

1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
ע"ר 580163517
2. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון – ע"ר  
580342087
3. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם  
בשטחים – ע"ר 580146256
4. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל  
ע"ר 580168854
5. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם – ע"ר  
580442622
6. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי  
בישראל – ע"ר 580312247
7. רופאים לזכויות אדם – ע"ר 580142214
8. שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם - ע"ר  
580151967

כולם באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או  
אמילי שפר ו/או אנו דעואל-לוסקי ו/או נועה עמרמי ו/או רוני  
פלי, כולם מרחי יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03-  
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נגד --

1. שר הביטחון

2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד  
המשפטים, רחי סלאח א-דין, ירושלים

## עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי, לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, 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.

## תוכן עניינים

א. פתח דבר: למה לדון שוב בחוקיותה של מדיניות הריסות הבתים ולמה במסגרת עתירה

ציבורית?..... 3

4..... הצורך בבחינה משפטית מחודשת של שאלות היסוד

6..... היתרון שבהכרעה בנושא במסגרת עתירה ציבורית

ב. הרקע העובדתי..... 8

8..... הצדדים לעתירה

9..... תקנה 119

11..... מדיניות השימוש בתקנה 119 עד שנת 2004

20..... חידוש השימוש בתקנה 119

21..... מיצוי הליכים

ג. הטיעון המשפטי..... 23

23..... הטיעון בקצרה וחוות-דעת המומחים במשפט בינלאומי

24..... היחס בין נורמה של דיני הכיבוש הבינלאומיים והדין הפנימי

32..... השימוש בתקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית אסורה

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

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

41..... העיקרון האוסר על הריסת רכוש פרטי של אוכלוסייה מוגנת במשפט זכויות האדם

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

49..... השימוש בתקנה 119 נעשה באופן מפלה בין פלסטינים ויהודים

סוף דבר..... 50

## א. פתח דבר: למה לדון שוב בחוקיותה של עדיניות הריסות הבתים ולמה במסגרת עתירה

### ציבורית?

1. עניינה של עתירה זו בפרקטיקה המלווה את מדינת ישראל מימיו הראשונים של הכיבוש בגדה המערבית (ועד לסיומה של הנוכחות הצבאית הקרקעית הקבועה – גם ברצועת עזה). המדובר בפרקטיקה של הריסת בתי חשודים, נאשמים ומרשעים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ו/או אזרחיה, בהתבסס על תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "מדיניות הריסת הבתים"), "תקנה 119" ו"תקנות ההגנה" בהתאמה).
2. השימוש בפרקטיקה של הריסת בתים לפי תקנות ההגנה ידע עליות ומורדות לאורך חמשת העשורים שבהם אנו כובשים מיליוני אזרחים פלסטינים. היו תקופות שבהן השימוש בפרקטיקה הוקפא לחלוטין, והיו שנים שבהן השימוש בפרקטיקה היה ליומיומי ושהן נהרסו ונאטמו מאות בתים.
3. בימים בהם מוגשת עתירה זו, אנו עדים לגל אלימות גואה, בירושלים ובשטחים הכבושים. בימים אלה אנו עדים גם לחזרה לשימוש בפרקטיקה של הריסת בתים לפי תקנות ההגנה, וביתר שאת. כפי שיפורט בהמשך, לאחר שנים בהם לא נעשה שימוש בסמכות להרוס בתים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, הרי שבמהלך חמשת החודשים שקדמו להגשת עתירה זו נהרסו חמישה בתים של חשודים במעשי טרור, ועוד כארבעה צווי הריסה עליהם הוגשו השגות מצויים כיום בדיונים, כאשר חלק מן ההשגות כבר נדחו. הניסיון מלמד שגם צווים אלה יגיעו לפתחו של בית המשפט הנכבד.
4. אף שמגוון הפרקטיקות השלטוניות שמדינת ישראל הפעילה ומפעילה בשטחים שנכבשו על-ידיה במלחמת ששת הימים הוא מגוון ביותר, ושרבות משיטות הפעולה של זרועותיה ומדיניותה "זכו" לדיון ציבורי ישראלי ובינלאומי משפטי נוקב, **קשה לחשוב על סמכות שזכתה לביקורת נרחבת יותר, נוקבת יותר, חריפה יותר ומקיפה יותר, ממדיניות הריסת הבתים לפי תקנה 119. למעשה, לא מצאנו מומחה/ית אחד/ת למשפט בינלאומי אשר תמך בטענה שמדיניות הריסת הבתים היא חוקית ורובם אף סבורים שביצועה מהווה הפרה חמורה של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ועשוי לפיכך לייצר אחריות פלילית אישית כפשע מלחמה.**
5. אכן, הריסת בתי חשודים במעורבות בפיגועים – על הפגיעה שהדבר יוצר לבני ביתו של החשוד, המשלמים מחיר כבד של אבדן קורת-גג בשל מעשיו (או חשד למעשיו) של בן משפחתם – נתפסת כהפרה חזיתית וברוטאלית של האיסור המנהגי על ענישה קולקטיבית (להלן: "טענת הענישה הקולקטיבית"). בנוסף, הריסת בתים של מי שמוגדרים במשפט הבינלאומי כ"אזרחים מוגנים", נתפסת בנוסף כהפרה עצמאית של האיסור על פגיעה ברכוש המוגנים (להלן: "טענת הפגיעה ברכוש מוגנים"). אלו הן הטענות היסודיות כנגד חוקיות הפרקטיקה והמדיניות, והן מועלות – כפי שנראה בהמשך – בכל מאמר, בכל ספר ובכל חוות-דעת משפטית שנכתבו בנושא.

6. עד כדי כך מקיף הוא הקונצנזוס שמדיניות הריסות הבתים היא בלתי חוקית, שבאופן נדיר כל חשובי המומחים הידועים לנו בתחומים המשפטיים הרלבנטיים לסוגיה הפועלים בישראל, אשר כתבו לאורך השנים וניתחו את המדיניות-קבעו כולם כי מדובר במדיניות בלתי חוקית ואנחנו נפנה בהמשך למאמריהם. בנוסף, לעתירה זו מצורפת חוות דעתם של ארבעה מהם שכאמור כתבו על מדיניות זו במסגרות אקדמיות ולימדו אותה – פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופסור ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז. חוות דעתם המפורטת והנרחבת קובעת בין היתר כי:

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.**

ללא ספק, דברים חריפים וברורים מצד מי שהם מחוד החנית של קהילת מומחי המשפט הבינלאומי הפועלים בישראל.

#### **הצורך בבחינה משפטית מחודשת של שאלות היסוד**

7. הטענות היסודיות האמורות כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 וטענות אחרות, הובאו כמובן לבית המשפט הנכבד עשרות אם לא מאות פעמים, נדונו ונדחו.

8. אלא, שלמרות שסוגיית החוקיות של הפרקטיקה והמדיניות שלצידה נדונה לכאורה בבית המשפט הנכבד במאות עתירות שהוגשו במקרים הפרטניים שבהן הוצאו צווים מכוח תקנה 119, **למעשה, מאז שנות השמונים לא נדונו הטענות המשפטיות לגופן, לא נבחנה הביקורת על פסקי הדין הראשוניים ההם, בית המשפט הנכבד לא התמודד עם הכתיבה הרבה בנושא – והעתירות נדחו תמיד תוך הפניה חזרה להנמקה (הדלה) שנכללה באותם פסקי הדין הראשוניים בנושא, משנות ה-70 וה-80.**

9. המחקר המשפטי של ההיסטוריה של פסיקת בית המשפט הנכבד בסוגיה, כפי שיפורט להלן, מראה כי למרות החזות של מאות פסקי דין שאישרו את הפרקטיקה, רק בשני פסקי דין דן בית המשפט הנכבד לגופן בטענות הענישה הקולקטיבית ופגיעה ברכוש מוגנים, ושלמעשה בכל עשרות פסקי הדין האחרים הפנה בית המשפט לאותם שני פסקי דין ראשוניים, או לפסקי דין שהפנו אליהם. המחקר

המשפטי מוכיח כי למעשה, בשלושים השנים האחרונות לא דן בית המשפט מחדש בטענות המשפטיות המרכזיות העומדות ביסוד הטענה, כי הסמכות מכוח תקנה 119 אינה חוקית ומהווה הפרה (ואף חמורה) של הוראות דין במדרג נורמטיבי גבוה יותר. מאז מחצית שנות השמונים מתמקדים פסקי הדין של בית המשפט הנכבד בעתירות נגד השימוש בתקנה 119 בשאלות נוספות (כגון מידתיות ההריסה, הזכות לשימוע, הרחבת המדיניות גם לבתים של מתאבדים וכד'), אך לא בטענות הבסיסיות כנגד חוקיות הפרקטיקה – טענת הענישה הקולקטיבית וטענת האיסור על הריסת רכוש מוגנים. לגבי אלו – בית המשפט הנכבד כאמור הפנה שוב ושוב לפסקי דין קודמים, שבתורם מפנים לאותם שני פסקי דין ראשונים.

10. לא זו אף זו: דחיית הטענה על ההפרה של הדין המנהגי הבינלאומי התבססה באותם פסקי דין ראשונים, המצוטטים לעיפה, על דוקטרינת העדיפות של הדין המקומי במקרה של סתירה עם דין בינלאומי. עמדה זו מופיעה בפסק-הדין הראשון הנוגע לשימוש בתקנה 119 – בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד 464, 465 ובמובהק בפסק הדין המרכזי השני, הוא בג"ץ 897/86 רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מא(2) 522, שם נאמר:

*"תקנה 119 היא חלק מן המשפט שהיה חל ביהודה ושומרון ערב כינונו בו של שלטון צה"ל (בג"ץ 434/79, נוזהת סחוויל נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ד 464, 465; בג"ץ 22/81, חאמד נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ה 223, 224; בג"ץ 274/82, חמאמרה נ. שר הבטחון, פד"י ל"ו (2) 755, 756). 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 שבפנינו (ראה תקנה 43 לתקנות האג 1907 וסימן 64 לאמנת גינבה 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".*

11. פסקי הדין הרבים אשר אישרו צווים להריסות בתים או איטומם מכח תקנה 119, לא חזרו לבחון את הטענות היסודיות לאחר אותם שני פסקי דין, אלא הפנו כאמור לפסקי דין אלו או לכאלו המפנים אליהם. אף פסקי הדין האחרונים, שנתקבלו השנה, בסוגיית הריסות בתים, לא דנו בטענות היסודיות ופרקליטות המדינה אף טענה כי אין מקום להידרש להן לאור העובדה שהוכרעו בעבר (ראו: בג"ץ 5290/14 קואסמה ואח' נ' המפקד הצבאי ואח' (פורסם בנבו. מיום 11.8.2014) בפסקאות 14 ו-21 ובג"ץ 4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו. מיום 1.7.2014) החל מפסקה 16) (להלן: "פרשת עואודה").

12. בעתירה זו, אם-כן, נבקש מבית המשפט הנכבד לדון מחדש בחוקיות השימוש בתקנה 119, וזאת לנוכח אלו:

א. חלוף עשרות שנים מאז לאחרונה בחן בית המשפט הנכבד באופן ממצה את הטענות המשפטיות היסודיות כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119, ובמיוחד שאלת היחס שבין דין מקומי ונורמה מנהגית בינלאומית (לעניין זה אנו מקדישים פרק חשוב כפי שיפורט להלן);

ב. השינויים שחלו במשפט הבינלאומי מאז שנות ה-80 המחזקים את טענות היסוד כנגד חוקיות המדיניות ובעיקר הטענות בדבר ענישה קולקטיבית ואיסור הפגיעה ברכוש מוגנים, כולל קיומה של פסיקה של טריבונלים בינלאומיים כגון בית המשפט הפלילי לפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר (ICTY) ובית המשפט האירופי לזכויות אדם (ECHR). התפתחויות אלו לא נדונו כלל בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד בנושא הריסות הבתים;

ג. המשפט הבינלאומי הפלילי, בכללותו כשדה משפטי ובאופן קונקרטי בענפו העוסק בעבירות כלפי אזרחים מוגנים, התפתח באופן ניכר מאז ניתנו פסקי הדין הראשונים בנוגע לחוקיות הריסות הבתים. עניין זה לא נדון כלל בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד בנושא הריסות הבתים.

13. לבסוף, גם חוות דעת המומחים, שכאמור מצורפת לעתירה זו, וכתובה נרחבת של מומחים ישראלים רבים אחרים המבקרים חריפות את הפסיקה בנושא זה (ושתפורט להלן) מחייבת לדידנו שקילה מחודשת של פסיקת בית המשפט הנכבד. קשה להלום מצב שהרשות השופטת והקהילה האקדמית הנוגעת בדבר חלוקים באופן כה קוטבי בשאלה משפטית כה מרכזית ויסודית. הדבר שקול לדעתנו למקרה שבו תהיה מחלוקת בין פסיקת בית המשפט לבין כל המומחים למשפט חוקתי בשאלה אם לבית המשפט הסמכות לפסול חקיקה. מצב כזה מחייב לכל הפחות דיון מחודש ועקרוני בנושא כה מרכזי, שלא נדון לגופו שנים רבות.

#### **היתרון שבהכרעה בנושא במסגרת עתירה ציבורית**

14. זאת ועוד: עתירה זו היא עתירה ציבורית. העותרים הם ארגוני זכויות אדם, שפעילותם נועדה להגן ולבצר את ההגנה על זכויות האדם בישראל ובשטחים שבשליטתה. הם אינם קרבנות או נפגעים ישירים של הפרקטיקה. במובן זה, המדובר בעתירה שמבקשת לקיים ביקורת שיפוטית על מדיניות או פרקטיקה שלא אגב מקרה קונקרטי.

15. זו גם הסיבה שבניגוד לכל מאות העתירות שהוגשו ביחס לשימוש בתקנה 119, אין מתלווה לעתירה זו בקשה לצו ביניים.

16. זו גם הסיבה, שהטיפול בעתירה זו יכול להיעשות שלא תחת סד זמנים לחוץ ולחוץ, של מערכת ביטחון המבקשת לבצע את הצו שהוציאה כדי "להכות בברזל בעודו חם".

17. בית המשפט הנכבד נזקק בעבר לעתירות ציבוריות מסוג זה, כדי לדון באופן ממצה בחוקיותן של פרקטיקות או חוקיותה של מדיניות שמקרים פרטניים שלהן הגיעו לפתחו לעשרות, אך חייבו דיונים דחופים בסד זמנים מאוד לחוץ ולא אפשרו דיון משפטי מעמיק.
18. כך היה למשל בקשר למדיניות בנוגע לאמצעי החקירה המיוחדים של שירות הביטחון הכללי (עינויים). עשרות ואולי מאות עתירות הוגשו על-ידי נחקרים שעמדו לעבור חקירות ובהם אמצעי "לחץ פיזי מתון", ובכל העתירות נטען כי השימוש באמצעי חקירה שכאלו עולה כדי "עינויים" ואינו חוקי [ראו לדוגמא בג"ץ 1998/96 אבו תבאנה ואח' נ' שירות הביטחון הכללי (העתירה נמחקה), בג"ץ 2104/96 אל קוואסמה ואח' נ' שירות הביטחון הכללי, בג"ץ 7964/95 אבו עיאש ואח' נ' שירות הביטחון הכללי (לא פורסם)]. אולם, רק כאשר הוגשה עתירה ציבורית, שלא אגב מקרה קונקרטי, ובמסגרתה מטבע הדברים ניתן היה להקדיש משאבי זמן ומחקר גדולים יותר, נדונה הסוגיה לעומקה והוכרעה (בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817).
19. כך היה גם בנוגע לעתירה שבחנה את חוקיות מדיניות החיסולים (או בשפת המשיבים: "הסיכול הממוקד"). גם לגביה נדרש בית המשפט הנכבד לעתירה ציבורית כדי להכריע בשאלות המשפטיות שהמדיניות עוררה באופן ממצה (בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', תקדין-עליון 2006 (4) 3958).
20. נדמה לנו שדווקא נושא כה משמעותי, כה נתון למחלוקת, כה הרה גורל, כמו מדיניות השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה, מן הראוי שיוכרע תוך שיינתנו לו משאבי הזמן והמחקר המשפטי הראויים, ושלא תחת סד של זמנים וצורך ביטחוני ספציפי.
21. מכל הטעמים האלו, ובשל הכאב שמסבה לארגונים העותרים הידיעה, שמדיניות הנתפסת כמעט באופן קונצנזואלי כמערבת פשעי מלחמה, נעשית תחת ההכשר שהעניק בית המשפט הנכבד, ומתוך תקווה שעניין זה יידון באופן מעמיק וממצה, מובאת עתירה זו לפתחו של בית המשפט הנכבד כעתירה ציבורית.

## ב. הרקע העובדתי

22. להלן נציג את הרקע העובדתי ואת ההיסטוריה המשפטית של מדיניות השימוש שעושה ישראל בסמכות הקבועה לכאורה בתקנה 119 לצורך איטום ו/או הריסה של בתי חשודים בפעילות חבלנית נגד מדינת ישראל ו/או אזרחיה. נפתח בהצגת הצדדים ולאחר מכן נפרט כאמור את התפתחות המדיניות לאורך השנים והשינוי שהתרחש לאחרונה ושהוא עלתה של עתירה זו.

### הצדדים לעתירה

23. העותרים הם כולם ארגוני זכויות אדם ישראליים, הפועלים לביצור ההגנה על זכויות האדם בישראל ובשטחים שבשליטתה.

24. העותרת מספר 1, **המוקד להגנת הפרט**, הוא ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבי השטחים הכבושים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.

25. העותרת מספר 2 – **במקום**, העמותה פועלת בכלים מחקריים ומקצועיים כדי לקדם שוויון זכויות וצדק חברתי בתחומי התכנון, הפיתוח והקצאת משאבי קרקע, ומסייעת לקהילות המצויות בנחיתות מקצועית, כלכלית או אזרחית בכל הנוגע למימוש זכויותיהן בשדה התכנון.

26. העותרת מספר 3 **בצלם**, הינה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים ונאבקת בהפרתן, באמצעות תיעוד ההפרות השונות, הבאתן לידיעת הציבור הרחב ולידיעת מקבלי ההחלטות וקובעי המדיניות.

27. העותרת מספר 4, **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל**, הינה עמותה ציבורית רשומה בישראל שעיקר עיסוקה במאבק משפטי וציבורי נגד עינויים ובהגנה על זכויותיהם של עצורים ונחקרים.

28. העותרת מספר 5, **יש דין**, הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית הכבושים.

29. העותרת מספר 6, **עדאלה**, הוא ארגון העוסק בהגנה על זכויות האדם של הפלסטינים הערבים אזרחי ישראל ועל זכויותיהם של הפלסטינים בשטחים הכבושים.

30. העותרת מספר 7, **רופאים לזכויות אדם**, הינה עמותה המאגדת אנשי ונשות בריאות ורפואה הפועלים על מנת לשמור על זכויות אדם בכלל ועל הזכות לבריאות בפרט בישראל ובשטחים שבשליטתה.



31. העותרת מספר 8, **שומרי משפט – רבנים למען זכויות האדם**, הינה עמותה רשומה בישראל, ומטרתה לפעול למען חיזוק המסורת היהודית של זכויות האדם.

32. המשיבים הם מי שתקנות ההגנה לשעת חירום נתנו בידיהם, לכאורה, את הכוח להחרים בתים ולהורות על איטומם או הריסתם, בישראל ובשטחים הכבושים על ידה. המשיב מס' 2 הוא המפקד הצבאי של כוחות הצבא בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית, וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית. לפיכך הוא "המפקד הצבאי" לצורך תקנה 119.

33. המשיב מס' 1, שר הביטחון, הוא השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא (ראו: חוק יסוד: הצבא, סעיף 2(ב)), ולפיכך הוא המנחה את המשיב מס' 1 בענייני מדיניות מהסוג שהוא נושא עתירה זו.

### **תקנה 119**

34. 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.

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

36. 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 דיכוייה 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.

37. תקנה 119 הותקנה ארבע שנים לפני שאמנת גינבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת גינבה 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.

38. 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 ירייה 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 שעובדים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה.**

39. ב-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".

40. 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).

41. 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**

42. 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.

43. 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 1 בעתירה זו) ובצלם (העותרת מספר 3), 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=timelinedhouse demolitions](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](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\\_k\\_mtsy\\_nyshh.pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files/hrysvt_ntymvt_btym_k_mtsy_nyshh.pdf)  
(כל האתרים נסקרו ביולי 2014).

44. 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.

45. 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 אימו, תוך ציון כי מדובר בהחלטה שאינה מתקבלת בקלות, אלא במינימום הנדרש לשם הרתעה בלבד.

46. 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."

47. 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 גבי 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".

48. 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 סחוויל 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 (756, 755) 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).

49. 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.

50. 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 ברק (כתוארו אז) 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...".

51. 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 חומרנו של האמצעי, הנקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרנו של המעשה, שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרנו 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...".

52. **מ-1987 ועד 1992**, בשנות האינתיפאדה הראשונה, הגבירה מדינת ישראל במידה ניכרת את השימוש בהריסות הבתים העונשיות. על-פי התיעוד של ארגוני זכויות האדם הישראליים, בין השנים 1992-1988 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, ובדחות את העתירות, הרחיב עוד יותר את פרשנות התקנה ואת סמכותו של המפקד הצבאי להשתמש בה.

53. 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.

54. 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).

55. 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.

56. לאמירותיו הנוקבות בדעת המיעוט של השופט חשין (כתוארו אז) ניתן מענה בפסק-דין 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 המילולית 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.ס)

57. קביעותיו של כב' השופט בד' 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 המילולית, 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 קום 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).

58. **בין השנים 1993-1997** צומצם השימוש בהריסת בתים לשם ענישה. בחמש השנים הללו, על-פי התייעוד שאספו ארגוני זכויות האדם הישראליים, 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).

59. גם בפסק דין זה חזר כב' 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).

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

61. 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 בתיהם 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 באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1), 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").

62. 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).

63. **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.
64. **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 בכמחצית מהבתים שהרס הצבא לשם ענישה גרו בני משפחתם הגרעינית של חשודים במעורבות בפיגועים.
65. 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.
66. 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).
67. **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 הפלסטינית, 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).

המצגת מצורפת בזאת לכתב עתירה זה ומסומנת **נספח 1**.

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

69. 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 13.7.2005).

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

70. מהסקירה דלעיל עולה, כי למעשה, למרות שבית המשפט דן בסוגיית הריסות הבתים עשרות פעמים, מעולם לא נדונה לגופה הטענה כי מדיניות הריסת 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.

71. עוד עולה, שמעולם 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**

72. 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.

73. 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 1.5.2009)).

74. באביב 2009 החליט המפקד הצבאי על הריסה נוספת, הפעם של מפגע בפיגוע-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 18.3.2009)) 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 1.7.2014)). בית המשפט אף סירב לבקשת העותרים, בני משפחתו של החשוד ברצח, להמתין עד תום המשפט ולא להרוס בטרם ייקבע אם אכן הוא אחראי לרצח.

75. 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. בעתירה נגד הריסת בתיהם של החשודים ברציחתם וחטיפתם של שלושת הנערים

בצומת גוש עציון העלו העותרים טענה, בין השאר, לאפליה פסולה בשימוש במדיניות הריסת הבתים. זאת משום שלא הוצא צו הריסה לבית רוצחיו של הנער אבו חדיר, הגם שלפחות אחד מהם הינו תושב האזור (ראו בג"ץ 5290/14 סעדי עאל עפו קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.08.2014)). השופט דנציגר דחה את הטענה באמרו:

*"אכן, לא ניתן לכחד כי התרבו מעשי ההסתה והאלימות בחברה היהודית כנגד ערבים, ועל כך יש להצר ולפעול ביד חזקה כנגד תופעות אלה. אך ההשוואה אינה במקומה, באשר האמצעי של הריסת בתים בשטחים אינו נקט במקרים של מעשי הסתה ואלימות, אלא במקרים קשים במיוחד של מעשי רצח. לא נעלם מעיני המקרה מעורר החלחלה של רצח הנער מוחמד אבו חדיר, מקרה שזעזע את אמות הסיפים בארצנו וזכה לגינוי מקיר-אל-קיר, אך מדובר במקרה חריג שבחריגים. לכן, דומני כי אין מקום לסימטריה המלאכותית הנטענת על ידי העותרים בתמיכה לטענתם לאכיפה מפלה."*

76. **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.**

77. בראשית חודש יולי השנה, לאחר חטיפתם ורציחתם של הנערים גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח ז"ל, 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 22.7.2014.

הכתבה מעיתון "הארץ" מיום 4.7.2014 והכתבה מה"ווישינגטון פוסט" מיום 22.7.2014, מצ"ב לכתב עתירה זה ומסומנות **נספח 2**.

78. בעקבות ידיעות אלה פנתה העותרת 1 מספר פעמים למשיבה, על מנת שתבהיר האם אכן יש כוונה לחדש את מדיניות ההריסה. פירוט מיצוי ההליכים יפורט להלן.

#### **מיצוי הליכים**

79. כאמור בחלק הקודם, צווי הריסה שהוצאו ודיווחים בתקשורת שלא הוכחו (נספחים 1 ו-2 לעיל), לימדו כי המשיבים, בהוראת ממשלת ישראל, החליטו ככל הנראה על שינוי מדיניות השימוש בתקנה 119 להריסת בתי חשודים בטרור.

80. לפיכך, ביום 8.7.2014 שלחה העותרת 1 מכתב דחוף, שכותרתו "מדיניות השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 להריסות בתים של משפחות מעורבים בטרור" לשר הביטחון,

ליועץ המשפטי לממשלה ולמפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. במכתבה הסבירה העותרת שצווי על-פי תקנה 119 שהוצאו בימים ובשבועות שטרם שיגור המכתב, ומדיווחים שפורסמו טרם הפנייה, נראה כי מדינת ישראל החליטה לשנות שוב את מדיניותה ביחס לשימוש בתקנה 119, ולהחזירה לשימוש לצורך הריסת בתים כעונש על מעורבות מי מדיריהם בפיגועים.

81. בפנייתה זו ציינה העותרת כי הריסה או איטום של בתים של חשודים במעורבות בפיגועים, או של חשודים בנשיאת משרה בארגונים בלתי חוקיים – הינה בלתי חוקית ומהווה הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי. וזאת בהתאם לעילות שמפורטות בכתב עתירה זה (הפרת האיסור על ענישה קולקטיבית, הפרת האיסור על הריסת בתי מוגנים שלא בשל צורך צבאי-מבצעי והפרת האיסור על שימוש בכוח לא מידתי).

82. במכתב דרשה העותרת לדעת האם אכן בכוונת ממשלת ישראל וצבאה לחדש את מדיניות הריסת הבתים העונשית (הקרויה בפי נציגי המדינה – "הרתעתית").

המכתב מיום 8.7.2014 מצורף ומסומן **נספח 3**.

83. משלא נתקבל מענה, ולאחר שהוצאו צווי הריסה נוספים בליל ה-16.7.2014 לבתי החשודים במעורבות בחטיפתם וברציחתם של גיל-עד שער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח ז"ל, פנתה העותרת פעם נוספת, ביום 17.7.2014, לשר הביטחון, ליועץ המשפטי לממשלה ולמפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. במכתבה השני שבה העותרת על דרישתה כי המשיבים יבהירו האם אכן הוחלט על שינוי המדיניות שבה נהגה מדינת ישראל מאז 2005. ביום 7.8.2014 נשלחה תזכורת נוספת בעניין על ידי הח"מ.

תזכורות מימים 17.7.2014 ו-7.8.2014 מצורפות ומסומנות **נספח 4**.

84. ביום 26.8.2014 התקבל במשרדו של הח"מ מכתב מיום 19.8.2014 מאת מיכל הוד, עוזרת לפרקליט המדינה. במענה לפניית העותרת נכתב, 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.

המענה מיום 19.8.2014 מצורף ומסומן **נספח 5**.

85. ביום 17.11.2014 התקבל במשרדו של הח"מ מכתב מאת עו"ד גל כהן, מנמ"ח משפטי בכיר לנושאי יו"ש במשרד היועץ המשפטי למערכת הביטחון, בו פירט את פסקי הדין שניתנו בחודשים האחרונים, לאחר פניית הח"מ, המאשרים את המדיניות הנוכחית לשימוש בסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה לעניין הריסת בתים. העולה מהמכתב הוא שהמשיבים מתכוונים להמשיך במדיניות הריסת הבתים.

המכתב מיום 17.11.2014 מצורף ומסומן **נספח 6**.

86. מכאן עתירה זו, המבקשת לאסור על הפעלת הסמכות, לפי תקנה 119, להריסת בתים הן במקרים קיצוניים והן במקרים אחרים.

הטיעון בקצרה וחוות-דעת המומחים במשפט בינלאומי

87. העותרים יטענו כדלהלן:

א. שהסמכות שלכאורה מעניקה תקנה 119 למשיב מספר 2 מפירה שלושה עקרונות מנהגיים של המשפט הבינלאומי:

i. העיקרון האוסר על ענישה קולקטיבית;

ii. העיקרון האוסר על הריסת רכוש מוגן ללא צורך צבאי-מבצעי;

iii. העיקרון האוסר על שימוש בלתי מידתי בכוח;

ב. 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;

ג. שהמדיניות של המשיבים ביחס לשימוש בתקנה 119 עשויה לעלות כדי פשע מלחמה, בהתאם למשפט הפלילי הבינלאומי;

ד. שהשימוש בתקנה 119 מפר עקרונות של המשפט הישראלי ושל הדין העברי, האוסרים שניהם על ענישה קולקטיבית;

ה. 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.

88. 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.

89. 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.

90. 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.

91. כאמור בפתח דברינו, 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:

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

ב. 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.

ג. 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.

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

92. 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.

חוות הדעת מצ"ב לעתירה זו ומסומנת **נספח 7**.

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

#### **I. היחס בין נורמה של דיני הכיבוש הבינלאומיים והדין הפנימי**

94. 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.



95. לדידנו המדובר בשגיאה משפטית.

96. 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:

א. 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;

ב. 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 וגינבה;

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

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

הדין הבינלאומי הוא מלכתחילה במדרג נורמטיבי גבוה מהדין המקומי

98. 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 (4<sup>th</sup> edition, Cambridge University Press))

99. עיקרון זה קיבל ביטוי בסעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969, הקובע את הכלל המינהגי כי:

*"לא תסתמך בעלת-אמנה על דיניה הפנימיים לשם צידוק אי-ביצועה של אמנה."*

100. 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*)

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

102. 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.

103. 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.

104. עד כאן במישור של המשפט הבינלאומי.

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

105. 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, 06.05.1987)

106. 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."*

107. 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).

108. אך האם פירוש הדבר שדין מקומי אשר מחייב את הכוח הכובש להפר הוראה אחרת של דיני הכיבוש עדיף עליו?

109. 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.

110. 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 העיקרון 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)]

111. 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 אזרחי  
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)).

112. 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.

113. 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

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

115. 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 גבי 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”.

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

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

117. המקורות להלכה זו הם בכבוד שנותן בית המשפט המקומי למחוקק המקומי והעיקרון 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.

118. אלא שבמקרה שלפנינו – הדין המקומי איננו 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.**

119. 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.

120. 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.

121. 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 לו (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.

122. 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 לדוגמא 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)].

123. 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 מבצעת חקיקת המשנה.

תקנה 119 אינה יוצרת סתירה "מפורשת"

124. 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.

125. 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 תשולל כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, עליה לקבוע זאת במפורש. כך למשל, לא די בשתיקת הדין המקומי כדי לקבוע סתירה.

126. 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

127. 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.

128. 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 (9<sup>th</sup> edition) (Volume I), § 20

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

130. 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.

## II. השימוש בתקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית אסורה

### מהי ענישה קולקטיבית ומה בינה לבין הרתעה

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

132. 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.

133. 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.

134. 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)]

135. 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 לדיור וזכות הקניין הם זכויות המוגנות בדין ההומניטארי הבינלאומי.



136. 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

137. 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- *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties* שהוקמה בוועידת פריז בשנת 1919.

ראו לעניין זה :

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

138. כיום, נחשב האיסור על ענישה קולקטיבית לאיסור מנהגי של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומעוגן בסעיף 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.”

139. 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.”

140. 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)

141. עוד מבואר בפרשנות הצלב האדום כי מטרתו של סעיף 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).

142. 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)]

143. 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

144. 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 ההפרדה 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 2005(3) 333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1) 1213).

145. 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)

146. 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..."*

147. 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).

148. 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.

#### האיסור על ענישה קולקטיבית במשפט העברי

**חִלְלָה לְךָ מַעֲשֵׂת פְּדָבָר הַזֶּה לְהַמִּית צַדִּיק עִם רָשָׁע וְהָיָה כְּצַדִּיק כְּרָשָׁע חִלְלָה לְךָ הַשֹּׁפֵט כָּל הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט. (בראשית יח כה).**

149. המשפט העברי, כידוע, הוא מקור משפטי במשפט הישראלי (חוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980). לפיכך, מצאנו לנכון להביא בפני בית המשפט הנכבד את המקורות במשפט העברי שעוסקים בשאלת המוסריות והלגיטימיות של ענישה קולקטיבית.

150. במאמרו "ההיבט ההלכתי" שפורסם בחוברת "שומרי משפט, רבנים למען זכויות אדם, הריסת בתים כאמצעי ענישה: היבטים משפטיים והלכתיים, ירושלים תשנ"א", מציג הרב משה זמר את הדיון בתלמוד על שני הפסוקים אשר עונים על שאלה זו, ולכאורה סותרים זה את זה.

151. בעוד שפסוק אחד מתאר את הקדוש-ברוך-הוא כ"פוקד עוון אבות על בנים על שלשים ועל ריבעים" (שמות ל"ד ז), פסוק אחר קובע כי "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (דברים כ"ד טז).

152. אם כך, כיצד מתיישבת הסתירה? התלמוד הבבלי מציע כי הפסוק הראשון מתייחס לבנים רשעים "כשאוחזים מעשי אבותיהם בידיהם", ואילו הפסוק השני מתייחס לבנים זכאים "כשאין אוחזים מעשי אבותיהם בידיהם" (מסכת ברכות ז' ע"א). כלומר, נדרשת אחריות ואשמה אישית ולפיכך רק בנים "רעים" נענשים על כך שהמשיכו את חטא אבותיהם, ואילו בנים טובים אינם נענשים על מעשי אבותיהם.

153. בנוסף לכך, רבי יוסף בר חנינא, אמורא מהמאה השלישית, ביאר כי למרות שמה רבנו גזר את הגזירה "פוקד עוון אבות על בנים" שכביכול מתירה ענישה קולקטיבית והמשכית, מאוחר יותר, הנביא יחזקאל ביטל את הגזירה וקבע במקומה כי "הנפש החוטאת היא תמות" (יחזקאל י"ח ד; בבלי מכות כ"ד ע"א). כלומר, גם כאן הגישה היא של אחריות אישית ורק האדם אשר ביצע את החטא בעצמו הוא זה שייענש.

154. בסופו של דבר, מצא הרב משה זמר כי המגמה הכללית בתלמוד היא כי אין להעניש קרוביהם של חשודים בפשע מבלי לברר אם אותם קרובים אשמים או חפים מפשע.

#### השמדת העיר סדום

155. אולי ההתייחסות הידועה והחריפה ביותר של המקרא לשאלת הלגיטימיות של ענישה קולקטיבית היא בפרשת סדום, שם מתמקח אברהם עם אלוהים שהחליט להשמיד את עיר הרשעים סדום, בעבור מעט הצדיקים שאולי עדיין מתגוררים בה.

156. אפיזודה דרמטית זו שבה משמש אברהם כסניגור הטוען בפני שופט-עולם, כל-כך יפה ומתאימה לענייננו:

כג ויגש אברהם, ויאמר: האף תספה, צדיק עם-רשע. כז אולי יש חמשים צדיקים, בתוך העיר; האף תספה ולא-תשא למקום, למען חמשים הצדיקים אשר בקרבך. בה חללה לך מעשית כדבר הזה, להמית צדיק עם-רשע, והיה כצדיק, כרשע; חללה לך--השפט כל-הארץ, לא יעשה משפט.

כו ויאמר יהוה, אם-אמצא בסדם חמשים צדיקים בתוך העיר--ונשאתי לכל-המקום, בעבורם.

כז ויען אברהם, ויאמר: הנה-נא הואלתי לדבר אל-אדני, ואנכי עפר ואפר. **בח** אולי יחסרון חמשים הצדיקים, חמשה--התשחית בחמשה, את-כל-העיר;

ויאמר, לא אשחית, אם-אמצא שם, אך-בעים וחמשה.

**כט** ויסף עוד לדבר אליו, ויאמר, אולי ימצאון שם, אך-בעים;

ויאמר לא אעשה, בעבור הארבעים.

**ל** ויאמר אל-נא יחר לאדני, ואדברה--אולי ימצאון שם, שלשים;

ויאמר לא אעשה, אם-אמצא שם שלשים

**לא** ויאמר, הנה-נא הואלתי לדבר אל-אדני--אולי ימצאון שם, עשרים; ויאמר לא

אשחית, בעבור העשרים.

**לב** ויאמר אל-נא יחר לאדני, ואדברה אך-הפעם--אולי ימצאון שם, עשרה;

ויאמר לא אשחית, בעבור העשרה.

(בראשית יח, כג-לב).

157. דומה שאין צורך להכביר מילים על המשמעות של הפסוקים היפים האלו.

#### פרשת קורח

158. כאשר משה ואהרון שמעו מפי ה' שבדעתו להעניש בחומרה את עדת קורח, ובתגובה שאלו אותו 'יהאיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף'! ענה להם ה' 'יפה אמרת, אני יודע ומודיע מי חטא ומי לא חטא' (רש"י, במדבר טז, כב).

כלומר, אלוהים מאשר שלא יעניש את העדה ענישה קולקטיבית, אלא יגביל את העונש כך שיפגע רק במי שחטא.

#### עיר הנידחת

159. עיר הנידחת היא עיר שבה רוב האנשים עובדים עבודה זרה. התורה קבעה 'הכה תכה את יושבי העיר ההיא לפי חרב, החרם אותה ואת כל אשר בה ואת בהמתה לפי חרב. ואת כל שללה תקבוץ [תאסוף] אל תוך רחובה, ושרפת באש את העיר ואת כל שללה כליל' (דברים יג, טז-יז).

160. ניתן להבין מפסוקים אלה שה' בוחר להעניש את כל העיר ענישה קולקטיבית. חכמים רבים תהו האם ה' אכן מתכוון להעניש נשים וילדים אשר לא חטאו, רק כי הם חיים בעיר של חוטאים. בעקבות זאת עלו פרשנויות אשר ביקשו לצמצם את אפשרות קיומה של עיר כזו במציאות, וטענו כי עיר שיש בה אפילו מזוזה אחת אינה נעשית עיר הנידחת ולא מענישים אותה (סנהדרין קיג ע"א). בנוסף אמרו, כי עיר כזו לא הייתה ולא עתידה להיות, וכי פסוק זה בא רק על מנת להזהיר וללמד אותנו שזהו העונש על עיר חוטאת (סנהדרין עא ע"א).

161. העולה מכל האמור הוא, שעמדת הדין העברי היא התנגדות חריפה לרעיון הענישה הקולקטיבית ותמיכה ברעיון האחריות האישית. לא מצאנו בדין העברי חריגים לאיסור הענישה הקולקטיבית.

162. ראוי לציין כי עמדה עקרונית זו היא בגדר חידוש, בוודאי על רקע הימים שבהם נכתבה התורה ואף על רקע הימים שבהם נחתם התלמוד. סיפורי המקרא, מטבע הדברים וברוח "דיני הלחימה" ששרו בתקופת המקרא, כוללים פרשות שבהן הוטלה ענישה קולקטיבית על עמים ועדות. דווקא על הרקע הזה, האמירה של המקרא ושל פרשניו כנגד ענישה קולקטיבית מהווה אמירה חדשנית וחשובה.

### III. יישום: השימוש בתקנה 119 היא בגדר ענישה קולקטיבית אסורה

163. 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').

164. 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.

165. 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 מהוה הפרה של האיסור על הריסת בתים של אזרחים מוגנים

### העיקרון האוסר הריסת רכוש פרטי של אוכלוסייה מוגנת בשטח כבוש

166. האיסור על הרס לא הכרחי בשעת מלחמה הינו עיקרון 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'נבה 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”.

167. בדומה לאיסור על ענישה קולקטיבית, גם האיסור על הריסה שרירותית של רכוש, כצורת הרתעה או ענישה הוא עיקרון 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 3<sup>rd</sup>, 1947).

168. 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 הנקטות 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)

169. במילים אחרות – החריג של הצורך הצבאי הוא חריג מבצעי הנוגע להריסה המתחייבת בעת פעילות צבאית.

170. בהתאם לכך, על פי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום הבינלאומי לסעיף 53, על הכוח הכובש לפרש את החריג "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)

171. 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).

172. בנוסף, ישנו קונצנזוס רחב בקרב מלומדים כי הפרשנות לחריג הקיים בסעיף 53 לאמנת ג'נבה 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)

173. מדיניות הריסת הבתים כענישה אף פוגעת בזכות להליך משפטי הוגן המעוגנת בסעיפים 71-73 לאמנת ג'נבה הרביעית. בנוסף, סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי "הריסתו והחרמתו של



רכוש בקנה מידה נרחב, שאין הכרח צבאי מצדיקו" יהוו הפרה חמורה של הוראות האמנה ועל כך יפורט בהמשך.

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

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

175. מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה מפרה בראש ובראשונה את הזכות לדיור 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).

176. 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.

177. 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.<sup>1</sup> הוועדה חזרה על קריאתה זו בשנת 2009:<sup>2</sup>

*"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*

---

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

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

*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."*

178. למעשה, מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה שחרטה על דגלה מדינת ישראל הוקעה על ידי וועדת האו"ם לזכויות אדם כבר בשנת 1998.<sup>3</sup> ובהמשך דרשה הוועדה כי מדיניות זו תופסק שכן היא מהווה הפרה של חובותיה של ישראל מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>4</sup> 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 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."*

179. גם בשנת 2010 חזרה הוועדה על חששה מכך שישראל נוקטת בשיטות ענישה שאינן חוקיות מבלי לבחון דרכי הרתעה שפגיעתם פחותה:<sup>5</sup>

---

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

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

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

*"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..."*

180. 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 מחויבותיה הבינלאומיות.<sup>6</sup>

181. הדווח המיוחד מטעם האו"ם לדירור נאות קבע אף הוא כי מדיניות הריסת הבתים לשם ענישה מהווה הפרה חמורה של הזכות לתנאי מחייה נאותים ודירור נאות המעוגנת בסעיף 11(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.<sup>7</sup> עוד נקבע על ידי הדווח המיוחד מטעם האו"ם על מצב זכויות האדם בשטחים, כי מדיניות הריסת הבתים של ישראל מהווה ענישה קולקטיבית (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.<sup>8</sup>

182. העיקרון 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.**<sup>9</sup>

183. אם-כן, הריסת בתי חשודים בטרור על המשמעויות שלה לבני משפחתו של החשוד, מהווה הפרה בוטה של אגד זכויות הקבוע במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובהן הזכות לדירור והזכות להיות חופשי מיחס או עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל.

<sup>6</sup> *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  
<sup>7</sup> 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  
<sup>8</sup> Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Mr. John Dugard, on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied by Israel since 1967, E/CN.4/2002/32, para. 31.  
<sup>9</sup> *Selçuk and Asker v. Turkey*, ECHR judgment of 24 April 1998, p. 19  
באותו העניין: *Akdivar v. Turkey* 23 Eur. Ct. H.R. 143, 189-90 (1997)

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

184. 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

185. 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)).

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

*"Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly"*

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

- א. המבצע הרס (או החרים) 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.

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

188. 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.

189. 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 לחלוטין 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]

190. 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)

191. 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]

192. לעניין הרכיב הנפשי הנדרש לעבירה על סעיף 8(a)(iv) 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).

193. 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 כמוכן 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

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

195. 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 הטריבוונל 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)]

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

197. 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 [ראו: THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIMES OF WAR 594 (Jean Pictet [ed. 1958)

198. 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.

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

עקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי

199. 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).

200. לצידו 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.

201. 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.

202. 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 העיקרון, ואף הוא מקובל היום כמשפט בינלאומי מנהגי [ראו: J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck (2005) CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 46 (Cambridge)].

203. 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 העיקרון. העיקרון 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, פציעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או*



שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי  
הקונקרטי והישיר הצפוי."

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

205. 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).

206. 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

207. העותרים יטענו שהשימוש בתקנה 119 להריסת בתי חשודים אינה מידתית.

208. 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.

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

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

211. 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**

212. 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.

213. 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.

214. 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.

215. 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.

216. הטענה שנשמעה – למשל במענה המשיבים לטענה דומה שהועלתה בבג"ץ 5290/14 קואסמה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, מיום 11.8.2014), כי הנטל על הטוען לאכיפה בררנית להראות שלא שיקולים עניינים הביאו לאבחנה (פיסקה 30 לפס"ד) היא בכבוד הראוי – בעייתית.

217. 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.

218. למיטב ידיעתנו טענת המשיבים היא שאין צורך ב"הרתעה" במגזר היהודי, ובכבוד הראוי על טענה זו הנטענת בעלמא להיות מגובה בתשתית רצינית, דבר שלא נעשה.

219. 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.

## סוף דבר

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

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

222. הגיעה העת, לאחר למעלה מארבעים שנים של שימוש בפרקטיקה הזו, ולאחר שלושים שנים מאז טענות היסוד כנגדה נדונו לגופן – לדון בה מחדש.

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

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דינם.

תאריך: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
רוני פלי, עו"ד

\_\_\_\_\_  
נועה עמרמי, עו"ד

\_\_\_\_\_  
מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים