

בג"צ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. _____ האמד, ת.ז. _____
2. _____ האמד, ת.ז. _____
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר מס' 580-163-517
ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן ו/או עו"ד גלית לובצקי ו/או עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד רחלי חפץ ו/או עו"ד אנו דעואל לוסקי רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

1. המפקד הצבאי באזור גדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

המשיביםעתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת של דירת המגורים של העותרים 1-2, הממוקמת בכפר סילוואד, צפונית לרמאללה.

צו ההריסה מיום 19.10.15 מצורף ומסומן נספח א'

כן מתבקש לתת צו על תנאי שיורה למשיבים מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמו להימנע מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן, וזאת משום שהמשיבים קבעו כי צו ההחרמה וההריסה ניתן לביצוע החל מבוקר יום 22.10.15. בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלות בלתי סבירה של המשיבים, אשר הודיעו לראשונה לח"מ על כוונתם להוציא צו הריסה לבית העותרים ביום ה', 15.10.15, והותירו רק 48 שעות להגשת השגה על ההחלטה, כלומר עד יום שבת, 17.10.15, כך שהמשיב למעשה העניק לעותרים פחות מיום עבודה כדי

להשיג על ההחלטה להרוס את ביתם. על כן, הוגשה השגה בליל ה-15.10.15, ואולם בבוקר יום 20.10.15 התקבל במשרדי הח"מ פקס, הנושא את התאריך 19.10.15, לפיו הוחלט לדחות את ההשגה, ופעם נוספת המשיבים הותירו רק 48 שעות בידי הח"מ על מנת לפנות לערכאות. ב"כ העותרים פנתה בבקשה דחופה אל המשיבים לעיכוב ביצוע הצו עד יום 30.10.15, לצורך פנייה לערכאות, אולם נענתה רק כי ניתנת ארכה עד לבוקר יום 22.10.15 (אשר למעשה, ביחס למועד קבלת הפקס, אינה ארכה כלל וכלל). כל זאת, כאשר חלפו כמעט 4 חודשים מהאירוע שהוביל להחלטת המשיבים להרוס את בית העותרת, אשר במהלכם לא נקטו המשיבים בשום צעדים ולא הודיעו לעותרים דבר, פרט למדידת הבית כשבוע קודם למתן הצו.

יודגש כבר כעת, כי התנהלותם של המשיבים סביב קביעת מועד ביצוע הצו חמורה ופוגעת באופן ישיר בזכות הגישה לערכאות של העותרים, שהיא זכות יסוד בשיטת משפטנו, וזאת באמצעות הצבת לוח זמנים בלתי סביר ובלתי אפשרי שמאלץ את העותרים לפעול במהירות ובדחיפות, כאשר עסקינן בהריסת ביתם היחיד של העותרים. הדבר מחמיר שבעתיים נוכח העובדה שהמשיבים החלו בצעדים להריסת בית העותרים רק ביום 8.10.15, כשעמדו לרשותם מעל שלושה חודשים שבהם לא פעלו בעניין ולא נתנו כל התרעה לעותרים.

לאור כל זאת, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים. ברי, כי לא יגרם כל נזק ממשי לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו ברור שמאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשתם.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרת 1 (להלן: "העותרת"), בת 52, היא אימו של מר ___ האמד, ת.ז. ___ (להלן: "מר האמד"), אשר נעצר במהלך חודש יולי האחרון על ידי כוחות הביטחון של הרשות הפלסטינית. העותר 2, בן 19, הוא אחיו של מר האמד (להלן: "העותר").
2. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. עניינה של העתירה בגורלה של דירת מגורים של בני המשפחה, אשר המשיבים הודיעו לראשונה ביום 15.10.15 על כוונתם להחרימה ולהרסה, מכיוון שמר האמד, כפי שנטען בצו: "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.15 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד".
4. יצוין כבר כעת כי במקרה דנן מתעוררים ספקות ממשיים בדבר מעורבותו של מר האמד במעשים הנטענים. על פי המידע הקיים בידי הח"מ, מר האמד אמנם נעצר על ידי הרשות הפלסטינית לפני כשלושה חודשים, אך עד היום לא הודה במיוחס לו, לא נשפט ולא הורשע. יתרה מכך, למיטב ידיעתנו מדינת ישראל לא דרשה באופן רשמי את העברתו לידיה לצורך מעצר ומשפט..

5. בקצרה, יטענו העותרים, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את ביתם הינה החלטה פסולה, ודינה בטלות מהטעמים הבאים:

א. אחריותו של מר האמד למעשים המיוחסים לו לא הוכחה ברמה הנדרשת לצורך ביצוע פעולה של הריסת בית משפחתו.

ב. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;

ג. הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;

ד. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע;

ה. לחלופין, ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מיזתית: ראשית, מכיוון שלא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת ההריסה לבין האמצעי; שנית, נוכח ספקות כבדים בדבר הקשר בין מר האמד - אשר עצור מזה 3 חודשים בכלא בתחום הרשות הפלסטינית ולא הוגש נגדו כתב אישום - לאירוע נשוא צו ההריסה; שלישית, לנוכח זיקה מעטה בין מר האמד לבית המגורים; ורביעית, לנוכח הנזק החמור והרב שיגרם לעותרים ביחס לתועלת המוטלת בספק.

6. יוער, כי ככל שבידי המשיבים תשתית ראייתית המעידה לכאורה על מעורבותו של מר האמד במיחוס לו, "הח"מ תבקש לקבל העתק מחומרים אלו, וזאת תוך שמירה על זכות העותרים להעלות בתוך זמן סביר כל טענה אשר עשויה לצמוח בעניינם ממסמכים אלה.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

7. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המשיבים, נוגע לבית המגורים של העותרים 1-2, הממוקם בכפר סילואד בשכונת ויסטייה, 12 ק"מ צפונית לעיר רמאללה. המדובר בבית קרקע הרשום על שם אב המשפחה מר ___ האמד, אשר נפטר לפני 15 שנה קודם לכן. המבנה מורכב מחמישה חדרים, מטבח ואמבטיה. מתחת לבית מצוי מחסן ובו שלושה חדרי שינה נוספים.

8. העותרים מתגוררים במבנה זה באופן קבוע. מר האמד גר בבית העותרים כאשר היה צעיר, ובשנת 2006 נסע לארה"ב, וחזר רק בשנת 2010, אז התחתן וגר במקום אחר עם אשתו. מר האמד חזר להתארח לעתים בבית העותרים לאחר גירושיו, לפני כשנה וחצי. הוא היה מגיע לבית העותרים בכדי לבקרם כפעמיים-שלוש בשבוע, לעיתים לן במקום, אולם במרבית הלילות ישן במקום עבודתו. כאמור, במחצית הראשונה של חודש יולי 2015 נעצר מר האמד על ידי גורמי הביטחון ברשות הפלסטינית ומאז הוא מוחזק בכלא בביתוניה.

9. המבנה המיועד להריסה מהווה את דירת המגורים היחידה של העותרים 1-2, כאשר לשניים אין כל חלופות מגורים אחרות. בית זה הינו הבית היחיד בבעלותם והאפשרות היחידה עבורם לחיים

עצמאיים, בין אם על דרך מגורים בבית או מכירתו ומגורים בבית אחר. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יותרו העותרים 1-2 ללא קורת גג מעל ראשם, וכל זאת בזמן שהחשוד במעשים, מר האמד, כלל לא התגורר בבית באופן קבוע קודם למעצרו.

10. ביום 15.7.15, לאחר מעצרו של מר האמד, הגיעו חיילים לבית העותרים בשעות הלילה המאוחרות, התפרצו פנימה בפראות, קללו ודחפו את העותר, זרו הרס בבית העותרים וביקשו מהם שיביאו את מר האמד תוך שהם צוחקים עליהם ומקניטים אותם, שכן הוא הרי עצור. החיילים לא מסרו למשפחה צו מעצר או כל מסמך אחר ביחס למר האמד. כמו כן לקחו עימם החיילים תכשיטי זהב וכן מכשירים אלקטרוניים כגון מצלמות וידאו וטלפונים סלולריים, שעד היום לא הוחזרו לעותרים.

11. ביום 8.10.15 הגיעו כוחות צה"ל לבית המשפחה. הכוח נכנס אל תוך המבנה, צילם את הבית מבפנים ונטל את מידותיו. ביום ה', 15.10.15, בשעה 04:00 לפנות בוקר, קיבלו העותרים הודעה מטעם המפקד הצבאי בדבר כוונה להחרים ולהרוס את ביתם מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) - 1945, וכי באפשרותם להשיג על כוונה זו עד יום 17.10.15, כאמור יום שבת.

הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את המבנה שנמסרה ביום 15.10.15 מצורפת ומסומנת **נספח ב'**

12. בעקבות מתן הצו פנתה ב"כ העותרים באופן מידי לאלוף פיקוד מרכז, רוני נומה, הודיעה על ייצוג העותרים וכן ביקשה באופן דחוף כי תינתן ארכה לצורך הגשת השגה עד יום 22.10.15, נוכח מסגרת הזמנים המצומצמת מאוד שניתנה לעותרים כדי להשיג על הריסת ביתם.

פניית ב"כ העותרים מיום 15.10.15 מצורפת ומסומנת **נספח ג'**

13. לב"כ העותרים לא ניתן כל מענה, ועל כן בו ביום, בשעות הערב המאוחרות, נשלחה אל המשיבים באמצעות המייל והפקס השגה בהולה ובה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את בית העותרים היא פסולה, בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר תביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, ואינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין.

ההשגה שהוגשה ביום 15.10.15 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת **נספח ד'**

14. בבוקר יום 20.10.15 התקבל במשרדי הח"מ פקס, הנושא את התאריך 19.10.15, בו מסרו המשיבים הודעה לפיה נדחתה ההשגה. המשיב נימק החלטתו בכך שהטענות אודות כך שהריסת בתים היא ענישה קולקטיבית ומנוגדת לעקרונות יסוד נדחו בעבר. בהמשך, צוין כי בידי גורמי הביטחון תשתית ראייתית המצביעה על מעורבותו של מר האמד בפיגוע מיום 29.6.15 וכי אין צורך להמתין להגשת כתב אישום להרשעה בכדי להצדיק את הפעלת הסמכות של המשיבים מכוח תקנה 119. כן נכתב כי דרך הריסת המבנה נבחנה ונבחרה על ידי גורמים מקצועיים מתוך התחשבות בצורך להימנע ככל הניתן מפגיעה במבנים שכנים. בעניין הרציונל ההרתעתי נכתב כי ההחלטה לפעול ולהרוס את בית העותרים התקבלה נוכח ריבוי הפיגועים מהעת האחרונה, וכן כי שינוי המצב הביטחוני מעלה

צורך דחוף להרתיע מפני ביצוע פיגועים נוספים. לסיום צוין כי ביצוע הצו האמור לא יחל בטרם חלוף 48 שעות ממועד המצאתו.

תשובת המשיבים שהתקבלה ביום 20.10.15 מצורפת ומסומנת **נספח ה'**

15. ביום 20.10.15, בשעה 11:00 בבוקר העבירה ב"כ העותרים בקשה דחופה לעיכוב ביצוע צו ההריסה, עד ליום 30.10.15, על מנת לאפשר לעותרים זמן מספק לפנייה לערכאות. יצוין כי במסגרת הבקשה קרתה טעות קלה ונכתב כי הבקשה התקבלה ביום שני, 19.10.15 בערב (על בסיס המידע המופיע על ההודעה), ואולם כאמור היא התקבלה רק אתמול בבוקר, יום שלישי 20.10.15. ב"כ העותרים חזרה וציינה כי האירוע נשוא צו ההריסה התרחש לפני כמעט 4 חודשים, וכי המשיבים לא ראו לנכון לפעול בעניין במשך כל תקופה זו, ועל כן אין כל הצדקה לכך שיוקצב לעותרים זמן כה מועט לעתור בגין הצו, ולא יגרם כל נזק ממתן הארכה הקצרה המבוקשת.

בקשת ל"כ העותרים לעיכוב ביצוע הצו שהועברה ביום 20.10.15 מצורפת ומסומנת **נספח ו'**

16. בערב יום 20.10.15 התקבלה במשרדי הח"מ תשובת המשיבים לפיהם ניתנת ארכה לצורך הגשת עתירה עד ליום 22.10.15 בשעה 9:00 בבוקר. יוער, כי נוכח השעה בה התקבלה החלטת המשיבים במשרדי הח"מ, למעשה אין מדובר כלל בארכה.

תשובת המשיבים לבקשת הארכה מצורפת ומסומנת **נספח ז'**

מכאן עתירה זו.

הטיעון המשפטי

ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית לאחרייתו של מר האמד לפיגוע הטרור המיוחס

17. בצו שהוצא על ידי המשיבים נכתב כי מר האמד "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.15 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד". ואולם, כאמור, לא זו בלבד שמר האמד לא הורשע במעשים האמורים ואשמתו לא נקבעה, אלא שהוא אף לא נעצר בידי רשויות הביטחון הישראליות ולא נחקר על ידיהם; ככל הידוע לעותרים לא ננקטו ולא ננקטים הליכים להעמדתו לדין על ידי ישראל; הוא עצור על ידי הרשות הפלסטינית ולא הוגש נגדו כתב אישום. ברי כי עדיין עומדת לזכותו חזקת החפות שהינה זכות יסוד הן על פי המשפט הישראלי והן במשפט האומות.

18. במסגרת ההשגה ביקשה ב"כ העותרים מהמשיבים כי ככל שקיימים חומרים מעידים על מעורבותו של מר האמד באירוע מיום 29.6.15, כי אלו יועברו אלו לידיה. ואולם המשיבים לא התייחסו לבקשה זו במסגרת תשובתם להשגה וכאמור כתבו בלקוניות כי ישנה תשתית ראייתית המצביעה על מעורבותו של מר האמד וכי על פי הפסיקה די בקיומן של ראיות מנהליות כדי לבסס את הפעלת סמכותם של המשיבים לפי תקנה 119.

19. על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה רשאי המפקד הצבאי להחרים ולהרוס " כל בית, מבנה או קרקע השכונים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת

מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי".

20. גם אם לצורך הפעלת התקנה לא נדרשת הרשעה בפלילים, הרי ברי כי לצורך הפעלת הסמכות המינהלית, ובפרט סמכות מינהלית הגורמת פגיעה כה קשה בחפים מפשע, יש צורך בראיות מינהליות שיבססו את ההחלטה במידה הנדרשת. כפי שנקבע בפסיקה, ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו ע"ב 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 251, 225; ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 616, 602; בג"צ 3648/97 סטמקה נגד שר הפנים, פד" נג (2) 740, 777).

21. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 11(ד)) נקבע לעניין זה כי:

"מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד"

22. דברים דומים נקבעו גם בבג"צ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617:

"אם שיקול הדעת המנהלי עשוי לפגוע בזכויות אדם נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותרות כל ספק."

23. יתרה מכך, ראיות מינהליות אלו צריכות לבסס עבירה על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), וכן כי מבצע העבירה היה תושב של הבית לגביו ניתן הצו. במקרה זה, שני התנאים לא הוכחו.

24. המשיבים לא נענו לבקשת ב"כ העותרים להציג את התשתית העובדתית העומדת ביסוד ההחלטה. אי הצגת התשתית העובדתית והראייתית העומדת ביסוד ההחלטה מרוקנת מתוכן את הביקורת השיפוטית על פעולות המשיבים. בנסיבות אלו, בהן מר חאמד כלל לא נחקר על ידי רשויות הביטחון של ישראל ומעצרו לא נדרש, אף חזקת התקינות המינהלית אינה מספקת על מנת לבסס את התשתית הנדרשת לצורך הצו. שכן, המשיבים לא פעלו באופן המתבקש והנדרש מטענתם העובדתית כי מר חאמד אחראי למותו של אזרח ישראלי ואף לא פעלו להסגרתו, מעצרו להעמדתו לדין. די בכך על מנת להביא לביטולו של צו ההריסה.

25. במקרים אחרים של הריסת בתים על פי תקנה 119 מדובר בתושבי הבית שהורשעו כדין במעשה הטרור המיוחס להם או לפחות שהוגשו כנגדם כתבי אישום. על פי הפסיקה, הגשת כתב אישום מלמדת כי היו ראיות לכאורה היכולות לבסס אישום ולפיכך לשמש גם כראיות מינהליות לביסוס צו ההריסה. ואולם במקרה כזה בו לא ננקטה כל פעולה שלטונית בעקבות המקרה, לא הוצא צו מעצר

אפילו, וקל וחומר שלא הוגש כתב אישום, נדרשת הרשות להציג את הראיות העומדות ביסוד פעולתה ואין היא יכולה להסתמך על חזקת תקינות מינהלית.

26. לחלופין, ככל שקיימת תשתית ראייתית כאמור, בית המשפט מתבקש לדרוש מהמשיבים להציג ראיות המבססת את הצו כחלק מהליך הביקורת השיפוטית. בהעדר ראיות, בית המשפט חסר כל יכולת לקבוע כי הפעולה נעשתה כדין וכי היא מבוססת על תשתית ראייתית מינהלית מבוססת דיה, המתאימה לאמצעי הקיצוני והבלתי הפיך הננקט על ידי העותרים, ולא שמא על טעות או שגגה, על ראיות שנגבו באמצעים פסולים (אשר רשויות הביטחון הפלסטיניות מפעילות) ואינן אמינות, וכיוצא באלו.

27. מובן כי הצגת תשתית האמור מחייבת לכל הפחות מתן פראפרזה, ובמידת האפשר חשיפת חלקים מהחומר לעיון ב"כ העותרים, והעותרים מבקשים כי כך ייעשה וכי תינתן להם אפשרות לתקן ו/או להוסיף לטענותיהם בעניין זה.

האיסור על הריסת בתים

28. 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.

29. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, והפרה בוטה של האיסור על ענישה קולקטיבית, שהוא ממושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית והמוסרית: "לא יומתו אבות 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). יצוין, כי גם אם לשיטת המשיבים מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע, ובמבחן התוצאה, מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה מוטלת בספק.

30. יתר על כן. 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).

הריסת בתים מנוגדת למחויבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי

31. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב 1 הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסייה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו. המשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

32. החרמת והריסת בית העותרים מנוגד לדיני הכיבוש, האוסרים על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה הרביעית):

"33. שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחזה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורה."
 "53. אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907), האוסרות על החרמת רכוש פרטי או הטלת עונש קיבוצי בשל מעשיהם של בודדים. איסור זה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ולפיכך מחייב את מדינת ישראל.

33. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי, המחייב את המשיבים, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2005)).

34. הריסת בתים עומדת בניגוד להוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), אושררה (1991), היות שהיא מפרה את זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באופן חופשי הקבועה בסעיף 12 לאמנה; את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו (סעיף 17 לאמנה); את הזכות לשוויון בפני החוק (סעיף 26); ומהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).

35. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על פרשנות האמנה ובחינת יישומה במדינות החברות, קבעה בהחלטה משנת 2003 כי הריסת בתים מנוגדת לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה (ר' Commission on Human Rights Resolution 2003/6, בסעיף 15), ובדו"ח משנת 2003 נקבע כי הריסת בתים מנוגדת לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכי על מדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה. (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).

36. הריסת בתים עומדת גם בסתירה לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966, אושררה 1991), המעגנת בסעיף 11 את הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים, ובסעיף 10 את ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי.

37. בעניין זה, העותרים מצטרפים לכל הטענות שהועלו במסגרת הבקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון, להלן: "הבקשה לדיון נוסף") על פסק דינו של ביהמ"ש

בבג"צ 8091/14 מיום 31.12.14 (להלן: "בג"צ המוקד להגנת הפרט"), וכן מפנים לחוות דעת המומחים למשפט בינלאומי שצורפה לעתירה, שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז, המצורפת כאן לנוחות ביהמ"ש הנכבד.

חוות דעת המומחים מצורפת ומסומנת נספח ח'

38. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statute of the International Criminal Court). חוות הדעת מפנה לסעיף 8(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת ג'נבה, בין היתר של סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא קובע כעבירה פלילית: "unlawfully extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly". בחוות הדעת מוסבר כי הריסת בתים אינדיבידואלית ככל הנראה לא תיחשב כפגיעה רחבת היקף, כפי שנדרש בסעיף, ואולם:

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). ובהמשך "עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו" (עמ' 2 לחוות הדעת).

39. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיבים עלולה להיחשב כפשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית. על אף שאין התייחסות ישירה לענישה קולקטיבית כפשע מלחמה באמנת רומא, זו עשויה להיחשב כ-"יחס לא אנושי", פעם נוספת לפי סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנה. בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות דעת, כי "קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

40. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת הבתים, בהיקף הנוכחי, עונה על דרישות היסוד העובדתי של פשע מלחמה, על בסיס המשפט הפלילי הבינלאומי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שהפרות המשפט הבינלאומי אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

41. כפי שנטען בהרחבה בבקשה לדיון נוסף, הטענות העקרוניות שהועלו בעתירה נשוא הבקשה, ואשר מועלות גם בעתירה דנן - לפיהן מדיניות המשיבים בדבר הריסת בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפגיעה טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית

המשפט הנכבד. מכאן, שאף שבית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיב בעשרות פסקי דין במהלך תקופה זו, הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות משקל אלו. כך, גם בפסקי הדין האחרונים של בית המשפט הנכבד, בבג"ץ 4597/14 **עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (מיום 1.7.14, להלן: "**עניין עואודה**"), בבג"ץ 5290/14 **קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (מיום 11.8.14) וכן בבג"ץ 5839/15 **סידר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (מיום 15.10.15, להלן: "**עניין סידר**"), לא ניתנה כל התייחסות מהותית לטענות אלו.

לא נעלם מעיני העותרים הקושי המוסדי בבחינה מחודשת של מדיניות שאושרה על ידי בית המשפט הנכבד במשך תקופה ארוכה ובפסיקה רבה, אך לאור השלכותיה הקשות של מדיניות זו, ולאור כובד הטענות, המגובות בחוות דעת המומחים לעיל, ואשר טרם הוכרעו סופית במסגרת הבקשה לדיון נוסף, אין זה ראוי כי בית המשפט הנכבד ימשיך וימנע מלדון בהן.

42. כך גם לא נעלמה מעיני הח"מ הערת בית המשפט הנכבד בעניין **סידר** לפיה אין בכוונת בית המשפט הנכבד להידרש לנושא העקרוני נשוא הבקשה לדיון נוסף, אך העותרים סבורים כי לנוכח חשיבות הסוגיה, ולאור הצהרות ומעשי המשיבים בדבר הרחבת השימוש בתופעה של הריסת בתים, לצד הנזק הרב שנגרם מכך, לא ניתן שלא לדון בסוגיה עקרונית זו.

43. היתרון בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר פרטני הוא ברור. כפי שיפורט להלן, המדובר בביתם היחיד של העותרים ומכאן שהכרעת בית המשפט הנכבד נושאת עבורם משמעות קריטית ומשליכה על הישרדותם הכלכלית ועל עתידם. עובדה זו מאפשרת לצדדים ולבית המשפט לדון לעומק ולרוחב בתוצאותיה של מדיניות הריסת הבתים, כפי שאלו ניבטות מהמקרה הקונקרטי, תוך התייחסות למגוון הקשיים הטמונים במדיניות זו, ולא רק באופן תיאורטי.

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

44. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע, כי השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה הוא לגיטימי כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים ומפשע. עם זאת, על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים הרלוונטיים.

45. הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול דעתם של המשיבים בהפעלת סמכותם 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**, פ"ד מו(3) 693 (1999))

46. בעניין **עואודה**, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות:

"... 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".

47. כך, על המשיבים לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת החשוד לבית, חומרת המעשים, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האם ניתן לבודד את יחידת הדיור של החשוד/המורשע במעשים, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996), להלן: "**עניין סאלם**"); בג"ץ 6299/97 **יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש** (פורסם בנבו, 9.12.1997).

48. בבג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 14.12.2006), הדגיש בית משפט זה 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 עיננו, 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)

49. 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 מפגעים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופושעים על רקע לאומני. קיים חשש של ממש שהבדלים בין יישום התקנה באופן שונה במקרים דומים עולים כדי אפליה. כך, בבג"ץ 10467/03 **עדנאן יחיא שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(1) 810, 815 ציין כב' השופט א' א' לוי כי "**התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה**", ומכאן

שמדובר ב"שימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119". גם בעניין קואסמה ציין כב' השופט דנצינגר כי האמצעי של הריסת בתים שמור ל"מקרים קשים במיוחד של מעשי רצח" וכי מקרים אלו המבוצעים על ידי יהודים כנגד ערבים הינם חריגים ביותר. אך למרבה הצער, בעת האחרונה כבר אין מדובר בתופעת שוליים בחברה הישראלית-יהודית. לאור הצטברות המקרים, שבה ועולה התהייה, אם אין מדובר באפליה.

50. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פועלים המשיבים תוך חריגה מההלכות שנקבעו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין מכיוון שכלל לא ננקטו הליכים על ידי מדינת ישראל כנגד מר חאמד, שלא הועמד לדין, לא נשפט ולא הורשע, ואף לא הודה במיוחס לו, וישאיר לפחות 2 נפשות חפות מפשע ללא בית. כמתואר בחלק העובדתי, הבית הינו הדירה היחידה העומדת לרשות העותרים, ואילו הדירה לא הייתה ביתו העיקרי של מר חאמד, הוא לא התגורר בה במשך שנים רבות, ובשנה וחצי האחרונות רק התארח בה. מעבר לכך, העותרים כבר נפגעו מאוד עקב התפרצות החיילים לביתם כאמור, ביום 15.7.15, היחס האלים והמתלהם שהפגינו החיילים כלפי העותרים, תוך שהם זורים הרס בפנים הבית ותכולתו ובוזזים חפצים יקרי ערך.

51. מכאן, שהריסת המבנה תוביל בהכרח לסבל נוסף, רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. הדברים הם בבחינת קל וחומר עת מדובר באלמנה ובנער צעיר אשר יוותרו ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל. גם אם במקרים אחרים התיר בית משפט זה הריסת בתים, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. בחינת עניינם של העותרים מעידה כי החרמת והריסת ביתם לצורך הרתעה אינן עומדות במבחני המידתיות.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

52. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת בתים. ואולם, לא רק שאין כל ראיה 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.

53. "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגיה של הריסת בתים למטרות הרתעה. תובנות המסקנות וההמלצות של הצוות הוצגו במצגת בפני פורום המטכ"ל בראשית שנת 2005. המלצת הצוות היתה הפסקת הריסת בתי מחבלים לצורך הרתעה, לאור העובדה שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן. 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.

העתק מצגת ממוחשבת של עיקרי דו"ח שני שנמסר לעותרת מוקד להגנת הפרט, זמין באתר המוקד, בכתובת: <http://www.hamoked.org.il/items/110467.pdf>

54. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי 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. תחושה והכרה זו עלולה להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים ולהנחיל רגשות ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

55. כך, כדוגמא, ביום 6.10.15 הרסו המשיבים את ביתם של המחבלים מהפיגוע בהר נוף, וביום 13.10.15 בן דודם ביצע פיגוע בירושלים.

56. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, המשיבים אינם מסבירים באיזה אופן הם סבורים שהריסת בית המגורים של חשודים ומורשעים בפיגועים ישיגו את מטרת הרתעת הרבים בצורה טובה מאשר בעבר, בשים לב להמלצה ולהחלטה משנת 2005. עצם ההחרפה במצב הביטחוני אינה יכולה להצדיק את חידוש השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון תושבי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי הריסת בתים יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

57. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסת בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיבים כי הריסת בתים הינה אמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 5, 31 (2014):

"ככלל, ישנה סכנה בהתבססות על שיקולי עלות תועלת מבלי שיהיו נתונים שיבססו אותם. אם אין נתונים שמבססים את היעילות של מדיניות מסוימת, קשה מאוד להסתמך על טענות תועלתניות. העובדה היא שאלה שדגלו בגישה התועלתנית בהקשר של הריסת הבתים לא הצליחו לשים "על השולחן" את הנתונים שמוכחים את צדקתם. בהעדר נתונים אלו, נראה שהויכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

58. ויפים לעניין זה גם דברי פרופ' קרמניצר, המצוטטים במאמר:

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם

צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית."

ר' פרוטוקול מספר 342 מיישבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004.

59. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ המוקד להגנת הפרט, שם נקבע בהקשר 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..."

60. גם כב' השופטת חיות הצטרפה לעמדה זו, וציינה:

"ולסיום 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 הריסת 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 למעני קיצוץ... אך מצבי קיצוץ אלה אסור שישכחו 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"

61. לאור זאת, ובפרט לאחר שמדיניות הריסת הבתים חודשה כבר לפני למעלה משנה, היה על המשיבים לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. זאת בעיקר לאור העובדה הגלויה לעין כל, כי גל הטרור שמדינת ישראל חווה בעת האחרונה פרץ למרות שהמשיבים חידשו כאמור את הריסת הבתים לפני למעלה משנה. מסתבר, כי ההריסות שבוצעו בשנה האחרונה לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

62. על כן, במסגרת ההשגה, העותרים דרשו מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית משפחת העותרים (או כל בית נוסף) בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיו. במענה לכך, השיבו המשיבים בסעיף 7 לתשובתם להשגה כי: "ההחלטה לפעול להריסת הבית בו עסקינן התקבלה לאור ריבוי מספר פיגועים רצחניים וניסיונות פיגוע מהעת האחרונה. ניכר, כי קיים שינוי מהותי לרעה במצב הביטחוני ומשכך עולה צורך דחוף לפעול להרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים. החלטת המפקד הצבאי לשוב להפעיל את סמכויותיו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, הינה מושכלת ומחושבת, ומתקבלת רק בהינתן נסיבות הזמן והמקום המחייבות קבלת החלטה כאמור, מטעמים מובהקים של ביטחון האזור."

63. תשובה זו אינה מספקת, שכן המשיבים עדיין לא הציגו כיצד הריסת בית העותרים תסייע ותרתייע מפני ביצוע פיגועים נוספים, ועל אחת כמה וכמה במצב הביטחוני הרגיש הנוכחי.

64. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם לעותרים, 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. לאור דברי בית המשפט הנכבד, ולנוכח העובדה שהערכת "אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה" לא בוצעה מזה שנים רבות, הרי שהריסת בית העותרים ללא שקיימים נתונים ממשיים שיצביעו על התועלת מכך לא יכולה להיחשב סבירה.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – מר חאמד לא הועמד לדין ולא נדרש באופן רשמי על ידי המדינה

65. אי העמדתו של מר חאמד לדין מגבירה את חוסר המידתיות שבהריסת בית העותרים. לא רק שלא נתבררה עד עתה מעורבותו של מר חאמד במעשים הנטענים, אלא הוא כלל לא נדרש על ידי ממשלת ישראל. כאמור, לעותרים לא נמסר כי הוא דרוש למעצר ולא ניתן להם כל מסמך בעניין. כלומר, לא רק שקרוביו של מר חאמד חפים מפשע, גם הוא עודנו חוסה תחת חזקת החפות. במצב דברים זה, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לעותרים, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי.

66. המשיבים אמנם ציינו בתשובתם כי קיימת תשתית ראייתית מנהלית, ועם זאת לא הועברה אף ראייה לידי ב"כ העותרים, בהתעלם מבקשתה בעניין, ומכאן שאין לב"כ העותרים אפשרות להתייחס לטענה זו של המשיבים. יצוין עוד כי המשיבים לא טענו שמדובר בראיות חסויות. לו יחזרו המשיבים על הטענה כי קיימת תשתית כאמור, תבקש ב"כ העותרים, כמצוין לעיל, לקבל את החומרים הרלוונטיים ותבקש לשמור על זכותה להעלות בהמשך טענות העשויות לצמוח מחומרים אלה, הנוגעות לעניין.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הריסת בית העותרים בשל ביצוע פיגועים על ידי אחרים

67. העדר קשר רציונלי בין הריסת בית העותרים לתכלית ההרתעה הנטענת מתבטא ביתר שאת בעניינו, בשל חלוף הזמן בין האירוע נשוא צו ההריסה, שלכאורה מקשרים המשיבים למר חאמד, וכן נוכח המניעים של המשיבים לביצוע ההריסה, בשל מעשיהם של אחרים.

68. הצדקת המשיבים להחלטתם מערערת את לגיטימיות תכלית ההרתעה בעניינו, שכן עולה כי החלטת המשיבים אינה מבוססת למעשה על מעשיו של מר חאמד עצמו אלא על אירועים שנעשו על ידי אחרים לאחר מכן, בימינו אנו, ואשר הובילו את המשיבים לסבור כי יש מקום לביצוע הריסות בתים כעת. המשיבים כותבים כך מפורשות בתשובתם להשגה, כשמציינים כי ההחלטה לפעול להריסת הבית התקבלה לאור ריבוי הפיגועים לאחרונה.

69. אף אם נקבע על ידי בית המשפט הנכבד שתכלית ההרתעה בהקשר של הריסת בתים הינה ככלל 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, בעניין סאלם:

"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"

70. 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 כעת, בחלוף יותר משלושה חודשים, ומניעה כאמור מבוססים בעיקר על מעשיהם של אחרים, משל היה מר האמד כלי בידיהם (ויפים לעניין זה גם דברי כב' השופט פוגלמן בעניין סידר).

71. בנסיבות אלה, הרי שיש מקום להתייחס להערות בית המשפט הנכבד בהקשרים אחרים, בהם עמד על הקושי והבעייתיות בהסדרים אשר פוגעים בזכויות אדם למען תכלית הרתעתית כללית. כפי שהתייחסו לכך מימין ועמיחי במאמרם, יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ארבל, בפסקה 86 לפסק דינה בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.13), ביחס לכליאת מבקשי מקלט לצורך הרתעת מסתננים פוטנציאליים:

"הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421). "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות גלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).

וראו גם בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374.

72. בפסיקה הודגש כי הקושי בתכלית ההרתעתית גובר אימת שהיא ניצבת כתכלית היחידה להוראת החוק, כפי שציינה כב' הנשיאה נאור בפסק הדין בבג"ץ 7385/13 איתן – **מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.14): "**הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית**" (שם, פס' 2 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור). כב' הנשיאה נאור חזרה על הדברים בפסק הדין שניתן לאחרונה ממש בבג"ץ 8665/14 **דסטה ואח' נ' הכנסת, שר הפנים ואח'** (פורסם בנבו, 11.8.15), בפסקה 35 לפסק דינה, וכך גם כב' השופט פוגלמן שכתב כי:

"הפעם נדרשת, להשקפתי, הכרעה מפורשת בשאלת עמידתה של תכלית זו במבחן התכלית הראויה. לדעתי, למעט בנסיבות חריגות במיוחד לסתור – ונסיבות מסוג זה אינן בנמצא – תכלית זו אינה ראויה. [...] לטעמי תכלית זו אינה יכולה לעמוד על רגליה-שלה, וכתכלית בעלת קיום עצמאי – היא פסולה." (פס' 21 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

73. דברים אלו יפים גם לעניינו. כפי שבהקשר למדיניות ענישה דחה בית המשפט הנכבד מדיניות המבכרת הרתעה כללית או שיקולי מדיניות על פני התייחסות לאדם הספציפי שעניינו נדון, כך גם בהקשר שלנו (אף אם התכלית אינה ענישתית) לא ניתן להתיר אמצעי שעניינו תכלית כללית ואשר הקשר בינו לבין מעשי מר האמד מתערערים לנוכח חלוף הזמן והמניע לפעולה, כאשר מי שיפגעו מהריסת המבנה הם אימו ואחיו, שהינם חפים מפשע ונטולי כל קשר למעשים הנטענים. כך, כדברי כב' השופט דנציגר ברע"פ 3173/09 **פראגין נ' מדינת ישראל** (5.5.09):

"התגייסותם של בתי המשפט למאבק באיום הביטחוני תוך השתת עונשים מרתיעים צריכה להיעשות אך ורק על פי עקרונות משפטיים מושרשים ובהם עקרון הענישה האינדיווידואלית... " (פסקה 7).

74. חיזוק לעמדה לפיה לא ניתן לתת בכורה לעיקרון ההרתעה הכללית ניתן למצוא גם במיקומו "ההיררכי" הנמוך יחסית שניתן לשיקול "הרתעת הרבים" לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין (ראו ע"פ 1765/13 **עבדאללה נ' מדינת ישראל**, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.7.2014); עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 5, 8 (2012)).

75. אף אם בית המשפט הנכבד התיר בהקשר של הריסות בתים פגיעה בחפים מפשע, הדבר תמיד נעשה בהקשר ישיר לפעולות בני משפחותיהם. מקום שקשר זה נחלש משמעותית, אזי הפגיעה בחפים מפשע מתעצמת ובוודאי חוצה את רף החוקיות.

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

76. במקרה קונקרטי זה, לא ניתן לראות בהריסת בית העותרים אמצעי מידתי, גם נוכח הנזק הרב שייגרם להם עקב הריסת ביתם היחיד וזאת בפרט בעניינו, נוכח העדר בסיס לקשר הנטען שבין מר האמד לאירוע, עקב חלוף הזמן מהאירוע והיות שמר האמד לא התגורר בבית והוא איננו הניזוק הישיר של הריסתו.

77. לעניין הפגיעה והנזק שגורמת ההריסה לחפים מפשע והעדר האיזון בין כף התועלת שתיתכן בהרתעה לבין הנזק שנגרם מהריסת בתים, הרחיב לאחרונה כב' השופט פוגלמן במסגרת דעת מיעוט בעניין

סידר:

"אוסוף כי לגבי דידי אין להשקיף על פגיעת הריסת הבית כעל פגיעה כלכלית או רכושית בלבד (השוו לעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיא, א' רובינשטיין; פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג), מה גם שבפגיעה זו כשלעצמה אין להקל ראש, שהלא הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 365, 352 (2002); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602,623 (2002); ראו גם בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481-561 (2005)). והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאות האיזון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות מהגשמת תכלית התקנה – היא כי למצער בהעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית. והכל נאמר בקליפת אגוז, שהרי לא זו ההלכה שיצאה מבית משפט זה. על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית."

78. כאמור, דברים אלו מקבלים משנה תוקף מקום שמר האמד לא התגורר בדרך קבע בבית, אלא חזר להתארח בו רק לפני כשנה וחצי, וזאת רק לעיתים, ובפרט כאשר לעותרים אין חלופת מגורים, והריסת ביתם היחיד תותיר אותם ברחוב. מקום שמדינת ישראל לא ראתה לנכון לנקוט באמצעים פלייליים כנגד מר האמד, לא ברור כיצד ניתן לקבוע שהריסת בית משפחתו מהווה אמצעי סביר ומידתי. הריסת ביתם של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני ובלתי הפיך, מהווה ענישה נקמנית ותגובה מופרזת, תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

לסיכום

79. דווקא בימים של החרפה במצב הביטחוני, הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, ישנה מחויבות להקפיד על הפעלת שיקול דעת מפוכח, ולהקפיד ככל שניתן על שמירה על שלומם וזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסיה הפלסטינית, ואילו המשיבים מבקשים לבטלה. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4)

:491, 485

"מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומה בלתי חוקי".

דווקא עתות אלו, הן שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. דווקא לשעות אלה עוצב בית המשפט כגורם בולם ומאזן.

80. אף אם לשון תקנה 119 מתירה לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח העקרונות החוקתיים של מדינת ישראל ועליו להיזהר מלהותיר משפחה ללא קורת גג. יפים מאין כמוהם דבריו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651-5-654:

"ואותו עיקרון 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 לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבו כי אם איש בחטאו יומת' (מלכים ב', יד, ו). ... מאז קום המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: 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".

81. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים וקיום דיון להופכם להחלטיים.

82. עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של גב' גיהאן כחיל, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרת.

היום, 21.10.15

מיכל פומרנץ, עו"ד
ב"כ העותרים