

בג"צ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ אבו אלרוב, ת.ז. \_\_\_\_\_
  2. \_\_\_\_\_ אבו אלרוב ת.ז. \_\_\_\_\_
  3. \_\_\_\_\_ אבו אלרוב ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין)
  4. \_\_\_\_\_ אבו אלרוב ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין)
  5. \_\_\_\_\_ אבו אלרוב ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין)
  6. 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  
 ו/או עו"ד מוריה שלומות  
 רח' הוברמן 10, תל אביב 64075  
 טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש  
 באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
 רח' צאלח א-דין 29, ירושלים  
 טל: 02-6466590; פקס 02-6467011

המשיביםעתירה 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 בכפר קבטיה שבצפון השומרון.

צו החרמה והריסה מיום 6.11.17 מצורף ומסומן נספח 1

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי המופנה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת 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 מטעמם להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 12.11.17 בשעה 16:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה 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 ילדים, מתגוררים בבית פרטי בכפר קבטיה שבצפון השומרון.
2. העותר 1 (להלן: "העותר") הינו אביו של \_\_\_\_\_ אבו אלרוב (להלן: "\_\_\_\_\_") הנאשם ברציחתו של מר ראובן שמרלינג ז"ל ע"פ כתב אישום שהוגש ביום 29.10.17 לבית המשפט המחוזי מרכז. העותר מתגורר בבית המיועד להריסה עם אשתו מנישואים שניים, גב' \_\_\_\_\_ אבו אלרוב (להלן: "העותרת"). בבית העותרים מתגוררים באופן קבוע שניים מילדיו של העותר מנישואיו הראשונים לגב' \_\_\_\_\_ כמיל (היא אמו של \_\_\_\_\_) - \_\_\_\_\_, בן 17 ו \_\_\_\_\_, בן 15. יחד אתם מתגורר בבית בנם המשותף של העותרים 1-2, \_\_\_\_\_ בן השנתיים. כמו כן, העותרת נמצאת בהריון מתקדם עם ילדם המשותף השני שלה ושל העותר.
3. העותרת 6, "המוקד להגנת הפרט", היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
4. המשיבים 1-2 הם האחראים 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 בצו להחרימו ולהרסו. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של \_\_\_\_\_, אשר מואשם בביצוע פיגוע על רקע לאומני.
6. אין חולק שהמעשה המיוחס ל \_\_\_\_\_ קשה ואכזרי וכי תוצאת מעשיו טרגיות, וזאת בין אם מדובר בפיגוע על רקע לאומני ובין אם מדובר בעבירה פלילית. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינם של העותרים, שהינם בני משפחתו של \_\_\_\_\_, ובכלל זאת אשת העותר, שלה כלל אין קשר דם ל \_\_\_\_\_, ואחיו הקטינים, אשר לא היתה להם כל ידיעה או מעורבות במעשה. בנסיבות אלה, 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 שלא היתה להם כל נגיעה או ידיעה למעשיו של \_\_\_\_\_;
- ג. העדר זיקת מגורים של \_\_\_\_\_ לבית המיועד להריסה;
- ד. ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית עובדתית הרלוונטית לבחינת שאלת ההקשר של האירוע, והיכולת של העותרים לדעת או למנוע את האירוע, וכל זאת בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי;
- ה. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
- ו. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ואי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של \_\_\_\_\_ והעדר יכולתם לצפות אותם.

### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

7. כאמור, צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי נוגע לבית בכפר קבטיה שנמצא בבעלותו של העותר, אביו של \_\_\_\_\_. מדובר בבית פרטי שגודלו כ-140 מטר וכולל 3 חדרים, שירותים, סלון ומרפסת.
8. העותר ואמו של \_\_\_\_\_, גב' \_\_\_\_\_ כמיל, התגרשו לפני 5 שנים, שניהם נישאו מאז בשנית והם מתגוררים בנפרד, כל אחד עם משפחתו.
9. העותר מתגורר בדירה אשר בכוונת המשיבים להרוס יחד עם אשתו מנישואים שניים, העותרת, וכן עם שני ילדיו מנישואיו הקודמים, \_\_\_\_\_ בן ה-17 ו \_\_\_\_\_ בן ה-15, ועם בנו בן השנתיים \_\_\_\_\_, פרי נישואיו עם העותרת, בנוסף - העותרת נמצאת בהריון מתקדם עם ילד נוסף של בני הזוג.
10. כאמור לעיל, המשיבים מבקשים להרוס את בית העותרים בשל המעשים המיוחסים ל \_\_\_\_\_, בנו של העותר מנישואיו הראשונים, אף שההודעה על כוונה להרוס את הבית ניתנה בטרם הוגש נגד \_\_\_\_\_ כתב אישום. כתב האישום כנגד \_\_\_\_\_ (ואדם נוסף, מר \_\_\_\_\_ כמיל) הוגש ביום 29.10.17, ומייחס לשניים ביצוע עבירת רצח בכוונה תחילה (עבירה לפי סעיף 300 (א)(2) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) של מר ראובן שמרלינג ז"ל במחסן פחמים בכפר קאסם. טענת המאשימה היא כי הרצח בוצע על רקע לאומני. בנוסף מואשמים השניים בכניסה וישיבה בישראל בניגוד לחוק, עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.
11. על פי כתב האישום, מר כמיל הציע ל \_\_\_\_\_ לבצע פיגוע דקירה, ו \_\_\_\_\_ סירב. לאחר מכן השניים החלו לעבוד בכפר קאסם במחסן של המנוח, מר שמרלינג, אז הציע מר כמיל ל \_\_\_\_\_ לרצוח את אחד היהודים העובדים במחסן, כנקמה על כך שחברם נהרג כשנתיים קודם לכן על ידי כוחות צה"ל בעת שניסה לבצע פיגוע דקירה. לכך \_\_\_\_\_ הסכים. על רקע החלטה זו, "ועל רקע תחושת כעס של

הנאשמים כלפי המנוח סביב יחסי העבודה ביניהם", הם החליטו להרוג את מר שמרלינג. השניים ביצעו את התוכנית ביום 4.10.17 לאחר שמר שמרלינג נזף בהם באותו יום.

עותק מכתב האיטום בעניינו של \_\_\_\_\_ מצורף ומסומן נספח 2

12. \_\_\_\_\_, בן 19, התגורר מיד לאחר גירושי הוריו ועד תחילת לימודיו בבית ספר תיכון עם אמו, ורק אז עבר לגור בבית אביו, וגם זאת לסירוגין. העותר ובנו \_\_\_\_\_ מסוכסכים ורבים לעיתים קרובות, ולכן \_\_\_\_\_ היה עובר מבית אביו לבית אמו וחזרה לעיתים קרובות. מכאן, **שבית העותרים המיועד להריסה אינו מהווה את ביתו הקבוע של \_\_\_\_\_**. יתרה מכך, לפני כשנה וחצי עצרו כוחות הביטחון המסכל הפלסטיניים את \_\_\_\_\_ בחשד לדקירה, למשך חודש, ולאחר שחרורו חזר \_\_\_\_\_ להתגורר בביתו של העותר למשך 3 חודשים, אז נעצר על ידי כוחות צה"ל למשך 8 חודשים במעצר מנהלי. לאחר שחרורו מהמעצר המנהלי בחודש יוני 2017 ועד סמוך למעצרו לפני כחודש, התגורר \_\_\_\_\_ אצל אמו. **העותר למעשה לא נמצא בקשר עם בנו \_\_\_\_\_ מזה כשנה, ו \_\_\_\_\_ לא גר בבית העותרים במהלך כל תקופה זו**. בנוסף, כעולה מכתב האיטום בעניינו של \_\_\_\_\_ (ראו סעיף 5 לכתב האיטום) עבר \_\_\_\_\_ כבר בחודש ספטמבר 2017 להתגורר במחסן הפחמים בו עבד בכפר קאסם. **לפיכך, מכל האמור עולה כי אין ל \_\_\_\_\_ זיקת מגורים משמעותית לבית המיועד להריסה.**

13. באשר לאירוע החמור אשר \_\_\_\_\_ חשוד במעורבותו, אזי כאמור לעיל, העותרים אינם יודעים מה היה חלקו של \_\_\_\_\_ בו. כפי שצוין, לעותר היתה מערכת יחסים מורכבת עם בנו, בלשון המעטה. העותר כלל לא ידע מדוע נעצר בנו בעבר ע"י כוחות הביטחון הישראליים, ולא דיבר איתו על כך. למעשה, לדברי העותר, לא היה לו כל קשר לבנו מאז המעצר המנהלי, כלומר זה כשנה. לעותרת, אשתו השנייה של העותר, בוודאי ובוודאי שאין קשר ישיר עם בנו של בעלה ולכן לא העותר ולא העותרת ידעו או יכלו לדעת על תכניותיו ומעשיו של \_\_\_\_\_. בנוסף, עקב היעדרותו הממושכת של \_\_\_\_\_ מבית העותרים גם קשריו עם אחיו הקטינים רופפים ביותר ולכן לא היו יכולים להיות שותפים לתכניותיו ומעשיו.

14. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש לעותרים, אין לעותרים כל חלופות אחרות ולפיכך, מקום בו יוחלט על הריסת הבית למרות האמור, יותרו בני המשפחה – הורים, 3 קטינים ופעוט שבקרוב יצא לאוויר העולם – ללא קורת גג מעל לראשם.

15. ביום 6.10.17 נמדדו בתיהם של העותרים ושל גב' כמיל, אמו של \_\_\_\_\_, על ידי כוחות צה"ל. ביום 12.10.17 הודיע הח"מ למשיב על כך שהיא מייצגת את כל אחד מההורים.

ההודעה על הייצוג מצורפת ומסומנת נספח 3

16. ביום 25.10.17 בשעה 16:00 התקבלה במשרדי הח"מ הודעה מטעם המשיב בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים של \_\_\_\_\_, מכח תקנה 119. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של \_\_\_\_\_, אשר "ביצע יחד עם שותפו פיגוע ביום 4.10.17, בו נרצח ראובן שמרלינג ז"ל". בהודעה נרשם כי יש זכות להגיש השגה על כך עד ליום 31.10.17. בהודעה

נרשמה נקודת הציון של הבית (נ.צ. \_\_\_\_\_), מידע שבאופן ברור אינו בעל רלוונטיות רבה לח"מ שאינה מתמצאת בנקודות ציון של בתים בגדה המערבית. על כן, הח"מ פנתה לנציגת יועמ"ש איו"ש, גב' ירדן חבר, בבקשה לברר איזה בית בכוונת המשיבים להרוס, ונענתה שהכוונה לבית האב, הוא העותר.

עותק מההודעה שנמסרה על ידי המשיבים ביום 25.10.17 מצורף ומסומן **נספח 4**

17. בבוקר למחרת, פנתה הח"מ ליועמ"ש איו"ש בבקשה לקבלת נימוקי ההחלטה והתשתית העובדתית עליה התבססה ההחלטה על כוונת הריסת בית העותר - התשתית העובדתית ביחס לכך שמוחמד גר בביתו של העותר והתשתית העובדתית ביחס למעורבותו של מוחמד בפעילות טרור (באותה העת כאמור טרם הוגש כתב אישום), וכן התשתית העובדתית (ככל שיש כזו) הקושרת בין העותר לבין מעשי בנו - וזאת על מנת שתהיה לעותר זכות טיעון אפקטיבית.

עותק מפניית הזלמ לקבלת נימוקי ההחלטה והתשתית העובדתית מצורף ומסומן **נספח 5**

18. בסמוך לאחר שליחת המכתב, התקשרה אל הח"מ גב' כמיל, והודיעה כי בלילה כוחות צה"ל המציאו לביתה את ההודעה על כוונה להרוס את ביתה, ומנגד, מבירור עם העותר, התברר שהוא כלל לא קיבל הודעה כזו. הח"מ פנתה באופן בהול לגב' חבר להבין את פשר אי הבהירות הזו.

19. ביום 26.10.17 התקבלו אצל הח"מ שני מכתבים מיועמ"ש איו"ש. מכתב אחד בו נמסר כי מסירת ההודעה לגב' כמיל היתה בשגגה, וכי ההודעה מבוטלת. למכתב צורפה הודעה על כוונה להרוס את בית העותר, ונרשם כי ההודעה תימסר לו באותו הלילה. בהודעה עצמה נרשם שיש כוונה להרוס את הבית בו התגורר \_\_\_\_\_, בנקודת ציון \_\_\_\_\_, וכי ניתן להשיג על ההחלטה עד ליום 1.11.17.

מכתב יועל"ש איו"ש וההודעה שנמסרה ביום 26.10.17 מצורפים ומסומנים **נספח 6**

20. במקביל, נמסרה לח"מ תשובה לבקשה לקבלת נימוקים להחלטה, בה נכתב כי על פי המידע שנמסר מגורמי הביטחון, התקבל מידע הקושר את \_\_\_\_\_ לביצוע הפיגוע, וכיוון שהחקירה עודנה מתנהלת, ניתן יהיה לקבל את החומרים הגלויים רק לאחר הגשת כתב אישום. כן נרשם שעל פי המידע שבידי כוחות הביטחון, \_\_\_\_\_ התגורר מרבית הזמן בבית אביו, וכי לא קיים מידע אצל כוחות הביטחון על מעורבות העותר במעשי בנו.

תשובת יועל"ש איו"ש לבקשה לקבלת נימוקים מצורפת ומסומנת **נספח 7**

21. ביום 1.11.17 בצהריים הוגשה השגה בהולה למשיבים כנגד הריסת בית משפחת העותרים (לאחר שניתנה לעותרים ארכה של מספר שעות, בשל בלבול של הח"מ בנוגע לשעה שנקבעה).

עותק מההשגה הבהולה מיום 1.11.17 מצורף ומסומן **כנספח 8**

22. ראשית נטען בהשגה שהבלבול המדאיג בין בית אמו של \_\_\_\_\_ לבית העותר מצטרף למספר תקלות נוספות שאירעו לאחרונה על ידי המשיבים במסגרת הליכים לגבי הריסת בתים, וכי הדבר חמור לנוכח ההשלכות הבלתי הפיכות של הריסת הבית. לכן, נתבקש לקבל הבהרה אלו אמצעים ננקטים על ידי המשיבים על מנת לוודא שתקלות מסוג זה לא יקרו שוב.

23. לגופם של דברים, בהשגה נטען כי העותר לא ידע כלל מה חלקו של בנו ברצח שהתרחש, ואף טרם ידוע האם מדובר בפגיעה או בעבירה פלילית, שכן על פי פרסומים שונים בתקשורת ההאשמות נגד \_\_\_\_\_ היו שמדובר ברצח כנקמה על הריגת חברו.

24. עוד נטען בהשגה כי הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה ע"פ הדין הבינלאומי ההומניטרי, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע; הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה אנושה בחפים מפשע, לרבות קטינים, וזאת בפרט לנוכח העדר זיקת מגורים של \_\_\_\_\_ לבית; ההחלטה על הריסת הבית נעדרת תשתית ראייתית עובדתית ורלוונטית לשאלות הנוגעות למעורבותו של \_\_\_\_\_ באירוע, ההקשר שלו והיכולת של העותרים לדעת או למנוע את האירוע, בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי; עוד נטען כי לא מתקיימת במקרה זה תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה וכי ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, ואי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של \_\_\_\_\_ והעדר יכולתה לצפות אותם.

25. ביום 7.11.17 נשלח למשרדי הח"מ מענה להשגה מלשכת יועמ"ש איו"ש, בו נמסר כי המפקד הצבאי דחה את ההשגה כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתם של העותרים, לאחר שבא לכלל מסקנה כי בעת הנוכחית יש לעשות שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119. יחד עם מענה זה נמסר לח"מ העתק מכתב האישום שהוגש נגד \_\_\_\_\_, שצורף לעיל. במענה להשגה לא היתה כל התייחסות לדרישה לקבלת הבהרות אלו אמצעים ננקטים למנוע תקלות נוספות בכל הנוגע להליכים לגבי תקנה 119.

העתק מהמענה מלשכת היוע"ש איו"ש מיום 7.11.17 מצורף ומסומן נספח 9

26. במענה להשגה, השיבו המשיבים לטענות העותרים כך: במענה לספקות בנוגע למעורבותו של \_\_\_\_\_ בפגיעה לאומני, הפנו המשיבים לכתב האישום; במענה לטענה כי הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לפעול להחרמת והריסת בתי המחבלים מכוח תקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית, נכתב כי מדובר בטענה אשר נדונה ונדחתה פעם אחר פעם על ידי בית המשפט העליון ולפיכך אין מקום להידרש לה שוב; במענה לטענה בדבר העדר התקיימות תכלית ההרתעה נרשם כי בית המשפט השתכנע שקיימת תועלת הרתעתית כתוצאה מהריסת בתי מחבלים וכי ניתן להפעיל סמכות זו אף כנגד בני משפחה כל עוד הסמכות מופעלת בסבירות ובמידתיות; לגבי הריסת הבית הקונקרטי של העותרים הקונקרטיים והילדים הקונקרטיים הגרים בו נטען כי הריסת כלל המבנה, ביחס למעשיו של \_\_\_\_\_, הינה הריסה מידתית, חרף העובדה שבמבנה מצויים קטינים, לנוכח חומרת מעשיו של \_\_\_\_\_; ובאשר לזיקת המגורים נטען במענה להשגה כי בתחקורו הודה \_\_\_\_\_ כי הוא מתגורר בביתו של אביו אשר מהווה את ביתו הקבוע ומדי פעם נוהג לישון אצל אמו, וכי בתחקורו של העותר מסר זה כי בנו מתגורר אצלו אך בחצי שנה האחרונה נהג ללון גם בבית אמו (מסמכים אלו לא צורפו למענה להשגה).

27. למענה הדוחה את ההשגה צורף צו החרמה והריסה של בית העותרים (נספח א'), ונמסר כי הצו לא ימומש בפועל עד לאחר יום 12.11.17 בשעה 11:00. בעקבות פניית הח"מ לנציגת יועמ"ש איו"ש, נדחה המועד לביצוע ההריסה עד לאחר יום 12.11.17 בשעה 16:00, על מנת לאפשר לח"מ שהות להגיש את העתירה דנן. מכאן העתירה.

העתק התכתובת עם נציגת יועמ"ש איו"ש מצורף ומסומן נספח 10

## הטיעון המשפטי

### האיסור על הריסת בתים

28. בימים האחרונים ניתן פסק דין בבג"ץ 8161/17 בהאא אלג'מל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (ניתן ביום 7.11.17) (להלן: "עניין אלג'מל"). על אף שהעתירה נדחתה בדעת רוב וכנגד דעתו החולקת של כבוד השופט מזוז – מרבית חברי ההרכב סברו כי הגיעה העת לדיון מחודש בשאלות עקרוניות העוסקות בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 על דרך של החרמה והריסה או איטום של בתי חשודים, נאשמים ומורשעים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ו/או אזרחיה.

29. כך השופט מזוז בפסקה 3 לפסק דינו: "את עמדתי בסוגיות אלה- לפיה הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי והן בהיבט של המשפט החוקתי הישראלי, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה הולם ומספק בפסיקתו של בית משפט זה – הצגתי במספר הזדמנויות בשנתיים האחרונות..."

30. וכך גם קבעה כבוד השופטת ברון, על אף שהצטרפה לדעתו של כב' השופט עמית לעניין דחיית העתירה עצמה: "אציין עם זאת כי אני שותפה לקולות הקוראים לעיון מחדש בהלכה זו [הסמכות מכוח תקנה 119 – מ.פ.] בהרכב מורחב של שופטים" (פס' 1 לפסק דינה).

31. עמדות אלה מצטרפות אף לעמדתו של כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ 1630/16 מסודי פתחי זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (ניתן ביום 23.3.16): "בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה, הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי".

32. כפי שציין כב' השופט פוגלמן שם, עמדות אלו הושמעו גם על ידי שופטים אחרים:

"מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות

האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...] יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...] אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה").

33. גם כב' השופט ג' ובראן הצטרף להשגות אלו במסגרת בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות

צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016, להלן: "עניין אלרוב"), שם ציין:

"אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה והריסה לבתיהם של מתבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור...

השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה...

סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, קרא השופט ע' פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב. לקריאה זו הצטרף שם השופט מ' מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה מהטעמים המובאים בפסקה 2 לעיל."

34. לאור האמור עולה, כי חרף אי הנחת הרב של ביהמ"ש הנכבד מהשימוש התכוף בתקנה 119,

הטענות העקרוניות בעניין חוסר החוקיות של הריסות בתים נדחות הלכה למעשה פעם אחר פעם ללא דיון מהותי בהן (מלבד מספר הסתייגויות של שופטים נכבדים שונים, כמצוין לעיל). לכן, הח"מ תבקש לשוב ולהזכיר דברים אלו, בתקווה שקרוב היום בו יתקיים בהם דיון מעמיק.

35. 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. "אין ספק כי החלטה להרוס מבנה לתכלית הרתעתית, תוך פגיעה בבלתי מעורבים, היא אכן החלטה קשה, ויש שיאמרו מוקשית" (ראו פס' 3 לפסק הדין של כבוד השופט עמית בעניין אלג'מל).

36. הריסת בית מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון

במעלה, על פיו "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.

37. יתר על כן, דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם מוגנות הנמצאות בלב ליבו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. 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).

38. הריסת בתים אינה חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססת על תקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945, דבר חקיקה מנדטורי. צעד זה מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי המינהגי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב 1 הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו והדין הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

39. 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".

40. 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.**

41. הריסת בתים בנסיבות אלו 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 (14.12.2006); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (30.1.2008); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (15.9.2005)).

42. כך, הריסת בתים בנסיבות אלו 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) וכן מהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).
43. 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 אטימתם 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).
44. רק לפני כשנה וחצי, 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 למדיניות 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, <http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/ConclusionsHebrew2016.pdf>).
45. הריסת בתים עומדת גם בסתירה לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966, אושררה 1991), המעגנת בסעיף 11 את הזכות לדירה ולתנאי מחייה נאותים, ובסעיף 10 את ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי.
46. 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 קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז (חוות הדעת אינה מצורפת, בשל אורכה ולנוכח העובדה שכבר הוגשה לבית המשפט הנכבד במספר רב של עתירות. ככל הנדרש העותרים יוכלו להמציא עותק נוסף של חוות הדעת לבית המשפט).

47. 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".

48. 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).

49. 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).

50. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת ו/או אטימת הבתים, בהיקף הנוכחי כפי שמבצעת ישראל מאז חידשה את מדיניותה בנוגע להפעלת תקנה 119, 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.

51. 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 בפיוגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ואף מספר שופטים ממושיכים להביע עמדה עקבית לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש. מכאן, שאף שביית 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, כפי שאף סבורים, כאמור לעיל, שופטים רבים בבית המשפט הנכבד.

52. 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 העתירה דנן תהווה הזדמנות ראויה להיעתר לבקשה לדון בכובד ראש בטענות אלו. כפי שביית 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.

53. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 1.12.15):

"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")

54. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנם עותרים קונקרטיים אשר אמורים על פי החלטת המשיב לאבד את ביתם, הצורך לקיים דיון מהותי בטענות כבדות המשקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי הולך ומתחזק. אין המדובר בשאלות תיאורטיות אלא בדיני נפשות ממש.

55. כפי שצוין 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.

56. העותרים יטענו כי הריסת בתם, כולו, מבלי שישאר ליושביו בית להתגורר בו מבטאת את האכזריות הגלומה בהפעלת תקנה 119 במלוא חומרתה. בעניין אל ג'מאל שהוזכר לעיל נהרסה קומה אחת מתוך בית של שלוש קומות ובכך לפחות התאפשרה חלופת מגורים לילדי המשפחה ולשאר בני המשפחה. במקרה שלפנינו עומדים שלושה ילדים ובקרוב גם ארבעה להישאר ללא קורת גג, לא באופן מטאפורי אלא באופן ממשי, פיזי ביותר.

#### **פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטינים**

57. כמתואר בחלק העובדתי, בבית העותרים מתגוררים זוג הורים עם שלושה ילדים, כולם קטינים בגילאים שבין 17 שנים לשנתיים, ועוד תינוק בדרך.

58. המשיב במסגרת תשובתו להשגה לא התייחס כלל לשאלה האם העותרים ידעו או לא ידעו על תכניותיו, כוונותיו ומעשיו של \_\_\_\_\_, וכל שנאמר במענה לבקשה לקבלת נימוקים (בטרם הוגשה ההשגה), הוא שלעותר אין כל מעורבות במעשי בנו. מכך ניתן ללמוד כי גם לשיטת המשיבים העותרים אינם מעורבים לא במעשה ואף לא בידיעה על מעשיו של \_\_\_\_\_. **העותרים לפיכך הינם חפים מכל פשע, ואף לא ניתן לייחס להם ידיעה קונסטרוקטיבית למעשיו של \_\_\_\_\_ (בהעדר כל רמיזה לכך במענה המשיב).** ויוער, שעל פי כתב האישום, התכנון לרצח החל רק לאחר מעברו של \_\_\_\_\_ לכפר קאסם, בתקופה שבה כלל לא היה לו קשר לעותרים, ולכן בוודאי שלא היתה לעותרים כל יכולת לצפות או למנוע מקרה זה.

59. בנסיבות אלה, אין כל הצדקה לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בעותרים. יפים לעניין זה דברי כב' השופטת ברון, בדעת מיעוט, בבג"צ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית:

"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 במישורין, 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 – מ.פ.] עתיד לכלות את ימיו מאחורי סוגר ובריה, 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 הרסית הבית אינה מידתית". (הדגשים הוספו)

60. גם כבוד השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדה זו, בדעת מיעוט (בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (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 כמותם 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 מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית". (הדגשים הוספו)

61. השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן/הבעל/האב סותר באופן חזיתי שאינו ניתן ליישוב את קביעות ביהמ"ש הנכבד בכג"ץ עג'ורי לעיל – בעוד שביהמ"ש 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 בעג'ורי.

62. יש לציין כי 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)

63. 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 בענייננו:

"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, הדגש הוסף)

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).

64. 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).

65. ברי, כי עניינם של העותרים בעתירה דגן קרוב יותר לעניינו של המקרה השלישי, הואיל ובמקרה זה אין כל אינדיקציה כי מי מתוך העותרים ידעו על כוונותיו של \_\_\_\_\_, ואף יתר על כן ישנן ראיות לכך שהעותרים לא ידעו, לא יכלו לדעת ולא היו שותפים בשום דרך וצורה למעשיו של \_\_\_\_\_ (בהעדר קשר בין העותרים ל \_\_\_\_\_ בשנה האחרונה) שבגין מעשיו העצמאיים הוטל עליהם עונש שאינו מגיע להם.

66. 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.

67. לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר בבית העותרים אשר בכוונת המשיב להרוס הם הורים וקטינים, אשר ביתם לכולם אין כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של \_\_\_\_\_, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.

68. יתרה מזאת, הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מהריסת הבית לשלושת 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, אפטרופסיו 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".

69. מכאן, שהריסת בית העותרים מהווה הפרה של חובותיה של ישראל על פי הדין 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.

העדר זיקת מגורים בין \_\_\_\_\_ לבית העותרים



70. הן לשון תקנה 119 והן הפסיקה קובעות כי למחבל תהיה זיקת מגורים לבית שמבקשים להרוס. כפי שנקבע, הטעם החוקי הבלעדי לביצוע ההריסה לפי תקנה 119 (אף שכאמור העותרים סבורים שכלל אין טעם חוקי כזה) הוא קיומה של זיקה בין המבצע או החשוד בביצוע המעשים, לבין מקום מגוריו שלו.

71. אך בעניינו, כמפורט לעיל, לא ניתן לומר שיש ל \_\_\_\_ זיקת מגורים מספקת לצורך הפעלת סמכות 119 כנגד בית העותרים. כאמור, \_\_\_\_ כלל לא התגורר בבית העותרים בשנה האחרונה, ולפני כן גר שם רק לסירוגין ולפרקים. למעשה, מהתנהלות המשיבים שתוארה לעיל, כאשר במקור המציאו את ההודעה על ההריסה לאמו של \_\_\_\_ ולא לעותר, נדמה שגם המשיבים עצמם לא בטוחים היכן התגורר \_\_\_\_ קודם למעצרו. כיוון שהמשיבים לא הציגו לעותרים את המסמכים עליהם הם מבססים את טענתם לזיקת מגורים של \_\_\_\_ לבית העותרים, אין באפשרות העותרים להתייחס לכך, והעותרים יבקשו לעיין במסמכים אלו ושומרים על זכותם לטעון בעניין.

72. בהעדר זיקת מגורים משמעותית בין \_\_\_\_ לבית העותרים, אין כל הצדקה להרס דירת אביו ואשתו, אשר בינם לבין האירועים המיוחסים ל \_\_\_\_ אין כל קשר ולו המינימלי ביותר.

73. כפי שקבע בית המשפט העליון בבג"צ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית:

"עם זאת, כתנאי מקדמי להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, מתחייבת "זיקת מגורים" של המפגע למבנה מושא צו ההריסה (בג"צ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 40 ו-45 לפסק דינה של הנשיאה נאור (12.11.2015)); בג"צ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקאות 38-37 (24.7.2016) (להלן: עניין מחאמרה)). בנוסף, לצורך היקפו של צו ההריסה, ובהקשר למידתיות הנדרשת, בית משפט זה חזר והדגיש כי "שיקול רלוואנטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה", וכן "יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים" (בג"צ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996); עניין חמאד, בפסקה 22).

74. כך גם קבעו שופטי הרוב בבג"צ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: "עניין מרעי"), כי אין להרוס בית במקרה של מפגע לא היתה זיקת מגורים לבית, או היתה זיקת מגורים מוחלשת, והדברים יפים לעניינו. כדברי כב' השופט ברון:

"עם זאת, כלל לא נטען מצד המשיב למעורבות, ואף לא לידיעה, של העותרים בגין המעשים המזויעים המיוחסים לעבד. ודומה כי לא בכדי – שכן אמת מידה זו לא נשקלה על ידי המשיב בבואו להוציא את צו ההריסה לביתם של העותרים. כך, אף על פי שמדובר בשיקול רלוואנטי לבחינת מידתיות המעשה של הריסת בתים – ולכן אין להלום שהמשיב מבטל שיקול זה. יתר על כן, זיקת המגורים שבין עבד לבין בית העותרים היא זיקה מוחלשת – שכן את חלק הארי של זמנו בילה עבד הרחק מבית הוריו – ובכך יש כדי להעיד לכאורה על כך שאין לייחס למשפחתו ידיעה קונסטרוקטיבית על אודות המעשים המתוכננים. בנסיבות אלה נראה כי חרף הסמכות,

נפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בנוגע לצו ההריסה וההחרמה שהוציא בהתייחס לבית העותרים"

וכדברי כב' השופט מזוז:

" עמדתי לעיל על כך, כי לדעתי לא מתקיימת בענייננו זיקת מגורים של עבד בבית הוריו (העותרים) ואין לראות בו בגדר inhabitant בבית זה, וממילא אין סמכות לפעול נגד בית העותרים בגין מעשיו של עבד. ואולם גם אם נניח כי ניתן לראות בעבד, ולו בדוחק רב, כ"תושב" הבית, עדיין מכלול הנסיבות מוביל לדעתי למסקנה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 במקרה זה תהיה לא סבירה ולא מידתית, ועל כן פסולה. כאמור, הזיקה של עבד לבית היא חלשה, אם בכלל. לכך יש להוסיף העדר כל קשר בין הבית לבין פיגוע הדקירה. המפגע לא יצא מהבית לביצוע הפיגוע; הוא לא התגורר בפועל בבית, עובר לפיגוע או לאחריו, אלא בדירתו באוניברסיטת אבו דיס, שם גם נעצר (השוו: בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה והשומרון [פורסם בנבו] (6.11.1979) וכן ענין האמד הנזכר לעיל). ובמקרה דנן גם לא מיוחסת לעותרים כל ידיעה או מעורבות במעשי בנם, עבד. משקלם המצטבר של כל אלה מחייב לדעתי את המסקנה שיש לבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים, אם אין ברצוננו לרוקן לחלוטין מתוכן את ה\_\_\_\_ ות הרבות של בית משפט זה, עליהן עמדתי בפתח הדברים, בדבר גישה זהירה ומצמצמת בהפעלת הסמכות שלפי תקנה 119."

75. ודברים אלו יפים גם לעניינו.

#### העדר תשתית עובדתית מספקת להפעלת הסמכות בתקנה 119

76. כמפורט לעיל, כתב האישום נגד \_\_\_\_ והנאשם הנוסף הוגשו רק לאחר שהמשיבים הודיעו על כוונתם להרוס את בית העותרים, וזאת לפני כשבועיים בלבד. לעותרים כלל לא ידוע באיזה שלב מצוי ההליך הפלילי, אך אין ספק שהוא מצוי בראשיתו, אם בכלל החל המשפט.

77. המידע היחיד שיש לעותרים בנוגע למעורבותו של \_\_\_\_ ברצח הוא כתב האישום, אשר אמנם מנסה לייחס ל \_\_\_\_ מעשה על רקע לאומני, אך סעיפי כתב האישום מותירים מקום רב לספק בעניין זה. על פי כתב האישום, \_\_\_\_ סירב במקור לביצוע פיגוע דקירה כללי, ונכתב מפורשות שהבחירה במר שמרלינג ז"ל כקורבן היתה על רקע כעס כלפיו במסגרת יחסי העבודה ביניהם. אמנם נקבע בפסיקה שעצם הגשת כתב אישום מעיד על קיומן של ראיות מנהליות מספקות לביצוע העבירה, הרי שבמקרה זה יש קושי לקבוע זאת לגבי המניע לרצח המיוחס ל \_\_\_\_.

78. בנסיבות אלה, ובהעדר כל תשתית עובדתית אחרת, כלל לא ברור בשלב זה שאין מדובר במעשה פלילי חמור ביותר ולא דווקא במעשה לאומני. כידוע, לא כל עבירה שמבצע פלסטיני כלפי יהודי היא בהכרח ממניע לאומני, ואילו תקנה 119 אינה מופעלת לצורך הרתעה מפני מעשים פליליים שלא ממניע לאומני, חמורים ככל שיהיו, שכן אחרת הבסיס לטיעון בדבר העדר אפליה בהפעלת תקנה 119 רק כלפי פלסטינים היה נשמט כליל.

79. בהעדר תשתית עובדתית ברורה בשלב זה, נהיר כי אין לנקוט בסנקציה כה דרקונית כהריסת בית העותרים, עד לאחר בירור העניין באופן ממצא וזאת לאור הפגיעה הממשית והקשה שצפויה להיגרם לעותרים.

80. כפי שנקבע בפסיקה, ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד ביהמ"ש יותר עם בחינת מעשי הרשות, וככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ע"ב 2/84 ניימן נ' 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 נ' שר הפנים, פד" נג (2) 740, 777).

81. בבג"ץ 987/94 יורנט 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"**

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

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

83. קביעות עקרוניות אלו נקבעו גם בהקשר הספציפי של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. כפי שנקבע בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14, בפסקה 25, להלן: "עניין עואודה"), "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..."

84. 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 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 בפגיעה 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."

85. דברים אלה יפים גם לעניינו. אם ימצא שהמניע לרצח היה פלילי ולא לאומני, אזי אין כל תוקף לתכלית ההרתעתית, שהיא בבסיס החלטת המשיבים בעניינם של העותרים. על כן, לכל הפחות יש להימנע בשלב זה מהריסת בית העותרים, עד אשר אשמתו של מוחמד תתברר והתשתית הראייתית תועבר לעיון הח"מ. הח"מ ביקשה כבר במסגרת ההשגה לקבל את התשתית העובדתית לתמיכה בטענה שמדובר בפיגוע לאומני, אך פרט לכתב האישום לא נמסרו לה מסמכים נוספים, והעותרים ביקשו לשמור על זכותם להעלות כל טענה העשויה לצמוח מחומרים אלה אם יועברו לעיונם.

### חוסר מידתיות החלטת המשיבים

86. 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). אך ההחלטה להרוס לחלוטין את כל בית משפחת העותרים, אשר כל הטאם מתמצא בהיותם בני משפחתו של \_\_\_\_\_, אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

87. 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 מצווים 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)

88. בעניין עואודה 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-מ.פ.], 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".

89. וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, ציינה כב' הנשיאה (דאז) 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 [...] 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 [...]. אשר בהן ניתן ביטוי קונקרטי שונה לגבי אפקטיביות ההרתעה במקרים ספציפיים." (שם, פס' 6) [הדגשים הוספו]

90. 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 סאלם לעיל; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנוב, 9.12.1997)).

91. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14.12.06), הדגיש בית

המשפט הנכבד 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 המזוין. חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזוין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם." (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

92. בפסק דין אלג'מל שניתן בימים האחרונים עמד ראש ההרכב, כבוד השופט עמית, על המידתיות

בהחלטת המשיב שם. שם דובר בהריסת הקומה השלישית בבניין בעל שלוש קומות שעל פי המסכת העובדתית טען המשיב כי המחבל התגורר בו בגפו: "מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו עולה, כאמור כי המחבל הוא היחיד שהתגורר עובר לפיגוע בקומה המיועדת להריסה, כך שהפגיעה הצפויה בבני משפחתו אינה חריפה כמו במקרים אחרים. בנסיבות העניין לא מדובר בהרס מקום מגורים של בני המשפחה, אלא בנוק ממוני, ואין חשש שהעותרים יישארו ללא קורת גג" (פסקה 5 לפסק הדין)

93. גם כבוד השופטת ברון שהצטרפה לדעתו לעניין דחיית העתירה קבעה כי הריסת הקומה עומדת

במבחני המידתיות: "לטעמי העיקר לענייננו הוא בכך שהריסת דירת המגורים בכל מקרה לא תותיר את מי מבני משפחתו של המפגע (אשתו וארבעת ילדיהם הקטינים) ללא קורת גג מעל לראשיהם –

שכן הם ממילא אינם מתגוררים בה. בכל הנוגע למבחן המידתיות בשימוש בכלי של הריסת בתים, העובדה שאין פגיעה בזכות למדור, שהיא זכות אדם בסיסית מכריעה בנסיבות המקרה את הכף".

94. מהכן שם נלמד הלאו בעניינו. על פי מדדי המידתיות שנקבעו בפרשת אלג'מל, הרי שהותרת בני משפחה חפה מפשע, כולל קטינים, ללא קורת גג, כפי הדבר בעניינו, תתקשה לעמוד בדרישה למידתיות.

95. מבלי להיכנס להצדקות ולצידוקים של עניין אלג'מאל, אין ספק כי נסיבות העתירה דגן שונות באופן דרמטי מהנסיבות שם: במקרה שלפנינו מדובר בהפרת הזכות למדור באופן מלא, ללא פתרונות חלופיים, זמניים או חלקיים. מקום בו יוחלט כי יש לדחות את העתירה דגן יישארו העותרים, קטינים ובגירים כאחד, ללא קורת גג מעל לראשיהם וללא זכות למדור ולכן החלטה שכזאת לא תוכל להיחשב כמידתית על פי המבחנים שנקבעו בפרשת אלג'מל.

96. כאמור לעיל, אין כל טענה שהעותרים ידעו על כוונות \_\_\_\_\_, או כי יכלו לדעת או לצפות את מעשיו, וכתוצאה מכך, למנוע את מעשיו. יתרה מכך, \_\_\_\_\_ לכאורה תכנן את הרצח בעודו הרחק מהעותרים, בכפר קאסם. כמו כן, כמצוין לעיל, \_\_\_\_\_ כבר היה עצור במעצר מנהלי על ידי רשויות ישראל בעבר (והדברים לא הוכחו על ידי המשיבים), וניתן להניח שרשויות הביטחון המשיכו לעקוב אחריו. אך אם הם לא חשדו ולא הצליחו למנוע את הפיגוע, כיצד ניתן לבוא בטענות אל אביו של \_\_\_\_\_, שכלל לא היה בקשר עם בנו בשנה האחרונה? יתכן שניתן לבוא בטענות לעותר בדבר הורות לא מוצלחת, אך אין בכך להצדיק הריסת בית משפחתו.

97. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת בית 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 (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).

98. לעמדה זו, כמצוטט לעיל, הצטרפו בפסקי דין אחרים כב' השופטים פוגלמן וברון.

99. עמדה המאשרת פגיעה בזכויות יסוד של אדם על מנת להרתיע אחרים, ללא שיש לאותו אדם קשר למעשה או דרך למנוע אותו, 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 פוטנציאלים:

"הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421). "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).

100. 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 בית העותרים. הפיכת המשפחה לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.

#### העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

101. העותרים בספק אם המניע העומד מאחורי הריסת ביתם הוא באמת הרתעתי ולא עונשי ונקמני. אך אף בהנחה שמדובר בתכלית הרתעתי, הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם.

102. סברתם של המשיבים כי הריסת בתים במצב ביטחוני שברירי בו אנו חיים עשויה להביא לרגיעה ע"י הרתעה 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, באצטלה של הרתעה, אינה יותר מאמצעי פופוליסטי מסוכן שעלול להעמיד את הציבור כולו בסכנה, מעבר לפגיעה הקשה בזכויות אדם של העותרים דנן.

103. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים 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.
104. 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, 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.
105. כך גם מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, עמד על כך שלצד הספקות הרבים בדבר התועלת הצומחת מאמצעי פוגעני זה, קשה שלא לחשוש מהתגובה השלילית אותו היא מייצרת (מתוך דבריו 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."**

106. על פי עמדות חלק משופטי בית המשפט העליון, ניתן להצדיק שימוש באמצעי ביטחוני אם יהיה בכך להציל נפש חיי אדם אחד. ובכן – עיקרון זה צריך להנחות את בית המשפט הנכבד גם לאור התוצאה השלילית שעשויה לצמוח מהשימוש באותו אמצעי. הרי שהריסת בית בניסיון להרתיע עלול באותה מידה דווקא להוביל אדם לבצע פיגוע כנקמה על כך ולפגוע בחיי חפים מפשע. כך שיתכן שלצורך הצלת חיי אדם דווקא עדיף להמנע מהריסת בתים של חפים מפשע.
107. דברים אלו אינם פרי המצאת הח"מ, ויש לכך דוגמאות קונקרטיות (כך למשל, במסגרת ת.פ. 42425-02-16 מדינת ישראל נ' אחמד מוגרבי), המדגימות כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה גם לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.



108. אי בהירות זו אודות התועלת המושגת באמצעות השימוש בתקנה 119 מחד, והתוצאות השליליות שיש לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית מנגד, העסיקה כידוע גם את ביהמ"ש הנכבד. כך, כפי שקבעה כב' השופטת ברון בעניין **מרעי**, בכל הנוגע להצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים, הנסמכת על טענת ההרתעה (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 המורה של הסלמת היתסים 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). (הדגשים הוספו)

109. בעניין **אבו אלרוב**, 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" (הדגשים הוספו)

110. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בנושא זה במסגרת עניין **סידר**:

"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 שייתכן 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' [...] 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). (הדגשים הוספו)

111. לעניין זה יפות גם קביעות עדכניות של כב' השופטת ברון 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)

112. חרף סימני שאלה אלו, המשיבים אינם מסבירים באיזה אופן הם סבורים שהריסת בית מגורים 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, ההריסה או האטימה (והימשכות המצב הביטחוני חרף השימוש בתקנה 119 בוודאי אינו תורם לביסוס טענת ההרתעה). חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי זה יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר, וכיצד אין בו דווקא להביא להסלמה במצב הביטחוני.

113. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסות ואטימות בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיבים שמדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בלץ 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."

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." (מתוך פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004).

114. 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):

"...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..."

גם כב' השופטת חיות (כתוארה אז) 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 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"

115. 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 שהמשיבים מציגים לבית המשפט הנכבד בהקשר זה אינו מבוסס על מחקר אמפירי, ככל הידוע לח"מ.

116. לנוכח פסקי דין אלו, ולנוכח חלוף הזמן מאז שבו המשיבים לעשות שימוש בתקנה 119, הגיעה העת להורות למשיבים 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 גלי הטרור שמדינת ישראל חווה בשנים האחרונות ממשיכים למרות שהמשיב חידש כאמור את הריסת הבתים לפני למעלה שלוש שנים. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 6 שבה ומבקשת להורות למשיבים שלא לבצע את אטימת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור ויוצגו תוצאותיה.

117. ויובהר, כי \_\_\_\_\_ ות 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' קרמיצר בדבר העידוד האפשרי לנקמה ולטרור, מקבלים אישור במציאות.

118. 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.

119. כפי שפורט לעיל בהקשר לתשתית העובדתית החסרה, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, וככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר. לאור האמור, יש לכל הפחות להימנע בשלב זה מהריסת ביתם של העותרים עד אשר יובאו נתונים אמפיריים וראיות לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה ותוכיה עצמה כמדיניות מרתיעה.

### לסיכום

120. 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.**

121. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491, "מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התוחמים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומה בלתי חוקי".

122. אף אם לשון תקנה 119 שנהגתה בשנת 1945 ברחבי האימפריה הבריטית מתירה לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויבים המשיבים, לפרש את הסמכות בהתאם לתפיסות ולאיסורים העדכניים על פגיעה בחפים מפשע ובקניינם בהתאם לדין הבינלאומי והישראלי ועליהם להיזהר מלהותיר משפחה ללא קורת גג ואדם ללא קניינו, מבלי שחטאו. יפים מאין כמוהם דברי כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז:

**"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 העברייני 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 מהווה 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 מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

124. זאת ככלל, ובוודאי בנסיבות העניין – כאשר העותרים לא ידעו ולא יכלו לדעת על תכניותיו של \_\_\_\_\_ ולא חשודים כי שיתפו פעולה בכל דרך שהיא, ישירה או עקיפה, עם מעשיו ולכן הינם חפים מכל פשע ונקיים מכל חשד; ל \_\_\_\_\_ לא היתה זיקה אמיתית לבית העותרים המיועד להריסה, הוא כלל לא שהה בו בשנה האחרונה וקודם לכן שהה בו לסירוגין; הנזק שייגרם לעותרים באם תדחה העתירה הוא אבסולוטי, חסר מידתיות ובלתי צודק.

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

126. עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים המתגוררים בשטחים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של רסמיה עלי ממשרדי הח"מ, שעמדה בקשר טלפוני עם העותר.

היום, 12.11.17

פ

מיכל פומרנץ, עו"ד

ב"כ העותרים