



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6826/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. נג'וא דויקאת
2. סאלי דויקאת
3. שהד דויקאת
4. דלע דויקאת
5. ליאן דויקאת
6. גינא דויקאת
7. עבד אלחאלק דויקאת
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד בתשרי התשפ"א (12.10.2020)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עתירה לביטול צו החרמה והריסה של בית מגורים בכפר רוג'יב שבאיו"ש, סמוך לשכם, בית שבו התגורר מחבל שביצע פיגוע דקירה רצחני.

2. כך, על-פי כתב האישום שהוגש נגד המחבל, היה המעשה הנורא: בצהרי יום 26.8.2020, במהלך עבודתו באתר בנייה בפתח-תקווה, נטל ח'ליל עבד אלחאלק סכין גדולה מן המטבח, אורך להבה 14 סנטימטרים, הכניסה לכיס מכנסיו, ויצא אל הרחוב במטרה לרצוח אזרח ישראלי, או חייל, יהודים – "למען פלסטין, העם הפלסטיני, מסגד אל אקצא, ואללה", ו"בכדי לתרום לעם הפלסטיני". ח'ליל שוטט באזור התעשייה סגולה במשך כשעה בחיפושיו אחר קורבן מתאים, עד אשר הבחין ברב שי אוחיון ז"ל, בעל חנות חרדית, כשהוא צועד לתומו ברחוב. ח'ליל שלף את הסכין מכיס מכנסיו, ודקר את הרב אוחיון פעם, פעמיים ושלוש, 3 דקירות עמוקות בחזהו. בשתיים מהדקירות חדרה הסכין לריאה הימנית, לסרעפת ולכבד; בדקירה השלישית חדרה לריאה השמאלית. הרב אוחיון קרא לעזרה, והתמוטט ארצה כשדם רב ניגר מפצעיו. עובר אורח הבחין במתרחש, והשליך חפץ לעבר ח'ליל כדי למנוע ממנו להמשיך במעשיו. ח'ליל הניח אז לרב אוחיון, כשהוא מתבוסס בדמו במצב אנוש, החזיר את הסכין המגואלת בדם לכיס מכנסיו, והחל להתרחק מהמקום, כשהוא שוקל לדקור באופן דומה יהודים נוספים. סמוך לאחר מכן, איתרו כוחות משטרה את ח'ליל, השתלטו עליו ועצרו אותו. הרב אוחיון הובהל מחוסר הכרה לבית חולים. לדאבון הלב, הניסיון להחיותו לא צלח; מותו נקבע בשעה 14:05.

3. בהמלצת שירות הביטחון הכללי ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, החליט מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להפעיל את סמכותו שלפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), כלפי בית המגורים שבו התגורר ח'ליל. ביום 10.9.2020, נמסרה לבני המשפחה הודעה על כוונה להחרים ולהרוס את הבית שבו התגורר ח'ליל. העותרת 1, רעייתו של ח'ליל, הגישה השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את הבית, ההשגה נדחתה, וצו החרמה והריסה נמסר למשפחה.

4. בד בבד עם העתירה ביקשו העותרים להורות על מתן צו ביניים שימנע את מימוש צו החרמה וההריסה עד להכרעה בעתירה; ביום 1.10.2020 הורה השופט נ' הנדל על צו ארעי, שלפיו על המשיבים להימנע ממימוש צו החרמה וההריסה, עד למתן החלטה אחרת. מכאן העתירה שלפנינו.

עיקרי טענות העותרים

5. העותרת 1 היא כאמור אשתו של ח'ליל; העותרות 2-6, בנותיהם, דרות בבית המגורים, הראשונה בגירה, אחיותיה קטינות; העותר 7 הוא אביו של ח'ליל ובעל המקרקעין שעליהם הבית; העותרת 8 היא עמותה העוסקת בהגנה על זכויות אדם.

6. בעתירה כמה וכמה טענות נגד החלטתו של המפקד הצבאי. חלקן הוגדרו עקרוניות, והן מכוונות כלפי חוקיותה של תקנה 119 משום שלדעת העותרים היא סותרת

את הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי לפי המשפט הבינלאומי, מהווה ענישה קולקטיבית, ואינה עומדת במבחני המידתיות החוקתיים. העותרים הוסיפו וטענו, כי יש מקום לבחון את מדיניות הריסת הבתים והשימוש בתקנה 119, במסגרת דיון בהרכב מורחב, והפנו לבקשה לדיון נוסף שהוגשה בהליך אחר.

7. במישור הפרטני נטען בין היתר כי הבית משמש למגורי האישה והבנות, וכי עקרון המידתיות מחייב לבחון דרך פעולה חמורה פחות, והימנעות מהריסה. במיוחד כך, כשאין כל הוכחה למעורבות בני המשפחה במעשיו של ח'ליל, או למודעות לכוונותיו ועידוד מצידם; הבית משמש את העותרת 1 גם למשפחתון, והקומה השנייה, שבנייתה טרם הסתיימה, עתידה לשרת מטרה זו, כך שההריסה תפגע גם בחופש העיסוק שלה ובמטה לחמה של המשפחה. עוד נטען, כי ח'ליל סובל מסכיזופרניה ומדכאון, ואין זה מן הנמנע שיתברר בהמשך כי לא היה אחראי למעשיו.

עיקרי טענות המשיבים

8. המשיבים סבורים, כי דין העתירה להידחות. בהתייחס לטענות הנוגעות לעצם החוקיות של תקנה 119 ולשימוש בסמכות מכוחה, טוענים המשיבים כי אלו נדונו ונדחו בבית משפט זה פעמים רבות, לרבות בעת האחרונה, ומשכך אין מקום להידרש אליהן שוב. אשר להפעלת הסמכות בעניין שעל הפרק, הרי שזו עומדת בתנאי המידתיות, בשים לב לשיקולים שהותוו בפסיקת בית משפט זה.

9. המשיבים ציינו, כי אין חולק על כך שמדובר בפיגוע רצחני, מכיוון, שנועד לפגוע באזרחים ישראלים חפים מפשע, ולדאבון הלב צלח. ההרתעה מפני ביצוע מעשים כאלו חשובה ביותר, ועל כן, מוצדק לפעול עתה בהתאם לסמכות שלפי תקנה 119, בדרך ובהיקף שנקבעו על-ידי המפקד הצבאי.

10. אשר לטענה כי בני המשפחה לא היו מעורבים ולא מודעים למעשיו של ח'ליל, ציינו המשיבים כי הגם שמדובר בשיקול רלבנטי, נפסק לא אחת כי איננו שיקול מכריע, ומשכך, עצם קיומו אינו מונע את הפעלת הסמכות; אשר לטענה לפגיעה בחופש העיסוק, טוענים המשיבים כי מכיוון שמטרת ההריסה הרתעתית, ומשעה שנמצא כי ח'ליל מקיים זיקת מגורים מלאה לכל חלקי בית המגורים, נתונה למפקד הצבאי סמכות להרוס את המבנה כולו, בכלל זה גם חלקים שנטען כי נעשים בהם שימושים נוספים. בנסיבות העניין דנן סבורים המשיבים כי התוצאה מידתית; בהתייחס לטענה, שלפיה סובל ח'ליל מבעיות נפשיות, וכי לא ברורה מידת אחריותו למעשיו, נטען כי אין ממש בראיות שהציגו העותרים לתמיכה בטענתם זו. המסמך הרפואי נכתב רק לאחר ביצוע הפיגוע, על אף שנטען בו כי ח'ליל סובל מרקע רפואי נפשי עוד משנת 2017, כך שאין לייחס

למסמך משקל רב. כמו כן נטען, כי מהערכה פסיכיאטרית עדכנית, כמו גם מחקירותיו של ח'ליל, עולה כי אין עדות למצב פסיכוטי, ח'ליל מעיד על עצמו שאינו סובל מבעיה נפשית כלשהי, הוא מבין את ההליך המשפטי וכשיר לעמוד לדין.

הדיון בעתירה

11. בדיון, שהתקיים לפנינו כאילו הוצא צו-על-תנאי, חזרו ב"כ הצדדים, בתמצית, על טענותיהם שהעלו בכתב והשיבו לשאלותינו. ב"כ העותרים טענה לחוסר מידתיות בהפעלת תקנה 119, לפגיעה הקשה שתיגרם לבני המשפחה, שידיהם נקיות, בהעדר קורת-גג ובאין מטה-לחם, ועוד טענה על מצבו הנפשי של ח'ליל; ב"כ המשיבים טען מנגד, כי ההחלטה נכונה, ראויה, מידתית, נחוצה לצרכי הרתעה, ועומדת באמות המידה שהותוו בהלכה הפסוקה.

12. לבקשתנו הוצגה, לעיוננו בלבד, חוות דעת מקצועית מאת שירות הביטחון הכללי, שלפיה התועלת שבהריסת בתי-מפגעים עולה לאין שיעור על החשש שמא נקיטת מהלך זה תביא לביצוע פיגועים נוספים.

דיון והכרעה

13. למקרא העתירה והתגובה שבכתב, למשמע טיעוני באי-כוח הצדדים במהלך הדיון בעל-פה, ולאחר עיון בנספחי כתבי-הטענות ושאר מסמכים שהובאו לעיוננו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות.

14. העתירה מעלה מספר שאלות בנוגע ליישום הסמכות המעוגנת בתקנה 119 לתקנות ההגנה; הן במישור העקרוני, הן במישור הפרטני. לא אחת ציינתי לגבי הסוגיות העקרוניות הנוגעות ליישום תקנה 119, כי אלה נדונו בבית משפט זה, לעומקן, בכמה וכמה הזדמנויות, וכי אין מקום לשוב ולהיזקק אליהן מחדש: "לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו" (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) פסקה 6 לפסק הדין של חברי, השופט י' עמית). כפי שציין המפקד הצבאי בתגובתו, טענותיהם של העותרים במישור העקרוני נדונו לא מכבר באופן מעמיק בבית משפט זה במספר פסקי דין, ונדחו. כך באשר לשאלת ההלימה שבין מדיניות הריסת הבתים לבין הדין הבינלאומי; כך באשר לשאלת יעילותה של מדיניות הריסת הבתים; נדרשתי לעניין זה גם בבג"ץ 8091/14 הנ"ל (בפסקאות 14-5). חוות דעת עדכנית מאת שירות הבטחון הכללי הוגשה לאחרונה, וממנה עולה ש'לאמצעי של הריסת בתים אכן יש ביסודו של דבר תכלית הרתעתית של ממש כלפי מפגעים פוטנציאליים, הנמנעים מפעולות טרור כאלה בשל חשש ההריסה' [...] כידוע, בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין שניתן בבג"ץ 8091/14 הנ"ל, נדחתה בהחלטת הנשיאה מ' נאור בדנג"ץ 360/15 מיום 12.11.2015 [...] נוכח האמור, אין

הצדקה לשוב ולהידרש בגדרי פסק דין זה לטענות במישור העקרוני, ודינן אפוא להידחות, תוך הפניה לאסמכתאות הנ"ל" (בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 11 (28.2.2016) (להלן: עניין סקאפי)).

15. לאחרונה פסקה הנשיאה א' חיות בבקשה לדיון נוסף כך: "בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) נדונה השאלה העקרונית בדבר הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119 להריסת בתי מחבלים ונקבע כי יש להבחין בין שאלת הסמכות לגבי השימוש בתקנה 119 לבין שיקול הדעת באשר לשימוש בה... הסמכות קיימת, והשאלה המרכזית היא סבירות ושיקול הדעת' (פסקה כ' לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). לאורך השנים שחלפו מאז נפסקה ההלכה בשאלה זו נתגלעו מחלוקות בין שופטיו של בית משפט זה לגבי חוקיות השימוש בתקנה תוך שצוין כי 'השלכות השימוש בתקנה 119 הן קשות ומטרידות'. עם זאת, כל הבקשות לקיים דיון נוסף בשאלת הסמכות להפעיל את תקנה 119 נדחו תוך שנקבע כי לעת הזו אין מקום לקיים דיון נוסף בסוגיה. מן הטעמים שיפורטו להלן, אני סבורה כי אין מקום גם זו הפעם לסטות מעמדה זו" (דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו בכר, פסקה 5 (8.10.2020) (להלן: דנג"ץ 5924/20)).

16. ההלכה הפסוקה נותרה אפוא על מכונה, ועל כן אין צורך להידרש לה בכל עת כבראשונה. עם זאת, נוכח הטענות העקרוניות שבעתירה באשר לשימוש בתקנה 119, בין היתר, בעטיים של הקולות הנשמעים שוב בעת האחרונה, אלכה ואשובה למושכלות ראשונים, לפסיקת בית משפט זה במישור העקרוני לאורך השנים, לפני שאבחן את טענות העותרים במישור הפרטני.

17. אציין בראשית הדברים, כי בציטוטים מן הפסיקה שהביאו העותרים, בניסיונם לבסס טענה על כרסום בהלכות הנוהגות, אין די כדי להצדיק בחינה מחדש של ההלכה הפסוקה הנוהגת מזה עשרות שנים. לטענת העותרים, כי מדובר בהלכה עתיקת-יומין, אשר נכון לשוב ולבחנה נוכח שינוי-העיתים, ניתן מענה חוזר ונשנה בשקילתה ובאשרורה במהלך השנים שוב ושוב, גם בשנים האחרונות, בתשומת-לב רבה לבעייתיות האנושית והמשפטית הטבועה בהפעלת הסמכות על-פי תקנה 119, ותוך דחייה מנומקת של בקשות לדיון נוסף.

18. עיקר טענת העותרים לגבי עצם הפעלת הסמכות, היא כי חשיבותו הרבה של הנושא מצדיקה דיון מחודש ועיון חוזר, כי בפסקי דין שונים צוין שהסוגיה מעוררת שאלות שטרם זכו למענה מספק בפסיקה, וכי ראוי שהדברים יתבררו לעומקם במסגרת

דיון בהרכב מורחב. דא עקא, אין די בכך כדי להצביע על כרסום בהלכה הפסוקה והנהגת.

19. כך, העותרים מפנים, למשל, לדברי חברי השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) (להלן: עניין עליוה), אשר ציין ביחס לסוגיה העקרונית, כי "הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני". יחד עם זאת, הסתפק חברי בהצגה תמציתית של שאלות שונות אשר לא זכו לטעמו למענה מספק – אם בתגובת המשיבים, אם בפסיקה – וציין כי "נוכח עמדת חבריי כי יש לדחות את העתירה איני רואה טעם לדון כאן בפירוט באותן שאלות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119, ואסתפק אך בכמה הערות קצרות". כך גם בפסקי-הדין שלאחר מכן, שאליהם מפנים העותרים, למשל דברי חברי בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (להלן: עניין אבו ג'מל); דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016) (להלן: עניין זכריא), בבג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.2.2018) ובבג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (25.5.2020); דברי השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן בבג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016) ודברי השופט ג' קרא בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (10.8.2020) (להלן: עניין אבו בכר). בכל האסמכתאות הללו שהציגו העותרים, אכן נאמר כי ישנן שאלות שלא זכו למענה מספק עד כה, אך אלו נותרו כשאלות פתוחות, הערות קצרות, עיקרן סימני-שאלה; לא סימני-קריאה. אין בעצם העלאתן כדי להקים עילה לבחינה מחדש של הסוגיה שנדונה בכובד ראש בבית משפט זה בכמה הזדמנויות – גם בעבר, גם בעת האחרונה; הן מנקודת מבט חוקתית, הן מנקודת מבט מינהלית, הן מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי. כבר כתבתי בעניין זכריא (פסקה 25), כי "למקרא דברי חברי, השופט מ' מזוז, על שורה של שאלות ש'טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה' (פסקה 3) אציין כי אני מכבד את דעתו, אך מתקשה עם נימת דבריו המתעלמת מדיון מעמיק בכובד ראש בשאלות הקשות שמעלה הסוגיה הנדונה בשורה ארוכה של פסקי דין מן העת האחרונה". אכן, כפי שקבעה הנשיאה דאז, מ' נאור בדנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016) (להלן: עניין מסודי): "עיון בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף מעלה כי לא נערך בו דיון מפורט ומעמיק בשאלות המשפטיות הקשורות להפעלת תקנה 119, וממילא אין בו הלכה גלויה ומפורשת [...] אכן, שניים מתוך שלושת שופטי ההרכב העירו כי לדעתם יש מקום לדיון מחדש בסוגיה בהרכב מורחב. אולם הערות אלה כשלעצמן אינן מגבשות עילה לדיון נוסף". ההלכה הפסוקה, שרירה אפוא וקיימת, עומדת על מכונה.

תקנה 119 – סקירה מקדימה

20. תקנה 119 לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להחרים בתים של חשודים או נאשמים בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל, ונותנת בידו את הרשות להורות לאחר מכן על הריסתם. זו לשונה:

“(1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ”ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל טובות הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקנין בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה.
[...].”

21. מלשון התקנה עולה, כי זו עשויה להשתרע על מקרים רבים ומגוונים, וכי היא מעניקה סמכות נרחבת למפקד הצבאי, להחרים ולהרוס כל אימת שנעברה “עבירה על התקנות האלה”. עם זאת, בפסיקתו של בית משפט זה הובהר, כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכותו-זו שימוש זהיר, מידתי ומצומצם (ראו, למשל: בג”ץ 5290/14 קואסמה נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג”ץ 4597/14 עואודה נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג”ץ 5696/09 מוגרבי נ’ אלוף פיקוד העורף (15.2.2012) (להלן: עניין

מוגרבי); בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992)). בפועלו על-פי הסמכות הנתונה לו בתקנה 119, על המפקד הצבאי לעשות כן באופן ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין עואודה; עניין מוגרבי; דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 488 (1996) (להלן: עניין שריף); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003)). לפיכך, בהתאם לכללים שגובשו בפסיקה, על המפקד הצבאי לוודא שפעולות ההחרמה וההריסה נעשות לתכלית ראויה, ועומדות במבחני המידתיות. קרי, עליו לוודא כי הפעולה הננקטת עשויה להגשים את המטרה שאותה מבקשים להשיג; כי הפגיעה בזכויות אדם כתוצאה מהפעולה תהא במינימום ההכרחי להשגת המטרה; וכי הפגיעה תעמוד ביחס ראוי למטרה שביסודה (עניין שריף, עמודים 60-61; בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (5.1.2009), וההפניות שם (להלן: עניין אבו דהים)).

22. בהתאם, נקבעו אמות מידה המצמצמות ומגבילות את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בעת הפעלת הסמכויות על-פי תקנה 119. כפי שנקבע בעניין קואסמה, על המפקד הצבאי להביא בחשבון בין היתר 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 בבתיים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (ראו גם: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (1992) (להלן: עניין אלעמרין); בג"ץ 1730/96 סאלם נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996) (להלן: עניין סאלם); עניין אבו דהים, פסקה 5). אדגיש, אין מדובר ברשימה ממצה, ואין בקיומו או בהעדרו של מי ממרכיביה, כדי לכבול את שיקול דעתו של המפקד הצבאי; יש לבחון את הדברים כמכלול. כך, אין בבחירה להרוס מבנה שלם, חלף אטימת חדר בודד או הריסת חלק מסוים במבנה, כדי לקבוע מוכנית כי האמצעי שנבחר אינו מידתי ומצדיק את התערבותו של בית המשפט; אין חובה להראות בכל עניין כי הדרים בבית ידעו על פעילותו הנפשעת של מי מדייריו, או אף עודדו אותה (עניין אלעמרין, פסקה 9; עניין סאלם, בעמ' 359; עניין אבו דהים, פסקה 7). ההחלטה תעמוד אפוא במבחן המידתיות, לאתר שתיבחן על-פי מכלול הנסיבות והשיקולים, בראשם חומרת המעשים שבוצעו, והמכלול צופה פני הרתעה; עד כמה, ובאיזו עוצמה, נחוצה ההרתעה לשם מניעת הישנות מעשה כגון דא.

23. שוב ושוב שנינו בפסיקה, כי תכליתה של התקנה – הרתעתית; לא עונשית. במצבים מסויימים לא יהא מנוס מעשיית שימוש בסמכות שלפי התקנה, לשם הצלת חיי אדם; פשוטו כמשמעו (בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986); בג"ץ 4772/91 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(2) 150 (1992)). התכלית ההרתעתית הזו הוכרה כראויה, הגם שקיימת ביקורת על גישה זו (ראו, למשל: דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 314, 319-327 (1993); עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31 5, 11-21 (2014)). עיקר הקושי בשימוש בסמכות על-פי התקנה, נעוץ בפגיעה בבני משפחתו של המחבל; אין זה מן הנמנע שכלל לא סייעו בידו, ואף לא ידעו על כוונותיו הנפשעות. בהקשר זה אמרתי: "מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא ענה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשוניים" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה 3 (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)). ברם, "שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאינן ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל" (עניין אבו דהים, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, וההפניות שם); כאמור, מטרת הפעולה – הרתעה, לשם הצלת חיים. לצד זאת נקבע, כי שאלת המודעות או המעורבות מצד קרוביו של המחבל עשויה להשפיע על היקף צו ההריסה (עניין עואודה, פסקה 18).

24. עוד נקבע, כי לבית המשפט אין הכלים המתאימים לבחון האם הרס המבנה המסוים, אכן יביא להרתעה אפקטיבית. בית המשפט אינו בא בנעלי המפקד הצבאי (על כל הלוויים אליו), אשר לו שיקול הדעת, הכלים והסמכות, לקבוע אימתי תצמח תועלת ראויה מהאמצעי שיופעל, ותושג מטרת ההרתעה (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997) (להלן: עניין ג'נימת); עניין אבו דהים, פסקה 5; עניין עואודה, פסקה 20; עניין קואסמה, פסקה 25). אין לנו כשופטים, אלא את חוות דעתם המקצועית של גורמי הביטחון, כי כלי ההרתעה אכן משיגים את מטרתם, גם אם באופן מוגבל, בבחינת 'מקיים נפש אחת' (משנה, סנהדרין ד, ה). ככלל, ובהעדר ראייה לסתור, בית המשפט יוצא מנקודת הנחה כי התשתית העובדתית המוצגת לו על-ידי המדינה, ונתמכת בתצהיריהם של הגורמים הרלבנטיים, היא מדויקת ומהימנה (ראו: דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, 447-446 (2017); יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ג', 1656 (2014); בג"ץ 6905/18 נאג' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 לפסק דינה של חברתי השופטת י' וילנר (2.12.18) (להלן: עניין נאג')).

הסמכות להפעלת התקנה

25. טוענים העותרים, כי מדיניות 'הריסת הבתים' מיושמת בחוסר סמכות, ובניגוד לדין הבינלאומי. טענה זו נדונה והוכרעה בבית משפט זה בשורה של פסקי דין שניתנו לאורך השנים, שבהם נקבע כי הסמכות שרירה וקיימת.

26. תחילה – קיימת הבחנה משפטית בין תחומי מדינת ישראל (ומזרח העיר ירושלים בכלל זה), לבין תחומי איו"ש; הצד השווה הוא שבשניהם נתונה למפקד הצבאי סמכות לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה.

בתחומי מדינת ישראל – תקנה 119 הריהי חקיקה ראשית, אשר סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משמר את תוקפה, משום שתקנות ההגנה הן דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד (בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 351 (1994) (להלן: עניין נזאל)). מכאן, ששאלת הסמכות כלל אינה מתעוררת מקום שבו מדובר בשימוש בתקנה בתחומי מדינת ישראל.

בתחומי איו"ש – פעם אחר פעם נקבע, בשורה של פסקי דין, כי תקנה 119 היא חלק בלתי נפרד ממארג הדינים החלים בשטחי איו"ש (בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979); בג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223 (1981); בג"ץ 274/82 חאמרה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 755 (1982); בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987); עניין המוקד להגנת הפרט, פסקאות כ"א-כ"ד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין)). בהתאם, סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119, אשר "הועברה לו 'בירושה' מן השלטון ששרר באזור עובר לשליטה הישראלית, היא בסופו של יום חלק ממארג הכלים העומד לרשותו על מנת לממש את תפקידו העיקרי, כפי שמורה לו תקנה 43 לתקנות האג: 'לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך'" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"א). עינינו הרואות, גם בתחומי איו"ש נתונה למפקד הצבאי הסמכות לפעול על-פי תקנה 119, מכוח הדין המקומי החל במקום, ובהתאם לדין הבינלאומי.

הרתעה ולא ענישה קולקטיבית

27. מוסיפים העותרים וטוענים, כי המדיניות האמורה היא הפרה של הדין הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם, משום שמדובר בענישה קולקטיבית אסורה. גם טענה זו נתבררה בפסיקה – ונדחתה.

28. אמנות ז'נבה שגובשו ונחתמו בשנת 1949, וכמותן גם תקנות האג שעוצבו ונקבעו שנים רבות קודם לכן, בשנת 1907, באו לאוויר העולם בתקופה שונה בתכלית מזו שבה אנו חיים עתה. לא הרי מלחמה 'רגילה', כמלחמה בארגוני גרילה. בשונה ממדינות הנלחמות זו בזו, ומכבודות, מי יותר ומי פחות, את כללי המשפט הבינלאומי, ארגוני הטרור אינם מכפיפים עצמם לאמנות השונות, אינם שוקלים שיקולים הומניטריים כלל ועיקר, ומפעילים את האמצעים העומדים לרשותם – כלי מלחמה ומשחית – נגד אוכלוסיה אזרחית תמימה. מציאות חיים מורכבת זו, מציבה לפני מדינה חפצת-חיים אתגרים קשים, אך לא יכול שיהיו בלתי-פתירים. כך, על-פי הפסיקה, האמנות עודן מחייבות, אך בצוק העיתים, ונוכח התמורות המשמעותיות אשר ידענו מאז באו לעולם, יש לפרש את ההוראות ההומניטריות שבאמנת ז'נבה הרביעית (שתחולתה לא הוכרה על-ידי מדינת ישראל במישור המשפטי, הגם שהמדינה קיבלה על עצמה את הוראותיה) – "באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסו, אולם בד בבד יאפשר למדינת ישראל להגן על בטחון תושביה במובן הבסיסי ביותר" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ב). איננו יכולים אפוא לפרש את האמנות הבינלאומיות שקיבלה על עצמה מדינת ישראל במנותק מן ההיבט המסוים של המלחמה בטרור, שאותו אנו חווים, לדאבון הלב, דבר יום ביומו; חפצי-חיים אנחנו, ולא נמות על קידוש אמנת ז'נבה. גלוי וידוע, כי מדינת ישראל מתמודדת עם מלאכי-חבלה חורשי-רע, שהוגי האמנות לא חזו כלל בעיני-רוחם בעת שעיצבו וגיבשו את הוראותיהן.

29. נכוחים דברי השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט: "המציאות הישראלית מתמודדת זה שנים עם התפשטות הטרור ועם מופעיו המחרידים המכוונים גם כלפי אזרחים תמימים. בשנים האחרונות החלו מדינות העולם נחשפות אף הן לטרור הנושא אופי גלובלי ומציאות זו מחייבת את המשפט הן ברמה המקומית והן ברמה הבינלאומית להתמודד עם שאלות מורכבות באשר לאמצעים הלגיטימיים אשר בהן רשאית מדינה לנקוט במאבקה נגד הטרור, כמי שמחויבת בהגנה על עצמה ועל אזרחיה [...] בתחום זה של המאבק בטרור, המשפט הבינלאומי וכמוהו המשפט הישראלי הפנימי טרם הדביקו את המציאות וטרם השכילו לקבוע קודקס מקיף ומפורט של כללים לעניין הדרכים החוקיות שבהן רשאית מדינה לנקוט כמי שמחויבת, כאמור, בהגנה על עצמה ועל אזרחיה. למותר לציין כי תחום זה זועק להסדרה משום שהדינים המוכרים שעל-פיהם נוהגות אומות העולם מותאמים במידה רבה למודל הישן והמוכר של מלחמה בין צבאות ואילו המציאות החדשה והאיומה שיצרו בארץ ובעולם ארגוני הטרור השונים וגם יחידים המבצעים פעולות טרור, אינה מתחשבת בגבולות טריטוריאליים אינה מבחינה בין זמן מלחמה לזמן שלום וכל שעה היא שעת כושר לזריעת הרס, אלימות ופחד ברוב המקרים ללא הבחנה בין אזרחים לחיילים. הטרור אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה מחדש על-מנת

לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה. לעת הזו ובהעדר קודקס דינים מעודכן כזה מתמודד, אפוא, המשפט הישראלי ממקרה למקרה עם סוגיות הנוגעות למאבק בטרור תוך שאיפה וחתירה מתמדת לשמור על האיזון העדין שבין צורכי הביטחון ובין זכויות אדם וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פסקה 2).

30. במצב דברים זה, בשים לב לתמורות הגלובליות, ולרוח השונה שבה נבחנות האמנות כיום הזה (שנכתבו כאמור למציאות-חיים שונה בעליל), אין לקבל את טענת העותרים כי כל פעולת הריסה – יהא היקפה אשר יהא, ויהיו הנסיבות האופפות אותה אשר יהיו – עולה כדי ענישה קולקטיבית, וככזו היא אסורה לביצוע על-פי הדין הבינלאומי, מכוח סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית. כאמור, דמוקרטיה נדרשת לעיתים להגן על עצמה, גם באמצעים חריפים וקשים, להבטחת המשך קיומה, ולשמירה על גופם וחיהם של אזרחיה. "חייך קודמים לחיי חברך" (בבלי, בבא מציעא סב, א). לא למותר להדגיש, כי אין בכך כדי להתיר את הרצועה; המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. לשם כך נקבעו מבחני המידתיות, אשר נועדו לשקול ולאזן בין השיקולים וההיבטים השונים.

31. זאת להזכיר, כי גם האיסור על הריסת בתים שבסעיף 53 לאמנת ז'נבה הרביעית אינו מוחלט, הוא מסויג כאשר הפעולה נחוצה מטעמים צבאיים, ובענייננו – לשם יצירת הרתעה שתמנע פגיעה עתידית בגופם ובחיהם של חפים מפשע (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ג, וההפניות שם). בהתאם, כפי שהוזכר לעיל, התפתחה בפסיקה רשימה של שיקולים, לא 'סגורה', שאותם על המפקד הצבאי לשקול לפני הפעלת סמכותו; בהם: חומרת המעשים המיוחסים למפגע והראיות שלחובתו; זיקתו של המפגע למבנה שאותו מבקשים להרוס; רמת הפגיעה בדיירי המבנה אם תבוצע ההריסה; מידת מעורבותם של דיירי המבנה במעשיו של המפגע; האפשרות לנקוט אמצעים שפגיעתם במבנה המיועד להריסה, ובמבנים שסביבו, תהא פחותה (ראו, למשל: עניין אבו דהים, פסקה 5; עניין עואודה, פסקה 17; עניין קואסמה, פסקה 22; עניין נאג'י, פסקה 27). הנה כי כן, שימוש בסמכות שלפי התקנה במקרים שבהם הדבר נחוץ והכרחי לשם שמירה על הביטחון, תוך הפעלת שיקול דעת על-פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה, הריהו אפשרי, כפי שציין המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (7.7.2016) (להלן: עניין אבו זיד): "ברכיב ההרתעתי של ההריסה, שהוכח בפנינו במידה מספקת לעת זו, טמונה גם ההצדקה המשפטית והמוסרית. כשאר מדינות העולם החפצות חיים, אין ישראל יכולה לשבת בחיבוק ידיים אל מול העומדים עלינו לכלותנו. מכאן, משמצאו גורמי הביטחון, לאחר בדיקה קפדנית ומתמשכת, כי אמצעי מסוים – שאינו פוגע בחיי אדם אלא ברכוש, מבלי להקל בו ראש – מרתיע ומביא להצלת חיי אדם, סבורני כי חרף הקושי הכרוך בו, לא לנו לקבוע כי אמצעי זה אסור כשלעצמו; המפתח הוא בחינה

מתמדת של רכיב ההרתעה, שימוש מידתי בתקנה על-ידי המשיב במקרים החמורים במיוחד, ושקילתם במקרים המתאימים של אמצעים חלופיים אשר יש בהם כדי להשיג את תכלית ההרתעה. הדבר נשקל בענייננו, אך לא נמצאה דרך אחרת. נוכח כל האמור, אין מקום להתערבותנו”.

32. אף אם אין בדבריי כדי למצות את הדיון בסוגיה, הרי שלפי שיטת משפטנו, עלינו לסמוך על תקדימי-העבר, חדשים גם ישנים, וכדברי הנשיאה דאז, מ' נאור – “בית-משפט זה חזר וקבע בשורה של פסקי-דין בעבר כי אין סתירה בין סמכות הריסת הבתים לפי תקנה 119 בתקנות ההגנה לבין הוראות המשפט הבינלאומי” (דנג”ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד”ר זלצברגר נ’ שר הבטחון (12.11.2015) (להלן: דנג”ץ 360/15); וראו דבריי בבג”ץ 7040/15 חמאד נ’ המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 3 (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)). הסמכות קיימת אפוא, ולפי ההלכה הפסוקה אין מדובר בענישה קולקטיבית, ולא בהפרת המשפט הבינלאומי.

השגת הרתעה באמצעות שימוש בתקנה 119

33. העותרים כופרים בנחרצות בתועלת שבשימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה, וטוענים להגברת השנאה בעקבות הריסת בתי מפגעים; נזקה של מדיניות ההריסה, לטענתם, עולה על תועלתה הלכאורית. דא עקא, טענה זו נדונה אף היא בפסיקה ונדחתה: “לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי” (דברי השופט א’ גולדברג בעניין ג’נימתי; ראו גם בג”ץ 6288/03 סעאדה נ’ אלוף פיקוד העורף, פ”ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין סעאדה)). כמו כן, אזכיר מן הדברים הנכוחים שאמר השופט א’ מצא בעניין נזאל, בעמ’ 348-349: “השאלה אם הריסת ביתו של מחבל יש בה כדי להרתיע מחבלים בכוח חזרה ועלתה לפני בית-משפט זה פעמים הרבה, וככלל לא נמצא מעולם מקום לחלוק, בעניין זה, על הערכתם המקצועית של הגורמים האחראיים לקיום הביטחון. גם משהובאה לפניו חוות-דעת סותרת, סבר בית המשפט כי במחלוקת בין מי שהוא מומחה לבין מי שהינו מומחה אך גם אחראי לקיום הביטחון, טבעי הדבר שיינתן משקל עדיף לדעתו של האחרון. אך לרוב הוכרעה הטענה בלי לעסוק בברירה בין דעות מומחים לכאן ולכאן; כדברי השופט גולדברג באחת הפרשיות: ‘אין אנו סבורים כי יש בנתונים מספריים כדי להכריע גורלן של עתירות אלה. כי גם אם קיימת תפישה לפיה האמצעים האמורים אינם יעילים כל עיקר, עומדת מנגד תפישתו של המשיב כי יש לאמצעים אלה השפעה רבה, ושאלמלא נקט בהם היה המצב באזור מתדרדר יותר. עניין לנו, אפוא, בהשקפות נוגדות ובהערכות מצב שונות, שצדקת אחת מהן על חברתה אינה בת-הוכחה בערכאות שיפוטיות’. דברים אלה יפים גם לענייננו. ובשל החידוש הנורא הטמון במעשיהם הרצחניים של קנאים מתאבדים, שלהם הננו עדים לאחרונה, יפים הם אף ביתר שאת. הווה אומר: גם אם נניח, שבנסיבות מתאימות עשוי בית המשפט להתערב בהערכתו של מפקד

צבאי, לעניין יעילותו של אמצעי זה או אחר, תוך העדפת דעתו של מומחה נגדי, הנסיבות שבהן הובאה המחלוקת לפנינו אינן מקימות בסיס להתערבות כזאת. תהא התרשמותו האישית של השופט, על-פי הבנתו וניסיון חייו, אשר תהא, אין בידו לקבוע, על דרך החיוב, שהימנעות מהריסת בתייהם של מחבלים מתאבדים לא תעודד מועמדים בכוח לגבור על היסטוריהם האחרונים אם ליטול חלק בפיגועים כאלה. ולדידי, די בכך שאנו עוסקים בנעלם, כשמנגד ניצב סיכוי (ולוא גם סיכוי כלשהו) שנקיטת האמצעי האמור אפשר שתחסוך בחיי אדם, כדי למונענו מהתערבות בהערכתו ובהחלטתו של המשיב" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

34. הרחבתי בסוגיית ההרתעה בעניין המוקד להגנת הפרט, שם עמדתי על הקושי המתודולוגי לבחון השפעה של צעדי הרתעה, שכן "הצלחות של פעולות הרתעה מותרות, אם בכלל, מעט 'עקבות התנהגותיים'. קשה להוכיח כי לנוקט ההרתעה היתה השפעה על אירוע שלא התרחש (Alex S. Wilner, Detering the Undeterrable: Coercion, Denial,) and Delegitimization in Counterterrorism, 34(1) JOURNAL OF STRATEGIC STUDIES 3 (2011)"; "אך הוספתי וצינתי, כי "אף על-פי כן, המחקר האמפירי הקיים, אינדיקציות נקודתיות מניסיון העבר, ועמם מחקרים חדשים בתחום הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, תומכים במצטבר, באופן אשר מניח את הדעת, בפוטנציאל ההרתעתי הטמון בהריסת בתי מחבלים" (פסקה 6). הבאתי שם ממחקרם של Benmelech, Berrebi and Klor, אשר בחנו באופן אמפירי, האם הריסת בתים היא טקטיקה אפקטיבית במאבק בטרור. צינתי, כי לאחר שהצליבו נתונים על אודות הריסת בתי-מפגעים, עם נתונים על פיגועי התאבדות במהלך האינתיפאדה השנייה, מצאו החוקרים, כי "הריסת בתייהם של מחבלים מתאבדים ושל מעורבים אחרים במעשי טרור, הביאה לירידה מיידית ומשמעותית במספר פיגועי ההתאבדות שבוצעו על-ידי מפגעים המתגוררים באזור שבו בוצעה הריסה". זוהי, כאמור שם, מסקנתם ההחלטית של החוקרים: "The results indicate that, when targeted correctly, counterterrorism measures such as house demolitions provide the desired deterrent effect..." (Efraim Benmelech, Claude Berrebi and Esteban Klor, Counter-Suicide-Terrorism: Evidence From House Demolitions, NBER WORKING PAPER SERIES, available at: <http://www.nber.org/papers/w16493> (2010)) (פסקה 7).

35. אשר לאינדיקציות מניסיון העבר, צינתי כי הדבר נמצא בידיעות של אנשי-שטח על אודות הלכי-הרוח, או על מאמצים של קרובים לשדל בן-משפחה להימנע ממעורבות בטרור אשר תסכן את בתייהם (לדוגמא ראו: Doron Almog, Cumulative Deterrence and the War on Terrorism, 34(4) PARAMETERS 5 2004/5). מידעים נקודתיים אלה מלמדים על כך שההרתעה מחלחלת לתודעת אוכלוסיית היעד. עוד אמרתי, כי ראוי לתת את הדעת גם על תוכנות עכשוויות בתחום התיאוריה של הרתעה מפני טרור.

Rascoff מצביע על גישה רב-שכבתית להרתעת טרור (layering), וזאת בשני מובנים – "there is the possibility of asynchronous layering, in which various instruments of power operating in concert may 'exceed an adversary's threshold for deterrence. ...Synchronic layering argues for measuring deterrence's effectiveness in the context of a complex system... Second, diachronic layering (sometimes referred to as 'cumulative deterrence' argues that the overall benefit conferred by a sustained deterrence posture may exceed the sum of interventions taken over time" (Rascoff, Samuel J., Counterterrorism and New Deterrence, 89 (2014) N.Y.U. L. REV. 830, 840). מכך נובע, לענייננו, כי ניסיון לבודד ולאמוד את ההרתעה המושגת באמצעות צעד מסוים – הריסת בתים – כשלעצמו, יכול להוביל למסקנה מוטעית. אין לבטל את האפשרות כי במצטבר, ובנקיטה באופן מתואם בצעדים נוספים, תהא להריסת בתי מחבלים אותה תרומה מסוימת, אך לעיתים מכריעה, על התנהלותם של גורמי טרור, אף אם בה כשלעצמה אין די" (פסקאות 8-9). הוספתי וסקרתי גם מחקרים מתחום הפסיכולוגיה, שבהם נותחו לעומק התבטאויות של מחבלים, כמו גם התנהלות של ארגוני טרור, ומסקנותיהם כי אף ארגוני טרור, המאופיינים לרוב בקיצוניות דתית, מגיבים לחשיבה רציונאלית ותועלתנית; מכאן, שניתן להרתיעם באמצעות צעדים שונים, אשר יחלפו במוחם בעת שיבחנו את שיקולי העלות-תועלת של מעשי הטרור: "מדכזיותה של המשפחה בעיני המעורבים בטרור, עולה במובהק במחקרים אלו, ותומכת בערך ההרתעתי הטמון בהריסת בית המחבל. זו קריאת הכיוון של Wilner: 'post- 9/11 deterrence ... skepticism is misplaced. While it is true that deterring terrorism will be more difficult to do than deterring the Soviet Union, targeting what terrorists value, desire, and believe will influence the type and ferocity of the violence they organize' (שם, עמוד 31, ההדגשה הוספה). ראו גם עמודים 7, 13-14. עוד לעניין ההתנהלות הרציונאלית של העוסקים בטרור ראו: Jocelyn J. Belanger, Michelle Dugas, The Psychology of Keren Sharvit, Julie Caouette and Martyrdom: Making the Ultimate Sacrifice in the Name of a Cause, 58(7) (2014) THE JOURNAL OF CONFLICT RESOLUTION 494, 496)). ביתר פירוט, מוכיחים Perry and Hasisi, כי חרף הצהרות למטרות תעמולה, המבקשות לצייר את מעשי ההתאבדות כנובעים ממוטיבציות אלטרואיסטיות, מדובר בעיקר בתוצאה של בחירה רציונאלית. זו מושתתת, מחד גיסא, על המחיר הצפוי, ומאידך גיסא על הציפיה לקבלת תגמול (אישי, דתי וחברתי). ארגוני הטרור שמים דגש על הבטחות הנוגעות לשיפור הצפוי במצב בני משפחתו של המחבל לאחר התאבדותו: '...The martyr's family's status upgrade...both socially and monetarily. ...Financial reward can be given to

the family by rebuilding their homes. ...or in direct sums of money... ..at least 60... martyrs..whose families, in exchange for the martyr's death, were given new homes adorned with the martyr's picture and name.... The recruiting terror groups embellish this incentive, reassuring the suicide bombers that 'their families will be better taken care of in their absence'. ...It is often this familial assistance alone that drives the suicide bomber to commit an attack...' (Simon Perry and Badi Hasisi, Rational Choice Rewards and the Jihadist Suicide Bomber, 27 *TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE*, 53, 55, 61, 65-66 (2015)) מחיי העולם הזה את ההטבות שבהן יזכו משפחותיהם, כמעין פיצוי על לכתם, ואף תארו עד כמה המחשבה על הטובה שתצמח למשפחתם ליוותה אותם ממש בסמוך למעשה (שם). בהציבם דגש מיוחד על בית משפחת המחבל, מסמנים אפוא ארגוני הטרור עצמם את 'הבטן הרכה' שבה הרתעה עשויה להועיל" (פסקאות 10-12).

36. מן המקובץ עולה אפוא, כנאמר שם בעניין המוקד להגנת הפרט, כי הריסת בתי מחבלים תוסיף לתחשיב העלות-תועלת שאותו עורך מחבל פוטנציאלי את הידיעה על כך שקרוביו ישלמו מחיר על מעשיו. לפן זה של ההרתעה נדרשה השופטת ש' נתניהו בבג"ץ 4772/91 חיראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150, 155, באומרה: "... אינני מתעלמת מכך שההריסה של מבנים בשלמותם תפגע לא רק בעותרים עצמם אלא גם בבני משפחותיהם. אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרבים, למען ידאון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיטים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם...". אולם ההרתעה נועדה להשפיע לא רק במישרין על הלך-מחשבתו של המחבל, אלא גם להניאו ממעשיו באמצעות התערבות מצד בני משפחתו. יכולת ההשפעה הנתונה למשפחה מוכרת היטב בספרות (עמנואל גרוס, "מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים – האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?" (ספר דליה דורנר, 219, 246 (2009)): "בחברה הפלסטינית המסורתית, תופסת המשפחה מקום מרכזי בחייו של המתאבד ותורמת תרומה מכרעת לעיצוב אישיותו ולמידת נכונותו להקריב חייו בשם דתו או למען עמו...". גרוס מדגים ומציין כי התמיכה המשפחתית, והצגתה ברבים, משרתת את ארגוני הטרור – "בהרחבת מעגל תומכי הארגון בקרב האוכלוסייה הפלסטינית ובכך בהגברת יכולותיו לגייס מתאבדים נוספים בעתיד" (ראו עור: Emily Camins, War Against Terrorism: Fighting the Military Battle, Losing the Psychological War, 15 *CURRENT ISSUES CRIM. JUST.* 95, 101 (2003-2004): יש צורך לנטרל את הגורם המשפחתי כמגביר טרור (כאמור בפסקה 14 בעניין המוקד להגנת הפרט), ולהמריץ את המשפחה

לפעול לצמצומו. החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניאה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה הקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו. הנה כי כן, ההרתעה תורמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד.

37. בהינתן אפוא כל זאת; בשים לב למחקר האמפירי הקיים המלמד על תועלת הרתעתית (גם אם מוגבלת); לאינדיקציות שהצטברו כתוצאה מניסיון העבר; ולמחקרים מתחום הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, התומכים ביכולת ההרתעה, גם במקרים שבהם מדובר בארגוני טרור בעלי זיקה דתית-קיצונית; ניתן לקבוע, כי אכן קיים פוטנציאל הרתעתי בהריסת בתי מחבלים. אם בכך לא די, הוצגה לעיוננו (בלבר) חוות דעת מקצועית עדכנית מאת שירות הביטחון הכללי, אשר ממנה עולה תמונה החלטית, כי הריסת בתים תורמת להרתעה. "הסברה לפיה הפרקטיקה של הריסת בתים דווקא מזיקה, ואינה מועילה להשגת הרתעה, היא כמובן לגיטימית, אך לי כשופט אין אלא מה שענייני ראות ובוחנות: לא הלכי-רוח, אלא חוות דעת מקצועית מאת שירות הבטחון הכללי" (בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 5 לחוות דעתי (23.2.2017)). כפי שציין חברי, השופט ע' פוגלמן, בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר), "למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרטיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת". שוכנעתי, אפוא, כי אמת נכון הדבר, ההרתעה המיוחלת עשויה להיות מושגת באמצעות שימוש בתקנה 119, למצער במידת-מה; התועלת הצומחת ממנו גבוהה לאין שיעור מן הנזק האפשרי הנטען, שנכון למקמו במרחב שבין ספקולציה להשערה.

38. אכן, לא אחת נדרשת הרשות לקבל החלטות קשות, ולעיתים אף קיימת אי-בהירות ביחס למכלול ההשלכות הנובעות מהן. בחלק מן המקרים הדברים אינם ניתנים להוכחה מדעית, והרשות נדרשת להסתמך על תבונתם ושיקול דעתם המקצועי של הגורמים המוסמכים. אם נטלת מהרשות סמכות זו, נמצאת מעקרה, הלכה למעשה, את יכולתן של רשויות המדינה להתמודד עם אתגרים חדשים (השוו: יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417, 461 (2003)). כך הדבר באופן כללי, וכך הוא הדבר אף כאשר מכורח המציאות המורכבת מונחות על כפות המאזניים זכויות יסוד מן הצד האחד, וחיי אדם מן הצד האחר (וראו דבריי בעניין חמאד, פסקה 1(ג)).

לטענה בדבר פגיעה בחפים מפשע

39. העותרים – בני משפחתו של ח'ליל – טוענים, כי לא היו מודעים לכוונותיו הרעות ולמעשים שהואשם בביצועם, וכי הם נענשים על אף שלא עוולא פשעו. מצוקתם

ניכרת וזעקתם נשמעת: "טוביה חטא וזיגוד מינגד (לוקה)?" (בבלי, פסחים קיג, ב). ברם, דין הטענה להידחות. פעולת ההריסה – אין מטרתה ענישה, כי אם הרתעה; כבר נקבע לא אחת על-ידי בית משפט זה, כי "סמכות המפקד משתרעת גם על אותם חלקים של דירה או בית, המצויים בבעלות או בשימוש של חברי משפחתו של החשוד או של אחרים, אשר לא הוכח לגביהם שלקחו חלק בפעילות הפלילית של החשוד או שעודדו אותה או אף שהיו מודעים לה" (עניין אלעמרין, בעמ' 698; וראו גם: עניין סאלם, בעמ' 359; עניין אבו דהים, פסקה 7).

40. מקום שבו מדובר באמצעי הרתעתי, ולא עונשי, אין מקום לבחון את הצידוק שבפעולת ההריסה תוך מתן משקל עיקרי לשאלה מהי מידת האשמה של בני המשפחה, או מהי מידת התמיכה, העידוד והסיוע שהגישו למפגע, מראש או בדיעבד (השוו: עניין עליוה). מתן משקל-יתר לשאלת האשמה לבדה, עלול להביא למסקנה שגויה, כי ההריסה נעשית כביכול להגשמת מטרות עונשיות, ומתן גמול הולם למפגע על מעשיו, תוך החצנת העונש גם על הסובבים אותו. ולא היא; ההריסה נעשית אך ורק במגמה שמחיר זה, שבו ישאו בני משפחתו של המפגע הפוטנציאלי, יחלוף במוחו ויעלה במחשבתו, בשעה שישקול שיקולי עלות-תועלת, רווח והפסד, עובר לביצוע מעשה הטרור; וכן גם במוחם ובמחשבתם של בני משפחתו, כך שאם יוודע להם על כוונותיו הנפשעות עובר לביצוען, יניאו אותו ממעשיו, אולי אף יסגירוהו לידי כוחות הביטחון. למותר לציין, כי ההרתעה נדרשת גם למקרים שבהם המפגע הפוטנציאלי בוחר במודע למדר את בני משפחתו מכוונותיו הרצחניות, כדי להרחיקם מגורל ההריסה; אם יתברר למפגע בכוח כי גם מידור זה אינו מונע הריסה, יכול שיהא בכך כדי להניאו ממעשיו הנפשעים (וראו, למשל, דברי המלומדים Simon Perry and Badi Hasisi, במאמרם Rational Choice Rewards and the Jihadist Suicide Bomber, 27 TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE, 53, 55, 61, 65-66 (2015) שחלקים ממנו ציטטתי לעיל).

41. הריסת בתיים של חפים מפשע – מעיקה, ההכרעה – קשה, אך זהו הכרח בל יגונה, כדברי המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, בבג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה י"א (14.2.16): "אם יינצלו חיי אדם אחד, הקרבן העתידי, וגם – אכן – חיי המחבל שיורתע, 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 המצערת, שהיא פעולה ברכוש ולא בנפש, לא יהא בלתי מוצדק. עסקינן בחיי אדם, לא פחות, וקדושת החיים צריך שתהא בעדיפות העליונה במישור הערכי-מוסרי". וכפי שקבע השופט י' טירקל בעניין סעאדה (בעמ' 294): "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידי ולא ידעו על

מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו 'לא-יומְתוּ אָבוֹת עַל-בְּנֵים וּבְנֵים לֹא-יומְתוּ עַל-אָבוֹת אִישׁ בְּחֶטְאֵוֹ יוּמְתוּ' (דברים, כד, טז [א]); והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה [10], בעמ' 706-705). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד [ב]) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א [ג]). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך".

[העותרים יחדו פרק בעתירתם לנושא האיסור על ענישה קולקטיבית במשפט העברי. גם חברי, השופט מ' מזוז, העיר "כי דומה שהעיקרון התנכ"י של 'איש בחטאו ימות' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית" (עניין אבו ג'מל, פסקה 13). דיון מפורט בעניין חשוב זה ערכתי בעניין המוקד להגנת הפרט (פסקאות 16-30). מכיוון שהארכתי כאן די והותר, אסתפק בהפניה לשם].

42. אכן, המפקד הצבאי נדרש להביא במניין השיקולים שאותם עליו לשקול, עובר להפעלת סמכותו לפי תקנה 119, את מידת מעורבותם של בני המשפחה במעשיו של המפגע (בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (31.5.2016)); עניין חמאד, פסקה 1 (ז) לחוות דעתי; פסקה 5 לחוות דעתו של חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר), אך אין בשיקול זה לבדו כדי לשלול הריסה, מקום שבו נקבע כי יש בהפעלת הסמכות כדי להרתיע, במגמה למנוע את שפיכות הדמים הבאה. כפי שקבעה הנשיאה א' חיות, לפני מספר ימים, בהחלטתה בדנג"ץ 5924/20: "ההלכה בענייננו הייתה ונותרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף".

43. הדברים נכונים גם כאשר ישנם בני משפחה קטינים הצפויים להיפגע כתוצאה מההריסה, וזאת על אף עקרון טובת הילד העשוי ללמד על העצמה מסוימת של מידת הפגיעה. גם במקרים אלו, אין די בנתון זה לבדו כדי לקבוע כי המפקד הצבאי חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו. מטבע הדברים, מאחר שעסקינן בבתי מגורים, ימצאו לא פעם גם קטינים בין אלו הדרים בהם; ועדיין, הצורך בהרתעה על מכונו עומד (עניין קואסמה, פסקאות 21 ו-26; עניין אבו זיד, פסקה ז'). כדברי הנשיא דאז א' ברק: "מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא כי אכן אמצעי זה הוא

יעיל, אך, במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני 'פצצות חיות', אין לזלזל גם באמצעי זה" (עניין ג'נימת, עמ' 653-654). על כן, גם טענה זו דינה להידחות.

סיכום ביניים

44. כעולה מן האמור עד כה, כלל טענותיהם העקרוניות של העותרים נדונו והוכרעו לאורך השנים בפסיקה, גם בעת האחרונה. בית המשפט קבע באופן עקבי כי קיימת סמכות לעשות שימוש בתקנה 119, בין בתחומי מדינת ישראל, בין בתחומי איו"ש; כי הדבר אינו מהווה הפרה של הדין הבינלאומי; כי השימוש נעשה לצורך הרתעה ולא לצורך ענישה; כי אפקטיביות השימוש בכלי זה הוכחה במידה מספקת; וכי ניתן, במקרים המתאימים ובנסיבות המתאימות, לבצע הריסה, למרות שמתגוררים במבנה המיועד להריסה גם בני משפחתו של המפגע, ואף אם נמצא כי אלו לא עודדו אותו לבצע את מעשיו, ולא ידעו על כוונותיו. נראה אפוא כי עלינו לכלכל את צעדינו, ולפסוק את פסקנו כדברי הגמרא במסכת עירובין, "חזי אנא דבתר רישא גופא אזיל", אשר רש"י מפרשם על אתר כי "רואה אני בדין ובדת שצריכין אנו להלך אחר דברי הראשונים" (בבלי, עירובין מא, א). לא בכדי, משאוררה ההלכה במהלך השנים פעם אחר פעם, נדחו בהתאם בקשות שהוגשו לדיון נוסף (ראו למשל: דנג"ץ 360/15; דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (29.12.2015); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.3.2016); דנג"ץ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף (10.4.2016); דנג"ץ 4657/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.2016); דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (17.1.2019); דנג"ץ 5924/20). מן הראוי לשוב ולהזכיר בהקשר זה את דבריו הנכוחים של השופט מ' זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטווינסקי, פ"ד טו(1), 71, 75 (1961): "לא רצה המחוקק הישראלי כי בית המשפט העליון יהיה פטור לגמרי מעול מלכות תקדים וכל אחד משופטיו – כתוצאה מכך – יעשה שבת לעצמו [...] חלילה לנו מלנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים' אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו". אמנם, לפי סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, בית המשפט העליון אינו כפוף לתקדימיו, אך עדיין, סטייה מתקדימים אינה מעשה שבשגרה, אלא לאחר מחשבה, בזהירות רבה, בחלוף זמן רב מאז שנפסקה ההלכה הקודמת, וזאת מטעמים של יציבות, ודאות, עקביות והמשכיות. כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' ברק ברע"א 1278/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 172 (1992): "סטייה מתקדים מזעזעת את המערכת הנורמטיבית ופוגעת בה. הציבור והשלטון הסתמכו על הדין הקיים, ובנו סביבו את תכניותיהם. סטייה מהתקדים פוגעת בעקרון ההסתמכות ובצורך לקיים ודאות וביטחון. עדיף דין קיים וידוע על פני חוסר הוודאות הכרוך בשינויים בו לשם שיפור [...] סטייה מתקדים פוגעת בעקביות המבוססת על

צדק, הגינות ושוויון. היא פוגעת בהמשכיות של השיטה ובצורך של ההווה להשתלב עם העבר כדי לקדם את פני העתיד. השופט אינו משתלב במירקם המשפט הקיים, אלא פורץ גדר ועושה שבת לעצמו [...] הפעלה ראויה ויעילה של 'שירותי משפט' מצדיקה עמידה על התקדים ואי סטייה ממנו. העבודה השיפוטית תהא בלתי אפשרית, ומאמץ של דורות היה יורד לטמיון, אילו כל החלטה שיפוטית הייתה נתונה בכל פעם לעיון מחדש. אך מעבר לכך, לא פעם ראוי הוא כי 'הסטייה' מהלכה קודמת תיעשה בדרך החקיקה, וסטייה הלכתית תיתפס כפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. סטיות רבות מדיי סופן פגיעה בכבוד שהבריות רוחשים לבתי המשפט ובאמון שהם נותנים בהם".

אפנה עתה לבחון את טענותיהם הפרטניות של העותרים.

הליך הוצאת הצו

45. העותרים טוענים לפגמים שנפלו בהליך הוצאת צו ההחרמה וההריסה. בין היתר נטען, כי בהודעה בדבר כוונת המפקד הצבאי להחרים ולהרוס את הבית לא צוין כי הדבר נעשה לשם הרתעה (על אף שהמפקד הצבאי נהג לציין זאת בהודעות שמסר בעבר (צורפה לעתירה דוגמה להודעה כזו)); כי לא ניתן לעותרים זמן מספיק להגשת השגה; כי לא צורפו למענה להשגה כלל המסמכים הנוגעים לחקירתו של ח'ליל, וכי לא הובהר באיזה אופן תבוצע ההריסה, ולא נמסרה חוות דעת הנדסית.

46. אכן, מוטב היה למפקד הצבאי לציין בהודעתו מהי העילה לנקיטת צעד זה, וראוי שכך יעשה בעתיד, כפי שנהוג היה בעבר, אך אין בכך כדי לשלול את חוקיות הצו. הכל יודעים מה מטרתה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והדברים נכונים מקל וחומר לשלב שבו אנו מצויים עתה, לאחר שהוגשה עתירה, נמסרה תגובה, ואף התקיים דיון.

47. אשר לפרק הזמן שניתן להגשת ההשגה, סבורני כי המפקד הצבאי העמיד לרשות העותרים שהות מספקת, הן להגשת ההשגה, הן להגשת העתירה, והוא גם נעתר לבקשת ארכה שהגישו העותרים עובר לפנייתם בהשגה.

48. גם לטענה כי לא נמסרו לעותרים כלל החומרים הרלבנטיים אין לשעות. כפי שהוזכר לעיל, נגד ח'ליל הוגש כתב אישום עוד קודם להודעה בדבר הכוונה להרוס את בית המגורים, ויש להניח כי בד בבד עם הגשת כתב האישום הועבר לידי ח'ליל ובאי-כוחו מלוא חומר החקירה. גם לעניין אופן ההריסה – אכן, היה מקום ליידע את העותרים באשר לאופן שבו תבוצע ההריסה, וככלל, בהעדר מניעה, גם להעביר לידיהם את חוות הדעת ההנדסית. עם זאת, יש לזכור כי אין מדובר בכוונה להרוס חלק מדירה, או דירה הממוקמת בתוך בניין מגורים, שאז ישנה חשיבות רבה ליידוע על אופן ביצוע ההריסה

(בשל חששם המובן של בעלי הדירות הסמוכות כי גם רכושם יפגע), כי אם בית מגורים אשר מיועד כולו להריסה. מכל מקום, משצורפה חוות הדעת ההנדסית לתגובת המשיבים, אין עוד צורך להוסיף ולדון בטענה זו.

מידתיות הצו

49. טוענים העותרים, כי הפעלת הסמכות נעשתה בחוסר מידתיות, שכן הפגיעה בבני הבית, שאין כל ראיה למעורבותם במעשיו של אבי המשפחה, קשה מאד. לדברי העותרים, אין הצדקה להרוס את ביתם, רק בשל מעשיו של ח'ליל, ובודאי שאין מקום לנקוט בצעד דרסטי וקיצוני של הריסת הבית כולו. ההריסה גם תגדע את מטה לחמה של המשפחה, משום שהעותרת 1 מפעילה בביתה משפחתון. מעבר לכך, טוענים העותרים, כי עצם הפעלת הסמכות היא שגויה ופסולה, מפאת מצבו הנפשי של ח'ליל.

50. כפי שפורט לעיל, למפקד הצבאי נתונה הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה לבתיהם של מפגעים, מכוח תקנה 119, אך עליו להפעיל סמכותו-זו באופן מידתי. בין היתר, נדרש המפקד הצבאי לשקול את חומרת המעשים המיוחסים למפגע; את עוצמתה של התשתית הראייתית שלחובתו; ואת מידת מעורבותם של דיירי הבית במעשים שביצע. מלבד זאת, עליו לבחון אם ישנם אמצעים אחרים, אשר עשויים לאפשר את מימוש התכלית ההרתעתית שבתקנה 119, תוך פגיעה במינימום ההכרחי בחפים מפשע.

51. כפי שציינתי לעיל, עם כל הקושי שבדבר, הפעלת תקנה 119 כרוכה לא אחת בפגיעה בחפים מפשע – אלו הדירים יחד עם המפגע בביתו – שאם לא כן, נמצאת נוטל את עוקצה של ההרתעה, שנועדה להניא מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי-טרור, על-די כך שיהגו במחיר שישלמו בני-משפחותיהם בגין מעשיהם הנפשעים, אף אם אינם מודעים לכוונותיהם; וכמו כן נועדה לרתום את בני המשפחה למניעת המפגעים הפוטנציאליים מלבצע את זממם, אם וכאשר ידעו מראש על כוונותיהם הרצחניות.

52. הפעלת הסמכות – קשה, וגם ההכרעה השיפוטית – מעיקה; אך זו חובתנו. אין עוררין על כך שבית המגורים הוא ביתו של ח'ליל, אשר התגורר בו עם בני-משפחתו שנים ארוכות, כדברי העותרת 1 בחקירתה: "חליל הוא בעל הבית, בנה את הבית לפני כ-23 שנה ומאז חי שם. הוא זה אשר החל בבניית הקומה השנייה לטובת הרחבת הבית ולטובת שימוש עתידי של בני הבית [...] המשפחה הגרעינית בלבד מתגוררת במבנה". חומרת המעשה שעשה ח'ליל גלויה וידועה, מעשה נפשע, נורא, רציחתו של אדם שצעד לתומו ברחובה של עיר, מחמת היותו יהודי, וזאת, לדברי ח'ליל – "למען פלסטין, העם הפלסטיני, מסגד אל אקצא, ואללה", ו"בכדי לתרום לעם הפלסטיני". אמר ועשה, דקר בסכין את הרב אוחיון שלוש דקירות עמוקות שגרמו למותו, הותירו מתבוסס בדמו, ועלה במחשבתו להמשיך

בדקירה ובהריגה של ישראלים יהודים נוספים (לפי האמור בכתב האישום). זוועה שכזו, מחייבת הרתעה יעילה, שתועיל למניעת הישנותם של מעשים מעין אלו, משום שלהוותנו, ישנם עוד מפגעים פוטנציאליים דוגמת ח'ליל.

53. כאמור בהלכה הפסוקה שנדונה לעיל, תכליתה ההרתעתית של תקנה 119 עשויה להצדיק את הפעלתה גם במקרים שבהם יתר בני המשפחה, הגרים עמו בבית, אינם מעורבים במעשיו של המפגע (ראו: עניין אלעמרין, בעמ' 698; עניין סאלס, בעמ' 359; עניין ג'נימת, בעמ' 653-654; עניין אבו דהים, פסקה 7; עניין אבו בכר, פסקה 17 לחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר), ואף כאשר ישנם בני משפחה קטינים הצפויים להיפגע כתוצאה מההריסה (ראו: עניין קואסמה, פסקאות 21 ו-26; עניין אבו זיד, פסקה ז'). כאמור, לאחרונה פסקה הנשיאה א' חיות בדנג"ק 5924/20, כי "ההלכה בענייננו הייתה ונותרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף".

54. על רקע האמור לעיל, במישור העובדתי ובמישור המשפטי, החלטת המפקד הצבאי להרוס את המבנה עונה על דרישות הדין למידתיות. כאמור, קיים קשר רציונלי בין המטרה – הרתעה, לבין האמצעי – הריסה; היקף הפגיעה נקבע, לדעת המפקד הצבאי, בשיעור הנחוץ להשגת ההרתעה (ההריסה אינה חורגת מגבולות ביתו של המפגע, ופגיעתה תחומה למשפחתו הגרעינית בלבד); הריסת הבית תפגע ברכוש, אך היא צפויה להועיל למניעת פגיעה בגופם ובחייהם של חפים מפשע.

55. אין בטענה כי ההריסה תפגע בחופש העיסוק של העותרת 1, כדי לשנות מן התוצאה. כאמור, ח'ליל בנה את בית המגורים לפני כ-23 שנים, נהג בו לאורך כל תקופה זו מנהג בעלים, ואף החל להרחיבו ולבנות על גביו קומה נוספת לשימוש המשפחה. זיקתו של ח'ליל לבית היא אפוא הדוקה ומובהקת. במצב דברים זה, אין בשימושים הנוספים הנעשים בבית, כדי למנוע את ההריסה. עיקר הפגיעה בבני המשפחה היא בעצם הריסת הבית; הפגיעה בפרנסה היא משנית. משנמצאה הפגיעה העיקרית עומדת במבחני המידתיות, הרי שגם הפגיעה המשנית, הנלווית לה, עומדת בהם. גם אין מדובר בפגיעה ישירה בחופש העיסוק של העותרת 1, כי אם פגיעה באופן מימוש העיסוק. אם עד כה יכולה היתה העותרת 1 להפעיל את המשפחתון מביתה, תידרש היא מעתה לעשות זאת במקום אחר (העותר 7 מתגורר במרחק של כ-30 מטרים מביתו של ח'ליל (פסקה 20 לעתירה), ובתם הנשואה של ח'ליל והעותרת 1 מתגוררת בבית אחר באותו כפר).

56. גם טענתם של העותרים על רקע רפואי נפשי לח'ליל, דינה להידחות. לצורך שימוש בסמכות שלפי תקנה 119, די בקיומן של ראיות מינהליות מניחות את הדעת, אשר מבססות את מידת אשמתו של המפגע (ראו: בג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (3.4.2016)): "הלכה היא כי די בקיומן של ראיות מנהליות כדי להצדיק הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ואין צורך לחכות להגשת כתב אישום או להרשעה" (עניין קואסמה, פסקה 27; ראו גם עניין עואודה, פסקה 25).

57. הגשת כתב האישום, שבו הואשם ח'ליל בביצוע רצח בנסיבות מחמירות ועוד, מעידה על תשתית ראייתית משמעותית, המבססת יסוד סביר להרשעתו בביצוע הרצח הנפשע. עובר להגשת כתב האישום נשקלה הטענה לקיומו של רקע רפואי נפשי – נשקלה ונדחתה – לאחר שנמצא כי אין בה ממש. העותרים סומכים טענותיהם על מסמך רפואי שנכתב ביום 6.9.2020, לאחר ביצוע הפיגוע, יום אחד בלבד לפני הגשת כתב האישום, שבו נטען כי ח'ליל סובל מרקע רפואי נפשי החל משנת 2017. בנוסף, לאחר הדיון הגישו המשיבים תחקורים של שני אחיו של ח'ליל. לטענת האחים, ח'ליל סובל זה מספר שנים מבעיות נפשיות. אחד מן האחים אף טען כי ח'ליל טופל כשנה קודם לכן על-ידי פסיכיאטר בירדן. למרות הדברים הללו, לא הוצג לעיוננו ולו מסמך רפואי אחד מ'זמן אמת', המוכיח את נכונות הטענה. הא למדנו, לכאורה, כי אינה אמת. גם המרשם לתרופת פרוזאק, וצילומי בקבוקוני התרופות שצירפו העותרים אינם תומכים בטענותיהם. בין מרשם לפרוזאק לבין מסקנה שלפיה עשה ח'ליל את אשר עשה במצב פסיכוטי, הנובע ממחלת נפש, המרחק רב. המשיבים, מצדם, צירפו לתגובתם חוות דעת פסיכיאטרית ראשונית שנעשתה לח'ליל ביום 30.8.2020 במרכז לבריאות הנפש בשלוותה, ולפיה – "לא נמצאה עדות פורמאלית למצב פסיכוטי או להפרעה אפקטיבית מאג'ורית... הנ"ל מבין שנמצא בעיצומו של הליך משפטי, שיקבל עונש אם ימצא אשם ושמיוצג ע"י עו"ד שמטרתו להגן עליו. לאור זאת רושם כי מבין את ההליך המשפטי וכשיר לעמוד לדין". גם במהלך חקירותיו של ח'ליל לא נמצאה עדות למצב פסיכוטי פעיל, או להפרעה אפקטיבית מאג'ורית. ח'ליל מסר בחקירותיו כי הוא אדם בריא, כי אינו לוקה בנפשו, וכי אינו זקוק לטיפולים נפשיים.

58. בסוף הדיון שמענו בכאב את דברי אלמנתו של הרב שי אוחיון ז"ל. לוואי ולא תדע עוד צער. נדגיש, פסיקתנו, כאמור לעיל, לא נועדה להעניש את המחבל ח'ליל, אלא להרתיע מחבלים פוטנציאליים שכמותו מלבצע את זממם. כללו של דבר, לא נמצאה לנו עילה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי. אציע אפוא לחברי לדחות את העתירה.

אני מצטרפת לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט נ' סולברג.

אין לכחד כי הפגיעה הנובעת מתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) בקניינם 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. לדאבונו, מדינת ישראל נאלצת להתמודד לאורך כל שנותיה עם גלי טרור חוזרים ונשנים. מאות ואלפים נפלו חלל, על לא עוול בכפם, אך בשל היותם אזרחי המדינה. במציאות מורכבת וקשה זו, עומדת למדינה הזכות, ואף החובה, להגן על שלום אזרחיה ועל ביטחונם. זאת, בין היתר, ביצירת הרתעה נחושה וברורה מפני ביצוע מעשי טרור ורצח נוספים באמצעות שימוש מידתי בתקנה 119. תקנה זו מהווה, אפוא, אחד ממופעיו המובהקים של עקרון הדמוקרטיה המתגוננת, ובכך משמשת "חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה" (ראו: בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (2.12.2018)).

לעניין זה, אוסיף ואציין כי עיון בחוות הדעת החסויה שהוצגה לעיונו מלמד כי השימוש בתקנה 119 אכן תורם באופן מובהק להרתעת מפגעים פוטנציאליים. על רקע האמור, השימוש בתקנה זו, בבחינת הכרח כל יגונה, עומד במבחני המידתיות. ודאי שכך נוכח נסיבותיו הקשות של המקרה דנן, בו נרצח בדם קר הרב שי אוחיון ז"ל, אשר הותיר אחריו אלמנה ויתומים.

תנחומנו שלוחים למשפחת המנוח ולכל אוהביו.

אני מצטרפת, כאמור, לחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג.

שופטת

השופטת מ' מזוז:

1. איני שותף לעמדת חבריי ולמסקנתם.

2. כפי שציינתי בעבר, הפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) מעלה שורה של שאלות עקרוניות הנוגעות לתוקפה של תקנה 119. שאלות אלה נוגעות הן להיבטים של המשפט הבינלאומי הפומבי - בעיקר האם התקנה אינה סותרת שורה של הוראות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובראשם האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907, ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כמו גם האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת המעוגן בתקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה – והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר לדעתי טרם זכו לדיון ממצה ועדכני. לצד זאת, תקנה 119 מעוררת שאלות קשות גם בנוגע לגדרי שיקול הדעת בהפעלת הסמכות (ראו: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015), להלן: ענין אבו חאשיה; בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016), להלן: ענין זכריא; בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016), להלן: ענין מרעי; בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (7.11.2017), להלן: ענין אלג'מל; בג"ץ 8786/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל (26.11.2017), להלן: ענין אלרוב; בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (4.3.2019), להלן: ענין דחאדחה; ולאחרונה: בבג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (10.8.2020), להלן: ענין אבו בכר).

3. אכן, בשאלת תוקפה של תקנה 119, בית משפט זה נקט של עד כה בעמדה עקבית לפיה כי התקנה עומדת בתוקפה, וזאת לצד הערות של כמה משופטי בית המשפט, לרבות הח"מ, בדבר הצורך לשוב ולבחון נושא זה נוכח השינויים שחלו במשפט הבינלאומי ובמשפט החוקתי והמינהלי הישראלי במהלך השנים המשליכים על סוגיה זו (ראו בפסקי הדין המפורטים בפסקה 2 לעיל, וכן פסקי הדין הנזכרים בפסקה 19 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג).

4. לעומת זאת, בהיבט של שיקול הדעת ואמות המידה להפעלת הסמכות, נראה כי קשה לדבר על הלכה ברורה או עקבית.

מקובל אמנם על הכל, כנקודת מוצא, כי את סמכותו לפי תקנה 119 על המפקד הצבאי להפעיל מתוך ריסון רב, בזהירות, בסבירות ובמידתיות. מאז החל נדרש להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, חזר והדגיש בית משפט זה, באופן עקבי, כי הפעלת הסמכות

לפי תקנה 119 מחייבת נקיטת גישה מאוד זהירה ומצמצמת, ובמיוחד לאחר חקיקת חוקי היסוד, שכן הפעלת סמכות זו כרוכה בפגיעה קשה בשורה של זכויות יסוד, לרבות פגיעה בקנין ופגיעה בכבוד האדם ובשורה של זכויות הנגזרות מכבוד האדם (ראו למשל: בג"ץ 2161/96 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 489 (1996); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015); ענין אבו חאשיה, פסקה י"ב לחוות דעת המשנה לנשיאה ופסקה 5 לחוות דעתי; ענין אבו ג'מל, פסקה 8 לחוות דעתי; ענין מרעי, בפסקה 8 לחוות דעת הנשיאה; ובג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי, פסקה 27 (2.12.2018)).

ברם, למרות נקודת המוצא הזוהה כאמור, הרי שבפועל קיימות מגמות וגישות שונות בפסיקה לאורך השנים באשר לאמות המידה לבחינת הסבירות והמידתיות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, ובאשר לאיזון בין השיקולים והערכים הכרוכים בשימוש בסמכות זו, ולענין זה אני חולק על עיקרי הנמקתו של חברי השופט סולברג בענייננו.

5. הסוגייה המרכזית העולה בענייננו מתייחסת לשאלה של פגיעה בחפים מפשע, כאשר המפגע נהרג או נלכד ועומד לדין, והפעלת הסנקציה של החרמה והריסה של הבית מופעלת למעשה נגד בני משפחתו, מקום בו לא מיוחסת להם כל מעורבות, ידיעה או תמיכה, מראש או בדיעבד, במעשיו של המפגע. סוגייה מעוררת את הטענה בדבר "ענישה קולקטיבית", בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי, כמו גם את הקושי הרב, בהיבט של המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי, שבפגיעה בבני משפחה חפים מפשע.

לענין זה אין אמנם חולק כי בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 יש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין התכלית ההרתעתית שביסוד הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת כתוצאה מכך לבני משפחה שלא היו מעורבים במעשי המפגע (ראו לאחרונה בדנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו סוהילה (8.10.2020)), אלא שבכל הנוגע למשקל היחסי שיש ליתן לשיקולים אלה, וממילא לתוצאה של האיזון, הייתה ועודנה קיימת מחלוקת נוקבת בין שופטי בית משפט זה והפסיקה הנזכרת שם. את עמדתי שלי בסוגיה זו הצגתי במספר לא מבוטל של הזדמנויות בעבר (בענין אבו ג'מל, בפסקאות 7-14; בענין זכריא, בפסקה 4; בענין מרעי בפסקאות 10 ו-24; בענין אלג'מל, בפסקאות 5-6; בענין אלרוב, בפסקאות 9-11; בענין

דחאדחה, בפסקאות 8-9; ולאחרונה בענין אבו בכר, בפסקאות 4-7). כך בין היתר ציינתי בענין אבו ג'מל –

7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ('ענישה קולקטיבית') עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה ...119

9. ...שאלת הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע עלתה לא פעם בפסיקת בית המשפט לענין הפעלת התקנה 119. בית המשפט חזר פעמים לא מעטות על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה (בג"ץ 987/89 קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמרין; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), להלן ענין המוקד להגנת הפרט). נקבע כי יש ליתן משקל לכך שמדובר ב-'פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של תושביהם הבלתי מעורבים של אותם בתים', מהטעם ש'הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה'. כן הוטעם כי פגיעה כזו 'עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם העקרון לפיו בן לא-ישא ב'עון ה'אב, ו'אב לא ישא ב'עון ה'בן' (ענין קואסמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק 'במקרים מיוחדים' ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה בדיירי הבית הבלתי מעורבים (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982), להלן: ענין חמרי; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993)...

13. אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד

ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעיקרון התנ"כי של 'איש בחטאו יומת' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית.

לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות... " (כל ההדגשות במקור).

וראו גם דבריו של השופט מ' חשין בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338, 351-352 (1994), ובבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא (2) 651, 655 (1997); דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 5839/15 טיזר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 5-6 (15.10.2015); ודברי השופט ג' קרא בענין אבו בכר.

6. העותרות בפנינו הן אשתו של המפגע וחמשת בנותיהם, שארבע מהן קטינות, אשר מתגוררות כולן בבית נגדו הוצא צו ההחרמה וההריסה. לאישה לבנותיה לא מיוחסת על ידי המשיבים כל מעורבות במעשיו הנפשעים של אבי המשפחה - לא בסיוע, לא בידיעה על כוונתו לנקוט בפעולה, ואף לא תמיכה בדיעבד במעשיו. אין ספק כי המעשה המיוחס למפגע הוא פשע חמור ונתעב. אלא שאין אנו עוסקים במפגע עצמו, אשר נלכד ועומד לדין בגין רצח בנסיבות מחמירות, וצפוי לרצות עונשי מאסר ממושכים, אם יורשע. מכאן שהפגיעה בבית מהווה בראש ובראשונה פגיעה באשתו ובבנותיו, שנתרו להתגורר בבית, ואשר הריסתו תותיר אותם חסרי קורת גג. בנסיבות אלה אני סבור כאמור כי סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד.

7. ולבסוף מספר הערות בקצרה לענין התכלית ההרתעתית.

ראשית, כפי שכבר ציינתי בעבר, הקביעה לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי, ועל כן אין מדובר בענישה קולקטיבית, אינה נקיה מספק (ראו בענין עליוה, בפסקה 8 בפסק דיני).

שנית, אכן תכלית הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 היא הרתעתית, אלא שהשאלה האם אכן יש בהפעלת הסנקציה כדי להשיג תכלית זו, אינה נקיה מספק. רבים וטובים מקרב גורמי הביטחון לאורך השנים הטילו ספק בהרתעה שיוצרת הפעלת תקנה 119. אזכיר כי ועדה מקצועית בראשות האלוף א' שני, שמינה בשעתו הרמטכ"ל לבחון סוגיה זו, המליצה בדו"ח שהגישה בינואר 2005 להפסיק את מדיניות ההריסות לאחר שהגיעה למסקנה כי לא הוכח שמדובר בהרתעה אפקטיבית, פרט למקרים מועטים יחסית, וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן, נוכח השנאה והאיבה שמעורר הצעד הקשה בקרב הפלשתינים. המלצה זו אומצה על ידי הרמטכ"ל ושר הביטחון, והוחלט על הקפאה של הפעלת תקנה 119. הקפאה זו התקיימה לאורך קרוב לעשור, למעט חריגים מועטים.

אף בחוות הדעת המקצועית של גורמי הביטחון שהוגשה לנו בדבר האפקט ההרתעתי של אמצעי זה, מוצג כי לצד מקרים בהם יש אינדיקציה לכך שהפעלת הסמכות להריסת בתים יוצרת הרתעה, ישנם מקרים בהם נמצא כי זו אינה משפיעה על מפגעים ויש גם מקרים בהם היא מהווה תמריץ לביצוע פיגוע מתוך רגשי נקם.

שלישית, וזה עיקר בעיני - גם אם אכן יש בנקיטת הסנקציה לפי תקנה 119 כדי להרתיע מפגעים בכוח, איני סבור שיש בכך ככדי להצדיק פגיעה בחפים מפשע. כפי שכבר ציינתי לעיל, "פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר." זהו אפוא בגדר המצבים בהם המטרה אינה מקדשת את האמצעי (וראו גם הערתי בענין אבו ג'מל לענין ההיבט האנטי-הרתעתי כאשר מדובר בפגיעה בחפים מפשע – שם בפסקה 17).

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג נגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, ז' בחשון התשפ"א (25.10.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט