

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרים בבג"ץ 1336/16	אטרש וששה נוספים	בעניין:
העותרים בבג"ץ 1337/16	אבו כף ושבעה נוספים	
העותרים בבג"ץ 1777/16	טוויל וחמישה נוספים	

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ל. צמל ו/או א.
חלאק ו/או מיכאל ספרד
מטעם המוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלברגר

- נ ג ד -

מפקד פיקוד העורף

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

בקשה להרחבת הרכב ולקביעת מועדים להשלמת טיעון מטעם הצדדים בסוגיה העקרונית של

חוקיות השימוש בתקנה 119

העותרים מתכבדים להגיש בזאת בקשה להרחבת ההרכב הדין בעתירות ולקביעת מועד להגשת השלמת טיעון בכתב ולאחריה לדיון בעל-פה בסוגיה העקרונית של חוקיות השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). הסוגיה העקרונית לגביה מתבקשת הרחבת ההרכב והשלמת הטיעון היא שאלת היותו של השימוש בתקנה 119 נוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי.

כפי שיפורט להלן בעת האחרונה הביעו שישה משופטי בית המשפט הנכבד דעתם כי השימוש בתקנה 119 מעורר קשיים משמעותיים וחלקם אף הוסיפו כי לראיתם יש מקום לקיים עיון מחודש בהלכה בהרכב מורחב. חלק מהשופטים אף ציינו כי להבנתם שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 לא זכתה לליבון מספק בפסקי הדין הרבים שעסקו בה.

לנוכח התבטאויות אלה והעובדה שבחלק נכבד של התיקים הייתה דעת מיעוט, המבקשים סבורים כי בשלה העת לקיים דיון בשאלות העקרוניות המשפטיות העולות מהמדיניות הנוכחית וזאת בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. ביום 9.3.2016 התקיים דיון בעתירות שבנדון. בהסכמת המשיב התקיים הדיון כאילו הוצא צו על תנאי. ביום 16.3.2016 הגיש המשיב הודעה מעדכנת לגבי בקשות מחילה שהוגשו למפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית ולשר הביטחון. העותרים השיבו ביום 21.3.2016. טרם התקבלה הכרעה בעתירות.

2. ביום 23.3.2016 ניתן פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 1630/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. העותרים מבקשים להפנות לקביעותיו של כב' השופט פוגלמן ולציוטטים המובאים על ידו מפי שופטים נוספים לגבי הצורך לשוב ולהידרש לסוגיות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119:

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"....

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 לדיון 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 וכדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מוזס כבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו כבג"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 מוזס 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 כבג"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"....)

על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, בפרט מאז עניין ט"ד, התחזקת בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבודות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במושב תלתא." (ההדגשה אינה במקור – מ.ס.)

3. יום לאחר מכן ניתן פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016) ובו התייחס גם כב' השופט ג'ובראן לחוקיות השימוש בתקנה 119:

2. אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה והריסה לבתיהם של מחבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור...

השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליכון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה...

סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, קרא השופט ע' פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב. לקריאה זו הצטרף שם השופט מ' מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה מהטעמים המובאים בפסקה 2 לעיל."

4. מהציטוטים שהובאו לעיל עולה כי נושא חוקיות השימוש בתקנה 119 מטריד ומעורר קושי רב. מספר ניכר של שופטים בבית משפט נכבד זה הביעו את הסתייגותם וציינו את קיומו של צורך לדון מחדש בסוגיה זו בהרכב מורחב.

5. כב' השופטים מזוז, פוגלמן וג'ובראן הביעו דעתם המפורשת כי יש מקום לדון מחדש בהלכה המאפשרת שימוש בתקנה 119 להריסה או אטימת בתי חשודים ובני משפחותיהם. כב' השופט זילברטל הצהיר כי אילו היה הנושא מגיע לפניו לראשונה אפשר שהיה מצטרף לדעתו של השופט מזוז שהמדיניות אינה חוקית. כב' השופטות ברק-ארז וחיות הביעו קושי להמשיך ולצעוד "בתלם ההלכה הפסוקה".


6. המדובר בכמעט מחצית משופטי בית המשפט הנכבד.

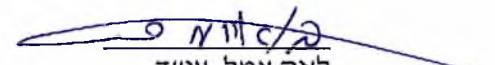
7. העותרים מיוצגים על ידי עורכי דין מטעם המוקד להגנת הפרט, שהיה שותף לכל העתירות שבעניינן ניתנו פסקי הדין המצוטטים לעיל, ובכלל זה העתירה בה הועלו הטענות העקרוניות [בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)] וכן הבקשה לקיים דיון נוסף [דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)]. (עו"ד מיכאל ספרד צורף לייצוג ע"י עו"ד לאה צמל והמוקד להגנת הפרט).

8. אנו כמובן מודעים לכך שלפני כמעט חצי שנה נדחתה בקשה לדיון נוסף בעניין (דנג"ץ 360/15 הנ"ל), ועם זאת אנו סבורים כי לנוכח תווך-הדעת השיפוטיות הרבות כמפורט לעיל שהצטברו מאז, נוצרה מסה קריטית המחייבת דיון בהרכב מורחב בשאלות העקרוניות.

9. לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולהרחיב את ההרכב הדין בעתירות, לקבוע מועד להגשת טיעון בכתב בשאלה העקרונית ביחס לחוקיות השימוש בתקנה 119 ולאחר מכן לקבוע דיון בעל-פה בהרכב המורחב.

27 במרץ, 2016


מיכאל ספרד, עו"ד
בי"כ העותרים


לאה צמל, עו"ד
בי"כ העותרים