

בעניין: 1. סראחנה

ת.ז.

ממחנה הפליטים פוואר, נפת חברון

2. המוקד להגנת הפרט

עמותה מס' 58-016-3517

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד באזרה ג. חורי

ו/או האלה ח'ורי

מהמוקד להגנת הפרט

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל: 02-283555; פקס: 02-276317

### העותרות

נגד

האלוף אילן בירן,

מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע

באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

### המשיב

### עתירה 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 5.3.96 כנגד ביתה של העותרת מס' 1.

ב. מדוע לא יורה על הסרת האטימה מבית זה.

ג. לחילופין, מדוע לא יורה על אטימת יחידת המגורים של אבראהים סראחנה, בקומה השנייה של הבית.

ולחילופי חילופין, באם תידחה הבקשה בסעיף ג',

ד. מדוע לא יורה על הריסת חלק הבית שהיה מיועד למגוריו של אברהם סראחנה.

ה. לחילופי חילופין, מדוע לא ייתן שהות לעותרת מס' 1 להרוס את ביתה במו ידיה, במקום שהבית ייהרס בידי מי מטעמו של המשיב.

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

ז. לחילופין, מדוע לא ימסור לעותרות את החומר הראייתי שהתבקש על ידיהן ויאפשר להן להגיש השגה נוספת, תוך 48 שעות מרגע מסירת החומר הראייתי לידיהן.

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 אם חולת לב ושני בניה - שאחד מהם חולה לב והשני סובל מבעיות נפשיות - בשל חשד למעורבות בנה האחר של העותרת בפיוץ עצמו בטרמפיאדה בצומת אשקלון ביום 25.2.96, בגרימת מותה של חיילת ופציעתם של אנשים נוספים. אחת השאלות העומדות בפני ביהמ"ש הנכבד הינה האם הריסת ביתה של העותרת, שהינה חפה מפשע, תהווה משום גורם הרתעה לאחרים. העותרות יטענו בהמשך כי הנסיון מלמד כי פעולות כאלה לא השיגו מטרה זו.

#### הפן העובדתי:

2. ביום 25.2.96 נהרגה חיילת ונפצעו 29 אנשים נוספים מפיוץ קשה, בטרמפיאדה באשקלון. לטענת המשיב, בנה של עותרת מס' 1, אברהם חמד חאסן חליל סראחנה, ת.ז. 995310182 (להלן: אברהם סראחנה) הוא שפוצץ את עצמו בטרמפיאדה והביא לנזקים הקשים שצויינו לעיל.

3. חשדו של המשיב התבסס ככל הנראה על מציאת שרידי גופה של אדם נוסף, אשר ככל הידוע לעותרות, לא זוהה ע"י מאן דהו וכמובן לא זוהה על ידי העותרת 1, שאף לא נתבקשה לזהותו. בנוסף, התבסס החשד ככל הנראה על הצהרות של אנשי תנועת החמא"ס באמצעי התקשורת, כי בנה של עותרת מס' 1 הוא שפוצץ עצמו באותו יום במקום הפיגוע.

4. עותרת מס' 1 הינה אמו של אברהם סראחנה, המחזיקה בבית נשוא צו ההריסה (להלן: הבית). היא אשה חולנית הסובלת מלחץ דם גבוה וממחלת לב קשה. בשנת 1975 נפטר בעלה. מאז היא חיה עם ילדיה ודואגת להם. האם מתגוררת בבית עם שלושת בניה, אברהם, סולימאן וחסן. סולימאן, יליד שנת 1973, ת.ז. 90002511, סטודנט, סובל ממחלת לב, ואף עבר ניתוח לב פתוח. מעודו לא נעצר עד ליום 5.3.96, שאז נעצר ע"י כוחות הבטחון.
- חסן, יליד שנת 1978, ת.ז. 90002512, סובל מבעיות נפשיות, גר עם אמו בביתם הנ"ל. מעודו לא נעצר עד ליום 25.2.96, שאז נעצר עם אחיו האחרים.
5. עותרת מס' 2 הינה עמותה אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה (ובהן גם רשויות מקומיות), במיוחד לאלה הזקוקים לעזרה בהעברת תלונותיהם לרשויות אלה, וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה - עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי.
6. הבית ממוקם 300 מטר צפונית לציר הראשי שבמחנה הפליטים אלפואר, ומכיל שתי קומות: בקומה הראשונה שלושה חדרים, מטבח ושירותים וזו שימשה למגורי האם. הקומה השנייה מורכבת משלוש יחידות דיור נפרדות. בכל יחידת דיור חדר, מטבח ושירותים. בקומה זו גם סלון אחד המשותף לשלוש יחידות הדיור.
7. יחידת דיור אחת בלבד משלוש יחידות הדיור בקומה העליונה, הינה זו אשר יועדה למגוריו של אברהם סראחנה ואשר בה גר בפועל.
8. סמוך לבית, במרחק של כ-3 מטר ממנו, נמצא ביתו של מחמוד סראחנה, בנה של העותרת. בבית גרים מחמוד, אשתו ושני ילדיהם הקטינים. במרחק של כ-25 מטר מהבית נשוא הצו, נמצא ביתו של יוסף סראחנה, אף הוא בנה של העותרת, בו הוא מתגורר עם אשתו וששת ילדיהם. במרחק של כ-50 מטרים מהבית נשוא העתירה, נמצא ביתו של מוחמד סראחנה, נשוי ואב ל-11 ילדים. במרחק של כ-30 מטר מהבית, נמצא ביתו של עבדאלחמיד אלשוואבנה, אחד השכנים.
9. אברהם סראחנה, יליד שנת 1971, החל לעבוד לאחר שסיים את לימודיו בבי"ס התיכון, כדי לפרנס את משפחתו שלא היה לה מפרנס מלבדו. הוא עבד כפועל בניין וכן כמוכר בחנות תבלינים. הוא היחידי בין בני משפחתו שנעצר פעמיים:

בפעם הראשונה, ב-1992, נעצר למשך ארבעים ימי חקירה, ושחרר ללא העמדה לדין.

בפעם השנייה, ב-1993, נעצר במעצר מינהלי למשך חודשיים.

10. אבראהים סראחנה לא היה מבוקש ע"י כוחות הבטחון.

11. עוד ביום 25.2.96, בשעה 20:30, הגיעו חיילי צה"ל לבית העותרת מס' 1, ומבלי להסביר דבר, החלו הופכים את כל הבית, כשהם גורמים נזק לתכולתו ושוברים מכל הבא ליד.

החיילים עזבו את הבית בערך בשעה 21:30. באותו לילה גם עצרו את בניה של העותרת 1, מוחמד, יוסף, מחמוד וחסן. כמו כן נעצר נכדה של העותרת, פאיז.

12. באותו לילה, בשעה אחת אחר חצות לערך, הגיעו החיילים שוב לבית העותרת ועזבוהו לאחר זמן קצר. בשעה ארבע אחר חצות לערך, הגיעו החיילים פעם נוספת לבית העותרת, וביקשו להתלוות אליהם למינהל האזרחי בחברון. שם היא הושארה עד השעה 12:00 בצהריים, ללא שדיברו איתה. באותה שעה הגיע רופא אשר נטל מהאם דגימת דם. לא הוסבר לאם מהי מטרת נטילת הדגימה.

13. ביום 26.2.96, היום שלאחר הפיגוע באשקלון, הגיע כתב סוכנות הידיעות "רויטר" לבית העותרת 1 והודיע לה על הידיעה שפורסמה באמצעי התקשורת, לפיה בנה הוא החשוד בפיצוץ. רק אז הבינה האם כי ככל הנראה באה דגימת הדם לבדיקת התאמה אפשרית בינה לבין שארית גופתו של החשוד בפיגוע.

14. ביום 4.3.96, בעקבות הפיגוע הנוסף בקו 18 בירושלים, הגיעו חיילי צה"ל בערך בשעה 14:00 לביתה של העותרת 1 וביקשו להתלוות אליהם למינהל האזרחי, שם נלקחה ממנה עוד דגימת דם. נאמר לה כי מאחר שלא היתה ודאות שגופת המבצע היא של בנה אבראהים, רוצים לקחת ממנה דגימת דם נוספת.

15. כוחות צה"ל לא ביקשו מהעותרת לגשת אתם למכון הפתולוגי באבו כביר לזיהוי גופת בנה, אשר לטענת המשיב הוא המפגע המתאבד.

16. ביום 5.3.96 בשעה 6:00 בבוקר הגיעו חיילי צה"ל ואנשי כוחות הבטחון אל בית העותרת, ומסרו לה צו הריסה. ניתנה לה שעה אחת לפינוי הבית מהחפצים. בתום השעה, במהלכה פינתה העותרת יחד עם כלותיה, בנותיה ושכניה את הבית, אטמו החיילים את ביתה. הצו מצ"ב מסומן ע1.

תצהיר עותרת מס' 1 מצ"ב מסומן ע 2.

תרשים הבית, שהוצמד לצו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו, מצורף ומסומן ע 3. מסומנים בו החדרים בשתי הקומות, ובעיקר מפנות העותרות לתרשים הקומה השנייה, המורכבת משלוש יחידות דיור נפרדות.

17. א. ביום 6.3.96 הגישה הח"מ, ב"כ העותרות, השגה למשיב נגד צו ההריסה, באמצעות מושל חברון, תא"ל ברוך נגר וכן ליועמ"ש של הגדמ"ע, אל"מ שלמה פוליטיס. כמו כן, נתבקש המשיב להיעתר לבקשת העותרות להארכת המועד להגשת ההשגה, מאחר שהח"מ לא יכלה לקבל פרטים מלאים מהמשפחה, עקב העוצר השורר באיזור בהתאם לצו שנתן המשיב, אשר מנע קיום פגישה בין העותרת מס' 1 לבין באת כוחה, הח"מ. הבקשה הוגשה כדי לשמור על זכות הטיעון וכדי לא לפגוע בה.

ב. בין היתר נתבקש המשיב בס' 25 להשגה, להעביר לידי הח"מ כל חומר ראייתי לביסוס הצו ובפרט את מלוא חוות הדעת הפתולוגיות והאחרות, המצביעות על זיהוי הגופה כגופת מבצע העבירה, וכן זיהוי כגופתו של אברהים סראחנה, לאור דגימות הדם שניטלו מעותרת מס' 1.

העתק מכתב ההשגה מצ"ב ומסומן ע 4.

18. ביום 7.3.96 בשעה 12:00 בצהריים נתקבלה במשרד הח"מ תגובת המשיב על ההשגה (ע 3), מטעם היועמ"ש של הגדמ"ע, אשר בה הודיע כי הוא משאיר על כנו את צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידו ביום 5.3.96 וכי ביצוע ההריסה ייעשה לאחר חלוף 48 שעות מעת מסירת הודעה זו למשרד הח"מ. מצ"ב העתק התגובה מסומן ע 5.

19. באותו יום, 7.3.96, שבה באת כוח העותרים וביקשה את המידע המוזכר בס' 17 לעיל, על מנת להבטיח הזדמנות לשימוע הוגן, במכתב ששיגרה ליועמ"ש של הגדמ"ע. העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע 6.

20. עד להכנת עתירה זו לא קיבלה הח"מ את מבוקשה ולא קיבלה כל ראייה כמצויין לעיל. בכך נמנעה קבלת תגובה לשאלות הח"מ וכן אפשרות להעלות שאלות הבהרה, אם יהיה צורך בכך, בפני המומחים אשר מסרו את חוות הדעת. בהיעדר נתוני הבדיקות, אין העותרות יכולות לבקש חוות דעת ממומחים מטעמן.

21. הח"מ הודיעה ליועמ"ש של הגדמ"ע בס' 4 לע 5 על כוונתה להגיש עתירה לביהמ"ש הנכבד ובשיחה טלפונית עם אחד מעוזריו של היועמ"ש, סגן

אמיתי אבירם, הודיע הוא לח"מ כי מאחר ש-48 השעות יבואו לתומן ביום שבת, המשיב החליט לתת אורכה להגשת עתירה לבג"צ עד ליום ראשון ה-10.3.96 בשעה 8:30 בבוקר.

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

#### הפן המשפטי:

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

#### העדר תשתית עובדתית נאותה

24. העותרות יטענו כי מן הדין הוא שבידי המשיב יהיו בעת החתימה על צו הריסת הבית ראיות חותכות בדבר זהותו של העבריין שבגין עבירתו הוצא הצו, ובמקרה בו עסקינן, מן הדין היה שיהיו בידי בעת שחתם על הצו ראיות המוכיחות שניים אלה:

א. שחלקי הגופה המוחזקים במכון הפתולוגי באבו כביר ו/או בכל מקום אחר שאינו ידוע לעותרות, הם אכן של מי שביצע את העבירה.

ב. ואם הוכח הנ"ל, ששרידי הגופה הם שרידי גופתו של אברהים סראחנה.

25. העותרות יטענו כי אין ולא יהיו בידי המשיב ראיות כאמור לעיל היכולות להוכיח כי מבצע הפיגוע, שהתאבד בפיגוע הנ"ל, הוא בנה של עותרת מס' 1, מהסיבות שיפורטו להלן:

א. דגימת הדם הראשונה ניטלה מעותרת מס' 1 לאחר הפיגוע באשקלון. היא זומנה לדגימת דם נוספת ביום 4.3.96, היינו, לאחר הפיגוע השני בירושלים שאירע בקו 18 ביום 3.3.96. ניתן ללמוד מהבדיקה הנוספת שנערכה לעותרת מס' 1 כי לא היו בידי המשיב ראיות מספיקות לפיהן מבצע הפיגוע הוא אכן בנה, וכי נעשתה לה בדיקה נוספת לאחר הפיגוע השני, מתוך נסיון לבדוק אם יש קשר בין מבצע הפיגוע השני ביום 3.3.96 לבין בנה אברהים.

ב. עד היום וללא כל טעם סביר, לא נמסרו לח"מ ראיות כלשהן המצביעות על הקשר הנדרש.

ג. ב-4.3.96 נאמר לעותרת 1 במפורש כי הבדיקה הראשונה שנערכה, לא הביאה לתוצאות ברורות.

ד. העותרות מטילות ספק באפשרות של ביצוע זיהוי ודאי בפרק הזמן הקצר שבין מועד נטילת דגימת הדם השנייה ועד להוצאת הצו, לאור העובדות כי באותו זמן ממש עסקו המומחים בשחזור גופות נוספות מהפיגוע הטראגי ברחוב דיזנגוף בתל אביב.

ה. התנהגות זו של כוחות צה"ל, אי הקביעה הוודאית ואי מסירת ראייה ו/או ראיות חותכות על הקשר בין המפגע לבין בנה של העותרת אברהים סראחנה, מוכיחות כי אין בידי המשיב ראיות שיש בהן להצביע בוודאות על הקשר הנדרש.

26. העותרות 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.

27. העותרות 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 בידיו מסכת ראיתית שלמה. מכאן, התשתית העובדתית היתה לקויה ושיקול דעתו היה פגום ודין החלטתו להתבטל - ביהמ"ש הנכבד מתבקש לבטל את הצו.

28. עוד תוסיף העותרת מס' 1 ותטען כי לא נפתח "בית אבלים" בביתה לאחר הפיגוע, כיוון שאיש לא היה בטוח כי אכן בנה אברהים הוא האיש שביצע את המעשה. עוד תטען העותרת 1 כי גם אם נפתח "בית אבלים" במקום אחר, הרי אין זו הוכחה או הודאה כי בנה היה האיש שמת באותו פיגוע, וכי פעולה זו של פתיחת בית אבלים יכול שהיא המשך למסכת ידיעות ועובדות מבוטלות ע"י אנשי החמא"ס, שטענו כי בנה של העותרת הוא שביצע את הפיגוע.

עותרת מס' 1 סבורה כי בנה איננו מבצע הפיגוע הנ"ל, אך את שאר טענותיה שיובאו בהמשך, תטען בהתבסס על הנחת המשיב ובאם יוכח אכן כי בנה הוא מי שביצע את מעשה ההרג וכי הוא עצמו נהרג בפיגוע.

#### זיקת התושבות

29. לצורך הפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנה 119) יש להוכיח זיקת התושבות בין האדם שבגין מעשיו מוטלת הסנקציה

של הריסה לבין הבית המיועד להריסה.

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

31. זיקת התושבות של בן העותרת 1 הינה אך ורק לחלק מן הבית. כפי שפורט בס' 7 לעיל, הוא התגורר בקומה השנייה, ביחידת דיור אחת נפרדת מבין שלוש יחידות הדיור, שכל אחת מהן מכילה חדר, מטבח ושירותים.

32. **מדיניותו של המשיב ושל ביהמ"ש הנכבד**, הייתה לצמצם את היקף תחולתו של הצו במידה שניתן להפריד בין מגוריו של העברייין החשוד, שבגינו הוציאו את הצו, לבין מגורי בני המשפחה האחרים.  
המגמה היא להפעיל את התקנה בצורה חלקית, ולא על יחידות המגורים של בני המשפחה האחרים.

לפי דעת המיעוט של כבוד השופט חשין, די בכך שלעברייין יש יחידת מגורים נפרדת, כדי לשלול את סמכות המשיב להרוס את הבית כולו, והסמכות נקנית אך ורק לגבי היחידה הנפרדת.

33. בפרשת ג' ברין התערב ביהמ"ש הנכבד בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהפעלת תקנה 119, אם כי עשה זאת רק כדי לצמצם את היקף תחולתו של הצו שניתן, בהתחשב בכך כי החלטת המשיב לא עמדה במבחן הביקורת.  
בג"צ 515/86, 443 ג' ברין נ' שר הבטחון, לא פורסם.

המשיב החליט במקרה של ג' ברין לאטום שני חדרים ומטבחון בתוך בית שבו התגוררו 23 נפשות. העותר טען כי המטבחון הוא היחיד בבית וכי אין אפשרות לקבל רשיון לבניית מטבח אחר. בית המשפט דחה את מתן החלטתו כדי לאפשר לעותר לשכנע את המפקד להגביל את היקף צו האטימה, אך הלה חזר על עמדתו שיש לאטום את המטבחון.

ביהמ"ש הנכבד התערב והחליט כי:

"...אך המטבחון הוא חלק בלתי נפרד גם של היחידות שהושארו בידי העותר ולא הוכחש שלא ניתן לקבל היתר לבנות מטבח אחר בבית. בנסיבות אלה החלטת המשיב לאטום גם את המטבחון המשרת משפחה בת 23 נפשות, אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת".

34. בפרשת תורקמאן ביטל בית המשפט באופן חלקי צו הריסה שהוצא כנגד ביתו



של מי שהורשע בגרימת מוות בכוונה, חברות בארגון עויין וביצוע אימונים צבאיים:

"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 היתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט באמצעי הדראסטי פחות - שאף הוא חמור ביותר - של אטימה חלקית." בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הבטחון, לא פורסם. מצ"ב העתק פסק הדין מסומן ע7.

35. בפרשת עמרין נדרש ביהמ"ש הנכבד לשאלה זו של מגורי העברין ביחידת דיור נפרדת שבתוך המבנה. ראה: בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מו (3) 693.

כב' השופט בך מביא בפסק דינו את עמדתו של השופט חשין (בג"צ 4772/91 חזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, מו (2) 150), לפיה כאשר מספר אנשים או תאי משפחה אחדים גרים בחלקים נפרדים במבנה, ומשתמשים בחדרי שירות משותפים, חייב המפקד הצבאי להגביל את הפעלת סמכות הפגיעה עפ"י תקנה 119 אך ליחידת הדיור הנפרדת של החשוד בפעילות העבריינית, ואל לו לפגוע ביחידות האחרות וגם לא בחדרי השירות המשותפים. כב' השופט בך דוחה עמדה זו כ"מטילה חובת צמצום כה מרחיקת לכת על המפקד הצבאי". עם זאת הוא מציין כי:

"... אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצוויים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם. כך לדוגמה, אין להניח, שמפקד צבאי יחליט להרוס בית שלם, רב קומתי, המכיל דירות מרובות השייכות למשפחות שונות, אך ורק מהטעם שחשוד במעשה חבלה מתגורר בחדר שבאחת הדירות, ואם בכל זאת ירצה לעשות כן, יוכל בית משפט זה לומר את דברו ולהתערב בדבר...".

(דברי כב' השופט בך, עמ' 699, מול האות ה). (ההדגשה שלי. ב.ח.).

כב' השופט בך מנה באותו פס"ד שיקולים שעל המפקד הצבאי/המשיב לקחת בחשבון בעת הפעלת 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 כב' השופט בד', עמ' 700, מול האותיות ב, ג ו-ד.

36. במקרה שלפנינו, הבית הוא דו קומתי. בקומה הראשונה מתגוררת העותרת לבדה. בקומה העליונה נמצאות שלוש יחידות דיור נפרדות שרק אחת מהן היא של העבריין החשוד - היא מכילה מטבח נפרד ושירותים נפרדים, ולכן יש בכך כדי לענות על דרישתו של כב' השופט בד' לשיקולים שעל המשיב לקחת בחשבון בעת הפעלת התקנה.

במקרה דנן המשיב לא לקח בחשבון שיקולים אלה והוא הפעיל את התקנה באופן מורחב אשר חל על כל הבית הדו קומתי.

העותרות 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 התקנה.

37. בפרשת חיזראן הדגיש כב' השופט חשין בדעת מיעוט (בג"צ 4772/91 הנ"ל) כי המבחן הוא מבחן "יחידת המגורים האחת". הוא קבע כי:

"... אם אין מדובר ב"יחידת מגורים אחת", כי אז יש לעשות שימוש ב"עיפרון הכחול" ולהפריד בין יחידות המגורים של העותרים לבין יחידות המגורים של זולתם, שאלו תיהרסנה ואלו לא תיהרסנה...".  
(עמ' 158).

38. החלוקה של הבית בהתאם לתרשימים שצורפו לעתירה זו ושנערכו בידי המשיב, מוכיחה כי אכן הבית הדו קומתי מחולק לארבע יחידות מגורים נפרדות: אחת בקומה הראשונה ושלוש בקומה השנייה.

באותו פס"ד קבע כב' השופט חשין כי גם אם בין יחידות הדיור הנפרדות יש מטבח ושירותים משותפים, עדיין ניתן לראות בכל אחת מהן יחידת דיור נפרדת.

במקרה שבפנינו, ההפרדה בין יחידות הדיור מפורטת דיה - לכל יחידת דיור מטבח ושירותים נפרדים, וכזו היא גם דירתו של החשוד בביצוע המעשה.

39. מדיניות המשיב במהלך הפעלת תקנה 119, היתה במקרים רבים לצמצם את החלת התקנה על החדר או יחידת המגורים של המבצע. אציין כאן רק מספר מקרים מהאחרונים שבהם הופעלה תקנה 119 בצורה חלקית:

א. במקרה של צלאח נזאל, החשוד בפיגוע בקו 5 ברחוב דיזנגוף, החלטת המשיב היתה להרוס חלק מביתו של העותר, החלק שבו התגורר האיש עצמו.

ב. במקרה של לביב אנוואר פאריז עזאם מכפר קריות באיזור שכם, מי שביצע את הפיגוע באוטובוס ברמת גן, ביום 24.7.95, החליט המשיב לצמצם את היקף הצו, ולהרוס רק את היחידה המאובחנת משאר יחידות הדיור בבית, היא היחידה בה התגורר לביב, ועל כן חתם המשיב על צו החרמה והריסה חלקית.

לסיכום טענה זו יש לחזור ולהדגיש כי המסכת העובדתית מאפשרת למשיב להפעיל את תקנה 119 בצורה חלקית. בכך הוא ישיג את מטרת התקנה ויקטין את הפגיעה באנשים חפים מפשע שלא ידעו על מעורבותו של המפגע בפעילות נשוא הצו וכן לא יחרוג מהמדיניות שנהג בה לאורך שנים רבות. בפסיקה דוגמאות רבות בהן נהג המשיב בדרך של הפעלה מצומצמת של התקנה.

#### הנסיבות המיוחדות של בני 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 4772/91 הנ"ל בעמוד 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.

בנוסף, אבקש לציין את מצב בריאותם הקשה של שלושת הדיירים הנוספים:

א. עותרת מס' 1, שגרה בקומה הראשונה בבית, סובלת ממחלת לב קשה  
ומלחץ דם גבוה - לאור הנסיבות השוררות במקום מגוריה ולאור  
אטימת ביתה, נבצר ממנה להמציא אישורים רפואיים המעידים על  
מצבה. עם דרישה מטעם ביהמ"ש הנכבד, תהיה העותרת מוכנה לעבור כל  
בדיקה רפואית לקביעת מצבה הרפואי.

ב. בנה של העותרת 1, סולימאן, סובל ממחלת לב, ואף עבר ניתוח לב  
פתוח. בעת הכנת עתירה זו הוא נמצא במעצר ע"י צה"ל, ולא ניתן  
להשיג אישורים רפואיים עבורו.

ג. בנה השני של העותרת 1, חסן, סובל מבעיות נפשיות, אף הוא עצור  
ע"י צה"ל ואין אפשרות לתמוך טענה זו כעת במסמכים רפואיים.

ד. העותרת מס' 1 אלמנה. המפרנס היחידי שלה, אבראהים, אינו עוד בין  
החיים, לטענת המשיב.

ה. לא נטען שבני המשפחה (העותרת ובניה) ידעו על כוונות החשוד, או  
על כל פעילות בלתי חוקית מטעמו, אם היו כאלה.

אלה הם דיירי הבית הדו קומתי אשר בחלקו התגורר החשוד במעשה -  
העברייני אשר בגינו הוצא הצו ע"י המשיב.

#### גורם ההרתעה

41. העותרים יטענו כי טענת ההרתעה שאומצה ע"י ביהמ"ש הנכבד בבג"צ  
6026/94 ע. נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדמ"ע, פד"י מח (5)  
338, איננה מהווה צידוק ו/או הסבר על מובן הענישה ואינה יכולה  
להצדיק פעולה של הריסת ביתה של העותרת.

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.

#### להלן פירוט טענה זו:

42. הנסיון מלמד כי יש לפקפק בתועלת שיש בהריסת בית לשם הרתעתם של מפגעים אחרים המאמינים בשליחותם הרצחנית והמסתתרים הרחק ממשפחותיהם. הריסת בתי משפחותיהם של בעלי אידאולוגיה זו איננה מעלה ואיננה מורידה בעניין שיקוליהם לביצוע זממם. אילו היו אנשים אלו דואגים למשפחותיהם, היו דואגים גם לחיות עם משפחה זו, לא היו מבצעים פיגועים מהסוג שביצעו ולא היו מתאבדים. הנסיון מלמד כי גם מעצרים של בני משפחותיהם של המבוקשים והחשודים בתכנון מעשים מסוג זה, לא עזר להפסקת המעשים ו/או להקטנתם, אלא נהפוך הוא - הם המשיכו בתכנון וכן במעשים.

בעקבות הריסת ביתה של משפחת צלאח נזאל מקלקיליה, ידעו מבצעי הפיגועים באשקלון, בירושלים וברחוב דיזנגוף בת"א, בבירור, כי גורל בית משפחותיהם עלול להיות כגורל בית משפחת נזאל. למרות זאת הם המשיכו וביצעו את מעשיהם מתוך האמונה והמחשבה האנוכית האינדיבידואלית אשר לפיה הם יעלו לגן עדן. גם העלייה לגן עדן, עפ"י הבנתם, נועדה להם עצמם ולא לבני משפחותיהם.

43. הנסיון מלמד, ומי יותר מהמשיב מודע לכך, כי אמצעי בטחון אחרים הם אכן המיועדים להרתיע ו/או למנוע, להקטין ולמגר מעשים רצחניים אלו. מחובתנו לציין כי מן הדין כי צעדים אלה שיוחלט לנקוט בהם, גם הם, לא יהוו ענישה קולקטיבית נגד אוכלוסייה של חפים מפשע.

44. העותרות יטענו כי ההרתעה הטמונה בחובה של תקנה 119, אמורה גם לפעול כלפי בני המשפחה של מבצע פיגוע זה. בחלק רב מהמקרים בהם הוחלט ע"י המשיב להפעיל את תקנה 119, החלטה שהביאה כמובן לפגיעה גם בבני המשפחה, הצביע המשיב ו/או מי מטעמו על מעורבותם של בני המשפחה, ועזרתם למפגע לפני, אחרי ו/או במהלך ההכנות שהכין לפעילותו.

#### **ענישתם של בני משפחה חפים מפשע - מבחני הסבירות והיחסיות**

45. במקרה נשוא עתירה זו, לא מדובר באדם שהיה מבוקש ע"י כוחות הבטחון. אבראהים סראחנה נעצר למשך תקופות קצרות ושחרר. הוא תמך כספית במשפחתו, אמו ואחיו, והיה המפרנס היחידי של משפחה זו, ומעולם לא נתמך על ידיהם. עוד יש להדגיש כי היה יתום מאב, ולא זכה לתמיכה מאביו אשר נפטר כשהיה הוא בן 9 שנים.

מעורבותם של בני המשפחה, דיירי היחידות הנפרדות, המצויינות לעיל, בפעילותו של המפגע הינה אפסית ו/או איננה קיימת כלל. אין עונש בעולם השקול כנגד חייה של החיילת שנספתה ופציעתם של האחרים, אך לא ניתן להוסיף עונש על מותו של המפגע ולא להעניש את בני משפחתו.

46. "... 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.

47. עוד יוסיפו העותרות ויטענו כי באם ייהרס הבית, יש סכנה כי הבתים הסמוכים לו, שהוזכרו בסעיף 8 לעיל, ייפגעו קשות. על כן, בעלי הבתים, שגם הם חפים מפשע, עלולים להיפגע.

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. העותרות 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 ממותו - לטענת המשיב - 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 שלילה מוחלטת "הפעלת עונש קיבוצי בשל עבירה שנעברה ע"י אחד מחברי קיבוץ האנשים הנוגע לענייין... אם נפטר העבריין בכל שלב שהוא בטרם נשא בכל התוצאות המשפטיות של עבירתו, יפקעו תוצאות אלה, ללא העברת האחריות הפלילית אל יורשיו של העבריין."

ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א (1984), עמ' 100-101.

כדברי כב' השופט י. בזק בספרו עקרונות הענישה 1979, בעמ' 68, "הענשת קרובי העבריין 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' 195ג, 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...".

ד. פקודת הנזיקין - האחראיות לנזק רובצת על המעוול (למעט אחראיות שילוחית).

ה. חוק ההוצל"פ - החוב הוא של החייב, אלא אם הסכים אחר לערוב לו מפורשות.

52. כללי המשפט הבינ"ל שמן הראוי לצייןם 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 אחראיות 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 אסורה בשטח מוחזק 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 מושתתים על עקרון האחריות האישית, לפיו כל איש יישא באחריות 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 בעווננו 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, וב"סורת 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, ולמרות בקשות חוזרות, לא הועבר לידי העותרות כל חומר ראיתי לביסוס הצו. עובדה זו מנעה מהעותרת 1 לממש את זכות הטיעון שלה במלואה, שכן הביסוס הראיתי להחלטה הוא מהסוגיות המרכזיות שבמחלוקת.

על כן יתבקש ביהמ"ש, כסעד חלופי, לחייב את המשיב להעביר את החומר הראיתי האמור, ולאפשר לעותרת 1 להגיש השגה נוספת.

### אופן ביצוע הצו:

56. אם לא יראה ביהמ"ש לנכון למנוע הריסה או אטימה (מלאה או חלקית) של הבית, מבקשות העותרות מביהמ"ש הנכבד, כסעד חלופי, לתת שהות לעותרת מס' 1 כדי שתוכל לבצע את הצו בעצמה, בסיוע שכניה ומכריה, או בידי מי מטעמה.

לחילופין, אם יוחלט שהבית ייהרס ע"י מי מטעמו של המשיב, יבקשו העותרות כי ההריסה תבצע באמצעות דחפור, ולא באמצעות חומר נפץ.

57. עתירה 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:

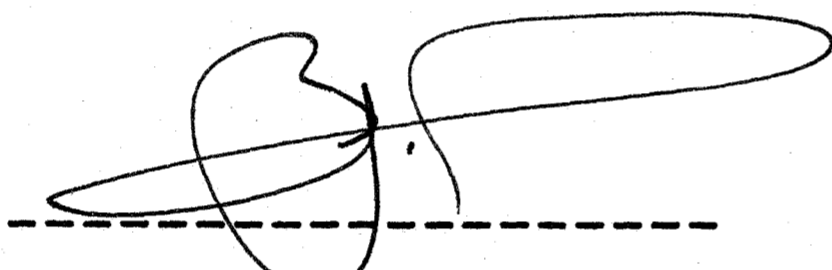
58. המשיב מופקד על שמירת אינטרס הבטחון, וביהמ"ש הנכבד מופקד על קיום ומיסוד שלטון החוק, ועל שמירה על האיזון הסביר בין שני אינטרסים חשובים אלה.

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 שיוותר 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. חורי, עו"ד  
ב"כ העותרים

ירושלים היום ה-10 לחודש מרץ, 1996

(ת.ש. 9396, מ"מ 15687)