

בג"צ 1633/16

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. דעיס, ת.ז. _____
2. דעיס, ת.ז. _____
3. דעיס, ת.ז. _____
4. דעיס, ת.ז. _____
5. דעיס, ת.ז. _____
6. דעיס, ת.ז. _____ (קטין)
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר

מס' 580-163-517

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

העותרים

- נגד -

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

המשיביםעתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים

זוהי עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיוורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת של בית משפחת העותרים, הממוקם ביטא, חברון, ולחילופין, מדוע לא יסתפק רק באטימת חדרו של _____ דעיס אשר מואשם בפעילות החבלנית שבסיס הצו.

צו ההריסה מיום 23.2.16 מצורף ומסומן נספח א'

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

בקשה בהולה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיוורה למשיבים או מי מטעמו להימנע ממימוש צו החרמה וההריסה אשר נקבע כי יבוצע החל מיום 28.2.16 (ללא ציון שעה), ו/או מכל

פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, ובכלל זה להורות על השהיית צו ההריסה, וזאת עד לסיום ההליכים בעתירה דנן.

בקשה זו מוגשת באופן בהול עקב התנהלות בלתי סבירה מצד המשיבים, כאשר רק ביום 23.2.16 בשעות הערב התקבלה במשרדי ב"כ העותרים החלטה בפקס לפיה הוחלט לדחות את השגתם (שהוגשה ביום 9.2.16) ונכתב כי מימוש הצו לא יחל בטרם יום ראשון, 28.2.16, קרי, ניתנו לעותרים רק 2 ימי עבודה על מתן לפנות לערכאות. ב"כ העותרים פנתה בבקשה דחופה אל המשיבים לעיכוב ביצוע הצו עד יום 3.3.16, לצורך פנייה לערכאות, וטרם ניתן מענה עד כה בבקשה זו.

יודגש כבר כעת, כי התנהלותם של המשיבים סביב קביעת מועד ביצוע הצו חמורה ופוגעת באופן ישיר בזכות הגישה לערכאות של העותרים, שהיא זכות יסוד בשיטת משפטנו, וזאת באמצעות הצבת לוח זמנים בלתי סביר ובלתי אפשרי שמאלץ את העותרים לפעול במהירות ובדחיפות, וכשמדובר בהריסת ביתם היחיד של העותרים. הדבר מחמיר שבעתיים נוכח העובדה שהמשיבים נטלו לעצמם שבועיים על מנת להשיב להשגה, ולעומת זאת אפשרו לעותרים יומיים בלבד לפנות לערכאות.

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

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. העותרים 1-2 הם הוריו של הקטין _____ בדר עבדאללה דעים, ת.ז. _____ (להלן: "_____"), והעותרים 3-6 הם אחיו.
2. העותרת 7, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו ההריסה לדירת העותרים.
4. עניינה של עתירה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של העותרים, בני משפחה, אשר נודע להם לראשונה ביום שישי, 5.2.16 על כוונתם של המשיבים להחרימה ולהרסה. על פי הודעת המשיבים, הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של _____, אשר כפי שנטען בהודעה: "ביצע פיגוע דקירה בתאריך 17/1/2016 במהלכו חדר לישוב עתניאל ודקר למוות את דפנה מאיר ז"ל בפתח ביתה, לנגד עיני ילדיה הקטינים".
5. ככל שהמעשה המיוחס ל _____, ככל שיוכח, קשה ואכזרי, עתירה זו עוסקת בעניינם של העותרים שהינם בני משפחתו אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה. יצוין כי על פי המידע הקיים בידי הח"מ, _____ ממתין כיום לתחילת משפטו, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום ביום 4.2.16. ל.

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

א. הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומנוגדת למושכלות היסוד של שיטתנו המשפטית;

ב. הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן למשפט זכויות האדם הבינלאומי;

ג. הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות ילדים;

ד. לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטה;

ה. ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית עובדתית, בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי ולקיומם של ספקות בדבר מעורבותו של _____ בפיגוע הדקירה;

ו. ההחלטה להרוס את בית העותרים אינה מידתית מכיוון שלא מתקיים קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשמתה - בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ולא ידעת המשפחה אודות כוונותיו של _____ והעדר היכולת לצפות אותן, וכן לנוכח כך שהמשפחה כבר נפגעה באופן חמור בשל ביטול היתרי העבודה של העותר 1.

עיקר העובדות הצריכות לעניין

7. צו ההחרמה וההריסה נשוא העתירה נוגע למבנה קרקע בו מתגוררת המשפחה, העותרים 1 ו-2 שהם זוג ההורים _____ ו-_____, וכן העותרים 3-6, ארבעת ילדיהם, _____ בת ה-21, _____ בן 20, _____ בן 18, ו-____ בן 12. הבית ממוקם ביטא, חברון, והינו מבנה בן 2 קומות, כאשר הילדים ישנים בקומה הראשונה וההורים בקומה השנייה. הבית הינו בבעלות העותר 1, על קרקע בבעלותו, אך אין בידיו מסמכי בעלות, וכן אין לו שטח או בית אחר. ל _____ היה חדר משלו, בקומה התחתונה, בסוף המסדרון מצד שמאל. העותרים 3-5 הם סטודנטים באוניברסיטה, ואילו העותר 6, הבן הצעיר, לומד בבית ספר.

8. ביום 19.1.16 נעצר _____ על ידי כוחות הביטחון, וזאת, כאמור, בגין חשדות בדבר מעורבותו באירוע הדקירה שהתקיים ביום 17.1.16. הקצין שביצע את המעצר אמר לעותר 1 כי הוא מבטיח שבתם ייהרס. בהמשך לכך, ביום 20.1.16 הגיעו גורמים מטעם המשיבים למדידת בית העותרים.

9. _____, המואשם בביצוע פיגוע הדקירה, הינו בן 15 וחצי בלבד, והיה תלמיד בבית ספר עד למעצרו. העותרים 1 ו-2 אינם יודעים האם בנם אכן עשה את המעשים המיוחסים לו, ואם כן, מה גרם לו לעשות זאת. הטענה כי בנם עשה מעשים אלו מפתיעה אותם מאוד. העותרים כלל לא צפו זאת ולא היו כל סימנים מקדימים לכך ש _____ שקל לעשות מעשה זה (אם אכן עשה אותו). העותר 1 מעיד כי לו היה יודע או חושש שבנו שוקל לעשות דבר שכזה, היה פועל כדי למנוע זאת, ואף מסגיר אותו לידי הרשות על מנת למנוע זאת. יצוין, כי על פי הפרסומים בתקשורת, שירות הביטחון הכללי טען כי _____ פעל לאחר שצפה בפרסומי הסתה בטלוויזיה.

10. עד למעצרו של _____, העותר 1 קיבל היתרי כניסה לעבוד בישראל, ועבד בירושלים בבנייה. מאז ש _____ נעצר, הופסקו ההיתרים, ואין לעותר 1 עבודה או כל מקור פרנסה אחר. העותר 1 הינו המפרנס היחיד של המשפחה, שמתקיימת כיום מחסכונות בלבד ואינה יודעת כיצד תפרנס עצמה מעתה.

11. על רקע דברים אלו פנו העותרים 6-1 לעותרת 7 לקבלת ייצוג משפטי, ובהמשך לכך העבירה ב"כ העותרים ביום 20.1.16 הודעה על ייצוג העותרים והבהרה כי ככל שתעלה כוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 לתקנות יש לעשות זאת בכפוף להליך מנהלי ראוי ובתוך כך מתן הזדמנות הוגנת לשימוע והשגה וכן זמן לפניה לערכאות במידת הצורך.

ההודעה על ייצוג שהועברה למשיבים מצורפת ומסומנת **נספח ב'**

12. כאמור לעיל, ביום 4.2.16 הוגש כתב אישום נגד _____ בפני בית המשפט הצבאי יהודה, ועל פי המידע שנמסר לח"מ מבא כוחו של _____ בהליך הפלילי, ההליך הפלילי מצוי בראשיתו, וטרם ניתן אף מענה לכתב האישום.

13. יום לאחר מכן, יום שישי 5.2.16, נשלחה הודעה מטעם המפקד הצבאי בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית העותרים מכוח תקנה 119, ונכתב כי באפשרותם להשיג על כוונה זו עד יום ד', 10.2.16, בשעה 9:00 בבוקר. המשיבים לא ווידאו כי ההודעה התקבלה במשרד הח"מ וכאמור הח"מ קיבלה את ההחלטה רק ביום ראשון, 7.2.16, עת הגיעה למשרד. יוער כי העותרים קיבלו את ההודעה ביום שישי בצהריים במסירה ידנית.

הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את המבנה שהתקבלה ביום 7.2.16 (אשר לה צורף כתב האישום נגד

_____) מצורפת ומסומנת **נספח ג'**

14. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד של העותרים, והשטח עליו בנוי הבית הינו השטח היחיד ברשותם, ואין להם כל חלופות אחרות. מקום בו יוחלט על הריסת המבנה למרות האמור, יוותרו בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם, וזאת בנוסף להעדר פרנסה. כך גם ככל שיוחלט על החרמת השטח, לא יהא לעותרים לאן ללכת.

15. ביום 9.2.16 נשלחה אל המשיב באמצעות דוא"ל ובאמצעות הפקס השגה בהולה כנגד כוונת המשיבים, ובה נטען כי ההחלטה לעשות שימוש בתקנה 119 ולהרוס את דירת העותרים היא פסולה, בשל העובדה שמדובר בפעולה אסורה, המנוגדת לעקרונות יסוד במשפט הישראלי ולמשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינה מקיימת תכלית הרתעתית, נעדרת תשתית ראייתית עובדתית, ושתביא לפגיעה קשה בחפים מפשע, שכבר נפגעו באופן חמור כתוצאה ממעצרו של _____, ואינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין.

ההשגה שהוגשה ביום 9.2.16 מטעם העותרים מצורפת ומסומנת **נספח ד'**

16. ביום ג', 23.2.16, בשעה 20:00 בערב, התקבלה במשרד הח"מ תשובת המשיב, לפיה נדחתה ההשגה. בהודעת הדחייה טענו המשיבים כי מכתב האישום שהוגש "עולה תמונה ברורה של מי שתכנן והתכוון לבצע פיגוע", וכי הדברים נתמכים גם בדבריו של _____ בחקירה מיום 19.1.16, אשר צורפה לתשובת

המשיבים. בהמשך לכך נכתב כי המפקד הצבאי סבור שדי במידע זה כדי לבסס את הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119. כן דחה המשיב את טענות העותרים על כך שהריסת ביתם מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ונימק זאת בכך שמדובר בטענות שנדחו בבית המשפט העליון וכי יש צורך לעשות שימוש בסמכות נוכח נסיבות המקרה והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים, על רקע ההחמרה במצב הביטחוני. עוד צוין כי הריסת הדירה תלווה ע"י מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה וכי מימוש הצו לא יחל בטרם יום ראשון, 28.2.16, מבלי שצוינה שעה.

ההודעה על דחיית ההשגה שנשלחה בערב יום 23.2.16 (אשר צורפה לה הודעתו של _____ במשטרה) מצורפת ומסומנת נספח ה'

17. לאחר שהתקבלה החלטת המשיבים, בבוקר יום 24.2.16 נשלחה למשיבים בקשה דחופה לעיכוב ביצוע צו ההריסה ב-4 ימים, עד ליום 3.3.16, על מנת לאפשר לעותרים זמן מספק לפנייה לערכאות. ב"כ העותרים כתבה כי המועד שקבע המשיב לביצוע הצו מותר בידי העותרים שני ימי עבודה בלבד לכלכל צעדיהם ולפנות לערכאות, לעומת השבועיים שנטלו לעצמם המשיבים לבחינת ההשגה. בהקשר זה ציינה ב"כ העותרים את הערות כב' הנשיאה נאור בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי ואח' (12.11.15), על הצורך שהמשיב יקפיד על לוחות זמנים הוגנים שיאפשרו למי שנפגע מהחלטותיו הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו. ביום 25.2.16 בצהריים התקבלה תשובת המשיבים הדוחה את הבקשה לעיכוב ביצוע.

בקשת ל' העותרים לעיכוב ביצוע הצו מיום 24.2.16 מצורפת ומסומנת נספח ו'

18. מכאן עתירה זו.

הטיעון המשפטי

האיסור על הריסת בתים

19. הריסת בית משפחה מהווה צעד אכזרי ובלתי אנושי, הגורם טראומה קשה למשפחה ומותר אותה חסרת כל, תוך פגיעה בזכות הקניין ובזכות לקורת גג ובמצב של עקירה, העדר קורת גג ותלות מוחלטת בסביבתם.

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

21. יתר על כן. דומה כי אין צורך להכביר במלים על פגיעתה של הריסת בתים בזכויות אדם מוגנות. הריסת בתים פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לקניין. היות שהריסת הבית פוגעת בבני משפחה חפים מפשע, אשר לא היה במעשיהם כדי להביא להריסה, וממילא אין ביכולתם להשפיע על החלטת המשיב, פוגעת ההריסה פגיעה אנושה גם באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו (ר' והשווה עמ"מ 10/94 פלוני נ' שר הביטחון).

22. הריסת בתים אינה חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססת על תקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945, דבר חקיקה מנדטורי. צעד זה מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי המינהגי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסיה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו המשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364).

23. החרמת והריסת בית העותרים מנוגדת לאיסור בדיני הכיבוש על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה הרביעית):

"33. שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורה."
"53. אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

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

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

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

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

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

29. העותרים יפנו בהקשר זה לחוות דעת מומחים שצורפה לבקשה לדיון נוסף, דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15) (להלן: "הבקשה לדיון נוסף"), שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז, המצורפת כאן לנוחות ביהמ"ש הנכבד.

חוות דעת המומחים מצורפת ומסומנת נספח ז'

30. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statue of the International Criminal Court). חוות הדעת מפנה לסעיף 8(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת ג'נבה, בין היתר של סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא קובע כעבירה פלילית: "unlawfully extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly".

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

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). "ובהמשך "עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו" (עמ' 23 לחוות הדעת).

32. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיבים עלולה להיחשב כפשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית. על אף שאין התייחסות ישירה לענישה קולקטיבית כפשע מלחמה באמנת רומא, זו עשויה להיחשב כ-"יחס לא אנושי", פעם נוספת לפי סעיף 8(2)(a)(iv). בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות דעת כי "קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

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

34. לא נעלם מעיני הח"מ כי טענות אלו כבר נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט הנכבד, וכי אף הבקשה לדיון נוסף נדחתה לבסוף, אך יוזכר כי הטענות העקרוניות לעיל, שהועלו גם בבקשה לדיון נוסף

ובעתירות נוספות, לפיהן מדיניות המשיבים בדבר הריסת בתיהם של פלסטינים אשר היו מעורבים בפיוגועי טרור עומדת בניגוד גמור לדין הבינלאומי – **מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד**, ובעת האחרונה מספר שופטים הביעו עמדה לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש. מכאן, שאף שביית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיב בעשרות פסקי דין במהלך תקופה זו, הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות משקל אלו, אשר מן הראוי לדון בהן.

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

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

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

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

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

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

38. כפי שצוין כאמור גם בהחלטת בית המשפט הנכבד בבקשה לדיון נוסף, ישנו יתרון ברור בקיום הדיון העקרוני אודות מדיניות הריסת הבתים בהקשר הפרטני והוא באפשרות לדון לעומק ולרוחב בתוצאותיה

של מדיניות זו, כפי שאלו ניבטות מהמקרה הקונקרטי, תוך התייחסות למגוון הקשיים הטמונים במדיניות זו, ולא רק באופן תיאורטי.

39. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לבני המשפחה, שלא חטאו בדבר, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו אך ורק בכפוף להליך מינהלי ראוי, לרבות הקפדה על ביסוס עובדתי, מתן התרעה והזדמנות הוגנת לטיעון, ועוד (ר' בג"ץ 9353/08 הישאם אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם בנבו, 5.1.2009)).

40. על הפעלת הסמכות לעמוד גם במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359). כפי שייטען להלן, ההחלטה להרוס את בית משפחת העותרים אינה יכולה להיחשב סבירה או מידתית בנסיבות העניין.

העדר תשתית עובדתית מספקת

41. לחלופין, במקרה קונקרטי זה, כאשר _____ נתפס רק יומיים לאחר המעשה, וכאשר ההליך הפלילי הוא רק בתחילתו, הרי שעומדת לו חזקת החפות, ויש ספקות ממשיים בדבר מעורבותו במעשה. זאת בכרט כאשר עניינו בקטין בן 15 וחצי בלבד, שאף אם לכאורה יש בראיות בידי המשיב לבסס את מעורבותו, שעיקרן הודאתו, קיימים סימני שאלה כבדים בנוגע למתן ההודאה, ליסוד הנפשי ולמודעותו לחומרת מעשיו לנוכח גילו הצעיר.

42. במצב דברים זה, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי. שימוש בכלי זה תחת הנסיבות הקיימות, מדגיש ביתר שאת כי אין מדובר אלא בענישה נקמנית ותגובה מופרזת תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית על פי כל קנה מידה שהוא.

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

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

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

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

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

46. לאור האמור, ולחלופין, לכל הפחות יש להימנע בשלב זה מהריסת ביתם של העותרים עד אשר תתברר אשמתו של _____.

47. יובהר, כי הסתמכות המפקד הצבאי על חקירתו של _____ ביום מעצרו אינה במקומה מאותם הטעמים. למעלה מן הצורך ייאמר כי מדובר בראייה יחידה, שעל בסיסה לבדה לא ניתן להרשיע את _____, ומעבר לכך תוכן החקירה והדברים המובאים בה מעוררים שאלות ותהיות שונות, בין היתר סביב וויתורו של _____, קטין בן 15, על ייעוץ עם עורך דין בטרם החלה החקירה, וכן שאלות אודות שמירה על זכויותיו כקטין, כגון יידוע הוריו. כאמור מקומם של שאלות ותהיות אלו להתברר במסגרת ההליך הפלילית, אך האמור מובא כדי להדגיש את הקושי בכך שהמשיבים מסתמכים על אשמתו של _____ כדי להרוס את בית משפחתו, כשזו טרם הוכחה.

פגיעה בחפים מפשע ופגיעה בטובת הקטין

48. כמתואר בחלק העובדתי, בבית המיועד להריסה, מתגוררים כיום העותרים, הוריו של _____ ו-4 ילדיהם, בהם קטין בן 12 ושלושת ילדיהם בגילאים 18-21, ובית זה הוא הבית היחיד העומד לרשותם. מכאן, שהריסת המבנה יוביל בהכרח לסבל רב ומיותר לפרטים חפים מפשע ולפגיעה אנושה בכבוד האדם שלהם, ויותר אותם ללא כל אפשרות לקיים חיים תקינים, חסרי בית וחסרי כל.

49. הפגיעה בבן הקטין מנוגדת למחויבותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):

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

וסעיף 38 לאמנה:

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

...

ד. בהתאם למחויבותן על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי להגן על אוכלוסייה אזרחית במהלך מאבקים מזוינים, ינקטו המדינות החברות כל צעד אפשרי כדי להבטיח הגנה וטיפול לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין".

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

חוסר מידתיות החלטת המשיבים

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

51. 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, פ"ד מו(3) 693 (699))

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

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

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

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

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

למי שאינם נחשדים או מואשמים" (שם, פס' כ"ד, כ"ז; וראו גם פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות).

דברים אלה מהווים "צעד מדוד" נוסף שצעד בית-משפט זה בפסק הדין מושא הבקשה. אכן, השימוש בהריסת בתים נועד להגשים את תכליתו, במקרים שבהם התועלת הגלומה בו עולה על הנזק שהוא גורם. **יש אפוא לבחון כל עת אם אכן – הן בכלל, הן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – הריסת הבית היא מידתית.** החלטתי זו ניתנת בד בבד עם פרסום פסק-הדין העוסק בעתירות קונקרטיות ולא תיאורטיות (בג"ץ 7040/15, 7076/15, 7077/15, 7079/15, 7081/15, 7082/15, 7084/15, 7085/15, 7087/15, 7092/15, 7180/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015)) אשר בהן ניתן ביטוי קונקרטי שונה לגבי אפקטיביות ההרתעה במקרים ספציפיים." (שם, פס' 6) [ההדגשות אינן במקור]

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

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

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

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

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

56. במשטר המכבד זכויות יסוד ומגן על כבוד האדם, אין מפעילים את תקנה 119 אלא אם כולו כל הקיצים. הא ראייה, שתקנה 119 אינה מופעלת בישראל כנגד משפחותיהם של מפגעים אזרחי ישראל, כגון הפיגוע ברחוב דיזינגוף בתל אביב בו נהרגו שני אזרחים, למרות ההסלמה שאנו עדים לה באלימות משני הצדדים, כנגד אזרחי ישראל הערבים והיהודים ופשעים על רקע לאומני.

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

58. הותרת משפחה של זוג הורים ו-4 ילדים, בגילאים 21-12, ללא קורת גג, בגין מעשיו הנטענים של קטין בן 15 וחצי, לא יכולה להיחשב סבירה. זאת, כאשר המשפחה חפה מפשע ולא היתה לה כל מעורבות במעשיו לכאורה של _____, ואף לא היו לכך כל סימנים מקדימים, וכאשר העותר 1 מעיד שהיה פועל להניע את _____ ממעשים אלו לו צפה כי יפעל כך. דברים אלו נתמכים בחקירתו של _____ מיום 19.1.16, שצורפה לתשובת המשיבים להשגה, שם נאמר על ידו מפורשות: **"כאשר יצאתי מהבית לכיוון עתניאל לא ראה אותי אף אחד וכמו כן לא שיתפתי אף אחד בכוונתי לבצע את הפיגוע ... לא סיפרתי למשפחתי או למישהו אחר שביצעתי את הפיגוע והלכתי לישון ולא יצאתי מביתי עד שעצרו אותי"** (שורות 36-37, 61 לחקירה). קרי העותרים לא ידעו ולא היה להם כל מושג ש _____ לכאורה עומד לבצע מעשה חריג.

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

ראו דיווחים בתקשורת בכתובת האינטרנט להלן:

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

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

60. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת בתם של העותרים הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת בתה אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו על ביצוע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונות פיגועים של בני משפחה. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע מעשים דומים.

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

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

... שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה באשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה 119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בבן משפחה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית של הוריו ואחיו בעלי המשפחות, ולמרות שבני המשפחה, בעלי הבית, לא היו מעורבים במעשהו של המפגע, שנהרג במהלך הפיגוע, ואינם נושאים באשם למעשיו. קושי זה הוא כאמור מעבר לשאלות העקרוניות הכלליות בנוגע לעצם חוקיות הפעלתה של תקנה 119, ולו אבקש לייחד את דבריי הבאים.

פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. **אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע.**" (פסקאות 5-7 לפסק דינו) (הדגשים הוספו)

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

אטימת חדרו של _____ בלבד. וכך, בהמשך דבריו של כב' השופט מזוז בעניין אבו ג' מל:

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

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

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

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

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

63. נוסף על זאת, העותרים כבר נענשו מספיק בשל מעשיו לכאורה של _____, כאשר נשללו מהעותר 1 היתרי העבודה בישראל, ובכך בבת אחת נגדעה פרנסתו, והותירה משפחה של 6 נפשות ללא כל הכנסה. הפיכת המשפחה לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל גם מטעם זה.

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – הצורך בנתונים אמפיריים

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

65. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם. ואולם, לא רק שאין כל ראיה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה.

66. "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני, שמינה הרמטכ"ל בשנת 2004 בחן, בין השאר, את הסוגיה של הריסת בתים למטרות הרתעה. תובנות המסקנות וההמלצות של הצוות הוצגו במצגת בפני פורום המטכ"ל בראשית שנת 2005. המלצת הצוות היתה הפסקת הריסת בתי מחבלים לצורך הרתעה, לאור העובדה שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן. בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצות צוות שני, והחליט על הפסקת השימוש בסמכות לפי תקנה 119, כיון שההרתעה לא הוכחה כאפקטיבית ונזקן של ההריסות עלה על תועלתן.

העתק מצגת ממוחשבת של עיקרי דו"ח שני שנמסר למוקד להגנת הפרט זמין באתר המוקד, בכתובת:

<http://www.hamoked.org.il/items/110467.pdf>

67. אכן, גם ההיגיון הבריא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. תחושה והכרה זו עלולה להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים ולהנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיבים לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

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

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

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

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

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית."

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

71. ואכן, הדברים התקבלו על דעתו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ **המוקד להגנת הפרט**, שם נקבע בהקשר לענייננו, כי:

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

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

"ולסיום אציין כי אני רואה חשיבות רבה בהערתו של חברי השופט רובינשטיין בדבר הצורך לקיים בעתיד מעת לעת וככל הניתן מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הריסת הבתים ותועלתו (פסקה כ"ז לתווך דעתו). בהקשר זה לא למותר לציין כי גם בעבר נבחן הדבר על ידי ועדת שני שאותה הזכיר חברי, אשר עסקה "בחשיבה מחודשת 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 למעבדי קיצוץ. ... אך מצבי קיצוץ 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"

73. לאור זאת, ובפרט לאחר שמדיניות הריסת הבתים חודשה כבר לפני יותר משנה, היה על המשיבים לבצע מחקר כאמור באופן מידי ולא להמשיך במדיניות הריסת הבתים שאינה מבוססת על בדיקה עובדתית ראויה לבחינת תוצאותיה. זאת בעיקר לאור העובדה הגלויה לעין כל, כי **גל הטרור שמדינת ישראל חווה בעת האחרונה פרץ למרות שהמשיבים חידשו כאמור את הריסת הבתים לפני למעלה משנה**. מסתבר, כי ההריסות שבוצעו בשנה האחרונה לא הרגיעו את המפגעים הנוכחיים, ולא הביאו להרתעה לה מקווים המשיבים, ואולי המשיבים מבקשים אך להרגיע את דרישות הנקמה העולות בציבור.

74. על כן, במסגרת ההשגה, העותרים דרשו מהמשיבים שלא לבצע את הריסת בית העותרים (או כל בית נוסף) בטרם תיערך בדיקה כאמור כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד ויוצגו תוצאותיה. במענה לכך, השיבו המשיבים בסעיף 12 לתשובתם להשגה כי: "שאלת ההרתעה והצורך לבחון את הדברים מחדש מעת לעת, עלו גם הם בפסקי הדין מהתקופה האחרונה ותמצית נציין, כי בית המשפט העליון השתכנע לאחר שעייין בנתונים שהוצגו במעמד צד אחד, כמוזכר בפנייתך, שקיימת תועלת הרתעתית כתוצאה מהריסת בתי מפגעים וכי ניתן להפעיל סמכות זו אף כנגד בני משפחה כל עוד הסמכות מופעלת בסבירות ובמידתיות".

75. תשובה זו אינה מספקת, ואף מעלה תמיהה, שכן כיצד יתכן שנתונים אשר צריכים להעיד על אפקטיביות ההרתעה בפועל עשויים להיות חסויים. האם המשיבים טוענים שההשפעה של הריסות בתים מתבטאת במחשכים?

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

77. על אחת כמה וכמה שהדבר נכון עת חלק נכבד מהפיגועים בעת האחרונה מבוצעים על ידי קטינים, כפי שנטען לגבי _____. כפי שנקבע בפסיקה, לא אחת התנהגותם של קטינים הינה לא אחראית, פזיזה ולא בוגרת, מושפעת מאוד מלחץ חברתי, מאופיינת בהעדר הפעלת שיקול דעת וקושי בשליטה על יצרים, ואינה מושפעת מאותם רציונלים כמו בגירים (ראו ע"פ 5048/09 פלוני נגד מדינת ישראל (מיום 14.2.10), ופסיקה רבה נוספת בתחום זה).

78. על פי נתונים שפרסם השב"כ ביום 15.2.16, מתוך 228 הפיגועים וניסיונות הפיגוע שאירעו מאז חודש אוקטובר האחרון, ב-10% מהמקרים מבצעי הפיגועים היו קטינים, קרי בני עד 16 על פי הגדרת השב"כ, ו-37% מצויים בטווח הגילאים שבין 16-20. כך, שיעור מבצעי הפיגועים בני פחות מ-20 שנה הוא כמעט ממצית מבצעי הפיגועים (המסמך "מאפייני המפגעים בין התאריכים 10.2.16-1.10.15" זמין בכתובת האינטרנט:

<https://www.shabak.gov.il/publications/updates/Pages/%D7%9E%D7%90%D7%A4%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%94%D7%9E%D7%A4%D7%92%D7%A2%D7%99%D7%9D%D7%91%D7%99%D7%9F%D7%94%D7%AA%D7%90%D7%A8%D7%99%D7%9B%D7%99%D7%9D11015-10216.aspx>.

(והדברים שנכתבו לעיל בנוגע לקטינים וחוסר אפקטיביות ההרתעה לגביהם חלים בעיקרם גם לגבי קבוצת ה"בגירים צעירים", המהווים למעשה חלק ניכר ממבצעי הפיגועים, כעולה מהנתונים לעיל, לאור הנטייה בגילאים אלו לקחת סיכונים ולפעול בקלות דעת ובפזיזות בדומה לקטינים (ראו ע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.13) וכן פסקי הדין בע"פ 452/14 דבוש נגד מדינת ישראל (מיום 3.4.14) וע"פ 2357/13 רוש נ' מדינת ישראל (מיום 6.10.13)).

79. קרי, מחצית מכמות מבצעי הפיגועים מאז אוקטובר האחרון הינם קטינים ובגירים צעירים שהתנהגותם מאופיינת לרוב בקלות דעת והשפעה רבה מלחץ חברתי וגורמים סביבתיים. משכך, כלל לא ברור האם אכן יש ל"איום" בדבר הריסת בית משפחותיהם הרתעה על מעשיהם של קטינים ושל בגירים-צעירים המבצעים פיגועים אלו, וראוי כי מחקר בנושא יכלול התייחסות גם להיבט זה.

80. בהמשך לכך יש לזכור כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. שימוש בכלים אלה, מגביר את העוינות והשנאה ומחזק את התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה זו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראוים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידכם לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

81. דברים אלו עולים מפורשות במקרה דנן, על פי הפרסומים בתקשורת וכפי שעולה מחקירתו של _____ מיום 19.1.16, לכאורה פעל בשל הדיווחים אודות כך שמדינת ישראל הרגה פלסטינים צעירים שניסו לבצע או שביצעו פיגועים. תגובה כזו מעידה על הסכנה החמורה בתגובת נגד לאמצעים שנועדו לכאורה להרתיע.

82. יודגש כי בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם לעותרים, אין די בכך שצעד כה אכזרי עשוי להביא להרתעת מפגעים פוטנציאליים. הנזק הוא וודאי וקשה, ונדרשת תועלת ברמת וודאות גבוהה במיוחד על מנת להצדיקו. לאור דברי בית המשפט הנכבד, ולנוכח העובדה שהערכת "אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה" לא בוצעה מזה שנים רבות, הרי שהריסת בית העותרים ללא שקיימים נתונים **ממשיים** שיצביעו על התועלת מכך, אלא המציאות דווקא מעידה ההיפך, לא יכולה להיחשב סבירה.

הקושי בתכלית הרתעתית כללית

83. בנסיבות אלה, הרי שיש מקום להתייחס להערות בית המשפט הנכבד בהקשרים אחרים, בהם עמד על הקושי והבעייתיות בהסדרים אשר פוגעים בזכויות אדם למען **תכלית הרתעתית כללית**. כפי שהתייחסו

לכך עמיחי ומימרן במאמרם, יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ארבל, בפסקה 86 לפסק דינה בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.13), ביחס לכליאת מבקשי מקלט לצורך הרתעת מסתננים פוטנציאליים:

"הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421). "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות גלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).

וראו גם בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374

84. בפסיקה הודגש כי הקושי בתכלית ההרתעתית גובר אימת שהיא ניצבת כתכלית היחידה להוראת החוק, כפי שציינה כב' הנשיאה נאור בפסק הדין בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.14): "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" (שם, פס' 2 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור). כב' הנשיאה נאור חזרה על הדברים בפסק הדין שניתן לאחרונה ממש בבג"ץ 8665/14 דסטה ואח' נ' הכנסת, שר הפנים ואח' (פורסם בנבו, 11.8.15), בפסקה 35 לפסק דינה, וכך גם כב' השופט פוגלמן שכתב כי:

"הפעם נדרשת, להשקפתי, הכרעה מפורשת בשאלת עמידתה של תכלית זו במבחן התכלית הראויה. לדעתי, למעט בנסיבות חריגות במיוחד לסתור – ונסיבות מסוג זה אינן בנמצא – תכלית זו אינה ראויה. [...] לטעמי תכלית זו אינה יכולה לעמוד על רגליה-שלה, וכתכלית בעלת קיום עצמאי – היא פסולה." (פס' 21 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

85. דברים אלו יפים גם לעניינו. כפי שבהקשר למדיניות ענישה דחה בית המשפט הנכבד מדיניות המבכרת הרתעה כללית או שיקולי מדיניות על פני התייחסות לאדם הספציפי שעניינו נדון, כך גם בהקשר שלנו (אף אם התכלית אינה ענישתית) לא ניתן להתיר אמצעי שעניינו תכלית כללית כאשר תוצאות המעשים הינם פגיעה בעותרים שהינם חפים מפשע ונטולי כל קשר למעשיו של _____ או של מפגעים אחרים. כך, כדברי כב' השופט דנציגר ברע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל (5.5.09):

"התגייסותם של בתי המשפט למאבק באיום הביטחוני תוך השתת עונשים מרתיעים צריכה להיעשות אך ורק על פי עקרונות משפטיים מושרשים ובהם עקרון הענישה האינדיווידואלית... " (פסקה 7).

86. חיזוק לעמדה לפיה לא ניתן לתת בכורה לעיקרון ההרתעה הכללית ניתן למצוא גם במיקומו "ההיררכי" הנמוך יחסית שניתן לשיקול "הרתעת הרבים" לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין (ראו ע"פ 1765/13 עבדאללה נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.7.2014);

עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 5, 8 (2012).

87. אף אם בית המשפט הנכבד התיר בהקשר של הריסות בתים פגיעה בחפים מפשע, הדבר תמיד נעשה בהקשר ישיר לפעולות בני משפחותיהם. מקום שקשר זה נחלש משמעותית, אזי הפגיעה בחפים מפשע מתעצמת ובוודאי חוצה את רף אי החוקיות.

העדר יחס ראוי בין התועלת מהריסת בית העותרים לנזק שיגרם להם

88. במקרה זה, לא ניתן לראות בהריסת דירת העותרים אמצעי מידתי, לאחר שכבר הוגש כנגד _____ כתב אישום ועניינו עומד בפני בית המשפט הצבאי, שכן ככל שימצא אשם במעשים המיוחסים לו הרי שניתן יהיה להטיל עליו ענישה חמורה ביותר.

89. למרות קביעתו של בית המשפט הנכבד, לפיה לא תמיד יהיה בעונש שיוטל בהליך הפלילי בהקשרים מסוג אלה בכדי להוות הרתעה מספקת וכי אין בהליך הפלילי כדי למנוע שימוש בתקנה 119, **הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו**. זאת, בפרט כאשר עניינו בנאשם שהוא קטין כה צעיר.

90. שימוש באמצעי נוסף של הריסת דירת בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני ובלתי הפיך, וזאת טרם כלל התחיל משפטו של _____, מדגיש ביתר שאת את טיב העונש ומטרתו, ומציגו כתגובה מופרזת ונקמנית תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינו יכול להיחשב מידתי בנסיבות העניין.

לסיכום

91. דווקא בימים של החרפה במצב הביטחוני הגובה מחיר יקר בנפש הן בקרב אזרחי ישראל והן בקרב אזרחים פלסטינים, יש להקפיד הקפדה יתרה על הפעלת שיקול דעת מפוכח, מתון ומחושב וזאת תוך מתן הגנה רחבה, ככל הניתן, לשלומם ולזכויותיהם של אזרחים בלתי מעורבים. **הברירה, להישאר בלתי מעורבים ולא להיפגע, חייבת להישאר ברירה של ממש עבור האוכלוסייה הפלסטינית, ואילו המשיבים, בהוציאם צו זה לנכס שכור, מבקשים הכלה למעשה לבטלה**. כדברי הנשיא (כתארו אז) ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491:

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

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

"ואותו עיקרון יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו וישיא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: 'הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישיא בעוון האב ואב לא ישיא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה' (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת משה: 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבו כי אם איש בחטאו יומת' (מלכים ב', יד, ו). ... מאז קום המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה". (עמ' 5-654)

93. הריסת בתים הינה אמצעי אכזרי ובלתי הפיך, אשר יעילותו מוטלת בספק, כפי שהמציאות בחודשים האחרונים מעידה. בנסיבות העניין, לא ניתן לראות שימוש באמצעי כה פוגעני כמידתי. זאת, בפרט בנסיבות עניינם של העותרים. בדומה, נראה שלא להתרעה מכוון אמצעי זה אלא לריצוי דעת הקהל בישראל התובעת נקם.

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

95. יצוין כי עקב הדחיפות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים, נתמכת עתירה זו בתצהירה של גב' ג'יהאן כחיל, שעמדה בקשר טלפוני עם העותר 1.

היום, 28.2.16

מיכל פומרנץ, עו"ד

ב"כ העותרים

רחלי חפץ, עו"ד