

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין:

שחאדה, ת.ז.

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

כולם ע"י ב"כ עוה"ד לאה צמל

ו/או לביב חביב ו/או יוסי וולפסון

מרח' אבו עוביידה 2, ירושלים

טל' 6273373, פקס: 6289327

מהמוקד להגנת הפרט, מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע

עתירה לצו על תנאי

כב' בית המשפט מתבקש להוציא צו מלפניו המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהריסת בית העותר או מפגיעה בו בכל דרך אחרת.

לחילופין, מדוע לא יאפשר לעותר ולמשפחתו להשיג נגד פגיעה אפשרית בבית, וכן יאפשר שהות סבירה לפניה לבית משפט נכבד זה.

בנוסף ולחילופין, מדוע לא יאפשר למשפחת העותר התראה מוקדמת ושהות סבירה להוציא את חפציה מתוך הבית לפני ביצוע פגיעה.

בקשה דחופה למתן צו ביניים

ביהמ"ש הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים המורה למשיב להימנע מכל פגיעה שהיא בבית נשוא העתירה עד להכרעה סופית בה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא עובדתי:

הצדדים:

1. העותר הינו בן 65, תושב ירושלים, נשוי ואב ל- 12 ילדים, כולם תושבי ישראל. פרט ל- 3 ילדים החיים עימו בקלנדיה, כל שאר ילדיו מתגוררים דרך קבע בישראל. לעותר מרכז חיים גם בישראל.

עד לשנת 1990 עבד העותר ברשות הדואר. היום עובד העותר באוניברסיטה הפתוחה בירושלים כפקיד.

בתו של העותר ילידת 1975, עצורה מאז 24.5.02 וחשודה כי ליוותה מתאבד לירושלים לביצוע פיגוע.

העותר הינו פליט משנת 1984. הוא מתגורר בירושלים מאז שנת 1956, ורשום במפקד האוכלוסין הישראלי.

בשנת 1967 התגורר העותר עם משפחתו בשכונת אלמג'ארבה, ובית משפחתו נהרס לשם פינוי רחבת הכותל, והיה על העותר לעקור לשכונת שועפאט.

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

הבית:

3. א. הבית של העותר נמצא במחנה הפליטים קלנדיה בשטח שהוא שטח C למיטב ידיעת העותר. הבית נבנה בשנת 1970, על אדמה שייכת לסוכנות הסעד והתעסוקה של האו"מ (אוונר"א) ובאישורה! העותר על כן מתגורר בית כבר רשות בלבד, והבעלות בבית בפועל היא של אוונר"א.

ב. בבית זה גר העותר, אישתו, שני בניו ילידי 1984 סטודנט למחשבים, ו- 1986 תלמיד תיכון. עברו של העותר נקי, ואין לו כל עבר ביטחוני או פלילי. לעותר כאמור בת ילידת 1975, שמה היא עבדה כפקידה בראמלה, והתגוררה בבית העותר בחדר נפרד.

ג. הבית הינו בן שתי קומות. בקומה העליונה 3 חדרים, סלון גדול, מטבח ושירותים ומרפסת. שטח קומה זו הוא כ- 140 מ'. ההורים בחדר, שני הבנים בחדר, וחדר אחד עם כניסה מיוחדת לבת שנעצרה.

ד. בקומה התחתונה יש 3 מחסנים המשמשים את המשפחה. שטח קומה זו הוא כ- 60 מ'.

ה. הבית בנוי על אדמה בשטח של כדונם. האדמה נטועה עצי זית ופרי שונים.

4. ביום 25.5.02 נעצרה ביצתו של העותר, היא נחקרה והוגש נגדה כתב אישום על סיוע לפיגוע שבוצע בירושלים, בביהמ"ש הצבאי בבית אל. למשפחה אין פרטים מלאים לגבי מהות האשמה המדוייקים, ועל כן, הדברים מועלים באופן כללי זה.

למיטב ידיעת העותר, בתו טרם נשפטה בביהמ"ש הצבאי בבית אל.

5. היום, בשעה 3:00 לפנות בוקר, הגיעו כוחות הביטחון אל בית העותר, ערכו חיפוש בבית במשך כשעה וחצי, וכן מדדו ככל הנראה את הבית. מחוץ לבית היו רכבי צבא רבים ובתוך הבית היו כ- 10 חיילים. הכוחות לא מסרו לעותר צו חתום כלשהו בדבר כוונה אפשרית לפגוע בבית, אולם אמרו לעותר כי בכוונתם להרוס את הבית וכי ישובו בשעה 10:00 מבלי לתת פרטים אחרים.

מיצוי הליכים:

6. היום, מיד לאחר קבלת ההודעה מהעותר, פנה הח"מ למר אהוד ברוש ביועמ"ש איו"ש, וביקש לברר האם קיימת כוונה להרוס הבית.
7. מר ברוש מסר בע"פ כי מבדיקתו הראשונית עולה כי טרם נתגבשה החלטה בעניין הבית, אולם לא היה מוכן להתחייב כי ב פרק זמן כלשהו לא תתבצע פגיעה בבית.

הטיעון המשפטי:

זכות הטיעון:

8. כאמור, לעותר לא ניתנה הודעה מוקדמת בדבר פגיעה אפשרית בבית, ולא הוצג בפניו צו כלשהו בעניין. העותר חושש לפגיעה בביתו מאחר ונאמר לו היום מפי הכוחות שהגיעו לביתו כי יש כוונה להרסו את ביתו.
9. העותרים יטענו כי היה על המשיב לתת הודעה מוקדמת ולאפשר לעותר זכות טיעון בטרם יחליט על הפגיעה בבית. בהקשר זה יטענו העותרים כי העובדה כי כוחות הביטחון ידעו להגיע לבית העותר היום, ולא חששו מפגיעה, מצביעה על כך כי אין כל מניעה לתת זכות טיעון כמקובל ולאפשר השגה בטרם מתן החלטה בעניין הבית, ביחוד כשמדובר בשטח C, בעל שליטה ישראלית מוחלטת כאמור.
10. זכות הטיעון היא כלל יסוד מכללי הצדק הטבעי. "מקורה ויסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות אנוש". (דברי המשנה לנשיא מ' אלון בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637). הלכה מורשת היא במשפט הישראלי, כי אין פוגעים בקניינו של אדם (כמו גם במעמדו, בשמו הטוב וכדומה) מבלי שניתנה לו

הזכות להשמיע את טענותיו. בהיקפה המלא כוללת זכות הטיעון הודעה, לפיה הרשות שוקלת החלטה שתפגע באותו אדם; פירוט נימוקיה ושיקוליה של הרשות; הצגת הראיות העומדות ביסוד כוונתה של הרשות; ומתן אפשרות להביא טענות בכתב או בעל-פה, על-ידי הנפגע או על-ידי בא כוחו, לרבות הבאת ראיות וחקירת עדים מטעמם.

11. המטרה במתן שימוע כפולה: ראשית, מדובר במושכל ראשון של הגינות דיונית. זכותו של אדם להשמיע את דברו בטרם ייפגע, ואפילו כאשר לא נראה שיש בידו לערער את שיקולי הרשות, נגזרת מההכרה בכבודו האנושי. שנית, השימוע תורם לאיכות ההחלטה של הרשות המנהלית. באמצעות השימוע יכול האדם הנוגע לעניין להפנות את הרשות לשיקולים ולעובדות שלא היו קודם בפניה. הוא עשוי להאיר את מסכת העובדות באור חדש. השימוע הוא סכר חשוב בפני החלטות בלתי-מבוססות או מוטעות.

12. בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז (להלן: **פסק דין האגודה לזכויות האזרח**) נדרש בית-משפט נכבד זה ליישומו של השימוע במה שנוגע לסמכויות המשיב לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בית המשפט פסק:

...פרט למקרים של צורך צבאי-מבצעי [...]. מן הראוי שתיכלל בצו לפי תקנה 119 הודעה בדבר מתן אפשרות למי שאליו מופנה הצו, לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי קודם להפעלת הצו, תוך זמן קצוב שיפורט, וכי לאחר מכן, אם ירצו בכך, תינתן להם שהות נוספת, אף היא קצובה בזמן, לפנות לבית-המשפט הזה בטרם יופעל הצו.

המדינה תהיה, כמובן, רשאית לפנות לבית-משפט זה ולבקש במקרה ראוי כי לדיון בעתירה כגון זו תוענק זכות קדימה בשמיעתה.

במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר עוד לפני קיום הערעור או שמיעת העתירה – להבדיל

מהריסה, שהיא, כאמור בלתי-הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אתר, כאמור, תנתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, בה יובהר לו כי זכות ההשגה או הגשת העתירה בעינה עומדת.

בכך קבע בית-המשפט את האיזון בין האינטרס הביטחוני בביצוע מהיר ומרתיע של צווים מכוח תקנה 119 לבין ההכרח לקיים שימוע כאשר מדובר במה שתואר שם כאמצעי עונשין קשה וחמור, שאחת מתכונותיו המרכזיות היא היותו בלתי-הפיך.

13. למותר לציין, כי הלכה זו מיושמת בפועל על-ידי המשיב בהפעלת סמכותו מזה 12 שנים, וגם במצבי חירום קשים, כגון בתקופת הפיגועים של אביב 1996, הקפיד המשיב על מתן שהות ראויה לנפגעים לקבלת ייצוג ולהעברת השגות, ולאחר מכן לפנייה לבית-משפט נכבד זה. נוהל זה עוגן שנית בפסק-דינו של בית-משפט נכבד זה מתאריך 19.3.2002 בבג"ץ 2264/02 (וחמש עתירות נוספות) מתיב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם). באותו עניין נדונה הריסתם של בתים ברצועת עזה. אחת העתירות לפחות (בג"ץ 2329/02) הייתה עתירה כללית, שעניינה לא בהריסתו של בית מסוים אלא בנוהל בהריסת בתים בכל רצועת עזה בדרך-כלל. המדינה הצהירה כי:

אם יוחלט על הריסת בית, להוציא מטעמים מבצעיים, תינתן הודעה מוקדמת מנומקת על דבר ההריסה, כדי לאפשר לבעלים של אותו הבית להשיג בפני המפקד הצבאי על החלטת ההריסה; וכי אם תידחה ההשגה לא יבוצעו פעולות להריסת הבית למשך 48 שעות מאז דחיית השגה זו, וזאת על-מנת לאפשר לבעלים של הבית לפנות בעתירה לבג"ץ.

הצהרה זו עמדה בבסיס מחיקת אותן עתירות.

14. אכן, זכות הטיעון איננה זכות מוחלטת, וישנן נסיבות דחופות בהן מתן זכות שימוע אינה מציאותית. פרופסור יצחק זמיר מביא בספרו הסמכות המינהלית (ירושלים: נבו, 1996 ע' 806)

כדוגמאות למצבים כאלו מכבי אש, שרואים הכרח לפרוץ לבית בו משתוללת שריפה או לבית סמוך, ושל אנשי ביטחון הדורשים לפנות אולם ציבורי בשל חשש שהוטמנה בו פצצה.

15. פסק-הדין בעניין **האגודה לזכויות האזרח** מסייג אף הוא את חובת השימוע כשמתקיימות "נסיבות צבאיות-מבצעיות בהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן, או עם אופיין של הנסיבות; למשל, כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות, או להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן, או נסיבות כיוצא באלה"..." חריג זה יושם בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום (פ"ד מד(4) 626). באותו עניין מדובר היה בהריסת בתים שלא למטרת הרתעה, אלא כדי לאפשר שליטה צבאית ברחוב שהיה זירה לפעולות אלימות כלפי אזרחים וחיילים, ששיאן ברצח אכזרי. הצורך הדחוף בפעולה להגנת חיי העוברים במקום גבר באותו מקרה על החובה לקיים זכות טיעון כהלכתה, בייחוד בהתחשב בכך שזכות טיעון מסוימת ניתנה לתושבים, לרבות האפשרות להעלות את טענותיהם בפני נציגי הצבא והיועצים המשפטיים של המפקד הצבאי שנכחו במקום.

16. בענייננו לא חל החריג שבפסק-הדין בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, ולא מתקיימות הנסיבות של בג"ץ 4112/90. הריסת הבית נועדה ליצירת הרתעה כללית. היא לא נועדה לספק צורך צבאי-מבצעי דחוף, או למנוע שימוש בבית שיש בו כדי לסכן באופן מיידי את חייהם של העוברים ושבים. הדחיפות אינה שונה מזו שהתקיימה בהריסות בתים כאלו שנידונו בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, או שבוצעו בשתיים-עשרה השנים האחרונות בהתאם לנוהל שנקבע שם.

17. המשיב לא יוכל להבנות מבג"צ 6696/02. אין מדובר בשום אופן בפעולה מבצעית או פעולה צבאית מלחמתית. אין כל מניעה כי תינתן הודעה ואזהרה.

18. למעלה מזאת לא תשמע בימים כאלה, בהם צה"ל הוא הרשות האפקטיבית היחידה והוא בעל שליטה מלאה בשטח, טענה כאילו כניסה חד פעמית לאזור עלולה לגרום לנזק אם תיוודע בעוד מועד. גם לא תשמע טענה שנטענה כבר כי יש חשש למלכוד הבתים לקראת ההריסה אם תהיה צפויה. הרי היום אין זה סוד כי המשיב פוגע בכל אחד מבתי מפגעים, ואם היה החשש מוצדק הינו מוצאים אי אילו עשרות בתים ממולכדים מחכים להורס, ולא כך הוא, ואין לכך כל תקדים.

19. בעניינו, חשוב להדגיש, כוחות הביטחון הגיעו אל הבית, שהו בו עת רבה וערכו חיפושים. על כן, היה ברור כי אין כל סכנה במתן הודעה מוקדמת לפני ביצוע כל סנקציה.

פגיעה בחפים מפשע:

20. בבג"צ 2722/92, מוחמד אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת, פ"ד מו(3), 693, עמ' 701-700, נקבעו השיקולים אשר יש לשקול בטרם הפעלת תקנה 119. בין השאר נקבע:

"ב. באיזו מידה ניתן להסיק שהדיירים האחרים, או חלק מהם, היו מודעים לפעילותם של החשוד או החשודים או היה להם יסוד לחשוד בביצוע פעילות כזאת? יצויין שוב, לצרכי הבהרה, שאי-ידיעה כאמור, או אי-הוודאות בנושא זה אינן מונעות כשלעצמן, את נקיטת הסנקציה, אולם המצב העובדתי בענין זה עשוי להשפיע על היקף החלטתו של המפקד.

...

ה. מהי חומרת התוצאה הנובעת מהפגיעה המתוכננת במבנה עבור אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות, ישירה או עקיפה, בפעילות החבלנית? מהו מספרם של אנשים כאלה ומהי מידת קירבתם עם המתגורר החשוד?"

בעניינו, לבני המשפחה לא היה כל קשר לפעילות החשודה, ואף לא נטען כל קשר כזה. להפך, המשפחה מגנה המעשים המיוחסים לבת ומסתייגת מהם.

21. יש לציין כי פסק הדין הנ"ל התייחס להפעלת התקנה נגד תושבי השטחים, בשונה מהפעלתה נגד תושבי המדינה. העותרים יטענו כי לשיקול הנ"ל בדבר מידת מעורבות המשפחה, יש לתת משקל מכריע במקרה דנן, כפי שיוסבר גם בהמשך.

22. הפגיעה בבית מהווה למעשה פגיעה ישירה ומכופלת בבני המשפחה, ופוגע פעמיים בזכויותיהם החוקתיות, והמעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצו פוגע פגיעה חמורה בזכות הקניין של בני המשפחה, המעוגנת בסעי' 3 לחוק היסוד לפיו "אין פוגעים בקנינו של אדם." פגיעה זו אף מגיעה כדי פגיעה בכבודם של בני משפחת העותר מאחר והיא שוללת את זכותם למחסה ומגורים, ופוגעת בנכס החשוב מכל, קורת הגג, ובעניין זה, סעי' 4 מורה כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

פגיעה מיותרת בכל המבנה:

23. כאמור לעיל, עולה החשד כי המשיב מתכוון לפגוע בכל הבית דבר שהוא צעד חריג. העותרים יטענו כי יש להימנע מכל פגיעה כוללת במבנה, ויש לצמצם את הצו לחדר בו התגוררה הבת, ותו לא.

24. בפסה"ד הנ"ל בעניין עמריין, קיימים עוד שיקולים אשר תומכים בצמצום הפגיעה בדירה בה התגורר העותר מס' 1 בלבד:

"ג. האם ניתן, מעשית, להפריד את יחידת המגורים של החשוד מיתר חלקי המבנה? האם היא, למעשה, מהווה כבר יחידה נפרדת?"

ד. האם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים? אם אין הדבר ניתן, שמא נשקלה האפשרות להסתפק באטימת היחידה הנוגעת בדבר. "

25. גם בחינתם של הקריטריונים הנ"ל תומך בטענת העותרים לפיה אם יוחלט לאשר את הפגיעה, יש להגבילה לחדר הספציפי בו התגוררה הבת לפני מעצרה.

אשר על כן, כבי בית המשפט מתבקש להוציא את הצווים כמבוקש, ולהופכם להחלטיים.



לביב חביב, עו"ד
ב"כ העותרים