

בפני כב' בית המשפט המבוים מיום 9 מאי 2018

בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה

בהנחיית ד"ר דניאל בן-אוליאל

- העותרים:
- (1) הָלֶם - האגודה לזכויות המיעוטים, ע"ר 580442622
  - (2) עבדאללה נאיף חאדר, ת.ז. (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 מנדלבליט
  - (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')

כתב תשובה מטעם המשיבים

# כתב תשובה מטעם המשיבים

## תוכן עניינים

- א. הצדדים
- ב. הרקע העובדתי
- ג. החלק המשפטי
  - ג.1. פתח דבר
  - ג.2. הטיעון העיקרי; הילוך הטיעון
    - ג.2.1. חלק א' - דחיית העתירה על הסף בשל סעד חלופי בבית הדין הצבאי
    - ג.2.2. חלק ב' - תחולת הדין באזור
      - ג.2.2.1. סכסוך בינלאומי מזוין שאינו עולה כדי מלחמה ( International armed conflict short of war)
      - ג.2.2.1.1. מתקל הדינים באזור ותחולת דיני הלחימה כדין מיוחד (lex specialis)
      - ג.2.2.3. חלק ג' - מעמד מחבלים פלסטינים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה ו/או מעמדם כלוחמים בלתי חוקיים
      - ג.2.2.4. חלק ד' - חוקיות השימוש במעל (Perfidy) בהסתערבות הצבאית למטרות לכידה (Capture) במשפט הבינלאומי ההומניטארי
        - ג.2.2.4.1. מבוא
        - ג.2.2.4.2. שימוש במעל ובגידה באמון; המסגרת הנורמטיבית
        - ג.2.2.4.3. ארבעת עקרונות דיני הלחימה
        - ג.2.2.4.4. הריגת בן דוד העותר 2 כפעולת הגנה עצמית שאינה במסגרת הסתערבות צבאית
        - ג.2.2.4.5. הסתערבות צבאית למטרות לכידה שאינה עולה כדי פעולת ריגול
- ד. סיכום

## **ואלו נימוקי כתב התשובה, דבר דבור על אופניו, כלהלן:**

המשיב 1, היועץ המשפטי לממשלה והמשיב 2, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית והמשיב 3, הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: "המשיב 1", "המשיב 2" ו"המשיב 3" בהתאמה וביחד "המשיבים"), מתכבדים בזאת להגיש תגובתם לעתירה שבכותרת, כדלקמן.

## **א. פתח דבר**

1. עניינה של העתירה נשוא כתב התשובה הוא בתקיפת חוקיותה של לוחמת השימוש במעל (Perfidy) בדרך ההסתערבות הצבאית לשם לכידה (Capture) באזור יהודה ושומרון/הגדה המערבית (להלן: "האזור"). שיטה ייחודית זו ללוחמה בטרור ננקטת בידי יחידות הכוללות לוחמים מסתערבים והבולטת בהן הינה יחידת דובדבן. שיטה זו מבוצעת ע"י לוחמים הנטעמים בשטח באמצעות

הסוואה בלבוש אזרחי תוך התחזות לאזרחים בלתי מעורבים לצורך סיכול ומניעת פעילות טרור, טיפול בהפרות סדר והפגנות ונטרול גורמים מסיתים.

2. עתירה זו הוגשה בעקבות פעולת הסתערבות שבוצעה על ידי יחידת דובדבן בבית חולים חליל סולימאן בג'נין במטרה ללכוד את עבדאללה נאיף חאדר (להלן: "העותר 2") שהיה מאושפז באותה עת בבית חולים אזרחי, בהיותו חשוד ברציחתם של בני הזוג גולדברג ז"ל ואשר הורשע בגין חשד זה ברצח כפול של בני הזוג לעיל, בפני כב' בית הדין הצבאי בשומרון בתאריך 10 לאוקטובר 2017.

3. יחידות הכוללות לוחמת הסתערבות וכיום בעיקר יחידת "דובדבן", הוקמו מתוך הבנה כי יש צורך לפתח שיטת לוחמה נקודתית להתמודדות עם אירועים ביטחוניים שונים דוגמת האירוע נשוא העתירה באזור יהודה ושומרון, במיוחד בקרב אוכלוסייה אזרחית צפופה. יחידת דובדבן פועלת למניעת פעילות חבלנית עוינת ומתפקדת בצורה גלויה ומוסווית בקרב אוכלוסייה ערבית מקומית. לוחמי היחידה עוסקים בפעילות מבצעית מתמשכת, מבצעים מעצרים ליליים, תפיסות של מבוקשים, מארבים וכן פעילות מסוערת.

4. בהקשר הזה, יצוין כי, לפעולות ההסתערבות הצבאית עשויות להיות שלוש מטרות: הסתערבות למטרות לכידה נשוא העתירה, אך גם תיתכן עקרונית הסתערבות למטרות הריגה ולמטרות פציעה. אמנם, הסתערבות למטרות הריגה או פציעה הינה אסורה הן בסכסוך מזוין בינלאומי והן בסכסוך מזוין לא בינלאומי במשפט הבינלאומי ההומניטארי. על האיסור דגן אנו למדים הן מהאמנות הבינלאומיות והן מהמשפט ההומניטארי המנהגי. עם זאת, לא מתקיים איסור על שימוש במעל למטרות לכידה, כפרקטיקת ההסתערבות, בסכסוך מזוין בינלאומי המתקיים באזור.

5. יצוין ויודגש, כי אזור יהודה ושומרון מוגדר לפי המשפט הבין-לאומי, כשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. הדין החל באזור דגן הינו הדין שהיה קיים באזור לפני כניסת כוחות צה"ל בשנת 1967. משכך, כולל הדין נדבכים של הדין העות'מאני ושינויים בדין זה שנעשו על ידי המנדט הבריטי והשלטון הירדני. יתרה מזאת, הדין טומן בחובו שינויים שנערכו בו באמצעות צווים שנחתמו על ידי מפקד האזור או מי מטעמו, וזה במענה על הצרכים הביטחוניים והאזרחיים של האוכלוסייה באזור. בנוסף, חל באזור גם המשפט הבינלאומי הפומבי לצד חלק מן המשפט הישראלי אשר הוחל באזור מכוח תחולה אקס-טריטוריאלית. יפים למשל דבריו של כב' בית הדין הארצי לעבודה, בעניין **טארק**

**סעזאת:**

"הדין החל באזור יהודה ושומרון על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי הוא הדין שחל באזור עד תפיסת האזור על ידי צה"ל בשנת 1967, דהיינו הדין הירדני, וצוים שהוצאו לאחר מכן על ידי המפקד הצבאי של האזור, מכוח סמכותו על פי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי" [ר' עע (ארצי) 48803-10-14 טארק סעדאת מחיסן ואח' נ' המנהל האזרחי ביהודה ושומרון, בפס' 12].

6. המשיבים יטענו, כי השימוש בשיטת ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה הינה "כורח בל יגונה" חוקי בשל ועל רקע המציאות והאלימות המופעלת נגד החברה הישראלית בפרט, לה אנו עדים לה עובר בעיקר מאז האינתיפאדה השנייה והצורך להגן על שלום וביטחון הציבור הישראלי כפי שיתואר להלן.

7. לא זו אף זו, המשיבים סבורים, כי השימוש בשיטת ההסתערבות לשם לכידה באזור, מתחייבת מנסיבות החיים ומהסכנות שהן תוצאה ישירה מהסכסוך המזוין השורר באזור (להלן: "הסכסוך"), בהינתן שמדובר בשימוש מידתי חוקי שנועד בראש ובראשונה להגשמת תכלית ההגנה על ביטחון ושלום הציבור.

### החלק המשפטי; הילוך הטיעון

8. בטרם יציגו המשיבים את כתב תשובתם לגופו של עניין, יבקשו המשיבים להציג בפני בית המשפט הנכבד את הילוך הטיעון כפי שיתואר להלן בהרחבה. כתב התשובה יחולק לשלושה פרקים עיקריים.

9. **חלק א'** יוקדש לדיון ראשוני קצר הנסוב סביב בקשת המשיבים לדחיית העתירה על הסף על רקע עילת הסף בדבר הימצאו של סעד חלופי המאיין את הצורך בעתירה דנן.

10. **חלק ב'** יוקדש לתחולת דיני הלחימה כדין מיוחד (lex specialis), כך שבמסגרתו נדון בסיווג הסכסוך כ'סכסוך מזוין שאינו עולה כדי מלחמה' בהתאם לתנאים שנקבעו בהלכת טאדיץ' שהם מאפיין הארגוניות (organization) ומאפיין היות סכסוך ממושך ואינטנסיבי (intensity) בהקשר של העימות עם ארגון חמאס העונה על שני התנאים האמורים. המשיבים סבורים, כי ישנה תחולה לדיני

המשפט הבינלאומי ההומניטרי באזור אשר עשויים לתת לגיטימציה לשיטת ההסתערבות הצבאית בכפוף לעקרונות דיני הלחימה כפי שיפורט להלן.

11. לאחר מכן, הדיון יוקדש לסיווג הסכסוך כסכסוך מזוין בינלאומי בהסתמך על החריג של סעיף 1(4) לפרוטוקול הנוסף, 1977 אשר נסמך על עמדת בית המשפט הנכבד המרחיב את הגדרת הסכסוך הבינלאומי הבין מדינתי, בקובעו כי סכסוך מזוין בינלאומי נחשב גם כלחימת מדינה בארגונים הפלסטינים הנלחמים בישראל בחסות הסכסוך הישראלי-פלסטיני באזור עובר לאינתיפאדה השניה. יצוין, כי תחולת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי באזור הוגדרו בידי כב' בית המשפט העליון בפרשת סיכולים ממוקדים (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, סב(1) 507, בפס' 13-20 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)) (להלן: "בג"ץ הסיכולים הממוקדים"). כפועל יוצא, המשיבים יתייחסו לשאלת סיום הסכסוך המזוין כנטען בכתב העתירה, במסגרת תשובת המשיבים כי חרף הירידה בעצימותו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ממשיכה תחולת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי לחול באזור והסכסוך לא נחשב כהסתיים בפועל או בכוח, חרף הפוגות זמניות בעצימותו.

12. לאחר סיווג הסכסוך כסכסוך מזוין בינלאומי שאינו עולה כדי מלחמה, יתייחסו המשיבים למעמדו של ארגון החמאס כצד לחימה בסכסוך המזוין, במסגרת הטענה כי למרות שהמחבלים המשתייכים לארגון החמאס אינם עונים על שבעת תנאי הלחימה על מנת שייחשבו כלוחמים חוקיים הרי שיש לנקוט עמדה פרשנית שלפיה בגלל מאפייניו, סממניו ומרכזיותו של חמאס כצד לסכסוך ויכולתו להוציא פיגועי טרור רצחניים אל הפועל ולשלוט למעשה באזור יהודה ושומרון, מן הראוי כי ימשיך להיחשב, או לכל הפחות ייחשב כעת, כצד לסכסוך המזוין.

13. בעקבות זאת, יתייחסו המשיבים לדינים החלים במסגרת הסכסוך המזוין באזור, באופן הכולל את דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמסגרתם דיני הלחימה כדין מיוחד, וכן לפי ההקשר הגיאוגרפי באזור גם דיני התפיסה הלוחמתית, וכן בכללות משפט זכויות האדם הבינלאומי לצד כללי המשפט הציבורי שמחייבים את פעילות צבא ההגנה לישראל באזור.

14. לאחר מכן, יתייחסו המשיבים לשאלת מתקל הדינים, תוך הידרשות לנוסחת איזון משפטית. מחד, עומדים שיקולים הומניטריים העולים ממתן הגנה לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזוין לאור משפט זכויות האדם הבינלאומי וההיבטים ההומניטריים המגולמים ממנו. מאידך, יש לקחת בחשבון את השיקולים הצבאיים אשר מבוססים על הצורך הצבאי הלגיטימי מצד צבא ההגנה לישראל

בפעולו בשיטת ההסתערבות הצבאית באזור. חשוב לציין, כי במסגרת נוסחת האיזון אין להצדיק סבל מיותר או בלתי מידתי על מנת להשיג יתרון צבאי. טענת המשיבים תהא כי בניגוד לעמדת העותרים, הרי שנוסחת האיזון מאפשרת המשך הסתמכות על שיטת ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה באזור.

15. **בחלק ג'** יתייחסו המשיבים למעמד המעורבים הפלסטינים, תוך הסתמכות על עמדת בג"ץ הסיכולים הממוקדים בדורשם כי המחבלים הפלסטינים הנלכדים בפעילות ההסתערבות הצבאית כאמור, אינם לוחמים חוקיים הואיל ואינם עונים על שבעת תנאי הלחימה החוקית. כמו כן, הם אינם אזרחים למטרת הגדרתם כמטרה לפגיעה במסגרת הצורך הצבאי משום שכשגרה אינם מבחינים את עצמם מאזרחים רגילים תוך שהם מנצלים יתרונם זה לביצוע פיגועי טרור רצחניים באזור, מה שיש בכוחו להעיד על היותם לוחמים בלתי חוקיים המהווים מטרה לגיטימית לתקיפה ו/או אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה בהיותם נכנסים ויוצאים ממעגל הטרור בשיטת ה"דלת המסתובבת". משכך, הם אינם נהנים מחסינות מפגיעה צבאית בהדבק עמדת בית המשפט הנכבד בפרשת הסיכולים הממוקדים ובכפוף להוכחת שני תנאי "נטילת חלק ישיר" ו-"למשך אותו זמן" בחסות סעיף 51(3) לפרוטוקול הנלווה הראשון שתחולתו מנהגית בראי עמדת בית משפט נכבד זה.

16. **בחלק ד'** והאחרון יטענו המשיבים לגוף חוקיותה של פרקטיקת השימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה באזור. טענת המשיבים תסתמך על ארבעה טיעונים עיקריים. ראשית, טענת המשיבים כי שימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית. בנוסף, המשיבים יטענו, כי במידה וקיים מנהג האוסר על שימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה, דבר המוכחש מכל וכל, הרי שישראל הינה מתנגדת עקבית למנהג זה (שאינו מנהג קוגנטי וממילא לא נטען להיות כזה מצד העותרים), שכן פעולות הסתערבות בוצעו בידי נציגי היישוב העברי עוד טרם הקמת המדינה ולאורך כל משך קיומה של מדינת ישראל באופן שקדם לתחילת גיבוש מנהג איסור השימוש במעל - לכל המוקדם עובר לפרסום הפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה בשנת 1977 וגיבוש המסד המנהגי כביכול לאיסור השימוש במעל גם בסכסוכים מזויינים בינלאומיים בין מדינות ובין גופים חוץ מדינתיים, כבענייננו. יצוין, כי האיסור לכאורה על לכידה בוגדנית נקבע בדין הסכמי לראשונה רק בפרוטוקול הנלווה הראשון לשנת 1977 משלא נכלל במקורו בתקנות האג 1899 (סעיף 23) (ב) במסגרת אמנת האג הרביעית בדבר כיבוד דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, 1907 ( 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), עובר להקמת מדינת ישראל ותחילת התנגדותה העקבית. משום כך, יטענו המשיבים

כי מדינת ישראל מוקדמת באופן ניכר בהתנגדותה העקבית, השיטתית והמתועדת בפרקטיקה עניפה מלווה בתחושת מחויבות, בפועל ובכוח, למועד יצירת המנהג לעיל כביכול – שדבר היווצרותו וקיומו ממילא מוכחים מכל וכל, כמוסבר.

17. **לחלופין**, טענת המשיבים השניה הינה, כי מתקיים הבסיס העיוני לטענה כי ניתן לראות בפעולת כוחות הביטחון בהסתערבות צבאית באזור כתחבולה צבאית חוקית שאינה מייצרת או אינה צריכה ליצור ציפייה סבירה לאמון מצד חשודים בפעילות טרור בארגוני הטרור הפלסטינים שכנגדם כשגרה מופעלת ההסתערבות הצבאית למטרת לכידתם, בצוק העתים. **שלישית**, יטענו המשיבים, כי הסתערבות צבאית משמשת, לא אחת, ללכידת חשודים בפעילות טרור תוך שימוש במסתערבים לחיפוי צלפים, חילוץ כוחות לוחמים ועוד. במקרים אלו, בהם הסתערבות צבאית משמשת בעקיפין – ולא במישרין - לפעולה צבאית עיקרית שאינה מסוערבת, וממילא טענת הצורך ביחסי האמון למול היריב נדחקת בהיותן של דרכי ההסתערבות הצבאית במקרים אלו תחבולות מלחמה חוקיות.

18. **רביעית**, ולמעלה מן הצורך, ולחלופי חילופין, ובמידה ויקבע שהסתערבות צבאית למטרות לכידה אסורה מנהגית – דבר המוכחש מכל וכל, יטענו המשיבים כי יש להחשיב כוחות מסתערבים, עד למועד בו הם מגיעים ליעדם לשם ביצוע הלכידה בפועל, למרגלים שעצם פעילותם חוקית. משום כך, יטענו המשיבים, כי במידה וילכדו מסתערבים טרם ביצוע פעולת לכידה, אין לקבוע כי הם מפריס את דיני הלחימה, ובצוק העתים שומה עלינו להכיר במעמדם כמרגלים שאספו מידע בפועל עת נפלו בשבי היריב.

19. בהמשך חלק ד', יטענו המשיבים לחוקיות ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה גם במסגרת דלת אמות דיני הלחימה ובחסות ארבעת עקרונות דיני הלחימה שהם: עקרון האבחנה על היבטיו החיובי והשלילי; עקרון המידתיות; צורך צבאי ועקרון מניעת הסבל הבלתי הכרחי. כל זאת, תוך דחיית עמדת העותרים לפיה הסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה מידתית מדעיקרא ו/או אינה מידתית בהקשר לכידתו של העותר השני בשוכבו פצוע בבית החולים בעיר ג'נין כבעתירה דנן.

20. שלא בשולי הדברים, יטענו המשיבים, כי גם ביחס להריגת בן דודו של העותר 2, הרי שמדובר בפעילות הגנה עצמית במסגרת הסתערבות צבאית, ובניגוד לעמדת העותרים לכאורה, וזאת הואיל והמסתערבים נשוא המקרה הנדון נקלעו לסכנת חיים באשר בן דודו של העותר 2 ניסה לירות עליהם במטרה להורגם. לכל הפחות, יטענו המשיבים כי בניגוד גמור לעמדת העותרים הרי שפעולת הריגתו של בן דוד העותר השני מהווה נזק אגבי והינה מידתית בנסיבות העניין. אשר על כן,

מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה לצו על תנאי וסעד הצהרתי על הסף והסעדים הנוספים הימנה.

### חלק א' - זחיית העתירה על הסף בשל סעד חלופי בבית הדין הצבאי

21. מושכלות ראשוניים מלמדנו כי הגשת עתירה בפני כב' בית המשפט העליון ביושבו כבית דין גבוה לצדק המוגשת במצב בו קיימת סמכות מקבילה הן לבית המשפט העליון הנכבד והן לרשות או לערכאה נוספת, לא תידון, בדרך כלל, לגופה. ככלל, ידחה כב' בית המשפט העליון את העתירה על הסף ויפנה את העותר אל הערכאה בעלת הסמכות המקבילה. בבג"ץ מילאד נ' מדינת ישראל נאמר: "דין והלכה הם מימים ימימה, כי במקום שלעותר עומד סעד חלופי ראוי ויעיל לפני ערכאת שיפוט אחרת, לא יידרש בית-המשפט הגבוה לצדק לעתירה" (בג"ץ 6274/03 מילאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.12.03)).

22. יודגש ויצוין, כי גם אם העניין לא הועלה כלל ועיקר על ידי הצדדים וגם אם הצדדים יבקשו מבית המשפט להתעלם, בג"ץ יבחן אם קיים סעד חלופי כאמור (בג"צ 901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403, בעמ' 410 (1994)). צא ולמד, עצם קיומו של סעד חלופי אינו שולל את סמכותו של בג"ץ לדון בעתירה השטוחה בפניו, אלא מעניק שיקול דעת שיפוטי שלא לדון בעניין הנמצא הן בסמכותו של בג"ץ והן בסמכות טריבונל אחר כבענייננו בחסות בית הדין הצבאי בשומרון בו נדון התיק העיקרי בענייננו. (בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, פס' 8 (2004)).

23. זאת ועוד, סיפא סעיף 15(ג) של חוק יסוד: השפיטה, מוסיפה "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק בשבתו כאמור ידון בעניינים ... ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". מהמקור הלשוני ניתן להצביע על כך שבג"ץ נדרש להימנע מלדון בעניין הנמצא בסמכותה של ערכאה אחרת. לא זו אף זו, המדיניות המשפטית הראויה דורשת לשמור על המבנה ההיררכי שבג"ץ נמצא בקדקודו. דהיינו, במידה והעניין הוא בסמכותו של טריבונל נמוך יותר, אין "להטריד" את הטריבונל הקיים בראש הפירמידה (אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המנהלי - עילות הסף (2008), עמ' 224-225).



24. המשיבים סבורים, כי העותרים חטאו בהגשתם את העתירה בפני כבוד בית המשפט העליון ביושבו כבית דין גבוה לצדק, וכי שומה היה עליהם לעבור דרכי שעריו של בית הדין הצבאי קודם להגשת העתירה דכאן. משום כך, מבוקש בזאת מכבוד בית המשפט לדחות את העתירה מהטעם של קיומו של סעד חלופי כמצוין לעיל ולהורות על העברתה לטריבונל המתאים ככל שבית המשפט הנכבד יראה לנכון. יושם אל לב, במסגרת ההליך המשפטי שנתקיים בפני בית הדין הצבאי בשומרון בענייננו לא מן הנמנע שהעותר 2 מיצה את טענותיו שם, ומשלא טען אחרת בעתירתו, הרי שאין מקום לדון בטענותיו בפני בית המשפט הנכבד.

**חלק ב' - תחולת הדין באזור- סכסוך מזוין בינלאומי שאינו עולה כדי מלחמה ( International armed conflict short of war)**

**1.ב הגדרת הסכסוך המזוין באזור**

25. על ייחודיות הקשיים העומדים בפני מדינת ישראל במלחמתה בטרור הפלסטיני והקשיים לאפיינה עמד כבר הנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק בבגץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, נו (6) 352 (2002):

"פיאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין... מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הגלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה". (עמ' 358, שם)

26. בבג"ץ 01/2461 **גאלב מוחמד חסן כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, בעמ' 1 (פורסם בנבו, 29.03.2001) הודגש כי באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה מתרחשים אירועי לחימה של ממש. בעקבות תדירות ואינטנסיביות האירועים, בעיקר מאז שנת 2000 הצדיק אז כב' בית המשפט את סיווגו של המצב השורר כעימות או סכסוך מזוין. אמנם, הסכסוך הישראלי-פלסטיני אינו מתאים להגדרה כמלחמה מאחר ואין מדובר בעימות בין כוחות צבא של שתי מדינות או יותר, ונקבע מאת כב' בית המשפט בהלכת סיכולים ממוקדים (שם, עמ' 30) כי נכון יותר לסווג את המצב המשפטי השורר כ'עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה' (Tracy Wilkinson, Israeli Activists Urge Army to Probe Civilian Slayings L.A. Times (31.12.01)). זאת בהתאם לקביעה של בית הדין לפשעי יוגוסלביה

לשעבר בפס' 70 בעניין Prosecutor v. Tadic, Case No IT-94-1. (להלן: עניין "טאדיץ") ICTY, App. C. (Oct. 2 1995)

" [A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups ...".

27. יושם אל לב, המשפט הבינלאומי אינו מגדיר את המונח "מלחמה". משמעות הדבר הינה שהכניסה למצב של מלחמה התאפיינה, ושוב אינה מתאפיינת, בהכרזתה על ידי הצדדים לה. בעקבות מלחמת העולם השנייה, חלו מספר שינויים בזירה הבין לאומית והחלה להתפתח הכרה שלפיה סכסוכים יכולים להתגלע גם בתוך מדינות גם בהינתן שאחד הצדדים אינו מדינה. בעקבות כך גבולות ההבחנה בין מצבי המלחמה והשלום התקחו. בהקשר הזה, יצוין, כי גם המונח 'עימות מזוין' לא זכה להגדרה על ידי המשפט הבין לאומי. אמנות ג'נבה והפרוטוקול הראשון מחילים בסעיף 2 המשותף את המשפט ההומניטרי על עימות מזוין מבלי להגדיר במה מתאפיין עימות כאמור (ר' למשל, אבן חן, **טרור ועימות מזוין**, בעמ' 67-68) (להלן: "**אבן חן**"). בהמשך, בפרשת טאדיץ' ( The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: IT-94-1-T, Trial Chamber II, 7 May 1997 - עניין טאדיץ') שצוטטה בהרחבה בכתב העתירה, נאמר בפסקה 70 כי:

"[A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a state. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached... Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes."

28. לשון אחרת, בפרשת טאדיץ' מתייחס בית הדין לפשעי יוגוסלביה לשעבר (ICTY) לרכיבי הסכסוך המזוין וביחס למספר רכיבים: משך האירועים ועוצמתם, הזמן והמקום שעל פניהם הם משתרעים לצד מאפיין הארגוניות של הצדדים אשר משתמשים בכוח צבאי לפי אמות המידה המצוינים לעיל. קיומם של התנאים הללו הם כיום התנאים לתחולתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי על סכסוך מזוין לא בינלאומי וכן בינלאומי. ראשית, להוכחת סכסוך מזוין נדרשת מידת ארגוניות (Organization) גבוהה של הצדדים לסכסוך המזוין. המאפיין של רמת הארגון של הקבוצות הנאבקות, בפסק דין **בעניין HARDINAJ** ב-ICTY (Prosecutor v. Haradinaj, Case No. IT-04-84-T (3 April 2008)) באופניה השונים של דרישה זו, כגון קיומה של מערכת פיקודית שיש בכוחה לייסד מנגנוני פיקוח משמעותי בקרב הקבוצה, קיומן של מפקדות, שליטה בשטח המדינה, יכולתה של הקבוצה להשיג נשק ולגייס פעילים לשורותיה, יכולתה להוציא לפועל מבצעים צבאיים ולנהלם ויכולתה של הקבוצה לנהל משא ומתן ולהגיע להסכמי הפסקת אש או הסכמי שלום. דהיינו, כוחות חמושים מאורגנים הסרים למרותו של גוף פיקודי אחראי בעל שליטה בטריטוריה מסוימת ואשר בכוחו לקבל על עצמו מחויבויות על פי המשפט הבין לאומי (שם, פס' 60; השווה: **אבן חן**, עמ' 74).

29. מן הכלל אל הפרט, ארגון החמאס הוכרז בידי ממשלת ישראל ביום 22.6.1989 כארגון טרור וכהתארגנות בלתי מותרת כהגדרתו בפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (2006), פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט חשין) (להלן: "**עניין עדאלה**"). כמו כן, ארגון חמאס הוכרז כארגון טרור בהתאם להגדרה של ארגון טרור בסעיף 2 לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 מכוח מסוכנות נוהגת.

30. בהדבק הדברים, יפים דבריו של השופט מ' חשין לעניין תיאורו של ארגון חמאס:

"החמאס הוא ארגון טרור רצחני, מן הקיצוניים והמסוכנים שבאירגוני הטרור, ומטרתו המוצהרת והברורה היא מלחמת ג'יהאד שתמחה את ישראל מעל פני האדמה. על משנתו של ארגון החמאס ניתן ללמוד מאמת הארגון, בה ניתן ביטוי מפורש לאידיאולוגיה המובילה אותו הדרך. אמנה זו, המהווה את מסמך היסוד של החמאס, מגלה תפיסת עולם קיצונית הקוראת למלחמת ג'יהאד בלתי מתפשרת נגד ישראל והציונות. ארגון החמאס רואה עצמו חולייה במלחמת קודש נגד הפלישה הציונית, וקורא הוא לכלל

האומה המוסלמית, בעיקר לעם הפלסטיני, לקחת חלק במלחמה זו שתביא להאגדתה של מדינת ישראל. אמנת ארגון החמאס פחזיקה עמודים רבים, ואנו נביא (בתרגום שהעמידה המדינה לעיונו) רק מקצת עיקרים שבה, ועל קצה המזלג" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (2006), פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט חשין) (להלן: "עניין עדאלה").

31. מידת מאורגנותו של ארגון החמאס נלמדת אם כן גם מאחיותו בעמדות מדיניות קיצוניות שתכליתן הכחדת מדינת ישראל ושליטת כל פתרון של שלום בין שני העמים. חרף עמדותיו הקיצוניות של ארגון החמאס, אלא שהוא זכה בבחירות והציבור הפלסטיני בחר בו לשלטון, ובעקבות זאת הקים החמאס ממשלה ברשות הפלסטינית. שלטונו של חמאס מראה את אותותיו בכל מיני הקשרים. אנשי החמאס מכהנים בממשלת הרשות הפלסטינית, שולטים במשותף בתקציבי הרשות ומתווים את דרכה של הממשלה בעוד הרבה הקשרים, כגון, בהימנם על דוברי הרשות, בסייעם בניהול מדיניות התקשורת כלפי ישראל בפרט, וכלפי העולם בכלל (**עניין עדאלה**, בפס' 11).

32. ניכרת השפעה גדולה של החמאס בקרב תושבי האזור בהיותה חורגת מן המסגרת הארגונית, בכך שקיימת היענות ניכרת בקרב התושבים לציווי של הארגון לצד הזדהות של רבים מהם עם הארגון (ענת קורץ וישראל: **חיזבאללה, ג'יהאד איסלאמי פלסטיני, חמאס, פפירוס, המרכז למחקרים אסטרטגיים ע"ש יפה**, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ג, עמ' 167).

33. יוזכר, תחילתו של החמאס הייתה בגיבושו על בסיס תמיכה עממית. קרי, לחמאס מיום היווסדו אופי של תנועה עממית בהתבסס על עמדת מנהיגיו. ודוק, במרוצת השנים לבש החמאס מספר מאפיינים ארגוניים, אך תהליך ההבניה לא הושלם בגלל אילוצים סביבתיים. משכך, התמונה הארגונית המצטיירת נעדרת שרטוטי מסגרות ברורות של מוסדות ומבנה הנהגה המקובלים בארגונים סדירים (שם).

34. כך או אחרת, ארגון החמאס הושתת על כמה מנגנונים קיימים שנוצרו ע"י פעילי הזרם האסלאמי במהלך השנים הקודמות: ראשית, מנגנון הפעילות הצבאית שהתבסס בהתחלה על גרעין "לוחמי הקודש האסלאמיים", ואחר כך, ב- 1992 הוקמו "גדודי עז אל-דין אל-קסאם", חוליות צבאיות הפועלות על בסיס אזורי וכפופות במישרין ללשכה המדינית של התנועה. עיקר כוחם הוא ברצועת עזה; שנית, מנגנון הביטחון, המכונה "אל-מגד" שתפקידו העיקרי היה לכפות על האוכלוסיות

הפלסטינית אורחות חיים על-פי ההלכה האסלאמית ולהוציא להורג את הפלסטינים שנחשדו כמשתפים פעולה עם ישראל. שלישית, יש את מנגנון אלדעווה שאחראי להפצת כתבי החמאס ופרסומיו הכוללים חומר הסבתי ומחקרי מגוון (שם, עמ' 168).

35. אמנם, בהמשך, מאז שנתה השלישית של האינתיפאדה, החמאס הפך לפחות ריכוזי ויותר ממודר. התפתחות זו נגרמה כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון, אשר השקיעו מאמצים ניכרים בהפרעה להתפתחות החמאס ולמערכת החברתית הפוליטית הפלסטינית בשטחי או"ש (שם, בעמ' 169). כתוצאה מכך, הפיצול בין האגפים השונים של החמאס היה לתפיסת מנהיגיו כורח בל יגונה על מנת להגן על התשתית ולצמצם את הפגיעה בעקבות פעילות כוחות הביטחון, כך שהפרדה שיקפה היגיון ארגוני (שם, עמ' 170).

36. על רקע מאורגנותו החברתית, מדינית ופוליטית יש לציין את עיקר העניין דנן והוא מידת מאורגנותו הצבאית של הארגון. בדו"ח של שירות הביטחון הכללי נכתב: "חופש הפעולה המוחלט לו זכתה חמא"ס בעקבות השתלטותה על הרצועה נוצל בידיה לביסוס עצמה כגורם ריבוני "סמי מדינתי", בין היתר, על ידי הקמת מערכת ביטחון חדשה, בה שולבו פעילי הזרוע הצבאית שלה. מערכת זו שודרגה מרמה של מנגנוני ביטחון אזרחיים לכדי מסגרת צבאית מסודרת, המחולקת היררכית במבנה צבאי טיפוסי (חטיבות, גדודים, פלוגות ומחלקות). הוקמו יחידות ייעודיות, כגון "משמר החופים", התקיימו שגרת אימונים והכשרות בתחומי הלחימה השונים (כולל אימון מתקדם ללוחם, הסתערות וכיבוש מוצב, ירי צליפה וכד'), ומשימות "ביטחון שוטף". נוכח הקמת המסגרות הצבאיות שידרגה חמא"ס גם את יכולותיה בתחום איסוף המודיעין וההתחקות אחר פעילות צה"ל בעוטף הרצועה. המידע שנאסף שימש להכוונת ירי ולביצוע פיגועים (צליפה, הפעלת מטענים ופיגועי הסתננות וחדירה), וגרם לאבדות בצד הישראלי. יש לזכור, עוד, כי בעקבות ההשתלטות על הרצועה נפלו לידי חמא"ס אמל"ח, ציוד ומכשור שהיה בידי המנגנונים (כולל ציוד האזנה וקשר), והדבר שימש כ"מכפיל כוח" בידי חמא"ס בתחום זה". (שירות הביטחון הכללי, פורטל הטרור "חמא"ס- התעצמות ובניין הכוח", בעמ' 1, 30,11,08); ראו גם Daniel Benoliel, Ronen Perry ISRAEL, (2010) PALESTINE, AND THE ICC, p. 119-120; על פיתוח התעשייה הצבאית של חמא"ס ניתן ללמוד גם מאתר שירות הביטחון הכללי, **סקירה בנושא חמאס – התעצמות ובניין הכוח**, 16.12.2008.

37. בנוסף, בפרסומי משרד החוץ נכתב: "...העימות התרחש בעיקר בתוך סביבה אורבנית. המדריכים הצבאיים וחומרי הדרכה של חמאס שנחשפו על ידי כוחות צה"ל ברצועת עזה מדגימים כיצד האסטרטגיה של חמאס הייתה למשוך במתכוון את הלחימה לתוך המרחב האורבני, ולהשתמש

בשטחים בנויים ובנוכחותה של האוכלוסייה האזרחית על-מנת להשיג יתרון טקטי ורווח מדיני. האסטרטגיה הזו באה לידי ביטוי ברור במהלך העימות עם רצועת עזה בשנת 2014, נוכח ההיקף העצום של פעילות צבאית שחמאס וארגוני טרור נוספים הטמיעו בתוך הסביבה האורבנית...". (ראו: העימות עם רצועת עזה בשנת 2014- היבטים עובדתיים ומשפטיים, באתר משרד החוץ, 14.06.2015).

38. זאת ועוד, לארגון החמאס רשת מנהרות שימשה בעבר ערוץ להברחת כלי נשק, סחורות, כספים ואפילו מחבלים לתוך רצועת עזה. כיום, משתמש הארגון בידע ובמשאבים שצבר למטרה אלימה יותר והיא תקיפות טרור בשטח ישראל. (מאחורי הכותרות: מנהרות הטרור של חמאס, אתר משרד החוץ, 17.7.2014).

39. כמו כן, בדו"ח שהגישה ממשלת חמאס לאו"ם יש התייחסות בין השאר להתקפות מתוך רצועת עזה נגד אזרחים ומטרות אזרחיות בישראל. טענת ממשלת חמאס הייתה, כי עמדתה העקבית היא שמותר לפגוע אך ורק במטרות צבאיות, זאת בהתאם למשפט הבינלאומי ולעקרונות האסלאם. מה גם, שלא מדובר בצבא מאורגן המחזיק בכלי נשק המבוסס על טכנולוגיה מתקדמת, משכך אי אפשר למנוע סטיות ופגיעות באזרחים. אפילו ארגון "בצלם", יוזכר, דחה עמדות אלו בטענה כי רוב ההתקפות כווננו במודע אל מטרות אזרחיות בתוך ישראל וכי העובדה שאין להם שליטה ויכולות טכנולוגיות מתקדמות רק מחמיר את המצב עוד יותר, מאחר והאיסור שמטיל המשפט ההומניטארי חל גם בין היתר על שימוש בנשק בלתי מבחין בין אובייקטים אזרחיים למטרות צבאיות (אתר בצלם "דו"ח חמאס לאו"ם מהווה התנערות מחפירה מאחריות" 24.02.2010). לעניין הזה נאמר בעניין

#### **רופאים לזכויות אדם:**

"כשמונה שנים נתונים יישובי "עוטף עזה" תחת איוס של ירי טילים ופצצות מרגמה הנורים בידי אנשי ארגוני הטרור הפועלים מרצועת עזה, ומכוונים לעבר אוכלוסייה אזרחית בערים וביישובים בדרום הארץ. לאחר עליית ארגון החמאס לשלטון בעזה התעצמו ורבו פעולות הטרור. היקף הירי התרחב והתפרש על פני שטח נרחב בישראל; טווח הירי של הטילים גדל, גרם להרג אזרחים ושיבש את אורחות חייהם של כל תושבי דרום-מערב ישראל. משך תקופה ארוכה בה נהגה ישראל באיפוק ובריסון פעלו ארגוני הטרור ברצועת עזה ובראשם החמאס להעצמת יכולותיהם, הבריוח כמות עצומה של נשק וטילים דרך מאות מנהרות תת קרקעיות

שנחפרו על-ידם, שיכללו את הנשק שנעשה בו שימוש והגבירו את האיום על התושבים שבטווח האש. (ראו: בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם ואח' ל ראש הממשלה ואח', פ"ד סג"ו) 521, בפס' 1-2 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

40. המשיבים מצביעים על כך, שבמהלך אינתיפאדת אל-אקצא, שיטת חמאס הלוחמתית שבולטת בפיגועי התאבדות הפכה לתופעה שלטת בקרב הארגונים האחרים. "חמאס גם פתחה מערכת מסועפת של הברחות נשק ממצרים ומסיני לרצועת עזה ובנתה תשתית לייצור עצמי של רקטות קרקעיות מסוג "קסאם". חמאס הפגינה יכולת צבאית בלחימתה נגד ישראל, בכל הנוגע לבנייה ולשימור של מערכת שירותים מסועפת בתחום החברתי. (שאל משעל ואברהם סלע זמן חמאס, אלימות ופשרה V (מהדורה מורחבת, דב איכנולד, 1999).

41. לא זו אף זו, מסקירה של תולדות הארגון לאורך כל השנים ניתן להצביע על יכולתו להוציא אל הפועל פיגועים בדרכים שונות. כמו כן, ניתן להצביע על כך כי מאז עליית חמאס לשלטון חל גידול במספר הפיגועים מרצועת עזה בעיקר, גידול זה בולט בעיקר בהשוואה בין התקופה שקדמה להשתלטות חמאס על הרצועה לבין התקופה שלאחריה, מה שמחזק את העובדה שצוינה ברישא של הפסקה. יתרה מזאת, החמאס משתמש בטקטיקות שלפיהן הוא מניב מספר סבבי הסלמה אינטנסיביים אך קצרים, ולאחריהם הוא פונה להרגעת המצב. לטקטיקות אלו ישנן שתי תכליות. הראשונה למנוע מישראל להגיב בתקיפות ברצועה, השנייה לנצל את תקופות השקט היחסי על מנת להעצים את כוחו (סקירת בנושא חמאס - התעצמות ובניין הכוח, דו"ח שב"כ 16.12.2008; חמאס- הגברת פעילות הטרור מול ישראל לצד המשך התעצמות, 21.02.2012).

42. מן הכלל אל הפרט, יצוין כי גם החוליה שעליה נמנה העותר 2 המזוהה עם ארגון חמאס התמקדה בעיר ג'נין. מרחב העיר ג'נין חולק לאזורי ניהול התואמים את ריכוזי האוכלוסייה בעיר. בכל אזור פעלה "ועדה אזורית" של פעילי חמאס, שתפקידה היה לקיים באותו אזור פעילויות שונות בשם הארגון. העותר 2 היה פעיל באחת מן הוועדות האזוריות הללו.

43. מכל האמור לעיל עולה, כי החמאס התפתח מגוף בעל בסיס תמיכה עממי לארגון בעל השפעה ניכרת בהנהגה הלאומית ובכוחו הצבאי ויכולתו להוציא אל הפועל מבצעים צבאיים, מה שעונה על הססמנים הנדרשים לתנאי הראשון של הגדרת העימות המזוין והינו מאפייני הארגון, ביהודה ושומרון ורצועת עזה בכללות, שם פועל ומתקיים ארגון החמאס כישות מדינית, פוליטית, חברתית

וצבאית אחודה, היררכית וריכוזית חרף הפיצול הגיאוגרפי בין רצועת עזה והאזור ועל רקע מאבק עיקש של כוחות הביטחון של ישראל למנוע את הרחבת פעילות הטרור של החמאס מכיוון האזור עוד בפרט. נעבור כעת לדון בקיומו של התנאי השני, שהינו מאפייני סכסוך ממושך ואינטנסיביות.

44. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי בשנתיים האחרונות, מאז תחילתה של "אינתיפאדת היחידים" ככינויה האמור, נתונה מדינת ישראל בפני מסכת מתעוררת של פיגועים בפועל וניסיונות לפיגועים שסוכלו. ברי כי, ניכרת הסלמה במצב הביטחוני הן בשטח ישראל והן באזור. הדבר בא לידי ביטוי בעלייה מתמדת בעיקר בניסיונות לפיגועי טרור שלא צלחו וכן בהמשך פיגועי טרור נגד ישראלים באזור ובשטח מדינת ישראל, מה שהוביל להריגתם ולפציעתם של עשרות בני אדם בשנים האחרונות (השווה: בג"ץ 7040/15 **פדל מוסטפא פדל חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית** 1, 6 (פורסם בנבו, 12/11/15)).

45. לשם ביצוע מעשי הלחימה, ארגוני הטרור נוקטים בקשת רחבה של מגוון אמצעים בעצימות גבוהה. בתוך שכם, נמנים פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, סכינים ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכונות תופת וכיוצ"ב. מצב דברים זה עלה בשנים שחלפו עובר לאינתיפאדה השנייה, כדי "אירועי לחימה של ממש" (בג"ץ 2461/01 **גאלב מוחמד חסן כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, בעמ' 1 (פורסם בנבו, 29.03.2001)).

46. מהפסיקה עולה, כי בהתאם למבחן העבר, תוצאות המאבק מעידות על קיומו של סכסוך מזוין, כך למשל בפסק דין **עגורי** נאמר:

"פאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין... לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום שמצויים בו ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי היישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וביישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק



מהאוכלוסייה האזרחית, בכלל, וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים, בפרט... במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת – מכוח זכותה להגנה עצמית – מבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שהחל במאוס 2002 ומבצע "דרך נחושה" שהחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים הייתה הכרעת תשתית הטרור הפלסטינית ומניעת הישנותם של פיגועי הטרור. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית... (בג"ץ 7015/02 **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו (6) 356, בעמ' 358-359).

47. עולה כי כן, לפי התמונה המשתקפת מהנתונים של אתר שירות הביטחון הכללי מהשנתיים האחרונות, עצימותו של מאבקם החמוש של הפלסטינים נגד מדינת ישראל לא פסק וממשיך להתלקח לסירוגין. זאת ועוד, על רקע המצב הביטחוני הבלתי יציב באזור יש להסיק כי העובדה שחלות ירידות ארעיות בכמות והיקף הפיגועים מעת לעת, אין משמעה ששקט בטחוני פוקד את מדינת ישראל והאזור (אתר שירות הביטחון הכללי, **סיכום שנת 2015 בסיכול טרור**, 22/02/2016). חשוב לציין, כי מושם דגש על דרישת עצימותו של סכסוך מזוין ולא דווקא מידת ממושכותו לאורך זמן, אם כי משך הזמן הוא אחד המדדים העשויים ללמד על דרגת העצימות של סכסוך מזוין (**אבן חן**, בעמ' 73) במצב הקיים באזור, ענייננו במעשי אלימות תובעניים ואכזריים מצד ארגון חמאס וארגוני טרור אחרים, מה שמעיד על כך שמדובר במעשי אלימות ממושכים למרות שחלות עליות וירידות בתקופה האחרונה. יתרה מכך, בסכסוך בינלאומי - שכפי שיטען להלן הוא סוג הסכסוך בענייננו, לא מושם דגש על עצימות הסכסוך. אמנם, סכסוך מזוין בינלאומי מחייב עצימות מעבר לתקריות גבול מבודדות. מצב הדברים השורר באזור, עונה על דרישת העצימות בסכסוך מזוין בינלאומי. משכך, פעולתם של ארגוני הטרור נחשבת לעימות מזוין שמאפשר הפעלת כוח צבאי לשם השגת תכלית דיני הלחימה ובמסגרת זו אף שימוש במעל בכפוף לדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי (Prosecutor v. Delalic et al., Case No. IT-96-21 ("Celebici") ICTY Trial Chamber (Nov. 16 1998), para. 184).

## 2.2. סיווג הסכסוך המזוין באזור

48. המשיבים נדרשים לסוגיה נוספת המקופלת בטענת העותרים בדבר היגרעות דיני הלחימה ממכלול הדינים החלים באזור. לעניין זה יטענו המשיבים כי בהמשך לעמדת כב' בית משפט זה בדבר קיומו של סכסוך מזוין מתמשך, כנטען גם בכתב התשובה דנן, נדרשים המשיבים בהדבק הדברים גם לסיווגו של הסכסוך המזוין בין ישראל וארגון החמאס. ס' 2 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה מ-1977, מגדיר סכסוך מזוין בינלאומי כסכסוך בין מדינות ועליו חלים רוב דיני הלחימה (שם). אולם, לכלל החל על מדינות קיים חריג קריטי המעוגן בסעיף 1(4), והמקפל בתוכו חשיבות מרובה בהיותו מרחיב את הגדרת הסכסוך הבינלאומי. לפיו, סכסוך מזוין בינלאומי נחשב גם כלחימת מדינה בארגון הנלחם לשחרור לאומי ו/או הגדרה עצמית. ראוי לציין, כי אין המדובר בדין מנהגי המחייב את מדינת ישראל. אמנם, בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, סב (1) 507 (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים) נקבע כי הסכסוך המזוין הינו בינלאומי והוחלט שיש תוקף מנהגי לחריג הזה מבלי לדון בבסיס המשפטי לקביעה, לפיה הסכסוך הינו בינלאומי, ואולם ממצא זה אינו מעלה או מוריד במישרין מקביעת כב' בית המשפט העליון בעניין זה.

49. בבג"ץ הסיכולים הממוקדים נאמר בפירוש כי:

"נקודת המוצא שלנו הינה, כי הדיון החל על הסכסוך המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאזור, הוא המשפט הבינלאומי הדן בעימות או סכסוך מזוין. כך ראה בית משפט זה בעבר את אופיו של הסכסוך, וכך אנו ממשיכים לראותו גם בעתירה שלפנינו. על פי תפיסה זו, העובדה שארגוני הטרור והחברים בהם אינם פועלים בשמה של מדינה אינה הופכת את המאבק בהם למאבק פנימי-מדינתי גרידא (ראו קססה, עמ' 420). אכן, בפציאות של היום, עשוי ארגון פחבלים להיות בעל יכולות צבאיות ניכרות. לעתים אף כאלה העולות על יכולותיהן של מדינות. ההתמודדות עם סכנות אלה אינה יכולה להיות פוגבלת אך למדינה פנימה ולמשפטה הפלילי בלבד. ההתמודדות עם הסיכון של הטרור פהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הדן בסכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי" (ראו: פרשת הסיכולים הממוקדים, בעמ' 18).

50. בנוסף, פרופסור אנטוניו קססה המנוח (Cassese), מומחה למשפט בינלאומי, אשר שימש כנשיאו הראשון של בית הדין הבינלאומי הפלילי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, קבע בחוות דעתו:

"An armed conflict which takes place between an Occupying Power and rebel or insurgent groups – whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to an international armed conflict" (A. Cassese, International Law 420 (2<sup>nd</sup>. Ed., 2005); (להלן – קססה)

51. המשיבים יטענו, כי שאלת סיווגו של הסכסוך בין ישראל לארגוני הסירוב הפלסטינים אינה פשוטה כלל ועיקר, ויש בה פנים לכאן ולכאן. אלא מאי? המשיבים לא מוצאים טעם מוצדק להציע סטייה מעמדת כב' בית המשפט בהלכת הסיכולים הממוקדים, שלפיה חל באזור סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי. כל זאת, בהסתמך על המצב השורר בפועל ועל הלחימה הקשה המתנהלת בין שני הצדדים מזה שנים רבות. בבג"ץ הסיכולים הממוקדים עוד נקבע כי:

"המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזויין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאיזור היא מורכבת. במרכז עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או סכסוך) מזויין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict)".

במקרה הנדון, מדובר בחוליה הנמנית על ארגון טרור הנלחם על שחרור לאומי כך שלפי ס' 1(4) לפרוטוקול הנוסף הסיטואציה נופלת לגדרו של סכסוך מזוין בינלאומי, לצד אופייה של הלחימה שעונה על הסיווג של עימות מזוין בינלאומי כמצוין לעיל.

### **3.ב שאלת סיום הסכסוך המזוין**

52. העתירה בענייננו מעלה טענה הנדחית כאן, לפיה גם לאור הירידה במידת העצימות בסכסוך המזוין בין ישראל וארגון החמאס לצד יתר ארגוני הסירוב הפלסטינים באזור, הגיע הסכסוך המזוין לסיומו, להבדיל מזה הפוליטי, מדיני ואחר, ומשכך יש להכיר בסיום תחולת דיני הלחימה באזור. המשיבים יטענו, כי הן בעימות מזוין בינלאומי והן בעימות שאינו בינלאומי, תחולתם של דיני

העימות המזוין נמשכת אף לאחר סיום הסכסוך המזוין, וזאת ביחס לחובות המוטלות על המדינה כלפי פרטים שנותרו מוחזקים בידיה. אשר על כן, המשיבים יתמקדו בטענתם בגרעין מועד סיומו של העימות עצמו ולא במועד סיום תחולתם של דיני העימות המזוין (השווה: גיל לימון, **המאבק בטרור בראי המשפט הבין-לאומי**, בעמ' 164 (2016). (להלן: "**המאבק בטרור**"). בנוסף, כי סיום תחולת דיני הלחימה המתירים כללים גמישים על צבא נלחם כמו מעצר ללא משפט של לוחמים בלתי חוקיים **יותירו** משפט מנהלי ופלילי כאמצעי לאכיפת שלטון החוק כמו שימוש בירי חי רק להגנה עצמית להבדיל מסיכולים ממוקדים.

53. סעיף 6 לאמנות ג'נבה הרביעית וסעיף 3 לפרוטוקול הנוסף הראשון קובעים מפורשות כי הוראותיהם יפסיקו לחול בשטחם של הצדדים לעימות עם סיומם הכללי של מבצעים צבאיים. המונח הזה טומן בחובו שלושה מצבים אפשריים והם: סיומו של העימות המזוין בדרך של שלום או שביתת נשק; הכרעה מלאה של מדינת האויב באופן המביא לידי ביטולה כישות פוליטית עצמאית או סיום מלא ומוחלט של כל פעולות האיבה (**המאבק בטרור**, עמ' 165).

54. לצד הסיום המעשי, ישנו גם סיום פורמלי שנדרש מהצדדים, ואין די בהימנעותם של הצדדים לעימות מפעילות צבאית, אלא יש צורך באמירה פוזיטיבית שלפיה אין בכוונתם לחדש את הלחימה (YORAM DINSTIEN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 48-49 (5<sup>th</sup> ed. 2011)). כך למשל, החלטת הוועדה ליישובן של תביעות בין **אתיופיה לאריתריאה** קבעה כי העימות המזוין בין המדינות לא הסתיים לאחר אימוצו של הסכם הפסקת אש בין המדינות, בחודש יוני 2000, אלא אך ורק לאחר שאומץ הסכם שלום מקיף, חצי שנה מאוחר יותר, בחודש דצמבר 2000 (Permanent Court of Arbitration (PCA), Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Civilian Claims- (17.12.2004), paras. 30-31, reprinted in 44 INT' L LEGAL MATERIALS 630, Ethiopia' s Claims 5 637 (2005)).

55. יתר על כן, נקבע בפסק הדין המנחה של הטריבונל הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה בפסקה 70 לפרשת **טאדיץ'** כי:

" [i]nternational humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached".

56. לא זו אף זו, בהחלת הגדרת סכסוך מזוין ישנו כורח בל יגונה להחלתם של דיני לחימה המייצגים איזון בין זכויות אדם לצורכי ביטחון על מנת להגן על חייהם של חיילים ואזרחים. דהיינו, מדינת ישראל רשאית לפעול באמצעים צבאיים לדיכוי האלימות הפורצת מעת לעת והמאיימת כל העת לשוב ולהתלקח – גם בתקופות המעבר בהן האלימות באזור אינה עצימה, ובכלל זה שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה.

57. יושם אל לב לעניין זה, כי המשיבים כופרים בקיומו של בסיס הסכמי או מנהגי מחייב לטענת המלומדים פרופ' יובל שני ופרופ' עמיחי כהן המובאים בכתב העתירה בחלק ג.3.ב.4.א לעתירה – והמוכחש בזאת, לפיה כנטען במאמר המוזכר בעתירה, כי "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". כמו כן, טוענים כהן ושני לירידה ניכרת ורחבת היקף בכמות האלימות באזור בהשוואה למצב שהיה קיים לפני פרוץ האינתיפאדה בהסתמכותם על דוחות שפורסמו בידי שירות הביטחון הכללי, מה שלא מצדיק לראות עוד מצב העונה על ההגדרה של עימות מזוין בינלאומי. כך, שהם מוסיפים כי "עובד שהסכסוך לא תס כליל - תזכורת כואבת לכך היו פיגועי הירי האחרונים בגדה - אבל זה איננו עוד (ויש לקוות שכך יישארו הדברים) סכסוך חמוש בעצימות גבוהה שהטיפול בו מצדיק את החלת הפרדיגמה המלחמתית. 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 עד האינתיפאדה השנייה" (עמיחי כהן ויובל שני, סוף הסכסוך (החמוש) - חזרה לשגרת החקירות בגדה, המכון הישראלי לדמוקרטיה- מאמר דעה, 19 אוקטובר 2010).

58. המשיבים שבים ומדגישים במענה לטענה העולה מכתב העתירה בחלק ג.3.ב.4.א לעיל, כי מדובר בטענה שנשענת על דין בינלאומי הומניטארי רצוי המבטא מאווי לב ותו לא, ואשר אינו מחייב לא הסכמית ולא מנהגית. ממילא כלל מנהגי מחייב כזה לא מצורף במאמרם של המלומדים, וכזה אין גם בנמצא במחקר על משפט המנהגי הבינלאומי ההומניטארי מאת הצלב האדום הבינלאומי. בהקשר זה, יוזכר כי רק מקום שיצליחו קודם העותרים להוכיח כי אכן מדובר בכלל מנהגי, אזי תידרש כלל טענת המשיבים דכאן. שכן, נטל הוכחת קיומו של מנהג רובץ על הטוען לקיומו ובמקרה זה העותרים דנן. היטיב לציין זאת כב' הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר: "חובת ההוכחה בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר מבחינת היסודות שלו בסימן 38 לחוקת בית-הדיון הבינלאומי, רובצת על מי שטוען לקיומו" (פרשת אבו עיטה, בעמ' 241-240). זאת ועוד, כפי שנקבע בהלכת אייכמן, במידה ואדם טוען למנהג עליו להביא ראיות לצורך הוכחת המנהג (ע"פ

61/336 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, טז 2033 (1962); ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006), עמ' 381.

59. המשיבים דוחים את עמדת העותרים גם בהקשר העובדתי המונח בבסיס טענתם המשפטית המוכחשת כמוסבר. המשיבים יוסיפו ויטענו כי מנתוני מרכז המידע למודיעין ולטרור (מל"מ) ניתן ללמוד כי לדאבון לב "לפרות הירידה בהיקף הטרור העממי בשנים האחרונות, לא חלה ירידה מהותית במספר ההרוגים שהוא גרס. בשנת 2017 נהרגו בפיגועי הטרור העממי (המוגדרים ע"י אבו מאזן כ"התנגדות המתבצעת בדרכי שלום" 18 בני אדס, אזרחים ואנשי כוחות הביטחון, לעומת 17 בני אדס, שנהרגו בפיגועי הטרור העממי בשנת 2016" (הטרור הפלסטיני נגד ישראל בשנת 2017: נתונים, מאפיינים ומגמות, מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית).

60. מצב הדברים כאמור, מוביל למסקנה כי הסכסוך הבינלאומי ממשיך להתקיים חרף הירידה בעצימות האלימות מעת לעת, עד שיושג הסכם שלום או הסכם סיום סכסוך אחר, שכאמור אינו קיים בין ישראל לרשות הפלסטינית כיום. לפי הלכת טאדיץ', בכל מקרה אחר, הסכסוך מתמשך, "בין אם לוחמה של ממש מתרחשת או לא" (שם). חרף הירידה בהיקף האלימות המתרחשת באזור בהשוואה למצב ששרר בפועל לפני האינתיפאדה השניה, הסכסוך המזוין הבינלאומי ממשיך לחול ובצדו דיני הלחימה הכרוכים הימנו ואשר מהווים את הבסיס העיוני למדינת ישראל להשתמש באמצעים צבאיים חריגים על מנת להגן על לוחמים ואזרחים בלתי מעורבים. בכלל זה, המשיבים יטענו כי ניתן להצדיק גם את לחימת השימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה שעומד לדיון במוקד עתירה זו. נעבור עתה לדון במעמדו של ארגון החמאס כצד ללחימה בסכסוך המזוין באזור.

#### **4.2 מעמד ארגון החמאס כצד ללחימה בסכסוך המזוין באזור**

61. הדיון בפרק זה יוקדש לבחינת מעמדו של ארגון החמאס כצד לסכסוך בהתאם לתנאי הארגוניות בהלכת טאדיץ' לעיל וברקע הדרישה המשלימה בדבר הצורך בהשתייכות לצד לסכסוך המזוין, הנלמד משבעת תנאי הלחימה החוקית (lawful combatancy). כל זאת, במקופל בטענת העותרים לפיה ארגון החמאס אינו בהכרח צד לסכסוך המזוין באזור, מהצד הפלסטיני, לסכסוך הישראלי-פלסטיני, המיוצג בידי הארגון לשחרור פלסטין (להלן, אש"ף) כמיצגם הלגיטימי היחיד של הפלסטינים בסכסוך המזוין.

62. יצוין כי, הדינים, הזכויות והחובות של המלחמה חלים לא על הצבא בלבד, אלא גם על כל מי שעונה על שבעת תנאי הלחימה שהם: הימצאות תחת פיקוד בעל אחריות; סימן היכר שאפשר להבחין בו מרחוק; נשיאת נשק בגלוי והתנהלות בהתאם לדיני הלחימה ומנהגיה. סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית מוסיפה עוד שני תנאים שהם ארגוניות ושייכות לצד בסכסוך והפסיקה הוסיפה תנאי שביעי שהינו אי נאמנות ואי השתייכות לכוח העוצר - הנחשבים דין מנהגי (Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* 5, 39 (2004)).

63. בפרשת הסיכולים הממוקדים נקבע כי אין צורך לדון בתנאים אלה, שכן ארגון הטרור ויחידיהם אינם מקיימים את התנאים של הלוחמים, כך למשל, אין להם סימן היכר מובחן וקבוע שאפשר לזהות אותו מרחוק והם אינם מנהלים את הפעולות שלהם בהסתמך על דיני הלחימה ומנהגיה אלא מתנהגים בניגוד למשפט הבין-לאומי (פרשת הסיכולים הממוקדים, בעמ' 23). יפים דבריו המשלימים של הנשיא (כתוארו אז) ברק לעניין זה:

"אין לראות בעצורים הלבנונים שבויי מלחמה. די בכך שאין מתמלאת לגביהם הוראת סעיף 4a(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית, הקובעת כי אחד התנאים שיש למלא כדי לקיים את ההגדרה של 'שבוי מלחמה' הוא 'that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war'. הארגונים שאליהם השתייכו העצורים הלבנונים הם ארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים פתוך אוכלוסייה אזרחית, המשמשת להם כפגז. כל אלה הן פעולות הנוגדות את המשפט הבין-לאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל הייתה כל השנים שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם. לא מצאנו עילה להתערב בעמדה זו" (בג"ץ 00/2967 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, 191 (2000)).

64. אשר על כן, אין לראות בארגוני הטרור ובמתחבלים הנמנים עליהם, אשר עימם יש למדינת ישראל עימות מזוין בינלאומי כממלאים את שבעת תנאי הלחימה. כל זאת, כי אין הם משתייכים לצבא סדיר שלחמתו חוקית, ומשכך לא ניתן להם מעמד כמו שמוגיע ללוחמים על פי המשפט הבינלאומי.

65. ברי כי, מתקיים מתח דוקטרינרי בין דרישת התקיימות של שבעת תנאי הלחימה החוקית לבין תנאי הארגוניות בהלכת טאדיץ' להגדרת סכסוך מזוין. כנטען כאן, ארגון החמאס כמצוין לעיל עונה על תנאי הארגוניות בהלכת טאדיץ', אמנם ארגון החמאס אינו עונה על שבעת תנאי הלחימה. הדיון להלן יתמקד בניסיון להראות שהחמאס הינו מאורגן דיו וחרף המתח הדוקטרינרי, ניתן להסיק ממאפייניו וסממניו של החמאס שהינו צד לסכסוך הישראלי-פלסטיני.

לשון קיצור, המשיבים יטענו, כי חרף העובדה כי חמאס אינו מהווה חלק מהסכמי אוסלו בין ישראל לאש"ף והרשות הפלסטינית בהמשכם, נכלל החמאס כצד מאורגן לסכסוך הישראלי-פלסטיני כאמור.

66. ראשית, מטרתו של ארגון החמאס, בהסתמך על אמנת חמאס, הינה להקים מדינה פלסטינית אסלאמית בשטחי מדינת ישראל. המוטו של ארגון החמאס הינו כדלהלן:

"אללה הוא תכליתה, הנביא הוא דמות המופת שלה, הקוראן הוא החוקה שלה, מלחמת הקודש, היא דרכה והמוות לען אללה הוא הנעלה במשאלותיה" (אמנת תנועת ה"חמאס" (1998), מרכז המידע למודיעין ולטרור, המרכז למורשת המודיעין (מל"מ)), 5 מאי 2006.

בתוך שכך, החמאס הוא הגוף שהנהיג והוביל בתקופת האינתיפאדה השנייה את הטרור הפלסטיני בכלל, ועשרות פיגועי ההתאבדות כנגד אזרחי ישראל בפרט (**חסרונם הולך וגובר**, אתר דבר ראשון, ניצן צבי כהן, 02.06.2016). גל פיגועי ההתאבדות האמורים הסלימו את הסכסוך הישראלי פלסטיני לרמה שלא נראתה מזה עשרות שנים. במהלך האינתיפאדה השנייה נמנו אלפי קורבנות, בשני הצדדים, הן בקרב הלוחמים והן בקרב האזרחים התמימים.

67. נראה כי, החמאס נוכח ושולט בפועל וביד רמה בשטחי האזור. כמו כן, החמאס אף מהווה גוף שלטוני המקיים בחירות הן למועצות המקומיות והן למועצה המחוקקת הפלסטינית. אינדיקציה לכך, ניתן למצוא בפורטל הטרור באתר השב"כ ביחס לשלטון החמאס ברצועת עזה שיש בו להעיד על העלול להתרחש ביהודה ושומרון במסגרת היערכות החמאס כיום:



"בבחירות לפרלמנט, שהתקיימו ב"רשות הפלסטינית" בינואר 2006, זכתה חמא"ס ברוב גדול של מושבי "המועצה המחוקקת", והחליפה את פת"ח כמפלגת השלטון. בראש הממשלה הועמד אסמאעיל הג'יה, מבכירי חמא"ס ברצועה, והתנועה חתרה לבסס את מעמדה בהנהגת "הרשות הפלסטינית". במסגרת זו הקימה חמא"ס כוח מבצעי, שנטל בכוח את האחריות הביטחונית ברצועה מידי מנגנוני הביטחון הפלסטיניים הרשמיים, המזוהים עם פת"ח, ובתוס מספר סבבי אלימות פנימיים בין פעילי שתי התנועות, השתלטה חמא"ס על רצועת עזה (יוני 2007), גירשה את פעילי פת"ח מעמדותיהם, והפכה לגורם השלטוני הבלעדי שם. תחת שלטון חמא"ס ברצועה גבר ירי הרקטות מהרצועה לעבר ישראל, וכן התגברו המאמצים להברחת אמל"ח לרצועה ול"בניין הכוח", קרי – שידרוג היכולות המבצעיות של חמא"ס. זאת, כהכנה לעימות עתידי מול ישראל".

68. לא זו אף זו, לארגון חמאס היכולת המתועדת לנהל משא ומתן ולהגיע להסכמי הפסקת אש למול ישראל במשך שנות הסכסוך מאז האינתיפאדה השנייה. כך למשל, בחודשים פברואר ומרץ 2005, ובעקבות לחצים משותפים של מצרים והרש"פ, הסכימה חמאס "חוץ" לרגיעה, שמשמעותה מחויבות מעשית, בלתי פורמאלית, להימנעות מאלימות ואי-הירתעות מחדושה במידת הצורך, אך לא להפוגה (הודנה) רשמית (שאול משעל ואברהם סלע **זמן חמאס, אלימות ופשרה VII** (מהדורה מורחבת, דב איכנולד, 1999). מה גם, שהיכולת לנהל הסכמי הפסקת אש הינה אינדיקציה למידת הארגונית להוכחת תחולת דיני לחימה על סכסוך מזוין נתון (עניין **טאדיץ'**, פס' 70).

69. בהקשר הזה, יצוין כי ב-12 באוקטובר 2017 נחתם הסכם הפיוס האחרון בין חמאס לפתח, שמטרתו המוצהרת להביא לסיום הפילוג הפלסטיני, כך שהסכם הפיוס צופה פני ממשלת אחדות שתורכב בהסכמה עם חמאס. במענה לכך, ניכרת על פני השטח פעילות שמטרתה יישום ההסכם כאמור. כפועל יוצא מכך, הועברו מוסדות הממשל ברצועה לידי ממשלת ההסכמה הלאומית (ביקורי שרים, הפעלת צוותים וועדות משותפות). חמאס מצידה הבהירה באופן לא משתמע לשני פנים, כי אין בכוונתה להתפרק מנשקה, להכיר במדינת ישראל, להפסיק את גלי הטרור ולשנות את מדיניותה כלפי איראן (חמאס הבהירה, כי הסכם הפיוס עם פתח לא יביא לשינוי בעמדות היסוד שלה, מל"מ, מיום 25 באוקטובר, 2017).

70. לאור האמור, נראה כי חרף העובדה שאש"ף הוא זה שמייצג את העם הפלסטיני בהתחייבו על הסכמי אוסלו, הרי שתנועת החמאס מנהיגה ושולטת במידה ניכרת באזור, כארגון מרכזי ובולט, אשר כוחו והשפעתו ניכרים בכלל, ועל הסכסוך המזוין באזור בפרט. משכך, יש להמשיך ולהחיל, גם על ארגון החמאס, את דיני הלחימה המהווים את המסד להפעלת ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה כפי שיידון למטה.

### **5.2 הדינים החלים בסכסוך המזוין - מכוח הוראות חקיקה ישראלית והוראות המשפט הבינלאומי**

71. תנאי בסיסי, בלעדיו אין, להחלטה של פרדיגמת הלחימה במסגרת המאבק בטרור, הוא קיומו של עימות מזוין בין המדינה לבין ארגון הטרור (**המאבק בטרור**, בעמ' 146). המשיבים יטענו כי המדובר בענייננו בסכסוך מזוין, אשר אינו עולה כדי מלחמה, בין ישראל לפלסטינים באזור ומכאן עולה המסקנה המתבקשת לפיה יחולו באזור דיני הלחימה (Jus in bello).

72. לעניין הזה יש חשיבות לשאלת סיווגו של הסכסוך המזוין. כפי שהובהר לעיל, אם ארגון הטרור הינו תנועה לשחרור לאומי, אזי הסכסוך המזוין יוכל להיחשב כסכסוך מזוין בינלאומי, בהתאם לסעיף 41(4) לפרוטוקול הנוסף הראשון. מה גם, שלעניין הזה המשיבים מסתמכים על עמדת בג"ץ הסיכולים הממוקדים בהקשר הזה, כך שנקודת המוצא הייתה כי חל באזור סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי (בג"ץ הסיכולים הממוקדים, בעמ' 18). יצוין, כי מדינת ישראל נוקטת בעמדה רשמית, שלפיה היא מנעת מסיווג פורמלי של העימות המזוין המתנהל בינה לבין ארגון החמאס, ומחילה עליו, את הכללים החלים על שני סוגי העימותים המזוינים ( 18 – The Operation in Gaza 27 December 2008 – January 2009: Factual and Legal Aspects, para 30 (The State of Israel, July 2009)). אשר על כן, לצבא ישנה סמכות חוקית לפעול באזור במסגרת תחולת דיני הלחימה והמשפט הבינלאומי ההומניטרי בכללותו.

73. המשיבים יטענו, כי בנוסף חלות בענייננו הוראות חקיקה ישראלית "פנימית", היות ומדובר בפעולת הסתערבות אותה מבצעים חיילי צבא ההגנה לישראל. הוראות אלו מקנות לממשלה ולצבא הסמכות לבצע פעולות אשר נדרשות להגנת המדינה. להלן ההוראות הרלוונטיות לענייננו: הראשונה, צבא ההגנה לישראל מוגדר כ"**צבאה של המדינה**" (ס' 1 לחוק יסוד: הצבא). השניה, פקודת סדרי השלטון והמשפט מספקת מענה לשאלה מה מוסמך הצבא לעשות:

"הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזויינים, ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו פורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה ולשם השגת יעדיה הביטחוניים-לאומיים" (ס' 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948).

74. בהקשר הזה ייאמר, כי מלומדים סבורים שהסמכויות האמורות מקנות סמכות לצבא ההגנה לישראל לפגוע בגוף וברכוש, במידה והדבר נדרש לצורך הגנה על המדינה (י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, 23 (תשנ"ו, חלק א)). עוד מוסיפים המלומדים כי הצבא מוסמך "להגן על המדינה מפני אויביה החיצוניים, לרבות ארגוני טרור" (מ' קרמניצר וא' בנדור, **חוק יסוד: הצבא**, 38 (פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, התש"ס). דהיינו, הסעיף מהווה את המסד לדיון באשר לחוקיות פעולת הצבא בהקשר של ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה ובכלל, אשר נועדה בראש ובראשונה להגן על המדינה ועל אזרחיה מפני גורמים עוינים שמבקשים לערער את ביטחונה ולשלול את קיומה של מדינת ישראל.

75. יתר על כן, חוקיותן של "**פעולות צבאיות הדרושות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור**" מוכרות אף הן בחקיקה ראשית (ס' 40(ב) לחוק יסוד: הממשלה). לא למותר לציין, פעולות צבאיות אלה כוללות, בין היתר, גם עימות צבאי מזוין נגד ארגוני טרור, מחוץ לגבולות המדינה, אשר נלחמים לצורך הגדרה עצמית.

76. אף כשאין המדובר במלחמה, מקנה חוק יסוד: הממשלה לצבא ההגנה לישראל את הסמכות לבצע פעולות צבאיות נדרשות לצורך הבטחת ביטחון אזרחי המדינה, כאמור בסעיף 51(א) לחוק יסוד: הממשלה (ס' 51(ב) לחוק יסוד: הממשלה). לפיכך, המשיבים יטענו כי ניתן להסיק בנקל מכוח קל וחומר שכך גם הדבר אף כשהמדובר במצב של סכסוך מזוין הנמשך זה שנים רבות.

77. בנוסף, חוק העונשין קובע סייג לאחריות פלילית לצבא (ס' 34(ג1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). בהתאם לסייג, לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהוא "**היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו**". כלומר, כאשר חיילי צבא ההגנה לישראל פועלים על פי החוק הישראלי או על פי דיני הסכסוך המזוין, ואינם חורגים מהסמכות שמקנה להם החוק, הם למעשה פועלים "לפי דין". לכן, עומדת לחיילי הצבא הגנת הצידוק, במסגרתה לא ניתן להעמידם לדין פלילי במדינת ישראל בגין פעולות הסתערבות אשר ביצעו במהלך שירותם הצבאי. מלומדים מוסיפים ומדגישים, כי במצבים מעין אלו, אין המדובר בפטור מאחריות פלילית, אלא מלכתחילה נשללת הפליליות שבמעשיהם של

חיילי צבא ההגנה לישראל (ש' ז' פלר, **יסודות בדיני העונשין**, התשמ"ז, כרך ב', בעמ' 489-491; R.K. Goldman, " Certain Legal Questions and Issues Raised by the September 11th Attacks" , 9 (Hum. Rts. Br. (2001) 2, 4).

78. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי לצבא ולממשלה ישנן סמכויות לבצע פעולות, אשר נדרשות לצורך הגנה על המדינה, אף מכוח הוראות המשפט הבינלאומי: בהתאם לפסיקתו העדכנית של בג"ץ, נראה כי כל עוד הדבר אינו עומד בסתירה לחקיקה הישראלית, יחולו הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי אשר מחייבות את מדינת ישראל וכוללות בתוכן את דיני הסכסוכים המזוינים (ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ט"ז 2033, 2040 (1962); בג"ץ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון בנימין בן אליעזר**, פ"ד נו(3) 30, 34 (2002)).

79. נעבור עתה לשאלת בחינת מתקל הדינים בעת התפרצותו של סכסוך מזוין (בג"ץ **סיכולים ממוקדמים**, בעמ' 15; עניין **עג'ורי**, בעמ' 365). המשיבים טוענים, כי מערכת הדינים הרלוונטית לענייננו מתחום דיני המשפט הבינלאומי הם המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר חלים בסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים. אך במידה ויהיה חסר בדין המיוחד, ניתן יהיה להשלימו באמצעות "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (פרשת **הסיכולים הממוקדים**, פס' 18 לפסק דינו של השופט ברק; [1996] ICJ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Rep. 226, 240 Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 IL M 1009 (2004)). יודגש, בהתאם לפסיקתו של בג"ץ בכל מקרה ומקרה יש לבחון מהו הצורך הצבאי, ולפעול בהתאם לאותו צורך, אף אם הדבר יהווה פגיעה נקודתית בזכויות אדם כאלו או אחרות. בטוענם כאמור, דוחים המשיבים את טענת העותרים לפיה ניתן יהא להשלים את תחולת דיני הלחימה המהווים דין מיוחד במסגרת תחולה מקבילה לדיני זכויות האדם הבינלאומיים, טענה שנדחתה בפסיקת כב' בית המשפט העליון כמוסבר וכמובהר. נפקות הדברים בפשטות הינה כי מקום שיקבע כי הסתערבות צבאית למטרות לכידה הינה חוקית כממצא משפטי פוזיטיבי, שוב לא ניתן יהא לבטלה מדעיקרא משום מתח משפטי פוזיטיבי או פרשני אחר, כביכול, בינה ובין דיני זכויות האדם הבינלאומיים שייסוגו הימנה במסגרת דלת אמותיהן של עקרונות דיני הלחימה שיידונו בהמשך.

## 6.2 מתקל הדינים באזור ודיני לחימה כדין מיוחד (lex specialis)

80. לשם יישוב מתקל הדינים החלים בעת סכסוך מזוין, נדרשת נוסחת איזון משפטית שזה טיבה: מחד, חלים השיקולים ההומניטריים, העולים ממתן הגנה לכל מי שנפגע כתוצאה מהסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים לאור משפט זכויות האדם הבינלאומי וההיבטים ההומניטריים המגולמים בדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מאידך, יש לקחת בחשבון את השיקולים הצבאיים אשר מבוססים על הצורך הצבאי (military necessity) ועל הצלחתו במסגרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי לגופו (בג"ץ סיכולים ממוקדים, פס' 22; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוויה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, לז (4) 785, 794 (1983); בג"ץ אלמחדודה המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, נז (1) 385, 396 (2002)). דרך דיני הלחימה, הקהילה הבינלאומית מנסה להציב כללים המכפיפים את הצדדים לסכסוך לעשיית פעולותיהם בדרך אנושית ובהגנה מרבית על קורבנות המלחמה במהלך העימות המזוין על מנת לשמור על האיזון העדין בין השיקולים ההומניטריים לבין הצורך הצבאי ( The International ) Myres S. McDougal & Florentino P. Feliciano Id. at p. 1063; (Law of 199. War: Transnational Coercion and World Public Order (1994) 82).

81. עיקרון בסיסי המונח ביסודם של דיני העימות המזוין, הינו קיומו של צורך צבאי המאפשר לצד לעימות המזוין להשתמש בו. כל זאת, כפי שמוסבר למשל, במדריך הבריטי לדיני העימות המזוין משנת 2004:

“ that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources.” (U.K. Ministry of Defense, The Manual of the Law of Armed conflict para 2.2 (2004)).

82. כיום, הכללים המבוססים על אמנת האג משנת 1907 מסדירים את השימוש בכוח בעת מלחמה ואת הצעדים שמותר למדינה מחזיקה לנקוט בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית, כמו גם לשאלה מי זכאי למעמד של צד לוחם. בנוסף, עקרונות אמנת ג'נבה הרביעית, 1949 לאחר מלחמת העולם השנייה

הושתתו על הגנתם של קורבנות העימות המזוין. הפרוטוקולים הנוספים משנת 1977, מרחיבים את העקרונות הקיימים. המשמעות הינה כי פעולות צבאיות יכולות להיות מופנות אך ורק לעבר מטרות צבאיות, "אי הבדלתם העצמית של הלוחמים מן הלא לוחמים, אין בה אלא יצירת סיכון אמיתי לאוכלוסייה האזרחית, לפי שבמחדלם זה הופכת ההבחנה קשה ועלולים חפיע מפשע להוות מטרות לתקיפות שבשגגה". (בארי פיינשטיין "מכשול הביטחון הישראלי לאור דיני העימות המזוין", מאזני משפט ו תשס"ז, בעמ' 242).

83. במסגרת נוסחת האיזון, אין להצדיק מידת סבל בלתי הכרחית או בלתי פרופורציונאלית בשאיפה להשגת יתרון צבאי, כך שאין מינהל השטח הנתון בתפיסה לוחמתית דואג אך ורק למען אותם צרכים צבאיים, אלא יש להבטיח את טובתם של תושבי האזור במידת האפשר (MALCOM N. SHAW, INTERNAYIONAL LAW At pp. 1187 (6<sup>th</sup> edition, 2008)). על אף הצורך בשמירה על שגרת חייהם של האזרחים המצויים בתפיסה לוחמתית, זכויותיו וחובותיו של המשטר הצבאי חייבות לקחת בחשבון את צרכיו של המחזיק עצמו (בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124 (1973), עמ' 138).

84. בפסיקתו התקדימית הרלוונטית לענייננו קובע בג"ץ, כי יש לבחון את דרישת המידתיות במובנה הצר, אשר במסגרתה יש לקיים יחס ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי. לפיכך, המשיבים יטענו, כי הלכה הנוהגת כיום הינה שתקיפה צבאית תהיה מידתית במידה והתועלת הצומחת מהשגת המטרה הצבאית הינה ראויה ושקולה למול הנזק הנגרם לאזרחים תמימים הנפגעים בעקבותיה (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, סא(2) 202, פסקה 74-76 לפסק דינו של השופט ברק (2006); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, נח(5) 807, (2004), עמ' 852-850 (להלן: פרשת בית סוריק); פרשת הועד הציבורי, לעיל ה"ש 16, פס' 44-45 לפסק דינו של השופט ברק).

## 8.ב. סיכום

85. לסיכום חלק זה, להלן טיעוניה של המשיבה בקצרה: המדינה מצויה בסכסוך מתמשך, אכזרי ועקוב מדם מול ארגוני טרור, כדוגמת החמאס. המדובר בארגוני טרור אשר אינם בוחלים באמצעים ושמים להם למטרה לפגוע באזרחים תמימים, בדרך להשגת מטרותם הבלתי חוקית והנפסדת. יתרה מזו, המדובר בארגונים אשר ניכר כי הם מאורגנים היטב, בעלי היררכיה ברורה ושיטת פעולה סדורה שגורמת מזה שנים רבות נזק רב למדינת ישראל. לפיכך, וחרף העובדה כי הסכסוך האמור

אינו עולה כדי מלחמה כהגדרתה, מדובר בסכסוך מזוין בין ישראל לפלסטינים. בסכסוך האמור יש להחיל את דיני הלחימה בהם מוגדרים פעילויות מותרות לצדדים המעורבים במלחמה והגבלות עליהן.

86. מדינת ישראל, אשר מחויבת להגן על בטחון תושביה, מתמודדת עם הסכסוך האמור באמצעות צבא ההגנה לישראל. הצבא יונק את סמכותו הן מכוח הוראות חקיקה ישראלית "פנימית", והן מכוח הוראות המשפט הבינלאומי, כאמור.

87. בהתאם להלכה כיום, הדין המיוחד, המהווה חלק מדיני המשפט הבינלאומי, הוא הדין המרכזי בענייננו, ואך במידה וימצא בו חסר ניתן יהיה להשלימו באמצעות "משפט זכויות האדם הבינלאומי". יתר על כן, בכל מקרה ומקרה יש לבחון את לגיטימיות הפעולה הצבאית בהתאם למבחני המידתיות. כלומר, ניתן יהיה לומר כי פעולה צבאית הינה מידתית במידה והנזק הנגרם כתוצאה ממנה קטן מהתועלת הצבאית.

88. כאמור, על הלוחמים להבחין את עצמם מאזרחים תמימים לאור עקרון ההבחנה במטרה למנוע יצירת סיכון אמיתי לאוכלוסייה האזרחית, מאחר ובמחדלם זה הופך את ההבחנה לקשה ביותר. כמו כן, מניעתם של פיגועים קטלניים המתבצעים על ידי מחבלים כנגד מדינת ישראל ואזרחיה היא פעולה צבאית לגיטימית במסגרת חובתה לשמור על הביטחון הציבורי. הצורך הצבאי ההכרחי מחייב את הקמתו של מנגנון שעוזר לכוחות הביטחון הישראלי להפחית משמעותית את רמת הפיגועים הקטלניים המתבצעים על ידי ארגוני הטרור. אמנם, יש לפעול תוך שמירה מירבית למניעת סבל לא הכרחי ותוך עמידה במבחן המידתיות. בהקשר הזה יצוין, כי המכשולים הניצבים למול כוחות הביטחון אף מביאים להגנה על שלומם של תושבי האזור על ידי הפחתת הצורך בפעילות צבאית.

### חלק ג' – מעמד מחבלים פלסטינים הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה ומעמדם כלוחמים בלתי חוקיים

89. עמדת המדינה הנסמכת על עמדת בית המשפט העליון הנכבד בפרשת סיכולים ממוקדים הינה כי המחבלים אשר מבצעים פיגועים בשטחי ישראל נכללים בקטגוריית אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולת איבה. כמו כן, יטענו המשיבים כי יש לראות במחבלים הפלסטינים כבענייננו לוחמים בלתי-חוקיים שאינם ראויים להינות מההגנות להם זוכים אזרחים, אלא מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה מצד מדינת ישראל (פרשת **סיכולים ממוקדים**, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק). יוסף

כי, בית המשפט הנכבד השאיר בצריך עיון את תחולת ההגדרה של לוחמים בלתי חוקיים גם על תושבי האזור, כאשר המטרה המקורית הייתה להחיל את המעמד על נתינים זרים (פרשת פלוני, פס' 9-12 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש) וכי עמדת המשיבים הינה כי יש להחיל את ההגדרה האמורה גם על מחבלים פלסטינים תושבי האזור, כבעניינה של העתירה דנן.

90. המשיבים יוסיפו לטעון כי בתוך שכן, מדיניות צבא ההגנה לישראל בהסתערבות הצבאית למטרות לכידה מקיימת ביחס ללוחמים בלתי חוקיים אך גם אזרחים נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה את עקרונות דיני הלחימה אשר חלים בכל סכסוך מזוין והם: עקרון ההבחנה (distinction), הוכחת צורך צבאי (military necessity), מידתיות (proportionality) ומניעת סבל מיותר (unnecessary suffering), כמפורט להלן, דבר דבור על אופניו.

#### ראשית דבר - עקרון האבחנה והאבחנה בין לוחמים לאזרחים

91. מרכז הכובד העיוני מצוי בניתוח עקרון האבחנה בין לוחמים ואזרחים, אשר ממילא הינו אחד מארבעת העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ס' 48, 51(2) ו-52(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה (1977). בהקשר זה יודגש כי כב' בית הדין הבינלאומי הגדיל לציין כי עקרון ההבחנה הינו מהעקרונות הבסיסיים של במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ומהעקרונות שאין להפר במשפט הבין-לאומי המנהגי (International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, July 8 (1996) p-78-79 (להלן: "חוו"ד הנשק הגרעיני"); Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2 volumes. Vol I: Rules. Vol II (2 parts) (2005), Chapter I (להלן: "מחקר ה-IHL המנהגי").

92. עיקרון האבחנה חל הן בסכסוכים מזוינים בינלאומיים והן בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. עיקרון זה מכיל היבט חיובי והיבט שלילי, כפי שיובהר להלן. ראשית, ההיבט השלילי מחייב את הצדדים לסכסוך המזוין להימנע מלתקוף באופן ישיר הן אזרחים, אלא אם כן הם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה, והן מטרות אזרחיות, אלא אם כן נעשה בהן שימוש למטרות צבאיות. למעשה, במסגרת ההיבט השלילי של עקרון ההבחנה מותר לתקוף באופן ישיר רק לוחמים ומטרות צבאיות (פרוטוקול I סעיף 51-52; חוו"ד הנשק הגרעיני, ס' 78; ע"א 474/02 תאבת נ' היועמ"ש (30 ינואר 2011) (בפני כב' הנשיאה ביניש)). יתרה מזו, עקרון ההבחנה לא אוסר על התקפות כנגד מטרות צבאיות, אשר סביר



שיגרמו נזק משני לאוכלוסייה אזרחית, כל עוד הפגיעה הצפויה הינה מידתית בטבעה כנקבע בפרוטוקול הנוסף ה- I בסעיף 51 לו.

93. בנוסף, ובהתאם לעקרון המידתיות האמור, אדם בעל מידע סביר תחת נסיבות ההסתערבות בענייננו, לא היה מצפה שכתוצאה מביצוע ההסתערבות יהיו אבדות מופרזות בחיי אזרחים תוך שימוש סביר במידע שבידיו (השווה: (2004) 43 ILM 794, 807 Galic Prosecutor v. Trial Chamber, 2003 (להלן: "פרשת Galic"). המשיבים יתייחסו להיבט הריגתו של בן דודו של העותר 2 בהמשך, וממילא אין בהסתערבות למטרות לכידה כשגרה להוביל להריגתם או פציעתם של אזרחים וטענה זו אף לא נטענה בכתב העתירה דנן.

94. לשון קיצור, אזרח הינו אדם שאינו חבר בכוחות הלוחמים ואינו נוטל חלק ישיר בפעולות איבה ולכן לא מהווה מטרה לגיטימית. לכל היותר ניתן להצדיק פגיעה אגבית בו כנלמד מסעיף 48 לפרוטוקול הנוסף ה- I. אלא מאי? כפי שיובהר להלן, המדינה תטען כי מחבלים לכל הפחות נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה ויש לראות בהם אף לוחמים בלתי חוקיים ולכן לא זו בלבד שמהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, אלא שאינם זכאים להגנות הנתונות לאזרחים. נפנה להסביר טענתנו זו:

#### **אבחנה בין לוחם חוקי ללוחם בלתי חוקי:**

95. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מונה שבעה תנאים ללוחמה חוקית, כאשר ארבעת התנאים העיקריים בהם נתמקד, לצורך מסד הטיעון שהמחבלים הם לוחמים בלתי חוקיים, מופיעים באמנת האג הראשונה משנת 1907, ואלו הם: הימצאות תחת פיקוד בעל אחריות; סימן היכר מובחן וקבוע שניתן להבחין בו מרחוק; נשיאת נשק בגלוי והתנהלות בהתאם לדיני הלחימה. אמנת ג'נבה השלישית מוסיפה עוד שני תנאים שהם ארגוניות ושייכות לצד בסכסוך והפסיקה הוסיפה תנאי שביעי שהינו אי נאמנות ואי השתייכות לכוח העוצר- דין מנהגי (ס' 1 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907; ס' 13 לאמנת ג'נבה הראשונה והשנייה; ס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית; ס' 43 לפרוטוקול הראשון).

96. בפסק-הדין המכונן בפרשת **סיכולים ממוקדים** נקבע כי המחבלים וארגוני הטרור, עימם יש למדינה סכסוך מזוין, אינם נופלים לקטגוריה של לוחמים שכן אינם מקיימים את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (פרשת **סיכולים ממוקדים**, בפס' 24-25 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק). כך לדוגמא, ועל מנת לשלול את אפשרות סיווגם כלוחמים, די להצביע על כך שאין להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק, לצד זה שאינם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהיגיה (שם).

97. ס' 2 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 מגדיר לוחם בלתי חוקי כדלהלן:

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

98. כנזכר לעיל, בפרשת פלוני כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש לא הוציאה במפורש מגדר ההגדרה את מי שאינם נחשבים נתינים זרים (בעיקר לבנונים), והותירה הלכה ולמעשה בצריך עיון את תחולת ההגדרה של לוחמים בלתי חוקיים גם על תושבי האזור, וזאת טרם נדון העניין בפסק-הדין סיכולים ממוקדים. להלן תמצית הדברים מתוך פסק-הדין:

"נוכח ביטול תחיקת הביטחון ברצועת עזה, מפילא לא מתעוררת ביחס לתושבי הרצועה השאלה האם מעצר מינהלי מכוח תחיקת ביטחון עשוי להוות אמצעי מתאים ומידתי יותר ביחס למעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. עם זאת, רואה אני לציין כי השאלה האמורה עשויה להתעורר בעניינם של תושבי האזור הנתון בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל (יהודה ושומרון). כעולה מהאמור בפסקה 11 לעיל, על-פני הדברים נוטה אני לדעה כי הן לפי הדיו הבינלאומי ההומניטארי החל על העניין (סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית) והן לפי מבחן המידתיות - ראוי כי מעצרו המנהלי של תושבי יהודה ושומרון יתבצע מכוח תחיקת הביטחון הנוכחית החלה באזור, ולא מכוחו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בישראל. עם זאת, סוגיה זו אינה מתעוררת בנסיבות העניין שלפנינו ולפיכך אני רואה להותירה לימים שיבואו (שם, פס' 36) (ההדגשה של ב"כ המשיבים)

99. העותר 2 וחבריו לחוליית הטרור, אשר אין זו הפעם ראשונה בה הם מבצעים פיגועי טרור כעולה מהודאת העותר 2 בפני ערכאה קמא, אינם נכנסים תחת קטגוריית לוחמים חוקיים שכן אינם חלק מכוחות אשר מאומנים להילחם ולירות בנשק ואף אינם משרתים בכוחות לוחמים. משכך, אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה במידה והם נלכדים כבענייננו.

100. המדינה תטען שהמחבלים הפלסטינים, ובכללם גם העותר 2, אינם יכולים לחסות תחת ההגנה לה זוכה אזרח ובמקביל לחסות גם בהגנה לה זוכה לוחם, כגון מעמד של שבוי מלחמה. המדובר במחבלים אשר לוקחים חלק פעיל בתכנון פיגועים ובהוצאתם לפועל, וזאת חרף העבודה שאינם עוסקים בכך באופן רציף לאורך היום כולו. לפיכך, מעמדם של מחבלים, ושל העותר 2 כאמור, כלוחמים בלתי חוקיים מתיר את לכידתם על פי כל דין.

101. זאת ועוד, המדינה תטען כי בהתאם לפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי, המוזכרת בהלכת הסיכולים הממוקדים, ניתן אף לקבוע כי בשל מעמדם של המחבלים כלוחמים בלתי חוקיים, לאחר שילכדו הם יהיו חשופים לעונש מקסימלי בגין מעשיהם, בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין הצבאי [Supreme Court Reports] (1942), 317 US) Ex parte Quirin et al. – (להלן: הלכת Ex Parte Quirin). המדינה תוסיף ותטען כי פסיקתו האמורה של בית-המשפט האמריקאי, המוזכרת בהלכת הסיכולים הממוקדים, יפה אף לו ייקבע כי מעשיהם של המחבלים אינם עולים כדי פשע מלחמה, כמפורט לעיל.

102. לשון קיצור, וכפי שנקבע בהלכת סיכולים ממוקדים, המחבלים וארגוני הטרור אינם נופלים לקטגוריה של לוחמים חוקיים שכן הם פועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. למעשה, וכפי שיובהר להלן, מחבלים נופלים תחת הקטגוריה של לוחמים בלתי חוקיים. לכן, אינם נהנים מההגנה הניתנת לאזרח, אלא נתונים לסיכוני תקיפה מבלי שיהנו מזכויותיו של הלוחם כשבוי מלחמה ( Model Manual on ) (1999) para. 610, p. 34 the Law of Armed Conflict for Armed Forces.

### **אזרח שנוטל חלק ישיר במעשי איבה:**

103. המדינה תטען כי חרף ההגנה מפני תקיפה הניתנת לאזרחים במסגרת המשפט הבינלאומי, מחבלים אינם זכאים ליהנות מהגנה זו שכן הם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה בהיותם נכנסים ויוצאים

ממעגל הטרור. לפיכך, הם אינם זכאים לחסינות מפגיעה כלוחמים, בכפוף לשיקול דעתו המשלים של בית המשפט הנכבד כלהלן ביחס לחשודים בפעילות טרור הנלכדים בהסתערבות צבאית למטרות לכידה. המשפט הבינלאומי המנהגי מגן על אזרחים המוגדרים לא-לוחמים (non combatants). משמע, אזרחים נהנים מהגנה מקיפה על חייהם מפני פעולות איבה. וכך פסק כבוד בית המשפט העליון בנושא: "הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטריים שנועדו להגן על האוכלוסייה המקומית" (בג"ץ 04/9593 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, סא(1) 844 (2006)). אשר על כן, לוחמים מהווים מטרה לגיטימית לפגיעה בשל היותם לוחמים. אולם, אין לפגוע באזרחים, משום היותם אזרחים.

104. יש להצביע בהקשר הזה על סעיף 2)51 לפרוטוקול הראשון המהווה משפט בינלאומי מנהגי:

"האוכלוסייה האזרחית באשר היא, כמו גם אזרחים יחידים, לא יהיו מטרה להתקפה" (ס' 2)51 לפרוטוקול הנוסף ה-I).

105. למרות ההגנה הגורפת הניתנת לכלל האזרחים באשר הם, קיים חריג בסעיף 3)51 לפרוטוקול הנוסף ה-I הקובע כדלקמן:

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities".

106. לשון קיצור, אזרחים יהוו מטרה לגיטימית לתקיפה רק "למשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה". לכן, אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה נתון במשך אותו זמן בלבד לסיכונים של תקיפה, הזאים לסיכונים להם נתון לוחם. בנוסף, ההגנה מפני תקיפה אינה מוענקת ללוחמים בלתי חוקיים, הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה. כמו למשל, מעמד של שבוי מלחמה (ס' 51 (3) לפרוטוקול הנוסף ה-I).

107. בהתאם לעמדת המדינה ובג"ץ, כפי שזו באה לידי בהלכת הסיכולים הממוקדים (בפס' 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק) המחבלים המשתתפים בעימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור כדוגמת העותר 2 נופלים לגדרה של קטגורית לוחמים בלתי-חוקיים. דהיינו, הינם אנשים הנוטלים חלק פעיל ומתמשך בסכסוך מזוין, ועל כן דינם כדין לוחמים במובן הזה שהם מהווים מטרה

לגיטימית לתקיפה בהיותם כשגרה חשודים בביצוע או התארגנות לביצוע פעילות איבה אותה באה פרקטיקת ההסתערבות הצבאית שהיא צורך צבאי דחוף לאיין בצוק העתים, ובהיעדר חלופה מידתית שפגיעתה בהם פחותה, ואין הם זכאים להגנות הנתונות לאזרחים. עם זאת, אין הם זכאים לכל הזכויות וההגנות הנתונות ללוחמים, שכן הם אינם מבחינים עצמם מאזרחים, והם אינם מקיימים את דיני המלחמה. כך למשל, אין הם זכאים למעמד של שבוי מלחמה (פרשת **סיכולים ממוקדים**, בפס' 38-40 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק; עמנואל גרוס, **מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים** 76 (2004)).

108. העותר 2 כאזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה כשגרה, נכנס ויוצא בכוח ובפועל ממעגל הטרור, במובן זה שבחלק מהזמן הוא לוקח חלק פעיל בתכנון וארגון פעילויות טרור כמו אלו שהודה בהן בערכאה קמא, ובשאר הזמן, לסירוגין, נמנע מכך. משכך, כל עוד הוא ממשיך במסכת מעשיו האמורים – הוא ועמיתיו לארגון החמאס כמו יתר ארגוני הטרור הפלסטינים באזור – דינם כדין לוחמים במובן זה שהם מהווים מטרה לגיטימית ללכידה במסגרת הסתערבות צבאית חוקית, בהיותם נתונים לסיכונים שפעילותם הטרוריסטית גוררת עמה, בזמן שהם חדלים ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח מפני לכידה בהסתערבות צבאית שאינה מכוונת להריגה או פציעה של הטרוריסטים, כי אם לכידתם במטרה מוצהרת לחוקרם כדין, ולוודא שפעילותם הטרוריסטית צופת פני-העתיד נפסקת, או למצער מעוכבת עד מיצוי הליך חקירתם על פי כל דין.

109. כל פרשנות אחרת לחריג האמור, כדוגמת הפרשנות אותה מציעים העותרים, תאפשר למחבלים הנוטלים חלק פעיל בפעילות איבה לנצל לטובתם את החריג ולרוקן אותו מתוכן, שכן כל מטרתו של החריג היא לאפשר למדינה לפעול ללכידה, מעצר וחקירה של אזרחים הנוטלים חלק פעיל במאבק טרוריסטי נגד נתיניה ובדגש על אזרחים ישראלים בלתי מעורבים בפעילות איבה.

110. בהקשר זה יוזכר בשנית, כעולה גם מכתב העתירה, כי ישראל אינה צד לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 במובן זה שלא חתמה עליו ולא אישררה אותו. אולם, עמדתו של הצלב האדום הינה כי זהו עקרון של משפט בינלאומי מנהגי מאחר והוא תואם את הוראת סעיף 3 המשותף לאמנת ג'נבה, אשר ישראל צד להן ואשר משקפות משפט בינלאומי מנהגי שלפיו ניתנת הגנה לאנשים "Taking no active part in the hostilities" (J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law p. 20 (Vol. 1, 2005); פרשת **סיכולים ממוקדים**, בפס' 30 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק).

## "נוטלים חלק ישיר":

111. לפי הקריטריונים המצטברים של הצלב האדום הבינלאומי על הפעולה לגרום למוות, פגיעה או הרס, או לכל הפחות להשפיע לרעה על פעולות או יכולות צבאיות; חייב להיות קשר סיבתי ישיר בין המעשה והנזק שהוא עלול להוביל אליו וחייבת להיות שייכות ללחימה ( Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law 8 (ICRC, N. Melzer ed., 2009)

המדינה תטען כי מחבלים, ובכללם אף העותר 2, נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה, שכן מתכננים את הפיגועים אותם מבצעים ואף לוקחים בהם חלק פעיל ומרכזי גם כשהינם נתונים בהפוגת העתים בין פיגוע טרור למשנהו. לכן, אין המדובר באזרחים תמימים מן השורה אשר חסינים מכל פעולת הסתערבות צבאית למטרות לכידה. הפעולות בהן נוקטים המחבלים גורמות דרך קבע לפגיעה, הרס ואף למותם הטראגי של אזרחים ישראלים.

## "למשך אותו זמן":

112. כאמור, הרכיב השני במסגרת עיקרון האבחנה הוא רכיב הזמן. במסגרת רכיב זה, נטילת חלק ישיר בפעולות איבה חושפת אזרחים למתקפה רק "לזמן זה" (ס' 51(3) לפרוטוקול הראשון (1977)).

113. להלן קביעתו של כבוד בית-המשפט העליון בפרשת בג"ץ סיכולים ממוקדים ביחס לרכיב הזמן:

"כידוע, ישראל אינה צד לפרוטוקול הראשון. ממילא הוא לא אומץ בדבר חקיקה ישראלי. האם מבטא העיקרון הבסיסי משפט בינלאומי מנהגי? עמדתו של הצלב האדום הינה כי זהו עקרון של משפט בינלאומי מנהגי. עמדה זו מקובלת עלינו...בית הדיון לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קבע כי סעיף 51 לפרוטוקול הראשון מהווה משפט בינלאומי מנהגי. ב-Military Manuals של מדינות רבות, ובהן אנגליה, צרפת, הולנד, אוסטרליה, איטליה, קנדה, גרמניה, ארצות-הברית וצוי חיל אוויר) וניו-זילנד, הועתקה הוראה זו כלשונה, או תוך אימוץ עיקריה, לפיהן אין לתקוף אזרחים, אלא אם כן הם

נוטליס חלק (ישיר) במעשי האיבה". (פרשת הועד הציבורי, בפס' 30 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק) (ההדגשה של הח"מ)

114. מדבריו האמורים של כבוד בית המשפט העליון עולה כי סעיף 351(3), על כל חלקיו, מהווה משפט בינלאומי מנהגי, לרבות רכיב הזמן הכלול בו. לכן, אזרח הנוטל חלק ישיר בפעילות איבה, אך הוא אינו פעיל – ראוי, באופן עקרוני, להגנה. ודוק, עולה השאלה מהו היקף הדיבור והפרשנות הראויה אותה יש לתת לצמד המילים "חלק ישיר" במעשי איבה?

115. כבוד הנשיא בדימוס ברק קובע בפרשת **סיכולים ממוקדים** כדלהלן:

"מחז גיסא, אזרח אשר נטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן מנתק עצמו מפעילות זו, הוא אזרח שעם ניתוקו מהפעילות זכאי להגנה מתקיפה. אין לתקוף אותו בגין מעשי האיבה שביצע בעבר. מאיזד גיסא, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור, אשר הפך להיות ביתו ובמסגרת תפקידו באותו ארגון הוא מבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות קצרות לפנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה "במשך אותו הזמן" בו הוא מבצע את שרשרת הפעולות. אכן, לגבי אזרח כזה המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכונות למעשה האיבה הבא". (פרשת הועד הציבורי, בפס' 39 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק) (ההדגשה של ב"כ המשיבים).

116. לאור העמימות הברורה הקיימת בנוגע לסיווגם של מקרים הנופלים בין שתי האפשרויות לעיל, מציע כבוד הנשיא ברק (כתוארו אז) ארבעה מבחני-משנה אותם יש לבחון בכל מקרה ומקרה, שנחילם לענייננו, להלן:

117. ראשית, נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כ"נוטל חלק ישיר בפעולת איבה", שכן אין לפגוע באזרח תמים (קססה, בעמ' 421). צריך להתקיים מידע בדוק באשר לזהותו ופעולו של האזרח (Ergi v. Turkey, 32 EHRR 388 (2001)). המשיבים יטענו, כי העותר 2 הינו נוטל חלק ישיר בפעולות איבה

בדומה לכל הפעילים בחוליות השייכות לארגוני הטרור הפלסטינים, שכן שיטת הפעולה המאפיינת חוליות מחבלי ארגוני הטרור הינה לצאת ולהיכנס לטרור בהפוגות. משכך, באופן צופה פני עתיד עולה הצורך ללכודם במטרה לסכל את פעילות הטרור שהם מתכננים לעתיד. אינדיקציה על כך ניתן למצוא בחקירתו של העותר 2 ע"י ביה"ד הצבאי בשומרון שבה הודה כי החוליה שאליה הוא משתייך ביצעה קודם לכן שני פיגועי ירי ללא נפגעים, הגם כי ארבעת חברי החוליה הינה חברי הזרוע הצבאית של החמאס אשר הכינו את הפיגוע וקבעו חלוקת תפקידים מוגדרת הכוללת מפקד החוליה, נהג מכונית המחבלים ושני יורים. יתרה מזו, בעקבות חקירתם נעצרו עוד כמה פלסטינים תושבי ג'נין, בחשד ששימשו כסייענים לחוליית הרצח, אף שלא היו בזירת הפיגוע עצמה בזמן הרצח. עובדות אלו ממחישות את איכות הבדיקות המקדימות שעורך שירות הביטחון הכללי והמודיעין, בכך שהם אוספים מידע מדויק ובדוק ומסייעים בסיכול חוליות טרור שמטרתן לפגוע במדינת ישראל ואזרחיה (רעות הדר, מצטייני השב"כ: "מסירות נפש ותעוזה", **אתר ערוץ 7**, 04.07.17).

118. שנית, קובעים מבחני בג"ץ לעיל, אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה (Mohamed Ali v. Public Prosecutor [1969] 1 A.C. 430); בג"ץ **הסיכולים הממוקדים**, בעמ' 39). לעניין הזה, יטענו העותרים שיתכן ויש דרך יעילה יותר לעצור מחבלים בלא הסתערבות צבאית, למשל, באמצעות הגעת כוחות נושאי נשק ובמדים גלויים או תוך הסתמכות על כוחות השיטור של הרשות הפלסטינית. אולם, חלופות אלו אינן מעשיות, כי עולה החשש שזיהוי מראש של הלוחמים תוך אובדן רכיב ההפתעה, יגרום למחבלים להתכונן מראש ולהסתתר תוך סיכול לכידתם ומעצרים בהיותם חשודים בביצוע פעילות איבה. בנוסף, עולה החשש של חוסר שיתוף פעולה עם כוחות השיטור של הרשות הפלסטינית, בכך שאין להסתמך על כך שאלו יבצעו את המוטל עליהם באותה מידת אפקטיביות. ודוק, מצד אחד ניכר כי חלה ירידה בגל הטרור בהשוואה בין היום לבין המצב שהיה שורר באינתיפאדה השנייה מה שמעיד על שיתוף פעולה יעיל בין שני הצדדים לסכסוך באזור (הלל פירש, משולש היחסים בין ישראל, חמאס - עזה והרשות הפלסטינית, **מרכז בגין- סאדאת למחקרים אסטרטגיים**, בעמ' 25-26 (אוגוסט 2017)). מנגד, העובדה שעדיין מתרחשים אירועי אלימות מצד צעירים פלסטינים מחזק את האירוניה שבה נמצאת הרשות הפלסטינית, באשר מצד אחד היא צלע משתפת פעולה בחשאי עם ישראל, ומאידך היא 'מסיטה את האש' כלפי ישראל (דורון מצא, הפורום לחשיבה אזורית, 14.10.2015).

119. מבחן המשנה השלישי לבחינת דרישת ה'בו-זמניות' כלעיל, מוסיף כי לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. על הבדיקה להיות עצמאית. במקרים מתאימים יהא



מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (קססה, בעמ' 419, 423; ס' 3 לתקנות האג; ס' 91 לפרוטוקול הראשון; ראוי לציין שזו גם עמדת בג"ץ בעניין **הסיכולים הממוקדים**, בעמ' 39). בענייננו, המדינה תטען כי העותר 2 וחבריו בחוליית החמאס הודו בבית הדין הצבאי בשומרון בביצוע הפיגוע האמור. לכן, אין כל ספק בנוגע לזהותם ולנסיבות אשר הובילו לביצוע פעולת ההסתערבות אשר במסגרתה נלכד העותר 2, כאמור. יצוין, כי ככלל נערכות חקירות כאמור ביחידות המסתערבים לפעילים בחוליות טרור לאחר סיום הפעולות על מנת לבדוק לעומק את הזכות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. (הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010, ועדת טירקל, דין וחשבון חלק ראשון, בעמ' 219-221 (ינואר, 2011); Watkin, "Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and Struggle Over Legitimacy", 11 Harvard (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, at p. 23 (2005).

120. רביעית, אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, הפגיעה בהם תיחשב אובדן (נזק) נלווה ופגיעה זו צריכה לעמוד במבחן המידתיות. המדינה תטען כי התועלת הצבאית בלכידתו של העותר השני הינה ראשונה במעלה שכן המדובר, כאמור, במחבל ששם לו למטרה לפגוע בכמה שיותר אזרחים תמימים, ואין זו הפעם הראשונה בה הוא יוצא לפעילות טרור מסוג זה שביצע בענייננו. לא זו אף זו, המדובר במחבל אשר לא יחדל ממעשיו הנפשעים אלא אם כן יעצר על ידי כוחות הביטחון. למעלה מן הצורך, יטענו המשיבים, כי הריגתו של בן דודו של העותר 2 אשר אבטח אותו בבית החולים הייתה במסגרת הגנה עצמית ולא במסגרת שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות הריגה. בן דודו של העותר 2 שלף את נשקו כשהבחין בחיילים מה שהיווה סיכון ממשי לחיי החיילים אשר הכריח אותם להרוג אותו על מנת להגן על עצמם על פי כל דין במסגרת דוקטרינת ההגנה העצמית בדין הבינלאומי, וכן בדין הלאומי בחסות תחולת החריג בדין הפלילי והמנהלי החל על פעילות מלחמתית של הצבא באזור, כמוסבר לעיל וכן יידון בחלק ד' להלן.

121. לאור האמור, המשיבים יטענו, כי ניתן לראות שמתקיימים בענייננו ארבעת מבחני המשנה לצורך תחולתו של רכיב הזמן. לפיכך, במצב הדברים שבו מדובר באזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה ונמנים על ארגוני טרור ואשר עונים על ארבעת מבחני המשנה של רכיב הזמן, אזי ישנה הצדקה ללכידתם, מה גם שלכידתם מתחייבת בנסיבות העניין על מנת לסכל את פעולתם ולמנוע פגיעה עתידית בנתיני המדינה ובדגש על אזרחים בלתי מעורבים בפעילות איבה.

122. לסיכום, לכידתו של העותר 2 בפרט, ומחבלים פלסטינים מארגוני הטרור ובהם ארגון החמאס בכללות, במסגרת פעולת הסתערבות צבאית הינה חוקית ולגיטימית. זאת משום שמחבלים כבענייננו מהווים לוחמים בלתי חוקיים אשר נוטלים חלק ישיר בפעילות איבה כלפי ישראלים תוך הפרת המשפט הבינלאומי.

## סיכום

123. בחלק ג' לעיל, נדונו הקטיגוריות השונות ביחס למעמד המעורבים הפלסטינים בהסתערבות הצבאית. תחילה, טענו המשיבים שאין המדובר בלוחמים לאור עמדת בית משפט נכבד זה לפיה ארגון החמאס אינו עונה על תנאי הלחימה החוקית מאחר ואינו מקיים את דרישות המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובהן המחויבות לחוקיות הלחימה והדרישה שיהא לו סימן היכר קבוע שניתן להבחין בו מרחוק.

124. המשיבים הוסיפו, כי המחבלים נופלים בגדרי הקטגוריה של אזרחים הנוטלים חלק ישירה במעשי איבה בהיותם נכנסים ויוצא ממעגל הטרור. כלומר, אזרחים יהוו מטרה לגיטימית לתקיפה רק "למשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה". לכן, אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי איבה נתון במשך אותו זמן בלבד לסיכונים של תקיפה, הזהים לסיכונים להם נתון לוחם. בנוסף, ההגנה מפני תקיפה אינה מוענקת ללוחמים בלתי חוקיים, הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה. ברי כי המחבלים הנמנים על ארגון החמאס עונים על התנאים של נטילת חלק ישיר ולמשך אותו זמן, משכך הם אינם זכאים למעמד ממנו נהנה לוחם חוקי.

125. צא ולמד, המחבלים מארגוני הטרור הפלסטינים, ובכללם גם העותר 2, אינם יכולים לחסות תחת ההגנה לה זוכה אזרח ובמקביל לחסות גם בהגנה לה זוכה לוחם, ובפרט הזכאות למעמד של שבוי מלחמה. המדובר במחבלים אשר לוקחים חלק פעיל בתכנון פיגועים ובהוצאתם לפועל, וזאת חרף העובדה שאינם עוסקים בכך באופן רציף, אלא לא אחת מקיימים הפוגות זמניות במסגרת רצף פעילותם זו. לפיכך, מעמדם של מחבלים, ושל העותר 2 כאמור, כלוחמים בלתי חוקיים מצדיק לכידתם במסגרת הסתערבות צבאית, בכפוף לכללי השימוש במעל המותרים בדין הבינלאומי ההומניטארי שיידונו בחלק ד', להלן.

**מבוא**

126. בחלק זה יטענו המשיבים לארבע טענות עיקריות בדבר חוקיות השימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה, כלהלן. ראשית טענתה של המדינה המצטברת לקו טיעונה עד כה, תהא כי שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית. בנוסף, המשיבים יטענו כי במידה וקיים מנהג האוסר על שימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה, דבר המוכחש מכל וכל, הרי שישאל הינה מתנגדת עקבית למנהג זה (שאינו מנהג קוגנטי וממילא לא נטען להיות כזה מצד העותרים), שכן פעולות הסתערבות בוצעו בידי נציגי היישוב העברי מאז טרם הקמת המדינה ולאורך כל משך קיומה של מדינת ישראל באופן שקדם לתחילת גיבוש מנהג איסור השימוש במעל. זאת, לכל המוקדם עובר לפרסום הפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה בשנת 1977 וגיבוש המסד המנהגי כביכול לאיסור השימוש במעל גם בסכסוכים מזויינים בינלאומיים בין מדינות ובין גופים חוץ מדינתיים, כבענייננו. יצוין כי האיסור לכאורה על לכידה בוגדנית נקבע בדין הסכמי לראשונה רק בפרוטוקול הנלווה הראשון לשנת 1977 משלא נכלל במקורו בתקנות האג 1899 סעיף 23(ב) במסגרת אמנת האג הרביעית בדבר כיבוד דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, 1907 ( 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), עובר להקמת מדינת ישראל ותחילת התנגדותה העקבית. משום כך, יטענו המשיבים כי מדינת ישראל מוקדמת באופן ניכר בהתנגדותה העקבית, השיטתית והמתועדת בפרקטיקה עניפה מלווה בתחושת מחויבות, בפועל ובכוח, למועד יצירת המנהג לעיל כביכול – שדבר היווצרותו וקיומו ממילא מוכחשים מכל וכל, כמוסבר.

127. לחלופין, טענת המשיבים השניה הינה כי מתקיים הבסיס העיוני לטענה כי ניתן לראות בפעולות כוחות הביטחון בהסתערבות צבאית באזור כתחבולה צבאית שאינה מייצרת או אינה צריכה ליצור ציפיה סבירה לאמון מצד חשודים בפעילות טרור בארגוני הטרור הפלסטינים שכנגדם כשגרה מופעלת ההסתערבות הצבאית, בצוק העתים. שלישית, יטענו המשיבים כי הסתערבות צבאית משמשת, לא אחת, ללכידת חשודים בפעילות טרור תוך שימוש במסתערבים לחיפוי צלפים, חילוף

כוחות לוחמים ועוד. במקרים אלו, בהם הסתערבות צבאית משמשת בעקיפין – ולא במישרין – לפעולה צבאית עיקרית שאינה מסוערבת, ממילא טענת הצורך ביחסי האמון למול היריב נדחקה בהיותן של דרכי ההסתערבות הצבאית במקרים אלו תחבולות מלחמה חוקיות, כפי שיוסבר להלן. **רביעית**, ולמעלה מן הצורך, ולחלופי חילופין, ובמידה ויקבע שהסתערבות צבאית למטרות לכידה אסורה מנהגית – דבר המוכחש מכל וכל, יטענו המשיבים כי יש להחשיב כוחות מסתערבים, עד למועד בו הם מגיעים ליעדם לשם ביצוע הלכידה בפועל, למרגלים שעצם פעילותם חוקית. משום כך, יטענו המשיבים כי במידה וילכדו מסתערבים טרם ביצוע פעולת לכידה, אין לקבוע כי הם מפריס את דיני הלחימה, ובצוק העתים שומה על כב' בית המשפט העליון להכיר במעמדם כמרגלים שאספו מידע בפועל עת נפלו בשבי היריב.

128. בהמשך חלק זה לכתב התשובה, יטענו המשיבים לחוקיות ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה גם במסגרת דלת אמותיהם של דיני הלחימה ובחסות ארבעת עקרונות דיני הלחימה שהם: עקרון האבחנה על היבטיו החיובי והשלילי; עקרון המידתיות; צורך צבאי ועקרון מניעת הסבל הבלתי ההכרחי. כל זאת, תוך דחיית עמדת העותרים לפיה הסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה מידתית מדעיקרא ו/או אינה מידתית בהקשר לכידתו של העותר השני בשוכבו פצוע בבית החולים בעיר ג'נין כבעתירה דנן.

129. בהדבק הדברים, יוסיפו המשיבים לטעון כי גם ביחס להריגת בן דודו של העותר 2, הרי שהמדובר בפעילות הגנה עצמית במסגרת הסתערבות צבאית, ובניגוד לעמדת העותרים, וזאת הואיל והמסתערבים נשוא המקרה הנדון נקלעו לסכנת חיים באשר בן דודו של העותר 2 ניסה לירות עליהם להורגם. לכל הפחות, יטענו המשיבים כי בניגוד גמור לעמדת העותרים הרי שפעולת הריגתו של בן דוד העותר השני מהווה נזק אגבי והינה מידתית בנסיבות העניין. כל זאת, כמתואר ראשון-ראשון ואחרון-אחרון, כלהלן.

130. בפתח הדברים, יצוין כי תחילתה של פעולת ההסתערבות הצבאית בתקופת המנדט הבריטי, על רקע תחושת האיום מצד השלטונות הבריטים הן בשל השלטון הפרו-נאצי שישב בסוריה ולבנון והן בשל התקדמותן של מדינות הציר בצפון אפריקה לכיוון מצרים. לפיכך, פנו השלטונות הבריטים לבקש סיוע ממנהיגי הישוב היהודי בארץ. במסגרת שיתוף פעולה זה נוצר, בשנת 1941, ארגון פלוגות המוחץ (הפלמ"ח) אשר גייס יהודים, ממדינות ערב שונות, על מנת שיבצעו מגוון פעולות, כגון חבלה ומודיעין, בלבנון ובסוריה. בדרך זו, החלה את דרכה יחידת ההסתערבות הראשונה של ארגון ההגנה אשר בהמשך סופח לפלמ"ח. ברבות הזמן, המסתערבים אף ביצעו מיוזמתם פעולות כגון

חבלה במטרות צבאיות שונות של האויב (ירון בכר, **ראשית ההסתערבות המאורגנת והמחלקה הסורית**, מכאן ומשאם: כתב העת למורשת יהדות דמשק, 16, 17-21 (2012)). ניתן לקבוע כי כבר בשנת 1941, טרם הוקמה המדינה, בוצעו פעולות הסתערבות על-ידי מי שהיוו חלק מיחידת המסתערבים של ארגון ההגנה. יתרה מזו, לא זו בלבד שפעולות ההסתערבות האמורות לא גונו, אלא אף בוצעו במסגרת עידודה של האימפריה הבריטית ב'מדינה שבדרך' (statu nascendi) באופן שמסייע בגיבוש הקביעה כי ישראל מתנגדת עקבית מאז הקמתה למנהג איסור השימוש במעל למטרות לכידה – במידה וקיים מנהג כזה, דבר המוכחש כאמור, תוך תחושת מחויבות (opini juris) ברורה לגיבוש כוונתה לשימוש בפרקטיקה צבאית זו.

131. החל מהקמת המדינה, בשנת 1948, הוקם צה"ל אשר המשיך בביצוע פעולות ההסתערבות במסגרת שלוש יחידות. הראשונה והפעילה ביניהן גם כיום הינה יחידת דובדבן, היא יחידת קומנדו של צה"ל, הפועלת בשטחי יהודה ושומרון תחת פיקודה הישיר של אוגדת איו"ש. תפקידיה של היחידה כוללים משימות מודיעין ומעצרים מורכבים או סיכול ממוקד של מבוקשים ומחבלים (פעילי טרור) בלב שטחים עוינים תוך שימוש ביכולות מתקדמות ומסווגות. חלק מהפעילות נעשית בצורת הסתערבות ואף בשיתוף עם השב"כ. היחידה פועלת הן בצורה עצמאית והן לצד יחידות מיוחדות אחרות. רוב פעולותיה של היחידה מסווגות ובשנים האחרונות גברה בצה"ל ההכרה בחשיבותה וביכולותיה של היחידה, ונפח הפעילות שלה גדל באופן ניכר והפך לאחד מהגדולים בצה"ל. לצד יחידת דובדבן פעלה לאורך שנים יחידת שמשון שהוקמה בשנת 1988 ופורקה בשנת 1994 ולוחמיה נטמעו ביחידת דובדבן. יעודה המקורי היה לפעול ברצועת עזה כיחידה צבאית.

132. בדבריו של מפקד יחידת דובדבן סא"ל ע', שמפורסם באתר הרשמי של צה"ל, נרשם על יחידת דובדבן –

"היחידה הוקמה בשנת 1986 מתוך רצון להקים יחידה שאנשיה יראו כמו ערבים, ידברו כמו ערבים, ירכבו על אופניים בקסבה של שכס, כאילו הם בדזינגוף בתל אביב. אנשים שיוכלו לפעול בכיסוי חלקי כדי להגיע לפגע מבצעי בלי צורך בכוחות גדולים ובחשיפה מוקדפת" (מתוך אתר צה"ל – [www.idfil](http://www.idfil) (ציטוט מתוך דבריו של מפקד יחידת דובדבן).

133. בנוסף, להלן עמדתו הרשמית של צה"ל:

"יחידת דובדבן היא יחידת חוד מובחרת ייעודית ללוחמה במתארי שטח שונים, ובעיקר בשטחי יהודה ושומרון. היחידה פועלת למניעת פעילות חבלנית עוינת ומתפקדת בצורה גלויה ומוסווית בקרב אוכלוסייה ערבית מקומית. לוחמי היחידה עוסקים בפעילות מבצעית מתמשכת, מבצעים מעצרים ליליים, תפיסות של מבוקשים, מארבים וכן פעילות מסוערבת. יחידת דובדבן היא יחידת חוד מובחרת ייעודית ללוחמה במתארי שטח שונים, ובעיקר בשטחי יהודה ושומרון. היחידה פועלת למניעת פעילות חבלנית עוינת ומתפקדת בצורה גלויה ומוסווית בקרב אוכלוסייה ערבית מקומית. לוחמי היחידה עוסקים בפעילות מבצעית מתמשכת, מבצעים מעצרים ליליים, תפיסות של מבוקשים, מארבים וכן פעילות מסוערבת" (מתוך אתר צה"ל – [www.idfil](http://www.idfil), אודות, יחידת דובדבן).

134. עיקרו של דבר, מרוץ המועדים ליצירת מנהג כביכול האוסר על שימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה נוצר - לכל המוקדם עובר לפרסום הפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה בשנת 1977 וגיבוש המסד המנהגי כביכול לאיסור השימוש במעל גם בסכסוכים מזוינים בינלאומיים בין מדינות ובין גופים חוץ מדינתיים, כבענייננו. יצוין כי האיסור לכאורה על לכידה בוגדנית נקבע בדין הסכמי לראשונה רק בפרוטוקול הנלווה הראשון לשנת 1977 משלא נכלל במקורו בתקנות האג 1899 סעיף (23)(ב) במסגרת אמנת האג הרביעית בדבר כיבוד דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, 1907 ( 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), עובר להקמת מדינת ישראל ותחילת התנגדותה העקבית. משום כך, יטענו המשיבים כי מדינת ישראל מוקדמת באופן ניכר בהתנגדותה העקבית, השיטתית והמתועדת בפרקטיקה עניפה מלווה בתחושת מחויבות, בפועל ובכוח, למועד יצירת המנהג לעיל כביכול – שדבר היווצרותו וקיומו ממילא מוכחשים מכל וכל, כמוסבר.

#### **שימוש במעל ובגיזה באמון: המסגרת הנורמטיבית**

135. לחימה חוקית מאופיינת במסגרת עקרון האבחנה בין היתר בדרישה ללבישת מדים על מנת להבדיל לוחמים מאוכלוסייה אזרחית. לוחמים אשר אינם מבדילים את עצמם מן האוכלוסייה האזרחית

ו/או מסווים את עצמם כאזרחים במטרה להרוג, לפצוע או ללכוד מפריס את סעיף 37(1)(ג) לפרוטוקול הנוסף ה-I שקובע כי:

"אסור להרוג, לפצוע או ללכוד יריב על-ידי שימוש במעל. מנישום המזוינים את אמון היריב על -מנת להביאו להאמין כי הוא זכאי להגנה או מחויב להעניקה על-פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוך מזוין, בכוונה לבגוד באמון זה יהוו מעל. המעשים הבאים הם דוגמאות למעל:

...

(ג) זיוף מעמד אזרחי, שאינו לוחם"

136. אמנת האג משנת 1907 והפרוטוקול הנוסף הראשון מתייחסים לנושא השימוש במעל. סעיף 23 לאמנת האג קובע כי אין להרוג ולפגוע באזרחים או בצבא עוין. בפרט, סעיף 37(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון אוסר לכאורה על הריגה, פציעה, אך מוסיף גם איסור על לכידת יריב על ידי שימוש במעל שמזמין את אמון היריב על מנת להביאו להאמין כי הוא זכאי להגנה או מחויב להעניקה על פי כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוך מזוין, במטרה לבגוד באמון זה (Kevin Jon Heller, Disguising a military object as a civilian object: prohibited perfidy or permissible ruse of war, (at p. 518-519).

137. לשימוש במעל לפי ס' 37(1) ישנם אם כן שלושה תנאים מצטברים. ראשית, הזמנת אמונו של היריב. דהיינו, אחד הצדדים מזמין את אמון היריבים ומוביל אותם כי הוא זכאי להגנה תחת ההגנה ההומניטרית בסכסוך מזוין; שנית, קיומה של הגנה המוענקת ע"י המשפט הבינלאומי, אשר חלה בסכסוכים מזוינים; שלישית, כוונה לבגוד באמונו של היריב כדי לגרום למותו, לפציעתו או ללכידתו (Ido Rosenzweig, Combatants dressed as civilians? The case of the Israeli mista'arvim under international law, at p. 39).

138. כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מאפשרים גמישות מסוימת ביישום, כך שהכלל הוא כי פעולות צבאיות תחבולניות אינן נדרשות לעמוד בסטנדרים של אבירות באופן מלא. קיימים מצבים שבהם מותר לא להקפיד עם עקרון האבחנה מבלי להיחשב כמועלים באמון כאשר מדובר במצבים שבהם לא בוסס אמון (William H. Ferrell III, No Shirt, No Shoes, No Status: Uniforms, Distinction, and Special Operations in International Armed Conflict, 178 Military Law Review

118- 119 (2003), at 94. כגון: מארב, שימוש בצלפים, שליחת מידע מטעה וכאשר התוצאה המיועדת לא הייתה להרוג, לפצוע או ללכוד את היריב (Kevin Jon Heller, Disguising a military object as a civilian object: prohibited perfidy or permissible ruse of war, at p. 523).

139. כאמור, סעיף 37(א) לפרוטוקול הנוסף ה-I אוסר על שימוש במעל לשם הריגה, פציעה, או לכידה של יריב. ודוק, ישראל לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון והשני, אולם שיטת המשפט הישראלית קולטת לתוכה את ההוראות המנהגיות של המשפט הבינלאומי, ואלה מחייבות את ישראל גם כאשר היא איננה צד לאמנה בה הופיעו (ר' למשל, רות לפידות, יובל שני, עדו רוזנצווייג, ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה, בעמ' 47). אלא מאי? מדריך סן רמו לסכסוכים לא בינלאומיים, 2006 שלא פורט בכתב העתירה - מחיל האיסור שימוש במעל בדרך לכידה בוגדנית רק על מדינות שהינן צד לפרוטוקול הראשון עובר לשנת 1977, וישראל אינה כזו:

“According to the article, it is prohibited “to kill, injure, or capture an adversary by resort to perfidy.” The reference to capture does not appear in the original 1899 and 1907 Hague Regulations, Article 23(b), prohibition and is not binding on non-contracting Parties to Additional Protocol I” (The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict p. 47).

140. לשון קיצור, המשיבים יטענו כי ביחס לעמדתה של מדינת ישראל בכל הנוגע להסתערבות צבאית למטרות לכידה, הדין מתיר למשיבים להסתערב צבאית למטרות לכידה, להבדיל למטרות הריגה פציעה האסורות כאמור.

141. באופן החורג מפרקטיקת מדינת ישראל המלווה בכוונה מוצהרת עובר להקמתה, מדינת ישראל הצהירה כדברי העותרים, בהזדמנות אחת, כי בהתאם לעמדת הצלב האדום צה"ל אוסר על ביצוע הסתערבות למטרות לכידת אויבים במסגרת שימוש במעל (ר' צבא ההגנה לישראל, התנהגות בשדה הקרב על פי דיני המלחמה, אג"ס- מה"ד, עמ' 8 (1986)). זאת, כנלמד בפרקטיקת מדינת ישראל המתוארת באופן נלווה לכלל 65 למחקר המשפט הבינלאומי המנהגי של הצלב האדום שנוסח בשנת 2005 עובר לפרסום הפרוטוקול הנלווה הראשון בשנת 1977, כשלושים שנה לאחר שביססה מדינת ישראל מדיניות הסתערבות צבאית עניפה כמוסבר לעיל (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, 2 volumes. Vol I: Rules, Rule 65).



ובאינטרנט: [ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule65](http://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule65), וראה גם Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict 5 (2004). לאור האמור, ולחלופין, המשיבים יטענו כי גם אם קיים מנהג האוסר הסתערבות צבאית כמוסבר, הרי שישראל הינה מתנגדת עקבית כמוסבר. לפיכך, גם אם קיים מנהג האוסר על ביצוע פעולות הסתערבות צבאית למטרות לכידה – דבר המוכחש בזאת, הוא אינו מחייבה.

142. זאת ועוד, במצב זה בו ישנה סתירה בין פרקטיקה נוהגת כשגרה ובין הצהרות כאשר חריגה להן הינה הצהרה הסותרת את הפרקטיקה ואת עמדת המדינה העקבית, כלל שגור הוא שפרקטיקת הלחימה נבנית על סמך הממצא העובדתי ולא ההצהרתי כעמדת הצלב האדום במחקר המשפט ההומניטארי המנהגי (Introduction - IHL DATABASE - Rules tab) ICRC, [databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_cha\\_chapterin\\_in](http://databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapterin_in). כלומר, היות והפרקטיקה הנוהגת בישראל היא להסתערב צבאית, כאמור לעיל, אין להתייחס להצהרה הסותרת אלא להסתמך על פעולת המדינה כפי שהיא בפועל. כתוצאה, הסתערבות צבאית למטרת לכידה אינה מהווה הפרה של דיני הלחימה מצד המשיבים. למען הסר ספק, סעיפים 8(2)(e)(xi) and 8(2)(b)(xi) – לאמנת רומא עוד קובעים כי איסור לכידה ממילא אינו נכלל ברשימת השימושים במעל העלולים בחומרתם להוות פשע מלחמה, וכמוסבר לעיל – אף לא הוצג בעתירה וממילא אינו מהווה מנהג קונגטי לא בר-התנאה בהתנגדות עקבית.

143. אם לא די בכך, המדינה תטען כי כיום מדינות רבות אינן רואות בשימוש במעל למטרות לכידה, בשונה משימוש במעל למטרות הריגה או פציעה, כפעולה שהינה אסורה מנהגית. בין המדינות שאינן מונות שימוש במעל למטרות לכידה כאיסור מנהגי ניתן למנות, בין היתר את אוסטרליה, בוסניה והרצגובינה, קנדה, קונגו, קרואטיה, גאורגיה, גרמניה, איטליה, מלי, ניו זילנד, סלובניה, שוודיה, בריטניה, ארצות הברית ויוגוסלביה (ICRC, (Rules tab) IHL DATABASE, Rule 65 – Perfidy, Fn. 35) – [ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule65#Fn\\_6CA09248\\_00035](http://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule65#Fn_6CA09248_00035).

144. יושם אל לב, רק מקום שיצליחו קודם העותרים להוכיח כי אכן מדובר בכלל מנהגי, אזי תקום טענת המשיבים יטענו כי מדינת ישראל הינה מתנגדת עקבית ולכן המנהג אינו מחייב אותה. שכן, נטל הוכחת קיומו של מנהג רובץ על הטוען לקיומו ובמקרה זה העותרים דנו, כמוסבר לעיל. בכך שונה הדבר מדיני הראיות, שכן בדיני ראיות אין צורך להוכיח קיומו של חוק, ואילו כאן יש צורך להוכיח מנהג. במידה וסוברים התובעים אחרת, יתכבדו ויטענו בפני כבוד בית המשפט את טענתם

כי חל איסור מנהגי על לכידה במסגרת שימוש במעל תוך התחזות לאזרחים בהסתערבות צבאית, ועליהם הנטל להוכיח זאת.

145. מן הכלל אל הפרט – המשיבים יטענו למעלה מן הצורך ובהינתן ששימוש במעל תוך התחזות לאזרחים בהסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית והנטל להוכיח אחרת רובץ לפתח העותרים - הרי לארגון החמאס ולעותר 2 הנמנה עליו לא היה יסוד סביר להניח שהינו מוגן מפני פעולת חטיפה של כוחות הצבא הישראלי. עדות ישירה לכך ניתן למצוא בפרט בעמידת בן דודו של העותר 2 מחוץ לחדרו בבית החולים על מנת לאבטחו בהינתן החשש הברור שיהווה יעד לחטיפה מאת לוחמי צבא ההגנה לישראל. יתרה מזאת, סביר להניח כי שמיעת קולות הירי בעקבות הריגתו של בן דודו של העותר 2 גרמה לו לסבור כי הוא עומד להיחטף. יוצא אפוא, כי לא הופר אמון בפועל במקרה הנדון.

146. משכך, הפרקליטות תטען כי התנאי הראשון של סעיף 137(1), הזמנת אמונו של היריב, אינו מתקיים בענייננו, וזאת למעלה מן הצורך ובהינתן שממילא יטענו המשיבים כי שימוש במעל למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית. לא זו אף זו, במציאות הנוהגת במקומותינו, שומה על מחבלים פלסטינים לדעת כי ביוצאם לבצע פיגוע עליהם לקחת בחשבון את האפשרות הסבירה שכוחות מסתערבים ילכדו אותם כשגרת פעולת כוחות הביטחון הישראליים מקדמת דנא, ואין לראות בפעילות המסתערבים משום מעילה באמונם שלא בוסס מדעיקרו בשום שלב קודם. כב' בית המשפט העליון מתבקש בזאת לקבוע כממצא עובדתי שפעילות ההסתערבות הצבאית בהיקפיה הניכרים – כמדווח ומוסכם גם על העותרים בעתירה דנן – הינה דרך פעולה קבועה, שיטתית, רחבת היקף ומשום כך - צפויה או צריכה להיחשב צפויה בהינתן צרכי השעה. משום כך, המשיבים יטענו כי אין בהתקיימותה משום הפרת אמון היריב כביכול, במובנו המהותי של מונח האמון בין כוחות נלחמים בסכסוך מזוין, כבענייננו.

147. לחלופין, ובהדבק הדברים יוסף כי, כי ס' 2137) לפרוטוקול ה-I קובע במפורש כי תחבולות מלחמה הינן לגיטימיות ומותרות –

"תחבולות מלחמה אינן אסורות. תחבולות פסוג זה פהוות פעולות אשר נועדו להטעות יריב או לגרום לו לפעול בפזיזות, אך אין בהן כדי לפגוע באף כלל של המשפט הבינלאומי החל בסכסוך מזוין, ואשר אינן פהוות מעילה באמון, בגלל שהן לא מזמינות את אפון

היריב ביחס להגנה תחת החוק. להלן זוגמאות של תחבולות מסוג זה: שימוש בהסוואה, פיתיונות, פעולות דמה ומידע מטעה".

148. יצוין וידגש, כי ישנן 174 מדינות שאשררו את חוקיות השימוש בהסוואה כתחבולת מלחמה מותרת, כמופיע בס' 237(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון וביניהן גם מדינת ישראל (Kevin Jon Heller, Disguising a military object as a civilian object: prohibited perfidy or permissible ruse of war, at p. 522). צא ולמד, כל אימת שתחבולת מלחמה כגון הסתערבות צבאית למטרת לכידת יריב בסכסוך מזוין אינה מועלת באמונו, משום שאינה יוצרת או אינה אמורה ליצור ציפייה סבירה לאמון שכזה מדעיקרו, שומה עליה להיחשב חוקית ומותרת, כנטען לעיל.

149. יוסף כי, גם מעבר לליבת טיעון המשיבים לעיל, המחילה את עקרונות התחבולה הצבאית על הסתערבות צבאית למטרות לכידה באזור מדעיקרא, הרי שישנם גם מקרי ביניים בהם לא מדובר כלל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה ישירה, כי אם הסתייעות בהסתערבות צבאית למטרות לכידה באופן עקיף למטרות חיפוי וסיוע עקיף ללכידה, המהווה אף היא בבחינת קל וחומר תחבולת מלחמה מותרת. כך לדוגמא במקרים בהם חיילים מסתערבים מבצעים מארבים סמויים בהיותם מסתערבים ובנצלם את גורם ההפתעה הכרוך במארבים עצמם, או בהצבת צלפים מסוערבים לחיפוי על כוחות לוחמים גלויים או אף מסוערבים, סיוע כוחות מסתערבים בחילוץ כוחות לוחמים, ועוד. בית-המשפט הנכבד מתבקש לתת את דעתו, אם כן, שישנם מתווי לחימה ייחודיים הנסמכים על הסתערבות צבאית שחשיבותה ללכידת מבוקשים אינה ישירה, כי אם עקיפה, משנית ומסייעת בלבד. ככזו, הסתערבות צבאית שתרומתה ללכידת מחבלים הינה עקיפה בלבד, אינה צריכה להיחשב כשימוש במעל וממילא אינה מהווה מעילה באמון כמוסבר. כל זאת, בכפוף לעקרונות דיני הלחימה כמפורט להלן.

#### **ארבעת עקרונות דיני הלחימה**

150. היות ולא חל על המדינה מנהג האוסר על ביצוע הסתערבות כאמור, וזו משכך הינה פרקטיקה חוקית ומותרת, הרי שיש לגדור שיטת לחימה זו בעקרונות דיני הלחימה אשר חלים בכל סכסוך מזוין והם: עקרון האבחנה (distinction), הוכחת צורך צבאי (military necessity), מידתיות (proportionality) ומניעת סבל מיותר (unnecessary suffering).

## עקרון ההבחנה: ההיבט השלילי והחיובי

151. ראשית דבר, עקרון האבחנה הינו אחד מארבעת העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי כנלמד מסעיפים 48, 51(2) ו-52(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה (1977). בהתאם לעקרון זה על הצבא לפעול כנגד אלו הנוטלים חלק ישיר בפעולות איבה ולא כנגד אזרחים מן השורה. בהקשר זה יודגש כי בית המשפט הגדיל לציין כי עקרון האבחנה הינו מהעקרונות הבסיסיים של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ומהעקרונות שאין להפר במשפט הבין-לאומי המנהגי (חו"ד הנשק הגרעיני, עמ' 257).

152. עיקרון האבחנה חל הן בסכסוכים מזוינים בינלאומיים והן בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. עיקרון זה מכיל היבט חיובי והיבט שלילי, כלהלן. ראשית, **ההיבט השלילי** מחייב את הצדדים לסכסוך המזוין להימנע מלתקוף באופן ישיר הן אזרחים, אלא אם כן הם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה, או הן מטרות אזרחיות, אלא אם כן נעשה בהן שימוש למטרות צבאיות. למעשה, במסגרת ההיבט השלילי של עקרון ההבחנה מותר לתקוף באופן ישיר רק לוחמים ומטרות צבאיות (פרוטוקול I סעיף 51-52; חו"ד הנשק הגרעיני, ס' 78; ע"א 02/474 תאבת נ' היועמ"ש (30 ינואר 2011) (בפני כב' הנשיאה בייניש)). יתרה מזו, עקרון ההבחנה לא אוסר על התקפות כנגד מטרות צבאיות, אשר סביר שיגרמו נזק משני לאוכלוסייה אזרחית, כל עוד הפגיעה הצפויה הינה מידתית בטבעה (פרוטוקול I סעיף 51).

153. שנית, **ההיבט החיובי** לעקרון האבחנה מחייב את הצדדים, בסכסוך מזוין בינלאומי, לנקוט באמצעים אשר יבחינו בין לוחמיהם (ומטרותיהם הצבאיות) לבין האוכלוסייה האזרחית (ומטרות אזרחיות) (פרוטוקול I סעיף 48). כלומר, הדרישה היא שהלוחמים ילבשו סימן מבחין, או מדים, ושעליהם לשאת נשק בגלוי וזאת רק "בעת שהם מעורבים במתקפה או בפעולה צבאית לקראת מתקפה" (כלל 106 למחקר ה-IHL המנהגי).

154. מימושה של הדרישה ללבישת סימן מבחין נחשבת בדרך כלל כתנאי לקבלת מעמד של לוחם ואת זכויות היתר הכרוכות בכך. כגון, מעמד של שבוי מלחמה (POW). אמנת ג'נבה השלישית, אשר מגדירה באופן מפורש את תנאי הזכאות למעמד של שבוי מלחמה, מציינת את ההשלכות של אי עמידה בהיבט החיובי של עקרון ההבחנה (ס' 4(a) לאמנת ג'נבה השלישית (GCIII)).

155. המדינה תטען שההיבט החיובי של עקרון האבחנה נסוג מפני חוקיות השימוש במעל המותר על פי כל דין בהקשרו הדווקני בעניינו. משכך, באיזון מתקל הדינים הפנימי באמור עולה כי השימוש במעל מתיר הריגה יחסית – ולא מוחלטת - מעקרון האבחנה, ומשום כך מתיישב עם תכלית עקרון האבחנה וכוחו המחייב כל פי כל דין.

### עקרון המידתיות

156. לכידת חשודים בפעילות טרור באזור אף עומדת בעקרון המידתיות שכן התועלת הצבאית הצפויה מלכידתם עולה על הנזק שיגרם לאותם המחבלים ולמשפחותיהם. סעיף 51(5)(b) לפרוטוקול הנוסף הראשון אוסר מתקפה בלתי מידתית כגון, נזק עקיף מופרז לאזרחים או מטרות אזרחיות ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי. מתקפה בלתי מידתית כאמור נחשבת לפי סעיף 8(2)(b)(4) לאמנת רומא לפשע מלחמה. בהתאם לעקרון המידתיות האמור, לוחמים בעלי מידע סביר תחת נסיבות ההסתערבות בעניינו, תוך שימוש סביר במידע שבידיהם, לא יצפו באופן צופה פני-עתידי שכתוצאה מביצוע ההסתערבות יהיו אבידות מופרזות בחיי אזרחים ( Galic Prosecutor v. Trial Chamber, 2003 43 ILM 794, 807 (2004) (להלן: "פרשת Galic").

157. מן הכלל אל הפרט, המדינה תטען כי צבא ההגנה לישראל פועל במידתיות מתועדת בהסתפקו בלכידת חשודים בפעילות טרור במקום בפציעתם או הריגתם וזאת על רקע היותם נוטלי חלק ישיר בפעולות איבה המוגדרים גם כלוחמים בלתי חוקיים על פי כל דין. במקרה שבעניינו, פעלה יחידת המסתערבים במידתיות בהימנעה ממשלוח כוחות צבא גלויים לבית-החולים בו שכב העותר 2, או היה בבחירה להסתייע במנגנוני הרשות הפלסטינית כדי לעצור את העותר 2 – חלופות אשר בסבירות מבצעית גבוהה היו מתפתחת לתקרית ירי שהיו עלולות חלילה להוביל לפגיעה באינטרסים הומניטריים נרחבים יותר, ובהם פגיעה באזרחים בלתי מעורבים בפעילות האיבה וגרימת הרס ניכר למבנה בית החולים ומתקניו במסגרת חילופי האש הקשים שצפויים היו להתפתח במתחם. לחלופין, שיטות חלופיות אלו היו עלולות להוביל להימלטותם של החשודים בפעילות הטרור, תוך הותרת הסיכון לחזרתם של חשודים אלה למעגל הטרור בעתיד לבוא. המשיבים יטענו עוד כי הצבא פעל במידתיות בהסתערבות צבאית למטרות לכידה לעומת חלופת הגעת החיילים-העוצרים בגלוי, חלופה שלא נחשבה מעשית בהיותה מסכנת חיי חיילים באופן קיצוני, ובתוך שכך אף הייתה מקדמת בסבירות גבוהה עימות עקוב מדם במתחם בית החולים האמור, עימות אלים שלא התבקש בנסיבות העניין, כמוסבר לעיל.

158. בהקשר הזה יצוין, כי אין בנמצא אמצעי מידתי יותר מאשר האמצעים הננקטים מצד יחידות המסתערבים לעומת חלופת ההסתמכות על הרשות הפלסטינית. יצוין, כי הרשות הפלסטינית 'צועדת על חבל דק מאוד', כך שהיא נמתחת בין ניסיונותיה לשתף פעולה עם ישראל בערוצים ביטחוניים שקטים לבין עניינה בהמשך הסטת הלהבות לכיוונה של ישראל. משכך, מנגנוני שיתוף הפעולה הינם מוגבלים למדי, ומשום כך לא ניתן לסמוך עליהם בצוק העתים למלא את מקומם של כוחות המסתערבים בכל מקרה ומקרה מראש וכממצא עקרוני חלוט (הפורום לחשיבה אזרית, הרשות הפלסטינית על חבל דק).

#### עקרון הצורך הצבאי

159. המדינה תטען כי לכידת חשודים בפעילות טרור בהיותם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה, הינה חיונית לצורך הגנה על ביטחונם ושלומם של אזרחי ישראל והאזור.

#### עיקרון מניעת סבל לא הכרחי

160. המדינה תטען כי לכידתם של חשודים בפעילות טרור במסגרת פעולת ההסתערבות מהווה פעולת נטרול שאין בה כדי לגרום נזק פיזי או נפשי למעלה מן הצורך בנסיבות הדרושות לנטרולם של מחבלים והוצאתם ממערך הלחימה. על רקע זה, יושם לב, כי צבא ההגנה לישראל, ממילא אינו מכיר בחוקיות ההסתערבות הצבאית למטרות הריגה או פציעה, כמוסבר לעיל.

#### הריגת בן דוד העותר 2 כפעולת הגנה עצמית שאינה במסגרת הסתערבות צבאית

161. למעלה מן הצורך, המשיבים יטענו כי הריגתו של בן דודו של העותר 2 אינה מהווה פעולת הסתערבות למטרות הריגה, אלא נעשתה במסגרת הגנה עצמית כפעולה מלחמתית של צבא ההגנה לישראל באזור. משכך, יטענו המשיבים, מצויה פעולת הריגת בן הדוד כאמור מחוץ לגדר העתירה. מבלי לפגוע באמור, ולאור חומרת האירוע ומפאת רגישותו המתועדת של צה"ל לשמירה קפדנית על חיי אדם, ובדגש על תושבי האזור הפלסטינים, מבקשים המשיבים להבהיר את עמדתם ביחס לאירוע טראגי זה, כלהלן.

162. המשיבים יטענו כי כוח המסתערבים לא התכוון מראש להרוג את בן דודו של העותר 2, אולם בצוק העתים ועל רקע פתיחה באש מצד בן הדוד האמור לעבר כוח המסתערבים, מרגע שהבין שמדובר בחיילי צה"ל, לא נותרה לאלו ברירה ופעולתם נעשתה בחסות הגנה עצמית ככורח בל יגונה על פי כל דין, הן במישור הדין הבינלאומי והן במישור דיני המשפט המנהלי והפלילי החלים על פעילות הצבא באזור.

163. האחריות לבדיקת מידתיות פעולה צבאית רובצת על כתפיהם של החיילים. יש לבחון כל מקרה לגופו דרך עיניו של "המפקד הסביר", וכאשר החלטתו עומדת במבחן הסבירות, אין ההחלטה פסולה, גם אם הובילה בסופו של דבר לפגיעה בחפים מפשע (בלמ"ס - עיקרון הפרופורציונאליות (מידתיות) בדיני הלחימה). לעניין הזה, חשוב להצביע על קושי העומד בפני מקבל ההחלטות, בכך שקיים חוסר וודאות המאפיין את שדה הקרב. משכך, בוחנים את המידתיות כמצוין לעיל לפי אדם בעל מידע סביר בנסיבות המבצע (פרשת Prosecutor v. Galic (ICTY, Trial Chamber, 2003 43 ILM (2004), 794). נקבע כי: "בקביעה האם מתקפה הייתה מידתית הכרחי לבחון האם אדם סביר תחת נסיבות המבצע, תוך שימוש סביר במידע שבידו או שבידיה, יכל לצפות שכתוצאה מהתקפה יהיו אבידות מופרזות בחיי אזרחים." (שם, עמ' 807). לפיכך, לא ניתן להעמיד את המסתערבים לדין שכן הריגתו של בן-הדוד בוצעה במסגרת הגנה עצמית לגיטימית ולא במסגרת פעולת ההסתערבות (ע"א 02/474 סיהם תאבת נ' היועמ"ש (30 ינואר 2011) (בפני כב' הנשיאה בייניש).

164. כמו כן, כפי שקבע בית-המשפט העליון בפרשת עודה, דיני הנזיקין הרגילים אינם צריכים לעסוק באירוע שבו כוח צבאי נתון לסכנה ומופעל הכוח שבידו כדי להגן על עצמו (ע"א 92/5964 עודה נ' מדינת ישראל, נו(4) 1 (2002)). במקרים מעין אלו חל סעיף 5(א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 הקובע כדלהלן:

"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל" (ס' 5(א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952).

165. בפרשת עודה לעיל, קבע כב' הנשיא בדימוס ברק מהי "פעולה מלחמתית":

"נקודת המבט מכוונת אל מהותה של הפעולה ואל הסיכון המיוחד שהיא מסבה [...] הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או

פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא. לא נדרש שהפעולה תתבצע כנגד צבאה של מדינה [...]. הצבא מבצע באזורי יהודה, שומרון ועזה 'פעולות' שונות היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן מלחמתיות [...] אם סיור צבאי בכפר או בעיר נקלע למצוקה של סכנת חיים או סיכון חמור לגוף בשל ירי עליו וזריקות אבנים ובקבוקי תבערה, וכדי לחלץ את עצמו הוא יורה ופוגע בפלוני. פעולת הירי היא 'פעולה מלחמתית', שכן הסיכון שבפעולה זו הוא סיכון מיוחד.

במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא 'מלחמתית' יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה." (שם, בעמ' 7-9).

166. בענייננו, המדובר בפעולה מבצעית-צבאית של צה"ל אשר טיבה ומטרתה הייתה ללכוד מחבלים באזור ג'נין אשר כאמור. במהלך הפעולה המסתערבים נקלעו למצוקה של ממש העולה כדי סכנת חיים, כאשר בן דודו של העותר השני ניסה לירות עליהם, וכדי לחלץ עצמם ירו ופגעו בו. לפיכך, המדובר בפעולה בעלת סיכון מיוחד שיש לסווגה כפעולה מלחמתית. לאור האמור, היות והאירוע האמור מסווג כפעולה מלחמתית של צה"ל, המדינה מוגנת כך שלא ניתן לחייבה בנזיקין בגינו (ס' 5) (א) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952; ע"א 03/3569 ראפיק סבענה נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 04.11.2010).

#### הסתערבות צבאית למטרות לכידה שאינה עולה כדי פעולת ריגול

167. למעלה מן הצורך, יטענו המשיבים כי הסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה עולה כדי פעולת ריגול כמשמעה בדין הבינלאומי. ס' 29 לתקנות האג משנת 1907 מגדיר 'מרגל' כדלקמן:

"אדם יכול להיחשב למרגל רק כאשר הוא פועל בחשאי או בתואנות שווא, הוא משיג או מנסה להשיג מידע באזור פעולתו של



לוחס, מתוך כוונה להעבירו לצד עוין. לפיכך, חיילים שאינם מוסוויים, אשר חדרו לאזור פעולתו של הצבא העוין למטרת השגת מידע, אינם נחשבים למרגלים".

168. לפיכך, לוחמים עשויים להימצא כמרגלים בהיותם נמצאים בשטח שבשליטת האויב ומתחזים לאזרחים. המשיבים יטענו כי בענייננו אין המדובר בריגול מאחר ופעולת הלכידה לא נעשתה לשם איסוף מידע מהיריב, אלא רק לצורך לכידתו למטרת חקירה והעמדה לדין כדבעי. בהדבק הדברים, סעיף 46 לפרוטוקול ה- I מתבסס על העקרונות שעומדים בבסיס סעיפים 24 ו 29 לתקנות האג, וקובע כי:

(1) כל חבר בכוחות המזוינים של צד לסכסוך, אשר נופל לידיו של צד יריב בעת ביצוע ריגול, לא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה, וניתן יהיה לנהוג בו כמרגל.

(2) חבר בכוחות מזוינים של צד לסכסוך, אשר מטעמו של אותו צד ובשטח הנשלט על ידי צג יריב, אוסף או מנסה לאסוף מידע, לא ייחשב כעוסק בריגול אם תוך כדי פעולתו הוא לובש מדים של כוחותיו המזוינים.

169. חלופות (1) ו-(2) לסעיף לעיל קוראות לקודד כלל לפיו לוחם שמצוי בטריטוריית האויב ולובש בגדים אזרחיים במטרה לאסוף מידע, לא יהיה זכאי למעמד של שבוי מלחמה ולחסינות שמגיעה ללוחמים. אשר על כן, לוחם אשר מרגל נתון לעונש שקבוע בחוקים הפנימיים של אותו אויב ( William H. Ferrell III, No Shirt, No Shoes, No Status: Uniforms, Distinction, and Special; כלל 107 למחקר המשפט ההומניטרי המנהגי).

170. יצוין, ריגול אינו מהווה כשלעצמו הפרה של המשפט ההומניטרי הבינלאומי ( Article 24 of the 1907 Hague Convention). בנוסף, בסכסוך מזוין לא בינלאומי אין כל איסור על שימוש בטקטיקות ריגול על מנת להשיג מידע מן היריב.

171. לא זו אף זו, קיימות שתי השלכות מרכזיות במידה ואנשי כוח מזוין, כגון מסתערבים, נתפסים בעת שהם עוסקים בפעולות קרביות סמויות, בעודם לבושים בביגוד אזרחי. ראשית, אם יתפסו אותם אוספים או מנסים לאסוף מידע הם עלולים להיחשב כמרגלים (פרוטוקול I ס' 46; כלל 107 למחקר

ה-IHL המנהגי). כתוצאה מכך, הם יאבדו את זכות היתר שלהם לקבל מעמד של שבויי מלחמה (POW) ו/או ניתן יהיה להעמידם לדין בגין ההשתתפות במעשי האיבה ו/או ניתן יהיה להעמידם לדין בגין כל מעשה של ריגול אשר הפר את הדין המקומי שהם היו עשויים לבצע. שנית, במידה והם מעורבים בפעולת לחימה אשר גרמה למותו או לפציעתו של לוחם אויב ניתן יהיה להעמיד לוחמים אלה לדין בגין הפרת האיסורים של הדין המקומי כנגד גרימת נזק בלתי מוצדק לחיים או לגוף (הלכת Ex Parte Quirin). בענייננו יובהר, כוח המסתערבים לא נכנס לבית החולים בג'נין לצורך איסוף מידע, אלא רק כדי ללכוד מחבל – העותר 2, שביצע פיגוע במסגרתו נרצחו ישראלים, כדי לחוקרו ולהעמידו לדין בגין מעשיו.

172. למעלה מן הצורך, ובמידה ויקבע שהסתערבות צבאית למטרות לכידה אכן אסורה מנהגית, יטענו המשיבים כי יש להחשיב את המסתערבים, עד למועד בו הם מגיעים ליעדם, לכל היותר למרגלים ולא למי שמפרים את עקרון האבחנה. לכן, במידה וילכדו המסתערבים טרם ביצעו את פעולת הלכידה, אין לקבוע כי הם מפריים את דיני הלחימה.

#### סיכום

173. לסיכום חלק ד', טענות המשיבים בדבר חוקיות השימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה, הינן כלהלן. ראשית טענתה של המדינה המצטברת לקו טיעונה בחלקים א-ג' לעיל, תהא כי שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה אסורה מנהגית. בנוסף, המשיבים יטענו כי במידה וקיים מנהג האוסר על שימוש במעל תוך הסתערבות צבאית למטרות לכידה, דבר המוכחש מכל וכל, הרי שישאל הינה מתנגדת עקבית למנהג זה (שאינו מנהג קוגנטי וממילא לא נטען להיות כזה מצד העותרים), שכן פעולת הסתערבות בוצעו בידי נציגי היישוב העברי מאז טרם הקמת המדינה ולאורך כל משך קיומה של מדינת ישראל באופן שקדם לתחילת גיבוש מנהג איסור השימוש במעל. זאת, לכל המוקדם עובר לפרסום הפרוטוקול הנלווה הראשון לאמנות ג'נבה בשנת 1977 וגיבוש המסד המנהגי כביכול לאיסור השימוש במעל גם בסכסוכים מזויינים בינלאומיים בין מדינות ובין גופים חוץ מדינתיים, כבענייננו. יצוין כי האיסור לכאורה על לכידה בוגדנית נקבע בדין הסכמי לראשונה רק בפרוטוקול הנלווה הראשון לשנת 1977 משלא נכלל במקורו בתקנות האג 1899 סעיף 23(ב) (במסגרת אמנת האג הרביעית בדבר כיבוד דיני ומנהגי המלחמה ביבשה, 1907 Convention 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), עובר להקמת מדינת ישראל ותחילת התנגדותה העקבית. משום כך, יטענו המשיבים כי מדינת ישראל מוקדמת באופן

ניכר בהתנגדותה העקבית, השיטתית והמתועדת בפרקטיקה עניפה מלווה בתחושת מחויבות, בפועל ובכוח, למועד יצירת המנהג לעיל כביכול – שדבר היווצרותו וקיומו ממילא מוכחשים מכל וכל, כמוסבר.

174. לחלופין, טענת המשיבים **השניה** הינה כי מתקיים הבסיס העיוני לטענה כי ניתן לראות בפעולת כוחות הביטחון בהסתערבות צבאית באזור כתחבולה צבאית שאינה מייצרת או אינה צריכה ליצור ציפייה סבירה לאמון מצד חשודים בפעילות טרור בארגוני הטרור הפלסטינים שכנגדם כשגרה מופעלת ההסתערבות הצבאית, בצוק העתים. **שלישית**, יטענו המשיבים כי ההסתערבות צבאית משמשת, לא אחת, ללכידת חשודים בפעילות טרור תוך שימוש במסתערבים לחיפוי צלפים, חילוץ כוחות לוחמים ועוד. במקרים אלו, בהם ההסתערבות צבאית משמשת בעקיפין – ולא במישרין – לפעולה צבאית עיקרית שאינה מסוערת, ממילא טענת הצורך ביחסי האמון למול היריב נדחקת בהיותן של דרכי ההסתערבות הצבאית במקרים אלו תחבולות מלחמה חוקיות, כפי שהוסבר להלן.

175. **רביעית**, ולמעלה מן הצורך, ולחלופי חילופין, ובמידה ויקבע שההסתערבות צבאית למטרות לכידה אסורה מנהגית – דבר המוכחש מכל וכל, יטענו המשיבים כי יש להחשיב כוחות מסתערבים, עד למועד בו הם מגיעים ליעדם לשם ביצוע הלכידה בפועל, למרגלים שעצם פעילותם חוקית. משום כך, יטענו המשיבים כי במידה וילכדו מסתערבים טרם ביצוע פעולת לכידה, אין לקבוע כי הם מפריס את דיני הלחימה, ובצוק העתים שומה להכיר במעמדם כמרגלים שאספו מידע בפועל עת נפלו בשבי היריב.

176. בהמשך חלק ד' דכאן, יטענו המשיבים לחוקיות ההסתערבות הצבאית למטרות לכידה גם במסגרת דלת אמותיהם של דיני הלחימה ובחסות ארבעת עקרונות דיני הלחימה שהם: עקרון האבחנה על היבטיו החיובי והשלילי; עקרון המידתיות; צורך צבאי ועקרון מניעת הסבל הבלתי הכרחי. כל זאת, תוך דחיית עמדת העותרים לפיה ההסתערבות צבאית למטרות לכידה אינה מידתית מדעיקרא ו/או אינה מידתית בהקשר לכידתו של העותר השני בשוכבו פצוע בבית החולים בעיר ג'נין כבעתירה דנן.

177. בהדבק הדברים, יוסיפו המשיבים לטעון כי גם ביחס להריגת בן דודו של העותר 2, הרי שהמדובר בפעילות הגנה עצמית במסגרת ההסתערבות צבאית, ובניגוד לעמדת העותרים, וזאת הואיל והמסתערבים נשוא המקרה הנדון נקלעו לסכנת חיים באשר בן דודו של העותר 2 ניסה לירות עליהם להורגם. לכל הפחות, יטענו המשיבים כי בניגוד גמור לעמדת העותרים הרי שפעולת הריגתו של בן דוד העותר השני מהווה נזק אגבי והינה מידתית בנסיבות העניין.

178. עולה מן המקובץ, לאור הפגמים שנפלו בעתירה דנן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית העתירה ולפסוק הוצאות משפט לטובת המשיבים לפי הצדק והיושר.

179. מן הדין ומן הצדק להיעתר לנטען בכתב תשובה זה.

על החתום,

---

גב' שרה גור ו/או גב' אנתיסאר זבידאת  
ב"כ המשיבים