

בעניין:

1. עליאן, ת"ז \_\_\_\_\_

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל, מספר רשיון 11864

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148 העותרים

נגד

מפקד פיקוד העורף

המשיב

ע"י פרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע הוא החליט להחרים ולהרוס את הקומה השנייה בבניין בן שלוש קומות בג'בל מוכבר, ירושלים, בו התגורר \_\_\_\_\_ עליאן; לחילופין מתבקש המשיב ליתן טעם מדוע אין הוא מסתפק באטית חדרו של \_\_\_\_\_ עליאן ולא בהריסה כל הקומה.

**כסעד ביניים** מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב או מי מטעמו שלא יפגע בדרך כלשהי בקומה השנייה בבית משפחת עליאן.

העתק הצו רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה

1. א. העותר מספר 1 הינו אביו של \_\_\_\_\_ עליאן אשר ביצע, לכאורה, פיגוע ירי ודקירה ביום 13.10.2015 באוטובוס ביום 13.10.2015. כתוצאה מהפיגוע, אשר בוצע, לכאורה, עם אחר, נהרגו 3 אנשים ונפצע ארבעה נוספים.

- ב. הדירה בקומה השנייה כוללת 3 חדרי שינה, חדר ישיבות, סלון, מטבח ושירותים. \_\_\_\_\_ עליאן גר בחדר נפרד אשר גודלו כשני מטר על שלושה. בדירה, מלבד זוג הורים, שני ילדים קטנים, ועוד שתי משפחות – \_\_\_\_\_, אחיו ל \_\_\_\_\_, אשתו ובתו ו \_\_\_\_\_, אחיו ל \_\_\_\_\_, אשתו ובנו. בדירה סה"כ עשר נפשות. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 2.
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. ביום 11.11.2015 נמסר לב"כ העותרים הודעה בדבר כוונת המשיב להחרים ולהרוס את דירת מגורים של משפחת עליאן.
4. ביום 27.11.2015 הוגשה השגה כנגד החלטת המשיב. בהשגה ניסו העותרים לשכנע את המשיב כי המשך השימוש בתקנה 119 היא למעשה המשך להכחשה של המציעות בחבל ארץ זו אשר הנחה את פעולותיהם של מנהיגי היישוב הישראלי ומנהגי המדינה עד עצם היום הזה. הסיסמה השחוקה והשקרית אשר דרבנה את היהודים להגיע הינה "ארץ ללא עם – לעם ללא ארץ" ממשיכה, עד עצם היום הזה, לשמש מצפן לפעולותיה של המדינה, כולל המשך הריסת בתיהם של חפים מפשע, הקשורים בקשר דם למבצע פיגועים קשיים ואכזרים.

"Denial is understood as an unconscious defence mechanism for coping with guilt, anxiety and other disturbing emotions aroused by reality. The psyche blocks off information that is literally unthinkable or unbearable. (Stanley Cohen, "States of Denial", Polity Press, 2001, @ p. 5.

...

In a just world, suffering is not random; innocent people do not get punished arbitrarily. They must have done something. They deserve to suffer because of what they did, must have done, support doing, or will do one day (if we don't act now). Even when there is no objective symmetry, each side may feel its very existence threatened. The self-righteous claim to victimhood was most famously stated by Golda Meir, queen of Israel kitsch, in her reproach of *Arabs* (Palestinians, she had said, did not exist) for 'making' nice Israeli boys do all those terrible things to them" (Cohen, @ p. 96)

לטענת העותרים השימוש בתקנה 119 אפשרית כי הממסד הישראלי אינו מצליח "לראות" את האחר, הפלסטיני, כאדם שווה. ניתן לעשות שימוש בתקנה 119, גם אם הדבר מנוגד לעקרונות

בסיסים מכל סוג שהוא – עקרונות אשר אינם רלוונטים כאשר המדובר ב"לא יהודי" – וזאת בשל מצבה המיוחד של המדינה. היינו רוצים, כחברה, לכבד את האחר, אך המציעות גוברת על רצוננו. זוהי החלטה מודעת, הן של המשיב והן של בית המשפט הנכבד הזה. העתק ההשגה רצ"ב ומסומן באות ע' 3.

5. ביום 26.11.2015 נדחתה ההשגה. העתק רצ"ב ומסומן באות ע' 4.

6. מהנדס מטעם העותרים ביקר בבניין ובדירת משפחת עליאן. מחוות דעת זו עולה כי –  
"6.1 ...

1. אין מקום להרוס אלמנטים נושאים ו/או אלמנטים של שלד בדירה, כגון: עמודים, קירות נשואים, חלק מתקרות וכו'.
2. כל הריסה של אלמנטים שאינם נושאים תבוצע בזהירות רבה ובכלים מכניים קלים.
3. היות ובהתאם להנחיות ת"י 412 העומס השימושי הנוסף, מעבר לעומסים הקבועים בתכנון מבנה מגורים הינו 150 ק"ג/מ"ר, ובהתחשב באיכות הבנייה של הבניין בו הדירה נשוא חוות הדעת, סבורני כי אין להעמיס על רצפת הדירה הריסות במשל העולה על כ-100 ק"ג/מ"ר.
- דהיינו יש לפנות פסולת ההריסות תוך כדי ביצוע ההריסה, ע"מ למנוע כשלים סטטיים בבניין.
4. לאחר ביצוע הריסות יש לנקוט באמצעי בטיחות, לרבות פינוי הפסולת, סגירת הגישה לשטח הדירה ו/או באזורים בסמוך לה אשר גבוהים מפני הקרקע הטבעיים ומחם יש סכנת נפילה.
- העתק חוות דעת המהנדס מחברת "מודון – תכנון ושמאות מקרקעין" רצ"ב ומסומן באות ע' 5.

## הטיעונים

7. העותרים טוענים כי החלטה לפועל נגד בית משפחת עליאן נגועה משיקול זר.
  - א. הפיגוע בוצע ביום 13.10.2015.
  - ב. ביום 11.11.2015, יום לאחר סידרת פיגועים, או ניסיונות, שבוצעו בירושלים על ידי ילדים מתחת לגיל 13 החליט המשיב להודיע על כוונתו להחרים ולהרוס את הקומה השנייה בבניין בן שלוש קומות.
  - ג. בית משפט קבע כי יש לפועל בסמוך למועד ביצוע העבירה וידיעת זהות המבצע. במקרה דנן לא הייתה בעיה לזהות המצבע לאור העובדה שהוא מצא את מותו במקום הפיגוע.
  - ד. המתנה של כחודש ימים אינה מתיישבת עם דברי בית המשפט בבג"צ 5839/15 סידר ו-8 אחרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו). שם נקבע כלהלן:

“נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להמסר במועד קרוב ככל האפשר  
למקרה העברייני בו מדובר.”

תגובת המשיב להשגה לא התייחס כלל לטענה זו.

ה. החלטת המשיב היא בשל חידוש הפיגועים ביום 13.10.2015 ולא בשל המעשה עצמו.

## ההרתעה

8. המשיב טען לאורך השנים, כי תכליתה של תקנה 119 הוא הרתעת הרבים. אדם, פלסטיני, המעלה בדעתו לבצע פיגוע, יודע כי אם יוציא את כוונתו לפועל, סיכויו למות כמעט מובטחים ואם המדובר בפיגוע חמור, ייפגע בית משפחתו – יוחרם וייהרס או ייאטם. תכלית זו אושרה רק לאחרונה על ידי בית המשפט הנכבד בבג"צ 15/7040 תמאד נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית וזאת לאחר שבית משפט עיין, במעמד צד אחד, בחומר חסוי שהוגש מטעם המדינה כדי לבסס את טענתה. העותרים טוענים, כי על מנת לבסס החלטה מושכלת בדבר התועלת של תקנה 119 לנוכח הגל האין סופי של אלימות הפוקד המדינה מאז קיומה, יש צורך בנתונים אמפיריים המשווים בין אותם מקרים, שנטען שהועילו במניעת פיגוע, לבין אלה שדרכנו את ביצועם. אנו מפנים לדברי פרופ' מרדכי קרמניצר בישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (6.12.2004) בעמ' 6:

“מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זרע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעולות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית.”

9. הניסיון היחיד הידוע לעותרים, להתייחס לתועלת השימוש בתקנה 119, נעשה על ידי צה"ל. צירוף המקרים שנוצר בעת הדיון בבג"צ 773/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באתר נבו) והמלצות הוועדה בראשות האלוף אודי שני, שבחנה את החוקיות ואת הלגיטימיות של מדיניות הריסת הבתים, הביאו להפסקת השימוש בתקנה 119 למשך שלוש שנים, מ-2005 עד 2008. הפצ"ר לשעבר אלוף (מיל') אביחי מנדלבליט הציג לפני חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, את שינוי המדיניות כלהלן:

“החלטה שהתקבלה, והיא באמת החלטה דרמטית, לא נוגעת רק לתקופה של רגיעה, למרות שהיא התקבלה גם על רקע הרגיעה, אני לא מכחיש, היא נוגעת גם

לתקופה שאם \_\_\_\_\_ ה יתחדשו מעשי האיבה, גם אז היא תעמוד בעינה. החלטה  
אומרת שאין יותר הריסות לצורכי הרתעה, מסוג ההריסות...".  
כאמור, כבר ב-2008 הוחלט על יד המדינה, באישור בית משפט העליון, לשוב למעגל האימה ולהרוס  
בתים. (ראו: בג"צ 9353/08 אבו דהים נ' מפקד פיקוד העורף, פורסם באתר נבו).

## פגיעה בעקרונות יסוד

10. א. העותרים טוענים, כי הפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה שעת חרום, 1945 (להלן: התקש"ח, 1945) הינו בלתי סביר בעליל ודרושה התערבותו של בית משפט נכבד זה. ערים אנו לפסיקות רבות השנים, אשר קבעו כי למרות ביטולן של התקש"ח, 1945 על ידי בריטניה הגדולה ערב יציאתה את ארץ-ישראל-פלסטין, ביטול זה אינו תקף. תיקון 11א' לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הבא "להסיר ספקות בנוגע לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948", ע"ר מס' 2, 21.5.48, תוס' א', עמ' 1 הוסיף את ההגדרה של המונח "חוק נסתר". לטענת העותרים, המדובר בתיקון הצופה פני העבר; דבר מנוגד לעקרונות יסוד של שלטון החוק. ה-Palestine (Defence) Order in Council, 1937 בוטל. לו רצתה כנסת ישראל להחיות את התקש"ח, 1945, היה צריך לעשות כן באופן מפורש.
- ב. בבג"צ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף, אימץ בית משפט את טענת המשיב וקבע: יב. תשובת המדינה באשר לפקודת הביטול המנדטורית מקובלת עלינו; עסקינן במובהק בחוק נסתר, שעל כן אין לו תוקף; גם אם לא פורסמו דברים מסוימים בעיתון הרשמי המנדטורי בשל המצב הבטחוני ששרר בשלהי המנדט, הדעת נותנת כי אין לפרש שהכוונה לחוק רב משמעות אשר ניתן היה לבטלו בדרך זו, אלא אולי להודעות טכניות כאלה ואחרות.
- העותרים טוענים, כי קריאה מדוקדקת של תקנה 4 (1) לתקש"ח, 1945, מביאה למסקנה כי "כל תעודה המייתמרת להיות מסמך (בין שהוא מחוקק ובין שהוא מבצע) ... אינו יכול להתייחס ל"הודעות טכניות כאלה ואחרות". פירוש תקנה 4(1) מתייחס גם לדבר ביטולן, כדבר ה"מחוקק". תקנה 4(2) קובעת:
- "לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת-חירום ברשומות."

ג. לסיכום טענה זו: היה ביטול, הביטול לא פורסם בעיתון הרשמי בזמנו. הוספת סעיף 11א' לפקודת שלטון והמשפט, תש"ח-1948, צפה פני העבר ומנוגד לעקרונות של שלטון החוק. בנוסף, גם על פי התקש"ח, 1945, עצמו, תקנה 4, פוטרת מפרסום כל דבר הקשור לתקנות עצמן. 11. העותרים טוענים, כי קביעת בית משפט הנכבד בדבר תכליתה של תקנה 119 כ"הרתעת הרבים", מנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט הנהוג בישראל ולשלטון החוק.

א. המונח "הרתעת הרבים" זכה לסעיף מיוחד בחוק העונשין, תשל"ז-1970 - סעיף 140. הסעיף מאפשר לבית משפט, הבא לקבוע את מתחם הענישה לנאשם שהורשע בביצוע עבירה, את רכיב "הרתעת הרבים" בין מרכיבי המתחם. כלומר, אין שימוש ברכיב של "הרתעת הרבים" אלא לאחר קביעת בית המשפט כי המדובר בנאשם אשר הוכרע דינו ונמצא אשם.

משפחתו של \_\_\_\_\_ עליאן אינם אשמים.

ב. אנו מפנים לבע"פ 99/14 מ"י נ' מליסרון בע"מ, בונקבע – בקשר למעמד המונח "הרתעת הרבים", כלהלן:

"קח. אך מנגד, סבורני כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל מספק לשיקולי ההרתעה במקרים מעין אלה, שעה שלא נדרש לשיקולי הרתעת הרבים (פיסקה 22 לגזר הדין); בית המשפט נדרש להחמרה בשל הרתעת הרבים מעבר למתחם, אך [סעיף 40 לחוק העונשין](#) עניינו החמרה בתוך המתחם שנקבע. כפי שצינתי בהקשר דומה:

"לטעמי, גם מי שאינו סבור כי הרתעת הרבים, אולי להבדיל מהרתעת היחיד, פועלת ככלל בעבריינות ה'קלאסית' של רצח, שוד ואונס, חבלה ודומותיהן (ראו [ע"פ 11/7534](#) מזרחי נ' מדינת ישראל) [פורסם בנבו] (2013), פסקה ג' לחוות דעתי), יוכל לסבור כי יש לה סיכוי בעבירות כלכליות, מכל מקום של 'הצווארון הלבן'. המתכנן עבירות – או שמא נאמר 'מתחמן' – ושומע כי דינו עלול להיות מאסר, אולי יחשוב פעמיים... כאמור, נדמה כי בענייננו עונש הרתעתי נועד להרתיע לא רק את המערער עצמו בלבד במבט לעתיד, אלא לא פחות את הרבים, ובעיקר – כפי שציין בית המשפט המחוזי – את המכהנים בתפקידים בכירים בתאגידים, לבל ימעלו אלה באמון שניתן בהם. דווקא כלפי אנשים נורמטיביים בבסיסם המתכננים את מעשיהם, אולי יכלול ה'תכנון' גם את הסיכון שבהעמדה פלילית לדין (עניין דנקנר, פסקאות ל"ח-ל"ט)."

ג. אנו מפנים לדברי בית המשפט הנכבד הזה בבג"צ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו) לפסק דינה של השופטת ארבל:

85. ...אמנם לא יכולה להיות מחלוקת שהתכלית של בלימת תופעת ההסתננות היא תכלית חשובה וראויה בהתחשב בקשיים שמעוררת תופעה זו. אלא שמשמעות תכלית זו בהקשר של התיקון לחוק היא הרתעה. דהיינו, עצם השמתם של המסתננים במשמורת יוצרת הרתעתם של מסתננים פוטנציאלים מלהגיע לישראל בידיעה שאף הם יושמו במשמורת. וכלשונו הציורית של המשנה לנשיא מ' חשין: "אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפפת-המשי טמון אגרוף" (עניין סטמקה, בעמ' 769).

86. הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" ([ברק, פרשנות חוקתית](#), בעמ' 421). "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).

12. אנו מפנים לדעת מיועט של כבוד השופט פוגלמן בבג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בסעיף 2 לפסק הדין:

... דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח [תקנה 119](#) מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה

להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת גלומה בה.

13. אנו מפנים לדברי בית המשפט הנכבד הזה בבג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם באתר נבו):

"39. פתחנו את פסק-דיננו בתיאור המציאות הביטחונית הקשה שבה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק-דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכך שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה."

14. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצווים המבוקשים, ולאחר שמיעת טענות הצדדים להופכם להחלטיים.

ירושלים, היום ה-29 נובמבר, 2015

---

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים