



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2828/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

העותרים: 1. אבו זיד
2. אבו אלרוב
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ט' בסיון התשע"ו (15.6.16)
בשם העותרים: עו"ד גבי לסקי
בשם המשיבים: עו"ד רועי-אביחי שויקה

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. ביום 3.2.16 ביצעו אלרוב (להלן אלרוב), כמיל (להלן כמיל); להלן שלושתם יחד נצאר (להלן נצאר) ו (להלן נצאר) פיגוע רצחני של דקירה וירי, בסמוך לשער שכס בירושלים, שבמהלכו רצחו השלושה את הדר כהן ע"ה, שוטרת משמר הגבול, ופצעו שני שוטרים נוספים, אחד באורח קשה ואחד באורח קל. בלאל אבו זיד (להלן בלאל); להלן כולם יחד הארבעה), הוא בנו של העותר 1 שלפנינו, סיפק, לפי הנטען, את הרובה ששימש את השלושה לביצוע הרצח, וכך סייע להם להגיע אל זירת הפיגוע. כנגד הארבעה הוצאו צוי החרמה, הריסה ואטימה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן תקנה 119 או התקנה); השגותיהם נדחו.

אשר לשלושה, ביום 24.3.16 דחינו את העתירות שהגישו כנגד דחיית ההשגות (דעת הרוב נכתבה על-ידי, ואלי הצטרפה השופטת ברק-ארז, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ג'ורדאן, בבג"ץ 1938/16, בג"ץ 1999/16 ובג"ץ 2002/16). כעת ענייננו בצו שהוצא כנגד בלאל בלבד, המכוון כלפי הדירה בה הוא מתגורר עם הוריו ואחיו, שניים מהם קטינים; הדירה בת שלושה חדרים, בקומה שנייה, במבנה בן שתי קומות בישוב קבאטיה שבאיזור השומרון, והכוונה היא להרוס דירה זו, ולא חלקים אחרים במבנה.

ב. העתירה הוגשה ביום 5.4.16, ולצדה בקשה לצו ביניים וכן לקביעת דיון בפני הרכב מורחב; עוד באותו יום ניתן צו ארעי האוסר על החרמה והריסה של המבנה מושא העתירה עד להחלטה אחרת (השופט מוזס). ביום 2.5.16 דחתה הנשיאה את הבקשה להרחבת ההרכב. ביום 15.6.16 התקיים הדיון בפנינו, ובסופו התבקשו המשיבים להגיש התייחסות בכתב בנוגע לזכויות קטינים במשפחת העותר, ובנוסף להודיע האם נכונים הם לראות את התיק כאילו הוצא צו על תנאי; כן התבקשו המשיבים להגיש חוות דעת עדכנית באשר להתענה הנטענת לעניין החרמה, הריסה ואטימת בתים מכוח תקנה 119. התייחסות המשיבים הוגשה ביום 20.6.16, ובה הודיעו המשיבים כי הם מסכימים לראות בתיק כאילו הוצא צו על תנאי; וחוות הדעת העדכנית הוגשה ביום 26.6.16; בידי העותרים ניתנה האפשרות להגיב להתייחסות המשיבים עד ליום 26.6.16 אולם הם נמנעו מעשות כן. הגיעה איפוא עת ההכרעה.

טענות הצדדים בכתב ובדיון

ג. העותר 1 הוא אבו זיד, אביו של בלאל אשר לפי הנטען כאמור לקח חלק בתכנון וביצוע הפיגוע; העותר 2 הוא אלרוב, המפעיל מסגריה בקומת הקרקע של המבנה בו נמצא ביתו של אבו זיד.

העתירה נחלקת לשני חלקים עיקריים: הראשון, כנגד עצם סמכותו של המשיב לעשות שימוש בתקנה 119 – כפי שכינתה זאת חברתי השופטת ברק ארז בבג"ץ 1938/16, "הפרספקטיבה החיצונית" – אשר נטען כי זו מנוגדת הן לדין הישראלי והן לדין הבינלאומי. העותרים אינם חולקים על כך שההלכה הקיימת מכירה בסמכות המשיב לעשות שימוש בתקנה 119 לשם תפיסה, אטימה והריסה של נכס, אולם טוענים כי נוכח העמדות השונות שהושמעו על-ידי מספר שופטים בבית משפט זה, יש מקום לבחינה מחודשת של ההלכה.

השני, כנגד האופן בו נעשה השימוש בסמכות המשיב בענייננו – "הפרספקטיבה הפנימית". נטען לעניין זה, כי לא הוכחה אשמתו של בלאל ברמה

הנדרשת לשם הוצאת צו החרמה וההריסה, ומעיקרא אין החשדות נגדו מציבים אותו ברף החומרה הגבוה ביותר, שכן אף לפי הנטען כלפיו, לא הוא שביצע ישירות את הפיגוע. עוד נטען לעניין זה, כי בשים לב לנזק החמור הנגרם כתוצאה מהשימוש בתקנה 119, אל מול העובדה שענייננו כאמור אינו ברף החומרה הגבוה ביותר, השימוש בה אינו מידתי בנסיבות, ואינו מקיים את הקשר הרציונלי הנדרש בין האמצעי למטרת ההרתעה הנטענת; כך במיוחד, לאחר שהוצאו צוי החרמה והריסה כנגד בתי המגורים של השלושה, המבצעים העיקריים, כך שלא תהא הרתעה משמעותית נוספת, אם בכלל, גם בהריסת ביתו של העותר בענייננו. בהמשך נטען, כי בנסיבות המתוארות, היה על המשיבים לבחון חלופה מידתית יותר, של אטימת בית המגורים. עוד נטען, כי בני משפחת אבו זיד לא היו מעורבים ולא ידעו על תכניותיו לספק את הנשק לפיגוע, וגם מטעם זה אין להרוס את הבית. לבסוף נטען, כי הריסת הבית מנוגדת לעקרון טובת הילד הקטין, שכן כתוצאה מהריסת הבית יותרו שני קטינים, בניו של אחמד אבו זיד ואחיו של בלאל, ללא קורת גג. מטעמים אלה, נטען כי יש להורות על ביטול הצו שהוצא מכוח תקנה 119 כאמור.

ד. בתגובת המדינה נמסר, כי שאלת חוקיותה וחוקתיותה של תקנה 119 נדונה בפסיקה פעמים רבות, לרבות בעת האחרונה, ואין מקום לבחינה מחודשת של ההלכה הקיימת, המכירה בסמכותו הכללית של המשיב לעשות שימוש בתקנה זו לשם החרמה, הריסה ואטימה של דירת מגורים בה התגורר מחבל, כבענייננו. אשר לנסיבות הקונקרטיים, נטען כי מדובר בפיגוע חמור, אשר תוצאתו כאמור אבדן חיי אדם ופגיעה בשניים נוספים, ובלאל לקח חלק משמעותי בתכנון הפיגוע וסיוע לו; מכאן, לפי הנטען, נדרשת תפיסת בית מגוריו והריסתו – לשם הרתעת משתפי פעולה פוטנציאליים ממעשים דומים. עוד נטען, כי ההריסה תבצע על-ידי הריסת קירות הפנים של הדירה באופן ידני, והריסת קירות החוץ באמצעות פיצוץ מבוקר, ותלווה על-ידי מהנדס, באופן שיהיה בו כדי לצמצם את הפגיעה הסביבתית.

הכרעה

ה. לאחר עיון בטענות הצדדים ושמיעתן, לא מצאנו להיעתר למבוקש. אשר ל"פרספקטיבה החיצונית" ולעצם סמכותו של המשיב לעשות שימוש בתקנה 119 לשם החרמה, אטימה והריסה, טענות אלה עלו במספר רב של עתירות ונדחו לגופן, חלק נכבד מהן בעת האחרונה, ומכאן שאין מקום לעת הזאת לבחינה מחודשת של ההלכה; ראו לעניין זה החלטת הנשיאה הדוחה את הבקשה להרחבת ההרכב מיום 2.5.16, וכן החלטות נוספות של הנשיאה הדוחות בקשות שונות לדיון נוסף בסוגיה: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.15); דנג"ץ 2624/16 פתחי

זכריא מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (21.3.16); דנג"ץ 2916/16 שרה עלי דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף (10.4.16); דנג"ץ 4657/16 בדר עבדאללה מחמוד דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.16). ראו גם דוגמאות אחדות מן הפסיקה – יש עוד רבות אחרות – הדוחות את טענת חוסר הסמכות הכללית: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (2014) (להלן עניין המוקד להגנת הפרט); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ו' (15.10.15) (להלן עניין סידר); בג"ץ 7040/15 פדל מוסטפא נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 26-25 לפסק דינה של הנשיאה (12.11.2015) (להלן עניין מוסטפא); בג"ץ 967/16 עבד אלבאסט חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז' (14.2.16) (להלן עניין חרוב); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 19 (14.6.16) (להלן עניין חמאד); בג"ץ 2528/16 מצאלחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 20 (15.6.16) (להלן עניין מצאלחה)). מבלי לפגוע בדעות אחרות שהושמעו על-ידי שופטים בבית משפט זה, שכבודן עמן, בית משפט הוא ולא בית שופטים, וגם על כך חזרנו לא אחת בהקשר בו עסקינן (ראו עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת חיות; עניין סידר, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט זילברטל (22.12.15); חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י"ג לחוות דעתי ופסקה 1 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (28.12.15); עניין חמאד, פסקה 20 לפסק דינו של השופט שהם).

ו. אשר לפרספקטיבה הפנימית ונסיבות ענייננו – כפי שעולה מהודעותיו של בלאל, תרומתו לפיגוע הרצחני היתה משמעותית מאוד; הוא סיפק את הנשק לשלושת המפגעים לשם ביצוע הפיגוע, ונטל חלק פעיל בהנחייתם למקום הפיגוע, גם אם במהלך פגישתם סירב להזמנתם לקחת חלק ישיר בפיגוע עצמו:

"... במהלך השיחה אמרו השלושה שרוצים לבצע פיגוע התאבדות בירושלים, וביקשו ממני להצטרף אליהם לבצע הפיגוע ואני סרבתי ואמרתי להם שרוצה להישאר בחיים ולהרוג יהודים, וביקש ממני אחד נאגח אבו רוב לתת לו את הנשק אם-16 בכדי שיבצעו פיגוע התאבדות בירושלים ואני הסכמתי" (הודעה מיום 21.2.16, גיליון מספר 3, שורות 56-59).

בהמשך, תיאר בלאל את חלקו בהובלת השלושה אל זירת הפיגוע, בכך שנתן הוראות לנהג המונית חוסאם אלדהון, שהסיעם לזירה, היכן בדיוק להורידם (שם, שורות 73-76); והדברים עולים גם מהודעתו של אלדהון (הודעה מיום 17.2.16, גיליון מספר 2, שורות 28-38). די בראיות אלה כדי לבסס, ברף הנדרש מראיות מינהליות, כי

בלאל לקח חלק משמעותי בתכנון הפיגוע הרצחני נשוא ענייננו, ומכאן כי ישנה תשתית עובדתית מספקת לשם שימוש בתקנה; טענותיו כי לא היה זה "שלחץ על ההדק" ומכאן כי מעשיו אינם חמורים כשל חבריו, מקומן בהליך הפלילי, שאיננו נדרשים אליו כמובן.

ז. אשר לטענת הפגיעה בחפים מפשע – אין לכחד, אף כי מדובר באמצעי הרתעתי ולא עונשי, כי הפגיעה בבני משפחה, לרבות קטינים, שאינם חשודים בפעילות טרור כשלעצמה היא ברורה (בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986); בג"ץ 4772/91 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(2) 150 (1992); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ'אלוף פיקוד העורף, פ"ד נו(2) 55, 60 (2003); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 26 (2014) (להלן עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2014); עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ז; עניין חמאד, פסקה 21; עניין מצאלחה, פסקה 26). כבר צוין לא אחת, כי אין בפסקי דין אלה קורת רוח, אך הם בחינת כורח שלא יגונה, במצב בטחוני בו פיגועים כאלה נשנים שוב ושוב. כעולה מחוות הדעת העדכנית של שירות הביטחון – מיום 19.6.16 – שהוגשה לעיוננו לבקשתנו, יש בסיס משמעותי בהחלט לטענה כי אמצעי זה אכן מרתיע מפגעים בכוח מביצוע מעשים דומים, והראיות המוחשיות עולות בהרבה על אינדיקציות בכיוון ההפוך; וכאמור, חרף הקושי הברור, מדובר בסופו של יום בפגיעה ברכוש, אשר נועדה כל כולה לשם הצלה עתידית של חיי אדם. כפי שנודמן לי לומר בהקשר זה:

"אם יינצלו חיי אדם אחד, הקרבן העתידי, וגם – אכן – חיי המחבל שיוורתע, בעקבות ההרתעה בשל ההריסה (ראו מסילת ישרים לר' משה חיים לוצאטו, איטליה-הולנד-ארץ ישראל המאה הי"ח, סוף פרק י"ט), ולא כל שכן אם יינצלו יותר מאחד, והרי מחבלים נכונים לפגוע גם באנשים רבים, לרבות זקנים וטף – או אז מחיר ההריסה המצערת, שהיא פעולה ברכוש ולא בנפש, לא יהא בלתי מוצדק. עסקינן בחיי אדם, לא פחות, וקדושת החיים צריך שתהא בעדיפות העליונה במישור הערכי-מוסרי; כפי שאמר זה מכבר השופט טירקל:

'הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך' (בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 3 (2003); ראו גם פסקה 4 לחוות דעתו של השופט סולברג בעניין המוקד להגנת הפרט) (עניין חרוב, פסקה י"א; ההדגשות במקור).

הדברים האמורים לעניין בני משפחה ככלל, נכונים גם לעניין קטינים בפרט; אף שבמקרה הנדרש לבית שבו מתגוררים קטינים, מתעצמת במידה מסוימת הפגיעה נוכח העיקרון המבוסס של טובת הילד, אין בה לכשעצמה כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו, שכן מטבע הדברים מקום שעסקינן בבתי מגורים, יהיו לא פעם קטינים בין דריהם, והצורך בהרתעה בעינו עומד (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997); עניין קואסמה, פסקאות 21 ו-26).

ח. אשר לנזק סביבתי ולפגיעה אפשרית בעסקו של העותר 2, חזקה על גורמי הביטחון כי יפעלו לשם צמצומן ככל הניתן, כמות שאכן נטלו עליהם; וככל שיגרמו נזקים, אין הדלת נעולה לעניין פיצויים (עניין חרוב, פסקה ט'; עניין סידר, פסקה ט'; עניין מוסטפא, פסקה 58).

ט. סוף דבר. מזה שנים רבות נלחמת מדינת ישראל בגורמי טרור, אשר אינם בוחלים בכל אמצעי לפגיעה רבתי באוכלוסיה ישראלית, בחפים מפשע; ובעוד שורות אלה נכתבות, נודע כי מחבל נוסף רצח ילדה בת 13, הלל יפה אריאל ע"ה, בשנתה בביתה בישוב קריית ארבע; זדון בלתי אנושי, שומו שמים; ובתום כתיבתן נערכת הלוייתו של מיכאל מרק ע"ה, שנרצח בכביש ראשי ורעייתו ושני ילדיו יבל"א נפצעו מירי מחבל. אירועי השנה החולפת ממחישים את העובדה כי מדינת ישראל אינה ניצבת לבדה במערכה זו – פאריס, בריסל, אורלנדו ואיסטנבול, הן אך דוגמאות למלחמה חוצה גבולות של גורמי טרור חסרי מעצורים, אשר ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האו"ם אינה נר לרגלם, ואמנות ג'נבה אינן לחם חוקם. הטרור שופך חמתו בלא הבחנה, בלא נורמות, בשנאה זדונית. מלחמה זו מצריכה נקיטת אמצעים לא שגרתיים לשם הגנה על הציבור ולשם הרתעה. אין חולק, כי אין בכך כדי לאין את ערכינו הבסיסיים, וכפי שציין מכבר הנשיא ברק, "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999)). ואולם כדבריו, "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אדם אינן מרשם לכיליון לאומי" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 311 (1985)); ועוד מפיו: "אסור שזכויות האדם ייהפכו לקרדום לשלילת בטחון הציבור והמדינה" (דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000); ראו גם בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002)). ברכיב ההרתעתית של ההריסה, שהוכח בפנינו במידה מספקת לעת זו, טמונה גם ההצדקה המשפטית והמוסרית.

כשאר מדינות העולם החפצות חיים, אין ישראל יכולה לשבת בחיבוק ידיים אל מול העומדים עלינו לכלותנו. מכאן, משמצאו גורמי הביטחון, לאחר בדיקה קפדנית ומתמשכת, כי אמצעי מסוים – שאינו פוגע בחיי אדם אלא ברכוש, מבלי להקל בו ראש – מרתיע ומביא להצלת חיי אדם, סבורני כי חרף הקושי הכרוך בו, לא לנו לקבוע כי אמצעי זה אסור כשלעצמו; המפתח הוא בחינת מתמדת של רכיב ההרתעה, שימוש מיוחד בתקנה על-ידי המשיב במקרים החמורים במיוחד, ושקילתם במקרים המתאימים של אמצעים חלופיים אשר יש בהם כדי להשיג את תכלית ההרתעה. הדבר נשקל בענייננו, אך לא נמצאה דרך אחרת. נוכח כל האמור, אין מקום להתערבותנו.

י. אין בידינו איפוא להיעתר למבוקש. צו הביניים שניתן יפקע תוך עשרה ימים ממועד פסק דין זה, כדי לאפשר לנוגעים בדבר התארגנות כנחוץ.

המשנה-לנשיאה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שופט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, א' בתמוז התשע"ו (7.7.2016).

שופט

שופט

המשנה-לנשיאה