



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8270/17

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופט י' אלרון

העותרות: 1. טובה סולומון  
2. מיכל סולומון  
3. רחל מנזלי

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ט בשבט התשע"ח (4.2.2018)

בשם העותרות: עו"ד חיים בלייכר; עו"ד מנשה צאלח יאדו

בשם המשיב: עו"ד רועי שויקה

### פסק-דין

השופט א' שהם:

הרקע להגשת העתירה

1. בליל שבת 21.7.2017, יצא עומר עבד אלגליל עבד אלג'אבר אלעבד, יליד 16.12.1998, תושב הכפר כובר (להלן: המחבל) מביתו בכפר, כשהוא מצויד בסכין בעלת להב של כ-22 ס"מ. יעד המחבל היה היישוב חלמיש (להלן: היישוב) ומטרתו הייתה לבצע פיגוע בקרב תושבי היישוב, שבעקבותיו הוא ימות כ"שהיד" למען מסגד אלאקצא.

2. המחבל הגיע אל גדר היישוב ועבר דרך פתח מתחתיה, ולאחר מכן עבר דרך מספר גדרות, כולל גדר חשמלית שמעליה הוא קפץ, לאחר שטיפס על עץ שהיה בקרבת הגדר. בשלב מסוים, שמע המחבל קולות צחוק הבוקעים מאחד הכתים ביישוב, בית משפחת סלומון, שבו שהו בני המשפחה. המחבל פתח את דלת הכניסה של הבית, כשהוא אוחז בסכין, ותוך כדי מאבק ביצע המחבל את מעשיו הנפשעים, עת דקר למוות את יוסף סלומון ז"ל, את בתו חיה אסתר סלומון ז"ל ואת בנו, אלעד מנחם סלומון ז"ל. כמו כן, דקר המחבל את אשתו של יוסף סלומון ז"ל, טובה סלומון, בגבה וגרם לפציעתה. המחבל חדל ממעשיו רק לאחר שנורה על ידי חייל המתגורר ליד בית משפחת סלומון, שהיה בחופשה.

3. היה זה אחד הפיגועים הקשים והאכזריים שידענו, גם בתקופה זו שהיא, לצערנו, רוויית פיגועים ומעשי רצח על ידי מי שהוגדרו כ"מפגע הבודד". המעשה הרצחני והנפשע גרם לשבר קשה בבית משפחת סלומון, שבר שממנו הם מתקשים להתאושש. חיים של בני משפחה תמימים וישרי דרך נגדעו על ידי מחבל שטוף שנאה, שהיה נחוש לרצוח יהודים באשר הם יהודים, כשהוא מונע על ידי אידיאולוגיה רצחנית וגזענית.

4. בעקבות הרצח המזעזע, חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, האלוף רוני נומה, על צו החרמה והריסה, בהתאם לתקנה 119 (1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: הצו). במסגרת הצו, הורה האלוף נומה על "החרמת והריסת המבנה המתואר להלן: הקומה הראשונה, במבנה בכפר כובר, בו התגורר המחבל עומר עבד אלגליל עבד אלג'באר אלעבד, ת.י. 404300071".

5. הצו נחתם ביום 8.8.2017, וביום 16.8.2017 נהרסה הקומה הראשונה בבית "באמצעות הריסה ידנית של המחיצות הפנימיות והקירות החיצוניים ללא פגיעה בעמודי התומך". הובהר על ידי המשיב, כי הקומה השנייה מצוייה בבנייה, והצו אינו חל עליה.

העתירה

6. העתירה הוגשה על ידי בני משפחת סלומון. העותרת 1 היא גב' טובה סלומון, אלמנתו של יוסף סלומון ז"ל; העותרת 2, גב' מיכל סלומון, היא אלמנתו של אלעד סלומון ז"ל; והעותרת 3, גב' רחל מנזלי, היא בתו של יוסף סלומון ז"ל ואחותם של אלעד וחיה סלומון ז"ל. במסגרת העתירה התבקש בית המשפט ליתן צו על תנאי

המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יהרס כליל ביתו של המחבל, ומדוע לא תוחרם קרקע המבנה "לכל גובהה" לטובת המשיב.

7. בגוף העתירה נטען, כי המשיב בחר "באופן תמוה" להורות למפקד הצבאי בגזרה להרוס רק את הקומה התחתונה "בפינצטה", מה שהותיר את הקומה העליונה "לשימוש המחבל ומשפחתו". עוד נטען, כי הותרת הקומה התחתונה "תחת גג" מאפשרת למחבל ולבני משפחתו להמשיך ולהתגורר בבית. לטענת העותרות, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנות) כוללת את החרמת הקרקע וכל המבנים שעליה לטובת המשיב, ומשכך רשאי המשיב "להחריב כל מבנה שעל השטח המוחרם". נטען, בהקשר זה, כי הריסה חלקית משדרת חולשה, והיא "פוגעת ושוחקת את ההרתעה", ומותרת למשפחת המחבל אחיזה קניינית בקרקע, דבר המונע את החרמתה, ועקב כך נפגעת האפקטיביות של צו ההריסה כ"צעד מרתיע".

8. העותרות הוסיפו וטענו, כי במקרים מסויימים לא אישר בית המשפט הָרָס של חלק מהבית, אך זאת מחשש לפגיעה באנשים "שאינם מסביבתו של המחבל או מסיבות דומות". ואולם, במקרה דנן אין הצדקה לעשות כן, לנוכח "עוצמת ואכזריות הטבח והצורך בהרתעה מוגברת"; בהינתן הרשעת בני משפחתו של המחבל באי מניעת פשע והסתה; ובשים לב לצורת המבנה שהוחרב. נטען, בהקשר זה, כי מדובר בפיגוע מהאכזריים ביותר שידעה מדינת ישראל, כאשר המחבל תכנן זמן רב לבצע את המעשה, והגיע ליישוב למטרה זו בלבד. אשר לבני המשפחה, נמסר בעתירה כי הורי המחבל ואחיו הורשעו באי מניעת פשע, מאחר שהם ידעו על כוונתו של המחבל, ולא יצרו קשר מידי עם רשויות הביטחון כדי לסכל את הפיגוע. בהתייחס לצורת המבנה, נטען כי הקומה העליונה נבנתה כחלק אורגני מהבית והיא מיועדת לשמש את המחבל ומשפחתו. לגישת העותרות, הימנעות מהריסת תוספת בנייה, שטרם אוכלסה סופית, תהווה "החלשה בכוח ההרתעה של המשיב ובכך עלולה לסכן חיים של אזרחים רבים".

תגובת המשיב

9. בתגובתו, הבהיר המשיב כי המבנה המדובר כלל שתי קומות, כאשר על פי הממצאים שבידו, רק הקומה הראשונה אוכלסה על ידי המחבל ובני משפחתו, בעוד שהקומה השניה, המצויה בהליכי בנייה, "יועדה ככל הנראה לשימוש של אחי המחבל". עוד נטען, כי ההחלטה על הריסה חלקית של המבנה התקבלה על פי הכללים בדבר הפעלת שיקול הדעת הנתון למשיב בהוצאת הצו. המשיב הוסיף וטען, כי על פי ההלכה הפסוקה, כאשר מתקבלת החלטה לנקוט בסמכות לפי תקנה 119, עליו לעשות כן

"בצורה סבירה ומידתית". בהינתן התכלית ההרתעתית של התקנה, הפעלת הסמכות אינה נעשית לצורכי ענישה אלא שהשימוש בסמכות נדרש "כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד – ולתכלית זו בלבד".

10. נטען בנוסף, כי בין יתר השיקולים שעל המשיב לשקול, יש ליתן את הדעת לקיומה של זיקת מגורים של המחבל למבנה או לחלקי המבנה, טרם שיוחלט על הוצאת צו הריסה. גם אם קיימת זיקת מגורים של המחבל למבנה, חלה חובה על המשיב "מטעמי מידתיות", לבחון את זיקתו של המחבל לחלקי המבנה, ככל שניתן ליצור אבחנה בין חלקיו השונים של המבנה (המשיב הפנה, בין היתר, לבג"צ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל (31.3.2016) (להלן: עניין מרעי); בג"צ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני); בג"צ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016) (להלן: עניין מחאמרה)).

נטען על ידי המשיב, כי במקרה דנן הממצאים מצביעים על קיומה של זיקה של המחבל לקומה הראשונה של מבנה המגורים בלבד, אשר שימשה אותו לכל צרכיו "וביחס אליה קיימת זיקת מגורים ברורה". הקומה השנייה, שהייתה בשלבי בנייה, לא שימשה את המחבל ויועדה עם השלמתה, ככל הנראה, לאחי המחבל. מסיבה זו, ומטעמי מידתיות, סבר המשיב כי לא ניתן להחיל את צו ההריסה על הקומה השנייה. עוד נטען, כי אין סימוכין, בממצאים שבידי המשיב, כי הקומה העליונה נועדה למגורי המחבל בעתיד, להבדיל משימושו של אחיו. לפיכך, ו"לצד השותפות הכנה בכאבן של העותרות", גורס המשיב כי הוא הפעיל את שיקול דעתו בנידון דידן בהתאם לכללים שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה, ולכן דין העתירה להידחות.

הדיון בעתירה והתפתחויות נוספות

11. בדיון בעתירה, טען עו"ד חיים בלייכר, ב"כ העותרות, כי עמדת הצבא היא כי יש להרוס את כל הבית "מבחינה ביטחונית", אך נאמר לו כי קיימת מניעה משפטית לכך. לגישת העותרות, כאשר קיים צורך בטחוני בהריסת כל המבנה, אין כל מניעה משפטית לפעול באופן זה. עו"ד בלייכר ציין, כי במסגרת עתירה זו הוא משמש לפה עבור נפגעי טרור רבים, שעה שגלי הטרור אינם נפסקים וגורמים למותם של חפים מפשע. במצב דברים זה, כאשר הטרור האסלאמי הולך ומתגבר, יש ליתן למערכת הביטחון כלים נוספים, מלבד ענישת המפגע. אחד מהכלים האלה הוא הריסת בתי מחבלים, ונטען בהקשר זה כי מחקרים מוכיחים שהדבר מועיל "לעצירת מפגעים". עוד נטען, כי כדי שפעולה הרתעתית תשיג את מטרתה, "היא צריכה להיות נקודתית

ומרתיעה". נטען בנוסף, כי יש ליצור משוואה בין עוצמת הפיגוע לבין היקף ההרס, ולכן במקרה דנן יש להרוס את כל הבית ולא רק את חלקו. בהתייחס למחבל עצמו, טען עו"ד בלייכר כי הוא לא הביע כל חרטה, והוא דאג לספר לכולם עד כמה הוא מאושר, ובכל דיון משפטי "הוא נראה מחייך ומסמך וי". לכך יש להוסיף את מעורבותם של בני המשפחה, אשר הורשעו באי מניעת פשע, וכולם כאחד נמנעו מלגנות את הטבח, ולא עשו דבר כדי למנוע אותו. במהלך טיעונו, מסר עו"ד בלייכר כי אנשי צבא אמרו לו "כי הם ישמרו כי איש לא ישפץ את הבית או יגע בו".

12. לנוכח הדברים הללו שאלנו את עו"ד רועי שויקה, ב"כ המשיב, האם מוסכם על המשיב כי לא יותר לבני משפחת המחבל להשלים את בניית הקומה השנייה. בתשובה, אמר עו"ד שויקה כי הוא לא יוכל "להתייחס לדברים תיאורטיים", שכן כרגע מדובר בעניין תיאורטי גרידא. לגופו של עניין, טען עו"ד שויקה כי השאלה המרכזית בענייננו נוגעת לזיקת המגורים של המחבל ולא של בני משפחתו. הפעלת סמכות ההריסה אינה בגדר צעד ענישתי, ומשהוברר כי אין למחבל זיקת מגורים לקומה השנייה, אין לעשות שימוש בסמכות. עוד נטען, כי מדובר בעניין של יום ביומו שאין הורסים את כל המבנה, כאשר ההריסה מתבצעת "באופן עקבי" רק כלפי מי שהיה מעורב בפיגוע.

13. בתום הדיון שמענו את דבריה המרגשים של גב' מיכל סלומון אשר אמרה לנו, תוך כדי ככי, את הדברים הבאים: "מבלי להיכנס להיבט המשפטי, תסתכלו עלי אני אלמנה עם 5 ילדים ואני מבקשת כי תמנעו את הרצח הבא ואת המשפחה הבאה שתהיה במצב שלנו".

14. ביום 4.2.2018, ובעקבות הדברים שנאמרו במהלך הדיון בעתירה, ניתנה על ידינו החלטה בזו הלשון:

"ב"כ המשיב ישלים בתוך שבוע ימים את תגובתו בכתב, בהתייחס לשאלה האם ניתן יהיה – עובדתית ומשפטית – להשלים את בניית הקומה השנייה לאחר שנהרסו קירות הקומה הראשונה של המבנה מכוח תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945".

15. בהודעה מטעם המשיב, מיום 19.2.2018, נאמר כי משהחליט המשיב להסתפק בהחרמה ובהריסה של הקומה הראשונה בלבד, "אין כל מניעה, עובדתית ומשפטית, להשלים את בנייתה של קומה זו [הקומה השנייה – א.ש.] ולעשות בה שימוש". עוד הובהר, כי ביום 18.10.2017, פנו בני משפחת המחבל, שלא צורפו להליך שלפנינו, אל

יועמ"ש איו"ש והודיעו כי בכוונתם לפנות את הריסות הקומה הראשונה, על מנת לאפשר גישה לגרם המדרגות המוביל לקומה השנייה, כדי להשלים את בניית הקומה ולעשות בה שימוש. בני המשפחה הבהירו, כי אין בכוונתם "לעשות שימוש כלשהו בשטח הקומה הראשונה שלגביה חל צו ההחרמה, למעט הגישה למדרגות ומהן לקומה השנייה".

16. העותרות ביקשו להגיב על הודעת המשיב, ומשאישרנו את הבקשה, הם טענו כי המידע שנמסר בהודעת המשיב לא הובא בפני בית המשפט במהלך הדיון, וכעת ברור כי הבית כולו "מהווה יחידה אחת המשמשת את המשפחה הגרעינית", ולא רק את האח חאלד. מאחר שבכוונת משפחת המחבל להשלים את בניית הקומה השנייה, הרי שלגישת העותרות לא חלה במקרה דנן "הלכת ניתוק זיקה", וזאת מהטעמים הבאים:

א. הקומה השנייה הייתה באמצעותו של תהליך בנייה, "כתוספת מגורים" לבית, ולא שמשה כל גורם אחר מלבד המשפחה, ועל כן לא ניתן לקבוע כי מדובר ב"ניתוק זיקה בעקבות טענה עתידית שלא באה לעולם".

ב. הלכת ניתוק הזיקה מתייחסת למי שאינו נמנה על המשפחה האורגנית, כאשר אין חולק כי אחי המחבל חאלד חי בבית המגורים האורגני עם משפחת המחבל.

ג. המדובר בתוספת חדרים לבית האורגני הקיים, ואין בפנינו "כל הכנה למטבת, שירותים או אינסטלציה", ולכן אין מדובר ביחידה נפרדת העומדת בפני עצמה.

ד. צורכי ההרתעה נדרשים לא רק כלפי המחבל אלא גם כלפי בני משפחתו, החיים ביחד עמו, כך שהמחבל ימנע מביצוע פיגוע "כדי לא לפגוע במשפחתו".

ה. לאור הודעת המשפחה על כוונתה לסיים את בניית הקומה העליונה ולעבור לגור שם, הרי שלמעשה ההרס, כפי שבוצע, "אין בו כל תועלת להרתעה אלא נזק בלבד". זאת שכן, המשפחה תחזור לגור בבית חדש ומרווח תוך שימוש בגרם מדרגות, אשר נכלל בצו ההריסה.

דיון והכרעה

17. בפתח דברינו, נבקש לחזור ולהביע את צערנו העמוק ואת תחושת הזעזוע המלווה אותנו לנוכח הרצח המתועב והאכזרי שביצע בן עוולה במנוחים: יוסף, חיה,

ואלעד ז"ל לבית סלומון. עם זאת, שומה עלינו, עם כל הקושי שבדבר, להתנתק מהרגשות והתחושות הקשות הפוקדות אותנו, ולהכריע בעתירה על יסוד הכללים וההלכות המשפטיות שנקבעו בנושא צווי החרמה והריסה, המוצאים מכוח תקנה 119 לתקנות.

18. כפי שצינתי בבג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (14.06.2016) (להלן: עניין חמאד):

"היקף סמכותו של המשיב במסגרת תקנה 119 הוא רחב, והשימוש בסמכות לפי תקנה זו עשוי להוביל, מטבע הדברים, לתוצאות קשות ביותר. אשר על כן, הובהר בפסיקתו של בית משפט זה, כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זהיר ומצומצם בסמכות זו, ולקבל את החלטותיו בסבירות ובמידתיות. ראשית לכול, נקבע כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119, רק כאשר יש באמצעי זה בכדי לשרת את התכלית ההרתעתית, אשר עומדת ביסוד הפעלת הסמכות. כלומר, המפקד הצבאי אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו לשם ענישתם של המפגעים ובני משפחותיהם... על המפקד הצבאי לוודא כי פעולת ההריסה (או האיטום) מבוצעת למען תכלית ראויה, וכי מדובר בפעולה סבירה ומידתית, על פי מבחני המידתיות המוכרים לנו" (שם, פסקה 21, וראו גם, בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.08.2014); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (01.07.2014); בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.02.2012).

19. עוד נקבע, כי על המפקד הצבאי לשקול, בכואו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, בין היתר, את השיקולים הבאים: חומרת המעשים המיוחסים למפגע; עוצמת הראיות הקיימות נגדו; האם מדובר במקום מגוריו של המפגע, וככל שעסקינן ביחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה, יש לבחון את השאלה, האם ניתן להרוס את היחידה הנפרדת מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים (עניין חמאד, בפסקה 22, וראו גם, בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (07.07.2016); בג"ץ 1633/16 פלונית נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (22.05.2016)).

20. הלכה היא, כי לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, אין צורך להוכיח כי המחבל היה בעליו של הנכס שבו הוא התגורר, אלא שיש להראות כי קיימת זיקת מגורים בינו לבין המבנה מושא צו ההריסה. כפי שצינתי בעניין מחאמדה:

”בחינת השאלה, האם מתקיימת זיקת מגורים בין המפגע לבין מבנה מסוים, היא תלויה הקשר, ומבוססת על הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה לגופו. על המפקד הצבאי לבחון, בין היתר, את עוצמת הזיקה של האדם לבית, ועד כמה הוא נהג לשהות בו, ובאיזו תדירות; האם למפגע היה מקום מגורים אחר, מלבד הבית המיועד להריסה; וככל שהמחבל לא שהה דרך קבע בבית, על המפקד הצבאי להידרש לשאלה האם היעדרותו של המפגע מאותו בית הייתה זמנית, אם לאו...” (שם, בפסקה 38, וראו, גם עניין חמאד, בפסקה 45; עניין מרעי; ועניין פלוני).

יצוין, כי בעניין מחאמדה, שבו דובר במחבלים אשר ביצעו את הפיגוע במתחם “שרונה” בתל אביב, שבמסגרתו נרצחו ארבעה ישראלים, הוחלט, בעניינו של אחד המחבלים, להרוס את הקומה השלישית בלבד בבניין השייך למשפחתו, לאחר שנקבע כי “ניתן לבודד את יחידת המגורים שבה התגורר המחבל, מיתר הדירות בבניין”. ועוד נאמר בעניין מחאמדה, כי “יש להקפיד על עקרונות הסבירות והמידתיות גם כאשר מדובר בפיגוע חמור ורצחני, כמו הפיגוע שבוצע במתחם ‘שרונה’”.

21. ובחזרה לענייננו. המחבל הרוצח התגורר בבית המשפחה, כאשר באותה עת הקומה הראשונה בלבד הייתה ראויה למגורים, ולמרות שאין מדובר ביחידת דיור השייכת לו בלבד, ניתן לקבוע כי קיימת זיקת מגורים בינו לבין אותה קומה. שונים הם פני הדברים לגבי הקומה השנייה, שהייתה בתהליכי בנייה מבלי שאיש התגורר בה. בהינתן העובדה כי הקומה השנייה לא הייתה מאויישת ובנייתה טרם הושלמה, אין ניתן לומר כי קיימת זיקת מגורים בין המחבל לבין אותה קומה, מה גם שנטען כי קומה זו יועדה למגורי האח חאלד, ובני משפחתו. לטעמי, אין בעובדה כי, לאחר שנהרסה הקומה הראשונה, מתעתדים בני המשפחה לסיים את בניית הקומה השנייה ולהתגורר בה, כדי להוביל למסקנה אחרת. זאת שכן, החלטה זו באה על רקע הריסת הקומה הראשונה, ואך טבעי הוא כי משפחת המחבל תבקש לנצל את הקומה השנייה לצורכי מגורים, ובעובדה זו אין כדי ליצור זיקת מגורים בין המחבל לאותה קומה.

עוד יש לציין, כי ההחלטה על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות נתונה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, אשר עליו לפעול בסבירות ובמידתיות, בעת קבלת החלטתו. המפקד הצבאי סבר כי יש לבודד את הקומה השנייה ושלא להחיל עליה, בנסיבות שהתבררו בפניו, את צו ההריסה, ואין לומר כי הוא חרג ממתחם הסבירות הנתון לו, ובוודאי שאין מדובר בחוסר סבירות קיצוני, המוביל לבטלות ההחלטה.



22. סוף דבר, נראה כי אין מנוס מדחיית העתירה, ללא צו להוצאות.

## ש ו פ ט

### השופט י' אלרון:

1. אני מצטרף לחוות דעתו המלומדת של חברי, השופט א' שהם, ומבקש להוסיף דברים בענין תכליתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה) והסייגים הראויים להפעלתה בנסיבות הענין שלפנינו.

2. התכלית העומדת ביסוד תקנה 119 היא תכלית הרתעתית, להבדיל מתכלית עונשית (בג"ץ 8786 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 20 ו-28 לחוות דעתי (26.11.2017)). משמע, השימוש בתקנה נעשה לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים ובני משפחותיהם, ואין הוא נועד להעניש את המחבל או את בני משפחתו. להבדיל ממתן צו הריסה מכוח תקנה 119, התכלית העונשית מושגת באמצעות גזירת עונשו של המחבל, כהליך הפלילי המתקיים נגדו, ובמקרה שבני משפחתו נמצאו אשמים בעבירה של אי מניעת פשע, בהשתתפות עונש ראוי גם עליהם, כפי שאכן אירע במקרה שלפנינו.

3. ההלכה הפסוקה קבעה כי לנוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות יסוד, הנגרמת כתוצאה מהפעלת התקנה, יש לעשות בה שימוש מידתי וסביר. כן קבעה ההלכה הפסוקה אמות מידה להפעלתו המידתית של צו הריסה המוצא לפי תקנה 119, ובין היתר, נקבע כי על המפקד הצבאי מוטלת החובה לבחון האם ניתן להפעיל את הצו רק ביחס לחלק הבית בו התגורר המפגע (בג"ץ 5290/14 סעדי עאל עפו קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר (11.8.2014)).

4. במקרה שלפנינו, הוצא צו הריסה רק ביחס לקומה הראשונה של הבית, שבה התגורר המחבל. בתגובתו לעתירה ובטיעונו בעל פה לפנינו, הדגיש בא כוח המשיבים, כי לא היתה למחבל זיקת מגורים לקומה השניה, הנמצאת בשלבי בניה; חלק זה של הבית לא היה בבעלותו של המחבל והוא לא עשה או התעתד לעשות בו שימוש. משכך, בדין נהג המפקד הצבאי כאשר הורה על הריסת הקומה הראשונה בלבד, תוך הותרת הקומה השניה על מכונה.

אף אני סבור, כחברי השופט א' שחם, כי אין בקיומה של כוונה מצד בני משפחתו של המפגע לסיים את בנייתה של הקומה השניה ולהתגורר בה כדי לשנות ממסקנה זו. משלא הוכחה זיקת מגורים של המפגע עצמו לקומה השניה, לא היה בסמכותו של המשיב, מכוח תקנה 119, להורות על הריסתה כמו גם על הימנעות מבנייתה בעתיד.

5. ער אני לכאבם הקשה מנשוא של העותרות ובני משפחותיהן, עם הירצחם של יקיריהם, על לא עוול בכפם, במהלך סעודת ערב שבת בה חגגו שמחה משפחתית. ואולם, על אף אכזריותם של מעשי הרצח, שיקולי גמול אינם יכולים להנחות את המפקד הצבאי, בהפעילו את סמכותו לפי תקנה 119. השימוש בתקנה זו צריך להיעשות בהתאם לאיזון הנדרש בין השגת התכלית ההרתעתית העומדת ביסודה, לבין הפגיעה החמורה בקניין הנגרמת כתוצאה מהשימוש בה.

בנסיבות הענין, ובפרט בשל זיקת המגורים למבנה אשר ביחס אליו הוצא הצו, אני סבור כי איזון זה נשמר בפעולתו של המפקד הצבאי, ומשכך, לא נמצאה עילה שבדין לקבלת העתירה.

## ש ו פ ט

### השופט נ' טולברג:

1. אני מסכים. כפי שציינו חברי, הריסת ביתו של מחבל נועדה לתכלית הרתעתית ולא לתכלית עונשית. ראוי לזכור ולהזכיר: על הפיגוע הנתעב – מעשי-הרצח שביצע המחבל – מוצה עמו הדין ונגזרו עליו מאסרי עולם, כראוי לו, להיות פלוא מאחורי סורג ובריה לדראון עולם; גם בני משפחתו הועמדו לדין, באופן חריג, הורשעו בעבירת אי-מניעת פשע, ונענשו כפי חלקם. זהו גמול עונשי הולם, ואף הוא – למען יראו ויירא. להבדיל מן ההליך הפלילי, הריסת ביתו של המחבל אינה מיועדת כלל למטרת ענישה; היא נועדה להרתיע, ואין בהיקף ההריסה כפי שקבע המפקד הצבאי, כדי לגרוע שהוא זה מחומרת מעשי המחבל.

2. העותרים מבקשים כי נתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, ביחס להיקף ההריסה שנקבע על-ידו. כדעת חברי, אף אני סבור שאין עילה משפטית לעשות כן.

חוות דעת מקצועיות הונחו לפני בית משפט זה, תוכנן שכנע, והניח את הדעת על כך שהריסת בתי מחבלים אכן מועילה להרתעת מפגעים פוטנציאליים. אף אם התועלת מוגבלת מבחינת הזמן והמקום, די בכך שבזכות ההריסה מצילים אנו נפש אחת על מנת שהדבר יהיה כדאי (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 1 לחוות דעתי (12.11.2015)). אילו ניתן היה להוכיח שהפער שבין הריסת הקומה הראשונה להריסת המבנה כולו משפיע באופן דרמטי על היקף ההרתעה כפועל יוצא מן ההריסה – היה מקום לבחון אם פער זה מצדיק התערבות בהחלטת המפקד הצבאי. ברם, ברי כי לא כך הם פני הדברים. אין בידינו לדעת מה בין היקף הריסה כזה או אחר לעניין הרתעתם של מפגעים פוטנציאליים. ממילא, אין עילה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ו' בניסן התשע"ח (22.3.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט