

בג"צ 5942/17

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
 בעניין:

1. _____ האמד, ת.ז. _____
2. _____ האמד ת.ז. _____
3. _____ האמד ת.ז. _____
4. _____ האמד (קטין) ת.ז. _____
5. _____ האמד (קטינה) ת.ז. _____
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר
 לוטה זלצברגר, ע"ר מס' 580-163-517
 ב"כ עו"ד עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד
 אנו דעואל לוסקי ו/או עו"ד מייסא ארשיד
 רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
 טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
 באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה
 רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
 טל: 02-6466590; פקס 02-6467011

המשיב

עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחת העותרים, הממוקם בנ"צ 713805/3541294 בכפר סילוואד שבשומרון.

צו החרמה והריסה מיום 17.7.17 מצורף ומסומן נספח א'

כן מתבקש בית המשפט לתת צו על תנאי המופנה למשיב ליתן טעם מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת ואטימת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 23.7.17 בשעה 17:00, ו/או מכל

פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

במקרה דנן הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיע חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשתם. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרים, זוג הורים ושלושה מילדיהם, מתגוררים בבית פרטי בנ"צ 713805/3541294 בכפר סילואד שבשומרון. העותרים 1-2 (להלן: "ההורים") הם הוריו של _____ האמד, ת.ז. _____ (להלן: "_____"), המואשם בביצוע פיגוע דריסה בסמוך להתנחלות אפרת, במסגרתו, למרבה הצער, נהרג סמל אחי טהרלב. עמם מתגוררים שלושה מתוך שבעת ילדיהם – _____, העותרת 5, תלמידת בית ספר בת 13 שנים בלבד, _____, העותר 4, תלמיד תיכון בן 17, ו _____, העותרת 3, בת 20 אשר רק סיימה את לימודיה כמזכירה רפואית.
2. העותרת 6, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. המשיב הוא האחראי על הוצאת צו החרמה וההריסה לבית העותרים.
4. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר המשיב מבקש להחרים ולהרסו. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של _____, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע הדריסה ביום 6.4.17 בסמוך להתנחלות אפרת, בו נרצח חייל.
5. אין חולק שהמעשה המיוחס ל _____ קשה ואכזרי וכי תוצאת מעשיו טרגיות. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינם של **העותרים, שהינם בני משפחתו** ובכלל זאת אחיו הקטינים, אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה.
6. העותרים יטענו, כי אף שהמעשים המיוחסים ל _____ הם חמורים, ותוצאות מעשים אלו טראגיים ביותר, ההחלטה להחרים ולהרוס את בית מגוריהם 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 קטינים;
 - ג. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
 - ד. הריסת בית המשפחה תסכן את הבתים הסמוכים לו, ואינה נשענת על ראיות הנדסיות מספקות;

ה. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, אי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של _____ והעדר יכולתה לצפות אותם, וזאת בעיקר בנסיבות המקרה דנן בהן מדובר באדם הסובל ממחלת נפש.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

7. כאמור, צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע למבנה קרקע בו מתגוררים ההורים יחד עם שלושה מתוך שבעת ילדיהם – _____, בת 13 שנים בלבד, תלמידת בית ספר, _____, בין 17 תלמיד תיכון ו- _____, בת 20 אשר רק סיימה את לימודיה כמזכירה רפואית. הבית ממוקם בכפר סילוואד, ונפרש על פני קומה אחת. הוא מורכב משני חדרי שינה, בהם ישנים ההורים ושתי הבנות, מטבח, סלון המשמש את כל בני הבית ובו גם לן _____ (ו- _____ לפני האירוע), שירותים ומרפסת. הבית הינו בבעלות העותר 1 (להלן: "האב"), הוא מצוי על קרקע בבעלותו על פי המסמכים שבידו, ואין לו שטח או בית אחר.

8. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש להורים וילדיהם, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יותרו בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם.

9. _____, המואשם בביצוע פיגוע הדריסה, הינו צעיר בן 22 הסובל ממחלת נפש מסוג סכיזופרניה ומטופל בשל מצב זה מזה 3 וחצי שנים. לבקשת המשיב מיום 18.4.17, הועבר אליו מכתב מהפסיכיאטר האחראי אשר טיפל ב- _____, אבחן אותו כלוקה בסכיזופרניה, ורשם לו עקב זאת טיפול בתרופות ריפרדל ודקינט, ולהשגה צורף בנוסף מסמך רפואי משנת 2015 שהצליח האב למצוא ממרפאה קודמת בה טופל בנו, בה מצוין כי _____ סובל מפסיכוזה ומטופל בתרופות. כיוון שהח"מ אינה מייצגת את _____, ואין בידה טופס ויתור סודיות רפואית, מובן שאין באפשרותה להשיג מסמכים רפואיים נוספים.

פניית המשיב לקבלת מסמכים, תשובת הולמ והמסמכים הרפואיים של _____ מצורפים ומסומנים נספח ב'

10. ביום הפיגוע, הלכו האב ובנו _____ לעבודה יחד כבכל יום אחר. במהלך היום ובמועד שאינו ידוע לאב, יצא _____ מהעבודה ללא ידיעתו, ועל פי הנטען ביצע מאוחר יותר את הפיגוע. לאב אין כל ידיעה אישית אודות התרחשות האירוע, הוא אינו יודע מה הניע או גרם לבנו לבצע את המעשה המיוחס לו, לא היתה לו כל התרעה מוקדמת או סימנים מקדימים לכך ש- _____ שוקל לבצע את המעשים, והאירוע כולו הפתיע אותו ואת בני משפחתו מאוד. איש מהעותרים אינו מעורב בפוליטיקה או בפעילות אידיאולוגית, והם לא ידעו על מעורבותו של _____ בפעילויות כאלו. יצוין, כי אף על פי שבתקשורת פורסם ש- _____ מואשם גם בחברות בחמאס מאז שנת 2006, וכך גם מצוין בכתב האישום נגדו – העותרים לא ידעו על כך דבר וחצי דבר, והעניין תמוה בעיניהם, שכן _____ היה בן 13 בשנת 2006.

11. בנסיבות הללו, האב ומשפחתו לא צפו ולא יכולים היו לצפות את המקרה. לו היו ההורים יודעים או חוששים שבנם שוקל לעשות דבר שכזה, היו פועלים למנוע זאת, ואף מסגירים את _____ לידי הרשות הפלסטינית על מנת לסכל את ההתרחשות הטראגית. יצוין עוד, כי ההורים חושדים שבימים שלפני

האירוע, בנם הפסיק לקחת את תרופותיו, שכן לאחר מעצרו של _____ גילה האב שחפיסת התרופות שלו מלאה (דבר שעולה גם מדבריו של _____ עצמו, כפי שיפורט בהמשך).

12. יוער, כי ההליך הפלילי כנגד _____ מצוי בראשית דרכו, כאשר בשלב זה אף טרם התמנה סגור לייצוגו, ובוודאי שטרם נתבררה שאלת כשירותו המשפטית לעמוד לדין בשים לב למצבו הנפשי.

13. ביום 3.7.17 התקבלה במשרדי הח"מ הודעת המשיב בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים בו מתגוררים העותרים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "**תקנה 119**"). על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של בנם של ההורים, _____, אשר "ביצע פיגוע דריסה ביום 6 באפריל 2017 במסגרתו רצח את סמל אלחי טהרלב". בהתאם להודעה, ניתן היה להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 6.7.17.

הודעת המשיב על כוונה להחרים ולהרוס את בית העותרים מיום 3.7.17 מצורפת ומסומנת **נספח ג'**

14. ביום 6.7.17 הגישו הח"מ השגה בהולה כנגד כוונת המשיב להחרים ולהרוס את המבנה. במסגרת ההשגה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את בית משפחת העותרים היא פסולה בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינה מקיימת תכלית הרתעתית, ושתביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, בהם קטינים, ושאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. בפרט נטען כי למשפחת העותרים לא היתה כל ידיעה, או יכולת לדעת, אודות כוונותיו של _____, וכי אין להענישם שבל העובדה ש _____ סובל מסכיזופרניה.

השגה נגד הריסת בית העותרים מיום 6.7.17 מצורפת ומסומנת **נספח ד'**

15. ביום 17.7.17 בשעות אחר הצהריים המאוחרות נתקבלה במשרדי הח"מ תשובת המשיב ולפיה נדחתה ההשגה, יחד עם צו המורה על הריסת בית העותרים (נספח א' לעיל). בתשובה נטען כי אין מניעה להרוס את ביתם של העותרים, זאת בשל מעורבותו של _____ בפיגוע הדריסה, בשל העובדה שאופן ההריסה אינו מסכן את הבתים הסמוכים לבית העותרים, ומכיוון שהריסת בתי מחבלים היא אמצעי מידתי המקדם תכלית הרתעתית. למענה להשגה צורפו, מלבד הצו, כתב האישום נגד _____, הודעתו במשטרה, חו"ד רפואית והתייחסות למזכר רפואי מטעם העותרים (יוער שההתייחסות היא רק למסמך אחד מתוך שני מסמכים רפואיים אותם המציאו העותרים למשיב בנוגע למצבו הנפשי של _____, נספח ב' לעיל). בתשובת המשיב נכתב כי צו ההריסה לא יבוצע לפני יום חמישי, 20.7.17, בשעה 14:00.

מענה להשגה מטעם המשיב, על נספחיה, מצורף ומסומן **נספח ה'**

16. מיד עם קבלת תשובת המשיב, פנתה הח"מ ליועמ"ש איו"ש בדרישה לקבלת ארכה לביצוע צו ההריסה, לצורך הגשת עתירה זו, בשים לב לחוסר ההגינות והסבירות במתן שני ימי עבודה בלבד לצורך כתיבה והגשת העתירה, וזאת בפרט כאשר למענה להשגה צורפו מסמכים רבים שלא היו בידי העותרים קודם לכן. במענה לפנייה זו נציג יועמ"ש איו"ש האריך את המועד עד ליום 24.7.17 בשעה 10:00. בצהרי יום שבת, 22.7.17, הודיע נציג יועמ"ש איו"ש כי בשל המצב הביטחוני, הוחלט להקדים את המועד לביצוע ההריסה ליום 23.7.17 בשעה 17:00.

בקשת הארכה והתשובה וההודעה על ההקדמה מצורפים ומסומנים נספח ו'

17. מכאן עתירה זו, שנכתבה בחיפזון רב, ועל כן הח"מ מתנצלת מראש אם יש בה טעויות קלות. יוער, שהתנהלות המשיב שהקדים את המועד לביצוע ההריסה בהתראה כה קצרה – כאשר קשה להשתכנע בתועלת הביטחונית בהקדמה כזו – חייבה את הח"מ לעבוד בשבת, והינה בלתי ראויה.
18. עוד יובהר כי אף שצו ההריסה מתייחס לביתם של העותרים בלבד, קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה יגרום לנזק ממשי לבתים הסמוכים לביתם של העותרים, בהם מתגוררים 4 אחיו של האב ובני משפחותיהם, וביניהם נשים, קטינים וטף, הממוקמים מטרים ספורים בלבד מביתם של העותרים.
19. בתגובתו להשגה (נספח ה' לעיל) מציין המשיב כי ההריסה המתוכננת תבוצע בעזרת ציוד מכני הנדסי, על בסיס חוות דעת הנדסית מפורטת. עם זאת, חוות הדעת מטעמו לא צורפה לתגובה ולא ניתן לדעת עד כמה היא אכן מכילה "לקיחה בחשבון של הסיכונים לגרימת נזק לבתים בסביבה".

הטיעון המשפטי

20. עתירה זו סובבת סביב הטענה העקרונית בדבר איסור פגיעה בחפים מפשע, בלתי מעורבים, אשר כל חטאם הוא קרבתם המשפחתית לאדם אחר, אשר כנגדו הוגש כתב אישום חמור בגין מעשה רצח. כפי שיפורט להלן, העותרים, משפחה בת 5 נפשות הכוללת שני קטינים, לא היו מודעים בשום שלב לכוונותיו, נטיותיו או רצונותיו של בן משפחתם, לא היתה להם כל אפשרות או יכולת למנוע את מעשיו בזמן אמת או בטרם לכך אך למרות האמור, כיום נאלצים הם להיאבק בכל כוחם על ביתם ושרידותם והכל באמצעים הדלים העומדים לרשותם.
21. כבר בראשית הדברים יצוין כי ההליך המשפטי בענייננו של הנאשם טרם החל, כאשר למיטב ידיעת הח"מ לנאשם אף לא מונה עורך דין ובמקביל בפיו טעות כבדות משקל באשר למצבו הנפשי כיום ובעת ביצוע המעשים, הדורשים ברור עובדתי ומשפטי כאחד. בנסיבות הללו, נראה כי ההחלטה להרוס את בית משפחת העותרים, אשר כעולה מחומר החקירה ומגרסת הנאשם באופן מפורש ובלתי משתמע לשתני פנים, לא היו מודעים כלל למעשיו, הינה בלתי סבירה בעליל.
22. למרות שהמדובר במעשה החמור ביותר בספר החוקים, אין אנו עוסקים בהענשת המבצע אלא בניסיון להרתיע לכאורה אחרים מלבצע מעשים דומים. בנסיבות אלה, מקום בו מבקשת המדינה לעשות שימוש בסנקציה כה דרקונית כהריסת בית המשפחה של חפים מפשע, עליה לנקוט במשנה זהירות כפול ומכופל ולכל הפחות להתבסס על תשתית עובדתית משכנעת כך שמטרתה המוצהרת בדבר הרתעה – תתממש. ואולם, כאשר מחד, ברקע מעשיו של _____ עומדת מחלת נפש קשה אשר טרם התבררה ולו באופן התחלתי ומאידיך, אין כל אינדיקציה או רמז לכך כי העותרים היו מעורבים או מודעים לכוונותיו ומעשיו, מעשה ההריסה הופך לבלתי מידתי, בלתי אנושי וכזה אשר אין בכוחו למלא אחר מטרתו המוצהרת.

האיסור על הריסת בתים

23. אף שהטענות העקרוניות בעניין חוסר חוקיות הריסות בתים נדחות פעם אחר פעם על ידי בית המשפט הנכבד וללא דיון מהותי בהן (מלבד מספר הסתייגויות של שופטים נכבדים שונים, כפי שיפורט להלן), הח"מ רואות מחובתן לשוב ולהזכיר דברים אלו, בתקווה שיום יבוא ויתקיים בהם דיון מעמיק.

24. 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.

25. הריסת בית מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "לא יומתו אבות 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). יצוין, כי גם אם לשיטת המשיב מטרת האטימה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ובמבחן התוצאה מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה כפי שנעמוד על כך, מוטלת בספק.

26. 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 והריסת הבית פוגעת בבני משפחה חפים מפשע, בהם קטינים, אשר לא היה במעשיהם כדי להביא להריסה, וממילא אין ביכולתם להשפיע על החלטת המשיב, פוגעת היא פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלוני נ' שר הביטחון).

27. הריסת בתים, אינם חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססים על תקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945, דבר חקיקה מנדטורי. צעד זה מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי המינהגי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסייה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו והמשפט 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).

28. החרמת והריסת בית העותרים מנוגדת לאיסור בדיני הכיבוש על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (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 אסורה."

"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".

29. כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה, 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.

30. הריסת בתים מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי המחייב את המשיב, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 30.1.2008); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2005)).

31. 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 (סעיף 26); ומהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).

32. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על פרשנות האמנה ובחינת יישומה במדינות החברות, קבעה בהחלטה משנת 2003 כי הריסת בתים ובכלל זאת איטמתם מנוגדת לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה (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 על מדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).

33. רק לאחרונה, במסגרת ההערות המסכמות של וועדת האו"ם האמונה על יישום האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (CAT) בנוגע לישראל מחודש מאי 2016, ציינה הוועדה שהיא "מודאגת כי מדיניות הריסות הבתים העונשיות בהם התגוררו עבריינים או עבריינים לכאורה בביצוע פיגועים נגד ישראלים חודשה ביולי 2014 לאחר שהושעתה ולא היתה בשימוש מאז 2005" וכי "על המדינה החברה [מדינת ישראל – מ.פ.] לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי לשים קץ מדיניות הריסות הבתים העונשיות, מכיוון שהיא מפרה את סעיף 16 לאמנה [הסעיף הקובע שמדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים – מ.פ.] (מתוך התרגום לעברית שנערך על ידי משרד המשפטים, אשר זמין בלינק

<http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCo>

[mmittees/ConclusionsHebrew2016.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCo/mmittees/ConclusionsHebrew2016.pdf).

34. הריסת בתים עומדת גם בסתירה לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966, אושרה 1991), המעגנת בסעיף 11 את הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים, ובסעיף 10 את ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי.

35. העותרים יפנו בהקשר זה לחוות דעת מומחים שצורפה לבקשה לדיון נוסף, דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15) (להלן: "הבקשה לדיון נוסף"), שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמיניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

36. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי 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, בין היתר של סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא קובע כעבירה פלילית: "unlawfully extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly".

37. בחוות הדעת מוסבר כי הריסת בתים אינדיבידואלית ככל הנראה לא תיחשב כפגיעה רחבת היקף, כפי שנדרש בסעיף, ואולם:

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). ובהמשך "עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתיפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו" (עמ' 23 לחוות הדעת).

38. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיב עלולה להיחשב כפשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית. על אף שאין התייחסות ישירה לענישה קולקטיבית כפשע מלחמה באמנת רומא, זו עשויה להיחשב כ-"יחס לא אנושי", פעם נוספת לפי סעיף 8(2)(a)(iv). בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות דעת כי "קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

39. 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 הפלילי הבינלאומי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שהפרות אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

40. כאמור לעיל, לא נעלם מעיני הח"מ כי טענות אלו כבר נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט הנכבד, וכי אף הבקשה לדיון נוסף נדחתה לבסוף. שופטי בית המשפט הנכבד שבים וקובעים בפסיקה בנושא זה כי "לא בכל עתירה יש מקום לשוב ולהידרש לשאלות העקרוניות בנוגע לסמכות המשיב". ובכן, לא בכל עתירה, אך מן הראוי להידרש לפחות פעם אחת לנושא ביסודיות, זאת כאשר הטענות העקרוניות לעיל, שהועלו גם בבקשה לדיון נוסף ובעתירות נוספות, לפיהן מדיניות המשיב בדבר הריסת ואטימת בתיים של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיוגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – **מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ובעת האחרונה מספר שופטים הביעו עמדה לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש.** מכאן, שאף שבית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיב בעשרות פסקי דין במהלך תקופה זו, הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות משקל אלו, אשר מן הראוי לדון בהן.

41. הח"מ מודעות לקושי המוסדי בבחינה מחודשת של מדיניות שאושרה על ידי בית המשפט הנכבד במשך תקופה ארוכה ובפסיקה רבה, אך לאור השלכותיה הקשות של מדיניות זו, ולאור כובד הטענות, המגובות בחוות דעת המומחים לעיל, אין לעותרים אלא לקוות כי יבוא היום שבית המשפט הנכבד ייעתר לבקשה לדון בכובד ראש בטענות אלו. כפי שבית המשפט הנכבד דחה עתירות כנגד עינויים בחקירות שב"כ במשך תקופה ארוכה, עד שראה לנכון להתערב בפרקטיקה פסולה זו, יש לקוות שדין דומה יהיה לפרקטיקה הפסולה של הריסות בתים בנסיבות כאלה.

42. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה 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 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 דנן ניתן מענה מספק לטענות העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

(וראו גם עמדתו הדומה של כב' השופט מזוז בפסקה 2 לבג"ץ 8150/15 דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15) (להלן: עניין אבו ג'מל))

43. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנם עותרים קונקרטיים אשר אמורים על פי החלטת המשיב לאבד את ביתם, והכוונה לעותר, לעותרת ולשלושת ילדיהם, שניים מהם קטינים, הצורך לקיים דיון מהותי בטענות כבודת המשקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי הולך ומתחזק.

44. כפי שצוין כאמור גם בהחלטת בית המשפט הנכבד בבקשה לדיון נוסף, ישנו יתרון ברור בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר הפרטני והוא באפשרות לדון לעומק ולרוחב בתוצאותיה של מדיניות זו, כפי שאלו ניבטות מהמקרה הקונקרטי, תוך התייחסות למגוון הקשיים הטמונים במדיניות זו, ולא רק באופן תיאורטי.

פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטינים

45. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה מתגוררים כיום העותרים 1-2 ושלושת ילדיהם, שניים מהם קטינים בגילאים 13-17.

46. לעותרים לא היתה כל ידיעה או מעורבות אודות מעשיו של _____, וחזקה על גורמי החקירה כי לו היתה קיימת בידם תשתית ראיתית המקימה לכל הפחות חשד סביר למעורבותם במעשיו של _____, אף אם עקיפה בלבד, או ידיעה כלשהי כי ידעו על מעשיו ולא מנעו זאת, כי אז היו ממצים עימם את הדיון. מקום שלא ננקטו נגד העותרים הליכים, יש בכך להעיד על העדר תשתית עובדתית לכל מעורבות או ידיעה שלהם לגבי מעשיו של _____.

47. אך יתרה מזאת. מחומר הראיות שהועבר לידי הח"מ במענה להשגה ושעל בסיסו הוגש כתב האישום כנגד _____, עולה במפורש כי לעותרים כולם לא היתה כל ידיעה בדבר כוונותיו של בן משפחתם, הם אינם מעורבים באירוע ולא היה בידם בכדי למנוע אותו. למרות האמור, הוחלט על הריסת ביתם באופן בלתי הפיך ופגיעה אנושה בזכויותיהם.

48. _____ בחקירותיו הודה בביצוע הפיגוע (אף כי נותרה מחלוקת באשר למצבו הנפשי בעת המעשים), ועל בסיס הודאתו הוגש כתב האישום במקרה זה. כפי שעולה גם מכתב האישום, במסגרת הודאתו סיפר _____ כי חשב על ביצוע הפיגוע במשך השנה החולפת, במספר הזדמנויות שונות. במסגרת חקירותיו, נשאל _____ שוב ושוב, למי סיפר אודות כוונותיו ומחשבותיו לבצע את המעשים במהלך שנה זו ובטרם ביצע את העבירה, וחזר והשיב כי לא סיפר לאף אחד אודות רצונו לבצע את המעשים, כי לא דיבר על הנושא, ולא התייעץ עם אף גורם שהוא באשר למיקום ביצועו (ר' למשל, חקירתו של _____ מיום 6.4.17 בשעה 11:33 עמ' 3 ש' 47-48, עמ' 4 ש' 77-78, עמ' 5 ש' 123-124, להלן: "החקירה הראשונה". ראה גם את חקירתו מיום 16.4.17 בשעה 09:28 בעמ' 2 ש' 48-49, עמ' 3 ש' 74-75, להלן: "חקירתו השנייה").

49. עוד עלה מחקירתו של _____ כי לאחר שהגיע יחד עם אביו למקום עבודתם, הוא נטל את מפתחות הרכב של אביו מבגדי האב ללא רשותו וללא ידיעתו, ומבלי שאמר לו לאן הוא מתכוון לנסוע (ר' חקירתו הראשונה, עמ' 5 ש' 109-110). _____ ציין בחקירתו כי את הרעיון לבצע את המעשים קיבל

ממפגעים אחרים בכפרו שביצעו מעשים דומים, כשדבריו אף אחד מהם אינו מבין קרוביו (ר' חקירה ראשונה, עמ' 4 ש' 86).

50. יתרה מזאת. _____ נשאל על ידי חוקריו מדוע לא סיפר לאף אחד אודות כוונותיו והשיב באופן מפורש כי לא רצה שידעו שכן אז, היו מנסים למנוע ממנו לבצע את המעשים (חקירה ראשונה, עמ' 4 ש' 79) והמשיך ותאר את המעשה עצמו כפעולה ספונטנית עליה החליט באותו רגע כאשר ראה את המחוסם, ללא תכנון מעשי מוקדם (ר' חקירתו מיום 4.5.17, שעה 15:00 עמ' 2 ש' 30-31).

51. בנוסף לאמור, מהמסמכים שצורפו לעיל ומהמידע שבידי הוריו של _____, בפי הנאשם טענות ממשיות הנוגעות למחלת נפש ממנה הוא סובל. אף כי טענות אלה נבחנו ונדחו על ידי המשיב, הואיל ואנו מצויים בראשיתו של ההליך הפלילי שעתיד להתקיים בעניינו, ומשלנאשם זה ככל נאשם אחר, עומדת חזקת החפות והזכות להליך הוגן, הכוללת בין היתר ניהול פרשת הגנה ובכלל זאת הגשת חוות דעת נגדית של מומחה מטעמו, נדמה כי מוקדם עוד להכריע בסוגיה משמעותית זו, אשר לה השלכות מהותיות על תוצאות ההליך הפלילי המתנהל כנגד _____, כולו, ובוודאי שיש לה השלכות מהותיות על החלטת המשיב בעניינם של העותרים.

52. יוער עוד, שבחוות הדעת הפסיכיאטרית שצורפה למענה להשגה, מצוין ש _____ אמר שעשה את הפיגוע "כי הוא הסתכל בטלוויזיה ורצה להיפטר מהחיים, לא יודע מדוע. חשב שאם הוא ירצה אנשים אחרים, הוא יהיה שהיד והוא יהרג". כן ציין _____ בפני הפסיכיאטר שהוא לא ישן שלושה ימים כי לא קיבל את התרופה. בכל אלה יש להעלות סימני שאלה של ממש אודות מצבו הנפשי של _____.

53. בנסיבות הללו, משנהיר וברור כי לבני המשפחה לא היתה כל ידיעה אודות כוונותיו של _____ לבצע פיגוע, לא באופן כללי וודאי שלא באופן קונקרטי, בין אם משום ש _____ לא שיתף מעולם אף אחד מהם במחשבותיו, בין אם משום שהמעשה בוצע באופן ספונטני, הריסת ביתם מהווה מעשה בלתי סביר ובלתי מידתי.

54. בבג"צ 1631/16, 1638/16 סבאא יעקוב עליווי ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, ציינה כב' השופטת ברון בדעת מיעוט לעניין זה כי:

"הנה כי כן, וכפי שכבר ציינתי בהחלטה הקודמת... השיקול של חומרת המעשים המיוחסים למחבל אינו ניצב לבדו בבחינת המידתיות של צו ההריסה. כאשר מדובר בקורת הגג המשתמשת למגורים של בני משפחה חפים מפשע, שאינם מודעים לא כל שכן מעורבים במעשה הטרור (לא במישרין, לא בעקיפין ולא באופן קונסטרוקטיבי) דעתי היא כי הריסת הבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות האדם חוקתיות מן המעלה הראשונה... בעוד הוא [המעורב ממעגל שני – ה.ש, א.ד.ל] עתיד לכלות את ימיו מאחורי סוגר ובריח, מי שמתגורר בדירה המיועדת להריסה הם שמונה ילדים קטינים ואימם – שביחס אליהם אף לא נטען שהיתה להם מעורבות או מודעות למעשיו הנפשעים של עליוה. בנסיבות אלה, דעתי היא כי הריסת הבית אינה מידתית".

55. גם כבוד השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדה זו אף כי בדעת מיעוט (בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015)), ונימק זאת במישור המידתיות:

"מן הטעם הזה, ומן הטעם הזה בלבד, הייתי נוטה ברגיל (הגם שלא במקרה זה, כפי שיפורט להלן) לדעה כי יישום הדין הקיים יש בו כדי להוביל לתוצאה שאליה הגיע במקרה זה חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, היינו: לדחיית העתירות. מן הטעם הזה – לאמור: שאלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת הגלומה בה. ובמה דברים אמורים?"

[..] למול תועלת זו, על הספקות שהובעו ביחס אליה, יש לשקול את תוצאתו הקשה של המעשה. דבר אחד הוא הריסת ביתו של זה אשר ביקש לקום עלינו לכלותינו כשהוא גר בו לבדו; דבר אחר הוא הריסת מבנה שבו גרים בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בתכניתו הזדונית, ושבתם קורס עליהם על לא עוול בכפם. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (עניין ג'נימאת (בדעת מיעוט)).

לדברים נכוחים אלה מצטרף גם אני. אוסיף כי לגבי דידי אין להשקיף על פגיעת הריסת הבית כעל פגיעה כלכלית או רכושית בלבד (השוו לעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג), מה גם שבפגיעה זו כשלעצמה אין להקל ראש, שהלא הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 623 (2002); ראו גם בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561-563 (2005)). והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית מהגשמת תכלית התקנה – היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית. והכל נאמר בקליפת אגוז, שהרי לא זו ההלכה שיצאה מבית משפט זה. על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית". (הדגשים הוספו)

56. השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן/הבעל/האב סותר באופן חזיתי שאינו ניתן ליישוב את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ עג'ורי לעיל – בעוד שבית המשפט הנכבד משתמש בפסקי דין קודמים בנוגע לתקנה 119 כנימוק לדחיית הטענות העקרונית, הח"מ לא מצאו כל פסק דין המיישב את הסתירות בין ההלכה בעניין תקנה 119 לבין ההלכה בעניין עג'ורי.

57. בעניין עג'ורי אמנם נדונה חוקיות הוצאת "צו תיחום מקום מגורים" מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון, אך המקור הנורמטיבי לשתי הסמכויות – הן צו תיחום והן צו הריסה מכוח תקנה 119 – הוא זהה, ונגזר מדיני התפיסה הלוחמתית. כפי שנקבע בעניין עג'ורי:

"נקודת המוצא שלנו הינה כי לשם מתן מענה על שאלת סמכותו של מפקד האזור אין די בקביעה כי הצו המתקן (או כל צו אחר של מפקד האזור) מעניק סמכות למפקד הצבאי לתחום את מקום מגוריו של תושב האזור. הטעם לכך הוא שסמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל-פיהם ייקבע כוחו." (שם, בפסקה 13)

58. בנוסף, הרקע והתכלית לשתי הסמכויות דומה. הרקע והתכלית בעניינו ידוע ומוכר, ובדומה גם בעניין עג'ורי, "ועדת השרים לביטחון לאומי ביקשה לנקוט שורת צעדים אחרים שנועדו לשם מניעת ביצוע של מעשי טרור נוספים והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם". אך חרף דמיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, והעותרים יטענו כי יש להחילם גם בעניינו, ואף במקרה בו מדובר באטימת חלקים מהמבנה בלבד. כך, נקבע שם כי:

"עניין הרמה הראשונה, מקובל על כל הצדדים שלפנינו – וזו גם דעתנו – כי תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם על-פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. [...]. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים." (שם, בפסקה 24)

ובהמשך:

"מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאותו מקום מגוריו מבקשים לתחם, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו בדרך-כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות, שגם אם אינן קבילות בבית-משפט, הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור" (פסקה 25)

"המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד" (שם, בפסקה 27).

59. בהמשך לקביעות אלו, נדונו 3 מקרים פרטניים. שני צווי תיחום אושרו – אחד של אחות של מחבל שנקבע שסייעה סיוע ישיר וממשי לפעילותו החמורה של אחיה, ואחד הוא של אחיו של אותו מחבל, שידע שהוא מבוקש, היה מודע למעשיו והיה מעורב בפעילותו. מנגד, צו תיחום שלישי בוטל, בעניינו

של אח של מחבל אחר, שנקבע שאמנם היה מודע שהוא מבוקש וסיפק לו מזון ובגדים כאשר הגיע לביתו, אך נקבע כי "בכך בלבד לא די כדי לתחם את מקום מגוריו הוא. הפעולות האקטיביות שנקט בסיוע לאחיו נופלות מרמת הסיכון הנדרשת על-פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולהוראות הצו המתקן. אין בהתנהגותו שלו אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לביטחון האזור המאפשרת תיחום מקום מגוריו" (שם, בפסקה 39).

60. ברי, כי עניינם של העותרים קרוב יותר לענייניו של המקרה השלישי, הואיל ובמקרה זה אין כל אינדיקציה כי מי מתוך העותרים ידעו על כוונותיו של _____.

61. מקום שהמקור הנורמטיבי של שתי הסמכויות הוא דומה, לא ברור כיצד ניתן להצדיק פער זה בין הגבולות שנקבעו לשימוש בצו תיחום מגורים לגבולות שנקבעו לשימוש בתקנה 119, וזאת כאשר הפגיעה הכרוכה בתקנה 119 קשה הרבה יותר. המדובר בסתירה חזיתית, והעותרים יטענו כי יש להחיל את אותן אמות מידה שנקבעו בעניין עג'ורי, ואשר מעוגנות במשפט הבינלאומי המחייב את המשיב בהקשר זה, גם בעניינם.

62. לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר בבית אשר בכוונת המשיב להרוס, הם העותרים 1-2 ושלושת ילדיהם, אשר ביחס לכולם אין כיום כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של _____, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.

63. יתרה מזאת. הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מההריסה לשני הקטינים, מנוגדת למחויבותיה 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 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".

64. מכאן, שהריסת בית המשפחה מהווה הפרה של חובותיה של ישראל על פי הוראות המשפט הבינלאומי ותוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים וקטינים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם, ויותר אותם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

65. לצד זאת, העובדה כי מעל האירוע מרחפת טענתו של _____ לבעיה נפשית חמורה העומדת לכאורה ברקע המעשים, אשר טרם התבררה בפני ערכאה שיפוטית וטרם ניתנה לו ההזדמנות להוכיחה, מחזקת את חוסר הסבירות שבהריסת בני המשפחה. לא רק כי הדבר עומד בניגוד לדרישת הפסיקה לקיומן של

ראיות מנהליות ברורות וחד משמעיות, נהיר כי באם ימצא שהפיגוע אכן בוצע בנסיבות שכאלה, כי אז הדבר ישפיע באופן ממשי על שאלת ההרתעה, הכל כפי שיפורט להלן.

66. כפי שנקבע בבג"צ 4597/14 עואודה נ' **המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (מיום 1.7.14, בפסקה 25), וכן בפסיקה רבה לפני כן, "אין חולק כי הסנקציה שבתקנה 119 היא סנקציה חמורה ופגיעה בזכויות יסוד של המפגע ובעיקר של בני משפחתו – פגיעה קשה היא; על כן נדרש שהראיות המנהליות יהיו חזקות במיוחד; ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנות"..." (להלן: "עניין עואודה").

67. בבג"צ 1014/16 סקאפי ואח' נ' **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, עסק בית המשפט הנכבד בחוקיות צו הריסה אחר, שהוצא בעקבות אירוע דרסה במסגרתו נהרג שוטר. באותו מקרה ובדומה למקרה דנן, היו בידי המשטרה את עדויות שוטרי משמר הגבול, סרטון המתעד את נסיעת הרכב, ואף סכין קפיצית (של 10 ס"מ) שנמצאה ברכב הפוגע. כב' השופט זילברטל התייחס בחוות דעתו לרף הראייתי הדרוש לצורך הפעלת תקנה 119 (בפסקה 4 – 5 לחוות דעתו), וציין כי לא ניתן לקבוע בוודאות שדובר באירוע דריסה מכוון אף כי קיים סרטון ווידאו וכי יש צורך בראיות נוספות תומכות כגון חוות דעת של בוחן תנועה לצורך עמידה ברף הראייתי הדרוש למימוש הצו:

"אכן, מדובר בצבר נתונים משמעותיים שיכול, בנסיבות מסוימות, להוביל למסקנה סבירה כי מדובר בפיגוע מכוון. אלא שלהשקפתי אין להתבונן רק על ה"יש", ובנסיבות המקרה ראוי ליתן משקל גם "לחסר הראייתי", שלא היתה מניעה להשלימו..."

הנה כי כן יש לוודא לא רק שהראיות שפני הרשות יוצרות "תשתית מוצקה" לתמיכה בהחלטה, אלא גם שהליך איסוף הראיות נערך "כראוי ובאורך סביר"... יש להביא בחשבון גם את האפשרות שאילו הנתונים הנוספים היו מושגים, הסמכות לא היתה מופעלת, או שהיתה מופעלת באופן אחר... **ואולם, דווקא לרקע "הטיה" אפשרית זו בנייתו הראיות המנהליות...ראוי היה למעצר לנסות ולהשיג ראיות נוספות על מנת שהתמונה תהיה מלאה ושלמה ככל הניתן ולא תושפע מהשערות והמנחת המבוקש."**

68. דברים אלה יפים גם לעניינו – ברור שאם ימצא ש _____ לא היה כשיר נפשית בעת ביצוע הפיגוע, אזי אין כל תוקף לתכלית ההרתעתית, שהיא בבסיס החלטת המשיב בעניינם של העותרים.

העדר חוות דעת הנדסית ופירוט לגבי אופן ביצוע ההריסה

69. כמפורט לעיל, העותרים חוששים שכתוצאה מההריסה המתוכננת יפגעו גם בתי השכנים הסמוכים, בהם מתגוררים בין היתר משפחותיהם של אחיו של האב. ואולם, חרף בקשת העותרים בהשגה שהוגשה מטעמם, לא הועברה לידם עד לכתיבת שורות אלה חוות דעת הנדסית מטעם המשיב, אלא רק הסבר לקוני שהוחלט לפעול להריסת הבית באמצעות ציוד הנדסי מכני, על בסיס חוות דעת הנדסית מפורטת, על מנת למזער את הפגיעה בבתים בסביבה.

70. על מנת לאפשר לעותרים וכן לבית המשפט הנכבד להתייחס באופן אפקטיבי להשלכות שעלולות להיות להריסה המתוכננת על בתי השכנים, עליהם לקבל את כלל המידע הרלוונטי לעניין ולשם כך הרי שנדרש מהמשיב להציג את חוות הדעת ההנדסית. 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".

71. ויודגש, כי התעקשות העותרים בעניין זה אינה סתמית. כך, 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 עואודה התחייב המשיב 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.

72. כך גם בבג"צ סידר, שם צרפה המדינה מיוזמתה את חוות הדעת ההנדסית, התייחס בית המשפט העליון בחריפות לפסול שיש בגרימת נזקים לצדדים שלישיים, כמו גם לאפשרות לחייב את המדינה לפצותם מקום בו דירותיהם עלולות להינזק כתוצאה מפעולת ההריסה (ר' לעניין זה גם את פסק הדין בבג"צ 7040/15 חאמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 58).

73. תוצאות קשות אלה, אשר הותירו משפחות שלמות ללא קורת גג, מלמדות על הצורך והחשיבות המוגברת למסור לידי העותרים את תכניות ההריסה וחוות הדעת ההנדסית, זאת בטרם מימוש הצו ובהתאם לכך לאפשר להם להשלים את טיעוניהם לכשיתקבלו כלל החומרים הרלוונטיים.

חוסר מידתיות החלטת המשיב

74. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה שלא חטאו בדבר, נקבע כי הריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובצמצום, וכי על הפעלת הסמכות לעמוד 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 (1) 353, 359). כפי שיטען להלן, ההחלטה להרוס את בית משפחת העותרים, אשר כל חטאם מתמצא בהיותם בני משפחתו של _____, אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

75. הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו להרוס בתים במסגרת תקנה 119:

"אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאין בית משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם". (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 699)

76. בעניין עואודה שצוין לעיל קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות:

"... 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".

77. וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, שניתנה ביום 12.11.15, ציינה כב' הנשיאה נאור כי:

"אין ספק שהסוגיה של הריסת בתים מעוררת "שאלות קשות" ואף לעתים "דילמה מוסרית" (פס"ט"ז לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין). לנוכח האמור ובשים לב לפגיעה הקשה שגורמת הריסתו של בית לזכויותיהם של המתגוררים בו, נקבע בפסיקה כי יש לעשות זאת במשורה (שם), **במקרים שבהם תכלית ההרתעה אכן מוגשמת ובכפוף לדרישת המידתיות** (שם, פס"י"ח וההפניות בה; כן ראו פס"כ"ג). כפי שציינתי "במבט צופה פני עתיד" השופט א' רובינשטיין בפסק-הדין מושא הבקשה, על המדינה מוטלת חובה להמשיך ולבדוק מעת לעת את יעילותה של המדיניות המתוארת:

"כדי שהריסת בתים מכוח תקנה 119 תעמוד במבחן המידתיות, יש לבחון, ככלל, האם היא אכן אפקטיבית ומגשימה את תכלית ההרתעה... עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; [...] 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" (שם, פס"כ"ד, כ"ז; וראו גם פס" 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות).

דברים אלה מהווים "צעד מדוד" נוסף שצעד בית-משפט זה בפסק הדין מושא הבקשה. אכן, השימוש בהריסת בתים נועד להגשים את תכליתו, במקרים שבהם התועלת הגלומה בו עולה על הנזק שהוא גורם. **יש אפוא לבחון כל עת אם אכן – הן בכלל, הן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – הריסת הבית היא מידתית.** החלטתי זו ניתנת בד בבד עם פרסום פסק-הדין העוסק בעתירות קונקרטיות ולא תיאורטיות (בג"ץ 7040/15, 7076/15, 7077/15, 7079/15, 7081/15, 7082/15, 7084/15, 7085/15, 7087/15, 7092/15, 7180/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015)) אשר בהן ניתן ביטוי קונקרטי שונה לגבי אפקטיביות ההרתעה במקרים ספציפיים. (שם, פס" 6) [ההדגשות אינן במקור]

78. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האפשרות שההריסה תביא להרתעה בנסיבות האמורות, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

79. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), הדגיש בית המשפט זה 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)

80. במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כלו כל הקיצין. הראיה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של מפגעים אזרחי ישראל, יהודים וערבים כאחד, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות משני הצדדים.

81. במקרה שלפנינו יטענו העותרים, כי הותרת משפחה בת 5 נפשות הכוללת קטינים ללא קורת גג, אינה יכולה להיחשב לסבירה, בנסיבות בהן אף אחד מבני המשפחה לא היו מעורבים במעשיו של _____ ולא היו לכך כל סימנים מקדימים, שכן כפי שהצהיר מפורשות מעולם לא חלק את מחשבותיו בנושא עם אף אחד מבני משפחתו. מכאן כי המשיב פועל תוך חריגה מעקרונות לעיל, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 בנסיבות דגן וכנגד המשפחה, היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין ומוביל לפגיעה בלתי מידתית.

תכלית עונשית ולא הרתעתית

82. 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".

83. אך לאור ההתבטאויות בתקשורת של גורמי ממשלתיים שונים, ברור מעל לכל ספק שמטרת הריסות בית של משפחות מחבלים אינה הרתעה של מפגעים אחרים, אלא בעיקרה תגובה עונשית למעשיו של המחבל, מתוך ניסיון לרצות את יצר הנקם הציבורי.

84. כך, מדבריו של שר הפנים דרעי בתקשורת, שאמנם נאמרו בנוגע לשלילת מעמדם של בני משפחתו של פאדי קונבר, שביצע את פיגוע הדריסה סמוך לטיילת ארמון הנציב בירושלים, אך רוח הדברים דומה בנוגע להריסת הבית:

"מדובר בהחלטה שמשמנת 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>)

85. ואכן, אף שבית המשפט הנכבד אישר את הריסת בית משפחת קונבר על בסיס תכלית ההרתעה, אפשרו נציגי המדינה להוריה של שיר חג'ג' שנרצחה באותו פיגוע לצפות באטימת בית המשפחה, דבר המדבר בעד עצמו (ראו למשל פרסום בתקשורת ב- <http://www.ch10.co.il/news/354230/#.WXHi6ITyUk>).

86. אף אם המשיב מנסה לכסות את כוונותיו בתכליות חוקיות (לכאורה) של הרתעה, הרי שהן בציבור הישראלי והן בציבור הפלסטיני, ובוודאי בקרב העותרים, שימוש המשיב בתקנה 119 נתפס כענישה וגמול על מעשי המחבל (וכאמור לעיל, מהווה ענישה קולקטיבית אסורה). אין זה ראוי שבית המשפט הנכבד ימשיך לקבל את הטענה שמדובר בתכלית הרתעתית כאשר לכל מי שמחוץ לכותלי בית המשפט ברור שאין הדבר כך.

87. עם כל העצב על מותו הטראגי של סמל אחי טהרלב ז"ל, הרי שתכלית עונשית-נקמנית הינה תכלית זרה להריסת בתים, וצעד זה לא ישיב את המת לחיים.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת והצורך בנתונים אמפיריים

88. אף אם היה נקבע כי מדובר בתכלית הרתעתית – דבר שהעותרים מתקשים לקבל – הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כאטימת בתים.

89. כמצוין לעיל, המשיב ביקש להקדים את מועד ההריסה בשים לב להידרדרות במצב הביטחוני. עצם סברתו של המשיב כי הריסת בתים במצב ביטחוני שברירי זה עשויה להביא לרגיעה ולא להחמרת המצב הביטחוני מעוררת שאלות של ממש בדבר שיקול דעתו המקצועי בעניין זה. אף אם ככלל בית המשפט הנכבד אינו מתערב בשאלות מסוג זה, ישנם מקרי קיצון המצדיקים התערבות, או לפחות דרישה מוגברת מהמשיב לבסס את התועלת בהחלטתו. קשה שלא לחשוש שדרך הפעולה של רשויות הביטחון, לנסות להשיב את הביטחון לציבור באמצעות שימוש באלימות נוספת, אינה יותר מאמצעי פופוליסטי מסוכן שעלול להעמיד את הציבור כולו בסכנה, מעבר לפגיעה הקשה בזכויות אדם של העותרים דנן.

90. אך אם לא די בספק הכללי בדבר יכולת ההרתעה של השימוש בתקנה 119, הרי שבנסיבות מקרה זה, כשקיים מידע שטרם התברר ולפיו _____ סובל ממחלת נפש קשה, מרחף סימן שאלה מהותי וממשי סביב שאלת ההרתעה. אין ספק כי באם ימצא בית המשפט כי _____ אינו אחראי על מעשיו בשל מחלתו, כי אז התכלית ההרתעתית שבהריסת בית המשפחה נפגעת לכל הפחות באופן קריטי או אף אינה מתקיימת כלל. לפיכך ככל שמצויים אנו בשלב מוקדם זה של ההליך המשפטי, כאשר ל _____ טרם מונה אף עורך דין וגרסתו טרם התבררה עד תום, לא ניתן לקבוע כי ביצוע הצו ישרת את מטרתו המוצהרת.

91. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות מרשי ובני משפחתו, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה. לפיכך, בשלב הנוכחי, כאשר טרם התברר מצבו הנפשי של _____ וההליך המשפטי עדיין בחיתוליו, אין אלא לקבוע כי לא מתקיימת דרישת הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת, כלומר הרתעת מפגעים פוטנציאליים ושמירה על ביטחון האזור.
92. אך לא רק שאין כל ראיה לכך שאטימת ביתם אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה (במסגרת המלצות "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז לא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.
93. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלוםם ולרווחתם של פלסטינים (לרבות תושבי מזרח ירושלים), גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. תחושה והכרה זו עלולה להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים ולהנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיב לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.
94. לצד הספקות הרבים בדבר התועלת הצומחת מאמצעי פוגעני זה, קשה שלא לחשוש מהתגובה השלילית אותו היא מייצרת. בהקשר זה יפים גם דברי מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, שפורסמו בעיתון "הארץ" ביום 9.8.16:

"מומחים רבים הביעו כבר את דעתם, כי במציאות הטרור כיום, כאשר הפיגועים נעשים על ידי יחידים שפעמים רבות מונעים ממצוקה אישית, הסבירות שמדיניות הריסת בתי משפחותיהם אכן מרתיעה, נמוכה למדי. אפילו אם נניח שבטווח הקצר היא עשויה להיות אפקטיבית במקרים בודדים, הרי שבטווח הארוך, הנמדד כיום בחודשים ספורים, הכעס, השנאה, וההשפלה, המתודלקות על ידי אידיאולוגיות רדיקליות יותר מאלה של חמאס, יביאו דווקא להגברת הטרור.

[...] ברוב המקרים השפלה מעגנת רצון לנקמה יותר מאשר מרתיעה. [...] ואם כך הם פני הדברים, הרי שהריסת בתי משפחות מחבלים קרובה יותר לפעולת תגמול מאשר לפעולת מנע, וכשהיא מכוונת נגד מי שאינם המפגעים עצמם היא בלתי לגיטימית, כל עוד לא יוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר."

הכתבה מצורפת ומסומנת נספח ז'

95. כך, רק לאחרונה נתקלו הח"מ בדוגמא אחת (והח"מ בטוחות שיש עוד דוגמאות רבות) המדגימה כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.
- עותק מהודאת האסיר אחמד מוגרבי אודות השלכות הפגיעה בביתו ובבני משפחתו ורצונו לבצע פיגוע בשל כך מצורף ומסומן כנספח ח

96. אי בהירות זו אודות התועלת המושגת באמצעות השימוש בתקנה 119 מחד, והתוצאות השליליות שיש לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית מנגד, העסיקה גם את בית המשפט הנכבד. 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 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)."

97. בבג"צ 1938/16 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן לסוגיית יעילות ההרתעה והראיות הנדרשות על מנת לתמוך בטענה זו בקובעו כי (שם, בפסקה 4):

"...כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה היא... **אלא שלא די, לגישתי, באפשרות ערטילאית בדבר הצלחת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם.** מטבע הדברים, ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועל התגברות השימוש בכלי זה... הצווים הם שטר ושוברו בצידו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי ההחרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים"

98. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותו בעניין אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים בעניין סידר לעיל:

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיוננו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. **אלא שיייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119.** דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' (וראו שקופיות 17, 20 ו-222 מתוך מצגת שערכה ועדה בראשות האלוף אהוד שני אשר בחנה נושא זה בשנים 2004-2005, שצורפה כנספח 1 לעתירה בעניין המוקד להגנת הפרט). בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו

בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראושם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). עמד על כך גם בית משפט זה כאשר הטעים כי אף שאין זה אפשרי להוכיח "כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997) (מפי השופט א' גולדברג) (להלן: עניין ג'נימת)), עדיין "על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו [...] [ו]להביא [...] נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות).

99. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, וזאת חרף סימני שאלה אלו, המשיב אינו מסביר באיזה אופן הוא סבור שהריסה או אטימה של בית המגורים של משפחת החשודים ו/או המורשעים בפיגועים, תוך פגיעה ממשית בכל שאר יושבי הבית, ישיגו את מטרת הרתעת הרבים בצורה טובה מאשר בעבר, בשים לב להמלצה ולהחלטה משנת 2005. עצם ההחרפה במצב הביטחוני אינה יכולה להצדיק את חידוש השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבור המשיב כי שימוש באמצעי זה יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

100. לעניין זה יפות גם קביעות עדכניות של כב' השופטת ברון מלפני מספר חודשים, במסגרת פסק הדין בבג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 23.2.17), בנוגע לנתונים שהציגה המדינה במעמד צד אחד ביחס לתועלת ההרתעה של הריסת בתים:

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעתית הגלומה בהריסת בתים עולה עשרות מונים על הנזק שעלול לצמוח מהשימוש באמצעי זה. ואולם, עיון בחוות הדעת מטעם המשיב, שעליה נסמכת לכאורה הערכה זו, מלמד כי לא ניתן למצוא בה בסיס אמפירי או תשובה מדעית לשאלה הנכבדה של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים. כשלעצמי, איני סבורה כי התמונה ההרתעתית העולה מחוות הדעת היא כה ברורה, בוודאי לא החלטית; ובכל מקרה ניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות. כך במיוחד לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים. כבר עמדתי על כך שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון כפי שציין חברי – אלא מהווים אף שיקול נכבד בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש שעושה המשיב באמצעי זה (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 5 לחוות דעתי (31.3.2015))." (דגשים הוספו)

101. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסת ואטימות בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיב כי מדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ

9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31, 5 (2014):

"ככלל, ישנה סכנה בהתבססות על שיקולי עלות תועלת מבלי שיהיו נתונים שיבססו אותם. אם אין נתונים שמבססים את היעילות של מדיניות מסוימת, קשה מאוד להסתמך על טענות תועלתניות. העובדה היא שאלה שדגלו בגישה התועלתנית בהקשר של הריסת הבתים לא הצליחו לשים "על השולחן" את הנתונים שמוכחים את צדקתם. בהעדר נתונים אלו, נראה שהויכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

102. ויפים לעניין זה גם דברי פרופ' קרמניצר, המצוטטים במאמר:

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית."

ר' פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004.

103. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14), שם נקבע בהקשר 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..."

104. גם כב' השופטת חיות הצטרפה לעמדה זו, וציינה:

"ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לחוות דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מחודשת לנושא הריסות הבתים" והגיעה בעת ההיא (2005) אל המסקנה שאומצה על ידי גורמי הביטחון ולפיה יש להפסיק את פעילות הריסת בתי המחבלים לצורך הרתעה כשיטה באזור יהודה ושומרון ולשמרה למצבי קיצון. ... אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה"

105. אך חרף חלוף כ-3 שנים מאז ניתן פסק דין זה, במהלכן נמשכת מדיניות הריסת ואטימת הבתים, לא ידוע לח"מ על כל מחקר אמפירי שנערך בנושא, וכל המידע שהמשיב מציג לבית המשפט הנכבד בהקשר זה הינו מספר מקרים פרטניים בהם חשודים מצהירים כי נמנעו ממעורבות בטרור בשל חשש להריסת

בתיאם – ללא מידע נגדי אודות מספר האנשים שנהיו מעורבים בטרור בשל כך, אשר כפי שהצגנו לעיל, ככל הנראה קיים.

106. לנוכח פסקי דין אלו, היה על המשיב לבצע מחקר אמפירי בעניין ולא להמשיך במדיניות הריסת ואטימת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. זאת בעיקר לאור העובדה הגלויה לעין כל, כי הטרור שמדינת ישראל חווה ממשיך להתקיים, למרות שהמשיב חידש כאמור את הריסת הבתים לפני כמעט שלוש שנים. מסתבר, כפי שעולה גם מהודעתו של האסיר שצורפה לעיל, אף ההריסות שבוצעו בתקופה בה היתה החמרה יחסית במקרי הטרור (בין 2015-2016) לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווה המשיב, ואולי המשיב מבקש אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

107. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 6 שבה ודורשת מהמשיב שלא לבצע את הריסת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה.

108. ויובהר שוב, כי אמירות גרידא מטעם גורמי הביטחון בדבר אפקטיביות אמצעי הריסת הבתים, ומספר דוגמאות ספורות של אנשים שחזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגוע, אינם עומדים בנטל הוכחת אפקטיביות ההרתעה, ובפרט לא כאשר השימוש באמצעי זה הלך והתגבר, ומנגד אין לו כל השפעה נראית לעין על המצב הביטחוני, כך שיתכן בהחלט שדבריו של פרופ' קרמניצר בדבר העידוד האפשרי לנקמה ולטרור, מקבלים אישור במציאות.

109. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, בניהם קטינים, 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, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

110. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כפי צוין לעיל, בפסיקתו של בית המשפט נכבד זה נקבע במפורש - 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, פד" נג (2) 740, 777, עניין עואודה ועוד).

111. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 111(ד)) נקבע לעניין זה כי:

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

112. 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 מותירות כל ספק."

113. לאור האמור, יש לכלל הפחות להימנע בשלב זה מהריסת ביתם של העותרים עד אשר יובאו נתונים אמפיריים וראיות לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה ותוכיח עצמה כמדיניות מרתיעה.

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

114. המשיב כאמור מבקש להרוס את בית משפחת העותרים, כך שהמבנה כולו יוצא מידי כלל שימוש לצמיתות. לבני המשפחה אין בית נוסף או מקום אחר אליו יוכלו ללכת לאחר שבתם ייהרס. המדובר אם כן בפעולה אשר תותיר אישה, שני קטינים, קטין בגיר ואדם מבוגר ללא קורת גג וללא כל פתרון חלופי אחר, וכל זאת כאשר המדובר באנשים חפים מפשע שאין ולו בדל של ראייה היכולה לקשור אותם למעשים, ולו באופן חלקי או עקיף.

115. כידוע, הממשלה אימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבעה כי משפחות שיסגירו את בניהן יזכו להגנה משפטית מפני הריסת בתם. ואולם עמדה זו אינה מסייעים לאותן משפחות, כגון העותרים, שכלל לא ידעו שבניהם או בנותיהם ביצעו פיגוע וכך לא היה באפשרותם להסגיר את ילדיהם לרשויות.

116. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת ביתם של העותרים הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מאסון גורלי זה אשר פקד אותה, אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו ועל דעת עצמו על ביצוע פיגוע כבמקרה זה. 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 מעשים דומים. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז, בעניין אבו ג'מל לעיל:

"בתגובה מטעם המשיב לעתירה לא הועלתה כל טענה בדבר מעורבות כלשהיא של העותר (אביו של בהאא), או של בני המשפחה האחרים בפיגוע. [...] שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה באשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה 119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בבן משפחה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית של הוריו ואחיו בעלי המשפחות, ולמרות שבני המשפחה, בעלי הבית, לא היו מעורבים במעשהו של המפגע, שנהרג במהלך הפיגוע, ואינם נושאים באשם למעשיו. קושי זה הוא כאמור מעבר לשאלות העקרוניות הכלליות בנוגע לעצם חוקיות הפעלתה של תקנה 119, ולו אבקש לייחד את דבריי הבאים.

פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. **אך גם לגישה לפיה אין**

לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע." (פסקאות 5-7 לפסק דינו) (הדגשים הוספו).

117. יתרה מכך, עמדה 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 מטרת 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 דינו).

118. דברים אלו מתחזקים במצב הדברים הנוכחי, כאשר כלל לא ברור האם _____ ימצא כשיר לעמוד לדין (והחלטה סופית בעניין זה לא תתקבל עד לאחר מינוי סניגור), וכאשר אף אם ימצא כשיר נפשית – המדובר באדם שמאובחן מזה שלוש שנים כחולה סכיזופרניה וכנראה החליט על דעת עצמו להפסיק לקחת את תרופותיו.

119. משקלם המצטבר של כלל השיקולים שנקבעו פסיקה שצוינו לעיל, לצד הגישה הזהירה והמצמצמת בהפעלת הסמכות בתקנה 119 שמאחוריה עומד בית משפט נכבד זה, מחייב את המסקנה שיש לבטל את צו ההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים. הפיכת המשפחה, לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.

לסיכום

120. המחיר היקר בנפש שגובה הטרור הן מאזרחי ישראל והן מהאזרחים פלסטינים כאחד, הוא אשר מחייב להקפיד הקפדה יתרה על הפעלת שיקול דעת מפוכח, מתון ומחושב וזאת תוך מתן הגנה רחבה, ככל הניתן, לשלומם ולזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסייה הפלסטינית, ואילו המשיב, בהוציאו צו זה לביתם של העותרים וילדיהם, מבקשים הכלה למעשה לבטלה. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדגנ"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491:

"מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומה בלתי חוקי".

121. על פי הפרסומים בתקשורת, גורמים בכירים בצבא מדגישים כי צה"ל יפעל להבחין בתגובתו למצב הביטחוני הנוכחי בין בין מבצעי פיגועים לבין האוכלוסייה הפלסטינית בכללותה. לצערנו, לא ברור כיצד ההחלטה בעניינם עם העותרים מתיישבת עם מגמה זו.

122. כאשר האלימות מתפשטת והפחד גובר, זוהי שעת מבחנה של הדמוקרטיה. ובזמן קריטי זה, לבית המשפט הנכבד תפקיד מרכזי, משמעותי ורב חשיבות כגוף הבולם והמאזן. אף אם לשון תקנה 119 שנהגתה בשנת 1945 ברחבי האימפריה הבריטית מתירה לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחוייבים אנו, ומחוייב המשיב, לפרש את הסמכות בהתאם לתפיסות ולאיסורים העדכניים על הפגיעה בחפים מפשע ובקניינם בהתאם לדין הבינלאומי והישראלי ועליו להיזהר מלהותיר משפחה ללא קורת גג ואדם ללא קניינו, בלי שחטאו. יפים מאין כמוהם דבריו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-5:


"ואותו עיקרון יסודי כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: 'הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבו כי אם איש בחטאו יומת' (מלכים ב', יד, ו). ... מאז קום המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה".

123. הריסת בתים לצמיתות, מהווים אמצעי אכזרי ובלתי הפיך שכבר שנים אינו מקובל בקרב מדינות ליברליות שומרות חוק, אשר יעילותו מעולם לא הוכחה, ולנוכח המציאות אמצעי זה רק זורע יותר שנאה ונוק. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של העותרים. בדומה, נראה שלא להתעב מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

124. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיב וקיום דיון להופכם להחלטיים.

125. עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של עו"ד מייסא ארשיד ממשרדי הח"מ, שעמדה בקשר טלפוני עם העותר 1.

היום, 23.7.17


מיכל פומרנץ, עו"ד

אנו דעואל לוסקי, עו"ד

ב"כ העותרים