

בבית משפט העליון בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק

1. בעניין: אבו ג'מל, ת"ז
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
שניהם ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל, מספר רישיון 11864  
מרח' סלאח א-דין 15, ירושלים, טלפון: 02-6250458,  
נייד: 050-5-910847, פקסימיליה: 02-6221148 העותרים

נגד

מפקד פיקוד העורף  
ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים  
המשיב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל צו ההחרמה  
וההריסה שהוצא כנגד הבית בו התגורר המפגע אבו ג'מל, אשר ביצע פיגוע דריסה  
ודקירה בירושלים ביום 13.10.2015 ;  
כסעד ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב או למי מטעמו שלא יפגע בבית נשוא  
עתירה זו בדרך כלשהי עד למתן פסק הדין.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד, במקרה שלא יינתן צו על תנאי והעתירה תדחה, להורות למשיב  
ליתן לדיירי הבית – אשתו ושלושת ילדיו של המפגע – פרק זמן של 48 שעות על מנת לפנותו  
מחפציהם האישיים.

”לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש  
בחטאו יומתו. וכך לימדנו ספר דברים (כד, טז [ב])...”  
כבוד השופט חשין בכג”ץ 2722/92 אלעמרין נ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת  
עזה, סעיף 7 לפסק הדין (פורסם באתר נבו).

## ואלה נימוקי העתירה

1. עותרת מספר 1 הינה אשתו של המפגע אבו ג’מל, אשר ביצע פיגוע דריסה ודקירה ביום 13.10.2015 בירושלים. היא גרה עם שלושת ילדיה בבית בן קומה אחת בשכונת ג’בל מוכבר. הבית כולל חדר שינה, חדר כניסה המשמש כסלון, חדר אוכל ופינת שינה ששימשה את המפגע, חדר אמבטיה ומטבח. תצהיר העותרת רצ”ב ומסומן באות ע’ 1.
2. עותר מספר 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, בין אם בשמו כעותר ציבורי ובין אם כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. א. ביום 22.10.2015 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את הבית. ניתנה אורכה בת 48 שעות להגשת השגה, אם ברצונם של דיירי הבית לעשות כן. מועד הגשתה של ההשגה נקבע ליום שבת, 24.10.2015, בשעה 13:00. העתק ההודעה רצ”ב ומסומן באות ע’ 2 (איכות הצילום בהתאם למקור, א.ר.).  
ב. ביום שבת ה-24.10.2015, הוגשה ההשגה. בין היתר צוין כי –  
”5. בעניינו של אבו ג’מל, אשר החליט לבצע את הפיגוע ביום 13.10.2015, היה ידוע לו ללא צל של ספק שסיכויו לצאת בחיים לאחר ביצוע הפיגוע שואפים לאפס וכי בנוסף לכך אשתו ושלושת ילדיו יצטרכו לחיות מחסדיהם של קרובי משפחה כי ביתם צפוי לייהרס. כידוע לך בתיהם של קרובי משפחתו של המפגע נהרסו ביום 6.10.2015 והוא עצמו היה עד ראייה להריסה. אין ספק שבמקרה דנן, לא יכולה להשמע הטענה כי הריסת בתים מונעת את הפיגוע הבה.”  
העתק ההשגה רצ”ב מסומן באות ע’ 3.
- ג. ביום 25.10.2015, סמוך לשעה 19:00, נמסרה תגובת המשיב להשגה. יחד עם דחיית ההשגה, נמסר כי בכוונת המשיב לבצע את ההחרמה וההריסה ביום 27.10.2015, בשעה 12:00. העותרים מוחים על אופן התייחסותו של המשיב להליך המשפטי: הוא את קבע מועד הגשת ההשגה ליום שבת, בשעה 13:00, ונתן לעותרים פחות מ-48 שעות כדי

להחליט אם ברצונם לעתור, להכין את העתירה, ולהגישה לבית משפט נכבד זה. העתק  
התשובה רצ"ב ומסומן באות ע' 4.

#### הטיעון המשפטי

4. א. העותרים טוענים כי הפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: התקש"ח, 1945), הינו בלתי סביר בעליל ודרושה התערבותו של בית משפט נכבד זה. אנו ערים לפסיקות רבות השנים אשר קבעו, כי למרות ביטולן של התקש"ח, 1945, על ידי בריטניה ערב יציאתה את ארץ-ישראל-פלסטינה, ביטול זה אינו תקף. תיקון מספר 4, אשר הוסיף לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, את סעיף 11א', כדי "להסיר ספקות בנוגע לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948", ע"ר מס' 2, 21.5.48, תוס' א', עמ' 1, קבעהגדרה למונח "חוק נסתר". לטענת העותרים המדובר בתיקון הצופה פני עבר; דבר המנוגד לעקרונות יסוד של שלטון החוק. ה- "Palestine (Defence) Order" "in Council, 1937" בוטל.

לו רצתה כנסת ישראל להחיות את התקש"ח, 1945, היתה צריכה לעשות כן באופן מפורש.

ב. בבג"צ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף, אימץ בית המשפט את טענת המשיב וקבע:

"יב. תשובת המדינה באשר לפקודת הביטול המנדטורית מקובלת עלינו; עסקינן במובהק בחוק נסתר, שעל כן אין לו תוקף; גם אם לא פורסמו דברים מסוימים בעיתון הרשמי המנדטורי בשל המצב הבטחוני ששרר בשלהי המנדט, הדעת נותנת כי אין לפרש שהכוונה לחוק רב משמעות אשר ניתן היה לבטלו בדרך זו, אלא אולי להודעות טכניות כאלה ואחרות."

העותרים טוענים, כי קריאה מדוקדקת של תקנה 14(1) לתקש"ח, 1945, מביאה למסקנה כי: "כל תעודה המיומרת להיות מסמך (בין שהוא מחוקק ובין שהוא מבצע)... אינו יכול להתייחס ל"הודעות טכניות כאלה ואחרות". פירושה של תקנה 14(1) מתייחס גם לביטולן או למעשה אחר של ה"מחוקק".

תקנה 14(2) קובעת: "לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת-חירום ברשומות."  
ג. לסיכום טענה זו: היה ביטול, והביטול לא פורסם בעיתון הרשמי בזמנו. הוספת סעיף

11 א' לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, בתיקון מספר 4, צפה פני עבר ומנוגד לעקרונות של שלטון החוק.

בנוסף, גם על פי התקש"ח, 1945 עצמם, תקנה 4 פוטר ממפרסום כל דבר הקשור לתקנות עצמן.

5. העותרים טוענים, כי קביעתו של בית המשפט הנכבד בדבר תכליתה של תקנה 119 כ- "הרתעת הרבים", הינה מנוגדת לעקרונות יסוד של המשפט הנהוג בישראל ולשלטון החוק. א. המונח "הרתעת הרבים" זכה לסעיף מיוחד בחוק העונשין, תשל"ז-1970 בסעיף 140'. הסעיף מאפשר לבית משפט, כבואו לקבוע את מתחם הענישה לנאשם שהורשע בכיצוע עבירה, להוסיף את רכיב "הרתעת הרבים" בין יתר רכיבי המתחם. כלומר, אין לעשות שימוש ברכיב של "הרתעת הרבים" אלא לאחר קביעת בית המשפט, כי המדובר בנאשם שהוכרע דינו ושנמצא אשם.

עותרת מספר 1, אשת המפגע, וילדיו אינם אשמים.

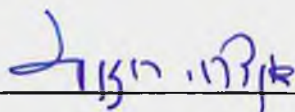
ב. אנו מפנים לע"פ 99/14 מ"י ג' מליסרון בע"מ, בונקבע – בקשר למעמדו של המונח "הרתעת הרבים", כלהלן:

"קח. אך מנגד, סבורני כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל מספק לשיקולי ההרתעה במקרים מעין אלה, שעה שלא נדרש לשיקולי הרתעת הרבים (פסקה 22 לגזר הדין); בית המשפט נדרש להחמרה בשל הרתעת הרבים מעבר למתחם, אך סעיף 140 לחוק העונשין עניינו החמרה בתוך המתחם שנקבע. כפי שציינתי בהקשר דומה:

'לטעמי, גם מי שאינו סבור כי הרתעת הרבים, אולי להבדיל מהרתעת היחיד, פועלת ככלל בעבריינות ה'קלאסית' של רצח, שוד ואונס, חבלה ודומותיהן (ראו ע"פ 7534/11 מזרחי נ' מדינת ישראל)פורסם בבנו (2013), פסקה ג' לחוות דעתי), יוכל לסבור כי יש לה סיכוי בעבירות כלכליות, מכל מקום של 'הצווארון הלבן'. המתכנן עבירות – או שמא נאמר 'מתחמן' – ושומע כי דינו עלול להיות מאסר, אולי יחשוב פעמיים... כאמור, נדמה כי בענייננו עונש הרתעתי נועד להרתיע לא רק את המערער עצמו בלבד במבט לעתיד, אלא לא פחות את הרבים, ובעיקר – כפי שציינתי בית המשפט המחוזי – את המכהנים בתפקידים בכירים בתאגידים, לבל ימעלו אלה באמון שניתן בהם. דווקא כלפי אנשים נורמטיביים בכסיס המתכננים את מעשיהם, אולי יכלול ה'תכנון' גם את הסיכון שבהעמדה פלילית לדין (עניין דנקנר, פסקאות ל"ח-ל"ט)."

- ג. במקרה דנן, כפי שצוין לעיל, ההתרמה וההריסה של ביתם של קרובי משפחתו של המפגע, שבוצעו, בנוכחותו, ביום 6.10.2015, לא הרתיעו אותו.
6. אנו מפנים לדעת המיעוט של כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בסעיף 2 לפסק הדין:
- "... דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת הגלומה בה."
7. אנו מפנים לדברי בית המשפט נכבד זה בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם באתר נבו):
- "39. פתחנו את פסק-דיננו בתיאור המציאות הביטחונית הקשה שבה מצויה ישראל. בחזרה למציאות זו נסיים את פסק-דיננו. מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב כתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה."
8. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצווים המבוקשים, ולאחר שמיעת טענות הצדדים, להופכם להחלטיים.

ירושלים, היום ה-25 באוקטובר, 2015



אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים