



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4088/22

לפני: כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ
כבוד השופט ח' כבוב

העותרים: 1. יוסף אלרפאעי
2. רשא אלרפאעי
3. לית אלרפאעי
4. קסאם אלרפאעי
5. חנין אלרפאעי
6. חסן אלרפאעי
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

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

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ג בסיון התשפ"ב (22.06.2022)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד תהילה מאיר

בשם המשיבים: עו"ד ערין ספדי-עטילה; עו"ד יובל שפיצר

פסק-דין

השופט י' אלרון:

העתירה שלפנינו מופנית נגד צו החרמה והריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: צו ההריסה ו-תקנה 119, בהתאמה), שהוצא ביום 9.6.2022 ביחס למקרקעין ולמבנה חד קומתי בכפר רומאנה (להלן: המבנה). העותרים 1-6 הם בני משפחת המחבל אסעד יוסף אסעד אלרפאעי (להלן: אסעד), המתגוררים במבנה.

אסעד נאשם בביצוע פיגוע טרור בעיר אלעד ביום 5.5.2022 (להלן: הפיגוע) ביחד עם המחבל צבחי עמאד אבו שקיר (להלן: צבחי), במהלכו רצחו השניים את יונתן חבקוק ז"ל, בועז גול ז"ל, ואורן בן יפתח ז"ל, ופצעו אחרים באופן קשה.

הרקע לעתירה

1. עניינו של צו ההריסה במבנה בו מתגוררים העותרים 1-6 – הוריו של אסעד ואחיו הקטינים. אסעד התגורר אף הוא במבנה עד לביצוע הפיגוע. בהתאם למידע המצוי בידי המשיבים, המבנה נמצא ככל הנראה בבעלות אביו של אסעד.

2. ביום 9.6.2022 הוגש כתב אישום נגד אסעד וצבחי (להלן במשותף: המחבלים). עובדות כתב האישום הן קשות ומזעזעות ביותר – מדובר במסע רצח מתוכנן, קטלני ואכזרי.

כמפורט בכתב האישום, על רקע מות חברו של צבחי בעימותים עם חיילי צה"ל, החליט לבצע פיגוע טרור בישראל על מנת למות כ"שהיד". צבחי הציע לאסעד לבצע עמו את הפיגוע, אולם אסעד סירב תחילה. בחודש אפריל 2022 או בסמוך לכך, בעקבות מות חבר נוסף של צבחי, התחזקותו הדתית של אסעד, וסברתם כי מדינה ישראל פוגעת במתפללים מוסלמים במסגד אל אקצה – גמלה בליבם ההחלטה לבצע פיגוע טרור ולרצוח אזרחים ישראלים יהודים.

על מנת להוציא לפועל את תוכניתם, השניים תכננו לרכוש כלי נשק מאולתרים מסוג "קארלו", ולשם כך גייסו סכום של כ-11,000 ש"ח. לאחר שכשלו במאמצייהם לרכוש כלי נשק מסוג זה, החליטו לבצע את הפיגוע באמצעות סכינים וגרזנים. מקום הפיגוע, בעיר אלעד, נבחר בשל היכרות המחבלים את האזור, היות ובעבר, עת נכנסו לישראל שלא כדין, הועסקו בביצוע עבודות חשמל בבית כנסת בעיר.

עובר לביצוע הפיגוע, מתוך אמונה כי עליהם לעשות כן בטרם מותם כ"שהידים", המחבלים העבירו לאדם בשם איברהים אעמור (להלן: איברהים) סכום כסף לכיסוי חובותיהם ולצדקה. אסעד אף מסר לאיברהים מכתב צוואה עבור משפחתו. מאחר שהשניים סברו כי אין אפשרות להיכנס לישראל מאזור מגוריהם, נסעו ביום 4.5.2022 לרמאללה. שם, שכרו חדר במלון, בילו את הערב במסעדה ואף ערכו צוואות.

למחרת, המחבלים ביצעו טקס "היטהרות" ורכשו ציוד לביצוע הפיגוע – שני גרזנים, שני סכינים ושני "קאטרים" (לחיתוך גדר ההפרדה). צבחי רכש גם נעלי ריצה שיקלו עליו במעשיו. בהמשך היום, צבחי שוחח עם אדם בשם צחר והדאן (להלן: צחר) על מנת שיסייע להם לחצות את גדר ההפרדה ולהגיע לעיר אלעד. זאת, בתואנת שווא כי עליו לפגוש את מעסיקו לשעבר. צחר נענה לבקשת צבחי ונפגש עם המחבלים ברנטיס. שם, הוליכם לאזור פרצה בגדר. משהפרצה לא הייתה פתוחה, צבחי חתך את גדר התיל במקום, והמחבלים נכנסו לשטח ישראל והסתתרו בחורשה סמוכה. בעוד השניים ממתנינים לרכב שיאסוף אותם ויסיעם לאלעד, החליטו כי אם נהג רכב האיסוף יהיה יהודי, הם ירצחו אותו בהגיעם לאלעד ויגנבו את רכבו לצורך המשך ביצוע הפיגוע.

בסמוך לשעה 17:13 צחר התקשר לאורן בן יפתח ז"ל (להלן: אורן), ושאל האם ביכולתו לאסוף את השניים ולהסיעם לאלעד. אורן השיב לבקשה זו בחיוב. זמן קצר לאחר השעה 19:36 אורן הגיע לחורשה ואסף את המחבלים ברכבו (להלן: הרכב). במהלך הנסיעה לאלעד, צבחי שלח צוואה אותה ערך מבעוד מועד לקרוב משפחתו, ואסעד שלח את צוואתו לאיברהים. בשעה 20:23 לערך הגיע הרכב לרחוב אבן גבירול באלעד. לאחר שאורן החנה את הרכב, צבחי פעל על מנת להסיח את דעתו. בשלב זה, אסעד שלף סכין, אחז בחוזקה בראשו של אורן, ודקר אותו 21 פעמים – בצוואר, בחזה ובגפיים העליונים. בעוד אורן שותת דם, המחבלים דחפו אותו אל מחוץ למכוניתו. לאחר שניסיונות המחבלים להתניע את רכבו של אורן לא צלחו, החליטו להמשיך בביצוע הפיגוע ברגל, תוך שימוש בגרזנים.

המחבלים תרו ברחובות העיר אלעד בחיפוש אחר קורבנות. תחילה רדפו אחר משה פרנקל, אשר הצליח להימלט מהם לאחר שגרזנו של צבחי נשמט מידו. לאחר זאת, אסעד תקף בגרזנו את הרכב בו נסעו רות וחיה וינטרוב, ואולם האחרונה האיצה את הרכב ונמלטה מהמחבלים בנסיעה מהירה.

בהמשך, המחבלים הבחינו במדרגות המוליכות לכיוון גן שעשועים בו שהו באותה העת אזרחים רבים לרגל חגיגות יום העצמאות ה-74 של מדינת ישראל. השניים ירדו במדרגות בניסיונם לאתר קורבנות נוספים. כאשר הגיעו לתחתית המדרגות, הבחינו בבוועז גול ז"ל (להלן: בוועז) והסתערו עליו במכות גרזן בצווארו ובראשו. לאחר שבוועז נפל ארצה, הוסיפו להכותו באמצעות הגרזנים אשר בידיהם.

המחבלים התקדמו בשביל החוצה את גן השעשועים, עד אשר הבחינו ביונתן חבקוק ז"ל (להלן: יונתן) אשר עימו היה בנו בן ה-6. המחבלים הסתערו על יונתן והכו

אותו באמצעות גרזן בראשו, בצווארו ובפניו. כל זאת, לנגד עיני בנו. כאשר המשיכו לצעוד בשביל, הבחינו בשי בן שלמה (להלן: שי), אשר ישב על ספסל כאשר בסמוך לו ארבעת ילדיו הקטנים. אסעד הכה את שי בחוזקה במכת גרזן בצווארו, וצבחי נהג כמותו. המחבלים המשיכו להכות את שי, לנגד עיני ילדיו, עד אשר נפל על הקרקע. משסברו כי הצליחו לגרום למותו של שי, התקדמו המחבלים לאורך השביל. בשארית כוחותיו, שי קם על רגליו ואסף אליו את ילדיו הקטנים כדי למלטם מהמקום, אולם לאחר מספר פסיעות כוחותיו לא עמדו לו והוא התמוטט.

בהמשך דרכם, המחבלים הבחינו בשמעון מעטוף (להלן: שמעון), והלמו בו במכות גרזן מרובות לראשו. משהבחינו בחיים בכור (להלן: חיים), אסעד הכה גם אותו בראשו באמצעות גרזן, ולא חדל גם כאשר חיים נפל על הקרקע.

כאשר המחבלים הגיעו לרחבת חניה, הבחינו ברכב בו ישבו אלחנן מאיר עלוש (להלן: אלחנן) וצמח דוד עמרוסי (להלן: צמח). המחבלים ניפצו את חלונות הרכב בניסיון לפגוע ביושביו. אלחנן התעמת עם אסעד ומנע ממנו מלפגוע בו באמצעות גרזנו. במקביל, צמח הצליח אף הוא למנוע מצבחי מלהכותו באמצעות הגרזן. בשלב זה, המחבלים נמלטו לשטח פתוח סמוך, והמשיכו במנוסתם עד אשר נלכדו בתאריך 8.5.2022.

3. בפיגוע הקשה נרצחו אורן ז"ל, בועז ז"ל ויונתן ז"ל. לשי, שמעון וחיים נגרמו פציעות קשות ביותר. מטעמי צנעת הפרט, אלו לא יפורטו. לאלחנן נגרמו חתכים שטחיים מרובים בזרועות ובכף ידו הימנית, ולצמח חתכים בזרוע ימין ובבטנו.

4. בגין מעשיהם, יוחסו למחבלים בכתב האישום 3 עבירות של רצח בנסיבות מחמירות של מעשה טרור בצוותא חדא, לפי סעיפים 301א(א)(1), (7) ו-(10) וסעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); 5 עבירות של מעשה טרור של ניסיון רצח בצוותא חדא, לפי סעיפים 305(1) וסעיף 29 לחוק, יחד עם סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור); 3 עבירות של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות בצוותא חדא, לפי סעיפים 333, 335(א)(1) ו-(2) וסעיף 29 לחוק, יחד עם סעיף 37 לחוק המאבק בטרור; 2 עבירות של מעשה טרור של פגיעה בנסיבות מחמירות בצוותא חדא, לפי סעיפים 334, 335(א)(1) ו-(2) וסעיף 29 לחוק, יחד עם סעיף 37 לחוק המאבק בטרור; ועבירה של כניסה לישראל שלא כדין, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

5. ביום 30.5.2022 המשיב 1 הודיע על כוונתו להחרים את המקרקעין ולהרוס את המבנה בו אסעד התגורר. להודעה זו צורפו תצלום אוויר בו סומן המבנה וחוות דעת הנדסית לעניין הריסתו.

ביום 2.6.2022 הגיש העותר 1 השגה על כוונת המשיב 1. בהשגתו טען, בין היתר, כי קיים חשש כבד שהריסת המבנה באמצעות חבלה חמה תפגע בבתיים הסמוכים לו; כי בני משפחתו של אסעד חפים מפשע; כי הריסת המבנה אינה מידתית; כי השימוש בתקנה 119 מנוגד לדין הבינלאומי ולעקרונות היסוד של המשפט הישראלי; וכי מדיניות הריסת הבתים כלל אינה מגשימה את תכליתה ההרתעתית.

המשיב 1 דחה ביום 9.6.2022 את ההשגה. הטענות העקרוניות שהועלו בגדרה נדחו בהתבסס על פסיקת בית משפט זה. אשר לטענות העותר על אופן ביצוע ההריסה, הובהר כי בהתאם לחוות הדעת שערך המהנדס לא צפוי נזק לרכיבי בינוי קונסטרוקטיביים במבנים סמוכים והודגש כי יינקטו מירב המאמצים להפחית עד כמה שניתן את הנזק לסביבת המבנה. עוד צוין, כי אמנם אין אינדיקציה למעורבות העותרים 6-1 בפגיעה או למודעותם בדבר כוונתו של אסעד לבצעו, אולם עובדה זו אינה מהווה שיקול המכריע את הכף. למענה המשיב 1 להשגה צורפו חומרי החקירה אותם ניתן היה לחשוף באותה העת, וכן צו ההריסה מושא העתירה שלפנינו.

עיקרי טענות הצדדים

6. בעתירה נכללו טענות הן במישור העקרוני והן במישור הקונקרטי. ככלל, העותרים שבים וטוענים כי מדיניות הריסת הבתים באמצעות תקנה 119 אינה חוקית, מנוגדת לעקרונות מוסר וצדק בסיסיים, לדין הבינלאומי, למשפט זכויות האדם ולמשפט הישראלי. לשיטתם, מדיניות זו נסמכת על תקנה שהיא בגדר ירושה מתקופת המנדט הבריטי אשר תכליתה עונשית, ולא הרתעתית.

כן נטען, כי מדובר בענישה מכוונת וישירה של חפים מפשע, המנוגדת לעיקרון האחריות האישית ולעיקרון טובת הילד; כי מדיניות הריסת בתיים של מחבלים אינה משיגה תכלית הרתעתית; כי פגיעה בחפים מפשע ומדיניות של ענישה קולקטיבית מובילה להגברת העוינות והשנאה; וכן כי השימוש בתקנה 119 נוגד את עקרון המידתיות ואת הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשיטת העותרים, המקרה דנן הוא המתאים לעיון מחדש בקביעות בית משפט זה ביחס לטענות העקרוניות לעיל, באמצעות קיום דיון בהרכב מורחב.

בהתייחס לנסיבות הקונקרטיות שבענייננו, העותרים העלו מספר טענות עיקריות: ראשית, נטען כי קיים חשש כבד כי ביצוע ההריסה באמצעות חבלה חמה תפגע בבתים סמוכים. צוין, כי המהנדס מטעם המשיב 1 הציג בחוות דעתו שתי אפשרויות לביצוע ההריסה – חבלה חמה או שימוש בכלי צמ"ה בשילוב כלים מכאניים, אולם לא פירט על אודות הנזקים הצפויים מכל אפשרות; שנית, נטען כי המשיב 1 לא התחשב כנדרש בהעדר מעורבות העותרים בפיגוע, בהיות העותרת 2 – אימו של אסעד, חולת סרטן, ובנזק שהריסת המבנה תסב לאחיו הקטינים של אסעד; שלישית, נטען כי ניתן להסתפק בהריסת חדר השינה של אסעד; רביעית, כי בשילוב הנסיבות שתוארו לעיל, הריסת הבית אינה מידתית; חמישית, כי התהליך שבו הוצא צו ההריסה פוגע בזכות הטיעון ובזכותם של העותרים להליך הוגן. זאת, משהחלטת המשיב ביחס להשגתם נמסרה באופן מזורז ומבלי לשקול כהלכה את כלל השיקולים הנדרשים. העותרים מוסיפים וטוענים כי לא ניתן להם פרק זמן מספק על מנת להיערך להגשת ההשגה או להגשת עתירה זו.

7. בתגובתם, המשיבים טוענים כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות בית המשפט בהחלטת המשיב 1. הודגש, כי ביחס לטענות העקרוניות שהועלו בעתירה הרי שאלו נדחו פעמים רבות בפסיקת בית משפט זה, ואף כי במציאות הביטחונית הנוכחית מתחייב לעשות שימוש בתקנה 119 כדי להרתיע מחבלים מביצוע פיגועים דומים. נומק, כי החלטת המשיב 1 על הוצאת צו ההריסה בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 נבעה במידה רבה מחומרת הפיגוע.

לעניין העדר מעורבות בני המשפחה בפיגוע, צוין כי זו אינה מונעת, כשלעצמה, את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 – אף אם במבנה מתגוררים קטינים. נטען, כי נתונים אלו, לצד גילם של בני המשפחה המתגוררים במבנה ומחלת אימו של אסעד, נלקחו בחשבון בהחלטת המשיב 1, והוא בכל זאת מצא כי בשל חומרת הפיגוע יש צורך בצו ההריסה.

אשר לאופן ביצוע ההריסה – לדברי המשיבים, במקרים דומים הוכח שביצוע הריסה באמצעות חבלה חמה אינה מובילה לנזק קונסטרוקטיבי החורג מהמבנה המיועד להריסה. בנוסף, במקרה דנן, ועל בסיס התייעצות עם גורמי המקצוע ההנדסיים, הובהר כי ההריסה תהיה "בעלת מאפיינים ממוקדים ונשלטים", כלשון המשיבים, המביאים לרמה וסבירות נמוכה לנזק סביבתי. בהתייחס לטענות העותרים בדבר זכותם להליך

שימוע, נטען כי בשים לב לתכלית ההרתעתית שבבסיס השימוש בתקנה 119 ולארכות שניתנו, ניתן לעותרים זמן מספק לשם הגשת השגה או עתירה, כפי שאכן עשו.

8. בדיון שהתקיים, באת-כוח העותרים חזרה על עיקר הטענות שנכללו בעתירה. כמו כן טענה, על בסיס פרסומים בעיתונות, כי בעת האחרונה המדינה משתהה במכוון במימוש של צווי החרמה והריסה, גם לאחר שנדחות עתירות המשיגות עליהם. לשיטתה, התנהלות זו סותרת את התכלית ההרתעתית הנטענת של אותם צווי הריסה. במענה, באת-כוח המשיבים הסבירה כי קיים עיכוב מסוים במישור זה, ובעניין זה תוכל לפרט רק במעמד צד אחד. בהמשך לכך קיימו, בהסכמת באת-כוח העותרים, דיון במעמד צד אחד שבו הובא לעיונו חומר חסוי.

מלבד זאת, באת-המשיבים חזרה אף היא בדיון על עיקר הטענות שנכללו בתגובתה בכתב, והוסיפה כי תכנון הפיגוע עצמו נעשה, בין היתר, בגדרי המבנה. באת-כוח העותרים הכחישה זאת, וטענה כי אין ראיה הקושרת באופן ישיר בין המבנה להחלטה לבצע את הפיגוע.

עוד נשמעו דברי באת-כוחה של נופר בן יפתח, אלמנתו של אורן ז"ל, ובאת-כוחן של לימור ליאורה חבקוק וגלית גול, אלמנותיהם של יונתן ובוועז ז"ל. שתיהן ביקשו להדגיש את הנזק העצום שנגרם למשפחות ואת תקוותן כי מימוש צו ההריסה ימנע ממשפחות אחרות גורל דומה.

דיון והכרעה

9. לאחר שבחנתי היטב את טענות הצדדים, השתכנעתי כי לא הוצגה עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב 1. משכך, דין העתירה להידחות.

10. טענות העותרים במישור העקרוני בדבר עצם הפעלת סמכות המשיב 1 בהתאם לתקנה 119, נדונו ונדחו זה מכבר על ידי בית משפט זה, לרבות בעת האחרונה. כפי שנפסק, אין מקום להידרש לטענות אלו בכל מקרה ומקרה מבראשית (ראו, מני רבים: בג"ץ 2770/22 חמארשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 14 (19.5.2022)(להלן: עניין חמארשה); בג"ץ 925/22 גראדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 9 לחוות דעתי (24.2.2022)(להלן: עניין גראדאת); בג"ץ 3137/22 ג'ראד נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 15 (30.5.2022); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 14 (25.10.2020)(להלן: עניין

דו"קאט); בג"ץ 564/22 ג'ראדאט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 15 (4.2.2022).

עלינו למקד אפוא את הביקורת השיפוטית, גם במקרה דנן, בשיקול הדעת המופעל במקרים הקונקרטיים המובאים לפני בית המשפט.

תקנה 119 – מסגרת נורמטיבית

11. ככלל, בפסיקה הובהר באופן עקבי, כי השימוש בתקנה 119 אינו נועד להעניש חפים מפשע, אלא להציל חיי אדם באמצעות הרתעת מפגעים פוטנציאליים ובני משפחותיהם (בג"ץ 3401/22 עאצי נ' אלוף פיקוד מרכז, פסקה 12 לחוות דעתי (8.6.2022)(להלן: עניין עאצי)).

אף אל מול תכלית הרתעתית זו, הפסיקה מורה כי על המשיב 1 לעשות שימוש בסמכותו מכוח תקנה 119 באופן זהיר, מידתי ומצומצם, תוך הקפדה על עקרונות הסבירות והמידתיות (בג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 20 לחוות דעתי (26.11.2017)(להלן: עניין אבו אלרוב); עניין דו"קאט, פסקה 21; בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 30 (24.7.2016)(להלן: עניין מחאמרה)).

כן נקבע, כי מידתיות הצו וסבירותו נבחנים בהתאם לערכים השונים בבסיס החלטת המשיב 1, ובכלל אלו מידת ההרתעה ויעילותה; הפגיעה הצפויה בזכויות בני ביתו של המחבל; וקיומן של נסיבות ייחודיות העשויות להצדיק במקרה הקונקרטי את צמצומו של הצו או אפילו את ביטולו. הובהר, כי אין מדובר ב"רשימה סגורה" של שיקולים הניצבים לנגד בית המשפט בבואו להפעיל ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו של המשיב 1 (עניין ג'ראדאט, פסקה 13 לחוות דעתי; בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 27 (2.12.2018)).

בחינת מידתיות צו ההריסה נעשית גם ביחס לאופן ביצועו. משמע, על המשיב 1 לבחון האם ניתן להפעיל את צו ההריסה רק כלפי חלקו של הבית המקיים את דרישת זיקת המגורים; האם ניתן לבצעו ללא פגיעה בקומות נוספות שאליהן הצו אינו מכוון וללא פגיעה בבניינים הסמוכים; וכן האם ניתן להסתפק באמצעי הריסה כאטימת הבית או חלקים ממנו (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014)(להלן: עניין קואסמה)).

שיקול משמעותי נוסף אשר המשיב 1 נדרש לקחת בחשבון, הוא חומרת המעשים המיוחסים לחשוד ועוצמת הראיות נגדו (עניין אבו אלרוב, פסקה 24 לחוות דעתי; בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה ט' לחוות דעתו של השופט (כתוארו דאז) א' רובינשטיין (31.12.2014)).

מן הכלל אל הפרט

12. כעולה מתגובת המשיבים, שיקול מרכזי שהנחה את המשיב 1 בהחלטתו על צו ההריסה הוא חומרת מעשיו של אסעד. לא למותר לציין, כי המחבלים הודו בביצוע הפיגוע וערכו שחזור שלו בזירה. הראיות נגדם – עולות אפוא בהרבה מעל הדרישה לקיומן של "ראיות מנהליות" (ראו והשוו: עניין מחאמדה, פסקה 33).

מעשיהם של המחבלים, כמפורט בכתב האישום, ניצבים ברף החומרה העליון – אסעד ושותפו תכננו את הפיגוע מראש, הצטיידו בסכינים וגרזנים, ואף הכינו צוואות משהניחו כי יהרגו בעת ביצועו. את שתכננו, הוציאו לפועל במסע רצח מזוויע בו נטל אסעד תפקיד ישיר ומרכזי. כחומרת המעשה – כך מידת ההרתעה הדרושה (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה י"ח (31.12.2014)). יוצא כי בנסיבות דנן, חומרת מעשיהם של המחבלים "... מוטלת, אפוא, כמשקולת כבדה – כמעט בלתי ניתנת להרמה – על כף החובה" (בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 (4.3.2019)).

שיקול נוסף שגם לו יש להקנות משקל, הוא כי כעולה מהחומרים שהוצגו לנו, ובפרט מזיכרון דברים של חקירת צבחי – ההחלטה לבצע את הפיגוע התגבשה במבנה עצמו, אשר אותו מבוקש כעת להרוס (ראו והשוו: בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (22.12.2015)).

בהינתן האמור, אפנה לבחינת טענות העותרים.

13. תחילה, לטענת העותרים בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 בתור כלי הרתעת. לשיטתם, הריסת בתי מחבלים אינה מניבה אפקט הרתעתי, אלא מגבירה את מידת העוינות ואת "להבות" הסכסוך, כלשונם. המשיבים, מנגד, מדגישים את חשיבות מימוש של צו ההריסה, בפרט על רקע המציאות הביטחונית הנוכחית. לעניין זה, המשיבים

מבקשים להסתמך על חוות דעת חסויה עדכנית לעצם ימים אלה, לפיה יחידים נמנעו מביצוע פיגועים מחשש כי בתייהם ייהרסו.

אם כך, העותרים טוענים כי השימוש בתקנה 119 כלל אינו יעיל, ואף מזיק; ומנגד, המשיבים עומדים על חשיבותו ונחיצותו. אשר לדרך ההכרעה במחלוקת זו, ציינתי לאחרונה:

”הפתרון למחלוקת זו, במידה רבה ביותר, אינו מצוי בעמדתנו הסובייקטיבית, אלא בנתונים, עובדות, וחוות דעת של גורמי המקצוע. כפי שנפסק, מידת יעילותה של מדיניות הריסת בתי מחבלים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון (עניין עאצי, פסקה 12; ראו גם: עניין דויקאט, פסקה 24; עניין חמארשה, פסקה 16).

אכן, קשה לאמוד את יעילות מדיניות הריסת בתי מחבלים (בג”ץ 144/22 אבו שחידם נ’ מפקד פיקוד העורף, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט א’ שטיין (19.1.2022)). טיעון פשטני המבקש להסיק מהתקיימותם של פיגועים כי אין תועלת הרתעתית בהריסת בתי מחבלים – מחמיץ את הנקודה, משהמציאות מורכבת מכך. מטעם זה ממש, הרי שעלינו להסתמך על חוות דעתם של אלו שהלחימה בטרור היא מקצועם, וזוהי מומחיותם.

עיינתי היטב, פעם נוספת, בחוות הדעת החסויה שהוצגה לנו בהסכמת באת-כוח העותרים, במעמד צד אחד. דעתי נותרה כפי שהייתה – עמדת גורמי המקצוע כי בעת הזו השימוש בתקנה 119 תורם ליצירת הרתעה מפני ביצוע פיגועי טרור, מקובלת עליי.

14. טיעון מרכזי נוסף בעתירה, הוא כי המשיב 1 לא התחשב כנדרש בעובדה כי בני המשפחה לא היו מעורבים בפיגוע, וכלל לא נטען כי ידעו על כוונת אסעד לבצעו.

בפסיקה נקבע לא אחת, כי אין בעובדה שבני המשפחה לא ידעו על כוונותיו הזדוניות של המפגע כדי להצביע על פגם מהותי שנפל בשיקול דעתו של המשיב 1. לשון אחר, מודעות מצד דיירי המבנה המיועד להריסה לכוונותיו של המפגע, איננה תנאי הכרחי לביצוע צו ההריסה (ראו, מני רבים: דנג”ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ’ אבו בכר, פסקה 8 (8.10.2020); בג”ץ 480/21 דבהא נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 12 (3.2.2021)(להלן: עניין דבהא); בג”ץ 799/17 קונבר נ’ מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 (23.2.2017)).

מדובר אפוא בשיקול אשר המשיב 1 נדרש לקחת בחשבון, לצד שיקולים אחרים, אולם הוא אינו מכריע את הכף. מכאן, כי העובדה שהמשיב 1 מצא בכל זאת להוציא את צו ההריסה בנסיבות אלו, אין בה כשלעצמה להוות עילה להתערבות בהחלטתו.

15. הדברים דומים ביחס לטיעון אחר כפי העותרים, כי המשיב 1, בהחליטו להוציא את צו ההריסה, לא נתן משקל מספק לפגיעה שתיגרם לעותרים 1-6. בגדר זאת הודגש מצבה הרפואי של אמו של אסעד והיות אחיו קטינים.

כפי שנפסק, בכך שבמבנה מתגוררים אחיו הקטינים של המחבל אין כדי לשלול את הפעלת הסמכות הנתונה למשיב 1 לפי תקנה 119 (עניין גראדאט, פסקה 18 לחוות דעתי; עניין קואסמה, פסקאות 21 ו-26). בהתאם, איני מוצא להתערב בקביעת המשיב 1 כי בנסיבות העניין יתר השיקולים, ובפרט שיקולי ההרתעה וחומרת הפיגוע – גוברים על הפגיעה במשפחתו של אסעד (עניין אבו אלרוב פסקה 33 לחוות דעתי; בג"ץ 6420/19 אלעזאפורה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 13 (12.11.2019)(להלן: עניין אלעזאפורה)).

16. אשר לטענה כי ראוי להסתפק באטימת החדר בו אסעד התגורר, הרי שנכון כי אטימת חדר בודד במבנה, חלף הריסת המבנה כולו, תפחית ממידת הפגיעה בבני משפחתו. אולם לצד זאת, יישחק במידה רבה, אם לא יאויץ כליל, האפקט ההרתעתי של השימוש בתקנה 119. בנסיבות העניין, מאחר שלמעשה אין חולק כי מתקיימת זיקת מגורים בין אסעד לכלל המבנה, ואף אין חולק כי המבנה משמש כיחידת מגורים אחת – אין מקום לצמצם את צו ההריסה לחדרו של אסעד בלבד (עניין עאצי, פסקה 14 לחוות דעתי; בג"ץ 751/20 חנאטשה ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 24 (20.2.2020)).

17. כעת לטענות העותרים ביחס לאופן ביצוע צו ההריסה. לדבריהם, הריסת המבנה בדרך של חבלה חמה מעלה חשש כבד כי ייגרם נזק לבתים סמוכים, וחלופות שפגיעתן פחותה – כלל לא נשקלו כמתחייב. המשיבים, מנגד, טוענים כי שיטת הריסה זו הוכחה ככזאת אשר אינה מובילה לנזק קונסטרוקטיבי לבתים סמוכים.

מעיון בחוות הדעת ההנדסית מיום 24.5.2022, עולה, בין היתר, כי בשתי דרכי ההריסה המוצעות כאמור, לא צפוי להיגרם לבתים הסמוכים למבנה נזק לרכיבי בינוי קונסטרוקטיביים; כי נזק לרכיבי בינוי שאינם קונסטרוקטיביים ייתכן ברמה וסבירות "נמוכה עד בינונית"; וכי עלולות להיפגע תשתיות סמוכות ולכן ייעשה מאמץ לפירוקן

או ניתוקן טרם הפעילות. הומלץ כמו כן, כי יפוננו רכוש וחפצים שבירים או רגישים מן הבתים הסמוכים, טרם הריסת המבנה.

ככלל, הדרך שבה יבוצע צו ההריסה מסורה לשיקול דעתו הרחב של המשיב 1 והגורמים המקצועיים מטעמו (עניין חמאדשה, פסקה 22). בהתאם, בהעדר נסיבות חריגות, נקבע כי אל לבית משפט זה לשים עצמו בנעלי המשיב 1, אשר חזקה עליו כי יפעל בזהירות הנדרשת (עניין רבהא, פסקה 13). בדיון שהתקיים לפנינו, הובהר שכפי שמקובל במקרים דומים, ייעשה כל מאמץ להימנע מנזק לבתים הסמוכים למבנה. כך עולה גם מחוות הדעת עצמה (שם, סעיף 5.א.2). בדיון הציגו באי-כוח המשיבים נתונים לפיהם בשנים האחרונות נגרם נזק קטן ביותר, במונחי שווי כספי, לבתים הסמוכים למבנים שנהרסו וכן כי במקרים המתאימים פוצו אלו אשר ביתם ניזוק.

אני סבור אפוא כי גם במישור זה, המשיב 1 פועל באופן מידתי, וחזקה עליו כי יעשה כל שניתן כדי למנוע נזק לבתים סמוכים, ולמצער להפחית את הנזק והסבירות לגרימתו לרמה המזערית, בהתאם לנסיבות ולמגבלות בשטח (בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י"א (28.12.2015)).

לא לנו המומחיות ואין זה תפקידנו להנחות את המשיב 1 באיזה אופן, מבחינה הנדסית, יש לבצע את הריסת המבנה. משנחה דעתי כי המשיב 1 לקח בחשבון את היקף הנזקים שעלולים להיגרם לבתים סובבים וסבירות גרימתם; משהובהר כי ייעשה כל מאמץ למנוע נזקים שכאלו; משהוצגו נתונים המלמדים על היקף הנזק המצומצם שנגרם בעבר לבתים סמוכים, אם בכלל, וגובה הפיצוי שניתן בהתאם; ומאחר שעמדת המשיב 1 מגובה בחוות דעת הנדסית – אין עילה להתערבותנו.

18. איני מוצא ממש גם בהשגות העותרים בדבר פגיעה בזכות הטיעון וזכותם להליך הוגן. העותרים הגישו השגה מפורטת וניתנה להם, לבקשתם, ארכה לצורך הגשת העתירה. זאת, במובן לפיו המשיב 1 התחייב שלא לממש את הצו עד ליום 16.6.2022, מועד הגשת העתירה. כדרכן של עתירות אלו, לא היה בידי העותרים זמן רב, אולם ניתן להם זמן סביר בנסיבות העניין (עניין חמאדשה, פסקה 13; עניין אלעזאפרה, פסקה 11). כמו כן, תשובת המשיב 1 להשגת העותר 1 מנומקת כדבעי ואיני מקבל את הטענה כי יש ללמוד ממנה על כך שהטענות שנכללו בהשגה כלל לא נשקלו.

19. לבסוף, אתייחס לטענת העותרים כי המשיב 1 נמנע לאחרונה ממימוש צווי הריסה גם לאחר שבית משפט זה דחה עתירות לבטלם. כאמור, באת-כוח המשיבים

הבהירה, ברוב הגינותה, כי אכן יש עיכוב מסוים, ולעניין זה הרחיבה בחלקו של הדיון שהתקיים במעמד צד אחד. מכל מקום, מאחר שבמקרה דנן אין כל שיהוי בהוצאת צו ההריסה, ואף לא נטען לשיהוי – אין בכך כדי לסייע לעותרים. כמו כן, אך טבעי הוא שלמשיבים שיקולים רבים במציאות הביטחונית המורכבת דהיום. עיכוב נקודתי כזה או אחר ודאי שאינו מלמד על העדר נחיצותם של צווי הריסה בנסיבות שכאלו.

20. אשר על כן, לאחר שהמשיב 1 לקח בחשבון את כלל השיקולים הרלבנטיים, סבר כי הכף נוטה להוצאת צו ההריסה. החלטתו נסמכה, בראש ובראשונה – על חומרת הפיגוע; הצורך בהרתעה; עוצמת הראיות נגד אסעד; והעובדה כי בתוך המבנה נהגה הרעיון לבצע את הפיגוע הנתעב. המשיב 1 מצא, כי בנסיבות העניין שיקולים אלו גוברים על הפגיעה במשפחתו של אסעד. לא הוצג לפנינו טעם המצדיק התערבות בשיקול דעתו.

21. סיכומם של דברים: למרבה הצער, המציאות הביטחונית בחודשים האחרונים מזמנת לנו דיון בעתירה נוספת בדבר צו החרמה והריסה מכוח תקנה 119. הפעם, לאחר מסע הרג מזוויע בטבורה של עיר, בשלהי יום העצמאות. אסעד ושותפו נטלו לידיהם גרזנים וסכינים, ותקפו ללא רחם אזרחים תמימים אך בשל היותם יהודים. אף על נפשם העדינה של ילדי חלק מקורבנותיהם, אשר נאלצו לחזות באבותיהם מותקפים באכזריות בגרזנים – לא חסו.

אין חולק כי השימוש בתקנה 119 היה ועודנו, דרסטי. טיעונם המשפטי של העותרים ראוי להישמע והוא נשקל בכובד ראש. בסופו של יום, בחירתו של אסעד ומעשיו הבלתי אנושיים הובילו את בני משפחתו למצוקתם הנוכחית. אם חפצים אחרים השואפים לבצע פיגוע טרור לחסוך סבל זה ממשפחתם – ביכולתם לעשות כן. מי ייתן ויבחרו לסגת משאיפות רצחניות אלו, ולו מחשש לבית משפחתם. השימוש בתקנה 119 נועד אפוא למנוע פיגוע טרור נוסף המותיר אחריו משפחות אומללות, יתומים כואבים, וקורבנות הנכים מבחינה פיזית, ולא פחות מכך נפשית.

22. אשר על כן, לו תישמע דעתי נדחה את העתירה, ולא ייעשה צו להוצאות.

בנסיבות העניין, יינתן לעותרים פרק זמן בן 7 ימים ממתן פסק דין זה לצרכי התארגנות, טרם מימוש צו ההריסה.

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' כבוב:

1. איני שותף לדעת חברי, השופט י' אלרון, ולמסקנתו, אליו הצטרפה גם חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ. סבורני כי במקרה דנן נפלו בהחלטת משיב 1 (להלן: המפקד הצבאי), פגמים המצדיקים את ביטול צו ההחרמה וההריסה שהוצא לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה ו-תקנה 119 או התקנה, בהתאמה), נגד ביתם של העותרים 1-6 (להלן: העותרים).

מכיוון שחברי פרש את היריעה העובדתית, ובשים לב לעמדת חבריי לפיה יש לדחות את העתירה, אבאר טעמי בתמצית.

מישור הסמכות

2. כאמור בחוות דעתו של חברי, לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבות המקרה שלפנינו, הועלו בעתירה גם טענות עקרוניות ביחס לתוקפה ולאופן הפעלתה של תקנה 119. בין היתר נטען כי התקנה עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, דוגמת אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. זאת ועוד, הועלו גם טענות הנוגעות לעקרונות של המשפט החוקתי והמינהלי בישראל, ובראשם עקרון המידתיות. לא זו אף זו, נטענו גם טענות המטילות ספק ביעילות ההרתעתית של התקנה, כמו גם בסבירותה. בנוסף, הועלו טענות ביחס להליכי השימוע וסד הזמנים הנוהגים בטרם הוצאת צו החרמה והריסה, ומימוש.

ואולם, חבריי סבורים, על יסוד פסיקה קודמת, שאין מקום לדון בשאלות העקרוניות האמורות "מבראשית". איני שותף לעמדה זו. אך משבית משפט זה פסק, במספר רב של הרכבים שונים, וקבע הלכה בדבר עצם השימוש בסמכות אסתפק בדברים קצרים במבט צופה פני עתיד.

3. לא אכחד, דעתי-שלי אינה נוחה מהפגיעה החמורה בקורת הגג והחרמת קניינם של בני משפחה, חלקם קטינים, מקצתם חולים, כולם חפים מפשע, בשל מעשיו הרצחניים של בן משפחתם המפגע - כבמקרה זה. שומה עלינו לזכור, כי אין מדובר בעתירת מפגע העותר נגד מידתיות הפגיעה בו. המפגע עומד לדין, ואם וכאשר יורשע במיוחס לו, סביר להניח שיעביר את שארית חייו מאחורי סורג ובריה וכך ראוי נוכח מעשה הפשע הקיצוני והרצחני, המתואר בכתב האישום החמור שהוגש נגדו.

ברם, צו ההחרמה וההריסה מושא ענייננו פוגע בעותרים, שהם כאמור בני משפחתו - אביו, אמו החולה בסרטן וארבעת אחיו הקטינים שהתגוררו עמו באותו החדר, אשר יהפכו כולם, באחת, לדרי רחוב (וראו מהעת האחרונה: דוד אנוך ואליאב ליבליך "על הריסת בתים ונזק מכוון לחפים מפשע: בעקבות בג"צ 2770/22 חמארשה ואח' נגד המפקד הצבאי" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מו (02.06.2022)). אין להקל ראש בפגיעה כאמור, שכן הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002)).

4. משכך, ועל אף שמודע אני להלכה הפסוקה הנוהגת, רואה אני חובה לציין כי הטענות העקרוניות שהועלו בעתירה, כמו גם בדיון שהתקיים לפנינו, הן טענות כבדות משקל המעוררות שאלות משפטיות ומוסריות, הן בהיבטים הקשורים במשפט הבינלאומי הן בהיבטים הקשורים בשיטתנו המשפטית (ראו מיני רבים: בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-אור (28.12.2015); בג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (24.03.2016); בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקאות 2-3 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז וההפניות שם (04.03.2019)).

משכך, ראוי בעיניי לשוב ולדון בשאלות אלו, בהרכב מורחב של בית משפט זה, כך שהן יזכו לבירור עדכני, יסודי ומקיף (ראו גם את עמדת השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 וההפניות שם (03.04.2016); עמדת השופט מ' מזוז, בין היתר, בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 3 (01.12.2015); בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדרה המערבית, חוות דעתו של השופט ג' קרא (06.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה)).

5. לעת הזו אסתפק בדברים אלו, על אף שברי כי אין בכך כדי למצות את הדיון בשאלת עצם הפעלת הסמכות, תוך בחינה חיצונית של התקנה (ראו והשוו: עניין

נעאלווה, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז וההפניות שם). כך או אחרת, כלל נקוט הוא כי הסמכות לחוד ושיקול הדעת לחוד; ולמישור זה אפנה בזאת.

מישור שיקול הדעת

6. גם על-פי ההלכה הנוהגת בעניין הסמכות לפעול מכוחה של תקנה 119, אין חולק בדבר החובה על המפקד הצבאי להפעילה בזהירות ותוך ריסון רב, בסבירות ובמידתיות. עוד מקדמת דנא בית משפט זה עמד על כך שהפעלת הסמכות לפי התקנה, מחייבת נקיטת גישה זהירה ומצומצמת. מושכלות יסוד אלו קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוקי היסוד והפסיקה הענפה שבאה בעקבותיהם; זאת מכיוון שהפעלת הסמכות טומנת בחובה פגיעה קשה במספר זכויות יסוד, לרבות פגיעה בקניין ובכבוד האדם ובשורה של זכויות נגזרות.

כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' ברק:

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות [...] במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל מהחרמה בלבד, עובר להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה [...] רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרתה של ההריסה היא משולשת: ראשית, יש בה כדי לשלול מקום מגורים לדיירי הבית; שנית, יש בה כדי למנוע אפשרות של השבת המצב לקדמותו; ושלישית, יש בה, לעתים, כדי לפגוע בדיירים שכנים" (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982) (להלן: עניין חמרי)).

וכפי שקבעה הנשיאה מ' נאור באחד מפסקי דינה בעניין:

"בפסיקתו של בית-משפט זה הובהר, כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות [...] דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את התקנה" (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 וההפניות הרבות שם (12.11.2015)).

כך גם פסק השופט נ' סולברג בציינו:

"בפסיקתו של בית משפט זה הובהר, כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכותו-זו שימוש זהיר, מידתי ומצומצם [...] בפועלו על-פי הסמכות הנתונה לו בתקנה 119, על המפקד הצבאי לעשות כן באופן ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] לפיכך,

בהתאם לכללים שגובשו בפסיקה, על המפקד הצבאי לוודא שפעולות ההחרמה וההריסה נעשות לתכלית ראויה, ועומדות במבחני המידתיות. קרי, עליו לוודא כי הפעולה הננקטת עשויה להגשים את המטרה שאותה מבקשים להשיג; כי הפגיעה בזכויות אדם כתוצאה מהפעולה תהא במינימום ההכרחי להשגת המטרה; וכי הפגיעה תעמוד ביחס ראוי למטרה שביסודה" (בג"ץ דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, בפסקה 21 לחוות דעתו (25.10.2020))

7. הנה כי כן, בית משפט זה הכיר, מחד גיסא ועל אף הסתייגויות שנשמעו מקרבו, בעצם הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119, ומאידך גיסא הציב הוא גבולות המצמצמים, במידה מסוימת, את אפשרות השימוש בסמכות זו; וזאת תוך הקפדה על כך שהשימוש בתקנה יהיה סביר ומידתי.

8. כך, לדוגמה, שרָטֵט השופט מ' מזוז את עיקרי הנסיבות שנכון וראוי לבחון, ביחס למפגע, בני משפחתו והמבנה מושא הצו, ואין לי אלא לצרף דעתי לדבריו:

"א. האם הבית שימש בפועל לפעילותו הטרוריסטית של המפגע, כגון ירי מתוך הבית, אחסון אמצעי לחימה, או שימוש בבית להתוועדות עם שותפיו לפעילות הטרוריסטית [...]; או שמא שימש למפגע למגורים בלבד?

ב. מה זיקתו של המפגע למבנה - האם מדובר בבית שהוא ביתו וקניינו של המפגע, או שהוא בגדר "דייר נלווה" בלבד בנכס של הוריו או בני משפחתו, או שהוא אך שוכר בדירתו של אחר? [...]

ג. מה היקף השימוש שעשה המפגע במבנה - האם התגורר בקביעות או אך ביקר ולן בו מעת לעת? באלו חלקים של המבנה השתמש לבדו, ובאלו במשותף עם משפחתו הגרעינית או משפחתו המורחבת?

ד. האם המתגוררים בבית היו מעורבים בפעילות המפגע (בין שהוא בן המשפחה ובין אם לאו), ואם כן - מהו סוג ומידת מעורבות זו - מודעות בלבד לעצם מעורבותו בפעילות טרור, מודעות לפעולה הקונקרטי מושא הוצאת הצו, תמיכה או סיוע ממש לפעילות הטרור?

ה. מה עלה בגורל המפגע - האם נהרג במהלך הפיגוע, נעצר ונכלא לשנים ארוכות, או שמא נמלט?

בחינה זהירה של נסיבות אלה והעברתן בכור ההיתוך של מבחן המידתיות תוביל למסקנה, האם יש בסיס וצידוק בנסיבות הנדונות להפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, ואם כן, באילו תנאים וסייגים: החרמה בלבד, אטימה (חלקית או מלאה), או הריסה (חלקית או מלאה). (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (22.12.2015) (להלן: עניין אבו ג'מל)).

9. בענייננו, אין חולק כי הבית לא שימש בפועל לפעילות טרור; ובניגוד לחבריי איני סבור כי יש בחומרים שהוצגו לנו, כדי לבסס טענה לפיה ההחלטה לבצע את הפיגוע "התגבשה" על גג בית הורי המפגע; זאת ועוד, המפגע אינו אלא בגדר "דייר נלווה". מדובר בבית שאינו ביתו ואינו קניינו של המפגע, והוא גר במשותף עם שלושת אחיו ואחותו - הקטינים - בחדר אחד מתוך הבית כולו. זיקתו של המפגע לבית הינה, אפוא, ברף הנמוך; בנוסף, אין חולק, וכך גם עולה מדו"חות התחקיר שצורפו לנספחי המשיבים, כי הוריו של המפגע לא היו מעורבים בכלל - אף לא על דרך של מודעות. והדברים נכונים ביתר שאת ביחס לאחיו הקטינים; לא זו אף זו, כעולה מאותם נספחים אביו אף "מתנגד למעשיו של [המפגע]"; ויוזכר כי, במקרה דנא המפגע נלכד ונעצר, והוגש נגדו כתב אישום חמור ביותר. לכל אלו יש להוסיף גם את מצבה הבריאותי של אמו של המפגע, החולה במחלת הסרטן.

בנסיבות אלו, איני יכול להצטרף למסקנת חבריי לפיה הצו מושא העתירה, המורה על הריסת הבית כולו, מקיים יחס מידתי לתועלת ההרתעתית שנטען כי תופק ממנו. זאת, מכיוון שתוצאת המעשה במקרה זה אינה שקולה לתועלת הנטענת כי גלומה בה. דעתי שלי היא, אם כן, כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, הפגיעה החמורה בזכויות בלתי מעורבים מטה את הכף וגוברת על שיקולי ההרתעה שעומדים מנגד, ככל שאלה אכן הרתעתיים ולא עונשיים. בשים לב לכל אלו, סבורני כי נפלו בהחלטת המפקד הצבאי פגמים המצדיקים הוצאת צו על-תנאי בעתירה שלפנינו.

10. ייאמר מיד, כי עמדתי בהקשר זה מצטרפת לקולות לא מעטים שנשמעו מבית משפט נכבד זה, לפיהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בפרט לאחר שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מובילים למסקנה שאין לנקוט באמצעי הדרסטי, של הריסת בית המשפחה הגרעינית של המפגע בשלמותו, מקום בו הוא מתגורר עם הוריו ואחיו או אשתו וילדיו, אשר לא נטען כי סייעו לו במעשיו.

ראו למשל, דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד של בעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייטנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים... כך היה מאז קם המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה

יהודית ודמוקרטיה. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים [...] 'לא-יומתו אבות על בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בחטאו יומת' [...] וזו הרוח וכך נעשה: 'בימים ההם לא-יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה; כי אם-איש בעונו ימות כל-האדם האכל הבסר תקהינה שניו' (ירמיהו לא, כח-כט). לא עוד אבות אכלו בוסר ושני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושני אבות תקהינה; ואיש בעונו יומת" (בג"ץ אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705-706 (1992)).

ובעניין אחר כתב הוא כך:

"[...] עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת [...] עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות. [...] קשה עליו להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדיון, הגם שהרוצח לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של הרוצח הוא המועמד להריסה, וברצותה רשאית הייתה הרשות לאבדו. את חדרו שלו אך לא את ביתם של אחרים" (בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 352 (1994)).

ופרשה אחרת ציין הוא כי:

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת - ובאותן מהלומות כילפים - את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה - בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)).

לעמדה זו הצטרף גם השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן, גם כן בדעת מיעוט, עת

כתב:

"דבר אחד הוא הריסת ביתו של זה אשר ביקש לקום עלינו לכלותינו כשהוא גר בו לבדו; דבר אחר הוא הריסת מבנה שבו גרים בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בתכניתו הזדונית, ושבתם קורס עליהם על לא

עוול בכפם. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין: '[...]'

לדברים נכוחים אלה מצטרף גם אני. אוסיף כי לגבי דידי אין להשקיף על פגיעת הריסת הבית כעל פגיעה כלכלית או רכושית בלבד [...] מה גם שבפגיעה זו כשלעצמה אין להקל ראש, שהלא הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" [...]. והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלוות מהגשמת תכלית התקנה - היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית" (יצוין, עם זאת, כי השופט ע' פוגלמן הוסיף שם, "שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכיב אני ראשי לפני דעת הבית" (בג"ץ 5839/15, סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, (15.10.2015), פסקאות 5-6 לחוות דעתו)).

כך גם קבע השופט מ' מזוז במספר רב של פרשות, ובין היתר בענין אבו ג'מל:

7" פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר...

...

13. אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 "קול העם" נגד שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעיקרון התנ"כי של 'איש בחטאו יומת' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית.

לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות..."

לדברים נכוחים אלה, מצטרף עתה גם אני.

11. אחר דברים אלה, אבקש לייחד מספר מילים לתכלית ההרתעתית, בה המשיבים, ובמידה לא מבוטלת גם חבריי, תולים ייבם.

12. בפסיקתו הרבה בעניין תקנה 119, קבע בית משפט זה כי התכלית המרכזית שצו החרמה והריסה נועד לשרת היא הרתעת הרבים מפני ביצוע, סיוע, תמיכה ואף עידוד מעשי טרור דומים (וראו לשון התקנה הפונה למפקד הצבאי עת נוכח לדעת כי "תושביהם, או מקצת מתושביהם [של הקרקע – ח' כ', עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה"). עיקרון הרתעת הרבים בהקשרנו, מבוסס על כך שהקהל אותו יש להרתיע נוכח כי למעשה הטרור מתלווה מחיר כבד; והחשש הממשי מפני מחיר זה, הוא אשר ימנע מאחרים לפעול באופן דומה.

13. תחת הנחה זו, תמוהה בעיניי קביעה לפיה אין די בכך שהוכח שבני המשפחה, דיירי הבית מושא הצו, היו נעדרי כל מודעות לכוונותיו של המפגע - כדי לאיין את הנחיצות שבהריסת הבית כולו.

שכן, קביעה זו עומדת בסתירה להגיון ולשכל הישר, ולבטח שאינה מתיישבת עם התכלית ההרתעתית הנטענת, מקום בו היא משווה בין מי שלא ידעו כלל על אודות כוונת בן משפחתם, ובין מי שחיזקו את פלוני לבצע מעשה טרור, או היו שותפים שלאחר מעשה. וכך צויין בעניין אבו ג'מל:

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

14. בהמשך לכך אבהיר, כי אין בידי לקבל את קביעת חברי, השופט י' אלרון, לפיה אם נסתפק באטימת חדרו של המפגע בלבד "יישחק במידה רבה, אם לא יאויז כליל, האפקט ההרתעתי של השימוש בתקנה 119" (פסקה 16 לחוות דעתו).

קביעה זו עומדת בסתירה ללשון התקנה ותכליתה, ולפסיקה קודמת דוגמת עניין חמרי שם נפסק כי "במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי

חומרם, החל מהחרמה בלבד, עובר להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה [...] רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה".

זאת ועוד, אין בידי להצטרף לקביעה זו מקום בו כלל לא הובאו בפנינו ראיות להרתעה שתגרם מנקיטת אמצעי מידתי יותר, כגון אטימת חדרו של המפגע. ודוק, גם אם עמדתנו זו לא תתקבל במקרה דנא, ראוי שהמשיבים יתנו על כך דעתם. כך שבמקרים דומים אשר אולי יובאו בפני בית משפט זה, יניחו הם גם חוות דעת, מפורטת ככל שניתן, בכל הקשור להיבט ההרתעתי של הריסת חלק מהבית או אטימתו החלקית.

15. כל זאת, ועוד. לדידי יש לתת את הדעת לכך כי בצד הטיעון בדבר אפקטיביות ההרתעה, על מגבלותיו האמורות, אין להתעלם מהחשש שמא הפגיעה החריפה והבלתי מידתית בבני משפחה חפים מפשע, שבאִתָּה אחת הופכים לדרי רחוב חסרי כל, תוביל לתחושות כעס ותסכול, שיניבו תוצאה הפוכה מהמבוקש. בהקשר זה ממש, ציינה השופטת ד' ברק ארז, בעניין נעאלווה כי:

"כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע." (שם, פסקה 2 לחוות דעתה).

טוב יעשו גורמי המדינה אם יתנו על כך דעתם, וכי בעתיד נתון זה יילקח גם הוא בחשבון במסגרת חוות הדעת החסויה המוצגת, בכפוף להסכמת העותרים במעמד צד אחד, למותב היושב בדין בעתירות כגון דא. והכל, בכדי שבבוא העת, ובהקדם כך אני מקווה, ייערך דיון מעמיק ומקיף בסוגיה זו, בהרכב מורחב של בית משפט זה.

16. בטרם סיום אעיר, כי מדברי באת-כוח המשיבים בדיון שהתקיים לפנינו, מצטיירת תמונה עגומה בכל הקשור לפיצוי הכספי שמעניק משרד הביטחון לשכנים אשר ניזוקו בשל מימוש צו הריסה. העדר התחייבות מפורשת לפצות את בעלי הנכסים הסמוכים, על כל נזק שייגרם להם, לבטח בשים לב לסכומים שתוארו לנו ובפרט מקום בו בחר המשיב לממש את ההריסה בדרך של "חבלה חמה", אינה מניחה את הדעת. טוב יעשו הגורמים האמונים על כך אם יקבעו מתווה פיצוי נגיש ויָשִׁים (ראו והשוו, בשינויים המחייבים: מעין נייזנה "כישלון ידוע מראש: הפרוצדורה ככלי לשלילת זכויות מהותיות של תושבים פלסטינים" מעשי משפט ט(2) 128 (2018)).

17. סוף דבר: מדינת ישראל, כמדינה דמוקרטית, מחויבת להגן על חיי אזרחיה, תוך הדיפת כל ניסיון לפגוע בהם. אך היא מחויבת לעשות זאת מבלי לפגוע בחייהם, רכושם, קניינם וזכויותיהם של חפים מפשע, שלא חטאו ולא עוולו, ואף על פי כן הם צפויים למצוא עצמם נטולי קורת גג.

אשר על כן, לו תשמע דעתי היינו מקבלים את העתירה ומבטלים את צו ההחרמה
וההריסה שהוציא המפקד הצבאי נגד בית העותרים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט י' אלרון, אליו הצטרפה השופטת ג' כנפי-
שטייניץ, וכנגד דעתו החולקת של השופט ח' כבוב, לדחות את העתירה.

ניתן היום, ח' בתמוז התשפ"ב (7.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט