

בעניין:

1. גב' [REDACTED] ג'ראד, ת"ז [REDACTED] הבעלים של המבנה
תושבת השטחים הכבושים
2. מר [REDACTED] כעבאן, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה החמישית
תושב השטחים הכבושים
3. גב' [REDACTED] אבתהאג', ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה החמישית
תושבת השטחים הכבושים
4. מר [REDACTED] עודה, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה החמישית
תושב השטחים הכבושים
5. מר [REDACTED] חסין, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה הרביעית
תושב השטחים הכבושים
6. גב' [REDACTED] שלאמה, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה הרביעית
תושבת השטחים הכבושים
7. גב' [REDACTED] פתילי, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה הרביעית
תושבת השטחים הכבושים
8. מר [REDACTED] עמאונה, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השלישית
תושב השטחים הכבושים
9. מר [REDACTED] ג'אבר, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השלישית
תושב השטחים הכבושים
10. מר [REDACTED] פזע, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השלישית
תושב השטחים הכבושים
11. מר [REDACTED] ג'ראד, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השנייה
תושב השטחים הכבושים
12. מר [REDACTED] מטאחון, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השנייה
תושב השטחים הכבושים
13. מר [REDACTED] ארשיד, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השנייה
תושב השטחים הכבושים
14. מר [REDACTED] אלטבג'י, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה השנייה
תושב השטחים הכבושים
15. מר [REDACTED] ח'דור, ת"ז [REDACTED] – השכנים בקומה הראשונה
תושב השטחים הכבושים
16. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
– ע"ר 580163517

ע"י עו"ד נאסר עודה (68398) ואח'
מרח' א-זהרא 8, ירושלים
דוא"ל: nodeh.adv@gmail.com
נייד: 0547266898 פקס: 02-5944666

העותרים

נגד

1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו, לכאורה, לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך במבנה של העותרים הכולל 20 דירות מגורים מאוכלסות בנפת ג'נין שבגדה המערבית; או לחלופין להורות למשיב על ביצוע הצו בדרכים חלופיות מידתיות יותר כמו צמצומו או אטימה במקום הריסה על מנת למזער את מעגל הקורבנות מהפעלת התקנה במקרה דנן;
2. מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו באופן שרירותי ולא מידתי, ולהימנע מהריסת דירת המפגע – הממוקמת בקומה הרביעית במבנה - באמצעות "חבלה חמה משולבת אמצעיים מכאניים" העלולה בסבירות גבוה לגרום נזקים משמעותיים לדירות הצמודות וליתר דירות העותרים במבנה;

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מהיום, ה-10.5.2022 בשעה 18:30, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבתיהם של העותרים, ובכלל זה להורות על השעיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיעה חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שייגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשת העותרים. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

בשל דחיפות העניין מוגשת עתירה זו כבר עתה, אם כי העותרים עודם פועלים לאיסוף מסמכים ופרטים נוספים. אי לכך, יבקשו העותרים להתיר להם להשלים את טיעוניהם וכן להוסיף פרטים ומסמכים ככל הנדרש לרבות חוות דעת הנדסית נוספת מטעמם.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בגורלו של המבנה בו מתגוררים העותרים. המשיבים הודיעו על כוונתם להחרים ולהרוס את הדירה הממוקמת בקומה הרביעית במבנה בן שש קומות בעיר ג'נין שבגדה המערבית. המשיב מבקש להפעיל את סמכותו ולהורות על הריסת והחרמת הדירה האמורה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), הואילו והבעלים של הדירה מעורב באירוע ביטחוני מיום 7.4.2022 שכתוצאה ממנו נהרגו אזרחים ישראלים.

2. נבקש להדגיש, כי עתירה זו מוגשת בשם השכנים המתגוררים בדירות הסמוכות ובקומות השונות באותו מבנה בו ממוקמת הדירה שהמשיב החליט להחרים ולהרוס.

3. העותרים סבורים כי הריסת ההדירה האמורה תגרום נזקים כבדים לדירות הסמוכות; ליתר הדירות ולתשתית הבניין בו מתגוררים 20 משפחות מרובות נפשות, שאין בינם לבין האירוע הנטען כל קשר; וכשאינו בינם לבין המעורב באירוע כל זיקה.

4. החלטתו של המשיב להרוס את הדירה האמורה באמצעות חבלה חמה ואמצעים מכאניים עלולה בסבירות גבוהה לגרום נזק משמעותי לשתי הדירות הסמוכות מהצד הדרומי והמערבי שבינם לבין דירת המפגע קירות משותפים; כמו כן שיטת הריסה זו תגרום נזק רציני ליתר הדירות במבנה ובמיוחד לדירה שממוקמת בקומה השלישית מתחת לדירת המפגע. ע"פ חוות דעת הנדסית מטעם העותרים הריסת דירת המפגע עלולה לגרום נזק לתשתית הבניין, מערכות המים; החשמל; הביוב; הנזקים והגז שמשרתים את כל הבניין.

5. התעלמותו של המשיב מהנזקים הרחבים שעלולים להיגרם ל-20 משפחות חפות מפשע שמתגוררים באותו מבנה, מעידה על שיקול דעת לקוי ועל החלטה פסולה החורגת ממבחני הסבירות והמידתיות, עליהם עמד בית המשפט הנכבד פעם אחר פעם עת בחן צווי הריסה דומים.

לאור האמור, ועל מנת להימנע מהפעלת סמכותו של המשיב באופן פסול שמהווה ענישה קולקטיבית לעשרות משפחות חפות מפשע, מתבקשת התערבותו של בית המשפט הנכבד.

החלק העובדתי

הצדדים

6. העותרים 1-15 הם תושבי השטחים הכבושים; הבעלים או השוכרים המתגוררים בדירות מגורים במבנה בן 6 קומות בעיר ג'נין בגדה, שבו ממוקמת דירת המפגע. העותרים מתגוררים ב-20 דירות נפרדות בקומות השונות, יחד עם בני משפחותיהם וילדיהם. במבנה מתגוררים יותר מ-80 נפשות ממשפחות שונות; זוגות טריים ועשרות ילדים ופעוטים.

7. העותרת 16, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

8. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מחמישים שנה; והוא שהוציא צו להחרמה והריסה של כל בית העותר, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**).

9. המשיב 2 הוא היועץ המשפטי לאזור הגדה המערבית, הינו יועצו המשפטי של המשיב ושל הגורמים הפועלים מטעמו באזור הגדה המערבית (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

10. ביום 27.4.2022 התקבלה הודעת המשיב על כוונתו להפעיל את תקנה 119; להחרים ולהרוס את דירת המפגע. בהודעה מסר המשיב כי החליט להפעיל את סמכותו הואיל ומר רעד חאזם היה מעורב באירוע ירי שכתוצאה ממנו נהרגו ישראלים.

העתק מהודעת הצבא מיום 27.4.2022 מצורף ומסומן ע/1.

11. ביום 1.5.2022 פנה הח"מ, בשמם של העותרים, בהשגה כנגד החלטת המשיב, בה ציין את חומרת החלטתו ואת הנזקים הבלתי הפיכים שעלולים להיגרם כתוצאה מהריסת בית המפגע; והפגיעה הקשה הצפויה בחפים מפשע ככל שהמשיב לא יחדל מהחלטתו האמורה.

העתק מפניית הח"מ מיום 1.5.2022 מצורף ומסומן ע/2.

12. ביום 3.5.2022 התקבלה תשובת המשיב להשגת העותרים, ובה נמסר כי המשיב החליט לדחות את ההשגה והוציא צו החרמה והריסה שלא ימומש לפני תאריך 8.5.2022. לאחר פניית נוספת, הסכים המשיב לדחות את מועד ביצוע הצו עד ליום 10.5.2022 בשעה 18:30.

העתק מתשובת המשיב מיום 3.5.2022 מצורף ומסומן ע/3.

המבנה של העותרים והדירה נשוא צו ההריסה וההחרמה

13. כאמור, המשיב מבקש להחרים ולהרוס את הדירה הממוקמת בצד הצפון מזרחי של הקומה הרביעית.

14. המבנה כולל חמש קומות מגורים, המשתרעים מעל קומת מסחר חלקית, ובנוסף לחמש הקומות קיימת עוד דירה בשלבי בנייה בקומה השישית. כל קומת מגורים כוללת ארבע דירות מגורים נפרדות שביניהם קירות משותפים.

15. כל ה-20 דירות בבניין מאוכלסות, בהן מתגוררים משפחות שונות עם ילדיהם הקטינים. במבנה מתגוררים יותר מ-80 נפשות, רובם קטינים.

16. שטח כל דירת מגורים כ-130 מ"ר, הכולל שלושה חדרי שינה, מטבח, חדר אורחים ופינת אוכל, שני שירותים ומרפסת. הדירה נשוא צו ההריסה ממוקמת בקומה הרביעית. מתחת לדירה האמורה קיימים 3 קומות מגורים וקומה מסחרית; ומעליה קיימות שתי קומות מגורים הכוללות 5 דירות מגורים.

17. לדירת המפגע קיים קיר משותף עם דירת השכנים מהצד המערבי, בה מתגורר העותר מס' 5 יחד עם אשתו וארבעת ילדיהם; מהצד השני קיים קיר משותף עם דירת השכנים מהצד הדרומי בה מתגוררת העותרת 7 יחד עם בן זוגה אחמד וארבעת ילדיהם. מעל דירת המפגע ממוקמת הדירה של העותר 4 בה הוא מתגורר עם אשתו דינה ושלושת ילדיהם; ומתחתה ממוקמת דירת העותר 8 בה הוא מתגורר עם אמו, שני אחיו ואחיינו.

אופן ביצוע צו ההריסה

18. במסגרת ההשגה מיום 1.5.2022, התמקדו העותרים בטענות הנוגעות לאופן ביצוע צו ההריסה והנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מהריסת בית המפגע. בין היתר הועלו טענות לגבי הנזק הכבד שייגרם לדירות הסמוכות לדירת המפגע, לייתר דירות המבנה וגם לתשתית הבניין.

19. במענה להשגה, מסר נציג המשיב כי "אין בסיס עובדתי לטענות המפורטות בהשגה, לפיהן הריסת דירת המפגע צפויה לגרום לנזקים כבדים ליתר הדירות במבנה", וזאת על אף שבחוות הדעת ההנדסית של הצבא שצורפה למענה צוין, כי "מעצם אופי הפעילות קיימת היתכנות לנזק [קונסטרוקטיבי ונזק שאינו קונסטרוקטיבי]". באותו חוות דעת ציין מהנדס

הצבא כי תשתיות המבנה עלולות להיפגע ואף כי נזק שאינו קונסטרוקטיבי עלול להיגרם למבנים סמוכים.

20. המענה הלקוי של המשיב 1, והתייחסותו המזלזלת לפגיעה הצפויה בעותרים ובבתייהם כתוצאה מפעולת ההריסה, מעידה כי החלטת המישב התקבלה משיקולים זרים ללא בחינת טענות העותרים ואף תוך התעלמות מהחוות הדעת של המשיב עצמו.

21. בחוות הדעת ההנדסית מטכס הצבא, שצורפה למענה הדחייה של ההשגה, נכתב כי ההריסה תבוצע באמצעות "חבלה חמה משולבת אמצעים מכאניים או אמצעים מכאניים בלבד". הריסת דירת המפגע בשיטות אלו, תוך התעלמות בוטה מטענות העותרים; מהעבודות בשטח ומנסיבות המקרה תגרום בסבירות גבוהה נזקים ממשיים לדירות הסמוכות ולתשתית הבניין.

22. בטרם, הגשת עתירה זו, מהנדס מטעם העותרים ביקר במבנה נשוא צו ההריסה, בחן את המערכת הקונסטרוקטיבית של הבית; תשתית המבנה והנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהריסת דירת המפגע; והסיק כי הריסת דירת המפגע עלולה לגרום:

א. לתזוזה ולפגיעה במערכת הקונסטרוקציה של הבניין;

ב. לפגיעה קשה בדירות הקיימות מתחת ובצמוד לדירה שתהרס;

ג. לנזקים משמעותיים לתשתית הבניין- למערכת המים, הביוב, הגז והחשמל שמשרתים את כלל ה-20 דירות;

ד. הריסת הדירה תגרום ליצירת קומת עמודים בתוך בניין גבוה בן 7 קומות תפגע ביציבות הבניין והדבר יהווה סכנה בפני רעידת אדמה;

ה. תאפשר למים לחדור לתקרה ולקירות של הדירות התחתונות ותהווה סכנה ממשית.

העתק מחוות דעת הנדסית מטעם העותרים מצורף ומסומן ע/4.

23. לאור כל האמור, הריסת דירת המפגע הממוקמת בקומה הרביעית במבנה בן 6 קומות מגורים וקומה מסחרית, תגרום בסבירות גבוהה לנזקים משמעותיים וממשיים לדירות העותרים; לתשתית המבנה ולמבנים הסמוכים.

הריסת הדירה תהפוך את כל הבניין לבלתי ראוי למגורים

24. כאמור, במסגרת ההשגה העותרים העלו טענות המתייחסות לאופן ביצוע ההריסה ולנזקים העלולים להיגרם לדירות הסמוכות ליתר הדירות במבנה.

25. הן במסגרת חוות הדעת מטעם המשיב והן במסגרת המענה להשגה, לא פורטו הנזקים הצפויים מדרכי ההריסה השונות, וכל אחת בנפרד או השילוב ביניהן.

26. המהנדס מטעם המשיב לא שלל נזקים קונסטרוקטיביים שצפויים להיגרם לסביבה ולמבנה. הוא ערך את חוות דעתו והציג שתי אפשרויות לביצוע ההריסה, האחת באמצעות חבלה חמה והשנייה באמצעות כלי צמה בשילוב כלים מכאניים, אך אין בחוות דעת כל פירוט אודות הנזקים הצפויים מכל אפשרות בנפרד.

27. על אף הצהרת המהנדס של המשיב כי למרות הנזק הצפוי מעצם הפעילות "ננקטים מירב הפעולות הקפדניות בשלב התכנון ההנדסי והביצוע, כך שההריסה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים ונשלטים המביאים לרמה וסבירות נמוכים של נזק", מניסיון הח"מ והעותרת 16 עולה כי התחייבות המהנדס מטעם המשיבים לחוד והמציאות לחוד.
28. רשימה ארוכה של מקרים בהם נעשה שימוש בכלי של חבלה חמה מציגים מציאות אחרת. מנתונים הנמצאים בידי המוקד להגנת הפרט, המתמייחים לתקופה שמאז שנת 2014, **מתוך 14 מקרים שבהם נעשה שימוש באמצעי של חבלה חמה לצורך ההריסה, שבהם לא היה מדובר בהריסה של מבנה בשלמותו, בתשעה מקרים נגרם נזק רציני לדירות הסובבות את החלק המיועד להריסה, ואף חלקן הפכו לבלתי ראויים למגורים.**
29. כך למשל, לאחר שבמסגרת בג"ץ 8161/17 אלג'מל נגד המפקד הצבאי, ניתן פסק דין המאשר הריסת הדירה בקומה העליונה במבנה בן שלוש קומות על דרך חבלה חמה, המשיב ביצע את ההריסה, והפך את כל המבנה לבלתי ראוי למגורים. יתר דיירי המבנה נטשו אותו, כשכאמור הנזקים היו כה כבדים שסיכנו את חייהם של מי שהמשיך לגור בו.
30. כך גם בבג"ץ 7220/15 עליוה נגד המפקד הצבאי (פורסם באר"ש ביום 1.12.2015), אושרה הריסת הקומה השלישית במבנה בן שלוש קומות. ההריסה בוצעה על דרך של חבלה חמה, וכתוצאה ממנה נאלצו דיירי הבניין לנטוש את הבית כיוון שהפיצוץ גרם לנזקים כבדים שהפכו את השהייה במבנה למסוכנת. באותו עניין הנזק חרג מהמבנה בו הייתה הדירה המיועדת להריסה, ונגרמו נזקים כבדים למבנים סמוכים, דבר המצביע על הבעייתיות שבשימוש בכלי זה באזור מגורים מאוכלס וצפוף. מעשה ההריסה פגע בחמש דירות.
31. כמו כן, לפני שנה, בבג"ץ 480/21 מרווח קבהא נגד המפקד הצבאי (פורסם באר"ש ביום 3.2.2021), אושרה הריסת שתי הקומות במבנה בן שלוש קומות באמצעות חבלה חמה. כתוצאה מההריסה נגרמו נזקים כבדים לקומת הקרקע אשר הפכו את המגורים בה למסוכנים, כאשר הנזק הוערך בסך של 233,000 ₪. זאת חרף חוות הדעת של המהנדס מטעם המשיב לפיה אינם צפויים נזקים או שהם צפויים ברמה נמוכה.
32. במקרה אחר, המשיב אף חרג משיטת ההריסה עליה הודיע במסגרת העתירה בבג"ץ 5506/16 מחאמרה נגד המפקד הצבאי, דבר שגרם לנזקים כבדים ליתר המבנה. תחילה, המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס שתי דירות בקומות שונות במבנה באמצעות "כלי צמ"ה". בית המשפט הנכבד בפסק דינו קבע שיש להסתפק בהריסת הדירה בקומה העליונה בלבד. לאחר מתן פסק הדין החליטו המשיבים לבצע את הריסת הדירה בקומה העליונה באמצעות "חבלה חמה". באופן זה, לשיקולים של צמצום ההריסה לדירה בה מתקיימת זיקת מגורים של מבצע הפיגוע, לא הייתה כל משמעות, שכן המשיבים החליטו לפעול על דעת עצמם ולשנות את שיטת ההריסה שהובילה בסופו של יום לנזק משמעותי ליתר חלקי המבנה שלא היו מיועדים להריסה. מקרה זה, עשוי להוות דוגמא הממחישה את החששות לנזקים שעשויים להיגרם במקרה דנן.
33. על אף שבחוות הדעת השונות אשר הוגשו במסגרת הליכים מסוג זה על ידי המשיב, חזרה המדינה והתחייבה שההריסה תבוצע תוך כדי הקפדה על שמירת המערכת הקונסטרוקטיבית הקיימת, כשהיא מפרטת הסיכויים הנמוכים לכאורה לגרימתו של נזק,

אנו עדים, פעם אחר פעם, למקרים בהם המשיב אינו עומד בהתחייבותו, ונזקים כבדים נגרמים לצדדים שלישיים שאפשרות הפגיעה בהם לא הוצגה באופן ראוי בפני בית המשפט הנכבד עת אישר את הצו.

34. מקרים נוספים דומים, המצביעים על הנזק הקשה שנגרם בעקבות שיטת הריסה זו, ואשר כולם אושרו על ידי בית המשפט הנכבד לאחר שהמשיב התחייב לנקוט בדרך שפגיעתה פחותה, ניתן למצוא בדוגמא בבג"ץ 7081/15 אבו עמאר נ' המפקד הצבאי. באותו עניין ההריסה הייתה מיועדת לקומה השלישית במבנה בן 3 קומות, כתוצאה מהפיצוץ המבנה הפך לבלתי ראוי למגורים ונגרמו נזקים נוספים למבנה סמוך. מקרה נוסף הוא של משפחת רזק בבג"ץ 7079/15 ריזק נגד המפקד הצבאי, לאחר שהמשיב עמד על שיטת ההריסה, והתחייב כי הדבר לא יגרום לנזקים קונסטרוקטיביים, בית המשפט אישר את הצו. בעקבות ההריסה ניזוקו הדירות האחרות במבנה והפכו אותו לבלתי ראוי למגורים ועוד נגרמו נזקים למבנה סמוך.

35. מנתונים אלה שהינם רק חלק קטן מכלל המקרים בהם נגרמו נזקים כבדים, ניתן ללמוד על התנהלות המשיב בכל הנוגע לאופן ביצוע ההריסה, שבהם הנזקים היו כל כך קשים שהפכו מבנים שלמים ללא ראויים למגורים.

36. בכל הנוגע למקרה הנדון כאן, הריסת דירת המפגע בכל אחת משיטות ההריסה שהציע מהנדס המשיב בחוות דעתו, שמלכתחילה לא טורח לבחון את השלכותיהן ולהציג את החלופה שפגיעתה פחותה, עשויה להפוך את כל המבנה לבלתי ראוי מגורים ולחילופין לגרום לנזקים משמעותיים בדירות הצמודות ולהותרת עשרות נפשות ללא קורת גג בשל הפעלת שיקול דעת לקוי מצד המשיב או מי מטעמו.

37. מכאן, מתבקשת התערבותו של בית משפט נכבד על מנת לפקח על אופן השימוש בסמכות, ככל שישנה ועל הדרך בה המשיב מיישם צווים דרקוניים מכוח תקנה 119 בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד; ועל הצורך בהפעלת התקנה באופן מצומצם ביותר תוך בחינת החלופות שפגיעתן בחפים מפשע פחותה.

38. נוכח האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול צו ההריסה או לחלופין להורות למשיב על ביצוע הצו בדרכים חלופיות מידתיות יותר כמו צמצומו או אטימה במקום הריסה על מנת למזער את מעגל הקורבנות מהפעלת התקנה במקרה דנן.

39. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להציג נתונים אודות הנזקים הנגרמים למבנים בעקבות ההריסות שמבצע מכוח תקנה 119, וככל שמופעל מערך של פיקוח על ביצוע צווים אלה יבקשו העותרים לעמוד על ממצאי מערכי הפיקוח האמורים.

הטיעון המשפטי

40. לאורך כל השנים עמד בית המשפט העליון על כך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מחייבת נקיטת גישה מאוד זהירה ומצמצמת, ובמיוחד לאחר חקיקת חוקי היסוד, שכן הפעלת

סמכות זו כרוכה בפגיעה קשה בשורה של זכויות יסוד, לרבות פגיעה בקניין ופגיעה בכבוד האדם ובשורה של זכויות הנגזרות מכבוד האדם.

41. יפים לעניינינו דבריו של כבוד השופט (בדימוס) מזוז בבג"ץ 4853/20 **סוהילה אבו בכר ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית:**

"מכל מקום, הסמכות לחוד ושיקול הדעת לחוד. וגם לפי ההלכה הנוהגת, לפיה הסמכות לפעול מכוחה של תקנה 119 עומדת בתוקפה, עדיין שומה על המפקד הצבאי להפעילה **בזהירות, מתוך ריסון רב, בסבירות ובמידתיות**"

42. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**). העותרים יטענו, כי תקנה 119 עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ועל כן אל לו לעשות בה שימוש. אם עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכות הנתונה לו ע"פ התקנה, עליו לפעול במסגרת שיקול הדעת וההלכות שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה ולעמוד במבחני המידתיות. במקרה דנן, פעל המשיב בניגוד לכל אלה ועל כן דין החלטתו להתבטל.

אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת

43. העותרים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה ראוי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד בתייהם של העותרים על לא עוול בכפם, **הרי ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב אינה מסתיימת במישור הסמכות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, וזאת לאורן של נסיבות המקרה ובישם לב למבחני המידתיות.**

44. במקרה דנן, בעותרים יטענו כי החלטת המשיב להרוס את דירת המפגע הקיימת בתוך במנה בן 6 קומות והכולל 20 דירות מגורים, בדרך של חבלה חמה ושילוב של אמצעים טכניים מעידה על אופן שיקול הדעת הלקוי הכרוך בקבלת ההחלטה. הפעלת הסמכות במקרה דנן, מתעלמת מנסיבות המקרה, ממבחני המידתיות ומפסיקת בית המשפט העליון.

45. במקרים דומים, ובשל פגיעה קשה זו בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני משפחות המפגעים הגרים באותו בית או מבנה, בפרשו את תקנה 119 צמצם בית המשפט העליון את יישומה וביצועה וקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.

46. אם כן, על אחת כמה וכמה כשמודבר בפעולה הכרוכה בגרימת נזק ממשי לעשרות תושבים המתגוררים בדירות הסמוכות באותו בניין, שאין כל זיקה בינם לבין האירוע או כל קשר בינם לבין המפגע.

47. במקרים דומים, בית המשפט הנכבד הורה למשיב לבחון את החלופות שבכוחן לשרת את המטרה המוצהרת שפגיעתן בחפים מפשע פחותה וזאת על מנת למזער את קורבנות הפעלת התקנה 119.

כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין התייחס בעבר לעניין אופן הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי במקרה שמדובר באירוע שבו "מטרת הטרור" לא עמדה לבדה במרכז מניעו של המפגע, כדלקמן:

לצורך הקביעה כי בסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בית או אטימתו מכוח תקנה 119, אין הכרח לקבוע כי מטרת הטרור עמדה לבדה במרכז מניעיו של המחבל, או כי זו הייתה המטרה הדומיננטית. ואולם, **יתכן שיהא לדבר משקל במישור שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובחינת האמצעי המידתי ההולם את נסיבות העניין – למשל, אטימה חלף הריסה, או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה, והכל בהתאם למטרתה של תקנה 119.** [ההדגשה הוספה; ג.ע.]

(בבג"ץ 6745/15 ח'אלד אבו חושייה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית).

48. לא למותר לציין, כי למרות שהריסת בית מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולזכויות יסוד, קבע בית משפט נכבד זה כי השימוש בתקנה 119 לצורכי הרתעה הוא לגיטימי, כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים מפשע (בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות הצבא, פ"ד נ"א(1) 226; בג"ץ 6996/02 זעירוב נ' מפקד כוחות הצבא בעזה, פ"ד נו(6) 407 ועוד).

49. ואולם, הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול-דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו להחרים ולהרוס בתים במסגרת תקנה 119.

... אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול-דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מו(3) 693 (להלן: פס"ד אלעמרין), עמ' 669).

50. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת המפגע לבית, חומרת הפיגוע, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה יש זיקה כלשהי למעשיו של המפגע, האם ניתן שלא לפגוע בבית כולו וכד' (ראו בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי, פורסם בנבו ופס"ד אלעמרין).

51. גם אם במקרים אחרים, כפי שטוען המשיב בתשובתו להשגה, התיר בית משפט נכבד זה הריסת בתים בנסיבות שבחלקן דומות למקרה דנן, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. אין לבחון, כפי שעושה המשיב, אם כל נסיבה כשלעצמה מאפשרת הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אם לאו, אלא האם כלל הנסיבות המצטברות במקרה דנן מערערות את הבסיס להחלטתו של המפקד הצבאי.

52. ובאשר לתשתית העובדתית - החלטה חמורה אודות הריסת בית, שביצועה יוצר מצב בלתי הפיך, חובה שתסתמך על עובדות מדויקות ועל איסוף נתונים ובחינתם כהלכה. בפס"ד

בבג"ץ 802/89 **נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור**, ביטל בית המשפט את החלטת המפקד הצבאי להרוס בית והחזיר את העניין לשיקול מחדש נוכח עובדות ונימוקים לא מדויקים:

אין צורך להרבות מלים על כך, שהחלטתה של רשות ציבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהיו תשתית עובדתית להחלטתה (וראה לעניין זה בג"ץ 297/82 [1], בעמ' 48-49). משנמצא, שחלק מתשתית זו אין לו על מה שישמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות.

... יש לזכור, שהמדובר בהריסה ובאטימה של מבנה שבו מתגוררים אחרים, פעולה שכתוצאה ממנה ייפגעו גם מי שלא חטאו. אכן, כפי שנקבע לא אחת, לא יתערב בית-משפט זה בהחלטת המפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כשזו עומדת במבחן הסבירות. אך בשל תוצאתה הקשה של פעולה זו, יש מקום, לדעתי, לבחון בכל מקרה בזהירות ובקפדנות, אם ההחלטה מעוגנת כהלכה בעובדות הרלבנטיות, ואם שיקול הדעת הופעל על-ידי המשיב כהלכה (שם, פ"ד מ"ד (2) 601).

מבחני המידתיות

53. **החלטת המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119, ולהרוס דירה שלמה בתוך מבנה המאכלס יותר מ-80 נפשות תוך התעלמות מוחלטת מטענות העותרים בנוגע לנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מפעולתו, כשאין זיקה בין הדיירים העותרים לבין המפגע או מעשיו, אינו יכול לעמוד במבחני המידתיות, ולא במבחנים שקבעה הפסיקה לצורך הכשרת הפעלת סמכותו של המשיב.**

54. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובצמצום, וכי על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353, 359).

55. בעניין **עואודה**, וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות.

56. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האפשרות שההריסה תביא להרתעה בנסיבות האמורות, **האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב** (ר' בג"ץ **סאלם לעיל**; בג"ץ 6299/97 **יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש** (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

57. המידתיות והאיזון הינם עקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם:

58. הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן

רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין ([פורסם בנבו], 11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין **שריף**) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבי**, פס' 12 לפס"ד).

59. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי הריסת דירת המפגע בכל אחת מהחלופות המוצעות על ידי המשיב, יגרמו לפגיעה בלתי הפיכה בכל דיירי הבניין ועלולים להפוך את המבנה לבלתי ראוי למגורים, אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת

60. במסגרת הדיון בבג"ץ 7961/18 **וליד נעאלוה נגד המפקד הצבאי** (להלן: **בג"ץ נעאלוה**), שהתקיים ביום 19.11.2018 נחשפה חלק מהצוואה של המפגע באותו מקרה שבה צוין: "המפגע יבצע את הפיגוע על רקע תוקפנות נגד העם הפלסטיני, הריסת בתים והפקעת רכוש..". (פרוטוקול דיון בבג"ץ 7961/18 מיום 19.11.2018, עמ' 8, ש' 27).

61. לא רק זאת, אלא בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ נעאלוה, היא לא הסתירה את תדהמתה מהעובדה שמדיניות הריסת הבתים, שתכליתו המוצהרת הינה הרתעתית, היוותה במקרה זה מניע להוצאת הפיגוע לפועל, ואלה דברי כבוד:

כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע.

62. השימוש בכלי זה לצורך הרתעה, דורש בחינה יסודית, כך שעל המשיב לבחון היטב, ובין היתר, את האפשרות שכלי זה כשהוא מופעל נגד חפים מפשע, מהווה בעצמו מניע לפיגועים. הפגיעה החוזרת בחפים מפשע במקרה זה, וביניהם העותרים הקטינים, היא כה קשה ואף בלתי הפיכה שעל המשיב החובה לבחון לעיתים תכופות את השלכות השימוש בהריסת הבתים. המקרה שהובא לעיל הוא דוגמא לתוצאה ההפוכה של השימוש בכלי זה, ובכך דוגמא המחלישה את טענת ההרתעה באופן היכול להעיד כי העלות עולה על התועלת.

63. במסגרת פסק הדין בבג"ץ נעאלוה, קובעת כב' השופטת ד' ברק-ארז בעניין חוות הדעת הסודית של השב"כ בכל הנוגע לאפקטיביות הנטענת של השימוש בצווי הריסה כאמצעי מרתיע, כי אף אם נחה דעתו של בית המשפט באותו מקרה מן האמור בחוות הדעת אינה פוטרת את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא בחוזר. ואף ממשיכה וקובעת, כי חזקה על גורמי הביטחון להראות כי בדיקה זו נמשכת.

64. אף אם היה קשר רציונאלי, הרי שלאור הפגיעה הקשה ביותר בקניינם של תושבים, הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אינה מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

65. לאור כל האמור לעיל העותרים סבורים, כי אין בכוחה של פגיעה בבתיהם של העותרים להגשים את המטרה המוצהרת של הפעלת תקנה 119 - הרתעה של מפגעים פוטנציאליים אשר עשויים להימנע מביצוע פיגועים אם יידעו כי בכך הם מסכנים את בתי שכניהם.

66. כמו כן, אין די בכך שהאמצעי אותו מבקש המשיב להפעיל מגשים, לכאורה, באופן חלקי או שולי את המטרה המוצהרת שעומדת מאחורי הפעלת סמכותו ע"פ תקנה 119. על המשיב להראות כי פעולתו עומדת ברף הגובה של מבחן המידתיות, וזאת בשל הפגיעה הקיצונית הכרוכה בהפעלת סמכותו במקרה דנן. כפי שנקבע בבג"ץ 3648/97 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים ואח'**:

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.

מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "הצר"

67. כאמור, עמדת העותרים היא כי גם אם מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת ומענישה חפים מפשע. גם אם התכלית היא אכן השגת הרתעה, הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, שאין כל זיקה בינם לבין המפגע, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסה בתוך המבנה העלולה לגרום נזקים לכל העותרים ודיירי הבניין.

68. ויודגש, כפי שפורט בהרחבה לעיל כי עמדת העותרים היא כי האיסור על הריסת בתים של אנשים חפים מפשע הוא מוחלט וכי מדיניות המשיבים היא בלתי חוקית, הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי המשפט הישראלי, וזאת ללא קשר לאפקטיביות של מדיניות זו או יכולת ההרתעה הטמונה בה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי עובדת היותו אפקטיבי אינה מבטלת את האיסור. אך למעלה מן הצורך יש לציין כי שאלת מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

69. העותרים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מציגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית המשפט נכבד זה, כי הוצג בפניהם מידע חסוי המעיד שיש בשימוש בתקנה 119 "להוות גורם מרתיע כלפי מחבלים ומפגעים פוטנציאליים, ולהשפיע על סביבתם הקרובה לבל יאפשרו יציאת מפגעים מקרבם". אך חרף זאת, ואף אם כבר נקבע כי "ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהפעלת תקנה 119 היא ענין להכרעת גורמי הביטחון..." כדברי כבוד המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבג"ץ 5376/16 **חוסין אבו ח'דיר נ' שר הביטחון**, וכי "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" כדברי כב' השופט אלרון בבג"ץ 8786/17 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הצבא בדה המערבית**), עדיין נותרות להכרעה השאלות (1) האם גורמי הביטחון בוחנים את מכלול השיקולים

הרלוונטיים להערכת ההרתעה הנובעת משימוש בתקנה 119, כגון האפקט השלילי שלה ו- (2) מהי מידת הוודאות הנדרשת בדבר מסקנותיהם. אלו הן שאלות משפטיות במהותן, שנתונות להכרעת בית המשפט הנכבד, ואשר העותרים יטענו שלא קיבלו מענה מספק בהחלטת המשיבים.

70. **העותרים חפים מפשע, כל אשמתם שרכשו או שכרו דירות בתוך מגדל מגורים, כשאינ כל טענה לגבי ידיעתם אודות המעשים או הכוונות המיוחסים למפגע, או על קיומם של סימנים מקדימים לגבי אפשרות התרחשות אירוע זה או אחר.**

71. יפים לענייננו דבריה של כבוד השופטת ע' ברון בבג"ץ 1125/16 **חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** :

ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה (ראו דברי השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4; ודברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (פסקה 6), ובעניין זכריא (פסקה 2); ולאחרונה, גם דברי השופט ס' גובראן בעניין אלרוב (פסקה 2) [ההדגשה הוספה; נ.ע.].

72. הפגיעה בעותרים הינה בגדר ענישה קשה על לא עוול בכפם. צעד דרקוני כזה עומד בניגוד לתכלית ההרתעתית שאותה מבקשת תקנה 119 להשיג. **כאשר הסנקציה מופעלת גם כלפי העותרים, שאינם קשורים לאירוע, היא לא מקדמת את המטרה הנטענת של הרתעה במקרים עתידיים דומים.**

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

73. בראש ובראשונה מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 29.12.2009)).

74. תקנה 119 סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), המהווה את הבסיס לדיני הכיבוש בדין הבינלאומי. סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם וסעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש.

75. כן סותרת התקנה את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: **אמנת האג**), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית ואת תקנה 43 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

76. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד

זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 1213 (1)2008; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 3333 (3)2005; סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 937 (1)2003; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1)385).

77. תקנה 119 סותרת את סעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), את סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי), את סעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק), וכן את סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים). כך מצאה גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

78. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה סותרת את סעיפים 12-13 וסעיף 17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; והיא עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8 (iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity).

הריסת בית מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויות יסוד

79. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט: חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

80. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

81. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

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

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

82. וכך בא הדבר לידי ביטוי 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 יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 97/2006 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2)651, בעמ' 654).

83. יצוין כי גם אם, אליבא דהמש"ב, מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

84. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו (ראו גם (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף, מאת פרופ' מרדכי קרמניצר, 24.2.2009, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

לסיכום

85. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם וחייהם אסורה. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסוכן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי:

חלילה לך מעשות דבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע.

חלילה לך ! השופט כל הארץ לא יעשה משפט ? (בראשית יח 25)

86. הריסת דירתו של המפגע עלולה בסבירות גבוהה לגרום לנזקים ממשיים ליתר דיירי המבנה החפים מפשע. הפגיעה הקשה והבלתי הפיכה בזכויותיהם של העותרים ובני משפחותיהם עולה לכדי פשע מלחמה וטיהור אתני הנחשב כפשע נגד האנושות.

87. לאור האמור, מתבקשת התערבותו של בית משפט נכבד על מנת לפקח על אופן השימוש בסמכות, ככל שישנה ועל הדרך בה המשיב מיישם צווים דרקוניים מכוח תקנה 119 בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד על הצורך בהפעלת התקנה באופן מצומצם ביותר תוך בחינת החלופות שפגיעתן בחפים מפשע פחותה.

88. נוכח האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול צו ההריסה או לחלופין להורות למשיב על ביצוע הצו בדרכים חלופיות מידתיות יותר כמו צמצומו או אטימה במקום הריסה על מנת למזער את מעגל הקורבנות מהפעלת התקנה במקרה דנן.

בשל דחיפות העניין ובהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם; בית משפט נכבד מתבקש לקבל עתירה זו בצירוף ייפוי כוח שהועברו בפקס למוקד להגנת הפרט לאחר תיאום טלפוני; והעתקים מתצהירים שנחתמו בפני עו"ד בגדה המערבית והתקבלו בפקס. העותרים יפעלו בהקדם להמצאת העתקים מקוריים לבית משפט נכבד.

לאור כל האמור, מתבקשת התערבותו של בית משפט נכבד זה. מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם למוחלטים.

10 במאי 2022



נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים