



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2770/22

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים: 1. אחמד חמארשה
2. אמל חמארשה
3. אימאן חמארשה
4. יזן חמארשה
5. פלוני
6. איימן חמארשה
7. כמאל חמארשה
8. יוסף חמארשה
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"א באייר התשפ"ב (12.05.2022)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה

בשם המשיבים: עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

1. בערב יום שלישי, 29.3.2022, יצא דיא אחמד חסן חמארשה (להלן: המחבל) מהכפר יעבד למסע הרג על רקע לאומני ברחובות העיר בני ברק. המחבל, חמוש ברובה, פתח באש ורצח שני עוברי אורח; המשיך בירי לעבר רכב ורצח את היושב בתוכו; לאחר מכן רצח אדם נוסף שהלך ברחוב; ולבסוף, משנתקל בשני שוטרים שהגיעו לקראתו, ירה

באחד מהם והרגו, ורק השוטר השני שירה בו למוות הביא לסוף מסע הקטל של המחבל. פיגוע הטרור האכזרי הזה גבה את חייהם של יעקב ישראל שלום ז"ל, הרב אבישי יחזקאל ז"ל, ויקטור סורוקופוט ז"ל ודימיטרי מיטריק ז"ל ושל רס"ם אמיר חורי ז"ל.

בעקבות הפיגוע הוציא המשיב 1 (להלן: המפקד הצבאי) ביום 17.4.2022 צו החרמה והריסה (להלן: צו ההריסה או הצו) מכוח תקנה 119 (להלן: תקנה 119 או התקנה) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ביחס למבנה רב קומות שבו התגורר המחבל יחד עם משפחתו (להלן: המבנה). על כך נסובה העתירה דנן.

רקע הדברים

2. המבנה מצוי בבעלות אבי המחבל (העותר 1) ושלושת דודיו של המחבל מצד אביו (העותרים 6-8) אשר קיבלוהו בירושה מאביהם המנוח. המבנה מורכב מחלק דרום-מערבי שבו מתגוררת משפחתו הגרעינית של המחבל (להלן: החלק המערבי); וחלק צפון-מזרחי שבו מתגוררים העותר 6 (להלן: אימאן) ומשפחתו (להלן: החלק המזרחי). בכל אחד מחלקי המבנה מצוי גרם מדרגות נפרד המחבר בין כלל הקומות באותו חלק של המבנה. צו ההריסה הוצא ביחס לחלק המערבי בלבד והחלק המזרחי אינו מיועד להריסה.

קומת הקרקע של המבנה משותפת לחלק המזרחי ולחלק המערבי, ומצויים בה מחסנים (להלן: קומת המחסנים). הכניסה לגרם המדרגות בחלק המערבי מצויה בקומת הקרקע, מחוץ למחסנים, ומחברת בין שלוש הקומות שמעל קומת המחסנים בחלק זה של המבנה (גרם מדרגות מקביל מצוי כאמור בחלק המזרחי). שתיים מן הקומות משמשות למגורים (להלן: הקומה השנייה והקומה השלישית). בקומה השנייה של החלק המערבי ישנים הוריו של המחבל (העותרים 1-2), אחיו ואחותו (העותרים 3 ו-5) וסבתו, והיא כוללת שני חדרי שינה, חדר אורחים, מטבח, שני חדרי שירותים ומקלחות. המחבל עצמו ישן עם אחיו, העותר 4 (להלן: יוון), בקומה השלישית של החלק המערבי, הכוללת חדר שינה, חדר נוסף שיש בו ציוד משרדי וכן מטבח ושירותים שאינם מחוברים לתשתיות ואינם שמישים. הקומה העליונה (להלן: קומת הגג) כוללת חדרון לייבוש טבק וכעולה מתחקור בני המשפחה, גם תנור להכנת פיתות, המשמש את בני משפחת המחבל.

3. ביום 10.4.2022 הודיע המפקד הצבאי לבאת כוח העותרים על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בעקבות הפיגוע "הואיל שיש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור ולסייע בשמירה על ביטחון האזור". להודעה צורפה

חוות דעת הנדסית באשר לאופן הריסת המבנה, בה צוינה שיטת ההריסה המתוכננת והובהר כי יינקטו צעדים שנועדו להבטיח כי הסבירות לנזקים ליתרת המבנה ולמבנים סמוכים תהיה נמוכה. כן צוין בהודעה כי העותרים רשאים להשיג על ההחלטה להריסת המבנה עד ליום 13.4.2022 בשעה 10:00. לאחר שלבקשת העותרים ניתנה ארכה להגשת ההשגה, היא הוגשה ביום 14.4.2022. בהשגה הועלו טענות שונות שמועלות גם במסגרת העתירה והן יידונו להלן.

4. ביום 17.4.2022 דחה המפקד הצבאי את השגת העותרים במכתב מפורט שאליו צורפו סיכומי תחקורים של אבי המחבל ושל אימאן, דודו של המחבל; וכן חלק מזיכרון דברים מחקירתו של יזן, אחיו של המחבל. למכתב זה צורף גם צו ההריסה, וצוין כי הוא לא ימומש עד ליום 20.4.2022 בשעה 20:30. לבקשת באת כוח העותרים ניתנה לה ארכה לצורך הגשת העתירה בשל חודש הרמדאן ובשל נסיבות אישיות חריגות, והעתירה הוגשה לבסוף ביום 25.4.2022. באותו היום ניתנה החלטת השופט ע' גרוסקופף שלפיה העתירה תידון בפני הרכב בהקדם האפשרי וכי צו ההריסה לא יבוצע עד להכרעה בעתירה.

תמצית טענות הצדדים

5. העותרים מעלים טענות עקרוניות ביחס לתקנה 119 ולצדן טענות פרטניות נגד צו ההריסה. במישור העקרוני טוענים העותרים כי השימוש בתקנה 119 הוא בגדר ענישה קולקטיבית פסולה המנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ולדין הישראלי. עוד טוענים העותרים כי אף אם השימוש בתקנה אכן מיועד להרתעה ולא לענישה, מדובר במדיניות פסולה הפוגעת בחפים מפשע ומשתמשת בהם כאמצעי לצורך הרתעת הרבים.

לטענת העותרים, בית משפט זה מעולם לא בחן את מידתיות המדיניות השיטתית המופעלת מכוח תקנה 119, אלא הסתפק בבחינה פרטנית של שיקול הדעת בכל מקרה ומקרה, וזאת חרף עמדות שעלו מפסיקת בית משפט זה, הקוראות לקיים דיון בהרכב מורחב באשר לשימוש בתקנה 119. בהקשר זה נטען כי לא מתקיים קשר רציונלי בין הריסת הבתים ובין התכלית של הרתעה מפני פיגועים, כך שלמעשה הריסת בתים עשויה להשיג את התוצאה ההפוכה ולהגביר את העוינות והשנאה, והדבר נלמד גם מכך שהמחבל התגורר באזור שבו נהרסו בתים בשל פיגועים קודמים. לטענת העותרים, בית משפט זה שב והדגיש כי על רשויות הביטחון לבחון מעת לעת אם השימוש בתקנה 119 עודנו מרתיע מפני ביצוע פיגועים, אך בפועל הדבר לא נעשה.

6. במישור הפרטני טוענים העותרים כי החלטת המפקד הצבאי נמסרה להם באופן מזויר, ומבלי שניתן להם פרק זמן מספק להיערך להגשת ההשגה והעתירה דנן, וכי יש בכך משום פגיעה בזכות הטעון שלהם ובזכותם להליך הוגן. בנוסף, לטענת העותרים, יש להתערב בהחלטת המפקד הצבאי להורות על הריסת החלק המערבי כולו מאחר שהמחבל התגורר רק בקומה השלישית יחד עם אחיו, ואין לו זיקת מגורים לקומות האחרות בחלק זה, ואף אם קיימת זיקה כזו היא "חלשה ביותר". כן נטען כי בקומה השלישית קיים חדר נפרד המשמש את העותר 7, דודו של המחבל (להלן: כמאל), כמשרד.

העותרים מוסיפים וטוענים כי יש ליתן משקל מרכזי לכך שכלל דיירי המבנה לא היו מעורבים בפיוע ולא היו מודעים למעשיו של המחבל, ועל כן הריסת המבנה פוגעת פגיעה קיצונית בחפים מפשע. העותרים מציינים כי בניגוד לאמור במכתב שבו נדחתה ההשגה, אביו של המחבל אף לא תמך במעשיו של המחבל בדיעבד. עוד נטען כי במבנה מתגורר קטין (העותר 5) וכי יש להימנע מהריסת הבית לנוכח חשיבותו של עקרון טובת הילד בשיטתנו המשפטית.

7. העותרים מוסיפים ומעלים טענות נגד האופן שבו מתוכננת ההריסה להתבצע, כפי שנלמד מחוות הדעת ההנדסית שצורפה להחלטת המפקד הצבאי. נטען כי חוות הדעת אינה מפרטת את הנזקים הצפויים מאופן ההריסה והמהנדס מטעם המשיבים לא שלל את האפשרות כי ייגרמו נזקים קונסטרוקטיביים לחלק המזרחי של המבנה ולמבנים נוספים בסביבה. עוד נטען כי מנתונים שהצטברו בידי העותר 9 מאז שנת 2014, ב-9 מתוך 14 מקרים שבהם נעשה שימוש בשיטה של "חבלה חמה" להריסת חלק ממבנה (שצוינה בחוות הדעת ההנדסית כאחת משיטות ההריסה הרלוונטיות לענייננו), נגרם נזק משמעותי לדירות הסובבות את החלק שמיועד להריסה, וחלקן הפכו בלתי ראויות למגורים. העותרים אף הגישו חוות דעת הנדסית מטעמם לפיה הריסת החלק המערבי תפגע בהכרח גם בחלק המזרחי, וזאת בין היתר משום שהרצפות והתקרות של שני חלקי המבנה יצוקות יחד.

8. המשיבים טוענים מנגד כי דין העתירות להידחות בהעדר עילה להתערבות. לטענתם, הטענות העקרוניות שמעלים העותרים אינן חדשות והן נדונו ונדחו בפסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית משפט זה, וזאת בשים לב להערכה המקצועית של גורמי הביטחון כי השימוש בתקנה 119 יש בו כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים. המשיבים טוענים כי גם הטענה בדבר היעדרה של אפקטיביות ההרתעה נטענה שוב ושוב – ונדחתה.

9. באשר לטענה כי למחבל זיקת מגורים לקומה השלישית בלבד, מפנים המשיבים לתחקורי בני משפחת המחבל מהם עולה כי למחבל זיקת מגורים לכל המבנה על ארבע קומותיו. כך, בנוגע לקומת המחסנים טוענים המשיבים כי מדובר בחלק בלתי נפרד מבית המחבל אשר "עשה שימוש במחסנים יחד עם אביו ואחיו לצורך אחסון הסחורה הנמכרת בעסקיהם – חנויות טלפונים ומוצרי טבק". עוד נטען כי המחבל עשה שימוש בחדר האורחים בקומה השנייה, סעד בה את ארוחותיו עם יתר בני המשפחה ועשה שימוש במטבח ובשירותים הנמצאים בקומה זו. המשיבים מציינים כי בקומה השלישית אין תשתיות המאפשרות לראות בה יחידה נפרדת, שכן היא אינה כוללת מטבח ושירותים תקינים. המשיבים מוסיפים שקיומו של גרם מדרגות פנימי בתוך המבנה לצורך מעבר בין הקומות מלמד כי יש לסווגן כיחידת מגורים אחת. עוד טוענים המשיבים כי החדר לייבוש טבק וכן התנור להכנת פיתות בקומת הגג משמשים את כל בני המשפחה.

10. המשיבים מדגישים כי היעדר ראיה בדבר מודעות או מעורבות בני המשפחה אינה מונעת כשלעצמה את השימוש בתקנה 119, אף שמדובר בשיקול שאותו על המפקד הצבאי לשקול בבואו להפעיל את סמכותו. מכל מקום, כך מציינים המשיבים, על פי ההלכה הפסוקה ניתן ללמוד על תמיכת המשפחה במחבל אף מהתנהלותה לאחר הפיגוע. בענייננו, צירפו המשיבים התבטאויות של אבי המחבל לאחר הפיגוע, שבהן הוא משבח את בנו ואת הפיגוע הרצחני שביצע. המשיבים טוענים כי לצד זאת נשקלו שיקולים נוספים שהובילו להחלטה בדבר הוצאת צו ההריסה, ובהם העובדה כי מדובר בפיגוע מתוכנן, אכזרי וחריג בחומרתו, שבוצע ממניעים אידיאולוגיים-לאומניים.

11. באשר לאופן ביצוע ההריסה, טוענים המשיבים כי חוות הדעת ההנדסית שצירפו העותרים להשגה נבחנה על-ידי המפקד הצבאי ובהתייעצות עם הגורמים ההנדסיים המקצועיים, הוא הגיע למסקנה כי אופן ביצוע ההריסה לא צפוי להוביל לנזק הנטען על ידי העותרים. המשיבים טוענים כי חוות הדעת ההנדסית שעליה הם מסתמכים נערכה בידי מהנדס מוסמך ומנוסה, וכי ההחלטה בעניין התקבלה רק לאחר בחינה פרטנית שבוצעה על ידו. המשיבים מדגישים כי ננקטות מירב הפעולות הנדרשות בשלב התכנון ההנדסי והביצוע, כולל בקרה בשטח על-ידי המהנדס, על מנת שהחבלה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים והסבירות לנזק בלתי מתוכנן תהיה נמוכה.

12. הדיון בעתירה ביום 12.5.2022 התקיים, בהסכמת ב"כ המשיבים, כאילו ניתן צו-על-תנאי. במהלך הדיון שמענו במעמד צד אחד את גורמי הביטחון, אשר הציגו בפנינו חוות דעת כתובה ועדכנית באשר להשפעה ההרתעתית של הריסת בתי מחבלים.

כמו כן שמענו במעמד צד אחד את המהנדס מטעם המשיבים אשר תיאר בפנינו את האמצעים שננקטים כדי למנוע נזק בלתי מתוכנן במהלך הריסת המבנה, וציין כי מנסיונו רב השנים בפעילות מסוג זה, לא מוכרים לו מקרים קודמים שבהם נזק משמעותי למבנים סמוכים, כמתואר על ידי העותרים. בדיון נשמעו גם דבריהם של אחותו וגיסו של הרב אבישי יחזקאל ז"ל, אשר הביעו את כאבם על מותו, ושיתפו בפגיעה החמורה במשפחתו ובתלמידיו שאיבדו את רבם המסור. כמו כן, ובהתאם להחלטה מיום 11.5.2022, תויק בתיקי השופטים מכתב מטעם בני משפחת יעקב ישראל שלום ז"ל, שבו תואר הכאב הרב שחווים משפחתו ומוקיריו מאז הירצחו.

דיון והכרעה

13. לאחר בחינת טענות הצדדים בכתב ובעל פה, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה ברובה, למעט, כפי שאפרט להלן, באשר להריסת קומת המחסנים.

המישור העקרוני

14. העותרים שבים ומעוררים טענות עקרוניות, הנשענות על המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי, וזאת לצורך ביסוס עמדתם השוללת את סמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119. טענות אלה נדונו ונדחו על ידי בית משפט זה לא אחת, ונקבע כי נקודת המוצא היא שהשימוש בתקנה נעשה בסמכות, וכי יש למקד את הביקורת השיפוטית בשיקול הדעת המופעל במקרים קונקרטיים (ראו: בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (3.8.2016); בג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 9 לחוות דעתו (3.4.2016) (להלן: עניין אטרש); ראו גם, מיני רבים: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 25-26 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פסקה 44 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)). באחרונה שב בית משפט זה והבהיר כי חרף התוצאות הקשות הנובעות מהפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 119, ההלכה שנפסקה בהקשר זה לא שונתה ועומדת בתוקפה (ראו: דנג"ץ 1561/20 חמדאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 5 (1.3.2020); בג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט י' עמית (3.2.2021) (להלן: עניין רבהא); בג"ץ 564/22 ג'אראדת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט ד' מינץ (4.2.2022) (להלן: עניין

ג'אראדת הראשון)). לצד זאת, נפסק כי בשים לב לתוצאות הקשות הנובעות מהשימוש תקנה 119, ראוי כי הגורם המוסמך יעשה בה שימוש זהיר ומצומצם ויודא כי פעולות הריסה או איטום יבוצעו למען תכלית ראויה, תוך עמידה במבחני המידתיות (ראו: עניין חמאד, בפסקה 23 לחוות דעתה של הנשיאה נאור; בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 30 לחוות דעתו של השופט א' שהם (24.7.2016) (להלן: עניין מחאמרה); עניין אטרש, בפסקה 9 לחוות דעתי).

15. בפסיקה הובהר כי תכלית התקנה היא הרתעתית, ולא עונשית. זאת, בהתבסס על ההנחה כי "מחבל פוטנציאלי היודע כי מימוש תכניתו הרצחנית עלול להוביל לפגיעה בבני משפחתו – עשוי להירתע, בשל כך, מלבצע את הפיגוע שתכנן" (עניין מחאמרה, בפסקה 30 לחוות דעתו של השופט שהם; ראו גם: עניין רבהא, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט עמית). השימוש בתקנה לא נועד, אפוא, להעניש בני משפחה חפים מפשע, והפגיעה בהם היא תוצאת לוואי – קשה ומורכבת – של השימוש בכלי שנועד להרתיע מחבלים פוטנציאליים ולהציל חיי אדם (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997)).

16. העותרים טוענים כי בפועל לא מתקיים קשר רציונלי בין השימוש בתקנה 119 ובין הרתעת מחבלים פוטנציאליים וכי הריסת הבתים מובילה לתוצאות הפוכות מהמצופה. בהקשר זה יש להזכיר את הדברים שעליהם עמד השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין המוקד:

"השימוש בכלי שהשלכותיו על קניינו של אדם גדולות, מצדיק עיון מתמיד בשאלה אם אכן הוא נושא פירות; [...] 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" (שם, בפסקה כ"ז).

בהתאם לכך, בדיון בעתירה דנן הציגו גורמי הביטחון במעמד צד אחד חוות דעת חסויה הכוללת נתונים מודיעיניים עדכניים בדבר ההשפעה ההרתעתית של השימוש בתקנה 119. מנתונים אלה עולה באופן ברור ומובהק כי השימוש בתקנה 119 הוא בעל אפקט הרתעתי משמעותי, ואילו האינדיקציות המצביעות על אפקט הפוך, שהוצגו אף הן, היו בודדות ובטלות בשישים. לפיכך, נחה דעתי כי השימוש בתקנה הוא אפקטיבי לעת הזו וכי גורמי הביטחון אכן חזרו ותיקפו את הנחת היסוד לפיה השימוש בתקנה

יוצר הרתעה. עם זאת, מן הראוי לשוב ולהדגיש כי "העובדה שנחה דעתנו במקרה זה מן האמור בחוות הדעת אינה פוטרת את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא, חזור וישנו" (בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (6.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה)).

המישור הפרטני

17. נוכח האמור לעיל, אמקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות למקרה הקונקרטי שלפנינו. בהקשר זה יודגש כי המפקד הצבאי אומנם מוסמך לעשות שימוש בתקנה לצרכי הרתעה כדי להילחם בטרור, אך זאת בכפוף לקיומה של זיקת מגורים של המחבל לבית שהוחלט להחרים ולהרוס; ולהפעלת שיקול הדעת באופן מידתי ביחס למכלול נסיבות העניין (ראו: בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקאות 8-9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (4.3.2019)).

18. בחינת קיומה של זיקת מגורים בין המחבל למבנה היא תלויה הקשר ומבוססת על הנסיבות הספציפיות של כל מקרה ומקרה (בג"ץ 745/22 ג'רדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 וההפניות שם (20.2.2022) (להלן: עניין ג'רדאת השני)). בענייננו, לא מצאתי פגם בקביעתו של המפקד הצבאי כי הוכחה זיקה כאמור ביחס לשלוש הקומות העליונות בחלק המערבי של המבנה – הקומה השנייה, הקומה השלישית וקומת הגג.

המחבל ישן עם אחיו בקומה השלישית, ומשכך אין מחלוקת כי ביחס לקומה זו הוכחה זיקת מגורים. טענת העותרים לפיה בקומה זו מצוי גם משרד המשמש את כמאל, נדחתה על ידי המשיבים בציינם כי על בסיס התחקורים שביצעו מדובר בחדר שלא נעשה בו שימוש בשגרה וכי כמאל היה מגיע אליו לעיתים רק לצורך שימוש במדפסת הממוקמת בו. ממצא זה מקובל עלי והוא אכן מבוסס על העולה בבירור מחקירת האח יזן. יתרה מכך, כבר נפסק כי העובדה שאחרים עושים שימוש במבנה שבו התגורר המחבל אינה מונעת מן המפקד הצבאי להפעיל את תקנה 119, כאשר הוא מוצא שיש בכך צורך (ראו והשוו: בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקאות 17-19 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר (30.3.2020) (להלן: עניין שבלי)). בהתאם, השימוש הספורדי שעשה כמאל באחד החדרים בקומה – אפילו הייתה מתקבלת הטענה שמדובר בשימוש כמשרד, אינו מצדיק התערבות בהחלטתו של המפקד הצבאי בהקשר זה.

העותרים טענו כי למחבל לא הייתה זיקה לקומה השנייה ולקומת הגג, ולמצער זיקה "חלשה". ואולם, מן התחקורים שצירפו המשיבים לתגובתם לעתירה עולה כי המחבל השתמש בתשתיות שבקומה השנייה באופן קבוע ונהג לסעוד בה עם יתר בני משפחתו. יתר על כן, מן התמונות שהציגו המשיבים בפנינו ובפני באת-כוח העותרים במעמד הדיון, התברר כי הקומה השלישית נעדרת תשתיות בסיסיות תקינות כגון שירותים ומטבח, ומשכך ברי כי לא ניתן לקבל את הטענה שהקומה השלישית מהווה "יחידת מגורים" עצמאית (זאת, להבדיל, למשל, מהנסיבות בעניין מחאמרה, בפסקה 40 לחוות דעתו של השופט שחם). הוא הדין בנוגע לקומת הגג, שכן מן התחקורים שצירפו המשיבים עולה כי על הגג קיים חדר לייבוש טבק וכן תנור לאפיית פיתות שבו עשו שימוש כל בני המשפחה.

המסקנה כי יש לראות בשלוש הקומות האלה מבנה אחד שהפרדתו לחלקים היא מלאכותית, מתחזקת נוכח העובדה כי שלוש הקומות מחוברות בגרם מדרגות אחד שנמצא בתוך המבנה ומשמש את בני המשפחה לצורך תנועה חופשית בין הקומות (השוו: עניין ג'אראדת השני, בפסקה 21). מכאן עולה כי שלוש הקומות הללו מהוות למעשה את בית המגורים שבו התגורר המחבל, וכי בני המשפחה, ובכללם המחבל, עשו שימוש בכל חלקי הבית וקומותיו. בכך הוכחה זיקת המגורים הנדרשת כדי להצדיק את הוצאת הצו כלפי קומות אלה.

19. שונים הם פני הדברים ביחס לקומת המחסנים. קומה זו נמצאת במפלס הרחוב, וגרם המדרגות המחבר בין שלוש הקומות העליונות אינו עובר במחסנים אלא מחוץ להם. לכך יש להוסיף את העובדה כי זיקת המחבל למחסנים שעליה הצביעו המשיבים, מתמקדת בכך שהוא "עשה שימוש במחסנים יחד עם אביו ואחיו לצורך אחסון הסחורה הנמכרת בעסקיהם – חנויות טלפונים ומוצרי טבק" (ההדגשה הוספה; פסקה 62 לתגובה המקדמית). כאמור לעיל, נפסק כי הזיקה הנדרשת לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא זיקת מגורים, אך בענייננו אף שהמשיבים הצביעו על שימוש פרטני שעשה המחבל במחסנים, שימוש זה אינו לצורכי מגורים אלא לצרכיו העסקיים.

אמנם, אין מניעה לקבוע כי מחסנים – אפילו כאלה שאינם צמודים פיזית לדירת מגורים אלא מצויים בקומה נפרדת – הם חלק מיחידת המגורים (ראו: עניין שבלי, בפסקה 19 לחוות דעתה של השופטת וילנר). כמו כן, ברי כי ייתכנו מצבים שבהם המחסנים ישמשו הן לצרכים עסקיים והן למגורים, באופן שעשוי להקים זיקת מגורים. אלא שבענייננו, כאמור, המשיבים פירטו בטענותיהם רק שימוש של המחבל שאינו נועד לצרכי מגורים. עובדה זו, המצטרפת לכך שקומת המחסנים נפרדת מבחינה פיזית מהבית,

מקשה לטעמי על קבלת עמדת המשיבים כי הוכחה זיקת מגורים של המחבל לקומת המחסנים. כמו כן, עולה מן התחקורים כי קומת המחסנים משותפת למשפחת דודו של המחבל המתגוררת בחלק המזרחי של הבניין, שהצו אינו מכוון כלפיו, והעותרים אף טוענים כי דוד אחר, העותר 8, שאינו מתגורר במבנה, עושה אף הוא שימוש במחסנים. כפי שצוין לעיל, העובדה שבני משפחה אחרים עושים שימוש בחלק המיועד להריסה אינה שוללת כשלעצמה את האפשרות להורות על הריסה בהתקיים התנאים הדרושים. עם זאת, יש בכך כדי להשפיע על דרישת המידתיות (ראו והשוו: עניין שבלי, בפסקאות 26-27). בשנים לב לאמור לעיל, ואף אם הייתי מניחה כי השימוש שעשה המחבל מקים זיקת מגורים כלשהי לקומת המחסנים, דומה כי הריסת הקומה אינה עומדת במבחני המידתיות בהתחשב בחולשת הזיקה הזו והעובדה כי מדובר בקומה המשמשת גם את חלקו המזרחי של המבנה וייתכן שאף משתמשים נוספים שאינם מתגוררים בו. בנסיבות אלה, אציע לחבריי כי נורה למפקד הצבאי להימנע מהריסת קומת המחסנים.

20. אוסיף ואציין כי לא מצאתי ממש בטענות הנוספות שהעלו העותרים והנוגעות לאופן הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי.

העותרים טענו כי בני משפחת המחבל לא היו מודעים לכוונתו לבצע פיגוע ולפיכך החלטתו של המפקד הצבאי אינה מידתית. ראשית, כפי שהובהר בפסיקה "ההלכה בענייננו הייתה ונותרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף" (דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו בכר, פסקה 8 (8.10.2020); ראו גם: עניין רבהא, בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט עמית; בג"ץ 751/20 חנאטשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (20.2.2020) (להלן: עניין חנאטשה); בג"ץ 5942/17 פלוני נ' המפקד הצבאי, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט עמית (3.8.2017); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט דנציגר ופסקה 4 לחוות דעתו של השופט סולברג (23.2.2017)). שנית, אף שבענייננו לא טענו המשיבים לקיומה של מודעות בני משפחת המחבל לפני הפיגוע, ניתן ללמוד על תמיכת המשפחה במעשה הטרור לנוכח התנהלותה לאחר מעשה (בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט עמית ופסקאות 4-5 לחוות דעתה של השופטת ע' ברוך (10.1.2019); עניין שבלי, בפסקה 23 לחוות דעתה של השופטת וילנר ובפסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ברוך). אכן, דברי השבח והתמיכה בפיגוע שהשמיע אביו של המחבל בדיעבד הם שיקול שאותו רשאי היה המפקד הצבאי לשקול בבואו לקבל החלטה באשר להריסת בית המחבל. וכך, על פי ההתבטאויות

המתורגמות שציטטו המשיבים בתגובתם המקדמית, כתב אבי המחבל בפוסט ב"פייסבוק":

"אני מודה מקרב הלב לכל משפחתי ביעבד אחד אחד בלי יוצא מן הכלל, ולעיריית יעבד ולכל הארגונים הפלסטינים ולכל מי שיצר עמי קשר ומנחם אותי, ועמד לצדי מתוך פלסטין ומחוצה לה ולכל אדם לא חופשי ולכל בעל כבוד וערכים שעמד לצדי. תודתי לכולם אני מודה לכם על עמידתכם לצדי לאחר המאורע הכביר שבו הפך לשהיד בני האהוב דיאא חמראשה עליו השלום, התהילה והנצח לשהידים שלנו הצדיקים" (ההדגשה שלי – א.ח.).

כמו כן, בסרטון שהופץ ברשת האינטרנט אמר אבי המחבל כי:

"בני נקם את נקמת כבודו של העם הפלסטיני, בני היה מכובד עד הרגע האחרון. הוא היה כמו אריה, לוחם, אמיץ, מכובד. מבחינה זו שאינו הורג ילדים או נשים כמו הצבא הציוני, שרצח את האישה בקור רוח לעיני העולם ובשיא החוצפה".

בהקשר זה יצוין כי בדיון שהתקיים בפנינו באת כוח העותרים טענה כי הביטוי "המאורע הכביר" בהקשר שבו נאמר בשפה הערבית אינו מעיד על תמיכה במעשי המחבל והוסיפה כי מדובר באב שאיבד את בנו. מוטב היה לטעון זה אלמלא הועלה שכן עיון בדברי האב אינו מותיר מקום לספק כי מדובר בדברי שבח והלל למעשה הטבח של הבן שבו נרצחו באכזריות חמישה אנשים חפים מפשע.

21. העובדה כי במבנה מתגורר קטין אף היא אין בה כדי להטות את הכף ולהצדיק התערבות בהחלטת המפקד הצבאי. בעבר נפסק כי אף אם במבנה מתגוררים קטינים, אין די בנתון זה כשלעצמו כדי לפגום בהחלטת המפקד הצבאי על הריסת בית, מקום שבו יש הצדקה לכך במכלול נסיבות העניין (ראו: עניין דויקאט, בפסקה 43 לחוות דעתו של השופט סולברג; עניין ג'אדאד הראשון, בפסקה 20 לחוות דעתו של השופט מין; בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ז' (7.7.2016)). בהקשר זה יש להדגיש כי אחד השיקולים המרכזיים שעל המפקד הצבאי לשקול הוא חומרת המעשה אשר "ממנו נגזרת מידת ההרתעה הדרושה" (עניין המוקד, בפסקה י"ח לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). מסע ההרג שאליו יצא המחבל ואשר הסתיים ברציחתם של חמישה אנשים, הוא חריג בחומרתו גם במציאות הביטחונית הקשה שאנו חווים בימים אלה. לאחר שהמפקד הצבאי שקל את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, הוא מצא כי קיים צורך להרוס את בית המחבל לשם הרתעת מפגעים נוספים, וזאת "בשים לב בין

היתר לחומרת הפיגוע, תוצאותיו הקשות ביותר ותמיכת המשפחה במעשה המחבל" (פסקה 27 למענה מטעם המפקד הצבאי מיום 17.4.2022 להשגת העותרים). הנמקה זו טעמה עימה ולא קמה על כן הצדקה להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי להרוס את שלוש הקומות שמעל קומת המחסנים.

22. באשר לטענות העותרים בנוגע לאופן ההריסה – נקודת המוצא היא שהדרך שבה יבוצע הצו מסורה לשיקול דעתו הרחב של המפקד הצבאי והגורמים המקצועיים מטעמו (ראו: עניין רבהא, בפסקה 13). העותרים העלו טענות בדבר ריבוי מקרים שבהם נגרם נזק בלתי מתוכנן למבנים סמוכים בשל הבחירה לממש את הצו בדרך של "הריסה חמה". בדיון שהתקיים במעמד צד אחד שמענו את המהנדס מטעם המשיבים אשר הבהיר "ברחל בתך הקטנה" את הצעדים המדוקדקים הננקטים כדי להבטיח, במידה רבה ככל האפשר, כי לא ייגרם נזק בלתי מתוכנן למבנים שאינם מיועדים להריסה. כמו כן הובהר כי מתקיים הליך של בקרה ושל תחקור במקרה של נזק כאמור וכי טענות העותרים בדבר נזקים משמעותיים שנגרמו לבתים סמוכים במקרים רבים בעבר – אינן מוכרות למשיבים ולא הובאו לידיעתם. ומכל מקום – משעה שהתרשמנו כי גורמי המשיבים נוקטים בצעדים מתאימים למניעת נזק פוטנציאלי כאמור במקרה דנן, חזקה כי הם יפעלו כך ואיני סבורה כי קמה הצדקה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי ושל גורמי המקצוע מטעמו בעניין זה (ראו והשוו: עניין נעלאווה, בפסקה 22 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף).

23. לבסוף, לא מצאתי ממש בטענות העותרים ביחס לפרק הזמן שהועמד לרשותם להשיג על החלטת המפקד הצבאי. התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מצדיקה מטבעה פעולה מהירה מצד המפקד הצבאי (ראו: עניין חנאטשה, בפסקה 16), תוך הקפדה שלא תקופח האפשרות של הנפגעים להשיג על ההחלטה שהתקבלה בעניינם. איני סבורה שהזמן שהועמד לרשותם של העותרים בענייננו מנע מהם את האפשרות להציג את טענותיהם בצורה ראויה, וזאת ביתר שאת לב לכך שניתנו להם, לבקשתם, על ידי המפקד הצבאי ארכות להגשת ההשגה והעתירה דנן (ראו והשוו: עניין שבלי, בפסקה 16 לחוות דעתה של השופטת וילנר; ומנגד ראו: עניין חמאד בפסקאות 32-33 לחוות דעתה של הנשיאה נאור).

24. בעבר עמדתי על כך שהשימוש בתקנה 119 מעורר סוגיות קשות וכי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה (ראו: עניין המוקד, בפסקה 1 לחוות דעתי). בדיון שהתקיים בפנינו הסביר גיסו של הרב אבישי יחזקאל ז"ל כי המשפחה אינה מבקשת נקמה אלא נחמה, שאותה יוכלו למצוא בידיעה כי אחרים לא ייפגעו כמוהם. אין לי אלא להצטרף לדברים אלה ולייחל לנחמה שנזכה בה כולנו.

מכל הטעמים המפורטים לעיל, לו דעתי תישמע, נדחה את העתירה ביחס לשלוש הקומות העליונות, ואילו ביחס לקומת המחסנים נעשה את הצו-על-תנאי למוחלט, כך שצו ההריסה בעניינה ובעניינה בלבד – יבוטל. כמו כן אציע כי לא ייעשה צו להוצאות וכי צו הביניים שניתן ביום 25.4.2022 יפקע ביום 26.5.2022 בשעה 10:00.

ה נ ש י א ה

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

1. במסגרת העתירה דנן שבו וביקשו העותרים כי נדון מחדש בסוגיות העקרוניות שמתעוררות ממדיניות הריסת הבתים והפעלת הסמכות שקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

בהקשר זה, אין לי אלא לחזור על שאמרתי בעבר:

"את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות

צה"ל (23.3.2016); בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 לחוות דעתי (3.4.2016); בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016); ובבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017). כפי שצינתי בפרשות אלו, אף שאני סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב" (בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (28.2.2018); כן ראו: בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 2 לחוות דעתי (25.5.2020); בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 1 לחוות דעתי (30.3.2020) (להלן: עניין שבלי); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.4.2019).

2. בנתון לאמור מצטרף אני למסקנת חברתי, הנשיאה א' חיות, כי בהינתן ההלכה הקיימת, אין עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי להרוס את הקומה השנייה, את הקומה השלישית ואת גג המבנה שבו התגורר המחבל. מצטרף אני גם למסקנתה כי יש להורות על צו מוחלט שיבטל את צו ההחרמה וההריסה ביחס לקומת המחסנים.

3. כידוע, סמכות לחוד, ושיקול דעת לחוד. גם כאשר קיימת סמכות, על הרשות להפעילה בסבירות ובמידתיות, והדברים נכונים גם במאטריה המורכבת שבה עסקינן (עניין שבלי, פסקה 3 לחוות דעתי). במסגרת זאת, יש לברר אם המפקד הצבאי בחן כראוי את האפשרות להרוס או לאטום רק את החלק במבנה שבו התגורר המחבל ושאליו יש לו זיקת מגורים ישירה (ראו, למשל, שם; בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 10 (3.8.2017); בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 10 (3.8.2016)). בנסיבות המקרה דנן, במבנה שבו התגורר המחבל מפלסים שונים: הקומה השלישית, שבה התגורר ולן; הקומה השנייה, שבה סעד את ארוחותיו; הגג שבו עשה שימוש; וקומת המחסנים שבה אחסן סחורה. זיקת המגורים של המחבל לקומות המבנה השונות אינה זהה, וברי כי זיקתו לקומת המחסנים, ככל שקיימת, היא מוחלטת. לנתון זה השפעה על מידתיות השימוש בתקנה 119 ביחס לקומה זו (עניין שבלי, פסקה 27 לחוות דעתי של השופטת י' וילנר). משכך, מצטרף אני כאמור למסקנת חברתי הנשיאה.

4. לבסוף, בכל הנוגע לטענות שעניינן אופן הריסת יתר קומות המבנה, אבהיר כי כפי שצינתי בעבר, על המפקד הצבאי מוטלת חובה לוודא מראש כי שיטת ההריסה שתניקט לא תוביל לפגיעה בחלקי מבנה שנאסר על הפגיעה בהם. אם הדבר אינו אפשרי או שיש ספק בכך, הרי שבידיו נותרת האפשרות להורות על אטימת המבנה חלף הריסתו

(עניין שבלי, פסקה 7 לחוות דעתי; בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 56 (15.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 360, 353 (1996)). בתגובתו הבהיר המפקד הצבאי כי אופן ביצוע ההריסה המתוכנן לא צפוי לגרום לנזק קונסטרוקטיבי לחלקו השני של המבנה ולמבנים סמוכים ובסבירות גבוהה לא יגרום גם לנזק לרכיבי בינוי אחרים (ראו סעיפים 66-68 לתגובה) ובדיון לפנינו במעמד צד אחד, קיבלנו פירוט מלא על אופן ההריסה ומצאנו כי ניתנה הדעת לכל ההיבטים הצריכים לעניין כפי שמפרטת חברתי הנשיאה. לבסוף, אוסיף כי ככל שיגרמו בסופו של דבר נזקים בלתי מתוכננים – אין הדלת נעולה בפני תביעה לפיצויים (עניין חמאד, פסקאות 56-59 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; כן ראו: בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח ((7.7.2016)).

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ח באייר התשפ"ב (19.5.2022).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה