



בג"צ 8150/15 - דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף

מנהלי - צבא וביטחון

var MareMakom = "בגצ 8150/15 - דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, תק-על 2015(4), 13468(22/12/2015)";
{p.IDHidden{display:none

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8150/15

בג"ץ 8154/15

בג"ץ 8156/15

לפני:
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט מ' מזוז

- | | |
|--------------------------|--|
| העותרים בבג"ץ
8150/15 | 1. דאוד אבו ג'מל |
| העותרים בבג"ץ
8154/15 | 2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר
1. מוחמד עליאן |
| העותרים בבג"ץ
8156/15 | 2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר
1. עליאן אדיב ו-4 בני משפחה
2. עליאן חמד ו-10 בני משפחה
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר |

נ ג ד

המשיב בבג"ץ 8150/15 מפקד פיקוד העורף
ובבג"ץ 8154/15

המשיב בבג"ץ 8156/15 מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית



עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ה בכסלו התשע"ו (07.12.2015)
בשם העותרים בבג"ץ 8150/15 עו"ד אנדרה רוזנטל
ובבג"ץ 8154/15:

בשם העותרים בבג"ץ עו"ד לביב חביב
8156/15:

בשם המשיבים: עו"ד אבינעם סגל-אלעד ועו"ד רועי שויקה

פסק-דין

השופט י' עמית:

שלוש עתירות שהוגשו נגד שני צווי החרמה והריסה שהוצאו לדירותיהם של שני מפגעים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119).

רקע עובדתי

1. ביום 13.10.2015, עלה בהאא עליאן (להלן: בהאא'), ביחד עם אחר בשם בלאל עומר מוחמד אבו גאנם, לאוטובוס קו 78 בשכונת ארמון הנציב בירושלים. השניים נעלו את דלתות האוטובוס והחלו לירות ולדקור את הנוסעים, עד שנורו על ידי שוטרים שהגיעו למקום. בלאל נפצע ובהאא' נהרג. כתוצאה מהפיגוע נרצחו 3 אנשים ונפצעו ארבעה אחרים, מהם שלושה פצועים קשה והרביעי באורח בינוני עד קשה.

באותו יום, מספר דקות לאחר מכן, עלאא אבו ג'מל (להלן: עלאא'), עובד חברת "בזק", פגע ברכב החברה בתחנת אוטובוס ברח' מלכי ישראל בירושלים, דרס אדם אחד, ולאחר מכן יצא מרכבו עם סכין קצבים, דקר את הנדרס ושני אזרחים נוספים, ולבסוף נורה ונהרג.

בעקבות שני פיגועים אלו, הוצאו צווי החרמה והריסה כלפי הדירות בהן התגוררו בהאא' ועלאא' ועל כך נסבות העתירות שבפנינו.



הצו בעניינו של בהא' (בג"ץ 8154/15; 8156/15)

2. בהא' התגורר בדירה בקומה השנייה, האמצעית, של מבנה בן שלוש קומות בשכונת ג'בל מוכבר בירושלים (להלן: הבניין או בית עליאן).

העותר מספר 1 בבג"ץ 8154/15 הינו אביו של בהא'; שהתגורר באותה דירה בה התגורר בהא', הדירה מושא צו ההחרמה וההריסה, עם בני משפחה נוספים.

העותרים 1 ו-2 בבג"ץ 8156/15 גם הם בני משפחת עליאן, והם גרים בקומה הראשונה ובקומה השלישית של הבניין.

3. ביום 10.11.2015 נמסר לעותרים כי בכוונתו של המשיב להחרים ולהרוס את הקומה השנייה במבנה. ביום 15.11.2015 הגישו באי כוח העותרים השגותיהם כנגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כנגד דירת בהא'. ביום 26.11.2015 נדחו ההשגות על ידי המשיב וצוין כי מימוש הצו ייעשה לא לפני ה-30.11.2015 שעה 14:00 (להלן: צו ההריסה).

ביום 30.11.2015 הוגשו שתי העתירות הנ"ל ובאותו יום ניתן צו ארעי המונע את ביצוע צו ההריסה. המדינה הגישה תגובתה ביום 6.12.2015, וביום 7.12.2015 נדונו שתי העתירות בפנינו.

הצו בעניינו של עלא' (בג"ץ 8150/15)

4. העותר מספר 1 הינו אביו של עלא', והוא גר עם משפחתו במבנה בן שלוש קומות בכפר ג'בל מוכבר שבבעלות המשפחה (להלן: בית אבו ג'מל).

ביום 22.10.2015 נמסר לעותרים כי בכוונתו של המשיב להחרים ולהרוס מבנה חד קומתי הנמצא בסמוך לבית אבו ג'מל (להלן: המבנה הבודד). המשפחה הגישה השגה, אשר נדחתה, ולאחר מכן הגישה לבית משפט זה עתירה כנגד ההחלטה להרוס את המבנה הבודד (בג"ץ 7219/15). ביום 3.11.2015 הודיע המשיב כי ביטל את הצו מושא אותה עתירה ומשכך נמחקה העתירה.



עוד באותו יום נמסרה לעותר "הודעה מתקנת על הכוונה להחרים ולהרוס את המבנה בו התגורר עלאדאוד עליו אבו ג'מל". בהודעה המתקנת הובהר כי בכוונתו של המשיב להחרים ולאטום את הקומה התחתונה בבית אבו ג'מל. השגה מטעם העותרים הוגשה כבר למחרת ביום 4.11.2015. ההשגה נדחתה ביום 26.11.2015 והוצא צו החרמה והריסה כנגד הקומה הראשונה בבית ג'מל.

ביום 30.11.2015 הוגשה העתירה הנ"ל ובאותו יום ניתן צו ארעי המונע את ביצוע צו ההריסה. המדינה הגישה תגובתה ביום 6.12.2015, וביום 7.12.2015 נדונה גם עתירה זו בפנינו.

הטענות במישור העקרוני בשלוש העתירות

5. בשלוש העתירות הועלו טענות במישור הקונקרטי ובמישור העקרוני. מאחר שהטענות של כלל העותרים במישור העקרוני חופפות, אתייחס אל עיקרי הטענות במאחד ובתמצית.

נטען כי בתחילת הדרך בית המשפט ראה בהריסת בתים סנקציה עונשית וזו המהות והתכלית האמיתית שבבסיס תקנה 119, הממוקמת בתקנות ההגנה בפרק של צעדי ענישה. נטען כי אין ביסוס אמפירי לטענה שהריסת בתים היא דרך יעילה להשיג אפקט הרתעתי וכי המקרה של המפגע עלאדא' אף מוכיח כי הריסת בתים דווקא מעודדת ביצוע פיגועים. עלאדא' הינו בן דוד של שני מחבלים שביצעו פיגועים, ביתו של האחד נהרס ביום 1.6.2015 ושל השני אך כשבוע לפני הפיגוע שביצע עלאדא' (הכוונה להריסת בתיהם של ג'סאן אבו ג'מל ושל עודי אבו ג'מל שלקחו חלק בפיגוע הרצחני בבית הכנסת בהר נוף ביום 18.11.14, במהלכו נרצחו חמישה בני אדם (מושא בג"ץ 8066/14 8070/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014) (להלן: עניין אבו ג'מל)). נטען כי עלאדא' חזה במו עיניו בהריסת בתיהם של בני דודיו, ולמצער, חזה בתוצאות ההריסה. למרות זאת, עלאדא', שעבד בחברת "בזק" מזה מספר שנים, אב לשלושה ילדים, אשר מן הסתם היה מודע היטב למחיר שתשלם משפחתו בעקבות מעשיו, לא נרתע מלבצע את הפיגוע הרצחני.

עוד נטען כי הריסת בתים היא בבחינת עונש קולקטיבי ומדובר בפרקטיקה המנוגדת לדין הבינלאומי; וכי למעשה מדובר בסנקציה עונשית, שהשימוש בה לצרכי הרתעת הרבים פוגע בכבודם של העותרים ואינו מידתי.

דיון והכרעה במישור העקרוני



6. 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. כפי שציין חברי, השופט זילברטל, אך לאחרונה:

"כאמור, שאלה זו נדונה שוב ושוב, ונראה כי ההלכה הפסוקה הנוהגת הכירה באפשרות להפעלת סמכות זו על-ידי הגורמים שבידם מסורה הסמכות (המפקד הצבאי וגורמי הביטחון המייעצים לו), על אף הקשיים הכרוכים בכך מבחינת כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים שביסוד השיטה המשפטית. במצב דברים זה, ולמען הקטנת העוול ההכרחי הנגרם כתוצאה משימוש באמצעי זה, בית המשפט נדרש לבחינה קונקרטית של המקרים המגיעים לפתחו..." (בג"ץ 6745/15 חאלד אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה)).

הנושאים והטענות שהועלו על ידי העותרים נדונו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה, במסגרתם נדונו גם הטענות הנוגעות להרתעה, ואין טעם לחזור על הדברים (ראו עניין אבו ג'מל; עניין אבו חאשיה; בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (31.12.2014) ודנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (12.11.2015); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014); בג"ץ 7040/15 חאמד נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית (12.11.2015) (להלן: עניין חאמד); בג"ץ 8024/15 חג'אזי נ' פיקוד העורף (15.6.2015). אך ראו דעת המיעוט של השופט פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); ודעת חברי, השופט מזוז, בעניין אבו חאשיה ובבג"ץ 7220/15 דועא' עליוה נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015)).

אכן, אין לכחד כי הרצח המתועב שביצע עלאל' הוא דוגמה מובהקת לאי הרתעה ושמה אף לחיזוק המוטיבציה לביצוע פיגועים, אך אין ללמוד ממקרה אחד על המכלול. על כן איני רואה לחזור ולפתוח מחדש את הדיון בשאלת האפקטיביות של ההרתעה, ונראה כי סוגיה זו תוסיף ותעלה בבתי המשפט ותעסיק את הגורמים האמונים על הביטחון גם בעתיד (על מורכבות הנושא ראו דברי בעניין סידר בפסקאות 2-3).

7. עם זאת, עודנו באים לדון בטענות הקונקרטיות-פרטניות שהעלו העותרים, אצביע על זווית נוספת הנוגעת להריסת בתים, אף היא במישור התועלתני, ואשר חזקה על מקבלי ההחלטות שהיא נלקחת בחשבון – כמה זה



עולה לנו?

הכוונה היא לתשומות שמשקיעים גורמי הביטחון בביצוע ההריסות ולפוטנציאל ההסתבכות הנובע מכך. לפחות בחלק מהמקרים, ביצוע צו ההריסה כרוך במבצע צבאי של ממש, המצריך הצבת כוחות אבטחה במספר מעגלים. ההריסה כרוכה לעיתים בסיכון של הכוחות המאבטחים, וביצוע הצו כרוך, לעיתים, במעגל נפגעים נוסף בקרב התושבים המקומיים, מה שעלול, כשלעצמו, להסלים את המצב הבטחוני. לכך יש להוסיף כי ביצוע צווי הריסה תחת לחץ זמן ואילוצי ביטחון, עלול לגרום לפגיעה בבתים סמוכים, כפי שעולה לכאורה מתמונות שהוגשו לנו במהלך הדיון, המתייחסות להריסת דירה באמצעות פיצוץ במחנה קלנדיה. מעבר לפגיעה הרכושית בבלתי מעורבים, על כל ההיבטים הכרוכים בכך, הדבר עלול בנסיבות מסויימות לחשוף את המדינה לתביעות פיצויים בנזיקין.

לא אמרתי דברים שאמרתי אלא כחומר למחשבה, ומכאן אפנה לבחינת הטענות הקונקרטיות שהעלו העותרים.

הטענות הקונקרטיות בנוגע לדירתו של בהא'

8. נטען כי המשיב השתהה פרק זמן בלתי סביר ממועד הפיגוע ביום 13.10.2015, ועד למשלוח ההודעה ביום 11.11.2015 על כוונתו להחרים את הדירה, תקופה של כחודש ימים. שיהוי זה, כך נטען, אינו עולה בקנה אחד עם הנחיית בית המשפט בעניין סידר לפיה "נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להמסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר" (שם, פסקה ז).

העותרים בבג"ץ 8156/15, המתגוררים בקומה השלישית ובקומה הראשונה, טענו כי לדירותיהם עלול להיגרם נזק, וכי ניסיון העבר מלמד שהריסת קומה בבניין בעל מספר קומות עלולה להסב נזק משמעותי לדירות אחרות בבניין. המשיב לא צירף תכנית הריסה, ולא פירט באיזה אופן הוא מתכוון להבטיח את שלמות דירותיהם בעקבות ביצוע צו ההריסה. מכאן דרישת העותרים כי המשיב ימסור להם תכנית הריסה מפורטת שתבטיח שלא ייגרמו נזקים לקומה הראשונה והשלישית.

9. אומר בקצרה כי לא מצאתי ממש בטענת השיהוי. הצו הוצא קצת פחות מחודש לאחר ביצוע הפיגוע, לאחר שנאספו הנתונים ונשקלו השיקולים הצריכים לעניין, ואין לראות בתקופה זו משום שיהוי כלל.



10. אשר לאופן ביצוע ההריסה, המשיב הדגיש כי לאחר בדיקה מול הגורמים ההנדסיים, הריסת הדירה "מתוכננת להתבצע באופן ידני (באמצעות פטישים, קונגו, פטישוני חציבה ועוד) מבלי לפגוע בחלקים הקונסטרוקטיביים של המבנה". עוד צוין במכתב התשובה לפנייתם של העותרים, כי ההריסה תבוצע ידנית "ללא פגיעה בשלד המבנה ותוך שמירה על גבולות גזרה באמצעים מכאניים וחשמליים בלבד. ההריסה הידנית נועדה למזער באופן משמעותי את פוטנציאל הנזק הסביבתי מעצם ביצוע ההריסה...".

משכך, איננו סבורים כי הונחה תשתית לטענה שביצוע ההריסה יפגע גם בקומה הראשונה והשלישית. ככלל, אופן ביצוע ההריסה הוא עניין שעל גורמי המקצוע לענות בו (עניין חאמד בפסקה 35). עם זאת, אפנה תשומת לב המשיב לחוות הדעת ההנדסית שהגישו העותרים, המתייחסת, בין היתר, לצורך בפינוי ההריסות על מנת למנוע הצטברות משקל על הרצפה.

11. סיכומו של דבר, שלא מצאתי כי נפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע להפעלת תקנה 119 כלפי ביתו של בהאא'.

הטענות הקונקרטיות בנוגע לדירתו של עלאא'

12. עמדנו על כך שצו ההריסה הראשון הוצא כנגד המבנה הבודד הסמוך לבית ג'מל, וכי לאחר מכן הוצא צו האטימה, מושא דיונו, כנגד הקומה הראשונה בבית ג'מל.

העותרים התמקדו בטענה כי הקומה הראשונה בבית ג'מל אינה דירתו של עלאא', אלא הדירה בה מתגוררת אחותו ספאא', בעוד שעלאא' ומשפחתו התגוררו לטענתם במבנה הבודד, מושא צו ההריסה שבוטל עוד טרם הדין בעתירה הראשונה.

13. נספר לקורא כי ביום הפיגוע ה-13.10.2015, הגיע רכז השב"כ אל הבניין, ובאותה עת לא הועלתה בפניו הטענה כי עלאא' אינו מתגורר בקומה הראשונה. המסקנה כי מדובר בדירתו של עלאא', עלתה מתחקור של שכן שאישר כי זהו ביתו של עלאא', וכן ממספר פריטים השייכים לעלאא' ואשר נמצאו בדירה בקומה הראשונה. הפריטים צולמו על ידי רכז השב"כ: תמונה משפחתית של עלאא' שהייתה תלויה על קיר המסדרון; חדר עם שלוש מיטות כמספר ילדיו; תעודת הצטיינות מחברת "בזק" בה עבד עלאא'; ארבעה תלושי משכורת; כרטיס קופת חולים של בנו חטאב; וציוד מחשוב של חברת "בזק" בה עבד (נתבי אינטרנט חדשים וסגורים בקופסא).



העותרים טענו כי המוצגים צולמו כשהם על השטיח או הרצפה, אך הוצאו ממקומם בארון והורדו מהקיר. לגבי הפריטים עצמם, נטען כי לא ניתן להסיק מהם על מקום מגוריו של עלאא', שנהג לפזר חפציו לכל עבר. נטען כי בהינתן שעלאא' עבד בבזק יותר משמונה שנים, ארבעה תלושי שכר אינם מעידים על דבר; כי בארון בו נמצאו פריטי "בזק" נמצאו גם פרטי ציוד שונים, ולא רק ציוד השייך לעלאא'; כי כרטיס קופת חולים של בנו הקטן של עלאא נמצא במטבח מאחר שיום לפני הפיגוע, לקחה אותו דודתו המתגוררת בקומה הראשונה לקופת חולים, והא-ראיה שלא נמצאו כרטיסי קופת חולים נוספים.

14. לאחר ששמענו את טיעוני הצדדים, עיינו בחומר שבפנינו וגם בחומר חסוי שהוצג בפנינו, נחה דעתי כי הראיות המינהליות שברשות המשיב מעידות על כך שעלאא' ומשפחתו אכן התגוררו בקומה הראשונה בבית ג'מל.

אני נכון לקבל הסברו של המשיב כי כאשר רכז השב"כ הגיע ביום 13.10.2015 על מנת לסמן ולאתר את דירתו של עלאא', הוא לא סבר כי תתגלע מחלוקת בשאלה היכן התגורר עלאא'. עם זאת, ראוי לטעמי כי המוצגים הרלוונטיים יצולמו במקומם כפי שהוא, על הקיר או בתוך הארון, טרם הוצאתם או הזזתם לצורך הצילום.

15. אל מול הראיות שנמנו לעיל, העותרים לא הציעו ראיות פוזיטיביות כלשהן המעידות שעלאא אכן התגורר במבנה הבודד. כפי שעולה מהחומר ומהסברי המשיב, הסיבה להוצאת צו ההריסה הראשון כנגד המבנה הבודד נובעת מכך שאחיו של עלאא תוחקר ביום 15.10.2015, ואז טען כי עלאא' מתגורר במבנה הבודד. המידע הועבר לאנשי פיקוד העורף שהגיעו למקום ביום 19.10.2015 כדי לבצע את הבדיקות הנדרשות לצורך בחינת אפשרות ההריסה. אלו, כדבר מובן מאליו, סברו כי מדובר במבנה הבודד, שאליו הופנו על ידי בני משפחת העותרים. באותה עת נתלו במבנה הבודד תמונות ונראו 2-3 מיטות, ובסלון נמצא ארגז של ציוד אלקטרוני, אך מלבד זאת, המבנה היה ריק מכל ציוד וריהוט. משנתגלה הדבר, חזר רכז השב"כ לדירה ביום 27.10.2015 ובחן שוב את הדברים, ומצא כי התמונות שהיו תלויות בדירה בקומה הראשונה הועברו למבנה הבודד. בנוסף לבדיקה ולממצאים של רכז השב"כ, נמסר על ידי שני מקורות כי עלאא' הוא שהתגורר עם אשתו וילדיו בדירה בקומה הראשונה.

16. את נכונותם של בני משפחתו של עלאא' "להקריב" את המבנה הבודד יש לראות על רקע העובדות הבאות. כנגד המבנה הבודד תלוי ועומד צו הריסה מכוח דיני התכנון והבניה, על פי פסק דין שניתן עוד בשנת 1997, ולפיו נאסר השימוש במבנה שתואר בכתב האישום כ"מוסך בשטח של כ-40 מ"ר".

משלא קיים אביו של עלאא' את צו ההריסה, הוגש כנגדו כתב אישום בשנת 2011, וביום 25.6.2013 ניתן כנגדו גזר דין המטיל עליו קנס ומאסר על תנאי ונקבע כי מועד כניסתו לתוקף של צו הריסת המבנה יידחה עד ליום



26.5.2014.

בכל אלה, יש כדי להסביר את האינטרס של העותרים להטעות את המשיב לגבי דירת מגוריו של עלאא', ולהצביע על המבנה הבודד כדירה בה התגורר עם משפחתו.

17. סיכומו של דבר, שלא מצאתי כי נפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע להפעלת תקנה 119 גם כלפי ביתו של עלאא'.

סוף דבר

18. אשר על כן, איני רואה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי ולפיכך אציע לחברי לדחות את העתירות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. אין בידי להצטרף לדעת חברי השופט י' עמית כי יש לדחות את העתירות בבג"ץ 8150/15 ובבג"ץ 8154/15. לולא דעתי תישמע נוציא בשתי עתירות אלה צווים-על-תנאי. לעומת זאת, אף אני סבור שיש לדחות את העתירה בבג"ץ 8156/15. להלן אפרט את טעמי עמדתי.

2. הערת הקדמה: העותרים ב-3 העתירות העלו, לצד טענות קונקרטיות, גם שורה של טענות עקרוניות נגד חוקיות צווי ההחרמה וההריסה. טענות אלה הוצגו ונדחו תמציתית על ידי חברי השופט עמית בנימוק כי טענות אלה כבר נדונו ונדחו בשורה של פסקי דין של בית משפט זה לרבות מהעת האחרונה. בחוות דעתי, בדעת מיעוט, בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) הצבעתי על הקשיים הרבים, במישור המשפט הבינלאומי הפומבי ובמישור המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי, הכרוכים בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה ו- תקנה 119). כן עמדתי על הצורך בבחינה מחודשת של ההיבטים השונים הכרוכים בהפעלת התקנה, אשר לא זכו בעבר לבירור מעמיק, וזאת במיוחד נוכח



תמורות מפליגות שחלו במהלך השנים במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובדיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי, כמו גם במשפט החוקתי הישראלי. אני מפנה לדבריי שם ואין בכוונתי לחזור כאן על פירוט הדברים, אך אבהיר כי בהתייחסותי לטענות והסוגיות הקונקרטיות בעתירות שבפנינו אין משום זניחת עמדת הבהיבטים העקרוניים הכלליים בנוגע להפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

א. לעתירה בבג"ץ 8154/15

3. כאמור, אני שותף לדעת חברי השופט עמית כי יש לדחות עתירה זו. כמפורט על ידי חברי, בהאא עליאן (להלן: בהאא) ביצע, יחד עם אחר (בלאל אבו גאנם), פיגוע קשה בשכונת ארמון הנציב בירושלים, בו קיפדו חייהם שלוש אנשים ונפצעו ארבעה נוספים. בהאא נורה ונהרג במקום על ידי כוחות הביטחון, ואילו בלאל נפצע, נתפס והוגש נגדו כתב אישום בבית המשפט המחוזי בירושלים בגין עבירות רצח, נסיון לרצח ועבירות נוספות (תפ"ח 15-11-19668). בגין מעשיו של בהאא הוציא המשיב צו החרמה והריסה לפי תקנה 119 המתייחס לכלל הקומה השנייה בבנין מגורים בן 3 קומות בשכונת ג'בל מוכבר במזרח ירושלים. קומה זו מאכלסת דירת מגורים בת 5 חדרים, בשטח כולל של כ- 150 מ"ר, בה מתגוררים הוריו של בהאא עם ילדיהם הקטנים, ושני אחיו הבוגרים ובני משפחותיהם. בהאא, שהיה רווק, התגורר באחד מחדרי הדירה.

4. העתירה שבפנינו הוגשה על ידי אביו של בהאא. בעתירתו ובטיעוניו בא כוחו לפנינו הועלו טענות עקרוניות כלליות נגד הפעלת תקנה 119 כנזכר לעיל, ולצד זאת נטען, לחלופין, כי מאחר שבהאא התגורר רק בחדר אחד בדירה, אין מקום להריסת הקומה כולה בה מתגוררים אביו ובני משפחה אחרים, שהם חפים מפשע ולא היה להם כל קשר לפיגוע שביצע בהאא, ויש להסתפק באטימת חדרו של בהאא.

5. בתגובה מטעם המשיב לעתירה לא הועלתה כל טענה בדבר מעורבות כלשהיא של העותר (אביו של בהאא), או של בני המשפחה האחרים בפיגוע. בדיון בפנינו שאלתי את בא כוח המדינה האם מיוחסת מעורבות מכל סוג שהוא של המשפחה במעשיו של בהאא, והוא השיב בשלילה. הוספתי ושאלתי, האם בנסיבות אלה נשקלה האפשרות להסתפק בסנקציה כלפי חדרו של המפגע בלבד? והתשובה הייתה, כי חלופה זו נשללה לאור חומרת הפיגוע ומאחר ש"אין לחלופה זו אותו אפקט הרתעתי".

6. חברי השופט עמית קובע, קצרות, כי לא מצא שנפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהפעלת התקנה כלפי ביתו של בהאא (פסקה 11).

שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה באשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה



119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בבן משפחה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית של הוריו ואחיו בעלי המשפחות, ולמרות שבני המשפחה, בעלי הבית, לא היו מעורבים במעשהו של המפגע, שנהרג במהלך הפיגוע, ואינם נושאים באשם למעשיו. קושי זה הוא כאמור מעבר לשאלות העקרוניות הכלליות בנוגע לעצם חוקיות הפעלתה של תקנה 119, ולו אבקש ליחד את דברי הבאים.

7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע.

8. בית משפט זה חזר ושנה - כולל לאחרונה ממש - כי תקנה 119 לתקנות ההגנה אמנם חוסה תחת סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואולם "על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות... דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את התקנה" (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015), להלן: ענין חמאד; וראו גם: בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014), להלן: ענין קואסמה; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה י"ב (1.12.2015)).

את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 יש לבחון נוכח השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר בהיבטים של מידתיות, היינו - קשר רציונלי בין האמצעי הננקט להגשמתה של המטרה; פגיעה במידה הפחותה האפשרית בזכויות האדם המוגנות (כבוד האדם וזכות הקניין) לשם השגת המטרה; ויחס מידתי ראוי בין המטרה לבין האמצעי הננקט (דנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 (5.1.2009); ענין חמאד, שם).

על יסוד עקרונות אלה - שנראה שהם מקובלים על הכל, וחזרו ונשנו פעמים רבות בפסיקת בית משפט זה עמוד 11

- יש אפוא לבחון את הסוגיה דנן.

9. ראוי לציין תחילה, כי שאלת הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע עלתה לא פעם בפסיקת בית המשפט לענין הפעלת התקנה 119. בית המשפט חזר פעמים לא מעטות על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה (בג"ץ 987/89 קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמרינ'; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), להלן ענין המוקד להגנת הפרט). נקבע כי יש ליתן משקל לכך שמדובר ב-"פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של תושביהם הבלתי מעורבים של אותם בתים", מהטעם ש"הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה". כן הוטעם כי פגיעה כזו "עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם העקרון לפיו בן לא-יִשְׂאָ בְּעֵינָי הָאֵב, וְאֵב לֹא יִשְׂאָ בְּעֵינָי הַבֵּן" (ענין קואסמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק "במקרים מיוחדים" ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה בדיירי הבית הבלתי מעורבים (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982), להלן: ענין חמרי; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993), להלן: ענין תורקמאן).

10. ואכן בתחילה דומה היה שהפעלת הסמכות נקשרת בפסיקה לקיומה של זיקה החורגת מזיקת בעלות או דיירות לבית נגדו כוונה הסנקציה, ונדרשה זיקה של הבית אף למעשיהם של המפגעים. כך, בשני פסקי הדין הראשונים בסוגיה זו (בג"ץ 434/79 סחויל נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979) ובג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223 (1981)), היה מדובר, בנוסף לפעילות הטרוריסטית של דייר הבית, גם בהחזקת אמצעי לחימה בבית, ובמקרה הראשון, בנוסף, גם מתן מקלט בבית למחבל נמלט. כן יצוין כי בשני מקרים אלה הסתפק המפקד הצבאי רק באטימת חדרו של המחבל.

ואולם בהמשך נזנחה דרישה זו, ואף השיקול של פגיעה בדיירי הבית החפים מפשע נותר לרוב בגדר רטוריקה בלבד, ולא הוסקה מכך מסקנה אופרטיבית לענין ביטול צו ההריסה או המרתו באטימה, וזאת תוך מתן משקל מכריע לחומרת המעשה (ענין המוקד להגנת הפרט, שם בפסקה י"ח). עם זאת, היו גם מקרים בהם נוצק תוכן אופרטיבי לשיקול זה (ראו למשל ענין תורקמאן שם ביטל בית המשפט צו הריסה שהוציא המפקד הצבאי והמירו באטימה חלקית בשל הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע, וכן בבג"ץ 8024/14 חגאזי נ' אלוף פיקוד העורף (צו על תנאי מיום 31.12.2014, ופסק הדין מיום 5.6.2015) שם המיר המשיב צו הריסה לבית בצו אטימה לחדר בו התגורר המחבל בלבד, לאור הערות בית המשפט וצו על תנאי שהוצא בענין זה).



11. עמדה החלטית ועקבית יותר לענין זה ננקטה על ידי השופט מ' חשין במספר פסקי דין - בהם נותר בדעת מיעוט - ולפיה ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כמו גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבים את המסקנה, כי הסמכות למשיב קמה אך כלפי החלק בבית בו השתמש המחבל. בהתאם לכך קבע, כי אין להרוס את בית המשפחה הגרעינית של המפגע בשלמותו, מקום שהוא מתגורר עם הוריו ואחיו או אשתו וילדיו אשר לא נטען כי סייעו לו במעשיו. כן אין להרוס את החלק במבנה בו מתגוררות משפחות אחרות באשכול המשפחתי של המפגע, וזאת בין אם הן מתגוררות ביחידות מגורים נפרדות, ובין אם מספר משפחות מתגוררות במבנה אחד ומשתמשות במטבח ובחלקים נוספים במשותף, כמקובל בקהילתם (בג"ץ 4772,5359/91 חזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150 (1992); ענין אלעמרין; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338 (1994) להלן: ענין נזאל; בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז פ"ד נא(2) 651 (1997), להלן: עניין ג'נימת). ואלה מקצת מהדברים הנוקבים שכתב בענין זה:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד של בעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים... כך היה מאז קם 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...

'בימים ההם לא-יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה; כי אם-איש בעונו ימות כל-האדם האכל הבסר תקהינה שניו' (ירמיהו לא, כח-כט).

לא עוד אבות אכלו בוסר ושני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושני אבות תקהינה; ואיש בעונו יומת" (ענין אלעמרין, פסקאות 6-7).

ובמקום אחר:

"... עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.



... קשה עליי להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדין, הגם שהרוצח לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של הרוצח הוא המועמד להריסה, וברצותה רשאית הייתה הרשות לאבדו. את חדרו שלו אך לא את ביתם של אחרים" (ענין נזאל).

ולבסוף:

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת - ובאותן מהלומות כילפים - את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה - בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (עניין ג'נימת).

לעמדתו זו של השופט חשין הצטרף לאחרונה השופט ע' פוגלמן, אף הוא בדעת מיעוט (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), להלן: ענין סידר, תוך שהעיר בין היתר:

"... והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית מהגשמת תכלית התקנה - היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית" (יצוין עם זאת, כי השופט פוגלמן הוסיף שם, "שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית" (שם, פסקאות 5-6)).

12. הדברים הנכוחים והנוקבים שצוטטו לעיל הם בעיני בגדר מושכלות יסוד, ואני מצרף אפוא דעתי לעמדה המובעת בהם.

13. אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ("איש בחטאו יומת") ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 "קולהעם"נגדשר הפנים,



פ"ד ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעקרון התנ"כי של "איש בחטאו יומת" הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית.

לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות (השוו: דברי השופט חשין בענין נזאל שהובאו לעיל; דברי השופט פוגלמן בענין סידר דלעיל, וכן ד' קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג), 305, 353-355).

כלל הוא בפסיקת בית משפט זה כי בפרשנות חוקים יש לחתור לפרשנות המקדמת זכויות יסוד (ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(2) 529, 561 (1991); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם אוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (כרך שני) (1993), 553). גם עקרון זה מחייב נקיטת גישה מאוד מצמצמת לענין הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, שכן סמכות זו כרוכה בפגיעה קשה בשורה ארוכה של זכויות יסוד (פגיעה בזכות לקניין, פגיעה בכבוד האדם ופגיעה בשורה של זכויות הנגזרות מכבוד האדם), תוך פגיעה גם בחפים מפשע, ולעתים קרובות רק בהם, כגון מקום שהמפגע אינו בין החיים או נכלא לשנים ארוכות.

14. לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, מתחייבת מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד. מקום שנמצא מידע המעיד על זיקה או מעורבות של בני המשפחה במעשה, יש לבחון את מידת המעורבות, כמו גם נסיבות אחרות, עליהם אעמוד להלן, וליתן להן משקל הולם ומידתי בהחלטה בדבר נקיטת הסנקציה.

15. הפעלת שיקול דעת ראוי לענין הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, תוך מתן משקל ראוי לזיקה של המפגע למבנה כלפיו מבוקש להפעיל את הסנקציה ולמידתיות הסנקציה, מחייבת בחינה של שורה של נסיבות רלבנטיות - הנוגעות למפגע, לבני משפחתו ולמבנה כלפיו מבקשים לנקוט סנקציה - אשר אלה עיקריהן:

א. האם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של המפגע, כגון ירי מתוך הבית, אחסון אמצעי לחימה, או שימוש בבית להתוועדות עם שותפיו לפעילות הטרוריסטית (השוו: ענין סחוויל וענין חאמד הנזכרים לעיל); או שמא שימש למפגע למגורים בלבד?



ב. מה זיקתו של המפגע למבנה - האם מדובר בבית שהוא ביתו וקניינו של המפגע, או שהוא בגדר "דייר נלווה" בלבד בנכס של הוריו או בני משפחתו, או שהוא אך שוכר בדירתו של אחר? (השוו לאחרונה בענין חמאד, בו הוגבלה האפשרות לפעול נגד בית בו המפגע היה במעמד של שוכר בלבד)

ג. מה היקף השימוש שעשה המפגע במבנה - האם התגורר בקביעות או אך ביקר ולן בו מעת לעת? באלו חלקים של המבנה השתמש לבדו, ובאלו במשותף עם משפחתו הגרעינית או משפחתו המורחבת?

ד. האם המתגוררים בבית היו מעורבים בפעילות המפגע (בין שהוא בן המשפחה ובין אם לאו), ואם כן - מהו סוג ומידת מעורבות זו - מודעות בלבד לעצם מעורבותו בפעילות טרור, מודעות לפעולה הקונקרטית מושא הוצאת הצו, תמיכה או סיוע ממש לפעילות הטרור?

ה. מה עלה בגורל המפגע - האם נהרג במהלך הפיגוע, נעצר ונכלא לשנים ארוכות, או שמא נמלט?

16. בחינה זהירה של נסיבות אלה והעברתן בכור ההיתוך של מבחן המידתיות תוביל למסקנה, האם יש בסיס וצידוק בנסיבות הנדונות להפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, ואם כן, באילו תנאים וסייגים: החרמה בלבד, אטימה (חלקית או מלאה), או הריסה (חלקית או מלאה). שאלת זיקתו של המפגע לבית ומעורבות בני המשפחה במעשיו, כמפורט לעיל, הם רכיבים יסודיים בקבלת ההחלטה בדבר עצם הפעלת הסנקציה ובדבר סוגה והיקפה. אני סבור, כי פרשנות ברוח חוק היסוד וערכי היסוד של שיטתנו המשפטית כאמור מתוך מגמה להימנע מפגיעה קשה במי שלא חטאו, מחייבת את המסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, אלא יש לבחון האם ניתן לכוונו רק לחלקו של המחבל בבית, או להימנע מהפעלת כל סנקציה שהיא על הבית. סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע אינה ניתנת לדעתי להצדקה בשום מקרה.

17. אין בדעתי להיזקק במסגרת זו לסוגיה של התכלית ההרתעתית, המעוררת שאלות לא פשוטות כלל, של עובדה ושל דין. אציין רק כי אני סבור שגישתי זו מתנגשת עם התכלית ההרתעתית בה מדברת הפסיקה. לדעתי, גישה זו דווקא עולה בקנה אחד עם שיקולי ההרתעה. תכלית ההרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני המשפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה (ללא הצלחה).

אף הנסיבות האחרות שמניתי לעיל, דוגמת השימוש במבנה לפעילות חבלנית, או זכויותיו של המפגע בבית המגורים ומידת נוכחותו ושימושו בו, חותרות למיקוד ההרתעה במניעה עניינית של פעילות חבלנית תוך צמצום גידור הפגיעה בחפים מפשע. על יסוד מכלול הנסיבות הללו תיבחן השאלה האם להטיל סנקציה, ואם כן - איזה סוג סנקציה (החרמה, אטימה או הריסה), ובאיזה חלק מהמבנה, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות, ובעיקר להצטברותן.

ומן הכלל אל הפרט

18. בענייננו הוצא צו להריסת כל הקומה השניה במבנה בן שלוש קומות, בה שוכן בית הוריו של המפגע, בו מתגוררים כמפורט לעיל גם אחיו הבוגרים ובני משפחותיהם. כאמור בפתח הדברים, המשיב אינו מייחס לבני המשפחה כל מעורבות במעשיו של המפגע, בידיעה או בסיוע. המפגע נורה ונהרג על-ידי השוטרים במהלך האירוע, ולפיכך, בפועל, הסנקציה שנקבעה מופנית במפגיע כלפי בני המשפחה החפים מפשע וכלפיהם בלבד, והיא אף מכוונת להריסת הקומה כולה בה מתגוררות שלוש משפחות, בעוד המפגע היה רווק שהתגורר בחדר אחד בלבד.

אציין לענין זה עוד, כי בעבר, משך תקופה ממושכת נהגה מדיניות לפיה נמנע המפקד הצבאי מהפעלת תקנה 119 מקום שהמחבל נהרג. מדיניות זו נשחקה בתקופת פיגועי ההתאבדות הנוראיים של אמצע שנות ה-90 (ראו בענין נזאל), ודומה שמאז נשתכחה מדיניות זו והשיקולים שעמדו ביסודה.

19. כפי שכבר ציינתי, בא כוח המשיב מסר בדיון כי החלופה של איטום חדר המחבל בלבד נשקלה אך נדחתה משום שאפקט ההרתעה בה חלש יותר מאשר הריסת הדירה כולה. בנסיבות הנדונות לא ניתן לקבל הנמקה זו. אין חולק כי המציאות הביטחונית הקשה גובה קורבנות כואבים מדי יום כמעט ומחייבת מענה נחוש ויעיל. ברם, הפעלת סנקציה של הריסה מלאה של ביתם של מי שלא חטאו תוך פגיעה קשה בזכויותיהם היסודיות ביותר אינה מתיישבת כאמור עם עקרונות בסיסיים של מוסר יהודי ואוניברסלי ועם עקרונות שיטתנו המשפטית, ואל לנו לתת יד לכך.

בנסיבות אלה, לו דעתי תישמע, נוציא צו על תנאי, בו יידרש המשיב ליתן טעם מדוע לא יימנע מהריסת ביתו של העותר, ולחלופין - מדוע לא יסתפק באטימה של חדרו של המפגע בלבד.

ב. לעתירה בבג"ץ 8156/15



20. העותרים בעתירה זו הם כזכור השכנים בקומה הראשונה והשלישית, שמעל ומתחת לקומה השניה נגדה הוצא צו ההריסה מושא העתירה בבג"ץ 8154/15, שנדונה לעיל, המבקשים למנוע נזקים לבתיהם אגב ההריסה של הקומה השניה. לעותרים אלה לא מיוחסת כל מעורבות בפיגוע.
21. בית משפט זה עמד לא פעם על חובתו של המפקד הצבאי לנקוט בכל האמצעים הדרושים, בהתאם לנסיבות הענין, בעת ביצוע צו הריסה כדי למנוע נזק לבתים השכנים (בג"ץ 2209/90 שואהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מד(3) 875, 879 (1990); בג"ץ 6932/94 אלרוב נ' המפקד הצבאי לאזור יו"ש (19.2.1995); בג"ץ 8124/04 אלג'עברי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.10.2014); ענין סידר, פסקאות ח-ט לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין).
22. במקרה דנן ניתנה הצהרה מטעם המשיב כי ההריסה תבוצע באופן ידני ובפיקוח הנדסי כדי למנוע פגיעה בבתי העותרים. כמו כן הובעה נכונות לבחון את חוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים, המתייחסת בין היתר לצורך בפינוי ההריסות כדי למנוע נזק לדירות העותרים. נוכח האמור נחה דעתי כי עניינם של עותרים אלה בא על סיפוקו. ככל שלמרות כל האמור ייגרם נזק, תהא פתוחה בפניהם הדרך לתבוע את נזקיהם (ענין סידר, שם). בכפוף לאמור, דין עתירה זו להידחות.
- ג. לעתירה בבג"ץ 8150/15
23. איני שותף כאמור לדעת חברי השופט עמית ולמסקנתו כי יש לדחות את העתירה. אני סבור כי עלינו להוציא צו-על-תנאי בעתירה זו לשם בירור יסודי של המחלוקת בענין זה.
24. המחלוקת בעתירה זו מתמקדת בזיהוי הדירה בה התגורר המפגע עלאא אבו ג'מל (להלן: עלאא). כזכור, הפיגוע אירע ביום 13.10.2015, וביום 22.10.2015 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס מבנה חד-קומתי בו התגורר המפגע עם אשתו וילדיו. הוגשה עתירה נגד צו ההריסה (בג"צ 7219/15), ואולם ביום 3.11.2015, ערב הדיון בעתירה, נמסרה הודעה מטעם המשיב על ביטול הצו בנימוק שהמפגע לא התגורר במבנה החד-קומתי כלפיו הוצא הצו אלא בקומת הקרקע במבנה התלת-קומתי הצמוד לאותו מבנה. העותר, אביו של המפגע, הגיש את העתירה שבפנינו נגד צו ההריסה, כאשר לצד טענות עקרוניות נגד חוקיות הצו נטען בעתירה כי עלאא ומשפחתו התגוררו בבית החד-קומתי נגדו הוצא צו ההריסה המקורי ולא במבנה המשפחתי התלת-קומתי. ראוי לציין כי שני המבנים שייכים למשפחת אבו ג'מל.



25. לאחר בחינת הדברים אני סבור כי התשתית העובדתית-ראייתית שהוצגה מטעם המשיב לביסוס עמדתו באשר למקום מגורי המפגע אינה מבוססת די צורכה, ובמיוחד כאשר מולה עומדים תצהירים של שלושה בני המשפחה המצהירים כי המפגע (עלאא) ומשפחתו התגוררו במבנה החד-קומתי. עמדת המשיב לענין מקום מגורי משפחת המפגע מבוססת בעיקרה על אסופת צילומים שערך נציג כוחות הביטחון שהגיע למקום ביום הפיגוע, מהם עולה כי מספר פרטים אישיים ומקצועיים של המפגע (מספר תמונות ממוסגרות שלו ושל משפחתו, תעודה, מספר תלושי משכורת שלו, וכן מספר קופסאות של נתבי תקשורת) נמצאו בקומת הקרקע של המבנה התלת-קומתי. פריטים אלה לא צולמו משום מה במקומם המקורי אלא בהיותם פזורים על הרצפה, וגם לא הוגש תצהיר של נציג כוחות הביטחון שערך את הביקור וצילם את התמונות.

יתרה מזו, לאחר אותו ביקור, שנערך כאמור ביום הפיגוע, הוצא צו החרמה והריסה דווקא למבנה החד-קומתי. לא ניתן הסבר משכנע לתפנית המאוחרת בעמדת המשיב, והראיות שהוצגו אינן מציגות תשתית ראייתית ברורה ומשכנעת. וגם במידע החסוי שהוצג לנו לענין זה אין חיזוק ראייתי של ממש לענין הנדון. אציין כאן, כי העובדה - שנראה שניתן לה משקל ניכר על ידי המשיב - כי נגד המבנה החד-קומתי קיים צו הריסה תכנוני ישן (משנת 1997), שלא מומש, עשויה, אולי, להסביר את העדפת המשפחה להריסת המבנה החד-קומתי על פני הריסת קומת הקרקע במבנה הגדול, אך היא אינה רלבנטית כשלעצמה לשאלה העובדתית שבמחלוקת, וכמובן שאינה שיקול לגיטימי בגדר שיקולי המשיב לפי תקנה 119.

26. בתגובה מטעם המשיב נטען כי העותרים לא הציגו ראיות פוזיטיביות התומכות בטענתן שהמפגע התגורר במבנה החד-קומתי. זו טענה תמוהה, ודומה שנתחלפו היוצרות למשיב, שכן הנטל הראייתי לביסוס העובדות המצדיקות פגיעה כה קשה בעותר ובמשפחתו, מוטל כל כולו על המשיב.

27. יש לזכור כי המדובר בסנקציה מאוד מרחיקת לכת של החרמה והריסה של בית מגורים. מדובר בפגיעה קשה בזכויות חוקתיות (זכות הקניין והזכות לכבוד), והלכה פסוקה היא כי בפגיעה כגון דא, הרף הראייתי הנדרש הוא של "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות".

כך נקבע לענין התשתית הראייתית הנוגעת לסנקציה קשה אחרת לפי תקנות ההגנה, הסנקציה של גירוש מהאזור לפי תקנה 112 (בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1985), להלן: ענין שאהין; ענין נזאל; בג"ץ 672/88 לבדינ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227, 237 (1989)). בענין שאהין הנ"ל עמד הנשיא שמגר על כך שזהו המבחן הנוהג "כל אימת שדנים בשלילת זכויות קיימות או בשלילתן של זכויות יסוד" (שם). ואכן, זהו המבחן שהוחל בפסיקה בנוגע לפגיעה בזכויות יסוד, אף כאלה שאינן מכוח חוקי היסוד (ראו למשל: בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617



(1989) לענין פגיעה בחופש הביטוי; בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919 (2003) לענין שלילת זכויות לפי חוק השבות; בג"ץ 9822/08 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מנהל הבחירות (27.11.2008) לענין פסילת מועמד בבחירות; בג"ץ 1398/04 בן חורין נ' רשמת העמותות (19.1.2006) לענין פגיעה בחופש ההתאגדות, ועוד רבים זולתם).

28. בענייננו, דומני שאף המשיב אינו מתיימר לטעון כי הניח בפנינו "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" באשר לבית מגוריו של המפגע. בנסיבות אלה אם דעתי תישמע, נוציא צו על תנאי בעתירה זו לשם בירור יסודי של המחלוקת העובדתית בענין בית המגורים. כמובן שלאחר בירור שאלת ביתו של המפגע יש מקום לבחון את שאלת הצידוק לצו לגופו, בין היתר בהתאם לאמות המידה עליהם עמדתי לעיל בנוגע לעתירה בבג"ץ 8154/15.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

1. אני מצטרף לדעתו של חברי השופט י' עמית לפיה דין העתירות שבפנינו להידחות (לדחיית העתירה בבג"ץ 8156/15 הסכים גם חברי השופט מ' מזוז).

2. אני ער לעמדתו העקרונית של השופט מזוז ביחס לחוקיות צווי החרמה והריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק דינו בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); כמו גם לעמדתו העקרונית באשר להעדר המידתיות והסבירות של הצו שנדון לפנינו בבג"ץ 8154/15 המכוון לבית המשפחה המורחבת שלא היה בבעלות המפגע, אשר התגורר כרווק באחד מחדריו הרבים, כפי שעמדה זו פורטה בחוות דעתו בפסק הדין דנא.

טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו. אלא שהסוגיות האמורות נדונו שוב ושוב בפסיקת בית המשפט העליון, לרבות בעת האחרונה ממש, ועמדותיו של חברי לא התקבלו (לענין דחיית עתירות במקרים בהם היה מדובר בצו שהוצא להריסת בית מגורים ששימש את בני המשפחה המורחבת של המפגע ראו: בג"ץ 7040/15 חמד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' האלוף יאיר גולן, אלוף פיקוד הדרום (15.2.2012) ובג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף

פיקוד העורף (5.1.2009)).

3. בפסק דינה של השופטת א' חיות שניתן בעתירה העקרונית שהוגשה בגדר בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (31.12.2014), נאמרו על ידה עיקרי הדברים המשקפים גם את עמדת-שלי, לפיהם אין ככלל מקום לסטות מהכרעות קודמות של בית משפט זה, במיוחד שאלו ניתנו רק לאחרונה ובפרט כשמדובר בהכרעות שפעם אחר פעם הגיעו לאותה התוצאה. ידועים דבריו של השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטווינסקי פ"ד טו(1), 71, 75 (1961) לפיהם:

"לא רצה המחוקק הישראלי כי בית המשפט העליון יהיה פטור לגמרי מעול מלכות תקדים וכל אחד משופטיו - כתוצאה מכך - יעשה שבת לעצמו ... חלילה לנו מלנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו".

לדברים אלה משנה תוקף כשמדובר בסוגיה בעלת חשיבות רבה שהובאה בעת האחרונה ממש, שוב ושוב, לפתחו של בית המשפט העליון, וזה אמר את דברו לגביה. במצב זה אין להשקפתי להלום את האפשרות שגורל העתירה ייחתך באורח מקרי על פי המותב הספציפי שישוּבץ לדון בה, וראוי שלמצער בסוגיות עקרוניות, עמדת בית המשפט העליון, כמוסד, תהיה ידועה לרשויות המדינה האחרות, כמו גם לציבור הרחב. זאת, כל עוד לא שונתה העמדה העקרונית באחת הדרכים המקובלות, כגון בדרך של קיום דיון נוסף או קביעת הרכב מורחב. ודוק - רק לאחרונה נדחתה בקשה לדיון נוסף בסוגיות הנדונות (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (12.11.2015)). בפרשה אחרת, שנדונה לפני זמן קצר, עמד אף השופט ע' פוגלמן על הצורך "להרכין ראש לפני דעת הבית" כל עוד עומדת ההלכה בעינה (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), בפסקה 6 לפסק דינו).

אכן, בית המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו, כקבוע בסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה. אלא שסטייה מההלכה צריכה להיעשות בזירות רבה, בחלוף זמן מאז נפסקה אותה הלכה, בדרך כלל על ידי הרכב מורחב, כאשר הטעמים לביטול ההלכה הקודמת גוברים על השיקולים התומכים בהמשך הדין הקיים, כגון הצורך לקיים יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות. בעניין זה נפסק, כי:

"... סטייה מתקדים מזעזעת את המערכת הנורמטיבית ופוגעת בה. הציבור והשלטון הסתמכו על הדין הקיים, ובנו סביבו את תוכניותיהם. סטייה מהתקדים פוגעת בעקרון ההסתמכות ובצורך לקיים ודאות ובטחון ... סטייה מתקדים פוגעת בעקביות המבוססת על צדק, הגינות ושוויון. היא פוגעת בהמשכיות של השיטה" (השופט א' ברק ברע"א



1278/92 בוסקילה נ' צמח פ"ד מו(5) 159, 172 (1992)).

פרופ' י' שחר, במאמרו "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון - הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (תשס"א), הביע דעתו לפיה:

"... כלי שלטון הכרחי (אך לא מספיק) בידיו של בית המשפט העליון הוא לכידותו, דהיינו כוחו ליצור עמדה מוסדית אפקטיבית ולשמור עליה באמצעות משמעת וריסון פנימי. לשון אחרת, בית המשפט העליון נשען על מחויבותו לתקדימיו.

...

"... רק כך תהיה דעה אחת לבית עצמו. רק כך ידעו שופטי ישראל כולם להכניע דעתם מפני דעת הבית. רק כך ידעו גופי הביצוע כולם, נבחרים וממונים, להכריע דעתם מפני דעת הבית. רק כך יקיים הבית את הנהגתו" (הדברים הובאו בהסכמה בספרו של פרופ' א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 247 (2004)).

4. אכן, גם להשקפתי ההלכה הנוהגת בסוגיות הנדונות מעוררת שאלות לא קלות. מן הראוי לבחנה. ואולם, בנסיבות שבהן הרכבים שונים של בית משפט זה חזרו, בשבועות האחרונים ממש, נוכח אירועי השעה הסוערים והקשים, על ההלכה האמורה, איני סבור שנכון הוא לסטות מאותה הלכה במסגרת ההליכים דנן.

5. באשר לעתירה בבג"ץ 8150/15, אני מסכים עם חברי השופט עמית כי הראיות המינהליות, בצד מכלול הנסיבות הרלבנטיות שהמשיב היה רשאי לשקול, מעידות על כך שהמפגע התגורר בנכס לגביו הוצא הצו. אכן, יש מקום לביקורת, כפי שהשמיע השופט מזוז, על הילוכם של נציגי המשיב בכל הנוגע לאיסוף הראיות. ואולם, אף אם נאספו על ידי המשיב ראיות דלות יחסית, הרי שיתר הנסיבות אפשרו את קבלת ההחלטה (הכוונה בעיקר לעובדת קיומו של צו הריסה תכנוני לגבי "המבנה הבודד" ולכך שאם אכן התגוררה משפחת המפגע במבנה זה לא היה אמור להיות לה קושי של ממש להציג הוכחות לכך ובכך להדוף את העולה מהראיות שבידי המשיב, אך הדבר לא נעשה).

6. כאמור, אני מסכים עם השופט עמית כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט



הוחלט כאמור ברוב דעות השופטים י' עמית וצ' זילברטל, כנגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז, לדחות את העתירות.

ביצוע הצווים יידחה עד ליום 30.12.2015 (כולל), על מנת לאפשר לעותרים להיערך לביצועם.

ניתן היום, י' בטבת התשע"ו (22.12.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט