

בעניין: 1. _____ אבו דהים, ת"ז _____

תושב ג'בל מוכבר, ירושלים

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

ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ו/או מוסטפא יחיא

אשר כתובתם למסירת כתבי בית הדין הינה

רח' בן יהודה 1, ירושלים 94264

טלפון 6250458 פקסימיליה 6221148

העותרים

נגד

אלוף פיקוד העורף

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

ע ת י ר ה ל מ ת ן צ ו ע ל ת נ א י ו צ ו כ י נ י י ם

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם, מדוע שינה את מדיניותו וחזר לעשות שימוש בסמכויותיו על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119);

וכן מדוע לא תבוטל החלטתו לעשות שימוש בתקנה 119 נגד ביתו של העותר 1, כפי שיפורט להלן.

כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו, האוסר כל פעולה מטעם המשיב או מי מטעמו כנגד בית העותר 1, עד לסיום ההליכים בעתירה זו.

העתק העתירה מועבר, יחד עם הגשתה לבית המשפט הנכבד, לידי פרקליטות המדינה.

"ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר ציווה ה' לאמור לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת)". (מלכים יד, ה-ו) כפי שצוטט ע"י

כבוד השופט חשין בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל
ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, בעמ' 706 מול האות א'.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. העותר 1 (להלן: העותר), הינו אביו של _____ אבו דהים, שביצע את הפיגוע ביום 6.3.08 בישיבת "מרכז הרב" בירושלים.
- ב. העותר מתגורר בבית דירות השייך לו בג'בל מוכבר, רח' אלמדארס, מול בית ספר ערב אלסוואחרה לבנות בירושלים.
- ג. בית הדירות מורכב משלוש קומות, בנוסף לקומת מרתף. כל אחת משלוש הקומות מחולקת לשתי דירות נפרדות ובכל דירה שלושה חדרי שינה, סלון, מטבח ושירותים. בשתי הקומות האחרונות יש בנוסף שתי מרפסות לכל דירה.
- ד. בקומת המרתף, אשר צוינה בתרשים ובתמונה המצ"ב ומסומנים באותיות ע' 1א' וע' 1ב' כ"קומה 1", מתגוררת בת העותר יחד עם שני ילדיה. אין למשיב כוונה לפגוע בקומה זו.
- ה. בקומה שצוינה כקומת "מרתף" בתרשים, יש שתי דירות שהיו מושכרות לאנשים זרים. בשל קיומו של הצו הן עומדות ריקות כיום. כוונת המשיב להחרים ולהרוס את פנים הדירות ולאטום את הקומה.
- ו. בקומה שצוינה כקומת "קרקע" בתרשים, יש שתי דירות: הימנית משמשת לעותר ואשתו. הדירה מורכבת משלושה חדרי שינה, מטבח, סלון, שירותים ושתי מרפסות. בדירה השנייה, מצד שמאל, יש שלושה חדרי שינה, סלון, מטבח, שירותים ושתי מרפסות. הדירה אינה מרוהטת מלבד שני חדרים: חדר אחד, החדר הצפון מזרחי, היה שייך לבן העותר, _____ החדר השני – בו מיטה וארון בלבד – משמש לבן האחר של העותר, _____, עת שהוא שוהה בארץ. כוונת המשיב להחרים ולהרוס את פנים הדירות ולאטום את הקומה.
- ז. בקומה שצוינה כקומה "א" גרים שני בניו הנשואים של העותר יחד עם ילדיהם ורעיותיהם. אין למשיב כוונה לפגוע בקומה זו.
- ח. הגישה לכל הקומות, מלבד הקומה בה גרה בת העותר, הינה דרך חדר מדרגות.
- ט. בן העותר, _____, היה חתום על חוזה נישואין וטקס ליל הכלולות היה אמור להתקיים בקיץ הזה. לא הייתה לעותר או לבני משפחתו כל ידיעה על כוונתו של הבן לבצע פיגוע. בבוקר הפיגוע אף התנהלה שיחה בין העותר לבנו על חתונתו הצפויה של הבן בקיץ. העותר לא האמין שבנו מסוגל לעשות מעשה שכזה ובתחילה היה בטוח שהמדובר בטעות בזיהוי.

1. הדרך בה בחר בן העותר מנוגדת לכל הערכים והעקרונות בהם מאמין העותר ואשר לפיהם חניך את ילדיו. העותר מתנגד לכל פעילות אלימה וחבלנית וכל פגיעה באזרחים חפים מפשע. לו היה יודע על כוונותיו של הבן, היה העותר עושה כל שביכולתו כדי לעצור בעדו. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 2.
2. ביום 6.8.08 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את בית העותר. העתק מהודעה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 3.
3. ביום 13.8.08, בהתאם לאורכה שניתנה ע"י המשיב, הגיש העותר, באמצעות עו"ד יחיא, את השגותיו. העתק השגה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
4. ההשגה נדחתה. העתק תשובה מטעם המשיב רצ"ב ומסומן באות ע' 5. לתשובה צורף צו החרמה והריסה המצ"ב ומסומן באות ע' 6.
5. ביום 2.9.08 הגישו העותרים עתירה לבית משפט נכבד זה, בג"צ 7528/08. בעתירה זו ביקשו העותרים לקבל לידיהם את העתק ממצאי דו"ח שני – אשר בדק את כדאיות ההפעלה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; את העתק התכניות ההנדסיות המאפשרות למשיב, על פי הנטען על ידו, להרוס את קומות הביניים – קומה 2 ו-3 – בבניין בן 4 הקומות, השייך לעותר מספר 1; ואת העתק הראיות הקושרות את בן העותר, מבצע הפיגוע במרכז הרב בירושלים בחודש מרס שנה זו, לארגון בלתי חוקי. כן התבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, המונע הפעלתה של תקנה 119 עד לסיום ההליכים בעתירה זו.
6. בעקבות הגשת העתירה הנ"ל ניתן צו ביניים על ידי בית המשפט הנכבד – בדומה לצו המבוקש בעתירה זו. העתק הצו רצ"ב ומסומן באות ע' 7.
7. ביום 29.10.08 הוגשה הודעה ובקשה למחיקת העתירה, לאור העובדה שהעותרים קיבלו לידיהם את מבוקשם. העתק ההודעה כבג"צ 7528/08 רצ"ב ומסומן באות ע' 8. על פי המוסכם בין עו"ד הלמן, ב"כ המשיב שם, לבין ב"כ העותרים, ניתנה שהות עד ליום 6.11.08 כדי להגיש עתירה זו לבית המשפט הנכבד.

טענות העותרים

שינוי המדיניות

8. א. העותרים טוענים כי אין כל מקום לשנות את מדיניות המשיב, עליה הוחלט בעקבות דיונים כבג"צ 7733/04 מחמוד עלי נאסר והמוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, לפיה החליט המשיב לחזור בו מכוונתו לעשות שימוש בתקנה 119 בכלל.

ב. כיום 13.12.004 התקיים דיון בעתירה הנ"ל. בתום הדיון נדחה ההמשך ב-90 יום, וזאת לאחר דין ודברים בין בית המשפט לכין ב"כ המשיב שם. רצ"ב ומסומן באות ע' 9 העתק החלטת בית המשפט מיום 13.12.04.

לאחר הדיון הנ"ל הוקמה ועדה צבאית. בעתירה קודמת – בג"צ 7528/08 – אשר הוגשה ע"י אותם עותרים, ביקשנו לקבל העתק מממצאי הוועדה, ראיות, אם קיימות, הקושרות את בן העותר לארגון בלתי חוקי וכן תכנית הנדסית. בעקבות הגשת העתירה הובהר לעותרים כי המדובר כמצג אשר הוכן ע"י צוות החשיבה בראשות האלוף שני. העתק ממצגת זו רצ"ב ומסומן באות ע' 10.

9. תחילה נבקש להפנות למספר נתונים אשר הועלו ע"י צוות החשיבה:

א. במסך מספר 20, עמ' 10 לנספח ע' 9, תחת הכותרת "תוכנות מרכזיות", תת כותרת "שחיקת הכלי", נרשמו הדברים הבאים:

"כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי "שחוק".

ב. במסך מספר 22, עמ' 11 לנספח ע' 9, תחת הכותרת "תוכנות מרכזיות – המשך" נרשמו הדברים הבאים:

"ההרתעה (1 – State of Mind) – קיימת תמימות דעים בגופי המודיעין לגבי הקשר בין הריסות בתי מחבלים ולבין ההרתעה, לאור הרגישות מתקיים בפיקוד המרכז תהליך מאוזן ומוסדר להריסות בתי מחבלים (ועדת נפ"ת, קביעת קריטריונים ועוד) – אך עדיין יש לשקלל את ההרתעה כחלק מהשיקולים בלבד." (כך במקור, א.ר.).

ג. במסך מספר 27, עמ' 14 לנספח ע' 9, תחת הכותרת "התכונות אחרת על תהליך החשיבה ה"אוטומטי" בנושא הריסת בתים (4 – State of Mind) שרטוט אותו אנו מתארים כלהלן:

תחת הכותרת "הגינות":

"פעולה צבאית שהאפקט שלה יוצר לחץ ציבורי להישג מסוים." מהכותרת יוצאים שלושה חצים המובילים לשלושה מרכיבים:

1. "הרתעה: לציבור הפלסטיני ולארגוני המחבלים לצרכי הקטנת תופעת המתאבדים."

2. "רציה: לציבור הישראלי – "הנה צה"ל פועל...".

3. "הוקעה ומניעה: לאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית ולרשות להוקעת ירי קאסמים

ומרגמות."

שלושת המרכיבים הללו מתנקזים לכותרת אחרת: "התוצאה האובייקטיבית": פגיעה

בהרבה בודדים ובהרבה קניין." (כך במקור, א.ר.).

ומכאן לכותרת השלישית: "האפקט שנוצר:

1. האפקט: חוסר לגיטימיות

הפוך על הפוך

2. "לא לזה התכוונו..."

ד. מסך מספר 28, בעמ' 14 לנספח ע' 9, אשר כותרתו "הלגיטימיות", נרשמו הדברים הבאים:

"ואף על פי שהכל חוקי ...

במבחן החוק הבינלאומי

במבחן הקהילה הבינלאומית

במבחן הדמוקרטיה

במבחן הדימוי העצמי

במבחן הכמויות

הפעולה איננה לגיטימית יותר ועל סף החוק !!! (שוב, כך במקור, א.ר.).

ה. מסך מספר 33, בעמ' 17 לנספח ע' 9, אשר כותרתו "לסיכום", נרשמו הדברים הבאים:

"צה"ל, במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות ועל אתה כמה וכמה על סף הלגיטימיות !!!" (כך במקור, א.ר.).

10. א. ממצאי צוות החשיבה פורסמו באותה עת, באופן חלקי, בתקשורת. אנו מפנים לחלק ממאמר אשר פורסם ע"י אמנון סטרשנוב - מי שהיה בזמנו, בין היתר, נשיא בית המשפט הצבאי ברמאללה, הפצ"ר ושופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו - בעיתון "הארץ" ביום 21.2.05, תחת הכותרת "מעבר לשיקולי ביטחון":

"לא למותר לציין – כפי שקבעה גם הוועדה – כי בשום מקרה לא הוכח שהריסת הבתים הביאה להפסקת מעשי טרור, או להפחתתם בצורה משמעותית כלשהי, ואולי אף להיפך. נמצא, כי גם גורם ההרתעה לא צלח כאן."

העתק מאמר זה רצ"ב ומסומן באות ע' 11.

ב. למדנו, כי צוות החשיבה קבע כי לשימוש בתקנה 119 תוצאות הפוכות. במקום לשמש כלי להרתעת הרבים, ובכך למנוע ביצוע פיגוע עתידי במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני, השימוש בתקנה מגביר את השנאה, מעמיק את קווי הסכסוך ומדרבן ביצוע פיגוע נוסף.

ג. בעקבות הצגת המצגת שונתה המדיניות. שר הביטחון אימץ את המלצות הצוות. מאז פסק השימוש בתקנה 119 וזאת למרות קיומם, לצערנו, של פיגועים רצחניים לא פחות מהמקרה דנן. (למשל: פיגוע מיום 17.4.06 בתחנה המרכזית הישנה בת"א; פיגוע מיום 5.12.05 סמוך לקניון בנתניה. ע"פ נתוני "בצלם" – אזרחים ישראלים שנהרגו בידי פלסטינים בישראל).

ד. העותרים טוענים כי ממצאי צוות החשיבה תקפים גם היום, שלוש שנים לאחר הפסקת השימוש בתקנה זו וכי אין כל הצדקה לשינוי המדיניות פעם נוספת.

ה. בית המשפט הנכבד קבע בפסק הדין בבג"צ 7733/04 מחמוד עלי נאסר והמוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית כי:

"כפי שציין המשיב, בשלב זה אין כוונה להרוס את בית העותר. החלטה זו נובעת משינוי מדיניות בדבר שימוש בסמכות לפי תקנה 119 לקנות ההגנה.

...

נוסף על כך, לא למותר לציין כי הסוגיה העקרונית של הריסת בתים באזור נדונה בעתירה התלויה ועומדת בבית משפט זה (בג"צ 4969/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' אלון פיקד הדרום בצה"ל), וגם מטעם זה אין צורך להידרש לטענות אלה בעתירה דכאן."

בבג"צ 4969/04 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' אלון פיקד הדרום בצה"ל נקבע כלהלן:

"5. באנו לידי מסקנה כי נוכח הודעת המשיבים בדבר הכוונה להימנע מהריסת הבתים, אין לעת הזו מקום לדיון בעתירה לגופה. הכרעה בטענות העקרוניות שבפי העותרים איננה נדרשת כעת."

"Guilt by association"

11. א. אנו מפנים לקטע ממאמרו של David Cole, "Terror Financing, Guilt by Association and the Paradigm of Prevention in the 'War on Terror' in Counterterrorism: Democracy's Challenge (Bianchi & Keller eds., Hart

Pub. 2008) – Georgetown Law, Faculty Working Papers, at p.240.

"The third statute that the government relies upon to penalize support of "terrorists" is the International Emergency Economic Powers Act (IEEPA). This statute was originally enacted to empower the President during emergencies to impose economic embargoes on foreign nations. It was used exclusively for that purpose until 1995, when President Bill Clinton first used it not to target nations as a matter of nation-to-nation diplomacy but to target disfavoured political groups. Clinton named ten Palestinian organizations and two Jewish groups as "specially designated terrorists". ... After the attacks

of 11 September 2001, President Bush invoked the same authority to name 27 “specially designated global terrorists”. ... At the same time he authorized the Secretary of the Treasury to designate still others using extremely broad criteria. Until recently, the Treasury Secretary could designate an individual or entity based solely on a finding that he or it was merely “otherwise associated with” someone else on the list. In 2006, a federal court declared that provision unconstitutional: *Humanitarian Law Project v US Dept of Treasury*, 463 F Supp 2d 1049 (CD Cal, 2006). The Treasury Department then amended its regulations to define “otherwise associated” more narrowly, to mean those entities ... or individuals that “own or control; or (b) ... attempt, or ... conspire with one or more persons, to act for or on behalf of or to provide financial, material, or technological support, or financial or other services, to a designated entity.”

די היה בקיום הקשר עצמו, “otherwise associated”, כדי לאפשר הפעלת הסמכות ע”י שר האוצר עד אשר התערב בית המשפט שם וצמצם את היקף הסמכות. במקרה דנן, די בקשר המשפחתי בין העותר לבין מבצע הפיגוע, כדי לאפשר הפעלת הסמכות. ב. העותרים טוענים כי יש צורך בצמצום היקף הסמכות, ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטענתנו, התקנה עצמה אינה יכולה לעמוד בפסיקת ההגבלה שבחוק, טענה אשר נדחתה אין ספור פעמים על ידי בית המשפט הנכבד בתיקים קודמים. העותרים טוענים כי יש לצמצם את היקף הסמכות: רק אם יוכח כי לדיירי הבית קשר לביצוע הפיגוע עצמו - ולא רק קשר דם בינם לבין המבצע - ניתן יהיה, אולי, להפעיל את תקנה 119. אשמתו של העותר היא בשל קישורו למבצע הפיגוע: הוא אביו. העותרים טוענים כי דרושה התערבותו של בית המשפט הנכבד בעניין דנן, כפי שנעשה במקרים אחרים, בה המשיב, או מי מטעמו, מפעיל סמכויות הקיימות בספר החוקים, השייכות לעידן אחר. אין חולק כי תקנה 119 הינו הליך חוקי במדינת ישראל, אך נסיבות הולדתה של תקנה זו, אינן דומות למצבה של המדינה היום.

ג.

“The Supreme Court has declared guilt by association ‘alien to the traditions of a free society and the first Amendment itself’. It violates both the Fifth Amendment, which requires that guilt must be personal, and the First Amendment, which guarantees the right of association.” Cole at page 241.

בפסק הדין *Scales v United States* 367 US 203 (1961) נקבע כלהלן:

“In our jurisprudence guilt is personal, and when the imposition of punishment on a status or on conduct can only be justified by reference to the relationship of that status or conduct to other concededly criminal activity, ... that relationship must be sufficiently substantial to satisfy the concept of personal guilt in

order to withstand attack under the Due Process Clause of the Fifth Amendment.” at 224-5.

העותרים סבורים כי גם בית המשפט הנכבד הזה פועל באותה רוח. לא די בקשר דם למבצע הפיגוע המחריד, כדי לאפשר למשיב לאטום שתי קומות בבית.
ד. כבוד הנשיא ברק (בדימוס) בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, כפי שצוטט בדנ"ג צ
2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4), 485:

“עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך תושג הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול דעת מינהלי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה, צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד.”

ה. פרופסור קנת מן פרסם מאמר ב- Middle East Review of International Affairs, Vol 8, No. 1 (March 2004) שכותרתו: “Judicial review of Israeli Administrative Actions Against Terrorism: Temporary Deportation of Palestinians from the West Bank to Gaza”. בעמ' 31 נרשמו הדברים הבאים:

“Under the Court’s jurisprudence, the essence of a preventive sanction is that it is addressed to a proven source of danger – an individual against whom evidence of dangerousness has been presented and a determination of actual dangerousness made. In contrast, a deterrent sanction addresses a general population within which it is assumed that is a statistically supported latent danger, but imposition of the sanction is not based on proving the dangerousness of any particular individual.”

ו. אנו מפנים למספר פסקי דין בהם נקבע על ידי בית משפט נכבד זה, כי גם אם המדובר בצד מניעתית, יש צורך בראיות הקושרות את הנפגע עצמו ולא די במניעה כללית או בטענה ערטילאית של “הרתעת הרבים” כדי לאפשר פגיעות חמורות בזכויות האדם במדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית.
ז. בבג"צ 2/97 אבו ערפאת ואח' נ' האלוף שמואל ארד – אלוף פיקוד העורף ואח' נקבע
”... 7. שנית, המשיבים מדגישים, כי אין מקום להיזקק ולהקיש מן הדין הפלילי שכן מטרתה של תקנה 119 אינה ענישתית אלא מניעתית.”

ואם המדובר בצד "מניעתי", העותרים טוענים כי בית המשפט הנכבד הזה כבר פסק בעבר שיש לצמצם את היקף סמכויותיו של המשיב, או מי שפועל עם אותן סמכויות, עת הוא מפעיל סמכויות דרקוניות – כמו שבמקרה דנן.

ח. בעבר נקבע, עוד בבג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 249 – 250, כלהלן:

"כאן המקום להדגיש, לשם הסרת כל ספק, כי הסמכות, שתחומיה הותוו בתקנה 110, איננה יכולה להיות מופעלת כדי לענוש את פלוני על מעשיו בעבר או כדי לשמש תחליף להליכים פליליים. הסמכות היא מניעתית, היינו פנייה אל העתיד, ואין לעשות בה שימוש, אלא אם כן מתחייב הדבר כדי למנוע סכנה צפויה..."

לא ניתן היה להפעיל את הסמכות על-פי תקנה 110, אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו לפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא יינקטו הצעדים, שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו..."

ט. בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון פ"ד נד(1) 721, 743-744 (2000), נקבע כלהלן:

"הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של בטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה... אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לבטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם וכבודו לרמה חוקתית-על-חוקית."

י. בג"ץ 9534/03 אדריס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2003(3) 82 (2003), נקבע כלהלן:

"למפקד הצבאי שיקול-דעת רחב והוא יכול לבחור מבין אמצעי המניעה העומדים לרשותו את האמצעי האפקטיבי ביותר למניעת הסכנה לבטחון המדינה. יתר על כן, לצורך בחירת אמצעי זה רשאי המפקד גם לשיקול שיקולים שבהרתעת הרבים, ובלבד שמן האדם עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה."

יא. בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על 2002 (3) 1021, 1030 (2002),
נקבע כלהלן:

"מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת
המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש
בעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה... ודוק: מטרת
התיחום אינה הענשה. מטרתה מניעה. היא לא נועדה להעניש את מי
שמקום מגוריו תוחם. היא נועדה למנוע ממנו מלהמשיך ולהוות
סיכון ביטחוני."

יב. גם בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי הגבלת זכויות אדם חייבת להישען על
בסיס ראייתי, הקושר את האדם עצמו ולא על קשר דם. ב- *Labita v. Italy* (Application
No. 26772/95), judgment of 6 April 2000, para. 196-7 נקבע ע"י בית הדין, כי אין די
בעובדה שאשת המבקש הינה אחותו של מנהיג המאפיה (שבינתיים מת) כדי לאפשר
נקיטת הגבלות כה חמורות, ללא כל ראיה מהותית המצביעה על סיכון ממשי הנשקף מן
המבקש עצמו.

12. א. למשיב לא חשוב בכלל האם דיירי הבית היו קשורים בדרך כלשהי לתכנון הפיגוע.
במקרה דנן, ברור לכל, כי בני משפחתו של המפגע לא ידעו על כוונותיו מבעוד מועד ולא
שיתפו איתו פעולה בדרך כלשהי, עת שהחליט להוציא לפעול את כוונותיו.
ב. במענה לבג"צ 7528/08 אבו דהים והמוקד להגנת הפרט נגד אלוף פיקוד העורף נמסר
כי:

"... החלטת מפקד פיקוד העורף להורות על החרמה והריסה של
הקומות האמורות לא נשענה על חומר ראיות הקושר את המפגע
לארגונים בלתי חוקיים, כהגדרתך, אלא על ראיות המלמדות שהמפגע
ביצע עבירה חמורה ואלימה על תקנות ההגנה שהינה על רקע
לאומני." (כך במקור, א.ר.).

העתק מכתבו של היועץ המשפטי לפיקוד העורף, סרן רועי רייס, מיום 7.10.08, רצ"ב
ומסומן באות ע' 12.

ג. העותרים טוענים כי אדם אשר מתכוון לבצע פיגוע ולהרוג חפים מפשע - ואת עצמו -
ובכך מוכיח עד כמה הוא מזלזל בעצם בערך של החיים - של האחרים ושל עצמו - לא
יושפע מסכנת עתידית המרחפת על בית משפחתו. העותרים טוענים עוד כי קרוב
משפחה המתגורר עם אדם המתכוון לבצע פיגוע, ימנע זאת ממנו לא בשל החשש
לפגיעה בקניינו, אלא בשל ערכיו כבן אנוש.

13. העותרים בדקו במכתן אקראי לחלוטין את השימוש שנעשה בעבר בתקנה 119 והתברר, כי בכל פסקי הדין שנבדקו, צוין קיומו של קשר בין מבצע הפיגוע לבין ארגונים בלתי חוקיים, דבר אשר, כאמור, אינו קיים במקרה דנן. לטענת העותרים, נסיבה זו לא נשקלה עת שהוחלט להפעיל את תקנה 119. על פי תשובת סרן רייס, נספח ע' 11 לעתירה, הסיבה להפעלת התקנה היא העובדה שהמבצע פעל מטעמים לאומניים. העותרים טוענים שהמשיב מפעיל את תקנה 119 על בסיס גזעני. משפחה יהודית של מבצע עבירה, שאינה קשה פחות מהעבירה אשר בוצעה ע"י בן העותר, מטעמים לאומניים, ללא כל קשר לארגון עוין, לא עומדת בפני סכנה של הריסה ואטימה של ביתה בשל מעשי בנה.
- להלן תוצאות הבדיקה האקראית:
- א. בבג"צ 10467/03 שרבאחי ואח' נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1), 810, ע' 811-812, עולה כי "בנו של העותר... גויס לפלג הצבאי של החמאס..."
- ב. בבג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2), 55, עמ' 58-59, עולה כי נגד העותרים הוגש כתב אישום המייחס להם, בין היתר, "חברות בארגון טרוריסטי".
- ג. בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6), 407, עמ' 408-409, יצא הבן ביום 12.5.02 מן הבית בשליחות של ארגון טרור..."
- ד. בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4), 485, עמ' 488-489, מבצע הפיגוע היה "פעיל חמאס בכיר הנמנה על הזרוע הצבאית של החמאס (גדודי עז-א-דין אל-קאסם)".
- ה. בבג"צ 987/89 קהווגי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מד(2), 227, עמ' 230-231, התברר כי בן העותרת "הודה בחברות בארגון השביבה בכפר טמון".
- ו. בבג"צ 2209/90 שואהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מד(3), 875, עמודים 877-878, התברר כי ה"אתראי על כוחות ההלם בכפר יטא" התגורר בבית העותר.
- ז. בבג"צ 893/04 טייב עלי פרג' ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2004(1), 2123, עמ' 2124, עלה כי בן העותר "עומד בראש תשתית ארגון הטרור החזית העממית לשחרור פלסטין".
- ח. בבג"צ 6189/94 תייסיר בן יוסף עבדול נבי נ' שר הבטחון, תק-על 94(3), 1277, עלה כי "המחבלים היו חברי ארגון החמאס" והוחלט לאטום את בתיהם.
- ט. בבג"צ 6026/94 עבד אל רחים חסן נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מח(5), 338, עמ' 347-348, חרף מותו של המחבל נעשה שימוש בתקנה 119 "שכאן המדובר במחבל הנמנה עם ארגון טרור איסלמי קיצוני, שחבריו "רואים במוות תוך פיגוע נגד מטרות ישראליות תוצאה חיובית המבטיחה את מקומם, כקדושים, בעולם הבא." השיקול השני

הוא חומרת הפיגוע; על רקע ריבוי הפיגועים החמורים, שבוצעו בחודשים האחרונים על-ידי ארגוני טרור קיצוניים...".

עוד נקבע באותו פסק דין:

"מעשה זה הלוא בוצע בשליחות של ארגון טרור, שבפרסומיו בעקבות הפיגוע לא רק השתבח במעשה הרצח הנורא, אלא אף הצהיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, כנסיבות אלו, הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הביטחון, וכנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות."

י. בבג"צ 5518/90 אחמד עלי אבו תייס נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 91(1), 227, התברר כי "כל אחד משלושה צעירים אשר היו מעורבים בפעילות אינטנסיבית בוועדות ההלם של ארגון הפת"ח...".

יא. בבג"צ 361/82 חסן חלף עליאל חמרי נ' מפקד אזור יהודה, פ"ד לו(3), 439, עמודים 440-441, "עוד התברר מן החקירה כי השניים ביצעו את מעשה הרצח כמשימה, שהוטלה עליהם כחברי ארגון פת"ח".

יב. בבג"צ 8575/03 עז-אדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית התברר כי "הראיות שנאספו לאחר הפיגוע הובילו למסקנה חד משמעית, לפיה המפגע הוא ראמז פהמי עזאדין אל סלים (להלן: המפגע), בנו של העותר (להלן: העותר).

קביעה זו הסתמכה על מציאת תעודת הזהות של המפגע בזירת הפיגוע ועל פרסום שמו באתר האינטרנט של גדודי עז א-דין אל-קסאם, כמי שביצע את הפיגוע."

יג. בבג"צ 8262/03 עבד אל קאדר אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, התברר כי "בנו של העותר, היה פעיל בתנועת החמאס בכפרו...".

העותרים טוענים כי השימוש בתקנה 119 במקרה דנן פסול בשל השיקולים הגזעניים המנחים אותו.

טענות שונות

14. העותרים טוענים, למרות פסיקתו של בית משפט נכבד זה בעבר, כי המדובר בתקנה "עונשית". מעיון בתקנות עצמן עולה בבירור, וללא צל של ספק, כי המדובר בתקנה עונשית גרידא. תקנה 119 מופיעה, במקור, בעמ' 50 תחת הכותרת Part XII.- Miscellaneous Penal Provisions; ובעברית, חלק י"ב – הוראות-ענישה שונות.

אין ביכולתנו להעניש אדם שמת. יתרה מזאת, הענשת העותר ומשפחתו בשל מעשיו של בן המשפחה, כאשר לא קיימת כל ראיה המוכיחה קשר בין מעשי המפגע לבין בני

משפחתו המתגוררים באותו בית, מלבד קשר הדם, הינה פעולה המתבססת על נקמה ומתן מענה לקריאות נקם העולות מן הרחוב. זהו גם עונש קולקטיבי האסור על פי כל דין.

15. העותרים טוענים כי השימוש בתקנה 119 אינו מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: "לא יומתו אבות על בנים", כלומר אבי אינו אחראי למעשי. העולה מההיסטוריה של השימוש בתקנה 119 לאורך שנות קיומה של מדינת ישראל מלמד, כי אמירה זו נכונה כל עוד מבצע הפיגוע – ללא קשר לארגון עוין – הינו בן דת משה.

הבדיקה ההנדסית

16. במסגרת בג"צ 7528/08 ביקשנו לקבל תוכנית הנדסית המאפשרת למשיב להרוס שתי קומות בבניין בן ארבע קומות. המשיב מסר עוד כי לאחר האטימה וההריסה ניתן יהיה לעשות שימוש בקומה העליונה – כפי שהיא קיימת היום. בתכנית ההנדסית הראשונה אשר הוגשה לידי ב"כ העותרים, נאמר כבר שבמקום להרוס את הקומות, יסתפק המשיב באטימתן. העתק חוות דעת ראשונית זו רצ"ב ומסומן באות ע' 13. בעקבות קבלת חוות הדעת, פנה ב"כ העותרים אל יועמ"ש המשיב וביקש הבהרות. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 14. לידי ב"כ העותרים הועברה חוות דעת נוספת: העתק הימנה רצ"ב ומסומן באות ע' 15.

17. א. מהנדס מטעם העותרים, מר יורם קדמן, ביקר בבית ביום 30.10.08. על פי חוות דעתו, בשל אי קיומן של תוכניות הנדסיות לעת בניית הבית, ועל פי חישובים שנעשו לאחר ביקור במקום, שיטת האטימה המוצעת ע"י מהנדסי המשיב, מסכנת את המבנה כולו. מר קדמן קובע:

"אני דוחה באופן מוחלט את מסקנות המהנדס כהן, האומר שמאחר והמבנה נראה בסדר הרי שניתן להניח שמדובר במבנה שנבנה בהתאם לכללים ולתקנים הנהוגים".
עוד מוסיף מר קדמן:

"לאחר הבדיקה שערכתי והמתבססת על הממצאים שפורטו להלן, הרי שכל פעולה שתוסיף עומס למבנה הקיים מסכנת בעליל את יציבותו."
העתק חוות דעת זו רצ"ב ומסומן באות ע' 16.

18. יש טעם לומר את הדברים באופן ברור: המדובר בפעולה אשר מטרתה העיקרית היא נקמה. קולות הרחוב והממסד דורשים זאת. אלו שיקולים זרים. קבוצות ימין ניסו לבצע פוגרום בבית העותר סמוך לאחר קרות הפיגוע. המשטרה עמדה בצד, אומנם הגנה על בית העותר, אך לא מנעה הרס רכוש פרטי בכפר. המערכת הפוליטית בארץ גועשת. ראש הממשלה, עוד לפני שהודיע על כוונתו לפרוש, דיבר באופן נחרץ על הצורך בפעולה כנגד בית העותר. שר הביטחון, ממפלגה השואפת לשלטון, הביע עמדה לא פחות נחרצת. השר לביטחון פנים אף הוא הצטרף לקולות הנקם שבקעו מקרב הנהגתה של המדינה היהודית והדמוקרטית. זהו המשך של אותה מדיניות מאז קום המדינה: הם ערבים, הם מבינים רק שפה של כוח. אין לשכוח שמדובר בתושב המדינה שביצע את הפעולה, ובכך אף ביטא את כישלונה של המדינה.
19. אנו מפנים לדעת מיעוט בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3), 693 בעמ' 705 ואילך:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות-היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות-היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שיתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואתרים. ראה והשווה, למשל: בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617, 625 ואילך (מפי השופט ברק).

כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" (סע' 3 לחוק) וכי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סע' 8 לחוק).

20. העותרים טוענים כי שיקולים זרים מנחים את המשיב בהחלטתו להפעיל תקנה 119, קרי - נקמה. יתרה מזאת, לא זכור לנו מקרה כלשהו בו מבצע הפיגוע היה בן דת משה, שגרם למותם של אזרחים ו/או תושבים חפים מפשע – ערבים אומנם – ושהוחלט לנקוט בפעולה במסגרת תקנה 119 נגד משפחתו. ברור לנו כי מספר המקרים אינו דומה, אך הרתעה היא הרתעה. דמו של בן דת משה אינו סמיך יותר מדמו של מת אחר.
21. מאז מתן פסק הדין בבג"צ 7733/04 נאסר הנ"ל, ביום 20.6.05, חלפו קצת יותר מ-3 שנים. מאז הפיגוע בישיבת מרכז הרב בוצעו פיגועים נוספים ע"י נהגי כלים כבדים; באחד מהם נהרגו אנשים. בנוסף, היה עוד אירוע, כאשר נהג צעיר איבד שליטה ברכבו ופגע בחיילים ברחוב שבטי ישראל; שלושה חיילים נפגעו קל.
- גם אם ניתן לקבוע כי המעשה דנן הינו על בסיס "אידיאולוגי", בשל זהות המבצע וזהותם של הקורבנות, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המדובר במעשה שנובע גם מייאוש וחוסר אונים, לאור המצב העגום וחוסר תקווה של תושבי הקבע של ירושלים המזרחית. מצב זה עלול להוביל אף לאובדן שפיות הדעת.
22. העותרים טוענים כי אין למשיב או למדינה כל "תשובה", או פתרון מעשי, לתופעה של מפגעים-מתאבדים או של מבצעי פיגועים אחרים, כמו במקרה נשוא עתירה זו. כל עוד מסרבת מדינת ישראל לדבר עם אויביה ודוגלת, לרוב, בשפת הכוח, ואין קץ לסכסוך, יבוצעו מעשים כגון המעשה שבוצע על ידי בן משפחת העותר. השימוש בתקנה נועד להרגיע את דעת הקהל ולהצביע על פעולה מעשית שבוצעה ע"י מערכת הביטחון. זאת ותו לא. אנו טוענים כי זהו שיקול פסול וזר.

סוף דבר

23. אנו מפנים לדברי בית המשפט העליון בבג"צ 6288/03 סעאדה ואח' נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2003(4), 404, עמ' 406:

"ואף על פי כן, ולמרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שרשה בעקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל לפיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (דברים כד, טז); והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני

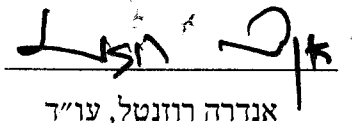
שאול (שמואל ב כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט
ע"א).

כבוד השופט טירקל ממש"ך וכותב:

"אולם, הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים
מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול
קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של
הבית. אין מגוס מכך."

לעניין הסיפא של הציטוט לעיל, אנו מבקשים לומר כי כבר נעשה, משך שנים כה רבות,
שימוש בכוח נגד הפלסטינים. אנו סבורים כי העובדה שפעולותיהם של חלק מתושבי
המדינה מעוררות סלידה, ואף יותר מכך, לא צריכה להכתיב את פעולותיו של המשיב.
בית המשפט הנכבד מתבקש להתערב ולרסן את המשיב, הפועל כנציג של מדינה יהודית
ודמוקרטית וליתן אות להמשך התפנית שהובילה לאי שימוש בתקנה 119 משך כ-3
שנים, מאז הדיון בבג"צ 7733/04 המוזכר לעיל.
24. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצווים המבוקשים ולהופכם
להחלטיים.

ירושלים, 6 בנובמבר, 2008



אנדרה רוזנטל, עו"ד

ב"כ העותרים