

7081 / בג"צ 15

כבית המשפט העליון כשכתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין: 1. עמאר, 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
העותרים

נגד

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

ע ת י ר ה ל מ ת ן צ ו ע ל ת נ א י ו צ ו ב י נ י י ם

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע החליט לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, כנגד הדירה בה התגורר המפגע אבו שאהין, אשר ביצע, לכאורה, פיגוע ירי ביום 19.6.2015;
כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב ליתן טעם מדוע לא יימסרו מבעוד מועד תכניות הפעלתה של תקנה 119, על מנת למזער נזקים עתידיים, כפי שיפורט להלן.

כסעד ביניים, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב, או למי מטעמו, שלא יפגע בדירה נשוא עתירה זו עד למתן החלטה סופית על ידי בית המשפט הנכבד.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. עותרת מספר 1, הגב' עמאר, ילידת 1930, במקור מדיר איוב שלייד לטרון, הגיעה למחנה הפליטים קלנדיה סמוך לאחר המלחמה בשנת 1948, וקיבלה בית בן קומה אחת במחנה. כמהלך השנים הוסיפו היא ומשפחתה עוד שתי קומות למבנה. סמוך לאחר המלחמה בשנת 1948, העבירה ממלכת ירדן את שטח מחנה הפליטים קלנדיה לניהול UNRWA, סוכנות הסעד של האומות המאוחדות.

- ב. כיום עותרת מספר 1 גרה בקומה הראשונה; הקומה השנייה מושכרת; ובקומה השלישית מתגוררת משפחתו של אבו שאהין מזה כחמש שנים. עותרת מספר 1 מקבלת עבור זאת דמי שכירות חודשיים.
- ג. תצהיר עותרת מספר 1 רצ"ב ומסומן באות ע' 1.
2. עותר מספר 2 הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמו כעותר ציבורי ובין כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. א. כיום 1.7.2015 נעצר אבו שאהין על ידי המשיב או מי מטעמו ונחקר על ידי שירות הביטחון הכללי. כבר ביום 3.7.2015 מסר אבו שאהין הודאה ראשונה; וכבר למחרת, ביום 4.7.2015, בוצע על ידו שחזור.
- ב. כיום 15.10.2015 – כעבור ארבעה חודשים פחות יום – החליט המשיב להודיע על כוונתו לעשות שימוש בתקנה 119 כנגד הדירה שבקומה השלישית בבניין בו גרה עותרת מספר 1 מאז היותה פליטה בשנת 1948. ניתנה אורכה עד ליום שבת, 17.10.2015, בשעה 05:30. העתק ההודעה רצ"ב ומסומן באות ע' 2. בו כיום ביקש הח"מ "אורכה" בת יום, עד ל-18.10.2015 בשעה 16:00, וזאת לאור העובדה שה- 17.10.2015 היה יום שבת. הבקשה לאורכה נדחתה.
- ג. כיום 17.10.2015 העביר הח"מ השגה. העתק הימנו רצ"ב ומסומן באות ע' 3.
- ד. כיום 19.10.2015 העבירה רס"ן אופינקרואת החלטת המשיב בדבר דחיית ההשגה. העתק הימנו רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
4. על פי חוות דעת מומחה מטעם העותרים, באם תיהרס הדירה שבקומה השלישית, ייגרמו הנזקים הבאים:
- א. לדירת האמצעית בקומה השנייה ייגרם נזק קונסטרוקטיבי כבד והיא עשויה להתמוטט עקב הריסת הקומה מעליה בגלל חשיפתה לעומסים לא מתוכננים של פיצוץ ו/או נפילת גושי בטון עליה.
- ב. לקומה הראשונה ייגרם נזק קונסטרוקטיבי והיא עלולה להתמוטט כתגובת שרשרת מהתמוטטות הקומות מעליה והעמסתה בעומסי יתר לא מתוכננים.
- העתק חוות הדעת, בצירוף תמונות, רצ"ב ומסומן באות ע' 5.

טיעון העותרים:

5. טענתו המרכזית של המשיב, אשר עד כה התקבלה – למעט בדיון בבג"ץ 7733/04 נאסר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – היא כי הפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, אינה עונשית אלא משמשת לצורכי הרתעה.

העותרים טוענים כי הזמן שעבר מאז מועד ידיעתו של המשיב בדבר מעורבותו של מוחמד אבו שאהין בפיגוע ועד לקבלת ההחלטה בדבר השימוש בתקנה 119 – ארכעה חודשים פחות יום – מצביע על כך שהפעלת התקנה במקרה דנן אינה כמוצהר "לצרכי הרתעה הרבים", אלא, כדברי רס"ן אופינקרו בנספח ע' 4 לעתירה –

"... לאור ריבוי מספר פיגועים רצחניים וניסיונות פיגוע מהעת האחרונה".

העותרים טוענים כי ההחלטה בדבר הריסת דירתו של מוחמד אבו שאהין אינה לשם "הרתעת הרבים", אלא, כפי שנאמר מפורשות על ידי רס"ן אופינקרו, בשל ריבוי הפיגועים שבעת הזו.

ניסיונותיו של המשיב להסוות את המטרה האמיתית להפעלתה של תקנה 119 בעניין ביתו של מוחמד אבו שאהין, זמן ניכר לאחר ביצוע הפיגוע והמועד בו נודעה למשיב מעורבותו, באמצעות ההפניה ל"נסיבות הזמן והמקום" פסולים ודינם להידחות. הפעלת תקנה 119 כנגד בית מפגע שביצע פיגוע בחודש יוני כתגובה לפיגועים וניסיונות פיגועים מהעת האחרונה, הינה בלתי סבירה כעליל ודינה להתבטל.

6. בעת הדיון בבג"ץ 5839/15 סידר ו-8 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית תהה שופט בית המשפט העליון, כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין, על פער הזמנים שקיים בין ביצוע המעשה עצמו והחלטת המשיב להפעיל את תקנה 119.

לטענת העותרים, הפעלת תקנה 119 כנגד דירת אבו שאהין כיום, היא ביטוי לחוסר שליטה בשטח, וניסיון נואש להשליט סדר בכל דרך שהיא, כולל הריסת קומה שלישית בבניין בן שלוש קומות.

לטענת העותרים, הדבר מרוקן מתוכן את התכלית המוצהרת להפעלת התקנה.

7. כבוד השופט פוגלמן, בדעת מיעוט בעניין סידר, קובע כלהלן:

"8. במקרה שלפנינו אין בתשובתו הכתובה של המשיב

התייחסות מפורטת לטעמים שבגינם חל שיהוי כה ניכר

בהפעלת הסמכות, וממילא אין בה – בשלב הדיוני הנוכחי –

כדי לשלול את הטענה כי הסמכות הופעלה בגין פיגועים

אחרים שאינם אלה שביצע המחבל שהתגורר בבית"

גם כבוד המשנה לנשיאה, כבוד השופט רובינשטיין, קובע, בסעיף ז' לפסק הדין סידר, כלהלן:

"ז. שנית, דומה כי גם אם אין מקום להתערבות במקרה

הספציפי דנא בשאלת המועד שבו הודע לעותרים על הכוונה

להרוס, וגם אם המועד כגון דא מסור ככלל לשיקול הרשויות (בג"צ 4747/15 הנזכר), אף דבר זה כפוף לסבירות, למידתיות ולשכל ישר, ויש חשיבות גם למראית העין. נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר. במכלול נסיבותיו של המקרה דנא אין להתערב בכך, כאמור, ומכל מקום אין בטענה זו די להטות את הכף; אך במבט צופה פני עתיד יש להידרש להערותינו, אף שהמועד המדויק ביסודו מסור לרשויות.

עוד בטרם יבשה הדיו בפסק הדין הנ"ל, שניתן ביום 15.10.2015, והמשיב מפעיל את תקנה 119 ביום 20.10.2015 נגד בית וזאת שלושה וחצי חודשים לאחר שנודע לו על מעורבותו של מוחמד אבו שאהין בפיגוע. העותרים טוענים, כי לאחר מתן פסק הדין בעניין סידר, ובעיקר לאחר דברי בית המשפט הנכבד, הפעלת תקנה 119 במקרה דנן אינה סבירה, אינה מידתית ואינה עומדת במבחן "השכל הישר", במיוחד לאור דברי המשיב עצמו – "לאור ריבוי מספר פיגועים רצחניים וניסיונות פיגוע מהעת האחרונה" (נספח ע' 4 לעתירה).

העותרים מוסיפים ומפנים לבג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, לעניין השיהוי בהפעלת התקנה, אשר הביא את כבוד השופט דורנר לקבוע כלהלן:

3. בענייננו, "הקפיא" המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על תנאי". "התנאי", כך מסתבר, היה ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. עקב ביצוע פיגועים נוספים אלה מבקש המשיב להרוס את בתי העותרים. לדעתי אין הוא רשאי לעשות כך, שכן אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית.

8. א. העותרים חוששים מפגיעה בבניין כולו או בדירות הנוספות שבבניין, בשל דרכי הפעלת תקנה 119 על ידי המשיב או מי טעמו.

ב. עובר לדיון בעניינו של סידר, הוגשו צילומים המתארים את ההריסה והנוק הכבד שנגרם, למרות הבטחתו של המשיב, לדירות הסמוכות לדירות משפתת אבו ג'מל. הבטחות המשיב בדבר נקיטת "הזהירות הראויה" הובאו לידי ביטוי בפסק הדין בבג"ץ 8066/14 ו-8070/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה י':

"... כי בעת ההריסה יינקטו צעדים על מנת למזער את הסיכוי לגרימת נזק משמעותי לדירות הסמוכות לדירת המחבל."

ב. כבוד המשנה לנשיאה, כבוד השופט רובינשטיין, התייחס באופן חד משמעי לחשש כגון דא בפסק הדין סידר, וקבע כלהלן:

”ח. שלישית, אשר להריסה עצמה: רשמנו לפנינו את הצהרת המשיבים הן באשר לאופי פעולת ההריסה והן באשר להקפדה עליה בליווי מהנדס. אנו מבקשים להטעים נקודה זו, ולבקש כי ייעשה כל מאמץ לעמוד במובטח לגבי ההריסה, על כל רכיביו, בוודאי ובמיוחד כשעסקינן בדירות השכנים שאין להם מעורבות בפרשה הקשה, ויש צורך בחשומת לב רבה בנושא זה.”

ג. בעקבות דברי בית המשפט הנכבד בעניין סידר, ביקשנו, בהשגה דנן, במידה וההשגה תדחה, לקבל לידינו העתק מחוות דעת מהנדס בדבר דרך ביצוע התקנה. במענה, השיב המשיב כי טענה דומה נדחתה על ידי בית משפט נכבד זה בכג”ץ 5290/14 קואסמה ואח’ ג’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, סעיף 31 לפסק הדין. גם שם קבע בית המשפט הנכבד כי –

”... ונחה דעתי כי המשיב יוציא לפועל את החלטותיו תוך

התחשבות נאותה במאפייניה ההנדסיים של דירת העותרים.”

ד. העותרים טוענים כי אין די בהצהרות המשיב לקראת הדיונים בבית המשפט הנכבד. בעת הפעלת תקנה 119 נגרמים נזקים לדירות או לחדרים הסמוכים. ה. נוכח אי עמידתו של המשיב בהתחייבויותיו הנמסרות על ידי פרקליטות המדינה בעת הדיונים, וסירובה של המדינה לפצות על הנזקים – בשל השימוש וקבלתה של הטענה בדבר “פעולת מלחמה” – כפי שעולה מפסק הדין בת”א (י-ם) 9326/04 מצרי ג’ מדינת ישראל (נבו הוצאה לאור בע”מ) – מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולהורות למשיב למסור תכניות מפורטות בדבר הריסת הדירה בקומה השלישית של הבניין. ו. על פי טיוטת חוות דעת ההנדסית אשר העתק הימנו רצ”ב ומסומן באות ע’ 5, אם תיהרס הדירה שבקומה השלישית, יגרמו הנזקים הבאים:

- לדירה בקומה האמצעית ייגרם נזק קונסטרוקטיבי כבד, והיא עשויה להתמוטט עקב הריסת הקומה מעליה בגלל היחשפותה לעומסים לא מתוכננים בשל הפיצוץ ו/או נפילת גושי בטון עליה.

- לקומה הראשונה ייגרם נזק קונסטרוקטיבי, והיא אף עלולה להתמוטט כתגובת

שרשרת מהתמוטטות הקומות מעליה, והעמסחה בעומסי יתר לא מתוכננים.

- גם לדירות השכנים הצמודות לבניין ייגרמו נזקים קונסטרוקטיביים, שיתבטאו בסדקים עמוקים כתוצאה מהדף הפיצוץ ופגיעה מגושי בטון.

9. אנו ערים לכך שכל טענותינו לעניין השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום),

1945, נדחו בעבר על ידי בית משפט נכבד זה, למעט בכג”צים 7733/04 נאסר ואח’ ג’

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, וכן בג"צ 295/04, 296/04 ו-297/04-1008/04. בעתירות אלו החליטה המשיב שלא לעשות שימוש בתקנה 119, לאחר דיון שהתקיים ביום 13.12.04 בפני בית המשפט הנכבד.

המשיב סבור כי מטרתה של תקנה 119 היא לצרכי "הרתעת הרבים". המשיב עוד מוסיף וטוען כי ברשותו עדויות – מחקירות חשודים על ידי שירות הביטחון הכללי – המעידות על כך שאיום ההריסה והפגיעה במשפחות גרמו לאי-ביצוע פיגוע. מעבר לספקות בדבר אמינותן של הודאות הנמסרות על ידי נחקרים – ללא כל ראיה נסיכתית, אנו טוענים כי קשה לאחוז בטענה זו לאור המקרה של אבו ג'מל.

לאחרונה נהרסו בתיהם של שני מפגעים ממשפחת אבו ג'מל (בג"ץ 4747/15). הדבר לא מנע מעלא אבו ג'מל, בן דוד של גסאן ועודי אבו ג'מל (המפגעים שבתיהם נהרסו), מלבצע ביום 13.10.2015 פיגוע דריסה בו נהרג אדם אחד.

טיעון ההרתעה הינו אחיזת עיניים בלבד, ואינו מבוסס על שום מחקר, אלא על "תחושת בטן" גרידא. יש להתייחס בספקנות לאפשרותה של מערכת הביטחון להמציא לבית המשפט הנכבד "עדויות" לפיהן לא בוצעו פיגועים בשל העובדה שאותם אנשים נרתעו בגלל האפשרות של הפעלת תקנה 119. אדם הנחון בחקירה יהיה מוכן להודות בדברים רבים – גם כאלו שאינם נכונים – כדי לשים קץ לחקירתו.

10. סוף דבר.

א. הפעלתה של תקנה 119 זמן ניכר לאחר מועד ביצוע הפיגוע כמו גם המועד בו נודע למשיב בדבר מעורבותו של אבו שאהין הינה תגובה למצב הקיים כיום במדינה ובשטחים הכבושים, ולא לשם "הרתעת הרבים" בסמוך לביצוע הפיגוע עצמו. שיהוי זה מצביע על כך שעותרת מספר 1, פליטה בח 85, נענשת עתה בגין פעולות שאינן קשורות למעשיו של מוחמד אבו שאהין.

ב. הריסת הקומה השלישית תגרום נזק ליתר הבניין, לדירות בקומה השנייה והראשונה, וכן למבנים הסמוכים.

ג. הריסת הקומה השלישית תפגע בפרנסתה של עותרת מספר 1, קשישה בת 85.

ד. הפעלת תקנה 119 מגבירה את רגשות השנאה והרצון בנקם.

ה. הפעלת תקנה 119 עומדת בניגוד מוחלט לערכיה של מדינת ישראל המתיימרת להיות מדינה "יהודית ודמוקרטית".

ו. הפעלת תקנה 119 מענישה חפים מפשע, שקישרם למפגע הינו קשר משפחתי בלבד.

ז. הפעלת תקנה 119 היא תגובתו הבלתי ראויה של המשיב לאיבוד שליטה בשטח, בשל התמשכותו של הכיבוש זה למעלה מ-48 שנה.

11. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצווים המבוקשים, ולאחר שמיעת הצדדים, להפכם להחלטיים.

ירושלים, היום 20 באוקטובר, 2015

אנדרה רוזנטל

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים