



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1630/16

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים: 1. מסודי פתחי זכריא
2. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ו' באדר התשע"ו (16.03.2016)

בשם העותרים: עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם המשיב: עו"ד רועי שוויקה

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עתירה נגד צו החרמה והריסה לדירת מגורים בחברון שהוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

רקע

2. ביום 7.12.2015 בא איהאב מסודי לאזור מערת המכפלה כשבאמתחתו סכין. כאשר הגיע בסמוך למערת המכפלה, דקר מסודי את גנאדי קאופמן ז"ל, ופצע אותו באורח אנוש. שלושה שבועות לאחר מכן, מת קאופמן מפצעיו.

3. ביום 5.2.2016, בעקבות פיגוע הדקירה, נשלחה לבני משפחתו של המחבל, ובהם אביו, העותר 1, הודעה מאת המשיב (להלן גם: "המפקד הצבאי") בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה בקומה הראשונה במבנה בחברון, שבה התגורר המחבל, והמצויה בבעלות אביו; זאת מכוח תקנה 119.

4. ביום 10.2.2016 הגישו העותרים השגה בשם משפחת המחבל נגד הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה. במסגרת ההשגה הועלו כמה טענות: ראשית, המשיב לא פירט כיצד בכוונתו לבצע את ההריסה, אשר עלולה להביא להתמוטטות המבנה כולו; שנית, "אין בדל ראייה הקושרת את הורי איהאב מסודי ויתר דיירי הבניין לביצוע העבירות המיוחסות"; שלישית, עצם השימוש בתקנה 119 אינו מוסרי, אינו מתיישב עם ההלכה היהודית, פוגע בקניינם ובכבודם של חפים מפשע, ומנוגד לדין הבינלאומי; רביעית, הטענה לפיה הפעלת סמכות ההריסה מכוח תקנה 119 אינה לצורך ענישה אלא לצורך הרתעה היא משוללת יסוד, וזאת הן לאור כותרת הפרק שתחתיו מצויה התקנה – 'הוראות-עונשים שונות' – הן לאור העובדה כי עיקרון הרתעת הרבים מעוגן בחוק העונשין כאחת מתכליות הענישה. העותרים ביקשו כי הצו להריסת הדירה יבוטל, ולחלופין כי יאטם בה חדר אחד בלבד. לחלופי חלופין ביקשו העותרים כי הדירה תאטם באופן שלא יפגע ביתר הדירות בבניין.

5. ביום 23.2.2016 דחה המשיב את השגת העותרים, תוך שציין כי "הריסת הבית תתבצע באופן ידני, באמצעות הריסת מחיצות הדירה. ככל שהדבר יתאפשר ימולא חלל הפנים של הדירה בגדרות תיל ('תלתליות') ובחומר מוקצף". שיטה זו, כך נכתב, "יש בה כדי למנוע כל פגיעה אגבית במי שאינם מעורבים או צדדים שלישיים". לבסוף נכתב כי "מהלך ההריסה ילווה ע"י מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה". להודעה על דחיית ההשגה צורף 'צו החרמה והריסה', שנקבע כי מימושו לא יחל לפני יום 28.2.2016. ביום 28.2.2016 הוגשה העתירה דנן, ובאותו יום ניתן על-ידי בית משפט זה צו ארעי המונע את ביצוע צו ההריסה.

עיקרי טענות העותרים

6. עתירה זו היא עקרונית במהותה. בתמצית, מבקשים מאיתנו העותרים "ליתן אות לשינוי מדיניות [...] ולרסן השימוש בכוח על ידי השלטון", וזאת לשם הגנה על זכויות האוכלוסייה הפלסטינית. לטענתם, בכל הנוגע להריסות בתים מכוח תקנה 119, נוהג בית משפט זה "דיסון עצמי מופלג", וזאת אך בשל "ההסתמכות על ערכו של התקדים". זאת, שעה שסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה קובע כי בית המשפט העליון אינו מחויב להלכות שהוא עצמו קבע, וחרף התבטאויות שופטי בית משפט זה, ובהם השופטים מ' זמורה, מ' אלון ו-א' ברק, בדבר החשיבות הנודעת לחופש הכרעתם של שופטי בית המשפט העליון ולאי-תלותם בעיקרון התקדים המחייב.

7. העותרים שבים על הטענות שהעלו בהשגה, ובהן הטענה כי הריסת בתים מכוח תקנה 119 היא בבחינת ענישה קולקטיבית, המנוגדת לעיקרון היהודי לפיו איש בעונו

ישא ואיש בחטאו יומת, ואף עומדת בסתירה להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי; והטענה כי אין מדובר באמצעי הרתעתי אלא באמצעי עונשי. עוד טוענים העותרים, כי חרף השימוש התדיר בתקנה 119, "הפיגועים לא פסקו", דבר המעורר ספק ביעילות אמצעי זה. זאת ועוד, לטענת העותרים, "גם אם אין כל קושי להצדיק את המטרה של הפחתת הפיגועים – האמצעי הינו פסול מכל וכל". לבסוף, הם טוענים כי השימוש באמצעי זה מונע מ"צרכי נקמה".

8. במישור הפרטני טוענים העותרים טענה אחת ויחידה, והיא כי אביו של המחבל לא ידע דבר על תכניותיו של בנו ולא נתן להן את הסכמתו.

9. לבסוף מביעים העותרים חשש, כי חרף הצהרת המשיב בדבר נקיטת אמצעי זהירות בעת הריסת הדירה, יגרמו נזקים חמורים לדירות השכנות או אף למבנה כולו, כפי שקרה, לטענתם, במקרים אחרים. לפיכך, כסעד חלופי לקבלת העתירה, שבה נתבקש ביטול צו ההחרמה וההריסה, ולחלופין צמצום היקפו של הצו באופן שיאושר איטום חלקי בלבד, מבקשים העותרים כי נורה למשיב להעביר לידיהם העתק מתכנית ההריסה, ולהקצות פרק זמן סביר למהנדס מטעמם לבחון את התכנית ולהביע את השגותיו לגביה.

עיקרי טענות המפקד הצבאי

10. לטענת המשיב, דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבותנו. לטענתו, הטענות העקרוניות שמעלים העותרים ביחס לשימוש בתקנה 119 אינן חדשות, והן נדונו ונדחו בשורה ארוכה של פסקי דין, לרבות מן העת האחרונה. לפיכך, אין הצדקה להידרש אליהן פעם נוספת במסגרת העתירה הנוכחית.

11. בתגובתו לעתירה עומד המשיב על השיקולים הנשקלים בטרם נעשה שימוש בסמכות לפי תקנה 119, ובהם "חומרת מעשיו של המפגע; נסיבות הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת האמצעי על אנשים אחרים; שיקולים הנדסיים, וכיוצא באלה שיקולים נוספים". לטענת המשיב, בשים לב לחומרת הפיגוע שביצע מסודי; ועל רקע ההסלמה הבטחונית שחלה במרוצת השנים האחרונות, המתבטאת בעליה במספר הפיגועים בכלל, ובמספר פיגועי הטרור העממי בפרט, וכן בעליה במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות הטרור, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 כלפי המבנה שבו התגורר המחבל היא חיונית במקרה דנן לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים בכלל, ופיגועים דומים לזה שביצע מסודי בפרט. לפיכך סבור המשיב כי אין עילה להתערב בהחלטתו.

12. בהתייחסו לטענת העותרים על העדר מודעותו של אבי העותרים לכוונות בנו, מפנה המשיב להלכה שנקבעה בבית משפט זה, ולפיה העדר סיוע למחבל מצד בני משפחתו, כמו גם אי-מודעות מצדם לכוונותיו, אינם רלוונטיים לעניין גיבוש הסמכות לפי תקנה 119.

13. אשר לחשש שהביעו העותרים מפני גרימת נזק למבנה כולו, שב המשיב על דבריו בתגובתו להשגת העותרים, ומבהיר כי "הריסת הבית תתבצע באופן ידני [...] כך שלא צפוי להיגרם כל נזק לדירות הסמוכות", וכי תכנית ההריסה גובשה על-ידי גורמי המקצוע מטעמו ונבחנה על-ידיהם.

14. לבסוף טוען המשיב כי יש לדחות את בקשתם של העותרים לקבל לעיונם העתק מתכנית ההריסה ולאפשר למהנדס מטעמם לבחון אותה ולהגיש את השגותיו, שכן "מדובר בעניין מקצועי שעל גורמי המקצוע לענות בו".

דיון והכרעה

15. אכן, כפי שציין המשיב בתגובתו, טענותיהם העקרוניות של העותרים נגד השימוש בתקנה 119 נדונו ונדחו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה.

16. אשר לתכלית השימוש בהריסת בתים מכוח תקנה 119, הובהר בפסיקת בית משפט זה כי התכלית היא הרתעתית, ולא עונשית (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה י"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין וההפניות שם (להלן: "עניין המוקד להגנת הפרט") (31.12.2014)).

17. אשר לשאלת ההלימה שבין מדיניות הריסת הבתים לדין הבינלאומי, שאלה זו נדונה בעניין המוקד להגנת הפרט. נקבע כי אין לראות בהריסת בתים, כשלעצמה, אמצעי המנוגד לדין הבינלאומי, והשאלה היא שאלה של מידתיות. בפרט, הובהר, כי הריסת ביתו של מפגע מוכח, כשהפגיעה היא ברכושם של בני הבית אך לא בזה של אחרים וגם לא בחיי אדם, אינה עולה כדי ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי (שם), בפסקאות כ"א-כ"ד לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; כן ראו שם, בפסקה 21 לפסק דיני).

18. גם סוגיית יעילותו של האמצעי שבה נדונה בפסקי דין מן העת האחרונה, והמסקנה היא כי קיימות אינדיקציות לכך שהחשש מפני פגיעה בבתי משפחות המחבלים אכן יוצר הרתעה אצל מחבלים פוטנציאליים (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד

הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015); בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (להלן: "עניין חרוב") (14.2.2016); עניין המוקד להגנת הפרט, פסקאות 14-5 לפסק דיני).

19. אשר לטענת העותרים כי אף אם המטרה ראויה, הרי שאין היא מקדשת את האמצעים, אינני סבור כך. אכן, כפי שציין השופט י' טירקל, "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו [...] אולם 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, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)). ראו גם: עניין חמאד, בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם). כפי שהדגשתי זה לא מכבר, בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. אטימת הדירה מונחת על כף המאזניים, והיא קשה; אך מנגד, על כף המאזניים השניה, נשקלת הצלת חיים (בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 14 (28.2.2016)).

20. למעשה, מן העתירה עולה כי העותרים מודעים לגובה המשוכה הניצבת בפניהם בבואם לשוב ולטעון טענות אשר נדחו זה לא מכבר, אולם הם מבקשים לשכנענו כי עלינו לסטות מן ההלכה הנוהגת בסוגיה זו. אין בידי לקבל טענה זו. כידוע, "לא בנקל יסטה בית המשפט העליון מתקדימיו. הלכות חדשות נוצרות על רקע של נסיבות חדשות, ובדרך כלל אלה אינן דבר שבשגרה במלאכת השיפוט. הלכה חדשה נקבעת כאשר שוכנע בית המשפט כי ההלכה הקודמת היתה שגויה או כאשר פג תוקפה בשל שינוי העתים. צורך בהלכה חדשה מתקיים כאשר מתחייבת התאמת הדין למציאות, בין אם למציאות החברתית, המעשית או המשפטית. רק אז עשויה הלכה להשתנות ולקדם בכך את המשפט" (רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש (27.2.2006)). דברים אלה יפים שבעתיים כאשר עסקינן בהלכה ששבה ואושרה, תוך שנבחנו נסיבות הזמן והמקום, אך לפני זמן קצר. חוקיותו של אמצעי הריסת הבתים, מידת יעילותו, ההצדקה שבשימוש בו, נושאים אלה נדונו במספר רב של פסקי דין, וביניהם רבים מן העת האחרונה. העותרים לא הצביעו על כל שינוי בנסיבות המצדיק סטייה מן ההלכה הפסוקה (עניין חרוב, בפסקה ז' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין וההפניות שם (14.2.2016)).

21. אשר לטענת העותרים, ולפיה אבי המשפחה לא היה מודע לכוונת בנו לבצע פיגוע ולכן אין להענישו בגין מעשיו, טענה זו נדונה בעבר גם היא בפסיקת בית משפט

זה, ונדחתה. אכן, "שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל" (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה דאז) מ' נאור וההפניות שם (5.1.2009)). עם זאת, נקבע כי מודעות או מעורבות מצד קרוביו של המחבל עשויה להשפיע על היקף צו ההריסה (בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 18 (להלן: "עניין עואודה") (1.7.2014)).

22. המשיב טען כי קיים בידו חומר חסוי המצביע על כך שגורמים בסביבתו הקרובה של המחבל המפגע הביעו תמיכה במעשיו. בדיון לפנינו, סירב בא כוח העותרים להצגת החומר החסוי במעמד צד אחד. בשל כך, נמנע מאיתנו לעמוד על טיבו של אותו חומר. עם זאת, סבורני כי החומר הגלוי שהונח בפנינו מבסס במידה מספקת את החלטת המפקד הצבאי, בהתחשב בהיקפה של הפגיעה הצפויה. חזקת תקינות המינהל, ולפיה החלטתו של המשיב בדבר הריסת הדירה התקבלה כדין בעינה עומדת, וגם החומר החסוי תומך בטיעוניו במישור הראייתי (בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פד"י נב(4) 690, 711 (1998); בר"מ 5237/05 משרד הפנים נ' קרלסון, פסקה 9 (25.4.06); רע"ב 1621/06 שבלי נ' שרות בתי הסוהר, פסקה ג.4 (04.05.06); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה דאז) ד' ביניש (15.2.2012)).

23. אשר לבקשתם של העותרים לקבל לעיונם העתק מתכנית ההריסה ולאפשר למהנדס מטעמם לבחון אותה ולהגיש את השגותיו, דעתי היא כי דינה של הבקשה להידחות. המשיב תיאר בתגובתו להשגה ובתשובתו לעתירה את אופן ההריסה הצפוי, וציין כי תבצע באופן ידני, אשר אינו צפוי לגרום נזק לדירות הסמוכות. לפיכך, ולאור שיקול הדעת הרחב הנתון למשיב לגבי אופן ביצוע ההריסה (ראו למשל: בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 31 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (11.8.2014)), איני מוצא לנכון להעתר לבקשה. עם זאת, ככל שיבחרו העותרים להגיש לידי המשיב חוות דעת הנדסית מטעמם, יוכלו לעשות כן בתוך 3 ימים. (השור: שם; עניין עואודה, בפסקה 27 (1.7.2014)).

24. אשר על כן, סבורני כי אין הצדקה להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי, ולפיכך אציע לחברי לדחות את העתירה. צו הביניים יפקע בתוך שבוע-ימים כדי לאפשר לעותרים הגשת חוות דעת הנדסית כנ"ל (בתוך 3 ימים) והתארגנות כנחוצה לקראת ביצוע ההריסה.

25. למקרא דברי חברי, השופט מ' מזוז, על שורה של שאלות ש"טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה" (פסקה 3) אציין כי אני מכבד את דעתו, אך מתקשה עם נימת דבריו המתעלמת מדיון מעמיק בכובד ראש בשאלות הקשות שמעלה הסוגיה הנדונה בשורה ארוכה של פסקי דין מן העת האחרונה.

שופט

השופט ע' פוגלמן:

בנסיבות שיפורטו להלן, איני רואה מנוס מהצטרפות לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' סולברג.

1. במשך מספר שנים לא מבוטל לא עשה המשיב שימוש בסמכות שהוקנתה לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 להחרים, להרוס ולאטום את ביתם של חשודים במעורבות בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. משחזר לעשות כן נטענו בפני בית משפט זה טענות עקרוניות נגד הפעלת הסמכות. חלק מן השאלות הקשורות בכך נדונו והוכרעו במושב שלושה בעניין המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); ראו גם האסמכתאות השונות שם). בפרשה זו לא התקבלה טענת העותרים כי השימוש בתקנה 119 באופן זה ולמטרות אלו אינו חוקי, בהיותו נוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015)).

2. בעניין סידר (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר)) הבעתי דעתי כי "אלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית" (פסקה 2 לחוות דעתי. לגוף העניין הצעתי באותו הליך – בדעת מיעוט – כי יינתן צו על תנאי; זאת על רקע נסיבות פרטיקולריות שאינן מתקיימות בענייננו). בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה, הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי (פסקה 6 לחוות דעתי). מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה

13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוהם 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"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...]. יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...]. אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה"). לביקורת על דחיית עתירות נגד הריסת בתים מכוח תקנה 119 בשל החשש מהפיכת "בית המשפט" ל"בית שופטים" ראו מיכאל ספרד "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית – בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" מבזקי הארות פסיקה 51 (2016).

3. על רקע הדעות השונות שהובעו בפסיקה, בפרט מאז עניין סידר, התחזקתי בדעתי כי ראוי לשוב ולהידרש לשאלות כבודות המשקל הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. להשקפתי, נוכח פסקי הדין הרבים שהלכו בתלם ההלכה (במותבים שונים), עיון מחדש בהלכה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במוחב תלתא. ברם כל עוד ההלכה הפסוקה נותרה על מכונה, וכזהו המצב לעת הזו, איני רואה מנוס במקרה זה מן הקביעה כי אין עילה להתערבותנו על פי ההלכה במתכונתה הנוכחית, באשר המקרה שלפנינו אינו נבדל מהזרם המרכזי של המקרים שנדונו בפסיקתנו (השוו עניין סידר, פסקה 7 לחוות דעתי).

בנסיבות אלו אני מצטרף, כאמור, לתוצאה שאליה הגיע חברי.

1. אין בידי להצטרף לדעת חבריי כי יש לדחות את העתירה.

2. בעתירתם בכתב ובטיעוני בא כוחם בעל-פה לפנינו העלו העותרים, לצד טענות קונקרטיות, גם טענות עקרוניות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתו של העותר 1, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבט של המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. טענות אלה הוצגו ונדחו תמציתית על ידי חברי השופט נ' סולברג, בעיקר בנימוק שטענות אלה כבר נדונו ונדחו לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, לרבות בפסקי דין מהעת האחרונה. דעתי בסוגיות עקרוניות-כלליות אלה שונה. את עמדתי הצגתי במספר הזדמנויות בעת האחרונה, ואיני רואה צורך לחזור על הדברים או להרחיב בהם במקרה הנדון (ראו עמדתי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), להלן: ענין עליוה; ובבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל - בשניהם בדעת מיעוט; וכן עמדתי (בדעת רוב) בבג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015)).

3. בענין עליוה (פסקה 4) עמדתי על כך כי הפעלתה של תקנה 119 "מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה".

4. בענין אבו ג'מל עמדתי בהרחבה על הקושי הרב הכרוך בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי ביתם של בני משפחה חפים מפשע, שלא מיוחסת להם כל מעורבות, בידעה או בסיוע, במעשי המפגע, והבעתי את דעתי השוללת הפעלת הסנקציה כלפי בני משפחה לא מעורבים. אביא להלן מקצת מדבריי שם -

"7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר...

...

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 "קול העם" נגד 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..."

אעיר לענין זה, בהתייחס לאמור בפסקה 22 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג, כי בהודעה מטעם המשיב נטען כי "גורמים בסביבתו הקרובה של המפגע הביעו תמיכה במעשיו". לא נטען למעורבות או ידיעה של אביו של המפגע, אשר את ביתו מבקש המשיב להרוס. כן יצוין כי העותרים סירבו לעיוננו בחומר החסוי לאחר שהמשיב סירב להשיב לשאלה, האם המידע מתייחס לבני המשפחה של המפגע והאם המידע מתייחס לנקודת הזמן שלפני הפיגוע.

5. נוכח עמדותיי כאמור אין בידי להצטרף לעמדת חבריי בדבר דחיית העתירה. עם זאת, אני שותף כמובן לקריאתו של חברי השופט פוגלמן לעיון מחדש, בהרכב מורחב, בסוגיות הנוגעות להפעלת תקנה 119 (פסקה 3 לחוות דעתו).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, י"ג באדר ב' התשע"ו (23.3.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט