



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1938/16

בג"ץ 1999/16

בג"ץ 2002/16

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיובראן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים בבג"ץ 1938/16: 1. אבו אלרוב
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים בבג"ץ 1999/16: 1. נצאר
2. נצאר
3. נצאר
4. נצאר
5. נצאר
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים בבג"ץ 2002/16: 1. כמיל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: ד' באדר ב התשע"ו (14.03.16)

בשם העותרים בבג"ץ
1938/16:

עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם העותרים בבג"ץ
1999/16:

עו"ד לאה צמל

בשם העותרים בבג"ץ
2002/16:

עו"ד לביב חביב

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. אחמד נג'אח אלרוב (להלן אלרוב), אחמד נג'אח אסמעיל נצאר (להלן נצאר) ומוחמד אחמד מוחמד כמיל (להלן כמיל; להלן כולם יחד השלושה), ביצעו ביום 3.2.16 פיגוע רצחני, מתוכנן ומשולב, של דקירה וירי, בסמוך לשער שכס בירושלים, שבמהלכו רצחו השלושה את הדר כהן ע"ה, שוטר משמר הגבול, ופצעו שני שוטרים נוספים, אחד באורח קשה ואחד באורח קל. בעקבות זאת ניתנו שלושה צוי החרמה והריסה (בבג"צ 1999/16 – אטימה) ביחס לדירות מגורי העותרים כפי שיפורט, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן תקנה 119 או התקנה); השגותיהם נדחו. כנגד זאת מכוונות העתירות. יוער כבר כאן, כי עיקר טענות העותרים אינו מכוון כלפי בסיס התמונה הראייתית העומדת כנגד השלושה לעניין המעשה וחומרותו, אלא כלפי עצם השימוש בצוי ההחרמה וההריסה מכוח תקנה 119, ככלל ובנסיבות ענייננו בפרט.

העתירות הוגשו ביום 8.3.16; עוד באותו יום ניתנו צוים ארעיים האוסרים על הריסת המבנים עד להכרעה בעתירות (השופט דנציגר); לבקשת המדינה מיום 10.3.16 ונוכח עניינן המשותף של העתירות, הוחלט לדון בהן יחד; הדיון נערך ביום 14.3.16; ביום 15.3.16 ביקשנו מן המשיב לשקול היש היתכנות לעשות שימוש באמצעי אטימה או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה בבג"צ 1938/16 ובבג"צ 2002/16, כפי שנעשה בבג"צ 1899/16; ביום 21.3.16 הודיע המשיב, בליווי תצהירו, כי ההצעה אינה מקובלת עליו; וכעת הגיעה עת ההכרעה.

טענות הצדדים בכתב ובדיון

ב. בג"צ 1938/16: במוקד עתירה זו ביתה של משפחת אלרוב בקבאטיה – העותר 1 הוא אביו של אלרוב – אשר בשטחי איו"ש; הבית בן קומה אחת, שטחו כ-150 מ"ר ומתגוררות בו 9 נפשות. ביום 24.2.16 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הבית נוכח הפיגוע בו לקח אלרוב חלק. השגת העותרים על החלטה זו נדחתה כאמור, וביום 6.3.16 הוצא צו החרמה והריסה לבית מכוח תקנה 119. העותרים מבקשים כי נורה על ביטולו של הצו בנימוק שהוצאת צוי החרמה והריסה עומדת בניגוד לדין

הישראלי ודיני המלחמה החלים באזור, שכן אין בנימוק ההרתעה כדי להצדיק פגיעה בחפים מפשע.

ג. בג"צ 1999/16: במוקד עתירה זו ביתה של משפחת נצאר בקבאטיה – בני המשפחה הם העותרים 5-1; הבית בן שתי קומות. ביום 24.2.16 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הקומה השנייה בבית, בה התגורר נצאר, נוכח הפיגוע בו לקח חלק; השגת העותרים על החלטה זו נדחתה, וביום 6.3.16 הוצא צו החרמה והריסה בהתאם. צוין, כי הכוונה כאן היא להריסה ידנית של המחיצות הפנימיות של הקומה השנייה, תוך מילוי חלל הדירה בגדרות תיל ובחומר מוקצף כדי למנוע שימוש בה; קרי, אין מדובר בהריסה מלאה אלא חלקית, ובאטימה. העותרים מבקשים כי נורה על ביטולו של הצו מטעמים אחדים. ראשית, כיון שככלל, עצם השימוש בתקנה 119 לשם החרמה והריסה מנוגד אף לדידם לדין הישראלי ולדיני המלחמה החלים באזור, ודי בכך להורות על בטלות הצו. שנית, כיון שבית המשפחה נמצא בשטח A, ולפי הנטען, כחלק מן ההסדרים שנקבעו בשנת 1995 בהסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה ("אוסלו ב'"), אין למדינת ישראל סמכות בטחונית בשטחים אלה, ולכן אין בסמכות המשיב להוציא צו כאמור. שלישית, לעניין נסיבות הפיגוע – העותרים אינם חולקים על כך שככל הנראה אכן נטלו השלושה חלק בביצוע הפיגוע, אולם כיון שנורו למוות במקום, לא ברור מה היה חלקו של כל אחד מהם בביצוע. רביעית, לעניין שיקולי ההרתעה – נטען כי לא הוכח שהריסת בתים אכן מביאה להרתעה המיוחלת, וכי חוות הדעת שהוגשו לעניין זה בעתירות קודמות הן חסויות, ולכן לא ניתן לדעת האם יש בהן כדי לבסס את האמור; וקונקרטי לעניינו, נטען כי די בהריגת השלושה על אתר בשעת מעשה להרתעת מפגעים בכוח, ואין צורך בנוסף גם בהריסה.

ד. בג"צ 2002/16: במוקד עתירה זו ביתה של משפחת כמיל בקבאטיה – העותר 1 הוא אביו של כמיל; הבית בן קומה אחת, שטחו כ-180 מ"ר ומתגוררות בו 6 נפשות. ביום 24.2.16 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הבית נוכח הפיגוע בו לקח חלק כמיל; השגתם כאמור נדחתה, וביום 6.3.16 הוצא צו החרמה והריסה מכוח תקנה 119. בעתירה זו מבקשים העותרים כי נורה על ביטולו של הצו מטעמים דומים לאלה שהושמעו בבג"צ 1938/16, וכן טענת חוסר מידתיות.

ה. בתגובת המשיב ביחס לשלוש העתירות מיום 10.3.16, נאמר באשר לטענות העקרוניות בדבר עצם סמכותו של המשיב לעשות שימוש בתקנה 119, כי אלה הועלו ונדחו בשורה ארוכה של עתירות, חלק נכבד מהן מן העת האחרונה, ולא הועלה טעם לדיון מחדש בסוגיה. לגופם של דברים נטען, כי מדובר בפיגוע חבלני חמור; בידי

שלושת המפגעים היו שלושה תתי מקלע, שני מטעני חבלה, סכין יפנית וסכין מתקפלת. לתגובה צורפה הודעתו של בלאל אבו זיד, ממנה עולה כי השלושה סיפרו לו על כוונתם לפגוע בירושלים (הודעה מיום 21.2.16, גיליון 3, שורות 52-57); וכן צורפה הודעתו של שוטר משמר הגבול, אשר תיאר כיצד החלו השלושה לתקוף את השוטרים באיזור שער שכס לאחר שביקשו מהם להציג תעודה מזהה, וכיצד בהמשך ירו לעבר השוטרים – באופן שכאמור גרם לפציעת שוטר אחד באורח קל ושוטר אחד באורח קשה – וגרמו למותה של השוטרת הדר כהן ע"ה בדקירות סכין (הודעה מיום 8.2.16). אשר לצורך הכללי שבשימוש בתקנה 119 לשם החרמת בתי מגורים והריסתם נטען, כי ההסלמה בפעילויות טרור מצריכה לעשות שימוש באמצעי חמור זה, אשר לפי בחינות שונות של גורמי הביטחון יש בו כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים; במעמד הדיון הוגשה חוות דעת מטעם גורמי הביטחון, לעיון חברי ההרכב, שיש בה לפי הנטען לתמוך בטענת ההרתעה. עוד נטען לעניין נצאר קונקרטי, כי לאחר הפיגוע חקר איש שירות הביטחון הכללי חקר את אחיו, וזה הביע תמיכה במעשי אחיו, וציין כי זו זכות גדולה להיות "שהיד".

1. ביום 15.3.16 ביקשנו כאמור מן המשיב להודיע היש היתכנות לאטימה או הריסה חלקית במבנים נשוא בג"צ 1938/16 ובג"צ 2002/16. ביום 21.3.16 הודיע המשיב כי אינו הדבר אינו מקובל עליו, נוכח חומרת המקרים והצורך הממשי בהרתעה, שלשיטתו לא תושג באמצעות אטימה או הריסה חלקית במבנים אלה.

דיון והכרעה

2. לאחר עיון בטענות הצדדים ושמיעתם בדיון, חוששני כי אין להיעתר למבוקש. הדברים נאמרים בהכרת הקושי שבשימוש באמצעי זה, וכפי שנודמן לי לומר לא אחת, קל יותר להיות בצד העותרים, ואיננו ששים לתיקים אלה, אך ההכרח לא יגונה, ובתוך עמנו וסבלותיו אנו יושבים, ועלינו לתרום לאפשרות של הצלת נפשות; וכנאמר (אבות דר' נתן פ"ג (נוסחה ב')) "כל המקיים נפש אחת כאילו מקיים עולם ומלואו". אשר לסוגיה הכללית, נחזור ונדגיש: השימוש שנעשה מכוח תקנה 119 לצרכי אטימה והריסה של בתי מחבלים הוא שימוש הרתעתי, לא עונשי (בג"צ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986); בג"צ 4772/91 חיזוראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(2) 150 (1992); בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003); בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 23 (2014); בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2014); בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה

י"ז (2014); בג"צ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ז' (28.12.15), פסקה ז'; בג"צ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (14.2.16)). דבר זה ראוי שיתנו אל לבם כל הנוגעים בדבר, לרבות בדרגים המדיניים; הרתעה ולא עונש. הפנמת הדבר חיונית, הן לגבי עצם ההחלטות והן במבט לעתיד, לעניין הצורך להתמיד במעקב מודיעיני ואחר כדי לעמוד על אפקטיביות ההרתעה.

ודוק, אין חולק על הפגיעה הממשית הנגרמת לקניינם של יושבי הבתים המיועדים להריסה, אולם נקודת המוצא היא כי הפגיעה בקניין נסוגה מפניי האפשרות להגן על חיי אדם; אם אכן מסייעת ההרתעה וייחסכו חיים, עם כל הצער על פגיעה ברכוש, גוברת עליה קדושת החיים (בג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 3 (2003); עניין חלבי, פסקה י"ב). בהתאם לכך, משקבע המשיב, האלוף מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מתוקף הסמכות המוקנית לו בעניינים ביטחוניים כגון דא ובכירותו הבטחונית, כי יש באמצעי של הריסת הבית כדי להביא להרתעת מפגעים פוטנציאליים ולהציל חייהם של חפים מפשע, התערבותנו תהא מעיקרא מוגבלת, וזאת גם כאשר נבחר האמצעי של הריסה מלאה חלף הריסה חלקית או אטימה (עניין עבאסי, בעמ' 60-61; עניין קואסמה, פסקה 26; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ח); אף שנטעים, כי כשלעצמנו נעדיף, ככל שנעשה שימוש באמצעי ההריסה, כי ייעשה מאמץ לצמצום תוצאותיה, לרבות אטימה.

ח. יודגש, כי ככל פעולה אחרת הננקטת על-ידי גורם שלטוני, גם פעולת המשיב מתוקף הסמכות המסורה לו במסגרת תקנה 119 צריך שתיעשה באופן מידתי; דהיינו, יש לבחון בין היתר האם יש קשר רציונלי בין האמצעי למטרה ("מבחן הקשר הרציונלי") והאם התועלת עולה על הנזק ("מבחן המידתיות במבחן הצר") (בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217; עניין עבאסי, בעמ' 59; עניין סעאדה, בעמ' 291-292; בג"צ 9353/08 הישאם אבו דהים נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 5 (2009); עניין עואודה, פסקה 17; עניין קואסמה, פסקה 22; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ח; עניין עבאסי, בעמ' 59; עניין חלבי, פסקה י"ג). לשם כך, עלינו להיווכח, כי האמצעי מגשים את מטרת ההרתעה הנטענת, גם אם מטבע הדברים הדבר אינו ניתן להוכחה פוזיטיבית מלאה. בהתאם, נפסק לא אחת, כי בכגון דא יהא על המשיב להציג ראיות התומכות בטענה כי אכן יש באמצעי זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים, כנטען (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה ח'; בג"צ 7040/15 פדל מוסטפא נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 27 (12.11.15); בג"צ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה י"ט (1.12.15)). הדבר אינו יכול להפוך לשגרה, אלא נדרשת – כאמור – פעולת מעקב מתמדת בנושא ההרתעה.

ט. אשר למקרים הפרטניים שבפנינו, כעולה מן הראיות המינהליות שהציג המשיב, שלושת המחבלים אשר הריסת בתייהם עומדת במרכז העתירות, רצחו כאמור בפיגוע מתוכנן, שוטרת ממשמר הגבול (בדקירות סכין) ופצעו נוספים; נדמה שגם העותרים אינם חולקים על כך שהשלושה היו מי שביצעו את הפיגוע. יודגש, כי גם אם לא ידועה בנסיבות תרומתו הקונקרטי של כל אחד מהשלושה לפיגוע, די בכך שהתמונה הראייתית שבידינו מעלה בלא ספק שביצעו את המעשים בצוותא חדא. נדמה כי אין צורך להרבות מלים על כך שנסיונות המקרה חמורות, ומקרה זה מצטרף לשורת פיגועים קשים נוספים מהתקופה האחרונה; מכאן הצורך בהרתעה, ולדעת המשיב זו תושג בענייננו כאמור באמצעות הריסת בתייהם של אלרוב וכמיל והריסה חלקית ואטימה של ביתו של נצאר.

י. לביסוס טענת ההרתעה, הוצגה בפנינו חוות דעת עדכנית של גורמי הביטחון. לעת הזאת לא ראינו בחוות הדעת פגם המצדיק התערבותנו בשיקול דעתו של המשיב. ואולם, על גורמי הביטחון להמשיך לבחון את הנושא, הן באשר לאפקטיביות ההרתעה שניתן לה ביטוי במקרים שונים, והן באשר לטענות-נגד כי יש באמצעי זה כדי ללבות שנאה מצד אחרים שישאפו לפיגועי נקם. דבר זה טעון מעקב מתמיד, וראו הערות חברתי השופטת ברק-ארז בהקשר זה בפסק דינו זה, המקובלות עלי.

יא. אשר לטענה הקונקרטית בדבר היעדר סמכות למשיב בשטחי A בהם נמצאים הבתים נשוא ענייננו – אין להלום טענה זו, אשר נדונה ונדחתה בעבר מספר פעמים. כפי שנקבע, "האפשרות לפעול בשטח A קיימת בידי המפקד הצבאי, וזאת במיוחד כאשר הדבר נדרש לשמירה על הביטחון" (עניין מוסטפא, פסקה 64 לפסק דינה של הנשיאה; וראו גם עניין קואסמה, פסקה 28; ועניין אבו חאשיה, פסקה י"א).

יב. לעניין האפשרות להריסה חלקית של בתייהם של אלרוב וכמיל – כאמור, ביקשנו מהמשיב להודיע האם יש היתכנות מבחינתו לאטימה או הריסה חלקית של בתייהם של השניים, כפי שנעשה במקרה של נצאר, והוא לא נענה בחיוב. עמדתו נומקה בחומרת ענייננו הקונקרטי ונוכח המצב הבטחוני הקשה השורר בתקופה זו בישראל. לא בלי התלבטות לא מצאנו להתערב בהחלטה זו של המשיב. כאמור, ההחלטה האם – משהוחלט על הצעד בכיוון זה – לנקוט באטימה, הריסה חלקית או הריסה מלאה מסורה ככלל לשיקול דעתו של המשיב; ברי, כי החלטה זו צריך שתהא מידתית, ולדבר השלכות על בחירת האמצעי ההולם, אולם המידתיות נגזרת בין היתר מחומרת האירוע

הקונקרטי, ומשמדובר בענייננו באירוע חמור עד מאוד – הן בתכנון, הן בנשק – לא ניתן לומר כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו בעצם העדפת האמצעי של הריסה מלאה (וראו פסקה ז' מעלה).

יג. לאחר שקראתי את חוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן, אבקש לחדד דבר מה. חברי ציין בחוות דעתו כי בית משפט זה קבע שהריסת בתים באמצעות תקנה 119 משיגה את תכלית ההרתעה (פסקה 4 לחוות דעתו). בהמשך לאמור בדברי חברי, אטעים כי תפקידו של בית משפט זה בנידון דידן הוא בחינת סבירות הכרעתו של המפקד הצבאי, שלשיטתה הדבר מגשים את תכלית ההרתעה. כפי שציין בשעתו השופט – כתארו אז – שמגר:

”בית המשפט אינו שם עצמו כרשות מינהלית עליונה, אשר שוקלת מחדש מה צריכה להיות ההחלטה של הרשות המבצעת או של מחוקק המשנה, לפי העניין, אלא משמש רק כגורם מפקח ומבקר עליון, העוצר את המטוטלת החגה מעל לאפשרויות החלופיות, כאשר זו עוברת את הקצוות ויוצאת לחלוטין אל מחוץ לאפשרויות החלופיות, אותן ניתן לייחס לרשות סבירה. בתוך המירווח של האפשרויות החלופיות, בהן בית המשפט אינו מתערב, כלולות, כאמור לעיל, גם אלה, שבית המשפט אינו שלם אתן, אך אשר אינן ראויות לתואר של החלטות, הלוקות בחוסר סבירות מפליג וקיצוני” (בג”צ 653/79 אברהם עזריאל נ’ מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ”ד לה (2) 85, 104 (1980); וראו גם בג”צ 1361/91 מועין מחמד מחמד מסלם נ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת עזה, פ”ד מה (3) 444, 453 (1991); בג”צ 8400/07 מועצת הכפר נחאלין נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקה י”ט (2008)).

בהמשך לכך, מטרתנו לבחון האם חרג המפקד הצבאי משיקול הדעת המסור לו, בכך שקבע, נוכח שיקולי ההרתעה שהוצגו לפניו, כי יש לעשות שימוש באמצעי של הריסת בתים מכוח התקנה במקרה הקונקרטי. אין חולק כי שאלת המידתיות נתונה לבחינתנו, וכך עשינו; אולם השאלה האם האמצעי הבטחוני הקונקרטי מגשים פוזיטיבית את המטרה לשמה ננקט, מסורה מעיקרה להכרעתו. האופן בו בחר המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו נתון כמובן לפיקוחו של בית משפט זה, אולם הביקורת מעיקרא תחומה לשאלות מן המשפט המינהלי ומנעד ההתערבות. לשיטתי כאמור, לא נפל במקרה דנא, לפי נסיבותיו כמתואר מעלה, פגם בהפעלת סמכותו של המפקד הצבאי מן הסוג המצדיק משפטית התערבות.

יד. נראה לי איפוא כי אין להיעתר למבוקש, תוך קביעה כי הצוים הארעיים יפקעו תוך עשרה ימים מעת פסק דיננו, כדי לאפשר לעותרים התארגנות כנחוץ. אחזור ואטעים את הצורך במעקב נמשך אחר נושא ההרתעה ועדכון חוות הדעת בתחום מורכב זה, וכן את הצורך להקפיד על מזעור הנזק לשכנים.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט ד' ברק-ארז:

1. את הביקורת השיפוטית על ההחלטות שבפנינו שעניינן הריסת בתים של מפגעים, ניתן לקיים משתי פרספקטיבות שונות: פרספקטיבה "פנימית" – זו שעניינה ההלכה הפסוקה בתחום זה כפי שחזרה ואושרה אך זה לאחרונה; ופרספקטיבה "חיצונית" – זו שעניינה הערכה מחדש של ההלכה עצמה שנקבעה. אבקש להתייחס אפוא בקצרה לשתי פרספקטיבות אלה.

2. הפרספקטיבה ה"פנימית" – פסיקתו של בית משפט זה חזרה והכירה לאחרונה באפשרות להרוס את הבתים שבהם התגוררו מפגעים שביצעו פיגועי טרור קשים, כאמצעי הרתעתי. היא אף הבהירה כי השימוש באמצעי זה צריך להיעשות באופן שמקיים את העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי, ובהם החובה להניח תשתית עובדתית לפעולה ומידתיות. כאשר אנו מגבילים את מבטנו לפרספקטיבה זו, שהיא הפרספקטיבה ה"פנימית" של הפסיקה, המקרים שבפנינו נמנים עם ה"גרעין הקשה" של הנסיבות שבהן, על-פי הפסיקה, ההרתעה נדרשת במיוחד. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, שהתמקד בפרספקטיבה הפנימית, העתירות שבפנינו נסבות על הריסת בתיהם של מי שהיו מעורבים באירוע טרור רצחני – שכוון להיות כזה, תוכנן מבעוד מועד ונעשה תוך שימוש בכלי משחית מובהקים, לרבות נשק חם. לכן, אין לי אלא להסכים עם חברי המשנה לנשיאה כי במסגרת ההלכה הפסוקה אין מקום להתערבותנו בהחלטות שהתקבלו.

3. הפרספקטיבה ה"חיצונית" – במקביל לכך, בכמה מפסקי הדין שניתנו לאחרונה בסוגיה זו ציינו חלק מחבריי, וכך עשיתי אף אני בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015), כי הפרקטיקה של הריסת ביתו של המפגע כאמצעי הרתעתי אינה פשוטה כל עיקר ומעוררת שאלות נכבדות. עמדה זו חורגת מדל"ת אמותיה של ההלכה הפסוקה, והיא מציעה פרספקטיבה "חיצונית" ביחס אליה. מאחר שעמדנו של בית המשפט בסוגיה נבחנה מחדש אך לאחרונה אני רואה עצמי כבולה לה

בעת הזו. אולם, כפי שכבר ציינתי, ראוי ש"בית משפט זה אכן יוסיף לבחון את התאמתה של ההלכה הפסוקה לנסיבות המשתנות ואת הלקחים שיופקו מן המקרים שבהם בוצעו צווי הריסה כאמור" (שם, בפסקה 2 לחוות דעתי). למעשה, אף חברי המשנה לנשיאה סבור כן. בהקשר לכך, בין השאר, שומה על המשיבים להוסיף ולעדכן תדיר את המעקב אחר הנתונים שעל יסודם ננקטת הפרקטיקה של הריסת בתי מפגעים לצורך הרתעה. במסגרת הדיון שבפנינו הוצג דו"ח סודי של גורמי הביטחון שכולל נתונים בנושא זה. גם אלה הם נתונים שצריך יהיה לחזור ולבחון לאורך זמן. במקביל לכך, נכון יהיה להוסיף ולבחון האם שכרו של האמצעי לא יוצא בהפסדו אף מן ההיבט של הרתעה, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה בפסקה י' לחוות דעתו. שאלה זו של אפקטיביות האמצעי אינה השאלה הרלוונטית היחידה בתחום זה, אך ללא ספק היא שאלה שהיבת לחזור ולהיבחן באופן עתי.

4. בנסיבות אלה, אני מצרפת את הסכמתי לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

1. צר לי, אך אין בידי להצטרף לעמדת חבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטת ד' ברק-ארז, כי יש לדחות את העתירות שלפנינו.

2. אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה והריסה לבתיהם של מחבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור. שותף אני להסתייגויות מהשימוש בסמכות זו על ידי המשיב, אשר הובעו, בין היתר, על ידי השופט מ' מזוז בחוות דעתו (בדעת מיעוט) בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) ועל ידי השופט ע' פוגלמן בחוות דעתו (בדעת מיעוט) בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015). השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה. ואולם, משבית משפט זה ישב כבר על המדוכה – במספר רב של הרכבים שונים – וקבע

הלכה פסוקה בדבר עצם השימוש בסמכות כאמצעי הרתעתי (וראו פסקה ז לחוות דעתו של חברי), אצד בדרך שכבר נסללה ונתחמה ולא אעשה מבית משפט זה בית שופטים.

3. לא כך הוא בעניין אופן הפעלת הסמכות. כפי שציין חברי בפסקה ח לחוות דעתו, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 חייבת להיעשות בהתאם לעיקרון המידתיות. צו הריסה והחרמה טומן בחובו פגיעה בכבוד האדם והקניין של מושאי הצו, כאשר במקרים רבים מדובר במי שכלל אינם מעורבים בפעילות הטרור. לפיכך, נקבע כי בכל מקרה בו מפעיל המשיב את סמכותו ומוציא צו הריסה והחרמה, עליו לוודא: (א) כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין המטרה, שהיא הרתעת הרבים מפני ביצוע פיגועי טרור ופעילות חבלנית; (ב) כי לא קיים אמצעי אשר מסוגל להשיג את המטרה ואשר פגיעתו בזכויות היסוד פחותה; (ג) כי קיים יחס מידתי וראוי בין המטרה לבין האמצעי הננקט (ראו: בג"ץ 7040/16 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 24 (12.11.2015); בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז).

4. פסיקת בית משפט זה אשר בחנה עד כה את אופן השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 קבעה, ביחס לסוגיית הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין המטרה, כי אמצעי זה של צווי הריסה והחרמה משיג את תכלית ההרתעה. זאת, בהסתמך על נתונים אשר הוצגו על ידי המשיב בדבר מקרים בהם נמנעו מפגעים פוטנציאליים מפעולות טרור בשל החשש מפני הוצאת צווי החרמה והריסה המכוונים כלפיהם וכלפי בני משפחותיהם (וראו לאחרונה: בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח (14.2.2016)). עם זאת, הוטעם כי:

"עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של הרתעה, בלא שיובאו יתר נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו [...] השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה כז (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)).

בהתאם לדברים אלו, הרי שבמסגרת בחינת הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין המטרה, מוטל על בית המשפט לשוב ולבחון את האפקטיביות של צווי החרמה וההריסה מעת לעת (בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז (28.12.2015)). לטעמי, חובה זו מתעצמת

ככל שהשימוש בסמכות הופך לנפוץ יותר. כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה היא, וברי כי אין ראיות ממנה. אלא שלא די, לגישתי, באפשרות ערטילאית בדבר הצלת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם. מטבע הדברים, ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועם התגברות השימוש בכלי זה (והשוו: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כז). הצווים הם שטר ושוברו בצדו, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי ההחרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים.

5. אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היינו נמנעים מדחיית העתירות בשלב זה, ומורים למשיב להתייחס ביתר פירוט לשאלת אופן הפעלת הסמכות בכלל, ולסוגיית ההרתעה בפרט.

6. סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, קרא השופט ע' פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב. לקריאה זו הצטרף שם השופט מ' מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה מהטעמים המובאים בפסקה 2 לעיל.

ש ו פ ט

ניתן היום, י"ד באדר ב' התשע"ו (24.3.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה