

# בן-נתן & פומרנץ, משרד עורכות-דין

BEN-NATAN & POMERANZ, LAW OFFICE

רח' הוברמן 10, תל-אביב-יפו 6407509

טל: 03-5619666, 03-5320076 tel: פקס: 03-6868596

Email: office@bennatan-law.co.il

SMADAR BEN-NATAN, ADV. (Advisor)

MICHAL POMERANZ, ADV.

GALIT LUBETZKY, ADV.

ANU DEULLE LUSKI, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד (יועצת)

מיכל פומרנץ, עו"ד

גלית לובצקי, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

26.7.16

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 בדבר כוונה להחרים ולהרוס את ביתה של הגב' ערגאן, ת.ז.

הרני לפנות אליך בשמה של מרשתי שבנדון ושתי בנותיה (יפוי כוח הועבר אליכם כבר ביום 20.7.16), אישתו של \_\_\_\_\_ עמאירה (ת.ז. \_\_\_\_\_) בהשגה על כוונתכם להרוס את בית מגוריהן, וזאת כדלקמן:

1. ביום 24.7.16 התקבלה במשרדי הח"מ, הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים של מרשתי ושתי בנותיה לעיל, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

2. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט בעקבות פעולותיו של מר מחמד עילאמג'ד עמאירה, החשוד בכך שהשתתף בפיגוע ירי בציר 60 בסמוך ליתיר ביום 1.7.1,6 במסגרתו נהרג אדם (להלן: מחמד).

3. בהתאם להודעתכם ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד לתאריך 26.7.16 בשעה 14:00. מכאן השגה זו.

4. יובהר כבר בשלב זה, כי מהמידע המופיע בהשגה לא ניתן ללמוד על מידת מעורבותו של מחמד במעשים המיוחסים לו, וכן לא על התשתית הראייתית התומכת בטענותיכם. הח"מ שוחחה עם עו"ד מחאג'נה, סנגורו של מחמד, אך הוא טרם הספיק להפגש עם מרש ולא יכל לשפוך אור על העניין.

5. לפיכך, הנכם מתבקשים להעביר לידי הח"מ לכל הפחות את תמצית הראיות המרכיבות את התשתית העובדתית להחלטתכם בדבר הריסת הבית, וזאת תוך שמירה על זכות מרשתי להעלות כל טענה אשר עשויה לצמוח בעניינה ממסמכים אלה.

6. למען הזהירות יובהר – אין בהטלת צו איסור הפרסום בכדי לגבור על זכויות מרשתי ובנותיה כי טרם ההחלטה על הריסת ביתן - החלטה בלתי הפיכה ובעלת השלכות ממשיות על חייהן - יקבלו לכל הפחות את תמצית חומרי החקירה לעיון כך שניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית ראויה בשאלה האם קיימת במקרה זה תשתית ראייתית מינימאלית התומכת במימוש צו ההריסה. ממילא קיים קושי מהותי לנמק הכיצד נתן לטעון מצד אחד כי הרס בית המשפחה נועד להרתיע וצופה פני עתיד, אך מנגד כי קיים איסור לפרסם אודות מעשיו של מחמד, ולפיכך נראה כי לא יגרם כל נזק מהיענות לבקשה זו.

7. לגופם של דברים, נטען כי ההחלטה להחרים ולהרוס את בית מגוריה של מרשתי ושני בנותיה הינה החלטה פסולה, מהטעמים הבאים, אשר כל אחד מהם בנפרד וודאי ששילובם יחד, מצדיק את קבלת ההשגה:

- 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 מחמד והעדד יכולתה לצפות אותם.

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

#### עיקר העובדות הצריכות לעניין

9. כאמור, מרשתי היא אשתו של מחמד, אשר נעצר ביום 4.6.16, ומרשתי אינה יודעת מה האישומים נגדו, מעבר למצוין במכתבכם.

10. בעקבות מעצר זה, נערכו מדידות של הבית בו היא מתגוררת ואשר לגביו ניתנה ההודעה בדבר כוונה למתן צו החרמה והריסה. המדובר בבית פרטי באיזור דורא ואד סוד, המצוי בבעלותו של מחמד, ואין למשפחה שטח או בית אחר. הבית מורכב מקומה אחת בלבד ונפרש על פני 200 מטר, הוא כולל ארבעה חדרים, סלון, מטבח, שירותים ומקלחת. בבית זה, התגוררו עד לאחרונה מרשתי, אשתו של מחמד, ושתי בנותיהן הקטנות, האחת בת פחות משנה והשנייה כבת שנתיים וחצי.

11. הבית המיועד להריסה אם כן, מהווה את בית המגורים היחיד של מרשתי ושתי בנותיה העוללות, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת הבית למרות האמור, יוותרו מרשתי ובנותיה ללא קורת גג מעל ראשם, ללא מפרנס, ומכאן חסרות אונים לחלוטין.

12. בעקבות מעצרו של מחמד בתחילת חודש יוני, עברה מרשתי יחד עם שתי בנותיה הקטינות להתגורר אצל חמה וחמותה החיים גם הם באזור הכפר, ואשר מסייעים בעדה בגידול הבנות והן מתגוררות שם עד היום, אך ברור כי אין מדובר בפתרון קבע.

### האיסור על הריסת בתים

13. חרף עמדתכם בעניין הריסת בתים, וחרף סירוב בית המשפט העליון לדון בטענות המשמעותיות בדבר אי חוקיות פרקטיקה זו, אנו נשוב ונעמוד על טענותינו בעניין זה.

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 אישה ושני תינוקות מתחת לגיל שלוש, 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 ביתה של מרשתי, איננה סבירה ואינה מידתית בנסיבות העניין שכן תוביל בהכרח לפגיעה קשה במרשתי ובבנותיה אשר אין כל מחלוקת שהינן חפות מפשע ובלתי מעורבות וכי לא היתה בידן כל ידיעה אודות כוונתו של מחמד ולפיכך כל דרך למנוע את המעשים.

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 הועלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה....

... הטענות שהועלו הן כבודות 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 הקטינות**

21. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה, גרו עד לאחרונה, מרשתי ושתי בנותיה ומכאן,

שהריסת המבנה יוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע, לפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהן ויותרין ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרות בית וחסרות כל.

22. העובדה כי כתוצאה מהריסת הדירות האמורות, יותרו אישה ושתי קטינות תחת גיל שלוש 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 יכובדו כללים של חוק ההומניטרי הבינלאומי 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

23. בבג"צ 7220/15 דועאא עליוה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 4.11.15), 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".

24. אך בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשתי ושתי בנותיה, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה.

25. חרף העובדה שחזרתם להשתמש בפרקטיקה של הריסת בתים מזה מספר שנים, אין כל אינדיקציה ממשית כי הדבר מביא לשיפור המצב הביטחוני, ולמעשה קיים חשש ממשי שמא פרקטיקה אכזרית זו רק גורמת להפך ומחרחרת עוד שנאה ורצון לנקמה מצד פלסטינים חפים מפשע שפוגעים בזכויותיהם ללא תכלית.

26. 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 להריסת 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...".

27. לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר מקיף ויסודי וזאת באופן מידי 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.

28. כאמור, 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 ההרס 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.

29. 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 ושורדת, 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 משפחה 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).

30. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשתי ולבנותיה 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.

31. **על כן, הנכם נדרשים שלא לבצע את הריסת ביתם של מרשתי או הריסת כל בית נוסף בטרם יערך מחקר מקיף יסודי ומעמיק ויוצגו תוצאותיו.**

32. יתרה מכך, וכמצוין לעיל, בעניינה הספציפי של מרשתי כלל לא ברור כיצד ניתן לטעון לקיומה של תכלית ההרתעה. מקום שקיים צו איסור פרסום בדבר מעורבותו של מחמד בפיגוע הנטען – ממה בדיוק הריסת הבית תרתיע? מפני מעשים שאף אחד לא יודע עליהם? ברור שהריסת הבית בעת הזו, כל עוד יש צו איסור פרסום, הינה חסרת כל תכלית.

#### **העדר תשתית עובדתית מספקת**

33. במקרה קונקרטי זה, כאשר ההליך הפלילי בעניינו של מחמד למעשה טרם התחיל, כאשר סנגורו של מחמד טרם נחשף לאישומים כנגדו לא כל שכן לחומרי החקירה, כאשר אין בידי ח"מ ולו ראשית ראיה בכל הנוגע למעורבותו הלכאורית של מחמד באירועים וכאשר חזקת חפותו עודנה עומדת, נהיר כי אין לנקוט בסנקציה כה דרקונית כהריסת בית משפחתו, עד לאחר בירור העניין באופן ממצא וזאת לאור הפגיעה הממשית באישתו ובשתי בנותיו הקטינות אשר אין כל טענה כי היתה להן כל ידיעה בדבר מעשיו של מחמד.

34. יצוין כי ככל שלטענתכם צו איסור הפרסום מונע את העברת החומרים, כי אז אין אלא להשהות במקביל את כוונתכם להרוס את ביתה של מרשתי וזאת עד שניתן יהיה להעביר את הבסיס הראייתי

המינימלי הדרוש, כך שזכותה של מרשתי ושתי בנותיה כי ההחלטה על הריסת ביתן תהיה מבוססת כדין ותיבחן תחת ביקורת שיפוטית אפקטיבית, יישמרו.

35. ממילא, ככל שמטרתה המוצהרת של ההריסה היתה ונשארה הרתעה – נהיר כי הטלת צו איסור פרסום במקרה זה מסכלת את המטרה ולפיכך לא יגרם כל נזק מהשהיית ביצוע הצו עד לאחר שאיסור הפרסום יוסר.

36. לעומת זאת, במצב הדברים הנוכחי, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי. שימוש בכלי זה תחת הנסיבות הקיימות, מדגיש ביתר שאת כי אין מדובר אלא בענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, במקרה זה בשתי תינוקות בנות שנה ושנתיים וחצי, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

37. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו ע"ב 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט (2) 225, 251; ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616; בג"צ 3648/08 סטמקה נגד שר הפנים, פ"ד נג (2) 740, 777).

38. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 11(ד) נקבע לעניין זה כי:

**"מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד"**

39. דברים דומים נקבעו גם בבג"צ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617:

**"אם שיקול הדעת המנהלי עשוי לפגוע בזכויות אדם נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותרות כל ספק."**

40. לאור האמור, לכל הפחות יש להימנע בשלב זה מהריסת ביתה של מרשתי ושתי בנותיה הקטינות, עד אשר אשמתו של מוחמד תתברר והתשתית הראייתית תועבר לעיון הח"מ. כאמור לעיל, מקום בו קיימת תשתית עובדתית לתמיכה בטענותיכם, תבקש הח"מ לקבל את החומרים הרלוונטיים ושומרת היא כאמור על זכותה להעלות כל טענה העשויה לצמוח מחומרים אה, הנוגעת לעניין.

#### **ההחלטה אינה מידתית**

41. 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 בנוב, 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 מידתית".

42. 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 חיייהם של אזרחי הצד שכנגד.** על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חיייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. **כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיננו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.** חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם". (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

43. בנסיבות המקרה דנן, לא ניתן לקבוע שמדובר בפגיעה מידתית במרשתי ושתי בנותיה: הותרת משפחה שלמה ללא קורת גג בגין מעשיו של מחמד, אשר טרם כלל נחשפו, כאשר אין כל טענה, אף לשיטתכם, כי למי מהן היתה איזשהי מעורבות ו/או ידיעה אודות כוונותיו, לא יכולה להיחשב סבירה או מדתית. כאשר אלו הם פני הדברים, עצם הקביעה כי הריסת ביתה של מרשתי ושתי בנותיה 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.

44. 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 גלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).**"

## לסיכום

45. 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 מרשתי שתי בנותיה בנות השנה והשנתיים וחצי. בדומה, נראה שלא להתרעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

46. אשר על כן, נבקשכם לחזור בכם מן הכוונה להרוס את ביתה של מרשתי ובנותיה, ובכך להימנע מגרימת נזק בלתי הפיך אשר ישפיע באופן ממשי על זכויותיהן, איכות חייהם והישרדותן.

47. בנוסף, כמבוקש לעיל, נבקש לקבל את התשתית העובדתית בדבר מעורבותו של \_\_\_\_\_ עמאירה בפיגוע.

48. עוד נבקש כי תעבירו לידנו מחקר ונתונים אמפיריים אודות אפקטיביות ההרתעה של הריסת בתים.

49. נהיר כי כל עוד ההליכים הנוגעים להריסת בית מרשתי ובנותיה תלויים ועומדים, אין לנקוט בכל פעולה שתביא לפגיעה כלשהי לביתן.

50. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשתי 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