



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8161/17

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 1. בהאא אלג'ימל  
2. בראא אלג'ימל  
3. בתול אלג'ימל  
4. תאלה אלג'ימל  
5. פאטמה אלג'ימל  
6. מדחת אלג'ימל  
7. עבד אלכרים אלג'ימל  
8. אחמד אלג'ימל  
9. עיסמת אלג'ימל  
10. ת'רוות אלג'ימל  
11. מרוות אלג'ימל

נגד

המשיב: מפקד כוחות צהל ביהודה ושומרון

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה: ט' בחשוון התשע"ח (29.10.2017)

בשם העותרים: עו"ד מוחמד דחלה  
בשם המשיב: עו"ד רועי אביחי שויקה

### פסק-דין

השופט י' עמית:

1. ביום 26.9.2017 בוצע פיגוע ירי בכניסה ליישוב הר אדר. שלושה אנשי ביטחון נהרגו ואזרח נוסף נפצע באורח קשה. ביום 2.10.2017 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את הקומה השלישית בביתו של המחבל שביצע את הפיגוע, נמר מחמוד אחמד גמל. על כך הגישו העותרים השגה, שנדחתה במענה מיום 18.10.2017. עוד באותו יום הוציא המשיב צו החרמה והריסה לקומה השלישית במבנה שבו התגורר המחבל בבית סוריק, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

תמצית טענות הצדדים

2. העתירה שבפנינו מכוונת כנגד צו ההחרמה וההריסה. העותרים הם בני משפחתו של המחבל: ילדיו הקטינים, אימו ואחיו. לטענתם, ההחלטה להרוס את

הקומה השלישית ניתנה בחוסר סמכות, ועומדת בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי. במסגרת העתירה נטען, כי צו ההריסה מבוסס על תשתית עובדתית חסרה, וכי העותרים לא יודעים דבר על האירוע ולא יכלו לצפות אותו. בתוך כך צויין כי בהודעת המשיב על הריסת הבית, צויין כי המחבל ביצע פיגוע דקירה, ולא ירי. במישור המשפט הבינלאומי נטען, כי תקנה 119 לתקנות ההגנה עומדת בסתירה לאמנות ג'נבה והאג, האוסרות על ענישה קולקטיבית ועל הריסת בתים. לטענת העותרים, הקומה המיועדת להריסה אינה בבעלות המחבל אלא בבעלות משותפת יחד עם אימו ואחיו. כמו כן נטען כי הריסת הקומה תפגע בילדיו הקטינים של המחבל, שלא חטאו, ותשאיר אותם ללא קורת גג. טענה נוספת היא כי ההחלטה על הריסת הקומה השלישית איננה מידתית, משום שהעותרים לא יכלו לדעת על הכוונה לבצע פיגוע. בנוסף נטען, כי צו ההריסה לא ישיג את מטרתו ההרתעתית אלא אף להיפך; כי המדיניות של הריסת בתי מחבלים פלסטינים בלבד היא מדיניות מפלה; וכי הריסת הקומה השלישית עלולה לגרום נזק לקומות התחתונות של המבנה.

המשיב טען כי ביצוע צו ההריסה, בעת הזו, הוא חיוני לצרכי הרתעה, וביקש לדחות את העתירה בהעדר עילה להתערבות. המשיב ציין כי אשתו של המחבל יצאה לפני מספר חודשים לירדן והשניים מצויים בהליך גירושין. מאז שעזבה האישה את הבית, ילדיו הקטינים של המחבל עברו לגור בקומה השנייה, יחד עם אימו, כך שבחודשים שקדמו לפיגוע, המחבל התגורר בגפו בקומה המיועדת להריסה. עמדת המשיב היא כי הטענות המשפטיות שעלו בעתירה כבר נדונו ונדחו בפסיקת בית משפט זה. נטען כי המשיב מוסמך להורות על הריסת מבנה ששימש למגוריו של מפגע, וכי ההריסה מבוצעת לצורך תכלית הרתעתית ולא כענישה קולקטיבית, תוך התחשבות במכלול השיקולים שנמנו בפסיקה. המשיב הוסיף כי בשנים האחרונות ניכרת מגמה של פיגועים קשים במתווה של "מפגע בודד", ולהערכת גורמי הביטחון מימוש צווי ההריסה יתרום לייצוב המצב הביטחוני באזור. במישור הפרטני נטען, כי הוכחה זיקת מגורים של המחבל לקומה המיועדת להריסה; כי התכלית ההרתעתית מכוונת כלפי מחבלים פוטנציאליים ולא כלפי בני המשפחה; וכי ידיעת העותרים על הכוונה לבצע פיגוע אינה מהווה תנאי להריסת המבנה. לבסוף צויין, כי אופן ביצוע ההריסה נבחן על-ידי מהנדס מוסמך במטרה למנוע פגיעה בחלקי המבנה שאינם מיועדים להריסה.

בדיון שנערך בפנינו, הסכים בא-כוח המשיב לראות את הדיון בעתירה כאילו ניתן צו על תנאי.

3. טענותיהם של העותרים נחלקות לטענות עקרוניות, המכוונות נגד הסמכות הכללית להורות על הריסת בתי מחבלים, ולטענות פרטניות שבהן נתקפת ההחלטה הקונקרטית מושא העתירה.

בכל הנוגע לטענות העקרוניות, המשיב ציין בתגובתו לעתירה, כי הוא ער לחומרת האמצעי של הריסת בתים, ומקפיד לעשות שימוש בסמכותו רק במקרים חמורים ורק בנסיבות המתאימות, לרבות בחינת היבטים של זמן ומקום. אין ספק כי החלטה להרוס מבנה לתכלית הרתעתית, תוך פגיעה בכלתי מעורבים, היא אכן החלטה קשה, ויש שיאמרו מוקשית. ברם, כבר שנינו כי לא כל אימת שתוגש עתירה בעניין, יידרש דיון מחודש בשאלות יסוד הקשורות לעצם קיומה של סמכות חוקית (בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 7 (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט דנציגר, וראו גם פסקה 2 לפסק דינו של השופט סולברג ופסק דינה של חברתי השופטת ברון (23.2.2017) (להלן: עניין קונבר); בג"ץ 5899/16 פלונית נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, בפסקה 9 (21.8.2016)). הדברים יפים לכלל טענותיהם העקרוניות של העותרים, לרבות טענות בעניין כללי המשפט הבינלאומי (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)); טענת האפליה (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה נאור, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט סולברג ובפסקה 7 לפסק דינו של השופט מלצר (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון (4.7.2017); וכן הטענה לגבי השגת התכלית ההרתעתית (בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה ט (7.7.2016); עניין קונבר, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט דנציגר). בהקשר זה אציין כי גם במסגרת הדיון הנוכחי הונחה בפנינו חוות דעת עדכנית אודות האפקטיביות ההרתעתית של האמצעי של הריסת בתים. לטעמי חוות הדעת העדכנית תומכת בהנחה לפיה אמצעי זה הוא אפקטיבי. מכל מקום, עניין זה הוא לגורמים המקצועיים לעסוק בו, והוא עניין למומחיותם (השוו: בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 31 (31.5.2016)). המשיב גיבש את עמדתו בנושא האפקטיביות של ההרתעה על סמך נתונים מפורטים ועדכניים, ואיני סבור כי על בית המשפט להמיר את שיקול דעתם של גורמי המקצוע בשיקול דעתו.

אשר על כן, הדיון יתמקד בנסיבותיו של המקרה הנוכחי.

4. תחילה, אציין כי לא מצאתי ממש בטענתם של העותרים בדבר תשתית עובדתית לקויה העומדת בבסיס ההחלטה המינהלית. מתגובת המשיב מתברר כי המצב העובדתי נבחן על ידו כראוי, ובכל הנוגע לנסיבות הפיגוע קשה לזהות מחלוקת בין הצדדים. למעשה, ככל שהתגלעה בין הצדדים מחלוקת עובדתית היא נוגעת רק לשאלה מי התגורר בקומה המיועדת להריסה עובר לביצוע הפיגוע. המשיב הציג ראיות שלפיהן מאז שאשתו עזבה לירדן, המחבל התגורר בקומה השלישית בגפו. בעתירה נטען כי גם הילדים התגוררו בקומה זו, אך במהלך הדיון בפנינו אישר בא-כוח העותרים כי הוא לא בדק את המצב לאשורו. גם טענת העותרים כי אשתו של המחבל צפויה לחזור מירדן, נטענה בעלמא, והעובדה היא כי עד היום היא לא עשתה כן. בנסיבות אלה נקל עליי לקבל את עמדת המשיב כי המחבל התגורר בגפו עובר לפיגוע. על בסיס תשתית עובדתית זו נעבור לדון בשאלת המידתיות.

5. נוכח החומרה הגלומה בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, נדרש המשיב להקפיד הקפדה יתרה על מידתיות ההחלטה. סוגיית המידתיות צריכה להיבחן בשים לב לנסיבותיו של המקרה הפרטני, ובין היתר יש להתחשב בשיקולים הבאים:

”חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה.”  
(בג”ץ 5290/14 קואסמה נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 22 (11.8.2014)).

יישום של השיקולים האמורים, מקשה עליי לקבל את הטענה כי החלטתו של המשיב איננה מידתית. את חומרת המעשים אין צורך להסביר, נוכח תוצאותיו המרות של הפיגוע. המבנה שבו התגורר המחבל הוא תלת-קומתי, אך רק הקומה העליונה מיועדת להריסה. מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו עולה, כאמור, כי המחבל הוא היחיד שהתגורר עובר לפיגוע בקומה המיועדת להריסה, כך שהפגיעה הצפויה בבני משפחתו איננה חריפה כמו במקרים אחרים. בנסיבות העניין לא מדובר בהרס מקום מגורים של בני המשפחה, אלא בנזק ממוני, ואין חשש שהעותרים יישארו ללא קורת גג. בהקשר זה אציין, כי החשש מפני נזק שעלול להיגרם לקומות התחתונות, זכה למענה בדמות בדיקה הנדסית, ולא למותר להזכיר למשיב את הזהירות הנדרשת ממנו

בהקשר זה (ראו עניין חמאד, בפסקאות 56-59). בהינתן שהקומה המיועדת להריסה שימשה בתקופה האחרונה את המחבל בלבד, ולא את בני משפחתו, הרי שהמקרה שבפנינו אף מתון בנסיבותיו ממקרים אחרים בהם אושרה הריסת בתים, ואינני סבור כי קמה עילה להתערבותנו בהחלטתו של המשיב.

אשר לבעלות במבנה, גם היא אינה מהווה תנאי הכרחי להריסה, להבדיל מהוכחת זיקת מגורים (בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 10 (3.8.2017); עניין חמאד, בפסקאות 40-49 לפסק דינה של הנשיאה נאור). יובהר כי זיקת המגורים של המחבל למבנה היא הדוקה, בשים לב לכך שהדירה נבנתה מעל קומת המגורים של הורי המחבל, וכי אביו נפטר והוריש את המבנה כבר בשנת 2003.

6. נוכח האמור לעיל, אני סבור כי העותרים לא הראו עילה להתערבותנו בהחלטתו של המשיב, ולפיכך יש לדחות את העתירה.

ש ו פ ט

#### השופט מ' מזוז:

1. אין בידי להצטרף לדעת חברי השופט י' עמית ולמסקנתו כי יש לדחות את העתירה. לו דעתי תישמע, היינו עושים צו החלטי לביטול צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב בנוגע לביתם של העותרים.

2. אזכיר תחילה את עיקרי העובדות הרלבנטיות. נימר אלג'מל (להלן: המפגע) רצח בפגיגע ירי בכניסה ליישוב הר אדר שלושה ישראלים ופצע אדם נוסף. הוא נורה ונהרג במקום. המפגע הוא יליד 1980, נשוי ואב ל-4, תושב בית סוריק, אשר עבד שנים רבות ביישוב הר אדר בעבודות ניקיון. כעולה מתגובת המדינה ומהמידע הביטחוני שהוצג לנו, מדובר במפגע בודד, ללא כל רקע או עבר ביטחוני או רקע של קיצוניות דתית. בהתאם למידע שנאסף מבני משפחתו ומחבריו, המפגע היה בהליך גירושין קשה מאשתו, אשר עזבה את הבית כחודשיים וחצי קודם לאירוע לבית הוריה בירדן, ועקב כך הוא היה נתון במצב נפשי קשה.

בית המשפחה הוא מבנה בן 3 קומות, כאשר בקומה הראשונה מתגורר אחיו של המפגע עם משפחתו, בקומה השנייה מתגוררת אמו ואילו בקומה השלישית, כלפיה

הוצא צו ההריסה וההחרמה, התגורר המפגע עם אשתו ו-4 ילדיהם. לאחר עזיבת אשתו כאמור טופלו הילדים על ידי אמו. לטענת המשיב הילדים עברו להתגורר עם אמו של המפגע בקומה השניה ואילו המפגע נותר להתגורר בקומה השלישית. לעומת זאת, לטענת העותרים הסבתא של הילדים עברה להתגורר עמם בקומה השלישית. כן נטען על ידי בא כוח העותרים כי כפי שנמסר לו על ידי המשפחה, האם צפויה לחזור "בכל רגע" מירדן כדי להיות עם ילדיה.

3. בעתירתם העלו העותרים, לצד טענות קונקרטיות, גם טענות עקרוניות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה שהוצא נגד ביתו של העותר 1, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבט של המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. טענות אלה הוצגו ונדחו תמציתית על ידי חברי השופט י' עמית בנימוק שטענות אלה כבר נדונו ונדחו לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה.

עמדתי שונה. את עמדתי בסוגיות אלה - לפיה הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי והן בהיבט של המשפט החוקתי הישראלי, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה הולם ומספק בפסיקתו של בית משפט זה - הצגתי במספר הזדמנויות בשנתיים האחרונות, ואיני רואה צורך לשוב ולפרט את הדברים פעם נוספת במקרה זה (ראו עמדתי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל; בבג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016); ובבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016), להלן: ענין מרעי).

4. בעתירתם טענו העותרים גם טענות פרטניות עליהן עמד חברי בקצרה. בין היתר נטען, כי לא הייתה לעותרים (בני משפחת המפגע) כל ידיעה או מעורבות באשר למעשה אותו ביצע המפגע. בדיון לפנינו אישר בא כוח המדינה כי אין כל טענה כלפי העותרים לידיעה, למעורבות או לעידוד למעשה המפגע, או לביטויי הזדהות מצדם עם מעשיו לאחר מעשה.

5. אין ספק כי מדובר בפשע חמור ונתעב של המפגע, ואלמלא נהרג במקום מאש כוחות הביטחון, היה צפוי לעמוד לדין על מעשיו ולהיענש בכל חומרת הדין. אלא משנהרג המפגע במקום, המקרה שבפנינו מעלה שוב את הסוגיה הבעייתית של נקיטת סנקציה קשה כלפי בני משפחה חפים מפשע, אשר אין כל טענה כלפיהם למעורבות כלשהיא במעשהו הנפשע של המפגע, ואף לא להזדהות בדיעבד עם מעשהו.

עמדתי על כך בעבר יותר מפעם, והבעתי את דעתי השוללת הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי בני משפחה לא מעורבים. (ראו דברים שכתבתי בענין אבו ג'מל, פסקאות 7-14; בענין זכריא, פסקה 4; ובענין מדעי בפסקאות 10 ו-24), ואביא כאן מקצת מדבריי שם:

"פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ('ענישה קולקטיבית') עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119..."

אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 קול העם נגד שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעיקרון התנ"כי של 'איש בחטאו יומת' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית. לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות..." (ענין אבו ג'מל, פסקאות 7 ו-13, ההדגשות במקור).

6. המשיב סומך יתדותיו באשר לחיוניות הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 במקרה דנן כלפי חפים מפשע בצורך בהרתעת מפגעים אחרים (הרתעת הרבים). אין בדעתי לחזור ולהיזקק כאן לסוגיה הכללית של התכלית ההרתעתית, המעוררת שאלות לא פשוטות כלל, של עובדה ושל דין, כנזכר גם בדברים שצוטטו לעיל. כבר צוין בעבר כי גם השאלה העובדתית, האם הפעלת הסנקציה הקשה של הריסת בתי מחבלים יוצרת הרתעה או שמא מעודדת פיגועים כתגובת נגד, שנויה במחלוקת. מכל מקום, לפחות בכל הנוגע לבני משפחה חפים מפשע, הימנעות מנקיטת הסנקציה לפי תקנה 119

בוודאי אינה עומדת בסתירה לתכלית ההרתעתית אלא דווקא עולה בקנה אחד עמה, כפי שכבר עמדתי על כך בעבר:

”תכלית הרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני המשפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה (ללא הצלחה)” (ענין אבו גמל בפסקה 17 ; ענין מרעי בפסקה 26).

7. נוכח האמור, אם דעתי תישמע, יצא מלפנינו צו החלטי המבטל את צו ההריסה וההחרמה שניתן על ידי המשיב נגד בית העותרים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

דעתי כדעתו של השופט י' עמית כי דינה של העתירה להידחות. עם זאת, הדרך שהובילה אותי לתוצאה זו שונה מדרכו של חברי – ואעמוד על הדברים בקצרה.

נקודת המוצא לדיון בעתירה שלפנינו היא שלמפקד הצבאי נתונה הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 להורות על החרמה, אטימה או הריסת ביתו של מי שביצע או חשוד בביצוע פעולה עוינת נגד מדינת ישראל (להלן: הריסת בתים). שאלת הסמכות נדונה והוכרעה זה מכבר בבית משפט זה (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)), וכל עוד ההלכה שנקבעה עומדת על מכונה היא מחייבת ואין לסטות ממנה (בקשה לדיון נוסף בפסק דין זה נדחתה בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)). אציין עם זאת כי אני שותפה לקולות הקוראים לעיון מחדש בהלכה זו – בהרכב מורחב של שופטים (ראו, למשל, דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016)), ודברי חברי השופט מזוז באותו עניין).



בניגוד לשאלת הסמכות להורות על הריסת בתי מחבלים, מידתיות השימוש בכלי זה נבחנת בכל מקרה לגופו ובשים לב לנסיבות המקרה. חברי השופט עמית עמד בסעיף 5 לפסק דינו על השיקולים הרלוונטיים לעניין זה, ובכללם – חומרת המעשים המיוחסת למפגע; עוצמת הראיות נגדו; מידת הפגיעה בבני ביתו כתוצאה מההריסה; ומידת מעורבותם, אם בכלל, של בני הבית במעשה הנפשע (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 22 (11.8.2014)). הבעתי זה מכבר את דעתי שלפיה אין להלום כי החלטה בדבר הריסת בית של מחבל תתקבל אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים לו; וכי שומה על המפקד הצבאי ליתן משקל ממשי למידת מעורבותם של בני משפחת המחבל, אם בכלל, במעשה הטרור (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)); להלן: עניין מרעי).

העותרים בעתירה דנן הם אחיו, אימו וילדיו הקטינים של המפגע שביצע את פיגוע הירי בכניסה ליישוב הר אדר בחודש ספטמבר האחרון. מעשיו המזוויעים והנפשעים הביאו למותם של שלושה אנשי ביטחון ולפציעה באורח קשה של אדם נוסף. אילו היה נותר בחיים, אין ספק שהיה המפגע נותן את הדין על האלימות והטרור הנוראיים שבהם נקט, במלוא חומרתו. ואולם הוא אינו עוד בין החיים, ועתה מבוקש להרוס את הדירה שבה התגורר.

בדומה לנסיבות המקרה בעניין מרעי, בענייננו אין מחלוקת כי איש מבני משפחתו של המפגע (אימו, אחיו, רעייתו וילדיו) לא היה מודע לכוונתו לבצע מעשה טרור, אף לא מודעות קונסטרוקטיבית, לא כל שכן מעורבות – והאמור קיבל ביטוי מפורש בדברי בא כוח המשיב במהלך הדיון לפנינו. ואולם בשונה מן המצב בעניין מרעי – האשה וארבעת הילדים שהותיר המפגע אחריו אינם מתגוררים בדירה שהריסתה מתבקשת.

מהחומר שהוצג לנו מטעם המשיב עולה כי כשלושה חודשים קודם לפיגוע עזבה האשה את הבית ועברה להתגורר בירדן, שאז עזבו גם הילדים את הדירה ועברו לדור עם סבתם – בדירה שמצויה בקומה שמתחת לדירת המגורים שהריסתה מתבקשת עתה. אין זאת אלא שבמועד הפיגוע שימשה הדירה העומדת להריסה אך ורק למגורי המפגע. במהלך הדיון לפנינו נטען על ידי בא כוח העותרים, כי בעקבות מותו של המפגע בכוונתה של אשתו לשוב לישראל ולגור עם ילדיהם; אולם איננו בוחני כליות ולב, ולא נדע מה צופן העתיד לאשה וילדיהם מבחינת מקום מגוריהם. לטעמי העיקר לענייננו הוא בכך שהריסת דירת המגורים בכל מקרה לא תותיר את מי מבני משפחתו של המפגע (אשתו וארבעת ילדיהם הקטינים) ללא קורת גג מעל לראשיהם – שכן הם

ממילא אינם מתגוררים בה. בכל הנוגע למבחן המידתיות בשימוש בכלי של הריסת בתים, העובדה שאין פגיעה בזכות למדור, שהיא זכות אדם בסיסית, מכריעה בנסיבות המקרה את הכף. בהינתן האמור, איני סבורה כי יש מקום להתערבותנו.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כדעתם של השופטים י' עמית וע' ברוך לדחות את העתירה, וזאת כנגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז.

הצו הארעי שניתן ביום 23.10.2017 יפקע ביום 14.11.2017 בשעה 12:00, כדי לאפשר לעותרים שהות לצורך התארגנות.

ניתן היום, י"ח בחשוון התשע"ח (7.11.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט