



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1125/16

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 1. חמד מרעי
2. רקיה מרעי
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ו' באדר א' התשע"ו (15.2.2016)

בשם העותרים: עו"ד גבי לסקי

בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן; עו"ד תדמור עציון

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

1. עתירה נגד צו החרמה והריסה שניתן לבית מגורים בו, לפי הטענה, התגורר עבד אלעזיז מרעי (להלן: עבד), שהיה אחד המעורבים בפיגוע דקירה בירושלים. בפיגוע נרצחו הרב נחמיה לביא והחייל אהרן בנט זכרונם לברכה ונפצעו רעייתו ובנו הפעוט של האחרון.

2. ביום 3.10.2015, בעיר העתיקה בירושלים, רצח מוהנד שפיק מוחמד חלבי (להלן: מוהנד) בדקירות סכין, את הרב נחמיה לביא והחייל אהרן בנט זכרונם לברכה ופצע את רעייתו של אהרן ואת בנם הפעוט. רצף הדקירות הסתיים רק בעקבות ירי של שוטרי משמר הגבול, שהביא למותו של מוהנד.

ביום 5.10.2015 נעצר עבד, בחשד כי היה מעורב בפיגוע. ביום 5.11.2015 הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום כנגדו, בו יוחסו לו 21 פרטי אישום, ובהם עבירות רצח, ניסיון לרצח, פעולה ברכוש למטרות טרור, ביצוע שירות בשביל התאחדות בלתי מותרת, החזקת סכין, כניסה לישראל שלא כדין וסיוע לכניסה לישראל שלא כדין (תפ"ח 12860-11-15). ואלה עיקר העובדות המתוארות בכתב האישום: מוהנד ועבד נפגשו ביום הפיגוע, לאחר שמוהנד יצר קשר עם עבד על מנת שיסייע לו להגיע לירושלים לצורך תפילה במסגד אלאקצא. השניים נכנסו שלא כדין לישראל. לאחר שכוחות הביטחון מנעו ממוהנד להיכנס להר הבית, הוא ציין בפני עבד כי הוא מרגיש מושפל וחש רצון לסטור לשוטר שממנע ממנו להיכנס להר הבית. בתגובה, אמר לו עבד כי לא יעשה כן משום שבכך יסתכן במעצר. לדבריו, אל לו להסתפק בסטירה ואם ברצונו לבצע פעולה, עליו לעשות "משהו שווה". או אז רכש עבד סכין קצבים גדולה מכספו של מוהנד ונתן לו אותה, תוך שהוא מעודד ומשכנע אותו לבצע פיגוע דקירה שסופו יהיה במותו של מוהנד. השניים הצטלמו יחד, עבד נטל את הטלפון הנייד ואת רישיון הנהיגה של מוהנד, השניים חיזקו האחד את השני ועבד נסע לאבו דיס. בהמשך, ביצע מוהנד את הפיגוע הרצחני. כשראה עבד בחדשות דיווח על הפיגוע, הוא השתחוה והודה לאל, ולמחרת בבוקר העלה לעמוד ה"פייסבוק" שלו את תמונתו עם מוהנד בצירוף המילים "דברי שבח לשהאדה". כשהגיעו כוחות הביטחון לעוצרו, השליך עבד את הטלפון הנייד של מוהנד אל מחוץ לחלונו והחביא את רישיון הנהיגה שלו.

3. בעקבות הפיגוע, החליט המשיב 1, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להחרים ולהרוס את בית משפחתו של עבד שבכפר קראות בני חסן במחוז סלפית שבשומרון (להלן: הכפר). זאת, לפי סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). ביום 7.12.2015 הגיעו חיילי צה"ל לכפר וביצעו מדידות לגבי הבית. מדובר במבנה בן שתי קומות. בקומת הקרקע אין חדרי מגורים והיא משמשת בעיקר לאחסון. לטענת העותרים, מצוי במקום גם לול תרנגולות, ולדברי המשיבים, במקום מופעל בית קפה על ידי אחיו של עבד. בקומה השנייה מצויה דירת מגורים ובה שלושה חדרי שינה, בהם מתגוררים הוריו של עבד (העותרים 1-2), שתי אחיותיו ואחיו. ביום

20.1.2016 לפנות בוקר נמסרה לעותרים 1-2 הודעה בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה שבקומה השנייה, בה, לפי האמור בהודעה, מתגורר עבד (להלן: הדירה). זאת, בעקבות מעורבותו של עבד בהוצאתו לפועל של הפיגוע, כמפורט בכתב האישום שהוגש נגדו. בהודעה צוין כי ניתן להשיג על כך עד ליום 24.1.2016. העותרים השיגו ביום 25.1.2015 נגד הכוונה להרוס את הדירה וביקשו לקבל את כל המידע שעליו מבוססת הקביעה כי עבד התגורר בה, את חומר החקירה בעניינו וחוות דעת הנדסית או פירוט לגבי תכנית ההריסה. ביום 7.2.2016 נדחתה ההשגה. מלשכת המשיב 2 נמסר כי לפי המידע שברשותו, עבד נהג לשהות בדירה בסופי השבוע ובחופשות ונראה בכפר פעמיים בחודש לערך. כן הובהר כי אין מקום לספק בדבר מעורבותו בפיגוע וכי התשתית הראייתית הקיימת מספקת לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. העותרים הופנו לסנגורו של עבד בהליך הפלילי לשם קבלת חומר החקירה בעניינו. כן נדחתה בקשתם לקבלת חוות הדעת ההנדסית לגבי ההריסה וצוין כי הדירה מתוכננת להיהרס באמצעים ידניים ולכן לא צפויה פגיעה ביתר חלקי המבנה או במבנים סמוכים. לבסוף, צוין כי צו החרמה וההריסה לא יבוצע עד ליום 10.2.2016 בשעה 12:00. בצד המכתב נמסר לעותרים צו החרמה והריסה לגבי הדירה (להלן: צו ההריסה). ביום 10.2.2016 הוגשה העתירה שלפנינו. צו ארעי שלפיו הדירה לא תוחרם ולא תיהרס עד להחלטה אחרת, ניתן עוד באותו היום על ידי השופטת א' חיות.

יצוין כי גורמי הביטחון פעלו גם להריסת ביתו של מוהנד, ולאחרונה נדחתה עתירה כנגד מהלך זה (בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) (להלן: עניין חלבי)).

טענות הצדדים

4. העותרים ביקשו כי נורה למשיבים להימנע מלהחרים ולהרוס את הדירה, למסור לידיהם, טרם מימוש צו ההריסה, פירוט אודות תכנית ההריסה וחוות דעת הנדסית וכי תינתן להם ארכה לבדיקת התכניות על ידי מהנדס מטעמם. בנוסף, הם ביקשו כי כתנאי למימוש ההריסה, נורה למשיבים להציג מחקר לגבי האפקטיביות של הריסת בתים כאמצעי הרתעה. העותרים העלו טענות עקרוניות בנוגע לחוקיות האמצעי של החרמת והריסת בתים ולגבי יעילותו בהרתעת מפגעים פוטנציאליים, ודרשו כי המדיניות בנושא תיבחן מחדש. במישור הפרטני, הם טענו כי אין להרוס את הדירה משום שלא קיימת זיקה מספקת בין עבד לבינה, שכן הוא מתגורר זה שלוש שנים במעונות הסטודנטים באוניברסיטת אבו-דיס ואין לו כל חדר או רכוש בה. לדברי העותרים, עבד מגיע לכפר רק לעיתים רחוקות, בחגים ובחופשות מהלימודים. בנוסף, נטען כי עבד לא היה זה שביצע את הפיגוע ולא ניתן לקבוע כי הוא אחראי לו בטרם הסתיים ההליך

הפלילי בעניינו. זאת, בין היתר בשים לב לכך שהוא כפר באישום המיוחס לו וטען כי ההודאה שמסר הושגה באמצעים פסולים. כמו כן, טענו העותרים כי הריסת הדירה איננה מידתית בהתחשב בעונש הכבד הצפוי להיגזר על עבד, נוכח הנזק שייגרם לחלקים נוספים במבנה ובשל הפגיעה במשפחתו, שאין לה כל קשר לפיגוע. לבסוף, הם טענו כי נפל פגם בהמצאת ההודעה בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה, משלא צורפו לה נוסחה העברי של ההודעה וכתב האישום שהוגש כנגד עבד, וכי אי-מסירת המידע שהתבקש לידיהם פגעה בזכות הטיעון שלהם.

5. המשיבים טענו כי יש לדחות את העתירה. לטענתם, אין כל עילה או הצדקה להידרש פעם נוספת לטענות העקרוניות נגד השימוש בתקנה 119 שהועלו בעתירה זו, אשר נדונו ונדחו בפסקי דין רבים. הם הדגישו כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 חיונית לצורך הרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים, על רקע ההסלמה במצב הביטחוני החל משנת 2013 ובמיוחד בחודשים האחרונים. הם ציינו כי ההחלטה להרוס את הדירה התקבלה בשים לב לחומרת הפיגוע והזכירו כי לאחרונה נדחו עתירות כנגד הריסת ביתו של מוהנד. המשיבים טענו כי קיימת זיקה מספקת בין עבד לבין הדירה לצורך הפעלת תקנה 119, שכן דירה במעונות הסטודנטים היא מקום מגורים ארעי בלבד ואינה מהווה תחליף לדירה. לדבריהם, עבד נהג לשהות בדירה בסופי השבוע ובחופשותיו מהלימודים, לעיתים לתקופות העולות על שבוע ימים וכי "ממידע נוסף שהתקבל" עולה כי הוא גר במשך מרבית חייו בכפר, ומאז החל ללמוד באוניברסיטה נראה בכפר כפעמיים בחודש לערך. בנוסף, דחו המשיבים את הטענה כי אחריותו של עבד לפיגוע לא הוכחה די צורכה וטענו כי כתב האישום כנגדו מהווה ראיה מינהלית משמעותית. הם תיארו את פרטי הודאתו של עבד במשטרה וציינו כי כתב האישום כנגדו אינו מבוסס רק עליה, אלא קיימות ראיות נוספות, לרבות מוצגים שנתפסו בזירת הפיגוע התואמים את ההודאה וכן תמונתם של מוהנד ועבד. בהקשר זה, מסרו המשיבים כי רישיון הנהיגה והטלפון הנייד של מוהנד נמצא ברשות עבד לאחר הפיגוע. המשיבים דחו את הטענה כי נפגעה זכות הטיעון של העותרים וציינו כי שיטת ההריסה שנבחרה נמסרה להם בשלב ההשגה וכי ניתן לקבל את חומר החקירה בעניין עבד מידי סנגורו. עוד הם הדגישו כי הריסת הדירה תלווה על ידי מהנדס צבאי. לבסוף, טענו המשיבים כי נוכח חומרת הפיגוע, לא יהא די בהריסה חלקית או באטימה של הדירה לשם השגת התכלית ההרתעתית, וציינו כי טענות אלה נדחו בפסק הדין בעניין הריסת ביתו של מוהנד.

6. ביום 15.2.2016 קיימנו דיון בעתירה. בדיון הבהירו העותרים כי הם עומדים על טענותיהם העקרוניות. בנוסף, הם הדגישו כי לא מתקיימת זיקת מגורים מספקת לצורך שימוש בתקנה 119. העותרים הוסיפו כי עבד מממן את השכירות במעונות הסטודנטים מכיסו ושב ושהדגישו כי עזב את הדירה לפני כשלוש שנים. הם טענו כי ענייננו נבדל מפסקי דין אחרים הקיימים בנושא זה, שעסקו בקטינים שלמדו בבית ספר מרוחק מביתם ובמי שנמלטו מבתיהם מאימת הרשויות. בנוסף, הם מסרו כי עבד העלה במשפטו טענות זוטא בדבר חוקיות גביית הודאתו במשטרה ודברים אלה יתבררו בהליך הפלילי. לפיכך, לטענתם, לא ניתן לראות בכתב האישום ראיה מינהלית מספקת לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. העותרים שבו וביקשו כי המשיבים יחויבו להעביר לידיהם בהקדם את חומר החקירה בענייננו של עבד ואת תכנית ההריסה של הדירה. המשיבים, מצידם, טענו כי העובדה שמדובר בסטודנט לא בהכרח מנתקת את זיקת המגורים שלו לבית הוריו, אלא מדובר בתהליך מתמשך של ניתוק. לדבריהם, במקרה דנא קיימות אינדיקציות כי עבד טרם ניתק עצמו מהדירה. הם הדגישו כי הוא נהג להגיע לדירה בכל סוף שבוע ובחופשות, לא שינה את כתובתו הרשומה ואף הציג עצמו, בהודאתו במשטרה, כתושב הכפר. לדידם, כתב האישום מהווה ראיה מינהלית משמעותית המספיקה לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

7. בהחלטתנו מיום 17.3.2016, התבקשו המשיבים להודיע האם הם מוכנים לראות בדיון שהתקיים בפנינו כדיון שהתקיים כאילו הוצא צו על תנאי בעתירה. המשיבים השיבו על כך בחיוב.

8. ביום 24.3.2016 הוגשה השלמת טיעון מטעם המשיבים, בה הדגישו כי בנסיבות העניין, מתקיימת זיקת המגורים הדרושה לשם הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. המשיבים טענו כי במקרה דנא קיים יחס הולם ומידתי בין עוצמת זיקת המגורים לדירה לבין היקף הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, לאור הצורך בהרתעה מפני ביצוע מעשים חמורים כמעשיו של עבד. ביום 29.3.2016 הוגשה תגובת העותרים, בה הדגישו את ההבדלים בין הפסיקה שעסקה בבתייהם של הורי תלמידים קטינים לבין המקרה שלפנינו, שעניינו סטודנט שאינו נסמך על שולחן הוריו ומתגורר בדירה אותה הוא שוכר מכספו. לדידם, לרוב היעדרותו של סטודנט מבית הוריו אינה זמנית כלל ואין בכוונתו לחזור להתגורר אצלם, אף אם הוא מבקר שם וגם אם הבית משמש כמענו הפורמלי. עוד ציינו העותרים כי עבד עזב את בית הוריו לפני שנים ארוכות ואין כל אינדיקציה לכך שהוא התכוון לשוב להתגורר עימם ואף המשיבים לא טענו זאת.

9. אין בכוונתי לשוב ולדון במקרה שלפנינו בטענות העקרוניות בנוגע לחוקיות האמצעי של החרמת והריסת בתים מכוחה של תקנה 119. טענות מעין אלה נדונו ונדחו בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה, לרבות בעת האחרונה (ראו, למשל, בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); דיון נוסף בפסק הדין הנ"ל נדחה (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)); בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט י' עמית וההפניות שם (22.12.2015) (להלן: עניין אבו ג'מל); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ו' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 25-26 לחוות דעתי (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקאות 15-18, 20 ו-25 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (23.3.2016) (להלן: עניין זכריא) (בקשה לדיון נוסף בפסק הדין האמור נדחתה (דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016)). מנגד, ראו, עמדת המיעוט של חברי השופט מ' מזוז בעניין אבו ג'מל, בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) (להלן: עניין עליוה) ובעניין זכריא; חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (בדעת מיעוט) ובעניין זכריא; ובג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן (בדעת מיעוט) (24.3.2016) (להלן: עניין אבו אלרוב)). לדעתי, אין מקום להידרש במקרה דנא לשאלות אלה מבראשית. יש להישמר פן "נהפוך מבית משפט לבית שופטים" (ראו, בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (14.2.2016) (להלן: עניין חרוב); עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין סידר, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (15.10.2015) (בדעת מיעוט לעניין התוצאה); עניין אבו ג'מל, בפסקאות 2-4 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל (22.12.2015); עניין חלבי, פסקה י"ג לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; ועניין עליוה, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט א' שהם; בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג ((28.2.2016)).

10. נקודת המוצא לדיון היא כי תקנה 119 מקנה למפקד הצבאי סמכות להורות על

הריסה או החרמה של בית של חשוד או נאשם בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. משכך, על הביקורת השיפוטית להתמקד באופן הפעלתה של סמכות זו. ואומנם, במרוצת השנים, פעל בית משפט זה לצמצם ולגדר את השימוש שנעשה הלכה למעשה באמצעי של החרמת, הריסת ואיטום בתים מכוחה של תקנה 119. במסגרת זו, נקבע כי השימוש בסמכות זו צריך להיות זהיר ומצומצם ואופן הפעלתו כפוף לעקרונות של סבירות ומידתיות (ראו, למשל, עניין חמאד, בפסקה 23 לחוות דעתי וההפניות שם). בנוסף, הובהר כי אף שתקנה 119 חוסה תחת סעיף "שמירת הדינים" שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה 3 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין עואודה, בפסקה 17; בג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003) (להלן: עניין שרבאטי)). בהתאם, נקבעו אמות מידה להפעלת סמכות זו על ידי המפקד הצבאי (ראו, עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה י"ח לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין).

11. כפי שנקבע בפסקה עקבית לאורך השנים, ביסודה של הסמכות שלפי תקנה 119 לא ניצבת תכלית עונשית כי אם תכלית הרתעתית, שנועדה למנוע פיגועים נוספים (ראו, למשל, עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין חמאד, בפסקה 24 לחוות דעתי; עניין עליוה, בפסקה 18 לחוות דעתו של השופט א' שהם; ואולם, ראו דעת המיעוט של השופט מ' מזוז באותה פרשה, בפסקה 8 ובעניין אבו ג'מל, בפסקאות 7 ו-17, וכן עניין סידר, בפסקאות 3-6 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). למעשה, הכוח ההרתעתי הגלום בתקנה זו, שעשוי להציל חיי אדם ולמנוע פגיעות בגוף ובנפש, הוא העומד בבסיס המסקנה כי לעיתים אין מנוס אלא לעשות בה שימוש (ראו, בין השאר, עניין חמאד, בפסקה 24 לחוות דעתי; עניין קואסמה, בפסקאות 21-24; עניין חרוב, בפסקה ח' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין וההפניות שם). זאת, חרף תוצאותיה הקשות. אין לכחד כי מדובר באמצעי קיצוני וחרף, שהשימוש בו נעשה לא אחת בלב כבד, בעיקר נוכח פגיעתו בבני משפחתו של המפגע שלא פעם לא סייעו בידו ולא ידעו על תכניותיו הזדוניות. שאלת יעילותה של ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון, שהם הגורם המומחה וזה אשר נושא באחריות לעניין זה, ובית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכתם (ראו, עניין שרבאטי, בעמ' 814-815; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 348-349 (1994) (להלן: עניין נזאל); עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה י"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין, בפסקאות 5-14 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג ופסקה 5 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין עואודה, בפסקה 24; עניין חרוב, בפסקה ח' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; עניין חלבי, בפסקה ז' לחוות דעתו של המשנה

לנשיאה א' רובינשטיין). עם זאת, האפקטיביות של אמצעי זה צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון (עניין המוקד להגנת הפרט, בפיסקה כ"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין ופיסקה 6 לחוות דעתה של השופטת חיות; עניין סידר, בפיסקאות 2-3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו אלרוב, פסקאות ז'-ח' ו-י' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז ופיסקה 4 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). חזקה כי כך אכן נעשה. מכל מקום, במקרה דנא לא הוצג בפנינו כל טעם המצדיק להטיל בכך ספק ובפרט שהעניין נבחן אך לאחרונה (ראו, עניין חמאד, בפיסקה 29 לחוות דעתי). מכאן, אפנה לבחון את הטענות הפרטניות העולות בענייננו.

זיקת מגורים (זיקת תושבות)

12. הטענה המרכזית שמעלים העותרים היא כי לא קיימת זיקה מספקת בין עבד לבין הדירה אותה מבוקש להרוס ועל כן, יש להימנע מכך.

13. תקנה 119 קובעת כך:

"(1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת תושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העובדים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכה אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם...." (ההדגשות נוספו, מ.נ.).

14. התקנה, לפי לשונה, מסתפקת בכך שהמפגע הוא "תושב" או "דייר" (Inhabitant) בבית המיועד להריסה. בהתאם לפסיקה, ניתן לעשות שימוש בסמכות שמכוחה של תקנה 119 כל אימת שמתקיימת "זיקת מגורים" (וליתר דיוק, זיקת תושבות) של המפגע לבית (ראו, עניין חמאד, בפיסקה 45 לחוות דעתי וההפניות שם. עם זאת השוו, עמדתו של השופט מ' מזוז (בדעת מיעוט) בעניין אבו ג'מל, בפיסקה 10 ובעניין עליוה, בפיסקה 13(ב)). במסגרת זו, נקבע כי לצורך תקנה זו, היעדרותו של אדם מבית מגוריו לא בהכרח מנתקת את הזיקה בינו לבין הבית, אלא הדבר תלוי בטבע

ההיעדרות. מבחינה מעשית, המסקנה בעניין זה נגזרת מנסיבותיו הקונקרטיים של המקרה הנדון.

15. מהו הדין מקום שהמפגע אינו מתגורר באופן בלעדי בבית המיועד להריסה, אלא מחלק את זמנו בינו לבין מקומות נוספים? סוגיה זו היא העומדת בפנינו במקרה דנא. מהפסיקה עולה כי העובדה שלמפגע היה מקום מגורים חלופי, לצד הבית המיועד להריסה (שהוא, לרוב, ביתם של קרוביו), אין בה כשלעצמה כדי לנתק את זיקת המגורים שלו לבית לצורך תקנה 119. כך, למשל, נקבע כי כאשר המפגע נעדר מביתו ושוהה במקומות אחרים כחלק מניסיונו לחמוק מרשויות האכיפה, היעדרות זו לא תנתק את זיקת המגורים שלו לבית (עניין נזאל, בעמ' 343-344; בג"ץ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1, 6-7 (2004)). התשובה לשאלה האם במקרה מסוים מתקיימת זיקת המגורים לבית המיועד להריסה נגזרת ממצב הדברים העובדתי וממכלול הראיות שבפני בית המשפט בכל פרשה ופרשה. ניתן לחלץ מפסקי הדין שעסקו בשאלה זו, ובמיוחד מהפסיקה שעסקה בהיעדרות מהבית לצורך לימודים או עבודה, מספר שיקולים כלליים המסייעים בהכרעה.

16. נראה כי העיקרון הכללי המנחה בנושא זה עניינו בשאלה האם מדובר בהיעדרות בעלת אופי ארעי אם לאו. כפי שנקבע בעניין נזאל (בעמ' 344):

"אם ההיעדרות היא בעלת אופי ארעי תוסיף להתקיים זיקת המגורים לבית המגורים הקבוע, ואפילו בזמן האירוע הרלוואנטי היה לנדון מקום מגורים חלופי. כך הוא, למשל, ביחס לסטודנט, שמגוריו הארעיים במקום לימודיו אינם מנתקים את זיקת-מגוריו לביתו הקבוע (ראה בג"ץ 361/82 הנ"ל); ובדרך-כלל, אף אינם מקימים זיקת-מגורים חלופית למקום מגוריו הארעי (השווה בג"ץ 454/86 תמימי נ' מפקד צבאי של הגדה...; ובג"ץ 299/90 נימר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית... (ההדגשות נוספו, מ.נ.).

בהכרעה בשאלת ארעיות ההיעדרות מהבית, נוהג בית המשפט לבחון האם הוכח כי למפגע קיים מקום מגורים אחר מלבד הבית המיועד להריסה. במסגרת זו, נבחנת השאלה האם הוא נהג לשהות בבית אותו מתכוונים להרוס. לעניין זה נקבע, כי די במגורים מעט לעת בבית שמבוקש להרסו כדי להקים את זיקת המגורים לצורך תקנה 119 (בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522, 525 (1987) (להלן: עניין ג'אבר)). אחד השיקולים אותם נהוג להביא בחשבון במסגרת זו, הוא תדירות ההגעה לבית (ראו, בג"ץ 1245/91 פוקהא נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית (31.12.1991), שם נקבע כי הגעתו של המפגע באופן תדיר לבית אמו, בין השאר,

לצורך החלפת בגדים והצטיידות במזון, מלמדת על זיקת המגורים לבית; וכן עניין חמאד, בפסקה 40 לחוות דעתי, שם הוכרה זיקת המגורים של מפגע שנהג לישון בבית משפחתו רק בחלק מימות השבוע, בעוד שבמרבית הלילות ישן במקום עבודתו, בנסיבות שבהן לא הוכח כי היה לו מקום מגורים קבוע אחר). בהתאם, בתי המשפט לא ראו בכך שהמפגע נהג להתאכסן בעת לימודיו במקום הקרוב למוסד הלימוד (למשל, פנימייה או בית קרובים הסמוך אליו) כעובדה המנתקת בהכרח את זיקת המגורים לבית הוריו לצורך תקנה 119 (ראו, בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 441-442 (1982) (להלן: עניין חמרי), שם נקבע כי עצם העובדה שבמשך שנת הלימודים שהו המפגעים, שהיו קטינים, מחוץ לבית הוריהם אינה מונעת מהם להיות "תושביו" בתקופת החופש, בה הם מצויים בו. בית המשפט לא ראה צורך, בנסיבות אותו עניין, להכריע בשאלה האם ניתן היה לראות במפגעים "תושבי" הבית שעה שהם מצויים בכפר אחר לצורך לימודיהם; כן ראו, בג"ץ 454/86 תמימי נ' המפקד הצבאי של הגדה המערבית (6.10.1986) (להלן: עניין תמימי), שם נקבע כי מפגע קטין שהתגורר בפנימייה בבית ספרו הוא "תושב" בבית הוריו, שכן זה היה ביתו כל אימת שלא היה בבית הספר; ובג"ץ 299/90 נימר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מה(3) 625, 628 (1991), שעסק גם כן בעניין קטין (להלן: עניין נימר), ובו נקבע כי מתקיימת זיקת מגורים בין המפגע לבין בית אביו, אף שהוא התגורר בחלק מהזמן בבתיהם של דודיו ביישוב אחר הסמוך למוסד לימודיו. לפיכך, התקבלה עתירת דודו כנגד הכוונה להרוס את ביתו). ראוי לציין, כי בחלק מהמקרים, נשענה ההכרעה בעניין זה גם על כך שבתקופה שבה בוצע הפיגוע שהה המפגע בבית המשפחה (ראו, עניין חמרי, בעמ' 442; עניין תמימי; עניין ג'אבר, בעמ' 525; ובג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט ש' לוי (12.2.1991). לעומת זאת, ראו, עניין נימר, בעמ' 628).

17. אם כן, ההכרעה בשאלה אם מתקיימת זיקת המגורים נטועה בנסיבותיו הקונקרטיים של כל מקרה. במקרה שלפנינו מסכימים הצדדים לעתירה כי עבד הוא בגיר, סטודנט באוניברסיטת אבו-דיס וכי הוא שוכר חדר במעונות האוניברסיטה. לטענת המשיבים, עבד נראה בכפר פעמיים בחודש לערך והוא נוהג להגיע לדירה בסופי השבוע ובחופשות ולשהות שם, לעיתים, במשך למעלה משבוע ימים. העותרים, מצידם, אינם חולקים על כך שעבד נוהג לבקר בכפר, אך זאת, לטענתם, רק לעיתים רחוקות, בחגים ובחופשות מהלימודים. מכאן, שלמעשה אין מחלוקת על כך שעבד מגיע מעת לעת לדירה. בהודעתו במשטרה מיום 6.10.2015, הוא תאר עצמו כתושב הכפר, אם כי בהמשך ההודעה ציין כי הוא "מתגורר באבו דיס". לכך יש להוסיף גם את העובדה שמענו הרשום נותר הדירה, ולא שונה על ידו. נתון זה אומנם אינו שיקול

מכריע, ובוודאי לא בכל המקרים, אך במקרה דנא הוא מצטרף למכלול הנתונים המעידים על זיקתו של עבד לדירה, ובכלל זה, העובדה שמעונות סטודנטים אינם מעצם טבעם מגורי קבע. בנסיבות שתוארו, אין, לדעתי, מקום להתערבותנו במסקנה כי עבד לא ניתק עצמו בשלב זה של חייו מהדירה. ודוק: אין אני מבקשת לקבוע כי סטודנט המתגורר במעונות סטודנטים נותר לעולם תושב בבית הוריו לצורך תקנה 119. הכל תלוי במכלול הנסיבות, במידת הזיקה לבית ההורים, אולי גם בשאלה האם הקים משפחה משל עצמו, ועוד.

טענות נוספות

18. טענה נוספת שנשמעה, כאמור, מפי העותרים היא כי לא ניתן לקבוע את אחריותו של עבד לפיגוע ברמה הנדרשת לשם מימוש צו ההריסה, הואיל וההליך המשפטי בעניינינו טרם הוכרע. במיוחד הם הדגישו את הטענות בדבר הפסול שנפל, לטענתם, בגביית הודאתו. הלכה פסוקה היא כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 אינה מותנית בהרשעתו של המפגע בדין הפלילי, אלא די בכך שקיימות ראיות מינהליות המעידות כי העבירה בוצעה על ידי תושב הבית המיועד להריסה. כפי שנקבע, "המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק דין מרשיע של ערכאה שיפוטית והוא עצמו אינו בית משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" (עניין חמרי, בעמ' 442; עניין ג'אבר, בעמ' 524-525; עניין שרבאתי, בעמ' 815-816; בג"ץ 7823/14 ג'עביס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקאות י'-י"ב לחוות דעתו של השופט א' דובינשטיין (31.12.2014); עניין עליוה, בפסקה 20 לחוות דעתו של השופט א' שהם; עניין עואודה, בפסקאות 21, 25). הראיות המינהליות הקיימות נגד עבד כוללות, בין היתר, את כתב האישום שהוגש כנגדו; את הודאותיו המפורטות במשטרה; את התמונה המשותפת שלו עם מוהנד, אותה העלה לעמוד ה"פייסבוק" שלו בצירוף תשבוחות; והעובדה שהטלפון הנייד ורישיון הנהיגה של מוהנד נמצאו ברשותו של עבד לאחר הפיגוע. העניין שלפנינו מצוי במישור המינהלי, ודי בראיות שתוארו לעיל כדי להוות תשתית מספקת לצורך הפעלת תקנה 119 (ראו, עניין חמרי, בעמ' 442, שבו, חרף טענותיהם של המפגעים כי הודאותיהם נגבו מהם שלא כדין, נקבע כי קיימת תשתית ראייתית מספקת לצורך הפעלת תקנה 119. זאת, בין היתר, משום שבתצהירים שהוגשו מטעמם לא נטען כי המעשה החבלני לא בוצע על ידם. ואולם, השוו, דעת המיעוט של השופט מ' מזוז בעניין עליוה, בפסקאות 3 ו-13(ה); וכן בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מג(4) 461 (1989)).

19. לעניין מידתיות ההריסה, האפשרות כי במסגרת ההליך הפלילי יוטל על עבד

עונש, ואולי עונש כבד, אינה שוללת את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, וזאת, נוכח תכליתה ההרתעתית (ראו, בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003); עניין עואודה, בפסקה 21). אשר לפגיעה שתיגרם לאחרים, בדגש על בני משפחתו של עבד בעקבות הריסת הדירה, אכן מדובר בשיקול חשוב במסגרת בחינת מידתיות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. איני מקילה ראש בפגיעה זו כלל ועיקר. עם זאת, יש לזכור כי מדובר בפגיעה שהינה בבחינת פועל יוצא מהפעלת התקנה, שתכליתה, כאמור, אינה להעניש את בני המשפחה, אלא להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים נוספים (ראו, עניין נזאל, בעמ' 349-350, והשוו, דעת המיעוט של השופט מ' מזוז בעניין אבו ג'מל, בפסקאות 16-17). משכך, את הנזק שייגרם כתוצאה מהריסת הדירה יש לבחון אל מול התוחלת ההרתעתית של מהלך זה (ראו, עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כ"ד לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין, ובפסקה 4 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). בנסיבות העניין, אין, לדעתי, מקום להתערב בשיקול דעתם של המשיבים ולקבוע כי הריסת הדירה איננה מידתית. בהחלטתי זו הבאתי בחשבון, בין היתר, את העובדה שצו ההריסה מתייחס אך ורק לקומה השנייה של המבנה, בה מצויים חדרי המגורים, ולא לקומה הראשונה; את הצהרת המשיבים כי בעת ההריסה יהא נוכח בשטח מהנדס; את התחייבותם כי ההריסה תבוצע באמצעים ידניים, מה שצפוי לצמצם את היקף הפגיעה במבנה ובסביבתו; ואת חומרתו הרבה של הפיגוע. בנוסף, שקלתי גם את טענת המשיבים שלפיה לצורך השגת התכלית ההרתעתית לא ניתן להסתפק בהריסה חלקית או באיטומה של הדירה.

20. לבסוף, לא שוכנעתי כי אי-מסירתו של המידע שהתבקש על ידי העותרים מהווה פגם המצדיק להתערב בהחלטת המשיבים בעניין החרמת והריסת הדירה. בכלל זה יוער, כי לא מוטלת על גורמי הביטחון חובה גורפת להעביר את חוות הדעת ההנדסיות בעניין ההריסה המצויות ברשותן לידי בעלי הזכויות במבנה המיועד להריסה (ראו, עניין חמאד, בפסקה 35 לחוות דעתי; עניין קואסמה, בפסקה 31). עם זאת, ראיתי לנכון להעיר, כעניין עקרוני, כי ראוי שהמשיבים יעשו מאמצים משמעותיים כדי למסור לנפגעים מצוים כדוגמת צו ההריסה שלפנינו, את החומר המהווה בסיס להחלטה בדבר מתן הצו. זאת, בשים לב ללוחות הזמנים הקצרים החלים, מטבע הדברים, במצבים אלה. דווקא בשל מהותה וטיבה של הסמכות שמכוחה של תקנה 119, קיימת חשיבות יתרה לאפשר למי שעתידים להיפגע כתוצאה מהפעלתה, הזדמנות ממשית לשטוח טענותיהם בפני הגורמים המוסמכים (ראו, עניין חמאד, בפסקאות 34-33).

21. סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את העתירה.

אחר הדברים הללו

22. לאחר קריאת חוות דעתם של חבריי אבקש להוסיף מספר הערות. לא תיתכן מחלוקת על כך שהשימוש בתקנה 119 מעורר שאלות מורכבות, בעיקר נוכח הפגיעה בחפים מפשע הכרוכה לעיתים בהפעלת סמכות זו. קשיים אלה לא נעלמו מעיניהם של בתי המשפט לדורותיהם, שכאמור, ראו בשימוש בסמכות זו הכרח בל יגונה ומחויב המציאות בהינתן הסיכוי שכתוצאה מכך תופחת שפיכות הדמים. בפסיקה רבת השנים בנושא זה נקבע כי מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית המיועד להריסה במעשיו של המפגע הינה שיקול שהמפקד הצבאי נדרש להביאו בחשבון בעת בחינת האפשרות לעשות שימוש בסמכות שמכוחה של תקנה 119 (ראו, למשל, עניין קואסמה, בפסקה 22; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה כ"ג לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (בדעת מיעוט לעניין התוצאה) (1.12.2015)). אף לדידי, נתון זה עשוי להשפיע על היקף הצו שיינתן מכוחה של התקנה. עם זאת, הלכה היא כי שיקול זה איננו עומד לבדו והעדיר ראייה בדבר מעורבותם של בני הבית בפעילות החבלנית או מודעותם לכך אינה מונעת את הפעלת הסמכות (ראו, לדוגמה, בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 698, 700 (השופט ג' ברך) (1992); בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 360 (1996); בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488, 491 (2002); עניין עליוה, בפסקה 18 לחוות דעתו של השופט א' שהם; עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה י"ח לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; עניין עואודה, בפסקה 18; בג"ץ 2/97 אבו חלאווה נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 13 (11.8.1997); עניין חלבי, בפסקה י' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407, 410-408 (2002); עניין זכריא, פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג. הלכה זו נלמדת ממקרים נוספים, למשל, בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 לחוות דעתי (5.1.2009); בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון, פסקה 5 (18.3.2009); בג"ץ 987/89 קהווגי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227, 230-231 (1990); בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון, פסקה 4 (10.1.1990); בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226, 228 (1997); בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 20 לחוות דעתו של

השופט ח' מלצר (15.2.2012); עניין חמאד, בפסקה 24 לחוות דעתי; בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014); עניין טידר, פסקאות 5-6 לחוות דעתו של השופט י' עמית. כן ראו, עמדתו של השופט ע' פוגלמן, שם, בפסקאות 2, 5 ו-6 לחוות דעתו ובעניין זכריא, שהכיר בכך כי זו ההלכה הפסוקה הנוהגת אך הטיל ספק במידתיות השימוש בסמכות שמכוח תקנה 119 מקום שלא הוכח כי בני משפחת החשוד היו מעורבים בפעילות החבלנית).

ראוי לציין, כי לאחרונה נשמעה הדעה כי אם יצליחו בני הבית אותו מבוקש להרוס לשכנע "בראיות מינהליות מספיקות" כי ניסו למנוע את הפיגוע, ייתכן שיהיה בכך כדי לשלול את ההחלטה בדבר הריסת הבית (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין חמאד, פסקה 4(ב) לחוות דעתו של השופט ח' מלצר). זה אינו המקרה שלפנינו.

כאמור, אנו בית משפט ולא בית שופטים.

ה נ ש י א ה

השופט מ' מזוז:

1. אין בידי להצטרף לדעת חברתי, הנשיאה מ' נאור, כי יש לדחות את העתירה. אני סבור כי נפלו בהחלטת המשיב פגמים המצדיקים את ביטול החלטתו מושא העתירה. על כן, לו דעתי תישמע, נבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוציא לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה ו- תקנה 119) נגד ביתם של העותרים. להלן טעמי עמדתי זו בתמצית.

2. הערת הקדמה: בעתירתם בכתב ובטיעוני בא כוחם בעל-פה לפנינו העלו העותרים, לצד טענות קונקרטיות, גם טענות עקרוניות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם. טענות אלה הוצגו ונדחו תמציתית על ידי חברתי הנשיאה, בעיקר בנימוק שטענות אלה כבר נדונו ונדחו לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה, לרבות בפסקי דין מהעת האחרונה (פסקאות 7-9). דעתי אינה כדעתה של חברתי הנשיאה בכמה סוגיות עקרוניות-כלליות הנוגעות להפעלת תקנה 119, אך אין בכונותי להיזקק לכך במסגרת עתירה זו. את עמדתי והשגותיי בסוגיות אלה 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; 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), להלן: ענין אבו חאשיה; ובבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016)).

3. עבד אלעזיז מרעי, בנם של העותרים 1-2 (להלן: עבד) היה אחד המעורבים בפגיגה דקירה קטלני בירושלים, כמפורט על ידי חברתי הנשיאה. הסוגיה הקונקרטית העיקרית שעלתה בעתירה דנן היא שאלת הזיקה של עבד לבית העותרים כלפיו הוצא צו ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119 מושא עתירה זו (להלן: הבית).

4. תקנה 119 קובעת בחלקה הנוגע לענייננו כי -

119. (1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה ..."

5. אזכיר את העובדות הרלבנטיות, שבעיקרן אינן שנויות במחלוקת: עבד הוא סטודנט בן 22 שנים, המתגורר מזה כ- 3 שנים בדירת סטודנטים באוניברסיטת אבו דיס שליד ירושלים, בעוד בית הוריו הוא בכפר קראות בני חסן שבמחוז סלפית (צפונית-מערבית לאריאל). לטענת העותרים, עבד מגיע לכפר הוריו רק לעתים רחוקות, בחגים ובחופשות מהלימודים, ואין לו בבית הוריו חדר או חפצים. המשיבים טוענים כי עבד גר משך מרבית חייו בכפר, ומאז החל לימודיו באוניברסיטה הוא נראה בכפר "כפעמיים בחודש לערך", וכן לעתים בחופשותיו מהלימודים ובסופי שבוע.

6. השאלה המתעוררת בענייננו היא אפוא, האם בנסיבות הענין הזיקה האמורה של עבד לבית הוריו (העותרים) יש בה כדי להגדירו כ"תושב" או "דייר" (בשפת המקור: Inhabitant) של הבית?

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?

להלן אבחן שתי שאלות אלה לפי סדרן, אך תחילה מילים אחדות על העקרונות המנחים בנוגע לפרשנות הסמכות לפי תקנה 119 והסייגים על הפעלתה. עקרונות מנחים לפרשנות ולהפעלה של תקנה 119

8. הלכה פסוקה היא, כי גם את תקנות ההגנה, כמו כל חיקוק אחר, יש לפרש את באופן שיעלה בקנה אחד עם ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית (בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 628-629 (10.1.1989)). עוד נפסק, כי בפרשנות חוקים יש לחתור לפרשנות המקדמת זכויות יסוד (ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(2) 529, 561 (1991); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם אוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (כרך שני) (1993), 553; ענין אבו ג'מל, פסקה 13 לפסק דיני).

9. יישום עקרונות כלליים אלה לענייננו מחייב נקיטת גישה מאוד זהירה ומצמצמת באשר להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, אשר יש לפרשה על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו, שכן השימוש בסמכות זו כרוך בפגיעה קשה בשורה של זכויות יסוד, לרבות פגיעה בזכות לקניין, פגיעה בכבוד האדם ופגיעה בשורה של זכויות הנגזרות מכבוד האדם -

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות... (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982), להלן: ענין חמרי).

ובמקום אחר:

“... על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות... דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את התקנה” (בג”ץ 7040/15 חמאד נ’ המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015), להלן: ענין חמאד).

כן ראו: דנג”ץ 2161/96 שריף נ’ אלוף פיקוד העורף, פ”ד נ(4) 485, 489; בג”ץ 8084/02 עבאסי נ’ אלוף פיקוד העורף, פ”ד נ(2) 55, 59 (2003); בג”ץ 4597/14 עואודה נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014); בג”ץ 5290/14 קואסמה נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014); ענין אבו חאשיה, פסקה י”ב לחוות דעת המשנה לנשיאה ופסקה 5 לחוות דעתי; ענין אבו ג’מל, פסקה 8 לחוות דעתי; פסקה 8 לחוות דעת הנשיאה בענייננו.

10. הפעלת תקנה 119 פוגעת בחפים מפשע, ולעתים קרובות רק בהם. עובדה זו מעוררת שאלות קשות באשר לחוקתיות הפעלת התקנה במקרים כאלה, כמו גם להפרה של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי (ראו עמדתי לענין זה בענין עליוה וכן בענין אבו ג’מל, שם הבעתי עמדתי השוללת הפעלת תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים). גם מטעם זה נדרשת, למצער, גישה מאוד מצמצמת וזהירה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

מישור הסמכות - האם יש לראות בעבד כ”תושב” הבית?

11. כנזכר כבר לעיל. עבד הוא סטודנט בן 22 שנים, המתגורר מזה כ- 3 שנים בדירת סטודנטים באוניברסיטת אבו דיס שליד ירושלים, הרחק מבית הוריו שבכפר קראות בני חסן שבמחוז סלפית שבשומרון. אין מחלוקת כי הוא מבקר בבית הוריו בחגים ובחופשות מלימודים; לטענת המשיבים - “כפעמיים בחודש לערך”, וכן לעתים בחופשותיו מהלימודים ובסופי שבוע.

12. האם בנסיבות אלה יש לראות בעבד כ”תושב” הבית (Inhabitant) לענין תקנה 119? לדעתי התשובה לכך היא שלילית.

אכן, ההכרעה בשאלת היותו של אדם בגדר “תושב” של הבית לענין תקנה 119 היא, כפי שציינה חברתי הנשיאה, פועל יוצא של הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו (פסקה 15). לענין זה יש לבחון, בין היתר, את עוצמת זיקתו של האדם הנדון

לבית, את הסטאטוס שלו בבית, וככל שהוא אינו שווה דרך קבע בבית, יש לבחון האם ההיעדרות מהבית היא בעלת אופי זמני אם לאו. ואולם, בניגוד לחברתי הנשיאה איני סבור כי פסקי הדין שאוזכרו על ידה תומכים בהכרח במסקנתה, לפיה יש לראות בעבד כ"תושב" בית העותרים לענין הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. להלן אעמוד בקצרה על הפסיקה הרלבנטית האמורה.

א. בענין חמרי הנזכר לעיל נדחתה אמנם טענה כי המפגעים אינם בגדר Inhabitants, ואולם עיון בפסק הדין מעלה כי מדובר היה בשני נערים תלמידי בית ספר, שהתגוררו בבית הוריהם אך לא שהו בפועל בבית הוריהם במהלך שנת הלימודים מאחר שלמדו בבית ספר בכפר אחר. כמו כן, בית המשפט הדגיש שם כי הכרעתו שיש לראות במפגעים שם כ- Inhabitants מוגבלת לתקופה בה שהו בפועל בבית בעת החופשה מהלימודים. שני נתוני מפתח אלה אינם מתקיימים בענייננו. ואלה דברי השופט א' ברק שם:

"עצם העובדה כי במשך שנת הלימודים הם מצויים מחוץ לבית הוריהם, אין בה כדי למנוע מהם מלהתגורר ולהיות Inhabitants של בית הוריהם בתקופת החופש, בה הם מצויים עם הוריהם. מכיוון שכך אין לנו צורך להכריע בשאלה, אם לצורך התקנות ניתן לראות בהם Inhabitants שעה שהם מצויים בכפר אחר לצרכי לימודיהם" (עמ' 441, ההדגשה אינה במקור - מ.מ.).

ב. כך גם בבג"ץ 454/86 תמימי נ' מפקד צבאי של הגדה המערבית (6.10.1986) (להלן: ענין תמימי) דחה אמנם בית המשפט טענה כי המפגע אינו תושב הבית מאחר ובמהלך שנת הלימודים שהה בפנימייה, אך זאת תוך הדגשה כי שעה שנעצר התגורר המפגע בבית, וכי אחד הפיגועים בהם הואשם אף התבצע בקרבת הבית. בכך שונה גם מקרה זה מהמקרה בענייננו.

ג. בבג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987), (להלן: ענין ג'אבר) אישר בית המשפט הריסת חדר המפגע נאדר, לאחר שקבע כי אמנם המפגע שהה למשך תקופה בארצות-הברית, ואולם -

"במקרה דנן, היו מגורים רצופים של נאדר בבית הנ"ל בתקופה הרלבנטית מאז שובו לראשונה מארצות-הברית... (בעמ' 524).

ד. בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994), (להלן: ענין נזאל) קבע בית המשפט כי היעדרות מן הבית של מבוקש עקב הימלטות מכוחות הביטחון אינה מנתקת את זיקתו לבית. נקבע שם כי לאורך תקופה ממושכת עובר לביצוע הפיגוע בגינו הוצא הצו התגורר המפגע "דרך קבע" בבית מושא הצו, ואולם מרגע שנודע לו על הכוונה לעוצרו "נעלמו עקבותיו והוא הפך למבוקש. מכאן ואילך בא לביתו "רק מזמן לזמן", ולרוב "הסתתר בבתי סייענים שונים", אך הבית "נותר ביתו היחיד" (עמ' 344). באופן דומה נפסק גם בבג"ץ 893/04 עלי פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1 (2004), (להלן: ענין עלי פרג'), כי העדרו של המפגע מבית הוריו בו התגורר בעת היותו מבוקש ונמלט מכוחות הביטחון שביקשו לעוצרו, אינו מנתק את זיקתו לבית (שם, בעמ' 7).

13. העולה מהמקובץ הוא, כי ההכרעה בשאלה, האם המפגע היה בגדר "תושב" הבית (inhabitant) אם לאו היא פועל יוצא של התשובה לשאלה, האם מדובר בהיעדרות זמנית מבית המשמש כבית המגורים הקבוע של המפגע, או שמא מדובר במי שהבית אינו עוד מקום מושבו, אותו העתיק למקום אחר. המסקנה באשר לזמניות ההיעדרות תלויה, בין השאר, בסיבת ההיעדרות, משכה ובעיקר - האם מדובר בהיעדרות בעלת אופי ארעי, מטעם ארעי מטבעו, מתוך כוונה לשוב למגורי קבע בבית (ענין נזאל, בעמ' 344).

14. במקרה דנן, שלא כמו במקרים שנדונו בפסקי הדין שפורטו לעיל, אין מדובר בנער הלומד בפנימייה (כמו בענין חמרי או בענין תמימי), אלא באדם בוגר (בן 22) שעזב את בית הוריו כ- 3 שנים לפני האירוע מושא הצו, ומתגורר בדירה משלו באוניברסיטה הרחק מבית הוריו. אין מדובר גם בענייננו בפיגוע שבוצע בעת שהמפגע התגורר בפועל בבית מושא צו ההריסה (כמו בענין חמרי, ענין תמימי וענין ג'אבר), או במקרה בו קיימת זיקה של הבית לפיגוע עצמו (כמו בענין תמימי). המפגע בענייננו גם לא נעדר מבית הוריו בשל היותו מבוקש על ידי כוחות הביטחון (כמו בענין נזאל ובענין עלי פרג'), אלא התגורר ושהה בפועל בעת הפיגוע בדירתו באוניברסיטת אבו דיס, שם גם נעצר, ולא בבית הוריו שבכפר קראות בני חסן המצוי הרחק משם.

15. אכן לא ניתן לקבוע כללים נוקשים בענין זה, אך לדעתי, בניגוד למי שנטש זמנית את ביתו בהיותו מבוקש נמלט, או לנער הלומד בפנימייה (בתקופה בה הוא שוהה בפועל בבית), או למי שנסע לחו"ל לתקופה קצובה על מנת לשוב לביתו, הרי

שאדם בוגר העוזב את בית הוריו ומתגורר בדירה משלו, גם אם דירה שכורה או דירת סטודנטים, אין לראותו כמי שנעדר זמנית מבית הוריו על מנת לשוב, וממילא אין לראותו עוד כ"תושב" של בית הוריו. אדם בוגר היוצא מבית הוריו, בין ללימודים ובין לחיי עבודה, אינו עושה כן, בדרך כלל, באופן זמני על מנת לשוב, אף שעדיין אין לו בית קבע משלו. זהו שלב שעוברים מרבית הצעירים בדרך לבית משל עצמם. העובדה שצעיר או צעירה ממשיכים לבקר, ולו באופן תכוף יחסית, בבית הוריהם, אין בה לדעתי כדי לבסס קביעה כי מדובר בהיעדרות זמנית וכי הם עדיין בגדר "תושבי" הבית.

16. וכאן המקום לחזור ולהזכיר את עקרונות הפרשנות בהם פתחנו, ואת הצורך לפרש על דרך הצמצום את הסמכות לפי תקנה 119 ולהציב סייגים להפעלתה נוכח פגיעתה הקשה בחפים מפשע. ויפים לענייננו כאן, לסוגיית הזיקה של המפגע לבית נגדו מופעלת הסנקציה, הדברים שנאמרו בבג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (12.2.1991), (להלן: ענין כראכרה) -

"נוטה אני לחשוב שלנוכח האפקט הקשה ביותר של השימוש בסמכות בסנקציה הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מן הראוי שבית המשפט יציב לשימוש בה סייגים ויפרשנה על דרך הצמצום גם לגבי סיווגם של האנשים העשויים להיפגע על ידה" (ההדגשה אינה במקור - מ.מ.).

וראו לענין זה גם דברים שכתבתי בענין עליוה ובענין אבו ג'מל, בהם עמדתי על שאלת זיקת המפגע לבית והשלכותיה על סבירות ומידתיות נקיטת הסנקציה לפי תקנה 119, ועוד אחזור לכך בהמשך הדברים.

17. נוכח האמור אני סבור כי התשתית העובדתית בענייננו אינה מלמדת כי ניתן לראות בעבד כ"תושב" של בית הוריו, וכי מדובר בהיעדרות זמנית על מנת לשוב; אדרבא, הנסיבות כאן נוטות לכך שמדובר באדם בוגר שעזב את בית הוריו, מזה כמה שנים, ומתגורר בדירה משלו, גם אם אין מדובר בדירת קבע. ביקור בבית הוריו מעת לעת, בחופשות או בסופי שבוע, אין בו כדי לבסס זיקה מסוג "תושבות" (Inhabitant). כאמור, לבית ההורים לא היה כל קשר לאירוע, לא במימד הזמן ולא במימד המקום. בעת הפיגוע ובתקופה הסמוכה לו התגורר עבד ושהה בפועל בדירתו באוניברסיטת אבו דיס, הרחק מבית הוריו, ושם גם נעצר. הפיגוע עצמו אירע בירושלים, קרוב יחסית לדירתו באוניברסיטה, ללא כל קשר או זיקה לבית הוריו המצוי כאמור באזור השומרון.

18. הפועל היוצא הוא, כי משאין מדובר ב"תושב" הבית, המשיב אינו מוסמך לפעול נגד הבית לפי תקנה 119 ממילא צו ההחרמה וההריסה שהוציא הוא משולל תוקף חוקי (ענין חמרי, בעמ' 441; בג"ץ 299/90 נימר נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מח(3) 625, 628 (1991) להלן: ענין נימר; ענין נזאל, בעמ' 344).

מישור שיקול הדעת

19. גם אם אצא מהנחה, כגישת חברתי הנשיאה, כי די בזיקה של עבד לבית כדי לקיים את תנאי "התושבות" לפי תקנה 119 - וזו כאמור אינה דעתי - עדיין אין בכך די כדי לבסס את חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא לבית.

20. אכן, אם אמנם מדובר ב"תושב" הבית קיימת לכאורה סמכות להפעלת תקנה 119 ("לכאורה", שכן שאלת הסמכות קשורה בשאלות עקרוניות נוספות בהן כאמור לא אעסוק כאן). ואולם סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. הסמכות שלפי תקנה 119 היא סמכות שבשיקול דעת. על כן, משאירע אירוע המקים לכאורה את סמכות המפקד הצבאי לפעול לפי תקנה 119, עליו להפעיל את שיקול דעתו ולהחליט אם במכלול הנסיבות קיימת הצדקה לעשות שימוש בסמכותו זו, ואם כן - באיזה אופן ובאלו תנאים. שיקול דעת זה יש להפעיל, כמפורט לעיל, מתוך גישה זהירה ומצמצמת, לרבות "לגבי סיווגם של האנשים העשויים להיפגע על ידה" (ענין כראכרה).

21. ובענייננו, גם אם נניח כי מתקיימת בעבד זיקה לבית המאפשרת לראות בו כ"תושב" הבית, עדיין מתחייבת בחינה במישור שיקול הדעת: האם נוכח חולשת הזיקה - עליה דומה שאין חולק - יחד עם מכלול נסיבות הענין, לרבות העדר מעורבות כלשהיא של העותרים במעשי בנם, והעדר כל קשר בין הבית לאירוע הדקירה, החלטה להוציא צו החרמה והריסה לבית עומדת במבחני הסבירות והמידתיות.

לדעתי, התשובה לכך שלילית.

22. מבחני המידתיות של המשפט המינהלי ושל המשפט החוקתי, יחד עם הגישה המצמצמת והזהירה הנדרשת בפגיעה בזכויות יסוד, מחייבים 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, במעשי 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).

23. בענין עליוה ובענין אבו ג'מל עמדתי על שיקולים והבחנות אלה, ובין היתר כתבתי בהקשר זה בענין אבו ג'מל:

15" הפעלת שיקול דעת ראוי לענין הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, תוך מתן משקל ראוי לזיקה של המפגע למבנה כלפיו מבוקש להפעיל את הסנקציה ולמידתיות הסנקציה, מחייבת בחינה של שורה של נסיבות רלבנטיות - הנוגעות למפגע, לבני משפחתו ולמבנה כלפיו מבקשים לנקוט סנקציה - אשר אלה עיקריהן:

א. האם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של המפגע, כגון ירי מתוך הבית, אחסון אמצעי לחימה, או שימוש בבית להתוועדות עם שותפיו לפעילות הטרוריסטית (השוו: ענין סחוויל וענין חאמד הנזכרים לעיל); או שמא שימש למפגע למגורים בלבד?

ב. מה זיקתו של המפגע למבנה - האם מדובר בבית שהוא ביתו וקניינו של המפגע, או שהוא בגדר "דייר נלווה" בלבד בנכס של הוריו או בני משפחתו, או שהוא אך שוכר בדירתו של אחר? (השוו לאחרונה בענין חמאד, בו הוגבלה האפשרות לפעול נגד בית בו המפגע היה במעמד של שוכר בלבד)

ג. מה היקף השימוש שעשה המפגע במבנה - האם התגורר בקביעות או אך ביקר ולן בו מאסר-על-תנאי לעת? באלו חלקים של המבנה השתמש לבדו, ובאלו במשותף עם משפחתו הגרעינית או משפחתו המורחבת?

ד. האם המתגוררים בבית היו מעורבים בפעילות המפגע (בין שהוא בן המשפחה ובין אם לאו), ואם כן - מהו סוג ומידת מעורבות זו - מודעות בלבד לעצם מעורבותו בפעילות טרור, מודעות לפעולה הקונקרטית מושא הוצאת הצו, תמיכה או סיוע ממש לפעילות הטרור?

ה. מה עלה בגורל המפגע - האם נהרג במהלך הפיגוע, נעצר ונכלא לשנים ארוכות, או שמא נמלט?

16. בחינה זהירה של נסיבות אלה והעברתן בכור ההיתוך של מבחן המידתיות תוביל למסקנה, האם יש בסיס וצידוק בנסיבות הנדונות להפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, ואם כן, באילו תנאים וסייגים: החרמה

בלבד, אטימה (חלקית או מלאה), או הריסה (חלקית או מלאה). שאלת זיקתו של המפגע לבית ומעורבות בני המשפחה במעשיו, כמפורט לעיל, הם רכיבים יסודיים בקבלת ההחלטה בדבר עצם הפעלת הסנקציה ובדבר סוגה והיקפה" (וראו גם ענין עליוה, פסקה 13).

24. ובענין אבו ג'מל עמדתי בהרחבה על הקושי הרב - המשפטי והמוסרי - הכרוך בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי ביתם של בני משפחה חפים מפשע, היינו מקום שלבני המשפחה לא הייתה כל מעורבות, בידיעה או בסיוע, במעשי המפגע, והבעתי את דעתי השוללת מכל וכל הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 נגד בני משפחה לא מעורבים. אביא להלן מקצת הדברים שם היפים גם לענייננו –

"7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו ויידאו" 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...

14. לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, מתחייבת מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד. מקום שנמצא מידע המעיד על זיקה או מעורבות של בני המשפחה במעשה,

יש לבחון את מידת המעורבות, כמו גם נסיבות אחרות, עליהם אעמוד להלן, וליתן להן משקל הולם ומידתי בהחלטה בדבר נקיטת הסנקציה.

...

16. ... אני סבור, כי פרשנות ברוח חוק היסוד וערכי היסוד של שיטתנו המשפטית כאמור מתוך מגמה להימנע מפגיעה קשה במי שלא חטאו, מחייבת את המסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, אלא יש לבחון האם ניתן לכוונו רק לחלקו של המחבל בבית, או להימנע מהפעלת כל סנקציה שהיא על הבית. סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע אינה ניתנת לדעתי להצדקה בשום מקרה" (ההדגשות במקור).

25. סיכומם של דברים: בחינת מכלול הנסיבות במקרה דנן מובילה לדעתי למסקנה ברורה לפיה אין יסוד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתם של העותרים, לא מבחינת הסמכות ולא מצד שיקול הדעת.

עמדתי לעיל על כך, כי לדעתי לא מתקיימת בענייננו זיקת מגורים של עבד בבית הוריו (העותרים) ואין לראות בו בגדר inhabitant בבית זה, וממילא אין סמכות לפעול נגד בית העותרים בגין מעשיו של עבד. ואולם גם אם נניח כי ניתן לראות בעבד, ולו בדוחק רב, כ"תושב" הבית, עדיין מכלול הנסיבות מוביל לדעתי למסקנה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 במקרה זה תהיה לא סבירה ולא מידתית, ועל כן פסולה. כאמור, הזיקה של עבד לבית היא חלשה, אם בכלל. לכך יש להוסיף העדר כל קשר בין הבית לבין פיגוע הדקירה. המפגע לא יצא מהבית לביצוע הפיגוע; הוא לא התגורר בפועל בבית, עובר לפיגוע או לאחריו, אלא בדירתו באוניברסיטת אבו דיס, שם גם נעצר (השוו: בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה והשומרון (6.11.1979) וכן ענין חאמד הנזכר לעיל). ובמקרה דנן גם לא מיוחסת לעותרים כל ידיעה או מעורבות במעשי בנם, עבד. משקלם המצטבר של כל אלה מחייב לדעתי את המסקנה שיש לבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתם של העותרים, אם אין ברצוננו לרוקן לחלוטין מתוכן את האמירות הרבות של בית משפט זה, עליהן עמדתי בפתח הדברים, בדבר גישה זהירה ומצמצמת בהפעלת הסמכות שלפי תקנה 119.

להשלמת התמונה אזכיר, כי עבד עומד לדין בגין מעורבותו באירוע הדקירה הקטלני, והוא צפוי לעונש כבד ביותר עקב מעשיו הנפשעים. כן אזכיר כי מי שביצע

כפועל את פיגוע הדקירה הקטלני (מוהנר חלבי) נהרג במקום על ידי כוחות הביטחון, ונגד ביתו הוצא צו הריסה, והעתירה נגד הצו נדחתה זה מכבר (בג"ץ 8567/15 שפיק חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015)). מכאן שאין מדובר גם במצב בו האירוע הרצחני יעבור ללא תגובה חריפה, לרבות בהיבט ההרתעתי.

26. בשולי הדברים אוסיף הערה באשר לסוגיית ההרתעה עליה עמדה חברתי השופטת ברון. סוגיית ההרתעה כתכלית השימוש בסנקציה לפי תקנה 119 מעוררת שורה של שאלות קשות. עמדתי על חלקן, בקצרה, בענין עליוה (פסקה 8 לחוות דעתי שם), ובענין אבו ג'מל הוספתי וצינתי, כי גישתי, שפורטה שם, השוללת הפעלת תקנה 119 כלפי ביתם של בני משפחה לא מעורבים, אינה עומדת בסתירה לתכלית ההרתעתי אלא דווקא עולה בקנה אחד עם שיקולי הרתעה -

"תכלית הרתעתי מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני המשפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה (ללא הצלחה). אף הנסיבות האחרות שמניתי לעיל, דוגמת השימוש במבנה לפעילות חבלנית, או זכויותיו של המפגע בבית המגורים ומידת נוכחותו ושימושו בו, חותרות למיקוד ההרתעה במניעה עניינית של פעילות חבלנית תוך צמצום וגידור הפגיעה בחפים מפשע" (שם בפסקה 17).

27. נוכח כל האמור, אני בדעה כי יש לקבל את העתירה ולבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד בית העותרים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. בעת האחרונה הפכו עתירות המכוונות נגד הריסות בתים לאחד הנושאים המרכזיים על סדר יומו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. גל של טרור שוטף (שוב) את הארץ, מכה בחפים מפשע, ופוגע קשות בתחושת הביטחון האישי בקרב הציבור כולו. השנאה והמשטמה נפוצות לכל עבר על גבם של דפי המרשתת (אינטרנט), ומסע ההסתה זורם ללא הרף באוטוסטרדת המידע ונופל בקלות ובמהירות על אוזניים כרויות. יש המכנים את גל הטרור הנוכחי כ"אינתיפאדת הצעירים" או "אינתיפאדת הסכינים", ונראה כי הוא מונע לא רק מאידאולוגיה לאומנית – אלא גם באמצעות התהילה לה זוכים המפגעים בקהילות הווירטואליות ובאמצעי התקשורת. בשורות המפגעים יש נשים, גברים, נערים ונערות ואף ילדים, אנשי משפחה ועבודה, שבוקר אחד מחליטים לסטות משגרת חייהם, לאחוז במה שבא ליד – סכין, אולר, מספריים ומה לא, לצאת מביתם ולהרוג ביהודים. בתוך כך, גם פיגועי דריסה ופיגועי ירי רצחניים. הלחימה בטרור היא קשה, וההרתעה היא ללא ספק הכרחית. ואולם כשהטרור גובר, דווקא אז גוברת גם החובה המוטלת עלינו כחברה לבחון את כשרות האמצעים שבהם אנו משתמשים לשם לוחמה בטרור. וככל שמדובר באמצעי של חרמה, אטימה או הריסת בתים (להלן בקצרה: הריסת בתים) של אנשים חפים מפשע לכאורה, דומה כי אין חולק שהשאלות הן נוקבות (ראו: בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ז (28.12.2015); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקאות כ-כד (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, (12.11.2015), פסקה 6 (להלן: דיון נוסף המוקד להגנת הפרט)).

הריסת בתים טומנת בחובה פגיעה חמורה בזכויות יסוד ובזכויות אדם של בני משפחתו של המחבל – שבמקרה הרגיל לא מיוחסת להם מעורבות כלשהי בפיגוע שביצע.

"אכן, הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה [בעניין הזכות לקורת גג, השוו: רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214, 220-221 (2003); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001)]. כפי שצוין פעמים רבות בפסיקותיו של בית משפט זה, הריסה או אטימה שכזו עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם לעקרון לפיו "בֵּן לֹא-יִשָּׂא בְּעוֹן הָאָב, וְאָב לֹא יִשָּׂא בְּעוֹן הַבֵּן" [יחזקאל יח, כ. כן ראו: עניין סאלם, עמ' 365]. פגיעות אלה מתעצמות שבעתיים כאשר הפעלת הסמכות גורמת להותרתם ללא קורת גג של ילדים. במקרה שכזה, כפי שמציינים העותרים,

עומדת הפעלת הסמכות בניגוד לעקרון טובת הילד, עקרון השזור כחוט השני בשורה ארוכה של הסדרים משפטיים, מקומיים ובינלאומיים, המכוונים כולם לשמירה על זכויותיהם של אלו הזקוקים, מפאת גילם, להגנה מיוחדת. " (ההדגשות שלי, ע'ב') (דברי השופט י' דנציגר ב-בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 23 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה)).

(וראו גם: בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, דברי השופט ע' פוגלמן בפסקאות 4-5 (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, דברי המשנה לנשיא מ' נאור (כתוארה אז), פסקה 17 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה)).

2. כפי שציינה חברתי, הנשיאה מ' נאור, נקודת המוצא לדיון בענייננו היא שלמפקד הצבאי נתונה הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 להורות על החרמה, אטימה או הריסת ביתו של אדם המואשם או חשוד בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל. זו ההלכה הנוהגת בבית המשפט העליון זה מכבר, וכל עוד היא לא שונתה ברי כי יש לנהוג לפיה; מה גם שלא מזמן אף נדחתה בקשה לדיון נוסף בנושא (ראו: דיון נוסף המוקד להגנת הפרט, וההפניות שם; וראו גם: דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (31.3.2016)). עם זאת יצוין כי בשורה של פסקי דין, חלקם מהעת האחרונה ממש, נשמעה הדעה שלפיה הלכה זו צריכה לעמוד למבחן מחודש – בהרכב מורחב של שופטי בג"ץ (ראו, למשל: דברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (בפסקה 6), וכן בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, בפסקה 3 (23.3.2016), להלן: עניין זכריא; דברי השופט מ' מזוז בעניין זכריא (פסקה 5); דברי השופט ס' ג'ובראן בבג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 6 (24.3.2016), להלן: עניין אלרוב).

בד בבד, הובהר בפסיקה כי סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת בתים היא סמכות שבשיקול דעת, שיש להפעילה בזהירות ובמקרים מיוחדים וחריגים:

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות (בג"צ 434/79) " (בג"ץ 361/82 חמרי נגד מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו' (3) 439, 443 (1982)) (וראו גם: בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה

המערבית, דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסקה יב (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה).

הריסת בתים היא אמצעי שנועד למנוע מן המחבל הפוטנציאלי לבצע את הפיגוע הבא, ובכך להציל חיים. תכליתו היא הרתעתית. בניגוד לרושם המצטייר בקרב חלק בלתי מבוטל מהציבור, הריסת בתים אינה פעולת תגמול או ענישה של משפחה מסוימת בגין פיגוע שבוצע על ידי אחד מבניה או מבנותיה, ואסור כי אמצעי זה ישמש אך לריצוי דעת קהל (דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין אלרוב, בפסקה ז; בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח (14.2.2016); עניין קואסמה, פסקה 23; דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 458, 488 (1996); בג"ץ 698/85 דג'לט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 42, 44 (1986)). במישור האחד פועלת ההרתעה כלפי המחבל הפוטנציאלי, פן יכולע למשפחתו בגין מעשיו שלו; במישור השני, ההרתעה פועלת כלפי משפחתו של המחבל הפוטנציאלי, על ידי מתן תמריץ למשפחה לפעול בכדי להניא אותו מלבצע פיגוע:

"...ב'חברה הפלסטינית המסורתית, תופסת המשפחה מקום מרכזי בחייו של המתאבד ותורמת תרומה מכרעת לעיצוב אישיותו ולמידת נכונותו להקריב חייו בשם דתו או למען עמו' (עמנואל גרוס, 'מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים – האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?' (ספר דליה דורנר, 219, 246 (2009)). גרוס מדגים ומציין שם כי התמיכה המשפחתית, והפגנתה בפומבי, משרתת את ארגוני הטרור – 'בהרחבת מעגל תומכי הארגון בקרב האוכלוסיה הפלסטינית ובכך בהגברת יכולותיו לגייס מתאבדים נוספים בעתיד'. ההרתעה מועילה בניטרול הגורם המשפחתי כמגביר טרור, ובהמרצת התא-המשפחתי לפעול לצמצומו. החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניאה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה הקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו." (ראו: דברי השופט נ' סולברג ב-בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 1(ז) (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)).

3. ארחיב בנקודה זו בנושא ההרתעה. עמדתו של המשיב, הן במקרה דנן והן בשורה של עתירות דומות, היא שהאמצעי של הריסת בתים מוכיח את עצמו כמשיג הרתעה יעילה מפני ביצוע פיגועים. ככלל, שאלה זו של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון – שכן עסקינן בתחום מומחיותם, ובית המשפט ייטה שלא להתערב בה (עניין חלבי, פסקה י; עניין המוקד להגנת הפרט,

פסקה יז לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; עניין עואודה, פסקה 19; עניין קואוסמה, פסקה 25; בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 292 (2003) (להלן: עניין סעאדה)). זהו הכלל, ועם זאת נדרש להכיר בכך שאפקטיביות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים היא סוגיה נכבדה וטורדת, המעסיקה רבות את בית המשפט וכפי הנראה תמשיך להעסיקו גם בעתיד הנראה לעין.

ההצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים נסמכת על כך שכאשר על כפות המאזניים ניצבים מצד אחד הסיכוי למנוע שפיכות דמים, ומצד שני פגיעה בקניינה של משפחת מחבל – יש "לחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית" (דברי השופט י' טירקל בעניין סעאדה, עמ' 294); וקשה לחלוק על כך. אלא שבפועל, התמונה ההרתעתית אינה כה ברורה, לא כל שכן חד-משמעית. אמנם אין לשלול את רציונל ההרתעה, ואולם יש יסוד לסברה כי להריסת בתים כוח הרתעתי נקודתי בלבד בזמן ובמקום – וכי מן הצד האחר, נודעת לאמצעי זה השלכה חמורה של הסלמת היחסים בין הצדדים והזנת השנאה ואף מעשי הטרור כלפי ישראל (ראו, למשל, את סקירתה המקיפה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 5 לחוות דעתה). וכדבריו של השופט ס' ג'ובראן – "הצווים (צווי ההריסה-ע"ב) הם שטר ושוברו בצידו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים." (עניין אלרוב, בפסקה 4).

בעמדה זו ממש החזיקו גורמי הביטחון עצמם עד לאחרונה. על רקע יעילות מוטלת בספק כאמור של ההרתעה, בשנת 2005 המליצה ועדה בראשותו של האלוף אהוד שני שמונתה על ידי הרמטכ"ל, לחדול ככלל מהריסת בתים של משפחות מחבלים – ולעשות שימוש באמצעי זה רק במצבים ביטחוניים קיצוניים. המלצות הוועדה אומצו על ידי הרמטכ"ל, ואמנם במרוצת השנים 2005 ועד 2014, לא נעשה כל שימוש באזור יהודה ושומרון בסמכות להורות על הריסת בתים; ובאזור מזרח ירושלים הורו גורמי הביטחון על הריסת בתים במקרים בודדים בלבד, בשנים 2008-2009 (ראו: עניין עואודה, פסקה 24; וכן ראו: דברי השופט מ' מזוז בעניין אבו חאשיה, בפסקה 7; סקירתו של השופט ח' מלצר בעניין חמאד, פסקאות 3-4 לחוות דעתו; דברי השופט נ' סולברג בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 3 לחוות דעתו; עניין סידר, דברי השופט ע' פוגלמן בפסקה 3).

4. אילו היה הכוח ההרתעתי של הריסת בתים מובהק ובלתי נתון לערעור – נראה כי קצרה היתה הדרך לקבוע כי אמצעי זה הוא בכל מקרה בבחינת הכרח בל יגונה.

לעומת זאת, אם היה ברור כי מבחינה הרתעתית הנוק שבהריסת בתים עולה על התועלת – אזי הכל היו מסכימים כי אין להוסיף ולעשות באמצעי זה שימוש, שכן תכליתו אינה עונשית כאמור. ואולם המצב הוא, שלעת הזו דומה כי אין אפשרות ממשית לבדוק באופן אמפירי את שיעור המניעה של פיגועים, או של הצלת נפשות, כתוצאה משימוש באמצעי של הריסת בתים (דברי השופט א' גולדברג בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997); עניין עואודה, פסקה 24; עניין חמאד, פסקה 1(ה) לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). על אותו משקל, מטבע הדברים, נראה גם שאין לדעת ולא כל שכן לכמת, את המידה שבה הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך – קרי: מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים. בנסיבות אלה עיקר הדיון בפסיקה מן העת האחרונה, בשאלה אם הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים, נסוב סביב חוות דעת חסויות מטעם המפקד הצבאי – ובהן פירוט של מקרים שבהם נמנעו פיגועים כתוצאה מחשש להריסת בתי המשפחות. הרוח העולה מן הפסיקה, בהתייחס לממצאים אלה, היא כי אין לשלול שהריסת בתים טומנת בחובה כוח הרתעתי מסוים – אך לצד האמור גם לא ניתן להסיר את הספקות המרחפים מעל כוח הרתעתי זה כפי שפורטו לעיל (ראו למשל: השופט א' שהם בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 21-22 (1.12.2015); הנשיאה מ' נאור בעניין חמאד, פסקאות 28-29; עניין טידר, דברי השופט י' עמית בפסקה 2). על רקע הדברים הללו, נקבע בפסיקה כי מדיניות המפקד הצבאי בנוגע להריסת בתים מחייבת מעקב ובחינה מתמידים:

"...רחב ככל שיהיה שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ועל כך עמדנו מעלה, סבורני כי עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו. מקובל עלינו כי ישנו קושי למדוד דבר זה, ובית משפט זה עמד על כך לא פעם (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997); עניין עואודה, פסקה 24; עניין קואסמה, פסקה 25). אולם כאמור, לטעמי, השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; כך במיוחד שאף בקרב גורמי צה"ל הועלו טענות לעניין זה, וראו למשל מצגת ועדת האלוף שני, שמחד גיסא נאמר בה כי יש תמימות דעים בין גופי המודיעין לגבי תועלתו, ומאידך גיסא נאמר, תחת הכותרת 'תוכנות מרכזיות', כי 'כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' (שקופית מספר 20). לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני

בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים. (דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כז). (וראו גם: עניין חלבי, פסקה יג; עניין חמאד, פסקה 27 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור).

5. דעתי היא, שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון – אלא מהווים גם שיקול משמעותי בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש של המפקד הצבאי באמצעי זה. כך במיוחד, על רקע הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו:

“על בעל הסמכות לוודא כי פעולת ההריסה מבוצעת לתכלית ראויה וכי היא עומדת במבחני המידתיות. כלומר, האמצעי הננקט צריך להביא באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה; האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכויות האדם המוגנות – זכות הקניין וכבוד האדם – במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה; ולבסוף, על האמצעי הננקט לעמוד ביחס ראוי למטרה שבסודו (ראו: עניין שריף, בעמודים 60-61; בג”ץ 9353/08 אבו דהים נ’ אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 לפסק דיני (5.1.2009), והאסמכתאות שם (להלן: עניין אבו דהים))” (דברי הנשיאה מ' נאור בעניין חמאד, בפסקה 23).

על פי מבחן המידתיות “הצר” (תת-המבחן השלישי) – על האמצעי שבו נוקטת הרשות לקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מן השימוש בו, לבין עוצמת הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהפעלתו (להרחבה בנושא שלושת מבחני המשנה לדרישת המידתיות, ראו למשל: בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פסקאות 66-67 וההפניות שם (9.6.2005)). ולענייננו – יש לשקול את התועלת ההרתעית הצומחת מהריסת בתיהם של משפחות מחבלים אל מול הפגיעה בזכויות יסוד של בני המשפחות הללו, בהינתן שאין למי מהם חלק במעשיו המזוועים של המפגע שיצא מקרבם. בהמשך לאמור לעיל בנושא יעילות ההרתעה, ברור אפוא כי ככל שההרתעה הגלומה בהריסת הבתים היא עמומה יותר ומוטלת בספק – כך גובר אף הספק בדבר קיומו של יחס ראוי בין התועלת שבצידה לבין עוצמת הפגיעה במשפחות המחבלים.

6. בפסיקה נקבעו זה מכבר אמות המידה לבחינת מידתיות המעשה של הריסת בתים במקרה הקונקרטי, ובהן, בין היתר – "חומרת 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 האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתיים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (עניין קואסמה, דברי השופט י' דנציגר בפסקה 22; וראו גם: עניין המוקד להגנת הפרט, דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בפסקה יח; בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (1992)). אולם בפועל נמצא, כי הבכורה מבין כל השיקולים הרלוונטיים ניתנה לחומרת המעשים המיוחסים למחבל שאת בית משפחתו הוחלט להרוס – ודי היה בחומרת המעשים כדי להצדיק שימוש בסנקציה של הריסה (ראו למשל: בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003)).

לדברי הנשיאה במקום אחר, "כאשר המעשים המיוחסים לחשוד הם חמורים במיוחד, יתכן שיהיה בכך די כדי להצדיק שימוש בסנקציה החריגה של הריסת ביתו (של המחבל, ע'ב'), וזאת מתוך שיקולי הרתעה" (עניין חמאד, דברי הנשיאה מ' נאור בפסקה 24). דעתי שונה. ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה (ראו דברי השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4; ודברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (פסקה 6), ובעניין זכריא (פסקה 2); ולאחרונה, גם דברי השופט ט' ג'ובראן בעניין אלרוב (פסקה 2)).

7. וכאן המקום להדגיש את הדברים הבאים: כפי שכבר צוין לעיל, ההלכה הפסוקה הכירה בעצם סמכותו של המשיב להורות על הריסת בתים של מחבלים – וכל עוד שהלכה זו עומדת על מכונה, אין לסטות ממנה כפי שהדגישה חברתי הנשיאה. ואולם מידתיות השימוש באמצעי של הריסת בתים, מעצם טיבה וטבעה, צריך שתיבחן לגופה בכל עתירה ובהתאם לנסיבות המקרה. כך, כאשר על הפרק עומדות זכויות אדם חוקתיות; ועל רקע השימוש הגובר שהמשיב מבקש לאחרונה לעשות באמצעי של הריסת בתים.

אין בכל האמור לעיל כדי להקל ראש כלל ועיקר במעשים המזוויעים שביצעו מחבלים שידיהם מגואלות בדם. ואולם יש לזכור כי בעת ההריסה, המחבלים עצמם לרוב אינם עוד בין החיים, ובכל מקרה כבר אינם מתגוררים בבית המיועד להריסה. המדובר אפוא בקורת הגג שמעל בני משפחתו של המחבל, שאמנם יצא מקרבם אך אין להם לכאורה יד ורגל במעשיו, וכיניהם לעיתים גם ילדים ועוללים. מטבע הדברים, בתקופות כמו זו שבה אנו מצויים עתה, כאשר חדשות לבקרים אנו עדים למעשי אלימות נוראיים על רקע לאומני ומתוך שנאה טהורה, הציבור מבקש ענישה ונקמה. אלה רגשות אנושיים, שהמצב הבלתי אפשרי שבו אנו נתונים מצמיח. ואולם לא ניתן להרגיע את אלה על דרך הריסת בתים – שכאמור נועדה לשמש להרתעה מפני הפיגוע הבא, ולא כענישה.

8. ויובהר – אין הכוונה לכך שבהעדר מעורבות ישירה ואקטיבית מצד בני משפחתו של המחבל במעשה הטרור שביצע, אין מקום להורות על הריסה. ואולם גם קשה להסכין עם המצב כיום, שלפיו אין למשפחת המחבל כל זדך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבניה מחליט לבדו על ביצוע פיגוע. 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. יודגש כי אין באמור כדי לקבוע מסמרות, וברי כי כל מקרה יש לשקול לגופו על רקע מכלול הנסיבות.

9. ומן הכלל אל הפרט.

תמימת דעים אני עם חברתי הנשיאה כי במקרה דנן ניתן לקבוע, ברמה הנדרשת לצורך הליך זה, את אחריותו של בנם של העותרים, עבד אלעזיז מרעי (להלן: עבד), לפיגוע שבגינינו עומד ביתם של העותרים להריסה. כמו כן, אני מסכימה עם חברתי כי במקרה דנן מתקיימת "זיקת מגורים" בין עבד לבין ביתם של העותרים – וזאת חרף מגוריו במקביל במעונות הסטודנטים. ככלל, דומני כי זיקת המגורים הנדרשת לפי התקנה הרלוונטית אינה בהכרח פועל יוצא של תדירות השהייה בדירה

מסוימת, או כמות החפצים האישיים המצויים בה – אלא בתפיסתו של האדם היכן מצוי ביתו. הרושם מן החומר שהובא בפנינו, הוא שגם אם את מרבית זמנו מבלה עבד במעונות שבאוניברסיטה עקב לימודיו, ביתו היה ונותר בבית הוריו ולשם הוא הגיע בכל הזדמנות של הפוגה מן הלימודים. במצב דברים זה מתקיימת זיקת מגורים, גם אם לא הדוקה, וקמה לכאורה סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת ביתם של העותרים.

עם זאת, כלל לא נטען מצד המשיב למעורבות, ואף לא לידיעה, של העותרים בגין המעשים המזוועים המיוחסים לעבד. ודומה כי לא בכדי – שכן אמת מידה זו לא נשקלה על ידי המשיב בבואו להוציא את צו ההריסה לביתם של העותרים. כך, אף על פי שמדובר בשיקול רלוונטי לבחינת מידתיות המעשה של הריסת בתים – ולכן אין להלום שהמשיב מבטל שיקול זה. יתר על כן, זיקת המגורים שבין עבד לבין בית העותרים היא זיקה מוחלשת – שכן את חלק הארי של זמנו בילה עבד הרחק מבית הוריו – ובכך יש כדי להעיד לכאורה על כך שאין לייחס למשפחתו ידיעה קונסטרוקטיבית על אודות המעשים המתוכננים. בנסיבות אלה נראה כי חרף הסמכות, נפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בנוגע לצו ההריסה וההחרמה שהוציא בהתייחס לבית העותרים.

סיכומו של דבר הגעתי לכלל מסקנה, כחברי השופט מזוז גם אם לא מטעמיו, כי דין העתירה להתקבל.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות השופטים מ' מזוז וע' ברון, כנגד דעתה החולקת של הנשיאה מ' נאור, לקבל את העתירה, לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט ולבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המשיב.

ניתן היום, כ"א באדר ב' התשע"ו (31.3.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה