



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5942/17

בג"ץ 6066/17

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

העותרים בבג"ץ 5942/17: 1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני
4. פלוני
5. פלוני
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר

העותרים בבג"ץ 6066/17: 1. חאמד
2. חאמד
3. חאמד
4. חאמד
5. חאמד
6. חאמד

נ ג ד

משיב 1 בבג"ץ 5942/17
ובבג"ץ 6066/17: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

משיב 2 בבג"ץ 6066/17: היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ז' באב התשע"ז (30.07.2017)

בשם העותרים בבג"ץ 5942/17: עו"ד מיכל פומרנץ
בשם העותרים בבג"ץ 6066/17: עו"ד חאגי מופיד
בשם המשיבים: עו"ד רועי אביחי שויקה ועו"ד אודי איתן

פ ס ק - ד י ו

השופט י' עמית:

1. ביום 6.4.2017 בוצע פיגוע דריסה, שבמהלכו נרצח סמל אחי טהרלב ז"ל וחייל נוסף נפצע באופן בינוני. את הפיגוע ביצע מאלכ האמד (להלן: חאמד) שהתגורר בכפר סילוואד.

על פי כתב האישום שהוגש נגד האמד, הוא הסתובב שוב ושוב סביב לנקודה שבה בוצע הפיגוע, וכאשר מצא שעת כושר, האיץ את רכבו למהירות של כ-100 קמ"ש ופגע בחיילים שעמדו בתחנת אוטובוס לצד הכביש. בחקירתו הודה האמד כי שאיפתו היתה לרצוח כמה שיותר חיילים, "להרוג יהודים ולמות מות קדושים".

2. ביום 3.7.2017 הודיע המשיב על כוונתו לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להחרמת והריסת המבנה שבו התגורר האמד. השגה מטעם הוריו ואחיו של האמד, שהם העותרים 1-5 בבג"ץ 5942/17, נדחתה על-ידי המשיב ביום 17.7.2017. במקביל, נדחתה השגה מטעם העותרים בבג"ץ 6066/17, אשר טענו כי המבנה המיועד להריסה נמצא גם בבעלותם, ובאותו יום ניתן צו להחרמת והריסת המבנה.

תמצית טענות הצדדים

3. העותרים בבג"ץ 5942/17 טענו כנגד צו ההריסה. לטענתם, "הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי". כן ביקשו העותרים להקיש לענייננו מפסק הדין בבג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002). נטען כי המקרה הנוכחי מתאים במיוחד לדיון בטענות העקרוניות, נוכח הפגיעה הקונקרטית בעותרים, ששניים מהם קטינים, ומבלי שמתקיימת התכלית ההרתעתית, אשר למעשה אינה אלא כסות לענישה. כמו כן נטען בעתירה, כי ההריסה המתוכננת תסכן גם את הבתים הסמוכים, והעותרים ביקשו כי תועבר לעיונם חוות דעת הנדסית רלוונטית. בנוסף נטען, כי מדובר בהחלטה שאיננה מידתית. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שהאמד סובל ממחלת נפש, המעשה נעשה באופן ספונטני, ובני משפחתו לא יכלו לצפות את כוונותיו או למנוע ממנו לממש אותן. העותרים טענו כי האמד אובחן כסכיזופרן לפני שלוש וחצי שנים, וכנראה שבימים שקדמו לפיגוע הוא הפסיק את הטיפול התרופתי. הודגש בעתירה כי ההליך הפלילי בענייננו של האמד טרם החל, והטענה בדבר מצבו הנפשי טרם התבררה, ומכאן שלא עלה בידי המשיב להציג ראיות מינהליות ברורות די הצורך, כנדרש לצורך הטלת סנקציה כה חריפה. במהלך הדיון חידדה באת-כוח העותרים את הטענה. לדבריה גם אם האמד כשיר לעמוד לדין, הרי שהוא אינו פועל באופן רציונאלי, וכך עולה גם מהליך קודם שהתנהל בענייננו בשנת 2015. כאמור, העותרים סבורים כי הריסת בתי מחבלים אינה מקדמת את התכלית ההרתעתית, ואף הביעו חשש כי היא תוביל לתוצאות הפוכות מהמצופה, בעוד שהנזק

הצפוי הוא ניכר, באשר ההורים ושלוש ילדיהם עתידים למצוא את עצמם ללא קורת גג.

4. העותרים בבג"ץ 6066/17 טענו כי המבנה המיועד להריסה הוא בבעלותם המשותפת, יחד עם העותר 1 בבג"ץ 5942/17, באשר המבנה הוא חלק מעזבונו של אביהם שטרם חולק. גם בעתירה זו נטען כי ככלל, הריסת בתי מחבלים מהווה ענישה קולקטיבית בלתי מוסרית, אשר אינה אפקטיבית, אינה מידתית, אינה מופעלת באופן שיויוני, ועומדת בניגוד לדין הבינלאומי. עוד נטען לאפליה ביחס למחבלים יהודים או ערבים ישראלים, שבתיהם לא נהרסו.

5. המשיב ביקש לדחות את העתירה, בהיעדר עילה להתערבות. לשיטתו, הטענות העקרוניות בסוגיה שעל הפרק כבר נדונו ונדחו בפסיקה, ואין הצדקה לשוב ולהידרש אליהן גם כעת. המשיב חזר על עמדתו, כי הוא מודע לחומרה שבהפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה, אך הדבר נעשה לתכלית הרתעתית בלבד, תוך התחשבות במכלול הנסיבות ואיזון מתמיד בין הערכים העומדים על כפות המאזניים. בין היתר נטען, כי הריסת בתים מוכיחה עצמה כאפקטיבית, ובידי המשיב חוות דעת עדכנית בנושא. לענייננו טען המשיב, כי נוכח הסלמת פעילות הטרור בשנים האחרונות, והמתיחות המיוחדת בשבועות האחרונים, ניכרת חשיבות רבה למימוש צווי ההריסה כצעד שעשוי לייצב את המצב הביטחוני.

במענה לטענת העותרים, ציין המשיב כי האמד נבדק על ידי פסיכיאטר, שעל פי חוות דעתו "אין עדות למצב פסיכוטי". לאחר שהעותרים הגישו מסמך רפואי בדבר מצבו הרפואי של האמד, נדרש הפסיכיאטר בשנית לעניינו של האמד, ובחוות דעת משלימה הובהר כי "ההסבר של הנבדק לגבי המעשה נשוא האישום לא היה פסיכוטי, לפי ממצאי הבדיקה המעשה בגינו נשפט אינו מהווה פועל יוצא ממחלת נפש". כמו כן העיר הפסיכיאטר, כי המסמך הרפואי שבו צויין כי האמד לוקה בסכיזופרניה, הוא מסמך כללי שאינו מפרט את ממצאי הבדיקה ואינו מבסס את האבחנה. המשיב הוסיף, כי בחקירותיו של האמד הוא תיאר באופן מפורט את התכנון והמחשבות שקדמו לפיגוע, ולפיכך נטען כי יש בידי המשיב ראיות מינהליות ברמה הנדרשת להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. בנוסף צויין, כי לאחר הפיגוע נעצר אחיו הצעיר של האמד מעצר מינהלי, משום שקידם פעילות טרור ושימש כפעיל חמאס. המשיב ציין כי בפסיקה קודמת נדחתה הטענה כי מוטלת עליו חובה להעביר לעותרים את חוות הדעת ההנדסית לעניין הריסת המבנה.

6. בפתח הדיון, הסכים בא-כוח המשיב כי הדיון בעתירות ייעשה כאילו ניתן צו על תנאי.

דיון והכרעה

7. אפתח בדבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין לגבי הנושא של הריסת בתים: "איננו ששים לתיקים אלה, אך ההכרח לא יגונה" (בג"ץ 1938/16 נג'אח עבד אללטיף אבו אלדוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית בפסקה ז (24.3.2016) כפי שנפסק פעם אחר פעם, לא כל עתירה שבה נתקפת הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), מצדיקה דיון מחודש בסוגיות העקרוניות הנוגעות להריסת בתים (בג"ץ 8031/16 זין (עווד) נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 2 (1.11.2016); בג"ץ 1802/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 4 (12.4.2016); בג"ץ 15/8150 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 6 (22.12.2015)). גם הדיון במקרה הנוכחי יתבסס על הלכות קודמות של בית משפט זה, ואינני רואה מקום להידרש לטענות הנוגעות לעצם האפשרות להורות על הריסת בתים, תכליתה, האפקטיביות שלה, והתאמתה לכללי המשפט הבינלאומי (וראו פסק דינו בבג"ץ 5943/17, 5945/17 ו-5947/17 הניתן בד בבד עם פסק דין זה). אשר לטענת האפליה, אפנה לפסק דינו של בית משפט זה שניתן לאחרונה והתייחס לטענה מעין זו (בג"ץ 5376/16 חוסין אבו חדיר נ' שר הביטחון (4.7.2017)). וראו גם בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 2 לפסק דינו של השופט סולברג ופסקה 7 לפסק דינו של השופט מלצר (12.11.2015)).

לפיכך, הדיון יתמקד בטענות הקשורות לנסיבותיו של המקרה הקונקרטי.

8. הטענה הקונקרטית המרכזית שהעלו העותרים בבג"ץ 5942/17, היא כי חאמד סובל ממחלת נפש, ולמצער, מצבו הנפשי טרם התברר לאשורו, כך שהתשתית הראייתית שבידי המשיב אינה מספקת להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה. אין בידי לקבל את הטענה. נקודת המוצא היא ההלכה כי "די בקיומן של ראיות מנהליות כדי להצדיק הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ואין צורך לחכות להגשת כתב אישום או להרשעה" (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 27 (11.8.2014)), וכן נפסק כי "הפעלת הסמכות אינה מותנית בהרשעתו של המפגע בדין הפלילי, אלא די בכך שבפני המשיב הונחו ראיות מנהליות, המניחות את דעתו של המשיב כי העבירה בוצעה על-ידי תושב הבית המיועד להריסה"

(בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 21 (1.7.2014)). עם זאת, בשים לב לפגיעה הקשה ביושבי הבית, הדרישה היא לראיות מינהליות "חזקות במיוחד" (בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, בפסקה 20 (20.4.2016); בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (28.2.2016)).

חאמד נחקר במשטרה והשיב תשובות סדורות וענייניות. הוא הודה בביצוע הפיגוע, ואף הודה במפורש כי כוונתו היתה לגרום למותם של חיילים רבים ככל יכולתו, על רקע לאומני. לדבריו, בעבר הוא כבר שקל מספר פעמים לבצע פיגוע אך פחד למות, והפעם החליט להוציא לפועל את תכניתו. נוכח הטענה כי הוא לוקה בנפשו, נבדק חאמד על-ידי פסיכיאטר, ומחוות הדעת עולה כי חאמד ביקר פעמיים אצל פסיכיאטר בשנה האחרונה עקב מתח וחרדה, נמצא כשיר לעמוד לדין ולא התגלה "כל סימן לקיום מצב פסיכוטי או עדות אחרת לקיום מחלת נפש במובן המשפטי של המושג (סכיזופרניה)". באת-כוח המשיב הלינה על כך שהפסיכיאטר לא נתן דעתו על מסמך רפואי שנערך בעניינו של חאמד בשנת 2015. לכאורה יש ממש בטענה זו, אך איני סבור שיש בה כדי להשפיע על ענייננו, ואף מצאתי מקום לציין כי אותו מסמך רפואי מתוארך ליום 19.1.2015, ובאותו יום ביצע חאמד עבירה שבגינה הורשע בבית המשפט הצבאי. בפני בית המשפט הצבאי אף הונחה חוות דעת של סגן הפסיכיאטר המחוזי מיום 10.3.2015 שבדק את חאמד ומצא כי הנ"ל לא היה בטיפול או אשפוז פסיכיאטרי וללא היסטוריה של מחלות נפש, מביין היטב, אינו פסיכוטי, שיפוט תקין ותובנה שמורה. מכאן, שגם במסמך משנת 2015 אין כדי לשנות את התמונה.

במצב דברים זה, שוכנעתי כי התשתית העובדתית מבוססת די צרכה, ועומדת גם ברף הראייתי הנדרש לצורך הפעלת תקנה 119 (ראו בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה י (14.2.2016)).

9. עוד נטען בעתירה, כי חאמד יצא לבצע את הפיגוע באופן ספונטני והעותרים לא יכלו לעצור בעדו. ידיעה, מעורבות או תמיכה של בני הבית במעשה הטרור, מהווה את אחד השיקולים לצורך החלטה אם וכיצד תופעל הסמכות מכוח תקנה 119, אך ההלכה המקובלת כיום אינה רואה בכך תנאי הכרחי (בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 10 לפסק-דינו של השופט דנציגר (23.2.2017); בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 35 לפסק-דינו של השופט שהם (24.7.2016); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, בפסקה 21 לפסק-דינו של

חברי השופט סולברג (23.3.2016); והאסמכתאות המרובות שהובאו בפסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה נאור (בדעת מיעוט) בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)). המשיב סבור, כי האפקט המרתיע של הריסת בתים טמון בכך שמפגע פוטנציאלי יחשוש מן הפגיעה הצפויה במשפחתו הקרובה. טיעון זה עומד בתוקפו גם במקרים שבהם בני המשפחה לא היו יכולים למנוע את הפיגוע, חרף הקושי המוסרי הניכר הכרוך בכך. היבט משני של ההרתעה, לשיטת המשיב, הוא בכך שבני המשפחה יסייעו למנוע את הפיגוע, מחשש שמקום מגוריהם ייהרס. בהנחה שהעותרים לא ידעו ולא יכלו לדעת על כוונתו של האמד לבצע פיגוע, היבט זה של התכלית ההרתעתית אכן לא מתקיים. אך כאמור, הלכה היא כי הצפיות שניתן לייחס לבני הבית אודות מעשה הטרור, אינה מהווה תנאי להפעלת הסמכות.

10. העותרים טענו כי הריסת המבנה תסכן את יציבותם של מבנים סמוכים. טענה זו כבר הועלתה בהשגה שהגישו העותרים עובר להגשת העתירה, ובמענה מטעם המשיב נאמר כי "לאחר בחינה מקצועית של המבנה המדובר הוחלט לפעול להריסתו באמצעות ציוד מכני הנדסי, החלטה שהתקבלה תוך לקיחה בחשבון של הסיכונים לגרימת נזק לבתים בסביבה ועל בסיס חוות דעת הנדסית מפורטת". חזקה על המשיב כי יפעל בהתאם וינהג בזהירות הנדרשת.

11. העתירה בבג"ץ 6066/17 אינה מחדשת דבר שבכוחו לשנות או להוסיף על האמור. העותרים טענו כי הם אחיו של העותר 1 בבג"ץ 5942/17, ויש להם חלק במבנה המיועד להריסה, כיוון שהקרקע היתה בבעלות אביהם ועזבונו טרם חולק. על פני הדברים, טענה עובדתית זו עומדת בניגוד להצהרתו של העותר 1 בבג"ץ 5942/17, לפיה הבית נמצא בבעלותו (סעיף 7 לעתירה). אף הטיעון המשפטי עומד על כרעי תרנגולת, שכן בא-כוח העותרים אף לא ידע לומר מתי נפטר האב, ולכאורה ניתן להניח כי במהלך השנים שחלפו, העיזבון חולק בעין, גם אם לא פורמלית. מכל מקום, אין מחלוקת כי האמד התגורר ביחידת המגורים שנים ארוכות וכי העותרים בבג"ץ 6066/17 הם דודיו. בנסיבות אלה, נוכח הזיקה הברורה בין האמד לבין יחידת המגורים, בירור הסטטוס הקנייני המדוייק אינו הכרחי לצורך הכרעה בענייננו (בהקשר זה ראו בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקאות 45-49 ובפסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה נאור (15.11.2015); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 28 (14.6.2016)).

12. סוף דבר: חרף הפגיעה הקשה בעותרים, לא מצאתי עילה להתערבותנו בשיקול דעתו של המפקד הצבאי, אשר סבור כי הריסת המבנה נחוצה לצורך הרתעה שתמנע טרור. לפיכך אציע לחבריי לדחות את העתירות.

הצו הארעי שניתן ביום 23.7.2017 יפקע ביום 9.8.2017 שעה 12:00, כדי לאפשר לעותרים שהות לצורך פינוי והתארגנות.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 הבעתי לא אחת (ראו למשל בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתי (15.10.2015); בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016)). אף שהשקפתי שונה מההלכה הנוהגת, כמפורט שם, הרי הלכה זו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב. במגבלות ההלכה הקיימת, נראה כי אין מנוס מדחיית העתירה, כמובהר על ידי חברי השופט י' עמית.

אעיר, במאמר מוסגר ובמבט צופה פני עתיד, כי מצאתי ממש בהערת באת כח העותרים בבג"ץ 5942/17 בדבר קיצור פרק הזמן (המוגבל לכשעצמו) שניתן לה להגשת העתירה. אולם משעלה בידה בסופו של יום לשטוח לפנינו משנה סדורה, לא מצאתי בנושא זה משום עילה להתערבות. על המשיב להקפיד על שמירת האיזון הנכון בין צרכי הביטחון לבין הזכות להליך הוגן.

ש ו פ ט

כדעתו של חברי, השופט י' עמית, אף אני סבור שדין של העתירות – לדחיה.

3 הערות: ראשית, הקולות – בבית משפט זה ומחוצה לו – הקוראים לדיון מחודש בהלכה העקרונית בעניין השימוש בתקנה 119 הם כמובן קולות לגיטימיים וחשובים; אך בל נשכח, כי העניין נדון בכובד ראש בבית משפט זה בכמה וכמה הזדמנויות – גם בעבר, גם בעת האחרונה; הן מנקודת מבט חוקתית, הן מנקודת מבט מינהלית, והן מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)); בקשה לקיום דיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר נ' שר הביטחון (12.11.2015); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015); בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור והאסמכתאות שם (31.3.2016)). ניתן לחלוק על מסקנות הדיון העקרוני האמור, ניתן לבקר אותו, ניתן להתנגד לו; אך אין ניתן להתייחס אליו כלא היה (בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (23.2.2017)).

שנית, גם זאת אמרנו, כי יש לקוות שחכמי המשפט הבינלאומי ומלומדיו ימשיכו לפתח את ההיבטים המשפטיים היחודיים למצב של לחימה בין מדינה ריבונית לבין ארגוני טרור, ולהסדיר תחום זה, תוך מציאת איזון הולם בין ההגנה ההומניטרית על זכויות האדם מחד גיסא, לבין שמירת יכולתן של מדינות להילחם בארגוני טרור באופן אפקטיבי מאידך גיסא (עניין חמאד הנ"ל).

שלישית, אל התועלת שבשימוש בתקנה 119 לצרכי ההרתעה נדרשתי בהרחבה בעניין המוקד להגנת הפרט הנ"ל. אכן, כדברי חברי, שוב אנו ניצבים בפני הקושי של פגיעה גם בחפים מפשע. דא עקא, אם לא כן, הרתעה מפני פגועי התאבדות ודומיהם, מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאושים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו גם באופן הזה לקדם הרתעה, ולו במעט, מפני מעשה מזויע מעין זה שעשה המחבל המפגע דכאן, בהאצת מהירות מכוניתו בנסיעה רצחנית היישר לכיוונם של חיילים, כשכוונתו המוצהרת היא "להרוג יהודים ולמות מות קדושים". להוותנו, עלתה בידו, ברציחתו של סמל אחי טהרלב ז"ל.

ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן – בהחרמה ובהריסת המבנה שבו התגורר הרוצח; לא בפגיעה גופנית. הריסת המבנה מונחת על כף המאזניים, והיא קשה; אך מנגד, על כף המאזניים השניה, נשקלת הצלת חיים (בג"ץ 1014/16 טקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (28.2.2016)).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"א באב התשע"ז (3.8.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט