

1. בעניין: ז"ן (עווד), ת.ז.
2. ז"ן (עווד), ת.ז.
3. ז"ן (עווד), ת.ז.
4. ז"ן (עווד), ת.ז.
5. ז"ן (עווד), ת.ז.
6. ז"ן (עווד), (קטין)
7. ז"ן (עווד), (קטינה)
8. ז"ן (עווד), (קטין)
9. המוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עוה"ד ל. צמל ו/או אחמד 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
אחסתרניגה ו/או עו"ד בילאל סביחאת
רח' אבו עובידה 2 ירושלים
טל: 02-6273373-02 פקס: 02-6289327

העותרים

נ ג ד

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

ח מ ש י ב

ע ת י ר ה

בית המשפט הנכבד מתכבד להזמין את המשיב ולחייבו להשיב מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה של החדר בו התגורר בנם של העותרים 1 ו-2 - ז"ן - בחרבת רקעא בחברון, ולחייבו בצו החלטי להימנע מעשות כן.

בסעד ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או למי מטעמו, להימנע מביצוע פגיעה כלשהי בחדר נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו.

העותרים:

העותרים 1 ו-2, הינם הוריו של נשוא צו ההריסה.
העותרים 3-8, הינם אחיו של נשוא צו ההריסה.
העותר 9 הינו המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר ועניינו בהגנה על זכויות אדם.

ואלה נימוקי העתירה:

השתלשלות העניינים

1. צו ההחרמה והאטימה: נשוא עתירה זו הוא צו אשר הוצא על ידי מפקד כוחות צה"ל באיזור, בו נאמר כי:
"צעד זה ננקט הואיל והנדון, היה שותף לביצועו של פיגוע ירי חמור בעיר תל אביב, ביום 8/6/16, פיגוע בו נרצחו ארבעה בני אדם".

כן נאמר בצו כי המפקד החליט בתוקף סמכותו כמפקד כוחות צה"ל באיזור, ובהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 וכן יתר סמכויותיו על פי כל דין ותחיקת ביטחון, והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת, כי בכוונתו להחרים ולהרוס את החדר בו השתמש בבית בחרבת רקעה. המצוי בני"צ 700792/482950 כמסומן בתצלום האוויר המצורף, בה מתגורר זין ת.ז.

מצ"ב העתק הצו ומסומו כנספח "א"

2. ביום 29.8.2016 אחרי הצהריים, קיבלה ב"כ העותרים הודעת מפקד כוחות צה"ל, על כוונתו להחרים ולהרוס את החדר האמור, וניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגתם עד ליום 1.9.2016 שעה 17:00.

מצ"ב העתק ההודעה ומסומנת כנספח "ב"

3. ביום 1.9.2016 הוגשה השגת העותרים ונטענו בה טענות שונות בעניין אופן הפגיעה, הענישה הקולקטיבית, חומר החקירה, חלקו של הנדון בפיגוע והעובדה שהבית נמצא בשטח A.

מצ"ב העתק ההשגה ומסומנת כנספח "ג"

4. אחרי חודש ו-9 ימים, קרי ביום 10.10.2016, התקבלה תשובת המשיב להשגה בה הודיע כי "אין בידי המפקד הצבאי לקבל את השגתכם כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את המבנה בחרבת רקעא בו התגורר המחבל זין ת"ז, שהשתתף ביום 8 ביוני 2016, יחד עם שני מתבלים נוספים, בביצוע פיגוע ירי בעיר תל אביב, פיגוע בו נרצחו ארבעה בני אדם".

מצ"ב העתק התשובה ומסומנת כנספח "ד"

השהוי:

5. הפיגוע התרחש ביום 7.6.2016 וכתב האישום נגד המבצעים העיקרים ונגד בנו של העותר מסי' 1 הוגש ביום 4.7.2016. הצו של המפקד הצבאי בעניין בתיהם של שני הנאשמים העיקריים הוצא ביום 22.6.2016 וההריסה הוצאה לפועל ביום 4.8.2016. דהיינו כעבור כחודשיים מיום הארוע.

חלפו כחודשים וחצי מהוצאת הצו בעניין בית שני הנאשמים העיקריים, ורק אז הודיע המשיב כי הוא שוקל פגיעה בחדר של הנדון.

בוודאי יטען המשיב כי עובדה זו מעידה על התלבטות וחשיבה לעומק. ההתלבטות כזו אומנם ברוכה ומחויבת המציאות, אך בו בזמן היא מעידה על כך שלא הורגש צורך ממשי בהוצאת הצו ע"י המפקד הצבאי.

יש לשים לב לשהוי המשמעותי בקבלת החלטה בתיקנו.

בבג"ץ 1638/16 קבע כבוד השופט י' דנציגר כי:

" (אף שאין ספק כי) לחלוף הזמן מעת הפיגוע ועד להוצאת צווי ההריסה ומימושם יש חשיבות לעניין הביקורת השיפוטית על החלטות המשיב מכוח תקנה 119..."

אי הבהירות והסתירות בתשובת המשיב:

6. בהודעת מפקד כוחות צה"ל מיום 29.8.2016 נכתב כי "בכוונתנו להחרים ולהרוס את החדר בבית בחרבת רקעה...בה מתגורר המחבל זין ת"ז 859494874", ובתשובתו להשגה שהתקבלה במשרד ב"כ העותרים ביום 10.10.2016 נכתב ביותר ממקום אחד ובאופן לא ברור "להחרים ולהרוס את מקום מגורי המחבל...", "להימנע מהריסת המבנה בחרבת רקעא", "לנקוט בפעולה מיידית של הריסת החדר בו התגורר המחבל בלבד", "כוונה לפעול הריסת בית המחבל", "המפקד הצבאי פועל להריסת החדר בו התגורר המחבל...", "להרוס את החדר הסמוך...", "החליט המפקד הצבאי כי הריסת הבית תתבצע ע"י אטימתו בבטון באופן שימנע את השימוש בחדר", "הריסת הבית תלווה כמובן...", "ותכנון ההריסה יעשה באופן...".

דברים אלו מובילים לאי בהירות והבנות מה היא כוונתו של המשיב ולאילו חלקים הוא מתכוון. אי הדיוק במסירת הפרטים מהווה עניין רגיש שלא ניתן, ואפילו אסור לטעות בו.

השימוש בהעתקת טקסטים קודמים בלי אבחנה בעייתית, שכן ברור כי המשיב אינו מתכוון להרוס "מבנה" אלא מתכוון להרוס "חדר במבנה" ולמעשה, אין הוא מתכוון ל"להרוסו" אלא, כמסתבר, "לאטמו בביטון".

לסיכום: לאחר ירידה לסוף דעתו של המשיב מסתבר כי בכונת המשיב להחרים ולאטום בבטון את החדר היחיד בו התגורר בו העותר, לאחר החרמתו, אולם לא לפגוע במבנה בו מצוי החדר. מדובר במבנה ישן מאד, הסמוך מאד (40 ס"מ) לבית חדש.

חומר הראיות – חלקו של בו העותר

7. אין חולק כי החלק המיוחס לנדון באירוע נופל עשרות מונים מחלקם של הנאשמים 1 ו-2 בתיק הפלילי המשותף.

המפקד הצבאי וודאי יטען כי לקח זאת בחשבון כשהחליט על החרמה והריסה של חדר אחד ולא על הריסה נרחבת יותר. ואם אכן זאת התשובה, מן הראוי שישקול מחדש אם בכלל יש צורך וטעם בהחלת ענישה-מוקצה זו על המקרה הספציפי.

הנתונים המצטברים דלהלן מעידים כי ניתן בקלות מרובה לוותר על הדרישה להפעיל הסנקציה בתיק זה.

העובדה שההודעה בדבר הפגיעה התקבלה אחרי החלטה לפגוע בבתי המבצעים העיקריים מלמדת אף היא על השוליות שמייחס המפקד הצבאי הן לצורך להרתיע את הרבים במקרה זה והן לצורך לנקוט בסנקציות מנהליות.

8. כתב האישום שצירף המשיב מייחס לשני המבצעים העיקריים ולבן העותר פעילות בעקבות רציחתה של משפחת דואבשה (בכתב האישום מופיעים הדברים "שריפת ביתם של משפחת דואבשה").

עובדה זו, המתנוססת בפתח כתב האישום, מחזירה את השאלה הנוקבת הנזכרת בהמשך העתירה – כיצד זה לא ננקטה כל סנקציה על פי תקנה 119 נגד בתיים של אותם יהודים ו/או מתנחלים אשר הציתו בערה כה רבה, שגבתה קרבנות כה רבים, והפכה את הקערה על פיה. בערה זו עד היום לא נפסקה, והיא מכונה "גל הטרור" והיא העילה המרכזית לנקיטת סנקציות קולקטיביות נגד פלסטינים אשר פעלו בהשראתה.

9. מכתב האישום מצטייר בבירור כי הפעילים המרכזיים והיוזמים היו הנאשמים 1,2 ואילו נאשם 3 היה ספק הנשק. על אף שמיוחסת לו העבירה של קשירת קשר, הנה אין הוא מופיע בפרטי העבירה או בפרטי הקשר כמי שתרים לו תרומה משמעותית

כלשהי. המשימה היחידה שהוטלה עליו הייתה להמציא לשניים נשק מאולתר, ולהחזיקו בביתו עד לפני האירוע. גם צוין כי השניים הצטלמו בביתו לפני צאתם לדרך. הא ותו לא. **ניתן עקב כך להרשיעו בעבירות של אי מניעת פשע וסחר בנשק.**

10. לאחר שהשניים עצמם, מבלי ידיעתו ובלי מעורבותו של נאשם 3, דאגו לעצמם לתחבורה לישראל, המשיכו במעשיהם החל מסי 15 לכתב האישום ועד סי 29 בו, לרבות חיפוש ביגוד הולם, חיפוש דרך להגיע לישראל, בדיקת לוח הרכבות, כניסה לישראל, שיטוט בשגב שלום והתלבשות, נסיעה באוטובוס לבאר שבע, הגעה לתחנת הרכבת בבאר שבע, בדיקת השטח כדי לבצע פיגוע ברכבת, החלטה לנסוע במונית לתל אביב, הגעה לתל אביב ופניה למתחם שרונה, וההמשך ידוע.

11. למרות שעדיין נשאר נשק אצל בנו של העותר, **הוא לא העלה בדעתו לנסות לבצע פיגוע משלו**, אלא הרחיק הנשק מעצמו והחביאו אצל חבר, בהמתינו למעצרו.

12. אין לדעת כיצד ייגמר התיק הפלילי, אולם אין כל ספק באשר לחלקו הזעום לעומת העבירות של 2 הנאשמים האחרים אשר בתייהם נהרסו כבר. בית המשפט הנכבד מתבקש לא להתרשם יתר על המידה מניסיונה של התביעה בתל-אביב לכרוך יחדיו את כל השלושה, וליחסם להם עבירות דומות. הפער והשוני בין בן-העותר לשני האחרים ברור וגלוי.

13. ואם לא די בכך כדי לחזור ולפקפק בסנקציה הנדרשת, הרי יש לזכור כי בנו של העותר הסגיר עצמו לרשויות לאחר התרחשות הפיגוע, שיתף פעולה והסביר את מכלול מעשיו.

על פי הודעתו, בתחילה הסכים להשתתף איתם, אולם לאחר מכן הם עצמם לא שיתפו אותו בהכנותיהם, ומצאו תירוץ להדירו מן הפעולה לאור טענה כי הוא חייב כסף, ולכן לא יסכין להיות שהיד. נראה ממכלול האירוע כי לא התכוונו באמת לשתף אתו אלא רק לקבל ממנו נשק. ובכל מקרה, הוא לא יצא לדרך ואף לא ניתן לייחס לו **עבירת ניסיון**.

14. עוד נקבע בבג"ץ 7220/15, פסקה 20, כי החלטת המשיב להוציא צווי הריסה ביחס לביתו של המפגע היא מידתית וזאת מכיוון "שבידי המשיב ראיות מבוססות להיותו של ראגיב ראש החוליה אשר ביצע את הפיגוע, והוא, לכאורה, **מעורב אישית ברצח המתועב**, כמבצע בצוותא", ועוד נקבע כי ביחס לעאמר, החלטת המשיב לגביו היא מידתית בין היתר כיוון שמעורבותו בפיגוע הייתה **"ישירה ומידית**". כתב האישום מייחס לו סיוע ממשי להוצאת הפיגוע אל הפועל; הן לפניו, הן לאחריו, עאמר שהה עם חברי החוליה כאשר אלה הצטיידו בכלי הנשק, הוא נשלח 'לפתוח ציר', אותת לחברי החוליה כי אין כוחות ביטחון בציר התנועה ובהמשך, הסיע את המפגעים, וטיפל באחד מכלי הנשק ששימשו לפיגוע".

התנאים שנקבעו על ידי בית המשפט בשני המקרים דלעיל לא חלים במקרה שבפנינו כפי שהוא מוסבר בסעיפים 9 עד 12 לעיל, וכן בתשובת בן-העותר לכתב האישום שהוגש נגדו בתל-אביב..

הטיעון המשפטי

הפעלת הסנקציה נגד משתתף שולי במעגל חיצוני

15. בבג"צ 1638/16 סאיח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, הפך בית המשפט הנכבד את הצו על תנאי להחלטי, והחליט שלא לפגוע בביתו של מי שנחשד במסירת נשק למבצעי הפיגוע בו נהרגו בני הזוג הנקין ז"ל. ועוד קבע בית המשפט מפי כבוד השופט סולברג בסיבוב הראשון שלו, בעת הדיון על אישור מתן צו על תנאי, כי :

"...בעניין שלפנינו, אין מדובר במבצעיו של המעשה הרצחני הנתעב, אלא במעטפת התומכת של ביצועו: גיוס הכספים, מתן הוראות, אספקת כלי הנשק ועוד. לא זו בלבד, אלא שהעותרים טוענים שחלקם של המפגעים בהערכות לפיגוע וביצועו קטנה מזו שהמשיב מייחס להם. האם די איפוא בביצוע מעשים אלו על מנת להצדיק את השימוש שעושה המשיב בתקנה 119 בנדון שלפנינו?" (סי' 21 לפסק הדין מיום 20.4.16).

בית המשפט קובע כי פיגוע רצחני איננו מתחיל ומסתיים בביצועו, אלא יש לו מעגלים מקדימים שונים בעלי רמת חשיבות שונה בכל עת. ולכך יש לשקול מתי ואילך להשתמש בתקנה 119 לשם הרתעה. הוא קובע בסי' 23 שם,):

"על דרך הכלל לא הייתי שולל, איפוא, כי לצרכי הרתעה סמכותו של המפקד הצבאי להרתיע מפני מפגעים פוטנציאליים מלבצע את זממם באמצעות השימוש בתקנה 119, כוחה יפה גם להרתעתם של המממנים, המסייעים, המגייסים, מספקי הנשק וכיוצא באלו. עם זאת, הריחוק ממוקד ביצוע המעשה הרצחני עצמו צריך להיעשות בזהירות יתרה, הן במישור התשתית העובדתית, הן במישור המידתיות; לבל נמצא עצמנו משתמשים בסנקציה חריפה ופוגענית, מעשה המנוגד למושכלות ראשוניים אשר צוק העיתים מחייב את המשיב לעשותו – כלפי מי שמעורבותו באירוע הטרור אינה חד-משמעת וברורה, או שהיא זניחה באופן כזה שהרתעה כלפיה באמצעות האמצעי הדרמטי של החרמה והריסת דירת המגורים אינה מידתית. הרחבת השימוש בתקנה 119 גם

כלפי אלו הנמצאים במעגלים רחוקים יותר מהמעגל הפנימי
אינה ענין של מה בכך, והיא מצריכה בחינת חדברים לגופם".

כבי השופט סולברג ממשיך ומונה את האפשרויות השונות של מעגלים רחוקים, ומאזכר מקרה בו מי שגיס את הפעילים, תכנו את הפיגוע, צייד את המבצעים בנשק - ניתן לפגוע בביתו. ובהתאמה לגבי מעורב באירוע אחר, שנקבע כי מעורבותו "היא מעורבות ישירה ומידית, כי כתב האישום מייחס לו סיוע ממשי להוצאת הפיגוע אל הפועל הן לפניו והן לאחריו. עאמר שהה עם חברי החוליה כאשר אלה הצטיידו בנשק, הוא נשלח "לפתוח ציר" אותה לחברי החוליה כי אין כוחות בטחון בציר התנועה, ובהמשך, הסיע את המפגעים, וטיפל באחד מכלי הנשק ששימשו לפיגוע....".

16. בהחלטה הסופית לאחר מתן צו על תנאי בבג"צ 1638/16 נעשה צו על תנאי להחלטי, ובית המשפט קבע כי אין לפגוע בבית נשוא העתירה.

17. בית המשפט קבע כי:

"תשתית ראייתית זו הייתה פרושה לפני מותב השופטים גם בעת הדיון הקודם. חברי המותב סברו פה-אחד כי ישנו ספק אם די בתשתית זו כדי לעמוד בדרישת הדין לראיות מנהליות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות – כנדרש לצורך הפעלת תקנה 119. בנסיבות אלה, כאשר התשתית הראייתית המנהלית נותרה למעשה כשהייתה, סבורני כי לא עלה בידי המשיב לשכנע מדוע לא ייהפך הצו על תנאי למוחלט. התוצאה היא, וכך אציע לחבריי לקבוע, כי יש להורות על הוצאת צו מוחלט בבג"ץ 1638/16, מאותם הטעמים שבעטיים הוצא הצו על תנאי בעתירה זו, ואשר יפים גם בעת הזו".

18. יש לגזור גזירה שווה בין התיק דלעיל וחלקו של סאייח באותו תיק, ליבן חלקו של זין בתיקנו. מעבר לניסוח של כתב האישום ושל הודעותיו, מהם ניכר חלקו השולי וברור כי לא ניתן לייחס לו עבירת רצח או אף נסיון רצח; קיימת תשובת סנגוריו לכתב האישום. תשובה זו ניתנה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב ביום 28.9.16, בתפ"ח-6256-07-16.

על פי התשובה – בן-העותר, שהוא נאשם מס' 3 – מכחיש את הנתונים הבאים בכתב האישום:

א. מכחיש שייכות כלשהי לארגון כלשהו. כמו כן מוכחש כי בן-העותר (ג/3) היה שותף לקשר כאמור בס' 5 כתב האישום.

ב. ס-6-7 מכחיש כי היה חלק מקשר שתכנן לבצע פיגוע ברכבת ישראל. כן מכחיש נטילת כל חלק באיסוף מידע לגבי נוהלי רכבת ישראל ופרטי תפעולה.

ג. מכחיש כל החלטה לבצע פיגוע ירי בקו הרכב תל-אביב חיפה.

- ד. ס' 8 – מוכחשת הצטיידות בכלי נשק ותחמושת לצורך ביצוע פיגועי דקירה או ירי.
- ה. ס' 9 – מוכחש כי נ/ 3 נתן נשק בכלל ובפרט במסגרת כוונה לבצע פיגוע ולירות באזרחים חפים מפשע. בן העותר (נ/3) מודה כי "מכר להם נשק כדי להרוויח כסף, ולא יותר מזה. זה כל חלקו בענין. הנאשם 3 לא היה שותף ולא התכוון".
- ו. ס' 11 ו- 12 – עיקרו לא מוכחש, אך מוכחש כי נ/3 (בן העותר) ידע כי הוא מספק את הנשק לצורך פיגוע. "הוא רק מכר להם את הנשק כדי להרוויח כסף".

לגבי מה שמתואר כאימונים בנשק בס' 12 מוכחש לגבי נ/3, ונטען כי "הנסיון שנערך בנשק היה פעם אחת, הנאשם 3 הלך איתם כדי לבדוק אם הנשק עובד לפני שהוא מוכר להם, אם הוא תקין או לא, וזה לפני שהוא מכר להם. זה היה נסיון".

"הנאשם 3 בהתחלה לא ידע איזה שימוש יעשו בנשק, רק לאחר ביצוע הפיגוע נודע לו למה שימש הנשק".

ז. ס' 13 : נאשם 3 לא הכחיש כי בביתו הוחבאו הדברים לפני היציאה לפיגוע, אך לא ידע למה ישמשו.

ח. ס' 14 : נכון ש/ 3 לא יצא איתם, אולם מוכחש כי נאשם 3 (בן-העותר) לא יצא לאיתם מיוזמתם בשל חובות, אלא "והוא זה שהחליט בעצמו לא לצאת לפיגוע ולא הם שהחליטו עברו. הוא לא היה שותף".

ט. ס' 15 מוכחש לגבי נ/3 ביחס להסעה של השניים לשטח ישראל וסידוריה.

י. לגבי ס' 16 – מוכחש לענין נאשם 3 כי הצלום נעשה לצורך פיגוע. אלא נאמר שבתשובה לכתב האישום כי "הצלום נעשה ללא סיבה מיוחדת" וכן נאמר כי אין מדובר בדגל של מדינה איסלאמית אלא דגל רגיל ובו פסוק שגרתו מן הקוראן המקובל על הרבה אנשים – אין אלוהים מבלעדי אלוהים.

יא. ס' 17 לכתב אישום- הנאשמים נטלו את החפצים מביתו של נ/3. הדבר אינו מוכחש. מכאן ואילך (ס' 18-29) מתיחסים רק למעשי נאשמים 1,2.

יב. ס' 30 – מוכחש חלקית. אין מוכחש כי היה ברשות נ/3 נשק, "אך לא תכנן לעשות בו פיגוע, אבל כאשר שמע שנעצרו נאשמים 1,2 בעקבות הפיגוע הוא העביר את הנשק למקום אחר, כי היה לו קשר עם הנאשמים הוא מכר להם נשק לפני זה".

יג. ס' 31 – מוכחש לגבי נ/3 כי קשר קשר לרצוח, כי גרם בכוונה למותם של 4, נסיון לרצח, גרימת חבלות.

גם המאשימה בדבריה לאותו פרוטוקול (עמ' 5 ראש העמוד) אומרת "אנו מבקשים תאריך להוכחות, יש את הנאשם 3 שכופר כמעט בכל האמור בכתב האישום לגביו".

ייאמר מיד כי על אף ההחלטות החוזרות ונשנות של בית המשפט הנכבד שלא לדון בעת הזאת בעצם חוקיות הסנקציה לפי תקש"ח, לא ניתן להימנע ולחסוך טיעון זה, והוא מצוי בבסיס כל עתירה ועתירה.

19. המשיב סומך הוראתו להפעיל החרמה ואטימה של החדר 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 וחורגת אף מן ההלכות של בית משפט נכבד זה ועל כן דינה להתבטל.

20. בעת קיום מצב של כיבוש, מחויב 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)).

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. המשיב כפוף ומחויב 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).

25. 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.

26. 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 לתקשי"ח עלולה אף לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות ס' (IV)(2)8 לחוקת רומא, בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

איסור על ענישה קולקטיבית ופגיעה בזכויות יסוד

27. ס' 119 מעצם טיבו נועד לפגוע ברבים. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא ביטוי במשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמת ס' 50 לאמנת האג, הקובע כי לא יוטל עונש כללי בגין מעשים של יחידים אשר הציבור אינו יכול להיחשב כאחראי להם. ס' 33 לאמנת גינבה הרביעית קובע קטגורית כי אדם מוגו לא יענש בגין מעשה שלא הוא ביצעו. ענישה קולקטיבית ודוגמתה, וכל מעשה של הטרדה או טרור - אסור. מעשי נקם נגד מוגנים ורכושם - אסורים.

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

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

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

29. על מנת להקל את בחינת הסוגיה של עמדת המשפט הבינלאומי בנושא זה, כפי שהובאה כבר בדנג"ץ 360/15 מצ"ב חוות הדעת של מומחים לגבי חוקיות של מדיניות הריסת הבתים של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי; וכן מסמך משנת 1968 מטעם משרד החוץ אשר מצורף בזה אף הוא.

למפקד הצבאי שוב אין סמכות להפעיל סנקציה זו בשטח A

30. 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.

31. 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."

32. 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' 2 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"

ס' 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".

33. 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 אזור A: א. עם השלמת ההיערכות מחדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת I לנספח זה, תקבל על עצמה המועצה כוחות ואחריות בענייני ביטחון פנים וסדר ציבורי באזור A באותו מחוז".

34. 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 ובקרבם המידית, 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 מידית, באמצעות המת"ק הרלבנטי, בדבר צעדי התקלות כאלה".

35. ועוד מפרט ס' ג כי שימוש בנשק חם לתקריות כאלה יהיה אסור, "אלא כמוצא אחרון, לאחר שנכשלו הניסיונות 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".

36. 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 מיד והטיפול בו יועבר לידי המועצה הפלסטינית.

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 רציחות מזעזעות לא פחות של פלסטינים בוצעו בידי אזרחי מדינת ישראל היהודים, לקם גם תושבי התנחלויות החיים באיזור הנתון תחת שליטת המפקד הצבאי, ונגדם מעולם לא הופעלה סנקציה זו.

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 להימנע מלנקוט בו נגד תושבי שטח כבוש, דוגמת העותרים, המוגנים גם על ידי החוק הבין-לאומי והסכם הביניים.

אופן ביצוע ההריסה

38. בהשגה התבקש המשיב לפרט כיצד בדעתו לגרום להריסת החדר המדובר של העותרים. הוא התבקש גם להמציא מפרט טכני של אופן ההריסה, ולאפשר לב"כ העותרים להמציא חוות דעת מקצועית שתבחן את אופן ההריסה המוצע.

תשובת המשיב היא כי דרך הפעולה שנבחרה תלווה כמובן לכל אורכה ע"י מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה, ותכנון ההריסה יעשה באופן קפדני ע"י המהנדס.

יעילות הסנקציה וסבירותה

39. 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 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון 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. ולסיים 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 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 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..."

40. דווקא התמורות המשתנות במהירות במצב הביטחוני 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
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.

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"

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

18.10.2016