

בעניין:

1. _____ אבו בכר, ת"ז _____
2. _____ אבו בכר, ת"ז _____
3. _____ אבו בכר (קטינה), ת"ז _____
4. _____ אבו בכר (קטין), ת"ז _____
5. _____ אבו בכר (קטין), ת"ז _____
6. _____ אבו בכר (קטינה), ת"ז _____
7. _____ אבו בכר (קטין), ת"ז _____
8. _____ אבו בכר (קטינה), ת"ז _____
9. _____ אבו בכר (קטין), ת"ז _____
10. _____ אבו בכר, ת"ז _____
11. _____ אבו בכר, ת"ז _____
12. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מייסל קורמן (מ"ר 78484) ו/או מייסא אבו סאלח אסו עכר (מ"ר 52763)

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. שר הביטחון
- ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים 1-2 והמורה להם: **לחדול** מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "**תקנה 119**") או ("**התקנה**") לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחת העותרים 1-11 ובבתים אחרים.

למצער, **להקפיא** את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "**תקנה 119**") או ("**התקנה**") לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחת העותרים 1-11 ובבתים אחרים, עד אשר תלובן ותוכרע סוגיית חוקיות מדיניות הריסת הבתים והפגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה על כל רבדיה והיבטיה, בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה. זאת, לאור התמורות המתחוללות לאחרונה בזירה הבינלאומית, וההיתכנות ההולכת וגוברת

כי קובעי המדיניות שבנדון ומיישמייה ייחשפו במוקדם או במאוחר לאחריות פלילית אישית בזירה זו והעובדה כי התקנה מכוחה מופעלת הסמכות היא בת 75 שנים, וההלכה המכשירה את השימוש בה אף היא בת למעלה מ-40 שנה. נתונים אלו מצדיקים, ולמעשה מחייבים, דיון והכרעה חד משמעית בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה, תוך הקפאת השימוש בסמכות עד להכרעתו הסופית של בית המשפט הנכבד בסוגיה.

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לתת צו על תנאי שיוורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע בשל אי מידתיותו של הצו נשוא העתירה, לא יימנעו מהפגיעה הפיזית והנפשית האנושה והוודאית שבהחרבת בית משפחת העותרים 1-11, אנשים חפים מפשע, שגם לשיטת המשיבים משמשים בידיהם ככלי שרת ותו לא, וזאת על מנת להעביר מסר לכאורי ולא ודאי לגורמים פוטנציאליים שלישיים;

ב. מדוע עובר למימוש הצו והריסת ביתם וחייהם של העותרים 1-11, לא יציגו להם ולציבור במדינת ישראל נתונים עובדתיים מהימנים המאששים באופן נחרץ את טענתם כי מדיניות הריסת בתים כאמצעי הרתעה מגשימה את תכליתה ועל כן נדרשת ומידתית. זאת, לאור הפגיעה האנושה והעמוקה שפוגעת המדיניות והצו שניתן מכוחה במשפחת העותרים. מדובר בנתונים אלמנטריים אשר בהיעדרם אין כל אפשרות לבחון, ועל כן אף לא לקבוע, האם הצו שהוצא לבית העותרים והמדיניות שמכוחה הוצא הצו צולחים את מבחני המידתיות והסבירות.

ג. מדוע לא יימנעו המשיבים מלהוציא צווים מעין אלו במקרים דומים בטרם ימסור המשיב את פרטי האירוע, ובין היתר חומרי החקירה, בפני הנפגעים באופן שמאפשר מימוש זכויותיהם, ובין היתר הזכות לגישה לערכאות, בצורה ראויה.

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמם להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 14.7.2020 בשעה 18:00, ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בביתם של העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דן.

הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל לפגיעה חמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שיגרם להם אם בית המשפט הנכבד לא ייעתר 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, ולא להסתפק בהעברת כתב האישום שהוגש כנגד בן משפחת העותרים, 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 החלטתו להחרים ולהרוס את המבנה נשוא צו ההריסה. העתירה מוגשת בשלב זה בשל הצורך הדחוף לעכב ביצועה של עוולה, אם כי העותרים שומרים לעצמם את הזכות להשלים את טיעוניהם וכן להוסיף מסמכים ככל שיתגלו פרטים נוספים.

בקשה להרחבת הרכב

1. בהתאם לסעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לעשות שימוש בסמכות המסורה לו, ולקבוע את הדיון בעתירה זו ובסוגיות שהיא מעלה, להרכב מורחב ככל הניתן של שופטים.
2. הסוגיה העקרונית בגינה מתבקשת הרחבת ההרכב היא שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 ומדיניות הריסת הבתים המונהגת על ידי ישראל מכוחה, בעילה של צורך הרתעתי לא ודאי כלפי גורמים שלישיים פוטנציאליים.

העילות להגשת הבקשה

3. תמורות שחלו לאחרונה בזירה הבינלאומית, הובילו לכך שבימים אלו יושב בית הדין הבינלאומי הפלילי ודן בשאלת סמכותו לדון בתביעות שתוגשנה כנגד אזרחים ישראלים בשל מדיניות ישראל בשטחים ופעולותיה שם.
4. הנה כי כן, לא רחוק היום בו יכריע בית הדין הפלילי הבינלאומי בסוגיה זו שהונחה לפתחו. הדעת נותנת, כי ככל שיקבע בית המשפט הבינלאומי הפלילי שאכן קמה לו הסמכות לדון בסוגיות אלו, הרי שלמדיניות הריסת הבתים שמנהיגה ישראל בהתבסס על תקנה 119, מקום של כבוד ברשימת התביעות שתוגשנה לבית הדין.
5. נוכח התפתחויות אלו, והואיל וההצדקה היחידה למדיניות הריסת הבתים ויישומה עד כה, אליבא דבית משפט נכבד זה, היא תקנה בת 75 שנים והלכה שיצאה מלפניו לפני למעלה מארבעים שנה, נראה כי לא זו בלבד שבשלה העת לקיים דיון בהרכב מורחב בשאלות המשפטיות העקרוניות העולות מהפעלת הסמכות הנטענת, אלא שנוצר צורך מייד של ממש לבחון סוגיה זו לפני ולפנים וללבנה אחת ולתמיד. מחזקת את טענות העותרים העובדה כי מזה שנים ניטשת מחלוקת משפטית עזה בין המלומדים באשר לחוקיות השימוש בתקנה מעיקרא, כאשר רוב המלומדים תמימי דעים באשר לאי חוקיות השימוש בה, וכאשר בחלק לא מבוטל של תיקים שנדונו בבית משפט נכבד זה ניתנו דעות מיעוט שהבהירו כי הגיעה העת לפתוח את ההלכה לדיון. העותרים סבורים כי זכותם, הן של לחי המדינה ואזרחיה והן של העותרים, לדעת במדרג הקרוב ביותר לוודאות, האם הפעלת הסמכות – קביעת מדיניות הריסת הבתים, יישומה על בסיס תקנה 119 מטעמי הרתעה והכשרתה – עלולה לעלות כדי פשע מלחמה, והאם ועד כמה היא חושפת מאן דהוא לאחריות פלילית אישית.
6. ביסוד עתירה זו עומדת החלטת המשיב להריסת בית המגורים ולהחרבת חייהם של העותרים 1-11. הצו, שהוציא המשיב תחת ידו, הוכשר על ידי המשיב 2 ומתבסס על מדיניות ישראלית השואבת את כוחה מתקנה 119. עמדתה הרשמית של המדינה הינה, כי הנקיטה באקט כה אכזרי של החרבת בית ומחית כל זיכרון וחוויה הקשורים למבנים שנהרסים מחייהם של אנשים ומשפחות באופן שיטתי כל אימת שמתבצע פיגוע בו ישן אבדות בנפש, היא הכרחית לצורך הרתעתי.
7. דא עקא, בעוד שאין ולא יכולה להיות מחלוקת באשר לעומקה ולוודאותה של הפגיעה בעותרים 1-11 (כמו גם באחרים שכבר נפגעו ממדיניות הריסת הבתים), הצד השני של אותה משוואה – קרי, מידתיותה, סבירותה וחוקיותה של המדיניות שמכוחה מוצאים

צווי ההריסה – לא נבחן לפחות ארבעה עשורים, ולמעשה לא נבחן לפני ולפנים מעולם. כמו כן, מעולם לא הוכח – ולפיכך אף לא נקבע באופן נחרץ – כי פגיעה שיטתית באנשים כה רבים והחרבת בתייהם וחייהם של רבים כל כך שלא חטאו, משיגה באופן ודאי או קרוב לוודאי, את מטרתה. בנוסף, מעולם לא נבחנה באופן מעמיק השאלה האם ייתכן והשימוש במדיניות הריסת הבתים הוביל חלילה דווקא לתוצאה הפוכה מההרתעה הלכאורית המבוקשת והנטענת כדבר שבשגרה.

8. העותרים 11-1 הם הקורבנות הבאים של המשיבים, בתור הולך ומתארך של מי שנגזר עליהם לשמש למשיבים ככלי להעברת מסרים לגורמים שלישיים פוטנציאליים. כל זאת, תוך רמיסת כבודם וזכויותיהם הבסיסיות ביותר. לעמדת העותרים, לא ניתן להכריע בעניינם של העותרים 11-1 ולהחריב את חייהם, מבלי להידרש ראשית לשאלות המועלות בעתירה במסגרת דיון של הרכב מורחב בבית משפט נכבד זה.

9. לאחרונה נפל דבר בזירה הבינלאומית ולראשונה הונחה לפתחו של בית המשפט הבינלאומי הפלילי שאלת סמכותו לדון בתביעות העוסקות במדיניות ישראל בשטחים ופעולותיה שם. הבקשה, שהוגשה לו על ידי תובעת בית הדין, תוכרע במוקדם או במאוחר. נוצרה אם כן היתכנות ממשית, כי לא ירחק היום ואזרחי המדינה שאחראים לקביעת המדיניות ויישומה, ימצאו עצמם חשופים לתביעות, מעצרים והעמדה לדין. התפתחות זו מגיעה לאחר שהדעה הרווחת ממילא בקרב מומחים למשפט זכויות האדם, למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט הבינלאומי הפלילי – גם בארץ אך בעיקר מחוצה לה – כי מדיניות הריסת הבתים השיטתית המבוססת על התקנה, כמו גם הצווים המוצאים מכוחה, אינה חוקית, קנתה לה שביתה. הללו מצטרפים לקולות שעלו זה מכבר אף מקרב שופטי בית משפט נכבד זה, בדבר הצורך להידרש לשאלת חוקיות המשך השימוש בתקנה.

10. לעמדת העותרים, בשלב הנוכחי ובמצב הדברים שנוצר, המשך הכשרתה של מדיניות הריסת הבתים שמנהיגה ישראל מכוחה של תקנה בת 75 שנים ובהתבסס על הלכה משפטית בת למעלה מ-40 שנה, כאשר ברקע מתחוללים השינויים שתוארו לעיל, מצדיק ואף דורש עיון מעמיק וליבון סוגיה מורכבת זו על כל רבדיה, וזאת במסגרת הרכב מורחב.

11. בעניינם של העותרים 11-1 אין כל רבותא, פרט לעובדה כי מדובר באחד עשר אנשים שלא חטאו ומוצאים עצמם כחומר בידי המשיבים המבקשים לעשות בהם שימוש כאינסטרומנט ולפגוע בכוונה תחילה פגיעה אנושה בקניינם ובכבודם, על כל המשתמע מכך. ברם, דווקא בשל כך, מדובר בהליך מתאים ביותר לפתיחת סוגיית חוקיות השימוש בתקנה לדיון בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.

12. צורך זה מתגבר לנוכח השימוש הרחב בו עושים המשיבים בתקנה 119, בכל מקרה בו, במבחן התוצאה, נהרג יהודי, מבלי להידרש לנסיבות של כל מקרה ומקרה, אף כפי שבית משפט נכבד זה קבע לא אחת (למשל, האופן בו הוצא לפועל מעשה ההריגה, האם בני המשפחה היו מעורבים במעשה, מצבה הכללי של המשפחה וכיו"ב). מאז הוחזרה מדיניות הריסת הבתים, המשיבים הוציאו צווי הריסה בכל מקרה שבו נהרג יהודי, מבלי שהנסיבות של אותו מקרה נבחנו כמתחייב על פי הדין, דבר המחזק את הטענה שבבסיס השימוש בתקנה 119 ישנם שיקולים עונשיים נקמניים.

13. כך למשל במקרה דנן, מדובר בעותרים שלא הייתה טענה לגבי מעורבותם או ידיעתם ואף לא תמיכה בדיעבד אודות האירוע נשוא הצו, משפחה קשת יום, שאף הבית בו היא מתגוררת דל מאד, ומעיד על מצבה הסוציו-אקונומי הירוד של המשפחה. כמו כן, נראה שאין ראיות מינהליות המבססות דיין את היסוד הנפשי של בן המשפחה המואשם בגרימת מוות בכוונה, ובכל אופן המשיבים מיהרו להוציא צו הריסה, מבלי להוכיח במידה מספקת שמדובר באירוע שלגביו נתונה לו הסמכות להפעיל את תקנה 119.

14. אמנם, אין לכחד כי ייתכן שבסופו של הליך ליבון הסוגיה, ישוב בית המשפט הנכבד ויקבע כי מדובר במדיניות כשרה שאין בה מתום. ואולם, הדיון המקיף ופרישת היריעה במלואה, תוך התייחסות מקיפה לדין הפנימי ולהוראות הדין הבינלאומי, כמתבקש על ידי העותרים, הוא מהותי, ובפרט נוכח העובדה כי דיון כזה מעולם לא נערך בבית משפט נכבד זה, ואף לא בהלכה שהכשירה וקיבעה לפני למעלה מארבעה עשורים את השימוש בסמכות הדרקונית להריסת בתים.

15. בעקבות התמורות המתוארות לעיל, הפך הדיון המקיף והמלא בסוגיה לצעד מתבקש, ואף בלתי נמנע, לעמדת העותרים. מכאן הבקשה להרחבת הרכב ולדיון בסוגיה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בגורלו של המבנה בו מתגוררים העותרים. המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס את הקומה השלישית (העליונה). העותרים מתגוררים במבנה נשוא צו ההריסה שהינו בבעלות העותרים 10-11, יחד עם אחיהם _____, הנאשם לכאורה בביצוע פיגוע ביום 12.5.2020 (להלן: **האירוע**).

2. **החלטתו של המפקד הצבאי להוציא צו הריסה והחרמה כנגד הקומה העליונה במבנה בו מתגוררים אישה יחד עם שמונה ילדיה, ששבעה מתוכם קטינים, וזאת אף מבלי להמתין לבירור העובדות שבבסיס האירוע, כשטענות כבדות משקל מועלות בנוגע ליסוד הנפשי של הנאשם, ועוד כשלמשיב ידוע היטב על המצב הסוציו-אקונומי הקשה בו שרויה המשפחה בדרך כלל, ובפרט כיום על רקע מעצר המפרנס היחיד למשפחה ועל רקע התפרצות נגיף הקורונה, מהווה עוד דוגמה לשימוש הרחב בתקנה 119 על ידי המשיבים, מבלי לשקול את כלל הנסיבות של כל מקרה כמתחייב על פי דין.** שימוש זה מהווה חריגה בוטה מעקרונות המידתיות ומנוגד להערותיו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין זה. למעשה, מדובר בצעד דרסטי שמחזק את הטענה שמדובר בצעד ענישתי נקמני שהינו זר לשיקולי הריסות בתים, ואשר שומט את הקרקע מתחת לטענתם של המשיבים כי הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, במקרה דנן מבוססת על תכלית הרתעתית.

יודגש, כי מדיניות הריסת הבתים 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 האחרייות האישית, עליו מבוסס המשפט כולו.

החלק העובדתי

הצדדים

3. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) תושבת השטחים הכבושים, ילידת 1975, עקרת בית ואם לשמונה. העותרת מתגוררת יחד עם ילדיה, העותרים 2-9, ובן זוגה עד למועד מעצרו, בקומה העליונה במבנה נשוא צו ההריסה. כאמור, העותרת הינה בת זוגו של _____ אבו בכר, הנאשם לכאורה במעורבות בביצוע פיגוע ביעבד.
4. העותרת 2, תושבת השטחים הכבושים בת 19. הינה בתו הבכורה של הנאשם. העותרים 3-9, כולם קטינים בני 14, 11, 9, 7, 6, 3 ופעוט בן שנה ו-9 חודשים. כולם מתגוררים יחד עם העותרות 1-2 ואביהם הנאשם לכאורה בביצוע פיגוע, בקומה העליונה במבנה נשוא צו ההריסה וההחרמה.
5. העותר 10 תושב השטחים הכבושים, יליד שנת 1964. העותר 10 הינו אחיו של _____ אבו בכר ודודם של העותרים 2-9. הוא מתגורר יחד עם בת זוגו ושני ילדיו בני 25 ו-19 בקומה הראשונה במבנה.
6. העותר 11 תושב השטחים הכבושים, יליד שנת 1973. העותר 11 הינו אחיו של _____ אבו בכר ודודם של העותרים 2-9. הוא מתגורר יחד עם בת זוגו וחמשת ילדיו, בני 20, 19, 15, 13 ו-12 בדירה בקומה השנייה במבנה נשוא צו ההריסה.
7. העותרת 12, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
8. 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 בית העותרים 1-9, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**).
9. המשיב 2 הוא שר הביטחון, האחראי בהתאם ל**חוק יסוד: הצבא** מטעם ממשלת ישראל על המשיב ועל קביעת מדיניות הריסת הבתים השיטתית אותה מפעיל המשיב, ובמקרה דנן, בעניינם של העותרים. (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

מיצוי הליכים

10. ביום 14.6.2020 פנה המוקד אל המשיב, וציין בפנייתו כי העותרת יחד עם העותרים 10-11 ייפו את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לטפל בכל הקשור להפעלת סמכותם ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.
11. ביום חמישי ה-25.6.2020 הודיע המשיב על הכוונה להחרים ולהרוס את הקומה העליונה במבנה בה התגורר הנאשם יחד עם יתר בני משפחתו, ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה. צעד זה ננקט לטענתם הואיל ו _____ אבו בכר "ביצע ביום 12 במאי 2020 פיגוע באמצעות זריקת לבנה-חצי בלוק מגג המבנה בו התגורר לעבר חיילי צה"ל, שכתוצאה ממנו נרצח לוחם צה"ל – רס"ל עמית בן יגאל ז"ל" (להלן: **הודעת המפקד הצבאי**). **בהודעה לא צויין כי**

מטרת המשיב הינה "הרתעתית". בהודעתם ניתנה האפשרות לפנות בהשגה עד ליום 30.6.2020 בשעה 11:00. לעותרים ניתנו בפועל כ-72 שעות להעלות את טענותיהם כנגד ההודעה האמורה. בהמשך ניתנה אורכה בת 29 שעות להגשת ההשגה, עד ליום 1.7.2020 בשעה 16:00.

העתק מהודעת המשיב מיום 25.6.2020 מצורף ומסומן ע/1.

12. ביום 1.7.2020 פנה המוקד להגנת הפרט בהשגה למשיב כנגד כוונתו להחרים ולהרוס את הקומה העליונה בשלמותה במבנה נשוא צו ההריסה, ציין את נסיבות המקרה וביקש מהמשיב לחזור בו מכוונתו להרוס ו/או להחרים את בית העותרים בשל חומרת הפגיעה הצפויה בזכויותיהם, על לא עוול בכפם, ככל שיחיליט המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119.

העתק מההשגה שהוגשה למשיב ביום 1.7.2020 מצורף ומסומן ע/2.

13. בחלוף ארבעה ימים, בשעות הערב של יום ראשון 5.7.2020 התקבל מכתבו של סרן יואב פרידמן, בשם יועמ"ש הגדה המערבית, ובו נמסר כי **המפקד הצבאי דחה את ההשגה שהוגשה ביום 1.7.2020 כנגד כוונת המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 וניתנה הודעה על החלטת המשיב להחרים ולהרוס את הקומה העליונה במבנה שבו מתגוררים העותרים**. לתשובה צורף צו החרמה והריסה נשוא עתירה זו, וניתנה שהות עד ליום 8.7.2020 בשעה 18:00 לצורך הגשת עתירה.

העתק מתשובת המשיב להשגה מיום 5.7.2020 מצורף ומסומן ע/3;

העתק מצו החרמה והריסה מיום 5.7.2020 מצורף ומסומן ע/4.

14. לא למותר לציין, שעם קבלת הצו, הח"מ ציינה בפני נציג המשיב, כי נדרשת ארכה נוספת לצורך הגשת העתירה, בשל עומס עבודה המונח על שולחנה, ועל רקע התפרצות מגיפת הקורונה, שהשלכותיה על המשק ידועות. כמו כן, הפנתה הח"מ להערותיה של כב' השופטת ברון במסגרת הדיון מיום 16.3.2020 שהתקיים בבג"ץ 1490/20 **שיבלי נ המפקד הצבאי**, לפיה יש לאפשר פרק זמן סביר לנפגעים מהחלטת המשיב להיערך לצורך התמודדותם עם החלטה זו. בעקבות האמור, נעתר נציג המשיב לבקשה וניתנה ארכה עד ליום 14.7.2020 בשעה 18:00.

15. הן במסגרת ההשגה והן לאחר קבלה המענה עליה, התבקש המשיב להמציא את חומרי החקירה עליהם ביסס את החלטתו. חומרים אלה טרם התקבלו עד מועד כתיבת שורות אלו. התנהלות זו, שחוזרת על עצמה, פוגעת באופן קשה בזכותם של העותרים להליך הוגן וביכולת שלהם לקבל את יומם בבית המשפט באופן ראוי. ומכאן **הדרישה לאפשר לעותרים להשלים את טיעוניהם לעתירה ולהגיש מסמכים נוספים ככל שיידרש**, לאחר שתתבהר כל התשתית העובדתית וככל שיימסר לידי העותרים חומר החקירה במלואו והפרטים החיוניים הנדרשים לצורך השלמת טענותיהם כנגד החלטת המשיב.

הבית נשוא צו ההריסה וההחרמה וזיקת המגורים

16. כאמור, העותרים הם הבעלים ו/או מתגוררים יחד במבנה נשוא צו ההריסה. המבנה נשוא צו ההריסה הינו בבעלותם של העותרים 10-11 יחד עם אחיהם _____ אבו בכר הנאשם לכאורה בביצוע פיגוע. המבנה הינו בן 3 קומות וכולל שלוש דירות מגורים.
17. בקומה הראשונה מתגוררת משפחתו של העותר 10 והיא נבנתה בשנות ה-90, הכניסה אליה הינה מהצד המערבי של המבנה. מעליה נמצאת הקומה השנייה, שבמחציתה מתגורר העותר 11 יחד עם בני משפחתו, ובמחציתה השנייה נמצאת דירה נוספת השייכת לעותר 10 ומשפחתו ואשר עושים בה שימוש.
18. בקומה העליונה, ומעל הדירה של העותר 11, נמצאת הדירה של _____ אבו בכר, ובה מתגוררים העותרים 1-9. צמוד לדירה בצד המזרחי של המבנה נמצא מחסן שבבעלות העותר 11. ליד הדירה של העותרים 1-9, מהצד הצפוני, ומעל לדירה של העותר 10, נבנו קירות ועמודים ללא תקרה, עבור עוד דירה שבבעלות העותר 10.
19. שטח הדירה נשוא צו ההריסה הינו כ- 170 מ"ר והיא מורכבת משני חדרי שינה, חדר משפחה, מטבח ושירותים.
20. על פי חוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים, מדובר במבנה העשוי מבלוקים ללא טיח, כאשר חלק מהתקרה הפנימית והקירות הפנימיים של הדירה הינם גם כן ללא טיח. חלקים של רצפת הדירה עשויים מבטון וללא ריצוף, ואף האזורים המרוצפים, אינם מרוצפים באופן אחיד. מצב הדירה מעיד על מצב סוציו-אקונומי קשה, בו שרויה משפחה המונה 10 נפשות. לפי חוות הדעת של המהנדס נאסר אבו ליל, מצב עבודות הגמר בדירה, עשוי להצביע על כשלים רציניים בבניין השלד.
- חוות דעת הנדסית מטעם העותרים מצורפת ומסומנת ע/5.

הטיעון המשפטי

21. הטיעון המשפטי של העותרים מחולק לשניים וחלקו הראשון של הטיעון יעסוק בטיעון העקרוני.
22. בחלקה זה של העתירה יטענו העותרים כי מדיניות הריסת הבתים השיטתית שמנהיגים המשיבים באמצעות השימוש בתקנה 119 – אינה חוקית. זאת, בהיותה מנוגדת לעקרונות מוסר וצדק בסיסיים, מנוגדת לדין הבינלאומי ההומניטארי, מנוגדת למשפט זכויות האדם ואף נוגדת את המשפט הישראלי – מנהלי וחוקתי. עוד יטענו העותרים בחלקו זה של טיעונם, כי מדיניות הריסת הבתים בהתבסס על תקנה 119, מהווה הפרה של הדין הבינלאומי הפלילי. לבסוף יטענו העותרים, כי קולות לפתיחת סוגיה כאובה זו לדיון מעמיק ויסודי בהרכב מורחב עלו כידוע לא פעם גם מתוך כותלי בית משפט נכבד זה, ולפיכך, ולאור ההתפתחויות האחרונות סביב שאלת סמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי, נראה כי הגיעה העת לדיון בסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.

23. בחלקו הפרטני של הטיעון יטענו העותרים כי דין ההליך שניהל כנגדם המשיב והצו שהוציא בסופו, בעניין בית המשפחה, להתבטל. זאת בשל העובדה שמדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מיידתית ובהליך שהורתו ולידתו בחטא. לעמדת העותרים שתפורט בהמשך, ברי כי מדובר בהליך פסול, הזועק כולו ענישה ונקמה, הליך שניהל המשיב בכדי לצאת ידי חובה ותו לא, תוך ניסיון מובהק למנוע מהעותרים את הזכות להליך הוגן, ותוך התעלמות מטענותיהם הקשות כנגדו, כשבסופו אף ניתנה החלטה שאינה עומדת במבחני המידתיות. נפנה לדברים כסדרם.

תקנה 119

24. סמכותו הלכאורית והנטענת של המשיב להריסת בתים של פלסטינים בשטחי המדינה ובשטחים, והמדיניות השיטתית להחרבת בתים שמנהיג המשיב כל אימת שמתבצע פיגוע בו ישנן אבדות בנפש, מדיניות שבמסגרתה ניתן אף הצו בעניינם של העותרים דכאן, נעוצה בתקנה 119, ירושה בת 75 שנים מהמנדט הבריטי.

25. על אף שברי לכל, כי מדובר בתקנה שמקורה בתקופה בה ענישה ופגיעה עמוקה ומכוונת בחפים מפשע, היוו כלים לגיטימיים בידיו של שלטון זר ששלט על אוכלוסייה לא לו בשטחים שבשליטתו, ולמרות התמורות הרבות שחלו מני אז בעולמנו בכלל ובעולם המשפטי בפרט, ממשיכה מדינת ישראל גם בשנת 2020 לאחוז בקרנות המזבח ולטעון כי מדובר באקט כשר למהדרין. בנוסף יש לציין, כי אף הבסיס המשפטי להמשך השימוש בתקנה נושנה זו גם בימינו אנו, מקורו בהלכה שיצאה מלפני בית משפט נכבד זה לפני למעלה מ-40 שנים בבג"ץ 434/79 סחוויל נ' **מפקד אזור יהודה ושומרון** (פורסם בנבו) (להלן: **עניין סחוויל**). מספר שנים לאחר מכן, בפסק דינו בבג"ץ 879/86 **רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז** (פורסם בנבו), שב ומהבהיר בית המשפט הנכבד כי תקנה 119 היא בבחינת דין מקומי.

26. דא עקא, בפסק הדין בבג"ץ 879/86 לא ייחס בית המשפט הנכבד כל חשיבות לעובדה שאין מדובר בדין מקומי של ממש, אלא בדין שקבעו שלטונות זרים, שקדמו בשליטתם על אוכלוסייה לא להם, לשלטונה של ישראל על אוכלוסייה לא לה.

27. מדיניות הריסת הבתים המונהגת בשנת 2020, מתבססת אם כן על תקנה בת 75 שנה והלכה משפטית בת כ-40 שנה, כאשר הלכה למעשה וברמה המהותית, לא נבחנה סוגיית כשרות המשך השימוש בתקנה 119.

לתכלית אקט הריסת הבתים אין כל נפקות

28. הגם שהמשיבים מקפידים לציין לאורך השנים כי אקט הריסת הבתים הוא אקט שננקט לצרכי הרתעה בלבד – טיעון שלעמדת העותרים אין בו כדי לרפא את אי חוקיות האקט, כפי שיפורט בהמשך – ולא חלילה לצרכי ענישה או נקמה, המציאות בכל הכבוד הראוי, מצביעה לדאבון לב, על כיוון הפוך לחלוטין.

29. יש לומר דברים כהווייתם. התקנה עצמה מעידה על מטרתה האמיתית. ראשית, היא מופיעה תחת הכותרת "הוראות-ענשים שונות". שנית, היא עוסקת אף באפשרות למחילה, ושלישית וכאמור לעיל, התקופה בה היא תוקנה, מעידה עליה גם כן. תקנה דרקונית זו באה לעולם בתקופה בה ענישה קולקטיבית, גביית מחיר והיפרעות מחפים מפשע ומעשי נקמה היו דבר שבשגרה.

30. על כך שאין מדובר באקט הרתעתי, אלא בהליך שבבסיסו עומדים מניעי נקמה וענישה ותו לא, יעיד ההליך שניהל המשיב בעניינם של העותרים דכאן ושיפורט בחלק הפרטני לעתירה.

31. בתמצית ייאמר, כי לשון ההודעה שנשלחה לעותרים – שאף אינה טורחת לציין את שהיה נהוג בעבר בהודעות מסוג זה, כי לעמדת המשיב מדובר בצעד שעשוי להרתיע מפגעים פוטנציאליים ולסייע בביטחון האזור – סדי הזמנים הלא הוגנים בעליל שניתנו לעותרים על מנת לטעון כנגד המבקש לעשות שימוש ביודעין בחפים מפשע באמצעות פגיעה ישירה ומכוונת בביתם הפיזי ומחיית זכרונותיהם וחוויותיהם, אי ההתייחסות לטענות הקשות שהעלו העותרים בפניו, והקריאות בכלי התקשורת של הדרג המדיני וציבורים שונים ל"הרתעה" מיידית – זועקים כולם ענישה ונקמה.

32. ברם, אף אם נניח לצורך התרגיל המחשבתי שאכן באקט שתכליתו לכאורה הרתעה תמימה עסקינן, הרי שעדיין מדובר במדיניות פסולה מן היסוד שיש לחדול ממנה לאלתר. נסביר.

33. מאחורי הטיעון כי הריסת בתים נדרשת לתכלית הרתעתית מסתתרת ענישה מזוועה, ישירה ומכוונת, של חפים מפשע, ותהא התכלית אשר תהא. הריסת בתים "הרתעתית" משמעה מתן היתר לפגוע ביודעין ובכוונת מכוון באדם שלא חטא באופן עמוק ואנוש, תוך החרבת ביתו הפיזי ומחיית זכרונותיו וחוויותיו שצבר בין קירות ביתו לאורך השנים. זאת ועוד. מדובר במתן הכשר לעשיית שימוש בבני אדם ככלי להעברת מסרים לגורמים שלישיים פוטנציאליים באמצעות פגיעה עמוקה בהם.

34. לפיכך, וגם אם התכלית בשמה נענש אדם באופן כה אכזרי הינה הרתעה לכאורית, אין בתכלית זו כדי לרפא את אי חוקיות הפגיעה בו. המדובר בענישה מכוונת וישירה של אדם שלא חטא ופגיעה בכבודו ובקניינו, תוך עשיית שימוש אכזרי בו ככלי להעברת מסרים. הנה כי כן, גם אליבא דהמשיבים, הטוענים לתכלית הרתעתית לכאורה, ללא הענישה המכוונת ועשיית השימוש בבני אדם ככלי לא תיתכן הרי הרתעה.

35. זאת ועוד. לעמדת העותרים, ובכל הכבוד הראוי, האקט ההרתעתי שבהחרבת ביתם וחייהם של אחרים, אינו תוצר לוואי של מעשה בן משפחתם כדברי כב' השופט סולברג בפסק דינו בבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו):

אכן, מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עָנה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשוניים. אך זאת נזכור ונדע, כי גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית – להבדיל מן התכלית ההרתעתית שבכאן – נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין

צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, ושבהם נושאים קרוביו.

36. אדרבה, בניגוד לעונש מאסר פלילי הטומן בחובו בהכרח תוצר לוואי של פגיעה באחרים, בעניין דכאן, מדובר בענישה צינית, מכוונת וישירה של חפים מפשע, שאינה מחויבת המציאות, וכל זאת, תוך הכשרת השימוש בבני אדם ככלי שרת בידי המשיבים לצורך העברת מסרים לכאוריים לגורמים שלישיים פוטנציאליים. ענישה זו, עומדת במנותק ממעשה בן משפחתם, והמשיבים, לא זו בלבד שאינם מחוייבים לעשות בה שימוש, אלא שלעמדת העותרים העניין אסור עליהם בתכלית האיסור.

37. יודגש, כי בניגוד להתנהלות המשיבים בשנת 2020, אף תקנה 119, שתוקנה לפני 75 שנים, לא מחייבת פגיעה ושימוש בחפים מפשע באמצעות החרבת בתייהם וחייהם; היא רק מאפשרת להם את הדבר.

38. במילים אחרות: תהא תכלית הריסת הבתים אשר תהא, מדובר באקט ענישתי, אכזרי ופסול מאין כמותו, המכשיר שימוש מכוון בחפים מפשע כאינסטרומנט, באמצעות החרבת חייהם במובן הפיזי והרוחני בשל מעשיהם של אחרים.

39. העובדה כי הדין הפלילי בישראל מכיר בעיקרון האחריות האישית ואינו מתיר נקיטה באקט ענישתי כלפי חפים מפשע לצורך הגשמת תכליות הרתעיות – הגם שהדעת נותנת כי הרתעה תסייע לצמצום הפשיעה – מלמדת אף היא על פסלות השימוש בתקנה 119 ועל האיסור שבהענשתם של חפים מפשע, ותהא תכלית הענישה שלהם אשר תהא.

40. יפים לעניין טענות העותרים כי מהותית מדובר באקט ענישתי מובהק וקשה ביותר, כדבריו הנוכחים של כב' השופט מזוז בסעי' 8 לפסק דינו בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' **מפקד כוחות צהל** בגדה המערבית:

גם הקביעה, שנשנתה בפסיקה פעמים רבות, לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי, אינה נקיה מספק. ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות עונשים שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי אינה שוללת כשלעצמה את היותה בה בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה, ומכל מקום הרתעה הינה מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית (סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) (פורסם בנבו).

41. מכל הטעמים הללו, סבורים העותרים כי הגיעה העת לומר די לאקט הריסת הבתים, ולקבוע כי אין נפקות לתכלית שלשם הגשמתה הוא מבוצע. מדובר בתקנה שיסודה בתקופה שונה, תקופה בה ענישה ושימוש בחפים מפשע כאינסטרומנט הייתה כלי לגיטימי בידיו של שלטון זר השולט על אוכלוסיה לא לו.

הריסת בתים במשפט הבינלאומי

42. משהובהר כי הריסת בתים היא אקט ענישתי אכזרי של חפים מפשע, ללא קשר לתכלית המוצהרת העומדת בבסיסו, אקט המתבסס על תקנה בת 75 שנים והלכה בת כ-40 שנים,

נבהיר מדוע המשך השימוש בתקנה 119 נוגד את הוראות המשפט הבינלאומי. אולם עוד בטרם נעשה זאת, נשוב ונציין כי הלכה ולמעשה לא נבחנה שאלת חוקיות הריסת הבתים בראי המשפט הבינלאומי עד עצם היום הזה.

43. רוב מכריע של הכותבים, ישראלים וזרים, סבור כי תקנה 119 סותרת שורה של הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשם האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (להלן: **תקנות האג**), ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה**). הפרשנות שניתנה לאיסור זה, על ידי הצלב האדום, טריבונלים בינלאומיים ומלומדים זרים וישראלים, בהקשר הנדון ובכלל, מחייבת התמודדות של ממש עם השאלה, האם תקנה 119 עומדת באיסור זה, ואם כן - באלו תנאים.

44. איסור נוסף במשפט הבינלאומי ההומניטרי המעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119 הוא האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת: תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.

45. איסורים דומים נגזרים לכאורה גם מהוראות שונות במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט הפלילי הבינלאומי (מתוך פסק דינו של כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 **עלויה נ' מפקד כוחות צהל בגדה המערבית**) (פורסם בנבו). המשיב מחויב 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 צפייה נ' שר הביטחון**) (פורסם בנבו).

אמנת האג: משפט בינלאומי מנהגי הקודם אף לתקנה 119

46. אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 2056/04 **בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (30.6.2004) (נבו), בעמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבין-לאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבין-לאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**) (להלן – **פרשת המועצה האזורית חוף עזה**), בעמ' 514-516). במרכזו של משפט בין-לאומי פומבי זה עומדות התקנות הנספחות לתקנות האג. תקנות אלה משקפות משפט בין-לאומי מנהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה. מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**) (פורסם בנבו).

47. בראש ובראשונה סותרת מדיניות הריסת הבתים המונהגת מכוח תקנה 119 את סעיף 50 לתקנות האג, האוסר על ענישה קולקטיבית ואת תקנה 23 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

48. תקנות האג קדמו בעשרות שנים רבות לתיקונה של תקנה 119, ובנוסף, הוראותיה הן חלק מהמשפט המנהגי (ר' לעניין זה, בין השאר, ע"פ 336/61 אדולף אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה ובג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צהל באזור יהודה ושומרון) (פורסם בנבו).

49. בפסקי הדין דלעיל ציין בית המשפט הנכבד את הכלל הפרשני, כי ככל שאין סתירה בין הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי לבין החוק הישראלי החרות יש לפרש את הדין הפנימי בהתאם למשפט הבינלאומי המנהגי.

50. כאמור, תקנה 119 היא תקנה שבאה לעולם בתקופות אחרות, והיא דין שהונהג על ידי שלטון זר פעם אחר פעם על האוכלוסיה בשטח שבשליטתו. אולם אף אם נתעלם מכך, תקנה 119 אינה מחייבת מפקד צבאי להשתמש בסמכות הקבועה בה לפגיעה בחפים מפשע.

51. לסיכום יצוין, כי לדידם של העותרים המדיניות השיטתית של שימוש בחפים מפשע כאינסטרומנט, והענשתם באמצעות הריסת בתיהם והחרבת חייהם לצורך העברת מסרים לגורמים שלישיים פונטציאליים, אף אינה חוסה תחת סעי' 43 לאמנת האג. בעניין דכאן, הואיל וברי כי מטרת התקנה אינה מתן אפשרות לאוכלוסייה החיה תחת שלטון צבאי זר להמשיך ולחיות את חייה באופן שגרתי ותקין, אלא בכלי בו החזיקו שלטונות זרים זה אחר זה כנגד האוכלוסיה המקומית שאינה אוכלוסייתם על מנת להיפרע מהם בעת הצורך, הרי שלעמדת העותרים תקנה 119 אינה יכולה לחסות תחת סעי' 43 לאמנת האג.

אמנת ג'נבה הרביעית

52. המדיניות השיטתית של הריסת בתים המונהגת על ידי ישראל בהתבסס על תקנה 119, אף סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה. אמנת ג'נבה מהווה כידוע, לצד תקנות האג, את הבסיס לדין ההומניטארי הבינלאומי. ביתר פירוט, השימוש בתקנה סותר את סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם, ואת סעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש. אמנה זו אף היא כתקנות האג, מהווה משפט בינלאומי מינהגי המחייב את המשיבים לפעול בהתאם, והעובדה כי תקנה 119 קדמה לה, אינה מעלה ואינה מורידה ואינה מהווה עילה להכשרת מדיניות שיטתית של הענשת חפים מפשע.

53. בהתאם קובעים סעיפים 146-147 לאמנת ג'נבה כי כאשר מופרים סעיפים 33 ו-53 הרי שמדובר בהפרות חמורות של האמנה. כאמור, לעמדת העותרים, תקנה 119 שמכוחה מונהגת המדיניות השיטתית אף אינה "דין מקומי" במשמעות שמבקשים המשיבים לייחס לה, אלא אימוץ הוראה שהיוותה במועד תיקונה לפני 75 שנים כלי לגטימי בארגז הכלים של השלטון הזר בהתנהלותו מול האוכלוסייה שבשליטתו.

54. נוכח האמור עד כה, וכמפורט ברישא לעתירה זו, העותרים סבורים כי המשך הפעלת מדיניות הריסת הבתים הנוהגת מכוח תקנה 119, במתכונת הנהוגה כיום, במסגרתה נמנע

בית המשפט הנכבד באופן גורף מלעסוק בסוגיה העקרונית של חוקיות השימוש בתקנה 119, אינו אפשרי עוד, והסוגיה דורשת ליבון יסודי בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.

משפט זכויות האדם

55. מלבד חובת המשיבים לפעול בהתאם להוראות הדין ההומניטארי הבינלאומי המשתייכות למשפט המנהגי, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי. בראש ובראשונה, אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות משנת 1966, אמנות שהמדינה חתמה עליהן ואישרה אותן. 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 1213 (1)2008; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 3333 (3)2005; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 937 (1)2003; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1)385).

56. לעמדת העותרים, תקנה 119 סותרת – ובשל כך אף המדיניות הנוהגת מכוחה – את הסעיפים הבאים באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות: סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים), סעיף 17 (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי) וסעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק). יצוין, כי כך מצאה אף ועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

57. כמו כן, סותרת תקנה 119 – ובשל כך אף המדיניות הנוהגת מכוחה – סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיוור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה אף סותרת את סעיפים 12-13 ו-17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948.

58. קיצורו של עניין. תקנה 119 והמדיניות המונהגת על ידי המשיבים אף בשנת 2020, עומדת בסתירה מוחלטת לשורה של אמנות והוראות מחייבות, שחלקן הן בבחינת משפט בינלאומי מנהגי.

59. המשך הפעלת המדיניות השיטתית להענשת פלסטינים חפים מפשע והשימוש שעושים בהם המשיבים באמצעות הריסת בתיהם והחרבת חייהם כל אימת שמתרחש פיגוע הגובה קורבנות בנפש בטענה לצורך בהרתעה, מהווה אם כן, הפרה מתמשכת של הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי ושל משפט זכויות האדם. היא עלולה לעלות אף כדי פשע מלחמה בהתאם לחוקת רומא משנת 1998, שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי ומהווה קודיפיקציה של ההפרות החמורות של האיסורים המנהגיים וההפרות החמורות המנויות בסעיף 147 לאמנת ג'נבה.

60. הנה כי כן, ולנוכח ההתפתחויות האחרונות בזירה הבינלאומית, במסגרתן הוגשה לבית הדין הבינלאומי הפלילי בקשה לבחינת סמכותו לדון בתביעות הנוגעות למדיניות ישראל

ופעולותיה בשטחים, עמדת העותרים היא כי מן הראוי ואף מן הנדרש לפתוח את סוגיית חוקיות תקנה 119 והשימוש בה לשם הצדקת המדיניות הנוהגת לדיון בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.

ענישה קולקטיבית מנוגדת לכללי המוסר והצדק הבסיסיים ואסורה במשפט העברי

61. בנוסף לכל האמור, ואולי דווקא בראש ובראשונה, האיסור על ענישה קולקטיבית מנוגד לכללי המוסר והצדק הבסיסיים ובכלל זאת ערכי היהדות.

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך - השופט כל הארץ. לא יעשה משפט (בראשית יח כה).

62. לפיכך, ולצד האיסור על ענישה קולקטיבית שמצא את ביטויו כאמור לעיל במשפט הבינלאומי המנהגי, מדובר באיסור המנוגד לערכי היהדות והמוסר. הדבר אף בא לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

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 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 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 יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה. (בג"ץ 2006/97 ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, 655-654).

63. מדיניות הריסות הבתים מכח תקנה 119 פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כאמור לעיל, אין מדובר רק בהחרבת ביתו של אדם אלא גם במחיקת חלקים שלמים מתוך חוויותיו וזכרויותיו של אדם שנצברו בין קירות ביתו. בבית משפחה בני אדם נולדים, בני אדם גדלים, בני אדם נישאים ואף הולכים לעולמם. מדיניות העושה שימוש שיטתי בחייהם של בני אדם באמצעות מחיית זכרונות וחוויות אלו לצד החרבת המבנה הפיזי, אך ורק על מנת להעביר מסר שהצלחת העברתו מעולם לא הוכחה, היא מדיניות המנוגדת בתכלית לערכי המוסר והצדק הבסיסיים ביותר.

64. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 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.

עקרון המידתיות

אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על-פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו, ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור), ובלבד שההגבלה הינה מידתית. גישה זו חוצה את כל ענפי המשפט. במסגרת העתירה שלפנינו, חשיבותה היא כפולה: ראשית, היא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי, בכלל, ושל דיני התפיסה הלוחמתית, בפרט; שנית, היא אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. נעמוד בקצרה על כל אחד מאלה [...] מידתיות אינה רק עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות היא גם עיקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי (ראו: ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" [55]; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל. (סע' 36 ו-38 מתוך פסק הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל) (פורסם בנבו).

65. גם אם יסבור בית משפט נכבד זה כי באמור עד כה אין די בכדי לקבוע כי תקנה 119 והמדיניות המופעלת מכוחה אינן חוקיות, הרי שבנוסף לאמור עד כה, תקנה 119 והמדיניות המופעלת מכוחה אינן עומדות לעמדת העותרים בעקרון המידתיות המקובל במשפט הבינלאומי הומניטארי, ואף לא בעקרון המידתיות הנדרש בהתאם למשפט הישראלי המינהלי חוקתי. נסביר.

66. בהתאם לפסיקתו רבת השנים של בית משפט נכבד זה, תוקפה של תקנה 119 נשמר גם לאחר חקיקת חוקי היסוד. עם זאת נקבע זה מכבר, כי למרות האמור, יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנה ברוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

67. 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 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 (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, פס' 12 לפס"ד) (פורסם בנבו).

68. דא עקא, בעוד שבית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי על הפעלת הסמכות במקרים פרטניים לעמוד במבחני המידתיות, הרי שאת מידתיות המדיניות השיטתית להריסת בתים המופעלת מכוח תקנה 119 עצמה, לא בחן בית המשפט מעולם.

69. להלן יצביעו העותרים על כך שהמדיניות עצמה עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון המידתיות והיא אינה צולחת אף אחד משלושת מבחני המשנה שנקבעו לבחינת העניין.

הסירוב לעיין מחדש בחוקיות השימוש בתקנה 119

70. חרף אי הנוחות שמעורר השימוש 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 דן תהווה הזדמנות לקיום דיון מעמיק בקשיים שמעורר השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.

... הטענות שהועלו [כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 – נ.ד.] 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.ד.]

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

71. 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...

72. 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.ד.] בהרכב מורחב של שופטים**" (פס' 1 לפסק דינה).

73. 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 עמדתו 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; ד.נ.).

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

מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 **עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 **חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...]) יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...]) אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה").

75. בפסק דין 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 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) ... 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.

76. גם כב' השופט (בדימוס) גיזבראן 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 לבתיהם 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 ...

88. הנה כי כן, נראה כי אין חולק על כך שסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 היא סוגייה מורכבת שאין ראוייה ממנה להידון בהרכב מורחב. עוד נראה, כי הסיבה היחידה שבית

המשפט הנכבד נמנע עד כה מלבחון את חוקיות השימוש בתקנה 119 תוך צמצום הביקורת השיפוטית לאופן הפעלת הסמכות במקרה הפרטני בלבד, אינה נעוצה בכשרותה של התקנה או במוסריותה, ואף לא בעמידתה במבחני המידתיות והסבירות. עניינים אלו כמפורט לעיל, מעולם לא נבחנו. המשך השימוש בתקנה 119 על אף הקשיים המשפטיים והמוסריים שהיא מעוררת, מתאפשר בשנת 2020 אך ורק מכוחה של הלכה פסוקה מלפני ארבעה עשורים. דא עקא, התמורות שחלות בימים אלו ממש בזירה הבינלאומית, כמו גם העובדה כי מקרה זה מוכיח את הקלות בה מקבלים המשיבים החלטה על שימוש בתקנה, מורחב השימוש בסמכות שמקנה תקנה 119 לפגיעה ושימוש בחפים מפשע ממעגלים רחוקים יותר, הופכות לעמדת העותרים את פתיחת סוגיית חוקיות המדיניות הנוגת השימוש בתקנה 119 לבלתי נמנעת ואף להכרחית. מכל הטעמים הללו מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד בזאת הפעם לפסול את השימוש בתקנה 119 ואת המדיניות הנוגת מכוחה באופן מוחלט, ולחלופין להורות על הקפאת השימוש בתקנה 119 עד לליבון מעמיק בסוגייה זו והכרעה בה בהרכב מורחב.

ההודעה על כוונת המשיב להפעיל את תקנה 119

89. כאמור בהשגה שהגישו העותרים למשיב, ביום 25.6.2020, קיבלו העותרים את ההודעה לפיה בכוונת המשיב להחרים ולהרוס את ביתם של העותרים. זאת, כאמור בהודעה, בשל העובדה שאבי המשפחה, _____, מואשם בביצוע פיגוע ביום 12.5.2020.

90. ההודעה שצורפה לעתירה כנספח ע/2 מדברת בעד עצמה. ראשית, היא אינה רואה בעותרים בני אנוש. הדעת נותנת, שהודעה כה אכזרית המודיעה לאדם חף מפשע כי המשיב החליט לעשות בו שימוש כאינסטרומנט להעברת מסרים לגורמים שלישיים פוטנציאליים, להענישו ולהחריב את חייו, מן הראוי שתפנה אליו ישירות, תנקוב בשמו, תימסר לו בשעות היום, ואף תצר על הצורך לפעול באופן כה דרקוני בשל הצורך להרתיע.

91. דא עקא, שההודעה שבנדון לא זו בלבד שכלל אינה מתייחסת לעותרים כבני אנוש הנפגעים מהפעלת השיטה האכזרית בעניינם, אלא שהיא אף לא טורחת לציין את העילה לפתיחתו של ההליך כנגדם. בעוד שהמשיבים טוענים שמדובר באקט הנדרש לצרכי הרתעה לכאורית ולא מוכחת, מלשון ההודעה עולה במובהק כי מדובר באקט ענישתי נקמני. כל מה שמציינת ההודעה הינו כי המפקד משתמש בסמכותו בהתאם לתקנה 119, ומודיע כי בכוונתו להחריב את ביתם בשל הפיגוע בו נאשם בו המשפחה של העותרים.

לעילת ההרתעה הנטענת על ידי המשיבים אין כל זכר.

92. יצוין, כי בהודעות שהיו נשלחות בעבר לקורבנות שהוחלט לעשות בהם שימוש על לא עוול בכפם, היה לכל הפחות ניסיון ליצירת מראית עין של הליך הוגן, כאשר בהודעות היה מצוין מפורשות כי לעמדת המשיב השימוש במשפחות והענשתן עשוי להרתיע מפגעים פוטנציאליים.

העתק הודעה מהעבר הכולל את העילה לשליחת ההודעה מצ"ב ומסומן ע/6.

93. התנהלותו של המשיב בעניינם של העותרים, שאין חולק על חפותם כמו גם על העובדה שהמשיב עושה בהם שימוש ומענישם על לא עוול בכפם, מחדדת את פסלות ההליך.

94. לא זו אף זו. אדם חף מפשע מן הראוי שיקבל התייחסות ראויה כבן אנוש בהודעה שנשלחת לו. כמו כן, בהודעה הנשלחת לאדם חף מפשע, המשיב מחויב להבהיר לו מדוע הוא נאלץ לנקוט כלפיו בצעד כה דרקוני. כל אלו לא נעשו.

הצו

95. בצו שקיבלו העותרים בצמוד למענה להשגתם נטען כי בשל "צרכים צבאיים דחופים" מוצא הצו הננקט נוכח צורך הכרחי בשל הפיגוע שבביצועו מאושם בו המשפחה של העותרים.

96. לעמדת העותרים, המענה להשגה, כמו גם הצו עצמו, אינם מנומקים כדבעי ושבים ומצביעים על כך כי בבסיסם עומדים מניעים של נקמה וענישה קולקטיבית של חפים מפשע ולא של הרתעה. נסביר.

97. לשון הצו, כמו גם ההודעה שקדמה לה, שבה ומבהירה כי מדובר באקט של ענישה כלפי חפים מפשע גרידא, ולא בהרתעה כנטען.

98. כמו כן, כופרים העותרים באותם "צרכים צבאיים דחופים" להם טוען המשיב בצו שהוציא בעניינם. בהודעה אליהם בדבר הכוונה להענישם על מעשה בנם, שהיא ההודעה שכנגדה התגוננו ככל שהתאפשר להם, לא צוין דבר וחצי דבר בענייניו של צורך צבאי דחוף כלשהו המחייב את הפגיעה והשימוש בהם כחפים מפשע, ואף לא הוכח כי אותם צרכים צבאיים דחופים מחייבים את החרבת ביתם עד היסוד תחת הסתפקות בפגיעה פחותה מזו.

99. מכל הטעמים שצוינו עד כה, סבורים העותרים כי הצו, כמו גם ההליך שקדם לו ובכלל זאת ההודעה והמענה להשגה שהוגשה כנגד ההודעה שנשלחה להם, אינם עומדים בסטנדרטים הבסיסיים הנדרשים מהליך מינהלי תקין – בכפוף להנחה שלפגיעה ישירה ומכוונת ולשימוש בחפים מפשע ככלי להעברת מסרים ייתכן מלכתחילה הליך כשר ותקין.

אופן ביצוע ההריסה

100. בהשגה התבקש המשיב לפרט כיצד בדעתו לגרום להריסת הקומה העליונה במבנה. הוא התבקש גם להמציא מפרט טכני של אופן ההריסה, על מנת לאפשר לב"כ העותרים להמציא חוות דעת מקצועית שתבחן את אופן ההריסה המוצע.

101. מן הראוי היה כי המשיב יעביר לידי ב"כ העותרים את התוכניות יחד עם המצאת הודעתו על הכוונה להרוס את הבית ובטרם קבלת החלטה בהשגה, על מנת לאפשר לנפגעים להתייחס למידע הרלוונטי באופן אפקטיבי כך שטרם ההריסה יישקלו על ידי המשיבים מלוא השיקולים הדרושים לצורך קבלת החלטה מנהלית מושכלת ומבוססת כדין.

102. מעיון בחוות הדעת ההנדסית שהוגשה על ידי המשיב עלה כי המשיב מתכוון להרוס את הדירה בקומה העליונה באמצעות חבלה חמה ו/או באגר.

103. בפירוט השפעות ההריסה, בחוות הדעת מטעם המשיבים, לא נשללה האפשרות לנזקים קונסטרוקטיביים. חוות הדעת מטעם המשיבים כתובה בלשון מאד עמומה ואינה מציגה מה הם הנזקים הצפויים להיגרם ליתר המבנה. כמו כן, אינה מבהירה כיצד בכוונת המשיבים להביא להריסת הקומה העליונה, ובמה תלויה דרך ההריסה בה יבחר, בין אם זו דרך חבלה חמה או כלי צמ"ה או שניהם.

104. יתרה מזו, הן במסגרת חוות הדעת והן במסגרת המענה להשגה, לא פורטו הנזקים הצפויים מדרכי ההריסה השונות, כל אחת בנפרד או השילוב ביניהן.

105. כבר למעלה טענו, שככל הנראה, מאחורי אופן ההריסה עליה הודיע המשיב, מסתתרים שיקולים של נקמה. לאורך חוות הדעת שצורפה ואף המענה להשגה, לא ניתנה כל התייחסות לקיומם של עוד דיירים/בעלים במבנה, ולנזקים שההריסה עשויה להסב להם.

106. בין היתר, אופן ביצוע ההריסה, כפי שמתואר בחוות הדעת מטעם העותרים, עלול לגרום נזק וסדקים בקירות של הדירות שמתחת לדירה המיועדת להריסה. כמו כן, ההריסה יכולה לגרום נזק לבנייה הצמודה השייכת לעותר 10 והמחסן השייך לעותר 11.

107. הריסת הקירות של הדירה בקומה העליונה עשויה לגרום לקריסת התקרה העליונה. משקל פסולת הבניין של הקירות והתקרה יגרמו לעומס על התקרה של הקומה השנייה דבר שעלול לגרום לנזקים כבדים.

108. גם הריסת המעטפת החיצונית של המבנה, עלולה לפגוע בקונסטרוקציה של הבניין, תאפשר למים לחדור לתוכו, דבר העשוי לפגוע בדירה שמתחת לדירה נשוא צו ההריסה, ולגרום לרטיבות ולחדירת מים אליה. כמו כן, ועל פי חוות הדעת צפויים להיגרם נזקים לתשתיות הבניין: מים, ביוב, חשמל. תשתיות אלו משרתות את כל המבנה. בנוסף, צפויה פגיעה בכבישים הצמודים ובכניסות של הדירות האחרות.

109. על פי חוות הדעת מטעם העותרים, מצבו של המבנה הוא עגום ורעוע ביותר, בהינתן העובדה שמדובר במבנה ללא טיח, ואף הדירה המיועדת להריסה הינה ללא טיח בקירות ובתקרה בחלק מהחדרים, ואף ללא ריצוף בחלק מהחדרים, כשחלק מהחלונות אינם סגורים, ואף בתמונות שצורפו לחוות הדעת אפשר להבחין בחוטי חשמל תלויים בחדרים. מצב "עבודות הגמר", מעיד על מצב סוציו-אקונומי ירוד במיוחד, ואם המצב הוא כזה יתכן שגם בבניית השלד של הבניין נעשו כשלים רציניים. הריסה שאינה לוקחת בחשבון נתונים אלה עשויה להביא לפגיעה וזעזועים בחלקים אחרים שאינם מיועדים להריסה, ועלולה להוביל לכך שהמבנה כולו, על עשרות הנפשות המתגוררות בו, ייהפך לבלתי ראוי למגורים.

חוות הדעת מטעם המשיבים במבחן המציאות

110. בכל הכבוד לחוות הדעת ההנדסיות הנמסרות על ידי המשיבים פעם אחר פעם, אפשר להבחין בכך ששיקולים של יעילות ומהירות הם העומדים בבסיס ההחלטה על שיטת ההריסה, כאשר השיקולים של הסבת נזק לצדדים שלישיים אינם עומדים בראש השיקולים של המשיבים עת הם מיישמים את סמכותם הנטענת.

111. לא זו בלבד אלא שהמשיבים חרגו במקרים מסוימים משיטת ההריסה עליה הודיעו בפני בית המשפט הנכבד וזאת לאחר שבחנו ואישרו אותה. חריגה זו גרמה באחד המקרים שטופל על ידי המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 5506/16 מחאמרה נגד המפקד הצבאי) לנזקים כבדים ליתר המבנה. תחילה, המשיבים הודיעו על כוונתם להרוס שתי דירות בקומות שונות במבנה באמצעות "כלי צמ"ה". בית המשפט הנכבד בפסק דינו קבע שיש להסתפק בהריסת הדירה בקומה העליונה בלבד. לאחר מתן פסק הדין החליטו המשיבים לבצע את הריסת הדירה בקומה העליונה באמצעות "חבלה חמה". באופן זה, לשיקולים של צמצום ההריסה לדירה בה מתקיימת זיקת מגורים של מבצע הפיגוע, לא הייתה כל משמעות, שכן המשיבים החליטו לפעול על דעת עצמם ולשנות את שיטת ההריסה שהובילה בסופו של יום לנזק משמעותי ליתר חלקי המבנה שלא היו מיועדים להריסה. מקרה זה, עשוי להוות דוגמא הממחישה את החששות לנזקים שעשויים להיגרם במקרה דנן.

112. על התנהלות המשיבים בכל הנוגע לאופן ביצוע ההריסה, ניתן ללמוד ממקרים נוספים, שבהם הנזקים היו כל כך קשים שהפכו מבנים שלמים ללא ראויים למגורים, כאשר סכנה של ממש נשקפה מהמשך המגורים בהם. אחד המקרים הוא של פאטמה אלג'מל, לאחר שבמסגרת בג"ץ 8161/17 אלג'מל נגד המפקד הצבאי, ניתן פסק דין המאשר הריסת הדירה בקומה העליונה במבנה בן שלוש קומות. לאחר ביצוע ההריסה, יתר דיירי המבנה נטשו אותו, כשכאמור הנזקים היו כה כבדים שסיכנו את חייהם של מי שהמשיך לגור בו. גם מקרה זה עשוי להוות דוגמא הממחישה את הנזקים הצפויים מהריסת הקומה העליונה כפי שתוארו על ידי המהנדס מטעם העותרים.

113. על אף שבחוות הדעת השונות אשר הוגשו במסגרת הליכים מסוג זה על ידי המשיבים, חזרו הם והתחייבו שההריסה תבוצע תוך כדי הקפדה על שמירת המערכת הקונסטרוקטיבית הקיימת, תוך פירוט הסיכויים הנמוכים לגרימתו של נזק, אנו עדים, פעם אחר פעם, למקרים בהם המשיבים אינם עומדים בהתחייבותם, ונזקים כבדים נגרמים לצדדים שלישיים שאפשרות הפגיעה בהם לא הוצגה באופן ראוי בפני בית המשפט הנכבד עת אישר את הצו.

114. כך עוד למשל, בבג"ץ 974/19 ברגותי נגד המפקד הצבאי, העותרים התריעו בפני המשיבים על הסכנות הכרוכות באופן ההריסה עליו הודיעו, וטענו כי היא עלולה להביא לפגיעה משמעותית ביציבות הבניין כולו. לאחר הריסת הדירה הדרומית בקומה השנייה, נגרמו נזקים כבדים הן לקומה התחתונה והן לדירה שליד הדירה נשוא צו ההריסה.

115. גם בעניין נעאלוה, המשיבים הודיעו על שיטת ההריסה תוך שהתחייבו שלא ייגרם נזק למערכת הקונסטרוקטיבית. בית המשפט הנכבד קבע בבג"ץ 7961/18 נעאלוה נגד המפקד הצבאי, כי חזקה על המדינה כי הצו יבוצע בזהירות ובמקצועיות הנדסית. על אף קביעת בית המשפט הנכבד, הצו בוצע באופן כזה שהפך מבנה שלם של שלוש קומות ללא ראוי למגורים.

116. במקרה דנן, כל סטייה מהתחייבות המשיבים על פי חוות הדעת ההנדסית שהציגו, עשויה להביא ל"העברה בכפייה" של דיירי המבנה בקומות הראשונות, שאין להם כל קשר לאירוע נשוא צו ההריסה.

אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת

117. העותרים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה רשאי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד ביתם של העותרים על לא עוול בכפם, 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 ובשים לב למבחני המידתיות.**

118. 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.

119. בשל פגיעה קשה זו בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לכל בני המשפחה, בפרשו את תקנה 119 צמצם בית המשפט העליון את יישומה וביצועה וקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.

120. כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין התייחס בעבר לעניין אופן הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי במקרה שמדובר באירוע שבו "מטרת הטרור" לא עמדה לבדה במרכז מניעו של המפגע, כדלקמן:

לצורך הקביעה כי בסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בית או אטימתו מכוח תקנה 119, אין הכרח לקבוע כי מטרת הטרור עמדה לבדה במרכז מניעיו של המחבל, או כי זו הייתה המטרה הדומיננטית. ואולם, **יתכן שיהא לדבר משקל במישור שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובחינת האמצעי המידתי ההולם את נסיבות העניין – למשל, אטימה חלף הריסה, או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה, והכל בהתאם למטרתה של תקנה 119.** [ההדגשה הוספה; נ.ד.]

(בבג"ץ 6745/15 ח'אלד אבו חושייה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית).

121. לא למותר לציין, כי 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).

122. 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, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מו(3) 693 (להלן: פס"ד אלעמרין), עמ' 669).

123. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: **הפגיעה הצפויה במשפחה**, זיקת המפגע לבית, חלקו של המפגע בפיגוע, 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).

124. 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.

פגיעה קיצונית במשפחה קשת יום וחפה מפשע

125. כאמור, השימוש באמצעי של הריסת בתים צריך להיבחן בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה, שכן אמצעי זה טומן בחובו פגיעה קשה בזכויות יסוד של חפים מפשע ומהווה ענישה קולקטיבית באופן הסותר את הציווי "איש בחטאו יומתו" (דברים כ"ד, ט"ז).

126. הפסיקה ארוכת השנים של בית משפט נכבד זה הדגישה את החובה לפעול בזהירות עת מופעלת הסמכות מכוח תקנה 119 ואף הגבילה זאת רק בנסיבות מיוחדות. הריסת בית שבו מתגוררים בני משפחה חפים מפשע אך ורק על יסוד המעשה המיוחס לבן המשפחה, (שבמקרה דנן אף שאלת חומרת המעשה, במישור הכוונה, נתונה בסימן שאלה), אינה עומדת כלל המבחן המידתיות.

127. בבית נשוא צו ההריסה מתגוררים רעייתו של _____, הנאשם לכאורה בביצוע פיגוע, יחד עם שמונה ילדיה, כששבעה מתוכם קטינים, כולם חפים מפשע שלא גילו כל מעורבות באירוע, לא לכתחילה ולא בדיעבד. רק בשל כך קיים חשש שצעד זה ננקט כסנקציה עונשית (ראה פסק דינה של כבוד השופטת ברון בבג"ץ 752/20 עטאונה נגד המפקד הצבאי (25.5.2020)).

128. חשש זה מתגבר לנוכח העובדה כי המשיבים לא פעלו על פי חובתם לבחון את ההיבטים המיוחדים שעולים ממקרה זה. דברים אלה נאמרים כשההיסטוריה הלא רחוקה של מדיניות הריסת הבתים מעיד על כך שהשיב לא הגביל את השימוש בתקנה 119 מאז החזרת מדיניות הריסת הבתים, ובכל פעם שנהרג יהודי בפיגוע, בלא יוצא מן הכלל, מוצא צו הריסה.

129. בין יתר הדברים, חובה על המשיבים לערוך איזון בין חומרת המעשה לבין חומרת הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע.

130. במקרה דנן חומרת הפגיעה בבני המשפחה זועקת לשמיים. עיון בתמונות אשר צורפו לחוות הדעת של המהנדס מטעם העותרים, מראה כי מדובר במשפחה קשת יום. משפחה מרובת ילדים שמתגוררת בבית ללא טיח וללא ריצוף ואף בחדר אחד ללא חלונות. בית שבו שמונה ילדים ישנים בחדר אחד, כשבחדרים ניתן לראות את חוטי החשמל תלויים באוויר.

131. משפחה זו איבדה את המפרנס היחיד עבורה, שעד העבר הלא רחוק הצליח כנראה לספק את הצרכים הבסיסיים ביותר, ולא מעבר לכך.

132. הריסת הקומה העליונה במבנה משמעה, זריקתם לרחוב של אישה ועוד שמונה ילדים, שכיום, עם קיומו של בית מתקשים להתקיים, ומחר ללא בית ובצל התפרצות נגיף הקורונה, המביאה לפגיעה כללית במשק וביכולת לקבל תמיכה מן הזולת, עשויה משפחה זו להיקלע למצב של עוני מרוד.

העדר תשתית ראייתית מספקת לעניין הכוונה

133. 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).

134. אף אם בהליכים מסוג זה אינה נדרשת רמת הוכחה כפי שנדרש לשם הרשעה בהליך פלילי, בשל חומרתו הקיצונית של כלי ההריסה והפגיעה החמורה הכרוכה בו בזכויות יסוד, הרף הראייתי הנדרש הוא של "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (פסקה 27 לפסק דינו של כבוד השופט מזוז בעניין **אבו ג'מל**). לפיכך, יש לבדוק האם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק (בג"ץ 7823/14 **ג'עביס נגד פיקוד העורף** (31.12.2014)).

135. נוכח החומרה הקיצונית של האמצעי המופעל מכוח תקנה 119 נגד חפים מפשע, יש לבחון, בין היתר, האם הרשות יצאה ידי חובת איסוף הראיות, שכן היא האמונה על איסוף ואף פעולה זו צריכה לעשות בסבירות, שכן, אם יתברר שהיה ניתן לאסוף נתונים נוספים, העשויים בפרטנציה להאיר את המקרה באור שונה, הסמכות לא הייתה מופעלת (בג"ץ 1014/16 סכאפי נגד המפקד הצבאי (28.2.16)).

136. במקרה דנן, וכפי שעולה מחומרי החקירה בעניינו של _____ אבו בכר, לא ניתן ללמוד על כוונה מפורשת לפגוע ביהודים, ואף לא על יסוד נפשי של מודעות לתוצאה קטלנית אפשרית. אף נסיבות האירוע כפי שתוארו בכתב האישום תומכות באמור. לפי כתב האישום, לא מדובר בפיגוע מתוכנן, אלא בפגיעה בחייל במסגרת פעילות מבצעית בכפר יעבד. הנאשם קם ממיטתו באמצע הלילה, עלה לגג ביתו, ולכאורה זרק אבן מבלי לכוון לחייל ואף מבלי לראות היכן נפלה האבן ואם בכלל פגעה באדם.

137. במסגרת חומרי החקירה החלקיים שהגיעו לידי העותרים באמצעות בא כוחו של _____ אבו בכר, ניתן ללמוד באופן חד משמעי על אדם שמצא את עצמו במצוקה בעקבות מעשה שלא ציפה להשלכותיו. בשום שלב לא הודה הנאשם בכך שהתכוון להרוג חייל.

138. נראה שקיים חסר ראייתי, שראוי לתת לו משקל לפני ההגעה למסקנה כי מדובר בפיגוע מכוון. כך למשל, בולט העדר נתוני רקע לגבי עברו של הנאשם. מדובר באדם בן 49 ללא עבר ביטחוני, אב לשמונה ומפרנס יחיד למשפחה קשה יום, שלדבריו, כפי שעולה מחומרי החקירה, מעולם לא היו לו בעיות עם הרשויות הישראליות ומעולם לא חשב "להרוג יהודים".

139. כך למשל, בהודעה שמסר _____ אבו בכר למשטרה מיום 15.5.2020, הוא אומר:

"שזרקתי את הבלוק אני לא כוונתי לעבר חייל מסוים ולא ציפיתי שיהיה כך, ואם הייתה כוונתי לרצוח חייל הייתי בורח ומתרחק מכל האזור" (ש' 71, עמ' 4)

ועוד בהודעת המשטרה מיום 17.5.2020, הוא אומר:

"יידיתי את האבן מבלי להסתכל" (ש' 30, עמ' 2)

"אני חף מפשע אני לא רציתי להרוג אף אחד ואף פעם לא היו לי בעיות עם ישראל יש לי 8 ילדים ברצוני לגדל אותם אני רק התעצבנתי ששמעתי קולות הנשים בשכונה" (ש' 41-42, עמ' 3)

העתק מהעמודים הרלוונטיים מתוך הודעות המשטרה מצורפים ומסומנים ע/7.

140. העותרים יטענו כי בנסיבות דנן, ניתן עוד לעבות את המסד הראייתי, שכן אין ראייה ישירה לכך שמדובר בפיגוע מכוון, ומסקנה זו הוסקה ממערכת ראיות נסיבתיות, ויש מקום לנסות להשיג ראיות נוספות או לפעול על מנת להפריך או לאשש את המסקנה, בעיקר בשל כך שלמסקנה המובילה לפיגוע מכוון נלווית תוצאה קשה ביותר לבני משפחתו של הנאשם.

141. הפסיקה התייחסה לא אחת למנעד הרחב של עבירת ההריגה. העותרים יטענו במקרה דנן כי הנאשם נמצא לכל היותר בקצה המנעד של עבירת ההריגה. במקרים דומים בית משפט נכבד זה קבע כי יש לנקוט באמצעי שמביא בחשבון את ההבדל בין מקרים מסוג זה לבין מקרים שבהם אדם יצא לפגע בכוונת תחילה להרוג. בשל נתון זה לבדו קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1721/16 **דוויאת נגד מפקד פיקוד העורף** (3.4.2016), כי האמצעי של אטימה הפיכה, מהווה אמצעי מתון יותר במדרג האמצעים שניתן להפעיל באותו עניין. יצוין, כי באותו עניין מדובר במי שזרק אבן, וכיוון אותו לעבר חלון הנהג ברכב בכביש ראשי.

142. אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת צריכים להיעשות בזהירות מוגברת. בהתאם לכך, נשאלת השאלה האם הפעלת תקנה 119 בנסיבות בהן לא הייתה כוונת קטילה ובנסיבות בהן בני המשפחה לא היו מעורבים במעשה ואף הפגיעה בהם צפויה להיות קיצונית במיוחד בשל, מספרם, גילם ומצבם הסוציו-אקונומי הירוד, היא מידתית. לא אחת נקבע כי נוכח חומרתה של הסנקציה של הריסת בית, יש להשתמש בה באופן מדוד וזהיר. העותרים סבורים כי במקרה דנן המשיבים לא עשו שימוש בתקנה באופן מידתי וזהיר, אלא להיפך, עשו בה שימוש אוטומטי, מצוות אנשים מלומדה.

מבחני המידתיות

143. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובצמצום, וכי על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353, 359).

144. בבג"ץ 4597/14 **עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (מיום 1.7.14), 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.

145. 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)).

146. 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.

147. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמה והריסת הקומה העליונה במבנה 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

148. במסגרת הדיון בבג"ץ 7961/18 וליד נעאלוה נגד המפקד הצבאי (להלן: בג"ץ נעאלוה), שהתקיים ביום 19.11.2018 נחשפה חלק מהצוואה של המפגע באותו מקרה שבה צוין: "המפגע יבצע את הפיגוע על רקע תוקפנות נגד העם הפלסטיני, הריסת בתים והפקעת רכוש..." (הההדגשות שלי נ.ד.) (פרוטוקול דיון בבג"ץ 7961/18 מיום 19.11.2018, עמ' 8, ש' 27).

149. לא רק זאת, אלא בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז באותו עניין, לא הסתירה את תדהמתה מהעובדה שמדיניות הריסת הבתים, שתכליתו המוצהרת הינה הרתעתית, היוותה במקרה זה מניע להוצאת הפיגוע לפועל, ואלה דברי כבודה:

כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע.

150. השימוש בכלי זה לצורך הרתעה, דורש בחינה יסודית, כך שעל המשיבים לבחון היטב, ובין היתר, את האפשרות שכלי זה כשהוא מופעל נגד חפים מפשע, מהווה בעצמו מניע לפיגועים. הפגיעה בחפים מפשע במקרה זה, וביניהם שבעה קטינים, היא כה קשה ואף בלתי הפיכה שעל המשיבים החובה לבחון לעיתים תכופות את השלכות השימוש בהריסת הבתים. המקרה שהובא לעיל הוא דוגמא לתוצאה ההפוכה של השימוש בכלי זה, ובכך דוגמא המחלישה את טענת ההרתעה באופן היכול להעיד כי העלות עולה על התועלת.

151. במסגרת פסק הדין בבג"ץ נעאלוה, קובעת כב' השופטת ד' ברק-ארז בעניין חוות הדעת הסודית של השב"כ בכל הנוגע לאפקטיביות הנטענת של השימוש בצווי הריסה כאמצעי מרתיע, כי אף אם נחה דעתו של בית המשפט באותו מקרה מן האמור בחוות הדעת, אין זה פוטר את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא שוב ושוב. ואף ממשיכה וקובעת, כי חזקה על גורמי הביטחון להראות שבדיקה זו נמשכת.

152. יודגש, כי מאז הדיון בעניין נעאלוה, סוגיית אפקטיביות ההרתעה לא נבחנה בשנית בפני בית המשפט הנכבד.

153. בדירה בקומה העליונה מושא צו ההריסה מתגוררים שבעה קטינים עם אחותם בת 19 ואימם בת 45. מדובר במשפחה קשת יום, כשמצבה הסוציו-אקונומי ירוד באופן חריג, שמונה ילדים שישנים בבית ללא טיח ואף ללא ריצוף בחלק מהחדרים, עם חלונות פתוחים. משפחה בת 10 נפשות שהתגוררה בבית עם שני חדרי שינה. משפחה זו איבדה כיום את המפרנס היחיד, וזאת בנוסף למצב הכללי בצל התפרצות נגיף הקורונה המשפיע בהיבט הכללי על המשק והיכולת להתפרנס.

154. העותרת יחד עם ילדיה, ביניהם 7 ילדים קטינים, ימצאו את עצמם ברחוב בתקופה שקבלת תמיכה מן הזולת הפכה סוגיה רגישה כשלעצמה. לעותרים אין בית נוסף. שימוש באמצעי של הריסת הבית של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני, בלתי הפיך ובעל השלכות הרוח גורל על חייהם, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה

מופרזת, ובלתי מוצדקת, תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית
בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כב' הש' פוגלמן בעניין סידר כי:

**הפעלת הסמכות מכח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני
משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית.**

155. העובדה כי כל מי שמתגורר במבנה לא ידע ולא הועלתה לגביו כל טענה בנוגע למעורבותו
באירוע, 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 בקניינם של תושבים, הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אינה
מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

156. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד הריסה והחרמה של בית, שהדיירים בו, שמעולם לא
הייתה טענה על מעורבתם בפיגוע הנטען, או על ידיעתם על כוונת בן המשפחה להיות
מעורב בפיגוע לכאורה, עשויה לתרום למטרה הנטענת – הרתעה של מפגעים פוטנציאליים
במקרים דומים בעתיד.

157. 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 בזכותם הקניינית של
העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה, כאשר מדובר
בהפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 בעיקר כנגד קטינים.

158. הריסת הבית כולו בנסיבות אלו היא צעד שאינו עומד במבחני הסבירות והמידתיות.
לאור כל האמור לעיל העותרים סבורים, כי אין בכוחה של החרמת והריסת ביתם להגשים
את המטרה המוצהרת של הפעלת תקנה 119 - הרתעה של מפגעים פוטנציאליים אשר
עשויים להימנע מביצוע פיגועים אם יידעו כי בכך הם מסכנים את בתיהם ובתי בני
משפחתם.

159. 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"

160. 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 העותרים, שלא היה בידיהם לצפות או למנוע את הפעולה
המיוחסת לנאשם, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי
הפיך כהריסת ביתה.

161. ויודגש, כפי שפורט בהרחבה לעיל, 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.

162. העותרים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מציגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית 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.

163. העותרים הינם 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.

164. יפים לענייננו דבריה של כבוד השופטת 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 השופטת 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.ד.].

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

בחינת התוצאות השליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

166. 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.

167. 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"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, פסי' 9). טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור הדברים שעלו במסגרת הדיון בעניין נעאלוה.

168. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי הנזק שנגרם כתוצאה מהריסת בתים עלה על התועלת, ולכן אף הופסק השימוש באמצעי זה (לאור אימוץ המלצות ועדה בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

169. 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.

170. 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 ואף כשהם קטינים. תחושה והכרה זו עלולה להנחיל תחושות של ייאוש וכך לגרום להגברת נכונותם של מפגעים עתידיים לפעול. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לעודד פעולות פגיעה נוספות.

171. 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.

172. על פי עמדות חלק משופטי בית המשפט העליון, ניתן להצדיק שימוש באמצעי ביטחוני אם יהיה בכך להציל נפש חיי אדם אחד. ובכך – 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.

173. טיעון זה נתמך בדוגמאות קונקרטיות כגון עניינו של אחמד מוגרבי (שנדון ב.ת.פ. 42425-02-16 מדינת ישראל נ' אחמד מוגרבי), וכן עניינו של עלאא אבו ג'מל (שביצע פיגוע ימים ספורים לאחר הריסת בית קרובי משפחתו (ראה בג"ץ 8150/15) המדגימות כי הריסת בית משפחות חשודים בטרור מובילה גם לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

174. כאן המקום להזכיר, שבית משפט נכבד זה, נזהר לאורך פסיקותיו בעניין הפעלת הסמכות של המשיב מכוח תקנה 119, מלערבב בין שיקולי ענישה לבין שיקולי הרתעה.

175. בימים האחרונים אנו עדים ללחצים המופעלים כלפי המשיב בכל הנוגע להפעלת התקנה וזירוז הליכי הריסת בתים של מי שביצעו פיגועים. אף במקרה דנן אנו עדים להשלכות הישירות של הדבר.

176. דבר זה עשוי להצביע על כך שמניעיו של המשיב הינם עונשיים ונקמניים יותר מאשר הרתעתיים. שאלה זו עולה בכל פעם שגורם זר מנסה להשפיע על מהות ואופן הפעלת הסמכות. יפים כאן דבריה של כב' השופטת ברק ארז בבג"צ נעאלוה:

המדינה, ובהמשך לכך גם בית משפט זה, חזרו ועמדו על ההבחנה הברורה בין הימנעות משימוש בצווי הריסה כאמצעי ענישה לבין השימוש בהם לצורכי הרתעה. כאמור, הבחנה זו היא גם העומדת ביסוד הזהירות הרבה שנוקט בית משפט זה בעת שהוא בוחן עתירות כדוגמת זו שבפנינו. אם כן, כאשר הרתעה היא העומדת ביסוד הדברים הרי שעמדתם של בני המשפחה השכולים – הגם שהיא חשובה ומשמעותית במישור הרגשי ובמישור העונשי (כאשר מתקיים הליך פלילי) – אינה בעלת עדיפות מיוחדת. לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי ההריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון.

מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה

177. בשים לב לפגיעה האנושה הצפויה בזכויות העותרים מפגיעה בביתם, כשאין טענה בדבר ידיעת מי מדיירי המבנה אודות האירוע, ובשים לב לכך שלפי חומרי החקירה, אין ראיות המבססות כוונת קטילה מצידו של החשוד _____ אבו בכר, ולנוכח הפגיעה הקשה במיוחד בעותרים דן לנוכח מצבם הסוציו-אקונומי הקשה במיוחד, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת מבנה העותרים. העותרים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

178. 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.ד.).

179. 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.ד.)

180. בעניין **אבו אלרוב**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן (בדימוס) לסוגיית יעילות ההרתעה והראיות הנדרשות על מנת לתמוך בטענה זו בקובעו כי (שם, בפסקה 4):

...כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה היא... **אלא שלא די, לגישה, באפשרות ערטילאית בדבר הצלחת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם**. מטבע הדברים, ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועל התגברות השימוש בכלי זה... **הצווים הם שטר ושוברו בצידו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים**. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי החרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים (הדגשות הוספו; נ.ד.).

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

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיוננו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. **אלא שייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119.** דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' [...] בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות)." (הדגשות הוספו; (ד.ד.)

182. 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"ץ 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.

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

מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית (מתוך פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004).

184. בהעדרם 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.

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

186. 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"..."

187. 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.

הריסת בית העותרים מנוגדת לעיקרון טובת הילד

188. על עיקרון טובת הילד כעקרון ראשון במעלה אין צורך להכביר מלים. עליונותו של שיקול זה הוכרה פעמים רבות במשפט הישראלי, והובהרלא אחת כי יש בכוחו של עקרון זה כדי לגבור על אינטרסים אחרים. כך למשל נפסק בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (נ1) 48, 119: שיקול טובתו של הילד הוא שיקול על, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים .. אך כל שיקולים אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחו לשיקול טובת הילד. וכן בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (ל1) 459, 465: אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי."

189. כמתואר לעיל, בקומה נשוא צו ההריסה מתגוררים שבעה ילדים קטינים, שהריסת המבנה והשלכותיה תגרום להם סבל רב ופגיעה אנושה בכבודם. במה חטאו ילדים אלה שיהיה עליהם לראות את ביתם נהרס, תוך הפיכתם לחסרי קורת גג? פגיעה זו מנוגדת למחויבותיה של ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיף 2(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.

190. ולפי סעיף 38 לאמנה:

א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי יכובדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של מאבק מזוין, והנוגעים לילד..

ב. 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.

191. יודגש כי סעיף 38(ד) לאמנה מטיל חובה פוזיטיבית על המשיבים: בנוסף לאיסור על הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבוע בסעיף 38(א), מחייב סעיף 38(ד) לנקוט בצעדים שיבטיחו הגנה לילדים במצבים אלו. בכך חוטאים המשיבים חטא כפול.

192. לשיקולים אלה לא מצאו המשיבים לנכון להתייחס, למרות טענות העותרים בנדון במסגרת ההשגה והחובה המוטלת על כל זרוע של הרשות בקבלת החלטות המשפיעות על מצבם של ילדים. אף מטעם זה פסולה החלטתו של המשיב ויש להורות על ביטולה.

לסיכום

193. 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.

194. 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 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 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).

195. החלטתו של המפקד הצבאי להוציא צו הריסה והחרמה כנגד הקומה העליונה במבנה שבו מתגוררים העותרים, בשל טענות בדבר ביצוע פיגוע המצדיק הפעלת הסמכות, על אף העדרן של ראיות ברורות אודות כוונת הנאשם להביא למותו של חייל, כשהחלטה פוגעת באופן ישיר בבני משפחה חפים מפשע שאינם קשורים לאירוע ואף לא יכלו לדעת ולמנוע אותו, ובהינתן המצב הסוציו-אקונומי הקשה במיוחד של בני המשפחה והפגיעה החריגה במספר גדול של קטינים, והנזקים הקשים הצפויים למבנה כולו ובהתאם לחוות הדעת, חורגת באופן בוטה מעקרון המידתיות ומנוגדת להערותינו החוזרות של בית המשפט העליון בעניין זה.

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 הח"מ בהיוועדות חזותית. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא בהיוועדות חזותית, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

14 ביולי 2020

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 110507]