

בג"צ 5899/16

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. ערגאן, ת"ז _____
2. עמאירה, ת"ז _____ (קטינה)
3. עמאירה, ת"ז _____ (קטינה)
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר מס' 580-163-517
ע"י ב"כ עו"ד עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד אנו דעואל לוסקי
ו/או עו"ד נועה עמרמי
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרות

- 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 בית משפחת העותרות, הממוקם בדורא, נפת חברון.

צו ההריסה מיום 28.7.16 מצורף ומסומן נספח א'

כן מתבקש בית המשפט לתת צו על תנאי המופנה למשיבים ליתן טעם 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 בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 2.8.16 בשעה 12:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרות, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

במקרה דנן הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיע חמורה בזכויות העותרות, אך ברור כי

מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרות, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשתם. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרת 1 היא אשתו של _____ אלעמאירה, ת"ז 942501972 (להלן: "_____") אשר לדברי המשיבים, "ביצע ביום 1.7.16 פיגוע ירי בציר 60, בו רצח אדם".
2. העותרת 2 היא בתם בת השנתיים וחצי של העותרת 1 ושל _____.
3. העותרת 3 היא בתם בת ה-11 חודשים של העותרת 1 ושל _____.
4. העותרת 4, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
5. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו ההריסה לדירת העותרות.
6. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרות, אשר בכוונת המשיבים להחרים ולהרסו. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של _____, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע הירי ביום 1.7.16 שבו נרצח אדם.
7. אין חולק שהמעשה המיוחס ל _____ קשה ואכזרי. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינן של העותרות שהינן בנות משפחתו אשר לא הייתה להן כל מעורבות במעשה. יצוין כי על פי המידע הקיים בידי הח"מ, _____ נתון במעצר, וככל הידוע לה, טרם הוגש נגדו כתב אישום.
8. בקצרה, יטענו העותרות, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את ביתן הינה החלטה פסולה, ודינה בטלות מהטעמים הבאים:
 - א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;
 - ב. הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;
 - ג. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;
 - ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
 - ה. ההחלטה להרוס את בית העותרות אינה מידתית מכיוון שלא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשמתה - בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, ובכלל זאת בקטינות, ולאי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של _____ והעדר היכולת לצפות אותן.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

9. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע לביתן של העותרות, בעל קומה אחת, הממוקם בדורא, נפת חברון ומצוי בבעלות _____ . אין בבעלות העותרת 1 שטח או בית אחר.

10. הבית כולל 4 חדרים, מטבח ושירותים ובו גרה העותרת 1 עם בנותיה, _____ בת השנתיים וחצי ו _____ בת ה-11 חודשים.

11. המבנה המיועד להריסה אם כן, מהווה את בית המגורים היחיד של העותרות. מקום בו יוחלט על הריסת הדירות למרות האמור, יוותרו בני המשפחה, הכוללת פעוטה ותינוקת, ללא קורת גג מעל ראשן. לפיכך, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית איננו יכול להוות פתרון סביר או מידתי, שכן הפגיעה שהוא טומן בבלתי מעורבים, גדולה מנשוא ובלתי סבירה.

12. העותרת 1 עומדת על כך כי לא היה כל סימן מקדים שעשוי היה לעורר את חשדותיה ולפיכך לא היה בידה לצפות את שהתרחש. נהיר כי לו הייתה לעותרת 1 כל ידיעה או אף חשש כי בן זוגה _____ שוקל לבצע פיגוע ירי, הייתה פועלת באופן מידתי על מנת למנוע זאת.

13. ביום 23.7.16 נשלח למשרדי הח"מ הודעת המשיבים בדבר כוונתם להרוס את בית העותרות, וכי ניתן להגיש השגה על כך עד ליום 26.7.16 בשעה 14:00. בהודעה נכתב כי הריסת הבית תעשה בשל מעורבות _____ בפיגוע ירי בו נהרג אדם, כי _____ הודעה במעורבות זו וכי קיימות ראיות חיצוניות המבססות את מעורבותו. מעבר לכך לא נמסר דבר, והנימוק לכך היה צו איסור פרסום שהוטל על האירוע בעת ההיא.

הודעת המשיבים מיום 23.7.16 מטעם העותרות מצורפת ומסומנת נספח ב'

14. ביום 26.7.16 נשלחה אל המשיב 1 באמצעות דוא"ל ובאמצעות הפקס השגה בהולה כנגד כוונת המשיבים, ובה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירת העותרות היא פסולה, בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינה מקיימת תכלית הרתעתית, נעדרת תשתית ראייתית עובדתית, ושתביא לפגיעה קשה בחפים מפשע ובקטינים ושאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין.

ההשגה שהוגשה ביום 26.7.16 מטעם העותרות מצורפת ומסומנת נספח ג'

15. ביום 28.7.16, התקבלה במשרד הח"מ תשובת המשיב, לפיה נדחתה ההשגה. במענה להשגה דחה המשיב 2 את טענות העותרות על כך שהריסת ביתן מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ונימק זאת בכך שמדובר בטענות שנדחו בבית המשפט העליון וכי יש צורך לעשות שימוש בסמכות נוכח נסיבות המקרה והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים, על רקע המצב הביטחוני. באשר לטענות בדבר חוסר מידתיות, השיב המשיב 2 כי לנוכח מעשיו של _____ הריסת הבית היא אמצעי מידתי ואף הכרחי. כן נמסר כי צו איסור הפרסום הוסר, ונמסרו העתק מהודעותיו במשטרה. לסיום נמסר כי מימוש הצו לא יחל בטרם יום שלישי, 2.8.16, בשעה 12:00.

ההודעה על דחיית ההשגה מיום 28.7.16 מצורפת ומסומנת נספח ד'

16. מכאן עתירה זו.

הטיעון המשפטי

17. עניינה של עתירה זו בטענות העקרוניות בדבר האיסור על פגיעה באישה ושתי בנותיה הקטינות ביחס למעשים של בעלה עליהם לא ידעה ולא היתה לה כל יכולת למנוע. לכאורה, אין כאן נסיבות פרטניות "מיוחדות", או טיעון פרטני יוצא דופן. טענתן הבסיסית של העותרות היא כי אין להענישן על מעשי האב/הבעל.

18. כבר בראשית הדברים יוער כי אין לח"מ או לעותרות כל יכולות להתייחס למעשיו של _____, בהעדר כל ידיעה בעניין, ולכן אין כל יכולת להתייחס למידת מעורבותן, דיות הראיות אמינות הודעותיו (שבחלק הוא מודה בשקרים, באחת מהן מצוין שהוא פצוע ולא ברור באיזה נסיבות קרה הדבר וכיצד היה בכך להשפיע על הודאתו, ועוד), וכיוצ"ב. בהודעת המשיבים (נספח ב' לעיל) נטען כי קיימות גם ראיות חיצוניות למעורבותן, אך אלה לא הועברו לידי הח"מ. הח"מ ניסו ליצור קשר עם סנגורו על מנת לקבל תמונה ברורה יותר, אך ללא הצלחה.

האיסור על הריסת בתים

19. אף שהטענות העקרוניות בעניין חוסר חוקיות הריסות בתים נדחות פעם אחר פעם על ידי בית המשפט הנכבד, ללא דיון מהותי בהן (מלבד מספר הסתייגויות של שופטים נכבדים שונים, כפי שיפורט להלן), הח"מ רואות מחובתן לשוב ולהזכיר דברים אלו, בתקווה שיוס יבוא ויתקיים בהם דיון מעמיק.

20. 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.

21. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "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 המשיב מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ובמבחן התוצאה מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה מוטלת בספק.

22. 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).

23. הריסת בתים אינה חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססת על תקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945, דבר חקיקה מנדטורי. צעד זה מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי המינהגי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו והמשפט 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).

24. החרמת 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 הפחדה 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."

25. 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.**

26. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי המחייב את המשיב, 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)).

27. 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).

28. 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).

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

30. העותרות יפנו בהקשר זה לחוות דעת מומחים שצורפה לבקשה לדיון נוסף, דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15) (להלן: "הבקשה לדיון נוסף"), שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמיניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

31. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statue 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".

32. 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 שתיפתח 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' 23 לחוות הדעת).

33. 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). 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).

34. 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 שההפרות אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

35. כאמור לעיל, לא נעלם מעיני הח"מ כי טענות אלו כבר נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט הנכבד, וכי אף הבקשה לדיון נוסף נדחתה לבסוף, אך יוזכר כי הטענות העקרוניות לעיל, שהועלו גם בבקשה לדיון נוסף ובעתירות נוספות, לפיהן מדיניות המשיבים בדבר הריסת בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – **מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד**, ובעת האחרונה מספר שופטים הביעו עמדה לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש. 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, אשר מן הראוי לדון בהן.

36. הח"מ מודעות לקושי 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, אין לעותרות אלא לקוות כי יבוא היום שבית המשפט הנכבד יעתר לבקשה לדון בכובד ראש בטענות אלו. כפי שבית המשפט הנכבד דחה עתירות כנגד עינויים בחקירות שב"כ במשך תקופה ארוכה, עד שראה לנכון להתערב בפרקטיקה פסולה זו, יש לקוות שדין דומה יהיה לפרקטיקה הפסולה של הריסות בתים בנסיבות כאלה.

37. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 1.12.15), אף אם בעת הזו נותרו הם בגדר עמדת מיעוט אמיצה:

"כעולה מסקירת הדברים בחוות דעתו של חברי, השופט שהם, הועלו בעתירה דן טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיה הספציפיות של העתירה דנן. בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרוניות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה...."

... הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת, שעל עיקריהם אעמוד להלן בקצירת האומר. איני סבור כי בתגובת המדינה לעתירה דנן ניתן מענה מספק לטענות העותרות - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

(וראו גם עמדתו הדומה של כב' השופט מזוז בפסקה 2 לבג"ץ 8150/15 דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15) (להלן: עניין אבו ג'מל))

38. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנן עותרות קונקרטיות אשר אמורות על פי החלטת המשיבים לאבד את ביתן, מתבקש לקיים דיון מהותי בטענות כבדות משקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי.

39. כפי שצוין כאמור גם בהחלטת בית המשפט הנכבד בבקשה לדיון נוסף, ישנו יתרון ברור בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר הפרטני והוא באפשרות לדון לעומק ולרוחב בתוצאותיה של מדיניות זו, כפי שאלו ניבטות מהמקרה הקונקרטי, תוך התייחסות למגוון הקשיים הטמונים במדיניות זו, ולא רק באופן תיאורטי.

פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובתם של קטינים

40. כמתואר בחלק העובדתי, בבית מתגוררות כיום העותרת 1, ושתי בנותיה, פעוטה בת שנתיים וחצי ותינוקת בת פחות משנה.

41. בבית משפט נכבד זה כבר הובעה לא פעם אחת העמדה כי אין להפעיל את תקנה 119 כאשר מדובר בבני משפחה בלתי מעורבים (ראו: עמדות המיעוט של כב' השופט מזוז בבג"ץ אבו ג'מל ובבג"ץ עליוה לעיל).

42. בנוסף, הפגיעה בשתי הקטינות מנוגדת למחויבויותיה 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, אפטרופסיו 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 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.

43. מכאן, שהריסת הבית מהווה הפרה של חובותיה של ישראל על פי הוראות המשפט הבינלאומי ותוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים וקטינים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם, ויותר אולם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

44. ודוק - השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן סותר באופן חזיתי שאינו ניתן ליישוב את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ עג'ורי לעיל – בעוד שבית המשפט הנכבד משתמש בפסקי דין קודמים בנוגע לתקנה 119 כנימוק לדחיית הטענות העקרונית, הח"מ לא מצאו כל פסק דין המיישב את הסתירות בין ההלכה בעניין תקנה 119 לבין ההלכה בעניין עג'ורי.

45. בעניין עג'ורי אמנם נדונה חוקיות הוצאת "צו תיחום מקום מגורים" מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון, אך המקור הנורמטיבי לשתי הסמכויות – הן צו תיחום והן צו הריסה מכוח תקנה 119 – הוא זהה, ונגזר מדיני התפיסה הלוחמתית. כפי שנקבע בעניין עג'ורי:

"נקודת המוצא שלנו הינה כי לשם מתן מענה על שאלת סמכותו של מפקד האזור אין די בקביעה כי הצו המתקן (או כל צו אחר של מפקד האזור) מעניק סמכות למפקד הצבאי לתחום את מקום מגוריו של תושב האזור. הטעם לכך הוא שסמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל-פיהם ייקבע כוחו." (שם, בפסקה 13)

46. בנוסף, הרקע והתכלית לשתי הסמכויות דומה. הרקע והתכלית בעניינו ידוע ומוכר, ובדומה גם בעניין עג'ורי, "ועדת השרים לביטחון לאומי ביקשה לנקוט שורת צעדים אחרים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם". אך חרף דימיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, והעותרות יטענו כי יש להחילם בעניינו. כך, נקבע שם כי:

"עניין הרמה הראשונה, מקובל על כל הצדדים שלפנינו – וזו גם דעתנו – כי תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם על-פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. [...]. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים." (שם, בפסקה 24)

ובהמשך:

"מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאת מקום מגוריו מבקשים לתחם, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו בדרך-כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות, שגם אם אינן קבילות בבית-משפט, הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור" (פסקה 25)

"המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד" (שם, בפסקה 27).

47. בהמשך לקביעות אלו, נדונו 3 מקרים פרטניים. שני צווי תיחום אושרו – אחד של אחות של מחבל שנקבע שסייעה סיוע ישיר וממשי לפעילותו החמורה של אחיה, ואחד הוא של אחיו של אותו מחבל, שידע שהוא מבוקש, היה מודע למעשיו והיה מעורב בפעילותו. מנגד, צו תיחום שלישי בוטל, בעניינו של אח של מחבל אחר, שנקבע שאמנם היה מודע שהוא מבוקש וסיפק לו מזון ובגדים כאשר הגיע לביתו, אך נקבע כי "בכך בלבד לא די כדי לתחם את מקום מגוריו הוא. הפעולות האקטיביות שנקט בסיוע לאחיו נופלות מרמת הסיכון הנדרשת על-פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולהוראות הצו המתקן. אין בהתנהגותו שלו אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לביטחון האזור המאפשרת תיחום מקום מגוריו" (שם, בפסקה 39).

48. ברי, כי עניינם של העותרות קרוב יותר לעניינו של המקרה השלישי, מקום שאין כל אינדקציה שהעותרת 1 ידעה על כוונותיו של _____, ומקום שגם מהודעותיו של _____ אין אינדקציה כי שיתף אותה בכך.

49. מקום שהמקור הנורמטיבי של שתי הסמכויות הוא דומה, לא ברור כיצד ניתן להצדיק פער זה בין הגבולות שנקבעו לשימוש בצו תיחום מגורים לגבולות שנקבעו לשימוש בתקנה 119, וזאת כאשר הפגיעה הכרוכה בתקנה 119 קשה הרבה יותר. המדובר בסתירה חזיתית, והעותרות יטענו כי יש להחיל את אותן אמות מידה שנקבעו בעניין עג'ורי, ואשר מעוגנות במשפט הבינלאומי המחייב את המשיבים בהקשר זה, גם בעניינן.

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

50. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבנות המשפחה, שלא חטאו בדבר, 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). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את בית העותרות אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

51. 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, פ"ד מו(3) 693, 699)

52. בעניין בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14) 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".

53. וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, שניתנה ביום 12.11.15, ציינה כב' הנשיאה נאור כי:

"אין ספק שהסוגיה של הריסת בתים מעוררת "שאלות קשות" ואף לעתים "דילמה מוסרית" (פס' ט"ז לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין). לנוכח האמור ובשים לב לפגיעה הקשה שגורמת הריסתו של בית לזכויותיהם של המתגוררים בו, נקבע בפסיקה כי יש לעשות זאת במשורה (שם), **במקרים שבהם תכלית ההרתעה אכן מוגשמת ובכפוף לדרישת המידתיות** (שם, פס' י"ח וההפניות בה; כן ראו פס' כ"ג). כפי שציין "במבט צופה פני עתיד" השופט א' רובינשטיין בפסק-הדין מושא הבקשה, על המדינה מוטלת חובה להמשיך ולבדוק מעת לעת את יעילותה של המדיניות המתוארת:

"כדי שהריסת בתים מכוח תקנה 119 תעמוד במבחן המידתיות, יש לבחון, ככלל, האם היא אכן אפקטיבית ומגשימה את תכלית ההרתעה... עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; [...] 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" (שם, פס' כ"ד, כ"ז; וראו גם פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות).

דברים אלה מהווים "צעד מדוד" נוסף שצעד בית-משפט זה בפסק הדין מושא הבקשה. אכן, השימוש בהריסת בתים נועד להגשים את תכליתו, במקרים שבהם התועלת הגלומה בו עולה על הנזק שהוא גורם. **יש אפוא לבחון כל עת אם אכן – הן בכלל, הן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – הריסת הבית היא מידתית.** החלטתי זו ניתנת בד בבד עם פרסום פסק-הדין העוסק בעתירות קונקרטיות ולא תיאורטיות (בג"ץ 7040/15, 7076/15, 7077/15, 7079/15, 7081/15, 7082/15, 7084/15, 7085/15, 7087/15, 7092/15, 7180/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015)) אשר בהן ניתן ביטוי קונקרטי שונה לגבי אפקטיביות ההרתעה במקרים ספציפיים. (שם, פס' 6) [ההדגשות אינן במקור]

54. 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 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

55. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), הדגיש בית המשפט 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)

56. במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כולו כל הקיצין. הראיה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של מפגעים אזרחי ישראל, יהודים וערבים כאחד, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות משני הצדדים.

57. במקרה שלפנינו יטענו העותרות, כי המשיב פועל תוך חריגה מההלכות שנקבעו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין ומוביל לפגיעה בלתי מידתית בעותרת 1 ובבנותיה.

58. הותרת העותרת 1 ובנותיה הפעוטות ללא קורת גג לא יכולה להיחשב סבירה. זאת, כאשר המשפחה כולה חפה מפשע ולא היתה לה כל מעורבות במעשיו של _____, ואף לא היו לכך כל סימנים מקדימים.

59. בהקשר זה יוזכר כי ביום 23.2.16, התפרסמה ידיעה כי הממשלה אימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבעה קריטריונים חדשים להריסת בתים, לפיהם משפחות שיסגירו את בניהן יזכו להגנה משפטית מפני הריסת ביתן, ואולם שינויים אלו אינם מסייעים לאותן משפחות, כגון העותרת 1, שכלל לא ידעה שבן זוגה ביצע פיגוע ירי ולא היה באפשרותה להסגירו לרשויות. ראו דיווחים בתקשורת בכתובת האינטרנט להלן:

http://www.mako.co.il/news-military/security-q1_2016/Article-26b0cac6c3f0351004.htm

<http://www.ch10.co.il/news/257413>

60. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת ביתן של העותרות הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו ועל דעת עצמו על ביצוע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונות פיגועים של בני משפחה. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע מעשים דומים.

61. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז, בעניין אבו ג'מל לעיל:

"בתגובה מטעם המשיב לעתירה לא הועלתה כל טענה בדבר מעורבות כלשהיא של העותר (אביו של בהאא), או של בני המשפחה האחרים בפיגוע. בדיון בפנינו שאלתי את בא כוח המדינה האם מיוחסת מעורבות מכל סוג שהוא של המשפחה במעשיו של בהאא, והוא השיב בשלילה [...] פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם

החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע." (פסקאות 5-7 לפסק דינו) (הדגשים הוספו- נ.ע.)

... לעמדה זו הצטרף השופט ע' פוגלמן, אף הוא בדעת מיעוט (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015), להלן: ענין סידר, תוך שהעיר בין היתר:

"... 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).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות מהגשמת תכלית התקנה - היא כי למצער בהיעדר 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" (יצוין עם זאת, כי השופט פוגלמן הוסיף שם, "שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית" (שם, פסקאות 5-6)).

הדברים הנכוחים והנוקבים שצוטטו לעיל הם בעיני בגדר מושכלות יסוד, ואני מצרף אפוא דעתי לעמדה המובעת בהם." (פסקאות 11-12 לפסק דינו) (הדגשים הוספו- נ.ע.)

62. בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית חזר בית המשפט הנכבד ועמד על כך כי יש לבחון שורה של נסיבות רלוונטיות - הנוגעות למפגע, לבני משפחתו ולמבנה כלפיו מבקשים לנקוט סנקציה. בענייננו, בחינת מכלול הנסיבות מובילה למסקנה שאין יסוד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתן של העותרות הכוללות שתי פעוטות חסרות ישע ואת העותרת 1 שהינה חפה מפשע.

63. כידוע, _____ נתפס וצפוי לעונש כבד בגין מעשיו ולא צפוי לשוב לביתו. לפיכך, ולאור הגישה הזהירה והמצמצמת שבהפעלת הסמכות הדרקונית לפי תקנה 119 והצורך להציב סייגים להפעלתה נוכח פגיעתה הקשה בחפים מפשע ובזכויות יסוד (ראו: בג"ץ 90/2630 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (12.2.1991); וכן עניין מרעי), לרבות העדר מעורבות כלשהי של העותרת 1 ובנותיה במעשי _____, ההחלטה להוציא צו החרמה והריסה לבית והפיכת העותרת ובנותיה לחסרות בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל ועליה להתבטל.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים בנוגע להרתעה

64. בבג"צ עליווה הזכיר כב' השופט שהם את ההלכה הפסוקה לפיה "ראשית לכל נקבע, כי המפקד הצבאי ראשי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את התכלית ההרתעתית, שכן רק תכלית זו עומדת ביסוד הפעלת הסמכות".

65. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרות, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתן.

66. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת ביתן 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 (במסגרת המלצות "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז לא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

67. 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 תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לתרום לתחושת סביבתן הקרובה והרחוקה של העותרות ו _____ כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

68. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, המשיבים אינם מסבירים ומעולם לא פרסמו נתונים פומביים המסבירים 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 אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי הריסת בתים יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

69. 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 שהיכוח העקרוני לגבי

הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

70. 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 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004.

71. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14), 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..."

72. 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 למצבי קיצון. ... אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו 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"

73. אך חרף חלוף למעלה משנה וחצי מאז ניתן פסק דין זה, במהלכן נמשכת מדיניות הריסת הבתים, לא ידוע לח"מ על כל מחקר אמפירי שנערך בנושא, וכל המידע שהמשיבים מציגים לבית המשפט הנכבד בהקשר זה הינו מספר מקרים פרטניים בהם חשודים מצהירים כי נמנעו ממעורבות בטרור בשל חשש להריסת בתיהם – ללא מידע נגדי אודות מספר האנשים שנהיו מעורבים בטרור בשל כך.

74. לנוכח פסקי דין אלו, היה על המשיבים לבצע מחקר אמפירי בעניין 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 מספר שנים. מסתבר, כי ההריסות שבוצעו בתקופה זו לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווים המשיבים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

75. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 4 שבה ודורשת מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית העותרות (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה.

76. ויובהר שוב, כי אמירות גרידא מטעם גורמי הביטחון בדבר אפקטיביות אמצעי הריסת הבתים, ומספר דוגמאות ספורות של אנשים שחזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגוע, אינם עומדים בנטל הוכחת אפקטיביות ההרתעה, ובפרט לא כאשר השימוש באמצעי זה הלך והתגבר, ומנגד אין לו כל השפעה נראית לעין על המצב הביטחוני, כך שיתכן בהחלט שדבריו של פרופ' קרמניצר בדבר העידוד האפשרי לנקמה ולטרור, מקבלים אישור במציאות.

77. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי. שימוש בכלי זה תחת הנסיבות הקיימות, מדגיש ביתר שאת כי אין מדובר אלא בענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

78. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ברון בבג"צ מרעי:

"הרוח העולה מן הפסיקה, בהתייחס לממצאים אלה, היא כי אין לשלול שהריסת בתים טומנת בחובה כוח הרתעתי מסוים – אך לצד האמור גם לא ניתן להסיר את הספקות המרחפים מעל כוח הרתעתי זה כפי שפורטו לעיל (ראו למשל: השופט א' שהם בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, [פורסם בנבו] פסקה 21-22 (1.12.2015); הנשיאה מ' נאור בעניין חמאד, פסקאות 29-28; עניין סידר, דברי השופט י' עמית בפסקה 2). על רקע הדברים הללו, נקבע בפסיקה כי מדיניות המפקד הצבאי בנוגע להריסת בתים מחייבת מעקב ובחינה מתמידים [...]"

דעתי היא, שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון – אלא מהווים גם שיקול משמעותי בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש של המפקד הצבאי באמצעי זה. כך במיוחד, על רקע הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו"

79. אך מקום שקיימים ספקות, לא ניתן לומר שיש בידי בית המשפט הנכבד כי ראיות על מנת לאשר את הפעולה הפוגענית אותה מבקשים המשיבים לבצע. בפסיקה נקבע כי 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 ה-11, פ"ד לט (2) 225, 251; ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616; בג"צ 3648/08 סטמקה נגד שר הפנים, פד" נג (2) 740, 777)

80. 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 שהחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד"

81. 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."

82. ויצוין, כי על פי המידע שפורסם בתקשורת, כבר נהרג ונהרס ביתו של מחמד פקיה, מי שנחשד להיות היורה והמעורב המרכזי בפרשה. האם לא ניתן לומר שדי בהרתעה לכאורית זו? מדוע יש להמשיך ולפגוע גם בעותרות?

83. לאור האמור, יש לכלל הפחות להימנע בשלב זה מהריסת ביתן של העותרות עד אשר יובאו נתונים אמפיריים וראיות לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה ותוכיח עצמה כמדיניות מרתיעה.

לסיכום

84. דווקא בימים של מצב ביטחוני קשה הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, יש להקפיד הקפדה יתרה על הפעלת שיקול דעת מפוכח, מתון ומחושב וזאת תוך מתן הגנה רחבה, ככל הניתן, לשלומם ולזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. **הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסייה הפלסטינית, ואילו המשיבים, בהוציאם צו זה לביתן של העותרות וילדיהם, מבקשים הכלה למעשה לבטלה.** כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491:

"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."

85. כאשר האלימות מתפשטת והפחד גובר, זוהי שעת מבחנה של הדמוקרטיה. ובזמן קריטי זה, לבית המשפט הנכבד תפקיד מרכזי, משמעותי ורב חשיבות כגוף הבולם והמאזן. **אף אם לשון תקנה 119 שנהגתה בשנת 1945 ברחבי האימפריה הבריטית מתירה לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות בהתאם לתפיסות ולאיסורים העדכניים על הפגיעה בחפים מפשע ובקניינם בהתאם לדין הבינלאומי והישראלי ועליו להיזהר מלהותיר**

משפחה ללא קורת גג ואדם ללא קניינו, בלי שחטאו. יפים מאין כמוהם דבריו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת 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 יוליינו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה".

86. הריסת בתים הינה אמצעי ברברי, אכזרי ובלתי הפיך שכבר שנים אינו מקובל בקרב מדינות ליברליות שומרות חוק, אשר יעילותו מעולם לא הוכחה, ולנוכח המציאות אמצעי זה רק זורע יותר שנאה ונזק. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינן של העותרות. בדומה, נראה שלא להרתעה מכון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.
87. 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.
88. יצוין כי עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרת 1, תכננו הח"מ לתמוך עתירה זו בתצהירה של גב' ג'יהאן כחיל, מנהלת משרדה של הח"מ, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרת 1. אך גב' כחיל נעדרת מהמשרד מסיבות רפואיות, ולכן אף דבר זה לא התאפשר, והעותרות יבקשו שהות קצרה להמציא תצהיר לתמיכה בעתירה דנן.

היום, 2.8.16

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

מיכל פומרנץ, עו"ד

נועה עמרמי, עו"ד

ב"כ העותרות