



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5933/23

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

העותרים: 1. באסל זלבאני
2. פדאא זלבאני
3. יזן זלבאני
4. סונדוס זלבאני
5. רהף זלבאני
6. גזל זלבאני
7. נסרה שוויקי
8. עבד אלמונעם שוויקי
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. מפקד פיקוד העורף
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על-תנאי ובקשה לצו ביניים

תאריך הישיבה: ד' באלול התשפ"ג (21.8.2023)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן; עו"ד יונתן סיטון

פסק-דין

השופט א' שטיין:

העתירה

1. העתירה שלפנינו מבקשת את ביטולו של צו החרמה והריסה מיום 13.7.2023 (להלן: צו ההריסה או הצו), אשר הוצא על ידי המשיב 1, מפקד פיקוד העורף (להלן: המפקד הצבאי), ביחס לדירת מגורים בקומה השנייה של מבנה בן חמש קומות הממוקם בנ.צ. 3521495, 36N 712942, במחנה הפליטים שועפאט (להלן: הדירה), בה התגורר,

עובר למעצרו, מוחמד באסל זלבאני, אדם אשר ביצע פיגוע רצחני במחסום שועפאט (להלן: המפגע).

הרקע המשפטי לעתירה

2. מדינת ישראל ממגרת פיגועי טרור רצחניים שנכפו עליה ועל תושביה על ידי מגוון של אמצעי מנע חוקיים, ובכללם החרמה והריסה של בית המפגע מכוחה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – תקנה אותה ירשנו מהמשפט הבריטי שקדם להקמת המדינה (להלן: תקנה 119). בית משפט זה קבע זה מכבר כי תקנה זו אינה מנוגדת לעקרונות החוקתיים שנקבעו במשפטנו, אינה מנוגדת לשום חוק, ואינה עומדת בסתירה למשפט הבינלאומי המינהגי (ראו, מיני רבים: בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקאות 13-14 והאסמכתאות שם (6.12.2018); בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 (10.1.2019) (להלן: בג"ץ ג'ברין); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 5 (17.1.2019)). כמו כן, כפי שהזדמן לי להבהיר, בני משפחת המפגע, ובכללם אלו שלא היתה להם יד במעשה הטרור הרצחני, אינם בגדר נענשים בענישה קולקטיבית – זאת, "מאחר שהפגיעה התוצאתית [בהם], קשה ככל שתהא, טבועה בעצם הסנקציה של הריסת הבית [אשר] איננה שונה מהפגיעה הקשה במשפחתו של עבריין כלכלי, שלא הרג איש, אשר נשלח לכלא וביתו חולט בהתאם לאמור בחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000" (ראו: בג"ץ 144/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף (19.1.2022) (להלן: עניין אבו שחידם)). זאת ועוד: לאור לשונה של תקנה 119 – אשר מדברת על מפגע שנמנה על המתגוררים (inhabitants) בבית או בדירה מושא החרמה וההריסה – נקבעה הלכה שקבעה כי די בקיומה של זיקת מגורים בין המפגע הרצחני לבית או לדירה כדי להצדיק את הוצאתו של צו החרמה וההריסה בהיבט הזה (ראו: בג"ץ ג'ברין, פסקה 9; בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 לפסק דינו של השופט י' עמית (11.4.2019)).

3. על רקע זה, סבורני כי אין עוד עמנו מקום להיזקק לטענות הכלליות נגד הפעלתה של תקנה 119 אשר מועלות בעתירות נגד הוצאת צווי החרמה והריסה. הוצאת צווים כאמור היא סנקציה קשה, ועל כן לא נבוא חשבון עם באי ובאות כוח העותרים שמעלים טענות כאמור. יחד עם כן, לא נטה לטענות אלו אוזן קשבת כי את מה שהוכרע בפסיקתנו בדרך של קביעת תקדים מחייב יש לכבד ללא עוררין.

4. מטעמים אלה, לא אדרש לטענות העותרים בעתירה שלפנינו אשר תוקפות את צו ההחרמה וההריסה במישור הדין הכללי. כן אדון בהרחבה במה שראוי להתייחסות: הסוגיה הקונקרטית שהונחה לפתחנו, שבמוקדה מפגע שהיה בן 13.5 בזמן שביצע את המעשה הרצחני. העתירה שלפנינו מעלה טענה כי מן הדין לבטל את צו ההחרמה וההריסה מפאת גילו הך של המפגע ושאר נסיבות המקרה, בהן אדון מיד, שכן – כך נטען – מדובר בסנקציה אכזרית ובלתי מידתית אשר מסבה פגיעה קשה מנשוא להורי המפגע, לאחאיו, וכן לבעלי הדירה המועמדת להחרמה ולהריסה. עוד נטען בעתירה, כי אופן ביצוע ההריסה – חבלה חמה – אף היא אינה מידתית באשר היא עלולה לגרום לנזק קשה ובלתי הפיך לבניין שבו ממוקמת הדירה ולסביבתו. טענות אלו מעלות שאלות לא פשוטות, ובהן אעסוק.

העובדות

5. אלה הן עובדות הפיגוע שבעטיו הוצא צו ההריסה מושא העתירה:

המפגע, מוחמד זלבאני, עשה את אשר עשה ביום 13.2.2023, בהיותו בן 13.5 בלבד. בצאתו מבית דודתו שבמחנה הפליטים שועפאט, הוא הצטייד בסכין, שאורך להבה כ-15 ס"מ, ועלה לאוטובוס כדי לנסוע למחסום שועפאט ושם לדקור איש מכוחות הביטחון הישראליים. כשהאוטובוס הגיע למחסום שועפאט, שוטר מג"ב אסיל סואעד (להלן: המנוח) נכנס לתוכו כדי לבצע בדיקת נוסעים. מיד אחרי המנוח עלה לאוטובוס מאבטח חמוש בכלי ירייה מסוג "תבור" (להלן, בהתאמה: המאבטח והנשק). כשהגיע המנוח למקום מושבו של המפגע, התרומם המפגע מכיסאו, אחז בסכין, לפת את המנוח בצווארו ודקר אותו באמצעות הסכין ברקתו השמאלית בכוונה לגרום למותו של המנוח. כמו כן ניסה המפגע לדקור את המנוח בראשו ובצווארו, אך המנוח נאבק עם המפגע והצליח למנוע דקירות נוספות אלה. המאבטח ביקש לנטרל את המפגע וירה מהנשק שני כדורים לכיוון המפגע בזמן שהמנוח נאבק עמו. למרבה הצער, אחד הכדורים פגע במנוח באופן שגרם למנוח דימום מסיבי אשר הביא למותו.

6. עובדות אלה הוכחו ברמה של ראיה מינהלית, בין היתר, על ידי הודאת המפגע בחקירתו במשטרה. על יסודן, הוגש נגד המפגע כתב אישום בבית המשפט המחוזי ירושלים (תפ"ח 55676-02-23), אשר מאשימו ברצח בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיפים 300א(א)(1) ו-300א(א)(10) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). המפגע הודה, תחילה, בעובדות כתב-האישום, אולם אחר כך הגיש לבית

המשפט המחוזי "בקשה בהולה לחזרה מהודאה". הודאתו האמורה של המפגע, אף היא מהווה ראיה מינהלית מספקת חרף הבקשה שהוגשה, מה גם שבקשה זו – למרות הצהרת המפגע על "רצונו העז, הנחוש והכן להיאבק על חפותו" – לא פרשה לפני בית המשפט גרסת חפות כלשהי, דבר שלכאורה אינו תואם את פסיקתנו (ראו: ע"פ 8777/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 13-14 (29.10.2019)).

7. זאת ועוד: לית מאן דפליג שסדרת הדקירות הרצחניות מעשה ידיו של המפגע היתה בגדר גורם ממשי לתוצאה הקטלנית. חזקת הסיבתיות אשר נקבעה בסעיף 309(5) לחוק העונשין – שגם יסודותיה הוכחו ברף ההוכחה של "ראיה מינהלית" – סותמת אפוא את הגולל, בהליך שלפנינו, על כל טענה אפשרית בדבר ניתוק הקשר הסיבתי בין מעשיו של המפגע לבין מותו של המנוח (ראו: ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 756-757 (1984); וכן ע"פ 140/10 חלילה נ' מדינת ישראל, פסקאות 76-77 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (10.3.2011)).

8. לא נותר לנו, על כן, אלא לדון בשתי שאלות כדלקמן:

א. האם היותו של המפגע קטין רך בשנים, בן 13.5 בלבד, בזמן מעשה הרצח הופך את הצו לבלתי מידתי באופן קיצוני אשר קורא להתערבותנו? העותרים טוענים כי לשאלה זו יש לענות בחיוב, ואילו לטענת המשיבים היותו של המפגע בן 13.5 אינו פוגם בצו.

ב. האם ביצוע הצו בדרך של חבלה חמה הינו בלתי מידתי ופוגעני באופן שמצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת המפקד הצבאי, המשיב 1? העותרים סבורים כי אכן מדובר בדרך שאינה מידתית, והמשיבים, מנגד, חולקים על כך.

9. בשאלות אלה אדון מן הקל אל הכבד.

דיון והכרעה
שיהוי – האמנם?

10. בטרם אדון ואכריע בשאלות שהצגתי, אסיר מסדר יומנו את טענת השיהוי שנטענה בחצי-פה על ידי העותרים בהתבסס על פער הזמנים בין הפיגוע הרצחני

(13.2.2023) לבין הודעת המשיב 1 על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה (9.6.2023). לטעמי, לא מדובר בפער זמנים העולה כדי שיהוי. כמו כן, מקובל עלי ההסבר שקיבלנו מבאי-כוח המשיבים לפיו עצם הוצאת הצו ואופן הוצאתו מן הכוח אל הפועל הצריכו חשיבה ובדיקות – וזאת, בשים לב, בין היתר, לגילו הצעיר של המפגע. העובדה שהמפקד הצבאי לא מיהר להחליט על הריסת הדירה, והחליט על החרמתה והריסתה בחלוף כארבעה חודשים ממועד הפיגוע, לא צריכה לעמוד לו לרועץ. טענת השיהוי נדחית אפוא בזאת.

האם ביצוע הצו בדרך של חבלה חמה הינו בלתי מידתי ופוגעני?

11. העותרים ביקשו לשכנענו כי כך הוא הדבר בעזרתה של חוות דעת מומחה שבאמתחתם, אשר ניתנה על ידי מהנדס אזרחי, מר נאסר אבו ליל.

12. המפקד הצבאי, אף הוא גיבש את החלטתו בעזרת חוות דעת מקצועית של מהנדס מנוסה ומומחה להריסת מבנים, רס"ן י.פ. מומחה זה אף מסר תצהיר אשר הוגש לעיוננו והתייחס לטענותיו של המהנדס אבו ליל.

13. בהינתן מחלוקת מומחים כאמור, ובאין אינדיקציה לכך שחוות דעתו של המומחה הפנימי של הרשות המינהלית – רס"ן י.פ. – שגויה על-פניה, עלינו להשעין את הכרעתנו על האמור באותה חוות הדעת בהתאם להלכה פסוקה הנקוטה בידינו. על הלכה זו הזדמן לי לעמוד במספר הזדמנויות; ואלה הם פרטיה, כפי שסיכמתיים בבג"ץ 4874/21 אליקים בן ארי בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקאות 29-30 (6.2.2022):

"[...] הלכה פסוקה הנהוגה מזה זמן רב בהליכי בג"ץ ובהליכים המתנהלים בפני בתי משפט לעניינים מינהליים פוסלת את חוות הדעת של מומחים פרטיים אשר באים לחלוק על החלטת הרשות המינהלית שנסמכת על עבודתם ועל ממצאיהם של מומחים פנימיים משלה, ככל שחוות הדעת הפרטיות מתיימרות להתערב בשיקול דעתה העצמאי של הרשות, אשר הוענק לה על ידי המחוקק בשל היותה מומחית – אם לא המומחית – בתחומי פעילותה (ראו: ע"מ 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדוור, פסקאות 16-17 לפסק דיני והאסמכתאות שם (17.12.2019)). הלכה זו סוכמה על ידי השופט ע' פוגלמן באלו המילים:

'העדפת חוות דעת מומחה "חיצונית" על פני חוות דעת המקצועית של הרשות המינהלית, אינה מתיישבת עם

אופיו של הליך הביקורת השיפוטית. (ראו: עע"מ 2141/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, פסקה 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (17.11.2010); עוד ראו: בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 19-21 (1996); בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון, פסקאות 9-10 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) (21.1.2010); וכן בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 688-689 (1995); כן ראו: דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך א 760, ה"ש 128 (2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 452-453, 487-488 (2017)).

הלכה זו נסמכת, במידה רבה, על האמור בפסק דינה המנחה של השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בבר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754 (2004):

'הגישה העולה מפסק-הדין ביחס למינוי מומחה מטעם בית-המשפט לעניינים מינהליים אינה עולה בקנה אחד עם כללי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. הדרך שהשופט קמא בחר לילך בה – השוואה בין חוות-דעת המומחה מטעם בית-המשפט לבין חוות-דעת של מומחים אחרים וקביעת העדפתה על פני החלטת הרשות המינהלית – אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית. בית-המשפט המינהלי יבחן בהליך המתקיים בפניו את החלטת הרשות על-פי עילות הביקורת השיפוטית, אך אין הוא משמש ערכאה המחליטה במקום הרשות המינהלית; הוא אינו שוקל את שיקוליה ולא ימיר את שיקול-דעתה בשיקול-דעתו שלו. כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר בהחלטה שרשות מינהלית סבירה הייתה יכולה לקבל, לא יתערב בית-המשפט בהחלטה. כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות-דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים. מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית. אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו. כך בבית-המשפט הגבוה לצדק, וכך כמובן גם בבית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-המשפט לעניינים מינהליים, ובכל ערכאה שיפוטית הנדרשת לכללי המשפט המינהלי" (ראו: שם, בעמ' 767-768; אסמכתאות הושמטו – א.ש.).

14. חוות דעתו של רס"ן י.פ. וההסברים שהלה נתן לנו בדיון במעמד צד אחד שקיימנו בהסכמת העותרים, שכנעוני כי דרך ביצועו של הצו היא בגדר הרע במיעוטו האופטימלי, בהתחשב בצורך בהקטנת נזקים לצד השיקולים הקשורים לביטחונם של מבצעי ההריסה. כמו כן שוכנעתי שדרך ביצוע ההריסה לא תסב נזק לקונסטרוקציה של הבניין בו נמצאת הדירה.

15. זאת ועוד: כפי שהובהר לנו על ידי בא-כוח המשיבים, המדינה נוהגת לפצות את ניזוקיה העקיפים של הריסת בית או דירה בגין נזקיהם, כל אימת שמדובר באנשים חפים מפשע שאינם קשורים למפגע ולביתו. חזקה היא אפוא שהמדינה תנהג כך גם במקרה של גרימת נזק לצדדים שאינם קשורים למפגע ולדירה במקרה הנוכחי.

16. אשר על כן, טענות העותרים הנסמכות על חוות דעתו של המהנדס אבו ליל, ובפרט תלונתם על נזקי הקונסטרוקציה שכביכול ייגרמו לבניין עקב הריסת הדירה – נדחות בזאת.

האם היותו של המפגע קטין רך בשנים, בן 13.5 בלבד, בזמן מעשה הרצח, הופך את הצו לבלתי מידתי באופן קיצוני אשר קורא להתערבותנו?

17. לאחר התלבטות, הגעתי לכלל מסקנה כי לשאלה זו עלינו להשיב בשלילה.

18. ראשית, התקדימים שיצאו מלפנינו אישרו הוצאת צווי החרמה והריסה ביחס למפגע בן 15 (ראו: בג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית (31.5.2016) (להלן: עניין פלוניס)), וכן ביחס למפגעים בני 16.5 ו-17 (ראו, בהתאמה: בג"ץ ג'ברין ובג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (3.8.2016) (להלן: עניין חליל)). זאת, מאחר שענייננו כאן לא בענישת עבריין שבמוקדה עיקרון האשמה, אלא בהרתעת רבים, ובפרט בהרתעת ההורים – הוריהם של המפגעים הפוטנציאליים (ראו: עניין אבו שחידם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית ("הדברים אמורים במיוחד במפגעים פוטנציאליים צעירים, שנמצאים עדיין תחת חסותם או השפעתם של הוריהם, שמטבע הדברים ינסו לפקח עליהם או לשכנע אותם או למנוע בעדם מלבצע פיגוע, נוכח המחיר הכבד הצפוי למשפחה בדמות הריסת ביתם")).

19. בעניין אחרון זה עיינו במעמד צד אחד, בהסכמת העותרים, בחוות דעת מקצועית עדכנית אשר מאששת את עמדת המשיב 1 בנושא ההרתעה. חוות דעת זו מצביעה על

קיומה של הרתעת הורים למפגעים פוטנציאליים: במספר לא מבוטל של מקרים, התחזית של הריסת ביתו או דירתו של מפגע צעיר גורמת להוריו להטיל עליו מרות, לפקח על מעשיו ולשכנעו להימנע מלבצע פיגוע.

כפי שכבר הזדמן לי לקבוע ביחס לחוות דעת זו:

"העותרים השקיעו מאמצים רבים בטענה אשר באה להטיל ספק בכוחן ההרתעתי של הריסות בתי המפגעים. דא עקא שנושא זה הוא נושא מקצועי מובהק. הגורמים המקצועיים שעליהם נסמכים המשיבים – ושעמדתם הובאה לידיעתנו כחלק מהחומר החסוי – סבורים כי להריסת בתי המפגעים הרצחניים יש השפעה הרתעתית על מפגעים פוטנציאליים. עמדת הגורמים המקצועיים והחומר החסוי שהונח בפנינו מהווים ראיה מינהלית ברף המחמיר שלה, אשר בו יש לנקוט במקרים מעין אלה מטעמים מובנים וברורים [...]. אכן, את מידתה של השפעת הריסת ביתו של מפגע על מפגעים עתידיים קשה לאמוד באמצעות מספרים – שכן, החיים האמתיים אינם מתנהלים, מן הסתם, על-פי חוקי אלגברה וההסתברות הבייסיאנית – אבל ההשפעה קיימת. מסקנה זו הינה פועל יוצא של הפעלת שיקול-דעת מקצועי של גורמי הביטחון, שבו, כאמור, אין בידינו להתערב. [...] המפקד הצבאי הוא זה שאמון על ההגנה על ביטחונם של תושבי המדינה ועל האיזון הלא פשוט בין הרצון, המובן והטבעי, למנוע אבדות בנפש בקרב תושבינו, כפועל יוצא מפגעים רצחניים, לבין האינטרס, המובן והטבעי, של בני משפחת המפגע – שפשעיו אינם פשעיהם – שלא לאבד את קורת הגג שמעל ראשם. הווה אומר: הוא – ולא אנחנו" (ראו: עניין אבו שחידם, פסקאות 11-12 לפסק דיני; ההדגשה הוספה – א.ש.).

גם במקרה הנוכחי, אין לי אלא לחזור על דברים ברורים אלה.

20. זאת ועוד: המפגע שפשעו – מעשה הרצח – גרר אחריו את הוצאתו של צו ההריסה היה אמנם רק בן 13.5 בזמן המעשה, אולם הדרך שבה פעל מאפיינת עברייני בגיר חסר-עכבות, אשר בא לרצוח וידע כיצד לרצוח. לפי הראיות המינהליות שבידינו – ובאלו לא נפקפק – המפגע תכנן את מעשה הדקירה הנפשע שלו מבעוד מועד, הצטייד בסכין ארוכה וחדה; ואחר כך, תוך ניצול ההזדמנות הראשונה שנקרתה לדרכו, הפתיע את המנוח, אחז בעוצמה בצווארו, דקרו ברקתו השמאלית ואף ניסה לדחוק אותו בראש ובצוואר. בנסיבות אלה, אשר מצביעות על עוצמה ותעוזה רצחנית של בגיר, אין כל הצדקה להבחין בין המפגע בן ה-13.5 שבו קא עסקינן לבין הנערים המבוגרים ממנו שעניינם נדון – לשבט, ולא לחסד – בעניין פלוניס, בבג"ץ ג'ברין ובעניין חליל. אוסיף

ואציין כי בנסיבות אלו אין – ולא יכולה להיות – כל משמעות לחוות הדעת אודות "מאפיינים טיפוסיים של מופעי התנהגות ותכונות של מתבגרים", החתומה בידי פרופ' ע' רביב, שצורפה לעתירה. חוות דעת זו מדברת על נערים מתבגרים באופן כללי, ואינה מתייחסת למפגע. כמו כן דומני כי ביכולתנו לומר בבטחה שמעשהו של המפגע – הקיצוני באכזריותו וברמת השנאה הנשקפת ממנו – אינו בגדר "מאפיין טיפוסי" של נערים מתבגרים.

21. מסמך חשוב נוסף שנתגלה לנו הוא דו"ח פעולה שנערך על ידי המשטרה ביום 14.2.2023. דו"ח זה מתעד את תוצאות החיפוש בדירה שהמשטרה ביצעה זמן קצר אחרי הפיגוע הרצחני, ולפיו בחדרו של המפגע נמצאו דגל פלסטין וסכין. דו"ח זה התגלה במסגרת הדיון החסוי שקיימנו במעמד צד אחד, אולם המשיבים הודיעונו, לאחר בירור שעשו, כי הוא איננו סודי והציגו אותו בפני העותרים במהלך הדיון הפתוח בו נטלו חלק כל בעלי הדין. דו"ח זה כמובן אינו מצביע על כך שהורי המפגע ידעו בפועל על הימצאותם של הדגל והסכין בחדרו, אולם בהחלט ניתן לייחס להם ידיעה קונסטרוקטיבית על אשר נעשה בדירתם (ראו: פסק דינה של השופטת ע' ברון בעניין פלוני). כמו כן ניתן לייחס להורי המפגע את חוסר הפיקוח ההורי על מעשיו של בנם, אשר בהיותו בן 13.5 שנים בלבד ביצע לכאורה (אם לא למעלה מלכאורה) מעשה רצח על רקע לאומני.

22. בנסיבות אלו, אין מנוס מן המסקנה כי הרציונל של הרתעת הורים מצדיק את הוצאתו של צו ההריסה במקרה הנוכחי, וכי צו זה מקיים את דרישת המידתיות.

סוף דבר

23. נמצא אפוא כי בהחלטת המשיב 1 להוציא את צו ההריסה מושא העתירה לא נפל כל פגם הקורא להתערבותנו. אשר על כן, הנני מציע לחבריי לדחות את העתירה ולהותיר את הצו על כנו.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

1. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי השופט א' שטיין. דעתי שונה.

העותרים בעתירה דנן מבקשים כי נורה על ביטולו של צו ההחרמה וההריסה שהוצא ביום 13.7.2023 ביחס לדירת המגורים בקומה השנייה של המבנה שבו התגורר מוחמד זלבאני (להלן: זלבאני), בגין מעורבותו – לפי המיוחס – בפיגוע הדקירה בו נרצח שוטר מג"ב אסיל סואעד ז"ל (להלן: צו ההחרמה וההריסה או הצו). אומר כבר בראשית הדברים כי להשקפתי, ומבלי לגרוע מחומרת המעשים שמיוחסים לזלבאני, השיהוי שנפל בהתנהלות המשיבים בהוצאת צו ההחרמה וההריסה, בשילוב עם גילו הצעיר של זלבאני, מצדיקים הוצאת צו על תנאי שבו נורה למשיבים לבוא ליתן טעם מדוע לא תוגבל הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לאטימת חדרו של זלבאני. בעתירה שלפנינו, שבים העותרים ומבקשים להניח לדיון את השאלות העקרוניות המורכבות שמעורר השימוש בסמכות המסורה למפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה הבעתי לא אחת בעבר (ראו למשל את פסק דיני בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016); בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 לחוות דעתי (3.4.2016); בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016); ובבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017)). אולם, הלכה זו מחייבת כל עוד לא שונתה בהרכב מורחב.

2. אלא שגם בהינתן הלכה זו, כידוע, סמכות לחוד, ושיקול דעת לחוד. כאשר קיימת סמכות, על הרשות להפעילה בסבירות ובמידתיות (עניין שבלי, פסקה 3 לחוות דעתי). נוכח התוצאות הקשות שנלוות לשימוש בתקנה 119, הפעלת הסמכות נבחנת לגופה בכל עתירה, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה. בכלל זאת, יש ליתן את הדעת לחומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד; ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר אם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות בקשר לאותו חלק מן הבית שבו התגורר החשוד; אם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן אם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); כן ראו: עניין שבלי, פסקה 20; בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (12.11.2019); בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 5 (7.11.2017)).

3. כפי שציינתי בעבר, בנוסף לשיקולים שמניתי לעיל, שיהוי בקבלת ההחלטה בהוצאת צו ההחרמה וההריסה, משליך על מידתיותה (עניין עטאונה, פסקה 6 לפסק דיני).

זאת, בשים לב לכך שככל שהפער בין מועד הפיגוע לבין הריסת בית המגורים גדל, הזיקה בין מעשה האלימות שהקים את הסמכות לבין הפעלתה נחלשת, ובהתאם פוחת האפקט ההרתעתי הגלום בהריסת הבית (ראו: בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 לפסק דין של השופט צ' זילברטל (להלן: עניין אבו חאשיה)). בנוסף לאמור, שיהוי בקבלת ההחלטה פוגע גם באינטרס של הדיירים שמתגוררים בביתו של מי שמואשם בביצוע מעשים המנויים בתקנה 119, אשר עננת אי ודאות בדבר גורל ביתם מרחפת מעליהם כל עוד לא מתקבלת החלטה בעניינם (עניין עטאונה, פסקה 5 לפסק דיני). בהתאם לאמור, כבר נקבע שככל שיש כוונה להפעיל את הסמכות, יש להודיע על כך במועד קרוב ככל האפשר למועד הפיגוע (עניין עטאונה, פסקה 4 לפסק דיני; עניין אבו חאשיה, פסקה כב; עניין טידר, פסקה ז; בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 50 (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)). על הרשות לאזן בהקשר זה בין החובה לפעול במהירות, לבין הצורך לבסס את ההחלטה על "אדנים ראייתיים מוצקים" (בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 20 (20.4.2016) (להלן: עניין עאמר)). לצד זאת, כפי שציינתי בעבר, "השיהוי אינו נמדד בפרקי זמן קשיחים והוא מושג פונקציונלי שנבחן על רקע נסיבותיו הפרטיקולריות של כל מקרה ומקרה" (עניין עטאונה, פסקה 6 לפסק דיני).

4. במקרה דנן, הפיגוע התרחש ביום 13.2.2023. כתב האישום נגד זלבאני הוגש בחלוף 10 ימים, ביום 23.2.2023. מאז ועד למועד שבו הועברה לעותרים 1-6 ההודעה על כוונת המשיב 1 לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 חלפו כארבעה חודשים. יוער כי לטענה ביחס להשתהות המשיבים לא הוקדש ראש טיעון נפרד בעתירה (סעיף 5 לעתירה), אך הדברים התחדדו בדיון שהתקיים לפנינו ביום 21.8.2023 (כן ראו פסקה 10 לחוות דעתו של חברי). כך, בדיון לפנינו, טענו המשיבים כי הטעם לכך שההחלטה התקבלה בחלוף הזמן כאמור נעוץ בכך שמדובר במקרה ייחודי, וכי נוכח גילו הצעיר של זלבאני, פרק הזמן היה נחוץ על מנת לשקול ולהחליט האם בנסיבות יש להפעיל את הסמכות (פרוטוקול הדיון מיום 21.8.2023 עמ' 7, ש' 3-7; עמ' 10, ש' 17-18). אכן, מקובלת עליו הנחת המוצא של המשיבים שלפיה גילו הצעיר של זלבאני מהווה שיקול כבד משקל אשר מצדיק בחינה מעמיקה של הצורך להפעיל את הסמכות, ועל כך אעמוד בהמשך. ואולם, גם בשים לב לצורך ליתן את הדעת למורכבות האמורה עובר לקבלת ההחלטה, לא הניחו המשיבים תשתית שיש בה להצדיק שיהוי כה ניכר. בכלל זאת, לא פירוטו המשיבים אילו פעולות ננקטו בתקופה האמורה שהובילו לכך שההחלטה התקבלה

במועד האמור (והשוו לעניין עטאונה, שם נקבע כי השתהות שעמדה על כשלושה חודשים עולה כדי פגם שמצדיק את ביטולו של הצו; באותו עניין פירטו המשיבים את השתלשלות הליכי הטיפול בהוצאת צו ההחרמה וההריסה אך בנוגע לחלק מהתקופה האמורה). מן העבר השני, כפי שפורט לעיל, חלוף פרק הזמן האמור מפחית את כוחה של התכלית ההרתעתית; כמו כן, מדובר בפרק זמן משמעותי שבו בני המשפחה היו מצויים במצב של חוסר ודאות.

5. לכך יש להוסיף כי בעת ביצוע הפיגוע היה זלבאני בן 13 וחצי. אכן, כפי שצינו המשיבים, אין בהיותו של המפגע קטין כדי לשלול את סמכותו של המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 (וראו: בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 10 (10.1.2019) (להלן: עניין ג'ברין); בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 (3.8.2016); בג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 35 (31.5.2016)). לצד האמור, יש להתחשב בנתון זה במסגרת בחינת המידתיות. בעניין ג'ברין התייחס לכך השופט י' עמית בקובעו כי "נתון זה יכול למשוך לכיוונים שונים [...] 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" (שם, פסקה 10). מהדברים האמורים – כמו גם מעמדת המשיבים שלפנינו – משתקפת העמדה כי לשם התמודדות עם התופעה של פיגועים המבוצעים על ידי קטינים יש להשפיע על מערך התמריצים להוריהם. לעמדתי, התייחסות שאינה נותנת משקל מתאים למעטפת המשפחתית הקונקרטי של הקטין או לגילו של המפגע, אינה מידתית, כפי שאפרט להלן.

6. נקודת המוצא היא כי השימוש בתקנה 119 מערב לא פעם בני משפחה שלא היו מעורבים בפיגוע, ומוביל להותרתם חסרי קורת גג על לא עוול בכפם. נוכח הפגיעה הקשה והחרפה בבני המשפחה הלא מעורבים, יש לעמוד באופן קפדני על כך שהפעלת שיקול הדעת תיעשה בהתאם לעיקרון המידתיות, כפי שצוין לעיל. ואולם, בענייננו, טענו המשיבים כי מטרתה של הפעלת תקנה 119 כאשר מדובר במפגעים קטינים היא גם השפעה על הוריהם. כפי שצינתי בעבר בהקשר אחר, "[...] אמנם אין חולק על תפקידם וחובתם של הורים להכווין את ילדיהם ולהשגיח על פעילותם. אולם לא ניתן להניח כי הורה וילד אחד הם. יתרה מכך, לא ניתן להניח באופן גורף כי ברקע לכל עבירה שביצע קטין, עומד הורה שלא עשה כל שניתן כדי למנוע אותה" (בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 22 לפסק דיני (8.7.2021)).

לפיכך – התייחסות גורפת ליכולתם של ההורים להשפיע על מעשי ילדיהם, מבלי שזו מתבססת על מאפייני קונקרטי בהתנהגות ההורה או במעורבות אחרת במעשי ילדו בפועל, משליכה בעיני על מידתיות הפעלת התקנה. זאת מאחר שכפי שציינתי בעניין עדאלה "תיוג זה, שאינו מתבסס על מאפייני כלשהו בהתנהגות ההורה או במעורבות אחרת במעשי ילדו בפועל, נושא עמו מסר פוגעני כלפי קבוצת ההורים האמורה, הקשור בטבורו לכבוד האדם" (שם, פסקה 20). לפיכך, סבורני כי נתון חשוב בבחינת שיקול הדעת בהפעלת התקנה כאשר מדובר במבצע קטין הוא הפעולות הקונקרטיות שננקטו על ידי ההורים עובר לביצוע הפיגוע. במקרה דנן, המשיבים לא ייחסו לבני משפחתו של זלבאני מעורבות או תמיכה במעשיו. לפי כתב האישום, ביום ביצוע הפיגוע, בעת שיצא זלבאני בבית דודתו, ראה בכניסה לבניין סכין; כמתואר בכתב האישום, זלבאני "החליט לקחת את הסכין, במטרה לבצע באמצעותה פיגוע טרור רצחני כנגד כוחות ביטחון ישראלים, וזאת בתגובה לסרטון אותו ראה מוקדם יותר בו לכאורה תקפו כוחות ביטחון שני תושבים ממחנה הפליטים בו מתגורר [זלבאני]" (סעיף 2 לכתב האישום). אף אם הייתי מקבל את ההנחה שבמישור המידתי, ניתן ליתן משקל גם לידיעה קונסטרוקטיבית של הורי הקטינים, איני סבור כי במקרה שלפנינו יש יסוד לייחוס ידיעה מעין זו להורי הקטין בהליך של ביקורת שיפוטית, כאשר בא כוח המשיבים הבהיר מפורשות בדיון כי ידיעה כזו אינה מיוחסת להורים, והרשות המוסמכת אף לא ראתה לייחס להורים ידיעה קונסטרוקטיבית. משכך, דומה כי ידיעה כאמור לא ניצבה בבסיס הפעלת שיקול הדעת במקרה דנן.

7. נתון חשוב נוסף שיש בו להשפיע על מידתיות הפעלת התקנה בהקשר הנדון, הוא גילו של המפגע. לעמדתנו, אין מקום להתייחס לקבוצת הקטינים כעשויה ממקשה אחת, ויש להבחין בין מצב שבו גילו של המפגע קרוב לגיל 18 והוא מצוי על סף הבגירות, לבין מקרים שבהם גילו של המפגע קרוב יותר לגיל האחריות הפלילית. לעומת מקרים אחרים שנדונו בפסיקתנו, כאמור, גילו של זלבאני בעת ביצוע הפיגוע היה 13 וחצי. עיון בפסיקה מעלה כי אף שכאמור נדונו בעבר מקרים שבהם המפגע היה קטין, טרם נדון מקרה דומה, שבו גילו של המפגע היה קרוב לגיל האחריות הפלילית (שעומד על גיל 12; וראו: סעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). אף המשיבים הבהירו, כאמור, כי מדובר בנתון שיש בו להשפיע על הפעלת הסמכות במקרה דנן. כידוע, ההנחה המקובלת לגבי קטינים היא שיכולתם להבין את משמעות מעשיהם פחותה בהשוואה לבגירים, וזאת בשל כך שתודעתם והכרתם טרם התפתחה במלואה (ראו והשוו: ע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (22.5.2016); ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (סד) 1, 11-8 (2010) (להלן: ע"פ 5048/09); ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 9 (8.3.2009)). חוסר בשלותם של קטינים משפיע על יכולתם לפעול

ברציונליות, בנכונותם המוגברת לקחת סיכונים, ובכך שהתנהגותם מאופיינת באימפולסיביות (אריאל בנדור ושולמית אלמוג "טובת ילדים, זכויות האדם" ספר זמיר: על משפט, ממשל וחברה 93, 115 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); איתן זרחיה "הערת מערכת: הטלת מאסר עולם על קטינים – בחינה מחודשת לאור התפתחויות בחקר מוחם של בני נוער" משפטים 311, 327 (2021)). ברי כי ככל שהקטין קרוב יותר לגיל הבגרות, התפתחותו מבחינה רגשית וקוגניטיבית מתפתחת וצומחת (וראו: ע"פ 5048/09, פסקה 5). כך למשל, צוין בעבר כי גיל 14 "מהווה נקודת ציון מהותית בהתפתחותו של קטין" (ע"פ 9828/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (10.6.2007); אלי שרון נוער בפלילים – שפיטה, דרכי טיפול וענישה 427 (מהדורה שנייה, 1998); כן ראו: סעיף 25(ד) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971).

8. בהתאם לכך, בגזירת עונשו של קטין ניתן משקל רב לשאלת גילו במועד ביצוע העבירות על פני רצף תקופת הקטינות, כך שככל שהקטין קרוב יותר לגיל הבגרות מוצדק יותר להתחשב בעיקרון ההלימה (ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 78 (13.12.2015)). המאטריה שלפנינו שונה, וכפי שנקבע בפסיקת בית משפט זה בעבר, התכלית של תקנה 119 היא הרתעתית ולא עונשית (ראו, מני רבים: בג"ץ 5338/23 פלונית נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 (3.8.2023); עניין קואסמה, פסקה 23; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה יז (31.12.2014)). לצד האמור, סבורני כי בהנחות היסוד הנוגעות לבשלותם והתפתחותם של קטינים הקרובים לגיל האחריות הפלילית וליכולתם להבין את מעשיהם, יש להשליך על מידתיות הפעלת התקנה. אמנם, בדיון שקיימנו המשיבים הציגו לפנינו בהסכמה חוות דעת במעמד צד אחד, המצביעה על אפקטיביות השימוש בתקנה ככלי הרתעתי שיש בו כדי להגביר את הפיקוח ההורי על קטינים. ואולם, הנתונים שהוצגו בהקשר זה לא כללו פילוח המתייחס לגילאים שונים על רצף הקטינות. ברי כי לנתון זה עשויה להיות משמעות בבחינת אפקטיביות ההשפעה ההורית על קטינים, שכן ככל שמדובר במפגע שגילו קרוב יותר לגיל האחריות הפלילית – ההנחה שיפעל ברציונליות ולא באימפולסיביות אינה נקייה משאלות.

על רקע האמור, והשילוב שבין השיהוי לבין גילו של המפגע בעת ביצוע המעשה, לו נשמעה דעתי, היינו מורים על מתן צו על תנאי בעתירה ומורים למשיבים לבוא ליתן טעם מדוע לא תוגבל הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לאטימת חדרו של זלבאני.

המשנה לנשיאה

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, ראיתי להצטרף למסקנתו ולעיקר טעמיו של חברי השופט א' שטיין ולפיהם אין מקום להתערבות בהחלטתו של המפקד הצבאי אשר הורה על הריסת בית המפגע. אין למעשה חולק כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש מידתי בסמכות הנתונה לו מכוח תקנה 119, ובמסגרת זו עשוי הוא להתחשב, בין כלל השיקולים כפי שנמנו על-ידי חברי השופט ע' פוגלמן, בקטינותו של המפגע. גם המפקד הצבאי סבר כי לנוכח גילו הצעיר מאוד של המפגע, שיקול זה מחייב בחינה מיוחדת, ויתכן שבימים כתיקונם זה היה מטה את הכף לעבר הימנעות מהפעלת הסמכות, או למצער להפעלתה תוך הטלת סנקציה חלקית תחת הריסת בית המפגע. ואולם הימים אינם ימים כתיקונם, פיגוע רודף פיגוע, ואנו מצויים כבר עת ארוכה בעיצומו של גל טרור רצחני הגובה את חייהם של עשרות בני אדם, אנשי כוחות הביטחון ואזרחים חפים מפשע, קורע משפחות, ומכה בקשישים, בוגרים וילדים. לצערנו, גם ביצוע פיגועים על ידי קטינים אינו בגדר חזיון נדיר. בשים לב לתכלית ההרתעתית העומדת ביסוד הוצאת צו ההריסה, משסבר המפקד הצבאי, לאחר בחינה ושקילה, כי מציאות ביטחונית זו מחייבת נקיטת אמצעים לשם הגנה על הציבור ולמניעת קורבנות נוספים - זאת חרף גילו הצעיר של המפגע ובהתחשב בכלל הנסיבות כפי שפורטו בחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין - איני סבורה כי החלטתו חורגת מגדרי המידתיות במידה המצדיקה התערבות שיפוטית. גם בסוגיית השיהוי לא מצאתי משום טעם להתערבות. אציין כי חרף העתירה המקיפה והמפורטת שהוגשה בענייננו, טענת השיהוי לא הועלתה במישרין על-ידי העותרים כטעם להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי. גם לגופם של דברים, פער הזמנים שחלף בין מועד הפיגוע לבין מועד מתן ההודעה על כוונת ההריסה, אינו עולה לטעמי בנסיבות ענייננו כדי שיהוי ממשי המשליך על מידתיות הפעלת הסמכות.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין, וכנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן.

ניתן היום, ז' באלול התשפ"ג (24.8.2023).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> עב 23059330_F04.docx