



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדקה

בג"ץ 1624/16

בג"ץ 1627/16

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים בבג"ץ 1624/16: 1. חמאד
2. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1627/16: 1. עסאף
2. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיב: המפקד הצבאי לאיוור הגדה המערבית

עתירות למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"א באדר ב התשע"ו (21.3.2016)

בשם העותרים בבג"ץ
1624/16: עו"ד לאה צמל

בשם העותרים בבג"ץ
1627/16: עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם המשיב: עו"ד אבינעם סגל-אלעד

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. עניינן של העתירות שלפנינו הוא בהוצאת צווי החרמה והריסה בנוגע לשני מבנים, הנמצאים במחנה הפליטים קלנדיה (להלן: קלנדיה), מכוח תקנה 119 לתקנות

ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). המדובר בדירה אחת הממוקמת על גג מבנה בקלנדיה, בה התגורר חמאד (להלן: חמאד), בנו של העותר בבג"ץ 1624/16; ודירה נוספת אשר נמצאת בקומה הראשונה במבנה בקלנדיה, בה התגורר עסאף (להלן: עסאף), בנו של העותר בבג"ץ 1627/16. צווי ההחרמה וההריסה הוצאו, ביום 23.2.2016, על ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, ובכל אחד מהם נכתב, בין היתר, כי "צעד זה ננקט הואיל והמפגע, ביצע ביום 23/12/15 יחד עם מפגע נוסף פיגוע דקירה בשער יפו שבעיר העתיקה שבירושלים, במהלכו נרצח בדקירות סכין ראובן בירמכר ז"ל. במהלך ניסיון כוחות הביטחון להשתלט על המפגעים, נהרג עופר בן ארי ז"ל ונפצעו שני בני אדם נוספים" [פסקה זו מופיעה בשני הצווים, מאחר שחמאד ועסאף היו שניהם מעורבים באותו הפיגוע].

העתירות

2. העתירות שלפנינו הוגשו על-ידי אבות כל אחד משני המפגעים, שלהם זיקה לדירות שכלפיהם הוצאו הצווים. העותר 2, בשתי העתירות המונחות לפנינו, הוא המוקד להגנת הפרט, המיוצג, כמו גם העותרים, על-ידי עו"ד לאה צמל, בבג"ץ 1624/16, ועל ידי עו"ד אנדרה רוזנטל, בבג"ץ 1627/16.

3. בעתירות שלפנינו נטען, כי ביום 5.2.2016, מסר המשיב הודעות לעותר 1 בבג"ץ 1624/16, ולעותר 1 בבג"ץ 1627/14 (להלן ביחד: העותרים) על כוונתו להחרים ולהרוס את הדירות, אשר תוארו לעיל, וזאת לפי תקנה 119. בגוף ההודעה שנשלחה לעותרים, צוינה האפשרות לפנות למשיב בהשגה, עד ליום 10.2.2016. ביום 10.2.2016, הגיש כל אחד מן העותרים את השגותיו. שתי ההשגות נדחו במכתבים שנשלחו אל העותרים מלשכת היועץ המשפטי של יהודה ושומרון, אליהם צורפו צווי ההחרמה וההריסה, מושא העתירה. העותרים טוענים לפגמים בהוצאת הצווים הן במישור הפרטני והן במישור העקרוני. אפתח, אפוא, בטיעונים הפרטניים שהועלו על ידי העותרים, ולאחר מכן אעמוד על טענותיהם העקרוניות.

4. בעתירה בבג"ץ 1624/16 נאמר, כי הדירה שבה התגורר חמאד הינה דירת חדר בת 25 מ"ר, אשר נמצאת על גג מבנה בן 3 קומות שבנתה משפחתו של חמאד, על קרקע שהוקצתה להם על ידי האו"ם. בהתאם לכך, טוענים העותרים כי האדמה עליה בנוי הבית שייכת לאונר"א, והיא איננה רכושה הפרטי של המשפחה. עוד נטען, כי מלוא חומר החקירה, עליו מבוסס החשד כלפי חמאד, לא נחשף בפני העותרים, שכן הועבר אליהם חומר חקירה "חלקי בלבד". העותרים הפנו, בהקשר זה, לחומר החקירה

הנוגע לנסיבות מותו של המאד, שלשיטתם לא הובררו דיין. טענה נוספת שהועלתה במסגרת עתירה זו, היא כי צו ההחרמה וההריסה אינו עומד במבחני המידתיות, שכן עולה חשש לפגיעה בחדר המדרגות ולהתמוטטות המבנה כולו. נוסף על כך, נטען כי "אופן ההריסה חייב להבטיח אפשרות מחילה אמיתית ובת ביצוע", לפי הסיפא של תקנה 119, דבר שלא יתאפשר במידה שיבוצע צו ההריסה.

5. בעתירה בבג"ץ 1627/16 נאמר, כי הדירה בה התגורר עסאף, הינה דירה המצויה בקומה הראשונה, במבנה בן 5 קומות, ובה מתגוררים הוריו, אחיו ואחיותיו של עסאף. עוד נטען, כי הריסת הדירה איננה מידתית, לנוכח העובדה שאביו של עסאף, הוא העותר בבג"ץ 1627/16, "לא ידע דבר על תכניותיו של בנו עיסא עובר לביצוע הדקירה ביום 23.12.2015". בנוסף, טענו העותרים כי לא ניתן להסתמך על התחייבותו של המשיב לנקוט אמצעי זהירות בעת הריסת דירות המצויות בבניינים רבי קומות, לאור נסיון העבר בתחום זה. על כן, מבקשים העותרים להורות למשיב להעביר לידיהם העתק מתכנית ההריסה, ולהקצות פרק זמן סביר למהנדס מטעמם לבחון את התכנית ולמסור את השגותיו, ככל שיהיו.

6. במישור העקרוני נטען, במסגרת שתי העתירות שלפנינו, כי תקנה 119 סותרת את המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש. כמו כן, הפנו העותרים להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (נחתם בווינגטון, 28 בספטמבר 1995) (להלן: הסכם הביניים), ובו נכתב, בין היתר, כי הכוחות הצבאיים הישראליים יפעלו "תוך התייחסות ראויה לנורמות הבין-לאומיות המקובלות של זכויות אדם ושלטון החוק". נוסף על כך, הפנתה עו"ד צמל, באת כוח העותרים בבג"ץ 1624/16, לסעיפים 33 ו-54 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסרים על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול נגד מוגנים ורכושם, ואוסרים על הריסת בתים ורכוש של המוגנים. עוד הפנתה עו"ד צמל לתקנות 34 ו-50 לתקנות האג, שאף הן אוסרות על הטלת ענישה קולקטיבית, ועל פגיעה והרס של רכוש. זאת, בנוסף להוראות שונות באמנות האו"ם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, והאמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, האוסרות אף הן, לשיטתה של עו"ד צמל, על נקיטת צעדי ענישה קולקטיביים מעין אלה.

בבג"ץ 1624/16, טענו העותרים בנוסף, כי אין זה בסמכותו של המשיב להורות על הריסת בתים בשטח A, בו נמצאת לטענתם דירתו של המאד, וזאת כיוון שבשטח זה העבירה ישראל את הסמכויות הביטחוניות אל המועצה הפלסטינית, כחלק

מן ההסדרים שנקבעו בהסכם הביניים. זאת ועוד, לטענת העותרים אמצעי ההרתעה הנעוץ בהריסת ביתו של המפגע, אינו נדרש מקום בו הוא מצא את מותו במהלך האירוע, ולפיכך יש לקבוע כי "מקום בו חוסל ללא משפט וללא בירור מי שנחשד בביצוע פיגוע, לא יתאפשרו אמצעי הרתעה נוספים". טענה כללית נוספת שהיתה בפי העותרים, עניינה בכך כי המשיב מתעלם מחובתו לבחון, מעת לעת, את היעילות שבהפעלת הסנקציה החריפה של הריסת בתים ואת הקשר הרציונלי בינה לבין התוצאה המבוקשת – הרתעת מפגעים בכוח ובפועל מלבצע פיגועים נוספים. הועלתה גם טענת אפליה בהפעלת הסמכות, בין תושבים פלסטינים לבין מפגעים יהודים, כדוגמת רוצחי מחמד אבו חדיר ורוצחי משפחת דוואבשה בכפר דומא, שביתם לא נהרס. בבג"ץ 1627/16, הדגישו העותרים את אי החוקיות, לטענתם, בהריסת בית משפחה, אשר כלל לא הייתה מודעת לתוכניותיו של המפגע.

7. במסגרת העתירות התבקש גם צו ביניים, האוסר על החרמה והריסה של הדירות עד להכרעה בעתירות. ביום 28.2.2016, ניתן על ידי השופט ס' ג'ובראן צו ארעי המורה למשיב להימנע מביצוע צווי ההריסה עד להחלטה אחרת. נוכח בקשתו של המשיב, ניתנה החלטה, ביום 6.3.2016, על ידי השופט ח' מלצר, כי העתירות יידונו במאוחד.

תגובת המשיב לעתירות

8. ביום 17.3.2016, הוגשה תגובה מטעם המשיב לשתי העתירות. בתגובתו, הטעים המשיב, כי החל מתחילת שנת 2013 ועד לימים אלה, ניכרת מגמה מתמשכת של החרמה במצב הביטחוני ועלייה מתמדת בפעילות הטרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה ושומרון (להלן: "איו"ש"). לתגובת המשיב צורפה טבלה ובה פירוט עשרות פיגועים מסוגים שונים, שהתרחשו מאז תחילת שנת 2014, ועד למועד הגשת התגובה. על רקע ההסלמה הביטחונית, סבור המשיב כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים, אשר היו מעורבים בפיגוע הרצחני שבוצע על ידם, "היא חיונית כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים".

9. המשיב התייחס לפיגוע מושא העתירות דנן, וציין כי לפי הראיות שבידו, ביום 23.12.2015, בשעה 13:00 לערך, הגיעו חמאד ועסאף לאזור העיר העתיקה בירושלים כשהם חמושים בשלוש סכינים גדולות. הם נצפו במצלמת אבטחה, כאשר הם עוברים ליד השער החדש, ובהיותם במרחק של כ-70 מטרים משער יפו, הם החלו לתקוף

אזרחים באמצעות סכיניהם, וכתוצאה מכך רצחו המפגעים את הרב ראובן בירמכר ז"ל (להלן: בירמכר) ופצעו אזרח נוסף באורח קשה. שוטרות מג"ב הגיעו בריצה למקום האירוע בכדי לנטרל את האיום, וכתוצאה מהירי שלהן, נהרג בשוגג עופר בן ארי ז"ל (להלן: בן ארי), אחד מהאזרחים שעברו בקרבת מקום, וניגש לסייע לנפגעים. לטענת המשיב, "מדובר באירוע חבלני-רצחני על רקע לאומני, אשר בוצע לאחר תכנון מוקדם במטרה לפגוע באזרחים יהודיים חפים מפשע". המשיב צירף לתגובתו את הודעתו במטרה של האזרח שנפצע קשה, מרדכי גליק (להלן: גליק), מיום 4.1.2016 (מש/1); את הודעותיהם של עדי ראיה ששהו בקרבת מקום (מש/2-3); ואת הודעותיהם של שני שוטרים שהגיעו למקום האירוע (מש/4-5).

10. אשר לטענות המשפטיות העקרוניות שהועלו על-ידי העותרים בשתי העתירות, נטען על ידי המשיב כי מדובר בטענות שאינן חדשות, ואשר נדונו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר, על ידי בית משפט זה. בפרט, הפנה המשיב לפסק הדין העקרוני, הנוגע להפעלת הסמכויות לפי תקנה 119 (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט), ולפסקי הדין הנוספים שבאו לאחריה. אשר על כן, סבור המשיב כי אין כל הצדקה להידרש לטענות אלה, פעם נוספת, במסגרת העתירה הנוכחית.

11. עוד נטען על ידי המשיב, כי התכלית העומדת ביסוד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית בלבד ולא עונשית. נקודת המוצא היא כי מחבל פוטנציאלי היודע כי אם יבצע את זממו, בני משפחתו עלולים להיפגע – עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתכנן. ההרתעה פועלת, לעיתים, גם כלפי בני המשפחה, שעה שהם יודעים על תוכניותיו של המפגע, וזאת בכדי שיפעלו למנוע את המעשה, מחשש כי ביתם ייהרס או יאטם. לשיטת המשיב, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית המחבל אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא שמדובר בתוצאת לוואי למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות, כאמור. כמו כן, צוין בתגובה כי לפי ההלכה הפסוקה, אין צורך להוכיח את מודעותם או את סיועם של בני המשפחה לתוכניתו של המחבל לבצע את הפיגוע, בכדי שניתן יהיה להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119. נוכח המשמעויות הקשות, אשר נובעות מהפעלתה של תקנה 119, נטען על ידי המשיב כי הוא עושה שימוש בסמכות זו, "רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה'רגילות' כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש". כך, בשנים שבהם פעולות הטרור פחתו, הפעלת הסמכות היתה נדירה למדי, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור הופכים לשגרה יום יומית, יש הכרח בהפעלת הסמכות

בתדירות רבה יותר, "מתוך מגמה להרתיע ולגדוע את נגע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר".

12. עוד נטען, כי הצו בעניינם של חמאד ועסאף, הוצא "בשים לב לחומרת הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצח אזרח בדם קר בדקירות סכין, ונהרג בשוגג אזרח נוסף שחש לטייע לקורבן הפיגוע". ביחס לטענות הנוגעות להיעדר סבירות ומידתיות שהעלו העותרים, טען המשיב, כי המדובר בתגובה סבירה ומידתית שכן "בשני המקרים שבענייננו החליט המשיב על נקיטת צעדים הפוגעים לכל היותר בבני משפחותיהם הגרעיניות של המחבלים, ללא פגיעה נוספת". עוד הבהיר המשיב, כי "מעורבות מהנדסים בהליך ההריסה תבטיח את הביצוע הסביר והמידתי של המהלך".

13. המשיב התייחס בתגובתו לטענות הפרטניות שהועלו על ידי העותרים. אשר לדירתו של חמאד הובהר, כי החלק המיועד להריסה הוא יחידת מגורים בה התגורר המפגע לבדו (כאשר יתר בני משפחתו מתגוררים בדירות הנמוכות יותר באותו הבניין). אשר לחשש כי אופן ביצוע ההריסה יפגע בחדר המדרגות של הבניין, הפנה המשיב לתגובתו להשגה שהגיש העותר, מיום 23.2.2016, ובה נמסר כי ההריסה תתבצע על ידי "פיצוץ מבוקר באמצעות מטעני קדח", וכי "הריסת המבנה תלווה כמובן לכל אורכה ע"י מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה, ותכנון ההריסה ייעשה באופן קפדני ע"י המהנדס". המשיב התייחס לטענת העותרים, לפיה הבית נמצא בשטח שהוא בבעלות אונר"א, וציין, מבלי לאשר את הטענה בנושא הבעלות, כי אין נפקות, לצורך התכלית ההרתעתית של הפעלת תקנה 119, לשאלת הבעלות על הקרקע בה נמצא המבנה. ביחס לטענה, כי ביצוע צו ההריסה מונע מהעותרים לפנות למשיב, בכוא העת, בבקשת מחילה, טען המשיב כי "אם וככל תוגש בקשה שכזו על ידי העותרים הרי שזו תיבחן בהתאם לכלל הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים. לעת הזו, אין כל מקום לדון באפשרות תיאורטית זו".

14. אשר לדירתו של עסאף, נמסר על ידי המשיב, בהתייחס לטענה הנוגעת לאי מעורבותם של בני משפחתו במזימתו, כי לאחר הפיגוע תיחקר נציג השב"כ את אבי המפגע, הוא העותר 1 בבג"ץ 1627/16. בתחקורו של האב, נאמר על ידו כי הוא לא ידע על הכוונה לבצע פיגוע ולא היה משכנע את בנו לבצע מעשה שכזה. ואולם, בהמשך, ציין אביו של עסאף כי הוא גאה בבנו השאהיד, וכי היה מוכן לאבד כך את כל ילדיו. בנוסף, טען המשיב, כי בערב שקדם לפיגוע, העלה עסאף פוסט בפייסבוק ובו כתב "יא אמא של שהיד כל הכבוד לך, בקרוב אמא שלי תחליף אותך". אשר לטענה כי מדובר בדירה הממוקמת בבניין רב קומות, וקיים חשש ליציבותו של המבנה כולו, ציין

המשיב, כי ההריסה "תבצע באופן ידני, באמצעות הריסת מחיצות הדירה ומילוי חלל הפנים שלה בגדרות תיל וחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן זו קומפוננטי". המשיב הוסיף וטען, כי רק הדירה בקומה הראשונה של המבנה "תיהרס ותיאטס", היא הדירה שבה התגורר עסאף עם הוריו וחלק מאחיו. יצוין, כי בקומות הנוספות, מעל לקומת מגורי עסאף, מתגוררות משפחותיהן הגרעיניות של אֶתִּיו הנוספים של עסאף.

לאור האמור, סבור המשיב כי אין עילה להתערב בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי הדירות שבהן התגוררו המפגעים.

התפתחויות נוספות

15. ביום 21.3.2016, נערך דיון בעתירות, במסגרתו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם, ובמהלכו הסכים המשיב כי הדיון יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי. יצוין, כי במהלך הדיון הגיש בא-כוח המשיב, עו"ד אבינעם סגל-אלעד, עותק מדו"ח התחקור של העותר 1 בבג"ץ 1627/16, אביו של עסאף. בתום הדיון ניתנה על ידינו החלטה, בזו הלשון:

1. הדיון נערך – בהסכמת המשיב, כאילו הוצא צו על-תנאי בעתירות.
 2. המשיב ימציא לבקשתו בתוך 15 ימים מהיום, השלמת פרטים וטיעונים לגבי העובדה, לה טענו העותרים בבג"צ 1624/16 שהיחידה בה התגורר המפגע, נשוא צו ההריסה ב-בג"צ 1624/16, נמצאת בבנין הבנוי על קרקע של אונר"א, או שהוקצה למשפחת המפגע ע"י אונר"א וכן לגבי שאלות אחרות שעלו במהלך הדיון.
 3. בתוך פרק הזמן הנ"ל יוכל המשיב אף להמציא פרטים וטיעונים נוספים בהקשר לבג"צ 1627/16 (בא-כוח המשיב מסר בעת הדיון עותק מדו"ח תחקור של העותר בבג"צ 1627/16 – וזה מתקבל).
 4. באי-כוח העותרים בשתי העתירות יוכלו להגיב להשלמות הנ"ל מטעם המשיב בתוך 7 ימים מעת קבלתן. במסגרת זו בא-כוח העותרים בבג"צ 1627/16 אף יגיב למסמך דו"ח התחקור הנ"ל."

16. בהתאם להחלטה זו, הוגשה, ביום 5.4.2016, הודעה משלימה מטעם המשיב בהתייחס לשתי העתירות. בהודעתו, נדרש המשיב לטענה כי הדירה המיועדת להריסה בבג"ץ 1624/16 נמצאת בבניין הבנוי על קרקע של אונר"א. המשיב הפנה למסמכים שונים, מהם עולה כי אין עסקינן בקרקע בבעלות אונר"א. בין היתר, מדובר באתר האינטרנט של אונר"א, שם נאמר כי המקרקעין עליהם בנויים מחנות הפליטים אינם

"Host governments allocate areas of land for use as refugee camps. Some of the land is state-owned, but the majority is privately owned. UNRWA does not own the land." <http://www.unrwa.org/who-we-are/frequently-asked-questions#refugees>. כמו כן, הפנה המשיב לעמדת אונר"א, כפי שהוגשה ביום 3.4.2016 למשרד החוץ, לאור עתירות נוספות שהוגשו, במסגרתן הועלו טענות דומות (בג"ץ 1802/16 ובג"ץ 1817/16). מעמדת אונר"א עולה, בין היתר, כי הקרקעות אינן בבעלות הארגון (Concerning UNRWA's role in relation to Palestine refugee camps in the West Bank, the Agency has no formal authority over land ownership and operates within the mandate of the UN General Assembly, focusing on the provision of services to Palestine refugees, The Agency does not own, administer or police Palestine refugee camps in any of its five fields of operation" עמוד 3, פסקה שלישית לעמדת אונר"א מיום 3.4.2016). עוד הוסיף המשיב בהודעתו, כי המבנים מושא העתירה מצויים בשטח C, ולא בשטח A, כפי שנטען בעתירה בבג"ץ 1624/16. על כן, ולנוכח העובדה כי אין מדובר בקרקעות בבעלות אונר"א, הוסיף וטען המשיב כי יש למפקד הצבאי סמכות להוצאת צווי ההריסה וההחרמה. המשיב דחה את האפשרות, אשר הועלתה בדיון לפנינו, להסתפק באטימת המבנה בו התגורר המאד, חלף הריסתו, באומרו את הדברים הבאים: "בשים לב לחומרת הפיגוע, ועל מנת להשיג את ההרתעה הנדרשת כלפי מחבלים פוטנציאליים נוספים, יש צורך להחרים ולהרוס את יחידת המגורים, וכי אטימת יחידת המגורים לא תוביל להרתעה הנדרשת בכגון דא". נוסף על כך, ציין המשיב, כי לבקשת העותרים בבג"ץ 1624/16, הועבר אליהם חומר חקירה נוסף, הנוגע לטיפול בגופות המפגעים.

17. בהתאם להחלטתנו מיום 21.3.2016, הגישו העותרים, ביום 12.4.2016, את תגובתם להודעתו המשלימה של המשיב. העותרים טוענים כי המבנים מושא העתירות מצויים במחנה הפליטים קלנדיה, ולפיכך גם אם הבעלות בקרקע אינה נתונה לאונר"א, ברי הדבר כי משפחות המפגעים אינם הבעלים של הקרקע או של הבתים, מושא צווי ההריסה. העותרים בבג"ץ 1624/16 ביקשו לצרף דיסק אשר, לטענתם, "מתעד את העוברים ושבים מטפלים בהרוג הישראלי, ומתעללים במנוח [הכוונה לחמאד-א.ש.]. עוד נטען, כי גופתו של חמאד הוחזרה למשפחתו ביום 31.12.2015 "וניכר כי עברה נתיחה מאסיבית". לפיכך, מבקשים העותרים בבג"ץ 1624/16 לקבל חומרים רפואיים נוספים (הכוללים פרטים על מקום פטירתו ומועד פטירתו של המפגע; דו"ח סקירת הגופה; דו"ח נתיחת הגופה; והסבר מדוע גופתו נתפרה). העותרים הוסיפו וטענו, כי יש "חשיבות בקבלת מלוא התיק הרפואי אודותיו, כדי לשקול כל הנתונים נכונה לפני

קבלת החלטה סופית בעתירה זו". בתגובתם, חזרו העותרים על הטענה כי אין מקום להפעיל את הסנקציה של החרמה והריסת בתים "מקום בו המפגע עצמו חוסל או הוצא להורג באופן בלתי חוקי".

העותרים בבג"ץ 1627/16 הגיבו לדו"ח התחקור של אביו של עסאף, וטענו כי הם אינם מצדיקים את דבריו של האב. ואולם, טענו העותרים בבג"ץ 1627/16, כי דברים דומים נאמרו על ידי קרובי משפחה של מפגעים יהודים, "ולשניהם מגיעה אותה התייחסות".

דיון והכרעה

18. לאחר עיון בחומר, ובהודעות המשלימות שהגישו הצדדים, הגעתי לידי מסקנה כי דין העתירות להידחות, וכך גם אציע לחבריי לעשות.

19. בפתח הדברים מצאתי לנכון להבהיר, כי אינני רואה מקום, במסגרת העתירות שלפנינו, להידרש לשאלה העקרונית, העוסקת בעצם הפעלת הסמכות להוצאת צווי החרמה והריסה, בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה. נושא זה נדון והוכרע בעבר, והדברים הובהרו היטב בפסק הדין שניתן בעניין המוקד להגנת הפרט, כאשר עתירה לדיון נוסף בעניין זה, נדחתה (דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)). כפי שהבעתי את דעתי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), אין מקום, בנסיבות העניין, לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות, לבל יהפוך מוסד זה מ"בית משפט" ל"בית שופטים", כדברי השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטוונסקי, פ"ד טו 71, 76 (1961) (וראו גם את דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), בפסקה 6 לחוות דעתו; דברי השופטת א' חיות בפסקה 1 לחוות דעתה בעניין המוקד להגנת הפרט; ודברי הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באיזור הגדה המערבית (12.11.2015), בפסקה 26 לחוות דעתה, לפיהם "הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להתמקד במישור שיקול הדעת" (להלן: בג"ץ חמאד)).

20. ארשה לעצמי להוסיף, בהקשר זה, מספר מילים, לאור הטענה הנשמעת לעיתים, כי שומה על שופטיו של בית משפט זה לפסוק בהתאם לצו מצפונם, בדונם בעתירות שעניינן הריסות בתים, ושלא לראות עצמם מחוייבים להלכות שנקבעו בבית המשפט, בסוגיה הרגישה שלפנינו. ראשית, גלומה בטענה זו הנחה שאין לה בסיס לפיה

מי שמיישמים את ההלכה הפסוקה בנושא הנדון, אינם פועלים לפי מיטב הבנתם ושיקול דעתם אלא נגררים לפסיקה שאינה משקפת, בהכרח, את עמדתם, בבחינת "מצוות אנשים מלומדה" (ישעיהו, כ"ט, יג'). שנית, אינני סבור כי יש שחר לטענה כי בסוגיה הספציפית שלפנינו צריכים השופטים להתנער מפסיקתו העקרונית של בית משפט זה, להבדיל ממקרים אחרים, וזאת לאור משמעותם הקשה של צווי ההריסה המופנים, לעיתים קרובות, כלפי אנשים בלתי מעורבים. ניתן להעלות על הדעת נושאים רגישים, חשובים וקשים לא פחות, שגם בהם רואים עצמם השופטים מחוייבים להלכות שנקבעו בבית משפט זה, כל עוד לא שונו בדרך הראויה והמקובלת. כאשר כל שופט מביע את דעתו ומכריע בניגוד להלכה הפסוקה, הופך בית המשפט ל"בית שופטים", שבו כל שופט פועל לעצמו, ואין צריך לומר כי מדובר במצב בלתי רצוי.

לסיום, אביא קטע מדבריו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 8567/15

חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (18.12.2015), המשקפים גם את עמדתי:

"הריסת בתים אינה נושא חביב כל עיקר על איש מאתנו, לשון המעטה, והדבר נאמר שוב ושוב בפסקי דינו, כולל הרוח העולה מפסק הדין הנוכחי, והמדיניות טעונה חשיבה מתמדת ומעקב מתמיד באשר לתועלת שבהרתעה. גם השופט מזוז מסכים, כך נדמה, כי עסקינן לא בסמכות אלא במידתיות, ומכאן לעמדתו אין לקבל פגיעה ברכושם של חפים מפשע [...]. כולנו רוצים לפרש את הסמכות ברוח חוקי היסוד. אילו היינו במציאות אחרת הייתי שמח מאוד, וכמותי רבים מחברינו, להצטרף למסקנה אליה הגיע חברנו השופט מזוז בכבוד. השופט פוגלמן ביטא זאת בחוות דעתו בעניין סידר, אך ציין כי איננו 'בית שופטים', וכי משפסק בית המשפט, זה לא כבר, בעניין זה תוך בחינה קפדנית, הצעד מחייב את כולנו" (שם, בפסקה י"ג).

21. היקף סמכותו של המשיב במסגרת תקנה 119 הוא רחב, והשימוש בסמכות לפי תקנה זו עשוי להוביל, מטבע הדברים, לתוצאות קשות ביותר. אשר על כן, הובהר בפסיקתו של בית משפט זה, כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זהיר ומצומצם בסמכות זו, ולקבל את החלטותיו בסבירות ובמידתיות. ראשית לכל, נקבע כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119, רק כאשר יש באמצעי זה בכדי לשרת את התכלית ההרתעתית, אשר עומדת ביסוד הפעלת הסמכות. כלומר, המפקד הצבאי אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו לשם ענישתם של המפגעים ובני משפחותיהם. אמנם, תוצאתה המעשית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 עלולה להיות פגיעה בבלתי מעורבים, אולם זוהי אינה תכליתה של התקנה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד

הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 23 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 19 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003). בעקבות חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 נפסק, כי יש לפרש את הסמכות המוקנית למשיב בתקנה 119, ברוח האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם לכך, על המפקד הצבאי לוודא כי פעולת ההריסה (או האיטום) מבוצעת למען תכלית ראויה, וכי מדובר בפעולה סבירה ומידתית, על פי מבחני המידתיות המוכרים לנו (בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012) (להלן: עניין מוגרבי); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009) (להלן: עניין אבו דהים)).

22. עוד נקבע, כי על המפקד הצבאי לשקול, בבואו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, בין היתר, את השיקולים הבאים: חומרת המעשים המיוחסים למפגע; עוצמת הראיות הקיימות נגדו; מידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית בפעילות החבלנית של המפגע; האם מדובר במקום מגוריו של המפגע, וככל שעסקינן ביחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה, יש לבחון את השאלה, האם ניתן להרוס את היחידה הנפרדת מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה, או במבנים שכנים. נוסף על כך, על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים אשר עלולים להיפגע מהריסת המבנה, ובפרט כאשר מדובר במי שלא היו מודעים למעשיו של המפגע (בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996) (להלן: עניין סאלם); עניין קואסמה, בפסקה 22). עם זאת, נקבע כי אין מדובר בשיקולים ממצים, ועל המפקד הצבאי לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו הוא (עניין עואודה, בפסקה 18).

23. על בסיס העקרונות שפורטו לעיל, אפנה לבחון את המקרה המונח לפנינו. טרם שאכנס לעובי הקורה, אפתח בנתונים המצביעים על מגמה מתמשכת של עלייה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, והדברים אמורים בהיקפם של הפיגועים, כמו גם במידת חומרתם. על פי נתונים שמסר המשיב, הרי שבשנת 2013, נרשמו כ-1403 פיגועים; בשנת 2014, גדל המספר ל-2,216 פיגועים; ובשנת 2015, הגיע מספר הפיגועים לכדי 2,403 פיגועים. בשנת 2016, נכון ליום 8.2.2016, נרשמו 206 פיגועים. עד לפני מספר שבועות, התרחשו פיגועים, כמעט מדי יום ביומו, ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש, אשר גבו חיי אדם וגרמו לנפגעים לא מעטים. מציאות מעין זו פוגעת קשות בתחושת הביטחון של תושבי ואזרחי המדינה, ומעוררת חרדה ופחד מפני פיגוע נוסף האורב מעבר לפינה. כך, ביום 8.6.2016, התרחש פיגוע קשה במתחם "שרונה" בתל אביב, במסגרתו נרצחו ארבעה ישראלים ונפצעו רבים אחרים.

24. הלכה היא, כי לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, "די בכך שהונחו בפני המשיב ראיות מנהליות המניחות את דעתו כי אחד מתושבי הבית ביצע את אחד המעשים הנכללים בתקנה 119, על מנת להורות על הריסתו" (בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, פס' י"ג (31.12.2014)). ואם נחזור לענייננו, נראה כי בידי המשיב ראיות מנהליות מבוססות לגבי מעורבותם של המפגעים ברצח המתועב של הרב ראובן בירמכר ז"ל, להריגתו בשוגג של עופר בן ארי ז"ל, ולפציעתו הקשה של מרדכי גליק. גליק, האזרח הראשון שהותקף על ידי המפגעים, מסר בהודעתו במשטרה מיום 4.1.2016, בין היתר, את הדברים הבאים:

"בתאריך 23/12/15 בשעה 13:05 בערך, אני יצאתי משער יפו לבד [...] שמעתי צעקות ברחוב [...] וראיתי שני אנשים רצים אחרי לכיוון שלי ואני ניסיתי לברוח מהם אבל הם קפצו עלי ודקרו אותי ארבע דקירות, שלוש דקירות בגב בצד ימין ודקירה אחת מתחת לבית שחי בצד ימין [...] הם המשיכו לכיוון שער יפו, ואני אבדתי קשר עין איתם, אבל ממה שהבנתי שהם דקרו עוד אנשים" (מ/ש 1/ לתגובת המשיב מיום 17.3.2016, שורות 2-17).

25. לאחר שפצעו באורח קשה את גליק, המשיכו המפגעים במזימתם, ודקרו נמרצות את הרב ראובן בירמכר ז"ל, כפי שעולה מהודעתו של עד הראייה משה שמעוני: "הגעתי לזירה שבה ראיתי את הדקירות, והבחנתי ששני אנשים דוקרים שוב ושוב איזה חרדי, ממש בלי רחמים ובלי הפסקה. הם הדביקו אותו לגדר ודקרו שוב ושוב בגופו" (מ/ש 2/ לתגובת המשיב מיום 17.3.2016, שורות 6-7). עוד עולה מחומר הראיות, כי עופר בן ארי ז"ל, ניסה למנוע מהמפגעים להמשיך במסעם הרצחני, תוך שימוש בלום שהיה ברשותו, אולם ללא הצלחה. בשלב זה, הגיעו למקום שוטרים מג"ב, אשר פתחו באש כדי למנוע מהמפגעים להוסיף ולבצע את זממם, ומהירי שבוצע נהרג עסאף ונפצעו באורח קשה חמאד ובן ארי ז"ל (ראו, בהקשר זה, עדותו של עד הראייה נדב כהן, מ/ש 3/ לתגובת המשיב מיום 17.3.2016). מעדויות השוטרים שהיו במקום, נראה כי לאחר הירי, ניסה חמאד להגיע אל סכין, אשר הייתה צמודה אליו, אולם השוטרים השתלטו עליו, ואזקו אותו. בסיום האירוע, פונה חמאד באמצעות צוות רפואי לבית החולים, ומותו נקבע בהמשך (מ/ש 4-5 לתגובת המשיב מיום 17.3.2016). כמו כן, נקבע, לדאבונו הלב, מותו של עופר בן ארי ז"ל, אשר גילה תושייה וגבורה רבה, שעה שניסה למנוע מהמחבלים להמשיך במסע הרצח, ולגבות חייהם של חפים מפשע נוספים. עינינו הרואות, מדובר בפגיעה רצחנית, במסגרתו זממו המפגעים לפגוע ביהודים, רק באשר הם יהודים, וזאת בנחישות, מונעים מתוך שנאה, וללא גילוי רגשות

אנושיים. בל נשכח, כי פיגוע זה התבצע על רקע של מציאות ביטחונית קשה, כפי שתוארה לעיל, בה בוצעו חדשות לבקרים, פעולות טרור נגד אזרחי ותושבי ישראל, על ידי מחבלים מוסתים, שכל מטרתם לגרום להרג של אנשי כוחות הביטחון ואזרחים תמימים, ללא כל הבחנה.

26. העותרים בבג"ץ 1624/16 שבו וטענו, כי נסיבות מותו של חמאד אינן ברורות, וכי יש חשיבות בקבלת מלוא החומר הרפואי אודותיו, טרם שתתקבל החלטה בעתירה זו. בהתייחס לטענה זו, מן הראוי לציין כי בהתאם לחומר הראיות שצירף המשיב, אין חולק כי עוברי אורח ניסו לנטרל את האיום שנבע ממעשיהם של חמאד ועסאף, וזאת, בין היתר, תוך שימוש בלום, ואחד מהאזרחים, עופר בן ארי ז"ל, קיפח את חייו בשל ניסיונות אלו. עוד אין מחלוקת, כי חמאד נורה על ידי שוטרות מג"ב, נפצע כתוצאה מהירי, והובל לטיפול רפואי בבית החולים, לאחר הפיגוע. אשר על כן, אינני רואה צורך בהגשת תקליטור שבו צולמה זירת האירוע, כפי שהתבקש על ידי העותרים בבג"ץ 1624/16, שכן לא נראה כי תוכנו של התקליטור נמצא במחלוקת בין הצדדים. כפי שעולה מהודעתו המשלימה של המשיב, מיום 5.4.2016, נמסרו לעותרים, לבקשתם, תמונות מזירת הפיגוע של גופות המחבלים, וכן דו"חות המשטרה, בשלב העברת הגופות למכון לרפואה משפטית באבו כביר. ואולם, עו"ד צמל ביקשה מן המשיב לקבל חומרים רפואיים נוספים, ובין היתר, את דו"ח נתיחת הגופה. בהודעתו המשלימה, ציין המשיב, כי "בקשת העותרים לקבלת מסמכים רפואיים ופרטים נוספים אודות הפיגוע עצמו, חורגת מהסעד המבוקש בעתירה וחורג מהטענות ביחס לסמכותו של המפקד הצבאי לפעול בהתאם לתקנה 119 [...] ככל שברצונם של העותרים לקבל פרטים נוספים ביחס לפיגוע, הרי שעליהם לפנות למשטרת ישראל". תשובתו של המשיב לבקשה לקבלת חומרי חקירה נוספים, בנוגע לנסיבות מותו של חמאד מקובלת עליי, ואינני סבור כי יש לנסיבות אלה השלכה או רלוונטיות לעתירה שלפנינו. כפי שנמסר לעותרים על ידי המשיב, הן במכתב מיום 28.3.2016, והן בהודעה המשלימה מיום 5.4.2016, החומר המבוקש על ידם מצוי בידי גורמי המשטרה, והעותרים רשאים לפנות לגורמים אלה לשם קבלת חומרי החקירה המבוקשים, ולא נמסר לנו מדוע הם נמנעו מלעשות כן.

27. זה המקום להתייחס לטענת העותרים לפיה, משחוסלו המפגעים, מומש גורם ההרתעה ואין עוד צורך בהשגת הרתעה נוספת, בדרך של הוצאת צווי הריסה. אינני רואה ממש בטענה זו. יש לזכור כי שרשרת הפיגועים המלווה אותנו בשנה האחרונה, מבוצעת על ידי צעירים מוסתים, אשר חלקם מוצאים את מותם תוך כדי ביצוע הפיגוע. נטרול המפגעים בזירה לא נועד להרתיע אותם בשעת מעשה, באשר אין חולק כי המפגעים לוקחים בחשבון כי מדובר מבחינתם בפיגוע, שבמהלכו הם יסיימו את

חייהם. לפיכך, אין בעובדה כי המפגעים מצאו את מותם במהלך האירוע הרצחני, אותו יזמו, כדי לשרת את מטרת ההרתעה כלפי אחרים. מאליו יובן, כי אין בכך כדי לאיין את הצורך בנקיטת אמצעי הרתעה (שאינם בגדר ענישה) כדוגמת הוצאת צווי החרמה והריסה.

28. סוגיה נוספת אשר מונחת לפתחנו עניינה בשאלת הבעלות על הקרקע, עליה נמצא בית משפחתו של חמאד. כאמור, העותרים בבג"ץ 1624/16 והמשיב חלוקים בשאלה מיהם הבעלים של הקרקע, כאשר לטענת העותרים מדובר בקרקע שנמצאת בבעלות אונר"א, ואילו המשיב חולק על כך. נראה, כי אין עוד מחלוקת כיום כי הקרקע איננה שייכת לאונר"א, הגם שהבעלות על הקרקע והבית הבנוי עליה, איננה ברורה די צורכה. עם זאת, יש להדגיש כי הליך זה איננו המקום המתאים לבירור סוגיות קנייניות, ועל כן אינני מוצא כל צורך להכריע בסוגיית הבעלות. כפי שנקבע לא אחת, לשם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, אין צורך להוכיח כי למחבל הייתה בעלות בנכס שבו הוא התגורר, אלא נדרש להראות כי קיימת זיקת מגורים של המחבל לאותו בית (בג"ץ חמאד, בפסקה 45). כך למשל, הסמכות הופעלה בעבר גם במקרים בהם המחבל ומשפחתו התגוררו במבנה בשכירות (בג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (31.7.1989); בג"ץ 869/90 לפרוך נ' מפקד אזור יהודה ושומרון – בית אל (3.5.1990); בג"ץ 3567/90 טבאר נ' שר הביטחון (1990)). עם זאת, כאשר מדובר בדירה המצוייה בבעלותו של צד ג' שהוא זר למפגע, ייתכנו מקרים בהם יוחלט שלא להרוס את המבנה בשלמותו, ובמקרים חריגים אף להימנע מביצוע צו ההריסה (בג"ץ חמאד, בפסקאות 29, 46-48; בג"ץ 6745/15 חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' י"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (1.12.2015)). במקרה דנן, הוצא צו הריסה כלפי יחידת המגורים בה התגורר חמאד, מבלי לפגוע במבנה כולו, ונראה כי החלטה זו, הינה סבירה ומידתית. כאמור, גם אם מהבחינה הפורמלית אין לראות את המפגע ומשפחתו כבעלי המבנה כולו, אין ספק כי מדובר בבית המגורים שלהם, ואין לראותם כשוכרים או כבעלי זיקה חלשה למקרקעין.

29. אשר לטענה כי בני משפחתו של עסאף לא היו מעורבים ולא ידעו על כוונתו לבצע את הפיגוע, אציין כי נקבע בעבר, כי המשיב אינו נדרש להראות כי המתגוררים בבית ידעו אודות הפעילות החבלנית המתוכננת של המפגע, או כי עודדו אותו לבצע את הפיגוע (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 698 (1992); עניין טאלס, בעמ' 359; עניין אבו זהים, בפסקה 7). יפים, לעניין זה, דבריו של השופט טירקל בבג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003): "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עוונו של המחבל נושאים

בני משפחתו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך". אכן, מהחומר שהונח לפנינו עולה כי קרובי משפחתו של עסאף לא היו מעורבים בביצוע הפיגוע, ואף, ככל הנראה, לא היה מודעים לתכנונו. ואולם, לאחר האירוע, תמך אביו של עסאף במעשיו של בנו, כפי שפורט לעיל, והגדיל לעשות כאשר אמר כי הוא מוכן לאבד באופן זה את כל ילדיו. עוד עולה מדבריו של עסאף עצמו, עובר לפיגוע, כי משפחתו הביעה תמיכה מסוימת במעשיו. ההתבטאויות הללו מצביעות על האווירה ששררה בביתו של עסאף, ויש ליתן לכך משקל בקבלת ההחלטה בעניין הוצאת צו ההריסה, הגם שהיעדר התבטאויות מעין אלה אינו מונע, מניה וביה, את הוצאת הצו (וראו, לעניין זה: בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית (31.5.2016); ובבג"ץ חמאד, את דבריו של חברי השופט ח' מלצר, בפסקה 5 לחוות דעתו, וכן את דבריו של השופט נ' סולברג בפסקה 1(ז)).

30. אשר לנושא ה"מחילה", אציין כי אפשרות זו קבועה בסיפא של תקנה 119, שזו לשונה :

"מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון בכל זמן, בצו, למחול על ההחרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל טובות הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקנין בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לתקפם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה".

31. משמע, ההחלטה להוציא צו החרמה והריסה הינה החלטה הדירה, וככל שנוצר שינוי נסיבות מהותי במצב, או שקיימים טעמים ראויים אחרים, יכולים העותרים לפנות בבקשה מתאימה למחילה (וראו, עניין מוגרבי, בפסקה 28(ג)). העותרים בבג"ץ 1624/16, טוענים כי יש להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, באופן שיאפשר להם להגיש בקשת מחילה, ובמילים אחרות – להימנע מביצוע צו ההריסה. דעתי היא, כי בשלב זה, אפשרות המחילה היא תיאורטית גרידא, ואין מקום להידרש אליה לצורך הכרעה בעתירות שלפנינו, מה גם שבקשת המחילה יכולה להתייחס להקמת המבנה מחדש, גם אם הוחלט בעבר על הריסתו, וצו ההריסה בוצע.

32. אשר לטענה, כי האמצעי של הריסת בתים לצורך השגת הרתעה, לא הוכיח את עצמו, שכן ההרתעה המיוחלת אינה מושגת בדרך זו, נקבע לא אחת, כי האפקטיביות בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 צריכה להיבחן באופן מתמיד ושיגרת, על ידי גורמי הביטחון (ראו, עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כ"ז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ובפסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). במסגרת תשובתו לעתירות דנן, ציין המשיב, כי "על רקע הנסיבות הביטחוניות החמורות לעת הזאת [...] הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים שביצעו את הפיגוע הרצחני בו עסקינן, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים". ועוד נמסר, כי נושא זה נבחן, באופן שוטף, על ידי גורמי הביטחון, אשר מצאו כי לעת הזאת אין מקום להימנע מהוצאת צווי החרמה והריסה, לצורכי הרתעה. לא הוצג על ידי העותרים, כל טעם מבורר שיש בו כדי הטלת ספק בדבריו של המשיב, ועל כן נחה דעתי כי אין להתערב בהחלטתו ובשיקוליו, לעניין זה.

33. אשר לטענת האפליה בשימוש בסמכות זו, בין מפגעים ערבים לבין מפגעים יהודים, אציין כי זו נטענה בעלמא, מבלי שהוצגה תשתית עובדתית מספקת לקיומה של אכיפה בררנית, שאינה נעוצה בשיקולים עניינים. כפי שציין השופט י' דנציגר בעניין קואסמה:

"הואיל ותכליתה של תקנה 119 היא הרתעתית ואינה עונשית, אין די בעצם ביצועם של מעשי טרור נתעבים על ידי יהודים, דוגמת הטיפת ורצח הנער מוחמד אבו חדיר, כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה ביחס לחשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית" (שם, בפסקה 30).

לפיכך, יש לדחות טענה זו של העותרים.

34. טרם סיום, אייחד מספר מילים לעניין שיטת ההריסה של שני המבנים. אשר למבנה מגוריו של חמאד, נזכיר כי מדובר בדירה שנמצאת על גג מבנה של משפחתו, אשר בה התגורר חמאד לבדו. לשיטתו של המשיב, אין באטימת יחידת המגורים בכדי להשיג את ההרתעה הנדרשת במקרה דנן, וסבורני כי אין להתערב בהחלטה זו. בנוסף, הדגיש המשיב, כי ביצוע צו ההריסה, במקרה בו עסקינן, לא יוביל לפגיעה בבני משפחתו של המפגע, שכן, כאמור, הוא התגורר ביחידת מגורים נפרדת, והיא זו המיועדת להריסה. אציין עוד, בהקשר הנדון, כי מידתיות הסנקציה נמדדת, בין היתר, ביחס לחומרת המעשים, ובענייננו מדובר במעשים חמורים עד מאוד, שהביאו

לתוצאות קשות ביותר (בג"ץ חמאד, פסקאות 23-24; בג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003)). המשיב מסר, כי הליך ההריסה ילווה על ידי מהנדס צמוד, כאשר תכנון ההריסה נעשה באופן קפדני ומדוקדק על ידו. נראה, כי יש בכך משום מענה מספק לחשש כי עלול להיפגע חדר המדרגות של הבניין, או כי המבנה כולו עשוי להתמוטט.

35. אשר לדירתו של עסאף, המדובר בדירה בקומה הראשונה, שבה הוא התגורר ביחד עם בני משפחה נוספים. המשיב מסר, כי לאור העובדה שמדובר בבניין רב קומתי, ומוקף במבנים צמודים אחרים, ההריסה תבצע באופן ידני, ולא באמצעות פיצוץ. סבורני, כי במסגרת החלטתו של המשיב על אופן ההריסה, ננקטו אמצעי הזהירות הדרושים ונשקלו השיקולים הרלוונטיים, למניעת נזק סביבתי, ובכלל זה התחשב המשיב במיקום הדירה בתוך המבנה כולו, וצפיפות הבנייה מסביב לבניין, כפי שעלה בדיון שנערך לפנינו. נראה, כי בהריסת דירתו של עסאף, בה התגוררו חלק מבני משפחתו, להבדיל מהריסת המבנה כולו, יש כדי לעמוד בתנאי המידתיות הנדרשים, לצורך הפעלת תקנה 119.

36. לסיכום, נראה בעיניי, כי המשיב הפעיל את שיקול דעתו בסבירות ובמידתיות, עת הוציא מתחת לידי את צווי ההחרמה וההריסה מושא העתירות, ולפיכך אינני רואה מקום שנתערב על דרך של ביקורת שיפוטית בהחלטתו.

לפיכך, אציע לחבריי לדחות את שתי העתירות, ועוד אציע כי הצו הארעי שהוצא על ידי השופט ס' ג'ובראן, יפקע תוך 5 ימים ממועד פסק דין זה, כדי לאפשר שהות מספקת לצורך התארגנות.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

מצויים אנו בעיצומה של אינתיפאדה. הטרור נוכח. הוא גובה קורבנות, מטיל אימה ומערער את תחושת הביטחון האישי. בענייננו מדובר בפגיעה דקירה שבוצע ביום 23.2.2016 בשער יפו שבעיר העתיקה בירושלים, ובמהלכו שני מחבלים דקרו למוות את הרב ראובן בירמכר ז"ל ופצעו את מרדכי גליק באורח קשה; עופר בן ארי ז"ל, שניסה לנטרל את המפגעים, נהרג בשוגג מאש שוטרות מג"ב. העדויות שנאספו מזירת הטרור הן מזוויעות, מצמררות ממש. ואולם חשוב שנזכור כי הריסת בתים היא כלי שנועד לשמש אך ורק למטרה של הרתעה מפני ביצוע פיגועים עתידיים, ואין לעשות בו שימוש כתגובה עונשית לפגיעה שכבר בוצע. להשקפתי חומרת מעשה הטרור לא יכול שתספק כשלעצמה הצדקה להרס בתים של אנשים חפים מפשע שלא היתה להם מעורבות במעשה, ולכל הפחות ידיעה על אודותיו. הדבר אינו עומד במבחני המידתיות. עם זאת, כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בדיעה קונסטרוקטיבית של מי מבני המשפחה בנוגע למעשה, כפי שנתתי לדברים ביטוי זה מכבר:

"כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בדיעה של מי בני המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של המחבל – ולעניין זה תיתכן אף ידיעה קונסטרוקטיבית, 'עצימת עיניים'. במקרים מסוימים ניתן אף להסיק על ידיעה כזו באופן נסיבתי – למשל מתוך טיב היחסים שבין המחבל לבני משפחתו, בשים לב לתדירותם (אם מתגורר איתם באורח קבע או ארעי), או לגילו של המחבל (קטין לעומת אדם המנהל חיים עצמאיים). כמו כן, עשויה להיות משמעות בהקשר זה ל'נורות אזהרה' כדוגמת התבטאויות מקדימות של המחבל ברשתות החברתיות, או התרועעות עם אנשים המזוהים עם ארגוני טרור. ניתן אף להסיק על תמיכה של המשפחה במעשה הטרור מתוך התנהלותה לאחר מעשה – למשל במקרה של קבלת גמול כספי בגין המעשה מאת ארגון התומך בטרור, או אף הבעת תמיכה מילולית ואחרת במעשיו של המחבל. יודגש כי אין באמור כדי לקבוע מסמרות, וברי כי כל מקרה יש לשקול לגופו על רקע מכלול הנסיבות" (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 8 (31.3.2016)).

על פי מידע מודיעיני שהוצג לנו מאת המשיב – עסאף, אחד משני המפגעים, כתב ערב הפגיעה בחשבון הפייסבוק שלו "פוסט" המצהיר על כוונתו להפוך בקרוב לשהיד. אביו של עסאף הצהיר במהלך תחקורו בשב"כ בעקבות הפגיעה, כי הוא גאה בבנו השהיד וכי למטרה זו הוא מוכן לאבד את כל ילדיו. מידע זה מעיד לכאורה על

תמיכה בטרור בתוך ביתו ובקרב בני משפחתו של עסאף – ומכאן שיש לייחס למשפחה ידיעה קונסטרוקטיבית, שלפיה היה על בני המשפחה לדעת בדבר כוונותיו הרצחניות של עסאף (וראו גם חוות דעתי ב-בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (31.5.2016)). במצב דברים זה, אני סבורה כחברי השופט א' שהם כי הריסת הבית שבו התגורר עסאף היא מידתית.

אשר לביתו של חמאד, המחבל הנוסף – העותר נגד הריסת הבית הוא אביו, והעתירה הוגשה בשמו ובשם בני משפחתו. ואולם אין חולק כי לבני המשפחה בתים משלהם, וחמאד התגורר בגפו בבית המיועד להריסה. מטבע הדברים, בנסיבות אלה חשיבותו של השיקול בדבר מעורבות או ידיעה של בני המשפחה על אודות הפיגוע שבוצע פוחתת באופן ניכר. משכך, ובהינתן החומרה היתרה שבמעשיו של חמאד, והעובדה כי הריסת ביתו לא תביא לכך שאנשים חפים מפשע יוותרו ללא קורת גג מעל לראשם – גם בעניין זה אני מצטרפת לדעתו של חברי כי ההריסה היא מידתית.

סופו של דבר, אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט א' שהם, שלפיה יש לדחות את שתי העתירות המופנות נגד צווי הריסת בתיים של שני המחבלים שביצעו את הפיגוע בשער יפו בירושלים.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, ח' בסיון התשע"ו (14.6.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט