

- בעניין: 1. אבו כף ת.ז.  
2. אבו כף ת.ז.  
3. אבו כף ת.ז.  
4. אבו כף ת.ז.  
5. אבו כף ת.ז.  
6. אבו כף ת.ז.  
7. אבו כף ת.ז.  
8. המוקד להגנת הפרט (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד ל.צמל ו/או א.חלאק  
ו/או עו"ד חוה מטרס עירון ו/או עו"ד סיגי בן ארי ו/או  
עו"ד ד. שנהר ו/או עו"ד נועה דיאמונד ו/או עו"ד בנימין  
אחסתריגה ו/או עו"ד בילאל סביחאת  
מטעם המוקד להגנת הפרט  
מיסודו של ד"ר לוטה זלצברגר

המען: רח' אבו עובידה 2 ירושלים  
טל: 02-6273373 פקס: 02-6289327

העותרים

נגד

מפקד פיקוד העורף יואל סטריק  
ע"י ב"כ פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים ירושלים

המשיב

### ע ת י ר ה

בית המשפט הנכבד מתכבד להזמין את המשיב ולחייבו להשיב מדוע לא יימנע מהחרמה ואטימה של הדירה בקומת שניה במבנה דו קומתי **ברח'** בצור באהר, ירושלים בה מתגוררים העותרים 1-7, ובה התגורר לפני מעצרו אבו כף ת.ז. וליתן לו צו החלטי להמנע מעשות כן.

העותר מס' 8 הינו המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר ועניינו בהגנה על זכויות אדם.

### כסעד ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או מי מטעמו:

להמנע מביצוע פגיעה כלשהי בדירה נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו. המועד הדחוק הממשי שניתן לעותרים להגיש את עתירתם ולקבל סעד ביניים הוא עד ליום 17.2.16.

בקשת ב"כ העותרים להאריך את המועד להגשת עתירה לימים ספורים סורבת. לפיכך מוגשת עתירה זו ללא ההתייחסות המלאה לחומר ראיות אשר הוגש לעותרים רק לאחרונה, והעותרים שומרים לעצמם הזכות להוסיף התייחסות לחומרי החקירה לאחר לימודם.

### ואלה נימוקי העתירה:

1. ביום 21.10.15 הגיעו חיילים ומדדו את הדירה נושא עתירה זו.
2. ביום 22.10.16 נשלחה הודעה למשיב לפיה עוה"ד דלעיל מייצגים את המתגוררים בדירה.
3. צו ההחרמה והאטימה: נשוא עתירה זו הוא צו החרמה ואטימה נוסף אשר הוצא ביום 11.2.16 על ידי האלוף יואל סטריק, מפקד פיקוד העורף, בו נאמר כי

"צו זה ניתן הואיל ותושב הדירה, **אבו כף ת.ז.** אשר ביצע ביום 13.9.15 עם אחרים פיגוע במהלכו פעלו בצוותא ליידוי אבנים לעבר רכבים יהודיים שחלפו בציר ' אשר וינר' בירושלים, באופן שגרם להריגתו של אלכסנדר בלוביץ' לאחר שאחת האבנים חדרה לרכבו וגרמה לו לסטות מנתיבו ולהתנגש בעמוד"  
חל איסור לבנות כל מבנה על החלק נושא צו זה".

כן נאמר בצו כי המפקד החליט בתוקף סמכותו כמפקד פיקוד העורף של צה"ל

"ובהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 וכן מתוקף הסמכויות המוקנות לי לפי כל דין ותחיקת בטחון, והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת, הנני מצווה בזאת על החרמת הקרקע עליה ניצבת הדירה המתוארת להלן, וכן על אטימת הדירה המתוארת להלן, והמתוארת בתשריט בנספח לצו זה"

דירה המצוייה בקומה השניה של המבנה הדו קומתי....במזרח ירושלים..."

מצ"ב נספח "א"

4. הצו דלעיל גובש, לכאורה, לאחר שניתנה אפשרות דחוקה לעותרים להשיג על כוונה לפגוע בביתם. ביום 5.2.16, חודשיים אחרי המדידה, קיבלו יושבי הבית הודעה נפסדת בערבית לפיה יש כוונה לפגוע בבית וניתן להשיג עליה.

ההשגה נשלחה ביום 10.2.12.

#### מצ"ב ההשגה, נספח "ב"

בהשגה נמסרו פרטים לגבי כל יושבי הבית בן 2 הקומות על 2 דירותיו; צויין בפירוט כי משפחתו של **אבו כף** מתגוררת בדירה בקומה השניה, ול **אבו כף** יוחד חדר אחד למגוריו מתוך 3 חדרים בדירה. התבקשה חוות דעת הנדסית אודות דרך ביצוע האטימה; נטענה הטענה כי פגיעה קולקטיבית לא תסכון; הילדים המתגוררים בדירה, פרט ל קטנים, בני 12,13,16,17, ו-9; האם מוכרת כנכה נפשית וחיה על תרופות פסיכיאטריות; **אבו כף**, יליד 1997, נאלץ לעזוב את בית הספר בהיותו בן 11 על מנת לסייע בטיפול באחיו הקטנים.

5. כעבור יום אחד בלבד ממשלוח ההשגה, היינו, ביום 11.2.16 בשעה 14:57 שלח המשיב מענה להשגה, בצמוד לה "צו החרמה ואטימה", שנחתם יום קודם. נספח "א" באותו יום בו נשלחה ההשגה.

למדנו כי לא היה סיפק ביד המשיב לקרוא, ללמוד, לשקול ולקבל החלטה מושכלת בעקבות ההשגה, וכי ההודעה על הזכות להגיש השגה נשלחה אך ורק כמצוות אנשים מלומדה, כדי לצאת ידי חובה.

6. במענה זה להשגה, המנוסחת וחתומה בידי רס"ן פריאנטה, סקר המשיב מספר נושאים שהועלו בה, והתעלם מאחרים שלא היו נוחים לו.

נושא הרקע ויסודות קבלת ההחלטה: נטען כי הכוונה התגבשה במסגרת מדינות הלחימה בטרור. נטען כי מכלל הראיות המנהלית אשר בידי המשיב עולה כי מדובר בארוע חבלני, שבוצע במטרה לפגוע באזרחים חפים מפשע ממניעים לאומניים. מוזכר גם האמור בכתב האישום כי המעשה נעשה כתגובה והזדהות עם הנעשה בהר-הבית. ישנה התייחסות לכתב האישום אשר הוגש נגד הנאשם ואחרים.

נאמר כי העבירה המיוחסת לנאשמים הינה עבירת "הריגה", וכי פרקליטו מחוז ירושלים הית המעורבת בקבלת ההחלטה, בסברה כי יש סיכוי סביר להרשעתו של **אבו כף**.

עוד נאמר כי המשיב סבר שיש מקום לנקוט צעד זה לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים נופסים מפני ביצוע פיגועים מעין אלה.

לשם הרתעה בלבד, נאמר גם, כדי שמפגעים ידעו כי למעשיהם יהיו השלכות לא רק על הקרבנות ועליהם עצמם, אלא גם על בני משפחתם. הטענה היא כי נבדקה לאחרונה האפקטיביות של סנקציה זו.

הטענה כי התיק טרם הוכרע בבימ"ש - משיב המשיב כי הפעלת הסנקציה אינה מותנית בתוצאת ההליך הפלילי.

לטענה כי זוהי ענישה קולקטיבית אסורה - נענו העותרים כי הוראה על פגיעה בבית איננה עניש הקולקטיבית "אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה הרתעתית של הפעלת הסמכות".

לטענת הפגיעה בבני המשפחה - מצא המשיב כי באיזון בין זכויות בני המשפחה לבין הצורך להרתיע מחבלים מבני ביצוע פיגועים הגורמים לפגיעה בחיי אדם, האחרון גובר.

לטענת האפלייה ביישום אמצעי הפגיעה בבתים - טוען המשיב כי הואיל והפעלת התקנה אינה עונשית, אין די בכך שיהודים מבצעים מעשי טרור (דוגמת חטיפת ורצח הנער אבו כדיר) "כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים" ואין בכך אכיפה בררנית.

לטענה בדבר צורך בהסתפקות בפגיעה במקום מגורי מתמד אבו כף עצמו - נטען כי ההיקף נבחן לפי חומרת כל מקרה ומקרה.

#### תגובה מיום 11.2.16 להשגה מצ"ב "ג"

#### הטיעון המשפטי

6. המשיב סומך הוראתו להפעיל החרמה ואטימה של הדירה בה התגורר החשוד על תקנה 119 לתקש"ח 1945 (להלן: "תקנה 119"). העותרים יטענו כי תקנה 119 עומדת כשלעצמה בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי, ואין לו להשתמש בה. כמו כן החלטתו נוגדת וחורגת אף מן ההלכות של בית משפט נכבד זה ועל כן דינה להתבטל.

7. תקנה זו מדברת בעבירות ספציפיות עליהן נשפטים בבית משפט צבאי או עבירות בנשק או עבירות אחרות אשר זריקת אבנים איננה ממינן.

7. תקנה 119 מזמן המנדט הבריטי סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, המהווה עד היום את הבסיס לדיני

כיבוש בדין הבינלאומי. היא סותרת את ס' 33 האוסר הטלת עונש קולקטיבי וכל מעשי תגמול נגד מוגנים ורכושם, ואת סעיף 53 לאמנה זו, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס את בתים ורכוש של מוגנים.

8. ענישה קולקטיבית זו מנוגדת גם לס' 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגי המלחמה ביבשה (אמנת האג 1907), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית, ותקנה 43 לאמנת האג האוסרת פגיעה והרס של רכוש.

9. המשיב כפוף ומחוייב לפעול לפי הכללים המשפטיים הבינלאומיים של זכויות האדם, ובמיוחד אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע גם בחוות הדעת של בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. נורמות אלה הנחו גם את בית המשפט הנכבד בבחנו את פעולות המפקד הצבאי (בג"צ אלבסיוני נ. ראש הממשלה תק-על 1/2008) בג"צ 7957/04 מרעבה נ. ראש ממשלת ישראל תק-על 3/2005) 3333 ס' 24; בג"צ 3239/02 מרעב נ. מפקד כוחות צה"ל תק-על 1/2003) 937, בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385).

10. הפעלת תקנה 119 מנוגדת גם לס' 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המעגנות את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו, לס' 12 המגן על זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי, לס' 26 המגן על הזכות לשוויון בפני החוק, ומנוגדת לס' 7 המגן על הזכות שלא להיות נתון ליחס או לעונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם, בבחנה את יישום האמנות במדינות השונות החברות באו"ם, קבעה בחוות דעתה משנת 2003 כי הפעלת התקנה מנוגדת לאמנה.

11. התקנה אף עומדת בניגוד לסעיפים שונים של האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות, למשל ס' 11 (המגן על זכות לדיוור ולתנאי מחיה נאותים) ס' 10 (המגן על התא המשפחתי) ס' 12-13 וס' 17 להצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. יש חשש כי הפעלת תקנה 119 לתקש"ח עלולה אף לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות ס' (IV)(2)8 לחוקת רומא, בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

#### איסור על ענישה קולקטיבית ופגיעה בזכויות יסוד

12. מדובר בשכונה במזרח ירושלים, אשר סופחה לישראל בניגוד להסכמה בינלאומית ויושביה הינם בבחינת "תושבים" ולא אזרחים. ענישה קולקטיבית אסורה כלפי תושבים ומוגנים, ובוודאי שהיא אסורה כלפי תושבים שסופחו למדינה בעל כרחם, חסרים זכויות אזרח מלאות, ואינם רשאים להצביע בה לכנסת.

13. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמת סי' 50 לאמנת האג, הקובע כי לא יוטל עונש כללי בגין מעשים של יחידים אשר הציבור אינו יכול להחשב כאחראי להם. סי' 33 לאמנת גינבה הרביעית קובע קטגורית כי אדם מוגו לא ייענש בגין מעשה שלא הוא ביצע. ענישה קולקטיבית ודוגמתה, וכל מעשה של הטרדה או טרור - אסור. מעשי נקם נגד מוגנים ורכושים - אסורים.

14. הדבר בא לידי ביטוי גם בפסיקת בית משפט נכבד זה:

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

כך אף במאמרו של פרופ' מרדכי קרמניצר מיום 24.2.2009 מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, "הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים – הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נ. אלוף פיקוד העורף".

#### ענישה טרם הרשעה

15. גם אם יידחו כל הנימוקים ההומניטאריים, לא יוכל בית המשפט הנכבד לאשר את הפגיעה בדירת המגורים מבלי להשתכנע מעבר לכל ספק כי אמנם החשדות המופנים נגד בנם של העותרים מבוססים ואמינים, וכי הארוע בו היה מעורב היה "פיגוע טרור" כזה ששרשו מניעים לאומניים פנאטיים שלא ניתן להכחידם אלא בענישה אכזרית ובלתי חוקית.

הדיון בתיק עצמו לגופו טרם החל וכבר ננקטת ענישה סביבתית. ייאמר כבר עתה כי מחמד אבו כף טוען בתוקף כי לא זרק כלל אבנים כלפי רכבים נוסעים. על פי הודעותיו הוא כן היה באיזור, אולם לא עמד סמוך לכביש אלא על צלע ההר. לא זרק כלל אבנים אלא בא לראות מה קורה.

לפי טענותיו בקליפת אגוז, אכן נזרקו אבנים – אולם הוא לא זרקן – ומרבית האבנים לא פגעו ברכבים.

לא היתה אפלייה בין רכבים בהם נהגו יהודים ובין רכבים בהם נהגו ערבים. להיפך, על פי חומר הראיות, היה מי שזרק משוכנע כי פגע במכונית בו נהגה אשה ערבייה.

16. הגולגולת הדקה: טענת ההגנה של הנאשמים בתיק יחד עם מחמד אבו כף היא, בין השאר, כי הקרבן היה חולה מאד, אין כל בטחון שזריקת אבנים גרמה לאבדן השליטה שלו על הרכב, והתביעה נדרשה להמציא את תיקו הרפואי של המנוח.

17. זריקת אבנים קודמת: חלק מחומר הראיות בתיק מדבר על זריקת אבנים במעלה הכביש, שקדמה לזריקת חלק מן הנאשמים. אף נושא זה מצוי בבדיקה וייקבע על ידי בית המשפט שידון בתיק הפלילי.

18. זריקת אבנים: הינה, אכן, תופעה נפוצה, ולאורך השנים מדובר בעשרות אלפים אבנים שנזרקו. רובן הגדול לא גרם שום נזק. לפיכך לא ניתן לייחס למי שזרק, או מי ששרוי בסביבת זורק כוונה קטלנית או גיבוש כוונה לגרום למוות, או צפייה לתוצאה מעין זו. יש לקחת בחשבון את העדר הכוונה הפלילית מן הסוג העשוי להצדיק פגיעה קולקטיבית.

19. זריקת אבנים כמחאה נעשית הן על ידי יהודים והן על ידי ערבים. בין הנזקים הידועים בהסטוריה של הסכסוך באיזור ובארץ ידועים מקרים מעטים של פגיעה שסופה מוות. ידועים מקרים בהם מתנחלים זרקו אבנים על משפחה ערבייה, אשר נפגעו קשות כתוצאה מכך, ועמדו לדין והורשעו אולם לא נדונו לענישה קולקטיבית. גם מקרים אחרים נדירים בהם היו קרבנות בנפש לא נעשו בענישה קולקטיבית.

20. משמעות לעבירת ההריגה המיוחסת לנאשם ולאחרים: יש לתת את מלוא המשמעות לעובדה כי גם הפרקליטות - המוזכרת במענה להשגה כמי שמעורבת בהחלטה לפגוע בדירת המגורים של הנאשם - לא טענה כי מותו של המנוח נגרם בכוונה תחילה, אלא תוך מעשה פזיזות או רשלנות בלבד.

### האם יש לאשר הרתעה נוספת לאחר החלטת שר הפנים על שלילת תושבות

21. על בית המשפט הנכבד לדון בכובד ראש בסוגיה חדשה, והיא זו: האם לאחר החלטת שר הפנים לשלול ממחמד אבו כף ומן הנאשמים האחרים את תושבותו בגין החשדות המיוחסים לו, עדיין נדרשת הרתעה בדרך של פגיעה במקום מגוריו?

העובדה שכל רשות השולטת על חייהם של תושבי מזרח ירושלים נזדרזה להפעיל את כחה לפגוע בזיור ולשלול מעמד, וזאת כדי לנקום ולפגוע בצעיר שעדיין לא הורשע, איננה נובעת בהכרח מנימוקי הרתעה אלא נראית יותר כנובעת מנימוקי ריצוי. ריצוי דעת הקהל, הפגנת שרירים, הכאבה לשמה. ספק רב אם בהרתעה עסקינן. האם יש הרתעה גדולה מזו של חיסולו והריגתו המיידית של חשוד כמפגע? ואם הרתעה כזו – שהפכה זה מכבר לתוצאה סופית של כל ארוע המתואר כארוע פגיע – אינה מרתיעה דיה, אולי יש לזנות את "ההרתעה" כתגובה אוטומטית, ויש לשחרר אחר פתרונות אחרים למניעת 'פגיעה יחידים'?

22. ובמקרה שלנו, אפילו אין איפיונים של 'פגיעה יחידים'. התחברות יחדיו כדי להשליך אבנים בתגובה – כנטען בכתב האישום – למתרחש באל-אקצא, היא פעילות מוכרת

וותיקה, אשר נלקחה בחשבון ופורסמה ברבים כתגובה צפויה על מה שניכר כהפרת הסטטוס קוו במקום.

23. בית המשפט הנכבד מהווה קיר מגן אחרון כמעט בפני מצעדי הרתעה למניהם. בצד הצער האמיתי והרב על מותו של המנוח באותה התרחשות, יש להזהיר פן נגיע לאותו מדרון חלקלק של פגיעות נקמניות ואכזריות, הננקטות נגד מעגלים גדלים ומתרחבים של בעלי זיקות למפגע, שתחילתן בפגיעה בבתים, המשכן בפגיעה אישית של שליית מעמד, המשכן בפגיעה בקרוביו וקרובותיו, וסופן מי ישורנו.

#### המשפחה ותוצאות הפגיעה בדירה

24. בעתירה זו 7 עותרים בני משפחה: זוג הורים ו-5 אחים ואחיות קטינים, אשר כולם מתגוררים בדירה בת 100 מטר. אם המשפחה העותרת מסי' 2 מוכרת כבעלת נכות נפשית, אינה עובדת ומטופלת שנים רבות. כאמור, אבו כף עזבה את לימודיו על מנת לטפל באחיו ולעזור לאביו.

25. כעת נדונה האם החולה להיות מושלכת למקום אחר, אשר יחמיר את מצבה הנפשי הקשה ממילא, ויערער את בריאותה, ושאר בני המשפחה אחריה.

#### אופן ביצוע ההריסה – אטימה

26. לא התקבלו פרטים ספציפיים לגבי אופן האטימה המוצע. לכן לא התאפשר לב"כ העותרים להמציא חוות דעת מקצועית שתבחן זאת.

27. נראה כי שיטה זו נדרשת לאור הנזקים הבלתי הדירים שנגרמו לדירות אחרות לאחר הריסות ופיצוצים שנטען כי הם מבוקרים אולם לא הוכיחו את עצמם. אמת כי דרך זו מאפשרת, למצער, את מילוי של הסיפא של תקנה 119, היינו, חזרתו של המשיב מן הצו בעתיד. אולם המחילה והחזרה חייבים להיות מוגדרים כבר עתה, והסנקציה צריכה להיות מוגבלת בזמן מלכתחילה.

28. כל פעולה הנעשית על ידי המשיב בתוקף תקנות ההגנה לשעת חירום מחייבת, מחמת אופיה ומטרתה, להבטיח את החזרה ממנה.

במה דברים אמורים? כל הריסה והריסה על פי הרישא של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 חייבת להבטיח אפשרות למימוש הסיפא של אותו סעיף. התקנה המנדטורית 119 לתקש"ח לא רק איפשרה החרמה והריסה, כמצוטט שוב ושוב בתגובת המשיבים. היא אפשרה מחילה והחזרה.



בהמשך התקנה מגיע זמן התיקון:

"ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כני"ל, רשאי המפקד הצבאי להחרים את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו (שמטו) לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון (הנציב העליון) בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה (השמט) כולה או מקצתה, ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע, וכל טובות-הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהן, לקנין בני-אדם שהיו זכאים להם אילולא ניתן צו ההחרמה (השמט) וכל שיעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה (השמט).

המפקד הצבאי, אותו מפקד צבאי המוסמך להחרים ולהרוס, מוסמך גם למחול על ההחרמה וההריסה! אופן הריסה חייב להבטיח אפשרות מחילה אמתית ובת-ביצוע.

29. ואם יאושר הצו, יש לקבוע כי הינו צו אטימה על פי אופן ביצועו המוצע. וכפי שנאמר בצו עצמו, לפי ניסוחו, צו ההחרמה מתייחס אך ורק להחרמת דירת המגורים בקומה השניה ולא מעבר לכך. לפיכך האמור בצו (נספח "א") כי הבניה על הקומה השניה אסורה, חייבת להיות מוגבלת בזמן.

#### פגיעה בערכי שימור ומורשת

30. עלפי חוות דעת הנדסית אשר נמסרה על ידי מומחה מהנדס בנין מחמד קימרי, ומתייחסת לאטימת פתחיהם של 4 בתים בשכונת צור באהר ואום טובא, פוגעת האטימה הנדרשת במורשת האדריכלית ובנוף והמרקם התרבותי במקום. המדיניות הקיימת בירושלים לגבי מדינות אכיפה ושימור דורשת כי גם אטימת פתחים תיעשה ברשיון, כין שהיא משנה את החיזות המבנה ואפיו. פעולה כזו כפופה לצורך בהיתר בניה. כניסה ברגל גסה לשכונה כפרית, על מנת להגשים מטרה פסולה לעמן יראו וייראו פוגעת לא רק במתגוררים בבית, אלא במרקם השכונתי כולו, שכן הבתים מצויים כולם ברדיוס לא גדול:

"ביצוע הפעולה הנ"ל לארבעה מבנים (ברדיוס של כ- 400 מ"ר) משמעותה שינוי מהותי באופי ובהות של המרקם הקיים, ברמה שכונתית, תוך התעלמות מוחלטת מקווים המנחים לשימור אופי ומורשת הבינה, והטבעת חותמת שאינה תואמת לאופי וזהות השכונה".

יעילות הסנקציה וסבירותה

31. ידוע היטב כי המשיב הפסיק את הפעלת סנקציה זו של ענישה סביבתית באמצעות הריסת בתים בעקבות חוות דעת שניתנה על ידי ועדה צבאית, ועדת שני, אשר בתנה את הסטוריית ההריסות והגיעה למסקנה כי אין בסנקציה זו תועלת של ממש, ואפשר להיפך, יש בה כדי להרחיב את פעולות הטרור.

כבר בעתירה העקרונית נגד הריסת בתים, בג"צ 8091/14 קבע כבוד השופט רובינשטיין בסי' כז' לפסק דינו:

"סבורני כי עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... לטעמי, השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; כך במיוחד שאף בקרב גורמי צה"ל הועלו טענות לעניין זה, וראו למשל מצגת ועדת האלוף שני, שמחד גיסא נאמר בה כי יש תמימות דעים בין גופי המודיעין לגבי תועלתו, ומאידך גיסא נאמר, תחת הכותרת "תובנות מרכזיות", כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק'" (שקופית מספר 20). לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים"

לא קיבלנו כל נתונים לפיהם בחינה כזו אכן נעשתה בזמן האחרון, וכי יש הצדקה לחידוש סנקציה פסולה זו.

ובאותו פסק דין, סעיף 6 לפסק הדין של השופטת חיות:

"6. ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לחוות דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מתודשת לנושא הריסות הבתים" והגיעה בעת ההיא (2005) אל המסקנה שאומצה על-ידי גורמי הביטחון ולפיה יש להפסיק את פעילות הריסת בתי המחבלים לצורך הרתעה כשיטה באזור יהודה ושומרון ולשמרה למצבי קיצון (שקופית 30 למצגת ועדת שני, נספח 1 לעתירה)".

השופטת הנכבדת סברה כי מצבי קיצון אכן התרחשו בפיגוע בישיבת מרכז הרב ובחטיפת 3 הנערים ורציחתם ורצח המתפללים בבית הכנסת. אולם קבעה על אף זאת:

"אך מצבי קיצון אלה אסור שישכחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה. בשבחי הספקות, אשר חשוב שינקרו תמיד גם בלב הצודקים..."

32. דווקא התמורות המשתנות במהירות במצב הבטחוני במדינה, כמו הנתונים החדשים שנזרקו לזירת הסכסוך, מחייבים מחשבה מקצועית מחודשת. לא הנתונים שעמדו בפני וועדת שני כנתונים המצויים כיום בזירה; לא המפה הפוליטית של העולם הערבי דאז כמפתו ומיפויו היום; לא מאזן הכח הפוליטי בישראל של ועדת שני כמאזן הפוליטי כיום לאחר הבחירות האחרונות; לא מעמד הדת והקנאות הדתית ההדדית במועדה כמעמדם והשפעתם בזירה היום; לא התייחסות העולם התיכוני למעשי ישראל בעבר כאיומי ההחרמה והחרמות כיום.

לפני החזרת הריסת הבתים לשימוש שגרתי כפי שהיה בעבר ולא הוכיח עצמו, נדרש כי הצבא יציג הערכה מקצועית עדכנית שלא בוצעה מזה שנים רבות בדבר התועלת או הנזק הנובעים מן השימוש בסנקציה זו.

המשיב, המנסה לסמוך התלטותיו על ציטוטים מציטוטים שונים של פסקי דין בנושא זה, יכבד את הצעתו של כבוד השופט רובינשטיין בעתירה העקרונית דלעיל:

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

דברים אלה נאמרו עוד לפני שאנשים פרטיים, רובם צעירים, שמו נפשם בכפס ויצאו לבצע פיגועים בשטחים הכבושים ובישראל, תוך ידיעה וודאית כמעט כי יחוסלו וכי קרוביהם יפגעו. נראה כי האמצעים שנועדו להרתעה נהפכו על יוצרם ומפיחים מוטיבציה בצעירים אלה. בהעדר אפקטיביות באמצעים אלה, יש לתור אחר פתרונות פוליטיים. זוהי העת.

### אפליה ביישום ענישה והרתעה

33. כבר נאמר בהשגה כי בנוסף לביקורת הנוקבת נגד חוסר ההצדקה או המוסריות בהפעלת הסנקציה הנדונה, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי רצח מזעזע לא פחות של

צעיר פלסטיני חטוף, הלוא הוא מתמד אבו חדיר, התרחש זה לא מכבר, ושלושה אזרחים ישראלים עומדים כיום לדין בגין מעשה זה, לאחר שהודו ושחזרו את המעשה. הם נתפסו חיים ורובם תושבי התנחלויות.

כיום כבר ידוע כי נחשף לפחות אחד מתושבי התנחלויות ועומד לדין בגין רצח בשריפה של משפחת דואבשה בכפר דומא.

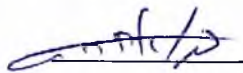
ביתו, כמו בתיים של רוצחי אבו כדיר לא נפגעו.

יש לברך על כך כי סנקציה נקמנית ופסולה זו נחסכה מאזרחי ישראל. אולם אם כלפי אזרחי ישראל לא ננקט צעד אכזרי זה (וחלקם מתגוררים בהתנחלות אדם ואחרת בשטח C בו אין לכאורה מניעה מהפעלת הסנקציה על ידי ישראל כלפי אזרחיה שלה), על אחת כמה וכמה יש להמנע מלנקוט בו נגד תושבי מזרח ירושלים, דוגמת העותרים, המוגנים גם על ידי החוק הבין-לאומי ומעמד רעוע.

אין להשאיר בצריך עיון את השאלה אם עצם האפלייה אינה מהווה מניע ודחף לפיגועים נוספים.

מצ"ב תצהיר לאימות העובדות.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, צו על תנאי וצו החלטי כמבוקש, ולהטיל הוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד על המשיב.



ל.צמל, עו"ד

המוקד להגנת הפרט

ב"כ העותרים

16.2.16