

- בעניין:
1. חג' חמד, ת.ז.
  2. אשאקי, ת.ז.
  3. צואן, ת.ז.
  4. בשיר, ת.ז.
  5. גאנס, ת.ז.
  6. זיאת, ת.ז.
  7. חברת השיכון השיתופית של עובדי הממשל, מס' רישום 355
  8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע.ר. 580163517

כולם באמצעות ב"כ עו"ד גבי לסקי  
ו/או עו"ד לימור וולף גולדשטיין  
ו/או עו"ד נרי רמתי ו/או עו"ד טליה רמתי  
מרח' בן אביגדור 18, ת.ד. 57092, ת"א 6157002  
טל': 03-6243215, פקס: 03-6244387  
נייד: 054-4418988, דוא"ל: [laskylaw@yahoo.com](mailto:laskylaw@yahoo.com)

העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590, פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**) לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בשתי קומות בבניין בו מתגורר העותר 1, המצוי בשכנות לבתיהם של העותרים 2-7;

מצ"ב צו תהחרמה וההריסה מיום 19.10.15, אשר התקבל אצל ב"כ העותרים ביום 20.10.15, ומסומן כנספח 1.

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי שיורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ימסרו לעותרים תכניות מפורטות וחוות דעת בדבר ביצוע צו החרמה וההריסה עובר לביצועה, וכן תנתן ארכה כדי לאפשר את בדיקת התכנית ע"י מהנדס מטעם העותרים;
- ב. מדוע לא יצהירו כי במידה ובמהלך ביצוע צו החרמה וההריסה נשוא העתירה ייגרמו נזקים לבתי העותרים, הם מתחייבים לפצותם בגין נזקים אלו;
- ג. מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר האפיקטיביות הנטענת של הריסת בתים כאמצעי הרתעה בטרם יורו על ביצוע ההריסה וכתנאי למימושה.

## בקשה בהולה למתן צו ביניים וצו ארעי

עניינה של עתירה זו בכוונתם של המשיבים להרוס את הקומה הראשונה והשנייה בבניין אשר בקומת הקרקע שלו מתגוררים העותר 1 ומשפחתו, המונה חמש נפשות ובהם שלושה קטינים. המדובר בבניין המצוי באזור צפוף, ובסמוך מאד לו מצויים בניינים בבעלות העותרים 2-7, המאכלסים כ-65 אנשים ומתוכם לפחות כ-20 ילדים. לנוכח היקף ועצמת ההריסה שמתעתד המשיב 1 לבצע, ואף החל כבר בפעולות מקדימות לשם כך, קיים חשש כי בעקבות ההריסה ייגרם נזק ממשי ובלתי הפיך לבתיהם של העותרים 1-7.

לאור האמור מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד ליתן בדחיפות צו ביניים שיוורה למשיבים או מי מטעמם להימנע מכל פגיעה בבתי העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההחרמה וההריסה עד לסיום ההליכים בעתירה דנן. זאת, לאחר שהמשיב 1 הסכים לעכב את ביצוע ביצוע צו ההחרמה וההריסה רק עד ליום 22.10.15 בשעה 09:00.

בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלותם הבלתי סבירה של המשיבים, אשר הודעתם אודות מתן צו ההריסה התקבלה אצל ב"כ העותרים רק ביום 20.10.15 בשעות הבוקר, ולאחר שבשעות הערב של אותו היום דחו המשיבים את בקשת ב"כ העותרים לפיה מנין 48 השעות למימוש הצו יחל רק לאחר מסירת מלוא החומר העומד ביסוד צו ההחרמה וההריסה. החלטה זו ניתנה אף חרף העובדה שבהודעת המשיב 1 מיום 15.10.15 אודות כוונתו להחרים ולהרוס חלק מהבניין נפל פגם מהותי בעטיו עד ליום 20.10.15 כלל לא היה ברור איזה חלק מהבניין מועד להריסה.

באופן זה, הותירו המשיבים לעותרים יום עבודה אחד בלבד לצורך פנייה לערכאות, למרות שעל הפרק הפעלת סמכות בעלת השלכות מרחיקות לכת, ומשאין מחלוקת כי לעותרים אין כל קשר למעשים בניגוד צו ההחרמה וההריסה. התנהלות המשיבים פוגעת אפוא באופן ישיר ובלתי מדתי בזכות הגישה לערכאות של העותרים, שהיא זכות יסוד בשיטת משפטנו, וזאת באמצעות הצבת לוח זמנים בלתי סביר ובלתי אפשרי שמאלץ את העותרים לפעול בדחיפות ובחפזון.

התנהלות זו של המשיבים מעלה חשש אמיתי שמא הם נוקטים בדרך זו על מנת לעקר את יכולתם של העותרים להתנגד ולהשיג על הנזקים הצפויים להגרם לבתיהם, או משיקולים זרים אחרים.

בנסיבות העניין מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרים. כך, באם ימומש צו ההריסה ישנו חשש ממשי כי ייגרם לעותרים נזק תמור עד כדי הפיכתם לחסרי קורת גג. מנגד, לא ייגרם כל נזק ממשי לאינטרס הציבורי בשל עיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה לשם בירור העתירה, והדבר אף ישרת את האינטרס הציבורי הרחב בדבר הגנה על זכויות חוקתיות.

לאור כל זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים המעכב את ביצוע צו ההחרמה וההריסה עד להכרעה בעתירה לגופה. כמו כן, בשל דחיפות הסוגיה, מתבקש בית המשפט ליתן צו ארעי עד להכרעה בבקשה למתן צו ביניים.

## ואלה נימוקי העתירה:

### מבוא:

1. עניינה של עתירה זו בכוונת המשיב 1 להרוס באמצעות חומרי נפץ את הקומה הראשונה והשניה (מעל קומת הקרקע) בבניין מגורים בן ארבע קומות, הממוקם ברוגיב, שכס, כ.צ. (להלן: **הבניין**)- פעולה אשר יש בה כדי להביא לנזקים ממשיים ובלתי הפיכים לבתיהם ולרכושם של העותרים 1-7.
2. הבניין רשום על שמה של גבי חגי חמד, אמו של העותר 1 ושל מר חגי חמד, ת.ז. , אשר לפני כעשרה ימים נעצר בחשד לכך כי בפיגוע שאירע ביום 01.10.15 הביא למותם ביריות של בני הזוג הנקין ז"ל.
3. העותר 1 (להלן: **העותר**), בן 34, הוא מורה לנהיגה במקצועו ומפרנס יחיד במשפחתו המתגורר בקומת הקרקע בבניין יחד עם משפחתו המונה חמש נפשות, בהן שלושה קטינים בגילאי 11, 10 ופעוטה בת שנתיים בלבד.
4. הבניין ממוקם בלב שיכון צפוף ומוקף בבניינים נוספים המצויים בבעלות העותרים 2-7. השיכון מונהל על-ידי העותרת 7, "חברת השיכון השיתופית של עובדי הממשל" (להלן: **חברת השיכון**), והבניינים באזור רשומים אצלה כחלקות, בהתאם לפירוט הבא:
  - א. הבניין נשוא צו החרמה וההריסה, ובו דירת המגורים של משפחת העותר, רשום **כחלקה 609**;
  - ב. **חלקה 606** מצויה בבעלותו העותר 2. בבניין זה ארבע קומות מאוכלסות ומתגוררים בו יותר מ-21 נפשות, בהן לפחות חמישה ילדים. אב המשפחה הוא כבן 69 וסובל ממספר מחלות ועבר ניתוח לב פתוח, וגם אשתו מבוגרת וסובלת ממחלות שונות;
  - ג. **חלקה 607** מצויה בבעלות העותר 3, בן 41, יורשה של אמו הגב' : בדראן ז"ל. בבניין זה שלוש קומות מאוכלסות, בהן מתגוררות יותר מתריסר נפשות ובהן שמונה ילדים ואישה הסובלת ממחלת הסרטן;
  - ד. **חלקה 608** מצויה בבעלות העותרת 4. בבניין זה שתי קומות מאוכלסות, בהן מתגוררות אחד-עשר נפשות. בעלת הבניין היא אישה מבוגרת וחולה בת 71 אשר בעלה נפטר לאחרונה, ושניים מהדיירים בו סובלים מבעיות לחץ דם וסוכרת;
  - ה. **חלקה 612** מצויה בבעלות העותרת 5. בבניין זה שלוש קומות מאוכלסות, בהן מתגוררות תריסר נפשות ובהן שלושה ילדים. בעלת הבניין היא אישה מבוגרת כבת 73 הסובלת מאסתמה ומסוכרת כרונית, ובעלה מבוגר אף הוא וסובל מבעיות לחץ דם;
  - ו. **חלקה 613** מצויה בבעלות העותר 6, בן 46. בבניין זה קומה אחת מאוכלסת בה מתגוררות שש נפשות ובהן ארבעה ילדים.

ז. חלקה 615 משמשת כמשרדה של חברת השיכון, המספקת שירותים המשרתים יותר מ- 1,500 איש המתגוררים בשיכון. בבניין זה קומה אחת מאוכלסת.

עוד יצוין כי הבניינים באזור זה נבנו בתחילת שנות ה-70. מלבדם ישנם בשיכון עוד כ-40 מבנים המצויים במרחק שאינו עולה על 20-30 מ' מהבניין נשוא העתירה, אשר בהם מתגוררות למעלה מ-300 נפשות וגם הם צפויים להפגע מכל פעולת הריסה. מצ"ב תצלום אוויר שצורף להודעה אודות הכוונה ליתן צו החרמה והריסה, ועליו סימון הבניינים הנ"ל, ומכתב הסבר מפורט מטעם חברת השיכון ומסומנים כנספחים 2 ו-3, בהתאמה.

5. העותרת 8, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

6. בקליפת אגוז, העותרים יטענו כי ההחלטה להחרים ולהרוס שתי קומות בבניין, על דירות המגורים שבהן (להלן: **דירות המגורים**), הנה פסולה, מהטעמים הבאים:

- א. כל העותרים ייפגעו מההריסה, על-אף שאין הם קשורים למעשים המיוחסים למר חגי חמד;
- ב. הריסת בתים הנה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של תפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי;
- ג. הריסת דירות המגורים תביא לפגיעה רחבה בתפים מפשע, לרבות ילדים;
- ד. ההחלטה להרוס את דירות המגורים אינה מידתית לנוכח הפגיעה שצפויה להגרם לבניינים ולדירות השכנים למבנה;
- ה. ההחלטה להרוס את דירות המגורים אינה מידתית לנוכח פגיעתה בבני המשפחה המתגוררים בהן, כמו גם בשל העונש הכבד שצפוי להיגזר על מר יחיא חגי חמד במידה ויורשע לאחר הליך שיפוטי ושיש בו כדי להוות אמצעי הרתעה מספק, וזאת אף מבלי שהוכח שהלה מתגורר באחת הדירות.

#### עיקר העובדות הצריכות לעניין:

7. ביום 15.10.15 הודיע המשיב 1 על כוונתו להחרים ולהרוס חלק בבניין, וזאת בשל המעשים המיוחסים למר יחיא חגי חמד ומגוריו כביכול באותו חלק. יצוין שבעוד שבנוסח ההודעה בערבית נכתב כי הודעה זו נוגעת לקומת הקרקע בבניין, בה מתגוררים העותר ובני משפחתו בלבד, בנוסח בעברית נכתב כי ההודעה מתייחסת לקומה הראשונה והשניה בו. לפיכך במועד זה כלל היה ברור איזה חלק מהבניין מועד להריסה. בהתאם להודעה, ניתן היה להשיג על ההחלטה עד ליום 17.10.15, יום שבת, בשעה 12:00.

מצ"ב הודעת המשיב 1 מיום 15.10.15 ומסונת כנספח 4.

8. ביום 17.10.15 הגישה ב"כ העותרים חשגה בהולה כנגד כוונת המשיב 1 ליתן צו החרמה והריסה, בה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירות המגורים בבניין היא פסולה

ופגומה בהיותה בלתי ברורה ומבוססת על תשתית עובדתית לקויה; מהווה פעולה אסורה המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי ההומניטרי; תביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, לרבות ילדים ותינוקות ושכנים; ואינה יכולה להחשב מדתית בנסיבות העניין. במסגרת ההשגה ביקשה ב"כ העותרים לקבל לידה את מלוא ההבהרות הנחוצות בדבר ההריסה המתוכננת לרבות אופן ביצועה, וכן את חומר החקירה בעניינו של מר חגי תמד. השגה נוספת הוגשה ע"י בא כוחה של גבי חגי יחיא.

#### **מצ"ב השגת העותרים מיום 17.10.15 ומסומנת כנספח 5.**

9. ביום 19.10.15 לאחר שעות העבודה נשלחה למשרדה של ב"כ העותרים הודעת המשיב 2 הדוחה את ההשגה, מטעמה של רס"ן סנדרה בית-און אופינקרו, ראש תחום תשתית ותפר בלשכת המשיב 2, וכן צו החרמה והריסה לקומה הראשונה והשניה בבניין (מעל קומת הקרקע). בהחלטה, שנתקבלה אצל ב"כ העותרים בבוקר יום 20.10.15, חזר בו המשיב מן הטענה כי מר יחיא חגי תמד מתגורר בדירת העותר וכי זו מיועדת להריסה, והבהיר כי נפלה טעות בעניין זה בנוסח ההודעה מיום 15.10.15. כמו כן נמסר כי על בסיס חוות דעת מקצועית שהוכנה, נבחרה דרך פעולה למימוש ההריסה המאפשרת להימנע ככל הניתן מפגיעה בחלקי המבנה שאינם מיועדים לתריסה, קרי קומת הקרקע, בה מתגורר העותר, והקומה האחרונה. כן נטען כי גובשה תכנית הנדסית אשר נועדה לצמצם הפגיעה במבנים הסמוכים, וכי תהליך ההריסה ילווה לכל אורכו ע"י מהנדס צבאי, שיוודא כי הוא מתבצע בהתאם לחוות הדעת המקצועית. עוד נמסר כי מימוש הצו לא יחל בטרם חלפו 48 שעות ממועד המצאתו.

#### **מצ"ב הודעתה של רס"ן בית-און אופינקרו בדבר דחיית ההשגה, שנתקבלה ביום 20.10.15, ומסומנת כנספח 6.**

10. בצהרי יום 20.10.15 פנתה ב"כ העותרים לרס"ן בית-און אופינקרו במכתב בחול בו ציינה כי מהודעתה נעדר תיאור דרך הפעולה שנבחרה לביצוע ההריסה והאופן בו זו תבטיח ככל הניתן מניעת נזקים לא מכוונים. כמו-כן שבה ב"כ העותרים על בקשתה כי יימסרו לידה מלוא המסמכים העומדים ביסוד מתן צו ההחרמה וההריסה, החיוניים לשם מיצוי זכות הטיעון של העותרים, ובכלל זה תכנית ו/או חוות הדעת אודות אופן ביצוע ההריסה והשלכותיה, חומר החקירה בעניינו של מר יחיא חגי תמד וכל מסמך רלוונטי נוסף.

#### **מצ"ב פניית ב"כ העותרים מיום 20.10.15 לרס"ן בית-און אופינקרו ומסומנת כנספח 7.**

11. בשעות הערב של יום 20.10.15 נתקבלה אצל ב"כ העותרים תשובתה של רס"ן בית-און אופינקרו, בה הודיעה כי המשיב 1 דחה את הבקשה למסירת חוות הדעת ההנדסית בדבר אופן ביצוע ההריסה המתוכננת. בד בבד, נמסר כי "דרך הפעולה אשר נבחרה (ובע"פ נמסר כי הכוונה היא "נבחרה", ג.ל.) הינה באמצעות חבלת חמה מבוקרת אשר תביא להריסת קירות לא קונסטרוקטיביים בדירה באופן מבוקר." עוד נמסר כי המשיב 1 החליט על "ארכה" לעיכוב מימוש צו ההריסה עד ליום 22.10.156 בשעה 9:00, הגם שרק במועד זה יחלפו 48 שעות ממועד המצאת הצו.

#### **מצ"ב תשובת רס"ן בית-און אופינקרו מיום 20.10.15 לב"כ העותרים ומסומנת כנספח 8.**

12. להשלמת התמונה יצויו כי בידי ב"כ העותרים חוות-דעת הנדסית מטעמו של מר ג'בארין תייסיר, מהנדס אזרחי בעל רשיון מס' 36465, בוגר הטכניון משנת 1986 וקבלן רשום בעל רשיון מס' 14390 משנת 1992. חוות הדעת נערכה לאחר ביקור בבניין ובמסגרתה נתבקש המהנדס לאמוד את הנזק שייגרם בהם תיהרס הדירה הממוקמת בקומה השניה בבנין (מעל קומת הקרקע).

13. מחוות הדעת עולה כי שטח הבניין המדובר הוא 680 מ"ר, אשר נבנה בשיטה הקונבנציונלית עם סכמה סטטית נמשכת, כאשר קירות החוץ של המבנה עם חיפוי אבן. כל הדירות בבניין גמורות ומאוכלסות למעט בקומה השלישית מעל קומת הקרקע. מר ג'בארין סיכם את חוות דעתו בקבעו כי:

**"באם תיהרס דירת , שהיא בקומה השלישית כאשר מעליה ומתחתיה דירות מגורים (הקומה השניה מעל קומת הקרקע, ג.ל.):**

1. הדירה העליונה בקומה הרביעית תתמוטט בזמן ההריסה.
2. לקומת התורים שמתחת לקומה המיועדת להריסה, ייגרם נזק קונסטרוקטיבי כבד עד כדי קריסה עקב חשיפתה לעומסים לא מתוכננים כגון פיצוץ ו/או נפילת גושי בטון.
3. גם לדירה התחתונה של ייגרם נזק קונסטרוקטיבי כתגובת שרשרת כתוצאה מהתמוטטות הדירות מעליה."

**מצ"ב חוות הדעת של מר ג'בארין שניתנה ביום 18.10.15, ומסומנת כנספח 9.**

14. יודגש כי בשל חוסר הבהירות והפגמים בהודעת המשיב ומפאת קוצר הזמן, חוות הדעת נערכה בשלב זה ביחס לקומה השניה בלבד שמעל קומת הקרקע. מכאן כי הנזקים הצפויים כתוצאה מההיסתן המתוכננת של שתי קומות הנם מטבע הדברים חמורים יותר.

15. בנסיבות אלו, לנוכח ההשלכות הרוות הגורל של ההריסה והנזקים הצפויים להגרם לבתיהם ולרכושם של העותרים, על אחת כמה וכמה כאשר המשיבים הודיעו על כוונה לעשות שימוש בחומרי נפץ, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בעתירה זו.

#### **הטיעון המשפטי:**

16. העותרים יטענו כי דינה של ההחלטה בדבר מתן צו ההחרמה וההריסה להתבטל לנוכח חיותה מבוססת על הליך רצוף פגמים היורדים לשורשו של עניין, ובכלל זה הפגיעה שאינה ניתנת לריפוי בזכות הטיעון של העותרים ובזכותם להליך הוגן. כמו כן, ההחלטה בדבר הריסת קומות הבניין על דירותיהם הנה בלתי סבירה ובלתי מדתית באופן קיצוני לנוכח פגיעתה בזכויות יסוד של תושבים מוגנים חפים מפשע, והיותה מנוגדת למשפט הבינלאומי והישראלי ולעקרון העל של טובת הילד.

## הפגמים שנמלו בהליך:

### הפגמים בהודעת המשיב 1 בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את דירות המגורים:

17. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק תכלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה ולתושבי בלתי מעורבים נוספים, 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 (רי בג"ץ 9353/08 **חישאם אבו דחיס נ' אלוף פיקוד העורף** (פורסם בנבו 05.01.09)). התנהלות זו מתיישבת עם חובתה של כל רשות מינהלית לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית נאותה, ולקיים בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית, כל אימת שבכוונתה להפעיל את סמכותה.

18. באופן תמוה ובלתי ראוי, בין נוסח ההודעה אודות כוונת ההריסה בשפה העברית לזו בערבית (נספח 4) התגלה פער מהותי של ממש, הנוגע הן למספר הקומות שבכוונת המשיב 1 להרוס והן למיקומן בבניין. כך, בעוד שבהודעה בעברית נכתב כי הכוונה היא להרוס את הקומה הראשונה והשנייה בבניין (מבלי להבהיר באם מדובר בקומת הקרקע והקומה שמעליה, או שמא שתי הקומות שמעל קומת הקרקע), בהודעה בערבית נכתב כי הכוונה היא להרוס את קומת הקרקע, בה מתגוררת משפחתו של העותר.

19. כך נוצר מצב בלתי מתקבל על הדעת שבו נמסר לעותר בשפת אמו כי המשיב 1 מתעתד להרוס את ביתו, שעה שלא כך היו פני הדברים. עוד נכתב בהודעת המשיב כי הרקע להחלטה הוא מגוריו של מר יחיא חגי חמד בדירת העותר 1, מידע אשר אף הוא שגוי מיסודו, ולראיה המשיב אף חזר בו מטענה זו בהמשך.

### הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות העותרים להליך הוגן:

20. זכות הטיעון אינה נצרכת לטיעונים מתוחכמים ולשלל מובאות מן ההלכה הפסוקה כדי לבסס את מעמדה, אלא היא מהווה חלק בלתי נפרד מכללי הצדק הטבעי, הדורש כי הרשות המינהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפניה. מנגד, הכלל מעניק זכות טיעון לאדם שעשוי להיפגע על ידי ההחלטה המינהלית. לעניין זה ר' יי זמיר, **הסמכות המינהלית**, ב 793, וכן בג"ץ 1661/05 **תמועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, תק-על 2005(2), 2595, ס' 420:

“נסכים, כמובן, כי זכותו של היחיד להשמיע טענותיו לפני הרשות בטרם תתקבל החלטה העלולה לפגוע בו – זכות נעלה היא, זכות היא שיסודה בהגינות הנדרשת ביחסי אנוש, והיא עימנו מקדמת דנא.”

21. חרף מושכלות ראשוניים אלה, הודעת המשיב 1 על כוונתו להחרים ולהרוס חלקים מהבניין נמסרה ביום ה', ה-15.10.15, ונקבע כי ניתן יהיה להשיג על החלטה זו רק עד ליום שבת ה-17.10.15 בשעה 12:00. סד הזמנים הדחוק והכמעט בלתי אפשרי שהציב המשיב לצורך הגשת ההשגה הפך את ההליך לפורמלי בלבד ופגע באופן ממשי ביכולתם של העותרים לפרוס את טענותיהם ולאסוף את ראיותיהם. זאת, על אחת כמה וכמה במצב הדברים העגום בו הודעת המשיב הכילה מידע שגוי וסותר.

22. כמו כן, ההודעה לא נמסרה לדיירי או לבעלי הבניינים הסמוכים לבניין שו מתעתדת להתבצע ההריסה, ובהם העותרים 2-7, חרף העובדה שעל הפרק פגיעה בזכויות המעוגנות הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, ושנסיון העבר מלמד כי לביצוע ההריסה עלולות להיות השלכות כבדות משקל גם עליהם.

אי-מסירת המסמכים שעמדו ביסוד ההחלטה וחוות הדעת ההנדסית:

23. חלק אינהרנטי מהליך השימוע תקין מטיל על המשיבים חובה למסור לעותרים את מלוא המסמכים עליהם נשענת החלטתם. כך למשל קבע כב' הנשיא (בדימי) א' ברק במסגרת רע"א 291/99 ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, 232:

**"זכותו של הפרט לעיין במסמכים המוחזקים בידי הרשות המינהלית ואשר שימשו אותה להחלטה בעניינו, היא ממושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי. זוהי "זכות העיון הפרטית", הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון ומחובת המינהל לפעול בשקיפות (ראו זמיר בספרו הנ"ל, בעמ' 875-886). אכן, "הכלל העולה מן הפסיקה הוא, כי מסמכים שנתקבלו על ידי רשות ציבורית תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר."**

ר' גם בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נו (4) 577, 600, שם קבעה כב' השי א' פרוקציה:

**"בלעדי זכות העיון זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם."**

24. ואולם בענייננו, המשיבים דחו כלאחר יד את בקשת ב"כ העותרים לקבל לידיה את כל החומרים הנוגעים להחלטה בדבר ביצוע ההריסה, לרבות אופן ביצועה והשלכותיה, כמו גם חומר החקירה בענייניו של מר יחיא חגי חמד, אשר טרם הועמד לדין. ב"כ העותרים שבה ותזרה על בקשה זו גם לאחר מתן צו ההחרמה וההריסה, לאחר שהמשיב 2 הבהיר כי בידי תכנית הריסה וחוות דעת הנדסית לביצוע ההריסה.



25. לא ניתן להפריז בחשיבותן של חוות הדעת ההנדסית ותכנית מימוש ההריסה כדי למלא אחר חובת השימוע המוטלת על המשיבים ולשמור על זכותם של העותרים להליך הוגן. ללא מסמכים אלו ובהעדר מידע קונקרטי אודות תכנית ההריסה, נשללת מהעותרים ללא כל הצדקה או עילה האפשרות להציג חוות דעת ממוקדת מטעמם אשר תוכל לבחון כראוי את הסיכונים הספיציפיים הכרוכים בהריסה לבתייהם ולרכושם של העותרים, כמו גם על-מנת לאפשר לבי"כ העותרים ולביהמ"ש הנכבד לעמוד על מדתיות פעולות המשיבים.

26. דברים אלו נכונים ביתר שאת שעה שהמשיבים הודיעו כי בכוונתם לבצע את ההריסה באמצעות שימוש בחומרי נפץ ("חבלה חמה"), וזאת בניגוד למקרים אחרים בהם הוחלט כי ההריסה תבוצע באמצעים של "הריסה ידנית, חשמלית ומכנית, ללא פיצוץ", כפי שלמשל נמסר בדיון בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (ר' פסקה ג' לפסק הדין; להלן: עניין סידר).

27. לעניין זה יצוין כי לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, מיום 11.08.14; להלן: עניין קואסמה), בו עמד בית המשפט על חזקת התקינות העומדת לרשות, במסגרת תגובתם לעתירה בעניין סידר צירפו המשיבים את חוות הדעת המבוקשת מיזמתם, כך שאין כל הצדקה שלא יעשו כן עובר להגשת העתירה ואף לקבלת החלטה בדבר מתן צו ההריסה, כפי שנדרש עפ"י כללי המנהל התקין והצדק הטבעי.

28. כמו כן, חזקת תקינות המנהל הופרכה כליל, ולמצער באופן המטה את הכף בבירור לכיוון חיוב המשיב למסור לידי העותרים את חוות הדעת ולאפשר להם להגיב לה, לאחר שהתחייבות המשיבים לפעול להקטנת הנזק שעלול להגרם לדירות שכנים כתוצאה מן ההריסה שנדונה בבג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 31.12.14) (להלן: עניין אבו ג'מל), התבררה כחסרת אחיזה במציאות. באותו מקרה, כתוצאה מאותה הריסה נפגעו באופן חמור תשתיות ורכוש בדירה שכנה עד כי הפכה למסוכנת ובלתי ראויה למגורים. לפיכך לא ניתן להתספק בהתחייבותם הערטילאית של המשיבים כי ההריסה תבוצע תוך נקיטת אמצעים הולמים למזעור הנזק ותבוצע בפיקוח מהנדס בשטח, אלא יש לאפשר לעותרים לעיין בחוות הדעת המקצועית ולהגיב לה.

**מצ"ב תמונות בית משפחת אבו ג'מל הממחישות את הנזק שנגרם לדירת השכנים באותו הליך, ומסומנות כנספח 10.**

29. אם כן, בהתנהלות המשיבים נפלו פגמים מהותיים היורדים לשורשו של עניין, בניגוד בוטה לחובת ההגינות ותם הלב המוטלות עליהם. בעטיין של נסיבות אלו היו העותרים שרויים בעלטה ובחוסר בהירות ממשיים, ונפגעה זכותם להשמיע את טענותיהם וזכותם להליך הוגן. די בכל אחד מפגמים אלו, ובוודאי ברצף הפגמים באופן מצטבר, כדי להביא לביטול החלטת המשיב בדבר מתן צו ההחרמה וההריסה. למצער, יש לחייב את המשיבים להעביר לעיון העותרים את כל החומרים שנתבקשו על-ידם ולאפשר להם להשלים את טיעוניהם בנדון עובר לקבלת החלטה סופית בדבר מימוש צו ההריסה.

### ההחלטה אינה מידתית:

30. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לאור הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, על יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 לחיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות. וכך קבע בית המשפט העליון, בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 01.07.14, להלן: "עניין עואודה"):

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

31. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.06), 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 התבונה בין הלוחמים פורעי-תחוק 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 בחשיבותו 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, ג.ל.)

32. 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.

33. בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות משפחתו של העותר 1 וילדיו, כמו גם בזכויותיהם של העותרים 7-2 השכנים, 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 ונוקן של ההריסות עלה על תועלתן.

34. יוזכר, כי בפסק הדין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, מיום 31.12.14), אשר עסק בנסיבות הדומות לענייננו, נקבע על-ידי רוב שופטי ההרכב כי במקרים עתידיים של הריסת בתים הצבא יידרש להציג נתונים המצביעים אודות האפקטיביות הנטענת של הריסות הבתים כאמצעי הרתעה. וכך, דברי כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין:

**"...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..."**

ור' גם פסקה 6 לפסק דינה של כב' השי' חיות.

35. לאור זאת, מן הראוי היה שהמשיבים יבצעו מחקר כאמור באופן מיידי ולא ימשיכו במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה.

36. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שיגרם לעותרים ולבני משפחותיהם, 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.

37. לפיכך, כל עוד המשיבים אינם מספקים חוות דעת עדכנית לגבי יעילות הריסת הבתים, הם אינם עומדים במבחן הקשר הרציונאלי. זאת ביתר שאת כאשר מדובר באמצעי אשר עלול בסבירות גבוהה לגרום להרס ביתם של העותרים שהינם חפים מפשע.

38. זאת ועוד. כיוון שמדובר באמצעי שהינו פוגעני, בלתי הפיך, ובעל השלכות מרחיקות לכת על בתיים של שכנים נוספים שצפויים להפגע באופן ממשי ממהלך זה, יש לבחון היטב האם האמצעי הנבחר הינו האמצעי הראוי ביותר שפגיעתו פחותה, והאם לא ניתן להסתפק בחלופות, כגון אטימת הבית ולא הריסתו. זאת במיוחד כאשר ההרס העלול להיגרם יפגע בחפים מפשע.

39. במקרה דנן, על אף בקשת ב"כ העותרים מהמשיבים להעביר לעיונם את חוות הדעת ההנדסית על בסיסה הוחלט על ההריסה, ובפרט על דרך הפעולה הספציפית להריסה זו, המשיבים סירבו בטענה כי על פי החלטת בית המשפט הנכבד, הם אינם חייבים להעביר חוות דעת מעין זו. וכיצד ניתן לבחון חלופות שפגיעתן פחותה מבלי שניתן לבחון לעומק את האמצעי שנבחר?

40. העותרים יטענו כי על פי חוות הדעת המצורפת כנספח 9 לעתירה דנן, האמצעי הנבחר הינו למעשה האמצעי שפגיעתו החמורה ביותר. בשל סירובם של המשיבים למסור לידם את חוות הדעת ההנדסית עליה התבססו, כל שנתר לעותרים הינו לבקש מבית המשפט הנכבד לקבל את חוות דעת העותרים או לכל הפחות, להורות למשיבים למסור את חוות הדעת הנגדית אשר בלעדית, כל טענותיהם נטענות בעלמא.

41. כפי שצוין לעיל אומנם לא הועברה חוות הדעת ההנדסית של המשיבים לידי העותרים אך צויין בתשובתם כי דרך הפעולה שנבחרה הינה "חבלה חמה". מכך מסיקים העותרים כי מדובר בהריסה באמצעות חומר נפץ, דרך שהינה לכל הדעות פחות מדויקת מהדרך שנבחרה במקרים דומים כגון בעניין סידר שם הוחלט על הריסה ידנית, חשמלית ומכנית, ללא פגיעה בקונסטרוקציה וללא פיצוץ.

42. ויוזכר, כפי שצוין בפסקה 28 לעיל במקרים עברו במסגרתם טענו המשיבים כי הריסה באמצעות חומרי נפץ לא תגרום נזק לדירות הסמוכות ועל-כן יכולים השכנים להסיר דאגם מליבם, אותם שכנים מצאו עצמם ביום למחרת ללא קירות וללא רהיטים. על-כן, האמירה הסתמית של המשיבים לפיה לא יגרם נזק, על אף שדרך הפעולה שנבחרה הינה "חבלה חמה" כפי שאף נבחרה במקרה של משפחת אבו ג'מל לא זאת בלבד שאינה מפחיתה את החשש הקיים, יהירותם אף מעצימה אותו.

43. אין זה מתפקידם של העותרים להציע חלופות, לבטח כאשר הם מתנגדים לעצם פעולת ההריסה, ואולם על המשיבים תלה החובה לבחון באופן מעמיק וקפדני אמצעים חלופיים כפי שאף ננקטו בעבר ובהתאם לקביעות בית המשפט בנדון, כגון איטום חדרים או הריסה ידנית, אשר פגיעתם הצפויה תהא פחותה מזו הצפויה באמצעי המוצע (ר' למשל בג"ץ 2722/92 אלעמריין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693).

44. לבסוף, בשים לב לתזמון הנבחר, לפגמים המינהליים בהתנהלות המשיבים, ולאופן בו התקבלו ההחלטות הנמהרות מבלי שאף הסתיימה חקירתו של יחיא חג' חמד, לא כל שכן הוגש כנגדו כתב אישום, עולה החשד כי מטרת ההריסה אינה הרתעית כפי שטוענים המשיבים, מבלי שהוכיחו כמובן קשר זה, אלא ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כב' השי' פוגלמן רק לפני ימים ספורים בפסק דינו בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באתר הרשות השופטת, 15.10.15) כי:

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

45. יתרה מכך, לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת 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 כזו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל 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. נראה שלא להרתעה מכונן אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

#### **הריסת בתים מנוגדת למחויבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי:**

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

47. החרמת והריסת דירות המגורים, עך השלכותיהן הקשות על העותרים, מנוגדות לדיני הכיבוש, האוסרים על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **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 אסורים.

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.”

48. כמו כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה ג'נבה הרביעית, 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.

49. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי, המחייב את המשיב, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו ר' בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פורסם בנבו, 14.12.06; בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.01.08; בג"ץ 7957/04 מרעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.09.05).

50. 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 הקבועה (סעיף 26 לאמנה) ומהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).

51. גם ועדת 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 גינבה הרביעית (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 עלמדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).

52. 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.

53. 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 בית המשפט בבג"ת 8091/14 מיום 31.12.14 (להלן: בג"ץ 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.

ניתן לעיין בחוות הדעת בקישור: [www.hamoked.org.il/files/2014/1159001.pdf](http://www.hamoked.org.il/files/2014/1159001.pdf).

54. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע עפ"י המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statue of the International Criminal Court). חוות הדעת מפנה לסעיף 8(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת גינבה הרביעית, בין היתר 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 בד בבד מובהר כך, בעמ' 2:

**"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."**

55. 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 הדעת, בעמ' 28, כי:

**"קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האסירים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההמונטרי הם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר."**

56. 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 הבינלאומי הפלילי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שההפרות אינן מטופלות במשורר הלאומי מגדילה את הסכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי. 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 (בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, מיום 01.07.14; להלן: עניין עואודה); עניין קואסמה ועניין סידר לעיל) לא ניתנה כל התייחסות מהותית לטענות אלו.

57. 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 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. דברים אלו נכונים ביתר שאת לנוכח הערות בית המשפט שהועלו הן לעניין הצורך בהצגת נתונים ברורים אודות יעילותן הנטענת של הריסות הבתים כאמצעי הרתעתי והן לעניין חוסר המדטיות הכרוך בהריסלת בתים של מי שלא היו מעורבים בפעילות העוינת.

58. ודוק, היתרון בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר פרטני הוא ברור. עבור רובם ככולם של העותרים, מדובר בביתם היחיד ומכאן שהכרעת בית המשפט הנכבד נושאת משמעות קריטית עבורם ומשליכה במשירין על הישרדותם הכלכלית ועל עתידם. 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:

59. 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 ישתחו לשיקול טובת הילד. וכן בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 465, 459: "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי." מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

60. כמתואר בחלק העובדתי, בבית משפחת העותר מתגוררים שלושה ילדים קטינים בגילאי שנתיים עד 11 בלבד. בנוסף, בבתי העותרים 2-6, הסמוכים לבית העותר, מתגוררים עוד כעשרים ילדים. משרדה של חברת השיכון האחראית על ניהול השיכון כולו ותפקודה התקין חיוני לרווחתם של ילדים רבים באזור, מצויים גם הם בבסמיכות לבית העותר. מכאן, שהריסת דירות המגורים והשלכותיה על העותרים תגרום סבל רב לחפים מפשע, ופגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. במה חטאו ילדי משפחות העותרים, שיהיה עליהם לראות את ביתם ניזוק ויתכן שאף נהרס, עד כדי האפשרות כי יהפכו לחסרי בית? הפגיעה בילדי משפחות העותרים מנוגדת לזכויותיהם של הילדים ולמחויבותיה של ישראל עפ"י 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 מעמד, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו."

וסעיף 38 לאמנה:

"א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולחבטיח 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 ר' בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.06), והאסמכתאות שם.

61. 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) את המשיב לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה לילדים המתגוררים בבתי העותרים. בכך, חוטא המשיב חטא כפול.

62. הריסת דירות המגורים באופן שיסב נזקים ואף ימנע את השימוש הראוי בבתי העותרים, תהפוך ילדים אלו לפגיעים עוד יותר, באשר יהפכו לחסרי כל ולתלויים לחלוטין בחסדיהם של אחרים.

63. לשיקולים אלה, בדבר טובת הילד, לא מצאו לנכון המשיבים להתייחס, למרות טענות ב"כ העותרים בנדון במסגרת ההשגה והחובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלת החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטת המשיב 1 ויש להורות על ביטולה.

#### סיכום:

64. לטענת המשיבים אין כל כוונה לגרום להרס דירותיהם של העותרים בעתירה דנן. המשיבים אינם משיגים על חפזם של העותרים ועל כך שאלו כלל לא היו מעורבים במעשים המיוחסים ליחיא חגי חמד אשר כנגד דירתו ונגד דירת אימו הוצא צו ההריסה. עם-זאת, כפי שפורט לעיל ומנסיון העבר עולה בבירור כי על אף כוונתם המוצהרת - כוונה לחוד ומציאות לחוד. יתרה מכך, המשיבים אף אינם טורחים לגבות את הצהרתם בחוות דעת הנדסית שתפרט באלו אמצעים בכוונתם לבצע את ההריסה וכיצד זו תבוצע מבלי לגרום נזק נוסף לדירתו של העותר 1 ולבניינים הסמוכים.

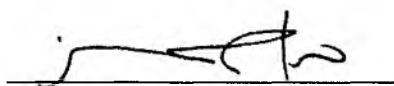
65. מהתנהלות המשיבים עולה כי צו ההריסה האמור הוצא כלאחר יד, בהחלטה נמהרת, תוך שמופיעות בו שגיאות מהותיות אשר להן השפעה דרמטית על חייהם של העותרים ועל זכויותיהם היסודיות. התנהלות זו מהווה זלזול בוטה בעותרים ומהווה הפרה קשה הן של החוק והן של הפסיקה שהתגבשה בנושא זה.

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

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

68. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, לאחר שמיעת טענות הצדדים להפוך את הצו על תנאי להחלטי.

69. מפאת דחיפות העתירה והזמן הקצר שעמד לרשות העותרים להגשתה, אין באמור לעיל כדי למצות את טענותיהם בנדון. העותרים עומדים על קבלת מלוא החומר המבוקש ושומרים לעצמם את הזכות להשלים את טיעוניהם ואת חוות הדעת מטעמם ככל הנדרש.



גבי לסקי, עו"ד  
ב"כ העותרים

22.10.15