

שר הבטחון ואח'
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

ה ע ו ת ר י ם

- נ ג ד -

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח'
על ידי ב"כ עוה"ד מרואן דלאל ואח'
מעדאלה, ת.ד. 510 שפרעם

ה מ ש י ב י ם

ע ת י ר ה ל ק י ו ם ד י ו ן נ ו ס ף

(בהתאם לסעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984)

1. בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על קיום דיון נוסף בהלכה שנקבעה בפסק הדין שניתן ביום 6.10.05 על ידי בית המשפט הנכבד, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (כב' הנשיא א' ברק, המשנה לנשיא מ' חשין והשופטת ד' ביניש) בעתירה בבג"ץ 3799/02 (להלן – פסק הדין), בה נקבע כי נוהל "אזהרה מוקדמת" נוגד את המשפט הבינלאומי. פסק הדין מצורף ומסומן כ-נספח א'.
 2. כידוע, סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע כי: "נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה [לקיים דיון נוסף בחמישה או יותר] אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף."
- לדעת העותרים, ההלכה שנפסקה בעניין זה היא גם חשובה, גם קשה וגם חדשה. למעשה, ביהמ"ש עצמו קבע במסגרת פסה"ד, כי מדובר בהלכה קשה, חדשה וחשובה. אשר על כן, מכל אחד מטעמים אלה – בנפרד ובמצטבר – יתבקש ביהמ"ש להורות על קיום דיון נוסף.

3. סדר הטיעון יהיה כדלקמן:

בפתח הדברים, נציג את עיקרי נוהל "אזהרה מוקדמת" ואת הרציונל העומד בבסיסו.

לאחר מכן נציג את עיקרי פסק הדין וההנמקות שניתנו בו להחלטה לפיה נוהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי.

בהמשך לכך, תפורט עמדת המדינה באשר לטעויות שנפלו, לדעתה, בהחלטה ובנימוקים לה, בגינן סבורה המדינה יש מקום לקיים דיון נוסף.

לאחר מכן, יוצגו העילות לקיום דיון נוסף ויובהר מדוע עילות אלו מתקיימות במקרה דנן.

על רקע כל אלה, נבקש מבית המשפט להיענות לבקשת המדינה להורות על קיום דיון נוסף בפסק הדין, בהרכב מורחב של שופטים.

נוהל "אזהרה מוקדמת" והרציונל העומד בבסיסו

4. כידוע, מזה למעלה מחמש 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 בשנים האחרונות, מידי שנה, אלפי פלסטינים המעורבים בטרור (בשנת 2004 לבדה בוצעו בגזרת יהודה ושומרון כ- 6,000 פעילויות שנועדו להביא למעצרים). מעצרים אלו פגעו באופן קשה בארגוני הטרור ואפשרו העמדתם לדין של מחבלים, השגת מודיעין רב ערך, ובעיקר - סיכול מספר רב ביותר של פיגועים.

5. 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 למבוקש ולתושבים השוהים איתו בבית. האזהרה יכולה להתבצע לעיתים באמצעות כריזה קולית ולעיתים בדרך אחרת, ומטרתה לשכנע המבוקש להסגיר עצמו לכוחות צה"ל, ובמקביל - לאפשר לאזרחים השוהים עם המבוקש, לעזוב את היעד בו מצוי המבוקש מבעוד מועד, בכדי שלא יפגעו מפעילות צה"ל במקום.

6. בכדי לאפשר מתן אזהרה יעילה בנסיבות בהן מתבצע מעצר כאמור, גובשה הוראה מבצעית בשם "אזהרה מוקדמת" (להלן "הנוהל" או "נוהל אזהרה מוקדמת"). הנוהל מצ"ב כנספח ב'. נוהל זה נכנס לתוקפו בחודש 3/03, לאחר שהוצג בפני בית המשפט הנכבד וביהמ"ש החליט שלא לקבל את בקשת העותרים ושלא למנוע הפעלתו אותה עת במסגרת צו הביניים שיצא בעתירה זו.

7. בהתאם להוראות הנוהל, ניתן להסתייע באזרח מקומי בגיר לשם העברת האזהרה, במהלך פעילות למעצר מבוקשים כאמור, וזאת בתנאים ובמגבלות מסוימים, שהעיקריים שבהם הינם האיסור לכפות על האזרח להעביר מסר אזהרה כאמור, האיסור להסתייע בתושב מקומי כאשר מפקד הכוח סבור ששקפת לו סכנה, והאיסור להסתייע בנשים, ילדים ונכים.

8. בנוסף, במקרים בהם ניתן באופן סביר להעביר האזהרה שלא בדרך המתוארת בנוהל, אלא באמצעים אחרים, כגון כריזה קולית, ואמצעים אלה יעילים באותה מידה, מחייב הנוהל להזהיר באמצעים האחרים, ואוסר להיעזר בתושב מקומי להעברת מסר האזהרה.

9. בפועל, מבדיקה מדגמית שנערכה על ידי פיקוד מרכז, זמן מה לאחר הפעלת הנוהל, עלה כי הסתייעות באזרח בהתאם להוראות הנוהל נעשתה **במיעוטם** של מבצעי המעצרים (כ- 20%

מכלל מבצעי המעצרים), וזאת כאשר לא הייתה חלופה אפקטיבית אחרת להעברת מסר האזהרה, אלא באמצעות הסתייעות בתושב מקומי.

כך למשל, במקרים רבים 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). במצב כזה, נוצר צורך להסתייע באזרח להעברת מסר האזהרה.

כמו כן, במקרים רבים אחרים, הכריזה או צעקות החיילים לא הביאו לפינוי המבנה מהאזרחים השוהים בו או לכניעת המבוקש, אך עדיין סברו הכוחות כי העברת אזהרה בדרך אחרת עשויה להשיג מטרה זו, וגם במקרים אלה הופעל הנוהל. בחלק ממקרים אלה, השימוש בתושב מקומי לצורך העברת האזהרה אכן הביא לתוצאה המבוקשת (בין השאר, מאחר והאזרחים ו/או המבוקש נוטים להאמין יותר למסר לפיו לא ייפגעו אם יצאו מהבית, כאשר מסר זה מגיע מפיו של תושב מקומי, וכן מאחר שלעיתים תושבי הבית בו מסתתר המבוקש אינם בטוחים שכריזת החיילים מכוונת אליהם).

בנסיבות אלה, צמצמה הפעלת הנוהל הסיכון שנשקף לחיי אדם, בעיקר ביחס לחיי תושבים תמימים, אשר שהו בבית בו הסתתר המבוקש.

10. ניתוח הניסיון הרב שהצטבר בשנים האחרונות הראה, כי החל מהמועד בו נכנס הנוהל לתוקף, במהלך שנת 2003, הסתייעו כוחות צה"ל בתושבים מקומיים, בהתאם להוראות הנוהל, במאות רבות של מקרים. בכל אותם המקרים, לא נהרג או נפצע אזרח אגב הסתייעות זו. בחלק ניכר ממקרים אלו, ההסתייעות באזרח הביאה לפינוי האזרחים מהמבנה או לכניעת המבוקש, מבלי שיהיה צורך לסכן חיי אדם, ובראשם את חיי האזרחים השוהים בקרבת המבוקש.

בהתאם, ההערכה הינה כי במידה שלא ניתן יהיה להעביר אזהרה בדרך זו, הרי שבמקרים רבים, שבהם העברת אזהרה בדרך אחרת לא תהיה מעשית או שלא תועיל, יאלצו הכוחות להפעיל אמצעים שונים לצורך מעצרו של החשוד, שיגרמו נזק ויצרו סכנה לשוהים בבית, 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. פעולות שכאלה ניתן יהיה למנוע אם ניתן יהיה לשוב ולפעול על פי נוהל אזהרה מוקדמת.

11. נמצא, כי עיקר חשיבותו של הנוהל הינה בכך שבמקרים רבים הוא מאפשר ביצוע פעולת המעצר, תוך הימנעות מהפעלת אמצעים כוחניים לצורך מעצרו של החשוד, היוצרים סכנה לאזרחים חפים מפשע ופוגעים ברכוש, ותוך הקטנת האפשרות להתפתחות חילופי ירי, מהם עשויים להיפגע חפים מפשע. כמו כן, הנוהל מאפשר גם לצמצם את הסיכון למבוקשים ולחיילי צה"ל, משום שהוא חוסך, במקרים רבים, שימוש בכוח בעת ביצוע פעילות מעצרים.

פירוט נוסף בנוגע לנהל מצוי בסע' 22-13 להודעה המשלימה שהוגשה בתיק זה ביום 5.12.02 מטעם המדינה. הודעה זו מצ"ב כנספח ג' ואנו מפנים לכל האמור בסעיפים אלה.

בהקשר זה נדגיש במיוחד את שצוין בסע' 16 להודעה זו, כי היועץ המשפטי לממשלה (לשעבר) נתן אישור להוצאת נוהל זה לאחר ששוכנע כי הסתייעות זו בתושבים מקומיים, בהסכמתם, יכולה לחסוך במקרים רבים בחיי אדם, בעיקר של פלסטינים.

כן הודגש שם כי בניסוח הוראות הנוהל הושם דגש על כך שהנוהל יעלה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, וכי הנוהל ממלא אחר החובה הקבועה במשפט הבינלאומי, לתת אזהרה מוקדמת לפני תקיפה העלולה לפגוע באוכלוסייה אזרחית, ולצמצם את הסיכון הנשקף לאוכלוסייה האזרחית העלולה להפגע, ככל הניתן בנסיבות הענין.

עיקרי פסק הדין

12. השאלה שעמדה בפני בית המשפט היתה האם רשאי הצבא להיעזר בתושב פלסטיני מקומי לשם העברת אזהרה מוקדמת כאמור, בהתאם לתנאים ולמגבלות שנקבעו בנוהל "אזהרה מוקדמת", שהעיקריות שבהן הינן שאותו תושב אינו מסרב לכך, ושלהערכת המפקד בשטח אין נשקפת לו סכנה כתוצאה מכך.
13. בהחלטת כב' הנשיא ברק, לה הסכימו כב' המשנה לנשיא חשין והשופטת ביניש, נקבע כי אין במשפט הבין-לאומי הוראה מפורשת החלה בעניין, אשר בה ימצא פתרון לשאלת חוקיות הנוהל לאור כך, נקבע כי פתרון השאלה מחייב איזון בין שני שיקולים נוגדים. מחד גיסא, עומד הערך של חיי אדם – שכן הנוהל נועד לאפשר מעצר המבוקש ללא שימוש בכוח, ובכך למנוע פגיעה בתושבים המקומיים המצויים עם המבוקש, ולצמצם הסיכון למבוקשים ולחיילי צה"ל. מאידך גיסא, עומדת חובת הצבא לדאוג לחייו ולכבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה, וזאת אף אם אותו תושב מסכים לכך וביצוע התפקיד לא יגרום לו כל נזק, שכן ככלל, אין הוא רשאי לוותר על זכויותיו על פי הדין ההומניטרי.
14. באיזון בין שני שיקולים נוגדים אלו, קובע הנשיא ברק, שידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי הינה על העליונה, וזאת ממספר טעמים עקרוניים.
- ראשית, עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. מעקרון זה נגזרים איסורים שונים, כגון האיסור על שימוש בתושבים כ"מגן אנושי" והאיסור על השימוש בכפיה כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות. באשר לענייננו, נקבע בפסה"ד, כי מעקרון זה יש לגזור גם את האיסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעצרו ואל השהים בביתו.
- שנית, עקרון אחר של המשפט ההומניטרי הוא שיש לעשות הכל כדי להפריד בין האוכלוסיה האזרחית לבין הפעילות הצבאית. מכלל זה מתבקשת הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולת לחימה.
- שלישית, לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין הכוח המקומי, אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה, ואין לבסס נהל על הסכמה, כאשר ברבים מהמקרים לא תהא זו אמיתית.
- רביעית, קיים קושי להעריך נכונה קיומה של סכנה לאזרח בתנאי לחימה, ואין לבנות נהל המבוסס על הצורך להניח העדר סכנה, כאשר הנחה זו עלולה לעיתים להיות בלתי מבוססת. לעניין זה, כך קובע פסה"ד, יש להתחשב לא רק בסיכון הפיזי של פגיעה פיזית אלא גם בסיכון רחב יותר הצפוי לתושב מקומי "המשתף פעולה" עם הצבא התופס.
- שיקולים אלו מביאים את כב' הנשיא ברק למסקנה כי נהל "אזהרה מוקדמת" אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי וכי הוא מתקרב יתר אל המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, המצוי באזור האפלולי היחסי הבלתי ראוי.
15. כב' השופטת ביניש מסכימה לפסק דינו של כב' הנשיא ברק, ומוסיפה כי הנהל אינו יכול לעמוד בשל ההיתר שניתן בו לשימוש באמצעי בלתי מידתי ובשל כך שאין בו כדי להבטיח עמידה באיסורים הגורפים שנקבעו בנורמות המשפט הבינלאומי. זאת ועוד, אפילו היה הנהל כדון, הרי סכנת הגלישה אל הפרקטיקה האסורה באיסור מוחלט, טבועה באמצעים שהנהל מתיר.
- מעבר לכך מציינת כב' השופטת ביניש, כי הצירים סביבם סב הנהל – הצורך לקבל הסכמת התושב להעברת מסר האזהרה והאיסור לסכן חייו וגופו – אינם ישימים במציאות הנוהגת. זאת מאחר שקשה לראות כיצד בנסיבות השוררות באזור מתקבלת הסכמה חופשית ומרצון (שכן כאשר מתבקש תושב מקומי ע"י כוחות צבא חמושים לסייע, אין בידו ברירה אמיתית לסרב

להצעה), ובנוסף, אין כל דרך להבטיח כי אין מסכנים את חייו של אותו אזרח על ידי עירובו בפעילות המתבקשת.

לאור האמור מגיעה אף השופטת ביניש למסקנה כי הפגיעה בעקרונות המוגנים במשפט הבינלאומי באה לידי ביטוי בהוראות הנוהל, שאינו מידתי על פניו.

בנוסף מציינת השופטת ביניש, אי אפשר להתעלם מהרושם כי המציאות שתוארה על ידי העותרים, ואשר לא הוכחה באופן מוחלט מפי המשיבים, מלמדת שהנוהל על הסייגים הקבועים בו, אפילו היה כדון, אינו ניתן ליישום הלכה למעשה. זאת כיוון שהעותרים התלוננו על חריגות מהנוהל, ומתנהלות חקירות ביחס לכמה תלונות שהועלו על ידי העותרים וביחס למקרים נוספים. לאור כך, התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים לכשעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק, הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו. לטעמה, הנוהל יוצר "פירצה", וגם משום כך יש לבטלו.

16. המשנה לנשיא חשין מסכים לחוות דעתו של הנשיא ברק, בכפוף לנוסחה שאומצה בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, של "מראש" ו"בדיעבד". כן מצטרף הוא לחוות דעת השופטת ביניש והעותרים, ומזגיש כי שני טעמים מחזקים את מסקנתו. האחד, החשש שתהיה סטייה בשטח מההוראה הכתובה, וכל סטייה כזו משמעה ירידה אל השוליים האסורים. השני, החשש שהמיוחד והרגיל ייהפך רגיל ושגרתי, מעשה בירוקרטיה. לאור חשש זה, לא ניתן לאשר הנוהל. עם זאת, במקרים המתאימים ניתן להיעזר בנוסחת ה"מראש" וה"בדיעבד".

לפיכך, פוסל גם המשנה לנשיא את הנוהל, למרות שמדבריו עולה כי במקרים מסוימים מקובל עליו שהעזרות בתום לב בתושב מקומי לצורך העברת אזהרה מוקדמת הינה **מידתית וסבירה** ואילו אי העזרות בו יוצרת **סכנת חיים** לתושבי הבית, למבוקש ולחייילים.

17. **לסיכום**, ההלכה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד בפסק הדין, בגינה מבוקש הדיון הנוסף, אינה מבוססת על הלכה קיימת ומבוססת של המשפט הבינ"ל, אלא היא מבוססת על הנימוקים הבאים:

- א. מהאיסור הקיים במשפט הבינ"ל על כפיית תושבים מוגנים לקחת חלק במאמץ המלחמתי של הצבא התופס, ניתן לגזור גם איסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעצרו ואל השוהים יחד עמו.
- ב. מהעיקרון במשפט הבינלאומי ההומניטארי, על פיו יש לעשות הכול להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית, מתבקשת הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית.
- ג. לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, ניתן לקבוע, באופן גורף, כי אף במקום בו תושב מקומי מסכים להעברת מסר האזהרה, הסכמתו לאו הסכמה היא.
- ד. אין לדעת מראש אם העברת האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה, ואין כל דרך להבטיח כי אין מסכנים את חייו של האזרח על ידי עירובו בפעילות המתבקשת, שאין לו כל זיקה אליה והוא נקלע אליה שלא בטובתו.
- ה. בנסיבות המתוארות בנוהל אזהרה מוקדמת, נטילת הסיכון לחייו של התושב המתבקש להעביר האזהרה איננה מידתית ביחס הולם לתכלית שהנוהל נועד להגשים, שהינה בעיקרה מזעור הפגיעה בחיי התושבים התמימים (כב' השופטת ביניש).

ו. מדובר בנוהל שאינו ניתן ליישום בשטח, דבר המוכח מכך שבשטח קיימות חריגות רבות מהנוהל, והתנאים שנקבעו בנוהל מאפשרים גלישה במדרון חלקלק העלולה להביא להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של משפט ארצנו (כב' השופטת ביניש והמשנה לנשיא חשין).

הטעמים בגינם סבורה המדינה כי יש מקום לקיים דיון נוסף בפסק הדין

18. המדינה תטען, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, כי טעה בית המשפט הנכבד בקביעה לפיה נוהל "אזהרה מוקדמת" סותר את המשפט הבינלאומי, וכן טעה - בכל הכבוד - בכל אחד מהנימוקים שהובאו לביסוס החלטתו זו.

טעויות אלה הובילו לקביעת הלכה קשה, חשובה וחדשה שהינה מוטעית, לדעת המדינה, ועל כן יש מקום לקיום דיון נוסף בפסק הדין.

הקביעה כי נוהל "אזהרה מוקדמת" נוגד את המשפט הבינלאומי

19. המדינה סבורה כי טעה בית המשפט הנכבד בהחליטו כי נוהל "אזהרה מוקדמת" **נוגד** את המשפט הבינלאומי (סעיף 25 סיפא לפסה"ד – המשקף ההלכה שנקבעה בפסה"ד). קביעה זו - בכל הכבוד הראוי - מוטעית מהנימוקים הבאים:

20. כב' הנשיא ברק מציין, בפסקה 23 להחלטתו, כי אין במשפט הבינלאומי הוראה מפורשת, אשר בה ימצא פתרון לשאלת חוקיות נוהל "אזהרה מוקדמת". בהמשך לכך, מביא כב' הנשיא שיקולים שונים, המביאים אותו, בסופו של דבר, למסקנה כי "הנוהל מתקרב יתר אל המידה אל "הגרעין" הנורמטיבי האסור, והוא מצוי באזור האפלולי היחסי (ה- punumbra) הבלתי ראוי".

מקביעה זו משתמע כי אין מדובר בנוהל הסותר חזיתית את המשפט הבינלאומי, אלא בנוהל **המתקרב יתר אל המידה אל הגרעין הנורמטיבי האסור לפי המשפט הבינ"ל**. דא עקא, שמיד לאחר מכן, ועל סמך מסקנה זו, קובע ביהמ"ש כי הנוהל "נוגד את המשפט הבינ"ל".

לעמדת המדינה, יש ב"קפיצת מדרגה" זו, שאינה מנומקת, כדי לפגום בקביעת בית המשפט, החד משמעית לכאורה, על פיה הנוהל נוגד את המשפט הבינלאומי.

על פני הדברים, השיקולים אותם הציג בית המשפט (אליהם לא מסכימה המדינה, מהטעמים שיפורטו להלן), עשויים לכל היותר להביא למסקנה כי מבחינת המשפט המנהלי הישראלי מדובר בנוהל שאינו סביר, אם בהיותו בלתי ישים, ואם בהיותו מתקרב יתר אל המידה אל האסור על פי המשפט הבינלאומי. אולם מכאן ועד לקביעה כי הנוהל **נוגד חזיתית** את המשפט הבינלאומי, על כלל המשמעויות הקשות הכרוכות בכך כלפי מדינת ישראל, רחוקה הדרך, ולעמדת המדינה טעה בית המשפט בקביעה זו.

21. נוסף ונציין, כי המשנה לנשיא חשין מציין בפסקה 2 להחלטתו, כי המלומד הפרופ' איל בנבנשתי העלה בחוו"ד שהוגשה לבית המשפט מספר קושיות, בעקבותיהן הגיע למסקנה כי הנוהל אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לדברי כב' השופט חשין, **לכל קושיות אלו השיבה המדינה תשובות שהשיבה, וישנם מקרים בהם התשובות משיבות לחלוטין תשובות טובות לכל הקושיות, לשביעות רצונו של בית המשפט**. על אף האמור, בפסקה 5 להחלטתו מסכים המשנה לנשיא לקביעת הנשיא ברק, על פיה הנוהל **נוגד** את המשפט הבינלאומי, מבלי לנמק הדבר ומבלי להסתמך על כללים מן המשפט הבינלאומי, וזאת בסתירה לכאורה לדברים שכתב קודם לכן, על פיהם, לכל הטענות שנטענו בהקשר זה היו למדינה תשובות שבנסיבות מסוימות יש בהן כדי להשביע את רצונו של בית המשפט.

22. לסיכום, בית המשפט הנכבד קבע על סמך נימוקים שונים כי הנוהל **סותר** כללים של המשפט הבינ"ל, למרות שבעצמו קבע כי אין שום כלל אוסר כזה במשפט הבינ"ל. המדובר בהלכה שהשלכותיה מרחיקות לכת, ודי בטעות זו, לעמדת המדינה, כדי להצדיק קיום דיון נוסף בפסה"ד.

23. מעבר לאמור, סבורה המדינה כי טעה בית המשפט גם בכל אחד מהנימוקים להחלטתו, שבגינם קבע בסופו של דבר כי הנוהל אינו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, וככל שתתקבלנה טענות המדינה בהקשר זה, גם מטעם זה יישמט הבסיס מתחת החלטה זו. בהתאם, להלן תפורט עמדת המדינה, באשר לטעויות שנפלו - בכל הכבוד הראוי - בנימוקים להחלטת בית המשפט.

התייחסות לנימוק הראשון לפסק הדין –

הקובע כי מהאיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס, ניתן לגזור גם את האיסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעצרו:

24. המדינה סבורה כי טעה בית המשפט בקובעו כי מהאיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס, ניתן "לגזור" גם את האיסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעצרו ואל בני ביתו.

זאת כיוון שהאיסור במשפט הבינלאומי מתייחס אך ורק לכפיית אזהרה מדינת אויב ליטול חלק במאמץ מלחמתי המכוון נגד מדינתו, ואילו במקרה דנן אין מדובר בכפייה, ובכל מקרה אין מדובר בכפייה לנטילת חלק במאמץ מלחמתי. משני טעמים אלה, הכלל אליו התייחס בית המשפט אינו משליך על ענייננו.

ראשית, כאמור, הסתייעות מעין זו איננה מהווה בשום אופן נטילת חלק במאמץ מלחמתי – מבצע צבאי, המבוצע על ידי כוח אויב כנגד מדינתו של המקומי. מקורו של איסור זה שבמשפט הבינלאומי הינו בכך, שאין לכפות על אדם מקומי, לנקוט בצעד המנוגד באופן אפריורי לתחושותיו הלאומיות, שכל יעדו הינו לסייע לכובש. בענין דנן, איסור זה אינו רלוונטי, שכן העברת האזהרה, לא רק שאינה מהווה חלק מה"מאמץ המלחמתי", אלא בודאי שאינה נוגדת את תחושותיו של המקומי המתבקש לסייע בהעברת האזהרה כדי למנוע פגיעה בחיים וברכוש, וכיוון שכך, איסור זה אינו רלוונטי לענייננו.

שנית, האיסור הקיים מתייחס אך ורק לכפייה, היינו ללחץ או אילוץ המופעלים על אדם במגמה להכריחו להשתתף במאמץ המלחמתי כנגד מדינתו, ואין הוא אוסר על התנדבות לכך. לענין זה אסמכתאות רבות. כך למשל ראה לעניין זה: תקנה 23 (H) לתקנות האג; סעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית ודברי הפרשנות של Pictet לסעיף זה; סעיף 8 לאמנת רומא בענין בית הדין הפלילי הבין-לאומי ודברי הפרשנות של Cottier לסעיף זה; פסקאות 418 ו-420 למדריך האמריקאי לדיני המלחמה משנת 1956; וסעיפים 554 ו-562 למדריך הגרמני לדיני המלחמה משנת 1992.

למקורות אלה הפנינו בסע' 41-38 להודעה המשלימה השניה שהוגשה בתיק זה ביום 03.07.1992. הודעה זו מצ"ב כנספח ד'.

די אם נפנה כאן, כדי שלא להאריך, לדבריו של המלומד Cottier, בדברי הפרשנות שלו לסעיף 8 הנ"ל לחוקת רומא, אשר נכללו בספר שערך המלומד Triffterer על חוקת רומא, שם הוא מציינ, כי האיסור מתייחס בפירושו רק לכפייה, היינו ללחץ או אילוץ המופעלים על אדם במגמה להכריחו להשתתף במאמץ המלחמתי כנגד מדינתו, ואין הוא אוסר על התנדבות לכך. כלשונו:

"As concerns the notion of "compelling", only pressure or coercion to compel adversary nationals to work or participate in war efforts against their own country is illegal, while voluntary work or participation is permitted."

25. נמצא, כי אין כל מניעה, לפי המשפט הבינלאומי, לבקש מאדם אפילו לסייע במאמץ מלחמתי, כל עוד אין הוא נכפה לכך, וקל וחומר שאין מניעה לבקש ממנו, בהסכמתו, להעביר אזהרה למטרת הצלת חיים, שכן אזהרה זו אינה חלק מה"מאמץ המלחמתי".

אכן, טענה אחרת שנטענה נגד הנוהל הינה כי הסכמה הניתנת על ידי תושב מקומי בשטח כבוש, לבקשת הכוח הכובש, לעולם אינה מהווה הסכמה אמיתית. זהו הנימוק השלישי למסקנת הנשיא ברק, ואילו נתייחס בנפרד. מכל מקום, בודאי שלא ניתן לקבוע כי המשפט הבינלאומי אוסר על כל פעולה של סיוע לכוח הכובש, המבוצעת מתוך הסכמה אמיתית של תושב מקומי, שכן מקורות המשפט הבינלאומי קובעים, לטעמנו, את ההיפך הגמור.

יתירה מזו, מרגע שהתושב אינו מתבקש ליטול חלק במאמץ המלחמתי, אלא בהעברת מסר הומניטרי, הרי שאף אם נקבל את נקודת המוצא כי הסכמתו לעולם אינה מהווה הסכמה אמיתית, עדיין מדובר במעשה שאינו נוגד את המשפט הבינ"ל, שכן אין מדובר בכפייתו ליטול חלק במאמץ המלחמתי כנגד מדינתו, אלא בקבלת סיוע מצידו בהעברת מסר מזהיר מטעמים הומניטריים.

26. לאור האמור לעיל, המדינה סבורה כי בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, אין כל מניעה להסתייע באזרח להעברת מסר מזהיר, ולמעשה, אף ניתן היה לכפות עליו לעשות כן, אם שיקולים צבאים הכרחיים דורשים זאת, אלא שהנוהל שולל זאת.

27. בהקשר זה נציין, כי בסעיף 22 להחלטת הנשיא ברק, נאמר כי: "הכול מסכימים כי אסור לחייב תושב מקומי להעביר 'אזהרה מוקדמת' למבוקש נגד רצונו". דא עקא, בענין זה נפלה טעות, שכן המדינה כלל לא הסכימה לקיומו של איסור כאמור, ועמדתה זו הובעה במפורש בסע' 39-41 להודעה המשלימה השניה (נספח ד'), ואף הנשיא ברק עצמו, כאשר פירט את עמדת המדינה, ציין כי לעמדתה, "המשפט הבינלאומי מאפשר אף לכפות מתן אזהרה... אך הנוהל אינו מגיע לכך היות והוא דורש את הסכמת התושבים" (סע' 17 לפסק הדין).

נמצא, כי עם כל הכבוד, בהקשר זה נפלה טעות בסע' 22 להחלטה, ואנו נטען כי, כפי הנראה, טעות זו היא שהובילה את כב' הנשיא לסבור שלפי חוקי המשפט הבינלאומי אסור לכפות גם עשיית צעד שאין בו משום השתתפות ב"מאמץ המלחמתי".

28. בהקשר זה נזכיר גם את שנטען בסע' 49 להודעה המשלימה השניה שהגישה המדינה (נספח ד' לעתירה זו), שם הפנינו - על דרך של היקש - להוראות חוק ישראליים המוכיחות כי במקרים מסוימים, במסגרת פעולות לאכיפת חוק, לרבות מעצרים, רשאות הרשויות לדרוש מאזרחים שאינם מעורבים כלל במעצר, לסייע לרשויות החוק בביצוע המעצר, ואין רואים בכך פגיעה בלתי מידתית או בלתי הגיונית בזכויות הפרט של האזרח.

לענין זה הפנינו למשל לסע' 263 לחוק העונשין, ולסע' 20 לפסד"פ (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש) תשכ"ט - 1969.

אם חובה זו שבכפיה, שהפרתה גוררת אחריות פלילית, היא לגיטימית ביחס לדרישה מאזרח בשטחה של מדינה דמוקרטית, הרי שמכוח קל וחומר ניתן לקבוע כי בקשה לסייע, שלא בכפיה, בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הינה לגיטימית.

29. לסיכום, ברי כי לא ניתן ללמוד מהאיסור על כפיית תושבים מוגנים לקחת חלק במאמץ המלחמתי של הצבא התופס, גזירה שווה לעניין חוקיות "נוהל אזהרה מוקדמת". יישומו של כלל זה על העניין דגן נובע מטעות כפולה, והוא אינו רלוונטי לענייננו. ראשית, כפיית מעשה שאינו חלק מהמאמץ המלחמתי היא לגיטימית, ושנית, התנדבות ליטול חלק בפעולה שהיא חלק מהמאמץ המלחמתי, אף היא לגיטימית.

על אחת כמה וכמה שהתנדבות לסייע בפעולה שאינה מהווה חלק מהמאמץ המלחמתי, היא לגיטימית, הן מכיוון שהאיסור הוא רק על כפייה והן מכיוון שהאיסור הוא רק על כפיית השתתפות במאמץ המלחמתי. שני אלמנטים אלה אינם מתקיימים בענייננו.

בטרם נסיים בנושא זה נבקש לציין עוד, מבלי לפרט, כי יכולה אף להטען הטענה, שלהלכה שנפסקה בנושא זה, לפיה אסור בכל מקרה לצבא להסתייע בתושב מקומי, גם בהסכמתו המלאה, יכולה להיות השלכה לכאורה על חוקיות הפרקטיקה רבת השנים, של הסתייעות בתושבים

מקומיים, המשתפים פעולה עם כוחות הבטחון, משיקולים שונים, תוך סיכונים ידועים. יש לתת הדעת גם לנושא זה, וד"ל.

התייחסות לנימוק השני לפסק הדין –

הקובע כי מהעיקרון במשפט ההומניטארי, על פיו יש לעשות הכול כדי להפריד בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית, מתבקשת הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית:

28. המדינה סבורה - בכל הכבוד הראוי - כי טעה בית המשפט בקביעה לפיה מהעיקרון במשפט ההומניטארי הבינלאומי, על פיו יש לעשות הכול להפרידה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית, מתבקשת הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום בו מתקיימת פעולה לחימתית.

זאת מכיוון שהעיקרון הדורש לאבחן ולהפריד בין האוכלוסייה האזרחית לבין האוכלוסייה/מטרה הצבאית ("עקרון האבחנה") מתייחס בעיקרו ל"דיני מטרות" (Targeting), קרי לחובה המוטלת על כל צבא להימנע מלתקוף מטרות אזרחיות, ולחובה למזער ככל הניתן הנזק הנגרם לאוכלוסייה אזרחית, אגב תקיפת מטרות צבאיות; אך עקרון זה אינו קובע כלל ועיקר כי קיים איסור גורף להכניס תושב מקומי, אף בהסכמתו, אל תוך תחום בו מתקיימת פעילות לחימה או פעילות צבאית. בודאי שכך הדבר כאשר פעילות לחימתית זו מתרחשת באזור אזרחי מיסודו, שבו פועלים מחבלים.

העותרים לא הפנו לאסמכתא כלשהי לעקרון גורף זה – שלפיו אסור כביכול לצבא להתיר לשום אזרח להכנס לאזור לחימה אף בהסכמתו – ללא קשר למטרת הכניסה למקום – ואף בפסק הדין לא נזכרה אסמכתא כלשהיא בענין – ולא בכדי, שכן עקרון זה אינו מעוגן לדעתנו במשפט הבינלאומי.

29. יתר על כן, העיקרון שנקבע כמשקף כביכול כלל של המשפט הבינלאומי, לפיו אסור להכניס תושב מקומי אף בהסכמתו לתחום בו מתקיימת פעולה לחימתית, מוביל לכמה תוצאות שהינן בלתי סבירות בעליל ובלתי רצויות.

כך למשל, ישנם מקרים שבהם צבא משתלט על ריכוז של אוכלוסייה אזרחית, כדי ללחום בטרוריסטים או בלוחמים חוקיים שמצאו מקלט בתוכו. במהלך אירוע שכזה, יתכן שכדי לסייע לתושבים המצויים במקום, ירצה הצבא – בתיאום עם השלטון המקומי – לאפשר לאספקה הומניטרית להגיע לאזור באמצעות תושבים מקומיים. מפסק הדין עולה, כביכול, כאילו אסור לכאורה לכוח הלוחם לאפשר זאת. תוצאה זו הינה בלתי סבירה ובלתי רצויה.

ואכן, במהלך אירועי הלחימה הנוכחיים, נאלצו כוחות צה"ל, מספר פעמים, להשתלט על ריכוזי אוכלוסייה פלסטינים מהם יצאו מפגעים ובוצעו פיגועי טרור, על מנת להילחם בארגוני ופעילי טרור במקום. בחלק ניכר מאותם המקרים, בוצעו תיאומים בין גורמי הממשל הצבאי לבין גורמי השלטון המקומי הפלסטיני, על מנת ליתן פתרון הומניטארי לבעיות שונות של האוכלוסייה המקומית, באמצעות הכנסתם לשטח של אזרחים שנכנסו למקום מטעם השלטון המקומי – כגון רופאים, משאיות מזון, מתקני תשתיות, ועוד. זאת, על אף שהלחימה באותם מקומות לא נסתיימה ואף היה קיים חשש בכל רגע לחידוש הלחימה. איש מעולם לא טען כי הכנסתם של תושבים אלה לשטח, בהסכמתם, היוותה הפרה של כללי המשפט הבינלאומי, וקביעת הלכה שכזו – העולה לכאורה מפסק דינו של בית המשפט הנכבד – מובילה - לדעתנו - לתוצאה בלתי סבירה ובלתי רצויה.

בהקשר זה נפנה לבג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח (5) 385, בו הכיר בית המשפט הנכבד בכך שבעת לחימה צה"ל מסתייע פעמים רבות בגופי עזר, לרבות אלו שהינם חלק מהאוכלוסייה המקומית, לצורך מתן פתרונות הומניטאריים

לאוכלוסייה, ואיש לא טען במסגרת עתירה זו, כאילו מדובר במעשה בלתי חוקי. ההיפך הוא הנכון, **צה"ל נדרש** לאפשר לגורמים אזרחיים פלסטיניים להכנס לאזור במהלך הלחימה!

דוגמא נוספת לתוצאה בלתי סבירה העלולה להגרם מאימוץ העקרון שקבע בית המשפט הנכבד, מצויה באירוע שהתרחש בכנסיית המולד בבית לחם, עת התבצרו מחבלים פלסטינים בתוך הכנסייה וסירבו להכנע (ראה בג"ץ 3436/02 **הקסטודיה אינטרנציונלה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3)22; ובג"ץ 3451/02 **מוחמד אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3)30).

במהלך אירוע זה, תושבים פלסטינים בעלי מעמד, כגון מושל העיר, שימשו כמתווכים בין הצדדים ואף ניהלו מו"מ במגמה להביא הפרשה לסיומה. כדי למלא שליחות זו, הם נכנסו לאזור בו התקיימה פעילות לחימתית, נורו יריות וסוכנו חיי אדם. גם בעניין זה, היה מדובר במבצע לכידתם של מבוקשים פלסטינים, ושם אף החזיקו מבוקשים אלה באזרחים חפים מפשע כבני ערובה והתבצרו במבנה קדוש. לגורמי צה"ל היה חשוב להעביר את המסר, כי מי מהנמצאים במקום שלא היה מעורב בפעילות טרור נגד מדינת ישראל ואינו מבוקש על ידה בגין כך, יוכל לצאת מהמתחם לדרכו בלא שיאונה לו כל רע, וכן היה חשוב להעביר את המסר שלמבוקשים חמושים הנמצאים במקום שיסגירו עצמם, תינתן האופציה להישפט בישראל או לצאת את הארץ ואת האזור שבשליטת הרשות הפלסטינית. כאמור, מסרים אלה הועברו לנמצאים בכנסייה על ידי תושבים מקומיים ששימשו כמעבירי המסרים, בהסכמתם, ואיש לא סבר כי יש פגם כלשהו בשימוש במתווכים אלה, על אף שמדובר היה בהכנסת אזרחים למקום בו התקיימה פעולה לחימתית.

לפי העקרון שנקבע בפסק הדין, אסור היה לצה"ל, כביכול, להתיר למתווכים אלה להכנס לאזור הלחימה בשום מקרה, אף בהסכמתם המלאה. לטעמנו, תוצאה שכזו הינה בלתי סבירה בעליל.

לסיכום, המדינה טענה כי בית המשפט קבע כאן עקרון נוסף שאינו מעוגן במשפט הבינלאומי, המוביל לתוצאות בלתי סבירות בעליל, ועל כן יש לבטלו.

התייחסות לנימוק השלישי בפסק הדין –

הקובע כי לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, אף במקום בו תושב מקומי מסכים להעברת מסר האזהרה, הסכמתו לאו הסכמה היא:

30. המדינה סבורה כי טעה בית המשפט הנכבד כשקבע שבכל מצב הסכמת התושב המקומי לאו הסכמה היא, ושעקב כך הנוהל אינו חוקי. עמדת המדינה מבוססת על מספר טעמים.
31. ראשית, כאמור בסעיפים 24-28 לעיל, קבלת הסכמת התושב לביצוע מעשה שאיננו מהווה חלק מה"מאמץ המלחמתי", כלל אינה מתחייבת או נדרשת על פי המשפט הבינלאומי. בהתאם, ברור שבכל הקשור להוראות המשפט הבינלאומי, לא קיימת דרישה של קבלת הסכמה חופשית ומרצון, ועל כן אף לו היתה הנחה זו נכונה, לא היה בכך כדי להוביל למסקנה כי הנוהל נוגד את המשפט הבינלאומי.
32. מעבר לכך, אף בהנחה כי אכן נדרשת הסכמה חופשית ומרצון, סבורה המדינה כי טעה בית המשפט כאשר קבע כי **לעולם** לא ניתן לראות בהסכמה של תושב מקומי הניתנת לכוח הכובש, הסכמה "חופשית ומרצון". למעשה, מפסק הדין עלול גם להשתמע, שאף אם התושב המקומי **מבקש** לאפשר לו להעביר אזהרה מוקדמת לשוהים בבית עם המבוקש או למבוקש עצמו, **אסור** לכווחת הצבא להסכים לכך, שכן לא ניתן, כביכול, לראות בבקשתו, בקשה חופשית ומרצון. תוצאות אלה הינן בלתי סבירות.
- כעולה מעיון בנוהל (נספח ב'), נקבעו בו סייגים רבים שנועדו כולם להבטיח – במידת האפשר – כי התושב לא ישלח להעביר האזהרה, אלא בהסכמתו החופשית. כך למשל, הנוהל מחייב פנייה

ושכנוע מילוליים בלבד; נאסר בו במפורש באיסור חמור על שימוש בכוח או אלימות; נאסר באיסור חמור לאיים על התושב; נאסר באיסור חמור על החזקת אנשים כ"בני ערובה"; נקבע במפורש כי אם התושב מסרב להעביר האזהרה, אין בשום פנים לכפות עליו את הסיוע; נדרש אישור דרג בכיר ביותר להפעלת הנוהל; וכיו"ב. תנאים אלה נועדו כולם להבטיח במידת האפשר כי הסכמתו של אותו תושב תהא אמיתית.

בית המשפט הנכבד התעלם מתנאים וסייגים אלה וקבע באופן גורף ביותר כי לעולם לא ניתן לראות בהסכמה הניתנת במצב כזה הסכמה אמיתית. כדברי כב' הנשיא ברק: "לאור חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי, אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעצרו". וכדברי כב' השופטת ביניש: "ניתן לקבוע שאין דרך כשרה לקבלתה של הסכמה כאמור".

בכל הכבוד, המדינה סבורה כי קביעות אלה הינן גורפות והן אף מביאות לתוצאות שאינן סבירות על פניהן.

33. טול לדוגמא את המקרה אותו מביא המשנה לנשיא בהחלטתו, כדוגמא למקרה קיצוני, בו תוצאת פסק הדין הינה כי לא ניתן יהיה לאפשר לאב משפחה להזהיר את בני משפחתו:

"הנה הוא אותו מחבל מסוכן שידידו 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 המתגורר בבית. קודם לכן הלך האב לחנות לקנות מצרכי-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.**" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט חשין).

לעמדת המדינה, הקביעה כי הסכמת האב במקרה זה, וליתר דיוק בקשתו להזהיר את בני משפחתו, הינה הסכמה בלתי אמיתית, שאין דרך כשרה להכיר בה, הינה קביעה בלתי סבירה על פניה. נסיבות הענין מלמדות כי במקרה זה מדובר בהסכמה אמיתית, ואי הכרה באמיתות ההסכמה, עקב פיקציה משפטית, אינה מבוססת והיא אף מובילה לתוצאה קשה במישור האנושי שאינה מתחייבת.

34. ניתן להביא דוגמאות רבות נוספות לעניין זה הממחישות כי בהחלט ישנם מקרים שבהם הסכמה שתנתן על ידי התושב הינה הסכמה אמיתית ומלאה. כך למשל הדבר במקרה שבו מבקש הצבא מהורים המצויים מחוץ לביתם להיכנס לביתם, המוקף על ידי כוחות הצבא עקב חשד להימצאות מבוקש בו, על מנת להוציא ממנו את תינוקם הישן בחדרו. וכי אף במקרה זה יש לקבוע כי הסכמתם של ההורים אינה הסכמה אמיתית? ומה כאשר אדם מתבקש להכנס לביתו או לבית שכנו על מנת להוציא ממנו נכה, קשיש, או חרש שאינו יכול לשמוע כל אזהרה אחרת? היש לקבל הקביעה כי בכל מקרה שכזה **אסור לצבא** לאפשר הכניסה לבית, או לבקש לעשות זאת, אף אם משמעות הדבר הינה למנוע מהורים להוציא מהבית את ילדם הקטן, וכל כיו"ב, ותחת זאת לפרוץ לבית אגב סיכון אותו ילד קטן\קשיש\נכה\חרש הישן בחדרו!?

עמדת המדינה היא על כן, כי אף שאכן קיים חשש ממשי כי במקרים רבים הסכמה הניתנת בתנאים אלה אינה הסכמה "חופשית ומרצון", ישנם עדיין מקרים רבים אחרים בהם נסיבות הענין מלמדות כי ההסכמה הניתנת הינה בהחלט "חופשית ומרצון".

35. לאור האמור, עמדת המדינה הינה, כי לא ניתן לקבוע באופן חד משמעי, כי לעולם כל הסכמה שהיא, אינה בגדר "הסכמה אמיתית".

המדינה סבורה, כי התנאים שקבעה בנוהל, יכולים להבטיח כי ההסכמה שתנתן תהווה הסכמה אמיתית. בכל מקרה, אף אם גישה זו אינה מקובלת על בית המשפט, הרי שניתן לשפר הנוהל בנקודה זו ולקבוע פרמטרים נוספים שיאפשרו בחינת כשרותה של ההסכמה, אך אין לקבוע באופן גורף כי לעולם לא ניתן להתייחס להסכמה כלשהיא בהקשר זה כאל הסכמה אמיתית. כך לדוגמא ניתן לבחון פרמטרים נוספים כגון: מי יזם את הפנייה להעברת האזהרה – הצבא או התושב המקומי? האם ישנו לאותו תושב מקומי אינטרס אישי לסייע בהעברת האזהרה (כגון עקב קירבה משפחתית לשוהים בבית)? כיצד נתבקש הסיוע? מי הדרג הנדרש לאשר בקשה להעברת אזהרה? וכיו"ב. **אך פסילה גורפת של ההסכמה בכל מקרה, מהווה פיקציה משפטית הנראית למדינה כמוטעית.**

משל למה הדבר דומה? לקביעה שיפוטית הקובעת כי הודאה הניתנת על ידי נחקר המצוי בחקירת משטרה או שב"כ הינה תמיד פסולה, משום שככלל מצוי נחקר בלחץ ומשום שבמקרים רבים הודאות נחקרים אינן ניתנות מרצונם החופשי. כידוע, קביעה שכזו אינה ההלכה, ואנו סבורים כי דין דומה צריך לחול על המקרה דנן.

36. לסיכום, אנו סבורים - בכל הכבוד הראוי - כי קביעתו הגורפת של בית המשפט בענין זה הינה מוטעית, ועל כן גם נימוק זה אינו יכול לעמוד כנימוק המבסס את מסקנתו מרחיקת הלכת של בית המשפט, לפיה הנוהל סותר את המשפט הבינלאומי.

37. אשר לטענה כאילו תושב מקומי אינו יכול להסכים להעברת אזהרה שכזו, מכיוון שהדין הבינלאומי אינו מאפשר לתושב מוגן לוותר על זכויותיו (סע' 8 לאמנת ג'נבה הרביעית), תטען המדינה כי הוראה זו כלל אינה רלוונטית לענייננו, שכן כאמור בהרחבה בסעיפים 42-44 להודעת המדינה השניה מיום 6 ביולי 2003 (נספח ד' לעתירה זו), לא קיימת במשפט הבינלאומי כל זכות למוגן, המונעת מהמדינה להציע לו לסייע באזהרת אנשים, במטרה לחסוך פגיעה בחיי אנשים אחרים. בהעדר זכות הנתונה למוגן שלא לשמש כ"מזהיר", אין בנוהל כל פגיעה בזכותו המוקנת של המוגן עליה אין הוא רשאי לוותר.

התייחסות לנימוק הרביעי לפסק הדין –

הקובע כי לא ניתן לדעת מראש אם העברת האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה, ועל כן אין כל דרך להבטיח כי אין מסכנים את חייו של האזרח על ידי עירובו בפעילות המתבקשת, שאין לו כל זיקה אליה והוא נקלע אליה שלא בטובתו:

38. המדינה סבורה - בכל הכבוד הראוי - כי טעה בית המשפט הנכבד בקביעתו לפיה יש לפסול הנוהל אף מהטעם שאין לדעת מראש האם העברת האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה, וכי 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.

עמדת המדינה הינה כי קביעה זו הינה מוטעית ממספר טעמים שיפורטו להלן.

39. ראשית, בהתאם למשפט הבינלאומי, אף אם כרוך סיכון מסוים בהסתייעות באותו אזרח, אין הדבר הופך ההסתייעות לבלתי חוקית. לכך מסכים אף פרופ' בנבנישתי בחוות דעתו, שהובאה מטעם העותרים בבג"צ, ולענין זה אין טוב מלהביא דבריו כלשונם:

"מהמסמכים שצוטטו לעיל עולה כי כל סיכון של מי שאינו לוחם (אזרח, פצוע או שבוי מלחמה) צריך להיות מבוסס על מניעים הקשורים בבטחון החיילים או בבטחון אזרחי האויב, והאמצעים שנקטו להגשמת מטרה זו צריכים להיות מידתיים. סיכון שאינו למטרה ראויה או שאינו מידתי, מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי."

מדברים אלה עולה בבירור, כי סיכון התושב המקומי, כשלעצמו, אין די בו לפסול המעשה. האלמנט הקובע הוא אלמנט המידתיות – היינו שהסיכון העלול להישקף לתושבים המזהירים יהיה שקול לחסכון בחיי אדם של אלה המצויים במבנה אליו הצבא רוצה להיכנס. עמדה זו מקובלת עלינו, ולנושא המידתיות נתייחס בהמשך.

אולם בהקשר דגן ניתן לקבוע, כי לפי כללי המשפט הבינלאומי, סיכון כלשהו, אינו פוסל בהכרח את האפשרות להעזר בתושב המקומי.

40. למרות האמור, הנוהל קובע באופן חד משמעי כי אסור להיעזר בתושב אם מפקד הכוח סבור שעלולה להישקף לו סכנה עקב היענותו לבקשת צה"ל. הנוהל אף מוסיף וקובע כי איסור זה על העזרות בתושב במקרה של חשש לסכנה, יחול אף אם התושב מסכים לפעול בתנאים שכאלה (סע' 3(ב) לנהל).

לענין זה קבע בית המשפט הנכבד, כי "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 העדר סכנה, כאשר הנחה זו לעתים אינה מבוססת" (פסקה 24 לדברי הנשיא ברק).

41. בכל הכבוד, המדינה סבורה כי קביעה זו הינה מוטעית. "הערכת סכנה במהלך מעצר מבוקש", הינה מלאכה מקצועית, המופקדת בידי אנשים שעיסוקם בכך – היינו המפקדים הצבאיים. קביעה גורפת, לפיה בכל מקרה, אין לדעת מראש אם העברתה של האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי, הינה קביעה בלתי מבוססת, שאינה נסמכת על כל תשתית ראייתית.

יתירה מזו, לקביעה שכזו, אם תתקבל, עלולות להיות תוצאות קשות נוספות. כך למשל, לפי כללי המשפט הבינלאומי, אסור לתקוף מטרות צבאיות, אם כתוצאה מכך עלול להגרם נזק אגבי בלתי פרופורציונלי, למטרות אזרחיות. אולם אם הסיכון לגרימת נזק אגבי הוא פרופורציונלי לתועלת הצבאית שהתקיפה מיועדת להשיגה, התקיפה מותרת. הערכת מידת הסיכון לאזרחים נתונה, מטבע הדברים, למפקד הצבאי, המחליט בשאלה זו לפי נסיבות המצב והזמן. בהקשר זה ודאי לא ניתן לקבוע כי לא ניתן אף פעם להעריך מראש את מידת הסכנה הצפויה לאזרחים, בשל כך שמדובר בתנאי לחימה, ודין דומה חל גם על ענייננו.

נמצא, כי מבחינה עיונית, קביעת בית המשפט, לפיה לא ניתן ככלל במצב לחימה להעריך מראש אם מעשה מסוים ייצור סיכון אם לאו, הינה מוטעית.

42. יתירה מזו, המציאות מוכיחה כי הערכת הסיכון שנעשתה על ידי המפקדים, בכל תקופת הפעלת הנהל, הייתה מדויקת ביותר, שכן כפי שכבר ציינו, במהלך השנתיים וחצי האחרונות הסתייעו כוחות צה"ל באזרחים להעברת מסר אזהרה בהתאם להוראות נוהל "אזהרה מוקדמת", במאות רבים רבות של מקרים, ובאף אחד מהמקרים הללו לא נפגע אזרח כלשהו עקב כך.

בנסיבות אלה, כאשר הערכת הסיכון בוצעה במאות רבות של מקרים והוכחה כנכונה, לא היה מקום לקבוע קביעה גורפת, לפיה מפקד צבאי אינו יכול לדעת אף פעם מראש האם העברת האזהרה תהיה כרוכה בסיכון לתושב המקומי אם לאו. בכל הכבוד, מדובר בקביעה מרחיקת לכת, שהמציאות מוכיחה כי היא איננה נכונה.

43. בנוסף, המדינה סבורה כי אין כל בסיס עובדתי לקביעה שקבע כב' הנשיא, לפיה אזרח המתבקש להציל חיי אזרחים חפים מפשע על ידי אזהרתם, ייחשד אגב כך בשיתוף פעולה עם הצבא התופס. קביעה זו לא הוכחה בדרך כלשהי ולא הובאה אינדיקציה כלשהי כי אירוע שכזה אירע בעבר בכל מאות המקרים הרבות בהם הופעל הנהל.

44. לסיכום, המדינה סבורה כי המציאות הוכיחה באופן חד משמעי שהסתייעות באזרחים להעברת מסר אזהרה, בהתאם להוראות הנוהל, לא גרמה להם נזק כלשהו, ובוודאי שאין לפסול הנוהל על בסיס חשש תיאורטי לסיכון כלשהו לחייו של אותו אזרח.

התייחסות לנימוק החמישי בפסק הדין – העדר מידתיות -

במסגרתו נקבע כי בנסיבות המתוארות בנוהל אזהרה מוקדמת, נטילת הסיכון לחייו של התושב תוך פגיעה קשה ברצונו החופשי, איננה מידתית ביחס הולם לתכלית שהנוהל נועד להגשים, שהינה בעיקרה מזעור הפגיעה בחיי התושבים התמימים:

45. המדינה תטען - בכל הכבוד הראוי - כי טעה בית המשפט הנכבד כאשר קבע (מפי כב' השופטת ביניש), שהסתייעות באזרח להעברת מסר אזהרה הינה עשיית שימוש באמצעי בלתי מידתי.

46. לעניין זה, וכאמור בסעיף 23 להחלטתו של הנשיא ברק, המדינה סבורה כי מידתיותו של הנוהל צריכה להיבחן על בסיס איזון בין שני שיקולים נוגדים. מחד, הערך של חיי אותם אנשים שהנוהל נועד למנוע פגיעה בהם, ומנגד, החשש לפגיעה בחייו ובכבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה.

47. איזון זה מראה בבירור, לדעת המדינה, כי הנוהל הינו מידתי ביותר. מחד גיסא, השימוש בנוהל חסך בחיי אדם באופן ברור, ורב הסיכוי כי גם בעתיד ניתן יהיה לחסוך חיי אדם, אם יתאפשר לעשות שימוש בנוהל. זוהי הערכת הדרגים המקצועיים, ולמעשה, גם העותרים וגם בית המשפט, לא חלקו על מסקנה זו. למרבה הצער, משיקול זה התעלם בית המשפט כמעט כליל.

מאידך גיסא, כפי שפורט בהרחבה לעיל, בכל התקופה בה הופעל הנוהל, לא נפגע תושב מקומי כלשהו שהעביר אזהרה לתושבי הבתים.

אשר למידת התועלת שבנוהל, נזכיר שתי דוגמאות בלבד, שהובאו בסעי' 34-33 להודעת המדינה השלישית שהוגשה בתיק זה ביום 27.2.05 (המצ"ב כנספח ה' לעתירה זו), כהמחשה לעניין זה.

48. **מעצר קאווסמה בחברון** - בתאריך 12 באוקטובר 2004, בוצעה פעילות למעצר 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 כבד (D9). רק 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 הלחמיתית 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.

49. **מעצר 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, כרוזו 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.

כאמור, מן העבר האחר לא הביאו העותרים ולו דוגמא אחת לפגיעה שנגרמה לתושב מקומי כלשהו עקב הפעלת הנוהל. בנסיבות אלה, ברור כי מדובר באמצעי מידתי ביותר.

50. בכל מקרה, קביעה גורפת, שלפיה בכל מצב ובכל נסיבות שהן מדובר בצעד לא מידתי, בודאי אינה סבירה על פניה. לעניין זה כבר ציין המשנה לנשיא עצמו, בסעיף 3 להחלטתו, "האם נוכל לומר באופן נחרץ כי היעזרות בתום-לב בשכן היא בלתי מידתית בכל מקרה? בכל נסיבות שהן?"

אכן, למרות קביעה גורפת, זו הצטרף כב' המשנה לנשיא לעמיתיו. אולם לענין המידתיות, קביעתו עומדת בעינה ומלמדת כי בודאי שאין מדובר בנוהל בלתי מידתי בכל מקרה.

51. בהקשר זה יציין, כי העותרים הסתמכו על חוות דעתו של פרופ' בנבנשתי, אשר קבע כי לדעתו הנוהל 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" (פסקה 7 לחוות הדעת).

המדינה בתשובתה השיבה לכל השאלות הללו, ואף בגדר עתירה זו הבהרנו הבהר היטב מדוע חלופות אחרות לא תמיד הן ישימות ומדוע הסיכון למזהירים הוא פחות באופן משמעותי מהסיכון לאזרחים המוחזקים יחד עם המתבצרים בתוך המבנה. כן הבהרנו כי יש הנחיות ברורות לחיילים כיצד להכריע בין החלופה של השימוש בתושבים לבין אמצעי אזהרה אחרים, שכן בהנחיות נקבע במפורש כי בכל מקרה בו ניתן להעביר האזהרה בדרך אפקטיבית אחרת, שתוצאותיה חמורות פחות, יש לעשות כן (סע' 3 (ה) לנוהל – נספח ב' לעתירה זו).

ואכן, כפי שציין כב' המשנה לנשיא, המדינה השיבה לכל השאלות הללו בכתבי בי דין שהגישה, ונתנה תשובות שבהחלט יכולות להניח הדעת, ולו לגבי נסיבות מסוימות.

לפיכך נטען, כי עמדתו של פרופ' בנבנשתי נבעה מאי הכרת הנוהל, ומאי הכרת הנימוקים לכך שהפעלתו הכרחית לעתים. עיון בחוות הדעת מעלה כי הסיבה העיקרית שבגינה סבר פרופ' בנבנשתי כי הנוהל אינו מידתי, נעוצה בסברתו כי תמיד ניתן להפעיל אמצעי של כריזה במקום אמצעי של הסתייעות בתושב מקומי. אלא שכפי שהוסבר לעיל בהרחבה, לעתים, כריזה אינה מועילה, ולעתים, כריזה אינה אפשרית מטעמים בטחוניים. לפיכך, לתמיהה זו ישנה תשובה ברורה, וממילא, פרישת מלוא התמונה, מבהירה כי מדובר בנוהל מידתי לגמרי.

ולא למותר יהיה להזכיר כי פרופ' בנבנשתי עצמו קבע בחוות דעתו כי:

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

קביעה זו, על רקע המוסבר לעיל, מחזקת כמובן את עמדת המדינה.

52. העותרים גם הסתמכו על מאמרו של המלומד רונלד אוטו, בהודעה האחרונה שהגישו. אלא שגם מלומד זה מביע דעתו במאמרו, כי במצב בו האלטרנטיבות העומדות בפני המפקד הינן מחד גיסא, שימוש באזרח להעברת מסר אזהרה אגב סיכנו, ומאידך גיסא, כניסה בכוח לבית ללא מתן אזהרה מוקדמת, מידתי יותר יהיה לבחור בדרך של העברת האזהרה באמצעות האזרח, שכן, כלשונו:

"The risk of a civilian casualties is therefore much higher [in a case the forces enter the surrounded house without any warning] than with the "Early Warning Procedure", even if the absence of the "Early Warner" means that he at least will not be an additional victim. So entry without warning is no less harmful to civilians than the "Early Warning Procedure". (p.784-85)

53. לאור האמור, המדינה תטען כי בית המשפט הנכבד לא איזן נכונה בין שני הערכים המתנגשים, כשקבע כי בנסיבות המתוארות ב"נוהל אזהרה מוקדמת", נטילת הסיכון לחייו של התושב, תוך פגיעה קשה ברצונו החופשי של המתבקש ובכבודו כאדם, איננה מידתית ביחס הולם לתכלית שהנוהל נועד להגשים, שהינה בעיקרה מזעור הפגיעה בחיי התושבים התמימים. לדעת המדינה, ההיפך הוא הנכון. זאת מכיוון שכששמים על כפות המאזנים את רמת הסיכון לתושב המתבקש להעביר מסר אזהרה, בהתאם להוראות הנוהל, לעומת כמות האנשים שסביר להניח שיינצלו בזכות השימוש בנוהל, מידתיות הנוהל וחוקיותו מדברים בעד עצמם.

התייחסות לנימוק הששי המובא בפסק הדין – מפי כב' השופטת ביניש -

שעניינו בכך שלפי קביעת כב' השופטת הנוהל אינו ניתן ליישום הלכה למעשה, דבר שהוכח – לדברי כב' השופטת – מכך שבשטח היו חריגות רבות מהנוהל, וכן שקיים חשש מגלישה במדרון חלקלק:

54. המדינה תטען - בכל הכבוד הראוי - כי טעה בית המשפט הנכבד כשקבע כי המציאות מלמדת שהנוהל אינו ניתן ליישום הלכה למעשה.

55. בהודעות שהוגשו לבית המשפט הנכבד טענו העותרים כי חיילי צה"ל הפרו במקרים רבים את הנוהל. בית המשפט הנכבד ביקש מהמדינה לבדוק טענות אלה, ובהודעות המדינה מיום 27.02.05 ו-22.06.05, נמסרה התייחסות לעשרה המקרים שביחס אליהם עלו טענות אלה. בהודעות נמסר כי כל הטענות נבדקו ובכמה מקרים אף נפתחה חקירת מצ"ח. המדינה הבהירה כי צה"ל רואה בחומרה כל חשד להפרת הנוהל, ומברר באופן מעמיק את המקרים בהם מתעורר חשד כזה. בהודעות נמסר פירוט על מצב החקירות, ובאופן כללי עולה מההודעות, כי בשום מקרה לא הוכחו עד לאותה עת טענות העותרים.

דא עקא, על סמך הדברים הללו קבע בית המשפט כי המציאות מלמדת שהנוהל אינו ניתן ליישום הלכה למעשה.

56. בהתחשב בכך שבמאות רבות של פעמים נעשה שימוש בנוהל, הרי שאף לו היו כל טענות העותרים נכונות, ברור כי לא ניתן ללמוד מעשרה מקרים בהם חרגו חיילים מהנוהל, כי מדובר בנוהל שאינו ניתן ליישום. על אחת כמה וכמה שכך הדבר, כאשר באף אחד מהמקרים לא הוכח בחקירה שטענות העותרים נכונות הן.

בנסיבות אלה נטען כי אין כל יסוד למסקנה כאילו "המציאות" הוכיחה שמדובר בנוהל שאינו ניתן ליישום. למעשה, ההיפך הוא הנכון. הנוהל הופעל מאות פעמים ורק במקרים בודדים נטענו טענות על הפרתו.

57. לכך נוסף, כי חריגות בודדות מנהלים, גם בהנחה שהתרחשו, בודאי אינן מהוות עילה לפסילת הנוהל בכללותו. כך למשל, וכי יעלה על הדעת לפסול כללי הפתיחה באש ולאסור על חיילים לפתוח באש בכל מצב, רק בגלל שהיו מקרים שחיילים ירו בניגוד לכללים הכתובים והמחייבים!?
58. בהקשר זה נשוב ונציין, כי לאור החשיבות אותה רואה הצבא בכלל, והרמטכ"ל בפרט, בשימוש בנוהל, על כלליו וסייגיו, ובהתחשב בסיכון הכרוך בהסתייעות באזרחים בניגוד להוראות הנוהל, **הוצאו הנחיות חד משמעיות, שמטרתן להבטיח כי הנוהל יוטמע בקרב כלל הכוחות הרלבנטיים באיו"ש.**
- ואכן, ביקורת שנערכה בפברואר 2005 העלתה כי הנוהל הופנם והוטמע בכל החטיבות המרחביות באזור יהודה והשומרון, כי הוא נלמד ע"י כל היחידות שכשירותן מאפשרת ביצוע המעצר, הן במסגרת קורס קציני יבשה והן במסגרת אימון לקראת לחימה, וכי הוא מהווה חלק מהוראות הלחימה הנוגעות למעצר.
59. אשר לקביעה כי יש לפסול הנוהל עקב החשש ל"מדרון חלקלק" בהפעלתו, או לחשש כי הנוהל ייושם בדרך של "אחד מקרא ואחד מעשה" (כדברי כב' השופטים חשין וביניש), הרי שהפתרון לחששות שכאלה אינו נעוץ בפסילתו הגורפת של נוהל, העלולה לגרום נזק ממשי, אלא **בהקפדה על יישום הוראות הנוהל, בהתייחסות חמורה לכל הפרה שלו, ובחידוד הוראותיו – אם נדרש הדבר.** אם לדעת בית המשפט אין די באלה, ניתן גם לדרוש החמרת התנאים שנקבעו להפעלתו. אולם אין כל הצדקה עקב חששות אלה, שאינם מבוססים כלל ועיקר על ממצאים עובדתיים מהתקופה הארוכה בה הופעל – לפסילה גורפת של הנוהל.
- חששות דומים קיימים גם ביחס לנהלים אחרים (כגון לגבי הוראות הפתיחה באש), אולם איש לא מעלה על דעתו בשל חששות שכאלה, לפסול הנהלים בכללותם.
60. סיכומו של דבר, המדינה סבורה - בכל הכבוד הראוי - כי טעה בית המשפט הנכבד כשקבע כי "המציאות הוכיחה" שהנוהל אינו ניתן ליישום הלכה למעשה, מהטעם שהועלו טענות בדבר מספר חריגות מהנוהל. מכל מקום, גם לו היו מקרים בודדים בהם בוצעו חריגות מהנוהל, לא ניתן היה ללמוד ממקרים בודדים אלו על הכלל, וודאי שלא ניתן היה לפסול הנוהל בגינם. בודאי שכך הדבר, כאשר טענות העותרים לא הוכחו. למעשה, המציאות הוכיחה את ההיפך הגמור, שכן הנוהל הופעל מאות פעמים, איש לא נפגע מהפעלתו, ולמעט עשרה מקרים, איש גם לא טען כי היו חריגות מהנוהל. עובדות אלה מלמדות על כך שמדובר בנוהל חוקי, ישים וסביר.

סיכום ביניים

61. מכל האמור לעיל עולה כי הנוהל אינו סותר את המשפט הבינלאומי, שכן לא הובא שום כלל מתחום זה, שהנוהל סותרו. יתירה מזו, גם כל אחד ואחד מהנימוקים שבגינם גיבש בית המשפט הנכבד את מסקנתו, אינו מבוסס, בכל הכבוד הראוי. לפיכך נטען כי בפסק הדין נקבעה הלכה מוטעית, המבוססת על נימוקים שגויים. על כן מוצדק לאפשר קיום דיון נוסף בהלכה זו.

העילות לקיום דיון נוסף - כללי

62. כפי שנפרט להלן, החלטת בית המשפט הינה החלטה **חדשה, חשובה וקשה ביותר**, בעלת השלכות רוחב כבדות משקל, המשפיעה באופן ישיר על פעילות צה"ל באזור. להלן נתייחס לכל רכיב ורכיב בנפרד ונוכיח את התקיימותו.
63. בנוסף, ההלכה שנקבעה בפסק הדין עשויה להשליך גם על סיטואציות מורכבות וקשות, המעלות סוגיות משפטיות ואתיות כבדות משקל, שמלכתחילה העתירה כלל לא עסקה בהן, ועלולה היא להוביל בהן לתוצאות בלתי סבירות בעליל, וגם מטעם זה יש מקום לקיום דיון נוסף בפסק הדין. לענין זה די אם נפנה לדוגמאות שהובאו בפסקאות 31, 35 ו-36 לעתירה זו, הממחישות את התוצאות הקשות והבלתי סבירות שעלולות להיות ליישום הלכה זו.
64. לאור כל האמור לעיל, וכפי שיפורט להלן, המדינה סבורה כי המדובר בהלכה חדשה, חשובה וקשה ביותר, שיש צידוק וצורך לקיים בעניינה דיון נוסף, בהרכב מורכב.

ההלכה שנקבעה הינה הלכה חדשה

65. בעתירה זו דן בית המשפט העליון, בפעם הראשונה, בשאלה האם ראוי הצבא להסתייע באורח להעברת מסר אזהרה. המדובר בדיון עקרוני ראשון מסוגו, שלא נדון קודם לכן בישראל.
- יתירה מזו, כב' הנשיא קבע במפורש ברישא לסע' 23 לפסק דינו, כי מדובר בשאלה שגם המשפט הבינלאומי לא נתן לה עד היום תשובה כלשהי.**
66. מכאן עולה, כי חידושה של ההלכה נעוץ לא רק בכך שהשאלה טרם נדונה בישראל, אלא אף בכך שלמיטב ידיעתנו השאלה טרם נדונה אף במדינות אחרות, כמעט שאין התייחסות מפורשת אליה בכתבי מלומדים, והבירור בעניינה נעשה בדרך של אנלוגיה בלבד.
- די בטעם זה, כשלעצמו, להצדקת העתרות לעתירה ולקיום דיון נוסף בפסק הדין.

ההלכה שנקבעה הינה הלכה חשובה

67. ההלכה שנקבעה בפסק הדין, משפיעה רבות על פעילות צה"ל, בפעילות רגישה וקשה המעוררת סכנות לחיי אדם. מדובר בהלכה שפסלה נוהל חשוב ביותר, שנועד למזעור הפגיעה בתושבים מקומיים ובחיילי צה"ל, ועל כן ברור כי מדובר בהלכה חשובה ביותר.
- עוד יודגש, כי על פני הדברים, להחלטה זו עלולות להיות השלכות לא רק על אפשרות חיילי צה"ל להסתייע באזרחים בהתאם לנוהל "אזהרה מוקדמת", אלא על סוגיות רבות נוספות, שהדין בעניינן עשוי להיגזר מהנימוקים שהובאו לפסק דין זה. די אם נפנה בהקשר זה לדוגמאות שהובאו בסע' 31 ו-36 - 35 לעתירה זו.
- די גם בטעם זה, כשלעצמו, להצדקת העתרות לעתירה ולקיום דיון נוסף.

ההלכה שנקבעה הינה הלכה קשה

68. החלטתו של כבוד המשנה לנשיא נפתחת במילים הבאות:

"הסוגיה היא סוגיה קשה. קשה ביותר. וכדי כך קשה היא, עד ששופט יכול שישאל עצמו מה-טעם בחר בייעוץ השפיטה ולא במקצוע אחר לענות בו. אוי לי

מיוצרי ואוי לי מייצרי. כל פיתרון שאבחר בו, יבואו ימים ואתחרט על בחירתי. אכן, אין כלל משפטי ברור שיורנו הדרך, ואנו – בדרכנו נכריע."

69. אף כבוד השופטת ביניש פותחת החלטתה במילים דומות:

"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 שזורה בשיקול הדעת המסור למפקד הצבאי במילוי חובותיו."

70. בהתאם, נראה כי אין כל ספק שההלכה שפסק בית המשפט הנכבד הינה הלכה קשה ביותר, כדרישת החוק.

71. מעבר לכך, קיים קושי נוסף בפסק הדין, הנעוץ בכך שההחלטה שנתקבלה והנימוקים לקבלתה של החלטה זו, מותירים אי בהירות ביחס לקשת מקרים, ומניסוח פסק הדין עלול להשתמע כאילו קיים איסור להסתייע באזרחים אף במקרים רבים אחרים, שלא חודדו או נדונו בעתירה. על פני הדברים, תוצאה שכזו הינה בלתי מוצדקת.

כך למשל, וכמפורט לעיל, החלטה זו עשויה לכאורה להשליך על האפשרות להסתייע בגורמי השלטון המקומי למתן סיוע הומניטארי לאוכלוסייה המקומית בתקופת לחימה; על האפשרות להסתייע בגורמים בעלי מעמד שישמשו כמתווכים בין הצדדים; על מתן אפשרות להורים להוציא ילדיהם מביתם - לבקשתם - ועוד. בכל המקרים הללו, ליישום ההלכה שנקבעה בפסק הדין עלולות להיות תוצאות קשות, ואף מאכן נובע שההלכה שנקבעה הינה קשה ביותר.

72. לאור האמור ולסיכום חלק זה, המדינה תטען, כי ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט, לפיה נוהל "אזהרה מוקדמת" נוגד את המשפט הבינלאומי, הינה בעלת משמעויות מרחיקות לכת על מגוון רחב ביותר של סיטואציות, והינה הלכה קשה ביותר, חדשה וחשובה. כל אחת מהעילות לקיום דיון נוסף מתקיימת אפוא, ומצדיקה קיום דיון נוסף בפסק הדין, ועל אחת כמה וכמה שכך הדבר כאשר כל העילות מתקיימות יחדיו.

73. לפיכך תבקש המדינה מבית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון נוסף בפסק הדין, בהרכב מורחב, ככל שניתן, של שופטים. המדינה תבקש לבטל בדיון הנוסף את פסק הדין שניתן בעתירה המקורית.

74. עתירה זו מוגשת לבקשת שר הביטחון והרמטכ"ל ועל דעתם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה.

היום, ט"ו חשון תשס"ו
17 נובמבר 2005

שי ניצן, עו"ד
המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)