



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7220/15

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים: 1. דועאא עליוה
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
זלצברגר

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ב בחשוון התשע"ו (4.11.2015)

בשם העותרים: עו"ד לביב חביב

בשם המשיב: עו"ד יונתן ציון-מוזס; עו"ד יובל רויטמן

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. עניינה של עתירה זו הוא בהוצאת צו החרמה והריסה לביתה של העותרת 1 (להלן: העותרת), המצוי בעיר שכם, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). בצו שהוצא, ביום 25.10.2015, על-ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, נאמר, בין היתר, כי "צו זה ניתן הואיל ותושב הבית ראג'ב אחמד מוחמד עליוה ת"ז 905171328 (הוא בעלה של העותרת – א.ש.), נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוצאה לפועל של פיגוע טרור מיום 1.10.2015, במהלכו נרצחו ביריות בני הזוג הנקין ד"ל".

העותר 2 הוא המוקד להגנת הפרט, המיוצג, כמו גם העותרת, על-ידי עו"ד לביב חביב.

2. בעתירה שלפנינו נטען, כי ביום 20.10.2015, מסר המשיב הודעה על כוונתו להחרים ולהרוס את דירת המגורים בה מתגוררים העותרת ובני משפחתה (להלן: הדירה או הבית), לפי תקנה 119. בגוף ההודעה, צויינה האפשרות לפנות למשיב בהשגה, וזאת עד ליום 22.10.2015 שעה 12:00. ביום 22.10.2015, הוגשה השגה, אשר נדחתה במכתב שנשלח מלשכת היועץ המשפטי של האזור, ואליו צורף צו ההחרמה וההריסה, מושא העתירה.

3. הובהר בעתירה, כי הדירה, שבה מתגוררים בני הזוג, ראג'ב אחמד מוחמד עלויה (להלן: ראג'ב) והעותרת, ביחד עם בנם בן השנתיים, ממוקמת בקומה שמעל קומת הקרקע בבניין בן 4 קומות הכולל שני אגפים, כאשר בשתי הקומות העליונות נעשית בנייה בשלבי סיום. המדובר בדירה בשטח של כ-50 מ', לאחר פיצול הקומה לשתי דירות, ובה חדר שינה, סלון, מטבח ושירותים.

4. נטען בעתירה, כי צו ההחרמה וההריסה (להלן: הצו) הוצא בחופזה מבלי לקיים שימוע אמיתי, ובפועל מדובר בשימוע שנעשה למראית עין, כאשר החלטת המשיב "נפלה זה מכבר". עוד נטען, כי לא ניתנה במקרה דנן זכות טיעון אמיתית, מאחר שחומר החקירה, עליו מבוסס החשד כלפי ראג'ב, לא נחשף בפני העותרים. נטען בנוסף, כי נאמר בצו שראג'ב "נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוציא לפועל פיגוע טרור", אך לא נטען כי הוא עצמו נטל חלק בביצוע הירי, כפי שנאמר לגבי חברים אחרים באותה חוליה. מעבר לכך, הוסיף ונטען עו"ד חביב, כי החשדות כלפי ראג'ב כלל לא הוכחו, ולטעמו "אין לקבל מצב בו מופעלת סנקציה של פגיעה בדירת מגורים, בטרם יוכרע דינו של החשוד בבית המשפט". לפיכך, גורסים העותרים כי יש להמתין להכרעה שיפוטית בעניינו של ראג'ב, וזאת בעיקר משום שמדובר "בפגיעה ברכוש וזכות הקניין, לא רק בעניינו של החשוד אלא גם בבני משפחתו".

5. מעבר לטיעונים הפרטניים, נטען בעתירה כי תקנה 119 סותרת את המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש. בעיקר, הפנה עו"ד חביב לסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם, וכן תקנה 50 לתקנות האג, שאף היא אוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית. זאת, בנוסף להוראות שונות באמנות האו"ם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה

בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, שאף הן אוסרות, לשיטתו של עו"ד חביב, על צעדי ענישה קולקטיביים מעין אלה.

6. עוד נטען, כי צו ההחרמה וההריסה אינו עומד במבחני המידתיות, שכן הריסת ביתה של העותרת לצורך הרתעה, כביכול, אינה עומדת במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה; אינה עומדת במבחן "האמצעי שמידתו פחותה"; ואף לא במבחן המידתיות במובן הצר, היינו "במבחן הנזק מול התועלת". נטען, בהקשר זה, כי לא הופעל שיקול אמיתי לגבי הצורך בהריסות בתים, אלא שמדובר בהוצאה לפועל של החלטת הדרג הפוליטי להרוס בתים. הועלתה גם טענת אפליה בין תושבים פלסטינים לבין מפגעים יהודים, כדוגמת עמי פופר שטבח בפועלים תמימים, שביתם לא נהרס ואף לא נאטם.

7. לחלופין, מבקשים העותרים כי ככל שיידחה הסעד הראשי לביטול הצו, כי אז יימנע המשיב מהריסתו של הבית באמצעות פיצוץ, על מנת שלא לגרום לנזק סביבתי בדירות סמוכות, כאשר ניסיון העבר מלמד כי לא ניתן לשכני בית שנהרס כל פיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם.

8. במסגרת העתירה התבקש גם צו ביניים, האוסר על החרמה והריסה של הדירה עד להכרעה בעתירה. ביום 27.10.2015, ניתן על ידי השופטת ד' ברק-ארז "צו ארעי האוסר על החרמה והריסה של המבנה מושא העתירה עד להחלטה אחרת של בית משפט זה".

תגובת המשיב לעתירה

9. בתגובתו ציין המשיב, כי החל מתחילת שנת 2013 ועד לעיצומם של הימים האלה, ניכרת מגמה מתמשכת של החרמה במצב הבטחוני ועליה מתמדת בפעילות הטרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה ושומרון (להלן: "איו"ש" או "האזור"). הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי, לרבות פיגועי טרור עממי, אך גם מדובר בפיגועים קשים, שבהם נעשה שימוש בנשק חם. לתגובת המשיב צורפה טבלה ובה פירוט עשרות פיגועים מסוגים שונים, שהתרחשו מאז תחילת שנת 2014, ועד למועד הגשת התגובה. על רקע ההסלמה הבטחונית, שהגיעה לשיא בשבועות האחרונים, סבור המשיב כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה שבו התגורר המחבל, שהיה מעורב ברצח בני הזוג הנקין ז"ל לעיני ילדיהם, "היא חיונית כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים".

10. בהתייחס לפיגוע, שבמהלכו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל, ציין המשיב כי הרצח בוצע ביום 1.10.2015, באזור צומת בית פוריק, על-ידי שלושה מחבלים, שהשתייכו לחוליה של ארגון החמאס בשכם. החוליה עצמה מנתה חמישה פעילים, כאשר מלבד המחבלים שהשתתפו בפיגוע עצמו, היה פעיל נוסף שתפקידו "פתיחת ציר", וכן מפקד החוליה שלא היה ברכב – הוא ראג'ב, בעלה של העותרת. עוד נמסר, כי חקירת חברי החוליה טרם הסתיימה, אך כבר עתה עולה "תמונה ברורה" באשר למעורבותו הישירה של ראג'ב בתכנון הפיגוע, בגיוס יתר המחבלים, ובצידום בנשק חם. לאחר ביצוע הרצח, נמסר לראג'ב דיווח מלא על תוצאותיו, והוא אף דאג להבאתו של אחד המחבלים, אשר נפצע במהלך הפיגוע, לבית החולים בשכם, ואף שילם מכספו עבור הטיפול. על יסוד חומרי החקירה הגלויים והחסויים, סבור המשיב כי "בידו ראיות מנהליות ברמת סבירות הקרובה לוודאות למעורבותו של המחבל [ראג'ב] בהוצאה לפועל של הפיגוע, המאפשרות ואף מצדיקות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בעניינו של המבנה בו התגורר". הדירה שבה התגורר ראג'ב נמצאת בשכונת דאחיה בעיר שכם. נמסר, כי הדירה מצויה בקומה האמצעית בבניין בן 3 קומות, כאשר באותה קומה ישנה דירה נוספת.

11. אשר לטיעון המשפטי שהועלה על-ידי העותרים, נטען על ידי המשיב כי מדובר בטענות משפטיות שאינן חדשות, ואשר נדונו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר, על ידי בית משפט זה. בראש ובראשונה, מדובר בפסק הדין העקרוני, באשר להפעלת הסמכויות לפי תקנה 119, שניתן במסגרת בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט). לאחר פסק דין זה, נדונו עתירות פרטניות שונות, בנוגע להוצאת צווי חרמה והריסה, כאשר נקודת המוצא ככולם היא כי המפקד הצבאי מוסמך ליתן צווים לפי תקנה 119, כאשר הדבר דרוש לדעתו, לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים (ראו, למשל, בג"צ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014) (להלן: עניין ג'עאביס); בג"צ 8066/14 אבו ג'מאל נ' מפקד פיקוד העורף (31.12.2014); בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר).

12. עוד נטען, כי התכלית העומדת ביסוד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית בלבד ולא עונשית, כאשר נקודת המוצא היא "כי מחבל פוטנציאלי היודע כי בני משפחתו עשויים להיפגע אם יבצע את זממו – עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתיכנן". כמו כן, ההרתעה פועלת, לעיתים, גם כלפי בני המשפחה, כאשר הם יודעים על תוכניותיו של המפגע, כדי שיפעלו למנוע את המעשה, מחשש כי יבולע לביתם. לטענת המשיב, אין מדובר בענישה קולקטיבית כלפי אנשים בלתי מעורבים

"אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות". המשיב הוסיף וטען, כי בהיותו מודע למשמעויות הקשות הנובעות מהפעלתה של תקנה 119, הוא עושה שימוש בסמכותו רק במקרים חמורים, כשהמטרה העומדת לנגד עיניו היא ליצור הרתעה מספקת וראויה כלפי מחבלים פוטנציאליים, כאשר הפעלת הסנקציה של הריסת בית "היא פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום". כך, בשנים שבהם פעולות הטרור פחתו, היתה הפעלת הסמכות נדירה למדיי, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור הפכו לשגרה יום יומית, יש הכרח בהפעלת הסמכות בתדירות רבה יותר, "מתוך מגמה להרתיע ולגדוע את נגע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר".

13. אשר להוצאת הצו בעניינו של ראג'ב, ציין המשיב כי הדבר נעשה "בשים לב לחומרת הפיגוע, במהלכו נרצחו בדם קר בני הזוג הנקין ז"ל לעיני ילדיהם הקטנים". לגישת המשיב, "חיוני עד מאוד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה בעתיד".

14. בהתייחס לשיטת ההריסה של בית העותרת, נאמר בתגובה, כי בהתאם לחוות דעת הנדסיות, יעשה שימוש במטעני חיתוך, "מסוג מסגרת פריצה מודולרית יעודית", אשר יאטמו על ידי שקי חול, לשם הפחתת נזקים לסביבה. עוד נמסר, כי "ככל שכתוצאה מתכנון ו/או ביצוע רשלני של הריסת המבנה שמיועד להריסה, יפגעו המבנים הצמודים לו, תסכים המדינה לפני משורת הדין לתקן את המבנה או לפצות את בעלי המבנה בגין הנזק הישיר שיגרם למבנה, הכל בכפוף לחוות דעת שמאי מטעמה". הסכמה זו הותנתה במספר תנאים, וביניהם כי "הליקוי בפעולה לא נבע מהתפרעות, מהומות וכל פעולת התנגדות אחרת שהכוח נתקל בה בשטח".

לאור האמור, סבור המשיב כי אין עילה להתערב בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי הדירה שבה התגורר המחבל.

הדיון בעתירה

15. בפתח הדיון בעתירה, הודיעה המדינה כי היא מוכנה לדון בעתירה זו כאילו ניתן צו על תנאי במסגרתה. לאחר זאת, שמענו את טיעונו של עו"ד לביב חביב, בא כוח העותרים, אשר חזר על עיקרי הדברים שהופיעו בעתירתו. לגישתו של עו"ד חביב, אין כל תימוכין לטענה כי הריסת הבתים משרתת את גורם ההרתעה, ולדידו ההפך הוא הנכון – שכן הדבר מגביר את השנאה ואת יצר הנקמה. עו"ד חביב הוסיף וטען, כי מדובר בענישה קולקטיבית של חפים מפשע, דבר שאינו חוקי על פי המשפט

הבינלאומי, "וגם מבחינה מוסרית". כ"קו הגנה" שני, טען עו"ד חביב כי רמת מעורבותו של ראג'ב בפיגוע היתה נמוכה, שכן הוא לא השתתף בירי עצמו, ואין ראיות מבוססות המלמדות על היותו מפקד החוליה. עוד נטען, כי בניגוד לחברי החוליה האחרים אין אפשרות להעמיד את ראג'ב לדין בגין ביצוע עבירה של רצח, ולכל היותר מדובר בסיוע לחברי החוליה. לבסוף, נטען כי ראג'ב הוא בחזקת חף מפשע ומן הראוי להמתין להשלמת ההליכים המשפטיים נגדו, ורק אז להחליט אם לממש את צו ההחרמה וההריסה. לגבי שיטת ההריסה, חזר עו"ד חביב וטען כי אין מקום לעשות שימוש בחומרי נפץ לאור הנזק הסביבתי הצפוי, ובכל מקרה על המדינה להתחייב לפצות את בעלי הדירות הסמוכות, ללא כל תנאי. עו"ד חביב הביע את הסכמתו כי נעייין בחומר חסוי הנוגע למידת מעורבותו של ראג'ב בפיגוע הרצחני, חומר המתווסף להודעות שנמסרו על ידו במשטרה, וכן בחומר חסוי שנועד לבסס את טענת המדינה בדבר התכלית ההרתעתית, העומדת ביסוד הסמכות לפי תקנה 119.

16. בא כוח המשיב, עו"ד מוזס, טען בתשובה כי אין צורך להמתין להשלמת ההליך הפלילי בעניינו של ראג'ב, וניתן להסתפק, בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, בראיות מנהליות, המניחות את דעתו של המפקד הצבאי. אשר לחלקו של ראג'ב, נטען כי מדובר במעורבות ישירה בפיגוע שכן הוא זה שגייס את הפעילים, תכנן את הפיגוע הספציפי, וצייד את המבצעים בנשק. במהלך הדיון, התקבלה הודעה מאת התביעה הצבאית באיו"ש בנוגע לראג'ב, וזו לשונה: "בהתחשב בכך שהחקירה טרם הסתיימה, ועל בסיס החומר שהועבר לעיונונו בשלב זה, על פניו הכוונה היא לייחס עבירה של גרימת מוות בכוונה לעותר". זאת לדעת, כי עבירה של גרימת מוות בכוונה, לפי סעיף 290(א) לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, מקבילה לעבירה של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. עוד נמסר, כי ההחלטה להוציא את צווי ההחרמה וההריסה לכל חברי החוליה התקבלה על-ידי הדרגים הגבוהים ביותר, לנוכח המציאות הבטחונית הקשה השוררת כיום, וכל זאת מתוך מטרה להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשי טרור נוספים.

לאור האמור, התבקשו לדחות את העתירה.

דיון והכרעה

17. מן הראוי להבהיר בפתח הדברים כי, במסגרת עתירה זו, אינני רואה מקום להידרש לנושא העקרוני, שעניינו עצם הפעלת הסמכות להוציא צווי החרמה וההריסה,

בהתאם לתקנה 119. נושא זה כבר נדון והוכרע בשורה של פסקי דין קודמים ובראשם פסק הדין שניתן בעניין המוקד להגנת הפרט, כאשר עתירה לדיון נוסף בעניין זה, נדחתה (דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון) (12.11.2015). אינני סבור כי יש צורך, בנסיבות אלה, לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות, לבל יהפוך מוסד זה מ"בית משפט" ל"בית שופטים", כדברי השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטווינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75 (1961) (וראו גם דברי השופט ע' פוגלמן בפסקה 2 לחוות דעתו בעניין סידר; דברי השופטת א' חיות בפסקה 1 לחוות דעתה בעניין המוקד להגנת הפרט; ולאחרונה, קביעת הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באיזור הגדה המערבית (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד), בפסקה 26 לחוות דעתה, כי "הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להתמקד במישור שיקול הדעת").

18. עם זאת, ובשל העובדה כי שימוש בסמכות לפי תקנה 119 טומן בחובו פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של דיירי הבית המיועד להחרמה והריסה, כאשר ההנחה היא כי הם אינם מעורבים בפעילות בלתי חוקית, נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה שורה של הנחיות וקריטריונים המסייגים ומתחמים את אופן הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. ראשית לכל נקבע, כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את התכלית ההרתעתית, שכן רק תכלית זו עומדת ביסוד הפעלת הסמכות. פשיטא הוא, כי המפקד הצבאי אינו רשאי להפעיל את הסמכות כאמצעי ענישה, שיש בו משום פגיעה קולקטיבית בכלתי מעורבים (ראו, בין היתר, בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"צ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012) (להלן: עניין מוגרבי)). עוד נקבע, כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעלת תקנה 119, לפעול באורח מידתי, ובאופן ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין עואודה; עניין מוגרבי; בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003)).

בין יתר השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול, בבואו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, מנה בית משפט זה את השיקולים הבאים:

"א. יש לקחת בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לאותו חשוד שהתגורר באותו מבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם על ידי אותו חשוד.

ב. ניתן להתחשב במידת המעורבות של יתר דיירי הבית, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של הלה. היעדר ראייה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב.

ג. שיקול רלוונטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה.

ד. יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים. אם מסתבר כי אין הדבר נכון, אזי יש לשקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר.

ה. על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים, העשויים להיפגע מהריסת המבנה, ואשר יש להניח כי הם כשלעצמם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד" (בג"צ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 358, 359 (1996); עניין קואסמה בפסקה 22).

עם זאת, הודגש בפסיקה כי קריטריונים אלו אינם ממצים, וכי כל מקרה צריך להישקל על פי נסיבותיו הוא, לרבות נסיבות המקום והזמן (עניין עואודה).

על יסוד העקרונות שפורטו לעיל אפנה, אפוא, לבחון את המקרה הקונקרטי המונח לפנינו.

19. נפתח תחילה בנתונים המצביעים על התגברות משמעותית של גל הטרור הפוקד את המדינה, בדגש על מזרח ירושלים ואזור יהודה והשומרון. מגמת העליה בפעילות הטרור ניכרת בשלוש השנים האחרונות, אך ההסלמה החריפה החלה בערב ראש השנה תשע"ו והיא נמשכת עד עצם היום הזה, ואין לדעת אימתי תסתיים. בתקופה זו התרחשו עשרות פיגועים, רובם הגדול במתכונת המפגע הבודד, כאשר המאפיינים העיקריים הם פיגועי דקירה בסכין, דריסה או פיגועים משולבים. עם זאת, התבצעו גם פיגועי ירי, כמו הפיגוע מושא העתירה, ויש לציין כי פיגוע רצחני זה הינו חריג באופיו, בשל השתייכות המפגעים לארגון החמאס. מאז ערב ראש השנה ועד ליום 25.10.2015, בוצעו, על פי הנתונים שמסר המשיב, כ-778 פיגועים במסגרתם נרצחו אחד עשר ישראלים ונפצעו כמאה אחרים. מידי יום ביומו, אנו מדווחים על מספר פיגועים המתרחשים ברחבי מדינת ישראל ובאיו"ש, דבר הפוגע קשות בתחושת

הבטחון של תושבי ואזרחי המדינה, ומעורר חרדה ופחד מפני פיגוע נוסף האורב מעבר לפינה.

20. אשר לראיות המנהליות בעניינו של ראג'ב, נראה כי בידי המשיב ראיות מבוססות להיותו של ראג'ב ראש החוליה אשר ביצעה את הפיגוע, והוא, לכאורה, מעורב אישית ברצח המתועב, כמבצע בצוותא (על המבחנים השונים לסיווגו של המבצע בצוותא, לרבות מי שעומד בראש ההתארגנות גם אם אינו מבצע בפועל את המעשה הפלילי עצמו, ראו, בין היתר, ע"פ 4428/13 שטרית נ' מדינת ישראל (30.4.2014); ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (11.12.2014); ע"פ 7477/08 גן נ' מדינת ישראל (14.11.2011)). ראג'ב מסר לא פחות מ-6 הודעות במשטרה, שבהן הוא מודה בכל המיוחס לו, ובתמצית ניתן לסכם את דבריו באופן הבא: ראג'ב השתייך לארגון החמאס, ובמסגרת זו הוא השיג רוס"ר M-16 ואקדח 14, ולדבריו, בהודעתו מיום 3.10.2015, "אני כל חיי בחמאס והנשק הזה שדיברתי עליו הוא של חמאס". לאחר ששמע על "בעיות במסגד אלאקצא", נפגש ראג'ב עם שני אנשים, יחיא וסמיר, להם הוא ביקש למסור את כלי הנשק, כדי לבצע פיגועי ירי לעבר מטרות ישראליות, וזאת, בין היתר, כדי לנקום את "הסיפור של משפחת דואבשה שנשרפו". השניים הסכימו לבצע פיגועי ירי, ולאחר שנמסר להם רוס"ר ה-M-16, דווח לראג'ב כי הם ירו לעבר רכב של מתנחלים ליד מחסום בית פוריק, אך לא היו נפגעים בירי הזה. לאחר ניסיון פיגוע זה, תוכנן לבצע פיגוע נוסף, ולשם כך צורף אדם שלישי לחוליה, בשם כרם, כאשר ראג'ב הסביר לו את מהות הפעילות הצבאית שיחיא וסמיר מתכוונים לבצע והציע לו לצאת איתם, תוך שהוא מציידו באקדח. לאחר הפיגוע, שבמהלכו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל, נמסר לראג'ב כי כרם נפצע מפגיעת קליע "ויש לו שטף דם חזק בידו השמאלית". מיד בסמוך, דאג ראג'ב לאשפוזו של כרם בבית החולים בשכונת רפידיה, והוא אף שילם לבית החולים 5,000 ש"ח, עבור הוצאות הניתוח בכרם. בהודעה מיום 6.10.2015, ציין ראג'ב כי לאחר שגייס לפעילות את יחיא וסמיר, הוא שלח אותם לבצע סיורים באזור בית פוריק, כדי "לבדוק את תנועת הרכבים של המתנחלים הישראלים הנוסעים על אותו כביש". בהודעה מיום 7.10.2015, אמר ראג'ב, לגבי מטרת ההתארגנות, כי "המטרה היתה רצח של מתנחלים יהודים וזה בגלל הבלגן שעשו במסגד אלאקצא וגם בגלל רצח משפחת דואבשה".

עיינו, בהסכמת בא כוח העותרים, בחומר חסוי הנוגע לראג'ב, ומצאנו בו תימוכין לאמור בהודעותיו של ראג'ב, לגבי מעמדו הבכיר בארגון החמאס ופעילותו כראש חוליית הטרור, אשר ביצעה את הפיגוע הרצחני. גם אם מדובר בראיות שטרם עברו את כור ההיתוך של בית המשפט, יש לדחות את טענתו של עו"ד חביב, לפיה ראוי

להמתין לסיום ההליכים המשפטיים בעניינו של ראג'ב. נפסק זה מכבר, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 "אינה מותנית בהרשעתו של המפגע בדין הפלילי, אלא די בכך שבפני המשיב הונחו ראיות מנהליות, המניחות את דעתו של המשיב כי העבירה בוצעה על ידי תושב הבית המיועד להריסה" (עניין עואודה, בפסקה 21).

21. הנושא המרכזי שהעסיק אותנו, במסגרת עתירה זו, נוגע לשאלת האפקטיביות של הריסות בתים לצורך השגת הרתעה, משאין מחלוקת כי זוהי התכלית היחידה, אשר עשויה להצדיק הפעלת סמכות קשה ופוגענית זו. כפי שנקבע בעניין המוקד להגנת הפרט:

"עקרון המידתיות אינו מאפשר להמשיך להניח לעד כי בחירה באפשרות הדרסטית של הריסת בתים או אף אטימתם משיגה את המטרה המיוחלת של ההרתעה, בלא שיובאו נתונים המאמתים השערה זו באופן שניתן להידרש אליו... לכן, סבורני כי על גורמי המדינה לבחון מעת לעת את הכלי והתועלת שיש בו, לרבות עריכת מעקב ומחקר בסוגיה, ואף להביא בפני בית משפט זה לפי הצורך בעתיד, וככל הניתן, נתונים המצביעים על אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה, במידה כזו המצדיקה את הנזק למי שאינם נחשדים או מואשמים" (פסקה כז לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

עו"ד מוזס, בא כוח המשיב, טען בחלק הגלוי כי נושא ההרתעה של מפגעים פוטנציאליים ושל בני משפחותיהם, העשויים להניא את המפגע מביצוע זממו, נבחן מעת לעת על ידי הדרגים הגבוהים ביותר במערכת הבטחון, כמו גם בדרג המדיני והמשפטי הבכיר, והמסקנה היא כי מדובר, בנסיבות הזמן והמקום, במכשיר הרתעתי אפקטיבי, ככל שצו ההריסה מתבצע במועד קרוב לפיגוע הטרור. בחלק החסוי, הוגשה לעיוננו חוות דעת עדכנית, מיום 9.11.2015, שבמסגרתה הוצגו דוגמאות של מקרים שבהם נמנע פיגוע, או שהיתה התלבטות רבה למפגע אם לבצעו, מחשש להריסת בית המשפחה. במקביל, היו מקרים לא מועטים שבהם פעלו בני משפחתו של מפגע, אשר היו מודעים לתוכנית הפיגוע, לסיכול כוונה זו, בשל החשש לתגובה קשה, בדמות הריסת הבית. מנגד, הוצגה גם האפשרות כי הריסת בתים עלולה להגביר את המוטיבציה לביצוע פיגועים מתוך רצון לנקמה, אך המסקנה הסופית היא כי התועלת ההרתעית המושגת ממהלך של הריסות בתים הינה משמעותית ביותר, ועולה לאין שיעור על החשש מפיגועי נקמה.

22. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בחומר החסוי, נחה דעתי כי המשיב הרים את הנטל הרובץ על שכמו, לעניין האפקט ההרתעתי שיש בהפעלת הסמכות לפי תקנה

119, ונראה כי הדברים נבחנו, בכובד ראש, לאחרונה, על רקע אירועי הטרור הפוקדים אותנו בשבועות האחרונים (ראו, בהקשר זה, עמדת הנשיאה מ' נאור בעניין חמאד, בפסקה 29; דברי השופט נ' סולברג, בפסקה 1 לחוות דעתו; והערתו של השופט ח' מלצר, באשר למשקל שיש לייחס לניסיונם של בני משפחה להניא את המפגע, טרם ביצוע הפיגוע, ממימוש כוונתו זו).

23. אשר לטענתם של העותרים לגבי אפלייתם לעומת מפגעים יהודים, סבורני כי טענה זו נטענה בעלמא, מבלי שהוצגה תשתית עובדתית מספקת לקיומה של אכיפה בררנית, שאינה נעוצה בשיקולים ענייניים. כפי שציין השופט י' דנציגר בעניין קואסמה:

”הואיל ותכליתה של תקנה 119 היא הרתעתית ואינה עונשית, אין די בעצם ביצועם של מעשי טרור נתעבים על ידי יהודים, דוגמת חטיפת ורצח הנער מוחמד אבו חדיר, כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה ביחס לחשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית” (שם, בפסקה 30).

לפיכך, יש לדחות טענה זו של העותרים.

24. לבסוף, ולגבי שיטת ההריסה, הוצגה בפנינו חוות דעת הנדסית ממנה עולה כי יהרסו קירות ומחיצות שאין להם השפעה על יציבות המבנה כולו, כאשר קיר חיצוני אחד יהרס בדרך של “חבלה חמה”, שתעשה בצורה מבוקרת, באמצעות מטענים ייעודיים שתוכננו לצמצום הנזק הסביבתי. נראה, כי האמור בחוות דעת זו נותן מענה מספק לחשש כי תפגע יציבותו של הבניין וכי יגרמו נזקים לדירות הסמוכות.

25. להשלמת התמונה, מן הראוי לציין כי במסגרת פסק הדין שניתן בעניין חמאד, אושרו צווי ההחרמה וההריסה שניתנו בנוגע לבתיהם של חברי חוליית המרצחים, יחיא, סמיר וכרם, שפעלו בהנחייתו ותחת פיקודו של ראג'ב, כמפורט לעיל.

25. על יסוד האמור לעיל, סבורני, כי המפקד הצבאי הפעיל את שיקול דעתו, בהוצאת צו ההחרמה וההריסה מושא העתירה, בסבירות ובמידתיות, ולפיכך אינני רואה מקום להתערב בהחלטתו.

לפיכך, אציע לחבריי לדחות את העתירה.

הנני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט שהם.

לנוכח כובד הסוגיה של הריסת בית מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119), מצאתי לנכון להוסיף את הדברים הבאים.

הסוגיה קשה בעיני מבחינה משפטית. בתיק הקונקרטי, נכון יהיה להפנות זרקור אל הנתונים הבאים: (א). בעלה של העותרת, ראג'ב עליוה (להלן: ראג'ב), שהוכח לכאורה כי גרם למותם של אנשים – בני הזוג הנקין ז"ל – עודנו בחיים, כך שזיקתו לבית לא השתנתה וניתן, אפוא, לראות בהריסה משום סנקציה המתמקדת בו. (ב). עולה בשלב זה כי ראג'ב עבר את העבירה של גרימת מוות בכוונה יחד עם שלושה מחבלים נוספים, אשר עתירות כנגד הריסת בתיהם מכוח תקנה 119 נדחו (ראו בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015), מפי הנשיאה מ' נאור והשופטים ח' מלצר ונ' סולברג; להלן: עניין חמאד). כך, התוצאה לפיה רק ביתו של ראג'ב לא ייהרס אינה מתקבלת על הדעת – בייחוד נוכח התפקיד המרכזי שמילא בפיוע. (ג). בית משפט זה שב ודחה, במסגרת הדיון בעתירות שהובאו לפניו, את ההשגות העקרוניות ביחס לעצם השימוש בכלי הריסת הבתים (לסקירה חלקית, ראו החלטת כבוד הנשיאה מ' נאור בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הביטחון, פסקה 1 (12.11.2015), ופסקי הדין המוזכרים שם). (ד). במהלך החודשים האחרונים חווה מדינת ישראל גל טרור חריף – גם ביחס לתקופות אחרות. על פי הנתונים שהוצגו בדיון, במשך 40 הימים שחלפו מאז ראש השנה ועד 25.10.2015 בוצעו כ- 770 פיועים, במהלכם נרצחו 11 ישראלים ונפצעו כמאה בני אדם נוספים.

להשלמת התמונה, אציין כי החומר הסודי שהוצג בפנינו, המבסס את ההנחה שהריסת בתים לפי תקנה 119 יוצרת הרתעה אפקטיבית, היה משכנע יותר משציפיתי. עם זאת, אף שההרתעה מהווה תנאי הכרחי לאישור הריסת בתים מכוח תקנה 119, היא אינה יכולה לשמש כשיקול הבלעדי בסוגיה – גם במישור הכללי וגם במישור הקונקרטי. לפיכך, חשוב להדגיש כי בהינתן שאין פסול עקרוני בהריסה, אין בכך כדי לשלול את הצורך בבחינה קונקרטית של כל מקרה ומקרה (כך, למשל, בעניין חאמד הורה בית משפט זה להימנע מביצוע ההריסה, הואיל ודובר בבית שלא היה בבעלות המחבל – אלא בשכירות). לאמור יש להוסיף את ההבהרה, התואמת הן את הפסיקה והן את הצהרת המדינה, כי ייעשה שימוש זהיר ומצומצם בכלי ההריסה.

מהחומר עולה כי בית משפט זה נדרש לעתירות מעין אלו תקופה של עשרות שנים. נתון הזמן כשלעצמו מעציב ומעצים את האילווצים של המדינה בבואה להילחם נגד תופעת הטרור, המאיים ופוגע באזרחיה.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

1. לאחר עיון בחוות דעתם של חבריי, השופטים נ' הנדל וא' שהם, אין בידי להצטרף לעמדתם ולתוצאה אליה הגיעו.

2. כעולה מסקירת הדברים בחוות דעתו של חברי, השופט שהם, הועלו בעתירה דנן טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיה הספציפיות של העתירה דנן.

בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה. לצד הטענות העקרוניות הכלליות נטענו גם טענות באשר להליכי השימוע בטרם הוצאת הצו, אשר לטענת העותר נעשו למראית עין בלבד. כן נטען, כי מאחר שראג'ב לא נטל חלק בפיגוע הקטלני עצמו, ולאור נסיבות גביית הודעותיו אשר עשויות להוביל לפסילתן, מן הראוי להמתין להכרעת הדין בעניינו בטרם תינקט פעולה בלתי הפיכה נגד בית משפחתו. ולבסוף נטען באשר לאופן ביצוע ההריסה והנזק הסביבתי הצפוי נוכח העובדה שמדובר בדירה בקומת ביניים במבנה בן 4 קומות וההריסה מיועדת להתבצע בדרך של פיצוץ.

3. הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת, שעל עיקריהם אעמוד להלן

בקצירת האומר. איני סבור כי בתגובת המדינה לעתירה דנן ניתן מענה מספק לטענות העותרים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות. החלק בתגובה הכולל "התייחסות לטענות העותרים" מחזיק כ- 6 עמודים בלבד, שחלק ניכר מהם ציטוטים מפסקי דין קודמים.

אכן מדובר באירוע חמור ביותר של פיגוע ירי רצחני, ומובן הצורך בתגובה חריפה ומרתיעה. ואולם, אין בכך כדי לפטור מן הצורך לערוך בחינה יסודית ודקדקנית של כלל הנסיבות והטענות בענין זה, וזאת נוכח חומרת הפגיעה הכרוכה בהפעלת תקנה 119 כלפי בני המשפחה של המפגע, להם לא מיוחסת כל מעורבות בפיגוע. אזכיר לעניינינו, כי נגד בתייהם של המעורבים הישירים בפיגוע יצאו צווי החרמה והריסה שביצועם אושר זה כבר (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015), להלן: ענין חמאד). ואילו בענייניו של ראג'ב, אין חולק כי הוא לא נטל חלק באירוע הירי אלא מיוחס לו בצו כי "נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוציא לפועל פיגוע טרור". יצוין כי בתגובה מטעם המשיב נאמר גם כי החקירה בענייניו של ראג'ב "עודנה מתנהלת" (פסקה 9 שם). בנסיבות אלה איני סבור שיש לפנינו תשתית מספקת לדחיית העתירה.

4. חידוש הפעלתה של תקנה 119 בשטחי יהודה והשומרון ומזרח ירושלים לאחר תקופה של כעשור (2005-2014) בה הוקפאה הפעלתה, מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה. בית המשפט דחה לאחרונה ניסיונות להביא לדיון מחודש ומקיף בסוגיות אלה (בג"ץ 8091/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)). ההנמקה העיקרית שניתנה לכך הייתה שנושאים אלה כבר נדונו והוכרעו בפסיקה קודמת. אלא שבחינה זהירה מצביעה על כך שהדיון בסוגיות אלה בפסיקה קודמת לא היה ממצה, ויתרה מכך, מדובר בעיקר בפסקי דין משנות ה-80 ותחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת, בטרם העידן החוקתי במשפט הישראלי, וכאשר בתקופה שחלפה חלו גם תמורות מפליגות בנורמות המשפט הבינלאומי הרלבנטיות לסוגיה זו.

5. נוכח עמדת חבריי כי יש לדחות את העתירה איני רואה טעם לדון כאן בפירוט באותן שאלות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119, ואסתפק אך בכמה הערות קצרות.

6. קיימת ספרות ענפה, ישראלית וזרה, העוסקת בשאלת מעמדה של תקנה 119 נוכח הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני עימות מזויין), משפט זכויות האדם הבינלאומי וכן עקרונות המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי.

ראו למשל (לפי סדר כרונולוגי): M. Shamgar, 'The Observance of International Law in the Administered Territories', 1 *Israel Year Book on Human Rights* (1971), 262; Reicin, 'Preventive Detention, Curfews, Demolition of Houses, and Deportations: An Analysis of Measures Employed by Israel in the Administered Territories', 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 515; M. B. Carroll, 'The Israeli Demolition of Palestinian Houses in the Occupied Territories: An Analysis of its Legality in International Law', 11 *Mich. J. Int'l L.* 1195 (1990); דוד קרצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" 199 D. Simon, 'The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories', 19 *Yale J. Int'l L.* (1994) 1; Halabi, 'Demolition and Sealing of Houses in the Israeli Occupied Territories: A Critical Legal Analysis', 5 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* (1991) 251; E. Zilber, 'The Demolition and Sealing of Houses as a Means of Punishment in the Areas of Judea and Samaria During the Intifada up to the Oslo Agreement (MA thesis, Bar Ilan University, Israel, 1997); Y. Dinstein The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Demolitions and Sealing Off of Houses 29 *Israel Year Book on Human Rights* (1999) 285; D. Kretzmer, 'The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories' (*State University of New York Press, 2002*); E. Gross, 'Democracy's Struggle against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area', 30 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* (2002) 165; S. Darcy, 'Punitive House Demolitions, The Prohibition of Collective Punishment, and the Supreme Court of Israel', 21 *Penn St. Int'l L. Rev.* (2002) 477; B. Farrell, 'Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119', 28 *Brook J. Int'l L.* (2003) 871; A. Zemach, 'The Limits of International Criminal Law: House Demolitions in an Occupied Territory', 20 *Conn. J. Int'l L.* (2004), 65; D. Kretzmer, 'The Supreme Court of Israel: Judicial Review During Armed Conflict' (2005) 47 *German Yearbook of International Law* 392; Amichai Cohen, 'Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories' (2005) 38 *Israel Law Review* 24.

7. רוב מכריע של הכותבים, ישראלים וזרים, סבור כי תקנה 119 סותרת שורה של הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשם

האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (להלן: תקנות האג), ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה). הפרשנות שניתנה לאיסור זה, על ידי הצלב האדום, טריבונלים בינלאומיים ומלומדים זרים וישראלים, בהקשר הנדון ובכלל, מחייבת התמודדות של ממש עם השאלה, האם תקנה 119 עומדת באיסור זה, ואם כן - באלו תנאים.

איסור נוסף במשפט הבינלאומי ההומניטרי המעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119 הוא האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת: תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.

איסורים דומים נגזרים לכאורה גם מהוראות שונות במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט הפלילי הבינלאומי.

8. גם הקביעה, שנשנתה בפסיקה פעמים רבות, לפיה סנקציה לפי תקנה 119 היא בגדר אמצעי הרתעתי ולא עונשי, אינה נקיה מספק. ראשית, תקנה 119 מצויה בחלק י"ב לתקנות ההגנה, שכותרתו "הוראות עונשים שונות". שנית, היותה של סנקציה אמצעי הרתעתי אינה שוללת כשלעצמה את היותה בה בעת גם סנקציה עונשית. סיווגה של סנקציה נבחן לפי מהותה ולא דווקא לפי תכליתה, ומכל מקום הרתעה הינה מהתכליות המובהקות של הענישה הפלילית (סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

יצוין לענין זה, כי בפסק הדין הראשון בו נדונה בבית משפט זה תקנה 119 הגדיר בית המשפט את הסנקציה מכוחה כ"פעולת עונשין בלתי שגרתית, שמטרתה העיקרית היא הרתעה מפני ביצוע מעשים דומים" (בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לד(1) 464, פסקה 3 (1979), להלן: ענין סחוויל, וכן ראו בג"ץ 1056/89 חאמד אחמד אלשיך נ' שר הבטחון (27.3.1990), שם הוגדרה תקנה 119 כ"כלי עונשי מרתיע"). ככל שאכן מדובר בסנקציה עונשית, גם אם תכליתה הרתעתי, הרי שבנוסף למשמעות עובדה זו לענין הסוגיה של ענישה קולקטיבית, יש לכך השלכות נוספות, לרבות בהיבט הדיוני של אופן קבלת ההחלטה, עיתוי קבלת ההחלטה והתשתית הראייתית הנדרשת להחלטה.

לצד זאת קיימת גם השאלה העובדתית-ראייתית, האם הוכחה כדבעי האפקטיביות ההרתעתי של סנקציה זו, לרבות שאלות של סוג ומשקל הראיות הנדרש.

9. הפעלת הסמכות בשטחי מזרח ירושלים מעוררת גם את השאלה, האם תושבי שטחים אלה הם בגדר "מוגנים" כמובן של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר הוראות אמנת האג ואמנת ג'נבה חלות עליהם. גם ככל שאמנות אלה אינן חלות במזרח ירושלים, אין מחלוקת לגבי תחולתן בשטחים אלה של אמנות זכויות האדם, שישראל צד להן מאז ראשית שנות ה-90, ובראשן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (ICCPR), הכוללות גם כן שורה של הוראות רלבנטיות לענייננו. יצוין כי הוועדות המפקחות לענין אמנות אלה ביקרו ושוב ושוב את מדינת ישראל על מדיניות הריסות הבתים.

10. אמנם נקבע בעבר כי אף אם תקנה 119 אינה מתיישבת עם הוראות המשפט הבינלאומי המינהגי היא עדיין עומדת בתוקפה כהוראת דין פנימי הגובר על הוראת דין בינלאומי (ראו פסק הדין בענין טחוויל ופסקי דין נוספים שהלכו בעקבותיו). ואולם גם קביעה זו אינה נקיה מספק, משורה של נימוקים שלא זה המקום לפרטם, במיוחד כאשר מדובר בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית.

11. מעבר להיבטים של משפט בינלאומי, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מעוררת שאלות לא פשוטות גם מתחום המשפט הישראלי הפנימי, ובין היתר נוכח השפעת חוקי היסוד, בעיקר בהיבטים של מידתיות, שהיא עיקרון חשוב גם בתחום דיני עימות מזוין של המשפט הבינלאומי. אזכיר, כי נפסק לא פעם כי השימוש בתקנה 119 צריך להיעשות באופן זהיר וכי יש לפרשה על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה הקבועה בו (בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014); בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה י"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין (1.12.2015), להלן: ענין אבו חאשיה). שאלות אלה מחייבות בירור של היחס בין עקרונות המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי לאופן והתנאים לפיהם מופעלת תקנה 119 הלכה למעשה וקביעת סייגים לאופן הפעלת הסמכות הנובעים מעקרונות אלה, לרבות ממבחיני פסקת ההגבלה.

12. בירור יסודי של השאלות, שפורטו לעיל בראשי פרקים בלבד, עשוי להוביל למסקנות הנוגעות הן באשר לעצם הפעלתה של הסנקציה לפי תקנה 119 והן באשר למגבלות וסייגים על אופן הפעלתה. ראוי להדגיש, כי להטלת מגבלות וסייגים מכוח

כללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי באשר להפעלת התקנה עשויה להיות השלכה חיובית, ולו חלקית, באשר לשאלת ההתאמה לכללי המשפט הבינלאומי.

13. בחינת תקנה 119 על פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי כאמור עשויה לחייב הצבת סייגים ותנאים להפעלתה וקביעת הבחנות שונות באשר לגדרי המותר והאסור בענין זה, ובין היתר:

א. הבחנה בין בית שהוא ביתו וקניינו של המפגע, לבין בית בו הוא בגדר "דייר נלווה" בלבד, כגון בית הוריו בו הוא מתגורר, לעתים אף באופן מוגבל, כגון סטודנט השוהה בבית רק בחופשות וכיו"ב (בג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (12.2.91)), והשוו לאחרונה בענין חמאד הנזכר לעיל, בו הוגבלה האפשרות לפעול נגד בית בו המפגע היה במעמד של שוכר בלבד);

ב. הבחנה בין מקרים בהם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של המפגע (כגון לאחסון אמצעי לחימה, או להתוועדויות עם שותפיו לפעילות הטרוריסטית), לבין מקרים בהם הבית שימש למפגע רק כבית מגורים (ראו בענין סחוויל הנזכר לעיל, וכן בבג"ץ 22/81 חאמד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה (3) 223 (1981));

ג. הבחנה בין מקרים בהם בני המשפחה של המפגע, דיירי הבית המיועד להריסה או לאטימה, היו שותפים במידה זו או אחרת למעשי המפגע, לבין מקרים בהם בני המשפחה לא היו מודעים כלל לכוונותיו של המפגע, או אף הסתייגו מפעילותו. כך בבג"ץ 987/89 קהווג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד (2) 227, 230 (1990) קבע בית המשפט, כי "אכן, בהפעלת הסנקציה מכוח התקנה 119 הנ"ל ובשאלה באיזה היקף היא תופעל, יש להתחשב, בין היתר, בתוצאתה לגבי כל אלה העלולים להיפגע ממנה ובתוך כך יש לקחת בחשבון באיזו מידה סייעו המתגוררים במבנה לביצוע הפעילות הפוגעת ואילו אמצעים נקטו האחרונים, אם בכלל, למניעתה" (וראו גם לאחרונה: דברי השופטת חיות בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), להלן: ענין סידר); דברי השופט מלצר בענין חמאד, פסקה 4(ב).

ד. הגבלות על עיתוי הוצאת הצו ועל מועד ביצועו (ראו לאחרונה ענין אבו חאשיה הנזכר לעיל וכן בענין סידר);

ה. נסיבות העשויות להצדיק להתנות את הוצאת צו לפי תקנה 119 בהרשעה בפלילים ולא להסתפק בראיות מינהליות, להבדיל ממקרים בהם הדבר אינו נדרש (כגון הודאה שאינה שנויה במחלוקת) או אינו אפשרי (כגון שהמפגע נהרג או נמלט), וכן התשתית הראייתית המתחייבת במקרים כאלה;

ו. הפעלת מבחן המידתיות כמובן הצר בקביעת התאמה הולמת בין חומרת המעשים בגינם הופעלה התקנה ונסיבות רלבנטיות נוספות להפעלתה, לבין מדרג חומרת הסנקציה: החרמה בלבד, אטימה (חלקית או מלאה), או הריסה (חלקית או מלאה).

14. להבחנות והגבלות אלה (רשימה לא ממצה) עשויה להיות כאמור השלכה הן על עצם הלגיטימיות להפעלת תקנה 119, כמו גם על אופן הפעלת התקנה ומדרג הסנקציה שתינקט.

15. נוכח כל האמור אין בידי להצטרף לדעת חבריי בדחיית העתירה. לו דעתי נשמעה היינו מבקשים מהמשיב תגובה מפורטת למכלול השאלות האמורות טרם הכרעה.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את העתירה כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם, אליו הצטרף השופט נ' הנדל, כנגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, י"ט בכסלו התשע"ו (1.12.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט