנגנוני הביטחון הפלסטינים בבקשה להסגרת העותר השני לישראל עם שחרורו מבית החולים, מבלי שכוחות הביטחון הישראלי ידרשו להיכנס לשטח A באזור ובפרט למתחם בית חולים אזרחי כבענייננו.

133. שלישית, לאחר תקיפה של אזרח בחשד כי נטל חלק ישיר, באותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך בדיקה (בדיעבד) יסודית ועצמאית לעניין זהותו של הנפגע. לעניין העותר 2, חזקה כי תנאי זה התקיים כאשר לפי הודאת העצורים בבית הדין הצבאי נמצא כי העותר 2 שהורשע היה מעורב מרכזי במעשה האיבה שבו נרצחו בני הזוג גולדברג ז"ל והרשעתו בהתאם.

134. רביעית, אם בתקיפה נפגעו אזרחים תמימים הנמצאים בסביבת הנפגע, הפגיעה בהם הינה נזק נלווה שצריכה לעמוד במבחן המידתיות. עקרון המידתיות הינו מנהגי והוא בא לידי ביטוי בהוראת סעיף 51(4)

לפרוטוקול הנוסף הראשון האוסר על "התקפות חסרות הבחנה". המידתיות בדיני הסכסוך המזויין מתמקדת בדרישה לפיה התועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הראויה שקולה כנגד הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים ממנה (Prosecutor v. Galic, ICTY, Case No. IT- 98- 29- T, T.Ch. I.5 Dec.) (2003, at Para. 58). כאשר הנזק לאזרחים תמימים אינו יחסי לתועלתו של הצבא התוקף, התקיפה תהא אסורה ובלתי מידתית (שם).

135. בעת מעצרו של העותר 2, נהרג בן דודו בידי המסתערבים. הנזק – אבדן החיים ; התועלת – מעצר אזרח פצוע שנטל חלק במעשה איבה. פעילות זו אינה עומדת לכאורה בעקרון המידתיות. קדושת חיי האדם הינה ערך עליון בכל פעולה צבאית. מעצרו של העותר 2, שכאמור שכב פצוע בבית חולים, אינו מצמיח תועלת צבאית מידתית ביחס לנטילת חייו של אזרח נוסף. מכאן, שהלכידה של העותר 2 אינה עומדת במבחן המידתיות. נציין כי נדון בהרחבה בהריגת בן הדוד בהמשך העתירה.

136. נסכם, העותר 2 הינו **אזרח** כאשר אינו מקיים את כלל תנאי החריג הקבוע בסעיף 51(3) וכמוצג לעיל, התנאי "למשך אותו זמן" אינו מתקיים. נעבור כעת לבחון את מעמדם של פעילי ארגון החמאס והעותר 2 כלוחמים בלתי חוקיים במסגרת טענת העותרים כי אינם כאלו במסגרת בחינת חוקיות מעצרים בהסתערבות צבאית כבעתירה דנן.

ג.ג. היעדר תחולתו של חוק לוחמים בלתי חוקיים באזור

137. מדינת ישראל חוקקה בשנת 2002 את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן – **חוק לוחמים בלתי חוקיים**). "לוחם בלתי חוקי" מוגדר בס' 2 לחוק, כלהלן:

"אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביה התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'ינבה השלישית מיום 12 באוגוסט 1949 ביחס לטיפול בשבויי מלחמה".

138. עולה מן ההגדרה כי החוק מקנה לרשויות המדינה סמכות למעצר "לוחמים בלתי חוקיים" – מי שנמנים עם ארגון המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או מי שנוטלים חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל בין במישרין ובין בעקיפין, ושלא מתקיימים לגביהם התנאים המקנים מעמד של שבויי מלחמה. למותר

לציין כי הגדרה זו של "לוחם בלתי חוקי" איננה קיימת במשפט הבינלאומי ההומניטרי המחייב המכיר בשני סוגי אובייקטים בלבד – לוחם או אזרח, עליהם פירטנו לעיל.

139. עם זאת, בית משפט נכבד זה כבר קבע כי יש לפרש את החוק באופן המתיישב ככל הניתן עם המשפט הבינלאומי ההומניטרי לו מחויבת מדינת ישראל, אך גם לאור המציאות המשתנה בשל פעולות הטרור (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל סב (4) 329, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש (להלן – פרשת חוק הלוחמים הבלתי חוקיים)).

140. ודוק, קטגוריית הביניים שגובשה בחוק זה – "לוחם בלתי חוקי" – אומצה על ידי מספר מדינות, אשר סירבו להכיר בטרוריסטים כלוחמים מן השורה (Privileged combatants). כך למשל קובע מדריך הלחימה הבריטי:

"Should regular combatants fail to comply with these four conditions [of the third Geneva Convention, Article 4], they may, in certain cases become unprivileged belligerents" (The British Manual, Part III – The Law of War on Land, 1957 no. 96).

141. המדריך המשפטי-צבאי האמריקאי קובע כי אפשר להתייחס ללוחמים בלתי חוקיים כאל פושעים על פי הדין המקומי של המדינה השובה ולהעמידם לדין על יסוד זה:

"Unprivileged belligerents. May be treated as criminals under the domestic law of the captor. Unprivileged belligerents may include spies, saboteurs, or civilians who are participating in the hostilities" (The U.S. Army's Operational Law Handbook, ch. 2, p. 6 (2002))

142. יש לציין כי החוק הישראלי שונה במהותו מהמדריכים הצבאיים שהוצגו לעיל מאחר והוא מיועד לקבוע הסדרי כליאה ואינו עוסק בדיני הפגיעה באותם לוחמים. עמדה על כך הנשיאה ביניש בקובעה כך:

"...מנגד, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים זן באמצעי של מעצר. לצורך מעצר מכוח החוק, אין הכרח ש"הלוחם הבלתי

חוקי" ייטול חלק ישיר בפעולות האיבה, ואף אין הכרח שמעצרו יתבצע במשך פרק הזמן בו הוא נוטל חלק במעשי איבה, אלא נדרשת הוכחתם של תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק" (חוק הלוחמים הבלתי חוקיים, פס' 12 לפסק הדין).

143. על כן, חוק זה אינו קובע קטגוריית ביניים חדשה בנוגע להבחנה בין לוחמים לאזרחים לעניין השאלה מי הוא מטרה לגיטימית לתקיפה, אלא הוא קובע כללים חדשים לעניין תנאי המעצר, הכליאה או השבי של מי שהשתתף במישרין או בעקיפין בביצוע מעשי איבה נגד מדינת ישראל, בלי שיהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה. מכאן, כאשר מתקיימים התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה על הנוטל חלק בפעולות איבה, כמפורט בפרק הקודם, חוק לוחמים בלתי חוקיים לא יחול.

144. הפניה המפורשת של המחוקק הישראלי למשפט הבינלאומי ההומניטרי, בשילוב עם הפנייה שבסעיף 2 לדיני שבוי מלחמה, מלמדים כי החוק חל על **גורמי חוץ** המשתייכים לארגון טרור הפועל נגד ישראל. נוסחו ותכליתו של החוק מובילים למסקנה כי הוא **לא** נועד לחול על **גורמי פנים** (שם, בפס' 11).

145. בית משפט נכבד זה הוסיף וקבע כי החוק יחול על רצועת עזה, מאחר ואינה נתונה עוד לתפיסה לוחמתית אפקטיבית של ישראל. מכאן, הרי שתושבי הרצועה הינם גורמי חוץ שעליהם עשוי לחול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. והוא העיקר, **לעניין תחולתו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים על תושבי האזור**, אשר כאמור עודנו נתון לתפיסה לוחמתית של ישראל, השאלה נותרה **בצריך עיון** (שם, פס' 36).

146. בהדבק הדברים, יטענו העותרים כי בשטח האזור, חל צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן, **צו בדבר הוראות ביטחון**), אשר הסדריו מהווים אמצעי שפגיעתו פחותה ביחס להסדרים הקבועים בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. משכך, ראוי כי מעצרו של תושבים פלסטינים תושבי האזור יבוצע בהתאם לצו בדבר הוראות ביטחון ולא מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים שהרחבת תחולתו על תושבי האזור אינה נדרשת או ראויה. פשיטא, בית משפט נכבד זה מתבקש להבהיר במפורש בזאת כי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים **לא** יחול על תושבי האזור.

147. חלק זה, המהווה את ליבת העתירה, יחולק למספר תתי-פרקים. תחילה, נציג את פרקטיקת ההסתערבות הצבאית בישראל. להצגה זו חשיבות רבה שכן היא מדגישה את השימוש התכוף שעושה ישראל בהסתערבות כדי ללכוד מבוקשים על ידה בשטחי האזור, באופן השב ומדגיש את חשיבותה הציבורית של הסוגיה נשוא עתירה זו. לאחר מכן, נטען לחוסר חוקיותה של פרקטיקה זו כיוון שהיא נוגדת את המשפט הבינלאומי המנהגי כפי שזה משתקף באמנת האג, בפרוטוקול הראשון, ובכלל 65 לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי של הצלב האדום (ר' **מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום**, שם). באם לא תתקבל טענתנו זו, הרי שנטען **לחילופין** כי פעילות ההסתערבות לשם לכידה איננה חוקית בשל העובדה שהיא איננה מקיימת את ארבעת העקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה - עקרון האבחנה, עקרון המידתיות, עקרון הצורך הצבאי ועקרון מניעת הסבל המיותר. בפרט, יטענו העותרים מבחינה זו שתי טענות מרכזיות הנגזרות הימנה. ראשית, נטען להפרת **עקרון ההבחנה** שהינו עקרון יסודי בדיני הלחימה. עקרון זה מחייב לוחמים לבדל את עצמם מאזרחים באמצעות סימנים מזהים ומבדילים ברורים, וכן מחייב את הצדדים הלוחמים להימנע מלתקוף באופן ישיר אזרחים ומטרות אזרחיות. כמו כן, נטען להפרת עקרון המידתיות, וזאת על רקע שיטות לחימה חלופיות שפגיעתם פחותה ובהן הגעת חיילים במדים ובנשק גלוי, קיום פשיטה צבאית, מארב או הסתמכות על מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית כחלופה להסתערבות צבאית. בנוסף, נטען כי ההסתערבות הצבאית אינה נכללת בגדר תחבולת מלחמה חוקית או פעולת ריגול, בהיותה שימוש במעל (Perfidy) ולחלופין פעולה בוגדנית (treachery) שאסורים על פי דיני הלחימה. לסיום, נטען כי בכל מקרה של שימוש בהסתערבות צבאית חלה חובת חקירה מאוחרת על מדינת ישראל וממצאיה דורשים פרסום פומבי במקרים מסוימים שאינם מוסדרים בתחיקה ובכלל זה בהנחיות מנהליות בנדון עובר למועד הגשת עתירה זו.

148. ישראל משתמשת בפרקטיקת ההסתערבות הצבאית במטרה ישירה ללכוד ולעצור מבוקשים על ידה מיום הקמתה ואף טרם הקמתה בהיותה 'מדינה שבדרך' (Statu nascendi) בתקופת היישוב העברי במהלך שנות הארבעים של המאה העשרים, דבר המעיד על גיבוש מדיניותה והסתמכותה של ישראל על הפרקטיקה האמורה בשיטתיות ועקביות עובר להקמתה. ברי כי, כוחות סמויים ומסתערים שימשו כשגרה את הארגונים היהודים המעין-צבאיים כנגד המנדט הבריטי וכנגד ערביי ארץ ישראל-פלשתינה כאקדמה לבאות (ר', ירון בכר "ראשית ההסתערבות המאורגנת והמחלקה הסורית" **מכאן ומשם** 16, 17 (2012)).

149. במסגרת עתירה זו, לא נדון בפעילויות ההסתערבות החוץ-צבאיים ובהם ההסתערבות המשטרית ולמטרות ביון של משטרת ישראל, שירות הביטחון הכללי וארגוני הביון הישראליים כגון המוסד לתפקידים

מיוחדים, המשתמשים במתחזים, ובתחבולות מלחמה נגזרות לשם איסוף מודיעין, ריגול, חטיפת מבוקשים ואף ייתכן שחיסול אויביה של ישראל מחוץ לגבולותיה. אך יש בפעולות אלו, שחלקן התפרסמו בגלוי בספרות, כתבות טלוויזיה ותחקירים בעיתונות הכתובה כדי לשפוך אור על השימוש הרב שעושה ישראל בהתחזות כדי להשיג את מטרותיה במלחמתה נגד אויביה.

ג.6.א.1 הסתערבות צבאית – יחידות ההסתערבות של צה"ל – מבט היסטורי

150. ברבות השנים, וביתר שאת מיד עם שוך קרבות מלחמת ששת הימים בשנת 1967, כאשר ישראל כבשה את שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, נוצר הצורך בקרב הצבא ובקרב יחידות המודיעין לחדור לתוך האוכלוסייה הפלסטינית, להתוודע לה ולפעול בחופשיות בתוכה. כדי להתמודד עם האתגר, הוקמו באותן השנים מספר יחידות צבאיות וכוחות לוחמים ייעודיים שכל תפקידם הוא להסתערב על מנת להיטמע באוכלוסייה המקומית ולפעול בעת הצורך לשם לכידת מבוקשים, וכנראה לפחות במיעוט מהמקרים לכאורה גם כדי לפצוע או להרוג.

151. לצורך השלמת התמונה, די שנציין את פועלן של שתי יחידות ספציפיות בצה"ל שכל ייחודן הוא פעילות הסתערבות צבאית. שתיים מיחידות אלו היו גם מעורבות בתפיסתו של העותר השני במהלך אשפוזו בבית החולים בג'נין ודבר קיומן ופועלן מעיד על המרכזיות הרבה המוענקת באופן שוטף לפרקטיקה בלתי חוקית זו, כנטען בעתירה דנן.

152. היחידה הראשונה היא **יחידת דובדבן** אשר הוקמה בשנת 1986 ביוזמת מפקד פיקוד המרכז באותם הימים, האלוף אהוד ברק. זאת, מתוך מחשבה שהמצב הגיאופוליטי הנפיץ בשטחי האזור חייב באותה העת שלצה"ל תהיה יכולת לפעול בתוך השטח הפלסטיני, הן במטרה להשיג מודיעין והן כדי לסכל פעילות טרור ולפגוע במתכנניו ומבצעיו באופן כירורגי ומדויק. את הרציול שמאחורי הקמת היחידה תיאר ברק כך:

"אני רוצה יחידה, שאנשיה ייראו כמו ערבים, ידברו כמו ערבים וירכבו על אופניים בקסבה של שכס, כאילו הם ברחוב דיזנגוף בתל אביב. אנשים שיוכלו לפעול בכיסוי חלקי כדי להגיע למגע מבצעי בלי צורך בכוחות גדולים ובחשיפה מוקדמת". (יחידת דובדבן, אתר צה"ל, דבר המפקד)

153. לאחר החתימה על הסכמי אוסלו להעברת השליטה בערים ובכפרים פלסטינים רבים לרשות הפלסטינית ובהם הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (04.05.1994) והסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת

עזה, (28.05.1995), היחידה קיבלה חיזוק משמעותי שכן במציאות החדשה שנוצרה צה"ל לא יכול היה לשהות יותר במרכזי הערים הפלסטיניות והתהווה צורך בכוח איכותי בעל יכולת כניסה חשאית למרכזי אוכלוסייה. דובדבן נטלה על עצמה מידי השב"כ וצה"ל את המשימות המורכבות ביותר לאיתור מבוקשים בגדה, במיוחד אלו שלא היה די בחיסולם והיה צורך להביאם לחקירה בישראל על מנת לחשוף מחבלים אחרים שהוגדרו כ"פצצות מתקתקות" בשטחי הרשות. בימי שיא פעילותה של היחידה, בזמן האינתיפאדה השנייה ובמבצעים בעזה, ביצעה היחידה פעילות הסתערבות באופן שוטף. (ר' מיכל דניאלי "המסתערבים: יחידת דובדבן" מאקו 01/07/2011; יעל בניה "משחק הצללים: הצצה לאימון של יחידת המסתערבים "דובדבן" מאקו 24/03/2013). כך למשל, בשנה האחרונה יחידת דובדבן ביצעה יותר מ-300 (!) מבצעים ובהם לכידת מבוקשים רבים, לצד פעילויות לאיסוף מודיעין ותפיסות אמצעי לחימה רבים (ר' עמית מלמד, "300 מבצעים והצטיינות - כך נראתה השנה של יחידת הקומנדו. גלריה מיוחדת, אתר רשמי של צה"ל" (פורסם, 01.01.2018)).

154. נציין כי בעבר פעלה יחידת מסתערבים צבאית נוספת בשם שמשון. יחידת שמשון, הוקמה על בסיס הרעיון של יחידת דובדבן, אך בעוד שהאחרונה פעלה, ועדיין פועלת, בעיקר בגדה המערבית, הרי שיחידת שמשון פעלה בעיקר ברצועת עזה. היחידה הוקמה בשנת 1988 על ידי אלון פיקוד דרום דאז, האלון יצחק מרדכי, ופעלה עד לשנת 1996, אז בעקבות הסכמי אוסלו והעברת השליטה על רוב רצועת עזה לרשות הפלסטינית, פורקה היחידה וחלק מלוחמיה הועבר ליחידת דובדבן. במהלך שנות קיומה, היחידה ביצעה מאות מבצעים בהם פעלה כנגד ארגוני הטרור בשטחי רצועת עזה תוך שימוש בהסתערבות צבאית באופן שוטף.

155. היחידה השנייה היא **יחידת מסתערבים (ימ"ס)**, המהווה יחידת עילית של מסתערבים ללוחמה בטרור שהוקמה בשנת 1991 במסגרת משמר הגבול בחסות משטרת ישראל. בהיותה יחידה משטרתית עניינה לא ייכלל במסגרת העתירה דן הממוקדת בהסתערבות צבאית כמוסבר. יחד עם זאת, ייעודה הבסיסי של היחידה הוא טיפול בהפרות סדר והפגנות באמצעות הסתערבות המעידה ומבססת את מרכזיות פרקטיקת ההסתערבות על כל סוגיה בהתמודדותה של ישראל עם ארגוני הטרור הפלסטינים ככלל. על רקע זה יוסף כי לוחמיה של יחידת הימ"ס נוהגים אף הם כשגרה להצטרף להפגנות והפרות סדר של פלסטינים בגדה תוך התחזות למפגינים. הם לוקחים חלק פעיל בהפגנה ובהפרות הסדר, ולפתע להתנפל על המשתתפים שנחשבים לראשי ההפגנה או המתסיסים הראשיים, וללכדם. מיד לאחר לכידתם מגיעים כוחות הצבא והמשטרה ואוספים את לוחמי היחידה שנחשפו יחד עם הפעילים שנלכדו על ידם. בהדבק הדברים, יחידת הימ"ס פועלת כשגרה בשיתוף פעולה הדוק עם הצבא ושירות הביטחון הכללי, ובהיוון חוזר מקצועי ומבצעי עם יחידת המסתערבים הצבאית דובדבן (ר' האתר הרשמי של משטרת ישראל (משמר הגבול), www.police.gov.il).

156. יצוין כי, יחידת הימ"ס המשטרתית מחולקת לשלוש יחידות משנה לפי אזורי פעילות. הראשונה, **יחידת ימ"ס אזור יהודה ושומרון (איו"ש)** הכפופה למג"ב איו"ש ופועלת באזור תחת פיקוד צה"ל ושירות הביטחון הכללי, והתמחותה בלוחמה בשטח בנוי (לש"ב). השנייה, **יחידת ימ"ס דרום** שנקראה בעבר ימ"ס עזה (כחלק ממג"ב עזה), והחלה לפעול במהלך האינתיפאדה הראשונה. בהמשך עברה, יחד עם מג"ב עזה לגבול ישראל-מצרים ונקראה ימ"ס רמון. היחידה הוכפפה למג"ב דרום אליו היא כפופה עד היום. היחידה פועלת בפיקוד הדרום, והתמחותה היא בקליעה, בצליפה ובמרדף מוסק. השלישית היא **יחידת ימ"ס ירושלים** הכפופה למג"ב ירושלים ופועלת בעיקר במחוז ירושלים של המשטרה, בדגש על מזרח ירושלים והישובים הפלסטינים הסובבים. היחידה מתמחה בפעילות הסתערבות בקרב האוכלוסייה האזרחית המקומית (שם).

157. לוחמי הימ"ס לומדים תוך כדי הכשרתם להכיר היטב את המנהגים של הכפר בו הם יפעלו, את דרך הדיבור והניב המקומי, את החמולות ויחסי הכוחות ביניהם ואת הטופוגרפיה של האזור. בעת פעולה, לוחמי הימ"ס נטמעים באוכלוסייה ערבית עוינת לצורכי איסוף מודיעין, מעצרים, חיסולים וטיפול בהפרות סדר ("הכי קרוב שאפשר ליס"מ", באתר של Israel Defense (2012) <http://www.israeldefense.co.il>).

ג.6.ב. שימוש במעל בהסתערבות צבאית: המסגרת הנורמטיבית

ג.6.ב.1. שימוש במעל (perfidy) ופעולה בוגדנית (treachery) - איסור מנהגי

ג.6.ב.1.א. הרציונל מאחורי האיסור על שימוש במעל ופעולה בוגדנית

158. טרם נציג את האיסור המנהגי שהתגבש במרוצת השנים במשפט הבינלאומי ההומניטרי לגבי שימוש במעל ולכידה בוגדנית, נביא תחילה את הרציונליים העומדים בבסיס האיסורים הללו – **האבחנה, האבירות וההדדיות** (ר' למשל, (Ido Rosenzweig, Combatants Dressed as Civilians? The Case of the Israeli Mista'arvim under International Law, Israel Democracy Institute, 37-39 (2004) להלן: **רוזנצוויג "מסתערבים"**).

159. **ראשית, תכלית ההבחנה**; עקרון ההבחנה הוא אחד מעקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. לעקרון זה שני פנים: ראשית, צד ללחימה נדרש להבחין בין הלוחמים לאזרחים. במצב של לחימה, על הצדדים להבדיל בין אזרחים ומטרות אזרחיות לבין לוחמים ומטרות צבאיות. יש להימנע מתקיפה ישירה של מטרות אזרחיות. שנית, על הצדדים הלוחמים להימנע מפעולות אשר עשויות לטשטש את ההבחנה בין אזרחים ללוחמים, דוגמת לבישת בגדים אזרחיים או שימוש במגנים אנושיים.

160. הרעיון העומד מאחורי עקרון ההבחנה הוא מזעור הנזק מפעולות לחימה כלפי אזרחים. לכן, כאשר לוחם מתחפש לאזרח כדי להפתיע את היריב, ובכך מנצל לרעה של הגנות המוענקות לאזרחים על ידי כללי

המשפט ההומניטרי הבינלאומי, הוא שולל את עקרון ההבחנה ומערער את אמונם של הלוחמים במשפט ההומניטרי הבינלאומי עצמו.

161. **שנית, תכלית האבירות;** תפיסת האבירות, שייכת עוד לימי הביניים, יצרה קודים אתיים לגבי האופן בו על אבירים להילחם זה בזה. הקודים הללו שימשו להסדרת התנהלותם של האבירים במהלך סכסוכים מזוינים. על פי תפיסת האבירות, יש מגבלות מסוימות לבחירת אמצעי הלחימה ושיטות הלחימה על ידי הצדדים לסכסוך, אשר תואמים את המנהגים המקובלים (Rain Liivoja, Chivalry without a Horse: Military Honour and the Modern Law of Armed Conflict, The Law of Armed Conflict: Historical and Contemporary Perspectives 75 (Rain Liivoja & Andres Saumets eds. 2012) (להלן: Liivoja)) מגבלות אלה כוללות את האיסור על בוגדות, כגון זיוף של מעמד מוגן. התנהגות אבירית מבוססת על כבוד הלוחמים ועל רצונם להביס את יריביהם ב"צורה הוגנת וביושר" (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 37-38).

162. נדגיש כי כיום פעולות צבאיות אינן נדרשות לעמוד בסטנדרטים של עקרון האבירות במלוא היקפן. עקרון האבירות אינו מונע את השימוש בטקטיקות צבאיות מפתיעות הנותנות לצד אחד יתרון טקטי על יריבו כגון מארבים, פיתיונות, שליחת מידע שגוי ועוד. מה שאסור על פי עקרון האבירות הינו ניצול ההגנה ההומניטרית המוענקת ללוחמים (Liivoja, בעמ' 87). בענייננו, הייתה הפרה של עקרון האבירות כתוצאה מניצול הגנה הומניטרית תוך ביצוע פעולה צבאית בבית חולים אזרחי על ידי לוחמים הלבושים במדים אזרחיים. התנהגות זו הזמינה את אמון היריב והובילה אותו להאמין שאותו צד זכאי להגנה על פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוך מזוין, מתוך כוונה לבגוד באמון זה. התנהגות זו היא הפרה לעקרון האבירות.

163. **שלישית, תכלית ההדדיות;** עקרון ההדדיות מציג את הגישה לפיה יש על הצדדים לסכסוך מזוין לנהוג זה כלפי זה תוך כיבוד כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (Sean Watts, Reciprocity and the Law of War, 50(2) Harvard Int'l L. J. (2009) 366). עם זאת, כיום, המשפט ההומניטרי הבינלאומי אינו כפוף לעקרון ההדדיות, כך שהעובדה כי צד לסכסוך איננו מקיים את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי איננה פוטרת את הצד השני מלקיים כללים אלו.

164. ישראל טוענת לאורך השנים כי מלחמתה בטרור היא מלחמה א-סימטרית הדורשת, לא אחת, הפעלת שיטות לחימה ייחודיות, ובהן הסתערבות (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 37-38). לדידנו, אין לקבל טענה זו. אכן, לוחמה א-סימטרית מספקת קרקע "נוחה" מאוד לפיתוח שיטות לחימה שונות החורגות מכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ואף ניתן לטעון שאין זה מציאותי לצפות מלוחמים לעמוד בדרישות כל כך קפדניות

של הבחנה בעוד שיריביהם מנצלים התנהגות זו בדיוק לטובתם. אולם, מאחר והדדיות אינה תנאי לתחולתו של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, הרי שלא ניתן לפטור צבא סדיר מחובתו לפעול על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי רק בשל היות המלחמה א-סימטרית. כל טיעון שכזה עלול להוביל למדרון חלקלק לעבר התמוטטות של עיקרון ההבחנה והגנות שניתנות על ידי המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

ג.6.ב.1.ב. האיסור המנהגי על הריגה, פציעה ולכידה תוך שימוש במעל ופעולה בוגדנית

165. במשפט הבינלאומי ההומניטרי פעולת ההסתערבות מוגדרת באמצעות שני מושגים שונים, אך קרובים ודומים, הראשון: perfidy – שמשמעותו הוא שימוש במעל, והשני: treachery – שמשמעותו הוא פעולה בוגדנית. **שניהם אסורים** על פי הדין המנהגי.

166. האיסור על perfidy, שימוש במעל, מעוגן בסעיף 37 לפרוטוקול הראשון:

“**It is prohibited to kill, injure or capture** an adversary by resort to perfidy. Acts inviting the confidence of an adversary to lead him to believe that he is entitled to, or is obliged to accord, protection under the rules of international law applicable in armed conflict, with intent to betray that confidence, shall constitute perfidy. The following acts are examples of perfidy:

- (a) the feigning of an intent to negotiate under a flag of truce or of a surrender;
- (b) the feigning of an incapacitation by wounds or sickness;
- (c) **the feigning of civilian, non-combatant status**; and
- (d) the feigning of protected status by the use of signs, emblems or uniforms of the United Nations or of neutral or other States not Parties to the conflict” .

167. כלומר, לפי סעיף זה, אסור להרוג, לפצוע או ללכוד יריב באמצעות שימוש במעל (perfidy). שימוש במעל מוגדר בסעיף זה כ"מעשים המזמינים את אמונו של היריב על מנת להביאו להאמין שהוא זכאי להגנה, או מחויב להעניקה על-פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוך מזויין, בכוונה לבגוד באמון זה" (ר' תרגום הפרוטוקול הראשון, אתר ארגון "בצלם"). קרי, שעל המשתמש במעל ליצור, תחילה, אמון אצל

היריב, ולאחר מכן לבגוד באמון זה באמצעות פעולת מלחמה. סעיף זה מבסס שימוש במעל על שלושה מרכיבים:

- א. **הזמנת אמונו של היריב** – כאשר צד אחד לעימות מזמין את אמונו של היריב ומוביל אותו להאמין שהוא יהיה זכאי להגנה תחת החוק החל בעת סכסוך מזויין.
- ב. **קיומה של הגנה המוענקת על ידי המשפט הבינלאומי**, אשר חלה בעת סכסוך מזויין. זהו אלמנט אובייקטיבי.
- ג. **כוונה למעול באמון של היריב** כדי לגרום למותו, לפציעתו או ללכידתו. זהו אלמנט סובייקטיבי מצטבר של בחינת היסוד הנפשי של המועל באמון יריבו.

168. מקרים של הסתערבות, כמו המקרה בו נלכד העותר השני, עונים על הגדרת השימוש במעל שכן המסתערבים מתחפשים לאזרחים ומטרתם להיטמע באוכלוסייה האזרחית כדי לרכוש את אמונה (ראה תיאור עבודת המסתערבים לעיל, בעמ' 43-46). לאחר שהגיעו לקרבתו של האדם אותו הם אמורים ללכוד, הם מועלים באמונו ובאמון הסביבה וזאת בכדי להרוג, לפצוע או ללכוד אותו, והכול בהתאם לפקודת המבצע שהוכנה מראש. יודגש, סעיף 37 מכיל מספר דוגמאות לשימוש במעל וביניהן, בסעיף (c), התחזות לאזרח לא לוחם. דוגמא זו מתארת באופן מדויק את האופן בו פועלים המסתערבים, כלעיל.

169. האיסור על treachery, פעולה בוגדנית, מעוגן בתקנה (b) 23 לתקנות האג 1907:

Art. 23. In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden

- (a) To employ poison or poisoned weapons;
- (b) To **kill** or **wound treacherously** individuals belonging to the hostile nation or army;

.....

170. כלומר, לפי סעיף זה, האיסור הוא על "הריגה או לפציעה בצורה בוגדנית של בני אדם השייכים לאומה או לצבא עוינים" (תרגום אמנת האג, אתר ארגון "בצלם"). סעיף זה, כמו שאר אמנות האג, מהווה משפט מנהגי המחייב את כל המדינות ובכללן גם את ישראל. (ר' אמנת האג, אתר הצלב האדום ICRC).

171. לא נעלם מעינינו שבעוד שהאיסור על שימוש במעל (perfidy) כולל **במפורש** את האיסור על לכידה ואילו האיסור על פעולה בוגדנית כולל **רק** איסור על הריגה או פציעה. עם זאת, אנו סבורים שכיום האיסור על לכידה באמצעות שימוש במעל הוא **איסור מנהגי** מכמה סיבות. ראשית, הפרוטוקולים הרשמיים של ההצבעות על סעיף 37 לפרוטוקול הראשון מראים כי סעיף זה **התקבל כקונצנזוס** מלא בין כל המדינות המשתתפות (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 45-46); Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, 121-122 (1974-1977). כלומר, כל המדינות שהשתתפו בדיונים סביב הפרוטוקול הראשון הסכימו שהאיסור על לכידה באמצעות שימוש במעל הוא איסור מנהגי. נציין בהקשר זה, שאיסור על שימוש במעל בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים לא התקבל, בקונצנזוס גם כן, בשל התנגדותן של מדינות רבות להכללת איסור זה (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 45). משכך, ניתן להבין כי המדינות שהשתתפו בדיונים הבינו היטב את משמעות ההצבעה שלהם על סעיף 37 בגרסתו הנוכחית.

172. שנית, מנשחי הסעיף סברו כנראה שכל מבצע שתכליתו ללכוד לוחם של הצד היריב באמצעות שימוש במעל, סביר מאוד שישתייך בהריגה או פציעה, ולכן יש צורך לכלול בתוך האיסור על שימוש במעל גם איסור מפורש על לכידה (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 46). כמו כן, ניתן לעשות אנלוגיה בין לכידה לבין הריגה או פציעה במובן זה שהם כולם אמצעים לנטרול היריב (ICRC CIHL, Vol 3. Part 1, 1370 § 862).

173. שלישית, העקרונות המרכזיים והיסודיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי – עקרון ההבחנה בין אזרחים ללוחמים והעיקרון לפיו לוחמים שנופלים בשבי זוכים להגנה כשבויי מלחמה – מופרים במקרים של שימוש במעל, כפי שנפרט בהמשך, ולכן גם אסורים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מכאן, שאין לאסור רק הריגה או פציעה באמצעות שימוש במעל, אלא שיש לאסור גם פעולת לכידה (Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, eds., Commentary on the Additional Protocols 429-444 (1987) (להלן, APs Commentary)).

174. רביעית, המחקר של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי של הצלב האדום (ICRC CIHL), שהינו המחקר המקיף ביותר של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי, המבוסס על פרקטיקת מדינות ומחקרים של גדולי המשפט הבינלאומי, קובע בסעיף 65:

Rule 65. Killing, injuring or capturing an adversary by resort to perfidy is prohibited.

175. כלומר, לפי ממצאי המחקר של הצלב האדום, ישנו איסור מנהגי להרוג, לפצוע או ללכוד יריב באמצעות שימוש במעל. כאמור, כלל זה הינו חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי המחייב (מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום, כלל 65).

176. לסיכום העניין, למרות שהאיסור על לכידה נמצא רק בפרוטוקול הראשון, ולכן, לכאורה, מחייב רק מדינות החתומות עליו (ר' למשל, **דינשטיין, דיני מלחמה, בעמ' 266**), הרי שכפי שהראנו לעיל, האיסור על לכידה הפך ברבות השנים **לאיסור מנהגי ומשכך מחייב את ישראל, ואוסר עליה להשתמש בהסתערבות גם למטרות לכידה.**

177. בהקשר זה נציין, כי במסגרת ההסבר לכלל 65 של מחקר המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי והפירוט על פרקטיקת המדינות, נאמר באופן מפורש שמדריך הלחימה של צבא הגנה לישראל אוסר על שימוש במעל (perfidy) **גם למטרות לכידה** (ICRC CIHL, Vol I: Rules, Rule 65 § 945; ICRC ICRC CIHL, Vol II: Practice, Rule 65, Military Manuals, Israel). כלומר, ישראל הצהירה במדריך צבאי רשמי כי היא לא מתירה את ביצוען של פעולות הסתערבות גם אם מטרתן היא לכידה בלבד.

“As a basic policy, the IDF [Israel Defense Forces] prohibits the resort to perfidy to kill, injure or capture an adversary”

178. מיד נציין שניסיונותינו המאומצים להשיג את המדריך הצבאי עליו מסתמך הצלב האדום במחקרו לא צלחו. על כן, נבקש מבית המשפט הנכבד להורות למשיבה הראשונה להעביר לעותרים את המדריך המוזכר לפי תוכנו, כאמור. ובכל מקרה, נוכחים אנו לראות כי בפועל, פועלת מדינת ישראל בניגוד להצהרותיה ומבצעת כעניין שבשגרה הסתערבות צבאית למטרות לכידה בשטחי האזור, כולל בשטחי A ב.

179. העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד, במסגרת הסעדים המבוקשים, להורות למדינה **להסביר את הסתירה** בין התחייבותה להימנע משימוש במעל למטרות לכידה (perfidy), כפי שזו באה לידי ביטוי במסגרת מדריך הלחימה של צבא הגנה לישראל האוסר הסתערבות צבאית למטרות לכידה, ובין הפרקטיקה בפועל לפיה כוחות הביטחון ממשיכים מדי יום לבצע פעולות הסתערבות לצורך לכידת מבוקשים; פעולות שלא אחת נפצעים ונהרגים בהם הנלכדים או אזרחים אחרים שהיו בסביבת האירוע, כפי שקרה במקרה נשוא העתירה.

ג.6.ג. ההסתערבות הצבאית והעקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה

180. תחת הנחה חלופית, ולמעלה מן הצורך, אנו סבורים כי גם אם תתקבל הטענה שהאיסור על לכידת יריב באמצעות שימוש במעל הוא איננו דין מנהג, אלא מחייב רק את מי שחתום על הפרוטוקול הראשון, כפי שטוען, למשל, המלומד יורם דינשטיין (דינשטיין, דיני מלחמה, בעמ' 266) וכפי שנטען במדריך סן-רמו לסכסוכים מזויינים שאינם בינלאומיים (Yoram Dinstein, Charles H.B. Garraway, Michael N. Schmitt, San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (2006)), הרי שעדיין ההסתערבות הצבאית שמבצע צה"ל מנוגדת לארבעת העקרונות ההומניטריים המרכזיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי - עקרון הצורך הצבאי (military necessity), עקרון האבחנה (distinction), עקרון המידתיות (proportionality) ועקרון מניעת הסבל המיותר (unnecessary suffering) (ראו לדוגמא, International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, July 8, 1966, para 78 (להלן: חוות דעת נשק גרעיני)), כפי שיידון להלן.

181. ארבעת העקרונות ההומניטריים לעיל עוסקים בהגנה על האינטרסים ההומניטריים של הצדדים הלוחמים. הם מגבילים את זכותם של כוחות לוחמים להפעיל אלימות נגד אנשים המצויים מחוץ למעגל הלחימה הישיר, מגדירים מהן מטרות לגיטימיות לתקיפה, מהו סוג הנשק בו מותר בשימוש כנגד לוחמים של הצד השני ועוד (דינשטיין, דיני מלחמה, בעמ' 15-8).

182. במרכזו של ניתוח חוקיות שיטות הלחימה מצוי הצורך באיזון בין 'האינטרסים ההומניטריים' המבוססים על זכויותיהם של בני אדם שנקלעו לסכסוכים חמושים לבין 'הצורך הצבאי הלגיטימי' של מדינה להכניע את אויביה (דינשטיין, דיני מלחמה, בעמ' 12-8). בחלק זה של העתירה נציג את ניתוחנו לגבי החוקיות של פעולת ההסתערבות לאור ארבעת העקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה.

ג.6.ג.1. ההסתערבות ועקרון הצורך הצבאי

183. עקרון הצורך הצבאי (military necessity) עומד בבסיסו של אחד הרעיונות המרכזיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי לפיו אין לפגוע באנשים שיצאו ממעגל הלחימה, ופגיעה כזו תחשב חוקית באשר היא נועדת להגשמת צורך צבאי לגיטימי. משכך, פגיעה במי שאינם מגשימים צורך צבאי לגיטימי איננה מקדמת צורך צבאי כלשהו ובעיקר איננה מובילה להחלשת האויב, הכנעתו או סיום הקרבות, כפי שדורש עיקרון הצורך הצבאי כהצדקה לפגיעה בעקרונות ההומניטריים (W.J. Fenrick "The Rule of Proportionality" 98 Mil. L. Rev. (1982) 91,93 (and Protocol I in Conventional Warfare)).

184. ברור לנו כי לעיתים השאלה לגבי מה מהווה צורך צבאי היא שאלה שאין אפשרות לענות עליה בנקל. הדבר נכון בעיקר כאשר מדובר בפגיעה באנשים אשר שייכים מחד למנגנונים סמי-צבאיים ומאידך משמשים גם בתפקידים אזרחיים מובהקים. עם זאת, נקבע כבר בהכרזת סנט פטרסבורג מ-1868 שהמבחן המכריע לקביעת מהי מטרה העונה על ההגדרה צורך צבאי הוא מבחן ההחלשה הצבאית Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November 1868.

185. יישום ספציפי של מבחן ההחלשה הצבאית ניתן למצוא בסעיף 52(2) לפרוטוקול הראשון שקובע על דרך ההרחבה כי החלשת האויב תביא ל'הכרעה צבאית ברורה' כד:

"Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage."

186. בהקשר הישראלי, נדונה השאלה לגבי בחירת מטרות ההתקפה בפרשת **הסיכולים הממוקדים**. עמדת ממשלת ישראל בפרשה זו הייתה שאזרחים המעורבים בפעולות טרור מהווים יעד לגיטימי להתקפה כל עוד לא יצאו ממעגל הלחימה (הודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה בבג"צ **הסיכולים הממוקדים**, פס' 156-152). עם זאת, העמדה של הקהילה הבינלאומית כפי שהשתקפה בוועדת החקירה של האו"ם שבחנה את מדיניות ישראל בשטחים הייתה כי יש לפגוע באזרחים מעורבים בלחימה **אך ורק במהלכן של פעולות הלחימה** בהן הם משתתפים בעצמם ולא לפני כן או לאחר מכן (Human Rights Commission Inquiry Report on the Question of the Violations of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Orna Ben-Naftali and 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) זאת בהתבסס על לשון סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון:

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

187. משכך, יטענו העותרים כי **לכידתו** של העותר השני בפעולת ההסתערבות הצבאית האמורה נעשתה **בניגוד לעקרון הצורך הצבאי**, שכן העותר נוטרל ויצא ממעגל הלחימה בהיותו פצוע בדרגה בינונית ומאושפז בבית החולים לתקופת החלמה ניכרת, שבסופה כלל לא ברור האם ישוב לבצע פעולות איבה, והאם במידה וישוב לפעול בחסות ארגון החמאס, יחשבו פעולותיו כנטילת חלק ישיר בפעולות איבה עתידיות אשר מי יישורנו. בפרק הזמן בו העותר השני נמצא באשפוז בבית החולים, הייתה יכולה ישראל לפעול למעצרו בדרכים מידתיות חלופיות שאוזכרו ושיוזכרו גם בהמשך ואשר אינן עולות כדי שימוש אסור במעל.

ג.ג.2. ההסתערבות ועקרון ההבחנה

188. **עקרון ההבחנה** הינו עקרון יסוד מרכזי מבין ארבעת העקרונות ההומניטריים של דיני המלחמה, ויש אף הטוענים שהוא החשוב מבניהם (**חוות דעת נשק גרעיני**, בעמוד 257, סעיפים 79–78). עקרון זה קובע כי על הכוחות הלוחמים להימנע מלתקוף באופן ישיר מטרות אזרחיות. כלומר, **להבחין** בין יעדים ומטרות צבאיות לבין יעדים ומטרות אזרחיות (**הפרוטוקול הראשון**, בסעיף 51; **חוות דעת נשק גרעיני**, בפסקה 78). כמו כן, עקרון זה מחייב את הכוחות הלוחמים **לנקוט אמצעים שיבטיחו** את זיהויים של לוחמים **ויבדילו** ביניהם לבין האוכלוסייה האזרחית (**הפרוטוקול הראשון**, בסעיף 48).

189. בית משפט נכבד זה הכיר בחשיבות של עקרון ההבחנה בין אזרחים ללוחמים ופסק בפרט, כי יש **לבטל** את נוהל המוכר כ"אזהרה מוקדמת" במסגרתו השתמש הצבא בתושבים פלסטינים מקומיים כ"מודיעים" שתפקידם להיכנס למבנה בו מצויים על פי החשד מבוקשים בפעילות טרור ולבקש מהם להסגיר את עצמם או לחילופין להיכנס ראשוניים למבנה טרם כניסתם של החיילים על מנת לסרוק אותו ולבדוק שהוא ריק מאדם. בית משפט נכבד זה פסק שהנוהל האמור פוגע בעקרון ההבחנה בכך שהוא מסכן אזרחים ומערב אותם בתוך הלחימה כמגנים אנושיים (בגץ 3799/02 **עדאלה** – **המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, פ"ד ס(3) 67, (2006), פסקה 24).

190. עקרון ההבחנה נחשב לחלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי וחל בכל סכסוך מזוין – בינלאומי ושאינו בינלאומי (**מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום**, כלל 1). עקרון ההבחנה מופיע בסעיפים 48, 51(2) ו-52(2) **לפרוטוקול הראשון**. לעקרון זה שני היבטים:

(א) **היבט שלילי** – היבט זה מחייב את הצדדים לסכסוך מזוין להימנע מלתקוף באופן ישיר אזרחים או מטרות אזרחיות.

(ב) **היבט חיובי** – היבט זה מחייב את הצדדים הלוחמים להימנע מפעולות אשר עשויות לטשטש את ההבחנה בין אזרחים ללוחמים, לדוגמא באמצעות לבישת בגדים אזרחיים.

ג.6.ג.2.א היבט שלילי- האיסור לתקוף אזרחים ומטרות אזרחיות

191. ההיבט השלילי של עקרון ההבחנה מחייב, כאמור, את הצדדים הלוחמים להימנע מלתקוף באופן ישיר אזרחים או מטרות אזרחיות. משכך, השימוש בהסתערבות על מנת ללכוד אזרחים פלסטינים **אסורה** ונוגדת את עקרון ההבחנה.

192. נזכיר, כי כפי שהוסבר בפירוט בפרק ג.5.2, ישנן שתי קטגוריות אליהם יכולים להשתייך בני אדם המצויים בסכסוך מזוין – לוחמים או אזרחים. לאור הניתוח אותו ביצענו בפרק האמור, הרי שהעותר השני נחשב לאזרח בעת לכידתו כשהוא שוכב פצוע בבית החולים, ולכן פעולת ההסתערבות ללכידתו מנוגדת לעקרון ההבחנה. נוסף ונדגיש, כי גם אם העותר השני לקח בעבר חלק בפעילות מלחמתית נגד ישראל, הרי שהוא אינו נחשב ללוחם, אלא לאזרח הלוקח חלק בפעילות מלחמתית, וככזה הוא מאבד את חסינותו מפני פגיעה רק בזמן בו הוא לוקח חלק בפעילות המלחמתית. במקרה דנן, העותר השני יצא ממעגל הלחימה ולכן לכידתו באמצעות פעולת ההסתערבות איננה חוקית לפי דיני הלחימה, ומפרה, כאמור, את עקרון ההבחנה.

ג.6.ג.2.ב היבט חיובי- החובה לנקוט באמצעים שמבחינים בין לוחמים לאוכלוסייה אזרחית

193. ההיבט החיובי של עקרון ההבחנה מחייב, כאמור, את הצדדים לסכסוך מזוין לנקוט באמצעים אשר יבחינו בין לוחמים לאזרחים. כפי שתואר בהרחבה בפרק ג.5.2 על לוחם להבדיל את עצמו בבירור מאזרח על מנת שיזכה למעמד של שבוי מלחמה. כפי שהוסבר בפרק ג.5.2, לוחם יכול להבדיל את עצמו מאזרח באמצעות לבישת מדים, סמלים מזהים ונשיאת נשק בגלוי.

194. חובת הצדדים לנקוט באמצעים אשר יבחינו בין לוחמים לאזרחים מעוגנת בסעיף 48 לפרוטוקול הראשון:

“In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the

civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives”.

195. כלומר, לפי סעיף זה, על הצדדים לסכסוך המזויין לוודא בכל עת שישנה אפשרות להבחין ולהבדיל בין אזרח ומטרה אזרחית לבין לוחם ומטרה צבאית. בנוסף, על הצדדים לכוון את פעולות הלחימה רק ללוחמים ולמטרות צבאיות.

196. מכאן ניתן להסיק בנקל שהעובדה כי מסתערים מגיעים לעיר או כפר פלסטיני בלבוש מקומי תוך הסתרת זהותם האמיתית, כוונתם ונשקם, עולה כדי הפרה של עקרון ההבחנה שכן הם מטשטשים את ההבדל בין לוחם לאזרח.

ג.ג.6.3 ההסתערבות ועקרון המידתיות

197. **עקרון המידתיות** קובע שפעולה צבאית איננה מותרת אם היא צפויה לגרום פגיעה באינטרסים הומניטריים ביחס בלתי מידתי לתועלת הצבאית הצפויה מן הפעולה. עקרון זה עוגן בסעיף 51(b) לפרוטוקול הראשון:

“An attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

198. הוועדה לבחינת הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה הציגה מספר מבחני משנה שמטרתם לקבוע האם פעולה מסוימת חרגה בבירור מעקרון המידתיות (Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against The Federal Republic of Yugoslavia Final Report, para. 48 (2000). המבחנים הם: **ראשית**, האם ניתן להשיג תוצאה טובה דומה באמצעים חלופיים שאינם גורמים לנזק דומה? **שנית**, האם הייתה קיימת מודעות בפועל לנזק הצפוי? **שלישית**, האם החריגה מעקרון המידתיות הייתה חריגה בולטת.

199. לדידנו, התשובה על כל השאלות הללו בנסיבות המקרה דן היא שאכן נעשתה **חריגה מעקרון המידתיות** בפעולת הסתערבות זו, כמו גם בפעולות הסתערבות צבאית כשגרת העתים. לעניין המבחן הראשון, היה

ניתן להשיג תוצאה דומה באמצעות מנגנון שיתוף הפעולה עם כוחות הביטחון הפלסטינים. כאמור בפרק ג.4.ב.3.א, כוחות הצבא ומנגנוני הרשות הפלסטינית מקיימים שיתוף פעולה בטחוני שוטף. הצבא יכול היה באמצעות שיתוף פעולה זה לדאוג למעצרו של העותר ולהסגרתו לישראל במידת הצורך לאחר שיחלים. לחילופין, יכלו החיילים לבצע את המבצע בעודם נושאים נשק בגלוי ובלבשם מדים ולעצור את העותר באמצעות פקודת מעצר בהתאם לס' 30 **לצו בדבר הוראות ביטחון**.

200. לעניין המבחן השני, המסתערבים פעלו בתוך בית חולים תוך התחזות לאישה בהריון הישובה על כיסא גלגלים, כאשר שאר המסתערבים מתחזים לבני משפחה המלווים אותה. פעולה שכזו, בתוך שטח קטן ובנוכחות אנשים רבים, היא פוטנציאל לנזק ופגיעה בחפים מפשע, ובעבר, פעולות הסתערבות גרמו לפציעתם של חפים מפשע (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 25-26). על כן, ניתן לומר כי הצבא מודע לנזק הפוטנציאלי הצפוי מפעולות הסתערבות, ובכל זאת מחליט להמשיך בפרקטיקה האסורה בדין הבינלאומי.

201. לעניין המבחן השלישי, נטען שכיוון שפעולת ההסתערבות נעשתה בתוך בית חולים, אזור מוגן על פי הדין הבינלאומי (**הפרוטוקול הראשון**, סעיף 52), וכנגד חולה הפצוע באורח בינוני, הרי שמדובר בחריגה בולטת מעקרון המידתיות, כמוסבר גם בהקשר ההגנות ההומניטאריות החלות על פצועים וחולים לעיל.

202. הועדה לבחינת הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה קבעה שאי עמידה במבחני המשנה של עקרון המידתיות כפי שהוצגו לעיל יכולים לעלות כדי **עבירה המצדיקה הטלת אחריות פלילית אישית על מבצעי הפעולה ומפקדיהם** כפי שזו באה לידי ביטוי בס' 8(2)(b)(4) לחוקת רומא (Rome Statute of the International Criminal Court).

Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated".

203. נדגיש, עם זאת שהעותרים אינם טוענים להעמדה לדין והנושא מצוי מחוץ לגדר העתירה דנן.

ג.ג.4. ההסתערבות ועקרון מניעת הסבל המיותר

204. **עקרון מניעת הסבל המיותר** הינו במידה מסוימת יישום ספציפי של עקרון הצורך הצבאי. עקרון זה הוא מהעקרונות הוותיקים ביותר בדיני הלחימה אשר בא לידי ביטוי כבר בהכרזת סנט פטרסבורג משנת 1868 (St Petersburg Declaration relating to Explosive Projectiles, 1868):

“[Considering] that for this purpose it is sufficient to disable the greatest possible number of men; That this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable; That the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity”

מכאן, שמטרת המלחמה אמורה להתמקד בנטרול כוחות האויב. פגיעה אשר גורמת לסבל מיותר לאותם האנשים שיצאו מחוץ למעגל הלחימה איננה משרתת עוד צורך צבאי ועל כן אינה חוקית (**חוות דעת נשק גרעיני**, בעמ' 257, **דינשטיין**, **דיני מלחמה**, בעמ' 36-73).

205. לאור עקרון מניעת הסבל המיותר, נבקש מבית משפט נכבד זה להורות לצבא להימנע מביצוע פעולות הסתערבות באזורים הומי אדם בהם יכולה להיפגע אוכלוסייה אזרחית בלתי מעורבת, בדגש על מקומות שאמורים להיות מקלט בטוח ומוגן כמו בית חולים, גם למי שיצאו ממעגל הלחימה והחוסים בצילם. כמו כן, נבקש להורות לצבא להימנע מלבצע פעולות הסתערבות כלפי חולים או פצועים שעליהם חלות הגנות מיוחדות על פי דיני הלחימה (**דינשטיין**, **דיני מלחמה**, בעמ' 190-191), ואשר יש בהפרת הגנות אלו גם כדי לגרום נזק לא הכרחי כמוסבר.

ג.ג.ד. הסתערבות צבאית אינה תחבולת מלחמה מותרת

206. למעלה מן הצורך, העותרים מבקשים להבהיר כי פרקטיקת ההסתערבות הצבאית שבה נוקטת מדינת ישראל **אינה עולה** לכדי שימוש מותר בתחבולת מלחמה מותרת (Ruses of War).

207. כאמור, סעיף 137(1) לפרוטוקול הראשון **אוסר על שימוש במעל** לשם הריגה, פגיעה, או לכידה. עוד קובע הסעיף כי העמדת פנים על ידי לוחם כי הוא אזרח, מהווה שימוש במעל אם הוא מקיים את שלושת התנאים המצטברים הבאים כנדון גם לעיל: ראשית, הזמנת אמונו של היריב להאמין שהוא זכאי להגנה

תחת החוק החל בסכסוך מזויין; שנית, קיומה של הגנה במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל על סכסוכים מזויינים (רכיב אובייקטיבי); שלישית, כוונה לבגוד באמון היריב בכדי להביא להריגתו, פציעתו או לכידתו (רכיב סובייקטיבי).

208. על אף האמור לעיל, סעיף 37(2) לפרוטוקול הראשון, מקים חריג למכלול התנאים לעיל, האוסרים בצוותא חדא על שימוש במעל כאשר הוא מתיר לצדדים לסכסוך מזויין להשתמש בתחבולות מלחמה במפורש:

“Ruses of war are not prohibited. Such ruses are acts which are intended to mislead an adversary or to induce him to act recklessly but which infringe no rule of international law applicable in armed conflict and which are not perfidious because they do not invite the confidence of an adversary with respect to protection under that law. The following are examples of such ruses: the use of camouflage, decoys, mock operations and misinformation”.

209. כלשון הסעיף עולה כי תחבולות מלחמה אשר נועדו להטעות את היריב, אך אין בהן כדי לפגוע באף כלל של המשפט הבינלאומי החל בסכסוך מזויין - הינן מותרות, כל עוד הן אינן מזמינות את אמונו של היריב בקשר להגנה לה הוא זכאי במסגרת דיני הלחימה.

210. המשפט הבינלאומי ההומניטארי ההסכמי והמנהגי רואה חמש פרקטיקות צבאיות כמותרות, לפחות במצבים מסוימים: הסוואה, מארב, כיסוי, מלכודות ומוקשים. נדגיש עם זאת, אין זה אומר, שהסוואה של אובייקט צבאי כאובייקט אזרחי לעולם לא תיחשב שימוש במעל, האסורה על פי סעיף 37(1) לפרוטוקול הראשון (Kevin Jon Heller, *Disguising A Military Object As A Civilian Object: Prohibited Perfidy Or Permissible Ruse Of War?* (2015) at 535 (להלן: Heller)). לעניין ההסוואה (camouflage) אין זה מפתיע לראות כי סעיף 37(2) קובע שמדובר בתחבולה מלחמתית מותרת, שכן מדינות הסוּו באופן שגרתי את חייליהם וחפציהם מאז ומעולם (Heller, בעמ' 521). לא זו אף זו, את חוקיות ההסוואה של חיילים וחפצים הקבועה בסעיף 37(2), אישרו 174 מדינות. אישור זה בא לידי ביטוי גם במספר רב של מדריכים צבאיים, כולל זה של ישראל (Heller, בעמ' 522).

211. עולה מן המקובץ, השאלה הרלוונטית לענייננו היא האם לכידה של אויב, כשהוא פצוע ומקבל טיפול רפואי בבית חולים אזרחי, על ידי שימוש בהסוואה של לוחם כאזרח, הינה מותרת על פי סעיף 37(2) לפרוטוקול הראשון, או שמא מדובר בשימוש במעל?

212. העותרים יטענו כי גם אם פעולת המסתערבים הינה הסוואה מותרת, הרי הכוח המסתערב ניצל בפעילותו את ההגנה ההומניטרית העומדת לעותר השני, מה שהפך את התחבולה המלחמתית לאסורה.

213. כאמור, עקרון ההבחנה הקבוע בסעיף 48 של הפרוטוקול הראשון קובע כי צדדים לסכסוך מזויין יבחינו בכל עת בין האוכלוסייה האזרחית לבין הלוחמים, ובין מטרות אזרחיות לבין מטרות צבאיות, כאשר על הצדדים לכוון את פעולותיהם אך ורק כנגד מטרות צבאיות. כמו כן, סעיף 37(1)(ג) אוסר במפורש על "זיוף מעמד אזרחי, שאינו לוחם". לשון קיצור, לוחם מבצע שימוש במעל, כל אימת שהוא מתחפש לאזרח על ידי לבוש בגדים אזרחיים ובלוכדו את יריבו, כמוסבר.

214. לסיכום, עבור פרקטיקות לחימה מוסוות, הרי שלבוש מדים אזרחיים בתוך אזור אזרחי הוא צעד אסור שאינו מהווה תחבולה מלחמתית מותרת. ביצוע פעילות צבאית בתוך בניין אזרחי הינה הפרה של סעיף 48 היות ואין הבחנה בין מטרה אזרחית לבין מטרה צבאית (Heller, בעמ' 535). מכאן, כוח המסתערבים ניצל במכוון את ההגנה מפני התקפה שמגיעה לעותר השני מכוח סעיף 48 לפרוטוקול הראשון, כאשר ביצע את פעילותו בבניין אזרחי. זאת ועוד הוא הפר את סעיף 37(1)(ג) כאשר הוא הזמין את אמון היריב להאמין שהוא זכאי להגנה או חייב לתת הגנה כאשר הוצג בפניו מצג לפיו מדובר באזרחים תמימים המלווים אישה בהריון לקבלת טיפול רפואי.

ג.6.ה הסתערבות צבאית וריגול

215. לשם השלמת התמונה מצאנו לנכון להתייחס גם **לסוגיית הריגול**, על אף שאינה עולה במישרין בענייננו, אלא שיכול שיהא בה כדי לסייע בידי כבוד בית המשפט לגבש את עמדתו ביחס לסוגיית ההסתערבות הצבאית במישור הרחב. 'ריגול' כשלעצמו אינו אסור תחת המשפט ההומניטרי הבינלאומי (Heller, בעמ' 523). 'מרגל' מוגדר בסעיף 29 לאמנת האג השנייה משנת 1899 (Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899) כד:

"A person can only be considered a spy when, acting clandestinely or on false pretenses, he obtains or

endeavors to obtain information in the zone of operations of a belligerent, with the intention of communicating it to the hostile party. Thus, soldiers not wearing a disguise who have penetrated into the zone of operations of the hostile army, for the purpose of obtaining information, are not considered spies. Similarly, the following are not considered spies: Soldiers and civilians, carrying out their mission openly, entrusted with the delivery of dispatches intended either for their own army or for the enemy's army. To this class belong likewise persons sent in balloons for the purpose of carrying dispatches and, generally, of maintaining communications between the different parts of an army or a territory”.

לשון אחרת, אדם ייחשב כמרגל רק בהשיגו או בנסותו להשיג, בפעולה חשאית או בטענות שווא, ידיעות בשטח של הצד לוחם אחד מתוך כוונה להעביר אותן ידיעות אל הצד שכנגד.

216. בנוסף, סעיף 46 לפרוטוקול הראשון, המתבסס על העקרונות שבסעיף 29 לאמנת האג השנייה, קובע בין

השאר כ:

“1. Notwithstanding any other provision of the Conventions or of this Protocol, any member of the armed forces of a Party to the conflict who falls into the power of an adverse Party while engaging in espionage shall not have the right to the status of prisoner of war and may be treated as a spy.

2. A member of the armed forces of a Party to the conflict who, on behalf of that Party and in territory controlled by an adverse Party, gathers or attempts to gather information shall not be considered as engaging

in espionage if, while so acting, he is in the uniform of his armed forces."

217. קרי, חבר בכוחות המזוינים של צד לסכסוך, אשר נופל לידי של צד יריב בעת ביצוע ריגול, לא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה, וניתן יהיה לנהוג בו כמרגל. כמו כן, חבר בכוחות מזוינים של צד לסכסוך, אשר מטעמו של אותו צד ובשטח הנשלט על ידי צד יריב, אוסף או מנסה לאסוף מידע, לא ייחשב כעוסק בריגול אם תוך כדי פעולתו הוא לובש מדים של כוחותיו המזוינים.

218. סעיפים (1)46 ו-(2), כשנקראים יחד, מחדדים את המנהג לפיו לוחם שנמצא בשטחי היריב בלבוש אזרחי בניסיון לאסוף מידע בנוגע ליריב, אינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה והחסינות המלחמתית. כתוצאה מכך, לוחם זה יועמד לדין וענישה על פי הדין המקומי (מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום, כלל 107; רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 52).

219. המונח "ריגול" שבסעיף (1)46 כולל את הביטוי "אוסף או מנסה לאסוף מידע" שבסעיף (2)46, והוא עומד במרכזו של סעיף 46 בכללותו. סעיף 46 נועד בראש ובראשונה להתייחס למרגלים, היות ורכיב עיקרי בהיות המרגל ככזה הוא איסוף או ניסיון לאסוף מידע (Major William H. Ferrell, No Shirt, No Shoes, No Status: Uniforms, Distinction, And Special Operations in International Armed Conflict 178 Military Law Review 94, 125 (2003) (להלן: Ferrell)).

220. סעיף (3)44 לפרוטוקול הנוסף הראשון מחייב חיילים להבדיל את עצמם רק בזמן מתקפה ובפעולות צבאיות לפני מתקפה. לפיכך, לוחמים עלולים להיכנס לשטחי האויב בלבוש אזרחי, וכל עוד הם אינם "אוספים או מנסים לאסוף מידע" והם מבחינים את עצמם כנדרש בסעיף (3)44, הרי שהם לא עוסקים בריגול על פי סעיף 46, ולא הופר עקרון ההבחנה תחת סעיף (3)44.

221. בשולי העניין, יצוין כי סעיף 46 אינו מתייחס לריגול על ידי אזרחים. הריגול האזרחי נותר כפוף לסעיף 29 לאמנת האג השנייה (Ferrell, בעמ' 124).

222. כנטען בעתירה לעיל, סוגיית הריגול אינה נכרכת בשימוש במעל בהסתערבות צבאית שטיבה אינו איסוף מידע וממילא כוח המסתערבים הצבאי בעניינו לא נכנס לבית חולים חליל סולימאן שבעיר ג'נין במטרה לאסוף מידע או בניסיון לאסוף מידע, אלא לשם לכידת חשוד ברצח הזוג גולדברג ז"ל.

ג.1.6 תוצאות פעולת ההסתערבות הצבאית

223. לאחר שדנו בהרחבה בחוקיות פעולת ההסתערבות, נעבור כעת לדון בתוצאות של פעולה זו כפי שאלו מתחייבים מדיני הלחימה. תחילה, נדון בהשלכות של פעולת ההסתערבות על מעמד שבוי המלחמה לו זכאי לוחם הנתפס במהלך פעולה שכזו. לאחר מכן נדון בחובה לבצע חקירה בעקבות הריגה או פציעה של אזרחים שנגרמה בפעולת ההסתערבות. לבסוף, נדון באחריות הפלילית המוטלת על לוחמים שפעלו בהסתערבות.

ג.1.6.1. מעמד שבוי מלחמה

224. אחת הזכויות המרכזיות והחשובות להם זכאי לוחם בסכסוך מזויין הוא הזכות למעמד של שבוי מלחמה במידה והוא נתפס על ידי כוחות היריב (Gary D. Solis, The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law In War (2010), P.187 (להלן – Solis)). מעמד שבוי מלחמה מקנה ללוחם מגוון זכויות המעוגנות באמנת ג'נבה השלישית ובהן, בין היתר, הזכות לתנאי כליאה נאותים (אמנת ג'נבה השלישית, סעיפים 21-22, 25), ביחס למזון (אמנת ג'נבה השלישית, סעיף 26), ביחס לביגוד (אמנת ג'נבה השלישית, סעיף 27), ביחס לשירותי רפואה ולשירותי דת (אמנת ג'נבה השלישית, סעיפים 33-37) ועוד.

225. זכות חשובה שלה זכאי שבוי מלחמה היא הזכות לחסינות מפני העמדה למשפט פלילי (אמנת ג'נבה השלישית, סעיף 99) בגין פעולות המלחמה אשר ביצע ואינן עולות כדי פשעי מלחמה (אמנת ג'נבה השלישית, סעיפים 33-37).

226. לוחם שנתפס במהלך פעולת ההסתערבות, כאשר הוא אינו מבדיל את עצמו מהאוכלוסייה האזרחית בסימנים מובחנים, כלומר אינו מקפיד על עקרון ההבחנה, עלול לאבד את הזכות שלו למעמד של שבוי מלחמה (ר' מחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום, כלל 106; דינשטיין, דיני מלחמה, בעמ' 221). כלומר, הוא יכול לעמוד למשפט פלילי על השתתפותו בפעילות מלחמתית (שם).

227. לא זו אף זו, גם אם המסתערב חושף את עצמו במהלך הפעילות, הרי שאם ייתפס על ידי כוחות הצד היריב, הוא יזכה למעמד שבוי מלחמה, וכתוצאה מכך לחסינות מפני העמדה למשפט פלילי רק מהרגע בוא נחשף (Solis, בעמ' 220-224). משכך, מסתערב שנתפס יוכל לעמוד לדין פלילי על פעולות מלחמתיות שעשה טרם התגלה כאשר הן פעולות נגד השלום, פעולות שהן פשעי מלחמה או פעולות שהם פשעים נגד האנושות (אמנת ג'נבה השלישית, סעיף 85). בהקשר זה ראוי לציין שבפרשנות על סעיף 85 לאמנת ג'נבה השלישית (Commentary on Article 85 of the Third Geneva Convention) מוזכר במפורש השימוש במעל כגון ההסתערבות הצבאית של לוחם וזאת באמצעות לבוש אזרחי כדוגמא לפשע מלחמה.

228. האם ישראל יכולה להרשות לעצמה מצב בו יתפסו מסתערבים מכוחות הביטחון שלה בידי שוטרים או חמושים פלסטינים ויוחזקו על ידם על רקע האמור? בנוסף, האם אין בכך סכנה לפרוץ עימות נלווה בין ישראל לפלסטינים? ראו כדוגמא את המקרה בו נחטפו שלושה נערים צעירים על ידי שני פעילי חמאס ביוני 2014. פעולה שנגמרה בסגר קשה על הגדה המערבית, עשרות פעולות צבאיות שפגעו במרקם החיים של תושבי האזור ובהידרדרות למבצע צבאי מול עזה. לדידנו, כדי למנוע שפיכות דמים לא רצויה, יש על ישראל להימנע מפעולות הסתערבות צבאית באזור, ובדגש על שטחי A בו.

ג.1.6.2. חקירות בעקבות פעולת הסתערבות (חקירת מות בן דוד העותר 2)

229. בהתאם לדיני המלחמה, חלה על ישראל החובה לחקור חשדות להפרה חמורה של פשעי מלחמה (Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia). כאמור בסעיף 211 לעיל, הפרה של האיסור על שימוש במעל יכול לעלות כדי פשע מלחמה. לכן, נדרוש מבית המשפט הנכבד להורות למדינה לבצע חקירה יסודית ובלתי תלויה בכל פעם שיש חשד שפעולת ההסתערבות נעשת בניגוד לדיני המלחמה, ותוך הפרתם – לדוגמא במקרים בהם נפגע או נהרג החשוד או אזרח תמים שנקלע למקום.

230. בהקשר זה נציין כי דיני זכויות האדם מחייבים פתיחה של חקירה בכל מקרה בו ישנו חשד להפרה חמורה של זכויות אדם, כמו לדוגמא מקרים בהם נהרג אזרח. דיני זכויות האדם דורשים שהחקירה תהיה מעמיקה ותחקור את כלל הנסיבות שהובילו לשימוש בכוח שגרם להריגה (Louise Doswald-Beck, The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers? 88:864 IRRC 881-886 (2006) (904) (להלן – Doswald-Beck, The Right to Life in Armed Conflict). במידה והחקירה תמצא כי הפעלת הכוח נעשתה בניגוד לחוק הרי שפתח הליך משמעותי או הליך פלילי כנגד החשודים, ויינתן פיצוי לנפגע ולמשפחתו (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 65).

231. בנוסף, בפסק הדין בעניין **הסיכולים הממוקדים** קבע השופט ברק שיש צורך לבצע חקירה וביקורת שיפוטית בעקבות פעילות ביטחונית במהלכה נפגעו אזרחים תמימים (בג"צ הסיכולים הממוקדים, פס' 54). זוהי גם דעתם של מלומדים רבים (עמ' 65, הערה 164 יובל שני). משכך, ועקב הריגתו של אחמד מוראד חאדר המנוח בן הדוד של העותר השני, במהלך פעולת ההסתערבות הנדונה בעתירה זו, נבקש מבית המשפט הנכבד לכלול בסעדים המבוקשים, גם להורות על פתיחה בחקירה בלתי תלויה לגבי הנסיבות בהם נהרג מר אחמד מוראד חאדר המנוח במסגרת האירוע נשוא העתירה דן.

ג.1.6.3. אחריות פלילית

232. מושכלות יסוד הן כי לוחמים בסכסוך מזויין אמורים לפעול לפי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. לוחם שנתפס מפר את דיני הלחימה, למשל, כאשר הוא פועל במסגרת הסתערבות, עלול לעמוד לדין על השתתפותו הישירה בפעילות המלחמתית לפי החוק המקומי במדינה בה נתפס (Doswald-Beck, The Right to Life in Armed Conflict, בעמ' 881–904).

233. לכן, לוחמים אשר הפרו את דיני הלחימה באמצעות שימוש במעל, יכולים להיחשף לתביעות אחריות פלילית ישירות. במקרה דנן, נבקש מבית המשפט הנכבד שלאחר מיצוי החקירה ובמידה ויתגלה כי ישנם לוחמים ספציפיים שהפרו דיני לחימה, יקבע כי לוחמים אלו יישאו באחריות פלילית למעשיהם.

ד. סיכום

234. ברבות השנים, הוגשו לבית משפט נכבד זה, מאות עתירות הנוגעות לפעילות ישראל באזור, אך עובר למועד הגשת עתירה זו, טרם ניתנה דעתו של כב' בית המשפט לאחת הפעולות הצבאיות התכופות ביותר, שמתקיימת לפי עדות כוחות הביטחון, כמעט כל יום, היא פעולת ההסתערבות הצבאית (עמית מלמד, אתר רשמי של צה"ל, לעיל).

235. פעולות ההסתערבות נועדו, לרוב, כדי לתפוס מבוקשים החשודים בפעולות טרור, אך לא אחת קרו מקרים בהם במסגרת פעולות אלו נפצעו ואף נהרגו המבוקשים (רוזנצוויג "מסתערבים", בעמ' 25-26) למרות זאת, אין תיעוד נגיש לציבור לגבי היקף הפעילות של יחידות המסתערבים ותוצאות פעולות ההסתערבות, למעט פרסומים בתקשורת מפעם לפעם, בעיקר במקרים בהם פעולות אלו מסתבכות. כך למשל, באפריל 2017 שני חיילים מסתערבים של יחידת דובדבן שהשתתפו בפעילות בשכם נחשפו ונתפסו על ידי מנגנוני הביטחון הפלסטינים. השניים נלקחו לתחנת המשטרה הפלסטינית ולבסוף שוחררו חזרה לישראל ללא פגע, כפי שפורסם בתקשורת לאחרונה (ר' למשל, **ישראל היום**, לילך שובל ודניאל סיריוטי, 2 מסתערבים מיחידת דובדבן נחשפו בשכם, YNET, 16.4.2017; איתי בלומנטל ואליאור לוי, מסתערבים נחשפו: כוח דובדבן נעצר על ידי פלסטינים, 16.4.2017).

236. לאור היקף שיטת הלחימה המתוארת, וכן לאור המקרה המתואר בעתירה זו, בו נלכד העותר השני על ידי מסתערבים בעודו שוכב פצוע בבית החולים, כשלצדו בן דודו, שנהרג במהלך פעולת ההסתערבות כאשר בא להגן על העותר השני מפני לכידתו וחטיפתו כאמור, מוגשת עתירה זו לבית המשפט הנכבד.

237. טענתנו המרכזית בעתירה זו היא שפעולת ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה הינה פעולה בלתי חוקית לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי. פעולה זו אסורה לפי אמנת האג ולפי הפרוטוקול הראשון הנוסף של אמנות ג'נבה. לחילופין, גם אם פעילות ההסתערבות לשם לכידה איננה עולה כדי מנהג, הרי שהיא סותרת את ארבעת העקרונות ההומניטריים של דיני הלחימה, ומשכך, על כוחות הביטחון להשתמש באמצעים אחרים כדי לעצור חשודים.

238. לסיכום העתירה, וכפי שעולה מן המקובץ, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות במסגרת עתירה זו הנסמכת על בקשה לצו על תנאי וסעד הצהרתי כך:

א. מדוע לא יפרסמו המשיבים או מי מהם את הנוהל או הפקודה הקובעת אמות מידה לפרקטיקת ההסתערבות הצבאית לשם לכידת מבוקשים בשל חשד לפעילות חבלה וטרור.

ב. מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד על שיטת ההסתערבות הצבאית לשם לכידה ומעצר של חשודים כשיטת לחימה בלתי חוקית.

ג. כל סעד אחר שימצא בית הדין הנכבד לנכון בנסיבות העניין.

מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו.

על החתום,

מר יוחאי אדרי וגב' הדיל נאסיף

ב"כ העותרים