

בעניין:

1. חרוב, ת.ז.
2. 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

העותרים

- נגד -

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 בבית משפחתו של העותר 1.
מצ"ב צו ההחרמה וההריסה מיום 01.02.16 ומסומן כנספח 1.

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

1. מדוע לא ימסרו במדויק ביחס לאיזה חלק במבנה מתייחס צו ההחרמה וההריסה (להלן: **הצו**), לרבות החומר על בסיסו הוחלט להרוס חלק זה;
2. מדוע לא ימסרו לעותרים פירוט אודות התכניות הנשקלות לביצוע צו ההחרמה וההריסה וחוות חוות דעת עובר למימוש הצו, וכן תנתן ארכה כדי לאפשר את בדיקת התכניות ע"י מהנדס מטעם העותרים;
3. מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר האפקטיביות 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 חלק מבית המגורים של משפחת העותר. המדובר בבניין מגורים בן שלוש קומות בו מתגוררות 13 נפשות בהן שישה קטינים ופעוטות.

לנוכח ההריסה שהמשיב 1 (להלן: **המשיב**) מתעתד לבצע וכבר החל בפעולות מקדימות לשם כך לרבות קידוחים שונים במבנה (!), קיים חשש ממשי כי ייגרם נזק ממשי ובלתי הפיך לחלקים נוספים במבנה, עד לכדי הפיכתו כולו לבלתי ראוי למגורים.

לאור האמור מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד ליתן בדחיפות צו ביניים שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע מכל פגיעה בבית משפחת העותר, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההחרמה וההריסה עד לסיום ההליכים בעתירה דנן. זאת, לאחר שהמשיבים הסכימו לעכב את ביצוע הצו רק עד ליום 04.02.16 בשעה 17:00.

בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלותם הבלתי סבירה של המשיבים, אשר עד לכתיבת שורות אלה הותירו את העותרים בעלטה בכל הנוגע לחלק המבנה המיועד להריסה ולשיטות ההריסה הנשקלות לגביו. מכל מקום מה שברור הוא כי לנוכח תשתית עובדתית לקויה, הנוגעת הן לחלוקתן הפנימית של הדירות במבנה והן לזהות דייריהן, הצו נשוא העתירה מבוסס על טעות ופגם היורדים לשורשו של עניין ומחייבים את ביטולו.

המשיבים הגדילו לעשות כאשר דחו את בקשת ב"כ העותרים לפיה לאור חיוניות המידע החסר יוארך עיכוב ביצוע הצו, כך שמנין הימים למימושו יחל רק לאחר מסירת מלוא ההבהרות הנדרשות. זאת למרות שעל הפרק הפעלת סמכות בעלת השלכות מרחיקות לכת, ומשאין מחלוקת כי לעותר אין כל קשר למעשים בגינם הוצא צו ההחרמה וההריסה.

מדובר בהתנהלות בלתי סבירה בעליל העומדת בניגוד לכללי המנהל התקין, וכזו המאלצת את העותרים לפעול בדחיפות ובתפוזן. קיים חשש אמיתי שמא המשיבים נוקטים בדרך זו על מנת לעקר את יכולתם של העותרים להתנגד ולהשיג על הריסת ביתם, או משיקולים זרים אחרים.

בנסיבות העניין מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרים. כך, באם ימומש צו ההריסה ייגרם לעותרים נזק חמור 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.

מבוא:

1. עניינה של עתירה זו בכוונת המשיב להרוס דירה המצויה בקומה האמצעית בבניין מגורים בן שלוש קומות הממוקם בחרבת דיר צאמת, חברון (להלן: **הבניין**). כבר עתה יובהר כי אין זה ברור איזו מבין שתי הדירות שבקומה זו מתעתד המשיב, אשר מסר טענות סותרות בנדון.
2. העותר1 (להלן: **העותר**), יליד 1965, הוא הבעלים הרשום של הבניין ואביו של מר חרוב, ת.ז. ; החשוד כי ביום 19.11.15 הביא למותם ביריות של מר יעקב דון, מר עזרא שוורץ ומר שאדי ערפה זכרונם לברכה.
3. העותרת 2, המוקד להגנת הפרט, הינה עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
4. בקליפת אגוז, העותרים יטענו כי ההחלטה להחרים ולהרוס דירה בקומה האמצעית בבניין היא פסולה, מהטעמים הבאים:
 - א. לעותר אין כל קשר למעשים המיוחסים למר מחמד חרוב, ובכל מקרה אין כל הצדקה לפגוע בו ובמשפחתו על ידי החרמת ביתם והריסתו ;
 - ב. הכוונה להרוס את דירת המגורים נסמכת על תשתית עובדתית לקויה, וזאת מאחר שמר מחמד חרוב כלל לא התגורר בדירה המיועדת להריסה אלא בקומת הקרקע ;
 - ג. צו ההחרמה וההריסה לא מפרט איזו מבין הדירות שבקומה האמצעית מיועדת להריסה. טענת המשיב כי מדובר בדירה אחת שגויה ואינה מתקבלת על הדעת, בהתחשב בכך שהמשיב עצמו הודיע טרם כוונתו להוציא את הצו כי זה מתייחס רק ליחידת מגורים שבקומה האמצעית בבניין ;
 - ד. בהסתמך על חוות-דעתו של מומחה, מבלי לקבוע איזו מבין הדירות בקומה האמצעית מיועדות להריסה, הריסת אחת מהדירות בקומה האמצעית צפויה לגרום לנזקים כבדים הן לקומה שמעליה, הן לדירה הנוספת באותה קומה והן לקומה שמתחתיה. נזק זה צפוי להתעצם במידה ותהירס הקומה כולה על שתי הדירות שבה ;
 - ה. במסגרת המדידות שבוצעו טרם הוצאת הצו, גרמו החיילים נזק רב לתכולתן של כלל הדירות בבניין, וזאת באופן חמור ובלתי חוקי תוך פגיעה קשה בזכויותיהם של חפים מפשע. לאחר מתן הצו פשטו חיילים פעם נוספת על בית המשפחה לפנות בוקר והחלו לבצע קידוחים בקירות, חרף הודעת המשיבים כי לא יינקטו כל פעולות למימוש הצו במועד זה ;

- ו. הריסת בתים הנה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי;
- ז. הריסת דירה הקומה האמצעית, לא כל שכן שתי הדירות, תביא לפגיעה רחבה בחפים מפשע, לרבות בילדים;
- ח. הצו אינו מידתי לנוכח הפגיעה שצפויה להגרם לדירות ולקומות הנוספות במבנה;
- ט. הריסת הדירה אינה מידתית לנוכח פגיעתה בבני המשפחה המתגוררים בדירה וכן בני המשפחה הנוספים המתגוררים במבנה, כמו גם בשל העונש הכבד שצפוי להיגזר על מר מתמד חרוב במידה ויורשע לאחר הליך שיפוטי ושיש בו כדי להוות אמצעי הרתעה מספק;
- י. קיים ספק ממשי באם הריסת הדירה אכן תביא להרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים.

עיקר העובדות הצריכות לעניין:

5. הבניין נשוא העתירה הוא בן שלוש קומות. העותר מתגורר בדירה שבקומה האמצעית בבניין עם רעייתו ושלושה מילדיו, שניים מהם קטינים. בדירה נוספת בקומה זו מתגורר בנו של העותר, מר חדר חרוב יחד עם רעייתו ושני ילדיהם, פעוטות בגילאי שנתיים וכחצי שנה. מדובר בשתי דירות נפרדות זו מזו אשר לכל אחת מהן כניסה משלה, הגם שהן חולקות מטבח משותף.
 6. בקומה העליונה בבניין מתגורר בן נוסף של העותר, מר ' חרוב, יחד עם רעייתו ושני ילדיו הקטינים בגילי שנה ושנתיים. בני הזוג מצפים בקרוב לילד נוסף.
 7. בקומת הקרקע בבניין התגורר מחמד חרוב עובר למעצרו. המדובר בדירה מרוהטת אשר בה נמצאים חפציו של מחמד חרוב.
 8. ביום 20.11.15 הגיעו חיילים לבניין וביצעו מדידות, שבמהלכן חרבו את דירתו של העותר וגרמו נזק רב ובלתי הפיך לרכוש. בכך הקדימו החיילים באופן בלתי חוקי את פעולות ההריסה עוד לפני שנמסרה כל הודעה על כוונת החרמה והריסה, וכבר נפגעו זכויותיהם של חפים מפשע מעבר לנדרש ובניגוד לכל דין.
- מצ"ב תמונות מדירתו של העותר לאחר ביצוע המדידות ביום 20.11.15, ומסומנות כנספח 2.**
9. ביום 30.12.15 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה שבקומה האמצעית בבניין שבו כביכול התגורר מחמד חרוב, וזאת בשל המעשים המיוחסים לו. בנוסח ההודעה בערבית נכתב בפירוט רב יותר כי ההודעה נוגעת ליחידת הדיור שבקומה זו. לפיכך ובהתחשב

בכך שבקומה זו שתי דירות כלל לא היה ברור איזה חלק מהבניין מיועד להריסה. בהתאם להודעה ניתן היה להשיג על ההחלטה עד ליום 03.01.16 בשעה 09:00.

מצ"ב הודעת המשיב 1 מיום 30.12.15 ומסומנת כנספח 3.

10. במועד שנקבע הגישה ב"כ העותרים השגה בהולה כנגד כוונת המשיב ליתן צו החרמה והריסה, בה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירות המגורים בבניין היא פסולה ופגומה בהתחשב במכלול השיקולים המפורטים לעיל, וביקשה לקבל לידה את מלוא ההבהרות הנחוצות בדבר ההריסה המתוכננת לרבות אופן ביצועה, וכן את דו"ח המיפוי והחומר הנוגע לקביעת מקום מגוריו של מר מחמד חרוב.

מצ"ב השגת העותרים מיום 03.01.16 ומסומנת כנספח 4.

11. להשגה צורפה חוות דעתו של מר תייסיר ג'בארין, מהנדס אזרחי, מ.ר. 36465, שהנו גם קבלן בניין, מ.ר. 14390, אשר לוותה בתשריטי אדריכלים ממשרדו, ממנה עולה כי הבניין כולו נבנה בשלב אחד בשיטה הקונבנציונאלית עם סכמה סטטית נמשכת.

מצ"ב חוות דעת מומחה מטעמו של מר תייסיר ג'בארין שצורפה להשגה, ומסומנת כנספח 5.

12. עוד עולה מחוות הדעת כי כתוצאה מהריסת דירה בקומה האמצעית, עלולים להיגרם ליתר הדירות בבניין נזקים בלתי הפיכים. כך, לדבריו של מר ג'בארין, פעולה זו תגרום לנזק קונסטרוקטיבי כבד לקומה העליונה, אשר עלול אף להוביל לקריסתה; לדירה הנוספת בקומה האמצעית עלולים להיגרם נזקים קונסטרוקטיביים אשר עלולים אף להוביל להריסתה המוחלטת; וגם לקומת הקרקע עלולים להיגרם נזקים קונסטרוקטיביים. זאת, נוכח העובדה כי כלל הדירות בבניין חולקות אלמנטים קונסטרוקטיביים משותפים ולכן לא ניתן להרוס אלמנט אחד מבלי לגרום לנזק לשאר חלקי המבנה. יצוין כי חוות הדעת התייחסה להשלכות ההריסה ככלל, ולא רק באמצעות פיצוץ.

13. ביום 01.02.16 נתקבלה 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 ל"דירה בחרבת צאמת..." בהודעה זו נמסר באופן תמוה כי הקומה הראשונה משמשת כמחסן ואילו בקומה האמצעית ישנה רק דירה אחת, שחציה ממוקם מעל הקרקע וחציה מעל קומת הקרקע. כמו כן נמסר כי הדירה שבקומה האמצעית צפויה להיחרס באמצעות אטימה בבטון של החלק הממוקם מעל הקרקע ובאמצעות הריסה ידנית של הקירות הפנימיים של החלק הממוקם מעל לקומה התחתונה, ולכן לשיטת המשיב לא צפויה פגיעה ביתר חלקי המבנה.

מצ"ב הודעתה מיום 01.02.16 של רס"ן בית-און אופינקרו בדבר דחיית ההשגה, ומסומנת

כנספח 6.

14. יצוין כי בניגוד להצהרותיו בעבר, במקרה זה לא מסר המשיב כי 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 72 שעות ממועד המצאתו.

15. חרף הודעת המשיב 2, ביום 02.02.15 בסמוך לשעה 03:15 לפנות בוקר הגיעו חיילים לבית העותר, העירו את דיירי הבית תוך הטלת אימה עליהם וביצעו במשך למעלה משעה קידוחים רבים בקירות כהכנה להריסה!

16. במענה לפניה דחופה בנדון מאותו היום, מסרה רס"ן בית-און אופינקרו כי הגעת הכוחות נעשתה במטרה לבחון שיטות הריסה נוספות מלבד זו שפורטה במענה להשגה, וכי דבר הגעת החיילים לבית העותר נודע למשיב 2 רק ממכתבה של ב"כ העותר. רס"ן בית-און אופינקרו הודתה כי מדובר ב"התנהלות בעייתית" ומסרה שהגורמים המוסמכים התבקשו שמקרים מסוג זה לא יישנו.

מצ"ב פניית ב"כ העותר לרס"ן בית-און אופינקרו ותשובתה מיום 02.02.16 ומסומנות כנספחים 7 ו-8, בהתאמה.

17. באותו יום שבה ופנתה ב"כ העותר לרס"ן בית-און אופינקרו וציינה כי לנוכח המשך הבדיקות בעניין שיטות ההריסה שבוחן המשיב לא ברור באם הבדיקה נסתיימה ואף לא ניתן לראות את ההחלטה מיום 01.02.16 בגדר החלטה סופית. כמו כן בשל חיוניות ממצאי הבדיקות למיצוי זכות הטיעון והפניה לערכאות, נתבקש כי עיכוב הביצוע יוארך כך שמנין הימים למימוש יחל רק עם קבלת ההבהרות הנדרשות.

מצ"ב פניית ב"כ העותר מיום 02.02.16 לרס"ן בית-און אופינקרו ומסומנת כנספח 9.

18. ביום 03.02.16 סמוך לשעה 17:00 נתקבלה אצל ב"כ העותר תשובתה של רס"ן בית-און אופינקרו לפיה הבדיקות הנוספות שבוצעו נוגעות לשיטות הריסה אחרות, באמצעות כלים הנדסיים, אולם "נכון לרגע זה" השיטה לא אושרה על-ידי הגורמים המוסמכים. עוד הוסיפה רס"ן בית-און אופינקרו כי הבדיקה בוצעה לשם גיבוש שיטות הריסה נוספות במטרה להמנע מגרימת נזק אגבי. על-אף הדברים מהם עולה כי גורמי הצבא עצמם אינם שבעי רצון מן השיטה שנבחרה, מסרה רס"ן בית-און אופינקרו כי יש לראות בהחלטה שנתקבלה כסופית וכי אין בבדיקות הנוספות שנערכות לאחר מתן ההחלטה כדי לעכב את ביצוע ההריסה.

מצ"ב מכתבה מיום 03.02.16 של רס"ן בית-און אופינקרו ומסומן כנספח 10.

19. בנסיבות אלו, לנוכח ההשלכות הרוגות הגורל של ההריסה והנזקים הצפויים להגרם לרכושו של העותר ובני משפחתו, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בעתירה זו.

20. עוד יצוין כי בשל חוסר הבהירות והפגמים שבהתנהלות המשיב בכל הנוגע לשיטת ההריסה הנבחרת, כמו גם הסתירות המהותיות בין הממצאים בשטח לאלו המפורטים בהחלטת המשיב, העותרים עומדים על קבלת החומרים הדרושים ושומרים על זכותם להשלים את טיעוניהם לאחר מסירתם, ובכלל זה חוות הדעת ותכניות ההריסה, המידע עליו ביסס המשיב את מסקנתו בדבר מקום מגוריו של מר מתמד חרוב וחומר החקירה בעניינו.

הטיעון המשפטי:

21. העותרים יטענו כי דינה של ההחלטה בדבר מתן צו ההחרמה וההריסה להתבטל לנוכח היותה מבוססת על תשתית עובדתית לקויה והליך רצוף פגמים היורדים לשורשו של עניין, ובכלל זה פגיעה שאינה ניתנת לריפוי בזכות הטיעון של העותר ובזכותו להליך הוגן. כמו כן מדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית באופן קיצוני לנוכח הפגיעה בזכויות יסוד של תושבים מוגנים חפים מפשע, והיותה מנוגדת למשפט הבינלאומי כפי שאף גוברים הקולות בבית משפט נכבד זה לאחרונה, ולעקרון העל של טובת הילד.

הפגמים שנפלו בהליך

החלטת המשיב בלתי ברורה ומבוססת על תשתית עובדתית לקויה:

22. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, והנזק הבלתי הפיך שייגרם לבני המשפחה שלא חטאו בדבר, נקבע כי מימוש הסמכות הקבועה בתקנה 119 ייעשה אך ורק לצרכי הרתעה ובכפוף להליך מנהלי ראוי, לרבות הקפדה על ביסוס עובדתי, מתן התרעה והזדמנות הוגנת לטיעון, ועוד (ר' בג"ץ 9353/08 **הישאם אבו דהים נ' אלון פיקוד העורף** (פורסם בנבו, 05.01.09)).

23. כאמור, במקרה דנן נפל פגם מהותי בנוסח ההחלטה וההודעה שקדמה לה, כאשר זו מתייחסת למידע שגוי הן ביחס למקום מגוריו של מר מתמד חרוב, והן ביחס למסקנתו השגויה של המשיב כי בדירה האמצעית מצויה דירה אחת ולא שתיים. זאת בפרט כאשר בנוסח ההודעה בערבית צוין כי יעד ההריסה הוא "יחידת דוור", וכאשר אף בנוסח בעברית ההתייחסות היא לדירה בקומה האמצעית ולא לקומה כולה.

24. יתרה מזו, בהתאם להודעת המשיב עצמו הוא מוסיף לבחון דרכים לביצוע ההריסה המיועדת, ואין להכביר מלים על התנהלות פסולה זו בה אצה דרכו של המשיב להודיע על פעולה כה דרסטית טרם גיבש עמדה סופית וביצע את כל הבדיקות הנדרשות. דברים אלו מקבלים משנה תוקף לנוכח התנהלות החיילים בשטח, אשר אף לאחר מתן הצו פשטו על בית העותר וביצעו במקום עבודות וקידוחים במשך שעה ארוכה לשם גיבוש החלטתו סופית של המשיב.

25. בנסיבות אלו, לוקה ההליך בחוסר בהירות וחוסר מסוימות היורדים לשורשו של עניין ועומדים בניגוד לחובת תם הלב וההגינות ואף פוגעים בזכות הטיעון של העותר. לנוכח העובדה כי

מסוימות ההחלטה היא קריטית לביצועה ולמימוש זכויותיו של העותר, הרי שדי בפגמים חמורים אלו כדי להביא לביטולה.

26. יתרה מכך, חרף העובדה כי כל החלטה של רשות מנהלית בדבר הפעלת סמכותה או אי הפעלתה חייבת להתבסס על תשתית עובדתית נאותה, לא צורפה להודעת המשיב כל תשתית עובדתית המעידה כי אכן מחמד תרוב התגורר באחת מהדירות בקומה האמצעית ולא בקומת הקרקע כפי שטוענים בני משפחתו ובפרט העותר, בעל הנכס.

הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות להליך הוגן:

27. 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' י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, ב 793, וכן בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, תק-על(2)2005, 2595, סי' 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."

28. עוד יודגש כי חלק אינהרנטי מהליך השימוע מטיל על המשיבים חובה למסור לעותרים את מלוא המסמכים עליהם נשענת החלטתם. כך למשל קבע כב' הנשיא (בדימו') 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' פרוקצ'יה:

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

29. חרף מושכלות ראשונים אלה, המשיבים דחו כלאחר יד את בקשת ב"כ העותרים לקבל לידיה את כל החומרים הנוגעים להחלטה בדבר ביצוע ההריסה. בכלל זה בקשת ב"כ העותרים לקבל לידיה את דו"ח המיפוי וכל מידע אחר הנוגע לטענת המשיב בדבר מגוריו של מר מחמד חרוב באחת הדירות בקומה האמצעית, לרבות פרפרזה של החומר שלא ניתן לגלותו, נותרה ללא מענה, למעט התייחסות כוללנית ושגויה לפיה קומת הקרקע משמשת כמחסן, אשר אין בה כדי לקבוע ממצא פוזיטיבי לגבי מקום מגוריו של מחמד חרוב.

30. באופן דומה עומד המשיב על סירובו להעביר לידי ב"כ העותרים לא רק את חוות הדעת ההנדסית מטעמו אלא גם מידע מפורט אודות השיטות הנשקלות לביצוע ההריסה והשלכותיה. בנוסף, בניגוד למקרים אחרים לא צורפו להודעת המשיב או להחלטתו הודעותיו של מר מחמד חרוב או כל חומר חקירה אחר הרלוונטי לביסוס החלטת המשיב ולמימוש זכות הטיעון של העותר.

31. 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 הספציפיים הכרוכים בהריסה לדירותיהם ולרכושם של בני משפחת העותר, כמו גם על-מנת לאפשר לב"כ העותרים ולביהמ"ש הנכבד לעמוד על מידתיות פעולות המשיבים.

32. אמנם בבג"ץ 7040/15 **חמאד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (מיום 12.11.15, פורסם בנבו. להלן: **עניין חמאד**) נקבע כי ככלל אין להתערב בהחלטת המשיב שלא להעביר את חוות הדעת ההנדסית, אולם בענייננו מדובר במצב חריג בו המשיב מוסיף לבחון דרכי הריסה נוספות לאחר מתן הצו לשם צמצום הפגיעה הצפויה במבנה, באופן המעלה חשש של ממש לנזקים כבדים. 32. חשש זה מתעצם לנוכח העדר הודעה בדבר פיקוח מקצועי על ההריסה בזמן אמת.

33. לעניין זה יצוין כי לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ **קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, מיום 11.08.14), בו עמד בית המשפט על חזקת התקינות העומדת לרשות, במסגרת תגובת המשיבים בבג"ץ 5839/15 **סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (מיום 15.10.15, פורסם בנבו. להלן: **עניין סידר**) צירפו המשיבים את חוות הדעת המבוקשת **מיזמתם**, כך שאין כל הצדקה שלא יעשו כן עובר בעניינם של העותרים, כפי שנדרש מכללי המנהל התקין.

34. כמו כן, לנוכח הפגמים המהותיים שנפלו בתהליך קבלת ההחלטה, חזקת תקינות המנהל הופרכה כליל, ולמצער באופן המטה את הכף בבירור לכיוון חיוב המשיב למסור לידי העותר את מלוא המסמכים המבוקשים. זאת בפרט לאחר שהתחייבות המשיבים לפעול להקטנת הנזק

שעלול להגרם לדירות שכנות כתוצאה מן ההריסה שנדונה בבג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 31.12.14, פורסם בנבו. להלן: עניין אבו ג'מל), התבררה כחסרת אחיזה בממציאות. באותו מקרה, כתוצאה מאותה הריסה נפגעו באופן חמור תשתיות ורכוש בדירה שכנה עד כי הפכה למסוכנת ובלתי ראויה למגורים. לפיכך לא ניתן להסתפק בהתחייבותם הערטילאית של המשיבים כי ההריסה תבוצע תוך נקיטת אמצעים הולמים למזעור הנזק, אלא יש לאפשר לעותרים לעיין בחוות הדעת המקצועית ולהגיב לה.

35. 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/מתן צו ההריסה.

ההחלטה בלתי מידתית:

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

37. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (מיום 14.12.06, פורסם בנבו. להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל) הדגיש בית המשפט העליון כי נקודת המוצא לבחינת מידתיות ההחלטה היא זכותם של האזרחים התמימים:

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי- החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד"

בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

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

38. אכן, במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כלו 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.

39. בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על בטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותר ומשפחתו נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הבטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה. לאור זאת, בשנת 2005 קיבל שר הבטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיוון שהאמצעי לא הוכח כאפקטיבי ונמצא כי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן.

40. ספק נוסף באפקטיביות מדיניות ההריסה, עלה גם במכתב אישי אינטרנטי שפרסם לאחרונה מר שלמה גזית, אלוף בדימוס, ראש אמ"ן לשעבר וזוכה פרס בן-גוריון לשנת 2012, אשר במהלך 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 אסטרטגיים באוניברסיטת תל אביב וכעמית מחקר במרכז לעניינים בינלאומיים באוניברסיטת הרווארד, במרכז וודרו וילסון בווישינגטון, ובמכון לשלום של ארה"ב בווישינגטון. במאמר שכתרתו "הריסת בתי מחבלים – מרתיעה?" הציב מר גזית סימני שאלה כבדים ביחס לאפקטיביות שבאמצעי זה, ולאחר ציון גורמים כבדי משקל שיש בהם כדי לשחוק את ההרתעה הנטענת, סיכם 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 11.

41. 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 כבי 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 כבי הש' חיות.

42. חרף הנתונים שהוצגו במעמד צד אחד בעניין חמאד, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת ואיטום בתי שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה, ופרסום של הממצאים בקרב הציבור. 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 חלקים אחרים במבנה.

43. אם כן, בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שכבר נגרם לעותר ולבני משפחתו, אין די בכך שצעד זה "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

44. בנוסף יש לבחון היטב האם האמצעי הנבחר הינו האמצעי הראוי ביותר שפגיעתו פחותה. זאת בפרט כאשר אף אם לשיטת המשיבים בקומה האמצעית אכן דירת מגורים אחת, הרי שמדובר בדירה גדולה המאכלסת דיירים רבים שהם חפים מפשע. אין זה מתפקידם של העותרים להציע חלופות, לבטח כאשר הם מתנגדים לקיומה של פעולת ההריסה כולה, ואולם על המשיבים חלה החובה לבחון אמצעים חלופיים כפי שנקטו בעבר ובהתאם לקביעות בית המשפט בנדון, כגון איטום החדר הרלוונטי, פעולה שפגיעתה הצפויה תהא פחותה מן האמצעי המוצע (ר' למשל בג"ץ 272/92 אלעמריין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693).

45. במקרה קונקרטי זה מדובר בהריסת שתי דירות המהוות קומה שלמה במבנה, בה כלל לא התגורר האדם שבגין המעשים המיוחסים לו הוצא הצו. בכל מקרה, שלמה של לא ניתן לראות בהריסת בית המשפחה אמצעי מידתי גם לנוכח העובדה כי מר מחמד חרוב צפוי, ככל שיורשע, לעונש כבד שיש בו כדי להוות בפני עצמו הרתעה משמעותית של מפגעים פוטנציאליים. שימוש באמצעי נוסף של הריסת דירתם של בני המשפחה, אמצעי שהנו פוגעני, בלתי הפיך ובעל השלכות מרחיקות לכת גם על דירות נוספות במבנה, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כב' הש' פוגלמן בעניין סידר כי:

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

46. על כך אף הרחיב לאחרונה כבוד הש' מ' מזוז, אמנם בדעת מיעוט, בבג"ץ 8150/15 אבו-ג'מל ואח' נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15, פורסם בנבו):

"אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 "קול העם" נגד שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)) והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעקרון התנ"כי של "איש בחטאו יומת" הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית...

...לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, מתחייבת מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה עברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד."

47. ור' גם דברי כב' הש' מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 9 (מיום 01.12.15, פורסם בנבו. להלן: עניין עליוה), לעניין תכליתה הענישתית של תקנה 119, הקשורה קשר הדוק לסוגיה בדבר ענישה קולקטיבית אסורה:

"גם הקביעה, שנשנתה בפסיקה פעמים רבות, לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי, אינה נקיה מספק. ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות עונשים שונות".

שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי אינה שוללת כשלעצמה את היותה בה בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה, ומכל מקום הרתעה הינה מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית..."

48. יתרה מכך, לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית כאמור 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 מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

הריסת בתים מנוגדת למחויבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי:

49. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית המוגנת 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).

50. החרמת והריסת דירות המגורים, על 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."

51. 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.

52. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי, המחייב את המשיב, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו ר' עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל; 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)).

53. 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).

54. 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 ג'נבה 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).

55. 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.

56. בעניין זה, העותרים מפנים לחוות דעת המומחים למשפט בינלאומי שצורפה לעתירה בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14, פורסם בנבו), שנכתבה על-ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז, וזמינה בקישור: www.hamoked.org.il/files/2014/115900.pdf

57. 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 28(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת ג'נבה הרביעית, בין היתר סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 28(iv)(a) 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."

58. 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 האסירויים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההמונטירי הם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר."

59. 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 במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

60. לא נעלם מעיני העותר הקושי המוסדי בבחינה מתודשת 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, אין זה ראוי כי בית המשפט הנכבד

ימשך וימנע מלדון בהן. לעניין זה חשיבות מיוחדת כפי שהובעה בדבריו הנוקבים של כב' הש' מ' מזוז בעניין עליוה הנ"ל:

"הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת..."

ורי גם חוות דעתה של כב' הש' ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 28.12.15, פורסם בנבו), שם נקבע בין היתר כי:

"כאמור, הדעת נותנת כי לנוכח השאלות המורכבות שמעוררת נקיטת האמצעי של הריסת בית, אף בעקבות מעשה טרור רצחני שביצע אחד מיושבי – הן מהיבטו של המשפט הבינלאומי והן מהיבטו של המשפט החוקתי הישראלי – בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור."

61. דברים אלו מקבלים משנה תוקף הן לנוכח הערות בית המשפט לעניין הצורך בהצגת נתונים ברורים אודות יעילות הנטענת של הריסות הבתים כאמצעי הרתעתי והן לעניין חוסר המידתיות הכרוך בהריסת בתים של מי שלא היו מעורבים בפעילות העוינת.

62. 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 במישרין 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 העותר מנוגדת לעיקרון טובת הילד:

63. 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 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1)

459, 465: "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי." מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

64. כמתואר בחלק העובדתי, בבית משפחת העותר מתגוררים שישה ילדים קטינים, אשר ארבעה מתוכם מתחת לגיל שלוש. מכאן, שהריסת המבנה והשלכותיה על העותר תגרום סבל רב לחפים מפשע, ופגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. במה חטאו ילדי משפחת העותר, שיהיה עליהם לראות את ביתם ניזוק ויתכן שאף נהרס/הופך ללא ראוי למגורים, עד כדי האפשרות כי יהפכו לחסרי בית? הפגיעה בילדי משפחת העותר 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, אפטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו."

וסעיף 38 לאמנה:

"א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי יכובדו 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' עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל הנ"ל (בג"ץ 769/02) והאסמכתאות שם.

65. 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) לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה לילדים המתגוררים בבית העותר. בכך, חוטאים המשיבים חטא כפול.

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

66. 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 ויש להורת על ביטולה.

סיכום:


67. במקרה דנן אין כל יסוד או תכלית לגיטימית לשימוש בתקנה 119. מהתנהלות המשיבים עולה כי צו ההחרמה וההריסה הוצא כלאחר יד, בהחלטה נמהרת, תוך שמופיעות בו שגיאות מהותיות הן לעניין חלוקתן הפנימית של הדירות בבניין והן לעניין מקום מגוריו של מר מחמד חרוב, אשר להן השפעה דרמטית על חייהם של העותר ובני משפחתו ועל זכויותיהם היסודיות. כך גם לא ייחסו המשיבים את המשקל הראוי לחוות דעת המומחה מטעם העותרים, ממנה עולה כי הריסת אחת מהדירות בקומה האמצעית עלולה לגרום לנזקים בלתי הפיכים למבנה כולו. התנהלות זו מהווה זלזול בוטה בעותרים ומהווה הפרה קשה הן של החוק והן של הפסיקה שהתגבשה בנושא זה.

68. לכך 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.

69. 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' הש' חשין בבג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, 654), ועל-כן היא אסורה מכל וכל.

70. 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.

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


גבי לסקי, עו"ד
ב"כ העותרים

04.02.16