



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 752/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים: 1. כאמל עטאונה
2. אמל עטאונה
3. פלוני
4. פלוני
5. פלונית
6. מיסר עטאונה
7. מוסא עטאונה
8. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ט באדר התש"ף (25.03.2020)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר
בשם המשיבים: עו"ד ראובן אידלמן

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

עניינה של העתירה שלפנינו בצו החרמה והריסה שהוציא משיב 1 (להלן: המשיב) ביחס לקומה השנייה במבנה בו התגורר מחמוד עטאונה (להלן: המפגע), אחד מחברי החוליה אשר ביצעה ביום 7.8.2019 פיגוע דקירה בו נרצח דביר שורק ז"ל (להלן: המנוח).

הרקע לעתירה

1. נגד המפגע הוגש כתב אישום ביום 3.10.2019 המייחס לו עבירת גרימת מוות ככוונה, בגין מעורבותו ושותפותו בפיגוע הדקירה ובשורה של עבירות נלוות. כתב האישום מגולל כיצד חבר המפגע יחד עם שאר חברי החוליה לצורך הוצאה לפועל של פיגועי דריסה, דקירה וחיטיפה נגד ישראלים, מטעם ארגון חמאס. המפגע אף מונה כמפקד החוליה, עודד את חבריו לבצע פיגועים, והיה שותף בהחלטה להוציא לפועל את פיגוע הדקירה. לאחר הפיגוע, במהלך מפגש חברי החוליה בו הוצגה סכין המגואלת בדמו של המנוח, בירך המפגע, יחד עם יתר חברי החוליה, את מבצעי הפיגוע, ואף מתח ביקורת על המבצעים בגין ה"כשלים" שנפלו בביצוע. באותה פגישה החליטו חברי החוליה על ביצוע פיגוע נוסף. יצוין כי לאחר שנעצרו חלק מחברי החוליה, הסתיר המפגע, לבקשת חלק מחברי החוליה, ציוד וחומרים הקשורים לחוליה. בסמוך לפני המועד שבו נעצר, הודיע המפגע לאדם אחר כי הוא חבר בחוליה האחראית לרציחתו של המנוח, ביקש ממנו להחביא עבורו חומרים הקשורים לפרטי חברי החוליה והורה לו להמשיך ולפעול מטעם ארגון החמאס.

2. ביום 9.1.2020 נמסרה לעותרים, בני משפחתו של המפגע, הודעה על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את הקומה השנייה במבנה בו התגורר המפגע בבית כאחיל. זאת כאשר בקומה הראשונה של המבנה מתגורר אביו של המפגע, שהוא בעליו של המבנה כולו, יחד עם אשתו ובנו, ובקומה השנייה התגורר המפגע עם אשתו וילדיו. בהודעה צוין כי לעותרים ניתנת האפשרות להגיש השגה על הצו, והשגה כאמור אכן הוגשה ביום 14.1.2020. ביום 23.1.2020 נדחתה ההשגה, ובאותו יום הוצא צו ההחרמה וההריסה לקומה השנייה במבנה.

3. לשלמות התמונה יצוין כי צווי החרמה והריסה הוצאו ביום 24.9.2019 וביום 15.10.2019 על ידי המשיב גם ביחס לבתיהם של ארבעת חברי החוליה האחרים (קאסם עארף חליל אלעצאפרה (להלן: קאסם); נציר צלאח חליל אלעצאפרה (להלן: נציר); אחמד עארף חליל אלעצאפרה (להלן: אחמד); יוסף סעיד עטיה זהור (להלן: יוסף)). עתירה שהוגשה נגד צווים אלו (בג"ץ 6420/19 אלעצאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (12.11.2019) (להלן: עניין אלעצאפרה)) נדחתה ברוב דעות ביום 12.11.2019, והבתים נהרסו בפועל ביום 27.11.2019.

מכאן לעתירה שלפנינו.

4. תחילה העלו העותרים טענות עקרוניות באשר לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: התקנה) העומדת לשיטתם בניגוד לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ובאשר לצורך בקיום דיון עקרוני באשר לחוקיות השימוש בתקנה. בנוסף נטען כי קבלת ההחלטה על הריסת הקומה השנייה במבנה מהווה ניסיון פסול להרחיב את השימוש בתקנה מעבר לקיים, בצעד תקדימי וחמור, שכן מדובר על הריסת קומה שלמה במבנה אשר נמצא בבעלות אביו של המפגע. בנוסף, על פי כתב האישום, המפגע עצמו נמצא במעגל מרוחק ממוקד ביצוע הפיגוע, הוא לא נקט בכל צעד אקטיבי בנוגע לפיגוע ומידת מעורבותו באירוע אם בכלל, הייתה זניחה. מדובר בהרחבת מדיניות ההריסה, הפסולה כשלעצמה, תוך חריגה בוטה מעיקרון המידתיות. בנוסף, לעמדת העותרים, הרחבת מדיניות ההריסה גם באה לידי ביטוי בהוצאת צו החרמה והריסה חמישי, בגין אותו אירוע, וזאת בחלוף כחודשיים ממועד ביצוע ארבעת הצווים הקודמים ובחלוף כחצי שנה ממועד הפיגוע עצמו. השתהות המשיב אינה מוצדקת, בהינתן העובדה שכתב האישום נגד המפגע הוגש באותו מועד בו הוגשו כתבי האישום נגד חברי החוליה האחרים (שבתיהם נהרסו זה מכבר), ונוכח ציפיית העותרים כי המבנה בו מתגורר המפגע לא ייהרס גם כן. מה גם שהמשיב לא הצביע על מניעה אובייקטיבית להפעלת הסמכות שגרמה להשתהות זו. נסיבות אלו מחזקות את ההנחה כי מדובר בצעד עונשי-נקמני המהווה שיקול זר לשיקולי ההרתעה העומדים בבסיס הריסות הבתים. עוד נטען לפגיעה קשה וסבל אשר יגרמו לילדיו הקטינים של המפגע המתגוררים בקומה השנייה של המבנה. כמו כן, טענו העותרים לפגיעה בזכות הטיעון שלהם הואיל והחלטת המשיב נמסרה להם באופן מזורז מבלי שנשקלו כהלכה מלוא השיקולים הנדרשים לעניין, וכאשר המשיב לא התיר לעותרים פרק זמן מספק לשם היערכות לקראת הגשת ההשגה.

5. מנגד, המשיבים הבהירו כי דינן של הטענות העקרוניות המועלות בעניין הפעלת סמכותו של המשיב לפי התקנה להידחות, כפי שנדחו על ידי בית משפט זה בעבר. המדובר בסמכות הרתעתית אשר מופעלת רק אם המשיב בא לכלל מסקנה כי השימוש בה נדרש כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד, ולתכלית זו בלבד. עוד עמדו המשיבים על כך שהיקף הפעלתה של הסמכות במהלך השנים עומד ביחס ישיר להיקפם של האירועים החבלניים ולמידת חומרתם.

6. באשר לעניינם הספציפי של העותרים, המשיבים עמדו על כך שאין כל עילה להתערב בהחלטת המשיב לעשות שימוש בסמכותו לגבי הקומה השנייה במבנה בו התגורר המפגע. לעמדת המשיבים, אין מקום לקבל את טענות העותרים באשר למידת הקרבה של המפגע למבצעי הפיגוע בפועל. כתב האישום שהוגש נגד המפגע מייחס לו

שותפות לביצוע הפיגוע, והוא נתמך בגרסאות שנמסרו על ידי המפגע עצמו בחקירותיו, בגרסאות מעורבים נוספים ובראיות חיצוניות המאששות את מעורבותו בחוליה ואף את חלקו הדומיננטי בקבלת ההחלטה על ביצוע הפיגוע. מעורבותו של המפגע בהוצאת הפיגוע אל הפועל אינה פחותה מזו של שניים מחברי החוליה, אחמד ויוסף, אשר נקבע לגביהם כי מידת השפעתם על התממשות הפיגוע הצדיקה את הפעלת הסמכות מכוח התקנה במסגרת עניין אלעצאפדה. כמו כן, אין מקום לטענה בדבר פגיעה בזכות הטיעון של העותרים.

7. באשר לטענת העותרים בדבר השיהוי שנפל בהפעלת הסמכות לפי התקנה, הבהירו המשיבים כי הוצאת צו ההריסה בחלוף כחמישה חודשים וחצי ממועד ביצוע הפיגוע, ובחלוף כשלושה חודשים וחצי לאחר הגשת כתב האישום, אין בה כדי לנתק את הזיקה בין המעשה הרצחני לבין ההריסה והיא אינה עולה כדי שיהוי הפוגע בהחלטת המשיב. זאת מפני שההחלטה לעשות שימוש בתקנה נעשתה בשים לב למידתיות המתחייבת מנסיבותיו של כל מקרה, ורק לאחר שנבחנה סוגיית הפעלת סמכותו של המשיב לפי התקנה על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים לעניין. במסגרת זו ציינו המשיבים כי מידת מעורבותו של המפגע בביצוע הפיגוע התבררה בשלב מתקדם של החקירה, ובשל כך כתב האישום נגדו הוגש רק ביום 3.10.2019.

8. יצוין כי לאחר דיון שהתקיים לפנינו בעתירה ביום 10.2.2020 ניתנה למשיבים, לבקשתם, אפשרות להגיש הודעה משלימה בהתייחס לסוגיות שעלו בדיון, תוך התמקדות במועדים בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע לכל חברי החוליה. בהודעה שהוגשה ביום 1.3.2020 נמסרה הבהרה באשר לפער הקיים בין המועד שבו הוצא הצו בעניינו של המפגע לבין המועדים בהם הוצאו צווים דומים ביחס לבתיהם של יתר חברי החוליה. פער זה נעוץ כאמור לעמדת המשיבים בכך שמידת מעורבותו של המפגע נחשפה רק עם התקדמות חקירת הפיגוע, כאשר במסגרת ההודעה המשלימה ניתנה התייחסות לעניין זה בהרחבה.

9. ראשית הובהר כי שניים מחברי החוליה, קאסם ונציר, נעצרו מספר ימים לאחר הפיגוע (ביום 10.8.2019), והודו בחקירתם שביצעו את הפיגוע. ההמלצה להוצאת צווי החרמה והריסה לפי התקנה בעניינם הועברה לפרקליטות המדינה וללשכת משיב 2, היועץ המשפטי לאיזור יהודה ושומרון (להלן: היועץ המשפטי לאיו"ש) כבר ביום 19.8.2019, כאשר באותה עת טרם נעצרו יתר חברי החוליה ובכלל זה המפגע. רק בעקבות התפתחות שחלה בחקירתם של השניים, אשר העלתה חשד למעורבותם של

גורמים נוספים בביצוע הפיגוע, ביום 20.8.2019 נעצרו יתר חברי החוליה – אחמד, יוסף ו-המפגע.

על רקע הודאתם של אחמד ויוסף בחברות בחוליה ובמעורבותם בביצוע הפיגוע (ביום 21.8.2019 וביום 29.8.2019 בהתאמה), גובשה המלצה להוצאת צווי החרמה והריסה לגביהם, וזו הועברה לפרקליטות המדינה וללשכת היועץ המשפטי לאיו"ש בתחילת חודש ספטמבר 2019: ביום 2.9.2019 בעניינו של אחמד וביום 8.9.2019 בעניינו של יוסף. מכאן אפוא, בשלה האפשרות להוצאת צווי החרמה והריסה עבור הארבעה – קאסם, נציר, אחמד ויוסף – כבר במהלך חודשים ספטמבר-אוקטובר 2019. ואכן, צוויים ביחס לבתייהם של קאסם ונציר הוצאו ביום 24.9.2019 וצוויים ביחס לבתייהם של אחמד ויוסף הוצאו ביום 15.10.2019.

עם זאת, בעוד שארבעת חברי החוליה קשרו את עצמם במפורש ובכירור לתכנון ולביצוע הפיגוע כבר בשלב החקירה, ועל כן גובשה כבר באותו שלב המלצת שירות הביטחון הכללי להוציא לבתייהם צווי החרמה והריסה, הרי שהמפגע הכחיש תחילה את מעורבותו המלאה בביצוע הפיגוע, הגם כי הודה בפעילות במסגרת החוליה. מידת מעורבותו נחשפה רק עם התקדמות החקירה והעמקתה. לפיכך, רק בשלהי חודש ספטמבר 2019 התבהרה והתבססה התמונה העובדתית המלאה ביחס למידת מעורבותו בפיגוע, ורק ביום 3.10.2019 הוגש נגדו כתב אישום. גם לאחר שהוגש כתב אישום, בהינתן כובד הראש והזהירות המתבקשים בהפעלת הסמכות, המלצה סופית בעניינו של המפגע לעניין הריסת דירתו גובשה רק באותה עת, וביום 5.11.2019 הועברה ההמלצה לפרקליטות המדינה וללשכת היועץ המשפטי לאיו"ש. מיד בסמוך לאחר שניתן אישור מכלול הגורמים – לשכת היועץ המשפטי לאיו"ש והיועץ המשפטי לממשלה, אשר ביקש כי הנושא יוצג בפני הדרגים המדיניים הבכירים ביותר – נמסרה ביום 9.1.2020 הודעה לעותרים בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הקומה השנייה במבנה.

10. לעמדת המשיבים, הוצאת צו ההריסה בעניינו של המפגע, בחלוף כחמישה חודשים וחצי לאחר מועד ביצוע הפיגוע, אינה נגועה אפוא בשיהוי, חרף קיומו של פער זמנים ביחס לצווי ההריסה שהוצאו לבתייהם של יתר חברי החוליה, בשים לב לכך שמידת מעורבותו של המפגע התבררה לאשורה כאמור רק כחודשיים לאחר מועד הפיגוע.

11. בהתייחס להודעה המשלימה מטעם המשיבים, העותרים טענו, כי לא ניתן כל הסבר המניח את הדעת, המצדיק את השיהוי בהוצאת צו ההריסה בעניינו של המפגע בהשוואה ליתר חברי החוליה. זאת כאשר קיים פער זמנים משמעותי ביותר בין עניינו

של המפגע לבין עניינם של יתר חברי החוליה. הדברים נכונים, לטענתם, לגבי כל אחת מהתקופות – הן ביחס לתקופה שחלפה מאז נחשפה מידת מעורבותם של חברי החוליה ועד המועד שבו הועברה המלצת שירות הביטחון הכללי; והן ביחס לתקופה שחלפה ממועד העברת המלצת שירות הביטחון הכללי ועד למועד שבו הוצא צו ההריסה. המשיבים כלל לא הצביעו על קיומה של מניעה אובייקטיבית להפעלת הסמכות שגרמה לשיהוי זה, ועל נימוק ראוי מדוע היא לא הופעלה יחד עם ארבעת המקרים הנוספים או לכל הפחות בסמוך להם.

12. להשלמת התמונה יצוין כי לאחר הדיון שהתקיים בעתירה ביום 25.3.2020, ולאחר שניתנו הסברים נוספים במעמד צד אחד מנציגי גורמי הביטחון, ביקשו המשיבים לתת הודעה משלימה נוספת בה יודיעו את עמדתם ביחס לסוגיות שעלו בדיון. ביום 14.5.2020 הוגשה הודעה משלימה במסגרתה צוין כי הוחלט על ידי הדרג המדיני לעמוד על מימוש צו החרמה וההריסה שבמוקד העתירה. בתגובה שהגישו העותרים להודעה המשלימה, חזרו העותרים על עמדתם על פיה המשיב לא נתן נימוק המניח את הדעת לעניין השיהוי. בין היתר נטען כי השיהוי אינו נובע רק מחלוף פרק זמן מוגדר, אלא שבנסיבות המקרה הדבר מעיד על כך שהמשיב החליט, בין אם "באופן אקטיבי" ובין אם "באופן פאסיבי" שלא להפעיל את סמכותו כלפי העותרים, עת הפעיל אותה כלפי כלל חברי החוליה. נראה כי בבסיס הוצאת הצו היום עומדים אפוא שיקולים זרים לשיקולי הרתעה, המביאים למסקנה כי הצו ניתן בחוסר סמכות.

דיון והכרעה

13. לאחר עיון בעתירה, בתגובה, בהודעות המשלימות שהוגשו ובתגובות להן, כמו גם שמיעת טענות באי-כוח הצדדים בעל-פה לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות וכך אציע לחבריי שייעשה.

14. אקדים ואומר כי יש לדחות את טענותיהם העקרוניות של העותרים ביחס לעצם הפעלת התקנה על ידי המשיב. טענות מעין אלה שהעלו העותרים נדונו ונדחו פעמים רבות בפסיקת בית משפט זה (ראו לדוגמה: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014); בקשה לדיון נוסף באותו עניין שנדחתה – דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הבטחון (12.11.2015); בג"ץ 6905/18 נאג"י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.12.2018); וראו לאחרונה: בג"ץ 2492/19 אבו לילה נ' אלוף פיקוד המרכז, פסקה 8 (16.4.2019) (להלן: עניין אבו לילה); עניין אלעזאפרה, פסקה 8; בג"ץ 751/20 חנאתשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 14 (20.2.2020) (להלן: עניין חנאתשה); בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי

לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (30.3.2020) (להלן: עניין שבלי)). על אף טענות העותרים בדבר הרחבת מדיניות יישום התקנה, אין מקרה זו שונה ממקרים קודמים באופן שמצדיק דיון עקרוני בסוגיות שנדונו והוכרעו זה מכבר. הדיון יתמקד אפוא בטענות העותרים לגבי אופן הפעלת הסמכות במקרה דנא.

כמו כן, טרם דיון בטענותיהם העיקריות של העותרים, ראיתי לנכון לדחות את הטענות באשר להליך הוצאת צו ההחרמה וההריסה בקשר למבנה, ולפגיעה כביכול בזכות הטיעון של העותרים. זאת מפני שאין חולק כי כחלק מהליך השימוע נשלחה לעותרים הודעה על כוונה להוציא צו החרמה והריסה למבנה, במסגרתה הובהר לעותרים כי ניתנת להם האפשרות להשיג על ההחלטה. העותרים אכן עשו שימוש באפשרות זו והגישו את השגתם, אשר נדחתה בהחלטה מנומקת. בנסיבות אלו, טענת הפגיעה בזכות הטיעון אינה יכולה להתקבל.

15. לגופו של עניין. אכן, על המשיב לעשות שימוש בסמכות הקנויה לו מכוח התקנה, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות ולתת את דעתו למכלול נסיבות המקרה (בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016); עניין אבו לילה, פסקה 10). בכלל זה, בעת הפעלת הסמכות, על המשיב להביא בחשבון, בין יתר השיקולים הרלוונטיים לעניין, את חומרת המעשים המיוחסים למפגע, את עוצמת הראיות נגדו ואת מאפייניהם של האנשים הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות (עניין אלעזאפרה, פסקה 9). בתוך כך גם נקבע בעבר, כי אין דין הריסת מבנה המצוי בבעלות המפגע או משפחתו הקרובה, כדין נקיטת צעד דומה כלפי בית המצוי בבעלות צד ג', אשר אין לו קשר משפחתי או קשר אחר עם המפגע או עם משפחתו (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 46-48 (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)).

16. בענייננו, בהתחשב בתנאים שנקבעו בפסיקה, מכלול החומר מגלה כי החלטת המשיב התבססה תוך לקיחה בחשבון של כלל השיקולים הרלוונטיים, וזאת בהתייחס לנסיבות האירוע ולעובדה שמדובר בפיגוע אכזרי וקשה אשר בו נגדעו חייו של המנוח באיבם. כך, נגד המפגע הוגש כתב אישום המייחס לו שותפות לביצוע הפיגוע. כתב אישום זה נסמך כאמור הן על גרסתו של המפגע והן על גרסאות שותפיו, כמו גם על ראיות נוספות. מדובר אפוא בתשתית ראייתית מבוססת די והותר לשם הוצאת הצו (וראו: עניין אלעזאפרה, פסקה 10, עניין שבלי, פסקה 22). בנסיבות העניין, חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ברורה מאליה. כמו כן, המשיב אף פעל במידתיות ובסבירות בהגבילו

את צו החרמה וההריסה לקומה השנייה במבנה בלבד, בה התגורר המפגע עם משפחתו הקרובה. עוד יצוין כי הצורך בהרתעה עומד בעינו גם כאשר מדובר בבית מגורים אשר מתגוררים בו קטינים, ואין די בכך כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו (בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז' (7.7.2016); עניין אלעזאפרה, פסקה 13). מטבע הדברים, משמדובר בבתי מגורים, לא פעם מתגוררים בהם גם קטינים, ובמקרים המתאימים, וכך גם בענייננו, העדפת שיקולי הרתעה על פני הפגיעה בזכויות דיירי הבית, נכונה גם כאשר מדובר בקטינים (בג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 33 (26.11.2017)).

17. ובאשר לטענות העיקריות שבפי העותרים, אשר לגישתם מטות את הכף לטובתם: הטענה האחת, היא כי מדובר במבנה אשר נמצא בבעלות אביו של המפגע, כאשר לדייריו לא הייתה כל ידיעה על מעורבות המפגע. ברם, טענה זו אינה מסייעת לעותרים. הדרישה היא כי תהיה "זיקת מגורים" ולא זכות בעלות של המפגע במבנה. כאשר מדובר בקומת מגורים המשמשת כמקום מגוריו הקבוע של המפגע (ועל כך אין עוררין במקרה זה), אשר בעליו אינו אדם זר כי אם בן משפחה בקרבה הדוקה, זיקת המגורים היא ברורה (בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (10.1.2019); עניין חנאחשה, פסקה 20). זאת ועוד, על פי הגישה המקובלת בפסיקה, מודעות או מעורבות של דיירי הבית אינה תנאי הכרחי להפעלת התקנה (ראו למשל: בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 14 (7.6.2018)). ומכל מקום, ההריסה מכוונת רק כלפי הדירה בה התגורר המפגע, ולא כלפי הקומה הראשונה במבנה בה מתגוררים אביו ואמו.

18. הטענה השנייה היא כי המפגע היה במעגל מרוחק ממוקד הפיגוע באופן שאין בו כדי להצדיק הוצאת צו החרמה והריסה בקשר למבנה אשר יש לו זיקה אליו. אכן, אין חולק כי המפגע לא נכח בזירת הפיגוע בעת ביצועו ולא המית את המנוח כמו ידיו. ברם, לא פעם גורמים עקיפים כאלה ואחרים הם אלה שעומדים מאחורי התכנון, ההצטיידות, ההכוונה והדריכות שקודמים לביצועו של פיגוע. לעתים, "דווקא פעילותם של המבצעים 'העקיפים' היא כה משמעותית ומרכזית עד שספק אם אלמלא היא היה בא לעולם הפיגוע" (בג"ץ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 11 (27.9.2016)). בענייננו, על פי עובדות כתב האישום, המפגע היה אחד הגורמים המעורבים והדומיננטיים בפעילות שמאחורי הקלעים שהייתה הכרחית ביותר לצורך הוצאת האירוע אל הפועל. המפגע נמנה על מקימי החוליה ששמה לה למטרה לפגוע ביהודים ישראלים וממנהיגיה; נטל חלק פעיל וישיר במפגשי החוליה; עודד את חבריו לבצע פיגועים; תמך בביצוע הפיגוע ואף "נזף" במבצעי הפיגוע על "כשלים" שנפלו

בביצועו; נכח גם בפגישה בה הסכימו חברי החוליה להוציא לפועל פיגוע נוסף; והסתיר ברשותו את כל החומר והציוד הקשור לחוליה. לפיכך, בדומה לקביעתי בעניין אלעזאפורה, באשר למעורבותם של אחדד ויוסף, גם בעניינו של המפגע, די במידת ההשפעה של מהלכיו על התממשות הפיגוע, כדי להצדיק את הפעלת הסמכות מכוח התקנה.

19. הטענה השלישית היא בדבר השיהוי שנפל בהפעלת סמכות המשיב על פי התקנה. אכן, התכלית ההרתעתית של התקנה מורה, כי אף שמועד ביצוע ההריסה מסור לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים, את הסמכות הקבועה בה יש להפעיל באופן מהיר ככל הניתן (ראו למשל: בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ז' (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 20 (20.4.2016)). עם זאת, לא ניתן לקבוע מראש פרק זמן אשר ייחשב כ"סביר" ביחס להפעלת התקנה, ושיקול דעת המשיב יבחן, גם בעניין זה, בהתייחס לנסיבות כל מקרה ומקרה (בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה ל"ה (4.7.2017)). כמו כן, יש לקחת בחשבון כי ההחלטה להעביר המלצה על הוצאת צו הריסה היא החלטה מורכבת, הנגזרת כאמור ממשנתנים רבים שיש לקחת בחשבון, וביניהם עוצמת הראיות נגד המפגע. בעניינו, הובהרו כאמור לעיל בהרחבה הנסיבות אשר הביאו לעיכוב בגיבוש ההמלצה על הריסת הקומה השנייה במבנה, תוך שנדרש בירור התמונה העובדתית המלאה בהתחשב בין היתר בכך שהמפגע, בניגוד ליתר חברי החוליה, לא הודה במעורבותו בביצוע הפיגוע. מדובר במשתנה אשר יש בו כדי להבחין בין עניינו של המפגע לבין ענינם של יתר חברי החוליה באופן ברור.

20. יתר על כן, על פי הודעת המשיבים, ההמלצה על הוצאת צו ההריסה הובאה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בפני הגורמים המדיניים הבכירים ביותר, עד לקבלת אישורם, כאשר מקובלים עליהם הסברים שהוצגו לעניין זה במעמד צד אחד. ממכלול התמונה עולה כי להחלטה על הוצאת הצו קדם הליך בירור ובחינה מעמיק תוך נקיטת משנה זהירות, והוא זה אשר הביא לעיכוב בהוצאת הצו. לאור האמור, בנסיבות אלו, בהתחשב גם במשך זמן העיכוב – שאינו עולה על מספר חודשים – אין לטענה בדבר שיהוי כדי להוביל למסקנה כי החלטת המשיב התקבלה בחריגה ממתחם הסבירות (והשוו: עניין סידר, שם נדחתה טענת שיהוי אף כי חלף פרק זמן של תשעה חודשים ממועד ביצוע הפיגוע; עניין חמאד, שם נדחתה גם כן טענת שיהוי בחלוף פרק זמן של כארבעה חודשים; בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (1.12.2015), שם התקבלה טענת שיהוי, בחלוף פרק זמן משמעותי של כ-11 חודשים מאז אירע הפיגוע; בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 17

(28.2.2018)). להשקפתי יש לברך על הזהירות שננקטה על ידי כל הגורמים במקרה זה, החל משיקול הדעת שהפעיל המשיב, דרך הייעוץ המשפטי שניתן הן על ידי היועץ המשפטי לאיו"ש והן על ידי היועץ המשפט לממשלה, וכלה באישור שניתן על ידי הגורמים המדיניים הבכירים. וודאי שאין לפרש את פרק הזמן שחלף, כמתן החלטה להימנע מהפעלת הסמכות. מוקשה בעיני כיום לראות בעיכוב כמתן ההחלטה כגורם העומד לפני המשיבים לרועץ.

על רקע מכלול השיקולים שפורטו לעיל, לא מצאתי כי קמה עילה להתערב בהחלטת המשיב. על כן, אם תשמע דעתי, העתירה תדחה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. דביר שורק היה בחור צעיר וברוך כישרונות שנרצח ביום 7.8.2019 בפיגוע דקירה – וזאת אך בשל היותו יהודי. את הרצח המזוויע תכננה והוציאה לפועל חוליית טרור המשתייכת לארגון החמאס, שהוקמה במטרה לבצע פיגועים נגד יהודים (להלן: חוליית הטרור או החוליה). ביום 3.10.2019 הוגש כתב אישום נגד חמישה חברי חוליית הטרור, המייחס לכל אחד מהם עבירה של גרימת מוות בכוונה ועבירות נלוות. במקביל להליכים הפליליים, הוציא המפקד הצבאי בחודש ספטמבר 2019 צווים להריסת הבתים שבהם מתגוררות משפחותיהם של ארבעה מתוך חמשת המפגעים (להלן: צווי ההריסה); ועתירות שהוגשו נגד צווי ההריסה נדחו בבית משפט זה (בדעת רוב) ביום 12.11.2019 (בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית; להלן: עניין אלעזאפרה). ביום 27.11.2019 נהרסו ארבעת בתי המגורים; ורק למעלה מחודש לאחר מכן, וכחמישה חודשים לאחר הפיגוע, הוציא המפקד הצבאי צו להריסת הבית שבו מתגוררת משפחתו של המפגע החמישי – מחמוד עטאונה (להלן: עטאונה). תוקפו של צו הריסה זה, מחודש ינואר 2020, הוא שעומד במוקד הדיון שלפנינו (להלן: צו ההריסה).

2. נקודת המוצא היא שלמפקד הצבאי נתונה סמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להורות על הריסת בית מגורים של מפגע גם אם מתגוררים בו בני משפחה חפים מפשע, שלא לקחו חלק בפעילות הטרור. עם זאת, כידוע, "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד" (ראו דברי חברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ

1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (30.3.2020), להלן: עניין שבלי) – ועל כן מידתיות וסבירות השימוש באמצעי של הריסת בתים נבחנת לגופה בכל עתירה ובהתאם לנסיבות המקרה. הריסת בתי משפחות מחבלים נועדה לשרת אינטרס ראשון במעלה של הגנה על ביטחון אזרחי ישראל; ואולם לצד זאת, אמצעי זה טומן בחובו פגיעה קשה בזכויות יסוד של בני משפחה חפים מפשע, בהם לא פעם אף קטינים, ומהווה ענישה קולקטיבית באופן "העומד בסתירה לציווי 'איש בחטאו יומתו' (דברים כ"ד, ט"ז), ציווי המעוגן בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל והמשפט העברי." (השופט י' עמית, בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015); להלן: עניין סידר). על רקע האמור כבר הוברר בפסיקה כי שימוש באמצעי של הריסת בתים נועד לתכלית הרתעתית בלבד, "למען יראו וייראו", ולא ככלי נוסף לענישה של המפגע ובוודאי שלא לריצוי דעת קהל. זאת ועוד, בפסיקה מקדמת דנא הובהר כי את סמכותו להורות על הריסת בתים נדרש המפקד הצבאי להפעיל בזהירות ואך במקרים מיוחדים וחריגים: "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 נגד מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982)) (וראו גם: בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסקה יב (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה)); דברים אלה, שנאמרו קודם לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקבלים משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד זה.

3. לא פעם הבעתי דעתי כי שאלת הכוח ההרתעתי הטמון בכלי של הריסת בתים לוטה בערפל ומוטלת בספק, וכי ספק זה משליך על בחינת מידתיות הפעלת הסמכות. בהקשר זה, אני סבורה כי הריסת בית שבו מתגוררים בני משפחה חפים מפשע אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת ככלל במבחן המידתיות (ראו למשל: עניין אלעזאפרה; עניין שבלי; ולהרחבה ראו דבריי ב-בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)). במקרה שלפנינו, בבית העומד להריסה מתגוררים רעייתו של עטאונה ושלושת ילדיהם הקטינים (בני שנתיים, 8 ו-16). המשיבים אינם טוענים למעורבות כלשהי של בני המשפחה במעשיו הנפשעים של עטאונה, או לידעה מצד מי מהם על כוונותיו לרצוח יהודים, ואף לא לתמיכה בדיעבד במעשה הרצח; וכבר בשל כך דומני כי צו ההריסה אינו מידתי ויש להורות על ביטולו.

זאת ועוד. קיים בענייננו טעם נוסף המחייב לדידי את ביטולו של צו ההריסה – והוא השיהוי שדבק בהוצאת הצו על ידי המפקד הצבאי. שיהוי זה נובע לא רק מעצם

חלוף הזמן מעת הפיגוע הרצחני ועד להוצאת צו ההריסה (חמישה חודשים), אלא אף מכך שהצו הוצא רק לאחר שנהרסו זה מכבר בתיהם של ארבעה מתוך חמשת חברי חוליית הטרור שביצעה את הפיגוע. נסיבות אלה מפחיתות באופן משמעותי את כוחו ההרתעתי של צו ההריסה, ומשוות לו אופי עונשי גרידא. בעניין זה אמקד עתה את דבריי.

4. "עיתוי ביצוע צו ההריסה מסור ככלל לשיקול דעת המשיב (המפקד הצבאי-ע'ב') על פי נתוני הזמן והמקום" (ההדגשה במקור-ע'ב') (בג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (7.7.2015)). עם זאת, ברי כי על מנת להשיג את מלוא אפקט ההרתעה הגלום בהריסת בית, נדרש כי הסנקציה של הריסה תופעל בסמוך לאחר הפיגוע. ויצוין בהקשר זה כי מתוך הכרה בחשיבותה של סמיכות זמנים כאמור, נוהג המפקד הצבאי לקצוב למשפחות המפגעים ימים בודדים להגשת השגה על צו ההריסה; וכאשר מוגשת עתירה לבית משפט זה בנוגע להחלטה בהשגה, ההליך נדון בהקדם ככל הניתן. למימד הזמן נודעת אפוא חשיבות עליונה בהשגת הרתעה יעילה, שהיא כאמור כל תכליתה של הריסת בתים:

"הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מיטשטשת. הביטוי 'למען יראו וייראו', אשר עומד בבסיס עיקרון הרתעת הרבים, מבוסס על כך שהקהל אותו יש להרתיע נוכח כי לעבירה מתלווה מחיר כבד, והחשש הממשי מפניו ימנע מאחרים לפעול באופן דומה בעתיד. מובן כי כשהדרישה לתשלום המחיר מבוששת לבוא, התוצאה ההרתעתית מתפוגגת אט אט, וככל שחולף זמן רב יותר, כך גם הסיכוי להשיג את ההרתעה המבוקשת הולך ופוחת ומעשה ההריסה הופך יותר ויותר לעונש או למעשה נקם לשמו ופחות למהלך הרתעתי... במילים אחרות, הפעלת הסנקציה בשלב זה עלולה להיות נעדרת-הקשר עבור רבים מהציבור אותו יש להרתיע, בעיקר כשהיא מתבצעת במציאות ביטחונית בה אירועי טרור והתגובות להם רבים ודחופים". (ההדגשה שלי-ע'ב') (עניין אבו חאשיה, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל).

הנה כי כן, ככל שגדל פער הזמנים בין הפיגוע לבין הריסת בית מגוריו של המפגע, כך פוחת האפקט ההרתעתי הגלום בהריסת הבית – ובהעדר אפקט הרתעתי, הרושם הבלתי נמנע הוא שהריסת הבית מתבקשת כאמצעי עונשי בלבד. הדברים הובהרו אף על ידי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין אבו חאשיה:

"ככל שמתרחקים אנו ממועד הפיגוע, עלולה להיווצר מראית העין – אשר יש הטוענים כי אכן נוצרת – כי ההריסה היא למטרות עונשיות. כיון שלא לכך נועדה תקנה 119, וכדי למנוע להימנע מהחשש למראית עין כאמור, יש לוודא כי שיקולי התועלת הם שעומדים במוקד ההחלטה,

וכי אלה אכן מצדיקים שימוש באמצעי החרג של הריסת בתים. (ראו: עניין אבו חאשיה, פסקה כא לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (בעמדת מיעוט אך לא לעניין זה)).

5. בעניין אבו חאשיה הורה בית המשפט (בדעת רוב) על ביטולו של צו להריסת בית שבו התגוררה משפחתו של מפגע, משזה הוצא על ידי המפקד הצבאי כ-11 חודשים לאחר שהמפגע ביצע את המעשה הרצחני. נקבע שם כי בנסיבות אלה הריסת הבית לא תוביל לתוצאה ההרתעתית המבוקשת, ומשכך ולנוכח הפגיעה בזכויותיהם ובכבודם של בני המשפחה החפים מפשע, הפעלת סמכות ההריסה אינה סבירה ואינה ראויה.

בענייננו, חמישה חודשים "בלבד" חלפו מעת רציחתו של דביר שורק ז"ל ועד להוצאת הצו להריסת הבית שבה מתגוררת משפחתו של עטאונה; ואולם פרט לחלוף הזמן, במקרה דנן מתקיימות נסיבות נוספות המעצימות את ניתוקו של "הקשר התודעתי" בין הפיגוע לבין הסנקציה בגינו – וכוונתי היא לכך שצו ההריסה הוצא רק לאחר שהסנקציה של הריסת בתים כבר הופעלה נגד ארבעה מתוך חמשת חברי חוליית הטרור שביצעה את הפיגוע (כחודש לאחר מכן). בהינתן צירוף הנסיבות הללו, ספק אם הציבור שאותו מבוקש להרתיע יקשור עוד בין המחיר שתשלם משפחתו של עטאונה לבין הפיגוע הנפשע; ובכך נבדל המקרה דנן ממקרים אחרים שבהם נדונה ונדחתה טענת שיהוי בהוצאת צו הריסה (ראו, למשל, עניין סידר).

6. בהודעה משלימה מיום 1.3.2020 התייחסו המשיבים לשיהוי שדבק בצו ההריסה שבמוקד העתירה. לדבריהם, העובדה שצו זה הוצא רק בחודש ינואר 2020 בעוד צווי ההריסה לבתייהם של ארבעת החברים האחרים בחוליית הטרור הוצאו עוד קודם לכן וכבר בחודש ספטמבר 2019, נובעת מכך שעטאונה, להבדיל משאר המפגעים, הכחיש תחילה את מעורבותו בביצוע הפיגוע – ובמצב דברים זה מידת מעורבותו ברצח נחשפה לאשורה בשלב מאוחר יותר ביחס לחברי החוליה האחרים, שהודו מיד במיוחס להם. על פי הנטען תהליך הוצאת צו ההריסה בענייננו של עטאונה, החל אפוא רק בסמוך להגשת כתב האישום נגד חברי החוליה כולם – בעוד שבעניינם של ארבעת האחרים תהליך הוצאת צווי ההריסה החל כבר בסמוך לאחר הפיגוע. בהתייחס לתקופה שלמן המועד שבו כבר התברר חלקו של עטאונה ברצח (לכל המאוחר במועד הגשת כתב האישום, 3.10.2019) ועד למועד שבו הוצא הצו להריסת ביתו (שלושה חודשים לאחר מכן) – נטען על ידי המשיבים כי היועץ המשפטי לממשלה סבר כי בנסיבות המקרה נדרש אישור מאת "הדרגים המדיניים הבכירים ביותר" להריסת הבית, וכי רק בסיומה של התייעצות זו ניתן היה להוציא את הצו.

אדגיש בנקודה זו כי איני סבורה שנפל פגם כלשהו בהתנהלות המשיבים בקשר עם ההליכים שנדרשו והאישורים שהתבקשו להוצאת צו ההריסה כמפורט לעיל. כפי שציין חברי השופט ד' מיינן, יש לברך על הזהירות שננקטה בהקשר זה מצידם של כל הגורמים המעורבים – ובהם היועץ המשפטי לאיו"ש, היועץ המשפטי לממשלה והדרג המדיני הבכיר. אלא שגם אם ההסברים שניתנו על ידי המשיבים מסברים את האופן, אין בהם כדי להצדיק את הוצאת צו ההריסה במועד שבו הוא הוצא. וכמה דברים אמורים? בכואו להפעיל את הסמכות הנתונה לו מכוח תקנה 119 שומה היה על המפקד הצבאי לשוב ולשקול מחדש את התמונה ההרתעתית המצטיירת – ובכלל זה לתת דעתו לשינוי הנסיבות שנוצר עם חלוף הזמן ומאז שהתקבלה החלטה ראשונית בנדון. כפי שהוברר לעיל, במקרה דנן יש בחלוף הזמן כדי להפחית באופן ממשי מכוחו ההרתעתית של צו ההריסה – וזאת בעיקר בהינתן שבמהלך התקופה, ועוד לפני כחצי שנה, נהרסו בתיהם של יתר חברי חוליית הטרור. גם אם הוצאת צו ההריסה התעכבה מסיבות מוצדקות, בהעדר אפקט הרתעתית מספק צו זה לוקה בחוסר סבירות וממילא אינו מידתי, ועל כן לא היה מקום להוצאתו.

7. סיכומו של דבר, עטאונה נמנה עם חוליית מרצחיו של דביר שורק ז"ל, ובגין כך עליו לבוא על עונשו במלוא חומרת הדין. לצד זאת, צו ההריסה שבו עסקינן מכוון להריסת הבית שבו מתגוררים רעייתו של עטאונה ושלושת ילדיו הקטינים, שהינם חפים מפשע ולא גילו כל מעורבות בפיוגוע – לא לכתחילה ולא בדיעבד. כבר מטעם זה קיים חשש ממשי לכך שצו ההריסה משמש כסנקציה עונשית גרידא, ולא לכך נועדה סמכות הריסת הבתים הנתונה בידי המפקד הצבאי מכוח תקנה 119. חשש זה הולך ומתגבר לנוכח חלוף הזמן מאז הפיוגוע ועד למועד שבו הוצא צו ההריסה (חמישה חודשים), ובפרט שעה שבמהלך התקופה וזה מכבר נהרסו בתיהם של כל יתר חברי חוליית הטרור שאליה משתייך עטאונה. חלוף הזמן מביא לניתוק "הקשר התודעתי" בין הרצח לבין הסנקציה בגינו, כך שכבר במועד שבו הוצא צו ההריסה היה כוחו ההרתעתית מוטל בספק; ובהיעדר האפקט ההרתעתית צו ההריסה עוטה כסות עונשית בלבד, וככזה הוא לוקה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות. משכך, אם תישמע דעתי ומשבהסכמה הדיון התקיים כאילו ניתן צו על תנאי, הצו יהפוך למוחלט ונורה על ביטולו של צו ההריסה.

ש ו פ ט ת

21. במחלוקת שנפלה בין חבריי, אני מצטרף לתוצאה אותה מציעה חברתי השופטת ע' ברון, הגם שדרך הילוכי לתוצאה שונה.

בעתירה דנן מבקשים העותרים כי נורה על ביטולו של צו ההחרמה וההריסה שהוצא ביום 23.1.2020 ביחס לקומה השנייה במבנה בו התגורר מחמוד עטאונה (להלן: עטאונה) בגין מעורבותו – לפי המיוחס – בפיוע הדקירה בו נרצח דביר שורק ז"ל (להלן: צו ההחרמה וההריסה או הצו). בדיון שנערך לפנינו ביום 10.2.2020 הסכימו המשיבים כי נדון בעתירה כאילו ניתן צו על תנאי. אומר כבר עתה כי להשקפתי, השיהוי שנפל בהתנהלות המשיבים בהוצאת צו ההחרמה וההריסה מצדיק את ביטולו.

22. כפתח הדברים יצוין כי במסגרת עתירתם שבים ומבקשים העותרים כי נדון מחדש בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים, ובהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. בהקשר זה, אין לי אלא לשוב על דברים שאמרתי פעמים מספר בעבר:

“את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת [...] 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” (בג”ץ 628/18 כמיל נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקה 13 (28.2.2018) (להלן: עניין כמיל); ראו גם בג”ץ 1490/20 שבלי נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 1 לחוות דעתי (30.3.2020) (להלן: עניין שבלי); בג”ץ 2356/19 ברגותי נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.4.2019); בג”ץ 5839/15 סידר נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פסקאות 1-6 לחוות דעתי (15.10.2015) (להלן: עניין סידר)).

23. סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. גם כאשר קיימת סמכות, הרי נוכח התוצאות הקשות שנלוות לשימוש בתקנה 119, נדרשת בחינה דקדנית של הפעלת שיקול דעת המפקד הצבאי בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי ובכללן דרישות הסבירות והמידתיות (ראו, מהעת האחרונה, עניין שבלי, פסקה 20; כן ראו עניין כמיל, פסקה 15; בג”ץ 1624/16 חמאד נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016)). בחינת מידתיות ההחלטה צריכה להתבצע בשים לב לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה

ובהתחשב, בין היתר ומבלי למצות, בחומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד; ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר אם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות בקשר לאותו חלק מן הבית שבו התגורר החשוד; אם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן אם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014); כן ראו: עניין שבלי, פסקה 20; בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 9 (12.11.2019); בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 5 (7.11.2017)).

24. שיקול נוסף שעל המפקד הצבאי להביא במכלול הנתונים העומדים לפניו נוגע לחלוף הזמן שבין המעשה המיוחס לבין הפעלת הסמכות בהתאם לתקנה 119 (בג"ץ 8031/16 זין (עווד) נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 7 (1.11.2016); בג"ץ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 14 (27.9.2016); בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה כב (1.12.2015) (להלן: עניין אבו חאשיה); בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 444 (1982)). זאת, כפועל יוצא מהחובה המוטלת על הרשות המינהלית לפעול במהירות הראויה (סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; עניין אבו חאשיה, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל; כן ראו אצל יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1097-1105 (2011) (להלן: זמיר)). "המהירות הראויה" להפעלת סמכות היא עניין תלוי-הקשר והיא נגזרת מהאינטרסים הציבוריים והפרטיים המושפעים מאופן הפעלת הסמכות (עניין אבו חאשיה, פסקה 5; בג"ץ 1999/07 ח"כ גלאון נ' וועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון, פ"ד סב(2) 123, 160 (2007)). בכל הנוגע להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 כבר נקבע כי "ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר" (עניין אבו חאשיה, פסקה כב; עניין סידר, פסקה ז; בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 50 (12.11.2015)). על הרשות מוטלת בהקשר זה מלאכת איזון שכן לצד החובה לפעול במהירות, על ההחלטה להיות מבוססת על "אדנים ראייתיים מוצקים" (בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, פסקה 20 (20.4.2016) (להלן: עניין עאמר); ובאופן כללי ראו זמיר, בעמ' 1109-1110). בהקשר זה, מסכים אני לדברי השופט מזוז בעניין אבו חאשיה בציינו כי "מקום שהייתה מניעה אובייקטיבית להפעלת הסמכות בסמוך לאחר האירוע, כגון מקום שמבצע העבירה זוהה רק כעבור זמן, או שהייתה מניעה אובייקטיבית

דומה אחרת, אין בהימנעות מהפעלת הסמכות בסמוך לאחר האירוע כדי למנוע הפעלתה עת יבשלו התנאים לכך, ואף לא נוצרת צפייה לגיטימית כאמור" (שם, פסקה 9).

25. בעניין אבו חאשיה הצביע השופט צ' זילברטל על האינטרסים המושפעים מהשיהוי בהפעלת הסמכות (ראו גם: בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה לה (4.7.2017)). האינטרס הראשון הוא האינטרס הפרטי של הדיירים המתגוררים בביתו של מי שמואשם בביצוע מעשים המנויים בתקנה 119. צווי ההחרמה וההריסה הם בעלי השפעה דרמטית על חייהם, וכל זמן שלא מתקבלת החלטה בעניינם, נותרים הם באפלה, מבלי לדעת אם ומתי יקבלו לידיהם צו שיורה על הריסת ביתם. האינטרס השני הוא האינטרס הציבורי בקיומה של זיקה ברורה בין מעשה האלימות שהקים את הסמכות לבין הפעלתה (עניין אבו חאשיה, פסקה 6-8 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל). האינטרס בהרתעת הרבים מביצוע מעשי אלימות מושפע אף הוא מחלוף הזמן, שכן "כשהדרישה לתשלום המחיר מבוששת לבוא, התוצאה ההרתעתית מתפוגגת אט אט, וככל שחולף זמן רב יותר, כך גם הסיכוי להשיג את ההרתעה המבוקשת הולך ופוחת" (שם, פסקה 9; למקרים שבהם השיהוי בהפעלת הסמכות יכול לעורר חשש שמא אירועים חיצוניים להתנהגות המחבל הם שעמדו ביסוד החלטת ההריסה ראו שם; עניין טיזר, פסקה 7 לחוות דעתי).

26. הפגיעה באינטרסים האמורים שנגרמת כתוצאה משיהוי בקבלת ההחלטה משליכה בעיני גם על מידתיותה. בעניין טיזר עמדתי על הקושי בהלכה הקיימת, בכל שאמור באיזון בין התכלית ההרתעתית לבין הפגיעה הדרסטית בזכויות דיירי הבית הבלתי מעורבים. הגם שראיתי ללכת בתלם ההלכה, הוספתי כי במקרה של שיהוי נגזרת התייחסות שונה שכן האיזון הפרטני בין השיקולים יכול שיביא לתוצאה אחרת. במקרים מעין אלה, תכלית ההרתעה נפגעת שכן – כפי שנפסק בעניין אבו חאשיה – הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מטשטשת (השוו גם: עניין עאמד, פסקה 20). בצד האמור, עוצמת הציפייה אצל המשפחה הנפגעת שבעניינה לא תופעל הסמכות גוברת, בפרט מקום בו הסמכות כבר הופעלה כלפי בתיים של מפגעים אחרים שנטלו חלק באותו פיגוע. אין צריך לומר, כי כמו בהקשרים אחרים במשפט המינהלי, השיהוי אינו נמדד בפרקי זמן קשיחים והוא מושג פונקציונלי שנבחן על רקע נסיבותיו הפרטיקולריות של כל מקרה ומקרה.

27. מן הכלל אל הפרט. כעולה מההודעה המשלימה מטעם המשיבים מיום 1.3.2020 (להלן: ההודעה המשלימה), מעורבותו של עטאונה בפיגוע נחשפה עם התקדמות החקירה ו"רק בשלהי ספטמבר 2019 התבהרה ובוססה התמונה העובדתית המלאה, לרבות ביחס

למידת מעורבותו של [עטאונה – ע' פ']" (סעיף 10 להודעה המשלימה). כתב האישום נגד עטאונה הוגש מספר ימים לאחר סיום החקירה, ביום 3.10.2019. בהקשר זה, המועד הרלוונטי לבחינת משך הזמן שבו התקבלה החלטת ההריסה במקרה דנן מתחיל לכל המאוחר ביום הגשת כתב האישום, וזאת משני טעמים. ראשית, רק במועד זה הייתה בידי המשיבים תמונה עובדתית בדבר מידת מעורבותו של עטאונה בפיגוע (ויוער, כי למעשה כפי שמעידים המשיבים עצמם, התמונה התבהרה כבר בשלהי ספטמבר 2019, אך אניח, במקרה דנן ונוכח הקרבה בין המועדים, כי המועד הרלוונטי הוא יום הגשת כתב האישום). שנית, במועד זה התברר לעותרים – בני משפחתו – בצורה חד משמעית וגלויה כי עטאונה מואשם במעורבות בפיגוע, ובהמשך לכך כי המשיב 1 עשוי לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו מכוח תקנה 119 ולהורות על החרמת והריסת הקומה השנייה בבניין בו מתגוררים העותרים.

28. מאז הגשת כתב האישום ועד למועד שבו הועברה לעותרים ההודעה על כוונת המשיב 1 לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 חלפו שלושה חודשים. את התקופה האמורה ניתן לחלק – במקרה דנן – לשניים: פרק הזמן ממועד הגשת כתב האישום ועד להעברת המלצת שירות הביטחון הכללי לידי פרקליטות המדינה ולשכת המשיב 2 (להלן: פרק הזמן הראשון; כחודש ימים מיום 3.10.2019 ועד ליום 5.11.2019); ופרק הזמן שחלף מהמועד שבו הועברה המלצת שירות הביטחון הכללי עד למסירת ההודעה על הכוונה להרוס את הקומה השנייה לעותרים (להלן: פרק הזמן השני; כחודשיים ימים – מיום 5.11.2019 ועד ליום 9.1.2020). באשר לפרק הזמן הראשון, לא הציגו המשיבים טעמים מספקים להתמשכותו על פני חודש ימים. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 25.3.2020 הבהיר בא כוח המשיבים כי למעט העובדה כי הייתה זו תקופת החגים, אין בידו הסבר נוסף להתמשכות שלב זה בהחלטה על הריסת הקומה. ויוער, בהקשר זה, כי בכל הנוגע ליתר חברי החוליה המלצת שירות הביטחון הכללי הועברה בפרקי זמן קצרים בהרבה; ראו סעיפים 6 ו-8 להודעה המשלימה). באשר לפרק הזמן השני, המשיבים תיארו את השתלשלות הליכי הטיפול בהוצאת צו ההחרמה וההריסה מאז קבלת המלצת שירות הביטחון הכללי והבהירו כי במסגרת פרק זמן זה ביקש היועץ המשפטי לממשלה להביא את הסוגיה בפני הדרגים המדיניים הבכירים ביותר בטרם יקבל החלטתו (בנושא זה קיבלנו הסברים במעמד צד אחד, בהסכמת העותרים, מנציגי גורמי הביטחון; ראו גם סעיף 18 להודעה המשלימה).

29. אני סבור כי ההשתהות (שלא הוצגה לה הצדקה עניינית) בפרק הזמן הראשון, לצד בחינת התקופה בכללותה, שבה נותרו העותרים בעננת אי ודאות לגבי גורל ביתם מובילים למסקנה כי נפל פגם בהפעלת סמכות ההריסה במקרה דנן, המצדיק את ביטול

צו ההחרמה וההריסה. דברים אלה אמורים גם בהתחשב בפרק הזמן שחלף בין הוצאת צווי ההחרמה וההריסה לבתייהם של ארבעת המפגעים האחרים שמיוחסת להם מעורבות בפגיעה לבין הוצאת הצו בענייננו, העומד על מספר חודשים. במשקפי התכלית ההרתעתית, לצעדים שננקטו בעניינם של אלה, שהיו בבחינת מימוש מיידי של התכלית ההרתעתית בזיקה לגילוי מעורבותם בפגיעה – יש לתת משקל בנסיבות העניין שלפנינו. נתון אחרון זה, מעצים את הפגיעה באינטרס הציפייה של בני המשפחה, על רקע התקופה שבה לא ננקטו נגדם צעדים למרות גילוי המעורבות של עטאונה ובגדרה, נגד מעורבים אחרים – כבר הופעלה הסנקציה. כל זאת – כפי שנפסק בעניין אבו חאשיה – "כשהדין עצמו מעורר דילמות מוסריות לא פשוטות גם לעמדתם של התומכים בשימוש בו" (שם, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל).

30. על רקע האמור אני סבור גם כי במישור האינטרס הציבורי, ההפעלה המאוחרת של הסמכות בהתייחס לבית משפחת עטאונה מטשטשת את הקשר בין המעשים הנפשים המיוחסים לו לבין הסנקציה שננקטה בגינם (לעניין זה ראו גם דברי חברתי השופטת ע' ברוך בפסקה 5 לחוות דעתה). כאמור, אין בנמצא נוסחה אריתמטית לחישוב פרק הזמן המדויק שממנו והלאה, יקום שיהוי בעוצמה שתוביל לבטלות ההחלטה, וכפי שציינתי, יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. אפיוניו המיוחדים של השיהוי בנסיבות שתוארו, מצביעים כאמור על פגיעה בכל האינטרסים שתוארו לעיל: ההשתהות פוגעת בהצדקה ההרתעתית שניצבת בבסיס הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119; היא מחלישה את הזיקה בין המעשה הנפשה לבין הפעלת הסמכות; ובעיקר, היא מגדילה את הציפייה בקרב העותרים כי חלוף הזמן מאז הגשת האישום נגד עטאונה מבלי שהוצא צו הריסה מעיד כי הוחלט להימנע מהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. בכך, הופר האיזון בין התועלת הנטענת של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לבין הפגיעה בעותרים. הפועל היוצא של הפרת האיזון הוא כי צו ההחרמה וההריסה במקרה דנן (אשר כאמור מוכוון להריסת הקומה השנייה, בה מתגוררים אשתו של עטאונה וילדיהם, בכללותה) אינו מידתי.

31. לא התעלמתי מהעובדה כי פרק הזמן ממועד הגשת כתב האישום עד להודעה על הכוונה להפעיל את הסמכות עומד על שלושה חודשים. בבחינה השוואתית למקרים שהתעוררו בפסיקתנו, זהו פרק זמן גבולי. אילו היה המפקד הצבאי מחליט לצמצם את צו ההחרמה על ידו ולהחילו מלכתחילה על חדר אחד שאליו הייתה למפגע זיקה מיוחדת ואותו ניתן היה לאטום, כפי שנעשה למשל בעניין כחיל (שם דובר בפרק זמן דומה), יתכן שהיה בכך פתח לקביעה כי ההחלטה מצויה במתחם המידתיות. דא עקא, במקרה שלפנינו לא ניתן היה לערוך הפרדה בין החלק בקומת המגורים בו נעשה שימוש על ידי עטאונה, לבין החלק בו התגוררו אשתו וילדיו (וגם ההשוואה שניסו המשיבים לערוך לעניין שבלי

אינה מעלה או מורידה לעניין זה, בשים לב לכך שבאותו עניין, כפי שציינה באת כוח העותרים (שייצגה גם את העותרים בעניין שבלי), לא הועלתה טענת שיהוי ומכל מקום נושא זה לא נבחן ולא הוכרע בפסק הדין). בנסיבות אלו, הריסת הקומה כולה, בהינתן מכלול השיקולים שפורטו, הינה לדעתי בלתי מידתית.

32. על רקע הדברים האמורים, אף אני סבור כי יש לקבל את העתירה ולהורות על ביטולו של צו ההחרמה וההריסה מיום 23.1.2020 שהוציא המשיב 1 לקומה השנייה בבניין בו התגורר עטאונה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של השופטים ע' פוגלמן וע' ברון כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מיון לקבל את העתירה ולהורות על ביטולו של צו ההחרמה וההריסה מיום 23.1.2020 שהוציא משיב 1 לקומה השנייה בבניין בו התגורר מחמוד עטאונה בבית כאחיל.

ניתן היום, ב' בסיון התש"ף (25.5.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט