

בג"ץ 1631/16

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין: 1. _____ עליווי, ת"ז _____

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
 ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל – מספר רישיון 11864
 מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194
 טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148, נייד 050-5910847 ה ע ו ת ר י ם

נגד

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
 ע"י פרקליטות המדינה ה מ ש י ב

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

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם, מדוע לא יבוטל צו החרמה והריסה שנחתם ביום 23.2.2016 ומופנה נגד הדירה שבקומה "2- מקומת הכניסה לבניין", בבניין בן שבע קומות בעיר שכם; לחלופין, יתבקש המשיב ליתן טעם מדוע לא יצמצם את היקפו של הצו ויסתפק באיטום חלקי;

כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב או למי מטעמו שלא יפגע בדרך כלשהי בדירה נשואת הצו עד לסיום ההליכים בעתירה זו.
 צו ההריסה ייכנס לתוקפו בסוף יום 28.2.2016. העתק מהצו רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. העותרת מס' 1, גב' _____ עליווי, הינה אשתו של _____ עליווי, המואשם בבית המשפט הצבאי שומרון בסידרת עבירות. העותרת גרה בדירה בקומה הראשונה של הבניין. הבניין הוא בן שבע קומות, ובכל קומה שתי דירות. חלק מהבניין ממוקם מתחת למפלס הכביש, ושלוש קומות מעל קומת המסחר והחניה, שהיא בגובה הכביש. מצ"ב ומסומנת באות ע' 2 תמונה של החזית הדרומית של הבניין.

- ב. דירת העותרת מס' 1 כוללת שלושה חדרי שינה, מטבח, חדר אורחים, חדר משפחה, שני חדרי שירותים ומרפסת בצד הדרומי.
- ג. העותרת מס' 1 גרה בדירה יחד עם שמונת ילדיה. העותרת מס' 1 לא ידעה דבר על תכניותיו של בעלה עובר למעורבותו הלכאורית בפיגוע שבוצע על ידי אחרים ביום 1.10.2015.
- תצהיר העותרת 1 רצ"ב ומסומן באות ע' 3.
2. העותר 2 הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או לקיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, הן בשמו כעותר ציבורי והן כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. ביום 5.2.2016 נתקבלה במשרדו של הח"מ הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את הדירה נשואת עתירה זו. העתק מההודעה, אשר לא נושאת חתימה או תאריך, רצ"ב ומסומן באות ע' 4. להודעה הוגש כתב אישום, שכנראה הוגש לבית המשפט הצבאי שומרון נגד בעלה של העותרת 1. העתק כתב האישום רצ"ב ומסומן באות ע' 5. ניתנה אורכה להגשת השגה עד ליום 10.2.2016 שעה 09:00.
4. ביום 10.2.2016 הועברה השגה מטעם העותרים. העתק הימנה רצ"ב ומסומן באות ע' 6.
5. ביום 24.2.2016 נתקבל מענה הדוחה את ההשגה. באותה נשימה נמסר כי ביצוע הצו יעוכב עד ליום 28.2.2016. העתק מדחיית ההשגה רצ"ב ומסומן באות ע' 7. יחד עם ההשגה הועבר חלק מחומר הראיות, על פי בקשת ב"כ העותרים, אשר כלל זכ"דים מחקירת _____ עליווי בפני חוקרי שירות הביטחון הכללי והודעות משטרתיות.

הראיות

6. בכתב האישום, נספח ע' 5, פורטה התשתית הראייתית אשר שימשה, ככל הנראה, את המשיב עובר להחלטתו להוציא צו על פי תקנה 119. _____ עליווי מואשם בגרימת מוות בכוונה. בפרטי העבירה נרשמו הדברים הבאים:
- א. במהלך חודש ספטמבר או במועד הסמוך לכך, סיכמו ראג'ב ויחיא אודות ביצוע פיגוע ירי שתבצע החוליה הצבאית, במהלכו מלבד המטרה המרכזית שהנחתה את החוליה הצבאית, קרי, גרימת מותם של מתיישבים יהודים, תנסה החוליה לחטוף מתיישב יהודי (להלן: "פיגוע החטיפה").
- ב. בהמשך, נוכח הסיכום בין יחיא לראג'ב בדבר ביצוע פיגוע החטיפה, פנה האחרון לנאשם וביקש את אישורו וסיועו בביצוע הפיגוע האמור.

בתגובה מסר האחרון כי הוא יפנה תחילה לממונים עליו ולאחר מכן יעדכן את ראג'ב. זמן קצר לאחר מכן, פנה _____ (הנאשם, א.ר.), בין היתר, לאיאד ובאסם ועדכנם אודות רצון החוליה לבצע פיגוע חטיפה וביקש את אישורם. האחרונים נתנו ברכתם לביצוע הפיגוע המתווה האמור. אז עדכן הנאשם את ראג'ב כי יש להם אישור לבצע את פיגוע החטיפה וכי יסייע לו בשינועו והסתרתו של החטוף כמבוקש. (הדגש במקור, א.ר.)

ביום 1.10.2015 בוצע הפיגוע בצומת בית פוריכ ונהרגו שני אנשים. הפיגוע בוצע על ידי אחרים.

7. א. בזכרונות דברים מחקירתו, _____ עליווי מספר על רמת מעורבותו בפיגוע זה. בזכ"ד מיום 7.10.2015, שעה 15:40, סעיף 5(2) ואילך, נרשמו הדברים הבאים:

2. סביב תאריך 29/09/2015 לערך הגיע אל הנדון ע'ארב וציין בפניו כי קיימת אפשרות כי "יביאו ראש" במשמעות יכולת שלהם לבצע חטיפה וכי מעוניין לדעת מה לעשות לאחר מכאן. הנדון אמר כי יחזיר לו תשובה.
3. הנדון פנה בנושא לבסאם צאיח אשר אמר לו כי במידה ויצליחו לחטוף יהיה בסדר, ללא שפירט.

4. כמו כן פנה הנדון בנושא לאיאד אבו זהרה אשר סיכם עם הנדון כי במידה והחוליה מצליחה לחטוף יביאו את החטוף ברכב למנתזה בשכם משם ידאג לדברים.

בזכ"ד מיום 22.10.2015 חוזר _____ עליווי על הדברים בסעיף 16(1)(2)(1) ו-2(2). העתק העמודים הרלוונטיים של חקירת _____ עליווי בפני חוקרי שב"כ רצ"ב ומסומנים באותיות ע' 8 ו-9 בהתאמה.

על פי ראיות אלה, וכן על פי נוסח האישום עצמו, ברור הוא ש _____ פנה לממונים עליו כדי לקבל את אישורם לביצוע הפיגוע. עוד טוענים העותרים כי על פי נוסח כתב האישום והזכ"דים, ברור הוא כי הוא לא היה האחראי על הפעולה. אין ספק שהוא חלק ממעגל העבירה, אבל לטענתנו, מבלי להכריע את דינו, על פניו הוא לא במעגל הפנימי מאחר והיה צריך לפנות לשני ממונים עליו כדי לקבל את אישורם.

ב. תגובת המשיב במענה להשגה, בה הועלתה הטענה הנ"ל, ללא ביסוס על זכ"דים מהחקירה, הייתה כלהלן: "...התפקיד אותו מילא המפגע בפיגוע מספק כדי להביא את המפקד הצבאי לקבלת ההחלטה, כי יש להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 במקרה דנן, ולפעול להחרמת דירת מגוריו של המפגע." (נספח ע' 7 לעתירה).

ג. לטענת העותרים, הפעלת תקנה 119 במקרה דנן כלפי בית _____ עליווי אינה עומדת במבחן המידתיות.

8. העותרים מפנים לסעיף 8 לדעת מיעוט בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף בכל הקשור להנחה המקובלת על ידי בית המשפט, בדבר מקום המידתיות בהפעלת תקנה 119:

את הפעלת הסמכות לפי [תקנה 119](#) יש לבחון נוכח השפעת [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), בעיקר בהיבטים של מידתיות, היינו - קשר רציונלי בין האמצעי הננקט להגשמתה של המטרה; פגיעה במידה הפחותה האפשרית בזכויות האדם המוגנות (כבוד האדם וזכות הקניין) לשם השגת המטרה; ויחס מידתי ראוי בין המטרה לבין האמצעי הננקט ([דנג"צ 96/2161 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ\(4\) 485 \(1996\)](#); [בג"ץ 08/9353 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף](#), [פורסם בנבו] פסקה 5 (5.1.2009); ענין חמאד, שם).

על יסוד עקרונות אלה - שנראה שהם מקובלים על הכל, וחזרו ונשנו פעמים רבות בפסיקת בית משפט זה - יש אפוא לבחון את הסוגיה דנן.

בית המשפט מתבקש להתערב במקרה דנן ולקבוע, כי הפעלת תקנה 119 נגד מבצע עבירה של גרימת מוות בכוונה - לכאורה - אשר אינו במעגל הפנימי, אינו עומד במבחן המידתיות.

טענות נוספות

9. השאלה העומדת בפני בית משפט נכבד זה היא האם בית המשפט הנכבד אוחז בדעה כי הריסת דירותיהם או בתיהם של קרובי משפחות של מפגעים - מפגעים שנהרגו או עומדים לדין - היא הלכה פסוקה שיש לכבדה; וכן האם כוחה של הטענה בדבר "הרתעת הרבים" חזק דיו כדי לגבור על שלל הטענות נגד השימוש בהריסת בתים. כבר בתקופת המנדט הבריטי נעשה שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. השימוש בתקנה זו נמשך גם לאחר קום המדינה, וממשיך ביתר שאת מאז כיבוש השטחים ב-1967. וכך ממשיכה מדינת ישראל ומפעילה את התקנה, בניסיון נואש למגר התנגדות אלימה מצד הפלסטינים - זאת למעט תקופה קצרה משנת 2005, כאשר

- הרמטכ"ל דאז, שר הביטחון דהיום, קיבל את המלצותיה של ועדה צבאית שהוקמה בעקבות דברי בית משפט נכבד זה, במסגרת דיון בבג"ץ 7733/04 נסאר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. השימוש בתקנה לא פסק – וגם הפיגועים לא פסקו.
10. א. בבג"ץ 5839/15 סידר ו-8 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באתר נבו), כבוד השופט פוגלמן, לאחר שהביע את דעתו כי בהיעדר קשר סיבתי בין דיירי הבית לבין מעשיו של המפגע – במקרה דנן אשתו של _____ עליווי – אין להפעיל את תקנה 119 בשל חוסר מידתיות, וכי אין להשוות הריסת בית לאובדן רכוש "גרידא", מיישר קו עם הפסיקה בסעיף 6 לחוות דעתו, כלהלן:
- על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית.
- ב. בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באתר נבו), מחליט גם כבוד השופט זילברטל שלא לסטות מן הפסיקה באומרו:
- טעמיו של השופט זילברטל הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו.
11. א. העותרים מפנים לסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כלהלן:
- הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.
- ב. לעניין זה אנו מבקשים להפנות לדברי כבוד השופט אלון בע"פ 2251/90 חגי יחיא נ' מי, פ"ד מה(5) 221, 271-2, אשר מציין תחילה את השיקולים המופעלים על ידי שופט עת הוא מחליט שלא לסטות מן הפסיקה, אך מוסיף כלהלן:
- בצד של שיקולים אלה חשיבות רבה נודעת לחופש הכרעת הדין של שופטי בית המשפט העליון ולאי-תלותם בתקדים המחייב. הצורך בקיומו של החופש האינטלקטואלי של השופט, למען אפשר שינוי הפסיקה הקיימת כמקרה ראוי ורצוי, משנה חשיבות נודעת לו בחברה כחברתנו, שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחריפים בעמדות יסוד בתחום אמונות ודעות, הליכות עולם והליכות חברה, תרבות ואורח חיים, מדיניות וכלכלה.

ג. העותרים מפנים לדברי בית המשפט הנכבד בימיו הראשונים, בע"א 376/46 רזנבאום נ' רזנבאום (פורסם באתר נבו):

32. סיכומו של דבר: ברי לי שאין אני מזלזל בחשיבותו של עיקר יציבות-

ההלכה במתן פסקי-דין. אבל אמת ויציב – אמת עדיף. [מול האות א', ע'

254 בתדפיס מאתר נבו.]

ועוד, בע' 254, מול האות ו':

חשש תקלה אינו יכול להביא אותי לשמירת הלכה פסוקה כשלדעתי היא מוטעית.

12. העותרים מבקשים להפנות לספרו של אהרון ברק, "שופט בחברה דמוקרטית", עמ' 242, שם הוא כותב: "אין כל קדושה בתקדים..."

13. מעיון בפסקי דין של בית משפט הנכבד בכל הקשור להריסות בתים, עולה תמונה עגומה

של ריסון עצמי מופלג, התערבות מינימלית בשיקול דעתם של גורמי הביטחון – המופעלים על ידי הדרג המדיני המצהיר בריש גלי על רצונו להמשיך ולהרוס בתים.

השאלה העומדת להכרעה בתיק זה הינה האם שופטי ההרכב מוכנים להמשיך ולהאמין,

כי המדיניות של הריסת בתים לא רק שמוכיחה את עצמה בהפחתה משמעותית של

הפיגועים, אלא גם מהווה מקרה בו המטרה מצדיקה את האמצעים.

טענת העותרים היא, כי גם אם אין כל קושי להצדיק את המטרה של הפחתת הפיגועים – האמצעי הינו פסול מכל וכל.

14. העותרים טוענים כי נימוקים של racial profiling עומדים בבסיס הימנעותו של בית המשפט מלהתערב בנעשה כנגד חלק מהאוכלוסייה שבשטח התפוס מזה כ-49 שנה. בית

משפט נכבד זה הוא אשר פסל את השימוש הכמעט סיטונאי שעשו רשויות השלטון

ב"היתרים" לחקירה, קרי בעינויים, כלפי עצורים פלסטינים החשודים ב"עבירות ביטחון"

– מושג כה נרחב עד שהוא מקיף לא רק מפגע של ממש אלא גם מי שנפגש בבית קפה

עם פעיל חברתי בארגון שהוכרו כבלתי חוקי. ופסילה זו באה למרות התנגדותן הנמרצת

במשך שנים של רשויות המדינה, בכלל זה שירות הביטחון הכללי (וראו: בג"ץ

5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פורסם באתר נבו).

15. הטענות נגד המשך השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, נדחו

כולם על ידי בית משפט נכבד זה פעם אחר פעם. והחוט המקשר בין פסק דין אחד

למשנהו הוא ההסתמכות על ערכו של התקדים.

העותרים מפנים לדברי כבוד השופט חשין בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלון פיקוד מרכז

(פורסם באתר נבו), וטוענים כי דבריו הם חלק בלתי נפרד משיטת המשפט של המדינה,

אולם הם נדחים לקרן זווית כאשר מדובר בזכויותיו של האחר. שם נאמר כלהלן:

... עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

אין בידי המשיב כל ראייה היכולה לקשור בין מבצע הדקירה לאשתו וילדיו, מלבד קשר דם.

העותרים שואלים מדוע עיקרון יסוד זה נסוג כאשר המדובר באוכלוסייה אשר הינה אוכלוסייה מוגנת, על פי אמות המידה של הדין הבינלאומי. חלקיה ההומניטאריים של אמנת ג'נבה משנת 1949 מקובלים על המשיב. עמדתו זו הוצהרה בעת הדיונים בעתירות שהוגשו לבית המשפט בשל פיצוץ אמבולנסים על ידי המשיב, והיא באה לידי ביטוי בפסק הדין בבג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית:

רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטאריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטאריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

העותרים טוענים, כי הריסת דירתה של העותרת 1 מהווה פגיעה בכללים ההומניטאריים של אמנת ג'נבה, ועל כן, על-פי אמות המידה של המדינה עצמה, ההריסה הינה פסולה. קשה לעותרים להבין, כיצד יכול בית המשפט לשוב ולקבוע, פעם אחר פעם, כי השימוש

שנעשה במונח המשפטי "הרתעת הרבים" – מונח הקבוע בסעיף 140 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כחלק מהשיקולים הנלקחים בחשבון על ידי שופט הקובע את מתחם הענישה הראוי – יכול לשמש כתכלית להפעלתה של תקנה 119 כלפי אנשים חפים מפשע. ההסבר האפשרי נעוץ ב-racial profiling כפי שצוין לעיל, וכן בהתכחשותה של החברה הישראלית לקיומו של האחר – הפלסטיני.

17. חוט השני המקשר בין פסקי הדין מהעבר ומההווה בעניין הפעלתה של תקנה 119, הוא התכחשותו של בית המשפט לקיומו של האחר, הפלסטיני, החי תחת שלטון המדינה בתנאים אותם אין בכוונתנו לפרט כאן. במקרה דנן, האחר היא אשה ו-8 ילדיה, שבעלה,

- אביהם של הילדים, ביצע לכאורה מעשה שלא בידיעתם או הסכמתם, ובנוסף, עומדת כיום אשה זאת בפני הריסת דירתה. כך היא רוח הזמן, שראשיתה מאז קום המדינה.
18. ממשלת ישראל שבה וחוזרת על עמדתה המוצהרת, שרצונה להרוס את בתיהם של מבצעי פיגועים, ובית המשפט הנכבד שב ומאשר זאת פעם אחר פעם.
19. העותרים ביקשו שבמקרה שההשגה תדחה, יועבר לידיהם העתק מתכנית ההריסה. במקום זאת, נמסר בתגובה כי "הריסת הבית תתבצע באופן ידני, באמצעות הריסת מחיצות הדירה". עוד נאמר, כי חלל הפנים של הדירה ימולא ב"גדרות תיל" וב"חומר מוקצף מסוג פוליאוריתן דו קומפוננטי".
- הצהרות המשיב בדבר נקיטת אמצעי זהירות בעת הריסת דירות בבניינים רבי קומות ניתנו במספר עתירות בעבר. אך על אף הצהרותיו של המשיב, במקרה של בית משפחת עמר במחנה הפליטים קלנדיה, לאחר הריסתה של הקומה העליונה בבניין בן שלוש הקומות, נקבע כי החלקים הנותרים מהבניין מסוכנים למגורים בשל נזקי ההריסה לקומות התחתונות, והוא נהרס כליל על ידי הרשות הפלסטינית (ראו: בג"ץ 7081/15 עמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פורסם באתר נבו).
- במקרה שהעתירה תידחה, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להעביר לידי העותרים העתק מתכנית ההריסה, ולהקצות פרק זמן סביר למהנדס מטעמם לבחון את התכנית ולהביע השגותיו, במידה שיהיו.
- ניסיון העבר מלמד, כי בעת ההריסות, גם לאחר מתן הצהרות בפני בית משפט נכבד זה, נגרמים לעתים תכופות נזקים לדירות השכנות ואף לבניינים השכנים. העתק לקט תמונת הבניין וסביבתו רצ"ב ומסומן באות ע' 10.
20. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד ליתן אות לשינוי המדיניות, בדומה למה שנעשה בבג"ץ נגד השימוש בעינויים, ולרסן את השימוש בכוח על ידי השלטון.
- לטענת העותרים, השימוש בתקנה 119 נגד האוכלוסייה הפלסטינית – בתוך גבולות 1967 ובגדה המערבית – הוא אפשרי בשל המשך ההכחשה מצד החברה הישראלית של קיומו של האחר, קרי, הפלסטינים. "צורכי השעה", כדברי כבוד השופט אלון בעניין יחיא הנ"ל, הם כיום "צורכי נקמה". באי התערבותו של בית משפט זה בנעשה על ידי רשויות המדינה לאוכלוסייה זו, הוא מפר את האיזון ואינו מגן על זכויותיו הבסיסיות של האחר. בית המשפט "ננעל" על ההשקפה, שאין להתערב במעשיו של המשיב משעה שהדרג המדיני קבע, כי התגובה השלטונית ההולמת לפיגועים הינה הריסת בתיהן של משפחות המפגעים. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לעיין בשנית בנעשה בשם הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, המדינה שמתיימרת להיות "אור לגויים", המודרכת

על בסיס עקרונות עתיקי ימים של צדק, וליתן את הצו המבוקש ולאחר שמיעת טענות הצדדים להופכו להחלטי.

ירושלים, היום ה-28 פברואר, 2016

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים