



בג"צ 9034/16 - סביח אבו סביח נ' המשיב:

מנהלי - צבא וביטחון

var MareMakom = "בגצ 9034/16 - סביח אבו סביח נ' המשיב: תק-על 2016(4), 10707(18/12/2016)";

{p.IDHidden{display:none

בבית המשפט העליון

בג"ץ 9034/16

לפני:
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים:

1. סביח אבו סביח
2. רולא אבו סביח
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
4. חאתם גברין
5. מוחמד זלום
6. עבד אדריס
7. היתם קואסמה
8. היראן פרוך
9. מנאל קירש
10. ופאא גומעה
11. פאדי אלבירותי
12. אימאן עתיק
13. מוחמד קוטב
14. חוסין מטור
15. גאבר אבו סביח
16. פייסל אבו גיבנה
17. חאמד נתשה
18. ראיד סורי
19. שאדי אבו כאטר

נ ג ד



המשיב:

אלוף פיקוד העורף

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה:

י"א בכסלו התשע"ז (14.12.2016)

בשם העותרים:

עו"ד לביב חביב

בשם המשיב:

עו"ד אבינעם סגל-אלעד

פסק דיןהשופט נ' סולברג:

עתירה לביטול צו החרמה והריסה של דירת מגורים בכפר עקב שבשטחה המוניציפאלי של ירושלים, דירה שבה התגורר מחבל שביצע פיגוע ירי רצחני.

1. ביום 9.10.2016 היה אמור מצבאח אבו סביח להתייצב לריצוי עונש מאסר שנגזר עליו בגין הרשעה בעבירה של תקיפת שוטרים. באותו יום נסע מצבאח לאזור תחנת הרכבת הקלה הסמוכה לגבעת התחמושת בירושלים. כאשר הגיע לשם, בסביבות השעה 10:15, פתח בירי באמצעות רובה מסוג M-16, ככל הנראה כאשר הנשק במצב אוטומטי, לכל הכיוונים וללא הבחנה. לאחר מכן המשיך בנסיעה לכיוון שכונת שיח ג'ראח, שם נתקל בשוטרי יס"מ רכובים על אופנוע, וביצע לעברם ירי נוסף. לבסוף, נורה מצבאח ונהרג על ידי שוטר יס"מ אחר שנכח במקום.

מן הירי נרצחו גב' לבנה מליחי ז"ל והשוטר רס"מ יוסף קירמה ז"ל. כמו כן נפצעו שני אזרחים ישראלים נוספים, וארבעה הוגדרו נפגעי חרדה.

2. עקב המעשים המתוארים החליט מפקד פיקוד העורף (להלן: המשיב), בהמלצת שירות הביטחון הכללי ועל דעת הדרג המדיני, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו שלפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כלפי הדירה שבה התגורר מצבאח. ביום 10.11.2016



נמסרה הודעת מפקד פיקוד העורף בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה שבה התגורר מצבאח, המצויה בכפר עקב שבשטחה המוניציפלי של ירושלים. העותרים 1-2, אביו ואלמנתו של מצבאח, הגישו השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה, אולם זו נדחתה, וצו החרמה והריסה נמסר למשפחה.

מכאן העתירה שלפנינו.

טענות העותרים

3. העותר 1 הוא אביו של מצבאח ובעל הדירה שבה התגורר מצבאח יחד עם העותרת 2, אלמנתו. העותרת 3 היא עמותה העוסקת בהגנה על זכויות אדם. לאחר שהוגשה העתירה הצטרפו כעותרים גם בעלים של דירות נוספות במבנה שבו ממוקמת הדירה, והם טוענים כי הריסתה תפגע בהם.

4. בעתירה הועלו מספר טענות נגד החלטתו של מפקד פיקוד העורף. חלקן מכוון כלפי עצם החוקיות של תקנה 119, בין היתר משום שהיא סותרת את הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי לפי המשפט הבינלאומי, מהווה ענישה קולקטיבית, השימוש בה נעשה באופן מפלה, והיא אינה עומדת במבחני המידתיות החוקתיים. במישור הפרטני נטען כי הדירה מאכלסת משפחה וילדים, ולכן עקרון המידתיות מחייב לבחון אפשרות פעולה חמורה פחות ולהימנע מהריסת הדירה; וכן כי קיים חשש כבד לפיו הריסת הדירה, המצויה בקומה השביעית של בניין רב-קומות, תפגע במבנה כולו. זאת, הן בשל חשיפת המבנה לפגעי מזג אוויר וגשמים, דבר שיגרום לרטיבות קשה בדירות סמוכות; הן משום שהריסת הקירות בדירה עלולה להחליש את המבנה כולו ולפגוע קשות ביציבותו. בנוסף יותיר הדבר כיעור בחזית הבניין באופן שיפגע בערכו ובאיכות החיים של יושביו.

טענות המשיב

5. המשיב סבור כי דין העתירה להידחות. באשר לטענות הנוגעות לעצם החוקיות של תקנה 119 ולשימוש בסמכות מכוחה, טוען המשיב כי טענות אלו נדונו ונדחו בבית משפט זה פעמים רבות בעת האחרונה, ומשכך אין מקום להידרש אליהן שוב. באשר להפעלת הסמכות בעניין שלפנינו, סבור המשיב כי זו עומדת בתנאי המידתיות, בשים לב לשיקולים השונים שהותוו בפסיקת בית משפט זה. ראשית, אין חולק כי מדובר בפיגוע רצחני מכוון, שנועד לפגוע באזרחים ישראלים חפים מפשע רבים ככל הניתן, אשר לדאבון הלב גם צלח. ההרתעה מפני ביצוע מעשים כאלו חשובה ביותר, ועל כן מוצדק להפעיל במקרה זה את הסמכות שלפי תקנה 119. שנית, מבצע הפיגוע היה פעיל מרכזי במסגרת ארגון 'שבאב



אלאקצא', שהוכרז בשנת 2011 כהתאחדות בלתי-מותרת, שפעילותו מתמקדת בהר הבית. במסגרת פעילות זו צבר המחבל רישום פלילי רב, הורשע בעבירות ביטחוניות וריצה עונשי מאסר. בשנת 2013 הועמד מצלאח לדין בגין תקיפת שוטרים ונדון לעונש מאסר של ארבעה חודשים שהיה אמור להתחיל ביום 9.10.2016, היום בו כאמור ארע הפיגוע הרצחני. נגד מצלאח הוצאו במהלך השנים גם צווי הגבלה שיפוטיים ומינהליים רבים מסוגים שונים, בשל מסוכנותו ומפאת מעורבותו באירועים אלימים.

6. באשר לדירה המיועדת להריסה, זו מצויה בבעלות אביו של מצלאח אולם היא שימשה את מצלאח ומשפחתו הגרעינית - אשתו וחמשת ילדיו, במשך חמש השנים האחרונות. באשר למעורבות בני המשפחה במעשיו של מצלאח נטען כי לפי ההלכה הפסוקה מודעות בני המשפחה אינה נדרשת ככזו לשם גיבוש הסמכות לפעול לפי התקנה, גם לא סיוע מצדם; יחד עם זאת, מחקירת הפיגוע עולה כי בני המשפחה היו מודעים לכך שמצלאח הוא בעל אידיאולוגיה קיצונית וחלקם אף הביע תמיכה במעשיו. כאמור, מצלאח היה פעיל מרכזי בארגון 'שבאב אלאקצא', וננקטו נגדו צעדים מינהליים והליכים פליליים רבים, שבהם הורשע ונענש; בנוסף, למצלאח היה פרופיל פייסבוק ששימש אותו במהלך השנים להפצת ביטויים קיצוניים ביחס להר הבית ונגד קיומה של מדינת ישראל; בנו הבגיר של מצלאח פעיל אף הוא בארגון 'שבאב אלאקצא', וביתו הקטינה הביעה, בסרטון מצולם שהועלה לרשתות החברתיות, תמיכה וגאווה באביה לאחר שהפיגוע בוצע. בסרטון אף ציינה כי בני המשפחה היו רגילים למציאות שבה אביהם נעצר לתקופות ארוכות. בנוסף לאמור, ציין המשיב כי ברשותו חוות דעת המכילה חומר חסוי שממנו עולה תמונה ברורה לפיה בני משפחתו של מצלאח האמינו בדרכו ותמכו בפעילותו.

7. לבסוף, באשר לאופן שבו תהרס הדירה, מציין המשיב בתגובתו כי שקל את הטענות בדבר חשש לרטיבות בדירות סמוכות ולפיכך החליט כי מימוש צו ההחרמה וההריסה יתבצע באמצעות הריסת הקירות הפנימיים בלבד, ללא פגיעה בשלד המבנה, וסגירת הפתחים החיצוניים של הדירה. לעמדתו יש בכך כדי לספק מענה באשר לנזקים שאליהם התייחסו העותרים, וכי אטימת הדירה באופן זה מצמצמת את הפגיעה בדירות האחרות במבנה וביציבותו הכוללת.

הדין בעתירה

8. בדיון, שהתקיים לפנינו כאילו הוצא צו-על-תנאי, ציין ב"כ העותרים לחיוב את השינוי באופן ביצוע ההריסה שעליה החליט המשיב, אך סבר שלאור ההחלטה לאטום את פתחי הדירה, הרי שהריסת הקירות הפנימיים מיותרת ויש להימנע מכך. על כך השיב ב"כ המשיב כי חסימת הדלתות כשלעצמה אינה



מספיקה על מנת להשיג את ההרתעה הנדרשת, שכן לא ניתן לדעת מה יעשה במבנה לאחר החסימה. הריסת הקירות הפנימיים נועדה להוסיף ולמנוע שימוש בדירה, ולהגביר את האפקט המצטבר של ההרתעה המושגת מן האטימה. לעמדתו, ביחס לפיגוע החמור שבוצע, חסימת הדלתות בלבד לא תענה על צרכי ההרתעה הנדרשת.

9. באשר לתמיכת המשפחה בדרכו של מצלאח, ביקש ב"כ המשיב להגיש לעיונו את החומר החסוי שממנו ניתן ללמוד על יחס המשפחה. ברם, ב"כ העותרים סרב לכך, וטען כי אין לערב בין הדעות הפוליטיות של בני המשפחה לבין הפיגוע הספציפי. באשר לביטויים שהתבטאו בהם בני המשפחה בעקבות הפיגוע טען ב"כ העותרים בשפה רפה כי אין לתפוס אדם בשעת צער, וכי אין ללמוד מהתבטאות אחת על יחס של כל בני המשפחה.

דין והכרעה

10. לאחר שעיינתי בעתירה ובתגובה שניתנה לה, ושקלתי את הטענות השונות שנכתבו בכתב ושנאמרו בעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי אין עילה להתערבותנו בהחלטת מפקד פיקוד העורף, ועל כן דין העתירה להידחות.

11. כפי שציין המשיב, הסוגיות העקרוניות המתעוררות בנוגע לתקנה 119 הועלו ונדונו בפסיקתו של בית משפט זה בכמה וכמה הזדמנויות בעת האחרונה (ראו: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (15.11.2015)). לפיכך צוין זה מכבר כי "לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו" (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 לפסק הדין של השופט י' עמית (22.12.2015); והדברים חזרו נשנו בבג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 11 לחוות דעתי (28.2.2016) (להלן: עניין סקאפי); בג"ץ 1802/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 4 (12.4.2016); בג"ץ 2528/16 מצאלחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 20 (15.6.2016); בג"ץ 5899/16 פלונית נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, פסקה 9 (21.8.2016)). לאור זאת, אינני רואה לנכון להידרש מחדש במסגרת זו לשאלות העקרוניות הנוגעות לעצם הסמכות המעוגנת בתקנה 119.



12. באשר לישומה של הסמכות בעניין שלפנינו, שוכנעתי כי החלטת המשיב התקבלה על יסוד שקילת מכלול השיקולים הנוגעים לעניין. בשל חומרתה של הסנקציה הקבועה בתקנה 119, התווה בית משפט זה את שיקול דעתו של המפקד הצבאי האמון על ישומה, והתייחס לשיקולים השונים שעליו לשקול:

"על מנת להקהות במידת האפשר את הפגיעה בחפים מפשע כתוצאה מהפעלת תקנה 119 הנ"ל נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה שורה של הנחיות וקריטריונים אשר נועדו לסייג ולתחם את הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי על פי התקנה. עיקרן של הנחיות אלה בכך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 צריך שתעשה באופן מידתי, ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] בתוך כך נפסק כי בעת הפעלת סמכותו על המפקד הצבאי להביא בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתי סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014)).

בחינתם של שיקולים אלו בעניין שלפנינו מובילה למסקנה כי לא נפל פגם בהפעלת שיקול דעתו של המשיב. אין חולק כי מדובר במעשה חמור במיוחד, שתוצאתו איומה ונוראה; וכי המעשה בוצע על-ידי מי שהיה פעיל מרכזי בהתאחדות בלתי-מותרת, שעסק בהסתה לאלימות, ריצה עונשי מאסר וכאמור אף היה אמור להתייצב לריצוי עונש מאסר נוסף ביום הפיגוע. באשר למידת מעורבותם של יתר דיירי הדירה, הרי שהמשיב הציג בפנינו ראיות מינהליות לכך שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של מצלאח וחלקם אף הביע תמיכה בהם, באמירה ובמעשה. לא זו בלבד, אלא שהמשיב ביקש להציג בפנינו ראיות חסויות נוספות, אך ב"כ העותרים סרב לכך; הלכה פסוקה היא כי במצב דברים כזה עומדת חזקת תקינות המינהל על כנה, ויש להניח כי החומר החסוי מבסס כדבעי את החלטת הרשות המינהלית (בג"ץ 792/88 מטורני מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542, 548-550 (1989); רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (8.11.2011); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012)). משמעות הדברים היא שכדין ניתן משקל בהחלטת המשיב למעורבותם של בני הבית ולתמיכתם במעשה.



13. לא אחת נפסק, בקשר עם תקנה 119, כי מעורבותם של בני הבית אינה נחוצה כשלעצמה כדי לבסס את הסמכות להורות על החרמת והריסת ביתו של מפגע, והדבר עשוי להיות מוצדק גם בהעדר הוכחה בדבר מעורבות בני המשפחה (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 והאסמכתאות שם (5.1.2009)). אכן, יש הסבורים כי אף על-פי כן יש לתת לשאלה זו משקל נכבד, לכל הפחות מנקודת המבט של הליך קבלת ההחלטה, קרי - חובתו של המשיב לבחון סוגיה זו לעומקה בטרם יתן החלטתו (ראו, למשל, בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, חוות דעתה של חברתי השופטת ע' ברון (20.4.2016); בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)). ברם, בנדון דידן דומני כי המשיב בחן סוגיה זו לעומקה, וכי ממצאיו בעניין זה מבססים כדבעי את החלטתו.

14. לבסוף, באשר לאופן שבו יבוצע הצו. כאמור לעיל, המשיב החליט - לאחר שקילת טענות העותרים בדבר חשש לפגיעה בדירות סמוכות - לבצע את הצו על דרך של הריסת המחיצות הפנימיות ואיטום דלתות הדירה. בכך בחר המשיב באמצעי פוגעני פחות, באופן ניכר, מאשר הכוונה להרוס גם את המחיצות החיצוניות של הדירה. בנסיבות העניין כפי שתוארו, עומדת אפוא ההחלטה במבחן המידתיות. אכן, העותרים ביקשו כי המשיב יסתפק באיטום הדלתות בלבד. אולם מקובלת עלי טענת המשיב כי לצורך הרתעה חשובה גם הריסת המחיצות הפנימיות, במיוחד על רקע העובדה שאיטום הדירה, על אף המאמצים, אינו צעד בלתי-הפיך. העותרים לא ביססו את הטענה כי מבחינה הנדסית עלול הרס המחיצות הפנימיות לפגוע בדירות סמוכות (בניגוד לטענתם לעניין הרס המחיצות החיצוניות, לגביה צורפה חוות דעת הנדסית), ובמצב זה אין עילה להתערבות בשיקול דעתו המקצועי של המשיב באשר לאופן ההריסה.

15. לבסוף, אין לי אלא לחזור על דברים שאמרתי בעבר, בדבר הקושי הכרוך בנקיטה בצעד של החרמת ואטימת ביתה של משפחה:

"לא למותר לחזור ולציין את הקושי שבהריסת המחיצות הפנימיות של הדירה הנדונה ובאטימתה בחומר מוקצף, פעולות אשר כורכות עמן מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. דא עקא, אם לא כן... הרתעה מפני פיגועי התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאזשים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו גם באופן הזה לקדם הרתעה, ולו במעט, מפני מעשה מזויע מעין זה שעשה המחבל המפגע דכאן [...] ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. אטימת הדירה מונחת על כף המאזניים, והיא קשה; אך מנגד, על כף המאזניים השניה, נשקלת הצלת חיים" (עניין סקאפי, פסקה



14).

המחבל ביקש להרוג כמה שיותר ישראלים, ולדאבון הלב דרכו צלחה, בבצעו פיגוע טרור רצחני תוך ניסיון לזרוע פחד ואימה בלבם של אזרחים תמימים המהלכים ברחובה של עיר. לא היתה זו הפעם הראשונה שהמחבל נקט במעשי אלימות, משפחתו ידעה, הכירה - ותמכה. המעשה חמור, תוצאתו איומה ונוראה; הצורך בהרתעה מפני שכמותו נעלה מכל ספק; הפגיעה בבני המשפחה אינה פשוטה - אך בנסיבותינו, הכרחית.

16. לו תישמע דעתי, נדחה את העתירה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' ברון:

אני מצרפת את דעתי לדעתו של השופט נ' סולברג, כי בנסיבות המקרה אין עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב בנוגע להריסת הדירה שבה התגורר המחבל שביצע פיגוע ירי רצחני. כחברי, שוכנעתי אף אני כי החלטת המשיב התקבלה על יסוד שקילת מכלול השיקולים הנוגעים לעניין - ובגדרם מידת מעורבותם וידיעתם של בני הבית בנוגע לתכניתו הרצחנית של המחבל. בהקשר זה, התמונה המצטיירת מן החומר שהובא לפנינו היא שהעיסוק בטרור נגד יהודים מהווה חלק אינטגרלי מחייהם של בני המשפחה כולם. המחבל עצמו עסק במשך שנים רבות בפעילות טרור, שבגינה אף ריצה מספר עונשי מאסר מאחורי סורג ובריח; והחזיק פרופיל ברשת החברתית "פייסבוק", שבו נהג להתבטא באופן קיצוני נגד קיומה של מדינת ישראל. הבן הבגיר במשפחה פעיל באותו ארגון בלתי חוקי שבו היה חבר אביו; ואחת הבנות הביעה תמיכה וגאווה במעשיו של האב בסרטון שצולם לאחר הפיגוע ופורסם ברשתות



החברתיות. נוסף לכל אלה, במהלך הדיון לפנינו סירבו העותרים לבקשת המשיב, להציג בפנינו חומר חסוי שעל פי הנטען מלמד אף הוא כי בני משפחתו של המחבל תמכו בפעילות הטרור שבה עסק. ההנחה היא אפוא, שאמנם יש בחומר החסוי ראייה לתמיכתם של בני הבית במעשיו הבזויים של המחבל - שאלמלא כן לא היו מתנגדים להצגתו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, י"ח בכסלו התשע"ז (18.12.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט