

1. ריאמאוי ת.ז.
בית רימא
2. ריאמאוי ת.ז.
בית רימא
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
(ע"ר)

ע"י ב"כ עו"ד ל. צמל ו/או פ. אבו אחמד ו/או ל. חביב
מרחוב אבו עוביידה 2, ירושלים
טלפון : 02-6273373, פקס : 02-6289327

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
מפקדת אוגדת איו"ש, ד.צ. 01149, צה"ל
טל' : 9970200-02 ; פקס : 9970436-02
המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק מדוע לא יימנע מלהרוס את בית העותרים, או לפגוע בו בכל דרך אחרת, ולחילופין:

1. מדוע לא יציג לעותרים צו מנומק וחתום כדין בטרם יפגע בבית.
2. מדוע לא יאפשר לעותרים להשמיע בפניו את השגותיהם כנגד הפגיעה בבית בטרם יפגע בבית.
3. מדוע לא ייתן לעותרים, אם ידחה את השגותיהם, שהות קצובה נוספת לפנות לבית-משפט נכבד זה, בטרם יפגע בבית.

העתירה לצו ביניים

עוד מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות למשיב בצו-ביניים שלא לגרום נזק בלתי הפיך לבית העותרים 1 ו-2, לרבות הריסתו, עד לסיום הדין בעתירה זו.

הנימוקים לעתירה לצו ביניים

עניינה של עתירה זו החשש בפני כוונתו של המשיב לפגוע בביתם של העותרים 1 ו-2 (להלן: "הבית").

כפי שיפורט להלן, בפעם האחרונה הגיעו חיילי צה"ל לבית העותרים בלילה בין 8.4.2003 לבין 9.4.2003. להלן יבוא תיאור הדרך האלימה בה הגיעו אל הבית שוב ושוב תוך שהם מודיעים כי רצונם להרסו ומבצעים מדידות. הם לא מסרו למשפחה כל צו ולא הודיעו לה מפורשות על קיום צו כלשהו.

יצויין כי מאז פרוץ האינתיפדה נהרסו בשטחים הכבושים עשרות בתים, עד כדי למעלה מ-200 בתים אולם לא נכתבו אלא 5 הודעות על כוונה לפעול פי תקנה 119 לתקנות ההגנה לשעת חירום, ולא הוצאו אלא 5 צווים כאלה.

במילים אחרות, הכלל הוא הריסת בתים ללא כל הודעה מוקדמת, תוך שלילת זכות שימוע, ותוך הפניית עורף להחלטות חד-משמעיות של בית המשפט הגבוה לצדק.

הריסת בית או אטימתו היא צעד בלתי-הפיך, שפגיעתו קשה. מכאן נחיצותו של צו הביניים, שימנע מהמשיב לנקוט צעד זה עד לבירור טענותיהם של העותרים.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא בגורלו של בניין מגורים בן 3 קומות, ושני בניינים שכנים, בכפר בית רימא בגדה המערבית. בבניין דירות שונות כמתואר להלן, ובהן מתגוררות נפשות רבות.

2. לעותרים יסוד סביר להניח שהמשיב מבקש לפגוע בבית במסגרת סמכותו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), לאחר שביום 25.1.03 הגיעו כוחות הצבא, צילמו את הבית וביצעו בו מדידות. **גם הפעם, כמו בפעמים קודמות הודיעו כי יש כוונה להרוס את כל הבית.**

3. למיטב הבנתם של העותרים, אין כל צורך צבאי מבצעי בהריסת הבית – מיקומו אינו אסטרטגי, והוא לא היווה ואינו מהווה מוקד

להתנגשויות בין כוחות הביטחון של ישראל לבין פלסטינים חמושים. העותרים מניחים, כי הריסת הבית נועדה להוות סנקציה מרתיעה, באשר ישראל טוענת כי בן המשפחה ביצע פיגוע, ונהרג בפעולה. למותר לציין, כי כוונותיו המדויקות של המשיב, כמו גם נימוקיו אינן ברורות.

4. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית מצויה בתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. פסיקה עניפה של בית-משפט נכבד זה הגדירה את מסגרת שיקול-דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו, את ההליך הראוי בהפעלת הסמכות ואת היקף הביקורת השיפוטית. העותרים יטענו, כי במקרה שלפנינו פועל המשיב תוך חריגה מהלכות אלו. בפעולת מחטף חפוזה, ללא שמיעת הנוגעים בדבר, ומבלי לבסס את החלטתו על מלוא העובדות, עלול המשיב להורות על צעד קשה וחמור, שישאיר נפשות רבות ללא קורת גג.

הצדדים

5. העותרת מס' 1, היא אשה מבוגרת אם משפחה ענפה. היא התאלמנה בשנת 1995. היא אמו של רימאנוני, אשר ככל הנראה הוא המבוקש בגינו מתאנים כוחות הבטחון לביתה.

6. העותר מס' 2 בנה של העותרת מס' 1, בן 21, רווק, מתגורר באותה דירה עם אמו והוא המצהיר בעתירה זו.

7. העותרת 3 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה.

8. המשיב, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מחזיק בשטחים בהם מצוי הבית תחת החזקה לוחמתית, ונושא בחובות ובזכויות המוקנות לו מכוח זה על-ידי המשפט הבינלאומי. המשיב הוא גם "מפקד צבאי" על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ככזה, יש בידיו סמכות להוציא צווי החרמה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

העובדות

9. בלילה בין 8.4.2003 ליום 9.4.2003 הגיעו כוחות צבא אל בית העותרים. הם הגיעו לבית פעמים רבות בעבר, וערכו כבר בעבר מדידות וצילמו צילומים של הבית, חייבו אף בעבר את דייריו להוציא את כל חפציהם החוצה, לרבות כורסאות, ספות וכיוצ"ב רהיטים. בעבר כבר שברו באחת מגיחותיהם את דלת הבית הראשית, כלי מטבח בוילר, דוד שמש, שפכו תכולתם של ארונות וכו'. בפעם זו הגיעה משאית ובה חיילים רבים מלווה בגיפ. החיילים נכנסו לבית בשעה 12 בלילה, נכנסו אל הבית ברעש ובאלימות, העירו את ילדי המשפחות השונות, דרשו לראות תעודות זהות של הנוכחים, וריכזו את כולם בדירה אחת, כשהם עושים בשאר הבית כבשלהם. הם החלו לערוך מדידות בבית מבלי להסביר תא מעשיהם, ורשמו מספרים על כניסות הבית, בררו ממה בנוי הבית על חלקיו. הם יצאו מן בית בשעה 01:30 ולפנות בוקר, קרוב לשעה 04:30 שבו אליו באותה מתכונת, העירו את כל מי שהצליח להרדם, לקחו תעודות זהות, עשו מדידות חדשות בבית וכו'. היה בידם עותק של תעודת הזהות של האח המבוקש.

בבוקר 9.4.2003 בשעה 11:00 לערך, הגיעו כוחות צה"ל אל היבט בשלישית. שוב הוציאו את כולם מן הבית, שוב ערכו חיפוש והחלו לשאול שאלות. הם ביקשו לקבל לידם את תכניות הבית ורשיון הבניה שלו.

יצויין כי בעבר, בסוף 2002, מספר פעמים עצרו כוחות הבטחון את אחיו של מי שנחשב למבוקש, מעברים אותם לכפר נבי סאלח, המרוחק כ-13 ק"מ מכפרם, מכים בהם, ומחייבים אותם ללכת ברגל לביתם.

במהלך כל הארועים הטראומטיים האלה אין ניתנת למשפחה כל הודעה כתובה או בעל פה על פשר ההגעות התכופות ועל עילת התנהגות כוחות הבטחון.

הבית:

10. מדובר במבנה בן 3 קומות, שנועדו לשתי דירות בכל קומה. בקומה הראשונה שייכת כל דירה נפרדת לכל אחד מבניה של עותר מס' 1, מבוגרים נשואים ובעלי משפחות גדולות.

בקומה שניה מתגוררים העותרים יחד עם בת ובן נוספים. בדירה זו התגורר גם הנחשב למבוקש, אשר בני משפחתו לא ראוהו מזה כשנתיים.

בקומה השלישית דירה אחת בינתיים, השייכת לאח נשוי ובעל משפחה בשם

הבית הצמוד המרוחק כשני מטר מן הבית הראשון הינו בן שתי קומות ובו מתגוררים בני משפחה מבוגרים, נשואים בעלי משפחות, לכל אחד דירה משלו לצרכי משפחתו.

בית קרוב נוסף הינו בית של שכנים המרוחק כ-2 מטר מן הבית הראשון.

11. מיצוי הליכים

ביום 9.4.2203 התקשרו בני המשפחה של עותרים 1,2, אל העותרת מס' 3 וביקשו למנות להגן על ביתם. מיד פנתה בח"מ אל משרד היועמ"ש, איו"ש ובקשה לדעת מה פשר ההתנכלויות התכופות לבית נשוא העתירה. לא היתה בפיו תשובה חד-משמעית, וגם לא יכל להתחייב כי אין כל כוונה לפגוע בבית. עוזר היוע"ש מר תימור פסו הסכים, באדיבותו, להתחייב כי עד לסופו של יום 10.4.2003 לא יאונה דבר לבית, ולפיכך מוגשת עתירה זו כעת. מכתב פקסימיליה המאשר הסכמה זו נשלח לעוזר היועמ"ש.

הטיעון המשפטי

זכות הטיעון

12. 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 מושרשת 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.

13. 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.

14. בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז (להלן: פסק דין האגודה לזכויות האזרח) נדרש בית-משפט נכבד זה ליישמו 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.

15. 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 ראווה 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.

16. 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. 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' אלון 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. בענייננו, חשוב להדגיש, כוחות הביטחון הגיעו מספר פעמים אל הבית, וערכו חיפושים. על כן, היה ברור כי אין כל סכנה במתן הודעה מוקדמת לפני ביצוע כל סנקציה. חרף זאת, בתשובתו המוקדמת של המשיב, חזר על התשובה "הסטנדרטית" להשגות מוקדמות, שהנסתר בה רב על הגלוי. מתן תשובה זו בנסיבות

העניין מוכיח כי המשיב אינו עושה שימוש ענייני בפסיקה המצוטטת במכתבו, ובוחר לענות מענה סתמי ומעורפל, בלי להתייחס למקרה לגופו של עניין.

חוסר סמכות – היעדר הצדקה להפעלת התקנה

21. לעותרים לא נמסר כל מידע לגבי הסיבה בגינה מחפשים כוחות הביטחון את הבן בפני העותרים לא נטען כי ביצע פעילות כלשהי.

22. העותרים יטענו כי למשיב אין סמכות לפגוע בבית, מאחר ואין כל סיבה ו/או סיבה מספקת המצדיקה נקיטת סנקציה זו.

23. המשיב ככל הנראה אינו טוען כי הבן ביצע פיגוע כלשהו, ועל כן, האיום בהריסת הבית כאמור לעיל, נועד להפעיל אמצעי לחץ על העותרים בכדי להסגיר את בנם. זהו שימוש בלתי חוקי שנועד להפעיל לחץ ואיום על המשפחות.

24. תקנה 119 לא נועדה לשימוש זה! השימוש בתקנה זו ו/או באיום בהפעלתה והריסת הבית, שנועד להביא את המשפחה להסגרת בנה, הינו שימוש פסול ובלתי חוקי גם לפי החוק הבינ"ל, וכמובן שהמשיב לא יוכל לממש איום זה כאמצעי לחץ על המשפחה.

היעדר צו

25. לצד העדרו של שימוע, נגועה הכוונה להרוס את הבית בפגם נוסף, היורד לשורשם של סדרי שלטון תקינים. לעותרים לא נמסר כל צו – לא על-פה ולא בכתב – שיפרט את החלטת המשיב בנוגע לביתם. בהעדר צו, אין העותרים יודעים אם ניתנה הוראה מתוקף תקנות ההגנה לפגוע בבית, מה היקף הפגיעה שנקבעה ואלו הוראות נלוו – אם בכלל – להוראה העיקרית. ספק אם המשיב הוציא צו מסודר, שינחה את החיילים העוסקים במלאכה. במצב שכזה "איש לא יידע ולא יוכל לדעת מה מותר ומה אסור, ולפיכך אי-אפשר יהיה לדרוש ממנו שיהא שומר חוק ושלא יעשה מעשה בלתי חוקי" (כדברי בית משפט נכבד זה בהקשר דומה בראשית המדינה – בג"ץ 220/51 אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה' 1480, 1487). בנוסף, יש בהוצאת הצו בכתובים משום ערובה נוספת לשקילותה של ההחלטה.

26. החובה לפרסם את הצו באופן שיגיע לידיעת הנוגעים בדבר מעוגנת בסעיף 6 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, סעיף 6:

מנשר, צו או הודעה מטעמי יפורסמו בכל דרך שתראה בעיני.

[הדגשה שלנו, י.ו.]

27. המפקד הצבאי אינו רשאי להוציא צווים בסתר, אלא חובה עליו לפרסמם. אמנם על-פי סעיף 1 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, "אפשר להוציא כל צו בעל-פה", אבל גם אז "הרשות הנותנת את הצו, תגרום לכך שההודעה על כניסתו לתוקף תימסר בהקדם האפשרי ובאותו אופן שתמצא לנכון".

28. בית-משפט נכבד זה הדגיש, כי "סדרי מנהל תקינים מורים כי אף שיש היתר ליתן צו בעל-פה, עם עבור הדחיפות ובמקום שהדבר מוצדק, יש ליתן צו בכתב" (בג"ץ 469/83 חברת האוטובוסים המאוחדת הלאומית ואח' נ' שר הביטחון ואח' (תק-על 92 (2) 1477).

פגמים בבניית התשתית העובדתית

29. בהחלטה חמורה מעין זו, של הריסת בית, הכרחי הוא שהמשיב ייסמך על עובדות אמת, המיוסדות על איסוף נתונים ובחינתם כהלכה (בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מד(2) 601). על אלו נתונים עובדתיים מבסס המשיב את כוונתו – זאת אין העותרים יודעים, שהרי לא נמסר לידיהם צו כתוב ומנומק. עם זאת, מתעוררים ספקות בדבר יכולתו של המשיב להקים תשתית עובדתית שתאפשר לו לשקול את השיקולים שהוא מחויב בשקילתם על-פי הפסיקה. בהעדר נוכחות צבאית באזור הבית, ובהעדר שימוע, אין בפני המשיב נתונים בדבר מבנה הבית; בדבר הסכנות האפשריות למבנים סמוכים או בדבר מספרם, זהותם ונסיבותיהם המיוחדות של דרי הבית.

העדר תשתית עובדתית בעניין החשוד

30. ההחלטה על הריסת בית פוגעת בזכויות החוקתיות של בעלי-הבית לקניינם ושל דיירי הבית לדיור ולכבוד. ככזו, עליה להיסמך על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות.

ובנוגע לסמכויות לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945:

בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(19) 309,
327 (צו גירוש נגד מסתנן);

בג"ץ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 710 (צו
הגבלה לפי תקנה 110);

בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד
מז(1) 267, 282 (צווי גירוש לפי תקנה 112).

31. ואכן, המשיב סמך את עצמו בעבר על ראיות חזקות במיוחד. כך,
למשל, בבג"ץ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד
מח(5) 338, להלן: "עניין נזאל"), נקבעה זהותו של מחבל מתאבד
על-פי המשקל המצטבר של פרסומים מטעם תנועת החמאס, הודעות
משטרתיות והשוואת רקמות בין שרידי גופת המחבל לבין דם שנלקח
מהוריו (ע' 343 לפסק-הדין). הצטברות דומה של ראיות הביאה את
בית-המשפט לקבוע, בבג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל
באיו"ש ואחרים (פ"ד נ(1) 353, להלן: "עניין סביח"), כי "אין ספק
סביר בזהותו של המחבל" וכי "נחה דעתנו, כי חומר הראיות שבידי
המשיב הצדיק את מסקנתו הבטוחה" (ע' 360-361 לפסק-הדין).

32. **בעניינו לא ידוע כלל לעותרים מהי העילה לפגיעה בבית, ומהי
התשתית העובדתית עליה נסמך המשיב.**

33. הלכה היא, שעל המשיב לבחון אם ניתן לראות במגורים של החשוד
משום יחידת מגורים נפרדת משאר המבנה, ואם ניתן להורסה מבלי
לפגוע ביתר חלקי המבנה. אם אין הדבר ניתן, יש לשקול את אטימת
אותה יחידה. (עניין סביח בע' 360, ור' גם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ'
אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מח(1) 217 שם קבע בית-המשפט מפיו של
השופט (כתוארו אז) ברק, כי יש לפגוע אך ורק ביחידת המגורים של
החשוד, ומאחר שהריסה חלקית של המבנה אינה אפשרית, יש
להסתפק באמצעי הדרסטי פחות של אטימה חלקית של המבנה).

34. ידועה גם עמדתו של כב' השופט חשין, לפיה המשיב כלל אינו רשאי
להורות על פגיעה ביחידות דיור בנוסף ליחידת המגורים שניתן
לייחסה לחשוד במעשי טרור.

ר': בג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מו(2) 150; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 963 (שם מבהיר השופט חשין כי הדברים יורדים לשורש הסמכות, כפי שיש לפרשה ברוח עקרונות היסוד של ישראל) וכן ר' בעניין נזאל.

סכנה למבנים סמוכים

35. הסכנה למבנים שכנים, או לחלקים של המבנה שאינם מיועדים להריסה, היא לכל הפחות שיקול שעל המשיב לשוקלו. רק לעניין זה בעניין **סביח** בע' 360, ור' גם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד מח(1) 217 שם קבע בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק, כי יש לפגוע אך ורק ביחידת המגורים של החשוד, ומאחר שהריסה חלקית של המבנה אינה אפשרית, יש להסתפק באמצעי הדרסטי פחות של אטימה חלקית של המבנה. המשיב לא שקל כראוי את הסכנה לבתים סמוכים. כוונתו, ככל הנראה, היא להורות על הריסת הבית ותו-לא, אולם משמעות ביצועו של הצו היא פגיעה גם בבתיים בבתי השכנים פגיעה שהמשיב לא ביקש להורות עליה, וגם לא קנה סמכות להורות עליה.

36. כאמור לעיל, במרחק מזערי מן הבית בו מתגוררים העותרים, קיימים שני בתים נוספים, נפרדים, בו מתגוררות משפחות אחרות. פגיעה בבית העותרים תביא בהכרח לפגיעה בבתיים הנוספים, ובשל כך בלבד, אין לאשר הריסת בית העותרים.

מידתיות

37. הסבירות והמידתיות עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם.

מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, אמצעי חריף וחמור הוא, וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניות ורק בנסיבות מיוחדות... זאת ועוד. במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הננקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה.

דברי כבי' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443

38. בעניין אחר בחן בית-המשפט צו להריסת בית בו התגורר אדם שהורשע ברצח בדם קר. לאחר שקבע, כי הפעלת הסמכות יש לנהוג על-פי עקרונות היחסיות והמידתיות, פוסק בית-המשפט מפיו של השופט (כתוארו אז) ברק:

נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" – ועל כן גם לא סביר – בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלו יש לנקוט את האמצעי הדראסטי פחות – שאף הוא חמור ביותר – של אטימה חלקית.
(בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(1) 217, 220)

ור' גם בדבריו המפורטים של הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 490.

39. דברים אלו יפים במיוחד לענייננו, בו לא נערך שימוע ולא בוצעו בדיקות חיוניות בנוגע לפגיעות האפשריות מהריסת המבנה. כל ספק בדבר היקף פעולותיו של החשוד במעשי טרור, כל ספק בדבר היקף הפגיעה בדיירי הבית ובשכניהם, צריך שיפעל לזכותם של העותרים. משבחר המשיב לפעול בתנאים של חוסר ודאות וללא בסיס עובדתי מספק, חובה עליו לאמץ שוליים של זהירות, לבל יצא כשהוא פוגע בזכויותיהם החוקתיות של דיירי הבית מעבר למידה. רצונו של המשיב למצות את סמכותו צריך שייסוג מפני החשש, שבתנאי חוסר הוודאות בהם הוא פועל, הוא עלול לפגוע מעבר למידה בקניינם ובכבודם של חפים מפשע.

המדיתיות הינה שיקול גם לאור העובדה כי אין ידועים כלל פרטים ממשים על הפיגוע ונסיבותיו.

משפט תחת ירי התותחים

40. מצויים אנו בעיצומם של אירועי דמים מתמשכים, שכבר גבו מחיר יקר בנפש הן בקרב הפלסטינים והן בקרב אזרחי ישראל. לנוכח מעשי הזוועה, לנוכח הפצועים וההרוגים המתרבים מיום ליום, הדם רותח ומצווה לעשות כל שניתן להפסקת שפיכות הדמים. גדול הוא הדחף

למעשים נואשים, ובלבד שייעשה דבר מה. גדול הוא גם הדחף למעשי נקם. תחת הרושם הקשה של האירועים, קשה הפעלתו של שיקול-דעת מפוכח ומסודר. קשה היא ההתחשבות בזכויותיהם של מי שנתפסים כחלק מ"האויב". אולם דווקא תנאים אלו מחייבים להקפיד על שיקול הדעת, לבל יסטה ממהלכו הראוי.

מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי.
דברי הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491

41. ונוסיף: דווקא עתות כאלו הן שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

42. הנה, כאשר עלתה זעקת סדום ועמורה השמימה לא מיהר האל למחותן מעל פני האדמה. "ארדה נא ואראה, הכצעקתה הבאה אלי עשו" הוא אומר (בראשית יח 21), ודבריו אלו נתפרשו על-ידי חכמינו כמעידים על החובה לבירור עובדתי ולשימוע לפני מעשה. (ר' בדברי המשנה לנשיא אלון, כתוארו אז, בבג"ץ 4112/90 הנ"ל בע' 638). ובאותו עניין נאמר:

חלילה לך מעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע. חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט?
(בראשית יח 25)

43. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראון, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו. ומשלא בירר המשיב את הטעון בירור, ומשלא שמע את הזכאי להישמע, ייזהר מלהותיר משפחה גדולה ללא קורת גג לראשה, ואת השלום והביטחון ימשיך וירדוף בדרך אחרת.

44. 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 בעוון האב ואב לא ישא בעוון 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 יוליכונו 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 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 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרין 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).

45. לאור דחיפות הנסיבות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים נתמכת עתירה זו בתצהיר הח"מ, שעמד בקשר טלפוני עם העותרים.

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

ל.צמל, עו"ד
ב"כ העותרים