



**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 7961/18

לפני : כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים :  
1. נעאלווה  
2. נעאלווה  
3. נעאלווה  
4. נעאלווה  
5. אבו צפיה  
6. נעאלווה  
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים :  
1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

המבקשים להצטרף :  
1. רפאל לבנגרונד  
2. חוה לבנגרונד  
3. שחר לבנגרונד  
4. גיא יחזקאל  
5. קאי יחזקאל  
6. איריס חגיבי  
7. יחזקאל חגיבי  
8. איתי בראלי  
9. טל חגיבי  
10. אור חגיבי  
11. שחר חגיבי  
12. נטלי חגיבי  
13. שורת הדין – Israel Law Center

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה : י"א בכסלו תשע"ט (19.11.18)

בשם העותרים : עו"ד עודה נאסר ; עו"ד בנימין אחסתר'בה

בשם המשיבים: עו"ד יונתן ברמן

בשם המבקשים להצטרף: עו"ד אברהם סגל; עו"ד אברהם גו

### פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

1. בשעות הבוקר המוקדמות של יום 7.10.2018 הגיע המפגע אשרף וליד סלימאן נעאלווה (להלן: "המפגע") למפעל "אלון" הנמצא באזור התעשייה ברקן, בו היה מועסק (להלן: "המפעל"). על פי ממצאי החקירה המפגע עלה לקומת המשרדים, שלף את נשקו וירה למוות באזרחים זיו חג'בי ז"ל וקים לבנגרונד-יחזקאל ז"ל, אשר נמצאה כפותה בזירת האירוע. בהמשך, ירה באזרחית נוספת בבטנה, ופצע אותה באורח בינוני. לאחר מכן, נמלט מהמפעל תוך שהוא מבצע ירי לעבר אזרחים נוספים. נכון למועד כתיבת שורות אלו, טרם נלכד המפגע.

2. ביום 15.10.2018, החליט המשיב 1 (להלן: "המפקד הצבאי") להפעיל את סמכותו בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 החלות בשטחי יהודה ושומרון (להלן: "תקנות ההגנה") והודיע על כוונתו להוציא צו הריסה לקומת המרתף וקומת הקרקע בבית המגורים בו התגורר המפגע, הנמצא בכפר שוויכה, בסמוך לטול כרם (להלן: "צו ההריסה" ו-"בית המגורים", בהתאמה). ויובהר, בבית המגורים שלוש קומות: קומת מרתף, קומת קרקע וקומה שנייה. צו ההריסה מתייחס רק לשתיים מהקומות (קומת המרתף וקומת הקרקע) בהן, על פי המידע שבידי המפקד הצבאי, התגורר המפגע. לעומת זאת ביחס לקומה השנייה לא הוצא צו הריסה, ועל פי הצהרת המשיבים היא לא צפויה להינזק מביצוע צו ההריסה.

3. ביום 17.10.2018 הגישו העותרים, הם בני משפחתו של המפגע אשר מתגוררים בבית המגורים, השגה על החלטה. ההשגה נדחתה ביום 6.11.2018, ולצדה נמסר לעותרים צו הריסה המתייחס לקומת הקרקע וקומת המרתף בבית המגורים המדובר בהתאם לסמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה.

4. העתירה דנן, המבקשת להביא לביטול צו ההריסה, הוגשה ביום 8.11.2018. העותרים 1-6 הם בני משפחתו של המפגע, המתגוררים בבית המגורים המדובר. העותר 1 הוא אביו של המפגע (להלן: "אב המפגע"), שהוא גם בעל זכות הקניין בבית המגורים; העותרת 2 היא אמו של המפגע (להלן: "אם המפגע"); העותרת 3 היא

אחותו; העותר 4 הוא אחיו (להלן: "אח המפגע"); העותרת 5 היא אשת האח והעותר 6 הוא בנם הקטין של הזוג. העותרים 1-3 התגוררו יחד עם המפגע בקומות המרתף והקרקע בבית המגורים – הקומות המיועדות להריסה; העותרים 4-6 מתגוררים בקומה השנייה בבית המגורים, שאינה מיועדת להריסה. העותרת 7 היא עמותה רשומה המייצגת את העותרים בעתירה זו.

5. להשלמת הרקע העובדתי יצוין כי ביום 15.11.2018, הוגשו נגד אם המפגע ואח המפגע (העותרים 2 ו-4, בהתאמה), כתיבי אישום בבית המשפט הצבאי (תיק בימ"ש 7646/18). אם המפגע מואשמת באי מניעת עבירה לפי סעיף 261 לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון), התש"ע-2009 (להלן: "הצו בדבר הוראות ביטחון"). על פי כתב האישום, אם המפגע שמעה את המפגע מבצע ירי בסמוך לבית המגורים, וידעה כי הוא מחזיק בנשק וכי בכוונתו למכור אותו. כשבועיים לאחר מכן, פנה המפגע לאימו ואמר לה כי מאס בחיים, וכי בכוונתו לבצע פיגוע ולמות כ"שהיד". המפגע אף הזהיר את אימו כי כוחות הביטחון עלולים להגיע לבית המגורים ולבצע בו חיפושים. אם המפגע יידעה את אב המפגע בדברים, ואף הזהירה את המפגע שלא יהרוס את חייו וחיי משפחתו. בנוסף, אם המפגע חשדה כי המפגע לא מכר את הנשק שהיה ברשותו וכי הוא עתיד לבצע פשע באמצעותו. יחד עם זאת, על אף שידעה על כוונותיו של המפגע, אם המפגע לא מסרה מידע לגורם כלשהו ולא פעלה באופן סביר אחר בכדי למנוע את המעשה.

אח המפגע מואשם גם הוא באי מניעת עבירה לפי סעיף 261 לצו בדבר הוראות בטחון, וכן בשיבוש הליכי משפט לפי סעיף 228(א) לצו בדבר הוראות ביטחון. על פי כתב האישום, אם המפגע יידעה אותו כי המפגע התבטא בפניה כי ייתכן וכוחות הביטחון יגיעו לביתם בקרוב לצורך ביצוע חיפושים ומעצרים, ועל כן עליהם לרוקן את ביתם מחפצים יקרי ערך או בעלי חשיבות. שבוע לאחר מכן, אם המפגע אף סיפרה כי בידי המפגע כלי נשק וכי הוא עשה בו שימוש מחוץ לבית המגורים. ואולם, על אף שלאח המפגע היה יסוד סביר לחשוד כי המפגע מתכוון לבצע פיגוע, הוא לא מסר על כך הודעה לגורם כלשהו ולא פעל באופן סביר בכדי למנוע את ביצוע המעשה. בנוסף, נטען כי ביום 7.10.2018, לאחר הפיגוע, צלצל אדם לאח המפגע ועדכן אותו שהמפגע הוא שביצע את הפיגוע באזור התעשייה ברקן, וביקש ממנו לפרק את מכשיר ההקלטה הדיגיטלי של מצלמות האבטחה בבית המגורים. אח המפגע צלצל לאשתו (העותרת 5) וביקש שתפרק את המכשיר האמור. בהמשך, צלצל אדם נוסף אל אח המפגע ושוחח עמו על הפיגוע. אח המפגע ביקש מאותו אדם לקחת את מכשיר ההקלטה מאשתו, שכן חשש שגורמי הביטחון יתפסו את המכשיר ויראו את המפגע מחזיק בנשק בבית

המגורים ובסמוך לו. לאחר מכן, אח המפגע צלצל לאשתו וביקש ממנה למסור את מכשיר ההקלטה לאותו אדם עמו שוחח בטלפון, וזו עשתה כן. בעשותו את האמור, נטען כי אח המפגע ניסה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי בדרך של העלמת ראיות.

לבסוף, יוזכר כי ביום 7.11.2018 נעצר לחקירה אב המפגע (העותר 1) והוא נחקר על ידי גורמי הביטחון.

6. עוד יצוין כי הוגשה בקשה להצטרפות להליך ביום 14.11.2018 מטעם בני משפחות הנרצחים (להלן: "המבקשים להצטרף להליך"). המבקשים 1-5 הם בני משפחתה של הנרצחת בפיגוע, קים לבנגרונד-יחזקאל ז"ל, והמבקשים 6-12, הם בני משפחתו של הנרצח בפיגוע, זיו חג'בי ז"ל. המבקש 13 הוא ארגון של עורכי דין ומשפטנים המייצג את המבקשים 1-12 בהליך.

טענות העותרים

7. טענות העותרים נגד צו ההריסה נחלקות לשלושה מישורים: סמכות ההריסה, התנאים להפעלתה והיקף השימוש בה.

במישור הסמכות מעלים העותרים טענות עקרוניות נגד השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה. לטענתם, החוזרת על טענות ידועות נגד סמכות המפקד הצבאי להוציא צו הריסה, תקנה 119 לתקנות ההגנה עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ועל כן אל לו לעשות בה שימוש.

במישור התנאים להפעלת הסמכות מעלים העותרים שתי טענות מרכזיות: ראשית, נטען נגד מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה הנלווית לשימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה, בכלל, ובנסיבות כגון אלו בהן עסקינן, דהיינו מפגע שמאס בחייו, בפרט; שנית, המפגע בו מדובר הוא בגדר חשוד שטרם נעצר, ומטעם זה לא קיימת לשיטת העותרים תשתית ראייתית מספקת המאפשרת לבסס את המסקנה כי מדובר באירוע שבוצע על רקע לאומני ולא על רקע פלילי. לאור זאת טוענים העותרים כי ההחלטה להוציא צו הריסה בטרם נעצר ונחקר המפגע מהווה צעד נמהר, וכי ראוי לו למפקד הצבאי להמתין עד שייעצר המפגע, ויתבררו מניעיו.

במישור היקף השימוש בסמכות טוענים העותרים כי החלטת המפקד הצבאי להרוס שתי קומות בבית המגורים שבבעלות אב המפגע, מהווה הרחבה במדיניות

ההריסה, ומשמעותה צעד ענישתי-נקמני. לטענתם, מדובר בסנקציה קיצונית הפוגעת קשות בזכות הקניין, הזכות לכבוד, והזכות לקורת גג הנגזרת מהאחרונה. פגיעות אלה מתעצמות במיוחד, לטענתם, שכן מדובר בפגיעה בחפים מפשע שלא הייתה להם מעורבות באירוע כלל. עוד נטען, תוך הסתמכות על חוות דעת הנדסית שהוגשה מטעם העותרים, כי הריסת קומות הקרקע והמרתף, עלולה לפגוע בקומה השנייה בבית המגורים, עשויה לגרום נזק לחדר המדרגות ותאפשר למים לחדור לקירות הבית. כמו כן, נטען כי ישנו חשש להיווצרות סדקים ונפילת אבנים בקומה השנייה, ופגיעה בתשתיות הבית.

טענות המשיבים

8. המשיבים דוחים מכל וכל את מכלול טענות העותרים, וסבורים כי צו ההריסה הוצא בסמכות וכדין, וכי הוא מידתי וראוי.

ביחס לטענות במישור הסמכות, מדגישים המשיבים כי הטענות העקרוניות שמעלים העותרים נגד השימוש בסמכות להוציא צווי הריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה נבחנו בהרחבה בפסיקת בית משפט זה ונדחו, תוך שנקבע, פעם אחר פעם, כי אין מקום להידרש לטענות אלו פעם נוספת. לטעמם של המשיבים גם במסגרת עתירה זו אין הצדקה לחזור ולדון בשאלות עקרוניות אלו.

אשר לשתי הטענות שהועלו במישור התנאים להפעלת הסמכות: ביחס לטענת האפקטיביות של צווי הריסה, טוענים המשיבים כי בית משפט זה נדרש גם לשאלה זו בעבר, וקבע כי ככל שבחינת אפקטיביות ההרתעה נעשית על ידי גורמי הביטחון באופן תדיר, והחלטתם היא כי יש להמשיך ולהשתמש בסמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה במקרים המצדיקים זאת, אין בידי בית משפט זה להתערב בהחלטתם. יוער, כי במהלך הדיון שהתקיים בעתירה הציגו בפנינו המשיבים חוות דעת עדכנית וחסויה בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה, כאמצעי להרתעת מפגעים פוטנציאליים.

ביחס לטענה כי לא הונחה תשתית ראייתית מספקת המבססת את הטענה כי מדובר באירוע שבוצע על רקע לאומני, טוענים המשיבים כי בהתאם להלכה הפסוקה, אין הכרח כי המפגע יורשע בדין פלילי לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, שכן מדובר בצעד מינהלי המבוסס על ראיות מינהליות. נוסף לכך, טוענים המשיבים כי בידי גורמי הביטחון קיים מידע מבוסס לפיו הפיגוע בוצע על רקע לאומני

וכך גם משתקף מצוואה שהוכנה על ידי המפגע מבעוד מועד. מכיוון שמדובר בחקירה שטרם הסתיימה, וכן לנוכח מאפייני חלק מהמידע, המידע נותר חסוי בשלב זה. יוער כי במהלך הדיון שהתקיים, הוצגה בפנינו חוות דעת הכוללת מידע חסוי ביחס למפגע. כן הוצג לפנינו תרגום של נוסח הצוואה שהותיר המפגע (הצוואה עצמה חסויה כאמור, אולם פרפרזה המשקפת את תוכנה נמסרה לעותרים בתום הדיון, ותובא בהמשך הדברים).

בהתייחס לטענות במישור היקף השימוש בסמכות, טוענים המשיבים כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה במקרה זה עומדת בשלושת מבחני המידתיות. ראשית, נטען כי ביחס לשתי הקומות המיועדות להריסה קיימת זיקת מגורים מובהקת למפגע, בעוד ביחס לקומה השנייה בה מתגוררים העותרים 4-6, הוחלט שלא להפעיל את הסמכות. לכן, סבורים המשיבים כי אין כל יסוד לטענה בדבר הרחבת מדיניות ההריסה. שנית, אשר לטענה בדבר היעדר המודעות של בני המשפחה לפיגוע, מציינים המשיבים את הגשת כתבי האישום כנגד העותרים 2 ו-4. נוסף לכך, מציינים המשיבים כי אף אם לא היו קיימות ראיות בדבר מעורבות או ידיעת מי מהעותרים, לא היה בכך כדי למנוע את הפעלת הסמכות, הגם שמדובר בשיקול שיש להתחשב בו בקביעת היקף הצו.

בעניין הטענות שהעלו העותרים בנוגע להיבטים ההנדסיים של ביצוע צו ההריסה, צירפו המשיבים חוות דעת הנדסית משלימה מטעמם. מחוות דעת זו עולה כי ההריסה תבצע תוך הקפדה על שמירת המערכת הקונסטרוקטיבית הקיימת של בית המגורים, ותוך מניעת פגיעה בעמודים של בית המגורים, בחדר המדרגות ובהיבטים נוספים אליהם התייחסה חוות הדעת מטעם העותרים.

טענות המבקשים להצטרף להליך

9. מעבר לטענות הדיוניות באשר לאפשרות להצטרף כמשיבים נוספים בהליך, לגופם של דברים עמדת המבקשים להצטרף להליך היא כי אין להסתפק בהריסת שתי קומות בלבד בבית המגורים המדובר, אלא יש להרוס את בית המגורים כולו, בהקדם וללא דיחוי. לתמיכה בטענה זו העלו שלל טיעונים, שביסודם הדגשת חומרת המעשה, ועמידה על החשיבות הרבה שבהרתעת היחיד, בשים לב לכך שהמפגע טרם נתפס, והרתעת הרבים, בהינתן תוצאותיו הקשות מנשוא של הפיגוע. כן טענו, כי העותרים הגישו את העתירה בחוסר תום לב ובהיעדר ניקיון כפיים, הן בשל כך שיש יסוד חזק

להניח שהעותרים ידעו, או למצער חשדו, כי המפגע מתכנן לבצע את הפיגוע, והן בשל כך שהעותרים אינם עושים דבר על מנת לסייע בלכידת המפגע.

דיון והכרעה

10. טענותיהם של העותרים נחלקות, כאמור, בין שלושה מישורים שונים: הראשון – מישור הסמכות אשר כופר בעצם האפשרות להפעיל את תקנה 119 לתקנות ההגנה לצורך הריסת בתיהם של תושבי השטחים המעורבים בביצוע פעולות טרור; השני – מישור התנאים להפעלת הסמכות אשר גורס כי גם אם קיימת סמכות להוצאת צווי הריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה במקרים מתאימים, אין לעשות שימוש בסמכות זו במקרה שלפנינו, מאחר שלא התקיימו התנאים הנדרשים לשימוש בסמכות; השלישי – מישור היקף השימוש בסמכות אשר מבקש לשכנע כי גם אם ניתן לעשות שימוש בסמכות להוציא צו הריסה במקרה שלפנינו, הצו שהוצא בפועל הוא רחב מן הראוי, ונדרש לצמצמו או לסייגו. להלן אבחן כל אחד ממישורי תקיפה אלה בתורו.

הסמכות להורות על הריסת בית מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה

11. תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת בלשון רחבה מיני ים את סמכותו של המפקד הצבאי להורות על החרמה, הריסה או אטימה, של מבנה בגין עבירות על תקנות ההגנה שביצעו שוכניו, כולם או חלקם:

119. (1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע [...] השכונים 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 להחרים את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם [...]

12. פסיקתו של בית משפט זה הכירה מחד גיסא בעצם הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה לצורך הריסת בתיהם של תושבי שטחים המעורבים בפעילות טרור, ומאידך גיסא הציבה גבולות המצמצמים את אפשרות השימוש בסמכות זו, תוך הקפדה על כך שהשימוש שעושה המפקד הצבאי בתקנה 119 לתקנות ההגנה

יהיה סביר ומידתי. הדברים הבאים, שנכתבו על ידי הנשיאה (בדימוס) מרים נאור, משקפים היטב גישה מאוזנת זו:

היקפה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, לפי לשונה, הוא רחב ביותר. עם זאת, בפסיקתו של בית-משפט זה הובהר, כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות (ראו, לדוגמה: עניין עואודה, פסקאות 16-17 לפסק דיני; בג"ץ 09/5696 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 12 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (15.2.2012); בג"ץ 91/5667 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992)). דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את התקנה (ראו: דנג"ץ 96/2161 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 488 (1996); בג"ץ 02/8084 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(2) 55, 59 (2003)). לפיכך, לפי הכללים שהתגבשו בפסיקה, על בעל הסמכות לוודא כי פעולת ההריסה מבוצעת לתכלית ראויה וכי היא עומדת במבחני המידתיות. כלומר, האמצעי הננקט צריך להביא באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה; האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכויות האדם המוגנות – זכות הקניין וכבוד האדם – במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה; ולבסוף, על האמצעי הננקט לעמוד ביחס ראוי למטרה שביסודו (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) מרים נאור (12.11.2015) (להלן: "עניין חמאד").

13. המשיבים ציינו בתגובתם לעתירה כי מערכת הביטחון בכלל, והמפקד הצבאי בפרט, ערים ומודעים לחומרה הטמונה בהפעלת תקנה 119 לתקנות. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת או אטימת בתים אך באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה "הרגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למפגעים בגוף ובנפש. אכן, הריסת בית מפגע תוך פגיעה אפשרית בבני משפחתו שעודם מתגוררים בבית, איננה החלטה פשוטה. אולם, לא מצאתי כי נסיבות המקרה שלפנינו מצדיקות הידרשות נוספת לאותן סוגיות עקרוניות אשר נדונו לפני בית משפט זה בהרחבה בעבר. לא אחת נקבע כי לא בכל עתירה שבה נתקפת הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, יתקיים דיון מחודש בסוגיות העקרוניות הנוגעות להריסת בתים (בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 (7.6.2018); בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 3 לפסק דינו של השופט יצחק עמית (7.11.2017); עניין חמאד, פסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) מרים נאור; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה טז



לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: "עניין המוקד להגנת הפרט").

התנאים להפעלת הסמכות

14. סמכות המפקד הצבאי להוציא צו הריסה ביחס לבית מפגע מותנית בכך שהשתכנע מהראיות המינהליות שבפניו כי מתקיימים שלושה תנאים מצטברים: ראשית, צו ההריסה מתייחס לבית המצוי בשטחי יהודה ושומרון, בו התגורר המפגע עובר לביצוע הפיגוע (להלן: "זיקת המגורים") (ראו בג"ץ 1125/16 מדעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)); שנית, המפגע היה מעורב עיקרי בביצוע פעילות טרור יוצאת דופן בחומרתה (להלן: "תנאי המעורבות בפיגוע טרור חמור") (ראו בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 360 (1996)); שלישית, הוצאת צו ההריסה היא אמצעי אפקטיבי וחיוני להרתעת הרבים מפני ביצוע פיגועי טרור עתידיים (להלן: "תנאי ההרתעה") (ראו בג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 24 (31.5.2016) (להלן: "עניין פלוניס").

ודוק, ככל שאחד התנאים הללו איננו מתקיים, כגון שהמפגע חדל להתגורר בבית המגורים זמן ניכר לפני ביצוע הפיגוע, או שהאירוע בו מדובר התחולל על רקע פלילי ואינו פיגוע טרור, או שאין תועלת הרתעתית בהריסת הבית – אין מקום להוצאת צו הריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה. נוסף על כך, ככל ששלושת התנאים מתקיימים על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת פרטני לבחינת סבירות ומידתיות הצו, בשים לב למכלול נסיבות המקרה, ובמיוחד בשים לב להשפעתו של צו ההריסה על צדדים שלישיים.

15. בענייננו לא נטען כי לא מתקיימת זיקת המגורים ביחס לבית המגורים, אלא רק נטען כי זיקה זו מוגבלת לחלק מהבית, עניין שייבחן בהמשך הדברים במסגרת הדיון בהיקף השימוש בסמכות. לעומת זאת, הועלו טענות כי לפני המפקד הצבאי לא היה מצע ראייתי מספק על מנת לקבוע כי התקיימו שני התנאים הנותרים: תנאי המעורבות בפיגוע טרור חמור ותנאי ההרתעה. כפי שיובהר להלן, בטענות אלה אין כל ממש.

16. העותרים לא חלקו על כך שקיימות ראיות מינהליות מספיקות לכך שהמפגע הוא זה שביצע את הירי באזור התעשייה ברקן, ואולם לשיטתם כל עוד לא נתפס ונחקר, אין אפשרות לדעת בוודאות כי מעשיו בוצעו ממניעים לאומניים, וכחלק מפעולת טרור. טענה זו מופרכת, ומוטב היה שלא תטען. ראשית, המקרה בו מפגע

בפיגוע טרור קשה אינו נתפס ואינו נחקר ביחס למניעיו אינו חריג כלל ועיקר, אלא מתרחש בכל מקרה בו המפגע נהרג במהלך הפיגוע. טענת העותרים משמיעה לנו כי בכל מקרה שכזה לא יכול המפקד הצבאי לקבוע כי התקיים תנאי המעורבות בפיגוע טרור חמור – ופשיטא כי מסקנה שכזו אינה מתקבלת על הדעת; שנית, הדרישה שמציב הדין היא כי לפני המפקד הצבאי יהיו ראיות מינהליות מספיקות שדי בהן כדי לשכנעו בהתקיימות תנאי המעורבות בפיגוע טרור חמור. עמד על כך השופט (כתוארו אז) אהרן ברק, בציינו: "כידוע, המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442 (1982)). וראו גם בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה י לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין (31.12.2014)). תוצרי חקירת המפגע, במקרים בהם ניתן לתחקרו, עשויים להוות חלק מהראיות המינהליות הללו, ואולם ניתן לבסס מצע ראייתי מספק גם ללא שתתקיים חקירה שכזו; שלישית, החומרים החסויים שהוצגו לפנינו במהלך הדיון בעתירה על ידי המשיבים מבססים באופן ברור, העולה בהרבה על הנדרש, את הטענה שעסקינן בפיגוע טרור שנעשה על רקע לאומני. לצורך המחשת עניין זה די אם נפנה לפרפרזה שנמסרה לעותרים בדבר תוכנה של צוואת המפגע: "בצוואה מציין המפגע כי יבצע את הפיגוע על רקע תוקפנות נגד העם הפלסטיני, הריסת בתים והפקעת רכוש, וכן כי יבצע את הפיגוע כתמיכה באל אקצא, באסירים ובארצו". ודומה כי הדברים הקשים, שהם רק בגדר מקצת תועבה, מדברים בעד עצמם.

17. אשר לתנאי ההרתעה, במהלך הדיון שהתקיים בעתירה הציגו לפנינו המשיבים חוות דעת חסויה ועדכנית בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה כאמצעי להרתעת מפגעים פוטנציאליים. ויודגש, ההרתעה בה עסקינן היא הרתעת הרבים, והאפקטיביות שלה נבחנת במבט צופה פני עתיד. להתרשמותי חוות הדעת שהוצגה בפנינו, גם אם ניתן לשפרה, מהווה תמיכה מספקת להנחה לפיה השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה הוא אפקטיבי בעת הזו. ממילא, בית משפט זה קבע כי זהו עניין לגורמים המקצועיים לעסוק בו:

האפקטיביות של הפעלת תקנה 119 צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון. חזקה כי כך אכן נעשה בענייננו. אוסיף עוד בהקשר זה – כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מסור שיקול הדעת והמומחיות לקבוע אימתי השימוש בתקנה 119 יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת התכלית ההרתעתית (ראו: ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה יז;

פרשת מרעי, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ברוך).  
 בהתאם לכך – בית משפט זה אינו נוטה להתערב  
 בשיקול דעתו המקצועי של המפקד הצבאי בעניין  
 יעילות השימוש באמצעי של הריסת בתים (עניין  
 פלונים, פסקה 27).

18. מהאמור לעיל מתבקשת המסקנה כי התנאים להפעלת סמכות המפקד הצבאי להוצאת צו הריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה ביחס לבית המגורים התקיימו במקרה שלפנינו. נותר אם כך לבחון האם הצו סביר ומידתי במכלול נסיבות העניין, ובמיוחד בשים לב לנזק שייגרם ממנו לצדדים שלישיים. נבהיר עניין זה.

19. צו הריסה הוא אמצעי הרתעה המופעל נגד המפגע במטרה להביא להרתעת הרבים מללכת בדרכיו. כל עוד אמצעי ההרתעה מופעל נגד המפגע עצמו – על דרך של פגיעה בגופו, חירותו, כבודו, מעמדו, ביתו, זכויותיו וכיו"ב – אינני סבור כי יש פגם בעצם השימוש באמצעי ההרתעה, ובלבד שהשימוש בסמכות יעשה בהתאם לתנאים שנקבעו לכך בדיון, בסבירות ובמידתיות, כפי שפורט לעיל ביחס להוצאת צו הריסה.

ויובהר, אמצעי ההרתעה חייב להיות מופעל נגד המפגע – הפעלתו בכוונת מכוון לא נגד המפגע, אלא נגד אדם הקרוב לו, מתוך שיקול כי לפגיעה בחף מפשע אפקט מרתיע על בני עוולה, עומדת בניגוד לעקרונות יסוד של המשפט הישראלי, ועל כן מצווים אנו להימנע ממנה (והשוו לחוות דעתי בבג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש המחשלה (26.8.2018)).

יחד עם זאת, הפעלת אמצעי הרתעה נגד המפגע (כדוגמת פגיעה בחירותו או בביתו) עלולה לפגוע גם בפרטים נוספים, כדוגמת בני משפחתו. עובדה מצערת זו היא עניין שאינו מונע את השימוש בסמכות, ואולם על המפקד הצבאי להביאו בחשבון במסגרת מכלול שיקוליו.

20. בהקשר בו עסקינן, משמעות הדבר היא שהמפקד הצבאי מוסמך להוציא צו הריסה המתייחס למקום מגוריו של המפגע, וזאת גם אם למימוש צו ההריסה יש השפעה על בני משפחתו המתגוררים עמו, ואף אם הצו מביא לפגיעה בקניינם. ויובהר, על המפקד הצבאי להתחשב בפגיעה זו בבני משפחת המפגע כשיקול מרכזי במכלול שיקוליו, וזאת בשים לב למידת מעורבותם באשר אירע (ראו עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות). יחד עם זאת, בהינתן חומרת האירוע בו מדובר, הצורך החיוני ביצירת הרתעה מפני פיגועים דומים

ובהתחשב באשם המיוחס למרכזיים שבעותרים, אשר ביחס לחלקם יש חשדות וראיות כי ידעו על כוונת המפגע (העותרים 1, 2 ו-4), וביחס לחלקם יש חשדות וראיות כי פעלו לשיבוש החקירה בדיעבד (העותרים 4-5) אין לומר כי נקודת האיזון בה בחר המפקד הצבאי במקרה שלפנינו אינה סבירה.

לא למותר לציין בהקשר זה כי למרות האשם המיוחס לעותרים 4 ו-5 נמנע המפקד הצבאי מלהורות על הריסת הקומה השנייה המשמשת למגוריהם, וזאת משהגיע למסקנה כי לא שימשה למגורי המפגע. בכך הפגין זהירות ראויה, שהרי מעורבות העותרים 4-6 לא הצדיקה הוצאת צו הריסה כנגד רכושם, והממצא לפיו הקומה השנייה היא יחידה נפרדת, בה לא התגורר המפגע, מונעת התייחסות לקומה זו כביתו של המפגע.

היקף השימוש בסמכות

21. העותרים טוענים כי הריסת שתי קומות בית המגורים מהווה הרחבה במדיניות ההריסה, והפגיעה אף מתעצמת לאור אי מעורבותם או ידיעתם של בני המשפחה באשר אירע. לא מצאתי כי יש ממש בטענה זו. כמובהר, המפקד הצבאי הפעיל סמכותו כך שההריסה תבוצע אך בקומות בהן קיימת זיקת מגורים ברורה למפגע. ראייה לכך היא ההחלטה שלא להרוס את הקומה השנייה בבית המגורים, בה מתגוררים העותרים 4-6, ואשר בה לא מתקיימת זיקת מגורים. יתר על כן, במקרה בו עסקינן ישנם חשדות וראיות כי מרבית העותרים נושאים באחריות לאי מניעת הפיגוע, וחלקם אף לשיבוש החקירה בדיעבד. בנסיבות אלו, ומשקיימות ראיות מינהליות לכך שהמפגע השתמש הן בקומת המרתף והן בקומת הקרקע לצורך מגוריו, אינני סבור שיש מקום להתערב בהחלטתו השקולה והמדודה של המפקד הצבאי לעניין היקף צו ההריסה.

22. באשר לחוות הדעת ההנדסית שהוגשה על ידי העותרים, והמטילה ספק באפשרות לבצע את צו ההריסה ללא פגיעה משמעותית בקומה השנייה, נחה דעתי שחוות הדעת המשלימה שהגישו המשיבים, עונה על טענות העותרים בעניין זה. חזקה על הרשות כי תבצע את צו ההריסה בזהירות ובמקצועיות הנדרשים, ואין לנו טעם לפקפק בחוות דעת המהנדס מטעם המשיבות לפיה הדבר בר ביצוע מבחינה הנדסית.

23. נוכח הדברים הללו, סבורני כי יש לדחות את העתירה, וכך אמליץ לחברתי ולחברי לנהוג. בהתחשב בתוצאה זו, לא מצאתי כי יש צורך להידרש לטענות המבקשים להצטרף להליך. הצו הארעי שניתן יפקע ביום 16.12.2018.

## ש ו פ ט

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיעו חבריי לפיה דין העתירה להידחות. כפי שחזרתי והבהרתי בפסקי דין קודמים שנסבו על עתירות כנגד צווי הריסה שהוצאו מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אני עושה כן תוך הגבלת מסגרת הדיון לבחינה ה"פנימית" של ההחלטה בהתאם לכללי המשפט המינהלי, להבדיל מבחינה "חיצונית" שעשויה לכלול היבטים נוספים שלה (ראו: בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 1-3 לחוות דעתי (24.3.2016); בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתי (2.12.2018). ראו גם: בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקאות ה'-ו' (7.7.2016)). בנסיבות אלה אבקש להוסיף מספר הערות קצרות בלבד.

2. ראשית, במקרה זה – ולא תמיד כך נעשה – העותרים הסכימו כי נעיין בחוות הדעת הסודית של השב"כ גם בכל הנוגע לאפקטיביות הנטענת של השימוש בצווי הריסה כאמצעי מרתיע. בהתאם לכך, עיינו בכובד ראש בחוות הדעת שהוגשה לעיוננו ואף הצגנו בעניין זה שאלות לנציגי המדינה. בשלב זה אבקש אפוא להוסיף כי – ואף זאת ציינתי במקרים אחרים – העובדה שנחה דעתנו במקרה זה מן האמור בחוות הדעת אינה פוטרת את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא, חזור ושנו (ראו: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה כ"ז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין ופסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (31.12.2014); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (23.2.2017)). למעשה, במסגרת הדיון שהתקיים במעמד צד אחד הוצגו בעניין שאלות לנציגי המדינה וכאמור חזקה עליהם שבדיקה זו נמשכת. כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה

לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע.

3. שנית, כפי שציין חברי השופט ע' גרוסקופף, בהליך זה הוגשה בקשה להצטרפותם של בני המשפחה השכולים של שני המנוחים. בנסיבות העניין, לנוכח התוצאה שאליה הגענו, לא נדרשה הכרעה פורמאלית בשאלה זו. ליבנו יוצא כמובן אל בני המשפחה ואל כאבם. עם זאת, וללא קשר לבקשת ההצטרפות, אני סבורה כי בכל מקרה יש לבחון את דבריהם בשים לב לתכלית ההרתעתית העומדת ביסוד ההליך של הוצאת צווי הריסה. המדינה, ובהמשך לכך גם בית משפט זה, חזרו ועמדו על ההבחנה הברורה בין הימנעות משימוש בצווי הריסה כאמצעי ענישה לבין השימוש בהם לצורכי הרתעה. כאמור, הבחנה זו היא גם העומדת ביסוד הזהירות הרבה שנוקט בית משפט זה בעת שהוא בוחן עתירות כדוגמת זו שבפנינו. אם כן, כאשר הרתעה היא העומדת ביסוד הדברים הרי שעמדתם של בני המשפחה השכולים – הגם שהיא חשובה ומשמעותית במישור הרגשי ובמישור העונשי (כאשר מתקיים הליך פלילי) – אינה בעלת עדיפות מיוחדת. לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי הריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון (ראו: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (1.7.2014); בג"ץ 8270/17 סולומון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (22.3.2018)).

4. שלישית, ולבסוף, אציין כי מלכתחילה העלו בפנינו העותרים, בעוצמה רבה, את הטענה כי קיימת אי-בהירות באשר למניעיו של מי שביצע את מעשי ההרג של זיו חג'בי וקים לבנגרונד-יחזקאל ז"ל. התייחסנו לטענה זו במלוא הרצינות ובמסגרת הדיון שהתקיים במעמד צד אחד ביקשנו לקבל הבהרות והסברים בעניין. דיון זה אף הוליד את העברת הפרפרזה המפורטת של תוכן הצוואה שהותיר אחריו המפגע, דברים שצוטטו על-ידי חברי השופט גרוסקופף, ודומה כי כל מילה נוספת בעניין זה היא מיותרת.

מקובלת עלי מסקנתו של חברי השופט ע' גרוסקופף, כי בחינת נסיבות המקרה בגדרה של ההלכה הנוהגת מעלה כי אין עילה להתערבות בית משפט זה.

לא מכבר הבעתי את עמדתי כי כל עוד עומדת ההלכה על מכונה, יש לנהוג לפיה, אולם יש מקום לדון, בהרכב מורחב, בשאלות שמעוררת הפעלת סמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מכה תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בייחוד ככל שהשימוש בה יילך ויגבר (בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (4.10.2018)). ואין לי אלא לחזור על הדברים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ח בכסלו התשע"ט (6.12.2018).

שופט

שופט

שופט