

בן-נתן & פומרנץ, משרד עורכות-דין

BEN-NATAN & POMERANZ, LAW OFFICE

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

SMADAR BEN-NATAN, ADV. (Consultant)
MICHAL POMERANZ, ADV.
ANU DEULLE LUSKI, ADV.
MEISA IRSHAID, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד (יועצת)
מיכל פומרנץ, עו"ד
אנו דעואל לוסקי, עו"ד
מייסא ארשיד, עו"ד

בהול!

6.7.17

לכבוד:

אלוף פיקוד מרכז

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

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

ובאמצעות פקס: 02-5305741

הנדון: השגה בהולה - הריסת בית משפחת חאמד, ת.ז.

הריני לפנות אליך בשמו של מרשי שבנדון, מר _____ חאמד, ת.ז. _____, בהשגה על כוונתכם להרוס את בית המגורים בו הוא מתגורר יחד עם משפחתו, וזאת כדלקמן:

1. ביום 3.7.17 התקבלה במשרדי הח"מ הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים בו מתגורר מרשי שבנדון, עם בני משפחה נוספים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

2. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של בנו של מרשי, _____ חאמד (ת.ז. _____) אשר "ביצע פיגוע דריסה ביום 6 באפריל 2017 במסגרתו רצח אל סמל אחי טהרלב" (להלן: "_____").

3. בהתאם להודעה, ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 6.7.17, מכאן השגה זו.

4. בראשית הדברים יוער, כי על פי המידע המצוי בידי הח"מ, ההליך הפלילי כנגד _____ מצוי בראשית דרכו כאשר בשלב זה טרם אף התמנה סנגור לייצוגו של מר _____. בהתאם לכך, הנכם מתבקשים להעביר לידי הח"מ את הראיות המרכיבות את התשתית העובדתית עליה מבוססת החלטתכם ושעל בסיסן הוגש כתב האישום, וכן העתק של כתב האישום, וזאת תוך שמירה על זכות מרשי להעלות כל טענה אשר עשויה לצמוח בעניינם ממסמכים אלה. כן נבקש לדעת האם נערכה ל _____ הערכה פסיכיאטרית לאחר מעצרו, ולקבל תוצאותיה של הערכה זו.

5. לגופם של דברים, מרשי יטען, כי אף שהמעשים המיוחסים ל _____ הם חמורים, ותוצאות מעשים הללו טראגיים, ההחלטה להחרים ולהרוס את בית מגוריו הינה החלטה פסולה, מהטעמים הבאים:

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

הבינלאומי ההומניטרי;

- ב. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות קטינים;
- ג. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
- ד. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, אי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של _____ והעדר יכולתה לצפות אותם, וזאת בעיקר בנסיבות המקרה דנן בהן מדובר באדם הסובל ממחלת נפש.
6. לאור כל האמור, נבקשך להורות על ביטול ההחלטה האמורה.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

7. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע למבנה קרקע בו מתגורר מרשי יחד עם אשתו ושלושה מתוך שבעת ילדיו—, בת 13 שנים בלבד, תלמידת בית ספר, בין 17 תלמיד תיכון ו—, בת 20 אשר רק סיימה את לימודיה כמזכירה רפואית. הבית ממוקם בכפר סילוואד, ונפרש על פני קומה אחת, הוא מורכב משני חדרי שינה, בהם ישנים ההורים ושתי הבנות מטבח, סלון המשמש את כל בני הבית ובו גם לנים ו—, שירותים ומרפסת. הבית הינו בבעלות מרשי, הוא מצוי על קרקע בבעלותו על פי המסמכים שבידו, ואין לו שטח או בית אחר.

8. בנו של מרשי, המואשם בביצוע פיגוע הדריסה, הינו בחור צעיר בן 22 אשר על פי המידע הקיים בידי הח"מ, סובל ממחלת נפש מסוג סכיזופרניה ומטופל בשל מצב זה מזה 3 וחצי שנים. מידע זה הועבר לידכם ביום 27.4.17 בהתאם לבקשתכם מיום 18.4.17, בצירוף מכתב מהפסיכיאטר האחרון אשר טיפל ב—, ואשר איבחן אותו כלוקה בסכיזופרניה, ורשם לו עקב זאת טיפול בתרופות ריפרדל ודקינט. כן מצורף מסמך רפואי נוסף משנת 2015 שהצליח מרשי למצוא ממרפאה קודמת בה טופל בנו, בה מצוין כי _____ סובל מפסיכوزה ומטופל בתרופות. כיוון שהח"מ אינה מייצגת את _____, ואין בידה טופס ויתור סודיות רפואית, מובן שאין באפשרותה להשיג מסמכים רפואיים נוספים. מלבד המסמכים הרפואיים

9. ביום הפיגוע, הלכו מרשי ובנו _____ לעבודה יחד כככל יום אחר. במהלך היום ובמועד שאינו ידוע למרשי, יצא _____ מהעבודה ללא ידיעתו, ועל פי הנטען ביצע מאוחר יותר את הפיגוע. למרשי אין כל ידיעה אישית אודות התרחשות האירוע, הוא אינו יודע מה הניע או גרם לבנו לבצע את המעשה המיוחס לו, לא היתה לו כל התרעה מוקדמת או סימנים מקדימים לכך ש _____ שוקל לבצע את המעשים, כשהאירוע כולו הפתיע אותו ואת בני משפחתו מאוד. מרשי ובני משפחתו אינם מעורבים בפוליטיקה או בפעילות אידיאולוגית ולא ידעו על מעורבות של _____ בפעילויות כאלו. יצוין, שבתקשורת פורסם ש _____ מואשם גם בחברות בחמאס מאז שנת 2006 – מרשי לא יודע דבר על כך, והעניין תמוה בעיניו, שכן _____ היה בן 11 בשנת 2006.

10. בנסיבות הללו, מרשי לא צפה ולא יכול היה לצפות את המקרה. לו היה מרשי יודע או חושש שבנו שוקל לעשות דבר שכזה, היה פועל למנוע זאת, ואף מסגירו לידי הרשות על מנת לסכל את התרחשותו. יצוין עוד, שמרשי חושד שבימים לפני האירוע הטרגי בנו _____ הפסיק לקחת את תרופותיו, שכן לאחר מעצרו של _____ גילה שחפיסת התרופות שלו מלאה.

11. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש למרשי, אישתו ושלושת ילדיהם, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יותרו בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם.

12. עוד יובהר כי אף שצו ההריסה מתייחס לביתו של מרשי בלבד, קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה יגרום לנזק ממשי לבתים הסמוכים לביתו של מרשי, בהם מתגוררים 4 אחיו ובני משפחותיהם, וביניהם נשים, קטינים וטף, הממוקמים מטרים ספורים בלבד מביתו של מרשי. בהודעתכם על כוונתכם להרוס את בית מרשי אין כל התייחסות לאופן ההריסה המתוכנן, ולכן אין למרשי ולשכניו כל דרך לדעת אם יש חשש לפגיעה בבתים הסמוכים ואין להם אף אפשרות לטעון בעניין.

האיסור על הריסת בתים

13. 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. במקרה דנן, הדברים הם בבחינת קל וחומר הואיל והריסת המבנה, תוביל בהכרח לפגיעה קשה מנשוא בנשים וקטינים.

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

15. 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 פלוני נ' שר הביטחון).

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

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

18. על הפעלת הסמכות לעמוד גם במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את בית משפחת מרשי אינה יכולה

להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין שכן היא תוביל בהכרח לפגיעה אנושה ולבתי הפיכה בזכויות היסוד של מרשי ובני משפחתו, וכל זאת כאשר אין כל מחלוקת כי הינם חפים מפשע, בלתי מעורבים וכי לא היתה בידם כל ידיעה אודות כוונותיו של _____ ולפיכך גם לא עמדה להם כל דרך למנוע את המעשים. כאמור במקרה זה הדברים נכונים ביתר שאת משנמצא כי _____ סובל ממחלה נפשית.

19. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה 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 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 העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת קטינים

20. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה, מתגוררים כיום מרשי ואשתו ו-3 ילדיהם, בהם קטינה בת 13 ושני ילדים בגילאים 17-20, ובית זה הינו הבית היחיד העומד לרשותם. מכאן, שהריסת המבנה יוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם, ויותר אותם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

21. יתרה מזאת, אף כי מדובר במבנה אחד, הטעם החוקי הבלעדי לביצוע ההריסה לפי תקנה 119 הוא קיומה של זיקה בין המבצע או החשוד בביצוע המעשים, לבין מקום מגוריו שלו, לפיכך אין ולא יכולה להיות, כל הצדקה להרס דירת הוריו ואחיו הקטינים, אשר בינם לבין האירועים נשוא השגה זו, אין כל קשר ולו המינימלי ביותר.

22. הריסת ביתו של מרשי והותרת 3 ילדים ללא קורת גג, מצדיקה את קבלת ההשגה. הפגיעה בילדי המשפחה הקטינים והצעירים-בגירים, מנוגדת גם לזכויותיהם של הילדים ולמחויבויותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

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

וסעיף 38 לאמנה:

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

...

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

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

23. בהמשך ישיר לכך, וכמצוין לעיל, ביצוע הצו עלול לפגוע באופן ממשי במבנים הסמוכים לביתו של מרשי,
בהם מתגוררים 4 משפחות נוספות כאמור. למרות זאת, להודעתכם בדבר כוונה לבצע את הריסת ביתו
של מרשי, לא צורפה כל חוות דעת ו/או פירוט אמצעי ההריסה המתוכננים. כך, אין זה ברור
מהודעתכם, מהם אמצעי הזהירות שבכוונתם לנקוט על מנת להבטיח כי המבנים הסמוכים יוותרו ללא
פגע וכי לא ייגרמו להם נזקים כלשהם.

24. על מנת להוציא לפועל את ההריסה, יש צורך בחו"ד הנדסית אשר תבחן את ההשלכות מימוש הצו על
המבנים הסמוכים. בנסיבות הללו, וככל שגורלם של המבנים הסמוכים נותר לא ברור, ביצוע הצו במתכונתו
הנוכחית איננו יכול להוות פתרון סביר או מידתי, שכן קיים חשש לפגיעה קשה בשכנים ובני משפחה בלתי
מעורבים, והם שומרים על זכותם להשיג על ההריסה, לרבות על דרך הגשת חוות דעת הנדסית, לאחר קבלת
פירוט אודות אופן ביצוע ההריסה המתוכנן ופירוט אודות אמצעי ההריסה המתוכננים.

25. לפיכך יובהר כבר בשלב זה כי אף אם השגה זו תדחה על ידיכם בכל הנוגע לביתו של מרשי, אין לממש
את צו ההריסה מבלי ששלמות הבתים הסמוכים יובטח על ידיכם באופן מפורש, שכן גם לשיטתכם
כאמור, אין למתגוררים במבנים אלה כל קשר לאירוע ומכאן שיש להימנע מפגיעה בזכויותיהם.

26. למרות כי על דרך הכלל, תוכניות ההריסה נמסרות על ידיכם כחלק מתשובתכם להשגות ולא בטרם לכך, מן
ראוי כי תעבירו לידינו את התוכניות בטרם קבלת החלטת בהשגה זאת, על מנת לאפשר לנפגעים
להתייחס למידע הרלוונטי באופן אפקטיבי כך שטרם ההריסה יישקלו על ידיכם מלוא השיקולים הדרושים
לצורך קבלת החלטה מנהלית מושכלת ומבוססת כדין. 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".

27. לאור חשיבות הנושא נבקש להזכיר כי בבג"צ 7081/15 **עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**
(מיום 12.11.15) הריסת דירתו של המבצע גרמה לנזק כה כבד לשתי הדירות האחרות שנותרו באותו בניין
עד כי אלה הפכו למסוכנות למגורים ולא היה אלא להרוס את הבניין כולו. עוד יוזכר כי גם בג"צ
4597/14 **עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו מיום 01.7.14) התחייבתם
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.

28. 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 את פסק דינה של נשיאת ביהמ"ש העליון בדימוס בג"צ 7040/15 **האמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית**, בפסקה 58).

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

העדר התקיימות תכלית ההרתעה

30. בבג"צ 7220/15 **דועאא עלייה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (מיום 4.11.15), 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**".

31. בנסיבות מקרה זה, כשקיים מידע מבוסס ולפיו _____ סובל ממחלת נפש קשה מסוג סכיזופרניה, מרחף סימן שאלה מהותי וממשי סביב שאלת ההרתעה. אין ספק כי באם ימצא בית המשפט כי _____ אינו אחראי על מעשיו בשל מחלתו, כי אז התכלית ההרתעתית שבהריסת בית המשפחה כלל אינה מתקיימת, ולפיכך ככל שמצויים אנו בשלב מוקדם זה של ההליך המשפטי אשר טרם החל, לא ניתן לקבוע כי ביצוע הצו ישרת את מטרתו המוצהרת. הריסת הבית בנסיבות אלה אם כך, מעלה את החשש כי הרתעת מפגעים אחרים, אינה המטרה לשמה תתבצע ההריסה אלא ריצוי יצר הנקם הציבורי ותו לו. ואולם, למרות הכאב הרב על מותו הטראגי של החייל טהרלב, הרי שתכלית עונשית-נקמנית היא זרה לשיקולי הריסת בתים, וצעד זה לא ישיב עם כל הצער שבדבר את החייל לחיים.

32. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשי ובני משפחתו, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. לפיכך, בשלב הנוכחי, כאשר טרם התברר מצבו הנפשי של _____ וההליך המשפטי עדיין בחיתוליו, אין אלא לקבוע כי לא מתקיימת דרישת הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור.

33. יתרה מזאת. לא רק שאין ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה. לאור זאת, בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן. חרף העובדה שחזרתם להשתמש בפרקטיקה של הריסת בתים מזה מספר שנים, אין כל

אינדיקציה ממשית כי הדבר אכן מביא לשיפור המצב הביטחוני, ולמעשה קיים חשש ממשי שמא פרקטיקה אכזרית זו רק גורמת להפך ומחרחרת עוד שנאה ורצון לנקמה מצד פלסטינים חפים מפשע שפוגעים בזכויותיהם ללא תכלית.

34. יוזכר, כי בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14), נקבע בהקשר להריסות בתים בנסיבות דומות לענייננו, כי "... על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנוק למי שאינם נחשדים או מואשמים...".

35. לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. אנו סבורים כי אמירות גרידא מטעם גורמי הביטחון בדבר אפקטיביות אמצעי הריסת הבתים, ומספר דוגמאות ספורות של אנשים שחזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגוע, אינם עומדים בנטל זה, ובפרט לא כאשר השימוש באמצעי זה הלך והתגבר, ומנגד אין כל השפעה נראית לעין על המצב הביטחוני, וכאשר אף קיימות ראיות שהריסת בתי משפחות חשודים בטרור דווקא מובילות לתוצאות הפוכות של עידוד טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

36. כידוע לכם היטב, לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. שימוש בכלים אלה, מגביר את העוינות והשנאה ומחזק את התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה זו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול להרס ללא אבחנה המתוכנן על ידכם לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

37. 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 ושורדת, 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 "להחוס 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). **וכדבריו**

של השופט ס' ג'ובראן – "הצווים (צווי ההריסה- ע'ב') הם שטר ושוברו בציזו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים" (עניין אלרוב, בפסקה 4).

38. לאור האמור לעיל, הנכם נדרשים שלא לבצע את הריסת בית משפחת מרשי או הריסת כל בית נוסף

בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון ויוצגו תוצאותיו.

39. לאור טענותיו של מרשי הנוגעות למחלת הנפש ממנה בנו _____ סובל ומשההליך המשפטי במסגרתו יתבררו טענות אלה אף טרם החל, ואל מול כך, בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשי ולמשפחתו כתוצאה מהמצב שייווצר, אין די בכך שצעד כה אכזרי "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

ההחלטה אינה מידתית

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

"... בפרשו את [תקנה 119], צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות. ... קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד [...] אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתית".

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

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי- החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה. בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עינינו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין. חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם". (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

42. בנסיבות המקרה דנן, לא לא ניתן לקבוע שמדובר בפגיעה מידתית במרשי ובמשפחתו – הותרת משפחה של זוג הורים ו-3 ילדים, בגילאים 13-20, ללא קורת גג, וודאי בכל הנוגע לאחיו של מרשי המתגוררים עם

משפחותיהם במבנים הסמוכים, וכל זאת בגין מעשיו הנטענים של _____, בגיר צעיר בן 22 המעורער בנפשו ואשר אין כל וודאות בשלב כה מוקדם כי ימצא אחראי למעשיו. זאת, כאשר המשפחה חפה מפשע ולא רק שאין ולו בדל של ראיה כי היתה לה כל מעורבות במעשים לכאורה, ידיעה כללית אודותיהם או כי היו להם סימנים מקדימים כי עלולים להתרחש, אלא שבנסיבות בהן ברקע הדברים עומדת מחלת נפשו של _____, הדרישה כי בני המשפחה יוכלו לצפות את מעשי בנם הופכת אף מרחיקת לכת עוד יותר.

43. כאשר אלו הם פני הדברים, הקביעה כי הריסת ביתם של מרשי ומשפחתו הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת ביתה, מפגיעה קשה בזכויותיהם, רכושם וחיי הפרטים המרכיבים אותה, וזאת בכל מקרה בו מי מבני המשפחה מחליט לבצע פיגוע על דעת עצמו, ואף אם נטרפה עליו דעתו. 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 פיגועים.

44. יתרה מכך, החלטה כזו חותרת תחת עקרונות היסוד של שיטתנו. כפי שנקבע בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (מיום 16.9.13), ביחס לכליאת מבקשי מקלט לצורך הרתעת מסתננים פוטנציאליים:

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

לסיכום

45. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר חרף פסיקת בג"צ בנושא הינו אסור ופסול לפי המשפט הבינלאומי, ואשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהמציאות אכן מעידה. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי, זאת, בפרט בנסיבות עניינם של מרשי ומשפחתה. בדומה, נראה שלא להרתעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

46. אשר על כן, נבקשכם לחזור בכם מן הכוונה להרוס את בית מרשי.

47. בנוסף, כמבוקש לעיל, נבקש לקבל את התשתית העובדתית בדבר מעורבות _____ בפיגוע, מידע אודות מצבו הנפשי, וכן מחקר ונתונים אמפיריים אודות אפקטיביות ההרתעה של הריסת בתים.

48. לבסוף, נבקש כי צווי ההריסה לא יוצאו לפועל אלא לאחר קבלת חוות דעת הנדסית הנוגעת לגורלם של המבנים הסמוכים לביתו של מרשי והנזק שיגרם להן כתוצאה מההריסה, כמו גם פירוט האמצעים שבכוונתם לנקוט, על מנת למנוע את קרות הנזק הצפוי למבנים אלה. ראוי לאפשר לנפגעים לבחון מידע זה ולהגיב

עליו טרם קבלת ההחלטה בהשגה זו, זאת חלק מהזכות הטיעון העומדת להם ולאור מחויבויותיכם על פי כללי המשפט המנהלי, לשקול את כלל המידע הרלוונטי טרם ביצוע ההריסה, אשר תוביל בהכרח לפגיעה אנושה בזכויותיהם.

49. יובהר כי כל עוד ההליכים בכל הנוגע להריסת בית מרשי תלויים ועומדים, אין לנקוט בכל פעולה שתביא לפגיעה כלשהי בביתם. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשי לפנות בעתירה דחופה לבית המשפט העליון. לצורך כך נבקש פרק זמן סביר (שאינו כולל את ימי סוף השבוע, ולעניין זה ראו סעיף 33 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור בבג"צ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית), אשר במהלכו לא תינקט כל פעולה שתביא לפגיעה במבנה.

בברכה,

עו"ד מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי

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