

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. קאנון (LAW) – העמותה הפלסטינית להגנה על זכויות אדם והסביבה
4. רופאים לזכויות אדם
5. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
6. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל
7. המוקד להגנת הפרט

באמצעות עו"ד מרואן דלאל ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן
ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אל-סאנע ו/או גדיר ניקולא ו/או עביר בכר
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת.ד. 510 שפרעם 20200 טלפון: 9501610 - 04, פקס: 9503140 – 04

העותרים

נ ג ד

1. יצחק איתן, אלוף פיקוד המרכז בצה"ל
2. שאול מופז, ראש המטה הכללי בצה"ל
3. בנימין בן אליעזר, שר הביטחון
4. אריאל שרון, ראש הממשלה
כולם על ידי פרקליטות המדינה,
מרחוב סלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיבים

תגובה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 21.1.2003, העותרים מתכבדים להגיש בזאת את תגובתם כדלקמן:

הקדמה

1. העתירה דן הוגשה לבית המשפט הנכבד ביום 5.5.2002. בעקבות הגשת העתירה הוציאו המשיבים פקודה האוסרת על הצבא שימוש באזרחים פלסטינים כ"מגן אנושי" ו/או לקיחת מי מהם כבני ערובה. בפועל המשיך הנוהג של המשיבים או מי מטעמם להשתמש באזרחים פלסטינים במהלך פעילותם הצבאית, בין כ"מגן אנושי" ובין באמצעות לקיחתם כבני ערובה.
2. ביום 14.8.2002 נהרג מר נדאל אבו מוחסן במהלך שימוש כאמור שעשה בו הצבא. ביום 18.8.2002 הוגשה בקשה לבית המשפט הנכבד למתן צו ביניים נגד המשיבים או מי מטעמם אשר יאסור שימוש באזרחים פלסטינים כ"מגנים אנושיים" ו/או כבני ערובה ו/או כל שימוש אחר בפעילות צבאית, ללא מתן שיקול דעת לגורם צבאי כלשהו. בית המשפט הנכבד הוציא מלפניו צו ביניים ארעי כמבוקש באותו יום.
3. בפועל, המשיבים או מי מטעמם המשיכו בנוהג הפסול של שימוש באזרחים במהלך פעילות צבאית, על אף האיסור של בית המשפט הנכבד. ביום 20.11.2002 העותרים הגישו לבית המשפט הנכבד בקשה על פי פקודת בזיון בית המשפט, לאור הפרת המשיבים או מי מטעמם את צו בית המשפט הנכבד מיום 18.8.2002.
4. ביום 5.12.2002 הגישו המשיבים את תגובתם לעתירה, לבקשה לצו ביניים, ולבקשה על פי פקודת בזיון בית המשפט. במסגרת תגובה זו הודיעו המשיבים כי הם מתנגדים לשימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית כ"מגן אנושי" או לקיחת מי מהם כבן ערובה. יחד עם זאת, המשיבים הציגו בפני בית המשפט הנכבד פקודה חדשה (הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת") המאפשרת שימוש באזרחים פלסטינים במהלך פעילות צבאית של המשיבים או מי מטעמם שתכליתה ביצוע מעצר, כאשר תפקידו של האזרח הפלסטיני להזהיר את המועמד למעצר או אחרים בקרבתו מפני מתקפה אפשרית של המשיבים או מי מטעמם, וזאת בהתקיים שני תנאים: א. האזרח הפלסטיני מסכים לכך; ב. על פי שיקול דעת המפקד הצבאי בשטח לא נשקפת סכנה לאזרח הפלסטיני.
5. בדיון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 21.1.2003, בית המשפט הנכבד התיר את הפעלת אותה פקודה חדשה, אך ביקש מהצדדים להגיש טיעונים אודות מעמדה החוקי של פקודה זו לפי המשפט הבינלאומי.
6. העותרים יטענו כי על פי המשפט הבינלאומי המחייב את המשיבים אסור להשתמש במי מהאוכלוסיה האזרחית כ"מגן אנושי" ו/או כבני ערובה ו/או במהלך כל פעולה צבאית, לרבות על פי "הוראה מבצעית" "אזהרה מוקדמת" (נספח ב' לתגובת המשיבים מיום 5.12.2002). העותרים אף יתמכו את טיעונם המשפטי בחוות דעת מומחה למשפט בינלאומי, פרופסור איל בנבשתי מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

7. העותרים יפרטו מקרים נוספים של שימוש המשיבים או מי מטעמם באזרחים פלסטינים כב"מגינים אנושיים", הכוללים מקרה שאירע ביום הדיון האחרון בפני בית המשפט הנכבד – 21.1.2003, והתעללויות אחרות בהם.

8. בנוסף, העותרים יפרטו ראיות חדשות לעניין שיקול הדעת של המפקד הצבאי בשטח, לרבות ראיון טלוויזיוני בתוכנית מבט לחדשות מיום 30.1.2003, שבו אמר מפקד צבאי בשטח, בין השאר, כי כאשר המשיבים או מי מטעמם פועלים נגד הטרור בקרב אוכלוסיה אזרחית "אי אפשר להילחם בלי לפגוע בכלל באוכלוסיה".

9. בית המשפט יתבקש, אפוא, להכריז על "הוראה מבצעית" "אזהרה מוקדמת" ועל כל שימוש של המשיבים או מי מטעמם באוכלוסיה אזרחית בעת פעילותם הצבאית, כבלתי חוקיים. לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להבהיר את צו הביניים המופנה כלפי המשיבים, באופן שיחייב את המשיבים או מי מטעמם להימנע מלעשות שימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית הפלשתינית כ"מגינים אנושיים" או כ"בני ערובה", לרבות השימוש בהם לצורך כל פעילות צבאית, כולל השימוש ב"נוהל שכן", באופן מוחלט ובלתי תלוי בשיקול דעתו של גורם צבאי כלשהו.

המשך השימוש באזרחים פלסטינים כ"מגינים אנושיים"

10. המשיבים או מי מטעמם המשיכו להשתמש באזרחים פלסטינים כ"מגינים אנושיים", זאת על אף צו בית המשפט הנכבד מיום 18.8.2002 האוסר זאת באופן מוחלט שאינו משתמע לשתי פנים. אחד המקרים של שימוש המשיבים או מי מטעמם באזרח פלסטיני כ"מגן אנושי" אירע ביום 21.1.2003, כלומר באותו יום שנערך בו הדיון האחרון בעתירה דן בפני בית המשפט הנכבד.

11. מר סאמר אל-שריף משכם עבר מסכת של התעללות שבוצעה על ידי חיילים בצה"ל. התעללות זו כללה שימוש במר אל-שארף כ"מגן אנושי". מר אל-שארף נקשר באזיקי פלסטיק למגן השמשה הקדמית של רכב צה"לי, כאשר גבו לחיילים שבתוך הרכב. החיילים נסעו מול צעירים שיידו אבנים לעבר החיילים כאשר מר אל-שארף קשור כאמור לשמשה הקדמית של הרכב, ומגן למעשה, בגופו, על החיילים שבתוך הרכב. אחד החיילים אף ירה מנשקו מבעד לגבו של מר אל-שארף, כשהיריות עוברות קרוב לראשו של מר אל-שארף. האחרון מתאר בתצהיר את אותה מסכת התעללות שעבר, לרבות השימוש בו כ"מגן אנושי". מר אל-שארף מצהיר גם על שימוש באדם נוסף, בחור צעיר כבן 16 שאינו מוכר למר אל-שארף, כ"מגן אנושי":
"אני בן 21, וברגע היני מובטל.

ביום 21.1.2003, בסביבות השעה 11:30 – 12:00, ירדתי מביתי לכיוון החנות באזור ח'ילה אלעאמוד בשכם כדי לקנות לחם.

הצבא הכריז על עוצר באזור, אך ברחוב היו אנשים רבים.

בדרכי לחנות הופתעתי על ידי רכב של מג"ב. ברחתי ממנה, ונכנסתי לבית אחד השכנים בבניין אלאוסטא, ומשם המשכתי לגג הבניין כאשר חייל אחד רודף אחרי עד שתפס אותי על גג הבניין.

החייל לקח אותי לכיוון הגייפ ואמר לי "אתה תגן עלינו מפני ידוי אבנים". הוא ציווה עלי לשבת על קדמת הגייפ, החזקתי במגן החלון הקדמית. גבי היה לחיילים שבתוך הרכב, ופניי לכיוון ילדים שהיו מיידיים אבנים ממרחק רב. הגייפ היה מתקדם לכיוון הילדים כשאני יושב על קדמת הרכב, והייתי מבקש מהילדים לא לזרוק אבנים.

בשלב מסויים, היה החייל שישב ליד הנהג מוציא את נשקו מחלון הרכב, ויורה לכיוון הילדים, כאשר הירי היה עובר קרוב מאוד לראשי.

לאחר מכן, החיילים תפסו צעיר כבן 16, והכריחו את שנינו לשב על קדמת הגייפ להגן על החיילים שבתוך הרכב מפני ידוי אבנים מצד הילדים.

לאחר מכן הופיעו שני עיתונאים שרצו לצלם את מה שהחיילים עושים, אך החיילים יצאו מהרכב, לאחר שהוכנסנו לתוכו. החיילים הפליאו את שני הצלמים במכות ומנעו מהם לצלם. חיילים אחרים היו בקרב מקום הכאת שני הצלמים, אך הם לא עשו דבר לעצירת ההתנפלות על שני הצלמים.

לאחר מכן נע הגייפ לכיוון רחוב עמאן כאשר אני והבחור הצעיר מושבים ברכב מאחורה. ברחוב עמאן שוחרר הבחור הצעיר, לאחר שאחד החיילים הרביץ בידי ורגלו על פניו וגופו של הבחור הצעיר.

ביקשתי מהחיילים שישחררו גם אותי כדי לחזור הביתה אך הם סירבו.

ברחוב עמאן הם הורידו אותי מהגייפ, ושמו אותי על קדמת הגייפ פעם נוספת, כאשר גבי לכיוון החלון הקדמית. הפעם ידוי נקשרו באמצעות אזיקי פלסטיק למגן החלון הקדמית, דבר שהוסיף לכאב בפרקי כפות הידיים שלי.

הילדים היו מיידיים אבנים מרחוק לכיוון הגייפ. הייתי מבקש מהם לא ליידות אבנים, בייחוד כשאני קשור לקדמת הרכב.

לאחר מכן החיילים שמו אותי בתוך הגייפ מאחורה. לקחו אותי לאזור בלאטה העיר ליד קבר יוסף. אחר כך הכניסו אותי לחצר בית ספר "בסאם אל-שקעה", כשידיי קשורות מאחורה באזיקי הפלסטיק המכאיבים.

הוציאו אותי מהגייפ ואחד החיילים אמר לי שהוא לא יהרוג אותי אלא יעשה אותי נכה בלבד. העמיד אותי בפני הגייפ, ואז התקדם בגייפ לכיוון שלי ודרס אותי מאחורה, והפיל אותי ארצה.

לאחר מכן ביקש ממני לקום ואמר לי "אני כועס עליך". ואז היכה אותי בפנים בכת הרובה שלו, מה שגרם לפצע בפנים שלי

וירידת דם מהפצע. מייד לאחר מכן תפס אותי החייל משערי והיכה אותי בפנים ברגלו.

לאחר מכן הוא דחף אותי ארצה, כאשר הפנים שלי לכיוון האדמה. הוא החל קופץ ממדרגה על גבי וחוזר על קפיצה זו כמה פעמים. לאחר מכן החייל היכה אותי בפנים ברגלו כשאני שוכב על הארץ. איבדתי את ההכרה לזמן קצר, והתעוררתי כשהוא מכה בי.

לאחר מכן, החייל הרים אבן גדולה ורצה לזרוק אותה על ראשי כשאני שוכב על הארץ, אך הזזתי את ראשי באופן שהאבן לא פגעה בי.

לאחר מכן, החיילים העמידו אותי וביקשו ממני ללכת לאזור בלאטה העיר שבשכם, לנקוש על דלתות הבתים ולומר לאנשים שמה שקרה לי הינו גורל כל מי שמיידה אבנים כלפי החיילים.

אך זמן קצר לאחר מכן איבדתי את ההכרה, ושכנים הכניסו אותי לביתו של אבו רביע, משם התקשרו לאמבולנס. התעוררתי כשאני מובל אל תוך האמבולנס שהסיע אותי לבית החולים.

רצ"ב תצהיר סאמר אל-שרף בערבית ותרגומו לעברית כנספח שסימנו ע/ 36.

12. ביום 26.1.2003, השתמשו המשיבים או מי מטעמם בחמישה אמבולנסים וצוותיהם כ"מגינים אנושיים" מפני יידי אבנים ברחוב עמאן שבשכם. צוותי האמבולנסים אולצו לצאת מרכבם, להציג תעודות מזהות, ולאחר מכן לעמוד בחזית האמבולנסים מול מיידי אבנים שהיו ברחוב. שלושה מבין חמשת האמבולנסים היו של הסהר האדום הפלסטיני (אחד מהם ניידת טיפול נמרץ), אחד של בית החולים הממשלתי רפידיה, ואחד של ארגון "מדיקל ריליף". לעותרים ידוע כי לפחות ילד חולה אחד היה באחד האמבולנסים בדרכו לטיפול רפואי.

רצ"ב פניית העותר מס' 4 (רופאים לזכויות אדם) בנושא, מיום 26.1.2003, לפרקליט הצבאי הראשי כנספח שסימנו ע/ 37.

רצ"ב תשובת הצבא הפורמלית מיום 30.1.2003, לפניית העותר מס' 4 כנספח שסימנו ע/ 38.

התעללויות נוספות מצד חיילים ומפקדים באזרחים פלסטינים

13. בהוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" המשיבים מציינים שני תנאים שבהתמלאותם ניתן להשתמש באזרח הפלסטיני במהלך פעולה צבאית של ביצוע מעצר. ראשית, על האזרח הפלסטיני להסכים לכך. שנית, על פי שיקול דעת המפקד הצבאי בשטח אין סכנה לאזרח הפלסטיני שעושים בו שימוש במהלך פעילות צבאית של ביצוע מעצר. להלן נביא נתונים חדשים ונוספים אשר יש בהם לערער את ההנחה שביסוד הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" והיא היתכנותו של "דיאלוג" בין המפקד המבצעי בשטח לבין האזרח הפלסטיני שבסופו יסכים האזרח הפלסטיני שיעשה בו שימוש במהלך פעולה צבאית של

המשיבים או מי מטעמם. כמו כן, יש בנתונים אלה כדי לייתר את ההיזקות לאותו שיקול דעת של המפקד הצבאי בשטח.

14. ביום 30.1.2003 נכנס הצבא אל חברון. בערב אותו יום שודר בתוכנית "מבט לחדשות" של ערוץ 1 ראיון עם מפקד צבאי שהשתתף באותה כניסה של הצבא אל חברון. מדובר בסא"ל ערן, מפקד גדוד בחטיבת הנח"ל. בראיון הביע המפקד הצבאי עמדה ברורה, גלויה, חד משמעית, שאינה משתמעת לשתי פנים. לשיטתו של המפקד הצבאי ערן, כאשר המשיבים או מי מטעמם פועלים נגד הטרור בקרב אוכלוסיה אזרחית, אי אפשר לא לפגוע בכלל באוכלוסיה האזרחית, ובלשונו:

"מסתבר שכאשר הטרור מתחבא בצורה מלאה בתוך האוכלוסיה ופועל בתוכה ומנצל אותה לצרכיו, אז אי אפשר כנראה להילחם רק בטרור בלי לפגוע בכלל באוכלוסיה האזרחית."

רצ"ב קלטת הראיון עם סא"ל ערן בתוכנית "מבט לחדשות" מיום 30.1.2003 כנספח שסימנו ע/39.

15. חיילים, הפועלים בשטחים הכבושים מטעם המשיבים, המשיכו להתעלל באוכלוסיה אזרחית פלסטינית, באופן בלתי חוקי ואף מצמרר. עיתון "כל הזמן" תיעד בידיעה "קופסת ההפתעות" של מג"ב" מיום 14.2.2003 התעללויות של חיילים, כולל מפקדם, באזרחים פלסטינים. מסכת התעללויות אלה כללו, בין השאר: בחירה "מקופסת ההפתעות" של חיילים שתכליתה בחירת שבירת יד, קבלת אגרוף, או יריקה; חיוב האזרח הפלסטיני לקלל את עצמו; הפעלת סירנת הרכב הצבאי בעוצמה מקסימלית קרוב מאוד לאוזן האזרח; רדיפה אחרי גלגל הספיר במורד. להלן תיאור התעללויות אלה:

"צוות של יחידת מג"ב במחוז יהודה נוהג להתעלל באופן שיטתי באוכלוסייה הפלסטינית המקומית בשטחים. הצוות, כולל המפקד, נוהג לעכב במחסומים פלסטינים, להטיל עליהם משימות שונות, שתכליתן היא להשפיל ולבזות אותם, ולעיתים גם לפגוע בהם פיזית.

אחת השיטות מכונה בפי החיילים "קופסת ההפתעות". לקופסה מוכנסים פתקים רבים, שעליהם נכתבים עונשים שונים, כגון "שבירת יד", "אגרוף", "יריקה" וכדומה. פלסטיני שמעוכב במחסום ונבחר על ידי החיילים כיעד להתעללות, מצווה להוציא מן הקופסה פתק, שלפיו הוא נענש.

"אנחנו המצאנו את זה. זה משהו סבבה", אומר אחד החיילים, וממשיך בתיאור המעשים, "הפלסטינים לוקחים כמה פתקים מהקופסה, ומה שיוצא להם, זה מה שהם חוטפים..."

החיילים, שמודעים לחומרת המעשים, נוהגים לבצע את ההתעללות רק במחסומים ובמקומות שאינם נראים לעין. "אנחנו לוקחים אותם אל מאחורי הגיפ", מספר החייל, "הבעיה היא, שאנחנו נמצאים במקומות שבהם יכול פתאום להגיע רכב טלויזיה, אז לא עושים את זה בכל מקום. יש מקומות מסויימים בשביל הדברים האלה, הרי לא תיקח בן אדם באמצע המחסום, מול כולם, ותתחיל להרביץ לו. עושים את זה בצד, לבד."

...חלק מהמטלות המוטלות על פלסטינים הן לקלל את עצמם, לפעמים גם לשיר. "המטרה היא להשפיל אותם. אתה אומר לו, למשל, לשיר 'אנחנו ערבים ואתם היהודים הכי טובים', או שאתה גורם לו להתחנן לפניך", מספר החייל.

חוץ מהקופסה, החיילים מפעילים גם שיטות אחרות: "אנחנו הרבה פעמים לוקחים את המקומי, ושמים את האוזן שלו צמוד למערכת הכריזה, ואז מפעילים את הסירנה. זה קטלני. הוא לא שומע אחר כך חודש. זה רעש אדיר, והם לא מצפים לזה". עונש אחר, ייחודי לימי הקיץ, הוא ייבוש הפלסטינים: "מייבשים אותם חמש – שש שעות בלי מים. הם מבקשים לשתות, ואנחנו לא נותנים להם", מספר החייל. שיטה נוספת היא פגיעה ברכבי הפלסטינים: "זה משהו יפה. יש להם גלגל ספייר בטרנזיות. אתה לוקח את הגלגל ומדרדר אותו בירידה, ואז הוא משחק תופסת. אתה מגלגל, ואחרי חמש שניות מרשה לפלסטיני להתחיל לרדוף אחרי הגלגל. איך הם רצים אחריו, זה מבאס אותם." לפעמים החיילים לא מסתפקים בגלגל הרזרבי: "לפעמים אנחנו לוקחים את הגלגלים המקוריים, מעמידים את הרכב על הגיאנטים, ומגלגלים את הגלגלים עד לוואדי. אחר כך הוא צריך להביא אותם ולהרכיב אותם חזרה לרכב, לבד", מתאר החייל.

רצ"ב הידיעה "קופסת ההפתעות" של מג"ב, כל הזמן 14.2.03, עמ' 30 כנספח שסימנו ע/ 40.

16. העיתונאי Justin Huggler מהעיתון הבריטי *The Independent*, תיעד אף הוא התעללויות חיילים בחברון באזרחים פלסטינים, לרבות התעללות באמצעות אותה "קופסת ההפתעות". הידיעה מתארת מקרים נפרדים של התעללות באזרחים פלסטינים בחברון, לרבות: מר אבו עסבה ש"בחר" מקופסת ההפתעות להיות מוכה; מר חיג'אזי שחיילים השכיבו אותו, עמדו על ידיו, והיכו את גופו בכיתות רוביהם; ומר אבו חמאד ש"בחר" שרגלו תישבר והוכה בעקבות כך על ידי החיילים. Huggler דיווח כי:

"Israeli security forces in Hebron have allegedly forced Palestinians to submit to a macabre "lottery", in which the victim had to choose their own "punishment" by picking a slip of paper out of a pile. On the pieces of paper were written various acts of violence, including having a hand or leg broken, and, Palestinians say, being beaten to death.

...

The Independent spoke to four independent Palestinian witnesses who all claimed they were forced to take part in the "lottery". All four identified the Jeep used by the Israelis involved. They said it was marked with the number 113. All the alleged incidents took place in the Fahs neighbourhood. Three of them said one of the men involved had dark skin.

...

Fahid abu Isbeh, a young Palestinian, said he had been forced to take part in the "lottery". "I was in the main road," he said. "I saw Border Police, so I ran away, they followed me and caught me. I ran about 100 metres, they followed me in a Jeep. I stopped when I thought it was impossible for me to keep going. I'd heard about the lottery and I thought they'd do it to me so I kept running.

"One of them was carrying a box about 20 centimetres by 30 centimetres. Written in Hebrew on the box was 'Earn and gain for free from the IDF [Israeli army]'. They spoke to me and said, 'Come.' I went. They spoke Arabic. One of them slapped me in the face twice. He said: 'Did you hear about the offer the IDF is running?'

"I said, 'No.' He said take a paper. I played dumb, I said I don't have any money for it. He said, 'It's for free. Take it.' Then I asked him what the prizes were inside. He said: 'Very poor prizes.' I said: 'Like what?' He said: 'Break your hand, break your skull, beat you to death, push you out of a Jeep at a 120km/h and good luck another time.'

"I refused. He said, 'I'll shoot you if you don't take it.' I had to read it out. It said, 'Break your hand.' They had a big stick, like the shaft of an axe. I saw blood on it. They hit me three times on the left hand. I had terrible pain.'

Mr abu Isbeh pretended he fainted. They left him in the street, and he was able to run away. He said this was on 10 December.

Salem Hejazi, a middle-aged father of nine, told us he was forced to take part in the lottery when he went to a small local mosque to pray. "There were two Jeeps. Eight Border Police were in the street. They had two boxes, one yellow, the other orange. They told me to take a slip. I took one and he opened it. He didn't let me see it.

"They took me to the quarry where I work as a guard. There is a deep pool of mud there. They made me stand in it, it was really cold. Then they pulled me out and made me lie on my back. Two of them stood on my arms and hit me with rifle butts all over my body. One put his boot on my face and pressed down. I felt like a cockroach." The Border Police officers saw a car and went after it, and Mr Hejazi was able to escape.

Parar abu Hamad said in December Border Police came into his family gift shop, breaking open the door with a

Jeep. They smashed up the shop and beat him, he claimed, but a crowd gathered. "They put me in the Jeep and drove me to Fahs. One had maybe 12 slips of paper in his hat, maybe more. They made me pick one. He read it and told me it was beating and leg-breaking. They started beating me and I fell to the floor. Then they left me."

Sixteen-year-old Ziad Banat said on 18 December he was stopped by four Border Police officers with a friend. "They ordered us to line up against the wall. They told us we had to take slips, but we said, 'No.' Then one took my head and hit it against an iron door. I thought he had broken my forehead. He hit me with a bayonet but it only cut my jacket. Then I ran away."

The most serious allegations concern Amran al-Hamdiyyeh, a teenage Palestinian. Local residents said he was taken away by Border Police in Jeep number 113, and they later found him dead, badly beaten, but we did not find any direct witnesses to this."

“רצ״ב הידיעה by ‘lottery’ by Palestinians say they are being subjected to punishment”

Israeli soldiers, עיתון **The Independent**, 11.2.2003, כנספח שסימנו ע/ 41.

17. הנה כי כן, החיילים הפועלים מטעם המשיבים בשטחים הכבושים, לא זו בלבד שעדיין ממשיכים להשתמש במי מהאוכלוסיה האזרחית הפלסטינית כ"מגנים אנושיים", אלא הם גם מתעללים באופן המחפיר והמבזה ביותר באותה אוכלוסיה אזרחית. התעללות אשר בלשון מבצעה לא נועדה לדבר מלבד השפלה לשמה, מעין ניסיון לשבור את רוחם של אנשים, הסובלים ממילא מעולו של כיבוש מתמשך, סגר, כתר, ועוצר מתמשכים.

18. העותרים ימשיכו לטעון כי לנוכח המציאות המתוארת לעיל, לא ניתן להפקיד בידי המפקד הצבאי בשטח, כפי שהוראה מבצעת "אזהרה מוקדמת" מפקידה, שיקול דעת באשר לקיומה או העדרה של סכנה כלשהי לאזרח הפלסטיני. כפי שניתן להיווכח, החיילים עצמם בוחרים להיות אותה סכנה שהם אמורים לשקול את קיומה.

הטיעון המשפטי

19. העותרים יטענו כי הוראה מבצעת "אזהרה מוקדמת" אינה חוקית על פי המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב את המשיבים; העותרים יטענו כי הוראה מבצעת זו אינה חוקית הן משום שהיא מהווה שימוש באזרחים מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית כ"מגנים אנושיים" וכן משום שאותה הוראה מהווה שימוש באזרחים מוגנים כאמור בפעולות צבאיות המסכנות את ביטחונם, והפוגעת באופן אינהרנטי בזכות אותם אזרחים לחיים, כבוד, וחופש מהשפלה.

20. מדובר בהוראה מבצעית המיושמת בפעולה צבאית שתכליתה מעצר. הן ההוראה המבצעית "אזהרה מוקדמת" והן המציאות בשטח, מגדירים את המצב בשטח כמסוכן ביותר, ובראש ובראשונה מסוכן לאוכלוסיה האזרחית. כך, למשל, סעיף 4(4) להוראה המבצעית צופה כי ייתכנו חילופי אש בין הכוח הצבאי לבין מי שאותו כוח מבקש את מעצרו. ההוראה המבצעית מורה על הפסקת "ההסתייעות" באזרח הפלסטיני אז, זאת כאשר אותו אזרח נמצא קרוב מאוד לבית, נוקש בדלת, ומתבצע חילופי אש בין הכוח הצבאי שמאחוריו, לבין מי שהכוח מבקש את מעצרו בתוך הבית שלפניו.

21. העותרים מדגישים כי שני התנאים הכלולים בהוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" (הסכמת האזרח הפלסטיני, ושיקול דעת המפקד הצבאי בשטח) אינם מייתרים את אי חוקיות אותה הוראה מבצעית, וזאת משום שהזכויות שהיא פוגעת בהן, והעומדות לאזרח הפלסטיני, והמחייבות את המשיבים, הן קוגנטיות, כלומר לא ניתנות להתנאה, וממילא לא ניתנות לוותר עליהן.

22. לחילופין, העותרים יטענו כי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" אינה מידתית, ועל כן בלתי חוקית, הואיל והוראותיה בהכרח מובילות לפגיעה בזכויות בסיסיות של אזרחים מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית, מבלי להתוות דרכים אחרות לביצוע האזהרה המוקדמת, למשל, באמצעות כריזה של החיילים.

23. המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני הלחימה מבחינים בין לוחמים לבין מי שאינם כאלה, בין אם מדובר באזרחים ובין אם מדובר בלוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (למשל, פצועים או שבוים). על פי אותה הבחנה העוברת כחוט השני במשפט הבינלאומי ההומניטרי, לא זו בלבד שלא ניתן לפגוע בלא לוחמים, אלא ישנה חובה לשמור על הזכויות שלהם מכוח אותו משפט. עיקרון זה חל גם במקרה של סכסוך מזויין שאינו בינלאומי, כפי שעולה מסעיף 3 המשותף לכל אמנות ג'נבה משנת 1949:

"(1) Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria."

24. סעיף 48 לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 קובע את העיקרון הבסיסי בדבר האבחנה בין אוכלוסיה אזרחית לכוחות לוחמים:

"Article 48 -- Basic rule

In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

25. פיקט מזכיר בפרשנותו לסעיף 48 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977 כי מדובר בעקרון יסוד של המשפט המנהגי, שתכליתו האבחנה הברורה בין אוכלוסיה אזרחית ללוחמים, אבחנה המיועדת, בין השאר, לייתר כל פגיעה או שימוש באוכלוסיה אזרחית על ידי כוח צבאי במהלך פעולותיו הצבאיות¹:

“The basic rule of protection and distinction is confirmed in this article. It is the foundation on which the codification of the laws and customs of war rests: the civilian population and civilian objects must be respected and protected in armed conflict, and for this purpose they must be distinguished from combatants and military objectives. The entire system established in The Hague in 1899 and 1907 and in Geneva from 1864 to 1977 is founded on this rule of customary law.”

26. האוכלוסיה האזרחית זוכה להגנה מכוח אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. לוחמים שהוצאו ממעגל הלחימה מוגנים על פי האמור באמנות ג'נבה הראשונה, השנייה, והשלישית. תקנות האג משנת 1907 כוללות אף הן כללים המגינים על שתי הקבוצות האלה. הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 מפרט עוד יותר את הכללים האמורים במסמכים הקודמים. מסמכים אלה מכוננים את המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

27. ישראל הינה צד לאמנות ג'נבה, יחד עם זאת אמנות אלה לא אומצו על ידי חקיקה מקומית. ישראל סירבה להצטרף לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977. על פי הדין הנוהג בישראל, המשפט הבינלאומי המנהגי מחייב את הרשויות, אף אם לא נקלט בחקיקה פנימית. הוראות אמנות ג'נבה משנת 1949, הפרוטוקול הראשון משנת 1977, ותקנות האג משנת 1907 המעגנות את זכויות ומגנות על האוכלוסיה האזרחית ואלה אשר הוצאו ממעגל הלחימה, מהוות משפט בינלאומי מנהגי, ולפיכך, מחייבות הן את המשיבים ו/או מי מטעמם בהתנהלותם מול האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית. מנהגיותן של הוראות אלה נקבעה, בין השאר, על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש או האיום בשימוש בנשק גרעיני משנת 1996 (International Court of

¹ Jean S. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958), p. 597.

“79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. **Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.**”(emphasis added)

28. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי אנשים מוגנים זכאים לכבוד, אנושיות, ולהגנה

מפני אלימות או איום בשימוש באלימות. הסעיף קובע, בין השאר, כי:

“Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.”

29. השימוש באוכלוסייה אזרחית כ"מגן אנושי" ו/או לקיחת בני ערובה מקרב אותה

אוכלוסייה ו/או השימוש בה לכל מטרה צבאית, לרבות על פי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת", מהווה התנהגות בלתי אנושית, מעליבה, אלימה ו/או מאיימת באלימות, ועל כן אסורה על פי המשפט הבינלאומי ההומאניטארי. הפרשנות של פיקט מבהירה וקובעת כי סעיף 27 מהווה סעיף גרעיני באמנת ג'נבה הרביעית. סעיף המסמל שינוי בתפיסת המשפט הבינלאומי ההומאניטארי, המכיר לא רק בזכותם של אנשים מוגנים, אלא גם בחובה לכבד זכויות אנשים אלה²:

“It proclaims the principle of respect for the human person and the inviolable character of the basic rights of individual men and women.

The statement of these principles in an international convention gives them the character of legal obligations and marks an essential stage in the history of international law -- in particular international humanitarian law, which is concerned above all with man as man.”

² *Ibid*, p. 201.

30. סעיף 28 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 קובע באופן מפורש את האיסור להשתמש במי מהאוכלוסיה האזרחית כמגן מפני פעולה צבאית כלשהי. הסעיף קובע כי:

“Art. 28. The presence of a protected person may not be used to render certain points or areas immune from military operations.”

31. הפרשנות המוסמכת לאמנת ג'נבה הרביעית מאת פיקט, לרבות פרשנות סעיף 28, לא זו בלבד שמחדדת את איסור השימוש באנשים מוגנים כ"מגן אנושי" או למטרת אחרת בידי הצבא, כולל איסור ללוות כוח צבאי, אלא שמכנה שימוש כאמור בידי הצבא כמעשה "אכזר וברברי"³:

“During the World War I public opinion was shocked by certain instances... of belligerents compelling civilians to remain in places of strategic importance... or to accompany military convoys, or again, to serve as a protective screen for the fighting troops. Such practices, the object of which is to divert enemy fire, have rightly been condemned as cruel and barbaric.” (emphasis added)

32. סעיף 51 לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 קובע הן את האיסור על שימוש באוכלוסיה אזרחית במהלך פעולות צבאיות, והן את איסור השימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית כ"מגינים אנושיים" (51(7)). הסעיף קובע כי:

“Art 51. - Protection of the civilian population

1. **The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations.** To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.
2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.
- ...
7. **The presence or movements of the civilian population or individual civilians shall not be used to render certain points or areas immune from military operations, in particular in attempts to shield military objectives from attacks or to shield, favour or impede military operations. The Parties to the**

³ *Ibid*, p. 208.

conflict shall not direct the movement of the civilian population or individual civilians in order to attempt to shield military objectives from attacks or to shield military operations.” (emphasis added)

33. פיקט קובע בפרשנותו לאיסורים שבסעיף 51 לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977, כי מדובר באחד האיסורים החשובים והיסודיים בפרוטוקול לאור התכלית המונחת ביסודו, תכלית ההגנה על אוכלוסיה אזרחית. הסעיף חוזר על כלל היסוד של המשפט הבינלאומי המנהגי כי חובה להרחיק את האוכלוסיה האזרחית רחוק ככל שאפשר מאזור הלחימה⁴:

“[the rule] is one of the most important articles in the Protocol. It explicitly confirms the customary rule that innocent civilians must be kept outside hostilities as far as possible and enjoy general protection against danger arising from hostilities.”

34. עוד מוסיף פיקט, כי ההגנה על האוכלוסיה האזרחית המנוסחת בפיסקה 2 לסעיף 51 היא מוחלטת, באופן שלא זו בלבד שאסור שתהווה אותה אוכלוסיה מטרה בפני עצמה לפעולה צבאית, אלא אסור גם שמי מקרב האוכלוסיה האזרחית יעשה בו שימוש לצרכים טקטיים⁵:

“The first sentence gives substance to the principle of general immunity formulated in the preceding paragraph by explicitly prohibiting attacks directed against the civilian population as such, as well as against individual civilians. By using the words "directed" and "as such" it emphasizes that the population must never be used as a target or as a tactical objective.”

35. יודגש, כי סעיף 50(3) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 קובע באופן מפורש, כי נוכחות אנשים שאינם מוגדרים כאזרחים או כאוכלוסיה אזרחית, בקרב אותה אוכלוסיה, אינה משמיטה מהאוכלוסיה האזרחית את מעמדה ככזאת, וממילא אינו יכול לפגוע בזכויות המוקנות לאוכלוסיה האזרחית על פי המשפט הבינלאומי המינהגי.

36. סעיף 57 לפרוטוקול הראשון משנת 1977 קובע אף הוא במפורש כי במהלך פעילות צבאית יש להימנע מפגיעה באוכלוסיה אזרחית. הסעיף קובע כי:

“Art 57. Precautions in attack

1. In the conduct of military operations, constant care

⁴ *Ibid*, p. 615.

⁵ *Ibid*, p. 618.

shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects.

2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(a) those who plan or decide upon an attack shall:

(i) do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them;

(ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss or civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects;

(iii) refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

(b) an attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated;

(c) effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit.

3. When a choice is possible between several military objectives for obtaining a similar military advantage, the objective to be selected shall be that the attack on which may be expected to cause the least danger to civilian lives and to civilian objects.

4. In the conduct of military operations at sea or in the air, each Party to the conflict shall, in conformity with its rights and duties under the rules of international law applicable in armed conflict, take all reasonable precautions to avoid losses of civilian lives and damage to civilian objects.

5. No provision of this article may be construed as authorizing any attacks against the civilian population, civilians or civilian objects.”

37. פיקט מדגיש בפרשנותו לסעיף 57 כי מדובר בהבלטה נוספת של הכלל הקבוע במשפט הבינלאומי המנהגי המבחין בין אוכלוסיה אזרחית ללוחמים, והחובה לא לפגוע באוכלוסיה האזרחית ולא להשתמש בה במהלך פעילות צבאית כלשהי, המוגדרת ככל תנועה של כוח צבאי שיש בה סיכוי של לחימה⁶:

“It is quite clear that by respecting this obligation the Parties to the conflict will spare the civilian population, civilians and civilian objects. Even though this is only an enunciation of a general principle which is already recognized in customary law, it is good that it is included at the beginning of this article in black and white, as the other paragraphs are devoted to the practical application of this principle. **The term "military operations" should be understood to mean any movements, manoeuvres and other activities whatsoever carried out by the armed forces with a view to combat.**”(emphasis added)

38. סעיף 58 לפרוטוקול הראשון משנת 1977 מדגיש את מוחלטות החובה להגן על האוכלוסיה האזרחית, זאת באמצעות החובה המוטלת על הכוח הצבאי להימנע, ככל האפשר, מלהביא אוכלוסיה אזרחית למקום שיש בו פעילות או מתקנים צבאיים. בנוסף, סעיף 58 מטיל חובה על הכוח הצבאי להבטיח כי מי מהאוכלוסיה האזרחית לא יפגע מהפעולות הצבאיות של הכוח הצבאי:

“Art 58. Precautions against the effects of attacks

The Parties to the conflict shall, to the maximum extent feasible:

(a) without prejudice to Article 49 of the Fourth Convention, endeavour to remove the civilian population, individual civilians and civilian objects under their control from the vicinity of military objectives;

(b) avoid locating military objectives within or near densely populated areas;

(c) take the other necessary precautions to protect the civilian population, individual civilians and civilian

⁶ *Ibid*, p. 680.

objects under their control against the dangers resulting from military operations.”

ראו גם :

Waldemar A. Solf “Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol 1” 1 *Am. U. J. Int'l. L. & Policy* 117 (1986).

רצ"ב המאמר כנספח שסימנו ע/ 42.

39. העותרים יטענו כי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" אינה חוקית גם משום שהיא אינה מידתית, בהציבה אמצעי בלתי חוקי, שימוש באוכלוסיה אזרחית, למימוש אותה הוראה, גם אם נניח כי היא אכן מיועדת לתכלית ראויה של מניעת סכנה לכל הצדדים המעורבים: האזרח המזוהר, החיילים, ומי שהצבא מבקש לעוצרו.

40. בחוות דעתו המצורפת, מפרט פרופסור איל בנבנשתי, מומחה למשפט הבינלאומי, את אי חוקיות הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" לפי המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב את המשיבים. פרופסור בנבנשתי גם עומד על קוגנטיות הזכויות המוקנות לאוכלוסיה האזרחית, והחובות המוטלות על כוח כובש, מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי. קוגנטיות זו אינה מאפשרת ויתור מצד האזרח הפלסטיני על זכויותיו (אלמנט ההסכמה שבהוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת"), וממילא שוללת כל אפשרות מצד המפקד הצבאי בשטח להציע לאזרח הפלסטיני להשתתף בפעולה צבאית של הכוח הצבאי שתכליתו ביצוע מעצר, הואיל ומדובר בפעולה מסוכנת על פי הגדרת ההוראה המבצעית עצמה, שמעמידה את האזרח הפלסטיני בסיכון ממשי ומוחשי, תוך הפרה ברורה וגלויה לזכויותיו כאזרח מוגן על פי ההוראות המנהגיות של אמנת ג'נבה הרביעית, הפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977, ותקנות האג משנת 1907.

41. פרופסור בנבנשתי מדגיש בחוות דעתו, בין השאר, כי :

4. נוהל "אזהרה מוקדמת" במבחן המשפט הבינלאומי ההומניטרי

אין כל ספק כי הנוהל עלול לסכן את חיי התושבים הפלסטינים שיתבקשו להזהיר את שכניהם, כפי שהנוהל עצמו צופה (למשל סעיף 4(4) לנוהל). הסיכון יכול לנבוע מתגובת המתבצרים בבניין, או מתגובת החיילים לתגובת המתבצרים. הפוטנציאל לסיכון קיים בכל שלב בו מצויים התושבים המזוהרים בין החיילים לבין המתבצרים.

מכאן שיש לבחון אם הסיכון הזה מוצדק מטעמים לגיטימיים והאם הוא מידתי.

הנוהל מתאר מניע לגיטימי לשימוש באמצעי "אזהרה מוקדמת", שכן הגנתם של אלה שאינם לוחמים היא כאמור חובה של הצבא הלוחם. מה שנותן לברר הוא האם האמצעי הזה הוא מידתי, כלומר האם לא ניתן להגשים אותה מטרה ללא שימוש בתושבים הפלסטינים. נראה שכאן יש

קושי בנוהל, שהרי שימוש במערכת כריזה פשוטה הינה לכאורה אמצעי יעיל די הצורך.

יצויין כי הנוהל לא מפרט מהן האפשרויות החלופיות להשגת התוצאה מבלי לסכן תושבים (פרט לאמירה הכללית בסעיף 3 דגש ה' של הנוהל). כחלק מדרישת המידתיות ראוי היה שהנוהל ייתן הנחיות מפורטות ביחס לחלופות לשימוש בתושבים כמזהירים.

יתר על כן, לא ברור כלל מדוע שימוש בתושבים עשוי להעביר את האזהרה בדרך יעילה יותר מאשר כריזה, או צעקות של החיילים עצמם. לחיילים אין פיקוח על תוכן הדברים שהתושבים מוסרים לשכנים המסתתרים בתוך המבנה, ואולי המסר המועבר דווקא יפגע בבטחונם של החיילים?

כמו כן לא ברור האם הסיכון הכרוך בשימוש בתושבים כמזהירים שקול לחסכון בחיי אדם של אלה המצויים – לפי ההשערה – במבנה אליו רוצה הצבא להכנס ושאותם מבקש הצבא להזהיר. חוסר הודאות ביחס לתוחלת הסיכון הופך את החשיפה לסיכון לבלתי מידתי.

ללא מענה לשאלות אלה נותרת פתוחה ההשערה שהנוהל נועד להציב את התושבים בין החיילים למתבצרים ובכך להרתיע את המתבצרים מירי על החיילים. הפחתת הסיכון לחיילים היא בודאי מטרה חשובה וראוייה, אך האמצעי לכך אינו חוקי שכן הוא מהווה הפרה של החובה הכללית להגן על האוכלוסיה שאינה לוחמת מסיכוני המלחמה כמו גם הפרה של החובה הספציפית המפורשת שלא להשתמש באוכלוסיה זו כמגן אנושי.

5. אלמנט ההסכמה

דגש מוסב בנוהל לעניין ההסכמה של התושב לשמש בתפקיד המזהיר. לעניות דעתי ההסכמה אינה מעלה ואינה מורידה שכן הנחת היסוד בדיני הלחימה היא שיחסי הכוחות בין הצד הלוחם לבין אזרחי האויב המצויים בשליטתו אינם שווים וההסכמה עלולה להיות פרי כפייה או נתפסת ככפייה. על כן קובעת אמנת ז'נבה השלישית (ביחס לשבויי מלחמה):

“Article 7

Prisoners of war may in no circumstances renounce in part or in entirety the rights secured to them by the present Convention, and by the special agreements referred to in the foregoing Article, if such there be.”

אמנת ז'נבה הרביעית (ביחס לאזרחים מוגנים) אינה כוללת הוראה דומה, אך דומה כי ניתן ללמוד הנחייה כזו בדרך של קל וחומר, שהרי האזרחים שלא לקחו חלק בפעולות איבה אינם ראויים להגנה פחותה מההגנה הניתנת לשבויי מלחמה. האמנה הרביעית קובעת הוראה כללית המבטיחה את הקוגנטיות של הוראות האמנה, ועליונותה על פני כל הסכם בין הכובש לבין מוסדות בתוך השטח הכבוש:

“Article 47

Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any

annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.”

6. שימוש בפלסטינים נגד פלסטינים

לבסוף אציין כי במשפט הבינלאומי ההומניטרי קיים כלל נוסף האוסר על שימוש באזרחי הצד הלוחם, אף אם הם התנדבו לקחת חלק בפעולות צבאיות, כנגד מדינתם. כלל זה מוזכר בחוקת בית הדין הבינלאומי לפשעים ככלל שהעבירה עליו מהווה פשע מלחמה:

“Rome Statute of the International Criminal Court (1998),

Article 8 -- War crimes

1. The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as a part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.

2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

[...]

(xv) Compelling the nationals of the hostile party to take part in the operations of war directed against their own country, even if they were in the belligerent's service before the commencement of the war;

[...]"

מובן שכלל זה לא חל ישירות בעניננו שכן לא מדובר פה במדינה אחרת. אך הרציונל ברור, והוא מטיל צל נוסף על חוקיותו של הנוהל הנדון.

7. סיכום

נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי שעניינם ההגנה על אזרחים ואחרים שהוצאו מחוץ למעגל הלחימה מפני סיכוני מלחמה מיותרים. אלה הוראות קוגנטיות המחייבות את רשויות מדינת ישראל ואינן ניתנות להתנאה.

השאלה האם הסיכון הוא מיותר או לא תיבחן לפי אמות המידה של המטרה הראוייה, והמידתיות של השימוש באמצעים להגשמתה. נוהל "אזהרה מוקדמת" בא לקדם מטרה ראוייה. יחד עם זאת, האמצעי להגשמתה – תושבים פלסטינים כמזהירים – אינו מידתי שכן לא ברור האם הוא יעיל, מדוע חלופות אחרות שאינן כרוכות בשימוש בתושבים מקומיים (כגון רמקול או אמצעי כריזה אחרים) אינן ישימות ואינן עדיפות, האם הסיכון למזהירים הוא פחות באופן משמעותי מהסיכון לאזרחים המוחזקים יחד עם המתבצרים בתוך המבנה, ואין הנחיות ברורות לחיילים כיצד להכריע בין החלופה של השימוש בתושבים לבין אמצעי אזהרה אחרים."

רצ"ב חוות דעת פרופסור איל בנבנשתי כנספח שסימנו ע/ 43.

42. העותרים יוסיפו ויטענו כי לא זו בלבד שהוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" אינה עומדת

במבחן המשפט הבינלאומי המנהגי, אלא שהתשתי, המשפטית שניסו המשיבים לבסס

עליה את הוראתם המבצעית, איננה רלבנטית כלל וכלל לסיכון האנהרנטי הטמון בישום אותה הוראה מבצעית לאוכלוסיה האזרחית. המשיבים מבססים את חוקיות השימוש באזרחים במהלך פעולות צבאיות של כוח צבאי על הסעיפים הבאים של אמנות בינלאומיות: 26 לתקנות האג; 21 לאמנת ג'נבה הראשונה; 19 לאמנת ג'נבה הרביעית; 57(2)(c) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה (ראו סעיף 19 לתגובת המשיבים מיום 5.12.2002).

43. עיון בסעיפים האמורים מגלה כי אין בהם דבר וחצי דבר על התרת השימוש באזרחים במהלך פעולה צבאית, לרבות אזהרת מועמד למעצר במהלך פעולה צבאית שתכליתה ביצוע מעצר. כל מה שמופיע באותם סעיפים, החוזרים על אותו רעיון, הוא כי הכוח המתקיף צריך להזהיר בטרם תקיפה. סעיפים 26 לתקנות האג קובע כי "The officer in command of an attacking force must, before commencing a bombardment, except in cases of assault, do all in his power to warn the authorities" 21 לאמנת ג'נבה הראשונה וסעיף 19 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעים הוראות דומות למקרה של מתקפה על בתי חולים שנעשית מתוכם פעילות צבאית. סעיף 57(2)(c) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה קובע כי יש לתת אזהרה מוקדמת בטרם תקיפת יעד "effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit".

44. על מנת לעקוף את האיסור הברור בדבר אי השימוש באוכלוסיה אזרחית במהלך פעילות צבאית, איסור שהינו קוגנטי, המהווה את אחד מעקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי, צריך להראות אסמכתא כלשהי במשפט הבינלאומי המחייב את המשיבים והמתיר להם לעשות שימוש באוכלוסיה אזרחית בעת הפעילות הצבאית של המשיבים או מי מטעמם. אסמכתא כזו איננה בנמצא. מכאן הטיעון הדחוק של חובת מתן אזהרה, כמקור לחוקיות השימוש באוכלוסיה אזרחית בעת הפעולה הצבאית. למעשה, אין קשר, אפילו דחוק ודק ביותר, בין תוכן הסעיפים שהמשיבים מפנים אליהם כמקור לחוקיות השימוש באזרחים בעת פעילות צבאית, לרבות באמצעות הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת", לבין האיסור המוחלט המוטל על כוח צבאי להימנע מלפגוע באוכלוסיה אזרחית ולהשתמש בה במהלך פעילות צבאית. המשיבים מסיקים מהסעיפים שהם מפנים אליהם את מה שלא קיים בהם. לכל היותר, מדובר במשאלות לב של המשיבים, שאין בינן לבין הדין המחייב את המשיבים דבר וחצי דבר.

סיכום

45. הנה כי כן, העותרים פרסו בפני בית המשפט הנכבד תשתית עובדתית ומשפטית רחבה בדבר אי חוקיות השימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית בשטחים הכבושים כ"מגן אנשווי" ו/או כבן ערובה, ו/או שימוש בו במהלך פעולה צבאית כלשהי. העותרים סיפקו לבית

המשפט הנכבד ראיות נוספות בדבר המשך השימוש באוכלוסיה אזרחית כ"מגינים אנושיים".

46. העותרים אף סיפקו לבית המשפט הנכבד ראיות מוצקות אודות אי יכולת המפקד הצבאי בשטח לשקול, כפי שהוא אמור על פי תוכן הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת", את קיומה או העדרה של סכנה כלשהי לאזרח הפלסטיני בטרם יעשה בו שימוש על פי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת". ראיות אלה, הכוללות מסכת התעללויות מצמררת מצד חיילים ומפקדים, יש בהן כדי לייתר את ההיזקקות לשיקול דעת המפקד הצבאי בשטח בעניין קיומה או העדרה של סכנה לאזרח הפלסטיני. יתרה מכך, העותרים סיפקו לבית המשפט הנכבד הודאה מפורשת במהלך ראיון טלוויזיוני מהשטח, מצד מפקד צבאי בשטח (סא"ל ערן), אשר קבע כי בפעולות המשיבים או מי מטעמם בשטחים נשוא העתירה אי אפשר שלא לפגוע באוכלוסיה אזרחית:

"מסתבר שכאשר הטרור מתחבא בצורה מלאה בתוך האוכלוסיה ופועל בתוכה ומנצל אותה לצרכיו, אז אי אפשר כנראה להילחם רק בטרור בלי לפגוע בכלל באוכלוסיה האזרחית."

47. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מבחין באופן ברור, חד, ואף בלתי מתפשר, בין אוכלוסיה אזרחית לבין מי שאינם נמנים על אותה אוכלוסיה. לאוכלוסיה האזרחית יש מערכת רחבה של הגנות וזכויות, העיקרית והיסודית שבה היא הזכות לא להיות מעורבים בפעולות צבאיות, וביתר שאת בפעולות צבאיות של כוח כובש.

48. הואיל ואין תשתית משפטית לחוקיות הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת", העותרים יבקשו מבית המשפט הנכבד להרחיב את צו הביניים ארעי כמבוקש לעיל לאלתר, ולא לחכות עד לתגובת המשיבים שתינתן בעוד 30 יום. מדובר בהוראה מבצעית שהוכח כי אינה עומדת בתנאי המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב את המשיבים. המשיבים לא סיפקו תשתית משפטית כלשהי להתרת השימוש באזרחים במהלך פעילות צבאית, על אף הזמן הרב שניתן להם להכין תשתית משפטית כאמור. מדובר למעשה בסיכון מוחשי ואימננטי שהוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" יוצרת לאוכלוסיה האזרחית. העותרים סיפקו הן תשתית עובדתית רחבה לסכנות הטמונות בהפעלת ההוראה המבצעית האמורה, וכן תשתית משפטית רחבה, יסודית, ומוצקת, בדבר אי חוקיות השימוש באזרחים במהלך פעילות צבאית, וממילא אי חוקיות הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת".

49. המשיבים חוזרים מדי פעם על טענה פורמלית ביותר, הגורסת כי בית המשפט הנכבד אינו מוסמך להכריע בשאלה שאינה עולה מהסעד המבוקש בעתירה המקורית. המשיבים טוענים כי הם אסרו את השימוש באזרחים פלסטינים כ"מגינים אנושיים" ו/או כבני ערובה, ולכן העתירה באה על סיפוקה. ראשית, כפי שניתן להיווכח מהנתונים שהוגשו לבית המשפט הנכבד, המשיבים עדיין משתמשים במי מהאוכלוסיה האזרחית הפלסטיני

כ"מגינים אנושיים". שנית, העותרים טוענים כי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" מותירה כר נרחב לחיילים לעשות שימוש באזרחים כ"מגינים אנושיים" ו/או כבני ערובה, ולכן היא בלתי חוקית. שלישית, העותרים טוענים כי הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת" אינה חוקית, גם משום שהיא מתירה עשיית שימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית במהלך הפעילות הצבאית של המשיבים או מי מטעמם.

50. על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש:

א. להכריז על אי חוקיות הוראה מבצעית "אזהרה מוקדמת".

ב. להבהיר את צו הביניים הארעי, שהוצא נגד המשיבים ו/או מי מטעמם, כך שיחייב אותם להימנע מלעשות שימוש במי מהאוכלוסיה האזרחית הפלשתינית כ"מגינים אנושיים" או כ"בני ערובה", לרבות השימוש בהם לצורך כל פעילות צבאית, כולל השימוש ב"נוהל שכן", באופן מוחלט ובלתי תלוי בשיקול דעתו של גורם צבאי כלשהו.

ג. להוציא צו על תנאי כמבוקש בעתירה.

ד. לחייב את המשיבים בהוצאות לדוגמה בשל בזיון בית המשפט כתוצאה מההפרה החוזרת והנשנית לצו בית המשפט הנכבד מיום 18.8.2002.

מרואן דלאל, עו"ד

ב"כ העותרים