

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8786/17

לפני:

כבוד השופט אי' שהם  
 כבוד השופט מי' מזוז  
 כבוד השופט י' אלרון

העותרים:

1. אבו אלרוב
2. אבו אלרוב
3. אבו אלרוב
4. אבו אלרוב
5. אבו אלרוב
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים:

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה:

כ"ו בחשוון התשע"ח (15.11.2017)

בשם העותרים:

עו"ד מיכל פומרנץ; עו"ד מוריה שלומות

בשם המשיבים:

עו"ד אבינועם סגל אלעד

פסק-דיןהשופט י' אלרון:

1. העתירה שבפנינו מכוונת נגד צו החרמה והריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנה או תקנה 119) שהוצא למבנה הממוקם בקבטיה שבצפון השומרון, בו מחגוררים העותרים.

2. העותר 1, הוא אביו של אבו אלרוב (להלן: הנאשם) נגדו הוגש כתב אישום המייחס לו יחד עם אחר, קמיל (להלן: קמיל), את רציחת המנוח ראובן שמרלינג ז"ל ביום 4.10.2017.

3. כתב האישום מפרט בהרחבה את השתלשלות האירועים עובר לרציחת המנוח, בכלל זה ההחלטה שגמלה בליבו של קמיל לנצל את השהות בישראל על מנת לבצע פיגוע דקירה ממניע לאומני, ולגרום למוחם של יהודים, כאשר הם

יהודים. קמיל הציע לנאשם לחבור אליו לצורך ביצוע הפיגוע, והלה הסכים. במסגרת הקשר והמטרה לקדם כוונתם זו רכשו השניים סכין לחיתוך בשר, בעלת להב באורך של 18 ס"מ, הטתירו אותה מתזוזת למזוץ בחדרם ותכננו את דרך הימלטותם לאחר מעשה.

4. כתב האישום ממשיך ומפרט כיצד ביצעו השניים את הרצח האכזרי במחסן פחמים בכפר קאסם שכניהולו של המנוח, וכיצד הובל תחילה המנוח בערמה אל חדר צדדי במקום כדי להקל על השניים לבצע את זממם. בהמשך, השניים דקרו את המנוח פעמים רבות וחבטו בו ללא רחם, באמצעות מכוש ומאוורר בכל חלקי גופו. לאחר מכן, הותירו אותו מתבוסס בדמו על הרצפה ונמלטו מהמקום. כתוצאה מהמעשים האכזריים המפורטים, נגרמו למנוח חבלות רבות וקשות אשר גרמו למותו.

בתום חקירת שירות הביטחון הכללי נעצרו הנאשם ושותפו למעשה.

5. כתב האישום מייחס לשניים עבירה של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א) (2) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועבירה של כניסה וישיבה בישראל בניגוד לחוק, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

6. ביום 6.11.17 הוציא המשיב 1 צו החרמה והריסה לבית בו התגוררו הנאשם ומשפחתו (להלן: המבנה) שזו לשונו:

"בתוקף סמכותי כמפקד כוחות צה"ל באזור, ובהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, וכן מתוקף הסמכויות המוקנות לי לפי כל דין ותחיקת הביטחון, והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת, הנני מצווה בזאת על החרמת והריסת המבנה המתואר להלן: המבנה בקבטיה בו התגורר המחבל מחמד זיאד מחמד אא- רוב ת"ז 404212698. צעד זה ננקט נוכח צורך הכרחי בשים לב לכך שהנדון ביצע פיגוע אלים ביום 4.10.17, במסגרתו רצח אדם. חל איסור לבנות כל בינוי בדירה נושא צו זה".

7. המבנה שאליו מתייחס הצו מצוי כאמור בבעלות העותר 1. יחד עמו מתגוררת במבנה העותרת 2, אשתו מנישואים שניים (הוריו של הנאשם התגרשו), וכן העותר 5, בנם המשותף. במבנה מתגוררים גם העותרים 3-4, שהם ילדיו של העותר 1 מנישואיו הראשונים.

8. העתירה שבפנינו הוגשה נגד החלטת המפקד הצבאי שצוטטה לעיל, ולוותר בבקשה למתן צו ביניים למניעת החרמת והריסת המבנה. ביום 12.11.2017 קיבל בית משפט זה (השופטת ע' ברון) את הבקשה למתן צו ביניים, והורה למשיב 1 להימנע מלבצע פעולות הריסה או אטימה במבנה, עד להחלטה אחרת.

## עיקרי טענות הצדדים

9. העותרים מעלים שורה של טענות עקרוניות ופרטניות נגד הצו ונגד סמכותו של המשיב 1.

10. במישור העקרוני נטען, כי החרמת והריסת בתים על-פי תקנה 119 היא פעולה אסורה ובלתי חוקית, מאחר שהיא פוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע ומהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי. עוד נטען, כי טרם הוכח שהטלת סנקציה בדמות הריסת בתי מחבלים משיגה את התכלית ההרתעתית שבבסיס התקנה. אדרבה, לשיטת העותרים הריסת הבתים דווקא מלבה את העוינות והשנאה ומשמשת זרז למימוש תכניותיהם של מפגעים. לטענת העותרים, משלא הוכח שהאמצעי של הריסת בתים יוצר את התוצאה המבוקשת של הרתעת מפגעים מלהוציא לפועל פיגועים נוספים, אין הצדקה חוקית כלשהי למתן הצו. בקשר לכך, נטען כי על המשיב 1 לבצע בדיקה אמפירית ולהציג נתונים לגבי מידת ההרתעה המושגת באמצעות השימוש בתקנה.

11. העותרים מייחסים חשיבות מכרעת לעובדה כי במבנה מתגוררים גם אשתו השנייה של העותר 1, וכן ילדיו הקטינים. לטענתם, הפעלת הצו בנסיבות אלה אינה מידתית ואינה סבירה. זאת ועוד, לשיטת העותרים נותקה זיקת המגורים בין הנאשם לבין המבנה זה מכבר, שכן בתקופה החולפת לא התגורר הנאשם במבנה, ובמשך שמונה חודשים אף שהה כמעצר מנהלי (בין פברואר 2016 לאוקטובר 2016).

12. העותרים אף טוענים לפגמים בתשתיו העובדתית ששימשה בסיס להחלטת המשיב 1. כך למשל, נטען כי נוכח השלב המקדמי בו מצוי ההליך הפלילי, אין כל ודאות לכך שאירוע הרצח בוצע כמעשה לאומני, בגינו נתונה למשיב 1 הסמכות להוציא את הצו. לכן, טוענים העותרים כי יש לעכב את השימוש באמצעי זה עד לבירור הרקע והמניע לביצוע המעשים.

13. המשיבים טוענים, מנגד, כי מתן הצו ביחס למבנה נדרש לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים וסביבתם מביצוע ותמיכה במעשים דומים למעשי הנאשם. בהקשר זה, מצביעים המשיבים על העובדה כי בתקופה האחרונה נרשמה הסלמה במצב הביטחוני ביהודה ושומרון, המחבטאת בפיגועים קטלניים, וכי השימוש בצו יש בו כדי הרתעה אפקטיבית הפוגעת במוטיבציה של מפגעים יחידים לבצע פיגועים, מתוך החשש שבתיהם יהרסו.

14. לשיטת המשיבים פעולות המשיב 1 עולות בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי בישראל, תוך שהם מפנים לכך כי בית משפט זה נדרש בעבו לא אחת לטיעונים כאשר לפרשנות המשפטית שיש ליתן לסמכותו של המשיב 1 לפעול לפי התקנה מושא הדיון שבפנינו, ומשכך אין לשוב ולהידרש אליהם.

15. לשיטת המשיבים קיימת זיקת מגורים ממשית בין הנאשם לבין המבנה, ולראיה, העובדה שהנאשם עצמו והוריו ציינו במסגרת חקירתם כי הנאשם מתגורר במבנה, ועושה שימוש בכל חדריו. אשר לתשתית העובדתית, טוענים המשיבים כי נגד הנאשם עומדת תשתית ראייתית מוצקה, ברמה המספקת לצורך העמדתו לדין פלילי, ולהוכחת המניע הלאומני למעשיו.

16. אשר לטענה כי דיירי המבנה חפים מפשע, טוענים המשיבים כי הריסת המבנה מוצדקת ומידתית חרף הפגיעה הנטענת, נוכח התועלת הרבה שבהרתעת מפגעים פוטנציאליים. בקשר לכך, מזכירים המשיבים כי ההרתעה אינה מכוונת כלפי דיירי המבנה דווקא, אלא כלפי גורמים השוקלים לבצע פיגועי טרור נגד חפים מפשע.

17. נוכח האמור לעיל, לגישת המשיבים אין עילה להתערבות בית משפט זה בשיקול דעתו של המשיב 1.

18. בדיון שהתקיים בפנינו, הציגו המשיבים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות חומר חסוי אשר יש בו כדי לבסס, לשיטתם, תשתית ראייתית לכאורית המצביעה על אשמתו של הנאשם כמעשים המיוחסים לו, וכן מידע רב הנוגע להרתעתם של מפגעים פוטנציאליים, כתוצאה מהריסת כתיים.

דיון והכרעה

19. סוגיית סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119 נדונה לפני בית משפט זה במספר הזדמנויות, בהן נבחנו השאלות העקרוניות שמעוררים העותרים (ראו, למשל: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015)). כפי שצוין לא אחת, אין להידרש לסוגיות העקרוניות העולות תדיר בעתירות בעניין תקנה 119, שעה שההלכה הפסוקה בעניין היא ברורה (ראו: בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (23.2.2017)) על כן, איני סבור כי קיים צורך לשוב ולברר סוגיה זו, ותחת זאת יש לדון בטענותיהם הפרטניות והגסיכחיות של העותרים, ולבחון אותן לאור ההלכה הפסוקה.

20. ביסוד תקנה 119 ניצבת תכלית הרחעתית משמעותית כלפי מפגעים פוטנציאליים ובני משפחותיהם. יוצא אפוא, כי התקנה מעניקה למפקד הצבאי, על-פי לשונה, סמכות רחבה לפעול להחרמת ולהריסת רכוש. עם זאת, לנוכח העובדה כי מדובר באמצעי דרסטי, פירשה ההלכה הפסוקה סמכות זו בצמצום, וקבעה כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זהיר בסמכותו לפי התקנה, ולקבל את החלטותיו תוך הקפדה ושמירה על עקרונות הסבירות והמידתיות (ראו למשל: בג"ץ 8084/02 עבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003)).

21. במסגרת הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של המפקד הצבאי, נבחנים הערכים השונים העומדים ביסוד ההחלטה, בהתאם למבחני המידתיות. בקשר לכך, מוטל על בית המשפט לבחון, בין היתר, האם האמצעי הננקט עשוי להביא באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה; האם האמצעי הננקט עלול לפגוע בזכויות האדם המוגנות במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה; ולבסוף, האם האמצעי הננקט עומד ביחס ראוי למטרה שביסודו (ראו: בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, בפסקה 5 (5.1.2009)).
22. שאלת מידתיות הפעולה נבחנת, בראש ובראשונה, לאור תכליתה – יעילות ההרתעה. בקשר לכך, נקבע בעבר כי מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון, וכי קיים קושי בעריכת מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו כתוצאה מפעולות של הריסת בתים (ראו: בג"ץ 5376/16 חוסין אבו חדיר נ' שר הביטחון, בפסקה ל"ז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (4.7.2017)). נוכח הפגיעה האפשרית בזכויות יסוד של דיירי הבית לגבי הוצא הצו, עמד בית המשפט בעבר על כך שראוי שגורמי הביטחון יבחנו מעת לעת את נכונותה של הערכתם בנושא זה (ראו: בג"ץ 8575/03 עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(1) 210, 213 (2003)).
23. אל מול שאלת ההרתעה ויעילותה, נשקלת הפגיעה בזכויות קרוביו של הנאשם, בני ביתו, וקיומן של נסיבות ייחודיות, המצדיקות את צמצומו של הצו, או אף ביטולו במקרים חריגים.
24. במסגרת האיזון בין הערכים השונים המנויים לעיל, ובהתאם למבחני המשנה של המידתיות, הכירה הפסיקה במספר אמות מידה לשם תיחום סמכותו של המפקד הצבאי בכואו להפעיל את הסמכות המוקנית לו מכוח תקנה 119 ולהורות על הריסת ביתו של חשוד בפעולות טרור, בכללן – חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; עוצמת הראיות נגדו; מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית וזיקתם הקניינית לבית; זהותם, מעמדם וגילם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהריסת הבית; עיתוי יישומו של צו ההריסה; וכן היבטים של אפליה ואכיפה שוויונית. המידתיות נשקלת גם בנוגע לאופן הפעלת הצו. בקשר לכך, 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 בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה (בג"ץ 5290/14 סעדי עאל עפא קואטמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (11.8.2014)). הפסיקה מורה כי מדובר ברשימה פתוחה וכי יש לאזן בין השיקולים כולם, בהתאם לנסיבות העניין הפרטני שבא לפני בית המשפט (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, 699-700 (1992) (להלן: עניין אלעמרין)).
25. לאחר ששקלתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות.

26. אין בידי לקבל את טענות העותרים בכל הנוגע לזיקת המגורים של הנאשם. מהחומרים החסויים שהובאו לעיונו עולה כי קיימת זיקה ממשית בין הנאשם לבין המבנה. אותם חומרים מלמדים כי הנאשם, והעותר 1, ציינו מפורשות בחקירתם כי מקום מגוריו של הנאשם הוא בביתו של העותר 1, המבנה שלגביו הוצא הצו. זאת ועוד, מהמידע החסוי שהוגש לעיונו עולה כי מבדיקה וחיפוש שערך המשיב 1, התגלה כי ציורו האישי של הנאשם נמצא במבנה. נתונים אלה הניחו את דעתי כי הנאשם החגורר במבנה דרך קבע, וכי עומדת לו זיקת מגורים ממשית למבנה שבמוקד העתירה.
27. כמו כן, אין לקבל את טענת העותרים לקיומה של עמימות בדבר הרקע הלאומני למעשיו של הנאשם. נסיבות העבירה המפורטות בכתב האישום, לרבות המניע, ופרטים שונים על אודות הליכי החקירה שנמסרו לעיונו, מלמדים כי בידי המשיבים ראיות מוצקות די הצורך לשם הפעלת סמכותם המנהלית.
28. אשר לשאלת מודעות העותרים לכוונותיו החבלניות של הנאשם, דעתי היא כי גם זו אינה מטה את הכף להתערבות בשיקול דעתו של המשיב 1. כפי שנקבע בעבר, אין בעובדה שבני המשפחה לא ידעו על כוונותיו הזדוניות של המפגע כדי להצביע על פגם מהותי שנפל בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. נוכח התכלית ההרתעתית שבבסיס התקנה, המכוונת גם כלפי ציבור המפגעים בכוח וסביבתם, מודעות מצד דיירי המבנה המיועד להריסה לכוונותיו של המפגע איננה חנאי הכרחי לביצוע הצו (ראו: עניין אלעמרין, בעמ' 699-700).
- עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט מ' מזוז בה התייחס, בין היתר, לדבריו בעניין אלג'מל לפיהם סוגיית ידיעת בני משפחת המפגע על כוונותיו, עשויה להשליך על השימוש בסנקציית ההריסה. לעניין זה, אומר קצרות כי התייחסות זו יש בה כדי לרמוז דווקא על גישה פרשנית לפיה התכלית העומדת בבסיס תקנה 119 היא עונשית, ולא הרתעתית, ולא היא.
29. לאחר שעיינתי בחומר החסוי שהגישו המשיבים, לרבות תוצרי חקירה רבים מהעת האחרונה, שוכנעתי כי אכן קיימים שיקולי הרתעה נכבדים העומדים ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי, וכי הפעלת הצו יש בה כדי להוות גורם מרתיע כלפי מחבלים ומפגעים פוטנציאליים, ולהשפיע על סביבתם הקרובה לבל יאפשרו יציאת מפגעים מקרבם.
30. בית משפט זה פסק לא אחת כי כאשר חומרת המעשים המיוחסים לנאשם היא רבה, ייתכן שיהיה בכך די כדי להצדיק שימוש בסנקציה החריגה של הריסת ביתו, וזאת מכוח שיקולי הרתעה (ראו, למשל: בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה ט' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014)). במקום אחר נקבע כי די בכך שקיימות אינדיקציות מוחשיות ליעילות ההרתעה, כדי להטות את הכף ולהעדיף את הפגיעה הוודאית ברכוש, מפני הפגיעה המסתברת בחיי אדם (ראו: בג"ץ 2828/16 אחמד אבו ז'יד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה ז' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (7.7.2016) (להלן: עניין אבו ז'יד)).

31. הדברים האמורים יפים גם לעניין שלפנינו. חרף הספקות שהובעו בעת האחרונה כפטיקה ונספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, עמדתי היא כי כאשר הוכיח המפקד הצבאי שקיים אפקט הרתעתי ראוי ומשמעותי, כבענייננו, הרי שאין להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה (ראו: בג"ץ 7040/15 פדל מוסטפא פדל חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 29 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור (12.11.2015)).

32. אין ספק כי בהריסת המבנה יש כדי לפגוע בזכויות יסוד של העותרים. פגיעה זו מתחזקת נוכח העובדה כי העותרים 3-5 הם קטינים, כי העותרת 2 אינה אמו הביולוגית של הנאשם וכי לא הוכח שהעותרים ידעו על כוונותיו של הנאשם. עם זאת, נסיבות העניין מגלות שיקולי הרתעה שאינם מבוטלים כלל. עובדות כתב האישום מפרטות את מעשה הרצח וכיצד בוצע מתוך תכנון מוקדם, באכזריות רבה, מתוך תאוות נקם ועל רקע לאומני – יהדותו של המנוח. המעשים המיוחסים לנאשם נמצאים, ללא ספק, ברף החומרה הגבוהה, נתון המרגיש את הצורך בהרתעה יעילה.

33. העדפתם של שיקולי הרתעה על פני הפגיעה בזכויות דיירי הבית, נכונה גם כאשר מדובר בקטינים. כפי שנקבע בעבר, אין בעיקרון טובת הילד, כדי לקבוע כי המשיב 1 חוג ממתחם שיקול הדעת המסור לו, שכן "מטבע הדברים מקום שעסקינן בבתי מגורים, יהיו לא פעם קטינים בין דריהם, והצורך בהרתעה בעינו עומד" (עניין אבו זיד, בפסקה ז').

34. לא נעלמה מעיני העובדה שהנאשם שהה כמעצר מנהלי חקופה של שמונה חודשים, כשנה לפני שביצע את הפיגוע. באת-כוח העותרים טענה לפנינו במהלך הדיון בעל-פה כי עובדה זו מצביעה על כשל בטענות המשיבים, שכן אם אין ביכולתן של רשויות הביטחון לדעת ולצפות את מהלכיו העתידיים של הנאשם גם לאחר ששהה כמעצר מינהלי, קל וחומר שאין לצפות זאת מסביבתו של הנאשם וקרוביו. כשלעצמי, סבורני כי הקושי בהגבלת המפגע כאמצעות כלי הסיכול הדרסטי של מעצר מנהלי במקרה זה, מלמד דווקא על הצורך בשימוש באמצעים צופי פני עתיד, מניעתיים אך גם הרתעתיים, אשר יש בהם כדי לשמור על שלום הציבור ובטחוננו.

סוף דבר

35. נסיבות המקרה שלפנינו אינן מן הפשוטות להכרעה. הכרעות מן הסוג שבמוקד הליך זה מערכות, באופן מובנה, שיקולים שבמשפט ומוסר, ביטחון לאומי והגנה על זכויות הפרט. נקיטה באמצעי הרתעתי מעצם טיבה, אינה מן ההחלטות הקלות והיא מעוררת דילמות רבות, משפטיות ואחרות, אשר למרבה הצער אנו נדרשים להן מעת לעת. עם זאת, אין להקל ראש גם בצרכי ההרתעה. גלי הטרור באים בזה אחר זה ומשנים את פניהם ודרכי פעולתם, ומכאן ההכרח במתן אישור לשימוש באמצעי זה, בכפוף לסייגים והגדרים המנויים בפטיקה. ההסלמה הביטחונית שחלה במרוצת השנתיים האחרונות, מלמדת על קיומו של יסוד איתן לטענה כי השימוש בצו יש בו כדי להוות אמצעי הרתעתי בעל משמעות רבה, ובסופו של יום – לשמירה על בטחון הציבור ושלומו.

## ש ו פ ט

השופט א' שהם:

1. אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט י' אלרון, כי יש לדחות את העתירה, ומקובלים עליי נימוקי חוות דעתו. עם זאת, ומפאת חשיבות הנושא, אוסיף מספר הערות משלי.

2. אתייחס תחילה לטענות העקרוניות שהועלו על ידי העותרים, ככל שהדבר נוגע לחוקיות הפעלת הסמכות, בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה. גישתי בסוגייה זו הוצגה בבג"צ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 17 (1.12.2015):

"מן הראוי להבהיר בפתח הדברים כי, במסגרת עתירה זו, אינני רואה מקום להידרש לנושא העקרוני, שעניינו עצם הפעלת הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה, בהתאם לתקנה 119. נושא זה כבר נדון והוכרע בשורה של פסקי דין קודמים ובראשם פסק הדין שניתן בבג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), כאשר עתירה לדיון נוסף בעניין זה, נדחתה (דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (12.11.2015)). אינני סבור כי יש צורך, בנסיבות אלה, לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות, לכל יהפוך מוסד זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים' (וראו גם, פסק דיני בבג"צ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי (14.6.2016); פסק דיני של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בבג"צ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (25.5.2016); פסק דיני של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 2828/16 אבו נזיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (7.7.2012); והחלטת הנשיאה מ' נאור בדנג"צ 4657/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.2016)).

כך גם במקרה דנן, אינני רואה מקום לחזור ולדון מחדש בשאלות העקרוניות, שהועלו במסגרת עתירה

.11

3. בהינתן התכלית ההותעתית, העומדת ביסוד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, על הביקורת השיפוטית להתמקד בשאלות הנוגעות ליעילותם של צווי החרמה וההריסה, ועד כמה הם מגשימים את תכלית ההרתעה, שנועדה למנוע את הפיגוע הבא, ובכך להציל חיים. בנוסף, יש לבדוק, על יסוד הנסיבות הקונקרטיות, את סבירות ומידתיות החלטתו של המפקד הצבאי, להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119.

במקרה שלפנינו שוכנעתי, לאחר עיון בחוות זעזע עדכנית שהוגשה במסגרת החומר החסוי, כי יש בסיס לעמדת המשיבים בדבר יעילותו של האמצעי, וכפי שציין השופט נ' סולברג בבג"צ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016): "קיימות אינדיקציות לכך שהחשש מפני פגיעה בבתי משפחות מחבלים אכן יוצר הרתעה אצל מחבלים פוטנציאליים".



בהתייחס לאירוע הרצח עצמו, קיימות ראיות מינהליות די והותר, לכך שהרצח האכזרי בוצע על רקע לאומני, ורק בשל היותו של המנוח יהודי.

אשר לזיקת המגורים בין המחבל לבין הבית המיועד להריסה, נראה בבירור כי קיימת זיקה כזו, גם אם נהג המחבל ללון בבית אימו הביולוגית אחת לשבוע, כטענתו. להבדיל ממקרים אחרים, בהם ניתן לזהות יחידת דיור ספציפית השייכת למחבל, הרי שבמקרה דנן עולה מהמכלול כי המחבל עשה שימוש בבית כולו, ולא ניתן לבודד חלקים השייכים לו מיתר חלקי הבית, ולפיכך יש הצדקה להפעלת צו ההחרמה וההריסה כלפי הבית כולו.

4. לבסוף, אתיחס לטענה לפיה בני הבית לא היו מעורבים בכיצוע המעשה, ולא עורדו את המחבל לפני ואחרי הרצח. כפי שנקבע לא אחת, "המשיב אינו נדרש להראות כי המתגוררים בבית ידעו אודות הפעילות החבלנית המסוכנת של המפגע, או כי עוזרו אותו לבצע את הפיגוע" (בג"צ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 698, (1992), וראו גם, בג"ץ 9353/08 אבו זהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009); בג"ץ 1930/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996)).

כך גם במקרה דנן, אין להתערב בהחלטת המפקד הצבאי, בשל העדר כל מעורבות במעשה או עידור ותמיכה מצידם של דיירי הבית האחרים.

5. לסיכום, נראה בעיני כי המשיב 1 הפעיל את שיקול דעתו במקרה שלפנינו כסבירות ובמידתיות, ואינני רואה מקום להתערב בהחלטתו, ולפיכך יש לרחות את העתירה.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. איני שותף לדעת חברי, השופט י' אלרון, ולמסקנתו, אליה הצטרף גם חברי השופט א' שהם. אני סבור כי צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים אינו עומד במבחן הדין, ולמצער אינו מידתי, ועל כן דינו להיבטל.

2. עתירת העותרים כוללת שורה של טענות עקרוניות נגד חוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנון 119), הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי; זאת, לצד טענות קונקרטיות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה הנוגעות לנסיבות הספציפיות של המקרה דנן.

3. חבריי סבורים שאין מקום לדון בשאלות העקרוניות "שעה שההלכה הפסוקה בענין היא ברורה". איני שותף לעמדה זו. כבר הבעתי לא פעם את דעתי כי הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות

קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר להשקפתי לא זכו עד כה לבירור מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה. איני רואה צורך לשוב ולפרט את הדברים פעם נוספת במקרה זה ואסתפק בהפניה לדברים שכבר כתבתי (ראו בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), להלן: ענין עליוה; בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל; בבג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016); בבג"ץ 1125/16 מדעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016), להלן: ענין מדעי; ולאחרונה בבג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (7.11.2017), להלן: ענין אלג'מל).

4. לצד השאלות העקרוניות באשר לעצם תוקפה של תקנה 119 וחוקיות הפעלתה הועלו כאמור בעתירה דנן גם טענות פרטניות בנוגע למידתיות הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 בנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן, בעיקר לענין זיקת המגורים של המפגע ובאשר לפגיעה בחפים מפשע. להלן אעמוד בקצרה על שתי שאלות אלה.

#### א. זיקת מגורים

5. אזכיר תחילה את עיקרי העובדות הרלבנטיות. ביום 4.10.2017 נרצח בכפר קאסם ראובן שמרלינג ז"ל (להלן: המנוח). בעקבות אירוע זה נעצרו מחמד זיאד מחמד אלרוב, תושב קבטיה שבשומרון (להלן: המפגע) ואדם נוסף, וביום 29.10.2017 הוגש נגדם כתב אישום המייחס להם את ביצוע רצח המנוח על רקע לאומני, וכן כניסה ושהיה בישראל שלא כדין. העותר 1 הוא אביו של המפגע, והעותרים 2-5 הם אשתו השניה של האב, שני אחיו הקטינים של המפגע, ואחיו למחצה מצד אביו. העותרים 1-5 (להלן: העותרים) מתגוררים כולם בבית האב, מושא עתירה זו, מבנה בן קומה אחת (להלן: הבית).

הוריו של המפגע גרושים ואמו מתגוררת בבית נפרד. אין מחלוקת כי המפגע לן לסירוגין בבית אביו ובבית אמו, אך קיימת מחלוקת באשר להיקף השימוש של המפגע בכל אחד מהבתים, כאשר לטענת המשיב בית אביו היה מקום מגוריו העיקרי. כן יש לציין כי במהלך 2016 היה המפגע עצור במעצר מינהלי למשך 8 חודשים, וכי עובר לאירוע הרצח התגורר המפגע בכפר קאסם (כשוהה בלתי חוקי), ושם גם בוצע כאמור הרצח.

6. בענין עליוה הנזכר לעיל עמדתו על כך כי כללי המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי מחייבים הצבת סייגים להפעלתה של תקנה 119 בהתייחס בין היתר להבחנות הנוגעות לזיקת המפגע ופעילותו הטרוריסטית לבית מושא צו ההחרמה וההריסה -

א. הבחנה בין בית שהוא ביתו וקניינו של המפגע, לבין בית בו הוא בגדר 'דייר נלווה' בלבד, כגון בית הוריו בו הוא מתגורר, לעתים אף באופן מוגבל, כגון סטודנט השוהה בבית רק בחופשות וכיו"ב...

ב. הבחנה בין מקרים בהם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של המפגע (כגון לאחסון אמצעי לחימה, או להתועדויות עם שותפיו לפעילות

הטרוריסטית), לביין מקרים בהם הבית שימש למפגע וכן בבית מגורים... (שם בפסקה 13).

ובענין מדעי, הנזכר אף הוא לעיל, עמדתי בייתר פירוט על סוגיית זיקת המגורים של המפגע לבית מושא צו ההחרמה וההריסה, וביין היתר ציינתי שם כי –

”7. לשאלת הזיקה של עבד לבית יש השלכה בשני מישורים:

א. במישור הסמכות - האם ניתן לראות בעבד כ-Inhabitant של הבית? ככל שעבד אינו Inhabitant בבית הוריו הרי שהמשיב 1 (להלן: המשיב) אינו מוסמך כלל להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הבית;

ב. במישור שיקול הדעת - אף אם לא ניתן לשלול את הגדרתו של עבד כ”תושב” של הבית, האם נוכח חולשת הזיקה לבית עומדת החלטת המשיב בנסיבות הענין במבחני הסבירות והמידתיות באשר לסנקציה עליה הוחלט? (שם בפסקה 7, וראו גם התייחסותי לסוגיה זו בענין אבו ג’מל בפסקה 15).

ובהמשך ציינתי כי-

”מבחני המידתיות של המשפט המינהלי ושל המשפט החוקתי, יחד עם הגישה המצמצמת והזהירה הגדרשה בפגיעה בזכויות יסוד, מזייבים בחינה יסודית של נסיבות המקרה ומתן משקל משמעותי ואף מכריע לשיקולים אלה: עוצמת הזיקה של המפגע לבית; קיומו של קשר בין הבית לבין הפיגוע שהוא עילת הצו; ומעורבות בני המשפחה, בעלי הבית, כמעשי בן המשפחה המפגע. בחינת רכיבים אלה חיונית הן לביסוס צידוק לעצם הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, והן באשר לקביעת היקף וחומרת הסנקציה שניתן להפעיל (אטימה או הריסה, חלקית או מלאה)” (שם בפסקה 22, הוזגשות במקור).

7. אשר למקרה דנן. אכן גם אם נקבל את גרסת העותרים כי המפגע התגורר לסירוגין בבית אביו ובבית אמו, אין בכך כדי לשלול את מעמדו כ”תושב” הבית (Inhabitant). עם זאת, אין ספק כי מדובר בזיקת מגורים מוגבלת, המשליכה על סבירות ומידתיות הפעלת הסנקציה החריפה של הריסה על בית העותרים.

הבית הנדון אינו וקניינו של המפגע, והוא אך בגדר ”דייר נלווה”, לא קבוע, בבית, שהוא ביתו של העותר 1, ומקום מגוריהם היחיד והקבוע של אביו, אשתו השניה של זאב, ושלושת אחיו הקטינים של המפגע. המפגע הוא בגיר, וכאמור בשנת 2016 שהה תקופה ארוכה במעצר מינהלי, ולאחר מכן שהה לסירוגין בבית אביו ובבית אמו - ככל הנראה יותר בבית אביו, בו חלק חרוי אחד עם אחיו. לא למותר גם לציין כי בתחילה הופנה צו ההחרמה וההריסה כלפי ביתה של האם, ורק לאחר מכן תוקן הצו והוצא נגד ביתו של האב. כמו כן, עובר לאירוע הרצח, המפגע שהה בישראל, בכפוף קאסם, כשוהה בלתי חוקי, שם גם בוצע הרצח.

8. בנסיבות אלה, כאשר אין מדובר בביתו-קניינו של המפגע, ואין מדובר גם ביחיות מגורים נפרדת ששימשה את המפגע, אלא בדירה בה התגוררו המפגע לסירוגין כחזר אחד בלבד, אותו חלק עם אחיו, עולה השאלה, האם הוצאת צו להריסת הבית כולו, המשמש כקורת גג יחידה לעותרים כולם, עומדת במבחן הסבירות והמידתיות.

אני סבור כי התשובה לכך היא שלילית. כאמור, הזיקה של המפגע לבית היא מוגבלת. הבית עצמו גם לא שימש אכסניה לפעילות טרוריסטית והמפגע לא יצא מהבית לפעילותו הרצחנית (השור: כג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979), להלן: ענין סחוויל; ובג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223 (1981), להלן: ענין חאמד). המפגע עצור ועומד לדין בגין עבירת רצח, וצפוי, אם יורשע, לרצוח עונש מאסר ממושך מאוד, וממילא זיקתו לבית הסתיימה. לעומת זאת, הבית משמש כקורת הגג של העותרים, הורים וילדים קטינים, להם לא מיוחסת כל מעורבות, לא כמעשה ולא בידיעה, כמעשהו הרצחני של המפגע.

זאת ועוד, אף לגישת המשיב בדבר הצורך בהפעלת תקנה 119 בנסיבות דנן מטעמי הרתעת הרבים, עדיין לא ניתן הסבר לצורך ולצידוק בנסיבות האמורות להפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 במלוא חומרתה, היינו הריסת הבית כולו, כאשר אין חולק כי בעת שהמפגע לן בבית הנדון הוא חלק חדר מגורים אחד עם אחיו. ראוי להדגיש כי בעבר, לא פעם, הסתפק המשיב, משיקולים של סבירות ומידתיות, בסנקציה חלקית, של אטימה או הריסה, שהוגבלה רק לחדר ששימש למגורי המפגע (ראו למשל: ענין סחוויל וענין חאמד שנוכרו לעיל, וכן בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987); בג"ץ 3740/90 מנזור נ' מפקד כוחות צה"ל ביר"ש (8.1.1991); בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 858 (1992); ובג"ץ 8024/14 חגאזי נ' אלוף פיקוד העורף (15.6.2015)).

### ב. פגיעה בחפים מפשע

9. כאמור, בענייננו לא מיוחסת מעורבות, מכל סוג שהוא, של העותרים כמעשהו הנפשע של המפגע, או ידיעה על כוונתו לבצע מעשה מסוג זה, ואף לא מיוחסת לעותרים חמיכה במפגע לאחר מעשה.

10. אין ספק כי המעשה המיוחס למפגע הוא פשע חמור ונתעב. אלא שאין אנו עוסקים במפגע עצמו. הוא עומד לדין, ואם יורשע הוא צפוי להיענש בכל חומרת הדין. הסנקציה מושא העתירה אינה פוגעת במפגע עצמו (שצפוי לבלות שנים ארוכות בכלא) אלא בבני המשפחה בעלי הבית ודייריו, כולל שלושה קטינים. ושוב עולה במלוא חריפותה הבעיה, אולי הקשה והחריפה ביותר הנוגעת להפעלת תקנה 119, של נקיטת סנקציה כה קשה כלפי בני משפחה חפים מפשע, אשר אין כל טענה כלפיהם למעורבות כלשהיא כמעשהו הנפשע של המפגע.

11. הבעתי דעתי בשנים האחרונות פעם אחר פעם אודות הבעייתיות הקשה בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי חפים מפשע, והבעתי עמדה השוללת הפעלת הסנקציה כלפי בני משפחה לא מעורבים (ראו דברים שכתבתי בענין אבו ג'מל, פסקאות 7-14; בענין זכריא, פסקה 4; בענין מרעי בפסקאות 10 ו-24, ולאחרונה ממש בענין אלג'מל, בפסקאות 5-6), ואין לי אלא לשוב ולהפנות לדברי שם, בהם עמדתי בין היתר על כך כי -

7. "פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך לימען יראו וייראו מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הרעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בזיין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי

מבצעו הטובירה שהורשט כזין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 140 לחוק הכותשין, התשל"ז-1977). קושי זה (ענישה קולקטיבית) עומד ברו היתר כיסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119...

9. ראוי לציין תחילה, כי שאלת הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע עלתה לא פעם בפסיקה 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 קהוג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמדין; 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 מוטריים בסיסיים, וביניהם העקרון לפיו בן לא-ישא בעון האב, וכן לא ישא בעון הבן (ענין קואסמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק במקרים מיוחדים ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה ברייזי הבית הבלתי מעורבים (בג"ץ 361/82 וומרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לונ(3) 439 (1982), להלן: ענין חמרי; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993), להלן: ענין תורקמאן)...

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 (השור: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר 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 שהעיקרון 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... (ענין אבו ג'מל, כל ההדגשות במקור).

12. נוכח כל האמור, לו דעתי נשמעה, היינו מקבלים את העחירה ומבטלים את צו ההריסה וההחרמה שניתן על ידי המשיב נגד בית העותרים.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט אלרון כנגד דעתו החולקת של השופט מזוז.

הצו הארעי שניתן ביום 12.11.2017, יפקע ביום 30.11.2017 בשעה 12:00, כדי לאפשר לעותרים

שהות לצורך פינוי והתארגנות.

ניתן היום, ח' בכסלו התשע"ח (26.11.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 17087860\_J04.doc עע  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)