

בג"צ 16/

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. מחאמרה, ת.ז.
 2. מחאמרה, ת.ז.
 3. מחאמרה, ת.ז.
 4. מחאמרה, ת.ז.
 5. 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 אנו דעואל לוסקי
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

1. המפקד הצבאי באזור גדה המערבית
 2. היועץ המשפטי לאיר"ש
- ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

המשיביםעתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב 1 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 של בית משפחת העותרים, הממוקם ביטא, חברון, ולחילופין, מדוע לא יסתפק רק באטימת עליית הגג של מחאמרה אשר מואשם בפגיעה הירי שבסיס הצו.

צו ההריסה מיום 6.7.16 מצורף ומסומן נספח א'

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

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו החרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 11.7.16 בשעה 16:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

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

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרים 1-2 הם הוריו של מחמד אחמד מוסא עיד מחאמרה, ת.ז. (להלן: "מחמד מחאמרה" או "מחמד") אשר "ביצע ביום 8.6.16 בצוותא עם מחבל נוסף, פיגוע ירי בעיר תל אביב, בו רצחו ארבעה בני אדם". העותרים 1-2 (להלן: "ההורים") מתגוררים עם חלק מילדיהם בקומה הראשונה של הבית, אשר המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס.
2. העותר 3 הוא בנם של העותרים 1 ו-2 ואחיו של מחמד מחאמרה, המתגורר עם משפחתו בקומה השנייה של הבית, אשר צפויה להיפגע מכוונת המשיבים להרוס את הקומה הראשונה והשלישית.
3. העותר 4 גם הוא בנם של העותרים 1 ו-2 ואחיו של מחמד מחאמרה, המשפץ את דירתו בקומה השנייה של הבית ומתעתד לעבור לגור שם בקרוב, ודירתו צפויה להיפגע מכוונת המשיבים להרוס את הקומה הראשונה והשלישית.
4. העותרת 5, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
5. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו ההריסה לדירת העותרים.
6. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר נודע להם על כוונתם של המשיבים להחרימו ולהרסו. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של מחמד, אשר מואשם כאמור בביצוע פיגוע הירי ביום 8.6.16 במתחם שרונה בתל אביב, בו נרצחו ארבעה בני אדם.
7. אין חולק שהמעשה המיוחס למחמד מחאמרה קשה ואכזרי. עם זאת, עתירה זו עוסקת בעניינם של העותרים שהינם בני משפחתו אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה. יצוין כי על פי המידע הקיים בידי הח"מ, מחמד ממתין כיום לתחילת משפטו, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום ביום 4.7.16.
8. 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 תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;

ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;

ה. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית מכיוון שלא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשמתה - בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה, ובכלל זאת בקטינים, ולאי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של מחמד והעדר היכולת לצפות אותן.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

9. צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, נוגע לכניין בן שלוש קומות באזור יאטא שבחברון, המצוי בבעלות העותר 1, מר אחמד מחאמרה, ואין בבעלותו שטח או בית אחר. הצו מתייחס לקומה הראשונה והשלישית של הבניין (למעט מפעל הממתקים בקומה הראשונה).

10. בקומה הראשונה של הבית מתגוררים ההורים, העותרים 1-2, יחד עם ארבעה מתוך שמונת ילדיהם - בן ה-12, בן ה-15, בת ה-17 והעותר 4, בן 25. הדירה כוללת 4 חדרים, מטבח ושירותים. לצד דירתם בקומה הראשונה, מצוי מחסן גדול ובו מפעל ממתקים בבעלות המשפחה, המשמש את בני המשפחה לפרנסתם.

11. בקומה השלישית של הבית (קומת הגג), מתגורר לבדו, בנו של , מר מחמד מחאמרה, בן 21, הנאשם בביצוע פיגוע ירי, כמצוין לעיל. בקומה השלישית יש מטבח, שירותים וחדרו של מחמד. מר גר בירדן משנת 2013, למשך שנתיים, אצלו סבו, ועבד שם, והוא חזר להתגורר בקומה העליונה של הבית ביאטא רק לפני כשנה וחצי. כאשר מחמד היה נמצא בבית, הוא בילה את מרבית זמנו בדירתו בקומה העליונה וכמעט ולא היה מבקר אצל הוריו בקומה הראשונה.

12. מלבד האמור, בקומה השנייה של המבנה, בדירה השמאלית, מתגוררים העותר 3 (בנם של העותרים 1 ו-2), יחד עם אשתו ; שלא לדה המצויה בחודש השמיני להריונה. בדירה הנוספת באותה הקומה מצד מימין, נערכים כיום שיפוצים לקראת מעברם של העותר 4 (המתגורר כיום בקומה הראשונה יחד עם הוריו, העותרים 1-2) ובת זוגו עזמי, עמה התארס לאחרונה.

13. יובהר כי למרות שהצו אינו מתייחס לקומה השנייה, קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה באופן האמור, יגרום לגזק ממשי לשתי הדירות המצויות בה והן למפעל הממתקים המשמש את בני המשפחה לפרנסתם ויוציא אותם מכלל שימוש. המדובר לפיכך בנושא הטעון בחינה יסודית וזאת טרם ביצוע ההריסה, הכל כפי שיתואר להלן. עם זאת, נבהיר כי בנסיבות הללו, וככל שגורלן של הדירות המצויות בקומה השנייה נותר לא ברור, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית איננו יכול להיות פתרון סביר או מידתי, שכן הפגיעה שהוא טומן בבלתי מעורבים, גדולה מנשוא ובלתי סבירה.

14. המבנה המיועד להריסה אם כן, מהווה את בית המגורים היחיד של העותרים ובני משפחתם, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת הדירות למרות האמור, יותרו בני המשפחה, הכוללת כאמור שלושה קטינים ואישה בהריון, ללא קורת גג מעל ראשם, וזאת בנוסף להעדר פרנסה לאור הפגיעה שתיגרם למפעלם כתוצאה מביצוע ההריסה.

15. על פי המידע שנמסר לח"מ מהעותרת 2, מוחמד מחאמרה הינו נער שקט ומופנם, המרבה לצפות בתוכניות טבע, כי התנהגותו היתה רגילה ובהתאם לשאר בני גילו, הוא אף התכוון לחזור לספסל הלימודים. העותרת 2 עומדת על כך כי לא היה כל סימן מקדים שעשוי היה לעורר את חשדות בני המשפחה ולפיכך לא היה בידם לצפות את שהתרחש. נהיר כי לו היתה לבני המשפחה כל ידיעה או אף חשש כי בנם מחמד שוקל לבצע בפיגוע, היו פועלים באופן מידי על מנת למנוע זאת.

16. לצורך השלמת התמונה יצוין בנוסף כי ביום 12.6.16 נעצר גם העותר 1, ומעצרו הוארך על ידי בית המשפט הצבאי עד ליום 11.7.16, בחשדות לסיוע לבנו. משיחה שקיימו הח"מ עם עורך דינו, עו"ד מחאג'נה עולה כי העותר 1 דוחה באופן מוחלט כל קשר או ידיעה אודות המעשים של בנו ועומד הוא על חפותו.

17. ביום 4.7.16 נשלחה אל המשיב 1 באמצעות דוא"ל ובאמצעות הפקס השגה בהולה כנגד כוונת המשיבים, ובה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירת העותרים היא פסולה, בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינה מקיימת תכלית הרתעתית, נעדרת תשתית ראייתית עובדתית, ושתביא לפגיעה קשה בחפים מפשע ושאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. בפרט נטען כי אין כל זיקה בין מחמד מחאמרה לקומת הקרקע בה מתגוררים ההורים, וכי לא ברור כיצד ניתן להרוס את הקומה הראשונה והשלישית לבניין ללא פגיעה בקומה השנייה.

ההשגה שהוגשה ביום 4.7.16 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת נספח ב'

18. ביום 6.7.16, בשעה 18:00 בערב, התקבלה במשרד הח"מ תשובת המשיב, לפיה נדחתה ההשגה. במענה להשגה דחה המשיב 2 את טענות העותרים על כך שהריסת ביתם מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדות להוראות המשפט הבינלאומי ונימק זאת בכך שמדובר בטענות שנדחו בבית המשפט העליון וכי יש צורך לעשות שימוש בסמכות נוכח נסיבות המקרה והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים, על רקע המצב הביטחוני. באשר לטענות העותרים בדבר פגיעה צפויה בקומה השנייה צוין כי הריסת הדירה תלווה ע"י מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה וכי הריסת הבית תתבצע על ידי ציוד מכאני הנדסי. הח"מ פנתה טלפונית לנציג המשיב 2, אשר מסר כי משמעות הדברים שהקירות הפנימיים של הקומה הראשונה יהרסו הריסה ידנית והקירות החיצוניים בדחפור, וכי עמוד התמך לא יהרס. באשר לטענות בדבר חוסר מידתיות, השיב המשיב 2 כי לטעמם יש לראות את הקומה הראשונה והשלישית גם יחד כביתו של מחמד מחאמרה, וכי יש בכך לבסס את זיקת המגורים שלו לקומה הראשונה. לסיום נמסר כי מימוש הצו לא יחל בטרם יום שני, 11.7.16, בשעה 16:00.

ההודעה על דחיית ההשגה שנשלחה בערב יום 6.7.16 (אשר צורף לה עותק מכתב האיטום נגד מוחמד

הודעותיו במשטרה) מצורפת ומסומנת נספח ג'

19. יוער כי העותרים אינם סבורים שמענה המשיב משיב בצורה מספקת לחשש העותרים בדבר פגיעה בקומה השנייה. העותרים מעוניינים להכין חוות דעת הנדסית מטעמם לצורך ביסוס טענתם זו, אך

המענה להשגה נמסר לח"מ במהלך חג עיד אל-פיטר, כך שהמהנדס מטעמם לא יכל להגיע לבית קודם ליום 10.7.16. ביום 10.7.16 ניסה המהנדס להגיע לבית ביאטא, אך גילה שיש סגר ושהדרכים חסומות ולכן הדבר לא נתאפשר. בנסיבות אלה, העותרים שומרים על זכותם לצרף חוות דעת הנדסית מטעמם ברגע שיוכלו.

20. כן יצוין כי באחת מהודעותיו של מחמד שצורפה למענה יש התייחסות לחקירתו בשב"כ. הח"מ פנתה לנציג המשיב 2 בעניין זה, שמסר שאין לו אפשרות לשלוח את כל פרוטוקול החקירות בשב"כ לנוכח היקפן, אך שלח לה את זכ"ד החקירה בשב"כ אליה יש התייחסות בהודעה במשטרה.

ז"ד חקירת מוחמד בשב"כ מיום 16.6.16 מצורף ומסומן נספח ד'

21. למען השלמת התמונה העובדתית, יוער כי על פי המידע שפורסם על ידי עמירה הס, ואשר אומת על ידי העותרת 2, בשנת 2003 נהרס ביתו של בן דודו של מחמד מחאמרה, חאלד מחאמרה, המואשם יחד עימו בביצוע פיגוע הירי, וזאת בשל מעשיו של דודו שהורשע ברצח ישראלים. מוחמד עצמו נכח במצור שביצעו חיילי צה"ל על הבית בחיפוש אחר הדוד.

הכתבה מצורפת ומסומנת נספח ה'

מכאן עתירה זו.

הטיעון המשפטי

האיסור על הריסת בתים

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

23. 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.

24. ההריסה מהווה פגיעה מכוונת במי שלא פשע, ומנוגדת לעיקרון יסוד מוסרי ומשפטי ראשון במעלה, על פי "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת" (מלכים י"ד, ה-ו, וראו גם דברי כב' השופט חשין בבג"ץ 2006/97 גנימאת נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד נא(2) 651, 654). יצוין, כי גם אם לשיטת המשיב מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ובמבחן התוצאה מהווה ענישה קולקטיבית, זאת כאשר השגת מטרת ההרתעה מוטלת בספק.

25. יתר על כן, דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם מוגנות. הריסת בתים פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לקניין. היות שהריסת הבית פוגעת בבני משפחה חפים מפשע, אשר לא היה במעשיהם כדי להביא להריסה, וממילא אין ביכולתם להשפיע על

החלטת המשיב, פוגעת בהריסה פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון).

26. 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 הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו והמשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

27. החרמת 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. הכיזה 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".

28. 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.

29. 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)).

30. 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).

31. 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).

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

33. 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.

34. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statute 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".

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

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הגדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). "ועצם 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 שתפתח 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).

36. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיבים 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).

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

38. כאמור לעיל, לא נעלם מעיני הח"מ כי טענות אלו כבר נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט הנכבד, וכי אף הבקשה לדיון נוסף נדחתה לבסוף, אך יוזכר כי הטענות העקרוניות לעיל, שהועלו גם בבקשה לדיון נוסף ובעתירות נוספות, לפיהן מדיניות המשיבים בדבר הריסת בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ובעת האחרונה מספר שופטים הביעו עמדה לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש. מכאן, שאף שבית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיב בעשרות פסקי דין במהלך תקופה זו, הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות משקל אלו, אשר מן הראוי לדון בהן.

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

40. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה נ' מפקד כוחות צה"ל כגדה המערבית (מיום 1.12.15), אף אם בעת הזו נותרו הם בגדר עמדת מיעוט אמיצה:

"כעולה מסקירת הדברים בחוות דעתו של חברי, השופט שהם, הועלו בעתירה דנן טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיה הספציפיות של העתירה דנן. בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה....

... הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא וערכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת, שעל עיקריהם אעמוד להלן בקצירת האומר. איני סבור כי בתגובת המדינה לעתירה דנן ניתן מענה מספק לטענות העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

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

41. בנוסף, היות שבמקרה דנן ישנם עותרים קונקרטיים אשר אמורים על פי החלטת המשיב לאכז את ביתם, מתבקש לקיים דיון מהותי בטענות כבדות המשקל על כך שמדיניות הריסת הבתים עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי.

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

פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטינים

43. כמתואר בחלק העובדתי, בקומה הראשונה המיועדת להריסה, מתגוררים כיום העותרים 1-2, וארבעת ילדיהם, בהם **שלושה קטינים בני 12, 15 ו-17** וכן בנם הבגיר, הוא העותר 4. בקומה השנייה שאינה מיועדת להריסה אך עתידה להיפגע כתוצאה מהריסת הקומה שמתחתיה, גרים העותר 3 ואשתו המצויה בחדש השמיני להריונה. בית זה הוא הבית היחיד העומד לרשותם.

44. בבית משפט נכבד זה כבר הובעה לא פעם אחת העמדה כי אין להפעיל את תקנה 119 כאשר מדובר בבני משפחה בלתי מעורבים (ראו: עמדות המיעוט של כב' השופט מזוז בכג"ץ אבו ג'מל ובכג"ץ עליוה לעיל).

45. בנוסף, הפגיעה בשלושת הקטינים (ובתינוק שטרם נולד) 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 מעמדו, 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".

לעניין תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ראו בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006), והאסמכתאות שם.

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

47. ודוק - השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן סותר באופן חזיתי שאינו ניתן ליישוב את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ עג'ורי לעיל – בעוד שבית המשפט הנכבד משתמש בפסקי דין קודמים בנוגע לתקנה 119 כנימוק לדחיית הטענות העקרונית, הח"מ לא מצאו כל פסק דין המיישב את הסתירות בין ההלכה בעניין תקנה 119 לבין ההלכה בעניין עג'ורי.
48. 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)

49. 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 דימיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, והעותרים יטענו כי יש להחילם בעניינו. כך, נקבע שם כי:

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

ובהמשך:

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

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

50. 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

לביטוחו, 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).

51. ברי, כי עניינם של העותרים קרוב יותר לעניינו של המקרה השלישי, מקום שאין כל אינדיקציה שהעותרים 2-4 ידעו על כוונותיו של מחמד, ואילו העותר 1 עומד על כך כי גם הוא לא ידע, כפי שיפורט להלן.

52. 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 המשיבים בהקשר זה, גם בעניינם.

היעדר זיקת מגורים – לא מתקיימים התנאים לשימוש בתקנה 119

53. העותרים יטענו כי כלל לא קיימת זיקה מספקת בין מחמד לבין הקומה הראשונה של הבית אותו מבקשים להרוס לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ועל כן, כלל לא מתקיימים התנאים להריסת הקומה הראשונה. תקנה 119 קובעת:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי **תושביהם**, או **מקצת תושביהם**, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העובדים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכה אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם" (ההדגשות נוספו, נ.ע.)

54. לפיכך, יש לבחון האם בנסיבות העניין הזיקה האמורה של מחמד לקומה הראשונה, היא בית הוריו (העותרים 1 ו-2), יש בה כדי להגדירו כ"תושב" או "דייר" (בשפת המקור Inhabitant) של קומה זו. לשאלת הזיקה של מחמד לבית יש השלכה בשני מישורים: (א) במישור הסמכות - האם ניתן לראות במחמד כדייר של הבית? ככל שמחמד אינו דייר בבית הוריו הרי שהמשיבים כלל אינם מוסמכים להפעיל את סמכותם לפי תקנה 119 כלפי הבית; (ב) במישור שיקול הדעת - אף אם לא ניתן לשלול את הגדרתו של מחמד כ"דייר/תושב" של הקומה הראשונה, יש לבחון האם נוכח חולשת הזיקה לקומה זו עומדת החלטת המשיב בנסיבות העניין במבחני הסבירות והמידתיות באשר לסנקציה עליה הוחלט (ראו: פסק דינו של כב' השופט מזוז, בג"ץ 1125/16 חמד מרעי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה ואח' מיום 15.2.16)(להלן: עניין מרעי)).

55. אך בנסיבות העניין, לא ניתן לראות במחמד כ"דייר/תושב" של הקומה הראשונה לעניין תקנה 119. כמפורט לעיל, בין השנים 2013-2015 התגורר מחמד בירדן ובזמן זה כלל לא התראה עם הוריו או אחיו (ראו: שורה 21 להודעתו במשטרה ביום 9.6.16, שצורפה למענה להשגה). לאחר מכן כשחזר מירדן, מחמד התגורר בעליית הגג בלבד, בעוד שלא הייתה לו זיקה לחלקיו האחרים של הבית שבו מתגוררים בני המשפחה האחרים. הקומה השלישית מהווה יחידת דיור עצמאית, עם מטבח ושירותים, ומחמד כמעט ולא בילה זמן אצל הוריו בקומה הראשונה. ניתן להשוות את הדבר לבניין דירות כאשר הקומות הראשונה, השנייה והשלישית מהוות יחידות דיור כשלעצמן.

56. לפיכך, ולאור הצורך לפרש על דרך הצמצום את הסמכות הדקונית לפי תקנה 119 ולהציב סייגים להפעלתה נוכח פגיעתה הקשה בחפים מפשע (ראו: בג"ץ 90/2630 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (12.2.1991); וכן עניין מרעי), לא ניתן לראות במחמד כ"תושב" בית הוריו, כפי שאף המשיבים לא ראו לנכון לראותו כדייר בבית אחיו בקומה השנייה. יוזכר, כי בעניין מרעי נקבע כי אדם שגר במעונות אינו בעל זיקה מספקת לבית הוריו, שם גר קודם לכן ושם מבקר מדי פעם, לצורך שימוש בתקנה 119. על אחת כמה וכמה בעניינו, כאשר אין מדובר בשאלה האם מחמד נעדר מבית הוריו – אלא שהוא כלל לא גר שם, ומתגורר ביחידת דיור עצמאית, במקרה מצויה באותו מבנה. משכך, המשיב אינו מוסמך לפעול נגד הקומה הראשונה לפי תקנה 119.

57. לחילופין יטענו העותרים כי אף אם לכאורה מגוריו של מחמד בקומה השלישית מהווה זיקה למבנה בכללותו (דבר המוטל בספק רב), עדיין אין בכך די לבסס את חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא לבית העותרים 1-2 ולפגיעה הצפויה בבית העותרים 3-4. הסמכות שבתקנה 119 היא סמכות שבשיקול הדעת, ולנוכח הפגיעה הקשה בזכויות יסוד הכרוכה בה, יש לפרשה בצמצום. לכן, עדיין מתחייבת בחינה במישור שיקול הדעת שלפיה, נוכח חולשת זיקתו של מחמד לבית כולו (חזרתו מירדן לפני כשנה וחצי ומגוריו בעליית הגג וחלוקת הבית לקומות נפרדות) יחד עם מכלול נסיבות העניין, לרבות העדר מעורבות כלשהי של העותרים במעשי בנם, ההחלטה להוציא צו החרמה והריסה לקומה הראשונה ולפגיעה קשה בקומה השנייה איננה עומדת במבחני הסבירות והמידתיות.

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

58. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה, שלא חטאו בדבר, 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). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את בית משפחת העותרים אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

59. 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, ושאין בית משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם". (בג"ץ 2722/92 אלעמרינו נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 699)

60. בעניין בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14) קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות:

"... בפרשו את [תקנה 119], צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות. ... קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד [...] אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתיות".

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

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

"כדי שהריסת בתים מכוח תקנה 119 תעמוד במבחן המידתיות, יש לבחון, ככלל, האם היא אכן אפקטיבית ומגשימה את תכלית ההרתעה... עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; [...] על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הגזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (שם, פס' כ"ד, כ"ו; וראו גם פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות).

דברים אלה מהווים "צעד מדוד" נוסף שצעד בית-משפט זה בפסק הדין מושא הבקשה. אכן, השימוש בהריסת בתים נועד להגשים את תכליתו, במקרים שבהם התועלת הגלומה בו עולה על הנזק שהוא גורם. יש אפוא לבחון כל עת אם אכן – הן בכלל, הן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – הריסת הבית היא מידתית. החלטתי זו ניתנת בד בבד עם פרסום פסק-הדין העוסק בעתירות קונקרטיות ולא תיאורטיות (בג"ץ 7040/15, 7076/15, 7077/15, 7079/15, 7081/15, 7082/15, 7084/15, 7085/15, 7087/15, 7092/15, 7180/15 חמאד נ')

המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015)) אשר בהן ניתן ביטוי קונקרטי שונה לגבי אפקטיביות ההרתעה במקרים ספציפיים. " (שם, פס' 6) [ההדגשות אינן במקור]

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

63. כבג"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 חיייהם של אזרחי הצד שכנגד.** על חיי אזרחיה חייבת היא להגן, תוך כיבוד חיייהם של האזרחים שאינם נתונים לשליטתה האפקטיבית. **כשזכותם של האזרחים התמימים לנגד עינינו, יקל עלינו להכיר בחשיבותן של המגבלות המוטלות על ניהול הסכסוך המזויין.** חובה זו היא גם חלק מן המערכת הנורמטיבית הנוספת החלה על הסכסוך המזויין. היא חלק מהקוד המוסרי של המדינה ומעיקרון העל של שמירה על כבוד האדם". (עמ' 61, ההדגשות הוספו)

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

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

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

66. בבג"צ עליווה הזכיר כב' השופט שהם את ההלכה הפסוקה לפיה "ראשית לכל נקבע, כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את התכלית ההרתעתית, שכן רק תכלית זו עומדת ביסוד הפעלת הסמכות".

67. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, גדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם.

68. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת ביתם 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 (במסגרת המלצות "צוות לחשיכה מחודשת", בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז לא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

69. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, 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 המשיבים לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות. כמצוין בחלק העובדתי לעיל, קיים סיכוי לא מבוטל שמעשיו של מחמד עצמו – שכילד צפה בהריסת בית בני משפחתו, מצביעים על כך.

70. הן בענייננו, והן במסגרת העתירות האחרונות שעסקו בנושא זה, המשיבים אינם מסבירים באיזה אופן הם סבורים שהריסת בית המגורים של חשודים ומורשעים בפיגועים ישיגו את מטרת הרתעת הרבים בצורה טובה מאשר בעבר, כשים לב להמלצה ולהחלטה משנת 2005. עצם ההחרפה במצב הביטחוני אינה יכולה להצדיק את חידוש השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי הריסת בתים יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר.

71. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים בדבר התועלת באמצעי של הריסות בתים, הרי שבהיעדר כל תשתית עובדתית יש קושי בקבלת עמדת המשיבים כי הריסת בתים הינה אמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימון במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", **המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה** 31, 5 (2014):

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

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

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק

רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית."

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

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

"...על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנוק למי שאינם נחשדים או מואשמים..."

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

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

75. אך חרף חלוף למעלה משנה וחצי מאז ניתן פסק דין זה, במהלכן נמשכת מדיניות הריסת הבתים, לא ידוע לח"מ על כל מחקר אמפירי שנערך בנושא, וכל המידע שהמשיבים מציגים לבית המשפט הנכבד בהקשר זה הינו מספר מקרים פרטניים בהם חשודים מצהירים כי נמנעו ממעורבות בטרור בשל חשש להריסת בתיהם – ללא מידע נגדי אודות מספר האנשים שנהיו מעורבים בטרור בשל כך.

76. לנוכח פסקי דין אלו, היה על המשיבים לבצע מחקר אמפירי בעניין ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. זאת בעיקר לאור העובדה הגלויה לעין כל, כי גל הטרור שמדינת ישראל חווה בעת האחרונה פרץ למרות שהמשיבים חידשו כאמור את הריסת הבתים לפני למעלה משנתיים. מסתבר, כי ההריסות שבוצעו בתקופה זו לא הרתיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווים המשיבים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

77. על כן, במסגרת העתירה זו, העותרת 5 שבה ודורשת מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה.

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

79. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי. שימוש בכלי זה תחת הנסיבות הקיימות, מדגיש ביתר שאת כי אין מדובר אלא בענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

80. ואכן, בפסיקה נקבע כי ככל שתוצאותיה של החלטה חמורות יותר ובלתי-הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר עם בחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו ע"כ 2/84 ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט (2) 225, 251; ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616; בג"צ 3648/08 סטמקה נגד שר הפנים, פ"ד נג (2) 740, 777).

81. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 11(ד) נקבע לעניין זה כי:

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

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

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

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

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנוק שיגרם להם

84. המשיבים כאמור מבקשים להרוס את הקומה הראשונה, למעט מפעל הממתקים של המשפחה, ואת הקומה השלישית. כמפורט לעיל, העותרים צופים שכתוצאה ממהלך זה יפגע גם מפעל הממתקים, הוא מקור פרנסתם, וכן הקומה השנייה. שכן – כיצד ניתן להרוס את הקומה הראשונה והשלישית, לרבות קירות פנימיים וחיצוניים, ולצפות שהקומה השנייה תיוותר ללא פגיעה? כיצד בכלל בני המשפחה אמורים בנסיבות כאלה להגיע לקומה השנייה?

85. חרף בקשת העותרים בהשגה, לא הועברה לידם חוות דעת הנדסית מטעם המשיבים, אלא רק הסבר לקוני כיצד תיערך ההריסה. אך על מנת לאפשר לעותרים וכן לבית המשפט הנכבד להתייחס למידע הרלוונטי באופן אפקטיבי, הרי שנדרש שהמשיבים יציגו את חוות הדעת ההנדסית (זאת לצד העובדה שהעותרים עצמם פועלים, כאמור לעיל, להשיג חוות דעת מטעמם). וראו לעניין זה את הדברים שנקבעו בבג"צ 967/16 עבד אלכאסט חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (מיום 14.02.16) על ידי כב' השופט רובינשטיין ולפיהם "חוות הדעת ההנדסית אינה חסויה ולכן אין מגיעה להעבירה לעותרים, ואנו מניחים כי הועברה או תועבר ללא דיחוי".

86. ויודגש, כי התעקשות העותרים בעניין זה אינה סתמית. כך, בעניין בג"צ 7081/15 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 12.11.15) הריסת דירתו של המבצע גרמה לנוק 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 בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14) 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 לנוקים כבדים לדירות השכנות.

87. כך גם בבג"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 להיזק כתוצאה מפעולת ההריסה (ר' לעניין זה גם את פסק הדין בבג"צ 7040/15 חאמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 58).

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

89. מכאן, שלא ניתן להותיר על כנה את החלטת המשיבים. הותרת דיירי הקומה הראשונה - משפחה של זוג הורים ו-3 ילדים, בגילאים 12-17 - ללא קורת גג, וללא מקור פרנסה, לא יכולה להיחשב סבירה. כך גם הפגיעה הצפויה לדיירי הקומה השנייה – העותר 3 ואשתו המצויה בחודש 8 להיריון, וכן העותר 4 וארוסתו הצפויים לעבור לשם עם סיום השיפוצים – לא יכולה להיחשב סבירה. זאת, כאשר

המשפחה כולה חפה מפשע ולא היתה לה כל מעורבות במעשיו של מחמד, ואף לא היו לכך כל סימנים מקדימים.

90. בהקשר זה יוזכר כי ביום 23.2.16, התפרסמה ידיעה כי הממשלה אימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבעה קריטריונים חדשים להריסת בתים, לפיהם משפחות שיסגירו את בנייהן יזכו להגנה משפטית מפני הריסת בתם, ואולם שינויים אלו אינם מסייעים לאותן משפחות, כגון העותרים, שכלל לא ידעו שבניהם או כנותיהם ביצעו פיגוע וכך לא היה באפשרותם להסגיר את ילדיהם לרשויות.

ראו דיווחים בתקשורת בכתובת האינטרנט להלן:

http://www.mako.co.il/news-military/security-q1_2016/Article-26b0cac6c3f0351004.htm

<http://www.ch10.co.il/news/257413>

91. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת בתם של העותרים הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו ועל דעת עצמו על ביצוע פיגוע. 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.

92. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז, בעניין אבו ג'מל לעיל:

"בתגובה מטעם המשיב לעתירה לא הועלתה כל טענה בדבר מעורבות כלשהיא של העותר (אביו של בהאא), או של בני המשפחה האחרים בפיגוע. בדיון בפנינו שאלתי את בא כוח המדינה האם מיוחסת מעורבות מכל סוג שהוא של המשפחה במעשיו של בהאא, והוא השיב בשלילה. הוספתי ושאלתי, האם בנסיבות אלה נשקלה האפשרות להסתפק בסנקציה כלפי חדרו של המפגע בלבד? והתשובה הייתה, כי חלופה זו נשללה לאור חומרת הפיגוע ומאחר ש"אין לחלופה זו אותו אפקט הרתעתי".

... שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה כאשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה 119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בכך 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 הפעלחה 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 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. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי

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

93. החלטת המשיב אף אינה מידתית מן הטעם שקיימת חלופה פוגענית פחות בזכויות העותרים, על דרך

אטימת עליית הגג של מחמד בלבד. וכך, בהמשך דבריו של כב' השופט מזוז בעניין אבו ג'מל:

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

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

"... והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות מהגשמת תכלית התקנה - היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, משה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית" (יצוין עם זאת, כי השופט פוגלמן הוסיף שם, "שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית" (שם, פסקאות 5-6)).

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

94. בעניין זה נזכיר את בג"צ 1624/16 חמאד נ' מפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, אשר גם שם, בדומה

למקרה זנן, דובר במפגע אשר התגורר בקומה האחרונה של מבנה המגורים של משפחתו. עם זאת בניגוד למקרה כאן, באותו עניין החליט המפקד הצבאי על הריסת יחידת המגורים העליונה בלבד (בעוד המשפחה ביקשה להסתפק באטימתה) ולפיכך מצא בית המשפט העליון כי אין להתערב בהחלטתו. בפסק הדין מציין בית המשפט במפורש כי במסגרת בחינת מידתיות צו ההריסה, יש לבחון את השאלה האם ניתן להרוס את יחידת המגורים הנפרדת של המפגע, מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים, שכן על המדינה לקחת בחשבון את מספר האנשים העלולים להיפגע מהריסת המבנה ובפרט כאשר לא היו מודעים למעשים. טענה זו הועלתה בהשגה, אך לא זכתה לכל התייחסות עניינית במענה המשיב, ולא ברור כיצד המשיב יכול להצדיק התנהלות כה שונה בנסיבות כה דומות.

95. בעניין מרעי חזר בית המשפט הנכבד ועמד על כך כי יש לבחון שורה של נסיבות רלוונטיות - הנוגעות

למפגע, לבני משפחתו ולמבנה כלפיו מבקשים לנקוט סנקציה. בענייננו, בחינת מכלול הנסיבות מובילה למסקנה שאין יסוד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתם של העותרים, ובוודאי ובוודאי שלא כנגד הקומות הראשונה והשנייה, לא מבחינת הסמכות ולא מצד שיקול הדעת. ואולם גם אם נניח כי

- ניתן לראות במחמד כ"דייר/תושב" המבנה כולו, עדיין מכלול הנסיבות מוביל למסקנה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בנוגע לשתי הקומות הראשונות (אחת במתכוון והשנייה כתוצאה טבעית של הריסת יתר הקומות) במקרה זה איננה סבירה או מידתית, ועל כן פסולה.
96. כאמור לעיל, זיקתו של מחמד למבנה כולו היא חלשה שכן, בין השנים 2013-2015 התגורר בירדן ובשנה וחצי האחרונה התגורר רק בעליית הגג של הבית. לכך יש להוסיף העדר כל קשר בין הבית לבין פיגוע הדקירה. מתמד לא יצא ישירות מהבית לביצוע הפיגוע- כל החומרים ששימשו לפיגוע (חליפות ושעונים שלבשו, נשק, תיקים, מחסניות כדורים ונעליים) הוחבאו במערה בכפר יאטא, כאשר תכנון האירוע התקיים במסגד "אבן תאימיה" בכפר (ראו: עדות מחמד במשטרה מיום 9.6.16 המצורפת למענה להשגה, שורות 77-78; זכ"ד מחקירת מחמד מיום 16.6.16, עמ' 2, שורה 14(1) המצורף לעיל).
97. בעניינו, מחמד יצא בבוקר יום הפיגוע מהבית אל מערת המסתור, לקח את הדברים ומשם הלך למסגד שממנו יצא עם שותפו לפיגוע במונית וברגל לכיוון ישראל. אם כן, הבית לא שימש לאחסון אמצעי לחימה או לתכנון עם שותפיו, אלא למגורים בעליית הגג בלבד, כאשר הבית נמצא בבעלותם של העותרים 1-2. במקרה דנן גם לא מיוחסת לעותרים 2-4 כל ידיעה או מעורבות במעשיו של מחמד, ואילו העותר 1 מכחיש מכל תוקף ידיעה או מעורבות בעניין.
98. כידוע, מחמד נתפס ועומד לדין בגין מעשיו וצפוי לעונש כבד. משקלם המצטבר של כל אלה לצד הגישה הזהירה והמצמצמת בהפעלת הסמכות בתקנה 119 שמאחוריה עומד בית משפט נכבד זה, מחייב את המסקנה שיש לבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים. הפיכת המשפחה לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל.
99. לחלופין, גם מקום בו לא יקבל בית המשפט טענה זו, יטענו העותרים שלאור כלל הנסיבות יש לכל היותר לאטום רק את עליית הגג ששימשה למגורי מחמד.
100. למען הזהירות יובהר, כי העותרים מכחישים מכל וכל את הטענות בדבר מעורבותו של העותר 1 במעשי בנו, ואף מכחישים כי היתה לו כל ידיעה על כך. בהעדר תשתית עובדתית אחרת בעניין לא ידוע לעותרים מהן הראיות שעל בסיסן מוארך מעצרו של העותר 1, מעבר לחשדות המיוחסים לו. כעולה מהודעות מחמד במשטרה שצורפו למענה להשגה לעיל, הוא מכחיש שנעזר שבאביו.
101. בשולי הדברים נציין כי בזכ"ד מחקירת מחמד בשב"כ מיום 16.6.16 מצוין כי מחמד פנה לכאורה לאביו בשנת 2015 בבקשה לסייע לו במימון אמל"ח לטובת פיגועים נגד ישראל וזה לכאורה ענה לו כי "אם היה בטוח שיהרוג לפחות עשרה יהודים בפיגוע היה מממן לו את הרכישה אך מכיוון שהיה בטוח שייכשל הנושא ירד מהפרק" (בעמ' 4, פסקה 5(1)-(3)). אולם, כאשר עומת עם מידע זה בחקירתו במשטרה מיום 19.6.16, הגיב מחמד: "לא נכון, לא אמרתי זאת" (בעמ' 3, שורות 69-66).
102. בהעדר מכלול חקירותיו של מחמד בשב"כ, העותרים סבורים שאין לייחס כל משקל לאמרה שנאמרה לכאורה מפיו בהקשר זה בזכ"ד (ואף לא מדובר בפרוטוקול אלא בסיכום כללי בזכ"ד), אשר כלל לא

מתייחסת לאירוע שעל בסיסו ניתן צו ההריסה אלא לשנת 2015; אשר לא ברור באיזה תנאים ותחת איזה לחץ נאמרה, או באיזה הקשר; ואשר מחמד כאמור לעיל הכחיש אותה במשטרה רק ימים ספורים לאחר מכן (העותרים לא ירחיבו בעניין זה, אך יפנו לפסיקה אודות מעמדו הראייתי הנמוך יותר של הזכ"ד אל מול מעמדה הראייתית של החקירה המשטרתית, למשל ע"פ 6613/99 סטיבן סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד גו(3), 530 והאסמכתאות שם, וכן תפ"ח (ת"א) 1074/02 מ"י נ' עאצי פ"מ תשס"ג(1) 403 (28.5.2003), שם הפחיתו באופן ממשי ממשקלם של הזכ"דים שרשם השב"כ משום שנקבע שאין מדובר בתרשומות מדויקות, או כרישום מפורט ככל האפשר של תוכן הדברים שנאמרו במהלך החקירה, כנדרש על-פי ההנחיות שנקבעו בפסיקה, וכן כי אין כל אימות לנכונות הרישום של הזכ"ד, זולת עדותו של החוקר שרשם אותו, משום שהדברים הנרשמים לא הוקראו לנחקר במהלך החקירה או בסופה, וכן משום שאין חתימה של הנחקר שמעידה על נכונות רישום הדברים).

103. לאור כל זאת, אף אם לכאורה אכן התקיימה שיחה שכזו, אין לה כל רלוונטיות למעשיו של מחמד, שכן כאמור, אביו, העותר 1, סירב לבקשתו, מה גם שלא ברור אם הנימוק שלכאורה נתן העותר 1 לסירובו נאמר ברצינות או שמא כהלצה (באם בכלל נאמרו דברים אלו בתגובה לבקשת הבן). לעניין זה יפיע דבריו של בית המשפט בפרשת עאצי:

"אמנם מטרת החקירה של השב"כ היא סיכול פיגועים ולא איסוף ראיות לצורך הליך משפטי, ולנוכח תכלית זו אין פסול בדרך שבה נהג השב"כ בנוגע לאופן רישום הזכ"דים, ואולם תכלית חקירתית זו איננה יכולה לבוא על חשבון זכויות הנאשם. המדינה איננה יכולה להצהיר, מחד, כי תכלית החקירה ומטרת רישום הזכ"דים איננה גביית ראיות לצורך הליך משפטי, ומאידך, להגיש זכ"דים אלו כראיה משפטית בעלת משקל מלא, ולהסתמך עליהם כאילו היו הודעה בכתב שנגבתה מהנאשם בדרך המקובלת. עצם העובדה שהזכ"דים נכתבים מלכתחילה שלא על-מנת להוות ראיה בפני בית-המשפט מעוררת חשש בדבר מידת היותם אמינים ומדויקים [...]. על-כן. חייבת כל הסתמכות על הזכ"דים להיעשות בזהירות רבה. כאשר כל ספק סביר בדבר תוכנם של הדברים שנאמרו, או האופן וההקשר שבו נאמרו, יפעל לטובת הנאשם" (הדגשות לא במקור - נ.ע.שם, בעמ' 456-457).

104. העותרים יטענו כי לאור עיקרון הפרשנות של זכ"דים לטובת הנאשם, לצד הכחשת מחמד את הדברים בחקירתו במשטרה, הרי שקל וחומר יש להחיל עיקרון זה גם לטובת צדדים שלישיים, קרי, העותר 1 שהריסת בית משפחתו עומדת על הפרק ושכאמור עומד על חפותו ומכחיש כל קשר לאירועים הנטענים.

לסיכום

105. 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

המשיבים, בהוציאם צו זה לביתם של העותרים וילדיהם, מבקשים הכלה למעשה לבטלה. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491:

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

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

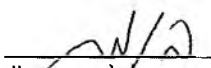
"ואותו עיקרון יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: 'הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר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

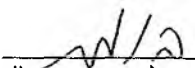
107. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך שכבר שנים אינו מקובל בקרב מדינות ליברליות שומרות חוק, אשר יעילותו מעולם לא הוכחה, ולנוכח המציאות אמצעי זה רק זורע יותר שנאה ונוק. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של העותרים. בדומה, נראה שלא להרתעה מכון אמצעי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

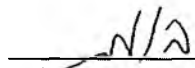
108. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים וקיום דיון להופכם להחלטיים.

109. יצוין כי עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של גב' ג'יהאן כחיל, שעמדה בקשר טלפוני עם העותרת 2.

היום, 10.7.16


אנו דעואל לוסקי, עו"ד


מיכל פומרנץ, עו"ד


נועה עמרמי, עו"ד

ב"כ העותרים