



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6420/19

בג"ץ 6423/19

בג"ץ 6790/19

בג"ץ 6794/19

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים ב-בג"ץ 6420/19 :

1. צאלח אלעזאפרה
2. נעימה אלעזאפרה
3. פלונית
4. פלוני
5. לוקמאן אלעזאפרה
6. אלאא אלשנתיד
7. עכרמה אלעזאפרה
8. עביר זהור
9. פלוני
10. פלונית
11. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים ב-בג"ץ 6423/19 :

1. עארף עזאפרה
2. פלוני
3. פלוני
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים ב-בג"ץ 6790/19 :

1. סעיד זהור
2. רגידה זהור
3. מואמן זהור
4. פלונית
5. פלוני
6. פלונית
7. פלוני
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

- העותרים ב-בג"ץ 6794/19 :
1. עארף אלעצפרה
 2. מרים אלעצאפרה
 3. פלוני
 4. פלוני
 5. פלונית
 6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

- המשיבים :
1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
 2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

- תאריך הישיבה : ח' בחשוון התש"ף (6.11.2019)
- בשם העותרים : עו"ד דניאל שנהר ; עו"ד בנימין אחסתרובה
- בשם המשיבים : עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו ארבע עתירות נגד צווי החרמה והריסה שהוציא משיב 1 (להלן: המשיב) ביחס לבתי מגורים בכפר כאחל השייכים לבני משפחתם של ארבעת הנאשמים במעורבות ברצח דביר שורק ז"ל (להלן: המנוח).

הרקע לעתירות

ביום 7.8.2019 נרצח המנוח בפיגוע דקירה, לאחר שצעד לכיוון הכניסה לשוב מגדל עוז שבגוש עציון בדרכו לישיבת ההסדר בה למד.

1. כתבי האישום שהוגשו נגד המעורבים בפיגוע – אחמד אלעצאפרה (להלן: אחמד); יוסף זהור (להלן: יוסף); אחיו של אחמד, קאסם אלעצאפרה (להלן: קאסם); בן דודו של קאסם, נציר אלעצאפרה (להלן: נציר) – מגוללים את האירועים שקדמו לרצח

ובכלל זה את עבודות התכנון וההכנה שעמדו ברקע לפיגוע, על ידי המעורבים בו, חברי חוליה צבאית של ארגון החמאס. בתמצית, כתבי האישום מפרטים כיצד התגבשה החוליה כחוליה צבאית, על התפקידים שנטלו בה כל אחד מחבריה, כאשר אחד עמד בראשה, יוסף היה ממייסדיה וקאסם ונציר קיבלו תפקידים משמעותיים ופעילים בה. חברי החוליה הצטיידו בכלי נשק, התאמנו על שיטות תקיפה שונות וגייסו בני משפחה נוספים לחוליה. החוליה נערכה לביצוע פיגוע נגד יהודים, ולאחר שני נסיונות כושלים, הוחלט על ביצוע פיגוע באיזור גוש עציון. יוסף הציע כי קאסם יבצע את הפיגוע, ואחמד ויוסף, הורו, כל אחד בתורו, על ביצועו בפועל בצוותא על ידי קאסם ונציר. לאחר ביצוע הפיגוע, בירכו יוסף ואחמד על המעשה. בנוסף, חברי החוליה גם נפגשו, בירכו על ביצוע הפיגוע והחלו בתכנון פיגוע נוסף. אחמד גם הזהיר את יוסף כי עליו לשתוק לגבי פעילות החוליה הצבאית אם ייחקר.

2. כתבי האישום הוגשו בהתבסס על הודאותיהם של הארבעה כפי שנמסרו בחקירותיהם ובהתבסס על ראיות חיצוניות נוספות. כמו כן, נגד אשתו של קאסם – אשר לה סיפר קאסם כי ברצונו להוציא פיגועים אל הפועל, ולאחר הרצח מסר לה פרטים על הרצח ובנוכחותה הסתיר את הסכין באמצעותה בוצע הרצח בביתם – הוגש כתב אישום בגין אי-מניעת עבירה ומתן מקלט.

3. ביום 12.9.2019 נמסרו לעותרים בבג"ץ 6420/19 ובבג"ץ 6423/19 הודעות על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את המבנה החד-קומתי בו התגורר קאסם עם אשתו ושני ילדיו, ועל כוונתו להחרים ולהרוס את האגף המערבי בקומה השנייה במבנה בו התגורר נציר יחד עם הוריו, אחיו ואחותו. בהודעות צוין כי ניתנת לעותרים האפשרות להגיש השגה על הצו עד ליום 17.9.2019. לבקשתם ניתנה לעותרים ארכה בת יום אחד. השגות שהגישו העותרים לגבי כל אחד מהמבנים נדחו, וביום 24.9.2019 הוצאו צווי החרמה והריסה למבנים בהתאם.

4. ביום 2.10.2019 נמסרו גם לעותרים בבג"ץ 6790/19 ובבג"ץ 6794/19, הודעות על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את המבנה החד-קומתי בו התגורר אחמד יחד עם אשתו ושלושת ילדיו ועל כוונתו להרוס את המבנה החד-קומתי בו התגורר יוסף עם הוריו ו-5 אחיו. לעותרים ניתנה האפשרות להגיש השגה עד ליום 7.10.2019. ההשגות שהגישו העותרים, נדחו, וביום 15.10.2019 הוצאו צווי החרמה וההריסה למבנים.

מכאן לעתירות שלפנינו.

טענות הצדדים

5. העתירות הוגשו על-ידי קרוביהם של ארבעת המפגעים, אשר להם זיקה למבנים כלפיהם הוצאו הצווים. בכל אחת מהעתירות טענו העותרים טענות זהות במישור העקרוני, ועיקרן כי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1949 (להלן: התקנה) עומדת בניגוד לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, וכי ביצוע הצווים מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית תוך פגיעה בזכויות יסוד של חפים מפשע. בנוסף, בכל אחת מהעתירות נטענו טענות קונקרטיות שונות, אשר חזרו על עצמן בחלק מהעתירות:

בבג"ץ 6420/19 (בו ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השלמת טיעון לעתירה) טענו העותרים בעיקר, כי בהתבסס על חוות דעת של מהנדס מטעמם, הריסת האגף המערבי בקומה השנייה במבנה בו התגורר נציר תביא לפגיעה במבנה כולו, בתשתיות המבנה ותגרום לנזקי רטיבות ליתר הדירות במבנה. עוד נטען בקצרה כי מדובר בנכס אשר בבעלותו הבלעדית של אביו של נציר, ועל כן נוכח העובדה שבנו הינו בגדר "דייר נלווה" בלבד, לא מתגשמת במקרה זה המטרה ההרתעתית העומדת ביסוד התקנה.

בבג"ץ 6423/19 (אשר גם בו ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השלמת טיעון לעתירה) נטען בעיקר, כי הריסת המבנה כולו תביא לפגיעה קשה בילדיו הקטינים והחפים מפשע של קאסם, וזאת תוך הפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי. עוד נטען בקצרה כי מדובר בנכס אשר בבעלותו של אביו של קאסם. על כן, נוכח העובדה שקאסם הינו דייר בדירה בלבד, התכלית ההרתעתית מוטלת בספק.

בבג"ץ 6790/19 ובבג"ץ 6794/19 העלו העותרים טענות דומות באשר למעורבותם באירועים. בעיקר נטען כי נוכח העובדה שמיוחסת להם מעורבות כלשהי בשלב התכנון של האירוע בלבד, לא היה מקום להורות על הריסת המבנים, וזאת תוך פגיעה בבני המשפחה אשר לא מיוחסת להם כל מעורבות באירוע ואף בקטינים חפים מכל פשע. כמו כן, בשתי העתירות טענו העותרים כי לא ניתנה להם הזדמנות ראויה להשמיע את טענותיהם. בבג"ץ 6790/19 גם ניתן דגש לשאלת קיומה של זיקת המגורים הנדרשת לצורך הפעלת הסמכות מכוח התקנה, כאשר נטען כי יוסף לא התגורר במבנה. לחיזוק טענה זו הפנה בא-כוחו בדיון שלפנינו לסעיפים מתוך כתב האישום בעניינו המצביעים על כך שיוסף שהה בישראל במשך תקופות ארוכות כשוהה בלתי חוקי. בבג"ץ 6749/19 גם הובהר כי אביו של אחמד, בעל המבנה, הוא גם אביו של קאסם, כך שהלכה למעשה מימוש הצווים יביא להריסת שני המבנים שבבעלותו – על אף שלא מיוחסת לאב

מעורבות כלשהי באירוע – באופן שאינו מידתי ושאף אינו משרת את התכלית ההרתעתית, כאמור.

6. מנגד, המשיב סבור כי אין עילה להתערבות בהחלטות על הריסת המבנים. המשיב טען כי אין להידרש לטענות העקרוניות ביחס להפעלת הסמכות לפי התקנה, וביניהן הטענה כי מדובר בענישה קולקטיבית, טענות שנטענו ונדונו כבר בעבר בשורה ארוכה של פסקי דין. כמו כן, המשיב הדגיש כי הריסת הבתים חיונית על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים, כאשר ההחלטה התקבלה בהתייחס לחומרת הפיגוע הרצחני שבוצע ובהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין. עוד נטען כי האפקטיביות של הפעלת הסמכות הוכחה במידת הצורך, וכידיו חוות דעת חסויה ועדכנית בעניין, אשר גם הוצגה לפנינו במהלך הדיון במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

7. המשיב התייחס באריכות לטענות הקונקרטיות שהועלו על ידי העותרים, לגבי כל אחד מהמבנים. המשיב ציין כי הטענה לפיה בני משפחה גרעינית המתגוררים עם המפגע הם בחזקת חפים מפשע אשר לא היו מודעים לכוונותיו של המפגע, כבר הועלתה ונדחתה על ידי בית משפט זה פעמים רבות, וזאת גם בהתייחס לקטינים. כך, על פי ההלכה הפסוקה מודעותם או סיועם של בני משפחה לכוונתו של מפגע לבצע פיגוע איננה תנאי הכרחי לצורך קבלת החלטה על הריסת מבנה. זאת ועוד, המשיב הצביע על מעורבותם המובהקת של חלק מבני משפחתם של חלק מהמפגעים. באשר לטענה בדבר הפגיעה בזכות השימוע, הובהר כי לעותרים ניתנה הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיהם, כאשר נקבע לוח זמנים סביר, בהתחשב בנסיבות העניין. באשר לטענות במישור ההנדסי שהועלו במסגרת בג"ץ 6420/19 נטען כי חוות הדעת ההנדסית מטעם המשיבים מצביעה על יתרונות השיטה שנבחרה לביצוע ההריסה והסיכון הנמוך לגרימת נזק לדירות הסמוכות, בעוד שחוות הדעת מטעם העותרים לא התייחסה לכך. עוד צוין באשר לטענה בבג"ץ 6790/19 ובבג"ץ 6794/19 בעניין מעורבותם של המפגעים ב"מעגל השני", כי מדובר במפגעים אשר חלקם בהוצאה לפועל של הפיגוע הוא משמעותי וישיר. על כן הפעלת סמכות המשיב בעניינם גם היא אינה מגלה עילה להתערבות שיפוטית בה. כמו כן, טען המשיב כי אין מקום לטענה בדבר היעדר זיקת מגורים של מי מהמפגעים, בהינתן פסיקת בית משפט זה כי אין נדרשת זיקת בעלות דווקא. בעניינו של יוסף, בקשר לבג"ץ 6790/19 הודגש כי הוא ציין בחקירתו כי הוקצה לו מקום קבוע לשינה ומגורים במבנה, ואף אם שהה בישראל תקופות מסוימות אין בכך כדי לנתק את זיקת המגורים שלו למקום.

דיון והכרעה

8. לאחר עיון בעתירות ובתגובות שניתנו להן, שמיעת טענות באי-כוח הצדדים בעל-פה ועיון בחומרים שהוגשו כמו גם בחומרים שהוצגו לפנינו במעמד צד אחד, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירות להידחות וכך אציע לחברי לעשות.

9. בפתח הדיון אקדים ואזכיר כי הסוגיות העקרוניות הקשורות ליישום התקנה נדונו בעבר לגופן בפסיקת בית משפט זה בהזדמנויות שונות לא מעטות (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); בקשה לדיון נוסף באותו עניין שנדחתה – דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015)). כפי שקבע בית משפט זה לא פעם וגם לאחרונה, אין להידרש לסוגיות אלה מחדש בכל עתירה פרטנית שעניינה הריסת בית ספציפי (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015); ובקשה לדיון נוסף באותו עניין שנדחתה – דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (29.12.2015); בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (6.12.2018); בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (10.1.2019) (להלן: עניין ג'ברין); ובקשה לדיון נוסף באותו עניין שנדחתה – דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (17.1.2019); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.4.2019) (להלן: עניין ברגותי); בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.4.2019) (להלן: עניין רפאעיה); בג"ץ 2492/19 אבו לילה נ' אלוף פיקוד המרכז (16.4.2019)). אין בעתירות שהוגשו לפנינו כדי להצדיק סטייה מן ההלכה שנקבעה זה מכבר בהקשר זה.

10. אכן, על המשיב לעשות שימוש זהיר בסמכות הקנויה לו מכוח התקנה, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות (ראו למשל: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 16 (1.7.2014); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016) (להלן: עניין חמאד)). על בעל הסמכות לוודא כי פעולת ההריסה מבוצעת לתכלית ראויה, וכי היא עומדת במבחני המידתיות. עוד נקבע כי בעת הפעלת הסמכות, על המשיב להביא בחשבון, בין יתר השיקולים הרלוונטיים לעניין, את חומרת המעשים המיוחסים למפגע ועוצמת הראיות נגדו כמו גם את מספר האנשים הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות ומאפייניהם (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014); עניין חמאד, פסקה 22).

11. בהתחשב בתנאים שנקבעו בפסיקה, בחינת מכלול השיקולים בענייננו מובילה למסקנה כי לא נפל פגם בשיקול דעתו של המשיב, בנוגע לענייננו של כל אחד מהעותרים. המשיב החליט על הריסת והחרמת בתיהם של המפגעים, כצעד שיש לו פוטנציאל הרתעתי למניעת פיגועים נוספים. מכלול החומר שהונח לפנינו, מגלה כי החלטת המשיב התבססה על מכלול השיקולים הרלוונטיים, ביניהם הצורך המרכזי בהרתעה, וזאת בהתייחס לנסיבות האירוע ולעובדה שמדובר בפיגוע אכזרי אשר הוציא לפועל תכנית מדוקדקת של חוליה צבאית ששמה לעצמה למטרה להביא לפגיעה קטלנית ביהודים. התשתית העובדתית מתבססת על הודאות המעורבים והגשת כתב אישום בעניינם. אין גם כל חולק כי הפיגוע בוצע ממניעים אידיאולוגיים. מלבד בענייננו של יוסף בבג"ץ 6790/19, אין גם חולק כי כל אחד מהמפגעים התגורר באופן קבע ורציף במבנה המיועד להריסה (גם אם לא מדובר במבנה אשר היה בבעלותו), כשהמבנה הוא בבעלות בן משפחה, כך שאין למעשה מחלוקת בדבר קיומה של זיקת מגורים ישירה בין המפגעים לבין המבנה אותו מבקש המשיב להרוס בכל אחד מהמקרים. זאת כאשר הדרישה היא לזיקת מגורים ולא לזכויות בעלות (בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (10.1.2019)); (להלן: עניין ג'ברין)). גם בענייננו של יוסף, אין מחלוקת אמיתית כי מדובר בבית מגוריו, אף אם לשיטתו שהה בישראל (שלא כחוק) תקופות שונות לצורכי עבודה. אין די בכתב אישום המצביע על שהות בלתי חוקית בישראל כדי לשמוט את הקרקע תחת זיקה זו. היעדרות זמנית של אדם מבית מגוריו אינה מנתקת בהכרח את הזיקה לבית המגורים (ראו למשל: עניין רפאעיה, פסקה 11). הזיקה נבחנת על פי מצב הדברים העובדתי הכולל ומכלול הראיות, אשר בענייננו מצביעים על זיקה ברורה.

12. גם אין לקבל את טענת העותרים כי לא ניתנה להם הזדמנות נאותה להשמעת טענותיהם. אין חולק כי כחלק מהליך השימוע נשלחה הודעה לגבי כל אחד מהמבנים על כוונה להוציא לגביו צו החרמה והריסה, במסגרתה צוין המבנה בגינו נדרשת הוצאת הצו. במסגרת ההודעה גם הובהר לעותרים כי ניתנת להם האפשרות להשיג על החלטה. לעותרים בבג"ץ 6420/19 גם ניתנה הארכה, לבקשתם. העותרים בכל העתירות עשו שימוש באפשרות זו והגישו את השגותיהם, אשר נדחו בהחלטות מנומקות. לא למותר לציין כי לעותרים בבג"ץ 6420/19 ו-6423/19 אף ניתנה האפשרות להגיש השלמת טיעון לפנינו. בנסיבות אלו, אין כל מקום לטענות בדבר הליך השימוע.

13. גם את הטענה להיעדר אפקטיביות ההרתעה אין לקבל, נוכח העובדה שהמפגעים (אחמד, קאסם ונציר) היו רק "דיירים" בדירות ולא בעלי הבית. בהינתן זיקת מגורים, אין בית משפט זה נכנס בנעליה של מערכת הביטחון, בבחינת השאלה אם יהיה בהרס מבנה ספציפי כדי ליצור הרתעה אפקטיבית. למערכת הביטחון מסור שיקול הדעת לקבוע מהו האמצעי היעיל אשר יש לעשות בו שימוש לשם השגת מטרת ההרתעה (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ח). גם אין בכך שמדובר בהריסתם של שני מבנים אשר בבעלות אותו אדם – אביהם של קאסם ושל אחמד, אשר כל אחד מהם היה מעורב בביצוע הפיגוע בדרכו שלו – כדי לקבל את הטענה בדבר אי-עמידה בדרישת המידתיות (ראו גם: עניין ברגותי, פסקה 17).

14. טענות העותרים בדבר היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אשר יינזקו אף הם כתוצאה מהליך ההריסה, גם הן אינן יכולות להתקבל. היעדר ראיה כאמור אינו מונע כשלעצמו את הפעלת הסמכות, גם אם מדובר בגורם אשר עשוי להשפיע על היקף הצו (בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 9 (3.8.2017); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 (23.2.2017)). כאמור לעיל, לכל הפחות בעניינו של קאסם, קיימות ראיות בעלות משקל משמעותי ביותר למעורבותה של אשתו – נגדה הוגש כתב אישום, משנמצא כי ידעה על תכנון פעילות הטרור, וגם עודכנה בדבר המעשים בסמוך לאחר ביצוע הפיגוע. זאת ועוד, בעניינו של נציר גם הוצג לפנינו מידע מודיעיני המלמד על תמיכת בן משפחה בפיגוע. בהקשר זה אוסיף כי אף אם הייתי מוכן להניח כי לא קיימות ראיות באשר למודעות העותרים או חלקם, בחלק מהעתירות, לכוונתם של המפגעים להוציא את תכניותיהם אל הפועל, הרי שלא היה בכך כדי להטות את הכף לטובת קבלת העתירות. תמיכה מצד בני משפחתו של המפגע בפעילות טרור היא אמנם שיקול רלוונטי לצורך הפעלת הסמכות לפי התקנה, אך אין מדובר בתנאי הכרחי (עניין ג'ברין, פסקה 12). פשיטא גם, כי נסיבות המקרה שלפנינו – בו כפי שעולה מכתב האישום והחומר שהוצג לפנינו, קרובי משפחה מגייסים אחד את השני לפעילות טרור – רחוקות ממקרה שבו עלה בידי בני משפחה לשכנע בראיות מנהליות מספיקות, כי טרם ביצוע הפיגוע ניסו להניא את המפגע מביצועו, או אז ניתן היה לייחס לעניין זה משקל של ממש (ראו למשל: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות).

מכל מקום, הצורך בהרתעה בעינו עומד גם כאשר מדובר בבית מגורים אשר מתגוררים בו קטינים, ואין די בכך כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור בידו (ראו למשל: בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית,

פסקה ח' (7.7.2016)). במקרים המתאימים, כבענייננו, בשקלול הנסיבות, העדפת שיקולי הרתעה על פני הפגיעה בזכויות דיירי הבית, נכונה גם כאשר מדובר בקטינים (בג"ץ 8786/17 חליל אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 33 (26.11.2017)).

15. וכאשר לטענתם של אחמד ויוסף בדבר פעילותם ב"מעגל השני" בלבד. בעניין בג"ץ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (27.9.2016) התייחס השופט י' דנציגר לקושי להבחין בין מבצעים "ישירים" לבין מבצעים "עקיפים":

"הניסיון מלמד כי יכול שיהיו מעורבים נוספים שאף אם לא "סחטו את ההדק" ממש, חלקם בהוצאת הפיגוע אל הפועל היה משמעותי. במובן זה, הניסיון לערוך הבחנה דיכוטומית בין המבצעים "הישירים" לבין ה"עקיפים" – כדוגמת המתכננים; המגייסים; המסייעים; או מספקי הנשק והמימון – אינו חף אף הוא מקשיים. יש ולעיתים דווקא פעילותם של המבצעים ה"עקיפים" היא כה משמעותית ומרכזית עד שספק אם אלמלא היא היה בא לעולם הפיגוע. מכאן שהשאלה אותה יש לשאול אינה בהכרח האם המפגע ידה בעצמו בקורבנות הפיגוע, או אם נכח פיזית בזירה בשעת מעשה, אלא מהי מידת ההשפעה שהייתה למעשיו על התממשות הפיגוע, והאם די בה כדי להצדיק את הפעלת הסנקציה מכוח תקנה 119 כלפיו (הכול בכפוף כמובן, לבחינת יתר הנתונים שבחינתם נדרשת לשם הפעלת הסמכות). את שאלה זו יש לבחון בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה..." (פסקה 11; ההדגשה במקור – ד.מ.)

נדמה כי אין דוגמה מובהקת יותר מאשר מקרה זה, למקרה שבו פעילותם של המבצעים ה"עקיפים", שמשכו בחוטים מאחוריי הקלעים, הייתה משמעותית, דומיננטית והכרחית ביותר לצורך הוצאת אירוע הטרור אל הפועל. טענת העותרים כי הייתה לשניים מעורבות כלשהי רק "ברמת התכנון" אין בה כל ממש. הן בעניין אחמד והן בעניין יוסף קיימות ראיות מנהליות ברורות המצביעות על מעורבות אישית ברצח האכזרי (השוו: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015)). ראיות אלו, בראשן כתב האישום שהוגש נגדם בהתבסס על הודאותיהם, מצביעות על היותו של אחמד כמי אשר עמד בראש החוליה ועל יוסף כאחד מעמודי התווך המרכזיים שבה וממייסדיה, כאשר לשניים מעורבות ישירה, מרכזית וממשית בהוצאה לפועל בצוותא חדא של הפיגוע. בין היתר, אחמד נטל חלק פעיל בהחלטה על הוצאת הפיגוע לפועל, הוא זה אשר הורה לקאסם לבצע את הפיגוע ובירך על המעשה. יוסף מצדו הוא זה אשר הציע כי קאסם יבצע את הפיגוע, כאשר קאסם הסכים להצעה זו. גם יוסף הורה לקאסם לבצע את הפיגוע כפי שתוכנן, בהקדם, וגם הוא בירך על המעשה. מידת המעורבות

הממשית נתמכת גם בחומר החסוי שהוגש לפנינו. מכאן כי מידת ההשפעה שהייתה למעשיהם של השניים על התממשות הפיגוע, בהחלט מצדיקה את הפעלת הסמכות מכוח התקנה.

16. לבסוף אציין כי גם אין לקבל את הטענות במישור ההנדסי, לגבי שיטת ההריסה, שהועלו בבג"ץ 6420/19 בעניינם של קרוביו של נציר. כמפורט בחוות הדעת ההנדסית מטעם המשיבים, ההחלטה על אופן ביצוע ההריסה, באמצעות באגר עם כף או פטישון, התקבלה לאחר בחינה ספציפית של מהנדס מוסמך, לאחר שפורטה רמת הנזק הנמוכה הצפויה לדירות הסמוכות. בחוות הדעת המשלימה מטעם המשיבים שהונחה לפנינו (מיום 3.11.2019) גם ניתן מענה הולם לחשש שהועלה במסגרת חוות דעת העותרים, בדבר גרימת נזק לדירות הסמוכות, לתשתית הבניין או לבור המים הנמצא בסמוך לו.

לא מצאתי אפוא בנסיבות המקרה, נוכח כל האמור לעיל, כי החלטות המשיב להפעיל את סמכותו הן כאלו המצדיקות התערבות.

על כן, אם תשמע דעתי, העתירות כולן תדחנה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

דביר שורק נרצח בדם קר ביום 8.8.2019 בפיגוע דקירה בידי בני עוולה. אין כפרה. אין נחמה. דביר נרצח בהיותו חייל בן 19 במסלול לימודים בישיבת ההסדר "אור תורה מחניים" בסמוך למגדל עוז בגוש עציון. צעיר ברוך כישרונות שנרצח והוא בדמי ימיו, אך בשל היותו יהודי. הרוע והשנאה בהתגלמותם. היה זה בעת ששב מירושלים ובדרכו לישיבה, כשבידו שקית ובה ספרים שרכש כמתנת סוף שנה למוריו. תמונתו של דביר, פנים מאירות עם עיניים חכמות ובורקות, לא משה מן העין, חדה ומהדהדת. הלב יוצא להוריו, לאחיו, לאחיותיו, לכל אוהביו.

על המפגעים לתת את הדין במלוא החומרה על מעשיהם הנפשעים. ואולם הריסת בתים אינה יכולה לשמש כפעולת תגמול או ענישה של בני משפחות חפים מפשע. ענישה קולקטיבית אסורה על פי המשפט הבינלאומי ופוגעת בזכויות אדם יסודיות, וכבר הבעתי דעתי כי מטעם זה יש מקום לעיון מחדש בשאלות הנובעות מהפעלת הסמכות שבתקנה

119 במסגרת של הרכב מורחב של שופטי בית משפט זה (ראו גם דברי השופט ע' פוגלמן ב-בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.4.2019); השופט מ' מזוז ב-בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (4.3.2019); השופט ג' קרא ב-בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (10.1.2019)). מכל מקום, ועל כך גם המשיבים אינם חולקים, ההצדקה לשימוש בכלי של הריסת בתים יכולה להיות הרתעתית בלבד, ובשום אופן לא לריצוי דעת קהל.

ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון. ואולם כפי שצינתי לא פעם, גם במקרה דנן חוות הדעת החסויה שהוצגה לנו מטעם המשיבים אינה מסירה את הספקות הכבדים המרחפים מעל הכוח ההרתעתי הטמון בכלי זה. דבר אחד ברור, והוא שקיים קושי אינהרנטי לכמת את המידה שבה הריסת בתים פועלת בכיוון ההפוך, ומגבירה דווקא מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים. לכך חייבת לטעמי להיות משמעות בבחינת מידתיות השימוש שעושה המפקד הצבאי באמצעי של הריסת בתים, וזאת בכואנו לשקול אם קיים יחס ראוי בין התועלת ההרתעתית הצומחת מהריסת ביתו של מחבל לבין הפגיעה הגלומה בכך בזכויות יסוד של בני משפחתו. ככלל, הריסת בית אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת במבחן המידתיות (להרחבה ראו דבריי ב-בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)).

על רקע האמור, דעתי היא שנפל פגם בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע להריסת בתיהם של אחמד אלעצאפרה (בג"ץ 6794/19), יוסף זהור (בג"ץ 6790/19) ונציר אלעצאפרה (בג"ץ 6420/19). בהתייחס לבני משפחותיהם של שלושת המפגעים הללו לא קיימות ראיות כלשהן, ישירות או נסיבתיות, המצביעות על כך שמי מבני המשפחה המתגוררים בדירות המיועדות להריסה ידע בזמן אמת על התוכנית הרצחנית לא כל שכן לקח בה חלק; גם אין עדות לתמיכה של מי מהם לאחר הפיגוע. ויצוין כי המשיבים עצמם אינם טוענים אחרת. בהקשר זה יש להבהיר כי המידע שהוצג לנו ביחס לנציר, המלמד לכאורה על תמיכת בת משפחה בפיגוע לאחר מעשה, מתייחס לאשת אחיו שאין חולק כי אינה מתגוררת בדירה המיועדת להריסה. בהינתן אי המעורבות ואי הידיעה של בני המשפחות על הכוונה לבצע את הרצח, שעה שהריסה כאמור טומנת בחובה פגיעה חמורה בזכויות אדם יסודיות והיעילות ההרתעתית של השימוש באמצעי זה עודנה מוטלת בספק, דעתי היא שההריסה אינה מידתית. מדובר בקורת הגג של אנשים בלתי מעורבים וחפים מפשע, שביניהם גם קטינים. שונה המצב ביחס להריסת ביתו של

קאסם אלעזאפרה (בג"ץ 6423/19), שכן הוצגו לנו ראיות כבדות משקל לכך שאשתו אינאס עודדה את קאסם לבצע פיגוע וכן בדבר שיבוש הליכי משפט על ידה לאחר מעשה הרצח.

בהתאם לאמור, אם דעתי היתה נשמעת היינו מוציאים צו על-תנאי בעתירות נושא בג"ץ 6420/19, בג"ץ 6790/19 ובג"ץ 6794/19 ודוחים את העתירה נושא בג"ץ 6423/19.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. במחלוקת שנפלה בין חברי: השופט ד' מינץ, וחברתי: השופטת ע' ברוך – אני מצרף קולי לדעתו של חברי, השופט ד' מינץ, שסבור כי יש לדחות את העתירות כולן.

אביא איפוא להלן בתמציתיות מספר הדגשים משלי.

2. שיקול הדעת בהפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (להלן: תקנה 119) – נתון בידי המפקד הצבאי, ומטרת ההחרמה, או ההריסה אמורה להיות הרתעתית ולא עונשית (עיינו: בג"ץ 7040/15 פדל מוסטפא פדל חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (02.11.2015)); (להלן: בג"ץ חמאד).

3. העותרים העלו טענות עקרוניות באשר לעצם השימוש בתקנה 119, ואולם אין מקום להידרש להן מחדש כאן, שכן כבר נפסק, כמובא באסמכתאות הנזכרות בפסקה 9 לחוות דעת חברי, השופט ד' מינץ, כי לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 – יש להידרש מבראשית לסוגיות העקרוניות של עצם הסמכות (המקומית והבינלאומית) להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו.

4. בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), ציינה חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות כי לשיטתה אם יהיה בידי בני משפחת המחבל שביתם עומד להיהרס לשכנע בראיות מינהליות מספיקות כי טרם ביצוע הפיגוע הם ניסו להניא את המפגע מהביצוע, כי אז מן הראוי לייחס לנתון זה משקל משמעותי ביותר, העשוי, במקרים מתאימים, לשלול החלטה להריסת ביתם של אותם בני משפחה. גישה זו מקובלת

עלי וב-בג"ץ חמאד אף הייתי נכון להרחיב את החריג האמור גם למקרים שבני המשפחה מגנים, ולו בדיעבד, את הפיגוע שביצע קרובם, או מעשי טרור (מה שעשוי לתרום להרתעה, ויתכן והוא שולל את התיבה שבתקנה 119, המדברת במי שחזק את ידי העוברים על מה שאסור על פי תקנה 119). גורמי הביטחון החילו לעיתים את החריג גם על בני משפחה, שסייעו באיתור המפגע, או הסגירו אותו לידי הרשויות (גם אם בכך ביקשו להבטיח שלא ינזק בעת שינסו לעוצרו).

5. בשים לב לאמור לעיל – שאלתי בדיון את בא-כוח העותרים אם העותרים בני המשפחה גינו את מעשה הרצח, ולו בדיעבד, והתשובה היתה ש"הנושא לא עלה" וכי הוא "לא שוחח אתם" בנושא. מענה זה הזכיר את מה שהתחולל במסגרת הדיון ב-בג"ץ חמאד וכן בבג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (31.05.2016); להלן: בג"ץ פלוניס).

בנסיבות הללו, שבהן קושייתי הנ"ל נותרה תלויה בחלל האוויר, והעותרים ממשיכים להחשות – הם מחזקים בפועל, לתפיסתי, את ידי המפגעים שהיו שותפים לרצח המזעזעז וכן מעודדים אחרים ללכת בעקבות המרצחים, קרי הם מכרסמים בהרתעה (השוו: בג"ץ חמאד ו-בג"ץ פלוניס).

6. לבסוף מוצא אני לנכון לאזכר כאן את אמירותיה המרגשות והנוגעות ללב של אחותו של דביר שורק ז"ל, גב' נועה שורק תבדל"א, אשר דיברה בדיון שהתקיים ב-בג"ץ 6420/19 וב-בג"ץ 6423/19 בתאריך 31.10.2019.

במשפטים קצרים, מדודים ומתונים היא ביקשה לתמוך בצווים שהוצאו ע"י המפקד הצבאי כנגד העותרים, אך זאת לא מטעמים של נקם, אלא משיקולים של הרתעה – כדי שלא יפלו עוד קרבנות תמימים אחרים. היא הוסיפה עוד משפט, שמהדהד מאז באוזני, על מלוא משמעויותיו ונפקויותיו:

"הדיון פה (על הרס בתיים של העותרים – תוספת שלי – פשוט, אבל המשפחה שלנו מתפרקת".

אכן, בנסיבות המזעזעות שהתגלו – נטילת חייו האכזרית של דביר שורק ז"ל, ששירת חייו נגדעה והוא בדמי ימיו, וכן יגון העולמים של משפחתו, הם אלה שהינם בלתי הדירים, ואין מה להוסיף.

7. לסיום אני רוצה להביע תקווה, לצד תנחומים כנים הנשלחים מפה למשפחתו של דביר שורק ז"ל וליתר קרובי נפגעי הטרור, כי משאלתה של גב' נועה שורק הנ"ל תתגשם וכי חפים לא יפגעו עוד, ונחזור לימים שלא יהיה שוב צורך בהרתעה.

המשנה-לנשיאה

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, י"ד בחשוון התש"ף (12.11.2019).

שופט

שופטת

המשנה לנשיאה