

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6329/02

- בעניין: • 1. ג'ברי, ת.ז.
2. אשתיה, ת.ז.
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או לאה צמל
ו/או טארק איברההים (מ.ר. 31081)
ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או הישאם שבאיטה (מ.ר. 17362)
ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)

מהמוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

052-598773 (טלפקס) 052-598773

- נגד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק מדוע לא יימנע מלהרוס את בית העותרת 1 ואת בית הורי העותר 2, או לפגוע בו בכל דרך אחרת, ולחילופין:

- א. מדוע לא יציג לעותרים צווים מנומקים וחתומים כדין בטרם יפגע בבתיים.
- ב. מדוע לא יאפשר לעותרים להשמיע בפניו את השגותיהם כנגד הפגיעה בבתיים בטרם יפגע בבתיים.
- ג. מדוע לא ייתן לעותרים, אם ידחה את השגותיהם, שהות קצובה נוספת לפנות לבית-משפט נכבד זה, בטרם יפגע בבתיים.

העתירה לצו ביניים

עוד מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות למשיב בצו-ביניים שלא לגרום נזק בלתי הפיך לבית העותרת 1 ולבית הורי העותר 2, לרבות הריסתם, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

הנימוקים לעתירה לצו ביניים

עניינה של עתירה זו בבתייהן של שתי משפחות מכפר תל, נפת שכם. בלילה שבין ה-18 וה-19 ביולי נעצרו חלק מבני שתי המשפחות. הרקע למעצר הוא, כנראה, שבכל משפחה בן המבוקש בידי ישראל. באותו לילה נעצרו גם בני שתי משפחות נוספות – האחת מכפר תל והשנייה ממחנה הפליטים עסכר – כאשר בעיתונות העברית נמסר שהרקע למעצר הוא הכוונה לגרשם לעזה לאור מעורבות בניהן בפיגועים בתל-

אביב ובעמנואל. בתיקן של שתי משפחות אלו נהרסו בו בלילה, בפיצוץ חומר נפץ, מבלי שניתנה כל התראה מראש או אפשרות לשימוע.

אמש הוגשה עתירה למניעת העברתם בכפייה של בני המשפחות שנעצרו לרצועת עזה.

כעת מוגשת עתירה זו, כדי למנוע את הריסת הבתים. העותרים נאלצים לפנות לבית-משפט נכבד זה כבר כעת, ולבקש צו ביניים שייצא מתחת ידו, על-רקע הסטייה של המשיב מההלכה המושרשת שנקבעה בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'י נ' אלוף פיקוד המרכז ואח'י, פ"ד מג(2) 529, הלכה המחייבת שימוע מוקדם לפני הריסת בתים בנסיבות כאלו.

הריסת הבתים היא צעד בלתי-הפיך, שפגיעתו קשה. הבתים משמשים למגוריהן של משפחות – גברים, נשים וילדים ולפרנסתן. מכאן נחיצותו של צו הביניים, שימנע מהמשיב לנקוט צעד זה עד לבירור טענותיהם של העותרים.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים, הבתים ותושביהם

1. העותרת 1 היא ילידת 1955 ותושבת כפר תל. היא גרה בכפר, בבית בן שתי קומות, יחד עם בני משפחתה. הבית נבנה בשנות השבעים על-ידי חמה המנוח של העותרת ורשום על-שמו. עזבונו של החם לא חולק מעולם, ואף שהמגורים בבית הם של העותרת, בעלה ובני משפחתם, הבעלות היא של כלל היורשים. הקומה הראשונה משמשת לפרנסת המשפחה, שמגדלת בה בעלי-חיים. עוד בקומה הראשונה: בור מים. בקומה השנייה גרים בני הבית. בחדר אחד גרים העותרת ובן-זוגה, יליד 1949, המשמש כמנהל מחלקת ההדרכה במשרד החינוך הפלסטיני. בחדר שני גרות הבנות הרווקות של בני-הזוג: (בת 20), (בת 16), (בת 14) ו (בת 12). לבני-הזוג שלוש בנות נוספות, הנשואות וגרות מחוץ לבית. בחדר שלישי גרים הבנים – תלמיד בית-ספר בן 13 שנים – ו הוא בן 23, סטודנט לגיאוגרפיה שנה רביעית באוניברסיטת אלקודס. מאורס אך טרם נישא. בנוסף יש בקומה זו סלון, חדר אורחים, שירותים ומטבח.

בן אחר של העותרת, מבוקש על-ידי ישראל מאז חודש ינואר 2002, וישב בכלא הפלסטיני עד לכניסת צה"ל לשכם בחודש אפריל.

בלילה שבין 18.7.02 ו-19.7.02 עצרו כוחות ביטחון ישראלים את בן-זוגה של העותרת ואת בנה. באותו לילה נעצרו גם בני משפחות עצידה (מכפר תל) ועג'ורי (ממחנה הפליטים עסכר), ובתיהם פוצצו בו במקום. בעיתונות העברית התפרסמה ידיעה על מעצרים של 21 בני משפחות של מי שחשודים בביצוע פיגועים נגד ישראלים בכוונה לגרשם לעזה.

תרשים בית העותרת מצורף ומסומן ע/1.

2. העותר 2 עותר בעניין הריסת בית משפחת הוריו. העותר עצמו גר בנפרד בבית שכור.

בית הוריו של העותר הוא בית חד-קומתי ישן, שעם השנים התווספו לו תוספות בנייה. התוספת האחרונה היא קומה שנייה, אשר משמשת כיחידת מגורים נפרדת לאחיו ולמשפחתו.

הקומה הראשונה של הבית משמשת את הוריו של העותר ואת אחיו הרווקים. אביו של העותר הוא בן 60, מנהל בית-ספר בגמלאות. לאב בעיות רפואיות בשרירי החזה מימין, והוא נוטל תרופות. האחים הגרים בבית הם , בן 29, סטודנט שנה ג' לחשבונאות באוניברסיטת ירושלים הפתוחה ועובד בביטחון הכללי הפלסטיני; , בן 19 ועובד בביטחון המסכל; , בן ה-16, תלמיד כיתה ט' ו , ילד בן 14.

בקומה השנייה מצויה דירתו של , בן 35. ל . חמש בנות ובן שגרים עמו ועם אשתו בדירה זו. הבת הבכורה בת 11, ואילו הבן הצעיר הוא תינוק בן שנה. בדירה שני חדרי שינה, סלון, שירותים, מטבח ומרפסת.

העותר, אחיו ואחיותיו אינם גרים בבית נשוא העתירה.

אח אחר של העותר, , מבוקש על-ידי ישראל מאז חודש ינואר 2002, וישב בכלא הפלסטיני עד לכניסת צה"ל לשכם בחודש אפריל.

בלילה שבין 18.7.02 ו-19.7.02 עצרו כוחות ביטחון ישראלים את אביו של העותר וחמישה מאחיו. באותו לילה נעצרו גם בני משפחות עצידה (מכפר תל) ועגוריי (ממחנה הפליטים עסכר), ובתיהם פוצצו בו במקום. בעיתונות העברית התפרסמה ידיעה על מעצרים של 21 בני משפחות של מי שחשודים בביצוע פיגועים נגד ישראלים בכוונה לגרשם לעזה.

תרשים הבית מצורף ומסומן ע/2.

3. העותרת 2 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה.

4. המשיב, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מחזיק בשטחים בהם מצוי הבית תחת החזקה לוחמתית, ונושא בחובות ובזכויות המוקנות לו מכוח זה על-ידי המשפט הבינלאומי. המשיב הוא גם "מפקד צבאי" על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ככזה, יש בידי סמכות להוציא צווי שמיטה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

הליכים

5. בתאריך 19.7.2002, היה המוקד להגנת הפרט במגעים אינטנסיביים עם לשכת היועמ"ש של המשיב ועם פרקליטות המדינה בנוגע לבני שתי משפחות העותרים. המגעים התרכזו בגורלם של בני המשפחות שנעצרו, אולם המוקד התייחס גם לנושא הריסת בתי המשפחות.

מצורפים מכתבי המוקד בעניין שתי המשפחות של העותרים. סעיף 5 למכתב מתייחס להריסת הבתים (אם כי, בשל טעות משרדית, עולה מניסוחו, כי הבתים כבר נהרסו בדומה לבתי שתי

משפחות אחרות שאנו מייצגים). במכתב ביקש המוקד להתעדכן ב"כל פעולה המתוכננת או שתתוכנן בנוגע לבני המשפחה".

העתקי המכתבים מצורפים ומסומנים ע/3-4.

6. בתשובה למכתבים מסרה עו"ד מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים, במכתב מ-19.7.2002, כי "נכון לעת הזו לא התקבלה החלטה להעברתו של מי ממרשיך לרצועת עזה".

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/5.

7. העובדה, שהמשיב נוהג להרוס בתים של חשודים בפעילות נגד ישראל ללא כל התראה מראש ובחשכת הלילה, והעובדה שלא נתקבלה כל מלה של הרגעה ביחס לבתי משפחות העותרים, מאלצות את העותרים לפנות כבר כעת לבית-המשפט הנכבד, כדי למנוע את הריסת הבתים מבלי שיישמעו טענותיהם כדין.

הטיעון המשפטי

8. העותרים יטענו, כי אין לפגוע בבתי מבלי שהוצא צו כדין ומבלי שמוצתה זכות הטיעון. לגופה של ההריסה, יטענו העותרים, כי אין תשתית עובדתית לבסס עילה להריסה, כי יש להפריד (בבית של משפחת העותר 2) בין יחידות המגורים של ההורים ושל האח יעקוב, וכי הפגיעה במשפחות העותרים חורגת מעקרון המידתיות.

זכות הטיעון

9. זכות הטיעון היא כלל יסוד מכללי הצדק הטבעי. "מקורה ויסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות אנוש". (דברי המשנה לנשיא מ' אלון בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637). הלכה מושרשת היא במשפט הישראלי, כי אין פוגעים בקניינו של אדם (כמו גם במעמדו, בשמו הטוב וכדומה) מבלי שניתנה לו הזכות להשמיע את טענותיו. בהיקפה המלא כוללת זכות הטיעון הודעה, לפיה הרשות שוקלת החלטה שתפגע באותו אדם; פירוט נימוקיה ושיקוליה של הרשות; הצגת הראיות העומדות ביסוד כוונתה של הרשות; ומתן אפשרות להביא טענות בכתב או בעל-פה, על-ידי הנפגע או על-ידי בא כוחו, לרבות הבאת ראיות וחקירת עדים מטעמם.

10. המטרה במתן שימוע כפולה: ראשית, מדובר במושכל ראשון של הגינות דיונית. זכותו של אדם להשמיע את דברו בטרם ייפגע, ואפילו כאשר לא נראה שיש בידו לערער את שיקולי הרשות, נגזרת מההכרה בכבודו האנושי. שנית, השימוע תורם לאיכות ההחלטה של הרשות המנהלית. באמצעות השימוע יכול האדם הנוגע לעניין להפנות את הרשות לשיקולים ולעובדות שלא היו קודם בפניה. הוא עשוי להאיר את מסכת העובדות באור חדש. השימוע הוא סכר חשוב בפני החלטות בלתי-מבוססות או מוטעות.

11. בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז (להלן: פסק דין האגודה לזכויות האזרח) נדרש בית-משפט נכבד זה ליישמו של השימוע במה שנוגע לסמכויות המשיב לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בית המשפט פסק:

(א) פרט למקרים של צורך צבאי-מבצעי [...] מן הראוי שתיכלל בצו לפי תקנה 119 הודעה בדבר מתן אפשרות למי שאליו מופנה הצו, לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי קודם להפעלת הצו, תוך זמן קצוב שיפורט, וכי לאחר מכן, אם ירצו בכך, תינתן להם שהות נוספת, אף היא קצובה בזמן, לפנות לבית-המשפט הזה בטרם יופעל הצו.

(ב) המדינה תהיה, כמובן, רשאית לפנות לבית-משפט זה ולבקש במקרה ראוי כי לדיון בעתירה כגון זו תוענק זכות קדימה בשמיעתה.

(ג) במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר עוד לפני קיום הערעור או שמיעת העתירה – להבדיל מהריסה, שהיא, כאמור בלתי-הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אתר, כאמור, תנתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, בה יובהר לו כי זכות ההשגה או הגשת העתירה בעינה עומדת.

בכך קבע בית-המשפט את האיזון בין האינטרס הביטחוני בביצוע מהיר ומרתיע של צווים מכוח תקנה 119 לבין ההכרח לקיים שימוע כאשר מדובר במה שתואר שם כאמצעי עונשין קשה וחמור, שאחת מתכונותיו המרכזיות היא היותו בלתי-הפיך.

למותר לציין, כי הלכה זו מיושמת בפועל על-ידי המשיב בהפעלת סמכותו מזה 12 שנים, וגם במצבי חירום קשים, כגון בתקופת הפיגועים של אביב 1996, הקפיד המשיב על מתן שהות ראווה לנפגעים לקבלת ייצוג ולהעברת השגות, ולאחר מכן לפנייה לבית-משפט נכבד זה. נוהל זה עוגן שנית בפסק-דינו של בית-משפט נכבד זה מתאריך 19.3.2002 בבג"ץ 2264/02 (וחמש עתירות נוספות) מתיב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם). באותו עניין נדונה הריסתם של בתים ברצועת עזה. אחת העתירות לפחות (בג"ץ 2329/02) הייתה עתירה כללית, שעניינה לא בהריסתו של בית מסוים אלא בנוהל בהריסת בתים בכל רצועת עזה בדרך-כלל. המדינה הצהירה כי

אם יוחלט על הריסת בית, להוציא מטעמים מבצעיים, תינתן הודעה מוקדמת מנומקת על דבר ההריסה, כדי לאפשר לבעלים של אותו הבית להשיג בפני המפקד הצבאי על החלטת ההריסה; וכי אם תידחה ההשגה לא יבוצעו פעולות להריסת הבית למשך 48 שעות מאז דחיית השגה זו, וזאת על-מנת לאפשר לבעלים של הבית לפנות בעתירה לבג"ץ.

הצהרה זו עמדה בבסיס מחיקת אותן עתירות.

12. אכן, זכות הטיעון איננה זכות מוחלטת, וישנן נסיבות דחופות בהן מתן זכות שימוע אינה מציאותית. פרופסור יצחק זמיר מביא בספרו הסמכות המינהלית (ירושלים: נבו, 1996 ע' 806) כדוגמאות למצבים כאלו מכבי אש, שרואים הכרח לפרוץ לבית בו משתוללת שריפה או לבית סמוך, ושל אנשי ביטחון הדורשים לפנות אולם ציבורי בשל חשש שהוטמנה בו פצצה. פסק-הדין

בעניין **האגודה לזכויות האזרח** מסייג אף הוא את חובת השימוע כשמתקיימות "נסיבות צבאיות-מבצעיות בהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן, או עם אופיו של הנסיבות; למשל, כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות, או להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן, או נסיבות כיוצא באלה" ... חריג זה יושם בבג"ץ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום** (פ"ד מד(4) 626). באותו עניין מדובר היה בהריסת בתים שלא למטרת הרתעה, אלא כדי לאפשר שליטה צבאית ברחוב שהיה זירה לפעולות אלימות כלפי אזרחים וחיילים, ששיאן ברצח אכזרי. הצורך הדחוף בפעולה להגנת חיי העוברים במקום גבר באותו מקרה על החובה לקיים זכות טיעון כהלכתה, ביחוד בהתחשב בכך שזכות טיעון מסוימת ניתנה לתושבים, לרבות האפשרות להעלות את טענותיהם בפני נציגי הצבא והיועצים המשפטיים של המפקד הצבאי שנכחו במקום.

13. בענייננו לא חל החריג שבפסק-הדין בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, ולא מתקיימות הנסיבות של בג"ץ 4112/90. הריסת הבתים נועדה ליצירת הרתעה כללית. היא לא נועדה לספק צורך צבאי-מבצעי דחוף, או למנוע שימוש בבית שיש בו כדי לסכן באופן מיידי את חייהם של העוברים ושבים. הדחיפות אינה שונה מזו שהתקיימה בהריסות בתים כאלו שנידונו בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, או שבוצעו בשתיים-עשרה השנים האחרונות בהתאם לנוהל שנקבע שם.

העדר צו

14. לצד העדרו של שימוע, נגועה הכוונה להרוס את הבית בפגם נוסף, היורד לשורשם של סדרי שלטון תקינים. לעותרים לא נמסר כל צו – לא על-פה ולא בכתב – שיפרט את החלטת המשיב בנוגע לביתם. בהעדר צו, אין העותרים יודעים אם ניתנה הוראה מתוקף תקנות ההגנה לפגוע בבית, מה היקף הפגיעה שנקבעה ואלו הוראות נלוו – אם בכלל – להוראה העיקרית. ספק אם המשיב הוציא צו מסודר, שינחה את החיילים העוסקים במלאכה. במצב שכזה "איש לא יידע ולא יוכל לדעת מה מותר ומה אסור, ולפיכך אי-אפשר יהיה לדרוש ממנו שיהא שומר חוק ושלא יעשה מעשה בלתי חוקי" (כדברי בית משפט נכבד זה בהקשר דומה בראשית המדינה – בג"ץ 220/51 **אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל**, פ"ד ה 1480, 1487). בנוסף, יש בהוצאת הצו בכתובים משום ערובה נוספת לשקילותה של החלטה.

15. החובה לפרסם את הצו באופן שיגיע לידיעת הנוגעים בדבר מעוגנת בסעיף 6 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, סעיף 6:

מנשר, צו או הודעה מטעמי פורסמו בכל דרך שתיראה בעיני. [הדגשה

שלנו, י.ו.]

המפקד הצבאי אינו רשאי להוציא צווים בסתר, אלא חובה עליו לפרסמם. אמנם על-פי סעיף 1 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, "אפשר להוציא כל צו

בעל-פה", אבל גם אז "הרשות הנותנת את הצו, תגרום לכך שההודעה על כניסתו לתוקף תימסר בהקדם האפשרי ובאותו אופן שתמצא לנכון".

בית-משפט נכבד זה הדגיש, כי "סדרי מנהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בעל-פה, עם עבור הדחיפות ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב" (בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית ואח' נ' שר הביטחון ואח' (תק-על 92 (2) 1477).

פגמים בניית התשתית העובדתית

16. בהחלטה חמורה מעין זו, של הריסת בית, הכרחי הוא שהמשיב ייסמך על עובדות אמת, המיוסדות על איסוף נתונים ובחינתם כהלכה (בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מד(2) 601). על אלו נתונים עובדתיים מבסס המשיב את כוונתו – זאת אין העותרים יודעים, שהרי לא נמסר לידיהם צו כתוב ומנומק. עם זאת, מתעוררים ספקות בדבר יכולתו של המשיב להקים תשתית עובדתית שתאפשר לו לשקול את השיקולים שהוא מחויב בשקילתם על-פי הפסיקה. בהעדר נוכחות צבאית באזור הבית, ובהעדר שימוע, אין בפני המשיב נתונים בדבר מבנה הבית; בדבר הסכנות האפשריות למבנים סמוכים או בדבר מספרם, זהותם ונסיבותיהם המיוחדות של דרי הבית.

העדר תשתית עובדתית בעניין החשוד בטרור

17. ההחלטה על הריסת בית פוגעת בזכויות החוקתיות של בעלי-הבית לקניינו ושל דיירי הבית לדיוור ולכבוד. ככזו, עליה להיסמך על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות.

ר': ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250

ובנוגע לסמכויות לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945:

בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(19) 309, 327 (צו גירוש נגד מסתנן);

בג"ץ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 710 (צו הגבלה לפי תקנה 110);

בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז(1) 267, 282 (צווי גירוש לפי תקנה 112).

ואכן, המשיב סמך את עצמו בעבר על ראיות חזקות במיוחד. כך, למשל, בבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338, להלן: "עניין נזאל"), נקבעה זהותו של מחבל מתאבד על-פי המשקל המצטבר של פרסומים מטעם תנועת החמאס, הודעות משטרתיות והשוואת רקמות בין שרידי גופת המחבל לבין דם שנלקח מהוריו (ע' 343 לפסק-הדין). הצטברות דומה של ראיות הביאה את בית-המשפט לקבוע, בבג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואחרים (פ"ד נ(1) 353, להלן: "עניין סביח"), כי "אין ספק סביר בזהותו של המחבל" וכי "נחה דעתנו, כי חומר הראיות שבידי המשיב הצדיק את מסקנתו הבטוחה" (ע' 360-361 לפסק-הדין).

בעניינינו, המדובר, ככל הנראה בשני אנשים שמבוקשים לחקירה על-ידי כוחות הביטחון, אך אין יודעים מה טיב הראיות הקיימות כנגדם.

פגיעה ביחידת המגורים של החשוד בלבד

18. בבית הוריו של העותר 2 ניתן להכחין בבירור בשתי יחידות מגורים: של ההורים ושל האח. יחידת המגורים של יעקוב היא יחידה נפרדת מזו שבה גר אחיו הרווק עם הוריו, ואל למשיב לפגוע בה.

19. הלכה היא, שעל המשיב לבחון אם ניתן לראות במגורים של החשוד משום יחידת מגורים נפרדת משאר המבנה, ואם ניתן להורסה מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה. אם אין הדבר ניתן, יש לשקול את אטימת אותה יחידה. (עניין סביח בע' 360, ור' גם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מח(1) 217 שם קבע בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק, כי יש לפגוע אך ורק ביחידת המגורים של החשוד, ומאחר שהריסה חלקית של המבנה אינה אפשרית, יש להסתפק באמצעי הדרסטי פחות של אטימה חלקית של המבנה).

ידועה גם עמדתו של כב' השופט חשין, לפיה המשיב כלל אינו רשאי להורות על פגיעה ביחידות דיור בנוסף ליחידת המגורים שניתן לייחסה לחשוד במעשי טרור.

ר': בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מו(2) 150; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 963 (שם מבהיר השופט חשין כי הדברים יורדים לשורש הסמכות, כפי שיש לפרשה ברוח עקרונות היסוד של ישראל) וכן ר' בעניין נזאל.

מידתיות

20. הסבירות והמידתיות עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם.

מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, אמצעי חריף וחמור הוא, וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדנית ורק בנסיבות מיוחדות... זאת ועוד. במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הנקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה.

דברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 361/82 תמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443

בעניין אחר בחן בית-המשפט צו להריסת בית בו התגורר אדם שהורשע ברצח בדם קר. לאחר שקבע, כי הפעלת הסמכות יש לנהוג על-פי עקרונות היחסיות והמידתיות, פוסק בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק:

נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כמו שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלו יש לנקוט את האמצעי הדראסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית.

(בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(1) 217, 220)

ור' גם בדבריו המפורטים של הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 490, 485.

דברים אלו יפים במיוחד לענייננו, בו לא נערך שימוע ולא בוצעו בדיקות חיוניות בנוגע לפגיעות האפשריות מהריסת המבנים. כל ספק בדבר היקף פעולותיו של החשוד במעשי טרור, כל ספק בדבר היקף הפגיעה בדיירי הבית ובשכניהם, צריך שיפעל לזכותם של העותרים. משבחר המשיב לפעול בתנאים של חוסר ודאות וללא בסיס עובדתי מספק, חובה עליו לאמץ שוליים של זהירות, לבל יצא כשהוא פוגע בזכויותיהם החוקתיות של דיירי הבית מעבר למידה. רצונו של המשיב למצות את סמכותו צריך שייסוג מפני החשש, שבתנאי חוסר הודאות בהם הוא פועל, הוא עלול לפגוע מעבר למידה בקניינם ובכבודם של חפים מפשע.

משפט תחת ירי התותחים

21. מצויים אנו בעיצומם של אירועי דמים מתמשכים, שכבר גבו מחיר יקר בנפש הן בקרב הפלסטינים והן בקרב אזרחי ישראל. לנוכח מעשי הזוועה, לנוכח הפצועים וההרוגים המתרבים מיום ליום, הדם רותח ומצווה לעשות כל שניתן להפסקת שפיכות הדמים. גדול הוא הדחף למעשים נואשים, ובלבד שיעשה דבר מה. גדול הוא גם הדחף למעשי נקם. תחת הרושם הקשה של האירועים, קשה הפעלתו של שיקול-דעת מפוכח ומסודר. קשה היא ההתחשבות בזכויותיהם של מי שנתפסים כחלק מ"האויב". אולם דווקא תנאים אלו מחייבים להקפיד על שיקול הדעת, לבל יסטה ממהלכו הראוי.

מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי.
דברי הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 491, 485

ונוסיף: דווקא עתות כאלו הן שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

הנה, כאשר עלתה זעקת סדום ועמורה השמימה לא מיהר האל למחותן מעל פני האדמה. "ארדה נא ואראה, הכצעקתה הבאה אלי עשו" הוא אומר (בראשית יח 21), ודבריו אלו נתפרשו על-ידי חכמינו כמעידים על החובה לבירור עובדתי ולשימוע לפני מעשה. (ר' בדברי המשנה לנשיא אלון, כתוארו אז, בבג"ץ 4112/90 הנ"ל בע' 638). ובאותו עניין נאמר:

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

22. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראון, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו. ומשלא בירר המשיב את הטעון בירור, ומשלא שמע את הזכאי להישמע, ייזהר מלהותיר משפחה גדולה ללא קורת גג לראשה, ואת השלום והביטחון ימשיך וירדוף בדרך אחרת.

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

ואתו 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 יוליכנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.

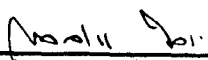
(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655; ורי גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פ"ד מו(3) 693) ובבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש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

וראו גם דברי כב' הנשיא בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741-742.

23. לאור דחיפות העניין, והנסיבות בשטחים שמנעו מפגש בין העותרים לבין ב"כ, מבוססת העתירה על נתונים שנגבו טלפונית מבני המשפחות, והיא נתמכת בתצהירה של מנהלת המוקד להגנת הפרט. מאותן סיבות, ייפוי הכוח המצורפים לעתירה הועברו באמצעות הפקס.

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

ירושלים, 20 ביולי, 2002, יא באב, תשס"ב


יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים