

# 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. (Consultant)

MICHAL POMERANZ, ADV.

ANU DEULLE LUSKI, ADV.

MEISA IRSHAID, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד (יועצת)

מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

מייסא ארשיד, עו"ד

## דחוף!

17.1.17

לכבוד:

מפקד פיקוד העורף

באמצעות פקס: 08-9783349

הנדון: השגה בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית משפחתם של מר קונבר ת.ז., גב' קונבר, ת.ז., וגב' קונבר, ת.ז.

הרינו לפנות אליך בשמם של מרשנו שבנדון, מר קונבר וגב' קונבר, הוריו של הנפטר מר קונבר, ובשמה של מרשנו שבנדון, הגב' קונבר, אשתו של מר קונבר, וארבעת ילדיהם הקטינים, וזאת בהשגה על כוונתכם להחרים ולאטום את קומת המרתף וחלק מקומת הקרקע בבית מגוריהם וזאת כדלקמן:

1. ביום 12.1.17 התקבלה במשרדי הח"מ, הודעתכם בדבר כוונה להחרים ולאטום את המרתף וחלק מקומת הקרקע של בית המגורים של מרשיי לעיל, שברחוב קונבר 39 בג'בל מוכבר בירושלים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119").

2. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט בעקבות פעולותיו של מר קונבר, החשוד בביצוע פיגוע דריסה באמצעות משאית, בו קופחו חייהם של 4 חיילים באזור טיילת ארמון הנציב שבעיר בירושלים (להלן: "\_\_\_\_\_").

3. בהתאם להודעתכם ולפיה ניתן להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 17.1.17 מוגשת השגה זו.

4. במסגרת ההשגה, יטענו מרשנו כי ההחלטה להחרים ולאטום את בית מגוריהם, היא החלטה פסולה וזאת מכל הטעמים שיפורטו להלן, 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 אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ובכלל זאת בקטינים, ולאור אי ידיעה של המשפחה אודות כוונותיו של \_\_\_\_\_ והעדר יכולתה לצפות אותם.
5. לאור כל האמור, נבקשך להורות על ביטול ההחלטה האמורה.

### עיקר העובדות הרלוונטיות לעניין

6. כאמור לעיל, השגה זו היא בשמם של מר \_\_\_\_\_ קונבר, הוא אביו של \_\_\_\_\_, יליד 1938, גב' קונבר, אימו של \_\_\_\_\_, ילידת 1954, וגב' קונבר, היא אישתו של \_\_\_\_\_, אשר לה 4 ילדים בגילאים 3, 5, 6 ו-7. מרשינו למדו על אירוע הדריסה הקשה שהתרחש ביום 8.1.17, מכלי התקשורת ככל עם ישראל.
7. כפי שעולה מהצהרות אחיו של \_\_\_\_\_, מר \_\_\_\_\_ אל קונבר, לאמצעי התקשורת מיום 10.1.17, לבני המשפחה לא היתה כל ידיעה אודות כוונותיו של \_\_\_\_\_, הם אינם יודעים מדוע ביצע את הדריסה אך מהיכרותם עימו אינם מאמינים כי התכוון לעשות פיגוע מכוון (ר' לעניין זה את דברי האח לחדשות 2, הזמינים בלינק הבא: [http://www.mako.co.il/news-military/security-\(q1\\_2017/Article-142e077af978951004.htm](http://www.mako.co.il/news-military/security-(q1_2017/Article-142e077af978951004.htm)).
8. יצוין, שמרשינו הובאו לחקירה, ושוחררו בתנאים מגבילים, דבר המעיד כי לא נמצאו ראיות ממשיות על כל ידיעה או מעורבות מצידם.
9. מיד לאחר הפיגוע החלו בתקשורת הודעות של הקבינט המדיני הביטחוני על שורה של צעדים לתגובה לפיגוע, וכבר ביום 10.1.17 הגיעו כוחות הצבא לבצע מדידה של ביתם של מרשינו, וביום 12.1.17 קיבלו מרשינו הודעה בדבר כוונה למתן צו החרמה ואטימה.
10. מרשנו מתגוררים בבית פרטי באזור שכונת ג'בל מוכבר בירושלים, המצוי בבעלותו של אחמד, כשלמשפחה אין שטח או בית אחר. המבנה מורכב מקומה אחת מעל הקרקע המחולקת לשתי יחידות דיור נפרדות, ומרתף תת קרקעי. ביחידת הדיור הממוקמת בקומה העליונה בצד השמאלי של המבנה, מתגוררים מרשנו אחמד ומנווה, בדירה אשר מורכבת משני חדרים, מטבח ושירותים (להלן: "יחידת הדיור של ההורים"). ביחידת הדיור הנוספת, הממוקמת בצד הימני של המבנה, התגורר \_\_\_\_\_ עם אישתו וארבעת ילדיו, וגם יחידה זו כוללת שני חדרים, מטבח ושירותים (להלן: "יחידת הדיור של מרשתנו"). מלבד זאת המבנה כולל גם מרתף אשר בו חדר נוסף שעמד לשימוש של מרשתי, ילידה והחשוד באירוע הדריסה.
11. למען הזהירות יוער, שלמיטב הבנתנו, כוונתכם הינה לאטום את קומת המרתף ואת יחידת הדיור של מרשתנו בקומה העליונה, ולא את יחידת הדיור של הוריו של \_\_\_\_\_. השגה זו יוצאת מנקודת הנחה

עובדתית זו, וככל שלא זו כוונתכם, הנכם מתבקשים לעדכן אותנו לאלתר על מנת לאפשר לתקן את השגתנו בהתאם.

12. בהתאם, המבנה אשר בכוונתכם להחרים ולאטום מהווה את בית המגורים היחיד של מרשתי וארבעת ילדיה הקטינים, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על אטימת יחידת הדיור הימנית והמרתף בו חיו, מרשתי וילדיה יוותרו ללא קורת גג מעל ראשם, ללא מפרנס וחסרי אונים לחלוטין.

13. כמו כן, אטימת המרתף ויחידת הדיור של מרשתי עשויה לגרום לפגיעה ביחידת הדיור של ההורים. על פי מידע שנמסר לנו ממהנדס שבחן את המבנה, איטום יחידת הדיור בקומה העליונה עלול להוביל לקריסת הרצפה ביחידה זו על דירת המרתף שמתחתיה. דבר זה כשלעצמו אינו בעייתי, אך המשך רצפת יחידת דיור זו הינו הרצפה של יחידת הדיור של ההורים, ואם חלק אחד מהרצפה קורס, הוא עשוי לגרום להתרוממות של החלק השני של הרצפה בתוך יחידת הדיור של ההורים.

14. לנוכח סד הזמנים הקצר, לא התאפשר לנו להכין חו"ד הנדסית הנוגעת לנזק שעלול להיגרם ליחידת הדיור של ההורים מאטימת החדרים, אך הינכם מתבקשים להתייחס לחשש ממשי זה, והח"מ שומרות על זכות מרשיה לטעון כל טענה לעניין זה.

15. לבסוף, עצם העובדה כי צו המפקד לא פרט מהם אמצעי הזהירות שינקטו על מנת להימנע מגרימת נזק לגוף, נפש או רכוש של שאר תושבי הבית, ובכלל זאת של מרשיי, מעידה כשלעצמה כי הצו דגן ניתן כלאחר יד, מבלי לבצע את הבדיקות הנדרשות מטעם גורמי המקצוע ולפיכך אין הוא יכול לעמוד באמות המידה המקובלות לקבלת החלטה מנהלית בעלת השלכות רחבות ופגיעה ממשית בזכויות הפרט, בהיותה בלתי סבירה ובלתי מדתית.

### **האיסור על הריסת בתים**

16. 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.

17. 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. במקרה דנן, הדברים הם בבחינת קל וחומר הואיל והחרמת ואטימת המבנה, תוביל בהכרח לפגיעה קשה מנשוא בנשים, זקנים וטף.

18. 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.

19. יתר על כן. דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם הבסיסיות ביותר כבזכות לכבוד, לקיום בכבוד ולקניין. 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).

20. 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).

21. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה הכוללת במקרה זה את אביו של החשוד, איש כמעט בן 80, אישה וארבע ילדים עד גיל 7, 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)).

22. 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 לאטום את ביתה של מרשתי וילדיה, איננה סבירה ואינה מידתית בנסיבות העניין שכן תוביל בהכרח לפגיעה אנושה ובלתי הפיכה בזכויות היסוד שלהן ובאיכות חייהם, וכל זאת כאשר אין כל מחלוקת שהינם חפים מפשע ובלתי מעורבים וכי לא היתה בידם כל ידיעה אודות כוונתו של \_\_\_\_\_ ולפיכך גם לא עמדה להם כל דרך למנוע את המעשים.

23. 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 דגן 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 דגן. 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 ליעילות 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 דגן ניתן מענה מספק לטענות העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

## פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטינים

24. במקרה זה, אף שאין חולק שאטימה היא צעד מידתי יותר מהריסה, עדיין יש באטימת חדרי המבנה להוביל בהכרח לסבל רב ומיותר למרשתי ולילדיה, וקיים חשש ממשי כמפורט לעיל לפגיעה במרשינו, הוריו של \_\_\_\_\_.

25. כמצוין לעיל, להודעתכם לא צורפה חו"ד הנדסית או התייחסות לאמצעי הזהירות שינקטו על מנת למנוע נזק ביחידת הדיור של ההורים, באופן המעלה חשש ממשי שדירתם תפגע, על לא עוול בכפם.

26. אך בעיקר, העובדה כי כתוצאה מאטימת החדרים, יוותרו אישה וארבעה ילדים עד גיל 7 ללא קורת גג, מצדיקה כשלעצמה 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 מעמדו, 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 ראו בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.

27. יתרה מזאת, אף כי מדובר במבנה אחד, הטעם החוקי הבלעדי לביצוע אטימה או הריסה לפי תקנה 119 הוא קיומה של זיקה בין המבצע או החשוד בביצוע המעשים, לבין מקום מגוריו שלו. כיום, לאחר ש \_\_\_\_\_ חוסל, ואין לו עוד זיקה למבנה, אין ולא יכולה להיות כל הצדקה לפגיעה בדירת הוריו ולאטימת דירת אישתו וארבעת ילדיו, אשר בינם לבין האירועים נשוא השגה זו, אין כל קשר ולו המינימלי ביותר.

## העדר התקיימות תכלית ההרתעה

28. 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".

29. אך לאור ההתבטאויות בתקשורת של גורמי ממשלתיים שונים, ברור מעל לכל ספק שמטרת אטימת הבית אינה הרתעה של מפגעים אחרים, אלא אך ורק תגובה עונשית למעשיו של \_\_\_\_\_, מתוך ניסיון לרצות את יצר הנקם הציבורי. כך, מדבריו של שר הפנים דרעי בתקשורת, שאמנם נאמרו בנוגע לשלילת מעמד של בני משפחתו של \_\_\_\_\_, אך רוח הדברים דומה בנוגע להריסת הבית:

"מדובר בהחלטה שמסמנת עידן חדש נגד הטרור ונגד מחבלים בעלי מעמד שניצלו את מעמדם לביצוע פיגועים קשים נגד אזרחים. מעתה תהיה אפס סובלנות כלפי כל מי שמעורב בפיגועים נגד ישראל וכלפי בני משפחתו. מעתה יידע כל מי שזומם, מתכנן או שוקל לבצע פיגוע כי בני משפחתו ישלמו מחיר כבד על מעשהו. ההשלכות יהיו קשות ומרחיקות לכת, כמו בהחלטה שקיבלתי לגבי אמו ובני משפחתו של המחבל שביצע את הפיגוע בארמון הנציב בירושלים" (פורסם בעיתון "הארץ" ביום 10.1.17, <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.3228819>)

30. עם כל העצב על מותם הטראגי של קורבנות מעשיו הנוראיים של \_\_\_\_\_, הרי שתכלית עונשית-נקמנית הינה תכלית זרה להריסת ואטימת בתים, וצעד זה לא ישיב את המתים לחיים.

31. מנגד, בענייננו לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשי, מרשתי וארבעת ילדיה, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה.

32. 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 ומחזרת עוד שנאה ורצון לנקמה מצד פלסטינים חפים מפשע שפוגעים בזכויותיהם ללא תכלית.

33. 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..."

34. לאור זאת, מן הראוי היה לבצע מחקר מקיף ויסודי וזאת באופן מיידני 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.

35. יתרה מזאת. מהנתונים הקיימים בידי הח"מ עולה התמונה ההפוכה בתכלית. כך למשל, במהלך 2015-2016 בוצעו לכל הפחות 8 הריסות בתים בשכונת ג'בל מוכבר שבירושלים המזרחית

ובשכונה הצמודה לה, צור באהר, וזאת בעקבות אירועי טרור שונים. למרות זאת כפי שינתן לראות, הריסות אלה לא הרתיעו את החשוד דגן מלבצע לכאורה את הדריסה.

מ"ב עותק מרשימות ההריסות שבוצעו בין 2015-2016

36. בנוסף, בהמשך לכך, ואף אם מדובר בדוגמא אחת בלבד, בידי הח"מ להציג לפחות מקרה אחד ממנו עולה המסקנה כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה לתוצאה הפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

מ"ב עותק מהודאת נאשם אודות השלכות הפגיעה בביתו ובבני משפחתו ורצונו לבצע פיגוע בשל כך

37. כפי שניתן לראות בין היתר מהמסמכים המצורפים, אשר אינם אלא מדגם מייצג בלבד, 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.

38. 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 בקיימנה 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).

39. בהתחשב בנוק העצום והבלתי הפיך שייגרם למרשי, מרשתי וילידה כתוצאה מהמצב שייווצר, 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. על כן, הנכח

נדרשים שלא לבצע את אטימת ביתם של מרשיי או הריסת כל בית נוסף בטרם יערך מחקר מקיף יסודי ומעמיק ויוצגו תוצאותיו.

### 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 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 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 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 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 ומרשיי וארבעת הקטינים: הותרת משפחה שלמה ללא קורת גג בגין מעשיו של \_\_\_\_\_, כאשר אין כל טענה, אף לשיטתכם, כי למי מהם היתה איזשהי מעורבות ו/או ידיעה אודות כוונותיו, לא יכולה להיחשב סבירה או מדתית. כאשר אלו הם פני הדברים, עצם הקביעה כי אטימת ביתם של מרשיי וארבעת הילדים הינה מידתית פירושה כי אין למשפחה כל דרך למנוע פגיעה ממשית זאת בחיי הפרטים, זכויותיהם ורכושם, ככל שאחד מבני המשפחה מחליט על דעת עצמו וללא ידיעתם, לבצע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונות פיגועים של בני משפחה ואינה יכולה להיחשב בנסיבות אלה, לסבירה או מידתית. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע פיגועים.



43. 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

44. אטימת והריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהמציאות בשנים האחרונות מעידה. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של מרשנו, אדם כבן 80, מרשתנו וארבעת ילדיה הקטינים כולם בין הגילאים 3-7. בדומה, נראה שלא להתענה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

45. אשר על כן, נבקשם לחזור בכך מן הכוונה לאטום חלקים בבית המגורים של מרשיי, ובכך להימנע מגרימת נזק בלתי הפיך אשר ישפיע באופן ממשי על זכויותיהם, איכות חייהם והישרדותם.

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

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

48. כמו כן, במידה שיוחלט לדחות השגה זו, יש בכוונת מרשינו 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 ו/או שינוי כלשהו במבנה המיועד לאטימה.

בברכה,

מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

העתק: יועמ"ש פיקוד העורף, באמצעות פקס: 03-5694562, ובמייל [efrat.pass@gmail.com](mailto:efrat.pass@gmail.com)