



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2418/18

בג"ץ 2420/18

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופט י' אלרון

- העותרים בבג"ץ 2418/18:
1. _____ קונבע
 2. _____ קונבע
 3. _____ קונבע
 4. _____ קונבע
 5. _____ קונבע
 6. _____ קונבע
 7. _____ קונבע
 8. _____ קונבע
 9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר

- העותרים בבג"ץ 2420/18:
1. _____ קונבע
 2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר זלצברגר

נ ג ד

- המשיב בבג"ץ 2418/18: המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
- המשיבים בבג"ץ 2420/18:
1. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
 2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ג בניסן התשע"ח (29.03.2018)

בשם העותרים בבג"ץ 2418/18: עו"ד לאה צמל ועו"ד אחמד חלאק
בשם העותרים בבג"ץ 2420/18: עו"ד נאסר עודה

בשם המשיבים בבג"ץ 2418/18: עו"ד רועי אביחי שויקה
ובבג"ץ 2420/18:

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. ביום 9.1.2018 נרצח הרב רזיאל שבת ז"ל בפיגוע ירי. את הפיגוע ביצעו אחמד ג'מאל אחמד קונבע (להלן: אחמד) ואחמד נצר ג'ראר (להלן: ג'ראר). ביום 7.3.2018 נמסרה הודעה על כוונה להרוס את המבנה שבו התגורר אחמד כג'נין (להלן: המבנה). ביום 11.3.2018 הוגשה השגה מטעם בני משפחתו של אחמד. ביום 18.3.2018 נדחתה

ההשגה ובאותו יום ניתן צו החרמה והריסה למבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119).

העתירות שבפנינו מכוונות לביטולו של צו ההריסה. העותרים בבג"ץ 2418/18 הם הוריו ואֶחיו של אחמד, אשר מתגוררים במבנה. העותר 1 בבג"ץ 2420/18 (להלן: _____), הוא אחיו של העותר 1 בבג"ץ 2418/18, שהוא אביו של אחמד. כלומר, _____ הוא דודו של אחמד, ולטענתו המבנה המיועד להריסה מצוי בבעלותו ומושכר לאחיו ולבני משפחתו. העתירות הוגשו ביום 22.3.2018 ובהחלטתי מאותו יום ניתן צו ארעי המורה להימנע מהריסת המבנים עד להחלטה אחרת.

2. יצויין כי ג'ראר נהרג כאשר כוחות הביטחון הגיעו לבית בו הסתתר, ולאחר קרב יריות מוטטו עליו את הבית.

העתירות

3. לטענת העותרים בבג"ץ 2418/18, במקרה הנוכחי יש להתחשב בנסיבותיו המיוחדות של בעל הבית, _____, ובריחוק היחסים בינו לבין אחמד ובני משפחתו. נטען כי חלקו של אחמד במעשה לא התברר, ומכל מקום אפשר למנוע מבני המשפחה את המגורים בבית בלי להרוס אותו ולפגוע ב_____ . טענה נוספת עלתה לגבי אופן הריסת הבית בדרך של חבלה חמה מבוקרת. העותרים העלו גם טענות כלליות נגד השימוש בתקנה 119, ובהקשר זה נטען כי הריסת בתי מחבלים עומדת בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובניגוד לאיסור על ענישה קולקטיבית במשפט הבינלאומי המינהגי. טענות נוספות הן לפגיעה בלתי מידתית בעותרים; אפליה לרעה ביחס לישראלים; וחוסר ודאות לגבי התועלת הצפויה מהריסת המבנה.

4. על פי האמור בעתירה בבג"ץ 2420/18, _____ חי בירדן מזה 27 שנה. בשנת 1985 הוא נפגע בתאונת עבודה, ומכספי הפיצויים הקים את המבנה מושא צו ההריסה, אשר מצוי בבעלותו ומושכר לעותרים בבג"ץ 2418/18.

בעתירתו של _____ נטען, כי הטענות העקרוניות בעניין הפעלת תקנה 119 נדחות פעם אחר פעם ללא דיון מהותי. העותרים ביקשו לקיים דיון מעמיק בנושא, והזכירו את ההתבטאויות בפסיקה מן העת האחרונה, בדבר הצורך לעיין מחדש בהלכה. אשר לאופן הפעלת הסמכות במקרה הנוכחי, נטען כי המשיב סטה מן ההלכות המקובלות ולא התחשב בנסיבות המיוחדות ובהצטברותן. לטענתו של מוחמד, הריסת המבנה תפגע

בו פגיעה לא מידתית, משום שהבית מהווה עבורו מקור הכנסה חיוני בהעדר יכולת השתכרות. צויין כי _____ הוא "גורם שלישי לא מעורב": הוא מתגורר בירדן תקופה ארוכה, אין לו קשר למחבל ולא היה ביכולתו לצפות את מעשיו. עוד נטען כי למחבל ולבני משפחתו אין ולא היתה זיקה קניינית למבנה המיועד להריסה, ומכאן הטענה להיעדרו של קשר רציונאלי בין הריסת המבנה לבין השגת התכלית ההרתעתית.

העותרים מודעים להלכה שמאפשרת הריסת מבנה ששייך לקרוב משפחה של מפגע, אך לטענתם, במישור שיקול הדעת יש להתחשב בנסיבות המיוחדות של _____. כמו כן נטען כי החלטתו של המשיב אינה צולחת את מבחן המשנה השלישי של המידתיות: הפגיעה במוחמד היא אנושה בעוד שהאפקטיביות של הריסת בתים כגורם מרתיע – לא הוכחה, ואף עלולה להוביל לתוצאות הפוכות. העותרים סבורים כי בנסיבות המקרה, כפי שפורטו לעיל, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילות ההריסה, אך המשיב לא הציג נתונים אמפיריים.

בנוסף נטען, כי המשיב לא הציג בפני העותרים ראיות שמבססות את החשדות כלפי אחמד, ובכך נמנעה מהם האפשרות לממש כראוי את זכות הטיעון. לבסוף נטען בעתירה כי גם אם נתונה למשיב סמכות להורות על הריסה, הרי שעקרונות בסיסיים של צדק ומוסר אוסרים על כך בנסיבות המקרה הנוכחי.

תגובת המשיבים

5. המשיבים הדגישו כי גם לפני הפיגוע הקטלני בו נהרג הרב שבח ז"ל, אחמד היה מעורב במעשי טרור חמורים, כולל פיגועי ירי וניסיונות לבצע פיגועים נוספים. בתגובה לעתירה נטען כי בעת הזו, הריסת המבנה היא חיונית להרתעת מפגעים פוטנציאליים, ולכן יש לדחות את העתירות בהעדר עילה להתערבות. המשיבים הטעו כי תכלית ההריסה היא הרתעתית ולא עונשית, והפגיעה בבני הבית אינה בגדר ענישה קולקטיבית אלא פגיעה נלווית למטרה ההרתעתית. בהקשר זה צויין כי ההרתעה נדרשת במיוחד על רקע המגמה המחרפה של פיגועי טרור חמורים, ובפרט פיגועים שיוצאים לפועל על-ידי מפגע בודד. לשיטת המשיבים, בנסיבות העניין אין מניעה חוקית מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119, אשר נעשתה תוך התחשבות במכלול הנסיבות, ועומדת בתנאי הסבירות והמידתיות. המשיבים היו מוכנים להניח כי המבנה הוא בבעלותו של _____ ולהתחשב גם בנסיבות הקשורות לכך, אך בהינתן קרבה משפחתית, נטען כי התכלית ההרתעתית ניתנת להשגה גם במקרה הנוכחי.

6. בפתח הדברים אציין כי כמו במקרים קודמים (בין היתר, ראו בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בפסקה 3 (7.11.2017) (להלן: עניין אלג'מל)), כך גם במקרה הנוכחי אינני מוצא מקום לדון בסוגיית הסמכות העקרונית לעשות שימוש בתקנה 119 (כך הוחלט גם לאחרונה בבג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 12 (28.2.2018) (להלן: ענין כמיל)), ולא נעלמו מעיני ההבדלים בין המקרים; וכן ראו דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017) ובג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (26.11.2017)). בהינתן שהמשיבים מודעים לחומרה בהפעלת תקנה 119 ולמגבלות החוקיות על אופן הפעלת הסמכות, אף אינני רואה צורך לחזור על מכלול ההלכות שהתגבשו בפסיקה, וניתן להתמקד בבחינת נסיבותיו של המקרה הקונקרטי.

7. נבהיר, כי הונחה בפנינו תשתית עובדתית מספקת לעניין מעורבותו של אחמד בכיצוע הפיגוע: ג'ראר ואחמד נסעו ברכב כדי לבצע פיגוע, אחמד נהג וג'ראר ביצע את הירי הקטלני תוך כדי נסיעה. נוכח טענות העותרים יובהר כי הראיות הנדרשות הן לצורך החלטת המשיבים הן ראיות מינהליות, ואין הכרח להמתין להגשת כתב אישום (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 27 (11.8.2014); בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 8 (3.8.2017)). בנוסף, זיקת המגורים של אחמד למבנה מושא ההריסה איננה שנויה במחלוקת.

8. הסוגיה העיקרית אשר טעונה התייחסות קשורה לבעלות במבנה. ראשית, קיימת אי-בהירות עובדתית. העותרים טענו כי הבית מצוי בבעלותו של _____ והם רק שוכרים. המשיבים מצידם לא שוכנעו כי זהו מצב הדברים לאשורו, והדגישו כי בתחקור של אחמד, הוא אמר שהמבנה נמצא בבעלותו של אביו, אשר רכש את הקרקע בעצמו ונעזר בהלוואה מ_____ לצורך מימון עלויות הבנייה. כמו כן צויין כי עתירתו של _____ לא נתמכה בתצהיר. האב, _____, טען בתחקור כי הבית בבעלותו של אחיו, _____, שמקבל "סכומים משתנים" עבור השימוש בבית.

נתנו את הדעת לטענות אלה, אך ההכרעה בשאלה העובדתית אינה נחוצה, משום שגם אם נקבל לצורך הדיון את טענותיהם העובדתיות של העותרים – עדיין יש לדחות את העתירות.

ההלכה בעניין זה היא כי ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 גם במקרה שדיירי הבית אינם הבעלים, אך שאלת הבעלות היא שיקול רלוונטי לצורך החלטתו של המפקד הצבאי. במישור שיקול הדעת, מקובל לייחס חשיבות לשאלה אם המפגע ובני משפחתו הם בעלי הדירה או שוכרים; אם מדובר בחוזה שכירות ארוך טווח או בשכירות קצרה; ואם המשכיר הוא קרוב משפחה או אדם זר. הרלוונטיות של שאלות אלה נובעת מן ההנחה כי פגיעה באדם שלישי, שאינו קשור למחבל, לא תתרום להרתעה (בג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (31.7.1989); בג"ץ 1056/89 אלשיך נ' שר הביטחון (27.3.1990); בג"ץ 869/90 לפרוך נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (3.5.1990); בג"ץ 3567/90 סבאר נ' שר הביטחון (31.12.1990); בג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש (12.2.1991); בג"ץ 2/97 אבו חלאווה נ' האלוף שמואל ארד - אלוף פיקוד העורף (11.8.1997); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 6745/15 חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה י"ח (1.12.2015); בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015); בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, בפסקה 25 (20.4.2016); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 28 (14.6.2016)).

לסיכום ההלכה ניתן להיעזר בדבריו של חברי השופט א' שהם בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 37 (24.7.2016):

"לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, אין צורך להוכיח כי המחבל היה בעליו של הנכס שבו הוא התגורר, אלא שיש להראות כי קיימת זיקת מגורים בינו לבין המבנה, מושא צו ההריסה [...]"

לשונה של תקנה 119, מאפשרת להורות על הריסת בית שבו התגורר מחבל בשכירות [...]"

ואולם, כאשר מדובר בדירה המצויה בבעלותו של צד ג', שהוא זר למפגע, ייתכנו מקרים שבהם יוחלט שלא להרוס את המבנה בשלמותו, ואף להימנע מביצוע צו ההריסה וההחרמה בכללותו."

9. ומן הכלל אל הפרט: במקרה דנא אין מדובר בשכירות מידי צד ג'. ____ הוא אחיו של _____, אביו של העותר. קרבת המשפחה היא הדוקה. זאת ועוד, עסקינן בשכירות מתמשכת, והזיקה של משפחת המחבל לנכס היא משמעותית ועמוקה. נתונים אלה מחדדים את ההבדל בין המקרה דנא לבין עובדות המקרה בעניין חמאד, שם דובר

ב"הריסת בית בבעלותו של צד שלישי זר – אשר אין לו קשר משפחתי או אחר עם המחבל ומשפחתו וכאשר ההפסד הכלכלי למחבל ולמשפחתו כמעט ואינו קיים" (שם, בפסקה 46; ההדגשה במקור). על כן, אינני מקבל את הטענה כי הנפגע היחיד מן ההריסה המתוכננת הוא מוחמד. התשתית העובדתית שהונחה מלמדת על כך שהריסת המבנה תפגע בעותרים בבג"ץ 2418/18. פגיעה זו אינה מטרה עצמאית. כשהיא לעצמה, היא אף מעוררת קושי לא מבוטל. אך ככלי להרתעת מפגעים עתידיים, זהו כלי חוקי אשר ניתן בידיו של המפקד הצבאי וצריך להישמר למקרים המתאימים. גם במקרה הנוכחי, ההכרעה מבוססת על הערכתם של הגורמים המקצועיים כי השימוש בתקנה 119 מהווה כלי אפקטיבי ומרתיע (ראו גם עניין אלג'מל, בפסקה 3). בנסיבות המתוארות, לא התנתקה הזיקה בין קרובי המחבל לבין המבנה, ולכן אין מקום לדרוש הוכחה מיוחדת לגבי אפקטיביות ההריסה בנסיבות אלה (כפי שנעשה בעניין חמאד). כיוון שכך, לא נמצאה לנו עילה להתערב בעמדתו של המפקד הצבאי, אשר סבור כי הריסת המבנה מושא העתירות תתרום להרתעת מפגעים פוטנציאליים.

בשלב זה מתעוררת השאלה אם המפקד הצבאי נדרש להתחשב בנסיבותיו האישיות של _____ לצורך קבלת החלטה על הריסת המבנה. אני נוטה לדעה כי עוצמת הפגיעה ב_____ (בהנחה שהוא בעל הבית) היא שיקול רלוונטי, ועם זאת – בענייננו שיקול זה אינו מכריע את הכף ואינו מקים עילה להתערבות בהחלטתם של המשיבים.

10. לפני סיום אדרש בקצרה לטענות נוספות. במסגרת העתירה נטען בחצי פה לגבי אופן ביצוע ההריסה (פסקה 9 לעתירה בבג"ץ 2418/18). לא מצאתי ממש בטענה, ויצויין כי המשיבים שללו את קיומם של מבנים סמוכים או רגישים. על כל פנים, ברי כי המשיבים נדרשים להיזהר ולהישמר מפגיעה אגבית במבנים נוספים, והדברים ידועים.

בנוסף, באת-כוח העותרים בבג"ץ 2418/18, טענה כי באירוע שבו נהרג ג'ראר על-ידי כוחות הביטחון, כבר נהרסו ארבעה מבנים. על רקע זה נטען כי התכלית ההרתעתית כבר הושגה ואין הצדקה להרס נוסף. אין בידי לקבל את הטענה, משום שאינני רואה קשר בין מבנים שנהרסו במהלך הניסיון ללכוד את ג'ראר, לבין הריסת ביתו של אחמד למטרה הרתעתית.

גם העיתוי של קבלת החלטה על הריסת המבנה אינו מגלה עילה להתערבותנו. אחמד הודה בשותפות לרצח בחקירות שנערכו בסוף חודש ינואר 2018, ובתחילת חודש מרץ החליטו המשיבים להרוס את ביתו. בנסיבות אלה, לא מדובר בשיהוי אשר משליך

על חוקיות ההחלטה (ראו והשוו: עניין כמיל, בפסקה 17 והאסמכתאות שם; בג"ץ 8031/16 זין (עווד) נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 7 (1.11.2016)).

11. אשר על כן, לא מצאתי עילה חוקית להתערבותנו בהחלטתם של המשיבים, ולפיכך אציע לחברי לדחות את העתירות.

12. סמוך לפני חתימה על פסק הדין, הובאו לעיוננו שני מסמכים. העותרים בבג"ץ 2418/18 השיגו על התחקירים שנערכו בעניין הבעלות במבנה, ולשיטתם מדובר במסמכים מגמתיים וחסרים. המסמך השני שהוגש הוא הודעת המשיבים על הגשת כתב אישום נגד אחמד בגין שורה של עבירות ביטחוניות, וזאת בנוסף לעבירה של גרימת מוות בכוונה בפיגוע בו נרצח הרב רזיאל שבת ז"ל.

אין באמור כדי לשנות את תוכן פסק הדין, באשר לעניין הבעלות במבנה ממילא יצאנו מנקודת הנחה כי מוחמד הוא בעל הבית (פסקה 8 לעיל), ולעניין כתב האישום ציינו לעיל (בפסקה 7) כי לא מדובר בתנאי הכרחי.

13. לפיכך הוחלט לדחות את העתירות.

הצו הארעי שניתן ביום 22.3.2018 יפקע ביום 17.4.2018 בשעה 12:00, כדי ליתן לעותרים שהות לצורך התארגנות.

ניתן היום, כ"ה בניסן התשע"ח (10.4.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט