



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 480/21

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים:

1. מרווח רבהא
2. מנאר קבהא
3. מג'אהד קבהא
4. סראיא קבהא
5. ג'האד קבהא
6. סומייה קבהא
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר

נגד

המשיבים:

1. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה:

י"ד בשבט התשפ"א (27.01.2021)

בשם העותרים:

עו"ד נאדיה דקה, עו"ד מאיסה אבו סלאח
עו"ד ערין ספדי עטילה

בשם המשיבים:

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. בשעות הצהריים של יום ראשון ה-20.12.2020, יצאה אסתר הורגן ז"ל (להלן: המנוחה) להליכה על שביל ביער 'ריחן' הסמוך לביתה. אל המקום הגיע מחבל שתפס את אסתר ז"ל, אחז בה, השליך אותה אל האדמה, ורצח אותה באכזריות. המחבל נמלט מהזירה, וכעבור ארבעה ימים נתפס מוחמד קבהא כחשוד בביצוע המעשה (להלן: קבהא). קבהא נחקר והודה בביצוע המעשה ממניע לאומני. לדבריו, רצח את המנוחה לאחר שהבחין שהיא יהודייה, וזאת כנקמה על מות חברו שנפטר ממחלה בעודו מרצה עונש מאסר בכלא. קבהא ריצה בעבר שלושה עונשי מאסר בין השנים 2003-2019, ובסך הכל כשמונה שנות מאסר בגין ביצוע עבירות טרור שונות, בכללן מעורבות בביצוע פיגועי ירי וייצור מטעני חבלה. לעת הזו טרם נסתיימה חקירת הרצח הנתעב וטרם הוגש כתב אישום.

2. העתירה שלפנינו מכוונת נגד צו הריסה שהוציא המשיב 1 (להלן: המשיב) ביחס לשתי קומות במבנה שבו התגורר קבהא בכפר טורה אל עירביה (להלן: המבנה), מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). העותר 1, אביו של קבהא, מתגורר יחד עם אשתו, העותרת 6, בקומת הקרקע של המבנה. העותרת 2, אשתו של קבהא, מתגוררת עמו ועם שלושת ילדיהם (העותרים 3-5) בקומה השניה של המבנה. בקומה השלישית של המבנה, למעשה על חלק קטן מגג המבנה, בנוי חדר יחיד ושירותים בשטח של כ-15 מ"ר. צו ההריסה הוצא לגבי הקומה השניה והקומה השלישית בלבד.

3. ביום 6.1.2021 נמסרה הודעת המשיב לבאת כוח העותרים בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את הקומות השניה והשלישית במבנה. להודעה צורפה חוות דעת הנדסית. לעותרים ניתנה אפשרות להגיש השגה עד ליום 11.1.2021, וכזו אכן הוגשה ונדחתה ביום 13.1.2021. בהחלטת הדחייה נאמר כי הצו לא ימומש עד ליום 18.1.2021, ובעקבות בקשת העותרים הוארך מועד זה עד ליום 21.1.2021. ביני לביני פנו העותרים למשיב וביקשו לקבל לידיהם חומרי חקירה. בקשתם נדחתה מן הטעם שהחקירה טרם נסתיימה, אך לדברי המשיבים הועברו לידי העותרים זכ"דים מושחרים מחקירת אחיו של קבהא ואשתו.

ביום 21.1.2021 הוגשה העתירה שלפנינו, ובו ביום ניתן צו ארעי המורה על עיכוב הליכי הריסת המבנה עד למתן החלטה אחרת (החלטת חברתי, השופטת ברק-ארז, מיום 21.1.2021).

תמצית טענות הצדדים

4. בעתירתם מבקשים העותרים כי יינתן צו על תנאי המורה למשיבים "לחדול מהפעלת הסמכות המעוגנת בתקנה 119 [...], לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחת העותרים ובבתים אחרים". למצער, להקפיא את הפעלת הסמכות עד שסוגיית חוקיות מדיניות הפעלתה תידון בפני הרכב מורחב; להציג לעותרים ולציבור נתונים עובדתיים המאששים את טענתם כי מדיניות ההריסה כאמצעי הרתעה מגשימה את תכליתה; ולהימנע מהוצאת צווים בטרם ימסור המשיב את פרטי האירוע וחומרי חקירה, במידה שתאפשר לנפגעים מן הצו לממש את זכות הגישה לערכאות בצורה ראויה. כן ביקשו העותרים להרחיב את ההרכב שידון בעתירה, בהתאם לסעיף 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

5. למען בהירות הדברים, אנסה לחלק את טענות העותרים באופן מסודר לשני מישורים, זה העקרוני וזה הקונקרטי. במישור העקרוני, העותרים ביקשו לפרוש יריעה רחבה באשר לשאלת חוקיות המדיניות של המשיבים בהפעלת תקנה 119. לטענתם, הפעלת הסמכות מכוח תקנה זו נעשית ממניע של נקמה וענישה, וככזו היא בלתי חוקית. לחלופין, אף אם מדובר בצעד שתכליתו הרתעה, הרי שמדובר במדיניות בלתי מידתית, המהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ואף לכללי המשפט העברי. עוד נטען כי צעד של הריסת בתים אינו מרתיע מפני ביצוע פיגועים, אלא מניע אנשים לבצע פיגועים; כי קיימת עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת באמצעותו; וכי הוא נוגד את עקרון טובת הילד. כן הפנו העותרים לאמירות של חלק משופטי בית משפט זה בפרשות אחרות, בהן הביעו דעתם באשר לצורך לערוך בירור יסודי ועדכני לגבי מדיניות השימוש בתקנה 119.

במישור הקונקרטי, נטען כי הצו שניתן במקרה דנן אינו מנומק ולא ניתן בהליך מינהלי תקין, לא נלקחו בחשבון כלל השיקולים הצריכים לעניין, ולא נאמר בו כי המשיב שקל דרכים מידתיות יותר שפגיעתן פחותה. זאת, בפרט בהינתן שהעותרים לא היו מעורבים במעשיו של קבהא. בנוסף, נטען כי במקרה דנן לא ניתנה לעותרים הזדמנות לעמוד על מלאכת איסוף הראיות נגד קבהא. באשר לזיקת המגורים של קבהא למבנה, נטען זיקה זו לא מתקיימת ביחס לקומה השלישית. כן הועלתה טענה נגד אופן ביצוע ההריסה המתוכנן כפי שהוצג בחוות דעת ההנדסית מטעם המשיב, העלול להסב נזק ממשי לדירות סמוכות, כפי שאירע במקרים אחרים בעבר. כתימוכין לטענה זו צירפו העותרים חוות דעת הנדסית מטעמם.

6. המשיבים, מנגד, טוענים כי חוקיות הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 אושרה בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה. המשיבים מסכימים כי הפעלת האמצעי של הריסת בית מכוח התקנה היא פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום, וכי על המשיב לפעול בהתאמה ובמידה הדרושה אל מול פני הטרור המשתנים מעת לעת. ואכן, לדברי המשיבים, בתקופות אחרות בעבר שבהן חלה ירידה במספר מעשי הטרור, פחת השימוש בתקנה זו, ובמשך כעשור כמעט שלא נעשה בה שימוש. ברם, בשנים האחרונות חלה החמרה ניכרת במצב הביטחוני, והחל משנת 2013 ועד עתה, בוצעו כ-1300 עד 2400 פיגועים מדי שנה, תוך עלייה חריגה בספר ההרוגים הישראליים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש וירושלים. המשיבים מדגישים כי בבסיס השימוש בתקנה ניצבת תכלית הרתעתית, ולא ענישה קולקטיבית, וכי ברמה העובדתית מוכח כי מדובר בהרתעה אפקטיבית (במהלך הדיון שלפנינו הגישו המשיבים לעיוננו חוות דעת עדכנית במעמד

צד אחד, שיש בה כדי ללמד, לתפישתם, על אודות ההרתעה האפקטיבית המושגת בזכות השימוש בסמכות המעוגנת בתקנה).

באשר למקרה דנן, המשיבים טוענים כי ההחלטה להפעיל את תקנה 119 נעשתה בהתחשב בנסיבות וכשים לב לחומרת הפיגוע הרצחני והאכזרי, וכי לצד הודאתו של קבהא, ישנן ראיות חיצוניות המאוששות באופן מובהק את הודאתו. באשר לזיקת המגורים של קבהא למבנה, נטען כי תחקור בני משפחתו העלה כי קומות 2-3 במבנה הן בבעלותו של קבהא עצמו, לאחר שרכש אותן מאחיו לפני כ-15 שנה, וכי הוא עצמו מתגורר במבנה מזה 20 שנה, כפי שידוע ברבים. עוד נטען כי אין מחלוקת על כך שקבהא מתגורר בקומה השנייה, וכי לפי התחקירים, החדר בקומה השלישית נמצא אף הוא בשימוש קבוע שלו. באשר לאמצעי שנבחר לצורך ביצוע ההריסה, הרי שההחלטה נתקבלה לאחר בחינה פרטנית של מהנדס מוסמך, במטרה למנוע גרימת נזק ליתר חלקי המבנה ולדירות נוספות בסביבה; כי לא צפוי נזק למבנים סמוכים; וכי אין בסיס לטענת העותרים בדבר נזק רציני הצפוי להיגרם לסביבתו של החלק המיועד להריסה. באשר למקרים אחרים שבהם בוצעה הריסה ושבהם נגרם נזק, נטען כי טענות העותרים בהקשר זה נטענו בעלמא.

דיון והכרעה

7. לאחר עיון בעתירה ובתגובת המשיבים, שמיעת טענות הצדדים בעל פה ועיון בחומר שהגישו המשיבים לעיוננו, הגעתי למסקנה כי לא קמה עילה המצדיקה התערבות בהחלטתו של המשיב. לפיכך, דין העתירה להידחות. אפרט בקצרה.

8. ראשית, בכל הנוגע לסוגיות העקרוניות שביקשו העותרים לעורר, הרי שאין זה המקום ולא זו העת "לפתוח מחדש" את הדיון בהן. כפי שנזדמן לי להעיר במספר הזדמנויות מן העת האחרונה, "לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו" (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 (22.12.2015); בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 7 (11.4.2019) (להלן: עניין רפאעיה)). עוד הדגשתי כי "אין בדברים כדי לגרוע, ולו מאומה, מהחומרה הטמונה בהפעלת תקנה 119 ומהפגיעה בזכויות העותרים הנובעת מכך. אך ההלכה – בתוקפה עומדת, והמגבלות החוקיות החלות על המשיב בבואו להפעיל את סמכותו, אינן שנויות במחלוקת. בנסיבות אלו, אין צורך לסקור מחדש את שורת ההלכות שנתגבשו בפסיקה בנושא, וניתן למקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות

לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה" (עניין רפאעיה, פסקה 7 והאסמכתאות שם). לא למותר לציין כי אך לפני חודשים ספורים נדחתה בקשה לדיון נוסף בסוגיה, תוך הבהרה כי ההלכה שנקבעה זה מכבר באשר לחוקיות השימוש בתקנה 119 לא שונתה והיא עומדת בתוקפה (החלטת הנשיאה חיות בדנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו טוהילה (8.10.2020) (להלן: עניין אבו טוהילה)).

זוהי אפוא נקודת המוצא לדיון שלפנינו, וממילא אין מקום להידרש בגדרה של עתירה זו לתועלת ולקשיים - המשפטיים והאחרים - הטמונים בעצם הפעלתה של סמכות זו, הגם שמדובר בסוגיה שקשה לחלוק על מורכבותה. עם זאת, אוסיף, במידה של זהירות, כי לפי החומר שהוגש לעיוננו מטעם המשיבים, יש לטעמי תימוכין לגישתם באשר לקיומה של הרתעה אפקטיבית המושגת בזכות השימוש בתקנה 119. מכל מקום, על רקע נקודת המוצא האמורה, נפנה לדון במישור הפרטני של הפעלת הסמכות על ידי המשיב בנסיבות המקרה דנן, בראי טענות הצדדים.

9. העותרים טוענים כי לא נמסרו לידיהם חומרי החקירה המבססים את החלטת המשיב, ולשיטתם, בטרם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, יש להמתין להגשת כתב אישום נגד החשוד או עד למועד שבו תתאפשר העברת חומרי החקירה.

דין הטענה להידחות. בפסיקה נקבע במפורש כי אין צורך להמתין להגשת כתב אישום לצורך הפעלת סמכות לפי תקנה 119, וכי די לשם כך בקיומן של ראיות מינהליות, הגם שעליהן להיות "חזקות במיוחד" (ראו, בין היתר, בג"ץ 5942/17 פלוני נ' המפקד הצבאי, פסקה 8 והאסמכתאות שם (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני)). במקרה דנן, ניתן לקבוע באופן ברור כי קיימות בנמצא ראיות מינהליות החוצות את הרף הראייתי הנדרש. די שנציין כי החשוד הודה בביצוע המעשה ופירט את המניע הלאומני שעמד בבסיסו, וכי ישנן ראיות חיצוניות אובייקטיביות חזקות המאששות את הודאתו. [הערה: טיבן של ראיות אלה הובא לעיוננו במסגרת חוות דעת שהוגשה מטעם המשיב, אך משעה שהחקירה טרם נסתיימה, לא זה המקום לפרט את הדברים]. אף דומה כי לא בכדי בחרו העותרים שלא להתמקד בעתירתם בשאלה אם אמנם ביצע החשוד את המעשה אם לאו, אלא בטענה כי חומרי החקירה לא הועברו לידיהם.

10. באשר לטענה זו של העותרים בדבר העברת חומרי חקירה, אוסיף כי אף אילו הוגש כתב אישום נגד קבהא, לא היה בכך כדי להקנות לעותרים זכות לקבל לידיהם את חומרי החקירה (זאת בהנחה שהעותרים לא היו צד להליך הפלילי, ובשונה מזכותו של נאשם לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). כפי

שציינתי בעניין רפאעיה, מקובלת עלי הגישה שלפיה יש להקים מעין "חומה סינית" בין ההליך הפלילי להליך המינהלי הננקט מכוח תקנה 119, הגם שיש מקום למידה מסוימת של גמישות תוך בחינת הדברים לגופם (שם בפסקה 13, ויצויין כי באותו מקרה העתירה הוגשה לאחר שהוגש כתב אישום). יתרה מכך. במקרה דנן, אף שטרם הוגש כתב אישום, מתגובת המשיבים עולה כי הועברו לידי העותרים זכ"דים מושחרים מחקירת אחיו של החשוד ואשתו. דומה כי בכך הפגין המשיב מידה של גמישות, כפי שראוי היה לנהוג. על כל פנים, התשתית העובדתית במקרה דנן מבוססת די צרכה, והמסקנה המתבקשת היא כי תשתית זו עומדת ברף הראייתי הנדרש לצורך הפעלת תקנה 119.

11. ומכאן לטענת העותרים באשר לזיקת המגורים של קבהא למבנה. לעניין זה חשוב להבהיר כי העותרים אינם חולקים על כך שקבהא התגורר עד מעצרו ביחד עם אשתו וילדיו בקומה השניה של המבנה (סעיפים 4 ו-23 לעתירה). השאלה היחידה בהקשר זה היא אפוא אם קיימת זיקת מגורים של קבהא לקומה השלישית של המבנה, הכוללת כאמור חדר אחד ושירותים. לעניין זה, העותרים טוענים כי לא מתקיימת זיקת מגורים לגבי הקומה השלישית, ולכל היותר מדובר בזיקת מגורים "מוחלשת". כחיזוק לטענתם, העותרים טוענים כי לפני שנתיים קבהא חזר והתחתן עם גרושתו (במקביל לנישואיו הנוכחיים), וכי בחודש הראשון לנישואיהם מחדש, גרושתו ובתה התגוררו בחדר בקומה השלישית למשך כחודש (העותרים מציינים כי מאז קבהא וגרושתו נפרדו שוב). מכך מבקשים העותרים להסיק כי אין מדובר בקומה המשמשת את קבהא לצורכי מגוריו.

לא ניתן לקבל טענה זו של העותרים. מתגובת המשיבים ומהחומר שהוגש לעיוננו עולה בבירור כי קבהא נהג לבלות את זמנו בקומה השלישית וכי בה נהג לארח אנשים. באשר לעובדה שלפני כשנתיים קבהא שיכן את אשתו הטרייה (גרושתו לשעבר) למשך כחודש בחדר שבקומה השלישית, הרי שאין בכך כדי לשלול את זיקתו לקומה זו. אף דומה כי הדברים מלמדים על היפוכו של דבר, קרי שקבהא נהג בקומה השלישית מנהג בעלים. מסקנה זו מתיישבת עם החומר שהוגש בעניין זה, כמו גם עם טענת המשיבים כי הקומות השניה והשלישית נמצאות בבעלותו של קבהא. כך או כך, השאלה אם קבהא הוא הבעלים של שתי הקומות כלל אינה שאלה מכרעת, שכן כפי שהובהר בפסיקה, בהינתן קיומה של זיקה ברורה למבנה, הרי ש"בירור הסטטוס הקנייני המדויק אינו הכרחי" (עניין פלוני, פסקה 11 והאסמכתאות שם). קביעתו של המשיב כי הוכחה זיקת מגורים של קבהא לקומה השניה והשלישית, היא אפוא קביעה מבוססת.

12. העותרים טוענים כי לא היו מעורבים במעשיו של קבהא, לא היו מודעים למעשיו ולא היתה להם אפשרות למנוע אותם, ומן הטעם הזה ביצוע הצו אינו מידתי. אף בטענה זו אין כדי לבסס עילה להתערבות בהחלטת המשיב. אמנם, ידיעה, מעורבות או תמיכה של בני הבית במעשה הטרור, היא אחד השיקולים לצורך החלטה אם וכיצד תופעל הסמכות מכוח תקנה 119. בד בבד, הפסיקה שבה והדגישה כי אין מדובר בתנאי הכרחי וכי "אין באי-מעורבותם של אלה כדי למנוע את מימושם של הצווים" (ראו, בין היתר, בג"ץ 751/20 חנאטשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (20.2.2020); עניין פלוני, פסקה 9 והאסמכתאות שם; בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 לפסק דינו של השופט דנציגר ופסקה 4 לפסק דינו של השופט סולברג והאסמכתאות שם (23.2.2017)). הדברים שבו והובהרו מפורשות על ידי הנשיאה חיות זה לא מכבר בהחלטתה בעניין אבו סוהילה, ואביא את הדברים כלשונם:

"למען הסר ספק יובהר ויודגש בהקשר זה כי ההלכה בענייננו הייתה ונותרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף" (שם, פסקה 7).

אין לקבל אפוא את טענת העותרים כי העדר מעורבותם במעשיו של קבהא הופך את הצו שהוציא המשיב לבלתי מידתי. על כך יש להוסיף כי במקרה דנן, המשיב שקל את מידתיות הפגיעה והשלכותיה על העותרים, ובעקבות כך הגביל את תחולתו של הצו לקומה השניה והשלישית של המבנה בלבד, מבלי להרוס את קומת הקרקע שבה מתגוררים אביו של קבהא ואשתו. בנסיבות אלו, אף שאין להקל ראש בפגיעה הטמונה בבני המשפחה המתגוררים בקומה השניה של המבנה ובפגיעה הקניינית הטמונה בהריסת שתי הקומות, אין בכך כדי להפוך את הצו לבלתי מידתי, ואין בכך כדי להצדיק התערבות בשיקול דעתו של המשיב.

13. הוא הדין כאשר לטענת העותרים נגד אופן ביצוע ההריסה. כפי שתואר בראשית הדברים, ההחלטה על ביצוע ההריסה נתקבלה בהתבסס על חוות דעת הנדסית פרטנית, שעל פיה לא צפוי להיגרם נזק למבנים סמוכים ולסביבה, ולכל היותר קיימת סבירות נמוכה לרמת נזק נמוכה למבנים סמוכים, לסביבה ולקומת הקרקע. עוד צוין בחוות הדעת כי על פי ניסיון העבר במקרים קודמים בעלי מאפיינים דומים, הוכח כי ביצוע ההריסה באופן המתואר נעשה "בהצלחה רבה ללא נזק קונסט' החורג מג"ג להריסה". אף לא למותר לציין כי חוות הדעת ההנדסית שהעותרים צירפו לעתירתם הועברה לעיונו של

המהנדס מטעם המשיב, שהשיב על כך בחוות דעת מפורטת. מכל מקום, הלכה עמנו כי אופן ביצוע ההריסה הוא מסוג הנושאים המקצועיים שבהם מסור למשיב שיקול דעת רחב במיוחד, ובהעדר נסיבות חריגות, אל לו לבית משפט זה לשים עצמו בנעלי המשיב, שחזקה עליו כי יפעל בזהירות הנדרשת (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 31 (11.8.2014); עניין פלוני, פסקה 10).

14. טוף דבר: המשיב סבור כי הריסת הקומה השנייה והשלישית של המבנה נחוצה לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים דומים בעתיד. החלטתו נתקבלה, תוך בחינת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ובהתאם לאמות המידה שהותוו בפסיקה. בנסיבות אלו, חרף הפגיעה בעותרים, לא קמה עילה להתערב בשיקול דעתו של המשיב, ואין להתערב בהחלטתו להוציא צו הריסה לקומה השנייה והשלישית במבנה מושא העתירה, מכוח סמכותו לפי תקנה 119.

15. הערה בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם.

א. הריסת בתי מחבלים היא נושא רגיש. האמצעי של הריסת בית מחבל אינו אמצעי ענישה, ואין בו משום נקמה בתגובה לפיגוע. ברי כי אין מענישים את ראובן בשל מעשה שעשה שמעון, גם אם ראובן הוא אביו של שמעון או בנו של שמעון. עקרון-אב של המוסר היהודי מצווה עלינו "אִישׁ בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים כט, כ"ז) ולכן "בֵּן לֹא-יִשָּׂא בְּעוֹן הָאָב, וְאָב לֹא יִשָּׂא בְּעוֹן הַבֵּן" (יחזקאל יח, כ). האמצעי של הריסת בית מחבל מופעל אך ורק כאמצעי הרתעתי ולא כאמצעי ענישתי. אך גם ככזה, ברי כי הרתעה אינה מילת קסם שיש בכוחה להתיר שימוש בכל אמצעי שהוא. מן הסתם תהא זו הרתעה יעילה יותר אם השכונה שממנה יצא המחבל תיהרס, או אם ייהרסו כל המבנים שבהם מתגוררים בני משפחתו המורחבת, אך אף אחד לא מעלה על דעתו שימוש באמצעי בלתי מידתי שכזה. מכאן, שהמידתיות היא מילת המפתח שלאורה יש לבחון את האמצעי של הריסת בית.

ב. כפי שהובהר בפסיקה, לנוכח התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס תקנה 119, על המשיב להפעיל את סמכותו מכוחה באופן מהיר ומיידי (ראו, בין היתר, בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 20 והאסמכתאות שם (20.4.2016)). ברם, קשה להלום כי אמצעי כה חריף וכה רגיש כמו הריסת בית יינקט מבלי שתינתן למשפחתו של המחבל אפשרות להעביר את צו ההריסה וההחרמה תחת ביקורתו של בית משפט זה, מה שמחייב כמובן עיכוב ביצוע של הצו עד למתן החלטה בעתירה לגופה. קשה היה להישאר שווה נפש לנוכח דבריו המרגשים ועמדתו האצילית של בעלה של

המנוחה, שבדבריו בבית המשפט ציין כי אין חלקו עם אלה הקובלים על כך שבית משפט זה דן בנושא ולא נותן "יד חופשית".

ג. שורה ארוכה של שיקולים תועלתניים-מוסריים-משפטיים עומדת מול השיקול ההרתעתי, שהוא שיקול יחידי ובלעדי שעומד בבסיס ההצדקה לשימוש בתקנה 119. במצב דברים זה, עולה חשיבותה של הדרישה למידתיות, שבאה לידי ביטוי בבחינה של הנתונים הבאים: זיקת מגורים; חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; עוצמת הראיות המינהליות כנגדו; מידת מעורבותם של בני המשפחה (לא כשיקול בלעדי); היקף ההריסה או האטימה בהתחשב, בין היתר, במספרם של הצפויים להיפגע מהפעלת הסמכות ועוד. ובעיקר, על הרשויות לחזור ולבחון כל העת את הנחיצות והאפקטיביות של ההרתעה:

"כדי שהריסת בתים מכוח תקנה 119 תעמוד במבחן המידתיות, יש לבחון, ככלל, האם היא אכן אפקטיבית ומגשימה את תכלית ההרתעה [...] 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 [...] השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; [...] 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" (בג"ץ 8091/14 החוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקאות כד, כז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; וראו גם פס' 6 לפסק-דינה של השופטת א' חיות).

כשלעצמי, אני נכון גם במקרה דנן לקבל את הערכתם של גורמי הביטחון – אשר להם שיקול הדעת המקצועי על בסיס הנתונים והמידע שברשותם – כי האמצעי של הריסת בית הוא יעיל וחיוני, ויש בו כדי למנוע בעתיד פיגועים נוספים. אני נכון גם להניח כי אין מדובר בענישה קולקטיבית במובן הרגיל של המילה. אולם נוכח שיקולי "הנגד", השימוש באמצעי של הריסת בית צריך להיות מושכל ולהיעשות במשורה ובמקרים המתאימים על רקע המצב הביטחוני הכללי. חזקה על הגורמים המחליטים כי הם מאזנים בין האינטרסים והשיקולים השונים בכל מקרה ומקרה, ומבססים את החלטתם על שיקולים מקצועיים וענייניים.

16. בשורה התחתונה אציע לחברותי לדחות את העתירה ולהורות כי הצו הארעי שניתן ביום 21.1.2021 יפקע ביום 10.2.2021 בשעה 12:00, לצורך מתן שהות לעותרים לצורך פינוי והתארגנות.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. שוב אנו נדרשים לעתירה נגד הריסת ביתו של מפגע. העצב על רצח נתעב שב ונמסך בשאלות הקשות שמעורר השימוש באמצעי הפוגעני של הריסת בתים.

2. קודם שאגש לגוף הדברים, ובהמשך לדבריו של חברי השופט י' עמית בעניין זה, אני מבקשת לפתוח בהערה הנוגעת לאופן התנהלותו של ההליך השיפוטי שנסב על צו הריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. כאשר מתקבלת החלטתו של המפקד הצבאי על צו הריסה ניתנת לנוגעים בדבר אפשרות להגיש השגה עליו, ובמהלך התקופה שנקבעה לכך ההחלטה מושהית. לאחר מכן, אם ההשגה נדחית, נקצבת לנוגעים בדבר ארכה קצרה נוספת, בדרך כלל בת מספר ימים נוספים, לשם הגשת עתירה לבית משפט זה. מטבע הדברים, העתירה מוגשת לקראת המועד האחרון שנקצב לכך, בשל הצורך לערוך אותה באופן מיטבי. המשמעות המעשית של הדברים היא שהגשת העתירה מחייבת דחייה קצרה נוספת של מועד הביצוע של הצו, על מנת לאפשר דיון בה מבלי שייווצר "מעשה עשוי". באת-כוח המשיבים אישרה זאת בפה מלא, ודומה שלא יכול להיות חולק על הדברים. עם זאת, אין לעותרים ביטחון פורמאלי שהצו לא יבוצע. על כן, הם נוהגים לבקש שבית משפט זה יורה על עיכוב ביצוע של הצו. בהתאם לכך, הפרקטיקה המשפטית הנוהגת מבוססת על הוצאת צו ארעי המעכב את ביצוע הצו עד לדיון בעתירה. אולם, מאחר שאף המשיבים מסכימים כי חרף הדחיפות שהם מייחסים למימושו של צו הריסה אין להלום את ביצועו המידי, לשיטתי היה מקום להבהרה מצדם כי ככל שתוגש עתירה עד למועד שנקצב ההריסה לא תבוצע (ומבלי לגרוע מזכותם של המשיבים לבקש כי הדיון ייקבע למועד קרוב, כפי שאכן נעשה ממילא). עמדה מסוג זה הייתה מייתרת הוצאת צווים שיפוטיים שלא לצורך והיה בה כדי לבטא פן נוסף של הכבוד שבו רשויות המדינה אמורות לנהוג זו בזו.

3. וכעת, לגוף הדברים. כפי שנהגתי במקרים דומים אחרים, כאשר אני מגבילה את התייחסותי לבחינת העתירה במסגרת ההלכה הפסוקה, מה שכיניתי בעבר "בחינה

פנימית" (ראו: בג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016)), יש באפשרותי להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט עמית. אולם, אני מבקשת להבהיר כי בשונה ממנו, איני רואה קושי בהמשך העלאתן של הטענות העקרוניות הנוגעות לאופיו של האמצעי הנקט מכוח תקנה 119, הן במישור ההרתעה והן במישור השלכותיו על מי שלא היו מעורבים במעשה הרצח. זאת, מאחר שכפי שצינתי בעבר, אני סבורה שיש מקום לכך שהנושא יחזור ויבחנו על-ידי הרכב מורחב של בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.4.2019)).

4. מכל מקום, כאשר ההלכה הפסוקה משמשת נקודת פתיחה להערכת ההחלטות שהתקבלו במקרה שבפנינו, אני סבורה שאין עילה להתערב בשיקול הדעת שהופעל. זאת, בהתחשב בכך שמדובר באמצעי שננקט בעקבות רצח אכזרי במיוחד, שביסודו מניע לאומני מובהק. ההחלטה התקבלה בסמיכות מועד וללא שיהוי, וכן הוגבלה מלכתחילה כך שלא חלה על המבנה כולו, אלא רק על החלקים שבהם עשה המפגע בעצמו שימוש.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת לעמדת חבריי, שלפיה אין מקום להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע להריסת הקומה השלישית של בית המגורים שבו התגורר מוחמד קבהא (להלן: קבהא או המפגע) – שלפי הודאתו רצח באכזריות מזוויעה את אסתר הורגן ז"ל. לצד זאת, אם דעתי היתה נשמעת, היינו מוציאים צו על תנאי המורה למפקד הצבאי להימנע מביצוע צו ההריסה בכל הנוגע לקומה השנייה של הבית. כך, בתמצית, מן הטעם שבעוד הקומה השלישית של הבית שימשה רק את המפגע לצרכיו – הקומה השנייה משמשת כבית המגורים של בני משפחה נוספים, אשתו ושלושת ילדיו הקטינים של קבהא, שאין חולק כי הם חפים מפשע ולא גילו כל מעורבות בפגיעה, לכתחילה או בדיעבד.

2. כידוע, סמכות המפקד הצבאי להורות על הריסת בתים נועדה לשרת את ההגנה על ביטחון מדינת ישראל ותושביה, ולשמש ככלי הרתעתי מפני ביצוע פעולות טרור. מבחינה זו ישנם מקרים שבהם הריסת בתים היא הכרח בל יגונה. לצד זאת, הריסת בית אינה יכולה לשמש כפעולת תגמול או ענישה של בני משפחה חפים מפשע. ענישה

קולקטיבית אסורה על פי המשפט הבינלאומי ופוגעת בזכויות אדם יסודיות, ובעיקר בזכות לכבוד ובזכות הקניין. ובמילותיו הנכונות של השופט מ' חשין –

”אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.” (בג”ץ 2006/97 ג’נימת נ’ אלוף פיקוד מרכז, פ”ד נא(2) 651, 655 (1997)).

אני תמימת דעים עם חברי השופט י’ עמית, כי הרתעה אינה ”מילת קסם” שיש בכוחה להצדיק שימוש בכלי של הריסת בתים ללא הפעלת שיקול דעת; וכי מידתיות היא אמת המידה המרכזית שלאורה יש לבחון את השימוש באמצעי זה. אלא שכאן מתפצלות דרכינו של חברי ושלי. בשונה מחברי, דעתי היא ששאלת אפקטיביות ההרתעה הגלומה בכלי של הריסת בתים לכל הפחות מעוררת ספק ממשי:

”ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון. ואולם כפי שציינתי לא פעם, גם במקרה דנן חוות הדעת החסויה שהוצגה לנו מטעם המשיבים אינה מסירה את הספקות הכבדים המרחפים מעל הכוח ההרתעתי הטמון בכלי זה. דבר אחד ברור, והוא שקיים קושי אינהרנטי לכמת את המידה שבה הריסת בתים פועלת בכיוון ההפוך, ומגבירה דווקא מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים” (בג”ץ 6420/19 אלעזאפרה נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (12.11.2019)).

גם לאחר עיון בחוות הדעת העדכנית שהונחה לפנינו במסגרת תיק זה, לא מצאתי יסוד לקביעה פוזיטיבית שלפיה השימוש בתקנה 119 אמנם משיג הרתעה ממשית מפני פעולות טרור, ואולי ההיפך מכך. לכל הפחות עולה ממנה כי מדובר בשאלה פתוחה, שהתשובה עליה רחוקה מלהיות חד-משמעית. מצב דברים זה משליך באופן ישיר לטעמי על בחינת מידתיות השימוש בכלי של הריסת בתים במקרה קונקרטי; ובפרט בבואנו לשקול אם קיים יחס ראוי בין התועלת ההרתעתית הצומחת מהריסת ביתו של מחבל, לבין הפגיעה הגלומה בכך בזכויות יסוד של בני משפחתו. וכפי שהבעתי דעתי, ”הריסת בית שבו מתגוררים בני משפחה חפים מפשע אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים

למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת ככלל במבחן המידתיות" (ראו למשל: בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 3 (25.5.2020); ולהרחבה ראו דבריי בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)).

3. אסתר הורגן ז"ל נרצחה באלימות ובאכזריות בלתי נתפשת, ואך בשל היותה יהודייה. אין מילים לתאר את גודל האובדן והיגון, והלב יוצא אל בני המשפחה. יש למצות עם המפגע את מלוא חומרת הדין; ואולם האמצעי של הריסת בית נועד למטרה מניעתית ולא עונשית. בבואנו לבחון את מידתיות צו ההריסה שהוצא ביחס לבית, יש ליתן ביטוי ומשקל ראויים למעשה הנורא, ולהורות על הריסת הקומה השלישית שהוברר ששימשה רק את המפגע. לצד זאת, אני סבורה שההחלטה להרוס גם את הקומה השנייה של הבית לוקה בחוסר מידתיות – כאשר בקומה זו מתגוררים אשתו ושלושת ילדיהם, שכאמור אין חולק שלא היתה להם כל מעורבות או ידיעה בנוגע למעשי הזוועה, ואף בדיעבד לא הפגינו תמיכה במעשים.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"א בשבט התשפ"א (3.2.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט