

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. מחאמרה
2. מחאמרה
3. מחאמרה
4. מחאמרה
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
על ידי ב"כ עוה"ד מיכל פומרנץ ואח'
רח' הוברמן 10, תל אביב
טלפון: 03-5619666; פקסי: 03-6868596

הערות רים

נגד

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. היועץ המשפטי לאיו"ש
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקסי: 02-6467011

המשיבים

הודעה משלימה מטעם המשיבים

בתום דיון שהתקיים בעתירה שבכותרת ביום 12.7.16, ביקש בית המשפט הנכבד מהמשיבים לשקול להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, רק ביחס לקומה השלישית במבנה מושא העתירה.

1. המדינה תבקש לעדכן, כי לאחר בחינת הדברים, והבאת הסוגיה וכן הערות בית המשפט הנכבד במהלך הדיון, בפני ראש שירות הביטחון הכללי, ומפקד פיקוד מרכז, הוחלט כי אין מקום לשנות מההחלטה להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 במקרה דנן הן ביחס לקומה הראשונה הן ביחס לקומה השלישית. זאת, על דעת פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה.

בנסיבות המקרה דנן, בשים לב לחומרת הפיגוע, ועל מנת להשיג את ההרתעה הנדרשת כלפי מתבלים פוטנציאליים נוספים, יש צורך להחרים ולהרוס את הקומה הראשונה והשלישית במבנה מושא העתירה; עמדת המשיבים היא כי הריסת הקומה השלישית בלבד – אשר בנויה על חלקו של הבית, ומדובר למעשה אך בחלק קטן מהבית – לא תוביל להרתעה הנחוצה בנסיבות פיגוע חמור שכזה.

עוד נטען, כי החלטת המפקד הצבאי להחרים ולהרוס את הקומה הראשונה והשלישית במבנה, תואמת את פסיקתו של בית המשפט הנכבד, ועל כן אין מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה זו.

2. נזכיר, כי טרם ההחלטה בדבר הוצאת הצו ביצע המפקד הצבאי מיפוי מדוקדק של המבנה, וזה תיאורו:

קומת הקרקע - קומה זו היא החלל המרכזי של הבית, הכוללת סלון, מטבח, שירותים ומקלחת, חדר שינה הורים, וחדר שינה ילדים (כ-120 מ"ר).

בקומתו השנייה של המבנה - אותה אין כוונה להרוס - שני מתחמים. המתחם האחד כולל שני חדרים, מטבח ושירותים, ובו מתגורר אחיו של מחמד, יחד עם אשתו. המתחם השני בקומה זו הוא מתחם בבניה, אשר עתיד לכלול אף הוא שני חדרים, מטבח ושירותים, ועל פי תכנון המשפחה הוא עתיד לשמש את אחיו של מחמד.

הקומה השלישית (כ-60 מ"ר) כוללת חדר שינה, מטבח, שירותים, מקלחת ומרפסת, שהיא למעשה גג המבנה. בקומה זו מצוי חדר השינה של מחמד, וכן של אחיו

בנוסף לכך, בקומת הקרקע ישנו מתחם נוסף (כ-25 מ"ר) המשמש, מזה כשנה, מפעל ממתקים, המופעל על ידי אחיו של מחמד, ; אותו אין כוונה להרוס.

יצוין, כי כלל הקומות במבנה מחוברות בגרם מדרגות אחד, פנימי, וכי אין גישה נפרדת לקומתו השלישית של המבנה.

צילום תמונת המבנה, וכן תשריט הקומה השלישית מצורף ומסומן מש/1.

3. כפי שפורט בתגובה לעתירה, במסגרת המיפוי שנערך ביום 19.6.16 מסר העותר 4, סמיר, לרכז השטח כי החלל המרכזי המצוי בקומה הראשונה משמש את כל בני המשפחה בשגרה, ולעיתים נוהגים גם בני המשפחה הגרים בקומות העליונות לישון באחד החדרים בקומה זו.

צילום סיכום המיפוי מצורף ומסומן מש/2.

4. דברים אלה עולים בקנה אחד אף עם דברי מחמד עצמו (ראו נספח מש/5 שצורף לתגובה המקדמית).

5. לפיכך, נשוב ונטען, כי מדובר במבנה אחד המשמש את בני המשפחה כולם. הניסיון להציג את הקומה השלישית כיחידת מגורים נפרדת, וכפועל יוצא לטעון לניתוק הזיקה של המחבל מן הקומה הראשונה של הבית, הוא ניסיון מלאכותי אשר אינו עולה בקנה אחד עם הראיות המינהליות הקיימות, ואינו עולה בקנה אחד אף עם דברי המחבל ודברי אחיו - העותר 4. על רקע האמור יטענו המשיבים כי ודאי שיש במגורי מחמד בבית כדי להקים את זיקת המגורים הנדרשת הן לקומה הראשונה (למעט מפעל הממתקים), הן לקומה השלישית.

6. בהקשר זה נבקש להפנות לפסק דינה של כבי הנשיאה נאור בפרשת חמאד (צו ההריסה מושא בג"ץ 7076/15 ו – 7085/15) (ניתן ביום 15.11.15), אשר עסק בנסיבות דומות לנסיבות המקרה דנן, וכך נפסק (פיסקאות 53-55 לפסק הדין):

"לביסוס זיקת המגורים של החשוד לשתי הקומות במבנה, צירפו המשיבים להודעה המשלימה מסמך שכותרתו "סיכום מיפוי בית המחבל יחיא חאג' חמד באסכאן רוג'יב בשכם 6.10.2015" (מש/6, להלן: סיכום המיפוי). לפי מסמך זה, בקומה הראשונה מתגוררת משפחתו של החשוד, ואילו הקומה השנייה שייכת לחשוד עצמו ונמצאת בשלבי בנייה סופיים. לשיטתם של המשיבים, בנסיבות אלה יש הצדקה להרוס את שתי הקומות בבניין. באשר לשאלת הבטיחות ואופן הריסת המבנה, ציינו המשיבים כי תכנית ההריסה גובשה על ידי גורמי מקצוע שהם מהנדסים מוסמכים, תוך ניסיון להימנע ככל הניתן מפגיעה במבנים סמוכים או בחלקי המבנה שאינם מיועדים להריסה. לעניין שיטת ההריסה, הבהירו המשיבים כי ייעשה שימוש בחבלה חמה מבוקרת, דהיינו מטעני חבלה קטנים, לשם יצירת זעזוע אשר יביא את הקומות למצב בלתי שמיש. המשיבים הוסיפו והדגישו כי בעת ההריסה יימצא מהנדס שיפקח על כל שלביה, וממילא היא אינה צפויה לגרום לנזק קונסטרוקטיבי. המשיבים לא התייחסו בתגובתם לטענת העותרים בבג"ץ 7076/15, שלפיה על המשיבים להתחייב לפצות את העותרים בגין נזקים אגביים שייגרמו לדירותיהם כתוצאה מההריסה. אולם, בהודעה המשלימה ציינו המשיבים כאמור כי אם כתוצאה מתכנון או ביצוע רשלני של הריסת המבנה ייפגעו מבנים סמוכים לו, המדינה תסכים, לפני משורת הדין, לתקן את המבנה או לפצות את בעליו בכפוף לתנאים שפורטו בהודעה.

54. בתגובות העותרים להודעה המשלימה, הלינו העותרים, בין היתר, על כך שמסמך סיכום המיפוי לא הועמד לעיונם לפני מועד הגשת ההשגה. כן הצביעו העותרים על הבדלים מהותיים בין תיאור העובדות בתגובתם של המשיבים לבין תיאור העובדות בסיכום המיפוי: כך, למשל, בעוד שבתגובת המשיבים צוין כי החשוד חמד נוהג לעתים לישון בדירתו החדשה (בקומה השנייה), בסיכום המיפוי לא צוינה עובדה זו. לנוכח דברים אלה, טענו העותרים כי אין לייחס משקל למסמך זה, וממילא הוא אינו יכול להיחשב כראייה אמינה ומשכנעת. כמו כן נטען, כי "[...] העובדה כי החשוד נהג לשהות בדירת משפחתו והוריו שמתחתו בחלק מהזמן, היא אך טבעית ומובנת, ואין בה לשלול את מגוריו בביתו שמעל [...]" לפיכך, ביקשו העותרים כי נחייב את המשיבים לכל הפחות להימנע מהריסת הקומה הראשונה, שבה מתגוררים בני משפחת החשוד.

55. לאחר ששקלתי את טענות העותרים מזה, ואת טענות המשיבים מזה, דעתי היא כי אין מקום להתערבותנו בהחלטת המשיבים להחרים ולהרוס את שתי הקומות שבהן התגורר חמד. אדרש תחילה לתשתית העובדתית. לפני המשיבים עמדו הודאות מפורטות של שלושת החשודים בביצוע הרצח של בני הזוג הנקין ז"ל, המשתלבות זו בזו. בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, עליהן עמדתי קודם לכן, הודאות אלה מהוות תשתית ראייתית מספקת. גם העותרים לא חלקו בפה מלא על כך, אף שניתנה להם כאמור הזדמנות להעלות טענות בעניין זה. לפיכך, קיים בסיס ראייתי להפעלת סמכות המשיבים במקרה דנן. אשר לטענת העותרים שלפיה חמד התגורר רק בקומה השנייה של הבניין. דעתי היא, כי די במיפוי שביצעו המשיבים, שנסמך על סריקה במקום ותחקור של בני המשפחה על-ידי רכו שב"כ, על-מנת לקבוע את זיקתו של חמד לשתי הקומות (ראו והשוו: עניין מוגרבי, פסקאות 17-19 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר). לפיכך, אין מקום להתערבותנו גם בהיבט זה."

7. נוסף ונציין, כי במהלך הדיון שהתקיים ביום 12.7.16, הפנה בית המשפט הנכבד לפסק דינו בבג"ץ 1624/16 **צלאח תמאד נ' המפקד הצבאי** (ניתן ביום 14.6.16) (להלן – **עניין צלאח**), בו ביקש המשיב מלכתחילה לפעול להריסת הקומה השלישית במבנה מגורים בקלנדיה, בה התגורר המחבל. בית המשפט הנכבד - במהלך הדיון שהתקיים בעתירה דן - ביקש לגזור גזירה שווה מאותו מקרה גם לעניינו.

לכך נשיב, כי בעניין צלאח, בית המחבל היה מצוי בדירה על גג מבנה בן 3 קומות, כאשר המחבל **התגורר לבדו, בקביעות, ביחידת המגורים שבקומה השלישית**. זאת ועוד, חלוקת המבנה בן שלוש הקומות בפרשת צלאח היתה כדלקמן: בקומת המרתף של המבנה התגורר דודו של המפגע; בקומה הראשונה, אח המפגע עם אשתו; בקומה השנייה, אביו, אמו ואחיו של המפגע; ובקומה השלישית, כאמור, התגורר המפגע לבדו.

באותן נסיבות בפרשת צלאח, כאשר המחבל התגורר בגפו ביחידת מגורים נפרדת, וכאשר **לא היו בידי המפקד הצבאי ראיות מינהליות כלשהן המעידות על כך שהמחבל התגורר במקומות נוספים, זולת היחידה המצויה בקומה השלישית**, הוחלט כי יש לפעול מכוח תקנה 119 רק כלפי אותה יחידת מגורים המצויה בקומה השלישית.

במקרה דן שאני. כמפורט לעיל, מדובר **ביחידת מגורים אחת – בית אחד**, ולא ביחידות מגורים נפרדות; המחבל בעצמו וכן אחיו העותר 4, **מעידים על זיקת מגוריו של העותר גם לקומה הראשונה**, והדברים אף מתיישבים עם המיפוי שנערך במבנה, כאמור לעיל. לפיכך, סבורים המשיבים כי החלטת המפקד הצבאי לפעול להחרמה והריסת הקומה הראשונה והשלישית במקרה דנן, היא החלטה סבירה ומידתית, העולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד במקרים דומים.

8. נוסף ונציין, כי בשיקולי המידתיות שקלו המשיבים גם את העובדה **שמדובר באחד הפיגועים הקשים והקטלניים בגל הטרור הנוכחי**, במהלכו נרצחו ארבעה אזרחים חפים מפשע, ונפצעו 41 אזרחים נוספים. הדברים פורטו בהרחבה בגדרי תגובת המשיבים לעתירה.

9. הלכה פסוקה, שיפה כלשונה בעניינו, היא כי **"מידתיות הסנקציה נמדדת, בין היתר, ביחס לחומרת המעשים, ובעניינו מדובר במעשים חמורים עד מאוד. שהביאו לתוצאות קשות ביותר"** – ראו עניין צאלח, פסקה 34. אלה הם פני הדברים בעניינו.

10. בהקשר זה נבקש אף להפנות לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8567/15, 8782/15 **חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל**, שעניינו צו הריסה אשר הוצא כלפי מבנה בן שתי קומות בו התגורר המחבל מוהנד חלבי, אשר רצח שני אזרחים ישראלים ופצע שניים נוספים בעיר העתיקה בירושלים. **גודלו הכולל של המבנה היה כ-360 מ"ר**.

כך קבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו ביחס לבקשת העותרים להסתפק בסנקציה מצומצמת מהריסת המבנה:

“ט. שלישית, לטענה כי ניתן להסתפק באמצעי פוגעני פחות חלף הריסת הבית, למשל אטימת חדרו של מוהנד והשירותים הסמוכים לו: ככלל, הערכת מידת ההרתעה הטמונה באמצעי הקונקרטי שננקט מכוח התקנה נתונה לשיקול דעתו המקצועי של המשיב (עניין קואסמה, פסקה 26; עניין עואודה, פסקה 24). בענייננו, הדגיש המשיב כי נוכח הרצח הכפול שביצע מוהנד והפציעות הנוספות שגרם, לא יהא די בהריסה חלקית או באטימה לשם השגת מטרות ההרתעה; לא ראינו להתערב בשיקולי ביטחון אלה המסורים מעצם טיבם למשיב. ובנסיבות הפרשה הקשה לא ניתן לומר כי הם לוקים בחוסר סבירות מו הסוג המצדיק התערבות. מאותם טעמים אין לומר כי הבחירה במקרה דנא באמצעי של הריסה מלאה חלף הריסה חלקית או אטימה אינה מידתית; כפי שנקבע בפסיקה ענפה של בית משפט זה, המידתיות נמדדת, בין היתר, ביחס לחומרת המעשים. ובענייננו אלה חמורים במיוחד בלא ספק (ראו עניין חמאד, פסקאות 23-24; בג”צ 10467/03 שרבאתי נ’ אלוף פיקוד העורף, פ”ד נח(1) 810, 814 (2003); וכן ראו והשוו בג”צ 8024/14 חג’אזי נ’ אלוף פיקוד העורף (15.6.2015), בו הסכימה המדינה לחזור בה מכוונתה להורות על הריסת בית המחבל, לאחר הוצאת צו-על-תנאי, ועברה לאטימה, בין היתר נוכח העובדה שהמעשים שיוחסו למחבל לא היו ברף החומרה העליון, משהאירוע לא הסתיים למרבה המזל בקיפוח חיי אדם; וכשלעצמי סברתי כי אין מקום להורות על הריסת המבנה בשלמותו גם בעניין אבו חאשיה, עתירה שלבסוף נתקבלה ברוב דעות מטעמים אם של חוקיות ואם של שיהוי ההחלטה). מכאן לא ניתן לומר, כי בחירתו של המפקד הצבאי בענייננו באפשרות של הריסה מלאה חרף הריסה חלקית או אטימה חורגת ממתחם שיקול הדעת המסור לו בכגון דא. אשר לטענה כי בני המשפחה לא ידעו על פעילותו של מוהנד ולא תרמו לה, אין חולק כי זהו שיקול שיש להתחשב בו במסגרת מבחני המידתיות ושקילת חלופה אחרת חלף הריסה (בג”צ 1730/96 סאלם נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה ושומרון, פ”ד נ(1) 359, 353 (1996); עניין קואסמה, פסקה 22); אולם שיקול זה אינו עומד לבדו, ובענייננו, בשקלול הנסיבות ובמיוחד בשים לב לחומרתם המופלגת של מעשי מוהנד, אין להעניק לשיקול זה הפעם מעמד בכורה”.

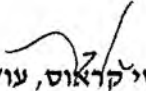
כן ראו בגי’ 1938/16 אלרוב נ’ מפקד כוחות צה”ל ביו”ש (ניתן ביום 24.3.16), כדלקמן:

“לעניין האפשרות להריסה חלקית של בתיהם של אלרוב וכמיל – כאמור, ביקשנו מהמשיב להודיע האם יש היתכנות מבחינתו לאטימה או הריסה חלקית של בתיהם של השניים, כפי שנעשה במקרה של נצאר, והוא לא נענה בחיוב. עמדתו נומקה בחומרת ענייננו הקונקרטי ונוכח המצב הבטחוני הקשה השורר בתקופה זו בישראל. לא בלי התלבטות לא מצאנו להתערב בהחלטה זו של המשיב. כאמור, ההחלטה האם – משהוחלט על הצעד בכיוון זה – לנקוט באטימה, הריסה חלקית או הריסה מלאה מסורה ככלל לשיקול דעתו של המשיב; ברי, כי החלטה זו צריך שתהא מידתית. ולדבר השלכות על בחירת האמצעי ההולם. אולם המידתיות נגזרת בין היתר מחומרת האירוע הקונקרטי. ומשמדובר בענייננו באירוע חמור עד מאוד – הן בתכנון, הן בנשק – לא ניתן לומר כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו בעצם העדפת האמצעי של הריסה מלאה (וראו פסקה ז’ מעלה).”

11. הדברים האמורים לעיל בפרשת **אלרוב** ובפרשת **חלבי** יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם. כפי שפורט, במקרה דנן סבור המפקד הצבאי כי הריסת הקומה השלישית בלבד - קומה שהיא קטנה ולא מרכזית ביחס למבנה - לא תוביל לבדה להרתעה הנדרשת בשים לב לחומרת הפיגוע, ולצורך הממשי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים שכאלה.
12. עוד נציין בהקשר למידתיות, כי ההחלטה להימנע מהריסת הקומה השנייה נעוצה בהחמרה אותה קיבלו על עצמם המשיבים - בנסיבות ענייננו הפרטניות ואף זאת לפני משורת הדין (ראו והשוו: בג"ץ 6026/94 נזאל נ' **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, ניתן ביום 17.11.94) - בשים לב לכך שבקומה זו מתגורר אחיו הנשוי של **מחמד**. זאת, חרף הראיות הקיימות אשר יכול והיה בהן אף כדי לבסס זיקה כנדרש גם לקומה זו.
13. לנוכח כל האמור, ובהצטרף לכלל נימוקי המשיבים בתגובתם, עמדת המשיבים היא כי ההחלטה שהתקבלה - בנסיבות המקרה דנן - היא החלטה סבירה ומידתית, שאינה מגלה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

היום, י"א בתמוז תשע"ו

17 ביולי 2016


אבישי קדאוס, עו"ד

סגן בפרקליטות המדינה


אבינעם סגל-אלעד, עו"ד

סגן בכיר א' בפרקליטות המדינה