



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4177/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים: 1. נסרין קבהא  
2. לוג'ין קבהא  
3. עצאם קבהא  
4. סוהיל קבהא  
5. איאת קבהא  
6. וסאם קבהא  
7. מיראל קבהא  
8. ימאן קבהא  
9. פתחיה קבהא  
10. ראתב קבהא  
11. ראתב קבהא  
12. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי ובקשה למתן צו ביניים

תאריך הישיבה: ט"ז בסיון התשע"ח (30.5.2018)

בשם העותרים: עו"ד נאסר עודה, עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה

### פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. ביום 16.3.2018 נהג עלאא קבהא (להלן: קבהא) לעבר עמדת שמירה בסמוך ליישוב מבוא דותן ודרס מספר חיילים שעמדו לצדה. שניים מן החיילים – סרן זיו

דאוס ז"ל וסמל נתנאל קהלני ז"ל – איבדו את חייהם כתוצאה מן הפגיעה הקטלנית, ושניים מחבריהם נפצעו פציעות קשות. לאחר חקירה, הודה קבהא בביצועו של פיגוע דריסה ואף ביצע שחזור שלו. העתירה שבפנינו מכוונת כנגד צו החרמה והריסה שהוצא ביום 23.5.2018 ביחס לדירה בכפר ברטעה שבה התגורר קבהא עובר לאירוע.

הרקע לעתירה

2. העובדות הרלוונטיות לדיון בעתירה מנקודת מבטם של המשיבים מפורטות בכתב האישום שהוגש נגד קבהא לבית המשפט הצבאי בשומרון המייחס לו עבירות של גרימת מוות בכוונה לפי סעיף 209(א) לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 וניסיון לרצח לפי סעיפים 209(א), 198 ו-199יב לצו האמור. על פי המתואר בכתב האישום, קבהא נהג ביום 16.3.2018 ברכבה של אחותו נסרין, היא העותרת 1 (להלן: נסרין), כדי להסיע את אחיו עצאם, הוא העותר 3 (להלן: עצאם), לצומת עראבה. עוד נטען כי בסמוך לצומת מבוא דותן, על כביש 585, חלפו קבהא ועצאם על פני מגדל שמירה, הבחינו בחיילים העומדים לצדו והמשיכו בדרכם. לאחר שירד עצאם מהרכב, החל קבהא לחזור לכיוון הכפר ברטעה שבו הוא מתגורר. בדרכו, חלף קבהא על פני מגדל השמירה, והמשיך בנסיעתו עד שהגיע סמוך לצומת כפר ברטעה. בשלב זה, החליט לשוב על עקבותיו ולדרוס את החיילים העומדים לצד מגדל השמירה. בהתאם לכך, ביצע קבהא סיבוב פרסה, ובהגיעו למרחק של כ-100 מטר ממגדל השמירה האיץ את מהירות הרכב והסיטו לעבר החיילים תוך שהוא דוהר ישירות לעברם, בכוונה לגרום למותם. הרכב פגע בעוצמה רבה בארבעה חיילים, שניים מהם קיפחו את חייהם באירוע, ושניים נוספים נפצעו.

3. ביום 7.5.2018 הודיע המשיב 1, המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (להלן: המפקד הצבאי) למשפחתו של קבהא על הכוונה להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה או התקנות) כלפי הדירה שבה התגורר קבהא. המדובר בדירה המצויה במבנה המורכב מחמש קומות: שתי קומות מסחריות (שבהן מצויות חנויות מושכרות וכן מספרה בבעלותה של נסרין), שתי קומות המיועדות למגורים וקומת גג. קבהא התגורר בדירה המצויה בקומה השלישית (להלן: הדירה), יחד עם עצאם, נסרין ובתה הקטינה, היא העותרת 2. בדירות המגורים האחרות במבנה מתגוררים העותרים 4-8 – אחיו של קבהא, בת זוגו וארבעת ילדיהם וכן העותרים 9-10 – אח נוסף של קבהא ובת זוגו.

4. ביום 9.5.2018 הגישו העותרים השגה נגד הכוונה להרוס את דירתו של קבהא. ביום 23.5.2018 נדחתה ההשגה במכתבו של המשיב 2, היועץ המשפטי לגדה המערבית. במענה להשגה צוין כי נוכח חומרת מעשיו של קבהא והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים מפני ביצוע פיגועים דומים, הריסת המבנה היא אמצעי מידתי ואף הכרחי. כן צוין כי ההריסה תיעשה באופן ידני, וזאת על בסיס בחינה שערך מהנדס מוסמך, כדי למנוע ככל האפשר גרימת נזק לחלקים אחרים בבית ולבתים סמוכים. למענה להשגה צורפה חוות הדעת ההנדסית. כמו כן, נמסר לעותרים צו ההחרמה וההריסה, מושא עתירה זו.

#### טענות הצדדים

5. העתירה שבפנינו הוגשה ביום 28.5.2018 והיא מכוונת כאמור נגד מימוש צו ההחרמה וההריסה. העותרים בה הם בני משפחתו של קבהא – נסרין ובתה, עצאם, שני אחיו הנוספים של קבהא ובני משפחתם, וכן אביו של קבהא – ובנוסף להם, המוקד להגנת הפרט. כפי שצוין, רק שלושת העותרים הראשונים מתגוררים בדירה שעליה חל הצו. בפתח הדברים העלו העותרים טענות עקרוניות כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 לתקנות שעת חירום, ובכלל זה טענות מתחום המשפט הבינלאומי. בהמשך לכך, הם העלו טענות קונקרטיות, כמתואר להלן.

6. ראשית, העותרים תוקפים את התשתית הראייתית שעליה נסמך הצו ההריסה. לשיטתם, הצו ניתן עוד בטרם הסתיים ההליך הפלילי בעניינו של קבהא ובטרם התבררו החשדות המיוחסים לו, ועל כן אין מקום להורות בשלב זה על צעד בלתי הפיך כגון הריסת הדירה. לחלופין, כך נטען, יש להורות למשיבים להעביר לעותרים את חומר הראיות הרלוונטי הנוגע לקבהא, ולאפשר להם להעלות טענות חדשות נגד צו ההריסה. שנית, העותרים טוענים כי אין כל טענה באשר לידיעה של נסרין או של שאר בני הבית על כוונתו, לכאורה, של קבהא לבצע פיגוע דריסה. שלישיית, העותרים טוענים כי יש מקום לצמצום נוסף של היקפו של צו ההריסה, מאחר שאין לייחס לקבהא מגורים בשטח הדירה כולה. רביעית, העותרים מעלים טענות במישור התכנוני-הנדסי. בהקשר זה מסתמכים העותרים על חוות דעת הנדסית מטעמם, שלפיה הריסת הדירה עלולה לפגוע במבנה כולו – מבחינת יציבות המבנה והתשתיות שבו.

7. מנגד, המשיבים סבורים כי דין העתירה להידחות. במישור של חוקיות הצו, המשיבים סומכים את ידיהם על ההלכה הפסוקה, אשר לפיה תכליתה של הפעלת הסמכות היא הרתעתית, ועל כן אין לראות בה ענישה קולקטיבית. בהתייחס לנסיבות

המקרה, המשיבים טוענים כי ההחלטה על הפעלתה של הסמכות האמורה כלפי הדירה שבה התגורר קבהא נעשתה בשים לב לחומרת הפיגוע ובהתאם לעמדתם המקצועית של גורמי הביטחון. כמו כן, המשיבים טוענים כי ההחלטה בעניין מתן הצו ומימושו בנסיבות העניין היא מידתית, שכן הצו מתייחס אך ורק לדירה שבה התגורר קבהא, ולא לדירות האחרות הנמצאות במבנה.

8. באשר לטענות הנוגעות להליך הפלילי המתנהל כנגד קבהא, טוענים המשיבים כי הפעלת הסמכות המוקנית למפקד הצבאי לפי תקנה 119 לתקנות אינה מותנית בהרשעתו של המפגע בדין הפלילי, וכי די בקיומן של ראיות מינהליות המעידות כי העבירה בוצעה על ידי תושב הבית המיועד להריסה. המשיבים מציינים בהקשר זה כי במסגרת הליך ההשגה הועבר לעיונו של בא-כוח העותרים כתב האישום שהוגש נגד קבהא, שהוא כשלעצמו ראיה מינהלית משמעותית, וכי בידיהם של העותרים הייתה גם החלטתו של בית המשפט הצבאי בדבר מעצרו של קבהא עד תום ההליכים נגדו. לא ניתן לחשוף חומרים נוספים, כך נטען, בין היתר משום שנסרין היא עדה במשפט. מכל מקום, המשיבים מדגישים כי בין הראיות שעליהן מבוסס כתב האישום מצויים הודעתו של קבהא בחקירה שבה הוא הודה בכך שמדובר בפיגוע מכוון, התמלול של שחזור שנערך עמו ושגם בו הוא הודה כי ביצע דריסה במטרה לרצוח חיילים, זכרון הדברים מתחקור שנערך לקבהא שבו מסר כי החליט לבצע את הפיגוע משום שזעם על היחס שננקט על-ידי גורמי הצבא במחסומים, דו"ח בוחן תנועה המלמד כי לא נמצא כל סימן בלימה או אובדן שליטה בזירת הדריסה, דו"חות תחקור של נסרין ושל אבי המשפחה שמהם עולה שהרכב שבו נהג קבהא היה תקין, וכן חומר חסוי המבסס אף הוא את התשתית הראייתית. לבסוף, במישור ההנדסי, המשיבים טוענים כי חוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים הועברה לבחינתו של מהנדס מוסמך אשר חיווה דעתו כי אין בה כדי לשנות מחוות דעתו המקורית. לשיטת המשיבים, שיטת ההריסה הידנית תבצע באופן שימזער את הסיכוי לפגיעה בתשתיות המבנה או ביציבותו.

9. הדיון בעתירה התקיים בפנינו ביום 30.5.2018, ובו חזרו הצדדים על טענותיהם. בפרט, התמקדו העותרים בהיבטים הקונקרטיים של המקרה, בשים לב להלכה הפסוקה בנושא.

10. ביום 1.6.2018, על-פי רשות שניתנה להם בסוף הדיון, הגישו המשיבים הודעה מטעמם ואליה צירפו את העתקי התחקורים שנערכו לאביו של קבהא ולאחיו, בהתייחס לזהות האנשים המתגוררים בחלקי המבנה השונים. כמו כן, המשיבים שבו והדגישו כי

על פי חוות דעת ההנדסית מטעמם, הריסה ידנית לא תפגע במבנה ולא תשפיע על הסביבה שמחוץ לגבול הגזרה המוגדר להריסה.

דיון והכרעה

11. נקודת המוצא לדיון בעתירה בעת הזו היא ההלכה הפסוקה שהכירה באפשרות להרוס בתים שבהם התגוררו מפגעים שביצעו פיגועי טרור קשים, כאמצעי הרתעתי, בכפוף לעקרונות הכלליים של המשפט הציבורי, ובכלל זה החובה להניח תשתית עובדתית ולפעול במידתיות (ראו למשל: בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה ח' (24.3.2016) (להלן: עניין אבו אלרוב); בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 29-30 (24.7.2016); בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.2.2018)). הבקשה לקיום דיון נוסף בהלכה זו נדחתה (דנג"ץ 9324/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017)). בנסיבות אלה, איני רואה להידרש לטענותיהם העקרוניות של העותרים. הכרעתנו בעתירה כפופה להלכה הפסוקה, שעודנה מחייבת על אף ההשגות שהועלו בעניינה ושלחלקן אף אני שותפה (ראו למשל: בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק דינו של השופט ע' פוגלמן (15.10.2015) (להלן: עניין סידר); חוות דעתי בעניין אבו אלרוב; בג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (3.4.2016); בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסק דינה של השופטת ע' ברון (20.4.2016)).

12. אם כן, במגבלותיה של ההלכה הקיימת, יש לפנות לבחינתן של הטענות הקונקרטיות שהעלו העותרים. אדרש לטענות אלה כסדרן.

13. במישור העובדתי, נטען כאמור כי אין מקום לממש את צו ההריסה כל עוד קבהא טרם הורשע בדין הפלילי, דהיינו בעת שמעמדו הוא כזה של נאשם בלבד. אולם, כפי שנקבע בעבר, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות "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" (ראו: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (1.7.2014); בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 20 (1.12.2015)). במקרה דנן הונחו בפני המפקד הצבאי מספר ראיות, ובכלל זה הודאתו במשטרה וכן שחזור שערך שבו חזר והודה בכך שביצע דריסה במטרה לרצוח חיילים, וזאת בנוסף לראיות

נוספות המעידות על מצב הרכב שבו נהג קבהא ועל הממצאים בשטח. במובן זה, אין לומר שמדובר במקרה "גבולי" של ראיות מינהליות.

14. גם בטענה לפיה בני המשפחה המתגוררים עם קבהא בדירה לא ידעו על כוונתו לבצע פיגוע אין די כדי להביא לביטולו של הצו. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע בעבר כי היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד קרובי המפגע אינו מונע כשלעצמו את הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות, אם כי עניין זה עשוי להשפיע על היקף הצו של המפקד הצבאי (ראו: בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 9 לפסק דינו של השופט י' עמית וההפניות שם (3.8.2017)). אכן, בפסיקה נשמעו דעות שונות באשר לסוגיה זו (ראו למשל: עניין סידר, פסקה 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק דינה של השופטת ברון (27.9.2016)). מכל מקום, בנסיבות העניין, ההריסה מכוונת רק לדירה שבה התגורר קבהא, ולא ליתר היחידות במבנה, ששייכות כאמור אף הן לבני משפחתו.

15. באשר לטענת העותרים בדבר היקף השימוש של קבהא בדירה, יש לציין כי המשיבים צירפו את התחקירים שערכו כבר בסמוך לאירוע ושמצביעים על כך שניתן היה לייחס לקבהא מגורים במרחב הדירתי כולו.

16. לבסוף, נידרש לטענות במישור ההנדסי. חוות הדעת ההנדסית שהציגו העותרים הובאה בפני המהנדס מטעם המשיבים, אשר בחן את הטענות בה ומצא שלא לשנות מחוות דעתו המקורית, לפיה ניתן לבצע הריסה ידנית שתצומצם לדירתו של קבהא בלבד, מבלי שהדבר יפגע במבנה כולו או בתשתיותיו. המשיבים חזרו והבהירו בתגובתם כי "ההריסה תבצע באופן אשר ימזער את הסיכוי לפגיעה בצינורות מים, ביוב ותשתיות אחרות אשר משרתות את החלקים השמורים במבנה, וכן פגיעה אפשרית לעמודי חשמל ותקשורת המצויים מחוץ למבנה. שברי ההריסה יפוננו או ימוקמו באופן כזה אשר ימזער את הסיכון לפגיעה בקומות התחתונות או במבנים הסמוכים" (פסקה 59 לתגובת המשיבים). בנסיבות אלה, לא מצאנו מקום לקבל את טענות העותרים ביחס למישור ההנדסי.

17. סיכומו של דבר: במכלול נסיבות העניין, ובגדרה של ההלכה הפסוקה, איני סבורה כי ישנה עילה להתערבותנו בהחלטתו של המפקד הצבאי. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות. הצו הארעי שניתן בהחלטה מיום

28.5.2018 יעמוד בתוקפו למשך שבעה ימים מיום מתן פסק דיננו, על מנת לאפשר לעותרים שהות לצורכי התארגנות.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ד בסיון התשע"ח (7.6.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט