



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 564/22

לפני :
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ש' שוחט

העותרים :
1. תחריר ג'ראדאט
2. פלונית
3. פלוני
4. פלוני
5. פלוני
6. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיבים :
1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. יועמ"ש איו"ש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ח בשבט התשפ"ב (30.1.2022)

בשם העותרים : עו"ד מיכל פומרנץ ; עו"ד שירה פלטי

בשם המשיבים : עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו עתירה נגד צו החרמה והריסה שהוציא משיב 1 (להלן: המשיב) לדירת מגורים בקומה העליונה במבנה דו-קומתי המצוי בכפר סילת אל-חארתי'ה (להלן: הדירה ו-המבנה בהתאמה) בה התגורר מחמוד גאלב מחמוד ג'ראדאט (להלן: המחבל) אשר, על פי חומר הראיות המצוי בידי המשיבים, ביצע ביום 16.12.2021 פיגוע טרור בו נרצח יהודה דימנטמן ז"ל (להלן: המנוח) ונפצעו שני אזרחים ישראלים נוספים.

הרקע לעתירה

1. ביום 16.12.2021 בוצע פיגוע ירי לעבר כלי רכב ישראלי בו נסעו ארבעה ישראלים באזור חומש בשומרון. כתוצאה מהפיגוע נרצח המנוח ונפצעו עוד שני אזרחים ישראלים. בדיקות שערכו גורמי הביטחון זמן קצר לאחר הפיגוע הביאו לצבר ראיות למעורבותם של מספר חשודים בביצוע הרצח, ביניהם המחבל. ביום 19.12.2021, מספר ימים לאחר הפיגוע, נעצרו החשודים על ידי כוחות הביטחון. ביום 6.1.2022 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה). בהודעה פורטו הנימוקים להפעלת הסמכות וניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה עד ליום 11.1.2022. להודעה צירף המשיב חוות דעת הנדסית לביצוע ההריסה וכן תצלום אוויר עם סימון הקרקע והמבנה להריסה.

2. ביום 11.1.2022 הוגשה השגה מטעם העותרים במסגרתה העלו בין היתר טענות בדבר עצם השימוש בסמכות לפי תקנה 119; היעדר תכלית הרתעתית במקרה זה; התשתית העובדתית העומדת בבסיס ההחלטה; מידתיות ההחלטה; החשש לגרימת נזק למבנה ולמבנים סמוכים ועוד.

3. ביום 2.1.2022 נדחתה השגת העותרים בהחלטה מנומקת. טענותיהם העקרוניות של העותרים בנוגע לעשיית שימוש בתקנה 119, נדחו. הודגש כי מטרת ההריסה היא הרתעה בלבד. צוין כי הפעלת הסמכות נעשית על רקע מעורבותו המרכזית והישירה של המחבל בביצוע הפיגוע ובשים לב לכך שהדירה משמשת את המחבל ומשפחתו הגרעינית באופן בלעדי. בהינתן חוות הדעת ההנדסית, על פיה צפויה רמת נזק נמוכה ליתר חלקי המבנה, לא נמצא כי יש בטענות העותרים כדי להצדיק צמצום ההריסה. משנדחתה ההשגה, הוצא צו ההחרמה וההריסה.

מכאן לעתירה שלפנינו.

עיקרי טענות העותרים

4. עותרים 1-5 הם בני משפחתו של המחבל. עותרת 1 היא אשתו ועותרים 2-5 הם ילדיו של המחבל. עותרת 6 היא עמותה הפועלת לקידום זכויות אדם. העותרים העלו טענות שונות נגד החלטת המשיב להחרים ולהרוס את הדירה, וביניהן טענות עקרוניות הנוגעות לשימוש בתקנה 119 וטענות פרטניות בנוגע לשימוש שנעשה בתקנה במקרה זה. במישור העקרוני נטען כי מדיניות הריסת הבתים עומדת בסתירה לנורמות המחייבות את המשיבים לרבות הדין הבינלאומי ההומניטרי וכי השימוש בתקנה פוגע בזכויות אדם

מוגנות שונות, ביניהן הזכות לכבוד, הזכות לקיום בכבוד, הזכות לקניין והזכות לדיוור. עוד נטען כי הלכה למעשה משמשת הריסת בתים כאמצעי ענישה. העותרים ציינו כי הם מודעים לכך שטענות מסוג זה נדחו בעבר על ידי בית משפט זה, אולם לטענתם מן הראוי להידרש לשאלות העקרוניות בנוגע לסמכות המשיב. במישור העקרוני נטען עוד, כי טרם הובאו נתונים אמפיריים וראיות ברורות לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה ההרתעתית המוצהרת העומדת בבסיס עשיית השימוש בתקנה, ועד אשר יוצגו נתונים כאמור, אין מקום לאשר את ביצוע ההריסה המהווה ענישה נקמנית תוך פגיעה בחפים מפשע ללא עוול בכפם. מדובר בהחלטה שאינה מידתית בהיותה פוגעת בבני משפחת המחבל, ביניהם ילדיו הקטינים, אשר לא הייתה להם כל מודעות למעשיו או יכולת למנוע אותם. כמו כן לא נבחנה חלופה מידתית יותר, בדמות הריסת חדרו של המחבל לבדו.

5. נטען עוד כי במקרה זה לא מתקיימת התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס השימוש בתקנה, בין היתר בהתחשב בכך שההודעה על הכוונה להרוס את המבנה פורסמה בכלי התקשורת עוד טרם נמסרה הודעה על כך למשפחת המחבל, באופן המעיד שמדובר בתגובה עונשית שנועדה "לרצות את יצר הנקם הציבורי" ותו לא. בנוסף נטען כי ההליך המשפטי הפלילי המתנהל נגד המחבל הוא בראשית דרכו כאשר טרם התגבשה תשתית עובדתית מספקת לצורך עשיית שימוש בתקנה. זאת גם בהינתן העובדה שקיים צו איסור פרסום על הפרשה כולה, שבעטיו אין לעותרים כל מידע בדבר החשדות המיוחסים למחבל, ועל פי הפרסומים החלקיים בכלי התקשורת לא היתה למחבל מעורבות ישירה בביצוע הפיגוע. במישור ההנדסי, נטען כי קיים חשש ממשי כי ביצוע ההריסה יגרום נזק לקומה הראשונה במבנה ולמבנים סמוכים. גם על פי חוות הדעת ההנדסית מטעם המשיב עולה כי ישנה אפשרות לפגיעה בקומת הקרקע בבניין ולא נשללה האפשרות לגרימת נזקים קונסטרוקטיביים. זאת ועוד, חוות דעת הנדסית שצרפו העותרים מטעם מצביעה על סכנה ממשית לפגיעה בקומה הראשונה בבניין וכן בתשתיות המבנה ובמבנים סמוכים. חרף האמור, המשיב לא סיפק הסברים בדבר האמצעים שבכוונתו לנקוט בכדי למנוע נזקים אלה.

עיקרי טענות המשיבים

6. המשיבים מנגד סוברים כי דין העתירה להידחות. הטענות העקרוניות שמעלים העותרים אינן חדשות והן נדונו ונדחו בפסקי דין רבים שניתנו על ידי בית משפט זה, גם בעת האחרונה. בנוסף נטען כי האפקטיביות ההרתעתית של השימוש בסמכות לפי תקנה 119 הוכרה בעבר על ידי בית משפט זה והיא שרירה ועומדת גם במקרה הנדון. הודגש כי אין מדובר בשאלה אמפירית-כמותנית אלא בהערכה הנמדדת במגוון אמצעים.

7. באשר להפעלת הסמכות במקרה דנן, הובהר כי זו עומדת בתנאי המידתיות, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקת בית משפט זה, בפרט בשים לב להחמרה בפעילות הטרור בשנים האחרונות ולחומרת הפיגוע הרצחני במקרה זה. באשר לטענה כי לא היה מקום להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 במקרה זה נוכח הפגיעה בבני המשפחה שלא היו מודעים לפיגוע או מעורבים בו, צוין כי לא אחת נקבע כי היעדר ראייה בדבר מודעות או מעורבות מצד בני משפחת המחבל אינה מונעת כשלעצמה את הפעלת הסמכות מכוח התקנה. כמו כן, במקרה זה היעדר קיומן של אינדיקציות למודעותם של בני משפחת המחבל נשקל על ידי המשיב עובר להחלטתו, כאשר לצד האמור נשקלו נתונים נוספים ומכלול נסיבות העניין. הודגש כי למחבל זיקת מגורים מובהקת לדירה, בה התגורר יחד עם משפחתו הגרעינית, כאשר מאפייני הפיגוע ותוצאותיו הקשות מחייבים הרתעה ממשית ואפקטיבית שלא תושג בדרך פוגענית פחות. עוד הודגש כי ההריסה צפויה להתבצע בדירת המגורים שבה התגורר המחבל עם בני משפחתו הגרעינית בלבד, ולא ביתר חלקי המבנה השייכים, על פי טענת העותרים עצמם, למחבל ולאחיו.

8. באשר לטענת העותרים בדבר היעדר תשתית עובדתית מספקת, הובהר כי לאחר בחינת התשתית העובדתית הקיימת בידי רשויות הביטחון, הכוללת בין היתר את גרסאות המחבל, עדויות מעורבים נוספים וכן ראיות נוספות, נמצא כי ישנה תשתית ראייתית-מנהלית מספקת המבססת את הקביעה כי המחבל היה שותף מרכזי וישיר בביצוע הפיגוע. כפי שנקבע זה מכבר בפסיקת בית משפט זה, לאור התכלית ההרתעתית על המשיב לממש את סמכותו סמוך ככל הניתן למועד הפיגוע ולא להמתין למיצוי ההליך הפלילי.

9. לעמדת המשיב יש גם לדחות מכל וכל את הטענה כי העובדה שהודעה על הריסת הדירה פורסמה בתקשורת בטרם נודע לעותרים עליה, מעידה על כך שמדובר בתגובה "עונשית". הובהר כי צו ההריסה הוצא על רקע הנסיבות הביטחוניות ונוכח המסקנה כי מדובר בצעד חיוני הנדרש על מנת להרתיע מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים דומים נוספים.

10. באשר לאופן ביצוע ההריסה, הובהר כי הטענות שעלו במסגרת חוות הדעת ההנדסית שצירפו העותרים לעתירתם נבחנו על ידי הגורמים ההנדסיים המקצועיים ולא נמצא כי אופן ביצוע ההריסה צפוי להביא לנזק המתואר בחוות הדעת מטעם העותרים. כפי שפורט בחוות הדעת ההנדסית מטעם המשיב, קיימת הערכה כי ישנה היתכנות לנזק לרכיבי בניה קונסטרוקטיביים לקומת הקרקע במבנה, אך ננקטות מירב הפעולות הנדרשות כך שהחבלה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים מאוד באופן המביא "לרמה וסבירות נמוכים" לגרימת נזק. בנוסף נמצא כי ההסתברות לנזק לרכיבי הבניה שאינם

קונסטרוקטיביים למבנה עצמו היא "ברמה וסבירות נמוכים". באשר למבנים סמוכים, לא צפוי נזק לרכיבי בניה קונסטרוקטיביים וההסתברות לנזק לרכיבי בנייה שאינם קונסטרוקטיביים קיימת אך בסבירות נמוכה. עוד הובהר כי על פי חוות הדעת, תשתיות סמוכות עלולות להיפגע ועל כן ייעשה מאמץ לפירוקן טרם הפעילות באופן שיימנע את הפגיעה בהן וכן ייעשה מאמץ לפירוק זיגוג סמוך המהווה את הרכיב הרגיש ביותר לפגיעה.

הדיון בעתירה

11. בדיון שהתקיים לפנינו חזרו באי-כוח הצדדים על טענותיהם, כאשר באת-כוח העותרים ייחסה חשיבות רבה לכך שההודעה בדבר ההריסה פורסמה בכלי התקשורת ביום 6.1.2022 בשעה 07:58, לפני שנמסרה ההודעה לבני המשפחה (בשעה 09:06). נטען כי בכך קיימת הוכחה ניצחת כי לא הרתעה עומדת בבסיס הפעלת השימוש בתקנה אלא הצורך לרצות את דעת הקהל. עוד נטען כי מדובר במקרה חריג אשר אינו מצדיק את הפעלת הסמכות על פי התקנה, בהינתן ספקות כבדים באשר למידת האחריות של המחבל בביצוע הפיגוע והעובדה שכתוצאה מההריסה יותרו בני משפחה, לרבות ארבעת ילדיו הקטינים של המחבל, ללא קורת גג. כן ניתן הדגש על הטענה כי לא כל שופטי בית משפט זה תמימי דעים באשר לשימוש בתקנה והגיע השעה שהעניין יידון בהרכב מורחב.

12. מנגד הדגישה באת-כוח המשיבים כי החקירה עודנה חסויה, אך קיימות ראיות מנהליות ברורות ומשכנעות לגבי מעורבותו הישירה והמרכזית של המחבל בפיגוע באופן המבסס את השימוש בתקנה. לעניין פרסום ההודעה בדבר הריסת המבנה בכלי התקשורת, במהלך הדיון הובהר כי אכן נפלה טעות כאשר פורסמה הודעה באמצעות דובר צה"ל (בשעה 08:51) מספר דקות לפני שנמסרה הודעה למשפחה, אך ההודעה נמחקה ופורסמה שוב מאוחר יותר (בשעה 09:17). כך או כך, אין לעניין זה כל משמעות לגבי ההצדקה למתן הצו.

13. במהלך הדיון הוגש בהסכמת העותרים חומר חסוי המאשש לטענת המשיבים את התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס עשיית השימוש בתקנה, וכן חומר החקירה אשר מבסס את התשתית העובדתית לעניין מעורבותו של המחבל בפיגוע.

14. לאחר עיון בעתירה, בתגובת המשיבים ובחומר החסוי שהוגש, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות וכך אציע לחבריי שנעשה.

15. בפתח הדברים אציין כי בעתירה לא הועלתה כל טענה עקרונית חדשה בעניין יישום הסמכות הקבועה בתקנה 119 שטרם נדונה בעבר. הטענות שהועלו בעתירה נדונו לעומקן בבית משפט זה בהזדמנויות רבות ונדחו אחת לאחת, בשורה ארוכה עד מאוד של פסקי דין (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 (10.1.2019) (להלן: עניין ג'ברין); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)), ובקשות לדיון נוסף בעתירות אלו נדחו בהזדמנויות שונות (וראו למשל: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברג נ' שר הבטחון (12.11.2015); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.3.2016); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (17.1.2019); דנג"ץ 4605/21 שלבי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (30.6.2021) (להלן: דנג"ץ שלבי)). בית משפט זה אף חזר והדגיש כי אין להידרש לסוגיות אלה בכל עתירה פרטנית שעניינה שימוש קונקרטי שעושה המשיב בסמכותו לצורך הריסת בית ספציפי (בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 8 (12.11.2019) (להלן: עניין אלעזאפרה); בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2.12.2018); בג"ץ 751/20 חנאתשה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (20.2.2020) (להלן: עניין חנאתשה); בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (30.3.2020); דנג"ץ שלבי, פסקה 4). משכך, אין צורך לסקור מחדש את שורת ההלכות שהתגבשה בפסיקה בנושא, וניתן למקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שלפנינו (ענין ג'ברין, פסקה 7; בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 לפסק דינו של השופט י' עמית (11.4.2019); בג"ץ 3872/21 שלבי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (23.6.2021)).

16. אוסיף רק כי הנחת היסוד היא כי לשם הצלת חיי אדם, במצבים מסוימים לא יהיה מנוס מלעשות שימוש בסמכות שלפי תקנה 119 לתכלית הרתעתית אשר הוכרה כראויה (ראו למשל: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 19 (1.7.2014) (להלן: ענין עואודה); עניין דויקאת, פסקה 23). אכן, על המשיב

להפעיל את שיקול דעתו בכל הנוגע לשימוש בסמכות האמורה בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות ולהביא בחשבון את מכלול נסיבות המקרה הקונקרטי (בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 15 (25.5.2020) (להלן: עניין עטאונה); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016)). בעת הפעלת הסמכות על המשיב להביא בחשבון, בין יתר השיקולים הצריכים לעניין, את עוצמת ההרתעה שניתן יהיה להפיק מן ההריסה; את חומרת המעשים המיוחסים למחבל; את עוצמת הראיות נגדו; ואת מספר האנשים אשר עתידים להיפגע מהפעלת הסמכות ומאפייניהם (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (4.3.2019) (להלן: עניין דחאדחה); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 12 (11.4.2019)).

נעבור אפוא לבחינת הפעלת הסמכות על ידי המשיב במישור הפרטני, בראי טענות הצדדים.

מהכלל אל הפרט

17. חיצים רבים הפנו העותרים בעתירתם נגד עמדת המשיבים כי הריסת המבנה נדרשה לצורך יצירת הרתעה אפקטיבית. לדידם, לא רק שאין ממש בטענה בדבר כוחו ההרתעתי של השימוש בתקנה, שכן לא הוצגו לשם כך נתונים אמפיריים מדויקים, אלא שבמקרה זה אף "יצא המרצע מן השק" במובן זה שהתגלה לעיני כל כי התכלית האמיתית מאחורי הוצאת צו ההחרמה וההריסה היא עונשית ולא הרתעתית. אין בידי לקבל טענה זו.

ראשית, השאלה אם יש בכוחה של התקנה להביא להרתעה היא סוגיה מקצועית. כפי שפירטו המשיבים, הגורמים המקצועיים עליהם הם נסמכים, שעמדתם גם הובאה לידיעתנו כחלק מהחומר החסוי שהוגש, סבורים כי להריסת בתי מחבלים קיימת השפעה הרתעתית על מחבלים פוטנציאליים. כבר נפסק בעבר כי לבית המשפט אין את הכלים המתאימים לבחון האם הריסת מבנה מגורים של מחבל יביא להרתעה אפקטיבית, והוא אינו בא בנעלי המשיב אשר לו שיקול הדעת לקבוע אימתי תצמח תועלת ראויה מהאמצעי שיופעל (עניין עואודה, פסקה 20; עניין קואסמה, פסקה 25). הנחת היסוד היא כי התשתית העובדתית המוצגת על ידי המשיבים, גם לעניין הפוטנציאל ההרתעתי, הנתמכת בתצהירים של גורמים רלוונטיים, היא מדויקת ומהימנה (עניין דויקאט, פסקה 24). מקובלת עליי גם עמדת המשיבים כי לא ניתן לאמוד בהכרח את מידת ההשפעה שיש

להריסת ביתו של מחבל במקרה מסוים על מחבלים עתידיים באמצעות נתונים מספריים שכן מדובר במסקנה המושפעת משקלול מכלול נתונים (ראו גם: בג"ץ 144/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 12 (19.1.2022)). בנוסף, לא ניתן לקבל את הטענה כי עצם העובדה שפורסמה הודעה בדבר הריסת המבנה במקרה זה טרם נמסרה הודעה לעותרים על כך – זאת למשך מספר דקות, ועל פי עמדת המשיבים, בשגגה – מצביעה על כך שמדובר באמצעי "ענישה" אשר נועד "לרצות את דעת הקהל". בעניין זה גם לא ירדתי לסוף דעת העותרים כיצד יש בדבר כדי להצביע על "מניעים" נסתרים או "להוכיח" את הטענה בדבר התכלית "העונשית" באופן שיש בו כדי לאיין מכל וכל את עמדת הגורמים המקצועיים האמורה.

18. טענה מרכזית נוספת של העותרים היא כאמור כי לא היה מקום להפעיל את הסמכות לפי התקנה במקרה זה בהיעדר תשתית עובדתית מספקת נוכח השלב בו מצוי ההליך הפלילי המתנהל בעניינו של המחבל ובהינתן כי לעותרים לא נמסר מידע על אודות הראיות הקיימות בעניין מעורבותו של המחבל הפיגוע. ברם, הלכה מושרשת היא כי הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה אינה מותנית בהרשעת המחבל בהליך הפלילי, כאשר המשיב רשאי להסתמך על ראיות העומדות במבחן הראיה המנהלית (עניין קואסמה, פסקה 27; עניין דויקאט, פסקה 56; בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ו (7.7.2016) (להלן: עניין אבו זיד); עניין דחאדחה, פסקה 9). הגם כי לצורך הפעלת הסמכות נדרשות ראיות מינהליות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות (בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה לד (4.7.2017)). בעניינו, לאחר עיון בתשתית הראייתית הקיימת נגד המחבל אשר הוגשה לעיונו, אשר מטבע הדברים לא ניתן לפרט לגביה שעה שהחקירה טרם הסתיימה, ניתן לקבוע באופן ברור וחד-משמעי, כי יש בחומרים כדי לבסס (בוודאי ברמה המנהלית הנדרשת) מעורבות ישירה, עיקרית וברורה של המחבל בפיגוע. לא למותר לציין, באשר לטענת העותרים בדבר העובדה שלא נמסרו חומרי חקירה לידיהם, כי אף אילו היה מוגש כתב אישום נגד המחבל, לא היה בכך כדי להקנות לעותרים זכות לקבל לידיהם את חומרי החקירה באכסניה דיונית זו (בשונה מזכותו של נאשם לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; וראו: בג"ץ 480/21 רבא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 10 (3.2.2021) (להלן: עניין רבא)).

19. ולעניין זיקת המגורים בין המחבל לדירה. העותרים אינם חלוקים על קיומה של זיקה כאמור, וטענתם בהקשר זה מתמקדת בפגיעה הצפויה להיגרם לבני המשפחה המתגוררים בצוותא עם המחבל. גם בעניין זה, לא מצאתי ממש בטענת העותרים כי מקרה זה מגלה נסיבות ייחודיות המצדיקות התערבות בשיקול דעתו של המשיב. באופן תדיר,

שעה שעסקינן בבתי מגורים, הריסת ביתו של מחבל עלולה להביא לתוצאה קשה ולא פשוטה עבור בני משפחתו, אשר מטבע הדברים, לא פעם נמנים עליהם גם קטינים. כפי שהתבטא בעניין זה בעבר הנשיא א' ברק:

”מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא כי אכן אמצעי זה הוא יעיל, אך, במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני 'פצצות חיות', אין לזלזל גם באמצעי זה” (בג”ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ”ד נא(2) 651, 653-654 (1997)).

דברים אלו על כל היבטיהם נכונים גם כיום ולא נס ליחס.

20. אין אפוא בעצם הפגיעה בבני משפחת המחבל כדי להפוך את הריסת המבנה לבלתי חוקית או בלתי מידתית. הצורך בהרתעה עומד בעינו גם כאשר מדובר בבית מגורים אשר מתגוררים בו קטינים, ואין די בכך כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור בידו (ראו למשל: עניין אבו זיד, פסקה ז; ענין דויקאט, פסקה 43). במקרים המתאימים, בשקלול הנסיבות, וכך גם בענייננו, העדפת שיקולי הרתעה על פני הפגיעה בזכויות דיירי הבית, נכונה גם כאשר מדובר בקטינים (בג”ץ 8786/17 אבו אלדוב נ' מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקה 33 (26.11.2017); עניין עטאונה, פסקה 16).

21. כאמור, דגש רב ניתן בטיעוני העותרים לעובדה שבני המשפחה אינם מעורבים בפגיעה ולא היו מודעים למעשי המחבל. אלא שגם בכך אין כדי להכריע את הכף (ראו למשל: עניין חנאטשה, פסקה 21; דנג”ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו סוהילה, פסקה 7 (8.10.2020); בג”ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 (23.2.2017)). המשיבים הדגישו כי הפגיעה הצפויה בבני המשפחה, אשר לא נטען למודעותם באשר למעורבות המחבל באירוע, נשקלה ונלקחה בחשבון בהתייחס למכלול הנתונים. במסגרת זו ניתן בין היתר משקל לכך שמדובר בפגיעה מתוכנן ואכזרי; במעורבותו הישירה של המחבל בפגיעה, אשר בוצע ממניעים אידיאולוגיים; לזיקת המגורים הישירה בינו לבין הדירה (אשר כאמור לעיל למעשה אין חולק לגביה). כמו כן, לא שוכנעתי שיש מקום לצמצם את צו ההחרמה וההריסה לחדרו של המחבל בלבד, בהינתן העובדה שהוא מקיים זיקת מגורים ברורה ביחס לדירה כולה (ראו גם: עניין

חנאיתשה, פסקה 24). אכן, התכלית ההרתעתית העומדת ביסוד התקנה עלולה לכווץ עמה מיניה וביה פגיעה – רכושית – גם בחפים מפשע (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). אלא שבהינתן מכלול הנתונים אשר עמד לפני המשיב עת התקבלה החלטתו על הפעלת הסמכות, לא ניתן לומר כי מדובר בתוצאה המגלה פגם המחייב התערבות שיפוטית. על כך יש להוסיף כי המשיב שקל את מידתיות הפגיעה ובעקבות כך הגביל את תחולת הצו לקומה השנייה של המבנה, ולא החילו לגבי יתר חלקי המבנה השייכים, וזאת על פי טענת העותרים עצמם, למחבל ולאחיו. בנסיבות האמורות, אין אפוא בהכרעת המשיב כדי להצדיק התערבות בשיקול דעתו.

22. ולבסוף, לגבי טענות העותרים במישור ההנדסי. ההחלטה על ביצוע ההריסה התקבלה בהתבסס על חוות דעת הנדסית פרטנית. באשר לקומה הראשונה במבנה, צוין בחוות הדעת כי מעצם הפעילות קיימת היתכנות לנזק, אך ננקטות מירב הפעולות הקפדניות בשלב התכנון ההנדסי והביצוע כך שהחבלה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים מאוד שמביאים ל"רמה וסבירות נמוכים לנזק". עוד הודגש כי על פי ניסיון העבר, הוכח כי ביצוע ההריסה באופן דומה נעשה "ללא נזק קונסט' החורג מג"ג להריסה". כמו כן, מחוות הדעת עולה כי לא צפוי להיגרם נזק למבנים סמוכים, כאשר לכל היותר קיימת סבירות נמוכה לרמת נזק נמוכה. בנוסף, באשר לנזק הצפוי להיגרם לתשתיות סמוכות, צוין כי ייעשה מאמץ לפירוק התשתיות שעלולות להיפגע ובכך למנוע את הנזק שעלול להיגרם. בנוסף, חוות הדעת ההנדסית שצורפה על ידי העותרים לעתירתם הועברה לבחינת הגורמים המקצועיים מטעם המשיב, ונמצא כי לא צפוי להיגרם הנזק המתואר בחוות דעת זו. העותרים לא הצביעו אפוא על עילה להתערבות גם מהיבט הזה, זאת גם בהינתן העובדה שאופן ביצוע ההריסה הוא מסוג הנושאים המקצועיים שבהם מסור למשיב שיקול דעת רחב במיוחד, וחזקה עליו כי יפעל בזהירות הנדרשת (עניין קואסמה, פסקה 31; עניין רבהא, פסקה 13).

סופו של יום, המשיב סבור כי הריסת הדירה נחוצה לצורך הרתעת מחבלים פוטנציאליים מלבצע פיגועים דומים בעתיד. ההחלטה התקבלה תוך בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ואין היא מגלה עילה להתערבות בית משפט זה. אם דעתו תשמע העתירה תידחה והצו הארעי שניתן ביום 23.1.2022 יפקע ביום 10.2.2022 בשעה 12:00.

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט ד' מין. אין בידי להצטרף לעמדתו.
2. ראשית כל, כפי שציינתי זה מכבר, הפעלת סמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), מעוררת קשיים מהותיים, הן בתחומי המשפט הישראלי הפנימי והן בתחום המשפט הבינלאומי. קשיים אלה טרם לובנו ונדונו לעומקם של דברים בפסיקתו של בית משפט זה. כפי שציין חברי, השופט מ' מזוז:

"בית המשפט דחה לאחרונה ניסיונות להביא לדיון מחודש ומקיף בסוגיות אלה [...] ההנמקה העיקרית שניתנה לכך הייתה שנושאים אלה כבר נדונו והוכרעו בפסיקה קודמת. אלא שבחינה זהירה מצביעה על כך שהדיון בסוגיות אלה בפסיקה קודמת לא היה ממצה, ויתרה מכך, מדובר בעיקר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, בטרם העידן החוקתי במשפט הישראלי, וכאשר בתקופה שחלפה חלו גם תמורות מפליגות בנורמות המשפט הבינלאומי" (בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) (להלן: עניין עליוה), פסקה 4 לפסק דינו של השופט מ' מזוז).

יש מקום לשוב ולעיין בשאלות אלה, בהרכב מורחב של שופטים.

דברים ברוח זו הובעו על ידי, בין היתר, 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); בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (10.8.2020); ואף לפני זמן קצר בבג"ץ 144/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף (19.1.2022) (להלן: עניין אבו שחידם).

3. ואולם, גם בהיעדר שינוי בהלכה הנוגעת לסוגיית עצם הסמכות להפעלת התקנה במקרים כבמקרה שלפנינו, במקרה זה, אופן הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי, סבירותה ומידתיותה אינם חסינים מביקורת שיפוטית. זאת שכן, כידוע:

”היקפה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, לפי לשונה, הוא רחב ביותר. [...] 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)).

4. החומר הסודי שהוצג בפנינו, אכן מבסס באופן משמעותי ביותר את הטענה כי החשוד, שאת בית משפחתו מבקש המפקד הצבאי להרוס, הוא המחבל אשר רצח את יהודה דימנטמן ז”ל ופצע שני אזרחים ישראלים נוספים ביום 15.12.2021. זאת, אף שבשלב זה, החקירה טרם נסתיימה באופן רשמי וטרם הוגש כנגד המחבל כתב אישום.

5. כידוע, בטרם ביצוע הריסת בית מחבל לפי תקנה 119, על המפקד הצבאי לשקול שורת שיקולים, באופן פרטני בכל מקרה ומקרה. בין השיקולים שיש לשקול, חומרת המעשים המיוחסים למחבל; הפגיעה שתסב ההריסה לדיירי המבנה; מידת מעורבותם של הדיירים במעשי המפגע; וקיומם של אמצעים אשר פגיעתם במבנה המיועד להריסה ובמבנים השכנים פחותה (ראו, למשל: עניין נאג’י, פסקה 27 לפסק דינה של השופטת י’ וילנר).

6. העותרים, אשתו וארבעת ילדיו הקטינים של המחבל, מתגוררים בכפר הפלסטיני סילת אל-חראת’יה. הדירה אותה מבקש המפקד הצבאי להרוס (להלן: הדירה) מצויה בקומה השנייה של בניין בן שתי קומות, בו מתגוררים גם בני משפחה נוספים של המחבל. העותרים לא ידעו, ואין טענה שידעו, כי המחבל עתיד לבצע את הפיגוע. לא הוצגה כל ראיה לכך שיכלו לדעת כי בכוונת המחבל לבצע את הפיגוע, כי יכלו למנוע אותו, או כי הפיגוע בוצע בזיקה כלשהי לדירה. אין אף טענה כי סייעו למחבל בדיעבד, לאחר האירוע.

בליל 20.12.2021, לאחר מעצרו של המחבל, ערך צה”ל מדידות בדירה. ביום 6.1.2022, הודיע המפקד הצבאי על הכוונה להרוס את הדירה. לא למותר לציין, כי

ההודעה נמסרה ראשית לתקשורת בהודעה לעיתונות, ורק מאוחר יותר באותו הבוקר לעותרים, המתגוררים בדירה.

7. בנסיבות אלה, כאשר לא הייתה לבני משפחתו של המחבל ידיעה על כוונתו לבצע את הפיגוע, או הזדהות בדיעבד, ומשהפיגוע בוצע ללא זיקה לדירה – הפעלת הסנקציה היא ענישה קולקטיבית בלתי סבירה ובלתי מידתית, שאין לה בסיס משפטי. כפי שצינתי בעניין אבו שחידם:

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'נימת 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.'"

8. בענייננו, לא הוצגה כאמור כל ראיה המצביעה על מעורבותם של משפחת המחבל – בהם ארבעה ילדים בני 4-10 – בביצוע הפיגוע, או על ידיעה כלשהי שלהם לגבי אפשרות התרחשותו. תגובת המשיבים ממוקדת כולה, הלכה למעשה, בחומרת המעשים המיוחסים למחבל.

מאליו מובן, כי אין כל חולק שלמחבל מיוחסים מעשים נפשעים, שלא ניתן להפריז בחומרתם. המחבל אותר ונעצר לאחר ביצוע רצח – והוא עתיד לעמוד לדין. בכפוף להרשעתו, ככל שיוכח מעל לכל ספק סביר כי ביצע את המעשים המיוחסים לו,

הוא ייענש על מעשיו. ואולם, הצורך להעניש את המחבל, אינו מצדיק לזנוח את ההבחנה בין מקרים בהם בני משפחתו היו שותפים או אחראים בצורה זו או אחרת למעשיו, ובין מקרים – כמקרה שלפנינו – בהם בני המשפחה לא היו מודעים כלל לכוונותיו (ראו: עניין עליוה, פסקה 13 לפסק דינו של השופט מ' מזוז).

למעשה, עצם ההחלטה להורות על הריסת ביתו של מחבל, עוד בטרם נסתיימה באופן רשמי החקירה בעניינו, מעלה כשלעצמה שאלות משפטיות לא קלות. הקביעה כי ניתן להורות על הריסת ביתו של מחבל, עוד בטרם בשלה העת להגיש כנגדו כתב אישום בגין ביצוע אותו פיגוע המצדיק לכאורה את הריסת ביתו, אינה מובנת מאליה.

9. זאת ועוד. המשיבים טוענים כי הריסת הדירה עתידה ליצור הרתעה אשר תמנע מעשי טרור עתידיים. לעניין טענה זו, אין לי אלא לחזור על עמדתי, ולפיה איני סבור שבמקרה זה – כמו במקרים רבים נוספים בעבר – ההנחה כי הריסת הדירה תוביל להרתעה בוססה כדבעי.

חברי, השופט ד' מין, סבור כי יש ממש בעמדת המשיבים, לפיה לא ניתן לאמוד בהכרח את מידת ההשפעה שיש להריסת בית מחבל על מחבלים עתידיים באמצעות נתונים מספריים, שכן מדובר "במסקנה המושפעת משקלול מכלול נתונים". ואולם, לאחר שעיינתי בחוות הדעת בענייננו, איני סבור כי המסקנה אליה הגיע המפקד הצבאי, לפיה הריסת הבית מוצדקת לאור תכלית הרתעת המחבלים העתידיים, מבוססת על "מכלול נתונים" מספק.

כפי שציינתי אך לאחרונה:

"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 ביטוס. 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. (עניין אבו שחידם, פסקה 10 לפסק דיני. ההדגשות הוספו).

מעמדתי זו, לא שיניתי גם במקרה שלפנינו. על מנת להצדיק את הריסת ביתם של חפים מפשע מטעמי "הרתעה", יש להוכיח כי הריסת הבית אכן תוביל להרתעה. שימוש בסנקציה כה פוגענית כלפי מי שאיש אינו טוען כי לקח חלק כלשהו בביצוע הפיגוע, אינה יכולה להיות מבוססת טוטאלית על "מכלול" של הערכות עמומות. היא צריכה להיות מבוססת בנתונים מוצקים וברורים, אשר נאספו במתודולוגיה ברורה ותקפה. בענייננו לא הוצגו נתונים כאלה. משכך, אין לייחס משקל ממשי לחוות הדעת הביטחונית, ולא ניתן לומר כי הריסת הדירה – המבוססת הלכה למעשה רק על חוות הדעת הביטחונית – התקבלה באופן מיועד.

על כן, ההחלטה להרוס את הדירה התקבלה באופן בלתי מיועד, ומשכך לוקה לדידי בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר על פי חוות הדעת תיחזוק התודעה – לפיה ביצוע פיגועים יגרור מחיר כלכלי אישי ומשפחתי – מחייב שימוש עקבי באמצעי זה.

10. בשולי הדברים, יש מקום לתת את הדעת גם על העובדה שבאופן בלתי תקין, בשל "שגגה" שנפלה בהתנהלות הצבא, נודע דבר כוונת הריסת הדירה למשפחת המחבל באמצעות התקשורת, בטרם קיבלו על כך הודעה רשמית. בדיון בפנינו, לאור שאלות בית המשפט, הודתה באת כוח המשיבים כי דובר צה"ל הפיץ לתקשורת הודעה על כוונה להרוס את הדירה בשעה 8:51, בטרם נמסרה ההודעה למשפחת המחבל. על פי טענת המשיבים, ההודעה "נמחקה" בסמוך לכך, ופורסמה מחדש רק בשעה 9:17, לכאורה לאחר שנשלחה הודעה בעניין למשפחה. בפועל, מן העתירה עולה כי המשפחה שמעה על ההחלטה להוציא את צו ההריסה מהתקשורת.

העותרים סבורים כי העובדה שההודעה על ההריסה פורסמה בתקשורת בטרם נמסרה לעותרים, מלמדת כי תכליתה ענישה, ולא הרתעה. כשלעצמי, אכן איני משוכנע כי הדבר נטול חשיבות ראייתית, באשר לתכלית ההריסה.

11. סוף דבר, בנסיבות המקרה, משהפעלת התקנה נעדרת סבירות ומידתיות, אני סבור כי יש להורות על בטלות צו ההריסה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין, אליו הצטרף השופט ש' שוחט, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא.

ניתן היום, ג' באדר א' התשפ"ב (4.2.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט