



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3231/23

לפני: כבוד השופטת יי וילנר
כבוד השופטת גי כנפי-שטייניץ
כבוד השופטת ר' רונן

העותר: דארחואגא [REDACTED]

נגד

המשיב: אלוף פיקוד המרכז

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ג באייר התשפ"ג (04.05.2023)

בשם העותר: עו"ד מוחמד אבו סנינה

בשם המשיב: עו"ד יונתן ברמן; עו"ד יונתן נד"ב

פסק-דין

השופטת יי וילנר:

1. עניינה של העתירה שלפנינו בצו החרמה והריסה שהוציא המשיב (להלן גם: המפקד הצבאי) מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ביחס לדירה שבה התגורר [REDACTED] תואגא (להלן בהתאמה: הצו, תקנה 119 או התקנה, הדירה והמפגע), שביצע פיגוע ירי קטלני וגרם למותו של אור אשכר ז"ל (להלן: המנוח) ולפציעתם של שני אזרחים נוספים.

הרקע לעתירה

2. ביום 9.3.2023 ביצע המפגע פיגוע קטלני ברחוב דיזינגוף בעיר תל-אביב-יפו, כאשר ירה מטוח קצר ביותר באזרחים ששהו במקום, ובתוך כך כאמור גרם למות המנוח

ולפציעת שני אזרחים נוספים (להלן: הפיגוע). מיד לאחר ביצוע הפיגוע נהרג המפגע כתוצאה מירי של עוברי אורח המשרתים בכוחות הביטחון.

3. המפגע התגורר בדירה – אשר נמצאת בקומה 1- של מבנה בן מספר קומות בכפר נעלין (להלן: המבנה) – יחד עם אביו, אמו, אחיו בן ה-26 ואחותו בת ה-13. אקדים ואומר כי בעוד העותר, דודו של המפגע, טוען כי הדירה בבעלותו, בידי המשיב ראיות שלפיהן אביו של המפגע הוא בעל הדירה. לשלמות התמונה יצוין כי קומת הקרקע של המבנה היא בבעלות העותר, שמתגורר בה יחד עם אשתו ובנם; וכי לפי תגובת המשיב לעתירה, בשאר הקומות במבנה לא מתגוררים דיירים.

4. ביום 30.3.2023 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה מכוח תקנה 119, בשל הפיגוע שביצע המפגע (להלן: ההודעה). בהודעה פורטו נימוקי המשיב להפעלת התקנה במקרה הנדון, וניתנה אפשרות להגיש השגה בנושא עד יום 5.4.2023. כמו כן צורפה להודעה חוות-דעת הנדסית, שבה צוין, בין היתר, כי הריסת הדירה צפויה להתבצע באמצעות "חבלה חמה משולבת אמצעים מכאניים"; כי ההריסה היא רק של הדירה; כי קיימת היתכנות לנזק לשאר המבנה, אך יינקטו פעולות קפדניות מבחינת התכנון והביצוע על מנת שהסבירות לנזק והיקפו יהיו נמוכים; כי לא צפוי נזק למבנים סמוכים; וכי יינקטו פעולות לצורך מניעת פגיעה בתשתיות או בזוגיות סמוכות.

5. ביום 3.4.2023 הגיש העותר למשיב השגה על ההודעה, וטען, בין היתר, כי ההודעה לא הומצאה כדין למשפחת המפגע; כי אין הסכמה לכך שהמפגע הוא זה שביצע את הפיגוע; וכי העותר הוא הבעלים היחיד של המבנה. עוד הועלו בהשגה טענות עקרוניות נגד השימוש בתקנה 119, ונטען כי לכל היותר, יש להסתפק באטימת חדר השינה של המפגע בדירה. ביום 21.4.2023 נדחתה השגת העותר במענה מטעם המשיב. במענה צוין, בין היתר, כי צו ההריסה לא ימומש בפועל עד יום 27.4.2023.

מכאן העתירה שלפנינו, שהוגשה ביום 27.4.2023.

תמצית טענות הצדדים

6. העותר טוען כי הריסת הדירה מכוח תקנה 119 היא בבחינת ענישה קולקטיבית נגד חפים מפשע, שתסב סבל רב לעותר ולבני משפחתו הגרעינית של המפגע המתגוררים בדירה, וביניהם קטינה, אשר מעולם לא חשבו כי המפגע יבצע את המיוחס לו. עוד נטען, בין השאר, כי יש לפרש את תקנה 119 בצמצום, ברוח המשפט הבינלאומי וחוק-יסוד:

כבוד האדם וחירותו; כי הריסת בתי מגורים של משפחות מפגעים אינה מרתיעה מפגעים פוטנציאליים; וכי הגיעה העת לשינוי מדיניות בהקשר זה. עוד נטען, כי הדירה נמצאת בבעלות העותר, ולא בבעלות אביו של המפגע, כך שאין להפעיל בענייננו את תקנה 119; וכי לכל היותר, על מנת למזער את הפגיעה בבני משפחת המפגע, יש להסתפק באטימת חדר השינה של המפגע בדירה.

7. מנגד, לעמדת המשיב, יש לדחות את העתירה. המשיב מצייין, כי טענותיו העקרוניות של העותר נגד השימוש בתקנה 119 נדונו ונדחו פעמים רבות בפסיקתו של בית משפט זה; ומדגיש, כי הפעלת תקנה 119 מבוססת על הערכה מקצועית של גורמי הביטחון, שלפיה שימוש בתקנה זו מרתיע מפגעים פוטנציאליים, וכי החרפת המצב הביטחוני בשנים האחרונות מחדדת את הצורך בהרתעה כאמור. המשיב מוסיף כי לפי המידע שבידו, אביו של המפגע הוא בעל הדירה; כי גם אם הדירה בבעלות העותר, אין בכך כדי למנוע את השימוש בתקנה 119 במקרה דנן; וכי הסתפקות באטימת חדר השינה של המפגע תפגע בתכלית ההרתעתית של הצו. המשיב טוען כי הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119 היא מידתית בנסיבות העניין, בין היתר בהינתן שהצו מתייחס אך ורק לדירה, ולנוכח הפעולות שיינקטו למזעור הנזק הבלתי רצוי שעלול להיגרם כתוצאה משימוש הצו.

דיון והכרעה

8. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, הן בכתובים הן בדיון שהתקיים לפנינו ביום 4.5.2023, מסקנתי היא כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחברותי כי נעשה.

9. כמפורט לעיל, עיקר העתירה מבוסס על טענות עקרוניות הנוגעות לחוקיות השימוש בתקנה 119, שנדונו ונדחו בפסקי דין רבים של בית משפט זה (ראו, מני רבים: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015)), וכבר נפסק לא אחת כי אין מקום לשוב ולהידרש אליהן בכל עתירה שעניינה שימוש בתקנה 119 (ראו, מני רבים: בג"ץ 9034/16 אבו טביח נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 11 וההפניות שם (18.12.2016)). אעיר, כי העותר הפנה לעמדות שונות שהוצגו בקרב שופטי בית משפט זה, בכל הנוגע לחוקיות השימוש בתקנה 119; כשלעצמי, ראיתי להדגיש, פעם נוספת, את הצורך לפעול ולהכריע בענייננו על-פי ההלכה הפסוקה, כל עוד זו עומדת על כנה (וראו גם: בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (14.2.2016)). כפי שציינתי בהקשר אחר – דברים שיפים גם לענייננו – "יש חשיבות

רבה לכך שבית משפט זה ידבר בקול אחד לאחר שנקבעה הלכה, לטובת שמירה על ודאות ועל יציבות ההלכה, לא כל שכן בסוגיות עקרוניות [...] פן נתנהל כ'בית שופטים', אשר מספר דעותיו כמספר חבריו" (ע"ב 6668/22 בל"ד ברית לאומית דמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, פס' 13 לחוות דעתי (9.10.2022); וראו גם בג"ץ 3030/23 לוחמים לשלום נ' שר הביטחון, פס' 5 לחוות דעתי (23.4.2023)).

10. כידוע, תקנה 119 נועדה להרתיע מפגעים פוטנציאליים, והלכה היא כי תכלית זו של התקנה – ראוייה (ראו, מני רבים: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 19 (1.7.2014)). תקנה 119 לא נועדה אפוא להעניש את דיירי הבית המיועד להריסה. זאת, אף אם הפעלת התקנה כרוכה בפגיעה בזכויות הדיירים, ולעתים אף בהותרתם ללא קורת גג, אך בשל מעשה נפשע של בן משפחתם (ראו, למשל: בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 21 (2.12.2018)). אכן, מדובר בתוצאה קשה, אלא שלמרבה הצער, בשנים האחרונות – ואף בשבועות האחרונים – מכים במדינת ישראל גלי טרור, באופן שמחייב יצירת הרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים. בנסיבות אלו, במצבים מסוימים אין מנוס מהפעלת תקנה 119 לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים (בג"ץ 564/22 ג'ראדאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 16 (4.2.2022)), ואזכיר בהקשר זה את שצינתי בעניין נאג'י:

"אמנם נכון הדבר כי ההגנה על זכויות אדם ואזרח היא מחובותיה הבסיסיות של מדינה דמוקרטית. ברם, באופן בסיסי אף יותר, נדרשת הדמוקרטיה להגן על קיומה של תשתית מדינית וביטחונית אשר תאפשר לאזרחיה ליהנות מזכויותיהם אלה. מכאן נובעת החשיבות שבשמירה על ביטחון המדינה, וזאת אף במחיר של פגיעה בזכויות אדם ואזרח [...] יתר על כן, יובהר כי נקיטה באמצעים פוגעניים, הדרושים לשם שמירה על ביטחון המדינה, אינה משום 'פגיעה הכרחית' בדמוקרטיה, אלא היא-היא חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה" (שם, פס' 22).

11. יחד עם זאת, יש להדגיש, כי התועלת ההרתעתית הגלומה בהפעלת תקנה 119 צריכה לשוב ולהיבחן באופן מתמיד בראי נתונים עדכניים (ראו, למשל: בג"ץ 1633/16 פלונים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פס' 27 (31.5.2016)). לנוכח האמור, בדיון שהתקיים לפנינו עיינו, בהסכמת העותר ובמעמד צד אחד, בחוות דעת חסויה עדכנית מטעם המשיב, ושוכנעתי כי הנתונים המוצגים בה מלמדים כי אף כיום, השימוש בתקנה 119 מוביל להרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני הוצאה לפועל של כוונותיהם הזדוניות.

12. לצד כל האמור, הלכה היא כי על המפקד הצבאי להפעיל את תקנה 119 באופן סביר ומידתי, לנוכח מכלול נסיבות העניין, ובתוך כך עליו לשקול, בין היתר, את חומרת המעשים המיוחסים למפגע; את עצמת התשתית הראייתית נגדו; ואת מספר האנשים אשר צפויים להיפגע מהפעלת התקנה, ומאפייניהם (ראו, מני רבים: בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 22 (11.8.2014); בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 10 (12.11.2019)).

13. בענייננו, כפי שאבהיר להלן, מסקנתי היא כי הצו שהוציא המשיב ביחס לדירה הוא סביר ומידתי, וכי אין מקום להתערב בשיקול דעתו בהקשר זה.

14. אין צורך להכביר מילים על חומרת מעשיו הנפשעים של המפגע, שירה מטווח קצר ביותר באזרחים ישראלים, ולדאבון הלב, גרם למותו של המנוח בדמי ימיו ולפציעתם של שני אזרחים נוספים.

15. בכל הנוגע לתשתית הראייתית נגד המפגע, בפסיקה נקבע כי די בקיומן של ראיות מינהליות לצורך הפעלת תקנה 119 (ראו, מני רבים: בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 19 (11.4.2019)); ראיות אלו קיימות בענייננו, והעותר אף לא טען אחרת.

16. אכן, המשיב אינו טוען כי מי מבני משפחתו של המפגע היו מעורבים במעשיו הנפשעים, ומובן כי בנסיבות אלו, הריסת ביתם היא צעד קשה, לא כל שכן בהיות אחותו קטינה. ברם, הלכה מושרשת היא כי היעדר מעורבות של בני משפחת המפגע במעשיו, או הימצאות דיירים קטינים בבית המיועד להריסה, הם אמנם שיקולים רלוונטיים להחלטה אם להפעיל את תקנה 119, אך אין בהם, כשלעצמם, כדי לשלול שימוש בתקנה לצורך הגשמת תכליתה ההרתעתית (ראו, מני רבים: עניין אלעזאפרה, פס' 14 וההפניות שם)). בענייננו, אין בשיקול האמור כדי להטות את הכף לעבר קבלת העתירה. בהקשר זה אציין, כי אף אם אין לייחס לבני משפחתו של המפגע מודעות לכוונותיו או מעורבות בביצוע הפיגוע דנן, הרי שמתגובת המשיב לעתירה עולה כי אביו של המפגע הוא "פעיל חמאס בכיר, כלוא לשעבר", שאף "פרסם לאחר הפיגוע סרטון לאומני ובו תמיכה בטרור ובמעשי בנו"; כמו כן, גם המפגע היה מוכר עוד בטרם ביצע הפיגוע הנדון כפעיל חמאס, ואף נכלא בעבר, בין היתר בשל מעורבות בפיגוע ירי לעבר כוח צבאי בשנת 2016, ולא נטען בעתירה כי מי מבני משפחתו נקט אמצעים כדי למנוע ממנו לשוב ולפעול בדרך

הטרור (ראו בהקשר זה: בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 15 (11.4.2019)).

17. כאמור, העותר טוען כי הדירה בבעלותו; כי הוא אך משכיר אותה לאביו של המפגע; וכי לפיכך אין להפעיל בענייננו את תקנה 119. דין הטענה להידחות. ראשית אציין, כי מהתחקורים שערכו גורמי המשיב לבני משפחתו הגרעינית של המפגע עלה שאביו של המפגע הוא בעל הדירה; אוסיף בהקשר זה כי עיינו – במעמד צד אחד, בהסכמת העותר – בחוות דעת חסויה מטעם המשיב, אשר תומכת במסקנה האמורה. כמו כן, וזה העיקר, אף אם אניח כי העותר הוא בעל הדירה, אין בכך כדי לשלול את השימוש בתקנה 119 בנסיבות ענייננו. אמנם, לפי הפסיקה, העובדה שמדובר בבית שכור מצויה בגדר השיקולים שעל המפקד הצבאי לקחת בחשבון לצורך קבלת החלטה על הוצאת צו כבענייננו (ראו: בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' 25 (20.4.2016)). ברם, יש לזכור כי לפי לשון תקנה 119, לצורך נקיטת צעדים מכוחה, אין צורך בהוכחת זכויות בעלות של המפגע, או של מי מבני משפחתו הגרעינית, ביחס לבית מושא הצו; אלא יש להראות, כי המפגע הוא "תושב הבית", דרישה שהוכרה בפסיקה כ"זיקת מגורים" (ראו, למשל: בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' ט' (28.12.2015)). בענייננו, במכלול נסיבות העניין, לרבות העובדה כי טענת העותר היא שהדירה מושכרת לאחיו, אבי המפגע, אין בטענה כי מדובר בדירה שכורה כדי להטות את הכף לעבר קבלת העתירה (וראו עניין עאמר, שם).

18. עוד יודגש כי כמובהר לעיל, הצו נוגע אך ורק לדירה שבה התגורר המפגע, ולא לשאר חלקי המבנה, ואף במוכן זה אין מקום לומר כי הצו אינו מידתי. אמנם, בעתירה נטען כי לצורך עמידה בדרישת המידתיות יש להסתפק באיטום חדר השינה של המפגע, חלף הריסת הדירה כולה. ברם, אין חולק כי הדירה היא יחידת מגורים אחת ששימשה את כל הדיירים, המפגע ובני משפחתו; והמשיב טוען, כי צמצום הצו לכדי אטימת חדר השינה של המפגע בלבד יפגע בהגשמת תכליתו ההרתעתית. עמדה זו של המשיב מקובלת עליי, ולנוכח כל האמור לא מצאתי פגם ביחס להיקף הצו (ראו גם, בהקשר זה: בג"ץ 1376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 19 (13.3.2023); בג"ץ 2036/23 פרוך נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 8 לפסק דינו של השופט י' עמית (10.4.2023)); בג"ץ 3401/22 עאצי נ' אלוף פיקוד מרכז, פס' 14 (8.6.2022)).

19. לסיכום, בהינתן, בין היתר, חומרת מעשיו של המפגע ותוצאתם הקשה והקטלנית; התשתית הראייתית נגד המפגע; זיקתו המובהקת לדירה; תחימת הצו לדירה בלבד, תוך נקיטת צעדים למזעור הנזק לשאר המבנה, למבנים סמוכים ולתשתיות;

והנתונים העדכניים המלמדים על אפקטיביות ההרתעה הטמונה בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 – מסקנתי היא כי הצו שהוצא ביחס לדירה עומד בדרישת המידתיות, ונחוץ להרתעת מפגעים פוטנציאליים. כמבואר לעיל, אין בטענה כי העותר הוא בעל הדירה, וכי בני משפחת המפגע לא היו מודעים למעשיו; או בהצעה להסתפק באטימת חדר השינה של המפגע, כדי לגרוע ממסקנתי האמורה.

20. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחברותיי כי נדחה את העתירה.

21. לסיום, אבקש להביע את תנחומיי הכנים למשפחתו של המנוח, אור אשכר ז"ל, שאיבדו את היקר להם מכל.

ש ו פ ט ת

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ר' רונן:

1. כפי שתיארה חברתי השופטת י' וילנר בפסק דינה, עניינה של העתירה הנוכחית הוא בכוונת המשיב (להלן גם: המדינה) להרוס דירה בה התגורר מחבל, וזאת מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה). בדומה לעתירות רבות אחרות מסוג זה, גם העותר בעתירה הנוכחית העלה הן טענות עקרוניות כנגד חוקיות התקנה ככלל, והן טענות כנגד השימוש הקונקרטי בתקנה 119 במקרה הנוכחי על נסיבותיו.

הכרעה בעתירות הנוגעות להריסת בתים מחייבת התייחסות למספר שאלות. הראשונה, האם ביצוע הריסה מכוח תקנה 119 הוא חוקי במישור הסמכות – שאלה זו עניינה בעצם חוקיותה של תקנה 119, במנותק מהמקרה הספציפי בו הופעלה; השנייה, האם ביצוע ההריסה הוא חוקי במישור שיקול הדעת – שאלה זו מתמקדת בנסיבות הספציפיות בהן נעשה שימוש בתקנה 119; והשלישית, הנוגעת לאופן המענה לשאלות

הקודמות – היא מהו המשקל שיש לייחס לפסיקה הקודמת של בית משפט זה ביחס לצווי הריסה, וזאת לאור הגישות השונות הקיימות ביחס לכך. להלן אתייחס בקצרה לשאלות שלעיל.

מישור הסמכות – חוקיותה של תקנה 119

2. חוקיותה של תקנה 119 נדונה בשורה ארוכה של פסקי דין לרבות מהעת האחרונה. בפסקי הדין הללו הכיר בית משפט זה בסמכותו של המשיב לעשות שימוש בתקנה 119 תוך דחיית הטענות שהתעוררו מנגד (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון, פסקה כ' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: המוקד להגנת הפרט); בג"ץ 2036/23 פרוך נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' עמית (10.4.2023) (להלן: עניין פרוך); בג"ץ 1376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ד' מינק (13.3.2023); בג"ץ 4359/22 אבו שקיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 16 לפסק דינו של השופט א' שטיין (17.7.2022)).

עוד נקבע כי התקנה היא חיקוק שנחקק לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי משום כך אין לבחון את חוקיותו בהתאם להוראות חוק היסוד. יחד עם זאת, וככל חיקוק אחר שקדם לחוק היסוד, יש לפרש את התקנה ברוח החוק, ובהתאם לבחון האם הפעלתה נעשתה לתכלית ראויה ועומדת במבחן המידתיות (בג"ץ 7787/22 עבאד נ' המפקד הצבאי לאיו"ש, פסקה 21 (14.12.2022)). השימוש בתקנה צריך לכן להיות שימוש זהיר, מצומצם ומידתי (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה)).

הפסיקה אף הוסיפה כי משזו ההלכה הפסוקה, אין מקום לשוב ולהידרש מבראשית בכל עתירה שבמוקדה צו הריסה מכוח תקנה 119 לשאלות העקרוניות הנוגעות למישור הסמכות (ראו מיני רבים: בג"ץ 87/23 גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 13 (5.2.2023) (להלן: עניין גמגום); בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2.12.2018) (להלן: עניין נאג'י). כן ראו פסקה 9 לפסק דינה של חברתי השופטת וילנר).

3. יחד עם זאת, עיון בפסקי הדין השונים שעסקו בסוגיה מעלה כי קיימות גישות שונות ביחס לחוקיות תקנה 119. על פי גישה אחת, העומדת בבסיס ההלכה הפסוקה כיום, השימוש בתקנה 119 באופן המאפשר להחרים, להרוס ולאטום את בתיהם של אלה

שביצעו פעילות עוינת נגד מדינת ישראל הוא חוקי, והוא אינו נוגד את הוראות המשפט הבינלאומי ואף לא את הוראות המשפט הישראלי (ראו למשל: פסק דינה של השופטת וילנר בעניין נאג'י, בפסקאות 20-25; פסק דינו של השופט נ' סולברג בבג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, בפסקאות 25-44 (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)). כפי שציינתי, גם השופטים הדוגלים בגישה זו סבורים כי שאלת חוקיות השימוש של המשיב בתקנה כפופה לכללי הפרשנות, וצריכה להיבחן ברוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4. לצד זאת, קיימת בבית המשפט גם גישה נוספת. כך, מספר שופטים הביעו הסתייגות מהשימוש בתקנה 119, ועמדו על כך כי השימוש בה הוא בעייתי וקיים ספק לגבי חוקיותו. זאת, בין היתר, לאור כללי המשפט הבינלאומי, ובפרט לאור האיסור על "ענישה קולקטיבית" (ראו למשל: חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); חוות דעתו של השופט ח' כבוב בעניין פרוך); כמו גם לאור המשפט החוקתי בישראל, ובפרט בראי מבחני המידתיות החוקתיים (חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (3.4.2016) (להלן: עניין אטרש); חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015)).

יחד עם זאת, מאחר שההלכה הפסוקה קבעה לא אחת כי למשיב ישנה סמכות לעשות שימוש בתקנה 119, מסתפקים השופטים הנוקטים בגישה זו ככלל בציון עמדתם, תוך קריאה לשוב ולעיין בהלכה זו מחדש בהרכב מורחב, וממקדים את הדיון במישור שיקול הדעת.

5. אם כן, מאחר שכאמור לעיל נקבע בעבר, ובכלל זה בפסיקה מהעת האחרונה, כי התקנה מקנה סמכות הריסה (ראו למשל: בג"ץ 1374/23 צוף נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (6.3.2023); עניין גמגום), אין בדעתי במקרה דנן להביע עמדת מיעוט ביחס לעצם הסמכות לבצע הריסת בתים מכוח התקנה. אומנם, בהתאם לחוק יסוד: השפיטה, בית משפט זה אינו מחויב בהלכות שנפסקו מפיו, אך כפי שהובהר לא אחת, ישנה חשיבות לכך כי לאחר שנפסקה הלכה, ידבר בית משפט זה "בקול אחד".

מבלי לגרוע מהאמור יש לציין – כפי שפירטתי לעיל – כי ההלכה כיום אינה עולה בקנה אחד עם עמדתם של כלל שופטי בית המשפט, וישנם למצער מספר שופטים הסבורים כי יש לשוב ולבחון אותה פעם נוספת. לכן לטעמי ישנה חשיבות בתיאור העמדה המשפטית של שופטים שונים, באופן שיתכן שיצדיק ביום מן הימים בחינה

נוספת של השאלות כבודות המשקל העומדות בבסיס העתירות מסוג זה. אציין לכן בקצירת האומר כי אני שותפה לחלק מההסתייגויות שהובעו על ידי השופטים התומכים בגישה השנייה שפורטה בפיסקה 4 לעיל, ולעמדה לפיה נכון יהיה לשוב ולבחון את ההלכה בהרכב מורחב.

מכל מקום, לאור האמור, פסק דין זה ייצא מנקודת הנחה כי השימוש בתקנה הוא חוקי במישור הסמכות, ואסתפק בפירוט עמדתי ביחס לשאלת המידתיות של השימוש בה – בכלל ובנסיבות המקרה דנן בפרט.

מישור שיקול הדעת – מידתיות השימוש בתקנה 119

6. כאמור, הגישה לפיה יש לפרש את סמכות ההריסה ברוח עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא עמדה מקובלת בפסיקת בית המשפט, תוך שימת דגש על ביצוע הריסות באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות המידתיות. עקרונות אלה נועדו לשקול ולאזן בין השיקולים וההיבטים השונים. בחינה זו איננה מערערת לכן על הסמכות העקרונית לשימוש בתקנה אלא רק על יישומה, הן מבחינת הקריטריונים השונים ומשקלם והן מבחינת יישומם על עובדות המקרה המסוים הנדון.

7. השימוש בתקנה 119 צריך להתבצע תוך הפעלת שיקול דעת, כאשר אמת המידה המרכזית אותה יש לבחון היא מידתיות השימוש באמצעי זה. שאלת המידתיות צריכה להיבחן לאור האמצעי שנקט והנזק שהוא צפוי לגרום מחד גיסא; והמטרה לשמה הוא נקט מאידך גיסא. כך, צריך להיות קשר רציונלי בין המטרה שנועדה תקנה 119 להגשים לבין האמצעי שנבחר; יש לוודא כי האמצעי שנבחר מבין אלה המגשימים את המטרה, הוא זה הפוגע בפרט במידה הקטנה ביותר האפשרית; יתרה מכך, גם כאשר ישנה התאמה בין האמצעי לבין המטרה, האמצעי צריך להיות מידתי במובן זה שיתקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מהשימוש בו לבין עוצמת הפגיעה הנגרמת מהפעלתו (זהו מבחן המידתיות במונח "הצר") (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ע' ברוך (31.3.2016) (להלן: עניין מרעי); בג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ח' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (24.3.2016)).

בפסיקה נקבעו זה מכבר אמות מידה לבחינת מידתיות השימוש באמצעי של הריסת בתים במקרים קונקרטיים, ובהם בין היתר: המצב הביטחוני והצורך בהתרעה; חומרת המעשה שביצע המפגע; עוצמת הראיות כנגדו; זיקת המגורים של המפגע לבית;

מספרם ומאפייניהם של יתר בני הבית והפגיעה הצפויה בהם כתוצאה מההריסה; ומידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפיגוע (ראו למשל: עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יח' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקאות 18-17 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699-700 (1992)). ואולם, גם נושא זה מעורר שאלות עקרוניות שונות, כאשר נראה כי המחלוקת העיקרית נוגעת למשקלה היחסי של כל אמת מידה.

הסוגיה העיקרית הרלוונטית לעניינו היא בשאלה האם שימוש בתקנה כאשר המבנה משמש גם את בני משפחת המפגע אשר לא היו מעורבים באירוע ולא היו מודעים לכוונותיו, עומדת במבחן המידתיות במובן הצר. משכך, אתיחס להלן לשיקול זה בהרחבה ולאחר מכן אעמוד בקצרה על יתר השיקולים שיש להביא בחשבון במסגרת יישום התקנה. לבסוף אפנה לבחון את יישום כלל הקריטריונים על עובדות המקרה שלפנינו.

מעורבותם של יתר דיירי הבית בביצוע הפיגוע

8. בהתייחס למשקלו של שיקול זה, ניתן למצוא בפסיקה מספר גישות. גישה אחת, שהיא ההלכה הפסוקה הנוהגת היום, היא כי מודעות או מעורבות בני המשפחה במעשי המפגע מהווה אומנם אחד מהשיקולים שיש לשקול כחלק ממבחן המידתיות, והיא עשויה להשפיע על היקף צו ההריסה, אך היא אינה מהווה שיקול המכריע את הכף (דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו סוהילה, פסקה 7 (8.10.2020); עניין דויקאט, בפסקאות 23 ו-44; בג"ץ 751/20 הנאתשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 15 (20.2.2020)).

גישה שנייה היא כי הריסת ביתו של אדם שלא היה מעורב כלל בביצוע הפיגוע, אינה עומדת במבחן המידתיות ולכן אין לאשרה (ראו למשל: עמדתה של השופטת ברון בעניין מרעי, בפסקה 6; וכן בעניין גמגום, בפסקה 3; עמדתו של השופט מזוז בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקאות 7-14 (22.12.2015) (להלן: עניין אבו ג'מל); ובפסקה 5 בעניין דויקאט, בפסקה 3; עמדתו של השופט כבוב בבג"ץ 4088/22 אלרפאעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקאות 9-10 (7.7.2022)).

יצוין כי נראה שהמצדדים בגישה זו אינם דורשים בהכרח מעורבות ישירה ואקטיבית מצד בני משפחתו של המפגע במעשה הטרור, וייתכן לכן שיכירו בלגיטימיות ההריסה גם כאשר הייתה לבני המשפחה ידיעה קונסטרוקטיבית או כאשר ניתן להסיק על תמיכתם במעשה הטרור גם אם בדיעבד (עניין מרעי, פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ברון; בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (14.6.2016)).

גישה שלישית, בה נוקט השופט פוגלמן, ניצבת בין שתי גישות אלה. בדומה לגישה השנייה, גם לפי גישה זו, כאשר לא הוכח בראיות מספקות שבני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – השימוש בתקנה אינו מידתי. ואולם, לעומת המצדדים בגישה השנייה, השופט פוגלמן סבור כי גם במקרים אלה יש "להרכיב ראש" בפני ההלכה הנוהגת ולאשר את ההריסה; כאשר לצד זאת הוא קורא לשוב ולעיין מחדש בהלכה הפסוקה (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (15.10.2015); עניין אטרש, בפסקה 1 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

9. כפי שיובהר להלן, אני סבורה כי יש מקום לבחון כל מקרה ומקרה בהתאם למכלול נסיבותיו, וכי יש לתת משקל משמעותי לעמדתם של בני המשפחה, לידיעתם על אודות הפיגוע ולמעורבותם בו. בהתאם, אני סבורה כי כאשר מדובר בבית שאינו של המפגע אלא של משפחתו (קרי כאשר המפגע הוא "דייר נלווה", למשל מי שמתגורר עם הוריו כמו במקרה דנן), וכאשר בני המשפחה הללו לא היו מודעים כלל לכוונות המפגע, לעמדותיו ולתכניותיו ולא היו שותפים להן, הרי שככלל אין מקום להרוס את ביתם של בני המשפחה (אלא לכל היותר להרוס או לאטום את אותו חלק מהבית בו גר המפגע עצמו).

כפי שיבואר להלן, מסקנה זו עולה לטעמי ממבחן המידתיות במסגרתו יש להביא בחשבון את מטרת התקנה ואת מידת ההתאמה בין ההריסה והיקפה לבין הגשמת המטרה – מחד גיסא; ואת הנזק שייגרם כתוצאה מהפעלת התקנה בין היתר למי שאין חולק שלא היה לו חלק בביצוע הפיגוע או אף ידיעה מוקדמת על אודותיו, מאידך גיסא.

מטרת התקנה – הרתעת אחרים

10. הפסיקה חזרה וקבעה כי המטרה של הריסת בתי מחבלים היא מטרה הרתעתית ולא עונשית (ראו מיני רבים: עניין מרעי, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברון; עניין קואסמה, פסקה 23; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יז). ההריסה נועדה – כך נפסק –

כדי למנוע פיגועים עתידיים, תוך הנחה כי מפגעים פוטנציאליים עתידיים עשויים להימנע מביצוע פיגוע אם ידעו כי כתוצאה מכך עלולים בני המשפחה הקרובים שלהם לאבד את בית המגורים שלהם; כמו גם מתוך הנחה כי לנוכח התוצאות הקשות ינסו בני משפחה של מפגעים עתידיים להניא אותם מלעשות כן.

מובן כי מטרה זו כשלעצמה היא מטרה חשובה ביותר. הדברים נכונים בכל עת, וודאי שהם נכונים בתקופות כמו התקופה הנוכחית, בה מבוצעים מעשי טרור רבים ומזעזעים, חלקם – במרכזי ערים ותוך פגיעה מכוונת באזרחים חפים מפשע (כפי שהיה במקרה נושא העתירה דנן). בתקופה כזו – למטרת ההרתעה העתידית יש אם כן כמובן חשיבות קרדינלית לשמירה על שלומם וביטחונם של תושבי המדינה כולם.

11. חרף העובדה שהמטרה המוצהרת של ההריסה היא הרתעה, יש לדייק את הדברים, שכן לצד מטרת ההרתעה התייחסו הן מתקין התקנה והן ההלכה הפסוקה לשיקולים שהם בעלי אופי "גמולי". לטעמי, שיקולים אלה הם ההופכים את ההריסה למצער בחלק מהמקרים למידתית.

ראשית, על פי לשון התקנה – הרי שההריסה מבוצעת בבית שלמפגע חייבת להיות זיקת מגורים כלפיו (דנג"ץ 2376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (22.3.2023); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 45 (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)). כך, התקנה קובעת כי הבית שייהרס צריך להיות בית שהמפקד הצבאי נוכח לדעת כי תושביו או מקצת מתושביו (the inhabitants or some of the inhabitants of which) "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..." (ראו את הנוסח העברי של תקנה 119).

כלומר, אחד מהתנאים להפעלת התקנה היא שותפות של תושבי הבית – כולם או אף מקצתם – בעבירה. לכן, אם המפגע או מאן דהוא אחר שהיה שותף לפיגוע אינו גר בבית, לא ניתן להרוס את הבית מכוח התקנה. התנאי האמור לפיו ניתן להרוס רק בית שלמפגע יש זיקת מגורים כלפיו, אינו עולה לכאורה בקנה אחד עם המטרה ההרתעתית. הריסת ביתו של המפגע עצמו אינה אמורה להרתיע אותו באופן משמעותי אם בכלל. ההרתעה נובעת דווקא מהריסה אפשרית של בית משפחתו של המפגע, ומכך שהמפגע ובני משפחתו ידעו על אודות הפגיעה הצפויה בביתם של בני המשפחה האחרים אם אחד מבני הבית יבצע פיגוע.

יובהר עוד כי בפסיקה ניתנה פרשנות מרחיבה לדרישה זו של זיקת המגורים של המפגע לדירה המיועדת להריסה. כך למשל נקבע כי היעדרות של אדם מבית מגוריו אינה מנתקת בהכרח את הזיקה לבית; כי העובדה שלמפגע היה מקום מגורים חלופי אינה מנתקת את זיקת המגורים שלו לבית; כי די במגורים מעת לעת כדי להקים את זיקת המגורים לצורך הפעלת תקנה 119; וכי גם דירה המיועדת למגורי המפגע היא דירה שמקיימת זיקת מגורים אף אם טרם אוכלסה (בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 11 (11.4.2019); עניין מדעי, בפסקאות 14-16). אולם גם אם ניתן להסתפק בזיקה "רופפת" של המפגע לבית המגורים שעומד להיהרס, זיקה כזו היא תנאי להריסה, ולא ניתן לכן להרוס לצורך הדוגמה את בית הוריו של המפגע אם אין לו כל זיקת מגורים אליו. זאת גם אם התוצאה של הריסה כזו הייתה מביאה לקידום ברור של מטרת ההרתעה.

12. המסקנה של האמור לעיל היא כי אף שהפסיקה חזרה והדגישה כי מטרת ההריסה היא הרתעתית ולא עונשית, חייב להיות קשר בין מי שביצע את הפיגוע לבין הבית שיהרס. הדרישה הזו משליכה על המידתיות של ההריסה, והופכת את ההריסה למידתית יותר. נראה כי מקורה של הדרישה הזו הוא בעיקרון הברור והידוע הקושר בין עונש לבין מי שביצע את המעשה האסור. כך, גם בדיני העונשין, השיקול של "הרתעת הרבים" חל רק ביחס לעונשו של מבצע העבירה, וממילא לא ניתן לחרוג לצורך הרתעה כזו מהעונש ההולם על המעשה שבוצע (ראו סעיף 140 לחוק העונשין התשל"ז-1977, הקובע כי הרתעת הרבים היא שיקול בענישה אך זאת כל עוד העונש אינו חורג ממתחם העונש ההולם). דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם העיקרון התנ"כי שלפיו: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו" (דברים כ"ד ט"ז).

הריסת ביתו של מי שלא מיוחסת לו כל עבירה או מעשה בלתי חוקי וכאשר מדובר בבית שלמפגע אין כל קשר אליו, וזאת – רק כדי למנוע ממפגע עתידי פוטנציאלי אחר לבצע את המעשה המחריד שהוא מתכוון לבצע, מנוגדת לעקרונות אלה. מדובר בעקרונות הנובעים מהיותה של מדינת ישראל – מדינה יהודית ודמוקרטית, ובתוך כך – עקרונות המשפט החוקתי ובפרט עקרון היסוד של מידתיות (עניין אבו ג'מל, בפסקאות 11-13 לחוות דעתו של השופט מזוז וההפניות שם). ככזו, ההריסה אינה מידתית, וזאת מכוח הקביעה בתקנה 119 עצמה.

13. שנית, מעבר לדרישה הקיימת בתקנה לזיקת מגורים של המפגע לבית שהמשיב מבקש להרוס, התייחסה ההלכה הפסוקה לשאלת ידיעתם והשתתפותם של בני הבית בתוכניות הרצחניות של המפגע.

כך, גם כאשר למפגע יש זיקת מגורים לבית, הריסתו תפגע כמוכך גם בבני משפחה אחרים המתגוררים עמו. משכך יש הרואים בהריסת בתים של בני משפחת המפגע "ענישה קולקטיבית", קרי פעולה המתייחסת אל בני המשפחה של המפגע כאל אמצעי תוך פגיעה אסורה בזכויותיהם (על הביקורת המועלית כנגד תכלית ההרתעה ראו: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות. ראו גם: יוגב תובל "הריסת בתים – אמצעי לגיטימי למאבק בטרור או ענישה קולקטיבית" אמצעים חריגים למאבק בטרור 189 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010); 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 (ספטמבר 2014)).

לכן, כדי שאמצעי ההריסה יגשים את התכלית לשמה נועדה התקנה – התכלית ההרתעתית, ויצמצם את הפגיעה הנלווית לה כלפי ה"קולקטיב" שלא חטא, יש לטעמי חשיבות רבה לשיקול של מצבם הנפשי והתודעתי של בני הבית ובעיקר של בעלי הבית, ראשי המשפחה שיתר בני המשפחה חיים בביתם, ביחס למעשה הטרור שביצע המפגע. גם שיקול זה נשקל במסגרת בחינת המידתיות של צו ההריסה, כפי שאפרט להלן.

מטרת ההרתעה – האם השימוש בתקנה אכן מרתיע?

14. גם שאלה זו נדונה לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה, ואין בכוונתי לכן לחזור ולהידרש אליה בפירוט. אסתפק בכך שאציין כי הספרות בנושא זה מתייחסת לכוח המרתיע של הריסת בתים, כמו גם לאפשרות שהריסה כזו תשיג דווקא את המטרה ההפוכה. הפסיקה עמדה על כך כי ככלל, שאלת יעילות ההרתעה נתונה להערכתם של גורמי הביטחון, שזהו תחום מומחיותם, ובית המשפט ייטה שלא להתערב בה (ראו למשל: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין קואסמה, פסקה 25). גישתו העדכנית של המשיב, הנתמכת בראיות חסויות שהוצגו לבית המשפט, היא כי הכוח המרתיע של ההריסה עולה על "כוח השנאה" שעלול דווקא לעודד מקרי טרור נוספים, וכי לכן האפקט הכולל של הריסת בתי מחבלים הוא חיובי וממתן את מספר מקרי הטרור ולא להיפך.

חרף האמור, מטבע הדברים קיים קושי למדוד את אפקט ההרתעה של תקנה 119. יפים לעניין זה הדברים אותם ציינה השופטת ברון אך לאחרונה:

”למרבה הצער, הכוח ההרתעתי הגלום בהריסת בתים לכל הפחות מוטל בספק. סימני שאלה לא מעטים מרחפים מעל יעילות השימוש באמצעי זה, ולעמדת חוות הדעת החסויות המוצגות לנו מעת לעת בנושא אינן מתמודדות עימם במלואם. מטבע הדברים, אפילו לגורמי המקצוע יש קושי לכמת את המידה שבה הריסת בתים מונעת פיגועי טרור; וגם לא את האפשרות החלופית שאמצעי זה רק מגביר שנאה ואלימות כלפי יהודים ואזרחי מדינת ישראל” (בג”ץ 1618/22 ג’ראדאט נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 3 לחוות דעתה (6.4.2022) (להלן: עניין ג’ראדאט)).

המסקנה הנובעת מנקודה זו היא כי ישנן ראיות התומכות בגישת המשיב לפיה מדובר בפעולה שיש לה השלכה חיובית על צמצום מספרם וחומרתם של מעשי הטרור; כי יש להתייחס לנושא זה בזהירות רבה תוך שיש לשוב ולבחון אותו ולעדכן את המידע הנוגע אליו מדי פעם (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כ”ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין ובפסקה 6 לחוות דעתה של השופטת חיות); וכי מדובר בנושא שקשה מאוד להוכיחו באופן אמפירי.

לשיטתה של השופטת ברון, יש לתת משקל ממשי לספקות הקיימים ביחס ליעילות ההרתעית הגלומה בכלי של הריסת בתים. משכך, תחת מבחן המידתיות, יש לתת משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו של המפגע במעשים המיוחסים לו (עניין ג’ראדאט, בפסקה 3 לחוות דעתה). אף אני סבורה כן. לטעמי הספקות עליהם עמדה השופטת ברון מהווים טעם נוסף למתן משקל, בבחינת המידתיות של ההריסה, למידת המעורבות של בני המשפחה במעשים המיוחסים למפגע.

15. כפי שצינתי לעיל, ההרתעה פועלת בשני מישורים. המישור האחד: הרתעה של המפגע הפוטנציאלי העתידי מפני ביצוע מעשה הטרור; והמישור השני: הרתעה של בני משפחה של מפגעים פוטנציאליים עתידיים. לטעמי, לנוכח הכלל לפיו “איש בחטאו יומתו” הנובע כאמור הן מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, הן מהיותה מדינה דמוקרטית, והן מערכים אוניברסליים; כמו גם לנוכח הספקות הקיימים ביחס לאפקטיביות ההרתעה שהיא התכלית אותה על תקנה 119 להגשים (בשונה מתכלית עונשית, ובוודאי עונשית-קולקטיבית) – המסר המרתיע צריך להתייחס במידה רבה אל בני המשפחה. יש להבהיר לבני המשפחה כי ככל שחלקם במעשה הטרור יהיה גדול יותר,

כך תגבר ההצדקה לעשות שימוש בתקנה ולהרוס את ביתם. מנגד, ככל שהם יוכלו להוכיח כי לא היה להם כל חלק במעשה, כי הם לא תמכו בו – לא מראש ולא בדיעבד, ובוודאי אם יוכלו להוכיח כי ניסו למנוע אותו – הדבר יהווה שיקול כבד משקל במסגרת שיקולי המידתיות, ויתכן שאף יביא למניעת ההריסה של ביתם (ראו: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת חיות וההפניות שם).

לנושא זה יש חשיבות כפולה: ראשית, וכפי שציינתי לעיל, ככל שניתן לייחס לבני המשפחה חלק משמעותי יותר במעשה הטרור, כך ההריסה היא מידתית יותר; ומצטמצם החשש מפני "ענישה" קולקטיבית של בני המשפחה על לא עוול בכפם רק לצורך הרתעה של מפגעים עתידיים. שנית, מבחינה פרקטית, מועבר לבני המשפחה מסר לפיו אם ידוע להם על כוונה של בן משפחתם לבצע מעשה טרור, הם יוכלו לפעול כדי לאיין או למצער להפחית בצורה משמעותית את הסיכון של הריסת ביתם. מסר כזה עשוי אף הוא להביא בני משפחה לנסות להניא את המפגע מביצוע פעולת הטרור, בין באמצעות חינוך מתאים, שכנוע ואף קשר עם השלטונות במקרה שכל אלה לא הועילו. כל אלה עשויים להביא לצמצום אפשרי של פיגועים.

16. סיכומה של נקודה זו – לכאורה, אילו המטרה היחידה של ההריסה הייתה הרתעה של מפגעים עתידיים גרידא, לא היו כל השלכה או משמעות לעמדתם של בני המשפחה. כך, אם מפגע עתידי ירצה למנוע את הריסת הבית של בני משפחתו, הוא יימנע מלבצע מעשה טרור בין אם בני המשפחה מגבים אותו ובין אם לאו. מנגד, אם מבחינת המפגע העתידי אין משמעות להריסת הבית – גם אז אין משמעות לשאלה האם בני המשפחה היו מודעים למעשה מראש, האם סייעו לבן המשפחה או גיבו אותו.

ואולם, כאמור ההרתעה הגלומה בתקנה אינה רק ביחס למפגעים עתידיים אלא מופנית גם לבני המשפחה הגרים עם המפגע (עניין מרעי, בפסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברון; עניין חמאד, בפסקה 1(z) לחוות דעתו של השופט סולברג). משכך, יש השלכה לידיעתם ולעמדתם של בני המשפחה ביחס למעשה הנפשע. זאת בעיקר לפני ביצועו ובמידה מסוימת גם לאחר מכן.

אם כן, ככל שמדובר בבני משפחה שסייעו למפגע (בין אם באמצעות הסרתו, מתן תמיכה כספית, סיוע להסתרת כלי נשק וכד'), הנטייה לבצע את ההריסה תגדל. מנגד, אם מדובר בבני משפחה שלא זו בלבד שלא היו שותפים לעמדותיו של המפגע, אלא שהם אף גינו את פעולותיו או ניסו למנוע ממנו להוציא את כוונותיו לפועל (בין באמצעות שכנוע ובין באמצעות דיווח לשלטונות הביטחון) – דינם צריך להיות שונה.

בין המקרים הללו קיימים מקרי ביניים של בני משפחה שידעו על כוונות המפגע לבצע את הפיגוע אך לא סייעו לו; כאלה שלא היו מודעים כלל למעשה הקונקרטי אך היו מודעים לכוונות הכלליות של המפגע; וכאלה אשר הביעו לאחר מעשה תמיכה במפגע.

אני ערה לכך שבית משפט זה קבע כי גם כאשר אין ראייה בדבר מעורבות של קרובי משפחתו של המפגע, הדבר אינו מונע הפעלת סמכות ההריסה, וכי ככלל נטתה הפסיקה ליתן את הבכורה לשיקולים הקשורים בחומרת המעשה שביצע המפגע (עמדה על כך השופטת ברון בעניין מרעי, פסקה 6; ראו גם: בג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003)). ואולם, הפסיקה הכירה בכך שגורם זה עשוי להיות שיקול רלוונטי והוא אף עשוי להשפיע על היקף הצו (עניין עואודה, בפסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור וההפניות שם).

שיקולים נוספים שיש להביא בחשבון במסגרת יישום התקנה

17. כפי שהבהרתי, מעבר לשיקול המשמעותי של מעורבות בני המשפחה, ההלכה הפסוקה קבעה אמות מידה נוספות שיש להביאן בחשבון במסגרת הפעלת שיקול הדעת ביחס להריסה אפשרית. כאמור, אני סבורה כי שומה על בית המשפט להתייחס בכל מקרה ומקרה למכלול הנסיבות ולמכלול האפשרויות האלטרנטיביות העומדות בפני המשיב, ולהגיע למסקנה קונקרטית לגבי התוצאה האפשרית של הריסת בית המפגע, כולו או חלקו. אעמוד בקצרה להלן על יתר אמות המידה שיש להביא בחשבון.

18. המצב הביטחוני ומספר מעשי הטרור – ככל שמדובר בתקופה בה מבוצעים מעשי טרור רבים, כך גדלה ההצדקה לפעולות מנע שימנעו או למצער יפחיתו את הסיכון העתידי; ולהיפך (ראו: עניין ג'ראדאט, בפסקה 16). כאלה הם פני הדברים גם בפועל, כאשר המדינה אינה פועלת להריסת בתי מפגעים בכל עת, אלא רק כאשר נדרשים אמצעים חריגים בתקופות אלימות ומתוחות במיוחד.

19. חומרת המעשה – שיקול נוסף שיש להביאו בחשבון מתייחס לחומרת מעשה הפיגוע. זאת מבחינת תוצאתו, התכנון מראש, סוג הנשק בו נעשה שימוש וכד'. המשקל של הקריטריון הזה נובע מהמטרה של ההריסה – הרתעה עתידית. מטרה זו מקבלת משנה תוקף ככל שמדובר במעשה חמור יותר ומזיק יותר (ראו: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יח).

יוער כי שיקול נוסף אותו יש להביא בחשבון הוא עוצמת התשתית הראייתית נגד המפגע (ראו מני רבים: עניין דויקאט, בפסקה 50), ואולם בענייננו נראה כי גם העותר עצמו אינו חולק על הראיות הקיימות ביחס לביצוע הפיגוע על ידי המפגע, בן משפחתו.

20. זיקת המגורים של המפגע לבית – כפי שציינתי, מתקין התקנה לא ויתר על זיקת המגורים של המפגע לבית, על אף שזיקה כזו איננה כרוכה באופן אינהרנטי במטרת ההרתעה העומדת בבסיס התקנה. אף על פי כן, קיומה של זיקת מגורים מהווה תנאי לביצוע ההריסה (ראו למשל: עניין חמאד, בפסקה 45). לכן, אני סבורה כי ככל שמדובר בזיקה מרוחקת יותר, הדבר עשוי להשפיע על מכלול השיקולים ביחס להריסה אפשרית של הבית.

בהקשר זה יש לטעמי הבדל בין מקרה של בית שהיה בבעלות המפגע עצמו אשר הוא ראש המשפחה החיה בבית (כאשר יתר בני המשפחה חיים בבית המפגע כדיירים נלווים אליו – למשל ילדים קטינים של המפגע וכיו"ב); בית שהוא בבעלות הוריו של המפגע והוא חי בו כדייר נלווה מכוח זכויותיהם בו (ראו והשוו: חוות דעתו של השופט כבוב בעניין פרוך, פסקה 12); או בית שהוא בבעלותו של קרוב משפחה אחר או אף של אדם אחר שאין לו קשר משפחתי למפגע, ואשר משפחת המפגע שוכרת אותו. כן יש הבדל בין בית בו המפגע גר ממש לבין בית בו הוא רק התארח לעיתים, לן בו לפרקים וכיו"ב.

21. שקילת אמצעים מידתיים יותר מהריסה של בית המשפחה כולו – כאמור, תנאי להריסה הוא קיומה של זיקת מגורים של המפגע אליו. זאת אף שהריסת בית מגורים בו גר רק המפגע, היא בעלת ערך הרתעתי מצומצם מאוד אם בכלל. כאמור, ההרתעה אינה נובעת מכך שבית המפגע ייהרס, אלא מכך שהוא יידע כי לאחר ביצוע הפיגוע, עלולים בני משפחתו הקרובים למצוא את עצמם ללא קורת גג.

מכאן נובע – ודומה כי אף ב"כ המשיב לא חלק על כך – כי ככל שניתן להפריד בין יחידת המגורים בה גר המפגע מיחידות המגורים של יתר בני המשפחה, יש מקום להרוס רק את יחידת המגורים של המפגע עצמו (ראו: בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 40 (24.7.2016)).

ב"כ המשיב ציין בדיון שהתקיים בפנינו ביום 4.5.2023 כי קיימת גישה בפסיקה לפיה ככל שניתן לערוך הפרדה כאמור, יש לכך השלכה על אפשרות ההריסה. ב"כ המשיב אף הסכים כי אם למפגע אין זיקת מגורים למקום, לא ניתן להפעיל את הסמכות (ראו פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2023, עמוד 3 שורות 10-22). עם זאת הוא הוסיף, כפי שיפורט גם להלן, כי עמדתו של המפקד הצבאי היא כי כאשר מדובר בדירה בה כל דייר מתגורר בחדר פרטי אחד (לבדו או עם אדם אחד נוסף), אין עילה להפריד בין החדרים והפרדה כאמור היא מלאכותית.

השאלה שיש לבחון בהקשר זה היא אפוא מתי ניתן לקבוע שאפשר להפריד את חלק המגורים של המפגע. כאשר הדבר אפשרי, וכאשר תכלית ההרתעה אינה מאוינת (אף אם היא נחלשת), יש להרוס רק את המקום שלמפגע יש זיקת מגורים כלפיו, ולא יחידות דיור אחרות (וזאת כמובן אם המשיב יהיה סבור כי יש אינטרס הרתעתי בביצוע הריסה מוגבלת כזו). באופן יותר קונקרטי, השאלה היא האם כאשר מדובר בדירת מגורים המחולקת לחדרים, די בהריסה או אטימה של חדר המגורים של המפגע בלא להרוס את יתר חדרי המגורים, או שמא במצב כזה נדרשת הריסה של הדירה כולה. האפשרות לבודד את יחידת המגורים של המפגע, תהווה אף היא – כאשר היא קיימת – אחד השיקולים שיובאו בחשבון לעניין מידתיות ההריסה.

יישום הקריטריונים שלעיל על עובדות המקרה דנן

22. המצב הביטחוני ומספר מעשי הטרור – כפי שציינה גם חברתי השופטת וילנר בפסקה 10 לפסק דינה, התקופה הנוכחית היא תקופה מתוחה, בה מבוצעים מעשי טרור רבים וחמורים, המעמידים בסכנה משמעותית את שלומם וביטחונם של תושבי המדינה. תקופה כזו מחייבת היערכות ביטחונית מיוחדת שתמנע או למצער תצמצם במידה המרבית האפשרית את הסיכון הזה, ותאפשר לתושבי המדינה חיים בטוחים ושלווים.

23. חומרת המעשה – למותר לציין כי כל מעשה טרור הוא חמור ונפשע. הדברים יפים ביתר שאת לגבי מעשה הטרור שביצע המפגע שאליו מתייחסת העתירה הנוכחית – ירייה מטווח קרוב במספר עוברי אורח בלב העיר תל אביב, שכתוצאה ממנה נהרג אור אשכר ז"ל בדמי ימיו ונפצעו שניים אחרים – שלושה אזרחים חפים מפשע, שנפגעו – הם וכל הקרובים להם – על לא עוול בכפם.

24. עמדת בני משפחת המפגע כלפי המעשה – כפי שהבהרתי, לשיקול זה יש לטעמי משקל רב. כפי שיפורט להלן, המקרה דנן איננו מקרה מובהק בו בני המשפחה היו

שותפים למעשהו של המפגע; והוא אף אינו מקרה מובהק בו לבני המשפחה לא הייתה כל דרך לדעת על תכניותיו של המפגע והם כולם הסתייגו מהמעשה.

כזכור, המפגע התגורר בדירה יחד עם הוריו, אחיו בן ה-26 ואחותו בת ה-13. המדינה לא טענה כי מי מבני המשפחה ידע מראש על אודות כוונותיו הנפשעות של המפגע. יחד עם זאת, הפסיקה קבעה כי ניתן להסיק מסקנות ביחס לידיעה אפשרית של בני המשפחה גם באופן נסיבתי, למשל – מטיב היחסים של בני המשפחה עם המפגע; או מנורות אזהרה אפשריות כמו התרועעות עם מי שמזוהה עם ארגוני טרור וכיו"ב (ראו: עניין מרעי, פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ברון).

במקרה דנן, היו נורות אזהרה מסוימות ביחס למפגע ולעמדותיו. המפגע היה בעבר פעיל חמאס והוא אף נכלא בין היתר בשל מעורבות בפיגוע ירי לעבר כוח צבאי. לכן, אין מדובר במי שבני המשפחה לא יכלו לחשוד כי עלול להיות מעורב בפעילות טרור, גם אם הם לא היו מודעים באופן קונקרטי לתכניותיו.

זאת ועוד – אביו של המפגע שהוא לגישת המשיב בעל הדירה בה המפגע התגורר, הוא פעיל חמאס שהיה כלוא בעבר. האב אף פרסם בדיעבד, לאחר הפיגוע, סרטון לאומני ובו תמיכה בטרור ובמעשי בנו. לגישתו של השופט עמית בבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017), יש בכך כדי להעיד כי האב לא היה מנסה למנוע את הפיגוע ומוסר את בנו לידי הרשויות גם לו היה יודע על כוונותיו (שם, בפסקה 9). אף אם אלה אינם בהכרח פני הדברים, הרי לעמדתו של אביו של המפגע, בעל הזכויות בבית לפי הנטען, יש בוודאי משקל בבחינת מכלול השיקולים לצורך עריכת האיזון המידתי בהקשר של הריסה אפשרית של הבית.

21. זיקת המגורים של המפגע לדירה – כפי שהבהירה חברתי בפסק דינה, העותר טען כי הדירה שהמשיב מתכוון להרוס היא בבעלותו שלו. עמדת המשיב הייתה שונה והיא גובתה בראיות חסויות שהוצגו לבית המשפט. על כל פנים, לגישת המשיב, גם אם מדובר בדירה בבעלות העותר שהושכרה לבני משפחת המפגע, לא יהיה בכך כדי לשנות את תוצאת פסק הדין. יחד עם זאת, ב"כ המשיב הסכים כי שאלת הבעלות בדירה עשויה להיות אחד הנושאים שיובאו בחשבון בבחינת המידתיות של ההריסה (ראו פרוטוקול הדיון מיום 4.5.2023, עמ' 2 שורות 26-27).

אין חולק כי המפגע גר בדירה שהמשיב מבקש להרוס כרוק המתגורר עם הוריו, וכי אחד החדרים בדירה היה חדרו (בו הוא ישן יחד עם אחיו). לנושא זה אתייחס להלן.

25. שקילת אמצעים מידתיים יותר מהריסה של בית המשפחה כולו – כאמור, גם שאלה זו היא אחת השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים, כאשר עמדתו החלופית של העותר היא כי יש לאטום את חדרו של המפגע חלף הריסת הדירה כולה. המפגע עצמו אינו בעל הדירה אלא מי שחי בדירת הוריו, וכאשר רק אחד החדרים בדירה מוגדר כחדרו שלו, בו הוא התגורר יחד עם אחיו. כאמור, אילו היה מדובר במספר יחידות מגורים הניתנות להפרדה, נראה כי היה מקום להרוס רק את זו בה התגורר המפגע ולא את היחידות בהן גרו בני המשפחה האחרים שלו ואשר לו עצמו אין זיקת מגורים אליהן. זאת על אף שהריסה כזו היא בעלת ערך הרתעתי קטן הרבה יותר, אם בכלל.

המדינה התנגדה לאפשרות החלופית שלה טען העותר, כי רק חדרו של המפגע ייאטם. זאת בשל המלאכותיות של אטימה כזו כאשר מדובר בדירת מגורים אחת; החשש מפני אפשרות אכיפתה לאחר האטימה; והעובדה שאיטום כזה פוגע במטרת ההרתעה.

אכן, אין דומה הריסה של יחידת מגורים נפרדת בה מתגורר המפגע, להריסה או אטימה של חדר אחד מדירת מגורים שכל בני המשפחה חיים בה יחדיו ועושים שימוש משותף ב"חלקים הציבוריים שלה". בהתייחס לאפשרות האכיפה של האיטום, נראה כי זהו קושי שניתן לצמצמו באופן משמעותי באמצעות איטום הרמטי שלא ניתן לפנותו או להסירו. באשר למטרת ההרתעה – הרי שכפי שכבר נאמר, אם המטרה העיקרית של ההריסה היא פגיעה בבני המשפחה החיים יחד עם המפגע, מטרה זו תיפגע אם רק חדרו של המפגע ייאטם.

לכן, אף אם יהיה מקום בנסיבות מסוימות לקבוע כי יש לאטום את חדרו של המפגע בלבד ולא להרוס את כל הדירה, יש לייחד אפשרות זאת למקרים בהם לבני המשפחה אין כל קשר לפיגוע, והם לא הביעו כל תמיכה בו ובאידיאולוגיה של המפגע. כפי שהבהרתי לעיל – מקרה זה אינו אחד המקרים הללו.

סיכומם של דברים

26. יישום הקריטריונים על נסיבות המקרה דנן הביא אותי, לא בלי התלבטות, למסקנה לפיה יש לדחות את העתירה.

המעשה שביצע המפגע במקרה דנן הוא מעשה טרור נפשע בעל חומרה רבה ביותר שנעשה בתקופה מתוחה מאוד. ההריסה נועדה להרתיע מפגעים עתידיים ואת בני משפחותיהם, וכאמור בהתאם לעמדת המדינה העדכנית, מדובר בפעולה שיש לה בדרך כלל אפקט מרתיע העולה על האפקט של "הגברת השנאה" שאף הוא עלול להתרחש כתוצאה מהריסת הבית.

באשר לפגיעה בבני המשפחה החיים עם המפגע – המפגע אינו גר בדירה שהיא בבעלותו, אלא בדירה שאביו הוא בעל הזכויות בה, והמפגע חי בה יחד עם יתר בני משפחתו. עם זאת, יש לתת משקל משמעותי לכך שהאב, בעל הזכויות בדירה שיתר בני המשפחה חיים בביתו, הוא פעיל חמאס וכי לאחר הפיגוע הוא הביע תמיכה ברורה במעשי בנו ובטרור בכלל.

בהתחשב במכלול הנסיבות האלה, אני סבורה כי אף שהנזק שצפוי להיגרם לביתו של האב, וכנגזרת – הנזק ליתר בני המשפחה החיים עמו, הוא נזק קשה וחמור, הרי שבמקרה זה אין לקבוע בהתאם להלכה הפסוקה כי הוא אינו מידתי. משכך, אינני סבורה גם כי יש לקבל את הבקשה החלופית של העותר כי רק חדרו של המפגע ייאתם.

לכן, ובהתאם לכל האמור לעיל, אני סבורה כמו חברותיי כי בנסיבות המקרה דנן, דין העתירה להידחות; ואני מצטרפת לכן לעמדתן.

ש ו פ ט ת

הוחלט פה אחד לדחות את העתירה, כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, י"ח באייר התשפ"ג (9.5.2023).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת
