

בבית- המשפט העליון
בשבתו כבית- משפט גבוה לצדק

בג"ץ 14/

- בעניין : 1. _____ קוואסמה, 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 -

אלוף פיקוד העורף
ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

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

- א. מדוע לא יימנע מלהחרים ולהרוס הבית, בו מתגוררת העותרת מס' 1 ומשפחתה, והמצויה בחברון, או לפגוע בו בכל דרך אחרת.
- ב. לחלופין מדוע לא יימנע מנקיטה בסנקציה פחות פוגענית, כגון אטימה בלבד.
- ג. בכל מקרה, גם אם יוחלט להרוס את הבית, 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 הבית הנ"ל או לגרום לו כל נזק אחר, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

המשיב מסר כי יקפיא את ההריסה עד ליום 31.7.14 בשעה 18:00, וזאת כאמור במכתבו מיום 29.7.14, שהמצורף לעתירה כאמור בהמשך.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא עובדתי

1. ביום 16.7.14, מסר המשיב הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים בו מתגוררת העותרת מס' 1 (להלן: "העותרת") יחד עם 6 ילדיה, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 18.7.14 בשעה 10:00.

העתק ההודעה (להלן: "ההודעה"), מצ"ב ומסומן א.

2. בגוף ההודעה נטען כי בעלה של העותרת, אשר מתגורר בבית, _____ קוואסמה היה שותף להוצאה לפועל של פיגוע טרור ביום 12.6.14 במסגרתו נחטפו ונרצחו שלושה ישראלים.

3. ביום 17.7.14 הגישה העותרת באמצעות ב"כ את ההשגה, שהעתקה מצ"ב כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, ומסומן ב.

4. ביום 28.7.14 נתקבלה החלטת המשיב לדחות את ההשגה ולה צורף צו ההחרמה וההריסה.

העתק החלטה והצו מצ"ב ומסומנים ג ו- ד בהתאמה.

במכתבו מיום 29.7.14 האריך המשיב את המועד להגשת העתירה עד ליום 31.7.14 בשעה 18:00. העתק המכתב מצ"ב ומסומן ה.

הצדדים:

5. העותרת מס' 1 ילידת 1976. היא מתגוררת בבית נשוא העתירה יחד עם ששת ילדיה אשר גילם בין שנה וחצי ל- 12, ובת אחת בגיל 20. המדובר בבית נפרד בן קומה אחת, ומתחתיו קיים מרתף. השטח הכולל של הבית הינו כ- 270 מ'.

6. העותרת מס' 2 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.

7. המשיב, אלוף פיקוד העורף, הוסמך לשמש כמפקד צבאי לאזור ירושלים על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ככזה, יש בידיו סמכות להוציא צווי שמיטה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

הטיעון המשפטי

החשדות טרם הוכחו:

8. העותרים יטענו כי החלטת המשיב לנקוט בצעדים אלה כנגד דירת העותרת הינה החלטת בוסר, וזאת מאחר ונתקבלה אף בטרם סיום חקירתו של בעלה.

בעת מתן ההודעה והגשת ההשגה עדיין מצוי בעלה של העותרת בחקירה. עובדה זו פגמה ביכולת העותרת ומשפחתה להתגונן כדבעי.

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

ב. הפעלת הסנקציה בשלב זה, נובעת מאשמת החשוד, מהווה פגיעה בעיקרון יסוד של המשפט, לפיה 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 חלאווה ואח' נ. אלוף פיקוד העורף, תק-על 97(3), 111, נדונה פגיעה בבתיים 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, צוויים להחרמתם ואטימתם של מבני מגורים בהם מתגוררים העותרים."

במקרה שלנו, הפגיעה מתבקשת לפני ההרשעה ואף לפני הגשת כתב אישום בכלל.

10. העותרים יטענו כי רק במקרים בהם הבאת העברין לדין אינה אפשרית, או כרוכה בקשיים רבים, ניתן לעשות שימוש בסמכות זו בלי צורך בהכרעה שיפוטית. אולם ברגע בו הוחלט להעמיד את החשודים למשפט פלילי, יש למצות הליך זה עד תום, ואין לפעול בהליכים מקבילים נוספים נגד החשודים.

11. יש להעדיף הליכה בדרך המלך, ולהמתין עד להכרעת הדין, בהיעדר נסיבות כבדות משקל שיש בהן לחייב סטייה מעיקרון זה.

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

13. 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, שרשאת 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 המסמיך 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 שבסעיף 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 ;

14. 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”

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

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

16. תקנה 119 לתקנות ההגנה ממנה שואב המשיב את סמכותו להוצאת הצו, אבד עליהן הקלח! מאז הוצאתן, ובמשך הזמן, באה במקומן חקיקה ”אזרחית” חדשנית יותר, ופוגענית פחות.

17. כך לדוגמא, הוחלפו התקנות העוסקות במעצר מינהלי בחוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), התשל”ט – 1979. גם התקנות העוסקות בגירוש בוטלו. בנוסף, המדינה אינה משתמשת עוד בסעיפיה לצורך העמדה לדין.

18. עינינו הרואות, מכל הנושאים הנכללים בתקנות ההגנה שהפכו לאות מתה ברובן, נותרה תקנה 119, כשריד מיושן, העומדת כאבן שאין לה הופכין, ונשלפת כל פעם נגד תושבים ערבים בלבד.

פגיעה בחפים מפשע:

19. בבג"צ 2722/92, מוחמד אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת, פ"ד מו(3), 693, עמ' 701-700, נקבעו השיקולים אשר יש לשקול בטרם הפעלת תקנה 119. בין השאר נקבע:

"ב. באיזו מידה ניתן להסיק שהדיירים האחרים, או חלק מהם, היו מודעים לפעילותם של החשוד או החשודים או היה להם יסוד לחשוד בביצוע פעילות כזאת? יצוין שוב, לצרכי הבהרה, שאי-ידיעה כאמור, או אי-הוודאות בנושא זה אינן מונעות כשלעצמן, את נקיטת הסנקציה, אולם המצב העובדתי בענין זה עשוי להשפיע על היקף החלטתו של המפקד.

...

ה. מהי חומרת התוצאה הנובעת מהפגיעה המתוכננת במבנה עבור אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות, ישירה או עקיפה, בפעילות החבלנית? מהו מספרם של אנשים כאלה ומהי מידת קירבתם עם המתגורר החשוד?"

בענייננו, לעותרת ולבניה לא היה כל קשר לפעילות החשוד, ואף לא נטען כל קשר כזה.

20. הצו נשוא העתירה מהווה למעשה פגיעה ישירה ומכופלת בעותרת ובבני המשפחה, ופוגע פעמיים בזכויותיהם החוקתיות, והמעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצו פוגע פגיעה חמורה בזכות הקניין של בני המשפחה, המעוגנת בסעי' 3 לחוק היסוד לפיו "אין פוגעים בקנינו של אדם." פגיעה זו אף מגיעה כדי פגיעה בכבודם של בני המשפחה מאחר והיא שוללת את זכותם למחסה ומגורים, ופוגעת בנכס החשוב מכל, קורת הגג, ובעניין זה, סעי' 4 מורה כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

21. פגיעה כזו מנוגדת לתפיסה הבסיסית של צדק. ההגנה על הגר גם במקורות היהודיים היתה מושכל ראשון ואבן יסוד בתפיסה המוסרית, והוא הושווה לאזרח:

"וכי יגור אתכם גר, לא תונו אותו. כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם, ואהבת לו כמוך, כי גרים הייתם בארץ מצרים"

יעילות הסנקציה:

22. נקיטה באמצעי דרקוני זה לפי תקנה 119 בקרב אוכלוסייה אזרחית, שתוצאתה המתחייבת פגיעה בחפים מפשע וענישה סביבתית, גם אם אין זו מטרתה המוצהרת, יש בה כדי להשיג תוצאות הפוכות דווקא.
23. העותרים יטענו כי הקשר הרציונאלי בין הריסת הבית להרתעה לא הוכח. נהפוך הוא, בשנת 2005 קיבל שר הביטחון את המלצת וועדה שמינה הרמטכ"ל להפסיק הריסות בתים כיוון שלא הוכח כי זהו צעד אפקטיבי, וכיוון שנזקה של הסנקציה עולה על תועלתה.
24. מתעורר החשש שמא בלהט האירועים, וברעש התותחים, מפעיל המשיב סנקציה, בלי לשקול את השלכותיה האמיתיות, בלי קשר להשגת מטרת ההרתעה, אלא מתוך שיקולים זרים בלבד.

אופן מימוש הפגיעה

25. העותרים יוסיפו ויטענו כי החובה לפעול במידתיות חולשת גם על דרך מימוש הסנקציה. בהשגתם, ביקשו העותרים לברר כיצד מתכוון המשיב להרוס את הבית. לכך לא ניתנה תשובה. הם חזרו וביקשו לברר זאת במכתב נפרד, ללא שנתקבלה תשובה לכך.
26. העותרים יטענו כי אם לא מסתפקים בסנקציה פחות פוגענית, הרי יש לבצע את ההריסה בדרך שאינה עלולה לפגוע בבתים הסמוכים, ועל המשיב להתחייב לכך.

אפלייה:

27. 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.

28. גם ביתם של שורפיו ורוצחיו של מוחמד אבו חדיר, שרצח לפני כחודש, לא נשקפת לו שום סכנה.

29. העובדה כי המשיב מייחד סנקציה זו לפגיעה בפלסטינים בלבד, סנקציה הפסולה לכשעצמה, מוסיף לסנקציה זו נופך נוסף של חוסר חוקיות.

מדג בהפעלת הסנקציה :

30. ככל הידוע לח"מ, בתיהם של החשודים הנוספים, ושככל הנראה חלקם חמור יותר בביצוע הפיגוע, ייפגעו באופן מתון יותר, מאשר הפגיעה הצפויה לבית העותרת שהמשיב מתכוון להרוס אותו כליל.

31. העותרים יטענו כי המשיב חייב להפעיל את הסנקציה באופן מדורג ומידתי גם בהשוואה לחשודים בינם ובין עצמם. לא יתכן כי מי שחלקו שולי, ביתו ייפגע באופן חמור יותר ממי שלקח חלק עיקרי בביצוע הפיגוע.

משפט תחת ירי התותחים

32. בימים סוערים ישב בית המשפט הנכבד על המדוכה בעניין גירוש תושבי שטחים לרצועת עזה (בג"צ 7015/02, כיפאח עגורי ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'). בסוף דבריו, מציין בית המשפט הנכבד, הדברים שלהלן, שמדברים בעד עצמם :

"שנית, תקופה קשה עוברת על מדינת ישראל. הטרור פוגע בתושביה. נקטפים חיי אדם. מאות נהרגים. אלפים נפצעים. גם האוכלוסיה הערבית באזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה סובלת סבל קשה מנשוא. . . כל זאת, בשל פעולות רצח, הרג והרס שמבצעים מחבלים. ליבנו עם הגב' קסלר ששכלה את בתה במעשה טרור נפשע ועם כל הישראלים האחרים שאיבדו את יקיריהם ונפגעו הם עצמם קשות מאירועי הטרור. המדינה עושה כל שביכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ההגבלות הן, בראש ובראשונה, צבאיות-אופרטיביות. קשה להילחם במי שמוכנים להפוך עצמם לפצצות חיות. הגבלות אלה הן גם נורמטיביות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות. היא דמוקרטיה מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה עצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפטה הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. אכן, מאבק קשה מנהלת מדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה. ידועה האימרה כי בעת מלחמה מחרישים החוקים (Inter arma silent leges) (Cicero, pro Milone 11); ראו גם All The Laws But One (1998). אימרה זו אינה משקפת את הדין המצוי והרצוי. . .

אכן, "גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים

הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה" (בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470). "הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כן תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם בפרט והגשמתם" (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 35). היטיב להביע זאת חברי, השופט מ' חשין, בציינו:

"לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו" (בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 369).

אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טורר, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה. 'זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים'" (בג"ץ 2161/96 רבחי סעיף שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491, המצטט את דברי מ"מ הנשיא השופט לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4).

ונוסיף: דווקא לשעות אלה 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 החכמים 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)

33. 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 יוליכנו 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; ורי גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 תיזראן 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).

מאחר והעותרת אינה מחזיקה בהיתר כניסה, ואינה יכולה להגיע למשרד הח"מ בכדי למסור תצהיר, ובשל לחץ הזמנים, מצ"ב תצהירו של מר שאדי זעתרי, העובד במשרד הח"מ, אשר גבה את הפרטים מהעותרת באמצעות שיחת טלפון.

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

ב"כ העותרים