

בפני כב' בית המשפט המבוים מיום 9 מאי 2018

בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה

בהנחיית ד"ר דניאל בן-אוליאל

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

-- נ ג ד --

- המשיבים:**
- (1) **היועץ המשפטי לממשלה**, ד"ר אביחי מנדלבלית
 - (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')

תגובת המשיבים להודעה המשלימה מטעם העותרים

תגובת המשיבים להודעה המשלימה מטעם העותרים

המשיבים מתכבדים בזאת להגיב להודעה המשלימה מטעם העותרים בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23 לאפריל, 2018, כדלקמן:

1. ביום 23.04.2018, הוגשה הודעה משלימה מטעם העותרים לבית משפט נכבד זה, בה כפרו העותרים בהתנגדותה העקבית של המדינה ביחס לדין המנהגי האוסר על שימוש במעל בהסתערבות צבאית למטרות לכידה. בפסקה 7 להודעה המשלימה מטעמם העותרים נטען כך:

"...ניתן ללמוד הרי שמדינת ישראל נכשלה בהוכחת התנגדותה העקבית למנהג האוסר על הסתערבות למטרות לכידה, שכן על פי דוקטרינת "המתנגד העקבי" על מדינה להראות התנגדות למנהג באופן עקבי ובכל הזדמנות [...] וברור שבמקרה זה מדינת ישראל לא עמדה בנטל ההוכחה".

2. בהודעתם המשלימה, הסתמכו העותרים על הפרוטוקולים מתוך הדיונים סביב גיבוש הפרוטוקול הנלווה הראשון בהם משנת 1977. לטענתם, מדינת ישראל הביעה תמיכה בסעיף 37 לפרוטוקול הנלווה הראשון הקובע את האיסור על שימוש במעל למטרות הריגה, פציעה או לכידה.

3. המשיבים מכחישים עמדה זו מכל וכל, וזאת מהנימוקים המובאים להלן: ראשית, במסגרת הדיונים סביב סעיף 41(4) לפרוטוקול הנלווה הראשון, נציג מדינת ישראל במליאה, השגריר הס, הודיע על התנגדותה של מדינת ישראל לנוסח סעיף 41(4), המבקש להרחיב את תחולתו של הפרוטוקול ומחיל אותו לא רק על סכסוכים בין מדינות, אלא גם על סכסוכים בין מדינות לבין ארגונים הנלחמים למימוש זכותם להגדרה עצמית כנגד משטרים קולוניאליים, זרים או גזעניים (Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, 404–405 (1977–1974) (להלן: VI Conference Off. Rec.)).

4. השגריר הס ביקש שתיערך הצבעה נפרדת על תת-הסעיף האמור. אולם, נשיא הוועידה הורה על הצבעה על נוסח סעיף 1 כולו, ועקב כך ישראל הצביעה נגד הסעיף, בצינה ארבעה נימוקים להצדקת עמדתה. הנימוק החשוב לעניינו הוא הנימוק השלישי המובא להלן (VI Conference Off. Rec. P.): (48-49):

62. Thirdly, when drafting Article 1, paragraph 4, it had been pointed out by a number of delegations that since obligations were being placed on non-State entities, it would be necessary carefully to rewrite the other articles of the Protocol in order to ensure the necessary changes to enable non-State entities to apply it.

63. However, the Conference had refrained from doing so and was now faced with a Protocol with detailed regulations which obligated non-State entities but could not be applied by them. For example, there were detailed regulations as to courts, tribunals, legal systems and appeals, but non-State entities by definition did not possess such organs. What remained were obligations without any international responsibility, a system which could not work.

5. מן הציטוט לעיל נמצנו למדים כי עמדת ישראל היא שהחלת הוראות הפרוטוקול על ארגונים חוץ מדינתיים, בלא התאמה מיוחדת של ההוראות ליכולות האובייקטיביות של ארגונים כאלה (למשל, היעדר מערכת משפט המסוגלת לעמוד בדרישות הפרוטוקול בנוגע להליכים משפטיים) **יוצרת מצב לא רצוי שבו האמנות מטילות חובות לא מעשיות על ישויות נטולות אחריות בינלאומית.**
6. התנגדותה זו של ישראל הייתה אחד מבסיסי התנגדותה העיקריים של ישראל לפרוטוקול הראשון (ר' למשל: רות לפידות, יובל שני, עדו רוזנצווייג, ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (מחקר מדיניות 92, 2011) בעמ' 26) (להלן: **ישראל ושני הפרוטוקולים**).
7. צא ולמד, מדינת ישראל **התנגדה** להחלת הוראות הפרוטוקול הראשון על ארגונים חוץ מדינתיים הנלחמים למימוש זכותם להגדרה עצמית, כדוגמת ארגון החמאס לכאורה שבענייננו. פשיטא, **אין לפרש את תמיכת מדינת ישראל בדיונים סביב סעיף 37 לפרוטוקול הראשון ביחס לסכסוכי מדינות, כהסכמה להחלת סעיף 37 גם על סכסוכי מדינות עם ארגונים חוץ מדינתיים, כבענייננו.**
8. יתרה מזאת, הואיל ומדינת ישראל הצביעה נגד סעיף 41(4), והביעה את התנגדותה אליו גם בשנים הרבות לבוא, עובר להיום, אזי גם לו מדובר בסעיף המשקף משפט מנהגי, אין בכך כדי להחילו על ישראל בשל היותה מתנגדת עקבית להוראת הסעיף (**ישראל ושני הפרוטוקולים**, בעמ' 49).
9. בנוסף, ולאור האמור, הרי גם אם תקבל עמדת העותרים המגדירה את סעיף 37 דין מנהגי – דבר המוכחש כמוסבר, בכתב התשובה בפירוט, **הרי שסעיף 37 עלול להיחשב ככזה רק ביחס לסכסוכים בינלאומיים בין מדינות ולא בין מדינות ובין ארגונים חוץ מדינתיים, כמובהר לעיל.**
10. שנית, ולמעלה מן הצורך, אנו נדרשים **להלכת פילרטיגה** הבוחנת את היחס בין פרקטיקה מדינית נוהגת ובין תחושת המחויבות המשפטית הנדרשים בצוותא חדא למנהג. ביהמ"ש לערעורים בארה"ב קבע כי במקרה בו מתקיימת התנגשות בין השניים, כבענייננו, הרי שאז יד ההצהרות על העליונה. ודוק, הלכה זו נקבעה בצמצום ורק ביחס למקרים הנוגעים **לליבת דיני זכויות האדם, שלא כבענייננו:**

"The treaties and accords cited above; as well as the express foreign policy of our government, all make it clear that international law confers fundamental rights upon all people vis a vis their own governments. While the ultimate scope of those rights will be a subject for continuing refinement and elaboration, we hold that the right to be free from torture is now among them. We therefore turn to the question whether the other requirements for jurisdiction are met" (Filártiga v. Peña-Irala, US Court of Appeals for the Second Circuit, 30 June 1980, 630 F.2d 8 85 (2d Cir. 1980)) (לעיל, להלך: הלכת פילרטיגה).

11. למען הסר כל ספק, זו גם עמדת מדריך המשפט המנהגי ההומניטארי של הצלב האדום בנושא:

When there is sufficiently dense practice, an opinio juris is generally contained within that practice and, as a result, it is not usually necessary to demonstrate separately the existence of an opinio juris. Opinio juris plays an important role, however, in certain situations where the practice is ambiguous, in order to decide whether or not that practice counts towards the formation of custom. (ICRC, international Customary International Law manual, Introduction) (ההדגשה של הח"מ)

12. בהדבק הדברים, המשיבים יטענו כי אין בשימוש במעל למטרות לכידה משום פגיעה בליבת זכויות אדם כבהלכת פילרטיגה לעיל, וזהו ממילא לא פשע מלחמה (ר' כתב התשובה, ס' 142). משכך, גם לו יקבע כי מתקיימת סתירה בין פרקטיקת מדינת ישראל ובין הצהרותיה, הרי שהראשונה גוברת על פי כל דין, בהיות הפרקטיקה המדינתית בענייננו בפרט, אחודה, שיטתית ועקבית. זאת, באופן שיאפשר למשיבים לטעון כי בצוק העתים תתקבל עמדתם בדבר התנגדותם העקבית למנהג, שדבר קיומו מוכחש מכל וכל, כמפורט בכתב התשובה.

13. לאור המובא לעיל, נבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את טענת העותרים לפיה מדינת ישראל אינה מתנגדת עקבית למנהג דנן, שממילא דבר קיומו מוכחש מכל וכל, כמוסבר.

על החתום,

תאריך: 26 אפריל, 2018