

בג"צ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____
2. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____ (קטין)
3. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____ (קטין)
4. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____ (קטין)
5. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____
6. _____ אבו עיישה, ת.ז. _____
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר,
ע"ר מס' 580-163-517

ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן ו/או עו"ד גלית לובצקי ו/או עו"ד
מיכל פומרנץ ו/או עו"ד איילה צבן
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי ולצו 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 בדירה הצפון-מזרחית בקומה העליונה בה התגוררו העותרים 1-4, הנמצאת בביתם של העותרים 5-6 בחברון.
לחלופין:

מדוע לא יציג חוות דעת מקצועית, אשר תניח את הדעת כי הריסת הדירה בה מתגוררים העותרים 1-4, לא תגרום נזק לרכושם וביתם של משפחות אחרות המתגוררות בבית, ויתחייב כי במידה שעל אף חוות דעת זו ייגרמו נזקים כאמור, יפצה את הניזוקים בגין נזקים אלו.

- צו החרמה והריסה מיום 28.7.2014 מצורף ומסומן א'

בקשה בהולה למתן צו ביניים

המשיב הודיע כי בכוונתו לבצע את צו ההחרמה וההריסה ביום 31.7.2014 בשעה 18:00.

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיוורה למשיב או מי מטעמו להימנע מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה בגורלו של בית מגורים, ביתן של ארבע משפחות גרעיניות, הנמצא בבעלותו של העותר 6 (להלן: "הבית"). בדירה הצפון מזרחית בקומה העליונה, המיועדת להחרמה והריסה (להלן: "הדירה"), התגוררו העותרים 1-4, אישתו ושלושת ילדיו הרכים של ____ אבו עיישה (להלן: "החשוד"), אשר לפי פרסומים בתקשורת חשוד במעורבות בחטיפת ורצח שלושת הנערים גילעד שאער, אייל יפרה ונפתלי פרנקל, זכרונם לברכה. הריסת הדירה מנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי וחוקי, לפיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים ב' י"ד, ו').
2. ביום 30.6.2014 הגיעו כוחות צה"ל לדירה והרסוה (להלן: "ההריסה הראשונה"). ההריסה הראשונה נעשתה מבלי שנמסר לעותרים צו, מבלי שניתנה להם הודעה מוקדמת על כוונת הצבא להרוס, וממילא לא ניתנה להם הזדמנות להשמיע טיעונים כנגדה. הריסת הדירה גרמה לנזקים גם לשאר הדירות במבנה. בעקבות ההריסה הראשונה, עברו העותרים 1-4 להתגורר באופן זמני בדירה הממוקמת בחלקה המערבי של הקומה הראשונה.
 - תמונת הבית מצורפת ומסומנת ב'
3. ביום 16.7.2014 לפנות בוקר קיבלו העותרים הודעה על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את הדירה בה עברו להתגורר לאחר ההריסה הראשונה. לפי ההודעה שנמסרה למשפחה, ננקט צעד זה הואיל והחשוד "ביצע יום 12/06/2014 פיגוע טרור".
 - הודעת המשיב מיום 16.7.2014 מצורפת ומסומנת ג'
4. השגה כנגד כוונה זו הוגשה ביום 17.7.2014 בשעות אחה"צ.
 - השגה מיום 17.7.2014 מצורפת ומסומנת ד'
5. ביום 28.7.2014 נתקבלה אצל ב"כ העותרים הודעת המשיב, לפיה הוחלט לקבל חלקית את ההשגה שהוגשה, ולהחרים ולהרוס כליל את אותה הדירה בה התגוררו העותרים 1-4 עובר להריסה הראשונה.
 - מענה מטעם המשיב מיום 28.7.2014 מצורף ומסומן ה'
6. כלומר, הלכה למעשה כבר עשה המשיב שימוש בסמכותו בהתאם תקנה 119, והרס את ביתו של החשוד. הריסה זו נעשתה בלא הליך ראוי ובניגוד לעקרונות היסוד במשפט המינהלי. לפיכך, יש להימנע מלעשות שימוש נוסף בסמכות האמורה, להחרים ולהרוס פעם שניה את שנותר מדירת המשפחה, בגין אותו מעשה לכאורה של אותו חשוד.

7. בקצרה, יטענו העותרים, כי ההחלטה להחרים ולהרוס את ביתם הינה החלטה פסולה, ודינה בטלות מהטעמים הבאים:

- א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;
- ב. הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;
- ג. הריסת בית המשפחה מנוגדת לעיקרון טובת הילד, ולמחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל בהתאם לאמנה לזכויות הילד;
- ד. הריסת בית המשפחה פוגעת בחזקת החפות של החשוד, ובהעדר הרשעה אינה מבוססת עובדתית די הצורך;
- ה. הריסת דירת העותרים ביום 30.6.2014 נעשתה בניגוד לכללי המשפט המינהלי, ללא סמכות, ותוך הפרה ברורה ובוטה של זכותם של העותרים לטיעון ושימוע;
- ו. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית, היות שלא מתקיים קשר רציונלי בין מטרת ההריסה לבין האמצעי, וכן לאור העובדה שקיים אמצעי שפגיעתו פחותה.

הצדדים:

8. העותרת 1 היא אישתו של החשוד, _____, אבו עיישה, ת.ז. _____, עובר להריסה הראשונה התגוררה העותרת 1 בדירה שנהרסה, המיועדת להחרמה והריסה נוספת, יחד עם החשוד ושלושת ילדיהם. מזה מספר שבועות, מלפני אירוע חטיפת הנערים, שהעותרת אינה בקשר עם החשוד ומקום הימצאו אינו ידוע לה.
9. העותר 2, יליד 25.10.2008, הוא בנם של העותרת 1 ושל החשוד, ומתגורר עימה.
10. העותר 3, יליד 25.1.2011, הוא בנם של העותרת 1 ושל החשוד, ומתגורר עימה.
11. העותר 4, יליד 12.1.2013, הוא בנה של העותרת 1 ושל החשוד, ומתגורר עימה.
12. העותרת 5 היא אימו של החשוד, ואישתו של העותר 6, אביו של החשוד ובעל מבנה המשפחה כולו. העותרים 5-6 מתגוררים בדירה בקומה הראשונה במבנה המשפחה, מתחת לדירה אותה מייעד המשיב להרוס.
13. העותרת 7 (להלן: "המוקד להגנת הפרט") היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

עיקר העובדות הצריכות לעניין:

14. בבית אבו עיישה, שבעליו הוא העותר 6, מתגוררות כיום 15 נפשות בחמש דירות. הבית מורכב משתי קומות. בקומה התחתונה שתי דירות, ובעליונה שלוש דירות. בקומה הראשונה מתגוררים העותרים 5-6 יחד עם בתם בת ה-19 ודירה נוספת עמדה ריקה עד לאחרונה; בקומה העליונה מתגוררים בדירה אחת חמזה אבו עיישה, אחיו של החשוד ובנם של העותרים 5-6, יחד עם אישתו

___ אבו עיישה, ושני ילדיהם, ___ בן השנתיים והתינוקת ___ בת 4 חודשים; בדירה נוספת בקומה העליונה מתגוררים ___ אבו עיישה, אחיו של החשוד ובנם של העותרים 5-6, יחד עם אשתו ___ ובנם בן השנתיים.

- חשבוניות בגין הוצאות הדירה, ע"ש העותר 6, מצורפות ומסומנות ו'

15. עובר ליום 30.6.2014 התגוררה משפחת החשוד, העותרים 1-4, בדירה המזרחית בקומה העליונה של מבנה המשפחה. לאחר מקרה החטיפה, הגיעו כוחות צה"ל מספר פעמים לבית המשפחה, ערכו חיפושים בבית המשפחה וביצעו מעצרים. ביום 30.6.2014, שעות ספורות לאחר שנמצאו גופותיהם של שלושת הנערים זכרונם לברכה, הגיעו לבית המשפחה כוחות צה"ל, נכנסו לדירת המשפחה, וביקשו מבני המשפחה לצאת מהדירה. לאחר כמה דקות נשמע במקום פיצוץ, אשר הרס את דירת המשפחה כליל, לרבות 3 חדרי שינה, חדר מגורים ושירותים מרבית הקירות החיצוניים, והפכה לבלתי ראויה למגורים. בעקבות ההריסה עברו העותרים 1-4 להתגורר באופן זמני בדירה המערבית בקומה הראשונה של הבית.

16. יודגש, כי ההריסה הראשונה לא התבצעה במהלך מעצר או חיפוש כלשהו בדירה, וקיים חשש של ממש שאירועי אותו יום קשה, בו נמצאו גופותיהם של שלושת הנערים המנוחים, הם שהביאו את כוחות צה"ל למעשה ההרס, ולכלות זעמם במשפחתו של החשוד.

- תדפיס ידיעה מאתר החדשות "וואלה" בדבר ההריסה הראשונה מיום 1.7.2014 מצורף ומסומן ז'

- תמונות המתעדות את הרס דירת המשפחה מצורפות ומסומנות ח'

17. על הנזקים הקשים לדירת העותרים, ניתן ללמוד מחוות דעתו של המהנדס ג'בארין תייסיר, מ.ר. 36465, אשר ביקר ביום 19.7.2014 במבנה המשפחה, ובדק את מצב המבנה:

1. בתקרה ובקירות החיצוניים התגלו סדקים עמוקים ורחבים. חלק מהקירות החיצוניים נהרס כליל. (ראה תמונות מס' 1,2,3,11 בנספח מס' 3)
2. הקירות הפנימיים נסדקו ו/או התפרקו. חלק גדול מהקירות נהרס כליל. (ראה תמונה מס' 1,2,3 בנספח מס' 3)
3. התגלו עמודים סדוקים ושבורים. (תמונות מס' 4 בנספח מס' 3)
4. סדקים רבים התגלו בתחתית רצפת הדירה (תחתית תקרת הדירה מתחתיה). (תמונות מס' 4 בנספח מס' 3)
5. מערכות סניטריות וחשמל כולל אביזרים נהרסו. (תמונה מס' 4,5 בנספח מס' 3)
6. נתגלו סדקים רחבים ועמוקים והרס בגג עליון והמעקה. (תמונות מס' 7,6 בנספח מס' 3)
7. חדרי המטבח כולל ארונות ושיש, הרוסים/שבורים. (ראה תמונה מס' 3 כנ"ל).
8. כל שאר אלמנטי הגמר: ריצוף, טייח, צבע וכו' הרוסים".

- חוות דעת הנדסית מיום 30.7.2014 מצורפת ומסומנת ט'

18. בעקבות הפיצוץ נגרם נזק לקירות המבנה כולו, אשר אילץ חלק מהמשפחות המתגוררות במבנה לעזבו, לפחות באופן זמני. נזקים נגרמו גם לדירות אחרות במבנה, בהן מתגוררות משפחות על ילדיהן. כלותיה של העותרת 5 עברו להתגורר בבית הוריהן, בשל הנזקים שנגרמו לבתיהן, ובשל החשש מהריסות נוספות על ידי המשיב.

19. גם דירת העותרים 5-6 ניזוקה מההריסה הראשונה, כפי שעולה מחוות הדעת ההנדסית (נספח ט' לעיל), המציינת כי "**סדקים רבים רחבים ועמוקים התגלו בקירות ובתקרה**" בדירה זו.

20. כלומר, כוחות צה"ל כבר הרסו את דירת העותרים, וגרמו לנזק בלתי יתואר בה, עד שהפכה באופן ברור לבלתי ראויה למגורים. ההריסה הראשונה נעשתה ללא הליך מינהלי ראוי ובהיעדר צו המסמך את הכוחות לעשות כן, כשאוירת נקם קשה מרחפת מעל המעשה. כל התכליות אותן ניתן להשיג באמצעות החרמת דירת העותרים הושגו כבר. **כעת, לאחר שכבר נהרסה דירת העותרים, לא ניתן להבין מדוע הורה המשיב להחרים ולהרסה עד היסוד.**

21. ביום 16.7.2014 לפנות בוקר, מסרו כוחות צה"ל לעותרים הודעה על כוונת המשיב להורות על החרמת והריסת **הדירה המערבית בקומה התחתונה** מכוח תקנה 119, היא הדירה בה מתגוררים כיום העותרים 1-4 (נספח ג' לעיל). במסגרת הודעה זו נמסר לעותרים כי ביכולתם להשיג על כוונה זו עד ליום 18.7.2014.

22. בהתאם, פנתה ב"כ העותרים למשיב ביום 17.7.2014 בהשגה, בה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירת העותרים היא פסולה, ראשית בשל העובדה שכוחות צה"ל כבר הרסו את דירת מגורי העותרים, וכן בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, תביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, לרבות ילדים ותינוקות, ואינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. ביום 24.7.2014 העבירה ב"כ העותרים למשיב את חוות הדעת הראשונית של המהנדס, וביקשה כי זו תילקח בחשבון כחלק בלתי נפרד מהשגת העותרים.

• פניית ב"כ העותרים מיום 24.7.2014 ומסומנת י'

23. ביום 28.7.2014 נתקבלה אצל ב"כ העותרים הודעה כי המשיב החליט לקבל את השגת העותרים באופן חלקי, ולהורות על החרמת והריסת הדירה הצפון מזרחית בקומה העליונה, היא דירת העותרים אשר נהרסה ביום 30.6.2014 (נספח ה' לעיל). את החלטתו זו נימק המשיב בכך שהריסת דירת העותרים מתיישבת עם הוראות תקנה 119 והרציונל ההרתעתי העומד ביסודה. המשיב ציין כי הריסת הדירה הראשונה התרחשה כחלק מפריצה מבצעית בדירה. עוד ציין המשיב כי נחה דעתו כי לא ייגרם נזק לדירות אחרות במבנה. בהתאם להודעה, ביצוע הצו האמור לא יחל בטרם יום 31.7.2014 בשעה 9:00.

24. ביום 29.7.2014 פנתה ב"כ העותרים למשיב, וביקשה כי ימסרו לה באיזה אופן מתכוונים כוחות צה"ל לבצע את הריסת הבית, וכן כל חוות דעת מקצועית עליה הסתמכו גורמי הצבא בעניין הנזק שעתיד להיגרם לדירות אחרות במבנה. כן נתבקש המשיב לדחות את מועד ביצוע הצו עד למועד

קבלת מענה לפניית העותרים, ולפחות עד ליום 4.8.2014, בשל חג עיד אל פיטר הנחוג בדת המוסלמית בימים אלה.

• פניית ב"כ העותרים מיום 29.7.2014 מצורפת ומסומנת י"א

25. ביום 30.7.2014 בשעות הבוקר נתקבל אצל ב"כ העותרים מענה מאת המשיב, באמצעות ק' ייעוץ תחום תשתיות ותפר ביועמ"ש איו"ש. במכתבה, מסרה סרן נעה שפריר כי ההריסה תיעשה תוך הימנעות מפגיעה ביתר חלקי המבנה או במבנים סמוכים, אך מבלי לפרט באיזה אופן או על איזו חוות דעת הסתמכו גורמי הצבא בעניין החשש מזנק לדירות אחרות. בנוסף עדכנה סרן שפריר כי לנוכח החג, ביצוע צו ההחרמה וההריסה לא יתבצע לפני יום 31.7.2014 בשעה 18:00.

• מענה המשיב מיום 30.7.2014 מצורף ומסומן י"ב

26. מכאן עתירה זו.

הטיעון המשפטי:

האיסור על הריסת בתים:

27. 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.

28. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, והפרה בוטה של האיסור על ענישה קולקטיבית, שהוא ממושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית והמוסרית: "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.

29. יתר על כן. 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 ההריסה פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 107).

הריסת בתים מנוגדת למחויבויות ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי:

30. הריסת בתים אף מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסייה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו המשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

31. החרמת והריסת בית העותרים מנוגד לדיני הכיבוש, האוסרים 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."

כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907), האוסרות על החרמת רכוש פרטי או הטלת עונש קיבוצי בשל מעשיהם של בודדים. איסור זה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ולפיכך מחייב את מדינת ישראל.

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

33. הריסת בתים עומדת בניגוד להוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), אושררה (1991), היות שהיא מפרה את זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באופן חופשי הקבועה בסעיף 12 לאמנה; את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו (סעיף 17 לאמנה); את הזכות לשוויון בפני החוק (סעיף 26); ומהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).

34. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על פרשנות האמנה ובחינת יישומה במדינות החברות, קבעה בהחלטה משנת 2003 כי הריסת בתים מנוגדת לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה (ר' Commission on Human Rights Resolution 2003/6, בסעיף 15), ובדו"ח משנת 2003 נקבע כי הריסת בתים מנוגדת לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכי על מדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה. (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).

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

הריסת בית העותרים מנוגדת לעיקרון טובת הילד:

36. על עיקרון טובת הילד כעיקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר במלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהר לא אחת כי יש בכוחו של עיקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119: "שיקול טובתו של הילד הוא שיקול על, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל שיקולים אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד". וכן בע"א 549/75 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1) 465, 459: "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי". מעל לכל, מדובר בשיקול אנושי בסיסי.

37. כאמור, במבנה המשפחה מתגוררים 8 מבוגרים ו-6 ילדים. כוחות צה"ל כבר הרסו את יחידת המגורים בה התגוררו העותרים 1-4 יחד עם החשוד והפכזה לבלתי ראויה למגורים, וכעת הם מבקשים להרוס את מה שנותר מהדירה, מעט הקירות החיצוניים ותקרת המבנה, ולאסור על בנייתה מחדש.

38. צעדים אלה יגרמו סבל נוסף ובל יתואר לחפים מפשע, ופגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם. נזכיר, כי מדובר בין השאר בשלושה ילדים, שהמבוגר בהם בן חמש וחצי. במה חטאו ילדי המשפחה שיהיה עליהם לראות בפעם השנייה בתוך זמן קצר את ביתם נהרס, ולהפוך באופן קבוע לחסרי בית? הפגיעה בילדי המשפחה מנוגדת לזכויותיהם של הילדים ולמחויבותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (אושרה 1991), ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

"ב. המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמדו, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, 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".

39. דוק. סעיף קטן 38(ד) לאמנה מטיל חובה פוזיטיבית על המשיב: בנוסף לאיסור על הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבוע בסעיף קטן (א), מחייב סעיף 38(ד) את המשיב לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה וטיפול לעותרים 2-4. בכך, חוטא המשיב חטא כפול.

40. העותרים 2-4, ילדים בין הגילאים שנה וחצי עד חמש וחצי, כבר נפגעו פגיעה קשה מפיצוץ הדירה בה התגוררו. כעת, מבקש המשיב להשלים את המלאכה ולהביא להרס מוחלט. הריסת דירת

המגורים שלהם תהפוך אותם לפגיעים עוד יותר, באשר יחד עם אימם, העותרת 1, יהפכו חסרי כל, תלויים לחלוטין בחסדיהם של אחרים.

41. לשיקולים אלה, בדבר טובת הילד, לא מצא לנכון המשיב להתייחס, למרות החובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלה החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטת המשיב ויש להורות על ביטולה.

הריסת בתים פוגעת בחזקת החפות של החשוד:

42. בהתאם לפרסומים באמצעי התקשורת, נחשד החשוד בחטיפת שלושת הנערים זיכרונם לברכה, והוא כעת מבוקש על ידי כוחות הביטחון. בנסיבות אלה, מובן שלא הוגש כנגדו כתב אישום, וממילא אשמתו לא הוכחה. אם וכאשר יוגש כתב אישום, ובמידה ויורשע החשוד במעשים, ייגזר דינו והוא ישלם על מעשיו. לפיכך, הריסת דירת המשפחה אינה מבוססת עובדתית די הצורך ולא ברור מדוע אצה הדרך להרוס את בית המשפחה, ולפגוע בשמונה מבוגרים ושישה ילדים חפים מכל חטא ופשע.

43. אמנם, לא נעלם מעיני ב"כ העותרים כי ההלכה הפסוקה אינה דורשת הרשעתו של מפגע בביצוע העבירה כתנאי להפעלת הסמכות בתקנה 119. אלא שבענייננו כלל לא הוגש כתב אישום, החשוד הוא בגדר מבוקש, כך שזרועות הביטחון אף טרם חקרוהו.

44. גם בבג"ץ 10467/03 **עדנאן יחיא שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(1) 810 (להלן: **"עניין שרבאתי"**), אליו הפנה המשיב בתשובתו להשגה, ציין כב' השופט א' א' לוי **"כי בטרם הכרעה בעתירה תהיית אם זה ראוי כי במדינת-חוק יינקטו צעדים כה קיצוניים בטרם הורשע אדם, אולם לבסוף שוכנעתי כי עניינו של שרבאתי אינו המקרה הראוי לחזור וללבן סוגיה זו. זה האחרון מסר הודאה מלאה במהלך חקירתו...".** ואם במצב בו אדם טרם הורשע יש לתהות אם מדובר בפרקטיקה ראויה, קל וחומר כאשר עסקינן בחשוד בלבד.

45. הריסת הבית עשויה להביא אף לפגיעה בחזקת החפות העומדת לחשוד. הריסת ביתו של החשוד כצעד ענישתי, עוד בטרם נעצר ונתברר החשד כנגדו, בטרם הוגש נגדו כתב אישום והוא עמד לדין, לא תאפשר לבית משפט לדון אותו מתוך העדר פניות והנחת חפות, העומדת לכל אדם בהליך הפלילי, ומעוגנת בסעיף 14(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. (ראו והשוו סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, האוסר על כבילת עציר במקום ציבורי בשל החשש מפגיעה בכבודו ובחזקת החפות העומדת לו).

אופן הפעלת הסמכות – ההריסה הראשונה:

46. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה, שלא חטאו בדבר, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי התעשה לפי תקנה 119 יעשו אך ורק בכפוף להליך מינהלי ראוי, לרבות הקפדה על ביסוס עובדתי, מתן התרעה והזדמנות הוגנת לטיעון (ר' בג"ץ

9353/08 **הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף**, (פורסם בנבו, 5.1.2009), בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2) 541 529 (להלן: "**עניין האגודה לזכויות האזרח**")). כפי שנראה להלן, הריסת יחידת המגורים של העותרים נעשתה בלי הקפדה על יסודות בסיסיים של הליך מינהלי ראוי, תוך הפרה בוטה של זכויותיהם הדיוניות של העותרים: בלא צו, ומבלי שניתנו הודעה מוקדמת וזכות טיעון:

47. כוחות צה"ל הרסו את דירת העותרים בפעם הראשונה מבלי שקוים ולו אחד מהתנאים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה. ויודגש, כי בענייננו לא חל החריג בדבר "**צורך צבאי-מבצעי**", חריג אשר יושם בבג"ץ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום**, פ"ד מד(4) 626, בו דובר בצורך דחוף בפעולה להגנת העוברים במקום, אשר גבר על הזכות לקיים זכות טיעון.

48. לא ניתן לשוות כל צורך צבאי דחוף להריסה הראשונה, כגון סילוק מכשול או התנגדות. מובן שלא היתה כל התקפה על כוחות הצבא שנכנסו לבית המשפחה (השווה עניין האגודה לזכויות האזרח, בעמ' 540). ביום הריסת דירת המשפחה, הוא היום בו נמצאו גופות הנערים החטופים, היו כל הגברים הבוגרים במשפחה נתונים במעצר, ולא היה זה ביקורם הראשון של כוחות צה"ל במקום.

49. גם טענת המשיב כאילו פיצוץ דירת העותרים התבצע כ"פריצה מבצעית", במהלך חיפוש בדירת העותרים, אינה יכולה לעמוד. הנזק שגרם פיצוץ דירת העותרים הביא להרס הדירה כולה. כל מי שעניו בראשו יוכל לראות כי אין מדובר בנזק אינצידנטלי לפעולה אחרת, כי אם בהרס מכוון של דירת העותרים, על כל חדריה.

50. מן המקובץ עולה, כי הריסת דירת המשפחה נעשתה תוך הפרת זכויותיהם הדיוניות של העותרים, ללא הליך ראוי ומתן זכות שימוע, ובניגוד לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי. בצירוף העובדה שמדובר בפגיעה קשה בזכויות העותרים, והנזק הרב שנגרם להם, מדובר בשיקול רב משמעות לעניין הריסת חלקים נוספים בדירת המשפחה, המחייב שלא להוסיף פגיעה לפגיעה שכבר נגרמה להם שלא כדין.

אופן הפעלת הסמכות – מידתיות:

51. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע, כי השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה הוא לגיטימי, כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים ומפשע. עם זאת, על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים.

52. 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 אלעמריין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 699)

53. אך לאחרונה, בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.2014) (להלן: "עניין 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], 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".

54. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת החשוד לבית, חומרת המעשים, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האם ניתן לבודד את יחידת הדיור של החשוד במעשים, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997).

55. בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), הדגיש בית המשפט זה כי נקודת המוצא לבחינת מידתיות ההחלטה היא זכותם של האזרחים התמימים:

"אלא שגם בתנאים הקשים של הלחימה בטרור, יש להקפיד על ההבחנה בין הלוחמים פורעי-החוק לבין האזרחים. זו, לענייננו, משמעותו של "המיקוד" בסיכול הממוקד. זו משמעותה של דרישת המידתיות שחברי הנשיא עוסק בה בהרחבה.

בכל הנוגע ליישום דרישת המידתיות, מדגישה נקודת המוצא הראויה את זכותם של האזרחים התמימים שאינם פורעי חוק. על מדינת ישראל מוטלת החובה לכבד את חייהם של אזרחי הצד שכנגד. על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עיננו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.

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

56. אכן, במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כול כל הקיצים. הא ראייה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של מפגעים יהודים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באליםמות כנגד אזרחי ישראל הערבים ופגעים על רקע לאומני. קיים חשש של ממש שההבדלים בין יישום התקנה באופן שונה במקרים דומים עולים כדי אפליה. כך, בעניין שרבאטי הנזכר לעיל, ציין כב' השופט א' א' לוי כי "**התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה**", ומכאן שמדובר ב"שימוש מזדון ומאוזן בתקנה 119". (עניין שרבאטי, בעמ' 815). למרבה הצער, בעת האחרונה כבר אין מדובר בתופעת שוליים בחברה הישראלית-יהודית. לאור הצטברות המקרים, שבה ועולה התהייה, אם אין מדובר באפליה.
57. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פועל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין, וישאיר לפחות 4 נפשות ללא קורת גג. גם אם במקרים אחרים התיר בית משפט זה הריסת בתים, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות.
58. בעניינם של העותרים, די בעובדה שכוחות צה"ל כבר הרסו את דירתם, על מנת להפוך הריסה שניה לבלתי מידתית. כאמור, העותרים סבורים שההריסה הראשונה היתה בלתי חוקית, גם משום שלא נעשתה בהתאם להליך מינהלי ראוי, וגם כיון שהיא מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי. מבלי לגרוע מן האמור, המעשה כבר נעשה, ואין ספק שכל התכליות אשר ניתן להשיג באמצעות הריסת דירתם, כבר הושגו בהריסה הראשונה.
59. מעבר לנדרש יטענו העותרים, כי החרמת והריסת בית העותרים לצורך הרתעה אינן עומדות במבחני המידתיות.
60. **היעדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה:** בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת בית. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה.
61. "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגייה של הריסת בתים למטרות הרתעה. תובנות המסקנות וההמלצות של הצוות הוצגו במצגת בפני פורום המטכ"ל בראשית שנת 2005. המלצת הצוות היתה הפסקת הריסת בתי מחבלים לצורך הרתעה, לאור העובדה שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן. בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת

השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

העתק מצגת ממוחשבת של עיקרי דו"ח שני שנמסר למוקד להגנת הפרט זמין באתר המוקד, בכתובת: <http://www.hamoked.org.il/items/110467.pdf>

62. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העויינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלום ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עויינת. 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.

63. המשיב אינו מסביר מדוע החליט לחדש את הריסות הבתים בשטחים, בניגוד להמלצה ולהחלטה משנת 2005, ובאיזה אופן הוא סבור שהריסת בית המגורים של החשוד ישיג את מטרת הרתעת הרבים בצורה טובה מאשר בעבר. עצם ההחרפה במצב הביטחוני אינה יכולה להצדיק את חידוש השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבור המשיב כי שימוש באמצעי הריסת בתים יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

64. ההחלטה לסטות ממדיניות המשיב, מעלה חשש כבד כי מטרת ההחלטה אינה דווקא הרתעה וכי שיקולים זרים הובילו אליה. החשש עולה וגובר לנוכח העובדה שבלייל היום בו נמצאו גופות הנערים החטופים זכרונם לברכה, הגיעו כוחות צה"ל לבית העותרים וכילו זעמם בדירת המגורים של החשוד, לרבות פיצוץ הדירה והריסתה.

65. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם לעותרים, לרבות ילדי וקטני המשפחה, אין די בכך שצעד כה אכזרי עשוי להביא להרתעת מפגעים פוטנציאליים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות גבוהה במיוחד על מנת להצדיקו.

66. **האמצעי שפגיעתו פחותה:** ההחלטה אף אינה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן בהתחשב בעובדה שכוחות צה"ל כבר פוצצו את דירת העותרים והפכוה לבלתי ראויה למגורים, אין הצדקה להרוס אותה כליל כעת, ולקבוע כי לא יוכלו לבנות מחדש את הנכס. (ר' עניין עואודה הנזכר לעיל, בפסקאות 18 ו-27 לפסק דינה של כב' המשנה לנשיא נאור). בנוסף על כך, החשוד נתון ככל הנראה במנוסה ואם ייתפס הוא ייעצר ויועמד לדין, יבוא אינטרס ההרתעה האישי על סיפוקו. ממילא ההריסה הראשונה בשל מעורבותו הנטענת של החשוד בעבירה כבר גרמה סבל כבד והרס קשה לעותרים, סבל ונזק הנצפים על ידי סביבתם, וככל שצעד זה משיג הרתעה כללית,

הרי שהיא כבר הושגה. מובן ששימוש בשנית באמצעי כה פוגעני ובלתי הפיך אינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

67. גם הרתעת הרבים נתקיימה באמצעים רבים אחרים מאז אירוע החטיפה. מאות מתושבי יהודה ושומרון נעצרו, רבים מהם במעצרים מינהליים, צה"ל פשט על עשרות מטרות של ארגון חמאס ביהודה ושומרון, וכן נפתחה מערכה ברצועת עזה בה נהרגו על ידי כוחות צה"ל נכון להיום למעלה מאלף אזרחים פלסטינים, רבים מהם נשים וילדים חפים מפשע. לא יכול להיות חולק אם כך, כי החיים בשטחי הרשות הפלסטינית אינם כשהיו טרם החטיפה, הן מבחינת הרתעת היחיד של החשוד ומשפחתו והן מבחינת הרתעת הרבים. אם בכל אלו לא היתה הרתעה, ספק במה תוסיף הריסת הבית עליה הורה המשיב.

סכנה לשאר חלקי המבנה ולמבנים סמוכים:

68. על המשיב לבחון אם הנסיבות מצביעות על סכנה שייפגעו חלקים אחרים במבנה המשפחה או מבנים סמוכים לדירה המיועדת להריסה. מהחלטת המשיב עולה כי הוא סבור כי לא עתיד להיגרם נזק כתוצאה מפעולת ההריסה ליתר חלקי המבנה. ב"כ העותרים פנתה למשיב בבקשה כי יעביר לידה את חוות הדעת עליהן מסתמכת עמדה זו, אך המשיב, במכתבו מיום 29.7.2014, סירב לעשות כן.

69. מחוות דעתו של המהנדס (נספח ט' לעיל), עולה כי הריסה כוללת של דירת העותרים, לרבות הקירות החיצוניים ותקרות, עשויה לגרום נזקים לדירות אחרות בבית המשפחה:

"במקרה ותבוצע השלמת הריסת דירה מס' 1:

1. ייגרם נזק קונסטרוקטיבי לדירה 2, הצפון מערבית הצמודה (שלא ניזוקה לאחר הפיצוץ הראשון). היות והתקרות של שתי הדירות נוצקו בשלב אחד לפי סכמה סטטית נמשכת, פירוק חלק מהתקרה והקורות (של דירה 1) יגרום להפרה באיזון העומסים ע"י הוספת עומס יתר לא מתוכנן על החלקים האחרים של התקרה (של דירה 2).
2. ייגרם נזק קונסטרוקטיבי לדירה 5, הדרומית וזאת מאותה סיבה שהיא קשורה מבחינת סכמה סטטית נמשכת לדירות 1 ו-2.
3. בכדי להקטין נזקים כנ"ל, במקרה והשלמת הריסת דירה 1 אכן תבוצע, יש לבצע תימוך מקדים וקבוע לשאר חלקי הבנין בשיטה קונבנציונלית או באמצעות קונסטרוקציה פלדה או בשילוב ביניהן.
4. תימוך מקדים וקבוע כנ"ל לכל הבנין היא עבודה מורכבת מבחינת תיכנון וביצוע ויכול להימשך לתקופה של חודשיים.
5. האלטרנטיבה של החדרת חומרי אטימה לדירה 1 במקום השלמת ההריסה לא באה בחשבון כי החומר יגרום לעומס יתר מעל המותר על דירה 3, במיוחד כאשר דירה זו כבר ניזוקה מבחינה קונסטרוקטיבית כפי שהתבטא בסדקים לפי התיאור בסעיף 3".

70. לא למותר לציין, כי גם לאחרונה, בעניין עואודה, התחייב המשיב כי יוציא את צו ההריסה לפועל רק ככל שתנוח דעתו כי לא ייגרם נזק לדירות אחרות במבנה, (ראה דבריו של ב"כ המדינה בעמ' 4

לפרוטוקול הדיון מיום 30.6.2014), ואף כב' המשנה לנשיא ציינה בפסק דינה כי "**על המשיב לבחון חוות דעת זו [מטעם העותרים, ס.ב.ג.], וכן חוות דעת נוספת שבכוונת העותרים להגיש לידיו לאלתר, וזאת בפתיחות ובנפש חפצה**". ואכן, חוות דעת נוספת הוגשה למשיב לאחר מתן פסק הדין, אך המשיב סבר כי אין מקום לשנות מעמדו ביחס לנזקים הצפויים מהריסת חלק המבנה שם.

- העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הדיון בבג"ץ 4597/14 ביום 30.6.2014 מצורפים ומסומנים י"ג
- פניית העותרים בבג"ץ 4597/14 לאחר מתן פסק הדין מצורפת ומסומנת י"ד
- מענה יועמ"ש איו"ש מיום 1.7.2014 מצורף ומסומן ט"ו

71. אלא שלמרות התחייבות המדינה, הריסת הדירה נשואת עניין עואודה, גרמה לנזקים לדירות נוספות במבנה, כפי שעולה מחוות דעתו של המהנדס ג'בארין תייסיר, אשר ביום 19.7.2014 ערך ביקור במקום ובחן את מצב המבנה לאחר ההריסה:

"נזקים לדירה בה מתגוררת משפחת התובע מוחמד [אחי המפגע, ס.ב.ג.]:
 1. בתקרה ובקירות החיצוניים התגלו סדקים עמוקים ורחבים. רוב הקירות נסדקו ו/או נהרסו. [...]
 2. מערכות החשמל והאינסטלציה כולל אביזרים נפגעו.
 3. סדקים רבים במהלך חדר מדרגות. [...]
נזקים לקומת קרקע (מחסנים)
 1. סדקים רבים רחבים ועמוקים התגלו בקירות ובתקרה. [...]
 מסקנות:

הדירה שפוצצה נמצאת במצב של הרס ועלולה להתמוטט. עמודים הרוסים ותקרה עם סדקים עמוקים ורחבים. [...] במצב כזה הדירה מהווה סכנה בטיחותית חמורה הן לאנשים הגרים בבנין והן לבנין עצמו. התמוטטות הדירה תיצור עומס יתר על הדירה הצמודה ועל קומת המחסנים שמתחתיה. אי לכך יש להכרח לפרק ולסלק את אלמנטי הדירה שפוצצה (תקרה, עמודים, קירות וכו') באופן מבוקר."

- חוות דעת מהנדס בעניין בית משפחת עואודה מיום 21.7.2014 מצורפת ומסומנת ט"ז
72. בנסיבות אלו, יבקשו העותרים כי לחילופין יורה בית המשפט הנכבד למשיב להמציא חוות דעת שתניח את הדעת כי אין בהריסת דירת המגורים של העותרים סכנה כי ייגרם נזק ליחידות אחרות במבנה או למבנים סמוכים אליו, ויתחייב כי במידה שייגרמו נזקים כאמור, יפצה את הניזוקים.

לסיכום:

73. מזה מספר שבועות שמדינת ישראל נתונה בעיצומם של אירועי דמים מתמשכים, הגובים מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים. לנוכח המציאות הבלתי אפשרית, רותח הדם ומחפש לעשות כל שניתן כדי להביא להפסקת שפיכות הדמים. דווקא בתנאים אלה, ישנה מחויבות להקפיד על הפעלת שיקול דעת מפוכח, ולהקפיד ככל שניתן על שמירה על

זכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. 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".

דווקא עתות אלו, הן שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. דווקא לשעות אלה עוצב בית המשפט כגורם בולם ומאזן.

74. אף אם לשון תקנה 119 מתירה לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו ועליו להיזהר מלהותיר משפחה ללא קורת גג. יפים מאין כמוהם דבריו של כב' השופט חשין, בבג"ץ 2006/97 ג' נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651-5-654:

"ואותו עיקרון יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: 'הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבו כי אם איש בחטאו יומת' (מלכים ב', יד, ו).

מאז קום המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה".

והדברים נכונים שבעתיים מקום בו העותרים כבר ספגו את נחת זרוע כוחות צה"ל, ואיבדו את קורת גג ביתם אך לפני שבועות מספר.

75. אשר 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.

76. עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של גב' גיהאן כחיל, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרות. מאותן סיבות, מצורפים לעתירה ייפוי כוח של העותרות 1 ו-5 שהתקבלו, לאחר תיאום טלפוני, באמצעות הפקס.

היום, 31.7.2014

סמדר בן-נתן, עו"ד

ב"כ העותרים