

כבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. בעניין: דוויאת, 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 הצבא 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 ואטימה שנחתם ביום 23.2.2016 המופנה נגד ביתה של העותרת שבשכונת צור באהר, המצוי בבניין מדורג בן שלוש קומות; לחילופין, מבוקש כי המשיב יוזמן 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 האטימה ייכנס לתוקפו ביום 1.3.2016, שעה 09:00, בהתאם לאורכה שניתנה על פי בקשתנו. העתק מהצו מצורף ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. העותרת מס' 1, גב' דוויאת, מתגוררת עם בתה אמני בדירה בקומת קרקע בבניין מדורג בן שלוש קומות. אבי המשפחה נפטר בשנת 2001. בנה של העותרת 1, דוויאת, מואשם בבית משפט המחוזי בירושלים בביצוע הריגה עם אנשים נוספים ביום 13.9.2015. על פי כתב האישום,

ואחרים זרקו אבנים על רכבים בכביש סמוך לכפר. אבן אחת חדרה דרך חלון רכב פתוח; הנהג, אלכסנדר לבלוביץ ז"ל, המנוח, איבד שליטה והרכב התנגש בעמוד חשמל ובעץ; חזוהו של הנהג הוטח בעוצמה בהגה, שכן כריות האוויר, אם היו, לא פעלו. כתוצאה מכך, הוא נהרג ואחת הנוסעות ברכב נחבלה.

ב. דירת העותרת 1 כוללת שלושה חדרי שינה, סלון, מטבח ושני חדרי שירותים. עבד דוויאת התגורר בחדר ששימש אותו לברו.

ג. הדירה המיועדת לאטימה מצויה בקומת קרקע בבניין מדורג בן שלוש קומות. מעל לקומה זו, ישנן שתי קומות נוספות; הקומה השניה כוללת שתי דירות, והשלישית כוללת דירה אחת. ד. עותרת 1 לא ידעה על כוונותיו של בנה לזרוק אבנים באותו לילה ולא עודדה אותו לעשות כן. העתק מתצהיר עותרת 1 מצורף ומסומן באות ע' 2.

2. העותר 2, המוקד להגנת הפרט, 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 4.2.2016 שוגרה הודעה על כוונה להחרים ולאטום את הדירה נשואת עתירה זו. העתק מההודעה מצורף ומסומן באות ע' 3. להודעה צורף כתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים נגד בנה של העותרת, אשר בפרט האישום הראשון, מייחס לבן עבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. העתק מכתב האישום מצורף ומסומן באות ע' 4.

4. ביום 10.2.2016 הועברה מטעם העותרים השגה כנגד הכוונה לאטום את הבית. העתק הימנה מצורף ומסומן באות ע' 5.

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 מצורף ומסומן באות ע' 6. ביצוע הצו עוכב תחילה עד ליום 29.2.2016, ובעקבות בקשתנו, עד ליום 30.2.2016.

הראיות

6. העותרים טוענים כי בהוצאת צו אטימה נגד דירת עותרת 1 המשיב מותח את גבולות הסמכות המוענקת לו על פי תקנה 119. במקרה דנן, האירוע הטראגי בגינו הוצא הצו אינו רצח ככוונה תחילה, כזה בו אדם הצטייד בסכין במטרה לגרום למוות.

7. תקנה 119 קובעת, במקור, כלהלן:

(1) A Military Commander may by order direct the forfeiture to the Government of Palestine of any house, structure or land from which he has

reason to suspect that any firearm has been illegally discharged, or any bomb, grenade or explosive or incendiary article illegally thrown, or any house, structure or land situated in any town, village, quarter or street the inhabitants of which he is satisfied have committed, or attempted to commit, or abetted the commission of, any offence against these Regulations involving violence or intimidation or any Military Court offence ...

למשיב נתונה הסמכות להפעיל את התקנה כאשר יש לו "טעם לחשוד בהם [במבנים] שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק ...". ברור כי כוונת המחוקק הינה לכל סוג של כלי יריה או פצצה, כולל פצצה מאולתרת כגון בקבוק "מולוטוב".

במקרה דנן נעשה שימוש מאולץ בסיפא של התקנה, המתיר את הפעלתה בגין כל עבירה המפירה את התקנה וכרוכה באלימות; שכן סיפא זה הינו רחב מדי ואינו עומד במבחן המידתיות. ב. השימוש החילופי של המשיב בתקנה 59(ד), המופיע בסעיף 13 לדחיית ההשגה, נספח ע' 7, אף הוא מאולץ ורחב מדי לטענת העותרים. למעשה המשיב עושה שימוש בסעיף "סל" כדי לאטום את הדירה.

ג. יודגש כי מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית סבר שיש צורך בסעיף מיוחד, סעיף 212 בצו בדבר הוראות הביטחון, הקובע, כי "הזורק דבר, לרבות אבן - ... דינו - מאסר עשר שנים" (לפי סעיף קטן (1) ו-(2) ו-20 שנה לפי סעיף קטן (3)). אנו מפנים לתחיקת הביטחון בשל השימוש הרחב יותר שנעשה במסגרתה בתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, לעומת שימושן בארץ.

8. העותרים מבקשים להדגיש כי בנה של העותרת מואשם ב"הריגה" ולא ברצח, וכי לא הייתה לו כל כוונה לגרום למותו של אדם.

בהודעה המשטרתית של בן העותרת מיום 26.9.2015, ש' 52, נרשמו הדברים הבאים:

שאלה: האם אתה יודע מה יכול לקרות אם האבן פוגעת ברכב?

תשובה: מאבד שליטה ואולי תעשה תאונה או הנהג ייפצע.

שאלה: אם אתה יודע שזה ככה הולך לקרות למה זרקת את האבנים על הרכבים?

תשובה: אני עשיתי ככה בגלל מה שעשה לי השוטר.

מכאן אנו למדים בבירור, כי לא התכוון לגרום למותו של אדם. אין בכוונתו לתרץ את מעשיו - אך לטענת העותרים הפעלת תקנה 119 במקרה דנן אינה מידתית.

9. בבג"ץ 126/83 אבו עלאן נ' שר הביטחון, בית המשפט אישר לאטום את בתיהם של זורקי אבנים במקרה בו "סיבת המוות [של המנוחה] הייתה אבן, שפגעה בראשה וריסקה את מוחה." פסק הדין ניתן במרץ 1983.

בעניינו של בנה של העותרת 1, כאמור, המוות הטראגי נגרם לאחר ש"פגע בית החזה של המנוח בחזקה בהגה וגרם לקריעה של הלב ומעיכת בית החזה" (סעיף 10 לפרט אישום ראשון בכתב האישום, נספח ע' 4). לא ברור מה היה קורה לו כריות האוויר – האמורות למנוע התנגשות של בית החזה עם ההגה – היו פועלות. התוצאה עשויה הייתה להיות כפי שחזה בן העותרת בתשובתו לחוקר.

10. העותרים מפנים לסעיף 8 בדעת המיעוט בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בכל הקשור להנחה המקובלת על ידי בית המשפט, בדבר מקום המידתיות בהפעלתה של תקנה 119: את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 יש לבחון נוכח השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר בהיבטים של מידתיות, היינו - קשר רציונלי בין האמצעי הננקט להגשמתה של המטרה; פגיעה במידה הפחותה האפשרית בזכויות האדם המוגנות (כבוד האדם וזכות הקניין) לשם השגת המטרה; ויחס מידתי ראוי בין המטרה לבין האמצעי הננקט (דנג"צ 2161/96 שריף נ' אלון פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלון פיקוד העורף, [פורסם בנבו] פסקה 5 (5.1.2009); ענין חמאד, שם).

על יסוד עקרונות אלה – שנראה כי הם מקובלים על הכל, וחזרו ונשנו פעמים רבות בפסיקת בית משפט זה – יש אפוא לבחון את הסוגיה דנן.

בית המשפט מתבקש להתערב במקרה דנן ולקבוע, כי הפעלת תקנה 119 נגד מבצע עבירה של הריגה אינו עומד במבחן המידתיות.

טענות נוספות

11. השאלה העומדת בפני בית משפט נכבד זה היא האם בית המשפט הנכבד אוחז בדעה כי הריסת או אטימת דירותיהם או בתיהם 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 חירום), 1945. השימוש בתקנה נמשך גם לאחר קום המדינה, וממשיך ביתר שאת מאז כיבוש השטחים ב-1967. וכך ממשיכה מדינת ישראל 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 בבג"ץ 7733/04 נסאר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. השימוש בתקנה לא פסק – וגם הפיגועים לא פסקו.

12. 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 בהיעדר קשר סיבתי בין דיירי הבית – במקרה דנן אמו ואחותו של עבד דוויאת – לבין מעשיו של המפגע, 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 מרכיין אני ראשי לפני דעת הבית.

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

טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי 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.

13. 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' מי, פ"ד מה(5) 221, 271-2, אשר מציין תחילה 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 וחרפים 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 רוזנבאום נ' רוזנבאום (פורסם באתר נבו):

32. סיכומו של דבר: ברי 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.
14. העותרים מבקשים להפנות לספרו של אהרון ברק, "שופט בחברה דמוקרטית", עמ' 242, שם הוא כותב: "אין כל קדושה בתקדים...".
15. 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 האם שופטי ההרכב מוכנים להמשיך ולהאמין, כי המדיניות של הריסת בתים לא רק שמוכיחה את עצמה בהפחתה משמעותית של הפיגועים, אלא גם מהווה מקרה בו המטרה מצדיקה את האמצעים. טענת העותרים היא, כי גם אם אין כל קושי להצדיק את המטרה של הפחתת הפיגועים – האמצעי הינו פסול מכל וכל.
16. העותרים טוענים כי נימוקים של racial profiling עומדים בבסיס הימנעותו של בית המשפט מלהתערב בנעשה כנגד חלק מהאוכלוסייה שבשטח התפוס מזה כ-49 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. ופסילה זו באה 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).
17. הטענות נגד המשך השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 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 בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלון פיקוד מרכז (פורסם באתר נבו), וטוענים כי דבריו הם חלק בלתי נפרד משיטת המשפט של המדינה, אולם הם נדחים לקרן זווית 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 מעשהו של הכן לאמו ואחותו, מלבד קשר דם.

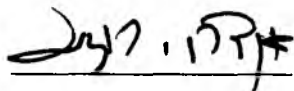
העותרים שואלים מדוע עיקרון יסוד זה נסוג כאשר המדובר באוכלוסייה אשר הינה אוכלוסייה מוגנת, על פי אמות המידה של הדין הבינלאומי. חלקיה ההומניטאריים של אמנת ג'נבה משנת 1949 מקובלים על המשיב. עמדתו זו הוצהרה בעת הדיונים בעתירות שהוגשו לבית המשפט בשל פיצוץ אמבולנסים על ידי המשיב, והיא באה לידי ביטוי בפסק הדין בבג"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 כבתי 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 דירתה של העותרת 1 מהווה פגיעה בכללים ההומניטאריים של אמנת ג'נבה, ועל כן, על-פי אמות המידה של המדינה עצמה, ההריסה הינה פסולה.
18. קשה לעותרים להבין, כיצד יכול בית המשפט לשוב ולקבוע, פעם אחר פעם, כי השימוש שנעשה במונח המשפטי "הרתעת 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.
19. 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 בתנאים אותם אין בכוונתנו לפרט כאן. כך היא רוח הזמן, שראשיתה מאז קום המדינה. במקרה דנן, האחר הוא אישה ובתה, שכנה/אחיה, עבד דוויאת, זרק אבן עם אחרים, ובעקבות זריקת האבן, הנהג איבד שליטה על הרכב, ונהרג לאחר התנגשות הרכב בעמוד ועץ.
20. ממשלת ישראל שבה וחוזרת על עמדתה המוצהרת, שרצונה להרוס את כתיהם של מבצעי פיגועים, ובית המשפט הנכבד שב ומאשר זאת פעם אחר פעם.
21. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד ליתן אות לשינוי המדיניות ולרסן את השימוש בכוח על ידי השלטון, בדומה למה שנעשה בזמנו בבג"ץ נגד השימוש בעינויים.

לטענת העותרים, השימוש בתקנה 119 נגד האוכלוסייה הפלסטינית – הן בתוך גבולות 1967 והן בגדה המערבית – מתאפשר בשל התכחשותה הנמשכת של החברה הישראלית לקיומו של האחר,

קרי, הפלסטינים. "צורכי השעה", כדברי כבוד השופט אלון בעניין יחיא הנ"ל, הם כיום "צורכי נקמה". באי התערבותו של בית המשפט הנכבד במעשיהן של רשויות המדינה כלפי אוכלוסייה זו, הוא מפר את האיזון הראוי ואינו מגן על זכויותיו הבסיסיות של האחר. בית המשפט "ננעל" על ההשקפה, שאין להתערב במעשיו של המשיב משעה שהדרג המדיני קבע, כי התגובה השלטונית ההולמת לפיגועים הינה הריסת בתיהן של משפחות מפגעים. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לעיין בשנית בנעשה בשם הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, המדינה שמתיימרת להיות "אור לגויים" והמודרכת על-ידי עקרונות עתיקי יומין של צדק, וליתן את הצו המבוקש ולאחר שמיעת טענות הצדדים להופכו להחלטי.

ירושלים, היום ה-29 בפברואר, 2016



אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים