

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ואח'  
על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואח'  
רח' יהודה הלוי 45, תל-אביב  
טלפון: 03-6206947; פקסי: 03-6206950

העותרים

נגד

1. שר הביטחון  
2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466589; פקסי: 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כב' השופטת חיות מיום 30.11.14 מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם לעתירה זו.

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים מבית המשפט הנכבד ליתן צו הצהרתי לפיו "השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על זרד 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-והתוקף" ~~ההדגשה במקור – הח"מ~~.

העותרים טוענים כי יש מקום שבית המשפט הנכבד ידון שוב בחוקיותה של מדיניות הריסות הבתים וכי יש מקום לעשות כן במסגרת העתירה הציבורית שבכותרת.

3. המשיבים יטענו כי דין העתירה להידחות על-הסף מכמה טעמים, חלופיים ומצטברים: הן מכיוון שאין מקום לאפשר להעלות את הטענות העקרוניות במסגרת עתירה ציבורית תיאורטית, שאינה מבוססת על מערכת נסיבות עובדתיות קונקרטיות; הן מכיוון שאין כל עילה לדון פעם נוספת בסוגייה המשפטית העקרונית לאור פסיקתו רבת השנים של בית המשפט הנכבד בעתירות פרטניות שהופנו נגד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119; הן מכיוון שטענות דומות לאלה המועלות בעתירה הנוכחית כבר הועלו על-ידי העותרים 1, 4 ו-7 במסגרת העתירה בבג"ץ 4597/14, שנדחתה לפני כמה חודשים, לאחר שנקבע בפסק הדין כי "למעשה, כל הטענות המועלות בעתירה זו כבר נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה בעבר".

הכל כפי שיפורט להלן.

## דחיית העתירה על הסף בשל היותה עתירה ציבורית תיאורטית ואקדמית שאינה מבוססת על מערכת

### נסיבות קונקרטי

4. ככלל, על-פי ההלכה הפסוקה, בית המשפט הנכבד לא יידרש לעתירה המעלה שאלות תיאורטיות גרידא, שהטענות המשפטיות המועלות בה אינן מבוססות על עובדותיו של מקרה פרטני קונקרטי, ודין של עתירות מסוג זה להידחות על-הסף.

לעניין זה נפנה, למשל, לאמור בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2655/06 עו"ד לאור נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2006 (1) 4211 (2006), כדלקמן:

"כלל הוא, כי בית-משפט זה אינו נדרש לעתירות המעלות שאלות תיאורטיות שכן "הניסיון השיפוטי מרתיע את בית-המשפט מקביעת הלכה שהיא כביכול מרחפת באוויר. בית-המשפט צריך תשתית של עובדות, במקרה נתון, כדי לבנות עליה הלכה" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג" (5), 241, 250. כן השוו: בג"צ 2406/05 עיריית באר-שבע נ' בית-הדין הארצי לעבודה, לא-פורסם; בג"צ 1853/02 נאוי דוד, עו"ד נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות, לא פורסם; בג"צ 10026/04 פועלים אי.בי.אי- חיתום והנפקות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, לא פורסם; בג"צ 73/85 סיעת כן נ' שלמה הלל – יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3), 141, 146).

כלל זה אינו חל, מקום בו סירובו של בית-המשפט לדון בשאלות מסוג זה עלול לסכל כל דיון עתידי בשאלות אלה, או מקום בו מבחינה מעשית, בית-המשפט אינו יכול לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה כרוכה בעובדותיו הקונקרטיים של מקרה מסוים (בג"צ 6055/95 הנ"ל, בעמ' 250; בג"צ 2406/05 הנ"ל). ואולם, העתירה שבפני אינה נמנית עם חריגים אלה, ועל כן היא אינה מצדיקה את הידרשותנו לה לעת הזו..."

~~וכן ראו לעניין זה פסק הדין שניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים, מפני כב' השופטת (בדגמוס)~~  
פרוקציה בעתירה בבג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם באר"ש, 24.8.11), כדלקמן:

30. כלל נקוט בידי בית משפט זה, כי הוא אינו נוהג להיזקק לעתירות בעלות אופי תיאורטי (...); ... . עתירה תיאורטית מוגדרת כעתירה אשר אינה נדרשת לפתרון סכסוך בר-קיימא בעת העיסוק בה. היא אינה מתבססת על מערכת עובדות ספציפית, ואינה כרוכה בבקשת סעד קונקרטי, אלא מעלה שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר הדוק לנסיבות מקרה מסוים (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג" (5) 241, 249 (1999) (להלן: ענין צמח)). דרך-כלל. הכרעה בעתירה תיאורטית אינה עולה בקנה אחד עם התפקיד השיפוטי המובהק שנועד להכריע במחלוקות ממשיות ולמצוא להן פתרון: היא עלולה להסיג בכך את גבולן של רשויות שלטון אחרות: נעדר בה תיחום קונקרטי של ענין שיש להכריע בו: וקיים חשש, הטבוע בשיטה האדוורסרית, כי טיעון תיאורטי לא ימצה את כל רבדיו של הענין; מתלווה לכך גם חשש מהכבדה לא ראויה על בית המשפט בעניינים שאינם מחייבים הכרעה. לאור הנטל הכבד הרובץ על שכמו המחייבו לפסוק בעניינים בעלי נפקות מעשית.

31. חרף הטעמים הנזכרים, שיקולים מיוחדים עשויים להצדיק את עיסוקו של בית משפט זה בנושא על אף שההכרעה בו אינה מתחייבת לצורך ענין קונקרטי. החריגים לכלל השולל דיון בעתירה תיאורטית מתפרשים על דרך הצמצום, והעובדה בלבד כי מדובר בסוגיה משפטית חשובה אינה מהווה טעם מספיק לצורך כך (...); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי: עילות הסף 241 (כרך שני, 2008). אחד החריגים לכלל הוא מצב שבו עולה שאלה חשובה, ומבחינה מעשית לא ניתן לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית המנותקת ממקרה מסוים (...). כאשר טבעו של הענין הוא כזה שעל-פי רוב בשל שיקולי זמן

לא ניתן להכריע בו בטרם הפך לתיאורטי, יטה בית המשפט להיזקק לו על אף היותו מנותק ממחלוקת קונקרטיה המחייבת הכרעה. חריג נוסף קשור למצב שבו הצדדים כבר השקיעו תשומות ניכרות בהליך המשפטי שתחילתו בסכסוך קונקרטי, אלא שהתפתחות נסיבות חדשה בסמוך למועד מתן פסק הדין, מייתרת את הצורך בהכרעה. במקרה כזה, נתון לבית המשפט שיקול-דעת האם להכריע בענין חרף העובדה כי המחלוקת באה כבר על פתרונה. חריג זה יופעל כאשר יש להכרעה חשיבות עקרונית מיוחדת, ומקום שהושקעו תשומות ניכרות בהליך השיפוטי שקדם להכרעה. לבית המשפט נתון מרחב שיקול-דעת רחב בדונו בטענת סף בדבר עתירה תיאורטית, ותפקידו לאזן בשיקוליו בין הערכים הנוגדים הפועלים בענין זה." [ההדגשות הוספו – הח"מ]

5. המשיבים יטענו, כי אין כל מקום לאפשר לעותרים להגיש עתירה ציבורית תיאורטית לחלוטין, בה מבקש צו הצהרתי גורף ביחס להפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119, שאינה מסבה עצמה על מקרה קונקרטי ומיישמת לגביו את הטענות המועלות בה.

6. המשיבים יטענו, כי כאשר בית המשפט הנכבד בוחן טענות מהמשפט הבינלאומי יש חשיבות מיוחדת לביסוס הפסיקה שתיתן על מכלול עובדות קונקרטיות רלוונטיות, וכי אין מקום לפסוק בעניינים מסוג זה הלכה כללית ותיאורטית המנותקת מעובדות קונקרטיות.

נבקש להפנות בעניין זה לפסק דינו של בית המשפט הנכבד שניתן בהרכב מורחב של 9 שופטים, מפי כבי הנשיא ברק, שהתייחס, בין היתר, לחוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין גדר הביטחון (בבג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד (פורסם באר"ש, 15.9.05)), כדלקמן:

"השוני העיקרי בין שני פסקי-הדין נובע בעיקרו מהשוני בתשתית העובדתית שעל-פיה פסק כל אחד מבתי-המשפט. שוב מוכחה האמת הפשוטה כי העובדות מונחות ביסוד הדין, והדין עולה מתוך העובדות (ex facto jus oritur)". (שם, בסעיף 61)

7. המשיבים יטענו, כי לא זו בלבד שלא מתקיים בעניינה של העתירה דכאן חריג כלשהו המצדיק לחרוג מהכלל הרגיל לפיו בית המשפט הנכבד לא ידון בעתירה ציבורית, תיאורטית ואקדמית; לכאורה אף ניתן לטעון להיפך, שכן ספק אם חלק מהטענות הכלליות המועלות בעתירה דכאן רלוונטיות לחלק מהמקרים בהן הופעלה הסמכות לפי תקנה 119, כולל בתודשים האחרונים.

8. כך, לדוגמא בלבד, לעניין הטענה על איסור לענישה קולקטיבית ולפגיעה בחפים מפשע ראו הדברים שנאמרו לפני כמה חודשים בסעיף 28 לפסק דינה של כבי המשנה לנשיא נאור בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 1.7.14) ביחס לאותו מקרה קונקרטי, כדלקמן:

"בשולי הדברים, ואולי לא בשוליהם, יצוין כי אין לפנינו מקרה של משפתה תמימת דרך שנקלעה בעל כורחה ל"חטאי אבות". בנם של עואד והעותרת 2 מעורב עד צוואר בפעולתו של אביו, גם אם לא הוא זה שירה בנשק וגם אם לא נכח בשעת הפיגוע. העותרת 2, כפי שעולה מהודעותיו של הבן, ידעה על הטמנת הנשק ועל האימונים של עואד. עובדות אלה מחלישות את העוצמה המוסרית של טענות העותרת 2, וגם לכך משמעות לפי הפסיקה שעליה עמדנו לעיל..."

דברים דומים הרלוונטיים לטענה על איסור לענישה קולקטיבית ולפגיעה בחפים מפשע נאמרו בשעתו גם בבג"ץ 7473/02 עיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נו(6) 488 (2002). כב' השופט (כתוארו אז) מצא ציין באותו המקרה כי:

"טרונייתו המרכזית של בא-כוח העותרים היא כי אין זה מן המידה לפגוע בבתייהם של העותרים, אף שהללו לא נטלו חלק בתכנון ובביצוע של הפיגוע הרצחני. מקובל עלינו כי העותרים אכן לא נטלו חלק – ומכל מקום אין הוכחה שנטלו חלק – בהכנת אמצעי החבלה או אף בעידודם של הרוצחים לבצע את זממם. עם זאת רחוקים אנו מלראות בעותרים אנשים תמי-לב. די לעיין ב-מ/ש6, אימרתו בחקירה של העותר 3, אחיו של המפגע המתאבד חלבייה, כדי להיווכח שמשפחתו של המפגע הזה הייתה מודעת לתמורה שחלה בהלך רוחו של בן משפחתם, ואם לא עצמו את עיניהם מראות ואת אוזניהם משמוע, היה בידם להיווכח מבעוד מועד לקראת מה הוא הולך ולמנוע ממנו לבצע את זממו. ביתם אף שימש מקום מפגש בין שני המפגעים הרוצחים. מצב הדברים איננו שונה ביחס למפגע בחר. הוא התגורר בקרב משפחתו, רווק צעיר הסמוך על שולחן הוריו, ועל-פי הגסיבות יש לייחס להוריו חזקת ידיעה על אודות מעשיו והלך נפשו של בן המשפחה, שגמר אומר לסיים את חייו בפיגוע התאבדות רצחני של אזרחים הפים מפשע."

וכב' השופטים חשין ודורנר הוסיפו וקבעו בפסק דינם המשותף בבג"ץ 7473/02 הנ"ל כי:

"על-פי הראיות שהונחו לפנינו, היו משפחות העותרים מודעות לאשר עלולים המפגעים-המתאבדים לעולל. לא נקבל אפוא את דבריהן כי היו תמות-לב וכי לא ידעו, כטענתן, דבר וחצי דבר על מזימותיהם הרעות של המפגעים. מטעם זה אנו מצרפים דעתנו לדעתו של חברנו השופט מצא."

9. כך בדומה, אין מקום לדון בעתירה תיאורטית זו, המנותקת מעובדות כלשהן, ומבקשת סעד הצהרתי גורף וכוללני בעניינה של הסמכות לפי תקנה 119, גם מן הטעם הפשוט שהיא מתעלמת לחלוטין מהעובדה הרלוונטית שבמדינת ישראל ובאיו"ש חלות שתי מערכות משפטיות נפרדות.

די אם נזכיר שתקנות ההגנה הן במעמד של חקיקה ראשית במדינת ישראל (בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 26.7.04)), וכי בית המשפט הנכבד כבר קבע כי ניתן להפעיל את תקנה 119 במדינת ישראל גם לאתר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בכפוף לשמירה על עקרון המידתיות (ראה, למשל, החלטת כב' הנשיא ברק בדנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09)).

כידוע, לפי הדין בישראל, חקיקה ראשית ספציפית גוברת על עקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי. מכאן, שהדיון המשפטי התיאורטי והכוללני שמבקשות העותרות לקיים בנוגע לסמכות לפי תקנה 119, בודאי שאינו יכול להיות דיון מאוחד לגבי איו"ש ומדינת ישראל.

בהקשר זה גם נציין, שהעתירה מתעלמת גם מעובדה נוספת, קרי, כי כל העתירות הפרטניות התלויות ועומדות כיום בפני בית המשפט הנכבד, חמש במספר, עניינן בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בהתאם לדין הפנימי הישראלי.

10. הנה כי כן, אין כל הצדקה או עילה לאפשר דיון תיאורטי בטענות המשפטיות של העותרים שלא אגב מקרה פרטני, בהינתן נסיבותיו הפרטניות, בו הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, ונראה שלעתירה זו יפים דברים שנאמרו בבג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625, כדלקמן:

"אכן, בית-משפט זה הרחיב מאוד, במיוחד בתקופה האחרונה, את זכות העמידה בעתירה ציבורית. בעתירה כזאת, המעלה עניין בעל חשיבות מיוחדת לציבור הרחב, נתונה זכות העמידה לכל אדם אף אם אין לו אינטרס אישי בעתירה, אלא רק עניין בשמירה על שלטון החוק. כך הדין בעניינים בעלי אופי חוקתי, בעניינים בעלי השפעה של ממש על שלטון החוק ובעניינים שבהם נטענת שחיתות שלטונית. לפי מהות העניין, העתירה שלפנינו יכולה אף היא להיחשב עתירה ציבורית.

עם זאת גם בעתירה ציבורית יש סייגים לזכות העמידה. בין היתר בית-המשפט עשוי למנוע זכות עמידה מאדם אחד המתעבר על ריב של אדם אחר: אם העתירה תוקפת מעשה מינהלי הפוגע בזכות או באינטרס של אדם מסוים, ואותו אדם נמנע מלעתור לבית-המשפט, עשוי בית-המשפט למנוע את זכות העמידה מאדם אחר. ראה ז' סגל זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק [3], בעמ' 251-253.

אחד הטעמים האפשריים למניעה של זכות עמידה מאדם המתעבר על ריב של אדם אחר מתייחס לתשתית העובדתית. לעתים יש מקום לחשש, כי העובדות המוצגות בפני בית-המשפט על-ידי אדם שאינו נוגע בדבר באופן אישי, אינן מציגות תמונה שלמה או אמינה. אם תמונת העובדות מוטעית, אורבת סכנה מוחשית שגם ההלכה, כפי שתצא מאת בית-המשפט, תהא מוטעית. לפיכך נוהג בית-המשפט לדקדק ולחקפיד בעובדות. [ההדגשה הוספה – הח"מ"]

11. בהתחשב בכך-שבימים-אלה-תלויות-ועומדות-בפני-בית-המשפט-הנכבד-חמש-עתירות-פרטניות בנושא הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, לא ניתן שלא להעלות את ההשערה שמא בכוונת מכוון העותרים העדיפו להעלות את טענותיהם המשפטיות בגדר עתירה תיאורטית "אקדמית" זו, כדי שלא "להכתים" את טענותיהם המשפטיות במעשים הקשים והחמורים העומדים ביסוד כל אחת ואחת מתהחלטות הפרטניות להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 שהתקבלו בעת האחרונה, שעתירות נגדן תלויות ועומדות.

המשיבים יטענו, כי לצעד כזה אין להסכים ודי בטעם זה, כשלעצמו, לדחיית העתירה.

#### דחיית העתירה על-הסף שכן אין עילה להידרש כיום פעם נוספת לסוגיה העקרונית שביסוד העתירה

12. המשיבים יוסיפו ויטענו כי העותרים לא הצביעו על עילה מבוררת כלשהי המצדיקה שבית המשפט הנכבד יידרש כיום פעם נוספת לטענות לפיהן הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי - טענות שבידוע מעולם לא התקבלו על-ידי בית המשפט הנכבד. בודאי שכך הדבר כאשר טענות אלה עצמן הועלו ומועלות בעתירות פרטניות המוגשות נגד הפעלת הסמכות, כולל עתירות שהוגשו בחודשים האחרונים.

13. בית משפט נכבד זה קבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, הננקטת מטעמי ביטחון מובהקים למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי, הן עם המשפט הפנימי. טענות שונות שהועלו בעתירות רבות נגד צעד זה, שעיקרן בטענות כי מדובר בענישה קולקטיבית, בצעד הסותר את המשפט הבינלאומי, ובצעד הסותר את המשפט הפנימי; נדחו על ידי בית משפט נכבד זה, ובית המשפט העליון אישר את חוקיותה העקרונית של הפעולה האמורה (ראו, לדוגמא בלבד, בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987); בג"ץ 2977/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467 (1992); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין 2002(3) 614 (2002)).

העותרים עצמם מפנים בעתירה לפסיקה לאורך השנים, במסגרתה נקבע, כי מחד גיסא, אין מניעה להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, ומאידך גיסא לכך שבית המשפט הנכבד גדר גדרים של מידתיות להפעלתה, תוך קביעת תבחינים שונים בעניין זה.

14. כאמור, טענות דומות לאלה שמעלים העותרים נדחו פעם אחר פעם על-ידי בית המשפט הנכבד, והמשיבים יטענו, כי כפי שכבר נקבע בפסקי דין בעתירות קודמות בעבר, אין כל עילה או הצדקה שבית המשפט הנכבד יידרש לטענות פעם נוספת במסגרת העתירה הנוכחית.

ראו לעניין זה, למשל, פסק דינו של כב' הנשיא ברק בבג"ץ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997), שם קבע בית המשפט הנכבד שאין צורך לשוב ולדון בשאלות העקרוניות, שכן הללו הוכרעו זה מכבר, כדלקמן:

"... בעתירה מועלות טענות נוספות באשר לסמכות המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. טענות אלה הועלו כולן בעבר. ברשימה ארוכה של פסקי דין, הן נדחו על ידי בית משפט זה. אכן, תקנה 119 לתקנות ההגנה - שהיא דבר חקיקה מנדטורי העומד בתוקפו באזור - מעניקה סמכות ושיקול דעת למפקד הצבאי, באשר לנקיטת אמצעים כלפי מבנה, בו מתגורר, מי שביצע עבירה חמורה על הוראת התקנות. לא מצאנו בטענות העותרות דבר, שיצדיק סטייה מההלכות הרבות בעניין זה. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב תושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל. אך, במסגרת האמצעים המעטים שנתרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה. מטעמים אלה, הייתי דוחה את העתירה (כב' הנשיא ברק, בעמ' 654-653).

אני מצרף דעתי לדעתו של חברי הנשיא. לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. (כב' השופט גולדברג, בעמ' 655) [ההדגשה שלי - הח"מ]

כן ראו בעניין דומה גם האמור בפסק הדין 6868/02 א-דין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באר"ש, 8.8.02, מפי כב' הנשיא ברק והשופטות דזרנר ופרוקצ'יה), כדלקמן:

"אשר לבעיה העקרונית, זו נבחנה בשורה ארוכה של פסקי דין, ואיננו סבורים כי יש מקום לדון בה מחדש לעת הזו."

די גם בטעם זה, כשלעצמו, לדחיית העתירה.

**דחיית העתירה על-הסף מכיוון שטענות דומות הועלו בעתירות קודמות של חלק מהעותרים - שנדחו**

15. לא זו אף זו, נבקש להפנות לכך שרובן ככולן של הטענות המועלות בעתירה הנוכחית ביחס לתקנה 119 בראי המשפט הבינלאומי כבר הועלו במסגרת עתירות פרטניות שהוגשו בחודשים האחרונים לבית המשפט הנכבד ביחס להפעלת הסמכויות לפי תקנה 119: בג"ץ 4597/14 (הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ביחס לביתו של המחבל שרצח את נצ"ם ברוך מזרחי ז"ל), ובבג"צים 5290/14 ו-5295/14 (הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ביחס למבנים בהם התגוררו שני חוטפיהם-רוצחיהם של שלושת הנערים הישראלים, גיל-עד שאער, נפתלי פרנקל ואייל יפרח ז"ל).

כך, למשל, בעתירה בבג"ץ 4597/14 - **שהעותרים הציבוריים 1, 4 ו-7 בעתירה הנוכחית היו חלק מהעותרים גם בה** - כבר הועלו עיקר הטענות המועלות כעת פעם נוספת מתחום המשפט הבינלאומי, אם כי הן הועלו שם ביתר קיצור, ואלו הטענות שכבר הועלו ונדחו:

- א. הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי (סעיף 19 לעתירה בבג"ץ 4597/14).
- ב. המפקד הצבאי מחוייב לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי ודיני הכיבוש, ומכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (סעיף 20 לעתירה בבג"ץ 4597/14).
- ג. תקנה 119 סותרת שתי הוראות באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה: הוראת סעיף 33 האוסרת על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם והוראת סעיף 53 האוסרת על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש (סעיפים 21 ו-28 לעתירה בבג"ץ 4597/14).
- ד. תקנה 119 סותרת את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (1907) האוסר על ענישה קולקטיבית ואת סעיף 46 (נכתב בטעות סעיף 43) לאותן תקנות האוסר על פגיעה והרס של רכוש (סעיפים 22 ו-27 לעתירה בבג"ץ 4597/14).
- ה. תקנה 119 סותרת הוראות שונות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (סעיפים 7, 12, 17 ו-26) וכך אף נקבע על-ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם האמונה על בחינת יישומה של האמנה במסקנותיה המסכמות משנת 2003 לעניין מדינת ישראל (סעיפים 23-24 לעתירה בבג"ץ 4597/14).
- ו. תקנה 119 סותרת הוראות שונות באמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (סעיפים 10, 11, 12-13 ו-17 (סעיף 25 לעתירה בבג"ץ 4597/14)).
- ז. תקנה 119 עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8(2)(iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף 25 לעתירה בבג"ץ 4597/14)

טענות דומות הועלו גם במסגרת העתירות בבג"ץ 5290/14 ובג"ץ 5295/14.

צילומי כתבי העתירות בבג"צים 4597/14, 5290/14, ו-5295/14 (ללא נספחים) מצורפים ומסומנים **מש/א', ב', ג'.**

16. המדינה טענה בתגובות שהגישה לשלוש העתירות האמורות כי לאור פסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד לאורך השנים אין מקום שהוא יידרש פעם נוספת לטענות מתחום המשפט הבינלאומי.

צילום, לדוגמא, של תגובת המדינה בבג"ץ 4597/14 (ללא נספחים) מצורף ומסומן מש/2.

17. ואכן, בית המשפט הנכבד לא מצא לנכון לשוב ולדון בטענות העותרים מתחום המשפט הבינלאומי במסגרת פסקי דינו שניתנו בעתירות האמורות, תוך שהוא קובע לעניין זה בפסק דינה של כב' המשנה לנשיא נאור בבג"ץ 4597/14, כי מכלול הטענות העקרוניות כבר נדונו והוכרעו, כדלקמן:

### "דיון והכרעה

15. למעשה, כל הטענות המועלות בעתירה זו כבר נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה בעבר.

הריסת בתים על-ידי כוחות הביטחון מתבצעת, כאמור לעיל, מכוח תקנה 119. לשונה של התקנה מאפשרת הריסת מבנים במימדים רחבים ביותר. אולם, בפרשנותו את התקנה, צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות (ראו, לדוגמא: בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699 (1992) (להלן: פרשת אלעמרין); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 345, 338 (1994) (להלן: פרשת נזאל); בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 358, 363 (1996) (להלן: פרשת סאלם)).

קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד (ראו: דג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 488 (1996); בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003) (להלן: פרשת שרבאתי); עניין אבו דהים, פסקה 5 לפסק דיני; עניין מוגרבי, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ח' מלצר). אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתית (ראו: בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נו(2) 55, 61-59 (2003) (להלן: פרשת עבאסי); בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 291-292 (2003) (להלן: פרשת סעאדה). ראו והשוו: *Aharon Barak, International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court*, 47 *Isr. L. Rev.* 181, 188 (2014)).

במסגרת זו, מנה בית המשפט בפסיקתו מספר שיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת מבנים:

א. יש לקחת בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לאותו חשוד שהתגורר באותו מבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם על-ידי אותו חשוד.

ב. ניתן להתחשב במידת המעורבות של יתר דיירי הבית, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של הלה. היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב.



ג. שיקול רלוואנטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה.

ד. יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים. אם מסתבר כי אין הדבר ניתן, אזי יש לשקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר.

ה. על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים, העשויים להיפגע מהריסת המבנה, ואשר יש להניח כי הם כשלעצמם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד" (פרשת סאלם, עמוד 359. ראו גם פרשת אלעמרין, עמוד 700).

עם זאת, בית המשפט הדגיש כי אלו אינם קריטריונים ממצים, וכי כל מקרה חייב להישקל על פי נסיבותיו הוא." (ההדגשה ברישא של סעיף 15 לציטוט – הוספה, הח"מ)

פסק הדין בבג"ץ 4597/14 מצורף לנוחות בית המשפט הנכבד ומסומן מש/3.

18. נשוב ונדגיש, כי כאמור לעיל, העותרים הציבוריים 1, 4 ו-7 דכאן היו חלק מהעותרים בבג"ץ 4597/14 הנ"ל, שם כבר הועלו הטענות המועלות-כעת פעם נוספת-מתחום המשפט הבינלאומי-אם כי הן מועלות כעת בפירוט רחב יותר). העותר 1 (המוקד להגנת הפרט) גם היה אחד העותרים בכל העתירות הפרטניות הנוספות שהוגשו בחודשים האחרונים נגד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 (למעט בעתירה בבג"ץ 5290/14). יודגש, כי כל אותן עתירות פרטניות הוגשו גם על-ידי עותרים פרטניים, שתקנה 119 הופעלה ביחס למבנים שהתגוררו בהם.

הנה כי כן, אך לפני כמה חודשים שב וקבע בית המשפט הנכבד כי הטענות העקרוניות שמועלות שוב על-ידי העותרים 1, 4 ו-7 גם בעתירה הנוכחית - כבר נדונו והוכרעו; ובית המשפט הנכבד סירב לפני זמן קצר לשוב ולדון פעם נוספת בטענות מתחום המשפט הבינלאומי ביחס לסמכות לפי תקנה 119.

בנסיבות אלה, ברור וגלוי כי אין מקום להיעתר לבקשת העותרים דכאן לשוב ולבחון את הסוגייה העקרונית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. הדברים ודאי יפים בשים לב לכך שכאמור העותרים 1, 4 ו-7 דכאן היו גם חלק מהעותרים בבג"ץ 4597/14, כך שעתירה זו הינה, בפועל, ניסיון ל"מקצה שיפורים" מצידם של עותרים אלה. על אחת כמה וכמה שכך הדבר עת מדובר ב"עתירה אקדמית", שאינה מתייחסת למקרה פרטני ולנסיבותיו.

למען שלמות התמונה - היקף הפעלת הסמכות בעשור האחרון

19. לשלמות התמונה נציין, כי הסמכות לפי תקנה 119 מומשה בסופו של יום במקרים חמורים ובודדים בלבד בעשור האחרון, מאז תחילת שנת 2005, כדלקמן:

א. הסמכות מומשה בפועל פעמיים בשנים 2008-2009 כלפי מבני מגורים במזרח-ירושלים בעקבות גל טרור בבירה באותן שנים (ראו לעניין זה פסק הדין בבג"ץ 9353/08 **אבו דהים נ' אלון פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 5.1.09); פסק הדין בבג"ץ 124/09 **עוויאת נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, 18.3.09). נעיר, כי ביחס למבנה נוסף במזרח-ירושלים שלגביו הופעלה הסמכות לפי תקנה 119 - היא לא מומשה בסופו של יום.

ב. הסמכות לפי תקנה 119 מומשה כלפי ארבעה מבנים באיו"ש בקיץ 2014 - כלפי בית רוצחו של נצ"ם מזרחי ז"ל וכלפי המבנים שבהם התגוררו שלושת חברי החולייה שחטפה ורצחה את שלושת הנערים - בעקבות שינוי קיצוני שחל במצב הביטחוני באיו"ש מאז שנת 2013.

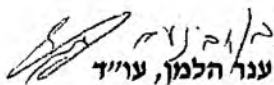
ג. לאור גל הטרור הקשה שפוקד את מזרח-ירושלים בתודשים האחרונים, הוציא מפקד פיקוד העורף בשבועות האחרונים צווים לפי תקנה 119 כלפי שישה מבנים שבהם התגוררו מתבלים תושבי מזרח-ירושלים שביצעו פיגועים קשים מאד. צו אחד מאלה כבר מומש, וכלפי חמישה אחרים תלויות ועומדות עתירות בפני בית המשפט הנכבד.

סיכום

20. סוף דבר, המשיבים יבקשו מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על-הסף, מהטעמים השונים שפורטו לעיל.

היום, י' בכסלו, תשע"ה

2 בדצמבר, 2014

  
ענר הלמן, עו"ד

סגן מנהלת מחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה