

- בעניין: 1. חלבי, 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 -

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 הבית, בו מתגוררים העותר ומשפחתו, והמצויה בסורדא, או לפגוע בה בכל דרך אחרת,
- ב. לחלופין, מדוע לא יבחר המשיב בסנקציה שפגיעתה פחות חמורה, כגון אטימת החדר הרלוונטי.
- ג. בכל מקרה, וגם אם יוחלט לאשר הריסת הבית או אטימתו או חלק ממנו, מדוע לא יבוטל צו ההחרמה.
- ד. בכל מקרה, גם אם יוחלט להרוס את הדירה, מדוע לא יבצע את ההריסה בדרך מתונה, שאינה מותירה נזק למבנים שכנים.
- ה. מדוע לא יעביר מראש את תוכנית ההריסה לעיון העותרים בכדי שתיבחן בידי מומחה.

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.

מבוא עובדתי

1. ביום 15.10.15 בסביבות השעה 4:00 לפנות בוקר, מסר המשיב לעותר הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את הבית בו מתגורר העותר מסי 1 ומשפחתו בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 22.10.15 בשעה 12:00.

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

בגוף ההודעה נטען כי בנו המנוח של העותר, חלבי, אשר התגורר בבית, ביצע פיגוע דקירה והביא למותם בדקירה של שניים ופציעתם של שניים אחרים.

בגוף ההודעה ניתנה שהות להגשת ההשגה עד ליום 17.10.15 בשעה 3:50 (אכן 3:50 לפנות בוקר!!!).

2. א. ביום 15.10.15 ביקשה ב"כ העותרים באותו שלב, עו"ד לאה צמל, אורכה לשם הכנת השגה מאת היועץ המשפטי של המשיב בבית אל. בקשתה נדחתה באותו יום "נוכת המצב הביטחוני"! העתק הבקשה והתשובה מצ"ב ומסומן ע-2 ו- ע-3 בהתאמה.

ב. ביום 17.10.15 הוגשה ההשגה, שהעתקה מצ"ב ומסומן ע-4.

ג. ביום 19.10.15 בשעה 22:00 בערך, נתקבל מכתב מטעם המשיב ובו מתבקש העותר להמציא תשריט של הבית "עד לצהרי היום מחר"!!! ביום 20.10.15 שלחה ב"כ העותר מכתב ובו נתבקשה דחייה עד ליום 21.10.15 לצורך הכנת תשריט. ביום 21.10.15 נשלח התשריט ע"י ב"כ העותר אל היועץ המשפטי של המשיב.

העתק המכתבים הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-5, ע-6, ע-7 בהתאמה.

ד. ביום 6.12.15, כחודשיים לאחר משלוח ההודעה הראשונה על הכוונה להרוס את הבית, נתקבל בשעה 17:00 מכתב הדוחה את ההשגה, אליו צורף צו החרמה והריסה נשוא העתירה, וניתנה שהות עד ליום 8.12.15 בשעה 17:00 להגשת עתירה. בעקבות פנייה נוספת, נאות ב"כ המשיב להאריך את המועד להגשת העתירה עד ליום 10.12.15 בשעה 17:00. ביום

9.12.15 ניתנה אורכה נוספת לבקשת עו"ד עלאא מחאגינה המייצג את הבעלים של הבית, מר חסן שראקה, עד ליום 13.12.15 בשעה 17:00.

העתק מכתב התשובה אליו צורף הצו, וכן שני מכתבי הסכמה להארכת המועד להגשת עתירה, מצ"ב ומסומן ע-8, ע-9, ע-10 בהתאמה.

הבית נשוא הצו:

3. א. הבית נשוא הצו מצוי בשטחים הכבושים, בכפר סורדא שבנפת ראמללה שבגדה המערבית. הוא בן שתי קומות, ושטחו 360 מ"ר, הכולל בקומה הראשונה סלון, חדר ישיבה, מטבח, חדר אוכל, ושני חדרי שירותים. בקומה מעל 6 חדרי שינה, סלון ושלושה חדרי שירותים.

ב. הבית נרכש בידי העותר ממר חסן שראקה הרשום כבעלים, ונציג אגודת הפועלים הפלסטינים, אשר במסגרתה נרכש הבית. המדובר בדיוור המוצע לפועלים חברי האגודה, כגון העותר, במחיר סביר.

ג. העותר עשה הסכם לרכישת הבית, ושילם ממיטב כספו אשר חסך מעבודת כפיים קשה. הוא פרע חלק מהתמורה בלבד. בשלב מסוים הפסיק העותר לשלם את יתרת התמורה, כשליש מהתמורה. בשל כך, נשלחה אליו בשנת 2012 התראה מטעם הבעלים, באמצעות נוטריון, בדבר הכוונה לבטל את חוזה הרכישה, כמופיע במסמכים שצורפו להחלטת המשיב לדחות את ההשגה, ע-8. מחלוקת זו בין העותר לבין הבעלים לא נפתרה עד היום, והעותר טרם השלים את רכישת מלוא זכויותיו בבית, ולכן הבית אף טרם נרשם על שמו במרשם המקרקעין.

ד. בעניין מעמדו של העותר בבית ומעמד זכויותיו, ייתכן ובנסיבות העניין, ובדוחק הזמנים, נושא זה לא הוברר עד תום בעת הגשת ההשגה, ולא היו בידי ב"כ העותר כל המסמכים הרלוונטיים. אולם, ברור היום, גם לפי המסמכים שהגיעו לידי המשיב "מהחקירה" הישירה שביצע, כי הזכויות הקנייניות בבית טרם נרכשו במלואם על ידי העותר, והתמורה המלאה טרם שולמה, ולכן הבעלות בבית והרישום של הבית לא עברו על שם העותר. בשל כך הוצאה התראה מטעם המוכר-הבעלים הרשום בדבר הכוונה לבטל את הסכם הרכישה.

הצדדים:

4. בבית גרים היום העותר מסי 1, יליד 1964, שרברב במקצועו, ואשתו ילידת 74, עקרת בית. עימם גרים 4 ילדיהם, הבן, בן 21, זהראא בת 18 סטודנטית, בת 14 ו הבן 10. המנוח היה בן

19 והוא נהג להתגורר ולישון באופן נפרד בחדר ושירותים צמודים שבקומה שנייה.

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

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

הטיעון המשפטי

שימוע פגום:

7. 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.

8. בנוסף, המשיב לא אפשר זכות טיעון אמיתית. הוא לא חשף בפני העותרים את חומר החקירה עליו מבוסס החשד, שעומד בבסיס הוצאת הצו.

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

10. 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 יי זמיר, הסמכות המנהלית, כרך ב (תשנ"ו), עמ' 816 ;

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

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

12. 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 צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

13. 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.

14. 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 הפרדה. 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 נו(1) 385.

15. 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.

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

17. 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).

18. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו 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.

19. 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.

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

כבר עמד חברי השופט מ' 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 העברייין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

21. 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.

22. 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 מידתיות

23. עיקרון המידתיות הוא עיקרון על, שעל פיו מחוייב המשיב לפעול, בוודאי בהפעלת סמכות זראקונית המביאה לפגיעה קשה בחפים מפשע כבענייננו :

הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת 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 הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק מידתיות במשפט 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 26, לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט אי ריבלין (פורסם בנבו),

11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה כאמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ אבו ז'הים; עניין שריף) (בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, להלן: פס"ד מוגרבי, פסי 12 לפס"ד).

24. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמה והריסת הבית 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).

25. 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"צ 5839/15 סידר ואחי נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם):

תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו להשיג. הרתעת מחבלים 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 מגיעה 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 ההרתעתי" 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 קיצוץ) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת אי 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 והריסתם" (בג"ץ 2006/97 גינימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא) 2 א' גולדברג) (להלן: עניין ג'נימות), ((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 הנוק למי שאינם

נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות).

26. גם המידתיות במובנה הצר ובחירה בסנקצייה הפחות פוגענית, אין כאן. היה על המשיב לשקול אטימת החדר בו התגורר הבן מוהנד, שהיו כמגורים נפרדים, עם שירותים נפרדים, או לבחון כל חלופה אחרת, ולהימנע מהחרבת בית שלם של משפחה שלמה, הכל בטענה המופרכת כי כך משיגים ביטחון לאחרים.

27. גם העובדה כי הבית טרם עבר לבעלות העותר ומשפחתו, גם היא מחייבת להימנע מהריסת הבית. שלאת הבעלות בבית הינה נתון רלוונטי שהיה על המשיב לשקול, ושחייבה להימנע מההריסה. המשיב פטר עצמו משקילת נושא זה, וניסה בדרך לא דרך לטעון לחוסר אמינות טענת העותר בעניין זה.

28. גם לפי "בדיקת" המשיב, עלה כי הבית כאמור עדיין לא עבר לבעלות העותר, וכי התמורה המוסכמת טרם שולמה לבעלים המקורי, ובשל כך כאמור נשלחה התראה בדבר ביטול הסכם הרכישה של הבית. היה על המשיב לשקול שיקול זה ולהימנע מהוצאת צו בדבר הריסת הבית.

צו ההחרמה בטל:

29. גם אם יורשה למשיב לבצע את ההריסה של הבית, בנימוק ההרתעה, עדיין לא ברור מדוע נדרשת החרמה לצורך ההרתעה!!

30. העותרים יטענו כי קבלת גישת המשיב, המוכחשת לכשעצמה, לפיה דרושה מכה כואבת למשפחה, בכדי "שיראו וייראו", בזמות של פיצוץ הבית לראווה, עדיין לא ברור כיצד תורמת ההחרמה לאותה הרתעה.

31. העותרים יוסיפו ויטענו כי לאחר ביצוע ההריסה, חולף הצורך בהחרמה, ויש לקבוע כי היא פגה מיד עם הריסת המבנה.

32. העותרים יטענו כי ההחרמה, לאחר ביצוע ההריסה, משמעותה הפקעת נכס מקרקעין שבבעלות פרטית על ידי המשיב, וזאת בניגוד לחוק הבינלאומי המנהגי המונע הפקעה, החרמה, וגזל של רכוש של תושבים מוגנים על ידי המעצמה הכובשת.

אף תפיסה זמנית המוגבלת מראש בזמן אין כאן, אלא הפקעה של ממש. אולם גם אם היתה זו תפיסה זמנית, גם אז היא בטלה ובלתי חוקית,

וזאת מאחר ואין כל "צורך צבאי", לא כל שכן החלטי, המצדיק תפיסה זו והופך אותה לחוקית על פי המשפט הבינלאומי:

יצוין כי הקמת גדר ההפרדה אינה קשורה בהפקעת מקרקעין או בהחרמתם (confiscation). אלה אסורות הן על-פי תקנה 46 לתקנות האג (ראו בג"ץ 606/78 איוב נ' שד הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 122; להלן – פרשת איוב). הקמת הגדר אינה כרוכה ברכישות קניין במקרקעין ועליהם מוקמת הגדר. הקמת הגדר נעשית כדרך של תפיסת חזקה. תפיסת החזקה היא זמנית. צו התפיסה מורה על מועד לסימו. תפיסת החזקה מלווה כמתן פיצויים על הנזק שנגרם. תפיסת חזקה שכזו – שאינה קשורה כלל להפקעה – מותרת היא על-פי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: תקנות 43 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית: ... על-פי תקנה 52 לתקנות האג, נדרש שהתפיסה תהא לצורכי הצבא (needs of the army of occupation). על-פי סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית, נדרש כי התפיסה תהא לצורכי צבא נחוצים בהחלט (absolutely necessary by military operation).

ראה: בג"צ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (פורסם בנבו)

33. גם עיקרון המידתיות מחייב ביטול ההחרמה. גם אם תתקבל הגישה לפיה ההריסה הינה הכרח, דבר המוכחש מכל וכל, הרי לא ניתן לשלוף כל הסבר שיצדיק את ההכרח בהחרמה. העותרים יטענו כי גם עיקרון המידתיות מחייב את ביטול ההחרמה, לכל הפחות.

אופן מימוש הפגיעה

34. 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.

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

36. העותרים יבקשו להציג בדיון מספר מקרים מהעת האחרונה בה ביצע המשיב הריסות בתים, ותחת התחייבותו לבצע הריסה זהירה ומדודה תחת פיקוח מהנדס, נערך מופע פיצוצים אשר לא רק פגע בבניין כולו בו ממוקמת הדירה אלא אף הביא לפגיעות ממשיות במבנים סמוכים!

37. העותרים יטענו כי מקרים אלה מוכיחים כי אין לסמוך על הצהרותיו של המשיב בעניין זה, וכי רק בשל כך אין לאפשר לו לבצע הריסות, ולהפוך

שכונות שלמות לאזור מלחמה מוכה. מקרים אלה מוכיחים גפ כי לא הרתעה מדודה ולא שיקולי ביטחון יש כאן, אלא נקם והטלת פצצות בתוך שכונות מגורים, ופגיעה מכוונת בחפים מפשע, ללא כל הצדקה.

אפלייה:

38. 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. גם ביתם של שורפיו ורוצחיו של מוחמד אבו חדיר, לא נשקפת לו שום סכנה. משפחות שורפי ורוצחי משפחת זואבשה לא לא יזדרזו לפנות את בתיהם מחשש שיהרסו.
39. העובדה כי המשיב מיחד סנקציה זו לפגיעה בפלסטינים בלבד, סנקציה הפסולה לכשעצמה, מוסיף לסנקציה זו נופך נוסף של חוסר תוקיות וחוסר מוסריות.

לסיכום

40. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם ובחייהם 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 בתזרה 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)

41. 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:

“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 העברין

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 יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוטר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוטר שיניו תקהינה."
(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואחי נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651-654;
655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיזראן ואחי 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 ואחי נ' מפקד
כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338).

42. 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.



לביב חביב, עו"ד
لبيب حبيب - محام
לביב ג'סאן חביב, עו"ד
מס' ר. 28420