



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4359/22

לפני: כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט י' כשר

העותרים: 1. אבו שקיר
2. צבחיאת
3. אבו שקיר
4. צביחאת
5. אבו שקיר
6. המוקד להגנת הפרק מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

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

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: ו' בתמוז התשפ"ב (5.7.2022)

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

בשם המשיבים: עו"ד יונתן ציון מוזס

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. במוצאי יום העצמאות ה-74 למדינת ישראל, 5.5.2022, חצו צבחי עמאד צבחי אבו שקיר (להלן: המפגע) ואסעד יוסף אסעד אלרפאעי (להלן: אלרפאעי, ובמאוחד: המפגעים) את גדר ההפרדה במטרה לבצע פעולת טרור אכזרית ונתעבת באזרחי ישראל ביום חגם. בסמוך לשעה 19:30 אסף אורן בן יפתח ז"ל את המפגעים – מבלי שידע על כוונותיהם – והסיעם לעיר אלעד. לאחר הגעתם לאלעד, הסיח המפגע את דעתו של אורן על-מנת לאפשר לאלרפאעי לשלוף סכין מתיקו ולדקור את אורן 21 פעמים – דקירות

שלמרכבה הצער הביאו למותו של אורן. לאחר מכן, ומשלא הצליחו המפגעים להניע את רכבו של אורן, החליטו המפגעים לצאת למסע טרור רצחני ברחבי העיר אלעד, במהלכו רצו עם גרזנים כדי לאתר קרבנות יהודיים ולפגוע בהם. במהלכו של מסע ההרג, רצחו המפגעים, לדאבון הלב, את יונתן חבקוק ז"ל ואת בועז גול ז"ל, ופצעו חמישה אנשים נוספים, חלקם באורח קשה. ביום 8.5.2022 נעצרו המפגעים על ידי זרועות הביטחון, הודו בביצוע מעשי ההרג ואף שחזרו את המעשים. על רקע זה הוגש ביום 9.6.2022 כתב אישום נגד המפגעים בגין ביצוע רצח בנסיבות מחמירות של מעשה טרור בצוותא חדא (3 עבירות); מעשה טרור של ניסיון רצח בצוותא חדא (5 עבירות); מעשה טרור של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות בצוותא חדא (2 עבירות); וכניסה לישראל שלא כדין.

2. נוכח האמור, החליט המשיב 1, מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, האלוף י' פוקס (להלן: המפקד הצבאי) להשתמש בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119), ולהוציא צו החרמה והריסה ביחס למבנה בו מתגורר המפגע בכפר רומאנה (להלן: המבנה).

3. החלטתו זו של המפקד הצבאי היא נושא העתירה שלפנינו, אותה הגישו בני משפחתו של המפגע (אביו, סבו וסבתו, ודודו ודודתו), המתגוררים עמו במבנה, יחד עם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר.

4. בחינת המבנה בו מתגורר המפגע העלתה כי המבנה שבבעלות העותר 1, סבו של המפגע, מורכב ממספר יחידות דיור, באופן הבא:

- במפלס הקרקע נמצאת יחידת דיור בתהליכי בנייה הנבנית על-ידי המפגע עצמו, ואשר בה תכנן המפגע להתגורר לאחר נישואיו ביחד עם אביו. מהמידע שבידי המפקד הצבאי עולה שהמפגע משתמש בדירה זו כבר עכשיו ונוהג בה מנהג בעלים (להלן: הדירה שבבנייה).
- במפלס השני נמצאת יחידת דיור המשמשת בעיקר את משפחת דודו של המפגע, אולם גם המפגע היה משתמש בדירה זו ולן בה מעת לעת (להלן: דירת הדוד).
- במפלסים 3-5 נמצאת הדירה המרכזית במבנה ובה מתגוררים המשיבים 1-5 וכן המפגע. כל המפלסים של דירה זו מחוברים באמצעות גרם מדרגות ובדירה מרחבים ציבוריים וחדרי מגורים (להלן: הדירה המרכזית).

5. ביום 9.6.2022 הודיע המפקד הצבאי לבאי-כוחם של העותרים בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה למעט דירת הדוד, אשר ביחס אליה קיימת למפגע זיקת מגורים פחותה. ביום 14.6.2022 הגישו העותרים 1 ו-3 השגה נגד כוונתו של המפקד הצבאי, וביום 19.6.2022 נדחתה השגתם והוצא צו החרמה והריסה ביחס למבנה למעט

דירת הדוד. במענה להשגה נאמר כי "מטרת ההריסה היא לצרכי הרחבה בלבד" (ההדגשה במקור) וגם בצו עצמו נאמר "שיש בצעד זה (הריסת המבנה – א.ש.) כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור ולסייע בשמירה על ביטחון האזור".

6. להשלמת התמונה אציין שביום 9.6.2022 הוצא צו החרמה והריסה גם ביחס למבנה בו מתגורר אלרפאעי, שותפו של המפגע למסע ההרג הרצחני. עתירה נגד צו ההחרמה וההריסה בעניינו של אלרפאעי נדחתה, ברוב דעות, בגדרי בג"ץ 4088/22 אלרפאעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (7.7.2022) (להלן: עניין אלרפאעי).

7. בעתירה שלפנינו מבקשים העותרים כי נורה על ביטולו של צו ההריסה או, למצער, על צמצומו, וזאת ממספר טעמים: (1) תקנה 119 אינה חוקית; (2) ביצוע הצו יפגע באופן לא מידתי בבני משפחתו של המפגע אשר לא שיתפו איתו פעולה ואף הצהירו שהם מתנגדים למעשיו; (3) העותר כמעט ולא מתגורר במבנה וזיקת המגורים שלו למבנה פחותה; (4) ביצוע הצו צפוי לפגוע גם בדירת הדוד, אשר הוחרמה מהצו, ואף במבנים הממוקמים בסמיכות למבנה. לתמיכה בטענותם זו צירפו העותרים חוות דעת הנדסית.

8. כן ביקשו העותרים שנוציא מלפנינו צו ביניים המונע את ביצוע הצו עד להכרעתנו בעתירתם, אולם נוכח הצהרת המשיבים שלא ינקטו פעולות לביצוע הצו עד להכרעה בעתירה התייתר הצורך בהכרעה בבקשה לצו ביניים (כמובהר בהחלטת השופטת ע' ברון מיום 29.6.2022).

9. מנגד, טענו המשיבים שטענותיהם העקרוניות של העותרים – בנוגע לחוקיותה של תקנה 119 והאפשרות להשתמש בתקנה 119 ביחס למבנים בהם המפגע לא התגורר בגפו – נדונו ונדחו בעשרות פסקי דין; לגופם של דברים טענו המשיבים שההחלטה בעניין הצו מידתית וזאת בהתחשב בשיקולים הבאים של המפקד הצבאי: (1) מדובר בתגובה הרתעתית למעשה מתוכנן, אכזרי וחמור ביותר, אשר גבה את חייהם של שלושה אזרחי ישראל ופצע חמישה נוספים; (2) למפגע היה חלק מרכזי וממשי בפיגוע; וכן (3) המפגע התגורר דרך קבע בדירה המרכזית, פעל לבניית הדירה שבבנייה ונהג בה מנהג בעלים.

10. ביחס לטענות ההנדסיות נמסר לנו שעמדת הגורמים ההנדסיים המקצועיים מטעם המשיבים היא שההריסה תביא "לרמה וסבירות נמוכים לנזק" וכי "לא צפוי להיגרם נזק קונסטרוקטיבי למבנים סמוכים, אלא לכל היותר נזק לרכיבי בניוי שאינם קונסטרוקטיביים בסבירות נמוכה".

11. ולבסוף, בנוגע לזיקתו של המפגע למבנה נמסר לנו שהמבנה משמש את המפגע למגורים באופן מובהק. בעניין זה התברר במהלך הדיון בעל-פה שבתקופה האחרונה המפגע שוהה באופן בלתי חוקי פרקי זמן ממושכים יחסית בישראל ומכיוון שכך אינו

מתגורר במבנה באופן קבוע, אולם אין מחלוקת שהמבנה הוא ביתו של המפגע כשהוא חוזר מעבודתו בישראל וכי הוא פועל לבניית הדירה שבבנייה.

12. בהסכמת העותרים, קיימנו דיון במעמד צד אחד ובחנו את החומר החסוי שהוגש לעיוננו. במסגרת זו קיבלנו תימוכין משכנעים לעמדתו של המפקד הצבאי לפיה המפגע הרצחני פעל מתוך דחפים לאומניים ושנאה כלפי העם היהודי ומדינתו. במהלכו של דיון זה גם הוצגה לנו חוות דעת עדכנית בנוגע להשפעה ההרתעתית של הריסת בתי מפגעים. חוות דעת זו מספקת תמיכה ברורה להערכת המפקד הצבאי באשר להשפעה ההרתעתית של הריסות בתי המפגעים. כמו כן שמענו את הגורם ההנדסי שהבהיר לנו כי נזקי רכוש משניים להריסת המבנה יהיו מינימליים, אם בכלל.

13. במהלך הדיון שמענו גם את נציגתן של משפחות הנפגעים. בדבריה, ביקשה נציגת המשפחות להעביר – לצד האבל, הצער והכאב העמוקים בהם שרויות המשפחות – את בקשתן כי הדין עם המפגעים ימוצה באופן מלא וכי רשויות הביטחון תעשינה הכל כדי להרתיע מפגעים עתידיים. הרתעה ביד קשה – כך נאמר לנו – תמנע רציחות עתידיות אשר מבוצעות על רקע של טרור לאומני קיצוני.

14. בהסכמת המשיבים, אשר ניתנה לנוכח סד הזמנים הקצר, אנו דנים בעתירה זו כאילו ניתן בה צו על-תנאי.

15. דין העתירה להידחות.

16. הטענות אותן מעלים העותרים הועלו ונדחו פעמים רבות (ראו, בין היתר: בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף והאסמכתאות שם (6.12.2018)); בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט י' עמית (10.1.2019); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 5 (17.1.2019)). רק מתחילת השנה האזרחית הנוכחית, 2022, נדונו ונדחו עשר עתירות (אם לא יותר) אשר ככולן הועלו ונדחו טענות הדומות לאלו אשר מועלות בעתירה דנן (ראו: בג"ץ 144/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף, פסקאות 8-14 לפסק דיני (19.1.2022) (להלן: עניין אבו שחידם) (בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנג"ץ 663/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף (30.1.2022)); בג"ץ 564/22 ג'ראדאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 16-15 לפסק דינו של השופט ד' מינץ (4.2.2022); בג"ץ 745/22 ג'ראדאת נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 17 (20.2.2022); בג"ץ 925/22 ג'ראדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקאות 9-11 (24.2.2022); בג"ץ 1618/22 ג'ראדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 6 לפסק דינו של השופט י' עמית (6.4.2022); בג"ץ 2770/22 חמארשה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקאות 14-16 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (19.5.2022); בג"ץ 3401/22 עאצי נ' אלוף פיקוד מרכז, פסקה 10

(8.6.2022); עניין אלרפאעי, פסקאות 10-11 לפסק דינו של השופט י' אלרון. מדובר אפוא בתלם חרוש היטב.

17. בנסיבות אלה אסתפק בלצטט את דבריי בעניין אבו שחידם אשר יפים גם לענייננו-שלנו:

"העתירה שלפנינו אכן אינה מעלה שום טענה חדשה בענייניו של שימוש בתקנה 119 כאמצעי הגנה נגד מפגעים רצחניים אשר פועלים בחסותם של ארגוני טרור או באופן עצמאי. טענות דוגמת אלו שהועלו בעתירה דנן נדונו בהרחבה ונדחו, אחת לאחת, בשורה ארוכה של פסקי דין [...] פסקי דין אלה ואחרים קבעו כי תקנה 119 מהווה אמצעי קשה, אך חוקי, במלחמה נגד מפגעים רצחניים שאינם מהססים לפגוע ביהודים באשר הם יהודים, ושפגעו לא אחת בחסרי ישע אשר כללו ילדים וזקנים. [...] עוד נקבע בפסקי הדין הנזכרים לעיל ובאסמכתאות הרבות שפסקי דין אלה ציטטו, כי הפעלת סמכות ההריסה מכוח תקנה 119 היא בבחינת כורח בל יגונה בעתות חירום כשאזרחי מדינתנו מוצאים להורג על ידי מחבלים-מרצחים אשר באים לזרוע בתוכנו פחד ואימה. פסקי דין אלה גם קבעו כי האמצעי של הריסת ביתו או דירתו של מפגע רצחני אינו לוקה, ככזה, בחוסר סבירות קיצוני הקורא להתערבותנו בהחלטת המפקד הצבאי. זאת, מאחר שקיימת זיקה רציונלית ברורה בין הריסת ביתו של מפגע לבין הרתעת המפגעים הפוטנציאליים. [...]"

העותרים השקיעו מאמצים רבים בטענה אשר באה להטיל ספק בכוחן ההרתעתי של הריסות בתי המפגעים. דא עקא שנושא זה הוא נושא מקצועי מובהק. הגורמים המקצועיים שעליהם נסמכים המשיבים – ושעמדתם הובאה לידיעתנו כחלק מהחומר החסוי – סבורים כי להריסת בתי המפגעים הרצחניים יש השפעה הרתעתית על מפגעים פוטנציאליים. עמדת הגורמים המקצועיים והחומר החסוי שהונח בפנינו מהווים ראיה מינהלית ברף המחמיר שלה, אשר בו יש לנקוט במקרים מעין אלה מטעמים מובנים וברורים (השוו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 447-449 (2010)).

אכן, את מידתה של השפעת הריסת ביתו של מפגע על מפגעים עתידיים קשה לאמוד באמצעות מספרים – שכן, החיים האמתיים אינם מתנהלים, מן הסתם, על-פי חוקי אלגברה וההסתברות הבייסיאנית – אבל ההשפעה קיימת. מסקנה זו הינה פועל יוצא של הפעלת שיקול-דעת מקצועי של גורמי הביטחון, שבו, כאמור, אין בידינו להתערב. ההלכות שצוטטו לעיל ופסקי דין נוספים, שעליהם הלכות אלה נסמכות (ראו בין היתר: בג"ץ 2492/19 אבו לילה נ' מפקד פיקוד המרכז (16.4.2019)), שוללים התערבות בהחלטת מפקד פקע"ר בענייננו מהטעמים הידועים של תורת הסמכות המינהלית. המפקד

הצבאי הוא זה שאמון על ההגנה על ביטחונם של תושבי המדינה ועל האיזון הלא פשוט בין הרצון, המובן והטבעי, למנוע אבדות בנפש בקרב תושבינו, כפועל יוצא מפגועים רצחניים, לבין האינטרס, המובן והטבעי, של בני משפחת המפגע – שפשעיו אינם פשעיהם – שלא לאבד את קורת הגג שמעל ראשם. הווה אומר: הוא – ולא אנחנו. בנסיבות כאלה – ואלה הן נסיבותיה של העתירה המונחת כעת לפנינו – עילה מבוררת להתערבותנו בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, ובבחירה הקשה שעשה בין שתי הרעות, איננה בנמצא.

זאת ועוד: בהינתן קורלציה – קל וחומר, סיבתיות של ממש – בין הריסת בתי המפגעים הרצחניים לבין הרתעת המפגעים הפוטנציאליים, כיצד ניתן לומר שסבלה של משפחת המפגע, אשר הביא עליה את אסון הריסת ביתה במו-ידי, חמור מהסבל הכמעט אינסופי אשר ייגרם לקורבנות הטרור העתידיים בשל היעדר הרתעה מספקת? שאלתי זו אינה בגדר שאלה רטורית אשר נועדה להצדיק את הריסת ביתו של כל מחבל ומחבל באשר הוא, ללא הבחנה בין מקרה אחד למשנהו. בסבלה של משפחת המחבל, כאשר זו אינה אשמה במעשיו, אין להקל ראש, ועל כן לא בנקל נחתום על פסק דין שמאשר את הריסת ביתה. ואולם, כאשר הגורמים הביטחוניים באים בפנינו ומראים לנו, באותות ובמופתים, כי להריסת בתי המפגעים יש השפעה הרתעתית – אפילו השפעה הרתעתית צנועה יחסית – עלינו לקבל את עמדתם ולדחות את העתירה על מנת לאפשר את הוצאתו של צו ההריסה מן הכוח אל הפועל ועל ידי כך למנוע אבדות בנפש בקרב תושבי המדינה" (פסקאות 8-13 לפסק דיני).

18. גם בעניינינו-שלנו, כאבם של העותרים 1-5 – שאותם לא ניתן להאשים במתן תמיכה סיוע או עידוד למפגע, ופשעו אינו פשעם – ברור הוא. אלא שמלאכת האיזון בין ההגנה על מקום מגוריהם של עותרים אלה – אשר חלקו את ביתם עם המפגע בתור בני משפחה, ולא כשותפים לדבר עבירה – לבין הצורך המדיני להיחלם בטרור ביד קשה וכן לבודד ולהרתיע מחבלים על-מנת למנוע פיגועים רצחניים ואבדות בנפש בקרב אזרחנו היא מלאכה עליה אמון המפקד הצבאי. הוא ולא אנחנו.
19. מתשובת המשיבים ומהחומר החסוי שהוצג בפנינו בכתובים ובעל-פה, השתכנעתי שהמפקד הצבאי פעל בסבירות, במידתיות ובשום-שכל. המפקד שקל מחד את רווחתם של העותרים, ומאידך, את הצורך בהרתעת מפגעים עתידיים – זאת, במיוחד בהתחשב באכזריות שבה פעל המפגע ובתוצאות החמורות וההרסניות של מעשיו. על יסוד כל אלה, החליט המפקד הצבאי על הריסת חלק מהמבנה. יודגש כי המפקד נמנע מלהורות על הריסת דירת הדוד – על-אף שלמפגע היתה זיקת מגורים גם אליה, ואין מחלוקת שהוא לן בה מעת לעת – וצמצם את הצו לדירה שבבנייה ולדירה המרכזית אשר

זיקת המגורים של המפגע אליהן מובהקת יותר. המפקד הצבאי אף נקט צעדים אפקטיביים שימזערו את הפגיעה בדירת הדוד ובבתים הסמוכים למבנה.

20. בנסיבות אלו, לא מצאתי כל עילה להתערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, אשר הופעל כהלכה.

21. כאשר לטענות ההנדסיות שבפי העותרים ולחוות דעתו של המומחה מטעמם, אשר באה לאשש טענות אלה – סבורני כי לאלו אין כל סיבה להידרש. הלכה היא עמנו כי "ביקורת שיפוטית על החלטותיה של רשות מינהלית אינה משאירה מקום ל"קרב של מומחים" אשר מתנהל, לעתים, בבתי המשפט הרגילים בדונם בעניינים אזרחיים ופוליטיים. בכפוף לכללי ההתערבות הצרים והמוגדרים [שאינם חלים בעניינינו-שלנו – א.ש], לעובדה שמומחה פלוני, מכובד ככל שיהיה, חולק על מומחי הרשות אין כל נפקות. זהו הכלל המשפטי היסודי לפיו אנו פועלים בבואנו לבחון את תקינותן של החלטות רשות" (בג"ץ 4874/21 אליקים בן ארי בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 31 (6.2.2022)).

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

צו ההחרמה וההריסה יהיה ניתן לביצוע החל מיום 31.7.2022.

ש ו פ ט

השופט י' כשר:

1. מסכים אני עם פסק דינו של חברי השופט א' שטיין, על נימוקיו והתוצאה שבסופו. עדיין, אבקש להוסיף מספר מילים משלי.

2. נקודת המוצא לדיון הינה ההכרה בקיומה של סמכות, המוקנית למפקד הצבאי, להורות על החרמה והריסה של בתים של מבצעי פיגועי טרור, וזאת מכוח תקנה 119. הטענות כנגד חוקיותם של ההוראה דלעיל והשימוש בה על ידי המפקד הצבאי, נדונו ונדחו, בשורה ארוכה, המונה עשרות פסקי דין, לאורך עשרות שנים, של בית משפט זה (ראו, בין היתר, בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); ובג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פסקאות 14-15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג והאסמכתאות שם (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)).

3. אין מחלוקת כי התכלית הלגיטימית של תקנה 119 הינה הרתעתית בלבד ואל לה להפוך לאמצעי ענישה (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה יז' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

4. השאלה האמנם הריסה של בתי מפגעים יש בה כדי להשיג את התכלית ההרתעתית המבוקשת, הינה שאלה המצויה בתחום המקצועי המובהק של רשויות הביטחון (עניין דויקאט, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט נ' סולברג).

5. לעניין זה הונחה בפנינו חוות דעת מעודכנת של שירות הביטחון הכללי. לאחר עיון בחוות הדעת, הנני מצטרף לאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, שניתן אך לפני כחודש וחצי, בבג"ץ 2770/22 חמארשה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (19.5.2022) (להלן: עניין חמארשה):

“מנתונים אלה עולה באופן ברור ומובהק כי השימוש בתקנה 119 הוא בעל אפקט הרתעתי משמעותי, ואילו האינדיקציות המצביעות על אפקט הפוך, שהוצגו אף הן, היו בודדות ובטלות בשישים. לפיכך, נחה דעתי כי השימוש בתקנה הוא אפקטיבי לעת הזו וכי גורמי הביטחון אכן חזרו ותיקפו את הנחת היסוד לפיה השימוש בתקנה יוצר הרתעה” (שם, בפסקה 16).

6. אציין גם אני (כפי שעשתה הנשיאה א' חיות מיד בהמשך לדברים המצוטטים לעיל), כי הבדיקה החוזרת של הנושא, תיקופה של חוות הדעת מחדש ועדכונה, הינם חיוניים ונדרשים. כך נקבע עוד בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט בו צוין 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” (שם, בפסקה כז; וראו גם בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (24.3.2016) (להלן: עניין אלרוב)).

7. אין מחלוקת כי בצד הכרה בקיומה של הסמכות, וגם כאשר התשתית העובדתית מלמדת כי יש בצעד של הריסת בתי מפגעים כדי להגשים את תכלית ההרתעה המבוקשת, עדיין השימוש בסמכות על פי תקנה 119 טעון הפעלה זהירה ומושכלת של שיקול דעת על ידי המפקד הצבאי, תוך עמידה במבחני המידתיות.

8. אזכיר כי על השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול, נמנה גם השיקול של חומרת המעשה שביצע המפגע (וזאת, כאמור, לעניין הצורך בהרתעה ולא כצעד של ענישה; בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (11.8.2014)). בנסיבות דנן, טוב עשתה ב"כ העותרים שהבהירה מראש כי אין מחלוקת שנסיבות דנן מגלמות מקרה חמור במיוחד. אכן, אם היינו נזקקים לערוך מעין מדרג של מידת הזוועה של מעשי הטרור המבוצעים בארץ הזאת (ואין אנו נזקקים כמוכן לכך), מעשי המפגעים דנן היו "זוכים" לעמוד במדרגה גבוהה של מדרג שכזה.

9. יחד עם זאת, בנסיבות דנן, נסיבה שללא ספק יש ליתן לה משקל, הינה העובדה שהבית מושא צו ההריסה הינו ביתם של הסב והסבתא של המפגע, המצויים בשנות השבעים לחייהם ועתידיים להיוותר ללא קורת גג. זאת, כאשר לא מיוחסת להם כל ידיעה על כוונותיו של המפגע קודם למעשה וגם לא עידודו של המעשה או תמיכה בו בדיעבד. בצו ההריסה דנן יש על כן משום פגיעה בחפים מפשע.

10. במישור העקרוני, גם סוגיה זו – הפגיעה שיש בצו הריסה שהוצא על פי תקנה 119 בקרוביו של המפגע כאשר לא נטענת כנגדם טענה כלשהי – נדונה פעמים רבות בבית משפט זה ונקבע כי פגיעה כאמור מהווה שיקול שיש לשקלו, אולם אין בה כדי להכריע ולמנוע את הוצאת הצו. עמדה על הדברים לאחרונה הנשיאה א' חיות בציינה:

"ראשית, כפי שהובהר בפסיקה 'ההלכה בענייננו הייתה ונתרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהינה נושאת משקל במכלול השיקולים של המפקד לשקול בכואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינו מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף'" (עניין חמארשה, בפסקה 20).

ראו גם את חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, שם עמדה על הדברים בניסוח דומה:

"בעיניי מן הראוי כי שיקול זה, אף כי איננו עומד לבדו, יישא משקל ממשי בקבלת ההחלטה לגבי הריסת המבנה והיקפה ונראה כי שיקול זה אכן הודגש על-ידי בית המשפט זה לא אחת בעבר כשיקול הנושא משקל" (שם, בפסקה 4).

(וראו עוד, מבין רבים, את בג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט י' עמית (3.2.2021); לדעה אחרת ראו את בג"ץ

752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון (25.5.2020).

11. הנה כי כן, התמונה הברורה העולה מהפסיקה היא כי הפגיעה בסבבי המפגע, בלא שנטען כי עוולו באופן כלשהו, אינה חוסמת את האפשרות להוצאת צו ההריסה; אך מהווה היא שיקול כבד משקל שיש להתחשב בו.

12. הפגיעה בחף מפשע להשגת תכלית של הרתעה הינה צעד שתואר בפסיקה כ- "מעיק", "קשה" ואף כזה שיוצר מצב שבו בית המשפט חש כי "אולי נוח וקל יותר לעמוד בצד העותרים מאשר בצד המשיבים" (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה טז' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; על דברים אלו חזר המשנה לנשיאה א' רובינשטיין גם בפסקה ז' לפסק דינו בעניין אלרוב).

13. הנכונות לאפשר, בנסיבות המתאימות, פגיעה שכזו, הינה הכרח בל יגונה הנדרש כדי להציל את חייהם של נפגעי מעשי הטרור העתידיים, ובניסוחו של השופט נ' סולברג, בפסק דינו בעניין דוויקאט: "הריסת בתיהם של חפים מפשע – מעיקה, ההכרעה – קשה, אך זהו הכרח בל יגונה" (שם, בפסקה 41). יפים לעניין זה גם דבריה של השופט י' וילנר באותה הפרשה:

"אין לכחד כי הפגיעה הנובעת מתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945... בקנינים ובקורת הגג של בני משפחה חפים מפשע, בשל מעשיו הרצחניים של בן משפחתם המפגע – קשה היא. ברם, הפגיעה בחייהם של נפגעי טרור חפים מפשע – אנשים, נשים וטף, קשה הימנה" (שם; ההדגשה במקור).

14. לכך יש להוסיף כי דומה שהרתעה, מטבעה, הינה מושג שאינו מתאים להתייחסות בינארית של "הכל או לא כלום" ולכן האפשרות להוציא, מחד, צו הריסה, ומאידך לעצבו כך שפגיעתו בחפים מפשע תהיה פחותה, הינה אפשרות שעל המפקד הצבאי לשקול בכובד ראש כנדרש מעקרון המידתיות.

15. בהתאם, בדיון שהתקיים בפנינו שאלנו את נציגיו של המפקד הצבאי האם ניתן לצמצם את צו ההריסה באופן שיצמצם גם את הפגיעה בסבבי המפגע. התשובה שנמסרה לנו הייתה שאפשרות שכזו נשקלה בכובד ראש, אולם המפקד הצבאי הגיע למסקנה שבנסיבות המבנה בו עסקינן צמצום שכזה אינו יכול להיעשות בלא פגיעה קשה בתכלית ההרתעתית של הצו.

16. לא רק שדרכנו ליתן אמון בתשובות הניתנות לנו בעניינים אלו, אלא שהשימוש הזהיר שעשה המפקד הצבאי בשיקול הדעת המוקנה לו, בנסיבות דנן, עולה אף מהצו שיצא תחת ידו, בכך שמתחוללת הצו הוצאה הדירה המשמשת את דודיו של המפגע. זאת, למרות קיומן של ראיות מהן עלה כי היא שימשה מידי פעם לשהות של המפגע.

17. אחר כל אלו, המסקנה לדעתי הינה שאין כל מקום שנתערב בשיקול הדעת המוקנה למפקד הצבאי (וכפי שהדגיש חברי – שיקול דעת המוקנה ביסודו למפקד הצבאי ולא לנו), בעת שהוציא את הצו מושא העתירה שבפנינו.

משכך, דעתי היא שדין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברוך:

1. אני מצטרפת לעמדת חבריי שלפיה אין מקום להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע להריסת דירת המפגע בקומת הקרקע של המבנה. עם זאת, אם תישמע דעתי, נקבל את העתירה בחלקה ונורה למפקד הצבאי להימנע מהריסת הדירה שבקומה השלישית של המבנה – שבה מתגוררים סבו וסבתו של המפגע, שאין חולק כי הם חפים מפשע ולא גילו כל מעורבות, אף לא ידיעה, ביחס לרצח המתועב.

2. נקודת המוצא לדיון בעתירה היא שלמפקד הצבאי נתונה סמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, להורות על הריסת בית מגורים של מחבל – וזאת גם אם מתגוררים בו בני משפחה חפים מפשע, שלא לקחו חלק בפעילות הטרור. ואולם "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד" (השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (30.3.2020)). משכך, מידתיות וסבירות השימוש באמצעי של הריסת בתים נבחנת לגופה בכל עתירה ובהתאם לנסיבות המקרה.

בבואנו לבחון את מידתיות הצו להריסת בית, יש לתת את הדעת ליחס הראוי בין התועלת ההרתעתית הצומחת מהריסת ביתו של מחבל ובין עוצמת הפגיעה בזכויות יסוד של בני משפחתו של המפגע שהם חפים מפשע. לגישתי, כפי שעמדתי עליה לא פעם, "הריסת בית שבו מתגוררים בני משפחה חפים מפשע אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו,

אינה עומדת ככלל במבחן המידתיות" (בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 3 (25.5.2020); בג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 2 (3.2.2021); ולהרחבה ראו דברי כב"ג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)).

3. המפגע לקח חלק במסע רצח מזעזע במיוחד, שבו רדפו הרוצחים אחרי קורבנותיהם בסכין ובגרזנים והלמו בהם באכזריות שלא תואר. קשה לתפוס את ממדי השנאה והרוע וחוסר האנושיות הגלומים במעשים אלה. נגד המפגע ושותפיו הוגש כתב אישום, ויש למצות עימם את הדין עד תום.

אבהיר, כי בבואנו לבחון את השאלה אם צו ההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי הוא מידתי, סבלן של משפחות הנרצחים אינו עומד להשוואה אל מול עוצמת הפגיעה במשפחת המפגע בשל הריסת ביתה. הכאב והסבל של המשפחות השכולות על הרצח המזעזע ועל אובדן יקירם הוא כההם פעורה שאין לה סוף. ואולם הריסת הבית אינה פעולת תגמול על מעשי הזוועה, ואסור לה שתיתפש ככזו.

4. ההצדקה להריסת בית מגורים של משפחה חפה מפשע יכולה להיות אך ורק הרתעתית. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של זכויות האדם, ונוגדת את הערכים המעצבים את מדינת ישראל כמדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית (דברי השופט מ' חשין ב-בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 655, 651 (1997)). ואולם ככל שטמון בכלי של הריסת בתים כוח הרתעתי, שיש בו כדי למנוע מעשי טרור נוספים, הרי שמדובר בהכרח בל יגונה. אלא שבשונה מחבריי, לא שוכנעתי כי להריסת הבתים יש אפקט הרתעתי כלשהו, לא כל שכן ממשי או מובהק.

אכן, המפקד הצבאי הוא בעל המומחיות והניסיון בכל הנוגע להערכת התועלת ההרתעתית הגלומה בהריסת בתים. עמדתו העקבית בנדון, כפי שקיבלה ביטוי בעתירה שלפנינו ובשורה ארוכה של עתירות שקדמו לה, היא שהריסת בתים הינה כלי אפקטיבי במניעת פיגועים. במסגרת הדיון בעתירה אף הוצגה לפנינו חוות דעת מקצועית, התומכת לכאורה בעמדה זו – וכפי שציין חברי השופט א' שטיין מדובר ב"ראיה מינהלית ברף המחמיר שלה". אלא שגם ראיה מינהלית נבחנת לגופה במסגרת הביקורת השיפוטית על ההחלטה המינהלית, ובפרט כאשר החלטה זו נסבה על פגיעה בזכויות יסוד (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, 459 ו-ה"ש 66 (2010)).

לאחר עיון בחוות הדעת, אני סבורה כי היא רחוקה מלשכנע. לא רק משום מה שיש בה, אלא בעיקר משום מה שאין בה. ברור כי יש קושי לכמת במספרים את האופן שבו הריסת בתים מונעת פעולות טרור, כמו שיש קושי לכמת את האופן שבו כלי זה פועל ככיוון ההפוך: מלבה מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים. עצם הניסיון להציג את היעילות ההרתעתית כאילו היא מוכחת מבחינה אמפירית נדון לכישלון. במבחן התוצאה, השנים האחרונות עקובות מדם ופיגועי טרור. כך, למרות שכל אותו הזמן המפקד הצבאי עושה שימוש תדיר בכלי של הריסת בתים. יש שיאמרו כי יש בכך משום ראייה לחוסר יעילותו ההרתעתי של כלי זה; אחרים יאמרו שאלמלא הריסת הבתים, המצב היה חמור הרבה יותר. כזאת היא גם חוות הדעת שהוצגה לנו, רחוקה מלהיות חד משמעית.

5. בנסיבות שבהן ההרתעה הגלומה בכלי של הריסת בתים מעוררת ספק ממשי, דעתי היא שהשימוש בכלי זה במקרה שבו מתגוררים בבית בני משפחה חפים מפשע אינו עומד בדרישת המידתיות.

בענייננו, במבנה נושא צו ההריסה שלוש קומות. בקומה השנייה מצויה דירה שבה מתגוררים דודו של המפגע עם משפחתו, וצו ההריסה אינו חל עליה. אציין כי גם אם המפגע נהג ללון שם מעת לעת, לא מדובר בזיקת מגורים לדירה – ומשכך טוב עשה המפקד הצבאי משלא החיל גם עליה את הצו. בקומת הקרקע מצויה דירה שעתידה לשמש את המפגע לאחר שיינשא – ואני מסכימה כאמור כי אין מקום להתערב בהחלטת המפקד הצבאי להורות על הריסתה. בקומה השלישית של המבנה מצויה דירה שבה מתגוררים סבו וסבתו של המפגע, והמפגע מתגורר עימם. כפי שציין השופט י' כשר, הסבים לא עודדו את מעשיו המזוועים, לא תמכו בהם ואפילו לא ידעו על כוונותיו, ולמרות זאת צו ההריסה עתיד להותיר אותם ללא קורת גג. משכך, אם דעתי היתה נשמעת היינו מחריגים דירה זו מגדרו של צו ההריסה.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסקי הדין של השופטים א' שטיין וי' כשר, כנגד דעתה החולקת של השופטת ע' ברון אשר סברה כי מן הדין להגביל את היקפו של צו ההחרמה וההריסה מושא העתירה.

ניתן היום, י"ח בתמוז התשפ"ב (17.7.2022).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

בל 22043590_F05.docx
מרכז מידע, טל' 077-2703333, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>