

# סמדר בן-נתן, משרד עורכות-דין

## SMADAR BEN-NATAN, LAW OFFICES

רח' הוברמן 10, תל-אביב-יפו 6407509  
טל: 03-5619666, 03-5320076 tel: 03-6868596 fax:  
Email: office@bennatan-law.co.il

SMADAR BEN-NATAN, ADV.  
GALIT LUBETZKY, ADV.  
MICHAL POMERANZ, ADV.  
RACHEL HEFETZ, ADV.  
ANU DEULLE LUSKI, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד  
גלית לובצקי, עו"ד  
מיכל פומרנץ, עו"ד  
רחלי חפץ, עו"ד  
אנו דעואל לוסקי, עו"ד

### בהול!

4.7.16

#### לכבוד

האלוף רוני נומה

אלוף פיקוד מרכז

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות דואר אלקטרוני [pniot-tzibur@mail.idf.il](mailto:pniot-tzibur@mail.idf.il)

ובאמצעות פקס: 02-5305741

#### הנדון: השגה בהולה בעקבות הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית מגוריו של מר \_\_\_\_\_ מחאמרה (ת.ז. \_\_\_\_\_) ובני משפחתו ודירת מגוריו של מר \_\_\_\_\_ מחאמרה

הריני לפנות אליך בשם מרשיי, מר \_\_\_\_\_ מחאמרה, ת.ז. \_\_\_\_\_ (להלן: "א") ובנו, מר \_\_\_\_\_ מחאמרה ת.ז. 937725463 (להלן: "ח"), בהשגה על כוונתכם להרוס את בית משפחתו של א' ואת דירת מגוריו של מ' מחאמרה, וזאת כדלקמן:

1. ביום 30.6.16 בשעות אחר הצהריים, התקבלה במשרדי הח"מ הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים בו מתגוררים מרשיי לעיל, עם בני משפחה נוספים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

2. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט בעקבות פעולותיו של מר מ' \_\_\_\_\_ מחאמרה, ת.ז. \_\_\_\_\_ אשר "כיצע פיגוע ירי בעיר תל אביב ביום 8.6.16 בו נרצחו ארבעה בני אדם" (להלן: "מ' מחאמרה" או "מ").

3. בהתאם להודעתכם, ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד לבוקר יום 5.7.16 בשעה 08:00. מכאן השגה זו.

4. כמו כן, משיחה עם עו"ד מחאג'נה, סנגוריהם של מרשיי א' מחאמרה ובנו מר מ' מחאמרה, התברר כי טרם התקבלו בידי חומרי החקירה בעניינו של מר מ' מחאמרה ולפיכך, הנכם מתבקשים להעביר לידי הח"מ את הראיות שעל בסיסן הוגש כתב האישום (בתאריך 4.7.16) ושמהווים את התשתית העובדתית להחלטתכם, וזאת תוך שמירה על זכות מרשיי להעלות כל טענה אשר עשויה לצמוח בעניינם ממסמכים אלה.

5. לגופם של דברים, נטען כי ההחלטה להחרים ולהרוס את בית מגוריו של מרשיי ובני משפחתם הינה החלטה פסולה, מהטעמים הבאים:

א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי;

ב. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;

ג. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;

ד. ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית עובדתית, בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי;

ה. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ובכלל זאת בקטינים, ולאור אי ידיעה של המשפחה אודות כוונותיו של אחמד והעדר יכולתה לצפות אותם.

6. לאור כל האמור, נבקשך להורות על ביטול ההחלטה האמורה.

#### עיקר העובדות הצריכות לעניין

7. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע לבניין בן שלוש קומות באזור יטא שבחברון, המצוי בבעלות מרשי, מר א' מחאמרה, ואין בבעלותו שטח או בית אחר. הצו מתייחס לקומה הראשונה והשלישית בלבד:

8. בקומה הראשונה מתגוררים א', אישתו וארבעה מתוך שמונת ילדיהם, \_\_\_\_\_ בן ה-12, \_\_\_\_\_ בן ה-15, \_\_\_\_\_ בת ה-17 ו \_\_\_\_\_ בן 25. הדירה כוללת 4 חדרים, מטבח ושירותים. לצד דירתם בקומה הראשונה, מצוי מחסן גדול ובו מפעל ממתקים, המשמש את בני המשפחה לפרנסתם. בקומה השלישית (קומת הגג), מתגורר לבדו, בנו של אחמד, מר מ' מחאמרה, בן 21 הנאשם במעשים (להלן: "מ").

9. מלבד האמור, בקומה השנייה של המבנה, בדירה השמאלית, מתגוררים מרשי ח' (בנו של א'), יחד עם אשתו \_\_\_\_\_ המצויה בחודש שמיני להריונה. בדירה הנוספת באותה הקומה מצד מימין, נערכים כיום שיפוצים לקראת מעברם של בנו הנוסף של מרשי, מר \_\_\_\_\_ מחאמרה (המתגורר כיום בקומה הראשונה עם הוריו) ובת זוגו \_\_\_\_\_, עמה התארס לאחרונה.

10. יובהר כי למרות שהצו אינו מתייחס לקומה השנייה, קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה באופן האמור, יגרום לנזק ממשי לשתי הדירות המצויות בה ויוציא אותן מכלל שימוש. המדובר לפיכך בנושא הטעון בחינה יסודית וזאת טרם ביצוע ההריסה, הכל כפי שנעמוד על כך להלן. עם זאת, נבהיר כי בנסיבות הללו, וככל שגורלן של הדירות המצויות בקומה השנייה נותר לא ברור, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית איננו יכול להוות פתרון סביר או מידתי, שכן הפגיעה שהוא טומן בכלתי מעורבים, גדולה מנשוא ובלתי סבירה.

11. המבנה המיועד להריסה אם כן, מהווה את בית המגורים היחיד של מרשיי ובני משפחתם, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת הדירות למרות האמור, יוותרו בני המשפחה, הכוללת כאמור שלושה קטינים ואישה בהריון, ללא קורת גג מעל ראשם, וזאת בנוסף להעדר פרנסה לאור הפגיעה שתיגרם למפעלם כתוצאה מביצוע ההריסה.

12. יצוין כי משיחה שקיימה הח"מ עם בני המשפחה עולה כי מ' מחאמרה, הינו נער שקט ומופנם, המרבה לצפות בתוכניות טבע, כי התנהגותו היתה רגילה ובהתאם לשאר בני גילו, הוא אף התכוון לחזור לספסל הלימודים. בני המשפחה עמדו על כך כי לא היה כל סימן מקדים שעשוי היה לעורר את חשדותיהם ולפיכך לא היה בידם לצפות את שהתרחש. נהיר כי לו היתה לבני המשפחה כל ידיעה או אף חשש כי בנם מחמד שוקל לבצע בפיגוע, היו פועלים על מנת למנוע זאת.

13. לצורך השלמת התמונה יצוין בנוסף כי ביום 12.6.16 נעצר גם מר א' מחאמרה, ומשיחה שקיימה הח"מ עם עורך דינו, עו"ד מחאג'נה ביום 3.7.16 עולה כי הוא דוחה באופן מוחלט כל קשר או ידיעה אודות המעשים ועומד הוא על חפותו. ברי כי הטלת סנקציה כה דרקונית כהריסת בית המשפחה ופגיעה בכלל יושבי הבית, איננה יכולה להיחשב למידתית או סבירה.

#### האיסור על הריסת בתים

14. 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.

15. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "לא יומתו אבו 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), ועל כן היא אסורה מכל וכל.

16. יתר על כן. דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם מוגנות. 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).

17. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי, האוסר על ענישה קולקטיבית ועל פגיעה והרס של רכוש פרטי (ס' 33 ו-53 לאמנת ג'נבה הרביעית, ס' 46 לתקנות האג).

18. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה הכוללת במקרה זה 6 מבוגרים מתוכם אישה אחת בהריון ושלושה קטינים נוספים, אשר אין כל מחלוקת כי לא חטאו בדבר, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו אך ורק בכפוף להליך

מינהלי ראוי, לרבות הקפדה על ביסוס עובדתי, מתן התרעה והזדמנות הוגנת לטיעון, ועוד (ר' בג"ץ 9353/08 **הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף**, (פורסם בנבו, 5.1.2009)).

19. על הפעלת הסמכות לעמוד גם במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353, 359). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את ביתם של מרשיי בנוסף על הריסת דירתו של מוחמד, איננה סבירה ואינה מידתית בנסיבות העניין שכן תוביל בהכרח לפגיעה קשה בשאר בני משפחה שהינם חפים מפשע ובלתי מעורבים.

20. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 1.12.15), אף אם בעת הזו נותרו הם בגדר עמדת מיעוט אמיצה:

"כעולה מסקירת הדברים בחוות דעתו של חברי, השופט שהם, הועלו בעתירה דנן טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיה הספציפיות של העתירה דנן. בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר לייעילות הסנקציה וסבירותה....

... 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, שעל עיקריהם אעמוד להלן בקצירת האומר. איני סבור כי בתגובת המדינה לעתירה דנן ניתן מענה מספק לטענות העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

#### **פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטין**

21. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה מתגוררים כיום מלבד א', גם אישתו, שלושת ילדיו הקטינים ובנם \_\_\_\_\_ וארוסתו. בקומה השניה, מתגורר מרשי \_\_\_\_\_, ובת זוגו שהינה בהריון מתקדם. זהו הבית היחיד העומד לרשות המשפחה אשר תיוותר ללא קורת גג מקום בו יבוצע הצו. מכאן, שהריסת המבנה יוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם, ויותר אותם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

22. יתרה מזאת, אף כי מדובר במבנה אחד, הטעם החוקי הבלעדי לביצוע ההריסה לפי תקנה 119 הוא קיומה של זיקה בין המבצע או החשוד בביצוע המעשים, לבין מקום מגוריו שלו, לפיכך אין ולא יכולה להיות, כל הצדקה להרס דירת הוריו ואחיו הקטינים, אשר בינם לבין האירועים נשוא השגה זו, אין כל קשר ולו המינימלי ביותר.

23. בהמשך ישיר לכך, ביצוע הצו באופן האמור, קרי הריסת שתי דירות, האחת בקומה התחתונה ביותר והאחת בקומה העליונה ביותר, עלולה לפגוע באופן ממשי באפשרות להמשיך ולחיות בשתי הדירות המצויות בקומה האמצעית (כאמור הדירה השמאלית מצויה כיום בשיפוץ).

24. אך למרות זאת, להודעתכם בדבר כוונה לבצע את הריסת הדירות בקומה התחתונה והעליונה, לא צורפה כל חוות דעת ו/או פירוט אמצעי ההריסה המתוכננים. כך, אין זה ברור מהודעתכם, מהם אמצעי הזהירות שבכוונתם לנקוט על מנת להבטיח כי הדירות האמצעיות יותרו ללא פגע וכי לא ייגרמו נזקים כלשהם ליתר חלקי המבנה.

25. על מנת להוציא לפועל את ההריסה, יש צורך בחו"ד הנדסית אשר תבחן את ההשלכות מימוש הצו על שתי הדירות שבקומה השנייה. כך, לצורך הבטחת הדירות הממוקמות בקומה השנייה, ועל מנת שמרשיי יוכלו להתייחס לנושא זה במסגרת השגתם ו/או על ידי הגשת חוות דעת הנדסית מטעם, עליכם להבהיר ולפרט מהם אמצעי ההריסה המתוכננים על ידכם במסגרת ביצוע הצו.

26. לפיכך יובהר כבר בשלב זה כי אף אם השגה זו תדחה על ידכם, אין לממש את צו ההריסה מבלי שגורלן של שתי דירות אלה, יובטח על ידכם באופן מפורש, שכן גם לשיטתכם כאמור, אין לבני המשפחה המתגוררים בדירות אלה, כל קשר לאירוע ומכאן שיש להימנע מפגיעה בזכויותיהם.

27. למרות כי על דרך הכלל, תוכניות ההריסה נמסרות על ידכם כחלק מתשובתכם להשגות ולא בטרם לכך, מן ראוי כי תעבירו לידי מרשיי את התוכניות בטרם קבלת ההחלטה בהשגה זאת, על מנת לאפשר לנפגעים להתייחס למידע הרלוונטי באופן אפקטיבי כך שטרם ההריסה יישקלו על ידכם מלוא השיקולים הדרושים לצורך קבלת החלטה מנהלית מושכלת ומבוססת כדן. וראו לעניין זה את הדברים שנקבעו בבג"צ 967/16 עבד אלבאסט חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (מיום 14.02.16) על ידי כב' השופט רובינשטיין ולפיהם "חוות הדעת ההנדסית אינה חסויה ולכן אין מניעה להעבירה לעותרים, ואנו מניחים כי הועברה או תועבר ללא דיחוי".

28. לאור חשיבות הנושא נבקש להזכיר כי בעניין בג"צ 7081/15 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 12.11.15) הריסת דירתו של המבצע גרמה לנזק כה כבד לשתי הדירות האחרות שנותרו באותו בניין עד כי אלה הפכו למסוכנות למגורים ולא היה אלא להרוס את הבניין כולו. עוד יוזכר כי גם בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנובמבר 2014) התחייבתם שלא להוציא את צו ההריסה לפועל אלא לאחר שיובטח כי לא ייגרם נזק לדירות האחרות במבנה (ר' דברי ב"כ המדינה בעמ' 4 לפרוטוקול, דיון מיום 30.6.14) ואולם במבחן התוצאה הריסת הדירה באותו מקרה, גרמה לנזקים כבדים לדירות השכנות.

29. כך, בבג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 15.10.15), שם צרפה המדינה מיוזמתה את חוות הדעת ההנדסית, התייחס בית המשפט העליון בחריפות לפסול שישי בגרימת נזקים לצדדים שלישיים, כמו גם לאפשרות לחייב את המדינה לפצותם מקום בו דירותיהם

עלויות להינזק כתוצאה מפעולת ההריסה (ר' לעניין זה את פסק דינה של נשיאת ביהמ"ש העליון בדימוס בג"צ 7040/15 האמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 58).

30. **תוצאות קשות אלה, אשר הותירו משפחות שלמות ללא קורת גג, מלמדות על הצורך והחשיבות**

**המוגברת למסור לידי מרשיי את תכניות ההריסה וחוות הדעת ההנדסית, זאת בטרם מימוש הצו**

ובהתאם לכך לאפשר להם להשלים את טיעוניהם לכשיתקבלו כלל החומרים הרלוונטיים.

31. לצד זאת ובהמשך לכך, העובדה כי כתוצאה מהריסת הדירות האמורות, יותרו 3 קטינים ללא קורת

גג, מצדיקה גם היא וכשלעצמה את קבלת ההשגה. הפגיעה בילדי המשפחה הקטינים מנוגדת גם

לזכויותיהם של הילדים ולמחויבותיה של מדינת ישראל על פי 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 יוכבדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של מאבק מזוין, והנוגעים לילד.

...

ד. בהתאם למחויבותן על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי להגן על אוכלוסייה אזרחית במהלך מאבקים מזוינים, ינקטו המדינות החברות כל צעד אפשרי כדי להבטיח הגנה וטיפול לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין".

לעניין תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ראו בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד

עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.

#### העדר התקיימות תכלית ההרתעה

32. בבג"צ עליונה לעיל, הזכיר כב' השופט שהם את ההלכה הפסוקה לפיה "ראשית לכל נקבע, כי

המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את התכלית

ההרתעתית, שכן רק תכלית זו עומדת ביסוד הפעלת הסמכות".

33. אך בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים

פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשי ומשפחתו, נדרשת

מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. ואולם, לא רק שאין ראיה לכך שהריסת

בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר

למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה.

לאור זאת, בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש

בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

34. יוזכר, כי בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14), נקבע בהקשר להריסות בתים בנסיבות דומות 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...".

35. לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר כאמור באופן מיידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. אנו סבורים כי אמירות גרידא מטעם גורמי הביטחון בדבר אפקטיביות אמצעי הריסת הבתים, ומספר דוגמאות ספורות של אנשים שחזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגוע, אינם עומדים בנטל זה, ובפרט לא כאשר השימוש באמצעי זה הלך והתגבר, ומנגד אין כל השפעה נראית לעין על המצב הביטחוני.

36. כן יש לזכור כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. שימוש בכלים אלה, מגביר את העוינות והשנאה ומחזק את 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 זו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול להרס ללא אבחנה המתוכנן על ידכם לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

37. לעניין זה חשוב להדגיש את הדברים שקבעה כב' השופטת ברון בבג"צ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בכל הנוגע להצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים, הנסמכת על טענת ההרתעה. באותו מקרה ציינה כב' השופטת ברון כי (שם, בעמ' 33-34):

"...נדרש להכיר בכך שאפקטיביות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים היא סוגיה נכבדה וטורדת, המעסיקה רבות את בית המשפט וכפי הנראה תמשיך להעסיקו גם בעתיד הנראה לעין... ההצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים נסמכת על כך שכאשר על כפות המאזניים ניצבים מצד אחד הסיכוי למנוע שפיכות דמים, ומצד שני פגיעה בקניינה של משפחת מחבל – יש "לחוס על החיים...". אלא שבפועל, התמונה ההרתעתית אינה כה ברורה, לא כל שכן חד-משמעית. אמנם אין לשלול את רציונל ההרתעה, ואולם יש יסוד לסברה כי להריסת בתים כוח הרתעתי נקודתי בלבד בזמן ובמקום – וכי מן הצד האחר, נודעת לאמצעי זה השלכה חמורה של הסלמת היחסים בין הצדדים והזנת השנאה ואף מעשי הטרור כלפי ישראל (ראו, למשל, את סקירתה המקיפה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 5 לחוות דעתה). וכדבריו של השופט ס' ג'ובראן – "הצווים (צווי ההריסה- ע'ב') הם שטר ושוברו בצידו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים" (עניין אלרוב, בפסקה 4).

38. על כן, הנכם נדרשים שלא לבצע את הריסת ביתם של מרשיי או הריסת כל בית נוסף בטרם יערך מחקר כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון ויוצגו תוצאותיו.

39. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשיי ולשאר בני המשפחה כתוצאה מהמצב שיווצר, אין די בכך שצעד כה אכזרי "עשוי" להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

#### ההחלטה אינה מידתית

40. 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 (פורסם בנבו, 1.7.2014) (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 מידתיות".

41. בבג"ץ 769/02 הנזכר לעיל, 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 עינינו, 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)

42. בנסיבות המקרה דנן, לא ניתן לקבוע שמדובר בפגיעה מידתית במרשיי ובשאר בני משפחתו: הותרת משפחה שלמה של זוג הורים, ו- 3 קטינים בגילאים 12-17 ללא קורת גג, כמו גם הפקרת מרשיי, אחיו של מ', ובת זוגתו המצויה בהריון מתקדם, בסכנה כי לא יוכלו להמשיך ולהתגורר בביתם, וכל זאת בגין מעשיו של בגיר – צעיר בן 21 וכאשר לאף אחד מאלה לא היתה כל ידיעה אודות כוונותיו, לא יכולה להיחשב סבירה או מדתית.



43. בעניין זה נבקש לציין בנוסף את שנקבע בבג"צ 1624/16 מחמד צאלח חמאד נ' מפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (להלן: "עניין צאלח חמאד") שכן בדומה למקרה דנן, גם שם דובר במפגע אשר התגורר בקומה האחרונה של מבנה המגורים. עם זאת בניגוד למקרה כאן, באותו עניין החליט המפקד הצבאי על הריסת יחידת המגורים העליונה בלבד (בעוד המשפחה ביקשה להסתפק באטימתה) ולפיכך מצא בית המשפט העליון כי אין להתערב בהחלטתו. בפסק הדין מציין בית המשפט במפורש כי במסגרת בחינת מידתיות צו ההריסה, יש לבחון את השאלה האם ניתן להרוס את יחידת המגורים הנפרדת של המפגע, מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים, שכן על המדינה לקחת בחשבון את מספר האנשים העלולים להיפגע מהריסת המבנה ובפרט כאשר לא היו מודעים למעשים (ר' לעניין זה גם את (בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996)).

44. כאשר אלו הם פני הדברים, עצם הקביעה כי הריסת ביתם של מרשיי ובני משפחתם הינה מידתית פירושה כי אין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבני המשפחה מחליט על ביצוע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונות פיגועים של בני משפחה. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע פיגועים.

45. יתרה מכך, החלטה כזו חותרת תחת עקרונות היסוד של שיטתנו. כפי שנקבע בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (מיום 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 מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה 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 המטרה 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).

#### לסיכום

46. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהמציאות בחודשים האחרונים מעידה. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של מרשיי ושאר בני המשפחה. בדומה, נראה שלא להרתעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

47. אשר על כן, נבקשכם לחזור בכם מן הכוונה להרוס את ביתו של מרשי א' מחאמרה ובני משפחתו ובכך גם להימנע מגרימת לנזק בלתי הפיך לדירתו של מרשי, מר ח' מחאמרה ואישתו, הממוקמת בקומה השנייה.

48. בנוסף, כמבוקש לעיל ומשהוגש כתב אישום, נבקש לקבל את התשתית העובדתית בדבר מעורבותו של מ' מחאמרה בפיגוע. עוד נבקש כי תעבירו לידנו מחקר ונתונים אמפיריים אודות אפקטיביות ההרתעה של הריסת בתים.

49. לבסוף, נבקש כי צווי ההריסה לא יוצאו לפועל אלא לאחר קבלת חוות דעת הנדסית הנוגעת לגורלן של שתי הדירות האמצעיות בבניין והנזק שיגרם להן כתוצאה מההריסה, כמו גם פירוט האמצעים שבכוונתם לנקוט. על מנת למנוע את קרות הנזק הצפוי לדירות אלה. ראוי לאפשר למרשיי לבחון מידע זה ולהגיב עליו טרם קבלת ההחלטה בהשגה זו, זאת חלק מהזכות הטיעון העומדת להם ולאור מחויבויותיכם על פי כללי המשפט המנהלי, לשקול את כלל המידע הרלוונטי טרם ביצוע ההריסה, אשר תוביל בהכרח לפגיעה אנושה בזכויותיהם.

50. נהיר כי כל עוד ההליכים הנוגעים להריסת בית מרשיי תלויים ועומדים, אין לנקוט בכל פעולה שתביא לפגיעה כלשהי בביתם.

51. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשיי לפנות בעתירה דחופה לבית המשפט העליון. לצורך כך נבקש פרק זמן סביר (שאינו כולל את ימי סוף השבוע, ולעניין זה ראו סעיף 33 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור בבג"צ 7040/15 פדל חמאד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית), אשר במהלכו לא תינקט כל פעולה שתביא לפגיעה במבנה.

בברכה,

מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

העתק: יועמ"ש איו"ש, באמצעות פקס 02-9977326