



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5839/15

בג"ץ 5844/15

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

- העותרים בבג"ץ 5839/15:
1. סידר
 2. תמימי
 3. אל אטרש
 4. תמימי
 5. אקניבי
 6. טהה
 7. אל אטרש
 8. טהה
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

- העותרים בבג"ץ 5844/15:
1. פלונית
 2. פלונית
 3. פלוני
 4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

- המשיב בבג"ץ 5839/15:
- המשיבים בבג"ץ 5844/15:
1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
 2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
 2. היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: א' בחשון התשע"ו (14.10.2015)

- בשם העותרים בבג"ץ 5839/15: עו"ד אנדרה רוזנטל
- בשם העותרים בבג"ץ 5844/15: עו"ד מיכל פומרנץ
- בשם המשיבים: עו"ד אבי מיליקובסקי, עו"ד ענר הלמן

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. שתי עתירות אלה נסבות על צו הריסה שניתן לדירתו בחברון של המחבל אל-השלמון, שבפיגוע נתעב ביום 10.11.14, בתחנת אוטובוס בצומת אלון שבות, רצח את הנערה דליה למקוס עליה השלום ופצע – תוך ניסיון לגרימת מותם – שניים נוספים; הוא נדון בבית המשפט הצבאי ב-26.3.15 לשני מאסרי עולם מצטברים ולפיצוי בסך למעלה מ-4 מיליון ₪. ביום 19.8.15 הודע למשפחת המחבל (העותרת בבג"ץ 5844/14) על הכוונה להחרים ולהרוס את דירת מגוריה

לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. ניתנה הודעת שימוע קצרה ונתבקשה ארכה – ואכן הוגשו ב- 24.8.15 השגות מצד המשפחה ומצד העותרים בבג"ץ 5839/15, שהם שכני דירתו של המחבל – ואלה נדחו ביום 25.8.15. לאחר שנחתם הצו ביום 29.8.15 הוגשו העתירות ביום 30.8.15 – וניתן צו ארעי, ובהמשך צו ביניים, על-ידי השופטת ברק-ארז (30.8.15 ו-10.9.15 בהתאמה).

ב. בעתירות נטענו הן טענות כלליות לגבי הצד החוקי של השימוש בתקנה 119 והאפקטיביות של ההרתעה בכגון דא, והן טענות ספציפיות, לגבי ההודעה המאוחרת – כ-9 חודשים לאחר הפשע – ולגבי החשש כי ההריסה תפגע גם בדירות השכנים החפים מפשע.

ג. בתשובת המשיבים, המלווה בתצהיר מאת אלוף פיקוד המרכז, נאמר כי הסמכות העקרונית לעניין הריסה הוכרעה זה לא כבר בפסק הדין בבג"ץ 8031/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.14), וכי בעניין המועד מסור שיקול דעת לרשויות לפי בג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (7.7.15). באשר לבטיחות ההריסה, נאמר במכתב מגורם צה"ל מ- 8.9.15 כי מדובר בהריסה ידנית, חשמלית ומכנית, ללא פגיעה בקונסטרוקציה וללא פיצוץ (כפי שהובהר בדיון), וכן כי ההריסה אינה צפויה לגרום לנזק לדירות סמוכות ולבניין המגורים, וחרף המציאות המבצעית המאוימת נעשה מיפוי המקום במאמץ לדיוק, לשם מניעת נזק אגבי, ו"ההריסה תבוצע בפיקוח מהנדס בניין מענף ביצורים אשר ימצא בשטח על מנת להבטיח שההריסה תתבצע בהתאם לאמור לעיל". לקראת הדיון ביקשו העותרים בבג"ץ 5839/15 להגיש טיוטת חוות דעת, שלפיה בהריסה אחרת (בעקבות בג"ץ 8066/14) נפגעה – בין השאר – דירה סמוכה בצורות שונות.

ד. במהלך הדיון בפנינו עלתה, בין השאר, השאלה מה הדין אם חרף המאמץ לאי פגיעה בדירות השכנים, למשל, אכן תהא פגיעה כזאת – האם תהיה אז זכאות לפיצויי נזיקין אם לאו והשאלה הועלתה (מחשש לטענה מצד המשיבים למעשה מלחמתי).

ה. לאחר העיון ושמיעת הצדדים נראה, כי אין בידינו להיעתר לעתירות, בכפוף לאמור להלן:

ו. ראשית, לא נוכל בגדרי עתירות אלה להיזרש מחדש לנושא העקרוני שנדון בבג"ץ 8091/14, ושהועלה עתה כנמסר בעתירה לדיון נוסף (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון).

ז. שנית, דומה כי גם אם אין מקום להתערבות במקרה הספציפי דנא בשאלת המועד שבו הודע לעותרים על הכוונה להרוס, וגם אם המועד בכגון דא מסור ככלל לשיקול הרשויות (בג"ץ 4747/15 הנזכר), אף דבר זה כפוף לסבירות, למידתיות ולשכל ישר, ויש חשיבות גם למראית העין. נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר. במכלול נסיבותיו של המקרה דנא אין להתערב בכך, כאמור, ומכל מקום אין בטענה זו די להטות את הכף; אך במבט צופה פני עתיד יש להיזרש להערותינו, אף שהמועד המדויק ביסודו מסור לרשויות.

ח. שלישית, אשר להריסה עצמה: רשמנו לפנינו את הצהרת המשיבים הן באשר לאופי פעולת ההריסה והן באשר להקפדה עליה בליווי מהנדס. אנו מבקשים להטעים נקודה זו, ולבקש כי ייעשה כל מאמץ לעמוד במובטח לגבי ההריסה, על כל רכיביו, בודאי ובמיוחד כשעסקינן בדירות השכנים שאין להם מעורבות בפרשה הקשה, ויש צורך בתשומת לב רבה בנושא זה.

ט. ולבסוף, ככל שתהא פגיעה חריגה – שמעבר לפרמטרים שהוצגו – בדירות השכנים, אין הדלת נעולה לטעמנו לעניין פיצויים, כמובן הכל בהתחשב בנסיבות הרלבנטיות, הן לעניין מהות ההריסה והן לעניין הנסיבות בהן תבוצע.

י. בנתון להערות אלה הוחלט שלא להיעתר לעתירות. אין צו להוצאות.

יא. אחר הדברים האלה:

שני חבריי להרכב הוסיפו מזה ומזה הערות במישור הרחב יותר. למקרא חוות דעתו של חברי השופט פוגלמן אוסיף, כי חברי מגלה בכנות את דעתו

הספקנית לגבי עצם ההרתעה שבשימוש בתקנה 119, אף שמכבד הוא את העולה מפסיקתו של בית המשפט. את השיקולים לכאן ולכאן השתדלנו להביא לכלל ביטוי בבג"ץ 8091/14, על כן, לא ארבה דברים כאן ואשאר במישור הקונקרטי, והקורא מופנה לאותו פסק דין, על כל מורכבות הבעיה וקשייה, וראו בין השאר פסקאות ט"ז-י"ח לחוות דעתי שם וכן חוות דעת חבריי. כמות שצינתי בפסקה ט"ז, "אולי נוח וקל יותר לעמוד בצד העותרים מאשר בצד המשיבים"; אך חובתנו היא לראות את התמונה הכוללת במציאות שבה אנו חיים, כולל המציאות המשפטית. אוסיף, כי כחברי השופט פוגלמן מודע גם אנכי – וכך גם חברי השופט עמית כמובן – לבלהות הזמן הנוכחי, שתקוותנו בוקר וערב היא כי לא נקום בבוקר לשמוע, ולא ייתם היום וניודע חלילה, שעוד משפחות מבכות את מתיהן ופצועיהן ר"ל. ואולם, ההודעה לעותרים מאוגוסט 2015 בעניין ההריסה קדמה על פניה לגל העכור והקודר הנוכחי, ועל כן קשה לראות את ההחלטה נשוא העתירות כנובעת ממנו. חברי השופט עמית מציב שאלות שבתמונה הכוללת שביסודן מצוי המענה עליהן – דומני – במובן האופרטיבי בשורה התחתונה של בג"ץ 8091/14, ואידך זיל גמור.

המשנה לנשיאה

השופט ע' פוגלמן:

עיינתי בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ואני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע ביחס לבג"ץ 5839/15 ולאמור בפסקאות ח' ו-ט' לחוות דעתו. דעתי שונה ביחס לבג"ץ 5844/15, ולגביו אבקש להעיר הערות מספר הנוגעות לשאלה הכללית של הריסת בתים.

1. תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנות) מעניקה למשיבים את הסמכות להחרים, להרוס ולאטום בתיהם של חשודים במעורבות בפעילות עוינת בחלופות שאותן היא מונה. הסמכות המוקנית בתקנה זו, שהיא דבר חקיקה מנדטורי, מופעלת הן בתחומי מדינת ישראל, הן באזור יהודה והשומרון. בישראל תוקף התקנה אינו נתון לתקיפה חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהיותה "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד" (סעיף 10 לחוק זה), אך פסיקתנו הכירה בכך שיש לפרשה – ככל דין שקדם לחוק זה – בהתאם

לאמור בחוק היסוד. על כן הפעלת הסמכות מכוח התקנה נדרשה ועודנה נדרשת לעמוד במבחני המידתיות (ראו למשל בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה י"ח (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)). ומה יהא מידתי ביחס להפעלת סמכות זו? בית משפט זה קבע בעבר כי אין בבחירה להרוס את הבית כולו, להבדיל מאטימת חדר או הריסת חלק מסוים בבית, כדי להצביע בהכרח על כך שהאמצעי שנבחר אינו מידתי; ועוד נפסק כי אין הכרח להראות כי אלה המתגוררים בבית ידעו על אודות הפעילות החבלנית של החשוד (וראו האסמכתאות שם). כך נקבע לפני שנים רבות, וכך חזר ושנה בית משפט זה גם בעת האחרונה (האסמכתאות רבות והן נזכרות בחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט ובתגובת המדינה כאן, ואין צריך לחזור).

2. מן הטעם הזה, ומן הטעם הזה בלבד, הייתי נוטה ברגיל (הגם שלא במקרה זה, כפי שיפורט להלן) לדעה כי יישום הדין הקיים יש בו כדי להוביל לתוצאה שאליה הגיע במקרה זה חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, היינו: לדחיית העתירות. מן הטעם הזה – לאמור: שאלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת הגלומה בה. ובמה דברים אמורים?

3. תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיוננו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. אלא שייתכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת

על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119. דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' (וראו שקופיות 17, 20 ו-22 מתוך מצגת שערכה ועדה בראשות האלוף אהוד שני אשר בחנה נושא זה בשנים 2004-2005, שצורפה כנספח 1 לעתירה בעניין המוקד להגנת הפרט). בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצון) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). עמד על כך גם בית משפט זה כאשר הטעים כי אף שאין זה אפשרי להוכיח "כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997) (מפי השופט א' גולדברג) (להלן: עניין ג'נימת)), עדיין "על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו [...] [ו]להביא [...] נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ז; וכן פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות).

4. למול תועלת זו, על הספקות שהובעו ביחס אליה, יש לשקול את תוצאתו הקשה של המעשה. דבר אחד הוא הריסת ביתו של זה אשר ביקש לקום עלינו לכלותינו כשהוא גר בו לבדו; דבר אחר הוא הריסת מבנה שבו גרים בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בתכניתו הזדונית, ושבתם קורס עליהם על לא עוול בכפם. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים

תקחינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקחינה" (עניין ג'נימאת (בדעת מיעוט)).

5. לדברים נכוחים אלה מצטרף גם אני. אוסיף כי לגבי דידי אין להשקיף על פגיעת הריסת הבית כעל פגיעה כלכלית או רכושית בלבד (השוו לעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג), מה גם שבפגיעה זו כשלעצמה אין להקל ראש, שהלא הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 623 (2002); ראו גם בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 561-563 (2005)). והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

6. תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות מהגשמת תכלית התקנה – היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית. והכל נאמר בקליפת אגוז, שהרי לא זו ההלכה שיצאה מבית משפט זה. על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכין אני ראשי לפני דעת הבית. "רק כך יקיים הבית את הנהגתו" (ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161, 162-161 (2000); ראו בהרחבה לשאלת הסטייה מהלכה קיימת אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 240-247 (2004)). אכן, [...] ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות), אך סטייה מהלכה פסוקה של בית משפט זה, שעליה שב הוא במותבים

שונים זה מקרוב – אין היא רצויה, שמא יהא בית משפט זה בית שופטים – אמירה שלא נס ליחה שהזכירה בצדק השופטת א' חיות בפרשת המוקד להגנת הפרט; ומפורסמת מימרת Lord Eldon כי "It is better that the law should be certain" "than that every judge should speculate upon improvements in it".

7. עד כאן באופן כללי, ומכאן למקרה זה שלפנינו אשר נבדל בעיני מהזרם המרכזי של המקרים שנדונו בפסיקתנו. זאת, בשל השיהוי הכבד שנפל בהתנהלות המשיב 1. מכאן, להשקפתי, נגזרת גם התייחסות שונה לפרשה זו. ואסביר. את הפיגוע שבגיננו מבוקשת הריסת הבית, על תוצאתו הרת האסון, ביצע המחבל ביום 10.11.2014. רק ביום 19.8.2015 – בחלוף חודשים ארוכים – הודע למשפחת המחבל על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את הדירה שבה התגורר המחבל עם בני משפחתו. חודשים רבים חלפו אפוא ממועד ביצוע הפיגוע ועד שמסר המשיב הודעה על כוונתו להרוס את הבית. חלוף הזמן מעורר את החשש – כך הטענה – שמא אירועים ביטחוניים שבאו לאחר הפיגוע שבשלו מבקשים המשיבים לקדם את ההריסה הם שעומדים ביסוד החלטת המשיב. אירועים אלה, אף שעל חומרתם אין לחלוק, הם חיצוניים להתנהגות המחבל. הפועל היוצא מכך, לפי הילוך טיעון זה, הוא כי משפחת המחבל לוקה לא רק על פשע שלא ביצעה היא-עצמה, אלא גם על פשעים שביצעו אחרים שאינם המחבל שיצא מקרבה. עמדה על כך באחת הפרשות (בדעת מיעוט) השופטת ד' דורנר:

"אחת הדרישות, שעד כה לא חלקו עליהן, להפעלת הסמכות היא קיום קשר סיבתי בין הפיגוע לבין ההריסה: אף-על-פי שהריסת בית אינה אמצעי עונשי במלוא מובן המילה, אלא אמצעי הרתעת, אין לנקוט אותה אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית. בענייננו, 'הקפיא' המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה 'על-תנאי'. 'התנאי', כך מסתבר, היה ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. עקב ביצוע פיגועים נוספים אלה מבקש המשיב להרוס את בתי העותרים. לדעתי אין הוא רשאי לעשות כך, שכן אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית" (בג"ץ 1730/96 טאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 364, 353 (1996)).

8. במקרה שלפנינו אין בתשובתו הכתובה של המשיב התייחסות מפורטת לטעמים שבגינם חל שיהוי כה ניכר בהפעלת הסמכות, וממילא אין בה – בשלב הדיוני הנוכחי – כדי לשלול את הטענה כי הסמכות הופעלה בגין פיגועים אחרים שאינם אלה שביצע המחבל שהתגורר בבית. על רקע זה, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מורים על הוצאת צו על תנאי בעתירה בבג"ץ 5844/15 ודוחים את העתירה בבג"ץ 5839/15.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. המכשיר של הריסת בתים נתפס, ולא-בכדי, כמכשיר בעייתי, העומד בסתירה לציווי "איש בחטאו יומתו" (דברים כ"ד, ט"ז), ציווי המעוגן בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל והמשפט העברי.

אך לאחרונה נדונו בהרחבה בבג"ץ 8091/14 סוגיות שונות הקשורות להריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, ועל פסק הדין תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף. משכך, וכפי שציין גם חברי השופט ע' פוגלמן, אין מקום לחזור כעת ולהרהר אחר ההלכה הפסוקה הנוהגת.

עם זאת, הערותיו של חברי, השופט ע' פוגלמן, מביאות אותי להציב מספר הערות ונקודות כחומר למחשבה, כפי שיובא להלן.

2. אין להקל ראש בטענה לפיה השימוש בכלי הריסת בית כהרתעה הופך את משפחתו של המחבל לאמצעי, לאובייקט, ובכך נוספת גם פגיעה בכבוד האדם. עם זאת, נוכח הטענה כי הריסת בתים משרתת אינטרס ראשון במעלה של הגנה על בטחונם וחיייהם של תושבי המדינה, דומה כי המחלוקת לגבי הריסת בתים, הולכת ומתמקדת כיום בשאלת האפקטיביות של ההרתעה, דהיינו, במישור התועלתני ולא במישור הדיאונטולוגי.

בנושא זה ציין חברי כי "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". והנה, אך לפני מספר חודשים ניתנה החלטה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארוז, בבש"פ 2886/15 מדינת ישראל נ' שריף חאלד אבו סאלח (3.5.2015). ההחלטה עניינה בערר על מעצרים עד תום ההליכים של מספר נאשמים שהועמדו לדין בגין פעילות של תמיכה בארגון דאע"ש. חברתי מצטטת בהחלטתה מתוך חומר החקירה:

"...אכן, פאדי ומוחמד הסתייגו מהפעלת אלימות בישראל. אולם, פאדי הסביר זאת בזמן אמת אך בכך 'שהזמן אינו מתאים', ואילו בחקירתו ציין כי הוא חושש מן התוצאות שיכולות לכלול מאסר ממושך או את הרס ביתו. מוחמד ציין בחקירתו ש'עבר ביטחוני' הוא דבר 'מכובד' בעיניו. הוא אמנם שלל שימוש באלימות על-ידו, אך תמך בשימוש באלימות על-ידי אחרים, ותמך באופן כללי בלחימה בישראל. מוחמד ציין כי הפעילות שעליה נחקר הייתה 'רק דיבורים', אך הוסיף כי גם על-ידי דיבורים ניתן לתמוך בג'יהאד" (שס, פסקה 28, הדגשה הוספה – י"ע).

מורכבותה של שאלת ההרתעה מתחדדת לנוכח דבריו של הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר, אביחי מנדלבליט, אשר צוטטו בחוות דעת המומחים שהוגשה לנו על ידי העותרים, כלהלן:

"... ועדת האלוף אודי שני, הוועדה הזאת בעצם מצאה שספק רב אם יש אפקטיביות לנושא ההריסה, אבל כשהיא נכנסה לעומקם של דברים, והדברים הוצגו גם בפני הרמטכ"ל, הסתבר שלמעשה היכולת להעריך אפקטיביות קשה מאוד. בצד דוגמאות קונקרטיות, ויש דוגמאות קונקרטיות שבהן הוכחה אפקטיביות לצעד הזה, יש דוגמאות קונקרטיות של משפחות, שמנעו מבניהן לצאת לבצע פעולות התאבדות. השב"כ הביא דוגמאות כאלה. יש כמה עשרות מקרים כאלה. מצד שני, הובאו גם ראיות לכאורה לכך, שהנושא של הריסות הבתים לצורכי הרתעה יצר גם שנאה רבה יותר, יצר מוטיבציה גבוהה יותר, יצר קולקטיב של פליטות. יש דברים שעומדים מול זה, ולכן, בנושא הזה, היה קשה להגיע למסקנה חד-משמעית, גם כשניסינו לכמת אותו, היכולת לכמת את ההיבטים הסותרים של נושא האפקטיביות הם לא פשוטים, הם מסובכים. ... אי אפשר היה להגיע לתוצאה חד-משמעית בעניין הזה. זה דבר מאוד-מאוד מסובך. כאן באה למעשה החשיבות של הנימוקים הנוספים ...

נושאים שקשורים גם למשפט הבינלאומי, הגם שאני אומר שוב ... אפשר לבסס טיעון שכן ניתן להצדיק את זה ... ומאחר שיש ספק של ממש בנושא האפקטיביות של הריסות הבתים, כשבאים לאזן יש צדדים לכאן ויש צדדים לשם, הדברים הללו הביאו להחלטה, החלטה משמעותית ודרמטית... " (הדגשה הוספה – י"ע).

עורכי חוות הדעת בחרו להדגיש את המשך הדברים שהודגשו לעיל, ואני בחרתי להדגיש את הרישא של הדברים, באשר עולה מהם כי עשרות פעולות טרור נמנעו. אציין, כי בימים בהם נכתבות שורות אלה, חווה הציבור בישראל בעיקר פיגועים של סכינאות. מבלי להקל ראש חלילה בפעולות אלה, יש לזכור את ימי הדמים של האינתיפאדה השנייה, כאשר פיגועי התאבדות גרמו לעשרות הרוגים בכל פיגוע. אם כך, האם לשיטתו של חברי, ההרתעה לא השיגה את התועלת הנעלה ביותר בכך שהצילה חיים של עשרות אנשים? והאם במאזן בין פגיעה ברכוש – הגם שביתו של אדם הוא יותר מרכוש במשמעותו הרגילה – לבין אפשרות לפגיעה בנפש אין להעדיף את האפשרות השנייה? וב"תרגום" לשפה החוקתית, האם בהפעלת סמכותה המינהלית בהוצאת צו להריסת בית מכוה תקנה 119, פוגעת המדינה באופן מידתי בזכותם של בעלי הבית לקניין ולכבוד, בהתחשב באפשרות שיש בהרתעה כדי להגן על הזכות לחיים של תושבי ישראל?

3. ואם בהרתעה עסקינן, מעניין להצביע על כך שבתחומים שונים של המשפט, נקודת המוצא היא שהאדם הוא יצור רציונלי המודרך על ידי שיקולים של עלות-תועלת. למעשה, הגישה הכלכלית למשפט מבוססת על הנחה זו (עליה יש חולקים בדיסציפלינות אחרות). דומה כי "הנחת הרציונליות", במסגרתה ניתן לצפות כי מחבל פוטנציאלי יקה בחשבון את הסבל שעלול להיגרם למשפחתו עקב הריסת ביתו, נזנחת במסגרת הדיון אודות תקנה 119 לתקנות ההגנה, לטובת ההנחה שהמחבל הפוטנציאלי החדור במוטיבציה לבצע פיגוע, אדיש למכלול התוצאות הנובעות ממעשהו. והאם גם משפחתו של המחבל, המשפחה הגרעינית והמשפחה המורחבת, אדישה בהכרח לשיקולי עלות-תועלת?

4. האם הריסת/אטימת בית/דירה/חדר מכוה צו ספציפי, היא בבחינת עונש קולקטיבי/קיבוצי הן על פי המשמעות הפשוטה של המילה, והן נוכח התכלית

והרקע ההיסטורי העומדים בבסיס האיסור על ענישה קולקטיבית? האם אין דרגת ביניים בין עונש ואחריות אישית לבין עונש ואחריות קולקטיבית? האם אין להבחין בין הריסת בית בודד לבין הריסה רחבת היקף? האם סיווג הריסת בית בודד – מכוח צו ספציפי, תוך נקיטה באמצעי זהירות למניעת פגיעה בבתים/דירות/חדרים סמוכים, ולאחר מתן זכות שימוע ואפשרות לפנות מבעוד מועד הפצים מהבית - כעונש קולקטיבי, אינה מהווה הרחבה, שמא זילות, של המושג עונש קולקטיבי? ובכלל, האם כל ענישה של אדם בשל חטאו של אחר, היא בגדר ענישה קולקטיבית? היש חשיבות לעמדה לפיה הריסת בית אינה כלי של ענישה אלא של הרתעה צופה פני עתיד כלפי מחבל פוטנציאלי בלתי-ידוע? ומנגד, האם ניתן להתעלם מכך שתוצאתה, הלכה למעשה, פוגעת באופן ישיר, ולא באופן אגבי, בבני-ביתו של המחבל?

5. השיקול של מעורבות ישירה או עקיפה של בני משפחתו של המפגע, ועד כמה ניתן להרחיב גבולותיו של שיקול זה.

האם אכן יש לראות את משפחתו של המחבל כצד שלישי תמים לחלוטין, צד זר לחלוטין, כמו משפחה שביתה נהרס בהפצצה בשל טעות בזיהוי המטרה? האם במישור המוסרי יש חשיבות להתנהגות משפחתו של המחבל? היש להבחין בין התנהגות-ידיעה-תמיכה ועידוד של המשפחה לפני הפיגוע לבין התנהגות המשפחה לאחר הפיגוע? היש נפקות לכך שמשפחתו של המחבל מהללת את בנה שהיז על השתתפותו בפיגוע, ומחלקת ממתקים כאות שמחה ובאופן כללי "רוקדת על הדם" שנשפך על ידו? ומנגד, האם אין לקחת בחשבון כי לעיתים, שמחתה של המשפחה היא בגדר אילוץ של החברה והסביבה, ואינה בבחינת הזדהות עם מעשה הטרור?

6. איני סבור כי יש מקום להרחיב בנקודות אלה, באשר התשובות להן נמצאות, אם במפורש ואם מכללא, בפסיקה הנוגעת לתקנה 119, פסיקה שנסקרה בהרחבה בפסק דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין, בבג"ץ 8091/14 הנ"ל. מדיניות הריסת בתים של מפגעים, הופעלה עד היום במשורה, ואף תוך נקיטה

באמצעי זהירות למניעת פגיעה בבתיים שכנים, כפי שעולה מהערתו של חברי, השופט א' רובינשטיין בפסקה ה לפסק דינו. כל-עוד מדיניות זו תופעל במשורה ומשיקולי ביטחון טהורים, איני רואה לחזור ולהרהר אחר הפסיקה המושרשת בנושא, שבמסגרתה הוכרעו כבר הסוגיות העקרוניות הנוגעות להריסת בתיים.

אשר על כן, בשורה התחתונה אני מצטרף לחברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ב' בחשון התשע"ו (15.10.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה