

## בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 124/09

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

העותר: תיסיר דוויאת

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון  
2. מפקד פיקוד העורף והמפקד הצבאי

**עתירה למתן צו על-תנאי**

תאריך הישיבה: כ' באדר התשס"ט (16.03.09)

בשם העותר: עו"ד חוסין גנאים

בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן

### פסק-דין

השופט א' א' לוי:

1. בצהרי יום כ"ט בסיון התשס"ח (2.7.08), דרס חסאם תיסיר אברהים דוויאת, כשהוא רכוב על-גבי דחפור כבד, עוברי אורח ברחוב יפו בירושלים. מטרתו הייתה אחת – זריעת מוות והרס בהיקף רחב ככל הניתן. שלושה ישראלים, שכל חטאם היה בנוהגם את שגרת יומם ברחובה הראשי של הבירה, מצאו את מותם מידי ועשרות נוספים נפצעו. אחת ההרוגות, בת שבע אונטרמן ז"ל, עוד הספיקה טרם מותה לאפשר את חילוצה של בתה התינוקת מכלי-הרכב אותו מעך הדחפור במסעו הקטלני.

2. מקץ ארבעה חודשים החליטו גורמי הביטחון, מכוח סמכותם שלפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להרוס את דירת מגוריו של המפגע. דוויאת התגורר עם אשתו ושני ילדיו הקטנים בקומה הראשונה של בית קומות, שנבנה בידי אביו ודרים בו בני המשפחה המורחבת. צו ההריסה, שטרם בוצע, נגע אך לאותה קומה

ואין ענינו בחלקי הבית האחרים. על צו זה משיגה העתירה שבפנינו, אותה הגיש האב ובה טען כי בנו לא היה אלא בר-רשות למגורים בבית שהוא בעליו ושאת בנייתו מימן בעצמו, וכי "עדיין לא הונחה בפניו תשתית ראייתית ו/או עובדתית כי מעשיו הנטענים של בנו בוצעו על רקע לאומני" (סעיף 7 לעתירה). לטענתו, אין להלום פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה זו בקנינו, שעה שאין הוא נושא באחריות למעשיו של הבן, וכל זאת שלא בהוראתה של ערכאה שיפוטית כי אם בהליך דרקוני, שנקט בלא שניתנה לעותר הזכות לשטוח את טענותיו בפניהם של גורמי הביטחון. ההחלטה בדבר הריסה לא הייתה מתקבלת, מוסף האב וטוען, אלמלא לחצים שהפעילו גורמים קיצוניים, "שעשייתם בארץ זו, מבוטאת אך ורק ביצירת שנאה בין פלגי האוכלוסייה" (סעיף 10 לעתירה). ולא זו בלבד, אלא שמדיניות ההריסה של בתי מחבלים היא מפלה, באשר חציה מכוונים אך כלפי ערבים, שעה שיד רפה בלבד ננקטת בטיפול בגורמי טרור יהודים. לבסוף נטען, כי הריסה של חלק מן המבנה תעמיד בסכנה את הבית כולו.

3. המשיבים מטעימים, מנגד, את הכורח הביטחוני שבהריסה, ומקורו בצורך להרתיע אחרים מללכת בדרכו של דוויאת, בפרט בעת בה דומה כי שליחת היד בפעילות טרור שבה ופושה בקרב תושבים של שכונות ערביות בירושלים. יסוד זה של הרתעה הוא, להשקפת המדינה, כה חיוני במאמץ לבלום את פעילות הטרור הפלסטינית, עד כי אין מנוס, בנוסף לפגיעה הישירה במחבלים או ברכושם, מגביית מחיר גם מקרובי משפחתם המתגוררים עמם. לטענה בדבר הפליה משיבה המדינה, כי על אף שקיים גם טרור יהודי, אין הוא מקביל בהיקפו ובמידת התמיכה הציבורית בו לזה שנוקטים פלסטינים. קונקרטי נטען, כי לעותר ניתנה אפשרות מלאה להשיג על צו ההריסה בטרם התקבלה ההחלטה הסופית, והוא אכן ניצל זכותו זו בעת שהגיש ערר שנבחן לגופו ונדחה. בהיבט הטכני, התבססה ההחלטה על חוות-דעת של מומחי הנדסה, שקבעו כי ניתן להרוס את חלקו הנדון של המבנה, מבלי לסכן את נדבכיו האחרים.

4. אינני סבור כי נוכל להושיט לעותר את הסעד אותו הוא מבקש. הזדקקותם של גורמי הביטחון לתקנות לשעת חירום, כל עוד עומדות הן בתוקפן וכל עוד לא ראתה הכנסת מקום להחליפן בהסדר עדכני יותר, צריך שתיעשה במידה הראויה בלבד ומתוך טעם הולם (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 490 (1996)). דעתי היא, כי דרישות אלו התקיימו בענינו של העותר. על הולמות המטרה קשה לחלוק. הצורך להרתיע מפגעים-בכוח, שלא אחת נישאים על גל של טרור שהחל במעשהו של יחיד ומאיים לסחוף עמו אחרים, הוא מתחייב. במסקנתם של גורמי

הביטחון, כי הרתעה היא נדבך מרכזי במאבק ברעה אכזרית זו, איני רואה מקום להתערב, וקשה להניח כי ימצא מי שיחלוק על עמדה זו. עיקרה של השאלה מוצא לו, אפוא, מקום בין כתליו של יסוד המידתיות, ועניינו מידת ההתאמה שבין פעולת ההריסה לבין התכלית המיוחלת, מחד, וכלום ניתן היה לנקוט צעד חריף פחות מזה של הריסת בתי מחבלים ואת ביתו של דוויאת בפרט.

5. הנטל הראשוני להראות כי פעולה שלטונית היא מידתית, לרוב ראוי שיוטל על הרשות המנהלית. משעמדה בו, יוכל המשיג על פעולתה להראות כי אין ממש בדבר (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, בפסקה 18 לפסק-דיני (טרם פורסם, 12.12.05); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקה 21 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק (טרם פורסם, 11.5.06)). בסוגיית הריסתם של בתי מחבלים, נפסק בעבר ושב ונפסק גם לאחרונה, עלה בידיהם של גורמי הביטחון להניח בסיס למידתיותם של הצעדים הננקטים. הונח יותר מיסוד למסקנה כי להריסה ממד הרתעתי (בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407, 410 (2002); בג"ץ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 569, 574 (2003); כי נושאת היא משקל ייחודי בין מגוון האמצעים הננקטים (בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003)); וכי נוכח תרומתה לערך החשוב מכל – הצלת חיי אדם, היא צולחת גם את מאזן התועלת הכללי (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (טרם פורסם, 5.1.09)). וכך כתב השופט א' רובינשטיין:

“אטימה או הריסת בתייהם של מחבלים אינה דבר שיש בו חדוה, חדוות עונש או חדוות נקם, הגם שתחושות אדם הגון באשר הוא מתקוממות בכל נים ונים בשעה שפלוגי נוטל חיי 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” [שם, בפסקה הראשונה לפסק-דינו].

הפסיקה דנה גם בחוקיות ההריסה, שעה שעיקר פגיעתה הוא בבני משפחתו של המפגע, שלא היו שותפים למעשה הרצחני שנקט ולכאורה לא יכולים היו לעצור בעדו. נקבע, כי גם בענין זה ידו של ממד ההרתעה על העליונה. על כך כתב השופט י' טירקל:

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו... 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 דיריו של הבית. אין מנוס מכך". [בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)].

6. בכל אלה אין, כמובן, כדי לפטור את גורמי הביטחון, ובעקבותם את בית- המשפט, מבחינתו של כל מקרה לגופו. זהו השלב בו יידרשו ערכאת הערר ובית- המשפט היושב לדין לטענותיו של המשיג בדבר היעדר מידתה ראויה של פעולת ההריסה. אחיזה להשגות אלו תוכל להימצא בערעורו של הבסיס, העובדתי כמו גם זה הנורמטיבי, עליו משעינה המדינה את עמדתה כי אין מנוס, בגדרי המאבק בטרור, מנקיטתו של צעד חמור כהריסת הבית, במקרה המסוים העומד לדיון.

סבורני, כי בפרשה שבפנינו אין בכוחן של טענות העותר – אותן השמיע כל צורכן בערר שהגיש, כמו גם בעתירתו המנומקת שבפנינו, להרים נטל זה. העותר לא העלה כל טענה שיש בה כדי לערער את כוחה ההרתעתי של פעולת ההריסה. לא עלה בידיו לשמוט את הבסיס מתחת לטענת המדינה כי לא ניתן לוותר על אמצעי זה בהשגתה של התכלית המקווה – צמצום פגיעתו של הטרור, מה עוד שמדובר בהריסה חלקית בלבד, שפגיעתה מדודה. הנימוקים שהעלה, בדבר הפגיעה בו ובמשפחתו – פגיעה שאין להתכחש לה, אינם שקולים כנגד הסיכוי כי אותה פעולה תרתיע אחרים מלהצטרף לנתיב הדמים. טענתו בדבר הפליה, שהיא מטבעה טענה של הגנה מן הצדק, לא תוכל להכות שורשים במצע אותו חרשו, לעומקו, גלגלי הדחפור הנהוג בידי בנו.

אציע, לפיכך, לחברי לדחות את העתירה ולבטל את צו הביניים שניתן בה.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, כ"ב באדר התשס"ט (18.3.09).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט