

- בעניין: 1. נצאר, ת.ז.
2. נצאר, ת.ז.
3. נצאר, ת.ז.
4. נצאר, ת.ז.
5. נצאר, ת.ז.
6. 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

עותריה

בית המשפט הנכבד מתכבד להזמין את המשיב ולחייבו להשיב מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה של הדירה בקומת שניה בבית בן שתי קומות בעיר קבאטיה מצויה בשטח A בה מתגוררים העותרים 1-5, ובה התגורר לפני חיסולו ולחייבו בצו החלטי להימנע מעשות כן.

ולמצער, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב, להסתפק בפגיעה בחדר ובשירותים אשר שימשו בלעדית את המנוח.

כסעד ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או מי מטעמו:

להימנע מביצוע פגיעה כלשהי בבית נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו. המועד הדחוק הממשי שניתן לעותרים להגיש את עתירתם ולקבל סעד ביניים הוא עד ליום 9.3.16 שעה 17:00.

ואלה נימוקי העתירה:

1. צו ההחרמה והאטימה: נשוא עתירה זו הוא צו החרמה והריסה נוסף אשר הוצא ביום 6.3.16 על ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באיזור, בו נאמר כי

"צעד זה ננקט הואיל והמפגע ביצע ביום 3.2.16 יחד עם שני מפגעים נוספים פיגוע משולב ירי ודקירה בסכין אשר כתוצאה ממנו נהרגה לוחמת מג"ב הדר כהן ז"ל".

חל איסור לבנות כל בינוי 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:

את הדירה בקומה שניה בקבטיה בה התגורר המחבל -
נצאר 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 24.2.16 התקבלה ההודעה לפיה יש כוונה לפגוע בבית וניתן להשיג עליה עד 29.2.16.

ההשגה נשלחה ביום 29.2.16

מצ"ב ההשגה, נספח "ב"

בהשגה נמסרו פרטים לגבי כל יושבי הבית על כל דירותיו, על הדירה הגדולה והמרווחת של אבי המשפחה, העותר מס' 1, על מקום המגורים של המנוח אחמד שהיה בן 20 במותו, אשר מגוריו התרכזו בחדר אחד ושרותיו; על עברו הנקי של המנוח ז"ל.

בהשגה נדרש המשיב לגלות במפורש כיצד נהרג המנוח, התבקש כל החומר הרפואי אודותיו, לרבות פירוט הפגיעות השונות בו; וכמו כן התבקשו ראיות שיוכיחו כי המנוח היה מעורב באופן פעיל באותו פיגוע. כמו כן נטענו טענות נגד ענישה

קולקטיבית, נגד ההנחה כי ההריסה מרתיעה ומונעת המשך פיגועים ולגבי האפליה ביישום סנקציה זו, והתבקשה חוות דעת הנדסית.

3. בתגובתו להשגה, המנוסחת ותתומה בידי רס"ן סנדרה בית-און אופינקרו, סקר המשיב מספר נושאים שהועלו בה, והתעלם מאחרים שלא היו נוטים לו.

נושא הענישה תקולקטיבית: נשחה על ידו בטענה כי במצב הבטחוני הנוכחי יש לעושת שימוש בתקנה זו שבפנינו והסתמך על בג"צ 7040/15 פדל מוסטפא חאמד ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל.

לגבי אופן הפגיעה בדירה בקומה השניה: אכן, המשיב נסוג בו מכוונתו המקורית, ושינה את ההכרזה הראשונית לגבי "הריסה" להריסה ידנית של מחיצות הדירה, מילוי חלל הדירה (225 מ"ר) בגדרות תייל (תלתליות) ובחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן דו קומפוננטי כדי להבטיח "העדר עשיית השימוש בה".

הדרישה לקבל חומרי חקירה: נענתה באופן חלקי בלבד, כאשר הועברו לידי הח"מ ברגע האחרון חומרים ספורים כפי בחירתו המכוונת של המשיב. מחומר זה אין בהירות מספקת כיצד בוצע הפיגוע, אין אינפורמציה אם המנוח אחמד נאצר הפעיל נשק, ואין אינדיקציה כיצד נגרם מותו. כל אשר ניתן לדלות מן החומר החלקי הוא כי בגופת המנוח נמצאו 3 פצעי מעבר קליע בגב; 3 פצעים הנראים כפצעי מעבר קליע באמה ימין ובכף יד ימין; 3 פצעים הנראים כפצעי מעבר קליע באמה ימין ובכף יד ימין.

הטיעון המשפטי

5. על אף ההריסות הרבות שאושרו פעם אחר פעם על ידי בית המשפט הנכבד, לא ניתן לחדול מלטעון לעייפה את הטיעון המשפטי, שגם אם אין הוא מתקבל עלידי בית המשפט הנכבד, הריהו שריר ובריר וקיים.

6. המשיב סומך הוראתו להפעיל החרמה וההריסה של הדירה בה התגורר המנוח 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 וחורגת אף מן ההלכות של בית משפט נכבד זה ועל כן דינה להתבטל.

4. 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 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)).

5. **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.

7. 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.

8. 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.

9. 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 סי' 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 נא(1) 385).

10. הפעלת תקנה 119 מנוגדת גם לסי' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המעגנות את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו, לסי' 12 המגן על זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי, לסי' 26 המגן על הזכות לשוויון בפני החוק, ומנוגדת לסי' 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.

11. התקנה אף עומדת בניגוד לסעיפים שונים של האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות, למשל סי' 11 (המגן על זכות לדיור ולתנאי מחיה נאותים) סי' 10 (המגן על התא המשפחתי) סי' 12-13 וסי' 17 להצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. יש חשש כי הפעלת תקנה 119 לתקש"ח עלולה אף לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות סי' (28)(IV) לחוקת רומא, בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

איסור על ענישה קולקטיבית ופגיעה בזכויות יסוד

12. סי' 119 מעצם טיבו נועד לפגוע ברבים. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא ביטוי במשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמת סי' 50 לאמנת האג, הקובע כי לא יוטל עונש כללי בגין מעשים של יחידים אשר הציבור אינו יכול להחשב כאחראי להם. סי' 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.

13. 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 בקבאטיה

14. 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 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.

15. 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".

16. 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' ג' 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:

17. 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.

17. 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.

18. המשיב רשאי לסטות מן הכללים דלעיל רק במצב זמני של "התקלות", ואף זאת רק לפרק זמן קצר ביותר. סעיף XI הדין 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.

19. 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. ו"השימוש בנשק ייפסק עם תום הסכנה" וממילא "ד. כל פעילות הכוללת שימוש בנשק חס, למעט צרכים מבצעיים מידיים, תהיה טעונה הודעה מראש למת"מ הרלוונטי".

20. 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.

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

המנוח ומניעי

22. גם אם יידחו כל הנימוקים ההומניטאריים, לא יוכל בית המשפט הנכבד לאשר את הפגיעה בבית מבלי להשתכנע מעבר לכל ספק כי אמנם החשדות המופנים נגד בנם של העותרים מבוססים ואמינים. אין בידי העותרים מספיק נתונים כדי להתמודד עם טענת הפיגוע, אף כי ניתנת האמת להאמר כי במקרה זה דווקא, הממצאים בשטח והמצאותם של 3 בני אותו איזור בירושלים יש בהם כיד לשכנע כי אכן תוכנן פיגוע.

שוב אנו ניצבים בפני חיסול מהיר ומידי בירי של 3 חשודים. על פיתומר הראיות החלקי שנמסר לא ברור מה חלקו של כל אחד ואחד מהם, ואף כי נטען כי היה ברשותם או ברשות חלקם נשק מאולתר, לא ברור אם נעשה בו שימוש. לא קראנו כל דו"ח לפיו נבדק אופן הירי והתאמתו להוראות הפתיחה באש הקיימות; פריטם שונים בדו"ח בדיקת זירת עבירה אינם מתיישבים עם העדויות הספורות של שוטרים אשר נמסרו לעותרים.

האם יש לאשר הרתעה נוספת לאחר חיסולו של המנוח

23. על בית המשפט הנכבד לדון בכובד ראש בסוגיה 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 מגוריו?** אם בהרתעה עסקינן, 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 לזנות את "ההרתעה" כתגובה אוטומטית, ויש לשחרר אחר פתרונות אחרים למניעת פיגועי יחידים?

24. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי מקום בו חוסל על אתר 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 ישרונו.

25. המשיב נקט בצו במונח "הריסה" בעוד למעשה הוא מדבר בהריסת המחיצות הפנימיות ומלוי הדירה בחומר פלסטי בנוסף למילוייה בחוטי תייל. כל פעולה 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 החרמה 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, 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 אמתית ובת-ביצוע.

26. ואם יאושר הצו, יש לקבוע כי הינו צו אטימה על פי אופן ביצועו המוצע. וכפי שנאמר בצו עצמו, לפי ניסוחו, צו ההחרמה מתייחס אך ורק להחרמת דירת המגורים בקומה שלישית ולא מעבר לכך. לפיכך האמור בצו (נספח "א") כי הבניה על החלקה כולה אסורה, אינו חוקי.

יעילות הסנקציה וסבירותה

27. 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 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 "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 בתיה כזו אכן נעשתה בזמן האחרון, וכי יש הצדקה לחידוש סנקציה פסולה זו.

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

"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 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 שישכחו 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..."

28. דווקא התמורות המשתנות במהירות במצב הביטחוני במדינה, כמו הנתונים החדשים שנזרקו לזירת הסכסוך, מחייבים מתשבה 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 החיצוני למעשי ישראל בעבר כאיומי ההחרמה 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.

במקום לכבד את המלצתו של כבוד השופט רובינשטיין הוצג בפני בית המשפט העליון בסדרת העתירות האחרונה **חומר חסוי** שאמור להוכיח כי ההריסה מרתיעה ולפיכך מותרת ורצויה. ב"כ העותרים דשם הסכימו להצגת החומר, תוך הדגשת מורת רוחם מכך שאינם יכולים לבדוק את החומר ולהתייחס אליו, או לסתור אותו. 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"
זוהי העת.

אפליה ביישום ענישה והרתעה

29. 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, 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.

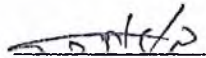
ביתו, כמו בתיהם של רוצחי אבו כדיר לא נפגעו.

יש לברך על כך כי סנקציה נקמנית ופסולה זו נתסכה 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

9.3.16