

דנג"ץ 10739/05

בפני : כבוד השופט א' ריבלין

המבקש :

1. שר הבטחון
2. ראש המטה הכללי
3. אלוף פיקוד המרכז
4. ראש ממשלת ישראל

נ ג ד

המשיבים :

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 מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דין של בית-המשפט העליון מיום 6.10.05 בבג"ץ 3799/02 שניתן על-ידי כבוד הנשיא א' ברק, המשינה-לנשיא מ' חשין והשופטת ד' ביניש

בשם המבקשים : עו"ד שי ניצן

בשם המשיבים : עו"ד מרואן דלאל

החלטה

1. זוהי עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון (הנשיא א' ברק, המשינה לנשיא מ' חשין והשופטת ד' ביניש) בבג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל (טרם פורסם). בפסק-הדין ניתן צו מוחלט המצהיר כי נוהל "אזהרה מוקדמת" (הידוע גם כ"נוהל שכן"), שמשמעותו הסתייעות בתושבים פלסטיניים מקומיים בעת מעצר מבוקשים, במטרה למנוע פגיעה באלה האחרונים, או בחפים מפשע הנמצאים עמם, נוגד את כללי המשפט הבינלאומי.

נוהל "אזהרה מוקדמת" (להלן גם: הנוהל) גובש על-ידי כוחות הביטחון בתום השתלשלות עניינים שתוארה בפסק-הדין נשוא העתירה שבפני. בפסק-הדין תוארו פרטי הנוהל, שעניינו, כאמור, הסתייעות בתושבים פלסטיניים מקומיים לשם מתן אזהרה מוקדמת למבוקשים השוהים בתוך בית או מבנה אחר ולשוהים בקרבתם, טרם שהצבא נדרש להפעלת כוח במקום. הנוהל מתווה את גדרי ההסתייעות המותרת בתושבים מקומיים לצורך זה; הוא קובע, בין היתר, כי יש לקבל את הסכמתו של התושב המקומי בטרם הפעלת הנוהל, וכי אפילו ניתנה הסכמה כזו, אין להפעיל את הנוהל מקום בו סבור מפקד הכוח כי נשקפת לתושב המקום סכנה.

2. בית המשפט העליון פסק כי המשפט הבינלאומי מתיר לצבא לעצור מבוקש המסכן את הביטחון; הצבא רשאי – לעיתים אף חייב – ליתן למבוקש אזהרה מוקדמת. מנגד, כך נפסק, אין הצבא רשאי להשתמש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי", וגם אין הוא רשאי – כך מוסכם על הכל – לחייב תושב מקומי, בניגוד לרצונו, להעביר אזהרה מוקדמת למבוקש, או להסתייע בתושב מקומי לצורך מתן אזהרה מוקדמת מקום בו הדבר מעמיד אותו בסיכון. השאלה שבה התמקד לפיכך בית-המשפט הייתה השאלה אם ניתן להסתייע בתושב מקומי לשם מסירת אזהרה כאמור שעה שאותו תושב מסכים לכך ומקום בו סבור הצבא כי לא נשקפת לו סכנה. בית המשפט הטעים כי בסוגיה זו עצמה אין הוראה מפורשת בכללי המשפט הבינלאומי. הנשיא א' ברק סבר כי נדרש כאן איזון בין שיקולים נוגדים: מחד גיסא, הנוהל נועד למנוע פגיעה בתושבים המקומיים, ובכך הוא בא להגן על ערך מרכזי בדיני התפיסה הלוחמתית, קרי: השמירה על חיי האוכלוסייה האזרחית; מאידך גיסא, חובת הצבא היא להגן על חייו ועל כבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה, זאת אף מקום בו הוא מסכים לכך ואפילו ביצוע התפקיד לא יסב לו כל נזק. בית המשפט הדגיש בהקשר זה, כי ככלל, אין התושב רשאי לוותר על זכויותיו על-פי הדין ההומניטארי, ומעבר לכך, קשה לאמוד מתי ההסכמה ניתנת מתוך רצון חופשי ומתי היא פרי לחץ גלוי או סמוי.

הנשיא א' ברק מצא כי באיזון בין השיקולים המתנגשים גוברים אלה השוללים את הנוהל. זאת לאור מספר טעמים: ראשית, מן העיקרון הבסיסי בדיני התפיסה הלוחמתית, לפיו אין לעשות שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס, נגזר איסור על עשיית שימוש בתושבים לצורך העברת אזהרה למי שהצבא מבקש לעצרו. שנית, מן העיקרון של המשפט ההומניטרי, לפיו יש לעשות הכל להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית, מתבקשת הגישה לפיה אין להכניס תושב מקומי לתחום שבו מתקיימת פעילות לחימתית. שלישית, בשל חוסר

השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, אין לצפות כי זה האחרון יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעצרו. ורביעית, קשה לדעת מראש אם העברת האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי. בהקשר זה צוין כי יש להתחשב לא רק בסיכון הפיזי של פגיעה מירי שיבוא מהמקום בו נתון העצור, או ממלכודות שונות, אלא גם בסיכון הצפוי לתושב מקומי "המשתף פעולה" עם הצבא. על יסוד הטעמים הללו, נקבע כי נוהל אזהרה מוקדמת אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.

3. לפסק-דינו של הנשיא הצטרפו המישנה לנשיא מ' חשין והשופטת ד' ביניש. המישנה לנשיא הצביע על הדילמות הכרוכות בהכרעה השיפוטית, במקרה זה, והדגיש, בלשונו הבהירה והחדה, את קשיותה של הסוגיה, המצריכה התלבטות בין אינטרסים וערכים מן המעלה הראשונה – בדומה לסוגיית "הפצצה המתקתקת" שנדונה בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817. המישנה לנשיא התייחס לתשובות המדינה לקושיות שונות שהועלו בנוגע לנוהל ותהא "האם נוכל לומר באורח נחרץ כי היעזרות בתום-לב בשכן היא בלתי מידתית בכל מקרה? בכל נסיבות שהן?" [ההדגשות במקור]. המישנה לנשיא אף הצביע על נסיבות שבהן, לשיטתו, "אי-הכרה בנוהל אינו פשוט כל-עיקר". על אף כל אלה, מסקנתו היתה כמסקנתו של הנשיא, תוך הערה כי "משנתתי דעתי לנוסחה שאומצה בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים... הנוסחה היא נוסחה של 'מראש' ו'בדיעבד', ולענייננו – אף על דרך של קל וחומר. ואפשר אף שהחיים ילמדונו אחרת והגלגל יתהפך". המישנה לנשיא הוסיף ועמד על כך שבהתחשב במהות העניין, קיים סיכון של גלישה לתחום האסור – "כעוצמת הסיכון כן עוצמת הפיתוי – בתנאי השטח – לסטות מן הנוהל"; ועוד הצביע המישנה-לנשיא - בעקבות דבריה של השופטת ד' ביניש - על החשש מפני התפתחותה של שגרה, אשר תכרסם ברגישות ובזהירות הנדרשות בביצוע הנוהל.

4. השופטת ד' ביניש התייחסה אף היא לקושי הרב הטמון בסוגיה שבפנינו, שעניינה "באופן ההגנה על חיי אדם בעת פעילות צבאית, בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית שמתקיימת בו פעילות צבאית והיא שזורה בשיקול הדעת המסור למפקד הצבאי במילוי חובותיו". היא באה לכלל מסקנה ברורה וחד-משמעית כי הנוהל מתיר שימוש באמצעי בלתי-מידתי; אין בו, בנוהל, כדי לבטל את הפרקטיקה האסורה של שימוש בתושבים מקומיים לשם סיוע לכוחות הצבא, והוא אף עלול לסכן את חייהם של אותם תושבים. השופטת ד' ביניש הדגישה כי "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"; אפילו היה הנוהל כדין – כך הוסיפה – ואין הוא כזה, קיימת סכנת גלישה לתחום

האסור. לשיטתה, בתנאים השוררים באזור אין דרך כשרה לקבלת הסכמתו של התושב לסייע לכוחות הצבא, וגם אין דרך להבטיח שחיו לא יהיו בסכנה. לבסוף ציינה השופטת ביניש כי בשטח, כך מתברר, קיימות חריגות מן הנוהל, וביחס למספר אירועים נטענים מתקיימות חקירות. "התנאים שנקבעו בנוהל" – כך הבהירה – "מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו".

5. העותרים מבקשים לדון מחדש בפסק-דין זה של בית המשפט העליון. לדעתם, נקבעה בפסק-הדין הלכה חשובה, קשה וחדשה. העותרים סוקרים את נוהל האזהרה המוקדמת ואת הגיונו על רקע פעילותה של מדינת ישראל כנגד ארגוני הטרור הפלסטינים. הם שבים ומדגישים את התנאים והמגבלות הנכללים בנוהל – בעיקר הדרישה להסכמת התושב המקומי והדרישה כי מפקד הכוח יסבור שאין נשקפת לתושב סכנה כתוצאה מסיועו. המשיבים גורסים כי הנוהל הופעל בכ- 20% מכלל מבצעי המעצרים, לא פעם הביא לחסכון בחיי אדם ובאף אחד מהמקרים לא אונה רע לתושב המסייע. לדעת העותרים, הנוהל אינו נוגד את המשפט הבינלאומי, ואף בית משפט זה קבע בפסק-דינו שאין במשפט הבינלאומי כלל האוסר את הנוהל האמור. העותרים מטעימים כי לא מדובר כאן בכפיית אזהרה של מדינת אויב ליטול חלק במאמץ המלחמתי נגד מדינתו – דבר האסור לפי המשפט הבינלאומי – אלא בהסכמה של האזרח להעביר אזהרה לשם הצלת חיים. לדידם, אין במשפט הבינלאומי כלל האוסר באופן גורף הכנסת תושב מקומי, אף בהסכמתו, לתחום בו מתקיימת פעילות צבאית; קביעת כלל כזה – אליבא דעותרים – תוביל לתוצאות בלתי-סבירות ובלתי-רצויות. העותרים סבורים שאין לקבוע כי לעולם הסכמה של תושב מקומי להעביר אזהרה מוקדמת – לאו הסכמה היא. הסייגים הקבועים בנוהל, כך לטענתם, מבטיחים ככל האפשר קיומה של הסכמה חופשית ומרצון, ומכל מקום ניתן לשפר את הנוהל בנקודה זו. העותרים משיגים גם על הקביעה הגורפת בדבר אי-יכולתו של המפקד הצבאי לדעת אודות הסכנה שעלול להיחשף לה תושב מקומי המעביר אזהרה מוקדמת. לשיטתם, בהתחשב באיזון בין האינטרסים הנוגדים, הנוהל מקיים את דרישת המידתיות.

המשיבים, מצדם, סבורים שמקרה זה אינו מגלה עילה לדיון נוסף.

6. קראתי את פסק-הדין של בית המשפט העליון. עיינתי בטענות הצדדים ומסקנתי היא כי דין העתירה להידחות. אכן, בית-המשפט פסק כאן לראשונה בסוגיה בעלת השלכות חשובות על התנהלותו של הצבא בעת מעצר מבוקשים; סוגיה קשה – שאת קשיותה תאר בגלוי לב המישנה לנשיא, סוגיה שכללי המשפט הבינלאומי אינם

נותנים לה תשובה חד-משמעית והיא מחייבת איזון בין אינטרסים רבי-עוצמה המושכים לכיוונים מנוגדים. אלא שהתוצאה במקרה זה אינה מצדיקה דיון נוסף.

הליך הדיון הנוסף, כפי שנפסק פעמים רבות, הינו הליך נדיר וחריג. "פסיקתה של הלכה, ואפילו חדשה וקשה היא, אין בה די כדי להצדיק סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו פוסק בית-המשפט העליון בשלושה (ולעיתים במותב רחב יותר) ופסיקתו היא סוף פסוק ואין עליה ערעור" (דנ"א 4813/04 מקדונלד נ' אלוניאל בע"מ (טרם פורסם); דנ"א 3113/03 א.מ. חניות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם)). שיקול הדעת בגדרי סעיף 30 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, רחב הוא, והוא מחייב בחינה האם לאור מכלול נסיבותיו של המקרה ומאפייניו, הוא "משתייך לאותם מקרים חריגים-שבחריגים, נדירים-שבנדירים, בהם יקום דיון נוסף" (דנג"ץ 7802/04 לאורה מילוא נ' שר הבטחון (לא פורסם)). המקרה שבפנינו אינו כזה.

7. פסק-הדין נשוא העתירה ניתן בשלהי שנת 2005. העתירה הוגשה במחצית שנת 2002. ביני לביני התקיימה השתלשלות עניינים ארוכה, שכללה, בין השאר, דיונים בפני מותבים שונים של בית משפט זה, הוצאת צווים זמניים, משלוח הודעות והשלמות ובהן - גיבושו של נוהל "האזהרה המוקדמת". הטענות נשמעו כולן; הדילמה – גלויה וברורה היתה. בית המשפט העליון, במותב הנשיא א' ברק, המישנה לנשיא מ' חשין והשופט ד' ביניש, הגיע למסקנה אחת משותפת, אם כי כל אחד משופטי ההרכב עמד על דגשיו-שלו ועל הטעמים שהכריעו מבחינתו שלו את הכף לטובת מתן צו מוחלט.

בהפעלת הביקורת השיפוטית על נוהל האזהרה המוקדמת שגיבשו העותרים, החיל בית-המשפט עקרונות מן המשפט הבינלאומי ומן המשפט המנהלי-חוקתי, ומסקנתו המנומקת נשענה על הצטברות מסה קריטית של שיקולים השוללים את הנוהל, והגוברים על השיקולים התומכים בו. טענותיה של המדינה לפני, הן, בסופו של יום, בבחינת ערעור על נימוקיו של בית המשפט העליון. דא עקא, ש"הדיון הנוסף" – כך שנינו – "איננו ערעור על פסק דין שניתן על ידי בית משפט זה" (דנ"א 504/00 מרטין נ' מרטין, תק-על 2001(2) 204). "אין הוא כלי להעברתו של פסק הדין של בית המשפט העליון שניתן בשלושה, בשבט הביקורת של ערכאה נוספת, אך ורק בשל כך שנתרו ספקות לגבי נכונות או סבירות התוצאה" (דנג"צ 2751/94 לשכה אחרת נ' שר החוץ, פ"ד מח(5) 543). התוצאה אליה הגיע בית המשפט בפסק-דינו איננה קלה, אך התוצאה האחרת קשה ממנה. זה טיבן של החלטות מן הסוג שבו אנו דוברים, ובית המשפט העליון פסק את פסקו.

8. ראיתי צורך להידרש לשני עניינים המופיעים בטיעוני העותרים. הראשון הוא חששה של המדינה לגבי השלכות הפסיקה בעניין נוהל "אזהרה מוקדמת" על עניינים אחרים, ועל התוצאות הבלתי-סבירות שינבעו, לשיטתה, מפסיקה זו. כך, למשל, טוענת המדינה כי הקביעה לפיה קיים במשפט הבינלאומי כלל האומר שאין להתיר כניסתו של תושב מקומי, אפילו בהסמכתו, לתחום בו מתבצעת פעילות לחימתית, עלולה להוביל לאיסור על תושבים להושיט סיוע הומניטארי לאוכלוסייה המצויה באזור שעליו השתלט הצבא; או שעלולה היא להביא לכך שלא ניתן יהיה להיעזר בתושבים פלסטינים לצורך תיווך בין כוחות הצבא לבין מבוקשים המתבצרים במבנה – כפי שהיה באירוע שהתרחש בכנסיית המולד בבית-לחם. ובהקשר אחר, טוענת המדינה כי אם, כפי שנקבע לדעתה בפסק-הדין נשוא העתירה, לעולם אין הסכמתו של תושב פלסטיני, להעביר מסר מזהיר, יכולה להיחשב הסכמה אמיתית, עלול הדבר לשלול את האפשרות של אדם להיכנס לביתו ולחלץ משם את ילדו או אדם אחר – נכה או בא-בימים – בטרם יפרצו לשם כוחות הצבא.

סבורני כי המדינה מוצאת בפסק-הדין את שאין בו. כך, למשל, ביחס לשיקול האמור שעניינו אי-כניסתם של תושבים פלסטיניים לאזור לחימה, דיבר הנשיא ברק, על רקע עקרונות המשפט הבינלאומי, במונחים שאינם מוחלטים: "יש לעשות הכל להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית" ו"מתבקשת מכלל זה הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית" [ההדגשות הוספו]. ואכן, המציאות היא מורכבת. תמיד עשויות להתקיים נסיבות המביאות את הדילמה אל קצה גבולה. במצבים של לחימה, של מאבק בטרור, של התמודדות עם אוכלוסייה אזרחית בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית, צבעי השחור והלבן תכופות אינם משקפים את הדילמה הניצבת בפני שלטונות הצבא. בענייננו, במסגרת מכלול השיקולים שהביאו את בית המשפט העליון למסקנה שאליה הגיע, נלקח בחשבון הצורך לעשות את המרב כדי להפריד בין אוכלוסייה אזרחית לבין פעילות צבאית. אין הכרח כי בהקשרים אחרים, אפילו בעלי קווי דמיון להקשר שבו אנו עוסקים היום, יוביל מאזן השיקולים לתוצאה זוהה.

9. כך גם באשר לאפשרות לקבל את הסכמתו של התושב המקומי לסייע לכוחות הביטחון – ועניין זה מתחבר לטענה השנייה של העותרים הטעונה התייחסות. לפי טענה זו, קביעותיו של בית המשפט העליון בפסק-דינו גורפות יתר על המידה; אין זה נכון, לדידה של העותרת, שלעולם אין התושב המקומי יכול ליתן הסכמה אמיתית להעביר מסר מזהיר, וגם אין זה נכון שלעולם אין לדעת כי התושב המקומי אינו נתון בסכנה עקב נטילת חלק בנוהל האזהרה המוקדמת. ואולם טענות אלה של המדינה, גם

אם נכונות הן, אין בהן כדי להועיל. אפילו ישנן נסיבות בהן תיתכן הסכמה חופשית ומרצון – המדינה מדגימה למשל מקרה שבו התושב המקומי הוא-עצמו פונה לחיילים ומבקש להזהיר את בני משפחתו; ואפילו יתכנו מקרים שבהם התושב המקומי אינו נמצא בסכנה כלשהי – לא מיידית ולא בטווח הארוך עקב שיתוף הפעולה עם הצבא, עדיין אין בכך כדי לחייב את המסקנה לפיה הנוהל יכול לעמוד. אין כל ספק, שהנוהל לא נועד אך ורק לאותם מקרי-קצה אשר עליהם מבקשת המדינה לסמוך בבואה להראות שיתכנו מקרים בהם ההסכמה היא הסכמת-אמת. הנוהל מקנה למפקד הכוח את שיקול הדעת ואת סמכות הביצוע הן בעניין ההסכמה הן בעניין ההקפדה על אי-העמדת התושב המקומי בסיכון. בית המשפט העליון מצא כי בנסיבות העניין, לא ניתן להבטיח שההסכמה אכן תהיה הסכמה ושהתושב המקומי לא יועמד שלא בטובתו למול סכנה. מכל מקום, הנוהל לא נתן מענה לבעיות המוכנות הללו. הנוהל, כפי שציינה השופטת ד' ביניש, הוא בגדר פרצה שעשויה לדרדר את הפעילות בשטח למצבים חד-משמעיים של אי-חוקיות. משכך, נפסל הנוהל.

תמונת המציאות אכן עשויה להקשות על קביעת כללים גורפים שיפים לכל ההתרחשויות האפשריות. אולם, בעניין אחד הקווים ברורים וחדים – השמירה על כבוד האדם באשר הוא. חובתו של הצבא התופש שטח בתפישה לוחמתית להגן על חייו של התושב המקומי. הוא חייב להגן גם על כבודו. עצם העמדתו של תושב כזה, שנקלע לאזור של קרב, בפני הברירה אם להעתר לבקשת הצבא להעביר אזהרה למבוקש ואם לאו – יש בה כדי להעמידו בפני ברירה בלתי-אפשרית. הברירה עצמה אינה מוסרית. היא עצמה פוגעת בכבוד האדם. הנוהל עצמו, כך קבעה השופטת ד' ביניש, אינו מידתי על פניו.

אין מקום להידרש לכל אחת ואחת מטענות המדינה המכוונות כנגד פסק-הדין – כאמור, איננו מצויים היום בהליך של ערעור. המסקנה אליה הגעתי היא שאין בנסיבות המקרה עילה לחזור ולדון בעניין זה שפסק בו בית המשפט העליון.

אשר על כן, העתירה נדחית. העותרים ישאו בשכר טרחת עורך-הדין של המשיבים בסך 10,000 ש"ח.

ניתנה היום, כ"ט בשבט התשס"ו (27.2.06).

