



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 799/17

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 1. אחמד קונבר
2. מנווה קונבר
3. תהאני עארף קונבר
4. פלוני
5. פלונית
6. פלונית
7. פלוני
8. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיב: מפקד פיקוד העורף

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"ז בשבט התשע"ז (13.2.2017)

בשם העותרים: עו"ד מיכל פומרנץ

בשם המשיב: עו"ד אבינעם סגל אלעד

פסק דין

השופט י' דנציגר:

עניינה של העתירה בצו החרמה והריסה שהוצא ביחס ליחידת המגורים בה מתגוררים העותרים 3-7, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119).

1. ביום 8.1.2017, בסמוך לשעה 13:30, ביצע פאדי אחמד חמדאן קונבר, יליד 1988 (להלן: המחבל), פיגוע דריסה קטלני באמצעות משאית בטיילת "ארמון הנציב" שבעיר ירושלים. בפיגוע נהרגו ארבעה חיילי צה"ל ונפצעו 18 אנשים נוספים, שניים מהם באורח קשה. במהלך הפיגוע נורה המחבל ונהרג. על רקע הפיגוע, הפעיל המשיב את סמכותו לפי תקנה 119 והוציא צו החרמה והריסה כלפי יחידת המגורים בה התגורר המחבל עם רעייתו וארבעת ילדיהם, הם העותרים 3-7 (להלן: יחידת המגורים).

2. יחידת המגורים מושא צו ההריסה כוללת שתי קומות המחוברות ביניהן במדרגות פנימיות. הקומה העליונה כוללת חדר מגורים, מטבחון ושירותים, והקומה התחתונה כוללת מרתף. על-פי הצו שהוציא המשיב, הריסת יחידת המגורים מיועדת להתבצע בדרך של אטימה מלאה של שתי הקומות באמצעות בטון. יחידת המגורים מהווה חלק ממבנה שבו קיימת יחידה נוספת, אשר הצו אינו חל כלפיה, בה מתגוררים הוריו של המחבל, הם העותרים 1-2, בני 79 ו-63 בהתאמה (להלן: יחידת ההורים). יצוין כי שתי היחידות צמודות זו לזו ומפריד ביניהן קיר משותף. עוד יצוין, כי המבנה כולו - כלומר שתי היחידות - מצויי בבעלות העותר 1, ואולם אין חולק כי יחידת המגורים ניתנה למחבל ולרעייתו כמתנת נישואין ושימשה אותם ואת ילדיהם.

3. צו ההריסה נמסר לעותרים על ידי המשיב, לאחר שביום 12.1.2017 מסר להם המשיב הודעה על כוונתו לאטום את המבנה, ולאחר שביום 19.1.2017 נדחתה השגה שהגישו העותרים בנדון, במסגרתה הם העלו טענות שונות נגד השימוש בתקנה 119.

4. העותרים - באמצעות באת-כוחם עו"ד מיכל פומרנץ - מעלים שורה של טענות עקרוניות ופרטניות נגד הצו. במישור העקרוני נטען, כי אטימת והריסת בתים על-פי תקנה 119 היא פעולה אסורה ובלתי חוקית, משום שהיא פוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומשום שהיא מהווה ענישה קולקטיבית המנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי. לצד זאת, נטען שטרם הוכח כי הטלת סנקציה בדמות הריסת בתי מחבלים משיגה את התכלית ההרתעתית שלשמה היא ננקטת. יצוין כי העותרים מוסיפים וטוענים, כי החלטות המשיב בדבר הוצאת צווי הריסה כבנדון דידן אינן מבוססות על תשתית עובדתית איתנה, וכי לכל הפחות יש לעכב את השימוש בסנקציה עד אשר הוא יבצע בדיקה אמפירית ויציג נתונים לגבי מידת ההרתעה המושגת באמצעות השימוש בתקנה 119. במישור הפרטני נטען, כי ההחלטה להרוס את יחידת המגורים אינה

מידתית, בשים לב לכך שבני משפחתו של המחבל לא ידעו על כוונתו ונוכח גילאי העותרים 4-7, הנעים בין תשעה חודשים לשבע שנים. עוד נטען במישור המידתיות, כי הסנקציה שנבחרה, בדמות אטימה מלאה באמצעות בטון, אינה מידתית כיוון שמשמעה למעשה כי לא ניתן יהיה להשתמש במבנה אי-פעם. יצוין כי העותרים צירפו לעתירה חוות דעת הנדסית, בה נכתב כי קיימת אפשרות סבירה לכך שמילוי כמות גדולה של בטון ביחידת המגורים שבה התגורר המחבל, תוביל לפגיעה ביחידת ההורים.

5. המשיב - באמצעות בא-כוחו עו"ד אבינעם סגל אלעד - סבור כי אין עילה להתערבות שיפוטית בהחלטתו לאטום את יחידת המגורים. לדידו, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מתחייבת בנסיבות המקרה החמורות, והיא חיונית לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים דומים. המשיב מתנגד לכלל הטענות העקרוניות שמעלים העותרים, בציינו כי טענות אלה נדחו בשורה ארוכה של פסקי דין מהעת האחרונה. המשיב מוסיף וטוען כי אין ממש גם בטענות הפרטניות שעולות בעתירה, כשלעמדתו הפעלת הסנקציה בנסיבות העניין היא מידתית, לנוכח התוצאות הקשות של הפיגוע. המשיב מדגיש, כי מדובר בפיגוע מתוכנן, בעל מאפיינים אכזריים במיוחד, שנבע ממניעים אידאולוגיים, ואשר מצדיק נקיטת סנקציה חריפה. עוד הוא טוען, כי מודעותם או סיועם של בני משפחתו של המחבל לפעולותיו או לכוונתו לבצע את הפיגוע אינם נדרשים לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. המשיב מדגיש, כי העובדה שילדיו של המחבל הם קטינים אינה מצדיקה אף היא כשלעצמה התערבות שיפוטית, כשבפסיקה אושר בעבר השימוש בתקנה 119 בנסיבות דומות. אשר לאופן ההריסה שנבחר, המשיב מפרט כי החלטתו לעניין האטימה המלאה של המבנה נתקבלה משיקולים הנדסיים וענייניים, ובשים לב למטרת ההרתעה. המשיב מפרט כי האטימה תבצע בשני שלבים, באופן שלמיטב בדיקתו לא יסכן מבחינה הנדסית את יחידת ההורים.

6. ביום 13.2.2017 התקיים דיון בעתירה, במהלכו שבו הצדדים על עמדותיהם. הדיון התקיים לאחר שבפתחו הסכים המשיב לקיימו כאילו הוצא צו על-תנאי. במסגרת הדיון, ובהסכמת באת-כוח העותרים, הציג המשיב לעיוננו, במעמד צד אחד, חוות דעת כללית שהוכנה על-ידי גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש בתקנה 119. חוות דעת זו הוצגה בעבר לבית משפט זה על ידי המשיב, ואולם עתה הציג המשיב גם נספח עדכון לה, מחודש נובמבר 2016, וזאת בהתאם להוראת בית משפט זה שהופנתה אליו במסגרת בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט), אליה נשוב בהמשך. לאחר שעיינו במעמד הדיון בחוות הדעת ובנספח לה, הסכים המשיב למסור לעותרים פראפרזה גלויה בעניינם,

שלשונה היא כדלקמן: "חוות הדעת מבוססת על מידע שהתקבל בשירות הביטחון הכללי ממגוון מקורות המבסס את המסקנה כי יחידים נמנעו מלבצע פיגועים בגין החשש שבתייהם יהרסו". יוער, כי במסגרת החומר החסוי שהוצג לעיוננו נכללו גם נתונים שעסקו בנסיבות המקרה הפרטניות. יצוין כי בדיון נכחו אף הוריה של שיר חג'אג' ז"ל. לקראת סיומו של הדיון, ניתנה להורים רשות להשמיע את דברם לפני בית המשפט - וכך עשו הם. משכלל טענות הצדדים מונחות לפנינו, נפנה אפוא להכרעה בתיק זה.

דיון והכרעה

7. במסגרת הדיון בעתירה זו אין מקום לשוב ולהידרש לטענות העקרוניות בעניין סמכות המשיב להוציא צווי החרמה והריסה, חוקתיות הסנקציה של הריסת בתים ויעילותה. כפי שציינתי בעבר, סוגיות אלה קיבלו מענה בפסיקותיו האחרונות של בית משפט זה, ואיני סבור כי יש מקום לדון בהן פעם נוספת, כל זמן שהן אינן זוכות לבחינה מחודשת ולהכרעה בהרכב מורחב [ראו דבריי בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 (3.8.2016), (להלן: עניין חליל)]. לדיונים שנערכו בפסיקה בסוגיות העקרוניות, ראו, בין היתר, באסמכתאות הבאות: בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014); דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015); 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 (22.12.2015); בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (7.7.2016), (להלן: עניין אבו-זיד)]. נקודת המוצא לדיון בענייננו היא שהשימוש שנעשה על-ידי המשיב בתקנה 119 נעשה בסמכות, והביקורת השיפוטית עליו מתמקדת במישור שיקול הדעת.

8. בלי לגרוע מהאמור לעיל, יובהר כי אין משמעות הדבר כי כל זמן שלא נערך דיון בסוגיות העקרוניות, דעתו של בית המשפט נוחה מנקיטת סנקציות מכוח תקנה 119. בהקשר זה, וכפי שנפסק בעבר, נוכח הפגיעה הקשה הגלומה בהפעלת הסמכות שבנדון, תדיר גם כלפי חפים מפשע, מוטלת על המשיב חובה לשוב ולבחון כל העת את השימוש בתקנה 119 ואת האפקטיביות והיעילות הגלומה בכך, גם כאשר בית המשפט נמנע מלהתערב בהחלטותיו במסגרת הליכי הביקורת השיפוטית. כמאמר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט:

"...במבט צופה פני עתיד, הנה רחב ככל שיהיה שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ועל כך עמדנו מעלה, סבורני

כי עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו...

לטעמי, השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות...

לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים..."

[פסקה כז לפסק הדין, וראו גם בפסקה 4 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ברון בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016), (להלן: עניין מרעי)].

לשון אחר: העובדה כי הדיון בשאלות העקרוניות וביעילות הסנקציה הננקטת מכוח תקנה 119 אינו נפתח בכל פעם מחדש, אין משמעה כי שאלות אלה הפכו להיות בלתי רלבנטיות, או כי הן הולכות ונדחקות לשולי השיח המשפטי. מהנספח העדכני והמפורט שצורף לחוות הדעת אותה הגיש המשיב לעיוננו במסגרת הדיון בעתירה, ניתן להיווכח כי גם הוא מודע לכך. בלי לפרט על תוכן חוות הדעת והנספח העדכני לה (מטעמים מובנים), ואף בלי לחוות דעה לגביהם, ניכר כי המשיב מבין את חובתו החוקית, והוא ממלא אחר הנחיית בית משפט זה לעיין "עיון מתמיד" בשאלת אפקטיביות הסנקציה מכוח תקנה 119, ולבחון כל העת את עצמו ואת החלטותיו. למותר לציין כי המשיב מצופה להמשיך לעשות כן גם בעתיד.

9. משדברים אלו הובהרו, הבחינה בענייננו תתמקד כאמור במישור שיקול הדעת של המשיב. בנסיבות המקרה, הבחינה מתכנסת לכמה מוקדים, עליהם אפרט להלן.

10. מודעות בני המשפחה: נתונים אודות מודעות או אי-מודעות של המתגוררים במבנה בדבר כוונתו של המחבל להוציא אל הפועל פיגוע, צריכים להילקח בחשבון על-ידי המשיב לצורך קבלת החלטה מכוח תקנה 119. אין דין הריסת מבנה שבו מתגוררים מי שהיו מודעים לכוונת המחבל להוציא לפועל פיגוע, כדין הריסת מבנה שבו מתגוררים מי שלא היו מודעים לכך. גם נתונים אודות אופי וסוג הידיעה - היינו: האם מדובר בידיעה על כוונה כללית בלבד, או על כוונה ספציפית להוציא לפועל

פיגוע קונקרטי - צריכים להילקח בחשבון. יחד עם זאת, חובת המשיב לשקול נתונים אודות מודעותם של המתגוררים בבינוי מושא צו ההריסה, אינה גוזרת מסקנה הכרחית שלפיה לא תיתכן קבלת החלטה על הפעלת הסמכות אלא אם הייתה מודעות של הגרים במבנה לכוונותיו של המחבל. כמאמר הנשיאה מ' נאור: "נתון זה עשוי להשפיע על היקף הצו שיינתן מכוחה של התקנה. עם זאת, הלכה היא כי שיקול זה איננו עומד לבדו והעדד ראייה בדבר מעורבותם של בני הבית בפעילות החבלנית או מודעותם לכך אינה מונעת את הפעלת הסמכות" [עניין מרעי, פסקה 22 לחוות דעתה של הנשיאה, אך השוו גם להערותיה של השופטת ע' ברון בנדון, בפסקאות 6-8 שם. כן ראו: בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 28 (31.5.2016); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, ופסקאות ד-ה לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (5.1.2009)].

בנסיבות המקרה הנדון, הנתונים אודות מודעותם של בני משפחתו של המחבל נשקלו על כפות המאזניים עובר להחלטה שנתקבלה על-ידי המשיב. לצדם, נשקלו כמובן גם נתונים נוספים. נתון אחד, הוא עצם העובדה שמדובר בפיגוע מתוכנן, אכזרי וחריג בחומרתו, אשר תוצאותיו היו הרות גורל, בהתחשב גם במספר הרב של הקורבנות אשר נגבה. נתון נוסף, עליו אין חולק, הוא שהמחבל ביצע את הפיגוע בעצמו, ממניעים אידאולוגיים, כלומר שמעורבותו בפיגוע הייתה מעורבות ישירה. נתון חשוב אחר, שגם עליו אין עוררין, הוא שהמחבל עצמו התגורר ביחידת המגורים הספציפית המיועדת להריסה, כך שיש זיקת מגורים ישירה בינו לבין המבנה מושא צו ההריסה. מכלול נתונים זה עמד לפני המשיב עת שקיבל את החלטתו על הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. אף אם אצא מנקודת הנחה כי לא קיימות בתיק ראיות ישירות למודעות העותרים (או חלקם) לכוונתו של המחבל להוציא לפועל את הפיגוע, איני סבור כי יש בכך כדי להטות את הכף לטובת קבלת העתירה. כאמור, החלטתו של המשיב להורות על הריסת יחידת המגורים משקללת מספר רב של נתונים, ובמקרה זה, איני סבור כי ניתן לומר שתוצאת השקלול היא בלתי חוקית או מגלה פגם משפטי המחייב התערבות שיפוטית.

11. גילאי העותרים 4-7: אין לכחד כי הקושי בהפעלת סנקציה של הריסת בתים כלפי חפים מפשע מתעצם כאשר בבינוי מושא צו ההריסה מתגוררים ילדים קטינים. הדברים ברורים מאליהם, וזאת אף בלי צורך לקיים דיון מעמיק בכלל היבטים המשפטיים שעשויים להיות רלבנטיים [כגון תחולת אמנות בינלאומיות שונות, לרבות האמנה בדבר זכויות הילד כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה בשנת 1989)]. כפי שהדגשתי בעבר, בנסיבות שבהן הבינוי מושא צו ההריסה משמש כבית מגורים לילדים בגילאים צעירים מאוד, שאינם מעורבים במעשה, מתחייבת הפעלה זהירה, מידתית ומדודה

ביותר של הסנקציה לפי תקנה 119 [עניין חליל, פסקה 10]. אכן, אף שבפסיקת בית משפט זה נקבע בעבר כי אין בעובדה שבבינוי מושא צו ההריסה מתגוררים קטינים, כשלעצמה, כדי "לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו, שכן מטבע הדברים מקום שעסקינן בבתי מגורים, יהיו לא פעם קטינים בין זריהם, והצורך בהרתעה בעינו עומד" [דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסקה ז' לעניין אבו-זיד, והאסמכתאות שם] – מובן כי הריסה שמשמעה פינוי קטינים, טומנת בחובה קושי מיוחד, ולכן לדידי, אישורה תחת שבט הביקורת השיפוטית, מוטב שיהא מעוגן בנימוקים חזקים אף מעבר לרגיל.

בענייננו, ולאחר התלבטות רבה, איני סבור כי יש עילה להתערבות שיפוטית בהחלטת המשיב, וזאת גם לאחר שקלול גילאי העותרים 4-7. ליבי אינו קל עם החלטה זו, אך דומני כי שני טעמים מצדיקים קביעה זו: ראשית, כאמור לעיל, המקרה הנדון הוא מקרה חמור ביותר, ועיקר הפרמטרים הטעונים בחינה לצורך הפעלת סמכותו של המשיב מכוח תקנה 119 הם פרמטרים מובהקים שמצדיקים כשלעצמם את הפעלת הסמכות. שנית, לטעמי יש משקל רב לכך שהאטימה בנדון צפויה להתבצע ביחס ליחידת המגורים שבה התגוררו המחבל ובני משפחתו בלבד. לעומת זאת, צו ההריסה לא הופנה כלפי יחידת ההורים, הקיימת באותו המבנה. בנסיבות אלה, סביר להניח, כי לאחר מימוש צו ההריסה יעברו העותרים לגור ביחידת ההורים, כך שלמעשה, אישור צו ההריסה שבנדון אין משמעו הותרת העותרים 4-7 ללא קורת גג. אף שלא ניתן להפריז במשמעות שיש להריסת יחידת המגורים מנקודת מבטם של העותרים 4-7, הרי שבנסיבות העניין מובטח כי כלל צרכיהם המיידים יכולים להיות מסופקים להם בכל הקשור למקום ללון ולשהות בו, וזאת בצמוד ליחידת המגורים שבה הם התגוררו עד כה. למען הסר ספק, איני קובע כי שיקול זה הוא בבחינת תנאי שחובה שיתקיים לשם אישור כל הריסה מכוח תקנה 119, ואולם בנסיבות המקרה דנן דומני כי יש לו משקל משמעותי. בנתון לאמור, איני סבור כי ניתן לומר שהחלטת המשיב היא בלתי חוקית באופן שמחייב התערבות שיפוטית [ראו שיקול דומה בבג"ץ 5251/90 קלוד נ' שר הבטחון (20.6.1991)].

12. מידתיות אופן האטימה: איני סבור כי יש מקום להתערב בצו על יסוד הטענות ההנדסיות שהעלו העותרים. עיינתי בחוות הדעת ההנדסית שצורפה לעתירה, כמו גם בטענות המשיב לעניין זה. לא התרשמתי כי יש מקום לפקפק בעמדה המקצועית שהציג המשיב, לפיה אין סיכון קונסטרוקטיבי ליחידת ההורים בשל אטימת יחידת המגורים של המחבל. אשר על כן, איני סבור כי יש עילה להתערב בצו ההריסה על יסוד זה.

13. תשתית עובדתית: איני סבור כי יש מקום להתערב בצו ההריסה גם על יסוד טענות העותרים בעניין זה. אשר לתשתית העובדתית בעניין אפקטיביות הסנקציה הננקטת מכוח תקנה 119, הרי שכאמור, לא זהו המקרה לקיים דיון מחודש בסוגיה זו. יתרה מכך, שכפי שצוין לעיל, המשיב הגיש לעיוננו חומר חסוי עדכני במסגרת הנספח לחוות הדעת החסויה, וזאת לרבות מסירת פראפרזה לעותרים בדיון שנערך לפנינו. בנסיבות אלה - ובלי להביע עמדה כלשהי לגבי תוכן החומר החסוי - איני סבור כי ניתן לומר שהחלטתו של המשיב התקבלה בחלל עובדתי ריק. אשר לתשתית העובדתית הקונקרטית, הרי שהראיות המנהליות הקיימות בידי המשיב לביצוע הפיגוע על-ידי המחבל הן ברורות וחד משמעיות, כאשר אף בני משפחתו העותרים אינם מתכחשים לכך. בנסיבות אלה דין טענות העותרים בעניין התשתית העובדתית להידחות.

סיכום

14. בדומה לתיקי הריסה קודמים, גם ההכרעה בתיק זה אינה פשוטה כלל ועיקר. יחד עם זאת, נוכח חומרת הפיגוע ותוצאותיו הקשות, נוכח מעורבותו הישירה של המחבל בפיגוע, נוכח זיקת המגורים הישירה של המחבל לבינוי מושא צו ההריסה, ונוכח העובדה כי צו ההריסה מופנה כלפי יחידת המגורים בה התגוררו המחבל ובני משפחתו בלבד (ולא כלפי יחידת ההורים המצויה באותו המבנה), איני סבור כי ניתן לומר שהחלטת המשיב אינה חוקית, באופן שמחייב התערבות שיפוטית.

15. אשר על כן, לו תישמע דעתי, תידחה העתירה. הצו הארעי שניתן ביום 23.1.2017 יפקע בתוך עשרה ימים ממועד מתן פסק דין זה, על מנת לאפשר לעותרים שהות מספקת לצורך התארגנות. כן אציע לחבריי שלא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. אני שותף למסקנתו של חברי, השופט י' דנציגר, כי דין העתירה להידחות. הייתי מסתפק במתן הסכמתי זו אלמלא דברים אחדים שמחייבים התייחסות.

2. ראשית, הקולות – בבית משפט זה ומחוצה לו – הקוראים לדיון מחודש בהלכה העקרונית בעניין השימוש בתקנה 119 הם כמובן קולות לגיטימיים וחשובים; אך בל נשכח, כי העניין נדון בכובד ראש בבית משפט זה בכמה וכמה הזדמנויות בעת האחרונה, הן מנקודת מבט חוקתית, הן מנקודת מבט מינהלית, הן מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)); בקשה לקיום דיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיטודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015); בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור והאסמכתאות שם (31.3.2016)). ניתן לחלוק על מסקנות הדיון האמור, ניתן לבקר אותו, ניתן להתנגד לו; אך אין ניתן להתייחס אליו כלא היה.

3. שנית, באשר לשיקולים המתווים את מידתיות ההחלטה בעניין שלפנינו: גילאי ילדי המחבל ומודעות בני המשפחה. חברי סבורים כי בנסיבות העניין שלפנינו שיקולים אלו אינם מצדיקים להעתר לעתירה, ולכך אני מסכים. אני מסכים גם לכך ששיקולים אלו רלבנטיים במידה מסויימת לאופן הפעלת הסמכות (ראו חוות דעתי בבג"ץ 5614/16 טראירה נאטר מחמוד חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (3.8.2016); ובבג"ץ 9034/16 אבו טביח נ' אלוף פיקוד העורף (18.12.2016)). הריסת ביתה של משפחה הוא עניין קשה ומעיק, במיוחד כאשר בבני המשפחה נכללים ילדים קטנים. אולם המשמעות איננה שהדבר מקנה חסינות מפני הפעלת הסמכות, כאשר נדרשת הרתעה מפני הישנות מעשים דומים. כאשר סבור המשיב כי הרתעה זו נדרשת, אכן עלולה גם סביבתו של המחבל לשלם מחיר, וגם ילדיו הקטנים בכלל זה. סבלם של הילדים מכביד, אך לעתים אין מנוס ממנו. גם כאשר בענישה פלילית עסקינן, העונש מוטל על הנאשם אך הנושאים בסבל הם גם בני המשפחה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014)); לצערנו, כך הוא גם בענייננו.

4. כמו כן, משעה שבהרתעה עסקינן, עלינו להישמר היטב מלייחס משקל רב מדי לשאלת המודעות של בני המשפחה: קביעה לפיה תנאי הכרחי להפעלת הסמכות הוא 'אשמה' מסוימת של בני המשפחה, מבליעה הנחה כי הללו נענשים על אשמה זו – אולם זאת ללא משפט, ובחוסר פרופורציה. אין הדבר כן; אטימה או הריסת בית מחבל מיועדת להרתיע את המחבל הפוטנציאלי הבא מלבצע את זממו, מתוך שהוא מודע לגורל האפשרי של בני משפחתו לאחר מכן. הרתעה זו חשובה ביתר שאת כאשר במחבל מן הסוג של 'מפגע בודד' עסקינן, שהמודיעין לגביו מוגבל, ואשר אינו זוכה

לגיבוי מאת בני המשפחה ומסתיר את כוונותיו מעיניהם. לא בכדי נפסק, אפוא, כי מעורבותם של בני הבית אינה נחוצה כשלעצמה כדי לבסס את הסמכות להורות על החרמת והריסת ביתו של מחבל, והדבר יכול להיות מוצדק גם בהעדר הוכחה בדבר מודעות של בני המשפחה (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 והאסמכתאות שם (5.1.2009)).

5. ולבסוף, כפי שציינתי, בהרתעה עסקינן ולא בענישה. חברתי, השופטת ע' ברון, תוהה על האפקטיביות של אטימה או הריסת הבית כהרתעה. חשש זה אינו חדש עמנו, והוא מלווה את הדיון בתקנה 119 מראשיתו. הסברה לפיה הפרקטיקה של הריסת בתים דווקא מזיקה, ואינה מועילה להשגת הרתעה, היא כמובן לגיטימית, אך לי כשופט אין אלא מה שעיני רואות ובוחנות: לא הלכי-רוח, אלא חוות דעת מקצועית מאת שירות הבטחון הכללי. חובה מוטלת על המפקד הצבאי, לבסס את החלטתו על תשתית עובדתית הכוללת בחינה מעמיקה, נמשכת ועדכנית של סוגיית ההרתעה. אכן, הונחה לפנינו חוות דעת מאת גורמי המקצוע בשב"כ. עיינו בה ושבנו ועיינו בה, וגבי דידי לא נמצא טעם טוב לחלוק על מסקנתה, על סמך האמור בה ובמענה לשאלותינו. אינני שותף לאמירתה של חברתי, כי התמונה ההרתעתית העולה מחוות הדעת אינה כה ברורה, וניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות "לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים". כשלעצמי, אילו סברתי שהריסת בתים מגבירה שנאה ומעשי אלימות נוספים נגד יהודים, כי אז היתה מסקנתי שונה לחלוטין: הייתי נעתר לעתירה ללא היסוס, ומורה על ביטול החלטת המפקד הצבאי על אטימת בית המחבל. מבלעדי אפקטיביות הרתעתית, נשמטת ההצדקה לשימוש בפרקטיקה זו, ללא קשר לחומרת המעשה, למודעות בני המשפחה, או לגילם. אלא שחוות הדעת הציגה תמונה החלטית, לפיה רבה התועלת על הנזק באופן מובהק: "המסקנה המאוד ברורה של המשיבים היא שהתועלת כאן עולה עשרות מונים על הנזק שאולי קיים". כך אמר ב"כ המשיב, ועיון בחוות הדעת מעלה שאכן זו עמדת גורמי המקצוע בשב"כ (למחקר האמפירי בסוגיה הנדונה, ולמגבלותיו, יחדתי דברים בעניין המוקד להגנת הפרט הנ"ל בפסקאות 6-14). לדידי עמד המשיב, ככל הניתן בנסיבות העניין, בנטל המוטל עליו לבסס את עמדתו המקצועית לפיה אטימה או הריסת ביתו של מחבל בכוחה להציל חיי אדם.

6. אכן, השימוש בתקנה 119 הוא מעיק וקשה; הפגיעה בבני המשפחה מכבידה. אלא, כפי שאמרתי במספר הזדמנויות, שהטרור הרצחני המכה באזרחי ישראל – זו

הפעם, בארבעה צוערי קצונה בצה"ל – אינו מותיר ברירה בידי המפקד הצבאי, המחויב לעשות שימוש בכל אמצעי חוקי שברשותו על מנת להציל חיי אדם, פשוטו כמשמעו.

ש פ ט

השופטת ע' ברון:

כדברי חברי השופט י' דנציגר, אכן לא בכל עתירה יש מקום לשוב ולהידרש לשאלות העקרוניות בנוגע לסמכות המשיב להוציא צווי החרמה והריסה, חוקתיות הסנקציה, ומידת יעילותה; וכך גם במקרה דנן. ואולם משהציג המשיב לעיוננו, בהסכמת העותרים, עדכון לחוות דעתו בנושא אפקטיביות השימוש באמצעי של הריסת בתים להשגת הרתעה מפני ביצוע פיגועים, דומני כי מן הראוי לייחד מספר מילים בנדון.

במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעתית הגלומה בהריסת בתים עולה עשרות מונים על הנזק שעלול לצמוח מהשימוש באמצעי זה. ואולם, 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. כבר עמדתי על כך שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון כפי שציין חברי – אלא מהווים אף שיקול נכבד בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש שעושה המשיב באמצעי זה (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 5 לחוות דעתי (31.3.2015)).

שאלת מידתיות השימוש באמצעי של הריסת בתים צריכה לעמוד לביקורת שיפוטית בכל עתירה מחדש ובהתאם לנסיבות המקרה. אין ולא יכול להיות חולק כי הפיגוע שבו עסקינן הוא אכזרי במיוחד וחריג בחומרתו; ואולם חומרת מעשיו של מפגע לחוד, והפגיעה בבני משפחה שהם חפים מפשע לחוד. בהקשר זה כבר ציינתי כי

”כאשר מדובר בקורת הגג המשמשת למגורים של בני משפחה חפים מפשע, שאינם מודעים לא כל שכן מעורבים במעשה הטרור (לא במישרין, לא בעקיפין ולא באופן קונסטרוקטיבי), דעתי היא כי הריסת הבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם חוקתיות מן המעלה הראשונה” (ראו: בג”ץ 1631/16 עליווה נ’ מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (27.9.2016)). הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר בבית המיועד להריסה מתגוררים קטינים.

אלא שבמקרה דנן, החומר החסוי שהוצג לנו מלמד לכאורה על ידיעה קונקרטיית מצד בני משפחת המפגע על אודות תכניתו להוציא לפועל את הפיגוע, ובזמן אמת. בנסיבות אלה, גם בהינתן סימני השאלה הקיימים בנוגע ליעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים, הגעתי לכלל דעה שהריסת יחידת המגורים היא מידתית. סופו של דבר, הגם שטעמי שונים מטעמיו של חברי השופט דנציגר, אני מצרפת את דעתי לדעתם של חבריי כי דינה של העתירה שלפנינו להידחות.

שופט

הוחלט כאמור בפסקה 15 לפסק דינו של השופט י’ דנציגר.

ניתן היום, כ”ז בשבט התשע”ז (23.2.2017).

שופט

שופט

שופט