



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8886/18

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא

העותרים: 1. עלי ג'ברין
2. יוסף ג'ברין
3. פאטמה ג'ברין
4. אימן ג'ברין
5. איהאב ג'ברין
6. קטין (באמצעות הוריו)
7. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ט בטבת התשע"ט (27.12.2018)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה, עו"ד דניאל שנהר
ועו"ד נאסר עודה

בשם המשיבים: עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. ביום 16.9.2018 בוצע פיגוע דקירה בצומת גוש עציון. המחבל, ח'ליל יוסף עלי ג'בארין, רצח את ארי פולד ז"ל באמצעות סכין. המחבל נעצר והוגש נגדו כתב אישום בגין גרימת מוות בכוונה. העתירה בפנינו נסבה על החלטתו של המפקד הצבאי להרוס את הקומה השלישית בבית מגוריו של המחבל, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119).

2. בחקירתו במשטרה הודה המחבל כי מזה זמן רב התגבשה אצלו כוונה מתמשכת להרוג יהודים בכלל ומתנחלים בפרט וכך להפוך ל"שהיד". שבוע לפני הפיגוע הוא הצטייד בסכין ארוכה, וביום האירוע עבר במספר מקומות במטרה לאתר זירה מתאימה לפיגוע. במרכז קניות בצומת גוש עציון הבחין המחבל בעובר אורח המשווח בטלפון

נייד, ארי פולד ז"ל, ודקר אותו דקירה קטלנית באזור הצוואר. המחבל ניסה להימלט אך נורה, נוטרל ונעצר.

3. המחבל התגורר בקומה העליונה במבנה בן שלוש קומות בכפר יטא בנפת חברון. בקומה העליונה התגוררו המחבל, הוריו ואָחיו (יליד 1992 ויליד 2006); בקומה האמצעית גרו אחיו של המחבל ואשתו; ובקומה תחתונה מצויים דיר עזים ומחסן (לטענת העותרים מדובר בקומת מרתף שכוללת יחידת דיור). ביום 27.11.2018 נמסרה לבני משפחתו של המחבל הודעה על כוונתו של המפקד הצבאי להרוס את הקומה העליונה במבנה. העותרים השיגו על כוונה זו, אך ביום 16.12.2018 נדחתה ההשגה והמפקד הצבאי הוציא צו החרמה והריסה לקומה העליונה. העתירה דנן הוגשה נגד צו ההריסה ביום 17.12.2018, ובאותו יום הורה השופט ע' גרוסקופף לעכב את מימוש צו ההריסה עד להחלטה אחרת.

4. העותרים הם בני משפחתו של המחבל, אשר מתגוררים (למעט העותר 1) במבנה שהקומה העליונה בו מיועדת להריסה. במסגרת העתירה (לאחר השלמת טיעון בכתב מיום 24.12.2018) נטענו טענות עקרוניות במישור הסמכות לצד טענות פרטניות בעניין שיקול דעתו של המפקד הצבאי במקרה הנוכחי. במישור העקרוני נטען כי "תקנה 119 עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ועל כן אל לו לעשות בה שימוש". הכוונה היא לנורמות מהמשפט ההומניטארי הבינלאומי, ובפרט סעיפים 33 ו-35 לאמנת ג'נבה הרביעית, וסעיפים 43 ו-50 לאמנת האג (בנוסף נטען לפגיעה בזכויות שהוכרו באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) ובאמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות (ICESCR)). על פי הטענה, הריסת בית היא עונש קולקטיבי שפוגע בזכויות יסוד של חפים מפשע, לרבות פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם. העותרים טענו כי טענות עקרוניות אלו "נדחות פעם אחר פעם ללא דיון מהותי", ולכן ביקשו לקיים דיון בהרכב מורחב.

במישור הפרטני הודגש כי המחבל הוא קטין בן 16 וחצי אשר התגורר כ"דייר נלווה" במבנה ששייך לסָבו (העותר 1). נטען כי הריסת הקומה השלישית תותיר את הוריו ואחיו של המערער (לרבות אחיו הקטין) ללא קורת גג, על אף שהם לא היו מעורבים במעשיו של המחבל ולא ידעו מבעוד מועד על כוונתו לבצע פיגוע. לטענת העותרים, גילו הצעיר של המחבל משפיע גם על החומרה שניתן לייחס למעשיו וגם על התכלית ההרתעתית. עוד נטען, כי נוכח הפגיעה הקשה בבני המשפחה, מוטל על המשיבים לעמוד ברף הוכחה גבוה של אפקטיביות ההרתעה כתוצאה מהריסת הבית. ואולם, לא זו בלבד שהאפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים לא הוכחה במידת הצורך, אלא אף ייתכן שהיא

מעודדת פיגועי טרור. לטענת העותרים, דווקא השאיפה להציל ולו נפש אחת, היא שמחייבת לבטל את צו ההריסה. בנוסף, לחצים חיצוניים שמופעלים על מערכת הביטחון עשויים להצביע על כך שהחלטה על הריסת המבנה לא מבוססת על שיקולי הרתעה אלא על נקמנות וענישה.

5. המשיבים ביקשו לדחות את העתירה. לשיטתם, מימוש צו ההריסה מתחייב לצרכי הרתעה, והתקיימו כל התנאים שהוצבו בפסיקה לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. נטען כי הסמכות מופעלת רק במקרים חמורים שבהם אין חלופה הרתעתית מספקת בדרך אחרת, ובאופן מידתי, תוך התחשבות במכלול הנסיבות. המשיבים סבורים כי כפי שנקבע בעבר, כך גם במסגרת העתירה הנוכחית אין מקום להידרש לטענות עקרוניות נגד סמכותו של המפקד הצבאי. הודגש כי ההריסה מיועדת לתכלית הרתעתית ואינה מבטאת ענישה קולקטיבית. המשיבים סבורים כי השימוש בתקנה 119 משיג את מטרתו ככלי חיוני לבלימת מגמת ההסלמה באזור. צויין כי גם בפסקי דין מן העת האחרונה נקבע כי עמדתו של המפקד הצבאי מבוססת דיה. נטען כי בנסיבות המקרה החלטתו של המפקד הצבאי ממלאת אחר כל התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך הפעלת הסמכות. בין היתר, הוכחה זיקת מגורים של המחבל לקומה המיועדת להריסה; קיימות ראיות חסויות ולפיהן לאחר הפיגוע בני משפחתה של המחבל הביעו תמיכה במעשיו; ונערכה חוות דעת הנדסית שממזערת את החשש לפגיעה ביציבות הקומות התחתונות במבנה.

6. לאחר שעיינתי בכתובים ושמעתי את טענות הצדדים, לא מצאתי עילה להתערבותנו בהחלטתו של המפקד הצבאי. ההלכה היא כי במקרים המתאימים, ובכפוף לדרישת המידתיות ולתנאים שנקבעו בפסיקה, המפקד הצבאי מוסמך להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119. כפי שאפרט להלן, ההחלטה להרוס את הקומה השלישית במבנה שבו התגורר המחבל, עומדת בתנאים אלו.

7. כמו בעבר כך גם במקרה הנוכחי אינני רואה מקום לדיון מפורט בטענותיהם העקרוניות של העותרים נגד סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת בתי מחבלים שהוציאו לפועל פיגועים חמורים (ראו, בין היתר, בג"ץ 2418/18 קונבע נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 6 (10.4.2018); ומן העת האחרונה ראו בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (6.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה); בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.12.2018)). על אף טענותיהם של העותרים, ומבלי להקל ראש בפגיעה בזכויותיהם, אינני סבור כי המקרה הנוכחי שונה ממקרים קודמים באופן שמצדיק דיון עקרוני בשאלות שכבר הוכרעו בעבר.

נתמקד אפוא בטענותיהם של העותרים לגבי אופן הפעלת הסמכות במקרה הנוכחי, והמסגרת הנורמטיבית לדיון היא ההלכות שחזרו ונשנו בפסיקה.

8. אשר להשגת התכלית ההרתעתית של מדיניות הריסת בתי מחבלים, הוצגה במעמד צד אחד חוות דעת עדכנית שהניחה את דעתנו. בדומה, לאחרונה ציין השופט ע' גרוסקופף כי "חוות הדעת שהוצגה בפנינו, גם אם ניתן לשפרה, מהווה תמיכה מספקת להנחה לפיה השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה הוא אפקטיבי בעת הזו" (עניין נעאלווה). גם המפקד הצבאי ער לכך שהריסת בתים מעוררת קושי נורמטיבי ניכר, שהצדקתו – ולו בדוחק – מבוססת על הצגת ראיות מספקות לטענה כי זהו כלי יעיל למניעת פיגועי טרור. ואכן, ככל שתתגלה חולשה במידת האפקטיביות, תהיה לכך השלכה על סבירות ההפעלה של תקנה 119. בתוך כך, הטענה כי הריסת בתים עשויה להוביל לתוצאות הפוכות מהמצופה לא נטענה בחלל ריק, אך אין מדובר בטענה חדשה והדברים נבחנים מעת לעת (בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקאות 21-22 לפסק דינו של השופט א' שהם (1.12.2015); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (23.2.2017); עניין נעאלווה, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארד). בהקשר זה אחזור ואבהיר כי הסמכות והמומחיות מצויות בידי גורמי המקצוע. חוות הדעת עוברות תחת עינו של בית המשפט בהליך של ביקורת שיפוטית, אך השופטים לא מחליפים את מקבלי ההחלטות ולא נכנסים לנעליהם (בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בפסקה 3 לפסק-דיני (7.11.2017)). אדגיש כי אינני מפחית בערכו של הדיון אלא להיפך. הנושא נוגע באופן ישיר להגנה על חי אדם, וכובד האחריות מצריך את גורמי הביטחון לעקוב אחר הנושא באופן שוטף ועדכני כדי לסייע בגיבוש מדיניות ביטחונית הולמת. לא למותר לציין כי הוכחת יעילות ההרתעה היא תנאי הכרחי להפעלת הסמכות אך לא תנאי מספיק. סמכותו של המפקד הצבאי לפגוע בזכויות יסוד של דיירי הבית אינה נקיה מקשיים, ולפיכך ההלכה הפסוקה דורשת הקפדה יתרה על כך שהסמכות תופעל באופן מידתי.

9. במקרה שלפנינו, המחבל ביצע פיגוע טרור רצחני, וחומרת המעשה מאפשרת את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. תנאי הכרחי נוסף להפעלת הסמכות הוא קיומה של זיקת מגורים של המפגע למבנה המיועד להריסה. יודגש: הדרישה היא לזיקת מגורים, ולא לזכויות בעלות של המפגע במבנה. בענייננו, המחבל ומשפחתו התגוררו שנים ארוכות במבנה שבבעלות סבו. כלומר, מדובר במקום מגוריו הקבוע של המחבל, ואף הבעלים אינו אדם זר אלא בן-משפחה בקרבה הדוקה, כך שזיקת המגורים היא ברורה ואין ממש בטענתם של העותרים (למקרים בהם התעורר דיון בסוגיה זו, ראו: עניין קונבע, בפסקאות 8-9; בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקאות 16-

15 לפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור (31.3.2016) (להלן: עניין מדעי); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 46 (12.11.2015).

10. המחבל ביצע את הפיגוע בהיותו קטין בן שש-עשרה וחצי. המפקד הצבאי נדרש להתחשב בכך לצורך החלטתו, אך נתון זה יכול למשוך לכיוונים שונים (בג"ץ 1802/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 5 (12.4.2016) (להלן: עניין אבו-גוש)). מצד אחד – יש קושי בכך שבני המשפחה נפגעים ממעשה של קטין, שהוא פחות מיושב בדעתו ומתקשה להפנים את השלכות מעשיו גם על משפחתו-שלו. מצד שני – ניתן לטעון כי התכלית ההרתעתית מתגשמת במיוחד כאשר מדובר בקטין, הן מבחינת האפשרות להשפיע על המפגע הפוטנציאלי והן מבחינת פוטנציאל ההשפעה על בני המשפחה (ראו בג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, בפסקה 35 (31.5.2016) (להלן: עניין פלוניס)); להתחשבות בגילו של המפגע כאינדיקציה ל"עצימת עיניים" של בני המשפחה ראו עניין מדעי, בפסקה 8 לפסק דינה של חברתי השופטת ברון). מכל מקום, העובדה שהמפגע הוא קטין, כשלעצמה איננה שוללת את סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 (ראו האסמכתאות הנ"ל וכן בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (3.8.2016)).

11. במהלך הדיון בפנינו התברר כי בסמוך למועד הפיגוע, אמו של המחבל הגיעה למחסום צבאי ודיווחה לגורמי הצבא כי בנה נעדר מזה מספר שעות. העותרים לא טענו במסגרת ההשגה ואף לא במסגרת העתירה, כי האם ניסתה למנוע את הפיגוע. רק במהלך הדיון בפנינו ציינו את עובדת הגעת האם למחסום כהוכחה שלא ידעה כי בנה יצא לבצע פיגוע. ואכן, לא בכדי לא צוינה עובדה זו בהשגה ובעתירה. כאשר האם הגיעה למחסום היא לא ציינה כי היא חושדת בכך שבנה מנסה לבצע פיגוע טרור. האחראי במחסום הסיק בעצמו מעצם הגעתה של האם שחיפשה אחר בנה, כי יש חשש שבדעתו לבצע פיגוע, ודיווח על כך מיידית, אך למרבה הצער, המנוח נדקר דקות ספורות לאחר מכן. ולא רק זאת, אלא שמהחומר הסודי שהונח לפנינו עולה כי לבני המשפחה היו אינדקציות שהעידו על כך כי בנם עומד לבצע פיגוע וכי הייתה אפשרות של ממש מצד בני המשפחה למנוע את הפיגוע או להתריע מבעוד מועד אך כך לא נעשה.

בנסיבות אלה, אינני רואה בהגעתה של האם למחסום, דקות ספורות לפני הפיגוע, שיקול שבכוחו להטות את הכף לטובת העותרים. גם בהנחה שהאם לא ידעה כי באותו זמן בנה כבר יצא לדרכו, עדיין אין בכך עילה להתערבות בהחלטתו של המפקד הצבאי, מפני שעל פי הגישה המקובלת בפסיקה, מודעות או מעורבות של דיירי הבית אינה תנאי הכרחי להפעלת תקנה 119 (בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאיזור

הגדה המערבית, בפסקה 14 (7.6.2018); בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 9 (3.8.2017) (להלן: בג"ץ 5943/17); בג"ץ 9034/16 אבו סביח נ' אלוף פיקוד העורף, בפסקה 13 (18.12.2016).

אמנם, לעניין אופן הפעלת הסמכות, מעורבות או תמיכה של בני המשפחה בפעילות טרור היא שיקול רלוונטי, ויש אומרים שיקול מרכזי, אך בענייננו גם שיקול זה אינו יכול להועיל לעותרים אלא להיפך. כאמור, מהחומר החסוי שהוצג בפנינו עולה כי היתה לבני המשפחה אפשרות של ממש למנוע את הפיגוע או לפחות להתריע מבעוד מועד על כוונתו של המחבל. נסיבות עובדתיות אלה ממחישות את התכלית ההרתעתית שמבקש המפקד הצבאי להשיג: אילו בני המשפחה היו מונעים את הפיגוע, ביתם לא היה נהרס. גם להתנהלותם של דיירי הבית לאחר הפיגוע עשויה להיות משמעות, ובמקרה שבו אחיו של המחבל הסגיר אותו לרשות הפלסטינית, החליט המפקד הצבאי לאטום את חדרו של המפגע בלבד (בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 16 (28.2.2018)). לעומת זאת, במקרה הנדון חלק מבני המשפחה הביעו תמיכה נלהבת במעשה הרצח הנפשע, ויש בכך כדי ללמד שהמחבל פעל בסביבה תומכת טרור, כלפיה מכוונת התכלית ההרתעתית בניסיון למנוע פיגועים בעתיד (גם בהקשר זה ראו עניין פלוני, בפסקאות 31-35 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ובפסק דינה של חברתי השופטת ברון). בבג"ץ 5943/17 ציינתי, והדברים יפים גם לענייננו, כי "גם לשיטתם של הסוברים כי מעורבות בטרור או תמיכה של בני המשפחה במחבל היא תנאי להריסת הבית, אזי במקרה הנוכחי התמלא תנאי זה, וממילא לא נפל פגם בהחלטתו של המשיב" (שם, בפסקה 9). עוד אציין כי לאחר הפיגוע, אחיו של המחבל, שמתגורר בקומה השנייה של המבנה, הביע כוונה ללכת בדרכו ונעצר במעצר מינהלי.

12. על רקע מכלול השיקולים שהוצגו לעיל, לרבות חומרת המעשים והיקף הפגיעה בדיירי הבית, אנו מגיעים לשאלה האם יש מקום להתערב בהיקף ההריסה שנקבע בצו. גם בהיבט זה אינני סבור כי החלטתו של המפקד הצבאי מצדיקה התערבות. הנזק לבני המשפחה אינו מבוטל, ויש חשיבות גם לכך שאחד מדיירי הבית הוא קטין (עניין קונבר; בג"ץ 5943/17, בפסקה 10). עם זאת, בשים לב לכך שבני הבית לא מנעו את הפיגוע וחלקם אף הביעו תמיכה, ובהינתן שצו ההריסה הוגבל מלכתחילה לקומה השלישית של המבנה המשפחתי, אינני סבור כי ההחלטה על היקף ההריסה איננה מידתית.

אשר לחשש מפני פגיעה ביתר חלקי המבנה, בתגובת המשיבים נאמר כי "לא צפוי נזק קונסטרוקטיבי לסביבה שמחוץ לגבולות הגזרה המוגדרים להריסה אך יתכן בסבירות נמוכה נזק שאינו קונסטרוקטיבי לסביבה שמחוץ לגבולות הגזרה המוגדרים

להריסה" (הדגשה במקור). בדיון בפנינו הדגישה באת-כוח המשיבים את ההתחייבות שלא ייגרם נזק לקומות התחתונות (עמ' 5 לפרוטוקול).

13. לבסוף, הערה לעניין לוחות הזמנים: למשיבים נדרש פרק זמן של למעלה מחודשיים כדי למסור לעותרים הודעה על כוונתו של המפקד הצבאי להוציא צו הריסה והחרמה. לעותרים ניתנו כחמישה ימים להגשת ההשגה, ולאחר שההשגה מטעם העותרים נדחתה, ניתנה להם שהות של 48 שעות להתארגן להריסה. אני מתקשה למצוא הצדקה ליחס זמנים זה. אם המשיבים סבורים כי לצרכי הרתעה יש הצדקה לפעול בדחיפות - מצופה מהם לפעול בסד זמנים מתאים. אם הם אינם סבורים שמימד הזמן הוא קריטי - ראוי לאפשר לבני המשפחה זמן מספק להתארגנות. כך או כך, ההתנהלות המתוארת מעוררת קושי.

14. כאמור, לא מצאתי עילה להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי, ולפיכך אציע לחבריי לדחות את העתירה. הצו הארעי שניתן ביום 17.12.2018 יפקע ביום 17.1.2019.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

לאחר שעיינתי בחו"ד של חברי השופט י' עמית, אין בידי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע.

1. בבג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.12.2018) הבעתי את דעתי כי השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנה 119) מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והבינלאומי, שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה, וכי יש מקום לשוב ולעיין בשאלות אלה בהרכב מורחב. מדעתי זו לא שיניתי.

2. יתרה מכך, לגופו של המקרה שלפנינו אומר, כי לא נעלמו מעיני דברי חברי (המשנה לנשיאה ח' מלצר) בבג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקח הצבאי באזור גדה המערבית (31.5.2016) ודברי חברתי השופטת ע' ברון בבג"ץ 1125/16 מדעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016) בעניינם של מפגעים קטינים, אך דעתי שונה. לטעמי, קטינותו של המפגע בנסיבות ענייננו, שבבסיס פעולתו הרצחנית מצויים בערבוביה

מניעים של רצון למות כשהיד, רצון עז לפגוע בהוריו ולגרומם להם נזק על רקע סכסוך שנתגלע בינו לבינם – מחריגה את עניינם של העותרים מתקנה 119.

3. ליבת ההנמקה להפעלת הסמכות לפי התקנה מצויה בצורך לייצר הרתעה כלפי מפגעים פוטנציאליים כדי שלא ילכו בדרכו של המפגע, כאשר הפעלת הסמכות צריכה להיעשות באופן מידתי ותוך התחשבות במכלול הנסיבות.

4. בענייננו, מדובר במפגע קטין, בן 16 וחצי שנים בעת המעשה. אף שקטינות איננה מהווה חסינות מפני העמדה לדין וענישה, הכיר המחוקק בקטינות כגורם בעל השפעה על אחריותו וענישתו של הקטין. כך למשל, חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א-1971, בגדרו גם בגזירת הדין מוענק משקל רב למידת בגרותו של הקטין הנובעת מגילו הצעיר; העדר נסיון חיים; התפתחותו הקוגניטיבית והבנתו לעומק את המעשה שעשה; והיותו נתון להשפעה ביתר קלות מאשר מבוגר המיושב בדעתו (ראו ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (14.2.2010)).

אבהיר, כי אין בדברים שציינתי לעיל כדי לשלול את סמכותו של המפקד הצבאי מכח תקנה 119, אך יש בהם כדי להשפיע על אופן הפעלת שיקול הדעת, כאשר שיקול הקטינות ומכלול המניעים שעמדו בבסיס פעולתו של הקטין אמורים להישקל לענין הפעלת הסמכות.

5. הטענה כי יש מקום להפעיל את תקנה 119 בגין מעשה עבירה שביצע קטין וכי בהפעלתה יש כדי להרתיע אחרים כדוגמתו, אינה יכולה לעמוד בנסיבותיו של ענייננו. כפי שהזכרתי קודם, הקטין בחקירתו הודה בכך כי ביצע את המעשה מתוך רצונו להיות שהיד, אלא שמעיון בחומר החסוי שהוצג על ידי גורמי הבטחון עולה תמונה שאינה חד משמעית. התמונה העולה היא של קטין כועס ומתוסכל שהסתכסך עם הוריו, כשעל רקע האמור ביקש לנקום בהם ולהמיט עליהם חורבן והרס. דומה כי שיקולים אלה של ערבוב וריבוי מניעים למעשה עבירה שבוצע על ידי מפגע קטין לא נשקלו במכלול שיקוליו של המפקד הצבאי בבואו להחליט על הפעלת סמכותו לפי תקנה 119, ואם נשקלו – לא ברור איזה ביטוי ניתן להם בהחלטתו להורות על הריסת כל דירת מגורי הוריו של המפגע הקטין וכיצד הדבר משרת את התכלית ההרתעתית. בנדון זה איני רואה עין בעין עם חברי כיצד "התכלית ההרתעתית מתגשמת במיוחד כאשר מדובר בקטין" כאשר לא נטען כי הקטין שיתף מי מבני משפחתו בכוונתו לבצע פיגוע.

6. המשיבה מפנה לתמיכת בני משפחתו של המפגע במעשה הנפשע, שנשמעה לאחר הפיגוע, כנימוק שמצדיק את השימוש בתקנה 119. לטעמי, אין לזקוף במאזן השיקולים לצורך הפעלת התקנה שיקול זה של השמעת דברי תמיכה לאחר מעשה הרצח, כנימוק המצדיק את השימוש בתקנה. הוספתו של שיקול זה במכלול השיקולים המצדיקים את ההריסה, נתפס כ"עונש" על עצם התמיכה במעשה לאחר שבוצע.

7. צו ההריסה הוצא לגבי כל דירת מגורי העותרים, המצויה בקומה שלישית של בנין, כאשר דירת המגורים כוללת 4 חדרים והיא משמשת למגוריהם של 5 אנשים: אביו ואמו של המפגע, שני אחיו, אחד מהם קטין כבן 12, והמפגע עצמו. אף שזיקת המגורים של המפגע הקטין בדירת מגורי הוריו אינה מוכחשת, המפגע הינו אך דייר נלווה. עובדת הוצאתו של צו הריסה לכלל דירת המגורים על ידי המפקד הצבאי, מבלי שסייג אותו לחדר שבו התגורר המפגע, מלמדת על כך כי לא ניתן משקל לקטינות ולמניעים שהניעו את המפגע. הוצאת צו הריסה לכלל דירת המגורים של הורי המפגע הקטין הינו צעד לא מידתי, הפוגע בכלל בני משפחתו של המפגע, כשאינן להם כל חלק במעשיו. ראויים לענין זה דברי השופט מ' חשין (כתוארו אז) (בדעת מיעוט) בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד מח(5) 338, 352 (1994).

"ואולם, קשה עליי להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדיון, 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. צו ההחרמה וההריסה אינו מבדיל ואינו מבחין בין לבין – בין הראוי להחרמה ולהריסה לבין מה שאינו ראוי להחרמה ולהריסה – ואף אינו מנסה להבחין בין לבין. בנסיבות אלו, לו נשמעה דעתי, כי אז ביטלנו את צו ההחרמה וההריסה אך באשר צו זה פורש עצמו – כמיקשה אחת – גם על בית שאינו ביתו של הרוצח."

כך הוא הדבר בענייננו. לו תשמע דעתי היינו מורים על ביטול צו ההריסה.

השופטת ע' ברוך:

1. ארי פולד ז"ל נרצח באכזריות בדקירת סכין קטלנית, כשהיה במרכז קניות בצומת גוש עציון; כתב אישום בגין גרימת מותו בכוונה הוגש נגד ח'ליל יוסף עלי ג'בארין, שבעת ביצוע הפיגוע היה כבן 16 וחצי (להלן: המפגע). המפקד הצבאי הורה לאחרונה על הריסת קומה בבניין מגורים, שבה התגורר המפגע עם הוריו ושניים מאחיו (אחד מהם קטין, יליד 2006). נגד החלטה זו של המפקד הצבאי מופנית העתירה שבה עסקינן. אומר כבר עתה כי אני מצטרפת לדעתו של השופט י' עמית שלפיה יש לדחות את העתירה, וזאת בכפוף להערות שלהלן.

2. מקובל עליי כי נקודת המוצא לדיון בעתירה היא, שלמפקד הצבאי נתונה סמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להורות על הריסת ביתו של אדם המואשם בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. זו ההלכה הנוהגת בבית משפט זה, ואולם אעיר כי אני שותפה לדעתו של חברי השופט ג' קרא, שלפיה יש מקום להעמיד הלכה זו למבחן מחודש בהרכב מורחב של שופטי בג"ץ (ואפנה גם לדברי ב-בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016), להלן: עניין מרעי); דעה דומה נשמעה זה מכבר גם בפסקי דין נוספים (ראו למשל: השופט ע' פוגלמן ב-בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015); השופט מ' מזוז ב-בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016)).

בלא לגרוע מן האמור בדבר הסמכות להורות על הריסת בתים מכוח תקנה 119, לא יכול להיות חולק על כך שבאמצעי זה גלומה פגיעה חמורה בזכויות יסוד של בני משפחתו של המחבל, שכלל לא נטען כלפיהם כי היו מעורבים בדרך כלשהי בפיגוע. כפי שציין חברי השופט עמית בעניין סידר, "המכשיר של הריסת בתים נתפס, ולא בכדי, כמכשיר בעייתי, העומד בסתירה לציווי 'איש בחטאו יומתו' (דברים כ"ד, ט"ז), ציווי המעוגן בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל והמשפט העברי" (שם).

3. כידוע, התכלית של הריסת בתים היא הרתעתית. הריסת בתים לא נועדה לשמש כאמצעי ענישה של המחבל או של משפחתו, גם לא כפעולת תגמול על פיגוע, בוודאי שלא לריצוי דעת קהל. מטעם זה אעיר, בהתייחס לדברי השופט קרא, כי אינני סבורה שיש מקום לשקול שיקולים שעניינם העמדה לדין וענישה של קטינים, כאשר על הפרק עומדת שאלת הפעלת הסמכות להרוס בתים.

ובחזרה לנושא ההרתעה. בעניין מדעי הבעתי דעתי כי ישנם ספקות של ממש המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, והמצב הוא שאין אפשרות אמיתית לאמוד את שיעור ההצלחה של כלי זה במניעת פיגועים. אבהיר עוד כי לטעמי חוות הדעת החסויה שהוצגה לנו מטעם המפקד הצבאי, אינה מהווה כשלעצמה ראייה מספקת לאפקטיביות של הריסת בתים במסגרת המלחמה בטרור. זאת ועוד. לאחרונה נשמעים יותר ויותר קולות, גם בתוך המערכת הביטחונית עצמה, שלפיהם לא מן הנמנע כי השימוש בהריסת בתים משיג תוצאה הפוכה, ולמעשה מגביר את השנאה והאלימות נגד יהודים. כפי שציין גם השופט עמית, אם זה אמנם המצב אזי יש לאמור השלכה על סבירות ההפעלה של סמכות הריסת הבתים.

4. שאלת ההרתעה היא אפוא שאלה מוקשית, וכל עוד זה המצב לא ניתן לטעמי לעשות שימוש בסמכות הריסת הבתים בלא ליתן משקל ממשי למידת מעורבותם של בני משפחת המחבל בביצוע הפיגוע. יש בכך כדי לעודד את המשפחה לפעול למניעת הפיגוע, ולו רק בכדי להציל את קורת ביתה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר המחבל הוא קטין – שכן ההנחה היא שלבני המשפחה יש יכולת השפעה ממשית יותר על קטין ביחס לבגיר. נוסף על כך, אם לא יינתן משקל לשאלת המעורבות, אזי משפחת המחבל לעולם לא תוכל להימנע מהריסת ביתה ככל שהחליט לבדו על ביצוע הפיגוע.

בעניין מדעי נתתי דעתי לשיקולים שעשויים להיות רלוונטיים לבחינת שאלת מעורבותם של בני המשפחה: "כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בידיעה של מי בני המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של המחבל – ולעניין זה תיתכן אף ידיעה קונסטרוקטיבית, 'עצימת עיניים'. במקרים מסוימים ניתן אף להסיק על ידיעה כזו באופן נסיבתי – למשל מתוך טיב היחסים שבין המחבל לבני משפחתו, בשים לב לתדירותם (אם מתגורר איתם באורח קבע או ארעי), או לגילו של המחבל (קטין לעומת אדם המנהל חיים עצמאיים). כמו כן, עשויה להיות משמעות בהקשר זה ל'נורות אזהרה' כדוגמת התבטאויות מקדימות של המחבל ברשתות החברתיות, או התרועעות עם אנשים המזוהים עם ארגוני טרור. ניתן אף להסיק על תמיכה של המשפחה במעשה הטרור מתוך התנהלותה לאחר מעשה – למשל במקרה של קבלת גמול כספי בגין המעשה מאת ארגון התומך בטרור, או אף הבעת תמיכה מילולית ואחרת במעשיו של המחבל" (ההדגשות במקור-ע'ב') (שם, פסקה 8). הדגשתי אז ויש לחזור ולהדגיש כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וגם משקלם יכול שישתנה בהתאם לנסיבות.

5. מן הכלל אל הפרט.

מעיון בחומר החסוי שהוצג לנו בעניינו של המפגע, ניכר שבתקופה הסמוכה לפני הפיגוע הוא הצהיר בפני בני משפחתו על כוונתו לבצע פיגוע טרור. אכן, הרושם המצטייר מחוות הדעת הוא שביסוד הצהרה זו עומדים גם רגשות כעס ותסכול של המפגע כלפי משפחתו, מסיבות כאלה ואחרות – ואולם אינני סבורה כי שאלת המניע רלוונטית בנסיבות המקרה, לא כל שכן מכרעת. הדגש הוא על קיומן של אינדיקציות בדבר ידיעה מוקדמת של המשפחה על הכוונה לבצע פיגוע; ויצוין עוד כי לאינדיקציות אלה מצטרפות התבטאויות מצד אימו ואחיו של המפגע לאחר הפיגוע – שכללו שביעות רצון מהפיגוע, דברי שבח על המפגע, וקריאות נקם ביהודים. בהינתן נסיבות אלה, דעתי היא שאין מקום להתערב בהחלטת המפקד הצבאי.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ד' בשבט התשע"ט (10.1.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט