



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6745/15

לפני:

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט מ' מזוז

העותרים:

1. חאלד אבו חאשיה
2. סוסן אבו חאשיה

נגד

המשיב:

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבות:

ח' בחשון תשע"ו (21.10.2015)
כ"ט בחשון תשע"ו (11.11.2015)

בשם העותרים:

עו"ד לאה צמל
עו"ד יוכי גנסי; עו"ד יונתן ציון מוזס

בשם המשיב:

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. העתירה דנא נסבה על צו הריסה שניתן ביחס לדירה במחנה הפליטים "עסכר החדש" בשכם (להלן הדירה), בה התגורר נור אלדין אבו חאשיה (להלן אבו חאשיה), אשר דקר למוות את החייל אלמוג שילוני ע"ה בפיגוע סמוך לתחנת רכבת "ההגנה" בתל אביב ביום 10.11.2014; בגין כך הוגש נגד אבו חאשיה כתב אישום ביום 24.11.2014 המייחס לו עבירה של רצח בכוונה תחילה. ביום 8.10.2015, כאחד עשר חודשים לאחר הפיגוע, עשה המשיב שימוש בסמכותו מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן תקנה 119 או התקנה), והורה על הריסת הדירה. העותרים לפנינו הם הוריו של אבו חאשיה המתגוררים בדירה עם חמישה מילדיהם, אשר מבקשים כי נורה למשיב להימנע מעשיית שימוש בסמכותו ומהריסת הדירה. העתירה הוגשה ביום 12.10.2015; צו ארעי לעיכוב ההריסה ניתן בו ביום; צו-על-תנאי הוצא ביום 29.10.2015, ועל כך להלן.

רקע - טענות הצדדים וההליך לפנינו

ב. ניתן לחלק את טענות העותרים לשני מישורים: הראשון, מישור הסמכות, היינו האם בסמכותו של המשיב לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בתים ככלל, ובאזור A בו מתגוררים העותרים בפרט. השני, מישור המידתיות ושיקול הדעת, דהיינו בהנחה – עליה חולקים העותרים – לפי יש למשיב סמכות להורות על הריסת דירתם, האם בנסיבות האמצעי הוא מידתי.

ג. במישור הסמכות, מעלים העותרים טענות שונות המושתתות בעיקרן על הדין הבינלאומי. טענתם המרכזית היא כי הריסת בתים עולה כדי ענישה קולקטיבית, וככזו אסורה על-פי נורמות בינלאומיות שונות, ובהן אמנת ג'נבה הרביעית (1949) ותקנות האג (1917), ואף עולה כדי פשע מלחמה לפי חוקת בית הדין הבינלאומי משנת 1998 ("אמנת רומא"). קונקרטי, טוענים העותרים כי אין בסמכותו של המשיב להורות על הריסת בתים בשטח A בו נמצאת הדירה, וזאת כיון שבשטח זה העבירה ישראל את הסמכויות הבטחוניות אל המועצה הפלסטינית, כחלק מן ההסדרים שנקבעו בשנת 1995 בהסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה ("אוסלו ב'"). עוד נטען, כי מניעיו של אבו חאשיה אינם לאומניים, וענייננו באירוע פלילי בלבד, ומכאן שאין לעשות שימוש בתקנה 119 בענייננו; לפי הנטען בהקשר זה, ניכר מהודעות אבו חאשיה בחקירתו כי ביצע את הפיגוע כיון שמאס בחייו, וסבר כי אם ידקור חייל ייהרג באופן מידתי, בין אם בידי החייל עצמו ובין אם בידי עובר אורח. בהמשך לכך נטען, כי אביו של אבו חאשיה, העותר 1, היה מסוכסך עם בנו, ולכן אין זה סביר, אף מטעמי הרתעה, להעניש את העותרים בגין מעשי בנם.

ד. במישור שיקול הדעת, טוענים העותרים כי אין להרוס את דירתם ממספר טעמים, ואלה עיקרם:

ראשית, הדירה אינה בבעלותם; היא חלק ממבנה השייך לסוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם ("אונר"א"), אשר מעיקרא נועד לתת מחסה לפליטים פלסטינים אשר הגיעו מיפו במהלך מלחמת העצמאות בשנת 1948. נטען בהקשר זה, כי לכל הפחות היה על המשיב לבקש את עמדת האו"ם אשר בבעלותו נמצא המבנה, לפני השימוש בסעד הדרסטי של הריסת הדירה.

שנית, מטעמי שיהוי; נוכח העובדה שחלפו כ-11 חודשים מיום הפיגוע ועד למועד בו הוצא צו ההריסה, נטען כי ניכר שהריסת הדירה לא נועדה להגיב בזמן אמת על הפיגוע, אלא לתת מענה להתרחשויות מן העת האחרונה ולעליה הכללית במספר אירועי הטרור. לפי הנטען, השיקולים האחרונים הם בגדר שיקולים זרים, וגם מטעם זה יש להימנע מהריסת הדירה.

שלישית, המשיב לא ביסס את טענת ההרתעה בענייננו; לפי הנטען, בהתאם להלכה שיצאה מבית משפט זה בבג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (להלן עניין המוקד להגנת הפרט), על המשיב להביא נתונים המצביעים על כך שהריסת בתים אכן מרתיעה, כנטען על-ידי המדינה לאורך השנים וגם בענייננו, וכיון שנתונים כאלה לא הובאו אין לעשות שימוש באמצעי זה.

רביעית, נטען באשר לאופן ההריסה; בהקשר זה נטען, כי מעל הדירה בנויה דירה נוספת, ולא ברור כיצד זו תיוותר ללא פגע. עוד נטען, כי המשיב סירב ליתן מפרט טכני של אופן ההריסה, וכך נמנע מן העותרים להתנגד לכך באופן מושכל. אציין, כי מן ההחלטה שניתנה בהשגת העותרים על החלטת המפקד עולה, כי במסגרת ההשגה ביקשו העותרים שקילת אמצעי מידתי יותר מאשר הריסת הדירה, והוא הריסת חדר אחד וחדר שירותים אחד אשר שימשו את אבו חאשיה, חלף הריסת קומת הקרקע כולה המשמשת את העותרים; בהחלטה שניתנה ביום 9.10.2015 נדחתה בקשה זו, ונקבע כי שיקולי הרתעה מצריכים הריסת יחידת המגורים בשלמותה.

ה. בתגובתה המקדמית מיום 19.10.2015 טענה המדינה, כי יש לדחות את הטענות הכלליות בעניין הסמכות, שכן אלה נדונו ונדחו על-ידי בית משפט זה בשורה של פסקי דין, ולאחרונה בעניין המוקד להגנת הפרט, ואין מקום לדון בהם פעם נוספת. אשר לטענות בדבר סמכות המשיב באזור A, נמסר כי הדירה נשוא העניין ממוקמת באזור B, בו כידוע מסורה הסמכות הבטחונית לישראל. אשר למישור שיקול הדעת במקרה הפרטני, נטען כי הריסת הדירה מתבקשת נוכח העליה התלולה במספר אירועי הטרור החמורים בעת האחרונה – רצף של עשרות רבות מאז תחילת שנת 2014 ובפרט בחודשים האחרונים. מכאן, כך נטען, גובר הצורך ביצירת הרתעה משמעותית, בין היתר באמצעות השימוש באמצעי החריג של הריסת בתי מחבלים ובני משפחותיהם, הננקט אך במקרים חמורים במיוחד. אשר לעובדה כי הדירה נמצאת בבעלות אונר"א, נטען כי הטענה שגויה מבחינה עובדתית – והובא מידע מאתר האינטרנט של הארגון לפיו "עסכר החדש" אינו מוכר רשמית כמחנה פליטים, וכי לאונר"א אין מבנים בתוכו (צורף וסומן מש/4). אשר לטענת השיהוי נטען, כי גל הטרור אשר התעצם בחודשים האחרונים הגביר את הצורך בהרתעה משמעותית, ומכאן החלטת המשיב להורות, בין היתר, על הריסת הדירה כעת; כן הודגש, כי אין מדובר במצב בו חלפו שנים ארוכות מאז הפיגוע והוחלט על הריסת הדירה אך נוכח המצב הביטחוני, אלא כי חלפה פחות משנה בין הפיגוע להוצאת הצו, ומכאן כי פרק הזמן הוא מידתי ואינו עולה כדי שיהוי. אשר לראיות המבססות את הדקירה והמניע, נטען כי חומר הראיות הקיים, ובעיקר

הודאת אבו חאשיה כי הוא דקר למוות את החייל, מבססים את התשתית הראייתית בגדרי המשפט המינהלי, הנדרשת לשם הריסת הדירה מכוח התקנה.

ו. אשר לאופן ההריסה, נטען כי שיקול הדעת בדבר מסור למפקד הצבאי באופן מלא; בנוסף צורפה חוות דעת הנדסית החתומה על-ידי ראש מדור חבלה וביצורים במפקדת קצין הנדסה ראשי (סומנה מש/5), בה תואר המבנה שבו שוכנת הדירה: מדובר במבנה הנחלק לשניים; חציו מבנה דו-קומתי, וחציו דירת קרקע בלבד. לפי המתואר בחוות הדעת, קומת הקרקע שבמבנה הדו-קומתי מתחברת לדירת הקרקע במחצית השניה, ויחד הן מהוות דירה אחת. כן נרשם בחוות הדעת, כי ההריסה תיעשה בקומת הקרקע כולה, מבלי הריסת הקומה העליונה, "תוך שמירה על העיקרון של מקסימום עמידה במשימה עם מינימום נזק אגבי" (סעיף 5 לחוות הדעת).

ז. ביום 21.10.2015 קיימנו דיון ראשון בעתירה. נוכח חלוף הזמן בין הפיגוע מושא העניין לבין הוצאת צו ההריסה, ביקשנו מהמדינה לשקול אמצעי מידתי יותר מאשר הריסת המבנה כולו, כגון הריסת חדר אחד עם שירותים, כפי שעלה בהשגה כאמור, או אטימה בנוסף או לחלופין, או אמצעי מידתי אחר שתציע המדינה. ביום 28.10.2015 הודיעו באי כוח המדינה כי המשיב אינו מקבל ההצעה, וזאת מטעמי הרתעה; אשר לאפשרות האטימה, נטען כי זו גם אינה אפשרית מבחינה אופרטיבית, נוכח מאפייני האזור והקושי להבאת הציוד ההנדסי הנדרש לאטימה. למחרת היום – 29.10.2015 – הוצאו צו-על-תנאי בזה הלשון:

"צו על תנאי כמבוקש ולחלופין לעניין הריסת חלק מן הדירה, גם בהתחשב בכך שההודעה למשפחה ניתנה כתום קרוב ל-11 חודש מן הרצח."

נתבקשה תשובה תוך שבוע ונאמר בהחלטה כי "בידי המדינה כמובן להקדימה ככל שימצאו לנכון, ודיון ייקבע בסמוך לתשובה".

ח. ביום 9.11.2015 הוגש כתב תשובה מטעם המדינה, אליו צורף תצהיר מזכיר הממשלה. אעיר כאן, מבלי לפגוע במזכיר הממשלה מוסדית או אישית חלילה, כי מקום שהמפקד הצבאי הוא המשיב, על תצהיר תשובה לבוא מאת המפקד הצבאי עצמו, וככל שיש היבט של מדיניות ניתן לצרף תצהיר נוסף, אך בנוסף ולא כעיקר. ראשית צוין בתשובה, כי ההחלטה להרוס את הדירה התגבשה בחודש יולי 2015, לפני אירועי התקופה האחרונה, אולם מסיבות מבצעיות הקשורות, בין היתר, למיקום הדירה במחנה הפליטים עסכר החדש, התעכבה מסירת ההודעה בכשלושה חודשים. עוד נטען, כי בית משפט זה נמנע בעבר מהתערבות בהחלטת המשיב בהוצאת צו הריסה כאשר מדובר

היה בפרקי זמן ניכרים מן היום בו בוצע הפיגוע ועד היום בו נמסר הצו, וכי אין בנסיבות בענייננו כדי לשנות מקביעות אלה. בין השאר, ציינה המדינה את בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן עניין סידר), בו מדובר היה בפרק זמן של כתשעה חודשים ומחצה מן הפיגוע ועד מסירת הודעת ההריסה, ובית המשפט נמנע מהתערבות בהחלטת המפקד; נטען לעניין זה, כי אין בפער בין 9 חודשים ומחצה בעניין סידר לפער של מעט פחות מ-11 חודשים בענייננו כדי להצדיק התערבות כעת. אשר לאפשרות ההריסה החלקית, נטען כי לא יהא בכך די להשגת ההרתעה המיוחלת.

ט. ביום 11.11.2015 קיימנו דיון בהתנגדות לצו-על-תנאי. הובהר על-ידי באי כוח המדינה, כי המדינה מתנגדת להריסה חלקית או לאטימה, כיון שחומרת הפיגוע מצריכה הריסה מלאה של הבית, כי לא יהא בהריסה חלקית די להרתעת מחבלים פוטנציאליים בעתיד; כן הוגשה, במעמד צד אחד, חוות דעת עדכנית מטעם שירות הביטחון הכללי לביסוס טענת ההרתעה, המלמדת – תוך דוגמאות – על התועלת שבהרתעה למניעת פיגועים. באת כוח העותרים הדגישה כי בבסיס פיגוע הדקירה לא עמדה כוונת טרור, אלא כל רצונו של אבו חאשיה היה למות בעצמו; הוגשו גם הודעותיו של אבו חאשיה במשטרה וכן זכרונות דברים מחקירותיו בשב"כ. עוד נטען, כי העותרים הרחיקו עצמם מאבו חאשיה, ואף אמרו לו בטרם הפיגוע כי אינם רוצים לראותו; מכאן שספק אם יהיה בהריסת בית העותרים כדי להרתיע את אבו חאשיה ומחבלים עתידיים מביצוע פיגועים, שעה שהמסקנה תהא כי פיגוע ייענה בהריסת בתייהם של מי שאינם חפצים ביקרם של המפגעים.

דיון והכרעה

י. תכליתה של תקנה 119 היא הרתעתית, לא עונשית. מתוך תכלית זו ותכלית זו בלבד, נפסק בבית משפט זה, ולא פעם, כי אין לשלול מן המפקד הצבאי את סמכותו להורות על הריסה ואטימה של בתי מחבלים מכוח התקנה, חרף הבעייתיות שאיני מקל בה ראש והביקורת המועלית בגין התייחסות של הדין הבינלאומי לאמצעי זה (עניין המוקד להגנת הפרט; דיון נוסף בפסק דין זה נדחה זה עתה מפי הנשיאה נאור (דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)); ראו גם עניין סידר, פסקה ו'; בג"צ 7040/15 פדל מוסטפא נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 25-26 לפסק דינה של הנשיאה (12.11.2015) (להלן עניין מוסטפא)). כפי שציינתי בעניין המוקד להגנת הפרט:

"אמנות ג'נבה מ-1949 ותקנות האג מ-1907 לפניהן, עוצבו ונחתמו בתקופה שונה מזו שאנו חיים בה כיום.

הטרור עמו נדרשות אומות העולם להתמודד, ומדינת ישראל ודאי אינה שונה בכך, מציב אתגרים לא פשוטים בפניהן, שכן גורמי הטרור אינם נשמעים לקולה של אמנה זו או אחרת.... אי אפשר שלא להתכונן אל הנושא שלפנינו במסגרת המלחמה בטרור, אותה כינה האפיפיור זה לא מכבר "רסיסים של מלחמת העולם השלישית" (ספטמבר 2014). נדמה כי המקרים המתוארים בעתירות הפרטניות מעלה מדברים בעד עצמם. מכאן, שיש לפרש את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית שישראל קיבלה עליה גם אם לא הכירה בתחולת האמנה במובן המשפטי ... באופן שישמור על רוחן ויגשים את התכליות העומדות בבסיסן, אולם בד בבד יאפשר למדינת ישראל להגן על בטחון תושביה במובן הבסיסי ביותר" (שם, פסקה כ"ב; ראו גם חוות דעתו של השופט סולברג בעניין מוסטפא, פסקה 3).

יא. אשר לטענה הקונקרטית בדבר סמכותו של המשיב להורות על הריסת בתים או אטימתם מכוח התקנה בשטחי A – ראשית, כפי שמסרה המדינה, בהתאם לבדיקה שנערכה על-ידי גורמי מקצוע במנהל האזרחי, נמצא כי הדירה אינה ממוקמת בשטחי A אלא בשטחי B, שם אין מחלוקת כי למשיב סמכות לפעול. ומכל מקום, הטענה בדבר חוסר סמכותו של המפקד הצבאי להרוס בית או לאטום בית מכוח התקנה בשטחי A, נדונה ונדחתה בעבר בבית משפט זה (ראו בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 28 (2014); עניין מוסטפא, פסקאות 62-64). נמצא, כי "האפשרות לפעול בשטח A קיימת בידי המפקד הצבאי, וזאת במיוחד כאשר הדבר נדרש לשמירה על הביטחון" (עניין מוסטפא, פסקה 64 לפסק דינה של הנשיאה).

יב. מכאן לשאלה הנקודתית הקונקרטית בדבר מניעיו של אבו חאשיה. אפתח ואומר, כי מקובלת עלי נקודת המוצא, כי יש לפרש את תקנה 119, ובמיוחד את סמכות המפקד הצבאי להורות על הריסת בית מגורים מכוחה, בצמצום, ואף שלכאורה חלה התקנה גם על עניינים פליליים "רגילים" – לרבות, כלשון התקנה, כל "עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה" – השימוש בה לצרכי הריסת בית מגורים צריך שיעשה במקרים חריגים, כאשר מדובר במי שפעל מתוך מטרות טרור או מטרה צבאית-לוחמתית אחרת. מראשית הדרך עמד בית משפט זה על השימוש הזהיר שיש לעשות בתקנה זו (בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 444 (1982) (להלן עניין חמרי); בג"צ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992); בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 220 (1993); והדברים קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אז נקבע כי יש לפרש את התקנה בהתאם להוראות חוק היסוד ולפסקת ההגבלה (דנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 488 (1996)

(להלן: עניין שריף); בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2014)).

יג. ונזכיר, כי מעיקרא הצדקת השימוש בתקנה 119 היא צורך צבאי הכרחי; ראו סעיף 8(2)(א)(4) לאמנת רומא, האוסר על הריסה מסיבית של רכוש אשר אינה עולה כדי צרכים צבאיים הכרחיים; וכן פסיקת הטריבונל הפלילי ליגוסלביה לשעבר - ICTY - הקובע כי הרס בתים הוא מותר אך למטרות צבאיות הכרחיות (*The Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, par. 157 (2000); כן ראו והשוו *Yoram Dinstein The International Law of Belligerent Occupation* 93 (2009)). כפי שצוין לא אחת בעבר, מקובלת עלינו התפיסה כי את המושג 'צורך צבאי הכרחי' יש לפרש, בהתאם למציאות הגלובלית הנוכחית, ככולל גם "פעולות טרור שיטתיות כחלק מאסטרטגיה או ממאבק מזוין" (ע' גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 227 (תשס"ד-2004); ראו עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ג; בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2014)). אולם בין טרור כגון דא ובין פעולות פליליות אחרות שאינן עולות כדי טרור יש פער, ומכאן כי יש להקפיד כי השימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בית מגורים של אדם ייעשה אך בנסיבות חריגות, כחלק מהאיזון המתמיד אליו נדרשת מדינת ישראל בין שיקולי ביטחון מחד גיסא, והגנה על זכויות אדם ועל זהותה הדמוקרטית מאידך גיסא (ראו בעניין זה גם חיבורי "משפט ציבורי בימי משבר, בימי לחימה" מתוך ספרי נתיבי ממשל ומשפט – סוגיות במשפט הציבורי בישראל 15, 21 (תשס"ג-2003)).

יד. לצורך הקביעה כי בסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בית או אטימתו מכוח תקנה 119, אין הכרח לקבוע כי מטרת הטרור עמדה לבדה במרכז מניעיו של המחבל, או כי זו הייתה המטרה הדומיננטית. ואולם, יתכן שיהא לדבר משקל במישור שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובחינת האמצעי המידתי ההולם את נסיבות העניין – למשל, אטימה חלף הריסה, או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה, והכל בהתאם למטרתה של תקנה 119 – "ליתן בידי המפקד הצבאי כלים שיוכלו ליצור הרתעה אפקטיבית" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ז (הדגשה הוספה – א"ר), ותוך שמירה על עקרון המידתיות.

יה. ולענייננו: כאמור, אין חולק כי אבו חאשיה דקר למוות את החייל אלמוג שילוני עליו השלום, אולם לטענת העותרים עולה מהודעותיו במשטרה ובשב"כ, שבבסיס מעשיו לא עמדה כוונת טרור אלא הכוונה לסיים את חייו שלו עצמו בדרך

כלשהי, וסבר כי אם ידקור חייל ימצא את מותו, בין אם על-ידי החייל עצמו ובין אם על-ידי עוברי אורח.

ראשית אציין, כי מחלוקת זו עומדת בבסיס ההליך הפלילי התלוי ועומד כנגד אבו חאשיה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (תפ"ח 51040-11-14), ומכאן כי הדברים להלן נאמרים בזהירות המתבקשת ומבלי לטעת כל מסמרות בהליך הפלילי, כמובן.

שנית אזכיר, כי כדי לבסס את סמכות המשיב לעשות שימוש בתקנה 119, די בכך שהונחו בפניו ראיות במישור המינהלי, מהן עולה כי העבירה בוצעה על-ידי מי מיושבי הבית המיועד להריסה, ואין צורך בהרשעה פלילית (בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 343 (1994); עניין עואודה, פסקה 21; עניין מטטפא, פסקה 38).

יו. על פני הדברים, בהודעותיו במשטרה טען אבו חאשיה, כי מטרה עיקרית בגרימת מותו של החייל הייתה, כפי שנטען בעתירה, לגרום למותו שלו, גם בעקבות סכסוך מסוים עם הוריו (על הסכסוך יורחב בהמשך). כך למשל, ציין בהודעתו מיום 10.11.2014, יום הפיגוע:

"המשכתי לשבת ולחשוב לעצמי שאני רוצה לשים קץ לחיי ואיך אני רוצה למות ואז עלה לי רעיון על ללכת להרוג חייל לכן עזבתי והלכתי לחפש חייל כדי שיהרוג אותי ולאחר שראיתי חייל ברחוב הראיתי לו את הסכין כדי שיהרוג אותי אבל הוא לא עשה כלום ואחרי שראיתי שהוא לא עושה לי כלום דקרתי אותו..." (ג' 2, ש' 57-53).

וכך עלה מן ההודעה מיום 13.11.2014:

חוקר: "מה מטרתך במעשה הפשע אשר ביצעת בתאריך 10.11.2014?"
אבו חאשיה: "רציתי למות."
חוקר: "למה?"
אבו חאשיה: "כי אני מיואש מהחיים." (ג' 2).

ובהודעה מיום 17.11.2014:

אבו חאשיה: "אחרי שדקרתי אותו בחזה התרחקתי ממנו כדי שיירה בי... הוא נתן לי מכה עם הנשק ואני תפסתי

את הנשק והורדתי את הנשק מעליו ודקרתי אותו
 והתרחקתי שיירה בי."
 החוקר: "מדוע רצית שיירה כך?"
 אבו חאשיה: "כדי למות." (ג' 3, ש' 38-46).

ואולם, מחקירותיו הנוספות על-ידי גורמי השב"כ, אשר הוגשו לבית משפט זה במעמד שני הצדדים, עולה כי בצד מניע זה עמד גם מניע נוסף – כי מותו יזכהו במעמד של שהיד, כך שמותו לא יהיה לשווא (זכ"ד מיום 10.11.2014, פסקה 17; זכ"ד מיום 11.11.2014, פסקה 11). בנוסף לכך, סבורני כי ניתן להניח שאדם שכל מטרתו היא מציאת מותו שלו ולא פגיעה בזולת, היה מסתפק בהנפת הסכין בלבד כלפי האחר, או בדקירה שטחית, או בדקירה שאינה במרכז הגוף, או בדקירה בודדת; ולא בכדי נקבע במשפט הפלילי, כי ככלל, חזקה על אדם שדקר אחר במקומות רגישים באופן שגרם למותו, כי התכוון לתוצאה הטבעית של מעשיו ומכאן כי התכוון לגרום למותו של הקרבן (ע"פ 163/89 סעדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2), 495, פסקה 12 (1991); ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (2005)). בענייננו, אבו חאשיה דקר את החייל בחזה ובבטן, דקירות עומק אשר היה בהן כדי לגרום למותו, ואכן גרמו לכך למרבה הצער. מכאן, אף אם אצא מן ההנחה כי מטרתו הדומיננטית של אבו חאשיה במעשיו הייתה מציאת מותו שלו, דבר שאיני מכריע בו כמובן, ניכר – ברמה הראייתית הנדרשת מראיות מינהליות – כי למטרה זו נצטרפה מטרה נוספת, והיא נטילת חייו של חייל צה"ל, אך בשל היותו חייל צה"ל ומתוך מטרה לבצע פיגוע טרור. איננו יכולים להתבונן אל המעשה בחינת שוטים שבעולם. די כאמור בכך שאחת ממטרותיו של אבו חאשיה הייתה פיגוע טרור, כדי לקבוע כי בידי המפקד הצבאי סמכות להורות על הריסת בית העותרים מכוח תקנה 119; אולם כפי שארחיב להלן, שאלה היא אם לטענה בדבר רצון להתאבד ולסכסוך עם ההורים יש השפעה מסוימת במישור שיקול הדעת ומידתיות האמצעי הננקט.

יז. מכאן, כי סמכות יש, ועתה עלינו להידרש לשאלת שיקול הדעת בהפעלת הסמכות במקרה הפרטני.

יח. אפתח בסוגיית הבעלות על הדירה. לטענת העותרים הדירה אינה בבעלותם אלא כאמור בבעלות אונר"א; לטענת המדינה מנגד, לדירה אין בעלים רשומים, ומאתר אונר"א נמצא כי אין לה מתקנים במחנה הפליטים בו נמצאת הדירה. אינני מוצא צורך להכריע בסוגיית הבעלות. אמנם, כפי שצוין בעניין מסטפא, כאשר ענייננו בדירה בה מתגוררת בשכירות משפחת המחבל, והדירה בבעלותו של צד ג' זר, ייתכן שבמקרים מסוימים יהיה בכך כדי לקבוע שאין להרוס את המבנה בשלמותו (שס, פסקאות 29, 48-

46). ואולם, סבורני כי טענה זו צריך שתבוא מפי הבעלים עצמם, שכן הם הנפגעים האפשריים מההריסה; לעותרים עצמם לא נגרם נזק מכך שהדירה שהריסתה מתבקשת אינה בבעלותם. כיון שבענייננו מצאה המדינה כי הדירה רשומה כחסרת בעלים, ולא הצטרף להליך זה צד הטוען לבעלות, אינני מוצא להידרש לכך.

יט. וכעת לעיקר הדברים. במרכז הסוגיה של הריסת הבתים נמצאים כאמור שיקולי ההרתעה השלובים בשיקולי המידתיות. כפי שציינתי בעניין המוקד להגנת הפרט, נוכח העובדה שהאמצעי של הריסת בתים הוא חמור במיוחד, על מערכת הביטחון לבדוק עצמה מעת לעת ולהציג לבית משפט זה נתונים בדבר יעילות ההרתעה (שס, פסקה כ"ז; ראו גם חוות דעתה של השופטת חיות באותו עניין, ודבריה "בשבחי הספקות, אשר חשוב שינקרו תמיד גם בלב הצודקים" (שס, פסקה 6); וכן עניין מוסטפא, פסקה 27). כאמור, בהתאם לכך, הגישה המשיבה לבית משפט זה, במעמד צד אחד, חוות דעת של גורמי הביטחון. למותר לציין, כי מעמדה של חוות דעת המוגשת במעמד צד אחד, מעיקרא מוגבל, במידה מסוימת, כמו חומר חסוי אחר הנותר במעמד צד אחד. עם זאת, כפי שציינה הנשיאה בעניין מוסטפא באשר לחוות דעת זו או דומה לה (פסקה 29), גם אני סבור כי יש בה כדי לבסס, באופן הנדרש מראיות מנהליות, את הטענה הכללית כי בכוחן של הריסות בתים כדי להתריע מחבלים בכוח.

ואולם, כפי שציינה הנשיאה בעניין מוסטפא, את טענת ההרתעה יש לבחון בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה; למשל, שס, נמצא באחת העתירות כי בנסיבות הקונקרטיות, כאשר ענייננו בהריסת ביתו של צד שלישי "זר", אשר השכיר את הדירה לטווח קצר, לעותרים באותו מקרה, אין מקום לאפשר הריסת הבית שכן ספק אם יהיה בכך כדי להרתיע מחבלים פוטנציאליים בעתיד; דהיינו, המשמעות היא היעדר קשר רציונלי בין התכלית לאמצעי שננקט, ומכאן כי הריסת הבית ההוא לא צלחה את מבחני המידתיות (פסקאות 29, 46-48).

כ. בענייננו, על פני הדברים, עולות שתי שאלות עיקריות לעניין ההרתעה:

הראשונה, שאלת השיהוי – העובדה שחלפו כ-11 חודשים בין מועד הפיגוע למועד בו הודיע המשיב לעותרים על כוונתו להרוס את הבית.

השניה, שאלת המטרה הדומיננטית שעמדה בבסיס פעולותיו של אבו חאשיה במיוחד בגדרי טיב הקשר עם משפחתו; היינו, השאלה האם ניתן לשלול את האפשרות כי מטרה משמעותית של העותר בביצוע הפיגוע הייתה נטילת חייו שלו, בין היתר בשל סכסוך עם משפחתו, ואילו מטרת הריגת החייל הצטרפה אליה, וכמובן תוצאת כל אלה הייתה טרגית.

כא. אשר לטענת השיהוי, כפי שנקבע בבית משפט זה, המועד המדויק לביצוע ההריסה מסור ככלל לשיקול דעתם של כוחות הביטחון (בג"צ 4747/15 אבו ג'בל נ' מפקד פיקוד העורף (7.7.2015); עניין סידר, פסקה ז'; עניין מוסטפא, פסקה 50); יתרה מכך, מסכים אני ככלל עם עמדת המדינה, לפיה ריבוי הפיגועים בעת האחרונה יכול שישפיע על מועד ההריסה, נוכח הצורך בהגברת ההרתעה. לטענת המדינה, מטעמים אלה, במקרים קודמים בהם היה שיהוי ואף שיהוי ניכר, נמנע בית המשפט מהתערבות בהחלטת ההריסה. כך למשל, בעניין סידר חלפו כאמור כתשעה וחצי חודשים ממועד הפיגוע ועד ההודעה; ראו גם סקירת מקרים נוספים בעניין מוסטפא: "עניין טאלם [בג"צ 1730/96 טאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353 (1996) – א"ר] (שבו חלפו כארבעה חודשים); עניין אלשיך [בג"צ 1056/89 אלשיך נ' שר הביטחון (1990) – א"ר] (שבו עברו כחמישה חודשים); בג"צ 228/89 אלג'מל נ' שר הביטחון, פ"ד מג(2) 66 (1989) (שבו חלפה למעלה משנה בין מועד הפיגוע לבין הוצאת הצו).

כב. ואולם, אף טרם העידן החוקתי, עמד בית משפט זה על כך ש"עצם עבור הזמן בין המעשה המיוחס לחשודים לבין ביצוע הסמכות על-פי תקנה 119 הוא כשלעצמו שיקול, שראוי להתחשב בו" (עניין חמרי, הנשיא ברק, בעמ' 444). בהמשך לכך, כפי שצינתי אך לאחרונה בעניין סידר, אף ששיקול הדעת בעניין מועד ההריסה מסור לכוחות הביטחון, "אף דבר זה כפוף לסבירות, למידתיות ולשכל ישר, ויש חשיבות גם למראית העין. נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר" (שם, פסקה ז', הדגשה הוספה – א"ר; וראו גם עניין מוסטפא, פסקה 50). במלים אחרות, ככל שמתרחקים אנו ממועד הפיגוע, עלולה להיווצר מראית העין – אשר יש הטוענים כי אכן נוצרת – כי ההריסה היא למטרות עונשיות. כיון שלא לכך נועדה תקנה 119, וכדי למנוע להימנע מהחשש למראית עין כאמור, יש לודא כי שיקולי התועלת הם שעומדים במוקד ההחלטה, וכי אלה אכן מצדיקים שימוש באמצעי החריג של הריסת בתים. לצורך זה, סבורני כי יש לשרטט "קו גבול" רעיוני המשתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו, אשר לאחריו ראוי להימנע מן האמצעי של הריסת בית בשלמותו, אלא לנקוט לפי הצורך באמצעי מידתי יותר אשר גם בו יהיה כדי להשיג הרתעה בנסיבות; ובמקרים בהם עבר פרק זמן קיצוני מאז אירע הפיגוע, אף להימנע מנקיטת אמצעים מכוח תקנה 119. אינני רוצה להשתמש במונח "הסתמכות", שכביכול הנוגעים בדבר בבית המחבל מפתחים ציפיה כי לא ייהרס הבית; ואולם, מתוך האמון כי יש בו כדי להשיג הרתעה מזה, ומתוך שיקולים של מידתיות מזה, ראוי להתחשב בחלוף הזמן באופן מסוים. בענייננו, דומה כי בהתאם לנסיבות בתיק, הזמן שחלף בין הפיגוע ועד למועד ההודעה – כ-11 חודשים – אף שאינו עולה לטעמי כדי פער קיצוני

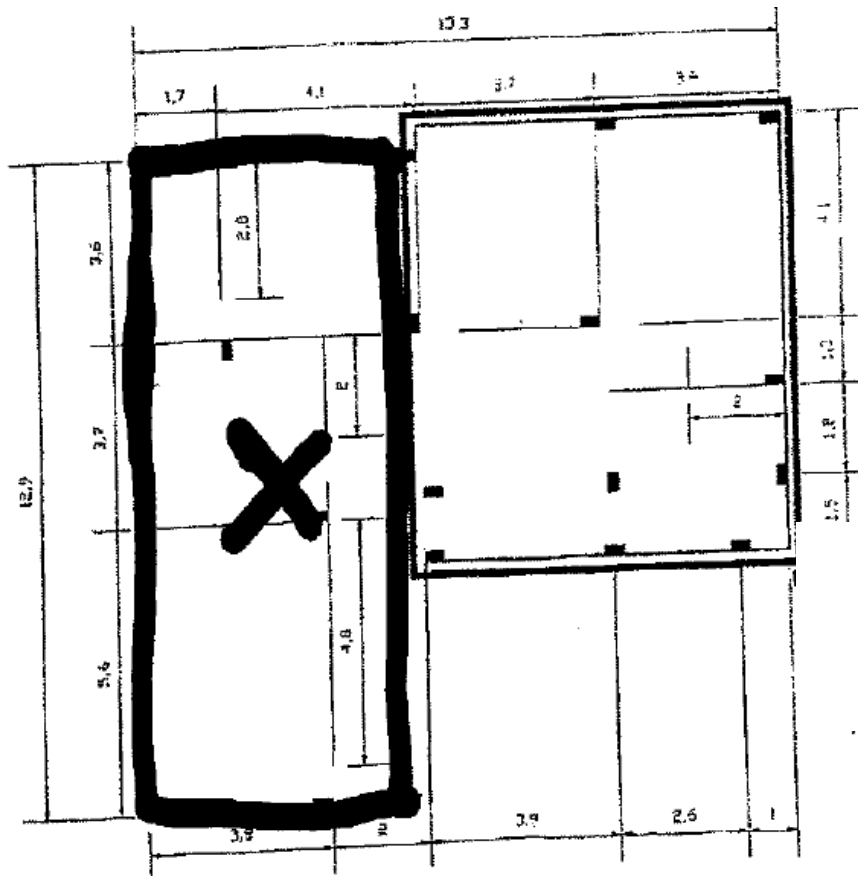
השולל את האפשרות לנקיטת אמצעים מכוח התקנה, והודעת המדינה (גם אם במאוחר) המלווה בתצהיר כי ההחלטה להריסת הדירה התגבשה (אם כי לא נמסרה הודעה לגביה) ביולי 2015, מצריכים נקיטת אמצעי מידתי יותר מאשר הריסת הבית בשלמותו, ועל כך בהמשך.

כג. אשר לשאלת המטרה הדומיננטית שעמדה בבסיס פעולותיו של המחבל, האם מטרת הטרור או מטרה אחרת, או שמא שתיהן, ולקשר בין המחבל למשפחתו המתגוררת בבית שמבקשים להרסו, ישאל השואל – מדוע נדרשת הבחנה זו? הרי הפסול המוסרי זועק לשמים בין אם מטרתו העיקרית הייתה ביצוע פיגוע טרור ובין אם ביקש להתאבד ופעילות הטרור נעשתה כאמצעי לכך; וחיינו של מי שאבד, החייל המנוח, לא ישובו עוד. התשובה המשפטית לכך היא, כפי שצינו מעלה, שתכלית תקנה 119 אינה ענשית, ומכאן כי שיקולי גמול והלימה אינם רלבנטיים בענייננו במישור המשפטי, בכל המטען הרגשי הכרוך בכך; התכלית הענשית תושג באמצעות הדין הפלילי, בו אכן להלכה יתכן שייקבע כי כפל מטרות – ככל שהיה – אינו מעלה או מוריד, וכי ענייננו ברצח בכוונה תחילה בשני המקרים, והעונש יהא זהה; והכל כאמור מבלי לטעת מסמרות בהליך הפלילי המתנהל. ואולם כאשר ענייננו בשיקולי הרתעה בלבד, האין משקל לשאלה מדוע עשה המחבל את אשר עשה? כאמור, מטרת הריסתו של בית המשפחה היא הרתעת מחבלים פוטנציאליים, ושאלה היא עד כמה תושג אותה הרתעה אף לגבי מי שיחליט לסיים את חייו מסיבות שאינן קשורות אך במעשה הטרור, ובמיוחד כשברקע סכסוך עם בני משפחתו. בנוסף לכך, כפי שצינו בעבר, במישור שיקול הדעת המסור למפקד הצבאי בכגון דא יש ליתן משקל לשאלה האם ובאיזה מידה היו מעורבים יושבי הבית במעשה הטרור (בג"צ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 700 (1992); עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ז). ובענייננו, על פני הדברים נדמה שבני הבית לא היו מעורבים בכך, שעה שמהודעותיו במשטרה של אבו חאשיה עולה, כי הקשר בינו לבין משפחתו היה בעייתי; כפי שעולה מהודעתו במשטרה מיום 10.11.2015, יום הפיגוע:

"ההורים שלי התקשרו [בבוקר אותו היום, לפני הפיגוע – א"ר] ואבא שלי דיבר איתי וצעק עלי בטלפון ואמר לי 'הלוואי שתמות' 'שתלך ולא תחזור' 'ושאלוהים יקח אותך' ולאחר שסיימתי את השיחה עם אבא לקחה אמא את הטלפון ואמרה לי אל תחזור לבית בלי למצוא עבודה. לאחר סיום השיחה הלכתי וקניתי משוק הפשפשים סכין... והמשכתי לשבת ולחשוב לעצמי שאני רוצה לשים קץ לחיי... (ג' 2, ש' 39-53)"

מכאן, סבורני כי האפשרות שאבו חאשיה עירב במעשיו בין שתי מטרות, טרור ופגיעה עצמית, ועל פניו עולה מהודעותיו שלסכסוך עם משפחתו היה חלק בכך; וכן העובדה כי לא נטען בפנינו – ומכל מקום לא הוכח – כי משפחתו תמכה במעשה הנפגע, וזאת בנוסף כאמור לשיהוי במסירת ההודעה בדבר ההריסה למשפחה – כל אלה יחד מביאים למסקנה כי הריסת בית המשפחה בשלמותו אינה אמצעי מידתי, וכי נדרשת נקיטת אמצעי מידתי יותר במקומו. ודוק, אין באמור כדי לקבוע כי כל כפל מטרות שהוא יהיה בו כדי להצריך שימוש שהוא פחות מהריסת בית המשפחה בשלמותו; טול למשל מצב, בו ביצע פלוני פיגוע טרור מתוך מטרה כלכלית בעיקרה, והכסף עתיד לשמש את משפחתו המתגוררת בבית שמבקש המפקד הצבאי להרוס. בנסיבות אלה, למשל, לא ניתן יהיה לומר מעיקרא כי יש בעירוב המטרות כדי לפסול מראש את האפשרות של הריסה מלאה של הבית; וכל מקרה ייבחן לגופו בהתאם לנסיבותיו.

כד. ומכאן לשאלת האמצעי שיש לנקוט בענייננו. הובהר על-ידי הצדדים כי גודל הדירה הוא 140 מ"ר והיא מכילה ארבעה חדרים, סלון ומטבח. כאמור, ביום 29.10.2015 הוצאנו צו-על-תנאי המורה למדינה להתייחס, בין היתר, לאפשרות של הריסה חלקית; בתשובה ציינה המדינה כי לא יהא בכך כדי להשיג את ההרתעה הנדרשת בנסיבות, אולם במענה לשאלותינו בדיון השיבה באת כוח המדינה כי אין מניעה אופרטיבית לעשות כן. כאמור, בהשגה אותה הגישו העותרים טרם פניה לבית משפט זה, הציעו הריסת חדר אחד וחדר שירותים אשר שימשו לפי הנטען את המפגע. המדינה בחרה שלא להתייחס לאפשרות ההריסה החלקית לגופה, אף שהצו-על-תנאי שניתן היה מפורש בעניין זה, ולא טענה לגבי חלקים כאלה או אחרים בבית. בהתאם לכך, בנסיבות התיק, נוכח השיהוי והמתואר מעלה, סבורני כי לא תהא מידתיות בהריסת הבית כולו, וכי עלינו לאפשר הריסה חלקית בלבד של הבית. בנסיבות אלה, תיהרס מחצית קומת הקרקע בצד שמעליו אין בנויה הקומה השניה, ולא תיהרס המחצית שמעליה בנויה הקומה השניה; כלומר, בהתאם לחוות הדעת ההנדסית והשרטוט שהוגש לנו, ייהרס החלק המסומן ב-X להלן:



ככל שיותר מרווח פתוח וחשוף החוצה במרכז הדירה ללא קיר חיצוני כתוצאה מההריסה (אלא אם כן ניתן לבצע את הריסת המחצה בלא שכך יקרה), יוכלו העותרים לתקן זאת מבלי שהדבר יוביל להריסה נוספת. כתוצאה מכך אולי גם, מבלי שניטע מסמרות, תפחת הסכנה לנזק אגבי לקומה השנייה; אזכיר בהקשר זה כי בפרשת מוסטפא (פסקאות 56-59; וגם לפני זה בפרשת טידר) נקבע כי ככל שייגרם נזק אגבי מעין זה, יהא על המדינה לתקנו או לפצות את הנפגעים בהתאם.

כה. אציע איפוא לקבל את העתירה חלקית לפי האמור והמתואר בסעיף כ"ד, ולעשות צו מוחלט לפיו ייהרס רק חלק קומת הקרקע שאינו בצד שעליו בנויה הקומה השנייה. אציע שלא לעשות צו להוצאות.

אחר הדברים האלה

כו. למקרא חוות דעתם של חבריי השופטים מזוז וזילברטל, ארשה לעצמי להוסיף מה. לשיטתו של חברי השופט מזוז, השיהוי הממשי שנפל בהחלטת המשיב בהוצאת צו ההחרמה וההריסה מוביל למסקנה כי פעל בחוסר סמכות בהוצאתו; ומכאן עלינו לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט ולבטל את הצו ההחרמה וההריסה לחלוטין. הסוגיה,

אם כן, לעמדת חברי השופט מוז, מצויה במישור הסמכות, ונוכח חוסר הסמכות איננו עוברים לשלב בחינתן של המידתיות והסבירות שבהוצאת צו ההריסה. כפי שציינתי בחוות דעתי, מסכים אני עם העמדה כי נוכח ההשלכות הברורות שיש להריסת ביתם של אלה אשר לא לקחו בעצמם חלק בפעילות טרור או בפעילות עבריינית, יש לעשות שימוש זהיר בתקנה 119; מכאן, כי חרף לשונה הרחב של התקנה, אין לפרשה כמעניקה סמכות בלתי מוגבלת למפקד הצבאי להרוס את ביתו של פלוני כל אימת שנעברה "עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה", אלא, כאמור, לצמצמה למקרים בהם התגורר בבית אדם שפעל מתוך מטרות טרור או מטרה צבאית-לוחמתית אחרת ולנסיבות כל מקרה. חברי השופט זילברטל, אף שהוא חולק על חברנו השופט מוז בנושא הסמכות, סבור כי השיהוי בניהול דיון מצדיק קבלת העתירה.

כז. בשונה מעמדת חברי השופט מוז, אינני סבור, כי בשיהוי הניכר – ואין חולק בין חברי ההרכב שמדובר בשיהוי ניכר – יש כדי להוביל למסקנה כי המשיב פעל בחוסר סמכות, אלא כי ענייננו בשאלה במישור הסבירות והמידתיות; ובשונה מעמדת חברי השופט זילברטל, סבורני כי די במתן ביטוי מתון יותר לאי הנחת מן השיהוי. כפי שצוין מעלה, מטרתה של תקנה 119 היא השגת הרתעה אפקטיבית. אשר לסמכות, ככל שענייננו בהקשר של מעשי טרור, מוסמך המפקד הצבאי להורות על הריסת הבית או על אטימתו כאשר התגורר בו אדם אשר פעל מתוך מטרות טרור, למטרת הרתעה אפקטיבית. במישור הסבירות ושיקול הדעת, על המפקד הצבאי לאזן, בין היתר, בין צרכי ההרתעה והפגיעה בזכויות הפרט, ולשם כך ליתן משקל, בין היתר, לזמן שחלף בין מועד אירוע הטרור לבין מועד ההריסה המתבקש. כאשר ניכר, כבענייננו, כי חלף זמן משמעותי בין השניים, על המפקד לחפש אחר פתרון מידתי יותר מאשר הריסה מלאה של הבית; ואולם, כשעסקינן בנטילת חיים, איני סבור כי הכרעת הרשות ראויה לביטול מכל וכל, והמידתיות פועלת לשני הצדדים – על-ידי הריסה חלקית של הבית, וכזכור להריסת החדר וחדר השירותים ששימשו את המחבל היתה נכונות של העותרים עצמם (ראו פסקה ד' למעלה). ודוק, כפי שציינתי בחוות דעתי, ייתכנו מקרים בהם פער הזמנים שחלף בין האירוע למועד ההריסה יהיה כה קיצוני, עד כי לא יהא מקום לעשות שימוש בתקנה 119 כלל. אולם לעמדתי, אין זה המקרה בענייננו, ודומני כי הפתרון של הריסה חלקית מאזן באופן הולם בין הזמן שחלף בין האירוע להוצאת צו ההריסה וציפיותם של בני הבית, לבין התועלת שיש בהריסה חלקית של הבית לשם השגת הרתעה, ועל כך עמדנו מעלה.

המשנה לנשיאה

1. אין בידי להצטרף לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ולתוצאה המוצעת על ידו. לדעתי יש לעשות את הצו-על-תנאי להחלטי ולבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המשיב.

2. העתירה דנן, כמו עתירות אחרות מהעת האחרונה וקודם לכן, מעלה שורה של טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה). במסגרת זו נטען בין היתר כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללים שונים של המשפט הבינלאומי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש ופגיעות נוספות בדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות חוקתיים של המשפט הישראלי, לרבות טענות אפליה, וכן שאלות של יעילות הסנקציה וסבירותה ועוד. המדובר בטענות כבדות משקל הראויות לדעתי לבירור יסודי (ראו הערותי בחוות דעתי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015)).

ואולם, עמדתי החולקת בענין הנדון אינה פועל-יוצא מנקיטת עמדה בשאלות העקרוניות-כלליות האמורות באשר לתוקפה של תקנה 119 ולאופן הפעלתה, אלא נובעת מהנסיבות הקונקרטיות של הענין הנדון ומהסוגיה העיקרית שעלתה בעתירה זו ואשר בגינה בעיקר הוצא הצו על תנאי, והיא הסוגיה של הוצאת צו ההחרמה וההריסה זמן רב לאחר הפיגוע ובמנותק מנסיבות אותו פיגוע.

3. חברי מציע, כמפורט בחוות דעתו, לקבל חלקית את העתירה ולצמצם את תחולת צו ההחרמה וההריסה שיצא על ידי המשיב לחלק בקומת הקרקע שאינו בצד עליו בנויה הקומה השניה. מקובלת עלי עמדת חברי כי יש להתערב בהחלטת המשיב אך לדעתי אין די בנסיבות הענין בצמצום צו ההריסה. להלן טעמי בתמצית.

4. תקנה 119(1) קובעת בחלקה הרלבנטי לענייננו כי -

119. (1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה ..."

5. הסמכות שלפי תקנה 119 היא סמכות שבשיקול דעת. על כן, משאירע אירוע המקיים את סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119, על המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו ולהחליט אם לעשות שימוש בסמכותו זו, ואם כן - באיזה אופן. סמכות זו אינה בלתי מוגבלת בזמן. מרגע שקמה העילה להפעילה על המפקד הצבאי להחליט אם להפעילה אם לאו "במהירות הראויה... לפי הנסיבות" (סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981).

משהחליט המפקד הצבאי שלא להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 בגין אירוע המבסס אפשרות להפעלת הסמכות, או אם לא החליט המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו - מוצה המועד להפעלתה, ואין המפקד הצבאי רשאי להפעילה כעבור פרק זמן משמעותי לאחר האירוע, במנותק מנסיבות הזמן והמקום של האירוע. הפעלתה של סמכות צריכה להיות קשורה בקשר סיבתי לעילה החוקית להפעלתה, היינו נדרש כי הוצאת הצו תהא בגין הפיגוע של בן המשפחה המתגורר בבית מושא הצו, ולא בשל אירועים מאוחרים יותר שאינם קשורים לאירוע בו מדובר.

דרישה זו נגזרת ישירות מתנאי הקשר הרציונלי (rational connection) של עקרון המידתיות החוקתי (אהרן ברק מידתיות במשפט 373 (2010)), והלכה היא כי השימוש בתקנה 119 צריך להיעשות באופן זהיר וכי יש לפרשה על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפסקת ההגבלה הקבועה בו (פסקה י"ב לחוות דעת חברי המשנה לנשיאה; 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)).

6. עוד מימיה הראשונים של הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות שלפי תקנה 119 נפסק כי השימוש בסמכות זו ייעשה רק בנסיבות מיוחדות -

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות (בג"ץ 434/79 [3])" (בג"ץ 361/82 חמרי נגד מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982)).

על עמדה זו חזר בית משפט זה לא פעם (ראו למשל: דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 489), וגם חברי המשנה לנשיאה עמד בחוות דעתו על "השימוש הזהיר שיש לעשות בתקנה זו" (פסקה י"ב).

7. ואכן, לאורך השנים נהגה במשך תקופות ממושכות מדיניות של אי הפעלה, או של הפעלה מוגבלת וחריגה של הסמכות לפי תקנה 119. כך, בשנים 2005-2014, נהגה מדיניות של אי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, בעקבות המלצות של ועדה בראשות האלוף אהוד שני שהמליצה על כך, והמלצותיה אומצו על ידי הרמטכ"ל ועל ידי שר הביטחון (ראו הודעת המדינה לבית המשפט על החלטה זו בבג"ץ 7733/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (20.6.2005), להלן: ענין נאסר). יצוין כי מדיניות זו גובשה בין היתר בעקבות מורת הרוח ממדיניות הפעלת תקנה 119 שהביע בית משפט זה במסגרת הדיון בענין נאסר האמור, בהמשך להערות בדיונים קודמים, תוך ציון שמדובר בנושא המעורר קשיים מבחינת המשפט הבינלאומי ויתכן ויהיה מקום לשנות את ההלכות הנוהגות בנושא (דיון מיום 13.12.2004). גם בשנים 1998-2001 לא הופעלה למעשה הסמכות לפי תקנה 119, ובשנים 1993-1997 הופעלה רק באופן מוגבל.

8. נוכח האמור, ומאחר שמדובר בסמכות שבשיקול דעת, אשר אינה מופעלת כדבר שבשגרה, יש משנה-תוקף לאמור לעיל, כי בהימנעות מהפעלת הסמכות בסמוך לאחר האירוע יש משום החלטה שלא להפעיל את הסמכות; ומשכך אין המפקד הצבאי רשאי כעבור פרק זמן משמעותי - ובעיקר על רקע נסיבות חדשות ושונות - להחזיר את הגלגל לאחור ולהחליט על נקיטת סנקציה בגין האירוע המקורי. החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין. היא נובעת מן החובה של כל עובד ציבור לפעול בהגינות. הפרת חובה כזו עלולה, בנסיבות מסוימות, למנוע הפעלתה, בין בשל מיצוי המועד להפעלת הסמכות ובין משום ויתור ומניעות (השוו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1098, 1109-1111 (2011), מהדורה שנייה); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 410 (2010)).

אי הפעלת הסמכות יוצרת גם ציפייה סבירה ולגיטימית אצל בני משפחתו של מבצע העבירה, כי משלא החליט המשיב להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 בנוגע לביתם בסמוך לאחר האירוע, אות הוא שהחליט להימנע מכך. יש לזכור כי ברוב הגדול של המקרים בהם מופעלת תקנה 119 אין מיוחסת לבני המשפחה של מבצע העבירה מעורבות באירוע, ומכאן שמדובר במי שראויים להתחשבות בציפייה הלגיטימית שלהם (דפנה ברק ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209 (2003)).

9. ודוק - ההגבלה על הפעלת הסמכות אינה נובעת רק מעצם חלוף פרק זמן מוגדר, אלא שחלוף הזמן הוא אינדיקציה לכך שהוחלט - באופן אקטיבי או פסיבי - שלא להפעיל את הסמכות לפי התקנה בגין האירוע בו מדובר; ומשהוחלט שלא להפעיל את הסמכות, או שהוחלט להפעילה באופן מסוים (הימנעות מהפעלת התקנה),

אין המשיב רשאי, בחלוף פרק זמן משמעותי וללא זיקה לאירוע, לקבל החלטה שונה. העילה להפעלת הסמכות מתגבשת עם האירוע וזיהוי המעורבים בו, ואין באירועים מאוחרים יותר בנסיבות הזמן והמקום כדי להצדיק פתיחה מחדש של ההחלטה בנוגע לאירוע.

על כן, מקום שהייתה מניעה אובייקטיבית להפעלת הסמכות בסמוך לאחר האירוע, כגון מקום שמבצע העבירה זוהה רק כעבור זמן, או שהייתה מניעה אובייקטיבית דומה אחרת, אין בהימנעות מהפעלת הסמכות בסמוך לאחר האירוע כדי למנוע הפעלתה עת יבשלו התנאים לכך, ואף לא נוצרת צפייה לגיטימית כאמור. כך למשל, בבג"ץ 1056/89 אלשיך נ' שר הביטחון (27.3.1990) (להלן: ענין אלשיך) נדחתה על ידי בית המשפט טענה בגין שיהוי של מספר חודשים וזאת לאחר שבית המשפט השתכנע כי העיכוב שם נבע בין היתר מהליכי השימוע ומהצורך לערוך בירורים שונים לרבות לגבי מקום מגוריו של אחד המפגעים.

10. במקרה דנן מדובר באירוע של פיגוע דקירה קטלני שאירע ביום 10.11.2014. המחבל נפצע ונלכד ועוד באותו יום הוא נחקר. במסגרת חקירתו נעשה עמו בירור מקיף בין היתר גם לגבי בית מגוריו - היכן הוא מתגורר, מי מתגורר יחד עמו בבית, על מבנה הבית ומבנה החדרים והאם הוא עושה שימוש בכל חדרי הבית (פסקאות 8-11 לזכ"ד מיום 10.11.2014).

מכאן שהאפשרות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בנוגע לבית בו התגורר המפגע נשקלה כבר ביום הפיגוע. עוד יש להדגיש כי כ- 4 חודשים קודם לכן התקבלה החלטה בדרג המדיני על חידוש מדיניות הפעלת תקנה 119 לאחר קרוב לעשור של מדיניות הקפאת הפעלתה כאמור. מכאן, שנושא הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לגבי הבית בו התגורר המפגע - ביתם של העותרים (הוריו) בו הם מתגוררים עם 4 מילדיהם, מלבד המפגע - היה על הפרק, אך לא הוחלט על הוצאת צו החרמה והריסה לגבי הבית.

11. והנה רק כעבור כ- 11 חודשים, ביום 8.10.2015, ניתן על ידי המשיב צו ההחרמה וההריסה על הבית. מעיון בכתב התגובה לעתירה מטעם המשיב מיום 19.10.2015 עולה כי הטעם להחלטה כיום לנקוט בסנקציה כלפי הבית היא "פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום" ושל "שינוי נסיבות משמעותי" שבא לידי ביטוי בהסלמה בפעילות הטרור המצריך נקיטה בפעולות להרתעת מפגעים נוספים (פסקאות 34, 37 ו-45). ניכר אפוא מתגובת המשיב כי ההחלטה המאוחרת לפעול נגד ביתם של העותרים היא תוצאה של אירועים ביטחוניים בסמוך למועד הוצאת הצו (באוקטובר 2015), שאין

להם קשר לאירוע מושא הצו, בעוד בסמוך לאחר האירוע בנובמבר 2014 לא מצא המשיב לנכון להפעיל את סמכותו כלפי הבית.

יצוין כי בכתב התשובה מיום 9.11.2015, שניתן לאחר שהוצאנו צו על תנאי, נעשה נסיון - לטעמי מאולץ ולא משכנע - לתת הסבר קצת שונה. נטען כי ההחלטה התקבלה למעשה כבר ביולי 2015 (עדיין 9 חודשים לאחר האירוע) וכי ההודעה על ההחלטה נמסרה לעותרים רק כ- 3 חודשים לאחר מכן, באוקטובר 2015, "מסיבות אופרטיביות... בין היתר בשים לב לאזור בו ממוקם המבנה מושא העתירה דנן - אזור מחנה הפליטים עסכר" (פסקה 6 שם). אני מתקשה לראות בדברים סתומים אלה משום הסבר, ולו דחוק, לעיכוב של כ- 11 חודשים בהוצאת הצו. אציין כי במקרה אחר שנדון על ידינו במקביל מושא העתירה בבג"ץ 7220/15, ההודעה על כוונה להחרים ולהרוס את הבית ניתנה בתוך 19 ימים מיום האירוע.

12. כמצוין לעיל, לדעתי, בנסיבות כאלה לא רשאי היה המשיב להפעיל את סמכותו לגבי בית העותרים. הסמכות לנקוט בסנקציה לפי תקנה 119 מוגבלת למועד סמוך לאירוע (בכפוף לסייג של מניעה אובייקטיבית) ובזיקה לאירוע ולנסיבות הזמן והמקום של האירוע שהוא העילה החוקית להפעלת הסמכות. המפקד הצבאי אינו רשאי להחליט על נקיטת סנקציה מכוח תקנה 119 בגין אירוע או אירועים מאוחרים לאירוע מושא הצו שאין להם זיקה לאירוע מושא הצו ולמפגע ומשפחתו.

13. חברי המשנה לנשיאה כבר הביע דעתו בפסק דין קודם באשר לצורך ליצור זיקה בזמן בין האירוע לבין הפעלת סנקציה בגינו מכוח תקנה 119 כאשר קבע ש"נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר" (בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ז' (15.10.2015), להלן: ענין סידר), ועל עמדתו זו חזר גם בחוות דעתו בעתירה דנן (פסקה כ"ב). הנחיה נורמטיבית חשובה זו תורגמה בענייננו רק באופן חלקי בהיבט התוצאתי, כאשר להצעת חברי נוכח השיהוי לא תהא מידתיות בהריסת הבית כולו ויש להסתפק בהריסה חלקית.

חברי רואה בהוצאת הצו בשיהוי ניכר מהאירוע כשאלה של סבירות גרידא. אני סבור כאמור כי הפגם בהוצאת הצו בנסיבות דנן נוגע בשורש הסמכות (ראו הסיפא בציטטה בפסקה 16 להלן), ועל כן איני סבור כי בצמצום היקפו של צו ההריסה יש כדי לרפא פגם זה.

14. בתגובה מטעם המדינה נטען לענין הוצאת הצו זמן רב לאחר האירוע, כי טענות מעין אלה כבר נדונו ונדחו על ידי בית משפט זה, תוך הפניה לפסק הדין בבג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (7.7.2015) (להלן: ענין אבו ג'מל). אני סבור שהנדון דומה לראיה. המדובר באותו ענין בפסק דין בן מספר שורות בו דחה בית המשפט את הטענה כי עיכוב של כשבעה חודשים בביצוע צו שהוצא בסמוך לאחר האירוע אינו פגם המצדיק את ביטולו, וזאת בין היתר משום ש"חלק מהעיכוב בביצוע צו ההריסה נובע מההליך המשפטי בו נקט העותר עצמו", וכי "עיתוי ביצוע צו ההריסה מסור ככלל לשיקול דעת המשיב על פי נתוני הזמן והמקום" (שם, ההדגשה במקור).

15. כאן המקום לעמוד על ההבחנה בין שיהוי ניכר בהוצאת הצו, כפי ענייננו, לבין עיכוב בביצוע צו שהוצא כדין במועדו, שנדון בענין אבו ג'מל. בעוד הוצאת צו בחלוף זמן רב מהאירוע מושא הצו ובמנותק מנסיבותיו נגועה בפגם היורד לשורש הסמכות, כמפורט לעיל, הרי מקום שהצו יצא במועדו והעיכוב הוא אך בביצוע, זהו אכן ענין של סבירות, הנבחן בהתאם לשיקולים ולאימוצים שעמדו ביסוד העיכוב בהוצאת הצו לפועל (ולכך השלכה גם לענין הצפייה הלגיטימית), אף כי עיכוב בלתי סביר עלול לעלות בנסיבות מסוימות כדי "זניחה" של הסנקציה.

16. המדינה תמכה עמדתה גם בפסק הדין בבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353 (1996) (להלן: ענין סביח). בפרשה זו נדונה גם כן טענה על עיכוב בביצוע צווי הריסה. הטענה שהועלתה שם הייתה כי "משהחליט המשיב שלא לבצע צווי הריסה כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים נושאי העתירות האלה... הרי לא יהיה זה צודק 'להפשיר' עתה צווים אלה ולבצעם" (שם בעמ' 362). השופט ג' בך, בדעת הרוב, סבר כי אף שמדובר ב"טענה הראויה להישקל", יש לדחותה וזאת משום שהעיכוב בביצוע הצווים היה בעקבות השגות שהוגשו על-ידי המשפחות (שם בעמ' 363). השופטת ד' דורנר, בדעת מיעוט, סברה שיש לקבל את העתירות, וזאת מאחר שאין להפעיל את הסמכות אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית, ואילו באותו ענין ביקש המשיב "לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שבוצע המפגע שהתגורר בבית" (שם בעמ' 364). השופט מ' חשין הצטרף אמנם לדעתו של השופט ג' בך באשר לדחיית העתירות, אך זאת תוך שהבהיר כדלהלן:

"... הקפאתם של צווי ההריסה בעת שהוקפאו, והפשרתם בעת שהופשרו, גם הקפאה גם הפשרה היו, לדעתי, כדין ובמתחם הסבירות. אחרת הייתי פוסק לו סברתי שהמפקד הצבאי ויתר - במפורש או מכללא - על הוצאתם של צווי הריסה, לאמור: לו נמצא לנו שלאחר

פיגועים ראשונים ויתר המפקד הצבאי על הוצאתם של צווי הריסה, וכי פיגועים אחרונים הביאו אותו לחזור בו מוויתורים שוויתר. לו כך היה, כי אז אמרתי שההחלטה על הפשרת צווי הריסה מוקפאים - או החלטה על הוצאת צווי הריסה - החלטה שלא כדין היא, החלטה היא שאינה תומכת עצמה בשיקול-דעת ראוי, החלטה היא השקולה להחלטה שנעשתה בחריגה מסמכות" (שם) בעמ' 365, ההדגשה אינה במקור-מ.מ.)

17. לבסוף הפנתה המדינה בטיעוניה גם לעניין סידר הנזכר לעיל. באותו ענין, הדומה לענייננו אם כי העיכוב בהוצאת הצו היה קצר יותר (כתשעה חודשים), לא קיבל בית המשפט, מפי חברי המשנה לנשיאה בדעת רוב, את הטענה לפגם בצו עקב העיכוב תוך שנקבעה הנחיה נורמטיבית, אותה כבר הזכרתי לעיל, כי "ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר" (פסקה ז'). לעומת זאת, השופט ע' פוגלמן בדעת מיעוט ראה ב"שיהוי הכבד" בהוצאת הצו כפגם הפוגע בשיקול הדעת של המפקד הצבאי, תוך הסתמכות על דברי השופט ד' דורנר בענין סביח הנזכר לעיל, לפיהם מצב כזה פוגע בקשר הסיבתי הנדרש בין הפיגוע לבין ההריסה (פסקה 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

18. הנה כי כן, לצד ההבחנה הנדרשת בין עיכוב ממשי בהוצאת הצו לבין עיכוב בביצועו (הבחנה שלא ניתנה עליה הדעת בפסיקה קודמת), הרי שבכל הנוגע לעיכוב משמעותי בהוצאת צו לפי תקנה 119 בית המשפט ראה בכך קושי ממשי ואף נקבע הכלל כאמור, כי הוצאת הצו צריכה להיות "במועד קרוב ככל האפשר" לאירוע. ואילו באשר לתוצאת הפגם, נשמעו בפסיקה דעות שונות, כמפורט לעיל. דעתי היא כאמור, כי בנסיבות כאלה, כמפורט לעיל, נפגמת חוקיות הצו וממילא התוצאה הנגזרת מכך היא ככלל ביטול הצו, למעט מקרים בהם קבלת ההחלטה התעכבה בשל אילוצים אובייקטיביים ענייניים.

19. סוף דבר: אני סבור כי נפל פגם מהותי בהוצאת הצו בנסיבות דנן, ואם דעתי תישמע נקבל את העתירה ונהפוך את הצו על תנאי שהוצאנו ביום 29.10.2015 להחלטי במובן זה שצו ההחרמה וההריסה מיום 8.10.2015 שהוציא המשיב לבית העותרים יבוטל.

1. המקרה שבפנינו מעלה פעם נוספת את הסוגיה הקשה של הריסת בתי מחבלים, אשר נדונה בעבר בבית משפט זה, על היבטיה השונים, ובפרט בכמה הזדמנויות בעת האחרונה. העיסוק בסוגיה זו סבוך, ובצד השאלות המשפטיות הקשות שהיא מעוררת לא ניתן להתעלם מהיבטים נוספים הנלווים לה, שכן נראה כי כל הכרעה במקרים אלה לא תוכל להיות "נכונה", "צודקת" או "מוסרית" באופן מלא ונטול ספקות. ביסוד הדיון ניצבת במלוא עוצמתה שאלת אופן הפעלת הסמכות המעוגנת בהוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). כאמור, שאלה זו נדונה שוב ושוב, ונראה כי ההלכה הפסוקה הנוהגת הכירה באפשרות להפעלת סמכות זו על-ידי הגורמים שבידם מסורה הסמכות (המפקד הצבאי וגורמי הביטחון המייעצים לו), על אף הקשיים הכרוכים בכך מבחינת כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים שביסוד השיטה המשפטית. במצב דברים זה, ולמען הקטנת העולל ההכרחי הנגרם כתוצאה משימוש באמצעי זה, בית המשפט נדרש לבחינה קונקרטית של המקרים המגיעים לפתחו, וכך גם במקרה הנדון, שעובדותיו פורטו בחוות דעתו של המשנה לנשיאה.

2. חבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט מ' מזוז, חלוקים בעמדותיהם: עמדתו של המשנה לנשיאה היא, כי השיהוי הניכר במסירת ההודעה בדבר ההריסה למשפחה המתגוררת בבית, בצירוף "כפל המטרות" שהניעו את המפגע אבו חאשיה לביצוע הרצח המיוחס לו, מביאים למסקנה כי הריסת בית המשפחה בשלמותו אינה מידתית. משכך, הציע המשנה לנשיאה לקבל את העתירה באופן חלקי, כך שתתאפשר הריסת מחצית מקומת הקרקע של הדירה ולא הקומה בשלמותה. השופט מזוז מחזיק בעמדה אחרת, ולפיה חלוף הזמן שעבר מאז אירוע הדקירה ועד מסירת ההודעה למשפחה מהווה אינדיקציה לכך שהוחלט – ולו מכללא, בדרך של הימנעות מקבלת החלטה – שלא להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 בגין מעשיו של אבו חאשיה; ומשהוחלט שלא להפעיל את הסמכות, או להפעילה באופן מסוים, אין המשיב רשאי לקבל החלטה שונה בחלוף פרק זמן משמעותי מאז המעשה שהקים את הסמכות ועל יסוד נסיבות שאינן בזיקה לאירוע שהביא להפעלתה. במילים אחרות, עמדתו של השופט מזוז היא, כי בשלב בו הוצא צו ההחרמה וההריסה על הבית, כבר מוצה המועד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119. סמכות זו "מוצתה", לגישת השופט מזוז, משנמנע המשיב להפעילה בסמוך לאחר האירוע, ועל-כן, עמדתו היא כי יש לקבל את העתירה כך שצו ההחרמה וההריסה מיום 8.10.2015 שהוציא המשיב לבית העותרים יבוטל.

3. אקדים מסקנה לדיון, ואומר כי במחלוקת בין חבריי קרוב אני לגישתו של חברי השופט מזוז, ואף אני סבור שבנסיבות הקונקרטיות של הפרשה דנא יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטול צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב לבית העתרים. עם זאת איני גורס כי בעת הוצאת צו ההחרמה וההריסה למשיב כבר לא הייתה סמכות לפעול לפי תקנה 119. כמו כן, להשקפתי לא נדרש לבסס את ההחלטה על "היעדר הסמכות" או "מיצוי הסמכות". עמדתי היא, כי ההצדקה לקבל את העתירה שלפנינו נעוצה בשיהוי הרב בהוצאת צו ההריסה אשר יצר פגם באופן הפעלת הסמכות, אף אם זו עדיין היתה נתונה למשיב (וכידוע, פגם בהפעלת הסמכות נתפס לעיתים כפעולה ללא סמכות, כך שהמרחק ביני לבין חברי השופט מזוז אינו רב כל עיקר).

החובה לפעול במהירות הראויה

4. חובת הרשות להפעיל סמכותה במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מנהל תקין, והיא גם מעוגנת בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע כי "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה". חובה זו היא חובה מנהלית הנובעת מעיקרון הסבירות שהוא עיקרון יסודי במשפט המנהלי (בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224, 237 (2004)).

5. כדי לקבוע שהמשיב במקרה הנדון פעל בסבירות, ובהתאם לחובתו לפעול "במהירות הראויה", עלינו לבחון מהי "המהירות הראויה" בענייננו, קרי - מהו משך הזמן "הראוי" בגדרו על המשיב לפעול בהתאם לסמכותו מכוח תקנה 119? כידוע, המבחנים הרלוונטיים לבחינה זו אינם "טכניים". בית המשפט אינו מצויד בטבלה הקובעת מהו פרק הזמן הראוי להפעלת כל אחת מהסמכויות המנהליות הקיימות. על-כן, בבואנו לקבוע מה "ראוי" ומה "סביר" בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, עלינו לשקול מהם האינטרסים הציבוריים והפרטיים המושפעים מאופן הפעלת הסמכות, ובעיקר האם ובאיזו מידה שיהוי רב בהפעלה זו עלול לפגוע במי מהם. עמדה על כך השופטת א' פרוקציה במקרה אחר:

"חובת הפעולה במהירות ראויה, המוטלת על הרשות הציבורית, אינה אלא חובת התנהגות בסבירות (בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פד"י מח(2) 844, 853 ... 'מועד סביר' הוא מושג שמשמעותו היא יחסית. תכליתו לתחום את חובת הרשות לבצע פעולה במסגרת זמן ראויה, על-פי כלל הנסיבות של הענין, ובהתחשב במכלול השיקולים והאינטרסים

הנוגדים הפועלים בגדרו. דרישת 'הזמן הסביר' לביצוע פעולה על-ידי רשות ציבורית נגזרת, מצד אחד, מאילוצים מעשיים העשויים להקשות על הרשות בהיערכות לביצוע הפעולה, ומנגד - מעוצמת המשקל והחשיבות הנובעות לביצוע הפעולה במהירות, בין מבחינת אינטרס הכללי, ובין מבחינת אינטרס היחיד. כאשר מדובר בזכויות אדם, או באינטרס ציבורי רב חשיבות ... מקבל מושג 'הזמן הסביר' לביצוע הפעולה משמעות מיוחדת. תוכנו של 'הזמן הסביר' לביצוע פעולה הוא, לעולם, פרי הנסיבות הייחודיות שהולידו את הצורך בפעולה, ולקביעת גדריו, יש לשקלל את מכלול האינטרסים המתמודדים להשגת נקודת האיזון הראויה" (בג"ץ 1999/07 ח"כ גלאון נ' וועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(2) 123, פסקה 8 בחוות הדעת של הש' א' פרוקצ'יה (2007); ההדגשה אינה במקור, צ.ז.).

אי עמידה בחובה לפעול במהירות הראויה ויצירת "שיהוי מנהלי" עלולים להביא לתוצאה של שלילת המשך הפעלת הסמכות שהופעלה באיחור או לביטול המעשה המנהלי. לעיתים יצביע השיהוי, כנתון ראיתי, על זניחת מטרת הפעלת הסמכות ולעיתים השיהוי כשלעצמו יקים עילה לביטול המעשה המנהלי נוכח הפגם שדבק בהפעלת הסמכות נוכח שיהוי זה. במצב אחרון זה, נדרשת הכרעה שיפוטית בשאלת המשקל היחסי של האינטרסים המעורבים:

"הפן המהותי, המתייחס לשיהוי המינהלי, מצריך הכרעה של בית המשפט בשאלת המשקל היחסי של האינטרסים המעורבים בעניין. לצורך זה בית המשפט עורך מאזן נזקים, כלומר, הנזק לאינטרס הפרטי שנפגע מן המעשה המינהלי כנגד הנזק לאינטרס הציבורי שהמעשה המינהלי נועד לשרת" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 1109-1110 (כרך ב', מהדורה שנייה, 2011) ההדגשות אינן במקור, צ.ז.).

כזכור, בענייננו חלפו כאחד-עשר חודשים מיום ביצוע הפיגוע הרצחני ועד ליום מסירת ההודעה בדבר צו ההחרמה וההריסה למשפחתו של המפגע. סבורני כי בנסיבות אלה, ניתן להצביע על שני אינטרסים עיקריים הנפגעים כתוצאה מהשיהוי המשמעותי בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 (בהיעדר טעמים אובייקטיביים לשיהוי זה) – האחד אינטרס פרטי והשני אינטרס ציבורי.

האינטרס הפרטי

6. האינטרס הפרטי הנפגע מהוצאת צו ההריסה וההודעה על כך לדיירי הבית זמן ניכר לאחר מעשיו החמורים של המפגע הוא הפגיעה בציפייה הסבירה והלגיטימית שלהם. עמד על כך חברי, השופט מוזס, ואף אני סבור כי בהפעלת סמכות בעלת

השלכות כה דרמטיות על חייהם של העותרים (ואחרים במצבם) יש לפעול במהירות האפשרית, בהתחשב בנסיבות, לקבלת ההחלטה וביצועה. כל זמן שהחלטה בעניין מתעכבת ללא הסבר מניח את הדעת, עומדים בני משפחתו של מי שביצע מעשים המנויים בתקנה 119 ואינם יודעים מה יהא גורלם וגורל ביתם. הותרת העותרים במצב כאמור במשך חודשים ארוכים, כשבכל יום הם עלולים לקבל לידיהם צו הריסה לביתם כמוהו כמעין "עינוי דין" מתמשך שאין לדעת מתי יסתיים - וזאת, יש לזכור, כשה"דין" עצמו מעורר דילמות מוסריות לא פשוטות גם לעמדתם של התומכים בשימוש בו וכשהעותרים עצמם לא היו שותפים למעשיו של בן משפחתם המפגע.

7. יוער, כי לטעמי בהקשר זה יש להבחין בין שיהוי בהפעלת סמכות שבחובה לבין הפעלת סמכות שהיא ברשות. כך למשל, לאחרונה נפסק כי כאשר רשות מקומית לא גבתה חוב ארנונה במשך שנים ארוכות, לא נוצר בסיס אובייקטיבי סביר להיווצרות ציפייה לגיטימית או הסתמכות לפטור מחוב זה. הובהר כי כל תושב ואזרח, ובוודאי בעל עסקים, מוחזק כמי שיודע שעל נכס מקרקעין המשמש למגורים או לעסקים מוטלת ארנונה עירונית, ועל כן, עצם העובדה שהרשות המקומית לא גבתה בפועל ארנונה מנכס כזה או אחר, אינה יכולה להקים אינטרס הסתמכות בר-הגנה אשר עשוי לגבור על האינטרסים הציבוריים בקיום החוק (ראו: ע"מ 89/13 עיריית רמת גן נ' הראל (24.2.2015) פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז ופסקאות 5-6 לפסק דינו של השופט מ' מוזס). דברים ברוח זו באו לידי ביטוי גם במקרה אחר, בו נדונו הפרות תכנוניות חמורות אשר פעולות האכיפה בגינן בוצעו בשיהוי ניכר על-ידי הרשות. באותו מקרה נקבע כי:

"ההשתהות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמה לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי דופן. רשות החייבת לבצע פעולות על פי דין, וביחוד רשות הממונה על אכיפת חוק, אינה יכולה להשתחרר מחובתה עקב העובדה שלא נקטה אמצעים למילוי החובה במועד. מכל מקום בנסיבות של אי חוקיות, וביחוד כאשר אי החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעותה של הרשות מלפעול אין די בה כדי לבסס אינטרס מובן של הפרט כנגדה" (רע"פ 1520/01 שנייצר נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה, פ"ד נ"ו(3) 595, 604 (2002)).

אלא שבשני המקרים הנזכרים הרשות המנהלית השתהתה בביצוע פעולות שהיא מחויבת בהן (אכיפת החוק), ולא בביצוע פעולות הנמצאות אמנם בסמכותה, אך ההחלטה האם להפעיל סמכות זו נתונה לשיקול דעתה, כבענייננו. לאבחנה זו חשיבות רבה הנוגעת לגיטימיות ההסתמכות והציפייה של הפרט התלוי בהפעלת הסמכות

המנהלית: במקרים בהם אין כל ספק כי על הרשות להפעיל את סמכותה – מובן כי יהיה קשה עד מאוד להצדיק ציפייה של הפרט כי סמכות זו לא תופעל, גם לאחר שיהוי ניכר. לעומת זאת, במקרים כבענייננו, בהם הרשות רשאית להפעיל את סמכותה, אך לעתים מזומנות בוחרת שלא לעשות כן משיקולים שונים, מובן כי בחלוף זמן רב במהלכו לא נוקטת הרשות בפעולה מכוח סמכותה, נוצרת אצל הפרט הנוגע בדבר ציפייה לגיטימית כי פירוש הדבר הוא שהוחלט לא להפעילה כלל. ככל שפרק הזמן האמור מתארך, ציפייה זו מתחזקת וההסתמכות על מצב הדברים המתמשך גוברת. במיוחד אמורים הדברים כשמדובר בסמכות שהפעלתה פוגעת פגיעה כה משמעותית בנוגעים בדבר, עד כדי שינוי כל שגרת חייהם וערעור יסוד קיומם.

כך גם בענייננו. כידוע, המשיב אינו נוהג להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 בכל מקרה המאפשר זאת על-פי החוק. בכל אחד מהמקרים המגיעים לפתחו, בוחן המשיב את הנסיבות לגופן, ושוקל שיקולים רבים ושונים טרם ההחלטה בדבר הפעלת הסמכות (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.2014) פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). משלא התקבלה ההחלטה בעניין ביתם של העותרים משך חודשים ארוכים, הלכה והתגברה גם הציפייה (והתקווה) כי לאחר הפעלת שיקול הדעת ובחינת מכלול הפרמטרים קיבל המשיב החלטה שלא להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 במקרה הנדון. אני סבור כי ציפייה זו היא לגיטימית, וכי החובה לפעול "במהירות הראויה" במקרים בהם הפעלת הסמכות על-ידי הרשות המנהלית היא עניין שבשיקול דעת (להבדיל מסמכות שהרשות מחויבת להפעיל) היא חובה מוגברת, שכן במקרים אלו הסיכוי שסמכות זו אכן תופעל ביום מן הימים פוחת עד מאד.

עד כאן בעניין האינטרס הפרטי הנפגע מהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בשיהוי.

האינטרס הציבורי

8. האינטרס הציבורי הנפגע מהשיהוי הניכר בין מועד מעשה האלימות שמקים את הסמכות לבין מועד הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, הוא טשטוש ההצדקה להפעלת סמכות זו. כך למשל, בענייננו, צו ההחרמה וההריסה ניתן לעותרים רק לאחר שהחל גל הטרור הנוכחי, והמשיב אף הבהיר בתגובה לעתירה כי המציאות הביטחונית בעת האחרונה היא שהובילה להחלטה להוציא את הצו. על-אף שהמשיב חזר בו במידה מסוימת מאופן הצגת הדברים, וטען בשלב מאוחר יותר כי ההחלטה להוציא את הצו התקבלה כבר ביולי 2015, הרושם המתקבל עלול להיות אחר. מרחק הזמן בין מעשיו

הנפשעים של אבו חאשיה לבין הריסת בית משפחתו הופך – מבחינה ציבורית – את הזיקה בין השניים לרופפת, וכשהוצאת צו ההריסה נעשית בעיצומם של ימים טרופים המאופיינים בגל טרור חדש, זיקה זו עלולה להתנתק לגמרי. במילים אחרות, הריסת ביתם של העותרים בחלוף כמעט שנה מאז אירוע הדקירה הרצחנית, בתקופה בה לדאבון הלב מתרחשים פיגועי דקירה כמעט מדי יום ברחבי הארץ, עלולה להצטייר כהחלטה הנובעת אך ורק מהמציאות הביטחונית הקשה, שאם לא היא – ספק רב אם הייתה מתקבלת. איני קובע כי אכן כך הם הדברים, וכי בפועל המשיב אכן פעל מהשיקולים האמורים בלבד. עם זאת, כאמור, לאופן בו תופס הציבור את ההריסה ול"מראית העין" יש חשיבות בעיני, ואני סבור שיש לתת משקל להיבטים אלו, בעיקר כשהצדקה הבלעדית להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא "ההרתעה", אשר, כידוע, מבוססת במידה רבה על השלכות מעשה ההריסה על עמדות הציבור הרלוונטי.

תכלית ההרתעה

9. הצבעתי על אינטרס פרטי ועל אינטרס ציבורי אשר שניהם עלולים להיפגע באופן ניכר לו יפעיל המשיב את סמכותו להרוס את בית העותרים בחלוף חודשים רבים מהיום בו ביצע אבו חאשיה את מעשיו. בשלב זה, ראוי גם לעמוד על האינטרס הציבורי אשר עלול להיפגע אם לא ימומש צו ההריסה בשלב זה. כפי שצוין לא אחת בפסיקה העוסקת בסוגיה זו, האינטרס הציבורי שצו ההריסה נועד לשרת הוא הרתעת הרבים מפני ביצוע מעשי אלימות דומים. אלא שכפי שציינתי לעיל, הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מיטשטשת. הביטוי "למען יראו ויראו", אשר עומד בבסיס עיקרון הרתעת הרבים, מבוסס על כך שהקהל אותו יש להרתיע נוכח כי לעבירה מתלווה מחיר כבד, והחשש הממשי מפניו ימנע מאחרים לפעול באופן דומה בעתיד. מובן כי כשהדרישה לתשלום המחיר מבוששת לבוא, התוצאה ההרתעתית מתפוגגת אט אט, וככל שחולף זמן רב יותר, כך גם הסיכוי להשיג את ההרתעה המבוקשת הולך ופוחת ומעשה ההריסה הופך יותר ויותר לעונש או למעשה נקם לשמו ופחות למהלך הרתעתי. אמנם, כעבור זמן מה, ובדרך כלל על רקע עבירות מתרבות, הצורך להרתיע גובר באחת, ואז מבקש בעל הסמכות לגבות את המחיר עבור העבירה שנעברה זמן רב קודם לכן. אלא שבשלב זה רבים כבר אינם זוכרים כי אמנם נעברה אותה עבירה ומיהו העבריין, ומתקשים לקשור בין המחיר לבין המעשה הנפשע. במילים אחרות, הפעלת הסנקציה בשלב זה עלולה להיות נעדרת-הקשר עבור רבים מהציבור אותו יש להרתיע, בעיקר כשהיא מתבצעת במציאות ביטחונית בה אירועי טרור והתגובות להם רבים ודחופים.

10. על רקע האמור, חוששני כי הפעלת הסמכות על-ידי המשיב כשנה לאחר מעשיו הרצחניים של אבו חאשיה ממילא לא תוביל לתוצאה ההרתעתית המבוקשת והלגיטימית. משכך, ובעיקר נוכח האינטרסים שייפגעו מהריסת הבית בשיהוי ניכר, עמדתי היא, כי הפעלת הסמכות בשלב זה תהיה בלתי סבירה ובלתי ראויה.

המקרה הנדון בראי הפסיקה העדכנית בסוגיית הריסת הבתים

11. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם פסיקה קיימת העוסקת בסוגיה זו, בה הודגש לא אחת כי כעיקרון, ראוי שהחלטה על הריסת בית משפחתו של המפגע תימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר (ראו: בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) פסקה ז', להלן: עניין סידר). בפרשה אחרת בה נפסק לאחרונה, ואשר גם בה טענו העותרים כי חל שיהוי בהפעלת הסמכות (צו ההריסה נמסר למשפחה כשלושה חודשים וחצי לאחר הפיגוע הנדון), הדגישה הנשיאה מ' נאור כי "ההחלטה על ההריסה התקבלה כתגובה ישירה לביצוע הפיגוע ... בשם לב למצב הביטחוני הקשה והצורך בהרתעה. בכך אין לדעתי פסול" (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) פסקה 50, להלן: עניין חמאד). נסיבות המקרה בענייננו שונות. קשה להגדיר את הוצאת הצו במקרה הנדון כתגובה ישירה לביצוע הפיגוע, כשהפיגוע המדובר בוצע לפני קרוב לשנה. יתר על כן, במקרה בו עסקה הנשיאה הודגש, כי כתב האישום נגד המפגע הוגש כחודש וחצי לאחר ביצוע הפיגוע וחודשיים לאחר מכן נמסר צו ההריסה למשפחה. בענייננו, כתב האישום נגד אבו חאשיה הוגש כשבועיים בלבד לאחר הפיגוע, אך מסירת הצו, כאמור, נמסרה למשפחה כעשרה חודשים וחצי לאחר מכן. נוכח האמור ברור כי קיימים הבדלים ניכרים בין לוחות הזמנים של שני המקרים, וכי אין לגזור מדחיית טענת השיהוי בעניין חמאד לענייננו.

12. אני סבור כי גם נסיבותיו של המקרה בעניין סידר שונות מנסיבות המקרה הנדון באופן שיש בו כדי להשפיע על התוצאה. בעניין סידר, בו הוצא צו ההריסה כתשעה חודשים לאחר הפיגוע הנדון, סבר השופט ע' פוגלמן כי ראוי להוציא צו על תנאי באחת העתירות, כדי שתיבחן טענת השיהוי שהציגו העותרים, ויתברר האם הסמכות מכוח תקנה 119 הופעלה בגין פיגועים אחרים שאינם אלה שביצע המחבל שהתגורר בבית. השופט פוגלמן נותר בדעת מיעוט באותה פרשה, אך המשנה לנשיאה הגיב לעמדתו בציינו כי "ההודעה לעותרים מאוגוסט 2015 בעניין ההריסה קדמה על פניה לגל העכור והקודר הנוכחי, ועל כן קשה לראות את ההחלטה נשוא העתירות כנובעת ממנו". בענייננו, לעומת זאת, אין חולק כי מסירת הצו למשפחתו של אבו חאשיה התבצעה בתוך גל הטרור הנוכחי ולא קדמה לו. כך עולה, כאמור, גם מתגובת המשיבים לעתירה

מיום 19.10.2015. נוכח הערתו של המשנה לנשיאה בעניין סידור, עמדה אשר קיבלה ביטוי גם בחוות דעתו במקרה הנוכחי לפיה יש לקבל את העתירה בחלקה, נראה כי נסיבות המקרה בענייננו שונות, ולטעמי מצדיקות את קבלת העתירה מכל הטעמים הנזכרים לעיל.

13. סיכומם של דברים – עמדתי היא כי יש לקבל את העתירה ולעשות את הצו לצו מוחלט, ובמבחן התוצאה אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט מזוז. עם זאת, ההנמקה שהובילה אותי לתוצאה זו שונה מהדרך בה הלך חברי, ואני סבור כי הבסיס לביטול הצו הוא היעדר הסבירות באופן הפעלת הסמכות, ולא היעדר הסמכות עצמה, הכל כמפורט לעיל.

ש ו פ ט

כאמור, הוחלט פה אחד, כי יש בזמן שחלף מביצוע פיגוע הטרור ועד להוצאת צו ההחרמה וההריסה על-ידי המשיב, כ-11 חודשים, כדי להביא לכך שאין לבצע את הצו שהוצא כלשונו. אשר לנפקות האופרטיבית, הוחלט ברוב דעות של השופטים צ' זילברטל ומ' מזוז, וכנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין, לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט ולבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא על-ידי המשיב. דעת המיעוט צידדה בצו מוחלט שיקבע הריסה חלקית.

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

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה