

\_\_\_\_\_ שרייק נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה ה

תאריך הגשה: 27/05/03

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

רוב המושפטי הנורווי

1. \_\_\_\_\_ שוייקי, ת.ז. \_\_\_\_\_  
2. \_\_\_\_\_ שוייקי, ת.ז. \_\_\_\_\_  
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

בעניין:

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: 02-9970200; פקס: 02-9970436

**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, לרבות הריסתו, עד לסיום הדיון בעתירה זו.

**ואלה נימוקי העתירה:**

**מבוא**

1. א. עניינה של עתירה זו הוא בגורלו של בית מגורים בעיר חברון, בו מתגוררות 26 נפשות.

ב. 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

2. העותרת מס' 1 הינה אימו של העותר מס' 2, ואישתו של \_\_\_\_\_ שוויקי העצור ע"י ישראל כפי שיפורט להלן.
3. העותר מס' 2 הינו בנו של העצור \_\_\_\_\_ שוויקי, בן 37, נשוי ואב ל- 5 ילדים.
4. העותרת מס' 3 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה.
5. 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 בידי סמכות להוציא צווי החרמה, אטימה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות אלו.

### העובדות

6. לפני כ- 10 ימים הגיע קפטן ירון מהשב"כ מלווה בכ- 4 ג'יפים של הצבא סמוך לבית העותרים. הוא פגש באחד מבני הבית, הבן \_\_\_\_\_, ומסר לו בין השאר כי הבית ייהרס בקרוב וכי הוא מייעץ להם לפנותו, וכי אינו מבין כיצד לא נהרס עד היום.
7. למשפחה אין ידיעה ודאית לסיבת האיום בהריסת הבית. כל הידוע הוא כי אב המשפחה, \_\_\_\_\_ שוויקי, נעצר ביום 14.3.03, והוא עומד לדין בבית המשפט הצבאי בבית אל, אולם אינם יודעים במה מואשם בדיוק. ככל הנראה, מעצרו של האב קשור לכך שבעלה של בתו מבוקש לישראל.
8. חשוב לציין כבר עתה כי כוחות הביטחון ביקרו בבית המשפחה בחודשים האחרונים כ- 3 פעמים, פעם ראשונה ביום 15.9.02 אז וערכו חיפוש במשך 6 שעות, פעם שניה ביום 19.2.03 אז ירו בתוך הבית וזרקו פצצות והרסו את תכולת הבית והרהיטים, ובסוף, משלא מצאו מבוקשם, התנצל איש השב"כ,

קפטן חכים על "חוסר הנוחות", ופעם שלישית ביום 14.3.03 אז שברו את חלונות הבית, ערכו חיפוש שכלל הכאת אחד הבנים, ועצרו את האב. עובדה זו יש בה לדחות מכל וכל כל טענה אפשרית בדבר אי מתן הודעה מראש בשל חשש "ממלכוד הבית". עובדה כי בפעמים קודמות ידע הצבא להגיע לבית בעצמו, בלי חשש, ואין להעלות כל טענה בדבר מניעה מלתת זכות טיעון עובר לביצוע ההריסה.

### מיצוי הליכים:

9. ביום 21.5.03, בשעה 16:10 בערך פנה בע"פ למשרד יועמ"ש איו"ש, בפקס, שהעתקו מצ"ב ומסומן א.

הח"מ ביקש כי במקרה ותהיה כוונה לפגוע בבית יודיע על כך מראש, כדי לאפשר השגה כדין ופנייה לערכאות.

ביום 25.5.03 הודיע מר תימור פסו בע"פ כי לעת הזו אין כוונה לפגוע בבית וכשתגבש כוונה כזו יפעל המשיב לפי עקרונות הפסיקה. מר פסו הסכים לתת לח"מ שהות עד ליום 27.5.03 שעה 10:00 לפניה לביהמ"ש הנכבד.

### הבית:

10. הבית נשוא העתירה (להלן: "הבית") הוא בן שלוש קומות, קומת קרקע ובה מחסנים, ושתי קומות ובהן 5 דירות מגורים. שטח כל קומה כ- 300 מ', ובסמוך לבית יש קרקע של כחצי דונם הנטועה עצי פרי.

א. קומת הקרקע משמשת כמחסנים המשמשים לגידול תרנגולות, עזים וכדומה.

ב. בקומה הראשונה יש 3 דירות, באחת גר הבן \_\_\_\_\_, בן 35 ועברו נקי, עם אשתו 4-ילדיו. בדירה זו יש 2 חדרי שינה, סלון מטבח ושירותים.

ג. בשניה מתגורר הבן \_\_\_\_\_ בן 28 ועברו נקי, עם אשתו ושני ילדיו. בדירה זו חדר שינה, סלון מטבח ושירותים.

ד. בדירה השלישית מתגורר הבן \_\_\_\_\_ בן 27 ועברו נקי, עם אשתו וביתו. בדירה זו דירה אחת, סלון מטבח ושירותים.

ה. בקומה השניה יש שתי דירות. בדירה אחת מתגורר אב המשפחה, \_\_\_\_\_ בן 58, נשוי ואב ל 12 ילדים, ביחד עם אשתו, העותרת מס' 1, וארבעת ילדיהם. הוא מובטל מזה 3 שנים ועברו נקי.

ו. בדירה השניה מתגורר העותר מסי' 2, בן 37, עם אישתו ו- 5 ילדיו. הוא עובד כפועל בניין, ועברו נקי.

### **בסה"כ גרות בבית זה 26 נפשות!**

ב. יש לציין כי ההוצאות לבניית הבית הוצאו כדלקמן:

תחילה, נבנה חלק מהקומה הראשונה לפי מלחמת 1967. המשפחה המשיכה בבניה בשנות ה- 1990 וסיימו את בניית הבית בשנת 1995, כאשר כל בן משקיע מכספו לבניית דירתו, וכל אחד מהבנים מהווה למעשה הבעלים של דירתו.

### **בתים סמוכים:**

חשוב לציין כי בסמוך לבית נשוא העתירה קיימים בתים המרוחקים מהבית נשוא העתירה מרחק 10 מטרים בערך.

11. לאור הניסיון, המשיב עלול להרוס את הבית בלי כל הודעה מוקדמת, כפי שאירע בעבר, וחרף פנייה מוקדמת בעניין, ולאור זאת מוגשת עתירה זו. עובדה זו מעוררת חשש שמא אף בכוונת המשיב להרוס את בית העותר מבלי להודיע על כך מראש ומבלי לתת אפשרות להשיג על עצם ההריסה, היקפה, מהותה, ויעדה.

### **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 מטעמים.

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:

(1) **...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.**

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

(3) **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.

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.

15. 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' 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.

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.

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. עובדה כי קפטן ירון הגיע אל בני המשפחה והודיע להם את הכוונה לפגוע בבית, בלי שיחשוש לשלומו!

### העדר צו

18. 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.

19. 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 שתיראה**

**בעיני. [הדגשה שלנו, י.ו.]**

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".

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 1477 (2) 192).

### פגמים בבניית התשתית העובדתית

20. 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.

21. בנוסף, ומאחר ויש להניח כי עילת הפגיעה בבית הינה מעצר בני המשפחה כאמור לעיל, יטענו העותרים כי אין להתיר שימוש בסנקציה זו בעת שהאב העצור טרם הורשע. שימוש בסנקציה זו בשלב זה אינה כדין, והעותרים יטענו כי יש להמתין להרשעת העצורים במיוחס להם. כל פגיעה מוקדמת תהווה למעשה חריצת דינם של החשודים בטרם יישפטו, ותהווה התערבות בוטה של המשיב בשיקול הדעת השיפוטי.

### העדר תשתית עובדתית בעניין החשוד

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

ר': ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 250, 225

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) 327, 309 (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).

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 מתבל 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).

**בענייננו, וככל הידוע למשפחה, לא מיוחסת לאב המשפחה העצור מעורבות ישירה בפעילות חבלנית אלימה. העותרים יטענו כי יש להביא בחשבון את חומרת החשדות, ויטענו כי בעניינם, חומרת החשדות אינה מצדיקה הריסת בית דירות שלם, וזריקתם לרחוב של מספר רב של משפחות.**

23. 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, ו' 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).

במקרה זה, מדובר בבית דירות, בו יש 5 דירות נפרדות ועצמאיות, בהן גרות משפחות גרעיניות נפרדות, ואין להתיר פגיעה בכל הבית, ויש למקדה, אם בכלל לדירת החשוד שבגין פעילותו מבוקשת הפגיעה בבית.

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.

24. הסכנה למבנים שכנים, או לחלקים של המבנה שאינם מיועדים להריסה, היא לכל הפחות שיקול שעל המשיב לשקלו. 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.

בעניין זה, כפי שתואר לעיל, קיימים מבנים המרוחקים כ- 10 מטרים מהבית נשוא העתירה וייתכן כי פגיעה בבית נשוא העתירה יפגע גם בהם!

### מידתיות

25. 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 כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה

ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443

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.


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 לזכותו של העותרים. חשוב לציין כי אב המשפחה טרם הורשע, ויש  
להמתין עם הפעלת הסנקציה, אם בכלל, עד להכרעת דינו. 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.

26. לאור דחיפות הנסיבות וחוסר האפשרות להיפגש עם העותרים נתמכת עתירה זו  
בתצהירו של הח"מ, שעמד בקשר טלפוני עם העותר מס' 2.

27. לסיום, לא ניתן להתעלם מההיבט המדיני המלווה את פעולותיו של המשיב, ויש  
לקוות כי כוונותיו הכנות, והדרגים שמטעם הוא פועל, להביא לרגיעה ושלווה  
בארץ, יתבטאו גם באיפוק בשימוש בנסקצייה דרקונית, אכזרית ומאוסה זו של  
הריסת בתים, שלטעת העותרים לפחות, משיגה מטרה הפוכה דווקא ומוסיפה שמן  
למדורה.

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.

ירושלים, יום 26 במאי 2003,



לביב חמלב, עו"ד  
ב"כ העותרים