

בית המשפט העליון

בג"ץ 8603/16

אבו סביח נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה

תאריך הגשה: 07/11/16

בבית- המשפט העליון  
בשבתו כבית- משפט גבוה לצדק

- בעניין: 1. אבו סביח, 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  
פקס: 02-6263212, נייד 0524404477

### העותרים

- נ ג ד -

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

### המשיב

### עתירה לצו על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק לחזו לא יבוטל צו הסגירה שהוצא ביום 11.10.16, המורה על סגירת החנות שבבעלות העותר מס' 1, והמצויה בכפר אלראם למשך חודשיים (להלן: "החנות").

### בקשה לקיום דיון זחוף

מדובר בצו סגירה לחנות של העותר שמהווה מקור פרנסתו העיקרי. הצו הוצא ביום 11.10.16 ונכנס לתוקפו באופן מיידי, עוד לפני מתן זכות שימוע. הצו חל לתקופה של חודשיים.

ההשגה הוגשה על ידי ב"כ העותר ביום 18.10.16. מאז ועד היום לא ניתנה החלטה בהשגה.

עבור הזמן, כאשר הצו הוחל באופן מיידי מיום הוצאתו, פוגע קשות בעותר, בכבודו ובפרנסתו ובזכות העיסוק.

העובדה כי עבר כמעט חודש מאז הוצאת הצו, ללא מתן תשובה עניינית להשגה, פגעה גם היא בעותר.

לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף בעתירה.

### ואלה נימוקי העתירה:

#### מבוא עובדתי

1. ביום 11.10.16, בשעות הלילה, מסר המשיב צו סגירה, המורה על **סגירתה המיידית** של חנות הממתקים המצויה בכפר אלראם (להלן: החנות). הצו הוצא בהתאם לסעיף 319 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (איו"ש) (1651) וכן לתקנה 129 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה").

העתק הצו הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-1.

2. בגוף הצו נטען כי החנות היא כבעלות מסבאח אבו סביח, בנו המנוח של העותר. עוד נטען כי עילת הסגירה היא הטענה לפיה סגירת החנות תשרת את הסדר הציבורי וביטחון כוחות הצבא. בצו ניתנה האפשרות להשיג נגד הוצאת הצו.

3. להשלמת התמונה יצויין כי כוחות הביטחון מייחסים לבנו של העותר ביצוע פיגוע ירי במזרח ירושלים ביום 9.10.16, במהלכו נהרגו שני בני אדם ונפצעו אחרים.

4. יצויין כי המשפחה לא קיבלה הוכחות לעניין זה, כאשר הרשויות מחזיקות את גופת בנה ומונעות את קבורתו.

5. ביום 11.10.16 פנה הח"מ אל נציג המשיב, והודיע כי בכוונת העותר להשיג נגד הצו. לצורך זה, ומאחר והצו הנ"ל חסר כל פירוט באשר לעובדות והטענות עליהן מבוסס, ביקש הח"מ לקבל פרטים באשר לעילה הפרטנית להוצאת הצו והטענות העובדתיות אשר עמדו בבסיסו. בנוסף, ביקש הח"מ לקבל את הראיות התומכות בטענות המשיב.

העתק המכתב הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-2.

6. ביום 13.10.16 נתקבלה תשובת המשיב. בתשובה זו נטען כי בבסיס הצו עמדו הטענות שעיקרן כלהלן:

א. בנו של העותר ביצע בחנות הכנות לקראת הפיגוע, כאשר "צולמה" צוואתו של המחבל בחנות".

ב. מחוץ לחנות תלויים "דגלי חמאס", ובתוך החנות "תלויות כרזות שונות של מסגד אלאקצא אותן יש לבחון על רקע ההקשר הכולל של פעילותו המסיתה והאלימה של הנדון (הכוונה לבנו של העותר, ל.ח.). בנושא בשנים האחרונות בכלל וכמניע לפיגוע בפרט".

ג. עוד נטען כי ביום 9.10.16 "התקלו מאות אנשים בתוך ומחוץ לחנות שבנדון והשמיעו דברי הסתה לאלימות ודברי שבח למחבל שבנדון." עוד נטען כי חלק מהאנשים נכנסו לחנות ועשו שימוש בדברי המתיקה שבחנות.

ד. לבסוף צויין כי בידי המשיב מידע מינהלי המצביע על החנות כמוקד הסתה.

העתק תשובת המשיב מצ"ב ומסומן ע-3.

7. ביום 18.10.16 שלח העותר באמצעות ב"כ השגה נגד הצו, ודרש את ביטולו. במכתב זה טען העותר טענות רבות שמחייבות ביטול הצו, ופירט את הטעויות העובדתיות הקשות שנפלו בכל אחד מהנימוקים והעילות ששימשו להוצאת הצו.

העתק ההשגה הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-4.

8. ביום 1.11.16, ומשלא נתקבלה כל תשובה להשגת, שלח הח"מ מכתב ובו ציין כי לאור עבור הזמן, ולאור הנזק שנגרם לעותר כתוצאה מסגירת החנות, ופגיעה בפרנסתו ובכבודו, יגיש עתירה לבית המשפט העליון באם לא יקבל תשובה להשגה עד ליום 6.11.16. תשובה כזו לא נתקבלה.

העתק המכתב הנ"ל מצ"ב ומסומן ע-5.

#### הצדדים:

9. העותר יליד שנת 1937, נשוי ואב לילדים, תושב ירושלים. הוא הבעלים והמנהל של חנות הממתקים שבכפר אלראם, נשוא הצו. העותר רכש את הקרקע לפני שנים רבות, ובנה עליה את המבנה בו ממוקמת החנות האמורה.

העתק הסכם רכישת הקרקע עליה נבנה המבנה בו מצויה החנות, מצ"ב ומסומן ע-6.

10. מדובר בעסק זעיר שבבעלותו ובניהולו של העותר. העותר, שהוא פנסיונר, עובד בחנות, מתפרנס מהפעלתה, ומעביר בה את זמנו. העסק נפתח בדרך כלל משעות הצהריים. בימי השגרה העסק מכניס הכנסה צנועה. העסק

עובד באופן ממשי יותר בחגים ובעיקר בחג אלפיטר בו נהוג למכור ממתקים.

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

12. המשיב, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, יש בידי סמכות להוציא צווים בהתאם לתקנות ההגנה והצו בדבר הוראות ביטחון.

#### **הצו מבוסס על נתונים מוטעים:**

13. העותר יטען כי הנתונים עליהם התבסס המשיב לצורך הוצאת הצו, כפי שפורטו במכתבו מיום 13.10.16, הם מוטעים וחסרי בסיס, כפי שיפורט להלן. המשיב לא בחן את הטענות ולא בדק את העובדות, ולכן, נסמך על עובדות מוטעות. בשל כך דין הצו להתבטל.

#### **זהות הבעלים:**

14. בצו נטען כי החנות היא של הבן מסבאח, ולא היא. עובדה מוטעית זו היוותה את העילה המרכזית להוצאת הצו. ברם, העסק בבעלותו ובניהולו הבלעדי של העותר. העותר הוא הבעלים של המבנה, הוא בעל הרישיון להפעלת החנות, והוא אשר עובד בחנות בפועל לבדו. בנו מסבאח, נהג לעבוד בעבודות אחרות.

15. הקביעה בדבר זהות הבעלים של החנות, היא שגויה, ולא ברור על מה נסמכה.

#### **הקשר בין ההכנה לפיגוע לבין החנות:**

16. הניסיון לקשר בין החנות לבין ההכנות להוצאת הפיגוע כביכול, כאמור במכתב המשיב מיום 13.10.16, תמוה ושגוי.

17. טענת המשיב לפיה בנו של העותר צילם את "צוואתו" בחנות לקראת ביצוע הפיגוע, מופרכת. ככל שנוכל לקלוע לכוונת הדברים, "הצוואה" הנטענת שפורסמה בכלי התקשורת כפי שציין המשיב במכתבו הנ"ל, היא ראיון טלוויזיוני שניתו חודשים רבים לפני הפיגוע, למיטב ידיעת העותר, ואין לה כל קשר לפיגוע.

18. גם הטענה כי ראיון זה צולם בחנות העותר, אף שאין בכך כל עילה להוצאת הצו, אין לה על מה לסמוך, ולא ברור על מה נסמכה קביעה זו.

## כרזות והתקהלות בסביבת החנות:

19. באשר לתליית תמונות מסגד אלאקצא בתוך החנות, ברור כי אמונתו הדתית של העותא וסמליה היא לא עניינו של מפקד האזור. היא לא יכולה להיות עילה לסגירת החנות ולפגיעה בעותר. שיקול זה הינו שיקול זר ופסול, שהופך את ההחלטה בדבר הוצאת הצו לנגועה בשיקולים זרים, ודין בטלות.

20. באשר לדגלים שנתלו כביכול מחוץ לחנות, הרי אלה לא נתלו על ידי העותר, ולא לפי בקשתו או הסכמתו, ולא נטען אחרת על ידי המשיב.

21. בעניין זה, חשוב לציין כי מיד אחרי היוודע קרות הפיגוע ברבים, הגיעו באופן כמעט מיידי כוחות צבא רבים לאזור החנות, ופרצו את הדלת ונכנסו לתוך החנות לאחר ששברו את דלתה. הם עצרו את העותר והסתלקו. בתגובה לאירועים אלה ובעקבותיהם, התקהל בסביבת החנות קהל של עוברי אורח, ככל הידוע. לא ניתן להעניש את העותר בגין מעשיהם של אחרים, במיוחד כאשר הוא לא היה במקום, ואף לא היתה לו היכולת להתערב בעניין.

22. עם הגעת כוחות הצבא אל החנות סמוך לאחר קרות הפיגוע, החנות היתה נעולה וריקה. החיילים פרצו אליה בכוח לאחר ששברו את הדלתות. באותה עת ממש נעצר העותר ונלקח למגרש הרוסים. הכוח ששבר את הדלתות הותיר את החנות פתוחה.

23. על כן, אם אכן "נכנסו אנשים לחנות ועשו שימוש בדברי המתיקה" כטענת המשיב, הרי היה זה אך בשל התנהגות החיילים ושבירת הדלתות ללא כל צורך, והותרת החנות פרוצה, בעוד העותר מצוי במעצר. לא יעלה על הדעת כי נימוק זה ישמש להוצאת צו הסגירה.

## החלטה שרירותית:

24. כאמור לעיל, ההחלטה בדבר הוצאת הצו נעשתה על בסיס עובדות מוטעות, שטחיות, וחלקן אף לא רלוונטיות ולא ענייניות בלי קשר למידת נכונותן.

25. החלטה המתבססת על בסיס עובדתי רעוע, ותהליך בדיקה שטחי ובלתי ענייני, היא החלטה שרירותית, שמעלה חשד כי ניתנה משיקולים זרים, ואילו נימוקיה נועדו אך להצדיקה ולכסות על שרירותה.

26. ההלכה הפסוקה מחייבת את הרשות המנהלית לערוך תהליך בדיקה אמיתי ומעמיק בטרם קבלת החלטה:

“בראשיתה של פסקה (3) הובאה התייחסות לחובה לקיים בחינה עניינית ושיטתית של הפנייה אל השר, ומן הראוי להוסיף ולהבהיר את כוונת הדברים: תהליך קבלת החלטה על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה), כדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את כדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולכסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה, וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר כשכט הביקורת המשפטית והציבורית.”

ראה: בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, עמ' 49 (פורסם בנבו)

27. בנוסף, הואיל והזכות הנפגעת הינה זכות יסוד, חופש העיסוק ואף חירותו של העותר וזכותו לכבוד, נדרשות ראיות חד משמעיות ומשכנעות להוצאת הצו, ולא שמועות וטענות בלתי מבוססות:

“כבג”צ 56/76 [14] הנ”ל נונה שאלת שלילתן של זכויות קיימות, ונאמר שם, כי לצורך החלטתה צריכות להיות לפני הרשות ראיות משכנעות ומהימנות, שאינן מותרות מקום לספק. מקובל עלי - כמשתמע מן האמירה הנ”ל - כי לגבי שלילת זכויות קיימות, ועל אחת כמה וכמה לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן. בדומה למקובל ככגון דא בארצות-הכרית. *Woodby v. Immigration service* [49] (1969) בו נדונו הראיות שהיו בפני הרשות המינהלית עובר למתן צו גירוש) הנני סבור, כי הראיות הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות, *clear, unequivocal and convincing* and כנאמר בפרשת [49] *woodby* גם *1023 c.t. mccormick, on 1984, rd ed., by e.w. cleary and ) c.t. mccormick, on 1023 evidence(others 3, st. Paul* . כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות.”

28. לאור האמור, יטען העותר כי החלטת המשיב לקתה בשרירות, חוסר הגינות, ושיקולים זרים. המשיב לא בדק את העובדות לאשורן, אלא פעל בחופזה וברשלנות, וסמך את ידו על טענות מוטעות, החל מהעובדה הבסיסית בעניין זהות הבעלים של החנות.

#### חוסר סמכות:

29. לפי לשונם ורוחם ומטרתם של הסעיפים שמכוחם הוצא הצו, אין כל מקום לעשות בהם שימוש במקרה זה. הסעיפים נועדו לנסיבות אחרות בהן ניתן

להפעיל את הסמכות כאשר קיימת סכנה אמיתית וודאית לשלום הציבור, לממשל התקין או לביטחון, בהתאם לסעיף 319 לצו בדבר הוראות ביטחון.

30. גם תקנה 129 לתקנות ההגנה, עוסקת בהוצאת צו סגירה למען שלום הציבור, הגנת ישראל או קיום הסדר הציבורי.

31. במקרה זה הצו הוצא כענישה על דברים שנטען כי נעשו בעבר, ולא כאקט צופה עתיד. הדבר מנוגד ללשון הסעיפים ולמטרתם.

32. גם אם יתקבלו טענות המשיב שנטענו להצדקת הוצאת הצו, יטענו העותרים כי אין בכך לקיים את תנאי הסעיף הנ"ל.

#### צו פוגעני:

33. בנוסף, הצו כאמור פוגע גם בחופש העיסוק וכן בזכות לפרנסה, ובנגזרתה – בזכות לקיום בכבוד (דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"ד(5) 330, 381; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 573, 630; בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם), פיסקה 15). סגירת החנות מהווה פגיעה קשה בפרנסת העותר ובזכותו לחופש העיסוק, החוסה תחת חוק יסוד: חופש העיסוק. פגיעה שכזו חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

34. נראה כי במקרה זה, רק שיקולים זרים וטענות מופרכות עמדו בבסיס ההחלטה לסגור את החנות. הרצון לנקום בעותר ובמשפחתו, שככל הנראה היווה את הסיבה האמיתית לצו, לא יכול להוות בסיס חוקי להוצאתו.

#### חוסר מידתיות:

35. לחלופין, העותר יטען כי גם אם ייקבע כי הצו חוקי ונימוקיו מוצדקים אין בכך כדי להצדיק נקיטת צעד דרסטי זה של סגירת החנות, המהווה פגיעה בלתי מידתית בעותר, בפרנסתו, ברכושו ובכבודו.

36. עיקרון המידתיות הוא עיקרון על, שעל פיו מחוייב המשיב לפעול, בוודאי כאשר הוא פוגע בזכויות יסוד 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, כתלק 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: בשי"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפיסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (פורסם בנבו), 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).

37. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי סגירת החנות אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

38. לא מידתיות ולא שיקול דעת הופעלו כאן, אלא הוצאה לפועל של החלטתו של הדרג הפוליטי לפגוע במשפחותיהם של מפגעים, הא ותו לא.

39. העותר יטען כי מאחר והוא הבעלים של החנות, עיקרון המידתיות מחייב להימנע מסגירת החנות.

#### הצו מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגע בזכויות יסוד

40. העותר יטען כי צו זה הוא כסות שמאחוריה מסתתרת הכוונה לפגוע בעותר, אך בשל היותו אביו של מי שנטען כי ביצע את הפיגוע. כל הטענות שהועלו על ידי המשיב, נועדו אך להסתיר כוונה זו, לפגוע בעותר אך בשל הקרבה המשפחתית כאמור. מדובר בענישה קולקטיבית, שאי חוקיותה היא 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).

41. 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.

42. 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.

43. 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).

44. מצ"ב תצהיר לתמיכה בעתירה.

מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם להחלטיים.



Handwritten signature and stamp in Arabic. The signature is a large, stylized loop. Below it is a stamp with the following text: "لبيب غسان", "لبيب غسان", "لبيب غسان", "28420", "مستوفى".