

- בעניין: 1. מרעי, ת.ז.  
2. מרעי, ת.ז.  
3. 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 זיחופה 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 משפחתם של העותרים 1 ו-2.  
**מצ"ב צו ההחרמה וההריסה מיום 07.02.16 ומסומן כנספח 1.**

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

א. מדוע לא ימסרו לעותרים פירוט אודות התכניות לביצוע צו ההחרמה וההריסה (להלן: **הצו**) וחוות דעת עובר למימוש הצו, וכן תינתן ארכה כדי לאפשר את בדיקת התכניות ע"י מהנדס מטעם העותרים;

ב. 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 את דירת המגורים של משפחת העותרים 1 ו-2, זאת למרות שאין חולק כי בנם, שבגין המיחוס לו הוצא הצו נשוא העתירה, אינו מתגורר במקום.

המדובר בדירת מגורים בה מתגוררות חמש נפשות ובהן קטינה בת 14. לנוכח ההריסה שהמשיב 1 (להלן: **המשיב**) מתעתד לבצע וכבר החל בפעולות מקדימות לשם כך, קיים חשש ממשי כי ייגרם נזק ממשי ובלתי הפיך לחלקים נוספים במבנה, עד לכדי הפיכתו כולו לבלתי ראוי למגורים.

לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן בדחיפות צו ביניים שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע מכל פגיעה בבית משפחת העותרים, ובכלל זה להורות על השעיית צו ההחרמה וההריסה עד לסיום ההליכים בעתירה. זאת, לאחר שהמשיבים הודיעו כי **ביצוע הצו יעוכב רק עד היום, יום 10.02.16, בשעה 12:00.**

בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלות המשיבים של סבירה של המשיבים, אשר דחו את השגת העותרים תוך הסתמכות על תשתית עובדתית לקויה, מסרבים למסור לעותרים חומר חיוני להגשת העתירה, כאשר סד הזמנים אשר נכפה על העותרים בידי המשיבים אינו מאפשר השגת החומר הנדרש בדרכים אחרות.

הפסול שבהתנהלות המשיבים מתעצם לנוכח העובדה שעל הפרק הפעלת סמכות בעלת השלכות מרחיקות לכת, ומשאין מחלוקת כי לעותרים אין כל קשר למעשים בגינם הוצא הצו, וכי בנם אינו מתגורר במקום ואף מכחיש את האישום המיוחס לו.

מדובר בהתנהלות בלתי סבירה בעליל העומדת בניגוד לכללי המנהל התקין, וכזו המאלצת את העותרים לפעול בדחיפות ובחפזון. יש בהתנהלות המשיבים כדי לעקר את יכולתם של העותרים להתנגד ולהשיג כראוי על הריסת ביתם.

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 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 להרוס דירה שלמה המצויה בקומה השניה במבנה בן שתי קומות הממוקם בקראות בני חסן שבמחוז סלפית (להלן: **דירת המגורים והמבנה**, בהתאמה).
2. העותר 1 הוא הבעלים הרשום של המבנה. העותרים 1 ו-2 (להלן: **העותרים**) הם הוריו של מר עבד אלעזיז מרעי, ת.ז. (להלן: **עבד אלעזיז**), המואשם כי ביום 03.10.15 לקח חלק בהוצאתו לפועל של פיגוע דקירה קטלני במהלכו נרצחו אהרון בנט ז"ל ונחמיה לביא ז"ל ונפצעו נעמה בנט ותינוקה.
3. כפי שיפורט בהמשך, מדובר בפיגוע אשר בוצע על-ידי אדם אחר בשם מהנדס חלבי, אשר נהרג במהלכו. כמו כן, ביום 02.02.16 כפר עבד אלעזיז באישום המיוחס לו והעלה טענות פסול לעניין אמרותיו בנדון.
4. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
5. בקליפת אגוז, העותרים יטענו כי ההחלטה להחרים ולהרוס את דירת המגורים היא פסולה, מהטעמים הבאים:
  - א. לעותרים אין כל קשר למעשים המיוחסים לעבד אלעזיז, כאשר אין חולק כי לא הוא ביצע את הפיגוע המדובר. בכל מקרה אין כל הצדקה לפגוע בעותרים וביתר בני המשפחה על ידי החרמת ביתם והריסתו;
  - ב. ההחלטה בדבר הריסת דירת המגורים חורגת מסמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119 ולמצער נשענת על תשתית עובדתית לקויה. זאת מאחר שעבד אלעזיז לא התגורר בדירה ולא ניתן לייחס לו זיקה אליה ברמה הנדרשת, אלא מתגורר מזה כשלוש שנים לפחות במעונות אוניברסיטת אבו דיס;
  - ג. הריסת הדירה אינה מידתית בשל העונש הכבד שצפוי להיגזר על עבד אלעזיז במידה ויורשע במיוחס לו לאחר הליך שיפוטי שטרם הסתיים, ושיש בו כדי להוות אמצעי הרתעה מספק. דברים אלה נכונים ביתר שאת שעה שלעבד אלעזיז טענות כבדות משקל שטרם הוכרעו אשר נוגעות לקבילות אמרותיו וחלקו הנטען בפיגוע. יובהר כי האישום נשען רובו ככולו על אמרות אלה בלבד;
  - ד. הריסת בתים הנה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי;

- ה. הריסת דירת המגורים אינה מידתית לנוכח פגיעתה הרחבה בחפים מפשע, ובכלל זה בני המשפחה המתגוררים בדירה ובהם נערה קטינה ;
- ו. הריסת הדירה אינה מידתית לנוכח הפגיעה שצפויה להיגרם לחלקים אחרים במבנה ;
- ז. קיים ספק ממשי באם הריסת דירת המגורים אכן תביא להרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים.

### **עיקר העובדות הצריכות לעניין:**

6. המבנה נשוא העתירה הוא בן שתי קומות. בקומת הקרקע מצויים מחסנים ולול תרנגולות אשר אינם מתאימים או ראויים למגורי אדם. בקומה השניה מצויה דירת המגורים ובה שלושה חדרי שינה בהם מתגוררות חמש נפשות, בחלוקה הבאה: בחדר אחד העותרים 1 ו-2, כבני 62 ו-57 בהתאמה, בחדר השני בנותיהם בנות ה-14 ו-23 ובחדר השלישי בן נוסף בגיל 20.
7. עבד אלעזיז, בן 21, הוא סטודנט באוניברסיטת אבו דיס, אשר עזב את בית הוריו לצורך הלימודים ומתגורר מזה כשלוש שנים דרך קבע בדירה במעונות האוניברסיטה. הוא נעדר זיקה לבית העותרים, אין לו חדר או רכוש במקום, והוא מגיע לביקורים לעתים רחוקות בחגים.
8. מדובר במשפחה דלת אמצעים בה שני ההורים אינם עובדים, אשר מתפרנסת בדוחק רב. לעותרים ולבני משפחתם אין מקום מגורים חלופי והמבנה שבבעלותם הנו מקום המגורים היחיד העומד לרשות בני המשפחה, כאשר קומת המחסנים ולול התרנגולות כאמור אינה מתאימה למגורי אדם.
9. ביום 07.12.15 הגיעו חיילים למבנה וביצעו מדידות. אי לכך, ביום 10.12.15 שלחה ב"כ העותרים למשיב 1 הודעה בדבר ייצוג בני המשפחה בנדון וביקשה כי ככל שתישקל נקיטת צעדים ביחס לבית תימסר לח"מ הודעה בכתב על כך זמן סביר מראש.
- מצ"ב הודעת הייצוג מיום 10.12.15 ומסומנת כנספח 2.**
10. ביום 20.01.16 לפנות בוקר, הגיעו כוחות צבא אל בית משפחת העותרים ומסרו הודעה מטעם המשיב בדבר כוונה להחרים ולהרוס את הדירה בה התגורר כביכול עבד אלעזיז. כל שנמסר למשפחה היה נוסח ההודעה בערבית והמפה הנלווית, ללא הנוסח בעברית וכתב האישום שהוגש כנגד עבד אלעזיז ומהווה חלק בלתי נפרד מההודעה. בהתאם להודעה ניתן היה להשיג על ההחלטה עד ליום 24.01.16 בשעה 00:09.
- מצ"ב הודעת המשיב מיום 20.01.16 על נספחיה ומסומנת כנספח 3.**
11. חרף הודעת הייצוג שנשלחה כאמור למשיב, הודעתו ונספחיה לא נמסרו לח"מ כנדרש אלא הומצאו ביום 21.01.16, וגם זאת רק לאחר פניות רבות למשיבים בעל-פה ובכתב. המשיב דחה

באופן לא ברור את טענות ב"כ העותרים אודות הפגמים בהמצאה, אולם בד בבד האריך את מועד הגשת ההשגה עד ליום 25.01.16 בשעה 9:00.

12. במועד שנקבע הגישו העותרים השגה בהולה כנגד כוונת המשיב ליתן צו החרמה והריסה, בה טענו כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירות המגורים היא פסולה ופגומה בהתחשב במכלול השיקולים המפורטים לעיל, ובראשם העובדה כי עבד אלעזיז לא התגורר בדירתם וכי אין הוכחה מספקת בדבר המעורבות המיוחסת לו בפיגוע. כמו כן ביקשה הח"מ לקבל לידיה את מלוא המידע עליו נשענת מסקנת המשיב בדבר מגוריו של עבד אלעזיז בבית המשפחה, את מלוא חומר החקירה בעניינו וחוות דעת הנדסית ו/או פירוט אודות תכנית ההריסה, וזאת על-מנת שיתאפשר לעותרים למצות את זכות הטיעון טרם מתן החלטה סופית.

#### **מצ"ב השגת העותרים מיום 25.01.16 ומסומנת כנספח 4.**

13. ביום 07.02.16 נתקבלו הודעתה של רס"ן סנדרה בית-און אופינקרו, ראש תחום תשתית ותפר בלשכת המשיב 2, וכן צו החרמה והריסה לדירת המגורים. בהודעה נטען כי ממידע שנמסר ע"י בני המשפחה ו"ממידע נוסף שהתקבל" עלה כי עבד אלעזיז נהג לשהות בבית בסופי שבוע ובחופשות, וכי "נראה בכפר מגוריו כפעמיים בחודש לערך". רס"ן בית-און אופינקרו טענה כי אין מקום לספקות ביחס למעורבותו של עבד אלעזיז בפיגוע, אולם סירבה למסור ולו מסמך אחד מחומר החקירה בעניינו, תוך הפניית הח"מ לסניגור המייצג את עבד אלעזיז בהליך הפלילי. כן נמסר כי דירת המגורים מתוכננת להיהרס באמצעים ידניים ולכן לשיטת המשיב לא צפויה פגיעה ביתר חלקי המבנה.

#### **מצ"ב הודעתה של רס"ן בית-און אופינקרו בדבר דחיית ההשגה, ומסומנת כנספח 5.**

14. יצוין כי בניגוד להצהרותיהם במקרים אחרים, במקרה דנן לא מסרו המשיבים כי תהליך ההריסה ילווה לכל אורכו ע"י מהנדס צבאי, שיוודא כי ההריסה תתבצע בהתאם לחוות הדעת המקצועית. עוד נמסר כי מימוש הצו לא יחל עובר ליום 10.02.16 בשעה 12:00, קרי 72 שעות בלבד ממועד המצאתו.

15. בנסיבות אלו, לנוכח ההחלטה הבלתי סבירה והבלתי מידתית בדבר הריסת ביתם, השלכותיה הרוחניות הגורל והנוקים הצפויים להיגרם להם ולבני משפחתם, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בעתירה זו.

16. עוד יצוין כי בשל הפגמים שבהתנהלות המשיבים וסירובם למסור לעיון הח"מ את החומר המבוקש, העותרים עומדים על קבלת המסמכים הנדרשים ושומרים על זכותם להשלים את טיעוניהם לאחר מסירתם.

#### **הטיעון המשפטי:**

17. העותרים יטענו כי דינה של החלטה בדבר מתן צו ההחרמה וההריסה להתבטל לנוכח פגמים בשימוע, וכן חריגה מסמכות והישענות על תשתית עובדתית לקויה, וזאת בשל היעדר זיקת מגורים של עבד אלעזיז לדירת המגורים. כמו כן, לנוכח נסיבותיו הפרטניות של מקרה זה לא ניתן לייחס לעבד אלעזיז אחריות לפיגוע ברמת הוודאות הנדרשת לשם שימוש בתקנה 119. בנוסף, 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.

#### הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות להליך הוגן:

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

19. עוד יודגש כי כחלק אינהרנטי מהליך השימוע מוטלת על המשיבים חובה למסור לעותרים את מלוא המסמכים והמידע עליהם נשענת החלטתם. כך למשל קבע כב' הנשיא (בדימ') 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 ממושכלת 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' הש' 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."**

וכן זמיר בספרו הנ"ל, בעמ' 819, שם הטעים כי "השמעת טענות בפני הרשות המינהלית כוללת בחובה, כדבר המובן מאליו, גם הצגת ראיות... ללא אפשרות להוסיף עובדות, או להפריך עובדות, השימוע עלול להיות עקר."

20. חרף טענותיהם כבדות המשקל של העותרים, החלטת המשיב נמסרה באופן מזורז ומבלי שנשקלו כהלכה מלוא השיקולים הדרושים לעניין, באופן המעורר חשש שמא מדובר בשימוע פורמלי בלבד וריק מתוכן.

21. יתרה מזו, המשיבים דחו כלאחר יד את בקשת העותרים כי **טרם מתן החלטה** יימסרו להם כל החומרים העומדים ביסוד הכוונה ליתן צו החרמה והריסה כך שיתאפשר להם לשטוח את מלוא טענותיהם בנדון, קרי דו"ח מיפוי הדירה וכל מידע אחר הנוגע לזיקת מגוריו של עבד אלעזיז למקום, מלוא חומר החקירה בעניינו וחוות דעת הנדסית.

22. אין להכביר מלים על הפגיעה בזכות הטיעון כתוצאה מסירוב המשיבים למסור את המידע המבוקש והותרתם של העותרים בעלטה, בפרט כאשר בידי המשפחה לסתור את המידע הבלתי מבוסס והמוכחש שבידי המשיבים. עוד יצוין כי החלטת המשיבים מתבססת רובה ככולה על החומר החסר, המהווה חומר שבית משפט נכבד זה כבר עמד בעבר על החיוניות שבמסירתו ואין כל הצדקה שלא למסרו גם בהליך דנן (ר' ההליכים בבג"ץ 7040/15 **חמאד נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (מיום 12.11.15, פורסם בנבו. להלן: **עניין חמאד**).

23. כך גם 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 ומידע קונקרטי אודות תכנית ההריסה והשלכותיה, נשללת מהעותרים ללא כל הצדקה או עילה האפשרות להציג חוות דעת ממוקדת מטעמם אשר תבחן כראוי את הסיכונים הספציפיים הכרוכים בהריסת ביתם, כמו גם על-מנת לאפשר לב"כ העותרים ולביהמ"ש הנכבד לעמוד על מידתיות פעולות המשיבים.

24. אמנם בעניין **חמאד** נקבע כי ככלל אין להתערב בהחלטת המשיב שלא להעביר את חוות הדעת ההנדסית, אולם 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 **מיוזמתם**, כך שאין כל הצדקה שלא יעשו כן בעניינם של העותרים, כנדרש על-פי כללי המנהל התקין.

25. בנסיבות העניין, שלילת זכות הטיעון והשימוע מהווה פגם חמור ומהותי היורד לשורשו של ההליך המנהלי, ודי בטעם זה כדי להצדיק את ביטול הצו.

**חריגה מסמכות והישענות על תשתית עובדתית לקויה:**

26. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך שייגרם לבני המשפחה, שלא חטאו בדבר, נקבע כי מימוש הסמכות שבתקנה 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' אלוף פיקוד העורף**, פורסם בנבו, 05.01.09).

27. מושכלות יסוד הן כי ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 רק ביחס למי שהוא "תושב" (inhabitant) המבנה המדובר ומי שעבר בעצמו או ניסה לעבור עבירה שיש בה כדי להצדיק את השימוש בתקנה דרקונית זו. במקרה דנן, הודעת ההחרמה וההריסה כוונה כלפי מי שאינו מתגורר במבנה, וכפי שיובהר בהמשך, גם לא הוכח ברף הנדרש כי עבר או ניסה לעבור עבירה.

28. כאמור, עבד אלעזיז הוא סטודנט באוניברסיטת אבו דיס, אשר עזב את בית הוריו לצורך הלימודים ומתגורר דרך קבע בדירה במעונות האוניברסיטה מזה **כשלוש שנים**. עובדת מקום מגוריו של עבד אלעזיז ידועה לרשויות ועולה במפורש מכתב האישום שצורף להודעה בדבר כוונת המשיב להחרים ולהרוס את דירת המגורים, בו נכתב בין היתר כך:

**"38. הנאשם עלה על אוטובוס בשער שכס ונסע בחזרה לדירתו במעונות הסטודנטים באבו דיס.**

...

**50. הנאשם חזר לדירתו במעונות הסטודנטים באבו דיס..."**

29. עוד יצוין כי עבד אלעזיז נעצר בפשיטה לילית יזומה בדירתו שבמעונות האוניברסיטה ולא בבית העותרים. כך גם אין כל טענה כי בית המשפחה שימש אותו באופן כלשהו, ישיר או עקיף, לביצוע העבירה או כי נעדר ממנו בשל הסתתרותו מפני כוחות הבטחון.

30. עוד יובהר כי לעבד אלעזיז אין חדר או רכוש בבית העותרים, והוא ביקר במקום כאורח ולעיתים רחוקות בלבד. אף בהחלטת המשיבים עצמם נמסר כי הלה **נראה בכפר** "פעמיים בחודש לערך", וזאת בהסתמך על מקורות עלומים אשר כלל לא ניתן לעמוד על טיבם וממילא אין בדבריהם כדי ללמד על מגורי קבע בבית המשפחה.

31. לאור האמור, בנסיבותיו של מקרה זה, ובפרט לנוכח משך הזמן שחלף מאז עזב עבד אלעזיז את בית המשפחה והחובה לנקוט משנה זהירות בכל שימוש בתקנה 119, יש לקבוע כי מרכז חייו של עבד אלעזיז הוא באבו דיס וכי זיקת מגוריו היא למעונות הסטודנטים במקום. אף אם דעתם של המשיבים אינה נוחה ממצב עובדתי זה, אין בלהיטותם לעשות שימוש בתקנה 119 כדי ליצור זיקת מגורים יש מאין ואין לקשור את עבד אלעזיז באופן מלאכותי לבית ההורים.



32. יצוין כי בפני המשיבים עמדה הדרך לנקוט בהליך כנגד אוניברסיטת אבו דיס, אולם הם נמנעו מלעשות כן. זאת כפי הנראה מאחר שהסוגיה שעל הפרק דומה במהותה למגורים ממושכים בשכירות ולנסיבות בגינן קבעה לאחרונה כב' הנשיאה מ' נאור בעניין **חמאד** כי השימוש בתקנה 119 אינו משרת את התכלית ההרתעתית הנטענת וכי מדובר במעשה בלתי מידתי. אין להשלים עם התנהלות המשיבים, אשר תחת חובתם לפעול בתם לב ובהגיונות חרגו מסמכותם ומבקשים לנקוט בצעד קיצוני כנגד תושבים מוגנים חסרי אמצעים, אשר אין להם כל קשר למעשים המיוחסים לעבד אלעזיז.

33. בנסיבות אלו, ההליך אינו עומד בתנאי הסף הקבועים בתקנה 119, כך שאין כל יסוד חוקי או תכליתי לגיטימית להפעלתה ודי בפגם חמור זה כדי להביא לביטול ההחלטה.

### **לא ניתן לקבוע את אחריותו של עבד אלעזיז לפיגוע ברמה הנדרשת, וזו טרם הוכחה:**

34. לנוכח עצמת הפגיעה שבשימוש בתקנה 119, אין זה ראוי לעשות בה שימוש ביחס לבני משפחתו של מי שההליכים המשפטיים בעניינו טרם הוכרעו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בנסיבות העניין, לנוכח העובדה כי החלטת המשיב מבוססת רובה ככולה על הודעותיו של עבד אלעזיז-אותן הודעות שהוא כופר באמור בהן וכבר העלה במשפטו טענות פסול לפיהן הן חולצו ממנו תוך פגיעה קשה בזכויותיו והפעלת לחצים פסולים, הן פיזיים והן נפשיים.

35. המשיב אמנם רשאי לקבל החלטות על סמך ראיות מנהליות, אולם על אלו לעמוד במבחן הסבירות ועליו לתת להן משקל סביר, בהתייחס לנושא, לתוכן ולנסיבות. המשקל הנדרש מן הראיות, כדי לבסס עליהן החלטה, משקף במידה רבה את מהות הזכות או האינטרס הצפויים להיפגע מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה בזכות היסוד (זמיר, בעמ' 755). לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט ת' אור בבג"ץ 3379/03 **אביבה מוסטקי ו-372 אח' נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, המדגישים גם את הקשר הישיר שבין הפגיעה בזכות הטיעון לחוסר סבירות החלטת המשיב:

**"לא די בכך שתהיינה בידי הרשות המינהלית ראיות המאששות על פי תוכנן את מסקנותיה. אם יש בהן פגיעה בזכויות קיימות, לרבות זכויות קניניות, הן צריכות להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות כדי שיוכלו להוות תשתית להחלטה. כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועוצמתה של הראיה הנדרשת. עוצמתה של הראיה עלולה להיפגם או להיות מוחלשת כאשר אין ניתנת אפשרות לנפגע מההחלטה להתמודד עמה ולהזימה. כך הוא לדוגמה כשמדובר בראיה החסויה מעין מי שעלול להיפגע מההחלטה. במקרה כזה על הרשות להיות מודעת לעובדה שחומר הראיות החסוי לא עבר התייחסות או ביקורת מלאים של מי שעלולים להיפגע ממנו וליתן לה משקל."**

36. כן ר' לעניין זה בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 48-49, שם עמד בית המשפט על חשיבות קיומה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית המתייחסת למכלול ההיבטים והטענות הרלוונטיות, לרבות הסברים ונתונים חלופיים לאלו שבידי הרשות. עוד הרחיב על כך המלומד זמיר, שקבע כי על הרשות מוטלת חובה פוזיטיבית לשקול את כל השיקולים הדרושים לעניין וכי "התעלמות משיקול ענייני היא פגם שיש בו כדי לפסול את ההחלטה." (זמיר, העמ' 742; ור' גם בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279).
37. תוצאת הפיגוע מיום 03.10.15 היא קשה ומצערת ביותר. דא עקא, שפיגוע זה בוצע על-ידי אדם אחר שנהרג במהלכו, מהנד חלבי (להלן: מהנד), וזאת מספר שעות לאחר שנפרדו דרכיו מעבד אלעזיז.
38. עפ"י כתב האישום שהוגש נגד עבד אלעזיז, לא היתה היכרות מוקדמת בינו לבין מהנד, ואילו האחרון היה זה שזים ויצר קשר באופן עיקש עם עבד אלעזיז. אין כל טענה כי הקשר נוצר לשם ביצוע הפיגוע, אלא עולה כי מטרתה היחידה של ההגעה לירושלים כפי שהוצגה לעבד אלעזיז היתה על-מנת להתפלל במסגד אל-אקצא. כמו כן עולה בבירור כי בהגיעם למקום השניים לא היו חמושים בנשק קר או חס, ובאו במגע מספר פעמים עם אנשי משטרה מבלי שאירע דבר חריג.
39. על יסוד כתב האישום והודעותיו של עבד אלעזיז במשטרה (שהם חומר החקירה היחיד אותו עלה בידי ב"כ העותרים לקבל לידיה בהתראה קצרה מהסניגורית בהליך הפלילי) נראה כי ייחוס מעורבות בפיגוע לעבד אלעזיז, על אחת כמה וכמה כמבצע עיקרי, מהווה צעד מרחיק לכת המעורר קושי ממשי הן במישור הפלילי והן במישור המנהלי.
40. כך, עבד אלעזיז נעצר ביום 05.10.15 ועבר חקירה קשה במשך כחודש ימים, במהלכה היה מנוע פגישה עם עו"ד במשך למעלה משלושה שבועות ועבר תרגילי חקירה כגון חקירה בידי מדובבים. חלקו העובדתי של כתב האישום, המבוסס בעיקרו באופן סלקטיבי על הודעה אחת מתוך שלוש שמסר עבד אלעזיז בנדון, מעלה תמיהות משמעותיות הדורשות ליבון, כגון הפער בין הפצרתו במהנד שלא לסטור לשוטר כדי לא להסתכן במעצר אלא לכאורה לבצע פיגוע שיביא למותו; תכנון הפיגוע כביכול בסמוך לתחנת אוטובוס במקום הומה אדם; העלאת תמונת השניים לפייסבוק באופן בו כל בר דעת מבין כי הדבר יביא למעצרו; ציון מחשבות והרהורים שהעלה עבד אלעזיז בלבו וכד'.
41. זאת, בנוסף לפער הזמנים המשמעותי בין המועד בו דנו השניים כביכול במעשה לבין מועד התרחשותו, כאשר כלל לא ברור מה היו מניעיו המקוריים של מהנד, מה היו מעשיו בזמן זה ומה היתה מידת השפעתו של עבד אלעזיז עליו, בפרט כאשר מהנד היה זה שפתח בשיחה אודות תחושת השפלתו הקשה והזכיר מיוזמתו את סורת אלבקר. כן מתעוררות שאלות בשל העדרן של ראיות אובייקטיביות אודות פעולותיו ותרומו של עבד אלעזיז לפיגוע, כאשר אף נמסר כי

הסכין ששרטט אינה זהה לזו שבאמצעותה בוצע הפיגוע והוא עצמו לא זיהה בוודאות את תמונת הסכין שהוצגה לו בחקירתו.

42. יודגש כי לאחר ההודעה עליה מבוסס כתב האישום נחקר עבד אלעזיז פעם נוספת ביום 28.10.15, כאשר בחקירה זו יוחסו לו לראשונה חשדות בדבר תכנון ושידול לפיגוע. בהודעה זו חזר עבד אלעזיז על חלק מגרסתו הקודמת, אך בשום שלב לא טען כי הוא זה שנטע במוחו של מהנד את הרעיון לבצע פיגוע. עבד אלעזיז אף הביע חרטה על מעשיו ועמד על כך שאלו נעשו ללא כוונה וכי לא ביצע שום פעילות חבלנית נגד ישראל. עוד הוסיף כי ביצוע פיגוע מעין זה לא מתאים לו וכי אין הוא חותר לכך.

43. כל אלו מהווים חלק בלתי נפרד מהראיות המנהליות העומדות בפני המשיבים, ואולם המשיבים אינם יכולים לאחוז בחבל בשני קצותיו ולבכר ללא כל נימוק גרסה אחת על פני גרסה קוהרנטית אחרת, תוך התעלמות מטענות משמעותיות המעוררות ספק ממשי באשר למידת מעורבותו ואחריותו של עבד אלעזיז לתוצאות המקרה.

44. לכך יש להוסיף את כפירתו של עבד אלעזיז בכתב האישום והעלאת טענות זוטא משמעותיות כנגד קבילות הודעותיו, אשר לא ניתן לומר כי אין להן יסוד ואף הן טרם הוכרעו. יש לדחות בשתי ידיים את טענת המשיבים כאילו אין בטענות שהועלו בהליך הפלילי כדי להשפיע על התשתית הראייתית בהליך המנהלי, זאת כאשר ההודעות השנויות במחלוקת הן אלו המגבשות את הראיות המנהליות עצמן.

45. אף אם יידחו טענות הפסול של עבד אלעזיז, הרי שמהודעותיו עולה כי לכל היותר ישנן ראיות לכאורה לכך שהוביל את מהנד לירושלים מבלי שהיתה לו כל סיבה לחשוד במטרת הגעתו לשם, ויתכן כי רכש עבורו סכין שאין זה ברור אם אכן שימשה לביצוע הפיגוע. מבלי להפחית בחומרת מעשים אלו, עליהם עבד אלעזיז הביע חרטה ובגינם צפוי להיענש בחומרה באם יורשע, אין בהם כדי לבסס את האישום בעבירת רצח, ובוודאי שאין בהם כדי להצדיק את החלטת המשיב בעניין ביתם של העותרים.

46. לפיכך, בנסיבותיו של מקרה זה, השנוי במחלוקת הן עובדתית והן משפטית, הרי שלא ניתן לקבוע בשלב זה ברמת הוודאות הנדרשת כי קיימות ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות כי עבד אלעזיז אכן עבר את העבירות המיוחסות לו. מכאן שאין כל יסוד להפעלתה של תקנה 119, בוודאי לא ביחס לבני משפחה שהם תושבים מוגנים ובלתי מעורבים, ומדובר במקרה מובהק בו אין להפעיל סמכות מנהלית טרם הרשעה בפלילים.

**ההחלטה בלתי מידתית:**

47. בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה, 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 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."

48. 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 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.)

49. 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 בטחוניים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופשעים על רקע לאומני.

50. בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על בטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים ולנסיבות המקרה הקונקרטי כמתואר לעיל, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה.

51. 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.

52. ספק 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 שכותרתו "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 6.

53. 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 א' 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 השי' חיות.

54. חרף הנתונים שהוצגו במעמד צד אחד **בעניין חמאד**, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מידי ולא להמשיך במדיניות הריסת בתים 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, אין הם עומדים במבחן הקשר הרציונלי.

55. בנוסף יש לבחון היטב האם האמצעי הנבחר הנו האמצעי הראוי ביותר שפגיעתו פחותה. זאת בפרט כאשר אף אם לשיטת המשיבים מדובר בהריסתה של דירת מגורים שלמה המאכלסת דיירים 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 חדר רלוונטי, פעולה שפגיעתה הצפויה תהא פחותה מן האמצעי המוצע (ר' למשל בג"ץ 272/92 **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד מו(3) 693).

56. כמו כן, בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שצפוי להיגרם לעותרים ולבני משפחתם, אין די בכך שצעד זה "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה ונדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. בענייננו, הנזק אף גדול שבעתיים משבן המשפחה כלל אינו מתגורר בדירה מזה מספר שנים ולו מקום מגורים קבוע במקום אחר (אף אם לשיטת המשיבים הוא מתארח בדירה לעתים רחוקות). מדובר במתיחה בלתי חוקית של השימוש בתקנה 119 מעבר לגבולות הסמכות והסיבולת האפשרית, ולפיכך החלטת המשיב אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר.

57. לחוסר המידתיות הזועק מהחלטת המשיבים מצטרפת כאמור העובדה כי עבד אלעזיז 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 הרות גורל על חייהם, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כבי השי' 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."**

58. על כך אף הרחיב לאחרונה כבוד השי' 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... (ההדגשה במקור, ג.ל.)

כבי השי' מזוז מסכם דברים אלו באמירה חד-משמעית לפיה:

"לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות (השוו: דברי השופט חשין בענין נזאל שהובאו לעיל; דברי השופט פוגלמן בענין סידר דלעיל, וכן ד' קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג), 305, 353-355).

59. 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 הם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה שכזו, 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:

60. 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'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

61. 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."

62. 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.

63. 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)).

64. 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).

65. 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).



66. 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.

67. 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 בכתובת: [www.hamoked.org.il/files/2014/115900.pdf](http://www.hamoked.org.il/files/2014/115900.pdf)

68. כפי שנקבע בחוות הדעת, 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 ג'נבה הרביעית, בין היתר סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(a)(iv)(2) 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(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."**

69. 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(a)(iv). בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות הדעת, בעמ' 28, כי:

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

70. 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.

71. 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, אין זה ראוי כי בית המשפט הנכבד ימשיך וימנע מלדון בהן. לעניין זה חשיבות מיוחדת כפי שהובעה בדבריו הנוקבים של כב' השי' 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..."**

ור' גם חוות דעתה של כב' השי' ד' ברק-ארוז 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."**

72. דברים אלו מקבלים משנה תוקף הן לנוכח הערות בית המשפט לעניין הצורך בהצגת נתונים ברורים אודות יעילותן הנטענת של הריסות הבתים כאמצעי הרתעתי והן לעניין חוסר המידתיות הכרוך בהריסת בתים של מי שלא היו מעורבים בפעילות העוינת, וביתר שאת בעניינם של העותרים.

73. 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 העותרים מנוגדת לעקרון טובת הילד:

74. על עקרון טובת הילד כעקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר מלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהר לא אחת כי יש בכוחו של עקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(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 ל(1) 459, 465: "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי." מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

75. כמתואר בחלק העובדתי, בבית משפחת העותרים מתגוררת קטינה בת 14, שהריסת המבנה והשלכותיה תגרום לה סבל רב ופגיעה אנושה בכבודה. במה חטאה נערה זו, שיהיה עליה לראות את ביתה נהרס, תוך הפיכתה לחסרת קורת גג? פגיעה זו מנוגדת למחויבותיה 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 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.

76. 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 במצבים אלו. בכך, חוטאים המשיבים חטא כפול.

77. לשיקולים אלה לא מצאו לנכון המשיבים להתייחס, למרות טענות 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 להורות על ביטולה.

#### סיכום:

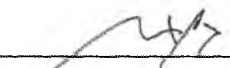
78. במקרה דנן אין כל יסוד או תכלית לגיטימית לשימוש בתקנה 119. מהתנהלות המשיבים עולה כי צו ההחרמה וההריסה הוצא כלאחר יד, בהחלטה נמהרת ותוך פגיעה ממשית בזכותם של העותרים להשמיע את טענותיהם וזכותם להליך הוגן. הפגיעה בעותרים ובני משפחתם אף מתעצמת בשל היעדר זיקת מגורים של עבד אלעזיז לדירה ולאור הקושי המהותי בביסוס הטענות בדבר מעורבותו וגיבוש אחריותו בפגוע שבוצע ע"י אדם אחר.

79. 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. בענייננו אף מדובר בפגיעה מוגברת באוכלוסיות פגיעות מלכתחילה של ילדים, נשים וקשישים.

80. 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.

81. אשר על כן, לנוכח כל אחד מהפגמים החמורים שבהחלטת המשיבים ובוודאי בהצטרותם, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש, ולאחר שמיעת טענות הצדדים להפוך את הצו על תנאי להחלטי.

82. מפאת דחיפות העתירה והזמן הקצר שעמד לרשות העותרים, אין באמור לעיל כדי למצות את טענותיהם בנדון, והם עומדים על קבלת מלוא החומר המבוקש ושומרים על זכותם להשלים את טיעוניהם כנדרש.

  
גבי לסקי, עו"ד

ב"כ העותרים