

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ יאסין כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ סאלח מוסא כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
4. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
5. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
6. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
7. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
8. \_\_\_\_\_ פיסל \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
9. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטיין)
10. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטיין)
11. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
12. \_\_\_\_\_ פייסל \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_
13. \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטינה)
14. 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 16.1.18 מצורף ומסומן נספח 1

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי המופנה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יציגו חוות דעת מהנדס מטעמם אודות אופן ביצוע ההריסה, וכן 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 החרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 21.1.18 בשעה 15:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השעיית 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 לפגיעה 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.

**בקשה לקיום הדיון בהרכב מורחב**

1. בטרם נכנס לעובי הקורה יבקשו העותרים כי הדיון בעתירה דנן יתקיים בהרכב מורחב. סוגיית הריסת בתים שבמרכז העתירה דנן הינה סוגיה שראוי להידרש אליה בהרכב מורחב בשל חשיבותה וקשיותה, בשל המחלוקת הרבה הקיימת בבית המשפט בנוגע לסוגיה, וכן בשל הפגיעה הוודאית בזכויות העותרים.

2. בדיון מיום 15.11.17 בבג"ץ 8786/17 זיאד \_\_\_\_\_ חליל אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פס"ד ניתן ביום 26.11.17) (להלן: "עניין אלרוב") נאמר ע"י כב' השופט מזוז כי היה על העותרים לכלול בעתירה בקשה לקיום דיון בהרכב מורחב וזאת על מנת שניתן יהיה לשקול אפשרות זאת מראש (ראו פרוטוקול הדיון עמ' 2 שורה 20-21)

3. לפיכך, מבקשים העותרים לפנות כבר בשלב זה לבית המשפט הנכבד ולבקש כי הדיון בעתירה יתקיים בפני הרכב מורחב כך שיהיה בידיו האפשרות לדון באופן עקרוני ומעמיק על אחת הסוגיות השנויות במחלוקת ביותר הן בציבור הרחב והן בבית המשפט העליון עצמו.

4. המלומדים גיא הרפז ועמיחי כהן עמדו על עמימות ואי בהירות ההלכה בנושא השימוש בתקנה 119 במאמרם האחרון בנושא, "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים", משפט וממשל יט' תשע"ח, אשר נצרפו ונצטט חלקים ממנו מפאת חשיבותו ותרומתו לדיון.

5. כדברי המלומדים במבוא למאמר:

"מיפוי הפסיקה מגלה פסיפס מגוון של פסיקות, קריאות לשינוי ההלכות הנהוגות ומחלוקות שיפוטיות, אשר אין להן אח ורע במשפט הציבורי בישראל. המאמר מבקש להציג באופן ביקורתי את הכאוס שפשט לאחרונה בפסיקותיו של בית-המשפט העליון בתחום זה, ואת התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב עניינים שיפוטי זה."

6. וכך בהמשך המאמר:

"הטעם האחר לתמיהה באשר להיצמדות של השופטים ל"דעת הבית" נעוץ בעובדה שאותם שבעה שופטים המתנגדים להלכה המחייבת מתעקשים על שמירה עליה בשם אותה "דעת הבית", כאשר הבית מפוצל למעשה בין שלושה מחנות, ורוב דייריו אינם מסכימים עם אותה דעה, הלכה למעשה. לשון אחר, אותם שופטים מוכנים לפסוק, באופן אישי וקיבוצי, בסתירה להבנתם המשפטית, וזאת מן הטעם היחיד של שמירת לכידותו של המוסד השיפוטי שהם משתייכים אליו. שופטי העליון מחויבים ל"עצמת לכידותו של מסדר שופטי הבית", כלשונו של פרופ' שחר, בשעה שאין כלל סדר באותו "מסדר": בני המסדר מחזיקים בעמדות סותרות שאינן ניתנות ליישוב, והמחנה הגדול ביותר בתוך בית-המשפט הוא המחנה המערער על עצם חוקיותה של המדיניות. כלומר, יסודות הבית רעועים, והוא מפוצל לשלושה מחנות, אך שבעה מדייריו, המטילים ספק בחוקיותה של המדיניות, ממשיכים לקדש את דעת הבית, וזאת במחיר הכשרה של הריסת מספר רב של בתים, על כל אי-החוקיות הנובעת מכך."

7. בנסיבות אלה, כאשר כמחצית משופטי בית המשפט הנכבד סבורים שיש קושי משפטי עמוק בחוקיות מדיניות הריסת בתים של בני משפחה של חשודים/נאשמים במעורבות בפעילות עוינת נגד ישראל, וסבורים שלא נערך דיון מעמיק דיו בסוגיות המתעוררות בנושא זה, וכתוצאה מכך, פוסקים בניגוד להלכה הקיימת לכאורה בעניין, או מטילים מגבלות משמעותיות ליישומה, הרי שהלכה למעשה קשה לומר שקיימת הלכה ברורה.

8. עמימות זו מודגמת היטב בנסיבות עניינם של העותרים – כאשר עסקינן בבני משפחה שאין מחלוקת שלא היתה להם כל מעורבות במעשי הבן, חמורים ככל שיהיו, ושספק אם היה בידיהם למנוע את מעשיו לו היו יודעים על תכניותיו ולכן אין חולק כי הם חפים מכל פשע וזכויותיהם הבסיסיות ביותר לקניין ולקורת גג עומדות להיפגע על לא עוול בכפם.

9. חוסר הבהירות ב"הלכה" בעניין הריסת בתים התגברה לאחרונה, בעקבות פסק דין בבג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (מיום 7.11.17) (להלן: "עניין אלג'מל"). על אף שאותה עתירה 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. אך יותר מכך, לפי עמדת הרוב שם שדחתה את העתירה (כב' השופטים עמית וברון), נקבעו מדדי מידתיות שלפיהן בנסיבות עניינם של העותרים דנן - בני

- משפחה חפה מפשע, כולל קטינים, שהריסת ביתם תותירם ללא קורת גג – היה נקבע שלא מדובר בהחלטה מידתית, לו היו יושבים שופטי אותו הרכב בעתירה נשוא בקשה זו.
10. מתוך חוסר העקביות בפסקי הדין הניתנים לאחרונה בעניין סוגיה רגישה זו ניתן להסיק כי הגיע העת לדיון עקרוני עמוק שתוצאותיו יכולות להיות, בין היתר, קביעת אמות מידה בהירות ועקביות לגבי אופן היישום של תקנה 119.
11. המלומדים הרפו וכהן עומדים במאמרם על התוצאות החמורות שיש לשיטתם למצב הדברים הנוכחי, בו אין הסכמה בין שופטי בית המשפט הנכבד בסוגיה זו:
- א. ריבוי ההלכות הסותרות יוצרים כאוס בנוגע להלכה המחייבת, דבר המוביל לחוסר ודאות וחוסר יציבות, אשר מצידו מוביל לפגיעה בתכלית ההרתעתית;
- ב. מבחינה מוסדית נוצר למעשה מעין מרד שיפוטי, כאשר שופטים מביעים לעיתים תכופות עמדות "מרדניות" בשורה של פסקי-דין, ועובדה זו עלולה לכרסם באמונם של אנשי המקצוע במערכת השיפוטית;
- ג. ספק אם נכונותם של שופטים כה רבים לפסוק בניגוד להבנתם המשפטית (ואולי אף בניגוד לצו מצפונם) מתיישבת עם החופש האינטלקטואלי המצופה משופטי העליון, ויש בכך לכרסם באמון שהמערכת המשפטית והבטחונת מייחסת למוסד השיפוטי – מוסד שכל עוצמתו תלויה באותו אמן;
- ד. הפרקטיקה שעל-פיה השופטים פוסקים בניגוד להבנתם המשפטית עומדת בסתירה לציווי של המחוקק הישראלי המעוגן בחוק-יסוד: השפיטה, שעל-פיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין";
- ה. במצב בו שופטים רבים מעוניינים לשנות או להפוך את ההלכה המאשרת את חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים, אך נמנעים מלעשות זאת בשל חששם מהפיכת בית-המשפט לבית-שופטים - במקום זאת הם מטילים באופן ספורדי ואקלקטי מגבלות שונות על המדיניות, ומבקרים באופנים שונים וסותרים היבטים חוקיים שונים שלה, והתוצאה הסופית של מהלך זה היא הפוכה מהרצון המוצהר של השופטים עצמם – בית-המשפט הפך את עצמו בתחום זה מבית-משפט לבית-שופטים, כך שסיכוייה של עתירה להתקבל תלויים בזהות ההרכב.
12. המלומדים מסכמים את המאמר כך:

**"התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב העניינים שנותח במאמר, כמו-גם הצורך להתעמת באופן מעמיק ומקיף עם הספקות הכבדים שהועלו על-ידי מספר רב של שופטי עליון, מחייבים לדידנו קיומו של דיון מעמיק בהרכב מורחב בעניין זה. ריבוי פסקי-הדין, הדעות השיפוטיות השונות והמגבלות הרבות (והסותרות לעיתים) העולות מפסקי-דין אלה יוצרים הלכה למעשה בית-שופטים המורכב משופטים שונים בעלי קולות**

**שונים וסותרים. דבר זה מחייב את קיומו של אותו דיון מחודש, אשר יעצור את תהליך הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים."**

13. העותרים מצטרפים לעמדה זו, ומבקשים כי עניינם יידון בהרכב מורחב ויגע בכל הסוגיות העולות מעניינם הן לגבי שאלות עקרוניות והן לאלה הקשורות לסבירות ומידתיות. ועתה נצלול לשאר הטיעונים ובראשם האיסור על הריסת בתים.

### ואלה נימוקי העתירה:

#### מבוא

14. העותרים הם זוג הורים (\_\_\_\_ ו\_\_\_\_) ביחד עם שישה מילדיהם, שתי כלותיהם ושלושה נכדים קטינים המתגוררים כולם בבית פרטי בן שתי קומות, אשר השטח הבנוי בו הוא כ 600 מטר, בכפר קבטיה שבצפון השומרון. סך הכל חיים בבית ברגע זה 13 אנשים.

15. העותר 1 (להלן: "העותר 1") הינו אביו של \_\_\_\_\_ כמיל ת.ז. \_\_\_\_\_ (להלן: "\_\_\_\_\_") הנאשם ברציחתו של מר ראובן שמרלינג ז"ל ע"פ כתב אישום שהוגש ביום 29.10.17 לבית המשפט המחוזי מרכז. העותר 1 מתגורר בבית המיועד להריסה חלקית עם \_\_\_\_\_ אשתו, אמו של \_\_\_\_\_ (להלן "העותרת 2") ושישה מילדיהם: \_\_\_\_\_, בן 23, \_\_\_\_\_, בן 22, \_\_\_\_\_, בת 21, \_\_\_\_\_, בת 19, \_\_\_\_\_, בן 27, יחד עם אשתו \_\_\_\_\_ ושני בניה: \_\_\_\_\_ בן שנתיים וחצי ו \_\_\_\_\_ בן 4 חודשים. \_\_\_\_\_, גם הוא בנם של \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ חי בקומה השניה של בית המשפחה ביחד עם אשתו \_\_\_\_\_ ובתו \_\_\_\_\_ שטרם מלאה לה שנה.

16. העותרת 14, "המוקד להגנת הפרט", היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

17. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו החרמה וההריסה לבית העותרים.

18. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר המשיב מבקש בצו להחרים ולהרוס שני חדרים בביתם: חדר מגורים בקומה התחתונה של הבית בו לטענת המשיב התגורר \_\_\_\_\_ ביחד עם אחיו, בטרם עזב את הבית ועבר לעבוד בכפר קאסם ומטבח הצמוד לו ששניהם מצויים בחלק הצפוני של הבית. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של \_\_\_\_\_, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע על רקע לאומני. שני חדרים אלו מצויים כאמור בקומה התחתונה של הבית, ולכן בסיכוי מאוד גבוה הריסתם תביא להריסת הבית כולו.

19. אין חולק שהמעשה המיוחס ל \_\_\_\_\_ קשה ואכזרי וכי תוצאת מעשיו טרגיות. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינם של העותרים, שהינם בני משפחתו של \_\_\_\_\_ – הוריו, אחיו ואחיותיו, גיסותיו ואחייניו הקטינים אשר לא היתה לאף אחד ואחת מהם כל ידיעה או

- מעורבות במעשיו של \_\_\_\_\_ . בנסיבות אלה, ההחלטה להחרים ולהרוס שני חדרים בבית 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 חלק מבית המשפחה וסיכון הבית כולו תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות קטינים שלא היתה להם כל נגיעה או ידיעה על מעשיו של \_\_\_\_\_ ;
- ג. ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית עובדתית בנוגע לאמצעי הזהירות הננקטים על מנת לוודא שהריסת שני חדרים בקומה התחתונה לא תוביל להריסת הבית כולו;
- ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;
- ה. ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ואי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של \_\_\_\_\_ והעדר יכולתם לצפות אותם.

20. כבר עתה יצוין שהעותרים פועלים על מנת להשיג חוות דעת מהנדס מטעמם בנוגע לנזקים אשר צפויים להיגרם לבית כולו מהריסת שניים מחדרי הבית. כיוון שרק במענה להשגה הודיעו המשיבים כיצד בכוונתם לבצע את ההריסה (ואף זאת ללא פרטים מספקים), לא היתה רלוונטיות להשגת חוות דעת קודם לכן, ולנוכח מעט הזמן שהוקצה לעותרים להגשת עתירה זו מיום קבלת המענה להשגה – כשני ימי עבודה בלבד – לא עלה בידם להספיק להשיג חוות דעת בזמן קצר זה, והם יבקשו שהות לצרפה במהלך השבוע.

### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

21. כאמור, צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי נוגע לבית בכפר קבטיה בו מתגוררות שלוש עשרה נפשות – הורים מבוגרים, ילדיהם, כלותיהם ונכדיהם בקטינים. הבית נשוא הצו הוא בן שתי קומות. בקומה הראשונה מתגוררים ההורים (העותרים 1-2) ביחד עם חמישה מילדיהם – \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, בנוסף מתגוררים עמם בקומה זאת \_\_\_\_\_, אשתו של \_\_\_\_\_, ושני בניהם הקטינים. בקומה העליונה גר בן נוסף, \_\_\_\_\_, יחד עם אשתו \_\_\_\_\_ ובתם התינוקת בת השבעה חודשים. בקומה זו מצויה עוד יחידת דיור הנמצאת בשיפוץ וזאת לאור תכניותיו של הבן \_\_\_\_\_ להינשא ולעבור להתגורר בקומה העליונה עם משפחתו הטרייה. למשפחה אין נכסים נוספים ואין להם מקום אחר להתגורר בו.

22. על פי צו ההריסה מתכוון המשיב להרוס שני חדרים: חדר השינה בו ישן \_\_\_\_\_ עם אחיו והמטבח הצמוד לו – הממוקמים בקומה התחתונה של המבנה, בחלקו הצפוני.

23. המשיבים מבקשים להרוס חדרים אלו בבית העותרים בשל המעשים המיוחסים ל \_\_\_\_\_, בנם של העותרים 1-2, וזאת בשל החשד כי היה מעורב ביחד עם \_\_\_\_\_ אלרוב ברצח ממניע לאומני. כתב האישום כנגד \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ 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.
24. על פי כתב האישום, \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ החלו לעבוד בחודש ספטמבר 2017 בכפר קאסם במחסן של המנוח, מר שמרלינג, במהלך עבודתם ושהותם בכפר קאסם החליטו השניים לרצוח את אחד היהודים העובדים במחסן, כנקמה על כך שחברם נהרג כשנתיים קודם לכן על ידי כוחות צה"ל בעת שניסה לבצע פיגוע דקירה. 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.
25. באשר לאירוע החמור אשר \_\_\_\_\_ חשוד במעורבותו, אזי כאמור לעיל, העותרים אינם יודעים מה היה חלקו של \_\_\_\_\_ בו. העותרים כולם, הוריו ואחיו של \_\_\_\_\_, לא ידעו דבר וחצי דבר על תכניותיו לרצוח את מר שמרלינג ז"ל.
26. לטענת העותרים \_\_\_\_\_ לא היה מעורב בכל פעילות פוליטית ואידיאולוגית מימיו, לא השתייך לאף ארגון ואין לו "עבר בטחוני". לדבריהם מדובר בילד נורמטיבי לחלוטין, חרוץ ותומך במשפחתו: כל השבוע היה עובד קשה ובסוף כל חודש היה מעביר את משכורתו לאביו האחראי על פרנסת המשפחה כולה. מדובר בבחור ממושמע, שהיה קרוב מאוד למשפחתו ואולם למרות הקירבה והחום ששררו בבית אף אחד מבני המשפחה לא העלה בדעתו כי \_\_\_\_\_ יהיה מעורב בפיגוע או באירוע בטחוני משום שנושאים אלה היו רחוקים ממנו מאוד.
27. לטענת העותר 1 הקשר של \_\_\_\_\_ עם \_\_\_\_\_ שותפו היה קשר בעייתי ולכן העותר לא הסכים לבנו להפגש עם \_\_\_\_\_ וככל הנראה שהשניים לא נפגשו במשך שנתיים תמימות.
28. העותר שהה בירדן בביקור אצל קרובי משפחה עת קרות האירוע, וכשבנו \_\_\_\_\_ הודיע לו טלפונית על מה שאירע האב הנדהם חזר הביתה לישראל ומאז הוא מתקשה לישון, לאכול ולתפקד מרוב צער ותדהמה על מעשיו של בנו.
29. העותרים, ואנו נחזור על כך שוב ושוב, הינם חפים משפע ואין להם כל מעורבות אם בידעה, במעשה או בתמיכה במעשיו של \_\_\_\_\_.
30. כאמור, המשיבים מבקשים להרוס שני חדרים בבית, בקומה התחתונה. העותרים סבורים שאין כל אפשרות להרוס חדרים אלו ללא סיכון הבית כולו, כפי שגם סבור מהנדס מטעמם שבדק את הבית. החדרים המיועדים להריסה נמצאים בחלק הצפוני של הבית והם נבנו לפני למעלה מ-70 שנה בשיטה לפיה המבנה כלו עשוי מבטון ללא תמיכת קורות ברזל. בהמשך נבנו החלקים השונים של הבית – באמצעות עמודים, קורות ובלוקים ולכן יש חשש ממשי שהריסת שני החדרים הממוקמים בקומה התחתונה של הבית יובילו לקריסת הקומה העליונה ולנזק עצום למבנה כולו. כאמור לעיל,

העותרים יבקשו להתיר להם להגיש את חוות הדעת של המהנדס אשר תתייחס להעדר אפשרות פרקטית להריסת החדרים הנ"ל מבלי לפגוע בשאר חלקי הבית בהמשך ובטרם הדיון שייקבע בעתירה – וזאת מפאת קוצר הזמן.

31. יוער עוד, שבניגוד לדברי המשיבים, לטענת העותרים, המגובה גם בסיוור שערך במקום המהנדס מטעמם, אין בבית מטבח נוסף מלבד זה שהמשיבים מבקשים להרוס. כלומר, המטבח המיועד להריסה הוא המטבח היחיד בבית והוא משותף לכל בני המשפחה.

32. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש לעותרים, אין לעותרים כל חלופות אחרות ולפיכך, מקום בו יוחלט על הריסת שני חדרי הבית והותרתם ללא מטבח ועם סכנה להתמוטטות הקומה העליונה ייוותרו בני המשפחה – בוגרים וקטינים כאחד - במקרה הטוב ללא מטבח ובתוך גל הריסות ובמקרה הרע ללא קורת גג לראשם.

### **ההליכים בפני המשיבים**

33. ביום 12.10.17 הודיעה הח"מ למשיבים על ייצוג העותרים.

#### **ההודעה על הייצוג מצורפת ומסומנת נספח 3**

34. ביום 31.12.17 בשעות הערב המאוחרות התקבלה במשרדי הח"מ הודעה מטעם המשיב בדבר הכוונה להחרים ולהרוס שני חדרים בבית העותרים מכח תקנה 119. על פי ההודעה שנמסרה, צעד זה ננקט כנגד פעולותיו של \_\_\_\_\_ אשר "ביצע פיגוע אלים ביישוב כפר קאסם, ביום 4.10.17, בו נרצח ראובן שמרלינג ז"ל". בהודעה נרשם כי יש זכות להגיש השגה על כך עד ליום 4.1.18 בשעה 6:00. הח"מ פנתה לנציגת יועמ"ש איו"ש, גב' ירדן חבר, בבקשה להאריך את מועד הגשת ההשגה עד ליום 7.1.18 בשל לוח הזמנים הקצר שניתן בהודעה. גב' חבר אישרה את הארכה שהתבקשה.

#### **עותק מההודעה שנמסרה על ידי המשיבים ביום 31.12.18 מצורפת ומסומנת נספח 4**

35. ביום 7.1.18 בבוקר הוגשה השגה בהולה למשיבים כנגד הריסת החדרים בית משפחת העותרים.

#### **עותק מההשגה הבהולה מיום 7.1.18 מצורף ומסומן כנספח 5**

36. בהשגה נטען כי העותרים לא ידעו כלל מה חלקו של בנם ברצח שהתרחש, ואף טרם ידוע האם מדובר בפיגוע או בעבירה פלילית, שכן על פי פרסומים שונים בתקשורת ההאשמות בכתב האישום נגד \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ שותפו, היו שמדובר ברצח כנקמה על הריגת חברם או על רקע סכסוך עבודה. עוד נטען בהקשר זה כי טרם ניתן מענה לכתב האישום והדיון בתיק נדחה לחודש פברואר ולפיכך חסרה המסכת העובדתית המלאה שיכולה לשפוך אור על הנסיבות שהובילו לרצח, והאם בבסיסו עומד מניע אידיאולוגי או אחר.

37. עוד נטען בהשגה כי אין בידי העותרים מלוא המידע הרלוונטי בדבר האופן בו מתכננים המשיבים להרוס שני חדרים בבית מבלי לפגוע בבית כולו. העותרים ביקשו בהשגה לקבל פירוט לגבי מידע



הכרחי זה והודיעו שהם שומרים על זכותם להתייחס לכך כולל ע"י הגשת חוות דעת הנדסית, לאחר קבלת המידע.

38. בהשגה אף נטען כי הריסת בתים והחרמתם ככלל הינה פעולה אסורה ע"פ הדין הבינלאומי ההומניטרי, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע; הריסת חלקים נרחבים בבית המשפחה תביא לפגיעה אנושה בחפים מפשע, לרבות קטינה. ההחלטה על הריסת הבית נעדרת תשתית ראייתית עובדתית ורלוונטית לשאלות הנוגעות למעורבותו של \_\_\_\_\_ ברצח מר שמרלינג ז"ל, 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. כן נטען בהשגה כי השיהוי בהגשת הצו ובביצוע ההריסה שלושה חודשים לאחר קרות האירוע והריסת בית אביו של השותף של יוסי מפוגג לחלוטין את האפקטיביות של ההרתעה, אם זו קיימת בכלל.

39. ביום 16.1.18 נשלח למשרדי הח"מ מענה להשגה מלשכת יועמ"ש איו"ש, בו נמסר כי המפקד הצבאי דחה את ההשגה כנגד הכוונה להרוס שני חדרים, חדר מגורים ומטבח, בביתם של העותרים, לאחר שבא לכלל מסקנה כי בעת הנוכחית יש לעשות שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119.

העתק מהמענה מלשכת היוע"ל איו"ש מיום 16.1.18 מצורף ומסומן נספח 6

40. במענה להשגה, השיבו המשיבים לטענות העותרים כך: במענה לספקות בנוגע למעורבותו של \_\_\_\_\_ בפיגוע לאומני, הפנו המשיבים לפסק דינו של כב' השופט אלרון בעניין הריסת ביתו של \_\_\_\_\_ אלרוב, שותפו של \_\_\_\_\_; לגבי אופן ההריסה והסכנה כי ההריסה תוביל להתמוטטות הקומה העליונה ותותיר את בני המשפחה ללא מטבח ובסכנה להיוותר ללא קורת גג נאמר כי הריסת שני החדרים תעשה באופן ידני. החלטה זאת, כותב המשיב, התקבלה לאחר בחינה ספציפית של מהנדס מוסמך, בכדי למנוע ככל האפשר גרימת נזק לחלקים השמורים בבית ולבתיים סמוכים אחרים. בנוסף צוין כי בהתאם למידע שיש בידי המשיב המטבח המיועד להריסה אינו המטבח היחיד בבית. במענה לטענה כי הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לפעול להחרמת והריסת בתי מחבלים 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 נכתב 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; לטענת המשיב בפסקה 11 לתשובתו להשגה "הריסת שני חדרים במבנה היא אמצעי מידתי ואף הכרחי בנסיבות העניין". את סוגיית השיהוי שהועלתה בהשגה דחה המשיב בטענה שפרק זמן של שלושה חודשים ממועד הפיגוע הינו זמן סביר לבחינת הוצאת צו הריסה.

41. למענה הדוחה את ההשגה צורף צו החרמה והריסה של בית העותרים (נספח 1), ונמסר כי הצו לא ימומש בפועל עד לאחר יום 21.1.18 בשעה 15:00.

מכאן העתירה.

### הטיעון המשפטי

42. אף שהחלטת המשיבים נראית על פניה מיידתית, שכן מדובר בבקשה להרוס שני חדרים בלבד, העותרים יבקשו שלא יהיה בכך לבלבל את בית המשפט הנכבד ולהפחית מחומרת המצב - עדיין מדובר בהריסת שני חדרים של אנשים חפים מפשע על לא עוול בכפם, לצד העובדה שספק רב אם לא יהיה בהריסה זו למוטט את הבית כולו ולהותיר 13 נפשות חסרי בית.

### האיסור על הריסת בתים

43. בעת האחרונה, כאמור, ניתנו כמה פסקי דין בעתירות שבמרכזן עמד השימוש בתקנה 119 ובסמכות המשיב לבצע הריסת בתים או חלק מהם מכוחה. בעניין אלג'מל קבע כב' 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..."

44. וכך גם קבעה כבוד השופטת ברוך, 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 מכווח תקנה 119 - מ.פ.] בהרכב מורחב של שופטים" (פס' 1 לפסק דינה).

45. 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".

46. 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").

47. 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."

48. 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 מבקשות לשוב ולהזכיר דברים אלו, מתוך תקווה ואמונה כי העתירה דנן תהווה הזדמנות לקיום דיון מעמיק בהם.

49. הריסת בית משפחה או חלק ממנו מהווה צעד אכזרי ובלתי אנושי, הגורם טראומה קשה למשפחה ומותיר אותה לעיתים חסרת כל, תוך פגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג, "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).

50. 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.

51. 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).

52. 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 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

53. החרמת והריסת חדרים בבית 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."

54. 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.**

55. 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)).

56. 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).

57. 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).

58. 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 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, <http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUnCommittees/ConclusionsHebrew2016.pdf>).

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

60. 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).

61. 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".

62. 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).

63. 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).

64. 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.

65. כאמור לעיל, לא נעלם מעיני הח"מ כי טענות אלו כבר נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט הנכבד, וכי אף הבקשות לדיון נוסף נדחו 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 בפגיעה טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ואף מספר שופטים ממשיכים 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.

66. 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 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 בניסבות כאלה.

67. 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 אבן

ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15) (להלן: "עניין אבן ג'מל")

68. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנם עותרים קונקרטיים אשר יישארו להתגורר בתוך גל של הריסות, באם תדחה העתירה, 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.

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

69. כמתואר בחלק העובדתי, בבית העותרים מתגוררות 13 נפשות ששלושה מהן קטינים.

70. המשיב במסגרת תשובתו להשגה לא התייחס כלל לשאלה האם העותרים ידעו או לא ידעו על תכניותיו, כוונותיו ומעשיו של \_\_\_\_\_, מכך, לצד התיימרות המשיבים לצמצם את מידת

ההריסה לשני חדרים בלבד, ניתן ללמוד כי גם לשיטת המשיבים העותרים אינם מעורבים לא במעשה ואף לא בדיעה על מעשיו של \_\_\_\_\_ . העותרים לפיכך הינם חפים מכל פשע, ואף לא ניתן לייחס להם ידיעה קונסטרוקטיבית למעשיו של \_\_\_\_\_ (בהעדר כל רמיזה לכך במענה המשיב).

71. התייחס לכך בהרחבה כבוד השופט מזוז בעניין אלרוב (דעת מיעוט), (בפסקאות 10-11):

"ושוב עולה במלוא חריפותה הבעיה, אולי הקשה והחריפה ביותר הנוגעת להפעלת תקנה 119, של נקיטת סנקציה כה קשה כלפי בני משפחה חפים מפשע, אשר אין כל טענה כלפיהם למעורבות כלשהיא במעשהו הנפשע של המפגע. הבעתי דעתי בשנים האחרונות פעם אחר פעם אודות הבעייתיות הקשה בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי חפים מפשע, והבעתי עמדה השוללת הפעלת הסנקציה כלפי בני משפחה לא מעורבים [...] ואין לי אלא לשוב ולהפנות לדבריי שם, בהם עמדתי בין היתר על כך כי -

7" פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, 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...

[...] 13. אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לתומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעיקרון התנ"כי של 'איש בחטאו יומת' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית.

לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות... (ענין אבו ג'מל, כל ההדגשות במקור). " (הדגשים הוספו)

72. 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 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 – 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 הריסת הבית אינה מידתית". (הדגשים הוספו)

73. 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)

74. 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 בבג"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.

75. 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)

76. 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:

"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).

77. 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).

78. ברי, כי עניינם של העותרים בעתירה דנן 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 \_\_\_\_\_ שבגין מעשיו העצמאיים הוטל עליהם עונש שאינו מגיע להם.

79. 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.

80. יתרה מזאת, הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מהריסת חלקים נרחבים בבית בו מתגוררים שלושה קטינים, 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 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 יוכבדו 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".

81. טעם נוסף לחוסר המידתיות בפגיעה בחפים מפשע נובע מהתכלית המוצהרת של תקנה 119, כפי שציין כב' השופט מזוז בפסיקתו שצוטטה לעיל. אף אם נקבל שיש בתקנה 119 להרתיע ולמנוע פיגועים (ועל ספקות בעניין זה נעמוד בהמשך), הרי שעקרונות יסוד של שיטתנו קובעים שלא פוגעים בחפים מפשע לצורכי הרתעת רבים.

82. כפי שלא נעניש בפלילים את מי שלא נמצא אשם, אף אם לכאורה היה בכך להרתיע אחרים, וכפי שלא נהרוס את ביתם של שכניו של המפגע, אף שלכאורה גם בכך יכול להיות כוח הרתעת, אותו רציונל חל על חוסר האפקטיביות ההרתעתית וחוסר המוסריות בפגיעה בקרובי משפחה של המפגע.
83. בנוסף, יוער, שכב' השופט אלרון קבע בפסק דינו בעניין אלרוב שאין לייחס משקל לשאלת מודעותם ומעורבותם של בני המשפחה על כוונת המפגע – שכן יש בכך לרמז דווקא על תכלית עונשית ולא הרתעתית לתקנה 119, וכי לא כך הדבר (פסקה 28). גם כב' השופט סולברג הצטרף לקביעה זו (ראו למשל פסק דינו בבג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 4).
84. ובכן, העותרים שותפים במובן מסוים לעמדה זו, אך מסקנתם מכך שונה ממסקנת כב' השופטים אלרון וסולברג. אכן, אם יש משמעות אם בני המשפחה ידעו או לא ידעו, או שמא ניתן לייחס להם ידיעה קונסטרוקטיבית – כפי שסבורים חלק משופטי בית המשפט הנכבד, בניגוד להלכה לכאורה בעניין זה – הרי שבמובן מסוים יש בכך להעיד על שמענישים את בני המשפחה על מעשיהם שלהם. ואכן, העותרים סבורים שחרף ההצהרות שתכלית תקנה 119 היא הרתעתית, בפועל היא כוללת רכיבים עונשיים מובהקים. אך אם הדרישה היא להימנע מכל רכיב שיעיד על תכלית עונשית – לכאורה גם אין מקום לדרוש שמעשי המפגע יהיו **חמורים**, שכן דרישה זו מרמזת שיש מעין גמול, ענישה אם תרצו, לחומרת מעשיו של המפגע, ודווקא במישור ההרתעה הרצון הוא להרתיע מכל סוג פעילות עוינת, בין אם זו תצליח או לא, וללא קשר לתוצאותיה.
85. לכן, לנוכח האיסורים במשפט הבינלאומי ודרישת המידתיות במשפט החוקתי הישראלי, ועל מנת לקבוע מבחנים קוהרנטיים לשימוש בתקנה 119, סבורים העותרים שדווקא יש מקום לקבוע באופן גורף שאין לעשות שימוש בתקנה 119 כלפי קרובי משפחה חפים מפשע, וזאת ללא תלות במידת ידיעתם (הממשית או הקונסטרוקטיבית) על כוונת המפגע, ככל שלא היו מעורבים באופן ישיר במעשיו, וכי דווקא שימוש בתקנה כלפי חפים מפשע לא עולה בקנה אחד עם תכלית ההרתעה.
86. לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר בבית העותרים אשר בכוונת המשיב להרוס הם הורים ובני משפחה כולל קטינה שכולם חפים מפשע, אשר ביחס לכולם אין כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של \_\_\_\_\_ ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.
87. מכאן, שהריסת החדרים בבית 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 תשתית עובדתית מספקת להפעלת הסמכות בתקנה 119

88. כאמור, חרף בקשת העותרים מהמשיבים לקבל מידע מפורט כיצד יהרסו שני החדרים כך שלא יהרס כל הבית כולו, בחרו המשיבים להשיב בתמציתיות רבה, ואין במענה להשגה כל בטוחה לכך

שלא יגרם נזק לכל הבית. אפילו חוות דעת המהנדס מטעם המשיבים לא צורפה, כך שאין באפשרות העותרים להתייחס אליה.

89. ברור, שככל שהריסת החדרים תוביל לפגיעה בבית כולו, בניגוד לכוונת המשיבים, תהיה בכך פגיעה בלתי מידתית בעותרים, ולכן יש לברר את העניין מראש, ולא בדיעבד. כפי שנקבע בבג"צ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית:

" 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"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996); עניין חמאד, בפסקה 22).

90. ויוער, שאין כל הצדקה שחוות הדעת ההנדסית מטעם המשיבים לא תועבר לידי העותרים. על מנת לאפשר לעותרים להתייחס למידע הרלוונטי באופן אפקטיבי ועל מנת לתת להם זכות טיעון ממשית, יש לאפשר להם לראות את התשתית העובדתית שעל בסיסה הוחלט שלא יגרם נזק ליתר הבית. וראו לעניין זה את הדברים שנקבעו בבג"צ 967/16 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".

91. לאור חשיבות הנושא נבקש להזכיר כי בבג"צ 7081/15 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.11.15) הריסת הדירה גרמה לנזק כה כבד לשתי הדירות האחרות שנותרו באותו בניין עד כי אלה הפכו למסוכנות למגורים ולא היה אלא להרוס את הבניין כולו. עוד יוזכר כי גם בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 01.7.14) התחייבו המשיבים 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.

92. יוזכר גם, שבבג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 15.10.15), 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 את פסק דינה של נשיאת ביהמ"ש העליון בדימוס בבג"צ 7040/15 חאמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 58).

93. לכן, 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.

94. 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) 251, 225; 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)

#### חוסר מידתיות החלטת המשיבים

95. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת 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 שני חדריים בבית משפחת העותרים אשר כל חטאם מתמצא בהיותם בני משפחתו של \_\_\_\_\_, אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.**

96. בעניין **עואודה**, וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות.

97. 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 בנבו, 9.12.1997)).

98. בפסק דין **אלג'מל** שניתן לאחרונה 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 המגורים של בני המשפחה, אלא בנוק ממוני, ואין חשש שהעותרים יישארו ללא קורת גג**" (פסקה 5 לפסק הדין)

99. 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**".

100. מהכן שם נלמד הלאו בעניינו. בעניין אלג'מל הוחלט להרוס קומה אחרונה בבית בן שלוש קומות בו התגורר המפגע בגפו, ומשכך מעבר לנזק הממוני הכבד, לא עמדה משפחת המפגע בסכנת פגיעה בעצמה. במקרה שלפנינו מבקש המשיב להרוס שני חדרים בקומה התחתונה (הראשונה) בבית בן שתי קומות: את החדר בו התגורר \_\_\_\_\_ ואת המטבח הצמוד לו.

101. המשיב טוען במענה להשגה כי ההריסה תתבצע באופן ידני – כלומר, למרבה הבנתן של הח"מ, הבית לא יופצץ. ואולם הריסה ידנית זאת אין בה כדי להבטיח כי הקומה השניה לא תתמוטט כשיהרסו שני החדרים שנמצאים מתחתיה. בנוסף, למרות מה שטוען המשיב במענה להשגה לגבי הימצאותו של מטבח או מטבחים נוספים בבית, העותר 1 עומד על כך כי המטבח המיועד להריסה הוא המטבח היחיד בבית ולכן יישארו בני המשפחה ללא אפשרות להכין לעצמם את ארוחותיהם ולמעשה להתגורר בבית. על פי מדדי המידתיות שנקבעו בפרשת אלג'מל, הרי שהותרת בני משפחה בבית מט לנפול ללא אפשרות לקיים בו שגרת חיים סבירה ללא מטבח המשמש תשע נפשות, כפי הדבר בעניינו, תתקשה לעמוד בדרישה למידתיות.

102. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת שני חדרים מרכזיים בקומה התחתונה של בית המגורים 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 (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).

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

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

105. משקלם המצטבר של כלל השיקולים שנקבעו פסיקה שצוינו לעיל, לצד הגישה הזהירה והמצמצמת בהפעלת הסמכות בתקנה 119 שמאחוריה עומד בית משפט נכבד זה, מחייב את המסקנה שיש לבטל את צו ההריסה שהוצא נגד החדרים המרכזיים בבית העותרים. פגיעה חמורה כל כך בזכויותיהם וקניינם של משפחה מרובת נפשות תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.

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

106. 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.

107. ויודגש, שעותרים סבורים שהאיסור על הריסת בתים של אנשים חפים מפשע הוא מוחלט וכי מדיניות המשיבים היא בלתי חוקית, הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי המשפט הישראלי, וזאת ללא קשר לאפקטיביות של מדיניות זו או יכולת ההרתעה שלה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי היותו אפקטיבי לא מבטלת את האיסור. אך למען הזהירות, הרי שגם שאלה פרקטית זו, בדבר מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

108. המבקשים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מציגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית המשפט הנכבד, דוגמת פסיקת כב' השופט אלרון בעניין אלרוב, כי הוצג בפני בית המשפט הנכבד מידע חסוי המעיד



שיש בשימוש בתקנה 119 "להוות גורם מרתיע כלפי מחבלים ומפגעים פוטנציאליים, ולהשפיע על סביבתם הקרובה לבל יאפשרו יציאת מפגעים מקרבם". אך חרף זאת, ואף אם על פי ההלכה "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" (כדברי כב' השופט אלרון), עדיין נותרות להכרעה השאלות (1) האם גורמי הביטחון בוחנים את מכלול השיקולים הרלוונטיים להערכת ההרתעה הנובעת משימוש בתקנה 119, כגון האפקט השלילי שלה ו(2) מהי מידת הוודאות הנדרשת בדבר מסקנותיהם. אלו הן שאלות משפטיות במהותן, שנתונות להכרעת בית המשפט הנכבד, ואשר העותרים יטענו שלא קיבלו מענה מספק בהחלטת המשיבים.

#### בחינת תוצאות שליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

109. כפי שניתן להסיק מפסיקות בית המשפט הנכבד זה, לרבות קביעותיו לעיל של כב' השופט אלרון, המידע שמוצג על ידי המשיבים במסגרת חוות הדעת החסויה לעניין אפקטיביות ההרתעה של תקנה 119 נוגעת ל"תוצאות החיוביות" של התקנה, לא לתוצאות השליליות הטמונות בה.

110. הקביעה שהריסת בתים במצב ביטחוני שברירי בו אנו חיים עשויה להביא לרגיעה ע"י הרתעה ולא להחמרת המצב הביטחוני מעוררת שאלות של ממש. 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, וזאת בפרט אם הערכות המשיב כיום אינן כוללות רכיב זה. מן המפורסמות היא כי החלטה אשר לא ניתן במסגרתה שיקול ראוי לשיקולים הרלוונטיים הינה בלתי סבירה (בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, פס' 9).

111. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי הנזק שנגרם כתוצאה מהריסת בתים עלה על התועלת, ולכן הוחלט שמדיניות זו לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה (במסגרת המלצות "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

112. 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. ההיגיון הבריא דווקא 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.

114. 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."

115. 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.

116. דברים אלו אינם פרי המצאת הח"מ, ויש לכך דוגמאות קונקרטיות (כך למשל, במסגרת ת.פ. 42425-02-16 מדינת ישראל נ' \_\_\_\_\_ 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.

#### מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה

117. בשים לב לפגיעה האנושה הצפויה בזכויות העותרים מפגיעה בביתם, ובזכויות בני משפחה אחרים שמבקשים להרוס את בתיהם בשם האינטרס הביטחוני, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם. המבקשים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

118. 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 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). (הדגשים הוספו)

119. בעניין **אבו אלרוב**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן לסוגית 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 החרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים" (הדגשים הוספו)

120. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בנושא זה במסגרת עניין **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' [...] 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)

121. לעניין זה יפות גם קביעות עדכניות יחסית 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 ההרתעה של הריסת בתים:

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעתית הגלומה בהריסת בתים עולה עשרות מונים על הנזק שעלול לצמוח מהשימוש באמצעי זה. ואולם, עיון בחוות הדעת מטעם המשיב, שעליה נסמכת לכאורה הערכה זו, מלמד כי לא ניתן למצוא בה בסיס אמפירי או תשובה מדעית לשאלה הנכבדה של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים. כשלעצמי, איני סבורה כי התמונה ההרתעתית העולה מחוות הדעת היא כה

ברורה, בוודאי לא החלטית; ובכל מקרה ניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות. כך במיוחד לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים. כבר עמדתי על כך שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון כפי שציין חברי – אלא מהווים אף שיקול נכבד בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש שעושה המשיב באמצעי זה (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 5 לחוות דעתי (31.3.2015))." (דגשים הוספו)

122. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים ועל ידי חלק משופטי בית המשפט הנכבד בדבר התועלת באמצעי של הריסות ואטימות בתים, הרי שבהיעדר תשתית עובדתית גלויה ומסודרת, יש קושי בקבלת עמדת המשיבים שמדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בל"ץ 9110/19 \_\_\_\_\_ חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזק 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. בהיעדר 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 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004).

123. 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.

124. כאמור לעיל, "מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד" (בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, פסקה 11(ד)).

125. 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), "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"....

126. ואכן, אף אם על הפרק מונחים אינטרסים ביטחוניים כבדי משקל, אין בכך להצדיק פגיעה בזכויות יסוד של המבקשים על בסיס השערות לא מבוססות, ואין הצדקה להורדת נטל ההוכחה המוטלת לצורך זה על כתפי המשיבים.

#### שיהוי בנסיבות העניין

127. בשולי הדברים יוער, בדגש על ייחודיות המקרה דנן, כי השיהוי בהגשת הצו ובביצוע ההריסה בשלושה חודשים מיום קרות האירוע או הפיגוע מפוגג לחלוטין את האפקטיביות של ההרתעה, אם זו קיימת בכלל. אירוע הרצח אירע ביום 4.10.17, ופסק הדין בעניינו של אבו אלרוב שותפו של \_\_\_\_\_ ניתן כבר ביום 26.11.17. הפסיקה כבר נתנה דעתה על הקשר בין מימד הזמן ואפקטיביות ההרתעה, שוב אם זו מתקיימת בכלל. וזאת בנוסף להסתמכות שנוצרה אצל העותרים, לאור השיהוי, כי ביתם לא ייהרס.

128. כבוד השופט רובינשטיין בבג"ץ 5376/16 חוסיין אבו חד'ר ואח' נ' שר הבטחון ואח' (מיום 4.7.17) עמד על הקשר ההכרחי בין תכלית ההרתעה העומדת ביסוד הריסת הבתים ובין השיהוי בביצועה.

"בנידון דידן נטען, כאמור, שיהוי. אכן, אחת המשמעויות המרכזיות הנגזרות מתכלית התקנה נוגעת לשאלת מועד הפעלתה. התכלית ההרתעתית מחייבת כי השימוש בתקנה ייעשה בסמוך ככל הניתן למועד אירוע הטרור שבגיננו נדרשת הפעלתה, הגם שהעיתוי המדויק לביצועו של צו ההריסה – ובלבד שיהא בתוך פרק זמן סביר ממועד אירוע הטרור – מסור ככלל לשיקול דעתו של בעל הסמכות (ענין סידר, פסקה ז'); בג"צ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 20 לפסק דינו של השופט סולברג (2016) (להלן ענין עאמר) [.....]. בית משפט זה ביטל לא מכבר, בדעת רוב, צוי החרמה והריסה שהוצאו לאחר שיהוי של 11 חודשים בין מועד הפיגוע למועד ההודעה שנמסרה למשפחת המחבל על הכוונה להרוס את ביתה (ראו ענין אבו חאשיה הנזכר). הנה מדברי השופט זילברטל שסבר כי הפעלת הסמכות באותו מקרה, נוכח השיהוי, אינה סבירה ודינה להיבטל:

**"הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מיטשטשת.** הביטוי 'למען יראו ויראו', אשר עומד בבסיס עיקרון הרתעת הרבים, מבוסס על כך שהקהל אותו יש להרתיע נוכח כי לעבירה מתלווה מחיר כבד, והחשש הממשי מפניו ימנע מאחרים לפעול באופן דומה בעתיד. מובן כי כשהדרישה לתשלום המחיר מבוששת לבוא, התוצאה ההרתעתית מתפוגגת אט אט, וככל שחולף זמן רב יותר, כך גם

הסיכוי להשיג את ההרתעה המבוקשת הולך ופוחת ומעשה ההריסה הופך יותר ויותר לעונש או למעשה נקם לשמו ופחות למהלך הרתעתי" (שם, פסקה 9 לפסק הדין).

129. בענייננו אמנם אין מדובר בשיהוי כה ממושך כמו בפסקי דין אלו, אך בנסיבות העניין, לנוכח חלוף 3 חודשים מאז הרצח, וחלוף חודשיים וחצי מאז ניתנה הודעה לאביו של אלרוב על הריסת ביתו, וחלוף יותר מחודש מאז ניתן פסק הדין בענייננו, מועד מתן ההודעה על צו הריסה לעותרים הוא תמוה ביותר וספק רב אם ניתן עוד לטעון לקשר בין ההרתעה למעשה.

130. כמצוין לעיל, סוגיית ההרתעה נמצאת בתוך ויכוח משפטי בציבוריות הישראלית כולה ובבית המשפט העליון בפרט. השפעתה אינה מוכחת מעל לכל ספק ובמיוחד כשיש פער זמנים גדול בין האירוע בגינו מבוקשת הריסת הבית לבין ביצוע ההריסה בפועל.

131. לאור העובדה שלעותרים לא היה כל ידיעה או מעורבות במעשיו של \_\_\_\_\_, ובהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם להם כתוצאה מהמצב שייווצר בעקבות הריסת חדרי הבית, אין די בכך שצעד כה אכזרי "עשוי" אולי להגשים מטרות של הרתעה כנגד ביצוע מעשי אלימות נוספים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות משמעותית גבוהה יותר כדי להצדיקו.

### לסיכום

132. 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.**

133. 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".**

134. 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, בכג"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 בעון 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 יוליכנו 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".

135. 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.

136. 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; הנזק שייגרם לעותרים באם תדחה העתירה הוא אבסולוטי, חסר מידתיות ובלתי צודק.

137. על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון בעתירה דנן בהרכב מורחב, להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים וקיום דיון להופכם להחלטיים.

138. 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 21.1.18

---

מוריה שלומות, עו"ד  
ב"כ העותרים

---

מיכל פומרנץ, עו"ד  
ב"כ העותרים