

בבית משפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין שבין:

1. שראכה, ת.ז.

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג (ע"ר)

ע"י ב"כ עו"ד עלאא מחאגינה ואחי

מרח' שיח ג'ראח 4, ת.ד. 21201, ירושלים

טל': 02-5824717, פקס: 02-5826010

נייד: 0546-888308



העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' צלאח אלדין 29, ירושלים

המשיב

עתירה לצו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים כנגד המשיב, המכוון אליו והדורש ממנו להתייצב וליתן טעם:

א. מדוע לא יבטל את ההודעה על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה שבבעלות העותר והרשום על שמו- ובו מתגוררת משפחתו של מר חלבי- הנמצא בכפר הפלסטיני סורדא שבגדה המערבית, הודעה שהוצאה בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945;

ב. מדוע לא יקבל את ההשגה שהוגשה בשמו של העותר ובמהלכה הוכח- גם לשיטת המשיב עצמו- כי הזכויות הקנייניות במבנה נשוא ההודעה לא עברו למשפחת חלבי המתגוררת במבנה ובהתאם לאפשר לעותר להשלים את הליכי ביטול הסכם הרכישה עבור המבנה שנחתם עם מר חלבי בשנת 1999 בשל אי תשלום מלוא התמורה המתחייבת עבור המבנה.

ג. לחלופין, ובאם יוחלט על אישור ההריסה של המבנה, מדוע לא יבחר המשיב בסנקציה אחרת שמידת פגיעתה בעותר הינה פחותה כגון אטימת החדר הרלוונטי בלבד;

ד. מדוע לא יעביר המשיב מראש את תכנית ההריסה לעיונו של העותר על מנת שיהיה אפשר לבחון אותה באמצעות מומחה מטעמו כדי להבטיח אי גרימת נזקים למבנים שכנים;

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לתת צו ביניים האוסר על המשיב, או מי מטעמו ו/או עובד בשליחותו, לממש את הכוונה להרוס ולהחרים את המבנה בהתאם להודעה הנ"ל וזאת עד לדיון בעתירה ומתן פסק דין בה.

העותר יבקש לציין כי בגין אותו מבנה נשוא העתירה דן הוגשה ביום 13.12.2015 ע"י מר חלבי עתירה אחרת במסגרת בג"צ 8567/15 בה הוצא, ע"י כב' השופט ע' פוגלמן, צו ארעי האוסר על הריסת המבנה. דיון בעתירה קבוע ליום 22.12.2015 בשעה 9:00.

מכאן צו ביניים זה נחוץ להקפאת ביצוע הריסת המבנה נשוא ההודעה ולשם מניעת נזק בלתי הפיך שיכול להיגרם לעותר שהינו הבעלים הרשומים של המבנה. הריסת המבנה בשלב הזה ועוד לפני בירור טענות העותר באשר לזכויותיו הקנייניות באופן ענייני עלולה לגרום לו עוול ונזקים שאינם ניתנים לתיקון במיוחד באם וכאשר ההכרעה בעתירה תהא לזכותם של העותרים. מאידך גיסא, הוצאת הצו המבוקש בעתירה לא תגרום שום נזק למשיב בנסיבות העניין. דברים אלו נכונים שבעתיים נוכח העובדה כי המשיב שערך בדיקה מקיפה גילה בעצמו כי העברת הזכויות הקנייניות במבנה אל מר חלבי לא הושלמה וכי החלו בהליכי ביטול של עסקת הרכישה שנים לפני שהוצאה ההודעה על הכוונה להרוס ולהחרים את המבנה.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי:

1. ביום 15.10.2015 נמסרה הודעה למשפחת חלבי על כוונת מפקד כוחות צה"ל להחרים ולהרוס את המבנה בו התגורר מר חלבי שהיה מעורב בפיגוע דקירה שאירע ביום 3.10.2015 בעיר העתיקה בירושלים. ההודעה הוצאה בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 והיא אפשרה למשפחת חלבי להעלות טענותיהם באמצעות הגשת השגה עד ליום 17.10.2015 בשעה 3:50 לפנות בוקר (להלן: "ההודעה").

=רצ"ב הודעה על הכוונה להחרים ולהרוס מיום 15.10.2015, מסומן ע/1

2. מייד עם קבלת ההודעה, יידע מר חלבי את העותר אודותיה ומסר לו העתק ממנה מכוח היותו הבעלים הרשומים של המבנה אליו מתייחסת ההודעה.

3. לאחר קבלת ההודעה, יצר העותר קשר עם הח"מ והוא ייפה את כוחו להגיש השגה בשמו לאחר שהסביר בפניו כי הוא הבעלים של המבנה ולא מר חלבי והעביר לו מסמכים הרלבנטיים למבנה. ביום 15.10.2015 בשעות אחרי הצהריים הוגשה בשם העותר השגה כנגד

הכוונה להחרים ולהרוס את המבנה (לציין כי היה נחוץ להוציא את ההשגה במהרה עוד באותו היום בהתחשב בכך כי ההודעה הייתה אמורה לכנס לתוקף יומיים לאחר מכן ביום שבת 17.10.2015 בשעה 30:3 לפנות בוקר).

4. על סמך הבנת הח"מ את דברי העותר נטען בהשגה כי אין סמכות להוציא את ההודעה משום שמעמדם של בני משפחת חלבי במבנה הוא כשוכרים ולא כבעלים. בהשגה נטען כי המבנה הוקם בשנת 2000 וכי העותר הוא הבעלים הרשומים של המבנה וצורך נסח רישום טאבו המאשר זאת.

=רצ"ב העתק מההשגה שהוגשה ביום 15.10.15, מסומן באות ע/2.

5. כבר יאמר, כי בשל דוחק הזמנים שניתן להגשת השגה בהתאם להודעה (פחות מ- 48 שעות בפועל המתחילות ביום ה') ובשל הלחץ בו היה שרוי העותר שחשש כי כוחות הצבא יהרסו את המבנה עם תום התקופה שנקבעה בהודעה, נוצרה סיטואציה שגרמה לבלבול מסוים בהבנת המצב העובדתי באשר למערכת היחסים בין העותר לבין מר שפיק חלבי כפי שהעניין הוצג בהשגה.

6. יחד עם זאת, וכפי שיובהר להלן, בלבול זה אינו מהותי באשר לעובדה כי מר חלבי אינו הבעלים של המבנה אלא העותר מכוח היותו יו"ר מועצת המנהלים של ההתאחדות שבנתה את הפרויקט במסגרתו הוקם המבנה.

7. במקביל, ביום 17.10.2015 הוגשה השגה אחרת מטעם מר חלבי באמצעות עו"ד לאה צמל. ביום 19.10.2015 התקבלה תשובה מאת המשיב להשגה שהגישה עו"ד צמל ובה התבקש מר חלבי להגיש תשריט של המבנה בתוך פחות מיממה. לאחר קבלת ארכה קצרה, הוגש תשריט המבנה המבוקש ביום 21.10.2015 ללשכת היועמ"ש של הגדה המערבית.

8. ביום 6.12.2015 התקבל במשרדו של הח"מ מכתב מאת לשכת היועמ"ש של הגדה המערבית ובה דווח על דחיית ההשגה שהגיש העותר. נטען כי בתום "בדיקה מקיפה" שנערכה בעניין בירור טענת הבעלות שהעלה העותר, נמצא כי הבניין הינו חלק מפרויקט מגורים בשם "חי אלבסאטין" שנבנה בתחילת שנת 2000 באמצעות "ההתאחדות הפועלים הפלסטינית" וכי מר חלבי רכש את המבנה מההתאחדות בתשלומים חודשיים.

9. תשובת היועמ"ש הנ"ל מגלה גם כי העובדות האמורות נחשפו בעקבות "פגישה עם העותר" שנערכה ביום 22.11.2015 ובמסגרתה מסר כי המבנה ובתים נוספים הוקמו במסגרת פרויקט וכולם נמכרו ולא הושכרו וכך היה במבנה נשוא העתירה שנמכר בזמנו למר שפיק חלבי. המכתב ממשיך ומציין כי העותר הבהיר היטב כי לפי מדיניות ההתאחדות שהקימה הפרויקט לא הייתה בכלל אפשרות להשכיר מבנים וכי התבצעו רכישות בלבד. לתשובה צורפו 4 מסמכים שכביכול העותר המציא באותה "הפגישה" לאותם גורמים שהוא נפגש

איתם! משכך, נדחתה כאמור הטענה של העותר שהוא הבעלים של הבית ובהתאם נדחתה ההשגה שהגיש. בסוף התשובה נכתב כי מימוש הצו לא יחל בטרם 8.12.2015 בשעה 17:00.

=רצ"ב העתק מהתשובה מיום 6.12.2015, מסומן באות ע/3.

10. ביום 7.12.2015 שיגר הח"מ מכתב בהול ובו הוא הלין תחילה על העובדה כי היועמ"ש יצר קשר ישיר עם העותר (לאחר מכן מתברר כי העותר זומן "לפגישה" במתקן החקירה במחנה עופר באמצעות השב"כ) וזאת ללא ידיעתו וללא הסכמתו של הח"מ ובניגוד מוגמר לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין אשר חלים בנסיבות העניין גם על נציגי היועמ"ש בביצוע תפקידם. הרי אין מחלוקת כי לשכת היועמ"ש היו מודעים לכך כי העותר מיוצג על ידי הח"מ והדרך היחידה העומדת בפניהם ליצירת קשר איתו הייתה אך ורק דרכו ובאמצעותו.

11. לגופם של דברים, הח"מ ציין כי המסמכים שצורפו למכתב אינם קריאים כלל. נאמר כי חרף היותו של הח"מ דובר השפה הערבית הוא לא הצליח לקרא ולו מילה אחת מהמסמכים הללו ועל כן אינו יכול להתייחס לתוכנם ובהתאם דרש להמציא לעיונו באופן מיידי העתק קריא מהמסמכים הללו ובהתאם ביקש להאריך את המועד לכניסת ההודעה לתוקף שכן לא יעלה על הדעת כי המשיב ייקח לעצמו חודשיים שלמים לבדיקת העניין (כולל ביצוע עבירות אתיות חמורות) ובמקביל תינתן לעותר שהות של פחות מ-48 שעות לנקוט בצעדים למניעת ביצוע הריסת המבנה.

=רצ"ב העתק מהמכתב מיום 7.12.2015, מסומן באות ע/4.

12. ביום 9.12.2015 התקבל במשרדו של הח"מ מכתב נוסף מאת היועמ"ש אליו צורפו העתקים קריאים מהמסמכים שצורפו למכתב הקודם ובהתאם ניתנה ארכה קצרה עד ליום 13.12.2015 בשעה 17:00 לשם בחינת מסמכים הללו לפני כניסת צו ההחרמה וההריסה לתוקף. עוד נאמר במכתב, כי הארכה שניתנה הינה "לפנים משורת הדין" שכן מקור המסמכים הללו הוא העותר והוא יכול היה לשלוח העתקים מהם ישירות למשרדו של הח"מ! לא למותר לציין, המכתב לא התייחס ולו בחצי משפט לטענות באשר לביצוע עבירה אתית חמורה בעצם יצירת קשר ישיר עם העותר מאחורי גבו של הח"מ ומבלי ליידע אותו!

13. המסמכים שצורפו להחלטה על דחיית ההשגה הם: (1) מסמך משנת 1999 והוא הסכם רכישה שנערך בין הנהלת ההתאחדות המיוצגת באמצעות העותר כמי שעומד בראשה ובין מר שפיק חלבי. מסמך זה מתאר את עסקת הרכישה והוא קובע את התמורה עבור המבנה בנוסף להתחייבויות ולוחות זמנים ברורים למסירת המבנה ולתשלום התמורה עבורו. (2) מסמך נוסף נערך בתאריך 4.8.2007 והוא בבחינת מכתב התראה החתום על ידי העותר שנשלח אל מר חלבי ונוגע לאיחור הרב בתשלום התמורה בהתאם להסכם הרכישה. בהתאם למסמך זה העותר ציין כי באם לא ישולמו הסכומים המתחייבים מזה זמן רב תוך חודש ימים תהיה לו ולהנהלה מלוא הזכות לתפוס חזקה במבנה ולהעבירו לרוכש אחר. עוד נאמר, כי זוהי התראה אחרונה לאחר שמר חלבי כבר התבקש בעבר מספר פעמים לקיים את

ההתחייבויות הכספיות בהתאם להסכם הרכישה והוא לא קיימם. (3) הודעה נוספת משנת 2012 שנשלחה אל מר חלבי באמצעות נוטריון בשם סאמח חסן מרמאללה בשם העותר והנהלת ההתאחדות ולפיה הוזמן מר חלבי לסור אל משרדי הנוטריון לשם ביטול ההסכם והחזרת החזקה במבנה בשל אי תשלום מלוא התמורה. (4) מסמך המתאר את התשלומים אשר ביצע מר חלבי בהתאם לחוזה הרכישה ולפיו ברור כי הוא לא עמד בהתחייבויות הכספיות שלקח על עצמו עד לעצם היום הזה.

=**רצ"ב** העתק מהמכתב מיום 9.12.2015 ואת ארבעת המסמכים הנ"ל, מסומן באות ע/5.

14. ביום 10.12.2015 ולאחר עיון במסמכים ובנימוקים בבסיס ההחלטה על דחיית ההשגה, שיגר הח"מ מכתב בהול נוסף אל לשכת היועמ"ש ובו הוא התייחס באופן מפורט לכל אחד מהמסמכים עליהם נסמך המשיב בדחייתו את ההשגה שהוגשה על ידי העותר. במכתב זה הובהר כי ככל הנראה ובשל דוחק הזמנים שניתן לעותר לשם הגשת השגה נפלה אי הבנה מסוימת באשר לטיב היחסים בין העותר לבין מר חלבי אשר גרמה לאי דיוקים בהצגת גרסת העותר במסגרת ההשגה שהוגשה מטעמו.

15. נטען, כי יחד עם האמור, ובהתבסס על אותם מסמכים שהמשיב הסתמך עליהם בדחותו טענת העותר לבעלות על המבנה מכוח תפקידו כיו"ר ההנהלה, ברור הוא כי עסקת הרכישה של המבנה משנת 1999 לא הושלמה, ובוטלה לאחר מכן בשל אי תשלום מלוא התמורה המגיעה עבור המבנה. נטען כי ההחלטה הדוחה את ההשגה אינה מתמודדת עם המסמכים אשר לפיהם ברור כי העסקה לא הושלמה ואף בוטלה לאחר מכן. עצם קיום הסכם הרכישה משנת 1999 כשלעצמו אינו הופך את מר חלבי לבעלים של המבנה, במיוחד לאור המסמכים האחרים שצורפו! קריאה מגמתית כזו הינה מנוגדת למצב העובדתי ולמצב המשפטי ויש לדחותה.

16. מכתבו של העותר משנת 2007 וההודעה הנוטריונית על ביטול ההסכם משנת 2012 מעלות כי מר חלבי הפר את הסכם הרכישה בכך שהוא לא שילם לאורך שנים את מלוא התמורה המתבקשת בהתאם למה שנקבע, ועל כן עסקה זו בטלה ומבוטלת מבחינתה של ההנהלה על כל המשתמע מכך.

17. עוד נטען במכתב, כי עם כל הכבוד הראוי המשיב אינו יכול לקרא את המסמכים הללו באופן סלקטיבי ולבחור להסתמך על חלק מהם ולהתעלם ממסמכים אחרים. אמנם היה הסכם רכישה משנת 1999 באשר למבנה, יחד עם זאת היו גם מסמכים מאוחרים יותר המראים כי העסקה לא הושלמה וההסכם בוטל בשל אי תשלום התמורה. לא צריך להכביר במלים כי אי תשלום מלוא התמורה מהווה הפרה יסודית של ההסכם ומביא לבטלותו. עצם העובדה כי העותר עדיין רשום כבעלים של המבנה, ולא מר חלבי, בשונה משאר הבתים שהוקמו במסגרת הפרויקט שהבעלות בהם עברה לרוכשים, הינה עוד הוכחה באשר לאי השלמת העסקה וביטולה. בשונה מרוכשי דירות אחרים במסגרת הפרויקט, ברור כי במקרה דנן העסקה לא הושלמה על כל המשתמע מכך באשר לקביעת הבעלות במבנה!

=רצ"ב העתק מהמכתב מיום 10.12.2015, מסומן באות ע/6.

18. ביום 13.12.2015 הוגשה עתירה בשמו של מר חלבי במסגרת בג"צ 8567/15 כנגד כוונת המשיב להרוס המבנה. במסגרת העתירה הוצא צו ארעי האוסר על הריסת המבנה ונקבע כי הדיון בעתירה יתקיים ביום 22.12.2015.

19. מכתבו האחרון של הח"מ מעולם לא נענה על ידי המשיב. הח"מ ניסה ליצור קשר עם לשכת היועמ"ש כדי לזרז קבלת תשובה ואולם ללא הצלחה. מכאן לא היה מנוס ההגשת העתירה דנן.

הטיעון המשפטי:

פגיעה בזכות הקניין של העותר:

20. מהאמור עד כה עולה תמונה לפיה הבעלות במבנה לא עברה אל מר חלבי חרף ההתקשרות בהסכם הרכישה משנת 1999. למעשה, העותר, בהיותו יו"ר ההנהלה של ההתאחדות שהקימה את הפרויקט במסגרתו נבנה המבנה, הוא הבעלים הרשומים של המבנה ועל כן המשיב לא היה מוסמך להוציא ההודעה בהתאם לתקנה 119 כפי שנטען בהשגה של העותר.

21. הרי גם לשיטת המשיב שהסתמך על המסמכים שעותר מסר לו, אין מחלוקת כי התמורה עבור המבנה לא שולמה במלואה דבר שהביא לבטלות הסכם הרכישה מספר שנים עוד לפני הוצאת ההודעה בהתאם לתקנה 119. יתרה מזו, נסח הטאבו (המבנה נמצא באזור מקרקעין מוסדרים לפיכך הרישום מהווה ראיה חותכת באשר לאמיתות תוכנו בניין הזכויות הקנייניות הרשומות) תומך אף הוא במפורש כי העותר הוא הבעלים הרשומים ולא מר חלבי.

22. המשיב התעלם כליל מטענות אלו לא התמודד איתן או סיפק תשובות. המשיב הגיע למסקנה חפזה אשר מנוגדת למצב העובדתי והמשפטי שהיה מונח לפניו. ברור כי הרצון להוציא לפועל את ההריסה גבר על כל שיקול אחר שהיה ראוי לשקול כרשות מינהלית העומדת בפני קבלת החלטה גורלית. נחפזות זו בטיפול בהשגה כפי שהובהר לעיל מלמדת על קיומם של שיקולים זרים בבסיס ההחלטה על דחיית ההשגה.

23. העותר הינו אזרח המצוי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, וכך גם המבנה שבבעלותו והרשום על שמו. מכוח הימצאות התושבים הפלסטינים שבגדה המערבית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הם רכשו מעמד "אזרחים מוגנים" על פי כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

24. הוראות המשפט ההומניטארי חלות על שטח הגדה המערבית ועל העותר, כפי שכבר קבע בית המשפט הנכבד מקדמת דנא. וראו לעניין זה את דבריו של הנשיא (בדימוס) אהרון ברק:

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית (OCCUPATIO BELLICA), והמהווים חלק מדיני המלחמה (ראה: בג"צ 493/81/69). מבחינת חובותיה של המדינה המחזיקה כלפי הקהילייה הבינלאומית, מצויים כללים אלה הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי, שהמדינה צד להם והחלים על הנושא. מבחינת זכותו של תושב אזור הנתון לממשל צבאי כלפי המפקד הצבאי - זכות הניתנת לביקורת שיפוטית בבית המשפט של המדינה המחזיקה - מעוגנים כללי התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי המנהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי, עד כמה שהוא הוזרם למשפט הפנימי של המדינה המחזיקה על-ידי מעשה חקיקה פנימי בר-תוקף.

מבחינת תפיסתה הלוחמתית של ישראל, ובהעדר חקיקה מזרימה, הנורמות העיקריות של דיני המלחמה, שעניינם תפיסה לוחמתית, הן אלה הכלולות בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות להסכם האג הרביעי מ-1907 (להלן - תקנות האג). אף שתקנות האג הן הסכמיות, הרי הדעה המקובלת היא - ודעה זו נתקבלה על-ידי בית-משפט זה (בג"צ 610, 606, 78/79; בג"צ 79/390) - כי תקנות האג הן דקלרטיביות באופיין, והן משקפות משפט בינלאומי מנהגי החל בישראל גם בלא מעשה חקיקה ישראלי. (בג"צ 82/393 ג'מעית אסכאו אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו(4), 785, עמ' 791-792).

25. כמו כן, חלים על האזור הוראות אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שעניינה הגנה על אזרחים במהלכו של סכסוך חמוש, כפי שחזר וקבע זה לא מכבר בית המשפט הנכבד בבג"צ 04/7957 זהראו יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'. תק-על 2005(3), 3333, בעמ' 3340.

"אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבינלאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באיזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"ץ 05/1661 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל

ואחי' (טרם פורסם, פסקה 3 לפסק דין הרוב: להלן - פרשת המועצה האזורית חוף עזה). במרכזו של משפט בינלאומי פומבי זה עומדות התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן - תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית). מדינת ישראל נוהגת על פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל, איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל. [...]

כאמור, מכיוון שמקובל על ממשלת ישראל כי ההיבטים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית חלים באזור, איננו סבורים כי בעתירה שלפנינו עלינו לנקוט עמדה בעניין זה. בנוסף לשני מקורות אלה, שעניינם המשפט הבינלאומי, קיים מקור שלישי של דינים החלים בתפיסתה הלוחמתית של מדינת ישראל. אלה הם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. אלה כוללים, בין השאר, כללים של הגינות מהותית ודיונית, החובה לנהוג בסבירות, וכללי המידתיות. אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי"

26. אחת החובות הבסיסיות המוטלות על הכוח הכובש מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שמירה, בין היתר, על הרכוש והקניין של האוכלוסייה המוגנת. עניין זה נקבע בתקנה 23(g) וגם בתקנה 46 לתקנות האג ולפיה:

"Art. 46. Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.
Private property cannot be confiscated."

בנוסף, קיימת הוראה מקבילה גם באמנת ג'נבה הרביעית, הקובעת כי:

"Art. 53 – Prohibited Destruction:
"Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"

27. אין ספק כי ביצוע ההריסה בהתאם להודעה בנסיבות העניין פוגעת בזכות הקניין של העותר. ודוק: האמור בסעיף 53 לעיל בא להוסיף כמובן, ולא לגרוע, מהאמור בתקנה 46 לתקנות האג, וכפי שהגדיר זאת המלומד J.S. Pictet:

"The Extension of protection to public property and to goods owned collectively, reinforces the rule already laid down in the Hague Regulations, Articles 46 and 56 according to which private property and the property of municipalities and of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and science must be respected" (J.S. Pictet: **Commentary: IV Geneva Convention**, 1958, p. 301).

28. החובה המוטלת על המשיב ככל שהדבר נוגע לדין ההומניטארי, טומנת בחובה גם את החובה להגן על רכושו של הפרט המוגן בשטח הכבוש. וכפי שביטא זאת בית המשפט הנכבד בעבר:

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שליטית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית". בג"צ 4764/04 - **רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5), 385, עמ' 393-394.

וגם:

"במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטאריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שליטית"). חובתו היא גם "חיובית". עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים". (שם, בעמ' 408).

וראו לעניין זה גם:

"[זכות הקניין] מוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח המשפט החוקתי בישראל על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוגנת מפגיעה גם במשפט הבינלאומי. הפגיעה בזכויות קניין, ובכלל זה פגיעה בזכויות מקרקעין של הפרט, אסורה על פי דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי, אלא מקום שהדבר הכרחי לצרכי לחימה." בג"צ 7862/04 - **זוהרייה חסן מורשד בן חוסין אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(5), 368, עמ' 376-377.

29. הנה כי כן, ניתן לראות כי לעותר קיימת הזכות על פי המשפט הבינלאומי כי רכושו יהא מוגן על ידי המפקד הצבאי בשטח. הוראות דומות המחייבות את המשיב לנקוט בכל ההליכים על מנת לשמור על זכותו של העותר קיימות גם בדברי החקיקה הישראלים החלים מכוח עקרונות המשפט המנהלי על פעילותם בגדה המערבית. כך למשל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 3 כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". עולה מלשון ההוראה כי המעמד החוקתי לקניין אינו מוגבל אך לתושב או לאזרח אלא מוחל על כל אדם באשר הוא אדם ועל

פי האמור בסעיף 11 לחוק יסוד זה נקבע "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". בפרט מצאה הרשות המכוננת להבהיר כי הרשויות – ובכלל זה המשיב – חייבות לשמור על קניינו של אדם, ולדאוג שלא תהיה פגיעה בקניינו זה. לעניין זה יפים דבריה של נשיאת בית המשפט העליון, השופטת ד' בייניש בפסק דין רשד מוראד :

"בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקניין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי [...] לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם." (בג"צ 04/9593 ראשד מוראד, ראש מועצת הכפר יאנון ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח' ת-ק-על 4370, עמ' 4362, (2)2006).

30. לסיכום ניתן לראות כי הן על פי המשפט ההומניטארי והן על פי הוראות חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו מוכרת ומעוגנת זכותו של העותר להגנת קניינו. במקביל מוטלת לפתחו של המשיב החובה להבטיח את מימוש הזכות הקניינית של העותר.

האיסור על ענישה קולקטיבית:

31. תקנה 119 לתקנות ההגנה על פיה הוצאה ההודעה עומדת בסתירה עם מספר הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי האוסרות על נקיטת אמצעי של ענישה קולקטיבית נגד האוכלוסייה המוגנת.

32. סעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג קובע איסור מפורש על יישום ענישה כללית על האוכלוסייה המוגנת בגין מעשים של אינדיבידואליים שאין אפשרות לראותם כאחראים במשותף באשר למעשים הללו.

33. סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה אף הוא קובע איסור מפורש על ענישה קולקטיבית בקובעו כי לא תוטל ענישה על המוגנים באם הם לא אחראים למעשה בגינו מטילים הענוש באופן אישי.

34. העותר יבקש לטעון כי הוראות אלו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (דין מנהגי) החלות על השטחים הכבושים, במובחן משאלת תחולת הדין הבינלאומי בתוך מדינת ישראל, גוברות בנסיבות העניין על כל הוראה של דין פנימי, לרבות על תקנה 119 לתקנות ההגנה.

35. האיסור על ענישה קולקטיבית נקלט בפסיקתו של בית משפט נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין (ראה בג"צ 2006/97 ג'נימאת נ. אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651). העותר יטען כי תקנה 119 הינה בבחינת הטלת ענישה קולקטיבית על האוכלוסייה המוגנת בניגוד להוראות הנ"ל. בהקשר זה יפים לעניינו דבריו של כב' השופט מ' מזוז ולפיהם נאמר כי הפרשנות

שניתנה לאיסור על ענישה קולקטיבית על ידי מלומדים ישראלים וזרים כאחד ועל ידי טריבונאלים בינלאומיים כגון הצלב האדום מחייבת התמודדות אמתית עם השאלה האם תקנה 119 עומדת באיסור מפורש זה, ואם כן-באילו תנאים (ראה בג"צ 7220/15 עליוה ואחי נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

36. חוות דעתו של כב' השופט מ' מזוז בעניין עליוה הנ"ל הטילה ספק בקביעה שנעשתה בפסיקה ולפיה הסנקציה לפי תקנה 119 הינה בגדר אמצעי הרתעה ולא אמצעי ענישה. בהתאם לחוות דעת זו, ראשית תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה תחת הכותרת "הוראות עונשים שונות". בנוסף, עצם העובדה שאמצעי מסוים יכול להיות אמצעי הרתעה אינה שוללת את היותו גם אמצעי ענישה. נקבע כי המהות של האמצעי יותר מתכליתו היא זו הקובעת. קביעה זו באשר לסיווג הסנקציה היא עניין מהותי, מעבר לבחינת השאלה העקרונית באם תקנה 119 עומדת בסתירה לאיסור המפורש על ענישה קולקטיבית, שכן עשויה להיות לה השלכות במישור של קבלת ההחלטה להפעילה ושאלות קשורות אחרות כגון עיתוי הפעלתה והתשתית הראייתית הנדרשת לשם כך.

37. העותר יטען כי גם באם לא תתקבל העמדה הכללית לפיה תקנה 119 אינה עומדת באיסור המפורש של ענישה קולקטיבית, עדיין הפעלתה בנסיבות העניין שלפנינו כסנקציה המכילה גם מרכיב של ענישה מחייבת קיומה של תשתית ראיתית מבוססת יותר ונקייה מכל ספקות באשר לשאלת הבעלות במבנה.

38. נדמה כי המשיב אינו חולק על כך שהעותר לא ידע ולא היה עליו לדעת אודות הכוונה של חלבי לבצע הפיגוע המיוחס לו מיום 3.10.2015. מכאן, בנסיבות שלפנינו לא מתקיימת התשתית הראייתית הנדרשת להפעלת סנקציה המכילה מרכיב של ענישה. דברים אלו נכונים ביתר שאת כאשר עננה כבדה מרחפת מעל סוגיית הבעלות ושאלות קשורות כגון בטלות עסקת הרכישה משנת 1999.

39. העותר יטען כי ביצוע ההריסה כנגד המבנה בנסיבות העניין, כאשר לא הוכחה טענת הבעלות במבנה של משפחת חלבי, וכאשר לא נטען כי העותר ו/או בני משפחת חלבי ידעו באשר לכוונתו של מוהנד לבצע הפיגוע האמור, יש בו להטיל עונש על אנשים שלא חטאו. למעשה, זוהי ענישה קולקטיבית הן כלפי העותר, הן כלפי בני משפחת חלבי והן כלפי השכנים של המבנה העלולים להיפגע כתוצאה מביצוע ההריסה.

40. שוב, קיום הסכם הרכישה משנת 1999 אינה בבחינת סוף פסוק באשר לקביעת עניין הבעלות במבנה, קיום ההתחייבויות (אי קיומן ליתר דיוק) ואי השלמת העסקה משליכות באופן ישיר על הקביעה באשר לבעלות במבנה. העובדה כי המשיב בחר שלא להתמודד כדבעי עם המצב העובדתי והמשפטי והתעלם ממכלול הדברים שהוצגו לעיל ואשר הוצגו בפניו קודם לכן אינה מעלה או מורידה באשר למסקנה הסופית בדבר הבעלות במבנה. ברור הוא כי העסקה לא הושלמה בהתאם לאמור בהסכם הרכישה עצמו.

41. מעבר לאמור, כמובן שגם שאלת האפקטיביות ההרתעתית של הריסת המבנה לא הוכחה במישור הראייתי הנדרש. שאלת הוכחת הקשר בין הפעלת תקנה 119 לבין ההרתעה הנטענת מעולם לא הוכחה בפני בית משפט נכבד זה. מדובר בשאלה עובדתית-ראייתית והיא לא נדונה בפני בית משפט נכבד זה באופן רציני וממצה. לא למותר לציין כי התשובה על שאלה זו עשויה להשתנות בהתאם לתקופה ו/או נסיבות פוליטיות ואחרות ובכך היא מחייבת את המשיב להציג כל פעם מחדש ראיות רציניות באשר לקשר הנטען בין הפעלת התקנה לבין התקיימות אפקט ההרתעה, במידה בה נדרשת הוכחת טענות עובדתיות בפני בית משפט נכבד זה. רף ההוכחה הנדרש באשר לאפקט ההרתעה הנטען במקרים כגון זה הינו גבוה הינו גבוה יותר בהשוואה למקרים אחרים בהם לא מתעוררות שאלות בקשר לשאלת הבעלות במבנה.

בחינת תקנה 119 על פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי:

42. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין פוגעים בזכויות של פי חוק יסוד אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". החלטת המשיב לדחות את ההשגה של העותר בהתעלם מטענותיו באשר לבעלותו במבנה פוגעת בו ובזכותו לקניין ובזכותו לחיות בכבוד באורח קשה בניגוד לפסקת ההגבלה.

43. העותר יטען גם כי החלטות המשיב לדחות את ההשגה ולהרוס את המבנה התקבלו בהעדר סמכות וזאת מכיוון שיש בהן כדי לפגוע באופן חמור ביותר בזכויות יסוד חוקתיות של העותר מבלי שהצביע המשיב על מקור סמכותם או הוכיח המטרה שלשמה מתבצעת ההריסה.

44. הלכה פסוקה כי רשות מנהלית מנועה מלפעול בניגוד להוראות החוק ובאופן שיש בו פגיעה בזכויות הפרט. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת דורנר בפרשת קרית גת:

"שיטתנו החוקתית מגנה על האדם מפני שרירות השלטון. עיקרון זה מחייב לראות בהלכות שנפסקו על-ידי בתי- המשפט בנושא זכויות הפרט בישראל כ"דין" לעניין סעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה ... מכאן מתבקש, כי הסייג שבסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, המכפיף את סמכויותיה הכלליות של הממשלה לדין, מונע אותה לא רק מלפעול בניגוד להוראה שבחוק, אלא גם אוסר עליה לפגוע בזכויות הפרט... לאותה תוצאה אפשר להגיע גם על-יסוד ההלכה המורה - כעניין של פרשנות - כי אין רשות מינהלית רשאית לפגוע בזכויות הפרט, זולת אם היא הוסמכה לעשות כן בלשון מפורשת... בסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה לא נאמר כי הממשלה מוסמכת לפגוע מכוחו בזכויות הפרט, על-כן, אין לפרש את האמור בסעיף כי הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת כדין על רשות אחרת" כמתייחס גם לפעולות

הפוגעות בזכויות האדם". (הדגשה לא במקור) בג"צ 93/2918
- עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל ו-9 אח'. פ"ד מז(5), 832
עמ' 847-848.

כך גם נפסק מפי כבוד הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת הועד נגד עינויים, שם קבע
באופן מפורש כי:

"חירותו של הפרט, לא להיות אובייקט לחקירה, היא חירות
יסוד במשטרנו החוקתי. אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת
חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מנהל כללית
של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו. אכן, כאשר ביקש
המחוקק להעניק לשירות הביטחון הכללי סמכות הפוגעת
בזכות אדם, הוא קבע לעניין זה הוראה מיוחדת." (ההדגשה
אינה במקור) בג"צ 94/95,5100/4054 - הוועד הציבורי נגד
עינויים בישראל. פ"ד נג(4), 817, עמ' 833-834.

45. כלל הוא בשיטת המשפט הישראלית כי אם החלטה או פעולה מנהלית ניתנה בהעדר סמכות
מפורשת בחוק ו/או היא פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות של הפרט במידה שאינה מתיישבת
עם פסקת ההגבלה הרי דינה בטלות.

46. זאת ועוד, העותר יטען כי החלטת המשיב להרוס את המבנה בהתעלם ממצב הבעלות במבנה
או לפחות בירור ענייני וממצא באשר לטענות הקשורות למצב הקנייני במבנה עוד לפני קבלת
ההחלטה הסופית על הריסתו נגועה בחוסר סבירות קיצונית. החלטת המשיב לדחות את
ההשגה ובהתאם להרוס את המבנה נובעת בעיקר ממדיניות שרירותית אשר המשיב אימץ
לעצמו במסגרת הפעלת תקנה 119 ובעיקר משיקולים זרים ולא כשרים.

47. העותר יטען כי מדיניות בלתי סבירה זו אשר אינה עולה בקנה אחד עם השיקולים הראויים
שעל רשויות המדינה לאמץ בבואם לקבל החלטות גורליות מעין אלה מקורה באינטרסים
פוליטיים גרידא. על פי דיני המשפט הציבורי הישראלי חובה על הרשות המנהלית להפעיל
את שיקול דעתה "על פי אמות המידה המקובלות לפי עקרונות המינהל התקין", ובין היתר,
אסור לנהוג בחוסר סבירות ועליה לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין (בג"צ 389/80
דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד ל"ה (1) 421 וגם בג"צ 156/75 דקה נ' שר
התחבורה, פ"ד ל (94)2).

48. הפעלת תקנה 119 בנסיבות העניין חורגת מההלכה שקבעה כי השימוש בתקנה 119 צריך
להיעשות באופן זהיר וכי יש לפרשה ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה.
עיון בתשובות המשיב להשגות ובהתכתבויות המאוחרות בעניין הבעלות במבנה מלמד כי
המשיב היה חדור מטרה לדחות את ההשגה בהתעלם מהטענות המועלות ובהתעלם מהמצב
העובדתי והמשפטי הקיים. החלטתו של המשיב בדחיית ההשגה מתעלמת משאלות כבדות
משקל שהיה ראוי לבררן עובר לקבלת ההחלטה הסופית. שימוש זהיר בתקנה 119 בנסיבות
העניין היה מוביל בהכרח להחלטה אחרת ו/או לכל הפחות לגישה שונה בבירור הטענות
המועלות בפני המשיב.

49. ההחלטה על דחיית ההשגה התקבלה בהעדרה של תשתית ראיתית עובדתית מספקת ו/או תוך התעלמות מגמתית מחלק מהראיות שעמדו בפני המשיב עובר לקבלת ההחלטה, זאת בניגוד לכללי המנהל התקין אשר מחייבים את המשיב בבואו לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו על פי החוק. דברים הללו נכונים שבעתיים בנסיבות העניין עת שמדובר על הפעלת תקנה דרקונית כגון תקנה 119 שלגביה נקבע בשורה של הלכות כי יש לעשות בה שימוש זהיר ביותר דבר שמשליך בראש ובראשונה על שאלת אופן הפעלת הסמכות ולסייגים שיש לנהוג על פיהם.

50. העותר יבקש לטעון בנוסף כי ההחלטה על דחיית ההשגה והריסת המבנה חורגת ממבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה והיא מפרה את האיזונים שיש לשקול עובר להפעלת הסמכות. המשיב היה נחוש מלכתחילה להורות על הריסת המבנה במטרה להביא ליישום הוראות הדרג הפוליטי בהקשר הזה, שהושמעו בהזדמנויות רבות בתקופה האחרונה. אשר על כן ההחלטה אינה עומדת במבחני המידתיות שנקבעו: לא במבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה, וגם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה וגם לא במבחן המידתיות במונה הצר במסגרתו שוקלים הנזק שעלול להיגרם אל מול התועלת (ראה בג"ץ 7040/15 חמאד נ. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית).

51. בענייננו, ומעבר להעדר קשר רציונאלי בין המטרה של הרתעה לבין הריסת המבנה, העותר יטען כי ניתן להשיג את ההרתעה הנטענת גם על ידי אטימת אותו חדר בו היה גר מוהנד או בכלל על ידי מתן אפשרות לעותר להשלים את ההליכים המתחייבים מבטלות עסקת הרכישה של המבנה שנעשתה בשנת 1999.

52. לאחרונה בית משפט נכבד זה פסק במסגרת בג"צ 7040/15 חמאד נ. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית כי יש להגביל את השימוש בתקנה 119 כאשר קיימת זיקה חלשה בין המפגע ובני משפחתו ובין המבנה המיועד להריסה כגון קיום יחסי שכירות בלבד. בית המשפט קבע כי מעבר לשאלת הסמכות הנדרשת בהפעלת התקנה, ביקורת שיפוטית על פעולות המשיב בוחנת גם את שיקול הדעת הנלווה להפעלת הסמכות לאורן של הנסיבות של המקרה ובשים לב למבחני המידתיות.

53. בנסיבות פסק דין חמאד בהם משפחתו גרה בשכירות במבנה שהמשיב ביקש להרוס, נקבע כי יש קושי בהנחה שביצוע ההריסה בעניינו ירתיע מחבלים פוטנציאליים, וספק אם יש מקום להניח כי בכוחו של משכיר להשפיע על החלטתו של מפגע לבצע פיגוע. בהתאם, בית המשפט קבע כי לא מתקיים קשר רציונאלי בין התכלית ההתרעתית לבין הריסת המבנה. בעניינו, העותר יטען כי במקרה דנן הוכחו נסיבות מיוחדות לרבות בטלות הסכם הרכישה שנעשה בשנת 1999 בשל אי תשלום מלוא התמורה. נסיבות אלו היו צריכות להשפיע על שיקול הדעת של המשיב בבואו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 והן משליכות באופן ישיר גם על מבחני המידתיות האחרים.

54. בעניין בג"ץ עלויה הנ"ל כבי' השופט מ' מזוז קבע כי בחינת תקנה 119 על פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי עשויה לחייב הצבתם של סייגים ותנאים להפעלת שיקול הדעת בהתאם לתקנה 119. הסייג הראשון אליו התייחסה חוות דעתו היה ההבחנה בין מצב בו הבית נחשב לקניינו האישי של המפגע לבין מצב בו הוא נמצא בבית בגדר "דייר נלווה" בלבד כגון במצבים בהם המפגע מתגורר בבית הוריו למשל. במצב שכזה יש להימנע מהפעלת תקנה 119 כפי שמתחייב מכללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי.

55. בנוסף, נעשתה הבחנה בין מצבים בהם הבית שימש לפעילותו של המפגע לבין מקרים בהם הבית שימש למפגע רק כבית מגורים. עניין ידיעתם והשתתפותם של בני המשפחה דיירי הבית האחרים הוא אלמנט אחר שיש לשקול בהקשר הזה וכאשר לא הועלתה טענה באשר למעורבותם של האחרים אין מקום להפעיל את התקנה.

56. העותר יטען כי הפעלת הסייגים הנ"ל אליהם התייחסה חוות דעתו של השופט מ' מזוז תוביל בהכרח למסקנה בדבר ביטול ההודעה באשר לכוונת המשיב להחרים ולהרוס את המבנה. ראשית, מוהנד אינו הבעלים של המבנה וזיקתו למבנה הינה חלשה ביותר. לכל היותר, זיקתו למבנה הינה נלווית לזיקת אביו ומשפחתו שגם היא נמצאת בסימן שאלה בלאור בטלות הסכם הרכישה בשל אי תשלום התמורה. בנוסף, לא הועלתה כל טענה כי המבנה שימש מקום ממנו מוהנד תכנן את הפיגוע וכי הימצאותו במבנה הייתה רק כבית מגורים. בנוסף לכך, לא הועלו טענות ולא ננקטו הליכים כלשהם נגד בני משפחת חלבי האחרים באשר למעורבותם או ידיעתם בכלל על הפיגוע. בנסיבות העניין מתקיימים יותר מסייג אחד מאלה שהציג כבוד השופט מזוז באשר להגבלת השימוש בתקנה 119.

57. אמנם חוות דעתו של כבי' השופט מ' מזוז הייתה דעת מיעוט בפסק הדין בעניין עליוה, יחד עם זאת יש להבהיר כי הרעיון העקרוני באשר להכפפת הפעלת תקנה 119 לכללי המשפט המינהלי ולמשפט החוקתי הישראלי הינה הלכה פסוקה ומושרשת. בעניין חמאדה הנ"ל למשל אימצה כבוד הנשיאה נאור את החלק הקשור לזיקה בין המפגע לבין המבנה ונקבע כי לא ניתן להפעיל הסמכות כאשר מעמדו של המפגע במבנה הוא של שוכר בלבד. ברוח זו, העותר יטען כי אימוץ הפרמטרים הנ"ל ו/או חלק מהם במקרה דנן יוביל בהכרח למסקנה המתבקשת באשר לביטול ההודעה על החרמת והריסת המבנה.

חנימוקים לצו הביניים ולצו הארעי

המבחנים למתן צו ביניים:

58. הלכה היא כי שני מבחנים המקובלים למתן צו ביניים: סיכויי העתירה, ומאזן הנוחות שהוא השיקול העיקרי והמכריע. על שיקולים אלה עמד בית המשפט העליון:

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, 'מאזן הנוחות', שבו בוחן בית המשפט את

הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן הצו יסכל את בירור ההליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות, ויפיים לעניין זה דברי השופט חשין בבשג"צ 2598/95 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה (לא פורסם):

'אכן, עיקרה של בקשה למתן צו ביניים רואה אני במה שקרוי 'מאזן הנוחות' – יהא כינויו של אותו מאזן אשר יהא: שימור הסטטוס קוו אנטה, שינויו של הסטטוס קוו, נזקים בלתי הפיכים וכיוצ"ב – מאזן נוחות להבדילו מסיכויי העתירה לגופה שאני רואה בהן יסוד מישני בבקשה"'. (בר"מ 301/03 אחים סקאל בע"מ נ' רשות שדות התעופה (החלטה מיום 18/3/2003-טרם פורסם), ראה נא גם בעניין זה: בר"מ 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבטחון (לא פורסם); בר"מ 10812/02 חו המקום בע"מ נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (לא פורסם)).

59. העותר יטען כי שני השיקולים לעיל מתקיימים בעניינינו ומחייבים בהתאם מתן צו ביניים המונע את ביצוע הריסת המבנה עד להכרעה בעתירה.

60. לעניין סיכויי העתירה להתקבל, הלכה היא כי לצורך מתן סעד זמני די לבית המשפט הנכבד לבדוק באורח לכאורי בלבד אם העתירה מעלה שאלה רצינית או שמא מדובר בעתירת סרק על פניה. ובעניין זה העותר יטען כי העתירה מעלה יותר משאלה רצינית המצריכה דיון מעמיק.

61. באשר לשיקול השני-מאזן הנוחות- שמירת המצב הקיים בשטח, בפרשת מפעל תחנות בע"מ נתן בית המשפט העליון צו ביניים להפסקת עבודות בנייה, תוך מתן משקל נכבד לאינטרס בשמירת המצב הקיים בציינו:

"לעניין מאזן הנוחות, שהוא, כאמור, השיקול המכריע: בבוא בית המשפט לבחון את שאלת מאזן הנוחות עליו לקחת בחשבון את הצורך שבשמירת המצב הקיים, לעומת יצירת מצב חדש בטרם התברר ההליך לגופו. נקבע, כי בית המשפט יעדיף, במסגרת שיקוליו, לשמר מצב קיים ... כאן מדובר בביצוען של עבודות בניה אשר נמצאות בעיצומן של עבודות פיתוח ותשתית... נראה כי בעניינינו יש הצדקה למתן צו הביניים, בעיקר כדי למנוע היווצרותו של "מעשה עשוי". בנסיבות אלו גובר הצורך בשמירת המצב הקיים באמצעות צו הביניים, עד למתן פסק דינו של בית


משפט קמא בעתירה העיקרית. " [בר"מ 8777/06 מפעל תחנות
בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה, מיום 9.11.06
(פורסם בנבו)]

62. על עילה זו עמד בית המשפט הנכבד בפסק-דין פרידמן החשוב, כאשר קבע בית המשפט כי רק במקרים נדירים יטה בית משפט לסרב למתן צו מניעה המיועד לשמור על המצב הקיים:

"הצורך בשמירה על הסטטוס קוו שהם סוב- יוודיציא הינו
חיוני לכל מערכת שיפוט מתוקנת, ורק לעיתים רחוקות יסרב
בית המשפט להעניק לתובע סעד זמני שמטרתו שמירה על
המצב הקיים".
[ע"א 385/73 אברהם פרידמן ו- 2 אח', נ' אפרים זהבי, פ"ד כח
(1) 765, עמ' 769-768].

63. על כן אין ולא יכול להיות ספק כי מאזן הנוחות ככל שמדובר בנוק שעלול להיגרם לעותר לעומת הנזק שעלול להיגרם למשיב כתוצאה ממתן צו הביניים נוטה בבירור לטובת העותר וברור כי בהעדר צו ביניים לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו.

אשר על כן, ומכל הטעמים המפורטים לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים וכן צו על תנאי, כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, להפכו למוחלט, ולחייב את המשיב לשלם הוצאות העותר.


~~עלאא מחאג'ינה עו"ד~~
ב"כ העותרים