



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 974/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופט א' שטיין

העותרים: 1. \_\_\_\_\_ דחאדחה  
2. \_\_\_\_\_ ברגותי  
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

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

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ג באדר א התשע"ט (18.02.2019)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים: עו"ד רועי-אביחי שויקה

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. במוקד העתירה הנוכחית ניצב הצו שבמסגרתו הורה משיב 1 (מפקד כוחות צה"ל באזור; להלן: המפקד הצבאי), בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119), על החרמת והריסת המבנה שבו התגורר המחבל \_\_\_\_\_ ברגותי (להלן, בהתאמה: המבנה ו-המחבל).

2. כפי שעולה מהודעותיו-הודאותיו של המחבל – ומראיות חיצוניות שבידי המדינה – ביום 9.12.2018 יצא הלה עם אחיו, \_\_\_\_\_ ברגותי, למסע טרור שבמהלכו ירה המחבל ופצע שבעה בני אדם שעמדו סמוך לתחנת אוטובוס, ובהם אישה הרה שנפגעה קשות. עקב פציעתה, נאלצו הרופאים ליילד את האם בחודש השביעי להריונה, אך היילוד – עמיעד ישראל איש-רן ז"ל – לא שרד, והלך לעולמו ארבעה ימים מאוחר יותר. ביום 12.12.2018 הרגו כוחות צה"ל את אחי המחבל, לאחר שניסה להימלט ממעצר, ולמחרת היום שב המחבל לנתיב הרצח. בהגיעו לצומת בו עמדו חיילי צה"ל התקרב אליהם ברכבו, עצר במרחק קצר מאד, והרג ביריות את סמ"ר יובל מור יוסף וסמ"ר יוסף כהן זכרם לברכה. בחקירתו, מסר המחבל – שריצה בעבר תקופות מאסר ארוכות בגין עבירות ביטחוניות שונות – כי החליט לבצע פיגועים כדי "להפוך לשהיד", ולהיזכר כמי ש"מתנגד לכיבוש".

3. ביום 20.1.2019 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה, הציג את הנימוקים לכך – והעניק לעותרים זכות טיעון בכתב. השגה שהגישו העותרים, ובה טענות עקרוניות וקונקרטיות כלפי הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119, נדחתה ביום 4.2.2019, ולמכתב הדחייה צורף צו ההחרמה וההריסה מושא ההליך דנן (להלן: הצו). בגוף הצו נאמר כי הוא ניתן "נוכח צורך הכרחי בשים לב לכך [שהמחבל] ביצע שני פיגועי ירי במסגרתם נרצחו עמיעד ישראל איש-רן ז"ל, סמ"ר יובל מור יוסף ז"ל וסמ"ר יוסף כהן ז"ל".

מכאן העתירה הנוכחית, בה טוענים העותרים כי קומתו השנייה של המבנה אכן שימשה למגורי המחבל ובת זוגו (עותרת 1; להלן: אשת המחבל) – אך זה אינו המצב ביחס לקומה הראשונה, שעודנה בשלבי בנייה, והיא "מיועדת למגוריו העתידיים של האח הקטין". בהעדר זיקת מגורים של המחבל לקומה זו, ובהתחשב בכך שהמבנה כולו מצוי בבעלות אביו (עותר 2; להלן: אבי המחבל), הריסתו המלאה אינה מידתית, ומהווה הרחבה פסולה של מדיניות ההריסה מכוח תקנה 119. לטעמם, על רקע הספקות הכלליים לגבי האפקטיביות של מדיניות זו, ברי כי אין להפעיל את סמכות ההריסה וההחרמה כלפי מבנים שאינם בבעלות המחבל – למצער, בהעדר אינדיקציה למעורבות הבעלים במעשיו – והוא הדין ביחס לרכיבי בינוי שלמחבל לא הייתה זיקת מגורים אליהם. זאת ועוד, העותרים גורסים כי החיפזון שבו ניתן הצו – בטרם הסתיימה חקירת המחבל, ובטרם התגבשה התשתית העובדתית המלאה – חושף את ערוות מדיניות ההריסה, ומלמד כי ענייננו בענישה קולקטיבית נקמנית ופסולה, ולא באמצעי הרתעה מחושב. בשולי הדברים, ביקשו העותרים כי אם תידחה עתירתם, תינתן להם האפשרות להגיש חוות דעת מקצועית באשר לאופן הריסת המבנה.

לצד הטענות הקונקרטיות במישור הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, העלו העותרים השגות עקרוניות כלפי סמכות ההריסה וההחרמה המעוגנת בתקנה 119 – העומדת, לטעמם, בסתירה מובהקת לדין הבין-לאומי ולדין הישראלי גם יחד.

4. בתגובתו המקדמית, טען המפקד הצבאי כי דין העתירה להידחות בהעדר עילת התערבות בהחלטתו. לדבריו, ההשגות העקרוניות כלפי סמכות ההריסה וההחרמה נדחו שוב ושוב על ידי בית משפט זה – אשר עמד על תכליתה ההרתעתית של תקנה 119, וקבע כי נוכח תכלית זו אין בהריסת בתי המחבלים משום ענישה קולקטיבית פסולה, גם כאשר נלווית לה פגיעה בבני משפחה חפים מפשע. אמנם, בשנים האחרונות נרשמה ירידה מסוימת בהיקף פיגועי הטרור, אך המצב הנוכחי עודנו משקף "הסלמה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני" בהשוואה למצב ששרר עובר לשנת 2013 – והוא מצדיק, אפוא, שימוש באמצעי הרתעה, לרבות סמכות ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119.

5. אשר לטענות הקונקרטיות שהעלו העותרים, המפקד הצבאי מזכיר כי הרשעה בהליך פלילי אינה מהווה תנאי להריסה – וכי די בעמידה במבחן הראיה המינהלית כדי לאפשר את הפעלת תקנה 119. לדבריו, במקרה שלפנינו הן הודעותיו-הודאותיו של המחבל, והן "ראיות חיצוניות ופריטים מוכמנים" מעידים כי המחבל ביצע את שני פיגועי הירי שהוזכרו – האחד, בשיתוף פעולה עם אחיו, והשני לבדו. למעלה מכך, אף שהמחבל הזכיר בחקירתו מניעים נוספים לביצוע הפיגועים, אין ספק כי המניע הדומיננטי היה רצונו "להפוך לשהיד", כלשונו. על כך מעידים גם העבר הביטחוני העשיר של המחבל, בגינו "בילה" למעלה מעשור בין כותלי הכלא הישראלי, ואופי הפיגועים הרצחניים שביצע.

בהתייחס למבנה עצמו, המפקד הצבאי מדגיש כי "המחבל ואשתו בתחקיר שנערך טענו כי הבית מצוי בבעלות המחבל", וכי הוריו בנו אותו עבורו בעזרת הכסף שקיבל מהרשות הפלסטינית בגין מאסרו. יתר על כן, גם אם אבי המחבל הוא בעלי המבנה אין בכך כדי לשנות את התמונה, שהרי ברור כי הנזק שייגרם לאבי המחבל כתוצאה מהריסת המבנה ירתיע מחבלים פוטנציאליים נוספים שיחששו מפגיעה דומה בהוריהם. בהקשר זה, ציין המפקד כי אבי המחבל נעצר לחקירה בחשד שהיה מודע לביצוע הפיגוע הראשון על ידי שני בניו – אם כי במהלך הדיון בעתירה הובהר שאין בנמצא "ממצא מובהק" בשאלת המודעות או המעורבות של האב (המוגדר כאחד "מבכירי החמאס הצבאי בבנימין").

כך או כך, המפקד הצבאי דוחה את טענת העותרים לפיה זיקת המגורים של המחבל הוגבלה לקומתו השנייה של המבנה, ומציין כי מחקירת המחבל עולה שמדובר במבנה בן קומת מגורים אחת בלבד, אשר נכנתה על עמודים "בכדי שהבית יהיה בגובה הכביש", וכי המרחב שבין אותם עמודים שימש את המחבל ואשתו כמחסן. זאת ועוד, המחבל אף ציין כי מדובר במבנה שהוקם באמצעות כספו שלו, ויועד לאשתו ולילדיו לעתיד – ולא לבני אדם אחרים, כפי שטוענים העותרים. בנסיבות אלה, ובהעדר הכחשה לגבי השימוש שעשה המחבל בקומה הפתוחה, הרי שהוכחה כדבעי זיקת המגורים שלו למבנה כולו. סוף דבר, המפקד הצבאי סבור כי הצו ניתן בסמכות, וכי לא נפל כל פגם בשיקול דעתו – ומכאן שדין העתירה להידחות.

6. יצוין כי במהלך הדיון בעתירה עיינו, במעמד צד אחד ובהסכמת העותרים, בחומר חסוי שהציג המפקד הצבאי, במטרה להוכיח כי אפקט ההרתעה של מדיניות הריסת בתי המחבלים בעינו עומד. כמו כן, שמענו את אמו של סמ"ר יובל מור יוסף ז"ל, אשר הביעה את כאבה על מות בנה, וביקשה לדחות את העתירה ולאפשר את הריסת בית המחבל.

דיון והכרעה

7. אקדים ואומר כי אין בדעתי להידרש במסגרת עתירה זו לטענות העקרוניות שהעלו העותרים כלפי סמכות ההחרמה וההריסה המעוגנת בתקנה 119. כפי ששב בית משפט זה והבהיר (ראו לאחרונה, בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 13 (6.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה); בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 (10.1.2019) (להלן: עניין ג'ברין); ודנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 5 (17.1.2019)), היבטים עקרוניים אלה, עליהם אני נשען, כבר עברו את כור המצרף של הביקורת השיפוטית, ואין להידרש אליהם מחדש במסגרת עתירות פרטניות לגבי הריסת בית כזה או אחר.

הנחת המוצא היא, אפוא, כי המפקד הצבאי מוסמך להורות על החרמת והריסת בתים, בהתאם לתקנה 119(1) לתקנות ההגנה, ובלבד שיש בכך כדי לשרת את תכליתה ההרתעתית של התקנה –

"הצידוק להפעלת סמכות ההחרמה וההריסה נעוץ, כל כולו, בהשפעתה המיוחדת על הסביבה ובייחוד על סביבתו של המחבל' [...] וזאת, לתכלית הרתעתית בלבד, ולצורך מניעת מעשי טרור עתידיים" (בג"ץ 4466/16

עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 10 לחוות דעתי (14.12.2017); וראו בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה יז (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)).

הריסה שאינה נחוצה ליצירת הרתעה אפקטיבית, או שאין ביכולתה להשיג אפקט כזה, נושאת, אפוא, אופי ענישתי, וחורגת מגבולות סמכותו של המפקד הצבאי. בהקשר זה נקבע כי על המפקד לערוך מעקב רציף אחר מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת בתי המחבלים, שהרי מה שהיה אינו בהכרח מה שיהיה (המוקד להגנת הפרט, פסקה כז), ויש לוודא כי צווי ההחרמה וההריסה יוסיפו למלא את התכלית ההרתעתית, ולא יחרגו מגבולות התקנה לעבר ענישה קולקטיבית לא לגיטימית.

תנאי סף נוסף לתחולת תקנה 119 בנוגע להריסת בתי מחבלים – להבדיל מהריסת בתים ששימשו לביצוע פעולת טרור, בהם עוסק חלקה הראשון של התקנה – הוא כי המחבלים נמנים על "תושביהם" של אותם בתים. משמע, די בקיום זיקת מגורים של המחבל למבנה המיועד להריסה, גם אם מבנה זה אינו בבעלותו או בבעלות בני משפחתו, כדי להקנות למפקד הצבאי סמכות לפעול בגדרי תקנה 119 (ראו, למשל, עניין נעאלווה, פסקה 14; בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 18 (1.12.2015) (להלן: עניין עליוה); ובג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 28 (14.6.2016) (להלן: עניין חמאד)). לדיון בתוכן המהותי של זיקת המגורים הנדרשת ראו בג"ץ 1125/16 מדעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקאות 14-17 לחוות דעת הנשיאה נאור, ופסקאות 12-15 לפסק דינו של השופט מזוז (31.3.2016)).

8. כאשר מתקיימים תנאים אלה, על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו בכפוף למבחני הסבירות והמידתיות. בראש ובראשונה, הוא נדרש לתת את הדעת על חומרת המעשה המיוחס לחשוד, ועל המניע לביצועו, שכן מכך "נגזרת מידת ההרתעה הדרושה" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יח; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה יד (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה)). לצד ההרתעה הדרושה, על המפקד לבחון גם את מידת ההרתעה האפשרית – קרי, עוצמת ההרתעה שניתן יהיה להפיק מן ההריסה שעל הפרק. ודוקו, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. גם כאשר ההריסה תורמת להרתעה, ועל כן באה בגדרי הסמכות לפי תקנה 119, עוצמת ההרתעה מהווה פרמטר מכריע במישור הפעלת שיקול הדעת – נוכח החובה לאזן בין שיקולי ההרתעה וזכויות דיירי הבית. לשם זיהוי עוצמת ההרתעה יש להידרש הן למידת האפקטיביות הכללית של מדיניות ההריסה, והן למישור הספציפי. כך, למשל, אין דין

הריסת מבנה המצוי בבעלות המחבל או משפחתו הקרובה כדין נקיטת צעד דומה כלפי בית המצוי בבעלות צד ג' "שהוא זר למפגע" (עניין חמאד, פסקה 28; בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 46-48 לפסק דינה של הנשיאה נאור (12.11.2015)).

כאמור, את שיקולי ההרתעה על המפקד הצבאי לאזן אל מול היקף ועוצמת הפגיעה בזכויות יתר דיירי המבנה מושא צו ההחרמה וההריסה. בהקשר זה נקבע, בין היתר, כי מודעות או מעורבות של הדיירים במעשי המחבל אינן מהוות תנאי הכרחי למימוש הסמכות – אך הן עשויות להשליך על היקף הצו. למעלה מכך, יש להעניק "משקל משמעותי ביותר" לפעולות שנקטו בני המשפחה בניסיון למנוע מן המחבל כדי לממש את זממו. באותה רוח, נקבע שיש לבחון את האפשרות להפריד בין החלק בו התגורר המחבל לרכיבי בינוי אחרים, ולאמץ טכניקת הריסה שתצמצם ככל האפשר את הנזק הסביבתי – לרבות אטימת הבית חלף הריסתו (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין, ופסקה 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות; בג"ץ 1633/16 פלונים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 28 (31.5.2016); בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 10 (23.2.2017); עניין עליזה, פסקה 18).

סוף דבר, על המפקד הצבאי לתת את הדעת על מכלול נסיבות האירוע הקונקרטי – לרבות שיקולים שאינם מופיעים לעיל – ולהפעיל את סמכותו בהתאם לכללי הסבירות והמידתיות (עניין חמאד, פסקה 22). על רקע תשתית נורמטיבית זו, אדרש כעת לטענותיהם הקונקרטיים של העותרים דנן.

9. בפתח הדברים, אבהיר כי הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה אינה מותנית בהרשעת המחבל בהליך פלילי, וכי המפקד הצבאי רשאי להסתמך על ראיות העומדות במבחן הראיה המינהלית (ראו, למשל, עניין עליזה, פסקה 20; עניין חמאד, פסקה 24; בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ו (7.7.2016)). למעשה, נוכח תכליתה ההרתעתית של תקנה 119, על המפקד הצבאי לממש את סמכותו סמוך ככל הניתן למועד ביצוע פעולת הטרור הרלוונטית, ואל לו להמתין למיצוי הערוץ הפלילי בעניינו של המחבל (עניין אבו חאשיה, פסקה כב; בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה לד (4.7.2017)).

אכן, לצורך הפעלת הסמכות נדרשות ראיות מינהליות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (שם) – אך דומה כי הודעותיו של המחבל במשטרה עומדות בקלות ברף זה.

בהודעות שצורפו, מן התאריכים 10.1.2019, 13.1.2019, 14.1.2019, 21.1.2019, 22.1.2019, 27.1.2019 ו-29.1.2019, פורש המחבל בהרחבה את השתלשלות האירועים, ומודה בפה מלא כי הוא זה שירה ורצח את עמיעד ישראל איש-רן ז"ל, סמ"ר יובל מור יוסף ז"ל וסמ"ר יוסף כהן ז"ל. כך, למשל, בהתייחסו לפיגוע הראשון סיפר כי "כשעברנו [את] צומת עופרה, עליתי לתחנת אוטובוס, הבחנתי בשני חיילים שהיו בתחנה, אני הוצאתי את הקלצניקוב מהחלון וכיוונתי לעבר החיילים [...] אני יריתי כ-10 כדורים לעבר החיילים בכדי להרוג אותם" (הודעה מיום 10.1.2019, גיליון 5, שורות 150-152). אשר לפיגוע השני, מסר המחבל כי "הבחנתי במקום בו עומדים חיילים והבחנתי בשלושה חיילים [...] החלטתי לבצע פיגוע, עצרתי את הרכב וירדתי מהרכב כשהייתי במרחק 10 מטר מהם. נשק הקלצניקוב היה איתי בידי, היה דרוך, אני דרכתי אותו ברכב טרם ירדתי ויריתי לעבר החיילים" (שם, גיליון 6, שורות 188-191). בהעדר טענה כי הודעות-הודאות אלה נגבו שלא כדין, די בהן כדי לעמוד במבחן הראיה המינהלית – גם מבלי להידרש לראיות הנוספות שבהן מחזיקים, לדברי המפקד הצבאי, גורמי הביטחון.

בנסיבות אלה, לא נפל כל פגם בפעולה המהירה שנקט המפקד הצבאי עם גיבוש הראיות המינהליות הקושרות את המחבל למעשי הטרור האמורים – ואין בסיס לטענה כי היא מבטאת מניע ענישתית.

10. אשר על כן, ובהעדר מחלוקת לגבי זיקת המגורים של המחבל למבנה, נותר רק לבחון האם התכלית ההרתעתית עודנה רלוונטית כיום – בדומה למצב ששרר בעבר – או שברבות הימים איבדה מדיניות ההריסה את אפקט ההרתעה שלה, והפעלתה חורגת, אפוא, מגבולות הסמכות שהפקידה תקנה 119 בידי המפקד הצבאי. בהקשר זה, אסתפק באמירה כי החומר הסודי בו עיינו, בהסכמת העותרים, במעמד צד אחד, תומך באופן חד משמעי באפשרות הראשונה, ומלמד כי אפקט ההרתעה הכללי עודנו בתוקף. אוסיף כי החומר שהוגש מקיף, מלא ומאוזן, ובמובנים שונים אף מפתיע בעוצמתו (ראו והשוו עניין עליוה; וכן ראו דברים שנאמרו לאחרונה בעניין ג'ברין, פסקה 8, ובעניין נעאלווה). עולה מכך כי הצו מושא העתירה דנן ניתן בסמכות, ולא נותר אלא לבחון את עמידתו במבחני הסבירות והמידתיות – קרי, האם הוא מאזן כהלכה בין התכלית ההרתעתית האמורה, לבין זכויות המחבל ובני משפחתו.

11. נקודת המוצא לניתוח מצויה בתחנות האוטובוס המדממות סמוך לעופרה ובצומת גבעת אסף, שם רצח המחבל בדם קר שלושה בני אדם: את עמיעד ישראל איש-רן ז"ל – שהרופאים נאלצו ליילד בטרם עת, בעקבות הפגיעה הקשה באמו ההרה – ואת חיילי צה"ל, סמ"ר יובל מור יוסף ז"ל וסמ"ר יוסף כהן ז"ל. בני אדם אמרתי, אך המחבל

עצמו ראה את הדברים אחרת. בהודעותיו במשטרה הדגיש הלה כי "היהודים" היו יעדי מסעות הרצח שלו, וכי שאף "להפוך לשהיד ובכך יזכרו אותי בטוב, המשפחה והחברה שאני מוגאהד ומגן עם אדמתי מתנגד לכיבוש" (הודעה מיום 10.1.2019, גיליון 3, שורות 80-87) בהודעה נוספת, מיום 27.1.2019, הסביר המחבל כי מטרתו הייתה לרצוח חיילים, והסביר ששם את פעמיו לצומת עופרה "כי יש תמיד חיילים שם" (גיליון 2, שורות 47-50). מעשים ומניעים אלה – המשתלבים בעברו המפוקפק של המחבל, אשר ריצה למעלה מעשר שנות מאסר בגין עבירות ביטחון, ובשאיפתו להמשיך ולבצע פעולות טרור (הודעה מיום 21.1.2019, גיליון 2, שורות 29-36, וגיליון 3, שורות 71-74) – מעידים כאלף עדים על הצורך בהרתעת אלה העלולים לצעוד בעקבותיו. חומרת מעשי הרצח של המחבל מוטלת, אפוא, כמשקולת כבדה – כמעט בלתי ניתנת להרמה – על כף החובה.

11. עם זאת, העותרים טוענים כי בנסיבות העניין אין קשר רציונלי בין הריסת המבנה לתכלית ההרתעתית – וכי ההריסה כושלת גם ביתר מבחני המידתיות. לדבריהם, המבנה כלל אינו מצוי בבעלות המחבל, וזיקת המגורים שלו מוגבלת לקומה השנייה – ומכאן שהחרמת והריסת המבנה כולו פוגעת שלא כדין בבני המשפחה שלא היו מעורבים במעשי המחבל, ולא היו מודעים להם.

דין טענות אלה להידחות. כפי שמסר המחבל בחקירתו:

"ביתי נמצא בסוף הכפר... הורים שלי בנו לי אותו מהכסף שהייתי מקבל מהרש"פ כאשר הייתי בכלא, והבית בנוי קומה אחת למגורים, אבל מתחת ישנה קומת עמודים פתוחה שמשמשת אותי כמחסן, גרתי בבית אני ואשתי לבד" (הודעה מיום 27.1.2019, גיליון 3, שורות 66-69; ההדגשות אינן במקור. ראו גם זיכרון הדברים שצורף לתגובת המדינה וסומן כ-מש/3).

משמע, המבנה הוקם בכסף שקיבל המחבל "בתמורה" לשירותיו הטובים לטרור, ומכאן שהריסתו תפגע גם תפגע בכיסו, ותסייע בקידום תכלית ההרתעה – ללא קשר לשאלת הבעלות הפורמלית במבנה. אגב, ראוי לציין בהקשר זה כי אשת המחבל, החתומה על התצהיר התומך בטענה כי המבנה מצוי בבעלות האב, מסרה "בתחקיר שנערך" שהמבנה מצוי דווקא בבעלות המחבל עצמו (פסקאות 18 ו-58 לתגובת המפקד הצבאי).

12. אשר לפגיעה בזכויות העותרים – בהתחשב בחומרת מעשי הטרור שביצע המחבל; בכך שמדובר בבית שנבנה, לפחות בעיקרו, בכספי הדמים שקיבל הלה מהרשות



הפלסטינית; ובכך שהמחבל, שנותר בחיים, הוא הנפגע העיקרי מן הצו (ראו חוות דעתי בעניין עליוה), פגיעה זו באה בגדרי מתחמי הסבירות והמידתיות – הגם שהמדינה אינה מייחסת לאשת המחבל מעורבות או מודעות למעשיו. אשר לאבי המחבל (שזכויותיו במבנה אפופות, כאמור, ערפל) ההכרעה קלה אף יותר. גם אם לא ניתן לייחס לו בשלב זה מעורבות או מודעות לפיגועי הירי האחרונים שביצע בנו, מדובר באחד "מבכירי החמאס הצבאי בבנימין", אשר על פי החומר שהוגש לעיוננו היה מודע היטב לפעולות העבר של בנו – עבורו הקים את המבנה במהלך שהותו בכלא הישראלי – ולא טען כי נקט באמצעים כלשהם כדי למנוע ממנו לשוב לדרך הטרור.

נוכח הודעתו-הודאתו של המחבל במשטרה, כי "הבית בנוי קומה אחת למגורים, אבל מתחת ישנה קומת עמודים פתוחה שמשמשת אותי כמחסן" (הודעה מיום 27.1.2019, גיליון 3, שורות 67-69; ראו גם זיכרון הדברים שצורף לתגובת המדינה וסומן כ-מ/ש/3), איזון זה יפה ביחס למבנה כולו – ואין יסוד לדרישת העותרים להבחין בין שתי הקומות, ולהסתפק בהריסת הקומה השנייה.

סוף דבר – בהתחשב בחומרת מעשי הרצח של המחבל, ובכך שהמבנה המדובר הוקם מכספי דמים שקיבל הלה מן הרשות הפלסטינית, לא מצאתי כי החלטת המפקד הצבאי חורגת ממתחמי הסבירות והמידתיות. יתרה מכך, בהינתן מעשי ידיו של המחבל; זיקתו למבנה על שתי קומותיו, כפי שעולה אף מדבריו בחקירה; והקמת המבנה בכספים שקיבל המחבל מהרשות הפלסטינית "בתמורה" למאסר שריצה בישראל, ניתן לומר כי בסקאלת המקרים שנבחנו, ענייננו אינו גבולי אלא מובהק.

13. אשר על כן, העתירה נדחית. משלא הובאה חוות דעת מקצועית מטעם העותרים באשר למתכונת ההריסה, אין מקום להידרש לעניין במסגרת עתירה זו.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

איני שותף לדעתו של חברי השופט נ' הנדל, אליה הצטרף גם חברי השופט א' שטיין.

1. בעתירתם כמו גם בטיעוניהם לפנינו מעלים העותרים שורה של טענות עקרוניות נגד תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119), לצד טענות קונקרטיות נגד חוקיות צו ההחרמה וההריסה מושא העתירה.

2. חברי מציין בחוות דעתו שאין בדעתו לדון בטענות העקרוניות שהעלו העותרים מאחר והיבטים אלה "עברו את כור המצרף של הביקורת השיפוטית" ואין להידרש להם מחדש (פסקה 7). איני שותף לעמדה זו. בשנים האחרונות הבעתי את דעתי שוב ושוב כי הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר להשקפתי לא זכו עד כה לבירור מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), להלן: ענין עליוה; בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016), להלן: ענין זכריא; בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016), להלן: ענין מרעי; בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (7.11.2017), להלן: ענין אלג'מל); ולאחרונה: בג"ץ 8786/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל (26.11.2017), להלן: ענין אלרוב).

3. לצד הטענות העקרוניות באשר לעצם תוקפה של תקנה 119 - ובכלל זה טענות כי התקנה סותרת שורה של הוראות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשם האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907, ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כמו גם האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת המעוגן בתקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה (ראו פירוט בחוות דעתי בענין עליוה) - הועלו כאמור

בעתירה גם טענות פרטניות בנוגע למידתיות הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 בנסיבותיו של המקרה דנן, בעיקר לענין פגיעה בחפים מפשע.

4. בהתאם לנטען, הבית נגדו מכוון צו ההחרמה וההריסה נבנה אמנם בסיוע כספים שקיבל המפגע מרש"פ, אך הוא נבנה על מקרקעין של העותר 2, אביו של המפגע, כאשר הקומה הראשונה בבית מיועדת למגורי אחיו הצעיר של המפגע. בבית, בקומה השניה, מתגוררת העותרת 1, אשתו של המפגע. המפגע עצמו הספיק להתגורר בבית עם אשתו תקופה קצרה של כ- 5 חודשים בלבד.

5. בענין מדעי הנזכר לעיל ציינתי בין היתר כי-

"מבחני המידתיות של המשפט המינהלי ושל המשפט החוקתי, יחד עם הגישה המצמצמת והזהירה הנדרשת בפגיעה בזכויות יסוד, מחייבים בחינה יסודית של נסיבות המקרה ומתן משקל משמעותי ואף מכריע לשיקולים אלה: עוצמת הזיקה של המפגע לבית; קיומו של קשר בין הבית לבין הפיגוע שהוא עילת הצו; ומעורבות בני המשפחה, בעלי הבית, במעשי בן המשפחה המפגע. בחינת רכיבים אלה חיונית הן לביסוס צידוק לעצם הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, והן באשר לקביעת היקף וחומרת הסנקציה שניתן להפעיל (אטימה או הריסה, חלקית או מלאה)" (שם בפסקה 22, ההדגשות במקור).

6. במקרה דנן אמנם אין חולק כי למפגע זיקה לבית מושא צו ההריסה, אך גם לאביו ולאשתו, ולפי הנטען גם לאחיו הצעיר.

7. ומכאן לשאלת הפגיעה בחפים מפשע. בא כוח המדינה מסר בדיון לפנינו, בתגובה לשאלתנו, כי לא מיוחסת לאשתו של המפגע (העותרת 1) כל מעורבות במעשיו או ידיעה מראש על כוונותיו. אשר לאביו (עותר 2), נמסר כי לא ידוע על מעורבות ונכחנת עדיין שאלת ידיעתו על כוונות בנו. ביקשנו עדכון ככל שיעלה מידע נוסף בנדון אך עד למועד כתיבת שורות אלה לא נמסר כל מידע נוסף. כן לא נטען כי לאחיו הצעיר, המיועד כנטען להתגורר בקומה הראשונה בבית עם השלמת בנייתה, הייתה מעורבות במעשי המפגע. התוצאה היא כי כל אלה ייפגעו מצו ההריסה ללא שניתן לייחס להם מעורבות כלשהיא במעשיו של המפגע.

8. אין כל ספק כי המעשים המיוחסים למפגע הם חמורים ונתעבים ומצדיקים ענישה בכל חומרת הדין. המפגע נתפס ונחקר וצפוי, כפי שנמסר, לעמוד לדין על מעשיו הנפשעים. אלא שאין אנו עוסקים במפגע עצמו. צו ההחרמה וההריסה אינו צפוי לפגוע במפגע עצמו, המצוי כעת במעצר ואם יורשע צפוי לבלות שנים ארוכות בכלא, אלא בבני המשפחה האמורים.

9. מצב זה שב ומעלה את הקושי, אולי החריף ביותר בנוגע להפעלת תקנה 119, של נקיטת סנקציה כה קשה כלפי בני משפחה, אשר כאמור אין טענה למעורבותם במעשיו הנפשעים של המפגע. בסוגיה זו הבעתי כבר מספר פעמים את עמדתי המסתייגת מהפעלת הסנקציה כלפי בני משפחה לא מעורבים (ראו דברים שכתבתי בענין אבו ג'מל, פסקאות 7-14; בענין זכריא, פסקה 4; בענין מרעי בפסקאות 10 ו-24; בענין אלג'מל, בפסקאות 5-6, ולאחרונה בענין אלרוב, פסקאות 9-11). להלן דברים שכתבתי לענין זה בענין אבו ג'מל, עליהם חזרתי גם בענין אלרוב:

7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ('ענישה קולקטיבית') עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה ...119

9. ראוי לציין תחילה, כי שאלת הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע עלתה לא פעם בפסיקת בית המשפט לענין הפעלת התקנה 119. בית המשפט חזר פעמים לא מעטות על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה (בג"ץ 987/89 קהוג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמדין; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), להלן ענין המוקד להגנת הפרט). נקבע כי יש ליתן משקל לכך שמדובר ב-'פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של תושביהם הבלתי מעורבים של אותם בתים', מהטעם ש'הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין,

לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה'. כן הוטעם כי פגיעה כזו 'עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם העקרון לפיו בן לא-יִשָּׂא בְּעוֹן הָאָב, וְאָב לֹא יִשָּׂא בְּעוֹן הַבֵּן' (ענין קואסמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק 'במקרים מיוחדים' ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה בדיירי הבית הבלתי מעורבים (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982), להלן: ענין חמרי; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993), להלן: ענין תורקמאן)...

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

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

12. נוכח האמור אין בידי להצטרף לעמדת חבריי.

אשר על כן, הוחלט בחוות דעתו של השופט נ' הנדל אליה הצטרף השופט א'  
שטיין כנגד דעתו החולקת של השופט מ' מזוז.

ניתן היום, כ"ז באדר א' התשע"ט (4.3.2019).

שופט

שופט

שופט