

בעניין:

1. [redacted], ת"ז [redacted]
 2. [redacted], ת"ז [redacted]
 3. [redacted], ת"ז [redacted]
 4. [redacted] (קטינה), ת"ז [redacted]
 5. [redacted] (קטינה), ת"ז [redacted]
 6. [redacted] (קטינה), ת"ז [redacted]
 7. שוויקי, ת"ז [redacted]
 8. שוויקי, ת"ז [redacted]
- כולם מתגוררים במחנה פליטים שועפאט
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מייסא אבו סאלח אבו עכר (מ"ר 52763) ו/או נאדין אבו ערפה (מ"ר 89020) ו/או עלמה אלימלך (מ"ר 82867)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

1. מפקד פיקוד העורף
 2. שר הביטחון
- ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים 1-2 והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. **מדוע לא יימנע מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945** (להלן: "תקנה 119" או "התקנה") לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבתיהם של העותרים 1-8 הממוקם במחנה פליטים שועפאט, ובבתים אחרים.
- ב. למצער, **להקפיא את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945** (להלן: "תקנה 119" או "התקנה") לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבתיהם של העותרים 1-8 ובבתים אחרים, עד אשר תלובן ותוכרע סוגיית חוקיות מדיניות הריסת הבתים והפגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה על כל רבדיה והיבטיה.

- ג. מדוע עובר למימוש הצו והריסת בתיהם וחייהם של העותרים 1-8, לא יציגו להם ולציבור במדינת ישראל נתונים עובדתיים מהימנים המאששים באופן נחרץ את טענתם כי מדיניות הריסת בתים כאמצעי הרתעה מגשימה את תכליתה ועל כן נדרשת ומידתית. זאת, לאור הפגיעה האנושה והעמוקה שפוגעת המדיניות והצו שניתן מכוחה בעותרים. מדובר בנתונים אלמנטריים אשר בהיעדרם אין כל אפשרות לבחון, ועל כן אף לא לקבוע, האם הצו שהוצא לבתיהם של העותרים והמדיניות שמכוחה הוצא הצו צולחים את מבחני המידתיות והסבירות. דברים אלה מתבקשים בעיקר כיום, לאחר שמדיניות המשיבים להמשיך ולהרוס בתים לאורך השנים שחלפו, לא מנעה את העלייה במספר הפיגועים שכיום אנו עדים לה, ואף נהיה יותר ברור שבחלק מהמקרים הדבר היווה מניע לפיגוע.
- ד. מדוע לא יחדול המשיב מהתנהלותו השרירותית, לפיה הוא קובע סד זמנים צר ביותר, שאינו מאפשר לנפגעים פוטנציאליים מהפעלת סמכותו זו, של המשיב, לקבל זמן מספק להתארגנות.
- ה. להציג נתונים אודות הנזקים הנגרמים למבנים שאינם מיועדים להריסה בעקבות ההריסות שמבצע המשיב מכוח תקנה 119, וככל שמופעל מערך של פיקוח על ביצוע צווים אלה יבקשו העותרים לעמוד על ממצאי מערכי הפיקוח האמורים.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 3.8.2023 ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בביתם של העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיעה חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשת העותרים. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

כמן כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים לפני שמיעת העתירה לגופה, למסור את כל חומרי החקירה עליהם ביססו החלטתם.

עתירה זו מוגשת מבלי שהובאו בפני ב"כ העותרים החומרים המלאים הנחוצים לשם השלמת הטיעונים, ובייחוד חומרי החקירה עליהם מבסס המשיב 1 החלטתו להחרים ולהרוס את הדירה נשוא צו ההריסה. העתירה מוגשת בשלב זה בשל הצורך הדחוף לעכב ביצועה של עוולה, אם כי העותרים שומרים לעצמם את הזכות להשלים את טיעוניהם וכן להוסיף מסמכים ככל שיתגלו פרטים נוספים וככל שיהיה צורך בכך.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בגורלם של שני מבנים המחוברים זה לזה באמצעות הדירה מושא צו ההריסה, כאשר מבנה אחד מונה 6 קומות והשני מונה 4 קומות ובהם מתגוררים עשרות אנשים כשבדירה מושא צו ההריסה מתגוררים העותרים 1-6. הדירה נשוא צו ההריסה הינה בבעלות העותרים 7-8, כאשר טרם הושלמו תנאי עסקת המכר ביניהם לבין העותר 1 ומכאן שהעברת הבעלות על הדירה טרם נעשתה. כל זה בטענה כי בנם של העותרים 1-2, הקטין [REDACTED] ביצע פיגוע דקירה, בעודו בן 13, ביום 13.2.2023 שבמסגרתו מאבטח ירה לעבר שוטר מג"ב אסיל סואעד (להלן: השוטר) וגרם למותו (להלן: האירוע).
2. החלטתו של המפקד הצבאי להוציא צו הריסה והחרמה כנגד הדירה בקומה השלישית במבנה בו מתגוררים העותרים, וביניהם שלושה קטינים, שלא היו מעורבים באירוע האמור, ואף לא הייתה להם כל אפשרות למנוע אותו, אינה מידתית ולוקה בחוסר סבירות קיצונית. למסקנה זו הגיעו העותרים, כאשר ברקע ההפעלה השכיחה של תקנה 119 עומדת שאלה כבדת משקל אודות אפקטיביות מדיניות החרבת הבתים שמנהיג המשיב, אשר עולה חשש כבד משקל שהיא מגבירה את השנאה, מזינה את מעגל הדמים שכן לא אחת היוותה מניע להוצאת פיגועים דומים אל הפועל, כפי שככל הנראה עולה מעובדות המקרה דנן.
3. היבט נוסף, שמעלה מקרה זה, ואשר מערער את טענת אפקטיביות ההרתעה שלא נבחנה דיה, נעוץ בכך שהמשיבים לא נתנו את הדעת לעובדת היות בן המשפחה קטין בן 13, שאף פרטי האירוע כפי שעולים מחומרי החקירה אינם מצביעים על היות הדקירה זו שגרמה למותו של השוטר, כך שלא הוצג נימוק המתייחס לאפקטיביות ההרתעה בהינתן גילו הצעיר ואי היותו הגורם למותו של השוטר.
4. מקרה זה מביא בפנינו עוד דוגמא לשימוש הרחב בתקנה 119, בו עושים המשיבים, ומבלי לחוש צורך בהפעלת תקנה דרקונית זו באופן מצומצם וזהיר, כאשר הפעם אף לא נעשה ניסיון להסתיר את "התכלית הנקמנית" שמאחורי הפעלת "הסמכות" תוך הצגתה של חוות דעת הנדסית שמעידה על רצונם של המשיבים להרוס את הדירה באמצעות חבלה חמה, על אף מאפייני המבנה ומיקומו, ותוך הימנעות מוחלטת מהצגת דרכים חלופיות שפגיעתן פחותה באופן משמעותי, תוך חשיפת תושבים מוגנים נוספים – גם כן חפים מפשע – לפגיעה קשה בקניינם ובבתיהם, וזאת בשונה ממקרים אחרים דומים במאפייניהם למקרה זה.
5. ייחודיותו של המקרה דנן, ברורה גם למשיבים, שלא פעל באופן מיידי אחרי הפיגוע, ורק בחלוף חודש וחצי נקט בצעד הראשון לקראת הפעלתה ונערכו מדידות לדירה מושא צו ההריסה לקראת הריסתה, בשונה מיתר המקרים של אותה התקופה בהן מדידת הבית, ובחלקם אף הפעלת הסמכות, ננקטו באותו יום או ימים ספורים לאחר האירוע. השהות זו מצביעה על הבנתם של המשיבים שמקרה זה אינו מקרה קלאסי בו מופעלת הסמכות, וכי עצם עמידתו שתנאי הפעלתה לא היה חד משמעי שכן לא פעל לפי אותו לוח זמנים

שבהם פעל במקרים אחרים דומים. למרות האמור, המשיבים החליטו להפעיל את הסמכות על הצד הרחב ביותר גם בהשוואה למקרים מאותה תקופה.

6. למעשה, מדובר בצעד דרסטי שמחזק את הטענה שמדובר בצעד ענישתי נקמני שהינו זר לשיקולי הריסות בתים, בהתאם למה שהמשיבים טוענים, ואשר שומט את הקרקע מתחת לטענתם של המשיבים כי הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, במקרה דנן מבוססת על תכלית הרתעתית.

יודגש, כי מדיניות הריסת הבתים מנוגדת לעקרון יסוד מוסרי, על פיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (ספר דברים כ"ד, טז), ובמילים אחרות, עקרון האחריות האישית, עליו מבוסס המשפט כולו.

החלק העובדתי

הצדדים

7. העותר 1 (להלן: **העותר**) הינו אביו של הקטין [REDACTED] (להלן: [REDACTED] ו/או **הקטין**), שביצע לכאורה את הפיגוע ביום 13.2.2023. העותר הינו יליד 1978, עובד כפועל שיפוצים. העותר מתגורר יחד עם העותרים 2-6 בדירה שבקומה השלישית מושא צו ההריסה, במחנה פליטים שועפאט.

8. העותרת 2, ילידת 1984 היא אימו של [REDACTED] המתגוררת עם העותר וילדיהם בדירה נשוא צו ההריסה.

9. העותר 3, יליד 2005 הינו אחיו של [REDACTED] ובנם של העותרים 1-2 המתגורר יחד איתם בדירה נשוא צו ההריסה. העותר 3 עובד כפועל ניקיון בבית החולים "הדסה עין כרם".

10. העותרת 4, קטינה ילידת 2007 הינה אחותו של [REDACTED] ובתם של העותרים 1-2 המתגוררת יחד איתם בדירה נשוא צו ההריסה. העותרת 4 הינה תלמידה מצטיינת בבית ספר תיכון "אלחוריזמי".

11. העותרת 5, קטינה ילידת 2012, הינה אחותו של [REDACTED], המתגוררת יחד עם הוריה ואחיה בדירה נשוא צו ההריסה. העותרת 5 הינה תלמידה בבית ספר "אלפקיה".

12. העותרת 6, פעוטה ילידת 2020, הינה אחותו של [REDACTED] ובתם של העותרים 1-2 המתגוררת יחד עם הוריה ואחיה בדירה נשוא צו ההריסה.

13. העותרת 7, (להלן: **גב' שוויקי**) הינה הבעלים הרשומים בדירה נשוא צו ההריסה. העותרת 7 הינה ילידת 1971 נשואה לתושב מזרח ירושלים ומתגוררת עימו ועם שלושת ילדיהם הקטינים בדירה שכורה במחנה הפליטים שועפאט.

14. העותר 8, (להלן: **מר שוויקי**) הינו בן זוגה של גב' שוויקי אשר על שמה נרכשה הדירה. העותר 8, הינו יליד 1957, והוא בפועל טיפל בענייני מכירת הדירה, שבה נהג מנהג בעלים עד מועד מכירתה.

15. העותרת 9, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

16. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא האחראי על הוצאת צו ההחרמה וההריסה של בית העותרים 5-1, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**).

17. המשיב 2 הוא שר הביטחון, האחראי בהתאם לחוק יסוד: הצבא מטעם ממשלת ישראל על המשיב ועל קביעת מדיניות הריסת הבתים השיטתית אותה מפעיל המשיב, ובמקרה דנן, בעניינם של העותרים (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

מיצוי הליכים

18. ביום 29.3.2023 פנה המוקד אל המשיב, וציין בפנייתו כי העותר ייפה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לטפל בכל הקשור להפעלת סמכותם ע"פ תקנה 119. פנייה זו הגיעה לאחר שביום 28.3.2023 הצבא הגיע לדירה נשוא צו ההריסה וערך מדידות בו. העתק מפניית המוקד מיום 29.3.2023 מצורף ומסומן **ע/1**.

19. בשעות אחר הצהריים של יום שישי ה- 9.6.2023 הודיע המשיב על הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה בקומה השלישית במבנה, בה התגורר הקטין [REDACTED] יחד עם יתר בני משפחתו, ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה. צעד זה ננקט לטענתם הואיל ו [REDACTED] "ביצע ביום 13 בפברואר 2023 פיגוע טרור רצחני על רקע לאומני, שכתוצאה ממנו נרצח שוטר מגיב רס"ל אסיל סואעד ז"ל, והואיל שיש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור ולסייע בשמירה על ביטחון אזרחי ותושבי המדינה." (להלן: **הודעת המשיב**). בהודעת המשיב ניתנה האפשרות לפנות בהשגה עד ליום 14.6.2023 בשעה 15:00.

העתק מהודעת המשיב הנושאת את התאריך 8.6.2023 מצורף ומסומן **ע/2**.

20. לבקשת המוקד ניתנה ארכה עד ליום 24.6.2023 בשעה 12:00 להגשת ההשגה. ביום 24.6.2023 פנה המוקד להגנת הפרט בהשגה למשיב כנגד כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה במבנה נשוא צו ההריסה, ציין את נסיבות המקרה החריוגות וביקש מהמשיב לחזור בו מכוונתו להרוס ו/או להחרים את ביתם של העותרים בשל חומרת הפגיעה הצפויה בזכויותיהם, על לא עוול בכפם, ככל שיחליט המשיב להפעיל את תקנה 119. המוקד הדגיש את הנסיבות המיוחדות את המקרה שכל אחת בפני עצמה, מצדיקה ביטול הצו או למצער צמצומו משמעותית, כאשר צבר הנסיבות על פי ההלכה הפסוקה, אמור להוביל לביטולו של הצו, דבר הידוע למשיבים היטב, כאשר הבנתם לחריגותו של המקרה באה לידי ביטוי בלוח הזמנים לפיו הם פעלו, בהשוואה למקרים אחרים. כמו כן, עמד המוקד על כך שיש להימנע מהריסת הדירה בצורה שתפגע במבנה, שכן חוות הדעת שהוצגה מטעם המשיבים העידה באופן חד משמעי על שיקולי הנקמה העומדים מאחורי מעשה ההריסה המתוכנן. המוקד הדגיש לפני כל ועל סמך חוות הדעת שהוצגה מטעם המשיבים

כי יש להימנע מביצוע ההריסה באמצעות חבלה חמה, כפי שהודיעו המשיבים, כי שיטה זו תפגע בוודאות בכלל המבנה המונה 5 קומות.

העתק מההשגה שהוגשה למשיב ביום 24.6.2023 מצורף ומסומן ע/3.

21. בשעות הערב של יום חמישי ה-13.7.2023 התקבל מכתב מאת רס"ן ענאן סרחאן, בשם יועמ"ש פיקוד העורף, ובו נמסר כי **מפקד פיקוד העורף החליט לדחות את ההשגה שהוגשה ביום 24.6.2023 וקבע כי דירת המגורים בקומה השנייה במבנה הממוקם אשר מחברת בין שני מבנים הממוקמים בנצ.** 3521495, 36N 712942, במחנה פליטים שועפאט תוחרם ותיהרס. לתשובה צורף צו החרמה והריסה נשוא עתירה זו, כמו כן **צורפה חוות דעת הנדסית העומדת על שיטת הריסה השונה מזו שעד כה נקטו בה כלפי בתים במחנה פליטים שועפאט, אף מהעת האחרונה, הלוא היא שיטת החבלה החמה וניתנה שהות עד ליום 19.7.2023 לצורך הגשת עתירה.**

העתק מתשובת המשיב להשגה מיום 13.7.2023 מצורף ומסומן ע/4

העתק מצו החרמה והריסה מיום 13.7.2023 מצורף ומסומן ע/5

22. עם קבלת הצו, התבקש נציג המשיבים לתת ארכה לצורך הגשת העתירה. בקשת האורכה אושרה עד ליום 26.7.2023. בהמשך ובשל נסיבות רפואיות של הח"מ ניתנה ארכה נוספת עד ליום 3.8.2023.

הבית נשוא צו ההריסה וההחרמה וזיקת המגורים

23. כאמור, העותרים מתגוררים בדירה שבקומה השנייה במבנה בן 5 קומות על פי איור 1 שבחוות הדעת מטעם המשיבים. הדירה מחברת בין שני בניינים, כאשר הבניין המזרחי הוא בן 5 קומות, כשארבע קומות מתוכן הינן מעל הכביש, והבניין המערבי הינו בן 4 קומות, כששלוש מתוכן הינן מעל הכביש.

24. לפי התמונות המצורפות לחוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים, ניתן לראות כי בבניין המזרחי הדירה נמצאת בקומה השלישית מעל הכביש, כאשר בבניין המערבי הדירה נמצאת בקומה השנייה מעל הכביש, כאשר הפער בין שני המפלסים עומד על סך חצי מטר.

25. המבנים נבנו בתקופות שונות ועל ידי אנשים שונים, ובהעדר פיקוח הנדסי, דבר שכח וידוע במקום ספציפי זה, קרי מחנה פליטים שועפאט, כך שעל פי חוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים יש מקום להניח כי יציבותם של המבנים הינה שונה, ואין מקום להתייחס לשני חלקי המבנה באותו אופן. על פי העותרים תחילת הבנייה של המבנה הייתה לפני כ-25 שנים.

26. דירה זו הינה בבעלותה של העותרת 7, אשר רכשה את הדירה יחד עם בן זוגה, ■■■ שוויקי, ת"ז ■■■ הדירה נרכשה על ידם בשנת 2018 והם התגוררו בה לזמן קצר. לאחר מצוקה כלכלית אליה נקלעו בני הזוג שוויקי, לאחר שמר שוויקי, המפרנס היחיד במשפחה, עבר תאונת עבודה, הם נאלצו למכור את הבית ולעבור לגור בשכירות.

27. ביום 24.3.2020 נערך חוזה בין גבי שוויקי לבין מר ז [REDACTED] ובו סוכם על מכירת הדירה בסכום כסף בסך 290,000 ₪. על פי ההסכם שולם סכום של 100,000 ₪ במעמד החתימה ויתרת הסכום חולקה לתשלומים חודשיים בסך 3,000 ₪.

28. אותו הסכם מסדיר את נושא העברת זכויות הבעלות וקבלת יפוי כוח בלתי חוזר חתום על ידי גבי שוויקי, כאשר העברת זכויות מלאות בנכס תתרחש אך ורק עם העברת מלוא סכום הקנייה. בהינתן העובדה שחלק ניכר מסכום העסקה טרם עבר לבני הזוג שוויקי, מסבירה מדוע לבני הזוג עדיין קיימת זיקה לדירה שכן, אין למשפחת ז [REDACTED] זכויות מלאות בנכס.

29. כתוצאה מהאמור, משפחת ז [REDACTED] מתגוררת זה כשלוש שנים בדירה מושא צו ההריסה, כשאינן בידה זכויות בעלות בה, כאשר בעלי הדירה, בני הזוג שוויקי, אינם קרובי משפחתם ואינם קשורים אליהם. משפחת שוויקי טרם קיבלה את מלוא התמורה ומכאן הצטרפותם לעתירה, מתוך חשש לאובדן רכושם על לא עוול בכפם, כשתשלומים בגין עסקה זו מהווים עבורם מקור הכנסה בצל המצב הכלכלי הקשה איתו הם מתמודדים בשנים האחרונות.

העתק מחוזה המכר מיום 24.3.2023 מצורף ומסומן ע/6.

30. הדירה בה מתגוררים בני משפחת ז [REDACTED] הינה בשטח 160 מ"ר ובה מתגוררים כאמור העותרים 1-6, כאשר שלושה מתוכם הינם קטינים.

31. בשני המבנים שהדירה מושא הצו מחברת ביניהם, ישנן 9 דירות מגורים נוספות, כאשר חלק מהקירות של אותן דירות משותפות לאותה דירה.

32. המבנה ממוקם באזור תוסס במחנה הפליטים שועפאט כאשר החזית הדרומית של הדירה פונה לכביש הראשי, וכפי שניתן לראות בתמונות שצורפו לחוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים, מדובר בכביש שמצטופפים לאורכו בתי עסק, ועוברים בו הרבה כלי רכב ואנשים.

33. מהצד הצפוני הבניין פונה לכביש צר, ברובו של 3 מטר, ובמרחק זה ישנה שורה ארוכה של בניינים נוספים, שגם כן בנויים באופן לא מפוקח, כנהוג וכידוע על מחנה פליטים שועפאט. כמו כן, המבנה בצד המזרחי, מחובר כשלעצמו למבנה הנמצא לידו, באמצעות דירה, בדומה לדירה מושא צו ההריסה. כתוצאה מהאמור, יוצא שישנם שלושה מבנים שהינם מחוברים אחד לשני, כאשר הדירה מושא הצו ממוקמת בשני מבנים מתוך השרשרת מבנים שתואר לעיל.

34. למרות האמור, חוות הדעת מטעם המשיבים מציגה אך ורק שיטת הריסה אחת, קיומן של שיטות הריסה אחרות מתונות יותר, כאשר עורך חוות הדעת בעצמו אינו שולל את האפשרות שייגרמו נזקים לשני המבנים אליהם מחוברת הדירה, ואף למבנים הסמוכים.

35. למרות שנזקים כאלה צפויים, שהם אף משמעותיים יותר בהשוואה לחוות דעת קודמות שניתנו במקרים דומים, המשיבים לא טרחו להסביר מדוע לא ניתן להסתפק באטימה,

ואף לא בהריסה של הקירות הפנימיים או בכלל הריסה ידנית שנזקיה לדירות הסמוכות הם פחותים.

36. הימנעות המשיבים לבחון שיטות הריסה חלופיות כמקובל ובדומה למקרים קודמים, באזור הספציפי הזה, ולאור מאפייניו הייחודיים, מעידה על דבר אחד ויחיד: הרצון לפגוע ככל שניתן בתושבי המבנים החפים מפשע, וכאקט של ענישה קולקטיבית המבקשת לפגוע בהם בכל מחיר.

37. דברים אלה מקבלים חיזוק גם בגופה של חוות הדעת, החורגת מהעניין המקצועי ההנדסי. נוכח העובדה שמדובר באקט נקמני גרידא, עורך חוות הדעת נמנע מלפרוש שיטות הריסה חלופיות, ואף אינו מזכיר או מתייחס למספר פרטים שהינם קריטיים בהיבט ההנדסי. לעומת זאת, המהנדס דווקא טרח להציג את הפיגועים שהתרחשו במחנה הפליטים שועפאט, ומביא את המקרה שבבסיס הצו נשוא העתירה, למרות שאין לעובדות אלו כל קשר למומחיותו המקצועית ולתכלית של חוות הדעת ההנדסית.

38. חריגת המהנדס מטעם המשיבים מעניינו המקצועי משליכה באופן זועק על בחירתו בשיטת ההריסה ואף על מקצועיות חוות דעתו, כפי שראינו במקרים קודמים, בהם התחייבויותיו כי לא ייגרם נזק היקפי לא התממשו. בחלק ניכר ממקרים אלה תוצאות ההריסות עליהן פיקח, כפי שיוצג בהרחבה בהמשך, היו קשות ואף אילצו את המשיבים לשאת בפיצויים לניזוקים. דברים אלה מדברים בעד עצמם.

39. עוד בשלב ההשגה העותרים העלו טענות אודות ההתעקשות התמוהה בבחירת המשיבים את שיטת ההריסה של "חבלה חמה", כאשר בעבר הלא רחוק חוות דעת שנערכו לקראת הריסת דירות דומות במבנים הנמצאים במחנה פליטים שועפאט, בחלקן לא ביקשו לבצע את ההריסה בדרך האמורה, ובמקרים שהדבר הוצע, המשיבים חזרו בהם והמירו את החבלה החמה לאמצעים אחרים שפגיעתם בשכנים החפים מפשע, פחותה יחסית.

40. כך לדוגמא במקרה שנידון בבג"ץ 144/22 **אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף** (11.1.2022) (להלן: **עניין אבו שחידם**), המשיבים לא הציגו את ההריסה באמצעות "חבלה חמה" כאפשרות, כאשר גם באותו עניין היה מדובר במבנה בעל מאפיינים דומים ואף פחות מורכבים בהשוואה למקרה דנן, כאשר הדירה הייתה במבנה בן 4 קומות, גם במחנה פליטים שועפאט, אשר נהרס מבלי לפגוע במעטפת החיצונית של המבנה וזאת מתוך הבנה כי פגיעה במעטפת החיצונית עלולה לפגוע במבנה כולו.

41. במקרה מאוחר יותר, שנידון בבג"ץ 8604/22 **תמימי נ' אלון פיקוד העורף** (פורסם באר"ש) (3.1.2023) (להלן: **עניין תמימי**), המשיבים הביעו תחילה כוונה להרוס את הדירה שגם כן הייתה חלק ממבנה רב קומות, באמצעות "חבלה חמה". בהמשך המשיבים חזרו בהם והחליטו להרוס את הדירה באמצעות הריסה ידנית בשל "שיקולים מבצעיים".

42. חוות הדעת במקרים האמורים נערכו על ידי מהנדסים שונים, כאשר בעניין אבו שחידם, חוות הדעת נערכה על ידי המהנדס סא"ל במיל שאול נבו, ובעניין תמימי על ידי רס"ן י.פ..

43. חוות הדעת שהוצגו בעניין תמימי מצביעות על הפערים בנוזקים שעורך חוות הדעת צופה להם. בחוות הדעת המציגה את ההריסה על דרך "חבלה חמה" המהנדס לא התחייב על נזקים בסבירות נמוכה, והסתפק בלציון, כי מעצם הפעילות "קיימת היתכנות לנזק", זאת בדומה לכתוב בחוות הדעת שהוצגה במקרה דנן. לעומת זאת, בחוות הדעת המאוחרת שהתייחסה להריסה הידנית, המהנדס כן הצליח להתחייב על נזקים "ברמה וסבירות נמוכים מאוד עד לא צפוי בכלל".

44. השוואה זו מראה באופן חד משמעי את הפערים בנוזקים שייגרמו, שהגורם המקצועי מטעם המשיבים צופה לו, בהתאם לשיטת ההריסה הנבחרת, כאשר במקרה של "חבלה חמה" הצפי הוא לנזק משמעותי יותר, ובמקרה דנן הוא נמנע מלהסביר מדוע לא ניתן לנקוט בדרך שפגיעתה פחותה. יש להוסיף לכך, כי לפי המשיבים באותו עניין, שיקולים מבצעיים הובילו לשינוי שיטת ההריסה להריסה ידנית ומכאן עולה השאלה גם במקרה דנן מדוע שיקולים מבצעיים אלה אינם מובילים לאותה תוצאה?

45. המהנדס מטעם העותרים הדגיש כי הריסת המבנה ב"חבלה חמה" צפויה ללא ספק לגרום לנזקים, הן לשני המבנים שהדירה מחברת ביניהם בשל מאפייניהם הרעועים, והבנייה הלא מפקחת של המבנים, והן למבנים הסמוכים בשל צפיפות של אזור המבנה שסביבתו ידוע בהיעדר בנייה תקינה, דבר העשוי לגרום לנזקים ברורים למבנים האמורים, ואף עלול לסכן את יציבותם בכלל ובפני רעידות אדמה בפרט.

46. על רקע האמור, נראה שחוות הדעת שהוצגה על ידי המשיבים מצביעה על חוסר הרגישות לנוזקים שעלולים להיגרם לצדדים שלישיים, ואולי אף כוונתם הברורה לפגוע בחפים מפשע, כאשר בפניהם עומדת האפשרות להוציא את הדירה משימוש מבלי לסכן את כל המבנה ובכל מקרה בוחרים המשיבים לנקוט בשיטת הריסה פוגענית.

העתק מחוות הדעת מטעם העותרים מצורף ומסומן ע/7.

העתק מחוות הדעת בעניין אבו שחידס מצורף ומסומן ע/8.

העתק מחוות הדעת לצורך הריסת הבית ב"חבלה חמה" בעניין תמימי מצורף ומסומן ע/9.

העתק מחוות הדעת לצורך ביצוע הריסה ידנית בעניין תמימי מצורף ומסומן ע/10.

הטיעון המשפטי

47. הטיעון המשפטי של העותרים מחולק לשניים וחלקו הראשון של הטיעון יעסוק בטיעון העקרוני.

48. בחלקה זה של העתירה יטענו העותרים כי מדיניות הריסת הבתים השיטתית שמנהיגים המשיבים באמצעות השימוש בתקנה 119 – אינה חוקית. זאת, בהיותה מנוגדת לעקרונות מוסר וצדק בסיסיים, מנוגדת לדין הבינלאומי ההומניטארי, מנוגדת למשפט זכויות האדם ואף נוגדת את המשפט הישראלי – מנהלי וחוקתי. עוד יטענו העותרים בחלקו זה של טיעונם, כי מדיניות הריסת הבתים בהתבסס על תקנה 119, מהווה הפרה של הדין

הבינלאומי הפלילי. לבסוף יטענו העותרים, כי קולות לפתיחת סוגיה כאובה זו לדיון מעמיק ויסודי בהרכב מורחב עלו כידוע לא פעם גם מתוך כותלי בית משפט נכבד זה, ולפיכך, ולאור ההתפתחויות האחרונות סביב שאלת סמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי, נראה כי הגיעה העת לדיון בסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.

49. בחלקו הפרטני של הטיעון יטענו העותרים כי דין ההליך שניהל כנגדם המשיב והצו שהוציא בסופו, בעניין בית המשפחה, להתבטל. זאת בשל העובדה שמדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית ובהליך שהורתו ולידתו בחטא. לעמדת העותרים שתפורט בהמשך, ברי כי מדובר בהליך פסול, הזועק כולו ענישה ונקמה, הליך שניהל המשיב בכדי לצאת ידי חובה ותו לא, תוך ניסיון מובהק למנוע מהעותרים את הזכות להליך הוגן, ותוך התעלמות מטענותיהם הקשות כנגדו, כשבסופו אף ניתנה החלטה שאינה עומדת במבחני המידתיות. נפנה לדברים כסדרם.

תקנה 119

50. סמכותו הלכאורית והנטענת של המשיב להריסת בתים של פלסטינים בשטחי המדינה ובשטחים, והמדיניות השיטתית להחרבת בתים שמנהיג המשיב כל אימת שמתבצע פיגוע בו ישנן אבדות בנפש, מדיניות שבמסגרתה ניתן אף הצו בעניינם של העותרים דכאן, נעוצה בתקנה 119, ירושה בת 77 שנים מהמנדט הבריטי.

51. על אף שברי לכל, כי מדובר בתקנה שמקורה בתקופה בה ענישה ופגיעה עמוקה ומכוונת בחפים מפשע, היוו כלים לגיטימיים בידיו של שלטון זר ששלט על אוכלוסייה לא לו בשטחים שבשליטתו, ולמרות התמורות הרבות שחלו מני אז בעולמנו בכלל ובעולם המשפטי בפרט, ממשיכה מדינת ישראל גם בשנת 2023 לאחוז בקרנות המזבח ולטעון כי מדובר באקט כשר למהדרין. בנוסף יש לציין, כי אף הבסיס המשפטי להמשך השימוש בתקנה נושנה זו גם בימינו אנו, מקורו בהלכה שיצאה מלפני בית משפט נכבד זה לפני למעלה מ-40 שנים בבג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו) (להלן: עניין סחוויל). מספר שנים לאחר מכן, בפסק דינו בבג"ץ 879/86 רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז (פורסם בנבו), שב ומבהיר בית המשפט הנכבד כי תקנה 119 היא בבחינת דין מקומי.

52. דא עקא, בפסק הדין בבג"ץ 879/86 לא ייחס בית המשפט הנכבד כל חשיבות לעובדה שאין מדובר בדין מקומי של ממש, אלא בדין שקבעו שלטונות זרים, שקדמו בשליטתם על אוכלוסייה לא להם, לשלטונה של ישראל על אוכלוסייה לא לה.

53. מדיניות הריסת הבתים המונהגת בשנת 2023, מתבססת אם כן על תקנה בת 77 שנה והלכה משפטית בת כ-40 שנה, כאשר הלכה למעשה וברמה המהותית, לא נבחנה סוגיית כשרות המשך השימוש בתקנה 119.

לתכלית אקט הריסת הבתים אין כל נפקות

54. הגם שהמשיבים מקפידים לציין לאורך השנים כי אקט הריסת הבתים הוא אקט שננקט לצרכי הרתעה בלבד – טיעון שלעמדת העותרים אין בו כדי לרפא את אי חוקיות האקט,

כפי שיפורט בהמשך – ולא חלילה לצרכי ענישה או נקמה, המציאות בכל הכבוד הראוי, מצביעה לדאבון לב, על כיוון הפוך לחלוטין.

55. יש לומר דברים כהווייתם. התקנה עצמה מעידה על מטרתה האמיתית. ראשית, היא מופיעה תחת הכותרת "הוראות-ענשים שונות". שנית, היא עוסקת אף באפשרות למחילה, ושלישית וכאמור לעיל, התקופה בה היא תוקנה, מעידה עליה גם כן. תקנה דרקונית זו באה לעולם בתקופה בה ענישה קולקטיבית, גביית מחיר והיפרעות מחפים מפשע ומעשי נקמה היו דבר שבשגרה.

56. על כך שאין מדובר באקט הרתעתי, אלא בהליך שבבסיסו עומדים מניעי נקמה וענישה ותו לא, יעיד ההליך שניהל המשיב בעניינם של העותרים דכאן ושיפורט בחלק הפרטני לעתירה.

57. בתמצית ייאמר, כי סדי הזמנים הלא הוגנים בעליל שניתנו לעותרים על מנת לטעון כנגד המבקש לעשות שימוש ביודעין בחפים מפשע באמצעות פגיעה ישירה ומכוונת בביתם הפיזי ומחיית זכרונותיהם וחוויותיהם, אי ההתייחסות לטענות הקשות שהעלו העותרים בפניו, והקריאות בכלי התקשורת של הדרג המדיני וציבורים שונים ל"הרתעה" מיידית – זועקים כולם ענישה ונקמה.

58. ברם, אף אם נניח לצורך התרגיל המחשבתי שאכן באקט שתכליתו לכאורה הרתעה תמימה עסקינן, הרי שעדיין מדובר במדיניות פסולה מן היסוד שיש לחדול ממנה לאלתר. נסביר.

59. מאחורי הטיעון כי הריסת בתים נדרשת לתכלית הרתעתית מסתתרת ענישה מזוועה, ישירה ומכוונת, של חפים מפשע, ותהא התכלית אשר תהא. הריסת בתים "הרתעתית" משמעה מתן היתר לפגוע ביודעין ובכוונת מכוון באדם שלא חטא באופן עמוק ואנוש, תוך החרבת ביתו הפיזי ומחיית זכרונותיו וחוויותיו שצבר בין קירות ביתו לאורך השנים. זאת ועוד. מדובר במתן הכשר לעשיית שימוש בבני אדם ככלי להעברת מסרים לגורמים שלישיים פוטנציאליים באמצעות פגיעה עמוקה בהם.

60. לפיכך, וגם אם התכלית בשמה נענש אדם באופן כה אכזרי הינה הרתעה לכאורית, אין בתכלית זו כדי לרפא את אי חוקיות הפגיעה בו. המדובר בענישה מכוונת וישירה של אדם שלא חטא ופגיעה בכבודו ובקניינו, תוך עשיית שימוש אכזרי בו ככלי להעברת מסרים. הנה כי כן, גם אליבא דהמשיבים, הטוענים לתכלית הרתעתית לכאורה, ללא הענישה המכוונת ועשיית השימוש בבני אדם ככלי לא תיתכן הרי הרתעה.

61. זאת ועוד. לעמדת העותרים, ובכל הכבוד הראוי, האקט ההרתעתי שבהחרבת בתם וחיהם של אחרים, אינו תוצר לוואי של מעשה בן משפחתם כדברי כבי' השופט סולברג בפסק דינו בבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו):

אכן, מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עָנה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושפלות ראשונים. אך זאת

נזכור ונדע, כי גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית – להבדיל מן התכלית ההרתעתית שבכאן – נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, ושבהם נושאים קרוביו.

62. אדרבה, בניגוד לעונש מאסר פלילי הטומן בחובו בהכרח תוצר לוואי של פגיעה באחרים, בעניין דכאן, מדובר בענישה צינית, מכוונת וישירה של חפים מפשע, שאינה מחויבת המציאות, וכל זאת, תוך הכשרת השימוש בבני אדם ככלי שרת בידי המשיבים לצורך העברת מסרים לכאוריים לגורמים שלישיים פוטנציאליים. ענישה זו, עומדת במנותק ממעשה בן משפחתם, והמשיבים, לא זו בלבד שאינם מחוייבים לעשות בה שימוש, אלא שלעמדת העותרים העניין אסור עליהם בתכלית האיסור.

63. יודגש, כי בניגוד להתנהלות המשיבים בשנת 2023, אף תקנה 119, שתוקנה לפני 77 שנים, לא מחייבת פגיעה ושימוש בחפים מפשע באמצעות החרבת בתיהם וחייהם; היא רק מאפשרת להם את הדבר.

64. במילים אחרות: תהא תכלית הריסת הבתים אשר תהא, מדובר באקט ענישתי, אכזרי ופסול מאין כמותו, המכשיר שימוש מכוון בחפים מפשע כאינסטרומנט, באמצעות החרבת חייהם במובן הפיזי והרוחני בשל מעשיהם של אחרים.

65. העובדה כי הדין הפלילי בישראל מכיר בעיקרון האחריות האישית ואינו מתיר נקיטה באקט ענישתי כלפי חפים מפשע לצורך הגשמת תכליות הרתעתיות – הגם שהדעת נותנת כי הרתעה תסייע לצמצום הפשיעה – מלמדת אף היא על פסלות השימוש בתקנה 119 ועל האיסור שבהענשתם של חפים מפשע, ותהא תכלית הענישה שלהם אשר תהא.

66. יפים לעניין טענות העותרים כי מהותית מדובר באקט ענישתי מובהק וקשה ביותר, כדבריו הנוכחים של כב' השופט מזוז בסעי' 8 לפסק דינו בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' **מפקד כוחות צהל בגדה המערבית** :

גם הקביעה, שנשנתה בפסיקה פעמים רבות, לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי, אינה נקיה מספק. ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות עונשים שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי אינה שוללת כשלעצמה את היותה בה בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה, ומכל מקום הרתעה הינה מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית (סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) (פורסם בנבו).

67. מכל הטעמים הללו, סבורים העותרים כי הגיעה העת לומר די לאקט הריסת הבתים, ולקבוע כי אין נפקות לתכלית שלשם הגשמתה הוא מבוצע. מדובר בתקנה שיסודה

בתקופה שונה, תקופה בה ענישה ושימוש בחפים מפשע כאינסטרומנט הייתה כלי לגיטימי בידיו של שלטון זר השולט על אוכלוסייה לא לו.

הריסת בתים במשפט הבינלאומי

68. משהובהר כי הריסת בתים היא אקט ענישתי אכזרי של חפים מפשע, ללא קשר לתכלית המוצהרת העומדת בבסיסו, אקט המתבסס על תקנה בת 77 שנים והלכה בת כ-40 שנים, נבהיר מדוע המשך השימוש בתקנה 119 נוגד את הוראות המשפט הבינלאומי. אולם עוד בטרם נעשה זאת, נשוב ונציין כי הלכה ולמעשה לא נבחנה שאלת חוקיות הריסת הבתים בראי המשפט הבינלאומי עד עצם היום הזה.

69. רוב מכריע של הכותבים, ישראלים וזרים, סבור כי תקנה 119 סותרת שורה של הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשם האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (להלן: **תקנות האג**), ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה**). הפרשנות שניתנה לאיסור זה, על ידי הצלב האדום, טריבונלים בינלאומיים ומלומדים זרים וישראלים, בהקשר הנדון ובכלל, מחייבת התמודדות של ממש עם השאלה, האם תקנה 119 עומדת באיסור זה, ואם כן - באלו תנאים.

70. איסור נוסף במשפט הבינלאומי ההומניטרי המעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119 הוא האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת: תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.

71. איסורים דומים נגזרים לכאורה גם מהוראות שונות במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט הפלילי הבינלאומי (מתוך פסק דינו של כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 **עלויה נ' מפקד כוחות צהל בגדה המערבית**) (פורסם בנבו). המשיב מחויב לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון**) (פורסם בנבו).

אמנת האג: משפט בינלאומי מנהגי הקודם אף לתקנה 119

72. אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 2056/04 **בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (30.6.2004) (נבו), בעמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבין-לאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבין-לאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**) (להלן

– פרשת המועצה האזורית חוף עזה), בעמ' 514-516). במרכזו של משפט בין-לאומי פומבי זה עומדות התקנות הנספחות לתקנות האג. תקנות אלה משקפות משפט בין-לאומי מנהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה. מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל) (פורסם בנבו).

73. בראש ובראשונה סותרת מדיניות הריסת הבתים המונהגת מכוח תקנה 119 את סעיף 50 לתקנות האג, האוסר על ענישה קולקטיבית ואת תקנה 23 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

74. תקנות האג קדמו בעשרות שנים רבות לתיקונה של תקנה 119, ובנוסף, הוראותיה הן חלק מהמשפט המנהגי (ר' לעניין זה, בין השאר, ע"פ 336/61 אדולף אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה ובג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צהל באזור יהודה ושומרון) (פורסם בנבו).

75. בפסקי הדין דלעיל ציין בית המשפט הנכבד את הכלל הפרשני, כי ככל שאין סתירה בין הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי לבין החוק הישראלי החרות יש לפרש את הדין הפנימי בהתאם למשפט הבינלאומי המנהגי.

76. כאמור, תקנה 119 היא תקנה שבאה לעולם בתקופות אחרות, והיא דין שהונהג על ידי שלטון זר פעם אחר פעם על האוכלוסיה בשטח שבשליטתו. אולם אף אם נתעלם מכך, תקנה 119 אינה מחייבת מפקד צבאי להשתמש בסמכות הקבועה בה לפגיעה בחפים מפשע.

77. לסיכום יצוין, כי לדידם של העותרים המדיניות השיטתית של שימוש בחפים מפשע כאינסטרומנט, והענשתם באמצעות הריסת בתיהם והחרבת חייהם לצורך העברת מסרים לגורמים שלישיים פונטציאליים, אף אינה חוסה תחת סעי' 43 לאמנת האג. בעניין דכאן, הואיל וברי כי מטרת התקנה אינה מתן אפשרות לאוכלוסייה החיה תחת שלטון צבאי זר להמשיך ולחיות את חייה באופן שגרתי ותקין, אלא בכלי בו החזיקו שלטונות זרים זה אחר זה כנגד האוכלוסיה המקומית שאינה אוכלוסייתם על מנת להיפרע מהם בעת הצורך, הרי שלעמדת העותרים תקנה 119 אינה יכולה לחסות תחת סעי' 43 לאמנת האג.

אמנת ג'נבה הרביעית

78. המדיניות השיטתית של הריסת בתים המונהגת על ידי ישראל בהתבסס על תקנה 119, אף סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה. אמנת ג'נבה מהווה כידוע, לצד תקנות האג, את הבסיס לדין ההומניטארי הבינלאומי. ביתר פירוט, השימוש בתקנה סותר את סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם, ואת סעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש. אמנה זו אף היא כתקנות האג, מהווה משפט בינלאומי מנהגי המחייב את המשיבים לפעול בהתאם, והעובדה כי

תקנה 119 קדמה לה, אינה מעלה ואינה מורידה ואינה מהווה עילה להכשרת מדיניות שיטתית של הענשת חפים מפשע.

79. בהתאם קובעים סעיפים 146-147 לאמנת ג'נבה כי כאשר מופרים סעיפים 33 ו-53 הרי שמדובר בהפרות חמורות של האמנה. כאמור, לעמדת העותרים, תקנה 119 שמכוחה מונהגת המדיניות השיטתית אף אינה "דין מקומי" במשמעות שמבקשים המשיבים לייחס לה, אלא אימוץ הוראה שהיוותה במועד תיקונה לפני 77 שנים כלי לגטימי בארגון הכלים של השלטון הזר בהתנהלותו מול האוכלוסייה שבשליטתו.

80. נוכח האמור עד כה, וכמפורט ברישא לעתירה זו, העותרים סבורים כי המשך הפעלת מדיניות הריסת הבתים הנוהגת מכוח תקנה 119, במתכונת הנהוגה כיום, במסגרתה נמנע בית המשפט הנכבד באופן גורף מלעסוק בסוגיה העקרונית של חוקיות השימוש בתקנה 119, אינו אפשרי עוד, והסוגיה דורשת ליבון יסודי בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.

משפט זכויות האדם

81. מלבד חובת המשיבים לפעול בהתאם להוראות הדין ההומניטארי הבינלאומי המשתייכות למשפט המנהגי, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי. בראש ובראשונה, אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות משנת 1966, אמנות שהמדינה חתמה עליהן ואישררה אותן. כך נקבע בחוות הדעת של בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 12008(1) 1213; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385).

82. לעמדת העותרים, תקנה 119 סותרת – ובשל כך אף המדיניות הנוהגת מכוחה – את הסעיפים הבאים באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות: סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים), סעיף 17 (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי) וסעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק). יצוין, כי כך מצאה אף ועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

83. כמו כן, סותרת תקנה 119 – ובשל כך אף המדיניות הנוהגת מכוחה – סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיוור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה אף סותרת את סעיפים 12-13 ו-17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948.

84. קיצורו של עניין. תקנה 119 והמדיניות המונהגת על ידי המשיבים אף בשנת 2020, עומדת בסתירה מוחלטת לשורה של אמנות והוראות מחייבות, שחלקן הן בבחינת משפט בינלאומי מנהגי.

85. המשך הפעלת המדיניות השיטתית להענשת פלסטינים חפים מפשע והשימוש שעושים בהם המשיבים באמצעות הריסת בתייהם והחרבת חייהם כל אימת שמתרחש פיגוע הגובה קורבנות בנפש בטענה לצורך בהרתעה, מהווה אם כן, הפרה מתמשכת של הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי ושל משפט זכויות האדם. היא עלולה לעלות אף כדי פשע מלחמה בהתאם לחוקת רומא משנת 1998, שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי ומהווה קודיפיקציה של ההפרות החמורות של האיסורים המנהגיים וההפרות החמורות המנויות בסעיף 147 לאמנת ג'נבה.

86. הנה כי כן, ולנוכח ההתפתחויות האחרונות בזירה הבינלאומית, במסגרתן הוגשה לבית הדין הבינלאומי הפלילי בקשה לבחינת סמכותו לדון בתביעות הנוגעות למדיניות ישראל ופעולותיה בשטחים, עמדת העותרים היא כי מן הראוי ואף מן הנדרש לפתוח את סוגיית חוקיות תקנה 119 והשימוש בה לשם הצדקת המדיניות הנוהגת לדיון בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.

ענישה קולקטיבית מנוגדת לכללי המוסר והצדק הבסיסיים ואסורה במשפט העברי

87. בנוסף לכל האמור, ואולי דווקא בראש ובראשונה, האיסור על ענישה קולקטיבית מנוגד לכללי המוסר והצדק הבסיסיים ובכלל זאת ערכי היהדות.

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך - השופט כל הארץ. לא יעשה משפט (בראשית יח כה).

88. לפיכך, ולצד האיסור על ענישה קולקטיבית שמצא את ביטויו כאמור לעיל במשפט הבינלאומי המנהגי, מדובר באיסור המנוגד לערכי היהדות והמוסר. הדבר אף בא לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

ואותו עקרון-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 אבות 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 היישר אל ימים

קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות
אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו
תקהינה. (בג"ץ 2006/97 ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד
נא(2), 651, 654-655).

89. מדיניות הריסות הבתים מכח תקנה 119 פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כאמור לעיל, אין מדובר רק בהחרבת ביתו של אדם אלא גם במחיקת חלקים שלמים מתוך חוויותיו וזכרויותיו של אדם שנצברו בין קירות ביתו. בבית משפחה בני אדם נולדים, בני אדם גדלים, בני אדם נישאים ואף הולכים לעולמם. מדיניות העושה שימוש שיטתי בחייהם של בני אדם באמצעות מחיית זכרונות וחוויות אלו לצד החרבת המבנה הפיזי, אך ורק על מנת להעביר מסר שהצלחת העברתו מעולם לא הוכחה, היא מדיניות המנוגדת בתכלית לערכי המוסר והצדק הבסיסיים ביותר.

90. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 119. העותרים יטענו, כי תקנה 119 עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ועל כן אל לו לעשות בה שימוש. אם עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכות הנתונה לו ע"פ התקנה, עליו לפעול במסגרת שיקול הדעת וההלכות שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה ולעמוד במבחני המידתיות. במקרה דנן, פעל המשיב בניגוד לכל אלה ועל כן דין החלטתו להתבטל.

עקרון המידתיות

אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על-פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו, ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור), ובלבד שההגבלה הינה מידתית. גישה זו חוצה את כל ענפי המשפט. במסגרת העתירה שלפנינו, חשיבותה היא כפולה: ראשית, היא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי, בכלל, ושל דיני התפיסה הלוחמתית, בפרט; שנית, היא אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. נעמוד בקצרה על כל אחד מאלה [...]. מידתיות אינה רק עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות היא גם עיקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי (ראו: ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" [55]; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל. (סע' 36 ו-38 מתוך פסק הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל) (פורסם בנבו).

91. גם אם יסבור בית משפט נכבד זה כי באמור עד כה אין די בכדי לקבוע כי תקנה 119 והמדיניות המופעלת מכוחה אינן חוקיות, הרי שבנוסף לאמור עד כה, תקנה 119 והמדיניות המופעלת מכוחה אינן עומדות לעמדת העותרים בעקרון המידתיות המקובל במשפט הבינלאומי הומניטארי, ואף לא בעקרון המידתיות הנדרש בהתאם למשפט הישראלי המינהלי חוקתי. נסביר.

92. בהתאם לפסיקתו רבת השנים של בית משפט נכבד זה, תוקפה של תקנה 119 נשמר גם לאחר חקיקת חוקי היסוד. עם זאת נקבע זה מכבר, כי למרות האמור, יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנה ברוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

93. הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין ([פורסם בנבו], 11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, פס' 12 לפס"ד) (פורסם בנבו).

94. דא עקא, בעוד שבית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי על הפעלת הסמכות במקרים פרטניים לעמוד במבחני המידתיות, הרי שאת מידתיות המדיניות השיטתית להריסת בתים המופעלת מכוח תקנה 119 עצמה, לא בחן בית המשפט מעולם.

95. להלן יצביעו העותרים על כך שהמדיניות עצמה עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון המידתיות והיא אינה צולחת אף אחד משלושת מבחני המשנה שנקבעו לבחינת העניין.

הסירוב לעיין מחדש בחוקיות השימוש בתקנה 119

96. חרף אי הנוחות שמעורר השימוש התכוף בתקנה 119, הטענות העקרוניות בעניין חוסר החוקיות של הריסות בתים נדחות פעם אחר פעם ללא דיון מהותי בהן. לכן, העותרים מבקשים לשוב ולהזכיר דברים אלו, מתוך תקווה ואמונה כי העתירה דן תהווה הזדמנות לקיום דיון מעמיק בקשיים שמעורר השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.

... הטענות שהועלו [כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 – נ.ד.] 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

לביור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

(דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (מיום 1.12.15).

97. בשנים האחרונות הושמעו במספר פסקי דין הערות ביחס לשימוש בתקנה 119 ובסמכות המשיב לבצע הריסת בתים או חלק מהם מכוחה. בבג"ץ 8150/15 **דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (להלן: **עניין אבו ג'מל**) קבע כב' השופט מזוז בפסקה 3 לפסק דינו:

את עמדתי בסוגיות אלה- לפיה הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי והן בהיבט של המשפט החוקתי הישראלי, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה הולם ומספק בפסיקתו של בית משפט זה – הצגתי במספר הזדמנויות בשנתיים האחרונות...

98. וכך קבעה גם כבוד השופטת ברוך, על אף שהצטרפה לדעתו של כב' השופט עמית לעניין דחיית העתירה עצמה: **"אציין עם זאת כי אני שותפה לקולות הקוראים לעיון מחדש בהלכה זו [הסמכות מכוח תקנה 119 – נ.ד.] בהרכב מורחב של שופטים"** (פס' 1 לפסק דינה).

99. להערות אלו הצטרף גם כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ 1630/16 **זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל** (ניתן ביום 23.3.16):

בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה, **הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי** [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

ראה גם דברים דומים שנאמרו בבג"ץ 628/18 **כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקה 13 (28.2.2018); ראו גם בג"ץ 1490/20 **שיבלי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, פסקה 1 (30.3.2020); בג"ץ 5839/15 **סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקאות 1-6, (15.10.2015); בג"ץ 752/20 **עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, פסקה 22 (25.5.2020).

100. כפי שציין כב' השופט פוגלמן שם, עמדות אלו הושמעו גם על ידי שופטים אחרים:

מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 **עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (22.12.2015)) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 **חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (28.12.2015)) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...] יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...]).

אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחיתתה של העתירה הנוכחית". ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה")...

101. בפסק דין שדן בנושא זה, חזר כבוד השופט פוגלמן על עמדתו בבג"ץ 628/18 כמיל נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (28.2.2018), שם ציין כי:

דברים אלה, יפים גם לבקשתם של העותרים כי נשוב ונדון – בהליך הנוכחי – בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים ... את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015)... כפי שצינתי בפרשות אלו, אף שאני סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב.

102. גם כב' השופט (בדימוס) ג'ובראן הצטרף להשגות אלו במסגרת בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (24.3.2016, להלן: "עניין אבו אלרוב"), שם ציין:

אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה והריסה לבתייהם של מחבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור... השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה...

103. וגם לאחרונה כב' השופט קרא הצטרף לעמדה זו בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' **המפקד הצבאי בגדה המערבית** (10.8.2020, להלן: עניין אבו בכר):

בבג"ץ 6905/18 נאג'י נ' **המפקד הצבאי** (2.12.2018) ובבג"ץ 8886/18 גברין נ' **המפקד הצבאי** (10.1.2019) הבעתי דעתי כי הפעלת סמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה) מעוררת קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה וכי יש מקום לעיין שוב בשאלת אלה בהרכב מורחב של בית משפט זה. עוד צינתי כי ככל שיגבר השימוש בתקנה 119 ילך ויתחזק הצורך בבחינה מחודשת של ההלכה (ההדגשות במקור).

104. כמו כן, לאחרונה כבוד השופט מזוז התייחס לשינוי בנסיבות הביטחוניות, במסגרת הדיון שהתקיים ביום 12.10.2020 בבג"ץ 6826/20 **דויקאת נ' המפקד הצבאי (להלן: עניין דויקאת)**, ולירידה המשמעותית במספר הפיגועים שמציג המשיב בתגובותיו לעתירות. כב' השופט מזוז אף הקשה על ב"כ המשיבים בניתוח המציאות העובדתית ואופן פילוח הנתונים ואמר כי צריך להיות קשר רציונאלי בין כמות האירועים הביטחוניים לבין האינטנסיביות ועוצמת השימוש בתקנה. ועוד אמר:

..הנתונים האלה מצביעים גם על כך שלאחר השיא שהיה ב-2014-2015 אז היתה עליה גדולה בעקבותיה חודשה באופן אינטנסיבי המדיניות של החלת תקנה 119 לאחר 2015 כמות הפיגועים ירדה לרמה שהיתה לפני 2014 בתקופה שהתקנה הזאת כמעט לא הופעלה למעט מקרים חריגים. (ראה פרוטוקול מיום 12.10.2020, שורה 8, עמ' 8 בעניין דויקאת)

105. כאמור, לאחרונה הובעה ביקורת והועלו תמיהות על ידי חלק מחברי המותבים השונים לגבי האופן שבו מדיניות הריסת הבתים ננקטת כלאחר יד, בלא התחשבות בנסיבות התקופה, בשינויים שחלו במצב הביטחוני, באינדיקציות למסוכנות של אוכלוסיות אחרות שכלפיהן לא מופעלת התקנה, ועוד.

106. דברים אלה מעוררים סימני שאלה לגבי המשך ההצדקה בהמשך השימוש בתקנה 119 שהפך להיות לדבר אוטומטי. בהקשר זה ראוי להזכיר את דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' המפקד הצבאי** :

הפיגוע בישיבת מרכז הרב בלב ירושלים היווה מצב קיצון לגישת גורמי הביטחון ובגינה הופעל מחדש לאחר הפסקה בת מספר שנים אמצעי ההריסה. עתירה שהוגשה לבית משפט זה באותו עניין - נדחתה (עניין אבו דהים). גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח **תכופים** של אזרחים תמימים, עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת, סימן אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה. אך מצבי קיצון אלה אסור שישכחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה. (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

107. הנה כי כן, נראה כי אין חולק על כך שסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 היא סוגייה מורכבת שאין ראוייה ממנה להידון בהרכב מורחב. עוד נראה, כי הסיבה היחידה שבית המשפט הנכבד נמנע עד כה מלבחון את חוקיות השימוש בתקנה 119 תוך צמצום הביקורת השיפוטית לאופן הפעלת הסמכות במקרה הפרטני בלבד, אינה נעוצה בכשרותה של התקנה או במוסריותה, ואף לא בעמידתה במבחני המידתיות והסבירות. עניינים אלו כמפורט לעיל, מעולם לא נבחנו. המשך השימוש בתקנה 119 על אף הקשיים המשפטיים והמוסריים שהיא מעוררת, מתאפשר בשנת 2023 אך ורק מכוחה של הלכה פסוקה מלפני ארבעה עשורים. דא עקא, התמורות שחלות בימים אלו ממש בזירה הבינלאומית, כמו גם העובדה כי מקרה זה מוכיח את הקלות בה מקבלים המשיבים החלטה על שימוש בתקנה, מורחב השימוש בסמכות שמקנה תקנה 119 לפגיעה ושימוש בחפים מפשע ממעגלים רחוקים יותר, הופכות לעמדת העותרים את פתיחת סוגיית חוקיות המדיניות הנוהגת והשימוש בתקנה 119 לבלתי נמנעת ואף להכרחית. מכל הטעמים הללו מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד בזאת הפעם לפסול את השימוש בתקנה 119 ואת המדיניות הנוהגת מכוחה באופן מוחלט, ולחלופין להורות על הקפאת השימוש בתקנה 119 עד לליבון מעמיק בסוגייה עקרונית זו והכרעה בה בהרכב מורחב.

אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת

108. העותרים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה רשאי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד ביתם של העותרים על לא עוול בכפם, **הרי ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב אינה מסתיימת במישור הסמכות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, וזאת לאורן של נסיבות המקרה ובשים לב למבחני המידתיות.**

109. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פעל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו כאשר הורה על נקיטת צעד כה קשה וחמור מבלי שבחן בקפידה ובזהירות הנדרשת את נסיבות המקרה.

110. בשל פגיעה קשה זו בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לכל בני המשפחה, בפרשו את תקנה 119 צמצם בית המשפט העליון את יישומה וביצועה וקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.

111. כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין התייחס בעבר לעניין אופן הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי במקרה שמדובר באירוע שבו "מטרת הטרור" לא עמדה לבדה במרכז מניעו של המפגע, כדלקמן:

לצורך הקביעה כי בסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בית או אטימתו מכוח תקנה 119, אין הכרח לקבוע כי מטרת הטרור עמדה לבדה במרכז מניעיו של המחבל, או כי זו הייתה המטרה הדומיננטית. ואולם, **יתכן שיהא לדבר משקל במישור שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובחינת האמצעי המידתי ההולם את נסיבות העניין – למשל, אטימה חלף הריסה, או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה, והכל בהתאם למטרתה של תקנה 119.** [ההדגשה הוספה; נ.ד.]

(בבג"ץ 6745/15 אבו חושייה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית).

112. לא למותר לציין, כי למרות שהריסת בית מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולזכויות יסוד, קבע בית משפט נכבד זה כי השימוש בתקנה 119 לצורכי הרתעה הוא לגיטימי, כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים מפשע (בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות הצבא, פ"ד נ"א(1) 226; בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות הצבא בעזה, פ"ד נו(6) 407 ועוד).

113. ואולם, 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 מצויים 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, מו(3) 693 (להלן: פס"ד אלעמרין), עמ' 669).

114. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: **הפגיעה הצפויה במשפחה**, זיקת המפגע לבית, חלקו של המפגע בפיגוע, חומרת הפיגוע, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, **האם לנפגעים מההריסה יש זיקה כלשהי למעשיו של המפגע**, **האם ניתן שלא לפגוע בבית כולו וכד'** (ראו בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי, פורסם בנבו ופס"ד אלעמרין).

115. גם אם במקרים אחרים, כפי שטוען המשיב בתשובתו להשגה, התיר בית משפט נכבד זה הריסת בתים בנסיבות שבחלקן דומות למקרה דנן, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. אין לבחון, כפי שעושה המשיב, אם כל נסיבה כשלעצמה מאפשרת הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אם לאו, אלא האם כלל הנסיבות המצטברות במקרה דנן מערערות את הבסיס להחלטתו של המפקד הצבאי.

פגיעה קיצונית במשפחה חפה מפשע

116. כאמור, השימוש באמצעי של הריסת בתים צריך להיבחן בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה, שכן אמצעי זה טומן בחובו פגיעה קשה בזכויות יסוד של חפים מפשע ומהווה ענישה קולקטיבית באופן הסותר את הציווי "איש בחטאו יומתו" (דברים כ"ד, ט"ז).

117. הפסיקה ארוכת השנים של בית משפט נכבד זה הדגישה את החובה לפעול בזהירות עת מופעלת הסמכות מכוח תקנה 119 ואף הגבילה זאת רק בנסיבות מיוחדות. הריסת בית שבו מתגוררים בני משפחה חפים מפשע אך ורק על יסוד המעשה המיוחס לבן המשפחה, אינה עומדת כלל במבחן המידתיות.

118. בניגוד לקביעה של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2770/22 **חמארשה נ' המפקד הצבאי** (פורסם באר"ש 19.5.2022) לפיה, הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע היא תוצאת לוואי של השימוש בכלי שנועד להרתיע, העותרים סבורים שאין המדובר בתוצאת לוואי, אלא בפגיעה המכוונת כל כולה כלפי חפים מפשע, כשבעצמם משמשים ככלי לצורכי הרתעה.

119. רק לאחרונה, ובתגובה לקביעה בפסק הדין בעניין חמארשה נכתב כי: "הנזק לבית כ"חפץ" נגרם כאן כאמצעי לגרימת סבל למשפחה, שהוא כאמור אמצעי להשגת תכלית "ההרתעה". אם כן, מדובר פה אך בצעד בשרשרת הגרימה המכוונת של הנזק, אשר ככזה, אינו הופך את הנזק למשפחה לתוצר-לוואי". (ראה: דוד אנוך ואליאב ליבליך, **"על הריסת בתים ונזק מכוון לחפים מפשע: בעקבות בג"ץ 2770/22 חמארשה ואח' נגד המפקד הצבאי"**, פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מו (2.6.2022). במילים אחרות, מי שמבקש להרוס בית מתכוון לגרום את הנזק הזה, והופך את הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע למכוונת לכל דבר ועניין. משכך, מדובר בפצע שאינו לגיטימי מוסרית ואינו חוקי, הן על פי המשפט הבינלאומי והן על פי המשפט הישראלי, האוסרים על פגיעה מכוונת בחפים מפשע, כאשר זו המטרה העיקרית של הצעד - ניצול הפגיעה המכוונת על מנת להרתיע אחרים. קרי, שימוש בחפים מפשע ככלי על מנת להשיג מטרה החיצונית להם. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט ח' כבוב בבג"ץ 4088/22 **אלרפאעי נ' המפקד הצבאי** (פורסם ביום 7.7.2022) (להלן: **עניין אלרפאעי**):

לא אכחד, דעתי-שלי אינה נוחה מהפגיעה החמורה בקורת הגג והחרמת קניינן של בני משפחה, חלקם קטינים, מקצתם חולים, **כולם חפים מפשע**, בשל מעשיו הרצחניים של בן משפחתם המפגע - כבמקרה זה. שומה עלינו לזכור, כי אין מדובר, בעתירת מפגע העותר נגד מידתיות הפגיעה בו. המפגע עומד לדין, ואם וכאשר יורשע במיוחס לו, סביר להניח שיעביר את שארית חייו מאחורי סוג ובריח

וכך ראוי נוכח מעשה הפשע הקיצוני והרצחני... ברם, צו ההחרמה וההריסה מושא ענייננו פוגע בעותרים, שהם כאמור בני משפחתו... אשר יהפכו כולם, באחת לדרי רחוב... אין להקל ראש בפגיעה כאמור, שכן הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי[...]. של חיי הפרטיים ויחסיו החברתיים (בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002)). (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

120. על אף שהמשיבים אינם טוענים למעורבותם של מי מבני המשפחה במעשהו של [REDACTED], נראה ששיקול זה לא קיבל ביטוי בתוצאה אליה הגיעו המשיבים, שכן הם מבקשים להרוס את כל הדירה בשיטת ההריסה האכזרית ביותר. בני המשפחה הינם חפים מכל פשע, לא היו מעורבים באירוע ולא נתנו מקלט לאחריו, לא תמכו בדיעבד ואף לא הוצגה כל ראיה המעידה שהיו סימנים מקדימים לפני האירוע שמהם היה ניתן ללמוד על כוונותיו של [REDACTED] לשם הנאתו מעשיית הפיגוע. חרף זאת, ההחלטה בנוגע להפעלת הסמכות התקבלה, כאמור, על הצד החמור ביותר: הריסת כל הדירה, ואף חשיפת מספר מבנים לסכנה, ללא כל ניסיון למתן את הפגיעה, הבלתי מוצדקת, אלא להיפך הרחבתה באופן חסר תקדים!

121. המשיבים אף אינם חשים צורך לייצר ולו מראית עין של ניסיון להפחית את הפגיעה גם על רקע נסיבותיהם של העותרים, וזאת בטענה שהדבר נדרש לצורכי התרעה.

122. מקום בו מדובר בבני משפחה חפים מפשע, דבר המחייב, על פי ההלכה הפסוקה, צמצום הפגיעה לחלק המובחן בדירה כלפיו מתקיימת זיקת מגורים חזקה של המפגע, נראה שהמשיבים החליטו להרחיב את המדיניות הפוגענית והכניסו למעגל הנפגעים הצפויים גם דיירי המבנים שהדירה מושא הצו מחברת ביניהם, שאינם קשורים לעותרים, וזאת מעבר לבני המשפחה הגרעינית החפים מפשע. נתונים רגישים אלה לא רק שלא הביאו את המשיבים לשיקול ביטול הפעלת הסמכות או למצער צמצומה, אלא להיפך, להרחיב אותה ולפגוע במבנה כולו, שכן המטרה מקדשת את האמצעים, ויש להשיג את ההרתעה שאת האפקטיביות שלה נתונה בספק, בכל מחיר מוסרי קשה ככל שיהיה.

123. על אף שהיה ניתן למקד את הפעלת הסמכות בחדר בו נהג לישון [REDACTED], המשיבים נמנעו מלעשות כן ובחרו לפגוע בדירה כולה ואף לחשוף דירות נוספות לנוזקים. דברים אלה מעידים כאלף עדים שהשיקול היחיד העומד בבסיס הפעלת הסמכות הינו שיקול עונשי גרידא, שכן הפעלת הסמכות והיקפה נבחן אך ורק על סמך חומרת המעשה ובמנותק מיתר אמות המידה שנקבעו לאורך השנים על ידי בית משפט נכבד זה.

124. חשש זה מתגבר לנוכח העובדה כי המשיבים לא פעלו על מנת להציג בפני העותרים את כל הראיות הרלוונטיות לצורך הגשת ההשגה והעתירה דנן. דברים אלה נאמרים כשההיסטוריה הלא רחוקה של מדיניות הריסת הבתים מעידה על כך שהמשיב לא הגביל את השימוש בתקנה 119 מאז החזרת מדיניות הריסת הבתים, ובכל פעם שנהרג יהודי בפגוע, בלא יוצא מן הכלל, מוצא צו הריסה.

125. טענה זו מתחזקת בעקבות פסק הדין בעניין אבו בכר אשר קבע כי צו ההריסה לא היה מידתי ולכן יש לבטלו, תוך שמירת הסמכות של המשיב להוצאת צו אטימה חלקית לחדרו של המפגע.

126. פסק הדין האמור נתפס על ידי המשיבים כחריגה מההלכה הפסוקה המצדיקה הגשת בקשה לדיון נוסף אשר נדחתה בקביעה שפסק הדין אינו מגלה סטייה מההלכה הפסוקה (ראה דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי נ' אבו בכר, פורסם באר"ש ביום 8.10.2020). נעלמה מעיני המשיב העובדה שההלכה מטילה עליו את החובה לערוך איזון בין חומרת המעשה לבין חומרת הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע.

מעורבות בני המשפחה על פי ההלכה הפסוקה

127. כאמור, לאורך השנים, הפסיקה הכירה בסמכותו של המבקש לעשות שימוש בתקנה 119, אך בו בזמן הדגישה כי אין לעשות שימוש לא מידתי בסמכותו האמורה של המפקד הצבאי, באופן אשר יעלה כדי ענישה קולקטיבית (ראה בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42 (1986), עמ' 44) ועוד בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 16 (1.7.2014).

128. בהתאם לגישה זו עמד, לא אחת, בית המשפט הנכבד על אמות המידה לשם תיחום סמכותו של המפקד הצבאי בהפעילו סנקציה דרקונית זו :

חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתי סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר (11.8.2014)) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

129. על רקע דברים אלה, נראה שבית המשפט הנכבד הכיר זה מכבר בכך שמספרם של בני המשפחה הנפגעים, מאפייניהם ומידת מעורבותם הם שיקולים בעלי משקל בעת קבלת ההחלטה על הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 ועל מנת לקבוע מהו היקף הסמכות. על חשיבותם של שיקולים אלה, ובעיקר כמענה לטענה על ענישה קולקטיבית, עמדה גם כבוד הנשיאה חיות בעניין המוקד :

.. אחד השיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת המבנים הוא מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפעילותו החבלנית של המפגע [ראו: עניין עואודה, פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר]. המשנה לנשיא הוסיפה וציינה אמנם בהקשר זה כי "העדר ראיה בדבר מודעות או מעורבות מצד הקרובים אינו מונע

כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב". **בעיני מן הראוי כי שיקול זה, אף כי איננו עומד לבדו, יישא משקל ממשי בקבלת ההחלטה לגבי הריסת המבנה והיקפה ונראה כי שיקול זה אכן הודגש על-ידי בית משפט זה לא אחת בעבר כשיקול הנושא משקל כזה** (עניין המוקד, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה כב' השופטת חיות) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

130. גם לגישה לפיה אין לשלול את האפשרות של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, הפגיעה המודעת והמכוונת כלפי חפים מפשע מעלה שאלות כבדות משקל ומחייבת, על פי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ועקרונות המוסר האוניברסאליים, לשלול הפעלת הסמכות או למצער, להגבילה.

131. במספר פסקי דין שיצאו תחת ידו של בית המשפט הנכבד, חזר הוא על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה. כך למשל במסגרת בג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217 (1993), ניתן ביטוי אופרטיבי לשיקול של חפותם של בני משפחה. באותו פסק דין הורה בית המשפט על ביטול צו ההריסה והמירו בצו אטימה חלקית על רקע הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע.

132. גם בשנים האחרונות, נדרש בית המשפט הנכבד לסוגיה זו, בבג"ץ 8024/14 **חג'אזי נ' אלוף פיקוד העורף** (5.6.2015). באותו עניין מפקד פיקוד העורף המיר את צו ההריסה לבית בצו אטימה לחדר בו התגורר המפגע וזאת על רקע ההערות של בית המשפט וצו על תנאי שהוצא במסגרת אותו הליך מיום 31.12.2014, בדבר חפותם של בני משפחתו.

133. יתרה מזו. בית משפט נכבד זה נקט בעמדה עקבית וקבע לא אחת, כי אין להרוס את בית המשפחה הגרעינית בשלמותו, מקום שאין טענה אודות מעורבות או סיוע מצידם (בג"ץ 5359/91 **חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מו(2) 150 (1992); בג"ץ 2722/92 **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד מו(3) 693 (1992) (להלן: **עניין אלעמרין**); בג"ץ 6026/94 **נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מח(5) 338 (1994) (להלן: **עניין נזאל**); בג"ץ 2006/97 **ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נא(2) 651 (1997) (להלן: **עניין גנימאת**)). כך למשל קבע כב' השופט (בדימוס) חשין בעניין:

דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להן לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד של בעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו- הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים.. כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים..

'בימים ההם לא-יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקחינה; כי אם-איש בעונו ימות כל-האדם האכל הבסר תקחינה שניו' (ירמיהו לא, כח-כט).

לא עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקחינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקחינה; ואיש בעונו יומת (עניין אלעמרין, פסקאות 6-7)

134. ובעניין נזאל:

..עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת הנושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

... קשה עליי להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדיון, הגם שהרוצח לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של הרוצח הוא המועמד להריסה, וברצותה רשאית הייתה הרשות לאבדו. את חדרו שלו אך לא את ביתם של אחרים.

135. ובעניין גנימאת:

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 יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקחינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקחינה.

136. גם כב' השופט פוגלמן נקט בעמדה דומה בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015):

.. 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).

תוצאתת 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 (פסקאות 5-6).

137. בפסיקה מאוחרת יותר, הרחיב על כך כב' השופט מזוז במסגרת בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) (להלן: עניין אבו ג'מל), אשר התייחס לחובה המוטלת על המשיב בעת הפעלת הסמכות לבחון את מידת מעורבות בני המשפחה

המתגוררים בבית, אם בכלל, וכי שיקול זה הינו יסודי בעת קבלת ההחלטה להפעלת הסמכות ועל אופן הפעלתה. ואלה דבריו :

לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, **מתחייבת** מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני משפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד (פסקה 14) (ההדגשות במקור).

138. יתרה מזו. כבוד השופט מזוז עמד על כך שגישה זו עולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית שלעמדת המבקשים דכאן, עומדת בבסיס המדיניות:

לדעתי, גישה זו דווקא עולה בקנה אחד עם שיקולי ההרתעה. תכלית הרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני משפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, **הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה** (ללא הצלחה). (ההדגשות הוספו, (ד.נ.)

139. באופן דומה, התייחסה כבוד השופטת ברוך בבג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (31.3.2016), להשלכות הבלתי רצויות הטמונות בהפעלת סנקציה זו כלפי בני משפחה חפים מפשע. יצוין כי באותו עניין בית המשפט הנכבד הורה על ביטול צו ההריסה ואף שלל אפשרות המרתו לצו אטימה:

ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה **החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה** (פסקה 6) (ההדגשות הוספו, (ד.נ.)

140. סיכומם של דברים, שאלת מעורבותם של בני משפחה במעשה הינה שאלה בעלת משקל כבד בעת בחינת מידתיות ההחלטה. פסיקתו של בית משפט נכבד זה לאורך השנים הדגישה חשיבות רכיב זה בבואה להתמודד עם הטענה בדבר ענישה קולקטיבית.

141. פסק הדין שניתן ביום 10.8.2020 בעניין אבו בכר קבע, כי בשל אי מעורבותם של אישה וילדיה, שכולם קטינים, ההחלטה להרוס את מקום מגוריהם, ואף מעבר לכך, אינה מידתית ולכן יש לבטל את צו ההריסה. בית המשפט הנכבד הכיר בשאלת מעורבות בני המשפחה כרכיב יסודי לבחינת הפעלת הסמכות ואופן הפעלתה, ואף כדבר העולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית.

142. במקרה דנן חומרת הפגיעה בבני המשפחה זועקת לשמיים. משפחה שלמה ובין היתר שלושה קטינים, המתגוררים בבית, צפויה למצוא את עצמה ברחוב, ואף משפחות שלמות אחרות, וביניהן עשרות קטינים, עשויות להיפגע מאקט ההריסה, שתבצע לעיניהם, ככל ובית המשפט הנכבד יאשר צו זה.

השימוש בתקנה 119 כנגד בני משפחה חפים מפשע בשל מעשיו של בנם הקטין

"הטענה כי יש מקום להפעיל את תקנה 119 בגין מעשה עבירה שביצע קטין וכי בהפעלתה יש כדי להרתיע אחרים כדוגמתו, אינה יכולה לעמוד בנסיבות של ענייננו". (פסקה 5 לחוות דעתו של כב' השופט (בדימוס) קרא, בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי (10.1.2019) (פורסם באר"ש) (להלן: עניין ג'ברין)

143. הותרת משפחה של זוג הורים וארבעת ילדיהם, כששלושה מתוכם הם קטינים בני 16, 11 ו-3, ללא קורת גג, בגין מעשיו הנטענים של קטין בעודו בן 13, לא יכולה להיחשב סבירה. זאת, כאשר המשפחה חפה מפשע, שאין כל טענה על מעורבותה במעשיו של הבן הקטין, או על ידיעתה מבעוד מועד על כוונתו להוציא לפועל המעשה שמיוחס לו.

144. כאמור, הנאשם הוא קטין, שכיום כבר מלאו לו 14 שנה, נתון שעל המשיב לשקול במסגרת מכלול שיקוליו, אם וכיצד להפעיל תקנה 119.

145. ברי, כי מעורבותו של קטין בעבירה פלילית נבחנת בהתייחס לגילו הצעיר ויכולתו להבין את חומרת מעשיו וההשלכות לכך וכמובן מודעותו לדבר. גם בהקשר של הרתעה לא ניתן להתעלם מגילו הצעיר של המפגע, ובכך להביא לפגיעה בבני משפחות, החפים מפשע, בעקבות מעשיו.

146. עיקרון בסיסי זה בא לידי ביטוי כבר במשנה: "חרש, שוטה וקטן פגיעתן רעה, החובל בהם חייב והם שחבלו באחרים פטורים" (בבא קמא, פרק ח', משנה ד').

147. במשפט הישראלי נהוגה גישה המבחינה בין שפיטת נאשם בגיר לבין שפיטת נאשם קטין, הבחנה המבוססת בעיקרה על מאפייניהם של קטינים בכל הנוגע ליסוד הנפשי שלהם, למידת הבנתם והפנמתם את חומרת מעשיהם, לתפיסותיהם המוסריות ועוד. בע"פ 1583/91 מדינת ישראל נ' פלוניס, פ"ד מו(5) 94, 99 (1992) נקבע לעניין זה כי:

המשפט נכון להכיר בכך שהמעצורים הנפשיים והערכה המוסרית של ערך חיי אדם אצל קטינים, אינם כשל בגיר וכי "אין זדון רשעתו כזדון רשעתו של מי שמלאו לו שמונה עשרה

148. כפועל יוצא מכך, ברור כי על מאפיינים אלה להשפיע ולהשליך לא רק על אופן ענישתם של קטינים, אלא גם על הרתעתם הנטענת של קטינים, ושל בני משפחתם.

149. הפסיקה הישראלית הכירה בכך כי התנהגותם של קטינים אינה מושפעת מאותם רציונלים המשפיעים על בגירים. לא אחת ציין בית המשפט העליון כי התנהגותם של קטינים היא בלתי אחראית, פזיזה, לא בוגרת, כי היא מושפעת מאד מלחץ חברתי

ומאופיינת בהעדר הפעלת שיקול דעת וקושי בשליטה של יצרים (ראו ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 14.2.2010)).

150. בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.3.2009) (להלן: "פרשת פלוני"), עמד בית המשפט העליון על הרציונל העומד בבסיס המצב המשפטי לפיו יש להתחשב בקטינותו של נאשם:

"... שיקול דעתם של קטינים הוא בלתי מגובש ולפיכך, אין הם מסוגלים להבחין בין טוב לרע. שנית, קטינים חשופים להשפעה סביבתית שלילית ביתר קלות ואינם עמידים בפני לחץ חברתי בהשוואה לבגירים ולפיכך, מעשיהם אינם פרי הפעלתו של שיקול דעת מושכל ומאוזן. לבסוף, אישיותם של קטינים טרם התגבשה ולפיכך דפוסי התנהגות סוטים טרם התקבעו בהם, כך שסטייתם הזמנית ניתנת לטיפול ותיקון". (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

151. בהמשך לכך, ניתן להקיש גם מהדברים שנקבעו בע"פ 5048/09 פלוני נגד מדינת ישראל (14.2.10) שם עמד בית המשפט הנכבד על הרציונאליים השונים המבחינים בן נאשם קטין לבגיר והעומדים בבסיס המצב המשפטי לפיו יש להתחשב בקטינותו של נאשם לעניין גזירת דינו. וכך נקבע:

"הנימוק הראשון הוא סוג של אחריות מופחתת. לאמור, הקטין בגיל מסוים (12 על פי סעיף 134 לחוק העונשין) אומנם אחראי למעשיו, אך לא במובן המלא כפי שבגיר אחראי. הבדל זה יכול לנבוע מהתפתחויות פיזיולוגיות, היעדר ניסיון חיים או מהימצאותו של הקטין בנקודת התפתחות שונה מהבגיר. מצב הדברים האמור מהווה בסיס למסקנה שיש מקום להחמיר יותר עם הבגיר מאשר עם הקטין... יושם אל לב כי הנימוק הראשון מתמקד באחריות לעבירה...". (ההדגשה הוספה, נ.ד.).

152. הנה כי כן, עיננו הרואות: היחס השונה שניתן לקטין במסגרת ההליך הפלילי נובע מההבנה שאי אפשר לבחון את מעשיהם באותם הכלים בהם בוחנים מעשה של בגיר, שהוא בעל שיקול דעת, ניסיון חיים ויכולת עמידה בלחצים חברתיים. אין ספק, כי אותם מאפיינים עליהם עמד בית המשפט כאמור לעיל, ובכלל זאת שיקול דעתם הבלתי מגובש, אי יכולתם להבחין בין טוב לרע, ההשפעות הסביבתיות החזקות אליהן קטינים חשופים, אי עמידתם בפני לחץ חברתי, העדר ניסיון חיים ועוד, משפיעים כולם על אופן התמודדות מערכת המשפט עם מעשיהם של קטינים וההשלכות מכך.

153. אף אם עסקינן בהפעלת תקנה 119 ובהקשר של הרתעה, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהפעלתה תלויה בביצועה של עבירה, וכי אלמלא ביצוע העבירה כלי זה לא היה מופעל, ומכאן הרלוונטיות של ההבחנה שעושה המשפט הישראלי בין קטינים לבגירים.

154. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור קביעתו של כב' השופט (בדימוס) קרא בפסק דינו בעניין ג'ברין, שפירט כי לאחר העיון בחומר החסוי שהוצג לבית המשפט במעמד צד אחד התבררה ערבוביה של מניעים שעמדה בבסיס מעשה הקטין "קטינות" של המפגע בנסיבות ענייננו, שבבסיס פעולתו הרצחנית מצויים בערבוביה מניעים של רצון למות

- כשהיד, רצון עז לפגוע בהוריו ולגרום להם נזק על רקע סכסוך שנתגלע בינו לבינם-
מחריגה את עניינם של העותרים מתקנה 119" [הדגשה הוספה, נ.ד.]
155. באופן דומה, במקרה דנן, כפי שעולה מחקירתו של [REDACTED] מיום 13.2.2023, ניתן להתרשם באופן ברור שמעשהו הושפע מההשפעות הסביבתיות החזקות אליהן נחשף, כשבמענה לשאלה מדוע החליט לעשות את הפיגוע ענה: "כי כעסתי על הסרטונים שראיתי בפייסבוק, ראיתי סרטון בשעה 12:00 בצהריים חיילים תקפו שני אחים מהמחנה והרביצו" (עמ' 3, ש' 61). מאוחר יותר ובמענה לשאלת חוקרו מדוע דקר חייל הוא ענה שוב: "בגלל הסרטונים שראיתי בפייסבוק וגם פעם עשו אצלנו חיפוש והפכו לנו את הבית" (עמ' 3, ש' 69). במקביל לאמור, בדו"ח התחקור הגלוי של העותר 1 אשר צורף למענה להשגה מטעם המשיב, עולה כי [REDACTED] היה קשר לילד שנהרג על ידי הצבא ביום 25.1.2023, כשבועיים לפני האירוע שבסיס העתירה.
- העתק הודעתו של [REDACTED] במשטרה מיום 13.2.2023 מצורף ומסומן ע/11.
- העתק מדו"ח תחקור גלוי של העותר 1 מצורף ומסומן ע/12.
156. בנוסף לאמור, מחקירתו של [REDACTED] ניתן ללמוד, כי [REDACTED] לא תכנן לבצע את הפיגוע וכי ההחלטה התגבשה אצלו באותו רגע, כשיצא מבית דודתו, ומצא סכין ליד בית השכנים.
157. דברים אלה, מעידים בפני עצמם על ההיבט המעורער והלא יציב של קטינים בעת ביצוע עבירה. נתון זה לא קיבל ביטוי בהחלטת המשיב.
158. ישנה חשיבות מוגברת לשקול מאפייניהם הייחודיים של קטינים בגיל ההתבגרות הנמצאים בשלב בחיים המאופיין בסערה רגשית גדולה, שינויים רבים במצב הרוח, נטייה בולטת יותר לתגובה אימפולסיבית וקושי גדול יותר בוויסות רגשות. בשל מאפיינים אלה קשה לשלוט בהם ואף קשה לצפות את התנהגויותיהם.
159. לא למותר לציין, כי בשל לוח הזמנים הקצר, נבצר מהמבקשים לקבל חוות דעת מקצועית עדכנית המאשרת מאפייניהם הייחודיים של קטינים בגיל ההתבגרות, ובכל אופן יבקשו לצרף מכתב שקיבל המוקד להגנת הפרט מאת פרופ' עמירם רביב, פסיכולוג חינוכי וקליני, אשר חוקר סוגייה ספציפית זו (להלן: **מכתב פרופ' רביב**). מטבע הדברים העובדות המצוינות במכתב עודן נכונות.
- העתק ממכתב פרופ' רביב מצורף ומסומן ע/13.
160. הפעלת סמכות כה הרסנית ובעייתית, בהינתן מאפייניהם השונים והייחודיים של קטינים והאחריות המופחתת המיוחסת להם במערכת המשפט הישראלית, אינה יכולה להיות תקינה, כשברקע עולות שאלות קשות שאין עליהן תשובה חד משמעית, ואם בכלל, לעניין אפקטיביות תקנה 119 בהשגת תכלית ההרתעה, ובהינתן העובדה שהפעלתה ונקיטה בפעולות דומות פוגעניות היוו מניע אצל [REDACTED] להוציא את הפיגוע אל הפועל, וזאת בנוסף לטענה על אחריות מופחתת שמקורה אינו נעוץ בקטינותו בלבד אלא גם בקיומו של גורם אחר שהביא למותו של השוטר.

אפקטיביות ההרתעה בהקשר של קטינים

161. הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בפיגועים שבוצעו על ידי קטינים, כאשר שאלת אפקטיביות ההרתעה לגבי מקרים אלה עוד יותר מורכבת. לא ברורה נפקות תכלית ההרתעה במצבם של מפגעים קטינים, כאשר בשל מאפייניהם הייחודיים, מסר ההרתעה אינו נקלט אצלם ואינו פועל כפי שהוא פועל כלפי בגירים, ראיה לכך שהשלכות הפעלת התקנה, כפי שחווה אותן [REDACTED], ככל הנראה הביאו אותו לקבל החלטה על ביצוע הפיגוע, בהתאם לעולה מתחקור אביו.

162. קטינים מתקשים להעריך הערכה מציאותית של תוצאת התנהגותיהם, והם נוטים להיגרר להתנהגויות מסכנות ומסוכנות מתוך אמונה שאף אם אחרים נפגעים הם לא ייפגעו (ר' מכתב פרופ' רביב). דברים אלה מובילים לשאלה האם עניין אפקטיביות ההרתעה כלפי קטינים נבחן בנפרד בשל ההיבטים המיוחדים של מקרים בהם מעורבים קטינים?

163. המשיב נדרש להציג ולגבש תשתית עובדתית שתראה באופן חד משמעי כי קטינים אכן מורתעים מהסנקציה של הריסת בתים. משנמנע המשיב מלבצע ולו את הבחינה הבסיסית ביותר ביחס לקטינים, הרי שאין החלטתו יכולה להיחשב סבירה או מידתית.

164. **ככל שאפקט ההרתעה אינו יעיל כלפי מפגעים קטינים פוטנציאליים החרגתם מהתקנה אינה אמורה לפגוע בהתערותם של מפגעים בגירים ככל שהאפקטיביות ברמה הכללית מוכחת.**

אחריות הורית וידיעה קונסטרוקטיבית

165. על פי חומרי החקירה הנמצאים בידי העותרים, עולה כי [REDACTED] קיבל את ההחלטה בהיותו מחוץ לבית משפחתו ומיד לאחר קבלתה יצא מבית דודתו לבצע את הפיגוע, מבלי שהייתה להוריו כל דרך למנוע זאת או לדעת על כך. מעבר לזה, נראה שמעשיהם הפוגעניים של החיילים כלפי תושבי המקום בו הוא מתגורר ואשר אליהם נחשף, ואף השלכותיה של הפעלת תקנה 119 במקום, הגבירו את כעסו של הקטין והובילו אותו לגבש את ההחלטה האמורה.

166. לפי דו"ח תחקור העותר 1, עולה במפורש שהוריו לא ידעו על מקום הימצאו והניחו שהוא היה עוד אצל דודתו, ורק מאוחר לאחר האירוע נודע להם על מעורבות בנם בו.

167. במקרה דנן, לא מדובר בהורים שהיה ניתן לתמרץ אותם להניא את בנם מלפעול, או להימנע מלסייע להם, אלא דרישה אקטיבית לפיקוח על בן משפחה קטין, אשר מרכיביה וגבולותיה אינם ברורים ואינם ידועים מראש.

168. לשיטת המשיבים, ותחת הטענה של החסות ההורית, אין דרישה למודעות של ממש מצד בן המשפחה למעשי הקטין או לכוונותיו, וכי על הורים אלה להיות יותר מעורבים בחיי ילדיהם על מנת לדעת ולמנוע את שאינם יודעים.

169. ברי, כי מדובר בהרחבה בעייתית מאוד של גבולות התערבות המשפט בתפקודי הורים, הרחבה אשר טיבה אינו ברור ואינו ידוע הן מבחינה מוסרית, הן מבחינת תכליותיו הלגיטימיות של המשפט, והן מבחינה פרקטית-יישומית, וכל זאת במישור השימוש בסנקציה הדרקונית המעוגנת בתקנה 119. הרי, בסופו של יום [REDACTED] הושפע מסביבה

שאינה קשורה להוריו, ואף ניתן לומר שהושפע מגורמים הקשורים למשיבים עצמם, מכאן שטענת האחריות ההורית אינה מתאימה למקרה.

170. לעומת זאת, בחוק הישראלי ניתן למצוא ביטויים לעיגון חובות ההורים על ילדיהם, אשר מקיימים כבר כיום איזון זה ולפיכך בידי המשיבים להשתמש בסעיפים אלה (או במקבילה שלהם בחקיקה הצבאית), על פני שימוש בפרשנות מרחיקת לכת בתקנה 119.

171. בעניין בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון נדון צו כנגד הורים לקטינים מתחת לגיל האחריות הפלילית – גיל בו מחד אין חלופה פלילית שניתן לנקוט או להרתיע באמצעותה ומאידך יש יותר שליטה הורית; אשר מוטל רק לאחר שכבר יש ראיות למעורבות הקטין בפלילים; אשר מטיל חובת עשה פוזיטיבית באופן קונקרטי על הורים מסוימים, ואשר במסגרתו מוטלת ערובה כספית, ונדרש הליך משפטי לצורך חילוטה. ודוק, בשים לב לאחריות יוצאת הדופן המוטלת במסגרת הצו, פסק הדין מדגיש את ה"קונקרטיות" שבו:

"הצו אינו מופעל באופן קיבוצי כלפי קבוצות הורים בשל מעשי ילדים בודדים, אלא באופן אינדיווידואלי כנגד הורה שהפר את חובת ההשגחה על ילדו. על-כן אין הצו סותר את איסור הענישה הקולקטיבית" (בפסקה 12).
(ההדגשות הוספו, נ.ד.)

172. אולם, ברבות השנים ניתן למצוא פסיקה שמסתייגת מהרחבתה של האחריות ההורית על מעשי קטינים, אחריות שמובילה בחובה לפגיעה בזכויות אדם של ההורים. ראו לעניין זה פסק הדין בעמ"ן 11930-07-18 משרד הפנים נ' ח'טיב (4.1.2019, נבו), אשר קבע שלא ניתן להוציא אם של מפגע מהליך לאיחוד משפחות רק בשל מעשיו של בנה הקטין.

173. מעבר לשאלת ההרתעה, אחריות בני המשפחה נבחנת גם בהקשר המידתיות – בעוד הראשון נוגע לאחרים וצופה פני עתיד, השני נוגע לנסיבות העניין הקונקרטי.

174. בהינתן גילו של [REDACTED], ולאור השליטה ההורית שאינה מוחלטת בילד בן גילו, ובהעדר כל ראייה לידיעה ממשית של בני המשפחה אודות כוונותיו של [REDACTED] ולטיב הסיבות שהביאו אותו לבצע את הפיגוע, לא מתקיימת הדרישה של ידיעה קונסטרוקטיבית אף במובנה המחמיר, שכולל חשד גרידא.

175. כידוע, עבירה של ידיעה קונסטרוקטיבית, מעצם טיבה ואופייה, דוחה אפשרות שלפרש את מושג ה"ידיעה" בה ככולל חשד גרידא. זאת משום שדרישה מאדם, שרק חושד בזולתו כי הוא מתכנן לבצע פשע, לברר חשד זה, היא מרחיקת לכת, ושיקולים של מדיניות משפטית שוללים אותה. נקבע שנדרשת ידיעה "ממשית", ולא ידיעה הנסמכת על השערות. מה שטעון הוכחה הוא שהנאשם בעבירה ידע את העובדות שמהן ניתן להסיק מבחינה משפטית את העבירה שניזומה או שנעברה (ר' להרחבה ע"פ 3417/99 מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל).

176. וכאמור, בענייננו אף המשיבים אינם חולקים על כך שהוריו לא ידעו על כוונת כלשהו להוציא לפועל פיגוע. אף הקטין בחקירתו הבהיר שהוריו לא ידעו ושלא היה עימם בקשר בזמן שקיבל את ההחלטה וביצע אותה על המקום.

177. ייחוס "ידיעה קונסטרוקטיבית" שוללת הגנה זו ממשפחות, שכלל לא ידעו שבניהם או בנותיהם ביצעו פיגוע וכך לא היה באפשרותם להסגיר את ילדיהם לרשויות. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת ביתם של העותרים, או של בני משפחות אחרות שמוחסת להם "ידיעה קונסטרוקטיבית", הינה מידתית, משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבני המשפחה, בפרט בהינתן קטינותו של בן המשפחה, מחליט לבדו על ביצוע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונת פיגועים של בני משפחה. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע מעשים דומים.

העדרו של קשר סיבתי בין הדקירה לבין המוות

178. מדיווחים רבים בכלי התקשורת השונים, עולה כי השוטר שנהרג באירוע, מת בעקבות ירי של מאבטח שהיה אמור לאבטח אותו במהלך הבידוק שערך באוטובוס שבו נסע [REDACTED] (ראה "הוא היה חסר פחד, ומת מירי מאבטח. סיפורו של ההרוג האחרון בפעילות מבצעית" יהושוע (ג'וש) בריינר, הארץ (24.4.2023))

<https://www.haaretz.co.il/news/education/2023-04-24/ty-article-magazine/.premium/00000187-af7c-d803-ad8f-ff7dceff0000>

179. למרבה האירוניה, אף חוות הדעת ההנדסית מטעם המשיבים מאשרת כי "מותו של לוחם מג"ב סמ"ר אסיל סואעד ז"ל במחסום שועפת [כך במקור] נגרם מירי שוגג של חברו המאבטח לעברו". אף אם המשיבים אינם אומרים זאת במפורש במענה להשגה, נראה שהמשיבים מבקשים להפעיל את הסמכות בעקבות תקלה שאירעה בקרב כוחות הביטחון, או ליתר דיוק, חברת האבטחה הפרטית "שלג לבן", ועל סמך האמור, המשיבים מבקשים להעביר את האחריות על כתפיו של ילד בן 13, שאילולא התקלה האמורה, השוטר אסיל סואעד, לא היה נהרג. מקום שבו גורמי הביטחון נדרשים לחקור ולהפיק לקחים על מנת למנוע הישנותן של תקלות דומות, הם מעבירים את הנטל על קטין בן 13, ואף על בני משפחתו החפים מפשע, כפי שפירטנו לעיל.

180. פרטי האירוע, כמתואר בכתב האישום ואף בחומרי החקירה החלקיים שהגיעו לידי העותרים, מעידים שהפציעה אותה גרם [REDACTED] לא הייתה חמורה וכי השוטר אסיל הצליח להשתלט עליו, אך המאבטח ירה, ככל הנראה שלא לצורך ובטעות גרם למותו של אסיל. בחקירתו מיום 15.2.2023 הוצג בפני [REDACTED] סרטון המתעד את האירוע. לפי שאלת החוקר בסעיף 79, ניתן ללמוד שהשוטר אסיל השתלט על [REDACTED] אף הצליח להרחיק אותו ממנו לאחר שדחף אותו. מתשובתו של [REDACTED], ניתן להבין שבעקבות הדחיפה נפלה לו הסכין מהיד והוא חדל מלהוות סכנה, כך שהשאלה הנשאלת היא מדוע

המשיבים לא פעלו על מנת לוודא כי מעשהו של המאבטח היה נדרש ותקין? כעולה מהכתבה המצורפת לעיל, אף בני משפחתו של המנוח העלו שאלות והסתייגויות בעניין.

181. אין חולק, שפטירתו של אסיל היא זו שהביאה את המשיבים להודיע על הכוונה ההרסנית, אך נראה שעל סמך הפרסומים האמורים ודברי בני משפחתו, ועל סמך חומרי החקירה אליהם נחשפו העותרים עד כה, ואף על פי חוות הדעת "המקצועית" ההנדסית, המוות נגרם בשל הירי בשוגג של המאבטח ולא בעקבות הדקירה של [REDACTED]. משדברים אלה עלו במובהק, היה ראוי אילו צירפו המשיבים את מלוא חומרי החקירה, כולל דו"ח נתיחת גופתו של המנוח, חקירתו של המאבטח, הסרטון המתעד את האירוע וחומרי חקירה נוספים קשורים, אשר היו עשויים להאיר את עיני העותרים אודות הסיבות האמיתיות שגרמו למותו של אסיל.

182. בהינתן העובדה שישנן ראיות המצביעות על היעדרו של קשר סיבתי ישיר בין חלקו של [REDACTED] לבין המוות, הסמכות להוצאת הצו במקרה דנן נתונה בספק רב אף מסיבה זו. חובת המשיבים להבטיח כי הראיות המצביעות על קשר סיבתי בין הדקירה לפטירה, יהיו חד משמעיות וברורות, וזאת כדי להימנע ממצב שבו הסמכות השנויה במחלוקת, מופעלת בשגגה כלפי אנשים שלא היו צריכים להיפגע כלל, כאשר מדובר כאמור במדיניות האכזרית שהם מפעילים.

183. אף אם המשיבים עומדים על אחריותו של [REDACTED] למעשה "לשרשרת ההתרחשויות" שהובילה למותו של השוטר אסיל, יש לזכור שאחריותו על דרך השרשור האמור הינה מופחתת מלכתחילה בשל גילו הצעיר. יש לזכור, שבמקרים אלה ומקום בו המשיבים מבקשים להפיל על קטין בן 13 אחריות על מותו של אדם שסיבת המוות הפיזיולוגית אינה קשורה למעשהו, יש להציג את המאמצים שנעשו על מנת לוודא שתגובתו של המאבטח הייתה ראויה ולא היה בה פסול, שכן לפי החומרים האמורים, נראה שהירי הגיע לאחר ש [REDACTED] נוטרל על ידי אסיל, ובמילים אחרות עולי כי הירי היה מיותר ולא נדרש.

184. דברים אלה, כשלעצמם מצדיקים ביטול צו ההריסה וההחרמה נגד דירת המגורים של משפחת ז [REDACTED] או למצער צמצומו של הצו בהתאם לאחריותו המופחתת הנובעת הן מקטיניותו והן מסיבת המוות האמיתית.

אופן ביצוע ההריסה

185. במסגרת ההשגה העותרים העלו טענות המתייחסות לאופן ביצוע ההריסה כפי שהוצגו במסגרת חוות הדעת ההנדסית שצורפה על ידי המשיב להודעה על כוונתו להרוס את בית העותרים.

186. הן במסגרת חוות הדעת והן במסגרת המענה להשגה, המשיבים נמנעו, בניגוד למה שנעשה עד לאחרונה, מלהציג שיטות הריסה שונות והנזקים הצפויים מכל אחת מהשיטות הנבחנות. המשיבים הסתפקו בלציין כי הדירה תיהרס על דרך "חבלה חמה",

וכי קיימת היתכנות לנזק. לא פורטו הנזקים הצפויים מהריסה בדרך זו, ואף לא על ההשלכות הקשות של שיטת הריסה זו בסביבה אזרחית צפופה בבנייה לא תקנית.

187. המהנדס מטעם המשיב לא שלל נזקים קונסטרוקטיביים שצפויים להיגרם לסביבה ולמבנה ואף לא התחייב על סיכוי נמוך בגרימת נזקים אלה, כפי שנעשה בחוות דעת דומות קודמות.

188. בכל הכבוד לעורך חוות הדעת, ולניסיונו ההנדסי המבצעי של 9 שנים בהריסת מבנים בחבלה חמה מבוקרת בסביבה אורבנית מורכבת, בעודו מציין כי "מעצם הפעילות קיימת היתכנות לנזק. ננקטים פעולות קפדניות בשלב המיפוי ההנדסי, התכנון ההנדסי, בחירת האמצעים, מתווה הביצוע (כולל ליווי ובקרה בשטח ע"י הח"מ) כך שההריסה תהיה ככל שניתן בעלת מאפיינים ממוקדים ונשלטים המביאים לרמה וסבירות נמוכים של נזק", משפט שנכתב בכל חוות דעת שנערכה על ידו, מניסיון המוקד להגנת הפרט עולה כי התחייבות המהנדס מטעם המשיבים לחוד והמציאות לחוד.

189. כפי שכבר נאמר לעיל, אותו מהנדס שערך חוות דעת דומה בעניין תמימי, בשלב מאוחר יותר התבקש להכין חוות דעת אודות הריסת אותו בית בהריסה ידנית. עיון בחוות הדעת המצורפות כע9 וע/10, מעיד על קיומה של חלופה עם השלכות מתונות יותר, כאשר המהנדס עצמו היה מסוגל להתחייב כבר בשלב חוות הדעת על נזקים פחותים ובהסתברות נמוכה יותר, שכן כידוע לכל, הריסת דירה באמצעות פיצוץ עשויה להיות מסוכנת לפגוע קשות ביתר חלקי המבנה, כפי שניסיון העבר מלמד.

190. רשימה ארוכה של מקרים בהם נעשה שימוש בכלי של חבלה חמה מציגים מציאות אחרת. **מנתונים הנמצאים בידי המוקד, המתייחסים לתקופה שמאז שנת 2014 (כנראה אותה תקופה בה צבר עורך חוות הדעת את ניסיונו), מתוך 15 מקרים שהיו בטיפול המוקד ואשר בהם נעשה שימוש באמצעי של חבלה חמה לצורך ההריסה, שבהם לא היה מדובר בהריסה של מבנה בשלמותו, ב-11 מקרים נגרם נזק רציני לדירות הסובבות את החלק המיועד להריסה, ואף חלקן הפכו לבלתי ראויים למגורים.**

191. כך למשל, במסגרת בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' אלוף פיקוד העורף, פסק הדין אישר צו הריסה של דירה בקומת קרקע של מבנה. כבר במועד ביצוע ההריסה, שבוצעה בשיטת החבלה החמה, התגלתה התחייבות המשיבים כחלולה, ונמצא כי נגרמו נזקים לשבע דירות נוספות בסביבת הדירה, שניזוקו בדרגות שונות. בגין נזקים אלה נעשתה פנייה לצורך קבלת פיצויים, ורק בשנת 2020, הועבר על ידי המשיבים סכום של סה"כ 391,000 ₪ לטובת מי שניזוק.

192. כמו כן, לאחר שבמסגרת בג"ץ 8161/17 אלג'מל נגד המפקד הצבאי, ניתן פסק דין המאשר הריסת הדירה בקומה העליונה במבנה בן שלוש קומות על דרך חבלה חמה, המשיב ביצע את ההריסה, והפך את כל המבנה לבלתי ראוי למגורים. יתר דיירי המבנה נטשו אותו, כשכאמור הנזקים היו כה כבדים שסיכנו את חייהם של מי שהמשיך לגור בו. פנייה לקבלת פיצויים נעשתה כבר משנת 2017, ורק בשנת 2021 במסגרת פשרה התקבל פיצוי בסך כולל של 65,000 ₪, כאשר הערכת הנזקים עמדה על סך 93,000 ₪.

193. כך גם בבג"ץ 7220/15 עליוה נגד המפקד הצבאי (פורסם באר"ש ביום 1.12.2015), אושרה הריסת הקומה השלישית במבנה בן שלוש קומות. ההריסה בוצעה על דרך של חבלה חמה, וכתוצאה ממנה נאלצו דיירי הבניין לנטוש את הבית כיוון שהפיצוץ גרם לנזקים כבדים שהפכו את השהייה במבנה למסוכנת. באותו עניין הנזק חרג מהמבנה בו הייתה הדירה המיועדת להריסה, ונגרמו נזקים כבדים למבנים סמוכים, דבר המצביע על הבעייתיות שבשימוש בכלי זה באזור מגורים מאוכלס וצפוף. מעשה ההריסה פגע בחמש דירות.

194. כמו כן, לפני שנה, בבג"ץ 480/21 קבהא נגד המפקד הצבאי (פורסם באר"ש ביום 3.2.2021), אושרה הריסת שתי הקומות במבנה בן שלוש קומות באמצעות חבלה חמה. כתוצאה מההריסה נגרמו נזקים כבדים לקומת הקרקע אשר הפכו את המגורים בה למסוכנים, כאשר הנזק הוערך בסך של 233,000 ₪. זאת חרף חוות הדעת של המהנדס מטעם המשיב לפיה אינם צפויים נזקים או שהם צפויים ברמה נמוכה. נכון למועד כתיבת שורות אלו, הנפגעים לא קיבלו כל פיצוי. בסופו של יום ורק לאחרונה הסכימו הנפגעים לקבל פיצוי בסך 100,000 ₪, בשל הימשכות ההליכים, וטרם הסכום הועבר לידיהם.

195. במקרה אחר, המשיב אף חרג משיטת ההריסה עליה הודיע במסגרת העתירה בבג"ץ 5506/16 מחאמרה נגד המפקד הצבאי, דבר שגרם לנזקים כבדים ליתר המבנה. תחילה, המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס שתי דירות בקומות שונות במבנה באמצעות "כלי צמ"ה". בית המשפט הנכבד בפסק דינו קבע שיש להסתפק בהריסת הדירה בקומה העליונה בלבד. לאחר מתן פסק הדין החליטו המשיבים לבצע את הריסת הדירה בקומה העליונה באמצעות "חבלה חמה". באופן זה, לשיקולים של צמצום ההריסה לדירה בה מתקיימת זיקת מגורים של מבצע הפיגוע, לא הייתה כל משמעות, שכן המשיבים החליטו לפעול על דעת עצמם ולשנות את שיטת ההריסה שהובילה בסופו של יום לנזק משמעותי ליתר חלקי המבנה שלא היו מיועדים להריסה. מקרה זה, עשוי להוות דוגמא הממחישה את החששות לנזקים שעשויים להיגרם במקרה דנן. בעקבות החריגה מההתחייבות של המשיבים, שולמות פיצויים בסך 128,000 ₪, ועוד 5,000 ₪. תשלום זה הגיע רק בשנת 2020.

196. על אף שבחוות הדעת השונות אשר הוגשו במסגרת הליכים מסוג זה על ידי המשיב, חזרה המדינה והתחייבה שההריסה תבוצע תוך כדי הקפדה על שמירת המערכת הקונסטרוקטיבית הקיימת, כשהיא מפרטת הסיכויים הנמוכים לכאורה לגרימתו של נזק, אנו עדים, פעם אחר פעם, למקרים בהם המשיב אינו עומד בהתחייבותו, ונזקים כבדים נגרמים לצדדים שלישיים שאפשרות הפגיעה בהם לא הוצגה באופן ראוי בפני בית המשפט הנכבד עת אישר את הצו.

197. מקרים נוספים דומים, המצביעים על הנזק הקשה שנגרם בעקבות שיטת הריסה זו, ואשר כולם אושרו על ידי בית המשפט הנכבד לאחר שהמשיב התחייב לנקוט בדרך שפגיעתה פחותה, ניתן למצוא לדוגמא בבג"ץ 7081/15 אבו עמאר נ' המפקד הצבאי.

באותו עניין ההריסה הייתה מיועדת לקומה השלישית במבנה בן 3 קומות, כתוצאה מהפיצוץ המבנה הפך לבלתי ראוי למגורים ונגרמו נזקים נוספים למבנה סמוך. על אף שהנזקים הוערכו בסך של 850,000 ₪ ובפשרה שהושגה במסגרת ת"א 48291-10-17 **אבו עמאר נ' משרד הביטחון**, הגיעו הצדדים להסכמה על תשלום של סך 350,000 ₪ שהגיעו לידי הניזוקים רק בשנת 2019.

198. מקרה נוסף הוא של משפחת רזק בבג"ץ 7079/15 **ריזק נגד המפקד הצבאי**, לאחר שהמשיב עמד על שיטת ההריסה, והתחייב כי הדבר לא יגרום לנזקים קונסטרוקטיביים, בית המשפט אישר את הצו. בעקבות ההריסה ניזוקו הדירות האחרות במבנה והפכו אותו לבלתי ראוי למגורים ועוד נגרמו נזקים למבנה סמוך.

199. כמו כן, ובעקבות הריסה על דרך חבלה חמה שנעשתה במסגרת פסק הדין בבג"ץ 87/23 **ג'מג'ום נ' המפקד הצבאי**, נגרמו נזקים כבדים לדירות אחרות במבנה ואף בסביבה, ההריסה בוצעה לאחרונה ומכאן שטרם נעשתה הערכה לנוק. גם בעקבות בג"ץ 7787/22 **עאבד נ' המפקד הצבאי**, נגרמו נזקים משמעותיים ובימים אלה מתבצעת הערכת נזק לצורך הפנייה לקבלת פיצוי. במקרה של משפחת צוף, שביתם נהרס לאחרונה בעקבות בג"ץ 1374/23 **צוף נ' המפקד הצבאי**, נגרמו נזקים לבתים הסמוכים, כאשר צפייה בסרטון הפיצוץ כפי שפורסם על ידי דובר צה"ל מראה על הזלזול הרב שבו נוקטים המשיבים בעת ביצוע ההריסה על דרך פיצוץ, כאשר יוזמים לפיצוץ עוצמתי בסביבה אזרחית צפופה ונראות השלכותיו הרחק מגבולות הגזרה שאושרה על ידי בית המשפט הנכבד. מצ"ב קישור לתיעוד כפי שפורסם על ידי דובר צה"ל:

<https://www.idf.il/%D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%9B%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%9D/2023/%D7%9E%D7%90%D7%99/%D7%A6%D7%94-%D7%9C-%D7%9E%D7%92%D7%91-%D7%9B%D7%95%D7%97%D7%95%D7%AA-%D7%9C%D7%95%D7%97%D7%9E%D7%99%D7%9D-%D7%94%D7%A8%D7%99%D7%A1%D7%94-%D7%91%D7%AA%D7%99-%D7%9E%D7%97%D7%91%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%90%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%9C-%D7%90%D7%96%D7%95%D7%A8-%D7%AA%D7%A2%D7%A9%D7%99%D7%99%D7%94-%D7%9B%D7%A4%D7%A8-%D7%A4%D7%95%D7%A0%D7%93%D7%A7/>

200. אף בשעות הלילה של ה-23.5.2023 בוצעה הריסה דומה בעקבות ההחלטה בבג"ץ **חואג'א נ' אלוף פיקוד מרכז** (9.5.2023)(פורסם באר"ש). על מנת לבצע את

הפיצוץ, שמטבע הדברים עשוי לפגוע בבתים שבסביבה ברדיוס גדול בהשוואה לשיטות הריסה אחרות, שכן שברי בניין עפים לכל עבר ולמרחקים, פורסמו סרטונים המתעדים את כוחות הצבא מוציאים אנשים מהבתים הסמוכים, זקנים, ילדים ונשים, ביניהם אף אנשים עם מוגבלות, על מנת להוציא אל הפועל את הפיצוץ הנחשק.

<https://www.facebook.com/100091810627736/videos/637939851149867>

201. מנתונים אלה שהינם רק חלק קטן מכלל המקרים בהם נגרמו נזקים כבדים, ניתן ללמוד על התנהלות המשיב בכל הנוגע לאופן ביצוע ההריסה, שבהם **הנזקים היו כל כך קשים שהפכו מבנים שלמים ללא ראויים למגורים**, וזאת מעבר לנזקים הנלווים, וביניהם נזקים פחות דרסטיים, שנפגעים רבים החליטו שלא לתבוע, בהינתן פרקי הזמן העצומים והטרחה הנדרשת לקבלת סכומים שאינם מתקרבים לסכום הנזק בפועל. יש לציין, שמעבר לנזקים החומריים, יש לזכור את הנזקים הנפשיים אותם חווים בני השכונה – קטינים ובגירים כאחד – ביום ההריסה, כאשר כוחות מוגברים של חיילים חמושים ולרוב אף רעולי פנים, מגרשים אותם מבתיהם, באמצע הלילה, על מנת לבצע את ההריסה.

202. הדברים הנ"ל באים להוכיח את שיקולי הנקמה העומדים בבסיס מדיניות זו ויישומה. הקלות בה המשיבים פוגעים בתושבים חפים מפשע והאכזריות בה מתבצעות הריסות אלו, מתקבלת פעם אחר פעם באישור של בית המשפט הנכבד, לאחר שהמשיבים מכחישים בתוקף שנזקים כבדים נגרמים לבתים בעקבות התנהלותם הפסולה. הנה כי כן, העותרים הציגו, ולו באופן חלקי, את הנזקים שנגרמו לבתים שנהרסו באמצעות חבלה חמה, ואף הציגו את הפיצויים שנדרשו המשיבים לשלם, ובחלק מהמקרים אף שילמו אותם בפועל, וזאת חרף הכחשתם לאמור.

203. ניסיונו של עורך חוות הדעת מטעם המשיבים, שהינו ניסיון בן 9 שנים בהריסת בתים בחבלה חמה, מתורגם בנזקים האמורים, שהינם מתקופה מקבילה לשנות ניסיונו, והנתונים מדברים בעד עצמם, ואף הוא בעצמו מוכיח זאת כפי שהוצג בהשוואה בין שתי חוות הדעת שהכין בעניין תמימי.

204. בכל הנוגע למקרה הנדון כאן, כל סטייה מחוות הדעת ההנדסית שהציג המשיב, שמלכתחילה אינו טורח לבחון מספר חלופות ולהציג את החלופה שפגיעתה פחותה, עשויה להביא ל"העברה בכפייה" של דיירי המבנה ועוד לפגוע במבנים סמוכים.

205. נראה שבחלוף השנים, ועל אף שבית המשפט נמנע מלהתערב בשיקול הדעת של המשיב בבחירתו את שיטת ההריסה, בשלה העת שהמשיב יבוא ויצג נתונים ויתמודד עם הטענות על חריגתו מהתחייבויותיו בהקשר של נזקי ההריסה הנגרמים מעבר לחלקים המיועדים להריסה.

206. לא יעלה על הדעת שלא תהיה דרך לפקח על הדרך בה המשיב מיישם צווים דרקוניים אלה, ומעבר לפגיעה הקשה והשנויה במחלוקת שצווים אלה גורמים לאנשים חפים מפשע, באופן ביצוע הצווים המשיב מרחיב את מעגל הקורבנות ואינו נוקט במשנה

זהירות עת בוחר בשיטת ההריסה ועת הוא מיישם אותה. עד שדברים אלה יתבררו, על המשיבים להפסיק לבצע את ההריסות באמצעות חבלה חמה. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט כבוב בבג"ץ 2036/23 פרוך נ' **המפקד הצבאי**, (10.4.2023)(פורסם באר"ש):

כל עוד לא נחה דעתו של בית המשפט כי ביצוע ההריסה בדרך של 'חבלה חמה', לא תפגע בדירות האחרות בבניין רב קומות, אשר צמודות לדירה מושא הצו; וכאשר העותרים הגישו לבית המשפט חוות דעת מומחה מטעמם, לפיה מתוארים הנזקים הצפויים, וכן תיארו ותיעדו את תוצאותיהן של 'הריסות חמות' קודמות, שעתירות על אודות צווי ההריסה שביסודן נדחו על-ידי בית משפט זה – לרבות מהעת האחרונה בהריסה מושא בג"ץ 87/23 **גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (05.02.2023) (להלן: **עניין גמגום**) – הרי שאין להתיר ביצוע ההריסה בדרך זו. לבל מחלוקת זו תוסיף להישנות, בדמות שני כתובים המכחישים זה את זה; אעיר כי מצופה מהמפקד הצבאי ומהעותרים להגיש הודעת עדכון, בצירוף תיעוד חזותי, על אודות השפעת ההריסה מושא ענייננו לתיק בית המשפט, בסמוך לאחר ביצועה. (ההדגשות במקור)

207. נוכח האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטול צו ההריסה או לחלופין להורות למשיב על ביצוע הצו בדרכים חלופיות מידתיות יותר כמו צמצומו או אטימה במקום הריסה.

208. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להציג נתונים אודות הנזקים הנגרמים למבנים בעקבות ההריסות שמבצע מכוח תקנה 119, וככל שמופעל מערך של פיקוח על ביצוע צווים אלה יבקשו העותרים לעמוד על ממצאי מערכי הפיקוח האמורים.

העדר קיומן של זכויות בעלות לכלל המשפחה

209. העותרים סבורים, כפי שכבר הובא לעיל, כי הפעלת הסמכות של המשיבים על פי תקנה 119 כנגד הנכס של בני הזוג שוויקי, איננה מגשימה את התכלית ההרתעתית המוצהרת, שלשמה הוענקה, לכאורה, הסמכות למשיבים להוציא צווי החרמה והריסה.

210. כאמור בראשית הדברים, הבית בו מתגוררת משפחת ז' נקנה על ידם בעסקת מכר שבוצעה לפני כשלוש שנים, כאשר על פי ההסכם זכויות הבעלות בדירה יעברו עם העברת כלל התשלומים אל בני הזוג שוויקי.

211. לא רק שלמפגע אין זכויות קנייניות בנכס, אלא שלכלל בני משפחתו אין זכויות קנייניות, כאשר בין שתי המשפחות אין כל קירבה משפחתית.

212. במצב הדברים המתואר, פגיעה בדירת המגורים שעודנה בבעלות משפחת שוויקי ואשר בה מתגוררת משפחת ז', הינה פגיעה חסרת תקדים, שכן עד כה לא אושרה אי פעם פגיעה בבית שהינו בבעלות צד שלישי שאינו בן משפחה של המפגע. לא למותר לציין, שהדוגמאות אשר הפנו אליהן המשיבים במענה להשגה, ובהן הוצגו מקרים לפיהם הריסה של בית התאפשרה גם כשהבית לא היה בבעלות המשפחה.

213. ברוב המוחלט של אותם המקרים, אליהם הפנו המשיבים, היה מדובר בדירות שהינן בבעלות צד שלישי שהינו קרוב משפחה מדרגה ראשונה של המתגוררים בבית המיועד

להריסה (ראה בג"ץ 3231/23 ■■■ חואג'א נ' אלוף פיקוד מרכז (פורסם בנבו) (9.5.2023), בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו) (20.4.2016). במקרה היחיד שבו אושרה הריסה של בית של מי שאינו קרוב משפחה, שהיה נכס של התאחדות הפועלים הפלסטינים, שם בית המשפט אישר את צו ההריסה בנימוק שלמשפחת המפגע הייתה זיקה ארוכת שנים לבית (ראה בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו) (28.12.2015), דבר שאינו מתקיים בענייננו.

מבחני המידתיות

214. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, 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).

215. בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14), וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות.

216. 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 סאלם לעיל; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997).

217. המידתיות והאיזון הינם עקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם.

218. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי הריסה והחרמה של דירה שלמה במבנה לצורך "הרתעה" אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת

219. במסגרת הדיון בבג"ץ 7961/18 ■■■ נעאלוה נגד המפקד הצבאי (להלן: בג"ץ נעאלוה), שהתקיים ביום 19.11.2018 נחשפה חלק מהצוואה של המפגע באותו מקרה שבה צוין: "..המפגע יבצע את הפיגוע על רקע תוקפנות נגד העם הפלסטיני, הריסת בתים והפקעת רכוש.." (הההדגשות שלי נ.ד.). (פרוטוקול דיון בבג"ץ 7961/18 מיום 19.11.2018, עמ' 8, ש' 27).

220. לא רק זאת, אלא בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז באותו עניין, לא הסתירה את תדהמתה מהעובדה שמדיניות הריסת הבתים, שתכליתו המוצהרת הינה הרתעתית, היוותה במקרה זה מניע להוצאת הפיגוע לפועל, ואלה דברי כבודה :

כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע.

221. השימוש בכלי זה לצורך הרתעה, דורש בחינה יסודית, כך שעל המשיבים לבחון היטב, ובין היתר, את האפשרות שכלי זה כשהוא מופעל נגד חפים מפשע, מהווה בעצמו מניע לפיגועים. הפגיעה בחפים מפשע במקרה זה, וביניהם שלושה קטינים, היא כה קשה ואף בלתי הפיכה שעל המשיבים החובה לבחון לעיתים תכופות את השלכות השימוש בהריסת הבתים. המקרה שהובא לעיל הוא דוגמא לתוצאה ההפוכה של השימוש בכלי זה, ובכך דוגמא המחלישה את טענת ההרתעה באופן היכול להעיד כי העלות עולה על התועלת.

222. במסגרת פסק הדין בבג"ץ נעאלוה, קובעת כב' השופטת ד' ברק-ארז בעניין חוות הדעת הסודית של השב"כ בכל הנוגע לאפקטיביות הנטענת של השימוש בצווי הריסה כאמצעי מרתיע, כי אף אם נחה דעתו של בית המשפט באותו מקרה מן האמור בחוות הדעת, אין זה פוטר את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא שוב ושוב. ואף ממשיכה וקובעת, כי חזקה על גורמי הביטחון להראות שבדיקה זו נמשכת.

223. המשיבים ממשיכים להנהיג מדיניות קשה ושנויה במחלוקת זו ללא קשר למצב הביטחוני: גם לאחר הירידה המשמעותית שהיינו עדים לה הוסיפו לעשות שימוש בתקנה, וכעת, כאשר מתבצעים יותר פיגועים, כך שלכאורה המדיניות כלל לא העלתה או הורידה, מוסיפים ועושים שימוש, בבחינת מצוות אנשים מלומדה.

224. בית המשפט הנכבד עמד על הבעייתיות שבשימוש בכלי זה באופן אוטומטי כל אימת שמתרחש פיגוע, דבר שהפך אותו מכלי השמור למצבי קיצון לכלי שנעשה בו שימוש תדיר ושגרתי (ראה פסק דינו של כב' השופט (בדימוס) קרא בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי (10.8.2020)).

225. דברים אלה עלו גם כן במסגרת הדיון שהתקיים ביום 12.10.2020 בבג"ץ 6826/20 דויקאת נ' המפקד הצבאי, במהלכו הצביע כב' השופט (בדימוס) מזוז על הירידה המשמעותית במספר הפיגועים מדי שנה, כפי שעלתה במסגרת תגובות המשיב לעתירות החוזרות בעניין.

226. על אף הירידה המשמעותית שהייתה במשך השנים האחרונות ב"מספר הפיגועים" המצדיקים לשיטת המשיבים הפעלת תקנה 119, המשיכו לעשות שימוש בכלי הדרקוני העולה לכדי ענשיה קולקטיבית, בכל מקרה וללא מתן משקל לנסיבות בפועל.

227. המונח "מספר הפיגועים" הוצג כמונח ניטראלי בלא הבחנה בין אירועים קלים לבין אירועים חמורים שכתוצאה מהם נהרגו אנשים. כתוצאה מהאמור, במהלך שנת 2020 לדוגמא, כאשר מספר הפיגועים הקשים עמד על שלושה, המשיב בחר להמשיך

ולשתמש בכלי של הריסת בתים תוך התעלמות מהנסיבות הכלליות ובלי לבחון קיומו של צורך "הכרחי" להפעלת הסמכות הנתונה מלכתחילה בסימן שאלה.

228. השימוש התכוף בכלי של הריסת בתים עונשית שהנהיגו המשיבים לאורך השנים, בטענה שהדבר נדרש לצורכי הרתעה, מביא אותנו כיום בפני מספר שאלות הכרחיות: **האם המשך השימוש בתקנה 119 לאורך השנים, ובהעדר קשר רציונלי אמיתי לנסיבות הכלליות, לא הפחית מאפקטיביות הכלי שמלכתחילה מוטלת בספק? האם המשך השימוש בכלי גם בתקופות רגועות יחסית לא הגביר את תחושות השנאה והכעס בקרב התושבים הפלסטינים הנתונים תחת כיבוש מתמשך וללא כל אופק לסיומו, באופן שהביא לעלייה ברורה במספר הפיגועים המשמעותיים כיום? האם דברים אלה אינם מביאים אותנו למסקנה ההכרחית שהכלי של הריסת בית אינו אפקטיבי ואינו משרת את המטרה עליה מצהירים המשיבים, אלא אך ורק נותן מענה לרצון לנקום, ובמילים אחרות מטרתו ענישה קולקטיבית?**

229. אלו שאלות המחייבות ביצוע הערכה מחדש לכלל המדיניות של הריסת בתים עונשיות, בעיקר בימים אלה בהם אנו נמצאים בתקופה של עלייה ברורה במספר הפיגועים הקטלניים, באופן המצביע על כשלון מובהק של המדיניות בלהגשים את מטרתה "ההרתעתית".

230. בדירה מושא צו ההריסה מתגוררים שלושה קטינים יחד עם הוריהם. העותר, רעייתו וילדיו ימצאו את עצמם ברחוב. לעותרים אין בית נוסף. שימוש באמצעי של הריסת הבית של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני, בלתי הפיך ובעל השלכות הרוח גורל על חייהם, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת, ובלתי מוצדקת, תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כב' הש' פוגלמן בעניין סידר כי:

הפעלת הסמכות מכח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית.

231. העובדה כי כל מי שמתגוררים במבנה לא הועלתה לגביו כל טענה בנוגע למעורבותו באירוע, מנתקת לחלוטין את הקשר הרציונלי (המוטל ממילא בספק) בין הריסת הבית לבין האפקט ההרתעתי אותו המשיב מבקש להשיג. אף אם היה קשר רציונאלי, הרי שלאור הפגיעה הקשה ביותר בקורת הגג של תושבים, הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אינה מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח העובדה שמדובר בדירה הנמצאת בבעלותם של העותרים 7-8, כיוון שעסקת המכר בין לבין משפחת ז [REDACTED] לא הושלמה, ומשאין בין שתי המשפחות כל קירבה. דבר זה מוסיף לניתוק הקשר הרציונאלי.

232. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד הריסה והחרמה של בית, שהדיירים בו, שמעולם לא הייתה טענה על מעורבתם בפיגוע הנטען, עשויה לתרום למטרה הנטענת – הרתעה של מפגעים פוטנציאליים במקרים דומים בעתיד. נהפוך הוא, הפעלת סמכות 119 במקרה דנן לא רק כי לא תשיג את מטרת ההרתעה אלא עלולה היא להוביל להחלשתה. בשים לב, לפגיעה האנושה והקשה בזכותם הקניינית של העותרים, נדרשת מידה גבוהה

של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה, כאשר מדובר בהפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 בעיקר כנגד קטינים. ובכן, הריסה של בית בעקבות אירוע שבוצע על ידי קטיין שהינו על סף גיל האחריות הפלילית, אינו יכול להיחשב כמקיים את הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, שכן אחריותם של קטינים בגילאים אלה הינה מופחתת, שכן אינם פועלים מתוך שיקול דעת מגובש והם מגיבים אימפולסיבית להשפעות הסביבתיות אליהן הם נחשפים.

233. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח דבריו של כב' השופט (בדימוס) קרא בבג"ץ 144/22 **אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף** (19.1.2022) בהתייחסו לחוות הדעת "המקצועית" החסויה שמציגים המשיבים האמורה לבסס את הטענה על יעילות ההרתעה:

..אינני רואה עין בעין עם גורמי הביטחון את יעילות ההרתעה המתלווה להריסת בתים של מי שאינם מעורבים בביצועו של הפיגוע בכל דרך שהיא. למעשה, איני משוכנע כלל כי חוות הדעת שהוצגה מטעם גופי הביטחון מגלה כי מסקנתם בעניין זה מבוססת על ראיות של ממש. (ראה גם פסק דינה של כב' השופטת ברון בבג"ץ 799/17 **קונבר נ' מפקד פיקוד העורף**).

234. באותו עניין עמד כב' השופט (בדימוס) קרא על שאלת מומחיותם של עורכי חוות הדעת תוך שהוא מסביר שהיותו של אדם בעל ידע מופלג ב"לוחמה בטרור", אין הדבר הופך אותו למומחה היכול לזהות פוטנציאל "הרתעה קולקטיבי" של אוכלוסיה אזרחית באמצעות כלי ההריסה. יפים דבריו לעניין זה:

קיומה של מומחיות אינו עניין של מה בכך. לא כל מומחה ללוחמה בטרור הוא מומחה לעניין הרתעת אוכלוסייה אזרחית. קיומה של מומחיות טעון הוכחה ודורש ביסוס. מומחה רשאי להעיד אך ורק בנוגע לתחום מומחיותו, ורק לאחר שמומחיותו בתחום זה הוכחה כדבעי. דומני, כי הגיעה השעה לשוב ולעניין מחדש בשאלת תוקפן המקצועי, מהימנותו ומשקלן של חוות הדעת הביטחוניות המוגשות לפתחנו בתיקים כבתיק זה

235. הריסת הדירה כולה בנסיבות אלו, ועוד הריסתה באמצעות חבלה חמה, היא צעד שאינו עומד במבחני הסבירות והמידתיות. לאור כל האמור לעיל העותרים סבורים, כי אין בכוחה של החרמת והריסת ביתם להגשים את המטרה המוצהרת של הפעלת תקנה 119 - הרתעה של מפגעים פוטנציאליים אשר עשויים להימנע מביצוע פיגועים אם יידעו כי בכך הם מסכנים את בתיהם ובתי בני משפחתם.

236. כמו כן, אין די בכך שהאמצעי אותו מבקש המשיב להפעיל מגשים, לכאורה, באופן חלקי או שולי את המטרה המוצהרת שעומדת מאחורי הפעלת סמכותו ע"פ תקנה 119. על המשיב להראות כי פעולתו עומדת ברף הגבוה של מבחן המידתיות, וזאת בשל הפגיעה הקיצונית הכרוכה בהפעלת סמכותו במקרה דנן. כפי שנקבע בבג"ץ 3648/97 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים ואח'**:

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

237. אף אם בכל זאת בית המשפט יראה לנכון להצדיק הפעלת הסמכות במקרה דנן, נראה שהמשיב נמנע מלבחון את האפשרות להפעיל את האמצעי שפגיעתו בזכויות יסוד פחותה.

238. למרות כל השיקולים שמתקיימים במקרה דנן, אשר כל אחד בפני עצמו עשוי להצדיק ביטול צו ההחרמה וההריסה הגורף שהוצא, בשל אי מעורבות מצד בני המשפחה, בשל אחריותו המופחתת של [REDACTED] הן בשל גילו הצעיר והן בשל קיומו של גורם אחר שהביא למותו של השוטר, הפגיעה האנושה בזכות לקיום בכבוד של משפחה שלמה ושל זוג שנקלע למצב כלכלי רגיש ועודנו מחזיק בזכויות בעלות בדירה, המשיב בחר באמצעי הקשה מבין כל האמצעים העומדים ברשותו, קרי ההחרמת והריסת כל הדירה. אף בהשוואה למקרים מהעת האחרונה, הקשים בחומרתם בהשוואה למקרה דנן, באותם מקרים המשיבים נקטו באמצעים שפגיעתם פחותה משמעותית, על אף שנסיבותיהם העלו פחות שיקולים בהשוואה למקרה דנן המצדיקים צמצום הפגיעה (ראה עניין תמימי).

239. במסגרת המענה להשגה המשיב אף לא ניסה להציג, ולו מראית עין, שנעשה כל ניסיון להפחית את הפגיעה במשפחה שלא חטאה ולא פשעה, דרך הוצאת צו מידתי יותר שיופנה כלפי החלק שבו התגורר [REDACTED], ואף לא על דרך שימוש בכלי הריסה שהנזקים הצפויים ממנו פחותים, ומבלי להסס דחה את כל הטענות האמורות מבלי לערוך בחינה רצינית כנדרש במקרים מסוג זה.

240. במילים אחרות, ובמסגרת ההכרה בסמכות של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119, ובציר הנע בין הריסת בית בשלמותו, עובר דרך אטימה מלאה או חלקית ועד להימנעות מהריסה משיקולים של מידתיות, דווקא במקרה זה בחר המשיב לנקוט בכלי החרף ביותר מבין כלל הכלים הנמצאים בידו.

מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "הצר"

241. כאמור, עמדת העותרים היא כי גם אם מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת ומענישה חפים מפשע. גם אם התכלית היא אכן השגת הרתעה, הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, שלא היה בידיהם לצפות או למנוע את הפעולה המיוחסת לבנם, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתה.

242. ויודגש, כפי שפורט בהרחבה לעיל, עמדת העותרים היא כי האיסור על הריסת בתים של אנשים חפים מפשע הוא מוחלט, וכי מדיניות המשיבים היא בלתי חוקית, הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי המשפט הישראלי, וזאת ללא קשר לאפקטיביות של מדיניות זו או יכולת ההרתעה הטמונה בה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי עובדת היותו אפקטיבי אינה מבטלת את האיסור. אך למעלה מן הצורך יש לציין כי שאלת מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

243. העותרים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מציגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית משפט נכבד זה, כי הוצג בפניהם מידע חסוי המעיד שיש בשימוש בתקנה 119 "להוות גורם מרתיע כלפי מחבלים ומפגעים פוטנציאליים, ולהשפיע על סביבתם הקרובה לבל יאפשרו יציאת מפגעים מקרבם". אך חרף זאת, ואף אם כבר נקבע כי "ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהפעלת תקנה 119 היא ענין להכרעת גורמי הביטחון..." כדברי כבוד המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבג"ץ 5376/16 **אבו ח'דיר נ' שר הביטחון**, וכי "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" כדברי כב' השופט אלרון בבג"ץ 8786/17 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הבצא בדה המערבית**, עדיין נותרות להכרעה השאלות (1) האם גורמי הביטחון בוחנים את מכלול השיקולים הרלוונטיים להערכת ההרתעה הנובעת משימוש בתקנה 119, כגון האפקט השלילי שלה ו-(2) מהי מידת הוודאות הנדרשת בדבר מסקנותיהם. אלו הן שאלות משפטיות במהותן, שנתונות להכרעת בית המשפט הנכבד, ואשר העותרים יטענו שלא קיבלו מענה מספק בהחלטת המשיבים.

244. עוד יטענו העותרים, כי עם חלוף הזמן והשימוש התכוף שנעשה בתקנה על סמך נתונים לפיהם עולה כי השימוש בה אפקטיבי ומהווה גורם מרתיע, שכאמור העותרים אינם מכירים ואינם חשופים, עולה הצורך בחשיפת ולו חלק מהמידע העשוי להמחיש טענות אלה שמובילות בסופו של יום לפגיעה כה אנושה בזכויותיהם על לא עוול בכפם.

245. **העותרים הינם חפים מפשע ואין כל טענה לגבי ידיעתם אודות המעשים או הכוונות המיוחסים לעצור, או על קיומם של סימנים מקדימים לגבי אפשרות התרחשות אירוע זה או אחר.**

246. יפים לענייננו דבריה של כבוד השופטת ע' ברון בבג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**:

ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה (ראו דברי השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4; ודברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (פסקה 6), ובעניין זכריא (פסקה 2); ולאחרונה, גם דברי השופט ס' גיוראן בעניין אלרוב (פסקה 2) [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

247. הפגיעה בעותרים הינה בגדר ענישה קשה על לא עוול בכפם. צעד דרקוני כזה עומד בניגוד לתכלית ההרתעית שאותה מבקשת תקנה 119 להשיג. **כאשר הסנקציה מופעלת גם כלפי העותרים, שלא הייתה להם מעורבות או ידיעה מוקדמת אודות האירוע, היא לא מקדמת את המטרה הנטענת של הרתעה במקרים עתידיים דומים.**

בחינת התוצאות השליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

248. כפי שהובהר בשורת פסקי דין של בית משפט נכבד זה, המידע שמוצג על ידי המשיבים במסגרת חוות הדעת החסויה לעניין אפקטיביות ההרתעה של תקנה 119 נוגע ל"תוצאות החיוביות" של הפעלת הסמכות על פי התקנה, לא לתוצאות השליליות הטמונות בה.

249. הקביעה כי הריסת בתים, במצב הביטחוני השברירי בו אנו חיים, עשויה להביא להרתעה ולרגיעה ולא לתוצאה ההפוכה של החמרת המצב הביטחוני, אינה נטולת ספקות. אף אם ככלל בית המשפט הנכבד אינו מתערב בשאלות מסוג זה, ישנם מקרי קיצון המצדיקים התערבות, או לפחות דרישה מוגברת מהמשיב לבסס את התועלת שבהחלטתו, וזאת בפרט אם הערכות המשיב כיום אינן כוללות רכיב זה. מן המפורסמות היא כי החלטה אשר לא ניתן במסגרתה שיקול ראוי לשיקולים הרלוונטיים הינה בלתי סבירה (בג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, פס' 9). טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור הדברים שעלו במסגרת הדיון בעניין נעאלוה.

250. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי הנוק שנגרם כתוצאה מהריסת בתים עלה על התועלת, ולכן אף הופסק השימוש באמצעי זה (לאור אימוץ המלצות ועדה בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

251. חשיבות הצורך לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי זה יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר, וכיצד אין בו דווקא להביא להסלמה במצב הביטחוני.

252. ההיגיון הבריא דווקא 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, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת ואף כשהם קטינים. תחושה והכרה זו עלולה להנחיל תחושות של ייאוש וכך לגרום להגברת נכונותם של מפגעים עתידיים לפעול. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לעודד פעולות פגיעה נוספות.

253. עמד על כך מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, (מתוך דבריו 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 חמאס, 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.

254. על פי עמדות חלק משופטי בית המשפט העליון, ניתן להצדיק שימוש באמצעי ביטחוני אם יהיה בכך להציל נפש חיי אדם אחד. ובכן – עיקרון זה צריך להנחות את בית המשפט הנכבד גם לאור התוצאה השלילית שעשויה לצמוח מהשימוש באותו אמצעי. הריסת בית בניסיון להרתיע עלולה באותה מידה דווקא להוביל אדם לבצע פיגוע כנקמה על כך ולפיגוע בחיי חפים מפשע. יש לציין שאף מקרה זה עשוי להעיד על ההשפעה השלילית של המדיניות, משעלה מתחקור האב שיכול להיות שבנו הושפע מהריגת חברו השכן על ידי הצבא שנכחו במחנה הפליטים בזמן ביצוע הריסה של בית משפחת תמימי שעניינה הובא לעיל.

255. טיעון זה נתמך בדוגמאות קונקרטיות אחרות כגון עניינו של אחמד מוגרבי (שנדון ב.ת.פ. 42425-02-16 **מדינת ישראל נ' אחמד מוגרבי**), וכן עניינו של עלאא אבו ג'מל (שביצע פיגוע ימים ספורים לאחר הריסת בית קרובי משפחתו (ראה בג"ץ 8150/15) המדגימות כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה גם לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

256. כאן המקום להזכיר, שבית משפט נכבד זה, נזהר לאורך פסיקותיו בעניין הפעלת הסמכות של המשיב מכוח תקנה 119, מלערבב בין שיקולי ענישה לבין שיקולי הרתעה.

257. בשנים האחרונות אנו עדים ללחצים המופעלים כלפי המשיב בכל הנוגע להפעלת התקנה וזירוז הליכי הריסת בתים של מי שביצעו פיגועים. אף במקרה דנן אנו עדים להשלכות הישירות של הדבר.

258. דברים אלה עשויים להצביע על כך שמניעיו של המשיב הינם עונשיים ונקמניים יותר מאשר הרתעתיים. שאלה זו עולה בכל פעם שגורם זר מנסה להשפיע על מהות ואופן הפעלת הסמכות. יפים כאן דבריה של כב' השופטת ברק ארז בבג"צ נעאלוה :

המדינה, ובהמשך לכך גם בית משפט זה, חזרו ועמדו על ההבחנה הברורה בין הימנעות משימוש בצווי הריסה כאמצעי ענישה לבין השימוש בהם לצורכי הרתעה. כאמור, הבחנה זו היא גם העומדת ביסוד הזהירות הרבה שנוקט בית משפט זה בעת שהוא בוחן עתירות כדוגמת זו שבפנינו. אם כן, כאשר הרתעה היא העומדת ביסוד הדברים הרי שעמדתם של בני המשפחה השכולים – הגם שהיא חשובה ומשמעותית במישור הרגשי ובמישור העונשי (כאשר מתקיים הליך פלילי) – אינה בעלת עדיפות מיוחדת. לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי ההריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון.

מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה

259. בשים לב לפגיעה האנושה הצפויה בזכויות העותרים מפגיעה בביתם, כשאינן טענה בדבר ידיעת מי מדיירי המבנה אודות האירוע, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת מבנה העותרים. העותרים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

260. אי בהירות זו אודות התועלת המושגת באמצעות השימוש בתקנה 119 מחד, והתוצאות השליליות שיש לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית מנגד, העסיקה כידוע גם את ביהמ"ש הנכבד. כך, כפי שקבעה כב' השופטת ברון בבג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, בכל הנוגע להצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים, הנסמכת על טענת ההרתעה (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 כף 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) (הדגשות הוספו; נ.ד.).

261. כבוד השופטת ברון חזרה על עמדתה בנוגע לנתונים שהציגה המדינה במעמד צד אחד ביחס לתועלת ההרתעתית של הריסת בתים גם במסגרת פסק הדין בבג"ץ 799/17 **קונבר נ' מפקד פיקוד העורף** (מיום 23.2.17):

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעתית הגלומה בהריסת בתים עולה עשרות מונים על הנזק שעלול לצמוח מהשימוש באמצעי זה. ואולם, עיון בחוות הדעת מטעם המשיב, שעליה נסמכת לכאורה הערכה זו, מלמד כי לא ניתן למצוא בה בסיס אמפירי או תשובה מדעית לשאלה הנכבדה של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים. כשלעצמי, איני סבורה כי התמונה ההרתעתית העולה מחוות הדעת היא כה ברורה, בוודאי לא החלטית; ובכל מקרה ניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות. כך במיוחד לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים. כבר עמדתי על כך שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון כפי שציין חברי – אלא מהווים אף שיקול נכבד בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש שעושה המשיב באמצעי זה (ראו: בג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, בפסקה 5 לחוות דעתי (31.3.2015))." (דגשים הוספו; נ.ד.)

262. בעניין **אבו אלרוב**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן (בדימוס) 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 בציוד, 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 ההחרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים (הדגשות הוספו; נ.ד.).

263. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בנושא זה במסגרת עניין **סיידר** :

"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 שיתכן 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 שסברו 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' [...] בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות)". (הדגשות הוספו; נ.ד.).

264. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים ועל ידי חלק משופטי בית המשפט הנכבד בדבר התועלת באמצעי של הריסות ואטימות בתים, הרי שבהיעדר תשתית עובדתית גלויה ומסודרת, יש קושי בקבלת עמדת המשיבים כי מדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שצינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם **"עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"צ 4597/14"** **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.

265. 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 (מתוך פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004).

266. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך על חפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי.

267. כאמור לעיל, **"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" (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, פסקה 11(ד)).

268. קביעות עקרוניות אלו נקבעו גם בהקשר הספציפי של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. כפי שנקבע בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14), "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"....".

269. ואכן, אף אם על הפרק מונחים אינטרסים ביטחוניים כבדי משקל, אין בכך להצדיק פגיעה בזכויות יסוד של העותרים על בסיס השערות לא מבוססות, ואין הצדקה להורדת נטל ההוכחה המוטלת לצורך זה על כתפי המשיבים.

270. לסיכום המורכבות שבהפעלת תקנה 119, נביא את דבריו של כב' השופט ח'. כבוב בעניין אלרפאעי:

מדינת ישראל, כמדינת דמוקרטיה, מחויבת להגן על חיי אזרחיה, תוך הדיפת כל ניסיון לפגע בהם. אך היא מחויבת לעשות זאת מבלי לפגוע בחייהם, רכושם, קניינם וזכויותיהם של חפים מפשע, שלא חטאו ולא עוולו, ואף על פי כן הם צפויים למצוא עצמם נתולי קורת גג.

הריסת בית העותרים מנוגדת לעיקרון טובת הילד

271. על עיקרון טובת הילד כעקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר מלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהר לא אחת כי יש בכוחו של עקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119: שיקול טובתו של הילד הוא שיקול על, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים .. אך כל שיקולים אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחו לשיקול טובת הילד. וכן בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ל(1) 459, 465: אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי."

272. כמתואר לעיל, בדירה נשוא צו ההריסה מתגוררים שלושה קטינים בני 16, 11 ו-3, שהריסת המבנה והשלכותיה תגרום להם סבל רב ופגיעה אנושה בכבודם ועשויה להשפיע באופן בלתי הפיך על עתידם. במבנים שהדירה מחברת ביניהם מתגוררים עשרות ילדים שיהיה עליהם לראות את המבנה שבו הם מתגוררים נפגע. במה חטאו ילדים אלו שיהיה עליהם לראות את ביתם נהרס, תוך הפיכתם לחסרי קורת גג? פגיעה זו מנוגדת למחויבותיה של ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיף 2(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.**

273. ולפי סעיף 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..
- ב. 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.
274. יודגש כי סעיף 38(ד) לאמנה מטיל חובה פוזיטיבית על המשיבים : בנוסף לאיסור על הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבוע בסעיף 38(א), מחייב סעיף 38(ד) לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה לילדים במצבים אלו. בכך חוטאים המשיבים חטא כפול.
275. ושוב, נזכיר כי במבנה כולו בו נמצאת הדירה נשוא צו ההריסה, גרים עשרות קטינים נוספים, שיהיה עליהם לצפות ולחוות אקט אלים ודרקוני של הריסת בית, אקט העלול להיות טראומטי עבורם העשויות להיות לו השלכות לטווח הארוך. דברים אלה נאמרים בשם לב לשאלת אפקטיביות ההרתעה גם בטווח הארוך.
276. לשיקולים אלה לא מצאו המשיבים לנכון להתייחס, למרות טענות העותרים בנדון במסגרת ההשגה והחובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלת החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטתו של המשיב ויש להורות על ביטולה.

לסיכום

277. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם וחייהם אסורה. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסוכן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי :

**חלילה לך מעשות דבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק
כרשע. חלילה לך ! השופט כל הארץ לא יעשה משפט? (בראשית יח**

(25

דווקא עתות אלו, הן שעת המבחן של דמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

278. זהו הזמן, לבחון מחדש האפקטיביות של כלי הרסני זה, שכפי שהוצג לעיל נראה שלא הביא לירידה במספר הפיגועים אלא נהפוך הוא. כיום אנו מתמודדים עם עלייה ברורה במספר הפיגועים הקשים, ומכאן נדרשת בחינה אחראית ורצינית, נטולת רגשות נקמה

ושנאה שתכוון לכלים היעילים בפועל ותעמוד על הסיבות והמניעים המשמעותיים שעומדים מאחורי כל אירוע קשה הדומה לאירוע דן.

279. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו.

וכך הובאו הדברים בפסיקה של בית-משפט נכבד זה, על-ידי כב' השופט חשין:

ואותו עקרון-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 אבות 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 היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה. (בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, 654-655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בפס"ד חיזראן, פס"ד אלעמרין ופס"ד נואל).

280. החלטתו של המשיב להוציא צו החרמה והריסה לדירה בקומה השלישית במבנה שבו מתגוררים העותרים, בשל טענות בדבר ביצוע פיגוע המצדיק הפעלת הסמכות, כשהחלטה פוגעת באופן ישיר בבני משפחה חפים מפשע שאינם קשורים לאירוע, באה בעקבות פיגוע שבוצע על ידי קטין על סף גיל האחריות הפלילית, כשסיבת המוות של השוטר לא הייתה הדקירה של אותו קטין, וכשזכויות הבעלות בדירה אינן של בני משפחתו, ועל רקע הפגמים המהותיים בהליך הוצאת הצו, ולנוכח הכוונה לבצע צו הריסה זה באופן המביא להרחבת מעגל הנפגעים, אנשים נוספים רבים שאינם קשורים אף לעותרים, חורגת באופן בוטה מעקרון המידתיות ומנוגדת להערותיו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין זה.

לאור כל האמור, מתבקשת התערבותו של בית משפט נכבד זה. מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם למוחלטים.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני הח"מ.

3 באוגוסט 2023

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 121940]