

בעניין:

1. עואודה, ת"ז \_\_\_\_\_
  2. עואד, ת"ז \_\_\_\_\_
  3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
  4. רופאים לזכויות אדם – ישראל
  5. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל
- ע"י ב"כ עו"ד סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרבה (מ"ר 58088) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

### עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה או מפגיעה בכל דרך אחרת בביתו של העותר 1 ובדירה בה מתגוררים העותרת 2 וחמשת ילדיה בכפר אידנא.

### בקשה דחופה למתן צו ביניים

המשיב הודיע כי בכוונתו לבצע את צו החרמה וההריסה ביום ב', 30.6.14 בשעה 12:00.

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיב או מי מטעמו להימנע מכל פגיעה בלתי הפיכה בביתו של העותר, ובכלל זאת בדירה בה מתגוררים העותרת וחמשת ילדיה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

### ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בגורלו של בית מגורים, ביתן של שתי משפחות גרעיניות, שנבנה על ידי העותר 1 ונמצא בבעלותו הבלעדית. בשתי הדירות בבית מתגוררות משפחת העותר 1 ומשפחת העותרת 2. העילה להריסת ביתו של העותר היא פיגוע שבביצועו נאשם אחיו של

העותר 1, שהוא בעלה של העותרת 2, העצור בידי כוחות הביטחון. הריסת הבית או חלקו מנוגדת לעקרון יסוד מוסרי, על פיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומת" (ספר דברים כ"ד, טז), ובמילים אחרות, עקרון האחריות האישית, עליו מבוסס המשפט כולו.

## החלק העובדתי

### רקע כללי

2. ביום 23.6.14 הותר לפרסום כי \_\_\_\_\_ עואד, אחיו של העותר, חשוד בביצוע פיגוע ביום 14.4.2014, שבו נהרג אדם אחד ונפצעו מספר אנשים. בו ביום פורסם בעיתונות כי כוחות הביטחון יהרסו את ביתו של \_\_\_\_\_ עואד בכפר אידנא.
3. כחודשיים לאחר הפיגוע שבביצעו נחשד אחיו של העותר, ביום 12.6.2014, נחטפו שלושה נערים ישראלים בשטח הגדה המערבית, ככל הנראה סמוך לעיר חברון, ומאז מתנהל מבצע צבאי רחב היקף למציאתם ולשחרורם.
4. כפי שפורסם בתקשורת, עוד ביום 16.6.2014 הורתה ממשלת ישראל למשרד המשפטים לבחון את האפשרות להפעיל סנקציות כנגד אנשי חמאס, כאמצעי להפעלת לחץ על הארגון, על רקע אירוע החטיפה. בין השאר, הועלתה האפשרות להורות על הריסת בתים של אנשי חמאס.
5. בו ביום, בעקבות פרסומים אלה, פנה המוקד להגנת הפרט לשורת גורמים, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה, בדרישה להימנע מנקיטת צעדים אלו, בהיותם מנוגדים לחוק הישראלי ולחוק הבינלאומי ההומניטארי.  
העתק מכתב המוקד מיום 16.6.2014 מצורף ומסומן ע/1.
6. ביום 25.6.2014 התקבלה תגובה מלשכת היועמ"ש לממשלה, לפיה "הדברים נבדקו ונבדקים על ידנו".  
העתק תגובה מלשכת היועמ"ש מצ"ב ומסומן ע/2.

### הצדדים

7. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא אחיו של \_\_\_\_\_ עואד (ת"ז \_\_\_\_\_), נשוי ואב ל-6. העותר, אישתו וחמישה מילדיהם מתגוררים באחת הדירות בבית העותר.
8. העותרת 2 (להלן: **העותרת**) היא אישתו של \_\_\_\_\_ עואד, גיסתו של העותר. היא וחמשת לדיה מתגוררים בדירה ששכרו בביתו של העותר.
9. העותרת 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

10. העותר 4 הינו ארגון זכויות אדם ישראלי המאגד אנשי ונשות בריאות ורפואה הפועלים הן באמצעות הגשת סיוע רפואי ישיר והם באמצעות עבודת סגור ושינוי מדיניות למען זכויות אדם בכלל והזכות לבריאות בכלל עבור כל אלו הנמצאים בישראל וואו תחת שליטתה
11. העותר 5 הוא ארגון זכויות אדם לשינוי חברתי הוא ארגון זכויות אדם לשינוי חברתי המאמין כי עינויים והתעללות מכל סוג, ובכל מצב, אינם עולים בקנה אחד עם ערכי המוסר, הדמוקרטיה ושלטון החוק.
12. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושבע שנים והוא שהוציא צו להחרמה והריסה של חציו המערבי של בית העותר, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

### מיצוי הליכים

13. ביום 23.6.2014, בשעות אחר הצהריים, נמסרה למשפחות העותרים 1-2 "הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את המבנה בו מתגורר \_\_\_\_\_ עואד".  
העתק ההודעה מיום 23.6.2014 מצ"ב ומסומן ע/3.
14. ביום 25.6.2014 הגיש העותר למשיב השגה בעניין כוונת המשיב להחרים ולהרוס את ביתו ודרש לחזור בו מכוונתו. זאת לנוכח כך שהצעד בו מתכוון המשיב לנקוט – החרמה והריסת בית **בבעלות העותר**, אשר בו מתגוררות 13 נפשות – הינו צעד אכזרי, בלתי אנושי, הפוגע במכוון בחפים מפשע ובכבוד האדם, מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטארי ואינו עומד במבחני המידתיות.  
העתק ההשגה מיום 25.6.2014 מצ"ב ומסומן ע/4.
15. ביום שישי 27.6.2014 בערב, ניתנה תשובת המשיב להשגה. בתשובה נכתב כי המפקד הצבאי החליט לקבל את ההשגה בחלקה "ולצמצם את מידת הפגיעה במבנה המגורים בו התגורר המפגע, כך שיוחרם ויהרס רק החלק במבנה ששימש למגורי המפגע ומשפחתו הגרעינית בכפוף לכך שישתכנע שפעולת ההריסה לא תגרום נזק לחלקו השני של המבנה, שבו מתגוררת משפחת אח המפגע".  
העתק החלטת המשיב בהשגה מיום 27.6.2014 מצ"ב ומסומן ע/5.

### משפחותיהם של העותרים 1-2 והבית המיועד להריסה

16. בביתו של העותר, שגודלו כ-500 מ"ר, מתגוררות 13 נפשות. הבית מורכב משתי קומות. בקומה התחתונה ארבעה מחסנים ובקומה העליונה שתי דירות. בדירה אחת מתגוררת משפחתו של העותר – העותר, אשתו וחמשת ילדיהם, בגילאי 5.5 עד 20 שנה. בדירה השנייה מתגוררת העותרת וחמשת ילדיה, הקטן בן 4 חודשים והגדול בן 20 (\_\_\_\_\_) עואד וכן בנו \_\_\_\_\_ מוחזקים כיום במעצר).

17. להלן פירוט הנפשות המתגוררות בבית העותר :

בדירת העותר שאינה מיועדת להריסה :

א. העותר, \_\_\_\_\_ עואודה, יליד 1969, עובד כנגר ;

ב. \_\_\_\_\_, אשתו של העותר, עקרת בית ;

ג. \_\_\_\_\_, בנו של העותר, יליד 1993, סטודנט שנה שנייה לחשבונאות באוניברסיטת אלחליל ;

ד. \_\_\_\_\_, בתו של העותר, ילידת 1998, תלמידה בתיכון ;

ה. \_\_\_\_\_, בתו של העותר, ילידת 2002, תלמידה בבית הספר ;

ו. \_\_\_\_\_, בנו של העותר, יליד 2004, תלמיד בבית הספר ;

ז. \_\_\_\_\_, יליד 2008, בנו של העותר, מטופל בבית ע"י אימו ;

בדירת העותרת, המיועדת להריסה :

א. העותרת, אשתו של הנאשם \_\_\_\_\_ עואד, עקרת בית ;

ב. \_\_\_\_\_, בנה של העותרת, יליד 1994, סובל מלקות שכלית בינונית, מטופל בבית ;

העתק אישור רפואי על מצבו של טארק מצי"ב ומסומן ע/6.

ג. \_\_\_\_\_, בתה של העותרת, ילידת 1997, נמצאת בבית ;

ד. \_\_\_\_\_, בנה של העותרת, יליד 1998, נמצא בבית ;

ה. \_\_\_\_\_, בתה של העותרת, ילידת 2012, מטופלת בבית ;

ו. \_\_\_\_\_, בנה של העותרת, יליד 2014, מטופל בבית.

18. הריסת הדירה בה מתגוררים העותרת וחמשת ילדיה תותיר את המשפחה מחוסרת בית.

הריסת הדירה עלולה גם לפגוע בדירת משפחת העותר, המונה 7 נפשות.

### הטיעון המשפטי

19. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן : **תקנה 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.

### תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

20. בראש ובראשונה מחויב המפקד הצבאי 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** (לא פורסם, 29.12.2009)).

21. תקנה 119 סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), המהווה את הבסיס לדיני הכיבוש בדין הבינלאומי. סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם וסעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש.

22. כן סותרת התקנה את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: **אמנת האג**), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית ואת תקנה 43 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

23. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. 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 1213 (1)2008; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 3333 (3)2005; בג"ץ 24; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 937 (1)2003; בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פ"ד נו(1) 385).

24. תקנה 119 סותרת את סעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), את סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי), את סעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק), וכן את סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים). כך מצאה גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

25. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדירה ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה סותרת את סעיפים 12-13 וסעיף 17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; והיא עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8 (2) (iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity).

### **הריסת בית מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויות יסוד**

26. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך - השופט כל הארץ. לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

27. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

28. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

29. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

30. יצוין כי גם אם, אליבא דהמשיב, מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

31. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו (ראו גם (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בענין הישאם אבו זהים נגד אלוף פיקוד העורף, מאת פרופ' מרדכי קרמניצר, 24.2.2009, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

#### אופן הפעלת הסמכות

32. 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).

33. 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 מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול-דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם (בג"ץ

34. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת המפגע לבית, 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 אלעמריין).

35. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פועל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו והורה על נקיטת צעד קשה וחמור, שישאיר לפחות 6 נפש ללא קורת גג, מבלי שבחן בקפידה ובוהירות הנדרשת את נסיבות המקרה.

36. 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.

37. ובאשר לתשתית העובדתית - החלטה חמורה אודות הריסת בית, שביצועה יוצר מצב בלתי הפיך, חובה שתסתמך על עובדות מדויקות ועל איסוף נתונים ובחינתם כהלכה. בפס"ד בבג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור, ביטל בית המשפט את החלטת המפקד הצבאי להרוס בית והחזיר את העניין לשיקול מחדש נוכח עובדות ונימוקים לא מדויקים:

אין צורך להרבות מלים על כך, שהחלטתה של רשות ציבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהיו תשתית עובדתית להחלטתה (וראה לעניין זה בג"ץ 297/82 [1], בעמ' 48-49). משנמצא, שחלק מתשתית זו אין לו על מה שיסמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות.

... יש לזכור, שהמדובר בהריסה ובאטימה של מבנה שבו מתגוררים אחרים, פעולה שכתוצאה ממנה ייפגעו גם מי שלא חטאו. אכן, כפי שנקבע לא אחת, לא יתערב בית-משפט זה בהחלטת המפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כשזו עומדת במבחן הסבירות. אך בשל תוצאתה הקשה של פעולה זו, יש מקום, לדעתי, לבחון בכל מקרה בזהירות ובקפדנות, אם ההחלטה מעוגנת כהלכה בעובדות הרלבנטיות, ואם שיקול הדעת הופעל על-ידי המשיב כהלכה (שם, פ"ד מ"ד (2) 601).

#### הנזק הצפוי לדירתו ולביתו של העותר

38. בהחלטתו בהשגה מציין המשיב כי "ייוחרם ויהרס רק החלק במבנה ששימש למגורי המפגע ומשפחתו הגרעינית בכפוף לכך שישתכנע שפעולת ההריסה לא תגרום נזק לחלקו השני של המבנה, שבו מתגוררת משפחת אח המפגע".

39. המשיב מצהיר, כי החליט לצמצם את מידת הפגיעה בכך שיהרוס רק את החלק המערבי של המבנה אולם טרם השתכנע כי הריסת חלק אחד של הבניין לא תגרום נזק לחלקו האחר, ביתו של העותר. ולמרות זאת, בטרם בדק ושוכנע, הוציא את צו ההחרמה וההריסה. בכך, לא מילא המשיב את חובתו להסתמך על עובדות ברורות, מדויקות וחד משמעיות, בטרם הוצאת צו המורה על צעד קיצוני ובלתי הפיך.

40. עולה השאלה מתי, אם בכלל, ישתכנע המשיב שניתן להרוס רק חלק אחד של הבנין מבלי לפגוע באחר? האם יקרה הדבר בזמן שיחל בעבודת ההריסה? ואם כן, מה יהיה גורלו של הבית באם יסתבר כי לא ניתן להרוס רק את חלקו המערבי? אין כל אינדיקציה שלמשיב יש תכנית פעולה מגובשת, כיצד לפעול על מנת שהריסת החלק המערבי של הבית לא תפגע בחלקו המזרחי.

#### **בעלות העותר על הבית**

41. כאמור בראשית הדברים, הקרקע והבית שעליה מצויים בבעלותו של העותר. הקרקע עליה נבנה המבנה היתה במקור בבעלותו של אבי העותר והועברה לידי. במהלך השנים, החל משנת 1995 ועד 2003 בקירוב, בנה העותר את ביתו. הבית רשום ברשויות המס ובעיריית אידנא על שמו של העותר, וכך גם חשבונות המים והחשמל של הבית.

מצ"ב העתק נסח רישום ממשד האוצר הפלסטיני, מחלקת מס רכוש, המעיד על בעלות העותר על הקרקע ועל המבנה, מסומן **ע/7**.

מצ"ב העתק אישור מעיריית אידנא על בעלות העותר על הקרקע ועל המבנה, מסומן **ע/8**.

מצ"ב העתק אישורים מעיריית אידנא על רישום החשבונות על שם העותר, מסומנים **ע/9א-ב**.

42. לאחר סיום הבנייה, נכנסה משפחתו של העותר לגור בבית ולאחר מכן הצטרפו גם העותרת וילדיה (זיאד עואד היה כלוא במועד זה בישראל). לאחר שחרורו של זיאד עואד מהכלא, בשנת 2011, חתמו האחים ביום 15.5.2012 על חוזה, ע"פ המנהג המקומי ועל מנת למנוע סכסוכים משפחתיים בעתיד, במסגרתו הובהר כי זיאד עואד העביר את כל זכויותיו בדירה בה הוא מתגורר לידי העותר. בעקבות זאת, נחתם ביום 20.5.2012 חוזה שכירות בין האחים, על פיו משכיר העותר לאחיו זיאד את הדירה בקומה השנייה, בה מתגוררת משפחתו של זיאד, בתמורה ל-800 דינר ירדני לשנה.

מצ"ב העתק חוזה המכר בין העותר לאחיו, מסומן **ע/10**.

מצ"ב העתק חוזה השכירות בין העותר לאחיו, מסומן **ע/11**.

43. בהקשר זה ייאמר, כי למרות כוונת המשיב, לפגוע חלקית בבית העותר - הריסת החלק המערבי של הבית, הכולל את הדירה בקומה השנייה בה מתגוררת משפחת העותרת, וכן את המחסנים שבקומה הראשונה, מתחת לדירת העותרת - הנזק לקניינו של העותר גדול ביותר. וזאת בהנחה - שכאמור אינה מבוססת כלל - שדירת מגורי משפחתו של העותר לא תיפגע כלל.



44. זאת ועוד, בסמוך לציודו המערבי של הבית, המיועד להריסה, ישנו מאגר מים בבעלות העותר המכיל 50 קוב. מאגר זה עלול להיפגע בעת ההריסה, להציף את הבית כולו ולגרום נזק כבד. אין כל אינדיקציה שהמשיב לקח בחשבון את הנזק שעלול להיגרם למאגר המים ובעקבותיו לבית כולו.

45. עוד יצויין כי בכסף שקיבל זיאד עואד בתמורה לויתור על זכויותיו בדירה שבבית העותר, קנה זיאד קנה בית באותה שכונה. מאז הקנייה, שיפץ זיאד את הבית ומשפחתו התכוונה לעבור להתגורר בו בתחילת חודש הרמדאן. לבית זה נגרם לאחרונה נזק על ידי הצבא.

#### פגיעה ביחידת המגורים של הנאשם בלבד

46. הלכה היא, שעל המשיב לבחון אם ניתן לראות במגורים של החשוד משום יחידת מגורים נפרדת משאר חלקי המבנה, ואם ניתן להורסה מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה. אם אין הדבר ניתן, יש לשקול את אטימת אותה יחידה. (ראו בג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואחרים, פ"ד (1) 353 (להלן: פס"ד סביח, עמ' 360); ובבג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' אלון פיקוד המרכז, קבע בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק, כי יש לפגוע אך ורק ביחידת המגורים של החשוד, ומאחר שהריסה חלקית של המבנה אינה אפשרית, יש להסתפק באמצעי הדרסטי פחות של אטימה חלקית של המבנה).

נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלו יש לנקוט את האמצעי הדרסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית. (בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(1) 217, 220, להלן: בגץ תורקמאן).

47. כאמור, המשיב טרם השתכנע כי הריסת חלק אחד של הבניין לא תגרום נזק לחלקו האחר, ביתו של העותר ואשר על כן אל לו לבצע את הצו.

48. ידועה גם עמדתו של כב' השופט חשין, לפיה המשיב כלל אינו רשאי להורות על פגיעה ביחידות דיור בנוסף ליחידת המגורים שניתן לייחסה לחשוד במעשי טרור.

ראו: בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד (2) 150; פס"ד אלעמרין (שם) מבהיר השופט חשין כי הדברים יורדים לשורש הסמכות, כפי שיש לפרשה ברוח עקרונות היסוד של ישראל; וכן ר' בבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338, להלן: פס"ד נזאל).

49. בהקשר זה יצוין, כי המשיב מתכוון להרוס גם את המחסנים המצויים בחלקו המערבי של הבית, בקומה הראשונה, מתחת לדירת המגורים של העותרת. מחסנים אלה אינם חלק מיחידת המגורים של העותרת ואינם מושכרים למשפחה. זאת בניגוד למשתמע מהצו, על פיו גם המחסנים הם חלק מדירת משפחתה של העותרת.

50. אשר על כן, אין לפגוע במחסנים הנמצאים בקומה הראשונה, מתחת לדירתה של העותרת, השייכים לעותר ואינם חלק מיחידת המגורים של משפחת העותרת.

## סכנה למבנים סמוכים

51. על המשיב לבחון אם הנסיבות מצביעות על סכנה שייפגעו מבנים סמוכים ולהסתמך על מקורות מקצועיים אמינים.

52. אין אינדיקציה לכך שהמשיב שקל כראוי את הסכנה לבתים הסמוכים לביתו של העותר. ביצוע הצו עלול לגרום נזק לבתים שכנים. כך, לביתה של משפחת עווד, הנמצא במרחק 5 מטר מביתו של העותר ומתגוררות בו 7 נפשות (מסומן 2 במפה); לבית \_\_\_\_\_ אמיזה, הנמצא במרחק של 6 מטר ומתגוררים בו שני מבוגרים (מסומן 6 במפה); ולבית \_\_\_\_\_ אמיזה, הנמצא במרחק של 7 מטרים ומתגוררות בו 4 נפשות (מסומן 7 במפה). אם אכן ביצעו של הצו משמעו פגיעה גם בבתיים אלה, הרי שזו פגיעה אסורה, ללא סמכות. העתק צילום אוויר מהמשיב של אזור הבית, עם סימון הבתים השכנים, מצ"ב ומסומן ע/12.

### לעותר ולמשפחתו אין קשר למעשי האח

53. לעותר ולבני משפחתו הגרעינית אין כל קשר לפעילות נגד הביטחון. העותר נעצר פעם אחת, בשנת 1987, ושחרר לאחר מספר ימים מבלי שהוגש נגדו כתב אישום. עד שנת 2000 עבד העותר בישראל. גם כיום העותר אינו מנוע כניסה לישראל. הוא מחזיק בכרטיס מגנטי ומקבל מדי פעם היתרי כניסה לישראל.

מצ"ב העתק כרטיס מגנטי מסומן ע/13.

54. העותרת 2 מכחישה מכל וכל את טענת המשיב, בתשובתו להשגה, כי ידעה על ההחזקה והשימוש בנשק שעשה בעלה. העותרת מטפלת בחמשת ילדיה, שנים מהם תינוקות, ואינה מעורבת כלל בעיסוקיו של בעלה.

55. גם אם קובעת הפסיקה, כי אי ידיעה ואי מעורבות במעשיו של החשוד אינם מונעים את הפעלת הסנקציה כלפי בני משפחתו, הרי שכאמור לעיל, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את המצב העובדתי בכל מקרה ומקרה. על אחת כמה וכמה במקרה של העותר, שהוא נקי ללא רבב. זאת בניגוד למשפחת אבו דהים למשל, אשר המשיב טען להזדהותה עם בנה המפגע ועם תנועת החמאס, ולהיותה מודעת לתכנון הפיגוע על ידי הבן. (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (להלן: בג"ץ אבו דהים), פורסם בנבו).

### החשוד טרם הורשע

56. כאמור, כנגד אחיו של העותר הוגש כתב אישום. החשוד מכחיש את ההאשמות נגדו. מן הראוי היה להמתין עד להכרעת דינו של הנאשם ואז לשוב ולשקול את הריסת הבית. לא ברור מדוע אצה למשיב הדרך להרוס את הבית דווקא בנקודת הזמן הנוכחית.

### מבחני המידתיות

57. 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:

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 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, 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 (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין **שריף**) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבי**, פס' 12 לפס"ד).

58. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמה והריסת ביתו של העותר לצורך הרתעה אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

59. אשר למבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, משמע בין הריסת ביתו של העותר להרתעה, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי קשה ופוגעני כל כך. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של "להרתיע מפגעים פוטנציאליים ולסייע בביטחון האיזור", הרי שרשויות הביטחון עצמן הגיעו בעבר למסקנה, כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לפיה פעל הצבא במשך שנים ארוכות בעבר, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה.

60. "צוות לחשיבה מחודשת" בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגייה של הריסת בתים למטרות הרתעה מכוח תקנה 119. תובנות המסקנות וההמלצות של הצוות הוצגו במצגת בפני פורום המטכ"ל בראשית שנת 2005.

מצגת ועדת שני מצ"ב ומסומן **ע/14**.

61. במסגרת המצגת נכתבו, בין השאר, המשפטים הבאים: "הפעולות הינן חוקיות אולם עלולות לא לעמוד במבחן הלגיטימיות"; "במדינה שחרתה על דגלה ערכים ליברלים דמוקרטים, נתפסת הריסת הבתים כענישה קולקטיבית שאינה עומדת בקנה אחד עם עקרון כבוד האדם וקניינו הפרטי". כן נכתב כי "יש לשקלל את ההרתעה כחלק מהשיקולים בלבד". המלצת הצוות, כפי שנכתבה במצגת, היתה **הפסקת הפעילות של הריסת בתי מחבלים לצורך הרתעה**

ובסיכום נכתב: "צה"ל במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות".

62. מהמצגת עולה, שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן. שר הביטחון דאז קיבל את המלצת הוועדה, להפסיק את הריסות הבתים, וזאת למרות שלמרבית הצער, נמשך ביצועם של פיגועים ברחבי הארץ (ראו בג"ץ 7733/04 נסאר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה (פורסם בנבו); בג"ץ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום, פורסם בנבו).

63. אמנם, בשנת 2009, לאחר 5 שנים בהן לא הרסו בתים במסגרת תקנה 119, אישר בית המשפט העליון את הריסת חלקים מבתים של תושבי ירושלים שביצעו פיגועים בעיר (פס"ד אבו דהים ובג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון, להלן: פס"ד דוויאת). ואולם בעניין אבו דהים, הסבירה המדינה את חזרתה מההחלטה נוכח העובדה כי מדובר במקרה קיצוני בחומרתו ונוכח שינוי נסיבות: גל פיגועים שהחל בשנת 2008, בו מעורבים תושבים מירושלים המזרחית כאשר הגל מתאפיין, בניגוד לעבר, בכך שתושבי ירושלים מבצעים בעצמם את הפיגועים ולא משמשים כבעבר סייענים של תושבי השטחים (פס' 10 לפס"ד אבו דהים; פס' 3 בפס"ד דוויאת) ובית המשפט קבע שם כי מותר לרשות לשנות מדיניות עם שינוי הנסיבות.

64. לעומת זאת, הריסת בית העותרת מהווה חזרה למדיניות שקדמה להחלטה, להפסיק להרוס את בתי משפחותיהם של המעורבים בפיגועים בשטחים, כיוון שיעילותה לא הוכחה כאפקטיבית.

65. המשיב אינו נותן כל הסבר כיצד ומדוע, דווקא בנקודת הזמן הנוכחית, החליט לחדש את הריסות הבתים בשטחים, בניגוד להמלצה ולהחלטה משנת 2005 ובמה שונה הפיגוע המיוחס לזיאד עואד מפיגועים אחרים, שבוצעו על ידי תושבי שטחים מאז שנת 2005.

66. ההחלטה להפסיק את הריסות הבתים והסטייה מאותה החלטה, ללא כל הסבר, מעלים חשש כבד כי מטרת ההחלטה אינה דווקא הרתעה וכי שיקולים זרים הובילו אליה. החשש עולה וגובר לנוכח אירוע החטיפה שאירע החודש, המבצע צבאי שהחל בעקבותיו וכוונותיה של ממשלת ישראל, כפי שפורסמו בתקשורת, להרוס בתים של אנשי חמאס. כך, ההחלטה להרוס את בית משפחת עואודה לצרכי הרתעה, עקב אישומו של זיאד עואד בביצוע פיגוע – פיגוע שאירע לפני אירוע החטיפה – מעלה חשש כי מטרת ההריסה הינה **נקמה או ענישה של ארגון החמאס**, שאותו רואה ממשלת ישראל כאחראי לחטיפה. ברי כי שיקולים של נקמה הם אסורים ואין להם מקום במדינת חוק והם אינם נכללים בגדר השיקולים המותרים במסגרת התקנה.

67. הריסת החלק המערבי של בית העותר אינה עומדת גם בשני מבחני המידתיות הנוספים. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר. ברור כי המפקד הצבאי יכול לעשות שימוש בצעדים שפגיעתם פחותה לצורך הרתעה (כמו למשל הטלת קנס כספי על המשפחה או סנקציות אחרות) ולא בצעד קיצוני, פוגעני ביותר ושאינו ממנו חזרה. ברי גם, לאור כל הנאמר עד כה, כי הנזק שייגרם מההריסה – פגיעה קשה בכבודם של חפים מפשע, הותרת 6 נפשות

לפחות, ובכלל זאת קטינים, ללא קורת גג – עולה בהרבה על התועלת שהינה בבחינת הנחה או השערה.

### משפט בעיתות קשות

68. מצויים אנו בעיצומם של אירועים קשים. לנוכח אירועים אלה גדול הוא הדחף לעשות מעשה ולעיתים קשה הפעלתו של שיקול-דעת מפוכח ומסודר. קשה היא ההתחשבות בזכויותיהם של מי שנתפסים כחלק מ"האויב". אולם דווקא תנאים אלו מחייבים להקפיד על שיקול הדעת, לבל יסטה ממהלכו הראוי.

**מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי.**  
(דברי הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491).

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

69. 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 ועליו להיזהר מלהותיר משפחה ללא קורת גג, ואת השלום והביטחון ימשיך וירדוף בדרך אחרת. 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 יולחנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.  
(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 נזאל).

70. עקב הדחיפות וחג הרמדאן לא עלה בידי העותרים להכין ולהגיש לבית המשפט חוות דעת הנדסית בנוגע לאפשרות להרוס חלק מן הבית, ללא פגיעה בחלקו האחר ובבתים שכנים. העותרים מכינים בימים אלה חו"ד מטעמם ויבקשו להגישה לבית המשפט הנכבד בימים הקרובים.

71. לאור הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותר, נתמכת עתירה זו בתצהירה של עו"ד עביר ג'ובראן-דכוור, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרים. מאותן סיבות, מצורפים לעתירה ייפוי כוח של העותרים 1-2 ו-4-5 שהתקבלו, לאחר תיאום טלפוני, באמצעות הפקס.

מכל הטעמים האלו, מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על-תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם להחלטיים.

ירושלים, היום 29 ביוני 2014

---

סיגי בן ארי,  
ב"כ העותרים

---

עביר ג'ובראן-דכוור,  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 83308)

