



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5376/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט (בדימי) צ' זילברטל

העותרים: 1. חוסין אבו חדיר
2. סוהא אבו חדיר

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון
2. יוסף בן חיים דוד
3. פלוני
4. פלוני
5. פלוני
6. פלוני
7. פלוני
8. פלוני

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ' בחשון התשע"ז (21.11.16)
בשם העותרים: עו"ד מוהנד ג' בארה
בשם המשיב 1: עו"ד אבינועם סגל-אלעד
בשם המשיב 2: עו"ד חן הולנדר; עו"ד ספיר הולנדר; עו"ד בועז מאירי
בשם המשיבים 3, 5 ו-6: עו"ד עז אלדד
בשם המשיבים 4, 7 ו-8: עו"ד משה וייס

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. האם יש להרוס גם בתי מחבלים יהודים כשם שנהרסו בתי מחבלים ערבים על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן גם תקנה 119 או התקנה)? זו השאלה שבמוקד העתירה. לפנינו עתירה כנגד החלטת שר הביטחון (להלן גם השר), הוא

המשיב 1, שלא לעשות שימוש בסמכותו הקבועה בתקנה 119 ולהימנע מהורות על הריסתם או אטימתם של בתי המשיבים 2-4, אשר הורשעו ברצח הנער מוחמד אבו ח'דיר ע"ה. טענתם העיקרית של העותרים, הוריו של הנער המנוח, היא שנפלו פגמים משמעותיים בשיקול הדעת של שר הביטחון עובר להחלטתו, וכי זו נגועה בהפליה לרעה של המיעוט הערבי. העותרים מבקשים כי בית משפט זה יוציא צו המורה לשר הביטחון להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 ולהורות על הריסתם או אטימתם של בתי המשיבים 2-4. נציין כבר כאן, כי הסמכות הבסיסית על-פי התקנה מוקנית למפקד הצבאי, אך המדינה הסכימה שלא לדקדק בנקודה זו, נוכח סמכותו הכללית של שר הביטחון כממונה על צה"ל (וראו פסקה כ"ד להלן).

תמצית העובדות הצריכות לענין

ב. בליל 2.7.14 נרצח הנער מוחמד אבו ח'דיר ע"ה בידי המשיבים 2-4 (להלן המשיבים). תיאור מעשה הרצח, כפי שפורט בהרחבה בכתב האישום ואומץ בפסקי הדין של בית המשפט המחוזי שהרשיעו את המשיבים, הוא קשה ביותר. מקרא הדברים מעורר חלחלה, זעזוע עמוק ושאת נפש. נביא כעת רק את עיקרי העובדות הצריכות לענין.

ג. ביום 12.6.14 נחטפו שלושה נערים ישראלים – נפתלי פרנקל, גלעד שאער ואייל יפרח ע"ה – בידי מחבלי החמאס. עוד באותו לילה נרצחו שלושת הנערים בידי חוטפיהם סמוך לחברון. ביום 30.6.14, לאחר כשבועיים וחצי של חיפושים קדחתניים של כוחות הביטחון ומתנדבים, אותרו גופות הנערים. עם היודע דבר הרצח, גמרו המשיבים אומר לבצע "פעולת נקם" כנגד חפים מפשע בציבור הערבי. כבר למחרת, ביום 1.7.14, ניסו המשיבים 2 ו-3 לפגוע בשכונות הערביות בירושלים. תחילה ניסו לחטוף קטין מידי אמו בשכונת בית חנינא, ולאחר מכן ניסו לשרוף מכונית בשכונת צור באחר. ניסיונותיהם לא צלחו. למחרת, ביום 2.7.14, צירפו המשיבים 2 ו-3 את משיב 4 לביצוע תכניתם. המשיבים 3 ו-4 היו קטינים בשעת מעשה. בשעות הערב המאוחרות של אותו יום, לאחר הכנה ותכנון, יצאו השלושה לבצע את מבוקשם. לאחר מספר שעות שבהן תרו המשיבים אחר "קרבן מתאים", הבחינו השלושה בנער מחמד אבו ח'דיר צועד לבדו בשכונת מגוריו שועפט. המשיבים ארבו לנער, ולאחר מאבק שניהל עמם, הצליחו לגבור עליו ולחטוף אותו לרכבם. הם חנקוהו והיכוהו בראשו, נסעו ליער ירושלים, ובעודו מחוסר הכרה שרפוהו למוות.

ד. ביום 30.11.15 הרשיע בית המשפט המחוזי בירושלים (סגן הנשיא י' צבן, השופט ר' כרמל והשופטת ר' פרידמן-פלדמן) את המשיבים 3 ו-4 ברצח אבו ח'דיר. בית המשפט פסק כי המשיב 2 ביצע גם הוא את הרצח, אולם הכרעת הדין בעניינו נדחתה, נוכח טענות

שהעלו באי כוחו בדבר אי שפיות, לכאורה, בעת ביצוע המעשה. הכרעת הדין המשלימה ביחס למשיב 2 ניתנה ביום 19.4.16, ובגדרה הורשע ברצח, תוך שנפסק כי אין עומד לו סייג לאחריותו הפלילית. ביום 4.2.16 גזר בית המשפט המחוזי את עונשם של המשיבים 3 ו-4. משיב 3 נדון למאסר עולם ולעוד שלוש שנות מאסר בחופף, ומשיב 4 נדון ל-21 שנות מאסר ולמאסר על-תנאי של שנה. כן חויבו המשיבים 3-4 בפיצויים כספיים למשפחת העותרים ולנפגעי העבירות האחרות שביצעו. ביום 3.5.16 גזר בית המשפט המחוזי את עונשו של המשיב 2, והשית עליו מאסר עולם ועוד 20 שנות מאסר נוספות, וכן פיצויים כספיים בסך 170,000 ₪ לנפגעי העבירות שביצע.

ה. ביום 9.5.16 פנו העותרים במכתב לשר הביטחון, וביקשו שיעשה שימוש בסמכותו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ויורה על החרמתם של בתי המשיבים, והריסתם או אטימתם. העותרים טענו, כי אירוע הרצח הוא "מעשה טרור" כהגדרתו בסעיף 1(א)(2)(א) לחוק איסור מימון טרור, תשס"ה-2005, ומשכך, בהתאם להוראות השר הניתנות לעיתים ביחס למבצעי פעולות טרור ממוצא ערבי, כך לשיטתם, עליו להורות על הריסתם או אטימתם של בתי המפגעים גם במקרה דנא, כאשר עסקינן ביהודים אזרחי המדינה.

ו. ביום 24.5.16 השיב שר הביטחון לעותרים – באמצעות היועץ המשפטי למערכת הביטחון – כי אין בדעתו לעשות שימוש בתקנה 119 ולהורות על הריסת בתי המשיבים. השר הטעים כי תכליתה של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא הרתעתית, ומשכך הצורך בהפעלתה אינו מתקיים במקרה דנן, בהתחשב בהיקף הנמוך של פעולות טרור הנעשות על-ידי יהודים כנגד ערבים, איכותן, יחסה התקיף של החברה היהודית כלפיהם, והיעדרם של מפגעים יהודים פוטנציאליים שיש להרתיעם. לטענת השר, בנסיבות הענין, מיצוי הדין עם המשיבים יכול שיעשה – ובמקרה דנן כבר נעשה – במסגרת ההליך הפלילי.

ז. כנגד החלטת שר הביטחון הוגשה העתירה שלפנינו, ביום 5.7.16, בגדרה נתבקש בית משפט זה לכופף את השר לעשות שימוש בתקנה 119 ולהורות על הריסתם או אטימתם של בתי המשיבים, הכל כפי שיפורט להלן. ביום 22.9.16 וביום 21.11.16 התקיימו דיונים בעתירה ונשמעו טענות הצדדים. בהחלטה מיום 21.11.16 ציינו שאיננו בטוחים כי הנושא שמעלה העתירה נדון דיו במלואו בדרגים הבכירים ביותר, ונתבקשה הודעה משלימה. כן ביקשנו את התיחסות המדינה לשאלה האם הרתעת יהודים מפגעים – ולוא גם במספרים קטנים – על-ידי השימוש בתקנה, "לא תועיל למניעת פיגועים כלפי פלסטינים". כן התבקשה המדינה להידרש להשלכות הדבר על המקרה דנן, ועוד ביקשנו התיחסות לאמות

מידה אפשריות להחלטת המשיב 1 בשאלה שבמוקד העתירה. יוער כי נוכח העובדה שמשיבים 3 ו-4 היו קטינים בעת הרצח, ובשל כך שהסעד שנתבקש נוגע לבית משפחתם, הוגשה עתירה מתוקנת וצורפו הורי המשיב 3 לעתירה, והם המשיבים 5-6, וכן צורפו אביו ואחיו של המשיב 4, והם המשיבים 7-8.

טענות הצדדים

ח. טענות העותרים נסבות בעיקרן, כאמור, על פגמים משמעותיים שנפלו, לשיטתם, בשיקול דעתו של שר הביטחון בהחלטתו שלא להפעיל כלפי המשיבים את סמכותו על-פי תקנה 119. העותרים טענו, כי החלטת השר אינה עומדת במבחן הסבירות, ומקימה עילה שיפוטית להתערבות בה. ואלה עיקרי טעמיהם: נטען, כי החלטת השר מפלה שלא כדין בין יהודים לערבים – הן בין מבצעי פעולות האיבה ומעשי הטרור והן בין קרבנותיהם של המפגעים – באופן שהמיעוט הערבי במדינה מופלה לרעה. לשיטת העותרים, אין בעובדה שהמשיבים הם יהודים אזרחי המדינה, ושננקטו כנגדם הליכים פליליים אשר במסגרתם אף הוטלו עליהם עונשי מאסר ארוכים, כדי לבטל את חובת השר לנהוג בעניינם כדרך שהיה נוהג אילו היו ממוצא ערבי. כן נטען, כי מדיניותו העקרונית של השר ביחס לשימוש בתקנה, והימנעותו מהפעלתה במקרה דנן, מושפעות משיקולים זרים אסורים המבוססים על שיוך גזעי.

ט. העותרים כפרו בטענת שר הביטחון לפיה נסיבות המקרה דנן אינן מצריכות שימוש בתקנה 119, הואיל ואין נדרשת, לשיטתו, הרתעה ביחס למגזר היהודי מביצוע מעשי טרור כנגד האוכלוסיה הערבית. לטענתם, מסקנה זו של השר אינה עולה בקנה אחד עם המציאות בשטח. לשיטת העותרים, בתקופה האחרונה ניכרת עליה בפעולות טרור של חלקים מסוימים במגזר היהודי כנגד המגזר הערבי, המצריכה, לטענתם, יצירת הרתעה בקרב חוגים אלה. כראיה לאמור נטען כי אף מערכת הביטחון "נקטה בעשרות מעצרים מינהליים של פעילי ימין קיצוניים במטרה לבלום את הסכנה הנשקפת מהם". נוכח זאת, טוענים העותרים, אין שונות רלבנטית בין חלקים מקרב החברה היהודית לבין חלקים מבני החברה הערבית המצדיקה הבחנה, בכל הכרוך בצורך בהרתעה מביצוע פעולות טרור. משכך נטען, כי מסכת השיקולים ששקל השר עובר להחלטתו לא בוססה כדבעי, וכי הפעלת הסמכות מתחייבת בנסיבות החמורות של המקרה.

י. כן טוענים העותרים, כי שימוש בתקנה 119 במקרה דנא יהא מידתי, והוא מבטא איזון ראוי בין חומרת מעשה הטרור שבגיננו נדרשת הפעלת התקנה, לבין הפגיעה בזכויות

אדם הנגרמת כתוצאה מן השימוש בה. זאת, לשיטת העותרים, משום שרצח אבו ח'דיר "עולה בחומרתו, במסוכנותו ובהשלכותיו לאין שיעור על כל מעשה טרור אחר המבוצע על-ידי פלסטינים". במישור העקרוני-כללי, סבורים העותרים, כי בנסיבות השעה על בית המשפט להתוות אמות מידה להפעלת תקנה 119 בתגובה לפעולות טרור המבוצעות על-ידי יהודים כנגד ערבים.

יא. נוכח האמור – ובפרט האכיפה הסלקטיבית הנטענת ביחס לתקנה 119 מצד שר הביטחון, והתשתית העובדתית המוטעית, כך על-פי הטענה, ששימשה אותו עובר להחלטתו – טוענים העותרים כי הימנעות השר מעשיית שימוש בתקנה 119 ומתן הוראה על הריסתם או אטימתם של בתי המשיבים היא שלא כדין. משכך, לשיטת העותרים, על בית המשפט "להחליף את שיקול דעת שר הביטחון בשיקול דעתו", ולכוף אותו להפעיל את סמכותו המוקנית לו על-פי התקנה ביחס לבתייהם של המשיבים.

יב. מנגד סבורה המדינה, כי אין עילה להתערבות שיפוטית בהחלטת שר הביטחון. לטענתה, הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119 מוגבלת ומתוחמת למקרים שבהם נדרשת הרתעת מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים, וכי בהתאם לפסיקת בית משפט זה, בהיעדר "מטרה הרתעתית כבדת משקל", חל איסור על השימוש בה. המדינה מוסיפה, כי אין די בפוטנציאל ההרתעה לבדו כדי לחייב את המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119. לשיטתה, על המפקד הצבאי לשקול גם את היקף הטרור בעת ביצוע הפיגוע; האפשרות לעשות שימוש בכלים אחרים, "מידתיים" יותר, כדי להתמודד עם איומי הטרור; וכן לערוך שורת איזונים בין זכויות האדם של משפחת המחבל לבין בטחון הציבור.

יג. במקרה דנא, כך טוענת המדינה, הריסתו או אטימתו של בית המשיבים אינה עונה על התכלית ההרתעתית שביסוד התקנה, ודי במיצוי הדין עם המשיבים בהליך הפלילי כדי להוות הרתעה מספיקה, בעת זו, כדי להתמודד עם איום הטרור על-ידי יהודים, בשים לב לכך שמדובר בתופעה מצומצמת בהיקפה, בפרט ביחס לפעולות הטרור המבוצעות על-ידי פלסטינים מן האזור או ערביי מזרח ירושלים. לשיטת המדינה, השימוש בתקנה 119 הוא "פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום", ונוכח תכליתה ההרתעתית, אין די במעשי טרור, נתעבים כל שיהיו, כדי להצדיק, כשלעצמם ולבדם, את הפעלתה.

יד. אשר לטענת האכיפה הסלקטיבית שבהפעלת התקנה בענייננו, טוענת המדינה כי לא עלה בידי העותרים להוכיח קיומם של הפליה או שיקולים זרים המונחים בבסיס

החלטתו של שר הביטחון. המדינה טוענת, כי ההבחנה בין מחבלים ערבים – פלסטינים או תושבי מזרח ירושלים – לבין מחבלים יהודים, ביחס לאופן הפעלת התקנה, היא עניינית, והוכרה על-ידי בית משפט זה בשורה רחבה של עתירות שנידנו לאחרונה. לחיזוק טענתה גורסת המדינה, כי קיים פער משמעותי בהיקפו וטיבו של הטרור מידי פלסטינים וערביי מזרח ירושלים, לבין זה הבא מידי יהודים. המדינה טוענת, כי להבדיל מן הציבור הפלסטיני ומתושבי מזרח ירושלים, שלגביהם "אפשרויות השימוש בכלים אחרים לצורך השגת הרתעה אפקטיבית הן מוגבלות", הנה ביחס למגזרים אחרים במדינה, לרבות זה היהודי, שימוש באמצעים מידתיים יותר אכן מייצר הרתעה ביחס לטרור הבא מקרבם. המדינה כופרת בטענת העותרים לפיה חלה עליה בפעולות טרור בקרב מפגעים יהודים, באופן המחייב שימוש בתקנה 119. לתמיכה באמור הביאה המדינה נתונים המלמדים על השוני בהיקף פעולות הטרור בידי פלסטינים או ערבים ממזרח ירושלים ביחס לפעולות טרור על-ידי יהודים. נוכח זאת, כך על-פי המדינה, ההחלטה שלא לעשות שימוש בתקנה 119 כלפי בתייהם של המשיבים נסמכת על אמות מידה שויוניות.

יה. המדינה מוסיפה, כי במקרה דנא חל שיהוי רב ממועד רצח אבו ח'דיר למועד שבו נתבקש בית המשפט להורות לשר הביטחון להרוס או לאטום את בתי המשיבים, ודי בכך לדחיית העתירה על הסף. המדינה מסתמכת לענין זה על פסק הדין שניתן בבג"צ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2015) (להלן ענין אבו חאשיה), שבגדרו בוטל צו החרמה והריסה אותו הוציא המפקד הצבאי על-פי תקנה 119 ביחס לביתו של המחבל שרצח בדקירות סכין את החייל אלמוג שילוני ע"ה, וזאת מן הטעם שחלפו 11 חודשים מיום ביצוע הרצח ועד למועד מסירת ההודעה למשפחת המחבל על הכוונה להרוס את ביתה, ללא שהיתה מניעה אובייקטיבית שבגינה לא הופעלה הסמכות קודם לכן. טוענת המדינה איפוא, כי משחלף פרק זמן של כשנתיים מיום ביצוע הרצח ועד למועד הגשת העתירה, הנה בנסיבות הענין "המפקד הצבאי אינו יכול עוד לפעול למימוש הסמכות".

יו. המשיב 2 טוען כי העתירה בעניינו תיאורטית בלבד, וזאת משום שאין ברשותו נכס מקרקעין, וכי עד למועד הרצח התגורר עם אשתו ובתו בדירה שכורה. לגופם של דברים, טוען הוא כי דין העתירה להידחות, שכן העותרים לא הציגו תשתית עובדתית או משפטית המצדיקה את התערבות בית המשפט בהחלטת השר, בפרט לא בשאלת הצורך בהרתעת חלקים מן המגזר היהודי מביצוע פיגועים נגד האוכלוסייה הערבית. נוסף על כך נטען, כי אין להיעתר לעתירה אף מן הטעם שערעורו של המשיב 2 על הכרעת דינו וגזר דינו תלוי ועומד בפני בית משפט זה, לרבות שאלת מצבו הנפשי בעת ביצוע הרצח. עוד נטען שהעתירה לוקה בשיהוי רב, אשר יש בו כדי להביא לדחייתה על הסף. צוין, כי על

בית המשפט להתחשב בכך שהמשיב 2 ובני משפחתו הביעו שאט נפש ובושה עמוקה ממעשה הרצח, ומשפחת המשיב 2 אף בחרה – כנטען – שלא לעמוד לצידו בהליך הפלילי שהתנהל בעניינו.

יז. המשיבים 5-6, הוריו של המשיב 3, טוענים גם הם כי דין העתירה להידחות מן הטעמים שפורטו בתגובת המדינה. כן נטען, שבתשעת החודשים שקדמו לרצח נותק הקשר בין המשיב 3 לבין אביו, והראשון אף התגורר בביתו של המשיב 2 או בישיבה שבה למד, ולא בבית הוריו. לבסוף נאמר, כי יש להתחשב בכך שהמשיב 3 הביע חרטה על מעשה הרצח, ואף המשיבים 5-6 הוקיעו ומוקיעים אותו ולא ידעו על תכנונו.

יח. אף המשיב 4 והמשיבים 7-8 טוענים כי דין העתירה להידחות. גם לשיטתם, לא הציגו העותרים תשתית עובדתית מספקת שיש בה כדי ללמד על אכיפה בררנית מצד גורמי הביטחון בכל הנוגע להפעלת תקנה 119, כמו על הצורך בהרתעת מחבלים יהודים פוטנציאליים. כן נטען כי המשיב 4, שכאמור היה קטין בעת ביצוע הרצח, לא נטל בו חלק פעיל; כי לטענתו לא היה מודע לכוונות הרצח; וכי ערעורו על הרשעתו תלוי ועומד. עוד צוין כי המשיב 4 ובני משפחתו גינו את המעשה והביעו צער רב על שאירע.

יט. בהודעה המשלימה שהגישה המדינה ביום 2.3.17, "על דעת ראש הממשלה, שר הביטחון, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה", הוטעם כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו על-פי תקנה 119 "בצורה סבירה ומידתית" ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, דהיינו "רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכת הענישה וההרתעה ה'רגילות', כדי לשמש התרעה מספקת". המדינה שבה ומציינת, כי הפעלת התקנה מותנית בהתחשבות במכלול שיקולים המבטאים איזון בין בטחון הציבור לפגיעה בזכויות הנגרמת כתוצאה מהפעלתה. בענין זה מטעימה המדינה, כי האפשרות להשתמש בכלים שאינם חריפים כמו תקנה 119, כדי להתמודד עם איום הטרור, והיקפי הטרור באותה נקודת זמן, מהוים שיקולים מרכזיים לצורך קבלת החלטה באשר לשימוש בתקנה.

כ. המדינה טענה, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נשקלת בהתאם "לקבוצות ייחוס רלוונטיות" - כל "קבוצת ייחוס" ומידת הצורך ביצירת הרתעה בקרבה. בהקשר זה הציגה המדינה נתונים המלמדים על עליה ניכרת, החל משנת 2013, בטרור המבוצע על-ידי פלסטינים ועל ידי ערביי מזרח ירושלים, וזאת להבדיל מהטרור המבוצע על-ידי יהודים, אשר מצומצם משמעותית בהיקפו. נוכח זאת, מבהירה המדינה, כי באשר למעשי

טרור מידי יהודים, סבור שר הביטחון כי "היקפי הטרור; חומרתו; והיעדר התמיכה הסביבתית במעשים... אינם מצדיקים שימוש בתקנה 119, וזאת מטעמי מידתיות". עיקרון זה יפה, לשיטת השר, גם ביחס לערביי ישראל שאינם תושבי מזרח ירושלים, ומשכך, לטענתו, נמנע מהפעלת התקנה נגד בתייהם של ערביי ישראל שאינם מתגוררים במזרח ירושלים, חרף פיגועים מצדם על רקע לאומני. המדינה הדגישה כי הדברים נאמרים אף שהשר נכון לצאת מן ההנחה שהריסת בתי מחבלים – הן של מחבלים יהודים והן של מחבלים ערבים שאינם תושבי מזרח ירושלים – עשויה להרתיע מפגעים פוטנציאליים. תחת זאת, לשיטת השר, יש להמשיך במאמץ למיגור הטרור מצד יהודים ומצד ערביי ישראל שאינם תושבי מזרח ירושלים, באמצעות הדין הפלילי ונקיטת צעדים מינהליים כנגד מחבלים פוטנציאליים.

כא. כן מדגישה המדינה, כי אם בעתיד תישחק ההרתעה ביחס למגזר היהודי, יהא מקום לבחון את עמדתו העקרונית של השר מחדש, ואין לשלול מעיקרא אפשרות של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 גם כלפי מחבלים יהודים. עוד טוענת המדינה, כי אין מקום לקבוע אמות מידה שונות ביחס להפעלת תקנה 119 כלפי בתייהם של מפגעים יהודים, כדי לא לייצר הפליה בין הציבורים השונים במדינה. נוכח זאת, וביחס למקרה דנן, חוזרת המדינה על העמדה, כי שר הביטחון סבור שאין הצדקה לעשות שימוש בתקנה 119 כלפי בתייהם של המשיבים.

כב. בתגובה להודעה המשלימה מטעם המדינה, טוענים העותרים, בתמצית, כי עקרון השוויון מחייב את שר הביטחון לעשות שימוש בתקנה 119 באופן שוה כלפי כל המפגעים מקרב החברה הישראלית, יהודים וערבים כאחד. העותרים שבים ומלינים על שר הביטחון מבכר שימוש במנגנוני הרתעה "מידתיים יותר" כלפי מחבלים יהודים, בעוד שביחס למחבלים ערבים נכון הוא להפעיל את הסנקציה החריפה של הריסת בתייהם מכוח התקנה. כן מלינים העותרים על כך שהפעלת תקנה 119 על-ידי השר תלויה "בקבוצת הייחוס הרלוונטיות" אליה משתייך המחבל. באופן זה, לשיטת העותרים, אין מענה הולם לצורך בהגנה על חייהם של ערביי ישראל מפני מחבלים יהודים. העותרים הדגישו, כי השוני בהיקפי הטרור שבין המגזרים השונים, אינו מקנה לשר הביטחון זכות להפעיל את התקנה באופן מפלה. לשיטתם, תכלית תקנה 119 מחייבת כי זו תופעל ולוא במקום שבו ימנע הדבר אבדן נפש אחת, ואין הפעלתה מותנית בהסתברות להצלה של קהל רב.

כג. הסעד המבוקש בעתירה זו שונה – שלא לומר הפוך או מקוטב – מן הסעדים המבוקשים על דרך הכלל בעתירות המופנות כנגד השימוש שעושה המפקד הצבאי בתקנה 119. העותרים שלפנינו מבקשים כי נאכוף על שר הביטחון להורות על שימוש בתקנה ועל הריסת בתי המשיבים או אטימתם; זאת, להבדיל מן העתירות המוגשות ברגיל ביחס לתקנה, המבקשות לאסור על השימוש בה ועל השתת הסנקציה מכוחה. כרי כי במישור המשפטי התערבות בהחלטת הרשות, באופן שתוטל עליה חובה להפעיל את התקנה, חריפה ביחס להתערבות המתבטאת באיסור על הפעלתה, וזאת בשים לב לעוצמת הסנקציה ולפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בה. ואולם, טוענים העותרים, כי המקרה דנא אינו מותר אפשרות אחרת, נוכח הפגמים שנפלו לשיטתם בשיקול הדעת, ומפאת השלכות ההחלטה שלא להרוס את בתי המשיבים על זכויות המיעוט הערבי במדינה.

כד. נקדים אחרית לראשית ונאמר כבר כעת, כי לאחר עיון בטענות העותרים, בתגובות המדינה והמשיבים, ולאחר שמיעת הצדדים, החלטנו שלא להיעתר למבוקש, אך לא מכל טעמי המשיבים, אלא בראש וראשונה ובמיוחד נוכח השיהוי, הכל כפי שיפורט. טרם כניסתנו לעובי הקורה, יוער כי העתירה שלפנינו הופנתה אמנם – כאמור מעלה – כנגד שר הביטחון, אף שעל פני הדברים צריכה היתה להיות מופנית גם כנגד המפקד הצבאי באזור שבו שוכנים בתי המשיבים, שעל-פי התקנה הסמכות להוצאת צוים מכוחה מוקנית לו. עם זאת, המדינה הסכימה כי העתירה תיבחן לגופה, מן הטעם שאף בסמכותו של שר הביטחון, כממונה על הצבא, להורות על הפעלת התקנה. מכאן איפוא לגופם של דברים.

כה. בשנים האחרונות נדונה סוגית החרמתם והריסתם של בתי מפגעים בבית משפט זה, בשורה של עתירות שקראו תיגר, הן על סמכות המפקד הצבאי להוציא צו החרמה והריסה, והן על חוקיות הסנקציה המושתת מכוח תקנה 119 (ראו האסמכתאות בכג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 7 לפסק דינו של השופט דנציגר (2017), ובהן כג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2014) (להלן ענין קואסמה); כג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (2014) (להלן ענין המוקד להגנת הפרט); דיון נוסף בפסק דין זה נדחה בדנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (2015); כג"צ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (2015) (להלן ענין חמאד); כג"צ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (2016)). בעתירות אלה הוכרע, כי החרמה והריסה של בתי מחבלים מכוח תקנה 119 נתונה בסמכותו של המפקד הצבאי, וכי האחריות להפעלתה או לאי-הפעלתה מצויה בידיו (ראו גם ענין חמאד, פסקה 2 לפסק דינו של השופט מלצר). הביקורת השיפוטית על החלטות

המפקד הצבאי מתמקדת איפוא בשאלת שיקול הדעת שבהפעלת הסמכות או באי הפעלתה. לכך נדרשים אנו גם במקרה דנא.

כו. כפתח הדברים נחזור ונזכיר מושכלות ראשונים. בית משפט זה חזר והטעים לאורך השנים כי תכליתה של הסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 119 היא הרתעתית, צופה פני עתיד, ולא עונשית, המבקשת לגמול על אירועים שקרו בעבר (ראו לדוגמה בג"צ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח' (2016); ענין קואטמה, פסקה 21; בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2014); בג"צ 1730/96 טאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 358-359 (1996)). החרמה והריסה או אטימה של בתי מגורים על-פי תקנה 119 נועדו להרתיע מחבלים פוטנציאליים ולמנוע הישנותם של פיגועים בעתיד. ההיגיון שבבסיס התקנה הוא, כי מחבלים פוטנציאליים עשויים לחזור בהם מתכניתם לבצע פעולות טרור, אם יידעו כי יכולע לקניין המרכזי של משפחתם לאחר ביצוע המעשה: "נקודת המוצא היא כי מחבל פוטנציאלי היודע כי מימוש תכניתו הרצחנית עלול להוביל לפגיעה בבני משפחתו – עשוי להירתע, בשל כך, מלבצע את הפיגוע שתכנן" (בג"צ 5141/16 מחאמדה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 30 לפסק דינו של השופט שהם (2016); למחקרים אקדמיים הגורסים כי אמצעי הריסת הבתים אכן מספק הרתעה מפני ביצוע פעולות טרור ראו ענין המוקד להגנת הפרט, פסקאות 6-14 לפסק דינו של השופט סולברג והאסמכתאות הרבות שם). בשונה מכך, התכלית העונשית מושגת על דרך הכלל באמצעות ההליך הפלילי (ראו ענין אבו חאשיה, פסקה כ"ג). בנידון דידן אין חולק, גם לא העותרים, כי המדינה עשתה ככל הנחוץ בגדרי ההליך הפלילי, וטענת העותרים היא כי אין בכך כדי להוציא את הצעד הנוסף, של הריסת בתי המשיבים שנדונו בפלילים.

כז. כידוע, לצד העובדה כי תקנה 119 מעשירה את "סל הכלים" העומד לרשות המדינה בהתמודדות עם איום הטרור הרצחני, מצד גורמים פלסטינים, הפוקד אותה מיום היוסדה (ועוד טרם לו), אין חולק כי הפעלתה פוגעת בזכויות ויוצרת שאלות מוסריות כבדות משקל. כדי להתמודד עם הפגיעה בזכויות כתוצאה מהפעלת התקנה, התוה בית משפט זה אמות מידה התוחמות את סמכות המפקד הצבאי. בתוך כך נפסק:

"בעת הפעלת סמכותו על המפקד הצבאי להביא בחשבון את 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 בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (ענין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר).

כח. השאלה שלפנינו היא מה דינם לענין הפעלת התקנה של טרוריסטים יהודים, מקום שהטרור היהודי, תודה לאל, מצומצם בהיקפו על-פי טיעוני המדינה, בעוד הטרור הפלסטיני רחב בהרבה בהיקפו. האם דרושה ההרתעה שאמורה הפעלת התקנה ליצור, גם כלפי יהודים בהתחשב בנתונים האמורים?

כט. נפתח בשאלה העקרונית: עמדתה של המדינה היא, כי לפי שעה – נוכח מאפייני הטרור הפוקד את ארצנו – אין צורך בהפעלת תקנה 119 כלפי בתיהם של מחבלים יהודים, וזאת להבדיל מהפעלתה ביחס לבתי מחבלים פלסטינים או ערביי מזרח ירושלים. על עמדה זו כשלעצמה אנו חולקים, במישור העקרוני, תוך שהיישום תלוי מקרה ונסיבות. אנו פורסים כאן איפוא את עמדתנו העקרונית, מתוך שכל מקרה ייבחן לגופו כדבעי, ואיננו רואים בכך סתירה מן האמור, שבסופו קונקרטיזציה של המקרים. תחילה נביא, כלשונה, את עמדת המדינה בענין כפי שהוצגה בכתבי הטענות:

"הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 נשקלת וננקטת ביחס לקבוצות הייחוס הרלוונטיות. קבוצות הייחוס של פלסטינים תושבי יו"ש וכן תושבים ערבים במזרח ירושלים הן קבוצות בהן היקפי הטרור בשנים האחרונות הם משמעותיים ביותר, ובהן התמיכה בביצוע מעשי טרור אלה משמעותית. מדובר בקבוצות שלגביהן אפשרויות השימוש בכלים אחרים לצורך השגת הרתעה אפקטיבית הן מוגבלות. לצורך התמודדות אפקטיבית מול טרור זה – המבוצע על ידי מפגעים מאותן קבוצות ייחוס – יש צורך בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119, כל זאת על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מתוך אותן קבוצות ייחוס. לעומת זאת...בקבוצות ייחוס אחרות בהן היקפי הטרור אינם משמעותיים, ושלגביהן קיימים אמצעים "מידתיים" יותר להתמודדות עם טרור, ובקרבת לא קיימת, ככלל, תמיכה רחבה לביצוע פעילות טרור, סבור המשיב (שר הביטחון – א"ר) כי אין מקום לנקיטת צעדים לפי תקנה 119...

אשר לנקיטת סנקציה לפי תקנה 119 כלפי קבוצות הייחוס של אזרחים יהודים המבצעים מעשי טרור, המשיב סבור, כי היקפי הטרור; חומרתו; והעדר התמיכה הסביבתית במעשים, ככלל, באותה קבוצת ייחוס, אינם מצדיקים שימוש בתקנה 119 וזאת מטעמי מידתיות; וכי יש להסתפק במיצוי הליכים פליליים ובנקיטת צעדים מינהליים מידתיים יותר, על מנת לפעול נגד הטרור המבוצע על ידי

קבוצת ייחוס זו. הדבר נכון גם ביחס לקבוצת הייחוס של ערביי ישראל שאינם תושבי מזרח ירושלים...

...ככל שחלילה ישתנה המצב ומתוך קבוצת ייחוס נוספת ייצאו מפגעים רבים, ו/או אם חלילה יתברר שהתמיכה במפגעים התרחבה, וככל שהכלים המינהליים בהם נעשה שימוש כבר כיום לא יהוו מענה מספק לטיפול בתופעה (ככל שתהיה), כי אז תישקל האפשרות לעשות שימוש בתקנה 119 גם ביחס לאותה קבוצת ייחוס" (סעיפים 19, 24 ו-28 להודעה משלימה מטעם המשיב 1 מיום 2.3.17).

חוששנו, על צד העיקרון, כי אין אנו מקבלים את "הנחת העבודה" ולפיה, בנסיבות הזמן והמקום, תופעל תקנה 119 רק כלפי מחבלים פלסטינים או מחבלים ערבים תושבי מזרח ירושלים. הנתונים הסטטיסטיים המצביעים על הבדלים מובהקים בהיקף הטרור ובטיבו כבודם במקומם, ויש בהם טעם יישומי במקרים המתאימים, אך אין בהם כדי לאיין מעיקרא את השימוש בתקנה כלפי מחבלים יהודים גם במצב הנוכחי. הטעם הוא פשוט: תכלית התקנה, כפי שהטעמנו וחזרנו והטעמנו, היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים בעתיד. עסקינן בניסיון לשמור על קדושת החיים. כוחה של ההרתעה המונחת ביסודה של תקנה 119 יפה כלפי כולי עלמא, מה לי יהודי ומה לי ערבי. הריסתו או אטימתו של בית מחבל יהודי, אשר תביא להצלת חיים, ולוא של אדם אחד, מצדיקה את השימוש בתקנה; המשנה (סנהדרין ד' ה') אומרת "וכל המקיים נפש אחת (נוסחת הרמב"ם, הלכות סנהדרין י"ב, ג' היא "נפש אחת בעולם") מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא"; ויכוח ניטש האם הנוסח הוא "נפש אחת מישראל", וכבר הראה פרופ' אפרים אלימלך אורבך כי "קריאת המאמר במשנה בשלמותו...מורה בכיוון הנוסח שאינו גורס 'מישראל', שכן המדובר בהסקת מסקנה על חשיבותם של חיי האדם מן העובדה שהאדם הראשון נברא יחידי" (תרביץ מ', תשל"א). אם כן, יש לדאוג – ובודאי על דבר זה כשלעצמו אין חולק – גם לקיומה של נפש אחת. לא למותר לציין כי אף הקוראן (סורת השולחן, פסוק ל"ה בתרגום יוסף יואל ריבלין) אומר "לכן צוינו את בני ישראל לאמור, כל הורג נפש לא תחת נפש...כאילו הרג את כל האדם יחדו, והמחיה אותה כאילו החיה את כל האדם יחדו", ובתרגום אורי רובין "לפיכך כתבנו בספר לבני ישראל, שכל המאבד נפש אחת – בלא שאיבדה נפש או ביקשה למלא את הארץ חמס – כאילו איבד עולם מלא וכל המקיימה כאילו קיים עולם מלא" (והדברים בבירור ברוח דברי המשנה). פרופ' אביעזר רביצקי, בהקדמה לספר קדושת החיים וחידוף הנפש (1992) (בעריכת י' גפני וא' רביצקי) כותב (עמ' 7):

"בימי מלחמת העולם הראשונה, ימים של הרג וחרב וגירוש, עמד יהודי אחד לפני ר' חיים איש בריסק ואמר: טוב להם לישראל שיתייסרו בכל הייסורים הללו ובלבד

שיהיו אלה חבלי משיח ובלכד שיקרבו את בואה של הגאולה! אולם ר' חיים, איש ההלכה, קם ומחה כנגדו, באומרו: 'חיינו של יהודי אחד דוחים את ביאת המשיח' (כך שמענו מפי הרב י"ד סולוביצ'יק, נכדו של ר' חיים).

באותו ספר כותב הרב חיים דוד הלוי במאמרו "קדושת החיים וחירוף הנפש: תרתי דסתרי?" (עמ' 15), את הדברים הבאים (עמ' 19): "שמירת כל יצור חי בחמלה וחנינה... וכל שכן שמירת חיי האדם נקשר בשמו הטוב של האלוהים המחיה כל העולמות ורוצה בקיומם". ובהערת שוליים שם הוא מוסיף "אילו רעיון זה היה נתפס בכל מלוא משמעותו בתודעת בני האדם, יכולים היו חיינו להיות גן עדן עלי אדמות". ועוד הוא מזכיר את דברי הפסוקים בבראשית "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרש מיד כל חיה אדרשנו ומיד האדם מיד איש אחיו אדרש את נפש האדם: שפך דם האדם באדם דמו ישפך כי בצלם אלוהים עשה את האדם" (בראשית, ט', ה'-ו'), ומטעים "שפיכת דם, בין של עצמו ובין של אחרים, היא פגיעה באלוהים, שכן האדם נעשה בצלם אלוהים" (עמ' 21). היקפו של הטרור הערבי כלפי יהודים – שאין חולק כי הוא גדול יותר משמעותית ביחס להיקפו של הטרור היהודי כלפי ערבים – אינו מהווה סיבה, כשלעצמו, להיעדר השימוש בתקנה כלפי בתייהם של מחבלים יהודים, שעה שנדמה כי אף בכוחם לייצר הרתעה ולמנוע פיגועים כלפי פלסטינים או ערבים בעתיד.

ל. בהקשר זה אזכיר פרשה פלילית שבה הוצת בית ספר דו-לשוני ערבי-יהודי (ע"פ 5794/15 מדינת ישראל נ' טויטו (2016)). כתב חברי השופט זילברטל על "המסר המרתיע כלפי אלה שמבקשים בכוח הזרוע, בהפחדה ובאימים, לפגוע במרקם חייהם של מי שמחזיק בעמדות או השקפות שונות ובדרך חיים שונה משלהם ולשם כך אינם בוחלים גם בלשרוף בית הספר" (שם, פסקה 16). הוספתי שם:

"הורים הבוחרים בבית הספר הדו-לשוני הולכים בנתיב ייחודי שאינו בחירתם של רוב אזרחי ישראל ותושביה, יהודים, ערבים ואחרים, כדי להיאבק בדרכם שלהם על ערכי דו-קיום. זו זכותם, והמרים יד עליהם ושולח אש ברכושם, ומעיד על עצמו את דעותיו על-ידי כתיבת הנאצות 'מוות לערבים', 'אין דו קיום עם הסרטן', 'כהנא צדק ו'די להתבוללות', מוסיף דלק למדורת המתיחות בין יהודים וערבים, ומשפיל את הערבים שבקרבתנו כדי רדיפתם. מי כמו העם היהודי, שקורותיו רצופות רדיפות בשל היותנו יהודים, והאנטישמיות מרימה גם כיום את ראשה המכוער, שמעולם לא קופד, אך לובש צורות חדשות וביתר שאת – הצריך להיות רגיש לזולת. רכיב אידאולוגי זה – אוי לה לאותה אידאולוגיה – מוסיף ממד מפחיד למעשה ההצתה שבליבת העבירות, ומה יעלה במוחו של ילד קטן, בן שש בן שבע, בראותו את מסרי הגזענות והזדון שבשילוב בין ההצתה

לכתובות הנאצה? מכאן החומרה, מכאן ההחמרה" (פסקה ב' לחוות דעתי).

ובהמשך (פסקה ה') הובאו מדברי הרב א"י הכהן קוק, רבה של ארץ ישראל בתקופת המנדט. סיכם הרב י' פילבר ("הנכרי אשר בקרבנו במשנת הראי"ה") אתר ישיבת בית אל (ז' שבט תשע"ו) את עקרונות הרב קוק:

"א. הסתייגות מצד השקפת היהדות למצב נפשי של איבה לערבים. ב. אסור להתנהג ואפילו להתבטא בצורה בלתי אחראית תוך התעלמות מהשלכות שליליות של אומות העולם. ג. יש לקחת בחשבון את הסכנה מהאויבים הפנימיים המשרתים את אויבי ישראל (שהיו כבר אז). ד. יש להימנע מדברים שתועלתם אפסית אך נזקם גדול. ה. יש לתת פרסום למצבים הנאים של דרכי השלום והאחווה שאנו פוגשים בין טובי הישוב ובין יושבי הארץ הערבים - כמובן המעולים שבהם. עם זאת היה הראי"ה ער ומודע למצב הביטחוני...".

והוספתי:

"הדברים – שנכתבו לפני למעלה ממאה שנה, כשהיהודים בארץ היו כמה עשרות אלפים, תחת שלטון עות'מאני מוסלמי – מדברים בעדם, ולא נס ליחס, ומקל וחומר בהתאמות המתחייבות לדורנו, במדינתנו הריבונית".

לא. האם באמירות בית משפט זה באשר לטענת האכיפה המפלה, כפי שיתוארו להלן, יש משום סתירה לאמור? לדעתנו התשובה אינה בחיוב. אכן, בית משפט זה נדרש לטענות מעין אלה בשורה ארוכה של מקרים שבהם סברו עותרים כי המפקד הצבאי מפעיל את סמכותו על-פי תקנה 119 באופן המפלה את המגזר הערבי, כיון שהוא נמנע מהפעלתה כלפי בתייהם של מחבלים יהודים. בפסיקות בית המשפט, לרבות בתקופה האחרונה, נקבע כי אין להלום טענות אלה. הוטעם כי נוכח העובדה שתכלית השימוש בתקנה היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים, הנה השוני הקיים בצורך ההרתעתי בין המגזר היהודי והערבי הוא שוני רלבנטי בנסיבות הענין. בענין המוקד להגנת הפרט נזדמן לי לומר:

"אשר לטענת האכיפה המפלה, קבע השופט דנציגר בעניין קואטסמה, כי "על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או 'בררנית' מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. אף אם עבר הטוען משוכה זו, עדיין יכולה הרשות להראות כי אותה אכיפה הנחזית להיות בררנית,

למעשה נעוצה בשיקולים ענייניים. נוכח דברים אלו, וכפי שציין השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999), 'הנטל להוכיח קיומה של אכיפה בררנית הוא גבוה במיוחד' (שס, פסקה 30; וראו גם מ' טמיר אכיפה סלקטיבית 397-399 (תשס"ח)). הדברים נכונים לענייננו כלשונם, ושעה שהעותרים לא עמדו בנטל זה, אין להלום את טענתם בדבר אכיפה מפלה" (ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה מ"ז; ראו גם ענין חמאד, פסקה 2 לפסק דינו של השופט סולברג).

אכן, בענין חמאד כתבה הנשיאה כי לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת לענין טענת ההפליה (פסקה 30 לפסק דינה); השופט סולברג ציין שם (פסקה 2), עם שהזכיר גם את המצב בכפר דומה (משפחת דוואבשה), כי "השוני עולה על הדמיון בכמה וכמה היבטים, ובעיקר לצורך ענייננו – ביחס הסביבה: גינוי תקיף והחלטי מקיר לקיר במגזר היהודי, מה שאין כן בצד שכנגד".

יוער, כי ברוח זו פסק בית המשפט אף ביחס לרצח נשוא עתירה זו, שעה שקבע כי אין בהחלטת המפקד הצבאי בענין קואסמה כדי להצביע על קיומה של אכיפה בררנית אל מול ענייננו; ראו ענין קואסמה, שם נאמר:

"לא נעלם מעיני המקרה מעורר החלחלה של רצח הנער מוחמד אבו חדיר, מקרה שזעזע את אמות הסיפים בארצנו וזכה לגינוי מקיר-אל-קיר, אך מדובר במקרה חריג שבחריגים. לכן, דומני כי אין מקום לסימטריה המלאכותית הנטענת על ידי העותרים בתמיכה לטענתם לאכיפה מפלה" (שס, פסקה 30 לפסק דינו של השופט דנציגר).

לב. ואולם, לטעמנו אין לראות את ההחלטות הללו כמוציאות חלילה את ההיבט העקרוני, של אי הבחנה בין דם לדם, אלא כמבטאות קונקרטיזציה של מצב עובדתי. אנו מבטאים גישה עקרונית המשווה בין דם לדם, תוך הותרת מרחב יישומי. ודוקו בהקשר זה: אם יסבור המפקד הצבאי כי הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119 כלפי בתיהם של מחבלים יהודים תעלה בקנה אחד עם תכליתה – דהיינו, תתרום להרתעתם של מפגעים יהודים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור – עליו לעשות בה שימוש בדומה לאופן שבו הוא מפעיל את התקנה ביחס לבתיהם של מחבלים ערבים. לשון אחר: אין בעובדה שאירוע טרור נעשה על-ידי יהודים, אזרחי המדינה או תושביה, כשלעצמה, כדי למנוע שימוש בתקנה 119, אף כשמדובר בהרתעת מעטים. הסמכות מוקנית מכוח תקנה 119 גם בתחומי מדינת ישראל (בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2015) (להלן ענין סידר)), ומכל מקום קיימת הסמכות להפעילה, והיא חלה הן ביחס למפגעים ערבים והן ביחס למפגעים יהודים, הכל בשים לב למערכת

האיזונים ולאמות המידה שהותוו בפסיקה ביחס להפעלתה. אכן, על דרך העיקרון – כאמור – אין בית משפט זה מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. הסמכות מסורה לידי המפקד הצבאי, וחזקה עליו שיפעילה בהתאם להוראות הדין; אך עליו להתוות את דרכו ברוח דברים אלה, כמובן כחלק ממכלול השיקולים.

לג. ויושם אל לב: תקנה 119 שמורה למקרים קיצוניים ביותר. מעשי הסתה או אף אלימות שאינה בגדר הרצח או הניסיון לרצח והפגיעה הקשה באדם, על דרך הכלל לא יצדיקו שימוש בה. הפעלתה מותנית, בראש ובראשונה, במקרים קשים במיוחד של אלימות (ראו ענין קואסמה, פסקה 30; בג"צ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה ב' לחוות דעתי (להלן ענין אבו דהים)), בהיותה סנקציה של אבדן קורת-גגו של אדם מעליו. השימוש בתקנה 119 צריך להיות במשורה ועל הפיקוד הצבאי להפעילה באופן מדוד ושיקול (ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה ט"ז). ואולם, במציאות קשה של טרור רצחני, ובתקופות שבהן מאוימים חיהם של המצויים במדינה – כולם, ללא הבדל דת, גזע ומין – הפעלת התקנה נדרשת במקרים המתאימים. המדובר, וזהו הדגש, בשאלת התועלת ההרתעתית במבט צופה פני עתיד. קרי, האם יש בהריסת בתים או באטימתם כדי להרתיע מחבלים פוטנציאליים (השוו ענין אבו דהים, פסקה א' לחוות דעתי (2009)).

בענין חלבי נודמן לי לומר:

"אשר לאיזון שבין שיקולי הביטחון לפגיעה בזכויותיהם של המתגוררים בנכס – לטעמי, וחרף הקושי המובנה והמייסר, אם יינצלו חיי אדם אחד, הקרבן העתידי, וגם – אכן – חיי המחבל שיוורתע, בעקבות ההרתעה בשל ההריסה (ראו מסילת ישרים לר' משה חיים לוצאטו, איטליה-הולנד-ארץ ישראל המאה הי"ח, סוף פרק י"ט), ולא כל שכן אם יינצלו יותר מאחד, והרי מחבלים נכונים לפגוע גם באנשים רבים, לרבות זקנים וטף – או אז מחיר ההריסה המצער, שהיא פעולה ברכוש ולא בנפש, לא יהא בלתי מוצדק. עסקינן בחיי אדם, לא פחות, וקדושת החיים צריך שתהא בעדיפות העליונה במישור הערכי-מוסרי" (בג"צ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י"ג (2015) (הדגשות הוספו – א"ר)).

דברים אלה יפה כוחם גם בנידון דידן.

על השיהוי

לד. בנידון דידן נטען, כאמור, שיהוי. אכן, אחת המשמעויות המרכזיות הנגזרות מתכלית התקנה נוגעת לשאלת מועד הפעלתה. התכלית ההרתעתית מחייבת כי השימוש בתקנה ייעשה בסמוך ככל הניתן למועד אירוע הטרור שבגינו נדרשת הפעלתה, הגם שהעיתוי המדויק לביצועו של צו ההריסה – ובלבד שיהא בתוך פרק זמן סביר ממועד אירוע הטרור – מסור ככלל לשיקול דעתו של בעל הסמכות (ענין סידר, פסקה ז'); בג"צ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 20 לפסק דינו של השופט סולברג (2016) (להלן ענין עאמר); והשוו בג"צ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (2015)). מטעם זה גם נקבע כי על דרך העיקרון אין נדרשת המתנה לתוצאותיו של ההליך הפלילי כדי שתיכון סמכות להפעלת תקנה 119. לענין זה נפסק כי די בראיות מנהליות לשם הפעלת הסמכות, אך הוטעם, נוכח חומרת הסנקציה, כי על ראיות אלה להיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (ענין סקאפי, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט זילברטל; ההדגשה הוספה – א"ר).

לה. בית משפט זה ביטל לא מכבר, בדעת רוב, צוי החרמה והריסה שהוצאו לאחר שיהוי של 11 חודשים בין מועד הפיגוע למועד ההודעה שנמסרה למשפחת המחבל על הכוונה להרוס את ביתה (ראו ענין אבו חאשיה הנזכר). הנה מדברי השופט זילברטל שסבר כי הפעלת הסמכות באותו מקרה, נוכח השיהוי, אינה סבירה ודינה להיבטל:

"הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מיטשטשת. הביטוי 'למען יראו ויראו', אשר עומד בבסיס עיקרון הרתעת הרבים, מבוסס על כך שהקהל אותו יש להרתיע נוכח כי לעבירה מתלווה מחיר כבד, והחשש הממשי מפניו ימנע מאחרים לפעול באופן דומה בעתיד. מובן כי כשהדרישה לתשלום המחיר מבוששת לבוא, התוצאה ההרתעתית מתפוגגת אט אט, וככל שחולף זמן רב יותר, כך גם הסיכוי להשיג את ההרתעה המבוקשת הולך ופוחת ומעשה ההריסה הופך יותר ויותר לעונש או למעשה נקם לשמו ופחות למהלך הרתעתי" (שם, פסקה 9 לפסק הדין).

אמנם באותה פרשה סברתי, בדעת מיעוט, כי השיהוי שבהוצאת צוי ההריסה – שכאמור עמד על כ-11 חודשים – אינו מהווה פער קיצוני שיש בו כדי לשלול מעיקרא את האפשרות לנקיטת אמצעים מכוח התקנה, אך הטעמתי כי פגם זה מחייב נקיטת אמצעי מידתי יותר מאשר הריסת הבית בשלמותו. ברובד העקרוני הדגשתי כי:

"סבורני כי יש לשרטט 'קו גבול' רעיוני המשתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו, אשר לאחוריו ראוי להימנע מן האמצעי של הריסת בית בשלמותו, אלא לנקוט לפי הצורך

באמצעי מידתי יותר אשר גם בו יהיה כדי להשיג הרתעה
בנסיבות; ובמקרים בהם עבר פרק זמן קיצוני מאז אירע
הפיגוע, אף להימנע מנקיטת אמצעים מכוח תקנה 119"
(שם, פסקה כ"ב; וראו גם פסקה כ"ז לחוות דעתי).

הגיונה של הפסיקה הקובעת כי אין להלום שיהוי ניכר בין מועד פעולת הטרור
המקימה את הסמכות להפעלת תקנה 119 לבין מועד הפעלתה בפועל, נעוץ באינטרסים
פרטיים וציבוריים שבבסיסם הסתמכות משפחת המחבל – ככל שחולף הזמן – כי אין
כוונה להרוס או לאטום את ביתה, ופגיעה בצדקת הפעלת הסנקציה, נוכח תכליתה
ההרתעתית – ולוא למראית עין (ראו ענין אבו חאשיה, פסקאות 6-10 לחוות דעתו של
השופט זילברטל). אפשר להוסיף לכך את עצם האפקטיביות של צעד הרתעתי נמרץ
ומהיר.

אכן, לא ניתן לקבוע מראש פרק זמן שייחשב כ"סביר" ביחס להפעלת תקנה 119.
שיקול דעתו של המפקד הצבאי בענין זה נבחן ביחס למקרה הקונקרטי. אולם, על הכלל
להיות ברור – השיקולים הרלבנטיים נמנו מעלה, ומינהל תקין גם מחייב את הרשות
להפעיל את סמכותה במהירות הראויה, בחינת פשיטא (ראו גם סעיף 11 לחוק הפרשנות,
תשמ"א-1981), הכל בהתאם לנסיבות הזמן והמקום.

לו. וכעת לבחינת השיהוי במקרה דנא. הרצח המתועב נעשה ביום 2.7.14. ביום
9.5.16, בחלוף כ-22 חודשים, פנו העותרים במכתב לשר הביטחון, וביקשו שיורה על
הריסת או אטימת בתייהם של המשיבים. סבורים אנו כי בנסיבות אלה, השיהוי הניכר שבו
לוקה הפניה להפעלת הסמכות, די בו שלא להיעתר לעתירה. כאמור, אין בעובדה
שהעותרים המתנינו – כנטען – לסיום ההליך הפלילי שהתנהל בעניינם של המשיבים כדי
לרפא את השיהוי, וזאת משום שאין צורך, כפי שהוטעם מעלה, בפסק דין חלוט כדי
לעשות שימוש בתקנה, ודי בראיות מינהליות. העותרים יכלו להודיע כי הם מבקשים את
הריסתם או אטימתם של בתי המשיבים ולאפשר למשפחות המשיבים להגיב, אף טרם
הבשלת ההליך הפלילי; ההליך הפלילי וההליך מכוח התקנה – הא בהא לא תליא. נציין
בכל הכבוד, כי אף בדיון שנערך בפנינו לא העלה בא-כוחם של העותרים נימוקים כבדי
משקל שיש בהם כדי טעם המניח את הדעת לשיהוי הניכר שחל בין יום הרצח לבקשה
להפעלת הסמכות. הדברים נאמרים – כמובן – מבלי להמעיט כהוא זה בחומרת הרצח
ובמעשי המשיבים. העונשים הכבדים שהוטלו על המשיבים – מן החמורים ביותר שבספר
החוקים – הם ביטוי לסלידה העמוקה ממעשה הרצח ולצורך לענוש בחומרה מי שמבקש
לחצות קוים אדומים ולעשות מעשים מזויעים שהדעת, המוסר, ורגשות אנוש אינם
סובלים. נותר רק להצטער על שהגענו לכדי הרצח המתועב של נער עול ימים, חף מפשע

שחייו נגדעו באופן תת-אנושי בידי בני עוולה. כאן המקום להטעים, שאין שחר לטענה כי עמדת המדינה נובעת מגזענות; גם אם לא ראוי להכביר מילים על כך, חשוב לציין זאת מקום שהמשיבים 2-4 הועמדו לדין פלילי ונגזרו עליהם אותם עונשים כבדים. ואולם, משאמרנו זאת, הנה הוראה להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, לוקה בשיהוי גדול, ולא תעלה בקנה אחד עם תכלית התקנה כפי שפורשה. משכך, סבורים אנו כי אין עילה קונקרטית להתערבותנו בהחלטה.

לז. למעלה מן הצורך יוער, כי אף לגופם של דברים, ספק בעינינו אם בסופו של יום היה מקום להתערב בהחלטה, ככל שהיא נוגעת למקרה דנא, אף שנוכח השיהוי אין צורך להכריע בכך. העותרים טוענים כי המחליט לא בחן כראוי, עובר להחלטתו, את נושא הרתעתם של מחבלים יהודים פוטנציאליים. אכן, בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך להתערב בהפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי המפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119. הנה מלשונו של השופט ג' בך:

”ברצוני לציין, כי אין פירוש הדברים הנ”ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצויים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובררך אשר הדעת אינה סובלתם. כך, לדוגמה, אין להניח, שמפקד צבאי יחליט להרוס בית שלם, רב קומתי, המכיל דירות מרובות השייכות למשפחות שונות, אך ורק מהטעם שחשוד במעשי חבלה מתגורר בחדר שבאחת הדירות, ואם בכל זאת ירצה לעשות כן, יוכל בית-משפט זה לומר את דברו ולהתערב בדבר” (בג”צ 2722/92 אלעמדין נ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת עזה, מו (3) 693, 699 (1992)).

ואולם, באשר להערכת הרשות בדבר הצורך הקיים בהרתעה, כבר נפסק, כי על דרך העיקרון בית משפט זה “אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים” (ענין אבו זהים, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) נאור). ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהפעלת תקנה 119 היא ענין להכרעת גורמי הביטחון, ובהיעדר ראיות חזקות המצביעות על חריגה מסמכות או על חוסר סבירות מובהק בהליך קבלת ההחלטה, לא יתערב בה בית משפט זה ויחליף את שיקול דעת הגורם המוסמך בשיקול דעתו (ראו גם בג”צ 7473/02 בחר נ’ מפקד כוחות צה”ל בגזרה המערבית, פ”ד נו(6) 488 (2002); ענין מוגרבי, פסקה 13 לפסק דינו של השופט מלצר). בין היתר, בעובדה שמשפחות המשיבים, כך על פני הדברים, לא היו מעורבות בהיערכות, בתמיכה או אף במודעות ביחס למעשה הרצח, יש כדי לתמוך בשיקולים שלא לעשות שימוש בתקנה

(השוו (ענין אבו חאשיה, פסקה כ"ג, ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ז, ענין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר; ענין עאמר, פסק דינה של השופטת ברון)). בנסיבות הענין דנא, העריכו גורמי המקצוע כי הריסת בתי המשיבים אינה עולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית שביסוד תקנה 119. גורמים אלה הם האמונים על מעקב ומחקר של הלכי הרוח בקרב הציבור שממנו יצאו המשיבים לבצע את זממם (השוו ענין חמאד, פסקה 1(ד) לפסק דינו של השופט סולברג). ואולם, לא נכריע בכך, ועמדנו העקרונית בוטאה מעלה. נוסף, כי מכל מקום אין לנו כל סיבה שהיא להניח כי ההחלטה היתה נגועה בגזענות.

לח. למקרא חוות דעתו המעניינת של חברי השופט הנדל, נתתי דעתי לדברים שנזדמן לי לומר בעבר בענין תקנת "דרכי שלום", המטילה על יהודים חובות שונים כלפי מי שאינם יהודים (פרנסת ענייהם, ביקור חוליהם, קבורת מתייהם, ניחום אבליהם; ראו תוספתא גיטין ג, י"ג; בבלי גיטין ס"א, ע"א: "מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל, ומבקרין חולי נכרים עם חולי ישראל, וקוברין מתי נכרים עם מתי ישראל, מפני דרכי שלום"; כן ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, ס(3) 353, פסקה ד(2) לחוות דעתי והאסמכתאות שם (2005)). ביסוד התקנה עומד הצורך במניעת הפליה ובכינון יחסי שכנות טובה, נטולי איבה, קטטה ומדון. יפים הם לענין זה דבריו של הרב ד"ר א' הילביץ במאמרו "לביאור הסוגיא 'מפני דרכי שלום' ביחס לגויים" (טיני ק, שכח-שנח (תשמ"ז)): "כשגויים רואים שישראל מטפלים בענינים אלו לישראל הנזקקים והם מופלים לרעה, יהיו הגויים מלאים איבה כלפי ישראל... עיקר הטעם של איבה אינו מחמת יראה אלא כדי להשכיח סדר של שלום בעולם" (שם, בעמ' שנה).

לט. סוף דבר, אין להיעתר לעתירה בראש וראשונה בהתחשב בשיהוי הניכר שחל בין מעשה הרצח הנתעב לבין הגשתה. אמנם, אף לגופו של ענין דומה שההחלטה במקרה דנא אינה חורגת מגדרי המידתיות ואינה נגועה בחוסר סבירות. ואולם, נחזור ונטעים – כוחה של תקנה 119 יפה הן ביחס למחבלים ערבים והן ביחס למחבלים יהודים, הכל בהתאם לנסיבות הזמן והמקום, ולאמות המידה שנקבעו בפסיקה ביחס להפעלתה. טרם חתימה, מייחלים אנו כי יתמו חטאים מן הארץ, וכי כבר בעתיד הקרוב לא יוצרך השימוש בתקנה 119 כלפי מי מבני ארצנו, יהודים וערבים כאחד.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט נ' הנדל:

1. דעתי היא כי דין העתירה להידחות, ולו בשל השיהוי עליו עמד בהרחבה חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' דובינשטיין. נימוק זה הוכר בעבר כבסיס להימנע מהפעלת

סמכות ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן, בהתאמה: הסמכות ותקנה 119).

2. בפתח הדברים, אבהיר כי לו היה המשיב מפעיל את סמכותו נגד כל מחבל ערבי – ונגד מחבלים ערבים בלבד – העניין היה מעורר קושי משפטי, עד כדי האפשרות של התערבות בהחלטה מושא העתירה. אמנם, עסקינן בכלי הרתעתי ולא עונשי, אך גם כלי כזה – הפוגע בסביבתם של המחבלים ולא בהם עצמם – יש להפעיל על פי עקרונות של צדק ומשפט. להשקפתי, כך על פי עקרונות דמוקרטיים וכך על פי עקרונות המשפט העברי.

בעניין זה, יובאו הדברים הבאים: "התורה מצווה "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). מדוע השימוש הכפול במונח צדק? רבי בחיי בן אשר אבן חלואה – תלמיד הרמב"ן – משיב בספרו כד הקמח (מהדורת סדיקלאב, עמוד 35) כי החזרה על המילה צדק באה להאיר את עינינו ולהורות שאת אותה אמת המידה של צדק ויושר המופעלת כלפי היהודים יש להפעיל גם כלפי אומות העולם. אכן, צלילה לעומקה של ההלכה מלמדת כי התורה אינה מתירה הפליה בין יהודי ללא יהודי בתחומים של משפט וצדק" (תרגום חופשי של דברי הרב אהרון סולובייצ'יק [שחי בשיקגו, ארה"ב, במאה ה-20] Rabbi Ahron Soloveichik, *Civil Rights and the Dignity of Man*, in *LOGIC OF THE HEART*, (LOGIC OF THE MIND 65 (1991)).

3. ברם, המצב אינו כמתואר בפתיחת פסקה 2. התמונה בענייננו מורכבת ועדינה יותר. בתגובתו המשלימה של המדינה, בעקבות הערותינו בדיון, הובהר כי הרשויות אינן עושות שימוש בקריטריון הלאום – או הדת – ואינן מבחינות בין רוצחים יהודים וערבים על רקע לאומני, אך ורק בשל זהותם הקבוצתית. אדרבה, נוכח הצורך להפעיל את הסמכות בצורה סבירה ומידתית, גובש מבחן הקובע כי החרמת והריסת בתי מחבלים תתבצע רק במקום שבו אמצעים מתונים יותר אינם משיגים את ההרתעה הנדרשת – בהתחשב בהיקף פעילות הטרור ב"קבוצת הייחוס" שאליה משתייך המחבל, וביחסה של הסביבה כלפי פעילות זו. כפועל יוצא, סבור משיב 1 כי יש צידוק עקרוני להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בכל הקשור למחבלים פלסטינים, או תושבי מזרח ירושלים. לעומת זאת, החרמת והריסת בתיהם של רוצחים על רקע לאומני המשתייכים לקבוצות ייחוס אחרות – דוגמת אזרחי ישראל, יהודים או ערבים – נתפסת כצעד בלתי מידתי ובלתי נחוץ. בהתאם למדיניות זו, גם במקרים שבהם ערבים ישראלים היו מעורבים בפעילות טרור על רקע אידיאולוגיה לאומנית – דוגמת פיגוע בתל אביב בחודש ינואר 2016, בו נרצחו שלושה בני אדם; פיגוע בחודש אוקטובר 2015 שבמהלכו נהרגו שני

אדם; ופיגועים נוספים בתוך אותה תקופה קצרה יחסית – נמנעה המדינה מהפעלת הסמכות בעניינם. מדיניותו של משיב 1 אינה מפלה אפוא בין יהודים לערבים ככאלה. מדובר במדיניות המשקללת את אינטרס ההרתעה עם הקושי שמעוררת החרמת בית והריסתו – ונמנעת מצעד זה, כלפי בתי מחבלים יהודים או ערבים, במצבים שבהם הוא אינו הכרחי.

המדיניות של גורמי הביטחון להגביל את השימוש בסמכות לפי תקנה 119, נתנה את אותותיה בעבר. נציין כי בשנת 2005 – בעקבות הירידה בהיקף פעילות הטרור, ובהתאם להמלצת צוות חשיבה ייעודי – החליטה המדינה להפסיק את השימוש בתקנה 119. רק בחודש יולי 2014, נוכח ההתדרדרות המתמשכת במצב הביטחוני – אשר התבטאה בעלייה תלולה במספר הפיגועים, לרבות אלו שגבו מחיר בנפש – הוחלט לשוב ולהפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 כעניין שבמדיניות. אולם, זאת תוך התמקדות באזורים ובאוכלוסיות שבהם היכה הטרור שורש, ואילץ את המדינה לנקוט אמצעי קיצוני של החרמה והריסה כדי להרתיע מחבלים פוטנציאליים ולבלום את גל הטרור. ועדיין, שר הביטחון והמפקד הצבאי נזהרו בשימוש בסמכות ההריסה, והחליטו שלא לעשות בה שימוש כנגד ערביי ישראל – או, במקרה דנן, כלפי יהודים. הרציונל היה כי גורמי הביטחון בחנו את המקומות מהם יצאו מספר משמעותי של מבצעי פעולות טרור קטלניות. בהתאם, הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 נגד מחבלים פלסטיניים או תושבי מזרח ירושלים – שלגביהם לא ניתן היה להסתפק באמצעי הרתעה פוגעניים פחות. החשיבה הייתה כי כאשר מדובר ברוצחים על רקע לאומני שהם אזרחי ישראל – ערבים או יהודים – אשר סביבתם אינה מעודדת ואינה רוויה בטרור, אין סיבה לסטות מן המדיניות הקודמת, ודי בנקיטת אמצעי ענישה ושיטור פוגעניים פחות.

יצויין כי המספרים שהוצגו בפנינו מלמדים על פער עצום בהיקפי הטרור בין הקבוצות בהן נעשה שימוש בסמכות, לבין הקבוצות שלגביהן הוחלט להימנע מהפעלתה. תכליתה של תקנה 119 היא יצירת הרתעה סביבתית ולכן יש קשר רציונאלי בהחלטה להתמקד בקבוצות שבהן ובתוכן היקפי הטרור גדולים כדי למנוע פגיעה בנפש, ואין די בצעדים מידתיים יותר כגון ההליך המשפטי והענישה של המבצע. הצידוק להפעלת תקנה 119 נעוץ, כל כולו, בהשפעתה המיוחלת על הסביבה ובייחוד על סביבתו של המחבל. מכאן העמדה לפיה אין לבודד את המחבל ומשפחתו, ולבחון את הצידוק להפעלת הסמכות בעניינם מבלי להידרש למעגלים החברתיים הרלוונטיים – או, במילותיו של משיב 1, "קבוצת הייחוס" אליה משתייך המחבל.

עוד טוענת המדינה כי ההשתייכות לקבוצת ייחוס שלגביה תופעל, באופן עקרוני, סמכות ההחרמה וההריסה, אינה סוף פסוק – שכן מדובר בתנאי הכרחי (על פי מדיניות הנוכחית של המשיב 1), אך לא מספיק. גם אם הטיפול בעניינו של מחבל פלסטיני, או תושב מזרח ירושלים, מושפע מזהותו הקבוצתית – זהות זו אינה מכתובה, כשלעצמה ובאורח אוטומטי, את התוצאה, שכן הפעלת הסמכות מותנית בבחינה פרטנית של נסיבות המקרה. לשיטת המדינה, גישה זו מיושמת ומצמצמת ברובד נוסף את השימוש בסמכות לפי תקנה 119.

4. בבואי להשקיף על מדיניות זו, אתחיל במושכלות ראשונים: טענה של חוסר שוויון מגלמת בתוכה פתרונות שונים. למשל, אם לקבוצה המופלית ניתן תקציב נמוך יותר, הרשויות עשויות לתקן את ההפליה באמצעות הגדלת התקציב המוענק לקבוצה זו והשוואתו לזה של הקבוצה המועדפת – או להפך. לכן, השאלה העומדת לפנינו היא האם נכון להרחיב את השימוש בתקנה 119 לקבוצות ייחוס שכיום אינן נכללות בה – דהיינו, אזרחי ישראל יהודים וערבים – להכיר ברלוונטיות של השוני בין הקבוצות, או למנוע כליל את השימוש בכלי המעוגן בתקנה 119. אלה האפשרויות העומדות בפנינו. ראשית, עמדת גורמי הביטחון לפיה יש לצמצם את השימוש בכלי זה, גישה ראויה היא. עסקינן בפגיעה חמורה בקניין של אנשים שלא מיוחסת להם עבירה כלשהי – בגין מעשי בני משפחותיהם – באופן המעורר שאלות משאלות שונות. מהצד האחר, כפי שעולה מן הפסיקה, ובהתאם לחומר הראיות המוצג לעיתים מזומנות לבית משפט זה, אין לחסום כליל את השימוש בסמכות לפי תקנה 119. החומר תומך במסקנה כי הפעלת התקנה בתקופות קשות מאד נגד קבוצות שהשתתפותן בפעילות הטרור רחבה היא, מונעת פגיעה בנפש.

גישה זו תואמת את אשר נפסק על ידי בית משפט זה. מפסקי הדין השונים עולה כי רוב רובם של השופטים רואים בתקנה 119 כלי שמותר לעשות בו שימוש לעיתים. לעומתם, יש הסבורים שהעניין אינו לגיטימי כלל, ואחרים המבטלים את עמדתם מפני דעת הרוב המכריע, בנימוק שבית משפט אנו ולא בית שופטים. יש שהסתייגו פחות מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ויש שהסתייגו יותר; יש שהציבו סייגים רחבים יותר להפעלת הסמכות, ואחרים שהנמיכו את הרף. למשל, בשאלה באיזו מידה יש להעניק משקל להתנהגות המשפחה, ידיעתה והסתייגותה מפעולת הטרור של המחבל שהתגורר בדירתה. כך או כך, מוסכם על הכל כי הצידוק להחרמת והריסת הבתים בהם מתגוררים קרובי משפחה של המחבל נעוץ בצורך להרתיע מחבלים פוטנציאליים בעתיד. זאת, על רקע החומר המודיעיני שהוגש, כאמור, לבית משפט זה, ומבסס את המסקנה בדבר יעילות מנגנון ההרתעה לגבי קבוצות הייחוס בעניינן נעשה שימוש בסמכות לפי תקנה 119.

אלה קרני הדילמה. הן צומחות מעמדת המדינה. מצד אחד, אם ההנחה של גורמי הביטחון היא שפלסטיני או תושב מזרח ירושלים השוקל ביצוע פיגוע טרור קטלני, עשוי להימנע מכך מפני שהדבר יביא להריסת בית משפחתו, והמטרה היא פיקוח נפש, מדוע נאמר כי אותו מנגנון לא ירתיע – גם אם בהיקף מספרי קטן יותר – את האזרח הערבי, או היהודי, השוקל לבצע פיגוע דומה. מצד אחר, מדיניות גורמי הביטחון היא כי יש להימנע ככל שניתן מהשימוש בכלי של החרמת והריסת בתים של בני משפחה שלא מיוחסת להם כל עבירה. בהתאם למדיניות זו, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 תעשה רק במקרה בו הממד ההרתעתי בעל עוצמה גבוהה יותר בשל מאפייני הסביבה. בכך עוסקים גורמי הביטחון – מהמציאות העכורה שדורשת הרתעה, עד לעיצוב מדיניות הרתעה, תוך שיקולים נורמטיביים שעשויים להגביל את השימוש בכלי הרתעה, ובחזרה למציאות המשתנה.

ובסופו של שיקול, לנוכח הקשיים שמעוררת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והיותה של ההרתעה הצידוק היחיד להפעלתה, נראה כי לא יהיה נכון להרחיבה לקבוצות ייחוס שאף המדינה סבורה בשלב זה כי היא אינה נחוצה לגביהן. החלופה של הפסקה מוחלטת של השימוש בסמכות איננה תואמת את פסיקת בית משפט זה. נותרה החלופה של אי התערבות במצב הקיים, המבוססת על טיעונים רציונאליים. זאת, כאשר התוצאה איננה יוצרת הבחנה מוחלטת על פי דת או לאום – כי אז היה מקום לשקול התערבות במדיניות הפעלת הסמכות. כאמור, הפער בכמות וב"איכות" הטרור משמעותי וכולט בין הקבוצות נגדן מופעלת הסמכות ובין אלה שלא. המסקנה היא כי אין לקבל את העתירה.

לצד זאת, יוזכר כי קיים צורך לבחון את המדיניות בדבר השימוש בתקנה בתדירות גבוהה. בחינה זו תכלול את כל השיקולים הרלוונטיים, התועלת והנזק, ההרתעה ואופי הסמכות, נגד מי היא מופעלת ונגד מי לא. אין בכך להביע עמדה במסגרת עתירה זו בדבר המדיניות הרצויה בכגון דא, אלא כי נכון לבחון את הסוגיה מעת לעת – ובמגמת צמצום.

5. חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין עמד בחוות דעתו על הממד האוניברסלי בתפיסת המשפט העברי – כל המקיים נפש אחת מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא (פסקה כט לחוות דעתו). אוסיף, ברוח זו, את דברי חז"ל, "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יז), ר' עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: 'זה ספר תולדות האדם' (בראשית ה, א) זה כלל גדול מזה" (ספרא, פרשת קדושים ד, יב). מעל לכל ניצבת ההכרה בחשיבות סיפורו של כל אדם ואדם באשר הוא. כן נאמר במשנה כי מסיבה זו נברא

תחילה אדם יחיד – "ללמד שכל המאבד נפש אחת מעלים עליו כאילו איבד עולם מלא" (משנה, סנהדרין ד, ה). ומכאן, הייחוד – מהבחינה השלילית – במקרנו שהרי "אין בכל פשעי האדם יותר חמורה מזו [עבירת שפיכות דמים]" (רמב"ם, מורה הנבוכים, חלק ג פרק מא). לנוכח חומרת האכזריות במעשי משיבים 4-2, אל מול מקרא הסקירה היפה של חברי המשנה לנשיאה, נזכרתי בסוגיה הבאה מן התלמוד הירושלמי:

"שמעון בן שטח הוה עסיק בהדא כיתנא אמרין ליה תלמידוי ר' ארפי מינך ואנן זבנין לך חדא חמר ולית את לעי סוגין. ואזלון זבנון ליה חדא חמר מחד סירקאי ותלי ביה חדא מרגלי. אתון לגביה אמרין ליה מן כדון לית את צריך לעי תובן. אמר לון למה אמרין ליה זבנינן לך חד חמר מחד סירקיי ותלי ביה חדא מרגלי. אמר לון וידע בה מרה אמרין ליה לא א"ל לון איזל חזר. לא כן אמר רב הונא ביבי בר גוזלון בשם רב התיבון קומי רבי אפילו כמאן דמר גזילו של עכו"ם אסור כל עמא מודיי שאבידתו מותרת. מה אתון סברין שמעון בן שטח ברברין הוה" (תלמוד ירושלמי, בבא מציעא ח, ע"א).

ובתרגום חופשי (המבוסס על פירוש "פני משה" על התלמוד הירושלמי) – שמעון בן שטח היה עוסק בפשתן. אמרו לו תלמידיו: רבי, אנו נקנה לך חמור ולא תצטרך להטריח עצמך בהובלת הפשתן. הלכו וקנו מישמעאלי אחד חמור שעל צווארו תלויה מרגלית טובה. הביאו התלמידים את החמור לרב ואמרו לו מעכשיו לא תצטרך להטריח עצמך עוד בעבודה. שאל אותם שמעון בן שטח האם בעל החמור היה מודע לקיומה של המרגלית, ומשהשיבו לו בשלילה הורה להם ללכת ולהשיבה לידיו. שאלו התלמידים את הרב מדוע הוא מצווה אותם להחזיר את המרגלית, והלא גם אם אסור לגזול ממי שאינו יהודי, אין חובה לעמוד ברף הגבוה יותר ולהשיב לו את אבידתו. השיב להם הרב: וכי חושבים אתם ששמעון בן שטח ברברי הוא? שנעשה חטפן כדי להעשיר את עצמו? (במאמר מוסגר, אציין כי הרב קוק אימץ באגרותיו הלכה למעשה את גישת המאירי לפיה גם מצוות השבת אבדה חלה כלפי יהודי ולא יהודי כאחד (אברהם יצחק הכהן קוק אגרות הראי"ה חלק א, אגרת פט (התשל"ז)).

על פי הסיפור התלמודי, שמעון בן שטח סירב לעצב את הליכותיו על פי הדין בלבד. הוא לא היה מוכן ליהנות מן האבן היקרה גם אם ההלכה אינה מטילה עליו חובה להשיבה למוכר הלא יהודי, אשר לא ידע על קיומה – מהטעם כי אינו "ברברין". לקח הסיפור הוא כי יש להעלות את המוסר האנושי הבסיסי כמקור להתנהגותו היומיומית של היהודי כלפי כל אדם. על רקע זה, הכיצד נגיב להתנהגות בה הורשעו המערערים שלצערי אין להגדיר אותה אלא כברברית מובהקת? הפער בין התנהגותו של שמעון בן שטח לבין

ענייננו אינו נותן מנוח. המציאות עצובה וטראגית, אך לא ניתן להתכחש לה – אף כי עסקינן במקרה חריג ביותר, בודד ומגונה חברתית.

6. ניתן להבין את תחושת משפחת הקרבן, אשר הגישה את העתירה. ואולם, עסקינן בכלי הרתעתי ולא ענישתי. יש לזכור כי נגד המבצעים התנהל הליך משפטי, הם הורשעו ונגזרו עליהם עונשי מאסר כבדים מאד. באשר לקבוצת הייחוס הרלוונטית לעתירה זו, על אף שמדובר במיעוט שבמיעוט, נראה כי הפיתרון המשפטי לסוגיה, יהיה אשר יהיה, מעבר לענישה אין די בו – ובכל מקרה, הוא איננו הפיתרון היחיד, איננו המסלול היחיד ואף איננו התחום או הדיסציפלינה היחידים למנוע מקרים כאלה בעתיד.

ש ו פ ט

השופט (בדימ') צ' זילברטל:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין ומצטרף אף להערותיו של חברי, השופט נ' הנדל.

ש ו פ ט (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין.

ניתן היום, י' בתמוז התשע"ז (4.7.2017).

ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')