

אנדרה רוזנטל | עורך דין

23/11/2014

לכבוד

מפקד פיקוד העורף

באמצעות פקסימיליה: 08-978349, טלפון: 08-9783777

א.נ.,

הנדון: השגה: כוונת המדינה להרוס את הבית בו התגורר ע עאבד עלי ג'מיל

1. אני מייצג את משפחת אבו ג'מל מטעם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ומטעם Addameer – Prisoner Support and Human Rights Association. רצ"ב העתק של ייפוי הכוח.
2. השימוש בתקנה 119 לתקש"ח (1945) הינה פעולה של נקמה. היא תגובה פוליטית למצב קיים מזה עשרות שנים – עוד מלפני קום המדינה. שימוש בתקנה 119 פוגעה בחפים מפשע אשר אשמתם לא הוכחה והקשר היחיד והקובע בין המפגע ובין משפחת אבו ג'מל הינו קשר דם. אין בידיך כל ראיה שבן משפחה כלשהו ידע על כוונתיו של המפגע וכי לא פעל כדי למנוע את ביצוע הפיגוע. הדבר פסול מבחינה משפטית – ענישה ללא משפט בשל דבר שלא בוצע על ידי הנענש. כפי שנקבע ע"י בית משפט העליון ב בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מו (3) 693, בעמ' 706 מול האות א':
"ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר ציווה ה' לאמור לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת)". (מלכים יד, ה-ו).
3. א. הטענה כי אין המדובר ב"ענישה" הינה הכחשה מצידה של המדינה. אין ספק שבני משפחתו של המפגע נענשים במידה והכוונה להרוס את הבית בקומת הקרקע יוצאת לפועל.
ב. תקנה 119 מופיעה, במקור, בעמ' 50 תחת הכותרת Part XII.- Miscellaneous Penal Provisions; ובעברית, חלק י"ב – הוראות-ענישה שונות.
ג. אין ביכולתה של המדינה להעניש מפגע שמת. במקום זאת נטען כי בני משפחתו ייענשו וזאת, על פי הטענה, שהדבר נועד לצורכי הרתעה. לא ניתן להרתיע את המבצע, שמת.

4. "אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם." בג"צ 4597/14 עואודה ואח' נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, סעיף 17 לפסק הדין.
- אין כל אמצעי אשר יכול למדוד האם המפגע, בעל לאשה ואב לשלושה ילדים, שקל בכלל את האפשרות שביתו ייהרס כתוצאה ממעשיו, עובר ליציאתו לביצוע הפיגוע. סביר להניח שהוא לקח בחשבון את העובדה שהוא לא ישוב לביתו בתום הפיגוע. כלומר, הידיעה שהמדינה הורסת בתים של מפגעים, גם בירושלים, הייתה ידועה לו. ראה: בג"צ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, אשר בוודאי היה ידוע לו כבן הכפר בו נאטם בית משפחת אבו דהים. כתימוכין למעמד המכריע של גורם ה"הרתעה" לא הוגשה אף פעם הוכחה כלשהי בדיונים בעשרות (אם לא במאות) התיקים אשר דנו בנושא. אין לשכוח כי המדובר באמצעי עתיק ימים. האמצעי, השימוש בתקנה 119 ע"י הבריטים אשר החל מ-1937, לא הוכיח את עצמו ובסופו של דבר הבריטים עזבו את פלסטינה. אולי גם בגלל השימוש בתקנה 119 נגד האוכלוסייה המקומית.
5. עובדה עגומה היא שלמרות קיומה של מדיניות הריסת בתים עתיקת ימים, מפגעים אינם נרתעים מביצוע פיגועים. הטענה הלא מבוססת שיתכן וגורם ההרתעה יכול, אולי, להרתיע מפגע פוטנציאלי, הנימוק של בית משפט העליון בדחיית העתירה שהוגשה במסגרת בג"צ 6288/03 סעאדה ואח' נ' אלול פיקוד העורף לא הוכיח את עצמו במקרה דנן.
- המדובר בהשערה של מערכת הבטחון, אשר מעצם טיבה דוגלת באמצעים כוחניים כדי להשיג את מטרותיו.
6. העובדה שהרמטכ"ל, היום שר הבטחון, אימץ המלצות הוועדה אשר הוקמה בעקבות הערות שופטי בית משפט העליון בדיונים שקדמו לשינוי המדיניות של הריסת בתים בבג"צ 7733/04 מחמוד עלי נאסר והמוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית מוסברת בעלייה במספר הפיגועים. אבל גם בעבר, כאשר נעשה שימוש נרחב של תקנה 119 ע"י המדינה היו עליות חדות בפיגועים. המלצות הוועדה פורסמו בזמנו באופן חלקי בתקשורת וזכו להתייחסות של מי שהיה גם שופט בית משפט המחוזי בתל-אביב-יפו, אבל גם, בין היתר, נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ברמאללה והפרקליט הצבאי הראשי.
- "לא למותר לציין – כפי שקבעה גם הוועדה – כי בשום מקרה לא הוכח שהריסת הבתים הביאה להפסקת מעשי טרור, או להפחתתם בצורה משמעותית כלשהי, ואולי אף להיפך. נמצא, כי גם גורם ההרתעה לא צלח כאן."
- "מעבר לשיקולי ביטחון", מאת אמנון סטרשנוב, "הארץ", 21.2.05.

בין היתר, קבעה הוועדה כי השימוש בתקנה 119 מגביר את השנאה, מעמיק את קווי הסכסוך ומדרבן ביצוע פיגוע נקם נוסף.

הסיבה היחידה שנעשה שימוש מחודש בתקנה 119 הינו חוסר האונים של מדינת ישראל בפני התרבות הפיגועים בירושלים והצורך בלנקוט בצעד פומבי, הפגנתי, מתקשר ומצולם, לעיני האומה והקהילה הבינלאומית. נקמה.

7. א. בהפעלת הסמכות הנתונה בתקנה 119 אין כל התייחסות להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, כפי שצוטט בדנ"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4), 485 נקבע כלהלן:

"עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך תושג הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשנויות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול דעת מינהלי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה, צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד".

ב. לאור הפסיקה הנ"ל, אנו טוענים כי אין לתקנה 119 כל תכלית ראויה. תכליתה אחת ויחידה: נקמה, ואגב כך, ענישת בני המשפחה. במקרה דנן, הפעלת תקנה 119 מבוססת על שיקולים זרים, שיקולים פוליטיים. המדובר בעונש קולטיבי נגד בני משפחה חפים מפשע.

ג. הפעלת תקנה 119 אינו מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: "לא יומתו אבות על בנים", כלומר אבי אינו אחראי למעשי, כל עוד אני מדת משה.

ד. בבג"צ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בית משפט העליון קבע כי הרתעת הרבים אינה תכלית ראויה, כאשר מדובר בתיחום בני משפחה. שם נקבע כלהלן: "27. האם רשאי המפקד הצבאי, שעה שהוא מחליט על תיחום מקום המגורים, לשקול שיקולים שעניינם הרתעת הרבים? כפי שכבר ראינו, ביסוד האמצעי של תיחום מקום המגורים עומד הסיכון הנובע מהאדם עצמו אם מגוריו לא יתוחמו, והרתעתו שלו עצמו בדרך של תיחום מקום מגוריו. המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד."

גם בעניין תקנה 119, הרתעת הרבים, אינה תכלית ראויה.

- בית משפט העליון קבע כי התכלית של הרתעת הרבים אינה מספקת כדי לאפשר תיחום מקום מגורים של בן משפחה של מפגע ששיתף פעולה עמו בעת ביצוע הפיגוע, לא ניתן לטעון כי הרתעת הרבים תוכל לשמש תכלית ראויה לשימוש בתקנה 119.
8. א. אופן הפעלת הסמכות במקרה דנן אינה מאפשרת לשר הבטחון לעשות שימוש, בעתיד, בסמכות המוענקת לו על פי תקנה 119. דהיינו:
- ”מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הביטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ...”
- הכוונה היא להרוס את כל הית ובכך להעניש הוריו וששת אחיו. בבית משפחת אבו ג'מל 4 חדרים, מטבח ושרותים. המפגע היה משתמש בחדר אחד.
9. ברור כי אין לשריד זה מתקופת המנדט מקום בספר החוקים במדינה יהודית ודמוקרטית. השימוש בתקנה 119 פוגע בחפים מפשע. קשר הדם הוא “אשהתם” היחידה.
10. אנו מפנים לדעת מיעוט בבג”צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מו(3), 693 בעמ' 705 ואילך:
- ”דברי חוק שהורותם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות-היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות-היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שיתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים. ראה והשווה, למשל: בג”צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ”ד מב (4) 617, 625 ואילך (מפי השופט ברק).
- כך היה מאז קם המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי “אין פוגעים בקניינו של אדם” (סע' 3 לחוק) וכי “אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש” (סע' 8 לחוק).
11. השימוש בתקנה 119 במסווה של “הרתעה” הנה פיקציה, הכחשה מוחלטת של המציאות במדינת ישראל.
- הסיבה המרכזית להפעלת תקנה 119 הינה נקמה ואמונה עיוורת שהפגנת כוח אכזרי נגד מגזר מסויים בתוך מדינת ישראל תביא לכניעתו. הפעלת תקנה 119 מתעלמת מכל נורמה משפטית מקובלת ב”עולם הנאור” כי למדינת היהודים, “אור לגויים”, מערכת ערכית משלה.

12. מעמדם של ערכים אוניברסאליים בדין הבינלאומי, עונש קולקטיבי, פגיעה ברכוש הפרט, ענישה של האחר בשל אי יכולתה של המדינה להענישאת המבצע המת עושה פלסטר מנורמות בינלאומיות מקובלות.

א. מעמדו של הדין הבינלאומי המנהגי במערכת המשפט הפנימית של ישראל הוכר ע"י הפסיקה כמקור לקביעה שיש לפסול את השימוש בעינויים נגד נחקרים. כפי שנקבע ע"י בית המשפט העליון בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיוניים נ' מ"י, פ"ד נג(4) 817, בעמ' 836:

"כבוד האדם הוא גם כבודו של האדם הנתון לחקירה (השוו: בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר [15], בעמ' 298; ענ"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [16]). מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment). (ראו: M.D. Evans, R. Morgan *Preventing Torture* [43], at p. 61; N.S. Rodley *The Treatment of Prisoners under International Law* [44], at p. 63). איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה."

ב. בית משפט העליון פסק שיש לקחת בחשבון את הכלים שבדין הבינלאומי המנהגי במסגרת ד"נ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721 עת שנספק כלהלן, בעמ' 43-742:

20. "שנית, החזקתם של בני-אדם כ"בני ערובה" – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני-אדם כ"קלפי מיקוח" – אסורה היא על-פי המשפט הבין-לאומי (ראו: סעיף 1 לאמנה הבין-לאומית נגד לקיחת בני ערובה (International Convention against the Taking of Hostages, 1979 [51]); סעיף 34 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). אכן, מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבין-לאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבין-לאומי ולא לעמוד בסתירה להן (ראו ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה [19]). ישנה "חזקת התאמה" בין המשפט הבין-לאומי הפומבי ובין החוק המקומי (ראו: בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר [20], בעמ' 966; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה [21]; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין [22] וכן א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה [36],

בעמ' 576). החלטה של חזקה זו בנסיבות המקרה מחזקת את המגמה העולה מן הפנייה לתכלית האובייקטיבית של החוק.

ג. בבג"צ 794/98 עובייד נ' שר הבטחון, פ"ד נח(5) 774, עת שבית המשפט העליון קבע כי לעותר זכות לביקורים ע"י הצלב האדום, נקבע, בעמ' 769, כלהלן:

"... מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו (השוו [בג"צ 320/80](#) קוואסמה נ' שר הבטחון [2], בעמ' 132). מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו. יפים לכאן דברים שנאמרו במקום אחר:

"מודעים אנו לכך כי פסק־דינו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" ([בג"צ 5100/94](#) הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל [3], בעמ' 845).

ד. בבג"צ 4112/99 עדאללה מרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, עת שבית המשפט העליון קבע כי הכיתוב בשלטי העיר תל-אביב-יפו אינו חוקי וכי כל שלט חדש יכתב בעברית וערבית. באשר לשלטים הקיימים, ניתן למשיבה פרק זמן של שנתיים כדי לתקנם. וכך נקבע, בעמ' 414, בהתייחסות לדין הבינלאומי:

17. "השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת. היא ביטוי לפלורליזם חברתי (ראו: D.F. Marshall, R.D. Gonzalez "Why We Should Be Concerned About Language Rights: Rights as Human Rights from an Ecological Perspective" [69]). מכאן הגישה כי למיעוט עומדת הזכות לחופש הלשון (ראו:

Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (No. 47/135, 18.12.1992, Art. 1(1)); Framework Convention for the Protection of National Minorities (Council of Europe, No. 157, 1.2.1995, Art. 14); European Charter for Regional or Minority Languages (1992); ראו ;(M. Tabory "Language Rights as Human Rights" [70]: עוד בהרחבה).

ה. בבג"צ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1, ציטט בית משפט העליון פסיקה בינלאומית והפנה לאמנות בינלאומיות כבסיס לפסק דינו. וכך נקבע, בעמ' 22 ואילך:

17". השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן, השפה משקפת תרבות ומסורת. היא ביטוי לפלורליזם חברתי (ראו: D.F. Marshall, R.D. Gonzalez "Why We Should Be Concerned About Language Rights: Rights as Human Rights from an Ecological Perspective" [69]). מכאן הגישה כי למיעוט עומדת הזכות לחופש הלשון (ראו: Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (No. 47/135, 18.12.1992, Art. 1(1)); Framework Convention for the Protection of National Minorities (Council of Europe, No. 157, 1.2.1995, Art. 14); European Charter for Regional or Minority Languages (1992); ראו עוד בהרחבה: M. Tabory "Language Rights as Human Rights" [70]).

ו. בבג"צ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, בית משפט העליון הפנה לאמנות בינלאומיות כבסיס למתן פסק דינו. וכך נקבע, בעמ' 213:

"בגדר אמצעים בסיסיים הנדרשים לרווחת הפרט נכללה זכות האדם לחינוך. זכות זו עוגנה בהצהרה האוניברסלית על זכויות האדם [22] של האו"ם מ-1948, הקובעת בסעיף 26 את זכותו של כל אדם לחינוך ומורה כי חינוך ינתן חינם, ובבחירת חובה, לפחות בשלבים הראשונים והיסודיים, כי החינוך הטכני והמקצועי יהיה מצוי לכול, החינוך הגבוה יהיה פתוח לכול במידה שווה על יסוד כישרון ויכולת וכי מטרות החינוך יכוונו לפיתוח מלא של אישיות האדם, לטיפוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות יסוד ולהגברת ההבנה, הסובלנות והידידות בין כל העמים והקבוצות הדתיות והאתניות. מאז

אמנה זו נחתמו לאורך השנים אמנות שונות נוספות אשר עיגנו במסגרתן את זכות האדם לחינוך: אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מ-1966 (סעיף 13); האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד [23] מ-1952 (סעיף 2 לפרוטוקול מס' 1) וכן סעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד מ-1990. זכויות תרבותיות, ובתוכן הזכות לחינוך, הוכרו על-ידי המשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי כקטגוריה הנכללת בין זכויות האדם (18) "Cultural Rights" Y. Dinstein. "לאור כל האמור לעיל, יש לקבל את ההשגה ולחדול מעשיית שימוש בתקנה 119.

בכבוד רב,

אנדרה רוזנטל | עורך דין