

עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד מרואן דלאל ואח'
מעדאללה, ת.ד. 510 שפרעם

העותרים

- נ ג ד -

אלוף פיקוד המרכז בצה"ל ואח'
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

הודעה משלימה שלישית מטעם המשיבים

פרק א': סקירה – הדיונים וההחלטות עד כה

1. עניינה של עתירה זו, שהוגשה ביום 5.5.02, הוא בבקשת העותרים, כי המשיבים יתנו טעם "מדוע לא יימנעו מלהשתמש בבני אדם כ"מגן אנושי" ו/או כבני ערובה, במהלך פעילותם הצבאית בגדה המערבית".
2. בתשובתה הראשונה של המדינה, צוין בתמצית כי צה"ל הוציא פקודה חד-משמעית בה נקבע כי חל איסור מוחלט על כל הכוחות הפועלים בשטח להשתמש באזרחים, באשר הם, כאמצעי של "מגן חי" מפני ירי או פיגועים של הצד הפלסטיני או כ"בני ערובה". עוד צוין בתגובה, כי צה"ל אסר גם על הסתייעות של כוחות צה"ל בתושבים פלסטינים לשם כניסה לבתים של תושבים פלסטינים אחרים, במהלך פעילות מבצעית, באותם מקרים בהם סבור המפקד בשטח, כי עלולה להישקף סכנה לתושב.
3. בדיון הראשון בעתירה, שהתקיים ביום 21 במאי 2002, הוחלט כי המשיבים יגישו הודעה משלימה, בה ישלימו מספר נקודות שפורטו בהחלטת בית המשפט.

4. הודעה משלימה כאמור הוגשה בתאריך 5 בדצמבר 2002. במסגרת ההודעה נמסר, כי על חיילי צה"ל ימשיך לחול איסור מוחלט להשתמש באזרחים כאמצעי של "מגן חיי" מפני ירי או פיגועים של הצד הפלסטיני, או כ"בני ערובה". אשר לנושא הסתייעות בתושבים פלסטינים לצורך מניעת פגיעה בחיי אדם, בנסיבות בהן מבקשים החיילים להעביר אזהרה מוקדמת לתושבי בתים בהם יש חשש כי מסתתרים מבוקשים, נמסר לבית המשפט, כי הוחלט להוציא פקודה, בה יובהר באלו מצבים בדיוק אסור הדבר, באלו מצבים מותר הדבר ובאלו מגבלות. במסגרת הודעה זו הובא פירוט אודות תוכן הפקודה, המניעים לאישורה וחוקיותה. פקודה זו נקראת "נוהל אזהרה מוקדמת".
5. ביום 24.12.02 השיבו העותרים להודעה וטענו כי הפקודה החדשה הינה בלתי חוקית, שכן היא מתירה, למעשה, שימוש בתושבים כ"מגן אנושי".
6. ביום 21 בינואר 2003 התקיים הדיון השני בעתירה, במסגרתו נדונה חוקיות הפקודה החדשה. עם תום הדיון הוחלט, כי הצדדים ישלימו טיעוניהם בתחום הוראות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות לנושא הנדון בעתירה. באותו דיון צמצם בית המשפט צו ביניים שיצא בתיק בשלב קודם, ואיפשר בכך את הפעלת ויישום הפקודה החדשה. צו הביניים שנותר על כנו- בהסכמת המדינה- אסר על המדינה להשתמש בתושבים מקומיים כ"בני ערובה" וכ"מגן אנושי". המדינה הסכימה לצו זה, שכן ממילא אסרה על שימוש שכזה כבר קודם לכן.
7. ההודעה המשלימה השנייה מטעם המדינה הוגשה ביום 5 בדצמבר 2003, ובמסגרתה התייחסו המשיבים למישור המשפט הבינלאומי והבהירו כי גם לפיו הפקודה שהוצאה הינה חוקית לגמרי. בפרט התייחסו המשיבים בהודעה למשמעות הניתנת למושגים "מגן אנושי" ו"בני ערובה" במשפט הבינלאומי, ולכך שאין כל קשר בין איסורים אלה לבין ההיתר הקיים בפקודה להסתייע בתושבים המקומיים לצורך מניעת פגיעה בחיי אדם.

8. תגובות העותרים להודעת המדינה הוגשו ביום 27 בפברואר וביום 29 באוגוסט 2004. בהודעותיהם טענו העותרים, כי בפועל המשיכו העותרים לעשות שימוש באזרחים פלסטינים כ"מגנים אנושיים" ו/או כ"בני ערובה" וכן טענו כי נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו חוקי, שכן הוא מתיר שימוש באזרחים כ"מגנים אנושיים", וככזה, אין הוא יכול לעמוד במבחן הביקורת של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.
9. בתאריך 5 בספטמבר 2004 התקיים הדיון השלישי בעתירה. בדיון נדונה הפקודה החדשה - נוהל "אזהרה מוקדמת" - ואופן יישומה על ידי צה"ל. במסגרת זו, הובהר על ידי המשיבים, כי מדובר בנוהל חוקי, הן לפי המשפט הפנימי והן לפי המשפט הבינלאומי. בין השאר הודגש, כי במציאות המורכבת בה פועל צה"ל, פסילת הנוהל תוביל בהכרח ליתר שימוש בכוח ולהגברת הסיכון שיישקף לחיי תושבים מקומיים במהלך מעצר מבוקשים.
10. המשיבים הציגו בעל פה את הניסיון המצטבר מן השנתיים האחרונות בהפעלת הנוהל, לפיו בוצע הנוהל במאות מקרים, ולא אירע ולו מקרה אחד שבו נהרג או נפצע תושב מקומי כתוצאה מהפעלת הנוהל. הדבר אינו מקרי ויש לו משמעות. כמו כן, הניסיון מראה שהנוהל איננו נכפה, ומתחקירים שונים עלה, שהיו מקרים שבהם תושבים סירבו להיענות לבקשת הצבא להעביר אזהרה למבוקשים ולתושבי בתים, והדבר לא נכפה עליהם.
11. כן הבהירו המשיבים, במסגרת הדיון בעל פה, כי הם אינם מקלים ראש בטענות בדבר הפרת הנוהל, וכי טענות אלו נבדקות ונחקרות.
12. המשיבים נשאלו במסגרת הדיון מהו הרציונל המדויק העומד בבסיס הנוהל: האם הוא נועד להגן על תושבים פלסטינים תמימים, על המבוקשים או על החיילים? בתשובה לכך הובהר במהלך הדיון, כי הנוהל נועד למנוע, בראש ובראשונה, פגיעה בתושבים מקומיים חפים מפשע. לצד האמור, הנוהל מאפשר גם לצמצם את הסיכון למבוקשים ולחיילי צה"ל, משום שהוא חוסך, במקרים רבים, שימוש בכוח

בעת ביצוע פעילות מעצרים. בית המשפט הופנה לכך שנקודה זו הובהרה כבר בהודעות המדינה הקודמות (ובעניין זה נרחיב בהמשך).

13. עם תום הדיון, הוחלט כי הדיון יידחה, על מנת לאפשר למדינה להמציא לביהמ"ש דיווח על טיפול הרשויות במקרים שהובאו במסמכי העותרים, שלגביהם הועלו טענות על הפרת נוהל אזהרה מוקדמת. כן נקבע בהחלטה כי המדינה תהא רשאית להגיש הודעות או תצהיר נוספים, הנוגעים לעניין.

14. בהתאם לכך, מוגשת הודעה זו, אשר תוכנה כדלקמן:

בפתח הדברים (במסגרת פרק ב'), נבקש להביא מידע נוסף אודות הנוהל המעודכן, שגובש לאחר הגשת העתירה, ושאת פסילתו מבקשים העותרים. במסגרת זו, נוסף התייחסות לרציונל העומד בבסיס הנוהל, ונבהיר כי מדובר בנוהל הנותן כלי חוקי בידי צה"ל לעצור מבוקשים פלסטינים, לאחר מתן אזהרה יעילה לאוכלוסייה האזרחית במקום ולמבוקשים עצמם, במטרה להפחית למינימום הנזק העלול להיגרם במהלך המעצר. בהקשר זה יובהר כי האלטרנטיבה להפעלת הנוהל הינה, פעמים רבות, נקיטה בפעילות כוחנית והרסנית יותר, העלולה להביא לפגיעה בנפש וברכוש. ממילא ברור כי הפעלת הנוהל הינה רצויה וכי פסילתו עלולה לגרום נזק שניתן למונעו.

בהמשך לכך, בפרק ג' להודעה, נתייחס בהרחבה לאופן בו הנוהל מיושם כיום ע"י צה"ל. בהקשר זה יוצגו מסקנות צוות שהוקם בצבא, אשר בחן את אופן יישום הנוהל ומודעות הכוחות להוראותיו, והגיע למסקנה כי קיימת מודעות מלאה לאיסור על שימוש באזרחים כ"מגן חי" וכי ניתן לומר שתמונת המצב בשטח היא כי המפקדים והחיילים שמרו על העקרונות המרכזיים שהנוהל שם עליהם דגש ("רוח הנוהל"). היינו, כוחות צה"ל שמרו על האיסור לסכן חיי תושבים ועל האיסור לכפות על תושבים לסייע לחיילים. עם זאת, הצוות מצא כי "הטמעת" הנוהל לקתה בחסר, ועקב כך היו ליקויים בהכרת הנוהל, ועל כן הוחלט להוציא הנחיות נוספות, שנועדו לגרום לכך שהנוהל יוטמע טוב יותר בכל הדרגים העוסקים בביצוע מעצרים. הנחיות אלה כבר הוצאו והופצו.

לאחר מכן, במסגרת פרק ד', נביא מספר דוגמאות למקרים בהם הפעלת הנוהל הביאה לצמצום הפגיעה בחפים מפשע.

בהמשך, במסגרת פרק ה', תובא התייחסות קונקרטיה לפעולות שננקטו כדי לברר את טענות העותרים, לפיהן, במקרים מסויימים שפורטו בכתבי בי-דין, הופר נוהל "אזהרה מוקדמת" על ידי צה"ל.

בפרק ו' נבקש להתייחס לנושאים נוספים מתחום המשפט הבין-לאומי, שטרם התייחסנו אליהם בעבר.

על רקע כל אלה, בפרק הסיכום נחזור ונסכם מדוע דין העתירה להידחות.

פרק ב': הרציונל העומד בבסיס הנוהל

15. כאמור לעיל, במסגרת הדיון שהתקיים בתאריך 5 בספטמבר 2004, הבהירו המשיבים, לבקשת בית המשפט, כי הנוהל נועד למנוע בראש ובראשונה פגיעה בתושבים מקומיים חפים מפשע. לצד האמור, הנוהל מאפשר גם לצמצם את הסיכון למבוקשים ולחיילי צה"ל, משום שהוא חוסך, במקרים רבים, שימוש בכוח בעת ביצוע פעילות מעצרים. עמדה זו הובהרה על ידי המשיבים כבר בסעיף 14 לתגובה שהוגשה ביום 5 דצמבר 2002 ובסעיף 15 להודעת המדינה מיום 6 ביולי 2003. להלן נבקש להרחיב ולפרט באשר לנקודה זו.

16. בחינת הרציונל העומד בבסיס הנוהל, חשיבותו וההצדקה להפעלתו צריכה להיעשות בהתייחס למציאות הביטחונית השוררת באזור יהודה ושומרון ואזור חבל עזה, בהם מבוצעים מעצרים כדבר שבשגרה, כחלק מלחימת צה"ל בטרור הפלסטיני.

17. כידוע, מזה למעלה מארבע שנים נמצאת מדינת ישראל במצב של לחימה מזוינת אל מול ארגוני הטרור הפלסטינים. אחד מהצעדים העיקריים, הננקטים במסגרת הלחימה בטרור הפלסטיני, הינו מעצר פעילי הטרור. פעילות המעצרים מתבצעת באופן רצוף וממוקד, על בסיס מודיעין עדכני והערכות מצב שוטפות. המדובר בפעילות אפקטיבית ביותר, במסגרתה נעצרו מידי שנה אלפי פלסטינים

המעורבים בטרור, דבר הפוגע קשות בארגוני הטרור ומאפשר העמדתם לדין של מחבלים, השגת מודיעין רב ערך וסיכול מספר רב ביותר של פיגועים.

18. על פי רוב, פעילי הטרור גרים בלב ריכוזי אוכלוסייה אזרחית. כמפורט בהרחבה בהודעות שהוגשו ע"י המדינה בתיק זה, עובדה זו מחייבת את צה"ל לאזן בין אינטרסים שונים. מחד, על מנת להגן על אזרחי מדינת ישראל מפני פעולות טרור, מוטלת על צה"ל החובה לנקוט בצעדים צבאיים שימנעו המשך ביצוע פעולות הטרור, לרבות באמצעות מעצרים של אותם פעילי טרור. מאידך, במקרה בו עלולה האוכלוסייה הפלסטינית להיפגע מאותם צעדים, מוטלת על צה"ל החובה למזער ככל הניתן הפגיעה באוכלוסייה האזרחית, או להימנע מנקיטת הצעד, מקום בו מסתבר כי בכל חלופה שהיא היתרון הצבאי שיושג מהצעד אינו מידתי לפגיעה העלולה להיגרם לאוכלוסייה האזרחית.

19. במסגרת הפעילות המבוצעת על ידי כוחות צה"ל כנגד פעילי הטרור, מטיל צה"ל על עצמו מגבלות רבות, במטרה להימנע מפגיעה באוכלוסייה האזרחית. זאת, על אף שיש במגבלות אלו כדי לסכן בצורה ניכרת חיי החיילים. כך למשל, במקרים רבים מעדיף צה"ל לפעול למעצר פעילי טרור פלסטינים המסתתרים בקרב האוכלוסייה האזרחית, על אף הסיכון הכרוך בכך לחיי החיילים, וזאת למרות שקיימת אפשרות לפגוע באותם פעילי טרור באמצעות ירי מהאוויר. צה"ל נוהג כך, בין השאר, משום שחלופת המעצר מאפשרת לרוב פעולה ממוקדת יותר ופוגענית פחות, תוך מתן אזהרה מוקדמת יעילה.

20. באותם המקרים בהם קיימת החלטה לפעול למעצרו של פעיל טרור, נבחנות מספר דרכי פעולה, תוך רצון לאמץ דרך פעולה שתביא למעצר המבוקש ללא גרימת נזק, או לכל היותר תגרום נזק מינימאלי לאוכלוסייה האזרחית במקום. בהקשר זה, קיימת חשיבות עליונה ל"נוהל אזהרה מוקדמת", שכן יש בו כדי להגביר באופן ממשי את הסיכוי לכך שצה"ל יעצור את המבוקש, ללא שיהיה צורך להפעיל אמצעים שונים שיגרמו נזק ויצרו סכנה לשוהים בבית. להלן נבהיר עניין זה.

21. ככלל, פעילות למעצר מבוקש בשטח עירוני כוללת בחובה סגירת הבית או המרחב בו מצוי המבוקש (בכדי למנוע בריחתו). ברוב המקרים, לאחר ביצוע הסגירה, ניתנת אזהרה מוקדמת יעילה. האזהרה יכולה להתבצע באמצעות כריזה קולית או בכל דרך אחרת, ומטרתה לשכנע המבוקש להסגיר עצמו לכוחות צה"ל או לחלופין לאפשר לאזרחים לעזוב את היעד בו מצוי המבוקש מבעוד מועד, בכדי שלא יפגעו מפעילות צה"ל במקום.

22. בהקשר זה יצוין, והדברים פורטו בהרחבה בהודעות המדינה, כי בהתאם להוראות הנוהל, במקרים בהם ניתן באופן סביר להעביר האזהרה שלא בדרך המתוארת בנוהל, אלא באמצעים אחרים, כגון כריזה קולית, ואמצעים אלה יעילים באותה מידה, מחייבת הפקודה להזהיר באמצעים האחרים, ואוסרת להיעזר בתושב מקומי להעברת מסר האזהרה.

23. עם זאת, **בהתאם לניסיון הרב שהצטבר במהלך השנים, במקרים רבים ביותר אין חלופה אפקטיבית להעברת מסר האזהרה ע"י תושב מקומי.** כך למשל, במקרים רבים בעבר לא ניתן היה להשתמש באמצעי של כריזה או צעקות, מטעמים ביטחוניים (חשש כי הדבר יביא לחשיפת הפעילות, להתדרדרות המצב, ולהגברת הסיכון הנשקף לכל הצדדים המעורבים, לרבות לאזרחים חפים מפשע). כמו כן, במקרים רבים אחרים בעבר, הכריזה או צעקות החיילים לא הביאו לפינוי המבנה מהאזרחים השוהים בו או לכניעת המבוקש, ולעומת זאת, שימוש בתושב מקומי באותם המקרים לצורך העברת האזהרה, הביא לתוצאה המבוקשת (ככל הנראה, מאחר והאזרחים ו/או המבוקש נוטים להאמין יותר למסר לפיו לא ייפגעו אם יצאו מהבית, כאשר מסר זה מגיע מפיו של תושב מקומי).

24. ניתוח מאות מקרים שאירעו בעבר לימד, כאמור, כי חיוני הוא למצוא דרך שתאפשר העברת מסר מזהיר לשוהים יחד עם המבוקש, **באמצעות תושב מקומי,** שכן אי קיומה של דרך כזו יסכן חיי אדם, ובראשם, את חיי האזרחים השוהים בקרבת המבוקש. הניסיון לימד כי, **במידה ולא ניתן יהיה להעביר אזהרה בדרך זו הרי שבמקרים רבים יאלצו הכוחות או לוותר על לכידת המבוקש באמצעות**

הפעלת כוח או לבחור, במקרים שיש הצדקה לכך, בחלופות אחרות שיביאו למעצר החשוד, כגון ירי לעבר הבית, פריצה לבית ותנועה בו בהתאם לתרגולות לחימה בשטח בנוי (פריצת דלתות בכוח, זריקת רימונים וכדומה), או הריסת חלקים מהבית באמצעות כלים הנדסיים ממוגנים. אלא שאמצעים אלה, כשלעצמם, עלולים לסכן חפים מפשע, וכמובן - גם את חיי המבוקש. בנוסף, בנסיבות אלו קיימת גם הסתברות להתפתחות חילופי ירי, מהם יפגעו חפים מפשע. אשר על כן עדיף כמובן לנקוט בדרכים חלופיות שלא ייצרו סיכון כזה. דרך חלופית שכזו - מעוגנת בנוהל אזהרה מוקדמת.

25. נמצא, כי עיקר חשיבותו של הנוהל הינה בכך שהוא מאפשר ביצוע פעולת המעצר, במקרים רבים, תוך הימנעות מהפעלת אמצעים כוחניים היוצרים סכנה לאזרחים חפים מפשע ופוגעים ברכוש, ותוך הקטנת האפשרות להתפתחות חילופי ירי מהם עשויים להיפגע חפים מפשע.

26. לדעת המשיבים, בגין כך, חיוני הוא לאפשר המשך הפעלתו של הנוהל, המופעל בשטח מזה כשנתיים, מבלי שנגרמו עקב כך פגיעות כלשהן.

כל האמור בפרק זה מתווסף כמובן לכל שהוסבר בנושא זה בהודעות הקודמות.

פרק ג': האופן בו מיושם הנוהל כיום ע"י צה"ל

27. בשנת 2004 בוצעו בגזרת יהודה ושומרון כ- 6,000 פעילויות שנועדו להביא למעצרים. הערכת המשיבים, המבוססת על בדיקה מדגמית שנערכה על ידי פיקוד המרכז, היא כי במהלך פעילויות אלו נעשה שימוש בנוהל "אזהרה מוקדמת" במאות מקרים. העותרים הביאו בכתבי בי-דין שהגישו מקרים בודדים שבהם, לטענתם, הנוהל לא קוים כלשונו, ובגין כך יש לטעמם להורות על פסילת הנוהל כליל.

לכך נשיב תחילה, כי גם אם יתברר כי אכן קיימים מקרים בהם הנוהל לא קוים כלשונו, ומבלי להפחית מחומרת העניין, הרי שעדיין, לגבי רוב רובם של המקרים

כלל לא הועלו טענות לאי קיום הנוהל, וברור מאליו כי אין ללמוד מחריגים בודדים, אף אם אירעו, על כך שהנוהל איננו ישים או אינו חוקי. לטעמנו – די בכך לדחיית טענה זו של העותרים.

יתרה מזאת, כפי שיובהר בהמשך, עד כה טענות העותרים לא הוכחו בחקירות ובבדיקות שנערכו, וגם מטעם זה אין מקום לקבלת הטענה על אי חוקיות הנוהל.

28. בהקשר זה נבקש להביא לידיעת ביהמ"ש, כי לאור חשיבות סוגיה זו, מינה ראש אגף המבצעים בצה"ל (להלן: ראש אמ"ץ) צוות ביקורת, בראשות קצין מילואים בדרגת סא"ל, אשר בתן, בין השאר, את מידת יישום הנוהל ע"י הכוחות בשטח. זאת, באמצעות שילוב מבקרים מטעם צוות הביקורת בפעילות מעצרים בחמש חטיבות שונות (בכל שלבי פעילות המעצרים - החל משלב נוהל הקרב, דרך הביצוע וכלה בתחקיר); קיום שיחות עם קצינים בכל הרמות, על מנת להתחקות אחר תהליך הטמעת הנוהל ברמות הפיקוד השונות; ובחינת הטמעת הנוהל בקורסי ההכשרה.

29. ממצאי צוות הביקורת, שהוגשו לראש אמ"ץ לפני מספר חודשים, היו כי קיימת מודעות מלאה לאיסור על שימוש במקומיים כ- "מגן חיי", וכי ניתן לומר שתמונת המצב בשטח היא שהמפקדים והחיילים שמרו על העקרונות המרכזיים שהנוהל שם עליהם דגש ("רוח הנוהל") – היינו, על האיסור לסכן חיי תושבים ועל האיסור לכפות על תושבים לסייע לחיילים. יחד עם זאת, הצוות מצא כי לא התקיים תהליך מסודר של הטמעת הנוהל, ועקב כך היו ליקויים מסוימים בהכרת הנוהל בקרב הכוחות המבצעים מעצרים.

30. לאור ממצאי הצוות בדבר הליקויים שנפלו בהטמעת ובהכרת הנוהל בקרב הכוחות, הוצאו הנחיות נוספות, שנועדו לגרום לכך שהנוהל יוטמע טוב יותר בכל הדרגים העוסקים בביצוע המעצרים. בעקבות הנחיות אלה מועבר הנוהל ומוטמע באורח נרחב ומעמיק יותר משנעשה הדבר בעבר, כשההטמעה מועברת הן בכל

קורסי הקצינים האג"מיים, והן בהדרכות (המועברות במסגרת אימונים לקראת לחימה) המיועדות ליחידות המבצעות פעילות מעצרים.

31. בנוסף, לאחרונה שב הרמטכ"ל והדגיש את החשיבות בהטמעת הנוהל בקרב כלל

היחידות הפועלות בשטח, ואת מחויבות צה"ל ליישום הנוהל כרוחו וכלשונו.

כמו כן, בהתחשב ברגיעה שחלה בשטח כתוצאה מהמגעים המדיניים, הורה

הרמטכ"ל, כי לעת הזו, אלוף הפיקוד מחויב לוודא לפני ביצוע כל מעצר שבו

מתוכנן יישום הנוהל, כי הנוהל יהיה מוכר לכל מי שנוטל חלק במבצע המעצר.

הוראות אלה מפחיתות כמובן עוד יותר את החשש לחריגה מהנוהל.

פרק ד': מקרים לדוגמה, בהם האפשרות ליישם הנוהל הביאה לצמצום הפגיעה בחפים

מפשע

32. על מנת להמחיש את הפרקטיקה הנוהגת ולהבהיר את חשיבותה, נבקש להביא

מספר דוגמאות מייצגות, למקרים בהם האפשרות ליישם הנוהל במהלך פעילות

מבצעית למעצר חשודים, הביאה לצמצום אפשרות הפגיעה באזרחים חפים מפשע.

33. **מעצר עימאד קאווסמה בחברון** - בתאריך 12 באוקטובר 2004, בוצעה פעילות

למעצר עימאד קאווסמה, פעיל חמא"ס בכיר ביותר, בעיר חברון. עם תחילת

הפעילות בוצעה כריזה לעבר הבית, במסגרתה נתבקשו כל תושבי הבית לצאת

ממנו. בעקבות כך, האדם היחיד שיצא היה אבי אשת המבוקש. לאחר צאתו הוא

נתבקש להזהיר את שאר הנמצאים במבנה, ולבקשם לפנותו בכדי שלא יפגעו. הנ"ל

הסכים להעביר מסר זה, ובעקבות העברתו אכן יצאו מתוכו דיירי הבית, למעט

המבוקש. לאחר יציאת דיירי הבית, ועקב סירוב המבוקש להסגיר עצמו, הוחל

בהפעלת אמצעים כוחניים, שנועדו לביצוע המעצר, לרבות הריסת חלקים מהמבנה

ע"י כלי הנדסי (D9). במהלך פעילות זו יצא המבוקש מהמבנה ונעצר ע"י כוחותינו.

במבצע זה, **הכריזה הראשונית לא הביאה לפינוי המבנה מאזרחים חפים מפשע**

ולכניעת המבוקש. לפיכך, נוצר צורך להפעיל נוהל אזהרה מוקדמת. ואכן, אזהרת

דיירי המבנה ע"י אבי אשת המבוקש הביאה לפינוי המבנה מיושביו (למעט

המבוקש). בכך נמנעה כמובן פגיעה אפשרית באותם אזרחים ששהו במבנה, במהלך הפעילות הלחימתית למעצר המבוקש, שכן אם לא ניתן היה לבקש מהאזרח שיצא מהבית להזהיר את שאר תושביו, והצבא היה ניגש מיד להפעלת אמצעים כוחניים לצורך ביצוע המעצר, היה כמובן נוצר סיכון לפגיעה אפשרית בחפים מפשע ששהו בבית יחד עם המבוקש.

34. מעצר נעים אבו סעידה בטול כרם - בתאריך 8 באוגוסט 2004, בוצעה פעילות

מעצרים בטול-כרם. במהלך הפעילות הבחינו הכוחות באדם חמוש באקדח נכנס לבית. הכוחות סגרו על הבית, כרזו והציעו ליושביו לצאת. בעקבות הכריזה יצא מהבית רק בעל הבית. בעל הבית מסר כי לא ידוע לו על הימצאות אדם חמוש בביתו. הוא נתבקש להציע לדיירי הבית להתפנות, ועשה כן. האזהרה הועילה, ובני הבית אכן יצאו (למעט המבוקש). לאחר פינוי האנשים הוחל בהפעלת אמצעים כוחניים, לרבות סריקה באש והריסת חלקים מהמבנה. בסופו של דבר, המבוקש החמוש נתפס.

גם במבצע זה, רק האפשרות להפעיל נוהל אזהרה מוקדמת הביאה לפינוי הבית מהאזרחים השוהים בו לפני הפעלת אמצעים כוחניים, ורק כך נתאפשר לעצור המבוקש, תוך הפעלת אמצעים כוחניים, ללא שהדבר יסכן אזרחים חפים מפשע. לעומת זאת, אילו לא ניתן היה לבקש מבעל הבית להזהיר את תושבי הבית ולשכנעם לצאת ממנו, היה כמובן נוצר חשש לפגיעה בהם במהלך ניסיון המעצר. מובן מאליו, כי מדובר בדוגמאות בודדות שכמותן קיימות רבות נוספות, וכולן ממחישות את חשיבות קיום הנוהל.

פרק ה': אופן הטיפול במקרים שבהם, לטענת העותרים, הופר נוהל "אזהרה מוקדמת" על ידי צה"ל

מבוא

35. בכמה וכמה כתבי בי דין, שהגישו העותרים לאחר שהמשיבים הודיעו על כניסת הנוהל החדש לתוקף ולאחר שבית המשפט הנכבד צמצם ביום 21 בינואר 2003 את

צו הביניים שניתן בתיק בשלב קודם, טענו העותרים כי המשיבים הפרו את הנוהל החדש ולא פעלו לפיו. לטענות אלה נתבקשנו להתייחס בהחלטת בית המשפט מיום 5 בספטמבר 2004, ולהלן נתייחס אליהן בפרוטרוט.

36. עם זאת יצוין תחילה, כי במסמכים אלה ואחרים הועלו גם טענות נוספות בדבר התנהגות פסולה של כוחות הביטחון. אלא שחלקן של טענות אלה אינו רלוונטי כלל ליישומן של הנוהל העומד כיום בלב העתירה, וחלקן מתייחס לתקופה שקדמה להפעלת הנוהל החדש ביחידות הצבא. ממילא, טענות אלה אינן רלוונטיות להחלטת בית המשפט, שבמסגרתה נתבקשנו להתייחס רק לטענות על הפרת הנוהל. אשר על כן לא היה כלל צורך להתייחס לטענות אלה בהודעה זו.

כך, למשל, העלו העותרים טענות, כי חיילים עשו שימוש באזרח כ"מגן אנושי", על ידי חיובו של תושב פלסטיני לערוך חיפוש בתיק חשוד לשם גילוי מטען חומר נפץ (בקשת העותרים מיום 22 מאי 2003).

כאמור, טענה זו כלל אינה רלוונטית לענין הנוהל ועל כן לא היה צורך להתייחס אליה בתשובה זו. עם זאת, למעלה מן הנדרש נציין, כי אם התלונה נכונה הרי שמדובר כמובן במעשה לא חוקי, ולפיכך נפתחה חקירת מצ"ח בנושא זה.

בנוסף, נטענו על ידי העותרים טענות בדבר שימוש פסול בתושבים, ביחס לאירועים שאירעו טרם כניסתו לתוקף ויישומן של הנוהל בשטח.

מטבע הדברים, מאחר שמדובר בטענות על אירועים שקדמו לישום הנוהל, ברור כי טענות אלה אינן שייכות כלל לשאלת דרך יישומן של "נוהל אזהרה מוקדמת" ולשאלת חוקיותו. לפיכך - ובהתאם להחלטת בית המשפט - לא היה צורך להתייחס לטענות אלה במסגרת הודעה משלימה זו. מכל מקום, ושוב למעלה מן הנדרש נציין, כי גם לגבי חלק מהאירועים הללו נפתחו חקירות מצ"ח (כך למשל: לגבי הטענות על שימוש בנבהאן נג'אר ביום 12.12.02 בכפר יתמא ולגבי הטענות על שימוש באמיל דרווזה ביום 22.2.03 בשכם).

37. לסיכום המבוא ייאמר, כי הנוהל נכנס לתוקפו רק במרץ-יוני 2003 (תחילה כ"פיילוט" בחטיבה מסוימת ולאחר מכן בכל הצבא), ולכן רק הטענות שהועלו לגבי מקרים שאירעו מתאריך זה ואילן עשויות להיות רלבנטיות לשאלת חוקיותו ושימותו של הנוהל. טענות אלה נבדקו ביסודיות ולהלן יפורטו ממצאי הבדיקה. המדובר בסך הכל בשבעה מקרים, שלגביהם העלו העותרים טענות שונות, ואליהן נתייחס בפירוט להלן.

38. כבר עתה ייאמר, כי בכל אותם מקרים, למעט אחד, נפתחה חקירת מצ"ח או נתמנה קצין בודק (קבו"ד) - שסמכויותיו כשל מצ"ח - לבירור הטענות. במקרה אחד לא נמצאה הצדקה להורות כן, וזאת מטעמים שיפורטו בהמשך.

א. טענות בדבר שימוש במאג"ד מחמוד מחמד אבו ערב בניגוד לנוהל

39. בבקשת העותרים מיום 28 באפריל 2004 טענו העותרים, כי ביום 4 דצמבר 2003, בשכונת רפידיה בשכם, עשו חיילי צה"ל שימוש במאג"ד אבו ערב כב"מגן חי". נטען, כי הלה נתבקש לפנות לשכניו, תחת איומי נשק, ולבקש מהם לצאת אל מחוץ לביתם. המתלונן עשה כן. בסיומה של הפעולה, עצר הכוח הצבאי את שכנתו.

40. בתצהירו של המתלונן, אשר צורף לבקשה, נטען, כי לאחר שהגיעו חיילים לביתו בתאריך האמור, ולאחר שהזדהה בפניהם כעיתונאי, ביקשו ממנו שלושה חיילים לצלצל בפעמון הדלת של שכנו, הנמצא בקומת קרקע בבניין. משמסר לחיילים כי אינו שוטר וכי אין הדבר בסמכותו, אמר לו אחד החיילים "שתוק, תצלצל בפעמון או שאני יורה בך". לגרסתו, לאחר שצלצל בפעמון, ביקשו החיילים משכנו להוציא את בנותיו ועצרו את בתו. יוטעם, כי בתצהירו של המתלונן כלל לא נטען כי מי מחיילי צה"ל כיוון לעברו נשק, וטענה זו הועלתה רק בבקשה, אשר הוגשה ע"י העותרים ולא ע"י המתלונן.

41. בתיק זה נפתחה חקירת מצ"ח בעקבות התלונה, ובוצעו פעולות חקירה לא מעטות לאיתור הכוח, אשר ביצע את הפעילות במועד ובמקום הרלוונטיים. לאחר איתור הכוח, נגבו עדויות החיילים לשם בירור נסיבות האירוע.

42. מאמרתו של מפקד הכוח עלה, כי הכוח הגיע למקום על מנת לבצע מעצר של פעילת טרור. בעת שיצא המתלונן מן הבית, כיוונו החיילים את נשקם לעברו, שכן סברו כי מדובר באדם שיצא מביתה של המבוקשת. לאחר שהוברר כי הבית אליו הגיעו איננו ביתה של פעילת הטרור, כי אם ביתו של המתלונן, הורידו החיילים את נשקם. החיילים שאלו את המתלונן היכן מתגוררת משפחתה של הפעילה. המתלונן הראה לחיילי הכוח את הבית, והלך. מפקד הכוח הכחיש כי החיילים איימו על המתלונן או כי היכו אותו.

43. גם מאמרותיהם של החיילים הנוספים, אשר נטלו חלק במעצרה של פעילת הטרור, עלה, כי בהגיעם אל ביתו של המתלונן, ולאחר שהתברר כי הבית איננו ביתה של פעילת הטרור, הם שאלו את המתלונן היכן נמצא ביתה, והלה הלך עמם והצביע על הבית. החיילים הודו לו ושלחו אותו מהמקום. החיילים הכחישו כי איימו על המתלונן. שניים מהחיילים ציינו עוד, כי המתלונן לא הציג בפניהם תעודת עיתונאי או תעודת זהות כלשהי.

44. מהאמור לעיל עולה, כי בחומר הראיות אשר נאסף ביחס לאירוע לא נמצאה תמיכה לטענה כי המתלונן אולץ, באיומים, להזהיר את שכנתו כי תצא מביתה.

45. בנסיבות אלה, ובהעדר תימוכין ראייתיים לתלונתו של המתלונן, הוחלט על סגירת תיק החקירה.

ב+ג. טענות בדבר שימוש באחמד עסאף ובאחמד ר'אנס בניגוד לנוהל

46. עוד טענו העותרים בבקשתם מיום 28 באפריל 2004, כי ביום 12 ינואר 2004, במחנה הפליטים טול כרם, עשו חיילי צה"ל שימוש באחמד ר'אנס כב"מגן חי"י. על פי הטענה, הלה אולץ ע"י חמישה חיילי צה"ל להיכנס לתוך בית שדלתו פוצצה, כשהחיילים עומדים מאחוריו, לפתוח את דלתות החדרים ולהדליק את האור. אחד החיילים נתן לתושב דגל אדום, ודרש ממנו להרימו בכל פעם שנכנס לתוך חדר מחדרי הבית, על מנת שהחיילים שנכנסו אחריו לבית לא יירו בו.

47. עוד נטען באותה בקשה, כי באותו היום, באותו מחנה, ריכזו חיילי צה"ל את התושבים ברחוב הראשי, והורו לתושב אחמד עסאף להתלוות אליהם. אחד החיילים אמר לתושב זה, כי עליו לעזור להם בכך שייכנס לבתים עליהם יורו לו, יפתח את החלונות והדלתות, ידליק בהם אורות ויוודא שאין בהם אף אחד. אותו חייל (כשאולי הכוונה היא למפקד הכוח) אמר לו, על פי הטענה, כי אם ישקר לחיילים, הם יעצרו אותו או יהרגו אותו. בהמשך צוין עוד, כי המתלונן פעל בהתאם להוראות החיילים, ונכנס למספר בתים ואף למסגד. לאחר צאתו של המתלונן מהמבנים, ירו חיילי צה"ל על המבנים, השליכו פנימה רימוני הלם ונכנסו לתוכם, כשהם מכריחים את התושב להיכנס יחד עמם.

ביחס למקרה זה, הועברה לפרקליטות הצבאית פנייה כבר בסוף חודש מרץ 2004, עוד בטרם הועלתה הטענה במסגרת העתירה, ומיד עם הגעת התלונה הראשונה הורו גורמי הפרקליטות הצבאית על פתיחה בחקירת מצ"ח לבדיקת הטענות.

48. עד כה בוצעו עשרות רבות של פעולות חקירה אינטנסיביות לבדיקת הנושא, כפי שיפורט להלן.

49. כבתיקים אחרים, נעשו פעולות חקירה לאיתור הכוח שביצע פעילות בגזרה ובעת הרלוונטיות. לאחר שאותר הכוח אשר פעל במקום, נגבו עדויות ממספר רב של חיילים ביחס לאירוע.

50. כמו כן, ביום 21 דצמבר 2004, נגבו עדויותיהם של המתלוננים, בסיועה של נציגת ארגון "בצלם". ישנם עדים נוספים מהם בכוונת מצ"ח לגבות עדות (חלקם לא שוהה בימים אלה בארץ), וכן צפויות להתבצע פעולות חקירה נוספות.

נמצא, כי מדובר בחקירה המצויה בעיצומה.

ד. טענות בדבר שימוש בעולא עוואד בניגוד לנוהל

51. בבקשת העותרים מיום 27 אפריל 2003 נטען, כי ביום 6 מרץ 2003, בשכם, הכריחו חיילי צה"ל את עולא עוואד, באמצעות איומים, לעלות לבית הוריה, הנמצא קומה

אחת מעל ביתה, ולהיכנס לתוך החדרים. זאת, כאשר רובי החיילים מכוונים לעברה. כן נטען, כי באותו ערב לקחו החיילים את אחותה של התושבת, ששמה יוסרא, לביתו של שכן, וביקשו ממנה לדפוק על דלתו.

לאור הטענות שהועלו ביחס לאירוע, ניתנה הוראה לפתוח בחקירת מצ"ח לבדיקת הנושא. גם חקירה זו מצויה בעיצומה.

ה+ו. טענות בדבר שימוש במוחמד פרארג'ה ובמאהר חושייה בניגוד לנוהל

52. בבקשת העותרים מיום 16 אוגוסט 2004 נטען, כי ביום 12 ינואר 2004, במחנה הפליטים עאידה, עשו חיילי צה"ל שימוש במוחמד פרארג'ה בניגוד לנוהל. על פי הטענה, הלה אולץ ע"י חיילי צה"ל ללכת לפני החיילים ולהובילם אל כל חדרי הבית בעת שהחיילים ערכו בהם חיפוש. לאחר מכן הובלו הוא ובני משפחתו לבית משפחת אמו, כאשר החיילים מצמידים נשק לגבם. עוד נטען, כי בהמשך אזקו חיילי צה"ל את ידיו של המתלונן באזיקי ברזל, והורו לו ללכת לפניהם לכיוון ביתו של שכנו, ולדרוש מדיירי הבית לצאת החוצה, כשהם מכוונים את נשקם לעברו ולעבר הבית.

53. עוד טענו העותרים בבקשה זו, כי ביום 27 ליוני 2004, באל-יאמון, עשו חיילי צה"ל שימוש במאהר חושייה בניגוד לנוהל. על פי הטענה, הלה אולץ ע"י חיילי צה"ל להיכנס לתוך ביתו כשהחיילים, מלווים בכלבים, הולכים לצדו. לאחר מכן, אולץ להיכנס לתוך בתי השכנים ואל בתיהם של קרובי משפחתו. נטען, כי המתלונן סירב לעשות כן, אולם החיילים צעקו עליו ולכן שתק עד שהושלם החיפוש בשלושה בתים.

54. ביחס לשני אירועים אלה מונה קצין בודק, בדרגת אל"מ. ממצאיו של הקבו"ד הועברו לבחינת גורמי הפרקליטות הצבאית, ונמצאו בלתי ממצים (בין היתר, בשל העובדה כי הקבו"ד לא גבה את עדותם של מספר עדים רלוונטיים).

55. לאור כך, החליט הפרקליט הצבאי הראשי לאחרונה להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח, לבדיקת הטענות שהועלו ביחס לשני אירועים אלו.

ז. טענות בדבר שימוש בתושבים בניגוד לנוהל ביום 6.7.03 בשכם

56. עוד נטען בבקשת העותרים מיום 16 באוגוסט 2004, כי חיילי צה"ל עשו שימוש בכמה תושבים ביום 6.7.04 בעיר שכם בניגוד לנוהל אזהרה מוקדמת. על פי הנטען, לאחר פעילות צבאית שהתקיימה בעיר, נשלחו מספר תושבים פלסטינים, תחת איומי נשק לבניין סמוך, נתבקשו לבדוק האם מצויים בו פצועים או גופות, ואם כן - לפנותם מן הבניין.

57. מבדיקת פרטי האירוע עלה, כי ביום האירוע אכן התבצעה פעילות מבצעית בעיר שכם לשם לכידת מבוקשים בכירים. במהלך אותו מבצע, נהרג קצין צה"ל, סרן מורן ורדי ז"ל וכן נפצעו שלושה לוחמים נוספים. כן נהרגו במבצע זה, במהלך חילופי הירי, שני המבוקשים, וכן שני פלסטינים תמימים, אשר היו מצויים בזירת האירוע.

58. בעקבות אירוע זה, נערך תחקיר מבצעי לבחינת נסיבותיו. בשלב מאוחר יותר, לאחר שהגיעה תלונתם של הפלסטינים, כמפורט בעתירה, התבקש מפקד הכוח, אשר ערך את התחקיר המבצעי, להשלים את התחקיר, ולבדוק את התלונות אודות הפרת הנוהל במהלך הפעילות המבצעית.

59. מהתייחסותו המשלימה של עורך התחקיר, המבוססת על תחקור הלוחמים אשר השתתפו בפעילות, עלו הפרטים הבאים:

במהלך האירוע הנ"ל, אכן ביצעו חיילי צה"ל שימוש בנוהל אזהרה מוקדמת. במסגרת זו הכוח לא הסתייע בילדים, נשים וזקנים וכל מי שנשלח אל המבנה עשה זאת ללא התנגדות וקיבל יחס וטיפול הולם. במקרה אחד, בו התנגד אחד התושבים הפלסטינים לבקשת החיילים להיכנס לתוך הבניין בו בוצעה הפעילות - הוא לא אולץ לעשות כן ולא נכנס לתוכו. שליחת התושבים לבנין התבצעה תחילה

במטרה לעזור לאוכלוסייה הפלסטינית המצויה במבנה, ובהמשך, במטרה להוציא פצועים ולהגיש טיפול הומניטרי לנזקקים לכך. בכל מקרה, שליחתם של התושבים נעשתה כשלא היתה קיימת סכנה לחייהם ומבלי שנעשה בהם שימוש כב"מגן חי", ובמהלך הפעילות כולה, הכוח לא איים על חייהם של התושבים.

60. לאחר בחינת החומר בכללותו החליט הפצ"ר, כי אין מקום להורות על חקירה נוספת של נסיבות האירוע והתיק נסגר.

סיכום

61. מן האמור עולה, כי צה"ל רואה בחומרה כל חשד להפרת הנוהל, ומברר באופן מעמיק את המקרים בהם מתעורר חשד כזה.

62. כאמור, לגבי כל המקרים שהועלו במסגרת העתירה, בהם עלה חשד להפרת הנוהל – נפתחה חקירת מצ"ח או נתמנה קצין בודק (קבו"ד), למעט במקרה אחד, בו נסגר התיק מהטעמים שפורטו לעיל.

במקרה אחד בו נפתחה חקירת מצ"ח, כבר נסתיימו פעולות החקירה, ולאחר בחינת מכלול החומר הוחלט על סגירת התיק, לאחר שנתברר כי לא נמצאו בחומר שנאסף תימוכין לטענות העותרים ביחס להפרת הנוהל. בחמישה מקרים נוספים כבר נערכו פעולות חקירה רבות, אולם הטיפול בהם טרם נסתיים.

63. עוד יצוין, כי בהתאם למדיניות הקיימת, נפתחו חקירות מצ"ח נוספות ביחס למספר תלונות, אשר הועברו לגורמי הפרקליטות הצבאית שלא במסגרת העתירה (תלונות אלה נשלחו, בין היתר, ע"י ארגון הצלב האדום וארגון "בצלס"). גם בתלונות אלה נטען כי חיילי צה"ל עשו שימוש בתושבים כ"מגנים חיים" או חרגו מהותית מהוראות נוהל "אזהרה מוקדמת". חלק מחקירות אלה עדיין תלויות ועומדות.

במקרה אחד, משהסתיימה החקירה, הוגש כתב אישום נגד קצין (במיל') בדרגת סא"ל, בגין אירוע שאירע בלילה שבין ה- 17.4.02 לבין ה- 18.4.02 בכפר דוחא.

במהלך האירוע, אחז הנאשם בחולצתה של אזרחית סנגלית (שהועסקה ע"י תושב פלסטיני בבית אחר באותו כפר), והובילה לפניו, כשהיא משמשת לו, למעשה, כמגן, תוך כדי חיפוש מבוקשים בביתו של מעסיקה. הנאשם הורשע ע"י בית הדין הצבאי המיוחד ביום 31.7.03, ונגזרו עליו ששים (60) ימי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודה צבאית, מאסר על-תנאי והורדה לדרגת רס"ן. ערעורה של התביעה על קולת העונש התקבל ביום 5.8.04 והנאשם הורד לדרגת סגן. בנוסף, בהיבט הפיקודי, הודח הקצין מתפקידו.

מכל מקום - כפי שצויין לעיל, ברור כי אין במקרה יחיד זה כדי ללמד על אי חוקיות הנוהל, וגם אם כמה מהחקירות הנוספות המנוהלות כיום יובילו לתוצאה דומה, אף אז לא יהיה בכך כדי ללמד על אי חוקיות הנוהל. כל שיש בכך כדי ללמד הוא כי הנוהל הופר במקרה בודד או במקרים בודדים. לעומת זאת, **במאות מקרים אחרים**, שבהם הופעל הנוהל, כלל לא הוגשה תלונה בגין הפעלתו. לפיכך נשוב ונטען כי מדובר בנוהל חוקי וסביר.

פרק ו': נושאים נוספים מתחום המשפט הבינלאומי

64. כפי שפורט בהרחבה בהודעות המדינה בעתירה זו, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי, כוח מזוין העומד לבצע פעולה העלולה לפגוע באזרחים, צריך, במידת האפשר, ליתן הודעה מראש על הפעולה המתוכננת, כדי למזער החשש לפגיעה באזרחים. הנוהל החדש עולה בקנה אחד עם הוראה זו.

65. בנוסף לאמור, הנוהל אף עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד במשפט הבין-לאומי, הדורשים כי במהלך תכנון מבצע יעשה כל מאמץ לצמצם הנזק האגבי הנגרם לאלו שאינם לוחמים, כתוצאה מהפעילות הצבאית, ככל המתאפשר בנסיבות העניין.

66. כך למשל, בהתאם לגישה המקובלת במשפט הבינ"ל, במידה שקיימות בפני המפקד הצבאי מספר אופציות פעולה צבאיות, שיתנו לו יתרון צבאי זהה, עליו לבחור באופציה הצפויה לגרום לנזק המינימאלי לאזרחים.

ר' לדוגמא סעיף 57 (3) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה (שהינו לדעת מלומדים רבים בעל תחולה מנהגית), הקובע כי :

"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."

ראה לעניין זה גם :

L.C. Green, The Contemporary Law of Armed Conflict (2nd ed., 2000) at p. 156

67. בעניין זה, נבקש להפנות לגישת ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, ולגישה הבאה לידי ביטוי במדריכי מלחמה של צבאות שונים, לפיה קיימת חובה כללית מן המשפט ההומניטארי המנהגי, לנקוט באמצעי הזהירות האפשריים בנסיבות העניין, לשם מניעת או צמצום מקסימאלי של פגיעה באוכלוסיה האזרחית.

כך למשל נקבע בפרסום מטעם ארגון הצלב האדום הבין-לאומי :

*"In general, international humanitarian law requires that in the conduct of military operations, constant care be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. To this end, **all feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects...**"*

ICRC, **Protecting Civilians in 21st Century Warfare**- Speeches and Proceedings of the Red Cross Symposium (8 December 2000), pp. 18-19

ובהקשר זה קובע מדריך המלחמה הקנדי כדלקמן :

"Under the Law Of Armed Conflict commanders, planners and staff officers have the following obligations:... to take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack to avoid, and in any event to minimize, collateral civilian damage...**an effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit such a warning to be given.** For tactical reasons, an attacking force may not give a warning in order to maintain the element of surprise";

מדריך המלחמה האוסטרלי קובע אף הוא ברוח זו :

"All reasonable precautions must be taken to avoid injury, loss or damage to civilians and civilian objects and locations...When a planned attack is likely to affect the civilian population, **those making the attack are required to give, if practicable, effective advance warning of the attack to the authorities or civilian population.** This requirement must obviously be applied in a commonsense manner in light of all other factors. If the proposed action is likely to be seriously compromised by a warning then there is no requirement to provide any warning.";

וברוח דומה גם מדריך המלחמה הגרמני קובע לאמור :

"**Effective advance warning shall be given of any bombardment, unless circumstances do not permit...**" (המדריך הגרמני).

(ההדגשות הוספו. הציטוטים לעיל מובאים בתוך הספר: הפרקליטות הצבאית-ביה"ס למשפט צבאי, מדריך משווה לדיני המלחמה- אמנות ומדריכים צבאיים (2003), 174-179).

68. גישה זו, הבאה לידי ביטוי במקורות אלה של המשפט הבין-לאומי ובאחרים, תואמת את הרעיון העומד בבסיס נוהל "אזהרה מוקדמת", שתכליתו הראשית, כמוסבר, הינה לצמצם למינימום האפשרי את הנזק העלול להיגרם לאזרחים חפים מפשע אגב ביצוע פעילות המעצרים.

69. עם זאת יצוין, כי בהתאם לפרשנות המקובלת ולמדריכי המלחמה של הצבאות השונים, החובה לנקוט באמצעי זהירות לשם מניעת פגיעה באזרחים (לרבות החובה ליתן אזהרה מוקדמת טרם תקיפה) אינה מוחלטת, והיא עשויה לסגת משיקולים צבאיים, בהתאם לנסיבות באותה עת.

ראו לדוגמא את מדריכי המלחמה שצוטטו לעיל, וכן :

L.C. Green, The Contemporary Law of Armed Conflict (2nd ed., 2000) at p. 156.

ICRC, *Fight Right- Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces*, at pp. 72-73.

70. מכל האמור לעיל עולה, כי לכשמתוכננת פעילות מעצרים, על המפקד הצבאי לבחון כיצד ניתן, בנסיבות הקיימות אותה העת, להביא למעצרו של המבוקש, **תוך מניעה או מזעור מקסימאלי של הפגיעה האגבית בחפים מפשע וברכוש, ככל המתאפשר בנסיבות העניין. בהקשר זה רשאי המפקד הצבאי – ואף חייב - לבחון האם, בנסיבות הקיימות, ניתן למזער הפגיעה האגבית בחפים מפשע או ברכוש, באמצעות הסתייעות באזרח מקומי, בנסיבות שאינן מסכנות אותו.** כמפורט בתשובות המדינה, בנסיבות המתוארות בנוהל "אזהרה מוקדמת", ההסתייעות באזרח אינה בגדר לקיחת "מגן אנושי" או עשיית שימוש ב"בני-ערובה", האסורים במשפט הבין-לאומי, אלא מדובר בדרך סבירה וחוקית למימוש מחויבות המפקד לעשות כל שביכולתו על מנת למנוע או למזער את הנזק לחפים מפשע.

71. לאור העובדה שעשיית שימוש באזרח לצורך מסירת אזהרה מוקדמת אינה בלתי חוקית, כאמור בהרחבה בתגובות המדינה בעניין עתירה זו וכעולה אף מחוות דעת המומחה שהוגשה ע"י העותרים בעניין זה (ראו סעיף 4 לחוות הדעת של פרופ' בנבנשתי, בו נכתב כי "הנוהל מתאר מניע לגיטימי לשימוש באמצעי "אזהרה מוקדמת", שכן הגנתם של אלה שאינם לוחמים היא כאמור חובה של הצבא הלוחם"), ובהתחשב בכך שעשיית שימוש בנוהל אזהרה מוקדמת נועדה להוביל לצמצום הסיכון לאזרחים הנמצאים במקום – הרי שעשיית שימוש ב"נוהל אזהרה מוקדמת", במקרים המתאימים, עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי האמורים, שמטרתם צמצום הנזק האגבי העלול להיגרם לאלו שאינם לוחמים, למינימום המתחייב.

סיכום

- .72** מזה למעלה מארבע שנים נמצאת מדינת ישראל במאבק חסר פשרות מול טרוריסטים פלסטינים, העושים כל שביכולתם להוציא אל הפועל פיגועים רצחניים.
- .73** אחד הצעדים העיקריים הננקטים במסגרת לחימה זו, הינו מעצר פעילי הטרור, במקרים בהם קיימת לכך יכולת מבצעית. במסגרת צעד זה נעצרים מידי שנה אלפי פלסטינים המעורבים בטרור, דבר הפוגע קשות בארגוני הטרור ומאפשר העמדתם לדיון, השגת מודיעין רב ערך וסיכול מספר רב של פיגועים.
- .74** מעצר פעילי הטרור הפלסטינים, הנטמעים בקרב האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית, מחייב את צה"ל לאזן בין אינטרסים שונים. מחד, עליו לפעול למעצר פעילי הטרור, טרם יעלה בידם לממש פיגועי הטרור אותם הם מתכננים. מנגד, מוטלת עליו החובה למזער ככל הניתן הפגיעה האגבית באוכלוסייה האזרחית, במהלך ביצוע המעצר.
- .75** ניסיון העבר מלמד, כי הסתייעות בתושבים מקומיים לשם מתן אזהרה מוקדמת יעילה, שנעשתה מאות פעמים בהתאם להוראות נוהל "אזהרה מוקדמת", מאפשרת ביצוע פעולות מעצר, תוך צמצום ממשי של הצורך בהפעלת אמצעים כוחניים הפוגעים ברכוש ויוצרים סכנה לאזרחים חפים מפשע, ותוך הקטנת האפשרות להתפתחות חילופי ירי, מהם עשויים להיפגע חפים מפשע.
- ממילא, עשיית שימוש בנוהל מובילה לצמצום הסיכון לאזרחים הנמצאים במקום, וזאת בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי, שמטרתם להוביל לצמצום הנוק האגבי העלול להגרם לאלו שאינם לוחמים, למינימום המתחייב.
- כמו כן, עשיית שימוש בנוהל יכולה למנוע פגיעה גם במבוקש עצמו וגם בחיילי צה"ל, וגם מטרה זו לגיטימית כשלעצמה.

השגת יתרונות אלה, בדרך שאינה כרוכה בסיכון התושבים המזהירים (דבר האסור על פי הנוהל), הינה דבר ראוי, חוקי ומידתי.

76. לאור האמור לעיל, יטענו המשיבים, כי יש לדחות את טענות העותרים בדבר אי חוקיותו ואי מידתיותו של הנוהל. טענות אלה אינן מבוססות ואינן תואמות את המציאות ואת הוראות המשפט הבינלאומי.

אשר על כן נבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

היום: י"ח אדר א' תשס"ה

27 פברואר 2005

שי ניצן
המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)