

בית המשפט העליון

בג"ץ 7085/15

חמד נ. מפקד כוחות צה"ל בגד
תאריך הגשה: 22/10/15

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

- בעניין:
1. חג' חמד, ת.ז.
 2. חג' חמד, ת.ז.
 3. חג' חמד, ת.ז.
 4. חמד, ת.ז.
 5. 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 לצו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק:

- א. מדוע לא יימנע מלהחרים ולהרוס את הבתים בקומה השנייה והשלישית, והמצויים בשכס, או לפגוע בו בכל דרך אחרת,
- ב. ולחלופין, מדוע לא יבחר בסנקציה שפגיעתה פחות חמורה.
- ג. בכל מקרה, גם אם יוחלט להרוס את הבית, מדוע לא יבצע את ההריסה בדרך מתונה, שאינה מותירה נזק סביבתי.
- ד. מדוע לא יעביר בכל מקרה את חומר החקירה המבסס את החשדות שהביאו להוצאת הצו;

העתירה לצו ביניים

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

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא עובדתי

1. ביום 15.10.15 סמוך לחצות מסר המשיב הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים בו מתגוררים העותרתים בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 17.10.15 בשעה 12:00.

יצויין כי ההודעה הנ"ל שנמסרה לעותרים היו בה סתירות קשות: בנוסח בערבית צויין כי הכוונה להרוס את הקומה התחתונה בלבד, ואילו בנוסח בעברית צויין כי הכוונה להרוס את הקומה הראשונה והשנייה!

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

2. בגוף ההודעה נטען כי בנם של העותרים 1-2, אשר התגורר בבית שבקומה שנייה, לפני שנעצר לאחרונה, חמד, "פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 1.10.15 במהלכו הביא למותם ביריות של בני הזוג הנקין ז"ל".

3. ביום 17.10.15 הוגשה השגה, שהעתקה מצ"ב כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, ומסומן ע-2.

4. ביום 20.10.15 נתקבלה החלטת המשיב מיום 19.10.15 לדחות את ההשגה ולה צורף צו ההחרמה וההריסה, וניתנה שהות של 48 שעות להגשת העתירה, עד ליום 22.10.15 בשעה 9:00.

העתק ההחלטה והצו מצ"ב ומסומן ע-3.

הצדדים:

5. **בהחלטתו לדחות את ההשגה, ציין המשיב כי בכוונתו להרוס שתי קומות, היינו שני בתים נפרדים, שהם הקומות האמצעיות בבניין בו ארבע קומות!**

6. בקומה הראשונה מעל לקומת הקרקע מתגוררים העותר מס' 1 בן 71, שהינו אביו של העצור; האם, העותרת מס' 2, בת 65; בתם העותרת מס' 3 עם שתי בנותיה; ובנם העותר מס' 4 בן 22. בסה"כ מתגוררים בקומה זו שישה נפשות.

7. בדירה שבקומה השנייה מעל קומת הקרקע, היא בבעלות העותרת מס' 2, והתגורר בה הבן העצור כשוכר, ונהג לגור בה ולישון בה.
8. הבניין כולו רשום על שם העותרת מס' 2 אשר משכירה את הדירות לדיירים. העתק הסכם השכירות של קומה שלישית, מצ"ב ומסומן ע-4.
9. העותרת מס' 5 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.
10. 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, בטל מעיקרו:

11. השימוע במקרה זה נעשה תוך רמיסת כל כללי השימוע וההליך הראוי המקובלים: בהודעה על כוונת ההריסה כאמור, היו שני נוסחים, נוסח של הריסת קומה תחתונה בערבית, ונוסח בעברית לפיו הכוונה להרוס שתי קומות האמצעיות. פגם זה לכשעצמו היה בו להפוך את ההליך לבטל, ורק בשל פגם זה דין הצו להתבטל!
12. מאחר ולא ניתן להתגונן בפני פגיעה שמהותה לא ידועה, ביקש הח"מ בהשגה לברר את פשר הסתירה, ודרש להודיע לו מהו הנוסח המחייב, לאור ההבדלים המהותיים בין שני הנוסחים, ולאפשר לו לאחר קבלת הבהרה זו שהות נוספת להשלמת הטיעון. גם דרישה זו נתקלה בהתעלמות, כאשר היה נדמה כי דחפור ההריסה המשפטי יצא לדרך, וכל צעקה לא תועיל בעצירתו.
13. התעלמות זו יש בה להוכיח כי לא שימוש היה כאן, לא זכות טיעון, לא שיקול דעת ואף לא מראית פני שיקול דעת, אלא החלטה גמורה ומוגמרת להרוס את הבתים כנקמה, ברוח התקופה, וכי הליך השימוע נעשה באוזניים אטומות, ומטרתו להכשיר את ההריסה, הא ותו לא.
14. 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.

15. 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.

16. חוסר זה פוגם בזכות הטיעון של העותרים, ומונע מהם להעלות טענות הגנה נגד הצו.

17. 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/148-3 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;

18. על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בגילוי חומר חקירה זה כמבוקש בפתח העתירה, ולאפשר לעותרים להשלים את טיעוניהם.

החשדות טרם הוכחו:

19. העותרים יטענו כי החלטת המשיב לנקוט בצעדים אלה כנגד הבית הינה החלטת בוסר, וזאת מאחר ונתקבלה אף בטרם סיום חקירתו של בן המשפחה העצור. בעת מתן ההודעה והגשת ההשגה עדיין היה מצוי העצור בחקירה. עובדה זו פגמה ביכולת העותרים להתגונן כדבעי.

20. 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, חלאווה ואח' נ. אלוף פיקוד העורף, תק-על 3197(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, צווים להחרמתם ואטימתם של מבני מגורים בהם מתגוררים העותרים."

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

21. 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 החשודים למשפט פלילי, יש למצות הליך זה עד תום, ואין לפעול בהליכים מקבילים נוספים נגד החשודים.

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

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

24. 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 כז 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, (עיריית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג 118, 125; פ"ע לח 6.) (בעניין עיריית 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, עיריית 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 המסמך 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 כבד בפסקי-הדין של הרוב בדיון הראשון, ואין לי אלא לסכמם: פירוש זה מאפשר החרמת רכוש ללא בידור 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".

25. 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 בענייננו 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"

26. 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.

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

27. 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 צפייה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

28. 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.

29. 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).

30. 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.

31. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיוור 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

32. 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).

33. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטוי 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.

34. 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.

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

כבר עמד חברי השופט מי 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).

36. 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.

37. 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 מיידיות

38. עיקרון המיידיות 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 החגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין תומרת 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 הנוק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בשי"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט אי ריבלין (פורסם בגב), 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 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבי**, פסי' 12 לפס"ד).

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

40. 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 כבי' השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 5839/15 **סידר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל** (טרם פורסם):

תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו להשיג. הרתעת מתבלים 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 שיתכן 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 ההרתעתלי שחוק " (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 קיצון) (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 וחריסתם" (בג"צ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא) 2 א' גולדברג) (להלן: עניין ג'נימאת), ((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).

41. גם המידתיות במובנה הצר ובחירה בסנקצייה הפחות פוגענית, אין כאן. כוונת המשיב להרוס שני בתים המצויים בשתי קומות, כאשר בקומה בה מתגוררים העותרים לא התגורר הבן העצור, אלא התגורר בקומה שמעל, הופכת את החלטת הריסת בית העותרים להחלטה שרירותית, בלתי מידתית.

42. גם העובדה כי הקומה השנייה, בה התגורר הבן העצור, היא לא בבעלותו אלא הוא שוכר בלבד, מחייבת הימנעות מהריסתה, לאור הפגיעה הקשה והבלתי מידתית שיש בה נגד הבעלים של הבניין.

אופן מימוש הפגיעה

43. 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.

44. העותרים יטענו כי במידה ויידחה הסעד המבוקש בעניין ביטול הצו, יש לחייב את המדינה להימנע מפיצוץ הבית, ולנקוט גישה זהירה בביצוע הסנקציה, אם תאושר.

45. העותרים יטענו כי אין לסמוך על התחייבות המדינה לפיה לא תגרום לנזק סביבתי. ראשית, התחייבות זו ניתנה בלשון רפה: "מתוך התחשבות בצורך להימנע ככל הניתן מפגיעה במבנים שכנים..." (פסקה 15 להחלטה

בהשגה), ונראה שהיא מעוררת חשש לפגיעה מאשר מפיגה אותו! שנית, ניסיון העבר מלמד כי מקרים דומים בעבר בהם ניתנה התחייבות דומה הסתיימו בנזקים חמורים, חסרי כל התחשבות, בבתים סמוכים.

46. בעניין זה, העותרים והדיירים הנוספים אשר מתכוונים לעתור בנפרד לבית המשפט הנכבד, יבקשו להכין ולהציג ראיות התומכות בטענתם זו.

אפלייה:

47. 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 דיוור חלופי לאחר שבנה טבח בעשרות מתפללים. גם ביתם של שורפיו ורוצחיו של מוחמד אבו חדיר, לא נשקפת לו שום סכנה. שורפי ורוצחי משפחת דואבשה לא נעצרו כלל.

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

לסיכום

49. 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)

50. 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 כבי' 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 העבדיין

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 יוליפונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקחינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקחינה."
(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיסוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655; ורי גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיזראו ואח' נ' מפסד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמריו נ' מפסד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פ"ד מו(3) 693) ובבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפסד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338).

51. 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.

52. 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.

לבית דין תביעות
לייב ג'סאר
לניב ג'סאר תניבו ע"י
מס' ר. 28420