

בג"צ 5943/17

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. _____ ענכוש, ת.ז. _____
2. _____ ענכוש, ת.ז. _____
3. _____ ענכוש (קטינה), ת.ז. _____
4. _____ ענכוש (קטין), ת.ז. _____
5. _____ ענכוש (קטינה), ת.ז. _____
6. _____ ענכוש (קטינה), ת.ז. _____
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר מס' 580-163-517
ע"י 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 בגדה המערבית
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבעתירה 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 695517/3542415 בכפר דיר אבו משעל שבשומרון.

צו החרמה והריסה מיום 18.7.17 מצורף ומסומן נספח א'

כן מתבקש בית המשפט לתת צו על תנאי המופנה למשיב ליתן טעם מדוע לא יציגו בפני העותרים את חוות הדעת ההנדסית שנערכה לצורך בחירת אמצעי הריסת הבית, וכן כי יציג 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 למשיב 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 וארבעת ילדיהם, מתגוררים בבית פרטי בנ"צ 695517/3542415 בכפר דיר אבו משעל שבשומרון.
2. העותרים 1-2 (להלן: "ההורים") הם הוריו של _____ ענכוש בן ה-18 (להלן: "_____"), אשר מואשם בהשתתפות בביצוע פיגוע ירי ודקירה ביום 16.7.17 שהביא להריגתה הטרגית של רס"ר הדס מלכה. _____ נהרג באירוע זה. עמם מתגוררים 4 מתוך ילדיהם – _____ ו _____, תאומים בני 16, _____ בת ה-13, ו _____ בת ה-11.
3. העותרת 7, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
4. המשיב הוא האחראי על הוצאת צו החרמה וההריסה לבית העותרים.
5. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר המשיב מבקש להחרים ולהרוס. העותרים שוכרים את הדירה מאחיו של העותר 1, _____ ענכוש. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של _____, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע כמצוין לעיל.
6. 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 ידיעה או מעורבות במעשה.
7. 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. התשתית העובדתית שעל בסיסה התקבלה ההחלטה אינה ברורה דיו;

- ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
- ה. הריסת בית המשפחה תסכן את החלק בקומה הראשונה שאינו מיועד להריסה, ואת הבתים הסמוכים לו, ואינה נשענת על ראיות הנדסיות מספקות;
- ו. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, חוסר בהירות לגבי חלקו של _____ בפיגוע, אי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של _____ והעדר יכולתה לצפות אותם, וכן העדר זיקה בין _____ לבין הקומה הראשונה.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

8. כאמור, צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע למבנה קרקע בו מתגוררים ההורים יחד עם ארבעה מבין ילדיהם – _____ ו _____, תאומים בני 16, _____ בת ה-13, ו _____ בת ה-11. הבית ממוקם בדיר אבו משעל, ונפרש על פני שתי קומות. בקומה הראשונה גרו בעבר ההורים, אך הם עלו לקומה השנייה על מנת להכין את הקומה לדירה נפרדת עבור בנם חאלד שעומד להינשא. כיום הקומה הראשונה כולה בבנייה, ובחלקה יש מעין מחסנים לשימוש ההורים להחזקת פריטי רכוש שאינם משתמשים בהם. בקומה השנייה יש שלושה חדרי שינה, בהם ישנים ההורים והילדים (הבנות בחדר אחד, ו _____ חלק את החדר השני עם אחיו), מטבח, סלון המשמש את כל בני הבית, שירותים ומרפסת.
9. הבית בו מתגוררים ההורים הוא בבעלות אחיו של העותר 1, _____ ענכוש. בעבר היה העותר 1 משלם לו דמי שכירות חודשיים, אך לפני כארבע שנים סבל העותר 1 מהתקף לב חמור, שהותיר את מחצית גופו לא מתפקד, ולצד בעיות סכרת ולחץ דם גבוה הוא מוכר כיום כסובל מ-70% נכות, ואינו עובד, ולכן גם לא משלם לאחיו.

מסמך אודות מצבו הבריאותי של העותר 1 מצורף ומסומן נספח ב'

מסמכים המעידים על בעלותו של _____ על הבית מצורפים ומסומנים נספח ג'

10. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש לעותרים, ובהעדר מקורות הכנסה, אין למשפחה כל אפשרות להתגורר במקום אחר. בנוסף, הקומה הראשונה אף אמורה לשמש לדירת הנישואים של בן נוסף שאינו גר היום בבית. לעותרים כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור בעתירה זו, יותרו בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם.
11. באשר לאירוע החמור בו היה מעורב _____, ההורים אינם יודעים מה היה חלקו של בנם בו, אינם יודעים מה הניע או גרם לו לבצע את המעשה המיוחס לו, ולא היתה להם כל התרעה מוקדמת או סימנים מקדימים לכך ש _____ שוקל לבצע את המעשים, כשהאירוע כולו הפתיע את בני משפחתו מאוד. ההורים ובני משפחתם אינם מעורבים בפוליטיקה או בפעילות אידיאולוגית ולא ידעו או חשדו במעורבות של _____ בפעילויות כאלו. למעשה, ההורים סברו שבנם הלך ללמוד ולעבוד ביריחו.
12. בנסיבות הללו, ההורים לא צפו ולא יכלו לצפות את המקרה. לו היו יודעים או חוששים שבנם שוקל לעשות דבר שכזה, היו פועלים למנוע זאת, ואף מסגירים אותו לידי הרשות על מנת לסכל את התרחשותו.

העותרת 2 אף התבטאה מפורשות בעניין זה בתקשורת, שלו היתה יודעת שבנה הולך לעשות מעשה כזה, לא היתה נותנת לו ללכת.

13. בעקבות הפיגוע, ההורים נעצרו – העותר 1 למשך 5 ימים והעותרת 2 למשך 15 ימים, ולאחר מכן שוחררו לביתם. ההורים אינם תומכים בטרור ולא הסיתו לטרור, ודבריהם בעקבות האירוע נבעו מכאב של הורים כואבים שאיבדו את בנם.

14. באמצע הלילה של ה-5.7.17, חיילי צה"ל לביתם של העותרים, ללא כל התראה, נכנסו לבית וחפרו בתוך הקירות, ושאלו שאלות אודות מי בנה את הקירות. זאת, ללא כל מתן הסבר לדיירי הבית, תוך גרימת בהלה רבה, לרבות ל-4 קטינים המתגוררים בבית. ביום למחרת נשלחה פנייה בעניין זה למשיב בבקשה לקבלת הסברים.

הפנייה למשיב מיום 6.7.17 מצורפת ומסומנת נספח ד'

15. ביום 11.7.17 התקבלה במשרדי הח"מ הודעת המשיב בדבר כוונה להחרים ולהרוס את המחסנים בקומה הראשונה בית המגורים בו מתגוררים העותרים ואת כל הקומה השנייה, וזאת מכוח תקנה 119. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של בנם של ההורים, _____, אשר "השתתף בכיצוע פיגוע משולב ירי ודקירה ביום 16 ביולי 2017 במסגרתו נרצחה רצח הדס מלכה" בהתאם להודעה, ניתן היה להשיג כנגד ההחלטה עד ליום 16.7.17.

הודעת המשיב על כוונה להחרים ולהרוס את בית העותרים מצורפת ומסומנת נספח ה'

16. ביום 16.7.17 הגישה הח"מ השגה בהולה מטעם העותרים כנגד כוונת המשיב להחרים ולהרוס את המבנה. במסגרת ההשגה ביקשו העותרים לקבל הבהרות בנוגע לתשתית העובדתית הנוגעת להריסת ביתם:

א. הסבר מפורט אודות החלק בקומה הראשונה שבכוונת המשיב להרוס, שכן ללא צילום ברור של הבית ופירוט אודות כוונות ההריסה העותרים אינם יודעים איזה חלק בכוונת המשיב להרוס בקומה הראשונה, ומה יוותר ממנה לאחר ההריסה;

ב. הסבר אודות חלקו של _____ בפיגוע שהתרחש, ולתשתית העובדתית המבססת זאת;

ג. הבהרה האם הכוונה להרוס את הבית קשורה גם למעצריהם של ההורים, ואת התשתית העובדתית הקשורה אליהם.

ד. בקשה להתייחסות לפנייה מיום 6.7.17.

ה. דרישה לקבלת האמצעים להריסה המתוכננת, הבהרה מהם אמצעי הזהירות הננקטים על מנת לוודא שלא תיגרם פגיעה לחלק בקומה הראשונה של הבית שאין כוונה להרוס ושלא תיגרם פגיעה לבתי השכנים, ודרישה לקבלת חוות הדעת ההנדסית עליה מתבסס המשיב.

17. בנוסף, 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. ביום למחרת גם הוגש למשיב המסמכים לעיל אודות כך שהבית בבעלות הדוד

השגה נגד הריסת בית העותרים ומכתב צירוף מסמכי הבעלות מצורפים ומסומנים נספח ו'

18. ביום שלישי, 18.7.17 בשעה 15:20 נתקבלה במשרדי הח"מ תשובת המשיב ולפיה נדחתה ההשגה, יחד עם צו המורה על הריסת ואטימת הבית (נספח א' לעיל). בתשובה לא נתקבל מענה למרבית בקשות ההבהרה של העותרים, אך נטען כי מהמידע המצוי בידי רשויות החקירה, עולה בצורה ברורה ש _____ השתתף בפיגוע המדובר; כי הוחלט להרוס את הבית באמצעות חומר נפץ, וכי החלטה זו התקבלה לאחר בדיקה של מהנדס מוסמך, בין היתר במסגרת "הבדיקה" נשוא פניית העותרים מיום 6.7.17; וכן ניתנה התייחסות כללית לטענות העקרוניות בנוגע להריסת בתים (וכן התייחסות לטענות שכלל לא נטענו בהשגה, כגון טענת הפליה). בתשובה נמסר כי צו ההריסה לא יבוצע לפני יום ראשון, 23.7.17, בשעה 10:00.

מענה להשגה מטעם המשיב, על נספחיה, מצורף ומסומן נספח ז'

19. יחד עם ההשגה נמסרו מסמכים המבססים לכאורה את מעורבותו של _____ בפיגוע – מזכרים אודות דיסק המפרט 3 חשודים היוצאים מאוטובוס לכיוון שער שכם, ותיאור בגדיהם; הודעות במשטרה של שוטרי מג"ב שהיו באירוע, המתארים את המחבל שנאבק עם הדס מלכה ז"ל והחזיק בסכין ירוקה, חשוד נוסף שכיוון רובה כלפי שוטר מג"ב וניסה לירות, אך בטרם הצליח לירות נורה וחוסל על ידי שוטרי המג"ב, וכן תיאור של חיסול של אדם נוסף שלאחר חיסולו התגלה בידו סכין. מתיאור זה לא ניתן לדעת מי מהשלושה הוא _____ ומה היה חלקו.

20. יצוין, שלפי תיעוד של האירוע, כפי שפורסם בתקשורת (כך למשל, בסרטון שפורסם בערוץ 10, <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1256185>), לא ברור האם המחבל שהחזיק ברובה ירה בכלל לפני שחוסל, לא ברור האם המחבל השני אכן הוציא סכין וניסה לתקוף, ברור ששני המחבלים הללו חוסלו לפני הדקירה של הדס מלכה ז"ל, ואירוע הדקירה עצמו אינו מצולם. כמו כן, מפרסומים אחרים בתקשורת, פורסמה תמונת הסכין הירוקה, שאין עליה דם, ולכן לא ברור האם זהו כלי הנשק שהביא למותה הטראגי של הדס מלכה.

21. 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 ההגיונות והסבירות במתן שני ימי עבודה בלבד לצורך כתיבה והגשת העתירה. נציג יועמ"ש איו"ש האריך את המועד ביממה אחת בלבד, 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 ההודעה על הקדמה מצורפים ומסומנים נספח ח'

22. 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 הביטחוניית בהקדמה כזו – חייבה את הח"מ לעבוד בשבת, והינה בלתי ראויה.
23. כאמור, חרף בקשת העותרים, הם לא קיבלו מהמשיב העתק מחוות דעת ההנדסית עליה הוא מתבסס, וכן לא קיבלו הבהרה אודות מהו החלק בקומה הראשונה שיהרס, או מהם האמצעים בהם ינקטו על מנת לוודא שפיצוץ הבית עם חומרי נפץ לא יפגע בחלק שאינו מיועד להריסה בקומה הראשונה או בבתי השכנים.
24. בנסיבות אלה, קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה יגרום לנזק ממשי לחלק שאינו מיועד להריסה בקומה הראשונה ולבתי הסמוכים לבית העותרים, בהם מתגוררים בין היתר בן נוסף של ההורים, _____, ומשפחתו – בתים הממוקמים מטרים ספורים בלבד מבית העותרים. על כן, העותרים פועלים לקבלת חוות דעת הנדסית מטעמם, אך לנוכח קוצר הזמן שהותיר המשיב בטרם מימוש צווי ההריסה טרם עלה בידם לקבלה, והם יבקשו לשמור על זכותם להגיש אותה עם קבלתה.

הטיעון המשפטי

האיסור על הריסת בתים

25. 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 רואה מחובתה לשוב ולהזכיר דברים אלו, בתקווה שיום יבוא ויתקיים בהם דיון מעמיק.
26. 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.
27. ההריסה וכמוה אטימת 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 ההריסה 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.
28. 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 היא פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון).

29. 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 לאוכלוסיה 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).

30. החרמת והריסת בית העותרים מנוגדים 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."

31. 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.**

32. 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)).

33. 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).

34. 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).

35. 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 "מוזאגת כי מדיניות הריסות הבתים העונשיות בהם התגוררו עבריינים או עבריינים לכאורה בביצוע פיגועים נגד ישראלים הודשה 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 שיפוט 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).

36. 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.

37. 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.

38. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת ואטימת 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".

39. בחוות הדעת מוסבר כי הריסת או אטימת 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).

40. 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 להריג של "כורח צבאי" או כל הריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

41. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת ו/או אטימת הבתים, בהיקף הנוכחי, עונה על דרישות היסוד העובדתי של פשע מלחמה, על בסיס המשפט הפלילי הבינלאומי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שההפרות אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

42. 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 בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדיון הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ואליו 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.

43. 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 יעתר 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.

44. 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 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 דגן 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))

45. בנוסף, היות שבמקרה דגן ישנם עותרים קונקרטיים אשר אמורים על פי החלטת המשיב לאבד את ביתם, הצורך לקיים דיון מהותי בטענות כבודות המשקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי הולך ומתחזק.

46. 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

47. כמתואר בחלק העובדתי, בבית העותרים מתגוררים ההורים עם ארבעת ילדיהם, כולם קטינים בגילאים 11 עד 16. כן קיים חשש ממשי שבעקבות ההריסה יבנה החלק בקומה הראשונה שיועד לבנם הנוסף של ההורים, וכן שיפגעו בתי השכנים הסמוכים.

48. כאמור לעיל, בעקבות הפיגוע, ההורים נעצרו, נחקרו ושוחררו. העותרים ביקשו במסגרת ההשגה מטעמם הבהרה האם יש קשר בין החלטת המשיב למעצרו, וביקשו לקבל את התשתית העובדתית המתייחסת לכך, אך המשיב לא התייחס לכך כלל במסגרת תשובתו להשגה, ולכן יש לראות בכך עמדה שלא נמצאו כל ממצאים בחקירה, וכי אין כל חשד למעורבותם במעשיו של _____, אף עם עקיפה בלבד, או חשד כי ידעו על מעשיו ולא מנעו זאת. בנסיבות אלה, יש להסיק מכך כי הראיות שבפני המשיב מעידות כי ההורים אינם מעורבים כלל באירוע, אך למרות זאת הוחלט על הריסת ביתם באופן בלתי הפיך. מובן מאליו שלעותרים 3-6, קטינים כולם, וכן לאח הנוסף ולשכנים, בוודאי לא היתה כל מעורבות או ידיעה לגבי מעשי אחיהם.

49. כך גם בבג"צ 1631/16, 1638/16 סבאא יעקוב עליווי ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, ציינה כב' השופטת ברון בדעת מיעוט, 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".

50. 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 יוליכונו היישר 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, 563-561 (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 מרכיין אני ראשי לפני דעת הבית". (הדגשים הוספו)

51. 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.

52. 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)

53. 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 ביצועם 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 שאת 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).

54. 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).**

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

56. 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.

57. **לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר בבית העותרים אשר בכוונת המשיב להרוס הם הורים וילדים בגילאי 11-16, אשר ביחס לכולם אין כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של _____, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.**

58. יתרה מזאת. הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מהריסת הבית לארבעת הקטינים, מנוגדת לחובותיו 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 מעמדם, 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 לחובותן 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".

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

תשתית עובדתית לא מספקת

60. בנוסף לכל האמור יצוין, אם כי בזהירות המתבקשת, כי בשלב זה, על פי החומרים שנמסרו לעותרים ובנסיבות בהן _____ אינו בחיים – אזי מעבר להעדר כל מעורבות של העותרים במעשיו של _____, אף אין בידי העותרים להשתכנע באופן וודאי, קל וחומר ברמת הראיות הנדרשת בעת פגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות יסוד, כי הטרגדיה הקשה שהתרחשה נבעה בכלל ממעשיו של _____, או מה היתה מידת מעורבותו. מסרטון האירוע שפורסם בתקשורת ומהמסמכים שנמסרו לעותרים, נדמה שלפחות שניים מתוך המחבלים כלל לא פגעו בפועל באף אדם, וחוסלו לפני הריגתה של הדס מלכא ז"ל. אף אם הם היו שותפים לפיגוע, לא ברור שניתן לומר בנסיבות אלו שהם היו שותפים לתוצאה הטרגית שלו. כך גם נסיבות מותה של הדס מלכא ז"ל אינן ברורות דיו.

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

העדר חוות דעת הנדסית ופירוט לגבי אופן ביצוע ההריסה

62. כמפורט לעיל, העותרים צופים שכתוצאה מההריסה המתוכננת יפגע גם החלק בקומה הראשונה בביתם שאינו מיועד להריסה (כאשר למעשה אף לא לגמרי ברור לעותרים איזה חלק מתכננים להרוס ואיזה חלק לא), וכי אף בתי השכנים הסמוכים עלולים להיפגע. ואולם, חרף בקשת העותרים בהשגה שהוגשה מטעמם, לא הועברה לידם עד לכתיבת שורות אלה חוות דעת הנדסית מטעם המשיב, אלא רק הסבר לקוני ולא משכנע לפיו טענות העותרים נבחנו על ידי מהנדסי צה"ל, שבחרו להשתמש באמצעי נפץ על מנת למזער את הפגיעה.

63. על מנת לאפשר לעותרים וכן לבית המשפט הנכבד להתייחס באופן אפקטיבי להשלכות שעלולות להיות להריסה המתוכננת על החלק הנוסף בקומה הראשונה ועל 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".

64. 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 שנתרו 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.
65. 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).
66. 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.
67. כאמור, מעבר לקושי של העותרים להתמודד עם טענות המשיב שאינן מגובות בחוות דעת הנדסית, הם פועלים גם במקביל להשיג חוות דעת הנדסית מטעמם, ויבקשו להגישה עם קבלתה.

חוסר מידתיות החלטת המשיב

68. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה, אטימה ו/או 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 נ(1) 353, 359). כפי שיטען להלן, ההחלטה לאטום חלקים מבית משפחת העותרים, אשר כל חטאם מתמצא בהיותם בני משפחתו של פאדי, אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.
69. הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו להחרים ולהרוס בתים במסגרת תקנה 119:

"אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצוים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן 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)

70. בעניין בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14) 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".

71. 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 שציין "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]

72. 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)).

73. 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 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)

74. במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כולו 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.

75. במקרה שלפנינו יטענו העותרים, כי המשיב פועל תוך חריגה מעקרונות אלו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין ומוביל לפגיעה בלתי מידתית בעותרים.

תכלית עונשית ולא הרתעתית

76. בבג"צ עליווה 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".

77. 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.

78. 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 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)

79. 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/#.WXHi6ITyuUk>).

80. 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.

81. עם כל העצב על מותה הטראגי של הדס מלכא, הרי שתכלית עונשית-נקמנית הינה תכלית זרה להריסת, וצעד זה לא ישיב את המתה לחיים.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

82. 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 כהריסת ביתם.

83. 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.

84. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים, ובכלל זאת אטימה, 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.

85. 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 לשלומם 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.

86. 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 ט'

87. כך, רק לאחרונה נתקלו הח"מ בדוגמא אחת בלבד (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 י'

88. 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 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)."

89. 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 נשקת 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"

90. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בעניין אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים בעניין **סידר**:

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו 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) (ראו שם, 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). (הדגשים הוספו)

91. 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 ההרתעית של הריסת בתים:

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעית 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 ההרתעית 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)

92. 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 בפגיעה 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, ההריסה או האטימה. 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, וכיצד אין בו דווקא להביא להחמרה במצב.

93. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסות 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 שהיכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

94. 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 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004.

95. 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..."

96. 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 הריסת 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 שישכחו 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"

97. אך חרף חלוף למעלה מ-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 בתיהם – ללא מידע נגדי אודות מספר האנשים שנהיו מעורבים בטרור בשל כך, אשר כפי שהצגנו לעיל, ככל הנראה קיים.

98. 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 גל הטרור שמדינת ישראל חווה בעת האחרונה פרץ למרות שהמשיב חידש כאמור את הריסת הבתים לפני כמעט שלוש שנים. מסתבר, כפי שעולה גם מהודעתו של האסיר שצורפה לעיל, כי ההריסות שבוצעו בתקופה זו לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווה המשיב, ואולי המשיב מבקש אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

99. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 7 שבה ודורשת מהמשיב שלא לבצע את אטימת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה.

100. 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.

101. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, 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, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

102. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע בעניין **עואודה לעיל**, וכן בפסקי דין רבים נוספים - 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)

103. 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"

104. 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."

105. 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

106. המשיב כאמור מבקש להרוס חלק מהקומה הראשונה של בית העותרים, ואת כל הקומה השניה, דבר שיתיר את העותרים – כאשר אב המשפחה הוא חולה ולא יכול לעבוד ולפרנס את משפחתו – ללא קורת גג. זאת כאשר אין כל טענה שהעותרים ידעו על כוונות _____, או כי יכלו לדעת או לצפות את מעשיו, וכתוצאה מכך, למנוע את מעשיו, וכאשר ההורים מצהירים שהיו מונעים מבנם לבצע את הפיגוע לו ידעו מראש.

107. כידוע, הממשלה אימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבעה כי משפחות שיסגירו את בניהן יזכו להגנה משפטית מפני הריסת ביתם. 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.

108. 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** (פסקאות 5-7 לפסק דינו):

"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.**" (הדגשים הוספו).

109. 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 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).

110. דברים אלו מתחזקים במצב הדברים הנוכחי, כאשר כלל לא ברור מה היה חלקו של _____ בפיגוע.

111. כפי שנקבע רק לאחרונה על ידי כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, בבג"צ 5376/16 **אבו חדיר נ' שר הביטחון**, "תקנה 119 שמורה למקרים קיצוניים ביותר. מעשי הסתה או אף אלימות שאינה בגדר הרצח או הניסיון לרצח והפגיעה הקשה באדם, על דרך הכלל לא יצדיקו שימוש בה. הפעלתה מותנית, בראש ובראשונה, במקרים קשים במיוחד של אלימות (ראו ענין קואסמה, פסקה 30; בג"צ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה ב' לחוות דעתי (להלן ענין אבו דהים)), בהיותה סנקציה של אבדן קורת-גגו של אדם מעליו."

112. לצערנו, בשנתיים האחרונות התרבו המקרים בהם צעירים פלסטינים ניסו לדקור או לירות באזרחים או בחיילים ישראלים, אך במקרים בהם הם נוטרלו או חוסלו ללא פגיעה באחרים, לא ננקטה הסנקציה הקשה של תקנה 119 נגד בני משפחתם. זאת בשל התפיסה שרק אם למעשי המחבל יש תוצאות קטלניות אז הריסת בית משפחתו תהיה מידתית, אף שלכאורה במישור ההרתעה העיקר הוא הכוונה ולא התוצאה. נדמה שמדיניות זו, של הריסת בתים רק במקרה של קורבנות בנפש, מצדיקה להימנע גם מהריסת בתיהם של שני המעורבים בפגיעה שלא פגעו בחיילים, כאשר לא ניתן לומר שהם לקחו חלק ישיר במעשי המחבל השלישי (שגם הם לא ברורים לחלוטין) שהובילו כפי שנטען להריגתה של הדס מלכא ז"ל. אף אם משפטית ניתן לראותם כמבצעים בצוותא, הרי שבמישור המידתיות, אין מקום לנקוט בסנקציה החמורה של תקנה 119 בנסיבות אלה.

113. בנוסף לכל האמור לעיל, החלטת המשיב אף אינה מידתית מן הטעם שקיימת חלופה פוגענית פחות בזכויות העותרים, על דרך אטימת החדר בו ישן _____ בלבד, או הריסה של הקומה השנייה בלבד, והימנעות מהריסת הקומה הראשונה, בה כלל לא התגורר _____. וכך, בהמשך דבריו של כב' השופט מזוז בעניין אבו ג'מל:

"עמדה החלטית ועקבית יותר לענין זה ננקטה על ידי השופט מ' חשין במספר פסקי דין - בהם נותר בדעת מיעוט - ולפיה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כמו גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבים את המסקנה, כי הסמכות למשיב קמה אך כלפי החלק בבית בו השתמש המחבל...."

... לעמדתו זו של השופט חשין הצטרף לאחרונה השופט ע' פוגלמן, אף הוא בדעת מיעוט (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015), להלן: ענין סידר, תוך שהעיר בין היתר:

"... 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 האיוון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות 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" (יצוין עם זאת, כי השופט פוגלמן הוסיף שם, "שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית" (שם, פסקאות 5-6)).

הדברים הנכוחים והנוקבים שצוטטו לעיל הם בעיני בגדר מושכלות יסוד, ואני מצרף אפוא דעתי לעמדה המובעת בהם. " (פסקאות 11-12 לפסק דינו) (הדגשים הוספו)

114. בעניין זה נזכיר את בג"צ 1624/16 חמאד נ' מפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, אשר גם שם, בדומה למקרה דנן, דובר במפגע אשר התגורר בקומה האחרונה של מבנה המגורים של משפחתו. עם זאת בניגוד למקרה כאן, באותו עניין החליט המפקד הצבאי על הריסת יחידת המגורים העליונה בלבד (בעוד המשפחה ביקשה להסתפק באטימתה) ולפיכך מצא בית המשפט העליון כי אין להתערב בהחלטתו. בפסק הדין מציין בית המשפט במפורש כי במסגרת בחינת מידתיות צו ההריסה, יש לבחון את השאלה האם ניתן

להרוס את יחידת המגורים הנפרדת של המפגע, מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים, שכן על המדינה לקחת בחשבון את מספר האנשים העלולים להיפגע מהריסת המבנה ובפרט כאשר לא היו מודעים למעשים.

115. בעניין **מרעי** חזר בית המשפט הנכבד ועמד על כך כי יש לבחון שורה של נסיבות רלוונטיות - הנוגעות למפגע, לבני משפחתו ולמבנה כלפיו מבקשים לנקוט סנקציה. בענייננו, בחינת מכלול הנסיבות מובילה למסקנה שאין יסוד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתם של העותרים, ובוודאי ובוודאי שלא כנגד הקומות הראשונה, לא מבחינת הסמכות ולא מצד שיקול הדעת. ואולם גם אם נניח כי ניתן לראות ב_____ כ"דייר/תושב" המבנה כולו, עדיין מכלול הנסיבות מוביל למסקנה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בנוגע לקומה הראשונה במקרה זה איננה סבירה או מידתית, ועל כן פסולה.

116. בדומה, נקבע בבג"ץ 5506/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, " ... הגעתי לידי מסקנה, כי ניתן להסתפק בהריסת הקומה השלישית בבניין מושא צו ההריסה בבג"ץ 5506/16, לאחר שהשתכנעתי כי ניתן לבודד את יחידת המגורים שבה התגורר המחבל, מיתר הדירות בבניין. למותר הוא לציין, כי יש להקפיד על עקרונות הסבירות והמידתיות גם כאשר מדובר בפגיעה חמורה ורצחנית, כמו הפגיעה שבוצע במתחם "שרונה". מהתשתית הראייתית שהוגשה לעיוננו, עולה כי מחמד התגורר בקומה השלישית ביחידת דיור נפרדת, שכללה חדר שינה, מטבח ושירותים. אינני סבור, כי יש להסיק מהעובדה שמחמד שהה, מעת לעת, גם בקומה הראשונה, כי קיימת זיקה מובהקת בינו לבין הדירות בקומה זו, באופן המצדיק את הריסת הקומה כולה, למעט מפעל הממתקים." דברים אלו יפים ביתר שאת לענייננו, כאשר אין כל אינדיקציה של _____ היתה זיקה כלשהי לקומה הראשונה של הבית.

117. 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 ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים. הפיכת המשפחה, הכוללת 4 ילדים קטינים, לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.

לסיכום

118. דווקא בימים של מצב ביטחוני קשה הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, יש 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 בדנג"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".

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

120. 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 מחויבים אנו, ומחויב 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' אלון פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-5:

"ואותו עיקרון יסוד 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".

121. הריסת בתים או אטימתם 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 ונזק. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. בדומה, נראה שלא להרתעה מכון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

122. 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.

123. 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 פורניץ, עו"ד
ב"כ העותרים