

בג"ץ 5844/15

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

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

העותרים

- נגד -

1. המפקד הצבאי באזור גדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש
 ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

המשיביםעתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בדירת המגורים של העותרים 1-3, הממוקמת בקומה ה-3 בבניין בן 5 קומות בחברון.

צו החרמה והריסה מיום 27.8.15 מצורף ומסומן נספח א'

כן מתבקש לתת צו על תנאי שיורה למשיבים מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיב 1 או מי מטעמו להימנע מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן, וזאת משום שהמשיב 2 הסכים לעיכוב ביצוע צו החרמה וההריסה רק עד ליום 30.8.15 בשעה 20:00. בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלות בלתי סבירה של המשיבים, אשר הודיעו לח"מ על כוונתם להוציא צו הריסה לבית העותרים רק בערב יום 26.8.15, ודחו את בקשת

העותרים לעיכוב ביצוע הצו בשבוע, ותחת זאת הותירו לעותרים יום עבודה וחצי בלבד לצורך פנייה לערכאות. וזאת, כאשר חלפו 10 חודשים מהאירוע שהוביל להחלטת המשיבים להרוס את בית העותרים, אשר במהלכם לא נקטו המשיבים בשום צעדים בעניין ולא הודיעו למשפחת העותרים דבר, למרות שב"כ העותרים פנתה למשיבים בעניין זה עוד ביום 11.11.14.

יודגש כבר כעת, כי התנהלותו של המשיב סביב קביעת מועד ביצוע הצו חמורה ופוגעת באופן ישיר בזכות הגישה לערכאות של העותרים, שהיא זכות יסוד בשיטת משפטנו, וזאת באמצעות הצבת לוח זמנים בלתי סביר ובלתי אפשרי שמאלץ את העותרים לפעול במהירות ובדחיפות, וזאת כשעסקינן בהריסת ביתם היחיד של העותרים. הדבר מחמיר שבעתיים נוכח העובדה שהמשיב החל בצעדים להריסת בית העותרים רק לפני 10 ימים, וזאת כשעמדו לרשותו עשרה חודשים שבהם לא פעל בעניין ולא נתן כל התרעה לעותרים. התנהלות זו של המשיב מעלה חשש אמיתי שמא המשיב נוקט בדרך זו על מנת לעקר את יכולתם של העותרים להתנגד ולהשיג על הריסת ביתם, או מטעמים זרים אחרים, שכן לא ניתן למצוא בנסיבות אלו כל הצדקה לדחיפות.

לאור כל זאת, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים. ברי, שלא יגרם כל נזק ממשי לאינטרס הציבור מהיעתרות מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו ברור שמאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשתם.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרת 1 (להלן: "העותרת") היא אשתו של _____ אלהשלמון, בעל ת.ז. _____, אשר הורשע בגין מעורבותו בפיוגוע ביום 10.11.14 בצומת אלון שבות ונדון לשני מאסרי עולם מצטברים ופיצוי בגובה כ-4 מיליון ₪ לקורבנות הפיוגוע. העותרת 2 (ילידת 2007) והעותרת 3 (ילידת 2009) הינם ילדיהם הקטינים, בני 8 ו-6, בהתאמה.

גור הדין שהוטל על מר אלהשלמון מצורף ומסומן נספח ב'

2. העותרת 4, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. עניינה של העתירה בגורלה של דירת מגורים של בני המשפחה, אשר המשיב הודיע ביום 26.8.15 על כוונתו להחרימה ולהרסה בשל מעשיו של מר אלהשלמון.
4. בקצרה, יטענו העותרים, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את ביתם הינה החלטה פסולה, ודינה בטלות מהטעמים הבאים:

א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;

ב. הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;

- ג. הריסת בית המשפחה מנוגדת לעיקרון טובת הילד, ולמחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל בהתאם לאמנה לזכויות הילד;
- ד. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית: ראשית, מכיוון שלא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת ההריסה לבין האמצעי; שנית, נוכח העונש הכבד שכבר הוטל על מר אלהשלמון, שיש בו כדי להוות אמצעי מרתיע מספק; שלישית, לאור חלוף הזמן; ורביעית, לנוכח הפגיעה שתיגרם לדירות השכנים לבניין.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

5. דירת המגורים של העותרים 1-3 מצויה בבניין המורכב מ-5 קומות, כאשר הקומה הראשונה הינה קומת מרתף, ו-4 קומות נוספות בנויות מעל האדמה. בכל קומה יש 2 דירות צמודות. הדירה של העותרים 1-3 ממוקמת בקומה השלישית בצד המזרחי של הבניין. בבניין מתגוררות 7 משפחות נוספות על משפחת העותרים.
6. עד ליום 10.11.14 התגוררו בדירה זו מר אלהשלמון והעותרים 1-3. ביום 10.11.14, בעקבות מעורבותו של מר אלהשלמון בפגיעה, הגיעו לבית המשפחה כוחות צה"ל, נכנסו לדירה, תחקרו את העותרת ולקחו חפצים מהדירה. אירוע זה עורר חרדה רבה בקרב העותרים 2-3 ומאותו יום עברה המשפחה להתגורר עם בית משפחתה של העותרת 1, בשל חשש שכוחות צה"ל ישובו בשנית, ובשל רצון העותרת למנוע מילדיה טראומה נוספת. עם זאת, העותרת מתגוררת בבית משפחתה באופן זמני, ודירת מגוריה בחברון הינה הדירה היחידה בבעלותה והאפשרות היחידה הפתוחה לה ולעותרים 2-3 לחיים עצמאיים, בין אם על דרך מגורים בדירה או מכירתה ומגורים בדירה אחרת.
7. בעקבות האירוע ולאור פרסומים בתקשורת בדבר כוונת המשיבים להורות על הריסת "בתי מחבלים", פנתה ב"כ העותרים למשיבים ביום 11.11.14 וביקשה כי ככל שתקום כוונה להרוס את בית העותרים מכוח תקנה 119, ייעשה הדבר בכפוף לקיום הליך מנהלי ראוי, לרבות מתן התראה על הכוונה לבצע את ההריסה, מתן הזדמנות הוגנת לשימוע והשגה, וכן זמן לפניה לערכאות במידת הצורך (ר' בג"ץ 9353/08 **הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף**, (פורסם בנבו, 5.1.09)). ביום 16.11.14 הודיע נציג המשיב 1 לב"כ העותרים כי הוא מאשר את קבלת ההודעה, וכי ככל שתתקבל החלטה בעניין העותרים תימסר על כך הודעה.

הודעת ה"מ מיום 11.11.14 ומכתב המשיב 1 מיום 16.11.14 מצורפים ומסומנים נספח ג'

8. רק בחלוף 10 חודשים לאחר האירוע, ביום ד', 19.8.15, התקבלה במשרד ב"כ העותרים הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את המבנה בו התגורר מר אלהשלמון, מכוח תקנה 119, וזאת הואיל ומר אלהשלמון "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 10.11.14". בהודעה צוין כי ניתן יהיה להשיג על הכוונה להרוס את המבנה עד ליום 21.8.15. בעקבות כך פנתה הח"מ למשיבים בבקשה למתן ארכה של שבוע לצורך ההגשה, אך המשיבים הואילו להעניק ארכה בת 3 ימים בלבד.

הודעת המשיב מיום 19.8.15, בקשת העותרים לארכה ומענה המשיב מצורפים ומסומנים נספח ד'

9. ביום 24.8.15 הגישה ב"כ העותרים השגה בהולה כנגד כוונת המשיב, ובה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירת העותרים היא פסולה, בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר תביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, לרבות ילדים ותינוקות, ואינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. להשגה צורפה חוות דעת של המהנדס ג'בארין תייסיר, מ.ר. 36465, שלפיה הריסת הדירה או אטימתה יגרמו להתמוטטות הבניין כולו. במקביל הוגשה השגה מטעם יתר דיירי הבניין, אשר מיוצגים על ידי עו"ד אנדרה רוזנטל.

ההשגה שהוגשה ביום 24.8.15 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת נספח ה'

10. ביום ד', 26.8.15 בשעה 17:00 אחר הצהריים, נתקבלה אצל ב"כ העותרים הודעת המשיב (הנושאת את התאריך 25.8.15) שלפיה נדחתה ההשגה. המשיב נימק החלטתו בכך שהריסת דירת העותרים מתיישבת עם הוראות תקנה 119 והרציונל ההרתעתי העומד ביסודה. לאור חוות דעת המהנדס ציין המשיב כי ההריסה תבצע באופן ידני וכלפי אלמנטים לא קונסטרוקטיביים, כך שלא צפויים נזקים נוספים לסביבה ולמבנה. כן צוין בהודעה כי ביצוע הצו האמור לא יחל בטרם יום א', 30.8.15, בשעה 12:00 (החלטת המשיב הועברה במקור ללא צו ההריסה, ורק בעקבות פניות חוזרות של ב"כ העותרים הועבר הצו ביום 27.8.15 בצהריים, הוא נספח א' לעיל).

הודעה מטעם המשיב מיום 26.8.15 מצורפת ומסומנת נספח ו'

11. כחצי שעה לאחר שנתקבלה הודעת המשיב העבירה ב"כ העותרים בקשה דחופה לעיכוב ביצוע צו ההריסה בשבוע, עד ליום 8.9.15, על מנת לאפשר לעותרים זמן מספק לפנייה לערכאות. ב"כ העותרים כתבה כי המועד שקבע המשיב לביצוע הצו מותיר בידי העותרים יום עבודה אחד בלבד לכלכל צעדיהם ולפנות לערכאות. זאת בנוסף לעובדה שמעשיו של מר אלהשלמון שהובילו להחלטה להרוס כיום את ביתו בוצעו ביום 10.11.14, לפני כ-10 חודשים, והמשיב לא ראה לנכון לפעול בעניין במשך כל תקופה זו, ועל כן אין כל הצדקה לכך שיוקצב לעותרים זמן כה מועט לעתור בגין הצו, ולא יגרם כל נזק ממתן הארכה הקצרה המבוקשת.

בקשת ל"כ העותרים לעיכוב ביצוע הצו מיום 26.8.15 מצורפת ומסומנת נספח ז'

12. ביום 27.8.15, בשעות הצהריים, העביר המשיב תשובתו לבקשה ובה נכתב כי המשיב החליט לדחות את הבקשה לעיכוב ביצוע הצו. עם זאת, נכתב כי הצו לא יבצע לפני שעה 20:00, ביום א' 30.8.15 וכי "המפקד הצבאי סבור שפרק זמן זה הינו סביר ומותיר בידיכם זמן מספק על-מנת לשקול את המשך צעדיכם". מכאן עתירה זו.

מענה המשיב מיום 27.8.15 מצורף ומסומן נספח ח'

הטיעון המשפטי**האיסור על הריסת בתים**

13. הריסת בית משפחה מהווה צעד אכזרי ובלתי אנושי, הגורם טראומה קשה למשפחה ומותיר אותה חסרת כל, תוך פגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג ובמצב של עקירה, העדר קורת גג ותלות מוחלטת בסביבתם.

14. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, והפרה בוטה של האיסור על ענישה קולקטיבית, שהוא ממושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית והמוסרית: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים י"ד, ה-ו, וראו גם דברי כב' השופט חשין בבג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד נא(2) 651, 654). יצוין, כי גם אם לשיטת המשיב מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע, ובמבחן התוצאה, מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה מוטלת בספק.

15. יתר על כן. הריסת בתים פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לקניין. היות שהריסת הבית פוגעת בבני משפחה חפים מפשע, אשר לא היה במעשיהם כדי להביא להריסה, וממילא אין ביכולתם להשפיע על החלטת המשיב, פוגעת ההריסה פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 107).

הריסת בתים מנוגדת למחויבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי

16. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו המשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

17. החרמת והריסת בית העותרים מנוגד לדיני הכיבוש, האוסרים על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה הרביעית):

"33. שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורה."
 "53. אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

- כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907), האוסרות על החרמת רכוש פרטי או הטלת עונש קיבוצי בשל מעשיהם של בודדים. איסור זה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ולפיכך מחייב את מדינת ישראל.
18. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי, המחייב את המשיב, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2005)).
19. הריסת בתים עומדת בניגוד להוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), אושררה (1991), היות שהיא מפרה את זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באופן חופשי הקבועה בסעיף 12 לאמנה; את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו (סעיף 17 לאמנה); את הזכות לשוויון בפני החוק (סעיף 26); ומהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).
20. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על פרשנות האמנה ובחינת יישומה במדינות החברות, קבעה בהחלטה משנת 2003 כי הריסת בתים מנוגדת לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה (ר' Commission on Human Rights Resolution 2003/6, בסעיף 15), ובדו"ח משנת 2003 נקבע כי הריסת בתים מנוגדת לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכי על מדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה. (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).
21. הריסת בתים עומדת גם בסתירה לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966), אושררה (1991), המעגנת בסעיף 11 את הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים, ובסעיף 10 את ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי.
22. בעניין זה, העותרים מצטרפים לכל הטענות שהועלו במסגרת הבקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון, להלן: "הבקשה לדיון נוסף") על פסק דינו של ביהמ"ש בבג"צ 8091/14 מיום 31.12.14 (להלן: "בג"צ המוקד להגנת הפרט"), וכן מפנים לחוות דעת המומחים למשפט בינלאומי שצורפה לעתירה, שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז, המצורפת כאן לנוחות ביהמ"ש הנכבד.
- חוות דעת המומחים מצורפת ומסומנת נספח ט'
23. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statute of the International Criminal Court). חוות הדעת מפנה לסעיף 8(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת ג'נבה, בין היתר של סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא קובע כעבירה פלילית: "unlawfully extensive"

destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and "carried out unlawfully and wantonly". בחוות הדעת מוסבר כי הריסת בתים אינדיבידואלית ככל הנראה לא תיחשב כפגיעה רחבת היקף, כפי שנדרש בסעיף, ואולם:

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). ובהמשך "עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתיפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו" (עמ' 2 לחוות הדעת).

24. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיבים עלולה להיחשב כפשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית. על אף שאין התייחסות ישירה לענישה קולקטיבית כפשע מלחמה באמנת רומא, זו עשויה להיחשב כ-"יחס לא אנושי", פעם נוספת לפי סעיף 8(2)(a)(iv). בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות דעת כי "קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

25. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת הבתים, בהיקף הנוכחי, עונה על דרישות היסוד העובדתי של פשע מלחמה, על בסיס המשפט הפלילי הבינלאומי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שההפרות אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

26. כפי שנטען בהרחבה בבקשה לדיון נוסף, הטענות העקרוניות שהועלו בעתירה נשוא הבקשה, ואשר מועלות גם בעתירה דנן - לפיהן מדיניות המשיבים בדבר הריסת בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד. מכאן, שאף שבית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיב בעשרות פסקי דין במהלך תקופה זו, הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות משקל אלו. כך, גם בפסקי הדין האחרונים של בית המשפט הנכבד, כבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14, להלן: "עניין עואודה") ובבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 11.8.14), לא ניתנה כל התייחסות מהותית לטענות אלו.

לא נעלם מעיני העותרים הקושי המוסדי בבחינה מחודשת של מדיניות שאושרה על ידי בית המשפט הנכבד במשך תקופה ארוכה ובפסיקה רבה, אך לאור השלכותיה הקשות של מדיניות זו, ולאור כובד

הטענות, המגובות בחוות דעת המומחים לעיל, ואשר טרם הוכרעו סופית במסגרת הבקשה לדיון נוסף, אין זה ראוי כי בית המשפט הנכבד ימשיך וימנע מלדון בהן.

27. ודוק, היתרון בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר פרטני הוא ברור. כפי שיפורט להלן, המדובר בביתם היחיד של העותרים ומכאן שהכרעת בית המשפט הנכבד נושאת עבורם משמעות קריטית ומשליכה על הישרדותם הכלכלית ועל עתידם של העותרים 2-3. עובדה זו מאפשרת לצדדים ולבית המשפט לדון לעומק ולרוחב בתוצאותיה של מדיניות הריסת הבתים, כפי שאלו ניבטות מהמקרה הקונקרטי, תוך התייחסות למגוון הקשיים הטמונים במדיניות זו, ולא רק באופן תיאורטי.

הריסת בית העותרים מנוגדת לעיקרון טובת הילד

28. על עיקרון טובת הילד כעיקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר במלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהר לא אחת כי יש בכוחו של עיקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (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 ישתחוו לשיקול טובת הילד". וכן בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 459, 465: "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי". מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

29. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המשפחה התגוררו גם 2 ילדיהם של העותרת ומר אלהשלמון, בני 6 ו-8. בנוסף, בבניין מתגוררות 7 משפחות נוספות. אף שהמשפחה אינה מתגוררת כעת בדירה, בשל חשש להחזרת כוחות צה"ל ולהפחדת הילדים, המגורים אצל משפחתה של העותרת הינם מגורים זמניים, ודירה זו הינה הדירה היחידה העומדת לרשות העותרים. מכאן, שהריסת דירת המגורים תגרום סבל רב לחפים מפשע, ופגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. במה חטאו העותרים 2 ו-3, ילדי המשפחה, שיהיה עליהם לראות את ביתם נהרס, ולהפוך לחסרי בית? הפגיעה בילדי המשפחה מנוגדת לזכויותיהם של הילדים ולמחויבותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

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

וסעיף 38 לאמנה:

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

...

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

- לעניין תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ראו בג"צ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל**, (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.
30. דוק. סעיף קטן 38(ד) לאמנה מטיל חובה פוזיטיבית על המשיב: בנוסף לאיסור על הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבוע בסעיף קטן (א), מחייב סעיף 38(ד) את המשיב לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה וטיפול לעותרים 2-3. בכך, חוטא המשיב חטא כפול.
31. הריסת דירת המגורים של העותרים 2-3 תהפוך אותם לפגיעים עוד יותר, באשר יחד עם אימם, העותרת, יהפכו חסרי כל, תלויים לחלוטין בחסדיהם של אחרים.
32. לשיקולים אלה, בדבר טובת הילד, לא מצאו לנכון המשיבים להתייחס, למרות החובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלה החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטת המשיבים ויש להורות על ביטולה.

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

33. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע, כי השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה הוא לגיטימי כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים ומפשע. עם זאת, על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים הרלוונטיים.
34. הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו להחרים ולהרוס בתים במסגרת תקנה 119:

"אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם".
(בג"ץ 2722/92 **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד מו(3) (699 693)

35. אך לאחרונה, בעניין **עואודה**, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות:

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

בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתיות".

36. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת החשוד לבית, חומרת המעשים, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האם ניתן לבודד את יחידת הדיור של החשוד/המורשע במעשים, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

37. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), הדגיש בית המשפט זה כי נקודת המוצא לבחינת מידתיות ההחלטה היא זכותם של האזרחים התמימים:

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי-החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. **על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד.** על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. **כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיננו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.**

חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם". (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

38. אכן, במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כולו כל הקיצים. הא ראייה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של מפגעים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופשעים על רקע לאומני. קיים חשש של ממש שההבדלים בין יישום התקנה באופן שונה במקרים דומים עולים כדי אפליה. כך, בבג"ץ 10467/03 עדנאן יחיא שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 815 ציין כב' השופט א' א' לוי כי "התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה", ומכאן שמדובר ב"שימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119". גם בעניין קואסמה ציין כב' השופט דנצינגר כי האמצעי של הריסת בתים שמור ל"מקרים קשים במיוחד של מעשי רצח" וכי מקרים אלו המבוצעים על ידי יהודים כנגד ערבים הינם חריגים ביותר. אך למרבה הצער, בעת האחרונה כבר אין מדובר בתופעת שוליים בחברה הישראלית-יהודית. לאור הצטברות המקרים, שבה ועולה התהייה, אם אין מדובר באפליה.

39. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פועל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין לאחר שמבצע הפיגוע עצמו נענש קשות ובעיתוי סמוך למקרה, וישאיר לפחות 3 נפשות חפות מפשע ללא בית, ואף עשוי לגרום לפגיעה גם בשכנים נוספים רבים. גם אם במקרים אחרים התיר בית משפט זה הריסת בתים, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. בחינת עניינם של העותרים מעידה כי החרמת והריסת ביתם לצורך הרתעה אינן עומדות במבחני המידתיות.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

40. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת בתים. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה.

41. "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגיה של הריסת בתים למטרות הרתעה. תובנות המסקנות וההמלצות של הצוות הוצגו במצגת בפני פורום המטכ"ל בראשית שנת 2005. המלצת הצוות היתה הפסקת הריסת בתי מחבלים לצורך הרתעה, לאור העובדה שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן. בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

העתק מצגת ממוחשבת של עיקרי דו"ח שני שנמסר למוקד להגנת הפרט זמין באתר המוקד, בכתובת:

<http://www.hamoked.org.il/items/110467.pdf>

42. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלום ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. תחושה והכרה זו עלולה להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים ולהנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

43. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, המשיבים אינם מסבירים באיזה אופן הם סבורים שהריסת בית המגורים של חשודים ומורשעים בפיגועים ישיגו את מטרת הרתעת הרבים בצורה טובה מאשר בעבר, בשים לב להמלצה ולהחלטה משנת 2005. עצם ההחרפה במצב הביטחוני אינה יכולה להצדיק את חידוש השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה. חשיבות המאמץ

לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי הריסת בתים יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

44. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסת בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיבים כי הריסת בתים הינה אמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 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 שהיכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

45. ויפים לעניין זה גם דברי פרופ' קרמניצר, המצוטטים במאמר:

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית."

ר' פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004.

46. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ המוקד להגנת הפרט, שמהנקבע בהקשר לענייננו, כי:

"...על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים..."

47. גם כב' השופטת חיות הצטרפה לעמדה זו, וציינה:

"ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לתווך דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מחודשת לנושא הריסת הבתים" והגיעה בעת ההיא (2005) אל המסקנה שאומצה על-ידי גורמי הביטחון ולפיה יש להפסיק את פעילות הריסת

בתי המחבלים לצורך הרתעה כשיטה באזור יהודה ושומרון ולשמרה למצבי קיצון. ... אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פסקת ההגבלה"

48. לאור זאת, ובפרט לאחר שמדיניות הריסת הבתים חודשה כבר לפני כשנה, היה על המשיבים לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. זאת בעיקר לאור העובדה הגלויה לעין כל, כי גל הטרור שמדינת ישראל חווה בעת האחרונה פרץ למרות שהמשיבים חידשו כאמור את הריסת הבתים לפני למעלה משנה. מסתבר, כי ההריסות שבוצעו בשנה האחרונה לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

49. על כן, במסגרת ההשגה, העותרים דרשו מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית משפחת העותרים (או כל בית נוסף) בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיו. במענה לכך, השיבו המשיבים בסעיף 11 לתשובתם להשגה כי "עמדת גורמי הביטחון, הנתמכת במידע מקיף, אשר ברובו הינו חסוי, היא כי בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות יש כדי לבסס הרתעה אפקטיבית כלפי מפגעים פוטנציאליים באזור. החרפת המצב הביטחוני בשנתיים האחרונות..., כמו גם ההערכה העדכנית בנוגע לאפקטיביות ההרתעה במקרים האמורים, מבססים המסד הנדרש למימוש הסמכות הנטועה בתקנה 119 לתקנות במקרה דנן".

50. תשובה זו אינה מספקת, ואף מעלה תמיהה, שכן כיצד יתכן שנתונים אשר צריכים להעיד על אפקטיביות ההרתעה בפועל עשויים להיות חסויים. האם המשיבים טוענים שההשפעה של הריסת בתים מתבטאת במחשכים?

51. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם לעותרים, לרבות ילדי וקטני המשפחה, אין די בכך שצעד כה אכזרי עשוי להביא להרתעת מפגעים פוטנציאליים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות גבוהה במיוחד על מנת להצדיקו. לאור דברי בית המשפט הנכבד, ולנוכח העובדה שהערכת "אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה" לא בוצעה מזה שנים רבות, הרי שהריסת בית העותרים ללא שקיימים נתונים ממשיים שיצביעו על התועלת מכך לא יכולה להיחשב סבירה.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – חלוף הזמן

52. העדר קשר רציונלי בין הריסת בית העותרים לתכלית ההרתעה הנטענת מתבטא ביתר שאת בעניינו. המשיבים כאמור מצדיקים את מדיניות הריסת הבתים בכך שלדידם מדובר באמצעי הרתעה יעיל, ואולם, הצדקה זו נסמכת גם על המהירות שבה נוקטים המשיבים בסנקציה כלפי מבצע הפיגוע ומשפחתו (ראו עמ' 9 למאמרם של מימרן וכהן).

53. שבעניינו, חלוף הזמן הרב בין מועד האירוע להפעלת הסנקציה מחליש את הקשר ההרתעתי הלכאורי בין שני האירועים, ומכאן שגם בשל כך השיקול ההרתעתי אינו מצדיק את הריסת בית העותרים.

54. יתרה מכך, חלוף הזמן אף מערער את לגיטימיות תכלית ההרתעה בענייננו, שכן עולה כי החלטת המשיבים אינה מבוססת למעשה על מעשיו של מר אלהשלמון עצמו אלא על אירועים שנעשו על ידי אחרים לאחר מכן ואשר הובילו את המשיבים לסבור כי יש מקום לביצוע הריסות בתים כעת.

55. אף אם נקבע על ידי בית המשפט הנכבד שתכלית ההרתעה בהקשר של הריסת בתים הינה ככלל תכלית לגיטימית, ברי כי נדרש קשר ישיר בין מעשי האדם אשר לגביו מופעל האמצעי הפוגעני לבין תכלית ההרתעה הנטענת, ולא ניתן לפעול מטעמי הרתעה כלליים שלא קשורים ישירות לאותו האדם. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דורנר, בבג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353 (1996):

"אחת הדרישות, שעד כה לא חלקו עליהן, להפעלת הסמכות היא קיום קשר סיבתי בין הפיגוע לבין ההריסה למרות שהריסת בית אינה אמצעי עונשי במלוא מובן המילה אלא אמצעי הרתעתי, אין לנקוט אותה אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית. בענייננו, "הקפיא" המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על תנאי". "התנאי", כך מסתבר, היה ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. עקב ביצוע פיגועים נוספים אלה מבקש המשיב להרוס את בתי העותרים. לדעתי אין הוא רשאי לעשות כך. שכן, אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית"

56. אף שכב' השופטת דורנר היתה בדעת מיעוט בפסק דין זה, הרי שכב' השופט בך אשר נדרש לסוגיה החליט שלא לקבל את העתירה מנימוק זה רק משום שבעניין העותרים שעניינם נדון שם, ניתנו הודעות על כוונה להריסה בסמוך לאירועים שהובילו להחלטת ההריסה, וצווי ההריסה הושהו בשל הליכים משפטיים של המשפחות, ונקבע, כי לא היה פסול בהחלטת המשיב לבחון אם ניתן להיעתר להשגות העותרים. שונה הדבר בענייננו, עת כלל לא ניתנה הודעה על הריסה בסמוך לפיגוע, ואילו ההודעה הראשונה ניתנה רק כעת, בחלוף למעלה מ-10 חודשים, באופן שמנתק כל קשר משמעותי בין מעשיו של מר אלהשלמון לאמצעי של הריסת ביתו.

57. בנסיבות אלה, הרי שיש מקום להתייחס להערות בית המשפט הנכבד בהקשרים אחרים, בהם עמד על הקושי והבעייתיות בהסדרים אשר פוגעים בזכויות אדם למען תכלית הרתעתית כללית. כפי שהתייחסו לכך מימרון ועמיחי במאמרם, יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ארבל, בפסקה 86 לפסק דינה בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.13), ביחס לכליאת מבקשי מקלט לצורך הרתעת מסתננים פוטנציאליים:

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

כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני)."

וראו גם בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 374, 352

58. בפסיקה הודגש כי הקושי בתכלית ההרתעתית גובר אימת שהיא ניצבת כתכלית היחידה להוראת החוק, כפי שציינה כב' הנשיאה נאור בפסק הדין בבג"ץ 7385/13 איתן – **מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.14): **"הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית"** (שם, פס' 2 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור). כב' הנשיאה נאור חזרה על הדברים בפסק הדין שניתן לאחרונה ממש בבג"ץ 8665/14 **דסטה ואח' נ' הכנסת, שר הפנים ואח'** (פורסם בנבו, 11.8.15), בפסקה 35 לפסק דינה, וכך גם כב' השופט פוגלמן שכתב כי:

"הפעם נדרשת, להשקפתי, הכרעה מפורשת בשאלת עמידתה של תכלית זו במבחן התכלית הראויה. לדעתי, למעט בנסיבות חריגות במיוחד לסתור – ונסיבות מסוג זה אינן בנמצא – תכלית זו אינה ראויה. [...] לטעמי תכלית זו אינה יכולה לעמוד על רגליה-שלה, וכתכלית בעלת קיום עצמאי – היא פסולה." (פס' 21 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

59. דברים אלו יפים גם לעניינו. כפי שבהקשר למדיניות ענישה דחה בית המשפט הנכבד מדיניות המבכרת הרתעה כללית או שיקולי מדיניות על פני התייחסות לאדם הספציפי שעניינו נדון, כך גם בהקשר שלנו (אף אם התכלית אינה ענישתית) לא ניתן להתיר אמצעי שעניינו תכלית כללית ואשר הקשר בינו לבין מעשי מר אלהשלמון מתערערים לנוכח חלוף הזמן, וזאת בפרט כאשר תוצאות המעשים הינם פגיעה בעותרים, שהינם חפים מפשע ונטולי כל קשר למעשים. כך, כדברי כב' השופט דנציגר ברע"פ 3173/09 **פראגין נ' מדינת ישראל** (5.5.09):

"התגייסותם של בתי המשפט למאבק באיום הביטחוני תוך השתת עונשים מרתיעים צריכה להיעשות אך ורק על פי עקרונות משפטיים מושרשים ובהם עקרון הענישה האינדיווידואלית... (פסקה 7).

60. חיזוק לעמדה לפיה לא ניתן לתת בכורה לעיקרון ההרתעה הכללית ניתן למצוא גם במיקומו "ההיררכי" הנמוך יחסית שניתן לשיקול "הרתעת הרבים" לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין (ראו ע"פ 1765/13 **עבדאללה נ' מדינת ישראל**, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.7.2014); עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 5, 8 (2012)).

61. אף אם בית המשפט הנכבד התיר בהקשר של הריסות בתים פגיעה בחפים מפשע, הדבר תמיד נעשה בהקשר ישיר לפעולות בני משפחותיהם. מקום שקשר זה נחלש משמעותית, אזי הפגיעה בחפים מפשע מתעצמת ובוודאי חוצה את רף החוקיות.

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

62. במקרה קונקרטי זה, לא ניתן לראות בהריסת דירת העותרים אמצעי מידתי, לאחר שכבר הוטלו על מאהר אלהשלמון **שני מאסרי עולם מצטברים ופיצוי בגובה כ-4 מיליון ₪** לקורבנותיו במסגרת

ההליך הפלילי (נספח ב' לעיל)). אף אם בית המשפט הנכבד קבע כי לא תמיד יהיה בעונש שיוטל בהליך הפלילי בהקשרים מסוג אלה בכדי להוות הרתעה מספקת, וכי אין בהליך הפלילי כדי למנוע שימוש בתקנה 119, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו.

63. ברי, כי בעניינו של מר אלהשלמון, יש בעונש הכבד שהוטל עליו, הכולל גם רכיב כלכלי משמעותי אשר אין לו אח ורע במשפט הפלילי הישראלי, כדי להוות הרתעה משמעותית של מפגעים פוטנציאליים. שימוש באמצעי נוסף של הריסת דירתם של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני ובלתי הפיך, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

סכנה לשאר חלקי המבנה ופגיעה ביתר דיירי הבניין

64. מחוות דעתו של המהנדס (אשר צורפה להשגה, נספח ה' לעיל), עולה כי הריסה או אטימה של דירת העותרים עשויה להוביל להתמוטטות כל המבנה, ובכלל זה לגרום נזקים לדירות השכנות. לכך השיב המשיב, כמצוין לעיל, כי ההריסה תתבצע באופן ידני וכלפי אלמנטים לא קונסטרוקטיביים, כך שלא צפויים נזקים נוספים לסביבה ולמבנה. תשובה זו אינה ברורה דיו ולא ניתן להבין כיצד בפועל מתכוונים המשיבים לנטרל את הפגיעה בדירות השכנות. לנוכח קוצר הזמן שהותירו המשיבים לעותרים לצורך הגשת העתירה דנן, לא עלה בידי העותרים זמן להשיג חוות דעת משלימה מטעמם, ובית המשפט הנכבד מתבקש להתיר להם שהות לעשות כן. כמו כן, כאמור לעיל, יתר הדיירים הגישו עתירה נפרדת ויעלו את טענותיהם במסגרתה.

65. בהקשר זה יזכר, כי לאחרונה, בעניין **עואודה**, התחייב המשיב כי יוציא את צו ההריסה לפועל רק ככל שתנוח דעתו כי לא ייגרם נזק לדירות אחרות במבנה (ראו דברי ב' כ"ח המדינה בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 30.6.14), אלא שלמרות התחייבות המדינה, הריסת הדירה נשואת עניין **עואודה**, גרמה לנזקים לדירות נוספות במבנה, כפי שעולה מחוות דעתו של המהנדס ג' בארין תייסר, אשר ביום 19.7.14 ערך ביקור במקום ובחן את מצב המבנה לאחר ההריסה:

"נזקים לדירה בה מתגוררת משפחת התובע מוחמד [אחי המפגע, ס.ב.ג.]:

1. בתקרה ובקירות החיצוניים התגלו סדקים עמוקים ורחבים. רוב הקירות נסדקו ו/או נהרסו. [...]
 2. מערכות החשמל והאינסטלציה כולל אביזרים נפגעו.
 3. סדקים רבים במהלך חדר מדרגות. [...]
- נזקים לקומת קרקע (מחסנים)

1. סדקים רבים רחבים ועמוקים התגלו בקירות ובתקרה. [...]
- מסקנות:

הדירה שפוצצה נמצאת במצב של הרס ועלולה להתמוטט. עמודים הרוסים ותקרה עם סדקים עמוקים ורחבים. [...] במצב כזה הדירה מהווה סכנה בטיחותית חמורה הן לאנשים הגרים בבנין והן לבנין עצמו. התמוטטות הדירה תיצור עומס יתר על הדירה הצמודה ועל קומת המחסנים שמתחתיה. אי לכך

יש להכרח לפרק ולסלק את אלמנטי הדירה שפוצצה (תקרה, עמודים, קירות וכו') באופן מבוקר."

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הדיון בבג"ץ 4597/14 ביום 30.6.14 וחוות דעת מהנדס בעניין בית משפחת עואודה מיום 21.7.14 מצורפים ומסומנים נספח י'

לסיכום

66. דווקא בימים של החרפה במצב הביטחוני, הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, ישנה מחויבות להקפיד על הפעלת שיקול דעת מפוכח, ולהקפיד ככל שניתן על שמירה על שלומם וזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסיה הפלסטינית, ואילו המשיבים מבקשים לבטלה. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 491, 485:

"מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התוחמים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומה בלתי חוקי".

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

67. אף אם לשון תקנה 119 מתירה 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. יפים מאין כמוהם דבריו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג' נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651-5-654:

"ואותו עיקרון יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: 'הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבו כי אם איש בחטאו יומת' (מלכים ב', יד, ו). ... מאז קום המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו 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".

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

69. עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של גב' גיהאן כחיל, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרת.

היום, 30.8.15

מיכל פומרנץ, עו"ד
ב"כ העותרים