

- בעניין: _____
1. אבו זיד ת.ז. _____
2. אבו אלרוב ת.ז. _____
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע.ר. 580163517
כולם באמצעות ב"כ עו"ד גבי לסקי ו/או עו"ד מיכאל ספרד
ו/או עו"ד לימור וולף גולדשטיין
ו/או עו"ד נרי רמתי ו/או עו"ד טליה רמתי
מרח' בן אביגדור 18, ת.ד. 57092, ת"א 6157002
טל': 03-6243215, פקס: 03-6244387
נייד: 054-4418988, דוא"ל: laskylaw@yahoo.com

העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" או "התקנה") לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחתו של העותר 1. מצ"ב צו ההחרמה וההריסה מיום 31.03.16 ומסומן כנספח 1.

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי שיוורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יינתן סעד הצהרתי לפיו השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על דרך של החרמה והריסה או איטום של בתי חשודים, נאשמים ומורשעים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ו/או אזרחיה, אינו חוקי באשר הוא נוגד את הדין הבינלאומי ההומניטארי, את משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת המשפט הישראלי המינהלי והחוקתי.

ב. מדוע לא ימסרו לעותרים פירוט אודות התכניות לביצוע צו ההחרמה וההריסה (להלן: "הצו") וחוות דעת עובר למימוש הצו, וכן תינתן ארכה כדי לאפשר את בדיקת התכניות ע"י מהנדס מטעם העותרים;

ג. מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר האפקטיביות הנטענת של הריסת בתים כאמצעי הרתעה בטרם יורו על ביצוע ההריסה וכתנאי למימושה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים וצו ארעי

עניינה של עתירה זו בכוונתם של המשיבים להרוס את דירת המגורים של משפחת העותר 1 (להלן: "העותר"). המדובר בדירת מגורים בה מתגורר העותר עם אשתו ושמונה מילדיהם, מתוכם שני קטינים. לנוכח ההריסה שהמשיב 1 (להלן: "המשיב") מתעתד לבצע, קיים חשש ממשי כי ייגרם נזק ממשי ובלתי הפיך לחלקים נוספים במבנה, עד לכדי הפיכתו כולו לבלתי ראוי לשימוש, דבר אשר יפגע גם בדירת מגורים נוספת שבבניין ובבתי העסק שפועלים בו, בינם מסגריה של העותר 2 המהווה עבור משפחתו מקור פרנסה יחיד.

לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן בדחיפות צו ביניים שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע מכל פגיעה בבית משפחת העותר ובבניין, ובכלל זה להורות על השתיית צו ההחרמה וההריסה עד לסיום ההליכים בעתירה. זאת, לאחר שהמשיבים הודיעו כי ביצוע הצו יעוכב רק עד להיום, יום 05.04.16, בשעה 17:00.

על הפרק עומדת הפעלת סמכות בעלת השלכות מרחיקות לכת, כאשר אין מחלוקת כי לעותרים אין כל קשר למעשים בגינם הוצא הצו. בנסיבות העניין מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרים. כך, באם ימומש צו ההריסה ייגרם לעותרים ולמשפחותיהם נזק חמור. בעוד שבני משפחתו של העותר 1 עלולים להפוך לחסרי קורת גג, משפחתו של העותר 2 עלולה לאבד את מקור פרנסתם. מנגד, לא ייגרם נזק ממשי לאינטרס הציבורי בשל עיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה לשם בירור העתירה, והדבר אף ישרת את האינטרס הציבורי הרחב בדבר הגנה על זכויות חוקתיות.

לאור כל זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים המעכב את ביצוע צו ההחרמה וההריסה עד להכרעה בעתירה לגופה. כמו כן, בשל דחיפות הסוגיה, מתבקש בית המשפט ליתן צו ארעי עד להכרעה בבקשה למתן צו ביניים.

בקשה להרחבת הרכב

בית המשפט הנכבד מתבקש לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ולקבוע כי הדיון בעתירה יתקיים בהרכב מורחב של שופטים. הסוגיה העקרונית בגינה מתבקשת הרחבת ההרכב היא שאלת היותו של השימוש בתקנה 119 נוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. כפי שיפורט להלן בעת האחרונה הביעו שבעה משופטי בית המשפט הנכבד את דעתם כי השימוש בתקנה 119 מעורר קשיים משמעותיים וחלקם אף הוסיפו כי לראייתם יש מקום לקיים עיון מחודש בהלכה בהרכב מורחב. חלק מהשופטים אף ציינו כי להבנתם שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 לא זכתה לליבון מספק בפסקי הדין הרבים שעסקו בה. לנוכח התבטאויות אלה והעובדה שבחלק נכבד של התיקים היתה דעת מיעוט הנוגעת לשאלות הרלוואנטיות, העותרים סבורים כי בשלה העת לקיים דיון בשאלות העקרוניות המשפטיות העולות מהמדיניות הנוכחית וזאת בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, הכל כמפורט להלן:

1. ביסוד עתירה זו עומדת השאלה של חוקיות השימוש בתקנה 119, על דרך של החרמה והריסה או איטום של בתי משפחותיהם של מי שחשודים, נאשמים או מורשעים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ו/או אזרחיה, ובעיקר היחס בין הסמכות שקבועה בתקנה והאיסור הקבוע במשפט ההומניטארי הבינלאומי, במשפט זכויות האדם ובמשפט הישראלי על ענישה קולקטיבית ועל הריסת רכוש של אזרחים מוגנים. לא ניתן להכריע בעתירת העותרים מבלי להידרש לשאלות אלו.
2. לאחרונה נפל דבר בבית משפט נכבד זה. הולכים ומתעצמים הקולות בקרב שופטי בית המשפט אשר מביעים הסתייגות מההלכה אשר נהגה עד כה בעניין הסמכות על פי התקנה ואף מציינים מפורשות כי אם תישמע דעתם, יש להידרש לסוגיות העקרוניות בפני הרכב מורחב.
3. ביום 23.03.16 ניתן פסק דינו של בית המשפט בבג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן: "עניין מסודי"). העותרים יפנו לקביעותיו של כב' השופט פוגלמן ולציוטטים המובאים על ידו מפי שופטים נוספים לגבי הצורך לשוב ולהידרש לסוגיות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכח תקנה 119:

"בעניין סידר (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר)) הבעתי דעתי כי "אלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי

הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית”...

בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה, הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי (פסקה 6 לחוות דעתי). מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 2-1 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...] יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...] אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה")...

על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, בפרט מאז עניין סידר,

התחזקתי בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבדות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. **להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במושב תלתא.**” (ההדגשה אינה במקור – ג.ל.).

וכבוד השופט מזוז קבע בסעיף 5 :

”נוכח עמדתי כאמור אין בידי להצטרף לעמדת חבריי בדבר דחיית העתירה. עם זאת, **אני שותף כמובן לקריאתו של חברי השופט פוגלמן לעיון מחדש, בהרכב מורחב, בסוגיות הנוגעות להפעלת תקנה 119 (פסקה 3 לחוות דעתו).**”

4. יום לאחר מכן, ביום 24.03.16 ניתן פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג”ץ 1938/16 **אבו אלרוב נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית** ובו התייחס גם כב’ השופט ג’ובראן לחוקיות השימוש בתקנה 119 :

”אודה ולא אכחד, כי **דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119** לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה והריסה לבתייהם של מחבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור...”

השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה...

סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג”ץ 1630/16 זכריא נ’ מפקד כוחות צה”ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, **קרא השופט ע’ פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב.** לקריאה זו הצטרף שם השופט מ’ מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה מהטעמים המובאים בפסקה 2 לעיל.”

וכבוד השופטת ברק-ארז קבעה בסעיף 3 :

"מאחר שעמדתו של בית המשפט בסוגיה נבחנה מחדש אך לאחרונה אני רואה עצמי כבולה לה בעת הזו. אולם, כפי שכבר ציינתי, ראוי ש"בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור" (שם, בפסקה 2 לחוות דעתי). למעשה, אף חברי המשנה לנשיאה סבור כן."

5. שבוע לאחר מכן ניתן פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 31.03.16) (להלן: "עניין מרעי") במסגרתו התקבלה העתירה לביטול צו ההחרמה וההריסה שהוצא על-ידי המשיב ברב דעות של כב' השופט מזוז וכבוד השופטת ברון כנגד דעתה החולקת של כב' הנשיאה נאור. כב' השופט מזוז ציין בהערת הקדמה:

"בעתירתם בכתב ובטיעוני בא כוחם בעל-פה לפנינו העלו העותרים, לצד טענות קונקרטיות, גם טענות עקרוניות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם. טענות אלה הוצגו ונדחו תמציתית על ידי חברתי הנשיאה, בעיקר בנימוק שטענות אלה כבר נדונו ונדחו לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, לרבות בפסקי דין מהעת האחרונה (פסקאות 7-9). דעתי אינה כדעתה של חברתי הנשיאה בכמה סוגיות עקרוניות-כלליות הנוגעות להפעלת תקנה 119, אך אין בכוונתי להיזקק לכך במסגרת עתירה זו. את עמדתי והשגותיי בסוגיות אלה הצגתי במספר הזדמנויות בעת האחרונה, ואיני רואה צורך לחזור על הדברים או להרחיב בהם במקרה הנדון."

וכב' השופטת ברון קבעה בפסקה 1 לחוות דעתה:

"ואולם כשהטרור גובר, דווקא אז גוברת גם החובה המוטלת עלינו כחברה לבחון את כשרות האמצעים שבהם אנו משתמשים לשם לוחמה בטרור. וככל שמדובר באמצעי של החרמה, אטימה או הריסת בתים (להלן בקצרה: הריסת בתים) של אנשים חפים מפשע לכאורה, דומה כי אין חולק שהשאלות הן נוקבות."

"כפי שציינה חברתי, הנשיאה מ' נאור, נקודת המוצא לדיון בענייננו היא שלמפקד הצבאי נתונה הסמכות מכוח תקנה 119

לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 להורות על החרמה, אטימה או הריסת ביתו של אדם המואשם או חשוד בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. זו ההלכה הנוהגת בבית המשפט העליון זה מכבר, וכל עוד היא לא שונתה ברי כי יש לנהוג לפיה; מה גם שלא מזמן אף נדחתה בקשה לדיון נוסף בנושא (ראו: דיון נוסף המוקד להגנת הפרט, וההפניות שם; וראו גם: דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (31.3.2016)). **עם זאת יצוין כי בשורה של פסקי דין, חלקם מהעת האחרונה ממש, נשמעה הדעה שלפיה הלכה זו צריכה לעמוד למבחן מחודש – בהרכב מורחב של שופטי בג"ץ.**"

6. ואך בתחילת שבוע זה, ביום 3.4.16 התקבלו פה אחד, 3 עתירות נוספות אשר נדונו בפני כבוד השופט חיות, כבוד השופט פוגלמן וכבוד השופט זילברטל בבג"ץ 1136/16 **פיראס מוסטפה אטרש ואח' נ' כוחות צה"ל בגדה המערבית**, בג"ץ 1337/16 **סלאח מחמד עליאן אבו כף ואח' נ' כוחות צה"ל בגדה המערבית** ובג"ץ 1777/16 **חנאן טוויל ואח' נ' כוחות צה"ל בגדה המערבית**. כב' השופטת חיות קבעה בסעיף 8:

"אכן, מספר שופטים בבית משפט זה הביעו הסתייגות מהשימוש בתקנה 119 לצורך הוצאת צווי החרמה והריסה או אטימה, ובעתירה הציבורית ציינתי אף אני כי "ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה" (שם, פסקה 1 לחוות דעת). אך כמוני ראו עצמם גם יתר השופטים המסתייגים, ברובם המכריע, מחויבים לילך בתלם ההלכה שנפסקה זה מקרוב ולפיה אושר השימוש בתקנה 119, כל עוד לא שונתה ההלכה. וכפי שהודגש בצדק, שינוי כזה צריך שיעשה בהרכב מורחב ולא במותב תלתא."

וכב' השופט פוגלמן קבע בפסקה 1:

"ההלכה הפסוקה מן העת האחרונה השיבה לטענות הכלליות נגד הפעלת הסמכות האמורה (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)). ואף שסברתי ואני מוסיף לסבור כי ראוי לעיין בה מחדש בהרכב מורחב – עמדתי, שעליה חזרתי לאחרונה, היא כי משזו ההלכה, ומשבית משפט זה חזר עליה לאחרונה במותבים שונים, אין מנוס מהכרעה בדל"ת אמותיה כל עוד לא שונתה."

7. בעתירות אלו עובר לפסק הדין שהתקבל בענייני, הוגשה בקשה להרחבת הרכב ולקביעת מועדים להשלמת טיעון מטעם הצדדים בסוגיה העקרונית של חוקיות השימוש בתקנה 119. בקשה זו נדחתה ביום 29.03.16 וזאת מאחר שהדיון בעתירות אלו הסתיים.
8. כמו-כן, יצוין כי על פסק הדין בעניין מסודי הוגשה בקשה לדיון נוסף אשר נדחתה על-ידי כב' הנשיאה נאור בקובעה כי: "אין זה המקרה המתאים לשקול אם לפתוח לבחינה מחודשת, לפני הרכב מורחב של בית משפט זה, סוגיות עקרוניות הנוגעות לסמכות הפעלת תקנה 119."
9. בעניין מרעי ציינה כב' הנשיאה נאור בסיום חוות דעתה כי "אנו בית משפט ולא בית שופטים". כעת עומדים שבעה מתוך 15 שופטי בית המשפט העליון ומביעים הסתייגויות מפורשות מהמשך ההלכה בעניין השימוש בתקנה 119. השופטים פוגלמן, מזוז וגויבראן קבעו בחוות דעתם כפי שפורטו לעיל כי הם מתנגדים להריסת בתים וביקשו לקיים דיון נוסף בסוגיה העקרונית. השופטים זילברטל, וברק-ארז אישרו את השימוש בתקנה תוך שהם מביעים הסתייגות ומציינים כי יש מקום לבחון את עמדת בית המשפט בסוגיה זו מחדש. השופטת ברון קיבלה אף היא עתירה בעניין זה תוך ציון כי יש מקום לבחון את "כשרות האמצעים" ואף השופטת חיות הצטרפה לקריאה לפיה "ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה".
10. אין עוד מדובר בקולות בודדים, אלא בכמחצית משופטי הבית. לפיכך לא רק שבשלה העת לדיון בשאלות המשפטיות העקרוניות המשפטיות של חוקיות הפעלת תקנה 119, וזאת בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, אלא הדבר אף מתחייב.
11. יצוין כי בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ. שר הביטחון דחה בית משפט נכבד זה בקשה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב בעתירה ציבורית כנגד הריסת בתים בג"ץ 8091/14 בהתייחסו לעובדה כי שם לא היה מבקש קונקרטי ותוך ציון כי "... מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי עתירה זו במועד שבו הוגשה לא הייתה האכסניה המיטבית לטענותיהם של המבקשים ...".
12. שלא כמו שם, העתירה דן מוגשת בשמם של עותרים קונקרטיים. הסוגיות המשפטיות כפי שיפורטו להלן נוגעות ללב לבה של הטענה העקרונית בדבר אי החוקיות בהפעלת תקנה 119; כל זאת, בשילוב עם ההתפתחויות שחלו בפסיקה בימים אלו ממש והתגברות קולות השופטים שדעתם אינה נוחה מהשימוש בתקנה 119 והמבקשים לפתוח את הדיון בנושא בהרכב מורחב – מחייב עיון מחדש בהלכה במסגרת העתירה דן וקיום הדיון בה בפני הרכב מורחב.

13. עוד יצוין כי שתי בקשות לדיון נוסף בעתירות הנוגעות לענייננו נדחו מן הטעם כי לא נערך במסגרת העתירות דיון נרחב בטענות המשפטיות הקשורות. בדג"ץ 2626/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, דחתה כב' הנשיאה נאור את הבקשה לדיון נוסף, בין היתר בקבעו כי:

"יתר על כן, עיון בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף מעלה כי לא נערך בו דיון מפורט ומעמיק בשאלות המשפטיות הקשורות להפעלת תקנה 119, וממילא אין בו הלכה גלויה ומפורשת (ראו והשוו: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הביטחון, [פורסם בבנו] פסקה 4 (12.11.2015)). אכן, שניים מתוך שלושת שופטי ההרכב העירו כי לדעתם יש מקום לדיון מחדש בסוגיה בהרכב מורחב. אולם הערות אלה כשלעצמן אינן מגבשות עילה לדיון נוסף."

14. בנוסף, בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, נדחתה הבקשה לדיון חוזר מן הטעם כי:

"לאחר עיון בחומר שצרפו המבקשים לבקשתם ובספרות שאליה הפנו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. בפסק־הדין מושא הבקשה לא מצא בית־המשפט לנכון לדון מחדש בהלכה בדבר הריסת בתים, בשים לב לכך שהיא אושרה בסמוך לפני כן בשני פסקי־דין (עניין עואודה ועניין קואסמה). טענתם המרכזית של המבקשים היא כי יש מקום לקיים דיון נוסף מאחר שטענותיהם העיקריות לא נדונו לעומק בפסק־הדין. דא עקא, דיון נוסף אינו מהווה מסגרת מתאימה לפריסתן של טענות מסוג זה. הליך זה נועד לדיון נוסף בקביעות מפורשות ומפורטות של בית־המשפט ולא לשאלות שבהן בית־המשפט לא דן (ראו והשוו: דנ"א 8184/13 דבאח נ' מדינת ישראל, פסי' 22 (8.5.2014); דנ"א 1075/14 קרן היסוד המגבית המאוחדת לארץ ישראל נ' קרן קיימת לישראל באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פסי' 15 (15.7.2014); דנ"א 4439/10 הרן נ' הקדש קרן המנוח גבריאלוביץ ז"ל, פסי' 9 (15.9.2010) ורבים אחרים). ההליך של דיון נוסף לא נועד לדיון מחדש במה שלא נדון בפסק־הדין."

15. מכאן, כי דיון מחדש בשאלות העקרוניות המועלות בעתירה אינו יכול להיעשות כראוי אלא על ידי הרכב מורחב שידון בעתירה.

16. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הבקשה ולקבוע כי העתירה תידון בפני הרכב מורחב של שופטים.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא:

1. עניינה של עתירה זו בכוונת המשיב להרוס דירה שלמה בת שלושה חדרים המצויה בקומה השנייה במבנה בן שתי קומות הממוקם בכפר קבאטיה שבמחוז סלפית (להלן: **"דירת המגורים"** ו-"**המבנה"**, בהתאמה).

2. העותר 1 הוא מר _____ אבו זיד המתגורר יחד עם אשתו ושמונה מילדיהם, בינם שני קטינים בדירה אותה בכוונת המשיב להרוס. העותר הוא אביו של בלאל אבו זיד, ת.ז. _____, (להלן: **"בלאל"**) המואשם כי היה שותף לפיגוע ירי ודקירה מיום 03.02.16 במהלכו נהרגה שוטרת משמר הגבול הדר כהן ז"ל ונפצעה שוטר נוספת.

על פי כתב האישום כנגד בלאל אבו זיד, מדובר בפיגוע אשר בוצע על-ידי שלושה אחרים, הם _____ אלרוב, _____ זכארנה ו _____ כמיל. בעקבות זאת ניתנו שלושה צווי הריסה כנגד בתי משפחותיהם של השלושה, והעתירות שהוגשו כנגד צוויים אלו בבג"צ 1938/16 **אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, 1999/16 **נצאר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** ובג"צ 2002/16 **כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** נדונו במאוחד ונדחו בפסק דין מיום 24.03.16.

3. העותר 2 הוא מר _____ אלרוב המפעיל בקומת הקרקע של המבנה מזה כ-18 שנים מסגריה לייצור דלתות וחלונות אלומיניום בה הוא עובד כיום עם שני ילדיו בני ה-13 ו-15, כאשר העסק מהווה מקור פרנסה יחידי למשפחה.

4. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט, היא עמותת הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

5. בקליפת אגוז, העותרים יטענו כי ההחלטה להחרים ולהרוס את דירת המגורים היא פסולה, מהטעמים הבאים:

א. הריסת בתים הנה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, נוגדת את הדין הבינלאומי ההומניטארי, את משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת המשפט הישראלי המינהלי והחוקתי;

ב. לעותרים אין כל קשר למעשים המיוחסים לבלאל, כאשר אין חולק כי לא הוא ביצע את הפיגוע המדובר. בכל מקרה אין כל הצדקה לפגוע בעותרים ובבני משפחותיהם ובשאר דיירי הבניין על ידי חרמת דירת המגורים והריסתה;

- ג. הריסת דירת המגורים אינה מידתית לנוכח פגיעתה הרחבה בחפים מפשע, ובכלל זה בני המשפחה המתגוררים בדירה הסמוכה ובעלי חנויות אשר שוכרים את הקומה התחתונה שבבניין ;
- ד. הריסת הדירה אינה מידתית לנוכח הפגיעה שעלולה להיגרם לחלקים אחרים במבנה ;
- ה. הריסת הדירה אינה מידתית בשל העונש הכבד שצפוי להיגזר על בלאל במידה ויורשע במיוחס לו לאחר הליך שיפוטי שטרם הסתיים, ושיש בו כדי להוות אמצעי הרתעה מספק.
- ו. קיים ספק ממשי באם הריסת הדירה, אכן תביא להרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים.

עיקר העובדות הצריכות לעניין:

6. דירת המגורים מצויה בבניין בן שתי קומות אשר היה כולו בבעלותו של המנוח מר אדיב אבו זיד. כיום הבעלות על הבניין נחלקת בין העותר ועשרת אחיו. חלק מהבניין משמש את בני המשפחה למגורים וחלקו מושכר לבעלי חנויות.
7. בקומה העליונה מצויות שתי דירות מגורים. בדירה המיועדת להחרמה והריסה מתגורר העותר עם אשתו ושמונה מילדיהם, מתוכם שני קטינים בני כ-14 ו-17 שנים. בדירה הסמוכה מתגורר אחי העותר, אבו זיד, יחד עם אשתו ועם אמו _____ אבו זיד בת ה-75.
8. בקומת הקרקע מצויים שלושה בתי עסק. אחד מהם הוא מסגריה לייצור דלתות וחלונות אלומיניום אותה מפעיל העותר 2 מזה כ-18 שנים ובה הוא עובד כיום עם שני ילדיו בני ה-13 ו-15. העסק מהווה מקור פרנסה יחידי עבור המשפחה, כך שפגיעה בבניין עלולה לפגוע קשות בפרנסת המשפחה. בתי העסק הנוספים הפועלים בקומה הם מספרה ומכולת אשר אף הם מהווים מקור פרנסה חשוב שעלול להיפגע קשות מביצוע ההריסה. בנוסף נמצא בקומה מחסן המשמש את _____ אבו זיד.
9. צמוד ממש לבניין קיים בניין מגורים נוסף, שלו קיר משותף עם הדירה המיועדת להריסה. בבניין הצמוד ארבע דירות המאוכלסות על ידי ארבע משפחות, אשר אף הן עלולות להיפגע אם ההריסה תתבצע.
10. ביום ששי, יום 25.03.16, הגיעו כוחות צבא אל בית משפחתו של העותר ומסרו הודעה בדבר כוונה להחרים ולהרוס את הדירה בה התגורר בלאל (להלן: "ההודעה"), וזאת מכח תקנה 119. לפי ההודעה, צעד זה ננקט הואיל והנדון לקח חלק בהוצאתו אל הפועל של פיגוע ירי ודקירה ביום 03.02.16 במהלכו נהרגה הדר כהן ונפצעה לוחמת נוספת.
- מצ"ב הודעת המשיב מיום 25.03.16 על נספחיה ומסומנת כנספח 2.**

11. במועד שנקבע הגישו העותרים באמצעות הח"מ השגה בהולה כנגד כוונת המשיב ליתן צו החרמה והריסה, בה טענו כי החלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירות המגורים היא פסולה ופגומה בהתחשב במכלול השיקולים המפורטים לעיל. כמו כן ביקשה הח"מ כי טרם מתן החלטה בהשגה יימסר לה מלוא החומר שביסוד ההודעה, ובכלל זה חומר החקירה בעניינו של בלאל, חוות הדעת ההנדסית ו/או פירוט אודות תכנית ההריסה וכי תינתן שהות לקבלת חוות דעת הנדסית מטעם העותרים, על-מנת שיתאפשר להם למצות את זכות הטיעון טרם מתן החלטה סופית.

מצ"ב השגת העותרים מיום 29.03.16 ומסומנת כנספח 3.

12. כעבור יומיים, ביום 31.03.16, נתקבל מכתבו של סרן יואב רותם, קצין ייעוץ תחום תפר ותשתית בלשכת המשיב 2, וכן צו החרמה והריסה לדירת המגורים. למכתב צורף כתב האישום שהוגש כנגד בלאל לבית המשפט הצבאי שומרון וכן מספר הודעות משטרטיות של בלאל ושל אדם נוסף אשר על פי האמור בכתב האישום נגד בלאל הסיע את מבצעי הפיגוע לישראל. כן נמסר במכתב כי דירת המגורים מתוכננת להיחרס באמצעים כלים הנדסיים מכאניים, שיטה אשר לשיטת המשיב לא צפויה לפגוע "במי שאינם מעורבים או צדדים שלישיים". עוד נמסר כי מימוש הצו לא יחל עובר ליום 1 05.04.16 בשעה 17:00.

מצ"ב מכתבו של סרן רותם בדבר דחיית ההשגה על נספחיה, ומסומנת כנספח 4.

13. ביום 04.04.16 נתקבל אצל ב"כ העותרים חוות דעת מהנדס של מר נאסר אבו ליל. עפ"י האמור בחוות הדעת, למבנה נשוא העתירה ולבניין הצמוד יש קונזולה משותפת. מחוות הדעת עולה כי שימוש בכלים כבדים להריסה הוא מסוכן לבנייה משותפת באופן כללי, אך זאת ביתר שאת במקרים כגון דא, כאשר מדובר בקונזולה. המסקנה הברורה שעולה מחוות הדעת היא כי אין שום ספק שהריסת דירת העותר בכלים הנדסיים מכאניים תגרום לנזק רציני לחנויות שבקומת הקרקע, תפגע בדירות אחרות, כולל בבניין הצמוד, מהווה סיכון של ממש לבניין הצמוד, ואף עלולה לגרום נזק לתשתיות המבנה. לפיכך, וכפי שניתן להתרשם גם מהתמונות המצורפות לחוות הדעת, טענת המשיבים כאילו הריסת הדירה כמתוכנן לא תפגע ב"מי שאינם מעורבים" הנה מופרכת ומשוללת יסוד.

מצ"ב חוות דעת המהנדס ומסומנת כנספח 5.

14. בנסיבות אלו, לנוכח החלטה הבלתי סבירה והבלתי מידתית בדבר הריסת הדירה, השלכותיה הרוות הגורל והנזקים הצפויים להיגרם להם ולבני משפחתם, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בעתירה זו.

הטיעון המשפטי:

15. במסגרת הטיעון העקרוני יטענו העותרים כי השימוש בתקנה 119 אינו חוקי באשר הוא נוגד את הדין הבינלאומי ההומניטארי, את משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת המשפט הישראלי המנהלי והחוקתי.

16. בטיעון הפרטני יטענו העותרים כי דין הצו שהוצא כנגד דירת העותר להתבטל לאור הפגמים שנפלו בו ומן הטעם כי ההחלטה בדבר הריסת הדירה היא בלתי סבירה ובלתי מידתית בנסיבות העניין, וזאת בשל העובדה כי לעותרים אין כל חלק במעשים שבגינם הוצא הצו, ולנוכח הפגיעה הקיצונית בזכויות יסוד של העותרים ושל תושבים תמים נוספים.

הטיעון העקרוני:

א. מבוא

17. הפרקטיקה של הריסת בתיהם של מבצעי פיגועים, בהתבסס על תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) מתקיימת מזה חמישה עשורים. בעבר השימוש בסנקציה קיצונית זו ידע עליות ומורדות, כפי שיפורט בהרחבה להלן, כך שתקופות מסוימות התאפיינו בשימוש אינטנסיבי בכלי זה, לעומת תקופות אחרות בהן השימוש בו הלך ופחת ואף הוקפא לחלוטין.

18. בימים אלה, בהם אנו נמצאים, למרבה הצער, בעיצומו של גל נוסף של אלימות ופיגועים בירושלים ובשטחי הגדה המערבית, הפך השימוש בתקנה 119 שוב לכלי מרכזי בידי המשיב. בזמן שחלף מקיץ 2014 - המועד בו חזרו שוב לפתחו של בית משפט זה עתירות כנגד צווי הריסה לראשונה מזה מספר שנים - הוצאו עשרות צווי הריסה נוספים. ביום 12.11.15 נדרש בית משפט זה בפעם האחרונה באופן מפורש לסוגיות העקרוניות הנוגעות לחוקיות השימוש בתקנה 119 לנוכח הוראות המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי המינהלי והחוקתי – וזאת במסגרת ההחלטה בה נדחתה הבקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון** (12.11.15)).

19. בתקופה הקצרה יחסית שחלפה ממועד זה נדונו בפני בית משפט זה עשרות עתירות נוספות. בעתירות אלה נדרש בית המשפט לדון בצווי הריסה והחרמה, בעוד הבקורת השיפוטית של בית המשפט הנכבד מתמקדת אך ורק בסוגיות הקונקרטיות ובנסיבות הספציפיות של המקרה שהובא בפניה, ללא בחינה מחודשת של השאלות המשפטיות העקרוניות. כפי שיפורט להלן, רובם המכריע של שופטי בית המשפט ראו עצמם כבולים לפסיקה הנוהגת, בנימוק כי הלכה זו נקבעה אך לאחרונה ועל כן אין לסטות ממנה, ובשל החשש מהפיכת "בית המשפט" ל"בית שופטים". גם בימים אלה עתירות נוספות עודן תלויות ועומדות וממתינות להכרעת בית המשפט.

20. התוצאה הישירה של שימוש מוגבר בפרקטיקה של הריסת בתי מפגעים מחד, וריסון והליכה בתלם ההלכה הקיימת מצד שופטי בית משפט נכבד זה מנגד, הינה עשרות בתים של בני משפחות של מבצעי פיגועים אשר נאטמו, נהרסו והוחרמו, חרף העובדה כי לא הוכח כל קשר או מעורבות של בני המשפחה, המתגוררים בבית, במעשי הטרור.
21. לאחר עשרות העתירות בהן נדרש שוב ושוב בית המשפט לאשר את צווי ההריסה כנגד בני משפחה חפים מפשע שבו ועלו לאחרונה מקרב שופטי בית משפט נכבד זה הקריאות לשוב ולהידרש לסוגיות המשפטיות כבדות המשקל, הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119.
22. על כך יש להוסיף כי מלכתחילה עוררה פסיקת בית משפט נכבד זה קשיים רבים ועמדה בסתירה מוחלטת לעמדתם של רוב המומחים, ישראלים וזרים, הסבורים כי תקנה 119 סותרת שורה של הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי ובראשם האיסור על ענישה קולקטיבית המעוגן בסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה) וכן האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת המוגן בסעיף 53 לאמנת ג'נבה, כפי שיפורט בהרחבה להלן.
23. לאור מכלול נסיבות אלו נראה כי הגיעה העת לשוב ולהידרש לבחינת חוקיות השימוש בתקנה 119 חרף הזמן הקצר יחסית שחלף מהמועד בו הובא נושא עקרוני זה לאחרונה לפתחו של בית משפט זה.
24. להלן תוצג סקירה של ההתפתחויות שחלו לאורך השנים במדיניות השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לצורך איטום, הריסה והחרמה של בתי מעורבים בפעילות חבלנית ובפסיקת בית משפט נכבד זה בנושא, וכן טיעון משפטי מפורט, כפי שהובאו לראשונה במסגרת בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (31.12.14), בתוספת עדכונים אודות ההתפתחויות שחלו לאחר הגשת עתירה זו.

ב. תקנה 119

25. את תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: "**תקנות ההגנה**") התקין ממלא מקום הנציב העליון הבריטי, מכוח סעיף 6 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1937. התקנות העניקו סמכויות מרחיקות לכת ואף דרקוניות לרשויות השלטון המנדטורי. אלה כללו, בין היתר, סמכויות חיפוש ומעצרים נרחבות; פיקוח הדוק על פרסום ספרים ועיתונים וסמכות רחבה למנוע פרסום כליל; התרת מעצר מינהלי ללא משפט וללא הגבלת זמן; כינון מערכת בתי-משפט צבאיים המוסמכת לשפוט אזרחים ללא זכות ערעור; סגירת שטחים; גירוש; הטלת עוצר וגם הריסת בתים.

26. תקנה 119(1) לתקנות ההגנה היא התקנה שלכאורה מסמיכה את המפקד הצבאי לבצע איטום או הריסה של בתים כצעד עונשי והרתעתי. משנות השבעים מעגנת מדינת ישראל בתקנה זו את מדיניותה בנוגע להריסות בתים של חשודים בטרור.

27. לשונה של תקנה 119(1), כראוי לתקנה שהותקנה על ידי המנדט הבריטי על שטחי הקולוניה בהם שלט, היא לשונו של הכובש. שפתה של התקנה היא שפתו של השולט על אוכלוסייה נטולת זכויות, אשר דיכוי וביצור השליטה עליה נעשים בכוח הזרוע ועם מעט מאוד מגבלות וריסון. שלא כמו ענישה פלילית הקבועה בדין פלילי, תקנה 119 אינה דורשת הליך הוכחות פלילי והרשעה. הסנקציה אינה מופנית בהכרח כלפי החשודים במעורבות בהפרת הביטחון ויכולה להתבצע כנגד שכניהם או תושבי היישוב בו התגוררו.

28. תקנה 119 הותקנה ארבע שנים לפני שאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית"), נחתמה ועיגנה את עקרונות דיני הכיבוש הבינלאומיים, ביניהם האיסור המקודש והמוחלט על ענישה קולקטיבית והאיסור המפורש על פגיעה ברכוש האוכלוסייה המוגנת. איסורים אלו נחתמו עוד לפני כן, בתקנות האג. על איסורים אלו והיותה של התקנה הפרה ברורה שלהם, נעמוד בהמשך.

29. ראשית נביא את סעיף תקנה 119(1) כלשונו (ההדגשות שלנו):

מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השכונים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הביטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל

טובות הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקנין בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה.

30. ביום 7 ביוני 1967, עם כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה, פרסם המפקד הצבאי את "המנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (מנשר מס' 2)". סעיף מספר 2 למנשר קובע: "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור".

31. באופן זה שימר המפקד הצבאי את המצב המשפטי שהיה קיים, לתפישתו, בשטחים אלו, טרם הכיבוש הישראלי. שימור זה כלל גם את השארתן בתוקף של תקנות ההגנה ובהן את תקנה 119 שלעיל. השגות לגבי תכולתן של תקנות ההגנה, מתוקף המנשר, הועלו פעמים רבות בפני בית המשפט הנכבד ונדחו. בהשגה אחת נטען, שרשויות השלטון הבריטיות ביטלו את תקנות ההגנה. הטענה הייתה שעם סיום המנדט, בתאריך 29 באפריל 1948, חוקקה בריטניה את Palestine Act 1948, שמבטל את כל החקיקה הבריטית בתחום המנדט. על-פי הטענה השנייה, תקנות ההגנה בוטלו על-ידי החוקה הירדנית משנת 1952. כפי שצוין לעיל, דחה בית המשפט העליון את ההשגות הללו וקבע, כי התקנות חלות על הגדה המערבית ורצועת עזה. (ראו: Kretzmer, THE OCCUPATION OF JUSTICE (CUNY Press, 2002), pp. 121-124 וכן בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1), 464).

32. אם-כן, בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד, מהבחינה הפוזיטיביסטית תקנה 119(1) היא חלק ממשפט הגדה, ואיננו מתכוונים לפתוח עניין זה במסגרת עתירה זו. ענייננו בשאלה המהותית – האם תקנה 119 לא בוטלה בשל עקרונות ואיסורים מחייבים, בעלי מעמד נורמטיבי גבוה יותר. אך בטרם נעשה זאת נעבור לסקירה של מדיניות השימוש בתקנה לאורך השנים.

מדיניות השימוש בתקנה 119 עד שנת 2004:

33. מאז 1967 נוקטת ישראל במדיניות של הריסת בתים מתוקף תקנה 119(1), בגדה המערבית (וטרם ההתנתקות גם ברצועת עזה), כאמצעי ענישה/הרתעה (נגיע לשאלת האבחנה בין ענישה להרתעה בהמשך) נגד האוכלוסייה הפלסטינית. יעדה המוצהר של הריסת הבתים היה פגיעה בקרובי משפחתם של פלסטינים אשר ביצעו, או הנחשדים במעורבות בביצוע פיגועים, כנגד אזרחים וחיילים ישראלים, וזאת על מנת להרתיע פלסטינים מביצוע פיגועים בעתיד. הנפגעים העיקריים מהריסת הבתים היו בני המשפחות של אלה שהמדינה ביקשה להעניש, בהם נשים, זקנים וילדים,

שנתרו ללא קורת גג על אף שלא נשאו באחריות למעשי קרוביהם ואף לא נחשדו על-ידי ישראל בביצועה של עבירה כלשהי.

34. ממדי השימוש באמצעי זה השתנו לאורך השנים. באין פרסום רשמי של היקף השימוש בהריסות, נאספים נתונים אלה ע"י ארגוני זכויות אדם בישראל. הנתונים שיובאו להלן, נאספו ע"י המוקד להגנת הפרט (העותרת מספר 3 בעתירה זו) וארגון "בצלם", קובצו ופורסמו מעת לעת. לנתונים מפורטים ומידע על אופן איסופם ראו:

- "ציר הזמן, הריסות בתים עונשיות", המוקד להגנת הפרט, אתר המוקד להגנת הפרט -

<http://www.hamoked.org.il/Timeline.aspx?pageid=timelinehouse-demolitions>

- "על לא עוול בכפם הריסת בתים לשם ענישה במהלך אינתיפדת אל-אקצא, בצלם, נובמבר 2004 –

<http://www.btselem.org/hebrew/publications/summaries/200411-punitive-house-demolitions>

- "הריסות ואטימות בתים כאמצעי ענישה בגדה המערבית וברצועת עזה בתקופת האינתיפאדה", בצלם, ספטמבר 1989 –

http://www.btselem.org/sites/default/files/hrysvt_ntymvt_btym_kmtsy_nyshh.pdf

35. על-פי תיעוד ארגוני זכויות האדם הישראליים, מיום כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה ועד לפרוץ האינתיפאדה הראשונה, ב-1987, הרס או אטם הצבא, מכוח תקנה 119, באופן מלא **למעלה מ-1,300 בתים**. למעלה ממחצית הבתים נהרסו או נאטמו בתגובה למעשים שלא גרמו לנפגעים בנפש.

36. אף שהשימוש המאסיבי בתקנה נעשה בשנים הראשונות לכיבוש כמתואר לעיל, הפעם הראשונה שבג"ץ נדרש לשאלת החוקיות שבהריסת הבתים העונשית מתוקף תקנה 119, התרחשה בשנת 1979. בבג"ץ 434/79 סחוויל נ' **מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לד(1), 464, (להלן: "**פס"ד סחוויל**"), דן בית המשפט הנכבד בעתירתה של אמו של אדם שהורשע במתן סיוע למבצע פיגוע ובהחזקת חומרי נפץ. בנוסף לחמש שנות המאסר שנגזרו על בנה, החליט המפקד הצבאי לאטום את חדרו בבית אמו, תוך ציון כי מדובר בהחלטה שאינה מתקבלת בקלות, אלא במינימום הנדרש לשם הרתעה בלבד.

37. בג"ץ אישר את האטימה וקבע, כי אכן מדובר בפעולה **עונשית** שמטרתה **הרתעתית** (ההדגשה שלנו):

"יש לזכור שהמדובר בתקנה 119 הנ"ל בפעולת עונשין בלתי שגרתית, שמטרתה העיקרית היא הרתעה מפני ביצוע מעשים

דומים, ובמקרים כגון אלה אין כל פסול בכך שהרשות המוסמכת משתמשת בסמכותה כלפי אדם אחד והיא איננה משתמשת בה כלפי האחרים, מכיוון שלדעתה די בנסיבות הענין בענישה מרתיעה מסוג זה במקרה אחד על מנת להשיג את המטרה הנדרשת."

38. עוד חשוב לענייננו, שבית המשפט דחה באותו פסק דין את הטענה שהסמכות לפי תקנה 119 סותרת איסורים הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית, וזאת משום שתקנה 119 היא חלק מה"דין המקומי" שקדם לכיבוש:

"אין לנו צורך לדון בשאלה האם חייב המשיב לנהוג על-פי הוראות אמנת ג'נבה, כי אפילו אם כך הוא הדבר אין למצוא כל סתירה בין הוראות אותה אמנה, שעליהן הסתמכה גב' צמל, ובין השימוש שנעשה על-ידי המשיב בסמכותו שניתנה לו על-פי הוראות חיקוק שהיה בתוקף בעת שאיזור יהודה ושומרון היה בשליטת מדינת ירדן ואותו חיקוק נשאר בתוקף באיזור יהודה ושומרון גם היום".

39. הצדקה משפטית זו לטענה של הפרת אמנת ג'נבה הרביעית שבה בשנים שלאחר מכן. כך למשל בשנת 1986 פירט כב' הנשיא שמגר את הטענה:

"... דא עקא, ועם כל ההערכה לחוות הדעת, השאלה שלפנינו אינה פרשנותו של סימן 53 לאמנה הרביעית: תקנה 119 היא חלק מן המשפט שהיה חל ביהודה ושומרון ערב כינונו בו של שלטון צה"ל (בג"ץ 434/79, נוזהת סחווול נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ד (464, 465) 1 ז'; בג"ץ 22/81, חאמד נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ה (223, 224) 3 ה'; בג"ץ 274/82, חמאמרה נ. שר הביטחון, פד"י ל"ו (755, 756) 2). בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שגם מצאו ביטויים במנשר מס' 2 של מפקד כוחות צה"ל באיזור, הושאר החוק המקומי בתוקפו וזאת בסייגים שאינם משפיעים על הענין שבפנינו (ראה תקנה 43 לתקנות האג 1907 וסימן 64 לאמנת ג'נבה הרביעית). מכאן כי הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל היא בגדר משפט מקומי הקיים והחל באיזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי ולא הובאו בפנינו טעמים משפטיים על יסודם יש לראותו כבטל עתה".

(בג"ץ 897/86 רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פד מא(2), 522).

40. אם-כן, זוהי למעשה התשובה המשפטית, שבית המשפט הנכבד שב ומצטט מאז שנת 1979 ועד ימינו בעשרות פסקי דין, לטענה כי הסמכות לפי תקנה 119 סותרת את דיני הכיבוש: שהדין המקומי נותר בתוקפו גם אם הוא סותר את הנורמות של המשפט הבינלאומי.

41. כשלוש שנים לאחר פסק הדין בעניין **סחוויל**, שהדגיש כי מדובר בפעולת עונשין בלתי שגרתית ולכן הופעלה במקרה דאז רק נגד הנאשם שהורשע במעשים החמורים ביותר מבין כל הנאשמים, הגיע הנושא לדיון פעם נוספת בפני בית המשפט הנכבד - בג"ץ 361/82 **חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לו(3), 439. הפעם הרחיב כב' השופט (כתוארו אז) ברק את סמכותו של המפקד הצבאי להרוס את ביתם של נאשמים ברצח גם למקרים שבהם החשודים טרם הורשעו. בית המשפט קובע כי די בראיות לכאורה ("חומר בעל ערך הוכחתי מספיק"): :

"... לדעתי, ברור, כי חומר זה, המצוי לפני המפקד הצבאי, יש בו די והותר כדי לשמש תשתית ראייתית, על פיה רשאי הוא לגבש החלטה באשר לשימוש בסמכותו על-פי תקנה 119. כידוע, המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו כבעל ערך הוכחתי מספיק...".

42. אמנם השופט ברק ציין בפסק דינו כי אין להקל ראש בשימוש בהריסת בית עונשית:

"מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, אמצעי חריף וחמור הוא, וכי שימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניות ורק בנסיבות מיוחדות (בג"ץ 434/79 [3]). זאת ועוד. במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הנקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה, שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרתה של ההריסה היא משולשת: ראשית, יש בה כדי לשלול מקום מגורים לדיירי הבית; שנית, יש בה כדי למנוע אפשרות של השבת המצב לקדמותו; ושלישית, יש בה, לעתים, כדי לפגוע בדיירים שכנים...".

אך בפועל, בחר בית המשפט בפסק דין זה בפרשנות המרחיבה של תקנה 119. באת כוח העותרים טענה, כי לשונה של התקנה לא מאפשרת הריסת ביתה של משפחה אם רק אחד מחבריה היה שותף בביצוע הפשע, זאת בשל השימוש במילה some ("מקצת" בתרגום העברי), המציין מספר הגדול מאחד של שותפים. בית המשפט דחה את הטענה באומרו כי "אין כל בסיס לא לשוני ולא ענייני לפרש את הביטוי Some of the inhabitants כמתייחס למתגוררים, שמספרם הוא בהכרח למעלה מאחד" והתייחס לטענה כמופרכת. טענה נוספת שנדחתה היא כי הנאשמים כלל אינם גרים בבית כי אם בבית ספר בכפר הסמוך. על זה אמר בית המשפט: "עצם העובדה, כי במשך שנת הלימודים הם מצויים מחוץ לבית הוריהם, אין בה כדי למנוע מהם מלהתגורר ולהיות inhabitants של בית הוריהם בתקופת החופש, בה הם מצויים עם הוריהם...".

43. משנת 1987 ועד 1992, בשנות האינתיפאדה הראשונה, הגבירה מדינת ישראל במידה ניכרת את השימוש בהריסות הבתים העונשיות. על-פי התייעוד של ארגוני זכויות האדם הישראליים, בין השנים 1988-1992 הרסה ישראל 431 בתים באופן מלא ו-59 בתים באופן חלקי. בנוסף, אטמה ישראל 271 בתים באופן מלא ו-100 בתים באופן חלקי. השימוש במדיניות ההריסה הביאה לפתחו של בית המשפט דילמות רבות, ובדחותו את העתירות, הרחיב עוד יותר את פרשנות התקנה ואת סמכותו של המפקד הצבאי להשתמש בה.

44. בבג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', תק-על 89(2), 163, לדוגמה, התיר הרכב בראשות כב' הנשיא דאז שמגר לאטום בית שבו התגורר אביו של אדם שעבר עבירת ביטחון, למרות שהתגורר בבית בשכירות, וזאת כדי שלא יאבד אפקט ההרתעה של תקנה 119.

45. בבג"ץ 4772/91 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2), 150, אישר בית המשפט הנכבד הריסת מבנה שבו מתגורר אדם שעבר עבירת ביטחון בשלמותו, ולא רק את יחידת המגורים שבה הוא גר. בית המשפט הדגיש, מפי כב' השופט נתניהו, שהסמכות להשתמש בתקנה 119(1) היא רחבה והיא כולה נתונה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, בהתאם להרתעה אותה הוא מעוניין להשיג, על אף הפגיעה הקשה מנשוא במי שלא חטאו:

"אינני מתעלמת מכך שההריסה של המבנים בשלמותם תפגע לא רק בעותרים עצמם אלא גם בבני משפחותיהם. אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרבים, למען יראון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיטים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם."

(שם, בעמ' 155).

46. באותה פרשה, נכללה במושב דעת מיעוט. כב' השופט מישאל חשין קיבל את טענת העותרת, כי אין להרוס את כל המבנה אלא את יחידת הדיור של המפגע בלבד, אחרת תהא זו ענישה קולקטיבית פסולה. זו הייתה התחלה של סדרת דיעות מיעוט של השופט חשין, אשר התנגד לשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119, בשל היותה ענישה קולקטיבית על מי שלא חטא.

47. לאמירותיו הנוקבות בדעת המיעוט של השופט חשין (כתוארו אז) ניתן מענה בפסק-דינו של כב' השופט בך בפסק דין בעניין אלעמרין, (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3), 693). שם לראשונה, שירטט בית המשפט הנכבד את מפת השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול במסגרת החלטה אם לעשות שימוש בתקנה 119(1) להריסת בית, וזאת על מנת ששיקול הדעת שלו יהא "ענייני" ולא "יוכתם בעליל באי-סבירות בולטת" (כך בלשונו שם, עמ' 699). לפי רשימה זו, על הצבא לבחון את היקף הנזק למי שאינו מעורב בפעולה שבה מוחשד בן המשפחה ומה מידת המעורבות שלו. ואלה הם השיקולים אותם מנה כב' השופט בך:

"א. מהי חומרת המעשים, המיוחסים לאחד או לאחדים מהמתגוררים במבנה הנדון, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם? חשיבותו של שיקול זה כפונקציה של חומרת החלטתו המותרת של המפקד הודגשה בעבר לא פעם בפסיקת בית משפט זה...

ב. באיזו מידה ניתן להסיק שהדיירים האחרים, או חלק מהם, היו מודעים לפעילותם של החשוד או החשודים, או שהיה להם יסוד לחשוד בביצוע פעילות כזאת? יצוין שוב, לצורכי הבהרה, שאי-ידיעה כאמור או אי הוודאות בנושא זה אינן מונעות, כשלעצמן, את נקיטת הסנקציה, אולם המצב העובדתי בעניין זה עשוי להשפיע על היקף החלטתו של המפקד.

ג. האם ניתן, מעשית, להפריד את יחידת המגורים של החשוד מיתר חלקי המבנה? האם היא, למעשה, מהווה כבר יחידה נפרדת?

ד. האם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים? אם אין הדבר ניתן, שמא נשקלה האפשרות להסתפק באטימת היחידה הנוגעת בדבר.

ה. מהי חומרת התוצאה הנובעת מהפגיעה המתוכננת במבנה עבור אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות, ישירה או עקיפה, בפעילות החבלנית? מהו מספרם של אנשים כאלה ומהי מידת קירבתם אל המתגורר החשוד?"

(שם, בעמ' 699-700).

עוד מציין השופט בך, ואולי באי נחת מכך שכל העתירות שהוגשו נגד השימוש בסמכות לפי תקנה 119 נדחו, כי על אף הפרשנות המרחיבה של התקנה, יש עדיין מקום לביקורת שיפוטית:

"נראה, כי אין תימוכין בתקנה האמורה, לא על-פי נוסחה המילולי ולא על-פי רוח הדברים הנאמרים בה, לפרשנות המטילה חובת צמצום כה מרחיקת לכת על המפקד הצבאי. היפוכו של דבר: הפרשנות המרחיבה יותר את הסמכות אומצה ויושמה על-ידי הרכבים שונים של בית-משפט זה במספר ניכר של עתירות דומות שהובאו לפנינו בשנים האחרונות (כפי שמציין גם השופט חשין בחוות-דעתו האמורה).

עם זאת ברצוני לציין, כי אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם..."

(ש.ם)

48. קביעותיו של כב' השופט בך לא שכנעו את כב' השופט חשין, ושוב בדעת מיעוט ובדיאלוג עם פסק הדין הקודם שכתב בעניין, הוא הדגים את האבסורד בפרשנות התקנה על פי רוחו של המחוקק, עת המחוקק היה המנדט הבריטי ומי שהסנקציה הופעלה לגביו היו בני היישוב היהודי. עתה, כך כותב השופט, כפופים חוקים ותקנות לחוקי היסוד, לכן גם אם רוחה של התקנה מאפשרת בפועל ענישה קולקטיבית לצורכי הרתעה, המצב החוקי העכשווי לא מאפשר זאת, ובמילותיו היפות:

"אני מסכים, כי בלשון התקנה – בנוסחה המילולי, כדבר חברי – אין אחיזה לפרשנות המצמצמת, אותה פרשנות המקובלת עליי. אכן, סמכותו של המפקד הצבאי עומדת לו, על-פי לשון התקנה, להורות על הריסה רחבת ממדים... ואולם דומה שאיש לא יעלה על דעתו הפעלת סמכות בדרך זו. ועוד אני מסכים עם חברי, כי "על-פי רוח הדברים הנאמרים בה", בתקנה, אין מקום לצמצם את פירושה – והוא, אם כוונת דבריו ל"רוח הדברים" בעת היוולד התקנה, בשנת 1945, וברוח שבית-משפט המורכב משופטים אנגליים "מנדטוריים" היה נופח בתקנה. ואולם אותה "רוח דברים" של התקנה נעלמה והייתה כלא הייתה – וברוח גדולה הימנה – בשנת תש"ח, עם קום המדינה. דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט – בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) – פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר

נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל – מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית – שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו – ובימינו – הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים... כך היה מאז קם המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סעיף 3 לחוק) וכי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק).

(שם, בעמ' 705).

49. בין השנים 1993-1997 צומצם השימוש בהריסת בתים לשם ענישה. בחמש השנים הללו, על-פי התייעוד שאספו ארגוני זכויות האדם הישראלים, הרסה ישראל 18 בתים באופן מלא ושלושה בתים באופן חלקי. בנוסף, אטמה ישראל 26 בתים באופן מלא ו-18 בתים באופן חלקי. בתקופה זו נחתם הסכם העקרונות (הסכמי אוסלו) בין ישראל לאש"ף. בתקופה זו סבלו אזרחי ישראל מגל קשה של פיגועי התאבדות אכזריים, שגבו מספר רב של קרבנות. בעת הזו התיר לראשונה בית המשפט את הריסת ביתו של מפגע מתאבד, אף שלא הוא ייענש מההריסה. בית המשפט קבע, שתכלית השימוש בתקנה 119(1) היא להרתיע, ולכן אין מניעה להריסת ביתו. יתרה מזו, קבע בית המשפט, לו ימנע מותו של מפגע את הריסת ביתם של בני משפחתו יהווה זה בעצם תמריץ למפגעים לבצע פיגועי התאבדות. (ראו: בג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5), 338).

50. גם בפסק דין זה חזר כבי' השופט חשין על עמדתו הבודדת ובדעת מיעוט זעק: "... אך עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת..." (שם, בעמ' 352).

51. כאמור, השנים שלאחר חתימת הצהרת העקרונות בין ישראל לאש"ף היו שנים קשות, ובכל זאת המפקד הצבאי נמנע משימוש תכוף בסמכותו הנטענת להרוס בתים.

52. אלא שלאחר שורה של פיגועי התאבדות, ביקש המפקד הצבאי לשוב ולהפעיל סמכותו זו, והפעם לא רק את הבתים של מבצעי הפיגועים האחרונים, אלא גם את בתיהם של אנשים שהיו מעורבים בפיגועים שנה קודם לכן (ובמקרים מסוימים אף יותר משנה), ואשר עניין הריסתם של

בתייהם כבר נדון בעבר והוקפא. במה שנראה כפעולת תגמול, הוחלט להוציא את ההריסה של בתי המפגעים "הישנים" לפועל. בפסק הדין בעתירה שהגיש המוקד להגנת הפרט כנגד החלטה זו (בג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד (נ1), 353), סברה כב' השופטת דורנר שאת הבתים של המפגעים "הישנים" אין להרוס, שהרי משמעות הדבר תהיה שהם ייהרסו לא בשל המעשים שביצעו דייריהם, וזהו התנאי להפעלת הסמכות, אלא בשל המעשים שביצעו אנשים אחרים, במועד אחר (המפגעים "החדשים").

53. כב' השופט חשין, שאילו היה עומד על דעתו המתנגדת לשימוש בתקנה 119 היה – יחד עם כב' השופטת דורנר – יוצר רוב, הצטרף הפעם לעמדה המתירה את השימוש בתקנה. בפסק דינו כתב את המילים שנחקקו מאז בדברי ימי בית המשפט הנכבד – עבור אחדים לטוב ועבור אחרים לרע. המסר של דבריו, כך אנו מבינים זאת, היא שבעת מלחמה אין מקום של ממש לביקורת שיפוטית:

"במלחמה כבמלחמה: מה לו לבית המשפט שיורה מפקד צבאי מה יעשה ומה לא יעשה [...] אכן, לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה."

(שם, בעמ' 368-369).

54. מתחילת 1998 ועד אוקטובר 2001 הופסק, דה-פקטו, השימוש בהריסת בתים לשם ענישה על-פי תקנה 119 – סמכויות השלטון על הערים הגדולות ועל רוב התושבים הפלסטינים הועברו לידי הרשות הפלסטינית והצבא הישראלי נמנע, ככלל, מלהיכנס לאזורים הללו.

55. מאז אוקטובר 2001 חזר הצבא למדיניות ההריסות, וביתר שאת. כך היה במהלך האינתיפאדה השנייה, ועד סוף אוקטובר 2004. בשנים הקשות הללו הרסה ישראל, על-פי ספירת ארגוני זכויות אדם ישראליים, 628 בתים. כתוצאה מההרס נותרו אז 3,983 בני אדם ללא קורת גג. בסוף חודש יולי 2002 התקבלה בישיבת הקבינט הביטחוני-מדיני החלטה רשמית על חידוש המדיניות של הריסת בתים לשם ענישה. בפועל, בתים רבים כבר נהרסו חודשים קודם. לפי נתוני בצלם, מתוך 628 הבתים שהרס צה"ל תוך שימוש בסמכותו הנגזרת מתקנה 119, בתקופה האמורה, 295 בתים, בהם גרו 1,286 בני אדם, הם בתים סמוכים לבתים בהם גרו מי שנחשדו בפגיעה בישראלים. קרי: רק בכחחצית מהבתים שהרס הצבא לשם ענישה גרו בני משפחתם הגרעינית של חשודים במעורבות בפגועים.

56. עד לשנת 2001, למעט במקרים יוצאי דופן, טרם ביצוע ההריסה, הקפיד המפקד הצבאי על הוצאת צווי הריסה בכתב, בהם מוכרזת כוונתו. הצווים נמסרו לדיירי הבית המיועד להריסה, וניתנה להם אפשרות להגיש, בתוך 48 שעות, ערר למפקד הצבאי. במקרה שהערר נדחה ניתנה לדיירים אפשרות לעתור לבג"ץ כנגד ההריסה. בתקופת האינתיפאדה השנייה, בפחות משלושה

אחוזים מפעולות ההריסה ניתנה התראה מוקדמת. רובן המכריע של הריסות הבתים לשם ענישה בעת ההיא התבצעו בשעות הלילה וללא כל התראה מוקדמת. לדיירים ניתנו כמה דקות בלבד לפנות את רכושם מהבית, בטרם ייקבר תחת ההריסות.

57. בשורה ארוכה של עתירות שהגיש המוקד להגנת הפרט, בשמן של עשרות רבות של משפחות של חשודים בפגיעה בישראלים, אישר בית המשפט הנכבד את הפרקטיקה של המפקד הצבאי, שלא לאפשר זכות שימוע בטרם הריסת בית, אם קיים חשש ממשי שקיום השימוע יסכן את חיי החיילים או את הצלחת הפעולה. החלטת בג"ץ העבירה אפוא לידי הצבא את הסמכות להעניק או לשלול את זכות השימוע גם שעה שלא מדובר בפעילות מבצעית המתבצעת כתגובה להתקפה כלפיו או כלפי אזרחים, אלא בפעולת ענישה נגד מטרה אזרחית. (ראו לדוגמא: בג"ץ 6696/02 **עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו (6) 110**).

58. **ועדת שני:** בסוף שנת 2004 ובתחילת שנת 2005 ישבה ועדה בראשות האלוף אהוד שני על המדוכה ובחנה את היעילות שבהריסת הבתים ככלי במסגרת המאבק בטרור. בתום בדיקתה המליצה הוועדה להקפיא את השימוש באמצעי זה. הרמטכ"ל דאז, רב אלוף משה יעלון, אימץ את מסקנות הוועדה, תוך קביעה כי הצבא שומר לעצמו את הזכות לסטות ממדיניות חדשה זו ב"מקרים קיצוניים". במצגת של מסקנות הוועדה שהועברה למוקד להגנת הפרט, נאמר שאמנם "כלי הריסות הבתים הינו חלק מארגז הכלים (המצומצם) המצוי בידי צה"ל ללחימה בטרור" אך כי התוצאות השליליות של המדיניות, דוגמת חיזוק הזהות הלאומית של הקולקטיב הפלסטיני, העובדה שהריסת בתים נתפסת כענישה קולקטיבית שאינה עומדת בקנה אחד עם עקרון כבוד האדם וקניינו הפרטי וסותרת ערכים ליברליים, גורמת להעצמת טראומת הפליטות הפלסטיניות, מחזקת את טענת "הכיבוש משחית" ויוצרת תהום שאינה ניתנת לגישור. המצגת מסתיימת באמירה חד משמעית: "צה"ל, במדינה יהודית ודמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות!!!" (כך במקור).

מצ"ב המצגת ומסומנת כנספח 6.

59. בהתאם להמלצת ועדת שני שאומצה כאמור, מסוף 2004 ועד קיץ 2008 נמנעה המדינה מלהפעיל את סמכות הריסת הבתים.

60. על שינוי המדיניות האמורה הודיעה המדינה לבית המשפט במרץ 2005, בהודעה מעדכנת בעתירה בג"ץ 7733/04 **נאסר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, מיום 20.6.2005). בהודעתו מסר המפקד הצבאי, כי ההחלטה שלא לעשות שימוש בתקנה 119 חלה גם על ביתו של העותר דשם ולכן, ועל אף בקשת המוקד להגנת הפרט לדון בשאלה העקרונית לגבי אי חוקיותה של תקנה 119, נדחתה עתירה זו. עוד נאמר בפסק דין זה, כי עתירה עקרונית אחרת תלויה ועומדת בבית המשפט, והיא המקום לדון בשאלות העקרוניות שמעלה תקנה 119, אך גם עתירה זו נדחתה מאותם טעמים:

"באנו לידי מסקנה כי נוכח הודעת המשיבים בדבר הכוונה להימנע מהריסות הבתים, אין לעת הזו מקום לדיון בעתירה לגופה. הכרעה בטענות העקרוניות שבפי העותרים איננה נדרשת כעת. אכן, לאור המצב החדש בשטח עליו מצהירים המשיבים, העתירה הפכה לתיאורטית והיא התייתרה."

בג"ץ 4969/04 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי**
נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (פורסם בנבו, מיום 13.07.05).

בית המשפט דחה, אם כן, גם את העתירה העקרונית אך השאיר פתח לחזור ולדון בנושא אם תשתנה שוב עמדת המדינה.

61. מהסקירה דלעיל עולה, כי למעשה, למרות שבית המשפט דן בסוגיית הריסות הבתים עשרות פעמים, **מעולם** לא נדונה **לגופה** הטענה כי מדיניות הריסות הבתים ותקנה 119 סותרות את המשפט הבינלאומי החל על פעילות הצבא באזור. בג"ץ לא ראה צורך לדון בטענה וזאת על בסיס הנימוק, שנכלל בפסק-דינו הראשון בנושא (פס"ד **סחוויל**, 1979) שצוטט שוב ושוב – שהיות שתקנות ההגנה הן "דין מקומי" שקדם לכיבוש, הן חלות גם אם הן סותרות את האמור בדין הבינלאומי.

62. מהסקירה דלעיל עולה, כי למעשה, למרות שבית המשפט דן בסוגיית הריסות הבתים עשרות פעמים, **מעולם** לא נדונה **לגופה** הטענה כי מדיניות הריסות הבתים ותקנה 119 סותרות את המשפט הבינלאומי החל על פעילות הצבא באזור. בג"ץ לא ראה צורך לדון בטענה וזאת על בסיס הנימוק, שנכלל בפסק-דינו הראשון בנושא (פס"ד **סחוויל**, 1979) שצוטט שוב ושוב – שהיות שתקנות ההגנה הן "דין מקומי" שקדם לכיבוש, הן חלות גם אם הן סותרות את האמור בדין הבינלאומי.

63. עוד עולה, כי מעולם לא נדונה באופן ישיר השאלה, האם יש לראות בסמכות הקבועה בתקנה 119 משום "ענישה קולקטיבית" כמשמעות מונח זה בדין הבינלאומי, והאם היא אינה מהווה הפרה של האיסור על פגיעה ברכוש של מוגנים ללא צורך צבאי-מבצעי.

חידוש השימוש בתקנה 119:

64. בנובמבר 2008 הגיש המוקד להגנת הפרט עתירה בשמו של אביו של מבצע הפיגוע בישיבת מרכז הרב, כנגד ההחלטה לאטום את ביתו. הייתה זו הפעם הראשונה מאז 2005, שהוחלט להפעיל את הסמכויות מכוח תקנה 119 ולהחרים ולאטום את הבית מושא העתירה. בפסק הדין צוין, שההחלטה להפעיל את הסמכות מחדש התקבלה רק לאחר שניתנה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה לא קיימת מניעה משפטית להפעיל את הסמכות אם פעולה זו נדרשת,

לדעת הגורם המוסמך, באופן החלטי מטעמי ביטחון וכל זאת בכפוף לכללי המידתיות ולקיום ההליך המקובל. בית המשפט קיבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה והוסיף, כי כאשר מופעלת הסמכות כלפי תושבי ישראל (קרי: תושבי ירושלים המזרחית), יש לפרש את הסמכות שבתקנות ברוח ההוראות שבחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

65. באשר למסקנות ועדת שני פסק בית המשפט, כי שינוי המדיניות היה בגדר אפשרות עוד בזמן שהתקבלה ההחלטה להפסיק להשתמש בסמכות מתוקף תקנה 119 לתקנות ההגנה לשעת חירום, בוודאי במקרים קיצוניים: "עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב... אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות". (ראו: בג"ץ 9353/08 – אבו דהים ואח' נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, מיום 01.05.09)).

66. באביב 2009 החליט המפקד הצבאי על הריסה נוספת, הפעם של מפגע בפיוגע-דריסה בירושלים. בית המשפט אישר גם הריסה זו כחריג למדיניות שאומצה בעקבות מסקנות ועדת שני (בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון ואח' (פורסם בנבו, מיום 18.03.09)) ובאפריל 2014 נעשה שימוש שלישי מאז הוקפאה מדיניות השימוש בתקנה 119, הפעם להריסת ביתו של החשוד ברציחתו של השוטר נצ"מ ברוך מזרחי. גם הריסה זו אושרה על-ידי בית המשפט הנכבד (ראו בג"ץ 4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, מיום 01.07.14)). בית המשפט אף סירב לבקשת העותרים, בני משפחתו של החשוד ברצח, להמתין עד תום המשפט ולא להרוס בטרם ייקבע אם אכן הוא אחראי לרצח.

67. קיץ 2014 היה קיץ רווי אלימות, שראשיתו בחטיפתם ורציחתם של גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח ז"ל, וסופו במלחמה בעזה. בין שני אלה היינו עדים גם לרציחתו של הנער מוחמד אבו חדיר ע"י יהודים. ביום 11.08.14 דחה בית משפט נכבד זה את שלושת העתירות שהוגשו בשם משפחותיהם של המעורבים בחטיפתם ורציחתם של הנערים והתיר את הריסת בתיים (ראו בג"ץ 5290/14 סעדי עאל עפו קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.08.14)).

68. **בכל התיקים הללו לא דן יותר בית המשפט הנכבד בטענה כי השימוש בתקנה 119 אסור מכוח האיסור על ענישה קולקטיבית או מכוח האיסור על פגיעה ברכוש מוגנים, הקבועים בדין הבינלאומי.**

69. בראשית חודש יולי 2014, לאחר חטיפתם ורציחתם של הנערים, פירסם עיתון הארץ בעמודו הראשון ידיעה, לפיה הקבינט המדיני-ביטחוני החליט לחדש את מדיניות הריסת הבתים, ולאפשר מתכונת נרחבת שלה בגדה המערבית. על-פי הידיעה, הקבינט הטיל על הצבא לבצע עבודת מטה לאיתורם של עשרות בתים של מפגעים ושל מפקדים בארגון החמאס, ולהציע לקבינט יעדים להריסה. כתבה דומה פורסמה גם בעיתון Washington Post בתאריך 22.07.14.

70. בעקבות ידיעות אלה פנתה העותרת 3 מספר פעמים למשיבה, על מנת שתבהיר האם אכן יש כוונה לחדש את מדיניות ההריסה. במסגרת התכתבות זו נמסר תחילה כי במכתב מיום 19.08.14 מאת מיכל הוד, עוזרת לפרקליט המדינה, כי השימוש בסמכות לפי תקנה 119 נעשה בזהירות רבה, וכי בימים אלה הסמכות מופעלת במקרים קיצוניים בלבד. וכן כי כל מקרה אחר ייבחן בהתאם לנסיבותיו הפרטניות.

מצ"ב המענה מיום 19.08.14 ומסומן כנספח 7.

71. בתשובה מאוחרת יותר, מיום 9.11.14 מאת עו"ד גל כהן, מנמ"ח משפטי בכיר לנושאי יו"ש במשרד היועץ המשפטי למערכת הביטחון, פורטו פסקי הדין שניתנו (המצוינים לעיל), המאשרים את המדיניות הנוכחית לשימוש בסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה לעניין הריסת בתים.

מהמכתב עלה כי המשיבים מתכוונים להמשיך במדיניות הריסת הבתים.

מצ"ב המכתב מיום 9.11.14 ומסומן כנספח 8.

72. לאור זאת הוגשה ביום 27.11.14 עתירה עקרונית כנגד השימוש בתקנה 119 על דרך של החרמה והריסה או איטום של בתי חשודים, נאשמים ומורשעים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה, בטענה כי הוא אינו חוקי באשר הוא נוגד את הדין הבינלאומי ההומניטארי, את משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת המשפט הישראלי המינהלי והחוקתי (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.14)) (להלן: "העתירה העקרונית").

73. במקביל, במהלך החודשים אוגוסט-נובמבר 2014 פקד גל טרור נוסף את העיר ירושלים. חמש עתירות נוספות הוגשו כנגד צווי הריסה של בתי מבצעי פיגועים בירושלים, כפי שיפורט להלן.

74. ביום 31.12.14 נדחתה העתירה העקרונית בהרכב של שלושה שופטים. ההרכב קבע כי אין מקום לדון מחדש בשאלות המשפטיות שהועלו בעתירה בנימוק שבפסקי הדין עואודה וקואסמה, שניתנו במהלך השנה החולפת, ניתן להן מענה (ראו דברי כב' השופט רובינשטיין בפיסקה האחרונה בעמ' 8 לפסק הדין, ודברי כב' השופטת חיות בעמ' 34-33)). באותו היום, ועל ידי אותו הרכב שופטים, נדחו גם שתי עתירות של משפחות מבצעי פיגוע הדקירה בשכונת הר נוף. בפסק דין קצר קבעו השופטים כי המסגרת הנורמטיבית לעניין שימוש המשיב בסמכותו מכוח תקנה 119, נדונה בפסק הדין בעתירה העקרונית, שניתן, כאמור, באותו היום. לאור זאת לא מצאו השופטים להידרש לכך שוב (ראו בג"ץ 8066/14 מועאויה אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.14)).

75. ביום 31.12.14 נדחתה גם עתירה כנגד צו ההריסה שהוצא לגבי בית משפחת ג'עאביס, אשר לטענת המדינה בנה ביצע פיגוע באמצעות מחפר וגרם למותו של אדם (ראו בג"ץ 7823/14 יוסרה ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.14)); עוד נדחתה ביום זה עתירה כנגד צו ההריסה שהוצא למשפחתו של אבראהים עכארי, שביצע פיגוע דריסה. גם בפסק דין זה ציינו השופטים כי נושא סמכות השימוש

בתקנה 119 נדון בעתירה העקרונית ועל כן אין להידרש שוב לסוגיה. עתירה נוספת נדונה במאוחד ועל ידי אותו הרכב, ועניינה הריסת בית הוריו של מעותאז חגי'אזי, אשר ירה ביהודה גליק. בעתירה זו הוצא צו על תנאי בשל העובדה שהפיגוע לא הסתיים בקיפוח חיי אדם (ראו בג"ץ 8024/14 אבראהים חגי'אזי נ. אלוף פיקוד העורף (31.12.14)). בפסק דין משלים שניתן בעניינו של חגי'אזי נמחקה העתירה לאחר שהמשיב הודיע כי יסתפק באטימת חדרו של המפגע בלבד (בג"ץ 8024/14 אבראהים חגי'אזי נ' אלוף פיקוד העורף (15.06.15)).

76. כאמור, גם בחמשת העתירות הנוספות לא דן יותר בית המשפט הנכבד בטענה כי השימוש בתקנה 119 אסור בשל היותו מנוגד לדין הבינלאומי ולמשפט הישראלי המינהלי והחוקתי, וזאת לאור דחיית העתירה העקרונית.

גל הפיגועים הנוכחי

77. בקיץ 2015 פרץ גל פיגועים נוסף בירושלים ובגדה המערבית שזכה לכינוי "אינתיפאדת היחידים", או "אינתיפאדת הסכינים". בתגובה לריבוי הפיגועים, ובעוד אירוע רודף אירוע, חידש המשיב את מדיניות השימוש בתקנה 119 וביתר שאת, ומגמה זו נמשכת מזה למעלה מחצי שנה ועד עצם היום הזה.

78. ביום 15.10.15 דחה בית משפט נכבד זה שתי עתירות כנגד צו להריסת ביתו של מאהר אל השלמון שרצח את הנערה דליה למקוס בצומת אלון שבות ביום 10.11.14. פסק הדין כולל דעת מיעוט של כב' השופט פוגלמן שסבר כי בשל השיהוי בו נקט המשיב - אשר הודיע למשפחת המפגע על הכוונה להחרים ולהרוס את עתירה כנגד צו להריסת ביתם חודשים רבים לאחר מועד הפיגוע - יש ליתן צו על תנאי (ראו בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.15) סעיפים 7-8 לפסק הדין). בדעת המיעוט הביע כב' השופט פוגלמן, לראשונה, עמדה המסתייגת מההלכה הנוהגת, וציין כי הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה שלא הוכח כי היו מעורבים בפעילות העוינת, אינה מידתית. עוד הוסיף כב' השופט פוגלמן:

"הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית. והכל נאמר בקליפת אגוז, שהרי לא זו ההלכה שיצאה מבית משפט זה. על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית" (שם, סעיף 6 לפסק הדין).

העתירה נדחתה בשל עמדת שופטי הרוב כי אין מקום ולדון בסוגיות העקרוניות הנוגעות להריסת בתים שכבר הוכרעו בשורת פסקי דין.

79. ביום 12.11.15 דחתה כב' הנשיאה נאור בקשה לקיים דיון נוסף בעתירה העקרונית (דנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** 12.11.15)). כב' הנשיאה ציינה כי עמדתם של העותרים היא כי יש לקיים דיון נוסף מאחר שטענותיהם העיקריות לא נדונו לעומק בפסק הדין - העתירה העקרונית נדחתה לאחר שבית המשפט לא מצא לנכון לדון מחדש בהלכה בדבר הריסת בתים, כיוון שזו אושרה זמן קצר קודם לכן בשני פסקי דין (עניין עואודה ועניין קואסמה). כב' הנשיאה קבעה כי טענה מסוג זה אינה מתאימה להליך של דיון נוסף, שכן הליך זה מיועד לדיון נוסף בהלכה מפורשת שקבע בית המשפט ולא לדיון בשאלות שבית המשפט לא מצא לנכון לפתוח מחדש ולדון בהן. (שם, סעיף 4 להחלטת הנשיאה).

80. במועד זה ניתן גם פסק דין שהתייחס ל-11 עתירות אשר הוגשו כנגד צווי הריסה שהוצאו לששה בתים שונים (בג"ץ 7040/15 **פדל חמאד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** 12.11.15)). מדובר בביתו של מבצע פיגוע הירי כנגד דני גונן ז"ל בסמוך למעיין עין בובין; בתיהם של חברי החוליה שביצעה פיגוע ירי קטלני בו מצא את מותו מלאכי רוזנפלד, ומבצעי פיגוע הירי בצומת בית פוריק בו נרצחו בני הזוג נעמה ואיתם הנקין ז"ל. במסגרת פסק הדין התקבלה עתירתו של בעל הבית בו התגורר בשכירות המפגע עבדאללה אסחאק עם משפחתו, ונקבע כי הריסת ביתו של צד שלישי זה, שאין לו כל קשר משפחתי או אחר עם המפגע ובני משפחתו, אינה גורמת כמעט להפסד כלכלי למפגע ומשפחתו, ועל כן אין בכוחה להרתיע מפגעים פוטנציאליים (שם, סעיף 46 לפסק הדין של כב' הנשיאה). ביחס לטענות שהועלו כנגד סמכותו של המפקד הצבאי ועמידת מדיניות הריסת הבתים בדין הבינלאומי, חזרה כב' הנשיאה על עמדתה בהחלטה הדוחה את הבקשה לדיון נוסף שפורטה לעיל, וקבעה כי אין מקום לדון פעם נוספת בשאלות אלה וכי הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 צריכה להתמקד במישור שיקול הדעת (שם, סעיפים 25-26).

81. ביום 01.12.15 דחה בית משפט נכבד זה ברוב דעות את עתירת בני משפחתו של ראג'יב עלייה, כנגד הצו שהוצא להריסת ביתו, מאחר ונטען כי גם הוא נטל חלק בהתארגנות שפעלה והוציאה לפועל את פיגוע הירי בבני הזוג הנקין ז"ל (ראו בג"ץ 7220/15 **דועאא עלויה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** 01.12.15)). שופטי הרוב לא ראו מקום להידרש לנושא העקרוני, הנוגע לחוקיות תקנה 119 מאחר והנושא הוכרע בשורה של פסקי דין קודמים ובראשם העתירה העקרונית והבקשה לדיון נוסף בעניין זה, שנדחתה אף היא (עמ' 7 לפסק הדין). בפסק דין זה הובעה לראשונה דעת מיעוט לפיה הפעלת תקנה 119 מעלה שאלות משפטיות קשות אשר לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש. כב' השופט מזוז קבע כי אמנם בית משפט זה דחה לאחרונה את הניסיונות להביא לדיון מחדש ומקיף בנושא (העתירה העקרונית והבקשה לקיים דיון נוסף בה), בנימוק כי נושאים אלה נדונו והוכרעו בשורת פסקי דין:

"אלא שבחינה זהירה מצביעה על כך שהדיון בסוגיות אלה בפסיקה קודמת לא היה ממצה, ויתרה מכך, מדובר בעיקר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, בטרם העידן החוקתי במשפט הישראלי, וכאשר בתקופה שחלפה חלו גם תמורות מפליגות בנורמות המשפט

הבינלאומי הרלבנטיות לסוגיה זו".
(שם, סעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט מזוז).

82. פסק דין נוסף שניתן ביום 01.12.15 קיבל את העתירה שהוגשה כנגד הצו להריסת ביתו של נור אלדין אבו חאשיה, אשר דקר למוות את החייל אלמוג שילוני ז"ל. העתירה התקבלה ברוב דעות של כבוד השופטים מזוז וזילברטל בשל השיהוי הממושך בו נקט המשיב, שכן חלפו כ-11 חודשים ממועד הפיגוע ועד מועד הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. לאור קבלת הטענה בעניין השיהוי, לא כלל פסק הדין התייחסות לטענות העקרוניות (ראו בג"ץ 6745/15 חאלד אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (01.12.15)).

83. ביום 22.12.15 דחה בית משפט נכבד זה ברוב דעות עתירות כנגד שני צווי הריסה. הצו האחד התייחס לביתו של בהאא עליאן, שביצע ביחד עם אחר פיגוע ירי ודקירה באוטובוס בשכונת ארמון הנציב. הצו השני התייחס לבית עלאא אבו ג'מל, עובד בזק, שדרס באמצעות רכב החברה אדם אחד ולאחר מכן יצא מרכבו עם סכין ודקר שניים נוספים (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.15)). דעת הרוב קבעה כי לא כל אימת שבית המשפט דן בעתירה שעניינה תקנה 119, יש להידרש שוב לנושא העקרוני של עצם הסמכות. זאת כיוון שהטענות הועלו ונדונו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה (עמ' 4 לפסק הדין). כב' השופט מזוז, שוב בדעת מיעוט, חזר על עמדתו העקרונית כפי שפורטה בהרחבה בעניין עליוה (בג"ץ 7220/15) תוך שהוא שב ומדגיש כי המסקנה המתחייבת היא כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים. "סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד..." (שם, סעיף 13 לפסק הדין של כב' השופט מזוז). כב' השופט זילברטל, שקבע כי יש לדחות את העתירות ציין ביחס לעמדתו העקרונית של כב' השופט מזוז, כי:

"טעמיו של השופט **מזוז** הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו."
(שם, סעיף 2 לפסק הדין).

84. זמן קצר לאחר מכן דחה בית משפט נכבד זה פה אחד עתירות נוספות שהוגשו כנגד צו להריסת ביתו של מוהנד חלבי, אשר דקר למוות את הרב נחמיה לביא ז"ל ואהרן בנט ז"ל בעיר העתיקה (בג"ץ 8567/15 ביום שפיק חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.15)). המשנה לנשיאה, כב' השופט רובינשטיין חזר על הקביעה כי סמכותו העקרונית של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 כבר הוכרעה בשורה ארוכה של פסקי דין ועל כן אין מקום להידרש לנושא פעם נוספת (שם, סעיף ו' לפסק הדין). כב' השופטת ברק ארז ציינה כי נקיטת האמצעי של הריסת בית מעוררת שאלות מורכבות, הן מההיבט של המשפט הבינלאומי והן מההיבט של המשפט החוקתי הישראלי, והוסיפה כי:

”יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות (השוו לעמדתו של השופט פוגלמן בעניין סידר ולעמדתו של השופט זילברטל בעניין אבו ג'ימל) – מבלי למעט במאום משאט הנפש, הגינוי והצער הכבד שמעוררים מעשי הרצח שהולידו את הדיון במקרה זה ובדומיו ואף מן השאיפה המוצדקת להרתיע על מנת למנוע מעשים נוספים כדוגמתם. אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית”.

(שם, סעיף 2 לפסק הדין של השופטת ברק ארז).

85. ביום 14.02.16 דחה שוב בית משפט נכבד זה פה אחד עתירות כנגד שני צווי הריסה. הצו הראשון התייחס לבית מחמד חרוב, המואשם בכתב אישום בפיגוע ירי מרכב נוסע ודריסה בצומת הגוש. הצו השני עניינו הריסת בית ראיד חליל, המואשם בביצוע פיגוע דקירה בבניין פנורמה בדרום תל אביב. (בג"ץ 967/16 **עבד אלבאסט חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (14.2.2016)). גם הפעם סירב בית המשפט הנכבד להידרש פעם נוספת לטענות הכלליות בדבר חוקיותה של תקנה 119 שכבר הועלו ונדחו בשורה של פסקי דין בעת האחרונה (שם, סעיף ז לפסק הדין).

86. ביום 28.02.16 דחה בית משפט נכבד זה עתירה כנגד צו להריסת ביתו של אברהים סקאפי שסטה עם רכבו לעבר קבוצת חיילי מג"ב בצומת חלחול, וכתוצאה מכך נפצע באורח אנוש השוטר בנימין יעקובוביץ ז"ל, ומספר ימים לאחר מכן מת מפצעיו. (בג"ץ 1014/16 **סמיר סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (28.2.2016)). גם הפעם נקבע כי אין הצדקה לשוב ולהידרש לטענות במישור העקרוני, ודינן להידחות (עמ' 5 לפסק הדין). פסק הדין התמקד בטענת העותרים כי לא הובאו ראיות מספיקות לכך שמדובר בפיגוע חבלני ולא בתאונת דרכים בלתי מכוונת. הטענות נדחו ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של כב' השופט זילברטל, שסבר כי לא נערך הליך סביר של איסוף ראיות, ראיות אשר יכלו להפריך או לאשש את המסקנה כי מדובר בפיגוע מכוון וכי כתוצאה מכך לא היו בידי המשיב ראיות מינהליות מספיקות לצורך הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119.

87. ביום 23.03.16 דחה בית משפט נכבד זה ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של כב' השופט מזוז) עתירה כנגד צו הריסה שהוצא לדירה בה התגורר איהאב מסודי. מסודי דקר סמוך למערת המכפלה את גנאדי קאופמן ז"ל, שנפטר שלושה שבועות לאחר מכן מפצעיו. (בג"ץ 1630/16 **מסודי זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל** (23.03.16)). בית המשפט חזר על קביעתו כי הטענות העקרוניות כנגד ההלכה הנוהגת בעניין הריסת בתים נדחו זה לא מכבר במספר רב של פסקי דין, וביניהם רבים מן העת האחרונה, ואין כל שינוי בנסיבות המצדיק סטייה מן ההלכה הפסוקה (סעיפים 20-15 לפסק דינו של כב' השופט סולברג). כב' השופט פוגלמן חזר על עמדתו, כפי שצוינה בעניין סידר לעיל כי הפעלת תקנה 119 כנגד בני משפחה בלתי מעורבים של המפגע, איננה מידתית, אך כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה. עוד הוסיף כב' השופט פוגלמן כי מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר הביעו שופטים נוספים אמירות

לגבי הקשיים שמעלה השימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים (סעיף 2 לפסק הדין של כב' השופט פוגלמן).

" על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, בפרט מאז עניין סידר, התחזקתי בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבודות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במותב תלתא. ברם כל עוד ההלכה הפסוקה נותרה על מכונה, וכזהו המצב לעת הזו, איני רואה מנוס במקרה זה מן הקביעה כי אין עילה להתערבותנו על פי ההלכה במתכונתה הנוכחית" (סעיף 3 לפסק הדין).

88. יום לאחר דחיית העתירה בעניין מסודי, ניתן פסק דין נוסף בו נדחו ברוב דעות שלוש עתירות כנגד צוים להריסת בתיהם של שלושה מפגעים תושבי קבטיה, אשר ביצעו פיגוע משולב של דקירה וירי בסמוך לשער שכם בירושלים, שבו נהרגה שוטרית משמר הגבול הדר כהן ז"ל. (בג"ץ 1938/16 נג'אח אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.03.16)). כב' השופטת ברק ארז ציינה בפסק הדין כי

"בכמה מפסקי הדין שניתנו לאחרונה בסוגיה זו ציינו חלק מחבריי, וכך עשיתי אף אני בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (28.12.2015) כי הפרקטיקה של הריסת ביתו של המפגע כאמצעי הרתעתי אינה פשוטה כל עיקר ומעוררת שאלות נכבדות. עמדה זו חורגת מדל"ת אמותיה של ההלכה הפסוקה, והיא מציעה פרספקטיבה "חיצונית" ביחס אליה. מאחר שעמדתו של בית המשפט בסוגיה נבחנה מחדש אך לאחרונה אני רואה עצמי כבולה לה בעת הזו. אולם, כפי שכבר ציינתי, ראוי ש"בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור) שם, בפסקה 2 לחוות דעתי." (סעיף 3 לפסק הדין של כב' השופטת ברק ארז).

כב' השופט ג'ובראן מציין בדעת מיעוט כי הוא שותף להסתייגויות שהובעו בפסיקה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 כנגד בני משפחה שלא היו מעורבים בפעילות טרור, אולם גם הוא אינו מוצא לנכון לסטות מההלכה הפסוקה שנקבעה במספר רב של הרכבים שונים (סעיף 2 לפסק הדין של כב' השופט ג'ובראן). לגבי אופן הפעלת הסמכות קובע כב' השופט ג'ובראן כי זו צריכה להיעשות בהתאם לעקרון המידתיות, ועמדתו היא כי עקרון זה לא מתקיים שכן לא השתכנע כי החומר

שהציגו מהמשיבים מוכיח ברמה מספקת כי השימוש בצווי ההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית (סעיף 4 לפסק הדין). עוד מוסיף כב' השופט ג'ובראן :

"סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, קרא השופט ע' פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב. לקריאה זו הצטרף שם השופט מ' מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה " (סעיף 6 לפסק הדין).

89. מספר ימים לאחר שניתנו פסקי הדין הנ"ל דחתה כב' הנשיאה נאור בקשה לדיון נוסף בפסק הדין שניתן בעניין מסודי (דנג"ץ 2626/16 פתחי מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.03.16)). הבקשה נדחתה בין היתר בשל עיתוי הגשתה, ממש בסמוך לפקיעתו של צו הביניים שעיקב את הריסת הבית, ומאחר הבקשה לא כללה נימוקים מהותיים ואת פירוט השאלות המשפטיות (שם, סעיפים 7-8 להחלטה). כמו כן, חרף עמדתו של כב' השופט פוגלמן בעניין מסודי, לפיה עיון מחדש בהלכה צריך שייעשה רק בהרכב מורחב, ציינה כב' הנשיאה כי נימוק נוסף לדחיית הבקשה הינו העדר דיון מפורט ומעמיק בפסק הדין בשאלות המשפטיות הקשורות להפעלת תקנה 119, וכפועל יוצא מכך העדר הלכה גלויה ומפורשת (סעיף 8 להחלטה). כזכור, נימוק דומה הוביל לדחיית הבקשה לדיון נוסף בעתירה העקרונית, כפי שפורט בהרחבה לעיל. עם זאת ציינה כב' הנשיאה כי בכך "איני מחווה דעה בשאלה אם במקרה אחר עשוי בית המשפט לשקול לקיים דיון נוסף בשאלה כלשהי הנוגעת להפעלת תקנה 119". (שם, סעיף 9 להחלטה).

90. בהמשך אותו יום ניתן פסק דין נוסף ובו התקבלה עתירה כנגד צו להריסת ביתו של עבד אלעזיז מרעי. למרעי יוחסה מעורבות בפיגוע בעיר העתיקה בו רצח מוהנד חלבי את הרב נחמיה לביא ז"ל ואת אהרן בנט ז"ל (ראו בג"ץ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.03.16)). מוקד הדיון בפסק הדין נסוב סביב קיומה של זיקת מגורים מספקת בין המפגע לדירה אותה מבקשים להרוס, בשל היותו סטודנט השוכר חדר במעונות האוניברסיטה. עמדת שופטי הרוב קבעה כי יש לקבל את העתירה לנוכח הזיקה המוחלטת המתקיימת בין המפגע לבית המשפחה, וכן לנוכח העדר כל מעורבות ואף לא ידיעה, של המשפחה המתגוררת בבית אודות המעשים המיוחסים לבנה (ראו שם, סעיף 25 לפסק הדין של כב' השופט מזוז וסעיף 9 לפסק הדין של כב' השופטת ברוך). כב' השופטת ברוך ציינה אף היא כי נקודת המוצא לדיון היא כי למפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות על הריסה, אטימה והחרמה של ביתם של מבצעי פיגועים, שכן זו ההלכה הנוהגת, וכל עוד היא לא שונתה, יש לנהוג לפיה (שם, סעיף 2 וסעיף 7 לפסק הדין של כב' השופטת ברוך) השופטת ברוך והעירה כי בפסיקה נקבעו מספר שיקולים לבחינת מידתיות הפעלת תקנה 119 במקרה הקונקרטי, ובראשם חומרת המעשים המיוחסים למפגע. עוד הוסיפה כב' השופטת ברוך כי

"דעתי שונה. ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת

המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. " (שם סעיף 6 לפסק הדין של כב' השופטת ברון).

91. לא חלפו ימים ספורים ושוב קיבל בית משפט נכבד זה שלוש מתוך ארבע עתירות שעניינן צווי החרמה ואטימה שהוצאו לדירות בהם התגוררו ארבעה צעירים אשר בכתב אישום מיוחס להם יידו אבנים לעבר רכבים, ואשר נטען כי גרמו בכך למותו של אלכסנדר לבלוביץ ז"ל (בג"ץ 1336/16 פיראס מוסטפה אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (03.04.16)). דעת הרוב התייחסה לטענות העקרוניות כנגד חוקיות תקנה 119 וזאת לנוכח ההסתיוגויות שהביעו אך לאחרונה מספר שופטים מן ההלכה הפסוקה. כב' השופטת חיות ציינה בעניין זה כי

"כמוני ראו עצמם גם יתר השופטים המסתייגים, ברובם המכריע, מחויבים לילך בתלם ההלכה שנפסקה זה מקרוב ולפיה אושר השימוש בתקנה 119, כל עוד לא שונתה ההלכה. וכפי שהודגש בצדק, שינוי כזה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במותב תלתא (ראו עניין זכריא, פסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; פסקה 5 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז, שם; ופסקה 6 לחוות דעתו של השופט ס' גיבוראן בעניין אבו אלרוב; לקושי הרב שמעוררת סוגיה זו ראו גם דברי הנשיאה בדנג"ץ 360/15 בפסקה 6; כן ראו דנג"ץ 2624/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016) שם לא נשללה האפשרות להרחבת הרכב בסוגיה זו בעתירה מתאימה)".

דעת הרוב קבעה כי יש לקבל את עתירותיהם של שלושה מהמפגעים בשל חלקם הקטן יחסית באירוע לנוכח העובדה שמיוחסת להם שותפות בעבירת ההריגה בעיקר בשל נוכחותם באירוע, תוך שאין חולק כי השלכת האבן הקטלנית מיוחסת אך למפגע הרביעי (סעיף 14 לפסק הדין של כב' השופטת חיות). כב' השופט פוגלמן סבר בדעת מיעוט כי היה מקום להורות על מתן צו על תנאי גם בענייניו של המפגע הרביעי לנוכח עמדתו כי הפעלת תקנה 119 כנגד בני משפחה בלתי מעורבים, בנסיבות שבהן לא מיוחסת למפגע "כוונת קטילה", אינה מידתית ומהווה אף סטייה מההלכה הנוהגת (סעיף 6 לפסק הדין של כב' השופט פוגלמן).

סיכום

92. לסיכום פרק זה נציין כי בפרק הזמן שחלף מיולי 2014 - מועד חידוש המדיניות של הריסת בתי מפגעים - נהרסו ונאטמו באישור בית משפט נכבד זה עשרים וששה בתים. לכך יש

להוסיף עתירות שעודן תלויות ועומדות בבית המשפט ואשר טרם הוכרעו, בעניינם של שמונה בתים נוספים.

השימוש התכוף שעושה המשיב בתקנה 119 מביא לפתחו של בית המשפט שוב ושוב את הצורך לדון בחוקיות הצווים. מהפסיקה שנסקרה לעיל ניכר כי השימוש בתקנה 119 מטריד ומעורר קושי רב, במיוחד בשל המחויבות של מרבית שופטי בית משפט זה ל"הליכה בתלם" ההלכה שנפסקה, כל עוד זו לא נבחנה מחדש. מספר ניכר של שופטים בבית משפט נכבד זה הביעו את הסתייגותם מההלכה הנוהגת וציינו את קיומו של הצורך לדון מחדש בסוגיה זו בהרכב מורחב. זאת חרף העובדה כי עתירה עקרונית בנושא נדחתה וכי טרם חלפה חצי שנה מהמועד בו נדחתה בקשה לדיון נוסף בעניין (דנג"ץ 360/15 הנ"ל). כאמור, כיום הקריאה לבחינה מחודשת של הסוגיות העקרוניות הנובעות מהשימוש בתקנה 119 איננה נחלתם של העותרים בלבד. קריאה זו נשמעת גם מפי שופטי בית המשפט הנדרשים לדון בעתירות בנושא זה שוב ושוב כשידיהם כבולות. הגיעה השעה לבחינה מחודשת זו ובהרכב מורחב. כפי שקבע כב' הנשיא זמורה בע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום (03.04.49): "אמת ויציב – אמת עדיף" (שם, עמ' 254 מול האות א').

הטיעון בקצרה וחוות-דעת המומחים במשפט בינלאומי

93. העותרים יטענו כדלהלן:

1. שהסמכות שלכאורה מעניקה תקנה 119 למשיב מספר 2 מפירה שלושה עקרונות מנהגיים של המשפט הבינלאומי:
 - i. העקרון האוסר על ענישה קולקטיבית;
 - ii. העקרון האוסר על הריסת רכוש מוגן ללא צורך צבאי-מבצעי;
 - iii. העקרון האוסר על שימוש בלתי מידתי בכוח;
2. שתקנה 119 היא נורמה מן הדין המקומי וככזו כפופה לנורמות ולאיסורים האמורים של המשפט הבינלאומי, ובוודאי כפופה לאיסורים של הדין ההומניטארי בענפו הנוגע לכיבוש (תפיסה לוחמתית), שהוא המעניק את הסמכויות למפקד הצבאי;
3. שהמדיניות של המשיבים ביחס לשימוש בתקנה 119 עשויה לעלות כדי פשע מלחמה, בהתאם למשפט הפלילי הבינלאומי;
4. שהשימוש בתקנה 119 מפר עקרונות של המשפט הישראלי האוסר על ענישה קולקטיבית;
5. שהשימוש בתקנה 119 נעשה בפועל באופן מפלה ואך ורק בעניינם של חשודים, נדונים או מורשעים פלסטינים, ואף פעם לא כלפי חשודים, נדונים או מורשעים יהודים, שמיוחסות להם עבירות דומות או זהות.

94. לנוכח המרכזיות של הטענה בדבר עליונות הדין המקומי על הדין הבינלאומי בפסיקת בית המשפט בסוגיית השימוש בתקנה 119, כפי שתואר לעיל, נפתח את הטיעון המשפטי בבירור היחס בין נורמה של דיני הכיבוש הבינלאומיים לנורמה של הדין המקומי.

95. לאחר מכן, נפרט את טענותינו לפיהן המדיניות נשוא עתירה זו מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית וכן האיסור על הריסה של רכוש מוגנים והאיסור על שימוש בלתי מידתי בכוח.

96. לנוכח כל אלה, נבקש לקבל את העתירה ולהצהיר כי השימוש בתקנה 119 להריסה או איטום בתי חשודים, נאשמים ומורשעים במעורבות בפעילות חבלנית עוינת נגד ישראל וישראלים, אינה חוקית והיא מהווה הפרה של הדין הבינלאומי והישראלי.

97. לעתירה זו מצורפת חוות-דעת של שורת מומחים, כולם פרופסורים למשפטים המתמחים בענפים המשפטיים הנוגעים לענייננו. נדמה לנו שמעמדם ודרגת מומחיותם של החתומים על חוות-הדעת היא כזו, שאין צורך להציגם בפני בית המשפט, המכיר אותם היטב, ועם זאת נציגם להלן:

1. פרופסור יובל שני – דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, מומחה למשפט בינלאומי וחבר ועדת זכויות האדם של האו"ם;

2. פרופסור מרדכי קרמניצר – מומחה למשפט פלילי ומשפט פלילי בינלאומי, סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופ' אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית; פרופסור קרמניצר הינו חבר במועצה הציבורית של ארגון בצלם, העותרת מספר 3 בעתירה זו.

3. פרופסור ארנה בן נפתלי – מומחית למשפט בינלאומי, מייסדת ומופקדת הקתדרה ע"ש אמיל זולא בבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס. פרופסור בן נפתלי הינה חברה במועצה הציבורית של ארגון יש דין, העותרת מספר 5 בעתירה זו.

4. פרופסור גיא הרפז – מומחה למשפט אירופי ומשפט בינלאומי, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית;

בחוות-דעתם מפרטים המומחים – מצמרת המחקר והכתיבה בתחומים הרלבנטיים לעתירה זו – את עמדתם התומכת בעתירה זו ומבהירה כי מדיניות הריסות הבתים אינה חוקית, ואף עלולה לגרור אחריות כפשע מלחמה, כדלקמן:

א. מדיניות הריסת הבתים היא בגדר הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, של דיני הכיבוש הבינלאומיים ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי;

ב. פסיקת בית המשפט הנכבד, שלכאורה התירה את השימוש בתקנה 119, סותרת עקרונות בסיסיים שקבע בית המשפט הנכבד בפסיקתו העוסקת במתח שבין שיקולי ביטחון וזכויות אדם מכוח המשפט הבינלאומי ובראש ובראשונה עקרון האחריות האינדיבידואלית והמסוכנות האינדיבידואלית;

ג. **מדיניות הריסת הבתים עשויה להוות, בנסיבות מסוימות, פשע מלחמה, ובהתקיים תנאים מסוימים, לבית המשפט הבינלאומי הפלילי תהיה סמכות שיפוט בגינה.**

מצ"ב חוות הדעת המשפטית ומסומנת נספח 9.

98. להלן יפורטו גם מאמרי בקורת של אנשי אקדמיה נוספים, המרצים על משפט בין לאומי בישראל, שכולם כאחד שותפים לטענת העותרים, כי מדיניות הריסת הבתים של משפחותיהם של חשודים ונאשמים בטרור, אינה עומדת בקנה אחד עם הדין הבין לאומי.

היחס בין נורמה של דיני הכיבוש הבינלאומיים והדין הפנימי

99. כאמור, החל מפסק הדין הראשון שעסק בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119, פסק-דין בבג"ץ 434/97 בעניין **סחוויל**, דחה בית המשפט הנכבד את הטענות על הפרת איסורים מן המשפט הבינלאומי בנימוק שממילא תקנה 119 מהווה דין מקומי שקדם לכיבוש, ולכן דיני הכיבוש אינם מבטלים אותו. עשרות פסקי הדין שבאו בעקבות פס"ד **סחוויל** חזרו על נימוק זה, ובפסקי הדין האחרונים, ובהם בבג"ץ האחרון שעסק בסוגיה (בג"ץ 4597/14 בעניין **עוואודה**), שאלת הסתירה בין התקנה והאיסורים הקבועים באמנות ג'נבה ובתקנות האג משנת 1907 (להלן: "**תקנות האג**") לא נדונו יותר.

100. **לדידנו המדובר בשגיאה משפטית.**

101. את עמדת בית המשפט הנכבד באשר ליחס בין דין מקומי לנורמה מן המשפט הבינלאומי בפרשות **סחוויל** ובפסקי דין נוספים שציטטו אותו והוסיפו עליו, ניתן לחלק לשלושה תתי-נימוקים:

1. כי מלכתחילה מדובר בשתי נורמות **שוות משקל** ולפיכך, מכיוון שהמפקד הצבאי, במנשר מספר 2 בחר להותיר בתוקף את החקיקה שהייתה קיימת ערב כניסת כוחות צה"ל לאיזור – אין הנורמה מן המשפט הבינלאומי מתגברת על הנורמה המקומית;
2. הטענה כי גם אם מלכתחילה לא מדובר בנורמות שוות משקל, הרי שתקנה 43 לתקנות האג, המורה על כיבוד הדין המקומי, הפכה את הנורמה מן הדין המקומי לשוות משקל ואף עדיפה על נורמות אחרות שקבועות באמנות האג וג'נבה;

3. שגם אם הנורמה הבינלאומית היא במדרג נורמטיבי עדיף, יש לנקוט על פי העקרון האומר שבמקרה של סתירה חזיתית בין דין מקומי לנורמה מהמשפט הבינלאומי, יעדיף בית המשפט המקומי את הנורמה המקומית.

102. לדידנו אף אחת מהאפשרויות האמורות אינה נכונה. להלן טעמינו.

הדין הבינלאומי הוא מלכתחילה במדרג נורמטיבי גבוה מהדין המקומי

103. דומה שקשה יהיה לחלוק שנורמות הקבועות במשפט ההומניטארי הבינלאומי בכלל ובדיני הכיבוש בפרט הן ממדרג נורמטיבי גבוה מהדין המקומי מבחינת המשפט הבינלאומי. זהו כלל יסודי במשפט הבינלאומי, הרואה עצמו כעדיף ועליון על הדין המקומי כאשר הדין המקומי אינו יכול להצדיק הפרה של חובה מן הספירה הבינלאומית:

“It is no defence to a breach of an international obligation to argue that the state acted in such a manner because it was following the dictates of its own municipal law.”

(Shaw M., INTERNATIONAL LAW 102 (4th edition, Cambridge University Press)

104. עקרון זה קיבל ביטוי בסעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969, הקובע את הכלל המינהגי כלי:

“לא תסתמך בעלת-אמנה על דיניה הפנימיים לשם צידוק אי-ביצועה של אמנה.”

105. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק, האורגן המשפטי העליון של האו"ם, קבע כי כלל יסודי של הדין הבינלאומי הינו:

“...the fundamental principle of international law, that international law prevails over domestic law.”

(*Applicability of the Obligation to Arbitrate* case, **ICJ Reports**, 1988, p. 12, 34; ILR pp. 225, 252)

106. והדברים ברורים הרי מאליהם. במישור של המשפט הבינלאומי לא תישמע מדינה אשר תתרץ הפרת חובה החלה עליה מכוח נורמה הסכמית או מנהגית בכך שדיניה הפנימיים מחייבים או מאפשרים לה להפר את אותה חובה.

107. עמדה אחרת הייתה הופכת את המשפט הבינלאומי משדה משפטי לטקסט חסר כל משמעות, שהרי אם יכולות המדינות לבחור כרצונן אם לקיים את התחייבויותיהן הבינלאומיות, הרי שלא מדובר כלל בהתחייבויות במובן שיש למונח זה במשפט.

108. בדיני הכיבוש הדברים הם עוד יותר מובהקים. כל הרעיון של הסדרת מצב הכיבוש במשפט הבינלאומי הוא ליצור מעין חוקת-משטר לכיבוש, אשר תסדיר את זכויותיהם וחובותיהם של האזרחים שתחת כיבוש ואת חובותיו וכוחותיו של הכוח הכובש. גישה האומרת כי הכוח הכובש רשאי להימנע מקיום חובותיו או מכיבוד זכויות הנכבשים הקבועים בדיני הכיבוש, על-ידי מתן עדיפות לדין המקומי המפר את אותן זכויות וחובות – היא גישה המייתרת לחלוטין את השדה המשפטי החשוב הזה. והדברים ברורים.

109. עד כאן במישור של המשפט הבינלאומי.

תקנה 43 לא העלתה את המעמד הנורמטיבי של הדין המקומי באופן שהוא עדיף על הוראות דיני הכיבוש.

110. בפסיקת בית המשפט ניתן למצוא את הגישה האומרת, כי הדין המקומי של שטח כבוש שקדם לכיבוש קיבל חיזוק והגנה בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג:

"בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שגם מצאו ביטויים במנשר מס' 2 של מפקד כוחות צה"ל באיזור, הושאר החוק המקומי בתוקפו, וזאת בסייגים שאינם משפיעים על העניין שלפנינו (ראה תקנה 43 לתקנות האג 1907 וסעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית). מכאן, כי הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל היא בגדר משפט מקומי, הקיים והחל באזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי, ולא הובאו לפנינו טעמים משפטיים, שעל יסודם יש לראותו כבטל עתה."

בג"ץ 897/86 רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, מא (2) 522 (פורסם בנבו, מיום 06.05.87)

111. נזכיר כי תקנה 43 קובעת כך (ההדגשה שלנו):
- ”בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.”
112. אכן, הדין המקומי קיבל בתקנה 43 **הגנה**, כאשר התקנה מטילה על הכוח הכובש חובה **לכבדו**. הרעיון של חובת הכיבוד הוא שהכובש לא ישנה את הדין המקומי כרצונו, ורעיון זה נובע מהאופי של הכיבוש כמשטר **זמני של נאמנות**, שבו הכובש נדרש שלא לבצע שינויים ארוכי טווח השמורים לריבון (ראו: א. בן-נפתלי וי. שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (רמות, 2006) בעמ' 179-180).
113. אך האם פירוש הדבר שדין מקומי אשר מחייב את הכוח הכובש להפר הוראה אחרת של דיני הכיבוש עדיף עליו?
114. לדידנו, ולדידם של כל המלומדים שנדרשו לסוגיה – ברור שלא. דין מקומי כזה הוא ללא ספק דין אשר מקיים את הסיפא לתקנה, ולגביו נאמר ש”נבצר ממנו לחלוטין” לכבדו.
115. ראו למשל הפרשנות הרשמית של הצלב האדום, אשר קובעת כך בנוגע לחובת כיבוד הדין הקיים בשטח הכבוש (במסגרת דיון על סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית, המחיל את העקרון הקבוע בתקנה 43 לדין הפלילי):
- ”...when the penal legislation of the occupied territory conflicts with the provisions of the Convention, the Convention must prevail.”
- [COMMENTARY ON GENEVA CONVENTION IV OF 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIMES OF WAR 335-336 (Jean Pictet ed. 1958)]
116. זאת ועוד: במקרה שלפנינו הדין המקומי אינו מחייב את המעצמה הכובשת או את הכוח הכובש להרוס בתים או לאטום אותם, אלא מעניק סמכות שבשיקול דעת. במצב דברים כזה אין לומר שאי-שימוש בסמכות מהווה הפרה של חובת כיבוד הדין המקומי:

”חשוב לציין, כי תוצאות אלו [פגיעה בזכויות המוגנים תוך שימוש בדין המקומי המאפשר זאת] אינן נובעות מתקנה 43,

שכן גם אם החוק המקומי מתיר לריבון החוקי להפעיל סנקציות כלפי אזרחיו שלו, החוק המקומי אינו מחייב את הפעלתן של הסמכויות הקבועות בו מצד כובש"

א. בן-נפתלי וי. שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (רמות, 2006) בעמ' 180 (ההדגשה במקור)).

117. לדידנו, כל פרשנות אחרת חותרת תחת **המטרה והתכלית** של תקנה 43 (**מטרה ותכלית** הוא כלל הפרשנות הראשון במעלה של אמנות בינלאומית לפי אמנת וינה בדבר דיני אמנות). שהרי מטרת דיני הכיבוש והדין ההומניטארי בכללו היא להגן על אזרחים מפני נזקי העימות המזוין. באופן קונקרטי בשטח כבוש מטרת דיני התפיסה הלוחמתית להגן על זכויות האזרחים מפני הכובש הזר תוך אבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו ושל המעצמה הכובשת. אם-כך, קביעה כי הכובש רשאי לפגוע בזכויות האזרחים המוגנים הקבועים בדיני הכיבוש, וזאת באמצעות סמכויות דרקוניות הקיימות בדין המקומי – פוגעת במטרת הקיום של דינים בינלאומיים אלה ובסיבה להם.

118. לפיכך גם טענה זו, שחובת כיבוד הדין המקומי הקיימת בתקנה 43, מכשירה את השימוש בתקנה 119 אף אם היא עצמה מפירה איסורים של דיני הכיבוש, דינה להידחות.

הכלל בדבר עדיפות הדין המקומי מבחינת בית המשפט המקומי אינו חל במקרה של כיבוש

119. עתה נבחן את הנימוק האומר שלצד העקרון המחייב כיבוד כללי המשפט הבינלאומי אמור לחול הכלל שלפיו על בית המשפט המוניציפלי להעדיף נורמה מקומית, כשהיא סותרת מפורשות וחזיתית נורמה של המשפט הבינלאומי.

120. נזכיר כי בפרשת **סחוויל** מלפני שלושים וחמש שנים, נתקבלה עמדת המדינה, לפיה גם אם יש סתירה בין נורמה של המשפט הבינלאומי לבין תקנה 119, הרי שבית המשפט המקומי (קרי בג"ץ) לא יאסור על השימוש בנורמה המקומית:

"אין לנו צורך לדון בשאלה האם חייב המשיב לנהוג על-פי הוראות אמנת ג'נבה, כי אפילו אם כך הוא הדבר אין למצוא כל סתירה בין הוראות אותה אמנה, שעליהן הסתמכה גב' צמל, ובין השימוש שנעשה על-ידי המשיב בסמכותו שניתנה לו על-פי הוראות חיקוק שהיה בתוקף בעת שאיזור יהודה ושומרון היה בשליטת מדינת ירדן ואותו חיקוק נשאר בתוקף באיזור יהודה ושומרון גם היום".

121. בבסיס הלכה זו עומד רעיון העליונות של הדין המקומי על הדין הבינלאומי מבחינת בית המשפט המקומי.

הרציונל של העדפת דין מקומי אינו חל כאן שהרי הדין אינו מקומי אלא זר ואין הפרדת רשויות

122. המקורות להלכה זו הם בכבוד שנותן בית המשפט המקומי למחוקק המקומי והעקרון החוקתי של הפרדת הרשויות. הראשון כמו השני, יוצרים את הפער שבין גישת המשפט הבינלאומי להתנגשות בין דין מקומי לנורמה בינלאומי לבין גישת המשפט המקומי להתנגשות זו.

123. אלא שבמקרה שלפנינו – הדין המקומי אינו תולדה של אקט של המחוקק המקומי אלא של מחוקק זר. **הדין המקומי (במקרה שלנו תקנה 119) הוא למעשה דין זר**. למעשה, הוא דין זר פעמיים – פעם אחת משום שמדובר בדין של השטח הכבוש ולא של כנסת ישראל, ופעם שנייה שכן אף לא מדובר במעשה חקיקה של השלטון שקדם לכיבוש אלא **מעשה חקיקה של המחוקק המנדטורי שקדם לשלטון שקדם לכיבוש**.

124. לפיכך, הרציונאל של כיבוד המחוקק המקומי ע"י מערכת המשפט המקומית, שבבסיס העדפת הדין המקומי בהתנגשות עם דין בינלאומי, אינו חל כשמדובר בהתנגשות כאמור במסגרת כיבוש.

125. בנוסף לכך, שלטון כיבוש הוא שלטון שבו מבוטל עקרון הפרדת הרשויות. כידוע המפקד הצבאי אוהז בידו את הסמכויות של כל שלוש רשויות השלטון. הוא המחוקק, הוא הרשות השופטת והוא כמובן הרשות המבצעת. במצב דברים כזה, אין לומר שהתערבות שיפוטית במעשה הרשות המחוקקת של השטח הכבוש היא הפרה של עקרון הפרדת הרשויות – שממילא לא קיים בשלטון כיבוש. כך שגם רציונל זה לכלל המעדיף דין מקומי לא חל במקרה שלפנינו.

126. לא זו אף זו: כוחות צה"ל בגדה שואבים את סמכותם ישירות מדיני התפיסה הלוחמתית של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (עניין זה עובר כחוט השני בפסיקת בית המשפט הנכבד בענייני הגדה, ראו לדוגמא: בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז (4) 785, פסיקה 10 לחו"ד של השופט ברק; בג"ץ 7957/04 מרעאבה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין עליון 2005 (3) 3333, בעמ' 3340). לפיכך, במקרה המיוחד של התנגשות בין דין מקומי של שטח כבוש לדיני הכיבוש – כפוף הכוח הכובש אך ורק לדין המקומי שעבר במסגרת של דיני הכיבוש המעניקים לו את סמכויותיו מלכתחילה.

127. גישה זו של העותרים כמפורט לעיל, הנטועה עמוק בנורמות מנהגיות של המשפט הבינלאומי אף עולה בקנה אחד עם דבריו של המלומד הישראלי הנודע פרופ' יורם דינשטיין אשר פרשנותו לא מותירה שום צל של ספק, כי הדין המקומי אינו יכול להעניק סמכות לכוח הכובש הנוגדת את דיני הכיבוש (ההדגשות שלנו). דינשטיין מפרש את סעיף 64 הקשור קשר ישיר לתקנה 43 וגם

בה נקבעה החובה לכבד את הדין המקומי. בשל חשיבות דבריו ומכיוון שבסופם הוא מתייחס
ספציפית לדוגמה שהיא נושא עתירה זו, נבקש להביאם במלואם :

The second Paragraph of Article 64 is couched in language of entitlement (“may”), rather than obligation, when conferring on the Occupying Power the authority to alter the preexisting legislation. However, like all other Contracting Parties of the Geneva Convention, the Occupying Power has unconditionally undertaken (in Article 1) “to respect and to ensure respect” for the Convention “in all circumstances”. **The implementation of the Geneva Convention is not contingent on compatibility with domestic legislation. On the contrary, Contracting Parties have to enact any enabling domestic legislation required to give effect to the Geneva Convention... If this is true of the Occupying Power’s own legislation, it should a fortiori be true of the domestic laws in force in the occupied territory. The Geneva Convention must prevail over any conflicting local legislation in the occupied territory. That means that the laws in force in the occupied territory must be adapted where necessary to the Geneva Convention** (and, indeed, to any other binding instrument of international humanitarian law).

The distinction between what the Occupying Power may or must do in this field has significant practical repercussions when the Occupying Power is pleased with, and more than willing to strictly apply, some legislation — in force in the occupied territory at the commencement of the occupation — which is inconsistent with international humanitarian law. **The leading illustration has been the Israeli reliance on Emergency Regulations, in force in the West Bank and**

the Gaza Strip on the eve of the occupation (and dating back to the British Mandate), permitting the authorities to destroy private property as a punitive measure, and not merely “where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations” (as required by Article 53 of the Geneva Convention, based on Article 23(g) of the Hague Regulations)... **in the opinion of the present writer, the Occupying Power was bound to repeal or suspend these Regulations and certainly it could not legitimately rely on them.**

(הדגשות שלנו)

[Yoram Dinstein, *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, occasional paper series (Fall 2004)].

128 גישה הסבורה כי הדין המקומי יכול להעניק סמכות לכוח הכובש שנאסרה בנורמה מפורשת של דיני הכיבוש, כמוה כגישה הסבורה שמחוקק המשנה יכול להסמיך רשות מבצעת לנקוט בפעולות שנאסרו בחקיקה הראשית שמכוחה מבוצעת חקיקת המשנה.

תקנה 119 אינה יוצרת סתירה "מפורשת"

129 העותרים יטענו כי ממילא הכלל המעדיף דין מקומי על דין בינלאומי במקרה של סתירת תקנה אינו חל במקרה שלפנינו היות שאין סתירה **מפורשת**. היות ובפסיקה פותחה חזקת התאמת הדינים (על כך להלן), הרי שלא די בסתירה בין דין מקומי לנורמה מנהגית בינלאומית, אלא נדרשת סתירה **מפורשת** בכדי שיקבע כי חל הדין המקומי המפר.

130 בפרשה הידועה בעניין ע"א 4289/98 (מחוזי תל-אביב – יפו) **שולמית שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס"מ נח (3) 1 ("פרשת בסיוני"), קבע בית המשפט המחוזי כי על מנת שחקיקה מקומית תשלול כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, עליה לקבוע זאת במפורש. כך למשל, לא די בשתיקת הדין המקומי כדי לקבוע סתירה.

131. היות שכך, יטענו העותרים כי ממילא אין סתירה בין הסמכות שבשיקול דעת המצויה בתקנה 119, והנורמות של המשפט הבינלאומי האוסרים הריסת בתים בנסיבות שבהן הדבר מתבצע על-פי המדיניות הישראלית, שכן הדין המקומי אינו מחייב במפורש את מדינת ישראל להרוס בתים.

חזקת ההתאמה הפרשנית מחייבת פרשנות המונעת שימוש בתקנה 119

132. כאמור, הסמכות הנתונה לפי תקנה 119 לרשות המבצעת היא סמכות שבשיקול דעת, ולא נורמה מסוג הוראה מחייבת. במקרה כזה יש להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית ופעולתה תשפיע באופן משמעותי על שיקול הדעת המינהלי האמור.

133. חזקת ההתאמה אומרת כי בית המשפט "פרש חוק חרות מקומי, אם תוכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי" (דברי כב' השופט לנדוי בבג"ץ 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז (2) 169,177). כמו כן, אומרת החזקה כי "מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותוכנו אינו מחייב אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי" (ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז (3) 2033, 2040). לחזקת ההתאמה במשפטיהם של מדינות אחרות ראו גם:

Oppenheim, INTERNATIONAL LAW (9th edition) (Volume I), § 20

134. ברי, כי החזקה משמעותית אף יותר כאשר החוק "המקומי" אותו מפרשים איננו חוק כנסת אלא חוק של מחוקק זר כאמור.

135. לפיכך, עמדת העותרים היא כי חזקת ההתאמה הפרשנית מחייבת פירוש של תקנה 119 באופן שיעלה בקנה אחד עם האיסורים הקיימים בדין הבינלאומי על הריסת רכוש מוגנים שלא בשל צורך ביטחוני-מבצעי, ועל ענישה קולקטיבית.

I. השימוש בתקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית אסורה מהי ענישה קולקטיבית ומה בינה לבין הרתעה

136. בפסיקה שעסקה בסוגיה נשוא עתירה זו, מוזכרת תדיר עמדת המדינה לפיה הריסות הבתים מכוח תקנה 119 איננה בגדר "ענישה" כי אם "הרתעה".

137. אלא שהטענה כי מדובר באקט "הרתעתי" ולכן הוא איננו "עונשי", מניחה שההבדל בין השניים הוא במוטיבציה של מטיל הסנקציה, כלומר ביסוד הנפשי של המחליט על הריסת הבתים.

138. אלא שזה איננו המבחן, בטח לא כאשר את ההרתעה מבקשים להשיג על דרך של פגיעה מכוונת בחפים מפשע. מאז שחר ימי ההיסטוריה עשו צבאות שימוש ברברי באמצעים אכזריים לפגיעה בחפים מפשע בעקבות מעשי האחדים וזאת כדי "ללמד לקח" (או בשפת המשיבים: "להרתיע") ובכדי להפחיד את חורשי ה"פעילות החבלנית" העתידית מהוצאה לפועל של תכניותיהם.

139. האיסור על ענישה קולקטיבית לא בא למנוע כוונות רעות, אלא תוצאות רעות. הרציונאל הוא מניעת פגיעה בבני אדם בשל מעשי אחרים. **לפיכך, ענישה קולקטיבית אסורה כוללת כל פעולה שנועדה לגבות מחיר משמעותי מאוכלוסייה אזרחית בשל פעולת יחידים.** לפיכך הפרשנות של הצלב האדום לאמנות ג'נבה קובעת באופן ברור כי ענישה איננה רק סנקציה פלילית כפי שכבר ציטטנו לעיל. בשל חשיבות הדברים נביאם שוב:

"The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise".

[COMMENTARY ON ADDITIONAL PROTOCOL I OF 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949, p. 874, para. 3055 (Jean Pictet ed. 1987)]

140. גם המצמצמים בהגדרת המונח "ענישה" בקשר לענישה קולקטיבית, רואים בהריסת בתי מוגנים משום ענישה שכן הם סבורים שהגדרת ענישה קולקטיבית חולשת על **פעולות המונעות מאוכלוסייה זכות המוגנת באמנות המסדירות את דיני הלחימה.** וברור שהזכות לדיוור וזכות הקניין הם זכויות המוגנות בדין ההומניטארי הבינלאומי.

141. עוד ביחס לקביעה, החוזרת בפסיקה פעמים רבות, לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי ראו גם הערות כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 **דועאא עלויה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (01.12.15), סעיף 8 לפסק הדין.

142. לאור האמור, מבחינת דיירי הבתים הנהרסים שלא היו מעורבים במעשה שמיוחס לבן משפחתם ושהוא הסיבה להוצאת צו לפי תקנה 119 – המדובר בענישה, כמשמעות מונח זה בהקשר של האיסור על ענישה קולקטיבית והכל כפי שיפורט להלן.

האיסור על ענישה קולקטיבית במשפט הבינלאומי

143. האיסור על ענישה קולקטיבית קיים במשפט הבינלאומי מקדמת דנא. למעשה, הטלת ענישה קולקטיבית הוכרה כפשע מלחמה כבר אחרי מלחמת העולם הראשונה במסגרת הדו"ח של ה-

ראו לעניין זה :

J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck CUSTOMARY
(INTERNATIONAL LAW 374-375 (Cambridge, 2005).

144. כיום, נחשב האיסור על ענישה קולקטיבית לאיסור מנהגי של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומעוגן בסעיף 1)33 (1) לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע :

"שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים."

145. האיסור על ענישה קולקטיבית עוגן כבר בתקנה 50 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 הקובעת :

"אין להטיל על האוכלוסיה עונש קיבוצי, כספי או אחר, בשל מעשיהם של בודדים, כשאין לראותה כנושאת באחריות משותפת למעשים אלה."

146. על פי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית, האיסור על ענישה קולקטיבית איננו מתייחס רק לעונש שניתן על ידי בית משפט לאחר הליך פלילי, אלא לעונשים מכל סוג אחר שהושתו על אדם או קבוצה בגין מעשים שהאדם או הקבוצה לא ביצעו בעצמם.
ראו לעניין זה :

COMMENTARY ON GENEVA CONVENTION IV OF 1949 RELATIVE
TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIMES OF WAR 225
(Jean Pictet ed. 1958)

147. עוד מבואר בפרשנות הצלב האדום כי מטרתו של סעיף 1)33 (1) לאמנת ג'נבה הרביעית הינה לצמצם את הפרשנות של הסיפא לתקנה 50 לתקנות האג ("כשאין לראותה כנושאת באחריות משותפת למעשים אלה"), שלכאורה ניתן לטעון שנוסחה הלשוני אינו פוסל את האפשרות שאוכלוסיה תוכל לשאת באחריות כלשהי בשם אינדיבידואל (שם).

148. האיסור על ענישה קולקטיבית גם מעוגן בסעיף 75 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה הרביעית ובדברי ההסבר לסעיף אף מודגש ביתר שאת כי יש לפרשו במובן הרחב ביותר :

"The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise".

[COMMENTARY ON ADDITIONAL PROTOCOL I OF 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949, p. 874, para. 3055 (Jean Pictet ed. 1987)]

149. הנה כי-כן, האיסור על ענישה קולקטיבית הוא יסוד מוסד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ובאופן קונקרטי – של דיני הכיבוש. אין לאיסור חריגים והוא חולש על כל סוגי הסנקציות שמוטלות על חפים מפשע בתגובה למעשיהם של אחדים, ושלא כפעולת מניעה כלפי אותם אחדים (למשל: הכרזה על שטח צבאי סגור או הגבלות תנועה בעת חיפוש אחר מפגעים).

האיסור על ענישה קולקטיבית במשפט זכויות האדם

150. כידוע, בפעילותה בגדה המערבית, ישראל מחויבת גם לנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי של זכויות האדם ובהן הנורמות הקבועות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966. תחולתו של משפט זכויות האדם הבינלאומי על השלטון הישראלי בגדה אושרה בחוות הדעת בעניין חומת הפרדה של בית המשפט הבינלאומי לצדק (ראו: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, 9 July 2004, 43 I.L.M. 1009) וכן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד (ראו למשל: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 333(3)2005 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 937(1)2003; בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 1213(1)2008).

151. הוועד הבינלאומי של הצלב האדום קבע כי למרות שאין בנמצא איסור מפורש על ענישה קולקטיבית במשפט זכויות האדם, כפי שקיים במשפט ההומניטארי הבינלאומי כמפורט לעיל, הטלתה של ענישה קיבוצית עלולה להוות הפרה של זכויות ספציפיות המעוגנות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ובהן הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי, וכן הזכות להליך הוגן. ראו:

J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 374-375 (Cambridge, 2005)

152. כידוע, סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מאפשר השעיה של הוראות האמנה בשעת חירום וקובע:

”בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי...”

153. ניתן לכאורה להצדיק את השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה על ידי חריג ”שעת חירום”. אולם, בפרשנותה לסעיף 4 (הערה כללית מס’ 29), קבעה וועדת זכויות האדם של האו”ם לעניין זה כי אסור למדינה תחת שום נסיבות, להשתמש בחריג מצב החירום שבסעיף 4 לאמנה על מנת להצדיק הפרה של המשפט ההומניטארי לדוגמה בין היתר, על ידי הטלת עונש קולקטיבי תוך חריגה מעקרונות בסיסיים של הליך הוגן. ראו:

Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

154. לא מפתיע, אם כן, שהאיסור על ענישה קולקטיבית נובע גם ממשפט זכויות האדם הבינלאומי. עד כדי כך האיסור הוא מהותי בדיני זכויות האדם שהם אוסרים על ענישה קולקטיבית גם במהלך שעת חירום, תקופה שבה מתאפשרת השעיה של מימוש חלק מהזכויות המעוגנות בו.

.II יישום: השימוש בתקנה 119 היא בגדר ענישה קולקטיבית אסורה

155. כאמור בחלק שבו בחנו מהי ”ענישה” בהקשר של האיסור על ענישה קולקטיבית – ענישה איננה רק ענישה פלילית אלא כל סנקציה, כל פגיעה בזכות מוקנית המוטלת על אנשים בשל מעשי אחרים. ברי כי הריסת הבתים מכוח תקנה 119 מהווה לפיכך ענישה שכן היא פוגעת במארג זכויות (קניין, מדור, כבוד וכו’).

156. ברור גם שלנוכח העובדה ש”ענישה” זו חלה לא רק על מי שאחראים לפעילות החבלנית שבגינה נבחר הבית, הרי שמדובר בענישה קולקטיבית, קרי, ענישה שפוגעת לא רק באחראי אלא גם בקרובים לו – בני ביתו, שכניו, משפחתו.

157. המסקנה כי השימוש בתקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית היא אף מסקנתם של מלומדים רבים שבחנו את וכתבו על מדיניות זו. ראו למשל:

Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19

YALE J. INT'L L. 1, 53-65 (1994) ;

David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (2002), p. 147-153;

Martin B. Carroll, *The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of its Legality in International Law*, 11

MICH. J. INT'L. L. 1195, 1213-1217 (1990);

Shane Darcy, *Punitive House Demolitions, the Prohibition of Collective Punishment and the Supreme Court of Israel*, 21 PENN. ST. INT'L L. REV. 477, 505-507 (2003);

Brian Farrell, *Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119*, 28 BROOK. J. INT'L L. 871, 930 (2003);

Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel- A Comparative Perspective*, 31 GA. J. INT'L & COMP. L. 493, 507 (2003);

Yoram Dinstein, *The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing off of Houses*, 29 ISR. Y.B. HUM. RTS. 285, 296 (1999).

2. השימוש בתקנה 119 מהווה הפרה של האיסור על הריסת בתים של אזרחים מוגנים

העקרון האוסר הריסת רכוש פרטי של אוכלוסייה מוגנת בשטח כבוש

158. האיסור על הרס לא הכרחי בשעת מלחמה הינו עקרון מנהגי במשפט הבינלאומי ומעוגן בתקנה 23(g) לתקנות האג שלפיה:

”נוסף על האיסורים, שנקבעו באמנות מיוחדות, אסור בעיקר:
להשמיד או להחרים את רכוש האויב, חוץ אם השמדה או
החרמה כזו נדרשת במפגיע ע”י צרכי המלחמה”

האיסור על הריסת רכוש פרטי של אוכלוסייה מוגנת בשטח כבוש מעוגן בסעיף 53 לאמנת ג'ינבה הרביעית שקובע:

"אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

159. בדומה לאיסור על ענישה קולקטיבית, גם האיסור על הריסה שרירותית של רכוש, כצורת הרתעה או ענישה הוא עקרון מנהגי מבוסס במשפט הבינלאומי. כך לדוגמה, כבר בשנת 1947 נקבע בפסק דין של הטריבונל הצרפתי הצבאי בדז'ון כי הריסת מבנים (שריפתם במקרה זה), אף שנעשתה כתגובה להתקוממות, מהווה הפרה של תקנה 23 לתקנות האג, ולפיכך מהווה פשע על פי החוק הפלילי הצרפתי (ראו: *Trial of Franz Holstein and twenty three others*, (Permanent Military Tribunal at Dijon, case no. 46, February 3rd, 1947).

160. כאמור בסיפא של סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, האיסור על השמדת רכוש חל אלא אם כן ישנן "פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין". המונח "פעולות צבאיות" פורש על ידי הצלב האדום הבינלאומי כ"תנועות, תמרונים ופעולות מכל סוג הננקטות על ידי הכוחות המזוינים **במטרה להילחם**" [ראו: COMMENTARY ON ADDITIONAL PROTOCOL I OF 1977 TO (THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949, p. 67, para. 152 (Jean Pictet ed. 1987

161. במילים אחרות – החרג של הצורך הצבאי הוא חריג **מבצעי** הנוגע להריסה המתחייבת בעת פעילות צבאית.

162. בהתאם לכך, על פי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום הבינלאומי לסעיף 53, על הכוח הכובש לפרש את החרג "פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין" באופן סביר ותוך שמירה על מידתיות ושקילת היתרון הצבאי אל מול הנזק שייגרם, וזאת על מנת שלא ייעשה שימוש לרעה ביישומו על ידי הכוח הכובש, שירוקן את הסעיף מתוכן [ראו: COMMENTARY ON GENEVA CONVENTION IV OF 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN (PERSONS IN TIMES OF WAR 302 (Jean Pictet ed. 1958

163. לפיכך, ישנו קשר בין האיסור על הרס רכוש על ידי הכוח הכובש שאינו הכרחי לחלוטין בשל צורך צבאי, כפי שנקבע בסעיף 53, לבין האיסור על פעולות תגמול כנגד רכוש שנקבע בסעיף 33(1) (ראו שם, בעמ' 301). כלומר, ניתן לומר שהרס של רכוש שאינו מהווה פעולה צבאית מחייבת לחלוטין (תוך הפרה של סעיף 53), ואשר נעשה כסנקציה שמוטלת על אדם או קבוצה בגין מעשים שהם לא ביצעו בעצמם, יחשב כענישה קולקטיבית תוך הפרה של סעיף 33(1).

164. בנוסף, ישנו קונצנזוס רחב בקרב מלומדים כי הפרשנות לחריג הקיים בסעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית (המצדיק כביכול שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה)- היא מצומצמת ביותר, ואיננה כוללת הריסת בתים לצרכי הרתעה או ענישה אלא רק לצורך מבצע צבאי.

לעניין זה ראו בין היתר:

Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, 8 ISR. Y.B. HUM. RTS. 104, 128 (1978);

David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, 147 (2002);

Dan Simon, *The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories*, 19 YALE J. INT'L L. 1, 68 (1994)

165. מדיניות הריסת הבתים כענישה אף פוגעת בזכות להליך משפטי הוגן המעוגנת בסעיפים 71-73 לאמנת גינבה הרביעית. בנוסף, סעיף 147 לאמנת גינבה הרביעית קובע כי "הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה נרחב, שאין הכרח צבאי מצדיקו" יהוו הפרה חמורה של הוראות האמנה ועל כך יפורט בהמשך.

166. אם-כן, האיסור על פגיעה ברכוש פרטי של אזרחים מוגנים הוא עקרון מנהגי של הדין ההומניטארי הבינלאומי. החריג לו הוא מצומצם ומתמקד במקרים בהם ההריסה מתחייבת מפעילות מבצעית ובמהלכה. הפרת האיסור מהווה הפרה חמורה של אמנת גינבה הרביעית ולכן יש כמובן השלכות משפטיות חשובות עליהן נעמוד בהמשך.

IV. העקרון האוסר על הריסת רכוש פרטי של אוכלוסייה מוגנת במשפט זכויות האדם

167. מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה מפרה בראש ובראשונה את הזכות לדיוור המעוגנת באמנות רבות ובהן: סעיף 25(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם (1948); סעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966); סעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות ופוליטיות (1966); סעיף 5(5)(iii) לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1965); וסעיפים 16 ו-27 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989).

168. הריסת רכוש פרטי אף יכולה להיחשב להפרה של האיסור על יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל כאמור בסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות חברתיות ופוליטיות וכן בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, אשר לא ניתן לחרוג ממנו תחת שום נסיבות.

169. וועדת האו"ם נגד עינויים התייחסה למדיניות הריסת הבתים העונשית הישראלית ומצאה כי במקרים מסוימים מדיניות זו אכן עולה כדי יחס ועונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל תוך הפרה של סעיף 16 לאמנה (שישראל אישרה בשנת 1991), וקראה לישראל לחדול מאיטום והרס של בתים כאמור.¹ הוועדה חזרה על קריאתה זו בשנת 2009.²

"While recognizing the authority of the State party to demolish structures that may be considered legitimate military targets according to international humanitarian law, the Committee regrets the resumption by the State party of its policy of purely "punitive" house demolitions in East Jerusalem and the Gaza Strip despite its decision of 2005 to cease this practice . The State party should desist from its policies of house demolitions where they violate article 16 of the Convention. "

170. למעשה, מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה שחרטה על דגלה מדינת ישראל הוקעה על ידי וועדת האו"ם לזכויות אדם כבר בשנת 1998.³ ובהמשך דרשה הוועדה כי מדיניות זו תופסק שכן היא מהווה הפרה של חובותיה של ישראל מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות⁴ וכך קבעה הוועדה (ההדגשות שלנו) :

"While fully acknowledging the threat posed by terrorist activities in the Occupied Territories, the Committee deplores what it considers to be the partly punitive nature of the demolition of property and homes in the Occupied Territories. In the Committee's opinion, the demolition of property and houses of families, some of whose members were or are suspected of involvement in terrorist activities or suicide bombings, contravenes

¹ Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture, Israel, U.N. Doc. (CAT/C/XXVII/Concl.5 (2001), paras. 6(j), 7(g)

² Concluding Observations on Fourth Periodic Report Submitted by Israel, CAT/C/ISR/CO/4, 23 of June 2009, para. 33

³ Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93 (18 August 1998), para. 24

⁴ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR (21 August 2003), para. 16

the obligation of the State party to ensure without discrimination the right not to be subjected to arbitrary interference with one's home (art. 17), freedom to choose one's residence (art. 12), equality of all persons before the law and equal protection of the law (art. 26), and not to be subject to torture or cruel and inhuman treatment (art 7). The State party should cease forthwith the above practice."

171. גם בשנת 2010 חזרה הוועדה על חששה מכך שישראל נוקטת בשיטות ענישה שאינן חוקיות מבלי לבחון דרכי הרתעה שפגיעתם פחותה:⁵

"The Committee is concerned that, despite its previous recommendation...the State party continues its practice of demolishing property and homes of families whose members were or are suspected of involvement in terrorist activities, without considering other less intrusive measures..."

172. וועדת האו"ם לזכויות אדם חזרה על עמדתה זו ממש לאחרונה, כאשר הביעה את חששה מחזרתה של מדיניות הריסת הבתים הישראלית מאז חודש יולי 2014. הוועדה שבה וקראה למדינת ישראל לחדול באופן מידי ממדיניות הריסת בתים הענישתית, אשר מהווה הפרה של מחויבויותיה הבינלאומיות.⁶

173. הדווח המיוחד מטעם האו"ם לדיור נאות קבע אף הוא כי מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה מהווה הפרה חמורה של הזכות לתנאי מחייה נאותים ודיור נאות המעוגנת בסעיף 11(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.⁷ עוד נקבע על ידי הדווח המיוחד מטעם האו"ם על מצב זכויות האדם בשטחים, כי מדיניות הריסת הבתים של ישראל מהווה ענישה קולקטיבית

⁵ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3 (29 July 2010), para. 17

⁶ *Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Fourth Periodic Report of Israel*, (adopted on 28 October 2014, advance unedited version- not yet published), para. 9

⁷ Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, Mr. Miloon Kothari, E/CN.4/2003/5/Add.1, 12 June 2002

(על פי סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית), שכן לרוב איננה נחוצה מטעמים צבאיים (כנדרש בסעיף 53 לאמנה) ובשל כך, המדובר בהפרה חמורה על פי סעיף 147 לאמנה.⁸

174. העקרון האוסר על הרס רכוש פרטי זכה להתייחסות גם בבית המשפט האירופי לזכויות אדם אשר קבע כי שריפת בתים מיושבים ששימשו לכאורה לפעילות של המחתרת הכורדית, על ידי כוחות הביטחון התורכיים היוו תחת נסיבות המקרה יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, וזאת תוך הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם. בית המשפט קבע כי בשל נסיבות המקרה, ובכלל זאת העובדה כי לא ניתנה ליושבי הבית התראה מספקת טרם להריסה, או כל חלופה או פתרון שיבטיח את ביטחונם האישי, **הפרה זו עומדת בעינה בין אם כוחות הביטחון עשו זאת כפעולה ענישתית ובין אם עשו זאת כפעולה מניעתית**.⁹

175. אם-כן, הריסת בתי חשודים בטורר על המשמעות של לבני משפחתו של החשוד, מהווה הפרה בוטה של אגד זכויות הקבוע במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובהן הזכות לדיוור והזכות להיות חופשי מיחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.

משפט בינלאומי פלילי: מדיניות הריסת בתים של אזרחים מוגנים כפשע מלחמה

176. חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי משנת 1998 (להלן: "אמנת רומא") כוללת את הקודיפיקציה העדכנית והכוללת של כל האיסורים המנהגיים שהפרתם נחשבת לפשעי מלחמה (ראו לעניין זה: א. בן-נפתלי וי. שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (רמות, 2006) בעמ' 263 והלאה). אמנם ישראל טרם אישרה את חוקת רומא, אולם, פשעי המלחמה המוגדרים בה מהווים כאמור הפרות חמורות ומשמעותיות של נורמות מנהגיות של הדין הבינלאומי ההומנטארי, וככאלה הן מחייבות את ישראל.

פשע מלחמה מסוג הרס נרחב של רכוש מוגן

177. סעיף 8 לחוקת רומא אם-כן, הוא בגדר קודיפיקציה של פשעי המלחמה המהווים הפרות חמורות על פי סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 8(א)), וכן הפרות משמעותיות אחרות של הדינים החלים בסכסוך בינלאומי מזויין (סעיף 8(ב)).

178. הריסת רכוש אזרחי מהווה פשע מלחמה תחת סעיף 8(א)(4) לחוקת רומא אשר מגדיר פשע זה כלהלן:

Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Mr. John Dugard,⁸ on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel since 1967, E/CN.4/2002/32, para. 31

² *Selçuk and Asker v. Turkey*, ECHR judgment of 24 April 1998, p. 19 וכמו כן ראו פסק דין *Akdivar v. Turkey* 23 Eur. Ct. H.R. 143, 189-90 (1997) נוסף באותו העניין

"Extensive destruction and appropriation of property,
not justified by military necessity and carried out un-
lawfully and wantonly"

179. להלן נפרט את מרכיבי הסעיף האמור, תוך שימוש בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת רומא אשר לפיהם, סעיף 8(2)(א)(4) מורכב משבעה אלמנטים:

- א. המבצע הרס (או החריס) רכוש;
- ב. ההרס אינו מוצדק על ידי צורך צבאי (כמובן שצורך צבאי מהווה אך ורק פעולות חוקיות בהתאם לדיני הלחימה כאשר האפשרות לבצען קיימת מפורשות, ואינו יכול להצדיק פעולות שאינן חוקיות לכשעצמן);
- ג. ההרס הוא מקיף ונעשה באופן שרירותי;
- ד. הרכוש הוא אובייקט מוגן ע"פ אמנת ג'נבה הרביעית;
- ה. הכוח ההורס היה מודע לנסיבות העובדתיות שמכוחן הרכוש מוגן על ידי אמנת ג'נבה;
- ו. הפעולה נעשתה במסגרת סכסוך מזויין בינלאומי (כאשר על פי חוקת רומא, "סכסוך מזויין בינלאומי" כולל גם כיבוש);
- ז. הכוח היה מודע לנסיבות העובדתיות שמקימות את קיומו של סכסוך מזויין.

[ראו: K. Dormann, ELEMENTS OF WAR CRIMES UNDER THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, SOURCES AND COMMENTARY 81-86 (Cambridge, 2003)]

180. עבירה זו כאמור מהווה חלק מקבוצת הפרות החמורות של דיני הלחימה שמפורטת בסעיף 147 של ג'נבה הרביעית, אולם נקבע כי היא מהווה גם הפרה של כללים נוספים של הדין ההומניטארי וגם מכוחן היא הוגדרה כפשע מלחמה (נזכיר כי סעיף 154 לאמנת ג'נבה קובע כי היא מוסיפה על שנקבע בתקנות האג ולא גורעת מהן, לכן גם הפרות של תקנות האג הן הפרות של הדין ההומניטארי). כך, העבירה מעגנת את האיסור על הרס של רכוש על ידי הכוח הכובש בשטח הכבוש לפי סעיפים 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ו-42-56 ו-23(g) לתקנות האג המוזכרים לעיל.

181. הטריבונל הבינלאומי הפלילי ליגוסלביה לשעבר (להלן: "ICTY"), נזקק לשאלת חוקיות הרס של רכוש בשטח כבוש ונאלץ לבחון את חריג הצורך הצבאי. נאמן לעקרון שהחריג חל על פעילות **מבצעית** בלבד, קבע הטריבונל בעניין *Blaskic* כי אסור לכוח הכובש להרוס רכוש קבוע או בר-הזזה אלא אם ההרס הוא הכרחי לתלוטין בשל מבצע צבאי:

"An occupying Power is prohibited from destroying movable and non-movable property except where such destruction is made absolutely necessary by military operations".

[ראו: ICTY Judgment, *The Prosecutor v. Tihomir Blasic*, IT-95-14-T, para. 157]

182. עוד נקבע כי בכדי להוות הפרה חמורה, על ההרס (שאינו מוצדק על ידי צורך צבאי), להיות מקיף, שלא בהיתר וביודעין. לעניין המונח "מקיף", נקבע כי יש לפרשו על פי עובדות כל מקרה לגופו, כאשר ייתכן שגם מקרה יחיד של הרס בית חולים לדוגמה, יוכל למלא אחר ההגדרה:

"To constitute a grave breach, the destruction unjustified by military necessity must be extensive, unlawful and wanton. The notion of "extensive" is evaluated according to the facts of the case – a single act, such as the destruction of a hospital, may suffice to characterise an offence under this count."

[ראו: שם, בפסקה 157, וכן ב- COMMENTARY ON GENEVA CONVENTION IV OF 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN [PERSONS IN (TIMES OF WAR 601 (Jean Pictet ed. 1958

183. במקרה נוסף, קבע ה-ICTY כי היכן שמדובר בשטח כבוש, די במילוי התנאים הבאים כדי שהריסתו של רכוש תהווה פשע מלחמה: הרכוש מוגן מכוח סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ההרס הוא גדול בהיקפו וכן אינו מוצדק על ידי צורך צבאי.

[ראו: ICTY Judgment, *The Prosecutor v. Dario Kordiac and Mario Cerkez*, IT-95-14/2, para. 335-341] IT-

95-

184. לעניין הרכיב הנפשי הנדרש לעבירה על סעיף 8(2)(iv)(a) הני"ל, נקבע כי הוא מתקיים אם הנאשמים פעלו מתוך כוונה להרוס את הרכוש האמור או פעלו בפזיזות ותוך עצימת עיניים לכך שהרכוש ייהרס (שם, בעמ' 341).

185. על רקע זה יש לבחון את מדיניות השימוש בתקנה 119 כפי שזו פורטה בהרחבה בכתב עתירה זה.

א. מדיניות הריסת הבתים של ישראל גורמת להרס של רכוש אשר הוא ללא ספק בגדר אובייקטים אזרחיים מוגנים;

ב. ישראל כמובן מודעת לכך שמדובר ברכוש מוגן בשטח כבוש ;
ג. ההרס הינו נרחב, שכן אין מדובר במספר בתים בודדים אלא במדיניות שיטתית ומוצהרת אשר יוצאת לפועל בכוונה תחילה ולמטרות ענישה, ושבמסגרתה נהרסו מאות בתים של אנשים שלא פשעו, כאשר הרשויות מודעות לכך שלא פשעו ;
ד. בנוסף, הריסת הבתים אינה מוצדקת ואינה יכולה להיות מוצדקת בשום אופן על ידי "הכרח צבאי", על פי הגדרת מונח זה במשפט המנהגי כיום **כצורך מבצעי**, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

פשע מלחמה מסוג ענישה קולקטיבית

186. בנוסף לפשעי מלחמה המהווים הפרות חמורות של אמנת ג'נבה, חוקת רומא קובעת בסעיף 8(2)(ב) רשימת הפרות משמעותיות אחרות של הדינים החלים בסכסוך בינלאומי מזויין אשר גם הם מהווים פשעי מלחמה.

187. כפי שפורט לעיל, האיסור על ענישה קולקטיבית המעוגן בתקנה 50 לתקנות האג וסעיף 33(1) לאמנת ג'נבה הינו איסור מנהגי וותיק במשפט הבינלאומי, שלא ניתן לחרוג ממנו. הענישה הקולקטיבית מהווה אף היא פשע מלחמה על פי חוקת הטריבוניל הפלילי הבינלאומי ברואנדה (סעיף 4(ב)):

Article 4: Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations

shall include, but shall not be limited to:

...

b) Collective punishments

...

Statute of the International Tribunal for Rwanda, Security Council Resolution 955,]
[[U.N. Doc. S/Res/955 (1994

188. נוסח זהה של הסעיף שלעיל המגדיר ענישה קולקטיבית כפשע מלחמה אף עוגן בסעיף 3(ב) לחוקת בית הדין המיוחד בסיירה לאון [ראו: Statute of the Special Court for Sierra Leone, Security Council Resolution 1315, U.N. Doc. S/Res/1315 (2000)]

189. בנוסף, הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית מדגישה כי אף שבסעיף 147 ענישה קולקטיבית אינה מופיעה כהפרה חמורה, היא עשויה להיחשב ככזו. COMMENTARY ON GENEVA CONVENTION IV OF 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIMES OF WAR 594 (Jean Pictet ed. 1958)

190. לאור האמור, קיימת סכנה ממשית שמדיניות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 מהווה פשע מלחמה מסוג הרס נרחב שאינו מוצדק בצורך צבאי וכן קיימת סכנה ממשית שמדיניות זו מהווה פשע מלחמה של ענישה קולקטיבית. על אחד מהם – פשע מלחמה מסוג הרס נרחב של רכוש מוגן – יש לבית המשפט הפלילי הבינלאומי סמכות עניינית.

הצטרפות הרשות הפלסטינית לאמנת רומא

191. ביום 31.12.14 הצטרפה הרשות הפלסטינית לחוקת רומא. ההצטרפות נעשתה באמצעות הכרזה לפי סעיף 12(3) לאמנת רומא. בהכרזה נקבה הממשלה הפלסטינית ב-13 ביוני 2014 כמועד תחילת סמכות השיפוט. כלומר, סמכות השיפוט תחול על חשד לעבירות שבוצעו מיום זה ואילך על-ידי חשודים בעלי אזרחות פלסטינית או שבוצעו החל ממועד זה ע"י כל אדם בשטחים הפלסטיניים. אחד התנאים המרכזיים לחשיפת אזרחים ישראלים לשפיטה פלילית בינלאומית התמלא עם בהצטרפות הרשות הפלסטינית לאמנת רומא.

V. השימוש בתקנה 119 מפרה את עקרון המידתיות (פרופורציונאליות) במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי

עקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי

192. להלן ייטען כי על השימוש בתקנה 119 – שהוא שימוש בכוח ע"י כוח כובש במסגרת עימות מזויין בינלאומי, חלים דיני השימוש בכוח ובהם עקרון הפרופורציונאליות, שלו מקבילה בדין הישראלי והוא עקרון המידתיות (ראו בג"ץ 7957/04 **מרעאבה נ' ממשלת ישראל ואח'**, תקדין עליון (2005) (3) 3333 – פרשת גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה).
193. לצדו של עקרון האבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים שהוא עקרון הבסיס של שדה דיני הלחימה הבינלאומיים, ניצב עקרון הפרופורציונליות כעקרון כללי מרכזי של דיני הלחימה.
194. עקרון הפרופורציונליות אוסר על פגיעה גם במטרות לגיטימיות (לוחמים ואובייקטים צבאיים), במידה שההתקפה צפויה להביא לפגיעה בחיי אזרחים, לפציעתם ו/או לגרימת נזק אזרחי אשר עולים על היתרון הצבאי החזוי מההתקפה.
195. עקרון זה, אף שהוא מסובך יותר מעקרון האבחנה, אומר דבר חשוב מאוד ומגביל באופן משמעותי ביותר את שיטות הלחימה ואמצעי הלחימה המותרים בשימוש בכוח. המפקד הצבאי חייב לא רק לאבחן בין מטרות לגיטימיות ומטרות שאינן כאלה, הוא גם חייב לקחת בחשבון את הנזק הצפוי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים משימוש בכוח נגד מטרות לגיטימיות – זו משמעותו של העקרון, ואף הוא מקובל היום כמשפט בינלאומי מנהגי [ראו: J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 46 (Cambridge, 2005)].
196. לא נצטט מכל המדריכים הצבאיים אשר בכולם יש התייחסות לעקרון הפרופורציונליות, אלא נביא כלשונו את סעיף (B)(5)51 של הפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה אשר מקובל בקרב המלומדים העוסקים בנושא כסעיף שסיכם את הסוגיה והגדיר באופן מדויק את העקרון. העקרון מובא על דרך הגדרת "התקפות חסרות הבחנה" (שהן **התקפות אסורות**):

5. Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

...

(b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be

excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

(וראו סעיף 51(4) האוסר התקפות שהן "indiscriminate")
ובתרגום העברי :

"5. בין השאר, ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה :

...

(ב) התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי."

197. וראו גם את ניסוחה של הזכות להגנה עצמית הקבועה בחוקת האו"ם בסעיף 51, הקובעת אף היא איסור על תגובה בלתי פרופורציונאלית.

198. בית המשפט הנכבד גם הוא התייחס בפסיקתו הענפה בענייני לחימה לעקרון זה וקבע כי לצד היותו עקרון של המשפט הבינלאומי ובאופן ספציפי של דיני הכיבוש, הוא גם עקרון של המשפט הישראלי (ראו : בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין פסקאות 36 ואילך לפסק הדין ; בג"ץ 7957/04 מרעאבה ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין עליון (2005) (3) 3333 ; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006(4), 3958, סעי' 45).

199. ע"פ פסיקת בית המשפט הנכבד, הבחינה אם פעולה שלטונית היא מידתית, נעשית באמצעות מבחן תלת-שלבי : האם יש קשר לוגי בין האמצעי שנבחר למטרה ; האם נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה ביותר מבין שלל האמצעים שיכולים להביא את התוצאה ; והאם הנזק לאינטרס מוגן גדול מהתועלת לאינטרס אותו מבקשים להשיג ב"ערכים מוחלטים" (ראו פרשת בית סוריק, פסקה 41).

השימוש בתקנה 119 להריסת בתי חשודים בפעילות חבלנית עויינת היא בהכרח בלתי מידתית

200. העותרים יטענו כי השימוש בתקנה 119 להריסת בית משפחת העותר ובתי חשודים בכלל אינה מידתית.

201. הפגיעה באזרחים חפים מפשע היא כמובן עצומה. אין צורך להכביר מילים במשמעות של בית לאדם. הבית אינו רק המקום הפיזי שבו הוא מתגורר. הבית מכיל את זיכרונותיו של האדם, הוא מבטא את אישיותו, הוא מעניק לו ביטחון והגנה.

202. מנגד, לא רק שאין יתרון ביטחוני מוכח ממדיניות הריסת הבתים, אלא שכאמור בחלק העובדתי, **ועדה צבאית קבעה שהמדיניות אינה יוצרת את ההרתעה המקווה.**

203. במצב דברים זה, ברי כי עקרון המידתיות אינו מתממש, ולמעשה אף המדיניות אינה עומדת באף אחד ממבחני העקרון: אין קשר לוגי בין האמצעי למטרה ולא מתקיימת מידתיות במובנה הצר.

204. לאור כל האמור, העותרים יטענו כי מדיניות הריסות הבתים מכוח תקנה 119 מפירה את עקרון המידתיות בשימוש בכוח, כפי שזה קבוע בדיני הלחימה הבינלאומיים ובמשפט המנהלי הישראלי.

VI. השימוש בתקנה 119 נעשה באופן מפלה בין פלסטינים ויהודים

205. העותרים יטענו בנוסף כי הפרקטיקה של שימוש בתקנה 119 היא פרקטיקה מפלה, במובן זה שהשימוש בה הוא אקסקלוסיבי למקרים בהם הנוגע בדבר הוא פלסטיני ולא כאשר מדובר ביהודים.

206. לצערנו, פעילות חבלנית ומעשי אלימות ורצח קשים מתרחשים באזורנו כלפי ועל-ידי יחידים והתארגנויות מכל הלאומים. עם-זאת, מעולם לא נעשה שימוש בתקנה 119 כסנקציה עונשית / הרתעתית כלפי יהודים.

207. איננו מבקשים חס וחלילה להביא לכך שהשימוש בפרקטיקה יורחב גם כלפי יהודים, שכן עמדתנו העקרונית נגד חוקיות המדיניות אינה מבחינה בזהות הלאומית של קרבנותיה, אולם אנו סבורים כי האפליה השיטתית ולמעשה המוצהרת של הפעלת המדיניות, יוצרת אף היא אי-חוקיות המחייבת את ביטולה.

208. אין צורך להכביר מילים על עילת האפליה במשפט המנהלי והחוקתי שלנו. פרקטיקה מפלה היא פרקטיקה פסולה, ובמקרה שלפנינו אין כל ויכוח ואין כל מחלוקת שהפרקטיקה הקשה מכוונת אך ורק ל"הרתעה" במגזר הפלסטיני.

209. הטענה שנשמעה – למשל במענה המשיבים לטענה דומה שהועלתה בבג"ץ 5290/14 **קואסמה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, מיום 11.08.14), כי הנטל על הטוען לאכיפה בררנית להראות שלא שיקולים עניינים הביאו לאבחנה (פיסקה 30 לפס"ד) היא בכבוד הראוי – בעייתית.

210. אין מדובר בסוגיה של אכיפה בררנית כי אין בענייננו פרקטיקה של אכיפה, אלא הטלת סנקציה הרתעתית. בעניין זה מרגע שהוכח כי יש פער שעל פניו הוא מפלה, דווקא הנטל על הרשות להראות שאין הדבר כך.

211. עוד נטען בנושא זה כי אין צורך ב"הרתעה" במגזר היהודי. ראו בעניין זה את התייחסות כב' השופט סולברג לכך כי הציבור היהודי, ככלל, מורתע ועומד, ואינו מוסת וכן לשוני ביחס הסביבה – "גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד (בג"ץ 7040/15 פדל חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.15), סעיף 2 לפסק הדין של כב' השופט סולברג).

212. בכל הכבוד הראוי טענה זו יש לגבות בתשתית עובדתית מתאימה, דבר שלא נעשה. מכל מקום, נזכיר ונבהיר שאין טענתנו מבקשת להביא ליישום הפרקטיקה בלתי חוקית של הריסות בתים ו/או איטומם גם במגזר היהודי. טענתנו היא שהיישום המפלה שלה יוצר אי-חוקיות נוספת ועצמאית, שמחייבת גם היא את ביטולה.

הטיעון הפרטני:

הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות להליך הוגן:

213. זכות הטיעון אינה נצרכת לטיעונים מתוחכמים ולשלל מובאות מן ההלכה הפסוקה כדי לבסס את מעמדה הרם. היא מהווה חלק בלתי נפרד מכללי הצדק הטבעי המחייב כי רשות מנהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפניה. מנגד, הכלל מעניק זכות טיעון לאדם שעשוי להיפגע על ידי החלטה מנהלית. לעניין זה ר' י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, ב 793 (תשנ"ו) (להלן: "זמיר"), וכן בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, תק-על 2005(2), 2595, ס' 420:

"נסכים, כמובן, כי זכותו של היחיד להשמיע טענותיו לפני הרשות בטרם תתקבל החלטה העלולה לפגוע בו – זכות נעלה היא, זכות היא שיסודה בהגינות הנדרשת ביחסי אנוש, והיא עימנו מקדמת דנא."

214. עוד יודגש כי כחלק אינהרנטי מהליך השימוע מוטלת על המשיבים חובה למסור לעותרים את מלוא המסמכים והמידע עליהם נשענת החלטתם. כך למשל קבע כב' הנשיא (בדימו') א' ברק במסגרת רע"א 291/99 ד.נ.ד. **אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד נח(4) 221, 232:

"זכותו של הפרט לעיין במסמכים המוחזקים בידי הרשות המינהלית ואשר שימשו אותה להחלטה בעניינו, היא ממושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי. זוהי "זכות העיון הפרטית", הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון ומחובת המינהל לפעול בשקיפות

(ראו זמיר בספרו הנ"ל, בעמ' 875-886). אכן, "הכלל העולה מן הפסיקה הוא, כי מסמכים שנתקבלו על ידי רשות ציבורית תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על-פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר."

ר' גם בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נו (4) 577, 600, שם קבעה כב' הש' א' פרוקצ'יה:

"בלעדי זכות העיון זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם."

וכן זמיר בספרו הנ"ל, בעמ' 819, שם הטעים כי "השמעת טענות בפני הרשות המינהלית כוללת בחובה, כדבר המובן מאליו, גם הצגת ראיות... ללא אפשרות להוסיף עובדות, או להפריך עובדות, השימוע עלול להיות עקר."

215. חרף טענותיהם כבדות המשקל של העותרים, החלטת המשיב נמסרה באופן מזורז ומבלי שנשקלו כהלכה מלוא השיקולים הדרושים לעניין, באופן המעורר חשש שמא מדובר בשימוע פורמלי בלבד וריק מתוכן.

216. יתרה מזו, המשיבים לא נעתרו לבקשת העותרים כי טרם מתן החלטה יימסרו להם כל החומרים העומדים ביסוד הכוונה ליתן צו החרמה והריסה כך שיתאפשר להם לשטוח את מלוא טענותיהם בנדון, וזאת ללא כל נימוק ענייני.

217. באשר לראיות לעניין מעורבותו של בלאל במעשים המיוחסים לו כאמור לא הועברו אלא כתב האישום ומספר הודעות משטרתיות, למרות שלא היתה כל מניעה להעביר את מלוא חומר החקירה לידי העותרים ובכך לאפשר להם למצות את זכות הטיעון כראוי וכמתחייב על פי דין. בהיעדר מלוא החומרים המבוקשים נפגעת זכות הטיעון של העותרים שלא לצורך ושלא כדין, פגיעה ברורה שאין אין צורך להכביר עליה מלים.

218. לא ניתן להפריז גם בחשיבותן של חוות הדעת ההנדסית ותכנית מימוש ההריסה כדי למלא אחר חובת השימוע המוטלת על המשיבים ולשמור על זכותם של העותרים להליך הוגן. ללא מסמכים אלו ומידע קונקרטי אודות תכנית ההריסה והשלכותיה, נשללת מהעותרים ללא כל הצדקה או עילה האפשרות להציג חוות דעת ממוקדת מטעמם אשר תבחן כראוי את הסיכונים הספציפיים הכרוכים בהריסת ביתם, כמו גם על-מנת לאפשר לב"כ העותרים ולביהמ"ש הנכבד לעמוד על מידתיות פעולות המשיבים.

219. אמנם בעניין חמאד נקבע כי ככלל אין להתערב בהחלטת המשיב שלא להעביר את חוות הדעת ההנדסית, אולם בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 15.10.15, פורסם בנבו, להלן: "עניין סידר") צירפו המשיבים את חוות הדעת המבוקשת מיוזמתם, כך שאין כל הצדקה שלא יעשו כן בעניינם של העותרים, כנדרש על-פי כללי המנהל התקין.

220. בנסיבות העניין, שלילת זכות הטיעון והשימוע מהווה פגם חמור ומהותי היורד לשורשו של ההליך המנהלי, ודי בטעם זה כדי להצדיק את ביטול הצו.

אחריותו של בלאל לא הוכחה ברמה הנדרשת:

221. לנוכח עצמת הפגיעה שבשימוש בתקנה 119, אין זה ראוי לעשות בה שימוש ביחס לבני משפחתו של מי שההליכים המשפטיים בעניינו טרם הוכרעו. המשיב אמנם רשאי לקבל החלטות על סמך ראיות מנהליות, אולם על אלו לעמוד במבחן הסבירות ועליו לתת להן משקל סביר, בהתייחס לנושא, לתוכן ולנסיבות. המשקל הנדרש מן הראיות, כדי לבסס עליהן החלטה, משקף במידה רבה את מהות הזכות או האינטרס הצפויים להיפגע מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה בזכות היסוד (זמיר, בעמ' 755). לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט ת' אור בבג"ץ 3379/03 אביבה מוסטקי ו-372 אחי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, המדגישים גם את הקשר הישיר שבין הפגיעה בזכות הטיעון לחוסר סבירות החלטת המשיב:

"לא די בכך שתהינה בידי הרשות המינהלית ראיות המאששות על פי תוכנן את מסקנותיה. אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות, לרבות זכויות קניניות, הן צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת. עוצמתה של הראיה עלולה להיפגם או להיות מוחלשת כאשר אין ניתנת אפשרות לנפגע מההחלטה להתמודד עמה ולהזימה. כך הוא לדוגמה כשמדובר בראיה החסויה מעין מי שעלול להיפגע מההחלטה. במקרה כזה על הרשות להיות מודעת לעובדה שחומר הראיות החסוי לא עבר התייחסות או ביקורת מלאים של מי שעלולים להיפגע ממנו וליתן לה משקל."

222. כן ר' לעניין זה בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 48-49, שם עמד בית המשפט על חשיבות קיומה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית המתייחסת למכלול ההיבטים והטענות הרלוונטיות, לרבות הסברים ונתונים חלופיים לאלו שבידי הרשות. עוד הרחיב על כך המלומד

זמיר, שקבע כי על הרשות מוטלת **חובה פוזיטיבית** לשקול את כל השיקולים הדרושים לעניין וכי **"התעלמות משיקול ענייני היא פגם שיש בו כדי לפסול את ההחלטה"**. (זמיר, העמ' 742; ורי גם בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279).

223. תוצאת הפיגוע מיום 03.10.15 היא קשה ומצערת ביותר. ואולם, על יסוד כתב האישום אשר הוגש כנגד בלאל ולהודעות המשטרתיות שנמסרו, הפיגוע בוצע על ידי שלושה אחרים ולא על ידי בלאל אשר כלל לא נכח באירוע. לכן, ייחוס אחריות כמבצע עיקרי לבלאל מהווה צעד מרחיק לכת המעורר קושי ממשי הן במישור הפלילי והן במישור המנהלי.

224. זאת ועוד, מאחר שלא נמסר לעותרים מלוא החומר בעניינו של בלאל, ובכלל זה חומר החקירה ופרוטוקולים של הדיונים שנתקיימו בעניינו, הרי שאין באפשרותם למצות את טיעוניהם באשר להוכחת אחריותו של בלאל ברמה הנדרשת. העותרים עומדים על בקשתם לקבלת מלוא החומר הנדרש ויבקשו להשלים את טיעוניהם בנדון לאחר קבלת מלוא המסמכים הנדרשים. בהיעדר החומר האמור יטענו העותרים כי אין די בהעברת סלקטיבית של מסמכים כאלו ואחרים על ידי המשיבים בכדי שיעמדו בנטל, כך שלא ניתן לקבוע בשלב זה ברמת הוודאות הנדרשת כי קיימות ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות כי בלאל אכן עבר את העבירות המיוחסות לו. מכאן, שאין כל יסוד להפעלתה של תקנה 119, בוודאי לא ביחס לבני משפחה שהם תושבים מוגנים ובלתי מעורבים, ומדובר במקרה מובהק בו אין להפעיל סמכות מנהלית טרם הרשעה בפלילים.

ההחלטה בלתי מיידתית:

225. בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה, לאור הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, על יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות. וכך נקבע בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (מיום 01.07.14, פורסם בנבו. להלן: "עניין עואודה"):

"...בפרשו את [תקנה 119], צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות. ... קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד [...]. אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מיידתית."

226. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (מיום 14.12.06, פורסם בנבו. להלן: "עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל") הדגיש בית המשפט כי נקודת המוצא לבחינת מידתיות ההחלטה היא זכותם של האזרחים התמימים:

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי- החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיננו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.

חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם. " (עמ' 61; ההדגשות הוספו, ג.ל.)

227. אכן, במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119. כאשר בוחרים בכל זאת לעשות שימוש באמצעי דרקוני זה, הרי שאין לעשות כן אלא אם כולו כל הקיצים.

228. בענייננו, לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על בטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים, בני משפחותיהם ודיירים נוספים במבנה ובבניין הצמוד, ולאור נסיבות המקרה הקונקרטי כמתואר לעיל, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה.

229. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכאמור לעיל רשויות הבטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן.

230. יוזכר, כי בפסק הדין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, מיום 31.12.14), אשר עסק בנסיבות הדומות לענייננו, נקבע על-ידי רוב שופטי ההרכב כי במקרים עתידיים של הריסת בתים הצבא יידרש להציג נתונים המצביעים אודות האפקטיביות הנטענת של הריסות הבתים כאמצעי הרתעה. וכך, דברי כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

"...על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים..."

ור' גם פסקה 6 לפסק דינה של כב' הש' חיות.

231. חרף הנתונים שהוצגו במעמד צד אחד **בעניין חמאד**, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת בתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה, ופרסום של הממצאים בקרב הציבור. לפיכך, כל עוד המשיבים אינם מספקים חוות דעת עדכנית לגבי יעילות הריסת הבתים, אין הם עומדים במבחן הקשר הרציונלי.

232. בנוסף יש לבחון היטב האם האמצעי הנבחר הנו האמצעי הראוי ביותר שפגיעתו פחותה. זאת בפרט כאשר אף לשיטת המשיבים מדובר בהריסתה של דירת מגורים שלמה המאכלסת דיירים חפים מפשע. אין זה מתפקידם של העותרים להציע חלופות, לבטח כאשר הם מתנגדים לקיומה של פעולת ההריסה כולה, ואולם על המשיבים חלה החובה לבחון אמצעים חלופיים כפי שנקטו בעבר ובהתאם לקביעות בית המשפט בנדון, כגון איטום חדר רלוונטי, פעולה שפגיעתה הצפויה תהא פחותה מן האמצעי המוצע (ר' למשל בג"ץ 272/92 **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד מו(3) 693).

233. לאור האמור בחוות דעת המהנדס, ברי כי ביצוע הצו כמתוכנן הוא בלתי סביר ובלתי מידתית גם לנוכח הנזק העצום והבלתי הפיך שצפוי להיגרם לעותרים, למשפחותיהם, לשוכרים הנוספים במבנה ואף בבניין הצמוד. בנסיבות האמורות אין די בכך שצעד זה "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה ונדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. לפיכך החלטת המשיב אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר.

234. לחוסר המידתיות הזועק מהחלטת המשיבים מצטרפת כאמור העובדה כי בלאל צפוי, ככל שיורשע, לעונש כבד שיש בו כדי להוות בפני עצמו הרתעה משמעותית של מפגעים פוטנציאליים. בהקשר זה אף יש ליתן את הדעת לעובדה כי בגין הפיגוע נשוא העתירה כבר ניתנו ואושרו שלושה

צווי החרמה והריסה כנגד השלושה להם מיוחס ביצועו של הפיגוע בפועל. יש לומר אפוא כי בעקבות הפיגוע כבר היתה תגובה מסיבית וקשה, כך שקבלת העתירה דנן לא תביא למצב בו הפיגוע יעבור ללא תגובה. בנסיבות העניין, ברי כי הריסת בית רביעי בגין אותו אירוע, בית משפחתו של מי שכאמור כלל לא נכח באירוע תהא בלתי מידתית ובלתי סבירה בעליל ותעלה לכדי ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית. לא בכדי ציין כב' הש' פוגלמן **בעניין סידר** כי:

"הפעלת הסמכות מכח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת- אינה מידתית."

235. על כך אף הרחיב לאחרונה כבוד הש' מ' מזוז, אמנם בדעת מיעוט, בבג"ץ 8150/15 אבו-ג'מל ואח' נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15, פורסם בנבו):

"אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ("איש בחטאו יומת") ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 "קול העם" נגד שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)) והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעקרון התנ"כי של "איש בחטאו יומת" הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית..."

(ההדגשה במקור, ג.ל.)

כב' הש' מזוז מסכם דברים אלו באמירה חד-משמעית לפיה:

"לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות (השוו: דברי השופט חשין בענין נזאל שהובאו לעיל); דברי השופט פוגלמן בענין סידר דלעיל, וכן ד' קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם

ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט
הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג), 305, 353-355).

236. כאמור, יתרה מכך, לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית כאמור קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה שכזו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות. נראה שלא להתענה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

237. יפים לעניין זה אף דבריה של כב' הש' ברון בעניין מרעי:

"דעתי היא, שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון – אלא מהווים גם שיקול משמעותי בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש של המפקד הצבאי באמצעי זה. כך במיוחד, על רקע הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו...

... ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי...

... מטבע הדברים, בתקופות כמו זו שבה אנו מצויים עתה, כאשר חדשות לבקרים אנו עדים למעשי אלימות נוראיים על רקע לאומני ומתוך שנאה טהורה, הציבור מבקש ענישה ונקמה. אלה רגשות אנושיים, שהמצב הבלתי אפשרי שבו אנו נתונים מצמיח. ואולם לא ניתן להרגיע את אלה על דרך הריסת בתים – שכאמור נועדה לשמש להתענה מפני הפיגוע הבא, ולא כענישה."

הריסת בית העותרים מנוגדת לעקרון טובת הילד:

238. על עקרון טובת הילד כעקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר מלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהר לא אחת כי יש בכוחו של עקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד (1) 119, 48: **"שיקול טובתו של הילד הוא שיקול על, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל שיקולים אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחו לשיקול טובת הילד.** וכן בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1) 459, 465: **"אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי."** מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

239. כמתואר בחלק העובדתי, בבית משפחת העותר מתגוררים שני קטינים, שהריסת דירתה והשלכותיה תגרום להם סבל רב ופגיעה אנושה בכבודם. במה חטאה קטינים אלו, שיהיה עליהם לראות את ביתם נהרס, תוך הפיכתם לחסרי קורת גג? קטינים נוספים, ובכללם ילדיו הקטינים של העותר 2, צפויים להיפגע אף ככל שייגרם נזק למבנה. פגיעה זו בקטינים מנוגדת למחויבותיה של ישראל עפ"י האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

"ב. המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו."

וסעיף 38 לאמנה:

"א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי יכובדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של מאבק מזוין, והנוגעים לילד.

...

ד. בהתאם למחויבותן על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי להגן על אוכלוסייה אזרחית במהלך מאבקים מזוינים, ינקטו המדינות החברות כל צעד אפשרי כדי להבטיח הגנה וטיפול לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין."

לעניין תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ר' **עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל** הנ"ל והאסמכתאות שם.

240. יודגש כי סעיף 38(ד) לאמנה מטיל חובה פוזיטיבית על המשיבים: בנוסף לאיסור על הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבוע בסעיף 38(א), מחייב סעיף 38(ד) לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה לילדים במצבים אלו. בכך, חוטאים המשיבים חטא כפול.

241. המשיבים לא מצאו לנכון להתייחס לשיקולים אלה, למרות טענות העותרים בנדון במסגרת ההשגה והחובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלת החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטת המשיב ויש להורות על ביטולה.

סוף דבר

242. הריסות בתים מכוח תקנה 119 מלווה את הכיבוש הישראלי מראשיתו. המדובר בסמכות דרקונית ומרחיקת לכת אשר גררה בקורת עצומה של משפטנים, אנשי רוח, אישי ציבור חוקרים, אנשי אקדמיה ומוסדות בינלאומיים.

243. הסמכות גרמה למאות משפחות ולאלפי אנשים לאבד את קורת הגג שלהם בשל מעשי היחיד והיא פוגעת בתחושת הצדק הבסיסית ביותר.

244. הגיעה העת, במיוחד לנוכח הקריאות העולות מקרב שופטי בית משפט נכבד זה, דון בחוקיות סמכות זו מחדש.

245. מעבר לטעמים העקרוניים המחייבים את ביטול השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119 ככלל, הרי שיש בנסיבות הספציפיות של המקרה דגן כדי להצדיק את ביטול הצו נשוא העתירה לאור הפגמים המהותיים שנפלו בו, חוסר הסבירות הקיצוני וחוסר המידתיות שבצו ולאור הפגיעה החמורה בזכויותיהם של העותרים, משפחותיהם ותושבים תמימים נוספים.

246. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא תחת ידיו צו על תנאי כמבוקש ברישא לעתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון, להפכו למוחלט.

247. מפאת דחיפות העתירה והזמן הקצר שעמד לרשות העותרים, אין באמור לעיל כדי למצות את טענותיהם בנדון, והם עומדים על קבלת מלוא החומר המבוקש ושומרים על זכותם להשלים את טיעוניהם כנדרש.

לימור גולדשטיין, עו"ד
ב"כ העותרים

מיכאל ספרד, עו"ד
ב"כ העותרים

גבי לסקי, עו"ד
ב"כ העותרים