

בעניין:

1. _____ קבהא, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
2. _____ קבהא, ת"ז _____
קטינה באמצעות אמה, העותרת 1
3. _____ קבהא, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
4. _____ קבהא, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
5. _____ קבהא, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
6. _____ קבהא, ת"ז _____
קטין באמצעות הוריו, העותרים 5-4
7. _____ קבהא, ת"ז _____
קטינה באמצעות הוריה, העותרים 5-4
8. _____ קבהא, ת"ז _____
קטין באמצעות הוריו, העותרים 5-4
9. _____ קבהא, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
10. _____ קבהא, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
11. _____ קבהא, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
12. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או עביר גיובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

1. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
2. **היוע"ץ המשפטי לגדה המערבית**
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת 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 בבית העותרת 1, הממוקם בג'נין בצפון הגדה המערבית.

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 28.5.2018 בשעה 12:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרת 1, 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 לפגיע חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר לבקשת העותרים. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

כמן כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים לפני שמיעת העתירה לגופה, למסור את כל חומרי החקירה עליהם ביססו החלטתם, כדי שתמצא בידי העותרים תמונה ברורה יותר של החקירה ותוצאותיה.

עתירה זו מוגשת מבלי שהובאו בפני ב"כ העותרים החומרים המלאים הנחוצים לשם השלמת הטיעונים, ובייחוד חומרי החקירה עליהם מבסס המשיב 1 בקשתו להחרים ולהרוס את הבית נשוא צו ההריסה. העתירה מוגשת באופן בלתי מושלם בשל הצורך הדחוף לעכב ביצועה של עולה.

ב"כ העותרים שומר לעצמו את הזכות להוסיף טענות בנוגע לתיק החקירה של הפיגוע המיוחס לעצור שהתגורר בדירת העותרת 1, נשוא צו ההריסה, מיד כשתיענה דרישתה לקבל חומרים אלה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בגורלו של המבנה בו מתגוררים העותרים. המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס את הדירה הממוקמת בקומה השלישית במבנה בן 4 קומות. העותרת 1 היא הבעלים של הדירה נשוא צו ההריסה, והיא אחותו של העצור _____ קבהא, החשוד בביצוע פיגוע דריסה ביום 16.3.2018. העותרת 1 מתגוררת בדירה נשוא צו ההריסה יחד עם בתה הקטינה בת ה-8 שנים, ושני אחיה _____ ו_____. העילה להריסת ביתה של העותרת 1 היא תאונת דרכים קטלנית שהיה מעורב בה אחיה של העותרת 1, המוחזק בידי כוחות הביטחון, ואשר מיוחסת לו עבירה של גרימת מוות בכוונה.

יודגש, כי הריסת הבית מנוגדת לעקרון יסוד מוסרי, על פיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (ספר דברים כ"ד, טז), ובמילים אחרות, עקרון האחריות האישית, עליו מבוסס המשפט כולו.

החלק העובדתי

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) תושבת השטחים הכבושים, ילידת 1983. העותרת היא אחותו של העצור _____ קבהא, המעורב בתאונת דרכים מיום 16.3.2018 (להלן: _____ או **העצור**). העותרת, העובדת כרוקחת, היא אם חד הורית, שמגדלת את בתה הקטינה _____ בת ה-8 שנים.
2. העותר 3, אחיו של העצור, בן 24, סטודנט לרוקחות. העותר 3 מתגורר יחד עם אחותו ובתה בדירה המיועדת להריסה.
3. העותר 4, _____, אחיו של העצור, יליד 1984. העותרת 5 היא בת זוגו של העותר 4. לבני הזוג שלושה ילדים, שהם העותרים 6-8, הגדול בהם בן 3 שנים.
4. העותר 9, _____, אחיו של העצור, יליד 1989. העותרת 10 היא אשתו של העותר 9. בני הזוג חובקים בת אחת ילידת 2015.
5. העותר 11, הוא אביו של הצור _____. יליד 1954, והוא הבעלים של שתי הקומות הראשונות במבנה, שכוללות 9 חניות מסחריות.
6. העותרת 12, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
7. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מחמישים שנה; והוא שהוציא צו להחרמה והריסה של כל בית העותר, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.
8. המשיב 2 הוא היועץ המשפטי לאזור הגדה המערבית, הינו יועצו המשפטי של המשיב ושל הגורמים הפועלים מטעמו באזור הגדה המערבית (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

מיצוי הליכים

9. ביום 18.3.2018 פנה הח"מ אל המשיב, וציין בפנייתו כי משפחת קבהא ייפתה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לטפל בכל הקשור להפעלת סמכותם ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.
10. ביום 7.5.2018 הודיע המשיב על הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה בקומה השלישית במבנה בו מתגוררים העותרים, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: **תקנה 119**). בגוף ההודעה נטען, כי צעד זה ננקט הואיל ובנם מר _____ קבהא, המתגורר בדירת העותרת, הינו חשוד בביצוע פיגוע דריסה מיום 16.3.2018 (להלן: **הודעת המשיב**). בהודעה האמורה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 10.5.2018 בשעה 08:00.

העתק מהודעת המשיב מיום 7.5.2018 מצורף ומסומן ע/1.

11. יצוין, כי הודעה זו נמסרה לידי ב"כ העותרים, אך ורק ביום 9.5.2018, יומיים לאחר הוצאת ההודעה, כאשר לעותרים ניתנו פחות מ-24 שעות כדי להגיש השגה כנגד הודעת המשיב. התנהלות זו, שחוזרת על עצמה פעם אחר פעם, הינה התנהלות חמורה ופסולה שמנוגדת להוראות הדין, לכללי המנהל התקין ולהנחיות ביהמ"ש העליון, ופוגעת בזכותם של העותרים לייצוג ראוי.

12. על אף האמור, ובשל דחיפות העניין, פנה המוקד ביום 9.5.2018 בהשגה למשיב, ציין את נסיבות המקרה וביקש מהמשיב לחזור בו מכוונתו להרוס ו/או להחרים את בית העותרים בשל חומרת הפגיעה הצפויה בזכויותיהם, על לא עוול בכפום, ככל שיחיליט המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119.

העתק מההשגה שהוגשה למשיב ביום 9.5.2018 מצורף ומסומן ע/2.

13. ביום 23.5.2018 התקבל מכתבה של סגן ירדן חבר, קצינת ייעוץ במדור ביטחון ופילי ביועמ"ש גדמ"ע, ובו נמסר כי **המפקד הצבאי דחה את ההשגה שהוגשה ביום 9.5.2018 כנגד כוונת האחרון להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 וניתנה הודעה על החלטת המשיב להחרים ולהרוס את הדירה בה התגורר העצור עלאא בקומה השלישית של המבנה.** לתשובה צורף צו ההריסה וההחרמה נשוא עתירה זו, וניתנה שהות עד ליום 28.5.2018 בשעה 12:00 לצורך הגשת עתירה.

העתק מתשובת המשיב להשגה מיום 23.5.2018 מצורף ומסומן ע/3;

העתק מצו ההריסה וההחרמה מיום 23.5.2018 מצורף ומסומן ע/4.

הבית נשוא צו ההריסה וההחרמה

14. הדירה נשוא צו ההריסה ממוקמת במבנה בן ארבע קומות שכולל מספר דירות מגורים וחנויות מסחריות בעיר ברטעה, נפת ג'נין, שבצפון הגדה המערבית (להלן: **המבנה**). דירה זו הינה בבעלותה הבלעדית של העותרת 1, אחותו של העצור _____ קבהא, החשוד בביצוע פיגוע דריסה ביום 16.3.2018. העותרת מתגוררת בדירתה מזה כשמונה שנים יחד עם בתה הקטינה ואחיה העותר 3.

15. המבנה בן ארבע קומות, שטח כל קומה כ-270 מ"ר. שתי הקומות הראשונות הן קומות מסחר, כאשר בקומת הקרקע יש 4 חנויות ובקומה מעל קומת הקרקע יש 5 חנויות, בהן בית מרקחת, בית קפה, מספרה, חנות למוצרי חשמל וחנות בגדים.

16. מעל שתי הקומות הנ"ל יש שתי קומות מגורים, כאשר בכל קומה יש דירה בשטח של כ-170 מ"ר, וליד שתי הדירות יש פנטהאוז (בית דו קומתי) הממוקם על שתי הקומות, המשתרע על שטח של כ-90 מ"ר בכל קומה. בין הפנטהאוז והדירות הצמודות מפריד חדר מדרגות שמוביל לכל הדירות במבנה.

17. בחלקה הדרומי של הקומה השלישית מתגורר העותר 4 עם בת זוגו ושלושת ילדיהם הקטינים. בחלקה הצפוני של הקומה השלישית ממוקמת דירתה של העותרת המיועדת להריסה, בה התגורר _____ טרם מעצרו.
18. הקומה הרביעית, כוללת שתי דירות. הדירה הצפונית הינה בבעלותו של העותר 9, בה הוא מתגורר עם בת זוגו ובתו הקטינה. חלקה הדרומי של הקומה הרביעית הינו הקומה השנייה של הבית הדו קומתי שבו מתגוררת משפחת העותר 4.
19. הדירה נושא צו ההריסה משתרעת על שטח של כ- 170 מ"ר שכוללת ארבעה חדרי שינה, שני חדרי שירותים, מטבח, חדר משפחה, חדר אורחים, ושתי מרפסת.
- בחדר הראשון מתגוררת העותרת, אם חד הורית, שמגדלת את בתה הקטינה _____ בת ה- 8 שנים, שמתגוררת בחדר השני. בחדר השלישי מתגורר _____, העותר 3, והאח השני _____ (עד ליום מעצרו).

הטיעון המשפטי

20. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**). העותרים יטענו, כי תקנה 119 עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ועל כן אל לו לעשות בה שימוש. אם עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכות הנתונה לו ע"פ התקנה, עליו לפעול במסגרת שיקול הדעת וההלכות שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה ולעמוד במבחני המידתיות. במקרה דנן, פעל המשיב בניגוד לכל אלה ועל כן דין החלטתו להתבטל.

הסירוב לעיין מחדש בחוקיות השימוש בתקנה 119

21. חרף אי הנוחות שמעורר שימוש התכוף בתקנה 119, הטענות העקרוניות בעניין חוסר החוקיות של הריסות בתים נדחות פעם אחר פעם ללא דיון מהותי בהן. לכן, **העותרים מבקשים לשוב ולהזכיר דברים אלו, מתוך תקווה ואמונה כי העתירה דנן תהווה הזדמנות לקיום דיון מעמיק בקשיים שמעורר השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.**

... הטענות שהועלו [כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 – נ.ע.] 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 [ההדגשה הוספה; נ.ע.].

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

22. בשנים האחרונות הושמעו במספר פסקי דין הערות ביחס לשימוש בתקנה 119 ובסמכות המשיב לבצע הריסת בתים או חלק מהם מכוחה. בבג"ץ 8150/15 **דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (להלן: עניין אבו ג'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...

23. וכך קבעה גם 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 מכוח תקנה 119 – נ.ע.] בהרכב מורחב של שופטים"** (פס' 1 לפסק דינה).

24. להערות אלו הצטרף גם 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** (ההדגשה הוספה; נ.ע.).

25. 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 דחיית 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").

26. אך לפני שבועות ספורים בפסק הדין האחרון שדן בנושא זה, חזר כבוד השופט פוגלמן על עמדתו בבג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.2.2018), שם ציין כי

דברים אלה, יפים גם לבקשתם של העותרים כי נשוב ונדון – בהליך הנוכחי – בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים ... את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 15/5839 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2015.10.15) ... כפי שצינתי בפרשות אלו, אף שאני סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב.

27. גם כב' השופט (בדימוס) ג'ובראן הצטרף להשגות אלו במסגרת בג"ץ 1938/16 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (24.3.2016, להלן: "עניין אבו 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 לבתייהם של מחבלים (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...

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

28. בראש ובראשונה מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 29.12.2009)).

29. תקנה 119 סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), המהווה את הבסיס לדיני הכיבוש בדין הבינלאומי. סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם וסעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש.

30. כן סותרת התקנה את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: **אמנת האג**), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית ואת תקנה 43 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

31. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה**, תק-על 12008 (1) 1213; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005 (3) 3333; סעיף 24; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 2003 (1) 937; בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פ"ד נז(1) 385).

32. תקנה 119 סותרת את סעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), את סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי), את סעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק), וכן את סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים). כך מצאה גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

33. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה סותרת את סעיפים 12-13 וסעיף 17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; והיא עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8 (2) (iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity).

הריסת בית מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויות יסוד

34. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:
חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע,
חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

35. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

36. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

37. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העברייין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

38. יצוין כי גם אם, אליבא דהמשיב, מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

39. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו (ראו גם (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בענין הישאם אבו זהים נגד אלוף פיקוד העורף, מאת פרופ' מרדכי קרמניצר, 24.2.2009, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

אופן הפעלת הסמכות

40. למרות שהריסת בית מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולזכויות יסוד, קבע בית משפט נכבד זה כי השימוש בתקנה 119 לצורכי הרתעה הוא לגיטימי, כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים מפשע (בג"ץ 2418/97 **אבו פארה נ' מפקד כוחות הצבא**, פ"ד נ"א(1) 226; בג"ץ 6996/02 **זערוב נ' מפקד כוחות הצבא בעזה**, פ"ד נו(6) 407 ועוד).

41. ואולם, 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 **אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, מו(3) 693 (להלן: **פס"ד אלעמרין**), עמ' 669).

42. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת המפגע לבית, חומרת הפיגוע, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה יש זיקה כלשהי למעשיו של המפגע, האם ניתן שלא לפגוע בבית כולו וכד' (ראו בג"ץ 6299/97 **יאסין נ' המפקד הצבאי**, פורסם בנבו ופס"ד אלעמרין).

43. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פעל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו כאשר הורה על נקיטת צעד כה קשה וחמור מבלי שבחן בקפידה ובוהירות הנדרשת את נסיבות המקרה.

44. גם אם במקרים אחרים, כפי שטוען המשיב בתשובתו להשגה, התיר בית משפט נכבד זה הריסת בתים בנסיבות שבחלקן דומות למקרה דנן, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. אין לבחון, כפי שעושה המשיב, אם כל נסיבה כשלעצמה מאפשרת הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אם לאו, אלא האם כלל הנסיבות המצטברות במקרה דנן מערערות את הבסיס להחלטתו של המפקד הצבאי.

45. ובאשר לתשתית העובדתית - החלטה חמורה אודות הריסת בית, שביצועה יוצר מצב בלתי הפיך, חובה שתסתמך על עובדות מדויקות ועל איסוף נתונים ובחינתם כהלכה. בפס"ד בבג"ץ 802/89 **נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור**, ביטל בית המשפט את החלטת המפקד הצבאי להרוס בית והחזיר את העניין לשיקול מחדש נוכח עובדות ונימוקים לא מדויקים:

אין צורך להרבות מלים על כך, שהחלטתה של רשות ציבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהיו תשתית עובדתית להחלטתה (וראה לעניין זה בג"ץ 297/82 [1], בעמ' 48-49). משנמצא, שחלק מתשתית זו אין לו על מה שיסמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות.

... יש לזכור, שהמדובר בהריסה ובאטימה של מבנה שבו מתגוררים אחרים, פעולה שכתוצאה ממנה ייפגעו גם מי שלא חטאו. אכן, כפי שנקבע לא אחת, לא יתערב בית-משפט זה בהחלטת המפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות

ההגנה (שעת חירום), 1945, כשזו עומדת במבחן הסבירות. אך בשל תוצאתה הקשה של פעולה זו, יש מקום, לדעתי, לבחון בכל מקרה בזהירות ובקפדנות, אם ההחלטה מעוגנת כהלכה בעובדות הרלבנטיות, ואם שיקול הדעת הופעל על-ידי המשיב כהלכה (שם, פ"ד מ"ד (2) 601).

מבחני המידתיות

46. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובמצום, 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).

47. 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.

48. 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)).

49. המידתיות והאיזון הינם עקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם:

הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפיסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (פורסם בנבו), [11.2.2010]). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין **שריף**) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבי**, פס' 12 לפס"ד).

50. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמה והריסת ביתה של העותרת לצורך הרתעה אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת

51. הדירה נשוא צו ההריסה הינה בבעלותה הבלעדית של העותרת. לעותרת אין בית נוסף. לעצור אין זיקה קניינית כלשהי לדירה, והוא בגדר דייר נלווה בלבד.

52. **העובדה כי הבית נשוא צו ההריסה אינו בבעלותו של העצור, מנתקת לחלוטין את הקשר הרציונלי** (המוטל ממילא בספק) בין הריסת הבית לבין האפקט ההרתעתי אותו המשיב מבקש להשיג. אף אם היה קשר רציונאלי, הרי שלאור הפגיעה הקשה ביותר בקניינה של העותרת, הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אינה מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

53. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד הריסה והחרמה של בית, המצוי בבעלותה של העותרת, שמעולם לא הייתה טענה על מעורבתה בפיגוע הנטען, או על ידיעתה על כוונת אחיה העצור להוציא לפועל את הפיגוע הנטען, עשויה לתרום למטרה הנטענת – הרתעה של מפגעים פוטנציאליים במקרים דומים בעתיד. נהפוך הוא, הפעלת סמכות 119 במקרה דנן לא רק כי לא תשיג את מטרת ההרתעה אלא עלולה היא להוביל להחלשתה. בשים לב, לפגיעה האנושה והקשה בזכותה הקניינית של העותרת, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה, כאשר מדובר בהפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 כנגד בית שכלל אין לעצור זיקה קניינית אליו.

54. יש להבחין בין בית שהוא ביתו וקניינו של החשוד, לבין המצב המתקיים בעניינו, שבו המפגע מתגורר בבית אחרותו, והינו בגדר דייר נלווה. במקרה זה כאשר הבית אינו בבעלותו של החשוד, ומנגד לא נטען כי בני הבית היו מעורבים בדרך כלשהי במעשה המיוחס לכאורה לחשוד הרי שהריסת הבית כולו בנסיבות אלו היא צעד שאינו עומד במבחני הסבירות והמידתיות.

55. העותרים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה רשאי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד ביתה של העותרת על לא עוול בכפה, הרי ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב אינה מסתיימת במישור הסמכות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, וזאת לאורן של נסיבות המקרה ובישם לב למבחני המידתיות.

56. לאור כל האמור לעיל העותרים סבורים, כי אין בכוחה של החרמת והריסת ביתו של העותרת להגשים את המטרה המוצהרת של הפעלת תקנה 119 - הרתעה של מפגעים פוטנציאליים אשר עשויים להימנע מביצוע פיגועים אם יידעו כי בכך הם מסכנים את בתיים ובתי בני משפחתם.

57. כמו כן, אין די בכך שהאמצעי אותו מבקש המשיב להפעיל מגשים, לכאורה, באופן חלקי או שולי את המטרה המוצהרת שעומדת מאחורי הפעלת סמכותו ע"פ תקנה 119. על המשיב להראות כי פעולתו עומדת ברף הגובה של מבחן המידתיות, וזאת בשל הפגיעה הקיצונית הכרוכה בהפעלת סמכותו במקרה דנן. כפי שנקבע בבג"ץ 3648/97 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים ואח'**:

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.

מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "הצר"

58. כאמור, עמדת העותרים היא כי גם אם מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת ומענישה חפים מפשע. גם אם התכלית היא אכן השגת הרתעה, הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרת, שלא היה בידה לצפות או למנוע את הפעולה המיוחסת לעצור, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתה.

59. ויודגש, כפי שפורט בהרחבה לעיל כי עמדת העותרים היא כי האיסור 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 הטמונה בה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי עובדת היותו אפקטיבי אינה מבטלת את האיסור. אך למעלה מן הצורך יש לציין כי שאלת מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

60. העותרים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מצייגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית משפט נכבד זה, כי הוצג בפניהם 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 כבר נקבע כי "ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהפעלת תקנה 119 היא ענין להכרעת גורמי הביטחון..." כדברי כבוד המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבג"ץ 5376/16 **חוסין אבו ח'דיר נ' שר הביטחון**, וכי "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" כדברי כב' השופט אלרון בבג"ץ 8786/17 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הבצא בדה המערבית**, 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.

61. **העותרים חפים מפשע ואין כל טענה לגבי ידיעתם אודות המעשים או הכוונות המיוחסים לעצור, או על קיומם של סימנים מקדימים לגבי אפשרות התרחשות אירוע זה או אחר.**

62. יפים לעניינו דבריה של כבוד השופט ע' ברון בבג"ץ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית:

ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה (ראו דברי השופט א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4; ודברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (פסקה 6), ובעניין זכריא (פסקה 2); ולאחרונה, גם דברי השופט ס' גיבוראן בעניין אלרוב (פסקה 2) [ההדגשה הוספה; נ.ע.].

63. הפגיעה בעותרים הינה בגדר ענישה קשה על לא עוול בכפם. צעד דרקוני כזה עומד בניגוד לתכלית ההרתעית שאותה מבקשת תקנה 119 להשיג. כאשר הסנקציה מופעלת גם כלפי העותרים, שלא הייתה להם מעורבות או ידיעה מוקדמת, היא לא מקדמת את המטרה הנטענת של הרתעה במקרים עתידיים דומים.

בחינת התוצאות השליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

64. כפי שהובהר בשורת פסקי דין של בית משפט נכבד זה, המידע שמוצג על ידי המשיבים במסגרת חוות הדעת החסויה לעניין אפקטיביות ההרתעה של תקנה 119 נוגע ל"תוצאות החיוביות" של הפעלת הסמכות על פי התקנה, לא לתוצאות השליליות הטמונות בה.

65. הקביעה כי הריסת בתים, במצב הביטחוני השברירי בו אנו חיים, עשויה להביא להרתעה ולרגיעה ולא לתוצאה ההפוכה של החמרת המצב הביטחוני, אינה נטולת ספקות. אף אם ככלל בית המשפט הנכבד אינו מתערב בשאלות מסוג זה, ישנם מקרי קיצון המצדיקים התערבות, או לפחות דרישה מוגברת מהמשיב לבסס את התועלת שבהחלטתו, 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).

66. ואולם, לא רק שאין כל ראייה 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 אף הופסק השימוש באמצעי זה (לאור אימוץ המלצות ועדה ב בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

67. חשיבות הצורך 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.

68. 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 להנחיל תחושות של ייאוש וכך לגרום להגברת נכוונתם של מפגעים עתידיים לפעול. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבלעודד פעולות פגיעה נוספות.

69. עמד על כך מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, (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.

70. 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. הריסת בית בניסיון להרתיע עלולה באותה מידה דווקא להוביל אדם לבצע פיגוע כנקמה על כך ולפגוע בחיי חפים מפשע.

71. טיעון זה נתמך בדוגמאות קונקרטיות כגון עניינו של אחמד מוגרבי (שנדון ב.ת.פ. 42425-02 מדינת ישראל נ' אחמד מוגרבי), וכן עניינו של _____ אבו ג'מל (שביצע פיגוע ימים ספורים לאחר הריסת בית קרובי משפחתו (ראה בג"ץ 8150/15) 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

72. בשים לב לפגיעה האנושה הצפויה בזכויות העותרת מפגיעה בנכס שהוא בבעלותה הבלעדית, כשאינן כל זיקה קניינית כלשהי בין החשוד לבין הנכס, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת בית העותרת. העותרים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

73. 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 בבג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, 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) (הדגשות הוספו; נ.ע.).

74. כבוד השופטת ברון חזרה על עמדתה בנוגע לנתונים שהציגה המדינה במעמד צד אחד ביחס לתועלת ההרתעית של הריסת בתים גם במסגרת פסק הדין בבג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 23.2.17):

"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; נ.ע.)

75. בעניין אבו אלרוב, התייחס גם כב' השופט גיזבראן 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 בציוד, 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(הדגשות הוספו; נ.ע.)

76. 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 שייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119.** דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' [...] בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות).". (הדגשות הוספו; נ.ע.)

77. 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 כי מדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שצינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם 'עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"צ 4597/14 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. 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).

78. בהעדר המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך על חפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי.

79. 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"צ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, פסקה 11(ד)).

80. 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"..."

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

אופן הריסת הבית כמוצע בצו

82. בתשובה להשגה מיום 23.5.2018 הודיע המשיב כי ההריסה "תעשה באופן ידני". עוד נאמר בחוות הדעת שצורפה לצו ההריסה, כי "גבול הגזרה להריסה בהתאם להנחיות.. הוא: כל האזור בקומה ה-3 החל מחדר המדרגות ועד לפאה הצפונית הקיצונית".

העתק מחוות דעת המהנדס מטעם המשיבים מצורף ומסומן ע/5.

83. על סמך הנתונים שנמסרו, ביום 25.5.2018 הוכנה חוות הדעת המצורפת על ידי המהנדס מר נאסר אבו ליל. **לפי חוות הדעת, הריסת הדירה עלולה לפגוע במבנה כולו, מבחינת היציבות שלו, התשתיות במבנה, וגרימת נזקי רטיבות לדירות נוספות, כמפורט בחוות הדעת.**

העתק מחוות דעת המהנדס אבו ליל מיום 25.5.2018 מצורף ומסומן ע/6.

84. כפי שעולה מחוות הדעת המצורפת, הבניין נבנה בשיטת עמודים ותיקרה מבטון, וסגירה בבלוקים בין העמודים ובמעטפת החיצונית של הבניין. בהתאם לאמור בחוות הדעת, בשל העובדה, כי "סגירה במעטפת החיצונית בוצעה לפני ביצוע התקרה, ניתן בוודאות לקבוע שהבלוקים במעטפת החיצונית הם חלק מהאלמנטים הקונסטרוקטיביים שמחזיקים את הבניין בנוסף לעמודים". (ראו סעיפים י-יא לחוות הדעת המצורפת)

85. לאור האמור, בחוות הדעת נקבע כי "הריסת הדירה הקיימת בחלק הצפוני של הקומה השלישית של הבניין עלוה לפגוע בדירה הקיימת באותו קומה וגם בחנויות הקיימים בקומה מתחת לדירה". כמו כן "הריסת קטעים מהמעטפת החיצונית של הדירה, עלולה לגרום לתזוזות ולפגיעה במערכת הקונסטרוקציה של הבניין. ההריסה גם תגרום לפגיעה בקומות מתחת לדירה שתהרס, ותאפשר למים לחדור לתיקרה ולקירות של הקומה התחתונה, הדבר שיגרום נזקים לדירה...ההריסה גם יכולה לגרום נזק לחדר המדרגות שמשרת את כל הדירות של הבניין".

86. בנוסף לאמור, בחוות דעתו של המהנדס אבו ליל נכתב כי:

"...צמוד לבניין (בפינה הצפון-מערבית של הבניין) קיים עמוד חשמל ועמוד תקשורת, וצפונית לבניין קיימים כל מדי המים של הבניין.

...ההריסה של הקירות של הדירה עלולים לפגוע גם בתשתית הקיימת ומשרתת את כל הבניין, כגון חשמל, מים, ביוב, וכו".

87. בתשובתו של המשיב להגשת העותרים, נמסר כי "החלטה זו [הריסה ידנית] התקבלה לאחר בחינה ספציפית של מהנדס מוסמך, בכדי למנוע ככל האפשר גרימת נזק לחלקים השמורים בבית ולבתים סמוכים אחרים".

88. אולם, כבר ראינו במקרים אחרים כי למרות התחייבויות והצהרות המשיב שלא לפגוע בבתים אחרים, נגרם נזק רב לדירות ולבתים הסמוכים, דבר אשר מעיד שיש להתייחס להתחייבויותיו של המשיב בהקשר זה בחשדנות.

העדר תשתית ראיתית מספקת- פגיעה בזכות הטיעון של העותרים

89. במקרה דנן, המשיב החליט על הריסת והחרמת ביתה של העותרת בטענה שאחיה _____ חשוד בביצוע פיגוע דריסה.

90. צו ההחרמה וההריסה נשוא עתירה זו הוצא עוד לפני שהתבררו החשדות המיוחסים ל_____ . אין בידי משפחתו של החשוד או הח"מ ולו ראשית ראיה בכל הנוגע לנסיבות האירוע.

91. נשוב ונדגיש, כי אין כל טענה אודות ידיעת העותרת ושאר בני הבית על המיוחס לכאורה ל_____ , ולא על כוונתו, לכאורה, לבצע פיגוע דריסה.

92. יצוין, כי על פי המידע הקיים בידו של הח"מ, מדובר בחשוד בלבד, שמוחזק במעצר עד תום ההליכים. אין בידי הח"מ ולו ראשית ראיה בכל הנוגע לאירוע שהיה ביום 16.3.2018. כמו כן אין בידי הח"מ חומר כלשהו שמבסס את טענת המשיב שמדובר בפיגוע דריסה ולא בתאונת דרכים.

93. לח"מ נמסר, כי במסגרת הבקשה שהוגשה לביהמ"ש הצבאי לצורך הארכת מעצרו של _____ עד תום ההליכים, עלו מטעם ההגנה טענות כבדות ורציניות אודות נסיבות האירוע ומניעיו, אופן גביית עדותו של החשוד ע"י חוקרי השב"כ, הפעלת אמצעים פסולים במהלך החקירה, התרשלות בגביית הראיות וחשש לתיאום גרסאות בין גורמי החקירה השונים, המשטרה והגורמים האחרים שהיו בזירת האירוע.

העתק מפרוטוקול הדיון מיום 29.4.2018 בתיק 3590/18 בביהמ"ש הצבאי בסאלם "שומרון" מצורף ומסומן ע/7

העתק מהחלטת בית המשפט הצבאי שומרון בתיק 3590/18 מצורף ומסומן ע/8

94. בהחלטתו של ביהמ"ש הצבאי, מלפני מספר שבועות, בבקשת הארכת מעצרו של _____ עד תום הליכים, נכתב במפורש כי "השאלה העקרונית עליה חלוקים הצדדים היא שאלת הכוונה. האם, כפי שסוברת התביעה התכוון הנאשם לגרום למותם של החיילים בכוונה תחילה או שמא המדובר בתאונת דרכים רגילה שנגרמה בגין רשלנות של הנהג וחוסר זהירות בלי שהתכוון לתוצאה הקשה של הפגיעה".

בהמשך להחלטתו של השופט הצבאי בבקשה האמורה, נכתב כי "יתכן בהחלט כי יהיה מקום במשפט עצמו לטענות הסנגור, הן במסגרת משפט זוטא והן במהלך שמיעות ההוכחות".

95. יצוין, כי ככל שלא מוכרעת השאלה העקרונית שעליה חלוקים הצדדים, הריהי שאלה הכוונה, במסגרת ההליך השיפוטי המתנהל, אין לנקוט בסנקציה כה דרקונית כהריסת הבית בו מתגוררת משפחתו, וזאת למצער עד לאחר בירור המסכת העובדתית באופן ממצה והרשעתו בעבירה שמיוחסת לו.

96. בעת הגשת ההשגה נגד צו ההריסה ובעת הגשת עתירה זו לא היה בידי ב"כ העותרים חומר ראיות רלוונטי כלשהו שמבסס את החשדות המיוחסות לחשוד. משכך, העותרים סבורים כי נמנע מהם לממש כראוי את זכות הטיעון כנגד החלטת המשיב. מדובר בפגיעה קשה בכללי הצדק הטבעי, במיוחד כשמדובר בפעולה קיצונית שתגרום לפגיעה קשה בזכויות העותרים.

97. העותרים יטענו כי החלטת המשיב לנקוט בצעדים אלה כנגד הבית הינה החלטת בוסר, וזאת מאחר שנתקבלה אף בטרם התבררה המסכת העובדתית באופן ממצה סביב האירוע שבעקבותיו הוציא המשיב את הצו נשוא עתירה זו.

98. מהותה של תקנה 119, המקנה סמכות ענישה קיצונית וחמורה, אינה מצביעה על היעדר תחולה של כללי הצדק הטבעי. נהפוך הוא. ככל שסמכות היא קיצונית יותר, וככל שהפגיעה בזכויותיו של התושב היא חמורה יותר, כך יש להקפיד יותר על ההגנות הפרוצדורליות של האדם העלול להיפגע, לרבות זכותו להשמיע טענותיו.

99. כפי שנקבע בפסיקה, ככל שתוצאותיה של החלטות חמורות יותר ובלתי הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר בבחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו בג"ץ 3648/08 סטמקה נגד שר הפנים, פ"ד נג (2), 740, 777).

100. לאור האמור, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להמציא מידית לב"כ העותרים את כל חומר הראיות הרלוונטי הנוגע לחשוד, ולאפשר לעותרים לתקן את עתירתם או לטעון טענות חדשות שלא באו לידי ביטוי בעתירה זו, לאחר שיתקבל מלוא חומר הראיות שמבסס את החשדות המיוחסים לחשוד.

101. העותרים סבורים, כי יש להימנע בשלב זה מנקיטת צעד דרסטי ובלתי הפיך כמו הריסת ביתה של העותרת, עד אשר אשמתו של _____ תתברר ונסיבות האירוע יתבהרו.

לסיכום

102. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם וחייהם אסורה. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסוכן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי:

**חלילה לך מעשות דבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע.
חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט? (בראשית יח 25)**

דווקא עתות אלו, הן שעת המבחן של דמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

103. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו.

וכך הובאו הדברים בפסיקה של בית-משפט נכבד זה, על-ידי כב' השופט חשין:

ואותו עקרון-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 לא-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 אבות 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.
(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, 654-655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בפס"ד חיזראן, פס"ד אלעמרין ופס"ד נזאל).

104. במקרה דנן, מדובר בנכס שבבעלותה הבלעדית של העותרת, ואחיה העצור הינו בגדר דייר נלווה בלבד. משכך המטרה ההרתעתית, המוטלת בספק כשלעצמה, אינה מתקיימת במקרה דנן, ועל כן יש להימנע מהפעלות סמכותו של המשיב ע"פ תקנה 119 במקרה זה.

105. יצוין, כי על פי המידע הקיים בידו של הח"מ, מדובר בחשוד בלבד, שמוחזק במעצר עד תום ההליכים. אין בידי הח"מ ולו ראשית ראייה בכל הנוגע לאירוע שהיה ביום 16.3.2018. כמו כן אין בידי הח"מ חומר כלשהו שמבסס את טענת המשיב שמדובר בפיגוע דריסה ולא בתאונת דרכים.

106. ככל שלא מוכרעת השאלה העקרונית שעליה חלוקים הצדדים, הריהי שאלה הכוונה, במסגרת ההליך השיפוטי המתנהל, אין לנקוט בסנקציה כה דרקונית כהריסת הבית בו מתגוררת משפחתו, וזאת למצער עד לאחר בירור המסכת העובדתית באופן ממצה.

107. כמו כן, חוות הדעת המצורפת על ידי המהנדס מר נאסר אבו ליל מראה, כי הריסת הדירה עלולה לפגוע במבנה כולו, מבחינת היציבות שלו, התשתיות במבנה, וגרימת נזקי רטיבות לדירות נוספות, כמפורט בחוות הדעת. ומשכך דין ההחלטה להתבטל.

108. החרמת והריסת ביתה של העותרת מהווה סנקציה קיצונית אשר פוגעת קשות בזכויות יסוד של העותרים – הזכות לקניין הזכות לכבוד והזכות לקורת גג הנגזרת ממנה, פגיעות אלה מתעצמת במיוחד כאשר מודבר בפגיעה בחפים משפע שלא הייתה להם מעורבות באירוע כלל.

109. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להמציא מיידית לב"כ העותרים את כל חומר הראיות הרלוונטי הנוגע לחשוד, ולאפשר לעותרים לתקן את עתירתם או לטעון טענות חדשות שלא באו לידי ביטוי בעתירה זו, לאחר שיתקבל מלוא חומר הראיות שמבסס את החשדות המיוחסות לחשוד.

לאור כל האמור, מתבקשת התערבותו של בית משפט נכבד זה. מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם למוחלטים.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפוי הכוח שאף הוא נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

28 במאי 2018

נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 102775]