

בעניין: 1. חמאד ת.ז.

2. המוקד להגנת הפרט (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד ל.צמל ו/או א.חלאק
ו/או עו"ד חוה מטרס עירון ו/או עו"ד סיגי בן ארי ו/או
עו"ד ד. שנהר ו/או עו"ד נועה דיאמונד ו/או עו"ד בנימין
אחסתריגה ו/או עו"ד בילאל סביחאת
מטעם המוקד להגנת הפרט
מיסודו של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עובידה 2 ירושלים
טל: 02-6273373 פקס: 02-6289327

העותרים

נגד

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
ע"י ב"כ פרקליטות המדינה
משרד המשפטים ירושלים

המשיב

ע ת י ר ה

בית המשפט הנכבד מתכבד להזמין את המשיב ולחייבו להשיב מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה של הדירה הממוקמת על גג המבנה במחנה פליטים קלנדיה, ומדוע לא יחזור בו מן הקביעה כי חל איסור לבנות כל בינוי בדירה נשוא הצו, בה התגורר לפני חיסולו חמאד ת.ז. , ולחייבו בצו החלטי להמנע מעשות כן.

כסעז ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או מי מטעמו:

להמנע מביצוע פגיעה כלשהי בדירה נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו. המועד הדחוק הממשי שניתן לעותרים להגיש את עתירתם ולקבל סעד ביניים הוא עד ליום ראשון 28.2.2016.

ואלה נימוקי העתירה:

1. צו ההחרמה והאטימה: נשוא עתירה זו הוא צו החרמה והריסה נוסף אשר הוצא ביום 23.2.16 על ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באיזור, בו נאמר כי

"צעד זה ננקט הואיל והמפגע ביצע ביום 23.12.15 יחד עם מפגע נוסף פיגוע דקירה בשער יפו שבעיר העתיקה בירושלים, במהלכו נרצח בדקירות סכין ראובן בירמכר ז"ל, במהלך נסיון כוחות הבטחון להשתלט על המפגעים נהרג עופר בן ארי ז"ל ונפצעו שני בני אדם נוספים.

חל איסור לבנות כל בנוי בדירה נשוא צו זה".

כן נאמר בצו כי המפקד החליט בתוקף סמכותו כמפקד כוחות צה"ל באיזור,

"ובהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 וכן מתוקף הסמכויות המוקנות לי לפי כל דין ותחיקת בטחון, והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת, הנני מצווה בזאת על החרמת והריסת המבנה:

הדירה הממוקמת על גג המבנה בקלנדיה בה התגורר המחבל ענאן מחמוד צאלח חמאד ת.ז. הואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת.

מצ"ב נספח "א"

2. הצו דלעיל גובש, לכאורה, לאחר שניתנה אפשרות דחוקה לעותרים להשיג על כוונה לפגוע בביתם. ביום 5.2.16, כחודש וחצי אחרי הארוע הנטען, קיבלו יושבי הבית הודעה בערבית לפיה יש כוונה לפגוע בבית וניתן להשיג עליה עד 10.2.16.

ההשגה נשלחה ביום 10.2.16.

מצ"ב ההשגה, נספח "ב"

בהשגה נמסרו פרטים לגבי המשפחה, שהינה משפחת פליטים מסריס בבאב אל ואד הקרויה כיום "שורש", אשר שוכנו במחנות פליטים והגיעו למחנה פליטים קלנדיה בשנת 1950. הם זכאים של אונר"א ומתגוררים בבית שבנו על אדמה שהוקצתה להם על ידי האו"ם. הבית נבנה במקורו כבית פליטים על ידי סב המשפחה, וכיום מחולק בי קרובי משפחה שונים. בדירת החדר שעל הגג, אותה דירה בת 25 מ"ר שהיא היעד הסופי של צו החרמה וההריסה, התגורר המנות ענאן לבדו, והתכוון להשלים את הבניה לעצמו כדי שבבוא היום יוכל להתחתן. הוא היה בעל בגרות, למד אלקטרוניקה במכללה בקלנדיה, והתכוון לסיים לבנות את דירתו ולהתחתן.

3. כעבור 13 יום, ביום 23.2.16, שלח המשיב תגובתו להשגה, בצמוד לה "צו החרמה והריסה", שנחתם יום קודם. נספח "א".

תגובה להשגה:

4. בתגובתו זו להשגה, המנוסחת וחתומה בידי רס"ן סנדרה בית-און אופינקרו, סקר המשיב מספר נושאים שהועלו בה, והתעלם מאחרים שלא היו נוחים לו.

נושא הענישה הקולקטיבית: נדחה על ידו בטענה כי במצב הבטחוני הנוכחי יש לעשות שימוש בתקנה זו.

אופן הריסת הדירה הספציפית: בס' 9 למענה נאמר כי "הריסת הבית תבצע על ידי פיצוץ מבוקר באמצעות מטעני קדח".

הדרישה לקבל חומרי חקירה: לא התקבל כל חומר החקירה, שהוא מהותי וחיוני לצורך שקילת הסנקציה המבוקשת. למענה צורפו עדויות של 5 משתתפים בארוע, אולם לא נמסרו כל הגירסאות, לא צורף תיעוד הארוע אשר נטען כי הוא קיים ופורסם ברבים ולא צורפו המסמכים הרפואיים של המנוח.

5. המשיב ביקש להדגיש כי "מימוש צו זה לא יחל בטרם יום ראשון 28.2.16". משמע, העותרים נתונים בסד לחוץ של זמן, ואינם יכולים להתייחס אל כל חומר החקירה שעדיין לא הועבר לידם.

מצ"ב נספח "ג"

כיצד מת המנוח?

6. המנוח חמאד איננו כיום עוד בין החיים. אולם ידוע כי היה בחיים אחרי הארוע, ולא ברור כיצד נפטר.

לא התקבל חומר חקירה מלא אודות הארוע. חומר חקירה חלקי בלבד נמסר על ידי המשיב צמוד לתגובת המשיב מיום 23.2.16, למרות שההשגה הוגשה עוד ביום 10.2.16, ולמרות הטענה בס' א' 1 כי דרושה התייחסות לחלקו של המנוח בארוע הנטען.

ידוע כי המנוח נורה לפחות בידי שוטרות מג"ב. אולם ידוע גם כי הוא היה בחיים לאחר הירי, וכי אחד השוטרים מעיד כי העיף את הסכין שהיתה במרחק מה ממנו, אחר כך דיבר עימו, והלה השיב, ולאחר מכן התיישב עליו וכבל את ידיו מאחור עד אשר הגיע האמבולנס לקחתו. ידוע גם כי תועד אזרח מכה בלום ברזל את הפלסטינים השרועים על הרצפה.

על פי טענת משפחתו, הוא נראה על שרוע על אלונקה בעודו בחיים.

גופתו הוחזרה למשפחתו ביום 31.12.15, וניכר כי עברה נתיחה מאסיבית. כתנאי לקבלת גופתו הציב הצבא תנאי כי ייקבר בו ביום, ולכן גופתו לא נבדקה ברמאללה כנדרש.

יש, איפוא, חשיבות בקבלת מלוא התיק הרפואי אוזותיו, כדי לשקול כל הנתונים נכונה לפני קבלת החלטה סופית בעתירה זו.

7. מיד לאחר קבלת התגובה פנתה ב"כ העותר אל המשיב וביקשה לקבל את חומר החקירה, והפנייה לאתר עליו מדובר בתגובה לגבי תיעוד הארוע עצמו. כמו כן ביקשה לקבל את כל המסמכים הרפואיים לרבות נתיחה שלאחר המוות של המנוח, ולקבלם עוד לפני שמיעת העתירה. לפנייה צורף ויתור על סודיות רפואית מטעם המשפחה.

מכתב מיום 26.2.16 מצ"ב נספח "ד"

רכוש אונר"א

7. המשיב לא חלק על העובדה כי מדובר במשפחת פליטים, אשר שוקמה במחנה פליטים קלנדיה, וכי האדמה עליה בנוי הבית אדמת אונר"א היא, וכי משום כך הבית איננו רכוש פרטי. המשיב העדיף להתעלם מנתונים אלה ולא להדרש להם, כעוקף מכשול ממשי ואינו מתעמת עימו. בית המשפט הנכבד יידרש להתייחס לסוגיה משמעותית זו.

8. גם ההשגה שנשלחה אל המשיב התייחסה לטיב הבית בו מתכוון המשיב לפגוע, אל האתר בו הוא מצוי ואל המשמעות ההיסטורית של הסכסוך הגלומה בו. אין זה סתם עוד בית שנבנה בדי עמל של תושבי שטחים קשיי-יום. זהו בית-מקלט שהוקדש בחסות גיוס בינלאומי של נציגי אומות העולם למשפחות פליטים פלסטינים אשר נעקרו בשנת 1948 מאדמתם בעקבות המלחמה ההיא. זהו בית-מתסה בו מנסים בניהם של אותם עקורים לבנות לעצמם ולילדיהם ולנכדיהם עתיד כלשהו. הסכסוך לא נגמר, ובסיבוב נוסף שלו מורה המפקד הצבאי להרוס אותם 25 מ"ר שבנה הנכד, הפעם בחסות הוראת חוק מנדטורית אנכרוניסטית ומוקצה שאימץ לעצמו המפקד הצבאי לצרכי ענישה ודיכוי. אי אפשר להתיר למשיב להתעלם מן העובדות הללו.

9. רק מפקד ערל לב יכול להתעלם מן הדרישה לברר מה אומרים מוסדות האו"ם (כאונר"א) על כוונתו לפגוע שוב בפליטים שיושבו על ידם במאמץ בינלאומי, ולצפצף עליהם ועל עמדת אומות העולם הניצבות מאחוריהם. האם סבר מלכתחילה כי אינו יכול לשכנע אותם בקיומו של הכרת צבאי בל-יגונה? האם ידע ידוע היטב כי פעולה כזו תיפסל ותישלל לאלתר, ולכן לא טרח להטריד עצמו בנסיון שוא?

8. המשיב סומך הוראתו להפעיל החרמה ואטימה של הדירה בה התגורר החשוד על תקנה 119 לתקש"ח 1945 (להלן: "תקנה 119"). העותרים יטענו כי תקנה 119 עומדת כשלעצמה בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי, ואין לו להשתמש בה. כמו כן החלטתו נוגדת ותורגת אף מן ההלכות של בית משפט נכבד זה ועל כן דינה להתבטל.

9. עת קיום מצב של כיבוש, מחוייב המפקד הצבאי לפעול על פי כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב נאמן על השטחים הכבושים ואינו הריבון בהם. את סמכויותיו בשטח הכבוש הוא יונק מן המשפט הבינלאומי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"צ 2150/07 אבו צפיה נ. שר הבטחון (לא פורסם 29.12.2009)).

10. בעת קיומו של מצב אחר, כפי שנוצר לאחר חתימת הסכם הביניים הישראלי פלסטיני בדבר הגדה המערבי ורצועת עזה (נחתם בושינגטון, 28 לספטמבר 1995) (להלן: הסכם הביניים) יש משנה תוקף לדרישה כי המפקד הצבאי יפעל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לצד התוקף הטבעי מתווסף תוקף הצהרתי מוסכם ומוצהר.

ס' XIX להסכם הביניים, תחת הכותרת זכויות האדם ושלטון החוק, קובע :

"ישראל והמועצה תפעלנה את כוחותיהן ואחריותן על פי הסכם זה בהתחשב
בנורמות ובעקרונות בין-לאומיים מקובלים בדבר זכויות אדם ושלטון החוק"

ובסעיף IX – לנספח I, פרוטוקול בנושא הערכות מחדש והסדרי בטחון, נקבע שוב במפורש ובמוצהר :

כללי התנהגות בנושאי בטחון משותפים

"1. זכויות אדם ושלטון החוק

בכפוף להוראות הסכם זה, יפעילו המשטרה הפלסטינית והכוחות הצבאיים הישראליים את כוחותיהם ואחריותם בהתאם להסכם זה תוך התייחסות ראויה לנורמות הבין-לאומיות המקובלות של זכויות אדם ושלטון החוק, ויונחו על פי הרצון להגן על הציבור, לשמור על כבוד האדם ולהמנע מהטרדה".

לפיכך באספקלריה כפולה זו יש לבחון את מימוש הנורמות הבינלאומיות המקובלות של זכויות אדם ושלטון החוק, ויישומן במקום המצאות הבית נשוא העתירה.

10. תקנה 119 מזמן המנדט הבריטי סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת גינבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, המהווה עד היום את הבסיס לדיני

כיבוש בדין הבינלאומי. היא סותרת את ס' 33 האוסר הטלת עונש קולקטיבי וכל מעשי תגמול נגד מוגנים ורכושם, ואת סעיף 53 לאמנה זו, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס את בתים ורכוש של מוגנים.

11. ענישה קולקטיבית זו מנוגדת גם לס' 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגי המלחמה ביבשה (אמנת האג 1907), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית, ותקנה 43 לאמנת האג האוסרת פגיעה והרס של רכוש.

12. המשיב כפוף ומחוייב לפעול לפי הכללים המשפטיים הבינלאומיים של זכויות האדם, ובמיוחד אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע גם בחוות הדעת של בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. נורמות אלה הנחו גם את בית המשפט הנכבד בבחנו את פעולות המפקד הצבאי (בג"צ אלבסיוני נ. ראש הממשלה תק-על 2008(1) בג"צ 7957/04 מרעבה נ. ראש ממשלת ישראל תק-על 2005(3) 3333 ס' 24; בג"צ 3239/02 מרעב נ. מפקד כוחות צה"ל תק-על 2003(1) 937, בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385).

13. הפעלת תקנה 119 מנוגדת גם לס' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המעגנות את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו, לס' 12 המגן על זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי, לס' 26 המגן על הזכות לשוויון בפני החוק, ומנוגדת לס' 7 המגן על הזכות שלא להיות נתון ליחס או לעונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם, בבחנה את יישום האמנות במדינות השונות החברות באו"ם, קבעה בחוות דעתה משנת 2003 כי הפעלת התקנה מנוגדת לאמנה.

14. התקנה אף עומדת בניגוד לסעיפים שונים של האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות, למשל ס' 11 (המגן על זכות לדירה ולתנאי מחיה נאותים) ס' 10 (המגן על התא המשפחתי) ס' 12-13 וס' 17 להצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. יש חשש כי הפעלת תקנה 119 לתקשיח עלולה אף לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות ס' 8(2)(IV) לחוקת רומא, בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

איסור על ענישה קולקטיבית ופגיעה בזכויות יסוד

15. ס' 119 מעצם טיבו נועד לפגוע ברבים. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמת ס' 50 לאמנת האג, הקובע כי לא יוטל עונש כללי בגין מעשים של יחידים אשר הציבור אינו יכול להחשב כאחראי להם. ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע קטגורית כי אדם מוגן לא ייענש בגין מעשה שלא הוא ביצע. ענישה קולקטיבית ודוגמתה, וכל מעשה של הטרדה או טרור - אסור. מעשי נקם נגד מוגנים ורכושם - אסורים.

16. הדבר בא לידי ביטוי גם בפסיקת בית משפט נכבד זה :

"כבר עמד חברי השופט מ. חשין על כך לענין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת...אין עונשין אלא אם כן מזהירין ואין מכים אלא את העברין לבדו" (בג"צ 2006/97 גנימאת נ. אלוף פיקוד מרכז-עזי דיין פ"ד נא(2) 651 בעמ' 654).

כך אף במאמרו של פרופ' מרדכי קרמניצר מיום 24.2.2009 מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, "הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים – הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נ. אלוף פיקוד העורף".

למפקד הצבאי שוב אין סמכות להפעיל סנקציה זו בשטח A- מקום הדירה

17. על פי הסכם הביניים ונספחיו, מיקום ביתם של העותרים הינו בשטח A. ישראל העבירה את סמכויותיה הביטחוניות לנעשה בשטח זה אל המועצה הפלסטינית. כפי שנאמר בס' XIII להסכם הביניים, תחת הכותרת **הביטחון** בס' 1: "עם השלמת ההערכות מתדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת לנספח I תקבל על עצמה המועצה כוחות ואחריות בענייני בטחון פנים וסדר ציבורי באיזור A באותו מחוז".
זאת בניגוד לאיזור B, למשל, בו תופסת המשטרה הפלסטינית רק את האחריות לסדר הציבורי של פלסטינים.

18. ועוד בס' XV **מניעת פעולות עוינות** נאמר :

"1. שני הצדדים ינקטו בכל האמצעים הנחוצים כדי למנוע מעשי טרור, פשע ועוינות נגד כל אחד מהם, נגד אנשים המצויים בסמכות הצד האחר ונגד רכושם, וינקטו באמצעים משפטיים נגד עבריינים.

2. הוראות מפורטות ליישם סעיף זה קבועות בנספח I".

19. נושאו של פרק 3 להסכם הביניים הינו "**עניינם משפטיים**". בס' 2 נאמר כי

"סמכות המועצה מקיפה את כל העניינים הנופלים בתחום סמכותה הטריטוריאלית, התפקודית והאישית".

ס' 2ג' לאותו פרק קובע:

"הסמכות הטריטוריאלית והתפקודית של המועצה תחול על כל האנשים, למעט ישראלים, אלא אם נקבע אחרת בהסכם זה".

ס' 3 בפרק זה קובע כי :

"למועצה יש, בתחום סמכותה, כוחות ואחריות חקיקה, ביצוע ושיפוט כפי שנקבע בהסכם זה"

וס' 4 עונה ומשלים את החסר ומייצר חלוקה ברורה:

"א. לישראל יש, באמצעות הממשל הצבאי שלה, סמכות על איזורים שאינם תחת הסמכות הטריטוריאלית של המועצה, על כוחות ואחריות שלא הועברו למועצה, ועל ישראלים.

ב. למטרה זו יתזיק הממשל הצבאי הישראלי בכוחות ובאחריות החקיקתיים, המשפטיים והביצועיים הנחוצים, **בהתאם למשפט הבין-לאומי**. הוראה זו לא תגרע מהחקיקה הישראלית החלה על ישראלים באופן אישי".

20. על פי נספח I סעיף V, **הסדרי ביטחון בגדה המערבית, יקבעו מרכזי תיאום וקישור למחוזות שונים, ויש גם מרכז תיאום וקישור לחלק הצפוני של הגדה המערבית.**

נאמר בס' 2 איזור A: א. עם השלמת ההיערכות מחדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת I לנספח זה, תקבל על עצמה המועצה כוחות ואחריות בענייני בטחון פנים וסדר ציבורי באיזור A באותו מחוז".

21. המשיב רשאי לסטות מן הכללים דלעיל רק במצב זמני של "התקלות", ואף זאת רק לפרק זמן קצר ביותר. סעיף XI הדן בכללי התנהגות בנושאים ביטחון משותפים, קובע מצבים מיוחדים הקרויים "צעדי היתקלות". מצבים אלה מדברים בפעולה צבאית מיידיית אם נדרשת, והיא חייבת להסתיים בכל ההקדם, והטיפול במצב כזה יועבר בהקדם האפשרי לצד הפלסטיני. וכך נאמר:

3 א. לצורך סעיף זה "היתקלות" משמעותה תגובה מיידיית לפעולה או תקרית, היוצרים סכנה לחיים או לרכוש, ומכוונת למניע או להפסקת פעולה או תקרית כזאת או לעצירת המבצעים.

ב. בתוך שטח תחת אחריות הביטחון של המועצה, במקומות שבהם רשויות ישראליות מפעילות את תפקידי הביטחון שלהן בהתאם לנספח זה ובקרבתם המיידיית, הרשויות הישראליות רשאיות לנקוט בצעדי היתקלות במקרים שבהם מעשה או תקרית מחייבים פעולה כזו. במקרים אלו, הרשויות הישראליות

תנקוטנה בכל צעד אשר נחוץ על מנת להביא לידי סיומם של מעשה או תקרית כאלה, במטרה להעביר בהזדמנות הראשונה את הטיפול המתמשך בתקרית הנופלת באחריות הפלסטינית, למשטרה הפלסטינית. המשטרה הפלסטינית תודע מידיה, באמצעות המת"ק הרלבנטי, בדבר צעדי התקלות כאלה".

22. ועוד מפרט ס' ג כי שימוש בנשק חם לתקריות כאלה יהיה אסור, "אלא כמוצא אחרון, לאחר שנכשלו הנסיונות להשתלטות על הפעולה או התקרית, כגון אזהרת המבצע או ירי באוויר", ואם לא יהיה יעיל, הרי יותר שימוש בנשק רק לשם הרתעה של המבצע או עצירתו, ולא לשם הריגתו. "השימוש בנשק ייפסק עם תום הסכנה" וממילא "ד. כל פעילות הכוללת שימוש בנשק חם, למעט צרכים מבצעיים מידיים, תהיה טעונה הודעה מראש למת"מ הרלוונטי".

23. איש לא יוכל לטעון כי החלת הסנקציה של תקנה 119 הינה מסוג "צעדי היתקלות", אין זה מרדף מידי ותכוף אחרי מבצעי היתקלות, וגם כזה חייב להפסק מייד והטיפול בו יועבר לידי המועצה הפלסטינית.

האם יש לאשר הרתעה נוספת לאחר חיסולו של המנוח

24. על בית המשפט הנכבד לדון בכובד ראש בסוגיה המגיעה לפתחו שוב ושוב, הרבה למעלה מן הנדרש, והיא זו: האם לאחר חיסולו של מי שנחשד כמפגע, עדיין נדרשת הרתעה בדרך של פגיעה במקום מגוריו? אם בהרתעה עסקינן, האם יש הרתעה גדולה מזו של חיסולו והריגתו של חשוד כמפגע? ואם הרתעה כזו – שהפכה זה מכבר לתוצאה סופית של כל ארוע המתואר כארוע פיגוע – אינה מרתיעה דיה, אולי יש לזנוח את "ההרתעה" כתגובה אוטומטית, ויש לשחר אתר פתרונות אחרים למניעת 'פיגועי יחידים'?

25. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי מקום בו חוסל ללא משפט וללא בירור מי שנחשד בביצוע פיגוע, לא יתאפשרו אמצעי הרתעה נוספים.

26. לאור הצטברות מדאיגה של ארועים קשים ביותר ותגובות קשות להם, מוטל על בית המשפט הנכבד לעגן את הכלל כי מקום בו התעללו עוברי אורח או אנשי מרות במי שנחשד בביצוע פיגוע לאחר שכבר נטרל ולא היוה עוד סכנה לא יופעלו סנקציות מרתיעות נוספות.

על בית המשפט לקבוע כי הרתעה איננה לשימוש חד-צדדי, ועליה להעשות באופן מדוד ומושכל, לאחר בדיקת כל מקרה ונסיבותיו. אל לה, להרתעה, להפוך לחובה אוטומטית, פן נגיע לאותו מדרון חלקלק של פגיעות נקמניות ואכזריות, שתחילתן בשטח עצמו, והן מתרחבות למעגלים גדלים והולכים של בעלי זיקות למפגע,

המתבטאות בפגיעה בבתים, המשכן, חלילה, בפגיעה אישית בקרוביו וקרובותיו, וסופן מי ישורנו.

אופן ביצוע ההריסה

27. בהשגה התבקש המשיב להמציא מפרט טכני של אופן ההריסה, ולאפשר לבי"כ העותרים להמציא חוות דעת מקצועית שתבחן את אופן ההריסה המוצע. עם צמצום מבורך של ההריסה לדירת מגוריו של המנוח בלבד, בקומת הגג של המבנה, הוסר החשש הראשוני מפגיעה במגורי שאר בני המשפחה והשכנים. אולם עדיין תיאור הכוונה לפגוע בבית הינו מדאיג: "פיצוץ מבוקר באמצעות מטעני קדח". הכוונה כנראה היא להטמין **חומרי נפץ** בקירות המבנה להרסם באופן ראוותני כדרך שסיגלו לעצמם. אולם אחד הקירות של הדירה הינו בו זמנית הקיר של חדר המדרגות. לא נאמר לנו אילו ערובות יש למניעת פגיעה בחדר המדרגות ומניעת התמוטטות של תקרת המבנה וקירותיו על תקרת קומת המגורים שמתחתיה.

מחילה והחזרה

28. בכל זאת ותמיד יש לדאוג כי יתאפשר מילוי של הסיפא לתקנה 119, היינו, חזרתו של המשיב מן הצו בעתיד. כל פגיעה בתוקף תקנות ההגנה לשעת חירום מחייבת, מחמת אופיה ומטרתה, להבטיח את החזרה ממנה.

במה דברים אמורים? כל הריסה והריסה על פי הרישא של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 חייבת להבטיח אפשרות למימוש הסיפא של אותו סעיף. התקנה המנדטורית 119 לתקש"ח לא רק איפשרה החרמה והריסה, כמצוטט שוב ושוב בתגובת המשיבים. היא אפשרה מחילה והחזרה.

בהמשך התקנה מגיע זמן התיקון:

"ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כני"ל, רשאי המפקד הצבאי להחרים את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו (שמטו) לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון (הנציב העליון) בכל זמן, נצו, למחול על ההחרמה (השמט) כולה או מקצתה, ואז תקומנה שנית, כזי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע, וכל טובות-הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהן, לקנין בני-אדם שהיו זכאים להם אילולא ניתן צו ההחרמה (השמט) וכל שיעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה (השמט).

המפקד הצבאי, אותו מפקד צבאי המוסמך להחרים ולהרוס, מוסמך גם למחול על ההחרמה וההריסה! אופן הריסה חייב להבטיח אפשרות מחילה אמיתית ובת-ביצוע.

יעילות הסנקציה וסבירותה

29. ידוע היטב כי המשיב הפסיק את הפעלת סנקציה זו של ענישה סביבתית באמצעות הריסת בתים בעקבות חוות דעת שניתנה על ידי ועדה צבאית, ועדת שני, אשר בחנה את הסטוריית ההריסות והגיעה למסקנה כי אין בסנקציה זו תועלת של ממש, ואפשר להיפך, יש בה כדי להרחיב את פעולות הטרור.

כבר בעתירה העקרונית נגד הריסת בתים, בג"צ 8091/14 קבע כבוד השופט רובינשטיין בס' כז' לפסק דינו:

"סבורני כי עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... לטעמי, השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; כך במיוחד שאף בקרב גורמי צה"ל הועלו טענות לעניין זה, וראו למשל מצגת ועדת האלוף שני, שמחד גיסא נאמר בה כי יש תמימות דעים בין גופי המודיעין לגבי תועלתו, ומאידך גיסא נאמר, תחת הכותרת "תובנות מרכזיות", כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק'" (שקופית מספר 20). לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים"

לא קיבלנו כל נתונים לפיהם בחינה כזו אכן נעשתה בזמן האחרון, וכי יש הצדקה לחידוש סנקציה פסולה זו.

ובאותו פסק דין, סעיף 6 לפסק הדין של השופטת חיות:

"6. ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לחוות דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מתודשת לנושא הריסות הבתים" והגיעה בעת היא (2005) אל המסקנה שאומצה על-ידי גורמי הביטחון ולפיה יש להפסיק את פעילות הריסת

בתי המחבלים לצורך הרתעה כשיטה באזור יהודה ושומרון ולשמרה למצבי קיצון (שקופית 30 למצגת ועדת שני, נספח 1 לעתירה)."

השופטת הנכבדת סברה כי מצבי קיצון אכן התרחשו בפיגוע בישיבת מרכז הרב ובחטיפת 3 הנערים ורציחתם ורצח המתפללים בבית הכנסת. אולם קבעה על אף זאת:

"אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיתו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה. בשבחי הספקות, אשר חשוב שינקרו תמיד גם בלב הצודקים..."

30. דווקא התמורות המשתנות במהירות במצב הבטחוני במדינה, כמו הנתונים החדשים שנזרקו לזירת הסכסוך, מחייבים מחשבה מקצועית מחודשת. לא הנתונים שעמדו בפני ועדת שני כנתונים המצויים כיום בזירה; לא המפה הפוליטית של העולם הערבי דאז כמפתו ומיפויו היום; לא מאזן הכח הפוליטי בישראל של ועדת שני כמאזן הפוליטי כיום לאחר הבחירות האחרונות; לא מעמד הדת והקנאות הדתית ההדדית במועדה כמעמדם והשפעתם בזירה היום; לא התייחסות העולם החיצוני למעשי ישראל בעבר כאיומי ההחרמה והחרמות כיום.

לפני החזרת הבתים לשימוש שגרתי כפי שהיה בעבר ולא הוכיח עצמו, נדרש כי הצבא יציג הערכה **מקצועית** עדכנית שלא בוצעה מזה שנים רבות בדבר התועלת או הנזק הנובעים מן השימוש בסנקציה זו.

המשיב, המנסה לסמוך החלטותיו על ציטוטים מציטוטים שונים של פסקי דין בנושא זה, יכבד את הצעתו של כבוד השופט רובינשטיין בעתירה העקרונית דלעיל:

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

דברים אלה נאמרו עוד לפני שאנשים פרטיים, רובם צעירים, שמו נפשם בכפס ויצאו לבצע פיגועים בשטחים הכבושים ובישראל, תוך ידיעה וודאית כמעט כי יחוסלו וכי קרוביהם יפגעו. **נראה כי האמצעים שנועדו להרתעה נהפכו על יוצרם ומפיחים מוטיבציה בצעירים אלה.** בהעדר אפקטיביות באמצעים אלה, יש לתור אחר פתרונות פוליטיים. זוהי העת.

אפליה ביישום ענישה והרתעה

31. כבר נאמר בהשגה כי בנוסף לביקורת הנוקבת נגד חוסר ההצדקה או המוסריות בהפעלת הסנקציה הנדונה, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי רצח מזועזע לא פחות של צעיר פלסטיני חטוף, הלוא הוא מחמד אבו חדיר, התרחש זה לא מכבר, ושלושה אזרחים ישראלים עומדים כיום לדין בגין מעשה זה, לאחר שהודו ושתזרו את המעשה. הם נתפסו חיים ורובם תושבי התנחלויות.

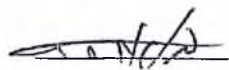
כיום כבר ידוע כי נחשף לפחות אחד מתושבי התנחלויות ועומד לדין בגין רצח בשריפה של משפחת דואבשה בכפר דומא. ביתנו, כמו בתיהם של רוצחי אבו כדיר לא נפגעו.

יש לברך על כך כי סנקציה נקמנית ופסולה זו נחסכה מאזרחי ישראל. אולם אם כלפי אזרחי ישראל לא ננקט צעד אכזרי זה (וחלקם מתגוררים בהתנחלות אדם ואחרת בשטח C בו אין לכאורה מניעה מהפעלת הסנקציה על ידי ישראל כלפי אזרחיה שלה), על אחת כמה וכמה יש להמנע מלנקוט בו נגד תושבי שטח כבוש, דוגמת העותרים, המוגנים גם על ידי החוק הבין-לאומי והסכם הביניים.

אין להשאיר בצריך עיון את השאלה אם עצם האפלייה אינה מהווה מניע ודחף לפיגועים נוספים.

מצ"ב תצהיר לאימות העובדות.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, צו על תנאי וצו החלטי כמבוקש, ולהטיל הוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד על המשיב.



ל.צמל, עו"ד

המוקד להגנת הפרט

ב"כ העותרים

28.2.16