

- בעניין:
1. חג' חמד, ת.ז.
 2. משאקי, 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: laskvlaw@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

תגובת העותרים להודעת המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 29.10.15, מתכבדת בזאת ב"כ העותרים להגיש את תגובתה להודעה המשלימה מטעם המשיבים, כדלקמן:

1. העותרים יטענו כי אין בהודעת המשיבים כדי להבהיר במידה הנדרשת את הסוגיות העומדות על הפרק ולהפיג את החששות הממשיים מפני פגיעה בזכויותיהם החוקתיות, הן הקנייניות והן הזכות לכבוד ולקורת גג.

העדר מידתיות:

א. על מי הנטל להוכיח כי פעולת המשיבים לא תפגע בעותרים?

2. המשיבים הודיעו כי בכוונתם להרוס באמצעות חומרי נפץ את הדירות נשואות עתירה זו, המהוות שתי קומות אמצעיות מלאות בבניין בן ארבע קומות. בנסיבות אלו, כשעל הפרק פגיעה בזכויות חוקתיות מן המעלה הראשונה ומשהרימו העותרים את הנטל להראות כי החשש בדבר

גרימת נזק לבתייהם ולרכושם יש לו על מה שיסמוך, הרי שהנטל להוכיח כי ההריסה המתוכננת לא תסב להם נזק מוטל על כתפי המשיבים.

3. לעניין זה יפים דברי כב' הנשיא (בדימ') א' ברק בפסק הדין המכונן בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428, שקבע ביחס לשאלת קיום יסודות פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובפרט שאלת המדתיות כי "בעניין זה מקובל הוא לקבוע כי בשלב השני, נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה". יודגש כי נטל כבד משקל זה רובץ לפתחם של המשיבים גם לנוכח בחינה מהותית הלוקחת בחשבון את מהותו של ההליך, שהוא חריג וקיצוני לכל הדעות, חשיבות הזכויות הנפגעות, עצמת הפגיעה, והאינטרס הציבורי הרחב בדבר שמירה על שלטון החוק וערכים דמוקרטיים (ר' בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1), 619)).

4. ואולם, חרף העובדה שמדובר בפעולה פוגענית הנוגעת במישרין לחייהם של עשרות תושבים שאין כנגדם כל חשד בנוגע למעורבותם ישירה או עקיפה בפעולות טרור, ובהם נשים, קשישים וטף, שעלולים למצוא עצמם חשופים לפגעי החורף שבפתח, נמנעו המשיבים באופן בלתי ראוי לפרט בתגובתם ולו פרט בודד אחד בדבר אופן ביצוע ההריסה המתוכננת. פגם חמור זה מצטרף להתעקשותם הבלתי סבירה של המשיבים שלא להציג בפני העותרים את חוות הדעת ההנדסית מטעמם, וזאת מבלי שהוצג כל טעם מעשי שיכול להצדיק זאת ועל-אף שהמשיבים בחרו לצרף את חוות דעת דומה מיזמתם בתגובתם לבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 15.10.15, להלן: עניין סידר).

ב. העדר כל נתון היכול להעיד כי המשיבים מבקשים לפעול באופן מידתי

5. על-מנת לבחון האם המשיבים מבקשים לפעול באופן מידתי ולבחון חלופות שפגיעתן בעותרים פחותה, היה עליהם לציין במפורש אלו חלופות להריסה נשקלו, מהן הסיבות בגינן נפסלו. ואולם מלבד פירוט לקוני של החלופות שעמדו על הפרק (הריסה במתכונת של הריסה מלאה; הריסה במתכונת של קירות פנים ותקרה או אטימה) לא מסרו המשיבים דבר.

6. כפי שטענה ב"כ העותרים במהלך הדיון בפני בית המשפט הנכבד, אין להסתפק בהצהרה כללית לפיה נבחנו חלופות, אשר באותה עת נשענה על הנהון מכיוון יציע בית המשפט וכעת נשענת על אמירה כללית וחסרה. התנהלות זו עומדת בניגוד לחובת המשיבים לבחון את עניינם של העותרים כנדרש ובנפש חפצה, ומונעת מבית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטת המשיב.

7. עוד יצוין כי אין לקבל את נסיונם של המשיבים ליצור שעטנו בעניין בסוגיה זו בין שיקולים הנדסיים לשיקולים מבצעיים ושיקולי הרתעה. למקרא הודעת המשיבים לא ניתן שלא להתרשם כי שיקולים נוספים אלו, שהינם זרים לשאלה ההנדסית ואינם בתחום מומחיותו של המצהיר

עליהם (מפקד ההנדסה בפקוד המרכז), הובאו לשם הסתת הדיון ואי-הצגת החלופות ההנדסיות. כך, גם לאחר הודעת המשיבים לא ניתן להבין מהן החלופות הקונקרטיות שנבחנו, מדוע לא ניתן מן הבחינה ההנדסית לאטום את הבית, האם נבחנו ההשלכות על בניהם של העותרים ומה המסקנות בנדון, מדוע נבחר דווקא האמצעי של חומרי נפץ ולא ניתן להסתפק בהריסה ידנית ומכאנית וכד'. ויודגש כי **בעניין סידר** התחייב המשיב כי ההריסה "תבצע באופן ידני, באמצעות הריסה של אלמנטים לא קונסטרוקטיביים בלבד ובאמצעים מכאניים", וככל שההריסה תאושר אין כל הצדקה לבצעה אחרת בעניינם של העותרים.

8. בנסיבות אלו, שבים העותרים ומבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להציג לבית המשפט ולצדדים את חוות הדעת ההנדסית שהוכנה מטעמם, לרבות התייחסותם המלאה לחלופות הפרטניות שנטען כי נבדקו. לעניין זה ראה גם הערותיהם של כב' הש' מ' מזוז וני הנדל בדיון שנערך אתמול בבג"ץ 7220/15 **עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (להלן: **עניין עליוה**) לפיהן העותרים זקוקים לחוות הדעת ההנדסית וכי יש להעבירה לידיהם (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון).

שאלת הפיצויים

9. לאחר שבדיון נמנעו תחילה המשיבים מלהתחייב לפצות את העותרים בגין נזקים שייגרמו לבניהם כתוצאה מביצוע ההריסה, בהודעתם המשלימה הציגו המשיבים עמדה שמרוקנת מתוכן את חובתה לפצות את העותרים ושאין כל הבדל מעשי בינה לבין טענת הגנה של "פעולה מלחמתית" לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (להלן: **חוק הנזיקים האזרחיים**). במה דברים אמורים?

10. ראשית, אין לקבל את טענת המשיבים כי ככל שיינתן פיצוי כלשהו, יהא הדבר "לפנים משורת הדין", באופן המעיד כי לשיטתם פיצוי העותרים בגין נזקים שייגרמו להם הנו בגדר מעשה של חסד.

11. שנית, המדובר על נזקים ישירים בלבד, כאשר ההבדל בין נזקים מסוג זה לנזקים עקיפים הוא דק ולא ברור. כך למשל, אין זה ברור אם הצפה הנגרמת בשל הריסה רשלנית מהווה לשיטת המשיבים נזק ישיר, אם לאו.

12. שלישית, המשיבים מתנים את הפיצוי בהעדר "התפרעות", מהומות וכל פעולת התנגדות אחרת שהכח נתקל בה בשטח". מדובר בתנאי סף אשר שליטת העותרים בו הנה בלתי קיימת, בעוד המשיבים אחראים לשמירה על הסדר ווערוכים להתמודד עם הפרתו כחלק משגרת פעילותם, כך שאין זה ראוי למנוע מן העותרים פיצוי על רקע זה.

13. רביעית, המשיבים מתנאים את הפיצוי בעמידה בהוראות סעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים, קרי מי שהוא פעיל או חבר בארגון מחבלים ומי שפעל בשליחות או מטעם ארגון כאמור. מובן כי לעותרים אין כל קשר למעשים מסוג זה, ואולם מדובר בסוגיה הנתונה לפרשנות מרחיבה וגמישה אשר מותירה ספק של ממש בדבר נכונות המשיבים לפצות מאן דהוא.

14. שלא בשולי הדברים יטענו העותרים כי, במצב בו המשיבים אינם מסוגלים לערוב לכך שלא ייגרמו נזקים לבתייהם ולרכושם כתוצאה מפעולת ההריסה, הרי שעליהם להמנע כליל מביצועה, לא כל שכן ביצועה באמצעות חומרי נפץ מסוכנים. ככל שלא יבחרו המשיבים להמנע מן ההריסה במצב זה, הרי שיש להבטיח כי לעותרים יינתנו פיצויים בגין מלוא נזקיהם, מבלי שיעמדו בפניהם תנאים בלתי אפשריים אשר יוסיפו חטא על פשע וימנעו הלכה למעשה את גישתם לערכאות.

מקום מגוריו של חג' חמד

15. מעבר לכך שהעותרים יטענו כי יש לנקוט באמצעים פוגעניים פחות, כגון איטום, הרי שלנוכח היקף הנזקים הצפויים להגרם לבתייהם הם יוסיפו ויטענו כי לכל היותר יש לנקוט באמצעים כלפי דירה אחת בלבד בתוך המבנה.

16. עוד במהלך הדיון התנגדו העותרים להגשת דו"ח המיפוי שצורך להודעת המשיבים, ועיון מדוקדק בו העלה עד כמה מסמך זה ערוך בצורה רשלנית ובלתי מספקת לשם פריסת תשתית ראייתית בדבר מקום מגוריו של חג' חמד, וקבלת החלטה הרת גורל כגון זו שעל הפרק.

17. המדובר בדו"ח לקוני אשר נעדרים ממנו פרטים מהותיים המופיעים בהודעה המשלימה. כך למשל, בעוד שכל שנכתב בדו"ח הוא כי "חלק מהריהוט כבר נמצא בתוך המבנה והוא מכוסה ניילון", בהודעת המשיבים נכתב כי "חלק מהריהוט כבר הוכנס לדירה זו, לרבות ספות אשר נוצר הרושם שנעשה בהם שימוש לשם לינה במקום, וכן שולחן המיועד למשחק טניס-שולחן וכי הדירה כבר מחוברת לרשת החשמל...". כך גם בניגוד צוין בתגובה כי חג' חמד נוהג לעתים לישון בדירה זו, בעוד שבדו"ח לא היה כל זכר לכך.

18. מעבר לפגמים המהותיים בדו"ח המיפוי, המשיבים אינם יכולים לאחוז במקל בשני קצותיו ולטעון כי חרף סימנים ברורים לכך ש חג' חמד כבר החל להתגורר בקומה השניה שמעל קומת הקרקע, יש להרוס כל דירה שבה התגורר בעבר. זהו המקום בו נדרש בית המשפט הנכבד להפעיל את שיקולי המדתיות, ולצמצם את היקף ההריסה המתוכננת, כך שלכל היותר יינקטו פעולות ביחס לדירה אחת בלבד, היא הדירה בה עבר להתגורר חג' חמד, המרוחקת יותר מדירת משפחתו של העותר 1.

על הרתעה, ענישה ומה שביניהן

19. חלק ניכר מן העיסוק בסוגיה שעל הפרק עוסק במתח הרב שבין תכליתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**) כאמצעי ענישתי להיותה כלי שהמשיב עושה בו שימוש להרתעת הרבים, תוך פגיעה במי שאין כל טענה שחטאו בעצמם.

20. מאחר שאחד הסעדים שנתבקש בעתירה זו הוא כי המשיבים יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר האפקטיביות הנטענת של הריסת בתים כאמצעי הרתעה בטרם יורו על ביצוע ההריסה וכתנאי למימושה- הרי שיש טעם של ממש לבחון את יחסם של המשיבים לסוגיית הענישה וההרתעה, תוצאותיה והשלכותיה.

21. ואמנם, מן הנתונים שהציגו המשיבים בפסקה 9 לתגובתם, עולה תמונה בלתי אחידה ואשר אינה מתיישבת עם טענות המדינה בדבר יצירת הרתעה מידית. כך, מן הנתונים עולה שמאז חודש יולי 2014 ועד היום ניתנו עשרה פסקי דין בעניין הריסות בתים, ואולם **רק מחצית מצווי ההריסה שאושרו על-ידי בית המשפט נהרסו בסמיכות למתן פסק הדין! ארבעה בתים נוספים נהרסו בטווח של כארבעה חודשים עד כחצי שנה ממועד מתן פסק הדין, ובית נוסף טרם נהרס בחלוף כ-11 חודשים בתואנה של שיקולים מבצעיים שטיבם אינו ברור**. עוד יצוין כי צווי ההחרמה וההריסה עצמם ניתנו לעתים בסמיכות לאירועים ולעתים אף במרחק של כעשרה חודשים מהם.

22. יתרה מזו, במהלך הדיון שנערך אתמול **בעניין עליה לעיל**, עמד ב"כ המשיבים על כך כי כוונת המדינה בשימוש בתקנה 119 נועד להטיל על בני המשפחה חובה אקטיבית להניא אדם מלממש את כוונותיו, גם כאשר אין כל אינדיקציה לכך שהיו מודעים אליהן! המדובר במדרון חלקלק שעליו לשמש כתמרור אזהרה בכל הנוגע למדיניות הריסות הבתים, ובמצב המחייב את התערבות בית המשפט הנכבד על אחת כמה וכמה בעניין שלפנינו בו העתידים להפגע אינם רק בני משפחה אלא גם עשרות שכנים ובהם קטינים רבים (ר' שם, בעמ' 8-9 לפרוטוקול הדיון).

23. יצוין כי בהקשרים אחרים עמד בית המשפט הנכבד על הקושי והבעייתיות בהסדרים אשר פוגעים בזכויות אדם למען תכלית הרתעתית כללית. בפסיקה אף הודגש כי הקשוי בתכלית ההרתעתית גובר אימת שהיא ניצבת כתכלית היחידה להורת החוק, כפי שציננה כב' הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 7385/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם באתר הרשות השופטת, 22.09.14, בפס' 2 לפסק הדין): **"הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית"**. כב' הנשיאה אף חזרה על דברים אלו בפסק הדין שניתן בבג"ץ 8655/14 **דסטה נ' הכנסת** (פורסם באתר הרשות השופטת, 11.08.15, בפסקה 35 לפסק דינה).

24. המשיבים הציגו לבית המשפט במעמד צד אחד נתונים אשר לשיטתו מעידים על כך שהריסת בתים אכן תורמת להרתעה. סירוב המשיבים לחשוף בפני העותרים על מה מבוססות הערכותיהם בעניין זה הנו לא ברור, אולם ניתן לומר כבר כעת כי בעוד הן כב' השי' א' רובינשטיין והן כב' השי' א' חיות עמדו במסגרת בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (פורסם באתר הרשות השופטת, מיום 31.12.14), על חשיבות עריכת מעקב ומחקר אודות אפקטיביות ההרתעה של

תקנה 119, בדיון מיום 29.10.15 הצהיר ב"כ המשיבים לפרוטוקול כי אין מדובר במחקרים (שם, בעמ' 7).

25. בזהירות הנדרשת ייאמר כי ניתן לשער שהחומר עליו נשען המשיב מבוסס לפחות בחלקו על זכ"דים מחקירות שב"כ בהן התבטאו נחקרים אודות חשש מהרס בניהם (ר' בפסקה 2 לפסק דינו של כבי השי' י' עמית בעניין סידר). יחד עם זאת יש להדגיש כי משקלם הראייתי של חומרים אלו מלכתחילה נמוך מאחר ואינו משקף כהלכה את חילופי הדברים ומבוסס על סיטואציה בה נתונים הנחקרים למתח ואמצעי לחץ קשים, אלא שחומרים מסוג זה עמדו גם לנגד עיניה של ועדת שני שקבעה כי "הובאו ראיות לכך, שהנושא של הריסת הבתים לצורכי הרתעה יצר גם שנה רבה יותר, יצר מוטיבציה גבוהה יותר, יצר קולקטיב של פליטות". עוד מתבקש בית המשפט להתייחס לחומר זה במשנה זהירות ולבחון אותו בעיניים סנגוריאליות ככל שניתן, בהתחשב בקיום הדיון במעמד צד אחד, ולהורות למשיבים למסור לעותרים את החומר שהוצג או למצער פרפראזה מתוכו והסבר על אופן איסוף המידע וגיבוש המסקנות.

26. סימני שאלה נוספים בדבר אפקטיביות השימוש בתקנה 119 עולים בימים אלו גם מכיוונו של מר שלמה גזית, במסגרת מכתב אישי אינטרנטי שהוא עומד לפרסם מחרתיים בתפוצה רחבה. מדובר באלוף בדימוס, ראש אמ"ן לשעבר וזוכה פרס בן-גוריון לשנת 2012, אשר מבהלך שירותו הצבאי רב השנים שימש בין היתר כיו"ר ועדת התיאום המדיני-בטחוני בשטחים וכראש מחלקת ממשל צבאי ובטחון מרחבי במטכ"ל, וכיום משמש כחוקר בכיר במרכז יפה למחקרים אסטרטגים באוניברסיטת תל אביב וכעמית מחקר במרכז לעניינים בינלאומיים באוניברסיטת הרווארד, במרכז וודרו וילסון בושינגטון, ובמכון לשלום של ארה"ב בושינגטון. במאמר שכותרתו "הריסת בתי מחבלים – מרתיעה?" מציב מר גזית סימני שאלה ברורים ביחס לאפקטיביות שבהריסת בתים, ולאחר ציון גורמים כבדי משקל שיש בהם כדי לשחוק את ההרתעה הנטענת, מסכם במלים הנוקבות הבאות:

"לפני כארבעים שנה בדקנו את הנושא, והחלטנו שהנזק שבהריסת הבית עולה מבחינתנו על התועלת, והחלטנו להימנע ככל האפשר מצעד ענישה זה.

מה השתנה מאז?"

מצ"ב מאמרו של מר גזית ומסומן כנספח 1.

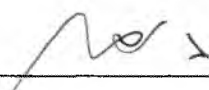
27. להשלמת התמונה והצגת ההיקף הנרחב שעושה המשיב באמצעי של הריסות בתים, יצוין כי מנתונים שנאספו אצל העותרת 8 עולה כי נכון למועד הגשת תגובה זו ניצבים בפני סכנת הריסה לא פחות מ-27 מבנים: ששה נשואי העתירות שנשמעו ביום 29.10.15; שניים שהדיונים בעניינם תלויים בבג"ץ 6745/15 ובג"ץ 7220/15; שני צווי הריסה שוצאו לאחרונה; אחד שניתן לגביו פסק דין בבג"ץ 8025/14 וטרם נהרס כאמור; ולא פחות מששה-עשר בהם ביצע המשיב מדידות אך לא הוציאו בגינם צווי החרמה והריסה.

28. העותרים עומדים על כך כי בפני בית המשפט הוצג מצג בלתי מספק אודות שיקולי המשיב בדבר אופן מימוש הצו וחלופות מדתיות שיש בהן כדי למזער את הפגיעה בבתייהם וברכושם. דברים אלו מקבלים משנה תוקף לנוכח תנאי הסף הבלתי אפשריים שמציבים המשיבים בדבר פיצוי העותרים שצפויים להפגע מן ההריסות, והתשתית הראייתית הלקויה בעטייה הוחלט להרוס שתי קומות בבניין חרף העדר עילה בדין והנוק הכבד הצפוי להגרם לעותרים בשל כך.

29. כמו כן, הנתונים שחשף המשיב אודות מימוש צווי ההריסה והחרפת השימוש בכלי זה הן מבחינת ההיקף והן מבחינת נסיונות המשיב להמיך את הרף הנדרש לשם פגיעה בחפים מפשע, מלמדים כי אנו נצבים בפני מדרון חלקלק המחייב את התערבות בית המשפט הנכבד. מכלול הנתונים מלמדים כי תמונת המצב שהוצגה עד כה לפיה השימוש באמצעי של הריסת הבתים נעשה במשורה בלבד ומשיקולי בטחון טהורים אינה תואמת את המציאות, וכי היוצרות בכל התהפכו באופן בו החריג הפך להיות הכלל, והזרוע עוד נטויה.

30. לאור האמור לעיל, מתבש בית המשפט הנכבד ליתן צו מוחלט לפיו יימנעו המשיבים מהפעלת מהריסת הבתים נשואי עתירה זו, ולחילופין לחייב את המשיבים לפצות את העותרים בגין מלוא הנזקים שייגרמו להם כתוצאה מן ההריסות. עוד מתבקש יבת המשפט הנכבד להורות למשיבים למסור לעותרים את המידע המלא אודות אופן ביצוע ההריסה המתוכננת, ובכלל זה את חוות הדעת ההנדסית, פירוט כל החלופות שנשקלו והסיבות לדחייתן, וכן למסור לעותרים את הנתונים המלמדים לשיטתם על האפקטיביות שבכלי הריסת הבתים או למצער פרפראזה המפרטת את עיקרי המידע שניתן לגלותו, דרכי איסופו וגיבוש המסקנות בנדון.

05.11.15


גבי לסקי, עו"ד

ב"כ העותרים