

סמדר בן-נתן, משרד עורכות-דין

SMADAR BEN-NATAN, LAW OFFICES

רח' הוברמן 10, תל-אביב-יפו 6407509
טל: 03-5619666, 03-5320076, פקס: 03-6868596
Email: office@bennatan-law.co.il

SMADAR BEN-NATAN, ADV.
GALIT LUBETZKY, ADV.
MICHAL POMERANZ, ADV.
RACHEL HEFETZ, ADV.
ANU DEULLE LUSKI, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד
גלית לובצקי, עו"ד
מיכל פומרנץ, עו"ד
רחלי חפץ, עו"ד
אנו דעואל לוסקי, עו"ד

בהול

24.8.15

לכבוד:

האלוף רוני נומה

אלוף פיקוד מרכז

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות דואר אלקטרוני pniot-tzibur@mail.idf.il

ובאמצעות פקס: 02-5305741

הנדון: בית משפחת אלהשלמון, ת.ז. בחברון

השגה בהולה

הריני לפנות אליך בשמה של מרשתי שבנדון בהשגה על כוונתכם להרוס את דירת המגורים בו היא התגוררה יחד עם משפחתה, וזאת כדלקמן:

1. ביום 19.8.15 קיבלנו את הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את דירת המגורים בה התגורר _____ אלהשלמון, ת.ז. _____, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"). לפי ההודעה שנמסרה, ננקט צעד זה הואיל ומר אלהשלמון "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 10.11.14". בהתאם להודעה ולארכה שניתנה, ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 24.8.15 בשעה 10:00, ומכאן השגה זו.

2. מרשתי תטען, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את דירת מגוריה הינה החלטה פסולה, מהטעמים הבאים:

א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי;

ב. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;

ג. ההחלטה להרוס את דירת מרשתי אינה מידתית, לנוכח העונש הכבד שכבר הוטל על מר אלהשלמון שיש בו כדי להוות אמצעי מרתיע מספק; לנוכח חלוף הזמן; ולנוכח הפגיעה שתיגרם לדירות השכנים לבניין.

3. לאור כל האמור, נבקשך להורות על ביטול ההחלטה האמורה.

עיקר העובדות הצריכות לעניין:

4. דירת המגורים של משפחת אלהשלמון מצויה בבניין המורכב מ-5 קומות, כאשר הקומה הראשונה הינה קומת מרתף, ו-4 קומות נוספות מעל האדמה. בכל קומה יש 2 דירות צמודות. הדירה של משפחת אלהשלמון ממוקמת בקומה השלישית בצד המזרחי של הבניין.

5. עד ליום 10.11.14 התגוררו בדירה זו _____ אלהשלמון, אשתו, היא מרשתי שבנדון, ושני ילדיהם, בני 6 ו-8. ביום 10.11.14, בעקבות מעורבותו של מר אלהשלמון בפיגוע, הגיעו לבית המשפחה כוחות צה"ל, נכנסו לדירה, תחקרו את מרשתי ולקחו חפצים מהדירה. אירוע זה עורר חרדה רבה בקרב הילדים, ומאותו היום מרשתי וילדיה עברו להתגורר עם בית משפחה בשל חשש שכוחות צה"ל ישוּבו בשנית, ובשל רצונה למנוע מהילדים טראומה נוספת. עם זאת, מרשתי מתגוררת בבית משפחה באופן זמני, ודירת מגוריה הינה הדירה היחידה בבעלותה והאפשרות היחידה הפתוחה לה ולילדיה לחיים עצמאיים, בין אם על דרך מגורים בדירה או מכירתה ומגורים בדירה אחרת.
מכאן השגה זו.

האיסור על הריסת בתים

6. הריסת בית משפחה מהווה צעד אכזרי ובלתי אנושי, הגורם טראומה קשה למשפחה ומותיר אותה חסרת כל, תוך פגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג ובמצב של עקירה, העדר קורת גג ותלות מוחלטת בסביבתם.

7. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "לא יומתו אבו על בנים ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים י"ד, ה-ו, וראו גם דברי כב' השופט חשין בבג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד נא(2) 651, 654), ועל כן היא אסורה מכל וכל.

8. יתר על כן. דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם מוגנות. הריסת בתים פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לקניין. היות שהריסת הבית פוגעת בבני משפחה חפים מפשע, אשר לא היה במעשיהם כדי להביא להריסה, וממילא אין ביכולתם להשפיע על החלטת המשיב, פוגעת ההריסה פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 107).

9. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי, האוסר על ענישה קולקטיבית ועל פגיעה והרס של רכוש פרטי (ס' 33 ו-53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ס' 46 לתקנות האג).

10. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה, שלא חטאו בדבר, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו אך ורק בכפוף להליך מינהלי ראוי, לרבות הקפדה על ביסוס עובדתי, מתן התרעה והזדמנות הוגנת לטיעון, ועוד (ר' בג"ץ 9353/08 הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, (פורסם בנבו, 5.1.2009)).

11. על הפעלת הסמכות לעמוד גם 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). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את בית משפחת מרשתי אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

פגיעה בחפים מפשע

12. כמתואר בחלק העובדתי, בבית משפחת מרשתי התגוררו בנוסף אליה ולבעלה 2 ילדיהם, בני 6 ו-8.
13. אף שמרשתי וילדיה אינם מתגוררים כעת בדירה, בשל חשש להחזרת כוחות צה"ל ולהפחדת הילדים, מגוריהם אצל משפחתה של מרשתי הינם מגורים זמניים, ודירה זו הינה הדירה היחידה העומדת לרשותם. מכאן, שהריסת דירת המגורים תגרום סבל רב לחפים מפשע, ופגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. הפגיעה בילדי המשפחה מנוגדת לזכויותיהם של הילדים ולמחויבויותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

"ב. המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמד, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו".

וסעיף 38 לאמנה:

"א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי יכובדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של מאבק מזוין, והנוגעים לילד.

...

ד. בהתאם למחויבותן על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי להגן על אוכלוסייה אזרחית במהלך מאבקים מזוינים, ינקטו המדינות החברות כל צעד אפשרי כדי להבטיח הגנה וטיפול לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין".

לעניין תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ראו בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.

14. בנוסף, הריסת דירת המגורים של משפחת אלהשלמון תגרום פגיעה גם בשכניהם לבניין, בהתאם לחוות דעתו של המהנדס ג'בארין תייסיר, מ.ר. 36465, אשר על לפיה הריסת הדירה או אטימתה יגרמו להתמוטטות הבניין כולו. השגה מטעם השכנים תוגש בנפרד. מלב חוות הדעת

ההחלטה אינה מידתית

15. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לאור הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, על יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות. וכך קבע אך לאחרונה בית המשפט העליון, בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.2014) (להלן: "עניין עואודה"):

"... בפרשו את [תקנה 119], צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה

ולפעול במידתיות. ... קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד [...] אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתיות".

16. בבג"ץ 769/02 הנזכר לעיל, הדגיש בית המשפט העליון כי נקודת המוצא לבחינת מידתיות ההחלטה היא זכותם של האזרחים התמימים:

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי- החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. **על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד.** על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. **כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עינינו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.** חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם". (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

17. אכן, במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כולו כל הקיצים. הא ראייה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של אסירים ביטחוניים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופושעים על רקע לאומני. במאמר מוסגר יוער, כי קיים חשש של ממש שההבדלים בין יישום התקנה באופן שונה במקרים דומים עולים כדי אפליה.

18. בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשתי וילדיה, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה. לאור זאת, בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

19. יוזכר, כי בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14), נקבע בהקשר להריסת בתים בנסיבות דומות לענייננו, 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... " לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. הנכם נדרשים איפוא שלא לבצע את הריסת בית משפחת מרשתי או הריסת כל בית נוסף בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון ויוצגו תוצאותיו.

20. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשתי ולילדיה (וכן לשכנים בבניין), אין די בכך שצעד כה אכזרי "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

21. במקרה קונקרטי זה, לא ניתן לראות בהריסת הדירה אמצעי מידתי, לאחר שכבר הוטלו על _____ אלהשלמון שני מאסרי עולם מצטברים ופיצוי בגובה כ-4 מיליון ₪ לקורבנותיו במסגרת ההליך הפלילי (תיק (יהודה) 8495/14 מדינת ישראל אלהשלמון (פורסם בנבו, מיום 26.3.15)). ברי, כי יש בעונש כבד זה, הכולל גם רכיב כלכלי משמעותי שלא מצאנו לו לו אה ורע במשפט הישראלי, כדי להוות הרתעה משמעותית של מפגעים פוטנציאליים. שימוש באמצעי נוסף של הריסת דירתם של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני ובלתי הפיך, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

22. יתרה מכך, לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה כזו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידכם לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות. נראה שלא להרתעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

23. כך גם בחלוף הזמן בין הפיגוע אותו ביצע מר אלהשלמון להחלטתכם להרוס את דירת מגוריו יש בכדי להעיד על העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, שכן עולה מכך שהחלטתכם אינה מבוססת למעשה על מעשיו של מר אלהשלמון אלא על אירועים שנעשו על ידי אחרים לאחר מכן. אף אם נקבע שהרתעה הינה תכלית לגיטימית, ברי כי נדרש קשר ישיר בין מעשי האדם אשר לגביו מופעל האמצעי הפוגעני לבין תכלית ההרתעה הנטענת, ולא ניתן לפעול מטעמי הרתעה כלליים שלא קשורים ישירות לאותו האדם. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר, בבג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353 (1996):

"אחת הדרישות, שעד כה לא חלקו עליהן, להפעלת הסמכות היא קיום קשר סיבתי בין הפיגוע לבין ההריסה למרות שהריסת בית אינה אמצעי עונשי במלוא מובן המילה אלא אמצעי הרתעתי, אין לנקוט אותה אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית.

בענייננו, "הקפיא" המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על תנאי". "התנאי", כך מסתבר, היה ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. עקב ביצוע פיגועים נוספים אלה מבקש המשיב להרוס את בתי העותרים. לדעתי אין הוא רשאי לעשות כך. שכן, אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית"

24. אף שכב' השופטת דורנר היתה בדעת מיעוט בפסק דין זה, הרי שכב' השופט בך אשר נדרש לסוגיה החליט שלא לקבל את העתירה מנימוק זה רק משום שבעניין העותרים שעניינם נדון שם, ניתנו הודעות על כוונה להריסה בסמוך לאירועים שהובילו להחלטת ההריסה, וצווי ההריסה הושהו בשל הליכים משפטיים של המשפחות, ונקבע, כי לא היה פסול בהחלטת המשיב לבחון אם ניתן להיעתר להשגות העותרים. שונה הדבר בענייננו, עת כלל לא ניתנה הודעה על הריסה בסמוך לפיגוע, ואילו ההודעה הראשונה ניתנה רק עכשיו, בחלוף למעלה מ-10 חודשים, באופן שמנתק כל קשר משמעותי בין מעשיו של מר אלהשלמון לאמצעי הפוגעני.

לסיכום

25. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהכיר גם שר הביטחון בהפסיקו מדיניות זו בגדה המערבית לפני שנים מספר. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של מרשתי ומשפחתה.

26. אשר על כן, **נבקשכם לחזור בכם מן הכוונה להרוס את דירת מרשתי.**

27. **כל עוד ההליכים בכל הנוגע להריסת דירת מרשתי תלויים ועומדים, אין לנקוט בכל פעולה שתביא לפגיעה כלשהי בביתם. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשתי לפנות בעתירה דחופה לבית המשפט העליון. לצורך כך נבקש פרק זמן סביר, אשר במהלכו לא תינקט כל פעולה שתביא לפגיעה במבנה.**

בברכה,

מיכל פומרנץ, עו"ד

העתק: יועמ"ש איו"ש, באמצעות פקס 02-9977326