



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 144/22

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט א' שטיין

העותרים :

1. סועאד אבו שחידם
2. איה אבו שחידם
3. עבד אל רחמאן
4. הבה אבו שחידם
5. עבדאללה אבו שחידם
6. גנה אבו שחידם
7. וסאם אבו שחידם
8. חוסאם אבו שחידם
9. שאדי אבו שחידם
10. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

המשיבים :

1. מפקד פיקוד העורף
2. שר הביטחון

בקשה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

ט' בשבט התשפ"ב (11.01.2022)

בשם העותרים :

עו"ד נדיה דקה ; עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים :

עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. פעם נוספת אנו נאלצים לשוב ולדון בהחלטה על הריסת ביתו של מפגע לאומני אחוז שנאה נגד יהודים ומדינתם, אשר ביצע פיגוע טרור רצחני, ובו, לדאבונו לבנו, קיפח את חייו אליהו קיי ז"ל, וארבעה אנשים נוספים – בתוכם שני שוטרים – נפצעו. המפגע,

פאדי מחמוד עיד אבו שחידם, התגורר, יחד עם אשתו וחמשת ילדיהם, בדירה התופסת את הקומה הרביעית של מבנה בן חמש קומות במחנה הפליטים שועפאט, אשר נמצא בבעלות המפגע ואחיו, ואשר מחולק לדירות בהן מתגוררים בני משפחתו המורחבת של המפגע (להלן: דירת המפגע).

2. ביום 21.11.2021, יצא המפגע מדירתו כשהוא מצויד בכלי ירייה, הגיע לאזור שער השלשלת שבעיר העתיקה בירושלים, ופתח בירי לכיוון האנשים אותם זיהה כיהודים. כתוצאה מהירי, כאמור, מצא אליהו קיי, ז"ל, את מותו, וארבעה אנשים נוספים נפצעו. המפגע נורה על ידי כוחות הביטחון ונהרג במקום. הוא נמצא מגולח בגופו – התנהלות, שכפי שנמסר לנו על ידי גורמים מקצועיים, מאפיינת אדם שמתכנן לבצע פיגוע התאבדות. לפני צאתו לפיגוע, המפגע גם פדה חלק מחובותיו והותיר הודעה מצולמת לאשתו שהיתה שזורה בביטויים התואמים את מנהגיהם של מבצעי פיגועי התאבדות וכללה אמירה כי הוא מתפלל לאללה שיגמול לאשתו – אשר משקפת את האמונה כי שהיד יכול ללמד זכות על שבעים מבני משפחתו.

3. ביום 26.12.2021 מסר מפקד פיקוד העורף, האלוף א' גורדין (להלן: מפקד פקע"ר), לבאת-כוחם של בני משפחתו של המפגע הודעה בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את דירת המפגע. בעקבות הודעה זו, הגישה המשפחה השגה נגד הצו, אשר נבחנה ונדחתה על ידי מפקד פקע"ר ביום 2.1.2022. באותו יום הוציא מלפניו מפקד פקע"ר צו החרמה והריסה ביחס לדירת המפגע. בצו זה נאמר כי הוצאתו אל הפועל יש בה "כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור ולסייע בשמירה על בטחון המדינה". צו ההריסה הוצא מתוקף סמכותו של מפקד פקע"ר לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). בצו זה נפלה טעות טכנית: צורף אליו תשריט לא נכון. מסיבה זו, הצו בוטל. במקומו, הוציא מפקד פקע"ר, ביום 7.1.2022, צו החרמה והריסה חדש בנוסח זהה (להלן: צו ההריסה או הצו).

4. בעתירה שלפנינו, מבקשים העותרים – בני משפחת המפגע והמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – כי נורה על ביטולו של צו ההריסה או, למצער, על צמצומו. סעדים אלו מבוקשים, כדברי העותרים, "לאור התמורות המתחוללות לאחרונה בזירה הבינלאומית, וההיתכנות ההולכת וגוברת כי קובעי המדיניות שבנדון ומיישמיה ייחשפו במוקדם או במאוחר לאחריות פלילית אישית", וכן מפני שלשיטתם קיים צורך לבחון מחדש את חוקיותה של תקנה 119 והדרכים שבהן מותר להפעילה, אם בכלל. עוד טוענים העותרים כי הריסת דירתו של המפגע הרצחני מהווה ענישה קולקטיבית, פוגעת

קשות בזכויות ילדיו הקטינים של המפגע, ואף אינה מקדמת שום אינטרס הרתעתי אלא עושה את ההיפך הגמור. לצד כל הטענות הללו, נטען כי מספר הפיגועים באזור ירושלים ובכלל פחת במידה ניכרת; ולפיכך, אין הצדקה להפעיל נגד משפחת המפגע, שאיש ממנה לא היה מעורב בפשעיו, סנקציה קיצונית – ולפי העותרים, בלתי מידתית בעליל – של הריסת מקום מגוריה.

5. כמו כן ביקשו העותרים שנוציא מלפנינו צו ביניים המונע את הריסת הדירה עד להכרעתנו בעתירתם, אולם לא היה בכך שום צורך לנוכח התחייבותם הברורה של המשיבים שלא להוציא את הצו אל הפועל לפני מתן פסק הדין בעתירה (כמובהר בהחלטת השופט נ' סולברג מיום 6.1.2022).

6. מנגד, טענו המשיבים כי טענות דוגמת אלו של העותרים כבר נדונו ונדחו בעשרות רבות של פסקי דין שיצאו מלפנינו. כמו כן טענו המשיבים כי הצו הוא מידתי, שכן הוא מוגבל לגבולות דירתו של המפגע וביצועו לא יפגע בחלקיו האחרים של הבניין. טענה זו נתמכה על ידי חוות דעת הנדסית אשר מסבירה כי דירתו של המפגע תיהרס מבפנים באמצעות כלים ידניים וכי רמת הנזק הצפויה לדירות השכנות הינה נמוכה ביותר.

7. החומר החסוי שהוגש לעיוננו, ובו עיינו, בהסכמת העותרים, אימת את עמדתו של מוציא הצו, מפקד פקע"ר, כי המפגע הרצחני פעל מתוך דחפים לאומניים ושנאה כלפי העם היהודי ומדינתו. כמו כן מצאתי בחומר זה תמיכה ברורה להערכת המשיב באשר להשפעה ההרתעתית של הריסות בתי המפגעים.

8. העתירה שלפנינו אכן אינה מעלה שום טענה חדשה בעניינו של שימוש בתקנה 119 כאמצעי הגנה נגד מפגעים רצחניים אשר פועלים בחסותם של ארגוני טרור או באופן עצמאי. טענות דוגמת אלו שהועלו בעתירה דנן נדונו בהרחבה ונדחו, אחת לאחת, בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו, למשל: 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); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 5 (17.1.2019)). פסקי דין אלה ואחרים קבעו כי תקנה 119 מהווה אמצעי קשה, אך חוקי, במלחמה נגד מפגעים רצחניים שאינם מהססים לפגוע ביהודים באשר הם יהודים, ושפגעו לא אחת בחסרי ישע אשר כללו ילדים וזקנים. אציין כי חלקם הלא מבוטל של מפגעים אלו פעל – ומוסיף לפעול – בשליחותם

ובמימונם של ארגוני טרור שונים, כולל ארגון החמאס אליו השתייך המפגע במקרה דכאן, וכי ידו של המשפט הבינלאומי הפלילי, אשר נזכר בעתירה בהקשר לא לו, טרם הגיעה אל אנשי הארגונים הללו ואל תומכיהם המדיניים והכלכליים.

9. עוד נקבע בפסקי הדין הנזכרים לעיל ובאסמכתאות הרבות שפסקי דין אלה ציטטו, כי הפעלת סמכות ההריסה מכוח תקנה 119 היא בבחינת כורח בל יגונה בעתות חירום כשאזרחי מדינתנו מוצאים להורג על ידי מחבלים-מרצחים אשר באים לזרוע בתוכם פחד ואימה. פסקי דין אלה גם קבעו כי האמצעי של הריסת ביתו או דירתו של מפגע רצחני אינו לוקה, ככזה, בחוסר סבירות קיצוני הקורא להתערבותנו בהחלטת המפקד הצבאי. זאת, מאחר שקיימת זיקה רציונלית ברורה בין הריסת ביתו של מפגע לבין הרתעת המפגעים הפוטנציאליים.

10. הנני מודע לכך שלא כל שופטי בית-משפט זה עומדים מאחורי ההלכה החד-משמעית שנפסקה בעניינה של תקנה 119, אך זוהי הלכה פסוקה אשר משקפת באופן ברור ונחרץ את דעתם של רוב השופטים – רוב גדול – וממנה אין מקום ואין כל סיבה לסטות. לפיכך, אין בידי להיענות לבקשת העותרים לבחון הלכה יסודית זאת מחדש. בקצירת האומר אציין כי הלכה זאת קובעת – בצדק – שהריסת ביתו של מפגע רצחני אינה מגיעה כדי עונש קולקטיבי – זאת, מאחר שהפגיעה התוצאתית בבני משפחתו של המפגע, קשה ככל שתהא, טבועה בעצם הסנקציה של הריסת הבית. אוסיף ואציין, כי בהינתן ודאות לגבי העובדה שמדובר בביתו של מפגע רצחני, סנקציה זו 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.

11. 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 הרתעית 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 (השוו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 447-449 (2010)).

12. אכן, את מידתה של השפעת הריסת ביתו של מפגע על מפגעים עתידיים קשה לאמוד באמצעות מספרים – שכן, החיים האמיתיים 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. ההלכות שצוטטו לעיל ופסקי דין נוספים, שעליהם הלכות אלה נסמכות (ראו בין היתר: בג"ץ 2492/19 אבו לילה נ' מפקד פיקוד המרכז (16.4.2019)), שוללים התערבות בהחלטת מפקד פקע"ר בענייננו מהטעמים הידועים של תורת הסמכות המינהלית. 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 מפיגועים רצחניים, לבין האינטרס, המובן והטבעי, של בני משפחת המפגע – שפשעיו אינם פשעים – שלא לאבד את קורת הגג שמעל ראשם. הווה אומר: הוא – ולא אנחנו. בנסיבות כאלה – ואלה הן נסיבותיה של העתירה המונחת כעת לפנינו – עילה מבוררת להתערבותנו בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, ובבחירה הקשה שעשה בין שתי הרעות, איננה בנמצא.

13. זאת ועוד: בהינתן קורלציה – קל וחומר, סיבתיות של ממש – בין הריסת בתי המפגעים הרצחניים לבין הרתעת המפגעים הפוטנציאליים, כיצד ניתן לומר שסבלה של משפחת המפגע, אשר הביא עליה את אסון הריסת ביתה במו-ידיו, חמור מהסבל הכמעט אינסופי אשר ייגרם לקורבנות הטרור העתידיים בשל היעדר הרתעה מספקת? שאלתי זו אינה בגדר שאלה רטורית אשר נועדה להצדיק את הריסת ביתו של כל מחבל ומחבל באשר הוא, ללא הבחנה בין מקרה אחד למשנהו. בסבלה של משפחת המחבל, כאשר זו אינה אשמה במעשיו, אין להקל ראש, ועל כן לא בנקל נחתום על פסק דין שמאשר את הריסת ביתה. ואולם, כאשר הגורמים הביטחוניים באים בפנינו ומראים לנו, באותות ובמופתים, כי להריסת בתי המפגעים יש השפעה הרתעתית – אפילו השפעה הרתעתית צנועה יחסית – עלינו לקבל את עמדתם ולדחות את העתירה על מנת לאפשר את הוצאתו של צו ההריסה מן הכוח אל הפועל ועל ידי כך למנוע אבדות בנפש בקרב תושבי המדינה.

14. גם בטענת העותרים שמיקדה את עצמה בזכויות הילדים אין ממש. זכויות ילדים לחיים בטוחים ולרווחה אינן מבדילות בין ילד לילד, וגם אנחנו לא נעשה את ההבדלה. בצאתנו מהנחת השוויון בין הילדים, נעמיד אל מול ילדיו של המפגע – שבסבלם לא נקל ראש – את הילדים אשר נפגעו ואשר עלולים להיפגע ממעשי טרור רצחניים כדוגמת זה שבוצע על ידי המפגע, ובפרט את ילדי האנשים אשר נרצחו או עלולים להירצח אך בשל היותם יהודים שחיים או מבקרים בישראל. כל אימת שההרתעה המושגת בזכות הריסת בתי המפגעים מונעת פגיעה בנפש, טענת העותרים האוחזת בזכויות ילדיו ושאר בני משפחתו של המפגע קורסת תחתיה.

15. ולסיכום האמור, בהתקיים התנאים להפעלת הסמכות להוצאת צו הריסה לפי תקנה 119, על המפקד הצבאי להפעיל את אותה סמכות בסבירות ובמידתיות ולתת את דעתו על מכלול הנסיבות של המקרה הקונקרטי (ראו: בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8, והאסמכתאות הנזכרות שם (4.3.2019)). במקרה דנן, מפקד פקע"ר פעל בסבירות, במידתיות ובשום-שכל בהחליטו להגביל את צו ההחרמה וההריסה ליחידת הדיור של המפגע ובנקטו צעדים אפקטיביים שימזערו את הפגיעה לשאר חלקי המבנה. מטבע הדברים, החלטה זו מטמיעה בתוכה, כשיקול רלבנטי, גם את האכזריות שבה פעל המפגע, את תוצאותיו ההרסניות של הפיגוע ואת הצורך להרתיע את אלו שיבקשו להעתיק את דרכיו של המפגע.

16. בנסיבות אלו, אין כל עילה לכך שנתערב בשיקול דעתו של אלוף פקע"ר. שיקול דעת זה הופעל כהלכה.

17. אשר על כן, אני מציע לחבריי כי נדחה את העתירה שלפנינו – כמנהגנו בעת הזאת, ללא צו להוצאות.

צו ההריסה יהיה ניתן לביצוע החל מיום 30.1.2022.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. לאחר עיון בחוות דעתו של חברי, השופט א' שטיין, אין בידי להצטרף לעמדתו כי יש לדחות את העתירה. לדעתי, הפעלת סמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), מעוררת קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקתו של בית משפט זה. יש מקום לעיין שוב בשאלות אלה, בהרכב מורחב של שופטים.

דברים אלה הובעו על ידי בבג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (2.12.2018) (להלן: עניין נאג'י); בבג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאזור

הגדה המערבית (10.1.2019); ולאחרונה בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (10.8.2020) (להלן: עניין אבו בכר). מעמדתי זו לא שיניתי גם הפעם.

2. גם בהיעדר שינוי להלכה הנוגעת לעניין הסמכות להפעלת התקנה, הרי שאופן הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי, סבירותה ומידתיותה, ככל פעולה מנהלית, אינם חסינים מביקורתו של בית המשפט. על פי פסיקתו של בית משפט זה, הפעלתה של הסמכות בשל חומרת וקיצוניות הפגיעה הגלומה בה, לרבות פגיעתה הקשה בחפים מפשע שאינם מעורבים במעשיו של המפגע, לא לפני ולא אחרי, תעשה בזהירות וריסון מרביים, והדברים הינם מקל וחומר לאחר חקיקת חוקי היסוד:

"מצבי קיצון אלה, אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך [...] לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (31.12.2014)).

באשר לאופן הפעלת הסמכות, נאמר כי:

"היקפה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, לפי לשונה, הוא רחב ביותר. עם זאת, בפסיקתו של בית משפט זה הובהר, כי 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 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015)).

3. בעניין אבו בכר, התייחסתי ל"שגרתיות" השימוש בסמכות לפי תקנה 119. מסמכות שהייתה שמורה למקרי קיצון, הפכה התקנה להיות הכלי הראשון, שלא לומר היחיד, שמפעיל המפקד הצבאי בתגובה להתרחשותו של כל פיגוע בו מקופחים חיי אדם, וזאת בהנמקה השנויה במחלוקת כי הדבר נחוץ כאמצעי הרתעתי כלפי מפגעים פוטנציאליים. בנדון דידן, אין לי אלא לחזור על הדברים שכתבתי בעניין אבו בכר:

"ריבוי וחזרתיות השימוש בתקנה על ידי המפקד הצבאי כל אימת שמתרחש פיגוע המסתיים בקיפוח חיי אדם – בטענה כי מדובר באמצעי הרתעתי ולא ענישתי הינו בבחינת הרחבת השימוש בתקנה כעניין שבמדיניות, כאשר מסנקציה שאמורה להיות שמורה למצבי קיצון שצריכה להיות מופעלת במשורה, הפך השימוש בתקנה

לשימוש תדיר, שלא לומר שגרתית. המשך קיום מדיניות זו תוך השענות על הערכת גורמי הביטחון כי מדובר באמצעי הרתעתי, והימנעות מדיון ענייני ומעמיק בסוגיות העקרוניות ששימוש בתקנה זו מעלה, מוקשית היא בעיניי. המשך השימוש בכלי זה הטומן בחובו פגיעה קשה בחפים מפשע מהווה ענישה קולקטיבית המופעלת בניגוד לעקרון היסוד לפיו [...] איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת".

4. על פי חומר הראיות, המפגע הגיע לאזור שער השלשלת בעיר העתיקה בירושלים, ביצע פיגוע ירי בו רצח את אליהו קיי ז"ל, ופצע שני אזרחים ישראלים ושני שוטרים. המפגע נורה ונהרג במקום. עוד נכתב בתשובת המשיבים, והכל בהתבסס על חומר הראיות שאספו המשיבים, כי "המחבל נמצא מגולח בגופו, התנהלות המאפיינת אדם המבקש לבצע פיגוע התאבדות ומתכוון לכך מראש. המחבל הותיר אחריו הודעה מצולמת לאשתו, בה קטעים המאפיינים אדם המבקש לבצע פיגוע התאבדות, כך למשל ציין המחבל בהודעה כי הוא מתפלל לאללה כי יגמול לאשתו וזאת על פי האמונה כי שהיד יכול ללמד זכות על 70 מבני משפחתו. עוד ציין המחבל בהודעה כי פדה חלק מחובותיו, נוהג המאפיין שהיד בטרם יציאה לפיגוע התאבדות".

5. העותרים 1-6 הינם אשתו וחמשת ילדיו של המפגע, ביניהם שלושה קטינים המתגוררים בדירת המגורים המצויה בקומה 4 מתוך 5 קומות, במחנה הפליטים שועפאט (להלן: דירת המגורים). העותרים 7-9 הם שלושת אחיו של המפגע, המתגוררים ביתר קומות המבנה. אין חולק אפוא על זיקתו של המפגע לדירת המגורים.

6. אין גם חולק על כך כי לאשתו של המפגע ולילדיו לא הייתה כל ידיעה על כוונתו לבצע פיגוע התאבדות, או יכולת למנוע אותו. מהתחקורים עולה כי כלל בני המשפחה, לא הבחינו בנורות "אדומות" או סימנים מקדימים לכוונתו של המפגע לבצע פיגוע. יצוין, כי המפגע מעולם לא נעצר לפני כן על ידי זרועות הביטחון.

7. אשתו של המפגע עזבה לירדן מספר ימים לפני ביצוע הפיגוע, כאשר החומר החסוי מרמז על כך שלעזיבת האישה משקל לא מבוטל בהחלטת המפגע לבצע את הפיגוע. לאחר שנודע לאשתו של המפגע דבר הפיגוע, היא חזרה לישראל בידעה שהיא עלולה להיעצר ולהיחקר בגין מעשהו של המפגע. כך אכן קרה. היא נחקרה אך לא נעצרה בהיעדר ידיעתה ויכולתה למנוע את המעשה. כך גם יתר בני משפחתו של המפגע לרבות ילדיו הקטינים, תחקרו על ידי גורמי הביטחון.

8. במסגרת השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, עליו לשקול שורת שיקולים, ובין היתר לתת דעתו על שיקולים כגון:

”חומרת המעשים המיוחסים למפגע ועוצמת הראיות נגדו; הפגיעה שתסב ההריסה לדיירי המבנה; מידת מעורבותם של הדיירים במעשי המפגע; וכן קיומם של אמצעים אשר פגיעתם במבנה המיועד להריסה ובמבנים השכנים – פחותה” (עניין נאג’’, פסקה 27 לפסק דינה של השופטת י’ וילנר).

בנסיבות ענייננו, כאשר אין למי מבני משפחתו של המפגע ידיעה על כוונתו לפני מעשה או מעורבות בהם, גם לא הזדהות בדיעבד, הפעלת הסנקציה של הריסת דירת המגורים היחידה של בני המשפחה, מהווה אפוא ענישה קולקטיבית לא סבירה ולא מידתית שאין לה כל הצדקה מוסרית או משפטית, ונעדרת כל אפקטיביות הרתעתית. יפים לעניין זה דברי השופט (כתוארו אז) מ’ חשין בבג”ץ 2006/97 ג’ניחת נ’ אלוף פיקוד המרכז (30.3.1997):

”העותרת הראשונה שלפנינו היא אשתו של הרוצח-המתאבד והיא אם לארבעת ילדי הקטנים. האישה והילדים מתגוררים באותה דירה שבה התגורר הרוצח-המתאבד, אך איש אינו טוען כי היו שותפים למעשה שזמם לעשותו – ואשר עשהו – מעשה רצח של נפשות תמות. איש אף אינו טוען כי ידעו על המעשה המיועד. 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 יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.”

9. באשר לטיעון עליו מתבסס המפקד הצבאי, לפיו הפעלת הסמכות מתבקשת לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים, וזאת בהסתמך על חוות דעת חסויה שהוגשה מטעם גורמי הביטחון במהלך הדיון לפנינו, ולעיוננו בלבד, אומר כי אינני רואה עין בעין עם גורמי הביטחון את יעילות ההרתעה המתלווה להריסת בתים של מי שאינם מעורבים בביצועו של הפיגוע בכל דרך שהיא. למעשה, איני משוכנע כלל כי חוות הדעת שהוצגה מטעם גופי הביטחון מגלה כי מסקנתם בעניין זה מבוססת על ראיות של ממש. בעניין זה, שותף אני לעמדתה של חברתי, השופטת ע’ ברון, לפיה:

“עיון בחוות הדעת מטעם המשיב, שעליה נסמכת לכאורה הערכה זו, מלמד כי לא ניתן למצוא בה בסיס אמפירי או תשובה מדעית לשאלה הנכבדה של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים. כשלעצמי, איני סבורה כי התמונה ההרתעתית העולה מחוות הדעת היא כה ברורה, בוודאי לא החלטית; ובכל מקרה ניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות. כך במיוחד לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים” (בג”ץ 799/17 קונבר נ’ מפקד פיקוד העורף (23.2.2017)).

10. על זאת אוסיף בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, הערה לעניין טיבן של חוות הדעת המסווגות, המונחות על שולחנו של בית משפט זה בתיקים מן הסוג שלפנינו. על מנת לשכנענו כי הריסת בתי מפגעים מהווה כלי בטחוני יעיל שתכליתו הרתעה, ואשר אכן מוביל להרתעה בפועל, מגישים המשיבים חוות דעת ביטחוניות, אשר נועדו ללמדנו כי אכן ישנו טעם ובסיס מקצועי-ביטחוני לביצוע המעשה המנהלי של הריסת בית מפגע, וכי הריסות אלה אכן מונעות מעשי טרור עתידיים. חוות דעת ביטחוניות אלה, מושתתות הן על ההנחה כי למחבריהן קיימת מומחיות ביטחונית, באופן המקנה להם יתרון על בית המשפט בהערכת התוצאות הביטחוניות של הריסת בית מפגע.

בענייננו, אין עוררין על מומחיותם הניכרת והמבורכת של אנשי כוחות הביטחון של מדינת ישראל בלוחמה בטרור. אך היותו של לוחם צה”ל, או איש שב”כ, בעל ידע מופלג בלוחמה בטרור, ובעל יכולת לזהות את מסוכנותו של מפגע ולפעול לאיונה – אינה הופכת אותו בהכרח למומחה היכול לזהות פוטנציאל “הרתעה קולקטיבי” של אוכלוסייה אזרחית באמצעות כלי כהריסת בתים. לכל הפחות, לא הוצגו בפנינו ראיות המבססות את מומחיותו של מחבר חוות הדעת הביטחונית שהונחה לפנינו לעניין זה, ואין בידינו כל כלי המאפשר לבדוק את רמת מהימנותה, את הנתונים העומדים בבסיסה, את המתודולוגיה המצדיקה אותה וכן הלאה.

קיומה של מומחיות אינו עניין של מה בכך. לא כל מומחה ללוחמה בטרור הוא מומחה לעניין הרתעת אוכלוסייה אזרחית. קיומה של מומחיות טעון הוכחה ודורש ביסוס. מומחה רשאי להעיד אך ורק בנוגע לתחום מומחיותו, ורק לאחר שמומחיותו בתחום זה הוכחה כדבעי. דומני, כי הגיעה השעה לשוב ולעיין מחדש בשאלת תוקפן המקצועי, מהימנותן ומשקלן של חוות הדעת הביטחוניות המוגשות לפתחנו בתיקים כבתיק זה.

בענייננו, על מנת להצדיק את הריסת בית מגוריהם של אישה וקטינים אשר אין כל ספק שלא ידעו על הפיגוע, לא הזדהו עמו כהוא זה, ולא יכלו למנוע אותו – יש צורך בראיה מובהקת – אמפירית או אחרת – כי המעשה יתרום תרומה ביטחונית משמעותית. בפנינו לא הוצגה כל ראיה כזאת. משכך, לא נראה כי יש מקום לייחס משקל רב – אם בכלל – לחוות הדעת הביטחונית. בנסיבות אלה, לא ניתן לומר כי החלטת הריסת דירת המגורים, המתבססת על חוות הדעת הביטחונית, התקבלה באופן מידוע, ומשכך היא לוקה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות.

11. לסיכום, בשונה מעניין אבו בכר, שבו הצטרפתי לעמדתו של השופט מ' מזוז לאפשר את אטימתו של חדר בבית המפגע, לאור נסיבותיו הייחודיות של המקרה שם, ולאור קיומה של "זיקה ברורה בין המעשה של המפגע לבין הבית כלפיו מכוונת הסנקציה לפי תקנה 119, שכן הפיגוע בוצע מגג הבית" – בענייננו לא מתקיימת זיקה כאמור.

הפיגוע נעשה הרחק מביתו של המפגע, ולא בזיקה אליו; בני משפחתו, לרבות אלה המתגוררים בבית, לא ידעו על הכוונה לבצע פיגוע, ולא יכלו למנוע אותו; ולא הוצגה כל ראיה של ממש אשר יכולה ללמד כי ההריסה תשרת תכלית ביטחונית או תרתיע מפגע פוטנציאלי מלבצע פיגוע עתידי.

בנסיבות אלה, משהסנקציה אותה מבקש המפקד הצבאי להפעיל כנגד חפים מפשע נעדרת סבירות ומידתיות, אני סבור כי יש להורות על הוצאתו של צו על תנאי, שיאסור על ביצוע צו ההריסה שהוצא נגד דירת המגורים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, אני מסכים לתוצאה האופרטיבית אליה הגיע חברי השופט א' שטיין, ולפיה דין העתירה להידחות, ואוסיף מספר הערות קצרות משל עצמי.

1. אשר לסוגיות העקרוניות שהועלו על ידי העותרים, אחזור על דברים שאמרתי בעבר, כי "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)).

2. הסוגיה של הריסת בית מחבלים היא סוגיה רגישה ומורכבת, וניתן להצביע על שיקולים שונים, במישור המוסרי-משפטי-תועלתני, המושכים לכיוונים מנוגדים. לנוכח מידת הזהירות והריסון המתבקשים בהפעלתה של הסמכות, שומה על המשיבים לבחון מעת לעת את מדיניותם, על מנת שהריסת ביתו של מפגע לא תהפוך לצעד כמעט "אוטומטי" או לצעד "שגרתי", כדברי חברי השופט ג' קרא.

3. אשר להיבט ההרתעת, כפי שעולה מהחומר החסוי שהוגש לעיוננו. חזרתי ועיינתי בחומר, והגם שאיני נחרץ כמו חברי, השופט א' שטיין, אני מסכים עמו כי לפנינו ראייה מינהלית של ממש, וכפי שהתרשמתי, גורמי הביטחון חוזרים ומעדכנים ומתקפים באופן רצוף את חוות הדעת. אין לי אלא לחזור על מסקנתי בבג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (3.2.2021) (להלן: עניין רבהא):

"אוסף, במידה של זהירות, כי לפי החומר שהוגש לעיוננו מטעם המשיבים, יש לטעמי תימוכין לגישתם באשר לקיומה של הרתעה אפקטיבית המושגת בזכות השימוש בתקנה 119".

חברי, השופט ג' קרא, סבור כי חוות הדעת אינה עניין למומחיות של גורמי הביטחון. דעתי שונה. לטעמי, יש משקל של "מומחיות" לגורמי הביטחון, כאנשי המקצוע הפועלים בשטח, המכירים את הלכי הרוח, ויכולים להצביע ולהדגים את האפקטיביות ההרתעתית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

ובכלל, ההנחה כי מפגע פוטנציאלי עלול להירתע מלבצע את זממו כאשר הוא שם נגד עיניו את הנזק וההשלכות של מעשהו על בני משפחתו, היא הנחה הגיונית. מטבע הדברים, אנשים מבקשים את טובתם של בני משפחתם, כך שיש להניח כי גם שיקול המחיר בו תשא המשפחה, עומד נגד עיניו של המפגע הפוטנציאלי, גם אם לא כשיקול בלעדי. ולא רק זאת. גם ההנחה כי בני משפחתו של המפגע הפוטנציאלי יבקשו להניא את בן משפחתם מלבצע פיגוע, היא הנחה הגיונית. 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.

4. כמו במקרים רבים אחרים, העותרים ביקשו צו ארעי זמני / צו ביניים עד לדיון ולהכרעה בעתירה. השופט נ' סולברג כתב בהחלטתו מיום 6.1.2021 כי "אין צורך במתן

החלטה (ראו והשוו: פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (3.2.2021)). ואכן, מהפסקה הנ"ל ניתן ללמוד על הפרקטיקה הנוהגת, ולפיה הגשת העתירה מחייבת דחייה קצרה נוספת של מועד הביצוע, על מנת לאפשר דיון בעתירה מבלי שייווצר "מעשה עשוי".

מכל מקום, ככל שהדברים טעונים הבהרה נוספת, אין לי אלא לחזור ולרשום בפנינו את הצהרת המשיבים כי מקום בו מוגשת עתירה, ביצוע הצו יושהה עד להכרעה בה. כפי שציינתי בעניין רבהא, "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".

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין, אליו הצטרף השופט י' עמית, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא.

ניתן היום, י"ז בשבט התשפ"ב (19.1.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט