



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8604/22

בג"ץ 8605/22

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט י' כשר

העותרים בבג"ץ 8604/22 :

1. כאמל תמימי
2. ופאא תמימי
3. יוסף תמימי
4. קאסם תמימי
5. מוחמד תמימי

העותרים בבג"ץ 8605/22 :

1. שאדי הייכל
2. סאהר חמדאן – רפאעי
3. ג'מאל עגאלין
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

המשיבים :

1. מפקד פיקוד העורף
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה :

כ"ח בכסלו התשפ"ג (22.12.2022)

בשם העותרים בבג"ץ
8604/22 :

עו"ד נדיה דקה ; עו"ד דניאל שנהר

בשם העותרים בבג"ץ
8605/22 :

עו"ד לאה צמל

בשם המשיבים :

עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט י' כשר:

1. לפנינו שתי עתירות נגד צו החרמה והריסה (להלן: צו ההריסה), אשר הוצא על ידי המשיב 1, מפקד פיקוד העורף (להלן: המפקד), מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). עניינו של צו ההריסה בדירה בה התגורר עודיי תמימי (להלן: המחבל), אשר ביצע פיגועי טרור רצחניים, ובכך הביא לנפילתה על משמרתה של החיילת נועה לזר ז"ל (להלן: המנוחה), ולפציעתם של שניים נוספים, אחד באופן קשה מאוד.

הדירה מושא צו ההריסה נמצאת בקומתו השישית של מבנה רב-קומות המשמש לצרכי מגורים (כולל כ-40 יחידות דיור), הנמצא במחנה הפליטים שועפאט, בשטח השיפוט של העיר ירושלים (להלן: הדירה ו-המבנה בהתאמה).

2. העותרים 1-5 בבג"ץ 8604/22 הם בני משפחתו הגרעינית של המחבל, אשר התגוררו עמו בדירה, והם: אביו של המחבל (העותר 1, שהינו גם בעל הדירה), אימו (העותרת 2), ושלושת אחיו (העותרים 3-5) (יכוננו להלן, יחד: בני המשפחה). העותרים 1-3 בבג"ץ 8605/22 הם חלק מדיירי המבנה, אשר מתגוררים בדירות הסמוכות לדירה, מצידה, מעליה ומתחתיה (יכוננו להלן, יחד: השכנים). העותר 6 בבג"ץ 8604/22, שהינו גם העותר 4 בבג"ץ 8605/22, הוא המוקד להגנת הפרט – עמותה המתארת את עצמה כמי ש-"פועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים".

רקע הדברים

3. כעולה מתגובת המשיבים, ביום 8.10.2022, בשעות הערב, נסע המחבל ברכב יחד עם שלושה נוספים למחסום מחנה הפליטים שועפאט, כשהוא חמוש באקדח. בהגיעו למקום, יצא המחבל מהרכב, וירה, במכוון, לעבר המנוחה ולעבר מאבטח אשר שהה במקום. כתוצאה מהירי שביצע המחבל, נהרגה המנוחה ונפצע המאבטח באורח קשה מאוד. לאחר ביצוע הפיגוע, נמלט המחבל מכוחות הביטחון, ובמשך למעלה מעשרה ימים היה במנוסה.

ביום 19.10.2022, הגיע המחבל למחסום הכניסה ליישוב מעלה אדומים, כאשר הוא חמוש באותו האקדח שבו ביצע את הפיגוע מיום 8.10.2022. המחבל ירה לעבר שני

מאבטחים ששהו במקום, מספר רב של יריות, ובכך הביא לפציעתו של אחד המאבטחים באורח קל. לבסוף, נפגע המחבל מחילופי האש ונהרג במקום.

4. על רקע המתואר לעיל, ביום 9.11.2022, הודיע המפקד על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה, בהתאם לסמכות הנתונה לו על פי תקנה 119, "...הואיל שיש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור ולסייע בשמירה על ביטחון אזרחי ותושבי המדינה". במסגרת ההודעה ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה נגד האמור בה, עד ליום 14.11.2022. להודעה צורפה חוות דעת הנדסית, מיום 7.11.2022, אשר בחנה את הנזק הצפוי לבניין, אם בכלל, כתוצאה מהריסת הדירה, וזאת כאשר ההריסה אמורה להתבצע על פי שיטת הריסה של "חבלה חמה משולבת אמצעים מכאניים" (להלן: חוות הדעת הראשונה).

לאחר שניתנה, לבקשת בני המשפחה, ארכה להגשת ההשגה עד ליום 17.11.2022, הגישו בני המשפחה את השגתם.

השכנים פנו למפקד, במכתב מיום 14.11.2022, ובו ביקשו כי יחזור בו מכוונתו להרוס את הדירה.

עניינה של השגת בני המשפחה היתה, בין היתר, נגד הלגיטימיות של השימוש בסמכות על פי תקנה 119, במישור העקרוני, בטענה להעדר הצדקה לשימוש בסמכות הנ"ל בנסיבות העניין דנן, ונגד ההחלטה לבחור בהריסה דווקא, ובפרט, בהריסתה של הדירה כולה (חלף הריסת חדרו של המחבל בלבד). השכנים, מטבע הדברים, התמקדו בפנייתם בטענה בדבר הפגיעה הבלתי צודקת שתגרם לבניין כולו ובפרט לדירותיהם.

5. ביום 7.12.2022, במכתב מפורט, דחה המפקד את השגתם של בני המשפחה. המפקד עמד על התשתית העובדתית והמשפטית להחלטתו, דחה את הטענות שנטענו במישור העקרוני, וכן התייחס לאופן ביצוע ההריסה. אגב האמור, עמד המפקד על כך שלפי מידע הקיים בידי גורמי הביטחון, חלק מבני המשפחה ידעו על כוונתו של המחבל לבצע פעולה חבלנית, וחרף זאת לא עשו דבר כדי להתריע על כוונתו או למנוע אותה. בנוסף, צוין כי בשל שיקולים מבצעיים, בחן המפקד שיטת הריסה חלופית – "הריסה באמצעים מכאניים, חשמליים, וידניים (משולב)" והחליט להעדיף לבצע את ההריסה בדרך זו. למכתבו של המפקד צורפה חוות דעת הנדסית מעודכנת, נושאת תאריך 4.12.2022. בחוות הדעת המעודכנת נקבע, בין היתר, כי ככל שאמורים הדברים במבנה עצמו, החשש לגרם נזק לרכיבי בניה קונסטרוקטיביים ושאינם קונסטרוקטיביים, הוא "ברמה וסבירות

נמוכים מאוד עד לא צפוי כלל". באשר לחשש לגרם נזק לתשתיות הבניין, פורטו בחוות הדעת המעודכנת המאמצים שיינקטו למניעתו של נזק כזה שיביאו "לרמה וסבירות נמוכים". נוסף לכך, צורף למכתב צו להריסת הדירה, כאשר מועד מימושו נקבע ליום 12.12.2022.

מכתב דומה שוגר, באותו היום, לבאת-כוח השכנים.

6. לבקשת העותרים, דחה המפקד את מועד מימוש צו ההריסה, על מנת לאפשר להם להגיש עתירות נגד ההחלטה על הריסת הדירה. בעקבות כך, ביום 14.12.2022 הוגשו העתירות דנן. יצוין כי לעתירת בני המשפחה צורפה חוות דעת הנדסית לפיה מימוש צו ההריסה צפוי לגרום נזק למבנה. בו ביום, החליטה השופטת ע' ברון כי העתירות תידונה בפני הרכב בהקדם האפשרי, וציינה, בנוסף ובמענה לצו הביניים שנתבקש בעתירה למניעת הריסת הדירה עד להכרעה בעתירה, כי: "חזקה על המשיבים כי יימנעו מביצוע ההריסה עד למתן החלטה אחרת".

המשיבים השיבו לעתירות ביום 20.12.2022. ביום 22.12.2022 שמענו אנו את טיעוני באי-כוח הצדדים.

נותר אפוא ליתן את פסק דיננו בעתירות.

עיקרי טענות בני המשפחה

7. עתירת בני המשפחה מעלה טענות שונות נגד צו ההריסה – חלקן טענות עקרוניות העוסקות בשאלת סמכותו של המפקד להוציא צו הריסה בהסתמך על תקנה 119, וחלקן טענות פרטניות שעניינן בהחלטה לעשות שימוש בסמכות האמורה בנסיבות דנן, בהיקפה ובדרך ביצועה.

8. במישור העקרוני, טוענים בני המשפחה כי מדיניות הריסת הבתים נסמכת על תשתית משפטית ארכאית, אשר בבסיסה תקנה שמקורה במנדט הבריטי, והלכות שנפסקו על ידי בית משפט זה לפני שנים רבות, אשר אישרו את השימוש בתקנה לצורך הריסת בתי מחבלים. בני המשפחה סבורים כי יש לשוב ולבחון את כשרות השימוש בתקנה 119 בעת הזאת, כאשר בחינה שכזו תלמד, לטענתם, על היותה של מדיניות הריסת הבתים בלתי-חוקית. בני המשפחה מבססים טענתם דלעיל, בין היתר, על הטענה לפיה מדיניות הריסת הבתים מכוח תקנה 119 משמשת בפועל כאמצעי לענישה קולקטיבית, שביסודה

מניעים נקמניים, ומשכך היא סותרת כללים ועקרונות מן המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי. בהמשך לאמור לעיל, תוקפים בני המשפחה את התכלית המוצהרת של מדיניות הריסת הבתים שהינה תכלית הרתעתית.

עוד טוענים בני המשפחה כי אף אם יוכר בכך שהתכלית המרכזית היא אכן הרתעתית (ולא עונשית), אין לקבלה, וזאת משום שהיא פוגעת בחפים מפשע, קרי – בבני המשפחה של מבצע הפיגוע, אשר נעדרים כל קשר לביצוע הפעולה החבלנית – ועושה בהם שימוש אינסטרומנטלי לטובת השגת התכלית האמורה. כמו כן, טוענים בני המשפחה כי מדיניות הריסת הבתים ננקטת מבלי שקיימת ודאות גבוהה אודות יעילותה מבחינה הרתעתית, ובלא כל התחשבות בנסיבות התקופה ובשינויים אשר חלים, לפרקים, במצב הביטחוני. בהקשר זה אף נטען כי למדיניות הריסת הבתים השפעה שלילית על המצב הביטחוני בכך שהיא מלבה את העוינות שבין הצדדים.

העותרים מוסיפים וטוענים כי מדיניות הריסת הבתים אינה עומדת במבחני המידתיות אשר השתרשו במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי-חוקתי, ומשכך אינה חוקתית.

9. במישור הפרטני, טוענים בני המשפחה נגד התנהלות המפקד במקרה דנן. לטענתם, החלטת המפקד על אודות הריסת הדירה נמסרה להם זמן קצר טרם מועד המימוש שנקבע לה, מבלי שניתן להם פרק זמן מספק להיערך להגשת ההשגות, ולאחר מכן להגשת העתירות. עוד טוענים בני המשפחה כי המפקד לא מסר לידיהם, בשלב מתן ההודעה על הריסת הדירה, חומרי חקירה רלוונטיים אשר יש בהם כדי לבסס את החלטתו. כתוצאה מכך, לפי הנטען, נפגעה זכות הטיעון של בני המשפחה, כמו גם זכותם להליך הוגן. בהקשר זה אף נטען כי קיים חשש שהשימוע שנערך למשיבים טרם הוצאת צו ההריסה (במסגרת מתן האפשרות להשיג) נעשה באופן פורמאלי ולמראית העין בלבד.

בנוסף, מלינים בני המשפחה נגד סבירות החלטת המפקד ומידתיותה. לטענת בני המשפחה, איזון בין מכלול השיקולים המקובלים בהחלטות מסוג זה, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות, הצדיק מסקנה לפיה אין להרוס את הדירה כולה (לרבות קירותיה החיצוניים), אלא, לכל היותר, לאטום את חדרו של המחבל בלבד ולחלופין את הדירה כולה, תוך שימוש בכלים ידניים ומבלי לפגוע במעטפת החיצונית של המבנה. בהקשר זה נטען כי יש ליתן משקל משמעותי לכך שלבני המשפחה לא הייתה מודעות למעשיו של המחבל (כך לטענתם), וכי לא הייתה להם כל מעורבות בפיגוע (מלכתחילה או

בדיעבד). בהקשר זה טוענים בני המשפחה כי טענת המפקד לפיה לחלק מבני המשפחה הייתה מודעות לכוונות המחבל, הועלתה אך בשלב הוצאת צו ההריסה (לאחר שהוגשו ההשגות), וכי הטענה לא נתמכה בראיות כלשהן. עוד טוענים בני המשפחה כי הפגיעה בהם צפויה להיות חמורה במיוחד, בהשוואה למקרים אחרים בהם ניתן צו להריסת בית, וזאת משום שמדובר במשפחה מרובת נפשות, הכוללת קטין (אחד מאחיו של המחבל שהינו בן 14 שנה).

בני המשפחה מוסיפים וטוענים כי בחירתו הראשונית של המפקד לבצע את ההריסה באמצעות "חבלה חמה" מעידה כביכול על המניעים הנקמניים העומדים בבסיס השימוש בתקנה 119 במקרה דנן. כמו כן, נטען כי על אף ששיטת ההריסה שנבחרה, בהתאם לחוות הדעת השנייה, מצמצמת במידת מה את החשש לפגיעה משמעותית במבנה, החשש האמור עודנו קיים לנוכח הכוונה לפגוע במעטפת החיצונית של המבנה. בני המשפחה מסתמכים בטענתם על חוות הדעת ההנדסית שהוגשה מטעמם, וטוענים כי עלול להיגרם נזק משמעותי הן ליציבות המבנה (בשל היותו מושתת על עמודים ורגיש מפני תזוזה) באופן שיהפכו למסוכן במצבי רעידות אדמה (בשים לב שמדובר במבנה לא תקני); הן לתשתיות המבנה אשר משרתות דירות נוספות (שכן נטען כי אף לפי חוות דעת המשיבים ישנה אי-וודאות לגבי מיקום התשתיות, כך שלא ניתן לדעת בוודאות כי הן לא תפגענה במסגרת ההריסה); והן לצורך חיצוני למבנה (בעקבות שביר בניין ואריחי חיפוי אשר צפויים ליפול החוצה מהדירה בעקבות ההריסה).

עיקרי טענות השכנים

10. השכנים מבססים את טענותיהם בעתירה על טענותיהם של בני המשפחה, כפי שפורטו לעיל. בפרט, מדגישים השכנים את החשש לכך שהריסת הדירה, כולל המעטפת החיצונית שלה, תגרום נזק למבנה כולו ולסביבתו, אשר ישפיע לרעה על דירותיהם של השכנים, אשר אין חולק כי הינם חפים מפשע. השכנים מוסיפים וטוענים, בהסתמך על חוות הדעת ההנדסית מטעם בני המשפחה, כי גם הריסת הקירות הפנימיים של הדירה בלבד (מבלי להרוס את הקירות החיצוניים) צפויה לגרום נזק למבנה ובכלל זה לדירותיהם, ומכאן שיש להסתפק באיטום הדירה, ובכך למנוע נזק זה.

11. המשיבים טוענים, מנגד, כי דין העתירות להידחות בהיעדר עילה להתערבות בהחלטת המפקד. לטענת המשיבים, כלל הטענות העקרוניות שהועלו על ידי העותרים זכו להידון לעומק במסגרת שורה ארוכה של פסקי דין שניתנו על ידי בית משפט זה, ונדחו פעם אחר פעם, לרבות בעת האחרונה, ומשכך אין מקום להידרש להן שוב. כך גם באשר לטענות העותרים לעניין תכלית מדיניות הריסת הבתים, ואפקטיביות השימוש בה. עוד טוענים המשיבים כי למפקד שמור שיקול דעת רחב בכל הנוגע לשימוש בסמכותו לפי תקנה 119 במקרים המצדיקים זאת, בהינתן עמידה בדרישות שנקבעו בפסיקה, לרבות בדיקה תדירה של אפקטיביות ההרתעה. בהקשר זה אף הציגו המשיבים בפני בית המשפט, במסגרת הדיון, במעמד צד אחד, חוות דעת עדכנית מטעם גורמי הביטחון, אשר יש בה, לטענתם, כדי להוכיח את ההשפעה ההרתעתית האפקטיבית של מדיניות הריסת הבתים.

12. באשר להחלטת המפקד לעשות שימוש בסמכותו על פי תקנה 119 בנסיבות דנן, טוענים המשיבים כי ההחלטה עומדת בתנאי הסבירות והמידתיות, לנוכח מצבור הנסיבות הקונקרטיות, ובהן: חומרת הפיגועים ותוצאתו הקטלנית של הפיגוע הראשון בזמן; חלקו המרכזי והממשי של המחבל בפיגועים; העובדה שהמחבל ביצע את הפיגועים ממניעים לאומניים ותוך תכנון מוקדם; זיקת המגורים של המחבל לדירה; ועלייה ניכרת בפעולות הטרור בישראל בתקופה האחרונה. עוד מוסיפים המשיבים כי לפי מידע המצוי בידיהם, חלק מבני המשפחה ידעו על כוונתו של המחבל לבצע פעולה חבלנית, ולא עשו דבר על מנת למנוע זאת, ועל כן מדובר בנסיבה נוספת המטה את הכף לעבר הריסת הדירה. מכל מקום, טוענים המשיבים, כי היעדר ידיעה ומעורבות של בני המשפחה המתגוררים בבית המחבל אינה מונעת את אפשרות השימוש בתקנה 119 להוצאת צו להריסת בית, אלא אך מהווה שיקול אחד אשר יש להביאו בחשבון בין מכלול השיקולים.

13. אשר לטענות העותרים בדבר הנזק שצפוי להיגרם למבנה כתוצאה מהריסת הדירה – המשיבים הפנו לחוות הדעת המעודכנת שאוזכרה לעיל. לתשובה צורך מסמך התייחסות נוסף מצדו של המהנדס האמון על כך, הדוחה, אחת לאחת, את הטענות בחוות הדעת שצורפה לעתירת בני המשפחה.

באשר לטענת העותרים לפיה יש להסתפק בפתרון פוגעני פחות בדמות אטימת חדרו של המחבל בלבד ולחלופין אטימתה של הדירה תחת הריסתה, נטען בתגובת המשיבים כי השגת תכלית ההרתעה מצריכה את הריסתה של הדירה.

14. לבסוף, באשר להתנהלות המפקד בהוצאת צו ההריסה, טוענים המשיבים כי אין בסיס לטענה לפיה נפגעו זכות הטיעון, הזכות להליך הוגן, וזכות השימוע של העותרים. לעניין זה נטען על ידי המשיבים כי המידע אשר על בסיסו נתקבלה החלטת המפקד להרוס את הדירה נמסר לעותרים במסגרת ההודעה הראשונה שנשלחה להם, ביום 9.11.2022, ובמסגרת המענה להשגה, מיום 7.12.2022, וכי בקשות העותרים לקבלת הארכות בהגשת ההשגות והעתירות נענו בחיוב. המשיבים מציינים בהקשר זה כי יש להתחשב בכך שהליך הריסת בית, מעצם טיבו וטבעו, ובשל התכלית ההרתעתית העומדת בבסיסו, מצריך פעולה מהירה.

15. בדיון שהתקיים ביום 22.12.2022, קיבלנו לעיונו, בהסכמתם של העותרים, חומר חסוי, הכולל גם חוות דעת של גורמי הביטחון לעניין היעילות של הריסת בתי מחבלים במישור ההרתעה, וכמו כן, ביקשנו וקיבלנו, במעמד צד אחד, תשובות מנציגי גורמי הביטחון, למספר שאלות שמצאנו לנכון לשאול.

דיון והכרעה

16. לאחר עיון בעתירות, בתגובה להן, ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים שהושמעו בעל פה, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להתערבותנו בהחלטת המפקד במקרה דנן, ועל כן, אציע לחבריי כי נחליט על דחיית העתירות.

המישור העקרוני – חוקיותה של הסמכות להורות על החרמת והריסת בתי מחבלים

17. שאלת חוקיות השימוש בסמכות המוקנית בתקנה 119, אכן הוכרעה על ידי בית משפט זה, כטענת העותרים, עוד לפני יותר מארבעים שנים (וראו בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979)) ומלפני שלשים וחמש שנים (וראו בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987)). אלא שמאז, סמכותו של המפקד לעשות שימוש בתקנה 119 לצורך הוצאת צווי הריסת בתי מחבלים, הוכרה על ידי בית משפט זה בעשרות רבות של פסקי דין, לרבות פסקי דין רבים בשנה האחרונה לבדה (ראו, בין היתר, בג"ץ 7787/22 עאבד נ' המפקד הצבאי לאיו"ש, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ (14.12.2022) (להלן: עניין עאבד); בג"ץ 4359/22

אבו שקיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 16 לפסק דינו של השופט א' שטיין (17.7.2022); בג"ץ 3401/22 עאצי נ' אלוף פיקוד מרכז, פסקה 10 (8.6.2022); בג"ץ 2770/22 חמארשה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (19.5.2022) (להלן: עניין חמארשה); בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 29 לפסק דינו של השופט א' שהם (24.7.2016) (להלן: עניין מחאמרה)).

18. האמור לעיל לא הפריע לעותרים לטעון כי הסוגיה העקרונית בנוגע לסמכותו של המפקד על פי תקנה 119, הינה שאלה שלא זכתה, כביכול, לדיון מעמיק בבית משפט זה. על סמך טענה זו אף ביקשו בני המשפחה, בעתירתם, כי נוציא תחת ידנו צו על התנאי, המורה למשיבים, בין היתר, לבוא וליתן טעם מדוע לא יוקפא השימוש בסמכות על פי תקנה 119 "עד אשר תלובן ותוכרע סוגיית חוקיות מדיניות הריסת הבתים והפגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה על כל רבדיה והיבטיה" (סעיף ב' לראש עתירת בני המשפחה).

טענה זו הינה חסרת כל בסיס, ויפים לעניין זה דבריו של חברי, השופט י' עמית, בבג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (3.2.2021):

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו."

19. גם הטענה לפיה פסיקותיו של בית משפט זה, בסוגיה האמורה, ניתנו, כביכול, בלא בחינה לעומק של הסוגיה, אלא תוך חזרה אוטומטית על פסיקה ארכאית (ומכאן הצורך, כביכול, בליבון הסוגיה ובהכרעה בה במסגרת העתירות דנן), הינה טענה חסרת בסיס.

אין בדעתי להפנות לכל פסק דין שניתן בבית משפט נכבד זה בסוגיה הנ"ל (ומדובר, כאמור, בעשרות פסקי דין), ואסתפק בלהזכיר שני פסקי דין שדי בהם כדי להפריך את הטענה דלעיל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); ובג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)).

כך, לדוגמא, יתקשו העותרים, מאוד, להצביע על טענה מהותית מטענותיהם העקרוניות שלא נדונה בפסק דינו של השופט נ' סולברג בעניין דויקאת, או על שינוי

מהותי שחל בנסיבות משפטיות או עובדתיות מאז שניתן פסק דין זה (מלפני כשלוש שנים בלבד), המקים צורך ל-"ליבון" מחדש של סוגיית חוקיות השימוש בסמכות המוקנית בתקנה 119.

20. העובדות מלמדות שאין בטענותיהם של העותרים בעתירות דנן כל חידוש במישור העקרוני וטענות דומות או זהות נדונו ונדחו בפסיקתו של בית משפט זה. ההלכה הפסוקה המכירה בתוקפה של תקנה 119 ובקיומה של הסמכות, המוקנית למפקד, לעשות בה שימוש להריסת בתי מחבלים, הינה ברורה ואינה נזקקת לכל ליבון והכרעה מחודשים, בכלל, ובמסגרת פסק דין זה, בפרט.

המישור העקרוני – השימוש בסמכות להורות על החרמת בתי מחבלים

21. אין חולק כי התכלית הלגיטימית הבלעדית של הוצאת צווי החרמה והריסה של בתי מחבלים, בהתאם לתקנה 119, הינה לצרכי הרתעה ולא לצרכי ענישה (וראה, בין רבים, עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה י"ז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, פסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' סולברג, ופסקה 4 לפסק דינה של השופטת א' חיות; כן ראה עניין דויקאט, פסקה 23 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; עניין חמאדשה, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה)).

22. לא יהיה זה מיותר לציין, בלא לגרוע מהאמור לעיל, כי המצב בו נפגעים חפים מפשע (לעיתים – בני משפחות של המחבל, שלא ידעו על כוונתו לבצע פיגוע ולא תמכו במעשהו, לא מראש ולא בדיעבד), עקב פעולה שנועדה להרתעת הרבים, מעורר קושי של ממש.

פסקי הדין שניתנו בבית משפט זה ואשר הכירו בסמכות להורות על הריסת בתי מחבלים, לא התעלמו מהקושי האמור. רחוק מכך. די להפנות לדבריו של השופט א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט, אשר ציין כי: "אולי נוח וקל יותר לעמוד בצד העותרים מאשר בצד המשיב, ואיש אינו יכול לכחש כי מתעוררת כאן דילמה מוסרית במקומות מסוימים" (שם, בפסקה ט"ז).

התשובה לקושי האמור ניתנה גם היא על ידי השופט א' רובינשטיין בהמשך פסק דינו בעניין המוקד להגנת הפרט, תוך שציטט, בהסכמה, את פסק דינו של השופט י' טירקל בבג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003), בו נאמרו

דברים אלו: "...מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו... אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך."

עוד אפנה לדבריו של השופט נ' סולברג, בפסק דינו בעניין המוקד להגנת הפרט: "...בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כף המאזניים, כשמנגד, על כף המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים", **וכן בפסק דינו בעניין דויקאט:** "הריסת בתייהם של חפים מפשע – מעיקה, ההכרעה – קשה, אך זהו הכרח בל יגונה".

ואסיים בעניין זה בדבריה של השופטת י' וילנר בפסק הדין בעניין דויקאט: "אין לכחד כי הפגיעה הנובעת מתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן: תקנה 119) בקניינם ובקורת הגג של בני משפחה חפים מפשע, בשל מעשיו הרצחניים של בן משפחתם המפגע – קשה היא. ברם, הפגיעה בחייהם של נפגעי טרור חפים מפשע – אנשים, נשים וטף – קשה הימנה."

23. **עוד אין מחלוקת, כי על החלטתו של המפקד לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו להורות על החרמה והריסת בתי מחבלים, להתקבל לאחר הפעלת שיקול דעת זהיר וסביר ותוך עמידה בכללי המידתיות.**

לעניין זה נפנה לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקאות י"ח ו-כ"ד והאסמכתאות המאוזכרות שם, וכן לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, בעניין דויקאט:

"...על המפקד הצבאי לוודא שפעולות החרמה 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." (שם, בפסקה 21).

24. **אחת הנגזרות של המחויבות לעמידה בכללי המידתיות, בהקשר דנן, הינה שעל המפקד לבחון ולוודא שהפעולה הננקטת – החרמה והריסה של בתי מחבלים – אכן עשויה להגשים את המטרה שמבקשים להשיג – הרתעת מחבלים פוטנציאליים ומניעת פיגועים.**

ודוק: אין מדובר בסיסמא אלא בעניין עובדתי ומקצועי שיש לבחון אותו בהתאם לנסיבות שיכולות גם להשתנות (ראו עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כ"ז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; בבג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (24.3.2016) (להלן: עניין אבו אלרוב); עניין חמארשה, בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; עניין אבו שקיר, בפסקה 6 לחוות דעתי).

25. ולאחר האמור לעיל יצוין ויודגש כי השאלה דלעיל – האם הריסת בתי מחבלים משיגה את יעודה ההרתעתי – הינה שאלה מקצועית שהבכורה הברורה בהקשרה נתונה לגורמי הביטחון האמונים על המאבק בטרור ובית משפט זה לא יחליף, גם בעניין זה, את שיקול דעתם המקצועי של גורמי הביטחון בשיקול דעתו שלו (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה י"ז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין והאסמכתאות שם; עניין דויקאת, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; עניין עואדה, בפסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; ועניין אבו שקיר, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט א' שטיין).

26. בהתאם לאמור לעיל ביקשנו וקיבלנו לעיון, בהסכמת באי-כוח העותרים, חומר חסוי הכולל חוות דעת של גורמי הביטחון האמונים על המלחמה בטרור.

העמדה החד-משמעית המובעת בחוות הדעת הינה שאמצעי הריסת בתי מחבלים משיג את המטרה ההרתעית אשר לקידומה נעשה בו שימוש. חוות הדעת מבוססת, בין היתר, על עשרות רבות של אינדיקציות התומכות במסקנה האמורה, עשרות מהן מהשנה האחרונה בלבד. לעומת זאת, האינדיקציות היכולות ללמד על תוצאה הפוכה, שהעותרים טוענים לה, הינן בודדות, בבחינת "בטלות בשישים".

ציטטתי ואימצתי, בפסק דיני בעניין אבו שקיר את דבריה של הנשיאה א' חיות, בפסק הדין בעניין חמארשה, לאחר שעיינה בנוסח קודם של חוות דעת גורמי הביטחון באותו עניין וקבעה כי:

"מנתונים אלה עולה באופן ברור ומובהק כי השימוש בתקנה 119 הוא בעל אפקט הרתעתי משמעותי, ואילו האינדיקציות המצביעות על אפקט הפוך, שהוצגו אף הן, היו בודדות ובטלות בשישים. לפיכך נחה דעתי כי השימוש בתקנה הוא אפקטיבי לעת הזו וכי גורמי הביטחון אכן חזרו ותיקפו את הנחת היסוד לפיה השימוש בתקנה יוצר הרתעה."

מאז פסק הדין בעניין אבו שקיר חלפו רק כחמישה חודשים, וחוות הדעת שנמסרה לעיוננו במסגרת הדיון בעתירה דנן, אשר הינה חוות דעת מעודכנת מזו שהועמדה לעיוננו אז, כוללת אינדיקציות רבות נוספות, ומשכנעת לא פחות.

התוצאה היא שהמשיבים עמדו, לדעתי, באופן ברור, בנטל הבדיקה כי, לעת הזאת, השימוש בסמכות המוקנית בתקנה 119 לצרכי החרמת והריסת בתי מחבלים שהשתתפו בפיגועים רצחניים משיג את מטרתו ההרתעתית.

27. העותרים טוענים כי הטעם האמיתי להחרמת והריסת בתי מחבלים הינו ענישה ואף חמור מכך – מתן דרור לרגש הנקמה.

כאמור, אין חולק שלא לשם כך הופקדה בידי המפקד הסמכות על פי תקנה 119.

אלא שטענתם של העותרים בעניין זה לא בוססה בראיות כלשהן. הטענה לפיה העובדה שהמפקד תכנן תחילה לבצע את ההריסה בדרך של "חבלה חמה משולבת אמצעים מכאניים" ולאחר מכן בחר בדרך של "הריסה באמצעים מכאניים, חשמליים, וידניים (משולב)", הינה חסרת כל בסיס. ההפך הוא הנכון: הבחירה, מטעמים מבצעיים ענייניים, באמצעי הריסה פוגעניים פחות, סותרת את הטענה בדבר מניעה נקמני. משכך, דינה של טענה זו להידחות.

המישור הפרטני

28. ראשית, אשר לטענת העותרים כי נפגעה זכות הטיעון הנתונה להם משלא ניתן בידם פרק זמן מספק להגשת ההשגות והעתירות – סבורני כי המפקד העמיד לרשות העותרים שהות מספקת, הן לצורך הגשת ההשגות והן לצורך הגשת העתירות, וזאת תוך שגילה נכונות להיעתר לבקשות מתן ארכה שהוגשו לו. הדברים אמורים גם בשים לב לכך שעל המפקד לפעול במהירות בעת הפעלת תקנה 119, לצורך מימוש אפקטיבי של התכלית ההרתעתית שבבסיס פעולתו (ראו עניין חמארשה, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). על כן, באיזון בין הצורך ליתן לעותרים שהות להביא את דברם, לבין הצורך בפעולה מהירה מצדו של המפקד, מצאתי כי ניתנה שהות מספקת, וכי לא נפגעו זכויותיהם של העותרים.

באשר לטענת העותרים לפיה המשיבים לא העבירו לידי העותרים חומר שעל בסיסו הוצא צו ההריסה, לא מצאתי כי היא מצדיקה התערבות. כך, המידע שעל בסיסו הוחלט על הוצאת הצו נפרס בעיקרו בפני העותרים במסגרת הודעות המפקד, כך שבעת הכנת העתירה הכירו העותרים מידע זה. יוער כי מן הראוי שגורמי הביטחון יעשו כל אשר על ידם על מנת לספק, כבר בשלב ההודעה הראשונה על כוונת ההריסה (טרם מתן האפשרות להשיג על כך), את המידע אשר נמצא בידיהם (להוציא מידע שהוא בגדר חומר חסוי), לגורמים הנפגעים מן החלטת ההריסה, על מנת לאפשר להם למצות את זכות ההשגה הנתונה להם. ואולם, אף אם הודעתו הראשונה של המפקד לא כללה את כלל המידע הרלבנטי (לא נכללה בה הטענה לפיה לחלק מבני המשפחה הייתה מודעות לכוונות המחבל), לא נראה לי כי בכך נפגעה, מהותית, זכות הטיעון המוקנית לעותרים. יוזכר בהקשר זה כי חלק מן המידע שלא גולה תחילה היה בבחינת חומר חסוי, אשר הוצג בפנינו, בהסכמת הצדדים, במעמד צד אחד, ובכך אין כל פסול (ראו בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 711 (1998); וראו גם את יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי, 741-738 (2021)).

29. באשר לשימוש שעשה המפקד בסמכות המוקנית לו בתקנה 119, הנסיבות דנן הן כדלקמן: אין ספק בזהותו של המחבל; אין מחלוקת כי עסקינן במחבל אשר פעל באופן מתוכנן, תוך שימוש בנשק חם, לא פעם אלא פעמיים; בפיגועים שביצע המחבל נהרגה חיילת, נפצע קשה מאוד מאבטח ונפצע מאבטח נוסף; הפיגועים בוצעו ממניע לאומני אידיאולוגי; זיקת המגורים של המחבל לדירה הינה ברורה וחד משמעית; מדובר במובהק ביחידת דיור אחת (ראו והשוו לנסיבות שנדונו בעניין עאבד); הצורך בהשגת ההרתעה מפני ביצוע פעולות דומות הינו, לעת הזאת, אקוטי; חלק מבני המשפחה ידעו על כוונותיו הרצחניות של המחבל; לא מתקיימות נסיבות מיוחדות העומדות כנגד האמור.

מדובר בצבר נסיבות המתאים בברור להחלטה להוצאת צו הריסה על פי תקנה 119, וניתן אף לומר כי הנסיבות דנן אף מובהקות יותר ממספר מקרים אחרים בהם בית משפט זה לא התערב בשיקול דעתו של המפקד לעשות שימוש בסמכותו על פי תקנה 119.

30. בהעדר מחלוקת על מעשיו של המחבל וחומרתם ועל זיקת המגורים שלו לדירה, התמקדו טיעוניהם של בני המשפחה, בעניין דנן, בשיקול שעניינו מידת הפגיעה בבני המשפחה, לאור מאפייניהם (משפחה בת חמש נפשות, הכוללת קטין אחד), ומידת מודעותם על כוונתו של המחבל לבצע את הפיגוע ומעורבותם בו.

31. באשר למידת הפגיעה בבני המשפחה ומאפייניהם, מבלי להקל ראש בפגיעה הקשה והכואבת שיש בהחרמת והריסת דירתם, על כל המשמעותיות המעשיות, הכלכליות והרגשיות שיש בכך, אין מדובר בשיקול אשר יש בו כדי למנוע את הוצאת צו הריסה לפועל. לעניין זה התייחסתי כבר לעיל ואין בעניינם של בני המשפחה בעניין דנן ייחוד כלשהו. כך, אין בעובדה כי הדירה מושא ההריסה בענייננו משמשת מקום מגורים לחמש נפשות כדי לשנות לעניין זה (וראו, למשל, את עניין דויקאט, במסגרתו הוצא צו להריסת בית מגורים בו התגוררו אשתו של המפגע וחמש בנותיהם, שארבע מהן היו קטינות), וזאת אף כאשר ישנם, למרבה הצער, בני משפחה קטינים אשר צפויים להיפגע כתוצאה מההריסה (ראו גם את בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז' (7.7.2016) (להלן: עניין אבו זיד)).

32. באשר לשאלת מודעותם של חלק מבני המשפחה לכוונותיו של המחבל, נטען על ידי המפקד כי קיימות ראיות לכך שחלק מבני המשפחה ידעו על כוונותיו של המחבל לבצע פיגוע. עיינו בראיות לעניין זה ובמהלך הדיון אף הוצג גם לעיון באי-כוח העותרים עותק מהודעתו של אחיו של המחבל במשטרה, וניתן לקבוע כי יש ראיות, בוודאי מספיקות במישור המנהלי, לכך שחלק ממשפחתו של המערער (ולמעשה, רובה) ידעו על רצונו של המחבל "להיות שהיד", וחלקם גם על כך ששם ידו על כלי נשק חם (האקדח בו ביצע את הפיגוע).

33. ואחרי שעמדתי על הדברים דלעיל, אציין כי גם לולא ידעו חלק מבני המשפחה על כוונתו של המחבל לבצע פיגוע, לא היה בכך שיקול שיש בו כדי להכריע את הכף נגד הוצאת הצו להחרמת והריסת הבית (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה י"ח לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; עניין רבהא, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט י' עמית; עניין דויקאט, בפסקאות 22, 42, ו-53 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; ובג"ץ 4088/22 אלדפאעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט י' אלדון (7.7.2022) (להלן: עניין אלדפאעי)).

34. נותרה טענתם של בני המשפחה לפיה מן הדין היה שהמפקד היה נוקט בצעד פוגעני פחות, כגון אטימת חדרו של המחבל בלבד ולחלופין אטימתה של הדירה כולה, חלף הריסתה.

התשובה שניתנה לכך, הן בתשובה שהוגשה לבית משפט נכבד זה והן בתשובה לשאלותינו בדיון שהתקיים במעמד צד אחד עם נציגי הגורמים הביטחוניים הרלבנטיים,

הינה שבנסיבות דנן צעד פוגעני פחות יביא להחטאתה של מטרת ההרתעה.

בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי ההחלטה בסוגיה שכזו – האיזון בין הצורך בהרתעה מרבית לבין החובה לשקול לנקוט בצעד פוגעני פחות – אף היא החלטה מקצועית שבשיקול דעת, שבית משפט זה ייטה שלא להתערב בה (עניין אבו אלדוב, בפסקאות ז' ו-י"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; עוד ראו, לעניין שקילת האפשרות לבצע אטימה (ולא הריסה) ושלילתה לאור שיקולי השגת ההרתעה את פסקה 16 לפסק דינו של השופט י' אלרון בעניין אלרפאעי).

לא מצאתי טעמים משכנעים לנהוג בנסיבות דנן באופן שונה.

35. טענתם הייחודית של השכנים, אשר להם לא מיוחסת כל ידיעה על כוונותיו של המחבל או מעורבות במעשיו, הינה בחשש שההריסה תפגע בבניין כולו ובדירותיהם, המצויות, כאמור, בצמוד לדירת המחבל.

צפי לגרם נזק (בוודאי נזק משמעותי) לשכניו החפים מפשע של המחבל הינו בוודאי שיקול בעל משקל ניכר, שעל המפקד להתחשב בו לעניין עצם הוצאת צו ההריסה וכן לעניין אופן ביצועו.

אלא שבנסיבות דנן המפקד שקל את השיקול האמור ואף הצטייד בחוות דעת מקצועית בהקשר זה, וזאת אף עוד קודם שהנושא הועלה על ידי מי מהעותרים (חוות הדעת הראשונה צורפה, כאמור, כבר להודעה על הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה).

בהמשך לכך, ומטעמים מבצעיים, אף הוחלט על שינוי אופן ביצוע ההריסה, משימוש בשיטה של "חבלה חמה משולבת אמצעים מכאניים" לשימוש בשיטה של "הריסה באמצעים מכאניים, חשמליים, וידניים (משולב)".

לעת הזאת, מונחות בפנינו חוות דעת מעודכנת של הגורם המקצועי מטעם המשיבים, חוות דעת מטעם בני המשפחה והתייחסות של הגורם המקצועי מטעם המשיבים לאותה חוות דעת.

בחוות הדעת שהגישו המשיבים (חוות הדעת השנייה), צוין כי הנזק הצפוי להיגרם כתוצאה מהריסת הדירה למבנה הוא נמוך מאוד, עד לא קיים, וסבירותו אף היא נמוכה. בהתייחס לתשתיות המים והחשמל שבמבנה, נקבע, בחוות הדעת השנייה, כי:

"מעצם אופי הפעילות בשילוב עם אי הוודאות במיקום התשתיות – קיימת היתכנות לנזק. עם זאת, יינקט מאמץ מרבי למזעור הנזק ולרמה וסבירות נמוכים באמצעות בדיקה פולשנית בשטח הדירה המיועדת להריסה טרם תחילת הביצוע...", ובהמשך, נקבע כי לא תתבצע חבלה במוקדים שיימצאו בבחינה הפולשנית ככאלה העשויים לפגוע בתשתיות.

במסמך ההתייחסות של המומחה מטעם המשיבים לנטען בחוות הדעת שהגישו העותרים, נשללו החששות שהובעו בחוות דעת העותרים.

משלא הוכח כי נפל פגם בחוות הדעת מטעם המשיבים ובהחלטת המפקד אשר נסמכה עליה, אין בחוות הדעת הסותרת מטעם בני המשפחה כדי לגבור על כך, שכן, כידוע: "ענייננו כאן בהליך של ביקורת שיפוטית מינהלית, וממילא אין די בהצגת חוות דעת נוגדת, כדי לסתור את החלטת הרשות המינהלית, על אחת כמה וכמה כאשר זו נסמכת על חוות דעת מקצועית מטעמה-שלה" (בג"ץ 3137/22 ג'ראד נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 14 (30.5.2022); עוד ראו בהקשר זה את עניין דבהא, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט י' עמית; עניין אלרפאעי, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט י' אלרון).

על בסיס האמור, נראה כי הסיכון לפגיעה במבנה ובתשתיותיו כתוצאה מהריסת הדירה ומעטפתה החיצונית (להבדיל מאטימה או מהריסה פנימית בלבד) זניח עד לא קיים. לעומת זאת, לפי הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון האמונים על כך, תכלית ההרתעה תקודם יותר, ובאופן מהותי, אם תיהרס המעטפת החיצונית. משכך, החלטת המפקד להרוס את הדירה, לרבות מעטפתה החיצונית, הינה מידתית.

36. גם השכנים ביקשו לשכנענו להורות על איטום הדירה תחת הריסתה או על הריסת הקירות הפנימיים בלבד, בהיותם צעדים פוגעניים פחות. התשובה שניתנה על ידי גורמי הבטחון הרלבנטיים, כפי שכבר ציינו לעיל, הינה שחלופות אלו יש בהן כדי לגרום להחטאת מטרת ההרתעה שביסוד צו ההריסה. כפי שצינתי, בהינתן האמור, אין מקום להתערב, גם בהקשר זה, בנסיבות דנן, בהחלטתו של המפקד לעניין היקף ההריסה ואופן ביצועה.

37. נוכח כלל האמור, אציע לחבריי כי נחליט על דחיית העתירה וכי נעשה כן, בנסיבות העניין, ללא צו להוצאות.

בהמשך להחלטת השופטת ע' ברוך, מיום 14.12.2022, אשר קבעה כי: "חזקה על המשיבים כי יימנעו מביצוע ההריסה עד למתן החלטה אחרת", אעיר גם אני כי חזקה על

המשיבים כי תינתן לבני המשפחה ארכה בת 7 ימים, מיום מתן פסק דין זה, לצורך התארגנות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים ואוסיף מספר הערות קצרות.

1. עיינתי בחומר החסוי המעודכן, ואני מסכים עם חברי, השופט י' כשר, כי לפנינו ראייה מינהלית של ממש לאפקט ההרתעת של השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה. אחזור על דברים שאמרתי בבג"ץ 144/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף (19.1.2022) (להלן: עניין אבו שחידם):

"ההנחה כי מפגע פוטנציאלי עלול להירתע מלבצע את זממו כאשר הוא שם נגד עיניו את הנזק וההשלכות של מעשהו על בני משפחתו, היא הנחה הגיונית. מטבע הדברים, אנשים מבקשים את טובתם של בני משפחתם, כך שיש להניח כי גם שיקול המחיר בו תשא המשפחה, עומד נגד עיניו של המפגע הפוטנציאלי, גם אם לא כשיקול בלעדי. ולא רק זאת. גם ההנחה כי בני משפחתו של המפגע הפוטנציאלי יבקשו להניא את בן משפחתם מלבצע פיגוע, היא הנחה הגיונית. הדברים אמורים במיוחד במפגעים פוטנציאליים צעירים, שנמצאים עדיין תחת חסותם או השפעתם של הוריהם, שמטבע הדברים ינסו לשכנע אותם או למנוע בעדם מלבצע פיגוע, נוכח המחיר הכבד בדמות הריסת ביתם" (פסקה 3).

2. ענייננו בהריסה של בית במזרח ירושלים, של בני משפחה שהם תושבי קבע, סיטואציה שאינה שכיחה, הגם שכבר היו דברים מעולם (ראו, לדוגמה, עניין אבו שחידם, גם שם היה מדובר בבית בשועפאט).

3. האפקט של ההריסה במקרה דנן, לא פוגע רק בבני משפחתו של המחבל אלא גם בשכניו, בבחינת "אוי לרשע ואוי לשכנו", באשר הריסת הקירות החיצוניים משמעה פגיעה במעטפת של בניין רב קומות. ידמיין הקורא לעצמו בית רב קומות, שבאחת מקומותיו יש "חור", מעין קומה מפולשת במרומי הקומה השישית, צלע חיצונית שחסרה בבניין, כמו קוביית לגו שהוצאה ממקומה. הנזק לחזותו של הבניין כולו, הכולל כ-40

דירות, אינו מוטל בספק. בשל כך, חזרנו והקשינו על המשיבים, אם אין מקום להריסת הדירה מבפנים ואטימתה כלפי חוץ חלף הריסת קיר המעטפת החיצונית. עם זאת, גם שיטת ההריסה שנקבעה על ידי המשיב בענייננו אושרה בעבר על ידי בית משפט זה (ראו, לדוגמה, בג"ץ 3137/22 ג'דאד ו-15 אח' נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (30.5.2022), שם היה מדובר בקומה רביעית בבניין בן 7 קומות, ונדחתה הטענה כי יש להסתפק באטימה בלבד). לכן, ולא בלי התלבטות, אני מצטרף לפסק דינו של חברי גם בהיבט של אופן ההריסה.

4. בפסקה 32 לפסק דינו של חברי, הוא מציין כי חלק מבני המשפחה ידעו על כוונותיו הרצחניות של המחבל. עינתי בהודעתו של אחי המחבל ובחומר החסוי, ואיני סבור כי ניתן להגיע באופן חד-משמעי, ואף לא ברמה של ראיה מינהלית "חזקה", למסקנה שבני המשפחה ידעו והבינו מראש על כוונתו לבצע פיגוע קונקרטי. אף לא הוצגה לפנינו ראיה כי משפחת המחבל הביעה עד עתה גילויי הזדהות ושבח לאחר הפיגועים.

מכל מקום, וכפי שציין חברי, אין בידיעה או בהסכמה של בני המשפחה משום שיקול שיש בו כדי להכריע את הכף.

5. הפיגוע במחסום, שבו נהרגה החיילת נועה לזר ז"ל ארע ביום 8.10.2022. כחודש לאחר מכן, ביום 9.11.2022, הודיע המפקד הצבאי למשפחה כי בכוונתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 וניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה תוך שלושה ימים. לאחר מתן ארכה להגשת ההשגה, זו הוגשה ביום 14.11.2022. בחלוף כשלושה שבועות, ביום 7.12.2022, דחה המפקד הצבאי את ההשגה וקצב חמישה ימים לביצוע ההריסה, ולבקשת המשפחה הוארך המועד על מנת לאפשר לעותרים להגיש עתירתם. כשלעצמי, ובמיוחד על רקע לוחות הזמנים שבהם פועל המפקד הצבאי, איני סבור כי היה נגרע מאינטרס ההרתעה, אילו מלכתחילה היה ניתן לעותרים פרק זמן ארוך יותר להגשת ההשגה והעתירה. מכל מקום, מאחר שממילא ניתנו ארכות להגשת ההשגה ולהגשת העתירה, איני סבור כי נפגעה זכות הטיעון המהותית והדיונית של העותרים.

ש ו פ ט

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט י' כשר, ומצטרף להערותיו של חברי,
השופט י' עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' כשר.

ניתן היום, י' בטבת התשפ"ג (3.1.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט