



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1631/16

בג"ץ 1638/16

לפני: כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים בבג"ץ 1631/16: 1. סבאא יעקוב עליווי  
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים בבג"ץ 1638/16: 1. מונא סאיח  
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיב בשתי העתירות: מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

התנגדות לצווים על-תנאי

בשם העותרים בבג"ץ 1631/16: עו"ד א' רוזנטל  
בשם העותרים בבג"ץ 1638/16: עו"ד ל' חביב  
בשם המשיב: עו"ד י' ציון-מוזס

## פסק-דין

השופט י' דנציגר:

1. פסק דין זה ניתן בהמשך להחלטה מיום 20.4.2016 בגדרה הוצאו צווים על-תנאי בעתירות שבכותרת (להלן: ההחלטה הקודמת). העובדות הצריכות לעניין פורטו בהחלטה הקודמת, ועל כן אשוב על הדברים בקצרה בלבד.

2. ביום 1.10.2015 נרצחו איתם ונעמה הנקין ז"ל בפיגוע ירי שאותו ביצעו שלושה מחבלים. כלפי דירות המגורים של שלושת המחבלים הוצאו צווי החרמה והריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). עתירה שהוגשה נגד צווים אלו נדחתה במסגרת בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015).

3. בהמשך לכך החליט המשיב להוציא צווי החרמה והריסה גם ביחס למבנים של מעורבים נוספים אשר נטלו חלק עקיף בפיגוע. צווים כאמור הוצאו כלפי ביתו של מפקד חוליית המפגעים, והם אושרו לאחר שעתירה שהוגשה נגדם נדחתה במסגרת בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015). צווים דומים הוצאו גם כלפי בתיהם של זיד זיאד ג'מיל עאמר (להלן: עאמר); אמג'ד עאדל מוחמד עליוה (להלן: עליוה); ובאסם אמין מוחמד סאיח (להלן: סאיח).

4. נגד הצווים שהוצאו ביחס לבתיהם של עאמר, עליוה וסאיח, הוגשו שלוש עתירות, בהתאמה: בג"ץ 1629/16, בג"ץ 1631/16 ובג"ץ 1638/16. כאמור לעיל, ביום 20.4.2016 ניתנה החלטה בעתירות. העתירה שעסקה בענייניו של עאמר נדחתה בדעת-רוב של השופטים י' עמית ו-נ' סולברג, נגד דעתה החולקת של השופטת ע' ברון. לעומת זאת, לגבי העתירות שעסקו בעניינם של עליוה וסאיח, החליטו חברי ההרכב פה-אחד להוציא צווים על-תנאי. חברי ההרכב סברו כי בעתירות אלה יש מקום להורות למשיב להשלים פרטים לגבי טיב הראיות המנהליות הקיימות ומידתיות הצווים שהוצאו. כך נכתב בסיכום החלטתו של השופט נ' סולברג:

"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 עליוה בגיוס סכום כסף לצורך טיפול בפציעתו של אחד מחברי החוליה במהלך הפיגוע. ...מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי עליוה 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 חמאס משנת 2004 או ממועד סמוך. לעניין מעורבותו בפיגוע הירי, נטען כי סאיח הוא זה שאישר את הפיגוע,

שהעביר כספים לעליוה לצורך רכישת כלי נשק ואמצעי לחימה והעביר לו כספים לצורך מימון הטיפול הרפואי במחבל שנפצע במהלך פיגוע הירי. גם הראיות המנהליות בעניינו של סאיה מעלות קושי מסוים...

29. לאור העובדה שפועלם של עליוה וסאיה 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".

5. ביום 16.6.2016 ובהתאם לאמור, הגיש המשיב כתב תשובה מטעמו. ביום 14.9.2016 התקיים לפנינו דיון בהתנגדויות לצווים על-תנאי שהוצאו.

#### טענות הצדדים

6. המשיב – באמצעות בא-כוחו עו"ד יונתן ציון מוזס – פירט הן בכתב התשובה שהגיש והן בדיון בעל-פה את טיב הראיות המנהליות שנאספו נגד עליוה וסאיה ואת עמדתו ביחס למידתיות החלטותיו. בתוך כך, עדכן המשיב בדבר מספר התפתחויות שאירעו מאז שניתנה ההחלטה הקודמת. בסיכומו של דבר, סבור המשיב כי יש לדחות את שתי העתירות ולבטל את הצווים שהוצאו בהן. טעמיו הם כדלקמן:

אשר לעניינו של עליוה – המשיב עדכן כי ביני לביני, לאחר שניתנה ההחלטה הקודמת, הורשע עליוה על-פי הודאתו בכתב אישום שהוגש נגדו בהליך הפלילי, בעבירות של גרימת מוות בכוונה, ניסיונות של גרימת מוות בכוונה וניסיונות חטיפה בנסיבות מחמירות. מכתב האישום עולה כי עליוה פעל בין היתר לרכישת כלי הנשק ששימשו את חוליית המפגעים, וכן פעל להשגת מימון לפעילות החוליה ולטיפול באחד מחבריה לאחר הפיגוע. עונשו נגזר לשני מאסרי עולם לצד עונש מאסר בן 30 שנה, במצטבר. המשיב מוסיף, כי מהודעת מפקד חוליית הפיגוע, עולה כי עליוה היה מודע בבוקר הפיגוע לכוונת החוליה להוציא אל הפועל, ואף ציין כי ככל שיעלה בידה לחטוף אדם, הוא יהיה נכון לסייע בהסתרתו. בנסיבות האלה, סבור המשיב כי לא נותר עוד ספק בדבר מעורבותו המרכזית של עליוה בפיגוע, באופן שדי בו כדי להצדיק את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. לצד האמור, הוסיף המשיב, כי הסנקציה שנבחרה בעניינו של עליוה היא הריסת מחיצות הדירה שבה התגוררו הוא ובני משפחתו, ואיטום הדירה בחומר מוקצף. המשיב סבור כי סנקציה זו היא מידתית, וזאת בשים לב לחומרת

מעשיו של עליוה ולעובדה שהצו מכוון רק כלפי דירת מגוריו. יוער כי המשיב מסכים אמנם שאין בידי ראיות למודעות בפועל של בני משפחתו של עליוה לפעילותו, אלא שלגישתו אין בכך כדי למנוע שימוש בתקנה 119 בנסיבות העניין.

אשר לעניינו של סאיח – המשיב פירט כי נגד סאיח הוגש כתב אישום המייחס אף לו עבירות של גרימת מוות בכוונה, ניסיונות של גרימת מוות בכוונה, וניסיון לחטיפה בנסיבות מחמירות. בניגוד לעליוה, סאיח כפר באשמה, ונכון לעת הזו ההליך הפלילי נגדו מצוי בשלב ההוכחות. מכל מקום, המשיב סבור כי גם ביחס לפעילותו של סאיח קיימת תשתית ראייתית מנהלית שדי בה כדי לאפשר את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. תשתית זו כוללת הודעות שנגבו מסאיח; זיכרונות-דברים שנרשמו על-ידי גורמי החקירה לאחר חקירותיו; ודברים שמסר עליוה ביחס אליו (אף שבהקשר זה הסכים המשיב כי קיימת מחלוקת אם אין מדובר בניסיון להפללה של סאיח, כמבואר בפסקה 28 בהחלטה הקודמת). לטעמו של המשיב, התשתית שנאספה מלמדת כי סאיח פעל לאספקת הכספים ששימשו לרכישת כלי הנשק ולמתן הטיפול הרפואי לחבר החוליה שנפצע. כמו כן, תשתית זו מלמדת כי סאיח היה מודע לפעילות קודמת של חוליית המרצחים, ואף "אישר" את הפיגוע הקונקרטי. בכתב התשובה הוסיף המשיב, כי לאחר שניתנה ההחלטה הקודמת הוא ביצע "מחשבה מחודשת" בעניינו של סאיח, ולאחריה החליט כי הסנקציה שתינקט ביחס לביתו של סאיח תהא בצורה של אטימה-הפיכה, באמצעות ריתוך לוחות ברזל לפתחי הבית. המשיב סבור כי הבחירה בסנקציה זו היא מידתית ומתיישבת עם מכלול השיקולים, בהם חומרת מעשיו של סאיח והעובדה כי הצו מכוון רק ביחס לדירת מגוריו ולא כלפי חלקם של אחרים במבנה. לבסוף ציין המשיב, כי הדיירת הנוספת המתגוררת בבית היא רעייתו של סאיח, שאף שאין ראיות למודעותה בפועל ביחס לפיגוע, היא פעילת חמאס שהורשעה בעבר בדיון בביצוע עבירות ביטחוניות שונות ולכן לא ניתן לשלול שהייתה מודעת למעשיו.

7. בא-כוח העותרים בבג"ץ 1631/16 – עו"ד אנדרה רוזנטל – טען בדיון שנערך לפנינו כי יש לדחות את טענות המשיב ולהוציא כלפיו צו מוחלט. לגישתו, לא השתנה דבר מאז שניתנה ההחלטה הקודמת, שכן הראיות המנהליות הקיימות בעניינו של עליוה הן אותן הראיות שהיו קיימות מלכתחילה. בפרט נטען, כי אין בהרשעתו של עליוה בהליך הפלילי כדי לשנות דבר, שכן ההרשעה אינה משפיעה על השאלה המרכזית בעתירה, שהיא האם הראיות שנאספו ביחס לעליוה, המלמדות כי הוא פעל לכאורה "במעגל השני" של הפיגוע, מספיקות לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119.

8. בא-כוח העותרים בבג"ץ 1638/16 – עו"ד לביב חביב – טען אף בדיון כי יש להוציא צו מוחלט בעתירה זו. עו"ד חביב הדגיש כי אין מקום לנקיטת סנקציה מנהלית כה דרמטית, שעה שההליך הפלילי – שהוא ההליך הטבעי והראוי לבירור המחלוקות והאשמה של סאיח – עודנו מתנהל ומצוי באיבו. עו"ד חביב הוסיף כי בין כה וכה הפעלת הסנקציה שנבחרה נגד ביתו של סאיח אינה מידתית. נטען, בין היתר, כי אין כל משמעות לכך שהפעלת הסנקציה כלפי הבית תהא בדרך של אטימה-הפיכה, שכן הפגיעה האפקטיבית ברעייתו של סאיח, המתגוררת בבית, תהא דומה למצב של אטימה בלתי הפיכה או הריסה. עוד נטען, כי אין כל רלבנטיות לטענת המשיב בדבר השתייכות רעייתו של סאיח לארגון חמאס בעבר, שעה שאין חולק כי היא לא הייתה קשורה לפיגוע שבעטיו הוצאו צווי ההריסה. לחלופין ביקש עו"ד חביב כי בית המשפט יורה על אטימה של חדר אחד בתוך הבית, חלף אטימתו המלאה.

דיון והכרעה

9. בהתאם לנוסח הצווים על-תנאי שהוצאו בעתירות, ובהתאם לטיעוני הצדדים בכתב ובעל-פה, ההכרעה תתמקד אך ורק בשאלת טיב הראיות המנהליות הקיימות נגד עליוה וסאיח ובשאלת מידתיות הצווים שהוצאו נגדם. ממילא אין בכוונתנו להתייחס לשאלות אחרות, לרבות לסוגיות העקרוניות הקשורות לסמכות המשיב לפעול לפי תקנה 119 ולחוקיות השימוש בה (ראו התייחסות בהקשר זה גם בפסקה 17 להחלטה הקודמת).

10. שתי נקודות המוצא הרלבנטיות אפוא להכרעה בענייננו פורטו אף הן זה מכבר במסגרת ההחלטה הקודמת.

נקודת המוצא הראשונה עוסקת ברמת ההוכחה הנדרשת לצורך הפעלת הסמכות

מכוח תקנה 119, הן במישור העקרוני והן במישור הפרטני, ולגביה נקבע כך:

"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 סקאפי, 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. בענייננו-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)).

[פסקה 20 להחלטת השופט סולברג].

נקודת המוצא השנייה עוסקת בשאלה האם הוצאת צווי ההריסה היא מידתית בשים לב בין היתר להיקף המעורבות של עליוה ושל סאיח בפיגוע. בעניין זה נקבע כך:

"... 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 והריסת 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"

[פסקה 23, שם].

11. נוכח ההתייחסות המפורטת לסוגיות הנ"ל במסגרת ההחלטה הקודמת, איני מוצא צורך לקיים דיון משפטי-עקרוני נוסף בסוגיות אלה במסגרת פסק דין זה, וכל שנותר הוא ליישם את הדברים על העובדות והנתונים המעודכנים בעניינם של עליוה ושל סאיח. יחד עם זאת, טרם שנפנה למלאכה זו, ראיתי לנכון להעיר בקצרה הערה עקרונית אחת לעניין הקשר בין היקף ומידת המעורבות של המפגעים באירוע טרור לבין הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. במסגרת ההחלטה הקודמת ציין השופט סולברג, כי "אירוע טרור חבלני אינו מתמצה באותו רוצח שסחט את ההדק" (שם, 23). אף אני שותף לעמדה זו. אכן, כאשר מדובר בפיגועי טרור רצחניים כגון הפיגוע שבו נרצחו בני הזוג הנקין, הניסיון מלמד כי יכול שיהיו מעורבים נוספים שאף אם לא "סחטו את ההדק" ממש, חלקם בהוצאת הפיגוע אל הפועל היה משמעותי. במובן זה, הניסיון לערוך הבחנה דיכוטומית בין המבצעים "הישירים" לבין ה"עקיפים" – כדוגמת

המתכננים; המגייסים; המסייעים; או מספקי הנשק והמימון – אינו חף אף הוא מקשיים. יש ולעיתים דווקא פעילותם של המבצעים ה"עקיפים" היא כה משמעותית ומרכזית עד שספק אם אלמלא היא היה בא לעולם הפיגוע. מכאן שהשאלה אותה יש לשאול אינה בהכרח האם המפגע ירה בעצמו בקורבנות הפיגוע, או אם נכח פיזית בזירה בשעת מעשה, אלא מהי מידת ההשפעה שהייתה למעשיו על התממשות הפיגוע, והאם די בה כדי להצדיק את הפעלת הסנקציה מכוח תקנה 119 כלפיו (הכול בכפוף כמובן, לבחינת יתר הנתונים שבחינתם נדרשת לשם הפעלת הסמכות). את שאלה זו יש לבחון בשים לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וכך ייעשה גם בענייננו.

12. עניינו של עליוה: כאמור, מאז שניתנה ההחלטה הקודמת הורשע עליוה בעבירות של גרימת מוות בכוונה של בני הזוג הנקין, לצד עבירות נוספות. משמעות הרשעתו בעבירות אלה היא, כפשוטו של דבר, שעליוה עצמו גרם במעשיו להתממשות מעשי הרצח. הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו בנדון על-ידי בית הדין הצבאי מדברים בעד עצמם. בפרט, האמור בגזר הדין מלמד על מעורבות מרכזית ומשמעותית של עליוה בהוצאה אל הפועל של הפיגוע, כשבין היתר נכתב כי עליוה "דאג להקים חוליה צבאית, להשיג מימון עבור פעילותה ולרכוש עבורה כלי נשק", וכי מפקד החוליה "קיבל ממנו אישור מפורש לבצע את הפיגוע... לרבות אישור מראש של תכנון ביצוע חטיפה במהלך אותו פיגוע". בית הדין הצבאי אף הוסיף מפורשות כי לעליוה היה "תפקיד מפתח [ב]חוליה", בכל הקשור להיערכותה המוקדמת לפיגוע שכללה "התחמשות והצטיידות, ביצוע תצפיות, בדיקת אתרים אפשריים לפיגוע, גיוס חברים, בחירת בעלי התפקידים המתאימים למשימה הכשרתם והדרכתם" (הכול כאמור בפסקאות 28-29 לגזר הדין מיום 22.6.2016).

אמת נכון הדבר, שלכאורה ההרשעה בהליך הפלילי רק אשררה בדיעבד את מה שטען המשיב עוד בתגובתו המקדמית לפני שהוצא הצו על-תנאי בעתירה. עוד יש לומר כי ככלל אין מקום לתלות בין ההליכים השונים – הפלילי והמנהלי – לצורך קבלת ובחינת החלטות המשיב על הוצאת צווים מכוח תקנה 119, וזאת נוכח העיתוי הנדרש לקבלת ההחלטה המנהלית והרף הראייתי השונה בין שני ההליכים (ראו בהקשר זה, בין היתר: בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל (28.2.2016)). יחד עם זאת, בנסיבות המקרה דנן, בו השתלשלות העניינים בעתירה הביאה לכך שהביקורת השיפוטית על החלטת המשיב מועברת לאחר הרשעתו של עליוה בהליך הפלילי, איני סבור כי ניתן להתעלם מנתון זה. ודוק, לא זו בלבד שההרשעה בהליך הפלילי איששה את טענות המשיב כי בידיו ראיות מנהליות טובות וחזקות למעורבותו של עליוה בפיגוע, אלא היא גם הסירה

את הערפל והספק – אם היו כאלו – סביב השאלה מה היה חלקו בו. עתה, בפרט בשים לב להודאתו של עליוה ולעבירות הספציפיות שבהן הוא הורשע, לא נותר עוד ספק בדבר היותו "שחקן מרכזי" בפעילותה של חוליית המרצחים. זאת ועוד, עתה סמוכים ובטוחים אנו כי מעשיו של עליוה נמצאו ברף החומרה הגבוהה – רף כזה שאיפשר להרשיעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה בהליך הפלילי; ושממילא די בו גם כדי לאפשר את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהליך המנהלי.

כפועל יוצא מקביעות אלה איני סבור כי יש מקום להתערבות שיפוטית בהחלטת המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 בעניינו של עליוה. אדגיש פעם נוספת, כי לשיטתי חומרת מעשיו של עליוה ומידת מעורבותו בפיגוע הם בעלי משקל רב ומכריע בנסיבות העניין, וזאת בלי להתעלם מנתונים נוספים בעלי משקל בלתי מבוטל גם כן, שאף הם נשקלו (אף אם בשלב מאוחר, ורק לאחר הערות בית משפט זה בהחלטה הקודמת), בהם הנתון שלפיו בני משפחתו של עליוה לא היו מודעים או שותפים לפעילותו. סיכומו של דבר, לו תישמע דעתי, נורה על ביטולו של הצו על-תנאי שהוצא בבג"ץ 1631/16, ונדחה את העתירה בהליך זה.

13. עניינו של סאיח: במסגרת פסקה 28 להחלטה הקודמת קבע השופט סולברג כי: "הראיות המינהליות 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". בהמשך לכך הוסף וצוין, כי התשתית הראייתית בעניינו של סאיח מעוררת קושי גם משום שהיא נסמכת בחלקים מרכזיים בה על דבריהם של מעורבים אחרים בפרשה, במרכזם עליוה, אלא שהמניע למסירת דברים אלו מצוי במחלוקת, כאשר לטענת סאיח אותם המעורבים ניסו להפלילו ו"להלביש עליו" מעשים שלא ביצע, וזאת בין היתר בשל כך שהוא חולה סופני ונוטה למות. השופט סולברג ציין, כי טענתו של סאיח בהקשר זה "עולה גם מפרפרוזות החומר החסוי של נחקרים אלו, שצורפו לעמדת המשיב, והיא ראויה להתברר במסגרת המשפט הפלילי יחד עם שאר טענותיו" (שם).

בכתב התשובה שהגיש המשיב לא נכלל מידע חדש או נתונים עדכניים שיש בהם כדי להשיב על השאלות והתהיות שהועלו על-ידי חברי ההרכב בגדר ההחלטה הקודמת. למעשה, המשיב נסמך על אותן ראיות מנהליות הכוללות את הודעותיו של סאיח ואת הזכ"דים שנרשמו על-ידי גורמי הביטחון לאחר חקירותיו. כן שב ומציין המשיב את העובדה כי נגד סאיח הוגש כתב אישום. תשתית ראייתית זו הייתה פרושה



לפני מותב השופטים גם בעת הדיון הקודם. חברי המותב סברו פה-אחד כי ישנו ספק אם די בתשתית זו כדי לעמוד בדרישת הדין לראיות מנהליות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות – כנדרש לצורך הפעלת תקנה 119. בנסיבות אלה, כאשר התשתית הראייתית המנהלית נותרה למעשה כשהייתה, סבורני כי לא עלה בידי המשיב לשכנע מדוע לא ייהפך הצו על-תנאי למוחלט. התוצאה היא, וכך אציע לחברי לקבוע, כי יש להורות על הוצאת צו מוחלט בבג"ץ 1638/16, מאותם הטעמים שבעטיים הוצא הצו על-תנאי בעתירה זו, ואשר יפים גם בעת הזו.

14. טרם נעילה אציין כי לא מצאתי מקום להתייחס בהרחבה לעניין חלוף הזמן מאז קרות הפיגוע ועד למועד מימוש צווי ההריסה בעניינו של עליוה. ראשית יאמר, כי סוגיה זו לא עמדה במרכז הדיון הקודם שנערך, וגם הצו על-תנאי שהוצא בעתירה לא הפנה את הזרקור אליה. שנית, אף שאין ספק כי לחלוף הזמן מעת הפיגוע ועד להוצאת צווי ההריסה ומימושם יש חשיבות לעניין הביקורת השיפוטית על החלטות המשיב מכוח תקנה 119, איני סבור כי יש לכך חשיבות מכרעת בנסיבות המקרה הנדון, בו עיקר העיכוב נבע מהיארכות ההליך המשפטי, מסיבות שאינן רובצות לפתחו של המשיב (ראו: בג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (7.7.2015)).

15. ועוד הערה קצרה לפני סיום. נקל להיווכח שהכרעתנו בעניינו של עליוה עולה בקנה אחד עם ההכרעות שנתקבלו בעניינם של מפקד חוליית המפגעים ושל עאמר. ביחס למפקד הפיגוע נקבע, כי החלטת המשיב להוציא צווי הריסה ביחס לביתו היא מידתית בין היתר כיוון ש"בידי המשיב ראיות מבוססות להיותו של ראג'ב ראש החוליה אשר ביצעה את הפיגוע, והוא, לכאורה, מעורב אישית ברצח המתועב, כמבצע בצוותא" (בג"ץ 7220/15, פסקה 20). ביחס לעאמר נקבע, כי החלטת המשיב לגביו היא מידתית, בין היתר כיוון שמעורבותו בפיגוע הייתה "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" (בג"ץ 1629/16, פסקה 24). על רקע זה ראוי לשוב ולהדגיש, כי אמנם שלוש החלטותיו של המשיב – בעניינם של מפקד החוליה, עאמר ועליוה – צלחו את מבחן הביקורת השיפוטית למרות שאף אחד מהאחרונים לא ביצע פיזית את הירי בפיגוע, אך זאת משום שכל אחד מהמקרים הצדיק זאת בשל נסיבותיו הפרטניות. ממילא אין לראות בהכרעות השיפוטיות בנדון משום שינוי מגמה או קביעת כלל חדש.

16. נוכח כל האמור לעיל אציע לחבריי כי יבוטל הצו על-תנאי ותידחה העתירה בבג"ץ 1631/16 (עניינו של עליוה); ולעומת זאת, כי יוצא צו מוחלט ותתקבל העתירה בבג"ץ 1638/16 (עניינו של סא"ח). כן אציע לחבריי שלא נפסוק הוצאות למי מהצדדים בשני ההליכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מצרפת את דעתי לדעתו של חברי השופט י' דנציגר, שלפיה יש להוציא צו מוחלט ולקבל את העתירה בעניינו של סא"ח (בג"ץ 1638/16).

אם דעתי היתה נשמעת, היינו מוציאים צו מוחלט ומקבלים גם את העתירה בעניינו של עליוה (בג"ץ 1631/16). כפי שהטעים חברי, השאלה העומדת להכרעתנו בשלב זה של הדיון, מתמקדת במידתיות של צו ההריסה שהוצא על ידי המשיב לדירה שבה התגורר עליוה עד למאסרו. בדירה זו גרים עתה רעייתו של עליוה ושמונת ילדיהם הקטינים. גם דעתי היא כי בניגוד לשאלת הסמכות, שאלת מידתיות השימוש באמצעי של הריסת בתים עומדת לביקורת שיפוטית בכל עתירה מחדש, בהתאם לנסיבות המקרה. ואמנם, בהלכה שנקבעה מקדמת דנא מפורטת שורה של שיקולים שאותם שומה על המשיב לשקול בבואו להוציא תחת ידו צו להריסת בית מגורים – ובהם חומרת המעשים המיוחסים למפגע; עוצמת הראיות נגדו; מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית במעשיו, אם בכלל; מידת הפגיעה הצפויה לבני המשפחה כתוצאה מההריסה, וכיוצ"ב (ראו: דברי חברי השופט דנציגר בבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 22 (11.8.2014)). הנה כי כן וכפי שכבר ציינתי בהחלטה הקודמת מיום 20.4.2016, השיקול של חומרת המעשים המיוחסים למחבל

אינו ניצב לבדו בבחינת המידתיות של צו ההריסה. כאשר מדובר בקורת הגג המשמשת למגורים של בני משפחה חפים מפשע, שאינם מודעים לא כל שכן מעורבים במעשה הטרור (לא במישרין, לא בעקיפין ולא באופן קונסטרוקטיבי), דעתי היא כי הריסת הבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם חוקתיות מן המעלה הראשונה.

ויובהר: עליוה לקח חלק בפיגוע טרור מזוויע שבו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל. גם אם הוא עצמו לא לחץ על ההדק, ידיו מגואלות בדם; על כך אין ולא יכול להיות חולק. עליוה הורשע על פי הודאתו בפשעיו, ונדון לשני מאסרי עולם ועונש מאסר נוסף של 30 שנים במצטבר. בעוד הוא עתיד לכלות את ימיו מאחורי סורג וברית, מי שמתגורר בדירה המיועדת להריסה הם שמונה ילדים קטינים ואימם – שביחס אליהם אף לא נטען שהיתה להם מעורבות או מודעות למעשיו הנפשעים של עליוה. בנסיבות אלה, דעתי היא כי הריסת הבית אינה מידתית.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"ד באלול התשע"ו (27.9.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט