

- בעניין: 1. בחר ת"ז מאבו דיס
2. חלבייה ת"ז מאבו דיס
3. אל חלבייה ת"ז מאבו דיס
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ו/או מוסטפא יחיא מרחי צלאח א-דין 15, ת"ד 38788, ירושלים 95908
- טלפון 6280633 פקסימיליה 6283312
- העותרים

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם מדוע הוא הוציא צו הריסה כנגד ביתם של העותרים 3-1, האמור לכנס לתוקף ביום 30.8.02 שעה 17:00, תוך כדי דחיית השגתם כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתם, מקום שחלק מבניהם נחקרו באשר לפיגוע שבוצע ביום 1.12.01 על ידי בן העותר מס' 1 ובן העותרת מס' 2 יחדיו במדרחוב בירושלים, ושהוברר כי אין כל קשר למשפחות לפיגוע הנדון, ובכך הוא מענישם בבתיים מקום שלא חטאו.

וכן מדוע לא יאטמו בחי העותרים בחלקם או כולם במקום הריסתם.

כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב או מי מטעמו שלא יפגע בבית העותר עד לסיום ההליכים בעתירה זו.

העתק עתירה זו מועבר יחד עם הגשתה לפרקליטות המדינה.

המוקד להגנת הפרט  
**נכנס ביום**  
 01-09-2002

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. העותר מס' 1 תושב אבו דיס, הינו אביו של בחר ת"ז אשר פוצץ את עצמו למוות ביום 1.12.01 במדרחוב בירושלים, ביחד עם בנה של העותרת מס' 2, וכתוצאה מכך נהרגו 11 בני אדם ונפצעו כ- 155 נוספים.
- ב. העותר מס' 1 נשוי החי עם אשתו ושבעת ילדיהם בבית נשוא עתירה זו, והם כבן 22, בן 20, בן 19, בת 28, והקטינים בן 17, בת 16 ו בן 13, כאשר הם מתגוררים בדירה מבין שתי הדירות בקומה השנייה.
- ג. ביתו של העותר נמצא על הרחוב, ומורכב משתי קומות, כאשר בראשונה ישנן ארבע חנויות, אחת פעילה ומשמשת כמכולת המפרנסת את המשפחה, שלוש ריקות, חנייה מקורה וחדר מדרגות לקומה השנייה, שבה שתי דירות באחת חי העותר מס' 1 ואשתו ושבעת בניו, והשנייה הוכנה לקראת חתונתו של הבן ואינה מאויישת, שטח המבנה כ - 650 מטר מרובע.
- ד. לטענת העותר מס' 1 יש לאחיו זכויות בבית הנ"ל, מחצית, כאשר בעניין זה אין כל מסמך רשמי, בשל יחסיהם הטובים.
- ה. משפחת העותר מתקיימת מהכנסת החנות הנעה בין 1000-1500 ש"ח, כאשר הבן מכניס מעבודתו בחברת הסיגריות הפלסטינית 1500 ש"ח, ומאלר מתקיימת המשפחה. בעניין זה יאמר כי לאור הסגר המוטל על הגדה המערבית אין בניו האחרים של העותר יכולים לכנס ולעבוד בישראל ועל כן הם מובטלים כשבאיזור מגוריהם אין להם עבודה.
- ו. בעקבות הפיגוע הנ"ל נחקרו ארבעת בניו, כששוחררו בסוף החקירה.
- ז. תצהיר העותר מס' 1 מצ"ב ומסומן באות ע' 1.
2. א. העותרת מס' 2 תושבת אבו דיס, אלמנה הסובלת ממחלות עצבים ובריאות הנפש, הינה אימו של חלבייה ת"ז אשר פוצץ את עצמו למוות, יחד עם בנו של העותר מס' 1, במדרחוב בירושלים, ביום 1.12.01 ושכתוצאה ממנו כאמור נהרגו 11 בני אדם, ונפצעו 155 אחרים.
- ב. העותר מס' 3, בן 23, הינו בנה של עותרת מס' 2.
- ג. העותרים מס' 2-3 מתגוררים בבית, בקומה הראשונה, השייך לחמיה של העותרת מס' 2, סבו המנוח של עותר מס' 3 חלבייה מצד אביו, ביחד עם יתרת בניה של עותרת מס' 2 והם בן 20, בן 18, בן 14, בן 11. אבי המשפחה נפטר בשנת 1997.
- ג. ביתם של העותרים מס' 2-3, הינו עזבונו של הסבא המנוח, שטרם חולק כאשר שני דודיו ושתי דודותיו וסבתו של העותר מס' 3, יתרת היורשים מתגוררים דרך קבע בירדן.

- ד. הבית האמור בן ארבע קומות, בקומת הקרקע, בניה ישנה. שלושה מחסנים, מעליהם בקומה הראשונה דירת העותרים, ששובצה והורחבה משטחה המקורי, הקומה השנייה בה דירה לא מאויישת ולא מרהטת ושהוכנה לחתונתו של עותר מס' 3, בקומה השלישית ישנה דירה נוספת שטרם הוכנה סופית ואינה מאויישת. שטח כל קומה כ-170 מטר מרובע.
- ה. משפחת העותרים היה מחנות שפתחו מלפני כארבעה חודשים, כל הזכנים מובטלים, עבדו בישראל לפני הסגר שבשלו אין להם עבודה כיום.
- תצהיר העותר מס' 3 מצ"ב ומסומן באות ע' 2.
3. א. ביום 24.8.02 בשעת לילה מאוחרת קיבלו העותרים 1-2 הודעות על כוונה להחרים ולהרוס את בתיהם הנ"ל שהוצאו על ידי המשיב, כשזכותם להגיש השגה על החלטתו תוך 48 שעות ממועד קבלת ההודעה.
- ב. באותו היום הגישו העותרים השגה על הודעות אלו. העתק ההשגה מצ"ב ומסומן באות ע' 3.
4. ביום 25.8.02 עתרו העותרים לבית משפט נכבד זה בבג"צ 7289/02 בבקשה לעכב את ההריסה עד אשר יסתיים הטיפול בהשגתם כנגד ההודעות הנ"ל.
- בית המשפט הנכבד הזה, כבי' השופט מצא, הוציא מלפניו צו ביניים ארעי, המורה למשיב להימנע מפגיעה בבתי העותרים, וקבע כי העתירה תקבע לדיון במועד קרוב כשלקראת הדיון יקדים המשיב ויגיש תגובה בכתב לעתירה ולבקשה למתן צו ביניים. העתק החלטה זו מצ"ב ומסומן באות ע' 4.
- יצוין כי העותרים פנו פעם קודמת לבית משפט נכבד זה- בג"צ 9646/01 - ואף העותרת מס' 2 פנתה פעם נוספת - בבג"צ 6696/02.
5. א. לאחר הגשת העתירה, הגיעה תשובת המשיב הדוחה את השגתם של העותרים, תוך כדי הוצאת צווי הריסה כנגד בתיהם של העותרים. העתק תשובה זו מצ"ב ומסומן באות ע' 5. למעשה התייתרה בכך עתירתם הראשונה הנ"ל של העותרים.
- ב. ביום 28.8.02, בשעה 16:50, שלח עוה"ד הלמן, ב"כ המשיב, פנייה בה הוא מפנה לדחיית ההשגה על ידי המשיב ומודיע כי בכוונתו להגיש בקשה דחופה לבית המשפט הנכבד הזה לביטול צו הביניים הארעי שהוצא על ידי כבוד השופט מצא, תוך כדי הבטחה כי המשיב לא יפעל להריסת בתי העותרים נשוא הצווים עד חלוף 48 שעות ממועד קבלת מכתב זה, קרי עד ה- 30.8.02 שעה 17:00.
- העתק פנייה זו מצ"ב ומסומן באות ע' 6.
- ג. הבקשה דנן בסע' ב הנ"ל הוגשה אכן באותו היום לבית המשפט הנכבד הזה. העתק הימנה מצ"ב ומסומן באות ע' 7.

ד. כבי' השופט מצא נעתר לבקשתו של המשיב וביטל את צו הביניים הארעי, ברוח בקשתו של המשיב, כפי שהציגה ב"כ עוה"ד הלמן. העתק החלטה זו מצ"ב ומסומן באות ע' 8.

מכאן לעתירה זו התוקפת את דחיית השגות העותרים לגופן והוצאת צווי הריסה תחתם. 6. א. העותרים טוענים כי אין להענישם על מעשי בניהם, שלא היו ביריעתם, בהריסת בתיהם על כל קומותיהם, כאשר רק ביחידת דיור אחת התגוררו בפועל הבנים המפגעים, הריסת חלקי הבית הלא מאוכלסים הינה ענישה בלתי צודקת ובוודאי יש לה תחליפים אחרים פחות דרקוניים אשר יש בכוחם להשיג את אותן מטרות העומדות מאחורי הוצאת צווי ההריסה.

ב. בעניינם של העותרים הוברר חד משמעית, בחקירת הבנים, שאין כל קשר רחוק או קרוב, סיוע או מעורבות כלשהי למשפחות לאותו פיגוע, אז אם פעולת ההריסה אינה צעד ענישתי אזי מהי?

ג. העותרים טוענים כי אטימת המבנים בחלקם יש בה לענות על אותם צרכים צבאיים הטמונים בחובה של החלטתו של המשיב להרוס את בתיהם.

ד. העותרים יטענו כי כיום בחלוף זמן די ניכר מאז ביצוע הפיגוע האמור, אין כל הכרח להרוס את בתיהם, גם משיקולי הרתעה אין ההחלטה להרוס יכולה לעמוד במבחני הביקורת של בית משפט נכבד זה.

ה. העותרים טוענים כי אם ידעו על כוונת בניהם היו מונעים בעדם, בהריסת בתיהם המשיב מענישם על מעשים שלא ידעו ולא יכלו לדעת לגביהם.

7. משפחות העותרים הינם משפחות קשות יום, משמעות הריסת בתי המשפחה הינה החרבת חייהם הפרטיים והשארתם ללא קורת גג, תוך השמדת הבסיס לכלכלת המשפחות, ורמיסת הסיכוי לעתיד כלשהו לבני המשפחה האחרים, דברים שאין הצדק וההגינות סובלים.

מנגד יטענו העותרים כי בבתיהם יש זכויות לקרובי משפחה אחרים, שאינם נמנים על המשפחה הגרעינית של המפגע, הרחבת פעולת ההריסה גם לאלו איננה צודקת ואיננה נכונה.

לאור זאת, אם במדיניות עסקינן, הרחבת ההריסה גם לגבי זכויות במבנים השייכות לקרובי משפחה רחוקים, איננה סבירה ואיננה חוגנת ומטעם זה יש להתערב בהחלטת המשיב ולבטלה.

8. העותרים טוענים כי אין במגבלות הזמן והמקום בו הם חיים כל הכרח /או כל מטרה ראויה המצדיקים כיום הריסת בתיהם.

העותרים טוענים כי בעניין זה אין די בהשערה אלא יש צורך בראיות ממשיות, ברורות וחד משמעיות שפעולת ההריסה נחוצה מצורך צבאי דחוף שלא ניתן לדחותו.

העותרים טוענים כי אין כל דחיפות בהריסת בתייהם, כחלק מצעדי הרתעה מיידים  
בנסיבות הביטחוניות הנוכחיות.

9. העותרים טוענים כי המשיב נהג בהחלטתו להוציא צווי הריסה כנגד בתי העותרים בהעדר  
מידתיות. כענישה קולקטיבית, הרי אם כוונתו להרתיע את הרבים וכלשונו ברחיית  
ההשגה בסעי' 5 "אין בה כדי למנוע את הריסת המבנים בהם התגוררו המפגעים." הרי  
ברור מעובדות המקרה כי המפגעים לא גרו בשתי קומות ובמקרה האחר בארבע קומות  
אלא בדירה שהינה חלק ממבנה שלם שהוצא נגדו צו ההריסה האמור.  
לעניין זה נפנה לבג"צ 299/90 נימר נגר מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית, פ"ד  
מה (3), 625.

דרישת המידתיות היא דרישה מקובלת בפסיקתו של בית המשפט הנכבד הזה שהרי נקבע  
שרשות מנהלית, המשיב לענייננו, הפוגעת בזכויות אדם בסיסיות, בענייננו הזכות  
למגורים, עליה לעמוד במבחן המידתיות כדברי כב' השופט חשין בבג"צ 3648/97 ואח'  
נגד שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728 בעמ' 777  
" כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם  
הרשות בעילת המידתיות."

העותרים יטענו כי החלטת המשיב להרוס את המבנים נשוא העתירה בכללותם הינה  
החלטה המנוגדת למבחן הנ"ל ולכללי הצדק הטבעי ויש לבטלה.  
לא זו אף זו, שהרחבת מדיניות הלוחמה בטרור מנימוקי הרתעה, כגון פגיעה בזכויות  
קרובי משפחה שלא מהמשפחה הגרעינית, איננה עומדת בדרישת המידתיות, והינה  
ענישה קולקטיבית אסורה על פי הדין הבין לאומי.

גם בעתירות שעניינן הריסות בתים הוכרה בדין דרישת המידתיות. לעניין זה נפנה לבג"צ  
6932/94 אבו רוב, תק על 95 (1), 1292, שעניינו הריסת ביתו של רוצח,  
בית המשפט הנכבד הזה לא התערב בהחלטתו של המשיב שהחליט להרוס קומה אחת  
שהינה הקומה העליונה - השלישית שהתגורר בה הרוצח בפועל, ולא כל הבית כן  
השלוש קומות.

ראו גם דבריו של כב' השופט ג' כך בבג"צ 1730/96 ואח' סביח ואח' נגד האלוף אילן  
בירן, מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד נ (1), 353 בעמ' 359:  
" יש להגביל את ישומה של תקנה 119 (1) לתקנות, אך בעשותו כן, בית המשפט אינו  
מפרש את התקנה, אלא רק מטיל מגבלות על אופן ישומה וביצועה, תוך הפעלת כללי  
המידתיות וחוש הפרופורציה."

10. העותרים טוענים כי חקירת בניהם בעקבות הפיגוע, העלתה חרס לעניין זיקה כלשהי  
למשפחה לאותו פיגוע, כאשר לעניין זה לא ניתן המשקל הראוי על ידי המשיב.  
בהלכת סביח הנ"ל קבע כבוד השופט ג' כך בעמ' 360:

” העדר ראיה ברבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך עשוי להשפיע על היקף (ההדגשה שלי מ.י.) הצו של המשיב.”  
ובנוסף יטענו העותרים כי המשיב לא שקל דיו האפשרות להסתפק בהריסת הדירה בה התגורר המפגע לבדו, כאשר במקרים דנן סנקציה של אטימת הדירות בהן התגוררו הבנים הרלוונטיים, משיגה את המטרות מאחורי צווי ההריסה, כאשר בכך יהיה איזון ראוי בין שיקוליו של המשיב לבין צרכי משפחות העותרים המתגוררים באותם מבנים.  
11. העותרים טוענים כי אין המשיב רשאי היום לבצע את ההריסה לאור חלופי הזמן הרב מאז הפיגוע הנדון.

לעניין זה נפנה לדעתה של כבוד השופטת דורנר בעניין סביח הנ”ל בעמ’ 364 מול האות ז’.

12. העותרים יפנו לבג”צ 5510/92 תורקמן נגד שר הבטחון, מר יצחק רבין ואח’, פ”ד מח (1)217, שם קבע בית המשפט הנכבד הזה בעמ’ 220:

” נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי “לא יחסי” - ועל כן גם לא סביר- בין התנהגותו הרצחנית של תורקמן לבין הסבל שיגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט את האמצעי הדרסטי פחות - שאף הוא חמור ביותר - אטימה חלקית. האטימה תהא של שני חדרים, באופן שהאח הבכור ומשפחתו יוכלו להמשיך להתגורר במקום.”  
העותרים הציעו בהשגתם הצעות ברוח הלכה זו שנדחו על ידי המשיב. בית המשפט הנכבד מתבקש להפעיל בעניינם מכחני ביקורת דומים על פי מידת הרחמים ושיקולי צדק.

העותרים מפנים בנוסף לדג”צ 2161/96 שריף נגד אלוף פיקוד העורף, פ”ד נ (4), 485. בעניין זה אף שהוכח סיוע של המשפחה, בעניין דומה לא נהרס המבנה כולו. לעניין זה ראו נא את דעת המיעוט, כב’ השופט חשין, בבג”צ 4772/91 פ”ד מו (2), עמ’ 150, 155.

13. בבג”צ 6696/02 ואח’ עאמר ואח’ נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית (טרם פורסם) נקבע כלהלן:

2. עם פתיחת הדיון הובהר כי העתירות מוגבלות אך לבעיה של זכות השמיעה. לעניין זה עלינו לצאת, איפוא, מתוך ההנחה - הנחה אותה אנו משאירים בצריך עיון - כי המשיב מוסמך להורות על הריסת בתיהם של העותרים.”

העותרים טוענים כי שגה המשיב בהפעלת סמכותו להרוס את בתיהם בכללותם, אלא לכל היותר הדירות בהן גרו מבצעי הפיגוע ולא דירות לא מאוישות, חנויות ו/או מחסנים כשהם לא מאוכלסים.

מאחר ובמקרה דנן לא ניתן לבצע הריסה כאמור, היה מקום להפעיל סנקציות של אטימה ואח' הפחות חמורות מהריסה ממש הגורמת סבל רב לבני המשפחה הגרעינית ואחרים כאמור.

14. בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד (1) 721, בעמ' 741 ואילך, קבע כבוד הנשיא ברק כלהלן:

"המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך כי לעניין חקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונונו יישא ואיש בחטאו יומת ... אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לברו" (בג"צ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין [פ"ד נא(2) 651] בעמ' 654. גישה דומה יש לנקוט לעניין מעצר מינהלי."

קביעות אלו יפות הן גם לנשוא עתירה זו, כאשר מתבקש ביח המשפט הנכבד הזה להפעיל גישה דומה בנוגע לבתייהם של העותרים.

15. על פי הדין הבינלאומי החל בענייננו, סעיף 46 ל- Hague Convention of 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land (להלן: אמנת האג) אוסר החרמת רכוש הפרט.

סעיף 46 לאמנת האג קובע באופן מפורש כלהלן:

"Family honor and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property can not be confiscated."

סעיף 23 לאמנת האג, המצוי תחת הכותרת - "Hostilities" קובע בס"ק (g) כלהלן:

"In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden -

(g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war;"

העותרים מפנים לדברי פרופסור דינשטיין, "דיני מלחמה", הוצאות שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1983, בעמ' 229 הכותב כלהלן:

"הכלל הראשון באשר להגנה על רכוש בשטח כבוש הוא, כי אסור לכבוש להרוס כל רכוש - מקרקעין או מטלטלין - השייך לפרט או לכלל (לרבות מדינת האויב), אלא באותם מקרים בהם הרס כזה נובע מצורך מכריע עקב פעולות צבאיות. העיקרון הכללי של דיני המלחמה בנדרון נקבע עוד בסעיף 23(ז) של תקנות האג, וסעיף 53 של הסכם ג'נבה הרביעי מיישם אותו באופן ספציפי על שטחים כבושים. עקב סעיף 53 אסור, למשל, להרוס בית של אדם מוגן בשטח כבוש רק משום שהבעלים או הדייר חשוד בסיוע לפעילות חבלנית עוינת. האיסור מתייחס אמנם להרס רכוש בתור שכזה, ויש להבחין בין הריסת בית לבין אטימתו (טכניקה המונעת שימוש בבית, אך מאפשרת המשך קיומו ואף החזרתו לשימוש כעבור זמן)."

ובעמ' 155 נכתב כדלקמן:

"סעיף 23(ז) של תקנות האג אוסר באופן כללי להרוס רכוש אויב מכל סוג (פרטי או ציבורי), אלא אם ההרס נדרש בהכרח על ידי צרכי המלחמה. למותר לציין, כי כל לחימה כרוכה בהרס רכוש כמו באובדן חיי אדם: כל הפגזה והתרעות - ובפרט לחימה בשטח בנוי - גורמת להרס רבתי. התקנות מבקשות להטעים, כי אין להרוס רכוש אויב ללא הבחנה ומתוך הפקרות. אולם אין רכוש אויב (להוציא מטרות מוגנות כמו נכסי תרבות) הסין מהרס שעה שצורך צבאי מחייב זאת. הצורך הצבאי עשוי להיות קיים בנסיבות שונות, כמו התקפה



(למשל, פגיעה בכוחות אויב המסתתרים במיבנה), הגנה  
לדוגמה, הקמת ביצורים), חילופי אש מרחוק ותנועת כוחות.”

למעשה פרופסור דינשטיין רק מחוק את טענת העותרים כי שימוש בסעיף 23(ז) של  
אמנת האג מוגבל ל"צורך צבאי" המוגדר, בין היתר, בהתקפה, הגנה או חילופי אש  
וכיוצא מאלה. אין כל טענה שכעת בתים אלו שימשו להתקפה, שהם דרושים להגנה על  
כוחות צה"ל (אחרת לא היו מפוצצים אותם) או שיש בהם חילופי אש. למעשה, אין  
סעיף 23(ז) של אמנת האג, לדידו של פרופסור דינשטיין, מתיר הריסת בתים כפי שמבקש  
המשיב.

בספרו של פרופסור קרצמר ישנה התייחסות לעניין זה, אותו אנו מבקשים מבית המשפט  
הנכבד הזה לאמץ. וכך נכתב ב-"The Occupation of Justice: The Supreme Court of  
Israel and the Occupied Territories", State University of New York Press, 2002  
בעמוד 147, סיפא:

"Article 53 of Geneva Convention prohibits destruction of real or personal property of the state or individuals "except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations." While he was attorney-general of the State of Israel, Meir Shamgar argued that demolition of houses fits the exception relating to military operations because it is a form of "effective military reaction" that is necessary as a deterrent. This argument is not convincing. Article 53 refers to destruction rendered necessary by *military operations*. A distinction must be drawn between military operations and punitive action by the military aimed at maintaining *security*. Shamgar based his interpretation on the ICRC Commentary on Geneva Convention IV that refers to "imperative military requirements," but this must be read in the context of the Convention itself which makes a clear distinction between *military operations*, requirements, or considerations and requirements or considerations of *security*. The ICRC has clarified that the term "military operations" must be restricted to "movements, maneuvers, and other action taken by the armed forces *with a view to fighting*" and does not extend to action taken as a punishment. Furthermore, in order to fit the exception, the destruction must be rendered *absolutely necessary* by military operations. The military may be able to argue that house demolition is effective as a general deterrent (though many would doubt this), but it would be stretching credulity beyond reasonable limits to argue that such demolitions are rendered absolutely necessary.

Both the Hague Regulations and Geneva Convention IV prohibit collective punishment. Article 50 of the Geneva

Convention expressly prohibits imposition of punishments on a protected person for an offense he or she has not personally committed."

העותרים טוענים כי על פי הדין הבינלאומי, ניתן יהיה להרוס וכושו של האויב אם הדבר מתבצע חוץ כדי פעולה צבאית – ולא כתגובה עונשית לפעולתו של אחר – כאשר הקשר היחיד בין מבצע העבירה לבין דיירי הבית הינו קשר דם.

הריסת בתים הינה בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטארי כשאנו מוצאים את המשיב במקום אחר מסכים לעיקרון זה בהצהרתו בבג"צ 2936/02 עמותת הרופאים נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם), בעמ' 2 לתרפ"ס פסק הדין:

"עם זאת הטעימה המדינה, כי צה"ל רואה את עצמו מחויב לקיים אח כללי המשפט ההומניטרי לא רק מן הטעם שכללים אלו כתחייבים מן המשפט הבינלאומי, אלא כמתחייב מבחינה מוסרית, ואף מטעמים תועלתניים."

16. כך נקבע ע"י כבוד השופט חשין בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655:

"ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הנפש החוטאת היא תמות בן לא-ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לכרו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על אבות כי אם-איש בחטאו יומת" (מלכים ב, יד, ו).

...מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה."

17. העותרים טוענים כי הריסת בתיהם - ואין נפקא מינא אם הדבר נעשה בהתאם להוראות תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) או בהתאם להוראות הדין הבינלאומי, כפי שמפרשו המשיב - הינה פעולה עונשית כלפי בני המשפחה, הסוטה מעיקרון יסודי בדיני מדינת ישראל בדבר האחריות האישית של מבצע העבירה. וכך מתייחס פרופסור קרצמר, בעמ' 151, לעניין זה:

"Even if one adopts a narrow definition of the term collective punishment, according to which demolishing the family home of a young person who committed a serious act of violence is not included, there can be little doubt that such a demolition is a departure from the principle of individual responsibility."

This, in itself, would seem to imply a significant departure from accepted principles of penal law. As previously stated, it is also incompatible with international law."

סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כלהלן:

"No protected person may be punished for an offense he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited."

העותרים טוענים כי גם אם בעבר בית המשפט הנכבד הוזה דחה טענות מסוג הזה, לאור ההתפתחויות ברין הבינלאומי בשנים האחרונות, יש טעם בבדיקה מחדשת של טענות אלה.

"The Court has never considered on their merits the substantive arguments against house demolitions that rest on the prohibitions on confiscation and destruction of property."

פרופסור קרצמר, שם, בעמ' 153.

העותרים מפנים לדברי כבוד הנשיא ברק בכג"צ 4219/01 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם):

"גם המפקד הצבאי חייב לפעול במסגרת הדין, ופרשנותו המוטמכת

של הדין היא תפקידו של בית המשפט."

18. העותרים מוסיפים וטוענים כי מאחר והמדובר בפעולה עונשית, הריסת בית הינה אסורה

על פי סעיף 16 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועתשים אכזריים, בלתי אנושיים או

משפילים, כתבי אמנה 1039, אשר נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2 בנובמבר, 1991.

וכך נקבע בסעיף 16:

"1. מדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות

שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי אנושי או משפיל,

או עונשים שאינם בחזקת עינויים כמוגדר בסעיף 1, מקום

שמעשים כאמור בוצעו על-ידי או בעידודו או בהסמכתו של

עובד ציבור או אדם אחר הזמלא תפקיד רשמי, או השלמתם

בשתיקה. במיוחד חובות המפורטות בסעיפים 10, 11, 12 ו-13

יוחולו אגב החלפת איזכורים בדבר עינויים כאיזכורים של

צורות עונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים.

2. הוראות אמנה זו אין בהן כדי לפגוע בהוראותיו של מסמך

בינלאומי אחר, או חוק לאומי האוסר על יחס או עונש אכזרי,

בלתי אנושי או משפיל, או מחייח להסגרה או גירוש."

בית המשפט הנכבד כבר קבע, בבג"צ 434/79 סחוויל ואחי נ' מפקד איזור יהודה ושומרון תקדין-עליון, כלהלן:

"3. ... בנוסף לכך יש לזכור שהמדובר בתקנה 119 הנ"ל

בפועל עונשין בלתי שגרתית ..."

העותרים טוענים כי המדובר בסנקציה עונשית. סנקציה זו הינה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה והינה בניגוד לסעיף 16 לעיל.

19. בבג"צ 1759/94 סרוזברג נ' שר הביטחון פ"ד נה(1) 625 בעמ' 628 נקבע כלהלן:

"זו התשובה לעתירה, במידה שהיא מתייחסת, באופן כללי,

להטלת עוצר "מדי פעם בפעם" או להטלת הגבלות בדרך

אחרת על "חופש התנועה, העיסוק והעבודה" של האוכלוסיה

המקומית. בכל מקרה של הטלת הגבלות כאלה על הרשות

המוסמכת לשקול את מידת הצורך הביטחוני בהפעלת הסמכות

המקומית לרשות כנגד מידת הפגיעה באוכלוסיה המקומית,

להימנע מהטלת הגבלות לצורכי ענישה ולא לנקוט צעדים

חריפים ופוגעים מעבר למידה הראויה בנסיבות המקרה. זהו

קנה-מידה לבחון בו החלטתה להטיל הגבלה זו או אחרת,

במועד נתון ובמקום מסוים."

העותרים טוענים כי זהו המבחן כאשר המדובר בהגבלות תנועה אזי כאשר המדובר בהריסת ביתו של אדם, אשר אשמתו לא הוכרעה - למעט קשר דם עם מבצע פיגוע - יש לצמצם ולהדק את המבחן הנ"ל ולהפעילו בהתאם בענייננו, ותוך התחשבות בעקרון המידתיות.

20. העותרים יהיו מוכנים לכל הסדר שיוצע ואשר בכוחו להציל את בתיהם כולם או לחילופין חלקם.

21. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד הזה לנהוג בס על פי מידת הרחמים, ולהעניק להם סעד מן הצדק, מקום לא חטאו ולא פשעו, כשבכוונת המשיב להרוס את בתיהם ולזרקם לרחוב.

22. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד הזה לתת את הצווים המבוקשים ולהופכם להחלטיים.

ירושלים, 30 אוגוסט, 2002

מוסטפא יחיא, יו"ד

ב"כ העותרים