

# אגודה רוזנטל | עורך דין

13/08/2008

סימוכין: 2322

לכבוד

אלוף פיקוד העורף

באמצעות הפרקליט הצבאי הראשי

הקריה, ת"א

באמצעות פקסימיליה: 03-5694526, טלפון: 03-5693374

א.נ.

הנדון: השגה כנגד השימוש בתקנה 119 לבית משפחת אבו-דהיים, ג'בל מוכבר, ירושלים

תחילה נפנה לדברי כבוד השופט חשין בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מו (3) 693, בעמ' 706 מול האות א':

"ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו, ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר ציווה ה' לאמור לא יומחו אבות על בנים ובנים לא יומחו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת)". (מלכים יד, ה-ו).

כידוע לך במסגרת הדיון בבג"צ 7733/04 מחמוד עלי נאסר והמוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית שופטי בית המשפט העליון הביעו את מורת רוחם מהשימוש בתקנה 119. בעקבות חילופי הדברים בין ב"כ המשיב שם, עו"ד חורין, לבין בית המשפט, נדחה המשך הדיון. לאחר מכן נמסר כי הוקמה וועדה צבאית אשר תבדוק את השימוש בתקנה 119. המלצות הוועדה פורסמו באופן חלקי בתקשורת.

"לא למותר לציין – כפי שקבעה גם הוועדה – כי בשום מקרה לא הוכח שהריסת הבתים הביאה להפסקת מעשי טרור, או להפחתתם בצורה משמעותית כלשהי, ואולי אף להיפך. נמצא, כי גם גורם ההרחעה לא צלח כאן."

"מעבר לשיקולי ביטחון", מאת אמנון סטרשנוב, "הארץ", 21.2.05.

למדנו כי הוועדה קבעה כי לשימוש בתקנה 119 תוצאות הפוכות. במקום לשמש ככלי להרתעת הרבים ובכך למנוע ביצוע פיגוע עתירי במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני,

השימוש בתקנה מגביר את השנאה, מעמיק את קווי הסכסוך ומדרכן ביצוע פיגוע נקם נוסף.

לא ברור לנו כיצד דברים אלה השתנו בין 2005 לבין 2008 ומדוע הוחלט להתעלם מהמצלות הוועדה ולהפעיל את התקנה.

2. לא ידוע לנו על קשר, במידה וקיים כזה, בין מבצע הפיגוע לבין ארגונים בלתי חוקיים. במידה וקיימות ראיות להוכחת קשר זה, וראיות אלה אינן חסרות, נבקש לקבלן ולאפשר לנו להתייחס לראיות אלה.

3. א. לטענתנו יש לפרש את הסמכות הנתונה בחקנה ברות ההוראות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אנו מפנים לדברי כבוד הנשיא ברק (בדימוס) בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, כפי שצוטט בדנ"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (נ) 485.

"עם חקיקתם של חוקי היסוד כדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך חושג הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באתר הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש כאשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול דעת מינהלי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה, צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד."

ב. לאור הפסיקה הנ"ל, אנו טוענים כי אין לחקנה 119 כל תכלית ראוייה. הפיקציה המשפטית לפיה חקנה 119 אינה תקנה עונשית ומטרתה היא אך ורק הרחעת הרבים אינה יכולה לעמוד יותר. מעיון בתקנות עצמן עולה בבירור, וללא צל של ספק, כי המדובר בתקנה עונשית גרידא. תקנה 119 מופיעה, במקור, בעמ' 50 תחת הכותרת Part XII.- Miscellaneous Penal Provisions; ובעברית, חלק י"ב – הוראות-ענישה שונות.

אין ביכולתנו להעניש אדם שמת. יתרה מזאת, להעניש את משפחתו בשל מעשיו, כאשר לא קיים כל ראיה המוכיחה קשר בין מעשי המפגע לבין בני משפחתו המתגוררים באותו בית. מלבד קשר הדם, הינה פעולה המתבססת על נקמה ומתן מענה לקריאות נקם העולות מן הרחוב. זהו גם עונש קולקטיבי.

4. לטענתנו להעניש את קרובי המשפחה בגין מעשיו של בן משפחה איננו תכלית ראויה. אנו טוענים כי השימוש בתקנה 119 אינו מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: "לא יומתו אבות על בנים", כלומר אבי אינו אחראי למעשיו, כל עוד אני מדת משה.

התכלית המוצהרת היא הרתעת הרבים. בית המשפט העליון התייחס לתכלית זו, אומנם בהקשר אחר, עת שהמפקד הצבאי בגדה המערבית רצה לתחום מקום מגוריהם של משפחותיהם של מפגעים. בבג"צ 7015/02 עגיוני נ' מפקד כוחות צה"ל נקבע, בין היתר:

"27. האם רשאי המפקד הצבאי, שעה שהוא מחליט על תיחום מקום המגורים, לשקול שיקולים שעניינם הרתעת הרבים? כפי שכבר ראינו, ביסוד האמצעי של תיחום מקום המגורים עומד הסיכון הנובע מהאדם עצמו אם מגוריו לא יתחמו, והרתעתו שלו עצמו בדרך של תיחום מקום מגוריו. המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד."

אנו טוענים כי גם כאן, לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 לתכלית של "הרתעת הרבים" מאחר וכל קשר בין דיירי הבית לבין המפגע מצטמצם לקשר הרם - ותו לא. אנו טוענים כי אם התכלית של הרתעת הרבים אינה מספקת כדי לאפשר תחום מקום מגורים של בן משפחה של מפגע ששיתף פעולה עמו בעת ביצוע הפיגוע, לא ניתן לטעון כי הרתעת הרבים תוכל לשמש תכלית ראויה לשימוש בתקנה 119.

5. א. אופן הפעלת הסמכות במקרה דנן, החרמה והריסה של קומת המרתף וקומת הקרקע פוגעת מעבר לנדרש בחפים משפע. בקומת המרתף 2 דירות המושכרות לאנשים זרים, כעת לעובדי האר"ם. קומת הקרקע גם 2 דירות: דירתו של הורי המפגע ודירה נפרדת, ריקה למעשה, בה התגורר המפגע ואחיו, עת שהוא שוהה בישראל. הגישה לקומה שצוינה בתרשים כקומה 1- וקומה א' - אותם החלטת לא להרוס - היא דרך חדר מזרקות העובר לאורך כל הבניין. לא ברור לנו כיצד יוכלו דיירי הבית להגיע לדירותיהם. גם לא ברור כיצד תוכל להרוס את קומות הביניים בבניין של 4 קומות ועדיין לשמור על יציבות המבנה.

אנו חולקים אל קביעתך כי הפעלת הסמכות - החרמת והריסת 2 קומות של הבניין - הינה מידתית.

ב. על פי נוסחה של תקנה 119 -

”מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מקפד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הביטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה...”  
מהרגע שהחלטת, כאלוף פיקוד העורף, להחרים ולהרוס את 2 הקומות בבית, חמוע משר הביטחון לשקול הפעלת סמכות זו, המחילה, שניתנה לו על פי דין.  
ברור כי אין לשריד זה מחקופת המנדט מקום בספר החוקים במדינה יהודית ודמוקרטית. השימוש בתקנה פוגע בחפים מפשע אשר אשמתם לא הוכחה; וגם לא נטען בכלל שהם אשמים.

יש טעם לומר את הדברים באופן ברור: המרוכר בפעולה אשר מטרחו העיקרית היא נקמה. קולות הרחוב והממסד דורשים זאת. אלו שיקולים זרים. קבוצות ימין ניסו לבצע פוגרום בבית מרשיי סמוך לאחר קרות הפיגוע. המשטרה עמדה בצד, אומנם הגנה על בית מרשיי, אך לא מגעה הרס רכוש פרטי בכפר.  
המערכת הפוליטית בארץ גועשת. ראש הממשלה, עוד לפני שהודיע על כוונתו לפרוש, דיבר באופן נחרץ על הצורך בפעולה כנגד בית מרשיי. שר הביטחון, ממפלגה השואפת לשלטון, הביע עמדה לא פחות נחרצת. השר לביטחון פנים אף הוא הצטרף לקולות הנקם שבקעו מקרב הנהגתה של המדינה היהודית ודמוקרטית. זהו המשך של אותה מדיניות מאז קום המדינה: הם ערכים, הם רק מבינים השפה של כוח. אין לשכות שבמדובר בחושב המדינה שביצע את הפעולה ובכך ביטא אף את כישלונה של המדינה.  
אנו מפנים לדעת מיעוט בבג”צ 2722/92 אלעמרין נ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת עזה פ”ד מו(3), 693 בעמ’ 705 ואילך:

”דברי חוק שהורוחם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר גודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות-היסוד שלנו - וכימינו - הם עקרונות-היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שיתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים. ראה והשווה, למשל: בג”צ 680/88 שניצר ואח’ נ’ הצנזור הצבאי הראשי ואת, פ”ד מב (4) 625, 617 ואילך (מפי השופט ברק).

כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי “אין פוגעים בקניינו של אדם” (סע’ 3 לחוק) וכי “אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל,

שנועד לתכלית ראוייה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעי' 8

לחוק).

8. אנו טוענים כי שיקולים זרים מנחים אותך בהחלטתך להפעיל תקנה 119, קרי נקמה. יתרה מזאת, לא זכור לנו מקרה כלשהו בו מבצע הפיגוע היה מדה משה וגרם למותם של אזרחים ו/או תושבים חפים מפשע – ערבים אומנם – והוחלט לנקוט בפעולה במסגרת תקנה 119 נגד משפחתו של המפגע. ברור לנו כי מספר המקרים אינו דומה, אך הרחעה היא הרחעה דמו של מת מדה משה אינו סמוך יותר מדמו של מת אחר.
9. מאז מתן פסק הדין בבג"צ 7733/04 נאסר הנ"ל ביום 20.6.05 חלפו קצת יותר מ-3 שנים. לאחרונה בוצעו שלושה פיגועים בירושלים, "מרכז הרב" – נשוא השגה זו – ועוד 2 פיגועים של נהגי כלים כבדים. לא הוכח כל קשר בין המעשים. וגם אם ניתן לקבוע כי המעשה דנן הינו על בסיס "אידיאולוגי", בשל זהות המבצע וזהותם של הקורבנות, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המדובר במעשה שנובע גם מייאוש וחוסר אונים לאור המצב העגום וחוסר התקווה של תושבי הקבע של מזרח ירושלים. אלו מצידם עשויים להוביל אף לאובדן שפיות הדעת.
10. הפעלת תקנה 119 על ידך מבליטה את חולשתך. אין לך או למדינה כל "תשובה" או פתרון מעשי, לתופעה של מפגעים מתאבדים או של מבצעי פיגועים אחרים, כמו במקרה נשוא השגה זו. הפתרון, כידוע לך, ולכולנו, הוא אך ורק מדיני, בדרך של פשרה. כל עוד מדינת ישראל מסרבת לדבר עם אויביה ודוגלת, לרוב, בשפת הכוח, ואין קץ לסכסוך האין סופי הזה, יבוצעו מעשים כגון המעשה שבוצע על ידי בן משפחת אבו דהים במרכז הרב. השימוש בתקנה נועד להרגיע את דעת הקהל ולהצביע על פעולה מעשית שבוצעה ע"י מערכת הביטחון. אנו טוענים כי זהו שיקול פסול וזר.
11. על-כן, מכל הטעמים שפורטו לעיל, אנו מבקשים ממך לקבל את ההשגה ולחזור כן מכוונתך לעשות שימוש כלשהו בתקנה 119.

בכבוד רב,  
אנדרה רוזנטל | עורך דין

העתק: המוקד להגנת הפרט, ת"מ 54910

5/1