

- בעניין: .1 דודין ת.ז.
- .2 דודין ת.ז.
- .3 (קטין בן 4)
- .4 (קטינה בת 5)
- .5 (תינוקת בת שנתיים)
- .6 דודין ת.ז.
- .7 כולם מחירבת אל בירה, נפת חברון המוקד להגנת הפרט.  
עמותה מס' 58-016-3517  
כולם ע"י ב"כ עוה"ד באדרה ג. חורי  
ו/או האלה ח'ורי  
מהמוקד להגנת הפרט  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים  
טל: 02-283555; פקס: 02-276317

העותרים

נגד

האלוף אילן בירן,  
מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע  
באמצעות פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבעתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יבטל את צו ההחרמה וההריסה שניתן על ידו ביום 6.3.96 כנגד ביתו של העותר מס' 1.

ב. מדוע לא יורה על הסרת האטימה מבית זה.

ג. לחילופין, אם לא יבטל את הצו, מדוע לא יורה על אטימת הבית, חלקו או כולו.

ד. מדוע, אם יוחלט על ביצוע הריסה או אטימה (מלאה או חלקית), לא ייתן שהות לעותרים להרוס - או לאטום - את הבית במו ידיהם, או ע"י מי מטעמם, במקום שהבית ייהרס בידי מי מטעמו של המשיב.

ד. מדוע - אם יוחלט על ביצוע ההריסה - לא ישתמש המשיב או מי מטעמו בדחפור לצורך ביצוע ההריסה במקום בחומר נפץ.

ה. לחילופין, מדוע - אם יוחלט על ביצוע הריסה - לא ישתמש המשיב או מי מטעמו בדחפור לצורך ביצוע ההריסה במקום בחומר נפץ.

ו. מדוע לא יעביר המשיב לידי העותרים כל חומר ראיתי המבסס את הצו, ויעניק להם אורכה של 48 שעות להגשת השגה נוספת.

כמו כן מתבקש כבוד בית המשפט להוציא מלפניו צו ביניים האוסר על המשיב ועל הפועלים מטעמו להרוס ו/או לפגוע בביתם של העותרים ו/או בכל חלק ממנו עד לסיום הדיון בעתירה זו.

### להלן נימוקי העתירה:

1. עניינה של עתירה זו הוא הענשת עותר מס' 1 - הבעלים של בית שאותו השכיר לאחיו,

למעורבות באיתור ג' בארין, אשר הסכים לשמש כמפגע מתאבד, ובהפגשתו של ג' בארין עם מי שדאג לציידו בחומר נפץ והנחה אותו לפוצץ עצמו למוות ביום 21.8.95 בשעות הבוקר באוטובוס קו 26 ברמת אשכול בירושלים.

אחת מהשאלות העומדות בפני ביהמ"ש הנכבד היא האם הריסת ביתו של עותר 1, שהינו חף מפשע, תהווה משום הרתעה לאחרים? האם הריסת בית שבעליו משכירו לאחר, תהווה צעד של הרתעה?

העותרים יטענו בהמשך, כי הניסיון מלמד שפעולות כאלה של הריסת בתים לא השיגו את מטרתן.

## הפן העובדתי:

2. עותר 1 הינו הבעלים של הבית נשוא צו ההחרמה וההריסה (להלן: "הבית" ו"הצו"). מצ"ב היתר בנייה על שמו, המוכיח ומעיד על בעלותו על הבית (מסומן ע1). בעת הכנת עתירה זו, שוהה העותר 1 ברבת עמון שבירדן. אחיו, עותר 6, ביקש מהח"מ לעתור בשמו לאור הצו שהוצא ונמסר לעותרת 2.  
מצ"ב העתק מהצו מסומן ע2 והעתק מתצהיר עותר 6 מסומן ע3.
3. עותרת 2 היא אשתו של דודין, נושא ת"ז (להלן: דודין). בעלה שכר את הבית מאחיו, עותר 1, לפני כשמונה שנים. מאז מתגוררת העותרת בבית עם ילדיה, שהינם העותרים 3, 4, ו-5. עד ליום 20.11.94 גר עמה בבית גם בעלה, דודין. בתאריך זה עזב את הבית.
4. העותרים 3, 4 ו-5, שהינם קטינים, הם ילדיהם של עותרת 2 ובעלה, שגילאיהם ארבע שנים, חמש שנים ושנתיים (בהתאמה).
5. ביום 20.8.95 נעצר דודין ע"י הרשות הפלסטינית ונשפט לתקופה של 12 שנות מאסר בגין פעילות בלתי חוקית. הוא נשפט בבית המשפט הצבאי הפלסטיני לבטחון המדינה ("אמן אלדוולה") ביריחו. מאז הוא מוחזק בבית הכלא ביריחו.
6. ביום 6.3.96 בשעה 9:00 בבוקר הגיעו חיילי צה"ל לבית ומסרו לעותרת 2 את צו ההחרמה והאטימה. נימוקי הצו, כפי שפורטו בו, היו כי דודין איתר את ג'בארין, אשר הסכים לשמש כמפגע מתאבד, הפגישו עם מי שדאג לציידו בחומר נפץ ואשר הנחהו לפוצץ עצמו למוות ביום 21.8.95 בשעות הבוקר באוטובוס קו 26 ברמת אשכול בירושלים.
7. הבית נשוא צו ההריסה היה מקום מגוריו של דודין מכוח שכירות מאחיו, עותר 1. מעולם לא היה הוא הבעלים של הבית אלא רק השוכר.
8. כפי שצוין בס' 3 לעיל, הרשה עותר 1 לעותרת 2 וילדיה להמשיך ולהתגורר בבית גם לאחר עזיבתו של בעלה, ואף לאחר שבעלה נשפט ל-12 שנות מאסר. זמן שחרורו המשוער של הוא בשנת 2007. עותר 1 נהג כך מאחר שאין לאישה ולילדים מפרנס והיא אינה יכולה לשכור מקום אחר, אשר בו תוכל להתגורר עם ילדיה הפעוטים.

9. העותרים יטענו כי לפי מיטב ידיעתם, אין בידי המשיב כל אישור ו/או הוכחה על תוכן האמור בצו ההריסה, שכן מעצרו של דודין נעשה ע"י הרשות הפלסטינית ולפני הפיגוע המוזכר בצו. ככל הידוע לעותרים, הוא מעולם לא נעצר ע"י כוחות הבטחון הישראליים, ולא נחקר אודות מעורבותו או קשריו עם ג'בארין, החשוד בביצוע הפיגוע בקו 26 בירושלים.
10. להבנתם של העותרים, החשד שנפל על דודין מקורו אך ורק בפרסומים ובמידע בלתי מבוסס ו/או בלתי מהימן, אשר נמסרו למשיב, ואשר אין בהם כדי לבסס הוצאת צו חמור וגורף, כגון הצו בו עסקינן, אשר פוגע קשות באנשים חפים מפשע - העותרים.
11. לידיעת העותרים לא הובאה כל ראייה הקושרת את החשוד למעשה המיוחס לו בצו.
12. העותר 1 לא היה מעורב בפעילות בלתי חוקית ולא עשה מעשה המצדיק את הענשתו. אין הצדקה לכך שתיפגע זכותו הקניינית על רכושו, בשל פעולתו של אחר, גם אם האחר הוא אחיו. גם לאחר שהשכיר את ביתו לאחיו הוא נותר הבעלים של הבית, ואין להעניש אדם בגין חשדות למעשים שבוצעו ע"י שוכר ביתו.
13. ביום 6.3.96 בשעה 9:00 הגיעו, כאמור, חיילים לבית העותר 1, ומסרו לעותרת 2 את הצו. הם איפשרו לה לפנות את הבית תוך פרק זמן קצר, ואטמו אותו.
14. לצו לא צורף תרשים של הבית, כמקובל בצווי הריסה המוצאים בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 (להלן: תקנה 119).
15. א. ביום 6.3.96 הגישה הח"מ, ב"כ העותרים, השגה למשיב נגד צו ההריסה, באמצעות מושל נפת חברון, תא"ל ברוך נגר, ובאמצעות יועמ"ש הגדמ"ע, אל"מ שלמה פוליטיס.
- ב. בין היתר נתבקש המשיב בס' 32 להשגה להעביר לידי הח"מ כל חומר ראייתי לביסוס הצו. העתק מכתב ההשגה מצ"ב ומסומן ע4.
16. ביום 7.3.96 בשעה 19:00 נתקבלה במשרד הח"מ תגובת המשיב על ההשגה (ע4), מטעם סא"ל שאול גורדון, סגן היועמ"ש של הגדמ"ע. בתגובה הוא מודיע, כי המשיב משאיר על כנו את צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידו ביום 5.3.96, וכי ניתנת שהות לעתירה לבג"צ נגד הצו עד ליום א' 10.3.96 בשעה 8:30 בבוקר. מצ"ב העתק התגובה ומסומן ע5.

17. עד להכנת עתירה זו לא זכתה הח"מ למבוקשה, ולא קיבלה כל ראייה עליה התבסס הצו.

18. מכאן הצורך בעתירה זו למתן צו על תנאי וצו ביניים.

### הפן המשפטי:

19. העותרים טוענים כי החרמת הקרקע והריסת הבית אינם כדין מהסיבות שיפורטו להלן:

#### העדר תשתית עובדתית נאותה

20. העותרים יטענו כי מן הדין הוא שבידי המשיב יהיו בעת החתימה על צו הריסת הבית ראיות חותכות בדבר הקשר בין הפיגוע בקו אוטובוס 26 בירושלים לבין החשוד ג'בארין, בדבר קיום מגעים בין אותו ג'בארין לבין דודין, ובדבר הקשר בין מגעים אלו לבין אותו פיגוע ותוצאותיו הקשות.

21. העותרים יטענו כי אין ולא יהיו בידי המשיב ראיות כאמור לעיל היכולות להוכיח את הקשר הנדרש.

23. העותרים יטענו כי "... האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא, וכי השימוש יעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניות ורק בנסיבות מיוחדות... וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרתה של ההריסה היא משולשת: ראשית, יש בה כדי לשלול מקום מגורים לדיירי הבית; שנית, יש בכך כדי למנוע אפשרות של השבת המצב לקדמותו; ושלישית, יש בה, לעתים, כדי לפגוע בדיירים שכנים...". דברי כבוד השופט ברק בבג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י לו (3) 439, 443.

24. העותרים יטענו כי המידע שהיה בידי המשיב עת שהוציא את הצו נשוא עתירה זו, לא היה מספיק ולא היה מבוסס. הוא הוציא צו הריסה בטרם היתה בידי מסכת ראיתית שלמה. מכאן, התשתית העובדתית היתה לקויה ושיקול דעתו היה פגום ודין החלטתו להתבטל - ביהמ"ש הנכבד מתבקש לבטל את הצו.

#### גורם חלוף הזמן

25. בית המשפט הנכבד התייחס לשאלת חלוף הזמן ולחוסר האפקטיביות שבהפעלת צו לפי תקנה 119 שלא בצמידות לאירוע בזיקה אליו ניתן הצו. העותרים

יטענו, כי חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה המיוחסת ל דודין ומאז הפיגוע בקו 26, ועד למועד הוצאת הצו, פוגע באפקט ההרתעה המיוחל:

בבג"צ 948/91 הודלי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדמ"ע, פ"ד מז (1) 612 בע' 616 נפסק:

"חלוף תקופה כה ארוכה מביצוע המעשים האמורים יש בו משום השפעה מסוימת על עקרון ההרתעה שביסודה של תקנה 119 האמורה. אשר על כן, לא נותר לנו אלא להסתפק באטימת החדר שבו מתגוררים פואד ואשתו."

בהחלטה זו התערב בית המשפט בהחלטת מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע להרוס את הבית.

26. חלוף הזמן ממועד הפיגוע - שנטען כי דודין מעורב בו - ועד מועד הוצאת הצו, משמיט את הקרקע מתחת לצורך הבטחוני העומד ביסוד השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119. עצמתה ההרתעתית של הפעולה קשורה קשר הדוק לקרבת הזמן בין מעשה הפיגוע לבין הסנקציה. הפעלת התקנה היום - בעקבות גל הפיגועים בשבועיים האחרונים - מעידה, כי הצו לא ניתן בזיקה לאירועים המתוארים בו, אלא בזיקה לאירועים שאין שום טענה לגבי מעורבותו של מי מדיירי הבית בהם.

### זיקת התושבות

27. לצורך הפעלת תקנה 119, יש להוכיח זיקת התושבות בין האדם שבגין מעשיו מוטלת הסנקציה של הריסה לבין הבית המיועד להריסה.

28. בטרם יפעיל המפקד הצבאי את סמכותו עפ"י תקנה 119, עליו לשקול בקפדנות את כל העובדות הרלוונטיות, ובכלל זה את טיב הזיקה שבין העברין לבין הבית העומד להריסה. כן ראוי לפרש את הסייגים להפעלת סמכותו על דרך צמצום הסמכות. בבג"צ 2630/90 כראכרה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, לא פורסם.

29. הגישה בה נקט ביהמ"ש הנכבד בעניין כראכרה שינתה פסיקה קודמת בעניין נכס שכור בשני פסקי הדין בבג"צ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות הבטחון, (לא פורסם) ובבג"צ 1056/89 אלשיך נ' שר הבטחון, (לא פורסם). השינוי בעניין כראכרה הוא בהשארת השאלה בצריך עיון. נקבע שם כי:

"נוטה אני לחשוב, שלנוכח האפקט הקשה ביותר של השימוש בסמכות הסנקציה הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945, מן הראוי שבית המשפט יציב כמה סייגים ויפרשנה על דרך הצמצום גם לגבי סיווגם של האנשים העלולים להיפגע על ידה..."

לדעתו של פרופ' ד' קרצ'מר במאמרו "בקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" (בתוך: י' זמיר (עורך), ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי [ירושלים, תשנ"ג]) ע' 305, 341.

"אמרה זו היתה הרמז הראשון לגישה חדשה, אשר ידאג בה בית המשפט עצמו להצבת גבולות לשימוש בסמכות הנשענים על פירוש מצומצם של התקנה...".

גישה זו באה לידי ביטוי ברור בחוות דעת המיעוט של השופט חשין בבג"צ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו (2) 150.

30. העותרים יטענו, כי לא קיימת זיקת תושבות בין דודין לבין הבית, וזאת מהטעמים שלהלן:

א. דודין לא היה הבעלים של הבית אלא שוכר בלבד. עותר 1 הוא הבעלים.

ב. בנובמבר 1994 עזב דודין את הבית, ולא היה בקשר עם בני משפחתו, אשתו וילדיו. הוא נעצר ע"י הרשות הפלסטינית ביום 20.8.95 ונשפט לתקופת מאסר של 12 שנים. תאריך שחרורו המשוער הוא באוגוסט 2007. משך תקופה זו הוא לא היה ולא יהיה תושב של הבית.

ג. קשר השכירות, בשונה מקשר הבעלות, הוא מוגבל בזמן. עותר 1 יחפוץ בבוא הזמן לבקש שתוחזר לידי החזקה בביתו, ובכך תיעלם זיקת התושבות (אם עודה קיימת) בין דודין לבין הבית לעולם.

31. בפרשת אלעמרין מנה כב' השופט בך שיקולים שעל המפקד הצבאי לקחת בחשבון בעת הוצאת צו עפ"י תקנה 119. מן הראוי להדגיש חלק מאותם שיקולים, הרלוונטיים למקרה דנן:

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

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...".

דברי כבוד השופט בד' בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, 700.

32. במקרה שלפנינו, הבית הוא שכור, בבעלותו של העותר 1, וגרים בו אישה ושלושה ילדים קטנים. המשיב לא לקח בחשבון שיקולים אלה והוא הפעיל את התקנה באופן מורחב אשר חל על כל הבית שבבעלות עותר 1, ועל כל שטח המחיה של העותרים 2-5.

33. העותרים יטענו כי בהסתמך על עיקר פסק דינו של השופט בד', שהביא לתוצאה שונה באותו פסק דין, רק משום הנסיבות השונות, יש לפרש כי על בית המשפט הנכבד להתערב בשיקול דעתו של המשיב ולבקשו לשקול מחדש את החלטתו ולהביא לצמצום תחולת הצו.

34. הפסיקה שופעת דוגמאות בהן נהג המשיב בדרך של הפעלה מצמצמת לתקנה, וראוי שלא יחרוג ממדיניות רבת שנים זו.

המסכת העובדתית שבפנינו מאפשרת למשיב להפעיל את תקנה 119 בצורה חלקית. בכך ישיג את מטרת התקנה ויקטין את הפגיעה באנשים חפים מפשע, שלא ידעו על מעורבותו של החשוד בפעילות נשוא הצו.

### גורם ההרתעה

35. העותרים יטענו, כי טענת ההרתעה, שאומצה ע"י ביהמ"ש הנכבד בבג"צ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדמ"ע, פ"ד מח (5) 338, אינה מהווה צידוק או הסבר על מובן הענישה ואינה יכולה להצדיק פעולה של הריסת ביתו של העותר 1.

עצם הגדרת הפעולה כ"הרתעתית" ולא כ"עונשית" אינה סותרת את תחולת הכלל "איש בחטאו יומת", אשר מחלחל בכל מערכת המשפט, ולא רק בדין הפלילי.

36. העותרים יטענו, כי יש לפקפק בתועלת שיש בהריסת בית לשם הרתעתם של מפגעים אחרים המאמינים בשליחותם הרצחנית או לשם הרתעת מסייעים ו/או



מפעילים של אותם מפגעים.

המלחמה בחשיבה הפונדמנטליסטית ובהתנהגות הרצחנית, הרחוקות מעקרונותיהן של כל הדתות, איננה יכולה להסתמך על הפרה של עקרונות אותן דתות והמשפט הבינלאומי, ואיננה יכולה לבוא לידי ביטוי בהטלת ענישה קולקטיבית על אנשים שכל חטאם הוא קירבת משפחתם למי שנחשד בשיתוף פעולה עם המפגעים, או בכך שהשכירו את ביתם לאדם כזה. האם מטרת צווים כאלה היא שאנשים לא ישכירו את בתיהם מחשש שייחרסו, וזאת אפילו הם עצמם לא הפרו את החוק וגם לא ידעו על הפרתו בידי השוכר?

37. הניסיון המר של התקופה האחרונה רק מחזק את הטענה, כי אלמנט ההרתעה לא הושג ע"י החלטות להרוס את בתיהם של מפגעים. גם לאחר שהוחלט להרוס את ביתו של נזאל, החשוד בביצוע הפיגוע בקו 5 בת"א, לא נפסקו מעשים מסוג זה.

38. הניסיון מלמד כי אמצעי ביטחון אחרים הם אלה שמסוגלים להרתיע ו/או למנוע, להקטין ולמגר מעשים רצחניים אלו. לא כן, הטלת עונשים קולקטיביים על אנשים חפים מפשע.

### מבחן היחסיות (המידתיות) הראויה

39. מבלי להפחית מחומרתם, יטענו העותרים, כי צו ההריסה איננו עומד ביחס הולם למהותם של המעשים שיוחסו בצו לחשוד. הסמכות ע"פ ס' 119 צריכה להיות מופעלת בצורה סבירה. חייב להתקיים קשר ענייני בין חומרת המעשה המיוחס לחשוד לבין האמצעי הבטחוני הננקט נגדו. חייבת להתקיים יחסיות או מידתיות ראויות בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט ע"י השלטון. מבחן זה הוצע ע"י פרופ' סגל במאמרו "עילת העדר היחסיות (DISPROPORTIONALITY) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 507, ואומץ ע"י כב' השופט ברק בבג"צ 5667/91 ג'בארין נ' המפקד הצבאי, פ"ד (1) 858. העותרים יוסיפו, כי הפעלה גורפת של תקנה 119 פוגעת באופיה המרתיע כאמצעי הננקט במקרים חריגים ביותר בחומרתם ובהם בלבד.

### הפגיעה בבני הבית

40. בבואו להפעיל את תקנה 119, על המפקד הצבאי לשקול:

"...ה. מהי חומרת התוצאה הנובעת מהפגיעה המתוכננת במבנה עבור אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות ישירה או עקיפה בפעילות החבלנית?"  
בג"צ 4722/91 הנ"ל, בעמ' 700.

הפעלת תקנה 119 פוגעת בכל בני המשפחה ובזכותם הקניינית.  
הבית הוא הנכס המרכזי של המשפחה, לב וסמל לשייכות המשפחתית, המקום  
בו אדם מרגיש את עצמו בן חורין יותר מכל מקום אחר עלי אדמות.  
הבית מהווה יסוד בזהותו של אדם, בזיקתו הברורה למקומו.  
הבית הוא המקנה לאדם תחושת בטחון ושייכות.  
הבית הוא אחד מבסיסי הסדר החברתי.  
הדאגה שמעוררת תופעת המכונים Homeless בקרב אנשים מן היישוב וכן  
בקרב הממסד, אף היא באה בגין חשיבותו של הבית בחברה.

### האמנה בדבר זכויות הילד

41. הפגיעה במקרה דנן חמורה במיוחד לאור גילאיהם של העותרים 5-3.  
לילדים בגיל זה, הרס הבית מהווה חוויה טראומטית במיוחד, שמצטרפת  
לסבל שהם כבר סובלים בגין ניתוקם מאביהם. יש להניח, שביצוע צו  
ההריסה גם ייטע בהם מגיל צעיר רגשות של פחד, כעס ושנאה, שאין בהם  
כדי לתרום לעולם המחר שהם חלק ממנו.

42. בהתאם לאמנת האו"מ בדבר זכויות הילד מחויב המשיב לפעול למען ההגנה  
על העותרים 5-3 ועל זכויותיהם. מדינת ישראל אישרה את האמנה ביום  
4.8.91, והיא נכנסה לתוקף לגביה ביום 2.11.91.

43. מכוח סעיף 2 לאמנה "המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות  
המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שליטתן, ללא הפליה מכל סוג  
שהוא..." [הדגשה שלי; ב.ח.]

44. לאור סעיף 2 הנ"ל, מוגנים העותרים 5-3 ע"י האמנה, ועל המשיב לדאוג,  
בין היתר, לזכויותיהם שיפורטו להלן:

א. ס' 38(1): "המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי  
יכבדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של  
מאבקים מזוינים הנוגעים לילד"

ב. ס' 38(4): "...ינקטו המדינות החברות כל אמצעי אפשרי כדי להבטיח  
הגנה ודאגה לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין"

ג. ס' 14(2): "...המדינות החברות יכבדו את זכויות וחובות ההורים,  
וכן, במידה והן חלות, של האפוטרופסים החוקיים, לספק הכוונה  
לילד באופן המתיישב עם יכולותיו המתפתחות."

ד. ס' 16: " (1) שום ילד לא יהא נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בפרטיותו, משפחתו, ביתו או תכתובתו, ואף לא לפגיעות שלא כחוק בכבודו ובשמו הטוב.

(2) לילד זכות להגנת החוק כנגד התערבות או פגיעות כאמור."

45. לאור הסעיפים המצוטטים לעיל, מחויב המשיב לשקול בשנית את החלטתו, הפוגעת בבית בו מתגוררים שלושת הילדים. הריסת הבית תביא להפרה בוטה של זכויותיהם ותותיר אותם ללא קורת גג. פעולה זו מנוגדת למחויבות מדינת ישראל מעת חתימתה על האמנה בדבר זכויות הילד, 1989.

### עיקרון האחריות האישית

46. העותרים יטענו, כי יש לכבד את העיקרון, כי אין להעניש אנשים חפים מפשע, וכי כל אדם יישא בעונשו בגין עבירה שביצע.

זהו כלל בסיסי וחשוב בדיני העונשין, אך לא רק בהם. הכלל מחלחל בכל מערכת המשפט הישראלית, וכאן יובאו רק שתי דוגמאות מני רבות:

א. בדיני הנזיקין אין אחריות המעוול ניתנת להעברה. מי שגרם לנזק הוא שנושא באחריות (למעט מקרים של אחריות שילוחית) - הוא ולא בני משפחתו, יורשיו או מקורביו.

ב. בדיני ההוצל"פ האחריות מוטלת על החייב, אין להעבירה לאחרים אלא אם הסכים אותו אדם במפורש לערוב לחובו של אחר. רק אז ניתן להחיל עליו אחריות מכוח ערבותו.

כלל זה הינו כלל עקרוני, עליו מושחתות מערכות משפט מזה אלפי שנים. ביטוי חזק במיוחד מוצא הכלל (כפי שיפורט בהמשך) במורשת ישראל ובדתות המונותאיסטיות.

47. עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בפסיקה הנוגעת לתקנה 119:

"... ההלכה המחייבת היא, שבהפעלת הסנקציה האמורה נדרשות זהירות רבה ומידתיות סבירה, שאינן עניין של סמכות אלא עניין של שיקול-דעת (ראה פרשת תורקמאן, בג"צ 5510/92 הנ"ל). לקיומן של אמות-מידה אלו חרדים כל שופטיו של בית משפט זה. על רקע חרדה זו לחומרת הפגיעה בזרים, שלא היה להם כל חלק במעשיו של המחבל, ושאף לא יכלו לדעת על מעורבותו בפעילות חבלנית, לא היססנו, בכל מקרה מתאים, לבטא את עמדתנו במהלך הדיון; ולא פעם הניעו הערותינו את רשויות הביטחון להסכים (מבלי להמתין להכרעה שיפוטית) למיתון הפגיעה במגוריהם של אחרים המצויים בתחומי המבנה המיועד להריסה..."

דברי כב' השופט מצא בבג"צ 6026/94 הנ"ל.

48. המבחן בהלכה הפסוקה שאומץ עד כה, מבחן הסבירות והיחסיות, מחייב כי המשיב ישקול את הנסיבות העובדתיות של דיירי הבית ולפי זה מחוייב הוא לשקול הקלה וצמצום לצו שהוציא.

#### ענישה קולקטיבית: סתירה למשפט הבינ"ל והפרה של עקרונות יסוד

49. העותרים יטענו כי הריסת בית בהתאם לתקנה 119, מהווה ענישה קולקטיבית. בית של משפחה שלמה נהרס בשל מעשה של אחד מבניה, שאיננו בעליו של הבית, ואשר כתוצאה ממעצרו במקרה דנן, לא יוכל להמשיך ולגור בו.

פעולה כזו נוגדת וסותרת את כללי המשפט הבינ"ל השוללים את הענישה הקולקטיבית, ומפרה עקרונות יסוד של המשפט הישראלי.

50. העקרון "איש בשל עבירתו ייענש", הוא בין עקרונות היסוד של המשפט הישראלי. עקרון זה שולל שליכה מוחלטת "הפעלת עונש קיבוצי בשל עבירה שנעברה ע"י אחד מחברי קיבוץ האנשים הנוגע לענייין...".  
ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א (1984), עמ' 100.

כדברי כב' השופט י. בזק בספרו עקרונות הענישה 1979, בעמ' 68, "הענשת קרובי העברייך וכן הענשת חפים מפשע, אפילו כשיש לה השפעה מרתיעה היא פסולה משום שהיא מנוגדת לעקרונות הצדק והיושר".

51. השליכה של ענישה קולקטיבית ושל ענישתם של חפים מפשע משתקפת ומעוגנת בשורה של חוקים וכללים במשפט הישראלי. מן הראוי לציין מהם:

א. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לענייננו ראויים לציון סעיפים 1, 1א, 3, 11).

ב. הכרזת העצמאות.

ג. חוק העונשין תשל"ז-1977 ס' 95ג, המציין חריג להענשה בשל חיפוי על עבירה "ולא יחול אותו סעיף על בן זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של אדם שיזם או עבר עבירה כאמור...".

52. כללי המשפט הבינ"ל שמן הראוי לצינם כאן הם:

א. ס' 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949, הקובע מפורשות את העקרון ש"איש בשל עבירתו ייענש" - האיסור על מעשי תגמול ועל הטלת עונשים קיבוציים או עונשים שלא בשל אחריות אישית הוא מוחלט וללא חריגים.

ב. הנורמות ההומניטריות היסודיות שבאמנת ג'נבה הרביעית הקובעות כי אין המשיב רשאי לפעול בניגוד להוראת ס' 33 לאמנה. החלטת הממשלה לכבד את הוראותיה ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית באזורים הנתונים לשליטת צה"ל, מהווה הנחייה פנימית המחייבת את הצבא בתור הנחיית ממשלה.

ג. ההריסה של רכוש פרטי בשטח מוחזק אסורה עפ"י תקנה 23(ז) ותקנה 46 לתקנות האג, אלא אם ההריסה דרושה החלטית, לצורכי לחימה, מה שלא מתקיים במקרה דנן. פה נאמר כי ההריסה הינה למטרת הרתעה – דבר שאינו קביל עפ"י התקנות הנ"ל.

ד. תקנה 119 סותרת בתוכנה את איסור המשפט הבינ"ל המנהגי, לפחות כאשר היא אינה בגדר סנקציה עונשית. המשיב חייב היה לפעול בהתאם להוראותיו המנהגיות של המשפט הבינ"ל אשר ממנו יונק הוא את סמכויותיו.

#### מורשת ישראל וכללים דתיים אוניברסליים:

53. יסודות הצדק של מורשת ישראל ונביאי ישראל מושחתים על עקרון האחרייות האישית, לפיו כל איש יישא באחרייות בגין מעשיו הוא.

"איש בחטאו יומת" (דברים כד, טז) כדברי הנביא יחזקאל (י"ח, כ): הנפש החוטאת היא תמות, בן לא ישא בעוון האב ואב לא ישא בעוון הבן".

הפגיעה בחפים מפשע, ולו כדי לבער את הנגע שפשה בעיר שלמה, מנוגד לעצם מושג המשפט ומערער את האמון במערכת השפיטה:

"...אולי יש חמישים צדיקים בתוך העיר – האף תספה ולא תשא למקום למען חמישים הצדיקים אשר בקרבה? חלילה לך מעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע, חלילה לך: השופט כל הארץ לא יעשה משפט?! ויאמר ה': אם אמצא בסדום חמישים צדיקים בתוך העיר, ונשאת לכל המקום בעבורם...". (בראשית, וירא יח 24-27).

הנביא ירמיהו אומר: "והיה כאשר שקצתי עליהם לנתוש ולנתוץ, ולהרוס ולהאביד ולהרע, כן אשקוד עליהם לבנות ולנטוע נאום ה'".  
ובנשימה אחת:

"בימים ההם לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה, כי אם איש בעונו ימות כל האדם הוא אכל הבוסר תקהינה שניו...". (ירמיה, לא 27-30).

54. העקרון של אחריות אישית והימנעות מפגיעה בחפים מפשע מצוי גם בתשתית הנצרות והאיסלאם:

בקוראן נאמר ב"סורת אלמודת'ר" 74, וכן ב"סורת אלטור" 52, ו"אלאנעאם" 6, כי כל אדם יישא באחריות על מה שעשה, וכל נפש תחויב במה שעשתה. גם הברית החדשה מחזיקה בעקרון זה.

### הסעדים החלופיים:

#### האפשרות לטיעון נוסף:

55. עד היום, כאמור, לא הועבר לידי העותרים כל חומר ראייתי לביסוס הצו. עובדה זו מנעה מהעותרים לממש את זכות הטיעון שלהם במלואה, שכן הביסוס הראייתי להחלטה הוא מהסוגיות המרכזיות שבמחלוקת.

על כן יתבקש ביהמ"ש, כסעד חלופי, לחייב את המשיב להעביר את החומר הראייתי האמור, ולאפשר לעותרים להגיש השגה נוספת.

#### אופן ביצוע הצו:

56. אם לא יראה ביהמ"ש לנכון למנוע הריסה או אטימה (מלאה או חלקית) של הבית, מבקשים העותרים מביהמ"ש הנכבד, כסעד חלופי, לתת להם שהות כדי שיוכלו לבצע את הצו בעצמם, או בידי מי מטעמם. לחילופין, אם יוחלט שהבית ייהרס ע"י מי מטעמו של המשיב, יבקשו העותרים כי ההריסה תבצע באמצעות דחפור, ולא באמצעות חומר נפץ.

57. העתירה לסעד זה באה לאור הידיעות שפורסמו באמצעי התקשורת על הריסת בית בכפר בורקה ביום 8.3.96 באמצעות חומר נפץ, הריסה שגרמה להריסת בית סמוך ולנזקים בבתים נוספים רבים.

מן הראוי שביהמ"ש הנכבד לא ייתן את ידו להרחבת הסנקציה הקבועה בתקנה 119 מעבר למעגל האנשים הרחב ממילא שנקבע בה. דברים ברוח זו, על ענישת כפר שלם, נשמעו לא מעט בימים האחרונים, וראוי שביהמ"ש הנכבד יביע את דעתו עליהם.

### לסיכום:

58. המשיב מופקד על שמירת אינטרס הבטחון, וביהמ"ש הנכבד מופקד על קיום ומיסוד שלטון החוק, ועל שמירה על האיזון הסביר בין שני אינטרסים חשובים אלה.

המדיניות שמטרתה הרחעה מביצוע פיגועים קשים, באמצעות הטלת סנקציות

חמורות, כגון תקנה 119, הוכיחה את כשלונה. מקרים כאלה, לצערנו הרב, נמשכו בתדירות גבוהה מאוד.

מעולם לא הוכח כי הריסת בתים בהתאם לתקנה 119, הביאה למיגור מעשי טרור או למניעת פגיעות קשות בבטחון המדינה. נהפוך הוא - מקרים כגון דא עלולים רק להקצין עמדותיהם של אנשים, להרחיב את מעגל השנאה והאלימות ולהביא לכך כי אוכלוסייה שלמה תחיה בתנאים קשים, ללא שייוותר להם דבר להפסידו בחייהם. כך עלולים הם להשתכנע בקלות יתירה באידיאולוגיה הפגומה של המפגעים, אנשי התנועות הפונדמנטליסטיות.

היענותו של המשיב לבקשת העותרות לבטל את הצו, ולחילופין לצמצם אותו לצו אטימה ו/או הריסה חלקי, עשויה לשרת את האינטרס של ההרתעה ושל שלטון החוק ועשיית הצדק.

על כן, מתבקש כבוד בית המשפט להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, וכן להפוך את הצו למוחלט.

  
-----  
באדרה ג. חורג, עו"ד  
ב"כ העותרים

ירושלים היום ה-10 לחודש מרץ, 1996

(ת.ש. 9387, מ"מ 15688)