

# סמדר בן-נתן, משרד עורכות-דין

## SMADAR BEN-NATAN, LAW OFFICES

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

SMADAR BEN-NATAN, ADV.  
GALIT LUBETZKY, ADV.  
MICHAL POMERANZ, ADV.  
RACHEL HEFETZ, ADV.  
ANU DEULLE LUSKI, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד  
גלית לובצקי, עו"ד  
מיכל פומרנץ, עו"ד  
רחלי חפץ, עו"ד  
אנו דעואל לוסקי, עו"ד

### בהול!

15.10.15

לכבוד:

האלוף רוני נומה

אלוף פיקוד מרכז

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות דואר אלקטרוני [pniot-tzibur@mail.idf.il](mailto:pniot-tzibur@mail.idf.il)

ובאמצעות פקס: 02-5305741

### הנדון: השגה בהולה - הריסת בית משפחה ת.ז. בכפר סילוואד חאמד.

הריני לפנות אליך בשמה של מרשתי שבנדון בהשגה על כוונתכם להרוס את דירת המגורים בה היא התגוררה יחד עם משפחתה, וזאת כדלקמן:

1. ביום 15.10.15 התקבלה במשרדי הח"מ הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את דירת המגורים בה התגוררה הגב' חאמד, ת.ז. עם בני משפחה נוספים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

2. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של מר חאמד, ת.ז אשר "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.15 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד ז"ל" (להלן: מר צאלח).

3. בהתאם להודעה, ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 17.10.15, מכאן השגה זו.

4. מרשתי תטען, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את דירת מגוריה הינה החלטה פסולה, מהטעמים הבאים:

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

ב. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;

- ג. ההחלטה להרוס את דירת מרשתי אינה מידתית וזאת לנוכח חלוף הזמן והפגיעה שתיגרם לדירות השכנים לבניין.
- ד. לחלופין, ככל שיוחלט על דחיית הטענות לעיל, יש להורות על מתן אורכה לצורך קבלת חוות דעת מהנדס הנוגעת למבנה.
5. יתרה מזאת, במקרה דנן מתעוררים ספקות ממשיים בדבר מעורבותו של מר מעאד צאלח במעשים הנטענים. על פי המידע הקיים בידי הח"מ, מר צאלח לא נדרש ולא התבקש על ידי ממשלת ישראל, הוא נעצר על ידי הרשות הפלסטינית לפני כארבעה חודשים, אך עד היום לא הודה במיוחס לו, לא נשפט ולא הורשע.
6. במצב דברים זה, ככל שאין בידכם תשתית ראייתית מספקת ממנה נלמדת מעורבותו של מר צאלח, כלל אין מקום להורות על ביצוע פעולה בלתי הפיכה הגורמת לנזק ממשי עבור חפים מפשע. בהמשך לכך, ככל שחומרים אלה מצויים בידכם, הח"מ תבקש לקבלם וזאת תוך שמירה על זכות מרשתי להעלות כל טענה אשר עשויה לצמוח בעניינם, ממסמכים אלה.
7. לאור כל האמור, נבקש להורות על ביטול ההחלטה האמורה.

#### עיקר העובדות הצריכות לעניין:

8. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע למבנה קרקע בו מתגוררת מרשתי, אימו של מר צאלח, עם בני משפחה נוספים, הממוקם בכפר סילואד בשכונת ויסטייה, 12 ק"מ צפונית לעיר רמאללה. המדובר בבית קרקע הרשום על שם אב המשפחה מר חאמד, אשר נפטר 15 שנה קודם לכן. המבנה מורכב מחמישה חדרים, מטבח ואמבטיה. מתחת לבית מצוי מחסן ובו שלושה חדרי שינה נוספים.
9. עד לחודש יוני 2015, התגוררו במבנה זה באופן קבוע הגב' סרייה, בנה בן ה-19, ובנה מר נהג ללון בבית שלוש פעמים בשבוע. במהלך חודש יוני 2015 נעצר מר על ידי הרשות הפלסטינית ומאז מצוי הוא המעצר.
10. בתחילת חודש אוקטובר 2015 הגיעו כוחות צה"ל לבית המשפחה. הכוח נכנס אל תוך המבנה, צילם את הבית מבפנים ונטל את מידותיו. ביום 15.10.15 בשעה 04:00 לפנות בוקר, קיבלו מרשתי הודעה מטעם המפקד הצבאי בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בתיהם. מכאן השגה זו.
11. המבנה המיועד להריסה מהווה את דירת המגורים היחידה של מרשתי ובנה בן ה-19, כאשר לשניים אין כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יוותרו מרשתי ובנה ללא קורת גג מעל ראשם, וכל זאת בזמן שהחשוד במעשים, מר צאלח, כלל לא התגורר בבית קודם למעצרו באופן קבוע.
12. לאור האמור הינכם מתבקשים להורות על ביטול צו ההחרמה וההריסה כל זאת מהנימוקים לעיל ולהלן.

## האיסור על הריסת בתים

13. הריסת בית משפחה מהווה צעד אכזרי ובלתי אנושי, הגורם טראומה קשה למשפחה ומוותר 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, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "לא יומתו אברו על בניו ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים י"ד, ה-ו, וראו גם דברי כב' השופט חשין בבג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד נא(2) 651, 654), ועל כן היא אסורה מכל וכל.

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

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

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

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

## פגיעה בחפים מפשע

19. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה, מתגוררים כיום מרשתי ובנה בן ה-19 ודירה זו הינה הדירה היחידה העומדת לרשותם. מכאן, שהריסת המבנה יוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. הדברים הם בבחינת קל וחומר עת מדובר באלמנה ובנער צעיר אשר יוותרו ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

20. בנוסף לאמור, יש מקום לבחון האם על פי חוות דעת המהנדס, נשקפת סכנה לדירות המגורים הסמוכות לבית מרשתי, וזאת על מנת לשלול מצב בו הריסת המבנה תוביל לפגיעה נוספת ורחבה

יותר בחפים משפע שאינם מעורבים. כאמור, בידי הח"מ לא היה זמן מספק על מנת להמציא חוות דעת כאמור, וטעם זה כשלעצמו מצדיק את קבלת ההשגה עד לקבלת כלל המידע הדרוש.

### ההחלטה אינה מידתית

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

"... 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".

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

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

בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. **על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד.** על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. **כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד 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)

23. 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 אסירים ביטחוניים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופשעים על רקע לאומני. במאמר מוסגר יוער, כי קיים חשש של ממש שההבדלים בין יישום התקנה באופן שונה במקרים דומים עולים כדי אפליה.

24. בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשתי ובנה, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. 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. לאור זאת, בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

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

26. לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. הנכם נדרשים איפוא שלא לבצע את הריסת בית משפחת מרשתי או הריסת כל בית נוסף בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון ויוצגו תוצאותיו.

27. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשתי, לבנה ולשאר בני המשפחה כתוצאה מהמצב שיווצר, אין די בכך שצעד כה אכזרי "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

28. במקרה קונקרטי זה, לא ניתן לראות בהריסת הדירה אמצעי מידתי, גם משום שעד עתה טרם התבררה דיו מעורבותו של מר מעאד צאלח במעשים הנטענים. כפי שצוין לעיל מר צאלח כלל לא נדרש על ידי ישראל ומצוי הוא במעצר בידי הרשות הפלסטינית. במצב דברים זה, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי. שימוש בכלי זה תחת הנסיבות הקיימות, מדגיש ביתר שאת כי אין מדובר אלא בענישה גמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

29. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו ע"ב 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 251; ע"א 8398/00 כץ

נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616; בג"צ 3648/08 סטמקה נגד שר הפנים, פ"ד נג(2) (777, 740)

30. בבג"ץ 987/94 יורונט קורי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 11(ד)) נקבע לעניין זה כי:

**"מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד"**

31. דברים דומים נקבעו גם בבג"צ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617:

**"אם שיקול הדעת המנהלי עשוי לפגוע בזכויות אדם נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותרות כל ספק."**

32. לאור האמור, ככל שאין בידכם תשתית ראיתית מספקת לכל הפחות ברמה המנהלית התומכת בחשדות שהועלו מטעמכם כנגד מר מעאד צאלח, יש להימנע מהריסת ביתם של בני משפחתו. מקום בו קיימת תשתית כאמור, תבקש הח"מ לקבל את החומרים הרלוונטיים ושומרת היא כאמור על זכותה להעלות כל טענה העשויה לצמוח מחומרים אלה, הנוגעת לעניין.

33. כך גם בחלוף הזמן הרב בין המועד בו התקיימו המעשים הנטענים ועד להחלטתכם להרוס את דירת מגורי משפחת מרשתי, קרי למעלה משלושה חודשים תמימים. יש בכדי להעיד על העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת ומלמד הוא על "דחיפות" העניין מבחינה הרתעתית.

34. 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. אין ספק כי לחלוף הזמן השפעה ישירה על הקשר, המוטל ממילא בספק, שבין הריסה להרתעה, כך שככל שחולף זמן רב יותר, כך הנימוקים העומדים בבסיס קשר זה הולכים ונחלשים (ראו לעניין זה את מאמרם של עמיחי כהן וטל מימון 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, 9 (2014)).

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

36. לבסוף, נבקש להדגיש כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. שימוש בכלים אלה, מגביר את העוינות והשנאה ומחזק את התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה זו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידכם לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי

ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות. נראה שלא להרתעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

### לסיכום

37. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהכיר גם שר הביטחון בהפסיקו מדיניות זו בגדה המערבית לפני שנים מספר. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של מרשתי ומשפחתה.

38. אשר על כן, **נבקשכם לחזור בככם מן הכוונה להרוס את דירת מרשתי.**

39. **כל עוד ההליכים בכל הנוגע להריסת דירת מרשתי תלויים ועומדים, אין לנקוט בכל פעולה שתביא לפגיעה כלשהי בביתם. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשתי לפנות בעתירה דחופה לבית המשפט העליון. לצורך כך נבקש פרק זמן סביר (שעולה על יום עבודה אחד – הוא פרק הזמן הבלתי סביר שניתן להגשת השגה זו), אשר במהלכו לא תינקט כל פעולה שתביא לפגיעה במבנה.**

בברכה,

מיכל פומרנץ, עו"ד

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