



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 628/18

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

- העותרים: 1. _____ כמיל
2. _____ כמיל
3. _____ כמיל
4. _____ כמיל
5. _____ כמיל
6. _____ כמיל
7. _____ כמיל
8. _____ כמיל
9. _____ כמיל
10. _____ כמיל
11. _____ כמיל
12. _____ כמיל
13. _____ כמיל
14. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי ליו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ז בשבט התשע"ח (12.2.2018)

בשם העותרים: עו"ד מיכל פומרנץ

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

בעתירה שלפנינו מבוקש לבטל צו החרמה והריסה שהוצא ביחס לחדר ומטבח במבנה בו התגורר חאלד מוסטפא יאסין כמיל (להלן: צו ההריסה), לאחר שביום 4.10.2017 ביצע – לפי המיוחס – פיגוע יחד עם אדם נוסף, מוחמד אלרוב (להלן: אלרוב), במהלכו רצחו את ראובן שמרלינג ז"ל (להלן: המנוח).

1. ביום 29.10.2017 הוגש לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד כתב אישום נגד האלד מוסטפא יאסין כמיל (להלן: כמיל או המפגע), יליד 1997, ואלרוב, יליד 1998 (להלן ביחד: הנאשמים), המייחס להם ביצוע עבירת רצח בכוונה תחילה וכניסה ושיבה בישראל בניגוד לחוק. על פי הנטען בכתב האישום בסמוך ליום 23.9.2017 החליטו הנאשמים להיכנס לישראל על מנת לעבוד במחסן פחמים בכפר קאסם, השייך לבית עסק שנוהל על ידי המנוח (להלן: המחטן) וזאת למרות שלא היה להם היתר לשהות בישראל. באותה עת, גמלה בלבו של כמיל ההחלטה לנצל את השהות בישראל כדי לבצע פיגוע דקירה ממניע לאומני, ולגרום למותם של יהודים, באשר הם יהודים. כמיל הציע לאלרוב לבצע עמו פיגוע דקירה בישראל והאחרון סירב. ביום 23.9.2017 נכנסו הנאשמים לישראל שלא כדין וסמוך לאחר מכן החלו לעבוד במחסן, כך שבמהלך עבודתם לנו השניים בחדר שבשטחי המחסן. עובר ליום 2.10.2017 הציע כמיל לאלרוב לרצוח את אחד העובדים היהודים במחסן, ואלרוב הסכים לכך. במטרה לקדם את ביצוע הרצח, ביום 2.10.2017 או בסמוך לכך, הלכו השניים למרכז כפר קאסם כדי לרכוש סכין לביצוע הרצח. הנאשמים לא מצאו סכין מתאימה לצרכיהם, וחזרו למחסן. למחרת, הלך שוב אלרוב לחפש את מבוקשם של השניים, ורכש סכין לחיתוך בשר, בעלת להב באורך של כ-18 סנטימטרים. אלרוב נתן את הסכין לכמיל, שהסתיר אותה מתחת למזרן בחדר. כדי להבטיח את הימלטותם מישראל לאחר ביצוע הרצח, השיגו הנאשמים מספר טלפון של אדם שיוכל להעבירם מישראל אל מקום מגוריהם. בהמשך, החליטו הנאשמים לגרום למותו של המנוח וביום 4.10.2017 הם רצחו אותו. לאחר הרצח הלך אלרוב להתקלח ולהחליף את בגדיו. באותה העת כמיל צילם את המנוח בטלפון הנייד שהיה ברשותו ולאחר מכן התקלח אף הוא והחליף את בגדיו. השניים יצאו מהחדר כשהם משאירים את המנוח מתבוסס בדמו, ונמלטו מהמקום.

עוד יוער כי על פי המידע הקיים אצל המשיבים, כמיל סיפר על ביצוע הפיגוע לאחיו מצטאפא, שהסגיר אותו למנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית.

2. ביום 31.12.2017 הודיע המשיב 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן: המשיב או המפקד הצבאי), לעותרים 1-13 (להלן: העותרים או בני המשפחה) על כוונתו "להחרים ולהרוס את חדרו של המחבל יוסף כמיל והמטבח הצמוד לו, שניהם בחלקו הצפוני של המבנה" (להלן: החדר והמטבח). בהודעה האמורה ניתנה לעותרים אפשרות להשיג על ההחלטה עד ליום 4.1.2018 שעה 06:00. כמו כן, מן התגובה המקדמית

לעתירה עולה כי החלטת המשיב להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה או התקנות) כלפי הבית שבו התגורר כמיל התקבלה לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני ועל דעת פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, ולאחר שנבחן במסגרתה גם דבר הסגרתו של כמיל למנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית.

3. ביום 7.1.2018 הגישו בני המשפחה השגה על ההודעה להחרים ולהרוס את החדר והמטבח, וזו נדחתה במכתב המשיב מיום 16.1.2018. במכתבו, עמד המשיב על התשתית הראייתית הקיימת התומכת במעורבות כמיל בפיגוע והפנה לכתב האישום שהוגש בעניינו וכן עמד על תכלית ההריסה. עוד צוין – במענה לטענות העותרים בדבר הסיכון כי הריסת החדר והמטבח תביא להתמוטטות הקומה כולה – כי ההריסה תבצע באופן ידני, וזאת לאחר שנושא נבחן על ידי מהנדס מוסמך. נוסף על דברים אלה נמסר כי ההריסה לא תבוצע עד לאחר יום 21.1.2018 שעה 15:00. באותו היום הוציא המשיב את הצו נושא העתירה שלפנינו (להלן: צו ההריסה).

4. בטרם נעמוד על טיעוני הצדדים בהליך שלפנינו, ועל ההתפתחויות המאוחרות להחלטה זו של המשיב לאחר הגשת העתירה, יש להבהיר מספר פרטים על אודות המבנה נושא צו ההריסה. מיקום המבנה הוא בכפר קבאטיה, אשר מתחקורו של כמיל עלה כי מדובר בבית שירשו אביו ודודיו (שמתגוררים בירדן) מסביו. המבנה בן שתי קומות ובמרכזו גרם מדרגות המחבר ביניהן. בקומה הראשונה סלון, 9 חדרי שינה, שני מטבחים, שירותים ומקלחת. בקומה זו מתגורר כמיל, שני הוריו, אחיותיו ואחיו (אחד מהם עם אשתו ושני ילדיו). עוד נמסר על ידי כמיל כי חלק מהקומה הראשונה נמצא בבעלות דודיו אולם בפועל נעשה שימוש בחדרים שבבעלותם על ידו ועל ידי בני משפחתו. כמיל גר בחדר הצפון מזרחי בקומה הראשונה במבנה ועשה שימוש במטבח הצפוני. בחלק הדרומי של הקומה הראשונה ישנו סלון, מטבח ושלושה חדרים, בהם משתמשים אחד מאחיו של כמיל, מחמד, אשתו ושני ילדיו. הקומה השנייה מחולקת לשתי דירות: האחת בתהליכי בנייה, והשנייה בנויה וכוללת מטבח, סלון, שירותים, מקלחת ושני חדרי שינה. בקומה זו מתגוררים שניים מהאחים של כמיל, אשתו ובתו של אחד מהם. בנוסף, כעולה מהערות המהנדס מטעם העותרים במסמך שהוגש לעיוננו מיום 15.2.2018 (שהוגש בלא התנגדות מצד המשיבים), בין הדירות בקומה השנייה קיימת דלת המפרידה ביניהן, באופן הממחיש כי מדובר בשתי יחידות דיור נפרדות.

5. העותרים, בני המשפחה והמוקד להגנת הפרט, כיוונו טענותיהם הן נגד חוקיות צו ההריסה, הן נגד הפעלת שיקול הדעת מצד המשיבים במקרה דנא. לטענתם, הסוגיות שעניינן חוקיות מדיניות הריסת הבתים של בני משפחה של מי שנאשם במעורבות בפעילות עוינת נגד ישראל על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ואמות המידה להפעלתה, לא הובהרו דיין בפסיקת בית משפט זה, ובמסגרת ההליך הנוכחי – בשלה העת לדון בהן מחדש בהרכב מורחב. בתמצית, העותרים טוענים כי הריסת בתים ככלל היא פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת לדין הבינלאומי. לטענת העותרים, הריסת בית משפחה, צעד המותיר אותה לעתים חסרת כל, היא צעד קשה ופוגעני, שיש בו משום ענישה קולקטיבית, ויעילותו – במישור ההרתעתי – מוטלת בספק. אשר להפעלת הסמכות שבתקנה 119 לתקנות בנדון דידן – נטען כי ההחלטה להרוס את החדר והמטבח בנסיבות העניין אינה סבירה ואינה מידתית, וזאת בין היתר בשים לב לכך שזו תביא בסבירות גבוהה להריסת המבנה כולו, בו מתגוררים 13 בני משפחה של כמיל, בהם שלושה קטינים, שלא היו מעורבים במעשים נושא כתב האישום. העותרים מוסיפים וטוענים כי החלטת המשיב נעדרת תשתית עובדתית נדרשת לגבי אמצעי הזהירות הנדרשים כדי להבטיח שהריסת שני החדרים לא תביא להריסת המבנה כולו וגם בתשובת המשיב להשגה, שלפיה ההריסה תתבצע באופן ידני, אין בטוחה לכך שלא יגרם נזק לכל הבית (וחוות דעת המהנדס מטעם המשיבים לא צורפה לתשובה זו). עוד נטען כי בניגוד לדברי המשיבים, אין במבנה מטבח נוסף מלבד זה שיועד להריסה, וזה האחרון משמש את כל בני המשפחה; כי לעותרים אין מקום מגורים חלופי לגור בו; וכי השיהוי שנפל בהוצאת הצו, לאחר שלושה חודשים ממועד הפיגוע (ולמעלה מחודש לאחר שניתן פסק הדין בעתירה שעסקה בצו הריסה שהוצא בעניינו של אלרוב) מפיג את האפקטיביות של ההרתעה הנטענת, ככל שזו קיימת. כמו כן, העותרים מדגישים כי אין בפי המשיבים טענה כי בני המשפחה ידעו או היו מעורבים בדרך כלשהי במעשיו של כמיל, ובכך יש כדי להדגיש את פגיעתה החמורה של ההריסה המבוקשת.

6. ביום 5.2.2018 הגישו העותרים – לבקשתם ועל פי החלטת בית משפט זה מיום 4.2.2018 – חוות דעת של מהנדס מטעמם שקבע כי כל הקירות בחדר של כמיל הם קירות בטון מאיכות נמוכה, ולכן יש חשש גדול שפגיעה ביציבות הקירות בקומת חדר זה תגרום לפגיעה בדירה שבקומה מעליה. לצד בעיות נוספות שההריסה עלולה לגרום להן (שפורטו בחוות דעת זו), אישר המהנדס מטעם העותרים כי ישנו מטבח אחד בדירה – הוא זה המיועד להריסה.

בצד העתירה הגישו העותרים גם בקשה לקיום הדיון בעתירה בדיון מורחב, וכן בקשה למתן צו ביניים שיורה למשיבים להימנע מביצוע ההריסה עד להכרעה בהליך דנא. בהחלטת השופט נ' סולברג מיום 21.1.2018 ניתן צו ארעי שלפיו המשיבים יימנעו מביצוע צו ההריסה עד להחלטה אחרת. בנוסף בית המשפט הורה על הגשת תגובה מקדמית מטעם המשיבים לעתירה ודחה את הבקשה לקיום הדיון בעתירה בהרכב מורחב (בין היתר בשים לב להחלטת בית משפט זה בבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין שעסק בעניינו של אלרוב, שותפו של כמיל כאמור, ראו דנג"ץ 9324/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017) (להלן: דיון נוסף אלרוב)).

7. בתגובה המקדמית מטעם המשיבים נטען כי לא קמה עילה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי, שהשתמש בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות על בסיס מכלול השיקולים הרלוונטיים. בצד האמור צוין כדלקמן: "באשר לאופן ההריסה, נבקש לעדכן כי אחר שיקול דעת נוסף, החליט המשיב כי הריסת חדר השינה והמטבח תיעשה באמצעות אטימתם בבטון" (סעיף 58 לתגובה המקדמית). אשר לטענות הכלליות שהעלו העותרים נגד צו ההריסה, טענו המשיבים כי אלו נדונו ונדחו בפסיקתו הענפה של בית משפט זה, שהכירה בסמכות המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות. המשיבים עמדו על כך שסמכות זו מופעלת תוך איזון בין מכלול הנסיבות הרלוונטיות למקרה (ובהן חומרת המעשים המיוחסים למפגע, נסיבות הזמן והמקום, זיקת המגורים של המפגע לבית, שיקולים הנדסיים), בסבירות ובמידתיות, ובאותם מקרים חמורים שבהם מערכות הענישה או ההרתעה "הרגילות" אינן מביאות להרתעה מספקת וראויה למפגעים בגוף ובנפש. עוד צוין כי המשיב נכון להציג חוות דעת עדכנית וחסויה בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 לתקנות כאמצעי להרתעת מחבלים פוטנציאליים, המבססת את המסקנה כי יחידים נמנעו מלבצע פיגועים בשל חשש שבתיהם יהרסו. בפרט בעניינה של העתירה הנוכחית נטען כי להערכת המשיב למימוש צווי ההריסה וההחרמה בעת הזו ובפרט על רקע גל הפיגועים הרצחניים שאירעו לאחרונה, תרומה משמעותית במאמץ הנרחב לבלום את מגמת ההסלמה הביטחונית באזור. אשר למקרה דנא, נטען כי הפיגוע שבו נאשם כמיל הוא חמור ביותר, במהלכו נרצח בדם קר אזרח ישראלי; כי לפי המידע המצוי אצל המשיב קיימים שני מטבחים בקומה הראשונה ואין הפרדה בין שני חלקי קומה זו; וכי ממילא אין דרישה המתנה את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בכך שלא הוכחה מודעות או סיוע מצד בני המשפחה לפיגוע הנדון. עוד הוסף, לגבי הטענה כי בהחלטת המשיב נפל שיהוי – כי אין מדובר בשיהוי משמעותי, וכי פרק הזמן שחלף בין מועד ביצוע הפיגוע לבין הוצאת צו ההריסה אינו מנתק את הזיקה בין השניים.

8. בדיון שהתקיים לפנינו הדגיש בא כוח המשיבים כי בהחלטת המפקד הצבאי ניתן משקל מסוים לעובדה שכמיל הוסגר למנגנוני הביטחון הפלסטיניים על ידי בן משפחתו, אם כי באופן שונה ממקרים שבהם ההסגרה היא לגורמי הביטחון הישראליים (במקרים אחרונים אלה, כך המשיבים, לא מורה המפקד הצבאי על הריסה). לאחר שהוצג לנו תשריט המבנה ובאי כוח הצדדים שמעו את הערותינו בדבר היקף הצו בנסיבות המקרה דנן, ובפרט לגבי שימושם של בני המשפחה במטבח, הודיע בא כוח המשיבים כי דרוש לו פרק זמן קצר נוסף להגשת הודעה בכתב בנושא זה וכי הוא מסכים שהדיון שקיימנו בעתירה יהיה כאילו ניתן צו על תנאי. באת כוח העותרים ציינה מצדה כי לעמדתה, גם אם הערותינו תתקבלנה על ידי המשיבים, יש לתת פסק דין בעתירה לגופה. נוכח דברים אלה קבענו בהחלטה מתום הדיון כי לאחר שתוגש הודעה מתאימה מטעם בא כוח המשיבים יוחלט בדבר המשך הטיפול בעתירה.

9. ביום 15.2.2018 הגישו העותרים בקשה מוסכמת להגיש הערות של המהנדס מטעמם בהתייחס לתשריט המבנה שהוגש על ידי המשיבים בדיון. בבקשה זו צוין כי העותרים לא חולקים על המתואר בתשריט, אך מבקשים להדגיש כי בניגוד למצוין בו, קיימת דלת המפרידה בין הדירות בקומה הראשונה, כך שמדובר בשתי יחידות דיור נפרדות.

10. ביום 15.2.2018 הגיש בא כוח המשיבים הודעה, הנתמכת בתצהיר (בהתאם להחלטתנו מיום 12.2.2018), שלפיה המפקד הצבאי החליט לצמצם את צו ההחרמה וההריסה כך שיחול על החדר בו התגורר המפגע בלבד (זאת, כאמור, בדרך של אטימה), בהתחשב במכלול הנסיבות הייחודיות המאפיינות את המקרה דנא. בהודעה זו הודגש כי לעמדת המשיבים יש להבחין בין הסגרת מפגע למנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית לבין הסגרתו לכוחות הביטחון הישראליים. כמו כן, המשיבים הדגישו כי בעת בחינת אופן ההריסה נעשות הבדיקות ההנדסיות המקצועיות האפשריות בנסיבות העניין אולם לעתים לא ניתן לקבל את מלוא המידע הרלוונטי ממשפחת המפגע ומכל מקום מידע מקצועי שמועבר בעניינים אלה נבדק ביסודיות על ידי המפקד הצבאי, כפי שאכן אירע בענייננו.

דיון והכרעה

11. כפי שתואר בהרחבה מעלה, העתירה שהוגשה לבית משפט זה עסקה תחילה בצו הריסה של החדר והמטבח. עם זאת, לאחר שצורפה לעתירה חוות דעת הנדסית, שבה צוין בין היתר כי הריסת חלק מהמבנה תפגע בדירה כולה והיא עלולה לפגוע אף

”ביציבות כל הבניין ובמיוחד בדירה הקיימת מעל הדירה”, הודיעו המשיבים בתגובה המקדמית מטעמם כי הריסת חדר השינה והמטבח תיעשה באמצעות אטימתם בבטון. בהמשך, הודיעו המשיבים כי המפקד הצבאי החליט להגביל את האטימה לחדר שבו התגורר כמיל בלבד ולא לאטום את המטבח.

הכרעתנו תתייחס אפוא למצב דברים עדכני זה.

12. קודם שנידרש לגופם של דברים, יש לציין כי במסגרת עתירה זו התבקשנו לעיין מחדש בהלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בעניין חוקיות מדיניות הריסת בתי משפחה של מי שביצעו פיגועים (או נאשמים בכך) ובכלל זאת, לגבי מידת הוודאות הקיימת ביחס לאפקטיביות ההרתעה הנטענת של אמצעי זה. ברם, איני סבור כי ההליך שלפנינו הוא המסגרת המתאימה לדון בשאלות כבדות המשקל שמעוררת הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, בדין הפנימי ובדין הבינלאומי כאחד, כמו גם בטענות המועלות בגדרי עתירות מעין אלו לגבי מידת היעילות של הריסת הבתים (על צורותיה) להשגת ההרתעה המבוקשת. בבקשה לדיון נוסף בענייניו של אלרוב, המואשם כזכור לצד כמיל ברצח המנוח, פסקה חברתי הנשיאה א' חיות:

”דעת הרוב בפסק הדין מושא הבקשה תואמת מספר רב של פסקי דין שניתנו בבית משפט זה בנוגע לשימוש בתקנה 119 [...] אמנם, כפי שצינתי בבג”ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ’ שר הביטחון (31.12.2014), ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בנוגע לשימוש בתקנה 119 אינה קלה (שם, בפסקה 1), אך עובדה זו לבדה אין בה כדי להצדיק סטייה ממנה או קיום דיון נוסף. מטעם זה נדחו כל הבקשות לדיון נוסף שהוגשו אך לאחרונה על פסקי דין שאישרו הריסת בתים מכוחה של תקנה 119 נדחו [...] פסק הדין מושא הבקשה דנן אינו שונה מהותית מפסקי הדין מושא הבקשות הנ”ל, שנדחו כאמור. לפיכך אין מקום לקיים בו דיון נוסף” (דיון נוסף אלרוב, פסקה 5 והאסמכתאות שם).

13. דברים אלה, יפים גם לבקשתם של העותרים כי נשוב ונדון – בהליך הנוכחי – בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים (וראו גם בג”ץ 8161/17 אלג’מל נ’ מפקד כוחות צה”ל ביהודה ושומרון, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י’ עמית (7.11.2017); בג”ץ 5614/16 חליל נ’ המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט י’ דנציגר (3.8.2016)), וזאת בפרט בהינתן עמדתו העדכנית של המפקד הצבאי המגבילה את הפגיעה לחדרו של המפגע בדרך של אטימה. יודגש, את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה

והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016); בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 לחוות דעתי (3.4.2016); בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016) (להלן: עניין מחאמרה); ובבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני)). כפי שציינתי בפרשות אלו, אף שאני סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב.

14. בנתון לדברים אלה, ונוכח החלטתו העדכנית של המפקד הצבאי אני סבור כי דין העתירה שלפנינו להידחות הן בהעדר עילה להתערב בה על פי ההלכה במתכונתה הנוכחית, הן בשל כך שבמקרה דנא, במיוחד לאחר השינוי שחל בהחלטה המקורית, נשאר המבנה בו מתגוררים בני המשפחה האחרים על תילו, והפגיעה בהם מוגבלת לאטימת חדרו של המפגע. משזוהי נקודת המוצא לדיון, נפנה לבחון אם ההחלטה שלפנינו באה בגדר דל"ת אמותיה של סמכות המפקד הצבאי להורות על צו החרמה ואטימה כפי שהותו בפסיקתנו (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 489-490 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 (5.1.2009); בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה י"ח לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (31.12.2014); עניין סידר, פסקה 1 לחוות דעתי).

15. כידוע, נוכח החומרה הגלומה בהפעלת הסמכות הקנויה למפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, עליו לנקוט משנה זהירות בהחלטה על הוצאת צו החרמה והריסה ולהקפיד – הקפדה יתרה – כי החלטתו תעמוד בדרישות המידתיות והסבירות. כמו כן, וכפי שצינו בעצמם המשיבים, הפעלת סמכות המפקד הצבאי להורות על החרמה והריסה (או אטימה) נשמרת למקרים חמורים במיוחד ומתבססת על שורה של איזונים בין השיקולים הצריכים לעניין ובהם, מבלי למצות: חומרת המעשה החבלני; היקף הצעד שננקט ומידת הפגיעה הטמונה בו באחרים; וזיקת המגורים של המפגע לבית. כפי שעמדנו לעיל, במסגרת ההחלטה הנוכחית נקבע כי החדר של כמיל בלבד ייאטם. כפועל יוצא, הטענות שבבסיס העתירה במקור, שהופנו כאמור נגד ההחלטה להרוס שני חדרים בקומה הראשונה של המבנה נוכח סיכון ממשי שהריסתם תביא להריסת המבנה כולו, מתייתרות. משכך, בהעדר יסוד לחשש לפגיעה הנטענת בבני המשפחה דיירי המבנה התוצאה של החלטת המפקד הצבאי במקרה זה בסופו של יום שונה בתכלית מיסודה של הטענה שעל בסיסה התבקש העיון מחדש בהלכה וביטול החלטת המשיב. בהחלטה

העדכנית נעשתה הבחנה בין המפגע לבין בני המשפחה המתגוררים במבנה, כך שהוחלט לאטום את חדרו של כמיל בלבד. בכך להשקפתי נשמר יחס ראוי בין האישומים החמורים המיוחסים למפגע לבין הסבל שייגרם לבני המשפחה כתוצאה מהחרמה ואטימה של החדר (ראו והשוו עניין מחאמרה, פסקה 40 לחוות דעתו של השופט א' שהם, וחוות דעתו באותו עניין; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 220 (1993)).

16. מכאן לטענת העותרים כי אחיו של כמיל היה מי שהסגירו לידי מנגנוני הביטחון הפלסטיניים, ומשכך אין יסוד לשיקול ההרתעה העומד, לגישת המשיבים, בבסיס ההחלטה דנא, המחייב לכאורה פגיעה בבני המשפחה. בתשובה לטענה זו ציינו המשיבים כי מקובל עליהם כי יש ליתן משקל נכבד לדבר הסגרתו של כמיל על ידי אחיו בין שאר השיקולים שעליהם מתבססת החלטת המפקד הצבאי, כפי שאכן נעשה בפועל, עת הוחלט לאטום את החדר בלבד. עוד צוין כי להשקפת המשיבים, אילו היה המפגע מוסגר לידי כוחות הביטחון הישראליים כלל לא היה מקום להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות. בנוסף, בהסכמת הצדדים, קיבלנו מהמשיבים הבהרות, במעמד צד אחד, על ההבחנה הנעשית בין הסגרה לרשות הפלסטינית לבין הסגרה לכוחות הביטחון הישראליים והגם שלא נוכל להידרש לאלו בכתובים, אני סבור כי אכן קיים שוני רלוונטי בין מקרים אלה. זאת, יודגש, מבלי לגרוע מכך כי הסגרה למנגנוני הביטחון הפלסטיניים צריכה ודאי לעמוד – כשיקול מרכזי – נגד עיניו של המפקד הצבאי בבואו להחליט אם וכיצד להפעיל את הסמכות המנויה בתקנה 119, שכן ברי כי גם מהלך זה מבטא הסתייגות ברורה מפעולת הטרור. אני סבור כי אמנם ניתן להבין את טענתם של העותרים, המבקשים להימנע כליל – בנסיבות אלו שבהן אחד מבני המשפחה מגלה דעתו על אקט הטרור באמצעות פעולה ממשית – מהפעלת הסמכות. ברם, הפעלת הסמכות שעליה הוחלט בסופו של דבר בענייננו מוגבלת כאמור לאטימת חדרו של המפגע בלבד, באופן הממתן באופן ניכר את הפגיעה בבני המשפחה, ולכן אין בידי לקבוע כי החלטה זו מצויה מחוץ למתחם שיקול הדעת הנתון למשיב.

17. העותרים מוסיפים וטוענים כי הסמכות בעניינם הופעלה בשיהוי, משחלפו כשלושה חודשים מיום הפיגוע ועד למתן צו ההריסה, וכי בכך כשלעצמו יש כדי לפגוע באפקטיביות ההרתעה הנטענת ולהוביל לביטול הצו. אכן, אין מדובר בטענה שהיא נטולת אחיזה (וראו למשל בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה כ"ב (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה), שם ציין המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי במקרים בהם חלף פרק זמן קיצוני מאז אירוע הפיגוע, ראוי להימנע מנקיטת צעדים לפי תקנה 119), ושיקול זה – לצד אחרים – עמד בבסיס הצעתנו למשיבים בדיון להימנע מאטימת המטבח. בנתון לכך שהצעתנו האמורה התקבלה,

כעולה מהודעת המשיבים, נראה כי בנסיבות הנוכחיות ולפי הפסיקה הנוהגת בעניין זה – אין בפרק הזמן שחלף במקרה זה כדי להוביל למסקנה כי החלטת המפקד הצבאי התקבלה בחריגה ממתחם הסבירות (ראו למשל בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 50 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015); עניין סידר, פסקה ז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. בצד זאת, ראו פסקה 7 לחוות דעתו בעניין סידר, שם סברתי בדעת מיעוט כי יש להתייחס באופן שונה למקרה שבו החליט המפקד הצבאי להורות על הריסה כ-9 חודשים לאחר מועד הפיגוע; ועניין אבו חאשיה, פסקאות 11-12 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם הוחלט כי צו הריסה שהוצא לאחר כשנה ממועד הפיגוע יבוטל).

הערה בטרם סיום

18. אחרון בסדר אך לא בחשיבות: בהחלטה המקורית נושא העתירה נקבע כאמור כי החדר והמטבח יוחרמו ויהרסו. בתשובה להשגת העותרים נגד החלטה זו, שם נטען כי הריסת החדרים האמורים עלולה להביא לקריסת המבנה כולו, צוין אך כי ההריסה תבצע באופן ידני לאחר שהדברים נבדקו על ידי מהנדס מוסמך. ברם, לאחר שהוגשה העתירה, ובשלב מאוחר יותר גם צורפה לה חוות דעת של מהנדס מטעם העותרים, ציינו המשיבים בתגובתם המקדמית כי החליטו לעדכן את הצו כך שהריסת החדרים תיערך באמצעות אטימתם בבטון. נוכח השתלשלות דברים אלה, אין לי אלא לחזור – במבט צופה פני עתיד – על ההנחיה בעניין פלוני:

”חובתו של המפקד הצבאי לוודא מראש ולפני מעשה, כי תינקט שיטת הריסה שבגדרה לא ייפגעו חלקי מבנה שנאסר לפגוע בהם. ככל שבשל מגבלות ביצוע הדבר לא מתאפשר או יש ספק באשר ליכולת ביצוע כאמור, האפשרות שנותרת בידי המפקד הצבאי היא להורות על אטימה של הקומה השנייה, חלף הריסתה” (ההדגשה הוספה – ע' פ').

19. האחריות לבדוק – בטרם קבלת החלטה על הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה – את ההיתכנות ההנדסית לצעד שנבחר על ידי המפקד הצבאי, ובכלל זאת את האפשרות כי זה יוביל לפגיעה בחלקים שאינם באים בגדרי הצו – מוטלת לפתחו של המפקד. דברים אלה אמורים מבלי לגרוע מן החובה לבחון טענות מעין אלו שעשויות לעלות מצד מי שמחזיק בנכס נושא ההריסה באופן ענייני ובנפש חפצה – אולם בחינה זו אינה מעלה ואינה מורידה מחובתו של המפקד הצבאי לבסס את החלטתו על תכנון

הנדסי מקצועי וקפדני של האפשרות המעשית לבצע את ההריסה שעליה הוחלט (ולא נעלמה מעיני, בהקשר זה, טענת העותרים כי במקרים אחרים, חרף העמדה המקצועית שהוצגה על ידי המשיב בהליכים לפני בית משפט זה, נגרמו בפועל נזקים החורגים מיעד ההריסה (סעיף 91 לעתירה). ברם, משמקרים אלה אינם מצויים לפנינו – לא נביע עמדה לגופם של דברים). עוד יש לציין, כי העותרים הלינו גם על כך שתוצרי הבדיקה ההנדסית שערך המשיב לא הועברה לידיהם, באופן שהיה מאפשר להם להתייחס למלוא המידע הרלוונטי להחלטה בעניינם. נוכח התפתחות הדברים בענייננו, טענה זו הפכה תיאורטית, אולם אני מוצא להעיר בהקשר זה כי ככל שחומרים אלה אינם חסויים ואין מניעה קונקרטיה אחרת למסירתם, אני סבור – בין היתר בשים לב לאופי הזכויות העומדות על הפרק – כי יש מקום להעבירם למי שעניינו נדון לפני המפקד הצבאי, למצער כשיש בקשה קונקרטיה לעשות כן (ראו גם הערת המותב בבג"ץ 967/17 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ב (14.2.2016)).

20. סוף דבר, בנתון להודעת המשיבים מיום 15.2.2018 בדבר החלטתו העדכנית של המשיב אציע לחברותיי כי נדחה את העתירה. המשיבים יימנעו מביצוע האטימה למשך 10 ימים ממועד מתן פסק דין זה, על מנת לאפשר לעותרים שהות מספקת לצורך התארגנות. אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה למסקנתו של חברי השופט ע' פוגלמן ולהערותיו. אכן, בגדרה של ההלכה הפסוקה הקיימת דין העתירה להידחות. כשלעצמי אני סבורה שיש מקום לתת משקל של ממש להתנהגותה של משפחת המפגע, אך השתכנעתי כי בהתחשב בהיקף התחולה של ההחלטה במתכונתה הסופית אין לומר כי היא חורגת מדרישת המידתיות בהתאם לאמות המידה שנקבעו לכך בפסיקתו של בית משפט זה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, י"ג באדר התשע"ח (28.2.2018).

שופטת

שופט

הנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. שג 18006280_M08.doc
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il