

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 9353/08

בפני: כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט א' רובינשטיין

העותרים: 1. הישאם אבו דהים  
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה  
זלצברג

נגד

המשיב: אלוף פיקוד העורף  
עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ' בכסלו התשס"ט (17.12.2008)

בשם העותרים: עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם המשיב: עו"ד ענר הלמן

**פסק-דין**

השופטת מ' נאור:

1. עניינה של עתירה זו - החלטתו של המשיב, אלוף פיקוד העורף - מכח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) לצוות על החרמה והריסה של שתיים מתוך ארבע הקומות בבית בו התגורר מחבל אשר ביצע פיגוע קטלני בישיבת מרכז הרב בירושלים (להלן: הישיבה).

2. ביום 6.3.2008 בשעות הערב חדר המחבל לישיבה, ירה לעבר תלמידי הישיבה ברובה קלצ'ניקוב, קטל שמונה מתלמידי הישיבה ובהם קטינים, ופצע אחרים. המחבל עצמו נורה ונהרג במהלך הפיגוע על ידי קצין צה"ל המתגורר בקרבת מקום. המחבל היה תושב ירושלים, בעל רישיון לישיבת קבע בישראל, והתגורר עם בני משפחתו המורחבת בשכונת ג'בל מוכבר. הבית שייך לעותר, שהוא אביו של המחבל, ומתגוררים בו אחים ואחיות נוספים של המחבל, חלקם נשואים. לאחר הפיגוע הוקמה בבית המחבל סוכת אבלים ובמקום הונפו דגלי חמאס וחיזבאללה, דבר המעיד, לדעת גורמי הביטחון, על הלכי הרוח בקרב המשפחה ועל רצונם להזדהות עם המחבל. לפי מידע שבידי המשטרה ושירות הביטחון הכללי, המחבל ומשפחתו מזוהים עם תנועת החמאס בג'בל מוכבר. לאחר הפיגוע פוזרו בסמוך לבית המחבל ובאזורים נוספים בירושלים כרזות ועליהן תצלומו של המחבל שהוגדר כ"שאהיד" שביצע "פעולת גבורה". ברשות גורמי הביטחון גם מידע רב אודות "עלייה לרגל" של גורמי פח"ע מקומיים לבית המחבל לשם הבעת הזדהות עם המעשה. העותר מצהיר כי לא ידע על כוונותיו של בנו, ועוד הצהיר כי אילו ידע על כוונותיו - היה עושה כל שביכולתו לעצור בעדו. מתגובת המשיב עולה כי אין בידי גורמי הביטחון מידע לפיו בני משפחתו של המחבל היו מודעים לתכנון הפיגוע.

3. המשיב החליט, על דעת הרמטכ"ל ושר הביטחון, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה כלפי הבית בו התגורר המחבל. כאן יצוין, ועניין זה היווה את אחד הנושאים המרכזיים בעתירה שבפנינו, כי מאז תחילת שנת 2005 לא הופעלה הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, לא בשטחי מדינת ישראל ולא בשטחי יהודה ושומרון. כפי שעוד יפורט, על שינוי המדיניות בעניין זה הודיעה המדינה בשעתו לבית משפט זה במסגרת כמה עתירות שהיו תלויות ועומדות. עם זאת באותן הודעות הובהר כי אם תשתנה המדיניות שוב, ויוחלט על הריסת בתים - תינתן הודעה מתאימה כדי לאפשר הגשת עתירה. כיוון שהסמכות לפי תקנה 119 לא הופעלה במשך מספר שנים נערכה לאחר הפיגוע בישיבה בחינה של הסוגיה ולפני שהמשיב נתן את החלטתו הביע היועץ המשפטי לממשלה את דעתו בענין. על פי עמדת היועץ המשפטי למרות שמשך מספר שנים נמנעה מערכת הביטחון מהריסת בתים, לא קיימת מניעה משפטית להורות גם כיום על נקיטת הליך לפי תקנה 119 אם פעולה זו נדרשת, לדעת הגורם המוסמך, באופן החלטי מטעמי בטחון. שימוש בסמכות, כך הנחה היועץ המשפטי לממשלה, כפוף לכללי המידתיות ולקיום ההליך המקובל.

4. ביום 6.8.2008 הודיע המשיב לבא כוחה של משפחת העותר כי הוא שוקל להורות על החרמה והריסה של המבנה בו התגורר המחבל, וכי מטעמי מידתיות שוקל

הוא להסתפק בהחרמה ובהריסה של קומת המרתף של הבית וקומת הקרקע, כיוון שבחלקים מן הבית מתגוררות משפחות גרעיניות נפרדות מזו של המחבל. המשיב איפשר לבני המשפחה להציג את השגותיהם וטענותיהם. בא כח העותרים, עו"ד רוזנטל אכן העלה בכתובים את השגותיו והעלה טענות הדומות לטענות המועלות בעתירה שלפנינו. המשיב דחה את ההשגה בהחלטה מנומקת, והוציא ביום 25.8.2008 צו החרמה והריסה לגבי שתי הקומות. יובהר כאן כי מדובר באטימה בבטון, שכמוה כהריסת השטח שנאטם. ניתנה לעותר אפשרות לפנות בעתירה לבית משפט זה. העותר הגיש תחילה עתירה קודמת בה ביקש כי יימסר לו העתק של ממצאי דו"ח של האלוף שני אשר בדק בשנת 2005 את ההפעלה של תקנה 119. כן עתר כי יימסרו לו העתקי התוכניות ההנדסיות המאפשרות, לטענת המשיב, לאטום את קומות הבית התחתונות. עוד ביקש את העתקי הראיות אשר קושרות, כנטען, את בנו של העותר לארגון בלתי חוקי. משניתן לו מבוקשו מחק בא כוח העותר את העתירה הקודמת, והגיש את העתירה הנוכחית. המשיב הסכים להוצאת צו ביניים במסגרת העתירות. ביום 17.12.2008 קיימנו דיון על פה בעתירה, ולאחר שמיעת טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. לא ראינו גם מקום להורות על הרחבת ההרכב, כפי שביקש ב"כ העותרים.

5. הציר המרכזי של העתירה סובב סביב הפסקת השימוש בתקנה 119 מאז תחילת שנת 2005. בטרם נפנה לעניין זה נעמוד בקצרה על העקרונות שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה בעבר לגבי הריסת בתים מכח הסמכות שבתקנה האמורה. נתמקד בפסיקה הנוגעת לתושבי ישראל. נקבע בפסיקה כי תוקפן של תקנות ההגנה לשעת חירום נשמר גם אם אין הן מתיישבות עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת יש לפרש את הסמכות שבתקנות האמורות ברוח ההוראות שבחוק היסוד. על כן, בטרם יפעיל בעל הסמכות את הכוח הנתון לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה, עליו להעמיד לנגד עיניו תכלית ראויה. בקביעת האמצעי ההרתעתי על בעל הסמכות לפעול על פי מבחן של מידתיות: האמצעי הננקט צריך להביא באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה הראויה; האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכות האדם המוגנת – זכות הקניין – במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה; רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי דרסטי פחות, מוצדק לנקוט את האמצעי החמור של הריסה; האמצעי שננקט צריך לעמוד ביחס ראוי למטרה הראויה (דברי הנשיא ברק ב-דנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996) והאסמכתאות שם). פסיקתו של בית משפט זה דחתה בעבר את הטענה לפיה אין לעשות שימוש בתקנה 119 נגד תושבי המדינה (בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55 (2003)).

6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעווננו. טענה זו עלתה גם היא בעבר ונדחתה. בעניין זה כתב השופט טירקל ב-בג"צ 6288/03 טעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין טעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). 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."

7. בדומה נטען לפנינו כי בני משפחתו של המחבל אינם קשורים לפיגוע והאב אף מתנגד לפעולות מעין אלה. לעניין זה די להפנות לדברים שנקבעו ב-בג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל. נטענה בהקשר זה טענה נוספת לפיה אין מקום להשתמש בסמכות האמורה לגבי מחבלים המוכנים למות במהלך הפיגוע. גם בעניין זה נפסק בעבר כי אין מקום להתערבות בהערכת גורמי הביטחון בכגון דא (ראו: בג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם, 17.11.1994) (להלן: עניין נזאל)).

8. בפסיקה שקדמה לשינוי המדיניות בשנת 2005 נדונה לא אחת השאלה מה יעילותה של ההריסה או האטימה של בית שמחבל התגורר בו, לעניין זה נפסק כי זהו עניין להערכתם של גורמי הביטחון, וכי אין לבית המשפט יסוד לפקפק בהערכתם של גורמי הביטחון כי אמצעי זה מועיל (ראו עניין טעאדה לעיל, בעמ' 292-293). לא אחת

צוטטו בפסיקה דברי השופט א' גולדברג בעניין ג'נימת לפיהם לא נערך ולא יכול להיערך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימת בתים והריסתם, אך די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי (בג"צ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997), לעניין תקנה 119 כאמצעי הרתעה, ראו עוד: בג"צ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 10.1.1990); בג"צ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נז(6) 569 (2003); בג"צ 8575/03 עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(1) 210 (2003); עניין נזאל לעיל, בפסקה 11; בג"צ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810 (2003) ועוד). משך שנים רבות הכיר בית המשפט בכך שהשימוש בתקנה האמורה נועד להרתיע, להרתיע ולא להעניש או לנקום. בית המשפט אף נמנע בעבר מלחלוק על הערכתם של גורמי הביטחון בעניין האפקטיביות של ההרתעה.

9. וכאן מגיעים אנו לטענתם המרכזית של העותרים: העותרים מפנים, כאמור, את תשומת הלב לכך שבשנת 2005 שונתה מדיניותו של המשיב בעקבות דיונים שהתקיימו ב-בג"צ 7733/04 נאטר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 20.6.2005) (להלן: עניין נאטר). לדברי העותרים שינוי המדיניות היה בכך שהמשיב החליט לחזור בו מכוונתו לעשות שימוש בתקנה 119. בא כוח העותרים מציין כי במסגרת הדיון בעתירה הנזכרת התקיים ביום 13.12.2004 דיון בפני הנשיא ברק, השופט מ' חשין והשופטת חיות. בתום הדיון נדחה ההמשך ב-90 יום. כפי שעולה מההחלטה – מטרת הדחייה היתה לאפשר לצדדים לשקול הצעה לפיה ייהרס או יאטם חדר אחד בקומה ב'. לאחר הדיון בעתירה הוקם צוות חשיבה בראשות האלוף שני. במצגת שערך צוות החשיבה, אותה קיבל ב"כ העותר במסגרת העתירה הקודמת, צוין כי פעולת ההריסה איננה לגיטימית עוד והיא "על סף החוק וזאת אף על פי שהכל חוקי במבחן החוק הבינלאומי, במבחן הקהילה הבינלאומית, במבחן הדמוקרטיה, במבחן הדימוי העצמי ובמבחן הכמויות". לסיכום צוין במצגת כי "צה"ל, במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות, ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות!!!". העותרים טוענים כי בעקבות המצגת האמורה שונתה המדיניות: שר הביטחון אימץ את המלצות הצוות ומאז ועד היום פסק השימוש בתקנה 119 למרות שהיו מאז פיגועים רצחניים. העותרים טוענים לפנינו כי ממצאי צוות החשיבה תקפים גם היום, שלוש שנים לאחר הפסקת השימוש בתקנה 119, וכי אין הצדקה לשינוי המדיניות וחזרה לשימוש בתקנה האמורה. דומה שטענה זו בדבר חזרה למדיניות הקודמת שנהגה לפני 2005 היא הטענה היחידה בעתירה שלפנינו שלגביה אין הכרעה בפסיקת בית משפט זה.

10. בתגובת המשיב מצוין לעניין זה כי מתוך המצגת של צוות החשיבה בראשות האלוף שני עצמה עולה כי צוין על ידי צוות החשיבה כי הפעלת הסמכות הוכחה, לדעת כל גורמי הביטחון, כגורם נוסף בהרתעת מחבלים. עוד מפנים הם לכך כי בדרכי הפעולה המומלצות על ידי הצוות מומלץ, אומנם, כי ככלל יהא צמצום בפגיעה בכתיים או בהריסתם עד כדי הפסקה, אך זאת תוך שימור האפשרות לשימוש בכך למצבי קיצון. בפברואר 2005, לאחר דיון במצגת האמורה, החליט הרמטכ"ל להשעות נכון לאותה העת את השימוש בתקנה האמורה, אך קבע גם שיהיה מקום לבחון את ההחלטה במקרים קיצוניים כפי שהמליץ צוות החשיבה. בעקבות החלטת הרמטכ"ל הודיעה המדינה על דבר ההחלטה להשעות את השימוש בסמכות לפי התקנה האמורה, במסגרת עתירות שונות שהיו תלויות ועומדות בבית משפט זה, אך הובהר הבהר היטב כי אין המדובר בהחלטה שאין ממנה חזרה, וכי קיימת אפשרות בנסיבות מתאימות לעשות שימוש גם בעתיד בסמכות האמורה. המדינה מפנה לעניין זה לכמה פסקי דין שניתנו בעתירות שהיו תלויות ועומדות באותה עת. כך בעניין נאסר שהוזכר על ידי בא כוח העותרים צוין מפורשות כי אם יוחלט על שינוי המדיניות (דהיינו על חזרה לשימוש בסמכות האמורה) יתאפשר לעותר שם שימוע (וראו גם: בג"צ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (טרם פורסם, 13.7.2005); בג"צ 295/04 סעד נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם, 7.4.2005); בג"צ 294/04 חגאזי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 4.5.2005) שבכולם ניתנו הודעות דומות). לאור הודעות המדינה סירב בית המשפט לקיים דיון בעתירות הנזכרות שהפכו תיאורטיות.

הנה כי כן, האפשרות של שינוי מחדש של המדיניות היתה קיימת עוד במועדים בהם נמחקו העתירות השונות. זאת ועוד, המשיב טוען כי על פני הדברים ברור כי מדובר בענייננו במקרה קיצוני בחומרתו, אשר גם לפי המדיניות שקבע הרמטכ"ל בתחילת שנת 2005 בהתאם להמלצת צוות החשיבה, ניתן יהיה לשקול לגביו עשיית שימוש בסמכות לפי תקנה 119. על כן, כך טוען המשיב, די בכך בלבד כדי להביא לדחיית טענת העותרים בנושא שינוי המדיניות. עם זאת, כך מבהיר המשיב, בכוונתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 גם כלפי בתיים בהם התגוררו מפגעים נוספים תושבי מזרח ירושלים וכי לאור השינוי בנסיבות מאז התקבלה ההחלטה בשנת 2005 אין מניעה לשנות את המדיניות שוב ולאפשר שימוש בתקנה האמורה. העיקרון הכללי הוא, כך טוען המשיב, שעם שינוי נסיבות ניתן לשנות את המדיניות (ראו למשל: עע"ם 1386/04 המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' עמותת נאות ראש העין, ע"ד (טרם פורסם, 20.5.2008). על פי נתונים שמסר שירות הביטחון הכללי, כך מפרט המשיב, מאז שנת 2007 יש גל טרור בו מעורבים תושבים ממזרח ירושלים. גל הטרור התגבר בשנת 2008.

בניגוד לעבר, מאפיין עיקרי של גל הטרור הנוכחי מלבד היקפו, הוא שתושבי מזרח ירושלים מבצעים את הפיגועים בעצמם ולא משמשים כבעבר רק סייענים של מפגעים תושבי האזור. בידי גורמי הביטחון הצטבר מידע אודות כוונות של תושבי מזרח ירושלים לבצע פיגועים נוספים, ואף סוכלו כמה פיגועים נוספים שתוכננו להתבצע בידי תושבים ממזרח ירושלים. המשיב צירף לתגובתו סקירה של שירות הביטחון הכללי בדבר מעורבות תושבי מזרח ירושלים בפעילות טרור. סקירה זו מעודכנת ליום 22.9.2008. מסקירה זו עולה כי בשנת 2008 נעצרו 104 תושבי מזרח ירושלים בגין מעורבות בפיגועי טרור, כאשר בכל התקופה שמאז שנת 2001 ועד שנת 2007 נעצרו 374 איש. מדובר, אפוא, בעליה תלולה במספר המפגעים ממזרח העיר. בסקירה נזכרים פיגועים בולטים בשנת 2008 ובהם פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל בו נפגעו 18 אזרחים ישראליים; פיגוע הדריסה ברחוב מאפ"ו באמצעות טרקטור בו נפצע אזרח ישראלי באורח קשה ו-22 נפצעו באורח קל; פיגוע ירי בעיר העתיקה בו נהרג שוטר ושוטר נוסף נפצע; פיגוע דריסה ברחוב יפו באמצעות טרקטור בו נהרגו 3 ישראלים ונפצעו 42; פיגוע דקירה בעיר העתיקה, סמוך לשער שכם, בו נפצע אזרח ישראלי; פיגוע בסמוך למחנה הפליטים שועפאת בו נהרג שוטר מג"ב ושוטרת נפצעה באורח קשה, וכמובן - הפיגוע בישיבת מרכז הרב שבוצע על ידי בנו של העותר. עוד מציין שירות הביטחון הכללי בסקירתו כי להתמודדות עם האיום החדש נדרשת הגברה של צעדי הרתעה, כולל הריסות בתי המחבלים וחיזוק הסנקציות מול משפחות המחבלים, חיזוק הנוכחות הביטחונית הישראלית במזרח העיר, מיצוי הדין עם מבצעי עבירות פליליות של סחר באמל"ח והחזקתו והגשת כתבי אישום כנגד מי שמתכוון לבצע פיגוע. המשיב הודיע בתגובתו כי הוא מתכוון לעשות שימוש בתקנה 119 (בכפוף לשימוע), בשני מקרים נוספים של פיגועי טרקטור.

11. עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושותפים לה גם הרמטכ"ל ושר הביטחון. אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות. לגבי מפגעים תושבי מזרח ירושלים הראה המשיב בנתונים קונקרטיים, שעל עיקרם עמדנו לעיל, כי אכן קיים שינוי נסיבות. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת

האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון.

12. העותרים העלו גם טענות "הנדסיות" המבוססות על חוות דעת של מומחה מטעמם, לפיה אטימת המבנה כמוצע על ידי מהנדסי המשיב, קרי אטימה בבטון שכמוה כהריסה, מוסיפה עומס למבנה הקיים ומסכנת את יציבותו. המשיב מבהיר לעניין זה כי הדירות המיועדות להריסה הן דירות בקומת המרתף, המיועדות להשכרה ועומדות ריקות היום, ושתי דירות בקומה הראשונה ששימשו בפועל למגורי המחבל. המשיב הציג חוות דעת הנדסית מטעמו, חוות הדעת מפרטת את הדרכים לביצוע אטימת שתי הקומות האמורות בפיקוח מהנדס מוסמך, תוך מעקב אחרי התפתחות מצב המבנה. המומחה מטעם המשיב עיין בחוות הדעת מטעם העותרים והגיש למשיב תגובה לחוות הדעת האמורה. גם לאחר בחינת חוות הדעת חזר המומחה מטעם המשיב על עמדתו לפיה מדובר במבנה יציב וחזק ואין חשש לביצוע פעולת האטימה. מקובלת עלינו טענת המשיב לפיה זכאי הוא לסמוך על חוות הדעת של מומחה מטעמו. אם לא תאמר כן, הטלת למעשה וטו על הריסת בתים או אטימתם על יסוד חוות דעת פרטיות.

13. העותרים ביקשו כי העתירה תידון בהרכב מורחב. לא ראינו מקום להורות על כך. ה"חידוש" היחיד בעתירה שלפנינו לעומת עתירות קודמות הוא בכך שהמשיב שינה את המדיניות שנהגה מאז שנת 2005, בכך אין עילה להרחבת ההרכב. אין חידוש בכך שמותר לשנות מדיניות. המשיב מעולם לא הודה בטענת העותרים כי קיימת אי חוקיות בשימוש בתקנה 119, ומעולם לא התחייב במסגרת העתירות הקודמות שלא לחזור ולשנות את מדיניותו. נהפוך הוא: באותן עתירות בהן הודע על שינוי מדיניות הוצהר כי המשיב עשוי בעתיד לחזור ולשנות את מדיניותו. כך נעשה במקרה שלפנינו.

14. סוף דבר: העתירה נדחית. לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתה של חברתי השופטת נאור. כעולה גם מדבריה, אטימה או הריסת בתיים של מחבלים אינה דבר שיש בו חדוה, חדות עונש או חדות נקם, הגם שתחושות אדם הגון באשר הוא מתקוממות בכל נים ונים בשעה שפלוגי נוטל חי הזולת החף מכל פשע מתוך משטמה עיוורת. אילו מונעת היתה ההריסה אך מתחושות קשות, קשות משאול - לא היה הדבר מתקבל במדינת חוק מתוקנת. אך המדובר, וזהו הדגש, בשאלת התועלת במבט צופה פני עתיד. קרי, האם יש בהריסת בתים או באטימתם כדי להרתיע מחבלים פוטנציאליים. וכפי שציינה חברתי, בעקבות הפסיקה, "די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי".

ב. אכן, כל בר דעת מבין ששימוש באמצעי זה צריך להיות במקרים קיצוניים בלבד. מבחינה זו משקפת עמדת הצוות הצבאי בראשות אלוף שני את השכל הישר, במסקנה שהמביט על התמונה כולה יכול להגיע אליה מלכתחילה, אף מתוך סברה של היגיון; קרי, שהאמצעי קשה וראוי למעט בו - אך נשמרת האפשרות לשימוש בו במצב קיצון. אך זאת יש לזכור. מסקנות הצוות נובעות מהערכתו בנסיבות בשאלת התועלת במבט צופה פני עתיד, ומולה בשאלת העלות. צד זה של המשוואה - כך מסרו גורמי הביטחון - השתנה עם שינוי הנסיבות, באופן שמצדיק שינוי מנוסחת האיזון על הצוות. משנומק השינוי בנקודת האיזון - לא נמצא לנו מקום להתערב.

ג. חברתי צימצמה - בצדק, בכל הכבוד - את היריעה המשפטית שעל הפרק לשאלת השינוי במדיניות המשיב, אך כפי שציינה, כבר בהחלטת השעייתו של השימוש באמצעי זה ב-2005 נותר הפתח לשיבה אליו במקרים קיצוניים. והנה השילוב בין התרבות פיגועי הטרור בהם מעורבים תושבי מזרח ירושלים, כפי שתועד בידי חברתי, והצורך להרתיע מ"חידושים" כאלה ואחרים בתחום הטרור, אשר אינו חדל מהמצאות רשע, גרמו לחידוש המדיניות לעת הזאת. אילו זכינו לא היה צורך לא בהריסות ואטימות, ולא בשינוי מדיניות, ולא בהליך בפנינו. משלא זכינו, והמשיב נאלץ לחפש דרכים להרתיע מפני הרג בלא אבחנה בידי מפגעי טרור, אין מקום להתערבותנו.

ד. ולבסוף, חברתי ציטטה את דברי השופט טירקל בבג"צ 6288/04 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294, בה צוטט הפסוק בדברים "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו" (כ"ד, ט"ז). הוזכרו שם דברי

השופט (כתארו אז) מ' חשין בכג"צ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705-706, בהם אוזכר הכתוב במלכים ב' (י"ד, ה'-ו'), אשר חוזר על רעיון זה, וראו גם דברי הנביא ירמיהו (ל"א כ"ח-כ"ט): "בימים ההם לא יאמרו עוד אבות יאכלו בסר ושני בנים תקהינה; כי אם איש בעונו ימות כל האדם האוכל הבסר תקהינה שניו". אוסיף על כך את דברי הנביא יחזקאל (ל"ג, כ') "איש כדרכיו אשפוט אתכם בית ישראל". עם שאול המלך באו המקרא וחכמים חשבון על פגיעה בחפים מפשע, וזאת בכינוי "בית הדמים" (ראו שמואל ב' כ"א, א', ובבלי יבמות ע"ח ב'). העיקרון האמור, שבמקורו הסב עצמו על המתת אבות בעוון בנים ובנים בעוון אבותם, הורחבה תחולתו גם על סנקציה אחרת, ואין צורך להכביר מלים. ואולם, כפי שציין השופט טירקל בפרשת טעאדה "הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך".

ה. אכן, מחד גיסא טענה המדינה כי המחבל ומשפחתו מזוהים עם תנועת החמאס בג'בל מוכבר ולאחר הפיגוע פוזרו בסמוך כרזות שהגדירוהו כ"שהיד", וגורמי פח"ע מקומיים "עלו לרגל", על פי הנמסר, לבית המשפחה להזדהות. מנגד נאמר כי העותר מצהיר שלא ידע על כוונות בנו, ואילו ידע היה פועל לעצור בעדו; ואין מידע לפיו בני משפחת המחבל היו מודעים לתכנון הפיגוע. חברתי הפנתה (פסקה 7) לפסיקה בכגון דא בעבר. לכך אוסיף, כי על הפסוק "הסירו הבגדים הצואים מעליו" (זכריה ג', ד') המוסב אל יהושע הכהן הגדול, שהיה לבוש בגדים צואים, שאינם נקיים, אומר התלמוד הבבלי שהכוונה אינה לבגדים כאלה ממש, אלא כי "היו בניו נושאים נשים שאינן הגונות לכהונה, ולא מיחה בידם" (סנהדרין צ"ג, א', הדגשה הוספה - א"ר). לכך אוסיף, כי אל מול הפסוקים הנזכרים, והעקרון המוסרי הנגזר מהם, נאמר גם "אָנְכִי ה' אֱלֹהֶיךָ אֵל קָנָא פִקֵּד עֲוֹן אֲבֹתַי עַל בְּנֵי עַל שְׁלֹשִׁים וְעַל רַבְעִים" (שמות כ, ד) - וכבר עמדו חז"ל על הסתירה, ותירצוה: "הא (הפסוק מספר שמות) - כשאוחזין מעשה אבותיהם בידיהם, הא (הפסוק מספר דברים) - כשאין אוחזין מעשה אבותיהם בידיהם" (בבלי, ברכות ז' א'). קרי, כשמחזקים בנים ידי אבות, ואבות ידי בנים - נפקד לעתים עוונם אלה על אלה, ואם נרצה, הופך הוא עובדתית ומשפטית לעוון משותף. יתכן שבמקרה דנא אכן היה אבי המפגע ממחה בידי בנו אילו ידע על תכנון הפיגוע, אף כי סימני שאלה נותרים, נוכח המידע שהובא סביב האוירה שבה חי המחבל. ואולם, במבט צופה פני עתיד, ראוי שמשפחות יתנו אל ליבן את האוירה שבה גדלים ילדיהן, כדי שלא יגיעו לכלל טרור ומוות וכל מרעין בישין.

ו. בשולי הדברים: בא כוח העותר נדרש לכך שהמדובר ב"פיגוע במרכז הרב שהוא מעוז הימין", בהעמידו זאת מול קיפוח מזרח ירושלים, לשיטתו. אני מוצא צורך, בהמשך לדברים שנאמרו על-ידי בא כוח המדינה ועל-ידינו באולם, לציין כי טרור מעין זה, פיגוע בחפים מפשע ללא הבחנה, הוא פסול הוא פסול הוא פסול יהא אשר יהא יעדו, וחבל שיש המרמוז על הבחנה בין דם לדם. אני מקוה שלא לכך היתה הכוונה.

ז. סופו של יום, לפנינו תקוה להרתעה להצלת חיי אדם אל מול פגיעה, אם גם כואבת, ברכוש. אף בגדרי מידתיות אין מקום, כפי שכתבה חברתי, להתערבותנו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ט' טבת, תשס"ט (5.1.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט