

בעניין:

1. _____ סאיח, ת.ז. _____
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד לביב חביב ואח'
מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300
טלפקס: 02-6263212, נייד 0524404477

העותרים

- נ ג ד -

**מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
ע"י פרקליטות המדינה**

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק:

- א. מדוע לא יימנע מלהחרים ולהרוס את הדירה שבבעלות העותרת, והמצויה בשכס, או לפגוע בה בכל דרך אחרת.
- ב. ולחלופין, מדוע לא יבחר המשיב בסנקציה שפגיעתה פחות חמורה.
- ג. בכל מקרה, גם אם יוחלט להרוס את הדירה, מדוע לא יבצע את ההריסה בדרך מתונה, שאינה מותירה נזק סביבתי.

העתירה לצו ביניים

עוד מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות למשיב בצו-ביניים שלא להחרים ולהרוס את הדירה הנ"ל או לגרום לו כל נזק אחר, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא עובדתי

1. ביום 5.2.16 מסר המשיב הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את דירת המגורים בו התגוררה העותרת יחד עם בעלה, מר _____ סאיח, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 10.2.16 בשעה 9:00.

העתק ההודעה (להלן: "ההודעה"), מצ"ב ומסומן ע-1.

2. בגוף ההודעה נטען כי בעלה של העותרת אשר התגורר בדירה לפני שנעצר לאחרונה (להלן: "החשוד"), "נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 1.10.15 במהלכו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל".

3. ביום 9.2.16 הוגשה השגה, שהעתקה מצ"ב כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, ומסומן ע-2.

4. ביום 23.2.16 נתקבלה החלטת המשיב לדחות את ההשגה, ולה צורף צו ההחרמה וההריסה וכן כתב האישום שהוגש נגד בעלה של העותרת, תוך הקפאת הריסת הדירה עד ליום 28.2.16.

העתק ההחלטה הנ"ל על צרופותיה מצ"ב ומסומן ע-3.

הצדדים:

5. העותרת הינה תושבת שכם. היא הבעלים של הדירה נשוא העתירה הממוקמת בקומה החמישית בבניין בן שמונה קומות, ושטחה כ- 120 מ"ר. היא רכשה את הדירה ומימנה את רכישתה מכספה וממשכורתה, והביא הבעלים של הדירה.

העתק הסכם הרכישה בין העותרת לבין המוכר, מצ"ב ומסומן ע-4.

6. בעלה של העותרת, מר _____ סאיח, העצור היום, סובל ממחלות כרוניות רבות, לרבות מספר סוגי סרטן מתקדם, וכן מחלות לב. הוא נחשב חולה סופני. הוא עצור היום, לאחר שנגדו הוגשת כתב אישום לבית המשפט הצבאי בסאלם המייחס לו שותפות בגרימת מוות בכוונה, כאמור בהודעה ע-1.

7. העותרת מסי' 2 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.
8. המשיב, אלוף פיקוד העורף, הוסמך לשמש כמפקד צבאי לאזור ירושלים על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ככזה, יש בידי סמכות להוציא צווי שמיטה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

הטיעון המשפטי

שימוע פגום:

9. החופזה שבהליך הוצאת הצו, שאף מראית פני שיקול דעת ושימוע אמיתי אין בו, והחשש שמא לא הרתעה מבקש המשיב אלא נקמה ברוח התקופה, כל אלה מצביעים על כך כי הליך השימוע נעשה למראית עין בלבד, ואילו ההחלטה הסופית נפלה זה מכבר.
10. בנוסף, המשיב לא אפשר זכות טיעון אמיתית. הוא לא חשף בפני העותרים את חומר החקירה עליו מבוסס החשד, שעומד בבסיס הוצאת הצו. בנוסף, לא ניתן פירוט כלשהו לגבי החשדות, המעשים ושאר הנסיבות, מלבד הטענה הכללית שצויינה בצו.
11. הדברים אמורים ביתר שאת לאור העובדה כי בפירוט החשד נגד החשוד, נאמר בהודעה על הכוונה להרוס הבית, ע-1, כי הוא "נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוציא לפועל פיגוע טרור". לא נאמר כי החשוד נטל חלק בביצוע הירי, כפי שנאמר בעניינם של אחרים. לאור זאת, קבלת חומר החקירה, ועיון בו ולמידתו, וקבלת הזכות להגיב לו, היא חלק מהותי מזכות הטיעון, שבלעדיה, הופך הליך השימוע לקישוט מיותר.
12. חוסר זה פוגם בזכות הטיעון של העותרים, אך חשוב מכך, הוא מצביע על כך שהשימוע נעשה מהשפה ולחוץ, בכדי לצאת ידי חובה.
13. על השימוע להיות בהתאם לכללי הצדק הטבעי וחובת ההגינות של הרשות, הכוללים את זכות הנפגע לדעת מהי העילה לפגיעה בו ובזכויותיו, מהן העובדות הנטענות נגדו, ואף מהן הראיות המבססות טענות אלה:

"על מקומה המיוחד של זכות זו ביחסים בין מעביד לעובד עמד בית-הדין הארצי לעבודה לא אחת. כך בדב"ע מח/3-148 שקס בע"מ – גרינברג [23], וכך בע"ע 1027/01 גוטרמן – המכללה האקדמית עמק יזרעאל [24], שבו אומר בית-הדין, בין היתר, כי "זוהי זכותו הראשונית של העובד לדעת מה הן הטענות המועלות נגדו או בעניינו ובהתאם ליתן תגובתו להן, להציג את האידך גיסא מנקודת ראותו, ולנסות לשכנע את בעל הסמכות לשנות מדעתו ככל שיש בה לפגוע בזכויותיו..." (בעמ' 455).

28. השימוע אשר על הרשות לקיים צריך להיות הוגן כדי שהאזרח יוכל להציג את עניינו. לעתים כרוך הדבר בהצגת ראיות.

"השמעת טענות בפני הרשות המינהלית כוללת בחובה, כדבר המובן מאליו, גם הצגת ראיות. שהרי לא פעם מתבססת הרשות על עובדות אשר, לפי הטענה, אינן נותנות תמונה מדוייקת או מלאה. לפיכך אפשר שהשימוע יתמקד בעובדות. ללא אפשרות להוסיף עובדות, או להפריך עובדות, השימוע עלול להיות עקר" (זמיר בספרו הנ"ל [25], בעמ' 819).

בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, נ"ח (3), 865, 891 ;
כן ראה ספרו של י' זמיר, הסמכות המנהלית, כרך ב (תשנ"ו), עמ' 816 ;

החשדות טרם הוכחו:

14. העותרים יטענו כי החלטת המשיב לנקוט בצעדים אלה כנגד הבית הינה החלטת בוסר, וזאת מאחר ונתקבלה לפני הרשעת החשוד במעשים המיוחסים לו.

15. א. אין לקבל מצב בו מופעלת סנקציה של פגיעה בדירת מגורים, בטרם יוכרע דינו של החשוד בבית המשפט.

ב. הפעלת הסנקציה בשלב זה, מהווה פגיעה בעיקרון יסוד של המשפט, לפיו אדם מוחזק כזכאי עד שתוכח אשמתו.

ג. הפגיעה בדירה בשלב זה, מהווה אף פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות, ועלולה לשדר מסר לפיו ההליך השיפוטי נגד העצור הינו הליך למראית עין בלבד, וכי אשמתו הוכרעה עוד לפני שבית המשפט יאמר את דברו.

מה תהיה תשובת המשיב אם לאחר הפגיעה בבית, יסתבר כי ביהמ"ש זיכה את העצור מהמיוחס לו, או מחלקו, דבר שהינו בבחינת אפשרות שרירה וקיימת בשיטתנו המשפטית?

ד. ניתן להותיר החלטה מנהלית מעין זו לשלב מאוחר עד לסיום ההליכים. לדוגמא, בבג"צ 2/97 ו- 11/97, נגאח תלאווה ואח' נ. אלוף פיקוד העורף, תק-על 97(3), 111, נדונה פגיעה בבתים בירושלים רק לאחר שהחשודים הורשעו, כפי שצויין בפתיח פסה"ד :

"בעקבות הרשעתם של המעורבים בפיגועים (הדגשה שלי ל.ח.) הוציא אלוף פיקוד העורף (משיב מס' 1) ביום 29.12.1996, צווים להחרמתם ואטימתם של מבני מגורים בהם מתגוררים העותרים."

16. כבי' השופט מ' מזוז בפס"ד בבג"צ 7220/15 עליווי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, (פורסם בנבו) קבע, בדעת מיעוט, כי מבין השיקולים שעשויים להגביל את הפעלת הסנקצייה היא שאלת הרשעת החשוד בביצוע העבירה:

"נסיבות העשויות להצדיק להתנות את הוצאת צו לפי תקנה 119 בהדעה בפלילים ולא להסתפק בראיות מינהליות, להבדיל ממקרים בהם הדבר אינו נדרש (כגון הודאה שאינה שנויה במחלוקת) או אינו אפשרי (כגון שהמפגע נהרג או נמלט), וכן התשתית הראייתית המתחייבת במקרים כאלה;

17. בענייננו, על פניו, קיים ספק באשמתו של החשוד. ספק רב אם ניתן להרשיעו כשותף לרצח. לחשוד מספר טענות הגנה מבוססות, אשר בכוונתו להעלות במסגרת משפטו, ע"י ב"כ הח"מ אשר מייצגו בתיקו בבית המשפט, ושיש בכוחן לפטור אותו מאחריות או לצמצם את אחריותו. לפחות, יש בהן להביא להרשעתו בעבירה פחות חמורה מאשר שותפות מלאה ברצח. ניתן לאמר כי מדובר בתיק מורכב שתוצאתו אינה ידועה מראש, לפי המבחנים המשפטיים והראייתיים.

להלן נביא את הטענות העיקריות של החשוד במשפטו, וביסוסן בחלק מהראיות:

א. לפי אמרתו מיום 28.10.15, בשורה 61-68, מציין _____ סאיח, בעלה של העותרת, כי הוא נתן אקדח לאמג'ד עליווי, אשר מסר נשק למבצעי הפיגוע. הוא מדגיש כי לא ידע לאיזה מטרה התבקש הנשק. בשורה 123 לאותה אמרה מציין כי הוא סירב להצעת אחרים לפעול בפעילות צבאית כי לא רצה בכך. הוא הכחיש ידיעה מראש או מעורבות נוספת או אחריות בחוליה שביצעה את הירי באמרה זו.

ב. ההפללה העיקרית והישירה והיחידה כמעט נגד החשוד, המפלילה אותו במעורבות עמוקה, הינה הודאתו של אמג'ד עליווי. אולם, החשוד מספק הסבר להפללה זו נגדו, בזכ"ד תחקור מיום 28.10.15, שם מצויין מפיו כי **"שמע מאמג'ד (המפליל) לפני מעצרו שאם הוא יעצר הוא יפיל את כל התיק על הנדון מאחר והוא חולה סופני וגם כך גורלו למות"**.

מאחר ומדובר באמרתו של שותף לכאורה, בהחלט ייתכן כי ללא חיזוק מוגבר או אף סיוע להפללה זו, בנקודות המחלוקת, לא ניתן יהיה להרשיעו בעבירה המיוחסת לו.

ג. בנוסף, נגד בעלה של העותרת בעת חקירתו הופעל לחץ פיזי ונפשי על מנת לאלצו להודות, תוך ניצול מצבו הבריאותי הסופני וכאביו הבלתי

נסבלים. בעניין זה הוגשה תלונה ביום 4.11.15 ליועץ המשפטי לממשלה ולמבת"ן ולמחלקת בג"צים.

העתק חומר הראיות הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-5.

18. העותרים יטענו כי רק במקרים בהם הבאת החשוד לדין אינה אפשרית, או כרוכה בקשיים רבים, ניתן לעשות שימוש בסמכות זו בלי צורך בהכרעה שיפוטית. אולם ברגע בו הוחלט להעמיד את החשוד למשפט פלילי, יש למצות הליך זה עד תום, ואין לפעול בהליכים מקבילים נוספים נגד החשוד. יש להעדיף הליכה בדרך המלך, ולהמתין עד להכרעת הדין, בהיעדר נסיבות כבדות משקל שיש בהן לחייב סטייה מעיקרון זה.

19. גם לפי פסיקת בית המשפט הנכבד, נקבע כי נקיטה בהליכים מנהליים לפני הכרעה שיפוטית היא דבר חריג ויוצא דופן בעקרונות המשפט הכלליים.

20. א. בבג"צ 518/78, דניאל אברהמי נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לב(3), 675, נדון עניין סמכותה של רשות מנהלית לשלול רשיון נהיגה בטרם הרשעה. בית המשפט בודק את לשון התקנה, וקובע כלהלן:

"פסקי-הדין שעליהם הסתמכה גברת נאור אין בהם תמיכה בטענותיה. אכן נפסק לא פעם ולאחרונה ב-בג"צ 338/77, הנ"ל, שבו ניתן פסק-דין ברוב דעות של שלושה שופטים נגד שניים, שרשאית רשות מינהלית להפעיל את סמכותה הענשית גם ללא שקדמה לכך הרשעה בפלילים, אולם בכל המקרים שנפסק כן מדובר היה בהוראות חיקוקים שבהם לא נאמר, כפי שנאמר בתקנה 264, שהתנאי להפעלת הסמכות הוא קיום הוכחה לפני הרשות שאדם "עבר עבירה". אין על-כן ללמוד מאותם פסקי-הדין לעניין שלפנינו. לעומת זאת פסק-הדין שניתן ב-ד"נ 13/58, (עירית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג 118, 125; פ"ע לח 6.) (בעניין עירית ת"א נגד לובין) תומך במידה מסויימת בדרך הפירוש שלה טוען העותר. אמת הדבר שאותו פסק-דין אינו יכול לשמש אסמכתה ישירה בבעיה שלפנינו, כי שם דובר לא על ביטול רשיון על-ידי הרשות שנתנה אותו, אלא על פגיעה ברכושו של אדם על-ידי החרמת נכס שלו, אולם הנימוקים להכרעת הרוב שניתנו שם יפים גם לענייננו. באותו מקרה נפסק, שמפקח איננו רשאי להחרים בשר חזיר ללא הליך שיפוטי, על-אף העובדה שבסעיף המסמך לא היה מדובר כלל על כך, שהתנאי להחרמה הוא קיומו של ההליך. דעת הרוב ב-ד"נ 13/58, שבאה לידי ביטוי בעיקר בפסק-הדין של השופט לנדוי (כתארו אז), היתה מבוססת על כך הכשרת החרמה מינהלית בטרם עבירה היא יוצאת-דופן מבחינת עקרונות המשפט הכלליים.

ב. בד"נ 13/58, עירית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג 118, 125, המצוטט לעיל, נדון עניין החרמה מינהלית של רכוש בטרם מתן הכרעה

שיפוטית. נפסק כי אין להפעיל את הסמכות המנהלית עת מדובר בפגיעה ברכוש בטרם תינתן הכרעה שיפוטית, על אף שבסעי' המסמיך לא הותנתה ההחרמה בקיומו של הליך שיפוטי:

"ועתה צא וחשוב עד כמה הפירוש המבקש להכשיר החרמה מינהלית בטרם עבירה יוצא דופן מבחינת עקרונות כלליים. הדברים הוסברו כבר בפסקי-הדין של הרוב בדיון הראשון, ואין לי אלא לסכמם: פירוש זה מאפשר החרמת רכוש ללא בירור שיפוטי קודם, לא על-ידי בית-משפט ולא על-ידי איזו ערכאה שיפוטית אחרת, ובוודאי שלא על-ידי הרשות המקומית עצמה או על-ידי המפקח, כי, כפי שמעיר הנשיא חוק ההסמכה אינו מקנה לרשות המקומית את הכוח לחקור או לחייב אנשים לענות על שאלותיה או על שאלות מפקחיה. עם זאת מתנה פירוש זה את הסמכות להחרים בקיום עובדות שאינן פשוטות כלל, הן מבחינת מצבו הנפשי של המחזיק הן מבחינת המסיבות הסובבות והן מבחינת קביעת מהותה של הסחורה כבשר-חזיר או מוצר אוכל של בשר-חזיר (והנקניק יוכיח את קשיי ההוכחות הללו). לזה יש להוסיף שחוק-העזר מבקש למסור את ההכרעה בכל אלה לידי מפקח, מבלי לדרוש ממנו הכשרה כלשהי לתפקיד זה. בשים לב לכל אלה הנני מצטרף, בכל הכבוד, לדברי הנשיא כי, "זהו מקרה נדיר מאד בחקיקה, ומבחינת תורת המשפט קשה מאד להשלים עמו".

ראה: עמ' 125;

21. בענייננו מתקיימים גם יחד שני התנאים אשר כל אחד מהם הצדיק, במקרים לעיל, לדחות את סמכות הרשות עד למתן הכרעה שיפוטית: ראשית, גם במקרה שלנו המדובר בפגיעה ברכוש וזכות הקניין, לא רק בענייניו של החשוד אלא גם בבני משפחתו. שנית, גם לשון התקנה והשוואה פנימית של תוכנה, תומכת בתוצאה זו, וכך נאמר:

"... או כל בית מבנה או קרקע . . . שבהם נוכח לדעת כי תושביהם . . . עברו, או ניסו לעבור . . . עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית משפט צבאי"

22. אין כל הצדקה לסטייה מהעיקרון הנ"ל, וזאת גם לאור מעבר הזמן מאז מעצר החשוד ולאור העובדה כי הפגיעה תחול על בני משפחה חפים מפשע.

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

23. המפקד הצבאי מחויב לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו

הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 29.12.2009)).

24. תקנה 119 סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), המהווה את הבסיס לדיני הכיבוש בדין הבינלאומי. סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם וסעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש. כן סותרת התקנה את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: **אמנת האג**), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית ואת תקנה 43 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

25. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה**, תק-על 2008(1) 1213; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005(3) 3333; סעיף 24; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פ"ד נז(1) 385).

26. תקנה 119 סותרת את סעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), את סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי), את סעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק), וכן את סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים). כך מצאה גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

27. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף

10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה סותרת את סעיפים 13-12 וסעיף 17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; והיא עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8 (2) (iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity).

הצו מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגע בזכויות יסוד

28. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך - השופט כל הארץ. לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

29. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

30. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

31. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

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

32. יצוין כי גם אם, אליבא דהמשיב, מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

33. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו.

חוסר מידתיות

34. עיקרון המידתיות הוא עיקרון על, שעל פיו מחוייב המשיב לפעול, בוודאי בהפעלת סמכות דראקונית המביאה לפגיעה קשה בחפים מפשע כבענייננו:

הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפיסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (פורסם בנבו), 11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין **שריף**) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבני נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבני**, פס' 12 לפס"ד).

35. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמה והריסת ביתה של העותרת לצורך הרתעה אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

36. לא מידתיות ולא שיקול דעת הופעלו כאן, אלא הוצאה לפועל של החלטתו של הדרג הפוליטי להרוס בתים, הא ותו לא. המשיב התעלם מחובתו לבחון מעת לעת את היעילות שבהפעלת הסנקציה ואת הקשר הרציונאלי בינה לבין התוצאה המיוחלת, ואת הנטל הכבד הרובץ על כתפיו להצדיק פגיעה בחפים מפשע בהוכחות ראויות, ובכך התעלם מדברי בית המשפט העליון שאומצו וחודדו אך ביום 15.10.15 על ידי כב' השופט ע' פוגלמן בבג"צ 5839/15 סידר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם):

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. אלא שייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119. דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין" מחיר ההריסות; "ואף הסיקו כי " כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי' שחוקן "וראו שקופיות 17, 20 ו-22 מתוך מצגת שערכה ועדה בראשות האלוף אהוד שני אשר בחנה נושא זה בשנים 2004-2005 שצורפה כנספח 1 לעתירה בעניין המוקד להגנת הפרט. בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצוץ) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). עמד על כך גם בית משפט זה כאשר הטעים כי אף שאין זה אפשרי להוכיח" כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם" (בג"צ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא2 (א' גולדברג) (להלן: עניין ג'נימת,)) עדיין " על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו []...[ו]להביא []...[נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות.)"

37. העותרת תטען כי מאחר והיא הבעלים של הדירה, ולאור הנסיבות האישיות שלה ושל בעלה, שהוא חולה סופני, עיקרון המידתיות מחייב להימנע מהריסת הבית, ומחייב לבחון אפשרות פעולה פחות חמורה.

אפלייה:

38. משפחתו של עמי פופר, שטבח בפועלים תמימים, לא מיהרה לפנות את ביתה מאחר וסנקציה כזו לא ריחפה מעל ראשיה. אף משפחת גולדשטיין, שאמנם תושבת שטחים היא, לא העלתה בדעתה כי עליה לחפש דיור חלופי לאחר שבנה טבח בעשרות מתפללים. גם ביתם של שורפיו ורוצחיו של מוחמד אבו חדיר, לא נשקפת לו שום סכנה. משפחות שורפי ורוצחי משפחת דואבשה גם הם לא הזדרזו ופינו את בתיהם. העובדה כי המשיב מייחד סנקציה זו לפגיעה בפלסטינים בלבד, סנקציה הפסולה לכשעצמה, מוסיף לסנקציה זו נופך נוסף של חוסר חוקיות.

לסיכום

39. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם ובחיייהם אסורים. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסומן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי:

"חלילה לך מעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע. חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט?"
(בראשית יח 25)

40. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו. ייזהר מלהותיר משפחה גדולה ללא קורת גג לראשה, וימצא דרך אחרת להשיג את מטרתו.

וכך הובאו הדברים בפסיקה של בית-משפט נכבד זה, על-ידי כב' השופט חשין:

"ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הנפש החוטאת היא תמות בן לא-ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על אבות כי אם-איש בחטאו יומת" (מלכים ב, יד, ו).

...מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה."

(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פ"ד מו(3) 693) ובבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338).

41. בימים אלה, בהם מציאות בטחונית קשה, בהם שלטון החוק אינו מובן מאליו, דרוש מסר של איפוק ושל איסור פגיעה בחפים מפשע, ולא של נקם ודיכוי.

42. מצ"ב תצהיר לתמיכה בעתירה.

מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על-תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם להחלטיים.

לביב חביב, עו"ד