



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3872/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים: 1. שלבי
2. שלבי
3. פלוני
4. פלוני
5. 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

תאריך הישיבה: ז' בתמוז התשפ"א (17.06.2021)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד לאה צמל

בשם המשיבים: עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

לפנינו עתירה נגד צו החרמה והריסה שהוציא משיב 1 (להלן: המשיב) ביחס למבנה בכפר תורמוס עיא (להלן: הכפר) בו התגורר שלבי (להלן: המבנה ו-המפגע בהתאמה) הנאשם בביצוע פיגוע טרור בו נרצח גואטה ז"ל (להלן: המנוח) ונפצעו שני אזרחים ישראלים נוספים.

1. כתב האישום מגולל את השתלשלות האירועים המיוחסים למפגע. בתמצית, לאחר שגיבש את ההחלטה לביצוע פיגוע בצומת תפוח (להלן: הצומת) ולאחר מספר הכנות ובדיקות שעשה לצורך ביצועו, החליט המפגע ביום 2.5.2021 לממש את תכניתו, נטל אקדח וכדורים שהחזיק בביתו ונסע לכיוון הצומת. בהגיעו לצומת ירה מספר רב של כדורים אל עבר אזרחים אותם זיהה כיהודים אשר עמדו בתחנת אוטובוס. כתוצאה מהירי נפטר לבסוף המנוח ונפצעו שני אזרחים נוספים, אחד מהם באורח אנוש.

2. ביום 5.5.2021 נעצר המפגע על ידי כוחות הביטחון וביום 19.5.2021 הודיע המשיב על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה. לעותרים ניתנה האפשרות להגיש השגה בעניין עד ליום 24.5.2021. לאחר קבלת ארכה, ביום 26.5.2021 הוגשה השגה מטעם עותרת 1 (להלן: העותרת) במסגרתה הציגה את נסיבות המקרה ואת טיעוניה וביקשה מהמשיב לחזור בו מכוונתו להרוס ולהחרים את המבנה בכללותו. ביום 30.5.2021 נדחתה ההשגה מטעם לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון בהחלטה מנומקת והוצא צו החרמה והריסה ביחס למבנה.

מכאן העתירה שלפנינו.

עיקרי טענות העותרים

3. עותרים 1-4 הם בני משפחתו של המפגע – העותרת היא אחת מנשותיו ועותרים 4-2 הם ילדיהם. עותרת 5 היא עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות אדם. העותרים העלו טענות שונות נגד החלטתו האמורה של המשיב ונגד צו החרמה וההריסה, וביניהן טענות עקרוניות הנוגעות לשימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה ו-תקנות ההגנה בהתאמה) וטענות פרטניות על אודות השימוש שנעשה בתקנה במקרה דנן. במישור העקרוני טענו העותרים כי מדיניות הריסת הבתים עומדת בסתירה לנורמות המחייבות את המשיבים לרבות הדין הבינלאומי ההומניטרי והדין הבינלאומי הפלילי, וכי השימוש בתקנה משמש הלכה למעשה כאמצעי ענישה.

4. באשר לנסיבות מקרה זה, כפי העותרים מספר טענות עיקריות. ראשית, נטען כי המבנה אינו ביתו של המפגע אשר מרכז חייו מזה שנים רבות נמצא בארה"ב, שם מצא מקור פרנסה ונישא לשלוש נשים נוספות אשר מאחת מהן יש לו גם ילד נוסף. לדבריהם המבנה משמש למגורי העותרים והמפגע מגיע אליו רק לביקורים קצרים לעתים רחוקות. הוא אינו מנהל קשר זוגי עם העותרת וגם יחסיו עם ילדיו אינם מיטביים ועל כן גם בתקופות בהן הוא מגיע לבית המשפחה הוא נוהג לישון בחדר נפרד. עובדות אלה

מלמדות על ניתוקו מבית המשפחה ועל כך שאין הוא "תושב הבית" ולכל היותר ניתן לייחס לו קשר לחדר מסוים במבנה.

5. בנוסף, לטענת העותרים, למפגע היסטוריה של הפרעות נפשיות. הוא התאשפז בעבר בבית חולים פסיכיאטרי, ורקע של בעיות פסיכיאטריות נשקף גם ממסמכיו הרפואיים ומתרופות בהן היה מטופל בעבר. גם הטיפול שקיבל בארץ בביקורו האחרון עובר לביצוע המעשים כלל טיפול תרופתי בדיכאון. ממצאים אלו מצביעים על קושי בייחוס העבירות למפגע ומדגישים את הפגם העולה מכך שלא הועברו לעותרים חומרי חקירתו עוד בטרם הוגש כתב האישום.

6. בהתייחס לכל האמור, לשיטת העותרים ההחלטה שקיבל המשיב מבוססת על הליך פסול שהתנהל למראית עין ובהיעדר תשתית עובדתית מספקת והיא ניתנה בהיעדר סמכות. כמו כן, גם לגופה מדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית אשר התקבלה מבלי שנשקלו חלופות המובילות לפגיעה פחותה בבני משפחה חפים מפשע ובהם ילדים קטינים אשר הדאגה לטובתם מוזנחת על ידי המשיב וזאת כאשר תכליתה ההרתעתית של הפעלת הסמכות ממילא מוטלת בספק.

עיקרי טענות המשיבים

7. המשיבים מנגד סוברים כי דין העתירה להידחות. הטענות העקרוניות שמעלים העותרים אינן חדשות והן נדונו ונדחו במסגרת רחבה של פסקי דין שניתנו על ידי בית משפט זה, לרבות בעת האחרונה. באשר להפעלת הסמכות במקרה זה, הרי שזו עומדת בתנאי המידתיות והסבירות, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקת בית משפט זה, בפרט בשים לב להחמרה בפעילות הטרור בשנים האחרונות ולחומרת הפיגוע הרצחני במקרה דנן. האפקטיביות ההרתעתית של השימוש בסמכות הוכרה בעבר על ידי בית משפט זה והיא שרירה ועומדת גם במקרה הנדון. הפגיעה המתוארת בעתירה בחפים מפשע, לרבות ילדים קטינים, אינה מהווה ענישה קולקטיבית כי אם פגיעה הנלווית למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות ואין בה למנוע כשלעצמה את הפעלת הסמכות.

8. באשר לטענות העותרים הנוגעות לנסיבות המקרה דנן טענו המשיבים כי אין לקבל את הטענה שהמפגע אינו "תושב" הבית. מתחקורי המפגע ובנו וממידע נוסף המצוי בידי המשיב, עולה כי המבנה היה שייך לאביו של המפגע ולאחר מותו עבר לרשותו והוא רשום על שמו. מה גם, הואיל וזהו בית מגוריו, גם אם היה שייך לבני משפחתו הקרובים, לא היה בכך למנוע את ההריסה. אין לקבל גם את הטענה כי למפגע אין "זיקת מגורים" למבנה. המפגע מחלק את ימיו בין חייו בארה"ב לבין חייו בכפר. כך

למשל בשנים 2006-2012 שהה בעיקר באיו"ש והתגורר במבנה וגם בשמונה השנים האחרונות הגיע מדי שנה ושהה עם משפחתו במבנה תקופה של כחודשיים ימים בכל שנה. גם בשנת 2021 עובר לביצוע הפיגוע התגורר כחודשיים במבנה באופן רצוף וקבוע, ובו גם הסתיר במשך שנים את האקדח והכדורים אשר שימשו אותו בעת מעשהו הרצחני. המפגע רואה במבנה את ביתו ונוהג בו מנהג בעלים. בנוסף הובהר כי אין בסיס לטענה כי המפגע נהג לישון בחדר ספציפי במבנה, טענה שנטענה בעלמא וללא כל ביסוס, שכן כפי שעולה בבירור מתחקור המפגע ובני משפחתו, הוא עשה שימוש בכל חלקי המבנה כך שזיקת המגורים שלו מתקיימת כלפי כל חלקי המבנה. כן צוין כי בהתאם להלכה הנוהגת, די במגורים מעת לעת בבית כדי להקים זיקת מגורים וכי היעדרות מן הבית אינה מנתקת כשלעצמה את הזיקה.

9. בנוסף טענו המשיבים כי אין לקבל את הטענה הנוגעת למצבו הנפשי של המפגע ולהיעדר תשתית ראייתית מספקת בבסיס החלטת המשיב. העובדות העולות בכתב האישום מבוססות על תשתית ראייתית מוצקה הכוללת את הודאת המפגע וראיות חיצוניות המאששות באופן מובהק את מעורבותו בפיגוע ואת המניע הלאומני העומד מאחורי המעשים. מהתנהלות המפגע לפני הפיגוע ולאחריו כמו גם מהתנהלותו בחקירה עד כה, לא נמצאה עדות למצב פסיכוטי כלשהוא אלא נלמדה התנהגות "רציונאלית" שמטרתה פגיעה ביהודים. גם בבדיקה שהתבצעה לו על ידי גורמים מקצועיים לא נמצאה עדות לבעיה פסיכיאטרית או תכנית אובדנית ונשללה גם אובדנות בעבר. אף בהנחה שלמפגע רקע של דיכאון מטופל, ברי כי לא הוכח כל קשר בין הפיגוע אותו ביצע לבין מצבו הנפשי. עוד הובהר כי הטענה לקיומו של רקע רפואי נפשי נבחנה גם על ידי התביעה הצבאית טרם הגשת כתב האישום, וגם באותו שלב לא נמצא כי יש בה די כדי לבסס את שלילת מודעותו של המפגע למעשיו במועד ביצוע הפיגוע, כנטען.

10. לאחר שהועברו לעותרים חומרי חקירתו של המפגע הוגשה הודעה משלימה מטעמם. בהודעה טענו העותרים כי מחומרי החקירה עולה הקשר הרעוע של המפגע עם בני משפחתו ותגובתה השלילית של כל סביבתו למעשיו. כמו כן, נטען כי מן החומרים עולה שהמניע לביצוע הפיגוע היה רצונו של המפגע למות "מות קדושים" לאחר שמאס בחייו, בין היתר בעקבות הבעיות שהתעוררו בקשר הזוגי שלו עם העותרת. לטענתם עובדות אלה היו צריכות להישקל בעת הפעלת שיקול דעתו של המשיב, וזאת במסגרת חובתו לקבלת החלטה מידתית ובשים לב לתכלית ההרתעתית של השימוש בסמכותו לפי תקנה 119.

11. בדיון שהתקיים לפנינו חזרו באי-כוח הצדדים על טענותיהם כאשר הובהר לעותרים כי המבנה אשר לגביו ניתן צו ההריסה הוא המבנה שבו מתגוררים העותרים בשנים האחרונות ולא המבנה הסמוך אליו אשר בו התגוררה המשפחה לטענתם בעבר. כמו כן באי-כוח העותרים ביקשו להצביע גם על החשש העולה לפגיעה במבנים סמוכים בשעת ההריסה. המשיבים טענו מנגד כי טענה זו לא הוזכרה בעתירה ובהודעה המשלימה וכי מכל מקום לפי חוות דעת הנדסית הקיימת בידיהם הסבירות להיווצרות נזק היא סבירות נמוכה. בהתייחס להודעה המשלימה מטעם העותרים נטען על ידי המשיבים כי גם בהנחה שהמפגע רצה למות, אין בכך כדי לנתק את המניע הלאומני מהמעשים שעה שרצונו המוכח היה למות כ"שהיד". בנוסף, טענו המשיבים כי לפי מידע המצוי בידם קיימת אינדיקציה למודעות של מי מבני המשפחה הגרעינית של המפגע המתגוררים במבנה לכוונתו לבצע את הפיגוע לפני ביצועו. במהלך הדיון המשיבים ביקשו להגיש חומר סודי המאשש את טענותיהם לעיון בית המשפט במעמד צד אחד. באי-כוח העותרים סירבו להצגת המידע.

דיון והכרעה

12. לאחר עיון בעתירה, בתגובת המשיבים ובהודעה המשלימה מטעם העותרים על נספחיהן, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות וכך אציע לחבריי שנעשה.

13. בפתח הדברים אציין כי הסוגיות העקרוניות הנוגעות ליישום הסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה נדונו לעומקן בבית משפט זה בהזדמנויות רבות (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); בג"ץ 6826/20 דויקאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון (25.10.2020) (להלן: עניין דויקאת)), ובקשות לדיון נוסף בעתירות אלו נדחו בהזדמנויות שונות (וראו לדוגמה: דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (17.1.2019); דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו בכר (8.10.2020) (להלן: דנג"ץ אבו בכר)). בית משפט זה אף חזר והזכיר כי אין להידרש לסוגיות אלה בכל עתירה פרטנית שעניינה שימוש קונקרטי שעושה המשיב בסמכותו לצורך הריסת בית ספציפי (בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (12.11.2019) (להלן: עניין אלעזאפרה); בג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר (10.8.2020) (להלן: עניין אבו בכר); בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2.12.2018); בג"ץ 751/20 חנאתשה נ' המפקד

הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 14 (20.2.2020); בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (30.3.2020).

14. אמנם בקרב שופטי בית משפט זה נשמעו גישות שונות בנוגע לחוקיותה של התקנה ומידתיות השימוש בה, אולם כל עוד לא שונתה ההלכה הפסוקה, שומה עלינו לפעול על פיה ואין מקום לשוב ולהידרש לטענות העקרוניות כל אימת שמובאת לפנינו עתירה לגבי הפעלתה של התקנה (וראו: עניין אבו בכר, פסקה 9; דנג"ץ אבו בכר, פסקה 7; בג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8 לפסק דינו של חברי השופט י' עמית (3.2.2021) (להלן: עניין רבהא)). ממילא, אין צורך לסקור מחדש את שורת ההלכות שהתגבשה בפסיקה בנושא, וניתן למקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שלפנינו (בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 7 לפסק דינו של חברי השופט י' עמית (11.4.2019) (להלן: עניין רפאעיה)).

15. הנחת המוצא לדיון היא כי על המשיב להפעיל את שיקול דעתו בכל הנוגע להפעלת הסמכות האמורה בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות ולהביא בחשבון את מכלול נסיבות המקרה (בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 15 (25.5.2020) (להלן: עניין עטאונה); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016)). בעת הפעלת סמכות זו על המשיב לוודא כי פעולת ההריסה מבוצעת להשגת תכלית ראויה ולהביא בחשבון, בין יתר השיקולים הצריכים לעניין, את חומרת המעשים המיוחסים למפגע, את עוצמת הראיות נגדו ואת מספר האנשים אשר עתידים להיפגע מהפעלת הסמכות ומאפייניהם (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 12 (11.4.2019)).

16. בנוסף, הנחת היסוד היא כי במצבים מסוימים לא יהיה מנוס מלעשות שימוש בסמכות שלפי תקנה 119 לשם הצלת חיי אדם, לתכלית הרתעתית אשר הוכרה כראויה (ראו למשל: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); עניין רבהא, פסקה 15; עניין דויקאת, פסקה 23). הצורך בהרתעה עומד בעינו גם כאשר מדובר בבית מגורים אשר מתגוררים בו קטינים, ואין די בכך כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור בידו (בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח (7.7.2016)). במקרים המתאימים,

בשקלול הנסיבות, העדפת שיקולי הרתעה על פני הפגיעה בזכויות דיירי הבית, נכונה גם כאשר מדובר בקטינים (בג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 33 (26.11.2017); עניין אלעזאפרה, פסקה 13).

מהכלל אל הפרט

17. בענייננו, יישום אמות המידה האמורות מוביל למסקנה כי החלטת המשיב התבססה על שיקולים עניינים ורלוונטיים, כי הצו שהוצא הוא מידתי וכי לא נפל פגם בהפעלת שיקול דעת המשיב בהוצאתו. נסיבותיו של האירוע מלמדות על פיגוע אכזרי וקשה בו נקטפו בטרם עת חייו של המנוח בדמי ימיו, ואין חולק על חומרת המעשים. באשר לתשתית הראייתית הקיימת נגד המפגע, הרי שלא אחת נקבע כי די בקיומן של ראיות מנהליות על מנת לבסס את השימוש בתקנה 119 (ראו למשל: עניין דויקאט, פסקה 56; עניין קואסמה, פסקה 27; עניין עואודה, פסקה 25). בבחינת קל וחומר, הגשת כתב האישום נגד המפגע מעידה כשלעצמה על קיום תשתית ראייתית ניכרת המצדיקה את הוצאת הצו (ראו: עניין רפאעיה, פסקה 9; עניין עטאונה, פסקה 16; עניין אלעזאפרה, פסקה 10). דברים אלה מקבלים משנה תוקף במקרה זה נוכח העובדה שבדיון שהתקיים בבית המשפט הצבאי ביום 10.6.2021 ציין בית המשפט במסגרת החלטתו כי המפגע הסכים לקיומן של ראיות לכאורה המבססות תשתית ראייתית מספקת למעצרו עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

18. בהקשר זה אין לקבל את טענת העותרים לפיה התשתית הראייתית אשר עמדה בבסיס ההחלטה אינה מספקת הואיל ואינה כוללת התייחסות ראויה לסוגיית מצבו הנפשי של המפגע בשעת ביצוע המעשים. ככלל, טענה בדבר ליקוי נפשי ממנו סובל מפגע היא טענה אשר יש לתמוך בתשתית ראייתית (ראו למשל: עניין רפאעיה, פסקה 10), מה שאין כן בענייננו. מהמסמכים שהוצגו לפנינו עולה כי המפגע נבדק לאחר מעצרו ולא נמצאה אצלו עדות לבעיה פסיכיאטרית פעילה או תכנית אובדנית (דו"ח גיליון טיפולים של שירות בתי הסוהר מיום 6.5.2021; תעודת חדר מיון מהמרכז הירושלמי לבריאות הנפש מיום 2.6.2021). גם מרשמי התרופות שהוצגו על ידי המפגע (מיום 22.4.2021), אין בהם כדי להעיד על מצב פסיכוטי פעיל שבו היה שרוי במועד ביצוע הפיגוע (השוו: עניין דויקאט, פסקה 57). המסמך העדכני הנוסף שהציג המפגע, בו צוין כי המפגע "נבדק" ל"דיכאון מגורי" ("...was seen by me on 5/april/2021, for Major Depressive Disorder") וניתנו לו תרופות מתאימות, לא רק שהוכן בדיעבד לאחר מועד ביצוע הפיגוע (שכן הוא נושא תאריך 24.5.2021), אלא שגם ממנו לא עולה אינדיקציה ממשית למצב פסיכוטי או קרוב לכך. ממילא, לא עלה בידי העותרים לבסס את הטענה לליקוי נפשי של המפגע, שיש בו כדי לבסס עילה להתערבות בהחלטת המשיב. בנוסף, ועל כל

אלה, עיון בזכ"ד מחקירת המפגע מיום 7.5.2021 מעלה כי לדברי המפגע, הוא חשב על התאבדות, אך הדבר לא היה אפשרי בשל האיסור הדתי המונע ממנו אפשרות זו, ולכן עלתה האופציה של "מות קדושים" וביצוע פיגוע. די באמור לבסס, במידה הנדרשת מראיות מנהליות, כי המפגע עשה את מעשיו מתוך מניע לאומני וכי אין במצב הנפשי אשר פקד אותו בשעת ביצועם, לדברי העותרים, כדי לשנות ממסקנה זו (וראו: בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה י' (14.2.2016)).

19. ובאשר ל"זיקת מגורים" למבנה. ראשית, מתחקורי המפגע ובני משפחתו עולה באופן הד-משמעי כי מדובר בבית המוחזק בבעלות המפגע. המפגע עצמו בתחקור מצייך כי הבית היה שייך לאביו, והוא התגורר בו יחד עם הוריו, אך לאחר מותם הבית עבר לרשותו (סעיף 2 בפרפרזת גרסת המפגע). גם עותר 2 בתחקור מסר כי הבית "נחשב כרשום" על שם המפגע (סעיף 2 בדו"ח תחקור עותר 2). מכל מקום, אף אם הייתה מתקבלת טענת העותרים בתחילה – אשר נראה כי לא עמדו עליה במהלך הדיון – כי המבנה מצוי בבעלות אביו ודודו של המפגע, הרי שבהינתן זיקה ברורה למבנה כבענייננו, כפי שיובהר להלן, "בירור הסטטוס הקנייני המדויק אינו הכרחי" (בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 11 (3.8.2017)).

20. מכל מקום, מתגובת המשיבים ומחחומר שהוגש עולה בבירור כי קביעת המשיב כי הוכחה זיקת מגורים, הינה קביעה מבוססת. מדו"ח כניסות ויציאות של המפגע לאזור יהודה ושומרון עולה שבין השנים 2006-2012 המפגע התגורר בעיקר בכפר וכי בשמונה השנים האחרונות היה מגיע לכפר לתקופה של כחודשיים מדי שנה (יצוין כי במהלך הדיון בעתירה הגישו באי-כוח העותרים לעיוננו מסמך מטעמם באשר לתקופות שהותו של המפגע בישראל מאז שנת 2001 אשר ממנו עלו נתונים דומים). זאת כאשר אין חולק כי בשעת מגוריו בכפר היה מתגורר במבנה (וכך עולה גם מסעיף 4 בדו"ח תחקור עותר 2). המפגע גם ביצע שיפוצים בנכס (סעיף 3 לפרפרזת גרסת המפגע).

21. מתחקוריהם של המפגע, העותרת ועותר 2, אף עולה כי אין בסיס לטענות העותרים לפיהן המפגע עשה שימוש בחלקים מצומצמים במבנה, אלא נגלית תמונה הפוכה לפיה הוא מקיים זיקת מגורים לכל חלקי המבנה. כך מסר המפגע כי בקומה הראשונה קיימים שני חדרי שינה שלפעמים הוא מתגורר בהם ולפעמים מתגורר בהם בנו וכן שבקומה השנייה הוא גר ביחד עם אשתו וילדיו (סעיף 7 לפרפרזת גרסת המפגע). עותר 2 מסר כי "כלל המשפחה משתמשת בכל חלקי הבית", ופירט כי בבית מתגוררים עותר 2, אמו, אביו, אחיו ואחותו (סעיפים 1 ו-5 בדו"ח תחקור עותר 2). כן

מסר כי בקומה הראשונה מתגוררים ככלל הוא והוריו שעה שבקומה השניה מתגוררים אביו ושני אחיו (שם, סעיפים 7-9). העובדה שהמפגע עושה שימוש בדירות נוספות, אינה מעלה ומורידה לעניין זה. כידוע, היעדרות של אדם מבית מגוריו אינה מנתקת בהכרח את הזיקה לבית אשר נגזרת "ממצב הדברים העובדתי וממכלול הראיות שבפני בית המשפט בכל פרשה ופרשה", וזאת כאשר די במגורים מעת לעת כדי להקים את זיקת המגורים לצורך הפעלת תקנה 119 (עניין רפאעיה, פסקה 11; בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור (31.3.2016) (להלן: עניין מרעי)). בפרט נקבע כי גם העובדה שמפגע אינו מתגורר באופן בלעדי בבית המיועד להריסה, אלא מחלק את זמנו בינו לבין מקומות נוספים, אינה מנתקת כשלעצמה את זיקת המגורים שלו לנכס (עניין מרעי, פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור). במקרה זה, אף שלמפגע בתים נוספים, זיקת המגורים התבססה כאמור היטב. לכך יש להוסיף כי המפגע התגורר במבנה כחודשיים לפני ביצוע הפיגוע (והשוו: עניין מחאמרה, פסקה 39) וכי במבנה הוסתרו גם האקדח והכדורים בהם עשה שימוש (לעניין אחסון אמצעי לחימה בבית, ראו: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (1.12.2015)).

22. ובאשר לטענת העותרים כי אין "להעניש" את בני המשפחה אשר לא היו מודעים לכוונת המפגע לבצע פיגוע. כלל הוא, כי "שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל" (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (5.1.2009)), הגם כי מודעות או מעורבות מצד קרוביו של מפגע עשויה להשפיע על היקף צו ההריסה (ענין עואודה, פסקה 18). בענייננו, המשיב ביקש להציג חומר חסוי בהקשר זה, אולם באי-כוח העותרים סירבו להצגת החומר החסוי במעמד צד אחד. בנסיבות מקרה זה, סבורני כי די בחומר הגלוי כדי לבסס במידה מספקת את החלטת המשיב. מה גם למשיב עומדת חזקת תקינות המנהל לפיה החלטתו התקבלה כדין והחומר החסוי תומך בטיעונו במישור הראייתי (והשוו: בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 22 (23.3.2016); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 711 (1998)).

23. ולבסוף, לגבי הסכנה הנטענת לנזק הנדסי למבנים סמוכים בשעת ההריסה. אף בהתעלם מן העובדה כי טענה זו נטענה לראשונה במעמד הדיון, הרי שיש בחוות הדעת ההנדסית אשר צורפה לתגובת המשיבים, כדי ליתן מענה מספק לחשש בדבר פגיעה הנדסית בסביבת המבנה. כמפורט בחוות הדעת, כלל לא צפוי נזק למבנים הסמוכים,

כשלחלק מן המבנים קיימת סכנה "ברמה וסבירות נמוכים". כמו כן צוין כי ינקטו האמצעים הנחוצים למניעת פגיעה בתשתיות סמוכות.

לסיכום: בהצטרף מכלול השיקולים שפורטו לעיל, לא מצאתי כי קמה עילה להתערב בהחלטת המשיב. על כן אם תישמע דעתי, העתירה תידחה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים ואוסיף הערה על אופן התנהלות המשיב.

אך לאחרונה חזרה ואושררה ההלכה לפיה "מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול בבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 - אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף" (דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' בכר אבו סוחילה (8.10.2020)). ודוק: אי מעורבות של בני המשפחה היא אך שיקול אחד מני מספר שיקולים להפעלת הסמכות. לדידי, מעורבות, לרבות ידיעה מראש של בני המשפחה על כוונת המפגע, יכולה להוות שיקול מכריע להפעלת הסמכות על פי תקנה 119.

חברי, השופט ד' מין, ציין בפסק דינו כי לטענת המשיבים קיימת אינדיקציה למודעות של מי מבני המשפחה הגרעינית, וכי בשל התנגדותם של באות כוח העותרים כי נעייין בחומר הסודי, אזי למשיב עומדת חזקת התקינות המינהלית.

ככלל, צד שמתנגד להצגת חומר במעמד צד אחד, נוטל על עצמו סיכון של ממש שבית המשפט יקבל את הטענה מכוח חזקת התקינות המינהלית (יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי 738-741, 770 (2021)). אלא שבמקרה דנן, הטענה כי למי מבני המשפחה הייתה מודעות לכוונת המפגע, לא הועלתה כלל בתגובת המשיב שהוגשה יום אחד קודם לדיון, על אף חשיבותה המכרעת, על אף שהטענה הועלתה על ידי העותרים, ועל אף שהמשיב התייחס בתגובתו לטענה זו בהיבט המשפטי בציינו "מבלי להתייחס לנכונות העובדתית של הטענה" (סעיפים 18 ו-83). תמיהה היא, הכיצד במקום להכביר מילים על הנפקות המשפטית של אי מעורבות של בני משפחה, המשיב לא העלה את הטענה החשובה והמכריעה ולפיה קיימת מעורבות

כזו. לא רק שהטענה הועלתה לראשונה אגב-אורחה במהלך הדיון, אלא שכתחילה נאמר כי על פי המידע שבידי גורמי הביטחון "אין לשלול" מעורבות בני המשפחה, ובהמשך הדיון ביקש המשיב לתקן את הפרפרזה לנוסח לפיו "יש אינדיקציה למודעות של מי מבני המשפחה הגרעינית של המפגע המתגוררים בנכס על כוונת המפגע לפני הפיגוע".

לא זו הדרך להעלות טענה כה חשובה, וניתן לצפות כי מקום בו המשיב סבור שיש אינדיקציה למעורבות או מודעות של מי מבני המשפחה, הדבר יועלה ויודגש כבר בתגובתו. מכל מקום, משעה שהעותרים סירבו לאפשר לבית המשפט לעיין בחומר הסודי במעמד צד אחד, הרי שחזקת התקינות המינהלית שבה על כנה, ואני מסכים אפוא עם חברי כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט דוד מיינץ, ומצטרף להערתו של חברי, השופט יצחק עמית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מיינץ.

ניתן היום, י"ג בתמוז התשפ"א (23.6.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט