



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4853/20

לפני: כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. סוהילה אבו בכר
2. אימאן אבו בכר
3. אסלאם אבו בכר
4. נסראללה אבו בכר
5. מונג'ד אבו בכר
6. עאישה אבו בכר
7. מוחמד אבו בכר
8. אסראא אבו בכר
9. נור אלדין אבו בכר
10. עטייה אבו בכר
11. רבחי אבו בכר
12. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ט בתמוז התש"ף (21.7.2020)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר
בשם המשיבים: עו"ד יונתן ברמן

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. עניינה של העתירה דנן הוא בצו החרמה והריסה שהוצא מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ביחס לדירה בה התגורר נזמי מחמוד יונס אבו בכר (להלן בהתאמה: הצו, תקנה 119, הדירה והמפגע), אשר מואשם בגרימת מותו בכוונה של סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל (להלן: המנוח).

2. על-פי המתואר בכתב האישום שהוגש נגד המפגע, ביום 12.5.2020 לפנות בוקר ביצעו כוחות הביטחון, ובהם חטיבת גולני בה שירת המנוח, מבצע מעצרים בכפר יעבד, בגדרו נעצר, בין היתר, אדם המתגורר בשכנות למפגע. בסמוך לשעה 4:30 שמע המפגע צעקות מבית שכנו, ובעקבות זאת, עלה לגג המבנה בו מצויה דירתו (להלן: המבנה), וראה את כוחות הביטחון פועלים בסמוך. המפגע ניגש לקיר לבנים שהיה מצוי על גג המבנה, נטל הימנו חצי לבנה במשקל של 9-11 ק"ג (להלן: הלבנה), וכאשר שמע קולות העולים מהשביל שלמרגלות המבנה – אותם זיהה כקולות של חיילי צה"ל, השליך הלה את הלבנה מגובה של כ-13 מטרים, וזאת בכוונה לגרום למוות. הלבנה פגעה בעוצמה רבה בראשו של המנוח, וגרמה לשברים מרובים בגולגלתו, לדימום כבד מראשו ולאובדן הכרה מידי (להלן: הפיגוע). המנוח הובהל לקבלת טיפול רפואי ובהמשך נפטר מפצעיו. נוכח המעשים המתוארים הואשם המפגע, בין היתר, בגרימת מותו של המנוח בכוונה.

3. למען שלמות התמונה יצוין כי המפגע התגורר בדירה הממוקמת בקומה השלישית של המבנה יחד עם העותרים 1-9 – הם רעייתו ושמונת ילדיו, וכי המבנה כולו מצוי בבעלות משותפת של המפגע ושל אחיו – העותרים 10-11, המתגוררים אף הם במבנה, יחד עם בני משפחותיהם.

4. ביום 25.6.2020, ובעקבות הפיגוע המתואר לעיל, נמסרה לעותרים הודעה מטעם המשיב 1, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי), בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה. לעותרים ניתנה האפשרות להגיש השגה בנדון עד ליום 30.6.2020, בשעה 11:00, ובהמשך אף אושרה באופן חלקי בקשתם לקבל ארכה לשם הגשת השגה כאמור, וזאת עד ליום 1.7.2020 בשעה 16:00. העותרים הגישו למפקד הצבאי השגה על הודעת הכוונה שנמסרה להם, וביום 5.7.2020 נדחתה השגתם במענה מטעם לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, לו צורפו הצו וחוות דעת המהנדס רס"ן י.פ., אשר תוכנה יתואר להלן. במסגרת המענה להשגת העותרים צוין כי הצו לא ימומש עד לאחר יום 8.7.2020 בשעה 18:00, ולאחר מכן, אושרה בקשת העותרים לקבלת ארכה במימוש הצו לשם הגשת העתירה דנן, עד ליום 14.7.2020. ביום 14.7.2020 הוגשה העתירה שלפנינו, ובו ביום ניתן צו ארעי האוסר על מימוש הצו עד למתן החלטה אחרת.

5. עוד יצוין כי בחוות הדעת של רס"ן י.פ., הוא מהנדס קונסטרוקציה מחיל ההנדסה הקרבית (אשר נערכה יחד עם סגן י.ע. – מהנדס קונסטרוקציה מאוניברסיטת בן

גוריון, ואושרה על-ידי ראש דסק הנדסה אל"ם דורון קולר), אשר צורפה כאמור למענה להשגת העותרים, צוין כי הריסת הדירה תבוצע בדרך של "חבלה חמה מבוקרת ו/או הריסה עם כלי צמ"ה". בין היתר, צוין בחוות הדעת כי קיימת סבירות נמוכה לכך שההריסה תסב למבנה נזק קונסטרוקטיבי, וכי אם ייגרם נזק מעין זה הרי שהוא יהיה ברמה נמוכה. אשר לנזק שאינו קונסטרוקטיבי צוין כי ההריסה תסב בוודאות נזק רב לרכיבים של הגג, ומשכך יש לפרקם; וכך כי קיימת סבירות נמוכה לכך שרכיבים כגון חלונות ומחיצות בלוקים סמוכות ייפגעו כתוצאה מההריסה, וזאת ברמה נמוכה ומקומית. עוד צוין כי קיים סיכון נמוך לגרימת נזק לא קונסטרוקטיבי למבנים הסמוכים למבנה; כי אם ייגרם נזק מעין זה, הרי שהוא יהא ברמה נמוכה; כי לא צפוי נזק קונסטרוקטיבי למבנים סמוכים; וכי קיימת סבירות נמוכה לכך שתשתיות חשמל סמוכות תינזקנה באופן מקומי. מכל מקום, צוין כי ככל שיתעורר חשד ממשי לפגיעה בתשתיות סמוכות כאמור, אזי ייעשה כל מאמץ לפרקן או לנתקן באופן שיימנע פגיעה מעין זו.

העתירה דנן

6. בעתירתם מעלים העותרים טענות עקרוניות שונות באשר לחוקיות הפעלתה של סמכות המפקד הצבאי להחרים ולהרוס מבנים מכוח תקנה 119, כמו גם בדבר מידתיותה של תקנה זו ויעילותה בהרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים.

עוד טוענים העותרים לפגמים שנפלו בהליך הוצאת הצו במקרה שלפנינו, ובתוך כך, נטען כי טרם נמסרו לעותרים כלל חומרי החקירה העומדים בבסיס ההחלטה להוציא את הצו; כי המשיבים הציבו בפני העותרים סדי זמנים מצומצמים יתר על המידה לשם השגה על הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה ולשם הגשת העתירה דנן; וכי המענה להשגת העותרים, כמו גם הצו שהוצא ביחס לדירה, אינם מנומקים דיים.

בנוסף, נטען כי התשתית הראייתית הקיימת נגד המפגע אינה מספקת לשם הפעלת תקנה 119 בענייננו, שכן לא ניתן ללמוד ממנה שהלה התכוון לפגוע בחיילים או היה מודע לאפשרות שמעשיו יובילו לתוצאה קטלנית. עוד נטען כי הצו איננו מידתי, נוכח העובדה שבני משפחתו של המפגע כלל לא היו מעורבים בביצוע המעשים המיוחסים לו, ואף לא תמכו במעשים אלה בדיעבד. כן טוענים העותרים כי עסקינן במשפחה מרובת ילדים, מתוכם שבעה קטינים, המצויה במצב סוציו-אקונומי קשה, ואשר הריסת הדירה תותיר אותה בלא מקום מגורים. נטען כי הנזק אשר תסב הריסת הדירה למשפחת המפגע מתעצם נוכח מעצר המפגע – המפרנס העיקרי של משפחתו,

ולאור התפרצות נגיף הקורונה, המשפיעה על יכולת המשפחה להתפרנס ולהיעזר באחרים.

העותרים מוסיפים וטוענים כי היה על המשיבים ליידעם בדבר אופן ביצוע ההריסה בד בבד עם מסירת ההודעה בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה, וזאת על מנת לאפשר להם להשיג על כך כיאות. כמו כן, נטען כי אף בחוות דעת המהנדס מטעם המשיבים לא נשללה האפשרות לכך שהריסת הדירה תסב נזקים קונסטרוקטיביים למבנה. עוד נטען לפגמים ולחסרים שונים שנפלו בחוות דעת המהנדס מטעם המשיבים, וכן כי במספר מקרים בהם הרסו המשיבים בתים לפי תקנה 119, הם חרגו משיטות ההריסה שהוצגו בפני בית משפט זה, והסבו נזקים כבדים למבנים. העותרים אף צירפו לעתירה דן חוות דעת מטעם המהנדס מר נאסר אבו ליל, בה צוינו נזקים שונים אשר עלולים להיגרם למבנה, לדירות הנוספות שבו ולסביבתו, כתוצאה מהריסת הדירה באמצעים בהם המשיבים מתעתדים לנקוט.

7. המשיבים טוענים כי יש לדחות את העתירה. לטענתם, אין מקום להידרש לטענות העקרוניות שהעלו העותרים לגבי השימוש בתקנה 119, שכן טענות אלה נדונו ונדחו זה מכבר על-ידי בית משפט זה. לגופם של דברים, נטען כי העבירה בה מואשם המפגע היא העבירה המקבילה בתחיקת הביטחון לעבירת הרצח, וכי התשתית הראייתית אשר הובילה להגשת כתב האישום נגד המפגע, ובה הודאתו בביצוע המעשים, מלמדת כי הלה היה מודע לכך שזריקת הלבנה עלולה לגרום למותו של חייל, ומשכך יש לראותו כמי שהתכוון לגרום למוות, ולמצער, צפה תוצאה זו. בין היתר, נטען עוד כי אין בעובדה שבני משפחת המפגע לא היו מעורבים בביצוע המעשה המיוחס לו כדי למנוע את הריסת הדירה; וכי הפעלתה של תקנה 119 במקרה דנן מוצדקת חרף פגיעתה בילדיו הקטינים של המפגע.

כמו כן, נטען כי ההחלטה בדבר אופן ביצוע ההריסה התקבלה לאחר הפעלת שיקול דעת מקצועי של רס"ן י.פ. ושל המפקד הצבאי, ובמטרה למנוע היזק ליתר חלקי המבנה, לסביבתו ולדירות הנוספות שבו. המשיבים אף צירפו לתגובתם חוות דעת משלימה בגדרה התייחס רס"ן י.פ. לנזקים הפוטנציאליים שצוינו בחוות דעתו של מר אבו ליל, והבהיר כי האופן שבו תבוצע הריסת הדירה הוכח כיעיל בפעילויות קודמות והביא לצמצום נזקיה הסביבתיים של ההריסה למינימום ההכרחי.

8. לאחר עיון בעתירה ובתגובה המקדמית, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו ביום 21.7.2020, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחבריי לעשות – כפי שיבואר להלן.

9. תחילה, אני סבורה כי יש לדחות את טענותיהם העקרוניות של העותרים באשר לחוקיות השימוש בתקנה 119, שכן טענות אלה נבחנו ונדחו זה מכבר בפסקי דין רבים של בית משפט זה. אין מקום, אפוא, לשוב ולהידרש לטענות העקרוניות האמורות כל אימת שמובאת בפנינו עתירה לגבי הפעלתה של תקנה 119 במקרה קונקרטי זה או אחר (ראו למשל: בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 19 (2.12.2018) והאסמכתאות שם; בג"ץ 751/20 חנאטשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 14 (20.2.2020) והאסמכתאות שם; בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (30.3.2020) והאסמכתאות שם).

אמנם בקרב שופטי בית משפט זה נשמעו גישות שונות בנוגע לחוקיות תקנה 119 ולמידתיותה, ואולם, כל עוד לא שונתה ההלכה הפסוקה, שומה עלינו לפעול על-פיה ולהישמר מפני ערעור יסודותיה, וכדברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, "שמא נהפוך מבית משפט לבית שופטים" (ראו: בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז (14.2.2016)). זאת, בין היתר, בשל החשיבות המערכתית והציבורית שבשמירה על יציבות ההלכה, על מנת לאפשר הכוונת התנהגות יעילה, וכן כדי למנוע פגיעה בשוויון בין בעלי הדין בתיקים הנדונים בפני מותבים שונים (ראו: שם, בפסקה 19; וכן השוו: רע"א 8744/18 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 לחוות דעתי (12.5.2019)).

10. למעלה מן הצורך, אציין כי גלי הטרור הפוקדים את מדינת ישראל בשנים האחרונות מחייבים הרתעה יעילה מפני ביצועם של פיגועים נוספים בעתיד. על רקע זה, הפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי בתקנה 119 לשם הרתעה כאמור, היא משום הכרח בל יגונה, וזאת חרף הקושי הטמון כמובן בפגיעה ברכושם של בני משפחה אשר לא היו מעורבים במעשיו הנפשעים של בן משפחתם-המפגע. על כך כתבתי בעניין נאג'י:

"אמנם נכון הדבר כי ההגנה על זכויות אדם ואזרח היא מחובותיה הבסיסיות של מדינה דמוקרטית. ברם, באופן בסיסי אף יותר, נדרשת הדמוקרטיה להגן על קיומה של

תשתית מדינית וביטחונית אשר תאפשר לאזרחיה ליהנות מזכויותיהם אלה. מכאן נובעת החשיבות שבשמירה על ביטחון המדינה, וזאת אף במחיר של פגיעה בזכויות אדם ואזרח... יתר על כן, יובהר כי נקיטה באמצעים פוגעניים, הדרושים לשם שמירה על ביטחון המדינה, אינה משום 'פגיעה הכרחית' בדמוקרטיה, אלא היא-היא חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה" (ראו: שם, בפסקאות 21-23)

11. לצד זאת, הפעלתה של תקנה 119 מחייבת בחינה מתמדת של נתונים עדכניים ורלוונטיים בדבר התועלת ההרתעתית הצומחת ממנה, הלכה למעשה, במניעת פיגועים (ראו: בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 8 (10.1.2019); בג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, פסקה 27 (31.5.2016)). בהתאם לכך, בדיון שהתקיים לפנינו ביום 21.7.2020 עיינו, בהסכמת העותרים ובמעמד צד אחד, בחוות דעת חסויה מטעם המשיבים. מטבע הדברים, לא ניתן להרחיב בדבר תוכנה של חוות הדעת האמורה, אך אציין כי הנתונים המוצגים בה משכנעים ומעידים בעיני על תרומת הפעלתה של תקנה 119 להרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני מימוש כוונותיהם הזדוניות.

הליך הוצאת הצו

12. ומכאן לנסיבות ענייננו. אפתח ואציין כי לא מצאתי ממש בטענת העותרים לגבי פגמים שנפלו בהליך הוצאת הצו. זאת, בין היתר, מאחר ששוכנעתי כי המפקד הצבאי העמיד לרשות העותרים שהות מספקת לשם הגשת השגה על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירה ולשם הגשת העתירה דנן, ואף נעתר לשתי בקשות ארכה שהגישו העותרים בנדון. זאת ועוד, יצוין כי נגד המפגע הוגש כתב אישום, ויש להניח כי עם הגשת כתב האישום הועבר לידי המפגע מלוא חומר החקירה הרלוונטי בעניינו. יתר על כן, מן העתירה עולה כי בא-כוחו של המפגע אף העביר לידי העותרים חלק מחומרי החקירה הקיימים נגדו (ראו בפסקה 137 לעתירה), ומשכך יש לדחות את הטענות לפיהן אי-העברת מלוא חומר החקירה לידי העותרים פגע בזכותם להליך הוגן.

13. אעבור, אפוא, לבחינת הצו גופו. נקבע לא אחת כי הפעלת סמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 מחייבת כי המפגע יקיים זיקה כלשהי, ולו זיקת מגורים, כלפי המבנה המיועד להריסה (ראו: עניין שבלי, בפסקה 17). בענייננו, הלכה למעשה, העותרים כלל אינם חולקים על הזיקה שמקיים המפגע כלפי הדירה, שכן זו מצויה בבעלותו, שימשה למגוריו, ועודנה משמשת למגורי בני משפחתו. לא זו אף זו, המפגע הביא למותו של המנוח תוך שימוש בלבנה שניטלה מגג המבנה, ואשר הושלכה מגג זה אל עבר החיילים שצעדו למרגלות המבנה (ראו והשוו: עניין נאג'י, בפסקה 30). אני סבורה, אם כן, כי במקרה דנן קיימת זיקה מובהקת בין הדירה לבין המפגע ומעשיו הנפשעים – זיקה אשר יש בה כדי לבסס היטב את הוצאת הצו ביחס לדירה זו.

מידתיות הצו

14. הלכה פסוקה היא כי לצד סמכותו העקרונית של המפקד הצבאי להוציא צווי החרמה והריסה לבתי מפגעים מכוח תקנה 119, הרי ששומה עליו להפעיל סמכות זו באופן מידתי. בתוך כך, נדרש המפקד הצבאי לשקול את חומרת המעשים המיוחסים למפגע; את עוצמת התשתית הראייתית העומדת נגדו; ואת מידת מעורבותם של יתר דיירי המבנה במעשים שביצע בן משפחתם-המפגע. כמו כן, יש לבחון האם קיימים אמצעים אחרים המאפשרים את מימוש התכלית ההרתעתית הטמונה בתקנה 119 מתוך פגיעה פחותה (ראו: בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (12.11.2019); עניין נאג'י, בפסקה 27; עניין חנאטשה, בפסקה 17; עניין שבלי, בפסקה 20).

15. יישום אמות המידה שלעיל על ענייננו מוביל לכלל מסקנה כי הצו שהוצא ביחס לדירה הוא מידתי וכי אין מקום להתערב בשיקול דעת המפקד הצבאי בהוצאתו. כך, אין חולק על חומרת המעשים שביצע המפגע, ורוב מילים אך למותר. עיון בכתב האישום שהוגש נגד המפגע מעלה כי הלה השליך לבנה במשקל כבד ומגובה רב אל עבר השביל שלמרגלות המבנה, לאחר ששמע קולות העולים מן השביל אותם זיהה כקולות של חיילי צה"ל. השלכת הלבנה הביאה למותו של המנוח בדמי ימיו – תוצאה טרגית המדברת בעד עצמה.

עוד לא למותר לציין את הזהות המטרידה שבין מעשה המפגע לבין הפיגוע אשר נדון בעניין נאג'י – שם נדחתה עתירה נגד צו הריסה שהוצא ביחס למבנה שהיה שייך

למשפחת מפגע אשר השליך בלוק במשקל 18 ק"ג אל עבר ראשו של סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל, במהלך פעילות של כוחות הביטחון במחנה הפליטים אל-אעמרי שברמאללה. אני סבורה כי הישנותם של מעשים מעין אלה המכוונים אל חיילי צה"ל במהלך פעולות ביטחוניות המבוצעות באזורים מאוכלסים באיו"ש – מחייבת הרתעה יעילה ומשמעותית, אשר יש לקוות כי תמנע ממפגעים פוטנציאליים לשוב ו"לחקותם".

16. אשר לתשתית הראייתית הקיימת נגד המפגע, לא אחת קבע בית משפט זה כי די בקיומן של ראיות מינהליות על מנת לבסס את השימוש בתקנה 119, וכי אף אין צורך בהגשת כתב אישום לשם כך. הדברים הם בבחינת קל וחומר בענייננו, בו הוגש נגד המפגע כתב אישום המייחס לו גרימת מוות בכוונה – עבירה המקבילה כאמור לעבירת הרצח על-פי דיני העונשין הישראלים. הגשת כתב האישום נגד המפגע מעידה על קיומה של תשתית ראייתית ניכרת המבססת יסוד סביר להרשעתו בגרימת מוות בכוונה, וברי, אפוא, כי די בתשתית זו כדי להצדיק את הוצאת הצו (ראו: בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 9 (11.4.2019); עניין חנאתשה, בפסקה 19).

17. זאת ועוד, המשיבים אמנם אינם טוענים למעורבות זו או אחרת של בני משפחת המפגע במעשה המיוחס לו, וכאמור לעיל, ברי כי ישנו קושי ניכר בפגיעתו של מימוש צו הריסה ביחס לבני משפחה אשר לא פשעו. זאת, בייחוד בכל הנוגע לילדיו הקטינים של המפגע, ואף נוכח הטענות המועלות בעתירה לגבי מצבה הכלכלי הקשה של משפחתו. ואולם, זה מכבר נקבע כי תכליתה ההרתעתית של תקנה 119 עומדת בעינה ומצדיקה את הפעלתה של תקנה זו, אף במקרים בהם יתר הדיירים המתגוררים במבנה הנועד להריסה לא היו מעורבים בפגיעה הנדון (ראו: בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 15 (11.4.2019); עניין חנאתשה, בפסקה 21), וכן חרף פגיעה פוטנציאלית של ההריסה בדיירים קטינים (ראו: עניין אלעצאפרה, בפסקה 13).

18. לבסוף, ראיתי לדחות את טענות העותרים בדבר אופן ביצוע ההריסה. עיון בחוות הדעת של רס"ן י.פ. מלמד כי גורמי המשיבים בחנו כדבעי את האפשרויות הקיימות להריסת הדירה, וזאת בסיוע גורמי מקצוע אשר התרשמו כי הריסת הדירה באופן המתואר בחוות הדעת לא תסב נזק ניכר ליתר חלקי המבנה ולמבנים סמוכים, ואף התחייבו כי ההריסה תבוצע באופן מבוקר ומתוך מאמץ להסב נזק סביבתי מועט ככל הניתן. חזקה על המשיבים כי אכן יפעלו למזעור נזקים כאמור, וממילא לא מצאתי טעם להתערב בחוות הדעת של רס"ן י.פ., ולהעדיף את חוות דעתו של מר אבו ליל על פניה.

19. נוכח כל האמור לעיל, אני סבורה כי חומרת המעשה המיוחס למפגע, על תוצאתו הקטלנית והקשה, כמו גם זיקתו המובהקת של המפגע לדירה, השימוש שנעשה במבנה לשם ביצוע הפיגוע, וכן התשתית הראייתית העומדת נגד המפגע – כל אלה מלמדים על מידתיות הצו שהוצא ביחס לדירה, ועל נחיצותו לשם הרתעה מפני פיגועים נוספים כדוגמת זה הנדון בענייננו.

20. לבסוף, יצוין כי במסגרת הדיון שהתקיים בעתירה, תיארו בפנינו הוריו של המנוח את כאבם העצום ואת החלל שהותיר אובדן בנם יקירם – עמית ז"ל, בקרב כלל בני המשפחה. הלב נחמץ למשמע הדברים. תנחומנו הכנים שלוחים להורי המנוח, לאחיותיו ולכל יקיריו.

21. סוף דבר: אציע לחבריי לדחות את העתירה דנן.

ש ו פ ט ת

השופט מ' מזוז:

1. לאחר עיון בחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר, אין בידי להצטרף לעמדתה ולמסקנתה כי יש לדחות את העתירה. חברתי עמדה על הרקע העובדתי ועל טענות הצדדים, ואין צורך שאחזור על הדברים, ועל כן אפנה מיד לעיקר.

2. תחילה, אשוב ואציין את עמדתי, עליה עמדתי בכל פסקי הדין בסוגיה זו להם הייתי שותף, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) מעלה שורה של שאלות משפטיות מורכבות וקשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי - המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני עימות מזוין) ומשפט זכויות האדם הבינלאומי - והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר להשקפתי לא זכו עד כה לבירור מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה, ואשר מעלים סימני שאלה באשר לתוקפה ולהיקף פריסתה כיום של תקנה 119.

איני רואה צורך לשוב ולפרט כאן את עמדתי, ואסתפק בהפניה לדברים שכבר כתבתי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015), להלן: ענין אבו ג'מל; בבג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.12.2015), להלן: ענין אבו חאשיה; בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016), להלן: ענין

זכריא ; בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016), להלן :
 ענין מרעי ; בבג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (7.11.2017), להלן :
 ענין אלג'מל ; ובבג"ץ 8786/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל (26.11.2017), להלן : ענין
 אלרוב.

3. מכל מקום, הסמכות לחוד ושיקול הדעת לחוד. וגם לפי ההלכה הנוהגת, לפיה
 הסמכות לפעול מכוחה של תקנה 119 עומדת בתוקפה, עדיין שומה על המפקד הצבאי
 להפעילה בזהירות, מתוך ריסון רב, בסבירות ובמידתיות. לאורך כל השנים עמד בית
 משפט זה על כך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מחייבת נקיטת גישה מאוד זהירה
 ומצמצמת, ובמיוחד לאחר חקיקת חוקי היסוד, שכן הפעלת סמכות זו כרוכה בפגיעה
 קשה בשורה של זכויות יסוד, לרבות פגיעה בקנין ופגיעה בכבוד האדם ובשורה של
 זכויות הנגזרות מכבוד האדם. כך, כבר באחד מפסקי הדין הראשונים בסוגיה זו הדגיש
 בית משפט זה כי -

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119
 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר
 שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות..." (בג"ץ
 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439,
 443 (1982)).

ומהעת האחרונה יותר :

"... על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר
 ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות...
 דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק
 יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את
 התקנה" (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור
 הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015)).

כן ראו: דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 489 ; בג"ץ
 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003) ; בג"ץ 4597/14 עואודה
 נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014) ; בג"ץ 5290/14 קואסמה
 נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014), להלן : ענין קואסמה ; ענין
 אבו חאשיה, פסקה י"ב לחוות דעת המשנה לנשיאה ופסקה 5 לחוות דעתי ; וענין אבו ג'מל,
 פסקה 8 לחוות דעתי ; ענין מרעי, בפסקה 8 לחוות דעת הנשיאה).

גם חברתי השופטת וילנר ציינה זה לא מכבר בענין נאג'י (בג"ץ 6905/18 נאג'י

נ' המפקד הצבאי (2.12.2018) כי -

"... נקבע כי על-אף שתקנה זו חוסה תחת סעיף שמירת הדינים (ראו: סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), יש להפעילה לאור האמור בחוקי היסוד, ובאופן סביר ומידתי. כמו כן, התפתחה בפסיקה רשימת שיקולים, שאינה סגורה, שעל המפקד הצבאי לתת דעתו עליהם בטרם הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, וביניהם: חומרת המעשים המיוחסים למפגע ועוצמת הראיות נגדו; הפגיעה שתסב ההריסה לדיירי המבנה; מידת מעורבותם של הדיירים במעשי המפגע; וכן קיומם של אמצעים אשר פגיעתם במבנה המיועד להריסה ובמבנים השכנים – פחותה..." (שם, בפסקה 27).

4. אחת הסוגיות המרכזיות שעלו ונבחנו שוב ושוב בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים במסגרת בחינת הסבירות והמידתיות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, התייחסה לשאלת מעורבות בני המשפחה, דיירי הבית, במעשיו של בן המשפחה המפגע, והשלכות הפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 על בני הבית. במסגרת זו עלו תדיר הטענה בדבר "ענישה קולקטיבית", כמו גם הקושי הרב שבפגיעה בבני משפחה חפים מפשע. בחינת מעורבות בני המשפחה מחד, והפגיעה בהם מאידך, חיונית הן לביסוס עצם הצידוק להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והן באשר לקביעת היקף וחומרת הסנקציה שניתן להפעיל - אטימה או הריסה, חלקית או מלאה (ראו למשל: בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42 (1986); בג"ץ 987/89 קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מד(2) 227 (1990); בבג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993); ענין קואטמה; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); ודנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015). וראו גם דבריי בענין מדעי, בפסקה 22, ובענין אלרוב, בפסקה 6).

5. העותרים דגן הם כאמור אשתו ושמונת ילדיו של המפגע, שבעה מהם קטינים, אשר מתגוררים בדירה נגדה הוצא צו ההחרמה וההריסה (להלן: הבית). לאישה ולילדים לא מיוחסת על ידי המשיבים מעורבות כלשהיא במעשיו הנפשעים של אבי המשפחה - לא בסיוע, לא בידיעה על כוונתו לנקוט בפעולה, ואף לא תמיכה בדיעבד במעשיו. המפגע עצמו נלכד ועומד לדין, וצפוי לרצות עונשי מאסר ממושכים, אם יורשע. מכאן שהפגיעה בבית מהווה בראש ובראשונה פגיעה באשתו ובילדיו שנותרו להתגורר בבית, ואשר הריסתו תותיר אותם חסרי קורת גג. בעתירה נטען עוד לענין זה כי מדובר במשפחה קשת-יום.

6. נסיבות אלה מעלות את הקושי – אולי הקשה והחריף ביותר שבהפעלת תקנה 119 – הוא הקושי שבפגיעה בבני משפחה חפים מפשע, להם לא מיוחסת כל מעורבות או תמיכה במעשי המפגע. לענין זה נקבע לא פעם כי יש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לבין הפגיעה הנגרמת הנגרמת כתוצאה מכך לבני משפחה שלא היו מעורבים במעשי המפגע. עמדתי על כך במספר הזדמנויות בעבר, וכך ציינתי בין היתר בענין אבו ג'מל –

7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר...

9. ...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 קהווג'י נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמרין; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), להלן ענין המוקד להגנת הפרט)...

14. לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, מתחייבת מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בכית בלבד..."

(וראו דברים שכתבתי בענין זה גם בענין זכריא, בפסקה 4; בענין מרעי בפסקאות 10 ו-24; בענין אלג'מל, בפסקאות 5-6; ובענין אלרוב, בפסקאות 9-11).

7. אין ספק כי המעשה המיוחס למפגע הוא פשע חמור ונתעב. כמו כן, קיימת בענייננו זיקה ברורה בין המעשה של המפגע לבין הבית כלפיו מכוונת הסנקציה לפי תקנה 119, שכן הפיגוע בוצע מגג הבית. מנגד, אין ענייננו בעתירת המפגע עצמו באשר לפגיעה בו. המפגע עומד לדין, ואם יורשע הוא צפוי למאסר ממושך. הסנקציה מושא העתירה פוגעת בעיקר בבני המשפחה, אשתו ושמונת ילדיו, ששבעה מהם קטינים, ומכאן הקושי. בנסיבות אלה -

... 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-ישא בְעוֹן הָאָב, וְאָב לֹא יִשָּׂא בְעוֹן הַבֵּן' (ענין קואטמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק 'במקרים מיוחדים' ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה בדיירי הבית הבלתי מעורבים... (ענין אבו ג'מל, בפסקה 9).

ויפים לענין זה דבריו של השופט מ' חשין בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997) -

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת - ובאותן מהלומות כילפים - את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה - בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (שם בעמ' 655, בדעת מיעוט).

וראו גם דברי השופט ע' פוגלמן, אף הוא בדעת מיעוט, בבג"ץ 5839/15 טידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) -

"... והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו - בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית מהגשמת תכלית התקנה - היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא

בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית" (שם, בפסקאות 5-6).

8. על כן, אף כי מדובר בנסיבות בהן מבחינת המפגע קיים לכאורה צידוק לנקוט בסנקציה החריפה של הריסה לפי תקנה 119, עדיין לא ניתן להתעלם מהפגיעה הקשה הכרוכה בכך בבני משפחתו החפים מפשע – להם לא מיוחסת כל מעורבות בפגיעה. בנסיבות אלה אני סבור כי בענייננו עקרון המידתיות מחייב מיתון הפגיעה, על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית של הבית.

מן הראוי לציין כי לא פעם בעבר הורה בית משפט זה, או הסתפקו המשיבים עצמם, בסנקציה של אטימה, חלקית או מלאה, חלף הריסה, משיקולים שונים של מידתיות הפגיעה. כך למשל, בענין תורקמאן הנזכר לעיל, ביטל בית המשפט צו הריסה שהוציא המפקד הצבאי והמירו באטימה חלקית בשל הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע. כך גם בבג"ץ 8024/14 חגאזי נ' אלוף פיקוד העורף (5.6.2015) מהעת האחרונה יותר, שם, בעקבות צו על תנאי שהוציא בית המשפט, בין היתר נוכח הפגיעה בבני המשפחה שלא נטען שהם מעורבים, הודיע המשיב כי לאחר שיקול נוסף "הוחלט לנקוט במקרה דנן בצעד מידתי יותר, ולהורות על אטימת החדר בו התגורר המחבל בלבד, בלא פגיעה בשאר חלקי הדירה והמבנה".

9. אשר על כן, אם דעתי תישמע, נעשה את הצו-על-תנאי למוחלט במובן זה שצו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המשיב 1 ביחס לבית מושא העתירה - יבוטל, תוך שמירת סמכותו של המשיב 1 להמירו בצו לאטימת החדר בבית בו התגורר המפגע.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

1. קראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר ואין בידי להצטרף אליה. בבג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי (2.12.2018) ובבג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי (10.1.2019) הבעתי דעתי כי הפעלת סמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה) מעוררת קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה וכי יש מקום לעיין שוב בשאלת אלה בהרכב מורחב של בית משפט זה. עוד ציינתי כי ככל שיגבר השימוש בתקנה 119 ילך ויתחזק הצורך בבחינה מחודשת של ההלכה.

2. ריבוי וחזרתיות השימוש בתקנה על ידי המפקד הצבאי כל אימת שמתרחש פיגוע המסתיים בקיפוח חיי אדם – בטענה כי מדובר באמצעי הרתעתי ולא ענישתי הינו כבחינת הרחבת השימוש בתקנה כעניין שבמדיניות, כאשר מסנקציה שאמורה להיות שמורה למצבי קיצון שצריכה להיות מופעלת במשורה, הפך השימוש בתקנה לשימוש תדיר שלא לומר שגרתני. המשך קיום מדיניות זו תוך השענות על הערכת גורמי הביטחון כי מדובר באמצעי הרתעתי והימנעות מדיון ענייני ומעמיק בסוגיות העקרוניות ששימוש בתקנה זו מעלה, מוקשית היא בעיניי. המשך השימוש בכלי זה הטומן בחובו פגיעה קשה בחפים מפשע מהווה ענישה קולקטיבית המופעלת בניגוד לעקרון היסוד לפיו:

”איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא:
 ”הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא יישא בעוון הבן, צידקת הצדיק עליו תהיה ורישעת הרשע עליו תהיה” (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: ”לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות” (קרי: יומת) (מלכים ב יד ו) (בג”ץ 2006/97 ג’נימת ואח’ נ’ אלוף פיקוד מרכז – עוזי זיין, פ”ד נא(2) 651) (להלן: עניין ג’נימת).

3. בחלוף השנים והתגברות השימוש בתקנה, אינני סבור כי הביקורת השיפוטית לעניין השימוש בתקנה לעולם ועד תמשיך להיות תחומה לגבולותיו של המשפט המנהלי קרי, בחינת אופן הליך קבלת ההחלטה וחוקיות שיקול הדעת, ”מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פסקת ההגבלה...” (בג”ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ’ שר הביטחון, פסקה 6 לפסק דינה של חברתי השופטת (כתוארה אז) א’ חיות (31.12.2014)).

בענייננו, העותרים הינם בני משפחתו של המפגע, אשתו ושמןות ילדיו, ביניהם קטינים שנמו את שנתם כאשר אביהם התעורר משנתו בשעה 4:30 לפנות בוקר לשמע קולות וזעקות נשים מהבית השכן, עלה על גג דירתו שבקומה השלישית, נטל משם חצי בלוק והשליכו לעבר החיילים שנמצאו באותה עת בפעילות מבצעית וכתוצאה מכך קיפד את חייו של חייל צה”ל, סמ”ר עמית בן יגאל ז”ל. איש מבני הבית לא ידע ולא היה מעורב במעשיו של המפגע שעשה את אשר עשה והשים עצמו ישן בחדר הילדים. אינני סבור כי בנסיבות אלה יש להעניש את אשתו וילדיו של המפגע על ידי הריסת קורת הגג

המצויה מעל ראשם. מידת הדין תמוצה עם המפגע זה יבוא על עונשו. אך אין להשליך את תוצאות מעשיו על מי שלא חטאו.

יפים לעניין זה דברי השופט חשין בעניין ג'ניחת אותם אני מאמץ לענייננו:

"העותרת הראשונה שלפנינו היא אשתו של הרוצח המתאבד והיא אם לארבעת ילדיו הקטנים. האישה והילדים מתגוררים באותה דירה שבה התגורר הרוצח המתאבד, אך איש אינו טוען כי היו שותפים למעשה שזמם לעשותו – ואשר עשהו – מעשה רצח של נפשות תמות. איש אף אינו טוען כי ידעו על המעשה המיועד. אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה־בעת – ובאותן מהלומות כילפים – את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה – בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (ההדגשה אינה במקור).

לו תישמע דעתי, תתקבל העתירה, יוצא צו מוחלט המבטל את צו ההחרמה וההריסה שהוצא ע"י המשיב 1.

עם זאת, לאור הזיקה המיוחדת של הבית מושא צו ההריסה לפיגוע, אני מצטרף להערתו של חברי השופט מ' מזוז לשמירת סמכותו של המשיב 1 להמיר צו ההחרמה וההריסה בצו לאטימת החדר בבית בו התגורר המפגע.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות השופטים מ' מזוז וג' קרא להפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, כך שצו ההחרמה וההריסה הנדון בעתירה יבוטל, תוך שמירת סמכותו של המשיב 1 להמיר צו זה בצו לאטימת החדר בו התגורר המפגע. זאת, בניגוד לדעתה החולקת של השופטת י' וילנר אשר סברה כי יש לדחות את העתירה ולאשר את הריסת דירת המפגע.

ניתן היום, כ' באב התש"ף (10.8.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il> שג 20048530_R02.docx