

בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצד

בית המשפט העליון

1. בעניין: עאמר ואח'

2. צאלחי ואח'

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ו/או מוסטפא יחיא

מרח' 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

בקשה לקיום דיון נוסף

ביום 6.8.02 ניתן פסק דין בבג"צ 6696/02 ואח' עאמר אח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה

המערבית (להלן: "פסק הדין"). העתק פסק הדין רצ"ב. בית המשפט הנכבד מתבקש לקיים

דיון נוסף בשאלות המשפטיות שהועלו בעתירות אלה, כפי שיפורט להלן.

ביום 23.8.02 האריך בית המשפט הנכבד, כבוד הרשם אוקון, בבשג"צ 7210/02, את מועד

הגשת הבקשה עד ליום 2.9.02.

ואלה נימוקי הבקשה:

התנאים לקיום דיון נוסף

1. בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 יש צורך בשני

תנאים מצטברים על מנת שביח המשפט ייעתר לבקשה לקיום דיון נוסף. האחד,

חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה או עמידתה בסתירה להלכה קודמת, והאחר,

הצדקה עינינית לשוב ולהביא את הענין לדיון נוסף. הדיון הנוסף אינו בא ליצור ערכאה

נוספת.

ראה: דנ"א 2485/95 וייזום נ' מ"י תק-על 95(2), 1446.

ההלכה הקיימת:

2. בבג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד

מג(2) 529 נקבעו "דרכי ערעור קבועה וכלליות" (ע' 531 לפסק-הדין) בהריסת מבנים

בהם התגוררו אנשים שעברו עבירות ביטחון. כללים אלו יושמו על-ידי המשיב בעקביות במשך כל השנים מאז, ועד לאחרונה. בעמ' 540, מול האות ו', קבע כבוד השופט שמגר כדלקמן:

"מקובל על בית-משפט זה, כי הקיום של כללי דיון הוגנים בעניינו של אדם, מתבטא, בין היתר, בכך, כי מי שצפוי לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש תינתן לו הודעה מראש על כך ותוענק לו הזדמנות להעלות השגותיו בעניין זה. כלל זה חל גם כאשר החוק מתיר פעולה על אתר, כגון החרמה מיידית של רכוש (המותרת, בנסיבות מסוימות, למשל לפי הפסיקה בארצות-הברית, גם כאשר הבעלים של הרכוש לא היה מעורב במעשה העבירה שבעטיו מוחרם הרכוש.

8. אכן, יש נסיבות צבאיות-מבצעיות, שבהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן או עם אופיין של הנסיבות; למשל, כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית, אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות או להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותה זמן, או נסיבות כיוצא באלה, שבהן רואה הרשות הצבאית המוסמכת צורך מבצעי בפעולה מיידית."

ובעמ' 541 מול האות ז' נקבע כלהלן:

"(ג) במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר, עוד לפני קיום הערעור או שמיעת העתירה, להבדיל מהריסה, שהיא, כאמור, בלתי הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אתר, כאמור, חינתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, ובה יובהר לו, כי זכות ההשגה או הגשת העתירה בעיניה עומדת."

3. בבג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4)626,

639 (להלן: פומרנץ) נקבע כלהלן:

"במקרה דנן, מדובר בפעולה של השלטונות הצבאיים הבאה מתוך צרכים צבאיים חיוניים ודחופים כדי לאפשר שמירת הסדר והחוק ושמירת ציר תחבורה מסיכון חיי אדם. מאחר שהצו בדבר הריסת מבנה של פלוני לא בא כדי להעניש אותו פלוני ולהרתיעו, שומה על השלטונות הצבאיים לפצות על הנזק שייגרם לפלוני באופן נאות ובמידה נכונה ולהמציא, במקרה הצורך, דיוור חלופי. ביישומה של זכות הטיעון חל כלל היסוד שיש לקיים זכות טיעון זו עובר לביצוע המעשה, אלא אם הריסת המבנה דורשה לאלתר ובאופן מידי משום צרכים צבאיים-ביטחוניים דחופים, כגון במקרה דנן, בו קיים צורך מידי של הכשרת המקום באופן המאפשר למשורר על הביטחון בו מפני מעשי טרור."

4. בבג"צ 5973/92 ואח' האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון ואח' מז(1)267, (להלן: "פרשת גידוש אנשי חמאס") נקבע כי יש לקיים את זכות השימוע בדריעבד, בשל הנסיבות שנוצרו באותה עת. וכך קבע בית המשפט הנכבד, בעמ' 289 מול האות ר':

"לא ראינו צורך לנקוט כאל עמדה בשאלה, אם חריג לזכות השימוע התקיים בנסיבות שלפנינו, שכן מקובל עלינו - על פי הלכת קוואסמה נבג"צ 320/90 יוסרה קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח' פ"ד לה(3)113(השופטים לנדוי וי' כהן), כי אם לא היה שימוע מוקדם, יש לקיים שימוע מאוחר המשרת את המטרה של מתן אפשרות לנגוע בדבר להציג עמדתו לפרטיה, והיעדר השימוע המוקדם אין בו, כשלעצמו, כדי לפסול את צווי הגידוש האינדיווידואליים."

פסק הדין

5. פסק הדין הגדיר מחדש את המונח "פעולה צבאית מבצעית" כדי לכלול פעולה יוזמה של צה"ל.

ההגדרה הקודמת צוטטה לעיל. עניינה הריסת בית הנעשית אגב פעולה מבצעית אחרת, ולצורך אותה פעולה ("כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית, אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות או להגיב על את על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן, או נסיבות כיוצא באלה"). דוגמה ליישום החריג ניתן להביא מבג"ץ 2977/02 עראלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה. באותו עניין נשללה זכות השימוע בהרס בתים אגב קרב, ונאמר:

"עמדת המשיב היא שהמדובר בפעולות לחימה אפקטיביות שבהם לעיתים פגיעה בבתי מגורים היא בלתי נמנעת כאשר בתים כאלה הופכים למעין בונקרים המשמשים לידי על כוהות צה"ל. בנסיבות כאלה כוחו של בית המשפט להתערב בפעולות מבצעיות על ידי ביקורת שיפוטית הוא מוגבל: בג"ץ 353/88, פ"ד מג(2) 529. אכן אין מדובר בתנאים רגילים וסטטיים שבהם מן הראוי ליתן למי שמבקשים לפעול נגדו הודעה מוקדמת לפני שרכושו נפגע."

החריג שנקבע מרחיב את ההגדרה ממקרה של הריסה אגב פעולת לוחמה אפקטיבית, למקרה של הריסה שלא אגב קרב ובאזור שבאותה עת אינו במצב של לחימה פעילה, כאשר המטרה - הבית - הינה אזרחית ולא חמושה.

בבג"ץ 4112/90 (הנ"ל) הוחל החריג שבהלכת בג"ץ 358/88 במצב בו נשקפה סכנת חיים מיידית מהבתים המיועדים להריסה, ומשום כך לא ניתן היה לקצוב זמן לשימוע. דוגמה אחרת להחלת החריג ניתן למצוא בבג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל

ברצועת עזה [לא פורסם]. באותו עניין הכשיר בית-המשפט הריסת חלק קדמי של מבנה ללא מיצוי זכות השימוע, לאחר שבבוקר ההריסה בוצע פיגוע מכיוון המבנה, והיה מידע אודות כוונה לפיגועים נוספים.

"כל אלה יצרו, לדעת המשיב, צורך ביטחוני דחוף בהריסת החלק הקדמי של המבנה. ביסוד צורך זה עמד החשש להימצאות מטענים במבנה, אשר יפגעו בתנועה על הכביש."

פסק הדין מרחיב את החריג למצבים בהם לא נשקפת כל סכנה ישירה, בוודאי לא סכנה חמורה ומיידית, מהבית המיועד להריסתו, ומטרת ההריסה היא עקיפה והיפוטטית – דהיינו השגת הרתעה כללית.

פסק הדין מטשטש את הגבולות בין הריסה שמטרתה עונשית-הרתעתית לבין הריסה שמקורה בצרכים צבאיים-מבצעיים. הראשונה נעשית כאמצעי להשלטת הסדר ועל-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. השנייה נעשית במסגרת סמכויות המשיב בגדר המשפט הבינלאומי. אבחנה זו הייתה ברורה וחדה בפסיקת העבר. (ראו, למשל, בבג"ץ 4112/90 הנ"ל בע' 639-638 ובבג"ץ 2264/02 מתיב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה). פסק הדין הופך את הסוג הראשון של הריסה לתת-קבוצה בתוך הסוג השני. אין בכך רק משום טשטוש אבחנות מושגי. יש בכך משום קביעה משתמעת, בעניין שלא לובן בפני בית-המשפט, לפיה המשפט הבינלאומי מתיר, במצבים של פעולות איבה, את ההריסה של בתים אורחיים, בשל כך שגררו בהם מחבלים. לעניין זה נשוב בהמשך.

6. החידוש ב"פסק הדין" הינו הצמצום הנוסף של זכות השימוע עת שהיא מתנגשת עם צרכים צבאיים מבצעיים. בית המשפט לא שינה בפסק הדין החלכה לעניין עצם הצורך באיזון ואף בצמצום זכות השימוע מול הצורך הצבאי. השוני הוא בהרחבת ההגדרה המקובלת על ידי בית המשפט עצמו של המונח צורך צבאי מבצעי כדי לכלול הריסת בתיהם של משפחותיהם של מפגעים וכן אחראיים לפיגועים קשים. למעשה בית המשפט נעל את שערו בפני עותרים פלסטינים - חושבי השטחים שנכבשו מחדש, ואף בזה פסק הדין שינה החלכה הפסוקה. בעקבות פסק הדין, אין עוד במקרה דנן, החלטה מנהלית בלתי הפיכה הפוגעת בזכות יסוד של האדם, כל ביקורת שיפוטית ואף לא מעין שיפוטית.

7. גם אם המצב הקיים היום בשטחי הגדה המערבית מאפשר למשיב לפעול בהתאם ל-Chapter III, Section II של אמנת האג 1907, ובמיוחד בהתאם לסייג של סעיף 23(ז) הרחבת פירושו של המונח "hostilities" כדי לכלול פיצוץ בית מגורים בלב שכונה מאוכלסת באורחים לא חמושים הינו חידוש הרודף ליבון נוסף על יד הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד הזה.

8. פסק הדין נתן פירוש רחב וחדשני למונח "פעולה צבאית מבצעית". אין בבקשה לדין נוסף ניסיון לבחון את תבונתן של אותן פעולות צבאיות מבצעיות אלא רק את חוקיותן. חוקיותן של פעולות המשיב נבחנות על פי נורמות משפטיות שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד הזה בין היתר בעתירות שצוטטו לעיל - בג"צ 358/88 ובבג"צ 4112/90 אשר הגדירו המצבים בהם מצטמצמת זכות הטיעון - וב"פרשת גירוש אנשי חמאס" בו נקבע מחדש כי ניתן לקיים זכות השימוע בריעבד. חוקיות הפעולות גם נבחנת גם על פי נורמות של הדין הבין לאומי, הן המנהגי והן ההסכמי - אשר חלקיו ההומניטריים מכובדים על ידי המשיב.

בבג"צ 2936/02 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3)

3, בעמ' 4-5, נקבע ע"י בית המשפט הנכבד כלהלן:

"עם זאת הטעימה המדינה, כי צה"ל רואה את עצמו מחויב

לקיים את כללי המשפט ההומניטרי לא רק מן הטעם שכללים

אלו מתחייבים מן המשפט הבינלאומי, אלא גם כמתחייב

מבחינה מוסרית, ואף מטעמים תועלתניים."

9. העותרים מפנים לסעיפים הרלוונטיים של אמנת ג'נבה הרביעית, במיוחד לסעיפים 33

ו-53 לאמנה וגם ל- Additional to the Geneva Conventions of 12 August Protocols

1949 במיוחד לחלק IV הנושא כותרת Civilian Population ובמיוחד לסעיף 52.

10. העותרים מבקשים לציין כי פסק הדין דן בפגיעה בקניינו של הפרט. החלטה לפגוע

בקניין הפרט הינה החלטה מנהלית אשר על פי הפסיקה הקיימת כעת אינה חייבת לעבור

כל ביקורת שיפוטית וזאת למרות שהמדובר בפעולה בלתי הפיכה.

11. העותרים מפנים לפירושים שנתנו בעבר לתחולתו של סעיף 23(ו) לאמנת האג על ידי

מלומדים שונים.

א. כ-Digest of International Law' Marjorie Whiteman, Department of State-

Publication, 1968, נרשמו הדברים הבאים, בעמ' 573-574:

"Paragraph 393 of the United States Army Field Manual (1956), having

incorporated article 23, paragraph g of the 1907 Hague Regulations ... and

article 53 of the 1949 Geneva Civilians Convention ..., refers to its own

paragraph 56 which provides:

"The measure of permissible devastation is found in the strict necessities of war. Devastation as an end in itself or as a separate measure of war is not sanctioned by the law of war. There must be some reasonably close connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy's army. Thus the rule requiring respect for private property is not violated through damage resulting from operations, movements, or combat activity of the

army; that is, real estate may be used for marches, camp sites, construction of field fortifications, etc. Buildings may be destroyed for sanitary purposes or used for shelter for troops, the wounded and sick and vehicles and for reconnaissance, cover, and defense. [Sid] Fences, woods, crops, buildings, etc., may be demolished, cut down, and removed to clear a field of fire, to clear the ground for landing fields, or to furnish building materials or fuel if imperatively needed for the army."

דבעמ' 301 גרשם:

"[n.7] An excellent definition of the principle of military necessity is found in the following quotation:

"Military necessity has been invoked by the defendants as justifying the killing of innocent members of the population and the destruction of villages and towns in the occupied territory.

...

The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of international law."

דבעמ' 302:

"Rules providing for the exceptional operation of military necessity require a careful consideration of the relevant circumstances to determine whether or not the performances of normally prohibited acts is rendered necessary in order to protect the safety of a belligerent's forces or to facilitate the success of its military operations.

...

In allowing only that use of force necessary for the purpose of war, the principle of necessity implies the principle of humanity which disallows any kind or degree of force not essential for the realization of this purpose; that is, force which needlessly or unnecessarily causes or aggravates both human suffering and physical destruction."

G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* (דבעמ' 311 מוכא דבריו של University של

: of Minnesota Press, 1957) 226-227

"Yet, and this is the important point in view of the subject of this entire study, few if any of the measures likely to be undertaken by occupation authorities in enemy territory will reasonably contribute decisively to the end of the conflict, to the surrender of the enemy, or will be invested with supremely vital character; in other words, necessity proper will be almost impossible to prove, except in a few minor situations during the

initial combat phases of the invasion of the enemy territory. It must be remembered that practically all measures of real importance undertaken by an occupant in hostile territory fall in a period of time when the military phase of active hostilities has passed from the occupied territory and when the occupant attempts to establish an orderly administration. Hence, there is an absence of nationally vital necessity and a lack of real necessity which would enable a successful employment of the defense in question."

12. א. העותרים מפנים לפסק הדין re List and Others (Hostage Trial) United States

Annual Digest and Reports of - ב Military Tribunal at Nuremberg, February 19, 1948

Public International Law Cases, 1948, בעמ' 646 נקבע כלהלן:

"Military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money. In general, it sanctions measures by an occupant necessary to protect the safety of his forces and to facilitate the success of his operations. It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war; it allows the capturing of armed enemies and others of peculiar danger, but it does not permit the killing of innocent inhabitants for the purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of International Law."

ב. העותרים עוד מפנים לעניין Hoffmann, Denmark, Eastern Provincial Court,

Annual Digest and Reports of - ב שפורסם, September 21, 1948

Public International Law Cases, 1949 נקבע כלהלן:

"The proposition may be summarized thus: The purpose of war is the overpowering of the enemy. The achievement of this purpose justifies any means, including, in case of necessity, the violation of the laws of war, if such violation will afford either the means to escape from imminent danger or the overpowering of the opponent. This theory, as Professor Oppenheim points out, is based on the old German principle dating far back in the history of war when was regulated not by law at all but by usages. The principle was that necessity in war overrides the manner of warfare. Such a principle can have no application to the laws of war."

In the *Trial of Franz Holstein and Twenty-Three Others*, the Permanent Military Tribunal at Dijon, France, decided on February 3, 1947, that some of the accused were guilty, *inter alia*, of a violation of article 434 of the French Penal Code (dealing with arson). The acts in question were undertaken as "reprisal" measures against the French resistance movement in occupied France during World War II. The notes on the case as reported state:

"In International Law, Article 23(g) of the Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907, forbids the 'destruction or seizure of enemy property' unless it is 'imperatively demanded by the necessities of War.' This careful phraseology is usually interpreted to mean that 'imperative demands of the necessities of war' may occur only in the course of active military operations. In the case tried there was no evidence to show that, on the few occasions of clashes between the German units involved and the French resistance movement, there was any necessity to set the houses on fire. On the contrary, the evidence was to the effect that the houses were deliberately set on fire as a measure of intimidation for suppressing the activities of the resistance movement in the area.

...

"Reflected [sic] upon the question of reprisals, this means that, even though the Germans may have carried out destruction as a measure of retaliation for the activities of the resistance movement, their deeds were regarded by the Tribunal as trespassing the limitations of International Law, and, therefore, constituting arbitrary acts of revenge of a criminal nature. The distinction between lawful and unlawful, or legitimate and arbitrary reprisals, was, thus, brought to light once more." VIII *Law Reports of trials of War Criminals*, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission(1949), pp. 22, 30."

In his book *The Modern Law of Land Warfare* (1959), Greenispan wrote:

"Reprisals against enemy property are now prohibited. No longer permissible, therefore, are such acts as the destruction of dwellings in reprisal for illegal acts of warfare by enemy civilians not

possessing the rights of combatants. The heat of battle provides no excuse for the infraction of the rules of warfare - pillage is equally forbidden ...Any act of destruction motivated not by absolute and *bona-fide* necessities of military operations, but for plunder or revenge is unlawful.

...
Devastation for the purpose of intimidating the civilian population is illegal."

סוף דבר

13. בפסק הדין בית המשפט שחרר את הרסן וכלל במונח "צורך צבאי-מבצעי" פעולות יוזמות. המכשול אותו יש לסלק הינו בית בו מתגוררים אזרחים לא חמושים, ההתנגדות שיש להתגבר עליה היא התנגדות אזרחית לא חמושה המבקשת למנוע הריסת בית. אין המדובר בתגובה על החקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן. הריסת ביתה של משפחתו של מפגע או מבצע עבירה חמורה כעבור שנה, שנתיים, חודש או חודשיים לאחר המעשה הינה תגובה "צבאית-מבצעית" אשר כיום, אחרי "פסק הדין", מבטלת לחלוטין את זכות השמיעה.
- העותרים טוענים, ולשם כך הביאו אסמכתאות ממלומדים זרים, כי אין הריסת הבית תואם את המותר על פי הדין הבינלאומי, ובמיוחד עומד בניגוד לסעיף 23(ז) לאמנת האג.
14. פסק הדין מתיר הריסת בית ללא מתן זכות שימוע גם אם אין באותו מקום וזמן לחימה, גם אם לא נעשה שימוש בבית עצמו לצבור נשק, או ליתן מחסה למבוקשים, או לירות ממנו וכיוצא בזה.
15. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה זו ולהתיר קיומו של דיון נוסף בסוגייה של מתן זכות שימוע בטווח ייהרס ביתו של אדם בשל קשרי הדם בינו לבין מבצע פשע חמור.

ירושלים, 1 ספטמבר, 2002

אין צורך להגיש
אגודה רוזנטל, עו"ד

ב"כ העותרים