

בבית המשפט העליון בשכתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. בעניין: עסאף, ת"ז

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל – מספר רישיון 11864

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148, נייד 050-5910847 העותרים

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיב

ע"י פרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל צו החרמה והריסה שנחתם ביום 23.2.2016 ומופנה נגד הדירה שבקומה הראשונה, זו שמעל לקומת הקרקע שבה המחסנים, במבנה בן חמש קומות במחנה הפליטים קלנדיה; לחילופין, יתבקש המשיב ליתן טעם מדוע לא יצמצם את היקפו של הצו ויסתפק באיטום חלקי;

כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב או למי מטעמו שלא יפגע בדרך כלשהי בדירה נשואת הצו עד לסיום ההליכים בעתירה זו.
צו ההריסה ייכנס לתוקפו בסוף יום 28.2.2016. העתק מהצו רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. העותר מס' 1, מר עסאף, הינו אביו של עסאף אשר ביצע, ככל הנראה, דקירה ביום 23.12.2015 בשער יפו, ירושלים. כתוצאה מהדקירה נפטר הפצוע. עיסא עסאף נורה למוות סמוך לקרות האירוע. כוחות הביטחון הרגו אזרח אחר ופצעו שנים נוספים. עסאף התגורר בדירה בה מתגוררים הוריו, אחיו ואחיותיו. העותר 1 לא ידע דבר על תכניותיו של בנו עוכר לביצוע הדקירה ביום 23.12.2015.

ב. דירת משפחת עסאף נמצאת בכניין בן חמש קומות במחנה פליטים קלנדיה. בצד הצפוני של הכניין, מצוי בניין בן חמש קומות נוסף, שנבנה בקו 0 עם הכניין נשוא העתירה. בצדו המזרחי של הכניין נשוא העתירה קיימים עוד שני בניינים, האחד בן ארבע קומות, והאחר בן חמש קומות. ארבעת הכניינים אלה בנויים כגוש אחד, בצמידות זה לזה.

בצד המערבי של הכניין, במרחק של פחות ממטר אחד, מצוי בניין נוסף, בן שלוש קומות. בצדו הדרומי של הכניין, מצוי בניין בן חמש קומות במרחק של כשלושה מטרים. תצהיר העותר 1 רצ"ב ומסומן באות ע' 2.

2. עותר 2 הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או לקיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, הן בשמו כעותר ציבורי והן כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.

3. ביום 5.2.2016 נתקבלה במשרדו של הח"מ הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את הדירה נשואת עתירה זו. העתק מההודעה רצ"ב ומסומן באות ע' 3. ניתנה אורכה להגשת השגה עד ליום 10.2.2016 שעה 09:00.

4. א. ביום 10.2.2016 הועברה השגת העותרים. העתק הימנה רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
 ב. בהשגה ביקשו העותרים, כי במקרה שההשגה תידחה, יועברו לידיהם פירוט האופן בו בכוונת המשיב לבצע את ההריסה, וכן תכנית מפורטת על-פי נתוני הכניין וניסיון העבר.
 ג. עוד הבהירו העותרים בהשגתם כי על פי ההודעה בדבר הכוונה לבצע את ההריסה, נרשם כי הדירה בקומת קרקע, ולא כך הוא. כאמור לעיל, הדירה מצויה בקומה הראשונה, מעל לקומת המחסנים. בצו, נספח ע' 1 לעתירה, תוקן הדבר ונרשם כי הדירה בקומה הראשונה. נשאלת השאלה האם היקף ההריסה לא יושפע ממיקומה של הדירה; וכן נשאלת השאלה, האם, משנודעו למשיב העובדות כי המדובר בדירה בקומה ראשונה בכניין בן חמש קומות, וכי המפגע התגורר עם אחיו בחדר נפרד בדירת הוריו – אין בכך כדי להביאו לריסון ולצמצום היקף ההריסה.

5. ביום 24.2.2016 נתקבל מענה הדוחה את ההשגה. באותה נשימה נמסר כי ביצוע הצו יעוכב עד ליום 28.2.2016. העתק מדחיית ההשגה רצ"ב ומסומן באות ע' 5.

הטענות

6. השאלה העומדת בפני בית משפט נכבד זה היא האם בית המשפט הנכבד אווזו בדעה כי הריסת דירותיהם או כתייהם של קרובי משפחות של מפגעים – מפגעים שנהרגו או

עומדים לדין – היא הלכה פסוקה שיש לכבדה. וכן האם כוחה של הטענה בדבר "הרתעת הרבים" חזק דיו כדי לגבור על שלל הטענות נגד השימוש בהריסת בתים.

כבר בתקופת המנדט הבריטי נעשה שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945. השימוש בתקנה זו נמשך גם לאחר קום המדינה, וממשיך ביתר שאת מאז כיבוש השטחים ב-1967. וכך מדינת ישראל ממשיכה ומפעילה את התקנה, בניסיון נואש למגר התנגדות אלימה מצד הפלסטינים – זאת למעט תקופה קצרה משנת 2005, כאשר הרמטכ"ל דאז, שר הביטחון דהיום, קיבל את המלצותיה של ועדה צבאית שהוקמה בעקבות דברי בית משפט נכבד זה במסגרת דיון בכג"ץ 7733/04 נסאר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. השימוש בתקנה לא פסק – וגם הפיגועים לא פסקו.

7. א. בבג"ץ 5839/15 סידר ו-8 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באתר נבו), כבוד השופט פוגלמן, לאחר שהביע את דעתו כי בהעדר קשר סיבתי בין דיירי הבית לבין מעשיו של המפגע – במקרה דנן הזריע עסאף – אין להפעיל את תקנה 119 בשל חוסר מידתיות, וכי אין להשוות הריסת בית לאובדן רכוש "גרידא", מיישר קו עם הפסיקה בסעיף 6 לחוות דעתו, כלהלן:

על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית.

ב. בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באתר נבו), גם כבוד השופט זילברטל מחליט שלא לסטות מן הפסיקה באומרו:

טעמיו של השופט מזוז הם טעמים ככדי 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.

8. א. העותרים מפנים לסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כלהלן:
הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.

ב. לעניין זה אנו מבקשים להפנות לדברי כבוד השופט אלון בע"פ 2251/90 חגי יחיא נ' מ"י, פ"ד מה(5) 221, 271-2, אשר תחילה מציין את השיקולים המופעלים על ידי שופט עת הוא מחליט שלא לסטות מן הפסיקה, אך מוסיף כלהלן:

בצדם של שיקולים אלה חשיבות רבה נודעת לחופש הכרעת הדין של שופטי בית המשפט העליון ולאי-תלותם בתקדים המחייב. הצורך בקיומו

של החופש האינטלקטואלי של השופט, למען אפשר שינוי הפסיקה הקיימת כמקרה ראוי ורצוי, משנה חשיבות נודעת לו בחברה כחברתנו, שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחריפים בעמדות יסוד בתחום אמונות ודעות, הליכות עולם והליכות חברה, תרבות ואורח חיים, מדיניות וכלכלה.

ג. העותרים מפנים לדברי בית המשפט הנכבד בימיו הראשונים, בע"א 376/46 רזנבאום נ' רזנבאום (פורסם באתר נבו):

32. סיכומו של דבר: כרי לי שאין אני מזלזל בחשיבותו של עיקר יציבות-ההלכה במתן פסקי-דין. אבל אמת ויציב – אמת עדיף. [מול האות א', ע' 254 בתדפיס מאתר נבו] ועוד, בע' 254, מול האות ו': חשש תקלה אינו יכול להביא אותי לשמירת הלכה פסוקה כשלדעתי היא מוטעית.

9. העותרים מבקשים להפנות לספרו של אהרון ברק, "שופט בחברה דמוקרטית", עמ' 242, שם הוא כותב: "אין כל קדושה בתקדים..."

10. מעיון בפסקי דין של בית משפט הנכבד בכל הקשור להריסות בתים, עולה תמונה עגומה של ריסון עצמי מופלג, התערבות מינימלית בשיקול דעתם של גורמי הביטחון – המופעלים על ידי הדרג המדיני המצהיר בריש גלי על רצונו להמשיך ולהרוס בתים. השאלה העומדת להכרעה בתיק זה הינה אם שופטי ההרכב מוכנים להמשיך ולהאמין, כי המדיניות של הריסת בתים לא רק שמוכיחה את עצמה בהפחתה משמעותית של הפיגועים, אלא גם מהווה מקרה כו המטרה מצדיקה את האמצעים. טענת העותרים היא, כי גם אם אין כל קושי להצדיק את המטרה של הפחתת הפיגועים – האמצעי הינו פסול מכל וכל.

11. העותרים טוענים כי נימוקים של racial profiling עומדים בבסיס הימנעותו של בית המשפט מלהתערב בנעשה כנגד חלק מהאוכלוסייה שבשטח התפוס מזה כ-48 שנה. בית משפט נכבד זה הוא אשר פסל את השימוש הכמעט סיטונאי שעשו רשויות השלטון ב"היתרים" לחקירה, קרי בעינויים, כלפי עצורים פלסטינים החשודים ב"עבירות ביטחון" – מושג כה נרחב עד שהוא מקיף לא רק מפגע של ממש אלא גם מי שנפגש בבית קפה עם פעיל חברתי בארגון שהוכרז כבלתי חוקי. וזאת למרות התנגדותן הנמרצת במשך שנים של רשויות המדינה, בכלל זה שירות הביטחון הכללי (וראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פורסם באתר נבו).

12. הטיעונים נגד המשך השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, נדחו כולם על ידי בית משפט נכבד זה פעם אחר פעם. והחוט המקשר בין פסק דין אחד למשנהו הוא ההסתמכות על ערכו של התקדים.

העותרים מפנים לדברי כבוד השופט חשין כבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז (פורסם באתר נבו), וטוענים כי דבריו הם חלק בלתי נפרד משיטת המשפט של המדינה, אולם הם נדחים לקרן זוית כאשר מדובר בזכויותיו של האחר. שם נאמר כלהלן:

... עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

אין בידי המשיב כל ראייה היכולה לקשור בין מבצע הדקירה להוריו, מלבד קשר דם. העותרים שואלים מדוע עקרון יסוד זה נסוג כאשר המדובר באוכלוסייה אשר הינה אוכלוסייה מוגנת על פי אמות המידה של הדין הבינלאומי. חלקיה ההומניטאריים של אמנת ג'נבה משנת 1949 מקובלים על המשיב. עמדתו זו הוצהרה בעת הדיונים בעתירות שהוגשו לבית משפט בשל פיצוץ אמבולנסים על ידי המשיב, והיא כאה לידי ביטוי בפסק הדין כבג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית:

רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטאריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטאריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

העותרים טוענים, כי הריסת דירת עותר 1 מהווה פגיעה בכללים ההומניטאריים של אמנת ג'נבה, ועל כן, על-פי אמות המידה של המדינה עצמה, ההריסה הינה פסולה. קשה לעותרים להבין כיצד בית משפט יכול לשוב ולקבוע כי השימוש שנעשה במונח

13. המשפטי "התרעת הרבים" – מונח הקבוע בסעיף 140 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 כחלק מהשיקולים הנלקחים בחשבון על ידי שופט הקובע את מתחם הענישה הראוי – יכול לשמש כתכלית להפעלתה של תקנה 119 כלפי אנשים חפים מפשע. ההסבר האפשרי

- נעוץ ב-racial profiling כפי שצוין לעיל, וכן בהתכחשותה של החברה הישראלית לקיומו של האחר - הפלסטיני.
14. חוט השני המקשר בין פסקי הדין מהעבר ומהווה בעניין הפעלתה של תקנה 119 הוא התכחשותו של בית המשפט לקיומו של האחר, הפלסטיני, החי תחת שלטון המדינה כתנאים אותם אין בכוונתנו לפרט כאן. במקרה דנן, האחר הוא אדם אשר איכד את בנו לאחר שהלה ביצע מעשה שלא בידיעתו, הסכמתו או ידיעתו של האב, אשר, בנוסף, עומד כיום בפני הריסת דירתו. כך היא רוח הזמן, שראשיתה מאז קום המדינה.
15. ממשלת ישראל שבה וחוזרת על עמדתה המוצהרת שרצונה להרוס את כתייהם של מבצעי פיגועים, ובית המשפט הנכבד שב ומאשר זאת פעם אחר פעם.
16. דירת העותר 1 מצויה בקומה ראשונה בבניין בן חמש קומות – ארבע העליונות המשמשות למגורים, וקומת הקרקע המשמשת למחסנים ומסחר. הבניין נבנה בשלבים החל משנת 1990. שטח כל קומה כ-130 מ"ר, למעט הקומה החמישית, שגודלה כ-60 מ"ר בלבד. במרכז הבניין מצוי חלל חדר המדרגות. בכל אחת משלוש הקומות העליונות – המצויות מעל לקומה הראשונה שבה הדירה נשואת העתירה – מתגוררת משפחה גרעינית נפרדת של האחים.
17. העותרים ביקשו שבמקרה שההשגה תדחה, יועבר לידיהם העתק מתכנית ההריסה. במקום זאת, נמסר בתגובה כי "הריסת הבית תתבצע באופן ידני, באמצעות הריסת מחיצות הדירה." עוד נאמר כי חלל הפנים של הדירה ימולא ב"גדרות תיל" וב"חומר מוקצף מסוג פוליאוריתן דו קומפוננטי".
- הצהרות המשיב בדבר נקיטת אמצעי זהירות בעת הריסת דירות בבניינים רכי קומות ניתנו במספר עתירות בעבר. אך על אף הצהרותיו של המשיב, במקרה של בית משפחת עמר במחנה הפליטים קלנדיה, לאחר הריסתה של הקומה העליונה בבניין בן שלוש הקומות, שאר הבניין נקבע כמסוכן למגורים בשל נזקי ההריסה לקומות התחתונות, והוא נהרס כליל על ידי הרשות הפלסטינית (ראו: בג"ץ 7081/15 עמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פורסם באתר נבו).
- במקרה שהעתירה תדחה, בית משפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להעביר לידי העותרים העתק מתכנית ההריסה, ולהקצות פרק זמן סביר למהנדס מטעמם לבחון את התכנית ולהביע השגותיו, במידה ויהיו.
- ניסיון העבר מלמד, כי בעת ההריסות, גם לאחר מתן הצהרות בפני בית משפט נכבד זה, נגרמים לעתים נזקים לדירות השכנות ואף לבניינים השכנים. העתק לקט תמונת הבניין וסביבתו רצ"ב ומסומן באות ע' 6.

18. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד ליתן אות לשינוי מדיניות, בדומה לנעשה בבג"ץ נגד השימוש בעינויים, ולרסן השימוש בכוח על ידי השלטון.

לטענת העותרים השימוש בתקנה 119 נגד אוכלוסיה פלסטינית – בתוך גבולות 1967 ובגדה המערבית – היא אפשרית בשל המשך ההכחשה מצד החברה הישראלית של קיומו של האחר, קרי, הפלסטינים. "צורכי השעה", כדברי כבוד השופט אלון בעניין יחיא הנ"ל, הם כיום "צורכי נקמה". באי התערבותו של בית משפט זה בנעשה על ידי רשויות המדינה לאוכלוסייה זו, הוא מפר את האיזון ואינו מגן על זכויותיו הבסיסיות של האחר. בית משפט ננעל על ההשקפה שאין להתערב במעשיו של המשיב משעה שהדרג המדיני קבע, כי התגובה השלטונית ההולמת לפיגועים הינה הריסת בתיהם של משפחות המפגעים. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לעיין בשנית בנעשה בשם הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, המדינה שמתיימרת להיות "אור לגויים", המודרכת על עקרונות עתיקי ימים של צדק, וליתן את הצו המבוקש ולאחר שמיעת טענות הצדדים להופכו להחלטי.

ירושלים, היום ה-25 פברואר, 2016

אנדרה רוזנטל

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים