



الوضع القانوني للأسرى الفلسطينيين المحتجزين لدى إسرائيل بعد انضمام فلسطين إلى اتفاقية جنيف الثالثة

معتز قفيشة | إحسان عادل المدبوح
جامعة الخليل، فلسطين | جامعة الرور في بوخوم، ألمانيا

2024

إن هذه النسخة هي ترجمة حرفية واحترافية للنسخة الأصلية من البحث والتي تم نشره من قبل دار نشر جامعة كامبردج - ضمن المجلة الآسيوية للقانون الدولي، وقد تمت مراجعة هذه النسخة المترجمة من قبل المؤلفين. تهدف الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان من إعداد ونشر هذه الترجمة إلى تعزيز النقاش القانوني حول المسألة وتقديم وجهة نظر بحثية من باحثين مختصين ومعروفين في المجال. لا تتحمل الهيئة مسؤولية محتوى المادة المنشورة وليس شرطاً أنها تعبر عن موقف الهيئة، فهي نتاج الفكر الحر للباحثين ضمن معايير العمل البحثي المعتمدة وبمراجعة هيئة التحرير الخاصة بالمجلة التي نشر فيها البحث الأصلي بالإنجليزية.

ملخص

عقب انضمام فلسطين إلى اتفاقية جنيف الثالثة عام 2014، بات من الواجب معاملة الأسرى الفلسطينيين الذين شاركوا في الأعمال الحربية الموجهة ضد السلطات الإسرائيلية القائمة بالاحتلال معاملة كأسرى حرب، وذلك بحكم أنهم ينتمون إلى طرف في نزاع مسلح. يندرج هؤلاء الأسرى ضمن ثلاث فئات، هي: أفراد الأجهزة الأمنية، والأفراد المنتسبون إلى جماعات المقاومة المسلحة، والمنتفضون الذين يقاثلون السلطة القائمة بالاحتلال من تلقاء أنفسهم بشكل فردي. وعلى خلاف القواعد المستقرة في القانون الدولي الإنساني، لا تقيم إسرائيل أي تمييز فيما يتعلق بوضع هذه الفئات الثلاث، ولا تستند المعاملة التي تعتمد عليها من جانب واحد للأسرى الواقعين في قبضتها لأي أساس في القانون الدولي. تعتبر هذه الممارسة جريمة حرب ويمكن أن تؤدي إلى تحريك المسؤولية بناءً على القانون الجنائي الدولي، لا سيما وأن المحكمة الجنائية الدولية قررت عام 2021 أنها تملك الاختصاص الذي يخولها التحقيق في الجرائم التي تقع في الأراضي الفلسطينية المحتلة. قد يشكل مجرد استمرار حبس أسرى الحرب بعد وقف الأعمال العدائية سبباً لمباشرة الملاحقة الجنائية.***

في وقت كتابة هذه الدراسة، كان يقبع 4,184 فلسطينياً في السجون الإسرائيلية بحلول نهاية شهر أيلول/سبتمبر 2020.¹ وحتى شهر تموز/يوليو 2021، وصل هذا الرقم إلى ما مجموعه 4,850 أسيراً، بمن فيهم 80 أسيراً يقضون محكوميات تزيد عن 20 سنة و544 آخرين يقضون أحكاماً بالسجن المؤبد.² يجري اعتقال هؤلاء الأسرى بناءً على التشريعات الجزائية وأنظمة الطوارئ التي كانت سارية قبل العام 1967 (والتي تتألف أساساً من قوانين الانتداب البريطاني والقوانين الأردنية)، فضلاً عن سلسلة من الأوامر العسكرية وغيرها من التشريعات التي تطبقها قوات الاحتلال الإسرائيلي على دولة فلسطين المحتلة.³ إذ ترفض إسرائيل انطباق اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب،⁴

* أستاذ القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الخليل، فلسطين؛ حاصل على درجة الدكتوراه في القانون الدولي، المعهد العالي للدراسات الدولية والإنمائية، جنيف، سويسرا. أتوجه بالشكر لكل من نيكول تروودو ونجلاء شريته للمساعدة في إنجاز هذا البحث.

** رئيس منظمة القانون من أجل فلسطين؛ مرشح لنيل درجة الدكتوراه وباحث، معهد البحوث والسياسات الإنمائية، جامعة الرور في بوخوم، ألمانيا. أعرب عن شكري الخاص لماريتينا شاكييا وباسمين فريتشه ولورا هوفمان على التغذية الراجعة القيمة التي قدمتها.

*** ملاحظة: تم نشر هذه الدراسة سنة 2021 في المجلة الآسيوية للقانون الدولي التي تصدر عن مطبعة جامعة كامبريدج. لذلك لا تتضمن هذه الدراسة الوضع القانوني الناتج عن الحرب التي اندلعت في قطاع غزة عقب طوفان الأقصى الذي بدأ في 7 تشرين الأول/أكتوبر 2023.

¹ «معطيات حول الفلسطينيين المحتجزين لدى إسرائيل»، بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة (1 نيسان/أبريل 2021)، على الموقع الإلكتروني: بتسليم https://www.btselem.org/arabic/statistics/detainees_and_prisoners منذ شهر تشرين الأول/أكتوبر 2020، توقفت مصلحة السجون الإسرائيلية عن تقديم أرقام بشأن الأسرى لمركز بتسليم.

² «إحصائيات»، مؤسسة الضمير لرعاية الأسير وحقوق الإنسان (30 تموز/يوليو 2021)، على الموقع الإلكتروني: الضمير <https://addameer.org/ar/statistics/2021/07>. وتشهد أعداد الأسرى صعوداً وهبوطاً عبر الزمان بالنظر إلى أن الجيش الإسرائيلي ينفذ حملات الاعتقال على نحو متواصل. وبينما يُطلق سراح بعض الأشخاص بعدما يقضون مدد محكومياتهم، تجري تيرئة بعض المحتجزين بعد استجوابهم.

³ “Presumed Guilty: Failures of the Israeli Military Court System—An International Law Perspective” Addameer Prisoner Support and Human Rights Association (November 2009), online: Addameer <https://www.addameer.org/sites/default/files/publications/addameer-report-presumed-guilty-nove2009.pdf> at 6–13.

⁴ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة، 75 U.N.T.S. 135 (دخلت حيز النفاذ في 21 تشرين الأول/أكتوبر 1950).

واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب،⁵ وسريانها على الأراضي الفلسطينية؛ على الرغم من أنها تُعدّ دولة طرفاً في كلتا الاتفاقيتين منذ 6 تموز/يوليو 1951. لكن إسرائيل ليست طرفاً في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية المؤرخ في 8 حزيران/يونيو 1977،⁶ والذي يتضمن أحكاماً تتعلق بتصنيف الأسرى أثناء النزاعات المسلحة أو الاحتلال. وفقاً لأحكام اتفاقية جنيف الثالثة، لا تجوز محاكمة الأشخاص الذين يصنّفون ضمن فئة أسرى الحرب، وينبغي الإفراج عنهم بعد انتهاء الأعمال العدائية الفعلية.⁷ لذلك فإن وضع الأشخاص المحتجزين لدى إسرائيل يمكن تغييره على نحو يتماشى مع التصنيف الذي تقرره اتفاقية جنيف الثالثة والحقوق التي يرتبها هذا التصنيف.

على الرغم من أن فلسطين انضمت إلى اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة وإلى البروتوكول الأول في 2 نيسان/أبريل 2014،⁸ لا تزال المعاملة الإسرائيلية التي يتلقاها الفلسطينيون المحتجزون في سجون ومعسكرات الاعتقال التابعة للاحتلال العسكري كما هي دون تغيير. وبما أن فلسطين انضمت إلى اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الأول الملحق بها، وأن مركز فلسطين قد ارتقى إلى دولة طرف، تحتاج هذه الدراسة بأن النقاشات التقليدية التي كانت تتناول انطباق اتفاقيات جنيف وسريانها على الفلسطينيين،⁹ والادعاءات التي تسوقها إسرائيل في هذا المقام بصفة خاصة، باتت لا معنى لها.

يبحث الفصل الأول من هذه الدراسة مدى انطباق اتفاقية جنيف الثالثة والبروتوكول الأول على الأرض الفلسطينية في ظل انضمام دولة فلسطين إليهما. بينما يناقش الفصل الثاني تصنيف الفلسطينيين المحتجزين لدى إسرائيل ووضعهم بموجب الاتفاقية والبروتوكول المذكورين.

الفصل الأول: انضمام فلسطين إلى اتفاقيات جنيف

بموجب القانون الدولي الإنساني، تتكفل ثلاث معاهدات رئيسية بتحديد وضع الأشخاص الذين يقعون في الأسر في وقت الحرب أو الاحتلال العسكري، وهي لاتفاقيتا جنيف الثالثة والرابعة والبروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف. في ضوء انضمام فلسطين إلى هذه الوثائق الثلاث جميعاً في العام 2014، سوف نعقد مقارنة تتناول انطباقها ونفاذها على الأرض الفلسطينية قبل أن تصبح فلسطين دولة طرفاً في هذه الاتفاقيات وبعد أن غدت كذلك.

⁵ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 287 U.N.T.S. 75 (دخلت حيز النفاذ في 21 تشرين الأول/أكتوبر 1950).

⁶ الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب/أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة، 8 حزيران/يونيو 1977، مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 3 U.N.T.S. 1125 (دخل حيز النفاذ والسريان في 7 كانون الأول/ديسمبر 1978).

⁷ اتفاقية جنيف الثالثة، الحاشية 4 أعلاه، المادة 118.

⁸ «المعاهدات والدول الأطراف والتعليقات - فلسطين»، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على الموقع الإلكتروني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر

<https://ihl-databases.icrc.org/ar/ihl-treaties/treaties-and-states-parties?sort=state&state=18005#%D9%81>

⁹ Christopher C. BURRIS, "Re-examining the Prisoner of War Status of PLO Fedayeen" (1997) 22 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 943.

فقبل انضمام فلسطين إلى اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول، كانت إسرائيل تدّعي أن الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، وقطاع غزة لا يشكّلان أراضٍ محتلة. عوضاً عن ذلك، كانت إسرائيل تشير إلى هذه المناطق باعتبارها «مناطق متنازع عليها»، وتحتاج بأن استتيلاعها على هذه المناطق تمخّص عن الحرب التي اندلعت في شهر حزيران/يونيو 1967، حينما كانت الضفة الغربية تخضع للحكم الأردني، وكان قطاع غزة تابعاً للإدارة المصرية. تدعي إسرائيل بوجوب تسوية وضع تلك المناطق من خلال المفاوضات،¹⁰ بالنظر إلى أن السيطرة الأردنية والمصرية على تلك الأراضي لم تكن لها صفة مشروعة،¹¹ وأن السيادة على الضفة الغربية وقطاع غزة «ظلت مسألة معلقة» بسبب اتفاقيات الهدنة التي عُقدت بين إسرائيل وجارتها (مصر والأردن).¹² لكن فنّد المجتمع الدولي هذه الحجة ودحضها بالفعل من خلال رأي الأغلبية الساحقة الذي أعرب عنه مجلس الأمن والجمعية العامة التابعين للأمم المتحدة ومحكمة العدل الدولية ومجلس حقوق الإنسان والمحكمة الجنائية الدولية والمواقف الأحادية الجانب التي عبر عنها عدد لا يُستهان به من الدول،¹³ بما في ذلك حتى قبل وقت ليس بالقصير من انضمام فلسطين إلى اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول. مع ذلك، لا تزال إسرائيل تتمسك بهذا الموقف نفسه حتى هذا اليوم.¹⁴

ففي الفتوى بشأن الجدار، أعلنت محكمة العدل الدولية أن:

إسرائيل احتلت عام 1967 الأراضي الواقعة بين الخط الأخضر... والحدود الشرقية السابقة لفلسطين زمن الانتداب خلال الصراع المسلح بين إسرائيل والأردن. بموجب القانون الدولي العرفي، كانت هذه الأراضي أراضٍ محتلة وكان لإسرائيل فيها وضع السلطة القائمة بالاحتلال. ولم يكن للأحداث التي حدثت بعد ذلك في هذه الأراضي... أي أثر يؤدي إلى تغيير هذه الحالة. وجميع هذه الأراضي (بما فيها القدس الشرقية) ما زالت أراضٍ محتلة وما زالت إسرائيل لها وضع السلطة القائمة بالاحتلال.¹⁵

¹⁰ Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012) at 201–48.

¹¹ Yehuda Z. BLUM, “The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria” (1968) 3 *Israel Law Review* 279; Meir SHAMGAR, “The Observance of International Law in the Administered Territories” (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 262.

¹² State of Israel, Office of the Attorney General, “The International Criminal Court’s Lack of Jurisdiction Over the So-Called ‘Situation in Palestine’” Ministry of Justice (20 December 2019), online: Ministry of Justice www.gov.il/BlobFolder/reports/20-12-2019/en/Memorandum-Attorney-General.pdf at para. 29.

¹³ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن: قرار مجلس الأمن رقم 242، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/242) (1967)، وقرار مجلس الأمن رقم 338، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/338) (1973)، وقرار مجلس الأمن رقم 465، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/465) (1980)، وقرار مجلس الأمن رقم 476، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/476) (1980)، وقرار مجلس الأمن رقم 478، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/478) (1980)، وقرار مجلس الأمن رقم 1515، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/1515) (2003)، وقرار مجلس الأمن رقم 1850، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/1850) (2008)، وقرار مجلس الأمن رقم 2334، وثيقة الأمم المتحدة (S/RES/2334) (2016)؛ والقرارات الصادرة عن الجمعية العامة: قرار الجمعية العامة رقم 176/43، وثيقة الأمم المتحدة (A/RES/43/176) (1988)، وقرار الجمعية العامة رقم 292/58، وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/RES/58/292) (2004) وقرار الجمعية العامة رقم 17/66، وثيقة الأمم المتحدة (A/RES/66/17) (2011).

¹⁴ State of Israel, Office of the Attorney General, supra note 11 at 6–11, 32–3. Victor KATTAN, “A Critical Assessment of the Government of Israel’s Memorandum to the ICC—Part I” *EJIL:Talk!* (30 January 2020), online: *EJIL:Talk!* <https://www.ejiltalk.org/a-critical-assessment-of-the-government-of-israels-memorandum-to-the-icc-part-i/>.

¹⁵ «الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة»، الفتوى، 9 تموز/يوليو 2004، [2004]، التقرير الصادر عن محكمة العدل الدولية 136، الفقرة 78.

أعيد تأكيد هذا الموقف في يوم 5 شباط/فبراير 2021 من خلال القرار الذي أصدرته للدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة الجنائية الدولية بشأن الاختصاص الإقليمي في حالة فلسطين، والذي اعترف بغزة والضفة الغربية والقدس الشرقية باعتبارها «الأرض الفلسطينية المحتلة» وباعتبارها تشكل في مجملها دولة فلسطين بصفتها طرفاً من أطراف المحكمة.¹⁶

على الرغم من «خطة فك الارتباط» الإسرائيلية عن قطاع غزة في العام 2005، ما زالت إسرائيل تحتله.¹⁷ وفقاً للرؤية الإسرائيلية، انتهى احتلال غزة مع انسحاب إسرائيل منه في العام 2005.¹⁸ ففي قضية البسيوني، مثلاً، أكدت المحكمة العليا الإسرائيلية هذا الموقف بقولها إن إسرائيل لم يعد لها سيطرة فعلية على غزة. بناءً على ذلك، قضت المحكمة بأن:

لا يقع على عاتق دولة إسرائيل واجب عام يملي عليها ضمان رفاه سكان قطاع غزة أو المحافظة على النظام العام في قطاع غزة وفقاً لقوانين الاحتلال العسكري في القانون الدولي. لا تملك إسرائيل أي قدرة فعلية، في وضعها الراهن، على فرض النظام وإدارة الحياة المدنية في قطاع غزة.¹⁹

مع ذلك، لا يزال المجتمع الدولي ينظر إلى غزة باعتبارها منطقة محتلة.²⁰ في الحقيقة، فإن إسرائيل تمسك بزمام السيطرة العسكرية على المياه الإقليمية التابعة لغزة وعلى مجالها الجوي ودخول الأفراد وتوريد المنتجات والخدمات إليها، من قبيل إمدادات الكهرباء والوقود والاتصالات والسجل المدني وجباية رسوم الصادرات.²¹ كما يُحكم الجيش الإسرائيلي قبضته على غزة من خلال منطقة عازلة تمتد على مساحة تمثل نحو 17 في المائة من مساحتها وتتغلغل داخل الحدود كلما أرادت ذلك براً وبحراً وجواً.²² فيموجب المادة 42 من اتفاقية لاهاي الرابعة الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية، المؤرخة في 18 تشرين الأول/أكتوبر 1907 وملحقها (اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية)، والتي تمثل قاعدة عرفية، «تعد أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو. ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها».²³ بذلك يعتبر الاحتلال منتهياً عندما

¹⁶ *Situation in the State of Palestine*, 5 February 2021, Case No. ICC-01/18-143, Pre-Trial Chamber I at paras. 116–18 [*Situation in the State of Palestine*].

¹⁷ Shane DARCY and John REYNOLDS, “An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law” (2010) 15 *Journal of Conflict and Security Law* 211.

¹⁸ “Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza” Gisha (January 2007), online: Gisha https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications_english/Publications_and_Reports_English/Disengaged_Occupiers_en.pdf at 22–3.

¹⁹ «قضية البسيوني (جابر البسيوني أحمد وآخرون ضد رئيس الوزراء ووزير الدفاع)»، محكمة العدل العليا 07/9132 (30 كانون الثاني/يناير 2008)، على الموقع الإلكتروني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر <https://casebook.icrc.org/case-study/israel-power-cuts-gaza>، الفقرة 12 (بالإنجليزية).

²⁰ PLO Negotiations Affairs Department, “The Israeli ‘Disengagement’ Plan: Gaza Still Occupied” *UN Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People* (September 2005), online: UN <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-205755/>.

²¹ «حالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967»، الجمعية العامة للأمم المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة A/61/470 (2006).

²² Nicholas STEPHANOPOULOS, “Israel’s Legal Obligations to Gaza after the Pullout” (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 524; Mustafa MARI, “The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End to Occupation?” (2005) 8 *Yearbook of International Humanitarian Law* 356.

²³ اللائحة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية، الوثيقة رقم 631 Bevans 1، 2277 Stat. 36 (دخلت حيز النفاذ في 26 كانون الثاني/يناير 1910)، المادة 42.

تكف القوات العسكرية التابعة للسلطة القائمة بالاحتلال عن بسط السيطرة التي تمارسها بحكم الأمر الواقع على المنطقة التي تقع تحت احتلالها.²⁴ وما دامت إسرائيل تبقى على سيطرتها على بحر غزة ومجالها الجوي وحدودها، فهي تظل بحكم هذا الواقع منطقة قابضة تحت نير الاحتلال.²⁵

كان يُنظر إلى فلسطين في هيئات الأمم المتحدة بوصفها «كياناً»، وليس بوصفها «دولة» قبل أن ترقى إلى مستوى دولة مراقب غير عضو بموجب قرار الجمعية العامة رقم 19/67، المؤرخ في 29 تشرين الثاني/نوفمبر 2012.²⁶ وقد حال ذلك الوصف بين فلسطين وبين الانضمام إلى معظم المعاهدات الدولية، بما فيها اتفاقيات جنيف.²⁷ ففي العام 1989، لم تقبل سويسرا، التي تضطلع بدور الدولة الوديعة لاتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها المذكورة، الصك الذي أودعته منظمة التحرير الفلسطينية لغايات الانضمام إلى تلك الاتفاقيات.²⁸ جادلت سويسرا بأنه لا يمكنها أن تتخذ قراراً بشأن ما إذا كانت الرسالة التي بعثها المراقب الدائم لفلسطين لدى مكتب الأمم المتحدة في جنيف ترقى إلى مرتبة الانضمام «بسبب حالة عدم اليقين في أوساط المجتمع الدولي فيما يتصل بمدى وجود فلسطين كدولة من عدمه».²⁹ مع ذلك، شددت سويسرا على صحة وأهمية إعلان منظمة التحرير الفلسطينية من جانب واحد بشأن سريان اتفاقيات جنيف الأربع والبروتوكول الأول الإضافي.³⁰

كانت منظمة التحرير الفلسطينية، في ذلك الوقت، حركة من حركات التحرير الوطني، والتي تسري عليها أحكام المادة 1(4) من البروتوكول الأول التي تختص بالنزاعات المسلحة التي تخوض فيها الشعوب القتال في مواجهة «التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي... وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير».³¹ وعلى الرغم من الإقرار بالحق الواجب للفلسطينيين في تقرير مصيرهم، وحتى مع وجود هيئة معترف بها (وهي منظمة التحرير الفلسطينية) باعتبارها ممثلاً عنهم، فلم يكن المركز الذي بلغته هذه الهيئة يشبه مركز للدول.³² وبما أن الباب لم يكن مفتوحاً أمام الجهات من غير الدول لكي تكون أطرافاً في اتفاقيات جنيف أو البروتوكول، لم يكن في وسع المنظمة أن تتضمن إليها.³³ فضلاً عن ذلك، اعترضت إسرائيل، بينما لم تكن دولة عضواً في البروتوكول الأول، على توسيع نطاق البروتوكول

²⁴ «تنفيذ قرار الجمعية العامة 251/60 المؤرخ 15 آذار/مارس 2006 المعنون مجلس حقوق الإنسان» تقرير المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ العام 1967 (جون دوغارد)، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/4/17 (2007).

²⁵ Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) at 276–9.

²⁶ Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013).

²⁷ John QUIGLEY, *The Statehood of Palestine: International Law in the Middle East Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

²⁸ M. Cherif BASSIOUNI, “The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors” (2008) 98 *Journal of Criminal Law and Criminology* 711 at 749–50, n. 148.

²⁹ Basheer AL-ZOUGHBI, “The *de jure* State of Palestine under Belligerent Occupation: Application for Admission to the United Nations” in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 162 at 177–8.

³⁰ Swiss Federal Department of Foreign Affairs, “Note of Information” (1990) 5 *Palestine Yearbook of International Law* 322.

³¹ Christopher GREENWOOD, “A Critique of the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949” in Helen DURHAM and Timothy L.H. MCCORMACK, eds., *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), 3 at 3–20.

³² Anis F. KASSIM, “The Palestine Liberation Organization’s Claim to Status: A Juridical Analysis under International Law” (1980) 9 *Denver Journal of International Law and Policy* 1.

³³ Noelle HIGGINS, *Regulating the Use of Force in Wars of National Liberation: The Need for a New Regime: A Study of the South Moluccas and Aceh*, International Humanitarian Law Series vol. 93 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010).

لكي يشمل جماعات التحرير الوطني،³⁴ ولم تسلّم بالطابع العرفي للذي تكتسيه المادة 1(4) المذكورة.³⁵ أُلقت الملاحظات التي ساققتها إسرائيل بظلالها على حقوق المحتجزين من المواطنين الفلسطينيين.³⁶ يعني ذلك، وفقاً لتلك الحجة، أن هؤلاء الفلسطينيين لا يمكن اعتبارهم أسرى حرب لكونهم أفراد لا ينتمون إلى دولة طرف.³⁷ يمثل هذا الادعاء سياسة أعمّ اعتمدت تجاه تطبيق القانون الدولي الإنساني وإنزاله على النزاع الفلسطيني الإسرائيلي.³⁸ بالفعل، حسب الخلاصة التي استنتجها محمود شريف بيسيوني، «ما فتئت إسرائيل تدعي أن العنف الذي يسلكه الفلسطينيون بجميع أشكاله، حتى عندما يستخدمونه على نحو يتوافق مع القانون الدولي الإنساني، يعد إرهاباً، وأن كل ما يترتب عليه من أعمال انتقامية، حتى في الحالات التي تخالف فيها القانون الدولي الإنساني، لها ما يبررها».³⁹ فعلى الرغم من بطلان هذا الادعاء الإسرائيلي، فإن إسرائيل تعد ملزمة باتفاقيات جنيف تجاه منظمة التحرير الفلسطينية، وليس ذلك لأن المادة 4 المذكورة أعلاه تعكس قاعدة عرفية دولية فحسب، بل بسبب ما أعلنته المنظمة من قبول سريان الاتفاقيات على النزاع الفلسطيني الإسرائيلي أيضاً. في هذا الخصوص، تضع المادة 2(3) المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع الأساس الذي تبني عليه إمكانية سريان هذه الاتفاقيات وانطباقها على «دولة» غير طرف «إذا قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقها». ففي نظر معظم الفقهاء، يتسع نطاق مصطلح «دولة» ليشمل «الكيانات التي ليست دولاً».⁴⁰ لكن لن نتناول هذه المسألة بمزيد من البحث هنا كون أن الوضع شهد تحولاً تجسّد في انضمام فلسطين إلى الاتفاقيات بعد حصولها على وضع الدولة.

طراً تحسن على مركز فلسطين عندما نالت الاعتراف بها بصفتها «دولة» مراقباً غير عضو في الأمم المتحدة عام 2012.⁴¹ فقد أصبح في وسع هذه الدولة أن تنضم إلى اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول، فضلاً عن الانضمام إلى العشرات من المعاهدات الأخرى.⁴² لذلك لم يعد للجدل الذي كان يدور حول سريان اتفاقيات جنيف أي أساس أو معنى.⁴³ يفتح ذلك مساراً جديداً للنقاش حول الحقوق والالتزامات المرتبطة بهذه الدولة المعترف بها حديثاً. فقد صرّح مايكل لينك، المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة، عند انضمام فلسطين إلى سلسلة من المعاهدات في يوم 2 نيسان/أبريل 2014، بأن هذا التحرك «من شأنه أن يحسن من قدرة فلسطين على

³⁴ «حالة حقوق الإنسان في فلسطين وفي الأراضي العربية المحتلة الأخرى»، تقرير بعثة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق بشأن النزاع في غزة، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/12/48 (23 أيلول/سبتمبر 2009)، الفقرة 72.

³⁵ Noelle HIGGINS, "The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements" (2009) 17 Human Rights Brief 12 at 13.

³⁶ Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2nd ed. (Bruxelles: Bruylant, 1999) at 157-9.

³⁷ «النائب العسكري ضد عمر محمد قاسم وآخرين (المحكمة العسكرية الإسرائيلية، رام الله، 13 نيسان/أبريل 1969)» (1979)، في

60 International Law Studies Series 771 at 776-7.

³⁸ Ramin MAHNAD, "Beyond Process: The Material Framework for Detention and the Particularities of Non-International Armed Conflict" (2013) 16 Yearbook of International Humanitarian Law 33 at 45.

³⁹ Bassiouni, supra note 28 at 781, n. 283.

⁴⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, and Bruno ZIMMERMANN, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1987) at 507.

⁴¹ John CERONE, "Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State" (2012) 16 American Society of International Law Insights, online: ASIL <https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/37/legal-implications-un-general-assembly-vote-accord-palestine-status>.

⁴² Shadi SAKRAN and Mika HAYASHI, "Palestine's Accession to Multilateral Treaties: Effective Circumvention of the Statehood Question and its Consequences" (2017) 25 Journal of International Cooperation Studies 81.

⁴³ Yuval SHANY, "More Clarity and/or Ambiguity? The Legal Status of the Palestinian Territories after the Planned Declaration of Independence" in *Palestine's Application to the United Nations and its Impact on the Protection of Civilians: Conference Report* (Jerusalem: Diakonia IHL Resource Centre, 2011), 11 at 14.

اكتساب الشخصية القانونية الدولية التي تحظى الدول بها».⁴⁴ في المحصلة، أفضى المركز الجديد الذي تبوأته فلسطين عقب اعتراف الأمم المتحدة بها بصفتها دولة وانضمامها إلى لتفاقيات جنيف إلى الارتقاء بإمكاناتها القانونية على الصعيد الدولي وتعزيزها.⁴⁵

في حين أن ارتباط اتفاقية جنيف الرابعة بالنزاع الفلسطيني الإسرائيلي استقطب قدراً كبيراً من الاهتمام في أوساط علماء القانون والهيئات الدولية،⁴⁶ لم يجرِ التطرق إلى الاتفاقية الثالثة وتناولها بالقدر ذاته من الاهتمام. مع ذلك، يمكن الإتيان بالأدلة التي تثبت أن الاتفاقية الثالثة تسري على أطراف النزاع فيما يتعلق بفلسطين تماماً مثلما هو حال الاتفاقية الرابعة. ففي العام 1969، دعا القرار 271 الصادر عن مجلس الأمن إسرائيل إلى «التقيد... بنصوص اتفاقيات جنيف وبالقانون الدولي الذي ينظم الاحتلال العسكري»،⁴⁷ دون أن يستثني أي اتفاقية من اتفاقيات جنيف الأربع أو يستبعداها. في العام 2004، استندت محكمة العدل الدولية إلى المادة الثانية المشتركة في الاتفاقيات الأربع عندما قضت بأن الاتفاقية الرابعة تسري على الأراضي الفلسطينية.⁴⁸ هذه المادة مشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع. بالتالي فإن الأساس الذي استندت له المحكمة بخصوص انطباق اتفاقية جنيف الرابعة يصلح أساساً لانطباق اتفاقية جنيف الثالثة أيضاً. ففي العام 2009، أثبتت بعثة أرسلتها الأمم المتحدة لتقصي الحقائق صلاحية الاتفاقية الثالثة عندما خلصت إلى أن الجندي الإسرائيلي جلعاد شاليط، الذي أسرته كتائب القسام التابعة لحركة حماس في غزة «يلبي متطلبات الوضع الخاص بأسرى الحرب بموجب اتفاقية جنيف الثالثة».⁴⁹ بالطبع، من غير المعقول أن تنطبق الاتفاقية على طرف واحد من طرفي النزاع في حين تتجاهل خصمه ولا تمنحه ذات الوضع.

يمثل الشطر الأكبر من القواعد التي ترسيها اتفاقية جنيف الثالثة «القانون العرفي»،⁵⁰ جنباً إلى جنب مع البروتوكول الأول.⁵¹ فقد صرح المقرر الخاص السابق المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة، جون دوغارد، أن «الحجة التي تدفع بأن المادة 1(4) [من البروتوكول الأول] تعكس للقانون الدولي العرفي تعدد، على أقل تقدير، حجة مقبولة ويمكن الدفاع عنها».⁵² وصل عدد الدول الأطراف في البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف

⁴⁴ Michael LYNK, "Palestine's New Obligations: Treaties and Conventions", UN Round Table on Legal Aspects of the Question of Palestine Convened by the Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People, 24–25 April 2014.

⁴⁵ Matthias LANZ, Emilie MAX, and Oliver HOEHNE, "The Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention of 17 December 2014 and the Duty to Ensure Respect for International Humanitarian Law" (2014) 96 International Review of the Red Cross 1115 at 1127.

⁴⁶ Ardi IMSEIS, "On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory" (2003) 44 Harvard International Law Journal 66.

⁴⁷ قرار مجلس الأمن رقم 271، وثيقة الأمم المتحدة S/RES/271 (1969).

⁴⁸ الفتوى بشأن الجدار، الحاشية 15 أعلاه، الفقرة 92.

⁴⁹ تقرير غولدستون، الحاشية 34 أعلاه، الفقرة 77.

⁵⁰ Leslie C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester: Manchester University Press, 1993) at 188; Horst FISCHER, "Protection of Prisoners of War" in Dieter FLECK, ed., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford: Oxford University Press, 1995), 321 at 325; Howard LEVIE, "Enforcing the Third Geneva Convention on the Humanitarian Treatment of Prisoners of War" (1997) 7 United States Air Force Academy Journal of Legal Studies 37; Kassem case, supra note 37 at 772, 775.

⁵¹ L. Lynn HOGUE, "Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement" (1990) 13 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 279 at 303; Waldemar A. SOLF, "Protection of Civilians against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I" (1986) 1 American University Journal of International Law and Policy 117 at 130, 135.

⁵² *United Nations International Meeting on the Question of Palestine*, The Legal Status of Palestinian Political Prisoners in International Law, by John DUGARD, UN Doc. CPR/IMQP/2012/5 (3–4 April 2012), at 3.

إلى 174 دولة طرفاً بحلول شهر تموز/يوليو 2020.⁵³ كما اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة العفو الدولية هذا الموقف.⁵⁴ بل إن المحكمة العليا الإسرائيلية سلّمت بأن أحكاماً محددة من البروتوكول الأول تعتبر جزءاً من القانون الدولي العرفي.⁵⁵

ترفض إسرائيل سريان الاتفاقية الثالثة على الأسرى الفلسطينيين، بالادعاء أنهم لا ينتمون إلى طرف من أطراف النزاع.⁵⁶ فهؤلاء المحتجزون يمثلون، في نظر إسرائيل، «مجرمين وفقاً لكل الاعتبارات».⁵⁷ فهم في رهن الأسر بموجب مجموعة من القوانين والأوامر العسكرية التي تضعها إسرائيل.⁵⁸ مثلاً، في قضية قاسم، استندت محكمة إسرائيلية على أن غياب الاعتراف بجماعة مسلحة من جانب الدولة يحول دون تطبيق اتفاقية جنيف الثالثة.⁵⁹ لكن ذلك كله انتهى الآن مع إعلان الاتحاد السويصري في يوم 11 نيسان/أبريل 2014 أن فلسطين أصبحت طرفاً متعاقداً سامياً في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول.⁶⁰ تجبر هذه الخطوة إسرائيل، قانوناً، على تعديل معاملتها للفلسطينيين الأسرى وتصويبها.⁶¹ زيادةً على ذلك، وحتى قبيل انضمام فلسطين للاتفاقية الثالثة، خلص بوليدو إلى أن «توصيف جماعات بعينها باعتبارها 'إرهابية' و'مقاتلين غير شرعيين' يعد أداة صُممت على نحو صريح لا مواربة فيه من أجل إقصاء هذه الجماعات من نطاق القانون الدولي».⁶² لذلك، لم يعد من الممكن تجاهل تطبيق الاتفاقية على الأفراد الفلسطينيين الذين يقعون في السجون الإسرائيلية بموجب القانون الدولي الإنساني.

لا ينبغي أن يختلف الأثر القانوني الملزم للذي ترتبه اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول عن أثر أكثر من مائة من المعاهدات الأخرى التي انضمت إليها فلسطين على مدى العقد المنصرم. فقانون المعاهدات يؤكد وجود فلسطين بصفتها دولة إزاء الدول الأخرى بحكم القانون، وذلك عندما يتعلق الأمر بالغاية المتوخاة من كل صك بعينه على الأقل. فمثلاً،

⁵³ «المعاهدات والدول الأطراف والتعليقات - البروتوكول الأول»، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على الموقع الإلكتروني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر <https://ihl-databases.icrc.org/ar/ihl-treaties/api-1977/state-parties>.

⁵⁴ «إسرائيل/الأرض الفلسطينية المحتلة: النزاع في غزة تقرير موجز حول القانون المنطبق والتحقيقات والمساءلة»، منظمة العفو الدولية (19 كانون الثاني/يناير 2009)، على الموقع الإلكتروني: منظمة العفو الدولية <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/007/2009/en> (النسخة العربية).

⁵⁵ «اللجنة العامة لمناهضة التعذيب في إسرائيل والجمعية الفلسطينية لحماية حقوق الإنسان والبيئة ضد حكومة إسرائيل» (2006)، محكمة العدل العليا 02/769 [2006] 21 التقارير بشأن القوانين الإسرائيلية 459، 479.

⁵⁶ Abeer BAKER and Anat MATAR, eds., *Threat: Palestinian Political Prisoners in Israel* (London: Pluto Press, 2011) at 141.

⁵⁷ قضية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 777.

⁵⁸ Anne SUCIU and Limor YEHUDA, "Possible Implications of the Recognition of Palestinian Statehood" in *Palestine's Application to the United Nations and its Impact on the Protection of Civilians: Conference Report* (Jerusalem: Diakonia IHL Resource Centre, 2011), 21 at 32.

⁵⁹ قضية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 773 و775؛ وقضية باتيا عراد ضد إسرائيل (2006) محكمة العدل العليا 00/2967، [2000] 45 الكنيست 190، 188.

⁶⁰ Issa QARAQE, Opening Remarks, UN Round Table on Legal Aspects of the Question of Palestine Convened by the Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People, 24–25 April 2014.

⁶¹ Higgins, *supra* note 35 at 14.

⁶² Magdalena PULIDO, "Palestinian Prisoners in Israeli Jails in Light of the Third Geneva Convention: From Jails to Prisoner of War Camps" in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 268 at 268–9, 288.

تقرر اتفاقيات اليونسكو، مثل الاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي،⁶³ التي أصبحت فلسطين دولة طرفاً فيها في يوم 8 كانون الأول/ديسمبر 2011،⁶⁴ حقوقاً للدول وترتب واجبات عليها.⁶⁵ وتتواصل فلسطين،⁶⁶ بصفتها دولة، مع أمانة اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود بناءً على انضمامها إلى هذه الاتفاقية في العام 2015.⁶⁷ كما أقامت الدول الأعضاء في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية،⁶⁸ واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية،⁶⁹ البعثات الدبلوماسية والقنصلية في فلسطين بعدما غدت طرفاً في هاتين الاتفاقيتين. تنتظر محكمة العدل الدولية إلى فلسطين بصفتها دولة في القضية المتعلقة بنقل مقر سفارة الولايات المتحدة إلى القدس من خلال استلامها الطلب الذي رفعته فلسطين إليها.⁷⁰ كما تتعامل الجمعية العامة للدول الأطراف في المحكمة الجنائية الدولية، فضلاً عن المحكمة نفسها، مع فلسطين باعتبارها «دولة طرفاً في نظام [روما] الأساسي». ⁷¹ تحظى فلسطين أيضاً بالتعامل معها بصفتها دولة في واقع الممارسات التي اتبعتها هيئات الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان في أعقاب انضمامها إلى عدد من اتفاقيات حقوق الإنسان الأساسية.⁷² فقد طلبت لجان المعاهدات من فلسطين أن تباشر الإجراءات التي تنشأ عن الالتزامات المترتبة عليها، واستلمت أربع من لجان الأمم المتحدة على الأقل تقارير الدولة منها، وهي اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،⁷³ واللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال

⁶³ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة (1037 U.N.T.S. 151)، (11 I.L.M. 1358) (دخلت حيز النفاذ والسريان في يوم 17 كانون الأول/ديسمبر 1975).

⁶⁴ دخلت حيز النفاذ بالنسبة لفلسطين في يوم 8 آذار/مارس 2012.

⁶⁵ Larry JOHNSON, "Palestine's Admission to UNESCO: Consequences within the United Nations" (2011) 40 Denver Journal of International Law and Policy 118.

⁶⁶ Selma ABDEL-QADER and Tanya L. ROBERTS-DAVIS, "Toxic Occupation: Leveraging the Basel Convention in Palestine" (2018) 47 Journal of Palestine Studies 28.

⁶⁷ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 57 U.N.T.S. 1673 (28 I.L.M. 657) (دخلت حيز النفاذ في 5 أيار/مايو 1992)؛ وأصبحت نافذة بالنسبة لفلسطين في يوم 2 كانون الثاني/يناير 2015.

⁶⁸ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 95 U.N.T.S. 500، (دخلت حيز النفاذ والسريان في 24 نيسان/أبريل 1964)؛ وبدأ نفاذها في فلسطين في يوم 2 نيسان/أبريل 2014.

⁶⁹ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 261 U.N.T.S. 596 (دخلت حيز النفاذ في 19 آذار/مارس 1967)؛ وبدأ نفاذها في فلسطين في يوم 2 نيسان/أبريل 2014.

⁷⁰ Basheer ALZOUGHBI, "The Relocation of the U.S. Embassy from Tel Aviv to Jerusalem (Palestine v. United States of America): A Commentary on the Merits of the Case, Jurisdiction of the International Court of Justice and Admissibility of Palestine's Application" (2019) 4 University of Bologna Law Review 114; Jean GALBRAITH, "Palestine Brings a Case against the United States in the International Court of Justice at a Fraught Time for U.S.-Palestine Relations" (2019) 113 American Journal of International Law 143.

⁷¹ Situation in the State of Palestine, *supra* note 16 at 60; ICC Bureau of the Assembly of States Parties, "First Meeting" ICC (18 February 2021), online: ICC https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP20/Bureau01.agenda%20and%20decisions%20-%20ENG.pdf at 1, n. 2: re-election of Palestine as a member State of the ICC Bureau.

⁷² Mutaz M. QAFISHEH and Osayd AWAWDA, "The Implementation of Human Rights Conventions at the National Level: The Case of Palestine" (2020) 9 International Review of Law 11.

⁷³ «النظر في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة 18 من الاتفاقية عملاً بالإجراء المبسط لتقديم التقارير، التقارير الأولية المقرر تقديمها من للدول الأطراف في عام 2015: دولة فلسطين»، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/PSE/1 (2017).

التمييز العنصري،⁷⁴ ولجنة حقوق الطفل،⁷⁵ واللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.⁷⁶ ناقشت لجنتان من هذه اللجان التقارير التي رفعتها فلسطين وأصدرتا ملاحظاتها الختامية بشأنها، وطالبتها بالالتزام بشروط محددة،⁷⁷ وهما اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في العام 2018،⁷⁸ واللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في العام 2019.⁷⁹

في 10 نيسان/أبريل 2019، قبلت فلسطين بصفقتها دولة طرفاً في آلية تلقي الشكاوى الفردية بعد انضمامها إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل،⁸⁰ والبروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،⁸¹ والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.⁸² بناءً على ذلك، يجوز للأفراد الذين يقيمون الادعاءات بشأن الانتهاكات التي تمس حقوقهم الواردة في الاتفاقيات ذات العلاقة أن يرفعوا شكاواهم بحق دولة فلسطين.⁸³ على نفس المنوال، ينبغي لفلسطين، بالنظر إلى أنها تتحمل الواجبات الناشئة عن هذه المعاهدات، أن تستفيد من الحقوق التي يرد تنظيمها في هذه الاتفاقيات، بما في ذلك الحقوق الواردة في الاتفاقية الثالثة بخصوص الأشخاص الذين يقعون في الأسر الإسرائيلي.

خلاصة القول، أن الاتفاقية الثالثة، فضلاً عن الاتفاقية الرابعة ومعها البروتوكول الأول، تعد سارية في سياق النزاع الفلسطيني الإسرائيلي، مثلما هو حال المعاهدات الأخرى. فيجب معاملة الأشخاص المحتجزين الذين يحملون الجنسية الفلسطينية باعتبارهم أفراداً يتبعون دولة طرفاً في النزاع بموجب أحكام اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة، إلى جانب أحكام البروتوكول الأول.⁸⁴ تنتظر الدول إلى السكان الدائمين في الضفة الغربية وغزة بصفتهم مواطنين فلسطينيين،⁸⁵

⁷⁴ التقريران الدوربان الأولي والثاني المقدمان من دولة فلسطين بموجب المادة 9 من الاتفاقية، الواجب تقديمهما في عام 2017، لجنة القضاء على التمييز العنصري، وثيقة الأمم المتحدة CERD/C/PSE/1-2 (2018).

⁷⁵ «التقرير الأولي المقدم من دولة فلسطين بموجب المادة 44 من الاتفاقية، والواجب تقديمه في عام 2016»، لجنة حقوق الطفل، وثيقة الأمم المتحدة CRC/C/PSE/1 (2019).

⁷⁶ «التقرير الأولي المقدم من دولة فلسطين بموجب المادة 35 من الاتفاقية والواجب تقديمه في عام 2016»، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وثيقة الأمم المتحدة CRPD/C/PSE/1 (2019).

⁷⁷ Michael O'FLAHERTY, "The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies" (2006) 6 Human Rights Law Review 27.

⁷⁸ «الملاحظات الختامية بشأن التقرير الأولي لدولة فلسطين»، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/C/PSE/CO/1 (2018).

⁷⁹ «الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الأول والثاني لدولة فلسطين»، لجنة القضاء على التمييز العنصري، وثيقة الأمم المتحدة CERD/C/PSE/CO/1-2 (2019).

⁸⁰ وثيقة الأمم المتحدة A/RES/66/138 (دخلت حيز النفاذ والسريان في 14 نيسان/أبريل 2014)، وبدأ نفاذه في فلسطين في يوم 10 نيسان/أبريل 2019.

⁸¹ مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 83 U.N.T.S. 2131 (دخلت حيز النفاذ والسريان في 22 كانون الأول/ديسمبر 2000)، وبدأ نفاذه في فلسطين في يوم 10 نيسان/أبريل 2019.

⁸² مجموعة معاهدات الأمم المتحدة 283 U.N.T.S. 2518 (دخلت حيز النفاذ والسريان في 3 أيار/مايو 2008)، وبدأ نفاذه في فلسطين يوم 10 نيسان/أبريل 2019.

⁸³ Markus G. SCHMIDT, "Individual Human Rights Complaints Procedures Based on United Nations Treaties and the Need for Reform" (1992) 41 International and Comparative Law Quarterly 645.

⁸⁴ Bartram BROWN, "Nationality and Internationality in International Humanitarian Law" (1998) 34 Stanford Journal of International Law 347.

⁸⁵ Fateh AZZAM, "Palestinian (Non)Citizenship" (2019) 73 The Middle East Journal 573.

وتصدر البعثات الدبلوماسية تأشيرات الدخول على جوازات السفر الفلسطينية، وتحظى حقوق المواطنين بالاعتبار من الناحية القانونية في السياق الفلسطيني، ويديلي المواطنون بأصواتهم في الانتخابات التشريعية وانتخابات مجالس الهيئات المحلية،⁸⁶ ويتقلدون الوظائف العامة،⁸⁷ ويتولون مناصب الوزراء أو القضاة،⁸⁸ ويتملكون العقارات،⁸⁹ وينتسبون إلى النقابات المهنية،⁹⁰ ويتمتعون بحق لا يقيد في العمل،⁹¹ ويشكلون الأحزاب السياسية ويؤسسون الجمعيات المهنية،⁹² كما تمارس فلسطين الحماية الدبلوماسية لرعاياها في الخارج.⁹³ كما يتم اعتبار الفلسطينيين من جانب الدول والمنظمات الدولية مواطنين لطائفة متنوعة من الغايات، كما هو الحال في قضايا المنازعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص،⁹⁴ وتحديد مصير اللاجئين،⁹⁵ والتعيين في المؤسسات العالمية.⁹⁶ بناءً على ذلك، يشبه وضع سكان الضفة الغربية وقطاع غزة، البالغ تعدادهم نحو خمسة ملايين نسمة، في العلاقة مع تلك الدول والمنظمات، وضع المواطنين من رعايا الدول الأجنبية.⁹⁷ عليه، ينبغي معاملة المواطنين الفلسطينيين الذين تحتجزهم القوات الإسرائيلية، والذين ينضون ضمن التصنيف الذين تقرره الاتفاقية الثالثة، باعتبارهم أسرى حرب على قدم المساواة مع رعايا الدول الأطراف الأخرى في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول.⁹⁸

إلى جانب تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة، الذي أعيد تأكيده المرة تلو المرة حسبما بينا أعلاه، يتجلى سريان الاتفاقية الثالثة وانطباقها في الصياغة التي جاءت عليها المادة الثانية المشتركة بين الاتفاقيات الأربع. إذ ينص الجانب الذي يعنينا في هذه المادة على أن «تطبق الاتفاقية ... في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية

⁸⁶ القرار بقانون رقم 1، المؤرخ في 2 أيلول/سبتمبر 2007، بشأن الانتخابات العامة، الوقائع الفلسطينية، العدد 72، 9 أيلول/سبتمبر 2007، 2، المادة 27؛ وقانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم 10، المؤرخ في 15 آب/أغسطس 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 57، 18 آب/أغسطس 2005، 79، المادة 7.

⁸⁷ قانون الخدمة المدنية رقم 4، المؤرخ في 28 أيار/مايو 1998، الوقائع الفلسطينية، العدد 24، 1 تموز/يوليو 1998، 20، المادة 24.

⁸⁸ قانون السلطة القضائية رقم 1، المؤرخ في 14 أيار/مايو 2002، الوثائق الفلسطينية، العدد 38، 5 أيلول/سبتمبر 2001، 279، المادة 16.

⁸⁹ قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم 40، المؤرخ في 27 كانون الثاني/يناير 1953، الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 1134، 16 شباط/فبراير 1953، 558، المادة 3.

⁹⁰ قانون بشأن تنظيم مهنة المحاماة رقم 3، المؤرخ في 24 كانون الثاني/يناير 1999، الوقائع الفلسطينية، العدد 30، 10 تشرين الأول/أكتوبر 1999، 5، المادة 3.

⁹¹ قانون العمل رقم 7، المؤرخ في 30 نيسان/أبريل 2000، الوقائع الفلسطينية، العدد 39، 25 تشرين الثاني/نوفمبر 2001، 7، المادة 14.

⁹² قانون الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية رقم 1، المؤرخ في 16 كانون الثاني/يناير 2000، الوقائع الفلسطينية، العدد 32، 8 شباط/فبراير 2000، 71، المادة 1.

⁹³ أبرمت فلسطين اتفاقيات ثنائية مع مختلف الدول في مجالات شتى، بما فيها التجارة والزراعة والاتصالات والتعليم والصحة والغاز والهجرة والأمن وغيره.

⁹⁴ أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين: دراسة مقارنة (عمان: دار الشروق، 2001).

⁹⁵ Mutaz M. QAFISHEH and Francesca ALBANESE, "Article 1D" in Andreas ZIMMERMANN and Terje EINARSEN, eds., *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2022, forthcoming).

⁹⁶ في وسع فلسطين أن ترشح رعاياها لعضوية لجنة حقوق الطفل التابعة للأمم المتحدة بما يتماشى مع المادة 43(2) بعدما أصبحت طرفاً فيها في يوم 2 نيسان/أبريل 2014 في اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989، وثيقة الأمم المتحدة 3 U.N.T.S. 1577 (1456 I.L.M. 28)، دخلت حيز النفاذ في 2 أيلول/سبتمبر 1990.

⁹⁷ Mutaz M. QAFISHEH, "Who Has the Right to Become a Palestinian Citizen? An International Law Analysis" (2017) 18 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 112 at 115–36.

⁹⁸ Ka Ho TSE, "The Relevancy of Nationality to the Right to Prisoner of War Status" (2009) 8 Chinese Journal of International Law 395 at 397.

المتعاقدة». وبما أن دولة فلسطين طرف متعاقد سام، وما دامت أراضيها لا تزال تزرع تحت نير الاحتلال، فليس ثمة شك في انطباق الاتفاقية الثالثة ونفاذها على أسرى الحرب الفلسطينيين بمختلف فئاتهم. لذلك ينبغي أن يتمحور السؤال، عوضاً عن ذلك، حول كيفية تطبيق اتفاقية جنيف الثالثة على المحتجزين الفلسطينيين. هذا ما سنناقشه بالتفصيل في الفصل التالي.

الفصل الثاني: تصنيف الأسرى الفلسطينيين

تحدد اتفاقية جنيف الثالثة والرابعة، إلى جانب البروتوكول الأول، المعايير المتعلقة بالأشخاص الذين يقعون في الأسر لدى طرف خصم أثناء نزاع مسلح.⁹⁹ يصنّف هؤلاء الأشخاص بوصفهم إما مقاتلين، بمعنى «أسرى حرب»، وإما غير مقاتلين ويؤسرون بالتالي بصفتهم مدنيين، ويطلق عليهم حينئذٍ «معتقلين». تُمنح كل فئة من هاتين الفئتين حقوقاً وامتيازات محددة. أنشأت إسرائيل، من خلال قانون حبس المقاتلين غير الشرعيين الذي سنته في العام 2002،¹⁰⁰ نوعاً ثالثاً أطلقت عليه اسم «المقاتلين غير الشرعيين» من أجل استبعاد المحتجزين الفلسطينيين وإقصائهم من نطاق أسرى الحرب وإتاحة المجال أمام حبسهم لفترات مطولة وتقليص الضمانات الواجبة لهم والحد منها.¹⁰¹ ففي قضية عمليات القتل المستهدف التي رفعت في العام 2006، لخصت إحدى المحاكم الموقف الرسمي التي تتبناه الحكومة الإسرائيلية على الوجه التالي:

لا يندرج الإرهابيون وتنظيماتهم، التي تخوض دولة إسرائيل نزاعاً مسلحاً ذا طابع دولي ضدهم، ضمن فئة المقاتلين. فهم لا ينتسبون إلى القوات المسلحة ولا هم ينضون ضمن وحدات يُسبغ عليها وضع يشبه وضع المقاتلين بموجب القانون الدولي العرفي. في الواقع، بعد الإرهابيون والتنظيمات التي ترسلهم مقاتلين غير شرعيين. فهم لا يتمتعون بوضع أسرى الحرب. إذ يجوز تقديمهم للمحاكمة بسبب مشاركتهم في الأعمال العدائية ومحاكمتهم وإصدار الأحكام بحقهم.¹⁰²

خلال حرب العام 2014 على غزة، مثلاً، اعتقلت القوات الإسرائيلية ثلاث عشرة شخصاً ووضعهم رهن الأسر «بموجب التعليمات المؤقتة بشأن الاحتجاز الصادرة عملاً بقانون حبس المقاتلين غير الشرعيين».¹⁰³ يتعارض هذا الموقف الذي دأبت عليه إسرائيل مع الأسس التي استقرت عليها القواعد القانونية الدولية. فلا يوجد ما يسمى بـ «الإرهابيين» أو «المقاتلين غير الشرعيين» في القانون الدولي الإنساني. وُصف هذا التصنيف على أنه أداة صُممت

⁹⁹ Delbert D. SMITH, "The Geneva Prisoner of War Convention: An Appraisal" (1967) 42 New York University Law Review 880; Donald E. HACKER, "The Application of Prisoner-of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949" (1978) 2 Boston College International and Comparative Law Review 131.

¹⁰⁰ «قانون حبس المقاتلين غير الشرعيين، 2002-5762» (2002)، في

32 Israel Yearbook on Human Rights 389.

¹⁰¹ Pulido, supra note 62 at 270.

¹⁰² قضية عمليات القتل المستهدف، الحاشية 62 أعلاه، 270.

¹⁰³ State of Israel, "The 2014 Gaza Conflict (7 July-26 August): Factual and Legal Aspects" Israel Ministry of Foreign Affairs (May 2015), online: Israel MFA <https://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf> at 195, para. 365.

على نحو صريح من أجل إقصاء هذه الجماعات من نطاق تطبيق القانون الدولي، مما يفضي إلى تطويعه لكي يفي بالمصلحة السياسية لأحد أطراف النزاع.¹⁰⁴

بالنظر إلى أن دولة فلسطين عدت طرفاً في الاتفاقيتين الثالثة والرابعة، جنباً إلى جنب مع البروتوكول الأول، يتناول هذا الفصل التغييرات التي طرأت على وضع الفئات الأربع التي يندرج المحتجزون الفلسطينيون لدى إسرائيل ضمنها بما يتوافق مع القانون الدولي الإنساني وفي ضوء انضمام فلسطين إلى الاتفاقيات المذكورة. هذه الفئات الأربع من الأسرى الفلسطينيين هي: (أ) أفراد القوات الأمنية، (ب) والأفراد المنتسبون إلى حركات المقاومة المنظمة، (ج) والمشاركون في المقاومة غير المنظمة (الهبّة الشعبية)، (د) والمدنيون الذين يبدون معارضة سياسية للاحتلال دون أن يشاركوا في الأعمال العدائية.

أولاً- أفراد قوى الأمن الفلسطينية

دأبت السلطات الإسرائيلية على اعتقال الأفراد المنتسبين إلى القوات الأمنية الفلسطينية بذرائع مختلفة، من قبيل حيازة أسلحة «غيرقانونية» أو تنفيذ أعمال المقاومة. إذ تشير التقارير إلى أن نحو 450 فرداً من أفراد الأجهزة الأمنية الفلسطينية يقعون في السجون الإسرائيلية في هذه الآونة.¹⁰⁵ تعتبر المادة 4(ألف)(1) من اتفاقية جنيف الثالثة من ضمن أسرى الحرب «أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع». ولم تعامل إسرائيل هؤلاء الأشخاص بوصفهم أسرى حرب قبل انضمام فلسطين إلى الاتفاقية الثالثة لأنهم، حسب رأيها، لم يكونوا ينتمون إلى «أحد أطراف النزاع». لكن بعد شهرين من دخول اتفاقية جنيف الثالثة حيز النفاذ في فلسطين،¹⁰⁶ صرح المستشار القانوني السابق لوزارة الخارجية الإسرائيلية، روبي سابيل، بأن انضمام فلسطين لهذه الاتفاقية قد يساند الادعاء الذي يقول، وعلى خلاف رغبة إسرائيل، أن أي فرد من أفراد قوى الأمن الفلسطينية يعتقله الجيش الإسرائيلي يستحق وضع أسير الحرب.¹⁰⁷ وعلى الرغم من أن إسرائيل لم تعتبر أفراد الأجهزة الأمنية أسرى حرب، لكن ذلك يشير إلى تبلور وضع جديد ينبغي أن يُمنح للمحتجزين من أفراد القوات الفلسطينية من الناحية القانونية.

¹⁰⁴ Valentina AZAROVA, "Exploiting a 'Dynamic' Interpretation? The Israeli High Court of Justice Accepts the Legality of Israel's Quarrying Activities in the Occupied Palestinian Territory" *EJIL:Talk!* (7 February 2012), online: <https://www.ejiltalk.org/exploiting-a-dynamic-interpretation-the-israeli-high-court-of-justice-accepts-the-legality-of-israels-quarrying-activities-in-the-occupied-palestinian-territory/>.

¹⁰⁵ مقابلة مع السيد حسن عبد ربه، المتحدث الرسمي باسم هيئة شؤون الأسرى والمحررين في القدس. أجرت هذه المقابلة السيدة نجلاء شريته في إطار مشروع بحثها للتخرج في كلية الحقوق بجامعة الخليل (الخليل، فلسطين، 19 نيسان/أبريل 2021). يوجد 723 فرداً من أفراد قوى الأمن الفلسطينية محتجزين لدى إسرائيل حتى العام 2012. عيسى قراقع، «أسرى قوات الأمن الوطني: انتهاك إسرائيلي لسافر للقانون الدولي والاتفاقيات الموقعة» (29 كانون الثاني/يناير 2012)، على الموقع الإلكتروني: دنيا الوطن <https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2012/01/29/242914.html>. وانظر أيضاً:

"Israel Arrests 2 PA Intel[ligence] Officers, 2 Others for Illegal Arms Production, Dealing" *The Jerusalem Post* (11 July 2016), online: <https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/israel-arrests-2-pa-intel-officers-2-others-for-illegal-arms-production-dealing-460055>.

¹⁰⁶ دخلت الاتفاقية حيز النفاذ والسرمان في فلسطين في يوم 2 تشرين الثاني/نوفمبر 2014 (المادة 140).

¹⁰⁷ Yonah J. BOB, "Legal Impact of Geneva Panel on Settlements, ICC Likely Only Symbolic" *The Jerusalem Post* (17 December 2014), online: <https://www.jpost.com/israel-news/politics-and-diplomacy/analysis-legal-impact-of-geneva-panel-on-settlements-icc-likely-only-symbolic-384894>.

فبموجب القانون الدولي الإنساني، يحظى أفراد القوات المسلحة النظامية بوضع أسرى الحرب عندما يقعون في الأسر. يستمر هذا الوضع بصرف النظر عما إذا كانت السلطات القائمة بالاحتلال تعترف بالحكومة التي يتبعها هؤلاء الأفراد أم لا. إذ تنص المادة 4(أ)(3) من الاتفاقية الثالثة على أن المحتجزين ينتفعون من وضع أسرى الحرب حتى لو كانوا «يعلمون ولاءهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة المحتجزة». الأوضح من ذلك أن المادة 43(1) من البروتوكول الأول التي تقر بأن وضع أسرى الحرب يسري على:

القوات المسلحة لطرف النزاع التي تتكون من كافة القوات المسلحة والمجموعات والوحدات النظامية التي تكون تحت قيادة مسؤولة عن سلوك مرؤوسيهيها قبل ذلك الطرف، حتى ولو كان ذلك الطرف ممثلاً بحكومة أو سلطة لا يعترف الخصم بها. فيجب أن تخضع هذه القوات المسلحة لنظام داخلي يكفل اتباع قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاع المسلح.

بذلك، لا تضع الاتفاقية الثالثة شروطاً محددة على أفراد القوات المسلحة التابعة للدولة لكي يجري اعتبارهم أسرى حرب. فوفقاً لتعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر على اتفاقية جنيف الثالثة، كان يدور في خلد صائغي الاتفاقية أن كل دولة يتعين عليها أن تتخذ خطوات «من شأنها تيسير التعرف على أفراد قواتها المسلحة على الفور». ¹⁰⁸ وفي وسع المحتجزين من أفراد القوات المسلحة التابعة للدولة أن يثبتوا وضعهم بمجرد إبراز بطاقة الهوية العسكرية التي تزودهم دولتهم بها. ¹⁰⁹

لإضفاء مزيد من الوضوح على الشروط التي تقرها الاتفاقية الثالثة، حسبما يفترض بالبروتوكولات الملحقه بالمعاهدات الدولية، تنص المادة 43 من البروتوكول الأول على أن القوات المسلحة يجب أن تخضع لنظام داخلي يكفل الالتزام بالقانون الدولي أثناء النزاعات المسلحة. تضيف المادة 44(3) من البروتوكول أنه «يلزم المقاتلون بأن يميزوا أنفسهم عن السكان المدنيين أثناء لشتباكهم في هجوم أو في عملية عسكرية تجهز للهجوم». لذلك، ولغايات الاستفادة من معاملة أسرى الحرب، ينبغي أن يستوفي أفراد القوات الأمنية الذين يقعون في الأسر أربعة شروط: أن يكونوا أفراداً في قوات نظامية، وأن يخضعوا لقيادة تتولى المسؤولية عنهم، وأن يخضعوا لنظام داخلي قائم على الانضباط، وأن يميزوا أنفسهم عن السكان المدنيين. وعادةً ما ترد هذه الشروط في ثنايا القوانين المحلية التي تسنها الدول على اختلافها. لذا، لا بد من النظر في القانون الساري في فلسطين بشأن الأجهزة الأمنية من أجل تقييم استيفاء الشروط الواردة أعلاه بالنسبة لأفرادها الذين يحتجزهم الجيش الإسرائيلي. ¹¹⁰

من الجدير بالذكر هنا، أن التشكيلة الراهنة للأجهزة الأمنية في فلسطين بدأت بظهور السلطة الفلسطينية في العامين 1994 و1995 في سياق اتفاقية السلام الانتقالية بشأن الحكم الذاتي التي أبرمت بين منظمة التحرير الفلسطينية

¹⁰⁸ Jean PICTET, Commentary: III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva: ICRC, 1960) at 52.

¹⁰⁹ المرجع السابق.

¹¹⁰ معين البرغوثي ورشاد توم، النظام القانوني لمنظمة التحرير الفلسطينية: التشريعات النافذة للأمن والقضاء الثوري (بيروت: معهد الحقوق، 2010).

وإسرائيل، المعروفة بـ «اتفاقيات أوسلو».¹¹¹ أرسى الملحق الأول لاتفاقيات أوسلو الأساس لقوات الشرطة التي تعمل على المحافظة على النظام في مناطق السلطة الفلسطينية. فتتص المادة الثانية (1-أ) على أن «الشرطة الفلسطينية هي سلطة الأمن الفلسطينية الوحيدة».

دمجت السلطة الفلسطينية أجهزة أمنية مختلفة ضمن نطاق «الشرطة» التي ورد النص عليها في اتفاقيات أوسلو بالنظر إلى أنها ورثت النظام القانوني الذي كانت منظمة التحرير الفلسطينية تعتمده وتطبقه. فبعد إبرام اتفاقيات أوسلو، عاد الآلاف من المقاتلين السابقين في صفوف منظمة التحرير إلى أرض الوطن.¹¹² وكان هؤلاء ينتمون إلى فصائل شتى تتضوي تحت رايات وتسلسلات قيادية مختلفة، مثل «جيش التحرير الفلسطيني»، و«القوات الخاصة»، و«المخابرات» و«الحرس الرئاسي». وإذ واجهت السلطة الفلسطينية الواقع الذي يملي عليها إدارة الحياة اليومية للفلسطينيين الذين باتوا تحت سلطة حكمها الذاتي، فقد شرعت في الوقت نفسه في بناء مؤسسات الدولة، وإدارة المحاكم والوزارات والسجون، ومواجهة الجرائم، والعمل في ذات الوقت على استيعاب المدنيين الذين كانوا جزءاً من حركات المقاومة. أفضى ذلك إلى إنشاء أجهزة أمنية جديدة، بما فيها جهاز «الدفاع المدني» و«شرطة السجون» و«الأمن الوقائي». كما أعيد تنظيم أولئك الذين كانوا ينطلقون في تنفيذ عملياتهم من الدول العربية باعتبارهم جزءاً من جيش التحرير الفلسطيني ضمن جهاز «الأمن الوطني»، الذي كان من المتوخى أن يعمل بوصفه جيش الدولة. كما جرى أيضاً تشكيل أجهزة أمنية متعددة على أرض الواقع.¹¹³

مع اندلاع الانتفاضة الفلسطينية الثانية، التي تأثرت في مرحلة ما بالخروج على القانون وتفشي الفلتان الأمني، بدأ بعد ذلك ما عُرف بإجراءات الإصلاح بغية إعادة بناء المؤسسات الأمنية.¹¹⁴ ففي العام 2002، تبنت السلطة الفلسطينية القانون الأساسي، الذي عدل بموجب القانون الأساسي المعدل المؤرخ في 18 آذار/مارس 2003.¹¹⁵ شكّل هذا القانون دستور فلسطين في المرحلة الانتقالية. فيما يخص المؤسسة الأمنية، تنص المادة 84 من القانون الأساسي لسنة 2003 على أن:

- 1- قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتختصر وظيفتها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهرة على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة وتؤدي واجبها في الحدود التي رسمها القانون في احترام كامل للحقوق والحريات.
- 2- تنظم قوات الأمن والشرطة بقانون.

¹¹¹ رولاند فريدريك، وأرنولد ليتهودل وفراس ملحم (محررون)، *التشريعات الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية بشأن قطاع الأمن* (جنيف: مركز جنيف للرقابة الديمقراطية على القوات المسلحة، 2008)، 19-20.

¹¹² Mutaz M. QAFISHEH, "Citizens of the State of Palestine and the Future of Palestinian Refugees: Legal and Political Scenarios" in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 45 at 56.

¹¹³ Mutaz M. QAFISHEH, "Human Rights at the Time of Transition: How Security Forces Can be Held Accountable in a Divided Community?" (2020) 25 *Journal of Conflict and Security Law* 171.

¹¹⁴ Alaa TARTIR, "The Evolution and Reform of Palestinian Security Forces 1993-2013" (2015) 4 *Stability: International Journal of Security and Development* 46.

¹¹⁵ *الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز (19 آذار/مارس 2003)، 5.*

سنت السلطة الفلسطينية، فيما بعد، سلسلة من التشريعات المتعلقة بقوى الأمن. من الأمثلة على هذه التشريعات قانون التأمين والمعاشات لقوى الأمن الفلسطيني رقم 16 المؤرخ في 28 كانون الأول/ديسمبر 2004،¹¹⁶ وقانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم 8 المؤرخ في 4 حزيران/يونيو 2005،¹¹⁷ وقانون المخابرات العامة رقم 17 المؤرخ في 26 تشرين الأول/أكتوبر 2005،¹¹⁸ والقرار بقانون بشأن الأمن الوقائي المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 2007.¹¹⁹ في الوقت نفسه، أقر عدد من الأوامر التنفيذية التي عنيت بزيادة تنظيم المؤسسة الأمنية وتقويتها، وذلك من قبيل قرار مجلس الوزراء رقم 100، المؤرخ في 3 آب/أغسطس 2004، بشأن تشكيل لجنة وزارية دائمة للشؤون الأمنية¹²⁰ والمرسوم الرئاسي رقم 26، المؤرخ في 28 تشرين الأول/أكتوبر 2005، بشأن إعادة تشكيل مجلس الأمن القومي.¹²¹

وحدت هذه التشريعات، ولا سيما قانون الخدمة في قوى الأمن لسنة 2005 المذكور أعلاه، الأجهزة الأمنية ضمن ثلاث أجهزة رئيسية، هي: «الأمن الداخلي» و«المخابرات العامة» و«الأمن الوطني». كان لا بد من دمج الأجهزة الأخرى، إما من ناحية قانونية وإما من ناحية إدارية، ضمن واحد من هذه الأجهزة الثلاثة. فعلى سبيل المثال، ضم جهاز «الأمن الداخلي» ثلاث هيئات، هي «الشرطة» و«الأمن الوقائي» و«الدفاع المدني». وغدا جهازا «الحرس الرئاسي» و«الضابطة الجمركية» جزءاً من جهاز «الأمن الوطني». وألحقت «القوة البحرية» بجهاز «المخابرات العامة». وكلف وزير الداخلية بقيادة الأجهزة كافة. لكن، في المحصلة، أنشئت حقائب وزارية مستقلة لكل جهاز من الأجهزة الرئيسية الثلاثة. كما أبقى عدد من الأجهزة الفرعية على تبعيته للرئيس عباس، وخاصة مدير عام الشرطة ومدير عام جهاز الأمن الوقائي.¹²² ويبدو أن هذه التبعية المباشرة استندت في أساسها إلى المادة 39 من القانون الأساسي المعدل: «رئيس السلطة الوطنية هو القائد الأعلى للقوات الفلسطينية».

في قطاع غزة، وبعد أشهر من فوز الجناح السياسي التابع لحركة حماس في الانتخابات التشريعية التي عقدت في شهر كانون الثاني/يناير 2006، أعلن وزير الداخلية الفلسطيني في حينه، والذي كان ينتمي إلى حماس، عن تشكيل «القوة التنفيذية» باعتبارها جهازاً أمنياً جديداً يتألف من 3,000 مجند من مختلف الجماعات المسلحة،¹²³ واحتج بصلاحيته دستورية لتسوية قراره.¹²⁴ وفي شهر حزيران/يونيو 2007، سيطرت حماس على مقاليد السلطة في غزة وشكلت حكومة الأمر الواقع التابعة لها.¹²⁵ كرد على ذلك أصدرت السلطة الفلسطينية التي تنزعها حركة فتح في رام الله تعليماتها إلى ما يزيد عن 30,000 من أفراد الأمن التابعين لها بالاستتفاف عن التعاون مع سلطات غزة والبقاء في

¹¹⁶ الوقائع الفلسطينية، العدد 53 (28 شباط/فبراير 2005)، 94.

¹¹⁷ الوقائع الفلسطينية، العدد 56 (28 حزيران/يونيو 2005)، 4.

¹¹⁸ الوقائع الفلسطينية، العدد 60 (9 تشرين الثاني/نوفمبر 2005)، 84.

¹¹⁹ الوقائع الفلسطينية، العدد 74 (9 حزيران/يونيو 2007)، 6.

¹²⁰ الوقائع الفلسطينية، العدد 52 (18 كانون الثاني/يناير 2005)، 234.

¹²¹ الوقائع الفلسطينية، العدد 63 (27 نيسان/أبريل 2006)، 110.

¹²² رولاند فريديريك وأرنولد ليتهود (محررون)، المدخل إلى إصلاح القطاع الأمني في فلسطين (جنيف: مركز جنيف للرقابة الديمقراطية على القوات المسلحة، 2007).

¹²³ Adam HOROWITZ, Lizzy RATNER, and Philip WEISS, eds., *The Goldstone Report: The Legacy of the Landmark Investigation of the Gaza Conflict* (New York: Nation Books, 2011) at 77.

¹²⁴ Francesco CAVATORTA and Robert ELGIE, "The Impact of Semi-Presidentialism on Governance in the Palestinian Authority" (2010) 63 *Parliamentary Affairs* 22 at 35.

¹²⁵ Daniel BYMAN, "How to Handle Hamas: The Perils of Ignoring Gaza's Leadership" (2010) 89 *Foreign Affairs* 45.

منازلهم.¹²⁶ أبتت حماس على نفس هيكلية القوات الأمنية التي كانت قائمة قبل العام 2007، في حين غيرت اسم جهاز «الأمن الوقائي» إلى جهاز «الأمن للداخلي». كما توقفت حماس عن إنفاذ القوانين التي كانت تصدرها السلطة الفلسطينية بعدما أمسكت بزمام الحكم في غزة. عوضاً عن ذلك، باتت الحركة تسن تشريعاتها من خلال قاداتها أو كتلتها البرلمانية في المجلس التشريعي بغزة.¹²⁷ وفي اتفاقيات المصالحة التي أبرمت في الأعوام التالية بين حركتي فتح وحماس، جرى الاتفاق من ناحية المبدأ على إعادة توحيد الأجهزة الأمنية في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة.¹²⁸ اعتبرت لجنة الأمم المتحدة للتحقيق في الاحتجاجات في الأرض الفلسطينية المحتلة، في التقرير النهائي الذي أصدرته في العام 2019، أن حماس «ملتزمة باحترام حقوق الإنسان وحمايتها والوفاء بها في ضوء وظائفها التي تشبه وظائف الحكومة في غزة».¹²⁹

فموجب القانون الدولي الإنساني، بالنسبة للقوات المسلحة النظامية، «ينظم الانتساب إليها عموماً من خلال القانون المحلي ويجري التعبير عنها من خلال الانتساب الرسمي إلى الوحدات الدائمة التي يمكن تمييزها عن طريق الزي الموحد والشارات والعتاد»¹³⁰ فحسب أحد التعليقات الصادرة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، «لا يرد النص على شروط الانتساب إلى القوات المسلحة في القانون الدولي، بل إنه، بالأحرى، مسألة يعنى التشريع المحلي بها».¹³¹ تبين هذه الدراسة أن مصطلح «أفراد القوات المسلحة» يضم أفراد قوى الأمن في الضفة الغربية وغزة ما دام هؤلاء الأفراد يجندون على نحو يتماشى مع القانون المحلي. ولو شكّلت أي سلطة قائمة بحكم الأمر الواقع أو بحكم القانون جهازاً حكومياً، فينبغي معاملة أفراد قواتها باعتبارهم أسرى حرب في حال اعتقالهم. فلا يترك الأمر للسلطة المحتجزة لكي تحدد من ينتسب إلى القوات الأمنية الفلسطينية، بل يعود هذا الأمر إلى القانون المحلي الذين يقرر ذلك، بصرف النظر عن الموقف الذي تتبناه إسرائيل.

طورت قوى الأمن الفلسطينية هيكلية تراتبية هرمية وتسلسلاً قيادياً ونظاماً داخلياً للانضباط. فقد رددت فلسطين مراراً وتكراراً احترامها للقانون الدولي الإنساني، حسبما يتضح في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003،¹³² والتعليمات

¹²⁶ Horowitz et al., supra note 123 at 77.

¹²⁷ عدنان حجار، «التشريعات التي تبناها المجلس التشريعي الفلسطيني في غزة 2006-2014»، في مواطن (المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية) (محرر)، *التشريع في زمن الانقسام: دراسات في القرارات بقوانين والتشريعات الصادرة منذ 2007* (رام الله: مواطن، 2016)، 114-191.

¹²⁸ انظر، مثلاً، «اتفاقية الوفاق الوطني الفلسطيني» (القاهرة، 4 أيار/مايو 2011)، البند الثالث، على الموقع الإلكتروني: [وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية \(وفا\)](#). جرى تأكيد هذا البند في الاتفاقيات اللاحقة، التي عقدت أواخرها في شهر تشرين الأول/أكتوبر 2017. انظر النص الكامل للاتفاقية بين حركتي فتح وحماس بشأن إنهاء الانقسام (2017) على الموقع الإلكتروني: [وكالة وفا](#).

¹²⁹ *Report of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory*, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/40/CRP.2, 18 March 2019 at 224.

¹³⁰ Nils MELZER, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Geneva: ICRC, 2010) at 25.

¹³¹ "Updated Commentary on the Third Geneva Convention of 1949" ICRC (2020), online: ICRC <https://ihl.databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary> at para. 977 [Updated Commentary on Convention III].

¹³² المواد 10-16.

الرسمية التي تصدرها إلى القوات الأمنية،¹³³ وانضمامها مؤخراً إلى لائحة لاهاي لسنة 1907،¹³⁴ واتفاقيات جنيف والبروتوكول الأول. كما يرتدي أفراد الأجهزة الأمنية الفلسطينية الزي الرسمي،¹³⁵ وجرى اعتماد آليات المساءلة القضائية والإدارية التي تكفل احترام حقوق الإنسان والقانون الإنساني.¹³⁶ مع ذلك، لا يُشترط التقيد الصارم بهذه القواعد فيما يخص الأشخاص المحتجزين لكي ينطبق وصف أسرى الحرب عليهم. فالمادة 44(2) من البروتوكول الأول تشير إلى أنه حتى لو لم يلتزم المقاتلون بقواعد القانون الدولي التي تطبق في المنازعات المسلحة، فإن «مخالفة هذه الأحكام لا تحرم المقاتل حقه في أن يعد مقاتلاً أو أن يعد أسير حرب إذا ما وقع في قبضة الخصم». يُعنى هذا الحكم بمنع «أي محاولة ترمي إلى حرمان أفراد القوات المسلحة المستقلة أو النظامية من وضع أسرى الحرب بحجة أن قواتهم لا تنفذ بعض أحكام القانون العرفي أو القانون الاتفاقي بشأن النزاعات المسلحة».¹³⁷

وفقاً للمادة 44(4) من البروتوكول، يخلّ المقاتل الذي يتخلف عن الوفاء بشرط تمييز نفسه عن المدنيين «بحقه في أن يعد أسير حرب ولكنه يُمنح، رغم ذلك، حماية تماثل من كلفة النواحي تلك التي تُضفيها [الاتفاقية للثالثة وهذا البروتوكول] على أسرى الحرب». لذلك ينبغي ألا يفضي إحجام إسرائيل عن الاعتراف بانتساب أفراد بعينهم إلى القوات الأمنية وبطريقة عملياتهم إلى حرمان هؤلاء الأفراد من وضع أسرى الحرب.¹³⁸ أو، على أقل تقدير، يجب منح هؤلاء الأفراد حماية تماثل تلك التي تُمنح لأسرى الحرب، حسبما يقتضيه الحال. ففي قضية دولة إسرائيل ضد مروان البرغوثي (2002)، قررت المحكمة اللوائية في تل أبيب ويافا أن:

طريقة القتال التي سلكها المتهم تتعارض، في أوضح طريقة ممكنة، مع أبسط قواعد الحرب. فلا يحق له بالتالي أن يتمتع بأوجه الحماية التي تُمنح بموجب القانون الدولي للمقاتلين اللذين يتصرفون على نحو يتوافق مع قواعد الحرب.¹³⁹

يتناقض هذا القرار الإسرائيلي بشكل واضح مع القواعد المستقرة في القانون الدولي الإنساني.¹⁴⁰

في ضوء ما تقدم، يستوفي أفراد قوى الأمن الفلسطينية الذين يأسرهم الجيش الإسرائيلي وضع أسرى الحرب بموجب القانون الدولي الإنساني وتعد السلطة الحاجزة ملزمة بمعاملتهم على هذا الأساس.

¹³³ Qafisheh, *supra* note 113 at 189–90.

¹³⁴ انضمت فلسطين إلى لائحة لاهاي في يوم 2 نيسان/أبريل 2014؛ «المعاهدات والدول الأطراف والتعليقات - فلسطين»، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على الموقع الإلكتروني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر <https://ihl-databases.icrc.org/ar/ihl-treaties/treaties-and-states-parties?sort=state&state=18005#%D9%81>.

¹³⁵ يرد تنظيم الزي الرسمي للقوات الأمنية في تشريعات شتوتز من ذلك، مثلاً، قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية لسنة 2005، الحاشية 117 أعلاه، المادة 120؛ والقرار بقانون رقم 23 المؤرخ في 26 كانون الأول/ديسمبر 2017 بشأن الشرطة، الوقائع الفلسطينية، العدد 15 (13 كانون الأول/ديسمبر 2017)، 4، المادة 43؛ والقرار بقانون رقم 2 المؤرخ في 15 كانون الثاني/يناير 2018 بشأن الهيئة القضائية لقوى الأمن، الوقائع الفلسطينية، العدد 140 (13 شباط/فبراير 2018)، 7، المادة 36.

¹³⁶ Qafisheh, *supra* note 113 at 185–9.

¹³⁷ Michael BOTHE, Karl J. PARTSCH, and Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982) at 272.

¹³⁸ Baker and Matar, *supra* note 56 at 156–7.

¹³⁹ القضية الجزائية رقم 02/0921 (12 كانون الأول/ديسمبر 2002).

¹⁴⁰ Awol ALLO, “Marwan Barghouti in Tel Aviv: Occupation, Terrorism, and Resistance in the Courtroom” (2017) 26 Social and Legal Studies 47.

ثانياً- تنظيمات المقاومة المسلحة

منذ ما قبل إبرام اتفاقيات جنيف بأربعة عقود، أقرت المادة 1 من لائحة لاهاي لسنة 1907 بشأن «قوانين الحرب وحقوقها وواجباتها... تنطبق على أفراد الميليشيات والوحدات المتطوعة». فيجوز للمنتسبين إلى هذه الوحدات، وعلى نحو مشروع، أن يقاوموا السلطة القائمة بالاحتلال بصفتهم مقاتلين.¹⁴¹ بناءً على ذلك، يعد أفراد هذه الجماعات، عند وقوعهم في الأسر، أسرى حرب تتكفل المواد 4-20 من اللائحة بتنظيم حقوقهم. بعد ذلك اعتمدت اتفاقية جنيف الثالثة حكماً مشابهاً في المادة 4(ألف)(2) منها، التي تضيي وضع أسرى الحرب على «أفراد الميليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع» ممن يقعون في قبضة العدو. على نحو يشبه ما ورد في لائحة لاهاي، تحدد هذه المادة أربعة شروط ينبغي أن تستوفيها تلك الوحدات لكي يكتسب أفرادها وضع المقاتلين ويحظوا، بالتالي، بمعاملة أسرى الحرب: أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه، وأن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها عن بعد، وأن تحمل الأسلحة جهاراً، وأن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها. سوف نستعرض في المقام الأول تعريف «أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع»، ثم نتناول بالتحليل الشروط التي يكون أفراد حركات المقاومة مؤهلين بموجبها لحمل صفة أسرى الحرب بما يتماشى مع الاتفاقية الثالثة والبروتوكول الأول.¹⁴² على هذا الأساس، سوف نقيم ما مدى انطباق هذه الشروط على المقاتلين الفلسطينيين الأعضاء في الجماعات المسلحة المنظمة.

تشير كلمة «الأخرى» الواردة أعلاه في المادة 4(ألف)(2) من الاتفاقية الثالثة إلى حركات المقاومة والوحدات التي تتبع القوات المسلحة وتعمل تحت إمرتها. فهذه الجماعات تعمل بصفة مستقلة، وتوصف بأنها:

تجند أفرادها من بين السكان المدنيين أساساً، ولكنها تُعدّ تنظيمًا عسكرياً بدرجة كافية تمكنه من أن يخوض الأعمال العدائية بالنيابة عن طرف من أطراف النزاع، وإن لم يكن ذلك باستخدام الوسائل نفسها وبذات الكثافة ومستوى التعقيد في جميع الأحوال مثلما هو حال القوات المسلحة التابعة للدولة.¹⁴³

يجب أن تنتسب حركة التحرر إلى طرف من أطراف النزاع لكي يجري اعتبار أفرادها أسرى حرب. فوفقاً للتفسير الذي خرجت اللجنة الدولية للصليب الأحمر به:

لكي تعد إحدى الجماعات المسلحة المنظمة منتسبة إلى طرف من أطراف النزاع، يبدو أن الضرورة تقتضي أن تخوض هذه الجماعة الأعمال العدائية بالنيابة عن ذلك الطرف وبموافقته. فلا يمكن اعتبار أفراد الجماعات، للذين

¹⁴¹ George H. ALDRICH, "Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status" (1982) 31 American University Law Review 871.

¹⁴² Maria J. STEPHAN, "Fighting for Statehood: The Role of Civilian-Based Resistance in the East Timorese, Palestinian, and Kosovo Albanian Self-Determination Movements" (2006) 30 The Fletcher Forum of World Affairs 57.

¹⁴³ Melzer, *supra* note 130 at 32.

يشاركون في العنف المسلح المنظم ضد طرف في نزاع مسلح دولي ودون أن ينضوا تحت لواء طرف آخر في النزاع الدائر نفسه، أفراداً في القوات المسلحة التابعة لطرف من أطراف ذلك النزاع.¹⁴⁴

عملياً يمكن للمرء أن يتصور أن هذه العلاقة القائمة بحكم الأمر الواقع بين حركة المقاومة وأحد أطراف النزاع تستند إلى اتفاق ضمني، «إذا كانت العمليات تسير على نحو يشير بوضوح إلى الطرف الذي يخوض تنظيم المقاومة القتال إلى جانبه».¹⁴⁵

مما تقدم يمكن أن نستنتج أن غالبية الأفراد المنتسبين إلى تنظيمات المقاومة الفلسطينية يخوضون القتال بالنيابة عن طرف من أطراف النزاع ضد قوات الاحتلال، على الرغم من أنهم منفصلين انفصلاً رسمياً عن القوات الأمنية. من جملة هذه التنظيمات كتائب شهداء الأقصى، التي تشكل فرعاً عسكرياً تابعاً لحركة فتح، وكتائب عز الدين القسام، الجناح العسكري لحركة حماس، إلى جانب فصائل أخرى. تعد حركتا فتح وحماس الطرفان الرئيسيان من بين الأطراف الفلسطينية التي تمارس عملياتها في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة على حد سواء. لذلك يمكن الاستنتاج أن معظم الأسرى الفلسطينيين القابعين في السجون الإسرائيلية ينتمون إلى جماعات المقاومة ويعتبرون أسرى حرب من منظور القانون الدولي الإنساني.¹⁴⁶

تشكل حركات المقاومة جزءاً من دولة فلسطين، والتي هي طرف في النزاع بموجب أحكام الاتفاقية الثالثة، وذلك لغايات تحديد وضعهم كأسرى الحرب. فعند النظر في المادتين 10 و11 من مجموعة القواعد المتعلقة بمسؤولية الدولة التي صاغتها لجنة القانون الدولي نجد أنهما تحددان متى يمكن نسب التصرف الذي تُقدم عليه حركة من حركات التمرد إلى دولة ما، بما يتماشى مع مبدأ الاستمرارية بين حركات التحرر الوطني والدولة الجديدة، واعتراف الدولة الجديدة بهذه الحركات.¹⁴⁷ لذلك، «يبدو من الصعب الاستمرار في إنكار وضع المقاتل لهذه القوات، أو رفض معاملتها أفراداً الذين يقعون في الأسر بكونهم أسرى حرب».¹⁴⁸ في أعقاب الاعتراف بفلسطين بصفتها دولة من جانب الأمم المتحدة في العام 2012 وانضمامها إلى اتفاقيات جنيف في العام 2014 بوجه خاص، وحسبما ورد على لسان دوغارد، «سوف يطرأ تغيير على وضع الأسرى لدى إسرائيل وسوف يحق لمقاتلي المقاومة الفلسطينية أن يحصلوا على وضع أسرى الحرب بموجب اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949».¹⁴⁹

رغم ذلك، كانت المحكمة العليا الإسرائيلية قد قضت في العام 2006 بأن

¹⁴⁴ المرجع السابق، 23.

¹⁴⁵ Pictet, *supra* note 108 at 67.

¹⁴⁶ الإحصائيات الدقيقة بشأن هذه الفئة غير متاحة؛ عبد ربه، الحاشية 105 أعلاه؛

Shadi ALSHDAIFAT and Sanford R. SILVERBURG, "Islamic Hamas and Secular Fatah: How Does the Governing Process Work?" (2015) 2 Indonesian Journal of International and Comparative Law 583.

¹⁴⁷ لجنة القانون الدولي، «مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً والتعليقات عليها»، في تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثالثة والخمسون (2001).

¹⁴⁸ Leslie C. GREEN, "Terrorism and Armed Conflict: The Plea and the Verdict" (1989) 19 Israel Yearbook on Human Rights 131 at 135.

¹⁴⁹ Dugard, *supra* note 52 at 3.

المدني الذي ينتسب إلى تنظيم إرهابي... وينفذ في إطار موقعه في ذلك التنظيم سلسلة من الاعمال العدائية مع فترات انقطاع قصيرة بينها من أجل الراحة، يفقد ما يحظى به من حصانة من أن يتعرض للهجوم.¹⁵⁰

فرغم أن المحكمة اعتبرت هنا أن المدني «الذي ينتسب إلى تنظيم إرهابي» يفقد الحصانة من الهجوم، وبمعنى آخر يغدو مقاتلاً، فكان الأخرى أن يعني ذلك أن يُمنح وضع أسير الحرب في حال وقع في قبضة العدو، وهو ما لا تفعله إسرائيل. يتعارض هذا الموقف مع القواعد التي يرسبها القانون الدولي الإنساني. فوفقاً للجنة الدولية للصليب الأحمر، يعد أفراد الجماعات المسلحة المنظمة مدنيين يشاركون في التنظيم ويؤدون «مهمة قتالية مستمرة».¹⁵¹ وما زال تأكيد مفهوم «المهمة القتالية المستمرة» هذا يرد في حلقات النقاش التي تعقدها فرق الخبراء.¹⁵² لئلا كان الحال، فقد جاء القرار الصادر عن المحكمة الإسرائيلية أعلاه، والذي يتماهى مع الموقف الرسمي الذي تتبناه حكومة إسرائيل ويمثله، قبل انضمام فلسطين إلى الاتفاقية الثالثة، وهو موقف ينبغي تغييره في أعقاب ذلك.

لنعد إلى الشروط الأربعة التي تضعها الاتفاقية لأفراد حركات المقاومة المنظمة لكي ينالوا وضع أسرى الحرب بشيء من التفصيل لنقيم مدى انطباقها على المقاومين الفلسطينيين المسلحين.

1- وجود القيادة

يفترض الشرط الذي يقضي بأن حركة المقاومة ينبغي «أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه» سلفاً وجود قيادة منظمة لهذه الجماعة. في الواقع:

لا يسع القادة أن يدرّبوا أفراد الجماعة ويصدروا أوامر وتعليمات واضحة إليهم ويطلعوا على الأعمال التي ينفذها مرؤوسوهم ويستجيبوا لهم على جناح السرعة إلا إذا كانت مثل هذه الهيكلية موجودة وقائمة. فلا غنى، بالتالي، عن تسلسل قيادي ونظام تراتبي من أجل أن تكون القيادة على علم بالانتهاكات وأن تتابع الدور الذي يضطلع به الأفراد في ارتكاب جريمة من الجرائم وأن يتخذوا التدابير المناسبة بشأنها.¹⁵³

في سياق فلسطين، تملك فصائل المقاومة الفلسطينية قياداتها المعروفة. يتولى قادة هذه الجماعات المسؤولية عن انضباط الأفراد الذين يعملون تحت إمرتهم. فحسبما أشار المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة إليه، «يستوفي عدد كبير من المقاتلين الشروط... من ناحية أنهم أفراد ينضون تحت لواء قوة منظمة ويتبعون هيكلية قيادية تتولى المسؤولية عنهم».¹⁵⁴ على وجه الخصوص، يؤدي قادة أكبر فصيلين، وهما فتح وحماس، عملهم بشكل علني. فحركة فتح تشكل جزءاً أساسياً من منظمة التحرير الفلسطينية وتعتمد نظاماً تراتبياً هرمياً، وتخضع بحكم

¹⁵⁰ قضية عمليات القتل المستهدف، الحاشية 52 أعلاه، 3.

¹⁵¹ Melzer, *supra* note 130 at 33-4.

¹⁵² Kenneth WATKIN, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guidance" (2010) 42 New York University Journal of International Law and Politics 641 at 655.

¹⁵³ Anne-Marie LA ROSA and Carolin WUERZNER, "Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law" (2008) 90 International Review of the Red Cross 327 at 329.

¹⁵⁴ Dugard, *supra* note 52 at 3.

ذلك لشخص مسؤول عن أفرادها.¹⁵⁵ في المقابل، تملك حركة حماس مكتباً سياسياً علنياً ولجناحها العسكري قائد معروف.¹⁵⁶

منذ يوم 11 تموز/يوليو 1979 على الأقل، ما زالت مختلف الفصائل التابعة لمنظمة التحرير الفلسطينية تخضع لطائفة من القوانين، التي أُعدت في الشتات وجلبت إلى فلسطين بعد إنشاء السلطة الفلسطينية في العام 1994 ولا تزال سارية حتى الآن.¹⁵⁷ تتألف هذه القوانين، التي غالباً ما تُعرف باسم «القوانين العسكرية» أو «التشريعات الثورية»، من (1) قانون العقوبات، (2) وقانون أصول المحاكمات الجزائية، (3) وقانون تشكيل المحاكم العسكرية، (4) وقانون مراكز الإصلاح والتأهيل (السجون).¹⁵⁸ تفرض هذه القوانين العقوبات على أي فرد يقدم على ارتكاب طائفة من الجرائم التي يمكن أن تقع أثناء عمليات المقاومة المسلحة. فقد غدت القوانين المذكورة جزءاً من القانون الساري في الضفة الغربية والنظام القانوني النافذ في غزة، الذي يطبق على الجماعات التي تشارك في أعمال المقاومة، جنباً إلى جنب مع الأجهزة الأمنية.¹⁵⁹ بالمثل، تتبّع حماس وجناحها العسكري الأوامر الصادرة عن قادتها.¹⁶⁰ فحسب الإشارة التي تسوقها هوروفيتز، بلغت حماس «مستوى متقدماً من التنظيم، مع ما تنطوي عليه من قوة عسكرية منظمة ومكونات سياسية واجتماعية». ¹⁶¹

بناءً على ما تقدم، تلتزم الفصائل الفلسطينية بامتلاك قيادة معروفة، بوصفها شرطاً ييسر لأفراد جماعات المقاومة المسلحة الذين يقعون في الأسر أن يكتسبوا توصيف أسرى الحرب بموجب القانون الدولي الإنساني.

2- امتلاك شارة مميزة ومحددة

يرمي هذا الشرط الذي يفرض على وحدات المقاومة اعتماد «شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد» إلى تمييز أفراد هذه الجماعات عن المدنيين وعن غيرهم من العسكريين. فحسب التفسير الذي وضعتة اللجنة الدولية للصليب الأحمر للمادة 4(2) من اتفاقية جنيف الثالثة، فإن الشارة المميزة «يجب أن تكون هي نفسها لجميع الأفراد التابعين لأي تنظيم من تنظيمات المقاومة، وينبغي ألا يستخدمها أحد سوى ذلك التنظيم». ¹⁶² تضيف المادة 44(3) من البروتوكول

¹⁵⁵ «البرنامج السياسي لحركة فتح»، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 20، العدد 79، (صيف 2009)، 108.

¹⁵⁶ Sudarsan RAGHAVAN, "Mohammed Deif, the Shadowy Figure Who Heads Hamas's Military Wing" *The Washington Post* (2 August 2014), online: https://www.washingtonpost.com/world/middle-east/mohammed-deif-the-shadowy-figure-who-heads-hamass-military-wing/2014/08/02/ed68c46e-1a85-11e4-85b6-c1451e622637_story.html.

¹⁵⁷ المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، القرار رقم 2 المؤرخ في 12 أيلول/سبتمبر 2018؛ الوقائع الفلسطينية، العدد 148 (23 تشرين الأول/أكتوبر 2018)، 132.

¹⁵⁸ عبد الحميد لطفي العيلة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979 (غزة: مطبعة منصور، 1995).

¹⁵⁹ عصام عابدين، قراءة قانونية في قرار المحكمة الدستورية العليا التفسيري حول الشأن العسكري والطبيعة القانونية للشرطة والقضاء المختص بمحاكمة عناصرها (رام الله: الحق، 2018).

¹⁶⁰ O. J. ATAKE, "The Actualization of Independent State of Palestine: Palestine Liberation Organization's Contribution and the Emergence of HAMAS" (2018) 7 International Journal of Advanced Legal Studies and Governance 47.

¹⁶¹ Sigall HOROVITZ, "Accountability of Hamas under International Humanitarian Law", in Mark AMI-EL, ed., *Hamas, the Gaza War and Accountability, under International Law* (Jerusalem: Jerusalem Center for Public Affairs, 2011), 29 at 31.

¹⁶² Pictet, *supra* note 108 at 60.

الأول أن «يلتزم المقاتلون بأن يميزوا أنفسهم عن السكان المدنيين أثناء اشتباكهم في هجوم أو في عملية عسكرية تجهز للهجوم». يرقى هذا الشرط الأخير إلى مرتبة القاعدة العرفية، حسبما جاء في الكتاب المرجعي الذي ألفه هنكترس ودوزوالد-بك.¹⁶³

مع أنه ليس ثمة شكل متفق عليه «للشارة المميزة والمحددة»، اقترحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أنه «لا يلزم أن تكون هذه الشارة بالضرورة شريطاً يوضع على الذراع. فقد تكون عبارة عن قبعة ... أو معطف أو قميص أو شعار أو شارة مميزة تُرتدى على الصدر».¹⁶⁴ في هذا السياق ينص كتيب القوات الجوية الأمريكية على أن جزءاً من الزي الرسمي العسكري يعد كافياً إذا كان يميز المقاتلين تمييزاً واضحاً عن المدنيين.¹⁶⁵ كما جاء البروتوكول الأول صريحاً في هذا الصدد؛ فقد أقر بأن «هناك من مواقف المنازعات المسلحة ما لا يملك فيها المقاتل المسلح أن يميز نفسه على النحو المرغوب، فإنه يبقى عندئذ محتفظاً بوضعه كمقاتل شريطة أن يحمل سلاحه علناً في مثل هذه المواقف» (المادة 44(3)). على هذه الشاكلة، فإن «الاصطلاح 'يمكن تمييزها من بعد' فيه مجال للتفسير».¹⁶⁶ فثمة «اتفاق على نطاق واسع على أن هذا الشرط يستوفى عن طريق ارتداء شريط على الذراع أو شارة أو خوذة واقية للرأس أو معطف، مثلاً».¹⁶⁷

من الناحية العملية، في كثير من الحالات، تميز جماعات المقاومة الفلسطينية نفسها عن المدنيين وعن بعضها بعضاً من خلال الشارات الملونة، بما فيها الرايات والشعارات. فكل جماعة من هذه الجماعات ترفع راية لها لونها المختلف: الأصفر لحركة فتح، والأخضر لحركة حماس، والأسود لحركة الجهاد الإسلامي والأحمر للجبهة الشعبية لتحرير فلسطين. تعتمد هذه التنظيمات على اختلافها شعارات مستقلة بعضها عن بعض، بما تنطوي عليه من رموز وبيانات، والتي يرتديها أفرادها ويحملونها في المسيرات وغيرها من التجمعات، كما يستخدمونها لتحديد مقرات جماعاتهم في العديد من الأحيان. ففي قضية قاسم، خلصت محكمة عسكرية إسرائيلية إلى أن المدعى عليهم كانوا قد استوفوا بالفعل حالة الضرورة التي تقتضي تمييز أنفسهم عن المدنيين بدرجة كافية لأنهم كانوا يرتدون القبعات المموهة والملابس الخضراء على نحو لم تكن جرت عليه عادة السكان في ارتدائها.¹⁶⁸ وحسب الاستنتاج الذي توصل إليه تحقيق أجرته الأمم المتحدة بخصوص حرب 2008-2009، «ما من دليل يثبت أن أفراد الجماعات المسلحة الفلسطينية شاركوا في القتال وهم يرتدون ملابس مدنية».¹⁶⁹

فمجمّل القول أنه بالنسبة للشرط المتعلق بالشارة المميزة والمحددة، كلما تم الالتزام بذلك، يمكن اعتبار أفراد الفصائل المسلحة الفلسطينية الذين يقعون في قبضة العدو أسرى حرب ويجب معاملتهم على هذا الأساس قانوناً.

¹⁶³ Jean-Marie HENCKAERTS and Louise DOSWALD-BECK, eds., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) at 384.

¹⁶⁴ "Commentary of 1960 on the Third Geneva Convention of 1949" ICRC, online: ICRC <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=ECA76FA4DAE5B32EC12563CD00425040>. at 44.

¹⁶⁵ Toni PFANNER, "Military Uniforms and the Law of War" (2004) 86 *International Review of the Red Cross* 93.

¹⁶⁶ Pictet, *supra* note 108 at 60.

¹⁶⁷ W. Thomas MALLISON and Sally V. MALLISON, "The Juridical Status of Irregular Combatants under the International Humanitarian Law of Armed Conflict" (1977) 9 *Case Western Reserve Journal of International Law* 39 at 56.

¹⁶⁸ قضية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 806-811.

¹⁶⁹ تقرير غولستون، الحاشية 34 أعلاه، الفقرة 493.

3- حمل الأسلحة جهاراً

وفقاً لأحكام المادة 43(4) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف، يتعين على المقاتل الذي لا يستطيع أن يميز نفسه عن المدنيين، أن يعمل كحد أدنى على حمل سلاحه جهاراً: «(أ) أثناء أي اشتباك عسكري، (ب) وطوال ذلك الوقت الذي يبقى خلاله مرئياً للخصم على مدى البصر أثناء انشغاله بتوزيع القوات في مواقعها استعداداً للقتال قبيل شن هجوم عليه». فطالما أُثير الجدل بين الدول حول أشكال «حمل السلاح جهاراً» باعتباره وسيلة تفضي إلى تمييز المقاتلين عن المدنيين. تشترط معظم الدول حداً أدنى من التمييز دون شكليات واضحة.¹⁷⁰ فيشير كتيب القوات الجوية الأمريكية إلى أن «هذا الشرط لا يُستوفى إذا دأبت الجماعة المسلحة على حمل الأسلحة المخفية وحدها أو إخفاء الأسلحة عند اقتراب قوات العدو لكي يتفادى أفرادها التعريف على أنفسهم باعتبارهم مقاتلين».¹⁷¹ في قضية قاسم، قضت محكمة عسكرية إسرائيلية بأن الشرط القاضي بحمل السلاح جهاراً لا يكون قد تم الالتزام به في الحالات التي لا يمكن رؤية الأسلحة فيها، ولا في الحالات التي تُحمل فيها هذه الأسلحة فقط خلال اشتباك مع القوات المعادية.¹⁷²

مع ذلك، يلمح دليل الجيش البريطاني إلى أن البيان الذي أصدرته الحكومة مع دول أخرى بشأن التصديق على البروتوكول الأول يشير إلى أن الاستثناء الوارد في المادة 44(3) من البروتوكول الأول بخصوص «حمل السلاح جهاراً»، كاستثناء على شرط التمييز من خلال اللباس أو الشارة، لا يعد سارياً إلا في حالة الأقاليم المحتلة.¹⁷³

عملياً، ثمة أوضاع لا يسع المقاتلين فيها الالتزام الصارم بالقاعدة التي توجب التمييز وحمل السلاح جهاراً مع احتفاظهم بالحقوق الخاصة بأسرى الحرب حال تم أسرهم.¹⁷⁴ في هذا الخصوص، تنص المادة 44(4) من البروتوكول الأول على أن:

المقاتل الذي يقع في قبضة الخصم، دون أن يكون قد استوفى المتطلبات المنصوص عليها في الجملة الثانية من الفقرة الثالثة [بشأن حمل السلاح جهاراً]، يخل بحقه في أن يعد أسير حرب ولكنه يمنح، رغم ذلك، حماية تماثل من كافة النواحي التي تضيفها اتفاقية [جنيف] الثالثة وهذا البروتوكول على أسرى الحرب.

بناءً على ذلك، «فحتى في هذه الحالة، يُمنح [المقاتل] حماية تماثل من كلفة النواحي تلك التي تُمنح لأسرى الحرب».¹⁷⁵

¹⁷⁰ Pfanner, *supra* note 165 at 103.

¹⁷¹ Office of General Counsel, Department of Defense, "Department of Defense Law of War Manual" US Department of Defense (June 2015, updated December 2016), online: DOD <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> at 123-4.

¹⁷² قضية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 778-779.

¹⁷³ UK Joint Doctrine and Concepts Centre, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (Swindon: JDCC, 2004) at 42-3.

¹⁷⁴ قضية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 779.

¹⁷⁵ W. Thomas MALLISON and Sally V. MALLISON, "The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts" (1978) 42 Law and Contemporary Problems 4 at 25.

تحمل كثير من الفصائل الفلسطينية الأسلحة على الملأ. فهي تفعل ذلك، بوجه خاص، أثناء الاستعراضات العسكرية، خاصة خلال المسيرات التي تُحمل فيها البنادق الرشاشة والصواريخ وقذائف الهاون القاعدة السائدة بعد انسحاب إسرائيل من غزة في العام 2005. فكثيراً ما تفعل كتائب القسام ذلك. حتى في الضفة الغربية، غالباً ما يحمل مقاتلو المقاومة الأسلحة في المخيمات وفي القرى والبلدات في بعض الأحيان. يفضي الظهور بالأسلحة في الضفة الغربية في أحوال ليست بالقليلة إلى شن هجمات من جانب القوات الإسرائيلية. ففي يوم 12 آذار/مارس 2008، مثلًا، قتلت قوة متخفية إسرائيلية أربعة رجال مسلحين خلال اقتحام نفذته في بيت لحم.¹⁷⁶ على هذا المنوال، يستهدف الجيش الإسرائيلي في أحوال كثيرة عناصر وهم يحملون أسلحتهم جهاراً في غزة.¹⁷⁷ فوفقاً لإحدى المنظمات غير الحكومية الإسرائيلية، قتل الجيش الإسرائيلي 55 مقاتلاً وهم يحملون الأسلحة علناً في الفترة الممتدة بين 2009 و2019 في قطاع غزة.¹⁷⁸ فحسبما لاحظنا آنفاً، تدير حركة فتح في الضفة الغربية وحركة حماس في غزة مقاراً يدخلها نشطاؤهما مع أسلحتهم.¹⁷⁹ في بعض الأحيان، يعترض قادة الفصائل الذين يتمركزون في مواقع معينة طريق القوات الإسرائيلية التي تنفذ عملياتها في الأرض الفلسطينية. ففي يوم 11 تشرين الثاني/نوفمبر 2018، أوقفت دورية تابعة لحركة حماس ثمانية جنود إسرائيليين كانوا متنكرين في صفة مدنيين عاديين واستجوبتهم في مدينة خان يونس جنوبي قطاع غزة. أسفرت المعركة التي دارت بالأسلحة النارية عقب اكتشاف أمر تسلل الإسرائيليين عن سقوط قتلى من كلا الجانبين والسيطرة على عتاد الجنود الإسرائيليين.¹⁸⁰ يستشف من جملة هذه الأحداث أن شرط حمل الأسلحة جهاراً أمر بادٍ للعيان على نطاق واسع في أوساط المقاتلين من أفراد حركات المقاومة الفلسطينية، وإن كان ذلك في صور متنوعة.

خلاصة القول، أنه كلما كان مقاتلو المقاومة الفلسطينية يستوفون شرط «حمل السلاح جهاراً»، فينبغي بحكم ذلك معاملتهم معاملة أسرى الحرب في حال وقوعهم في الأسر. وحتى لو لم يفعلوا ذلك فإنه لا يمكن حرمانهم من الحماية والحقوق المتصلة بأسرى الحرب المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الثالثة والبروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف.

4- احترام قوانين الحرب وعاداتها

¹⁷⁶ “Israeli Forces Kill Four Militants in Bethlehem Raid” *ABC News* (13 March 2008), online: ABC News <<https://www.abc.net.au/news/2008-03-13/israel-forces-kill-four-militants-in-bethlehem-raid/1070754>>.

¹⁷⁷ David M. HALBFINGER, “Israel Strikes Militants in Syria and Gaza After Clash Over Body at Border” *The New York Times* (23 February 2020), online: The New York Times <https://www.nytimes.com/2020/02/23/world/middleeast/israel-gaza-bulldozer-body-palestinian.html>.

¹⁷⁸ «الفلسطينيون الذين كانوا هدفاً لعملية اغتيال في قطاع غزة منذ انتهاء عملية الرصاص المصبوب»، بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة، على الموقع الإلكتروني: بتسليم <https://statistics.btselem.org/ar/stats/since-cast-lead/by-date-of-incident/pal-targetedKilling/gaza-strip?tab=overview>.

¹⁷⁹ Adnan ABU AMER, “Some Palestinians up in arms over weapons proliferation” *Al-Monitor* (3 June 2019), online: *Al-Monitor* <https://www.al-monitor.com/originals/2019/06/west-bank-weapons-proliferation-murder-rates-amas-abbas.html>.

¹⁸⁰ “Operation Failed”: Details Emerge on Israeli Covert Op Gone Awry” *Al Jazeera* (4 December 2019), online: *Al Jazeera* <https://www.aljazeera.com/news/2019/12/4/operation-failed-details-emerge-on-israeli-covert-op-gone-awry>.

أعلنت منظمة التحرير الفلسطينية، التي تشكل حركة فتح الفصيل الرئيسي فيها إلى جانب الجبهة الشعبية لتحرير فلسطين، التزامها باحترام القانون الدولي الإنساني في الأعمال التي تنفذها في سبيل تحرير فلسطين. فحسب الإشارة التي أوردناها في الفصل الأول أعلاه، أبلغ المراقب الدائم لفلسطين لدى مكتب الأمم المتحدة في جنيف مجلس الاتحاد السويسري، في يوم 21 حزيران/يونيو 1989، أن منظمة التحرير الفلسطينية قررت الانضمام إلى اتفاقيات جنيف لسنة 1949 والبروتوكولين الملحقين بها لسنة 1977.¹⁸¹ بالنظر إلى أن الحكومة السويسرية رفضت اتخاذ قرار بشأن هذه المسألة في حينه، انضمت دولة فلسطين إلى هذه الصكوك في يوم 2 نيسان/أبريل 2014. ينطوي هذا الانضمام في دلالاته على أن جميع الفصائل التي تتضوي ضمن السلطات الفلسطينية، بما فيها الحكومة التي تنزعها حركة فتح وتحظى باعتراف دولي في رام الله وحكومة الأمر الواقع التي تقودها حركة حماس في غزة، تعد ملزمة باتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة والبروتوكول الأول كذلك.¹⁸² في هذا الصدد، أذاعت سلطات حماس «سلسلة إعلانات، من جانب واحد، باحترام حقوق الإنسان».¹⁸³ يبدو أن الالتزام «بحقوق الإنسان» يوظف في هذا المقام على نحو واسع يشمل القانون الدولي الإنساني، بما فيه اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة والبروتوكول الملحق.¹⁸⁴

كما هو الحال في أي نزاع مسلح، فمن الوارد أن تخالف جماعات المقاومة الفلسطينية جانباً من قواعد القانون الدولي الإنساني.¹⁸⁵ مع ذلك، لا تحرم المخالفات التي يرتكبها بعض الأفراد التابعين لجماعة مسلحة جميع التنظيمات المسلحة أو كل فرد من أفراد جماعة معينة من الأهلية التي تخولهم التمتع بوضع أسرى الحرب. فقد صرح أحد القضاة الإسرائيليين بأن الفصائل الفلسطينية «تضم جماعات لا تتماثل بالضرورة مع بعضها بعضاً من ناحية استعدادها للتسليم بالقواعد القانونية والإنسانية الأساسية».¹⁸⁶ وعلى الرغم من أن المحكمة العليا الإسرائيلية اعترفت «بوجود جماعات 'تقاتل الجيش' على خلاف الجماعات التي تنفذ أعمالاً موجهة ضد المدنيين... فهي تتخلف على صعيد الممارسة الفعلية عن إتاحة المزايا لتلك الجماعات التي تخوض القتال ضد الجيش وحده».¹⁸⁷ لم تجانب المحكمة الصواب في الملاحظة التي أوردتها في هذا المضمار بقولها أن «الانتهاكات التي تمس القانون الدولي الإنساني لم يجر التعامل معها بوصفها سبباً رئيساً يقف وراء إنكار وضع أسرى الحرب».¹⁸⁸ في أي حال من الأحوال، لا تعني المخالفة التي يقع فيها فرد من أفراد جماعة مسلحة في سياق الالتزام العام للذي تبديه هذه الجماعة أن جميع أفرادها ينبغي أن يفقدوا الأهلية الواجبة لهم في الحصول على وضع أسرى الحرب. فالأثر المترتب على تلك المخالفة يجب ألا يطال غير ذلك الفرد الذي يقدم على ارتكابها.¹⁸⁹ هذا يعني أن أي فرد يقع في قبضة العدو يجب أن يخضع لتحقيق مستقل يخص وضعه، وذلك على أساس كل حالة على حدة.¹⁹⁰ ففي تقرير غولدستون، اعتبرت بعثة تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة أن

¹⁸¹ Al-Zoughbi, *supra* note 29 at 177.

¹⁸² Nathan J. BROWN, "The Hamas-Fatah Conflict: Shallow but Wide" (2010) 34 The Fletcher Forum of World Affairs 35.

¹⁸³ تقرير غولدستون، الحاشية 34 أعلاه، الفقرة 307.

¹⁸⁴ Sandesh SIVAKUMARAN, "Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War" (2011) 93 International Review of the Red Cross 463 at 468.

¹⁸⁵ تقرير غولدستون، الحاشية 34 أعلاه، الفقرات 79-81.

¹⁸⁶ قضية عمليات القتل المستهدف، الحاشية 55 أعلاه، 522.

¹⁸⁷ Pulido, *supra* note 62 at 273.

¹⁸⁸ Marco SASSOLI, "La 'Guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre" (2001) 39 Canadian Yearbook of International Law 211.

¹⁸⁹ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1026.

¹⁹⁰ Stephen C. NEFF, *War and the Law of Nations: A General History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) at 392.

الجندي الإسرائيلي الأسير، جلعاد شاليط، أسير حرب على الرغم من أن الموقف الذي تبنته البعثة كان يرى أن الجيش الإسرائيلي قد أخلّ بطائفة من القواعد المستقرة في القانون الدولي الإنساني.¹⁹¹ بالمثل، دعا البرلمان الأوروبي أسري شاليط إلى معاملته كأسير حرب، في الوقت الذي أدان فيه انتهاكات إسرائيل للقانون الإنساني.¹⁹²

يبين هذا العرض أن أفراد حركات المقاومة الفلسطينية ينتسبون في جلهم إلى قوات منظمة تمثل لقوانين الحرب وأعرافها. فإذا كان الحال كذلك، فإنه يجب معاملتهم معاملة أسرى الحرب عند وقوعهم في الأسر لدى السلطات الإسرائيلية.¹⁹³

5- ملاحظات ختامية

يتبين مما سبق أن الشروط الأربعة التي تقررها المادة 4 من اتفاقية جنيف الثالثة لأسرى حركات المقاومة تسري على المقاتلين للذين يقاومون قوات الاحتلال في دولة فلسطين لذلك، يجب معاملة هؤلاء الأفراد في حالة القبض عليهم معاملة أسرى الحرب، ولا سيما عقب انضمام فلسطين إلى الاتفاقية الثالثة في العام 2014. أما «في حالة وجود أي شك بشأن انتماء أشخاص قاموا بعمل حربي وسقطوا في يد العدو إلى إحدى الفئات المبينة في المادة 4»، فبموجب أحكام المادة 5 من الاتفاقية الثالثة، «يتمتع هؤلاء الأشخاص بالحماية التي تكفلها هذه الاتفاقية [الثالثة] لحين البت في وضعهم بواسطة محكمة مختصة». فلا تملك إسرائيل، ولا أي سلطة قائمة بالاحتلال، «الصلاحية القانونية بأن تقرر من جانب واحد وجود شك بشأن تمتع مجموعة من الأشخاص بصفة أسرى الحرب بسبب مشاركتهم في الأعمال العدائية».¹⁹⁴ في هذا الصدد، يجب أن تتسم المحكمة المختصة بتحديد الوضع القانوني للأسرى «بالنزاهة والفعالية».¹⁹⁵ هذا ما لا يتوافر في المحاكم الإسرائيلية التي تعتبر منحازة وتعمل كما لو كانت «الذراع القضائي للاحتلال».¹⁹⁶ فهذه المحاكم، التي تطوع تفسير القانون الدولي وتكيفه «على نحو يفي باحتياجات الدولة حصراً»،¹⁹⁷ لا يمكنها أن تقرر مصير المواطنين الفلسطينيين الذين يقعون في الأسر.¹⁹⁸

لكن لو سلمنا جدلاً أن للمحاكم العسكرية الإسرائيلية حق البت في مصير الأسرى الفلسطينيين، «يجب أن تتوافق أصول المحاكمات المرعية...ببلد الدرجة الأولى وفي الحد الأدنى مع القواعد ذات الصلة من اتفاقية جنيف الرابعة».¹⁹⁹ في جميع الأحوال، فإن أوجه الحمالية التي تؤمنها المادة 75 من البروتوكول الأول تعد منطبقة كحد أدنى لا يجوز النزول عنه كونها «تعد حالياً جزءاً من القانون الدولي العرفي».²⁰⁰

¹⁹¹ تقرير غولدستون، الحاشية 34 أعلاه، الفقرة 285.

¹⁹² European Parliament, *Resolution on the Case of Gilad Shalit* (B7-0171/2010).

¹⁹³ Dugard, *supra* note 52 at 3.

¹⁹⁴ Yasmin NAQVI, "Doubtful Prisoner-of-War Status" (2002) 84 *International Review of the Red Cross* 571 at 574-5.

¹⁹⁵ المرجع السابق، 579، في معرض الإشارة إلى ممارسة الولايات المتحدة في فينتام.

¹⁹⁶ Sharon WEILL, "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories" (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 395.

¹⁹⁷ Pulido, *supra* note 62 at 288. Also Azarova, *supra* note 104.

¹⁹⁸ Nery RAMATI, "The Rulings of the Israeli Military Courts and International Law" (2020) 25 *Journal of Conflict and Security Law* 149.

¹⁹⁹ Naqvi, *supra* note 194 at 581.

²⁰⁰ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1048.

في ضوء ما تقدم، يمكن تصور إحالة تقرير وضع الأسرى الفلسطينيين إلى هيئة تتحلى بالنزاهة، من قبيل اللجنة الدولية للصليب الأحمر،²⁰¹ أو محكمة تشكلها دولة محايدة، أو محكمة دولية مثل المحكمة الجنائية الدولية.²⁰² فقد أصبح الخيار الأخير خياراً معقولاً بعدما انضمت فلسطين إلى نظام روما الأساسي في العام 2015.²⁰³ في الواقع، لا يجوز أن يبقى الفلسطينيون تحت رحمة أسريهم، و«كلما ثارت الشكوك، ينبغي أن منح الحماية الدولية، بمعنى منح المحتجزين وضع أسرى الحرب وأن يكون لذلك الأسبقية على قوانين العقوبات المحلية... وهذا مثال واضح على حالة يجب فيها على الدول الأطراف في اتفاقية جنيف الثالثة أن تمارس الضغط من أجل ضمان التقيد بأحكامها».²⁰⁴

ثالثاً- حالة الهبة الشعبية (المشاركة في المقاومة غير المنظمة)

تعتبر اتفاقية جنيف الثالثة أسرى حرب كل ممن يلي في حال وقوعهم في الأسر:

سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، شريطة أن يحملوا السلاح جهراً وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها.²⁰⁵

يتعلق هذا الحكم بالمدينين الذين يقاتلون القوات الغازية قبل أن تبسط سيطرتها على أرض بعينها، أو ما يعرف قانونياً بـ"حالة الهبة الشعبية".²⁰⁶ فحسب شرح اللجنة الدولية للصليب الأحمر، «يشير هذا إلى حالة الهبة الشعبية. فالعدو مجبر على الاعتراف بوضع المحاربين... حتى لو لم يتح لهم الوقت لتشكيل صفوفهم في وحدات مسلحة نظامية».²⁰⁷ جرى تقنين هذه القاعدة، التي ورد الاعتراف بها بوصفها قانوناً عرفياً، في المادة 2 من لائحة لاهاي: «سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو، لمقاومة القوات الغازية... يعتبرون محاربين». فعلى الرغم من أن هذه الفئة من الأشخاص (التي تسمى *levée en masse* وتعني الهبة الشعبية أو المقاومة غير المنظمة) تشكل شريحة من السكان المدينين، إلا أنه يجب معاملتهم معاملة أسرى الحرب في حال وقوعهم في الأسر لدى قوات العدو الغازية.

ربما تعد المقالة التي نشرتها إميلي كروفورد، وعنوانها «تتبعُ النشأة التاريخية والقانونية للمشاركة في الهبة الشعبية في قانون النزاعات المسلحة»، أشمل مرجع يتناول المشاركة في الهبة الشعبية.²⁰⁸ ففي محاولة منها لإنكار تمتع من يشاركون في الهبة الشعبية بوضع أسرى حرب، تتبّع كروفورد هذا الموضوع من الحقبة التي تلت النزاعات التي

²⁰¹ Howard S. LEVIE, "Compliance by State with the 1949 Geneva Prisoner of War Convention" (1974) 6 Army Lawyer 1 at 4,

حيث يستشهد بتدخل اللجنة في قضية الأسرى السوريين والإسرائيليين الذي وقعوا في الأسر في أثناء حرب العام 1973.

²⁰² Pulido, *supra* note 62 at 287.

²⁰³ Mutaz M. QAFISHEH, "Nationalizing International Criminal Law in Palestine: The Challenge of Complementarity" (2016) 27 Hague Yearbook of International Law 165.

²⁰⁴ Pulido, *supra* note 62 at 284.

²⁰⁵ المادة 4(ألف)(6).

²⁰⁶ UK Joint Doctrine and Concepts Centre, *supra* note 173 at 45.

²⁰⁷ Pictet, *supra* note 108 at 48.

²⁰⁸ Emily CRAWFORD, "Tracing the Historical and Legal Development of the Levée En Masse in the Law of Armed Conflict" (2017) 19 Journal of the History of International Law 329.

سادت الثورة الفرنسية في وقت مبكر يرجع إلى العام 1793، مروراً بتقنين هذا المفهوم في مدونة لبير سنة 1863 وإعلان بروكسل الصادر في العام 1874 ودليل أوكسفورد بشأن قوانين الحرب البرية لسنة 1888، ولوائح لاهاي الصادرة في العام 1899 و1907 ولتفاقيات جنيف التي صدرت في 1929 و1949 وحتى عهد قريب. مع ذلك، تشوب هذه مقالة كروفورد تناقضات متعددة وتتسم الاستنتاجات التي تخلص إليها بقدر لا يستهان به من التضليل والأخطاء.

فبينما ترى كروفورد أن فكرة المشاركة في الهبة الشعبية لم تعد سارية، فهي تستشهد بعدد وافر من المصادر التي تؤكد وجود هذه الفكرة نفسها: وهي الأدلة العسكرية المحلية التي تعتمدها 29 دولة، والتعليقات الصادرة عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والأعمال التحضيرية لطائفة متنوعة من نصوص القانون الدولي، وقضايا المحاكم والكتابات ذات الصلة (منها مثلاً الأبحاث التي قام بها كل من الأساتذة غرينسبان وريبوس وسوليس). تؤكد كروفورد الحجة التي تسوقها في مواجهة الأدلة الدامغة التي تعارضها وتناهضها، وتكاد تدعو الشعوب التي ترزح تحت نير الاحتلال إلى الاستسلام لمن يحتلها والانقياد له بسبب القوة الهائلة التي يملكها الطرف الخصم، حسب الادعاء الذي تسوقه. مع ذلك، فإن الأدلة التي تسوقها هي ذاتها تثبت الأهمية التي لا تزال تكتسبها فكرة المشاركة في المقاومة غير المنظمة أو ما يعرف بالهبة الشعبية كما سنبين تباعاً.

تأسيساً على ما تقدم، فإن المسألة المهمة هنا هي إدراك المعنى الدقيق للمصطلحات التي يتكون منها تعريف حالة الهبة الشعبية، وهي تحديداً: «الأراضي»، و«غير المحتلة»، و«من تلقاء أنفسهم»، و«السلاح»، و«القوات الغازية»، و«الوقت»، و«يحملوا السلاح»، و«جهراً»، و«يراعوا قوانين الحرب وعاداتها»، و«يهبون أو ينتفضون»، و«مشاركة» و«هبة شعبية». إن كل كلمة يستند إليها هذا المفهوم على الوجه الذي يرد تعريفه في المادة 4(ألف)(6) من الاتفاقية الثالثة يستدعي المزيد من البحث. فهذه الفكرة والآثار القانونية التي تترتب عليها لا تزال بعيدة كل البعد عن وضوح معناها كما يدعي البعض. فتستوجب فكرة المشاركة في المقاومة غير المنظمة إخضاعها للتحليل في ضوء المبادئ الأعم التي ترسيها قواعد القانون الدولي، وليس أقلها الحق في الدفاع عن النفس (على الصعيدين الفردي والجماعي)،²⁰⁹ والحق في تقرير المصير، والحق في مقاومة الهيمنة الاستعمارية والاحتلال الأجنبي، ومشروعية الاحتلال أو انعدام مشروعيته (ما إذا كان الاحتلال جائزاً بموجب ميثاق الأمم المتحدة، ولا سيما على أساس تفويض صادر عن مجلس الأمن، مثلاً)، ومعايير حقوق الإنسان، وممارسات الدول ذات العلاقة والأحكام القضائية اللاحقة التي تصدر عن المحاكم المحلية والعالمية. فيجب استيعاب هذه القواعد في سياق كل حالة بعينها، وألا يقتصر ذلك على الحالة العامة التي يشهدها نزاع أو موقع محتل بذاته، بل يمتد أيضاً إلى كل حادث وحتى إلى كل فرد يقع في الأسر في هجوم بمفرده. هذا هو ما نسعى إلى تناوله وبيانه في هذه الدراسة المقتضبة من خلال الوقوف على مسألة الفلسطينيين الذين يشاركون في المقاومة غير المنظمة (الهبة الشعبية).

مما تجدر ملاحظته في هذا المقام، العشرات من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الحق الواجب لأبناء الشعب الفلسطيني في تقرير مصيرهم والصفة القانونية التي تكتسبها مقاومتهم «بكل ما في متناولهم من

²⁰⁹ Themis TZIMAS, "Self-Defense by Non-State Actors in States of Fragmented Authority" (2019) 24 Journal of Conflict and Security Law 175.

وسائل متماشية مع ميثاق الأمم المتحدة»،²¹⁰ بما فيها الكفاح المسلح.²¹¹ فمن غير المعقول أن تؤكد الجمعية العامة السمة القانونية التي تسم كفاح الشعوب، ثم تعتبر أن أولئك الذين يقاومون القوات الغازية مجرمين يقتضي الواجب ملاحقتهم بسبب هذه الأعمال. فيجيز القانون الدولي للمدنيين أن يخوضوا القتال في مواجهة «التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي... في ممارستهم لحق الشعوب في تقرير المصير»، حسبما تنص عليه المادة 1(4) من البروتوكول الأول. وقد وردت الإشارة في هذا السياق المحدد إلى أن «عبارة 'الاحتلال الأجنبي' إنما طُرحت بقصد توسيع نطاق تطبيق البروتوكول الأول كي يشمل النزاع الدائر بين إسرائيل والشعب العربي الفلسطيني».²¹² فلا يقتصر الأمر على أن إسرائيل ليس في وسعها، بموجب القانون الدولي، أن تعامل هؤلاء الأفراد بوصفهم مجرمين، بل إنه يجوز كذلك إخضاع قادتها و«قضاتها» الذين يحبسون المدنيين الفلسطينيين للمساءلة والمحاسبة على تنفيذ أعمال غير مشروعة يعاقب عليها بموجب نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.²¹³

بموجب اتفاقيات أوسلو، انسحبت قوات الاحتلال الإسرائيلية من بعض المناطق الفلسطينية (وخاصة من المنطقة (أ)) في الضفة الغربية وسلمت إدارتها للسلطة الفلسطينية على مدى الفترة الواقعة بين العامين 1994 و1997. كما انسحبت إسرائيل من غزة في العام 2005.²¹⁴ على الرغم من إعادة احتلال تلك المناطق (وخاصة المنطقة (أ)) فيما عرف «بعملية السور الواقية» خلال العام 2002، فهي لا تشهد وجوداً دائماً للقوات الإسرائيلية فيها، بل تخضع لسيطرة السلطة الفلسطينية. مع ذلك، كثيراً ما تقتحم القوات الإسرائيلية هذه المناطق من أجل اعتقال أفراد، أو تنفيذ عمليات عسكرية أو إعادة بسط سيطرتها على بقاع بعينها من أجل تأمين الحماية للمستوطنين الإسرائيليين. في أثناء هذه الاقتحامات، يواجه المحتلون المقاومة الشعبية في أحيان ليست بالقليلة، وخصوصاً في المخيمات والأحياء المكتظة بالسكان، الذين يهبون في وجه قوات الاحتلال بين الفينة والفينة. فتأسر سلطات الاحتلال عدداً كبيراً من هؤلاء الأفراد. يجب اعتبار الأشخاص الذين يلقي القبض عليهم وهم يقاومون القوات التي تغزو أي مدينة أو قرية أو مخيم أسرى حرب،²¹⁵ ما داموا يحملون السلاح جهاراً نهاراً ويراعون قوانين الحرب وأعرافها.

لا يخفى أن مفهوم المشاركة في الهيئة الشعبية يقتصر على الأقاليم التي لم تقع تحت نير الاحتلال بعد. فالمادة 2 من لائحة لاهاي تضع معيارين رئيسيين «للمشاركة في الهيئة الشعبية»: أن تكون «الأراضي غير محتلة» وألا يتوفر لدى السكان «الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية طبقاً لأحكام المادة 1».²¹⁶ كما يندرج هذان الشرطان ضمن اتفاقية جنيف الثالثة. ففي تعليق اللجنة الدولية للصليب الأحمر، يرد التوكيد على أنه:

²¹⁰ «أهمية الأعمال العالمي لحق الشعوب في تقرير المصير والإسراع في منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة بالنسبة لضمان ومراعاة حقوق الإنسان على الوجه الفعال»، الجمعية العامة للأمم المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة A/RES/2787 (1971)، الفقرة 1.

²¹¹ المرجع السابق، الفقرتان 2، 5.

²¹² Nissim BAR-YAACOV, "Some Aspects of Prisoner-of-War Status According to the Geneva Protocol I of 1977" (1985) 20 Israel Law Review 243 at 247.

²¹³ Mutaz M. QAFISHEH, "Palestinian Prisoners in Israel versus Namibian Prisoners under the Apartheid: A Potential Role for the International Criminal Court" (2016) 20 International Journal of Human Rights 798.

²¹⁴ Sylvain VITE, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations" (2009) 91 International Review of the Red Cross 69 at 83-5.

²¹⁵ W.G. RABUS, "A New Definition of the 'Levée en Masse'" (1977) 24 Netherlands International Law Review 232.

²¹⁶ تشير المادة 1 إلى الجيوش والوحدات المتطوعة، التي تنظمها قواعد أخرى.

لا يمكن اعتبار أن المشاركة في الهبة الشعبية موجودة إلا في غضون فترة قصيرة للغاية، أي أثناء فترة الغزو الفعلي. ففي حال استمرت المقاومة، يجب على السلطة التي تقود السكان الذين حملوا السلاح أو السلطة التي يدينون لها بالولاء أن تستبدلهم من خلال إرسال وحدات نظامية، أو يجب عليها أن تدمجهم في قواتها النظامية.²¹⁷

بخلاف ذلك، لا يمكن توصيف هؤلاء المدنيين الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم بعدما يكرس العدو احتلاله على أنهم أسرى حرب لغايات المادة 4(ألف)(6).²¹⁸

مع ذلك، يبدو أن مصطلح «الاحتلال» يُستخدم في المادة 4(أ)(6) من اتفاقية جنيف الثالثة بمعنى غير فني. فقد يعني «غزو» أو «دخول» قطاعات معينة داخل جزء من موقع محتل، دون أن ينحصر في الاحتلال الكامل الذي يطال دولة أو منطقة ما.²¹⁹ يمكن استخلاص هذا التفسير من المادة 51 من مدونة ليبير المؤرخة في 23 نيسان/أبريل 1863، التي نصت على أنه:

إذا ثار سكان ذلك الجزء [التوكيد مضاف] من البلد المغزوّ الذي لم يحتله العدو بعد، أو سكان البلد بأكمله، عند اقتراب جيش معاد، في حالة هبة شعبية مفوضة حسب الأصول لمقاومة الغزاة، فيعاملون والحالة تلك معاملة عامة الأعداء، وإذا تم القبض عليهم، فهم أسرى حرب.²²⁰

لم يحدد مفهوم المشاركة في الهبة الشعبية، على الوجه الذي نصت عليه المادة 10 من إعلان بروكسل المؤرخ في 27 آب/أغسطس 1874²²¹ والذي كان له تأثيره في المادة 4(أ)(6) من الاتفاقية الثالثة، ما إذا كان «الاحتلال» أو «الغزو» هنا يشير إلى غزو أولي أو إلى غزو من احتلال قائم. على أن الموفدين الذين تداولوا المسودة المذكورة للمادة 10 أبدوا رأيين. فقد حصر فريق منهم التعريف في الاحتلال الأولي، على حين أراد الفريق الآخر أن يكون المفهوم واسعاً بدرجة كافية تشمل «أي مواطن يقدم، بدافع من حبه لوطنه، على حمل السلاح ضد العدو».²²² أُدرجت عبارة «احترام قوانين الحرب وأعرافها»، باعتبارها شرطاً للقتال الذي يكفل لصاحبه التمتع بوضع أسير الحرب، من أجل تمييز أولئك الذين يقاثلون في سبيل الدفاع عن أرضهم عن المجرمين العاديين الذين يحملون السلاح «بوصفهم قطاع طرق أو لصوصاً».²²³ فقد أحسن ناغفي عندما استنتج أن اتفاقية جنيف الثالثة «فُسرّت ... كما لو أنها تنشئ افتراضاً مفاده أن الأفراد الذين يقعون في الأسر في منطقة حرب إنما هم أسرى حرب».²²⁴ كما أوجزت اللجنة الدولية للصليب الأحمر، في التعليق الذي وضعت عليه الاتفاقية الثالثة في العام 2020، النقاش الذي دار حول هذا المفهوم بإشارتها إلى أن المشاركة في الهبة الشعبية «قد تقوم في أي بقعة في الإقليم الذي لم يجرِ احتلاله بعد، أو في منطقة فقدت السلطة السابقة زمام السيطرة على إدارتها وغدت تسعى إلى استعادة سيطرتها».²²⁵

²¹⁷ Pictet, *supra* note 108 at 68.

²¹⁸ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1064.

²¹⁹ Morris GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare* (Los Angeles: University of California Press 1959).

²²⁰ Francis LIEBER, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (New York: D. Van Nostrand, 1863) at 16.

²²¹ *Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War*, Adopted by the Conference of Brussels (27 August 1874) at art. 10.

²²² Tracey DOWDESWELL, "The Brussels Peace Conference of 1874 and the Modern Laws of Belligerent Qualification" (2017) 54 Osgoode Hall Law Journal 805 at 835.

²²³ Lieber, *supra* note 220, art. 52.

²²⁴ Naqvi, *supra* note 194 at 575, referring to the New Zealand and Australia military manuals.

²²⁵ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131, at para. 1065.

شهدت فلسطين هبات من المقاومة غير المنظمة ضد الغزاة منذ العام 1917. ولم يزل الفلسطينيون يشاركون في هذه الهبات منذ بداية الاحتلال الإسرائيلي حتى الوقت الحاضر.²²⁶ ففي شهر حزيران/يونيو 1967، شهدت شوارع القدس هبات العشرات من أبناء المدينة الذين حملوا أسلحتهم الشخصية من تلقاء أنفسهم لمقاومة الغزو الإسرائيلي.²²⁷ بينما قُتل الكثير من هؤلاء السكان،²²⁸ وقع آخرون في الأسر.²²⁹ دفع هذا الحال محكمة إسرائيلية في العام 1969 إلى النظر إلى الأشخاص المتهمين باعتبارهم أسرى حرب استناداً إلى مشاركتهم في حالة الهبة الشعبية. فخلصت المحكمة إلى أن المنطقة التي أُلقي القبض فيها على المتهمين كانت تخضع للسيطرة الإسرائيلية. كما صرحت المحكمة أن القوات «من المؤكد أنها لم تكن تغزو مناطق جديدة، وأنه لا يمكن أن يكون ثمة أدنى شك في أن 'السكان' أُتيح لهم الوقت خلال الفترة الممتدة من يوم 5 حزيران/يونيو 1967 حتى شهر تشرين الأول/أكتوبر لتنظيم أنفسهم في وحدات مسلحة نظامية».²³⁰ لذلك، كانت هذه المحكمة، مبدئياً، على استعداد في ذلك الحين لتوصيف أولئك الذين شاركوا في أعمال المقاومة التي اكتست طابعاً غير نظامي على أنهم أسرى حرب.

اعتُقل عشرات الآلاف من الفلسطينيين وهم يقاومون القوات الإسرائيلية، ولا سيما في أثناء الانتفاضة الأولى (1987-1993) والانتفاضة الثانية (2000-2005). ولا يزال الآلاف من هؤلاء رهن الأسر لدى إسرائيل، وتشير التقديرات إلى أن عدد من أودعتهم إسرائيل في سجونها منذ العام 1967 يزيد عن 800,000 فلسطيني.²³¹ ففي العام 2002، مثلاً، «أسفرت الهجمات الإسرائيلية على المدن الفلسطينية... في عملية الدرع الواقي وما تلاها من عمليات عسكرية في الضفة الغربية عن عمليات اعتقال واحتجاز واسعة النطاق. ففي الفترة بين 29 آذار/مارس و5 أيار/مايو وحدها، اعتقل نحو 7,000 فلسطيني».²³² كما «احتجز ما بين 1,100 و1,500 فلسطيني... وقد اعتقلوا، في عمومهم، إما خلال الاشتباكات وإما بذريعة مشاركتهم المزعومة في الاشتباكات»،²³³ وذلك من يوم 12 حزيران/يونيو حتى منتصف شهر آب/أغسطس 2014.

²²⁶ رشيد الخالدي، حرب المئة عام على فلسطين: قصة الاستعمار الاستيطاني والمقاومة 1917-2017، ترجمة عامر شيخوني (بيروت: الدار العربية للعلوم ناشرون، 2021).

²²⁷ Jamal R. NASSAR, "The Culture of Resistance: The 1967 War in the Context of the Palestinian Struggle" (1997) 19 Arab Studies Quarterly 77 at 83-5.

²²⁸ Kathleen CAVANAUGH, "The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza" (2007) 12 Journal of Conflict and Security Law 197 at 221,

تشير المؤلفة إلى أن 3,185 مدنياً فلسطينياً، من بينهم 645 قاصراً، قُتلوا على يد القوات الأمنية الإسرائيلية في الفترة الممتدة بين العامين 2000 و2005. كما أُجري 132 تحقيقاً في هذه الفترة نفسها، بيد أنها لم تسفر سوى عن إدانة سبعة جنود.

²²⁹ Naseer H. ARURI, "Resistance and Repression: Political Prisoners in Israeli Occupied Territories" (1978) 7 Journal of Palestine Studies 48.

²³⁰ قصية قاسم، الحاشية 37 أعلاه، 776.

²³¹ Addameer Prisoner Support and Human Rights Association, "General Briefing: Palestinian Political Prisoners in Israeli Prisons" *Addameer Prisoner Support and Human Rights Association* (2014), online: Addameer https://www.addameer.org/advocacy/briefings_papers/general-briefing-palestinian-political-prisoners-israeli-prisons-0.

²³² «مسألة انتهاك حقوق الإنسان في الأراضي العربية المحتلة، بما فيها فلسطين»، تقرير المقرر الخاص للجنة حقوق الإنسان، السيد جون دوغارد، بشأن حالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية التي تحتلها إسرائيل منذ العام 1967، المقدم بموجب قرار اللجنة 2/1993/2 ألف و8/2002، وثيقة الأمم المتحدة E/CN.4/2003/30، الفقرة 12.

²³³ *Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Human Rights Council Resolutions S-9/1 and S-12/1, UN Doc. A/HRC/28/80/Add.1 (2014), at 5-6.

كان العشرات ممن وقعوا في الأسر مدنيين حملوا السلاح على الملأ في سبيل مقاومة القوات الغازية. فقد استخدموا الأسلحة الرشاشة أو الزجاجات الحارقة أو القنابل أو السكاكين أو الحجارة. لذلك نجد أن مسألة المشاركة في الهبة الشعبية تجد عادة مكانا لها «في منطقة مأهولة حيث تكتسب الوسائل البدائية شيئا من القيمة فيها».²³⁴ كمثل على ذلك، قتل الجندي الإسرائيلي رونين لوبارسكي في يوم 26 أيار/مايو 2018 بعدما ألقى لوح من الرخام على رأسه في أثناء غزو مخيم الأمعري في رام الله.²³⁵ وفي يوم 13 حزيران/يونيو 2018، اعتقل الجيش الإسرائيلي إسلام أبو حميد الذي وُجّه إليه الاتهام بتنفيذ هذا الهجوم.²³⁶ حكمت محكمة إسرائيلية على هذا الرجل بالسجن المؤبد في يوم 21 تموز/يوليو 2019.²³⁷ كما وقعت حالة مشابهة في يوم 12 أيار/مايو 2020، عندما أصيب جندي إسرائيلي في رأسه بحجر ومات في قرية يعبد بالضفة الغربية أثناء غزو عسكري شهدته القرية لاعتقال مجموعة من النشطاء.²³⁸ أعقب ذلك شن حملة اعتقالات في محاولة للعثور على من نفذوا الهجوم، واتهمت المخابرات الإسرائيلية رجلاً اسمه نظمي أبو بكر، ويبلغ من العمر 49 عاماً، بإلقاء الحجر الذي تسبب في مقتل الجندي.²³⁹ تثبت هذه الشواهد أن سلطات الاحتلال لا تسبغ وضع أسرى الحرب على أولئك الذين يقاومون عمليات الغزو من تلقاء أنفسهم، وهو ما ينطوي على تعارض واضح مع المادة 4(أ)(6) من اتفاقية جنيف الثالثة.

لستقطب مفهوم المشاركة في الهبة الشعبية تفسيرات عدة يمكن توسيع مداها لتضم أي شخص «حمل السلاح ضد العدو بدافع من حبه لوطنه».²⁴⁰ ففي نهاية المطاف، لا يمكن النظر إلى أولئك الذين يقاومون سلطات الاحتلال كما لو أنهم مجرمين يستخدمون القوة لغايات تحقيق مكاسب شخصية مثل حال المجرمين العاديين. فالجناة الذين يُلقى القبض عليهم هم من تسري اتفاقية جنيف الرابعة عليهم. لذلك تخصص المادة 76 وضع «المعتقلين» «للأشخاص المحميين المتهمين بارتكاب جرائم»، على حين تذكر المادة 77 «الأشخاص الذين اتهموا بارتكاب جرائم أو أدانتهم المحاكم في الأراضي المحتلة». تنطوي «الجرائم» على «الجنليات» التي تقترف بحق المجتمع في المواقع التي تقع تحت الاحتلال، وليس بحق من يقوم بالاحتلال. لهذا السبب، يتعين على السلطة القائمة بالاحتلال أن تسلّم المتهمين أو المدانين «مع الملفات المتعلقة بهم، عند انتهاء الاحتلال، إلى سلطات الأراضي المحررة».²⁴¹ فتكمن الغاية المتوخاة من تسليم الأشخاص

²³⁴ Pictet, *supra* note 108 at 68.

²³⁵ Stuart WINER, "IDF Raids Palestinian Refugee Camp Where Soldier Was Killed" *The Times of Israel* (28 May 2018), online: The Times of Israel.

²³⁶ Anna AHRONHEIM and Herb KEINON, "Palestinian Who Killed Soldier with Marble Slab Arrested by Shin Bet", *The Jerusalem Post* (13 June 2018), online: The Jerusalem Post: <https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/shin-bet-army-arrest-palestinian-who-killed-20-year-old-elite-idf-soldier-559826>.

²³⁷ Michael BACHNER, "Palestinian Gets Life Sentence for Killing IDF Soldier with Stone Slab Last Year", *Times of Israel* (22 July 2019), online: *Times of Israel* <https://www.timesofisrael.com/idf-raids-palestinian-refugee-camp-where-soldier-was-killed/>.

²³⁸ David HALBFINGER, "Israeli Soldier Is Killed in West Bank as Tensions Rise Over Annexation Push", *The New York Times* (12 May 2020), online: *The New York Times* <https://www.nytimes.com/2020/05/12/world/middleeast/israel-soldier-killed-west-bank.html>.

²³⁹ Hagar SHEZAF, "Shin Bet Arrests Palestinian Suspected of Killing Israeli Soldier in West Bank" *Haaretz* (7 June 2020), online: *Haaretz* <https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-shin-bet-announces-arrest-of-palestinian-suspected-of-killing-of-israeli-soldier-1.8903694>.

²⁴⁰ Dowdeswell, *supra* note 222 at 835.

²⁴¹ اتفاقية جنيف الرابعة، الحاشية 5 أعلاه، المادة 77.

المعتقلين المتهمين والسجناء المدانين، حسبما يقتضي المنطق، في استكمال التحقيق مع المعتقلين قيد المحاكمة وتنفيذ الأحكام الجنائية بحق المدانين.²⁴²

على أية حال، فلا يمكن قبول تصنيف المقاتلين المدنيين الفلسطينيين بوصفهم «مقاتلين غير شرعيين». فهذه المعاملة تخالف قواعد القانون الدولي الإنساني الذي يخلو من هذا التصنيف، حسبما بينا أعلاه.²⁴³ فقد لاحظ مارتن شاينين، مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، أن تعريف «المقاتل غير الشرعي» الوارد في القانون الإسرائيلي لسنة 2002، والذي حذا حذو النموذج الأمريكي في معاملة أسرى حركة طالبان والقاعدة في أعقاب هجمات الحادي عشر من أيلول/سبتمبر 2001،²⁴⁴ «يشمل أشخاصاً شاركوا 'بشكل غير مباشر' في أعمال عدائية ضد دولة إسرائيل».²⁴⁵ كما «يظل هذا المصطلح الأخير غير محدد ولذا يفتح المجال لإساءة المعاملة ولا يتماشى مع مبدأ الشرعية».²⁴⁶ لذلك تفتقر التشريعات وأحكام المحاكم الإسرائيلية التي تعامل الفلسطينيين الذين يستهدفون القوات المسلحة معاملة «الإرهابيين» أو «المقاتلين غير الشرعيين» إلى أي أساس قانوني دولي تستند إليه.

في المحصلة، يندرج الأفراد الفلسطينيون الذين يشاركون في المقاومة المسلحة في إطار الهبة الشعبية كجماعات غير منظمة من أجل مواجهة عمليات الغزو العسكري أو الذين يشاركون في القتال بناءً على مبادراتهم الفردية بدافع من حبهم لوطنهم وبغية الدفاع عن أرضهم التي يجري احتلالها أو المحررة ضمن تعريف المشاركة في الهبة الشعبية عملاً بأحكام القانون الدولي الإنساني. لذلك يجب معاملتهم معاملة أسرى الحرب ما داموا يحملون السلاح ويحترمون قوانين الحرب وأعرافها.

رابعاً- النشاط السياسي

دأبت سلطات الاحتلال الإسرائيلية على اعتقال النشطاء الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية، كالصحفيين والمدافعين عن حقوق الإنسان والمنتسبين إلى الفصائل وأعضاء البرلمان المنتخبين والأكاديميين والوزراء. فقد أشار أحد خبراء

²⁴² Jean PICTET, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958) at 366.

²⁴³ Knut DORMANN, "The Legal Situation of 'Unlawful/Unprivileged Combatants'" (2003) 85 *International Review of the Red Cross* 45; Manooher MOFIDI and Amy E. ECKERT, "Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels" (2004) 36 *Cornell International Law Journal* 59; Terry GIL and Elies VAN SLIEDREGT, "Guantanamo Bay: A Reflection on the Legal Status and Rights of Unlawful Enemy Combatants" (2005) 1 *Utrecht Law Review* 28.

²⁴⁴ Rosemary RAYFUSE and Kara ILAND, "Undoing the Done: Implications of the Denial of Prisoner of War Status to Guantanamo Bay Detainees" (2002) 2 *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law* 99; Neil MCDONALD and Scott SULLIVAN, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the 'War on Terror'" (2003) 44 *Harvard International Law Journal* 301; Derek JINKS, "The Declining Significance of POW Status" (2004) 45 *Harvard International Law Journal* 367; Robert J. DELAHUNTY and John YOO, "Statehood and the Third Geneva Convention" (2006) 46 *Virginia Journal of International Law* 131; Curtis BRADLEY, "The United States, Israel & Unlawful Combatants" (2009) 12 *Green Bag* 397.

²⁴⁵ «تعزيز وحماية جميع حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية»، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب، السيد مارتن شاينين، وثيقة الأمم المتحدة A/HRC/6/17/Add.4، الفقرة 26.

²⁴⁶ المرجع السابق.

الأمم المتحدة للبارزين في هذا الموضوع، في تقرير رفعه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر تشرين الثاني/نوفمبر 2007، إلى أن «45 من بين 132 عضواً في المجلس التشريعي الفلسطيني اتهموا بالانتماء إلى تنظيم محظور أو الانتساب إلى عضويته وهم محتجزون اليوم لدى إسرائيل». ²⁴⁷ حث هذا الخبر على توخي الحذر في هذا المجال «بغية ضمان عدم استخدام مكافحة الإرهاب بشكل واسع كوسيلة للتشويش على وجود الديمقراطية أو تعزيزها». ²⁴⁸ تستند القوات الإسرائيلية، عندما تلقي القبض على هؤلاء الأشخاص، إلى الأوامر العسكرية التي تجيز احتجاز أي شخص يحمل آراءً تتأهض الاحتلال أو ينتمي إلى حزب أو جمعية سياسية أو اجتماعية. ²⁴⁹ فمثلاً، تنص المادة 68 من الأمر العسكري رقم 378 المؤرخ في 20 نيسان/أبريل 1970، ²⁵⁰ على أن «كل من أتى فعلاً يمس أو من شأنه المساس بسلامة الجمهور أو النظام العام يتهم بارتكاب جرم». كما تجيز أوامر عسكرية أخرى إيقاع الاعتقال الإداري على الأفراد، بمن فيهم الأطفال، دون توجيه أي تهمة إليهم أو محاكمتهم. ²⁵¹

هؤلاء الأشخاص مدنيون محميون بموجب اتفاقية جنيف الرابعة. لذلك «يعد جميع الأشخاص الذين ليسوا أفراداً في القوات المسلحة التابعة لطرف في النزاع وليسوا مشاركين في حالة الهبة الشعبية مدنيين». ²⁵² فينبغي ألا يتعرض هؤلاء الأشخاص للاعتقال، إلا في حال إقدامهم على اقتراف جرائم تخل بالتشريعات الجزائية الوطنية. في هذا السياق، تنص المادة 64 من الاتفاقية الرابعة على أنه يجب على السلطة القائمة بالاحتلال أن تحترم التشريعات الجزائية النافذة في الأراضي المحتلة. ومن المبادئ الأساسية التي استقر عليها قانون الاحتلال أن السلطة القائمة بالاحتلال ليست هي صاحبة السيادة على المنطقة التي تقع تحت سيطرتها. ²⁵³ فطبقاً للتعليق الصادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، لا يجوز أن تشكل الصلاحيات التشريعية التي تتولاها قوات الاحتلال وسيلة لاضطهاد السكان المحليين. ²⁵⁴ ينبغي أن يعامل المسألة الأفراد معاملة المدنيين حتى لو كانت الأحزاب التي ينتسبون إليها تدير فروعاً عسكرية. ²⁵⁵ فقد خلصت لجنة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، في القرار الذي اتخذته بشأن المدعين العامين الذين أسرتهم الولايات المتحدة في أثناء غزو غرينادا خلال العام 1983، إلى أن هؤلاء النشطاء لا يزالون مدنيين من وجهة نظر الاتفاقية الرابعة، في ظل الافتقار إلى دليل يثبت أنهم كانوا قد شاركوا في الأعمال العدائية. ²⁵⁶

²⁴⁷ المرجع السابق، الفقرة 27.

²⁴⁸ المرجع السابق.

²⁴⁹ Nadine MARROUSHI, "50 Years of Israeli Occupation: Four Outrageous Facts about Military Order 101" *Amnesty International* (25 August 2017), online: Amnesty International <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2017/08/50-years-of-israeli-occupation-four-outrageous-facts-about-military-order-101/>.

²⁵⁰ الجيش الإسرائيلي، المنشور والأوامر والتعيينات (الصفة الغربية)، رقم 21 (1970)، 733.

²⁵¹ Catherine COOK, Adam HANIEH, and Adah KAY, "Discrimination and Denial, Israel and Palestinian Child Political Prisoners: A Case Study of Israel's Manipulation of the U.N. Human Rights System" (2005) 13 *Palestine Yearbook of International Law* 91; Tomer EINAT, Ofer PARCHEV, and Anat LITVIN, "Who Knows Who Cares for Me: *C'est la Vie*: Abuse of Israeli and Palestinian Prisoners' Human and Medical Rights – A Foucaultian Perspective" (2016) 96 *Prison Journal* 167; Iyad MISK, "The Current Situation and Conditions of Imprisonment of Palestinians in Israeli Prisons and Detention Facilities", UN International Meeting on The Question of Palestine, 7-8 March 2011, at 4.

²⁵² Melzer, *supra* note 130 at 20.

²⁵³ Shawan JABARIN, "The Occupied Palestinian Territory and International Humanitarian Law: A Response to Peter Maurer" (2013) 95 *International Review of the Red Cross* 415 at 421.

²⁵⁴ Pictet, *supra* note 242 at 337.

²⁵⁵ منظمة العفو الدولية، الحاشية 54 أعلاه، 12.

²⁵⁶ *Inter-American Commission on Human Rights, Coard v United States*, Report No. 109/99, Case No. 10.951, (29 September 1999) at para. 60.

يعاقب على الجرائم التي ترتكب في الإقليم المحتل على أساس القانون المحلي للنافذ في ذلك الإقليم. فبينما تفرض العقوبات على الجرائم التي تقع في غزة بموجب قانون العقوبات رقم 74 المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1936 الذي يعود إلى حقبة الانتداب البريطاني،²⁵⁷ تجري المقاضاة على الجرائم في الضفة الغربية بالاستناد إلى قانون العقوبات الأردني رقم 16 المؤرخ في 10 نيسان/أبريل 1960.²⁵⁸ فهذان القانونان ينظمان الجرائم العادية، كالقتل والاعتداء والسرققة والاعتصاب والقذف والتشهير.²⁵⁹ فلا يجوز للسلطة القائمة بالاحتلال أن تسن في الإقليم المحتل تشريعات تغير القانون الساري، فيما عدا نطاق ضيق من الاستثناءات التي تقرها المادة 64 من اتفاقية جنيف الرابعة، والتي لا تتضمن في أي حال من الأحوال ما تقدم ذكره من الأوامر العسكرية الإسرائيلية أو قانون المقاتلين غير الشرعيين. فحسب موقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تتسم الصلاحيات التشريعية الاستثنائية التي تملكها السلطة القائمة بالاحتلال «بطابع تقييدي صارم. فليس في وسع سلطات الاحتلال أن تلغي أو تجمد قوانين العقوبات ولا أن تعطلها لأي سبب من الأسباب ولا تستطيع على وجه الخصوص أن تجعلها متماشية مع مفاهيمها القانونية». ²⁶⁰ فإذا فعلت ذلك، تكون قانونية هذه التشريعات، في هذه الحالة، موضع شك.

تعتبر الأوامر العسكرية الإسرائيلية التي تجرم النشاط السياسي والاجتماعي وتحرمهم من حريتهم غير قانونية. فاحتجاز هؤلاء الأفراد يشكل، على أقل تقدير، اعتقالاً تعسفياً بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، الذي يتكامل مع القانون الإنساني فيما يتعلق بمعايير المحاكمة العادلة لصالح الأشخاص الذين تحتجزهم سلطة الاحتلال.²⁶¹ فوفقاً للقانون الدولي الإنساني، يشكل هذا الاحتجاز بموجب أحكام المادة 147 من اتفاقية جنيف الرابعة «مخالفة جسيمة» تنطوي، من جملة أمور، على «الحجز غير المشروع الذي يطال الشخص المحمي... أو تعمد حرمانه من حقه في أن يحاكم بصورة قانونية وغير متحيزة». في المقابل، توصف هذه المخالفات بموجب نظام روما الأساسي باعتبارها «جرائم حرب»، تشمل في جملتها «تعمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية»²⁶² و«الاحتجاز غير المشروع».²⁶³ يوصف هذا الاحتجاز، في الوقت نفسه، باعتباره «جريمة ضد الإنسانية» تنطوي على «السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي»،²⁶⁴ خصوصاً بالنظر إلى أن هذه الأعمال ترتكب «في إطار هجوم ولسع النطاق أو منهجي موجه ضد لية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم».²⁶⁵ يجعل القرار الصادر عن للدائرة التمهيدية في المحكمة الجنائية الدولية، والمؤرخ في 5 شباط/فبراير 2021، بشأن الحالة في فلسطين،²⁶⁶ وما أعقبه من إعلان المدعية العامة

²⁵⁷ الوقائع الفلسطينية، الملحق 1، العدد 652 (14 كانون الأول/ديسمبر 1936)، 399.

²⁵⁸ الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 1487 (1 أيار/مايو 1960)، 374.

²⁵⁹ Mutaz M. QAFISHEH, "Human Rights Gaps in the Palestinian Criminal System: A United Nations Role?" (2012) 16 The International Journal of Human Rights 358.

²⁶⁰ Pictet, *supra* note 242 at 336.

²⁶¹ Laurent MARCOUX, "Protection from Arbitrary Arrest and Detention under International Law" (1982) 5 Boston College International and Comparative Law Review 345.

²⁶² المادة 8(أ)(2)(6).

²⁶³ المادة 8(أ)(2)(7).

²⁶⁴ المادة 7(1)(ه).

²⁶⁵ الجملة التمهيدية للمادة 7(1) من نظام روما الأساسي.

²⁶⁶ Situation in the State of Palestine, *supra* note 16.

المؤرخ في 3 آذار/مارس 2021 بمباشرة التحقيق في الجرائم التي ارتكبت في فلسطين،²⁶⁷ من اختصاص المحكمة في مسألة الأسرى الفلسطينيين الذين تعتقلهم إسرائيل أمراً مرجحاً أكثر من أي وقت مضى.²⁶⁸ لكن يتجاوز تناول القانون الجنائي الدولي على وجه التفصيل إطار هذا البحث.²⁶⁹

الخاتمة

ينطوي قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن ترقية وضع فلسطين إلى دولة مراقب غير عضو على طائفة واسعة من الآثار التي يفرزها على الصراع الفلسطيني الإسرائيلي، ولا سيما في المجال القانونية. فقد مكن هذا التحرك فلسطين من الانضمام إلى ما يربو على مائة معاهدة، بما فيها صكوك القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وخاصة اتفاقيات جنيف والبرتوكول الأول. وضع هذا الانضمام حداً للجدل الذي كررته إسرائيل نفسها عن وجود دولة فلسطين. وغدت أي شكوك تحوم حول فلسطين بوصفها دولة طرفاً في نزاع مسلح دولي أمراً عفا عليه الزمن.

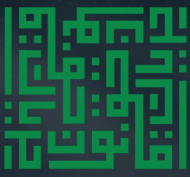
فعقب انضمام فلسطين إلى اتفاقية جنيف الثالثة، أصبح من الواجب معاملة المواطنين الفلسطينيين الذين يشاركون في الأعمال الحربية ويخوضونها ضد السلطة التي تحتل أرضهم معاملة أسرى الحرب كونهم مواطنون في دولة طرف في نزاع مسلح. يندرج هؤلاء الأسرى ضمن ثلاث فئات: أفراد في القوات العسكرية أو الأمنية الرسمية، ومنتسبون إلى جماعات المقاومة على اختلافها، ومنتفضون يقاتلون السلطة القائمة بالاحتلال من تلقاء أنفسهم وعلى أساس فردي دون تنظيم مسبق. على خلاف القواعد المستقرة في القانون الدولي الإنساني، لا تقيم إسرائيل أي تمييز فيما يتعلق بوضع هذه الفئات الثلاث. ففي نظر إسرائيل، يشكل جميع أولئك للذين يقاومون قوات الاحتلال إما «مجرمين» وإما «إرهابيين» وإما «مقاتلين غير شرعيين». لكن لا تستند المعاملة التي تعتمدها إسرائيل من جانب واحد للأسرى الواقعين في قبضتها لأي أساس في القانون الدولي. وقد تفضي هذه الإجراءات التي تنفذها إسرائيل إلى تحريك المسؤولية بناءً على القانون الدولي الجنائي. فيما أن فلسطين غدت دولة طرفاً في نظام روما الأساسي، وبالنظر إلى أن المحكمة الجنائية الدولية قررت في العام 2021 أنها تملك الاختصاص الذي يخولها المقاضاة على الجرائم التي تقع في الأراضي الفلسطينية على وجه الخصوص، يجوز توجيه الاتهام للمسؤولين الإسرائيليين الذين لا يتوانون عن حرمان الفلسطينيين من حريتهم (بمن فيهم الساسة والجيش والقادة ومسؤولو السجون، وحتى بعض المدعين والقضاة الإسرائيليين) بارتكاب جرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية. فقد يشكل مجرد احتجاز أسرى الحرب بعد انقضاء الأعمال العدائية، وبصرف النظر عن ظروف احتجازهم، أساساً لقيام المسؤولية الجنائية الدولية.

²⁶⁷ «بيان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية، فاتو بنسودا، بخصوص الحالة في فلسطين»، المحكمة الجنائية الدولية، (3 آذار/مارس 2021)، على الموقع الإلكتروني: المحكمة الجنائية الدولية <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cour-penale-internationale-fatou-bensouda-concernant-la-1?lang=Arabic>.

²⁶⁸ Mutaz M. QAFISHEH, "What is Palestine? The *de jure* Demarcation of Boundaries for the ICC's *ratione loci* Jurisdiction and Beyond" (2020) 20 International Criminal Law Review 908.

²⁶⁹ William BOURDON, "Jurisdiction of the International Criminal Court over Human Rights Violations Committed by Israeli Forces in the Occupied Territories after July 1, 2002" (2003) 12 Palestine Yearbook of International Law 165; Valentina AZAROV and Sharon WEILL, "Israel's Unwillingness? The Follow-up Investigations to the UN Gaza Conflict Report and International Criminal Justice" (2012) 12 International Criminal Law Review 905; John DUGARD, "Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?" (2013) 11 Journal of International Criminal Justice 563.

يتعارض احتجاز الفلسطينيين الآخرين، ولا سيما الساسة وصناع الرأي، مع القانون الدولي كذلك، ومع قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني، بالنظر إلى أن حرية تكوين الجمعيات وحرية التجمع وحرية التعبير عن الرأي مكفولة في المعاهدات الأساسية لحقوق الإنسان واتفاقيات جنيف التي تعد دولة فلسطين ودولة إسرائيل طرفان فيها، وبما يتمشى أيضاً مع القانون المحلي النافذ في فلسطين. فعلى الرغم من أن الاحتجاز الذي يقع على هذه الشاكلة تنتفي الصفة المشروعة عنه، فإنه يقع على عاتق السلطة المحتجزة واجب يملي عليها معاملة الأسرى على أساس اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة. الاتفاقية الرابعة مكرسة أساساً، في جزء منها، لتنظيم احتجاز وسجن المدنيين الذين يرتكبون جرائم عادية في وقت الاحتلال بغية إخضاعهم للمحاكمة أمام المحاكم المحلية في الإقليم الواقع تحت الاحتلال. فيجب نقل مرتكبي هذه الجرائم، ممن يقعون في قبضة السلطة القائمة بالاحتلال، إلى المحاكم الفلسطينية أو سجونها من أجل الفصل في قضاياهم أو قضاء محكومياتهم داخل المنطقة المحتلة. فعقب انضمام فلسطين إلى اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة، لم يعد في وسع إسرائيل أن تأتي بمسوغ قانوني يبرر تقصيرها في تطبيق إحدى الاتفاقيتين أو كليهما، حسبما يقتضيه الحال، على الأسرى الفلسطينيين.



INDEPENDENT
COMMISSION
FOR HUMAN RIGHTS



Palestine's Accession to Geneva Convention III:

Typology of Captives Incarcerated by Israel

Mutaz M. QAFISHEH | Ihssan Adel MADBOUH
Hebron University, Palestine | Ruhr University Bochum, Germany

2024

This article was published by Cambridge University Press in the Asian Journal of International Law. The translated version into Arabic has been reviewed by the authors. The Independent Commission for Human Rights aims, through preparing and publishing this article and its translated version, to stimulate legal discourse on the matter and present a research perspective from specialized and well-known scholars in the field. The Commission does not bear responsibility for the content of the published material, nor is it necessarily reflective of the Commission's position, as it represents the independent intellectual output of the researchers within the standards of accepted scholarly work and under the review of the journal's editorial board in which the original English version was published.

Abstract

Upon the 2014 State of Palestine's accession to Geneva Convention III, captured Palestinians who took part in belligerent acts against the occupier should be treated as prisoners of war due to the fact that they belong to a party to an armed conflict. These individuals fall under three categories: members of security forces, affiliates of armed resistance groups, and up-risers who fight the occupant spontaneously on individual basis. Contrary to established rules of IHL, Israel does not make any distinction regarding the status of these three types. Unilateral Israeli treatment of its captives does not hold water under international law. Such actions may trigger liability based on international criminal law, particularly as the ICC decided in 2021 that it possesses jurisdiction to investigate crimes occurring in the territory of Palestine. The mere fact of confining prisoners of war after the cessation of hostilities may constitute a ground for criminal prosecution.

By the end of September 2020, there were 4,184 Palestinians held in Israeli custody.¹ As of July 2021, this figure totaled 4,850, with 80 people serving more than 20 years and 544 undergoing life sentences.² These persons have been incarcerated based on the applicable pre-1967 penal and emergency regulations (chiefly British Mandate and Jordanian law) in addition to a series of military orders and other legislation applied by the Israeli military forces in the occupied State of Palestine.³ Despite being a State party to both the Geneva Convention III relative to the Treatment of Prisoners of War⁴ and Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War since 6 July 1951,⁵ Israel has long denied the applicability of these conventions in the Palestinian territory. Further, Israel is not party to the Protocol Additional to the Geneva Conventions relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts of 8 June 1977,⁶ which comprises provisions pertaining to the classification of prisoners during armed conflict or occupation. According to Convention III, persons classified as prisoners of war [POW or POWs] may not be subject to trial and should be released upon cessation of active hostilities.⁷ Thus, the status of persons held in Israel's custody could be changed in accordance with the Convention's classification and rights thereof.

* Professor of International Law, College of Law and Political Science, Hebron University, Palestine; PhD in International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, Switzerland. I acknowledge with gratitude the support of Nicole TRUDEAU and Najlaa SHRITEH.

** Chair, Law for Palestine Association; PhD candidate and researcher, Institute of Development Research and Development Policy, Ruhr-University Bochum, Germany. Special thanks to Martina SHAKYA, Jasmin FRITZSCHE, and Laura HOFMANN for their valuable feedback.

¹ "Statistics on Palestinians in the Custody of the Israeli Security Forces" *B'Tselem: The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories* (1 April 2021), online: B'Tselem <https://www.btselem.org/statistics/detainees_and_prisoners>. Since October 2020, the Israel Prison Service has stopped providing B'Tselem with figures on prisoners.

² "Statistics", *Addameer Prisoner Support and Human Rights Association* (30 July 2021), online: Addameer <<http://addameer.org/statistics/2021/07>>. Numbers go up and down across time as the Israeli army conducts ongoing arrests, while certain persons are released after ending their sentence, and some detainees are acquitted upon interrogation.

³ "Presumed Guilty: Failures of the Israeli Military Court System – An International Law Perspective" *Addameer Prisoner Support and Human Rights Association* (November 2009), online: Addameer <<https://www.addameer.org/sites/default/files/publications/addameer-report-presumed-guiltynove2009.pdf>> at 6-13.

⁴ 75 U.N.T.S. 135 (entered into force 21 October 1950) [*Geneva Convention III* or *Convention III*].

⁵ 75 U.N.T.S. 287 (entered into force 21 October 1950) [*Geneva Convention IV* or *Convention IV*].

⁶ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (entered into force 7 December 1978) [*Protocol I*].

⁷ Geneva Convention III, *supra* note 4 at art. 118.

Although Palestine acceded to the Geneva Conventions III and IV as well as to Protocol I on 2 April 2014,⁸ the Israeli treatment of Palestinians incarcerated at the military occupation facilities continues to remain unchanged. This article argues that, since the accession of Palestine to the Geneva Conventions and Protocol I, the status of Palestine has been upgraded into a State party and the classical debates relating to the applicability of Geneva Conventions to Palestinians,⁹ particularly the Israeli contentions, have become redundant.

Section I of this article explores the applicability of Geneva Convention III and Protocol I after Palestine's accession to these instruments. Section II examines, in detail, the typology of Palestinians confined by Israel and their status under the said Convention and Protocol.

I. PALESTINE'S ACCESSION TO THE GENEVA CONVENTIONS

Under international humanitarian law [IHL], three key treaties define the status of captured persons in times of war or belligerent occupation: Geneva Conventions III and IV as well as Protocol I. In light of Palestine's accession to these instruments in 2014, we will compare the applicability of these instruments to Palestine before and after becoming a State party.

Before the accession of Palestine to the Geneva Conventions and Protocol I, Israel claimed that the West Bank, including East Jerusalem, and the Gaza Strip did not constitute occupied lands. Instead, Israel referred to these regions as "contested territories", arguing that its seizure of the territories resulted from the June 1967 war, whereby the West Bank was under Jordanian rule and Gaza under Egyptian administration. Israel contended that, as Jordanian and Egyptian control was illegitimate,¹⁰ and as the sovereignty over the West Bank and Gaza Strip "remained in abeyance" due to the armistice agreements between Israel and its neighbors (namely Egypt and Jordan),¹¹ the status of the territories should be settled through negotiations.¹² This argument has been already refuted by the international community through overwhelming positions expressed by the United Nations Security Council [UNSC], General Assembly [UNGA], International Court of Justice [ICJ], Human Rights Council, International Criminal Court [ICC] and the unilateral positions of vast number of States,¹³ well before Palestine's recent accession to Geneva Conventions and Protocol I. Yet Israel maintains the same position until this day.¹⁴

In the *Wall Advisory Opinion*, the ICJ declared:

⁸ "Treaties, State Parties and Commentaries – Palestine" *International Committee of the Red Cross*, online: ICRC <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=PS>.

⁹ Christopher C. BURRIS, "Re-examining the Prisoner of War Status of PLO Fedayeen" (1997) 22 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 943.

¹⁰ Yehuda Z. BLUM, "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria" (1968) 3 *Israel Law Review* 279; Meir SHAMGAR, "The Observance of International Law in the Administered Territories" (1971) 1 *Israel Yearbook on Human Rights* 262.

¹¹ State of Israel, Office of the Attorney General, "The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction Over the So-Called 'Situation in Palestine'" *Ministry of Justice* (20 December 2019), online: Ministry of Justice <<https://www.gov.il/BlobFolder/reports/20-12-2019/en/Memorandum-Attorney-General.pdf>> at para. 29.

¹² Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012) at 201-48.

¹³ Security Council Resolutions: *SC Resolution 242*, UN Doc. S/RES/242 (1967), *SC Resolution 338*, UN Doc. S/RES/338 (1973), *SC Resolution 465*, UN Doc. S/RES/465 (1980), *SC Resolution 476*, UN Doc. S/RES/476 (1980), *SC Resolution 478*, UN Doc. S/RES/478 (1980), *SC Resolution 1515*, UN Doc. S/RES/1515 (2003), *SC Resolution 1850*, UN Doc. S/RES/1850 (2008), and *SC Resolution 2334*, UN Doc. S/RES/2334 (2016); General Assembly Resolutions: *GA Resolution 43/176*, UN Doc. A/RES/43/176 (1988), *GA Resolution 58/292*, UN Doc. A/RES/58/292 (2004), and *GA Resolution 66/17*, UN Doc. A/RES/66/17 (2011).

¹⁴ State of Israel, Office of the Attorney General, *supra* note 11 at 6-11, 32-3. Victor KATTAN, "A Critical Assessment of the Government of Israel's Memorandum to the ICC – Part I" *EJIL:Talk!* (30 January 2020), online: EJIL:Talk! <<https://www.ejiltalk.org/a-critical-assessment-of-the-government-of-israels-memorandum-to-the-icc-part-i/>>.

The territories situated between the Green Line ... and the former eastern boundary of Palestine under the Mandate were occupied by Israel in 1967 during the armed conflict between Israel and Jordan. Under customary international law, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories ... have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of occupying Power.¹⁵

This position has been reaffirmed on 5 February 2021 through the ICC Pre-Trial Chamber I decision over the territorial jurisdiction in the Situation of Palestine which recognized Gaza, the West Bank, and East Jerusalem as “the occupied Palestinian territories” that compose together the State of Palestine as a Party to the Court.¹⁶

Despite Israel’s “Disengagement Plan” from the Gaza Strip in 2005, Israel has nonetheless remained occupying it.¹⁷ In the Israeli narrative, the occupation of Gaza ended with Israel’s withdrawal in 2005.¹⁸ In the *Al-Bassiouni* case, the Israeli Supreme Court confirmed this position by stating that Israel has no longer effective control over Gaza. It thus ruled that:

[T]he State of Israel does not have a general duty to ensure the welfare of the residents of the Gaza Strip or to maintain public order in the Gaza Strip according to the laws of belligerent occupation in international law. Neither does Israel have any effective capability, in its present position, of enforcing order and managing civilian life in the Gaza Strip.¹⁹

However, the international community still considers Gaza as an occupied region.²⁰ Indeed, Israel retains military control over Gaza’s territorial waters, airspace, entry of persons, supply of products and services such as electricity, fuel, telecommunication, population registry and collection of export duties.²¹ The Israeli army has also reinforced its grip through a terrestrial buffer zone over an area representing approximately 17 per cent within Gaza’s imposed borders.²² According to Article 42 of the customary law Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907 and its annex (Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land), a “[t]erritory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army”, and “[t]he occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”.²³ The end of occupation occurs when military forces of an occupier ceases holding *de facto* control over the

¹⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, [2004] I.C.J. Rep. 136 at 167, para. 78 [*Wall Advisory Opinion*].

¹⁶ *Situation in the State of Palestine*, 5 February 2021, Case No. ICC-01/18-143, Pre-Trial Chamber I at paras. 116-18 [*Situation in the State of Palestine*].

¹⁷ Shane DARCY and John REYNOLDS, “An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law” (2010) 15 *Journal of Conflict and Security Law* 211.

¹⁸ “Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza” *Gisha* (January 2007), online: [Gisha <https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications_english/Publications_and_Reports_English/Disengaged_Occupiers_en.pdf>](https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications_english/Publications_and_Reports_English/Disengaged_Occupiers_en.pdf) at 22-3.

¹⁹ *Al-Bassiouni Case (Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. Prime Minister and Minister of Defense)*, HCJ 9132/07 (30 January 2008), online: ICRC <<https://casebook.icrc.org/case-study/israel-power-cuts-gaza>> at para. 12.

²⁰ PLO Negotiations Affairs Department, “The Israeli ‘Disengagement’ Plan: Gaza Still Occupied” *UN Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People* (September 2005), online: UN <<https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-205755/>>.

²¹ *Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967*, UN General Assembly, UN Doc. A/61/470 (2006).

²² Nicholas STEPHANOPOULOS, “Israel’s Legal Obligations to Gaza after the Pullout” (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 524; Mustafa MARI, “The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End to Occupation?” (2005) 8 *Yearbook of International Humanitarian Law* 356.

²³ 36 Stat. 2277, 1 Bevans 631 (entered into force 26 January 1910) at art. 42 [*The Hague Regulations*].

concerned region.²⁴ As Israel retains control over its sea, airspace and border, Gaza remains therefore an occupied terra.²⁵

Prior to its upgrading to a non-member observer State by UN General Assembly Resolution in 67/19 of 29 November 2012, Palestine was viewed in the UN bodies as an “entity”, not a “State”.²⁶ This status barred it from accessing most international treaties, including the Geneva Conventions.²⁷ In 1989, Switzerland, acting as the depository of the said Conventions and their Protocols, did not accept the instrument consigned by the Palestine Liberation Organization (“PLO”) to join the Conventions.²⁸ The Swiss Federation argued that it was not in a position to decide whether the letter sent by the Permanent Observer of Palestine to the UN Office at Geneva amounted to an accession, “due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine”.²⁹ Nonetheless, Switzerland stressed that the PLO’s unilateral declaration of the applicability of the four Geneva Conventions and the additional Protocol I remains valid.³⁰

At that time, the PLO was considered a national liberation movement under Article 1(4) of Protocol I that applies to armed conflicts in which people fight against “colonial domination and alien occupation ... in the exercise of their right of self-determination”.³¹ Although the right of the Palestinians to self-determination had been acknowledged, and even with a recognized body (the PLO) as its representative, the status achieved did not resemble that of States.³² Since the door was not open to non-State actors to be parties to the Geneva Conventions or the Protocol, the PLO was unable to access them.³³ Further, as a non-member to Protocol I, Israel disputed the Protocol’s extension to national liberation groups,³⁴ and the customary nature of the said Article 1(4).³⁵ Israeli assertions have affected the rights of captured Palestinian citizens.³⁶ By considering them individuals who do not belong to a State party, nor to a liberation movement, this means that such persons cannot be considered as

²⁴ *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled “Human Rights Council”*, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967, by John DUGARD, UN Doc. A/HRC/4/17 (2007).

²⁵ Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) at 276–9.

²⁶ Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013).

²⁷ John QUIGLEY, *The Statehood of Palestine: International Law in the Middle East Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

²⁸ M. Cherif BASSIOUNI, “The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors” (2008) 98 *Journal of Criminal Law and Criminology* 711 at 749-50, n. 148.

²⁹ Basheer AL-ZOUGHBI, “The *de jure* State of Palestine under Belligerent Occupation: Application for Admission to the United Nations” in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 162 at 177-8.

³⁰ Swiss Federal Department of Foreign Affairs, “Note of Information” (1990) 5 *Palestine Yearbook of International Law* 322.

³¹ Christopher GREENWOOD, “A Critique of the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949” in Helen DURHAM and Timothy L.H. MCCORMACK, eds., *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), 3 at 3-20.

³² Anis F. KASSIM, “The Palestine Liberation Organization’s Claim to Status: A Juridical Analysis under International Law” (1980) 9 *Denver Journal of International Law and Policy* 1.

³³ Noelle HIGGINS, *Regulating the Use of Force in Wars of National Liberation: The Need for a New Regime: A Study of the South Moluccas and Aceh*, International Humanitarian Law Series Volume 93 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010).

³⁴ *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories*, Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, UN Doc. A/HRC/12/48 (23 September 2009) at 72 [Goldstone Report].

³⁵ Noelle HIGGINS, “The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements” (2009) 17 *Human Rights Brief* 12 at 13.

³⁶ Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2nd ed. (Bruxelles: Bruylant, 1999) at 157-9.

POWs.³⁷ Such a contention represents a wider policy toward the application of IHL for the Israeli-Palestinian conflict.³⁸ Indeed, as M. Cherif Bassiouni observed, “Israel always claims that all forms of violence by Palestinians, even when used in accordance with IHL, are terrorism, and that all of its retaliations, even when in violation of IHL, are justified”.³⁹ Despite the invalidity of Israel’s claim, not only because the aforementioned Article 4 reflects an international customary rule, but also because the PLO’s declaration to accept the application of the Conventions renders Israel bound by the Conventions *vis-à-vis* the PLO. In this connection, Article 2(3) common to the four Conventions provides basis for the possibility for the Conventions’ application to a non-party “Power”, “if the latter accepts and applies the provisions thereof”. For many commentators, the term “Power” extends to “entities that are not States”.⁴⁰ We will not discuss this further as the situation shifted with Palestine’s accession to the Conventions.

Palestine’s status has been refined once it was acknowledged as a non-member observer State by the United Nations in 2012.⁴¹ At last, the State could accede to Geneva Conventions and Protocol I, among dozens of other treaties;⁴² pushing the debate on the applicability of Geneva Conventions that preceded that motion to the sidelines.⁴³ A new discussion may now point out the rights and duties of this newly recognized State. Michael Lynk, the current Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories, upon accession to a series of treaties on 2 April 2014 stated that the move “would enhance Palestine’s acquisition of an international legal State personality”.⁴⁴ Consequently, Palestine’s new status after its UN statehood recognition and accession to Geneva Conventions has elevated its legal potential.⁴⁵

Notwithstanding that the relevance of Geneva Convention IV to Israeli-Palestinian conflict attracted substantial attention by international bodies and scholars,⁴⁶ Convention III has not been addressed to the same extent. However, it can be demonstrated that Convention III applies to the parties of the conflict just as Convention IV does. In 1969, Security Council Resolution 271 called upon Israel to “observe the provisions of the Geneva Conventions and international law governing military occupation”,⁴⁷ without excluding any of the four Conventions. In 2004,

³⁷ “The Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and Others (Israeli Military Court, Ramallah, 13 April 1969)” (1979) 60 International Law Studies Series 771 at 776-7 [*Kassem case*].

³⁸ Ramin MAHNAD, “Beyond Process: The Material Framework for Detention and the Particularities of Non-International Armed Conflict” (2013) 16 Yearbook of International Humanitarian Law 33 at 45.

³⁹ Bassiouni, *supra* note 28 at 781, n. 283.

⁴⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, and Bruno ZIMMERMANN, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1987) at 507.

⁴¹ John CERONE, “Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State” *American Society of International Law*, Volume 16, Issue 37 (7 December 2012), online: ASIL <<https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/37/legal-implications-un-general-assembly-vote-accord-palestine-status>>.

⁴² Shadi SAKRAN and Mika HAYASHI, “Palestine’s Accession to Multilateral Treaties: Effective Circumvention of the Statehood Question and its Consequences” (2017) 25 Journal of International Cooperation Studies 81.

⁴³ Yuval SHANY, “More Clarity and/or Ambiguity? The Legal Status of the Palestinian Territories after the Planned Declaration of Independence” in *Palestine’s Application to the United Nations and its Impact on the Protection of Civilians: Conference Report* (Jerusalem: Diakonia IHL Resource Centre, 2011), 11 at 14.

⁴⁴ Michael LYNK, “Palestine’s New Obligations: Treaties and Conventions”, UN Round Table on Legal Aspects of the Question of Palestine Convened by the Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People, 24-25 April 2014.

⁴⁵ Matthias LANZ, Emilie MAX, and Oliver HOEHNE, “The Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention of 17 December 2014 and the Duty to Ensure Respect for International Humanitarian Law” (2014) 96 International Review of the Red Cross 1115 at 1127.

⁴⁶ Ardi IMSEIS, “On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory” (2003) 44 Harvard International Law Journal 66.

⁴⁷ *SC Resolution 271*, UN Doc. S/RES/271 (1969).

the ICJ relied on common Article 2 of the four Conventions when it concluded that Convention IV applies to Palestinian territories.⁴⁸ In 2009, a UN mission of inquiry posited the validity of Convention III as it found that Israeli soldier Gilad Shalit, who was then held captive by *Al-Qassam Brigades* of Hamas in Gaza, “meets the requirements for prisoner-of-war status under the Third Geneva Convention”.⁴⁹ Logically, a convention cannot benefit one side of a given conflict while ignoring its opponent.

Most Geneva Convention III rules “constitute customary law”,⁵⁰ as well as Protocol I.⁵¹ Former Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories, John Dugard, stated that “[i]t is at least a tenable argument that Article 1(4) [of Protocol I] reflects customary international law”.⁵² State parties to the Protocol reached 174 by July 2020.⁵³ The International Committee of the Red Cross (“ICRC”) and Amnesty International confirm this position,⁵⁴ and even the Israeli Supreme Court has accepted that certain Protocol I provisions echo customary law.⁵⁵

Israel refuses to extend Convention III to incarcerated Palestinians, contending that they do not belong to a party of the conflict.⁵⁶ Captives, in Israeli eyes, represent “criminals for all purposes”.⁵⁷ They are held pursuant to a body of law that Israel chooses.⁵⁸ In the *Kassem* case, an Israeli court inferred that the lack of recognition of an armed group by the State precludes the application of Convention III.⁵⁹ Yet, on 11 April 2014, the Swiss Federation declared that Palestine had become a high contracting party to the Geneva Conventions and Protocol I.⁶⁰ This step compels Israel to adjust its treatment of Palestinians.⁶¹ Further, ahead of Palestine’s accession to Convention III, Pulido concluded that “the characterization of certain groups as

⁴⁸ *Wall Advisory Opinion*, *supra* note 15 at 173-5.

⁴⁹ Goldstone Report, *supra* note 34 at 284-5.

⁵⁰ Leslie C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester: Manchester University Press, 1993) at 188; Horst FISCHER, “Protection of Prisoners of War” in Dieter FLECK, ed., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford: Oxford University Press, 1995), 321 at 325; Howard LEVIE, “Enforcing the Third Geneva Convention on the Humanitarian Treatment of Prisoners of War” (1997) 7 *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies* 37; *Kassem* case, *supra* note 37 at 772, 775.

⁵¹ L. Lynn HOGUE, “Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement” (1990) 13 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 279 at 303; Waldemar A. SOLF, “Protection of Civilians against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I” (1986) 1 *American University Journal of International Law and Policy* 117 at 130, 135.

⁵² *United Nations International Meeting on the Question of Palestine*, The Legal Status of Palestinian Political Prisoners in International Law, by John DUGARD, UN Doc. CPR/IMQP/2012/5 (3-4 April 2012), at 3.

⁵³ “Treaties, State Parties and Commentaries – Protocol I” ICRC, online: ICRC <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470>.

⁵⁴ “Israel/Occupied Palestinian Territories: The Conflict in Gaza: A Briefing on Applicable Law, Investigations and Accountability” *Amnesty International* (19 January 2009), online: Amnesty International <<https://www.amnesty.org/download/Documents/48000/mde150072009en.pdf>> [*Amnesty International Investigations*].

⁵⁵ *The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. Government of Israel* (2006) H.C.J. 769/02, [2006] 2 *Israel Law Reports* 459 at 479 [*Targeted Killings* case].

⁵⁶ Abeer BAKER and Anat MATAR, eds., *Threat: Palestinian Political Prisoners in Israel* (London: Pluto Press, 2011) at 141.

⁵⁷ *Kassem* case, *supra* note 37 at 777.

⁵⁸ Anne SUCIU and Limor YEHUDA, “Possible Implications of the Recognition of Palestinian Statehood” in *Palestine’s Application to the United Nations and its Impact on the Protection of Civilians: Conference Report* (Jerusalem: Diakonia IHL Resource Centre, 2011), 21 at 32.

⁵⁹ *Kassem* case, *supra* note 37 at 773, 775; *Batya Arad v. Israel* (2006) HCJ 2967/00, [2000] 54 *Knesset* 188 at 190.

⁶⁰ Issa QARAQE, *Opening Remarks*, UN Round Table on Legal Aspects of the Question of Palestine Convened by the Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People, 24-25 April 2014.

⁶¹ Higgins, *supra* note 35 at 14.

‘terrorists’ and ‘unlawful combatants’ is a tool expressly designed to exclude groups from the scope of international law”.⁶² Hence, the application of Convention III to individuals locked in Israeli jails can no longer be ignored under IHL.

The binding effect of Geneva Conventions and Protocol I is no different from the other hundred or so treaties that Palestine has acceded to over the past decade. Treaty law affirms the *de jure* existence of Palestine as a State *vis-à-vis* other States, at least when it comes to the purpose of each given instrument. UNESCO Conventions, such as the Convention Concerning the Protection of World Cultural and Natural Heritage,⁶³ to which Palestine became party on 8 December 2011,⁶⁴ establishes rights and duties for States.⁶⁵ Pursuant to its 2015 accession to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal,⁶⁶ Palestine communicates with the Convention’s Secretariat.⁶⁷ Member States to the Vienna Convention on Diplomatic Relations⁶⁸ and Vienna Convention on Consular Relations⁶⁹ have established diplomatic and consular missions in Palestine after it became a party to these two conventions; and the ICJ perceives Palestine as a State in the case relating to US Embassy Re-location by receiving its application.⁷⁰ The ICC General Assembly of States Parties, as well as the Court itself, deal with Palestine as “a State Party to the [Rome] Statute”.⁷¹ Palestine has been particularly accepted as a State in the recent practice of UN human rights bodies after accession to core conventions.⁷² Treaty bodies have requested Palestine to undertake actions arising from its obligations, and State reports were received by at least four UN committees: the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [CEDAW],⁷³ Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [CERD],⁷⁴ Committee on the Rights of the Child,⁷⁵ and Committee on the Rights of Persons

⁶² Magdalena PULIDO, “Palestinian Prisoners in Israeli Jails in Light of the Third Geneva Convention: From Jails to Prisoner of War Camps”, in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 268 at 268-9, 288.

⁶³ 1037 U.N.T.S. 151, 11 I.L.M. 1358 (entered into force 17 December 1975).

⁶⁴ Entered into force for Palestine on 8 March 2012.

⁶⁵ Larry JOHNSON, “Palestine’s Admission to UNESCO: Consequences within the United Nations” (2011) 40 *Denver Journal of International Law and Policy* 118.

⁶⁶ 1673 U.N.T.S. 57, 28 I.L.M. 657 (entered into force 5 May 1992); entered into force for Palestine on 2 January 2015.

⁶⁷ Selma ABDEL-QADER and Tanya L. ROBERTS-DAVIS, “Toxic Occupation: Leveraging the Basel Convention in Palestine” (2018) 47 *Journal of Palestine Studies* 28.

⁶⁸ 500 U.N.T.S. 95 (entered into force 24 April 1964); enforced in Palestine 2 April 2014.

⁶⁹ 596 U.N.T.S. 261 (entered into force 19 March 1967); enforced in Palestine 2 April 2014.

⁷⁰ Basheer ALZOUGHBI, “The Relocation of the U.S. Embassy from Tel Aviv to Jerusalem (Palestine v. United States of America): A Commentary on the Merits of the Case, Jurisdiction of the International Court of Justice and Admissibility of Palestine’s Application” (2019) 4 *University of Bologna Law Review* 114; Jean GALBRAITH, “Palestine Brings a Case against the United States in the International Court of Justice at a Fraught Time for U.S.-Palestine Relations” (2019) 113 *American Journal of International Law* 143.

⁷¹ Situation in the State of Palestine, *supra* note 16 at 60; ICC Bureau of the Assembly of States Parties, “First Meeting” ICC (18 February 2021), online: ICC <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP20/Bureau01.agenda%20and%20decisions%20-%20ENG.pdf> at 1, n. 2: re-election of Palestine as a member State of the ICC Bureau.

⁷² Mutaz M. QAFISHEH and Osayd AWAWDA, “The Implementation of Human Rights Conventions at the National Level: The Case of Palestine” (2020) 9 *International Review of Law* 11.

⁷³ *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 18 of the Convention Pursuant to the Simplified Reporting Procedure, Initial Reports of States Parties due in 2015: State of Palestine*, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/PSE/1 (2017).

⁷⁴ *Initial and Second Periodic Reports Submitted by the State of Palestine under Article 9 of the Convention, due in 2017*, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/PSE/1-2 (2018).

⁷⁵ *Initial Report Submitted by the State of Palestine under Article 44 of the Convention, due in 2016*, Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/PSE/1 (2019).

with Disabilities.⁷⁶ Two committees have discussed Palestine's reports and issued concluding observations, demanding adherence to certain stipulations:⁷⁷ CEDAW in 2018,⁷⁸ and CERD in 2019.⁷⁹

Palestine was admitted as a party on 10 April 2019 to the individual complaints mechanisms after acceding to the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child,⁸⁰ Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,⁸¹ and Optional Protocol to the Convention of Persons with Disabilities.⁸² Accordingly, individuals who claim rights infringements under the relevant conventions may complain against the offending State.⁸³ As it bears duties arising from these treaties, Palestine may also benefit from the rights regulated thereunder; including the rights set forth in Convention III with regard to persons held by Israeli captors. In sum, Convention III as well as Convention IV and Protocol I apply in the context of Palestinian-Israeli conflict, like other treaties.

Incarcerated persons holding Palestinian citizenship should be treated as individuals belonging to a State party to the conflict under Geneva Convention III and IV as well as Protocol I.⁸⁴ States view permanent inhabitants of the West Bank and Gaza as Palestinian citizens;⁸⁵ diplomatic missions issue entry visas on Palestinian passports; citizens' rights are legally upheld within Palestine's sphere; citizens vote in legislative elections and municipal councils,⁸⁶ hold public office,⁸⁷ become ministers or judges,⁸⁸ own real estate,⁸⁹ join professional unions,⁹⁰ have unrestricted right to work,⁹¹ form political parties and establish professional associations,⁹² and Palestine exercises diplomatic protection for its citizens abroad.⁹³ Palestinians may be considered by States and international organizations as citizens for diverse purposes, for instance in cases involving private international law disputes,⁹⁴

⁷⁶ *Initial Report Submitted by the State of Palestine under Article 35 of the Convention, due in 2016*, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. CRPD/C/PSE/1 (2019).

⁷⁷ Michael O'FLAHERTY, "The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies" (2006) 6 Human Rights Law Review 27.

⁷⁸ *Concluding Observations on the Initial Report of the State of Palestine*, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/PSE/CO/1 (2018).

⁷⁹ *Concluding Observations on the Combined Initial and Second Periodic Reports of the State of Palestine*, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/PSE/CO/1-2 (2019).

⁸⁰ UN Doc. A/RES/66/138 (entered into force 14 April 2014); enforced in Palestine 10 April 2019.

⁸¹ 2131 U.N.T.S. 83 (entered into force 22 December 2000); enforced in Palestine 10 April 2019.

⁸² 2518 U.N.T.S. 283 (entered into force 3 May 2008); enforced in Palestine 10 April 2019.

⁸³ Markus G. SCHMIDT, "Individual Human Rights Complaints Procedures Based on United Nations Treaties and the Need for Reform" (1992) 41 International and Comparative Law Quarterly 645.

⁸⁴ Bartram BROWN, "Nationality and Internationality in International Humanitarian Law" (1998) 34 Stanford Journal of International Law 347.

⁸⁵ Fateh AZZAM, "Palestinian (Non)Citizenship" (2019) 73 The Middle East Journal 573.

⁸⁶ Decree Law No. 1 of 2 September 2007 Concerning General Elections, Palestine Gazette (P.G.) No. 72, 9 September 2007, at 2, art. 27; Election of Local Councils Law No. 10 of 15 August 2005, P.G. No. 57, 18 August 2005, 79, art. 7.

⁸⁷ Civil Service Law No. 4 of 28 May 1998, P.G. No. 24, 1 July 1998, at 20, art. 24.

⁸⁸ Judicial Authority Law No. 1 of 14 May 2002, P.G. No. 38, 5 September 2001, at 279, art. 16.

⁸⁹ Law on Lease and Sale of Immovable Property by Foreigners No. 40 of 27 January 1953, Jordan Gazette No. 1134, 16 February 1953, at 558, art. 3.

⁹⁰ Legal Profession Law No. 3 of 24 January 1999, P.G. No. 30, 10 October 1999, at 5, art. 3.

⁹¹ Labour Law No. 7 of 30 April 2000, P.G. No. 39, 25 November 2001, at 7, art. 14.

⁹² Associations Law No. 1 of 16 January of 2000, P.G. No. 32, 29 February 2000, at 71, art. 1.

⁹³ Palestine has reached bilateral agreements with various States on different matters, including trade, agriculture, communications, education, health, gas, migration, security, etc.

⁹⁴ Amin DAWWAS, *Conflict of Laws in Palestine* (Amman: Shorok Press, 2001).

refugee status determination,⁹⁵ and appointment in global institutions.⁹⁶ Thus, the status of some five-million residents of the West Bank and the Gaza Strip is akin to the citizens of sovereign States.⁹⁷ Palestinian citizens who are confined by Israeli forces, who fall within the classification determined in Convention III, should be treated as POWs on the same footing as citizens of State parties to the Geneva Conventions and Protocol I.⁹⁸

Besides the application of Geneva Convention IV that has been repeatedly reaffirmed, as shown above, the applicability of Convention III is manifested from the words of Article 2, common to the four Conventions. The relevant part of this article provides that “[t]he Convention shall ... apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party”. As the State of Palestine is a High Contracting Party, and as its spatial landscape remains under occupation, there is no question regarding the applicability of Convention III to Palestinian POWs of various categories. The question should be rather diverted toward how Convention III applies, as the next typology illustrates.

II. TYPOLOGY OF INCARCERATED PALESTINIANS

Geneva Conventions III and IV as well as Protocol I set out the conditions for people who fall into the hands of an adversary in an armed conflict.⁹⁹ Such people are classified either as combatants, i.e. “prisoners of war”, or non-combatants and therefore incarcerated as civilians or “internees”. Specific rights and privileges are assigned to each category. Through its 2002 Incarceration of Unlawful Combatants Law,¹⁰⁰ Israel has created a third type that it has named “unlawful combatants” with a view to exclude captured Palestinians from the scope of POW and permit prolonged incarceration with reduced guarantees.¹⁰¹ In the 2006 *Targeted Killings* case, a court summarized the official position of the Israeli government as follows:

The terrorists and their organizations, against which the State of Israel is conducting an armed conflict of an international character, are not included in the category of combatants. They do not belong to the armed forces nor are they included among the units that are given a status similar to that of combatants by customary international law. Indeed, the terrorists and the organizations that send them are unlawful combatants. They do not enjoy the status of prisoners of war. It is permitted to bring them to trial for their participation in the hostilities, to try them and sentence them.¹⁰²

During the 2014 war on Gaza, for example, Israeli forces captured 13 persons who were held “under temporary detention instructions issued pursuant to the Incarceration of Unlawful

⁹⁵ Mutaz M. QAFISHEH and Francesca ALBANESE, “Article 1D” in Andreas ZIMMERMANN and Terje EINARSEN, eds., *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2nd edition, 2022, forthcoming).

⁹⁶ After becoming a party on 2 April 2014 to the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (1577 U.N.T.S. 3, 28 I.L.M. 1456 (entered into force 2 September 1990)), Palestine can nominate its citizens as members to the UN Committee on the Rights of the Child in accordance with Article 43(2).

⁹⁷ Mutaz M. QAFISHEH, “Who Has the Right to Become a Palestinian Citizen? An International Law Analysis” (2017) 18 *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 112 at 115-36.

⁹⁸ Ka Ho TSE, “The Relevancy of Nationality to the Right to Prisoner of War Status” (2009) 8 *Chinese Journal of International Law* 395 at 397.

⁹⁹ Delbert D. SMITH, “The Geneva Prisoner of War Convention: An Appraisal” (1967) 42 *New York University Law Review* 880; Donald E. HACKER, “The Application of Prisoner-of-War Status to Guerrillas Under the First Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949” (1978) 2 *Boston College International and Comparative Law Review* 131.

¹⁰⁰ “Incarceration of Unlawful Combatants Law, 5762-2002” (2002) 32 *Israel Yearbook on Human Rights* 389.

¹⁰¹ Pulido, *supra* note 62 at 270.

¹⁰² *Targeted Killings* case, *supra* note 55 at 486.

Combatants Law”.¹⁰³ This typical Israeli standing runs counter to established foundations of international legal rules. IHL does not recognize the categories of “terrorist” or “unlawful combatant”. Such classification has been described as a tool expressly designed to exclude groups from the scope of international law, tailoring it to meet political interest for one side of the conflict.¹⁰⁴

With the view that the State of Palestine has become a party to Conventions III and IV, besides Protocol I; this section will explore the changes in status of the four categories of Palestinians held by Israel in accordance with IHL in light of Palestine’s accession to said Convention. The four categories of confined Palestinians are: (A) members of security forces, (B) affiliates of organized resistance movements, (C) *levée en masse*, and (D) civilians who politically oppose occupation without taking part in hostilities.

A. Security Officers

Israeli authorities frequently arrest individuals affiliated with Palestinian security forces with various pretexts, such as possessing “illegal” weapons or carrying out acts of resistance. Currently, there are reportedly about 450 affiliates of Palestinian security agencies held behind Israeli bars.¹⁰⁵ Article 4(A)(1) of Geneva Convention III considers POWs “[m]embers of the armed forces of a Party to the conflict”. Israel did not treat such persons as POWs before Palestine’s accession to Convention III as they, in Israel’s eyes, did not belong to “a Party to the conflict”. However, two months after the Convention entered into force for Palestine,¹⁰⁶ former Legal Adviser of Israeli Ministry of Foreign Affairs, Robbie Sabel, stated that Palestine’s accession could support a claim, against Israel’s desire, that any Palestinian officer captured by Israeli army would be entitled to POW status.¹⁰⁷ Hence, a new status of incarcerated security personnel can be legally reaffirmed.

Under IHL, members of regular armed forces possess POW status upon capture. The status continues regardless of whether the occupier recognizes the government to which the officers are affiliated. Article 4(A)(3) of Convention III prescribes that captives benefit from POW status if they are “[m]embers of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power”. More explicitly, Article 43(1) of Protocol I acknowledges as POWs:

[A]rmed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is

¹⁰³ State of Israel, “The 2014 Gaza Conflict (7 July - 26 August): Factual and Legal Aspects” *Israel Ministry of Foreign Affairs* (May 2015), online: Israel MFA <<https://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf>> at 195, para. 365.

¹⁰⁴ Valentina AZAROVA, “Exploiting a ‘Dynamic’ Interpretation? The Israeli High Court of Justice Accepts the Legality of Israel’s Quarrying Activities in the Occupied Palestinian Territory” *EJIL:Talk!* (7 February 2012), online: EJIL:Talk! <<https://www.ejiltalk.org/exploiting-a-dynamic-interpretation-the-israeli-high-court-of-justice-accepts-the-legality-of-israels-quarrying-activities-in-the-occupied-palestinian-territory/>>.

¹⁰⁵ Interview with Mr. Hasan ABEDRABOUH, Spokesperson of the Commission of Detainees and Ex-Detainees Affairs in Jerusalem. Interview was conducted by Ms. Najlaa SHRITEH as part of her graduation research project at Hebron University Law School (Hebron, Palestine, 19 April 2021). There were 723 Palestinian security officers held by Israel as of 2012. Issa QARAQE, *Prisoners of National Security Forces: Israeli Flagrant Violation of International Law and Signed Treaties* (29 January 2012), online: Alwatanvoice. See also “Israel Arrests 2 PA Intel[ligence] Officers, 2 Others for Illegal Arms Production, Dealing” *The Jerusalem Post* (11 July 2016), online: The Jerusalem Post <<https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/israel-arrests-2-pa-intel-officers-2-others-for-illegal-arms-production-dealing-460055>>.

¹⁰⁶ The Convention took effect in Palestine on 2 November 2014 (art. 140).

¹⁰⁷ Yonah J. BOB, “Legal Impact of Geneva Panel on Settlements, ICC Likely Only Symbolic” *The Jerusalem Post* (17 December 2014), online: The Jerusalem Post <<https://www.jpost.com/israel-news/politics-and-diplomacy/analysis-legal-impact-of-geneva-panel-on-settlements-icc-likely-only-symbolic-384894>>.

represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, *inter alia*, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.

Thus, Convention III does not embrace precise requirements on members of a State's armed forces to be considered as POWs. According to the ICRC Commentary on Geneva Convention III, the drafters of the Convention contemplated that each State should take steps "so that members of its armed forces can be immediately recognized".¹⁰⁸ The captured members of a State's armed forces can prove their status just by presenting the military identification provided to them by their State.¹⁰⁹

To give clarity to Convention III requirements, as protocols of international treaties are meant to do, Article 43 of Protocol I provides that armed forces must be subjected to an internal system that ensures commitment to international law during armed conflicts. Article 44(3) of the Protocol adds that "combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack". To benefit from POW treatment, therefore, captured security officers should meet four conditions: be part of regular forces, be under a responsible command, be subject to an internal disciplinary system, and be distinguished from the civilian population. Such stipulations are normally found in domestic laws of various States. Hence, it is imperative to look at the applicable law of Palestine pertaining to security agencies to assess the existence of the aforesaid terms for captured officers by Israeli military.¹¹⁰

The current formation of security agencies in Palestine (the West Bank and the Gaza Strip) commenced with the emergence of the Palestinian Authority [PA] in 1994-1995 as part of the PLO-Israel interim self-rule peace agreement, commonly known as the "Oslo Accords".¹¹¹ Annex 1 of the Oslo Accords provided the basis for the police forces to act toward maintenance of law and order in the PA areas. Article II(1.a) states that "[t]he Palestinian Police is the only Palestinian security authority".

The PA incorporated in the scope of "police" enshrined in the Oslo Accords various security agencies as the PA inherited the PLO security legacy. After Oslo, thousands of former PLO fighters returned home.¹¹² They belonged to diverse factions, with different banners and command chains, such as "Palestinian Liberation Army", "Special Forces", "Intelligence", and "Presidential Guards". Facing the reality of running the daily lives of Palestinians under its self-rule, the PA at the same time started building State institutions: administrating courts, ministries, prisons, and confronting crimes, while simultaneously absorbing the civilians who were part of resistance movements. That led to the creation of fresh security structures, including the "Civil Defence", "Prison Police", and "Preventive Security". Those who were operating from Arab States as part of the Palestinian Liberation Army were re-organized under the agency of "National Security" which was envisaged to function as the State's army. In reality, multiple security agencies were founded.¹¹³

¹⁰⁸ Jean PICTET, *Commentary: III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Geneva: ICRC, 1960) at 52.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Mu'in BARGHOUTH and Rashad TWAM, *The Palestine Liberation Organization's Legal System: The Legislation of the Security and Revolutionary Judiciary* (Birzeit: Institute of Law, 2010).

¹¹¹ Roland FRIEDRICH, Arnold LUETHOLD, and Firas MILHEM, eds., *The Security Sector Legislation of the Palestinian National Authority* (Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 2008) at 17-27.

¹¹² Mutaz M. QAFISHEH, "Citizens of the State of Palestine and the Future of Palestinian Refugees: Legal and Political Scenarios" in Mutaz M. QAFISHEH, ed., *Palestine Membership in the United Nations: Legal and Practical Implications* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), 45 at 56.

¹¹³ Mutaz M. QAFISHEH, "Human Rights at the Time of Transition: How Security Forces Can be Held Accountable in a Divided Community?" (2020) 25 *Journal of Conflict and Security Law* 171.

With the outbreak of the second Palestinian uprising (*Intifada*) that led to lawlessness and chaos, a reformation process had begun afresh to rebuild State security institution.¹¹⁴ The PA adopted a Basic Law in 2002, which was modified in the Amended Basic Law of 18 March 2003.¹¹⁵ This Law functioned as the constitution of Palestine in the transitional period. With regard to the security establishment, Article 84 of the 2003 Basic Law stipulates:

1. The Security Forces and the Police are regular forces. They are the armed forces in the country. Their functions are confined to defending the country, serving the people, protecting society and maintaining public order, security and public morals. They shall perform their duties within the limits prescribed by law, with complete respect for rights and freedoms.
2. The law shall regulate the status of Security Forces and the Police.

The PA then enacted a series of legislation pertinent to security forces. Examples of such pieces of legislation include: Law of Insurance and Pensions of the Palestinian Security Forces No. 16 of 28 December 2004,¹¹⁶ Law of Service in the Palestinian Security Forces No. 8 of 4 June 2005,¹¹⁷ General Intelligence Law No. 17 of 26 October 2005,¹¹⁸ and Decree-Law Concerning the Preventive Security of 20 November 2007.¹¹⁹ A number of executive orders were simultaneously endorsed to further regulate and strengthen the system, such as Decision of the Council of Ministers No. 100 of 3 August 2004 Concerning the Formation of Permanent Ministerial Committee on Security Affairs,¹²⁰ and Presidential Decree No. 26 of 28 October 2005 Concerning the Re-Formation of the National Security Council.¹²¹

These enactments, particularly the aforementioned 2005 Law of Service in Security Forces, unified security agencies under three major bodies: “Internal Security”, “General Intelligence”, and “National Security”. Other agencies had to be placed, legally or administratively, under one of these three agencies. “Internal Security” agency, for instance, incorporated three bodies: “the Police”, “Preventive Security”, and “Civil Defense”. “Presidential Guards” and “Customs Police” became part of “National Security”. The “Naval Force” was annexed to “General Intelligence”. The Minister of Interior was designated to command all agencies. In effect, however, separate ministerial portfolios were created for each of the three major agencies. A number of sub-agencies maintained reporting ties with President Abbas, particularly the Police Commander and the Head of Preventive Security.¹²² It appears that this direct reporting line derived its basis from Article 39 of the Amended Basic Law: “The President of the National Authority is the Commander-in-Chief of the Palestinian Forces”.

In the Gaza Strip, months after the political wing of Hamas won the legislative elections in January 2006, the then Palestinian Minister of Interior, affiliated with Hamas, announced the formation of an “Executive Force” as a new security agency composed of 3,000 recruits from various armed groups,¹²³ invoking a constitutional power to do so.¹²⁴ In June 2007, Hamas took

¹¹⁴ Alaa TARTIR, “The Evolution and Reform of Palestinian Security Forces 1993-2013” (2015) 4 *Stability: International Journal of Security and Development* 46.

¹¹⁵ P.G. Extraordinary Issue (19 March 2003) at 5.

¹¹⁶ P.G. No. 53 (28 February 2005) at 94.

¹¹⁷ P.G. No. 56 (28 June 2005) at 4.

¹¹⁸ P.G. No. 60 (9 November 2005) at 84.

¹¹⁹ P.G. No. 74 (9 June 2007) at 6.

¹²⁰ P.G. No. 52 (18 January 2005) at 234.

¹²¹ P.G. No. 63 (27 April 2006) at 110.

¹²² Roland FRIEDRICH and Arnold LUETHOLD, eds., *Entry-Points to Palestinian Security Sector Reform* (Geneva: DCAF, 2007).

¹²³ Adam HOROWITZ, Lizzy RATNER, and Philip WEISS, eds., *The Goldstone Report: The Legacy of the Landmark Investigation of the Gaza Conflict* (New York: Nation Books, 2011) at 77.

¹²⁴ Francesco CAVATORTA and Robert ELGIE, “The Impact of Semi-Presidentialism on Governance in the Palestinian Authority” (2010) 63 *Parliamentary Affairs* 22 at 35.

over control of Gaza and set up its own *de facto* government.¹²⁵ Over 30,000 PA security officers were instructed by the Fatah-led PA in Ramallah not to cooperate with Gaza's authorities and to stay home. In October 2007, the Executive Force was merged with the previous PA's police.¹²⁶ Hamas maintained the same structure of security forces as functioned before 2007, while renaming the "Preventive Security" into "Internal Security". Hamas ceased to apply post-takeover law promulgated by the PA. Rather, it crafted its own legislation by its leaders or through the Gaza branch of parliament.¹²⁷ In the reconciliation agreements that took place in subsequent years between Fatah and Hamas, it was in principle agreed to re-unify the security services in both the West Bank and Gaza.¹²⁸ In its final report in 2019, the UN Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory considered Hamas "to be obliged to respect, protect and fulfill human rights in light of its government-like functions in Gaza".¹²⁹

Under IHL, for regular armed forces, "membership is generally regulated by domestic law and expressed through formal integration into permanent units distinguishable by uniforms, insignia, and equipment".¹³⁰ According to an ICRC commentary, "[t]he requirements for membership in the armed forces are not prescribed in international law. Rather, it is a matter of domestic regulation".¹³¹ This examination reveals that the term "members of the security forces" comprises security personnel in the West Bank and Gaza, as long as officers are recruited according to the local law. If any *de jure* or *de facto* authority forms a governmental apparatus, then officers of its forces should be treated as POWs in the event of arrest. It is not for the detaining power to determine who belongs to Palestinian security forces, but it is for domestic law to provide such determination, regardless of Israel's position.

Palestinian security forces have developed a hierarchy, chain of command and internal disciplinary system. Palestine repeatedly reaffirmed its respect for IHL as reflected in the 2003 Amended Basic Law,¹³² formal instructions to security forces,¹³³ and its recent accession to the 1907 Hague Regulations,¹³⁴ the Geneva Conventions, and Protocol I. Members of Palestinian security agencies wear uniforms.¹³⁵ Judicial and administrative accountability mechanisms to

¹²⁵ Daniel BYMAN, "How to Handle Hamas: The Perils of Ignoring Gaza's Leadership" (2010) 89 Foreign Affairs 45.

¹²⁶ Horowitz, Ratner, and Weiss, *supra* note 123 at 77.

¹²⁷ Adnan HAJJAR, "Legislation Adopted by the Palestinian Legislative Council in Gaza 2006-2014", in Muwatin (The Palestinian Institute for the Study of Democracy), ed., *Legislation at the Time of Internal Division: Studies on the Legislation Enacted Since 2007* (Ramallah: Muwatin, 2016), at 114-91.

¹²⁸ See, e.g., "National Accord Agreement" (Cairo, 4 May 2011), Item III, in: The Palestinian National Liberation Movement (Fatah) - the National Relations Commission, online: fatehwatan. This clause has been affirmed in subsequent agreements, the last of which was in October 2017. See Full-text of the Fatah-Hamas Agreement to end the division (2017), Palestinian Information Centre, online: palinfo.

¹²⁹ *Report of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory*, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/40/CRP.2, 18 March 2019 at 224.

¹³⁰ Nils MELZER, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Geneva: ICRC, 2010) at 25.

¹³¹ "Updated Commentary on the Third Geneva Convention of 1949" ICRC (2020), online: ICRC <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCIII-commentary>> at para. 977 [*Updated Commentary on Convention III*].

¹³² Arts. 10-16.

¹³³ Qafisheh, *supra* note 113 at 189-190.

¹³⁴ Palestine acceded to the Hague Regulations on 2 April 2014; "Treaties, State Parties and Commentaries – Palestine" ICRC, online: ICRC <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=PS>.

¹³⁵ Uniforms of security forces are regulated in various pieces of legislation, for example: Law of Service in the Palestinian Security Forces of 2005, *supra* note 117, art. 120; Decree Law No. 23 of 26 December 2017 Concerning Police, P.G. Extraordinary Issue No. 15 (31 December 2017) at 4, art. 43; Decree-Law No. 2 of 15 January 2018 Concerning the Judicial Structure of Security Forces, P.G. No. 140 (13 February 2018) at 7, art. 36.

ensure respect for human rights law and humanitarian law have been set up.¹³⁶ Even so, strict adherence to such rules is not required for confined persons to qualify as POWs. Article 44(2) of Protocol I indicates that even if combatants do not follow rules of international law applicable in armed conflict, “violations of these rules shall not deprive a combatant of his right to be a combatant or, if he falls into the power of an adverse Party, of his right to be a prisoner of war”. This provision is meant to prevent “any attempt to deny prisoner of war status to members of independent or regular armed forces on the allegation that their force does not enforce some provision of customary or conventional law of armed conflict”.¹³⁷

According to Article 4(4) of the Protocol, a combatant who fails to meet the requirement of distinction “shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war”. Israeli non-recognition of certain individuals’ affiliation with security forces and the method of their operations should not deny such individuals of the POW status,¹³⁸ or, at the very least, such individuals should be given protection equivalent to POWs, as the case may be. In *State of Israel v. Marwan Barghouti* (2002), the District Court of Tel Aviv and Jaffa decided that

[T]he Defendant’s method of combat is, in the clearest possible manner, contrary to the most basic rules of law, and accordingly he is not entitled to enjoy the protections afforded under international law to combatants who act in accordance with the rules of war.¹³⁹

Such Israeli determination manifestly contradicts established rules of IHL.¹⁴⁰

Thus, Palestinian officers confined by the Israeli army meet POW status under IHL and the detaining Power is bound to treat them as such.

B. *Resistance Organizations*

Four decades prior to the Geneva Conventions, Article 1 of the 1907 Hague Regulations recognized that the “laws, rights, and duties of war apply ... to militia and volunteer corps”. Affiliates of such units may legitimately resist the occupant as combatants.¹⁴¹ Thus, when captured, members of such groups are considered as POWs whose rights are regulated in Articles 4-20 of the Regulations. Geneva Convention III embraced a similar provision in Article 4(A)(2), where it confers POW status on “[m]embers of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict” who have fallen into the hands of adverse party. Similar to the Hague Regulations, this provision sets out four conditions for such corps to acquire a belligerent status and, therefore, to be treated as POWs: having a leadership commanded by a person responsible for his subordinate, having a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carrying arms openly, and conducting operations in accordance with laws and customs of war. We will first review the definition of “organized resistance movements, belonging to a party to the conflict”. Then we will analyze the conditions under which a member of resistance corps may qualify as

¹³⁶ Qafisheh, *supra* note 113 at 185-9.

¹³⁷ Michael BOTHE, Karl J. PARTSCH, and Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982) at 272.

¹³⁸ Baker and Matar, *supra* note 56 at 156-7.

¹³⁹ Criminal Case No. 092134/02 (12 December 2002).

¹⁴⁰ Awol ALLO, “Marwan Barghouti in Tel Aviv: Occupation, Terrorism, and Resistance in the Courtroom” (2017) 26 *Social and Legal Studies* 47.

¹⁴¹ George H. ALDRICH, “Guerrilla Combatants and Prisoner of War Status” (1982) 31 *American University Law Review* 871.

POW in accordance with Convention III and Protocol I.¹⁴² Against this backdrop, we will assess whether these conditions apply to Palestinian fighters.

The word “other” in Article 4(A)(2) of Convention III distinguishes resistance movements from corps affiliated with armed forces. Such groups operate independently and are said to:

[R]ecruit their members primarily from the civilian population but develop a sufficient degree of military organization to conduct hostilities on behalf of a party to the conflict, albeit not always with the same means, intensity and level of sophistication as State armed forces.¹⁴³

For its members to be considered POWs, a liberation movement must belong to a party of the conflict. According to an ICRC interpretation:

[I]n order for an organized armed group to belong to a party to the conflict, it appears essential that it conduct[s] hostilities on behalf and with the agreement of that party. Groups engaging in organized armed violence against a party to an international armed conflict without belonging to another party to the same conflict cannot be regarded as members of the armed forces of a party to that conflict.¹⁴⁴

This *de facto* relationship can be visualized by tacit agreement, “if the operations are such as to indicate clearly for which side the resistance organization is fighting”.¹⁴⁵

It is possible to deduce from the foregoing that the vast majority of affiliates of Palestinian resistance organizations, while formally separate from security forces, fight on behalf of a party to the conflict against the occupation. This includes *Al-Aqsa Martyrs Brigades*, which is a military offshoot of Fatah, and *Al-Qassam Martyr Brigades*, the military wing of Hamas, along with other factions. Fatah and Hamas constitute the main parties of the PA branches operating in Ramallah and Gaza, respectively, as elaborated above. It is believed that most Palestinian prisoners in Israeli jails belong to resistance groups.¹⁴⁶

Resistance movements form part of the State of Palestine, or a party to the conflict under Convention III, for the purpose of POW status determination. Articles 10 and 11 of the rules of attribution to a new State developed by the International Law Commission establish the norm whereby insurgents’ conduct is attributable to a State, in accordance with the principle of continuity between the national liberation movement and the new State, and acknowledgment of the movement by the State.¹⁴⁷ Thus, “it may become difficult to continue to deny combatant status to such forces, or to refuse to treat captured members thereof as prisoners of war”.¹⁴⁸ Particularly after the 2012 recognition of Palestine as a State by the United Nations and Palestine’s accession to the Geneva Conventions in 2014, as Dugard aptly put it, “the situation [of those incarcerated by Israel will] change, and Palestinian resistance fighters [will] be entitled to POW status under the 1949 Convention [III]”.¹⁴⁹

However, in 2006 the Israeli High Court of Justice ruled that

¹⁴² Maria J. STEPHAN, “Fighting for Statehood: The Role of Civilian-Based Resistance in the East Timorese, Palestinian, and Kosovo Albanian Self-Determination Movements” (2006) 30 *The Fletcher Forum of World Affairs* 57.

¹⁴³ Melzer, *supra* note 130 at 32.

¹⁴⁴ *Ibid.*, at 23.

¹⁴⁵ Pictet, *supra* note 108 at 67.

¹⁴⁶ Precise statistics on this category are lacking; Abedrabouh, *supra* note 105. Shadi ALSHDAIFAT and Sanford R. SILVERBURG, “Islamic Hamas and Secular Fatah: How Does the Governing Process Work?” (2015) 2 *Indonesian Journal of International and Comparative Law* 583.

¹⁴⁷ International Law Commission, “Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries”, in *Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session* (2001).

¹⁴⁸ Leslie C. GREEN, “Terrorism and Armed Conflict: The Plea and the Verdict” (1989) 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 131 at 135.

¹⁴⁹ Dugard, *supra* note 52 at 3.

[A] civilian who joins a terrorist organization ... and within the framework of his position in that organization he carries out a series of hostilities, with short interruptions between them for resting, loses his immunity against being attacked.¹⁵⁰

The Court did not consider the civilian “who joins a terrorist organization”, as a combatant, which means he will not be granted POW status in the case where he falls into enemy hands. This position runs counter to the IHL rules. According to the ICRC, members of an organized armed groups are civilians who are involved with the organization and assume a “continuous combat function”.¹⁵¹ This concept of a “continuous combat function” has been confirmed in the discussions of expert groups.¹⁵² In any case, the above Israeli court decision, which represents the official position of Israel, was expressed before the accession of Palestine to Convention III, which should be altered thereafter.

Let us turn to the Convention’s four requirements for members of organized movements to gain POW status.

1. *Possessing leadership*

The condition for a resistance movement “being commanded by a person responsible for his subordinates” presupposes the existence of structured leadership for such a group. Indeed:

Only when such a structure exists can the leaders train the members of the group, give clear orders and instructions, be informed of the actions of subordinates and react promptly to them. A chain of command and a reporting system are thus necessary if the leadership is to be informed about violations, trace the role played by individuals in committing a crime and take appropriate measures.¹⁵³

In the context of Palestine, armed resistance factions have their own known leadership. Group commanders discipline subordinate individuals. As indicated by the former UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territory, “many combatants meet the requirements ... that they be members of an organized force, under a responsible command structure”.¹⁵⁴ In particular, leaders of the largest factions, Fatah and Hamas, function publicly. Fatah forms an essential part of the PLO and has a hierarchy system, so it is subject to a person responsible for his members.¹⁵⁵ Hamas, on the other hand, possesses a political bureau and an announced commander of its military wing.¹⁵⁶

Since at least 11 July 1979, various PLO factions have been subjected to a set of laws developed in the diaspora which has been brought to Palestine after the formation of the PA in 1994 and is still enforced.¹⁵⁷ These laws, often called “military law” or “revolutionary legislation”, consist of: (1) Penal Law, (2) Penal Procedures Law, (3) Formation of Military

¹⁵⁰ Targeted Killings case, *supra* note 55 at 499-500.

¹⁵¹ Melzer, *supra* note 130 at 33-4.

¹⁵² Kenneth WATKIN, “Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Interpretive Guidance” (2010) 42 *New York University Journal of International Law and Politics* 641 at 655.

¹⁵³ Anne-Marie LA ROSA and Carolin WUERZNER, “Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law” (2008) 90 *International Review of the Red Cross* 327 at 329.

¹⁵⁴ Dugard, *supra* note 52 at 3.

¹⁵⁵ “General Political Program of Fatah Movement” (2009) 20 (No. 79) *Journal of Palestine Studies* 108 (in Arabic).

¹⁵⁶ Sudarsan RAGHAVAN, “Mohammed Deif, the Shadowy Figure Who Heads Hamas’s Military Wing” *The Washington Post* (2 August 2014), online: [The Washington Post <https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/mohammed-deif-the-shadowy-figure-who-heads-hamass-military-wing/2014/08/02/ed68c46e-1a85-11e4-85b6-c1451e622637_story.html>](https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/mohammed-deif-the-shadowy-figure-who-heads-hamass-military-wing/2014/08/02/ed68c46e-1a85-11e4-85b6-c1451e622637_story.html).

¹⁵⁷ Palestinian Supreme Constitutional Court, Decision No. 2 of 12 September 2018; P.G. No. 148 (23 October 2018) at 132.

Courts Law, and (4) Correction Centers (Prisons) Law.¹⁵⁸ The laws sanction any operative who violates a range of crimes that might occur during armed resistance. These laws have become part of the law of the West Bank and Gaza legal system that applies to groups who take part in acts of resistance, along with members of security agencies.¹⁵⁹ Similarly, Hamas and its military wing pursue their leaders' orders.¹⁶⁰ As Horovitz indicated, Hamas has reached a "high level of organization, with a structured military force, political and social components".¹⁶¹

Thus, the possession of known leadership, as a requirement for captured operatives of armed resistance groups to qualify as POWs under IHL, is adhered to by Palestinian factions.

2. *Possessing fixed distinctive sign*

The requirement of adoption of "a fixed distinctive sign recognizable at a distance" by resistance militia aims to distinguish a group's members from civilians and from other militants. As the ICRC interpretation of Article 4(2) of Convention III illustrates, a distinct emblem "must be the same for all the members of any one resistance organization, and must be used only by that organization".¹⁶² Article 44(3) of Protocol I adds that "combatants are obliged to distinguish themselves from the civilian population while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack". The latter proviso, according to the authoritative work of Henckaerts and Doswald-Beck, amounts to a customary rule.¹⁶³

Although there is no agreed-upon form of a "fixed distinctive sign", the ICRC has suggested that "[s]uch a sign need not necessarily be an arm-band. It may be a cap ... a coat, a shirt, an emblem or a coloured sign worn on the chest".¹⁶⁴ The booklet of the US Air Force provides that a part of military uniform suffices if it clearly distinguishes combatants from civilians.¹⁶⁵ Protocol I was explicit in this regard by acknowledging that "there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of the hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself, he shall retain his status as a combatant provided that, in such situations, he carries his arms openly" (Article 44(3)). Likewise, "the term 'recognizable at a distance' is open to interpretation".¹⁶⁶ It is "widely agreed that the requirement is met by an armband, an insignia, or, for example, a distinctive headgear or coat".¹⁶⁷

Palestinian resistance groups do distinguish themselves from civilians and from each other by coloured signs, including flags and emblems. Each flies a different flag colour: yellow for

¹⁵⁸ Abdelhameed EILA, *Commentary on Criminal Procedures Law of the Palestine Liberation Organization of 1979* (Gaza: Mansour Press, 1995).

¹⁵⁹ Isam ABDEEN, *A Legal Treatise on the Explanatory Judgment of the Supreme Constitutional Court on Military Affairs, the Legal Status of the Police, and on Competent Courts to Prosecute Police Personnel* (Ramallah: Al-Haq, 2018).

¹⁶⁰ O. J. ATAKE, "The Actualization of Independent State of Palestine: Palestine Liberation Organization's Contribution and the Emergence of HAMAS" (2018) 7 *International Journal of Advanced Legal Studies and Governance* 47.

¹⁶¹ Sigall HOROVITZ, "Accountability of Hamas under International Humanitarian Law", in Mark AMI-EL, ed., *Hamas, the Gaza War and Accountability, under International Law* (Jerusalem: Jerusalem Center for Public Affairs, 2011), 29 at 31.

¹⁶² Pictet, *supra* note 108 at 60.

¹⁶³ Jean-Marie HENCKAERTS and Louise DOSWALD-BECK, eds., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) at 384.

¹⁶⁴ "Commentary of 1960 on the Third Geneva Convention of 1949" ICRC, online: ICRC <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=ECA76FA4DAE5B32EC12563CD00425040>> at 44.

¹⁶⁵ Toni PFANNER, "Military Uniforms and the Law of War" (2004) 86 *International Review of the Red Cross* 93.

¹⁶⁶ Pictet, *supra* note 108 at 60.

¹⁶⁷ W. Thomas MALLISON and Sally V. MALLISON, "The Juridical Status of Irregular Combatants under the International Humanitarian Law of Armed Conflict" (1977) 9 *Case Western Reserve Journal of International Law* 39 at 56.

Fatah, green for Hamas, black for Islamic Jihad, and Red for the Popular Front for the Liberation of Palestine (“PFLP”). Various organizations have embraced a separate emblem with symbols and statements, wore by individuals, carried in marches and other gatherings, and also used to mark a group’s premises. In the *Kassem* case, an Israeli military tribunal found that the defendants had already fulfilled the need to distinguish themselves from the civilians adequately by wearing camouflage hats and green clothes, as such clothes were not regularly worn by the population.¹⁶⁸ As a United Nations probe found out, there is “no evidence that members of Palestinian armed groups engaged in combat in civilian dress”.¹⁶⁹

In short, as far as the requirement of a fixed distinctive sign is concerned, captured operatives of Palestinian armed factions would be considered, and should be legally treated, as POWs.

3. *Carrying arms openly*

According to Article 43(4) of Protocol I, a combatant who cannot distinguish himself shall carry his arms openly: “(a) during each military engagement, and (b) during such time as he is visible to the adversary while he is engaged in a military deployment preceding the launching of an attack in which he is to participate”. The forms of “carrying arms openly” have been for long debated by States as a means to distinguish militants from civilians. Most States require a minimum distinction without a clear-cut formality.¹⁷⁰ The booklet of the US Air Force indicates that “this requirement is not satisfied if the armed group makes a practice of carrying only concealed weapons or of hiding weapons on the approach of enemy forces to avoid identification as fighters”.¹⁷¹ In the *Kassem* case, an Israeli military tribunal ruled that the requirement of carrying arms openly is not complied with where weapons cannot be seen, nor in the case of carrying weapons during a hostile clash.¹⁷² However, the British military manual hinted that the government statement with other States on the ratification of Protocol I indicates that the exception mentioned in Article 44(3) of Protocol I regarding “carrying arms openly” is applicable only in the case of the occupied territories.¹⁷³

In practice, there are events in which fighters cannot strictly fulfill the rule of being distinguished and, at the same time, not lose the status of being POWs.¹⁷⁴ Article 44(4) of Protocol I states in this connection that:

[A] combatant who falls into the power of an adverse Party while failing to meet the requirements set forth in the second sentence of paragraph 3 [on carrying arms openly] shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war by the Third [Geneva] Convention and by this Protocol.

Hence, “[e]ven in this situation he shall ‘be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war’”.¹⁷⁵

¹⁶⁸ *Kassem* case, *supra* note 37 at 806-11.

¹⁶⁹ Goldstone Report, *supra* note 34 at 420.

¹⁷⁰ Pfanner, *supra* note 165 at 103.

¹⁷¹ Office of General Counsel, Department of Defense, “Department of Defense Law of War Manual” *US Department of Defense* (June 2015, updated December 2016), online: DOD <<https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>> at 123-4.

¹⁷² *Kassem* case, *supra* note 37 at 778-9.

¹⁷³ UK Joint Doctrine and Concepts Centre, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (Swindon: JDCC, 2004) at 42-3.

¹⁷⁴ *Kassem* case, *supra* note 37 at 779.

¹⁷⁵ W. Thomas MALLISON and Sally V. MALLISON, “The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts” (1978) 42 *Law and Contemporary Problems* 4 at 25.

Most Palestinian factions carry weapons openly. They do so, in particular, during military parades. Marching with machine guns and missile mortars have become the norm after the 2005 Israeli withdrawal from Gaza. Al-Qassam Brigades do so frequently. Even in the West Bank, resistance fighters often bear weapons publicly in refugee camps and sometimes in villages and towns. Affiliates of Fatah, whose operations are tolerated by the PA, walk with arms on daily basis. Appearing with guns in the West Bank has frequently triggered attacks by Israeli troops. On 12 March 2008, for instance, an Israeli undercover force killed four armed men in a raid in Bethlehem.¹⁷⁶ In Gaza, likewise, the Israeli army often targets operatives while carrying guns openly.¹⁷⁷ According to an Israeli NGO, 55 militants were killed while carrying arms openly by the Israeli military from 2009 to 2019 in Gaza.¹⁷⁸ As noted above, Fatah in the West Bank and Hamas in Gaza run premises in which activists enter with weapons.¹⁷⁹ Faction commanders stationed in certain locations sometimes intercept Israeli forces operating in Palestinian territory. On 11 November 2018, eight Israeli agents disguised as local civilians were stopped and questioned by a Hamas patrol in Khan Yunis city in southern Gaza Strip. The firefight that erupted as a result of uncovering the Israeli infiltration resulted in casualties on both sides and control over the Israeli soldiers' equipment.¹⁸⁰ From such instances one may conclude that the condition of carrying weapons openly is largely observed by Palestinian resistance fighters, albeit in diverse fashions.

In sum, where Palestinian resistance fighters meet the condition of "carrying arms openly", they, as such, should be treated as POWs in case of capture.

4. *Respecting laws and customs of war*

The PLO, in which the Fatah movement forms the leading faction along with the PFLP, announced its commitment to respect and implement IHL in its actions to liberate Palestine. As indicated in section I above, on 21 June 1989, the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informed the Swiss Federal Council that the PLO had decided to accede to Geneva Conventions of 1949 and their two 1977 Protocols.¹⁸¹ As the Swiss government then refused to take a decision on the matter, the State of Palestine acceded to these instruments on 2 April 2014. Such accession implies that all factions that take part in the Palestinian authorities, including the Fatah-led internationally recognized government in Ramallah and the Hamas-run *de facto* government of Gaza, are bound by Geneva Conventions III and IV as well as Protocol I.¹⁸² On its part, Hamas authorities "made a series of unilateral

¹⁷⁶ "Israeli Forces Kill Four Militants in Bethlehem Raid" *ABC News* (13 March 2008), online: ABC News <<https://www.abc.net.au/news/2008-03-13/israel-forces-kill-four-militants-in-bethlehem-raid/1070754>>.

¹⁷⁷ David M. HALBFINGER, "Israel Strikes Militants in Syria and Gaza After Clash Over Body at Border" *The New York Times* (23 February 2020), online: The New York Times <<https://www.nytimes.com/2020/02/23/world/middleeast/israel-gaza-bulldozer-body-palestinian.html>>.

¹⁷⁸ "Palestinians Who Were the Object of a Targeted Killing in the Gaza Strip, since Operation Cast Lead" *B'Tselem: The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories*, online: B'Tselem <<https://www.btselem.org/statistics/fatalities/after-cast-lead/by-date-of-event/gaza/palestinians-who-were-the-object-of-a-targeted-killing>>.

¹⁷⁹ Adnan ABU AMER, "Some Palestinians up in arms over weapons proliferation" *Al-Monitor* (3 June 2019), online: Al-Monitor <<https://www.al-monitor.com/originals/2019/06/west-bank-weapons-proliferation-murder-rates-hamas-abbas.html>>.

¹⁸⁰ "'Operation Failed': Details Emerge on Israeli Covert Op Gone Awry" *Al Jazeera* (4 December 2019), online: Al Jazeera <<https://www.aljazeera.com/news/2019/12/4/operation-failed-details-emerge-on-israeli-covert-op-gone-awry>>.

¹⁸¹ Al-Zoughbi, *supra* note 29 at 177.

¹⁸² Nathan J. BROWN, "The Hamas-Fatah Conflict: Shallow but Wide" (2010) 34 *The Fletcher Forum of World Affairs* 35.

declarations of respect for human rights”,¹⁸³ and it seems that the commitment to “human rights” is used here broadly, which may encompass IHL.¹⁸⁴

As in any armed conflict, violating part of IHL norms by Palestinian resistance groups might well occur.¹⁸⁵ However, breaches by certain individuals of an armed group do not deprive all armed organizations or each member of a given group of their eligibility for POW status. An Israeli judge stated that Palestinian factions “include groups that are not necessarily identical to one another from the viewpoint of their willingness to accept the basic legal and humanitarian norms”.¹⁸⁶ Although the Israeli Supreme Court acknowledged “the existence of groups who ‘fight the army’ as opposed to those who act against civilians ... it fails in practice to allow benefits to those fighting solely against the army”.¹⁸⁷ It was correctly observed in this respect that “violations of IHL have not been treated as a key ground for refusing POW status”.¹⁸⁸ At any rate, a violation committed by a member of an armed group in the context of overall compliance by the group does not mean that all its members should lose their qualification as POWs, and that implication should only affect the member who commits the violation.¹⁸⁹ This means that every individual who falls in the enemy’s hand should be subject to a separate investigation regarding his status on case-by-case basis.¹⁹⁰ In the Goldstone Report, the detained Israeli soldier Gilad Shalit was considered by the UN Fact Finding Mission as a POW in spite of the Mission’s position that the Israeli army had breached a set of IHL rules.¹⁹¹ Likewise, the European Parliament, while denouncing Israeli IHL abuses, called upon those holding Shalit to treat him as POW.¹⁹²

This discussion shows that members of Palestinian resistance movements are largely affiliated with organized forces that comply with laws and customs of war and, in the event of capture, should be treated as POWs by Israeli authorities.¹⁹³

5. *Final remarks*

The foregoing demonstrates that the four conditions enumerated in Article 4 of Geneva Convention III for captives of resistance movements apply to militants who fight occupying forces in the territory of Palestine. Therefore, in the case of arrest, such individuals should be treated as POWs, particularly after Palestine’s accession to Convention III in 2014. But “[s]hould any doubt arise as to whether persons having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy belong to any of the categories enumerated in Article 4”, by virtue of Article 5 of Convention III, “such persons shall enjoy the protection of [Convention III] until such time as their status has been determined by a competent tribunal”. Neither Israel, nor any occupying power, should “be able to unilaterally decide that no doubt has arisen for an entire group of captured persons who have taken part in hostilities”.¹⁹⁴ In this regard, the

¹⁸³ Goldstone Report, *supra* note 34 at 80.

¹⁸⁴ Sandesh SIVAKUMARAN, “Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War” (2011) 93 *International Review of the Red Cross* 463 at 468.

¹⁸⁵ Goldstone Report, *supra* note 34 at 79-81.

¹⁸⁶ Targeted Killings case, *supra* note 55 at 522.

¹⁸⁷ Pulido, *supra* note 62 at 273.

¹⁸⁸ Marco SASSOLI, “‘La ‘Guerre contre le terrorisme’, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre” (2001) 39 *Canadian Yearbook of International Law* 211.

¹⁸⁹ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1026.

¹⁹⁰ Stephen C. NEFF, *War and the Law of Nations: A General History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) at 392.

¹⁹¹ Goldstone Report, *supra* note 34 at 285.

¹⁹² European Parliament, *Resolution on the Case of Gilad Shalit* (B7-0171/2010).

¹⁹³ Dugard, *supra* note 52 at 3.

¹⁹⁴ Yasmin NAQVI, “Doubtful Prisoner-of-War Status” (2002) 84 *International Review of the Red Cross* 571 at 574-5.

competent tribunal “should be ‘impartial and effective’”,¹⁹⁵ while Israeli courts are widely viewed as partial and acting as “the judicial arm of the occupation”.¹⁹⁶ Such courts, which tailor the interpretation of international law “exclusively to meet the needs of the State”,¹⁹⁷ cannot determine the fate of captive Palestinian citizens.¹⁹⁸

Even if Israeli military tribunals, assuming *arguendo*, are entitled to adjudicate incarcerated Palestinians, “the procedure followed ... in the first instance should, as a minimum, be in accordance with the corresponding rules of the Fourth [Geneva] Convention”.¹⁹⁹ In any event, the protections in Article 75 of Protocol I apply as a minimum. Indeed, “[t]hese protections are today considered part of customary international law”.²⁰⁰

Against this background, POW status determination may be referred to an impartial body, for example, the ICRC,²⁰¹ a court established by a neutral State or to an international tribunal, such as the ICC.²⁰² The latter option has become plausible after Palestine’s accession to the Rome Statute in 2015.²⁰³ Indeed, Palestinians may not remain under their captor’s mercy, and “where doubts exist, international protection, i.e. POW status, should prevail over domestic punishment ... and this is a clear example of a case in which pressure should be applied by third States to secure compliance”.²⁰⁴

C. Mass Rising

Geneva Convention III considers as a POW, in the event of capture:

[I]nhabitants of a non-occupied territory who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect laws and customs of war.²⁰⁵

This provision pertains to civilians who fight invading troops before the control of a given land.²⁰⁶ As the ICRC commented: “This refers to a mass rising. The enemy is obliged to recognize the belligerent status ... even though they may not have had time to form themselves into regular armed units”.²⁰⁷ Acknowledged as customary law, the rule was codified in Article 2 of the 1907 Hague Regulations: “Inhabitants of a territory which has not been occupied, who, on the approach of the enemy, spontaneously take up arms to resist the invading troops ... shall be regarded as belligerents”. Although such category of persons (named *levée en masse*) forms

¹⁹⁵ *Ibid.*, at 579, referring to a US practice in Vietnam.

¹⁹⁶ Sharon WEILL, “The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories” (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 395.

¹⁹⁷ Pulido, *supra* note 62 at 288. Also Azarova, *supra* note 104.

¹⁹⁸ Nery RAMATI, “The Rulings of the Israeli Military Courts and International Law” (2020) 25 *Journal of Conflict and Security Law* 149.

¹⁹⁹ Naqvi, *supra* note 194 at 581.

²⁰⁰ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1048.

²⁰¹ Howard S. LEVIE, “Compliance by State with the 1949 Geneva Prisoner of War Convention” (1974) 6 *Army Lawyer* 1 at 4, citing the ICRC’s intervention in Syrian and Israeli prisoners captured during the 1973 war.

²⁰² Pulido, *supra* note 62 at 287.

²⁰³ Mutaz M. QAFISHEH, “Nationalizing International Criminal Law in Palestine: The Challenge of Complementarity” (2016) 27 *Hague Yearbook of International Law* 165.

²⁰⁴ Pulido, *supra* note 62 at 284.

²⁰⁵ Art. 4(a)(6).

²⁰⁶ UK Joint Doctrine and Concepts Centre, *supra* note 173 at 45.

²⁰⁷ Pictet, *supra* note 108 at 48.

part of the civilian population; they must be treated as POWs in the event of an arrest by the invading enemy troops.

Emily Crawford's article "Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée En Masse* in the Law of Armed Conflict" is probably the most comprehensive work on *levée en masse*.²⁰⁸ Denying the contemporary status of mass risers as POWs, Crawford has traced the topic from post French Revolution conflicts as early as 1793, through the concept's codification in the Lieber Code of 1863, Brussels Declaration of 1874, Oxford Manual on the Laws of War on Land of 1888, Hague Regulations of 1899 and 1907, and Geneva Conventions of 1929 and 1949, until recently. However, the article comprises multiple contradictions and its findings are rather misleading.

While Crawford concludes that the notion of *levée en masse* no longer applies, she cites ample sources that affirm the very notion: domestic military manuals of 29 States, ICRC commentary, *travaux préparatoires* of diverse humanitarian law texts, and court cases and literature (Greenspan, Rebus, and Solis). Crawford asserts her argument against the overwhelming counter-evidence, and virtually calls upon occupied people to capitulate to their occupier, owing to, as she claims, the massive power of the adversary. Yet the evidence proves the on-going relevance of *levée en masse*.

Having said that, what could be a point of interpretation is the exact meaning of the terms encompassing the definition of *levée en masse*, viz: "non-occupied", "territory", "spontaneously", "arms", "invading forces", "time", "carry arms", "openly", "respect the laws and customs of war", "rise", "*levée*", and "*en masse*". Every word underlying the concept as defined in Article 4(a)(6) of Convention III requires further research. The notion and its corresponding legal implications are far from being settled. The *levée en masse* needs to be analysed in light of the wider principles of public international law rules, not least the right to self-defence (individually and collectively),²⁰⁹ right to self-determination, right of resistance against colonial domination and alien occupation, guerrilla fighting, legitimacy or illegality of occupation (e.g. whether an occupation is permitted under the United Nations Charter, particularly based on Security Council's authorization), human rights standards, relevant State practice, and subsequent jurisprudence of domestic and global tribunals. These rules should be comprehended in the context of each micro case, not only the overall case of a given conflict or an occupied location, but also that of every incident and even each individual captured in a single attack. This is what we are trying to touch upon in this brief study by bringing up the issue of Palestinian up-risers.

It is worth noting here the dozens of UN General Assembly resolutions regarding the right of the Palestinian people to self-determination and the legality of their struggle "by all available means consistent with the Charter of the United Nations",²¹⁰ including armed struggle.²¹¹ It is unreasonable that the General Assembly confirms the legality of the peoples' struggle, and then consider that those who resist the invading forces are criminals who should be prosecuted for such acts. International law permits civilians to fight "colonial domination and alien occupation ... in the exercise of their right of self-determination", as stated by Article 1(4) of Protocol I. It has been remarked in this particular context that "[t]he phrase 'alien occupation' was

²⁰⁸ Emily CRAWFORD, "Tracing the Historical and Legal Development of the *Levée En Masse* in the Law of Armed Conflict" (2017) 19 *Journal of the History of International Law* 329.

²⁰⁹ Themis TZIMAS, "Self-Defense by Non-State Actors in States of Fragmented Authority" (2019) 24 *Journal of Conflict and Security Law* 175.

²¹⁰ *Importance of the Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination and of the Speedy Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples for the Effective Guarantee and Observance of Human Rights*, UN General Assembly, UN Doc. A/RES/2787 (1971), at para. 1.

²¹¹ *Importance of the Universal Realization of the Right of Peoples to Self-Determination and of the Speedy Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples for the Effective Guarantee and Observance of Human Rights*, UN General Assembly, UN Doc. A/RES/3070 (1973), at paras 2, 5.

introduced with the intention of extending the scope of application of the Protocol [I] to the conflict between Israel and the Palestine Arab people”.²¹² Israel not only cannot, under international law, treat such individuals as criminals, but also its commanders and “judges” who confine Palestinian civilians can be held accountable for carrying out illicit acts punishable under the Rome Statute of the ICC.²¹³

Under the Oslo Accords, Israeli occupation forces withdrew from certain Palestinian areas (particularly from Area “A”) in the West Bank and handed over its administration to the PA over 1994-1997. In 2005, Israel pulled out of Gaza.²¹⁴ Although those areas (especially Area “A”) were reoccupied in the so called “Operation Defensive Shield” in 2002, the areas do not witness a permanent Israeli military presence. Rather, the areas are placed under the PA’s control. However, Israeli forces frequently invade those areas either to arrest individuals, carry out military operations, or regain control of certain areas to protect Israeli settlers. During these incursions, occupiers often encounter popular resistance, particularly in refugee camps and densely populated neighborhoods who rise up against occupying forces sporadically. Many have been caught by occupation authorities. Persons captured while resisting invading troops of any city, village, refugee camp should be regarded as POWs,²¹⁵ as long as they carry arms openly and respect the laws and customs of war.

It is clear that *levée en masse* is confined to territories that are not occupied. Article 2 of the 1907 Hague Regulations has two main criteria for “mass rising”: it should be in “a territory which has not been occupied”, and that the inhabitants have not “had time to organize themselves in accordance with Article 1”.²¹⁶ These conditions are also incorporated into the Geneva Convention III. In the ICRC Commentary, it is emphasized that:

[A] mass levy can only be considered to exist during a very short period, i.e. during the actual invasion period. If resistance continues, the authority commanding the inhabitants who have taken up arms, or the authority to which they profess allegiance, must either replace them by sending regular units, or must incorporate them in its regular forces.²¹⁷

Otherwise, those civilians who spontaneously take up arms after the enemy has established itself cannot qualify as POWs for the purposes of Article 4A(6).²¹⁸

However, it appears that the term “occupation” is used in Article 4(a)(6) of Geneva Convention III in a non-technical sense. It may mean “invading” or “entering” certain sections within a *portion* of an occupied location, not exclusively the initial or total occupation of a State or region.²¹⁹ Such interpretation can be deduced from Article 51 of the Lieber Code of 23 April 1863 which stated that:

[I]f the people of that *portion* [emphasis added] of an invaded country which is not yet occupied by the enemy, or of the whole country, at the approach of a hostile army, rise under a duly authorized levy, *en masse* to resist the invader, they are now treated as public enemies, and, if captured, are prisoners of war.²²⁰

²¹² Nissim BAR-YAACOV, “Some Aspects of Prisoner-of-War Status According to the Geneva Protocol I of 1977” (1985) 20 Israel Law Review 243 at 247.

²¹³ Mutaz M. QAFISHEH, “Palestinian Prisoners in Israel versus Namibian Prisoners under the Apartheid: A Potential Role for the International Criminal Court” (2016) 20 International Journal of Human Rights 798.

²¹⁴ Sylvain VITE, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations” (2009) 91 International Review of the Red Cross 69 at 83-5.

²¹⁵ W.G. RABUS, “A New Definition of the ‘Levée en Masse’?” (1977) 24 Netherlands International Law Review 232.

²¹⁶ Article 1 refers to armies and volunteer corps, covered by other rules.

²¹⁷ Pictet, *supra* note 108 at 68.

²¹⁸ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131 at para. 1064.

²¹⁹ Morris GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare* (Los Angeles: University of California Press 1959).

²²⁰ Francis LIEBER, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (New York: D. Van Nostrand, 1863) at 16.

The concept of *levée en masse* as codified by Article 10 of the Brussels Declaration of 27 August 1874,²²¹ which influenced Article 4(a)(6) of Convention III, did not specify whether “occupation” or “invasion” indicate an initial invasion or an established-occupation. That said, delegates who deliberated the aforesaid draft of Article 10 were of two views. One side confined the definition to the initial occupation, while the others wanted the concept to be sufficiently wide as to incorporate “any inhabitant who, as a result of patriotism, took up arms against the enemy”.²²² The clause “respect the laws and customs of war”, as a requisite for a levy to enjoy POW status, was inserted to distinguish those who fight to defend their land from ordinary offenders who carry arms “as a brigand or bandit”.²²³ As Naqvi elegantly put it, Convention III “has been interpreted ... as creating a presumption that individuals apprehended in the war zone are prisoners of war”.²²⁴ In its 2020 commentary on Convention III, the ICRC summed up the discussion on the concept by pointing out that a *levée en masse* “can occur in *any part of a territory* [emphasis added] that is not yet occupied, or in an area where the previous Occupying Power has lost control over the administration of the territory and is attempting to regain it”.²²⁵

Palestine has witnessed mass risings against invaders since 1917 and Palestinians have risen from the outset of the Israeli occupation through to the present.²²⁶ In June 1967, the streets of Jerusalem witnessed dozens of inhabitants who spontaneously carried personal weapons to resist the Israeli invasion.²²⁷ While many were killed,²²⁸ others were captured.²²⁹ This triggered, in 1969, an Israeli court to perceive accused persons as POWs based on *levée en masse* status. It found that the area where the accused had been apprehended was under Israeli control. The court stated that the troops “were certainly not invading new areas, and there cannot be the least doubt that, in the period from June 5, 1967, to October, 1968, that ‘population’ had time to ‘form itself into regular armed units’”.²³⁰ The court was, therefore, ready at the time to describe those involved in random resistance as POWs.

Tens of thousands of Palestinians have been arrested while resisting Israeli troops, notably during the first (1987-1993) and second (2000-2005) uprisings. Thousands are being kept in Israeli custody, and estimates of those incarcerated by Israel since 1967 top 800,000 Palestinians.²³¹ In 2002, for example, the “[Israeli] assaults on Palestinian towns ... in Operation Defensive Shield and subsequent military operations in the West Bank resulted in

²²¹ *Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War*, Adopted by the Conference of Brussels (27 August 1874) at art. 10.

²²² Tracey DOWDESWELL, “The Brussels Peace Conference of 1874 and the Modern Laws of Belligerent Qualification” (2017) 54 *Osgoode Hall Law Journal* 805 at 835.

²²³ Lieber, *supra* note 220, art. 52.

²²⁴ Naqvi, *supra* note 194 at 575, referring to the New Zealand and Australia military manuals.

²²⁵ Updated Commentary on Convention III, *supra* note 131, at para. 1065.

²²⁶ Rashid KHALIDI, *The Hundred Years’ War on Palestine: A History of Settler Colonialism and Resistance, 1917–2017* (New York: Metropolitan Books, 2020).

²²⁷ Jamal R. NASSAR, “The Culture of Resistance: The 1967 War in the Context of the Palestinian Struggle” (1997) 19 *Arab Studies Quarterly* 77 at 83-5.

²²⁸ Kathleen CAVANAUGH, “The Israeli Military Court System in the West Bank and Gaza” (2007) 12 *Journal of Conflict and Security Law* 197 at 221, reporting that in 2000-2005, 3,185 Palestinian civilians, including 645 minors, were killed by Israeli security forces via lethal force; 132 investigations took place at the same period, with only 7 soldier convictions.

²²⁹ Naseer H. ARURI, “Resistance and Repression: Political Prisoners in Israeli Occupied Territories” (1978) 7 *Journal of Palestine Studies* 48.

²³⁰ *Kassem case*, *supra* note 37 at 776.

²³¹ Addameer Prisoner Support and Human Rights Association, “General Briefing: Palestinian Political Prisoners in Israeli Prisons” *Addameer Prisoner Support and Human Rights Association* (2014), online: Addameer <https://www.addameer.org/advocacy/briefings_papers/general-briefing-palestinian-political-prisoners-israeli-prisons-0>.

widespread arrests and detentions. In the period between 29 March and 5 May alone, some 7,000 Palestinians were arrested”.²³² From 12 June through mid-August 2014, to give another example, “between 1,100 and 1,500 Palestinians were detained ... Generally they were arrested either during clashes or for alleged participation in clashes”.²³³

Dozens of those captured were civilians who carried weapons openly to resist invading forces using machine guns, Molotov cocktails, grenades, knives, or stones. Thus the issue of *levée en masse* is likely to arise “in a built-up area where even rudimentary methods are of some value”.²³⁴ As a case in point, on 26 May 2018, Israeli soldier Ronen Lubarsky died after being attacked by a marble slab thrown on his head during an invasion of the Amari Refugee Camp in Ramallah.²³⁵ On 13 June 2018, the Israeli army arrested Islam Abu-Humaid who was charged for the attack.²³⁶ A military court sentenced the man to life imprisonment on 21 July 2019.²³⁷ A similar case occurred on 12 May 2020, when an Israeli soldier was struck in the head by a rock and died in the West Bank village of Yaabed, west of Jenin, during a military invasion of the village to arrest a group of activists.²³⁸ An arrest campaign followed in an attempt to find the attackers, and the Israeli intelligence accused a 49-old man named Nazmi Abu Baker of the stone-throwing that claimed the life of the officer.²³⁹ These instances prove that the occupation authorities do not confer POW status on those who spontaneously resist invasions, in an evident contradiction to Article 4(a)(6) of Geneva Convention III.

Be that as it may, the concept of *levée en masse* has attracted several interpretations that may be stretched to anyone who “as a result of patriotism, took up arms against the enemy”.²⁴⁰ After all, those who resist the occupier cannot be seen as criminals who use force for personal gains like ordinary offenders. It is for captured criminals to which Geneva Convention IV applies; Article 76 allocates the status of “internees” to “persons accused of offences”, while Article 77 mentions “persons who have been accused of offences or convicted by the courts in the occupied territory”. “Offences” imply “crimes” that are committed against the society of the occupied locations, not against the occupant. For this reason, the occupying power should hand over those charged or convicted, “at the close of occupation, with the relevant records, to the authorities of the liberated territory”.²⁴¹ The purpose of handing over those in pre-trial detention and prisoners is, as it is obvious based on conventional logic, to complete the

²³² *Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine*, Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Mr. John DUGARD, on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel Since 1967, Submitted in Accordance with Commission Resolutions 1993/2 A and 2002/8, UN Doc. E/CN.4/2003/30 (2002), at 12.

²³³ *Human Rights Situation in Palestine and Other Occupied Arab Territories*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Implementation of Human Rights Council Resolutions S-9/1 and S-12/1, UN Doc. A/HRC/28/80/Add.1 (2014), at 5-6.

²³⁴ Pictet, *supra* note 108 at 68.

²³⁵ Stuart WINER, “IDF Raids Palestinian Refugee Camp Where Soldier Was Killed” *The Times of Israel* (28 May 2018), online: The Times of Israel.

²³⁶ Anna AHRONHEIM and Herb KEINON, “Palestinian Who Killed Soldier with Marble Slab Arrested by Shin Bet”, *The Jerusalem Post* (13 June 2018), online: The Jerusalem Post: <<https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/shin-bet-army-arrest-palestinian-who-killed-20-year-old-elite-idf-soldier-559826>>.

²³⁷ Michael BACHNER, “Palestinian Gets Life Sentence for Killing IDF Soldier with Stone Slab Last Year”, *Times of Israel* (22 July 2019), online: Times of Israel <<https://www.timesofisrael.com/idf-raids-palestinian-refugee-camp-where-soldier-was-killed/>>.

²³⁸ David HALBFINGER, “Israeli Soldier Is Killed in West Bank as Tensions Rise Over Annexation Push”, *The New York Times* (12 May 2020), online: The New York Times <<https://www.nytimes.com/2020/05/12/world/middleeast/israel-soldier-killed-west-bank.html>>.

²³⁹ Hagar SHEZAF, “Shin Bet Arrests Palestinian Suspected of Killing Israeli Soldier in West Bank” *Haaretz* (7 June 2020), online: Haaretz <<https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-shin-bet-announces-arrest-of-palestinian-suspected-of-killing-of-israeli-soldier-1.8903694>>.

²⁴⁰ Dowdeswell, *supra* note 222 at 835.

²⁴¹ Geneva Convention IV, *supra* note 5 at art. 77.

investigation of the former and administer the sentence for the latter.²⁴²

At any rate, civilian fighters cannot be classified as “unlawful combatants”. Such treatment violates rules of IHL that, as indicated above, run short of such typology.²⁴³ Martin Scheinin, the UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, observed that the definition of “unlawful combatant” in the 2002 Israeli law, which followed the US model in the treatment of Taliban and Al-Qaeda captives in the wake of 11th September 2001 attacks,²⁴⁴ “includes persons who have ‘indirectly’ participated in hostile acts against the State of Israel”.²⁴⁵ This term “remains undefined and is therefore open to abuse and inconsistent with the principle of legality”.²⁴⁶ Israeli legislative acts, as well as court rulings, that treat Palestinians who target troops as “terrorists” or “unlawful combatants” lack any international legal foundation.

To conclude, individual Palestinians who participate in armed resistance as part of non-organized groups to confront military invasions or who involve in fighting based individual initiative out of patriotism to defend their unoccupied or liberated land fall under the definition of *levée en masse* according to international humanitarian law and should be treated as POWs as long as they carry arms openly and respect the laws and customs of war.

D. *Political Activists*

Israeli Occupation authorities frequently arrest activists not involved in hostilities, such as journalists, human rights defenders, affiliates of factions, elected parliamentarians, academics and ministers. In a report submitted to the United Nations General Assembly in November 2007, a leading UN expert on the subject pointed out that “45 of 132 members of the Palestinian Legislative Council have been charged with affiliation with, or membership in, a proscribed organization and are currently detained by Israel”.²⁴⁷ He urged caution “to ensure that counter-terrorism is never used as a means of obfuscating the existence or development of democracy”.²⁴⁸ When capturing these persons, Israeli forces rely on military orders that permit the incarceration of anyone who holds anti-occupation views or belongs to a party, political or

²⁴² Jean PICTET, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958) at 366.

²⁴³ Knut DORMANN, “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged Combatants’” (2003) 85 *International Review of the Red Cross* 45; Manooher MOFIDI and Amy E. ECKERT, “Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels” (2004) 36 *Cornell International Law Journal* 59; Terry GIL and Elies VAN SLIEDREGT, “Guantanamo Bay: A Reflection on the Legal Status and Rights of Unlawful Enemy Combatants” (2005) 1 *Utrecht Law Review* 28.

²⁴⁴ Rosemary RAYFUSE and Kara ILAND, “Undoing the Done: Implications of the Denial of Prisoner of War Status to Guantanamo Bay Detainees” (2002) 2 *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law* 99; Neil MCDONALD and Scott SULLIVAN, “Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the ‘War on Terror’” (2003) 44 *Harvard International Law Journal* 301; Derek JINKS, “The Declining Significance of POW Status” (2004) 45 *Harvard International Law Journal* 367; Robert J. DELAHUNTY and John YOO, “Statehood and the Third Geneva Convention” (2006) 46 *Virginia Journal of International Law* 131; Curtis BRADLEY, “The United States, Israel & Unlawful Combatants” (2009) 12 *Green Bag* 397.

²⁴⁵ *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Martin SCHEININ, UN Doc. A/HRC/6/17/Add.4 (2007), at 13, para. 26.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*, at 13, para. 27.

²⁴⁸ *Ibid.*

social association.²⁴⁹ Article 68 of Military Order No. 378 of 20 April 1970,²⁵⁰ as a case in point, states that “[a]ny person who commits any act which disturbs or is likely to disturb the peace or public order shall be guilty of an offence”. Other military orders allow the administrative detention of individuals, including children, without charge or trial.²⁵¹

Such persons are considered protected civilians according to Geneva Convention IV. Indeed, “all persons who are neither members of the armed forces of a party to the conflict nor participants in a *levée en masse* are civilians”.²⁵² These individuals should not face arrest, save to perpetration of crimes in breach of the national penal legislation. In this context, Article 64 of Convention IV stipulates that the occupying power must respect the enforced penal law in the occupied territory. It is a fundamental principle underlying the law of occupation that the occupier is not sovereign over the controlled region.²⁵³ According to the ICRC commentary, the legislative capacity of occupation forces may not serve as a means of oppressing local populations.²⁵⁴ Individual politicians should be treated as civilians even if the parties to which they belong run a military branch.²⁵⁵ In its decision regarding prosecutors incarcerated by the United States during the invasion of Grenada in 1983, the Inter-American Commission for Human Rights found that, with no indication that the captives had taken part in hostilities, these activists remained civilians from the perspective of Convention IV.²⁵⁶

Crimes in an occupied territory are punishable based on domestic law enforced in the land. Whereas offences in Gaza are sanctioned by the British-era Penal Code Ordinance No. 74 of 14 December 1936,²⁵⁷ the West Bank prosecutes based on Jordanian Penal Code No. 16 of 10 April 1960.²⁵⁸ These codes regulate standard crimes such as murder, assaults, theft, rape, and slander.²⁵⁹ The occupant cannot legislate in an occupied soil that alters the existing law, save for narrow exceptions under Article 64 of Geneva Convention IV that by no means include the aforementioned Israeli military orders or the Unlawful Combatants Law. As commented by the ICRC, the exceptional legislative powers of the occupier “are of a strictly limitative nature. The occupation authorities cannot abrogate or suspend the penal laws for any other reason [stated in Article 64]– and not, in particular, merely to make it accord with their own legal conceptions”.²⁶⁰ As such, the legality of these enactments is questionable.

²⁴⁹ Nadine MARROUSHI, “50 Years of Israeli Occupation: Four Outrageous Facts about Military Order 101” *Amnesty International* (25 August 2017), online: Amnesty International <<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2017/08/50-years-of-israeli-occupation-four-outrageous-facts-about-military-order-101/>>.

²⁵⁰ Israeli Army, *Proclamations, Orders and Appointments (West Bank)*, No. 21 (1970) at 733.

²⁵¹ Catherine COOK, Adam HANIEH, and Adah KAY, “Discrimination and Denial, Israel and Palestinian Child Political Prisoners: A Case Study of Israel’s Manipulation of the U.N. Human Rights System” (2005) 13 *Palestine Yearbook of International Law* 91; Tomer EINAT, Ofer PARCHEV, and Anat LITVIN, “Who Knows Who Cares for Me: *C’est la Vie*: Abuse of Israeli and Palestinian Prisoners’ Human and Medical Rights – A Foucaultian Perspective” (2016) 96 *Prison Journal* 167; Iyad MISK, “The Current Situation and Conditions of Imprisonment of Palestinians in Israeli Prisons and Detention Facilities”, UN International Meeting on The Question of Palestine, 7-8 March 2011, at 4.

²⁵² Melzer, *supra* note 130 at 20.

²⁵³ Shawan JABARIN, “The Occupied Palestinian Territory and International Humanitarian Law: A Response to Peter Maurer” (2013) 95 *International Review of the Red Cross* 415 at 421.

²⁵⁴ Pictet, *supra* note 242 at 337.

²⁵⁵ Amnesty International Investigations, *supra* note 54 at 12.

²⁵⁶ *Inter-American Commission on Human Rights, Coard v United States*, Report No. 109/99, Case No. 10.951, (29 September 1999) at para. 60.

²⁵⁷ P.G. Supplement 1, No. 652 (14 December 1936) at 399.

²⁵⁸ Jordan Official Gazette No. 1487 (1 May 1960) at 374.

²⁵⁹ Mutaz M. QAFISHEH, “Human Rights Gaps in the Palestinian Criminal System: A United Nations Role?” (2012) 16 *The International Journal of Human Rights* 358.

²⁶⁰ Pictet, *supra* note 242 at 336.

Israeli military orders that criminalize and deprive the liberty of political or social activists are illegitimate. Captivity of such individuals constitutes, at very least, arbitrary detention under international human rights law that aligns with humanitarian law with regard to fair trial standards for those held under the occupant's authority.²⁶¹ In accordance with IHL, such incarceration by virtue of Article 147 of Convention IV forms a "grave breach" which includes, *inter alia*, "unlawful confinement of a protected person ... or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial". In turn, such breaches qualify, under the Rome Statute, as "war crime[s]", that include "[w]ilfully depriving a prisoner of war or other protected person of the rights of fair and regular trial"²⁶² and "unlawful confinement".²⁶³ Such confinement simultaneously qualifies as a "crime against humanity" that comprises "[i]mprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law",²⁶⁴ particularly due to the fact that such acts are carried out "as part of a widespread or systematic attack directed against ... civilian population, with knowledge of the attack".²⁶⁵ The ICC Pre-Trial Chamber Decision of 5 February 2021 on the Situation in Palestine,²⁶⁶ and the subsequent Prosecutor's announcement of 3 March 2021 to initiate an investigation on acts committed in Palestine,²⁶⁷ render the ICC competence on the issue of Palestinian prisoners incarcerated by Israel more likely than ever.²⁶⁸ However, tackling international criminal law in detail falls beyond the scope of this article and may require further research.²⁶⁹

III. CONCLUSION

The United Nations General Assembly's decision to upgrade the status of Palestine to a non-member observer State encompasses a wide-range of effects on the Palestinian-Israeli conflict, particularly on the legal front. This move empowered Palestine to accede to over a hundred treaties, including international human rights and humanitarian law instruments, notably the Geneva Conventions and Additional Protocol I. Such accession has brought an end to Israel's self-proclaimed controversy on Palestine's Statehood. Any doubts cast on Palestine as a State party to an international armed conflict has become a fading past.

With the accession to Geneva Convention III, Palestinian citizens who took part in belligerent acts against their occupier should be treated as POWs due to the fact that they belong to a State party to an armed conflict. These captives fall under three categories: members of official military or security forces, affiliates of various resistance groups, and up-risers who fight the occupier spontaneously on individual basis without prior organization. Contrary to

²⁶¹ Laurent MARCOUX, "Protection from Arbitrary Arrest and Detention under International Law" (1982) 5 Boston College International and Comparative Law Review 345.

²⁶² Art. 8(2)(a)(vi).

²⁶³ Art. 8(2)(a)(vii).

²⁶⁴ Art. 7(1)(e).

²⁶⁵ Introductory sentence of article 7(1) of the Rome Statute.

²⁶⁶ Situation in the State of Palestine, *supra* note 16.

²⁶⁷ "Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, respecting an Investigation of the Situation in Palestine" ICC (3 March 2021), online: ICC <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine>>.

²⁶⁸ Mutaz M. QAFISHEH, "What is Palestine? The *de jure* Demarcation of Boundaries for the ICC's *ratione loci* Jurisdiction and Beyond" (2020) 20 International Criminal Law Review 908.

²⁶⁹ William BOURDON, "Jurisdiction of the International Criminal Court over Human Rights Violations Committed by Israeli Forces in the Occupied Territories after July 1, 2002" (2003) 12 Palestine Yearbook of International Law 165; Valentina AZAROV and Sharon WEILL, "Israel's Unwillingness? The Follow-up Investigations to the UN Gaza Conflict Report and International Criminal Justice" (2012) 12 International Criminal Law Review 905; John DUGARD, "Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?" (2013) 11 Journal of International Criminal Justice 563.

established rules of IHL, Israel does not make any distinction regarding the treatment of these three types. In Israel's eyes, all those who resist the occupation troops form either "criminals", "terrorists" or "unlawful combatants". Unilateral Israeli treatment of its captives does not hold water under international law and such Israeli actions may trigger accountability based on international criminal law. As Palestine has become a State party to the Rome Statute, and particularly as the ICC decided in 2021 that it possesses jurisdiction to prosecute crimes occurring in the territory of Palestine, Israeli officials who continue depriving the liberty of Palestinians (including Israeli politicians, military commanders, prison officials, and even certain prosecutors and judges) may well be charged of committing war crimes before the ICC. The mere fact of confining POWs after the cessation of hostilities, regardless of the incarceration conditions, may constitute a ground for international criminal liability.

The confinement of other Palestinians, particularly politicians and opinion-makers, runs counter to international law too, and both human rights and humanitarian law, as the freedoms of association, assembly and expression are guaranteed under core human rights treaties and Geneva Conventions to which the State of Palestine and the State of Israel are parties to, as well as in accordance with the applicable domestic law in Palestine. Notwithstanding that such incarceration is unlawful, the detaining power is under a duty to treat captives based on Conventions III or IV. Convention IV is designated essentially to the detention and imprisonment of civilians who carry out ordinary crimes during the time of occupation to be tried by domestic courts of the occupied land. Perpetrators of such offences, who may be caught by the occupier, should be transferred to Palestinian courts or prison facilities for adjudication or to serve their sentences within the occupied region. With the accession of Palestine to Conventions III and IV, Israel can no longer legally justify its failure to apply either or both Conventions, as the case may be, to incarcerated Palestinians.