

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 4462/20

לפני: כבוד השופט יי עמית
כבוד השופטת עי ברון
כבוד השופט עי גרוסקופף

העותר: מוסטפא מוסא חסין עריקאת

נ ג ד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: א' באב התש"ף (22.07.20)

מזכיר הרכב: רגאא ענאבוסי
קלדן: שלמה גרינבוים

בשם העותר: עו"ד סאואן זהר; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיב: עו"ד שרון אבירם; עו"ד אבי מיליקובסקי

פרוטוקול

1 כבוד השופט יי עמית: האם יש סרט? זה מסודר?

2
3
4 עו"ד מיליקובסקי:

5 מצוי בידי גורמי הביטחון. אומר כך, כפי שציננו בסעיף 7 טרם התקבלה החלטה סופית לעניין גוף
6 קונקרטי. זה בוודאי לא אידיאלי לבוא בנושא כזה בלי החלטה סופית. העיכוב הוא לא בגלל
7 עמדות של גורמי בטחון; הדברים האלה הועברו למפקד הצבאי. העיכוב בהחלטה נובע ממשו
8 שמצוי בעניין העתירה הקונקרטית, החלטה של שר הביטחון לקדם שינוי בקבינט.
9 בתקופה הזו, היכולת לכנס קבינט היא מאוד מוגבלת. שר הביטחון ערך ישיבה אצלו בהשתתפות
10 הגורמים הרלוונטיים.

11
12 כבוד השופט יי עמית: להעלות לקבינט לצורך שינוי.

13 המקרה הזה נכנס או שזה לא בטוח?

14
15 עו"ד מיליקובסקי:

1 לפי עמדות גורמי המקצוע, שזה גורמי בטחון שיקבעו אם זה חמאס או לא – לא נמצא עיגון
2 בהחלטת הקבינט הנוכחית לצורך עיכוב ההשבה. אך מכוח הנהלים הפנימיים, המפקד הצבאי,
3 אחד הדברים שהוא נדרש לקדם את אישורו, בין אם לצורך החלטה על שחרור בין על עיכוב
4 שחרור, זה החלטת הקבינט.

5
6 כבוד השופט יי עמית: בכפוף לאישור הדרג המדיני, כמו המצב כפי שהוא היום, או המקרה
7 הקונקרטי של היום – לא נכנס לרובריקות של הנוהל הקיים.

8
9 עו"ד מיליקובסקי:

10 יש דקויות בניסוח.

11 בכל המקרים הפרטניים שנידונו לגופם, במצב בו המדינה יכלה להגיד – זה נכנס לרובריקות, פה
12 יש שיוך חמאס או הקשר מיוחד, היא אמרה את זה ברחל בתך הקטנה. זה המצב של הקושי שלנו
13 היום, שבאנו בלעדי החלטה סופית.

14 אפשר לקרוא בשורות שלצורך המשך החזקת הגופה הספציפית הזו, נדרש שינוי של החלטת
15 הקבינט. אנחנו בנקודת ביניים, שבה השיקולים מקבילים לצו ביניים. כלומר, אם יעלה בידי
16 המדינה לשנות את החלטת הקבינט, נניח בעוד מס' ימים, אבל הגופה תשותרר לאחר מכן;
17 במישור של מאזן נוחות זה כבר יהיה מאוחר מדי.

18 כל מה שהתבקש בבקשה, וקשה להגיש בקשה כזו ערב הדיון, זה את הצורך.

19
20 כבוד השופטת ע' ברון: עד מתי?

21
22 עו"ד מיליקובסקי:

23 אם היה לי פרק זמן מדויק – היינו אומרים. ציינו מספר שבועות. זה מה שהצלחנו לומר. איפה
24 זה נמצא – משרד הביטחון קיים את הישיבה בראשון שר הביטחון; שר הביטחון החליט שהוא
25 רוצה להביא בפני הקבינט הצעה לשינוי המדיניות הנוהגת, וגם ערך פניה למל"ל. זה גם עלה בשיח
26 בין שר הביטחון לבין היועמ"ש. עד להבוקר, והיינו בקשר עם המשיבים גם בדקות לפני הדיון,

27
28 כבוד השופטת ע' ברון: העותרים טוענים שהם שואלים שאלות והפניות לא נענות.

29
30 עו"ד מיליקובסקי:

31 העותרים פנו בשלב קדם-בגץ; העמדה שהבאנו להם היא שאין החלטה סופית. בשיח בין שר
32 הביטחון ליועץ הבנו שאין החלטה סופית, אז כדי לא חלילה ליפול על העותרים פנינו לחברתי
33 בתחילת השבוע ומסרנו שכרגע אין החלטה סופית, ויש אפשרות לדחות את הדיון. אך כשאין
34 החלטה סופית, אין מה למסור.

35
36 כבוד השופט ע' גרוסקופף:

37 יש הצעה למשרד הביטחון? מה השלב כרגע?

עו"ד מיליקובסקי :

בד"כ, לפני שהצעת החלטה מגיעה לקבינט מתבצעת ישיבה של השר עם גורמי המקצוע; שב"כ מתאם שו"ן. הישיבה התקיימה, השר מבקש להביא את ההצעה לקבינט. הוא ערך פניה למל"ל. כרגע משרד הבטחון עדיין לא הביא הצעה קונקרטית ובפני הגורמים לא הובאה עדיין החלטה כזו, לשנות את החלטה לנורמה משפטית שלגביה הגורמים המשפטיים צריכים לחוות דעה.

כבוד השופט ע' גרוסקופף :

משרד הביטחון לא מקדם את ההצעה?

עו"ד מיליקובסקי :

זה לא שהדברים עומדים בחוסר מעש. האמירה "לא מקדם" לא נכונה. המילה קורונה היא לא ג'וקר ותירוץ להכל; היכולת לקבל את ההחלטה נובעת גם על זה.

כבוד השופט י' עמית : שורה תחתונה – עדיין לא החלטתם.

עו"ד מיליקובסקי :

אין החלטה סופית. יש טופס מסודר שגם הבאנו בדיונים שם. הטופס הזה עדיין לא חתום; צריך אישור דרג מדיני.

כבוד השופט י' עמית : אדוני אומר שכאשר נכנס רובריקה של חמאס או הקשר מיוחד – היה עיכוב. מאחר שיש שינוי מדיניות – אולי זה ייכנס. העובדה שאין עדיין החלטה, היא לכשעצמה החלטה.

עו"ד מיליקובסקי :

מבחינתנו זה מאוד לא נעים להגיע לדיון בלי החלטה סופית, אבל זו הסיטואציה.

עו"ד זהר :

אנחנו דוחים כל מה שנאמר בבקשה בכתב אתמול. אין שום קשר בין המקרה שלפנינו לבין הנושא של שינוי מדיניות והחלטה בינואר 2019.

אנחנו חודש אחרי האירוע, ו-3 שבועות אחרי הגשת העתירה, ו-4 שבועות אחרי שהתחלנו במיצוי הליכים. בתיקים כאלה בית משפט קובע מס' ימים את מועד הדיון, הפעם נקבע ל-3 שבועות, והחלטנו לא להקדים.

ב-3 השבועות האלה לא רק שלא קיבלנו שום עמדה, חוץ משיחה מחברי שבה ביקש לדחות; היה להם מספיק זמן לקחת החלטה בנוגע למקרה הזה.

1 העמדה שהמשיבים, שר הבטחון עובד על שינוי מדיניות – הוא לא חדש. הרי המדינה הפנתה לתיק
 2 אחר משנת 2020, 921/20 פסקה 4, שם אמרו שהמדינה שוקלת לשנות מדיניות של החלטת
 3 הקבינו. הלכתי לאתר של בית משפט עליון; מסתבר שהוגשה עתירה ביום 3.2.2020 ומאז, ערב
 4 לפני הדיון או ערב החלטה של הגשת התגובה, המדינה הייתה מגישה בקשה לדחייה כי צריכים
 5 לדון השינוי המדיניות שטרם הגיע לשולחנו של השר, בגלל הקורונה.

6
 7 כבוד השופט י' עמית: השר התחלף; שינוי המדיניות, לפי העיתונות, היה של השר הקודם.

8
 9 עו"ד זהר:

10 כשיש לנו עניין הומניטרי, שנוגע לזכויות של הורים; בדיון שאליו מפנה חברי, ב"כ העותרים
 11 הסכים לבקשות הדחיה. בתיק הזה עדיין לא היה דיון.

12 אני לא רוצה בתיק הזה, כאשר המקרה שלי לא עונה על תנאי החלטת הממשלה, שיישאר תלוי
 13 ועומד עוד מספר שבועות. נגיע למועד הדיון הבא, ושוב חברי יבקש דחייה כי עדיין אין שינוי
 14 מדיניות.

15 החלטת הקבינט: עריקאת לא עונה לפעיל חמאס; אירוע חריג מיוחד – איש לא נהרג וזה לא
 16 אירוע חריג.

17 התנאי הראשון – גופות מחבלים תוחזרנה. לא רשאי להחזיר, לא כפוף להחלטה, אלא תוחזרנה.
 18 אם ב"כ המשיב אומר ש-2 התנאים האחרים לא חלים, חייבים לחזור לתנאי הראשון שזה חובה
 19 להחזיר. אין שום חובה או מקום להמתין לאישור של הדרג המדיני.

20 נחזור לקביעה בדנג"ץ, היא נקבעה לא בפה אחד; ב-4 נגד 3. הייתה מחלוקת בין השופטים, וכדיון
 21 נוסף, לא כבג"ץ. כל הדנג"ץ, ההחלטה מבוססת על בחינה לאור החלטת הקבינט משנת 2017
 22 שנקבעה על פי חו"ד היועמ"ש מזוז משנת 2004. זה ברור לכל עין סבירה ומשפטית שבוחנת
 23 לעומר את פסק דין הדיון.

24 הנשיאה חיות הובילה את דעת הרוב, והכל נשען על כך שהגופות משוחררות על פי החלטת
 25 הקבינט.

26 מצטטת פסקה 29. גם בפסקה 35 – זה החלטת קבינת שנסמכת על חוות הדעת של מזוז.

27 הדרך היחידה לקרוא את פסק הדין – היא שיש הסמכה בהקשר לקיום התנאים של החלטת
 28 הקבינט.

29 כל עוד החלטת 2 התנאים לא קוימו – חייבים לחזור לתנאי הראשון ולשחרר את הגופה.
 30 מעבר לכך, המסקנה היחידה שנשארת עכשיו היא שהמדינה מחזיקה בגופה כי בא לה. אין שום
 31 בסיס משפטי, לא בחוק ולא בדנג"ץ, אלא כי בא לה. הם לא רוצים לפספס שיש להם גופה אחת
 32 פחות במקרה אחרי שתשתנה המדיניות בקרוב.

33
 34 כבוד השופטת ע' ברון: בכמה מקרים מדובר?

35
 36 עו"ד זהר:

37 יש לנו שניים.

1 אם בית משפט לא רק שאנחנו טרם בישול, יאפשר להם לדחות – זה מנוגד להסמכה שנקבעה
2 בדנג"ץ.

3
4 עו"ד ג'בארין :

5 השאלה בדנג"ץ הייתה על שאלה משפטית אחת – האם מותר להחזיק גופה לצרכי מיקוח. השאלה
6 אושרה בדעת 4 מול 3, כפי שהוסבר על החלטת הקבינט.

7 אם אקח כל מה שאמר חברי – הוא אומר, אין לי אחיזה משפטית להחזקת הגופה. זה לא לפי
8 החלטת הקבינט, וגם אם אני אומר שהשר מתכוון – גם אם אצליח להביא הצעה כתובה לדיון,
9 משהו כתוב – אומר לגם, אפילו לא הייתה ישיבה לצוות המשפטי, לא הייתה התייעצות. כלומר,
10 סתם כוונה.

11 חברי אומר, שחררו את הגופה – זה לא כל כך בוער לנו. זה הסאבטקסט של חברי. הגופה זה לא
12 קו אדום. אבל עדיף שיחזיקו, כי עדיין לא קיבלנו.

13 בסיומת של חברתי, היום 2 פסקי לפני דנג"ץ. היה פסק דין ג'בארין, ואבו ג'יהאד. בכולם הגופות
14 שוחררו, מפני שאין סמכות ואין חובה שמאפשרת. שם הגופות שוחררו, אחת באותו יום של הדיון,
15 ג'בארין זה המקרה הקשה ביותר.

16
17 עו"ד זהר: ביקשנו מהפצ"ר והיועמ"ש לפתוח בחקירה בהקשר לנסיבות הירי במנוח. חשוב לי
18 לתזור לעובדות, כדי לתמוך בטיעון שלנו.

19 אנחנו מדברים באדם, שלפי התייעוד, עלה כי לאחר שסטה הרכב ופגע בדוכן של מג"ב שעמד שם
20 – פתח את הדלת, ברח בריצה בכיוון הנגדי עם ידיים למעלה, ונורה.

21 טיפול רפואי – הצבא סירב שיסייעו לו; הוא נותר מדמם ונהרג. רק העניין של הירי, זה רק כדי
22 לתמוך בעובדה שאנחנו לא במקרה חריג.

23
24 עו"ד מיליקובסקי :

25 טענת חוסר הסמכות לשיטתנו היא לא ממין העניין; גם אם קיימת בעיה בתקופת הביניים,
26 ואמרנו את הדברים בצורה מפורשת – הסמכות היא מכוח תקנה 133. התקנה מפרשת לעניין
27 שיקול הדעת שלו, והיא קיימת מתחילת פעולתן של תקש"ת.

28 יתירה מכך: תמיד יש תקופה ביניים שנבחן הצורך בהחזקת גופה מסוימת, ואם לא התקבלו
29 החלטות סופיות של המפקד הצבאי לכאורה אפשר להגיד שזה בחוסר סמכות.

30 מה שאכן ייחודי במקרה הזה, זה שתקופת הביניים היא לא לצורך בחינה נוספת אלא לצורך שינוי
31 החלטת הקבינט. זה לא נובע ממישור הסמכות.

32 באבחנה לג'בארין, פה גם כשמדברים על שינוי החלטת הקבינט זה רק להשבת שבויים ונעדרים.
33 בעניין מקרים נוספים – כדי שלא נימצא חסרים, מבחינת עתירות שבהן כבר המדינה נדרשה
34 להציג עמדה, 2 המקרים היחידים בהם אין החלטה סופית זה המקרה עכשיו ומקרה 921/20; יש
35 עוד 2 עתירות שהוגשו וטרם הגיע מועד לתשובה בדיון והדברים נבחנים, האם הצורך בשינוי
36 החלטת הקבינט משפיע.

37 אך זה לא מקרה שהמדינה נדרשה להגיש לבג"ץ.

