

בית המשפט העליון
בג"ץ 9034/16
אבו סביח נ. אלוף פיקוד העורף
תאריך הגשה: 22/11/16

**בבית- המשפט העליון
בשבתו כבית- משפט גבוה לצדק**

- בעניין: 1. אבו סביח, ת.ז.
2. אבו סביח, ת.ז.
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד לביב חביב ואחי
מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300
פקס: 02-6263212, נייד 0524404477

העותרים

- נ ג ד -

אלוף פיקוד העורף
ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק:

- א. מדוע לא יימנע מלהחרים ולהרוס את הדירה שבבעלות העותר מס' 1, והמצויה בכפר עקב שבירושלים המזרחית, או לפגוע בה בכל דרך אחרת.
- ב. ולחלופין, מדוע לא יבחר המשיב בסנקציה שפגיעתה פחות חמורה.
- ג. בכל מקרה, גם אם יוחלט להרוס את הדירה, מדוע לא יבצע את ההריסה בדרך מתונה, שאינה מותירה נזק סביבתי.

העתירה לצו ביניים

עוד מתבקש בית- המשפט הנכבד להורות למשיב בצו- ביניים שלא להחרים ולהרוס את הדירה הנ"ל או לגרום לו כל נזק אחר, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא עובדתי

1. המשיב מסר לב"כ העותרים הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את דירת המגורים בה התגורר בנם המנוח: אבו סביח, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 16.11.16. העתק ההודעה (להלן: "ההודעה"), מצ"ב ומסומן ע-1.
 2. בגוף ההודעה נטען כי צעד זה ננקט "הואיל וביום 9.10.16 נסע הנדון (בנו של העותר, ל.ח.) בכביש 1 בעיר ירושלים ובהגיעו סמוך לתחנת הרכבת הקלה בירושלים ... החל לבצע ירי לעבר העוברים והשבים. לאחר מכן המשיך הנדון בנסיעתו לאזור שיח ג'ראח, שם ביצע ירי נוסף לעבר שני שוטרים רכובים על אופנוע. כתוצאה מביצוע הירי נרצחו השוטר רס"ם יוסף קירמה והאזרחית לבנה מליחי ז"ל, ונפצעו בני אדם נוספים ברמות פציעה שונות." 3. ביום 16.11.16 הוגשה השגה, שהעתקה מצ"ב כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, ומסומן ע-2.
 4. ביום 17.11.16 נתקבלה תשובת המשיב לפיה החליט לדחות את ההשגה, ואליה צורף צו ההחרמה וההריסה. העתק ההחלטה הנ"ל על צרופותיה מצ"ב ומסומן ע-3.
- הצדדים:**
5. העותר מס' 1 יליד שנת 1937, נשוי ואב לילדים, תושב ירושלים. העותר הוא אביו של המנוח, אשר נטען כי ביצע את הפיגוע האמור. העותר הוא הבעלים של הדירה המיועדת להריסה נשוא הצו. הוא גם הבעלים של דירה נוספת הסמוכה לדירה זו באותה קומה במבנה.
 6. העותרת מס' 2 ילידת 1979, היא אלמנתו של מסבאת. היא מתגוררת בדירה נשוא הצו יחד עם חמשת ילדיה.
 7. הדירה נשוא הצו היא דירה בשטח כ- 140 מ', נמצאת בכפר עקב שבירושלים המזרחית. היא ממוקמת בקומה השביעית במבנה בן 9 קומות.
 8. העותרת מס' 3 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.

9. המשיב, אלוף פיקוד העורף, הוסמך לשמש כמפקד צבאי לאזור ירושלים על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ככזה, יש בידי סמכות להוציא צווי שמיטה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

הטיעון המשפטי

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

10. 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)).

11. 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.

12. 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 ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בתן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 12008 (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 נז(1) 385).

13. 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.

14. 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

15. 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).

16. 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.

17. 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.

18. 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 העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

19. יצוין כי גם אם, אליבא דהמשיב, מטרת ההריסת הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן. במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

20. 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

21. עיקרון המידתיות הוא עיקרון על, שעל פיו מחוייב המשיב לפעול, בוודאי בהפעלת סמכות דראקונית 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 שנוקט 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 א' ריבלין (פורסם בגבול), 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, פס" 12 לפס"ד).

22. לאור דבריהם 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 הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

23. לא מידתיות ולא שיקול דעת הופעלו כאן, אלא הוצאה לפועל של החלטתו של הדרג הפוליטי להרוס בתים, הא ותו לא. המשיב התעלם מתוכנו לבחון מעת לעת את היעילות שבהפעלת הסנקציה ואת הקשר הרציונלי 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 כב' השופט ע' פוגלמן בבג"צ 5839/15 סידר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם):

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא זיונו 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 פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. אלא שייתכן 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 שיוצרה 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 א' 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"צ 2006/97 ג'נימאת ג' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא2 (א' גולדברג) להלן: עניין ג'נימאת), עדיין "על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו [...] (להביא) [...] נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה שכ השופטת א' חיות.)"

24. העותרים יטענו כי עיקרון המידתיות מחייב להימנע מהריסת הבית, ומחייב לבחון אפשרות פעולה פחות חמורה, במיוחד כאשר הבית מאכלס משפחה שלמה וילדים.

אפליה:

25. 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 דואבשה גם הם לא הזדרזו ופינו את בתיהם. העובדה כי המשיב מייחד סנקציה זו לפגיעה בפלסטינים בלבד, סנקציה הפסולה לכשעצמה, מוסיף לסנקציה זו נופך נוסף של חוסר חוקיות.

פגיעה בכל המבנה:

26. קיים חשש כבד לפינו הריסת הדירה שבקומה השביעית תפגע במבנה כולו.
27. לפי התייעצות ראשונית, הריסת הדירה עלולה להביא לפגיעה במבנה בשני אופנים: האחד על ידי חשיפת המבנה כולו לפגעי מזג האוויר והגשמים, דבר שיביא לפגיעה קשה בדירות הסמוכות בעקבות רטיבות קשה, לרבות הדירה הנוספת שבבעלות העותר מס' 1 הממוקמת בקומה השביעית בסמוך לדירה נשוא הצו כאמור. השני הוא בכך שהריסת הקירות, גם ידנית, עלולה להחליש את המבנה כולו, ולפגוע קשות בעמידותו, במיוחד באירועים חריגים, כמו רעידת אדמה.
28. מעבר לכך, הכיעור שיותר המשיב לאחר הריסת דירה שבקומה שביעית מתוך 9 קומות, פוגעת בכל הבניין, בערכו, ובאיכות החיים של תושבי הבניין מכל הבחינות, גם נפשית וגם פיזית. האם המשיב היה מבצע הריסה דומה אילו היו דיירי הבניין יהודים?
29. העותרים מבקשים להביא חוות דעת מקצועית לעניין זה, עד יום הדיון, דבר שלא התאפשר בעקבות מסגרת הזמן הנוקשה. העותרים יבקשו לתקן את העתירה בהתאם, במידה והדבר יידרש.

לסיכום

30. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם ובחיייהם אסורים. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסומן. דווקא בימים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה 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)

31. 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 כב' השופט חשין:

"ואתו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא: "הנפש החוטאת היא תמות בן לא-ישא בעונו האב ואב לא ישא בעונו הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריינ 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 יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה."

(בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654-655; ור' גם את חוות-דעתו של כב' השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיוראו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרו נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (פ"ד מו(3) 693) ובבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מח(5) 338).

32. 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 חרניב, עו"ד
לבית ג'סאן חרניב, עו"ד
מס' ר. 28420