

בית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 16/

בעניין: זיירי הדירה האמצעית שנועדה להריסה:

1. מצאלחה ת.ז.
2. מצאלחה – האם ת.ז.
3. עו"ד – האח בן 25
4. – האח בן 14
5. – האח בן 11
6. עו"ד – האח בן 30 ואשתו ובתו (מתגוררים זמנית בשכירות, בעלי זכויות בדירה).
7. המוקד להגנת הפרט (ע"ר)

זיירי קומת הקרקע:

8. מצאלחה אח בן 28
9. מצאלחה אשת האח בהריון
10. תינוקת בת שנה - בת האח

זיירי קומה עליונה:

11. מצאלחה – האח
12. מצאלחה אשת האח בהריון

כולם מכפר חג'ה איזור קלקיליה

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

נ ג ד

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 בקומת אמצעית, בכפר חג'ה איזור קלקיליה בה מתגוררים העותרים 6-1, ולדעת המשיב בה התגורר לפני מותו המנוח מצאלחה ז"ל ת.ז. , ולחייבו בצו החלטי להמנע מעשות כן ולהמנע בכך מגרימת נזק בלתי הדייר לדירות העותרים 8-12 ולבתי השכנים המנויים להלן.

העותרת מס' 7 הינה עמותה רשומה, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר.

כסעד ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או מי מטעמו:

- א. להימנע מביצוע פגיעה כלשהי בבית נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו. המועד הממשי שניתן לעותרים להגיש את עתירתם ולקבל סעד ביניים הוא עד ליום 28.3.16.
- ב. להמציא לאלתר לעותרים את מלוא המסמכים הרפואיים וכל העדויות המלמדים על האופן בו נהרג המנוח הנ"ל, כדי שיוכלו להתייחס לנסיבות מותו בעתירה לפני מועד שמיעתה.
- ג. להמציא לאלתר את מלוא פרטי החקירה שנערכה הן בשב"כ והן במשטרה לאביו ו-4 אחיו של המנוח, כדי שינתן יהיה להתייחס לכך לפני מועד שמיעת העתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. צו ההחרמה וההריסה: נשוא עתירה זו הוא צו החרמה והריסה אשר הוצא ביום 22.3.16 על ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באיזור, בו נאמר כי:

"צעד זה ננקט הואיל והנדון, ביצע ביום 9.3.16 פיגוע דקירה בסכין, אשר כתוצאה ממנו נהרג האזרח האמריקאי טיילור פורס ז"ל ונפצעו 10 אנשים בדרגות פציעה שונות".

"חל איסור לבנות כל בנוי בדירה נושא צו זה."

כן נאמר בצו כי המפקד החליט כך בתוקף סמכותו כמפקד כוחות צה"ל באיזור, "והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת".

מצ"ב נספח "א"

בצו, כמו בשאר ההתכתבויות עם המשיב נאמר תמיד "המחבל". ומעולם לא נאמר כי הוא חוסל או מת בדרך אחרת. הסטוריון כי יקרא ביום מן הימים את הניירת לא ידע לאשורו במה מדובר.

2. הצו דלעיל גובש, לכאורה, לאחר שניתנה ביום 10.3.16 אפשרות סתומה לעותרים להשיג תוך 5 ימים על כוונה לפגוע בביתם. ההשגה הוגשה ביום 15.3.16.

מצ"ב ההשגה, נספח "ב"

בהשגה נמסרו פרטים לגבי כל יושבי הבית בן 3 הקומות על כל דירותיו; התבקשו בה חומרים החסרים על מנת לעבות את ההשגה בפרטים מהותיים:

א. פרטים מזירת הארוע וממצאים שונים ממנה, לרבות האופן המדוייק בו חוסל המנוח.

ב. פרטים מודיעיניים שנאספו בוודאי אודות המנוח ואורחותיו.

ג. הבסיס לקביעה כי המנוח היה מדיירי אותה זירה שיש כוונה להרוס.

ד. כל תוצאות חקירת השב"כ וכל חקירה אחרת שנוהלה עם אביו של המנוח ו-4 אחיו אשר נעצרו מיד אחרי הארוע, ושחררו בשעה 22:00 ביום 13.5.15 לאחר חקירתם הממושכת. הרלוונטית מאד לקבלת ההחלטה. יודגש כי ההחלטה נפלה לפני תום החקירה של בני המשפחה, ולפיכך ברור כי היא לא נכללה בשיקולי המפקד הצבאי.

ה. כמו כן התבקשה חוות דעת הנדסית אודות דרך ביצוע ה"הריסה"; נטענה הטענה כי הריסה קולקטיבית לא תסכון.

בהשגה נטען כי המנוח לא התגורר דרך קבע בדירה האמורה, ויחסיו עם בני המשפחה היו משובשים. נאמר בה:

"מן האינפורמציה אשר הושגה עד כה מפי המשפחה עולה כי מרכז חייו של המנוח ב-4-5 השנים האחרונות לא היה בבית ההורים. הוא עבד בישראל בכל השנים האלה, כאשר כבר בגיל צעיר מאד עזב את הכפר והתגורר במקומות עבודתו השונים בישראל. הוא היה מגיע לביקורים קצרים מאד אחת ל-4-5 חודשים, נשאר זמן קצר ביותר, ושוהה אז דווקא במבנה דיוואן נפרד מן הבית.

יחסיו של המנוח ובני משפחתו היו יחסים גרועים ביותר. היו ביניהם מריבות תכופות בשל אורח החיים שאימץ המנוח, שהיה בלתי מקובל לחלוטין על משפחתו, לרבות שימוש בסמים והתנהגות מופקרת שהיתה נושא למחלוקת מתמדת בינו לבין משפחתו. בביקורו האחרון בכפר, לקראת סוף חודש פברואר 2016, התגלעה מריבה נוספת בינו לבין אביו בשל התנהגותו ואורחות חייו, ותוך כדי הסכסוך החרף המנוח שבר זכוכית בבית ונפצע בידו ואף פנה לטיפול רפואי. אחיו ניסו להחזירו למוטב, והוא הבטיח כי ישפר אורחותיו, ובעקבות זאת נסע ביום 25.2.16 לחאגי' בסעודיה. הוא שהה שם עד 6-7 למרץ, חזר לבקר בבית אך לא נשאר שם, ובעת שמשפחתו התכוונה לקיים את המנהג המסורתי של חלוקת קפה ותמרים למי שחוזר מעליה לרגל הוא נעלם מן הבית, ובמקום זאת שמעה המשפחה את שמו באמצעי התקשורת כמי שביצע פיגוע וחוסל בתל-אביב.

אביו ואחיו נחקרו ארוכות בשאלה אם היה מעורב בארגון כלשהו, אם היו לו נטיות פוליטיות כלשהן, אולם הם השיבו כי לא מניח ולא מקצתיה. עברו היה נקי לחלוטין.

במילים אחרות, ההחלטה להחרים ולהרוס את הדירה משמעה דווקא פגיעה במי שהתנגד לדרכו ולא תמך כלל במעשיו של הבן. מן החקירה עלה בבירור כי בני משפחה לא שיערו מה כוונותיו, ובוודאי התנגדו למעשים מעין אלה, והם עתידים להיות הקרבנות העיקריים לפגיעה". עד כאן דברי ההשגה.

4. כעבור שבוע, ביום 23.3.16, שלח המשיב תגובתו להשגה, בצמוד לה "צו החרמה וחריסה", שנחתם יום קודם, נספח "א".

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

האופן בו נהרג המנוח - המשיב הפנה את העותרים ל"מרשתת" כדי לקבל תשובה על מעשיו של המנוח. לא התקבלה כל תגובה לשאלה המרכזית "כיצד מצא המנוח את מותו?". מובן כי לא נשלחו תעודות רפואיות ולא תיעוד כלשהו, למרות שברור כי המשיב נוהג לתעד ארועים מעין אלה.

לגבי כוונות המנוח - נענו העותרים כי די לראות וידאו כלשהו, ללא הפנייה, כדי להתרשם מכוונותיו. נאמר גם בתשובה להשגה כי "עדויות האנשים אשר נכחו במקום בעת הפיגוע, וחלקם נמנים על הפצועים, אינן מותירות מקום לספק ביחס לכוונתו של המפגע לגרום מותם של אנשים רבים ככל האפשר". דא עקא כי לא צורפו לתשובה זו כל עדויות שהן מהן ניתן לגבות הטענה.

מרכז חייו של המנוח - המשיב עונה כי קבע את מרכז חייו של המנוח "בראש וראשונה מעצם העובדה כי זהו מענו הרשום בתעודת הזהות שלו". בנוסף, נטען כי נמצאו חפצים אישיים שלו כגון דרכון ובגדים בבית. וצוטטו דברי אחיו רביע לפיהם התגורר בדירה.

לתגובה צורפו 3 הודעות של בני המשפחה. קריאה תמה בהודעות אלה מלמדת כי אכן המשיב לא טרח לברר את העובדות כהויותן, ורצונו להטיל חיתתו על המשפחה היה כל עז עד כי בחר להתעלם מן הדברים הבאים שצרף להודעתו:

הודעת האח עלאא מיום 13.3.16 שעה 10:34 בעודו במעצר, נחקר תחת אזהרה:

האח, עו"ד במקצועו, טוען בתוקף בהודעתו הנספחת להודעת ההריסה כי המשפחה לא ידעה דבר וחצי דבר על כוונת המנוח. הוא מאשר כי את האמור בהשגה לגבי העדר מרכז חים של המנוח בדירה ולגבי מצבו הנפשי הרעוע:

"אחי בשאר בן 22 רווק עובר בישראל ללא היתר (עמ' 2 ד' 25)

"הוא נסע לעומרה בערב הסעודית לבדו וחזר ביום 7.3.16...ביום 8.3.16...אמרה לי אמי שבשאר הלך לעבוד, לא יודעת היכן, אחנו יודעים שבאופן רגיל הוא עובד בישראל" (עמ' 2 ש' 25).

"האיש מהרש"פ הודיע לי שאחי בשאר ביצע פיגוע דקירה ביפו, הלכתי לבית הורי הם לא ידעו על כך...לאחר יומיים נעצרתי עם אחי בהאא, ותאאר ורביע יחד עם אבי מחמד" (עמ' 2 ש' 32).

"ש: האם מישהו מהאחים או תושבי הבית ידעו על הכוונה של בשאר? ת: לא" (עמ' 2 ש' 37).

"ש: מיהם חברי אחיך בשאר מצאלחה? ת: הוא ללא חברים" (עמ' 2 ש' 45).

"בשאר איש היה נוטל סמים, הוא גורש מהבית, ניסה לפגוע בעצמו מספר פעמים. הקשר שלו עם המשפחה היה רע, אף אחד לא מתערב בו, והוא מתקופה האחרונה מעביר זמנו בדיואן (בית) המשפחה מצאלחה בחגה, ואינו מתגורר בבית. סבל ממחלת נפש ניסה להתאבד פעמיים, ופעם חתך את עצמו. אני העברתי אותו לרופא הכפר גינספוט שטיפל בו. שוב ניסה להתאבד דרך החשמל, אני לא ידעתי על כוונתו זו..." (עמ' 2 ש' 48).

הודעת האח רביע מצאלחה מיום 13.3.16 נחקר בשעה 13:20 תחת אזהרה:

"אני לא יודע על הפשע. למה אתה מאשים אותי באי מניעת פשע. אני לו ידעתי שאחר בשאר מצאלחה מתכוון לבצע פיגוע כזה הייתי מונע ממנו זאת בכל האמצעים" (עמ' 1 להודעה ש' 11).

"ש: תסביר לי על ההתנהגות של אחיך בשאר לפני הפיגוע ביום. ת: כאשר חזר מהעומרה בלילה, הגיע לבית ובירכתי אותו.. אחרי זה אכלתי וישנתי למחרת ישבתי עימו עמנו אחי, הכל היה רגיל, ישבתי עמו לזמן קצר למחרת עבדתי...בלילה בשאר ביקש ממני עט ונתתי לו אחרי זה לא ראיתי אותו, למחרת יום שלישי התעוררתי משינה בשאר לא היה בבית. בלילה בא אלי אחי עלאא...הודיע לנו שאחי בשאר ביצע פיגוע רצח ביפו וכי הוא נהרג בפיגוע. אחי עלאא ידע על כך מהרש"פ, זה מה שאני יודע" (עמ' 2 ש' 25).

וכאשר הוא נשאל שאלה שתומה שאינה מנסה לברר את מרכז חייו של המנוח הוא משיב את התשובה עליה מנסה המשיב להסתמך :
"ש : היכן גר אחיך בשאר מצאלחה?
ת: גר עימי ועם הורי בקומה השניה. בקומה הראשונה גם אחי בבהאא בקומה השלישית גר אחי תאאר" (עמי 2 ש' 36)

יצויין כי אותו חוקר, האשם חלבי, חקר לראשונה את האח עלאא, ושמע ממנו כי מרבית הזמו מצוי המנוח בישראל. וכי כאשר הוא בכפר הוא מתגורר בדיוואן של המשפחה!. הדיוואן הינו חדר נפרד מן הבית ומחוצה לו. למרות זאת החוקר אינו מנסה לברר מהנחקר השני בתור, רביע, אם עובדות אלה נכונות!! הוא מפסיק את החקירה לאחר שהוציא מרביע את המילים דלעיל.

הודעת האח תאאר מצאלחה מיום 13.3.16 שעה 13:30 נחקר תחת אזהרה:

אח זה נחקר על ידי חוקר אחר, סאלח א-דין נאצר, אשר לא טרח כלל – לפי דעת העותרים בכוונת מכוון ועל פי הוראה שקיבל - לחקור היכן התגורר המנוח.

הוא נחקר רק אם ידע על כוונת אחיו, והשיב בשלילה:

"אני לא ידעתי על שום פשע בכדי לדווח עליו....ביום שלישי שעבר...התקשרו לי הרבה אנשים מהכפר...ושאלו אותי מה קרה אצלכם מי עשה פיגוע בישראל עניתי להם שאני לא יודע על מה אתם מדברים...." (עמי 2 ש' 15).

"ש : האם אתה ידעת שאחידך בשאר מתכנן פיגוע דקירות נגד אזרחים ישראלים?
ת : לא" (עמי 2 ש' 23).

"ש : מה אתה יודע על אחיך בשאר?

ת : אחי בשאר בן 22 רווק, מה שידוע לי היה עובד בערערה בישראל, לא יודע אצל מי ובמה, ולא ידוע לי אם היה משתייך לארגון מסויים" (עמי 2 ש' 28).

הערה בעלת משמעות: לא נמסרו לעיון העותרים הודעותיהם של האב מחמד ושל אח רביעי. הם נחקרו בביתם אחרי הארוע 9.3.16, וכולם נעצרו למחרת הארוע, ושחררו רק ביום 13.3.16 לאחר חקירתם. אין זה מתקבל על הדעת כי לא נחקרו כולם בידי השב"כ ובידי המשטרה. לפיכך לשם קבלת תמונה מלאה אודות המנוח ואורחותיו, יש להצטרף לזכ"דים של חקירות כל האחים והאב גם בשב"כ, ולקבלת הודעות האב והאח הרביעי!

יצויין כי על פי המספור של 3 ההודעות אשר ניתנו לעותרים על ידי המשיב בצמוד להודעתו, מסומנות 3 ההודעות כעמודים מס' 11-19, ללמדנו כי חסרים לפחות 10 עמודים של הודעות שמוספרו.

5. לגבי אופן ההריסה - לא ניתנה חוות דעת הנדסית, נאמר רק כי "הריסת הבית תתבצע על ידי הריסת קירות הפנים של הדירה באופן ידני, והריסת קירות החוץ של המבנה באמצעות פיצוץ מבוקר".

אופן מוצע זה מעורר חששות כבדים בלב העותרים גם בשל נסיון העבר, המלמד כי "פיצוץ מבוקר" משמעו פיצוץ ראוותני הפוגע בבית כולו ובבתי שכנים, ולאחר מכן הכל מבקרים את האתר. פיצוץ כזה בוודאי יפגע בקומה התחתונה הישנה מאד, ובקומה העליונה, אשר בשל חולשת המבנה, וכפי שנטען בהשגה, נאסר על הבונה לצקת מעליה תקרה, והיא מכוסה רק בגג רעפים.

6. לגבי העובדה כי הבית והכפר מצויים בשטח A: המשיב לא הכחיש זאת, אולם טען כי "לאחרונה בית המשפט העליון פסק בעניין זה כי קיימים בידי המפקד הצבאי הסמכות לפועל אף בשטח A (בג"צ 7040/15 חמאד נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש).

העותרים טוענים כי מן הראוי שבית המשפט הנכבד יתייחס לסוגיה זו מחדש.

הטיעון המשפטי

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

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

9. 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 ג'נבה
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 1)2008) בג"צ 7957/04 **מרעבה נ.**
ראש ממשלת ישראל תק-על 20005(3) 3333 ס' 24 ; בג"צ 3239/02 **מרעב נ. מפקד**
כוחות צה"ל תק-על 1)2003) 937, בג"צ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ. מפקד**
כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו(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 לדיור 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 לתקש"ח עלולה אף לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות ס' (IV)(2)8 לחוקת רומא, בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

איסור על ענישה הולקטיבית 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 גינבה 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 ורכושים - 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 אף העובדה שבית המשפט העליון התייחס מעט לסוגיה זו, אין העותרים יכולים לוותר לעיה, ומבקשים מבית המשפט הנכבד לשוב ולשקול אותה על פי הנתונים

הבאים. 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 מחדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת 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 יחזיק 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 מיידית 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 מיידית 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 המיידית, 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 מיידית, באמצעות המת"ק הרלבנטי, בדבר צעדי התקלות כאלה.

22. ועוד מפרט סי' 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 י"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 מיידי ותכוף אחרי מבצעי היתקלות, וגם כזה חייב להפסק מיידי והטיפול בו יועבר לידי המועצה הפלסטינית.

24. כזו תיפסל ותישלל לאלתר, ולכן לא טרח להטריד עצמו בנסיון שוא?

המנוח ומניעיו

25. גם אם יידחו כל הנימוקים ההומניטאריים, לא יוכל בית המשפט הנכבד לאשר את הפגיעה בבית מבלי להשתכנע מעבר לכל ספק כי אמנם החשדות המיוחסים נגד בנם ואחיהם של העותרים נעשו על ידו במוזע ובמכוון, ולדעת עד כמה השפיעו מחלתו והשימוש בסמים על יכלתו לקבל החלטה מושכלת, ועד כמה ניתן להפריד בין מצבו הנפשי והחברתי לבין מניע לבצע "פיגוע טרור" כזה, ששרשו מניעים לאומניים פנאטיים שלא ניתן להכחידם אלא בענישה אכזרית ובלתי חוקית.

שוב אנו ניצבים בפני פיגוע ללא חקירת מבצע. בייחוד שעוד לא התקבל – על אף הדרישה – חומר גלם ממנו ניתן לקבוע כי המנוח חוסל בעת שעדיין היווה סכנה, וכי נערכה חקירת נסיבות מותו, אשר קבעה כי חיסולו היה כדין. לא קראנו כל דו"ח לפינו נבדק אופן הירי והתאמתו להוראות הפתיחה באש הקיימות; גם לא ידוע על כל בדיקה אם נערכה בגופתו, כדי לברר אם היה תחת השפעת סמים. על פי פרסומים טריים אמורה המשטרה לחקור את הוצאתו להורג של המנוח בידי שוטר מתנדב, כאשר המנוח שכב פצוע ולא היווה כל סכנה, והשוטר המתנדב נענה לבקשת הקהל הצובא על המנוח והרגו.

בעקבות חקירת משפחתו לא ניתן לקבוע כי התגלו 'שרשי כוונותיו הטרוריסטיות'.

לא ידוע האם היה מוכר לרשויות הבטחון. אם כן, כיצד? האם נחשב כפעיל או היה מופעל? שאם לא כן האם פיתח מניע אחר?

26. בית המשפט הנכבד מתבקש לדון בסוגיה מרכזית זו על כל השלכותיה: האם יאושר עונש קולקטיבי מרתיע כאשר המרתיע אינו מפרסם את נסיבות הפיגוע, וכאשר הציבור הפוטנציאלי להרתע אינו יודע דבר על נסיבות הארוע, על מניעי המבצע, על זיקותיו? הן ההרתעה, העומדת - כפי שטוען המשיב - בבסיס המעשה הקשה של הריסה ואטימה, היא הגלגל המניע. כיצד תושג הרתעה מקום בו אין גלוי נאות?

האם יש לאשר הרתעה נוספת לאחר חיסולו של המנוח

27. על בית המשפט הנכבד לדון בכובד ראש בשאלה המגיעה לפתחו שוב ושוב, הרבה למעלה מן הנדרש, והיא זו: האם לאחר חיסול מידי של מי שנחשד כמפגע, עדיין נדרשת הרתעה בדרך של פגיעה במקום שאף אינו מקום מגוריו? אם בהרתעה עסקינה, האם יש הרתעה גדולה מזו של חיסולו והריגתו המיידית 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 לשחרר אחר פתרונות אחרים למניעת 'פיגועי יחידים'?

28. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי מקום בו נהרג, ואולי הוצא להורג ללא בירור מי שנחשד בביצוע פיגוע, לא יתאפשרו אמצעי הרתעה נוספים, פן נגיע לאותו מדרון חלקלק של פגיעות נקמניות ואכזריות, הנקטות נגד מעגלים גדלים ומתרחבים של בעלי זיקות למפגע, שתחילתן בפגיעה בבתים, המשכן בפגיעה אישית בקרוביו וקרובותיו, וסופן מי ישורנו.

המשפחה ותוצאות הפגיעה בדירה

29. בעתירה זו 6 עותרים עיקריים בדירה : זוג הורים ו-4 אחים. כמו כן 5 בני משפחה אחרים המתגוררים בשתי דירות נפרדות שאין כוונה מוצהרת להרסן. בנספח לעתירה זו יצוינו פרטיהם של בעלי בתים שכנים לבית המאוימים, החוששים מאד לגורל בתים, ביחוד נוכח ה"פיצוץ המבוקר". יש לקחת גם את גורלם של אלה בחשבון השיקולים השונים. העותרים באמצעות המוקד להגנת הפרט פנו למהנדס מומחה על מנת שיתן חוות דעת לגבי אופן ההריסה המוצע ותוצאותיו.

רשימת השכנים החוששים נספח "ג"

חוות דעת מהנדס מומחה נספח "ד"

ה מ ח י ל ה

30. כל פעולה הנעשית על ידי המשיב 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 התרמה והריסה, כמצוטט שוב ושוב בתגובת המשיבים. היא אפשרה מחילה והחזרה.

בהמשך התקנה מגיע זמן התיקון :

"ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"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, בצו, למחול על ההחרמה (השמט) 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 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.

31. ואם למרות הכל יאושר הצו, יש לקבוע כי ההריסה תתבצע בדרך המוצעת לאחרונה, היינו ללא פיצוצים כלל, אלא בדרך שתבטיח מחילה בקלות.

יעילות הסנקציה וסבירותה

32. 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 היסטוריית 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 בסי' 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 'שתוק'" (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.

ובהמשך 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 מחודשת לנושא הריסת הבתים" והגיעה בעת ההיא (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 שישכיחו 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..."

33. דווקא התמורות המשתנות במהירות במצב הבטחוני במדינה, כמו הנתונים החדשים שנזרקו לזירת הסכסוך, מחייבים מחשבה מקצועית מחודשת. לא הנתונים שעמדו בפני וועדת שני כנתונים המצויים כיום בזירה; לא המפה הפוליטית של העולם הערבי דאז כמפתו ומיפוי 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 התיכוני למעשי ישראל בעבר כאיומי ההתרמה והחרמות כיום.

לפני החזרת הריסת 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 ומפיתים מוטיבציה בצעירים אלה. בהעדר אפקטיביות באמצעים אלה, יש לתור אחר פתרונות פוליטיים. זוהי העת.

חובה לאפשר בחינה מחודשת של הפעלת תקנה 119- דעת שופטים

34. נראה כי השימוש המרובה בסנקציה זו אינו מקובל כנחלת כלל שופטי בית המשפט הנכבד. בקיעים חדשים וספקות החלו ללוות את ההלכה הקיימת בעת האחרונה, וקריאה לשקילה מחודשת של השימוש בסנקציה זו.

35. כבי' השופט פוגלמן בבג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל קבע זה ון מכבר: "במשך מספר שנים לא מבוטל לא עשה המשיב שימוש בסמכות שהוקנתה לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 להחריס, להרוס ולאטום את בתים של חשודים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. משחזר לעשות כן נטענו בפני בית משפט זה טענות עקרוניות נגד הפעלת הסמכות. חלק מן השאלות הקשורות בכך נדונו והוכרעו במותב שלושה בעניין המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); ראו גם האסמכתאות (השונות שם). בפרשה זו לא התקבלה טענת העותרים כי השימוש בתקנה 119 באופן זה ולמטרות אלו אינו חוקי, בהיותו נוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015)).

בעניין סידר (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר) הבעתי דעתי כי "אלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית" (פסקה 2 לחוות דעתי. לגוף העניין הצעתי באותו הליך – בדעת מיעוט – כי יינתן צו על תנאי; זאת על רקע נסיבות פרטיקולריות שאינן מתקיימות בענייננו). בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על

פיה, הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי (פסקה 6 לחוות דעתי). מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...]) יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...]) אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה"). לביקורת על דחיית עתירות נגד הריסת בתים מכוח תקנה 119 בשל החשש מהפיכת "בית המשפט" ל"בית שופטים" ראו מיכאל ספרד "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית – בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 51 (2016)).

על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, בפרט מאז עניין סידר, התחזקתי בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבדות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שיעשה בהרכב מורחב ולא במותב תלתא. ברם כל עוד ההלכה הפסוקה נותרה על מכונה, וכזהו המצב לעת הזו, איני רואה מנוס במקרה זה מן הקביעה כי אין עילה להתערבותנו על פי ההלכה במתכונתה הנוכחית, באשר המקרה שלפנינו אינו נבדל מהזרם המרכזי של המקרים שנדונו בפסיקתנו (השוו עניין סידר, פסקה 7 לחוות דעתי). בג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל.

36. כבוד השופט מ' מזוז: " אני שותף כמובן לקריאתו של חברי השופט פוגלמן לעיון מחדש, בהרכב מורחב, בסוגיות הנוגעות להפעלת תקנה 119 (פסקה 3 לחוות דעתו). בג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל.

אפליה ביישום ענישה והרתעה

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

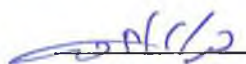
כיום כבר ידוע כי נחשף לפחות אחד מתושבי התנחלויות ועומד לדין בגין רצח בשריפה של משפחת דואבשה בכפר דומא. ביתו, כמו בתיהם של רוצחי אבו כדיר לא נפגעו. גם לא נפגע כהוא זה ביתו של החיל העריק עדן דתן זאדה אשר ירה לכל עבר באוטובוס נוסעים בשפרעם.

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 האפליה 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

בי"כ העותרים

28.3.16