

1. שר הבטחון, שאול מופז
 2. ראש המטה הכללי בצה"ל, דן חלוץ
- על ידי משרד המשפטים
רחוב סלאח אל-דין 29
ירושלים

העותרים

נגד

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 3. קאנון (LAW) – העמותה הפלסטינית להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה
 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 סוהאד בשארה ו/או ארנה כהן ו/או עביר בכר ו/או מוראד אל-סאנע ו/או סאוסאן זהר ו/או עאדל בדיר מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ת.ד. 510 שפרעם 20200 טלפון: 9501610 – 04; פקס: 9503140 – 04.

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים לעתירה לקיום דיון נוסף

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.11.2005, המשיבים מתכבדים בזאת להגיש את תגובתם לעתירה לקיום דיון נוסף בפסק דין בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3799/02, כדלקמן:

העדר בסיס לקיום דיון נוסף

1. המשיבים יטענו כי אין מקום לקיים דיון נוסף כמבוקש על ידי העותרים. אכן, בניגוד לנטען על ידי העותרים, לא מתקיימים תנאיו של סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). פסק הדין של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3799/02 מיום 6.10.2005 (להלן: פסק הדין) אינו מהווה הלכה חדשה, ואין הוא ממלא את התנאים של הלכה "חשובה, חדשה, וקשה" המצדיקים קיומו של דיון נוסף כמבוקש על ידי העותרים.

פסק הדין האמור גם אינו מהווה הלכה הסותרת הלכה קודמת של בית המשפט הנכבד, ואף העותרים אינם טוענים זאת בעתירתם.

2. בטרם ניתן פסק הדין על ידי בית המשפט הנכבד התקיימו דיונים רבים וארוכים בשאלה שבמחלוקת. יתר על כן, הוגשו מסמכי בית דין רבים ומפורטים, שבמסגרתם פרסו הצדדים את טיעוניהם בהרחבה ובפרוטרוט. בית המשפט הנכבד אף שמע נציגים של העותרים מהדרג הצבאי המוסמך במסגרת הדיונים בעל פה שהתנהלו בפניו.

3. פסק הדין של בית המשפט הנכבד ניתן פה אחד. לא התקיימה במסגרתו דעת מיעוט. ויודגש, גם קיומה של דעת מיעוט אינו מצדיק, כשלעצמה, קיום דיון נוסף. ראו, למשל, את דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם); דנג"צ 7260/02 עיריית רמלה ואח' נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (לא פורסם). קל וחומר, אפוא, העדרה של דעת מיעוט.

4. ויודגש, בית המשפט הנכבד לא קבע כל הלכה חדשה. בפסק הדין אין משום חידוש גם כן. נושא פסק הדין היה נוהל של העותרים הכפוף לביקורת השיפוטית של בית המשפט הנכבד, כמוהו כמו כל החלטה ו/או פעולה אחרת שלהם. בית המשפט הנכבד הפעיל את ביקורתו השיפוטית על פי אותם כללים המשמשים אותו מימים ימימה בהקשר של פעולות העותרים, לרבות החלטותיהם, צויהם, נוהליהם, ופקודותיהם ו/או של מי מטעמם באזור נשוא פסק הדין. בשורה ארוכה של פסקי דין, המשתרעת על פני כמה עשורים, בית המשפט הנכבד הפעיל את הביקורת השיפוטית שלו בהתאם לדין שיושם בפסק הדין נשוא העתירה לדיון נוסף. ראו, למשל:

בג"ץ 283/69 מחמד עבדאללה עווד רוידי ואח' נ' ביהמ"ש הצבאי נפת חברון ואח', פ"ד כד(2), 419. בג"ץ 337/71 אג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כו(1), 574.

בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2), 169.

בג"ץ 500/72 מרים חליל סאלם אבו אל-טין נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כז(1), 481.

בג"ץ 507/72 אריה ארנון ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד כז(1), 233.

בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1), 1.

בג"ץ 320/80 יוסרא קאסם קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3), 113.

בג"ץ 393/82 גימעית אסכאן אלמעלמון אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4), 785.

בג"ץ 72/86 גאלב ג'ודי חסן זלום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1), 528.

בג"ץ 785/87 עבד אל-נאצר עבד אל-עזיז עבד אל-עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2), 4.

בג"ץ 2977/91 עלי חוסין מוחמד תג נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5), 467.

בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1), 267.
בג"ץ 2717/96 וופא ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2), 848.
בג"ץ 7015/02 כפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6), 352.
בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3), 443.
בג"ץ 4969/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד דרום (לא פורסם).

5. לשיטת העותרים פסק הדין מחדש הוא, לאור העובדה כי שאלת "נוהל אזהרה מוקדמת" לא נדונה קודם לכן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד (פסקה 67 לעתירה). מדברי כבוד המשנה לנשיא חשין וכבוד השופטת ביניש, העותרים מסיקים את קשיות הקביעות בפסק הדין (פסקאות 70 ו-71 לעתירה). עוד מוסיפים העותרים ומלינים על קביעת בית המשפט הנכבד כי הנוהל האמור נוגד את המשפט הבינלאומי, בין השאר, משום "כלל המשמעויות הכרוכות בכך כלפי מדינת ישראל" (פסקה 20 לעתירה).

6. לא ניתן לקבל טענות אלה של העותרים. כאמור, כל טענותיהם של העותרים נטענו בפני בית המשפט הנכבד ונדחו. יתר על כן, נימוקיהם של העותרים לצורך בקיומו של דיון נוסף אינם נכונים וממילא אינן מוצדקות. אכן, בטרם בואו לעולם, לא הוכפף "נוהל אזהרה מוקדמת" לביקורת השיפוטית של בית המשפט הנכבד. העובדה כי מדובר בנוהל שלא היה קיים בעבר, אינה מצדיקה את קיומו של דיון נוסף בטענה כי נוצרה הלכה חדשה עם ביטולו על ידי בית המשפט הנכבד, במובן סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט.

7. באופן דומה, טענת העותרים כי אין הוראה ספציפית במשפט הבינלאומי אשר דנה ב"נוהל אזהרה מוקדמת" אינה מולידה טעם וצידוק לקיום דיון נוסף. אך ברור הוא כי פעילות במסגרת הנורמטיבית של המשפט הבינלאומי נבחנת היא על פי כלליו, תכליותיו ומטרותיו. זאת, בנוסף לעובדות המוצגות בפני בית המשפט. העדרה של הוראה ספציפית המתייחסת לנוהל העותרים אינה מייטרת, כמובן, ניתוחו על פי המשפט הבינלאומי, והגעה למסקנה בדבר חוקיותו או הפרתו לדין.

ראו והשוו עם פסיקת בית המשפט הנכבד שלהלן:
בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).
בג"ץ 7957/04 ז'הראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם).

8. העובדה כי מדובר במציאות קשה, כפי שכבוד המשנה לנשיא חשין וכבוד השופטת ביניש ציינו בחוות דעותיהם, אשר הולידה את הדיון והפסק דין בעניין "נוהל אזהרה מוקדמת" אינה מחייבת כלל ועיקר עריכת דיון מחדש בסוגיה. אכן, בית המשפט הנכבד דן, על דרך

הכלל ניתן לומר, במקרים קשים הנובעים ממצואות קשה. זוהי סמכותו, וממילא גם חובתו. אמירות כנות של התלבטות שמקורן בדיו עטם של השופטים, אינן יכולות להוות מקור לטיעון בדבר הצורך לקיים דיון נוסף. לא כל שכן, כאשר הן כבוד המשנה לנשיא חשין והן כבוד השופטת ביניש הסכימו לפסק דינו של הנשיא, ואף הוסיפו דברים משלהם לעניין אי חוקיותו הברורה והגלויה של "נוהל אזהרה מוקדמת".

9. לא למותר לציין כי המטרייה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי עוסקת, על פי הגדרה, במצואות ובמצבים קשים. מדובר בדיני כיבוש ובדיני מלחמה, אשר אליבא דכולי עלמא אינם אלא מצבים קשים ביותר. אם מתקבלת עמדת העותרים, יוצא שכל פסק דין של בית משפט נכבד זה העוסק במטרייה משפטית זו, יהיה כפוף לקיום דיון נוסף מפאת קושי הנושא והעניין.

10. אשר לטענת העותרים כי קביעת בית המשפט הנכבד בפסק הדין יש לה משמעויות רבות כלפי מדינת ישראל, הרי מוטב היה אילו טענה לא משפטית זו לא היתה מועילית על הכתב כטענה בפני בית משפט, ובייחוד לא בפני הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר: בית המשפט העליון.

11. אין ספק, אפוא, כי העותרים אינם מצביעים על חידוש, קושי או חשיבות המצדיקים את הפעלת מוסד הדיון הנוסף. הם חוזרים על טענותיהם המשפטיות והעובדתיות במסגרת עתירה לקיום דיון נוסף. טענות שנשמעו על ידי בית המשפט הנכבד במסגרת דיונים רבים וארוכים, ונקראו על ידו בכתבי בית דין ארוכים של שני הצדדים. בית המשפט הנכבד קבע בעניין **מרטין** דברים התקפים ביתר שאת לעותרים בהליך דן – לא דיון נוסף מבקשים הם, אלא ערעור:

"בא כוח העותר מרחיב את היריעה בטענות מטענות שונות הקשורות בקביעות עובדתיות ומשפטיות של בית משפט זה. אולם, כל טענותיו הן מסוג הטענות השמור לערעור. הדיון הנוסף איננו ערעור על פסק דין שניתן על ידי בית משפט זה."

ראו: דנ"א 504/00 ריצ'ארד מרטין נ' צילה מרטין (לא פורסם).

12. אכן, אין מנוס מלהגיע למסקנה כי תוצאת פסק הדין בבג"ץ 3799/02 היא הסיבה לבקשת העותרים לקיים דיון נוסף. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת כי המחוקק לא ביקש ליצור ערכאה שיפוטית נוספת באמצעות מוסד הדיון הנוסף המעוגן בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. כך, למשל, הדגיש הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר בעניין "**לשכה אחרת**" כי:

"דיון נוסף אינו ערעור נוסף... קרי, אין הוא כלי להעברתו של פסק הדין של בית המשפט העליון שניתן בשלושה, בשבט הביקורת של ערכאה נוספת, אך ורק בשל כך שנותרו ספקות באשר לנכונות התוצאה או לסבירותה... או בשל כך שהנושא הוא בעל חשיבות, לאו דווקא משפטית, ועל-כן ראוי לעיין בו מחדש. ממילא, מעטים

המקרים שבהם מצטרפים יחד הן קיומה של סתירה בהלכה, חידוש בהלכה או חשיבות או קשיות שבה, והן הערכה, כי הנושא ראוי לבחינה שיפוטית נוספת."

ראו: דנג"צ 2751/94 "לשכה אחרת" נ' שר החוץ, פ"ד מח(5), 543, 548.

13. ובעניין אמיר הדגיש בית המשפט הנכבד כי:

"דיון נוסף אינו ערעור נוסף. ספקות והשגות על פסק-דין בית המשפט העליון אינם מקימים עילה לקיום דיון נוסף... אפילו ההלכה שנקבעה הינה חדשנית, קשה או חשובה, עדיין מסורה לבית המשפט שיקול-דעת בהחליטו אם לקיים או שלא לקיים דיון נוסף באותו עניין."

ראו:

דנג"צ 96 / 6490 יעקב אמיר נ' עליזה אמיר, פ"ד נ(5), 55, 57.

דנג"צ 4742/93 דב פרייברג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5), 359.

14. בעניין יוסף פ. כהן קבע בית המשפט הנכבד, כי חזרה על אותן טענות במסגרת עתירה לדיון נוסף, כפי שהעותרים עושים במסגרת עתירתם דנן, מחייבת קביעה כי אין מקום לקיים את הדיון המבוקש. בית המשפט הנכבד הוסיף כי אך ברור הוא כי הצד שטענותיו לא התקבלו אינו מרוצה מכך. עובדה זו, כמובן, אינה מצדיקה ואינה מקימה עילה לקיומו של דיון נוסף:

"העילות לעריכתו של דיון נוסף בפסק דין של בית משפט זה קבועות בסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. על פי עילות אלה, נדרש העותר לבסס חדשנות מיוחדת בפסק הדין או סתירה להלכות קודמות. גם אז אין עדיין הכרח בעריכתו של דיון נוסף והדבר מסור לשיקול דעתו של הנשיא או השופט הדין בבקשה. במקרה שבפני לא מצאתי בטענות העותר משום עילה לקיומו של דיון נוסף. עיון בטענות אלה מראה, כי עניינן אינו אלא ערעור נוסף וחזרה על טענותיו בפני הרכב שופטי בית משפט זה. שופטי ההרכב הציבו זו כנגד זו את הפרשנות המוצעת על ידי העותר ואת זו שהוצעה על ידי המשיבים, ובפסק דין מנומק הכריעו וקיבלו את פרשנותם של המשיבים. ברי כי דעתו של העותר אינה נחה מתוצאה זו, אולם אין בעובדה זו כשלעצמה משום עילה לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין, ועל כן דין העתירה להידחות."

ראו: דנג"צ 98 / 4343 יוסף פ. כהן, עו"ד נ' הממונה על מחוז הדרום, משרד הפנים (לא פורסם).

15. בעניין אפרופים שיכון ויזום קבע בית המשפט הנכבד כי חלק גדול ביותר של השאלות הנדונות בפניו הן שאלות חשובות, קשות וחדשות. אין זה מצדיק כלל וכלל קביעת דיון נוסף בהן. מדובר בעיקרון בסיסי בשיטת המשפט המגלם במסגרתו תכליות ראויות רבות. בית המשפט הנכבד קבע כי:

"חלק גדול מן השאלות המובאות בפני בית משפט זה הן חשובות או קשות; חלק מן ההלכות היוצאות מלפני בית משפט זה הן בבחינת חידוש. אף על פי כן עלינו לשים נר לרגלנו את העיקרון הבסיסי,

לפיו, ההלכה נקבעת על ידי הרכב ראשוני ובסיסי של בית משפט זה שהוא הרכב של שלושה שופטים או הרכב מורחב מלכתחילה, וכי בעקרון, יושבת ערכאה זו על המדוכה פעם אחת בכל מקרה נתון, ומכריעה בו פה אחד או ברוב דעות. הדיון הנוסף אינו בא ליצור ערכאה נוספת. תפיסה זו מעוגנת היטב בעיקרון סופיות הדיון שהוא יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית. מטרתו, אינטרס חברתי לשים סוף להתדיינות, לשמור על כבוד ויוקרת המערכת השיפוטית, להבטיח יציבות לגבי כוחו של המעשה השיפוטי, למנוע ריבוי הלכות ולחסוך בזמן ובהוצאות."

ראו:

- דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- דנ"א 406/04 הועדה המקומית לתכנון ולבניה – ירושלים נ' עמותת תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים (לא פורסם).
- דנ"פ 6890/00 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- דנ"א 4626/00 זהבה לופו נ' בנק איגוד לישראל (לא פורסם).
- דנ"א 2054/00 עזבון המנוח יהוקים סמואל ז"ל נ' אלינא אוריאל (לא פורסם).
- דנ"א 1068/00 משה לישיצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם).
- דנג"צ 7070/99 אקקי פרטיה נ' שר הפנים (לא פורסם).
- דנג"צ 8710/99 פאבאלואיה קרלו נ' שר הפנים (לא פורסם).
- דנ"א 3217/97 הועדה המקומית לתכנון ובניה, ראשון לציון נ' זלסקי יוסף (לא פורסם).
- דנ"פ 3379/91 עו"ד רם כספי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- ד"נ 14/87 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4), 602.
- ד"נ 6/82 שלמה ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(3), 99.

עקביות הפרות העותרים לצווי בית המשפט הנכבד

16. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי ההפרות החוזרות ונשנות של העותרים ו/או מי מטעמם לצווי בית המשפט הנכבד במסגרת העתירה בבג"ץ 3799/02, מחייבות אף הן, בנפרד ובמצטבר לשאר טענות המשיבים, לדחות את עתירת העותרים לקיום דיון נוסף.
17. המשיבים הגישו לבית המשפט הנכבד 33 (שלושים ושלוש) עדויות בדבר מקרים שבהם העותרים ו/או מי מטעמם הפרו את צווי הביניים של בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 3799/02, שהוצאו על ידי בית המשפט ביום 14.8.2002 וביום 21.1.2003.
18. לא זו אף זו. בעקבות ההפרות העקביות של העותרים לצווי בית המשפט הנכבד, המשיבים הגישו במסגרת ההליכים בבג"ץ 3799/02 שתי בקשות לפי פקודת ביזיון בית משפט. הבקשה הראשונה הוגשה ביום 20.11.2002, והשנייה הוגשה ביום 16.8.2004. בית המשפט הנכבד לא

דחה את שתי הבקשות האלה. למצער, העותרים ו/או מי מטעמם המשיכו להפר את החלטות בית המשפט הנכבד, לרבות את פסק דינו מיום 6.10.2005.

19. ביום 14.11.2005 העותרים ו/או מי מטעמם עשו שימוש בגב' ר'אדה שרקאווי בעת פעילות צבאית שמטרתה לעצור את בנה. היא ילידת שנת 1952, נשואה ואם לשניים, המתגוררת בכפר אל-זבאבדה שבגדה המערבית. גב' שרקאווי מציינת בעדותה המצורפת, שנאספה על ידי ארגון "בצלם", את השיח המאיים שנוהל כלפיה על ידי המפקד הצבאי (טלאל) של פעולת המעצר נגד בנה:

"בהתחלה טלאל שאל אותי על בני מהנא ואיפה הוא נמצא. הוא שאל אותי איך הוא נראה ואמר שהם רוצים לעצור אותו. הוא אמר לי 'אם את רוצה שהבן שלך יישאר בחיים, אז תשכנעי אותו להסגיר את עצמו'".

רצ"ב עדותה של גב' שרקאווי כנספח לתגובה זו שסימנו **מש/1**.

20. במהלך אותה פעילות באותו יום (14.11.2005) ובאותו אזור (כפר אל-זבאבדה), העותרים ו/או מי מטעמם, אילצו אזרח נוסף, נשאת טועמה ג'ובראן דאווד, להיכנס לבניין ולחפש אחר אדם שהכוח הצבאי ביקש לעצור. מר דאווד הוא יליד שנת 1982, רווק, פועל, ומתגורר בכפר אל-זבאבדה גם כן. בעדותו לארגון "בצלם" הוא מציין את איומי הכוח הצבאי כלפיו כדלקמן:

" בסביבות השעה 9:00, בזמן שהיינו אני והבחורים בחצר בית נעמה, החיילים התחילו לירות לכיוון הבניין. כעבור כחצי שעה מאז הירי, החיילים חזרו אלי ודרשו ממני שנית להיכנס לבניין. הם הורו לי להיכנס לבניין ולערוך חיפוש בתוך הדירות. חייל אמר לי: 'אם מי שנמצא בפנים לא יצא, נהרוס את הבניין'. הוא אמר גם שאם ימצאו מישהו בתוך הבניין שלא הוצאתי אותו, הם יעצרו אותי למשך 15 שנים".

רצ"ב עדותו של מר דאווד כנספח לתגובה זו שסימנו **מש/2**.

21. מר יצחק בן מוחה סיים לפני תקופה קצרה את שירותו הצבאי. הוא שירת ביחידת צנחנים, בדרגה של סמל ראשון, בתפקיד של לוחם. בשנה האחרונה לשירותו הצבאי היה מר בן מוחה שותף לפעילות מבצעית ענפה בגדה המערבית. תכלית פעילות זו היתה ביצוע מעצרים של אנשים שהצבא ביקש לעצור אותם.

22. מר בן מוחה מציין בתצהירו המצורף לתגובה זו, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה, כי נעשה שימוש רב ולא נדיר באזרחים במהלך הפעילות הצבאית ולמען השגת מטרתה, שהיא ביצוע

המעצר. האזרחים היו מפורחים עת נפגשו עם הכוח הלוחם. הם נדרשו לעשות את המטלות שהכוח ביקש מהם, ולא נתבקשה הסכמתם.

23. יתר על כן, מר בן מוחה מציין בתצהירו את שיחותיו עם מפקדיו, וניסיונותיו לשנות את הנוהג הפסול בעיניו בדבר עשיית שימוש באזרחים על ידי הכוח הצבאי למען השגת מטרת הפעולה הצבאית. מר בן מוחה מוסיף ומצהיר כי לא נעשה שום תדריך לכוח ששירת במסגרתו לגבי נוהל "אזהרה מוקדמת". מפקדו של מר בן מוחה אף אמר לו כי "אם נסיבות המבצע יצריכו זאת לדעתו, הוא ישתמש באזרח בכל מקרה, גם אם יסרב". מר בן מוחה הצהיר כי:

"במהלך שירותי הייתי ביחידת צנחנים בדרגה של סמל ראשון, בתפקיד לוחם. בשנה האחרונה של שירותי הצבאי הייתי שותף לפעילות מבצעית ענפה.

במהלך פעילותי זו השתתפתי פעמים רבות בפעילות מבצעית שתכליתה ביצוע מעצרים של מבוקשים בגדה המערבית.

לצערי השימוש באזרחים פלסטינים במהלך אותה פעילות לא היה נדיר. היינו מבקשים מאזרחים, במהלך מבצעים צבאיים המתבצעים לאחר חצות, להיכנס לתוך בתים שחשדנו כי המבוקשים מסתתרים בהם, לפתוח דלתות וחלונות, להדליק אורות, בטרם כניסת הכוח הצבאי לתוך הבית.

במקרה אחד שאירע במהלך חודש יוני 2005 הייתי שותף לפעילות מבצעית במחנה הפליטים בלאטה שבאזור שכס שמטרתה ביצוע מעצר של מבוקש. הפעילות הצבאית התבצעה בשעות הקטנות של הבוקר.

הגענו לאזור המאוכלס בצפיפות. במהלך פעילותנו שם הוצאנו מספר אנשים מהבתים. גברים ונשים שהיו מפורחים מאוד. גבר אחד ניסה להראות שהוא עוזר, אך היה ברור כי הוא מפורח. שאלנו שתי נשים מתוך הבית בו חשדנו שנמצא המבוקש לגבי מקום הימצאותו של המבוקש. הן ענו תשובות סותרות. גם הן היו מפורחות. אחד החיילים אמר לנשים אלו בערבית 'לא חבל על הבית'. כוונתו היתה שאם ניכנס לתוך הבית יגרמו לו נזקים רבים והוא אף עלול להיהרס.

הכוח איים על הגבר במעצר, וביקשנו ממנו להיכנס לתוך בית להדליק אורות, ולפתוח דלתות וחלונות. חיכינו להגעתו של כלב יחידת 'העוקץ' המאומן היטב. הכלב הובא והוכנס לדירה אחרי האיש, ולאחריו נכנס גם הכוח הצבאי.

במהלך פעילות זאת התבצעו חילופי ירי בסמוך לבית בין כוח נוסף של צה"ל שהיה באזור לבין חמושים פלסטינים.

היו מקרים שבהם העדיף הכוח הצבאי לשלוח ילד קטן אל תוך הבית שבו חושדים שמסתתר המבוקש. בדרך כלל זה ילד שגר באותו בית. חשבו שדווקא הוא יהיה יותר בטוח. הבעיה היא שלפעמים לא מודיעים בקשר על כך שהכניסו מישהו. פעם הייתי

בסיטואציה כזאת כשהכניסו ילד לבדוק מי בבית ולא דיווחו על כך בקשר לשאר הכוח. פתאום ראיתי תזוזה באחד החלונות וראש מציץ. אינסטינקטיבית כיוונתי לשם את הנשק וכמעט יריתי בילד.

אירוע נוסף שבו נכחתי בסוף ינואר 2005 היה בכפר סיידא שבגדה המערבית. ניהלנו שם סריקות במשך מספר ימים. היה מידע על מבוקש שמסתתר שם באחת המערות או הבארות הריקות. במהלך הסריקות נתקלנו ברועה צאן באחד השדות שבהם נערכו הסריקות. המפקד של הכוח הורה לנו לקחת את הרועה ולומר לו שיסרוק איתנו את האזור ויראה לנו את המערות והבארות.

הרועה מחה על כך שהוא צריך להשאיר את העדר שלו ללא השגחה ואמר שהוא חושש שהעזים יתפזרו. בכל זאת לקחנו אותו איתנו. היה גם רועה אחר שפגשנו שם, שגם אותו לקחנו לאותה מטרה. גם רועה זה התנגד להתלוות אלינו וטען שהוא חושש כי תושבים מקומיים יראו בו משתף פעולה. בשלב מסוים הרועה הזה הגיע איתנו לקבוצת מערות שהיו מוסוות בגזם יבש. המפקד אמר לרועה לפנות את הגזם.

על 'נוהל שכך' ו'נוהל אזהרה מוקדמת' שמעתי בתקשורת שכיסתה את העתירה לבג"ץ בעניין. על אף שהייתי ביחידה שביצעה פעילות צבאית שמטרתה ביצוע מעצרים של מבוקשים בשטחים, בשום שלב לא ניתן לנו תדריך ברור וממצה לגבי 'נוהל אזהרה מוקדמת'.

לעתים היה מפקד היחידה אומר תוך כדי צחוק, 'אתם יודעים שיש את עניין אזהרה מוקדמת, אז אל תשכחו לבקש יפה לפני שאתם מוציאים מישהו'. ברור היה שהוא לא ממש לוקח את זה ברצינות וזה גם הרושם שהועבר לחיילים.

אני מודע לעובדה כי במהלך חודש יולי 2003 הוגש לבג"ץ תצהירו של חייל המילואים גדעון עציון. עיינתי בתצהירו של מר עציון. ראשית, וכפי שהצהרתי לעיל, מעולם לא קיבלנו תדרוך מסודר בעניין 'נוהל אזהרה מוקדמת'. שנית, גם לאחר הגשת תצהירו של מר עציון לא קיבלנו תדרוך כלשהו לגבי 'נוהל אזהרה מוקדמת' וממילא לא הודגש דבר בכל האמור ליישום נוהל זה.

השינוי היחיד שאירע בכל האמור לשימוש באזרחים בעת פעילותנו המבצעית לעצור מבוקשים היה כאשר אני יזמתי שיחה בנושא זה עם מפקד היחידה ועם המג"ד. אבל לצערי גם שינוי זה היה זמני ומועט מאוד. נאמר לי על-ידי מפקד היחידה שלי כי לפחות במקרה אחד, לאחר פסק הדין של בג"ץ מ-6 באוקטובר 2005, נעשה שימוש באזרח במהלך ביצוע מעצר של מבוקש. האזרח נשלח לתוך בית כדי לפתוח דלתות וחלונות בטרם כניסת הכוח הצבאי אל הבית.

באחת השיחות הפרטיות שלי עם מפקד היחידה הוא אמר לי שאם נסיבות המבצע יצריכו זאת לדעתו, הוא ישתמש באזרח בכל מקרה, גם אם יסרב.

בשיחותי עם מפקד היחידה והמג"ד הם הדגישו את החשיבות בשימוש באזרח במהלך ביצוע המעצר, במיוחד לצורך פתיחת הדלתות והחלונות כדי לאפשר כניסה בטוחה יותר של הכוח הצבאי אל הבית לצורך ביצוע המעצר.

עיינתי ב'נוהל אוהרה מוקדמת'. אין לי ספק כי הנוהל מסכן חיי אזרחים ומערב אותם בלחימה שהם לא רוצים להיות חלק ממנה. תנאי העדר הסירוב של האזרח שבנוהל אינו רואה את המציאות בשטח כפי שהיא. הסכמת האזרחים לא הסכמה היא. בטח לא כאשר היא ניתנת לאחר חצות, לכוח לוחם, כשאין אופציה אחרת לרשותם. מעל לכל, אי אפשר לחמוק מהפחד הגלוי של אותם אזרחים הנמצאים באותה סיטואציה. בנוסף לכך, בכל המקרים בהם הייתי נוכח מעולם לא התבקשה הסכמת האזרח לסייע לכוח הצבאי אלא הוא נדרש לעשות כך.

נוהל זה גם פותח פתח להתדרדרות מוסרית של החיילים שמבינים שאין צורך לנהוג בכבוד עם האוכלוסייה האזרחית, בעיקר משום שהוא מטשטש לחיילים את הגבול והאבחנה שבין אזרחים ללוחמים".

רצ"ב תצהירו של מר בן מוחה מיום 19.12.2005 כנספח לתגובה זו שסימנו **מש/ 3**.

24. אכן, את דבריו של מר בן מוחה ניתן לראות בבירור גם בקלטת של שידורי תוכנית החדשות המרכזית בערוץ 10 מיום 6.9.2005. בכתבה המשודרת ניתן לראות בבירור את הכוח הצבאי דורש ומצווה על האזרחים ללכת לפניו. כמו כן, מתראיין במסגרת כתבה זו מר בן מוחה ועומד על מערכת היחסים של מאיים ומאויים שבין הכוח הצבאי לבין האזרח שסיועו מתבקש למען ביצוע פעולה צבאית של מעצר מבוקש.

רצ"ב קלטת של תוכנית החדשות המרכזית בערוץ 10 מיום 6.9.2005 כנספח לתגובה זו, שסימנו **מש/ 4**.

דברי מלומדים

25. למעלה מן הנדרש, נתייחס בקצרה לדברי מלומדים לעניין "נוהל אוהרה מוקדמת", וטענות העותרים בהקשר זה. בניגוד גמור לנטען על ידי העותרים, פרופסור בנבנשתי קובע במפורש את אי חוקיותו של הנוהל האמור הנובעת מהמסוכנות שלו לאזרח. הוא מצייין בהקשר זה את הדברים הברורים והחד משמעיים שלהלן:

"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 המזהירים בין החיילים לבין המתבצרים".

26. לא מובן למשיבים כיצד מסיקים העותרים כי המלומד Otto מבכר את קיומו של "נוהל אוהרה מוקדמת". מלומד זה קובע בהדגשה יתרה ובמפורש, בין השאר, כי העותרים מרוקנים מתוכן את הזכות המוקנית לאזרחים מוגנים במשפט הבינלאומי ההומניטארי לא להיות מעורבים בפעילות צבאית, בהפעילם את הנוהל האמור (עמ' 86 – 785):

"What the Israeli armed forces seem to be doing is to shift those risks away from themselves by using civilians, which not only endangers the civilian concerned but might also lead to subsequent local reprisals against him. The front line of the conflict is thus transferred into the midst of the civilian population. This cannot be deemed proportionate if the values of international humanitarian law, the essence of which is to keep civilians separate from military measures by the Occupying Power, are taken into consideration."

רצ"ב תגובת המשיבים מיום 22.3.2005 במסגרת בג"ץ 3799/02 כנספח לתגובה זו שסימנו **מש/ 5**.

רצ"ב תגובת המשיבים מיום 27.2.2003 במסגרת בג"ץ 3799/02 כנספח לתגובה זו שסימנו **מש/ 6**.

27. לעומת שני מלומדים בכירים אלה, אשר קראו את "נוהל אזהרה מוקדמת" והתייחסו להפעלתו במציאות הקונקרטי של אזור פעילות העותרים, לא הצליחו האחרונים להסתמך על מלומדים התומכים בעמדתם בדבר חוקיות הנהל האמור או לגייס ולו מלומד אחד כזה.

סיכום

28. העותרים אינם מצליחים, ולו בצורה הקלה ביותר, להראות ולשכנע כי מתקיימים תנאיו של סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט המאפשרים עריכתו של דיון נוסף. העותרים מבקשים לערער על פסק הדין בבג"ץ 3799/02. זאת, על אף שהם ממשיכים בעקביות של אי חוקיות ומשדרגים את ההפרות שלהם לדין: מהפרת צווי ביניים של בית המשפט הנכבד לעבר הפרת פסק דינו. מוסד הדיון הנוסף אינו ערכאת ערעור. אכן, עתירת העותרים משוללת יסוד עובדתי ומשפטי.

29. המשיבים הראו כבר בעתירתם לבג"ץ (3799/02) כי שימוש העותרים ו/או מי מטעמם באזרחים פלסטינים ככלי להשגת מטרותיהם הצבאיות הינו תופעה רחבה ביותר ומושרשת. יתר על כן, גם לאחר הגשת העתירה (3799/02), העותרים בעתירה דגן הוציאו הוראות ונהלים שאפשרו את השימוש האינסטרומנטאלי והמצמרר באזרחים לאותן תכליות צבאיות. תחילה הסתפקו העותרים בשיקול דעת המפקד הצבאי בשטח כדי לאפשר את השימוש האמור באזרח. לאחר מכן, הם הוסיפו אלמנט העדר סירוב האזרח (שלא מגיע, כידוע, לכדי הסכמת האזרח: שתיקתו מספקת את תנאי העדר הסירוב).

30. בכל אותה עת של קיום ההליכים במסגרת בג"ץ 3799/02 העותרים ו/או מי מטעמם המשיכו להתנהל על פי הדפוס המתואר בעתירה עצמה: שימוש באזרחים לתכליות צבאיות, ללא קשר לעמדת אזרחים אלה, ותוך העמדתם בסיכונים רבים, לרבות סיכון חייהם.

31. אין ספק, אפוא, כי התנהלות העותרים, לרבות באמצעות "נוהל אזהרה מוקדמת", שלא כדין היא, וסותרת במפורש ובעליל את המשפט הבינלאומי המחייב את העותרים.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את עתירת העותרים לקיים דיון נוסף בפסק הדין שניתן בבג"ץ 3799/02, ולחייבם בהוצאות משפט כדין.

מרואן דלאל, עו"ד
ב"כ המשיבים

היום, 8 בפברואר 2006