

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3799/02

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים:

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. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
7. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיבים:

1. אלוף פיקוד מרכז בצה"ל
2. ראש המטה הכללי בצה"ל
3. שר הביטחון
4. ראש ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ט"ז בסיון התשס"ה (23.06.2005)

בשם העותרים:

עו"ד מרואן דלאל

בשם המשיבים:

עו"ד שי ניצן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

נוהל "אזהרה מוקדמת" קובע כי חיילי צה"ל המבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת רשאים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי, כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת לעצור מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עימו תוך ביצוע המעצר. האם נוהל זה הוא כדין – זו השאלה הניצבת בפנינו.

א. העתירה ומהלך הדיון בה

1. העותרים, שבעה ארגוני זכויות אדם, הגישו עתירה זו לאחר שהחלו אירועי הלחימה בשטחים במסגרת מבצע "חומת מגן". לטענתם, עושה צבא הגנה לישראל שימוש באוכלוסיה האזרחית באופן המפר נורמות יסוד של המשפט הבינלאומי והחוקתי. את טענותיהם ביססו על דיווחים בעיתונות הישראלית ועל דוחות של ארגוני זכויות בינלאומיים (דוגמת ה-Human Rights Watch, בצלם ו-Amnesty International). דיווחים אלה כללו תיאורים של מקרים רבים בהם עשה צה"ל שימוש בתושבים מקומיים לצרכים צבאיים. בין השאר תוארו מקרים בהם צה"ל אילץ תושבים פלסטינאים לסרוק בתים שהיה חשש כי הם ממולכדים, וכי הוא הורה להם להיכנס לפני הכוחות הלוחמים לאזורים מסוימים על מנת לחפש בהם מבוקשים; תוארו מקרים בהם עשה הצבא שימוש בתושבים כ"מגן אנושי" שהתלוו לכוחות הלוחמים, כדי שימשו כמגן מפני התקפה על כוחות אלה. כך, הוצבו תושבים במרפסות בתים בהם שהו חיילים כדי למנוע ירי על הבתים. עוד תוארו מקרים בהם נשאלו תושבים מקומיים אודות הימצאותם של מבוקשים וחומרי לחימה, תוך איום בחבלה גופנית או במוות אם השאלות לא תענינה. על פי הדיווחים, במקרים מסוימים נלקחו קרובי משפחה כבני ערובה על מנת להבטיח את מעצרו של מבוקשים.

2. על רקע זה הגישו העותרים את העתירה (ביום 5.5.2002). הם טענו כי המשיבים הפרו את המשפט החוקתי הישראלי ואת נורמות-היסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי, שעה שנעשה שימוש בזמן הפעולות באזור יהודה ושומרון באוכלוסייה האזרחית המקומית. הם ביקשו כי בית משפט זה יוציא צו ביניים המורה למשיבים להימנע מלהשתמש בבני אדם כ"מגן אנושי" או כבני ערובה במהלך פעילותם הצבאית. המשיבים מסרו בתגובה כי:

"לאור תלונות שונות שהגיעו למשיבים, הכוללות, בין היתר, את המידע המפורט בעתירה, ומבלי להביע עמדה בשאלה אם האמור בתלונות אלו נכון אם לאו, ולמען הסר ספק, הוחלט בצה"ל להוציא לאתר פקודה חד-משמעית לכוחות הפועלים בשטח, לפיה 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 מובהר בפקודה כי איסור זה חל בבתים, ברחובות ובכל שטח ומקום בהם פועלים כוחות צה"ל.

יצויין, כי חלק מן התלונות המפורטות בעתירה אינן נוגעות לשימוש באנשים כ'מגן אנושי', אלא להסתייעות של כוחות צה"ל בתושבים פלסטינים לשם כניסה לבתים של תושבים פלסטינים אחרים, במהלך פעילות מבצעית. לאור התלונות המפורטות בעתירה הוחלט בצה"ל להבהיר, כי גם פעילות זו אסורה, באותם מקרים בהם סבור המפקד בשטח, כי עלולה להישקף לאזרח סכנה לגופו."

3. בהמשך הודיעו המשיבים (ביום 20.5.2002) כי הרמטכ"ל הורה להכין פקודה שתתייחס לנושא. בעקבות זאת הוצאו ההנחיות שקבעו כי חל איסור מוחלט להפעיל אוכלוסיה פלסטינית כמגן חי (הצבת אוכלוסייה אזרחית לצד כוחות צבא כדי להגן על החיילים מפני פגיעה). עוד נקבע כי חל איסור מוחלט להחזיק אוכלוסיה פלסטינית כ"בני ערובה" (תפיסתה והחזקתה של אוכלוסייה אזרחית כמקור לחץ על גורמים אחרים). לבסוף נקבע כי חל איסור מוחלט להפעיל אוכלוסייה אזרחית במקום בו עשויה להישקף לה סכנה לחיים או לגוף. יחד עם זאת, המשיבים לא שללו הסתייעות באוכלוסייה מקומית. הם הדגישו כי הסתייעות זו נעשית במצבים שבהם הסיוע יאפשר להימנע מפעולה צבאית העלולה לפגוע יותר בתושבים המקומיים, בחיילים וברכוש. בדיון הראשון בעתירה (ביום 21.5.2002) בפני השופטים ט' שטרסברג-כהן, ד' ביניש וא' ריבלין הוחלט כי המשיבים יגישו הודעה משלימה, בה יעדכנו את בית המשפט בדבר הכנת פקודה שתסדיר את סוגיית ההסתייעות בתושבים פלסטינים.

4. העותרים הגישו הודעה (ביום 18.8.2002), בה ביקשו להמחיש את חוסר החוקיות שבשימוש באזרחים באמצעות פרשת מותו של אזרח פלסטיני בשם אבו מוחסאן מהכפר טובאס. אבו מוחסאן נהרג (ביום 14.8.2002) שעה שהשתתף ב"נוהל שכן" כאשר כוחות צה"ל ביקשו לעצור מבוקש מסוכן. העותרים טענו כי הוא נתבקש לסייע לחיילים במעצר מבוקש במצב מסוכן ביותר, וכי מותו ממחיש את אי החוקיות שבשימוש באזרחים המתבקשים לסייע לכוחות הביטחון. על רקע זה טענו העותרים כי

אין לסמוך כלל על שיקול הדעת של רשויות הביטחון בהפעלת הנהלים שהוציאו. לאור הודעת העותרים הוציא (ביום 18.8.2002) בית משפט זה (השופטת ט' שטרסברג-כהן) צו ביניים ארעי, המורה למשיבים להימנע מלעשות שימוש באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית כ"מגן אנושי" או כ"בני ערובה", "לרבות השימוש בהם לצורך כל פעילות צבאית כגון 'נוהל שכן', באופן מוחלט ובלתי תלוי בשיקול דעתו של גורם צבאי כלשהו". צו ביניים ארעי זה הוארך מעת לעת בהסכמת המשיבים.

ב. נוהל "אזהרה מוקדמת"

5. בהודעה משלימה מטעם המשיבים (מיום 5.12.2002) נמסר כי על חיילי צה"ל ימשיך לחול איסור מוחלט להשתמש באזרחים כאמצעי של "מגן חי" מפני ירי או פיגועים של הצד הפלסטיני או כ"בני ערובה". אשר להסתייעות בתושבים פלסטינים לצורך מניעת פגיעה בחיי אדם, הוחלט להוציא פקודה בה יובהר באלו מצבים בדיוק אסור הדבר, באלו מצבים מותר הדבר ובאלו מגבלות. נמסר כי בתום דיון בהשתתפות גורמים שונים בצה"ל הוצאו (ביום 26.11.2002) הנחיות והוראות, ולצידם הוצאה הוראה מבצעית בשם "אזהרה מוקדמת". הוראה זו מפרטת את נוהלי ההסתייעות בתושבים המקומיים על מנת לעצור מבוקשים. ההוראה נפתחת בתיאור כללי כדלהלן:

"כללי

'אזהרה מוקדמת' הוא נוהל מבצעי, המופעל בפעילות למעצר מבוקשים, המאפשר להסתייע בתושב מקומי פלסטיני לצורך מזעור הסכנה לפגיעה באזרחים תמימים ובמבוקשים עצמם (אפשרות למעצרום בלא שפיכות דמים). ההסתייעות בתושב המקומי מיועדת לתת אזהרה מוקדמת לתושבי הבית על-מנת לאפשר לחפים מפשע לעזוב את המבנה ולמבוקשים להסגיר את עצמם, לפני שיהיה הכרח לנקוט בהפעלת כוח, אשר עלול לסכן חיי אדם."

שעה שמדובר במבצעים יזומים, טעון הנוהל אישור במסגרת הנהלים בהם מאושר המבצע. אם מדובר בפעילות בלתי מתוכננת מראש, הרי שנדרש אישור של מפקד חטיבה, סגנו, או של קצין אגף מודיעין (אג"ם) חטיבתי לעשות בו שימוש. שעה שננקט הנוהל יש לשאוף לאתר אדם אשר בשל קרבה משפחתית או קרבת מגורים וכיו"ב מכיר את המבוקש או את דיירי הבית, או שיש לו השפעה עליהם. אין להסתייע במסגרת הפעלת הנוהל בנשים, ילדים, קשישים או נכים (סעיף 1 לנוהל).

6. הוראת "אזהרה מוקדמת" כללה גם פירוט של נוהל הפנייה לתושב כדי לקבל את הסכמתו לסיוע. מפאת חשיבותו נביא אותו במלואו:

"2. פנייה לתושב המקומי הפלסטיני לצורך קבלת סיוע

הפניה לתושב המקומי תיעשה על ידי מפקד הכוח במישרין או באמצעות מתורגמן. הפנייה תיעשה בשפה המובנת לתושב המקומי, תוך שמירה קפדנית על כבוד האדם. הפניה יובהר לתושב המקומי כי הוא מתבקש לסייע לחיילים על מנת למנוע פגיעה בנפש וברכוש של חפים מפשע.

דגשים:

א. האוכלוסייה האזרחית אינה חייבת לסייע לצה"ל באזהרת אזרחים מפני תקיפה.

ב. הפנייה והשכנוע ייעשו באופן מילולי בלבד.

ג. חל איסור חמור על שימוש בכוח או אלימות כלפי התושב המקומי או אנשים אחרים, לצורך הבטחת הסיוע כאמור.

ד. חל איסור חמור לאיים על התושב או על אנשים אחרים באלימות פיזית, במעצר או בנקיטת אמצעים אחרים.

ה. חל איסור חמור על החזקת אנשים כ'בני ערובה' לצורך הבטחת סיועו של התושב המקומי.

ו. אם התושב המקומי מסרב – אין בשום פנים לכפות את הסיוע. " [ההדגשות במקור].

7. בהוראה המבצעית נכללו הנחיות לגבי ביצוע הנוהל שעה שהתושב המקומי הסכים לסייע לכוחות הצבא. גם כאן יובאו הדברים במלואם לאור חשיבותם:

"3. הסתייעות בתושב המקומי:

ההסתייעות בתושב המקומי מיועדת לתת לחפים מפשע אפשרות לעזוב המבנה ו/או למבוקשים להסגיר עצמם לפני שיהיה הכרח להפעיל כוח, אשר עלול לסכן חיי אדם. לצורך כך, ניתן לבקש מהתושב המקומי לגשת לבית, להודיע ליושבי הבית כי הצבא נמצא במקום ולהזהירם כי אם לא ייצאו מהבית עלול הצבא להפעיל כוח לצורך מעצר המבוקשים.

דגשים:

א. חל איסור חמור על הפעלת התושב המקומי במשימות צבאיות (כגון איתור מטענים, איסוף מודיעין).

ב. חל איסור חמור על הסתייעות בתושב המקומי מקום שמפקד הכוח סבור שנשקפת לו סכנה, אפילו בהסכמתו. ג. חל איסור חמור על שימוש בתושב מקומי כ'מגן חי' מפני תקיפה. במסגרת זאת – בתנועה של הכוח עם התושב המקומי אין למקמו בראש הכוח.

ד. חל איסור חמור לצייד את התושב המקומי בציד צבאי (מדים, נשק, אפוד וכו').

ה. אין להפעיל 'אזהרה מוקדמת' במקרים בהם יש דרך אפקטיבית אחרת, אשר תוצאותיה חמורות פחות, להשגת התוצאה.

ו. יש להעדיף כי התושב המקומי לא יתבקש להיכנס למבנה, אלא יתבקש למסור את האזהרה מבחוץ (באמצעות נקישה על הדלת ושיחה מבחוץ עם הדיירים). הוא יתבקש להיכנס לתוך המבנה רק באותם מקרים בהם אין דרך אחרת להעברת האזהרה, ורק בתנאי שמפקד הכוח סבור כי אין נשקפת לו סכנה כתוצאה מכניסתו למבנה. [ההדגשות במקור].

בנוסף קבעה ההוראה המבצעית כי ההסתייעות בתושב המקומי תופסק שעה שתושבי הבית יצאו ממנו (סעיף 4(1) להוראה). עוד נקבע כי הסתייעות בתושב מקומי תהיה נקודתית ואין "להצמיד תושב מקומי לכוח צבאי" (סעיף 4 דגש ב). כמו כן נקבע כי חובה להפסיק ההסתייעות לפני תקיפת המבנה או ביצוע פעולה כוחנית אחרת (סעיף 4 דגש ג). הוחלט כי יחידות צבאיות יוכלו לעשות שימוש בנוהל רק לאחר קבלת הדרכה מפורטת אודות הפקודה.

8. בעקבות הוצאת נוהל "אזהרה מוקדמת" קיים בית המשפט דיון שני בעתירה (ביום 21.1.2003) בפני השופטים ט' שטרסברג-כהן, י' אנגלרד, א' פרוקצ'יה. לא היה זה דיון בעתירה המקורית. זו שוב אינה אקטואלית. היה זה דיון בנוהל החדש הוא "נוהל אזהרה מוקדמת". בדיון נדונה טענת העותרים כי הנוהל החדש אינו חוקי. הצדדים נתבקשו להשלים טיעוניהם תוך התייחסות לנוהל החדש מבחינת המשפט הבינלאומי ולשאלת הלגיטימיות של הפרדה בין שימוש בבני אדם כ"מגן חי" או כ"בן ערובה" לבין דרכי הפעולה המתוארות בנוהלים כמותרות. נקבע כי הצו הארעי ימשיך לעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין בעתירה בשינוי נוסח, כך שבמקום הנוסח בו

הוצא הצו המקורי יבוא הנוסח לפיו "המשיבים ימנעו להשתמש בבני אדם כמגן אנושי ו/או כבני ערובה במהלך פעילותם הצבאית בגדה המערבית." הפעלת הנוהל החדש, כשלעצמו, לא נאסרו בצו הביניים.

9. בהמשך ביקשו העותרים (ביום 27.4.2003) להגיש עדויות נוספות בדבר שימוש המשיבים באזרחים כמגנים אנושיים ו/או כבני ערובה. לבקשה צורפו עדויותיהם של כמה תושבים פלסטינים, אשר לדבריהם אולצו לשמש כ"מגן אנושי" לכוחות צה"ל במהלך פעילות הכוחות בגדה המערבית בחודשים ינואר עד מרץ 2003. על רקע עדויות אלה טענו העותרים כי המשיבים ממשיכים להשתמש באוכלוסייה אזרחית פלסטינית כ"מגן אנושי" ו/או כבני ערובה, בניגוד למשפט הבינלאומי המחייב אותם ובניגוד לצו הביניים הארעי. כן הגישו העותרים (ביום 22.5.2003) עדות של מתנדבת בארגון מחסום-Watch, שהייתה לדבריה עדה לשימוש שעשו חיילי צה"ל בנהג אוטובוס פלסטיני באחד המחסומים בגדה המערבית. לבקשת העותרים, נערך דיון דחוף בעתירה (ביום 8.7.2003) בפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא ת' אור והשופט א' מצא.

10. ביום 16.8.2004 הגישו העותרים בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט. הבקשה כללה שמונה עדויות נוספות בדבר שימוש באזרחים פלסטינים כ"מגנים אנושיים" ו/או כבני ערובה במהלך החודשים ינואר עד יולי 2004. בין היתר נטען בבקשה כי במהלך פעילות צבאית של המשיבים הם אילצו אזרחים פלסטינים לעמוד לפניהם בעת חילופי אש עם הצד שהאזרח מזדהה איתו; להיכנס לבתים ובניינים לפני הכוח הצבאי; לחפש חפצים שנחשדו כחפצים מסוכנים; ולבדוק גופות של לוחמים הנמנים על אותו הצד של האזרחים.

11. דיון רביעי בעתירה התקיים (ביום 5.9.2004) בפני הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא א' מצא והשופט מ' חשין (שהחליף את המשנה לנשיא ת' אור אשר פרש לגמלאות). בדיון נדון הנוהל החדש ואופן יישומו על ידי כוחות צה"ל. המשיבים הציגו בעל-פה את הניסיון המצטבר מן השנתיים האחרונות בהפעלת הנוהל במאות מקרים. נטען כי ניסיון זה מראה שהנוהל אינו נכפה על התושבים והשימוש בו לא גרר פגיעות בגוף או בנפש של המשתתפים בנוהל. המשיבים הבהירו כי אינם מקילים ראש בטענות בדבר הפרת הנוהל ואלה נבדקות ונחקרות. בתום הדיון הוחלט על דחיית המשך הדיון בעתירה, כדי לאפשר למשיבים להמציא דיווח על הטיפול שלהם במקרים שהובאו במסמכי העותרים לעניין הטיפול בטענות על הפרת נוהל "אזהרה מוקדמת". דיווח כאמור הוגש בהודעה משלימה שלישית מטעם המשיבים (מיום 28.2.2005). המשיבים

עמדו על הראציונל העומד בבסיס הנוהל, על האופן בו הוא מיושם כיום על-ידי צה"ל, ועל אופן הטיפול במקרים הפרטניים שהובאו על ידי העותרים לגביהם נטען להפרת הנוהל מצד כוחות צה"ל. נמסר כי לגבי כל המקרים שהועלו במסגרת העתירה, בהם עלה חשד להפרת הנוהל, נפתחה חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת או נתמנה קצין בודק.

12. עובר לדיון בעתירה הגישו העותרים (ביום 23.6.2005) בקשה להגשת עדויות נוספות, בה ביקשו לעדכן בדבר המשך השימוש שעושים המשיבים באזרחים מוגנים על פי אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 כ"מגנים אנושיים" ו/או כבני ערובה. לבקשה צורפו עדויות של אזרחים פלסטינים אודות שלושה אירועים שהתרחשו בחודשים מרץ ומאי 2005. הדיון האחרון בעתירה התקיים (ביום 23.6.2005) בפני הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין והשופטת ביניש (שבאה במקום המשנה לנשיא א' מצא אשר פרש לגמלאות). בדיון מסרו המשיבים כי נבדקות טענות העותרים לגבי שלושת המקרים החדשים שהציגו. במקרה אחד נפתחה חקירת מצ"ח, במקרה שני הייתה ועדת חקירה שלא מצאה כי הייתה הפרה של הנוהל ובמקרה שלישי ממתנינים להחלטת הפרקליט הצבאי הראשי. המשיבים הדגישו כי העובדה שבמהלך השנים התגלו מקרים ספורים של הפרת הנוהל, אין פירושה כי הנוהל עצמו פסול. בדיון שמענו, בין היתר, סקירה מפי קצין המבצעים של פיקוד מרכז אודות החשיבות המבצעית של נוהל "אזהרה מוקדמת" לשם מניעת פגיעה באזרחים פלסטינים.

ג. טענות הצדדים

13. לטענת העותרים, הנוהל המכונה "אזהרה מוקדמת" אינו חוקי משום שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטרי בדבר פעילות צבאית של כוח כובש בשטח כבוש. מדובר למעשה בשימוש באזרח מוגן כ"מגן אנושי". הנוהל מעמיד את האזרח המוגן בסכנה מוחשית וממשית. הוא מציבו בשיאה של פעילות צבאית שמטרתה ביצוע מעצר של אדם אשר המשיבים עצמם מגדירים כמסוכן ביותר. העותרים סבורים כי מימד ההסכמה שבנוהל, או העדר הסירוב של האזרח המוגן, אינו יכול להכשירו. הסכמת האזרח המוגן אינה רצינית ומכל מקום אינה רלבנטית. לאזרח המוגן אין אפשרות לוותר על הזכויות שהוקנו לו במשפט הבינלאומי, לרבות הזכות שלא להיות מעורב בפעילות צבאית של כוח כובש. עוד נטען כי הנוהל יוצר פגיעה וודאית וממשית בכבודו של האזרח המוגן, משום הפעלתו נגד הצד שהוא מזדהה איתו באופן טבעי. הדבר עלול אף לפגוע בו פגיעה מנטאלית אנושה. בהקשר זה מפנים העותרים לפסיקת בית הדין הבינלאומי בעניין הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר,

לפיה שימוש באסירים לשם חפירת תעלה למען הכוח הצבאי הינו שימוש אכזר ובלתי אנושי ופוגע בזכותם לכבוד של האסירים. לטענת העותרים, סעיפים שונים באמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 אוסרים על תחולת נוהל "אזהרה מוקדמת" ובהם סעיפים 3, 8, 27, 28, 47 ו-51 לאמנה. השימוש בנוהל אסור גם לפי סעיף 51(7) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977. לבסוף, החלטות בית הדין הבינלאומי בעניין הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר מחייבות אף הן קביעה בדבר אי חוקיות הנוהל.

14. לדברי העותרים, ניתן ללמוד מהוראות הנוהל עצמן כי הוא מסכן את האוכלוסייה האזרחית, שעה שהמשיבים צריכים להיות מחויבים להימנע מפגיעה בה. ההוראה מתייחסת למקרים המדרדרים לחילופי אש, ולמצבים בהם ניצב הפרט לפני הכוח הצבאי (שעה שהוא נדרש לדפוק על דלת המבנה) באופן המסכן אותו. העותרים מצביעים על כך כי הנוהל מקנה שיקול דעת משמעותי לגורמים הצבאיים לגבי היכולת להסתייע באוכלוסייה האזרחית המקומית. שיקול הדעת הצבאי מופעל באופן שוטף תוך הפרת הוראות צו הביניים. המשיבים ממשיכים לעשות שימוש באזרחים פלסטינים, לרבות כ"מגנים אנושיים", במהלך פעילות מבצעית שלהם ולמען השגות מטרות אותה פעילות מצבעית, ואף מתעללים באוכלוסייה המקומית. מכאן ניתן ללמוד כי אין לסמוך על שיקול הדעת הצבאי בעניין. הנוהל משדר לחיילים מסר בלתי אנושי, לפיו ניתן לעשות שימוש אינסטרומנטלי באזרחים פלסטינים למען הצלחת הפעולה הצבאית שמטרתה ביצוע מעצר.

15. העותרים הגישו לעיונינו את חוות דעתו של פרופסור א' בנבנשתי לפיה נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עומד בדרישותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. פרופ' בנבנשתי סבור שהנוהל עלול לסכן את חיי התושבים הפלסטינים. הסיכון עלול לנבוע מתגובת המתבצרים בבניין, או מתגובת החיילים לתגובת המתבצרים. יש לבחון האם הסיכון מוצדק מטעמים לגיטימיים והאם הוא מידתי. בהקשר זה מציין פרופ' בנבנשתי:

"הנוהל מתאר מניע לגיטימי לשימוש באמצעי 'אזהרה מוקדמת', שכן הגנתם של אלה שאינם לוחמים היא כאמור חובה של הצבא הלוחם. מה שנותר 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...

לא ברור האם הסיכון הכרוך בשימוש בתושבים כמזהירים שקול לחסכון בחיי אדם של אלה המצויים – לפי ההשערה – במבנה אליו רוצה הצבא להיכנס ושאותם מבקש הצבא להזהיר. חוסר הודאות ביחס לתוחלת הסיכון הופך את החשיפה לסיכון לבלתי מידתי (בעמ' 9 לחוות הדעת).

פרופ' בנבנשתי קובע כי ההשערה לפיה הנוהל בא למנוע פגיעה בכוחות הצבא נותרת פתוחה. עוד הוא מסביר כי הדרישה לקבל את הסכמת התושב המקומי לסייע אינה מעלה ואינה מורידה, לאור הפערים הגדולים בכוח שבין חיילי צה"ל לתושבים, ההופכים את ההסכמה לכפויה או לנתפסת ככפויה. בנוסף, אין הנוהל כולל הנחיות ברורות לחיילים כיצד להכריע בין החלופה של השימוש בתושבים לבין אמצעי אזהרה אחרים. על רקע זה טוענים העותרים כי הנוהל אינו חוקי ואינו מידתי.

16. המשיבים מבקשים לדחות את הטענות בדבר אי החוקיות וחוסר המידתיות של נוהל "אזהרה מוקדמת". לדבריהם, טענות אלה אינן מבוססות ואינן תואמות את המציאות ואת הוראות המשפט הבינלאומי. המשיבים מצביעים על המציאות בה לחימת צה"ל מתבצעת נגד טרוריסטים המסתתרים בקרב האוכלוסייה האזרחית. המשיבים מכירים במגבלות המוטלות עליהם במסגרת לחימה זו. על חיילי צה"ל חל איסור מוחלט להשתמש באזרחים, באשר הם, כאמצעי של "מגן חי" או כ"בני ערובה" לשם הגנה מפני ירי או פיגועים של הצד הפלסטיני. על כוחות הצבא לאזן בין הצורך לעצור מבוקשים לבין הצורך להגן על האוכלוסייה האזרחית. במסגרת איזון זה צה"ל מעדיף לעצור מחבלים מאשר להרגם, כמתאפשר מדיני המלחמה, תוך מתן אזהרה מוקדמת יעילה. על רקע זה גובש נוהל "אזהרה מוקדמת". הנוהל נועד בראש וראשונה למנוע פגיעה בתושבים מקומיים חפים מפשע. במקרים רבים ביותר אין חלופה אפקטיבית להעברת מסר האזהרה מפי תושב מקומי. לדברי המשיבים, נסיון העבר מלמד כי הסתייעות בתושבים מקומיים לשם מתן אזהרה מוקדמת יעילה 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. השימוש בנוהל מוביל לצמצום הסיכון לאזרחים הנמצאים במקום. השימוש בו עשוי למנוע גם פגיעה במבוקש עצמו ובחיילי צה"ל, מטרת שאף הן לגיטימיות כשלעצמן. השגת יתרונות אלה, בדרך שאינה כרוכה בסיכון התושבים, הינה דבר ראוי, חוקי ומידתי.

17. לטענת המשיבים, שימוש בנוהל "אזהרה מוקדמת" במקרים המתאימים עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד במשפט הבינלאומי. אלה דורשים כי במהלך תכנון פעולה צבאית ייעשה כל מאמץ לצמצום הנזק האגבי הנגרם לאלו שאינם לוחמים, כתוצאה מהפעילות הצבאית, ככל שמתאפשר נסיבות העניין. כמו כן, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, כוח מזוין העומד לבצע פעולה העלולה לפגוע באזרחים צריך, במידת האפשר, ליתן הודעה מראש על הפעולה המתוכננת, כדי למזער את החשש לפגיעה באזרחים. המשפט הבינלאומי אינו אוסר הסתייעות בתושב מקומי, בהסכמתו, לצורך אזהרת תושבים אחרים מפני תקיפה צפויה, כאשר לא נשקפת לו סכנה עקב כך. נהפוך הוא. רצוי, לטענת המשיבים, ליתן התראה מקדימה לפני ביצוע התקיפה, העלולה לפגוע גם באוכלוסיה אזרחית או במתקנים אזרחיים שנעשה בהם שימוש לרעה על-ידי מבוקשים פלסטינים. זאת ועוד: המשפט הבינלאומי מאפשר אף לכפות מתן אזהרה אם שיקולים צבאיים הכרחיים דורשים זאת, אך הנוהל אינו מגיע לכך, היות והוא דורש את הסכמת התושבים. עמדת המשיבים היא, איפוא, כי בתכנון פעילות מעצרים רשאי המפקד הצבאי – ואף חייב – לבחון האם בנסיבות הקיימות ניתן למזער הפגיעה האגבית בחפים מפשע וברכוש באמצעות הסתייעות באזרח מקומי, בנסיבות שאינן מסכנות אותו.

18. המשיבים מוסיפים ומציינים כי האישור להוצאת נוהל "אזהרה מוקדמת" ניתן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, לאחר ששוכנע כי הסתייעות זו בתושבים המקומיים בהסכמתם, יכולה לחסוך חיי אדם רבים, ובעיקר את חייהם של תושבים מקומיים. אם המבוקש לא יסגיר עצמו, הרי שגורמי הצבא יאלצו להפעיל כוח שיכול לפגוע במבוקש, במתגוררים בבית, ברכוש, ובחיילי צה"ל. את כל אלה, טוענים המשיבים, ניתן לחסוך שעה שעושים שימוש בנוהל בנסיבות המתאימות. היועץ המשפטי לממשלה שוכנע כי למתן האזהרה על-ידי תושבים מקומיים יהיה אפקט טוב יותר מאשר מתן האזהרה על-ידי כוחות הצבא. לטענת המשיבים, בגיבוש הנוהל נלמדו הלקחים מהמקרה שבו נהרג אבו מוחסאן. מקרה זה הינו חריג ואין ללמוד ממנו על מסוכנותה הכללית של ההוראה. עוד הם טוענים כי הוראה הינה מידתית, ובמקרים רבים לא ניתן לנקוט באמצעי חלופי, דוגמת כריזה, שכן יהיה בו כדי לסכן את החיילים.

19. באשר למקרים בהם הופר הנוהל, המשיבים מדגישים כי צה"ל רואה בחומרה כל חשד להפרת הנוהל ומברר באופן מעמיק את המקרים בהם מתעורר חשד כזה. לגבי כל המקרים שהועלו במסגרת העתירה, בהם עלה חשד להפרת הנוהל, נפתחה חקירת מצ"ח או נתמנה קצין בודק. עוד נמסר כי נפתחו חקירות מצ"ח נוספות ביחס למספר תלונות אשר הועברו לגורמי הפרקליטות הצבאית שלא במסגרת העתירה. חלק מהחקירות עדיין תלויות ועומדות. במקרה אחד הוגש כתב אישום נגד קצין צה"ל בקשר לאירוע באפריל 2004. הקצין הורשע, נדון למאסר שרוצה בדרך של עבודה צבאית, הורד בדרגה והודח מתפקידו. מנגד ציינו המשיבים כי במאות מקרים אחרים בהם הופעל הנוהל כלל לא הוגשה תלונה בגין הפעלתו. אין באותם מקרים בודדים כדי ללמד על אי חוקיות הנוהל או חוסר סבירותו. כל שיש בכך כדי ללמד הוא כי הנוהל הופר במקרים בודדים.

המסגרת הנורמטיבית

20. צבא בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית רשאי לעצור תושבים מקומיים המבוקשים על ידו, והמסכנים את ביטחונם (ראו בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 369; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 365). במסגרת זו – ועד כמה שאין בכך כדי לסכל את הפעולה הצבאית המיועדת לתפיסת המבוקש – הצבא רשאי – ולעתים אף חייב – ליתן למבוקש אזהרה מוקדמת. בכך ניתן להבטיח ביצוע המעצר בלא פגיעה באוכלוסיה המקומית (ראו תקנה 26 לאמנת האג (הרביעית) בדבר הדינים והמינהגים של מלחמה ביבשה, 1907; להלן – תקנות האג; סעיף 57(2) לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה: להלן – הפרוטוקול הראשון; ראו גם Fleck, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts (1995) 171, 223; להלן – פלק; כלל 20 ל-Customary International Humanitarian Law: Rules 62 (Vol. 1, 2005); להלן – המשפט הבינלאומי ההומניטרי).

21. כשם שברור כי הצבא מוסמך לעצור מבוקש המסכן את הביטחון, כן ברור כי הצבא אינו רשאי להשתמש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי" (ראו סעיף 28 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949; להלן – אמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 51(7) לפרוטוקול הראשון; ראו גם פלק, עמ' 218). בצדק ציין פיקטה, כי שימוש בבני אדם כ"מגן אנושי" הוא מעשה "אכזרי וברברי" (ראו J. Pictet, Commentary IV (1958) Geneva Convention 208; כלל 97 למשפט הבינלאומי ההומניטרי).

22. הרשאי הצבא לחייב תושב מקומי, בניגוד לרצונו, להעביר "אזהרה מוקדמת" למבוקש אשר הצבא צר על המקום בו הוא מצוי? הכל מסכימים, כי דבר זה אסור הוא (השוו תקנה 23(4) לתקנות האג; סעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 292; פלק, עמ' 252). אכן, נוהל "אזהרה מוקדמת" קובע במפורש כי ניתן להיעזר בתושב פלסטיני מקומי לשם העברת האזהרה המוקדמת רק במקום שתושב זה מסכים לכך. כן מוסכם על הכל, כי אין להעביר אזהרה מוקדמת באמצעות תושב מקומי, אם הדבר מעמיד אותו בסיכון.

23. אך מה דין ההסתייעות בתושב מקומי, לשם מסירת "אזהרה מוקדמת" על פי הנוהל בעניין זה, שעה שאותו תושב מסכים לכך ולא ייגרם לו נזק ממסירת האזהרה? ייאמר מיד: הוראה מפורשת החלה בעניין, ואשר בה יימצא לשאלתנו פתרון, אינה מצויה (ראו R. Otto, "Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces 'Early Warning Procedure' and International Humanitarian Law", 86 *Int'l Rev. Red. Cross.* 771, 776 (2004)). פתרונה של שאלתנו מחייב איזון בין שיקולים נוגדים. מחד גיסא, מצוי הערך של חיי אדם. השימוש בנוהל "אזהרה מוקדמת" נועד למנוע את הצורך לעצור בכוח מבוקש. בכך מבקש הנוהל למנוע פגיעה בתושבים המקומיים המצויים יחד עם המבוקש. אכן, השמירה על חייה של האוכלוסיה האזרחית הינה ערך מרכזי בדינים ההומניטריים החלים על התפיסה הלוחמתית (ראו סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 39..; פלק, עמ' 212). חוקיותו של נוהל "אזהרה מוקדמת" יכולה לשאוב את כוחה מחובתו הכללית של הצבא התופס לדאוג לכבודה ולשלומה של האוכלוסיה האזרחית. היא גם עולה בקנה אחד עם כוחו של הצבא התופס להגן על חיי חייליו ושלומם. מאידך גיסא, עומדת חובתו של הצבא התופס להגן על חייו וכבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה. בוודאי כך במקום שהוא אינו מסכים ליטול על עצמו את התפקיד שהוטל עליו ואשר ביצעו עשוי לגרום לו נזק. אך כך גם במקום שהוא מסכים לכך וביצוע התפקיד לא יסב לו כל נזק. זאת, לא רק משום שככלל אין הוא רשאי לוותר על זכויותיו על פי הדין ההומניטרי (ראו סעיף 8 לאמנת ג'נבה הרביעית, פיקטה, עמ' 72, 74), אלא גם משום שהלכה למעשה קשה לאמוד מתי הסכמתו ניתנת מתוך רצון חופשי ומתי היא פרי לחץ גלוי או סמוי.

24. באיזון בין שיקולים נוגדים אלה, ידו של מי על העליונה? לדעתי, ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה. ביסוד השקפתי זו מונחים מספר טעמים עקרוניים. ראשית, עקרון בסיסי העובר כחוט השני

בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פ'לק, עמ' 218). אין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא (ראו סעיף 23(b) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו גם פיקטה, עמ' 292). מעקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי". כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפיה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 219). נראה לי כי מעקרון כללי זה יש לגזור גם את האיסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעצרו. שנית, עקרון אחר של המשפט ההומניטרי הוא שיש לעשות הכל להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית (ראו פ'לק, עמ' 169). התחולה המרכזית של כלל זה היא בחובה להרחיק תושבים מקומיים תמימים מתחום פעולות האיבה (ראו כלל 24 למשפט הבינלאומי ההומניטרי). עם זאת, מתבקשת מכלל זה הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית. שלישית, לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעצרו. אין לבסס נוהל על הסכמה, כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פ'לק, עמ' 252). יש להימנע מכניסה למצב בו תתבקש הסכמה זו. לבסוף, אין לדעת מראש האם העברתה של האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה. היכולת להעריך נכונה קיומה של סכנה בתנאי הלחימה היא קשה, ואין לבנות נוהל המבוסס על הצורך להניח היעדר סכנה כאשר הנחה זו לעתים אינה מבוססת. לעניין זה יש להתחשב לא רק בסיכון הפיזי של פגיעה מירי שיבוא מהמקום בו נתון העצור, או ממלכודות שונות, אלא גם בסיכון הרחב יותר הצפוי לתושב המקומי "המשתף פעולה" עם הצבא התופס.

25. שיקולים אלה מביאים אותי למסקנה, כי נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. הוא מתקרב יתר אל המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי (ה-punumbra) הבלתי ראוי.

התוצאה היא שאנו עושים הצו-על-תנאי למוחלט, במובן זה שאנו מצהירים כי נוהל "אזהרה מוקדמת" נוגד את המשפט הבינלאומי.

המישנה לנשיא מ' חשין:

הסוגיה היא סוגיה קשה. קשה ביתר. וכדי כך קשה היא, עד ששופט יכול שישאל עצמו מה-טעם בחר בייעוד השפיטה ולא במקצוע אחר לענות בו. אוי לי מיוצרי אוי לי מייצרי. כל פיתרון שאבחר בו, יבואו ימים ואתחרט על בחירתי. אכן, אין כלל משפטי ברור שיוורנו הדרך, ואנו - בדרכנו נכריע. דומים הדברים לא-במעט לסוגיית "הפצצה המתקתת" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממחלת ישראל, פ"ד נג(4) 817), שגם בה ניצבו זה אל-מול זה אינטרסים וערכים מן המעלה העליונה וההתלבטות היתה קשה - קשה-מנשוא - אלו אינטרסים וערכים ידם תהא על העליונה ואלו אינטרסים יסיגו עצמם אחר.

2. כתב המלומד הפרופ' איל בנבנשתי, בסיכום חוות-דעתו המונחת לפנינו:

נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי שעניינם [כך] 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.

פרופ' בנבנשתי מעלה קושיות מקושיות שונות, אלא שלכל קושיות אלו השיבה המדינה תשובות שהשיבה. וסיכום התשובות הוא: ומה דין במקום שאותן קושיות נפתרות לשביעות רצוננו? לאמור, שבנסיבות העניין היעזרות בתושב מקומי הוא האמצעי היעיל ביותר, או, האמצעי היחיד שנותר לפני פריצה אלימה לבית, וכי שימוש

ברמקול ובאמצעי כריזה אחרים לא העלה פרי. אשר לשאלה אם הסיכון הנשקף לתושב המזהיר פחות באורח משמעותי מן הסיכון הנשקף לתושבים שבמיבנה, משיבה המדינה כי על-פי הנוהל חל איסור להיעזר בתושב אם סבור מפקד הכוח כי עלולה להישקף לו סכנה עקב היענותו לבקשת הצבא, וכך, גם אם מסכים התושב לבקשה המופנית אליו; ואשר להיעדרן של הנחיות ברורות כיצד להכריע בין החלופות, דומה שהנוהל די מפורט ובכל מקרה ניתן לשכללו.

3. הנחת היסוד היא שהצבא עומד לפרוץ אל הבית בכוח, וכי הצבא, כדרכו ובדרכו של צבא, אפשר - אפשר אף קרוב לוודאי - יפגע במי שיימצאו בבית ובהם אף בבני-המשפחה המתגוררים בבית. האם נוכל לומר באורח נחרץ כי היעזרות בתום-לב בשכן היא בלתי מידתית בכל מקרה? בכל נסיבות שהן?

הנה הוא אותו מחבל מסוכן שידיו מלאו-דם ופניו מועדות אך לרע. המחבל מסתתר בבית והפקודה היא לתופשו "חי או מת". על פקודה זו אין חולקים, והשאלה אינה אלא מה ייעשה ומה לא ייעשה לביצועה של הפקודה. לפתע מופיע בזירה אב המשפחה המתגוררת בבית. קודם לכן הלך האב לחנות לקנות מיצרני-מזון למשפחה, ועתה שב לביתו המכותר באנשי צבא. ובבית מצויים אשתו ושמונת ילדיו. האב המבוהל והחרד שומע מאנשי הצבא את שהוא שומע, ונענה הוא על-אתר להצעת הצבא - אפשר אף שזו היא בקשתו - כי יקרא לבני משפחתו לעזוב את הבית, והכל על-פי הנוהל הכתוב. והנה אוסרים אנו על הצבא להתיר לאב כך להגן על בני משפחתו. אכן, לא בכל מקרה כך הוא. ואולם גם מקרה זה יכול שיארע - מקרה זה או מקרה בדומה לו.

4. יתר-על-כן: הנחתנו היא כי כלו-כל-הקיצין: כי הצבא עשה שימוש בכל שאר אמצעים שברשותו - למעט פריצה אלימה לבית - והמחבל לא נכנע. עומדים אנו אפוא לפני הברירה הבאה: היעזרות באב להזהיר את בני המשפחה או פריצה לבית הכרוכה בסכנת חיים לתושבי הבית ולחייילים. אי-הכרה בנוהל בנסיבות כגון אלו אינו פשוט כל-עיקר.

5. ואם חרף כל אלה אמרתי אסכים לחוות-דעתו של הנשיא, כך החלטתי משנתתי דעתי לנוסחה שאומצה בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים (ראו: שם, 840, ואילך). הנוסחה היא נוסחה של "מראש" ו"בדיעבד", ולענייננו - אף על דרך של קל וחומר. ואפשר אף שהחיים ילמדונו אחרת והגלגל יתהפך.

6. סוף דבר: בכפיפות לדברים שכתבתי לעיל אני מסכים לחוות-דעתו של הנשיא ברק.

7. ביני-לביני קראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת ביניש, ואני חותם בשתי ידיי על כל הערותיה כולן. שניים הם טעמים המחזקים את מסקנתנו. הטעם האחד ניתן לכנותו "אחד מיקרא ואחד מעשה". תהא ההוראה הכתובה ברורה ונקייה ככל שתהא, אל נשכח כי ביצועה הלכה-למעשה הוא בשדה, בשטח הפתוח, בתנאי לחץ, במתח, בתנאים של סיכון חיי אדם - תושבים וחילים. סטייה קלה מן ההוראה, אי-הבנה, קריאה לא נכונה של תנאי השטח, והנה ירדנו אל השוליים האסורים, גלשנו מן המותר אל האסור. הפיתוי רב הוא, והצידוק ימצא בנקל. אכן, כעוצמת הסיכון כן עוצמת הפיתוי - בתנאי השטח - לסטות מן הנוהל.

הטעם השני נועץ עצמו בשיגרה האורבת לפיתחנו. השיגרה, על-פי עצם טיבה, מכרסמת ברגישות ובזהירות הנדרשות בביצועו של הנוהל, והחשש רב הוא שהמיוחד והנדיר יהפוך רגיל ושיגרתי, מעשה ביורוקרטיה. זה גם היה הקושי שנתקלנו בו בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, ובאירוע "הפצצה המתקתת". אין זאת אלא שנוסחת ה"מראש" וה"בדיעבד", הגם שכוחה מוגבל, היא העשויה להיות לנו לעזר, ולו לעזר חלקי.

המישנה לנשיא

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינו של הנשיא ברק ואוסיף מעט משלי רק כדי להדגיש את עיקרי הפסול שיש בעיניי בנוהל ה"אזהרה המוקדמת" הנדון.

1. הסוגיה שהונחה לפתחנו בעתירה זו היא אחת מהסוגיות הקשות ביותר הבאות בפנינו במציאות בה אנו נתונים בשנים האחרונות. הקושי נעוץ בכך שהיא דנה באופן ההגנה על חיי אדם בעת פעילות צבאית, בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית שמתקיימת בו פעילות צבאית והיא שזוררה בשיקול הדעת המסור למפקד הצבאי במילוי חובותיו. נשוב ונזכיר כי הנחת המוצא של דיוננו היא כי מדובר בהגנה על חיי אדם בעת ביצוע פעולה צבאית לגיטימית שמטרתה מעצרו של מבוקש המסכן את בטחון האזור ואת בטחונם של האזרחים והחילים. הנחה נוספת היא, כי המפקד הצבאי של האזור הנתון

בתפיסה לוחמתית, והמפקדים הפועלים מטעמו ובשמו, הם המופקדים על שלומם ובטחונם של כל התושבים באזור, ובכלל זה על שלומו של אותו תושב מוגן המתבקש לסייע לכוחות צה"ל על-פי הנוהל והנמנה עם האוכלוסיה המקומית. ברקע הדיון שלפנינו מצויה, אפוא, ההנחה כי המטלה והאחריות הכבדה לחיים ולשלמות הגוף של האוכלוסיה המקומית ושל חיילי צה"ל הפועלים בשטח המוחזק לשם שמירה על הבטחון בו, מוטלת על המפקד הצבאי. עוד הנחת מוצא שאין חולק עליה היא, כי המפקד הצבאי והסרים למרותו, חייבים בכיבוד הנורמות של המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו המשפטית. ביקורתנו השיפוטית על חוקיותם של הנהלים שנועדו להגן על חיי אדם מעוגנת בהנחות מוצא אלה.

2. מלכתחילה הוגשה העתירה בטענה כי במסגרת פעילותו הצבאית באזור נוהג צה"ל בפרקטיקה האסורה על-פי הנורמות הבסיסיות של המשפט הבינלאומי והחוקתי בכך שהוא עושה שימוש באוכלוסיה האזרחית כ"מגן חי" לכוחות הלוחמים. עוד בתשובתם לעתירה המקורית הבהירו המשיבים באורח חד-משמעי כי מכירים הם בכך שחל איסור מוחלט על הכוחות הפועלים בשטח להשתמש בתושבים פלשתינים כ"מגן חי" או כ"בני ערובה", וכי אסור לשתף תושבים מקומיים בכל פעילות שבה נשקפת סכנה לחיים ולגוף של אותם תושבים. בעקבות הצהרה חד-משמעית זו, טענו המשיבים כי מבקשים הם להנהיג הוראות ברורות ולגיטימיות שיבטיחו כי הכוחות הצבאיים הפועלים בשטח יפעלו כדין בהקשר של מניעת סיכון לחיי אדם בפעילות מבצעית. בנסיבות הקיימות אופשר למשיבים להציג בפנינו את הנוהל החדש המפורט, אותו מבקשים הם להחיל על הצבא, במגמה למנוע שימוש בפרקטיקה אסורה ולקבוע כללים אשר יבטיחו כי חיילי צה"ל לא יפעלו שלא כדין. בסופם של ההליכים אפוא שינתה העתירה המקורית את פניה, שכן היא הוסבה כנגד נוהל "אזהרה מוקדמת" שהנהיג הצבא במגמה מוצהרת של מניעת הפרקטיקה האסורה של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגן חי" או כ"בני ערובה".

3. על-פי טענת המשיבים, נועד הנוהל להסדיר את האפשרות להסתייע בתושבים המקומיים לשם מזעור הסכנה לפגיעה באזרחים תמימים ואף במבוקשים עצמם בעת פעילות מבצעית; כן נועד הוא להבטיח שתושבי הבית בו מסתתר המחבל המבוקש, לא יפגעו במהלך פעילות מבצעית-צבאית למעצרו של מבוקש, הכל במסגרת המותר בלבד, ובהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי, המטיל על הצבא המחזיק בשטח חובה לפעול להגנת התושבים המקומיים ולמניעת סיכון לחייהם.

4. השאלה שעלינו להכריע בה היא האמנם הנוהל שהונהג הוא כדין; במלים אחרות, האם יש בנוהל כדי להבטיח את השגת התכלית הראויה של הגנה על חיי התושבים, באמצעים מותאמים וראויים. כעולה מפסק דינו של חברי הנשיא, שהמישנה לנשיא, השופט מ' חשין, הסכים לו; התשובה לכך היא שלילית. הנוהל האמור אינו יכול לעמוד בשל ההיתר שניתן בו לשימוש באמצעי בלתי מידתי, ובשל כך שאין בו כדי להבטיח מפני שימוש בפרקטיקה הפסולה שהמשיבים עצמם מבקשים למנוע. הטעם העיקרי לכך בעיניי הוא שהלכה למעשה הנוהל אינו מבטל את הפרקטיקה האסורה של שימוש בתושבים מקומיים לשם סיוע לכוחות הצבא ואף עלול לסכן את חייהם של אותם תושבים מתבקשים. הפער בין האיסור שהמשיבים מכירים בו לבין ההיתר שניתן להפעלה על-פי שיקול דעת המפקד הצבאי, הוא מצומצם וצר, ובמהותו אין הוא שונה מהאיסור הגורף שנקבע בנורמות המשפט הבינלאומי. זאת ועוד, אפילו היה הנוהל כדין הרי סכנת הגלישה אל הפרקטיקה האסורה באיסור מוחלט טבועה באמצעים שהנוהל מתיר.

5. המשיבים הדגישו בפנינו כי הנוהל סב סביב שני צירים מרכזיים. האחד, שאין להטיל על התושב המתבקש לסייע ב"אזהרה מוקדמת" את השליחות האמורה – אלא בהסכמתו; והאחר, שאין להטיל את משימת ה"אזהרה המוקדמת" על התושב המקומי, אם יש בה כדי לסכן את חייו ואת גופו. דומה בעיניי כי שני הצירים הללו אינם ישימים ולפיכך אינם יכולים לשמש עוגן לנוהל כולו.

אשר ליסוד ההסכמה של התושב המקומי לסייע לכוחות הלוחמים, שהוא תנאי הכרחי להפעלתו, ניתן לקבוע שאין דרך כשרה לקבלתה של הסכמה כאמור. מעבר לאיסור המעוגן בעקרונות המשפט הבינלאומי לשתף את האוכלוסיה המוגנת במאמץ המלחמתי של הצבא המחזיק בשטח; קשה לראות כיצד בנסיבות השוררות באזור, מושגת ההסכמה הנדרשת. תוקפה של הסכמה מותנה בכך שהיא ניתנת מרצון חופשי. כאשר מתבקש תושב מקומי על-ידי מפקד צבאי, המלווה בכוחות צבא חמושים, לסייע בפעולה המתבצעת נגד אוכלוסיה שהוא נמנה עימה, הרי גם אם הדבר נעשה למטרה רצויה, אין בידו ברירה אמיתית לסרב להצעה, ולכן הסכמה כזו אינה הסכמה.

אשר לסיכון חייו של התושב המתבקש, הרי אין כל דרך להבטיח כי אין מסכנים את חייו על ידי עירובו בפעילות המתבקשת, פעילות שאין לו כל זיקה אליה, והוא נקלע אליה שלא בטובתו. מטבע הדברים, בפעילות מבצעית יש למפקד הצבאי שיקול דעת רחב לקבל החלטות בשטח, ועליו לעשות כן בתנאי לחץ. עליו הנטל להעריך את מידת הסיכון הנשקף למתבקש – התושב המקומי – ובה בעת להעריך את

הסיכונים ליושבי הבית שהפעולה מכוונת כנגדו. וכמובן שעליו הנטל הכבד להעריך כיצד להפחית את הסיכון לחיי חייליו. בנסיבות אלה, נטילת הסיכון לחייו של התושב היא נטילת סיכון של ממש שאינו עומד ביחס הולם לתכלית הקבועה בנוהל – מזעור הפגיעה בחיי התושבים התמימים – תוך פגיעה קשה ברצונו החופשי של המתבקש ולא פחות מכך פגיעה בכבודו כאדם.

6. הנה כי כן, המסקנה המתחייבת היא כי הפגיעה בעקרונות המוגנים במשפט הבינלאומי באה לידי ביטוי כאמור בהוראות הנוהל שאינו מידתי על פניו. בנוסף על כך אי-אפשר להימנע מהרושם כי המציאות שתוארה על ידי העותרים ולא הוכחה באופן מוחלט מפי המשיבים, מלמדת שהנוהל על הסייגים הקבועים בו, אפילו היה כדין, ואינו סבורה שכך הוא, אינו ניתן ליישום הלכה למעשה. מתברר כי בשטח קיימות חריגות מהנוהל והשימוש שנעשה בתושבים המקומיים לצורך "אזהרה מוקדמת" אינו עומד גם במגבלות שנקבעו בנוהל. בא-כוח המשיבים לא אישר אמנם בפנינו את נכונותם של הארועים החמורים כפי שתוארו על ידי העותרים, אך אישר כי מתנהלות חקירות ביחס למקרים החמורים לכאורה, שהועלו על ידי העותרים, וכן אישר כי נחקרו תלונות נוספות שלא הועלו כלל במסגרת העתירה. המציאות היומיומית בשטח קשה. התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו. על הצבא לעשות הכל כדי למנוע אפשרות שבאמצעות נוהל מוסדר ייוצרו פרצות שידרדרו את הפעילות בשטח למצבים חד-משמעיים של אי-חוקיות. הנוהל הוא בגדר פירצה כזו וגם משום כך יש לבטלו.

אשר על כן, מצטרפת אני לפסק-דינו של הנשיא ברק ולטעמיו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ג' בתשרי התשס"ו (6.10.2005).

ש ו פ ט ת

המישנה לנשיא

ה נ ש י א