

בבית המשפט העליון

בש"פ 8780/06

בש"פ 8984/06

בפני: כבוד השופט א' רובינשטיין

העורר בבש"פ 8780/06: 1. מחמד עבד-אל-חמוד סרור
העוררים בבש"פ 8984/06: 2. חוסיין עלי מוצטפא סלימאן
3. מאהר בן חסן כוראני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת בב"ש 2743/06 מיום 19.10.06 (סגן הנשיא כהן)

בשם העורר בבש"פ 8780/06: עו"ד איתי הרמלין; עו"ד מירב חורי

בשם העוררים בבש"פ 8984/06: עו"ד סמדר בן נתן

בשם המשיבה: עו"ד ענת חולתא

החלטה

א. ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת (סגן הנשיא כהן) מיום 19.10.06 בתיק ב"ש 2743/06, לפיה יוותרו העוררים, אנשי ארגון חיזבאללה (להלן הארגון) במעצר בגדרי ההליכים המתנהלים נגדם בתיק פ"ח 549/06 ועד תום הליכים אלה.

רקע

ב. ביום 18.9.06 הוגשו נגד כל אחד מהעוררים, בנפרד, כתבי אישום בהם הואשמו בשורה של עבירות לפי הפקודה למניעת טרור, תש"ח - 1948, תקנות ההגנה לשעת חירום - 1945, וחוק העונשין, תשל"ז - 1977. כלפי העורר 1 (מחמד עבד-אל-חמוד סרור), אזרח לבנון, נטען כי בשנת 2004 הצטרף לארגון, ומאותה עת ועד למעצרו על ידי כוח צה"ל ביום 4.8.06 שימש לוחם בו. נטען כי במסגרת פעילותו, בעיקר כאיש חוליית נ"ט, השתתף העורר 1 בסדרת אימונים בלבנון ובאיראן. פריט

האישום הראשון מונה חמישה מועדים בהם השתתף העורר 1 באימונים בנשק, במקומות ובהיקפים שונים. בפריט האישום השני נטען כי בעקבות חטיפת חיילי צה"ל ביום 12.7.06, נערך העורר 1, עם אחרים, במבנה בכפר עייטה א-שעב, והוא מצויד באמצעי לחימה רבים; תפקידו היה לזהות חיילי צה"ל ולירות בהם, אך הוא נתפס בטרם הספיק לממש את תכניתו. בגין אירוע זה הואשם העורר 1 בקשירת קשר לביצוע פשע, נסיון לרצח, עבירות בנשק ומתן שירות להתאחדות בלתי מותרת.

ג. כלפי העורר 2 (חוסיין עלי מוצטפא סלימאן), אף הוא תושב לבנון, נטען כי בשנת 1998 הצטרף לארגון, ומאותה עת ועד לכידתו ביום 4.8.06 שימש לוחם בו. החל משנת 2002 שירת העורר 2 כאיש נ"ט ביחידת "נאצר" של הארגון. נטען כי במסגרת פעילותו השתתף העורר 2 בסדרות אימונים שנערכו בלבנון ובאיראן; פריט האישום הראשון מונה שישה מועדים בהם השתתף באימונים בנשק במקומות ובהיקפים שונים. בפריט אישום נוסף נטען, כי העורר 2 נטל חלק פעיל בהתקפה על מוצב צה"ל בחלקו הישראלי של הכפר ע'אג'ר ביום 21.11.05. בגין אותו אירוע, שמטרתו היתה חטיפת חיילים מהמוצב, וכלל ירי כבד אל עבר המוצב בכפר ע'אג'ר ומוצבים נוספים, הואשם העורר 2 בקשירת קשר לביצוע פשע, נסיון לחטיפה ולרצח ועבירות נוספות. בפריט אישום שלישי נטען כי העורר 2 לקח חלק בהיערכות הארגון לקראת חטיפת חיילי צה"ל ביום 12.7.06. נטען כי העורר 2 השתתף במארב, שמטרתו היתה לפגוע בכוחות צה"ל אשר יבצעו מרדף בעקבות החטיפה. למעשה לא נוצר מגע בין העורר 2 לכוחות צה"ל, ובעקבות הפגזת האזור בו ארב, ברח מהמקום. בגין אירוע זה הואשם העורר 2 בקשירת קשר לביצוע פשע, רצח (שמונה מקרים), חטיפה לשם רצח או סחיטה, עבירות נשק ועבירות נוספות. בפריט אישום רביעי נטען כי עם פרוץ הלחימה בעקבות אירוע החטיפה הצטרף העורר 2 ללוחמי הארגון בכפר עייטא א-שעב, וארב, בעודו חמוש באמצעי לחימה שונים, לכוחות צה"ל. בפועל נלכד העורר על ידי החיילים בטרם הספיק לבצע את תכניתו. בגין אירוע זה הואשם העורר 2 בקשירת קשר, נסיון לרצח, עבירות בנשק ועבירות נוספות.

ד. כלפי העורר 3 (מאהר בן חסן כוראני), אף הוא אזרח לבנון, נטען כי בשנת 1994 הצטרף לארגון, ומאז ועד 1998 שימש כעובד מוסד צדקה שלו. החל משנת 1998 ועד למעצרו ביום 9.8.06, שימש העורר 3 לוחם בארגון. נטען כי במסגרת פעילותו השתתף העורר 3 בסדרות אימונים שנערכו בלבנון ובאיראן. פריט האישום הראשון מונה שבעה מועדים בהם השתתף העורר 2 באימונים בנשק במקומות ובהיקפים שונים. בפריט האישום השני נטען כי גם העורר 3 נטל חלק בהתקפה על מוצב צה"ל בכפר

ע'אג'ר. העורר 3 צוייד בטיל נגד מטוסים, בעוד מטרתו הפלת כלי טיס ישראליים שהארגון העריך שיחוגו בשמי לבנון כתגובה לאירוע. משימה זו לא יצאה אל הפועל, הואיל והעורר 3 לא זיהה כלי טיס; בגין אירוע זה הואשם בנסיון לרצח ועבירות נוספות. בפריט אישום שלישי נטען כי במסגרת הלחימה שפרצה אחרי אירוע החטיפה, השתתף העורר 3 במארב נגד כוחות צה"ל ממזרח לעיר שיחין. מטרת המארב היתה פגיעה בחיילי צה"ל, אך תכניתו לא יצאה אל הפועל עקב ירי כבד של צה"ל לאזור. בהמשך נלכד העורר בתוך העיר שיחין והוא חמוש בנשק אישי ובטילים נגד מטוסים. בגין אירועים אלה הואשם העורר 3 בקשירת קשר לביצוע פשע, נסיון לרצח ועבירות נוספות.

ההליך בבית המשפט המחוזי

ה. בדיון שנערך ביום 15.10.06 טענו באי כוח העוררים, מטעם הסנגוריה הציבורית, לחוסר סמכות עניינית. לטענת עו"ד הרמלין, בא כוח העורר 1, מעמד העוררים הוא של שבויי מלחמה בהתאם להוראות אמנת ג'נבה השלישית משנת 1949 שישראל צד לה (להלן האמנה). נטען כי הארגון מהווה חלק מהכוחות המזוינים של לבנון; לביסוס הטענה הוצגה חוות דעת מומחה - מר ראובן פז, לשעבר ראש מחלקת מחקר בשירות הביטחון הכללי, וכיום חוקר במרכז הבינתחומי בהרצליה - לפיה הארגון שימש ככוח התנגדות לאומית, שפעל בדרום לבנון בהיתר של ממשלת לבנון, בה חברים שרים מטעם הארגון. לטענה זו הצטרפה עו"ד בן נתן מטעם עוררים 2-3, והוסיפה כי משמעות הטענה אינה שהעוררים ישוחררו ממשמורת, אלא כי הם נהנים מחסינות מפני הליכים פליליים. מנגד טענה המשיבה כי חברי הארגון, ובכללם העוררים, הם "לוחמים בלתי חוקיים" (כמשמעם בחוק לכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים תשס"ב-2002), שכן הארגון פועל כארגון טרור. נטען כי הארגון פועל בניגוד לדיני המלחמה, כי הוא מבקש לפגוע באזרחים, וכי הוא מערער את יציבות השלטון בלבנון, ומסיבה זו אין לראות בחבריו חלק מכוחות הביטחון של לבנון. לביסוס טענותיה הציגה המשיבה חוות דעת מומחה - סגן ראש חטיבת המחקר באגף המודיעין בצה"ל. עוד נטען כי השימוש במשפט הפלילי, ולא המינהלי, יש בו משום פגיעה פחותה בזכויות העוררים.

ו. ביום 19.10.06 דחה בית המשפט קמא את טענות העוררים והורה על מעצרם עד תום ההליכים. בית המשפט הצביע על מספר מאפיינים השוללים, לכאורה, מהעוררים ומהארגון מעמד של שבויי מלחמה: (1) הארגון אינו פועל לפי דיני

המלחמה, הוא קורא להשמדת ישראל ותוקף אוכלוסיה אזרחית; (2) לוחמי הארגון אינם מזוהים, נחזים כאזרחים, ואינם נושאים נשק בגלוי; (3) הממשלה הכריזה על הארגון כארגון טרור; סעיף 8 לפקודה למניעת טרור קובע "אם תכריז הממשלה, בהודעה ברשומות, שחבר אנשים מסויים הנו ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה הוכחה בכל דיון משפטי, כי אותו חבר אנשים הוא ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח ההיפך". מעבר לכך קבע בית המשפט:

"בשלב זה ולשלב הזה, איני צריך לקביעה בבחינת קביעת מסמרות לענין מעמד המשיבים, מדובר בשלב של קביעה על פי הראיות לכאורה, לא אחרת, זהו גדר המבחן בהכרעה בדיון בפני, לא מדובר כאן בליבון ראייתי נשוא הכרעת דין לאחר שמיעת ראיות כהלכתן, אלא בדיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים על פי סעיף 21(א) לחוק המעצרים - לא אחרת - וקביעתי ככזו גם לענין הטענות המקדמיות הנה במסגרת דיון זה" (עמ' 22).

משנדחו הטענות בדבר הסמכות, דן בית המשפט בהתקיימותן של דרישות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996; בהחלטתו סקר באריכות את תיקי החקירה, הכוללים הודעות מפורטות שמסרו העוררים, וקבע כי אין כל שאלה לגבי קיומן של ראיות לכאורה. בנסיבות, ובהסכמת באי כוח העוררים, נקבע כי אין מקום לחלופת מעצר, שכן גם לשיטת באי כוח העוררים - יוותרו העוררים במשמורת בהתאם לדיני המלחמה.

ז. אוסיף עוד כי בית המשפט ציין שקיים ספק לגבי סמכותו המקומית לדון בהליך הפלילי לגופו, הגם שעובדה זו הוצגה על ידי בית המשפט בדיון - לא נטען בעניינה, אף לא בבית משפט זה. עוד אציין כי עם לכידתם נעצרו העוררים לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, ובהמשך - בהליך הפלילי לפני בית משפט השלום בפתח תקוה.

הטענות בעררים

ז. (1) בעררים בבית משפט זה חוזרים העוררים וטוענים, כי הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה ומסיבה זו אין להעמידם לדין פלילי, ואין אפוא סמכות עניינית לדון במעצרים לפי חוק סדר הדין הפלילי. נטען כי העוררים נלכדו במהלך לחימה בין שני כוחות סדירים, ולפיכך כפופים מעשיהם לדיני המלחמה המעניקים חסינות מפני

הליכים פליליים. העוררים צירפו את חוות דעת המומחה, מר פז, שהוצגה בפני בית המשפט המחוזי, בה נאמר כי הארגון מהוה "זרוע חמושה של לבנון" הפועל בשליחותה ובהתאם לאינטרסים שלה. נטען כי העוררים הם "אנשי הכוחות המזוינים" של לבנון ולכן יש להכיר בהם כשבויי מלחמה לפי סעיף 4א(1) לאמנה, וממילא טעה כנטען בית המשפט המחוזי, שעה שבחן את מעמדם בהתאם לסעיף 4א(2) המתייחס לארגונים צבאיים שאינם חלק מהכוחות המזוינים. נטען כי בית משפט זה אמנם קבע בעבר שלוחמי הארגון אינם זכאים למעמד לפי סעיף 4א(2) (בג"ץ 2967/00 בתיה ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188, מפי הנשיא ברק), אך מאז נשתנו הנסיבות הפוליטיות בלבנון, וכיום זכאים לוחמי הארגון למעמד של שבויי מלחמה לפי סעיף 4א(1). עוד נטען, כי גם מבחינה מהותית אין ניתן להחיל את המשפט הפלילי על הנסיבות המורכבות של הלחימה בארגון, בו פועלים הלוחמים תחת פקודות וכחלק ממערך שלם.

(2) הדגש העיקרי בטיעון מטעם העוררים היה איפוא המשאלה כי העוררים יוכרו כשבויי מלחמה הגם שאינם עומדים בתנאי סעיף 4א(2), דבר שעליו לא חלקו. לעניין זה טען בא כוח העורר 1, כי השינוי במעמד חיזבאללה בלבנון, שעתה כנטען הוא חלק מכוחותיה המזוינים של מדינה זו, נוכח הצהרות נשיאה, ומילוי תפקיד לאומי בשעה שצבא לבנון נרפה – מחייבים קביעת ממצא שהמדובר ב"התנגדות לאומית המשלימה את הצבא", ועל כן חל עליה סעיף 4א(1). אנשים כאלה יישארו במעצר כשבויי מלחמה, וניתן להחליפם בשבויים אחרים. באת כוח עוררים 2-3 הטעימה כי אין העוררים מתעמתים עם ההגדרה הפנימית הישראלית של חיזבאללה כארגון טרור, אלא טוענים כי יכול ארגון שהוגדר כארגון טרור להפוך לחלק מכוחותיה המזוינים של מדינה.

(3) באת כוח המדינה סבורה כי נושאים אלה מקומם במשפט העיקרי, ולעת הזאת קיימת חזקה שהמדובר בארגון טרור; אין מקום להכריע בהליך המעצר האם משרת קיומו של חיזבאללה אינטרסים של לבנון; ברמה הלכאורית, המדובר – לגבי חיזבאללה – במי שמסתובבים בבגדי אזרחים, אינם מזדהים בתעודות, וכל מאפייניהם הם של לוחמים בלתי חוקיים. ארגון טרור, כך נטען, אינו יכול להיות חלק מצבא סדיר.

נפקותו של ספק

ט. (1) כאמור נטען, כי לא ניתן להותיר את סוגיית מעמד העוררים בספק עד להכרעה בהליך העיקרי. בית המשפט המחוזי קבע, כזכור, כי "בשלב זה ולשלב הזה, איני צריך לקביעה בבחינת קביעת מסמרות לענין מעמד המשיבים". העוררים מפנים, ביחס למצבי ספק, לסעיף 5 לאמנה, שזו לשונו:

"נפלו בידי האויב אנשים שביצעו פעולות מלחמה, ונתעורר ספק אם שייכים הם לסוג מן הסוגים המנויים בסעיף 4, יהנו אנשים אלה מהגנת האמנה הזאת עד שיקבע מעמדם על ידי בית דין מוסמך".

דהינו, על פי הטענה, כל עוד קיים ספק לגבי מעמד העוררים, נהנים הם מחסינות מפני העמדה לדין פלילי. אין לשיטת העותרים רלבנטיות לפקודה למניעת טרור ולהכרזה על פיה. מסיבה זו, כך נטען, יש לקיים הליך מקדמי בו יוכרע מעמד העוררים, ורק אם תידחה עמדתם בהליך זה יהיה ניתן להעמידם לדין פלילי. ועוד, נטען כי עצם העלאתה של טענה יוצר ספק. מנגד טענה המשיבה, כי הספק צריך שיתעורר אצל המדינה העוצרת, ובמקרה דנא לא התעורר ספק, שכן המדובר בארגון טרור על פי הכרזות מכבר.

(2) ביחס לעורר 1 צוין עוד, כי כתב האישום אינו מייחס לו פשעי מלחמה או פגיעה באזרחים, ונטען כי העבירות בהן הוא מואשם אינן רלבנטיות להליך פלילי בישראל. ביחס לעבירות של אימון צבאי ועבירות בנשק, נטען כי אחד מיסודותיהן הוא "ללא רשות הממשלה" (סעיף 143(א)(1) לחוק העונשין - אימונים צבאיים) או "בלא רשות על פי דין" (סעיף 144(א) לחוק העונשין - עבירות בנשק). ברי, כך נטען, כי בנדון דידן נערכו האימונים בנשק באישור ממשלת לבנון, וכי אין כל משמעות לאישור או העדר אישור מטעם ממשלת ישראל. ביחס לעבירות הקשורות בלחימה שפרצה בעקבות אירוע החטיפה, נטען כי עומדת לעורר טענת הגנה עצמית, וכן כי מדובר, לכל היותר, במעשה הכנה ולא בנסיון. על פי הטענה, הסעיף היחיד בו ניתן להאשים את העורר 1 הוא השתייכות לארגון טרור, ואין מקום לנהל בעניין זה הליך פלילי. כל זאת מעבר לסוגיית תחולתו של הדין הפלילי כאמור.

דיון והכרעה

הרחבת הרכב

י. באי כוח העוררים ביקשו הרחבת ההרכב בשל טיב השאלה שעל הפרק, קרי, הבקשה להעניק מעמד של שבויי מלחמה לאנשי חיזבאללה, כיוון שלחמו כנטען

בממלאי תפקידים צבאיים ישראלים והם ומואשמים בזיקה למטרות צבאיות ישראליות. באת כוח המדינה סברה כי אין מקום לכך, שכן מדובר לעת הזאת בשלבים מקדמיים ולכאוריים. לאחר עיון, ונוכח התוצאה אליה הגעתי כמפורט מטה והנמקתה, לא ראיתי מקום להרחבת הרכב בדיון בבקשה זו.

"שאלת הספק"

י"א. (1) סעיף 5 לאמנה קובע:

"נפלו בידי האויב אנשים שביצעו פעולת מלחמה ונתעורר ספק אם שייכים הם לסוג מן הסוגים המנויים בסעיף 4, ייהנו אנשים אלה מהגנת האמנה הזאת עד שייקבע מעמדם על ידי בית דין מוסמך (competent tribunal)." (tribunal).

(2) זה המקום להביא את לשונם של הסעיפים 4א(1) – 4א(2) לאמנה:

"4א. שבויי מלחמה, במשמעות האמנה הזאת, הם בני אדם השייכים לסוג מן הסוגים הבאים, ואשר נפלו בידי האויב:

(1) אנשי הכוחות המזוינים של בעל סכסוך וכן אנשי מיליציה או אנשי חיל מתנדבים המהווים חלק מהכוחות המזוינים האלה;

(2) אנשי מיליציות אחרות ואנשי חילות מתנדבים אחרים, לרבות אנשי תנועות התנגדות מאורגנות, השייכים לאחד מבעלי הסכסוך ופועלים בתחומי ארצם שלהם או מחוץ לתחומי ארצם, ואפילו ארץ זו כבושה היא, ובלבד שמיליציות וחילות מתנדבים אלה, לרבות תנועות ההתנגדות המאורגנות, מקיימים את התנאים הבאים:

- (א) מפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו;
- (ב) יש להם סמל אבחנה קבוע, שאפשר להבחין בו מרחוק;
- (ג) הם נושאים נשק בגלוי;
- (ד) הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לחוקי מלחמה ומנהגיה;

דומני שראוי להעיר כאן, כדי שלא להותיר ספק, כי מסכים אני עם סגן הנשיא המלומד בבית המשפט המחוזי, שאין תנאי סעיף 4א(2) מתקיימים בנידון דידן, ולא אאריך

בהיעדר מחלוקת (ראו גם סיבל משפט בינלאומי, 439). עסקינן איפוא בטענה לפי סעיף 4א(1); ראו לענין זה גם תיק רמ/69/4 התובע הצבאי נ' עומר מחמוד קאסם, פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים כרך א' (תש"ל) 402. נראה כי מבחינה היסטורית לא נועד סעיף 5 להתמודדות עם הספק האם ארגון פלוני בא בגדריו של סעיף 4, אלא עם הספק האם שבוי פלוני - דוגמת מי שאיבד את מסמכי הזיהוי שלו - אכן נמנה על אותם ארגונים הבאים בגדרי סעיף 4 (S. R.) 77; Pictet, commentary (III) Sarnoski, "The Status Under International Law of Civilian Persons Serving with or Accompanying Armed Forces in the Field", 1994 Army Law. 29; Public Prosecutor v. Koi, [1968] AC 829). הממשל האמריקני מספטמבר 2001, ראה את הטליבאן ואלקאעידה יחד, כמצויים בסירה אחת והיו שמתחו על כך ביקורת בנימוק שסעיף 5 מחייב בחינה אינדיבידואלית ולא קביעה כללית לגבי הארגון כולו (G. H. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants", 96 A.J.I.L. 891; Ragavan, M. S. Mireles "The Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts", 2005 Utah L. Rev. 619).

י"ב. (1) סעיף 5 מתייחס למצב בו "נתעורר ספק". עמדת העוררים היא - כאמור - כי הארגון ממלא אחר תנאי סעיף 4א(1) לאמנה, והם מבססים את טענותיהם על חוות דעתו של המומחה מר פז. בחוות דעת זו נאמר "שלבנון והממסד הבטחוני שלה הותירו במודע את חזבאללה ככוח הצבאי הלבנוני היחיד באיזור הדרום ובגבול עם מדינת ישראל" (עמ' 2). הארגון מתואר על ידי ראש ממשלת לבנון כ"תנועת התנגדות לאומית", ונשיא לבנון תיאר אותו כ"משלים לצבא". לפי אתר צבא לבנון באינטרנט, שימורו הוא אינטרס אסטרטגי לאומי, ולכן נאמר כי חיזבאללה "פועל ופעל כבעל תפקיד צבאי לבנוני לאומי, כמשלים של צבא לבנון...". עוד מסתמכת עמדת העוררים על קביעת בית המשפט קמא לפיה הכרעתו ניתנת לשלב הנוכחי, וממנה מסיקים העוררים כי הספק בדבר מעמדם טרם הוכרע סופית. מנגד טענה המשיבה כי "אין ספק" שהארגון אינו נמנה על "אנשי הכוחות המזוינים של בעל סכסוך וכן אנשי מיליציה... המהווים חלק מכוחות אלה", והיא מבססת את קביעתה על חוות דעתו של סגן ראש חטיבת המחקר באגף המודיעין של צה"ל (שנמסרה גם לבאי כוח העוררים).

(2) מחוות דעת זו (מיום 4.10.06) שלא נתמקדה בנושא דנא (מעמד אנשי חיזבאללה) - עולה, כי הארגון משחק בזירה הלבנונית "משחק כפול" - מחד גיסא השתתף בבחירות הלבנוניות ונציגיו מכהנים בממשלת לבנון (נכון למועד חוות הדעת - א"ר), מאידך גיסא ממשיך הארגון להתקיים ולנקוט במדיניות עצמאית בניגוד להחלטה 1559 של מועצת הביטחון, וגם לשמר את קיומו ככוח צבאי. הוצגו מפי

דרגים בכירים בממשלת לבנון, כגון ראש הממשלה ושר הפנים, מובאות המצביעות על אי ידיעת ממשלת לבנון בדבר חטיפתם של חיילי צה"ל. מחוות הדעת עולה כי גם לאחר החלטה 1701 של מועצת הביטחון והפסקת האש מ-14.8.06 פועל חזבאללה עצמאית, וממשיך לנהוג כארגון טרור עצמאי שאינו כפוף לממשלת לבנון.

(3) ד' ברקוביץ, עמית מחקר במכון למחקר ביטחון לאומי באוניברסיטת תל-אביב (לשעבר מרכז יפה), במאמרו "סוכן השינוי העיקרי מול חיזבאללה – תפקידו של צבא לבנון", עדכן אסטוטגי 9(3), אוקטובר 2006, 28 נדרש ליחסי צבא לבנון וחיזבאללה, ועולה מן המאמר ראיית חיזבאללה כ"ארגון תת-מדינתי מזוין הפועל בשטחה (של לבנון – א"ר), שאינו מקבל את מרותה...". מדובר על הסטטוס-קוו של קיום שני צבאות בלבנון, צבא לבנון וחיזבאללה, מצב ששרר במשך שנים תוך "מערכת הבנות ותיאומים", ולפיה מדינת לבנון, שהיתה מיוצגת בדרום בכוח בטחוני סמלי, לא החרימה את נשקו של חזבאללה והעלימה עין ממאמצי החימוש שלו; מאז החלטת 1701 של מועצת הביטחון בעקבות המלחמה ביולי-אוגוסט 2006, נוצרה מערכת הבנות חדשה, שלפיה אנשי הארגון לא יסתובבו במדים ולא יציגו נשקם בגלוי (עמ' 30). עם זאת אין הארגון "רואה אפשרות ריאלית שצבא לבנון כזרוע הביצועית של הממשלה יפעל לפירוקו מנשקו... הוא מאמין... כי צבא לבנון אינו איום משמעותי כלפיו, אלא לכל היותר מטרד" (שם). הנחת המחבר היא, כי צבא לבנון לא יפרק את חיזבאללה מנשקו, אך יפעל ל"הכלת חיזבאללה במסגרת ניסיון להפקיע מידיו את הסמכות" בנוגע למאבק בישראל (עמ' 31). הארגון עולה מן הדברים לא כחלק מצבא לבנון אלא כיריב חזק לו בנסיבות ייחודיות.

(4) בנסיבות, החומר האמור במכלולו מעורר לכאורה "ספק בספק", ספק בקיומו של ספק. אמנם, טענת באי כוח העוררים במקומה עומדת, ואך לגיטימי כי יעלו אותה להגנת שולחיהם. אך דומה שאין צורך במומחיות יתרה כדי להבין שבמורכבות הלבנונית הטרגית, ספק רב אם ניתן לחבר זה לזה את צבא לבנון ואת חיזבאללה, ומכל מקום נחוץ שכנוע רב כדי להכריע באשר למורכבות זו ולראות את חיזבאללה אם כ"אנשי הכוחות המזוינים של בעל סכסוך" (וזאת מתוך הנחה לצורך הדיון שלבנון כיום היא "בעל סכסוך"), או כמיליציה או מתנדבים שהם חלק מכוחות אלה, כנדרש בסעיף 4(א)1. בנסיבות הללו, המצב המשפטי היסודי הוא כפי שנקבע בפרשת ארד הנזכרת (בעמ' 191), קרי, כי אין מדובר בשבויי מלחמה, בהיותם שייכים לארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהגיה. לכאורה, בלוחמים בלתי חוקיים עסקינן (ראו גם דינשטיין, דיני מלחמה, 96). שחל עליהם חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים,

אשר ביסודו נחקק לסיטואציה דומה. באשר לסוגיה במשפט הבינלאומי של אזרחים הפועלים בלחימה (לרבות על פי פרוטוקול 1 שנוסף ב-1977 לאמנת ג'נבה (ושישראל אינה צד לו), ראו בין השאר מאמרה של פרופ' מיכל פומרניץ: Israel's asymmetric wars: Through The UN looking glass, dark and distorted, *Justice* 43 (Fall 2006), 18,19.

(5) ועם כל זאת, אין האמור מונע מן העוררים לטעון ל"ספק" המחייב את בירורו לפי סעיף 5 לאמנה. כך גם בארה"ב: "The foregoing provision applies to any person... who asserts that he is entitled to treatment as a prisoner of war (U.S. Army's Field Manual 27-10, Chapter 3, Art. 71, ההדגשה הוספה - א"ר). אמנם, בהוראה נוספת שם נקבע כי כל מי שנלכד על ידי כוחות הצבא יהנה מהגנות האמנה עד שמעמדו המשפטי יוגדר בבית דין; כשלעצמי אעדיף לקרוא לכך כאן "טריבוונל מוסמך" (לסקירת ההוראות ראו *Gherebi v. Bush, Rumsfeld*, 374 F.3d 727). היכן תועלה הטענה?

י"ג. (1) באשר ל"בית הדין המוסמך" (או הטריבוונל המוסמך), לא למותר לציין, כי בנוסח המקורי של הסעיף הופיע המונח "Responsible Authority"; בתחילה שונה הנוסח והתקבל המונח "Military Tribunal". זאת מתוך שאיפה שהחלטה בעלת השלכות גורליות על עתידו של השבוי לא תתקבל על ידי מפקד צבאי בודד בשדה הקרב (Pictet, 77). בהמשך תוקן הסעיף שוב, ונקבע המונח "competent tribunal", וזאת על מנת לשלול את הפרשנות המחייבת הכרעה בבית דין צבאי דווקא (לסקירת ההתפתחות ראו גם *U.S. v. Noriega*, 808 F. Supp. 791; K. Anderson, "The Military Tribunal Order: S.R. Sarnoski, "The Status Under International Law of Civilian Persons Serving with or Accompanying Army Forces in the Field" 1994, *Army Lawyer*, 29; *What to do with Bin Laden and Al Qaeda Terrorists*", 25 Harv. J.L. & Pub. Policy 591 (2002)). בכג"צ 403/81 עדנאן ג'אבר מחמוד ג'אבר נ' המפקד הצבאי, פ"ד לה (4) 397 (להלן פרשת ג'אבר) קבע הנשיא לנדוי, כי "בית דין מוסמך" לעניין סעיף 5 יכול להיות בית משפט אזרחי ובית משפט צבאי (בהזכירו, בין השאר, כי בארה"ב די גם בוועדה של שלושה קצינים, שאחד מהם משפטן – עמ' 399). הבירור יכול להיעשות אפוא הן בבית משפט צבאי (ראו גם פרשת קאסס), והן בבית משפט אזרחי (ראו תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1158/02 מדינת ישראל נ' מדואן בן ח'טיב ברגותי - החלטה מיום 19.1.03). באלה גם נקבע כי אין מניעה שההרכב היושב בדין בתיק העיקרי יעסוק גם בבירור המקדמי לפי סעיף 5 לאמנה; ראו האסמכתאות בפרשת ג'אבר בעמ' 400.

(2) סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב-1982 מאפשר לנאשם, לאחר תחילת משפטו, לטעון טענות מקדמיות, ובהן חוסר סמכות מקומית (וכבר העיר בעניין זה בית המשפט המחוזי כאמור), וחוסר סמכות עניינית. הנושא דנא על פניו במהותו הוא טענת חוסר סמכות, בין אם נראה אותה כטענה של חוסר סמכות עניינית, ובין אם נראה אותה כטענה מקדמית נוספת על אלה המנויות בסעיף; כדברי המחברים שלגי וכהן, סדר הדין הפלילי (מה' 2) 353, מלשון הרישה של סעיף 149 עולה כי הטענות הנמנות בו אינן רשימה סגורה, אלא נכללת בהן כלשון המחברים – וכנלמד מן המינוח הלא ממצה לגבי הטענות "ובהן" – "כל טענה העשויה למנוע את ההליך בשלב שבו נטענה ... ראויה להיטען כטענה מקדמית".

י"ד. נמצא כי בנסיבות מקומה של הטענה לעלות בפני בית המשפט המחוזי כטענה מקדמית בשעה שיחל משפטם הפלילי של העוררים, ובאשר לדיון בה ולמועד ההחלטה ראו סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי, והדעת נותנת כי ככל שתועלה – תידון ותוכרע בראש מילין.

סוגיית המעצר

ט"ו. בסוגיית המעצר עד תום ההליכים טענו העוררים כי כל עוד לא התברר הספק בדבר מעמדם, אין בעניינם תחולה לדין הפלילי, ובכללו חוק המעצרים. אכן בפרשת ב"ש (תל אביב) 92134/02 מדינת ישראל נ' ברגותי הכריע בית המשפט המחוזי (השופט גורפינקל) בסוגיית מעמדו של החשוד בשלב הארכת המעצר. כאמור, סבורני במקרה דנא למצער, כי הדרך המתאימה לבירור המעמד היא העלאת הטענה בפני ההרכב, תוך אפשרות לבירור עובדתי שם; אך אין בידי לקבל, כי לא ניתן להאריך את מעצר העוררים על פי חוק המעצרים עד להכרעה באותו הליך בירור.

ט"ז. מושכלות יסוד הן בדיני המעצרים, כי "השאלה אותה צריך השופט לשאול עצמו, לעניין ראיות אלה, הינה אם טיבה של הראיה - על רקע מכלול הראיות כולן המצוי בשלב זה - הוא כזה שקיים סיכוי סביר לכך שאותה ראיה תהפוך בסוף ההליך הפלילי לראיה רגילה אשר על פיה היא לבדה או בהצטרפה לראיות פוטנציאליות אחרות, ניתן יהיה לקבוע כנדרש את אשמתו של הנאשם" (בש"פ 8087/95 שלמה זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 147 (הנשיא ברק)). בנסיבות, גם אם מעוררים העוררים ספק ביחס לתחולת הגנתה של האמנה ומכוחה מבקשים הם למנוע הליך פלילי, לא נטען בהליכים בעניין הראיות לכאורה לגופן, אך בית המשפט המחוזי עיין בהן וציין

שאינן חולק באשר לקיומן; ובאשר לדין הבינלאומי – אף שהמעצר נעשה מכוח חוק פלילי, אין המדובר עדיין לעת הזאת בסנקציה פלילית בגין המעשים שלגביהם נטענת חסינות. במעצר עסקינן, ומבחינה מעשית אין כל מניעה להטילו גם לפי הדין הבינלאומי, בין אם המדובר בשבויי מלחמה בין אם המדובר בלוחמים בלתי חוקיים. אכן, הדעת נותנת כי ישנם הבדלים מסוימים באופי המעצר, אך מכל מקום, אם יסברו העוררים כי תנאי מעצרו הפלילי מונעים מהם זכות המגיעה להם לשיטתם, יוכלו – כל עוד לא הוכרע מעמדם – להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט המוסמך. ושוב, אדגיש כי סוגיית חרותם של העוררים לעיצומה אינה מונחת לעת הזאת לפתחנו כל עיקר, שהרי העובדה שעליהם להיוותר במשמורת מוסכמת על כל הצדדים. כן אזכיר כי לבית משפט זה סמכות טבועה לעצור חשודים במעצר ביניים עד לבירור סוגיה שהוחזרה לבית המשפט המחוזי (בש"פ 10874/05 דניאל מילחיקר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). קמו גם עילות מעצר, מכל מקום, של מסוכנות ושל חשש הימלטות. איני סבור כי עלי להידרש לשאלה של היחס בין תקנות האג לאמנת ג'נבה השלישית, שהעלו באי כוח העוררים, שכן עניינה של זו בסעיף 4א(2) לאמנה, ולא היתה מחלוקת כי סעיף זה אינו חל על העוררים, כפי שכבר ציין בית המשפט המחוזי. לא אמנע מהוסף, כי לדעתי אין לומר שתקנות האג בוטלו עם כניסתה של האמנה השלישית לתוקף, ולא אאריך.

י"ז. נוכח כל האמור אין בידי להיעתר לעררים.

ניתנה היום, כ"ט בחשוון התשס"ז (20.11.06).

ש ו פ ט