



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7040/23

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. סבאח  
2. סבאח  
3. סבאח  
4. סבאח  
5. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיב: המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ב בתשרי התשפ"ד (27.9.2023)

בשם העותרים: עו"ד לאה צמל, עו"ד נדיה דקה  
בשם המשיב: עו"ד שרון אבירם, עו"ד רועי שויקה

### פסק-דין

1. ביום 20.6.2023 נרצחו בפיגוע טרור ארבעה אזרחים ישראליים: אלישע אנטמן, עופר פיירמן, הראל מסעוד ונחמן שמואל מורדוף זכרוןם לברכה, ונוספים נפצעו. שני מחבלים שביצעו את הפיגוע הגיעו אל מתחם תחנת הדלק הסמוכה ליישוב עלי, שם פתחו בירי אל עבר יושבי מסעדה המצויה במתחם ואל עבר תחנת הדלק. מחבל אחד נטרל בזירת הפיגוע, בעוד שהמחבל השני נמלט באמצעות רכב שמצא בזירה. בהמשך אותו היום נהרג המחבל השני על ידי כוחות הביטחון במהלך ניסיון לעצרו בכפר טובאס.

העתירה שלפנינו הוגשה מטעם בני משפחתו של המחבל השני, סבאח (להלן: המחבל), והיא מופנית נגד צו החרמה והריסה שהוציא המשיב מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945

(להלן: תקנה 119), המתייחס לדירה המצויה בקומה השניה במבנה בכפר עוריף, שבה התגורר המחבל (להלן: הדירה).

2. עיון בעתירה מעלה כי זו כוללת טענות המצויות במישור העקרוני לצד טענות במישור הפרטני. במישור העקרוני נטען, בין היתר, כי הפעלת סמכותו של המשיב מכוח תקנה 119 מהווה ענישה קולקטיבית אסורה; כי ההריסה אינה מגשימה תכלית הרתעתית אפקטיבית; וכי הפעלת הסמכות אינה מאפשרת לעותרים לממש את אופציית המחילה המעוגנת בתקנה 119 סיפא. כחלק מטענות העותרים לגבי התכלית ההרתעתית שביסוד תקנה 119 ומידת יעילותה, העלו העותרים גם טענות שמתייחסות לנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן. כך, נטען כי המחבל נפצע בעבר מירי של כוחות צה"ל; כי הוא תכנן לבצע פיגוע ירי נגד ישראלים בתגובה למעשים של מתנחלים; כי המחבל מאס בחייו ומן העובדה שהוא ואשתו לא מצליחים להביא ילדים לעולם; כי הנשק שבאמצעותו ביצע המחבל את הפיגוע (רובה מסוג M-16) לא היה תקני והיו בו תקלות בעבר; כי המחבל השאיר את הנשק במכונית שנטש לאחר שנמלט מזירת הפיגוע; וכי על פי פרסומים מאתר "כיכר השבת", המחבל חוסל לאחר מרדף באמצעות ירי שבוצע ללא אזהרה.

במישור הקונקרטי, בכל הנוגע להחלטת המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו במקרה דנן, נטען כי המבנה שבו נמצאת הדירה נבנה על ידי אביו של המחבל לפני כ-35 שנה; כי הדירה שאליה מתייחס הצו נבנתה ומומנה על ידי אחיו של המחבל לפני כ-14 שנה; כי רק מספר שנים לאחר מכן עבר המחבל להתגורר בה כבר-רשות ביחד עם אשתו; וכי זכות הבעלות בדירה נותרה בידי אחיו, כך שהזיקה של המחבל לדירה היא זמנית וארעית. עוד נטען כי בני משפחתו של המחבל לא ידעו על אודות כוונותיו ולא חשדו בכך. באשר לאופן ביצוע ההריסה, נטען כי בחוות הדעת ההנדסית מטעם המשיב לא פורטו הנזקים הצפויים מדרכי ההריסה השונות, לא נשלל נזק קונסטרוקטיבי, וכי מקרי עבר מלמדים שהריסה שבוצעה בדרך של "חבלה חמה" גרמה לעתים נזק של ממש לדירות הסמוכות.

3. המשיב, מטבע הדברים, התייחס בתגובתו הן לטענותיהם העקרוניות של העותרים, הן לאלו הפרטניות. במישור הקונקרטי, המשיב פירט לגבי הפיגוע שביצע המחבל וזיקת מגוריו לדירה. בין היתר, הובהר כי אחיו של המחבל – שלגביו טענו העותרים בעתירתם כי הוא בעל הזכויות בדירה – לא טען כלל בחקירתו כי יש לו חזקה כלשהי בדירה, ואף מסר כי הדירה היתה דירת מגוריו של המחבל, שבה התגורר הלה עם אשתו. אביו של המחבל ציין אף הוא כי הדירה שימשה למגורי המחבל מאז חתונתו,

עובדה שאושרה גם על ידי אמו של המחבל ואשתו בעת שתוחקרו. עוד צוין כי בדירה נמצאו פרטי אימות רבים המלמדים על זיקת מגוריו של המחבל לדירה.

באשר למניע שעמד מאחורי הפיגוע, המשיב טען כי לפי המידע שקיים ברשותו עולה בבירור שהמחבלים פעלו מתוך מניעים אידאולוגיים-לאומניים. בין היתר, הוסבר כי המחבל הוא פעיל חמאס שהורשע בעבר בביצוע שורת העבירות ביטחוניות; כי ארגון החמאס נטל אחריות על הפיגוע תוך ציון שמם של שני המחבלים; וכי בחודש אוגוסט הוגש כתב אישום נגד שותפיהם של השניים לביצוע הפיגוע, שמלמד גם כן כי מדובר בפיגוע לאומני. לטענת המשיב, מכלול הנסיבות, ובהן: חומרת הפיגוע ותוצאתו הקטלנית; המניע הלאומני שבסיסו; הזדהות המחבל עם ארגון חמאס; המצב הביטחוני בתקופה הנוכחית; ההערכה העדכנית לגבי אפקטיביות ההרתעה שמושגת בעזרת הפעלת סמכות זו; החשיבות הרבה בהגשמת תכלית זו; וזיקת המגורים של המחבל למבנה – מבססות את החלטת המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 ביחס לדירה.

במישור האופרטיבי נטען כי צו ההריסה מופנה נגד דירת המחבל בלבד, המצויה בקומה האחרונה של המבנה, מבלי לפגוע ברצפתה שמהווה את גג הדירה שבקומה מתחתיה; וכי הריסת הגג לא תמנע את השימוש בתשתיות שקיימות כיום על גג הדירה, שכן ניתן יהיה להניחן בהמשך על רצפת הדירה המיועדת להריסה, שעתידה להפוך לגג של המבנה.

4. לאחר עיון בעתירה ובתגובת המשיב על נספחיהן, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, המסקנה היא כי אין עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119, ומשכך דין העתירה להידחות. אפרט בקצרה.

בראש ובראשונה, וכפי שבית משפט זה שב והבהיר בשורה של פסקי דין לרבות מן העת האחרונה, השאלות העקרוניות לגבי חוקיותה של תקנה 119 וסמכותו של המשיב לעשות בה שימוש, כבר נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה, ואין מקום להידרש אליהן מחדש כל אימת שהמפקד הצבאי מפעיל את סמכותו (ראו, לדוגמה, בג"ץ 1618/22 ג'ראדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 6 לפסק דיני (6.4.2022) (להלן: עניין ג'ראדאת)). עוד יש להזכיר כי בקשה לקיים דיון נוסף בשאלות אלו נדחתה אף היא בעת האחרונה (החלטת הנשיאה א' חיות בדנג"ץ 2376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8 והאסמכתאות שם (22.3.2023)). אין מקום אפוא, בגדרה של העתירה דנן, להידרש לטענותיהם העקרוניות של העותרים, ויש למקד את הדיון בטענות המצויות במישור הקונקרטי על רקע נסיבות המקרה דנן.

5. במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, באת כוח העותרים ניסתה לעורר סימני שאלה לגבי חלקו של המחבל בביצוע הפיגוע – אם אמנם היה זה המחבל שביצע בפועל את הירי בזירה באמצעות הנשק שהיה בידיו (שהיה לדבריה נשק לא תקני שבתקופה טרם ביצוע הפיגוע "נתקל שוב ושוב"), ושמה המחבל התחרט רגע לפני ביצוע הפיגוע. עוד העלתה באת כוח העותרים טענות באשר למניע שבגיננו ביצע המחבל את הפיגוע, שלדבריה בוצע בשל נכותו הרפואית וסיבותיו האישיות.

ניסיונה של באת כוח העותרים לגמד, שלא לומר לאיין, את חלקו של המחבל בביצוע הפיגוע, אין בו ממש. מהחומר שהונח לפנינו עולה בבירור שהמחבל נטל חלק פעיל בביצוע הפיגוע עצמו. כך או כך, השאלה אם בבוא המחבל לבצע את הירי היה מעצור בנשק שאחז בשל היותו בלתי-תקני; אם הקליעים שנורו מנשקו, ככל שנורו, הם אלו שהובילו בפועל למותם של הנרצחים, או שמא היו אלו הקליעים מנשקו של חברו – אין בה כדי לגרוע מסמכותו של המשיב להפעיל את סמכותו במקרה דנן. כפי שהבהיר בית משפט זה לא אחת, "המבחן לצורך הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי אינו אם המפגע היה מי שסחט את ההדק במו ידיו אם לאו [...]" (עניין ג'ראדאט, פסקה 8 וההפניות שם (ההדגשה הוספה – י"ע)). עוד הובהר כי אף "מעורבות עקיפה" והשתייכות ל'מעגל השני' של המפגעים אינן מעניקות חסינות למפגע מפני הפעלת תקנה 119 (שם; וכן, בין היתר, בג"ץ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 11 (27.9.2016); בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ו' (7.7.2016)). כך לגבי מעורבות עקיפה, כגון סיוע, אספקת נשק, הובלה למקום הפיגוע וכיוצא באלה, וכך, על דרך של קל וחומר, לגבי מחבל שאחז בנשק בעת שנכח בזירה בעת ביצוע הפיגוע ממש.

6. דברים אלו מתחברים לניסיונה של באת כוח העותרים לטול ממעשיו של המערער את אופיים כפיגוע טרור שמצדיק את הפעלת הסמכות המעוגנת בתקנה 119, לנוכח טענתה כי מעשיו של המחבל נבעו כביכול ממניעים אישיים אחרים.

אף טענה זו אין בה ממש. כפי שעולה מתגובת המשיב ומכתבי האישום שהוגשו נגד מעורבים נוספים בביצוע הפיגוע, המחבל גילה את רצונו לבצע פיגוע ירי; פעל להשגת נשק ותחמושת; ביצע אימוני ירי; ביום ביצוע הפיגוע הצטלם חמוש כשלראשו סרט של ארגון חמאס; ולאחר מכן נסע עם המחבל השני כשהם חמושים בשני רובים, שני סכינים ותחמושת, לתחנת הדלק בסמוך ליישוב עלי; שם ביצעו ירי של מספר כדורים רב לעבר הנוכחים במקום. בנסיבות אלו, לא ניתן לקבל את הניסיון לטשטש את המניע

הלאומני שביסוד מעשיו של המחבל. איננו עוסקים במקרה שבו המחבל יצא לרחובו של כפר מגוריו ופתח במסע הרג חסר הבחנה של עוברי אורח חפים מפשע, והכל בשל מצוקה אישית שאליה נקלע. היתה זו באת כוח העותרים שהבהירה בפתח הדיון שהתקיים לפנינו כי "אין מחלוקת [...] ששניים-שלושה איש מכפר עורף החליטו לנקום במתנחלים והחליטו לבצע פיגוע, מצאו נשק כזה או אחר, התארגנו והביאו את הביצוע כפי שהם תכננו [...] ואחד מהם הוא הנשוא של העתירה הזו" (פרוטוקול, עמ' 1). מובן אפוא כי בנסיבות אלו, הטענה כי החלטתו של המחבל לבצע פיגוע טרור רצחני גמלה בלבו מטעמים אישיים, משפחתיים, כלכליים או אחרים, אינה שוללת מהמעשה את אופיו כפיגוע טרור; אינה גורעת מאומה מהצורך להרתיע מחבלים פוטנציאליים מביצוע מעשים דומים; ואין בה כדי לשלול מהמשיב את סמכותו לפעול מכוח תקנה 119 לצורך הגשמת תכלית זו.

7. כאשר לטענת העותרים בדבר טיב הזיקה של המחבל לדירה, הרי שלעניין זה הובהר בפסיקה כי הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 אינה מותנית בכך שדירת מגוריו של המחבל היתה בבעלותו הקניינית, אלא בכך שקיימת זיקת מגורים בינו לבין המבנה מושא צו ההריסה (בג"ץ 2418/18 קונבע נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 8 והאסמכתאות שם (10.4.2018)). בנסיבות המקרה דנן, הראיות המינהליות שברשות המשיב מבססות זיקת מגורים מובהקת של המחבל לדירה, ואף כאן אין לקבל את ניסיון העותרים, כפי שבא לידי ביטוי בעתירה, למזער את טיבה של זיקה זו.

דברים אלו משליכים גם על טענת בני משפחת המחבל כי לא ידעו על אודות כוונותיו ולא חשדו בכך. זאת, בהינתן שצו ההריסה שהוציא המשיב לא מופנה כלפי המבנה בכללותו, אלא תחום לדירה ששימשה למגורי המחבל ואשתו כמפורט בצו ההריסה. מכל מקום, יוזכר, למעלה מן הצורך, כי טענה מצד דיירי מבנה המיועד להריסה כי אינם חשודים בפעילות טרור וכי לא מיוחסים להם סיוע או תמיכה במחבל, אמנם אינה טענה נטולת משקל, אך אין היא בעלת משקל מכריע ואין באי-מעורבותם של בני משפחת המחבל כדי למנוע מימושו של צו הריסה שהוצא מכוח תקנה 119 (ראו, בין היתר, בג"ץ 2036/23 פרוך נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 6 והאסמכתאות שם (10.4.2023) (להלן: עניין פרוך)).

8. על רקע האמור ובהתחשב במכלול נסיבות העניין כמפורט לעיל, החזקה שלפיה עצם החלטת המשיב להפעיל את סמכותו נתקבלה על יסוד האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין לא נסתרה, ואין בטענות העותרים כדי לבסס קיומו של פגם המצדיק את התערבותנו.

9. כאשר לאופן ביצוע ההריסה, הרי שמדובר בנושא שהוא "מסוג הנושאים המקצועיים שבהם מסור למשיב שיקול דעת רחב במיוחד, ובהעדר נסיבות חריגות, אל לו לבית משפט זה לשים עצמו בנעלי המשיב, שחזקה עליו כי יפעל בזהירות הנדרשת" (בג"ץ 480/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 13 והאסמכתאות שם (3.2.2021); עניין פרוך, פסקה 9). מקרה זה אינו נמנה על מקרים חריגים אלו. יצויין כי על פי האמור בחוות הדעת ההנדסית מטעם המשיב (וכן בתשובת המשיב להשגת העותרים ובתגובתו לעתירה), מדובר בהריסה בעלת מאפיינים ממוקדם ונשלטים מאד, וננקטות מרב הפעולות הקפדניות שנועדו להבטיח שההריסה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדם ונשלטים שמביאים לרמה וסבירות נמוכה לנזק. על כך יש להוסיף כי חוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים הועברה להתייחסותו של הגורם המקצועי מטעם המשיב, שבחן אותה ומצא כי הטענות שנכללו בה נטענו בעלמא ומבלי לפרט את הבסיס ההנדסי שביסודן. עיון בחוות הדעת האמורה (נספח ט"ו לעתירה) מלמד כי אכן מדובר בחוות דעת לאקונית וכי יש ממש בדברי הגורם המקצועי מטעם המשיב. בנסיבות אלו, אין יסוד להתערבותנו לגבי אופן ביצועו של צו ההריסה, וחזקה על המשיב כי ימלא אחר התחייבותו לנקוט את מרב המאמצים על מנת למנוע גרימת נזק החורג מהדירה שמיועדת להריסה.

10. סוף דבר, שבנסיבות המקרה דנן לא נפל פגם בהחלטת המשיב שמצדיק את התערבותנו, לא במישור של עצם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, ולא בהיבט של אופן ביצועה, ומשכך דין העתירה להידחות.

בטרם הוצאת צו ההריסה אל הפועל, יינתן לעותרת 3, שהדירה שימשה גם למגוריה, שהות בת שבעה ימים מיום מתן פסק דיננו, לצורך פינוי והתארגנות.

ניתן היום, כ"ג בתשרי התשפ"ד (8.10.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט