

1. עבד אל רחים חסן נזאל
2. ראניה מוחמד עבד אל רחמן חמאד
3. אסיה חסן עבד אל רחים נזאל

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[17.11.94]

לפני הנשיא **מ' שמגר**, המשנה לנשיא **א' ברק**, והשופטים **א' גולדברג**,  
**א' מצא**, **מ' חשין**

[תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנות 119, 119(1) - [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), ס"ח תשנ"ב 150, סעיף 10.

העותר 1 הוא אביו של מחבל, אשר ביצע פיגוע רצחני באוטובוסים שנסעו בתל-אביב. העותרות 2 ו-3 הן אשתו ובתו של אחיו של המחבל. בפיגוע, שנעשה באמצעות חומר נפץ שנשא המחבל על גופו, נהרגו נוסעים רבים ונגרם נזק לרכוש המחבל, שנהרג אף הוא, זוהה כתושב קלקיליה, חבר הזרוע הצבאית של ארגון הטירור "חמאס" וכמי שהיה מבוקש על-ידי כוחות הביטחון באזור. אחיו של המחבל ידע על מנוסתו מפני כוחות הביטחון ועל כוונת המחבל למות כקדוש ולבצע את הפיגוע.

לאחר שהונחו לפני המשיב מימצאי החקירה בדבר זהותו של המחבל המת, הוא החליט לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו בתקנה 119(1) [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, והורה על החרמת בית מגוריו של המחבל ועל הריסת חלק ממנו. על-פי ההחלטה, שטחו של המבנה המשני בבית המגורים אמור להספיק לצורכי מחיימתם של האח ובני משפחתו. מכאן העתירה.

לטענת העותרים, אין קיימת הוכחה עובדתית מספקת לזיהויו של המחבל המתאבד. לחלופין טענו, כי גם אם המחבל המת הוא אכן מבני משפחתם, הוא חדל להתגורר בבית המיועד להריסה. בכך נותקה, לטענתם, זיקת המגורים שהיא תנאי להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119(1) הנ"ל. עוד טענו, כי משמצא המחבל את מותו בפיגוע, אין הוא בר-עונשין עוד, ומכאן שהאמצעים שאותם מבקש המשיב לנקוט מיועדים להעניש את בני הבית שאינם מעורבים במעשה. עוד טענו, כי אין בהחרמת הבית ובהריסתו משום אמצעי הרתעה, ועל-כן החלטת המשיב לוקה בחוסר סבירות. אי הסבירות מצויה גם בהחלטת המשיב לסטות ממדיניות שהייתה נקוטה בידי בעבר, שלפיה אין נוקטים אמצעי ענישה והרתעה מקום שהמחבל-הפוגע אינו בין החיים עוד. לבסוף טענו העותרים גם לעניין תוקפה של תקנה 119(1) הנ"ל, לאור אמנות בינלאומיות ולאור [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#).

= 339 =

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. בנסיבות דנן, קיימות ראיות, אשר במשקלן המצטבר העמידו לפני המשיב תשתית ראיתית באשר לזהותו של המחבל המתאבד, המספקת לגיבוש החלטה מינהלית מן הסוג דנא (343 ה-י).
- ב. (1) לצורך קיום סמכותו של המשיב, במסגרת תקנה 119(1) [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), יש להיווכח כי המחבל היה "תושב" או "דייר" בבית שהוא הנושא לצו ההחרמה וההריסה (344 ג).
- ג. (2) בשאלה אם היעדרותו של אדם מבית מגוריו הקבוע מנתקת את זיקת המגורים שיש לו לביתו, יש להכריע על-פי טבעה של היעדרות ועל-פי נסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון. אם היעדרות היא בעלת אופי ארעי, תוסיף להתקיים זיקת המגורים לבית המגורים הקבוע, ואפילו היה לאדם מקום מגורים חלופי בזמן האירוע (344 ג-ד).
- ד. (3) בנסיבות דנן, היעדרותו של המחבל נעשתה בנסיבות של הימלטות מפני כוחות הביטחון; על רקע הימלטותו הוא אכן חדל ללון ולשהות בביתו דרך קבע, אולם זיקת מגוריו לביתו לא התנתקה (344 ז-ז).
- ה. (1) מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119(1) [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון; להפעלת הסנקציה האמורה קיימת אמנם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני-משפחתו הגרים עמו, אך לא זו היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת (346 ז-ז).
- ו. (2) אין לקבל את טענת העותרים, שלפיה מדובר בסמכות של הענשה, שמות המחבל מפקיע אותה. הסמכות המוקנית בתקנה 119(1) למפקד הצבאי אינה להעניש את מבצע העבירה על עבירתו; די בכך כי נחה דעתו של המפקד הצבאי שהעבירה בוצעה על-ידי תושבי אזור, עיר, כפר, שכונה או רחוב, או על-ידי מי הם, כדי שתעמוד לו

הסמכות להחרים כל בית, מבנה או קרקע, המצויים בתחום המקום שממנו בא מבצע העבירה. מדובר אפוא בסנקציה שהמפקד הצבאי הוסמך להטילה על רבים, ללא הבחנה בין אשם לבין חף מאשמה (344-ת 345 א, ב-ה). (3) בהפעלת הסנקציה הנדונה נדרשות זהירות רבה ומידתיות סבירה, שאינן עניין של סמכות אלא עניין של שיקול-דעת. החרדה לקיום אמות מידה אלה, ולחומרת הפגיעה בזרים, שלא היה להם חלק במעשיו של המחבל, הניעה את רשויות הביטחון להסכים למיתון הפגיעה במגוריהם של אחרים המצויים בתחומי המבנה המיועד להריסה (346-ג-ד).

ד. (1) אחד השיקולים שנהוג להתחשב בהם לקראת קבלת החלטה בשאלת הצורך לנקוט אמצעים לפי תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), הוא מות המפגע.

על-פי המדיניות הכללית של מערכת הביטחון, נמנעו המפקדים הצבאיים, בעבר, מעשיית שימוש באמצעי זה כאשר המחבל המפגע נהרג (347 א-ב).

(2) בנסיבות דנן, יש לקבל את גישתו של המשיב, שלפיה אין מנוס משימוש באמצעים לפי תקנה 119(1), חרף מותו של המחבל. זאת הן בשל טיבו של הארגון שעמו נמנה המחבל, שהוא ארגון טרור איסלמי קיצוני, והן בשל חומרת הפיגוע (347 ב-ד).

(3) ההיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירה על

= 340 =

הביטחון אינם יכולים להימדד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות. בעת האחרונה נוצר הכרח להתמודד עם ממד חדש של קנאות מטורפת, ובמסגרתו רשאיות הרשויות המופקדות על הביטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי החרמה והריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד (347 ה-ז).

(4) בנסיבות שבהן ארגון הטרור השתבח במעשה הרצח והצהיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים ביד מחבלים מתאבדים, הצורך בהרתעה הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניותה של מערכת הביטחון, ואין לומר כי מפנה זה לא נתחייב מהנסיבות החדשות (348 ב-ג).

(5) גם אם בנסיבות מתאימות עשוי בית המשפט להתערב בהערכתו של מפקד צבאי, לעניין הרתעת מחבלים בכוח על-ידי הריסת ביתו של מחבל או לעניין יעילותו של אמצעי זה או אחר, תו העדפת דעתו של מומחה שחיווה דעתו בניגוד לה, הרי הנסיבות דנן אינן מקימות בסיס להתערבות כזו. די בכך שניצב סיכוי שנקיטת האמצעי הנתון אפשר שתחסוך בחיי אדם, כדי למנוע בעד בית המשפט מלהתערב בהערכתו ובהחלטתו של המשיב (349 א-ג).

ה. (1) בנסיבות דנן, השארת המבנה המשני על כנו מהווה הסדר נאות לסיפוק צרכי המגורים של האח. טעם הדבר הוא, כי משפחתו של האח לא החזיקה בדירת מגורים נפרדת, ועל-כן, על-פי שורת הדין וההלכה הפסוקה, רשאי היה המשיב לצוות גם על הריסת המבנה המשני. בכך שהסתפק בצו להריסת המבנה העיקרי, מתוך התחשבות בצרכי האח ומשפחתו, נהג לפניו משורת הדין (349 ו-350 א).

(2) אף אם בנסיבות אחרות ניתן היה לחלוק על צדקת ההסדר, הרי שבנסיבות דנן אין מקום לכך. האח, אשר ידע על כוונת אחיו לבצע פיגוע רצחני, לא נקף אצבע למניעת הרצח ההמוני, ודעתו הייתה נתונה רק לטשטוש הקשר שבני המשפחה קיימו עם המחבל. נסיבות עובדתיות אלה רשאי היה המשיב להביא בחשבון בבירור סוגה והיקפה של הסנקציה (350 א-ב).

ו. (1) אין טעם לחזור ולעסוק בטענה, שלפיה תקנות ההגנה (שעת חירום) נוגדות את הוראותיהן של אמנות בינלאומיות. הטענה נדונה ונדחתה בעבר (350 ג).

(2) התקנות המאפשרות הפעלת הסמכות הנתונה למשיב הן בגדר דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, והוראת סעיף 10 לחוק היסוד בדבר שמירת דינים הותירה אותן על כנן (350 ג-ד).

(3) כל עוד רשומה תקנה 119 לתקנות עלי ספר החוקים, אין בית המשפט בן-חורין לראותה כבטלה מן העולם. בית המשפט גם אינו רשאי להגביל את יכולתם של המפקדים הצבאיים לפעול במסגרת התקנה, במידה שתרוקן את הוראתה מתוכן ממשי. כל עוד נוהגים הם בהפעלתה בזהירות ובסבירות ואינם עוברים את גבול המידה הראויה, אין מקום להתערב בשיקול-דעתם (350 ד-ו).

ז. (דעת מיעוט - השופט מ' חשין): (1) קשה היא מלאכתו של השופט בבואו לעסוק בפיגוע רצחני; הוא מצווה להחיל משפט של יום-יום ואמות מידה במשפט על מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה (351 ב-ג).

(2) עקרון היסוד, אשר על עומדו יעמוד, הוא, כי איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת (352 ב).

= 341 =

(3) אין להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדין, הגם שהמחבל לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של המחבל הוא המועמד להריסה; חדרו שלו אך לא ביתם של אחרים (352 ג-ד).

(4) בנסיבות דנן, יש לבטל את צו ההחרמה וההריסה, באשר צו זה פורש עצמו כמיקשה אחת גם על בית שאינו ביתו של המחבל (352 ד).

פסק-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

[1] בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.

[2] בג"צ 459/86 - לא פורסם.

[3] בג"צ 299/90 נימר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד מה (3) 625.

- [4] [בג"צ 5740/90](#), 5741, 5742, 5744 ס' י' חאגבה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, [פ"ד מה \(3\) 254](#).
- [5] [בג"צ 947/90](#) - לא פורסם.
- [6] [בג"צ 2722/92](#) אלעמרינ' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, [פ"ד מו \(3\) 693](#).
- [7] [בג"צ 5510/92](#) תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', [פ"ד מח \(1\) 217](#).
- [8] [בג"צ 4722/91](#), 5359 חזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, [פ"ד מו \(2\) 150](#).
- [9] [בג"צ 987/89](#), 988 קהוג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה; בשארה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, [פ"ד מד \(2\) 227](#).
- [10] [בג"צ 779/88](#) אלפספוס נ' שר הביטחון ואח', [פ"ד מג \(1\) 576](#).
- [11] [בג"צ 242/90](#) אלקצאץ ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, [פ"ד מד \(1\) 614](#).
- [12] [בג"צ 1176/94](#) - לא פורסם.
- [13] [בג"צ L. S. M. LAW IN THE SERVICE OF MAN](#) 270/88 ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, [פ"ד מב \(3\) 260](#).
- [14] [בג"צ 723/89](#) - לא פורסם.
- [15] [בג"צ 390/79](#) דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', [פ"ד לד \(1\) 1](#).
- [16] [בג"צ 982/89](#) - לא פורסם.
- [17] [בג"צ 897/86](#) ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', [פ"ד מא \(2\) 522](#).
- [18] [בג"צ 45/89](#) אב דקה ואח' נ' שר הביטחון, [פ"ד מד \(3\) 452](#).
- [19] [עמ"מ 4/94](#) בן חורין נ' מדינת ישראל, [פ"ד מח \(5\) 329](#).
- [20] [בג"צ 3567/90](#) - לא פורסם.
- [21] [בג"צ 4162/93](#), 4180, 4288, 4326, 4359, 4363, 4371, 4379, 4383 פדרמן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', [פ"ד מז \(5\) 309](#).

עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין.

**א' אברם, ד' יקיר - בשם העותרים;**  
**נ' ארד, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיב.**

= 342 =

#### פסק-דין

השופט א' מצא: בבוקר יום 19.10.94 התפוצץ מטען של חומר נפץ בתוך אוטובוס נוסעים שעשה את דרכו ברחוב דיזנגוף בתל-אביב. הפיצוץ היה רב עוצמה. האוטובוס נשרף כליל. אוטובוס נוסעים אחר, שברגע ההתרחשות נע במקביל לאוטובוס הראשון, נפגע גם הוא. תוצאות הפיגוע הרצחני היו מזוויעות. גופותיהם המרוסקות של עשרים ושניים עוברי אורח תמימים, רובם הגדול מקרב נוסעי האוטובוס שבו התפוצץ מטען, הוטחו לכל עבר. ארבעים-ושמונה אנשים אחרים (מנוסעי האוטובוס האחר ומבין הולכי הרגל) נפצעו, כמה מהם באופן קשה. אחת הפצועות, שספגה פגיעה אנושה, נפטרה מפציעה אחרי ארבעה ימים, ומותה הגדיל את מספר הנספים. מעשה הנבלה הותיר אחריו גם סימני הרס ונזק רב לרכוש. החקירה העלתה, כי הפיגוע בוצע בידי מחבל מתאבד, שהסתגל לקהל הנוסעים באוטובוס כשהוא נושא את מטען המוות על גופו. בתוך כיממה נקבעה זהותו: צלאח עבד אלרחים חסן נזאל, תושב קלקיליה.

הצו והעתירה

2. ביום 21.10.94, משהונחו לפניו מימצי החקירה בדבר זהותו של המחבל המת, החליט המשיב (מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון) לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 119(1) [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, ונתן צו להחרמת בית מגוריו של המחבל בקלקיליה ולהריסת חלק ממנו. העותרים - בני-משפחתו של המחבל שבית זה משמש למגוריהם - השיגו על הצו. ביום 30.10.94 החליט המשיב לדחות את השגתם, וביום 31.10.94 הגישו העותרים את העתירה שלפנינו. המשיב, בלי שדרש לכך, הגיש תצהיר תשובה. בנסיבות אלו, ובהסכמת פרקליטי הצדדים, נדונה העתירה לפנינו (ביום 7.11.94) כאילו ניתן בה צו-על-תנאי.

3. העותר 1 הוא אביו של המחבל ובעל המבנה שכלפיו כוון צו החרמה וההריסה. עותר זה מתגורר במבנה ביחד עם אשתו וחמישה מילדיהם. העותרות 2 ו-3 הן אשתו ובתו של חסן, אחיו של המחבל. חסן והעותרות מתגוררים במבנה, כמשפחה גרעינית נפרדת.

צו החרמה כוון כלפי בית המגורים כולו, בעוד שצו ההריסה כוון כלפי רובו. מיתווה החלוקה בין השטח המיועד להריסה לבין יתרתו נגזר מן ההתחשבות בצורכי מגוריהם של חסן ושל העותרות. על-פי הצו יוכלו הללו להמשיך להתגורר בבית, בשטח שהוא פחות או יותר זהה, אם כי לא באותו חדר מגורים ששימש למגוריהם עד כה. כך, כמסתבר, מתחייב מאופי המבנה. שטח המגורים הכולל, שאינו עולה על 84 מ"ר, נחלק בין מבנה עיקרי (או מספר מבנים הכרוכים זה בזה) ומבנה משני נפרד. שטחו של המבנה העיקרי (כ-60 מ"ר) נחלק למספר חדרים-מגורים, הצרים על שתי חצרות פנימיות פתוחות. המבנה המשני (ששטחו כ-24 מ"ר) מכיל חדר ועוד חצי חדר, אשר שימשו

כמטבחים, חדר רחצה וחדר שירותים. אחד מחדרי המגורים שימש את חסן והעותרות, בעוד שיתר חדרי המגורים שימשו את משפחתו הגרעינית של העותר 1, לרבות בנו צלאח, הרוצח המתאבד. שתי המשפחות חלקו ביניהן את השימוש במטבחים ובחדרי השירותים. למשיב הוברר, כי אין

= 343 =

אפשרות הנדסית להרוס את יתר חדרי המגורים ולהשאיר על תלו את חדרם של חסן והעותרות. בשל מניעה זו גמר המשיב בדעתו - וכך ציווה - להרוס את כל חדרי המגורים, אך להותיר על כנו את המבנה המשני. מתצהירו ומהסברי באת-כוח המדינה עולה, כי שטחו של המבנה המשני (בחלוקה פנימית שונה מן הקיימת) יספק לחסן ולעותרות יחידת דיור שלמה: חדר וחצי, מטבח ושירותים.

4. העותרים מלינים על צו ההחרמה וההריסה. בשלוש מטענותיהם השיגו באי-כוחם לפנינו על תקפותו של הצו. אפתח בדיון בטענות אלו, שכווננו לשכנענו כי בנסיבותיו העובדתיות של המקרה כלל לא הייתה למשיב סמכות לפעול נגד בית מגוריהם של העותרים על-פי תקנה 119(1) הנ"ל.

ראיות לזהותו של המחבל

5. טענתם הראשונה של פרקליטי העותרים היא, כי לזיהויו של המחבל המתאבד (כצלאח נזאל) אין הוכחה עובדתית מספקת.

דין הטענה להידחות. ביום הפיגוע, וכן ביומיים שלאחריו, נמסרו לסוכנויות הידיעות כרוזים וקלטות מטעם הזרוע הצבאית של "חמאס" ("גדודי עז אלדין אלקסאם"). מפירסומים אלה עלה בבירור, כי היוזמה לביצוע הפיגוע הרצחני הייתה של ארגון זה, וכי המחבל המתאבד, שביצע את הפשע בשליחותו, הוא צלאח, בנו של העותר 1. באחת הקלטות הללו, ששודרה באמצעי התקשורת, נראה מחבל חמוש, המזדהה בשמו (צלאח עבד אלרחים חסן) וכתושב קלקיליה, והמכריז על עצמו כי הוא "החלל החי" שנטל על עצמו לבצע פעולת התאבדות. נראה בעליל שקלטת זו צולמה לפני צאתו של המחבל המתאבד לביצוע שליחותו הרצחנית. מפי העותר 1, שנשאל על כך, הוברר כי זיהה בקלטת זו את בנו צלאח. הוא הדין בבנו של העותר 1, חסן, אשר מסר כי זיהה בקלטת את אחיו. יצוין כי בעקבות תחקורו הראשון, לאחר הפיגוע, נעצר חסן לחקירה; ובחקירתו מסר, שכאשר נפגש לאחרונה עם צלאח, כשבועיים לפני הפיגוע, סיפר לו צלאח כי הוא מכין עצמו "למות כקדוש". תמיכה ראיתית נוספת לזיהויו של המחבל המתאבד מצויה בתוצאות הבדיקה הפתולוגית של שרידי גופתו. השוואת שרידי הגופה לדגימות דם שניטלו מהעותר 1 ומאשתו גילתה, שקיימת התאמה גנטית בין המת לבין השניים וכי "הגופה מתאימה להיות של בנם". וכל אלו, במשקלן המצטבר, העמידו לפני המשיב תשתית ראיתית באשר לזהותו של המחבל המתאבד, המספקת לגיבוש החלטה מינהלית מן הסוג דנא (בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (להלן - פרשת חמרי [1])), דברי השופט ברק בעמ' 442 מול אות השוליים א)

זיקת מגורים

6. טענתם החלופית של באי-כוח העותרים היא, כי לפני שנים אחדות חדל צלאח להתגורר במחיצת בני-משפחתו בבית זה. מכאן שאין מתקיימת כלפיו זיקת המגורים (או התושבות), המהווה תנאי הכרחי לקיום סמכותו של המשיב להחרים את הבית או להורסו.

= 344 =

אף טענה זו דינה להידחות. מן החומר המצוי לפנינו עולה, כי עד 17.4.94 התגורר המחבל דרך קבע בבית זה, ביחד עם הוריו ויתר בני משפחתו. במספר הזדמנויות בעבר נעצר, אם לחקירה ואם על-פי צו מינהלי, וכל מעצרו בוצעו בבית זה. גם ביום 17.4.94, עת ביקרו נציגי כוחות הביטחון בביתו בכוונה לעוצרו במעצר מינהלי נוסף, מסרו הוריו כי בנם יצא לביקור אצל חבר ועומד לשוב בכל רגע. אלא שמאז נודע למחבל על הכוונה הקיימת להחזירו למעצר מינהלי, נעלמו עקבותיו והוא הפך למבוקש. מכאן ואילך בא לביתו רק מזמן לזמן. כך למשל (כעולה מעדותו של חסן) ביקר המחבל בביתו בליל חג הקורבן, ביוני 1994, ועם עלות השחר הסתלק לדרכו בחשאי. לעתים (גם על כך העיד חסן) העז המחבל ושהה בביתו במשך ימים אחדים. אך לרוב הסתתר בבתי סיעים שונים, ומפעם לפעם נקראו בני-משפחתו להיפגש עמו במקום מסתור זה או אחר. כך, למשל, מעדות חברו של המחבל, חאזם פיומי, נובע, כי הסתיר את המחבל בביתו כמה פעמים, וכי בהזדמנות האחרונה שבה נתן לו מסתור, כשבועיים לפני הפיגוע, הזמין את בני-משפחתו של המחבל לביתו ואיפשר להם לבקר בהסתר.

לצורך קיום סמכותו של המשיב, במסגרת תקנה 119(1), מוטל עלינו להיווכח, שהמחבל היה "תושב" או "דייר" (INHABITANT) בבית שהוא הנושא לצו ההחרמה וההריסה. הכלל הוא, כי בשאלה אם היעדרותו של אדם מבית מגוריו הקבוע מנתקת את זיקת המגורים שיש לו לביתו, יש להכריע על-פי טבעה של ההיעדרות ועל-פי נסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון (ראה בפרשת חמרי [1], בעמ' 442 בין אותיות השוליים ה-ו). אם ההיעדרות היא בעלת אופי ארעי, תוסיף להתקיים זיקת המגורים לבית המגורים הקבוע, ואפילו היה לנדון מקום מגורים חלופי בזמן

האירוע הרלוואנטי. כך הוא, למשל, לעניין סטודנט, שמגוריו הארעיים במקום לימודיו אינם מנתקים את זיקת מגוריו לביתו הקבוע (ראה פרשת חמרי [1] הנ"ל); ובדרך כלל אף אינם מקימים זיקת מגורים חלופית למקום מגוריו הארעי (השווה: [בג"צ 454/86](#) [2]; [בג"צ 299/90](#) [2]; [בג"צ 5740/90](#), [5741](#), [5742](#), [5744](#) ס' י' מאג'בה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש [4], דברי הנשיא שמגר בעמ' 257; [בג"צ 947/90](#) [5]). על יסוד התשתית העובדתית שהונחה לפנינו ניתן לקבוע כי דין זה חל גם בענייננו: מעת שנודע למחבל על אודות הכוונה הקיימת לעוצרו, נמלט והסתתר מפני כוחות הביטחון. על רקע הימלטותו אכן חדל ללון ולשהות בביתו דרך קבע. אולם זיקת מגוריו לביתו לא התנתקה. ביתו הקבוע נותר ביתו היחיד, ואף העותרים אינם טוענים כי העתיק את מגוריו לבית אחר תוך התנתקות מביתו הקודם.

סמכות המשיב לפגוע בביתו של מחבל מת

7. טענתם השלישית של העותרים היא, כי משמצא המחבל את מותו במעשה הפיגוע, פקעה סמכות המשיב לצוות על החרמת ביתו ועל הריסתו. לגישת באי-כוח העותרים,

= 345 =

הסנקציה של החרמה והריסה של בית המגורים, לפי תקנה 119, אינה אלא עונש, שהמשיב מוסמך לשקול את הטלתו על מי שלדעתו ביצע עבירה חמורה מן הממויות בתקנה. אך אם מת המחבל העבריין שוב אין הוא בר-עונשין על מעשהו. כשם שאי-אפשר עוד להענישו בעונש אחר, כך אף אין בכוחו של המשיב להענישו בהחרמת בית מגוריו ובהריסתו. הריסת ביתו של מחבל - הוסיפו וטענו - מענישה, אמנם, גם את בני ביתו. אלא שזו פגיעה עקיפה, מעין תוצאת לוואי מהענשת המחבל עצמו; ופגיעה עקיפה בבני-משפחתו של נאשם היא תופעה מוכרת גם כשהעונש המוטל עליו מכוון לכאורה רק נגדו (כגון, מאסר או קנס). לא כן הדבר בהריסת ביתו של מחבל מת. עונש כזה פוגע רק בבני-משפחתו של המחבל העבריין. ולקיומה של סמכות כזאת אין אחיזה בתקנה 119.

בטענה זו אין, לדעתי, כל ממש; ודי לעיין בעיקריה של תקנה 119(1), בחלקה הנוגע לענייננו, כדי להיווכח בכך:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT... OF ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND SITUATED IN ANY AREA, TOWN, VILLAGE, QUARTER OR STREET THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED ... ANY OFFENCE AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE...".

הנה כי כן, הסמכות המוקנית בתקנה למפקד הצבאי אינה להעניש את מבצע העבירה על עבירתו. יתר-על-כן: הכוח להשתמש בסמכות האמורה איננו מותנה בהרשעת אדם כלשהו בביצוע עבירה; שכן, לפי לשון התקנה, די בכך כי נחה דעתו של המפקד הצבאי, שהעבירה בוצעה על-ידי תושבי אזור, עיר, כפר, שכונה או רחוב, או על-ידי מי מהם, כדי שתעמוד לו הסמכות להחרים כל בית, מבנה או קרקע, המצויים בתחומי המקום, שממנו בא מבצע העבירה. משמע, כי המדובר בסנקציה דרוקונית שהמפקד הצבאי הוסמך להטילה על רבים, ללא הבחנה בין אשם לבין חף מאשמה.

8. עמדנו על רוחב היקפה של סמכות המפקד הצבאי כהגדרתה בתקנה. עשינו כן רק במטרה להמחיש על שום מה יש לדחות את טענת העותרים, כאילו המדובר כאן בסמכות של הענשה, שמות המחבל מפקיע אותה. אך לא למותר להטעים, באותה נשימה ממש, כי מאז קום המדינה שוב לא עלה בדעת איש שהגדרתה הנרחבת של הסמכות עשויה להוות בסיס להפעלתה הלכה למעשה (ראה, בהקשר זה, את דברי השופט חשין [בבג"צ 2722/92](#) אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (להלן - פרשת אלעמרין [6]), בעמ' 705 בין אותיות השוליים א-ג). אכן, גם פסיקתנו הטילה מגבלות רבות על התנאים שבהם רשאי מפקד צבאי להפעיל את סמכותו, שהתקנה הגדירה אותה בלשון נרחבת וגורפת; וכפי שאנו נוכחים מפעם לפעם, גם רשויות הביטחון הינן ערות לחובתן להגביל את השימוש באמצעי זה למקרים החמורים בלבד; שלא לעשות כן אלא לאחר בדיקה קפדנית של כלל הנסיבות (לרבות זיהוים של המחבל, שבפועל ביצע את הפיגוע, ושל בית מגוריו); ותוך צמצומה עד למינימום ההכרחי של הפגיעה באנשים המתגוררים באותו בית מגורים

= 346 =

ושיאנם נמנים עם משפחתו הגרעינית של המחבל (ראה דעת הרוב בפרשת אלעמרין [6] (מפי השופט ברך), ופסק-דינו של השופט ברך [בבג"צ 5510/92](#) תורקמאן נ' שר הביטחון (להלן - פרשת תורקמאן [7]). בפועל (למעשה ולא להלכה) נגרעו כוחם וסמכותם של המפקדים הצבאיים לפעול במסגרת התקנה, אך יצוין כי חברי הנכבד, השופט חשין, הציג גישה חולקת גם כלפי קיומה של הסמכות במתכונתה המעשית המוגבלת. לגישתו (שהוסברה על-ידי, תחילה [בבג"צ 4722/91](#), [5359](#)

חזרן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (להלן - פרשת חזרן) [8], בעמ' 155 ואילך, ולאחרונה בפרשת אלעמרין [6], בעמ' 701 ואילך), סמכותו של מפקד צבאי, לפגוע בביתו של מחבל, מותנית באי-פגיעה במגוריהם של אחרים זולת המחבל. אכן, גם השופט חשין לא ראה מקום לחלוק על כך "כי בן צעיר המתגורר בבית הוריו - והוא מתהלך ומשוטט בדירה לאורכה ולרוחבה כבתוך שלו - כל הבית הוא 'שלו', וממילא כל הבית צפוי להריסה בשל מעשיו של אותו בן" (מדבריו בפרשת חזרן [8], בעמ' 158 בין אותיות השוליים ה-10). עם זאת עמד על התניית סמכות ההריסה, שבידי המפקד הצבאי, בחיסונו מפני פגיעה בחלקי המבנה המשמשים למגוריהם של אחרים (אפילו הם משתייכים לאותו בית-אב) ואשר בפועל לא שימשו גם למגוריו של המחבל. אך בשני המקרים שבהם הציג את עמדתו האמורה נותר השופט חשין בדעת מיעוט. ההלכה המחייבת היא, שבהפעלת הסנקציה האמורה נדרשות זehירות רבה ומידתיות סבירה, שאינן עניין של סמכות אלא עניין של שיקול-דעת (ראה פרשת תורקמאן [7]). לקיומן של אמות מידה אלו חרדים כל שופטיו של בית-משפט זה. על רקע חרדה זו לחומרת הפגיעה בזרים, שלא היה להם כל חלק במעשיו של המחבל ושארף לא יכלו לדעת על מעורבותו בפעילות חבלנית, לא היססו, בכל מקרה מתאים, לבטא את עמדתנו במהלך הדיון; ולא פעם הניעו הערותינו את רשויות הביטחון להסכים (בלי להמתין להכרעה שיפוטית) למיתון הפגיעה במגוריהם של אחרים המצויים בתחומי המבנה המיועד להריסה. על רקע גישה זו יש להבין גם כל אותן התבטאויות בפסיקה בדבר אופייה העונשי של הסנקציה, שבאי-כוח העותרים קיוו למצוא בהן חיזוק לתפיסתם כי המדובר, כביכול, בסמכות עונשית PER SE.

ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119(1), בחלקה הנוגע לעניינו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון (ראה, למשל: [בג"צ 987/89](#), 988 קהוג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה; בשארה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית [9] (מפי השופט בייסיק); [בג"צ 779/88](#) אלפסוס נ' שר הביטחון ואח' [10], דברי הנשיא שמגר בעמ' 578). להפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני-משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת (ראה [בג"צ 242/90](#) אלקצאץ ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [11], דברי השופט ברק בעמ' 616).

סבירות ההחלטה - מה בין מחבל מתלבד מתאבד?

9. בכמה טענות נוספות ביקשו פרקליטי העותרים להראות, כי מתן הצו לוקה, מכל מקום, בחוסר סבירות. טענתם העיקרית, בהקשר זה, הייתה, כי צו להחרמת ביתו של

= 347 =

מחבל מת ולהריסתו פוגע רק בבני-משפחתו, ועל לא עוול בכפם. גישה זו, הטעומו, איפיינה (עד למקרה הנדון) אף את מדיניותה המוצהרת של מערכת הביטחון, שלאחרונה באה לידי ביטוי בתשובת המשיב לעתירה שבה נדרש ליתן טעם מדוע לא יורה להרוס את ביתו של ברוך גולדשטיין, שרצח עשרות מתפללים מוסלמים במערת המכפלה ואשר מצא את מותו במהלך הפיגוע ([בג"צ 1176/94](#) [12]).

בתצורה תשובתו הסביר המשיב, כי אחד השיקולים שנהוג להתחשב בהם, לקראת קבלת החלטה בשאלת הצורך לנקוט אמצעים לפי תקנה 119(1), הוא מות המפגע. עד כה אכן נמנעו המפקדים הצבאיים, על-פי המדיניות הכללית של מערכת הביטחון, מעשיית שימוש באמצעי זה כאשר המחבל המפגע נהרג. אף במקרה הנדון נשקל על-ידי דבר מותו של המחבל, מבצע הפיגוע הרצחני, במסגרת מכלול הטעמים המונחים ביסוד החלטתו. אך מסקנתו (שלה שותפים כל גורמי הביטחון) הייתה, כי במקרה זה אין מנוס משימוש באמצעים לפי תקנה 119, חרף מותו של המחבל. שני שיקולים הכריעו את הכף בכיוון זה. האחד, והעיקרי, הוא, שכאן המדובר במחבל הנמנה עם ארגון טרור איסלמי קיצוני, שחבריו "רואים במוות תוך פיגוע נגד מטרות ישראליות תוצאה חיובית המבטיחה את מקומם, כקדושים, בעולם הבא". השיקול השני הוא חומרת הפיגוע; על רקע ריב הפיגועים החמורים, שבוצעו בחודשים האחרונים על-ידי ארגוני טרור קיצוניים, ולנוכח הכרזותיהם הפומביות של ארגונים אלה על כוונתם להוסיף ולבצע פיגועים רצחניים נוספים גם בעתיד. בנסיבות אלו רואה המשיב צורך חיוני להרתיע מועמדים בכוח לביצוע פיגועי התאבדות. למסר המושמע באוזני מחבל כזה, שבמותו אגב ביצוע פיגוע יגרום לפגיעה קשה גם בבני-משפחתו המתגוררים עמו, תהיה, לדעת גורמי הביטחון, משמעות מרתיעה. ולעומת זאת, אם יוברר כי מותו של מחבל-מתאבד יהווה תנאי מספיק להשאת בית מגוריו על תלו, עלול הוא לבחור בפיגוע התאבדות דווקא; וכך, במקום שירותה המחבל מפני ביצוע פיגועים רצחניים, תושג לגביו היפוכה של הרתעה, והוא יתעודד לבצעם.

10. אינני סבור, כי יש טעם לחלוק על גישה זו. הלוא ההיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הביטחון אינם יכולים להימדד

אלא על רקען של הנסיבות המשתנות ([בג"צ 270/88 L. S. M. LAW IN THE SERVICE](#) [13], דברי הנשיא שמגר בעמ' 263; [בג"צ 723/89](#) [14]). הכול יודעים וחשים, עד כמה הקצינה לאחרונה מוכנותם של ארגוני הטרור לבצע פיגועים רצחניים נגד ישראלים, אזרחים כחיילים, תוך שמבצעי הפיגועים מקבלים עליהם לאבד את עצמם לדעת במעשה הפיגוע. זהו, בעליל, ממד חדש של קנאות מטורפת, שבמסגרת ההכרח להתמודד עמה רשאיות הרשויות המופקדות על הביטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי החרמה והריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד. בצדק, לכאורה, גורס המשיב, שהמדיניות אשר במסגרתה נמנעו רשויות הביטחון מפגיעה בבית מגוריו של מחבל שנהרג בפיגוע אינה יכולה לחול על מחבלים מתאבדים. הטעם שהצדיק מדיניות זו בעבר נסמך על ההנחה, שבמותו של מחבל אגב פיגוע מוצתה מגמת ההרתעה של מחבלים בכוח; בעוד שישיומה של מדיניות זו

על מקריהם של מחבלים מתאבדים יותיר, לפחות,

= 348 =

חלל ריק באמצעי ההרתעה העומדים לרשות המפקד הצבאי, ואולי אף ישלול מראש את הסיכוי שאנשים הגרים במחיצתו של מחבל, והיודעים על כוונתו לבצע פיגוע התאבדות, ינסו להניאו מכך.

כאמור, נאחזו העותרים בכך שבפרשת הרצח במערת המכפלה לא ראה המשיב מקום לסטות ממדיניותו הקודמת, אך עשה כן, לראשונה, בפרשתנו. מוטב אפוא להבהיר, כי אין הנדון דומה לראיה. לפי ממצאי ועדת החקירה, שחקרה בפרשה האמורה, הרצח במערת המכפלה היה מעשה ידיו של אדם אחד, שפעל על דעת עצמו. טעם זה ניתן להתייחס אליו כאל מקרה חריג, שאיננו מקים צורך להרתיע אחרים מפני מעשים דומים. לא כן מעשה הרצח ההמוני, שביצע המחבל המתאבד באוטובוס הנוסעים בתל-אביב. מעשה זה הלוא בוצע בשליחותו של ארגון טרור, שבפירסומו בעקבות הפיגוע לא רק השתבח במעשה הרצח הנורא, אלא אף הצהיר על כוונתו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, בנסיבות אלו, הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הביטחון, ובנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות.

11. באי-כוח העותרים טענו, כי הריסת בתיהם של מחבלים אינה מהווה אמצעי מרתיע לאחרים. כך, לדעתם, מלמד הניסיון. בעיקר, טענו, יש לפקפק בתועלת שיש בהריסת בית לשם הרתעתם של מחבלים המאמינים בשליחותם הרצחנית והמסתתרים הרחק ממשפחותיהם. תמיכה להשקפתם, שהריסת בתיהם של מחבלים מבוקשים איננה יעילה ואיננה מרתיעה, מצאו העותרים בדבריו בתקשורת של אלוף (מיל") עמרם מצנע ובמחקר מפרי עטו של תת-אלוף (מיל") אריה שלו, שכל אחד מהם כיהן בעבר כמפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון. בתשובה לטיעון זה מציין המשיב בתצהירו, כי הערכתם המקצועית בנושא זה של הגורמים האחראיים כיום לקיום הביטחון ולפעילות השוטפת (בכללם שר הביטחון, הרמטכ"ל והוא עצמו), היא שונה לחלוטין; ומאחר שהערכה זו מבוססת על הכרת התשתית העובדתית העדכנית, יש להעדיפה על דעתם של קצינים שהאחריות לקיום הביטחון איננה מוטלת עוד על כתפיהם.

השאלה אם הריסת ביתו של מחבל יש בה כדי להרתיע מחבלים בכוח חזרה ועלתה לפני בית-משפט זה פעמים הרבה, וככלל לא נמצא מעולם מקום לחלוק, בעניין זה, על הערכתם המקצועית של הגורמים האחראיים לקיום הביטחון. גם משהובאה לפניו חוות-דעת סותרת, סבר בית המשפט כי במחלוקת בין מי שהוא מומחה לבין מי שהינו מומחה אך גם אחראי לקיום הביטחון, טבעי הדבר שיינתן משקל עדיף לדעתו של האחרון (בג"צ 390/79 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [15], בעמ' 25). אך לרוב הוכרעה הטענה בלי לעסוק בביררה בין דעות מומחים לכאן ולכאן; כדברי השופט גולדברג באחת הפרשיות:

"אין אנו סבורים כי יש בנתונים מספריים כדי להכריע גורלן של עתירות אלה. כי גם אם קיימת תפישה לפיה האמצעים האמורים אינם יעילים כל עיקר, עומדת מנגד תפישתו של המשיב כי יש לאמצעים אלה השפעה רבה,

= 349 =

ושאילמלא נקט בהם היה המצב באזור מתדרדר יותר. עניין לו, אפוא, בהשקפות נוגדות ובהערכות מצב שונות, שצדקת אחת מהן על חברתה אינה בת-הוכחה בערכאות שיפוטיות" (בג"צ 982/89 [16]).

דברים אלה יפים גם לענייננו. ובשל החידוש הנורא הטמון במעשיהם הרצחניים של קנאים מתאבדים, שלהם הננו עדים לאחרונה, יפים הם אף ביתר שאת. הוזה אומר: גם אם נניח, שבנסיבות מתאימות עשוי בית המשפט להתערב בהערכתו של מפקד צבאי, לעניין יעילותו של אמצעי זה או אחר, תוך העדפת דעתו של מומחה נגדי, הנסיבות שבהן הובאה המחלוקת לפנינו אינן מקימות בסיס להתערבות כזאת. תהא התרשמותו האישית של השופט, על-פי הבנתו וניסיון חייו, אשר תהא, אין בידו לקבוע, על דרך החיוב, שהימנעות מהריסת בתיהם של מחבלים מתאבדים לא תעודד מועמדים בכוח לגבור על היסוסיהם האחרונים אם ליטול חלק בפיגועים כאלה. ולדידי, די בכך שאנו עוסקים בנעלם, כשמנגד ניצב סיכוי (ולוא גם סיכוי כלשהו) שנקיטת האמצעי האמור אפשר שתחסוך בחיי אדם, כדי למונענו מהתערבות בהערכתו ובהחלטתו של המשיב.

פגיעה בבני המשפחה

12. אין ספק שביצועו של צו ההריסה יפגע בעותרים. עיקרה של הפגיעה יהא בהוריו ובחמשת אחיו של המחבל. אך גם חסן (אחיו של העותר), אשתו ובתו, ייפגעו במידה מסוימת, עקב הצורך להעתיק את מגוריהם מן החדר שהוקצה להם במבנה המגורים למבנה המשני, שהכיל את המטבחים ואת חדרי השירות, ואשר אינו מיועד להריסה. אך פגיעות אלו בבני משפחתו של המחבל אינן אלא פועל-יוצא מהפעלת הסנקציה, שמטרתה - כפי שהודגש - אינה להעניש את בני המשפחה אלא להרתיע מחבלים בכוח מפני ביצוע פיגועים רצחניים. בנסיבות העניין שלפנינו אין יסוד לפקפק שמבחינת היקפו עומד הצו במבחני הסבירות והיחסיות (או המידתיות), כמצוותה של הלכת תורקמאן [7]. הלוא חרף חומרנו המופלג של הפיגוע, ואף שהוברר כי למחבל לא יוחד חלק מסוים כלשהו בדירת המגורים, החליט המשיב

להסתפק בצו להריסתו של המבנה העיקרי, תוך השארת המבנה המשני על כנו.

החלטת המשיב להשאיר על כנו את המבנה המשני נבעה, כזכור, מהיעדר אפשרות להרוס את יתר חלקי המבנה העיקרי בלי לפגוע בחדר משפחתו של חסן. המשיב לא התעלם מכך שאחד מחדרי המבנה המיועד להריסה שימש למגוריהם של חסן, אשתו ובתו בלבד. יצוין כי באי-כוח העותרים לא טענו כי בנסיבות אלו היה על המשיב להסתפק בסנקציה חמורה פחות (כגון, אטימת החדרים האחרים). אך מששקלתי את הדבר, מיוזמתי, נחה דעתי כי גם השארת המבנה המשני על כנו מהווה הסדר נאות לסיפוק צרכי המגורים של חסן והעותרות. טעם הדבר הוא, כי משפחתו של חסן לא החזיקה בדירת מגורים נפרדת, אלא השתמשה למגוריה בחלק שהוקצה לה בבית המגורים של העותר 1, המהווה יחידת דיור אחודה. נמצא שעל-פי שורת הדין וההלכה הפסוקה רשאי היה המשיב לצוות גם על הריסת המבנה המשני (השווה לפרשת חיזראן [8]), דברי השופט נתניהו בעמ' 154 מול אות השוליים ד), ובכך שהסתפק בצו להריסת המבנה העיקרי, מתוך התחשבות בצורכי

= 350 =

המגורים של חסן ומשפחתו, נהג לפני משורת הדין. אך יש להוסיף גם זאת: אף אם בנסיבות אחרות ניתן היה לחלוק על צדקת ההסדר הזה, הרי בנסיבותיו של המקרה שלפנינו אין מקום לכך. כבר נזכר, שכשבועיים לפני הפיגוע נפגש חסן עם אחיו, המחבל, ושמע מפיו על כוונתו לבצע פיגוע של התאבדות. מחקירתו של חסן עלה, כי באותו מפגש הורה לו המחבל לסלק מביתם, מבעוד מועד, חומר כתוב של ארגון הטרור, לבל יימצא שם על-ידי כוחות הביטחון שיבואו לסרוק את הבית לאחר ביצועו של הפיגוע המתוכנן. וחסן, כדבריו, אכן מילא את הוראתו של המחבל. נמצא כי גם משנדוע על לו אודות כוונת אחיו לבצע פיגוע רצחני, לא נקף חסן אצבע למניעת הרצח ההמוני; ודעתו היתה נתונה רק לטשטוש הקשר, שכל בני המשפחה (וכן הוא עצמו) קיימו עם המחבל, בתקופת היותו מבוקש על-ידי כוחות הביטחון, בכך שהוסיפו לקבלו ולארחו בביתם וכן לבקרו ולהיפגש עמו בחשאי בדירותיהם של סייענים. ואף נסיבות עובדתיות אלו רשאי היה המשיב להביא בחשבון בבירור סוגה והיקפה של הסנקציה.

13. לשתי טענות נוספות של באי-כוח העותרים די שאתייחס בקיצור נמרץ. הטענה שתקנות ההגנה (שעת חירום) נוגדות את הוראותיהן של אמנות בינלאומיות כבר נדונה ונדחתה במספר פרשיות קודמות (ראה, בעיקר, את דברי הנשיא שמגר בבג"צ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח' [17], בעמ' 525; כן ראה בג"צ 45/89 אבו דקה ואח' נ' שר הביטחון [18], בעמ' 454). ולא מצאתי טעם לחזור ולעסוק בה. גם הטענה שהפעלת הסמכות הנתונה למשיב מנוגדת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה יכולה להועיל לעותרים; שהלוא התקנות הן בגדר דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, והוראת סעיף 10 לחוק היסוד, בדבר שמירת דינים, הותירה אותן על כנן (השווה: עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל [19]). אכן, במרוצת השנים, ובהסתמך על עקרונות כלליים, הגבילה הפסיקה את היקף סמכויותיהם של המפקדים הצבאיים לפעול על-פי תקנה 119. עם זאת נפסק, שכל עוד רשומה הוראת תקנה 119 עלי ספר החוקים שלנו, אין בית-משפט זה בן-חורין "לראותה כבטלה מן העולם" (כביטוי של השופט גולדברג בבג"צ 3567/90 אל סבאר נ' שר הביטחון [20]). כשלעצמי הייתי מוסיף, כי איננו רשאים גם להגביל את יכולתם של המפקדים הצבאיים לפעול במסגרת התקנה במידה שתרוקן את הוראתה מתוכן ממשי. המחוקק העמיד כלי זה לרשות המפקדים הצבאיים על-מנת שישתמשו בו כאמצעי חירום לקיום הביטחון. וכל עוד נוהגים הם בהפעלתו של אמצעי זה בהירות ובסבירות ואינם עוברים את גבול המידה הראויה, אין עמנו מקום להתערב בשיקול-דעתם.

14. מסקנתי לגופה של הכרעה היא, שבנסיבותיה העובדתיות של פרשתנו רשאי היה המשיב לצוות, לעניין בית מגוריו של המחבל המתאבד, ככל אשר ציווה. לפיכך יש לדחות את העתירה.

הנשיא מ' שמגר: אני מסכים.

המשנה לנשיא א' ברק: אני מסכים.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

= 351 =

השופט מ' חשין: בבוקר יום רביעי, תשעה-עשר בחודש אוקטובר 1994, רצח צלאח עבד אלרחים חסן נזאל עשרים ושלושה אנשים בלב תל-אביב, והוסיף ופצע עוד עשרות אנשים. עליו ועל שכמותו נכון וראוי הוא שהחברה תטיל את העונש החמור ביותר שהיא אמרת להטיל על פושעים. כן דין האיש העושה זאת, וכן הוא דינם של מי ששלחו אותו ומי שסייעו בידו.

אלא שאנו, לא ברצח עניינו עתה, לא בו ולא במי ששלחו אותו או סייעו בידו. עניינו הוא בבית שבו התגורר, ושמא נדייק ונאמר - בבית שבו התגורר, והוא בית אביו ואחיו. והשאלה היא: האם קנתה הרשות סמכות לגזור גזר-דין של אבדון על הבית, או שמא נאמר לא קנתה סמכות זו.

קשה היא מלאכתו של שופט. שבעתיים קשה היא מלאכתו בבואו לעסוק בפיגוע רצחני ומזוויע כזה שלפנינו. מעשהו של הרוצח היה במהותו - הגם שלא במסגרתו ושלא בהגדרתו הפורמאלית - מעשה מלחמה, ועל מעשה שהוא במהותו מעשה

מלחמה משיבים במעשה שאף הוא במהותו מעשה מלחמה, וכדרך המלחמה. ואני כשופט לא הרגלתי את ידי לעסוק במלחמה ולא ידעתי את דרך הלוחמים. והנה מצויים עליי להחיל משפט של יום-יום ואמות מידה במשפט על מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה. כיצד אעשה זאת? על מקרה קודם - דומה ושאינו דומה - אמרתי במקום אחר (בג"צ 4162/93, 4180, 4288, 4326, 4359, 4363, 4371, 4379, 4383 פדרמן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [21], בעמ' 329):

"המאבד נפש מן העולם בכוונה תחילה הוא רוצח ויישא בעונש שרוצח ראוי לו. זה דברו של הקודקס הפלילי. ואם איבד חייהם של מאה אנשים, אלף, עשרת אלפים, מאה אלף אנשים? קודקס פלילי שנברא לחי' יומיום בחברה אנושית אין בו תשובה לשאלה. המילון המונח על שולחננו לא תימצא בו הגדרה למעשים אלה. שומה עלינו לחשוב מבראשית, אם תרצה: לצרף מלים אל מלים ולכונן הגדרות במשפט".

ועוד, בעמ' 330:

"מעט ודלים הם הכלים שניתנו בידינו להעמדתם לדין ולשפיטתם של נאצים ועוזריהם, אך לא נדע טובים מהם, ועל הניתן לנו נברך. ואחרי שידענו כל דברים שידענו, עדיין מוזר בעיניי שעל ענייני של המשיב 3 (להלן - המשיב) (יחולו הוראות חולין שנקבעו בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. אלה נבראו ונוצרו לגנב, לפורץ ולשודד - גם לרוצח - של יומיום, עבריינים ופושעים שבמקומותינו וממקומותינו, בימינו אלה ובזמננו זה, ומה להם ולנאצים או לעוזריהם של נאצים בימים ההם בזמן ההוא?".

במצוקה זו שנקלענו אליה לא ידעתי אלא דרך ראשונים, והיא דרך משפט שלימדוני אבותיי. בשלום ובמלחמה כלי' הם כלי המשפט - כלי מלחמה לא ידעתי - ובהם אעשה. על דרך ראשונים ועל כלי המשפט הרחבתי בפרשת חירזאן [8], בעמ' 155 ואילך, ובפרשת

= 352 =

אלעמרין [6], בעמ' 701 ואילך, ומה לי שאוסיף ואאריך. על דברים שאמרתי נמתחה ביקורת כלשהי מפיהם של מלומדים; ראה: צ' כהנא, "על ארכיטקטורה, על נורמות ראיות, ועל הפיכתה השקטה של הלכה" הפרקליט מא (תשנ"ד) 385; D. SIMON, THE DEMOLITION OF HOMES IN THE ISRAELI OCCUPIED TERRITORIES 19 YALE J. INTL L.

1994. (1, 34-36, 45-46, 64-65, ESP. AT 34-36, 45-46, 64-65) ראה עוד ד' קרצ'מר, "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימיתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, בעריכת י' זמיר, תשנ"ג) 305. מקצתה של הביקורת טעם טוב מצאתי בה, אך עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וניתן דעתנו לדבר: שלא כהלכות שנקבעו במקומות אחרים (למשל, פרשת תורקמאן [7]), עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ("מידיתיות", "חסיות") בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

אני מסכים כי באו לפני המשיב ראיות להוכחה כי הרוצח היה צלאח נזאל; כי הוכחה זיקת מגורים בינו לבין הבית נושא הדיון; וכי המשיב קנה סמכות לפגוע בביתו של מחבל שמת ובביתו של מחבל מתאבד. ואולם, קשה עליי להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדיון, הגם שהרוצח לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של הרוצח הוא המועמד להריסה, וברצותה רשאית הייתה הרשות לאבדו. את חדרו שלו אך לא את ביתם של אחרים. צו ההחרמה וההריסה אינו מבחין בין לבין - בין הראוי להחרמה ולהריסה לבין מה שאינו ראוי להחרמה ולהריסה - ואף אינו מנסה להבחין בין לבין. בנסיבות אלו, לו נשמעה דעתי, כי אז ביטלנו את צו ההחרמה וההריסה אך באשר צו זה פורש עצמו - כמיקשה אחת - גם על בית שאינו ביתו של הרוצח.

הוחלט ברוב דעות, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט חשין, כאמור בפסק-דינו של השופט מצא.

ניתן היום, י"ד בכסלו תשנ"ה (17.11.94).