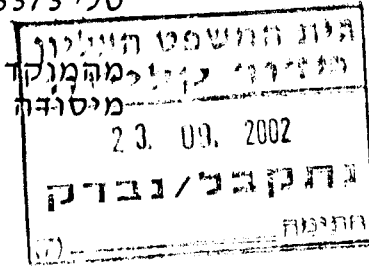


בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

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

ע"י ב"כ עוה"ד לביב חביב ו/או לאה צמל ו/או יוסי וולפסון
 מרח' אבו עוביידה 2, ירושלים
 טל' 6273373, פקס: 6289327

מקומה להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר



העותרים

- נ ג ד -

אלוף פיקוד העורף
 ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק מדוע לא יימנע מלהחרים ולהרוס את הדירה בה מתגורר העותר מס' 1 ומשפחתו, המצויה בשכונת סילוואן שבירושלים, או לפגוע בה בכל דרך אחרת.

העתירה לצו ביניים

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

מבוא עובדתי

1. ביום 5.9.02 בשעות הערב, מסר המשיב הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את דירת המגורים בה מתגורר העותר מס' 1, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: "התקנה"). בגוף ההודעה, ניתנה האפשרות לפנות למשיב בהשגה עד ליום 8.9.02, ו- 48 שעות לפנייה לבית המשפט הנכבד מיום קבלת ההחלטה בהשגה.
- העתק ההודעה והשרטוט שצורף לה (להלן: "ההודעה"), מצ"ב ומסומן א.
2. ביום 9.9.02 הגיש העותר באמצעות ב"כ את ההשגה, שהעתקה מצ"ב כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, ומסומן ב.
3. ביום 19.9.02 נתקבלה החלטת המשיב לדחות את ההשגה, לאחר שנשלחה בפקס לילה קודם, ולה צורף צו ההחרמה וההריסה. העתק ההחלטה והצו מצ"ב ומסומנים ג ו- ד בהתאמה.

העודדים:

4. העותר מס' 1 עצור, נשוי ואב לילדה בת 6 חודשים, ומתגורר בדירה בת 3 חדרים.
5. העותר מס' 2 הינו סבו של העותר מס' 1, והוא הבעלים של הדירה בה מתגורר העותר מס' 1 ומשפחתו, והוא אשר בנה אותה בכדי שתשמשו לימי זיקנה.
6. העותרת 3 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.
7. 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.

העותר מס' 1 טרם הורשע

8. העותרים יטענו כי החלטת המשיב לנקוט בצעדים אלה כנגד דירת העותר הינה החלטת בוסר, וזאת מאחר ונתקבלה אף בטרם סיום חקירתו.

בעת מתן ההודעה והגשת ההשגה היה העותר מס' 1 בחקירה. עובדה זו פגמה ביכולת העותר ומשפחתו להתגונן כדבעי. רק לאחרונה הוגש נגדו כתב אישום.

9. א. אולם בכך לא די, וההליכים נגד העותר מס' 1 לא נסתיימו. אין לקבל מצב בו מופעלת סנקציה של פגיעה בדירת מגורים, בטרם יוכרע דינו של העצור בבית המשפט.

ב. הפעלת הסנקציה בשלב זה, שגם אם אינה מכוונת להענשת בני המשפחה הרי בוודאי נובעת מאשמת החשוד, מהווה פגיעה בעיקרון יסוד של המשפט, לפיה אדם מוחזק כזכאי עד שתוכח אשמתו.

ג. הפגיעה בדירה בשלב זה, מהווה אף פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות, ועלולה לשדר מסר לפיו ההליך השיפוטי נגד העצור הינו הליך למראית עין בלבד, וכי אשמתו הוכרעה עוד לפני שבית המשפט יאמר את דברו.

מה תהיה תשובת המשיב אם לאחר הפגיעה בבית, יסתבר כי ביהמ"ש זיכה את העצור מהמיוחס לו, או מחלקו, דבר שהינו בבחינת אפשרות שרירה וקיימת בשיטתנו המשפטית?

ד. ניתן להותיר החלטה מנהלית מעין זו לשלב מאוחר עד לסיום ההליכים. לדוגמא, בבג"צ 2/97 ו- 11/97, חלאווה ואח' נ. אלוף פיקוד העורף, תק-על 97(3), 111, נדונה פגיעה בבתים בירושלים רק לאחר שהחשודים הורשעו, כפי שצויין בפתיח פסה"ד:

"בעקבות הרשעתם של המעורבים בפיגועים (הדגשה שלי ל.ח.) הוציא אלוף פיקוד העורף (משיב מס' 1) ביום 29.12.1996, צווים להחרמתם ואטימתם של מבני מגורים בהם מתגוררים העותרים."

במקרה שלנו, הפגיעה מתבקשת לפני ההרשעה.

10. העותרים יטענו כי רק במקרים בהם הבאת העברייני לדין אינה אפשרית, או כרוכה בקשיים רבים, ניתן לעשות שימוש בסמכות זו בלי צורך בהכרעה שיפוטית. אולם ברגע בו הוחלט להעמיד את החשודים למשפט פלילי, יש למצות הליך זה עד תום, ואין לפעול בהליכים מקבילים נוספים נגד החשודים.

11. יש להעדיף הליכה בדרך המלך, ולהמתין עד להכרעת הדין, בהיעדר נסיבות כבדות משקל שיש בהן לחייב סטייה מעיקרון זה.

12. גם לפי פסיקת בית המשפט הנכבד, נקבע כי נקיטה בהליכים מנהליים לפני הכרעה שיפוטית היא דבר חריג ויוצא דופן בעקרונות המשפט הכלליים.

13. א. בבג"צ 518/78, דניאל אברהמי נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לב(3), 675, נדון עניין סמכותה של רשות מנהלית לשלול רשיון נהיגה בטרם הרשעה. בית המשפט בודק את לשון התקנה, וקובע כלהלן:

"פסקי-הדין שעליהם הסתמכה גברת נאור אין בהם תמיכה בטענותיה. אכן נפסק לא פעם ולאחרונה ב-בג"צ 338/77, הנ"ל, שבו ניתן פסק-דין ברוב דעות של שלושה שופטים נגד שניים, שרשאית רשות מינהלית להפעיל את סמכותה הענשית גם ללא שקדמה לכך הרשעה בפלילים, אולם בכל המקרים שנפסק כך מדובר היה בהוראות חיקוקים שבהם לא נאמר, כפי שנאמר בתקנה 264, שהתנאי להפעלת הסמכות הוא קיום הוכחה לפני הרשות שאדם "עבר עבירה". אין על-כן ללמוד מאותם פסקי-הדין לעניין שלפנינו. לעומת זאת פסק-הדין שניתן ב-ד"נ 13/58, (עירית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג 118, 125; פ"ע לח 6.6) (בעניין עירית ת"א נגד לובין) תומך במידה מסויימת בדרך הפירוש שלה טוען העותר. אמת הדבר שאותו פסק-דין אינו יכול לשמש אסמכתה ישירה בבעיה שלפנינו, כי שם דובר לא על ביטול רשיון על-ידי הרשות שנתנה אותו, אלא על פגיעה ברכושו של אדם על-ידי החרמת נכס שלו, אולם הנימוקים להכרעת הרוב שניתנו שם יפים גם לענייננו. באותו מקרה נפסק, שמפקח איננו רשאי להחרים בשר חזיר ללא הליך שיפוטי, על-אף העובדה שבסעיף המסמיך לא היה מדובר כלל על כך, שהתנאי להחרמה הוא קיומו של ההליך. דעת הרוב ב-ד"נ 13/58, שבאה לידי ביטוי בעיקר בפסק-הדין של השופט לנדוי (כתארו אז), היתה מבוססת על כך הכשרת החרמה מינהלית בטרם עבירה היא יוצאת-דופן מבחינת עקרונות המשפט הכלליים.

ב. בד"נ 13/58, עירית תל-אביב-יפו נ' יוסף לובין, פ"ד יג 118, 125, המצוטט לעיל, נדון עניין החרמה מינהלית של רכוש בטרם מתן הכרעה שיפוטית. נפסק כי אין להפעיל את הסמכות המנהלית עת מדובר בפגיעה ברכוש בטרם תינתן הכרעה שיפוטית, על אף שבסעי המסמך לא הותנתה ההחרמה בקיומו של הליך שיפוטי:

"ועתה צא וחשוב עד כמה הפירוש המבקש להכשיר החרמה מינהלית בטרם עבירה יוצא דופן מבחינת עקרונות כלליים. הדברים הוסברו כבר בפסקי-הדין של הרוב בדיון הראשון, ואין לי אלא לסכמם: פירוש זה מאפשר החרמת רכוש ללא בירור שיפוטי קודם, לא על-ידי בית-משפט ולא על-ידי איזו ערכאה שיפוטית אחרת, ובוודאי שלא על-ידי הרשות המקומית עצמה או על-ידי המפקח, כי, כפי שמעיר הנשיא חוק ההסמכה אינו מקנה לרשות המקומית את הכוח לחקור או לחייב אנשים לענות על שאלותיה או על שאלות מפקחיה. עם זאת מתנה פירוש זה את הסמכות להחרים בקיום עובדות שאינן פשוטות כלל, הן מבחינת מצבו הנפשי של המחזיק הן מבחינת המסיבות הסובבות והן מבחינת קביעת מהותה של הסחורה כבשר-חזיר או מוצר אוכל של בשר-חזיר (והנקניק יוכיח את קשיי ההוכחות הללו). לזה יש להוסיף שחוק-העזר מבקש למסור את ההכרעה בכל אלה לידי מפקח, מבלי לדרוש ממנו הכשרה כלשהי לתפקיד זה. בשנים לב לכל אלה הנני מצטרף, בכל הכבוד, לדברי הנשיא כי, "זהו מקרה נדיר מאד בחקיקה, ומבחינת תורת המשפט קשה מאד להשלים עמו".

ראה: עמ' 125;

14. בענייננו מתקיימים גם יחד שני התנאים אשר כל אחד מהם הצדיק, במקרים לעיל, לדחות את סמכות הרשות עד למתן הכרעה שיפוטית: ראשית, גם במקרה שלנו המדובר בפגיעה בנושה ברכוש וזכות הקניין, לא רק בענייננו של העותר אלא גם בבני משפחתו. שנית, גם לשון התקנה והשוואה פנימית של תוכנה, תומכת בתוצאה זו, וכך נאמר:

"... או כל בית מבנה או קרקע . . . שבהם נוכח לדעת כי תושביהם . . . עברו, או ניסו לעבור . . . עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית משפט צבאי"

15. אין כל הצדקה לסטייה מהעיקרון הנ"ל, וזאת גם לאור מעבר הזמן מאז מעצר החשודים; לאור העובדה כי מדובר בתושבי ישראל ובתים בתוך ירושלים; והעובדה כי הפגיעה תחול על בני משפחה חפים מפשע.

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

16. תקנות ההגנה הנ"ל ממנה שואב המשיב את סמכותו להוצאת הצו, אבד עליהן הקלח! מאז הוצאתן, ובמשך הזמן, באה במקומן חקיקה "אזרחית" חדשנית יותר, ופוגענית פחות.
17. כך לדוגמא, הוחלפו התקנות העוסקות במעצר מינהלי בחוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), התשל"ט – 1979. גם התקנות העוסקות בגירוש בוטלו. בנוסף, המדינה אינה משתמשת עוד בסעיפיה לצורך העמדה לדין.
18. עיינו הרואות, מכל הנושאים הנכללים בתקנות ההגנה שהפכו לאות מתה ברובן, נותרה תקנה 119, כשריד מיושן, העומדת כאבן שאין לה הופכין, ונשלפת כל פעם נגד תושבים ערבים בלבד. בית המשפט הנכבד מתבקש להכריז כי אין מקום לעשות שימוש בתקנה זו, במיוחד כשהיא מופעלת נגד תושבי המדינה.

פגיעה בחפים מפשע:

19. בבג"צ 2722/92, 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? "

בענייננו, לבני המשפחה לא היה כל קשר לפעילות החשוד, ואף לא נטען כל קשר כזה. להפך, המשפחה מגנה המעשים המיוחסים לבן ומסתייגת מהם.

20. יש לציין כי פסק הדין הנ"ל התייחס להפעלת התקנה **בשטחים**, בשונה מהפעלתה **בתוך שטח המדינה**, ונגד תושביה. העותרים יטענו כי לשיקול הנ"ל בדבר מידת מעורבות המשפחה, יש לתת משקל מכריע במקרה דנן, כפי שיוסבר גם בהמשך.

21. הצו נשוא העתירה מהווה למעשה פגיעה ישירה ומכופלת בבני המשפחה, ופוגע פעמיים בזכויותיהם החוקתיות, והמעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצו פוגע פגיעה חמורה בזכות הקניין של העותר מס' 2, 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".

22. למעמדם של בני המשפחה בתור תושבי המדינה חייב להיות משקל ממשי, ואף מכריע, בעת שהמשיב בא להפעיל את סמכותו, שמחייב נהיגה בסטנדרט מחמיר יותר בהשוואה לתושבי השטחים, ובתוך השטחים, בהם מתנהלת לחימה.

עמדת שר הביטחון

23. מהפרסומים בתקשורת, למדנו כי שר הביטחון לפני מתן הסכמתו הסופית, התנגד להוצאת הצווים נגד הבתים, מאחר והינם בתוך שטח ישראל. מתוכן הפרסום נלמד כי השר יתנגד להפעלת הסנקציה נגד אזרחים, להבדיל מתושבים.

העתק הידיעה מעיתון "הארץ", מיום 9.9.02, מצ"ב ומסומן ה'.

24. עצם העובדה כי העמדה הראשונית והאינסטינקטיבית של שר הביטחון התנגד לפגיעה בבתים, מחזקת את הטענה כי הפעלת התקנה בירושלים הינה צעד חריף וחריג שאין להשלים איתו. ההתנגדות לכך היתה העמדה המיידית, ואף הנכונה לדעת העותרים.

25. מלשון הידיעה ניתן ללמוד כי אישורו של שר הביטחון נבע משיקולים שאינם ממין העניין: העובדה כי העותרים אינם אזרחי המדינה אינה יכולה להפוך את זכויותיהם לפגיעות יותר, לפחות לפי הדין

ובמיוחד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינו עושה כל אבחנה בין תושב לאזרח.

נהפוך הוא. דווקא אוכלוסייה שאינה נהנית מחלק מהזכויות להן זוכים אזרחים (הצבעה לכנסת למשל), נהיית פגיעה יותר, זקוקה וזכאית להגנה מוגברת של הרשויות.

ההגנה על הגר במקורות היהודיים היתה מושכל ראשון ואבן יסוד בתפיסה המוסרית, והוא הושווה לאזרח:

”וכי יגור אתכם גר, לא תונו אותו. כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם, ואהבת לו כמוך, כי גרים הייתם בארץ מצרים”

(ויקרא, יט 33)

סנקציה בעלת אופי מלחמתי – בתוך ירושלים:

26. כבר בעבר, הביע בית המשפט את סלידתו מעצם העיסוק בפגיעה בבתים לפי תקנות ההגנה, ואת תחושת הזרות מעיסוק במעשה בעל אופי מלחמתי. בבג"צ 1730/96, סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד (נ1), 353, עמ' 369-368, נאמרו הדברים כדלקמן:

”ואולם אין בכל אלה כדי להקהות תחושה - ותחושה חריפה היא - כי לא בשלנו אנו עוסקים. ואמנם, לא נכחד כי הידרשותנו להילכות-מינהל מן-המניין, ולהחלתן של אלו על החלטות יוצאות-דופן כהחלטה להריסתם של בתים ביהודה ובשומרון, יש בה לא מעט מן המלאכותיות ומעירובו של מין- בשאינו-מינו. יתר-על-כן: עיסוקנו בביקורת על צווי הריסה מתלווה אליו תחושה חריפה של זרות. ואין זה משום שאין בכוחנו ובסמכותנו להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי. לא אחת התערבנו בהחלטתו של המפקד הצבאי, הפכנו על פיהן החלטות שעשה, והורינו אותו כי ינהג כך ולא אחרת. תחושת הזרות מקורה בכך שמעשה הריסתם של בתים על-פי תקנות ההגנה הינו על-פי עצם טיבו ואופיו מעשה מלחמה. ומעשי-מלחמה אין הם מעשים שבת-המשפט נדרשים להם בחיי היומיום.”

אם נכוניס הדברים לגבי בית המשפט, בוודאי נכוניס הם לגבי תושבי המדינה שנגדם מופעלת אותו "מעשה מלחמה"!

27. לאחרונה, סירב בית המשפט הנכבד בשורה של פסקי דין, להתערב בשיקול דעת המערכת הצבאית בעניין הפעלת סנקציה זו ופעולות אחרות, שננקטות בשטחים במסגרת פעולות הלחימה המתבצעות שם, ונתאפשרה הפעלה מסיבית של מגוון סנקציות תחת הכותרת של

הרתעת הרבים והדברת הטרור. בית המשפט הדגיש כי ההצדקה להפעלת הסנקציה הינה מצב הלוחמה הכללי, והצורך בהרתעה:

"מדינת ישראל נמצאת בעיצומה של פעילות לוחמה. הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת הביטחון לאזור ולמדינה. במסגרתן של פעולות אלה, ובשל אופיין ההרתעתי, מבקש הצבא להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים שזרעו הרג ושפכו דם. לא נתבקשנו ולא ננקוט כל עמדה באשר לנחיצותן וליעילותן של פעולות ההריסה. עניין הוא לצבא, והריהו מהווה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת."

ראה: בג"צ 6696/02, עאמר ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; וראה גם: בג"צ 2977/02 עדאלה ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) בעניין הריסת בתים במחנה הפליטים ג'נין; וראה גם בג"צ 2936/02, עמותת רופאים לזכויות אדם נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) בעניין הפגיעה בצוותים רפואיים;

28. אין כל טענה כי בירושלים מתקיימת פעילות מלחמתית. על כן, עצם הפעלתה של הסנקציה בתוך ירושלים ונגד תושביה, אינו מובן מאליו ומצריך בחינה מדוקדקת למידת נחיצותו וחוקיותו.

מרחב הפעולה של המשיב, גם בעת מלחמה, חייב להיות מוגבל עת מדובר בפעילות "פנימית", בתוך שטחה הריבוני של המדינה, ונגד תושביה היא, לא כל שכן כשהסנקציה תפגע בחפים מפשע.

מעצם הגדרת השטח כשטח ריבוני, נובעת החזקה כי הריבון מסוגל להשליט סדר ולהשיג את מבוקשו באמצעי "אזרחיים", ומבלי להיזקק לפעילות בעלת אופי מלחמתי.

29. גם בעת מלחמה, אמרנו, ונוסיף, דווקא בעת מלחמה: דווקא בימים קשים אלה, ההבחנה בין פנים לחוץ חייבת להיות ברורה וחד משמעית; דווקא בימים אלה בהם נוקט הצבא בהריסות בתים ואטימתם בשטחים, יש להימנע מהפעלה דומה בתוך ירושלים. הגבלה עצמית זו מתחייבת מעצם הריבוניות, ומהווה נדבך חשוב במרכיביה, ומשקלה גובר דווקא בעת מלחמה.

30. הבחנה זו מתעצמת יותר מנקודת מבטם של המשפחות: ציפייתם של תושבי המדינה, אלה שלא דבק בהם רבב, היא, כי יקבלו את היחס הסביר מהשלטון. הסנקציה המתבקשת אינה יכולה ליפול בגדר אותו יחס, לא רק בשל אופייה המאוס, גם על בית המשפט הנכבד,

אלא גם בשל היותה חלק מ- "אמצעי הלחימה" העומדים לרשות הצבא בשטחים. אמצעי המקובל בשטח לחימה, אינו, ולא יכול להיות, אמצעי המקובל בשטח ריבוני.

הרתעה והכלים למימושה

31. ומהי ההצדקה לנקוט בצעדים דומים בתוך ירושלים: המשיב בוודאי יטען כי ההרתעה המיוחלת תצדיק זאת. נדמה כי שיקול זה יש לדחות על הסף: מאז תחילת האינתיפאדה, חלקה של האוכלוסייה בירושלים בפעילות היה מוגבל ביותר וזניח יחסית לשטחים. התנהגות זו אף זכתה לשבחים חדשות לבקרים מפי ראש עיריית ירושלים ואחרים.

על המשיב להראות כי אכן קיימים שיקולים כבדי משקל המצדיקים נקיטה בצעד זה בתוך ירושלים, וכי חיוני לייבא לתוכה פעולות מלחמה נגד תושבים חפים מפשע.

32. השימוש "בכלים כבדים" של הרתעה, בלי מתן משקל לאבחנות המתבקשות ולרמת השקט השורר בקרב "קהל היעד", תושבי ירושלים, עלול לרוקן מושג זה מתוכן. גם בימים קשים אלה, יש לשמור על מדרג ענישה והרתעה בשים לב לרמת השקט בקרב האוכלוסייה בכלל.

יעילות הסנקציה

33. נקיטה באמצעי דרקוני זה שלהריסת הבית לפי תקנה 119 בקרב אוכלוסייה אזרחית, שתוצאתה המתחייבת פגיעה בחפים מפשע וענישה סביבתית, גם אם אין זו מטרתה, יש בה כדי להשיג תוצאות הפוכות דווקא.

34. מתעורר החשש שמא בלהט האירועים, וברעש התותחים, פעל המשיב לפי אותן שיקולים המדריכים את הצבא בפעולות המלחמה בשטחים, ולא שקל את מכלול הנסיבות באופן סביר. על כן, גם אם בית המשפט הנכבד לא יהיה מוכן לבחון את יעילות הסנקציה, לפחות חובה לבדוק האם המשיב התייחס בכלל לייחודיות של המקרה, בו

מופעלת הסנקציה נגד תושבי המדינה, בתוך סביבה שקטה יחסית, והאם נתן לכך את המשקל הראוי.

העדפת אמצעים שאין בהם ענישה סביבתית

35. העותרים יחזרו וידגישו כי יש בעונשים הצפויים לחשוד באם יורשע בכדי להשיג את ההרתעה המיוחלת, ואין להיזקק לצעדים נוספים, בוודאי לא כאלה שפגיעתם חמורה גם לבני המשפחה.

36. בחינתה של המידתיות, והנחיצות של צעדים הננקטים נגד החשודים אינה יכולה להיעשות על ידי בדיקת כל סנקציה לבדה, ועל המשיב לפרט האם יש למדינה כוונה להפעיל סנקציות נוספות: רק על ידי בחינת התמונה הכוללת, ושקילת סך כל אמצעי ההרתעה וההענשה, ניתן להעריך האם נשמרה המידתיות והסבירות, והאם ניתן להימנע מהפעלת סנקציות דרקוניות שיש בהם משום הענשה קולקטיבית בלי אבחנה.

דברים אלה נאמרים משום שלאחרונה נשמעו קולות מתלהמים הדורשים לשלול תושבות (כוונה המהדהדת מפי שר הפנים תדירות) ואף הטלת עונש מוות כפי שנתפרסם בתקשורת.

סכנה למבנים סמוכים

37. א. כאמור בתצהיר המצ"ב, רוב הבתים בשכונה נבנו באופן רעוע, וללא יסודות. כפי שניתן ללמוד מהשרטוט שצורף להודעה, ההריסה תתבצע על ידי שימוש ב- 30 לבנת חבלה, שמשקלן הכולל 15 ק"ג ו- 5 מטעני פריצה/זעזוע כל מטען 6 לבנות!

ב. מתקבל רושם עז כי פעולת ההריסה מיועדת להפוך למפגן פיצוצים! התנהגות זו בתוך אוכלוסייה אזרחית החיה בצפיפות מירבית אינה נאותה, ועלולה להסב נזקים לכל האזור, מעבר לפסול הטמון בה!

ג. כנגד טענה זו, מציין המשיב בהחלטתו לדחיית ההשגה:

"יצויין, כי עוד קודם להשגותיך אלוף הפיקוד הורה לבחון בדקדקנות את היקף הצו ואופן ביצועו, כך שלא יפגעו בתים סמוכים, ולאחר קבלת השגותיך אף הורה האלוף לשנות את אופן שיטת ביצוע ההריסה על מנת להבטיח זאת. הבית ייהרס באמצעות שילוב של מטעני חבלה במשקל פחות משתוכנן תחילה ובאמצעות דחפורים"

העותרים יטענו כי אין בדברים הנ"ל בכדי להרגיע את החשש: ראשית, לא צורפה לצו חו"ד מהנדס אשר תאשר את ההריסה בדרך זו ותבטיח כי לא תפגע בשאר הבתים. שנית, המשיב אינו מפרט באופן מספיק את הדרך לביצוע הצו וכמות חומר הנפץ בה ייעשה שימוש

38. הסכנה למבנים שכנים, או לחלקים של המבנה שאינם מיועדים להריסה, היא לכל הפחות שיקול שעל המשיב לשקלו. 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 כב' 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 אטימת המבנה, או לחילופין, הריסתו ע"י המשפחה.

39. לחילופין, באם יאשר בית המשפט הנכבד את ההריסה, באותם אמצעים, יש לקבל קודם לכן חו"ד אחראית ועצמאית לגבי השלכות ההריסה.

בעניין זה, יש להזכיר את המקרה שנדון בבג"צ 6932/94, אבו אלרוב נ. המפקד הצבאי לאזור איו"ש, תק – על 95 (1), 1292, בו התחייב הצבא כי פעולת ההריסה לא תפגע בשאר המבנה, ובית המשפט הסתפק בכך. חרף זאת, ההריסה גרמה לפגיעות קשות בשאר חלקי המבנה, עד כדי כך שבית המשפט חייב את הצבא בפיצויים.

אפלייה

40. משפחתו של 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 (ובעניין זה,

זכה עניין מצבתו בטיפול "כירורגי" ומאופק). גם ההתארגנות שנחשפה לאחרונה, לפיה הניחו אזרחים יהודים מטען חבלה במוסד לימודי בירושלים, וקשרו קשר לפעילות נוספת, לא הצריכה התייחסות מיוחדת, מעבר להעמדה לדין.

41. הרשויות ידעו לשמור היטב על "אמצעי ההרתעה" העומדים לרשותם במקרים חמורים ביותר, הזועקים להרתעה, מסיבות ברורות: מדינה אינה נוהגת בתושביה כפי שנוהגת באויביה, גם אם מעשי הראשונים חמורים עד כדי בגידה, כגון מכירה מאורגנת של נשק ותחמושת לארגוני טרור, על ידי חיילים דווקא.

42. כנגד טענה זו, מציין המשיב בהחלטתו כלהלן:

"אין בנקיטת הצעדים האמורים משום אפליה פסולה. מבלי להמעיט בחומרתם של המעשים המוזכרים בהשגותיך, אותם יש להוקיע מכל וכל, המעשים המיוחסים למרשך, שפעל כחלק מחולית מרצחים, חמורים פי כמה וכמה מבחינת תוצאותיהם, היקף פעולותיהם של חברי החוליה ותקופת הזמן הארוכה שנמשכו, כעולה מכתב האישום שהוגש בעניינם."

אולם, טענה זו, שאינה נקיה מאי דיוקים, אין בה להצדיק או להסביר את הפער בין תדירות הפעלת סמכות המשיב נגד ערבים, לבין חוסר הפעלתה בכלל נגד יהודים. מכל מקום, השוואת חומרת העבירות אינה מצדיקה נקיטה בסנקציה של הריסה, וניתן להסתפק בצעדים פחות חמורים.

43. מעבר לכך, טענה זו אינה עומדת עת מדובר בתושבי ישראל. לא ניתן לאמר כי תופעה זו שכיחה בקרב תושבי ירושלים הפלשתינים במידה המצדיקה סטייה מסטנדרט "התגובה" הנהוג נגד שאר תושבי המדינה. יש ברמת הענישה בבתי המשפט בכדי לספק את ההרתעה.

44. ואם אין בטיעונים הנ"ל כדי לשלול מהמשיב את הסמכות להפעיל את תקנה 119 נגד תושבי ירושלים, הרי מחייבים הם לכל הפחות בדיקה בשבע עיניים של שיקוליו.

אוכלוסיה במצוקה

45. המשפחות, בבואן לבית המשפט הנכבד, סוחבים על גבן את חפותם בלבד, ובשל כך, גם צדקתן, כפי שהן מבינות זאת. אולם, לא ניתן לייצגן בנאמנות, מבלי להביא חלק קטן, ממציאות חייהן: השכונות בהן מבקש המשיב ליישם את ארסנל הרתעתו, אטימה והריסה, משוועות לבניה והצלה דווקא: מדובר במשפחות החיות בשכונות עוני ומצוקה בכל מובן המילה; שכונות מוכות אבטלה, הסובלות מצפיפות בניה, חוסר תכנון ורמת חיים ירודה, והיום, עוד איבדו מפרנסן.

בכך אין משום צידוק לכל מעשה, מן הסתם. אולם לא ניתן להתעלם ממציאות זו עת מבקש המשיב להוסיף ולפגוע במשפחות הסובלות ממילא. לכך, אין לתת יד מבלי שתחושת הצדק תיפגע!

משפט תחת ירי התותחים

46. בימים אלה, ישב בית המשפט הנכבד על המדוכה בעניין גירוש תושבי שטחים לרצועת עזה (בג"צ 7015/02, כיפאח עגורי ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'). בסוף דבריו, מציין בית המשפט הנכבד, מפי כב' הנשיא א. ברק, הדברים שלהלן, שמדברים בעד עצמם:

"שנית, תקופה קשה עוברת על מדינת ישראל. הטרור פוגע בתושביה. נקטפים חיי אדם. מאות נהרגים. אלפים נפצעים. גם האוכלוסיה הערבית באזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה סובלת סבל קשה מנשוא. . . כל זאת, בשל פעולות רצח, הרג והרס שמבצעים מחבלים. ליבנו עם הגב' קסלר ששכלה את בתה במעשה טרור נפשע ועם כל הישראלים האחרים שאיבדו את יקיריהם ונפגעו הם עצמם קשות מאירועי הטרור. המדינה עושה כל שביכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ההגבלות הן, בראש ובראשונה, צבאיות-אופרטיביות. קשה להילחם במי שמוכנים להפוך עצמם לפצצות חיות. הגבלות אלה הן גם נורמטיביות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות. היא דמוקרטיה מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה עצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפטה הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. אכן, מאבק קשה מנהלת מדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה. ידועה האימרה כי בעת מלחמה מחרישים החוקים (Inter arma silent leges) Cicero, pro Milone 11); ראו גם All The Laws But One W. Rehnquist, (1998) 218. אימרה זו אינה משקפת את הדין המצוי והרצוי. . .

אכן, "גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה" (בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470). "הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כן תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם בפרט והגשמתם" (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 35). היטיב להביע זאת חברי, השופט מ' חשין, בציינו:

"לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתי של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו" (בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 369).

אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע. עמדתנו על כך באחת הפרשות בציינו:

"ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה. 'זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים'" (בג"ץ 2161/96. 'שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 491, המצטט את דברי מ"מ הנשיא השופט לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4).

ונוסיף: דווקא לשעות אלה עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

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)

47. ואף אם לשון תקנה 119 מתירה לעשות כדבר הזה, לפגוע בחפים מפשע למען יראו וייראו, הרי מחויבים אנו, ומחויב המשיב, לפרש את הסמכות ולהפעילה ברוח דברים אלו. ייזהר מלהותיר משפחה גדולה ללא קורת גג לראשה, ואת השלום והביטחון ימשיך וירדוף בדרך אחרת.

וכך הובאו הדברים בפסיקה של בית-משפט נכבד זה, על-ידי כבי השופט חשין:

"ואותו 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 העבריין 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 הישר 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 כבי השופט חשין בבג"ץ 4722/91 חיראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פ"ד מו(2) 150); בבג"ץ 4722/92 אלעמרינ' 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).

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.

ירושלים, היום יום 22 בספטמבר, 2002


ב"כ המשיב, עו"ד
ב"כ העותרים