



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1629/16

בג"ץ 1631/16

בג"ץ 1638/16

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים בבג"ץ 1629/16: 1. עאמר
2. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1631/16: 1. עליוה
2. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1638/16: 1. סאיח
2. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

עתירות למתן צווים על-תנאי צווי ביניים

תאריך הישיבה: ד' באדר ב' התשע"ו (14.03.2016)

בשם העותרים בבג"ץ 1629/16 עו"ד חביב לביב
ובבג"ץ 1638:

בשם העותרים בבג"ץ עו"ד אנדרה רוזנטל
: 1631/16

בשם המשיב: עו"ד יונתן ציון מוזס

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. לפנינו שלוש עתירות המופנות נגד צווי החרמה והריסה לדירות מגורים שהוציא המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: 1.

תקנה 119), כלפי דירות מגורים של מי שהיו שותפים לפיגוע ירי שבו נהרגו איתם ונעמה הנקין ז"ל.

רקע

2. ביום 1.10.2015 ביצעו שלושה מחבלים פיגוע רצחני באזור צומת בית פורכי. בהתאם למידע שנמסר מהמשיב, המחבלים ביצעו ירי תוך כדי נסיעה מתוך המכונית שבה נסעו לעבר המכונית של משפחת הנקין, עד אשר עצרה. או אז, ניגשו שניים מן המחבלים אל הדלתות הקדמיות של המכונית, וביצעו ירי מטווח קרוב לעבר בני הזוג הנקין ז"ל, בעוד המחבל השלישי ממתין במכונית. כלפי דירות המגורים של שלושת המחבלים הללו הוצאו צווי החרמה והריסה מכוח תקנה 119, ועתירה שתקפה את חוקיותם של הצווים הללו נדחתה (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד)).

3. לפיגוע רצחני זה היו שותפים לכאורה מפגעים נוספים. שלושת חברי החוליה גויסו על-ידי מפקד החוליה, ראג'ב אחמד מוחמד עליוה; גם כלפיו הוציא המשיב צו החרמה והריסה, ועתירה שתקפה צו זה נדחתה אף היא, בדעת רוב (בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן: עניין עליוה)). בנוסף, היו שותפים לכאורה למעשה זה שלושה מפגעים נוספים (להלן גם: שלושת המפגעים), שעניינם הוא הנדון במסגרת עתירות אלו.

4. יחד עם מעצר חוליית המחבלים נעצרו זיד זיאד ג'מיל עאמר (להלן: עאמר); אמג'ד עאדל מוחמד עליוה (להלן: עליוה); ובאסם אמין מוחמד סאיח (להלן: סאיח). לפי הנטען בתשובת המשיב, אשר מבוססת על כתב האישום שהוגש נגד עאמר, על זכ"דים ועל הודאות מפיו, היה עאמר אחראי על 'פתיחת ציר' לקראת הפיגוע. עאמר נסע, לבקשת החוליה, בציר המוביל למחסום בית פורכי על מנת לבדוק אם יש נוכחות של כוחות הביטחון באזור, והודיע על כך לחברי החוליה. כמו כן, הסיע עאמר את שלושת חברי החוליה לאחר ביצוע הפיגוע, ואחסן בביתו את אחד מכלי הנשק שבהם נעשה שימוש בפיגוע. באשר לעליוה: כעולה מכתב האישום שהוגש בעניינו, וכעולה מהודאתו, עליוה פעל לשם גיוס כספים לרכישת כלי הנשק ששימשו את חברי החוליה, והעביר להם את כלי הנשק. עליוה הודה כי היה מעורב בתכנון הפיגוע מלכתחילה, וכן כי גייס כספים לטיפול באחד מחברי החוליה שנפצע במהלך הפיגוע. באשר למעורבותו של סאיח: כעולה מכתב האישום שהוגש נגדו, מן הזכ"דים ומהודאתו, סאיח היה זה שסיפק את הכספים שבהם נעשה שימוש על-ידי עליוה לשם רכישת כלי הנשק ששימשו את החוליה, ולצורך הטיפול הרפואי בחבר החוליה הפצוע. כמו כן נטען כי סאיח הוא

הגורם שנתן אישור לביצוע הפיגוע, לאחר שאישר שני פיגועי ירי קודמים, במהלכם נורו יריות לעבר כלי רכב ישראליים, שלא הסתיימו בנפגעים.

5. כאמור, בשל הפעילות המתוארת הוגשו נגד השלושה כתבי אישום לבית המשפט הצבאי בשומרון המייחסים להם, בין היתר, מספר עבירות של גרימת מוות בכוונה ונסיון לגרימת מוות בכוונה, עבירות המקבילות לעבירת הרצח, ונסיון לביצוע רצח, בדין הישראלי.

6. בשל מעורבותם בפיגוע הטרור נגד בני הזוג הנקין ז"ל, הוציא המשיב צווי החרמה והריסה מכוח תקנה 119 כלפי המבנים שבהם התגוררו. הודעה על כוונה לעשות כן נמסרה למשפחותיהם ביום 4.2.2016; בימים 9-10.2.2016 הגישו בני משפחותיהם של השלושה השגות נגד הכוונה להחרים ולהרוס את המבנים, וביום 23.2.2016 נדחו ההשגות על-ידי המשיב. ביום 28.2.2016 הוגשו בעניין זה העתירות שלפנינו.

7. באשר לתיאור הדירות מושא הצווים, אציין כי ישנם פערים מסוימים בין תיאורם של העותרים לתיאורו של המשיב, אף שאין חולק כי שלוש הדירות מצויות בבתי-דירות בני כמה קומות. באשר לבעלות על הדירות: הדירה בה התגורר עאמר מצויה בבית דירות שמרביתו (כולל דירתו של עמאר) בבעלותו של אביו, ועאמר שוכר מאביו את הדירה. דירתו של עליוה מצויה בבית דירות בבעלות משותפת של שני אחיו, והוא שוכר אותה מהם. דירתו של סאיח מצויה בבעלותו (ולטענת העותרים, בבעלות אשתו).

8. במסגרת צווי ההריסה, וכפי שנמסר למשפחות שלושת המפגעים, הריסת הדירות תתבצע באופן ידני באמצעות הריסת מחיצות הדירה, ולאחר מכן מילויה בגדר תיל ובחומר מסוג פוליאוריתן דו-קומפוננטי, לשם הבטחת החרמת הדירה והעדר עשיית שימוש בה.

העותרים וטענותיהם

9. העתירות שלפנינו הוגשו על-ידי קרוביהם של שלושת המפגעים, שלהם זיקה לדירות שכלפיהם הוצאו הצווים. העותר 1 בבג"ץ 1629/16 הוא אביו של עאמר, וכאמור מצויה הדירה שבה התגורר – בבעלותו. העותרת 1 בבג"ץ 1631/16 היא אשתו של עליוה, והיא מתגוררת בדירה הרלבנטית עם ילדיה. העותרת 1 בבג"ץ 1638/16 היא אשתו של סאיח, והדירה המיועדת להריסה היא דירת מגורי המשפחה (וכאמור, לטענת

העותרים, מצויה בבעלותה). העותר 2 בכל שלוש העתירות הוא המוקד להגנת הפרט. העותרים טוענים הן לפגמים בהוצאת הצווים במישור הפרטני, הן במישור העקרוני; אפתח בטיעונים הפרטניים של העותרים, כל עתירה לגופה.

10. בבג"ץ 1629/16, בעניין דירתו של עאמר, טוענים העותרים ראשית, כי השימוע שנערך לעאמר היה פגום. לטענתם הוצא הצו בחופזה, לא ניתן לעותרים חומר החקירה שעליו מבוסס החשד שעמד בבסיס הוצאת הצו, וכתב האישום צורף רק עם ההודעה על דחיית ההשגה והוצאת צו ההריסה. בהודעה על הכוונה להרוס את הדירה צוין רק כי עאמר "נטל חלק בהתארגנות אשר פעלה להוציא לפועל פיגוע טרור", ללא כל פירוט בדבר חלקו הנטען של עאמר בהתארגנות. במצב זה נשללה מהעותרים האפשרות האפקטיבית להשיג על הצו, וזכות הטיעון שלהם קופחה. שנית, נטען כי אין להפעיל את הסמכות הקבועה בתקנה 119 לפני הרשעת החשוד במעשים המיוחסים לו. במצב זה החשדות טרם הוכחו, ולפיכך אין מקום להורות על הריסת הדירה. לטענת העותרים, רק כאשר הבאת החשוד לדין אינה אפשרית, או כרוכה בקשיים רבים, ניתן לעשות שימוש בסמכות זו בלי צורך בהכרעה שיפוטית, אולם כאשר הוחלט להעמיד את החשודים לדין פלילי יש למצות הליך זה עד תום. דברים אלו אמורים ביתר שאת בענייננו, שבו מעורבותו הנטענת של עאמר היא שולית, שכן היא מתמצית בכך שעאמר נתבקש לשלוח מסר לחברי החוליה באם יש נוכחות צבאית באזור. יתכן מאד כי בהליך הפלילי יוכח שמעורבות זו נחשבת לסיוע בלבד, וכן שתתקבלנה טענות הגנה שונות של החשוד; משכך יש להמתין להכרעת הדין במשפט הפלילי. שלישית, נטען כי מאחר והמפגע הוא בנו של העותר, אשר שוכר ממנו את הבית ואינו הבעלים, הרי שביצוע הצווים אינו ממלא אחר דרישת המידתיות.

11. טענות דומות הועלו גם בבג"ץ 1638/16, בעניין דירתו של סאיח. נטען, כי הליך השימוע היה פגום, שכן המשיב לא חשף בפני העותרים את חומר החקירה שעליו מבוסס החשד העומד בבסיס הצו, וכל שפורט בעניין זה היה כי הוא נטל חלק בהתארגנות לפיגוע. כמו כן נטען כי החשדות נגדו טרם הוכחו, שכן המשפט הפלילי טרם הסתיים. לא זו בלבד, אלא שלטענת העותרים קיים ספק של ממש באשמתו של סאיח, שבגיננו אין לדעת אם ניתן להרשיעו כשותף לרצח. לטענתם, לסאיח מספר טענות הגנה מבוססות, ומדובר בתיק מורכב מבחינה פלילית, שתוצאתו אינה ידועה. נטען כי סאיח מסר אמנם אקדח לעליוה, אך לא ידע לאיזו מטרה התבקש הנשק, והוא מכחיש ידיעה מראש וכל מעורבות נוספת בנוגע לפיגוע זה. בנוסף, נטען שההפללה העיקרית נגד סאיח היא הודאתו של עליוי על דבר מעורבותו; אולם סאיח מספק הסבר להפללה זו נגדו, כי שמע מפיו של עליוי שאם יעצר הוא יפיל את כל התיק על סאיח,

מאחר וסאיח הוא חולה סופני וגם כך נגזר גורלו למות. עוד נטען כי ההודאה של סאיח ניתנה כאשר הופעל עליו לחץ פיזי ונפשי, תוך ניצול מצבו הבריאותי ועובדת היותו חולה סופני. ועוד זאת נטען, כי הריסת הבית שעה שהעותרת 1, אשתו של סאיח, היא הבעלים של הבית, ושעה שסאיח הוא חולה סופני, אינה עומדת במבחני המידתיות.

12. בבג"ץ 1631/16, בעניין דירתו של עליוה, נטען בעיקר כי הריסתה והחרמתה אינה עומדת במבחני המידתיות, וזאת לנוכח מעורבותו השולית של עליוה בפיגוע. לפי הנטען בעתירה, עיון מדויק בכתב האישום ובחומר הראיות מעלה כי עליוה לא היה אחראי על הפעולה אלא פנה לממונים עליו לצורך קבלת אישורים להוציאה לפועל. אמנם ניתן לומר שהוא חלק ממעגל העבירה, אולם הוא אינו מצוי במעגל הפנימי שלה, מאחר והיה צריך לפנות לשני ממונים עליו כדי לקבל את אישורם. במצב זה, הפעלת הסנקציה שבתקנה 119 אינה עומדת במבחני המידתיות. בנוסף, נטען כי העותרים ביקשו מאת המשיב העתק מתכנית ההריסה, במקרה שתידחה השגתם, אולם המשיב מסר כי הריסת הבית תתבצע באופן ידני בלבד, באמצעות הריסת מחיצות הדירה ומילויה בגדרות תיל ובחומר מסוג פוליאוריתן דו-קומפוננטי; לטענת העותרים, המסתמכים על תקדים מן העבר, לא ניתן להסתמך על התחייבותו של המשיב לנקוט אמצעי זהירות בעת הריסת דירות בבניינים רבי קומות, ועל כן מבקשים העותרים בעתירה זו להורות למשיב להעביר לידיהם העתק מתכנית ההריסה, ולהקצות פרק זמן סביר למהנדס מטעמם לבחון את התכנית ולהביע השגותיו, ככל שיהיו.

13. מעבר לטענות הפרטניות, מועלים בעתירות טיעונים עקרוניים נגד השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119. נטען, כי תקנה זו מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי לפי הדין הבינלאומי, כי היא מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית, וכי השימוש בה מהווה פגיעה שאינה מידתית בזכויות יסוד. בנוסף נטען כי המשיב מתעלם מחובתו לבחון מעת לעת את היעילות שבהפעלת הסנקציה ואת הקשר הרציונלי בינה ובין התוצאה המיוחלת – הרתעת מפגעים מלבצע פיגועים. כמו כן נטען כי השימוש בסמכות המעוגנת בתקנה נעשה מתוך הפליה פסולה, באשר לא נעשה בו שימוש כלפי מפגעים יהודים שביצעו מעשים דומים.

טענות המשיב

14. לעמדת המשיב יש לדחות את העתירות, באשר השימוש שעשה בסמכות הקבועה בתקנה 119 נעשה כדין. לעמדתו, לפי ההלכה הפסוקה, תכלית הפעלת הסמכות היא תכלית הרתעתית, הנעשית תוך איזון בין חומרת המעשה החבלני והצורך בהרתעה כלפי מפגעים פוטנציאליים, לבין היקף הצעד הננקט והפגיעה הצפויה

במשפחת המפגע. בעניין שלפנינו מדובר במעשה חבלני חמור במיוחד ועל כן מוצדק להפעיל סמכות זו, חרף הפגיעה הנלווית במשפחות המפגעים.

15. באשר לטענות הפרטניות שהעלו העותרים נטען כי בהתאם להלכה הפסוקה דינן להידחות. ראשית, אין הכרח שבני המשפחה היו מודעים או סייעו למחבל לבצע את הפיגוע, על מנת להפעיל את הסמכות הקבועה בתקנה 119; שנית, לפי הפסיקה אין צורך בראיות במישור הפלילי על מנת להפעיל את הסמכות, ודי לשם כך בראיות מנהליות. לעמדת המשיב, בענייננו קיימות ראיות מנהליות מספקות, לרבות הודאותיהם של שלושת המפגעים, בכדי להפעיל את הסמכות האמורה. נגד שלושתם הוגשו כתבי אישום, אשר עולים כדי ראיה מנהלית משמעותית, שהרשות המנהלית רשאית להתחשב בה. שלישית, באשר לטענות הנוגעות לשימוע נטען כי המשיב סבור שאת השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 יש לעשות סמוך ככל הניתן למועד ביצוע הפיגוע על מנת להשיג הרתעה מקסימלית. לפיכך, משך הזמן הניתן לעותרים להשיג על כוונת המשיב נגזר מן הצורך להפעיל את הסמכות בהקדם, והיקף חומר הראיות הנחשף בפניהם כפוף אף לשיקולים נוספים, כמו השלב שבו מצויה החקירה ושיקולי ביטחון כלליים. רביעית, באשר למידת מעורבותם של שלושת המפגעים בפיגוע נטען כי חלקם משמעותי – פתיחת ציר לצורך הפיגוע, גיוס כספים ורכישת כלי נשק, פעילות מול גורמים בכירים יותר בהנהגת החמאס לשם אישור הפיגוע מראש, וטיפול בחברי החוליה לאחר מכן. פעילות זו היא חלק משמעותי מביצוע הפיגוע, והפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 119 כלפי מבצעה, היא מידתית. חמישית, באשר לעובדה שדירתו של עאמר מושכרת, נטען שאין מדובר בשכירות מצד שלישי, אלא במשכיר שהוא בן משפחתו של המפגע. במצב דברים זה, אין לייחס משקל רב לכך שהדירה מושכרת, שכן אין בשכירות מסוג זה כדי להשליך על סוגיית הגשמת התכלית ההרתעתית. ששית, באשר לטענות בדבר הפגיעה האפשרית של הריסת דירתו של עליוה ביתר הדירות במבנה, מבהיר המשיב כי שיטת ההריסה נבחרה בשים לב למאפייניו ההנדסיים של המבנה; מדובר בהחלטה הנדסית-מקצועית, שמן הראוי שבית המשפט ימנע מלהתערב בה.

16. באשר לטענות העקרוניות שהועלו בעתירות, בדבר התאמתה של תקנה 119 למשפט הבינלאומי ולמשפט החוקתי והמנהלי של ישראל, וכן בדבר האפקטיביות שלה בהשגת הרתעה ובדבר קיומה של הפליה פסולה, טען המשיב כי טענות אלו הועלו אך לאחרונה בבית משפט זה, ונדחו; וכי אין מקום לדון בשאלות אלו מחדש במסגרת עתירות אלו.

17. העתירות שלפנינו מעלות מספר שאלות לא פשוטות בנוגע ליישום הפרטני של הסמכות הקבועה בתקנה 119, ואדון בהן להלן; לא כן בנוגע לסוגיות העקרוניות שהועלו בעתירות, אשר כטענת המשיב, נדונו בבית משפט זה לעומקן בכמה הזדמנויות אך לאחרונה, ואין אפוא מקום להיזקק להן מחדש. לאחרונה ציינתי בהקשר זה כי:

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו' (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) פסקה 6 לפסק הדין של חברי, השופט י' עמית). כפי שציין המפקד הצבאי בתגובתו, טענותיהם של העותרים במישור העקרוני נדונו לא מכבר באופן מעמיק בבית משפט זה במספר פסקי דין, ונדחו. כך באשר לשאלת ההלימה שבין מדיניות הריסת הבתים לבין הדין הבינלאומי (ראו, למשל, בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) פסקאות כ"א-כ"ד לפסק הדין של השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין); כך באשר לשאלת יעילותה של מדיניות הריסת הבתים (ראו, למשל, בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (15.11.2015) פסקאות 27-29); נדרשתי לעניין זה גם בבג"ץ 8091/14 הנ"ל (בפסקאות 5-14). חוות דעת עדכנית מאת שירות הבטחון הכללי הוגשה לאחרונה, וממנה עולה ש'לאמצעי של הריסת בתים אכן יש ביסודו של דבר תכלית הרתעתית של ממש כלפי מפגעים פוטנציאליים, הנמנעים מפעולות טרור כאלה בשל חשש ההריסה' (דברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 967/16 עבד אלבאסט חרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [...] כידוע, בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין שניתן בבג"ץ 8091/14 הנ"ל, נדחה בהחלטת הנשיאה מ' נאור בדנג"ץ 360/15 מיום 12.11.2015 [...] נוכח האמור, אין הצדקה לשוב ולהידרש בגדרי פסק דין זה לטענות במישור העקרוני, ודין אפוא להידחות, תוך הפניה לאסמכתאות הנ"ל" (בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 11 (28.2.2016) (להלן: עניין סקאפי)).

אוסף, כי דיונים אלו לא עסקו רק בגדרי הסמכות על-פי תקנה 119, אלא גם באופיה החריג של סמכות זו. כשלעצמי ציינתי בפסק הדין העקרוני שניתן בסוגיה זו כי "אכן, מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא ענה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשוניים" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה 2 לחוות דעתי (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)); ובעניין אחר נאמר כי "הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה" (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה)). אך בד בבד עמד בית משפט זה על הסיטואציה החריגה והדואבת בה אנו מצויים, אשר בגינה אין מנוס מהפעלתה של הסמכות לטובת

הרתעת מחבלים פוטנציאליים, שכן מטרתה – בסופו של דבר – הצלת חיי אדם (ראו למשל עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4 לחוות דעתי).

18. מכאן – אפנה לטיעונים הפרטניים שהעלו העותרים בעניין השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 בעניין שלפנינו. טיעונים אלו נוגעים בעיקר להיקפה של זכות השימוע שניתנה לעותרים; להפעלתה של הסמכות כלפי מי שטרם נסתיים נגדו ההליך הפלילי; ולמידתיות הפעלתה כלפי שותפים לפעילות עויינת במעגלי השתתפות שונים. אדון בסוגיות אלו כסדרן.

19. היקפה של הזכות לשימוע במסגרת הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 נדונה לאחרונה בעניין חמאד. בעניין זה נקבע כי על המשיב לקבוע נהלים ברורים לגבי הזמן להגשת השגות על כוונה להפעלת הסמכות, ונקבע כי "על דרך העיקרון, מן הראוי שהרשויות תדאגנה להעביר לנוגעים בדבר את תוכן המסמכים עליהם נסמכה החלטתן" (שם, פסקה 34). במישור העקרוני מקובלת עלי עמדת המשיב לפיה היקפה של חובה זו תלוי בנסיבות העניין, שכן "יתכנו נסיבות שבהן הדבר לא יהיה אפשרי, כגון מטעמים של ביטחון המדינה או מטעמים אחרים" (שם). במישור הפרטני, יתכן שמן הראוי היה לפרט את עיקרי החשדות כלפי שלושת המפגעים, על מנת שהליך השימוע יהיה בעל משמעות ממשית, ולא להסתפק בקביעה הכללית בדבר מעורבותם בפיגוע. יחד עם זאת, שעה שחשדות אלו ידועים כעת לעותרים ואת טענותיהם בעניין זה טענו לפנינו במסגרת הדיון בעתירות אלו, ניתן לומר שפגם זה נרפא. אציין, כי ככלל אין להסכין לכך שהרשות המנהלית תקפח את זכות השימוע של אדם, על סמך ההנחה כי במסגרת הליך שיפוטי שיתנהל – אם יתנהל – ירפא פגם זה ממילא (והשוו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 814-814 (2010)). לפיכך מן הראוי להדגיש דברים שאמרה הנשיאה מ' נאור בעניין חמאד, לפיהם חובה על המשיב, ככלל, "לכלול בהודעה על כוונת החרמה וההריסה פירוט ולו מינימאלי של החומר הראייתי הקיים כנגד החשוד המתגורר בבית המיועד להריסה" (שם, פסקה 34).

20. סוגיה שניה העולה בעתירות היא רמת ההוכחה הנדרשת לצורך הפעלת הסמכות שלפי תקנה 119. הלכה פסוקה היא כי לשם הפעלתה של סמכות זו די בראיות מנהליות מוצקות, ואין חובה להסתמך על ראיות פליליות – אף אם מתנהל הליך פלילי בעניינו של המפגע (עניין סקאפי, פסקה 12; בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה י וההפניות שם (31.12.2014)). מן הראוי להוסיף, כי התכלית ההרתעתית של תקנה 119 מורה כי את הסמכות הקבועה בה יש להפעיל באופן מהיר ומיידי. בית משפט זה אף קיבל בעבר עתירה שעסקה בצווי החרמה והריסה שהוצאו

לאחר שיהוי ניכר, תוך הטעמה כי הפעלת הסמכות באופן זה אינה סבירה או חורגת מסמכות (בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בדעת רוב של השופטים מזוז וזילברטל (1.12.2015)). באותו עניין ציין השופט זילברטל כי שיהוי בהפעלת הסמכות פוגע בתכלית ההרתעתית שבבסיסה:

"הרתעת הרבים אינה אפקטיבית במיוחד במקום בו הזיקה בין המעשה לבין הסנקציה בגינו מיטשטשת. הביטוי 'למען יראו ויראו', 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" (שם, פסקה 9 לפסק הדין).

אכן, אילו היתה נדרשת המתנה לתוצאותיו של ההליך הפלילי, היתה נשחקת התכלית ההרתעתית כליל, ומתאינת הסמכות. בין היתר מטעם זה נקבע כי די בראיות מנהליות לשם הפעלת הסמכות. עם זאת, אין חולק כי הסנקציה שבתקנה 119 היא סנקציה חמורה, ופגיעתה בזכויות יסוד של המפגע ובעיקר של בני משפחתו – פגיעה קשה היא; על כן נדרש שהראיות המנהליות יהיו חזקות במיוחד, "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (עניין טקאפי, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט זילברטל). המתח בין הצורך בהפעלה מהירה של הסמכות מחד גיסא, והצורך לבססה על אדנים ראייתיים מוצקים מאידך גיסא, עלול לעורר קושי שעה שהמפגע טוען טענות מהותיות, שיש בהן ממש, לעניין חפותו בהליך הפלילי. בעניינינו-שלנו, שוכנעתי כי למשיב ראיות מינהליות לגבי עצם מעורבותם של שלושת המפגעים בפיגוע. נגד השלושה הוגשו כתבי אישום, והללו מסרו גם הודעות שונות בעניין מעורבותם בפיגוע; כידוע, ניתן לכך משקל משמעותי בהערכת הראיות המנהליות (בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 25 (1.7.2014)). על היקף המעורבות ומידת האחריות של השלושה בביצוע הפיגוע, אעמוד בהמשך.

21. שאלה שאינה פשוטה היא אם די במה שנטען לגבי המפגעים בכדי להפעיל את הסנקציה הקבועה בתקנה 119. לא אחת נקבע כי נוכח חומרתה של הסנקציה של הריסת בית מגורים, שלרוב פוגעת גם בבני משפחה שלא היו מעורבים באופן ישיר במעשה האיבה, יש להשתמש בה באופן מדוד וזהיר: "על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות" (עניין חמאד, פסקה 23). הפגיעה בזכויות הקניין של בני הבית הוצדקה כאשר מטרתה לתכלית הרתעתית, אולם הרתעה זו מידתית "כאשר המעשים המיוחסים לחשוד הם חמורים במיוחד" (שם, פסקה

24; בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה ט (31.12.2014). בעניין שלפנינו, אין מדובר במבצעיו של המעשה הרצחני הנתעב אלא במעטפת התומכת של ביצועו: גיוס הכספים, מתן הוראות, אספקת כלי הנשק ועוד. לא זו בלבד, אלא שהעותרים טוענים שחלקם של המפגעים בהערכות לפיגוע ובביצועו קטנה מזו שהמשיב מייחס להם. האם די אפוא בביצוע מעשים אלו על מנת להצדיק את השימוש שעושה המשיב בתקנה 119 בנדון שלפנינו?

22. על מנת להשיב לשאלה זו, נשווה לנגד עינינו את רשימת הקריטריונים שגיבשה הפסיקה "אשר נועדו לסייג ולתחם את הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי על פי התקנה. עיקרן של הנחיות אלה בכך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 צריך שתעשה באופן מידתי, ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עניין קואסמה, פסקה 22). במסגרת זו נפסק מפּי השופט י' דנציגר, כי –

"בעת הפעלת סמכותו על המפקד הצבאי להביא בחשבון את חומרת 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 האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתיים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (עניין קואסמה, שם).

בעניין שלפנינו נקודת המוצא היא כי המשיב בחר באמצעי הריסה הפוגעני פחות מבין שלל האפשרויות שלפניו – איטום באמצעות חומר מוקצף. מאידך גיסא, יש לקחת בחשבון שלא נטענו טענות בדבר מעורבותם של יתר דיירי הבית. בסופו של דבר, מתנקזת בענייננו שאלת המידתיות לחומרת המעשים המיוחסים לחשודים, ולעוצמת הראיות בעניינם.

23. בטרם אדרש באופן פרטני לעניינם של שלושת המפגעים, אציין כי אירוע טרור חבלני אינו מתמצה באותו רוצח שסחט את ההדק; על מנת להוציא פיגוע שכזה אל הפועל נדרשת הערכות גורמי הטרור בהיבטים רבים, שבנוגע לחלקם הוכח כי היו באחריותם של שלושת המפגעים בעניין שלפנינו. לא למותר לציין, שגם כלפי מפקד החוליה שביצעה את הפיגוע הרצחני הוצא צו מכוח תקנה 119, ועתירה בעניינו נדחתה – הגם שהוא לא היה נוכח בעת ביצוע הפיגוע עצמו (עניין עליוה; ולא למותר לציין שהשופט נ' הנדל מציין שם שקבלת העתירה, תוך שנהרסו בתי מבצעי הפיגוע בפועל, "אינה מתקבלת על הדעת – בייחוד נוכח התפקיד המרכזי שמילא בפיגוע"). כאשר בעניינה עסקינן, במובנים מסוימים פעילות המעטפת הנלווית לפיגוע הטרור אינה

פחותה בחומרתה מאשר ביצוע ההרג עצמו, לעיתים אף חמורה יותר – בשל היותה פעילות מערכתית ותשתיתית המאפשרת ביצועם של אירועים חבלניים פרטניים. במגוון הזדמנויות, הנוגעות הן לסמכויותיו של המפקד הצבאי בעניין זה, הן לדין הפלילי והאזרחי המופנה כלפי שותפים 'אזרחיים' לטרור, עמד בית משפט זה על היחסים ההדוקים בין הפן הכלכלי והארגוני של הטרור, ובין הפן הצבאי-רצחני שלו. בהקשר הפלילי נאמר כי:

"פעילותו האזרחית של הארגון נועדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש בסיס ותשתית לה [...] משכך, לא ניתן לבדד בין הפונקציה האזרחית לפונקציה הצבאית בפעילותו של הארגון, וכל אבחנה והפרדה ביניהם היא מלאכותית ושגויה. הפונקציה האזרחית מזינה את התכלית הצבאית, והתכלית הצבאית מספקת את העילה והתכלית לפעילות הכספית האזרחית ולהזרמת המימון הנדרש לפעילות הארגון" (בש"פ 6552/05 עבידאת נ' מזינת ישראל, פסקה 11 (17.08.2005)).

בדומה, צוין בהיבט האזרחי, בנוגע לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005:

"בית משפט זה בפסיקתו עמד לא אחת על הסכנה שבהזרמת כספים למימון פעולות ארגוני טרור המאיימים על ישראל. פעילות טרור מתאפשרת לא רק על ידי התארגנות ואימונים לפעילות מבצעית, אלא, לא פחות מכך, גם באמצעות פעילות ארגונית החותרת להגשים את התכלית המבצעית בדרך של השגת מימון שיזרים חמצן לפעילות הארגון. לא ניתן לבדד באופן אמיתי בין הפונקציה האזרחית של פעילות ארגון הטרור לבין הפונקציה הצבאית, ואבחנה והפרדה ביניהם היא שגויה ביסודה" (בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל - ע.ר. נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (15.06.2009); לדברים ברוח דומה בנוגע לסמכויותיו של המפקד הצבאי מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) ראו בג"ץ 10244/06 חברת אלעג'ולי לחלפנות נ' שר הבטחון (9.2.2011)).

על דרך הכלל, לא הייתי שולל אפוא כי לצרכי הרתעה, סמכותו של המפקד הצבאי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מלבצע את זממם באמצעות השימוש בתקנה 119, כוחה יפה גם להרתעתם של המממנים, המסייעים, המגייסים, מספקי הנשק וכיוצא באלו. עם זאת, הריחוק ממוקד ביצוע המעשה הרצחני עצמו צריך להעשות בזהירות יתרה, הן במישור התשתית העובדתית, הן במישור המידתיות; לבל נמצא עצמנו משתמשים בסנקציה חריפה ופוגענית, מעשה המנוגד למושכלות ראשונים אשר צוק העתים מחייב את המשיב לעשותו – כלפי מי שמעורבותו בארוע הטרור אינה חד-משמעית וברורה, או שהיא זניחה באופן כזה שהרתעה כלפיה באמצעות האמצעי הדרסטי של החרמת דירת המגורים אינה מידתית. הרחבת השימוש בתקנה 119

גם כלפי אלו הנמצאים במעגלים רחוקים יותר מהמעגל הפנימי, אינה עניין של מה בכך, והיא מצריכה בחינת הדברים לעומקם.

24. ודוק: אחזור ואדגיש כי איני רואה מניעה להפעלת תקנה 119 גם מעבר למעגל המבצעים הישירים. כך נעשה בעניינו של ראג'ב, מי שמילא תפקיד מרכזי בפיגוע, בהיותו מי שגייס את הפעילים, תכנן את הפיגוע וצייד את המבצעים בנשק (דעת הרוב בעניין עליוה). במקרה דנן, שוכנעתי כי מעורבותו של עאמר בפיגוע היא מעורבות ישירה ומיידית. כתב האישום מייחס לו סיוע ממשי להוצאת הפיגוע אל הפועל; הן לפניו, הן לאחריו. עאמר שהה עם חברי החוליה כאשר אלה הצטיידו בכלי הנשק, הוא נשלח 'לפתוח ציר', אותת לחברי החוליה כי אין כוחות ביטחון בציר התנועה ובהמשך, הסיע את המפגעים, וטיפל באחד מכלי הנשק ששימשו לפיגוע. כתב האישום מבוסס בין היתר על הודעות שמסר עאמר. בעתירה בעניין דירתו (בג"ץ 1629/16) לא נטענו טענות של ממש על היקף מעורבותו בפיגוע, מלבד הטענה שמדובר "בחלק שולי ביותר, שבהחלט יכול להיחשב כסיוע בלבד" וכן "שהחשוד טוען טענות שונות להגנתו". טענות כלליות אלו אינן גורעות להשקפתי מן המעורבות הממשית הנטענת של עאמר בהוצאה לפועל של הפיגוע, המגובה בראיות מנהליות כדבעי.

25. בהקשר זה מקובלת עלי עמדת המשיב בנוגע לטענות הפרטניות הנוספות שהעלו העותרים לגבי שכירות דירתו של עאמר. כידוע, לא מכבר נפסק כי העובדה שמדובר בנכס שכור היא שיקול רלבנטי שעל המפקד הצבאי לשקלו, ובמקרים המתאימים – להימנע בשל כך מהפעלת הסמכות. אולם בעניין שלפנינו מדובר בשכירות 'בתוך המשפחה', ואין מדובר בפגיעה בזכות קניינית של אדם זר. במצב דברים זה, אין בעצם העובדה שמדובר במגורים בשכירות בכדי למנוע מהמפקד הצבאי להפעיל את סמכותו, והפעלתה בהקשר שלפנינו אינה חורגת, לטעמי, מדרישת המידתיות, בהתחשב באופן ההריסה המתוכנן ובמידת מעורבותו של עאמר בפיגוע המדובר (ראו בהרחבה עניין חמאס, פסקאות 44-48).

26. סיכומו של דבר, כי דין העתירה להידחות בכל הנוגע לעניינו של עאמר (בג"ץ 1629/16), בהתחשב במכלול נסיבות העניין – חומרתו של הפיגוע הרצחני, ומידת מעורבותו המוכחת של עאמר. כל אלה מביאים למסקנה כי החלטתו של המשיב והפעלת שיקול דעתו אינה חורגת מגדרי המידתיות ואינה נגועה בחוסר סבירות.

27. באשר למעורבותו של עליוה (בג"ץ 1631/16) כתב האישום מייחס לו, במסגרת חברותו בארגון החמאס, את גיוס הכסף ורכישת כלי הנשק עבור החוליה

שביצעה את פיגוע הירי, ופנייה לסאיח ולאדם נוסף לקבלת אישור לפיגוע. כמו כן מואשם עליונה בגיוס סכום כסף לצורך טיפול בפציעתו של אחד מחברי החוליה במהלך הפיגוע. כתב האישום נסמך בין היתר על הודעותיו של עליונה עצמו. על-פניו, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי עליונה פעל "במעגל השני" של מבצעי הפיגוע, וחלקו בפיגוע קטן מזה של עאמר, שלא לדבר על המבצעים העיקריים וראש החוליה.

28. בדומה לגבי מעורבותו של סאיח בפיגוע (בג"ץ 1638/16): לפי הנטען בכתב האישום, סאיח הוא פעיל המאס משנת 2004 או ממועד סמוך. לעניין מעורבותו בפיגוע הירי, נטען כי סאיח הוא זה שאישר את הפיגוע, שהעביר כספים לעליונה לצורך רכישת כלי נשק ואמצעי לחימה והעביר לו כספים לצורך מימון הטיפול הרפואי במחבל שנפצע במהלך פיגוע הירי. גם הראיות המנהליות בעניינו של סאיח מעלות קושי מסוים. מעיון בהודעותיו של סאיח ובזכ"דים מחקירתו, עולה כי ככלל הלה לא שיתף פעולה בחקירותיו בשב"כ ובמשטרה, ואף בשלבים שבהם הודה במעורבותו, היה זה באופן מוגבל וחלקי, כאשר הוא טוען כי אמנם העביר כספים וכלי נשק, מבלי להיכנס לפרטי הדברים, אך ללא ידיעה לאיזו מטרה. הפלתו הנטענת של סאיח מבוססת, כך עולה, בעיקר על סמך דבריהם של מעורבים אחרים בפרשה, ובעיקר עליונה (שקיבל, לפי הנטען, כספים מסאיח). הטענה שהועלתה בעתירה, לפיה סאיח הופלל על-ידי יתר המעורבים בפרשה בשל כך שהוא חולה סופני ועומד למות בלאו הכי, עולה גם מפרפרזות החומר החסוי של נחקרים אלו, שצורפו לעמדת המשיב, והיא ראוייה להתברר במסגרת המשפט הפלילי יחד עם שאר טענותיו.

29. לאור העובדה שפועלם של עליונה וסאיח מצוי במעגל השני של הפיגוע, אני סבור שעניינם ראוי לעיון נוסף. אמליץ אפוא לחברי להוציא צו על תנאי בעניינם (בג"ץ 1631/16 ו-בג"ץ 1638/16), שבגדרו יבהיר המשיב היטב את טיב הראיות המינהליות נגדם, וכן את מידתיות צו ההחרמה וההריסה שניתן בעניינם, זאת בהתייחס למעמד שנתן המשיב לכלל השיקולים שעליו לשקול (המוזכרים לעיל, פסקה 22).

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

כפי שעמד על הדברים חברי השופט נ' סולברג, נקודת המוצא בענייננו היא שלמפקד הצבאי נתונה הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 להורות על החרמה, אטימה, או הריסת ביתו של מי שחשוד בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל (להלן בקצרה: הריסת בתים). אמנם בימים אלה נשמעות בפסיקה קריאות שלפיהן ראוי לשוב ולעיין בהרכב מורחב בהלכה הפסוקה שעיגנה סמכות זו (ראו, למשל, דברי השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה 1 (3.4.2016)); ודברי השופט ס' ג'ובראן בבג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 6 (24.3.2016)) – ואולם לעת הזו ההלכה עומדת על מכוונה. כבר הבעתי דעתי כי בניגוד לשאלת הסמכות, שאלת מידתיות השימוש באמצעי של הריסת בתים עומדת לביקורת שיפוטית בכל עתירה מחדש, בהתאם לנסיבות המקרה (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)); להלן: עניין מרעי) – וכך גם בעתירות שלפנינו.

בהתייחס לנושא המידתיות, בפסיקה התגבשה זה מכבר רשימת שיקולים רלוונטיים לבחינת אופן הפעלת הסמכות להורות על הריסת בתים. אני רואה מקום בהקשר זה לחזור ולהביא מדבריו של השופט י' דנציגר, שצוטטו אף על ידי חברי:

"בעת הפעלת סמכותו על המפקד הצבאי להביא בחשבון את חומרת 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 לברור האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (ההדגשה שלי- ע'ב') (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 21 (11.8.2014)).

חרף האמור, ציין השופט סולברג כי "מתנקזת בענייננו שאלת המידתיות לחומרת המעשים המיוחסים לחשודים, ולעוצמת הראיות בעניינם" (ההדגשות שלי – ע'ב'). אכן, מדובר בשיקולים כבדי משקל – המצדיקים כשלעצמם הוצאת צווים על תנאי בנוגע לבתיהם של עליווי וסאיח. ואולם שיקולים אלה אינם ניצבים לבדם. כפי שהזדמן לי להבהיר, "על רקע הספקות המרחפים מעל יעילותה של הרתעת מחבלים פוטנציאליים הגלומה באקט של הריסת בתים, אין להלום כי החלטה בדבר הריסת בית

של מחבל תתקבל על ידי המפקד הצבאי אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל. הריסת בתים טומנת בחובה פגיעה חמורה בזכויות יסוד חוקתיות של דיירי ביתו של המחבל, ובהן כבוד האדם וזכותם לקניין, ועל כן שומה על המפקד הצבאי לשקול, בין היתר, את מידת מעורבותם של בני המשפחה, אם בכלל, במעשים המיוחסים למחבל" (בג"ץ 1802/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.4.2016); ולהרחבה ראו: עניין מדעי (בפסקה 6)). בעתירות שלפנינו לא נטען מצד המשיב בנוגע למעורבות, אף לא לידיעה, של מי ממשפחות החשודים בגין המעשים המיוחסים לבן משפחתם. נראה אפוא כי שיקול זה, חרף חשיבותו, לא נבחן כלל על ידי המשיב בעת שהוציא את הצווים ביחס לבתיהם של כל אחד משלושת החשודים; ומכאן זה נפל פגם בהפעלת הסמכות על ידו. על כן, אם דעתי היתה נשמעת, היינו מוציאים צו על תנאי בכל שלושת התיקים.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג, על דעתו של השופט י' עמית, בניגוד לדעתה של השופטת ע' ברון, לדחות את העתירה בבג"ץ 1629/16; הוחלט כאמור בפסקה 29 לפסק דינו של השופט נ' סולברג על דעתו של השופט י' עמית ועל דעתה של השופטת ע' ברון, להוציא צו על תנאי בבג"ץ 1631 ובבג"ץ 1638/16, תשובה תוגש עד יום 17.5.2016.

ניתן היום, י"ב בניסן התשע"ו (20.4.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט