

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6288/03

בפני: כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט ס' גיבראן

העותרים: 1. סמירה סעאדה  
2. המוקד להגנה הפרט מיסודה של ד"ר לוטה

נגד

המשיב: אלוף פיקוד העורף

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: א' כסלו תשס"ד 26.11.03

בשם העותרים: עו"ד רוזנטל אנדרה

בשם המשיב: עו"ד זילבר דינה

### פסק דין

השופט י' טירקל:

1. בנה של העותרת – אחמד עאדל ג'אבר סעאדה (להלן – "המחבל") – היה מעורב, ביום 21.11.02, בפיגוע התאבדות באוטובוס אגד, קו 20, ברחוב מקסיקו בשכונת קריית מנחם בירושלים, בכך שהסיע את המפגע המתאבד במונית לאזור "פסל המפלצת", הסמוך למקום הפיגוע, וכן היה מעורב בפעולות הכנה לקראת הפיגוע. בפיגוע נהרגו 12 אנשים, שביניהם היו ילד בן 6, ילדה בת 14 וילד בן 16, וכן נפצעו 48 אנשים נוספים. אלוף פיקוד העורף דאז, האלוף יוסף משלב, דן בבקשת גורמי הביטחון להחרים ולאטום את המבנה בו מתגורר המחבל בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945 (להלן – "תקנות ההגנה"), משהתחלפו אלופי הפיקוד הובא העניין מחדש לפני אלוף פיקוד העורף הנוכחי, האלוף יאיר נווה, שהחליט – בצו שהוציא ביום 8.7.03 – להחרים את המבנה ולהסתפק באטימת קומת

המגורים הראשונה בבית, שבה התגורר המחבל עם אימו, העותרת, וחמשת אחיו ולא לאטום את הבית כולו. זאת מן הטעם שבקומה שמעל הקומה הראשונה מתגוררים אחרים – אמה של העותרת ובני משפחתה – העלולים להיפגע אף הם אם יאטם הבית כולו.

העותרים עתרו נגד הצו. בית משפט זה (כבוד השופט ס' ג'ובראן), בהחלטתו מיום 9.7.03, החליט ליתן צו ביניים ארעי המורה למשיב "להימנע מכל פעולה לביצוע צו החרמה והאטימה של דירתה של העותרת מס' 1 הנמצאת בשכונת א-טור בירושלים".

בעתירתו טוען בא כוח העותרים כי לתקנה 119 לתקנות ההגנה "אין מקום בספר החוקים במדינה יהודית ודמוקרטית" והשימוש בה גם אינו מידתי. לטענתו, הריסה או אטימה של בית בו מתגורר מחבל הוא צעד של ענישה ולא של הרתעה ומכל מקום לא הוכח שהרתעה כזאת מועילה. עוד טוען הוא כי יש להמתין עד סוף ההליך הפלילי נגד המחבל ורק לאחר מכן להחליט אם יש טעם לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה. טענה נוספת בפיו כי חלף זמן רב ממועד הפיגוע ועד להחלטתו של המשיב לאטום את הקומה - כ-7 חודשים - והדבר מעיד כי בבסיס ההחלטה עומדים "טעמים זרים". בטיעון לפנינו הוסיף, לחלופין, כי ראוי היה להסתפק באטימה של חלק מן הקומה הראשונה וכן להגביל את תקופת האטימה בזמן, או לקבוע פרק זמן שאחריו תהיה העותרת זכאית לבקש "מחילה" וביטול של צו החרמה והאטימה.

2. לא מצאנו מקום להתערב בהחלטתו של המשיב.

אשר לטענה בדבר חוקיותה של תקנה 119 לתקנות ההגנה כבר נפסקה הלכה כי התקנה מעניקה סמכות ושיקול דעת למפקד הצבאי, לנקוט אמצעים כלפי מבנה שבו מתגורר מי שעבר עבירה חמורה בניגוד לתקנות, וכי השימוש בסמכות צריך להיות מידתי. על כך נאמר כי:

"פעולות המשיב מעוגנות בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). תקנות אלה הן "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד" (סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ועל כן אין בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפן. ביטולן או שינויין של התקנות הוא, איפוא, למחוקק. עם זאת, פירושן של התקנות צריך להיעשות על רקע חוקי היסוד. על כן יש להפעיל את הסמכות הנתונה למשיב בתקנה 119 באופן מידתי" (דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 8084/02 עבאטי נ' אלוף פיקוד העורף,

פ"ד נז(2) 55, 59 (להלן – "ענין עבאסי"). ראו גם דנג"ץ  
2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485  
(להלן – "ענין שריף").

בנסיבות הפרשה – ובמיוחד על רקע החומרה היתרה של מעשי המחבל – פעל המשיב בגדר סמכותו והפעיל אותה באופן מידתי. יודגש, כי כאמור לעיל, נבדק העניין פעמיים. משהתחלפו אלופי הפיקוד הובא העניין מחדש לפני אלוף פיקוד העורף הנוכחי, האלוף יאיר נווה, שהחליט להחרים את המבנה ולהסתפק באטימת קומת המגורים הראשונה בבית, שבו התגורר המחבל עם אימו, העותרת, וחמשת אחיו ולא לאטום את הבית כולו. זאת מן הטעם שבקומה שמעל הקומה הראשונה מתגוררים אחרים – אמה של העותרת ובני משפחתה – שעלולים להיפגע אף הם במקרה של אטימת הבית כולו (השוו לדברי הנשיא א' ברק בענין עבאסי, בעמ' 60 – 61).

גם הטענה כי הריסת בית או אטימתו היא בגדר ענישה ולא בגדר הרתעה נבחנה בבית משפט זה ונדחתה. כך נאמר כי:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי" [ההדגשה שלי – י' ט'] (דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון, תקדין עליון 90(1) 75. ראו גם ענין עבאסי, שם; ענין שריף, שם; בג"ץ 1730/96 טביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד נ(1) 353; בג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 652 (להלן – "ענין אבו פארה ג'נימת").

הלכה זאת, שחזרה ונשנתה בפסיקה יפה לעניננו ולמותר להוסיף דברים עליה.

טענתו של בא כוח העותרים כי לא הוכח שהרתעה כזאת מועילה, אף היא דינה להדחות. השאלה מה יעילותה של ההריסה או האטימה של בית שבו התגורר מחבל נדונה לא פעם בעבר ונפסק כי זהו ענין להערכתם של גורמי הבטחון, וכי אין לבית המשפט יסוד לפקפק בהערכתם שאמצעי זה מועיל (ראו, בין היתר, דברי השופט א' מצא בבג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488, 490; דברי השופט מ' חשין בבג"ץ 3363/03 בקר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', (טרם פורסם. ניתן ביום 3.11.03); דברי השופט ד' ביניש בבג"ץ 8262/03 סלים ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (טרם פורסם. ניתן ביום 2.10.03); דברי הנשיא א'

ברק בבג"ץ 2/97, 11/97 חלאווה ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח', תקדין עליון 97(3) (111). כך נאמר כי:

"לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי" (דברי השופט א' גולדברג בענין אבו פארה ג'ניחת, בעמ' 655).

משמצאנו שהשימוש בתקנה 119 נועד לשם הרתעה ולא לשם ענישה, הרי שאין להיזקק גם לטענה כי יש להמתין עד סוף ההליך הפלילי נגד המחבל ורק לאחר מכן להחליט אם לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (ראו דברי הנשיא א' ברק בענין עבאסי, בעמ' 60).

גם בטענה שחלף זמן רב ממועד הפיגוע ועד להחלטת המשיב בעניינו של המחבל - כ-7 חודשים - וכי הדבר מעיד כי בבסיס ההחלטה עומדים "טעמים זרים", לא מצאנו ממש. ביום 1.4.03 נתפס המחבל על ידי גורמי הבטחון, ביום 20.5.03 הוגש עליו כתב אישום ובחודש יוני 2003 נכנס לתפקידו אלוף פיקוד העורף הנוכחי שבחן את העניין מחדש וביום 8.7.03 נתן את צו ההחרמה והאטימה. אין במהלך הדברים האמור דבר המלמד על "טעמים זרים" העומדים בבסיס החלטתו.

משמצאנו כי בנסיבות הפרשה פעל המשיב – שהחליט להסתפק באטימת קומת המגורים הראשונה בבית ולא לאטום את הבית כולו – באופן מידתי, הרי שאין להיזקק גם לטענה שדי היה באטימה של חלק בלבד מן הקומה הראשונה. מידת האטימה הראויה בכל מקרה אין לה שיעור ואין מקום שנבוא אנו לקבוע לה שיעורים מדויקים, ובמיוחד מן הטעם שהשימוש בתקנה 119 נועד לשם הרתעה ולא לשם ענישה.

3. נמצא, אפוא, על יסוד הטעמים שפורטו לעיל, כי יש לדחות את כל טענותיו של בא כוח העותרים: כי תקנה 119 לתקנות ההגנה אינה חוקית; כי השימוש בה אינו מידתי; כי הריסה או אטימה של בית שבו מתגורר מחבל הוא צעד של ענישה ולא של הרתעה; כי לא הוכח שהרתעה כזאת מועילה; כי יש להמתין עד סוף ההליך הפלילי נגד המחבל ורק לאחר מכן להחליט אם יש טעם לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה; כי הזמן הרב שחלף ממועד הפיגוע ועד להחלטת המשיב מעיד כי בבסיס

ההחלטה עומדים "טעמים זרים"; וכי ראוי היה להסתפק באטימה של חלק מן הקומה הראשונה.

ואף על פי כן, ולמרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שרשה בעקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל לפיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (דברים כד, טז); והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705 – 706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב כא, א – יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט ע"א). אולם, הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך.

4. כאמור לעיל, ביקש בא כוח העותרים להגביל את תקופת האטימה בזמן, או לקבוע פרק זמן שאחריו תהיה העותרת זכאית לבקש "מחילה" וביטול של צו ההחרמה והאטימה. בקשה זאת קשה עלינו. רק שנה אחת חלפה מאז הפיגוע המזוויע ביום 21.11.02. קולות הנפץ מהדהדים באוזנינו, זעקות הנפגעים מנסרות בחלל עולמנו, דמי הקורבנות צועקים אלינו מן האדמה ובני המשפחות הפגועות מבכים את יקיריהם. אין זאת שעה למחילה.

3. העתירה נדחית. ממילא מתבטל צו הביניים הארעי שניתן.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של כבוד השופט י' טירקל.

ניתן היום ב' בכסלו התשס"ד (27.11.03).

שופט

שופט

שופט