

בג"צ 799/17

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
 בעניין:

1. קונבר ת.ז
2. קונבר, ת.ז
3. קונבר, ת.ז
4. קונבר (קטיין)
5. קונבר (קטינה)
6. קונבר (קטינה)
7. קונבר (קטיין)
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לווטה זלצברגר, ע"ר מס' 580-163-517
 ב"כ עו"ד עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד
 אנו דעואל לוסקי ו/או עו"ד מייסא ארשיד
 רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
 טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

מפקד פיקוד העורף

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה

רח' צאלח א-דין 29, ירושלים

טל: 02-6466590; פקס 02-6467011

המשיב

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיוורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, אטימה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחת העותרים, הממוקם ברחוב קונבר 39 בג'בל מוכבר בירושלים המזרחית.

צו החרמה והאטימה מיום 19.1.17 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 ואטימת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיוורה למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו החרמה והאטימה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 24.1.17 בשעה 12:00, ו/או מכל

פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו האטימה, 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 העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, 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. המבנה בו מתגוררים העותרים בנוי מקומת מרתף וקומת קרקע, כאשר קומת הקרקע מחולקת לשתי יחידות דיור. צו ההחרמה וההריסה נוגע לקומת המרתף וליחידת הדיור של העותרת 3.
2. העותרים 1-2 הם הוריו של קונבר, ת.ז. (להלן: "קונבר" או "____") אשר "ביצע פיגוע במהלכו דרס באמצעות משאית חיילים ואזרחים ששהו סמוך לטייל ארמון הנציב בירושלים". העותרים 1-2 (להלן: "ההורים"), בני 79 ו-63 בהתאמה, מתגוררים ביחידת הדיור השניה (להלן: "יחידת הדיור של ההורים") בקומת הקרקע במבנה, הצמודה ליחידת הדיור אשר המשיב החליט על החרמתה ואטימתה, ואשר עתידים להיפגע באופן ממשי מהחלטת המשיב לאטום את יחידת הדיור ואת קומת המרתף, כפי שיפורט להלן.
3. העותרת 3 היא אישתו של קונבר, המתגוררת ביחידת הדיור השניה של המבנה (להלן: "יחידת הדיור של האישה והילדים") ובמרתף הבית, אשר צפוי להיפגע בעקבות כוונת המשיבים להחרים ולאטום אותו. לעותרת 4 ילדים קטינים, הם העותרים 4-7, שני בנים ושתי בנות, בגילאים 9 חודשים עד 7 שנים, אשר עתידים להיפגע באופן ממשי כתוצאה מהחלטת המשיב כאמור.
4. העותרת 8, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
5. המשיב הוא האחראי על הוצאת צו החרמה והאטימה לבית העותרים.
6. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר המשיב מבקש להחרים ולאטום את חלקו. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של _____, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע הירי ביום 8.1.17 בשכונת ארמון הנציב בירושלים, בו נרצחו ארבעה חיילים.
7. אין חולק שהמעשה המיוחס ל_____ קונבר קשה ואכזרי וכי תוצאת מעשיו טרגיות. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינם של העותרים שהינם בני משפחתו ובכלל זאת בארבעת ילדיו הקטינים, אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה.
8. בקצרה, יטענו העותרים, כי ההחלטה להחרים ולאטום את ביתם הינה החלטה פסולה, ודינה בטלות מהטעמים הבאים:

- א. אטימת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;
- ב. אטימת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;
- ג. אטימת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות 4 קטינים עד לגיל 7;
- ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
- ה. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית שכן לא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשמתה - בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, ובכלל זאת בקטינים, ולאיי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של מחמד והעדר היכולת לצפות אותן. כ מו כן, אף כי מדובר באטימת חלקים מהמבנה בלבד, יש חשש ממשי שאטימה זו תוביל לפגיעה גם ביתר חלקי הבית, וכן תוצאות האטימה מובילות לנזק בלתי הפיך למבנה, כך שאין בכך בכדי לענות על דרישת המידתיות על פי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

9. כאמור, צו ההחרמה והאטימה שהוצא על ידי המשיב נוגע למבנה בעל קומה אחת מעל הקרקע, המחולקת לשתי יחידות דיור נפרדות וממרתף תת קרקעי באזור ג'בל מוכבר שבירושלים המזרחית. המבנה מצוי בבעלות העותר 1, ואין בבעלותו או בבעלות יתר העותרים 1-7 שטח או בית אחר.
10. ביחידת הדיור הממוקמת בקומה העליונה בצד אחד של המבנה, מתגוררים העותרים 1-2, בדירה אשר מורכבת משני חדרים, מטבח ושירותים, היא יחידת הדיור של ההורים. ביחידת הדיור הנוספת, הממוקמת בצד השני של המבנה, התגורר _____ עם העותרת 3 וארבעת ילדיהם, וגם יחידה זו כוללת שני חדרים, מטבח ושירותים, היא יחידת הדיור של האישה והילדים. מלבד זאת המבנה כולל גם מרתף אשר בו חדר נוסף שעמד לשימושם של העותרת 3 ו _____ וילדיהם.
11. העותרים 1-2, כמצוין לעיל, הם אנשים מבוגרים מאוד, והעותרת 3 מגדלת כיום לבדה 4 קטינים: בן 7, תלמיד כיתה א'; בת 6, שהולכת לגן; בת 3 ו בן 9 חודשים אשר אינם במסגרת חינוכית ושוהים עם אימם. בשל חשש העותרת 3 לאטימת המבנה, היא מתגוררת כיום יחד עם ילדיה בבית חמיה, הם העותרים 1-2. העותרת 3 לא עובדת ואין לה כל הכנסה, והתבססה עד לאחרונה למחייתה על עבודתו של בעלה _____.
12. הצו דנן מתייחס להחרמת ואטימת יחידת הדיור של האישה והילדים ולקומת המרתף. עם זאת יובהר כבר בשלב זה כי למרות שהצו אינו מתייחס ליחידת הדיור של ההורים, קיים חשש ממשי כי ביצוע האטימה באופן האמור, יגרום לנזק ממשי גם לדירתם.
13. מברור שנערך על ידי מהנדס מטעם העותרים עולה כי מימוש צו האטימה עשוי להוביל לקריסת הרצפה ביחידת הדיור של האישה והילדים על דירת המרתף שמתחתיה, דבר שעשוי לגרום

להתרוממות הרצפה ביחידת הדיור של ההורים – שכן מדובר באותה רצפה. העותרים פועלים לקבלת חוות דעת הנדסית על מנת לעמוד על הנזק הצפוי, אך בסד הזמנים הקצר לא הספיקו להכינו, ויבקשו לצרפו לעתירה בימים הקרובים.

14. המבנה המיועד לאטימה מהווה את בית המגורים היחיד של העותרים 3-7, ויש חשש ממשי שיגרם לנזק ממשי לדירת ההורים, העותרים 1-2, אשר גם להם זהו ביתם היחיד, ולבני המשפחה כולה אין כל חלופות מגורים אחרות. מקום בו יוחלט על אטימת חלקי המבנה למרות האמור, העותרת 3 וארבעת ילדיה יותרו ללא קורת גג מעל ראשם, ללא מפרנס וחסרי אונים לחלוטין, וככל שיגרם נזק ממשי לדירתם, גם העותרים 1-2 עשויים להיוותר ללא מקום מגורים.

15. ביום 8.1.17 דרס _____ באמצעות משאית חיילים ואזרחים ששהו סמוך לטייל ארמון הנציב בירושלים, וגרם למותם של 4 אנשים. למען הזהירות יוער כי לעותרים לא ידוע האם אכן היו לו כוונות חבלניות, ולנוכח העובדה שהוא נהרג במהלך האירוע, העניין עודנו דרוש ברור.

16. מיד לאחר הפיגוע החלו בתקשורת הודעות של הקבינט המדיני הביטחוני על שורה של צעדים כתגובה לאירוע, שהוכרז כפיגוע, וכבר ביום 10.1.17 הגיעו כוחות הצבא לבצע מדידה של בית העותרים. ביום 12.1.17 קיבלו העותרים הודעה בדבר כוונה למתן צו החרמה ואטימה לבית, וניתנה להם שהות להשיג על כך.

ההודעה על כוונה להחרים ולאטום את המבנה מצורפת ומסומנת נספח ב

17. ביום 17.1.17 הגישו הח"מ השגה בהולה כנגד כוונת המשיב להרוס ולאטום את המבנה. במסגרת ההשגה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולאטום חלקים מבית משפחת העותרים היא פסולה בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינה מקיימת תכלית הרתעתית, ושתביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, ובהם 4 קטינים, ושאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. בפרט נטען כי אין כל זיקה בין _____ קונבר ליחידת הדיור בה מתגוררים הוריו, העותרים 1-2, וכי לא ברור כיצד ניתן לאטום את יחידת הדיור של האישה והילדים והמרתף בלבד, מבלי לגרום פגיעה גם בדירת ההורים.

ההשגה שהוגשה ביום 17.1.17 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת נספח ג

18. ביום 19.1.17 התקבלה במשרדי הח"מ תשובת המשיב ולפיה נדחתה ההשגה, יחד עם צו המורה על הריסת ואטימת דירת האישה (נספח א' לעיל). במענה להשגה דחה המשיב את טענות העותרים על כך שאטימת ביתם מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדות 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 העותרים בדבר פגיעה צפויה ביחידת הדיור של העותרים 1-2 נטען כי נבחנה השפעת האטימה על שאר המבנה והמבנים הסמוכים וכי המהנדס הצה"לי דחה טענות אלה. באשר לטענות בדבר חוסר מידתיות, השיב המשיב כי אטימת המבנה נבחנה "על רקע חומרת מעשי המפגע, היקף התופעה והצורך

להרתיע מפניה" וכי המשיב בחן את כל שאר החלופות האפשרויות להגשמת התועלת העשויה לצמוח מהאטימה טרם קבלת החלטתו. לסיום נמסר כי מימוש הצו לא יחל קודם ליום 24.1.17 בשעה 12:00.

החלטת המשיב מיום 19.1.17 מצורפת ומסומנת נספח ד

19. מכאן עתירה זו.

20. כאמור לעיל, העותרים אינם סבורים שמענה המשיב לעניין הנזק שעלול להיגרם ליחידת הדיור של העותרים 1-2 מהווה תשובה מספקת לחששם בדבר פגיעה ביחידת דיור זו, ולפיכך פועלים להכנת חוות דעת הנדסית אותה יבקשו לצרף בימים הקרובים.

21. לצורך השלמת התמונה העובדתית יצוין כי העותרים כולם למדו אודות אירוע הדריסה הקשה מכלי התקשורת הישראליים. אף שבתקשורת ישנם ידיעות כי חלק מאחיו של _____ ידעו על כוונותיו, אחים אלו אינם מתגוררים במבנה המיועד לאטימה, העותרים חולקים על פרסומים אלו, ומנגד, מהצהרות אחיו של _____ סמי אל קונבר לאמצעי התקשורת מיום 10.1.17, לבני המשפחה לא היתה כל ידיעה אודות כוונותיו, הם אינם יודעים מדוע ביצע את הדריסה אך מהיכרותם עימו אינם מאמינים כי התכוון לעשות פיגוע מכוון (ר' לעניין זה את דברי האח לחדשות 2, הזמינים בלינק הבא:

http://www.mako.co.il/news-military/security-q1_2017/Article-142e077af978951004.htm.

22. עוד יודגש כי העותרים 1-3 הובאו לחקירה, ולאחר שנחקרו על ידי משטרת ישראל במשך שעות ארוכות שוחררו לביתם, וזאת בתנאי מגביל אחד בלבד, האוסר עליהם מהקמת סוכת אבלים, ונכון למועד זה לא ידוע להם כי ננקטו נגדם בהליכים נוספים, דבר המעיד כי לא נמצאו כל ראיות ממשיות בדבר ידיעה מוקדמת או מעורבות מצידם באירועים.

23. כן יצוין, כי במקביל להחרמת ואטימת המבנה, שר הפנים אף הודיע על שלילת תושבות הקבע של העותרת 2, היא אימו של _____, וכן לשלול את מעמדם של 12 בני משפחה נוספים, וזאת על רקע מעשיו של _____.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית

24. מעמדה הנורמטיבי של ירושלים המזרחית מורכב מנדבכים שונים. על פי המשפט הבינלאומי, ירושלים המזרחית הינה עודנה שטח כבוש, המצוי בתפיסה לוחמתית. משום כך, לשיטת המשפט הבינלאומי, תושביה של ירושלים המזרחית, כמו שאר הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, הם "מוגנים", הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי. מדינת ישראל, מצידה, החילה על ירושלים המזרחית באופן חד צדדי את "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", וקבעה בדין הפנימי, כי האזור הוא חלק מן העיר ירושלים. כפי שיפורט להלן, בין אם בוחנים את החלטת המשיב על פי הדין הישראלי ובין אם על פי הדין הבינלאומי – החל על מעשי המשיב בירושלים המזרחית גם מכוח היות

ירושלים המזרחית שטח כבוש וגם כי מדובר במשפט מנהגי המחייב את המשיב בכל שטח ישראל – יטענו העותרים כי החלטת המשיב הינה בלתי חוקית ודינה להתבטל.

האיסור על הריסת בתים

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

26. הריסת בית משפחה או במקרה זה אטימתו, 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.

27. ההריסה וכמוה אטימת בית, 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 האטימה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ובמבחן התוצאה מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה כפי שנעמוד על כך, מוטלת בספק.

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

29. הריסת בתים או אטימתם, אינם חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססים 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).

30. החרמת ואטימת בית העותרים מנוגדת לאיסור בדיני הכיבוש 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 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".

31. 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.**

32. הריסת ואטימת 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)).

33. הריסת ואטימת 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).

34. 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 ובכלל זאת איטמתם 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).

35. רק לאחרונה, במסגרת ההערות המסכמות של וועדת האו"ם האמונה על יישום האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (CAT) בנוגע לישראל מחודש מאי 2016, ציינה הוועדה שהיא "מודאגת כי מדיניות הריסות הבתים העונשיות בהם התגוררו עבריינים או עבריינים לכאורה בביצוע פיגועים נגד ישראלים חודשה ביולי 2014 לאחר שהושעתה ולא היתה בשימוש מאז 2005" וכי "על המדינה החברה [מדינת ישראל – מ.פ.] לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי לשים קץ מדיניות הריסות הבתים העונשיות, מכיוון שהיא מפרה את סעיף 16 לאמנה [הסעיף הקובע שמדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוט מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים – מ.פ.] (מתוך התרגום לעברית שנערך על ידי משרד המשפטים, אשר זמין בלינק <http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCo>

(mmittes/ConclusionsHebrew2016.pdf).

36. הריסת בתים ובכלל זאת אטימתם 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. העותרים 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.

38. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת ואטימת 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".

39. בחוות הדעת מוסבר כי הריסת או אטימת 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).

40. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיב 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).

41. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת ו/או אטימת 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.

42. 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 המשיב בדבר הריסת ואטימת בתייהם 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.

43. 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 לעותרים 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.

44. 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 דנן 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 לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר לייעילות 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 העותרים - 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))

45. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנם עותרים קונקרטיים אשר אמורים על פי החלטת המשיב לאבד את ביתם, והכוונה לעותרת 3 וארבעת ילדיה הקטינים, הצורך לקיים דיון מהותי בטענות כבדות המשקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי הולך ומתחזק.

46. 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 בטובת הקטינים

47. כמתואר בחלק העובדתי, ביחידת הדיור של האישה ובמרתף הבית המיועדים לאטימה, מתגוררים כיום העותרת 3 וארבעת ילדיה, כולם קטינים תחת הגיל 7. יחידת הדיור של ההורים אינה מיועדת לאטימה אך יש חשש ממשי כי יפגע כתוצאה מאטימת יחידת הדיור הסמוכה לו.

48. כאמור לעיל, העותרים 1-3 נחקרו ושחררו ללא נקיטה בהליכים פליליים. לו היה קיים חשד כלשהו למעורבותם במעשיו של _____, אף עם עקיפה בלבד, או חשד כי ידעו על מעשיו ולא מנעו זאת, אזי חזקה שחקירתם היתה נמשכת וכי משטרת ישראל היתה נוקטת במגוון הכלים שברשותה על מנת למצות עימם את הדין. בנסיבות אלה, יש להסיק מכך כי הראיות שבפני המשיב מעידות כי העותרים 1-3 אינם מעורבים באירוע, אך למרות זאת הוחלט על אטימת ביתם באופן בלתי הפיך. מובן מאליו שלעותרים 4-7, קטינים מתחת לגיל 7, בוודאי לא היתה כל מעורבות או ידיעה לגבי מעשי אביהם.

49. כך גם בבג"צ 1631/16, 1638/16 סבאא יעקוב עליווי ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, ציינה כב' השופטת ברון בדעת מיעוט, כי:

"הנה כי כן, וכפי שכבר ציינתי בהחלטה הקודמת...השיקול של חומרת המעשים המיוחסים למחבל אינו ניצב לבדו בבחינת המידתיות של צו ההריסה. כאשר מדובר בקורת הגג המשתמשת למגורים של בני משפחה חפים מפשע, שאינם מודעים לא כל שכן מעורבים במעשה הטרור (לא במישורין, לא בעקיפין ולא באופן קונסטרקטיבי) דעתי היא כי הריסת הבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות האדם חוקתיות מן המעלה הראשונה... בעוד הוא [המעורב ממעגל שני – ה.ש, א.ד.ל.] עתיד לכלות את ימיו מאחורי סוגר ובריה, מי שמתגורר בדירה המיועדת להריסה הם שמונה ילדים קטינים ואימם – שביחס אליהם אף לא נטען שהיתה להם מעורבות או מודעות למעשיו הנפשעים של עליוה. בנסיבות אלה, דעתי היא כי הריסת הבית אינה מידתית".

50. גם כבוד השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדה זו אף כי בדעת מיעוט (בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015)), ונימק זאת במישור המידתיות:

"מן הטעם הזה, ומן הטעם הזה בלבד, הייתי נוטה ברגיל (הגם שלא במקרה זה, כפי שיפורט להלן) לדעה כי יישום הדין הקיים יש בו כדי להוביל לתוצאה שאליה הגיע במקרה זה חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, היינו: לדחיית העתירות. מן הטעם הזה – לאמור: שאלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת הגלומה בה. ובמה דברים אמורים?"

[...] למול תועלת זו, על הספקות שהובעו ביחס אליה, יש לשקול את תוצאתו הקשה של המעשה. דבר אחד הוא הריסת ביתו של זה אשר ביקש לקום עלינו לכלותינו כשהוא גר בו לבדו; דבר אחר הוא הריסת מבנה שבו גרים בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בתכניתו הזדונית, ושבתם קורס עליהם על לא עוול בכפם. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשינ':

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. 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, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (עניין ג'נימאת (בדעת מיעוט)).

לדברים נכוחים אלה מצטרף גם אני. אוסיף 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 לנשיאה 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"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (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, 563-561 (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).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית 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. 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 מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית". (הדגשים הוספו)

51. השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן/הבעל/האב 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.

52. בעניין עג'ורי אמנם נדונה הוקיות 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)

53. 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 דמיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, והעותרים יטענו כי יש להחילם גם בעניינו, ואף במקרה בו מדובר באטימת חלקים מהמבנה בלבד. 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).

54. 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).

55. ברי, כי עניינם של העותרים קרוב יותר לעניינו של המקרה השלישי, הואיל ובמקרה זה אין כל אינדיקציה כי מי מתוך העותרים 1-3 ידעו על כוונותיו של _____.

56. 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, והעותרים יטענו כי יש

להחיל את אותן אמות מידה שנקבעו בעניין עג'ורי, ואשר מעוגנות במשפט הבינלאומי המחייב את המשיב בהקשר זה, גם בעניינם.

57. לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר ביחידת הדיור ובמרתף אשר בכוונת המשיב לאטום, הם העותרת 3 וארבעה ילדים תחת הגיל 7, ומי שצפוי להיפגע מאטימה זו הם גם ההורים המבוגרים, העותרים 1-2, אשר ביחס לכולם אין כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של _____, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.

58. יתרה מזאת. הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מהאטימה לארבעת הקטינים, מנוגדת לחוביבויותיה 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 לחובותן 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".

59. מכאן, שאטימת אותם החלקים מהמבנה בו מתגוררים 4 הקטינים, ילדיה של העותרת 3, 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 אותם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

60. בנוסף לכל האמור יצוין, אם כי בזהירות המתבקשת, יציינו העותרים כי בשלב מקדמי זה ובנסיבות בהן _____ אינו בחיים – אזי מעבר להעדר כל מעורבות של העותרים במעשיו של _____, אף מוקדם לקבוע באופן וודאי, קל וחומר ברמת הראיות הנדרשת בעת פגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות יסוד, כי הטרגדיה הקשה שהתרחשה הייתה בהכרח פיגוע מכוון ממניעים לאומניים, ולא ניתן לשלול בצורה מוחלטת את האפשרות כי דובר בתאונת דרכים בלתי מכוונת. כפי שנקבע בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (בפסקה 25), וכן בפסיקה רבה לפני כן, "אין חולק כי הסנקציה שבתקנה 119 היא סנקציה חמורה ופגיעתה בזכויות יסוד של המפגע ובעיקר של בני משפחתו – פגיעה קשה היא; על כן נדרש שהראיות המנהליות יהיו חזקות במיוחד, "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנות"....".

61. בבג"צ 1014/16 סקאפי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, עסק בית המשפט הנכבד בחוקיות צו הריסה אחר, שהוצא בעקבות אירוע דרסה במסגרתו נהרג שוטר. באותו מקרה

ובדומה למקרה דנן, היו בידי המשטרה את עדויות שוטרי משמר הגבול, סרטון המתעד את נסיעת הרכב, ואף סכין קפיצית (של 10 ס"מ) שנמצאה ברכב הפוגע. כב' השופט זילברטל התייחס בחוות דעתו לרף הראייתי הדרוש לצורך הפעלת תקנה 119 (בפסקה 4 – 5 לחוות דעתו), וציין כי לא ניתן לקבוע בוודאות שדובר באירוע דריסה מכוון אף כי קיים סרטון ווידאו וכי יש צורך בראיות נוספות תומכות כגון חוות דעת של בוחן תנועה לצורך עמידה ברף הראייתי הדרוש למימוש הצו. והדברים יפים גם לעניינו:

"אכן, מדובר בצבר נתונים משמעותיים שיכול, בנסיבות מסוימות, להוביל למסקנה סבירה כי מדובר בפיגוע מכוון. אלא שלהשקפתי אין להתבונן רק על ה"יש", ובנסיבות המקרה ראוי ליתן משקל גם "לחסר הראייתי", שלא היתה מניעה להשלימו...

הנה כי כן יש לוודא לא רק שהראיות שפני הרשות יוצרות "תשתית מוצקה" לתמיכה בהחלטה, אלא גם שהליך איסוף הראיות נערך "כראוי ובאורך סביר". ...יש להביא בחשבון גם את האפשרות שאילו הנתונים הנוספים היו מושגים, הסמכות לא היתה מופעלת, או שהיתה מופעלת באופן אחר... האפשרות שנהג יאבד שליטה על רכבו, בין מחמת כשל אנושי או גופני ובין מחמת כשל טכני ברכב, וכתוצאה מכך תתרחש תאונה, אינה רחוקה ובלתי סבירה. אירועים מסוג זה מתרחשים מידי פעם וגורמים לתאונות... אכן, לרקע אירועי הימים האלה האפשרות שמדובר בפיגוע מכוון מסתברת לכאורה, יותר מהאפשרות שמדובר בתאונה... ואולם, דווקא לרקע "הטיה" אפשרית זו בניתוח הראיות המנהליות...ראוי היה למעצר לנסות ולהשיג ראיות נוספות על מנת שהתמונה תהיה מלאה ושלמה ככל הניתן ולא תושפע מהשערות והמנחת המבוקש."

חוסר מידתיות החלטת המשיב

62. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה, אטימה ו/או הריסת 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 שיטען להלן, ההחלטה לאטום חלקים מבית משפחת העותרים, אשר כל חטאם מתמצא בהיותם בני משפחתו של _____, אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

63. 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)

64. 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".

65. 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-דין 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 קונקרטיים 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]

66. 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).

67. 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 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)

68. 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.

69. במקרה שלפנינו יטענו העותרים, כי המשיב פועל תוך חריגה מעקרונות אלו, והחלטתו על עשיית

שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין ומוביל לפגיעה בלתי מידתית בעותרים ובארבע קטינים תחת הגיל 7.

תכלית עונשית ולא הרתעתית

70. בבג"צ עליווה הזכיר כב' השופט שהם את ההלכה הפסוקה לפיה "ראשית לכל נקבע, כי המפקד

הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את התכלית ההרתעתית, שכן רק תכלית זו עומדת ביסוד הפעלת הסמכות".

71. אך לאור ההתבטאויות בתקשורת של גורמי ממשלתיים שונים, ברור מעל לכל ספק שמטרת אטימת

הבית אינה הרתעה של מפגעים אחרים, אלא אך ורק תגובה עונשית למעשיו של _____, מתוך ניסיון לרצות את יצר הנקם הציבורי. כך, מדבריו של שר הפנים דרעי בתקשורת, שאמנם נאמרו בנוגע לשלילת מעמדם של בני משפחתו של _____, אך רוח הדברים דומה בנוגע להריסת הבית:

"מדובר בהחלטה שמסמנת עידן חדש נגד הטרור ונגד מחבלים בעלי מעמד שניצלו את מעמדם לביצוע פיגועים קשים נגד אזרחים. מעתה תהיה אפס סובלנות כלפי כל מי שמעורב בפיגועים נגד ישראל וכלפי בני משפחתו. מעתה יידע כל מי שזומם, מתכנן או שוקל לבצע פיגוע כי בני משפחתו ישלמו מחיר כבד על מעשהו. ההשלכות יהיו קשות ומרחיקות לכת, כמו בהחלטה שקיבלתי לגבי אמו ובני משפחתו של המחבל שביצע את הפיגוע בארמון הנציב

בירושלים" (פורסם בעיתון "הארץ" ביום 10.1.17,
<http://www.haaretz.co.il/news/law/1.3228819>)

72. עם כל העצב על מותם הטראגי של קורבנות מעשיו הנוראיים של _____, הרי שתכלית עונשית-נקמנית הינה תכלית זרה להריסת ואטימת בתים, וצעד זה לא ישיב את המתים לחיים.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

73. אף אם היה נקבע כי מדובר בתכלית הרתעתית – דבר שהעותרים מתקשים לקבל – הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כאטימת בתים.

74. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שאטימת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים, ובכלל זאת אטימה, 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.

75. 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 פלסטינים (לרבות תושבי מזרח ירושלים), 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 המשיב לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

76. **מנגד, מהנתונים הקיימים בידי העותרת 8 עולה כי קיים ספק רב בדבר אפקטיביות הריסת מבנים כתגובה לפיגועים, זאת ככלל, ובפרט בנוגע לירושלים המזרחית.** מנתונים שבידי העותרת 8 עולה כי מחודש יולי ועד סוף דצמבר 2016 הרסה מדינת ישראל בסך הכל 35 בתים של פלסטינים ואטמה עוד 7 (מתוכם 6 בתים נהרסו ו-4 נאטמו בירושלים המזרחית). בפרט, במהלך השנים 2015-2016 **בוצעו לכל הפחות 8 הריסות בתים בשכונות ג'בל מוכבר (בו גר _____) ובשכונת צור באהר הסמוכה בירושלים המזרחית וזאת בעקבות אירועי טרור שונים.** כך שאף אם היה נקבע של _____ היו כוונות חבלניות (דבר שכאמור, העותרים סבורים שמוקדם לקבוע בצורה נחרצת), מובן שלנוכח שכיחות תופעת הריסת הבתים בסמוך לו, הריסות אלה לא הרתיעו אותו מלבצע לכאורה את הדריסה.

רשימת ההריסות שבוצעו בין 2015-2016 בשכונות ג'בל מוכבר וצור באהר מצורף ומסומן נספח ה'

77. לצד הספקות הרבים בדבר התועלת הצומחת מאמצעי פוגעני זה, קשה שלא לחשוש מהתגובה השלילית אותו היא מייצרת. בהקשר זה יפים גם דברי מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, שפורסמו בעיתון "הארץ" ביום 9.8.16:

"מומחים רבים הביעו כבר את דעתם, כי במציאות הטרור כיום, כאשר הפיגועים נעשים על ידי יחידים שפעמים רבות מונעים ממצוקה אישית, הסבירות שמדיניות הריסת בתי משפחותיהם אכן מרתיעה, נמוכה למדי. אפילו אם נניח שבטווח הקצר היא עשויה להיות אפקטיבית במקרים בודדים, הרי שבטווח הארוך, הנמדד כיום בחודשים ספורים, הכעס, השנאה, וההשפלה, המתודלקות על ידי אידיאולוגיות רדיקליות יותר מאלה של המאס, יביאו דווקא להגברת הטרור.

[...] ברוב המקרים השפלה מעגנת רצון לנקמה יותר מאשר מרתיעה. [...] ואם כך הם פני הדברים, הרי שהריסת בתי משפחות מחבלים קרובה יותר לפעולת תגמול מאשר לפעולת מנע, וכשהיא מכוונת נגד מי שאינם המפגעים עצמם היא בלתי לגיטימית, כל עוד לא יוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר."

הכתבה מצורפת ומסומנת נספח ו'

78. כך, רק לאחרונה נתקלו הח"מ בדוגמא אחת בלבד (והח"מ בטוחות שיש עוד דוגמאות רבות) המדגימה כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

עותק מהודאת האסיר אחמד מוגרבי אודות השלכות הפגיעה בביתו ובבני משפחתו ורצונו לבצע פיגוע בשל כך מצורף ומסומן כנספח ז

79. אף כי אין המדובר אלא במדגם מייצג בלבד, מהנתונים והמסמכים המצורפים עולה כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. אי בהירות זו העסיקה גם את בית המשפט הנכבד. לעניין זה חשוב להדגיש את הדברים שקבעה כב' השופטת ברון בבג"צ 1125/16 **חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, בכל הנוגע להצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים, הנסמכת על טענת ההרתעה. באותו מקרה ציינה כב' השופטת ברון כי (שם, בעמ' 33-34):

"...נדרש להכיר בכך שאפקטיביות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים היא סוגיה נכבדה וטורדת, המעסיקה רבות את בית המשפט וכפי הנראה תמשיך להעסיקו גם בעתיד הנראה לעין... ההצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים נסמכת על כך שכאשר על כפות המאזניים ניצבים מצד אחד הסיכוי למנוע שפיכות דמים, ומצד שני פגיעה בקניינה של משפחת מחבל – יש "לחוס על החיים...". **אלא שבפועל, התמונה ההרתעתית אינה כה ברורה, לא כל שכן חד-משמעית.** אמנם אין לשלול את רציונל ההרתעה, ואולם יש יסוד לסברה כי להריסת בתים כוח הרתעתי נקודתי בלבד בזמן ובמקום – וכי מן הצד האחר, נודעת לאמצעי זה השלכה חמורה של הסלמת היחסים בין הצדדים והזנת השנאה ואף מעשי הטרור כלפי ישראל (ראו, למשל, את סקירתה המקיפה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 5 לחוות דעתה)."

80. בבג"צ 1938/16 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן לסוגיית יעילות ההרתעה והראיות הנדרשות על מנת לתמוך בטענה זו בקובעו כי (שם, בפסקה 4):

"...כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה היא... **אלא שלא די, לגישתי, באפשרות ערטילאית בדבר הצלחת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם.** מטבע הדברים, ההרתעה אותה

ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועל התגברות השימוש בכלי זה... הצווים הם שטר ושוברו בצידו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי החרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים"

81. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בעניין אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים בעניין סידר לעיל:

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. אלא שייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119. דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף סברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' (וראו שקופיות 17, 20 ו-222 מתוך מצגת שערכה ועדה בראשות האלוף אהוד שני אשר בחנה נושא זה בשנים 2004-2005, שצורפה כנספח 1 לעתירה בעניין המוקד להגנת הפרט). בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראושם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). עמד על כך גם בית משפט זה כאשר הטעים כי אף שאין זה אפשרי להוכיח "כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997) (מפי השופט א' גולדברג) (להלן: [עניין ג'נימת]), עדיין "על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו [...] [ו]להביא [...] נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות).

82. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, וזאת חרף סימני שאלה אלו, המשיב אינו מסביר באיזה אופן הוא סבור שהריסה או אטימה של בית המגורים של משפחת החשודים ו/או המורשעים בפיגועים, תוך פגיעה ממשית בכל שאר יושבי הבית, 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 החרמה, ההריסה או האטימה. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבור המשיב כי שימוש באמצעי זה יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

83. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסות ואטימות בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיב כי מדובר אמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שצינו 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 31, 5 (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."

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

85. 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..."

86. 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 לתוות 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 קיצוני. ... אך מצבי קיצוני 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"

87. אך חרף חלוף למעלה משנתיים מאז ניתן פסק דין זה, במהלכן נמשכת מדיניות הריסת ואטימת הבתים, לא ידוע לח"מ על כל מחקר אמפירי שנערך בנושא, וכל המידע שהמשיב מציג 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, אשר כפי שהצגנו לעיל, ככל הנראה קיים.

88. לנוכח פסקי דין אלו, היה על המשיב לבצע מחקר אמפירי בעניין ולא להמשיך במדיניות הריסת ואטימת 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 שהמשיב חידש כאמור את הריסת הבתים לפני כמעט שלוש שנים**. מסתבר, כפי שעולה גם מהודעתו של האסיר שצורפה לעיל, כי ההריסות שבוצעו בתקופה זו לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווה המשיב, ואולי המשיב מבקש אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

89. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 8 שבה ודורשת מהמשיב שלא לבצע את אטימת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה.

90. 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.

91. 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.

92. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע בעניין **עואודה לעיל**, וכן בפסקי דין רבים נוספים - 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).

93. 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"

94. 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 מותירות כל ספק."

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

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

96. המשיב כאמור מבקש לאטום בבטון את יחידת הדיור של האישה וילדיה ואת המרתף התת קרקעי במבנה. כמפורט לעיל, העותרים צופים שכתוצאה ממהלך זה אותם החלקים שיאטמו יוצאו מכלל שימוש לצמיתות, וכי איטום יחידת הדיור של האישה עלול גם לפגוע ביחידת הדיור של ההורים. ואולם, חרף בקשת העותרים בהשגה שהוגשה מטעמם, לא הועברה לידם עד לכתיבת שורות אלה חוות דעת הנדסית מטעם המשיב, אלא רק הסבר לקוני ולפיו טענות העותרים נבחנו ונדחו על ידי מהנדסי צה"ל.

97. ודוק- אף כי אטימה מהווה לכאורה כלי מידתי יותר מהריסה, בפועל יש להבחין בין סוגים שונים של אטימות מבנים, אשר לכל אחד מהם תוצאה שונה מבחינת מדרג חומרתם. כך למשל, במקרים רבים, כאשר דובר על דירה הממוקמת בין 2 קומות מגורים אחרות, הסתפק המשיב (או באותם המקרים המפקד הצבאי בגדה המערבית) באטימת הדלתות והחלונות בלבד של הדירה. אטימה זו היא הפיכה כך שבמקרה של מחילה עתידית, ניתן להסירה מבלי לגרום לנזק ממשי למבנה אשר נותר בר שימוש. כך, למשל בבג"צ 1336/16 פיראס אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 3.4.16), שם נקבע כי אטימה מסוגים אלה מהווה בהכרח אמצעי מתון יותר במדרג האמצעים שניתן להפעיל על פי תקנה 199, אל מול הריסה או אטימה בלתי הפיכה.

98. במקרים אחרים, עשה המשיב שימוש בקצף ותיל לצורכי האטימה והריסת המחיצות הפנימיות של הדירה, ובכך הותיר פתח, אף אם מוגבל, לעשות בעתיד שימוש בנכס (ר' למשל את בג"צ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון).

99. לעומת זאת, האטימה המתוכננת במקרה דנן הינה אטימת בטון מלאה, דהיינו אטימה בלתי הפיכה ומכאן כי בפועל, לאור השלכותיה, קרובה היא יותר למצב של הריסה. אטימה זו תוביל לנזק חסר תקנה, וודאי וקבוע לאותם החלקים שיאטמו, כך שלעולם לא ניתן יהיה עוד לעשות בהם שימוש, ובנוסף לכך היא עלולה לגרום לנזק חסר תקנה למבנה עצמו, ולפגוע ביחידת הדיור של ההורים.

100. מכאן כי על מנת לאפשר לעותרים וכן לבית המשפט הנכבד להתייחס באופן אפקטיבי להשלכות שעלולות להיות לאטימת חלקים מהמבנה על שאר חלקי הבית עליהם לקבל את כלל המידע הרלוונטי לעניין ולשם כך הרי שנדרש מהמשיב להציג את חוות הדעת ההנדסית. וראו לעניין זה את הדברים שנקבעו בבג"צ 967/16 עבד אלבאסט חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (מיום 14.02.16) על ידי כב' השופט רובינשטיין ולפיהם "חוות הדעת ההנדסית אינה חסויה ולכן אין מניעה להעבירה לעותרים, ואנו מניחים כי הועברה או תועבר ללא דיחוי".

101. ויודגש, כי התעקשות העותרים בעניין זה אינה סתמית. כך, בעניין בג"צ 7081/15 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 12.11.15) הריסת דירתו של המבצע גרמה לנזק כה כבד לשתיה הדירות האחרות שנותרו באותו בניין עד כי אלה הפכו למסוכנות למגורים ולא היה אלא להרוס את הבניין כולו. עוד יוזכר כי גם בבג"צ עואודה התחייב המשיב שלא להוציא את צו ההריסה לפועל אלא לאחר שיובטח כי לא ייגרם נזק לדירות האחרות במבנה (ר' דברי ב"כ המדינה בעמ' 4 לפרוטוקול, דיון מיום 30.6.14) ואולם במבחן התוצאה הריסת הדירה באותו מקרה, גרמה לנזקים כבדים לדירות השכנות.

102. כך גם בבג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 15.10.15), שם צרפה המדינה מיוזמתה את חוות הדעת ההנדסית, התייחס בית המשפט העליון בחריפות לפסול שיש בגרימת נזקים לצדדים שלישיים, כמו גם לאפשרות לחייב את המדינה לפצותם מקום בו דירותיהם עלולות להינזק כתוצאה מפעולת ההריסה (ר' לעניין זה גם את פסק הדין בבג"צ 7040/15 האמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 58).

103. תוצאות קשות אלה, אשר הותירו משפחות שלמות ללא קורת גג, מלמדות על הצורך והחשיבות המוגברת למסור לידי העותרים את תכניות ההריסה וחוות הדעת ההנדסית, זאת בטרם מימוש הצו ובהתאם לכך לאפשר להם להשלים את טיעוניהם לכשיתקבלו כלל החומרים הרלוונטיים.

104. כאמור, מעבר לקושי של העותרים להתמודד עם טענות המשיב שאינן מגובות בחוות דעת הנדסית, הם פועלים גם במקביל להשיג חוות דעת הנדסית מטעמם, שתוגש בימים הקרובים.

105. מהאמור עולה כי החלטת המשיב אינה מידתית גם מן הטעם שקיימת חלופה פוגענית פחות בזכויות העותרים, על דרך ביצוע אטימה הפיכה, וזאת על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בפגיעה מחפים מפשע שאינם מעורבים במעשי הטרור, כך שמידתיות המעשה מלכתחילה מוטלת בספק, כמפורט לעיל.

106. 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 בתם, ואולם שינויים אלו אינם מסייעים לאותן משפחות, כגון העותרים, שכלל לא ידעו שבניהם או בנותיהם ביצעו פיגוע וכך לא היה באפשרותם להסגיר את ילדיהם 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>

107. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי אטימת ביתם של העותרים הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מאסון גורלי זה אשר פקד אותה, אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו ועל דעת עצמו על ביצוע פיגוע כבמקרה זה. 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. 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. [...] שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה באשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה 119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בבן משפחה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית של הוריו ואחיו בעלי המשפחות, ולמרות שבני המשפחה, בעלי הבית, לא היו מעורבים במעשהו של המפגע, שנהרג במהלך הפיגוע, ואינם נושאים באשם למעשיו. קושי זה הוא כאמור מעבר לשאלות העקרוניות הכלליות בנוגע לעצם חוקיות הפעלתה של תקנה 119, ולו אבקש לייחד את דבריי הבאים. **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).

108. משקלם המצטבר של כלל השיקולים שנקבעו פסיקה שצוינו לעיל, לצד הגישה הזהירה והמצמצמת בהפעלת הסמכות בתקנה 119 שמאחוריה עומד בית משפט נכבד זה, מחייב את המסקנה שיש לבטל את צו ההחרמה והאטימה שהוצא נגד ביתם של העותרים. הפיכת המשפחה, הכוללת 4 ילדים תחת הגיל 7, לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.

לסיכום

109. 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**

המשיב, בהוציאו צו זה לביתם של העותרים 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 התוחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומה בלתי חוקי".

110. 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, 654-5:

"ואותו עיקרון יסודי 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 יוליכונו 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".

111. הריסת בתים או אטימתם לצמיתות, מהווים אמצעי 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 עניינם של העותרים. בדומה, נראה שלא להרתעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

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

113. תצהירי העותרים 1 ו-3 מצורפים לעתירה זו.

היום, 23.1.17

מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

ב"כ העותרים