



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2036/23

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט ח' כבוב

העותרים: 1. חרבי פרוך
2. עביר פרוך
3. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיב: המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: ו' בניסן התשפ"ג (28.3.2023)

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

בשם המשיב: עו"ד שרון אבירם; עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. ביום 23.11.2022 אירעו שני פיגועים רצחניים בירושלים, שהובילו למותם של אריה שופצ'ק ז"ל וטדסה טשומה ז"ל ולפציעתם של עוברי אורח נוספים. הפיגועים בוצעו על ידי אסלאם חרבי מוסא פרוך (להלן: המחבל) באמצעות הפעלת מטעני חבלה שהטמין בצומת גבעת שאול ובצומת רמות. בעקבות הפיגועים הוציא המשיב צו החרמה והריסה לדירה שבה התגורר המחבל בעיר רמאללה, וזאת מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). כנגד הוצאת הצו האמור הוגשה העתירה שלפנינו.

2. עיון בעתירה מעלה כי היא כוללת טענות במישור העקרוני לצד טענות התחומות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן. במישור העקרוני נטען כי הריסת הדירה מהווה ענישה קולקטיבית; כי המשיב נעדר סמכות להפעיל את סמכותו בשטחי A; כי סנקציית ההריסה אינה יעילה; כי ההריסה אינה מגשימה את התכלית ההרתעתית שנטען כי עומדת בבסיסה; כי הריסת הבית אינה מאפשרת לעותרים לממש את אופציית המחילה המעוגנת בתקנה 119 סיפא; וכי אין להפעיל את תקנה 119 כנגד בתים של מחבלים פלסטיניים כשם שאין התקנה מופעלת כלפי אזרחים ישראלים.

במישור הקונקרטי נטען כי העותרים 1-2 (הוריו של המחבל) ושאר דיירי המבנה אינם חשודים בביצוע מעשי טרור, לא מיוחסים להם סיוע או תמיכה במחבל, ולא נטען כלפיהם כי ידעו על כוונותיו של המחבל. באשר למבנה שבו נמצאת הדירה המיועדת להריסה, נטען כי המבנה כולו (הרשום על שם סבו המנוח של המחבל) הוא בן 5 קומות, וכי הדירה המיועדת להריסה כוללת שלושה חדרי שינה שרק אחד מהם היה של המחבל. עוד נטען כי הריסת הדירה צפויה לגרום לנזקים לדירות הסמוכות, וכתימוכין לטענה זו צירפו העותרים, מספר ימים לאחר הגשת העתירה, חוות דעת הנדסית מטעמם. העותרים מבקשים אפוא כי יבוטל צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב, ולחלופין כי יצומצם היקף הצו כך שיבוצע בדרך של אטימה חלקית.

3. המשיב, מנגד, פירט בתגובתו את מעשיו של המחבל ואת מכלול הנסיבות והשיקולים שנבחנו ונלקחו בחשבון. המשיב הוסיף כי בעקבות בדיקה התברר כי למחבל ישנה זיקת מגורים לשתי דירות הנמצאות בשימוש משפחתו, האחת ברמאללה והשניה בכפר עקב. עם זאת, מהממצאים עלה כי זיקת המגורים הדומיננטית היא לדירה ברמאללה, ובשל כך, משיקולי מידתיות, החליט המשיב להפעיל את סמכותו רק ביחס לדירה ברמאללה. כן התייחס המשיב לטענות שהועלו במישור ההנדסי לגבי הנזקים העלולים להיגרם בעקבות ביצוע הצו, כמו גם לטענות שהעלו העותרים במישור העקרוני.

4. לאחר עיון בעתירה על נספחיה, לרבות חוות הדעת ההנדסית שצירפו העותרים; לאחר עיון בתגובת המשיב; ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, לרבות שמיעת המשיב במעמד צד אחד – המסקנה היא כי לא קמה עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119, ומשכך דין העתירה להידחות. אפרט בקצרה.

5. כפי שצוין לעיל, העותרים ביקשו לעורר שורה של טענות עקרוניות בנוגע לחוקיותה של תקנה 119 וסמכותו של המשיב לעשות בה שימוש. ברם, כפי שהובהר

בשורה ארוכה של פסקי דין, לרבות מן העת האחרונה, שאלות אלו נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה, ואין מקום לפתוח אותן מחדש ולהידרש להן כל אימת שהמפקד הצבאי עושה שימוש בסמכותו מכוח תקנה זו (ראו, בין היתר, בג"ץ 1376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 15 (13.3.2023); בג"ץ 1374/23 צוף נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 18 (6.3.2023); בג"ץ 87/23 גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקאות 12-13 (5.2.2023) (להלן: עניין גמגום)). לא למותר להזכיר כי בקשות לקיים דיון נוסף בסוגיות אלו נדחו אף הן (ראו, מן הימים האחרונים, דנג"ץ 2376/23 הילאן נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (22.3.2023); וכן דנג"ץ 4605/21 שלבי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (30.6.2021)).

לפיכך, אין מקום להידרש בגדרה של העתירה דנן לסוגיות העקרוניות שביקשו העותרים לעורר. כפי שציינתי באחת הפרשות, "מובן כי אין בדברים כדי לגרוע, ולו מאומה, מהחומרה הטמונה בהפעלת תקנה 119 ומהפגיעה בזכויות העותרים הנובעת מכך. אך ההלכה – בתוקפה עומדת, והמגבלות החוקיות החלות על המשיב בבואו להפעיל את סמכותו, אינן שנויות במחלוקת. בנסיבות אלו, אין צורך לסקור מחדש את שורת ההלכות שנתגבשו בפסיקה בנושא, וניתן למקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן" (בג"ץ 2322/19 רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 7 (11.4.2019); בג"ץ 1618/22 ג'דאדאת נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 6 (6.4.2022)). נתמקד אפוא בטענות המצויות במישור הפרטני של המקרה שלפנינו: תחילה לגבי עצם ההצדקה להפעלת סמכותו של המשיב בנסיבות המקרה דנן, ולאחר מכן לגבי היקף ההריסה המתוכננת ואופן ביצועה.

6. העותרים טענו בפתח עתירתם כי הם ויתר דיירי המבנה אינם חשודים בפעילות טרור וכי לא מיוחסים להם סיוע או תמיכה במחבל. טענה זו, הגם שאינה נטולת משקל, אין בה כדי לשלול מן המשיב את סמכותו לפעול מכוח תקנה 119. כפי שהובהר בפסיקה לא אחת, בבוא המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו זו, אין הוא נדרש ליתן משקל מכריע לשאלת מודעותם ומעורבותם של בני המשפחה המתגוררים בבית המיועד להריסה, ואין באי-מעורבותם של האחרונים כדי למנוע את מימוש הצו (ראו, בין היתר, דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו סוהילה, פסקה 7 (8.10.2020); בג"ץ 751/20 חנאתשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (20.2.2020)). אם כן, הגם שמדובר בשיקול רלוונטי, לא די בו כדי למנוע בעד המשיב מלהפעיל את סמכותו ולהוציא תחת ידו צו כאמור, ויש לבחון את הדברים בראי כלל השיקולים הצריכים לעניין.

7. במקרה דנן, וכפי שעולה מעמדת המשיב, אין בסיס לקבוע כי המשיב לא נתן דעתו על כלל השיקולים הרלוונטיים. כפי שהובהר על ידי המשיב, הפעלת סמכותו נעשתה על רקע הפיגועים החמורים שביצע המחבל ותוצאותיהם הקשות, תוך התחשבות בנסיבות נוספות הקשורות במחבל, ובכללן: המניע הלאומני שעמד בבסיס מעשיו; אופן הוצאת הפיגועים אל הפועל באמצעות מטעני חבלה שפותחו על ידו לאורך תקופה ארוכה; כוונתו לבצע פיגוע רב נפגעים שיפגע גם בכוחות הסיוע והחילוץ שיחושו לזירה; והזדהותו של המחבל עם ארגון הטרור דעא"ש. בנוסף לכך, המשיב תיאר את העלייה בפעילות הטרור בשנים האחרונות ואת העלייה במספר הנפגעים הישראליים, ועמד על הצורך הביטחוני להשיג הרתעה אפקטיבית. לעניין זה הובהר על ידי המשיב כי מערכת הביטחון ערה לתוצאות הקשות הנובעות מהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, וכי השימוש בתקנה זו נעשה רק במקרים חמורים שלגביהם מערכות ההרתעה והענישה "הרגילות" אינן מספקות מענה הולם.

על רקע זה, איני סבור שיש בסיס לקבוע כי עצם החלטת המשיב להפעיל את סמכותו בנסיבות דנן לוקה בפגם המצדיק את התערבותו. כפי שהובהר בבג"ץ 480/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (3.2.2021) (להלן עניין קבהא), שיקול הדעת המקצועי באשר ליעילותה של תקנה 119 מסור בידי גורמי הביטחון, על בסיס הנתונים והמידע שברשותם, וחזקה עליהם כי הם מקפידים ליתן דעתם על האינטרסים והשיקולים השונים בכל מקרה ומקרה ולאזן ביניהם על בסיס שיקולים מקצועיים וענייניים. זוהי נקודת המוצא, וכאז כן עתה, כל עוד לא נסתרה, אני נכון לקבל את הערכתם כי גם במקרה דנן, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא בבחינת אמצעי הרתעה שיש בו כדי לתרום למניעה ולהפחתה של פיגועים נוספים. כל זאת, מבלי להפחית כהוא זה מההכרח לעשות שימוש מושכל בתקנה זו, במקרים המתאימים ובנסיבות הנדרשות, על רקע המצב הביטחוני הכללי.

8. ומכאן לטענות העותרים באשר להיקף ההריסה ואופן ביצועה. לאחר שנתתי דעתי על הדברים, לא מצאתי כי טענות העותרים מבססות עילה להתערבותנו.

על קיומה של זיקת מגורים של המחבל לדירה המיועדת להריסה – אין חולק. כפי שתואר, המשיב הוציא את צו ההחרמה וההריסה ביחס לדירה האמורה, תוך הותרת יתר המבנה בן 5 הקומות על כנו (לפי המתואר בחוות הדעת ההנדסית שצורפה על ידי העותרים, בקומת הקרקע של המבנה ישנן חנויות מושכרות, וביתר הקומות ישנן 8 יחידות דיור המשמשות למגוריהם של בני משפחת המחבל, כאשר דירת המחבל המיועדת להריסה ממוקמת בקומה השניה). בהקשר זה הוסבר על ידי המשיב כי הסתפקות באטימת

חדר שינה אחד בדירה חלף הריסת הדירה בכללותה (כפי שנתבקש על ידי העותרים כסעד חלופי), תוביל לאיון האפקט ההרתעתי שתקנה 119 נועדה להגשים. בנסיבות דנן, איני רואה בסיס להתערב בעמדה מקצועית זו של המשיב. אוסיף בהקשר זה כי המשיב הגביל את תחולת הצו לדירה אחת מתוך שתי הדירות של המשפחה שבהן התגורר המחבל, תוך הותרת הדירה הנמצאת בכפר עקב אל מחוץ לגדרו של הצו. זאת, חרף עמדת המשיב כי יש בידיו ראיות מינהליות מספקות המצדיקות את הפעלת הסמכות ביחס לשתי הדירות. החלטה זו של המשיב מלמדת, על פניה, כי המשיב העמיד לנגד עיניו את הצורך להפעיל את סמכותו באופן מידתי. אף בכך יש כדי לתמוך במסקנה כי השיקולים הצריכים לעניין נלקחו בחשבון על ידי המשיב.

9. האמור לעיל בכל הנוגע להיקף ההריסה, עומד בתוקפו גם לגבי אופן ביצוע ההריסה, ובפרט החלטת המשיב לאמץ חלופה של הריסה בדרך של "חבלה חמה" בשילוב אמצעים מכאניים, שלגביה שמענו הבהרות מצד המשיב במעמד צד אחד. בפסיקה הובהר לא אחת כי "ביצוע ההריסה הוא 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" (ענין קבהא, פסקה 13 והאסמכתאות שם). בהקשר זה יוער כי חוות הדעת ההנדסית שהעותרים צירפו לעתירתם הועברה להתייחסותם של גורמי המקצוע אצל המשיב, שאף ערכו מיפוי נוסף במבנה. מסקנתם של האחרונים היתה כי אין מקום לשנות מאופן ביצוע ההריסה המתוכנן, וכי הדירות האחרות במבנה לא נמצאות בסיכון לקריסה או להריסה. עוד הובהר בתגובת המשיב כי "ננקטות מירב הפעולות הקפדניות בשלב התכנון ההנדסי והביצוע, כולל בקרה בשטח על ידי מהנדס, כך שההריסה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים ונשלטים שמביאים לרמה וסבירות נמוכים לנזק", וכי ייעשה מאמץ לצמצם כל נזק אפשרי בהקשר של ניפוץ זכויות (סעיפים 75, 78 לתגובת המשיב; וכן בחוות הדעת ההנדסית שצורפה לתגובת המשיב כנספח 6 לתגובתו). חזקה על המשיב כי ימלא אחר דבריו, ומכל מקום, לא למותר לשוב ולהבהיר כי ככל שייגרמו נזקים משניים בעקבות ביצוע הצו, "שערי פיצוי ללא ננעלו, ויוכלו הניזוקים לפנות אל הגורמים המתאימים במשרד הביטחון" (עניין גמגום, פסקה 19 והאסמכתאות שם).

10. סוף דבר, שבנסיבות המקרה דנן אין מקום להתערבותנו – לא לגבי עצם החלטת המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119, ולא לגבי היקף ההריסה המתוכננת ואופן ביצועה.

11. בשורה התחתונה אציע לחברי לדחות את העתירה ולהורות כי הצו הארעי שניתן ביום 12.3.2023 יפקע ביום 24.4.2023 בשעה 12:00, לצורך מתן שהות לעותרים לצורך פינוי והתארגנות.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

1. כאמור, העתירה שלפנינו מופנית נגד צו החרמה והריסה שהוצא על-ידי המשיב ביום 05.03.2023, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן גם: צו ההריסה; המפקד הצבאי; ו-תקנה 119, בהתאמה), ביחס לדירה בבניין מגורים בן חמש קומות – קומת קרקע המשמשת למסחר, ארבע קומות מגורים מעליה וחדרון בגג הבניין. הדירה מושא ענייננו היא דירה בת שלושה חדרי שינה וסלון, הממוקמת בלב הבניין – בקומה השנייה מעל הקרקע, והיא חולקת דופן עם דירה שכנה באותה הקומה.

עותרים 1-2 (להלן: העותרים), הם הוריו של אסלאם חרבי מוסא פרוק, והם התגוררו בדירה (ובבית נוסף שבבעלותם) יחד עם אסלאם ועם שלושת אחיותיו; שתיים מהן בגירות ואחת מהן קטינה. עותרת 3 היא עמותת המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר.

2. כמתואר לעיל, אסלאם נאשם בביצוע שני פיגועים רצחניים ומתועבים באמצעות מטעני חבלה שהטמין בירושלים, שהובילו למותם של אריה שופצ'ק וטדסה טשומה ז"ל ולפציעתם של אחרים, וכן לפגיעה ברכוש. זהו מעשה של שנאה קיצונית ואלימות מזעזעת – על כך אין ולא יכול להיות חולק.

ברם, לאחר עיון בחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית, אליו הצטרף גם חברי השופט ע' גרוסקופף, ומבלי שנעלמה מעיני חומרת מעשיו של אסלאם – אין בידי

להצטרף לדעתם או מסקנתם כי יש לדחות את העתירה שלפנינו. שכן, סבורני, כי במקרה דנן נפלו בהחלטת המפקד הצבאי פגמים מהותיים שלא ניתן להלום.

3. מכיוון שחברי פרש את היריעה העובדתית, ובשים לב לעמדת חבריי לפיה יש לדחות את העתירה, אבאר טעמי בקצירת האמר. תחילה במישור הסמכות; לאחר מכן במישור שיקול הדעת.

מישור הסמכות

4. כאמור בחוות דעתו של חברי, בעתירה שלפנינו הועלו טענות עקרוניות ביחס לתוקפה ולאופן הפעלתה של תקנה 119. בין היתר נטען, כי התקנה עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. בנוסף, הועלו טענות הנוגעות לעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי בישראל. לא זו אף זו, נטענו גם טענות המטילות ספק ביעילות ההרתעתית של התקנה.

אולם, עמדת חבריי, על יסוד פסיקה קודמת, היא שאין מקום לדון בשאלות עקרוניות אלה "מבראשית". אני איני שותף לעמדה זו.

5. כפי שציינתי בחוות דעתי (בדעת מיעוט) בגדרי בג"ץ 4088/22 אלרפאעי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדרה המערבית (07.07.2023) (להלן: עניין אלרפאעי), דעתי אינה נוחה כלל ועיקר מעצם השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119; לבטח כאשר יתר דיירי הבית לא היו מעורבים בפעילות טרור במישורין או בעקיפין.

6. זאת, מכיוון שמדובר בפגיעה חמורה בקורת הגג, והחרמת קניינם של בני משפחה חפים מפשע. שלעיתים חלקם קטינים או קשישים, מקצתם חולים. כל זאת בשל מעשיו, הגם רצחניים, של בן משפחתם. כפי שציינתי בעניין אלרפאעי, אציין גם הפעם – שומה עלינו לזכור כי אין מדובר בעתירת מחבל העותר נגד הפגיעה בו בשל מעשיו. בענייננו, אסלאם עומד לדין, ואם וכאשר יורשע במיוחס לו, סביר להניח שיעביר את שארית חייו מאחורי סורג ובריח – ובנדון דידן כך ראוי נוכח, מעשה הפשע הקיצוני והרצחני, המתואר בכתב האישום המתוקן החמור שהוגש נגדו ביום 15.01.2023.

אשר על כן, שותף אני להסתייגויות מהשימוש בסמכות זו על-ידי המפקד הצבאי, אשר הובעו, בין היתר, על-ידי השופט מ' מזוז בחוות דעתו (בדעת מיעוט) בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (01.12.2015) (להלן: עניין עליוה), ועל-ידי השופט ע' פוגלמן בחוות דעתו (בדעת מיעוט) בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), ואחרים. שכן, השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון

מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני במדינתנו, שמסרב לגווע.

7. לשיטתי אין להקל ראש בפגיעה כאמור, שכן הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...] של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 365 (2002)). משכך, ועל אף שמודע אני להלכה הפסוקה הנוהגת, רואה אני חובה לשוב ולציין כי הטענות העקרוניות שמועלות בעתירות מסוג זה, הן טענות כבדות משקל המעוררות שאלות משפטיות ומוסריות שיש לבאר לעומקן.

בהקשר זה לא למותר לציין, כפי שהיטיב לסכם השופט מ' מזוז בעניין עליוה, כי בכתיבה האקדמית הענפה בנוגע לתקנה 119, גורסים רוב רובם של חוקרים וכותבים, ישראלים וזרים כאחד, כי התקנה:

"סותרת שורה של הוראות במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשן האיסור על ענישה קולקטיבית, המעוגן בסעיף 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (להלן: תקנות האג), ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה). הפרשנות שניתנה לאיסור זה, על ידי הצלב האדום, טריבונלים בינלאומיים ומלומדים זרים וישראלים, בהקשר הנדון ובכלל, מחייבת התמודדות של ממש עם השאלה, האם תקנה 119 עומדת באיסור זה, ואם כן - באלו תנאים.

איסור נוסף במשפט הבינלאומי ההומניטרי המעורר שאלות וקשיים בנוגע להפעלת תקנה 119 הוא האיסור על החרמה והשמדה של רכוש אוכלוסייה מוגנת: תקנה 23(g) לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה.

איסורים דומים נגזרים לכאורה גם מהוראות שונות במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט הפלילי הבינלאומי" (שם, בפסקה 7).

משכך, ראוי בעיניי לשוב ולדון בשאלות אלה בהרכב מורחב של בית משפט זה, כך שהן יזכו לבירור עדכני, יסודי ומקיף (ראו גם את עמדת השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 וההפניות שם (03.04.2016); עמדת השופט מ' מזוז, בין היתר, בעניין עליוה, בפסקה 3; בג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדרה המערבית, חוות דעתו של השופט ג' קרא (06.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה)).

8. אך, משבית משפט זה כבר ישב על המדוכה וקבע הלכה פסוקה בדבר עצם השימוש בסמכות, אסתפק בדברים אלה ואפנה למישור שיקול הדעת. שכן, כלל נקוט הוא כי הסמכות לחוד ושיקול הדעת לחוד.

מישור שיקול הדעת

9. כאמור, גם לפי ההלכה הנוהגת בעניין הסמכות לפעול מכוחה של תקנה 119, אין חולק בפסיקה בדבר החובה של המפקד הצבאי להפעילה בזירות ותוך ריסון רב, בסבירות ובמידתיות (בג"ץ 6826/20 דויקאט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, בפסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (25.10.2020)). בהתאם, בית משפט זה עמד על כך שהפעלת הסמכות לפי התקנה, מחייבת נקיטת גישה זהירה ומצומצמת. מושכלות יסוד אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפסיקה המאוחרת לו (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור וההפניות הרבות שם (12.11.2015)); ולא בכדי. שכן, עצם הפעלת הסמכות טומנת בחובה פגיעה במספר זכויות יסוד ובשורה של זכויות נגזרות.

10. מן המקובץ עולה כי בית משפט זה הכיר מחד גיסא, ועל אף הסתייגויות שנשמעו מקרבו, בעצם הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119; ומאידך גיסא הציב גבולות המצמצמים את האפשרות לעשות שימוש בסמכות זו, בכך שקבע כי הפעלת הסמכות תעשה באופן סביר ומידתי. משכך, לא בנקל ייפנה המפקד הצבאי לאפשרות הקיצונית ביותר שבסמכותו, קרי החרמה והריסה מלאה של המבנה; כפי שהיטיב לכתוב השופט א' ברק:

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות [...] במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל מהחרמה בלבד, עובר להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה [...] רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרתה של ההריסה היא משולשת: ראשית, יש בה כדי לשלול מקום מגורים לדיירי הבית; שנית, יש בה כדי למנוע אפשרות של השבת המצב לקדמותו; ושלישית, יש בה, לעתים, כדי לפגוע בדיירים שכנים" (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982) (להלן: עניין חמרי)).

11. ודוק. בכדי לאפשר את יישום המגבלות החלות על המפקד הצבאי במישור שיקול הדעת, יש לבחון מספר נסיבות ולהעבירן בכור ההיתוך של מבחן המידתיות, כדי

להגיע למסקנה "האם יש בסיס וצידוק בנסיבות הנדונות להפעלת הסנקציה לפי תקנה 119, ואם כן, באילו תנאים וסייגים: החרמה בלבד, אטימה (חלקית או מלאה), או הריסה (חלקית או מלאה)" (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקאות 15-16 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (22.12.2015) (להלן: עניין אבו ג'מל)). עדת נסיבות אלה כוללת את היקף השימוש שעשה המפגע בבית בכלל, והשימוש בבית לשם פעילות טרור בפרט; זיקתו של המפגע למבנה, לרבות האם מדובר בבית שהוא ביתו וקניינו, או שמא הוא בגדר 'דייר נלווה' בלבד בנכס של משפחתו; האם המתגוררים בבית היו מעורבים בפעילות המפגע וסוג ומידת מעורבותם כאמור; וכן השאלה מה עלה בגורל המפגע. לכך ניתן וראוי להוסיף גם את סוג המבנה מושא הצו; קרי האם מדובר בבית מגורים פרטי או בדירה בבית משותף, וכן את מיקומו ביחס לדירות, בתים או בניינים סמוכים, כבענייננו. שכן לנסיבה זו השלכה ישירה על תוצאת ההריסה; והיא יכולה להסיט, בנקל, את נקודת האיזון בין התועלת הנטענת כי גלומה בהריסה, למול הנזק הטמון בה – ובכך להפוך את החלטת המפקד הצבאי ללא מידתית ולכזו החורגת ממתחם הסבירות.

12. ומן הכלל אל הפרט. בענייננו, אין חולק כי הדירה לא שימשה בפועל לפעילות טרור; כמו כן, ברי כי אסלאם אינו אלא בגדר "דייר נלווה" בדירה – מדובר בדירה שאינה ביתו-שלו ואינה קניינו-שלו, והוא גר בה במשותף עם העותרים ושלושת אחיותיו. זיקתו לדירה היא, אפוא, ברף הנמוך. בנוסף, אין חולק, כי העותרים ויתר בני משפחתו של אסלאם לא היו מעורבים במעשיו כלל. לא זו אף זו, במקרה שלפנינו המפגע נלכד, נחקר ונעצר, והוגש נגדו כתב אישום חמור ביותר.

כאמור, על נסיבות אלה יש להוסיף ולתת את הדעת, במקרה זה, כי מדובר בצו הריסה שהוצא ביחס לדירה שנמצאת בלב ליבו של בבניין מגורים בן חמש קומות, במרכז העיר רמאללה, באזור של בנייה רוויה וצפופה. אשר על כן, וכפי שציין חברי בחוות דעתו, המקרה שלפנינו מעורר שאלות, ולשיטתי אף מתח, הן ביחס להיקף ההריסה והן ביחס לאופן ביצועה. כפי שציין חברי, במהלך הדיון שקיימנו במעמד צד אחד הוסבר לנו מדוע האפשרות של הריסה שאינה באמצעות 'חבלה חמה', לא אפשרית. הסברים אלה מובנים לי והגיונם בצד. ברם, לאחר שנתתי דעתי לטיעוני המפקד הצבאי, בכתב ובעל-פה על-ידי באת כוחו, ועיינתי היטב בחוות הדעת ההנדסית מטעמו – לא מצאתי כי הונחה תשתית עובדתית מספקת, לשם קבלת החלטה מינהלית סבירה בנסיבות העניין, לכך "שההריסה תהיה בעלת מאפיינים ממוקדים ונשלטים שמביאים לרמה וסבירות נמוכים לנזק", או כי "לא צפוי להיגרם נזק קונסטרוקטיבי למבנים סמוכים".

13. סבורני אפוא, כי כל עוד לא נחה דעתו של בית המשפט כי ביצוע ההריסה בדרך של 'חבלה חמה', לא תפגע בדירות האחרות בבניין רב קומות, אשר צמודות לדירה מושא

הצו; וכאשר העותרים הגישו לבית המשפט חוות דעת מומחה מטעמם, לפיה מתוארים הנזקים הצפויים, וכך תיארו ותיעדו את תוצאותיהן של 'הריסות חמות' קודמות, שעתירות על אודות צווי ההריסה שביסודן נדחו על-ידי בית משפט זה – לרבות מהעת האחרונה בהריסה מושא בג"ץ 87/23 גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (05.02.2023) (להלן: עניין גמגום) – הרי שאין להתיר ביצוע ההריסה בדרך זו. לבל מחלוקת זו תוסיף להישנות, בדמות שני כתובים המכחישים זה את זה; אעיר, כי מצופה מהמפקד הצבאי ומהעותרים להגיש הודעת עדכון, בצירוף תיעוד חזותי, על אודות השפעת ההריסה מושא ענייננו לתיק בית המשפט, בסמוך לאחר ביצועה.

14. לכך יש להוסיף, כי המתח שמעורר המקרה שלפנינו משיבני דווקא לדבריו של חברי, השופט עמית, בעניין אבו ג'מאל, עת תָּהָה כך:

"עודנו באים לדון בטענות הקונקרטיות-פרטניות שהעלו העותרים, אצביע על זוית נוספת הנוגעת להריסת בתים, אף היא במישור התועלתני, ואשר חזקה על מקבלי ההחלטות שהיא נלקחת בחשבון – כמה זה עולה לנו?"

הכוונה היא לתשומות שמשקיעים גורמי הביטחון בביצוע ההריסות ולפוטנציאל ההסתבכות הנובע מכך. לפחות בחלק מהמקרים, ביצוע צו ההריסה כרוך במבצע צבאי של ממש, המצריך הצבת כוחות אבטחה במספר מעגלים. ההריסה כרוכה לעיתים בסיכון של הכוחות המאבטחים, וביצוע הצו כרוך, לעיתים, במעגל נפגעים נוסף בקרב התושבים המקומיים, מה שעלול, כשלעצמו, להסלים את המצב הבטחוני. לכך יש להוסיף כי ביצוע צווי הריסה תחת לחץ זמן ואילוץי ביטחון, עלול לגרום לפגיעה בבתים סמוכים, כפי שעולה לכאורה מתמונות שהוגשו לנו במהלך הדיון, המתייחסות להריסת דירה באמצעות פיצוץ במחנה קלנדיה. מעבר לפגיעה הרכושית בבלתי מעורבים, על כל ההיבטים הכרוכים בכך, הדבר עלול בנסיבות מסויימות לחשוף את המדינה לתביעות פיצויים בנזיקין.

לא אמרתי דברים שאמרתי אלא כחומר למחשבה" (שם, בפסקה 7 לחוות דעתו).

15. אחר דברים אלה, אבקש לשוב ולציין עמדתי בדבר התכלית ההרתעתית, שניצבת לכאורה בבסיס השימוש בתקנה 119. תכלית זו מבוססת על ההנחה, שהציבור אותו יש להרתיע, נוכח לגלות כי למעשה הטרור מתלווה מחיר כבד; והחשש מפני מחיר זה, הוא זה שימנע פיגועים עתידיים.

תחת הנחה זו, תְּמוּהָה בעיניי כי אין די בכך שהוכח שבני המשפחה, דיירי הבית מושא הצו, היו נעדרי כל מודעות לכוונותיו של בן משפחתם המחבל – בכדי לאיין את

הנחיצות שבהריסת הבית כולו. שכן, קביעה זו עומדת בסתירה להיגיון ולשכל הישר, ולבטח שאינה מתיישבת עם התכלית ההרתעתית הנטענת. שכן, הנחה זו משווה בין מי שלא ידעו כלל על אודות כוונת בן משפחתם, ובין מי שעודדו את פלוני לבצע מעשה טרור, או היו שותפים למעשה הטרור לאחר מעשה. שהרי:

”תכלית הרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני המשפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה (ללא הצלחה).” (עניין אבו ג'מל, בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז).

16. בנוסף לכך אבהיר, כי אין בידי לקבל את עמדת המפקד הצבאי, לפיה אטימת חדרו של אסלאם בלבד “תוביל לאיון האפקט ההרתעתי שתקנה 119 נועדה להגשים”; עמדה שחברי השופט י' עמית, לא ראה בסיס להתערבותנו בה (פסקה 8 לחוות דעתו). לשיטתי עמדה זו סותרת את לשון תקנה 119 ופסיקה קודמת של בית משפט זה, לרבות עניין חמרי, שם נפסק כי “במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל מהחרמה בלבד, עובר להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה [...] רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה”.

17. לא זו אף זו, אין בידי להצטרף לדעת חבריי בהקשר זה, מקום בו כלל לא הובאו בפנינו ראיות להרתעה שתושג מנקיטת אמצעי שפגיעתו פחותה, כגון אטימת חדרו של המפגע בלבד. כפי שצינתי בעניין אלרפאעי, אציין גם הפעם – ראוי שגורמי הביטחון יתנו על כך דעתם, ושכמקרים אחרים, שלדאבון הלב ככל הנראה יגיעו לפתחו של בית משפט זה, יניחו גורמי הביטחון גם חוות דעת, מפורטת ככל שניתן, בכל הקשור להיבט ההרתעתי של הריסת חלק מהבית או אטימתו החלקית.

18. כפי שפירטתי בעניין אלרפאעי, עמדתי מצטרפת לקולות לא מעטים שנשמעו מבית משפט נכבד זה, לפיהם שאין לנקוט באמצעי הדרסטי של הריסת בית המשפחה הגרעינית של המפגע בשלמותו, מקום בו הוא מתגורר עם משפחתו שלא נטען כי סייעו לו במעשיו. כפי שציננה השופט ע' ברון בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.03.2016):

”ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה” (שם, בפסקה 6 לחוות דעתה).

19. סבורני, כאמור, כי הדברים נכונים ביתר שאת מקום בו מדובר בדירה בבניין מגורים משותף; שכן, או אז, פוטנציאל הנזק לחפים מפשע, שכלל אינם דרי אותו הבית או בני משפחתו של המחבל, גדל לאין שיעור.

20. יתר על כן, שומה עלינו לתת את הדעת לכך שבצד הטיעון בדבר אפקטיביות ההרתעה, על מגבלותיו, אל לנו להתעלם מהחשש, שמא השימוש באמצעי בלתי מידתי זה יוביל לתחושות כעס ותסכול, שיניבו תוצאה הפוכה מהמבוקש. בהקשר זה ממש, ציינה השופטת ד' ברק-ארז, בעניין נעאלווה כי:

”כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר ”הריסת בתים” כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע.” (שם, בפסקה 2 לחוות דעתה).

21. כל זאת ועוד. כבר נשמעה ביקורת בפסיקת בית משפט זה על חוות הדעת הביטחוניית, בה המפקד הצבאי תולה יהבו כתשתית לנחיצות הכלי של הריסת בתים:

”במהלך הדיון בעתירה הוגשה לנו חוות דעת מקצועית מטעם המשיבים המלמדת כי לעמדת גורמי הביטחון הריסת בתים היא כלי חשוב למאבק בטרור שמשגי הרתעה אפקטיבית, [...] דעתי בכל הכבוד שונה. חוות הדעת החסויה המוצגת לנו מעת לעת בעתירות מסוג זה רחוקה מלשכנע בדבר כוחו ההרתעתי של כלי הריסת הבתים. זו שהוצגה לנו במהלך הדיון אמנם עדכנית יותר מבחינת הנתונים המוצגים בה, אך לא משכנעת יותר. כפי שציינתי בעבר וגם לאחרונה, הקושי בחוות הדעת הוא לא מה שיש בה – אלא דווקא מה שאין בה:

”ברור כי יש קושי לכמת במספרים את האופן שבו הריסת בתים מונעת פעולות טרור, כמו שיש קושי לכמת את האופן שבו כלי זה פועל בכיוון ההפוך: מלבה מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים. עצם הניסיון להציג את היעילות ההרתעית כאילו היא מוכחת מבחינה אמפירית נדון לכישלון. במבחן התוצאה, השנים האחרונות עקובות מדם ופיגועי טרור. כך, למרות שכל אותו הזמן המפקד הצבאי עושה שימוש תדיר בכלי של הריסת בתים. יש שיאמרו כי יש בכך משום ראייה לחוסר יעילותו ההרתעתי של כלי זה; אחרים יאמרו

שאלמלא הריסת הבתים, המצב היה חמור הרבה יותר. כזאת היא גם חוות הדעת שהוצגה לנו, רחוקה מלהיות חד משמעית" (בג"ץ 4359/22 אבו שקיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (17.7.2022)).

בבואנו לתת את הדעת למידתיות צו ההריסה, יש משקל ממשי לאותם ספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי הגלום בצו מסוג זה" (עניין גמגום, פסקאות 2-3 לחוות דעתה של השופט ע' ברוך; הדגשות במקור).

22. מפאת האמור עד כה, איני יכול להצטרף למסקנת חבריי לפיה הצו מושא העתירה, המורה על הריסת הדירה כולה, מקיים יחס מידתי לתועלת ההרתעתית שנטען כי תופק ממנו. שכן, תוצאת המעשה במקרה זה אינה שקולה לתועלת הנטענת כי גלומה בה; בפרט בשים לב לפוטנציאל הנזק ההיקפי להריסה הצפויה. דעתי שלי היא, אם כן, כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, הפגיעה החמורה בזכויות בלתי מעורבים מטה את הכף וגוברת על שיקולי ההרתעה שעומדים מנגד, ככל שאלה אכן הרתעתיים ולא עונשיים. בשים לב לכל אלו, סבורני כי נפלו בהחלטת המפקד הצבאי פגמים של ממש; לכל הפחות במישור שיקול הדעת.

23. טרם סיום אעיר, כי שאלת הפיצוי הכספי שמעניק משרד הביטחון למי שרכושם ניזוק בשל מימוש צו הריסה, לא בוררה עד תום. בהיעדר התחייבות מפורשת לפצות את כל בעלי הדירות בבניין, ואף בעלי מבנים סמוכים, על כל נזק שייגרם להם – אין די בטענות המפקד הצבאי בהקשר זה, כדי להצדיק את הריסת הדירה בענייננו. אשוב ואזכיר כי טוב יעשו הגורמים האמונים על כך אם יקבעו מתווה פיצוי נגיש וישים; ולא יסתפקו אך בציון העובדה כי ניתן לפנות בתביעה כאמור למשרד הביטחון.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט י' עמית, אליו הצטרף השופט ע' גרוסקופף ונגד דעתו החולקת של השופט ח' כבוב, לדחות את העתירה.

ניתן היום, י"ט בניסן התשפ"ג (10.4.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט