

בג"צ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. _____ אנעאם, ת.ז. _____
2. _____ אנעאם, ת.ז. _____
3. 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
3. פדל אלבשא
ע"י ב"כ האג' מופיד, ת"ד: 44384, ירושלים 9144300
טלפון: 02-6561557; פקס: 04-6561557; נייד: 052-4274832
דוא"ל: mufid42@netvision.net.il

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 של דירת המגורים אותה שוכרים העותרים 1-2, הממוקמת בכפר סילוואד, צפונית לרמאללה.

צו ההריסה מיום 19.10.15 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 למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מבוקר יום 22.10.15 ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בדירתם השכורה של העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלות בלתי סבירה מצד המשיבים, אשר הודיעו לראשונה לח"מ על כוונתם להוציא צו הריסה לבית העותרים ביום ה', 15.10.15, והעמידו בפני הח"מ 48 שעות בלבד להגשת השגה על ההחלטה, כלומר עד יום שבת, 17.10.15, כך שהמשיב למעשה העניק לעותרים פחות מיום עבודה בודד להשיג על ההחלטה להרוס את ביתם.

על כן, הוגשה השגה בליל ה-15.10.15, ואולם בבוקר יום 20.10.15 התקבל במשרדי הח"מ פקס, הנושא את התאריך 19.10.15, לפיו הוחלט לדחות את ההשגה, ופעם נוספת המשיבים הותירו רק 48 שעות בידי הח"מ על מנת לפנות לערכאות. ב"כ העותרים פנתה בבקשה דחופה אל המשיבים לעיכוב ביצוע הצו עד יום 30.10.15, לצורך פנייה לערכאות, אולם נענתה כי ניתנת ארכה רק עד לבוקר יום 22.10.15 (אשר למעשה, ביחס למועד קבלת הפקס, אינה ארכה כלל וכלל).

כל זאת, כאשר חלפו כמעט 4 חודשים מהאירוע שהוביל להחלטת המשיבים להרוס את בית העותרת, אשר במהלכם לא נקטו המשיבים בשום צעדים בעניין ולא הודיעו למשפחת העותרת דבר, פרט למדידת הבית כשבוע קודם למתן הצו ובתאריך 6.10.15.

יודגש כבר כעת, כי התנהלותם של המשיבים 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, וכשמדובר בהריסת ביתם היחיד של העותרים. הדבר מחמיר שבעתיים נוכח העובדה שהמשיבים החלו בצעדים להריסת בית העותרים רק ביום 8.10.15, כשעמדו לרשותם מעל שלושה חודשים שבהם לא פעלו בעניין ולא נתנו כל התרעה מוקדמת לעותרים.

לאור כל זאת, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים. ברי, כי במקרה דנן היות ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיע חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן 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"), בת 23, פיזיותרפיסטית במקצועה, היא אחותו של מר ___ אסחאק, ת.ז. _____ (להלן: "מר אסחאק"), אשר על פי הטענה היה מעורב בפיגוע טרור אשר הוביל למותו ביריות של מר מלאכי רוזנפלד.
2. העותר 2, בן 21, הוא אחיו של מר אסחאק ואחיה של העותרת (להלן: "העותר").
3. עותרת 3, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
4. המשיבים 1-2 הם האחראים על הותאת צו ההריסה לדירת העותרים, ואילו המשיב 3 הינו בעל הבית ממנו שוכרים העותרים את הדירה, אשר עניינו עלול להיפגע מביצוע צו ההריסה והוא בעל דין נחוץ בהליך זה.
5. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל דירת המגורים של העותרים, בני משפחה, אשר נודע להם לראשונה ביום 15.10.15 על כוונתם של המשיבים להחרמה ולהרסה. על פי הודעת המשיבים, הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של שמר אסחאק, אשר כפי שנטען בהודעה: "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.15 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד ז"ל".
6. יצוין כי על פי המידע הקיים בידי הח"מ, מר אסחאק לא הורשע במעשים המיוחסים והוא ממתין כיום לתחילת משפטו, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום ביום 17.8.15. לעניין זה חשוב להזכיר כי שעה שהמשיב רוצה להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, סמכות קיצונית ודרקונית המובילה בהכרח לנזק בלתי הפיך לעותרים שהינם גורמים חפים מפשע, חייב הוא להתבסס על ראיות מינהליות משמעותיות אשר במקרה דנן, טרם התברר עד תום, האם הן קיימות. בנוסף, הדירה המועמדת להריסה אינה בבעלות העותרים או מר אסחאק, אשר שוכרים אותה מבעליה החוקיים.
7. 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 תביא לפגיעה בחפים מפשע;
 - ד. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית: ראשית, מכיוון שלא מתקיים קשר רצינוני בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשמתה; שנית, לאור חלוף הזמן ממועד האירוע נשוא הצו; ושלישית, לנוכח הפגיעה שתיגרם לדירות השכנים לבניין.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

1. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המשיבים, נוגע לדירת המגורים של העותרים 1-2, הממוקמת בכפר סילואד בשכונת ויסטייה, 12 ק"מ צפונית לעיר רמאללה. מדובר בדירת מגורים בקומה האחרונה של בניין בן 8 קומות, **בו 31 דירות נוספות (!)**, אותה שוכרים העותרים מידי מר המשיב מס' 3, פדל אלבשא, הוא הבעלים של הדירה. הדירה מורכבת משלושה חדרי שינה, סלון, מטבח וחדר אוכל.

2. הבניין, על כל דירותיו ובכלל זאת הדירה המיועדת להריסה, מצוי כאמור בבעלותו של מר פדל אלבשא, כאשר העותרים שוכרים ממנו את דירתם תמורת תשלום של 200 דולר לחודש. כפי שעולה מהמסכים המצורפים להלן, חוזה השכירות בעבור הדירה נכרת בין מר אלבשא לבין אמם של העותרים, הגב' ____ אסחאק.

עותק מהסכם שכר הדירה וממסמכי הבעלות על הנכס מצורף ומסומן נספח ב'

3. ביום 8.7.15 נעצר על ידי כוחות הביטחון מר ____ אסחאק, אחיהם של העותרים, וזאת בגין חשדות בדבר מעורבותו באירוע שהתקיים ביום 29.6.15 אשר הביא למותו של מלאכי רונזפלד ז"ל. כנגד מר אסחאק הוגש כתב אישום בפני בית המשפט הצבאי יהודה, אך עד למועד כתיבת שורות אלה, טרם ניתן גזר הדין בעניינו.

4. ביום 6.10.15 הגיעו כוחות צה"ל לדירה השכורה של העותרים. הכוח פרץ את דלת הכניסה של הבית ושבר אותה, ולאחר מכן חדר לחלל הדירה ומדד את מידותיה. ביום ה', 15.10.15, סביבות השעה 03:00 לפנות בוקר, קיבלו העותרים הודעה מטעם המפקד הצבאי בדבר כוונה להחרים ולהרוס את ביתם מכוח תקנה 119, וכי באפשרותם להשיג על כוונה זו עד יום 17.10.15, קרי עד יום שבת.

הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את המבנה שנמסרה ביום 15.10.15 מצורפת ומסומנת נספח ג'

5. הדירה המיועדת להריסה מהווה את דירת המגורים היחידה של העותרים 1-2. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יותרו העותרים 1-2 באופן מידי ללא קורת גג מעל ראשם ויאלצו לחפש דיור חלופי. מובן, שהדבר יהווה פגיעה קשה ברכושו של המשכיר, והעותרים עלולים לשאת באחריות משפטית כלפיו.

6. בעקבות מתן הצו פנתה ב"כ העותרים באופן מידי לאלוף פיקוד מרכז, רוני נומה, הודיעה על ייצוג העותרים וכן ביקשה באופן דחוף כי תינתן ארכה לצורך הגשת השגה עד יום 22.10.15, נוכח מסגרת הזמנים המצומצמת מאוד שניתנה לעותרים כדי להשיג על הריסת ביתם.

פניית לב העותרים מיום 15.10.15 מצורפת ומסומנת נספח ד'

7. לב"כ העותרים לא ניתן כל מענה, ועל כן בו ביום, בשעות הערב המאוחרות, נשלחה אל המשיב באמצעות דוא"ל השגה בהולה כנגד כוונת המשיבים, 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, ואינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין, בפרט כאשר הדירה המיועדת להריסה היא

דירה שכורה אשר אינה בבעלותם של העותרים.

ההשגה שהוגשה ביום 24.8.15 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת נספח ה'

8. בבוקר יום ה' ה' 22.10.15, נתקבלה אצל ב"כ העותרים הודעת המשיב (מתוארכת 19.10.15) לפיה נדחתה ההשגה. בהודעת הדחייה טען המשיב שהיותה של הדירה שכורה אינו מונע הפעלת סמכותו בהתאם לתקנה 119, ונימק החלטתו בכך שהריסת דירת העותרים מתיישבת עם הוראות תקנה 119 והרציונל ההרתעתי העומד ביסודה. כן ציין המשיב כי הריסת הדירה תבוצע תוך התחשבות במאפייניה ההנדסיים, מיקומה של הדירה, וקיומם של מבנים סמוכים. כן צוין בהודעה כי ביצוע הצו האמור לא יחל בטרם חלוף 48 שעות ממסירת הצו.

הודעה מטעם המשיב מיום 19.10.15 מצורפת ומסומנת נספח ו'

9. כחצי שעה לאחר שנתקבלה הודעת המשיב העבירה ב"כ העותרים בקשה דחופה לעיכוב ביצוע צו ההריסה בשבוע, עד ליום 30.10.15, 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 אסחאק שהובילו להחלטה להרוס כיום את הדירה הנדונה, בוצעו לכאורה ביום 29.6.15, לפני כ-4 חודשים, והמשיב לא ראה לנכון לפעול בעניין במשך כל תקופה זו. לפיכך ציינה הח"מ בבקשה כי 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 20.10.15 מצורפת ומסומנת נספח ז'

10. בערב יום 20.10.15 התקבלה במשרדי הח"מ תשובת המשיבים לפיהם ניתנת ארכה לצורך הגשת עתירה עד ליום 22.10.15 בשעה 9:00 בבוקר. יוער, כי נוכח השעה בה התקבלה החלטת המשיבים במשרדי הח"מ, למעשה אין מדובר בארכה כלל.

תשובת המשיבים לבקשת הארכה מצורפת ומסומנת נספח ח'

הטיעון המשפטי

האיסור על הריסת בתים

11. 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.

12. 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, כאן, לרבות בעל הדירה, ובמבחן התוצאה, מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה מוטלת בספק.

13. 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

14. 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).

15. 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".

16. 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.

17. 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)).

18. 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).

19. 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).

20. 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.

21. 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'

22. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי 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 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".

23. 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 שתפתח 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 הקירה 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 בפגיעי 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.

27. 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.

28. דווקא, היתרון בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר פרטני הוא ברור. כפי שיפורט להלן, המדובר בצעירים בגירים, המפרנסים את עצמם ללא כל תמיכה חיצונית, המדובר בבית מגוריהם, ומכאן שהכרעת בית המשפט הנכבד נושאת עבורם משמעות קריטית ומשליכה על חייהם וכן על ענייניו של בעל הדירה, המשיב מס' 3, באופן משמעותי. 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.

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

29. 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.
30. 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 וחיוב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם".
(בג"ץ 2722/92 אלעמריין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 699)

31. 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".

32. 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)).

33. 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)

34. 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.

35. כך, בבג"ץ 10467/03 **עדנאן יחיא שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(1) 810, 815 ציין כב' השופט 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 דנציגנר 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.

36. למרבה הצער, האירועים של העת האחרונה מחזקים את החשש כי אין מדובר עוד בתופעת שוליים זניחה בחברה הישראלית-יהודית. הצטברות המקרים עד היום, זאת לצד הסלמה במידת ובטיב האלימות המופעלת על ידי מפגעים ישראלים, מחייבת לתת את הדעת ואת המשקל הראוי לטענת האפליה באכיפה בין יהודים לערבים.

37. 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. ביצוע הצו יוביל לתוצאה העגומה ולפיה לפחות 2 נפשות צעירות וחפות מפשע יוותרו ללא בית, המשיב מס' 3 יאבד את דירתו, והדבר אף עשוי לגרום לפגיעה גם בשכנים נוספים רבים.

38. אף 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. כפי שנעמוד על כך בהרחבה להלן, בחינת עניינם של העותרים מעידה כי החרמת והריסת הבית בו הם מתגוררים לצורך הרתעה אינן עומדות במבחני המידתיות.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

39. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם. 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.

40. "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגיה של הריסת בתים למטרות הרתעה. תוכנות 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>

41. 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 להרס 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.

42. 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.

43. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסות 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."

44. 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.

45. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ המוקד להגנת הפרט, שם הנקבע 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..."

46. 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 לחוות 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 שישכחו 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"

47. 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, ולא הביאו להרתעה לה מקווים המשיבים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

48. על כן, במסגרת ההשגה, העותרים דרשו מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית משפחת העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה. 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 בשנתנים האחרונות..., כמו גם ההערכה העדכנית בנוגע לאפקטיביות ההרתעה במקרים האמורים, מבססים המסד הנדרש למימוש הסמכות הנטועה בתקנה 119 לתקנות במקרה דנן".

49. 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?

50. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם לעותרים, 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

51. העדר קשר רציונלי בין הריסת בית העותרים לתכלית ההרתעה הנטענת מתבטא בעניינו בשל חלוף הזמן הרב מביצוע המעשים הנתבעים ועד להוצאת צו ההריסה. 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).

52. בעניינו, חלוף הזמן בין מועד האירוע להפעלת הסנקציה, העומד על כארבעה חודשים תמימים, מחליש את הקשר ההרתעתי הלכאורי בין שני האירועים, ומכאן שגם בשל כך השיקול ההרתעתי אינו מצדיק את הריסת בית העותרים. יתרה מכך, חלוף הזמן אף מערער את לגיטימיות תכלית ההרתעה בעניינו, שכן עולה כי החלטת המשיבים אינה מבוססת למעשה על מעשיו של מר אסחאק באופן ישיר אלא על אירועים אחרים ואף מאוחרים יותר, אשר הובילו את המשיבים לסבור כי יש מקום לביצוע הריסת בתים כעת.

53. 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"

54. אף שכב' השופט 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 כ-4 חודשים, באופן שמנתק כל קשר משמעותי בין מעשיו של מר אסחאק לאמצעי של הריסת ביתו.

55. 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 מימרן 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 מטרחה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרחה ולא אמצעי להשגת מטרות 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 המטרחה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, 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) 352, 374

56. 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)

57. 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 אסחאק מתערערים לנוכח חלוף הזמן, וזאת בפרט כאשר תוצאות המעשים הינם פגיעה בעותרים ובמשיב מס' 3, 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).

58. 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)).

59. 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 קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – היות הדירה שכורה

60. כפי שצוין לעיל, העותרים שוכרים את הדירה אותה מבקש המשיב להרוס מהמשיב מס' 3, מר פדל אלבשא, הוא הבעלים של הדירה הנדונה ומי שחתומה על הסכם הסכירות אל מול בעל הדירה הינה אימם של העותרים.

61. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד הריסת דירה המצויה בבעלותו של גורם שלישי, אשר בינו לבין מר אסחאק אין ולו קשר מינימאלי (שכן גם חוזה השכירות לא נחתם על ידו כאמור), עשויה לתרום להתרעת מפגעים עתידיים. נהפוך הוא. מימוש הצו במקרה דנן לא רק כי לא ישיג את מטרת ההרתעה אלא עלול הוא להוביל להחלשתה.

62. העובדה כי הדירה הנדונה מהווה נכס שכור אשר אינו מצוי בבעלות העותרים, מתנתקת לחלוטין את הקשר הרציונאלי (המוטל ממילא בספק) בין הריסת הדירה לבין האפקט ההרתעתי אותו מבקש

המשיב להשיג. אף אם היה קשר רציונאלי, הרי שלאור הפגיעה הקשה ביותר בקניינו של בעל הדירה, החלטת המשיב אינה מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

63. יתרה מזאת. הריסת דירת מגורים, **מקום בו אין ולו זיקה מינימאלית** בין פלוני המואשם בפעולות איבה לבין הנפגע העיקרי מהפעולה, במקרה זה בעלי הנכס, אינה שונה מהיתר פגיעה בשכניו של פלוני, כתוצאה מהריסת ביתו. עם זאת, כפי שבית המשפט הנכבד פסק זה מכבר כי על המשיב להימנע בעת מימוש צווי ההריסה מגרימת נזק לשאר השכנים, כך אין כל הגיון לאפשר את הריסת הנכס מקום בו הוא מצוי בשכירות בידי צד ג' אשר אין לו כל קשר לפלוני (ראה לעניין זה בין היתר את ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353). אך ברור שפגיעה בקניינו של המשיב מס' 3 לא מקיימת אחר התכלית ההרתעתית הנטענת וממילא אין כל טעם להרתיע במקרה זה את בעל הבית.

64. בהמשך לכך, יהיה אבסורד לטעון שלמשכיר יש יכולת השפעה כלשהי על התנהגותם של המשכירים את הנכס שבבעלותו ובאותו אופן בדיוק יהיה זה אבסורד להניח כי אדם אשר מתכנן לבצע פעולת טרור יכניס למאזן השיקולים שלו, את הנזק אשר עלול להיגרם לבעלים של הדירה אותה שוכר, אשר אין לו כל זיקה משפחתית או אישית אליו.

65. בהינתן האמור, סברו תחילה העותרים כי החלטת המשיב להרוס את הדירה השכורה מקורה בטעות באשר למהות הנכס וזיקתם של העותרים אליו. אלא שבתשובתו מיום 19.10.15 להשגת העותרים הודיע המשיב כי עובדת היות הנכס שכור לא חמקה מעניו אלא כי לטענתו הדבר מותר והגיוני. בכדי לתמוך את טענותיו הפנה המשיב לשתי החלטות מפי בית המשפט העליון בבג"ץ 542/89 **אחמד חליחל אחמד אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פסק דין מיום 31.7.89, פורסם בנבו), שם נקבע כי:

"מסקנתנו היא כי תקנה 119 משמשת כלי עונשי מרתיע, ואם יסתבר שניתן למנוע מראש כל סנקציה על ידי ההיזקקות של מבצע מעשי הטרור לדירה שכורה, יתבטל בכך הכוח המרתיע אשר ממנו מצפים מן השימוש בהוראת החוק הנ"ל."

כמו כן, הפנה המשיב לבג"ץ 1056/89 **תאמז אחמד אלשיך נ' שר הביטחון, מר יצחק רבין** (פסק דין מיום 27.3.90, פורסם בנבו), שם הסתמך בית המשפט על הקביעה לעיל.

אין זה תמוה כלל שבידי המשיבים לא היה על מה לסמוך את טענתם בעניין זה אלא על שתי החלטות קצרות **מסוף שנות השמונים**: החלטות אלה ניתנו לפני 25 חמש שנה טרם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר שינה ללא היכר את מערכת המשפט, ובפרט את הדרך בה אנו בוחנים פגיעה בזכויות אדם – בהן הזכות לקניין, אשר זכתה להגנה חוקתית (להגנה על זכות הקניין כזכות חוקתית של תושבי האזור ראו בג"צ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פורסם בנבו, 16.2.05); בג"צ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443,

כן ראו בג"צ 7957/04 **מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד ס(2) 477 לעניין ההגנה המתחייבת מאמנות זכויות האדם הכוללות הגנה על זכות הקניין).

66. אם כן, בנסיבות הקיימות, מקום בו בידי המשיבים להורות על הריסת כל נכס שהוא וגם כאשר מדובר בנכס בבעלותו של אדם שלישי שאיננו קרוב משפחה, שאינו מכר, שכלל לא השכיר את הנכס לאותו פלוני, המטרה ההרתעתית, המוטלת בספק כשלעצמה, אינה מתקיימת ולפיכך גם מטעם זה יש להורות על ביטול הצו.

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

67. במקרה זה, לא ניתן לראות בהריסת דירת העותרים אמצעי מידתי, לאחר שכבר הוגש כנגד מר אסחאק כתב אישום ועניינו עומד בפני בית הדין הצבאי, שכן ככל שימצא אשם במעשים המיוחסים לו הרי שניתן יהיה להטיל עליו עונש מאסר כבד וכן תשלום פיצויים למשפחות הנפגעים.

68. למרות קביעתו של בית המשפט הנכבד, ולפיה 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**. ברי, כי ככל שיוורשע מר אסחאק במיוחס לו ניתן יהיה לצרף לעונשו גם רכיב כלכלי משמעותי, אשר יהיה בו כדי להוות הרתעה משמעותית של מפגעים פוטנציאליים.

69. שימוש באמצעי נוסף של הריסת דירת בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני ובלתי הפיך, וזאת טרם כלל התחיל ההליך הפלילי בעניינו של מר אסחאק, מדגיש ביתר שאת את טיב העונש ומטרתו, ומציגו כעונש נקמני או כתגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

סכנה לשאר חלקי המבנה ופגיעה ביתר דיירי הבניין

70. כמתואר בחלק העובדתי, בדירה המיועדת להריסה, המהווה דירה אחת מתוך 32 הדירות שבניין, מתגוררים כיום העותרים, צעירים שניהם. אין ולא יכול להיות כל ספק בדבר כי הריסת המבנה תוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם.

71. המשיב התייחס לעניין זה בתשובה להשגה שהגישו העותרים, אך זאת בצורה לאקונית וכללית בלבד, תוך שהוא מציין כי דרך הפעולה שנבחרה מתחשבת בצורך להימנע "ככל שניתן" מפגיעה בדירות הנוספות בבניין וכן במבנים סמוכים.

72. בהקשר זה יוזכר, כי לאחרונה, בעניין **עואודה**, התחייב המשיב כי יוציא את צו ההריסה לפועל רק באם תנוח דעתו שלא ייגרם נזק לדירות אחרות במבנה (ראו דברי ב"כ המדינה בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 30.6.14). אלא שלמרות התחייבות המדינה, הריסת הדירה נשואת עניין **עואודה**, גרמה לנזקים כבדים לדירות נוספות במבנה, כפי שעולה מחוות דעתו של המהנדס ג'בארין תייסיר, 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 בבל"ג 4597/14 ביום 30.6.14 וחוות דעת מהנדס בעניין בית משפחת עואודה מיום 21.7.14 מצורפים ומסומנים נספח י'.

73. משכך, הרי שלא די בהתחייבות המשיב להימנע "ככל הניתן" מפגיעה בדירות הנוספות ו/או במבנה, אלא כי עליו הנטל להראות שלא ייגרם כל נזק לדירות האחרות בבנין כתוצאה מהריסת דירתם של העותרים.

לסיכום

74. דווקא בימים של החרפה במצב הביטחוני הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, יש להקפיד הקפדה יתרה על הפעלת שיקול דעת מפוכח, מתון ומחושב וזאת תוך מתן הגנה רחבה, ככל הניתן, לשלומם ולזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסייה הפלסטינית, ואילו המשיבים, בהוציאם צו זה לנכס שכור, מבקשים הכלה למעשה לבטלה. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491:

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

75. כאשר האלימות מתפשטת והפחד גובר, זוהי שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. ובזמן קריטי זה, לבית המשפט הנכבד תפקיד מרכזי, משמעותי ורב חשיבות כגוף הבולם והמאזן. 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 ואדם ללא קניינו. 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".

76. 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.

היום, 21.10.15

מיכל פומרנץ, עו"ד
ב"כ העותרים