



## **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 2322/19

לפני:

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט א' שטיין

העותרים:

1. עטייה רפאעיה
2. סמיחה רפאעיה
3. סלימאן רפאעיה
4. יאסר רפאעיה
5. מוחמד רפאעיה
6. עבד אלרחמן רפאעיה
7. נוח רפאעיה
8. אסחאק רפאעיה
9. פאתנה רפאעיה
10. ופאא רפאעיה
11. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נ ג ד

המשיב:

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה:

ג' בניסן התשע"ט (08.04.2019)

בשם העותר:

עו"ד לאה צמל

בשם המשיב:

עו"ד אבי מיליקובסקי

### **פסק-דין**

השופט י' עמית:

1. ביום 7.2.2019 יצאה אורי אנסבכר ז"ל, בת שירות לאומי בת 19, אל היער הסמוך לעין יעל שבירושלים. אל המקום הגיע גם המחבל ערפאת רפאעיה (להלן: המחבל), תושב חברון בן 29. המחבל תקף את אורי באלימות קשה ובאכזריות ודקר אותה מספר רב של פעמים בכל חלקי גופה באמצעות סכין, פגיעות שגרמו למותה. המחבל נעצר יום למחרת, והוגש נגדו כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים הכולל עבירה של מעשה טרור של רצח בכוונה תחילה. העתירה שלפנינו נסבה על החלטת המשיב להרוס שתי דירות המצויות במבנה בעיר חברון בו התגורר המחבל, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119).

2. המחבל הודה בחקירתו בביצוע העבירות ושחזר אותן (יצויין כי על פרטי כתב האישום חל צו איסור פרסום שהוציא בית המשפט המחוזי, מטעמים של פרטיות ומתוך מטרה לשמור על כבוד המנוחה ולמנוע פגיעה נוספת בבני משפחתה (החלטת כב' השופט ר' כרמל מיום 7.3.2019)). אין חולק כי בתחילת חקירתו המחבל מסר גרסה עובדתית מבלי לציין את המניע הלאומני שהובילו לבצע את מעשהו, אולם בהמשך מסר גרסה מפורטת ושב והבהיר כי ביצע את המעשה ממניע לאומני ובשל היות המנוחה יהודייה.

3. המחבל התגורר במבנה בן חמש קומות בעיר חברון. הדירות הרלוונטיות לעתירה שלפנינו ממוקמות בקומה הראשונה ובקומה השלישית של המבנה. על פי תחקור ומיפוי שנעשו על ידי גורמי הביטחון מיד לאחר איתורו ותפיסתו של המחבל, הדירה בקומה הראשונה שימשה למגורי המחבל והוריו (העותרים 1-2) ואחיו (העותר 7) (להלן: הדירה הראשונה); והדירה בקומה השלישית יועדה לשמש למגוריו, לאחר שלפי הנטען השקיע כספים בשיפוץ (להלן: הדירה השנייה). יתר הדירות בקומות 1-3 משמשות למגוריהם של אחי המחבל, בנות זוגם וילדיהם. בקומה הרביעית יש שתי דירות הנמצאות בבנייה, ובקומה החמישית היציאה לגג. בקומת הקרקע יש נגריה בבעלות העותר 6, אחיו של המחבל.

4. ביום 6.3.2019 נמסרה לבני משפחתו של המחבל הודעה מטעם המשיב כי בכוונתו להחרים ולהרוס את הדירה הראשונה והשנייה, מתוקף סמכותו לפי תקנה 119. העותרים הגישו על כך השגה וביקשו לקבל לידיהם את מלוא חומרי החקירה העיקריים בתיק הפלילי. ביום 18.3.2019, לאחר דין ודברים בין הצדדים, הועברו לידי באת כוח העותרים חומרים שונים, בכללם זכ"דים של חקירות המחבל בשב"כ, חקירותיו במשטרה (שחלקן מושחרות) ושלוש פרפראזות של תחקורים שונים. פנייה מצד העותרים לקבל חומרים נוספים נדחתה על ידי המשיב ביום 19.3.2019. בעקבות הודעה זו, הגישו העותרים עתירה לבית משפט זה כי יורה למשיב להעביר להם חומרים נוספים (בג"ץ 2106/19). עתירה זו נדחתה על הסף. בפסק הדין נקבע כי לכשתקבל החלטה סופית של המשיב בעניין הריסת הדירות, העותרים יוכלו להגיש עתירה נגד ההחלטה ובמסגרתה להידרש לשאלת היקף החומר לו הם זכאים (פסק הדין מיום 20.3.2019).

לאחר שנדחתה עתירתם, הגישו העותרים למשיב השגה משלימה, וזו נדחתה על ידו ביום 25.3.2019. בעקבות כך, ביום 31.3.2019, הגישו העותרים את העתירה שלפנינו. בו ביום ניתן צו ארעי המורה למשיב להימנע ממימוש צו ההחרמה וההריסה עד למתן החלטה אחרת. בסמוך לאחר מכן, הגישו העותרים בקשה לקיים דיון מקדמי

בבקשתם לקבל לידיהם את מלוא חומרי החקירה וחומרים נוספים. בקשה זו נדחתה בהחלטת השופטת ברון מיום 3.4.2019.

5. ומכאן לעתירה שלפנינו. העותרים 1-8 הם בני משפחתו של המחבל, המתגוררים גם הם בבניין שבו מצויות שתי הדירות המיועדות להריסה. העותרות 9-10 הן אחיותיו של המחבל, שאמנם מתגוררות עם בני זוגן וילדיהן במקום אחר בחברון, אך לפי האמור בעתירה הן "באות במניין היורשים של הבניין אחרי אריכות ימים ופטירת האב והאם". בעתירתם העלו העותרים טענות שונות, שחלקן מצויות במישור העקרוני וחלקן במישור הפרטני. במישור העקרוני, העותרים העלו טענות שעיקרן בכך שתקנה 119 היא בגדר ענישה קולקטיבית האסורה לפי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי; כי אין בביצוע ההריסה כדי לקדם את התכלית ההרתעתית, המונעת בתורה "משיקולים זרים של נקמה גרידא והשבעת הדרישה המתלהמת של הימין"; כי לא בוצעה בחינה מהזמן האחרון אם אכן יש הצדקה להמשך השימוש בסנקציית ההריסה; וכי למפקד הצבאי אין סמכות להפעיל סנקציה זו בשטחי A.

במישור הפרטני, נטען כי המחבל הוא אנאלפבית שסבל מבעיות נפשיות; כי אין לו כל נטייה פוליטית; כי מעשיו לא נבעו ממניע לאומני; וכי מניע זה התגבש אצלו רק במהלך החקירה. באשר לדירות המיועדות להריסה, העותרים טוענים כי למחבל אין כל זיקה לדירה הראשונה (דירת ההורים); כי מזה למעלה משנתיים וחצי הוא מתגורר בדירה השניה; וכי יש חשש שהוא מנסה לנקום במשפחתו עקב היחס השלילי שהפגינו כלפיו. עוד נטען כי המשיב לא העביר לידי העותרים את מלוא חומרי החקירה, בכללם כתב האישום, השחזור, תיקו הקודמים של המחבל וחומרים המלמדים על בעיותיו הנפשיות. כן דורשים העותרים לקבל את התכנית ההנדסית המלאה להריסת הדירות. לטענתם, אם תאושר ההריסה, יש לבצעה רק כלפי החדר היחיד בו התגורר המחבל בשנים האחרונות בדירה השניה. לבסוף, העותרים מבקשים להבהיר כי הם מתנכרים למחבל ולמעשים הקשים המיוחסים לו בכתב האישום, והם מצהירים כי יחסם אל העבירות המיוחסות לו הוא של הוקעה, הסתייגות ובושה; ואף אם יוכרו בעתיד כזכאים לקבל תמלוגים המשולמים לקרובי משפחה של מחבלים ("מי שנשפט בעבירות בטחוניות" כלשונם), אזי יוותרו עליהם ויתרמו תמלוגים אלו לצדקה.

6. המשיב, מנגד, סבור כי אין עילה להתערבות בית המשפט בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119. המשיב מזכיר בתגובתו כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119 מתבססת על שורה של איוונים: בין חומרת המעשה החבלני להיקף הצעד הננקט; בין הפגיעה הצפויה במשפחת המחבל לצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים; ובין זכותו של כל אדם

לקניין לחובתו של השלטון לשמור על הביטחון והסדר הציבורי ועל שלומם של תושבי ישראל. בנסיבות המקרה דנן, המשיב טוען כי שקל את השיקולים הצריכים לעניין וכי ההחלטה להפעיל את סמכותו היא מידתית וסבירה. לעניין זה הפנה המשיב לנתונים המלמדים על מגמה ביטחונית שלילית הנמשכת באיו"ש ובירושלים בשנים האחרונות, באופן המחייב, לדבריו, נקיטת אמצעים שירתיעו מפגעים פוטנציאליים. בהקשר זה אף הבהיר המשיב כי הוא נכון להציג בפני בית המשפט, במעמד צד אחד, חוות דעת עדכנית חסויה בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 כאמצעי להרתעת מחבלים פוטנציאליים. באשר לטענות הנוספות שהעלו העותרים במישור העקרוני, המשיב מפנה לפסיקה קודמת שדנה והכריעה בשאלות אלו.

במישור הפרטני, המשיב טוען כי העביר לידי העותרים חומרים מקיפים, המעידים ברמה מספקת על המניע הלאומני שעמד בבסיס הפיגוע שביצע המחבל. באשר למצבו הנפשי של המחבל, המשיב טוען כי לא עלה בידי העותרים להרים את הנטל הנדרש כדי להצביע על ליקוי נפשי של המחבל, מלבד אמירות כלליות שלא גובו בחומר רפואי. באשר להריסה המתוכננת, ובנוגע לדירה הראשונה, המשיב טוען כי טענת העותרים לפיה המחבל התגורר רק בדירה השניה, אינה עולה בקנה אחד עם הדברים שהמחבל עצמו מסר בחקירה ולתחקור ומיפוי הבית שנעשה זמן קצר לאחר תפיסתו. באשר לדירה השניה, המשיב טוען כי משעה שהיא יועדה למחבל שאף השקיע כספים בשיפוץ, ומשעה שלא התגוררו בה אנשים אחרים, הרי שהפעלת הסמכות פוגעת ישירות במחבל בלבד. בהיבט ההנדסי, המשיב טוען כי חוות הדעת שהוכנה מטעמו התחשבה בכלל הנסיבות הרלוונטיות, לאחר בחינה ספציפית של מהנדס מוסמך, ואין מקום לאפשר לעותרים להגיש חוות דעת מומחה מטעמם.

7. לאחר עיון בעתירה ובתגובת המשיב ולאחר שמיעת טענות הצדדים בעל פה, דעתי היא כי אין מקום להתערב בהחלטתו של המשיב.

ראשית, וכפי שהבהרתי במספר פסקי דין מהעת האחרונה, איני רואה להידרש לטענות העותרים המצויות במישור העקרוני, שעניינן בסוגיית סמכותו של המפקד הצבאי לפעול לפי תקנה 119. שאלות עקרוניות אלו – שעל חשיבותן אין חולק – נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה, וכבר נזדמן לי לומר 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, פס' 6 (22.12.2015)).

מובן כי אין בדברים כדי לגרוע, ולו מאומה, מהחומרה הטמונה בהפעלת תקנה 119 ומהפגיעה בזכויות העותרים הנובעת מכך. אך ההלכה – בתוקפה עומדת, והמגבלות החוקיות החלות על המשיב בבואו להפעיל את סמכותו, אינן שנויות במחלוקת. בנסיבות אלו, אין צורך לסקור מחדש את שורת ההלכות שנתגבשו בפסיקה בנושא, וניתן למקד את הדיון בבחינת הטענות הנוגעות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן (ראו והשוו, בין היתר, בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 7 והאסמכתאות שם (10.1.2019) (להלן: עניין ג'ברין); בג"ץ 2418/18 קונבע נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פס' 6 והאסמכתאות שם (10.4.2018)).

8. במישור הקונקרטי, אין חולק על מעורבותו של המחבל בביצוע המעשה, שכאמור הודה ושחזר אותו לעיני החוקרים. עיקר טענות העותרים מתמקדות אפוא בשתי טענות עיקריות: הטענה האחת – כי המניע של המחבל לא היה לאומני וכי הוא בעל רקע פסיכיאטרי, ועל כן אין הצדקה להפעיל את תקנה 119 (בהקשר זה עתרו המשיבים לקבל לידיהם את מלוא חומרי החקירה וחומרים נוספים); והטענה השנייה – כי ככל שיוחלט כי אין לבטל את צו ההריסה, אזי יש להסתפק בהריסת החדר בדירה השנייה שבו התגורר המחבל. נדון בטענות כסדרן.

9. כפי שהקדמתי ואמרתי, דין הטענה הראשונה להידחות. לעניין זה, אזכיר את נקודת המוצא ולפיה די בקיומן של ראיות מינהליות – הגם שעליהן להיות "חזקות במיוחד" – כדי להצדיק הפעלת סמכות לפי תקנה 119, ואין צורך להמתין להגשת כתב אישום או להרשעה (בג"ץ 5942/17 פלוני נ' המפקד הצבאי, פס' 8 והאסמכתאות שם (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני)). לא למותר להזכיר כי במקרה שלפנינו מצויים אנו כבר בשלב שלאחר הגשת כתב אישום, ובהיבט הזה, משקלן של הראיות המינהליות אף גדל לעומת הנסיבות שאפיינו את עניין פלוני הנ"ל (שגם בו הועלתה ונדחתה טענה בדבר מצבו הנפשי של המחבל).

ולגופן של טענות. על פני הדברים, אילו כל שעמד לנגד עינינו היו חקירותיו הראשוניות של המחבל – ייתכן שהיה מקום להמשיך ולערוך בירור מעמיק בשאלת המניע של המחבל. זאת, משום שבשלבם מסוימים בתחילת החקירה, כשנשאל המחבל אם היה חושב לפגוע בנערה ערביה, הוא שמר על זכות השתיקה; ולאחר מכן טען כי לא ידע שהנרצחת יהודייה (הגם שהוא 'הבין' כי היא יהודייה), וכי היה רוצח כך גם נערה ערבייה (חקירות מליל ה-9.2.2019). אלא שכעת, משעה שמונחים לפנינו יתר האמירות שמסר המחבל לאורך חקירתו – הוסר הספק בעניין זה. כך, בשורה ארוכה של אמירות, אישר המחבל כי אילו היה מדובר בנערה ערבייה, לא היה רוצח אותה (חקירה מיום

10.2.2019); כי יצא מביתו ולקח עמו סכין במטרה לרצוח יהודים; כי אילו הנערה היתה ערבייה היה משחרר אותה, אך מאחר שהיתה יהודייה החליט לרצוח אותה (חקירה מיום 11.2.2019); כי הסתובב עם כיפה למטרה זו, כי גרם להוריו גאווה גדולה בכך שרצח יהודייה, וכי ציפה להרוג יותר יהודים אך אללה שלח לו את המנוחה כי רצה שיסתפק בה (חקירה מיום 17.2.2019). כאמור, די בדברים מצמררים אלה כדי לבסס את קביעתו של המשיב כי המחבל ביצע את העבירות ממניע לאומני.

10. באשר לטענות בדבר מצבו הנפשי של המחבל: ככלל, טענה בדבר קיומו של ליקוי נפשי ממנו סובל מפגע, היא טענה שעשויה להיות רלוונטית לעניין הפעלת סמכות לפי תקנה 119. עם זאת, ברי כי טענה מסוג זה לא די שתיטען בעלמא, ויש צורך לתמוך אותה בתשתית ראייתית (השוו לעניין פלוני, שם). במקרה דנן, בעקבות טענת העותרים בדבר מצבו הנפשי של המחבל, הורה להם המשיב לתמוך את טענתם במסמכים רפואיים, אך לא עלה בידיהם לעשות כן. מתשובתו של המשיב להשגה שהגישו העותרים, אף עולה כי העותרים כלל לא פירטו מהו הליקוי הנפשי ממנו סובל המחבל, מה חומרתו ומהי השפעתו על מעשיו. יתרה מכך. גם במסגרת הליכי המעצר של המחבל, בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א' אברבנאל) דחה את בקשתו להעבירו לבדיקה פסיכיאטרית על ידי הפסיכיאטר המחוזי, משלא הונחה לפניו תשתית ראייתית מספקת המצדיקה זאת. אציין כי בהחלטה זו הבהיר בית המשפט כי מלבד טענה של המחבל כי לפני כעשר שנים קיים מספר מפגשים עם פסיכולוג, לא הוגש כל חומר המלמד על ליקוי נפשי; כי אף בא כוחו של המחבל לא התרשם מקיומו של ליקוי; וכי גם בא כוח המדינה לא מצא בחומר החקירה (או בחקירות קודמות שבגינן שהה המחבל במעצר), חשש לקיומה של לקות נפשית כלשהי (החלטה במ"ת 15215-03-19 מיום 25.3.2019). כך בהליכי המעצר, וכך בהליכים שלפנינו, לא עלה בידי העותרים לבסס, ולו במעט, את הטענה לליקוי נפשי של המחבל, שיש בו כדי לבסס עילה להתערבות בהחלטת המשיב.

11. ומכאן לראשה השני של העתירה, שעניינה הדירות מושא צו ההחרמה וההריסה.

כידוע, אחד התנאים הנדרשים לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 הוא קיומה של זיקת מגורים של המפגע למבנה המיועד להריסה. כפי שהודגש, הדרישה היא לזיקת מגורים, ולא לזכויות בעלות (עניין ג'ברין, פס' 9). עוד נקבע בפסיקה, כי היעדרות של אדם מבית מגוריו אינה מנתקת בהכרח את הזיקה לבית; כי זו נגזרת "ממצב הדברים העובדתי וממכלול הראיות שבפני בית המשפט בכל פרשה ופרשה"; כי אכן בוחן עיקרית בנושא זה היא אם מדובר בהיעדרות בעלת אופי ארעי אם לאו; וכי די במגורים מעת לעת כדי להקים את זיקת המגורים לצורך הפעלת תקנה 119 (דברי הנשיאה נאור בבג"ץ

1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס' 15-16 (31.3.2016), שנותרה בדעת מיעוט בפסק הדין (להלן: עניין מרעי)).

העותרים טענו כי בדירה בקומה הראשונה מתגוררים ההורים והעותרים 7-8, אחיו של המחבל. אלא, וכפי שציין המשיב, המחבל הודה בחקירתו במשטרה כי הוא גר עם הוריו בדירה הראשונה, וכי קודם לכן שיקר בחקירתו כשאמר שהוא גר לבדו בדירה השניה, וזאת מתוך רצון למנוע את הריסת דירת הוריו (פס' 74 לתגובת המשיב). ואכן, עיון בדברי המחבל בחקירתו במשטרה מלמד כי הוא התכוון לגור בעתיד בדירה השניה לאחר חתונתו, כי כרגע אין בדירה זו חשמל, וכי שיקר בחקירתו לגבי מקום מגוריו במטרה למנוע את הריסת בית הוריו (חקירה מיום 17.2.2019).

בנוסף לדברים אלה, עיינו אף בחומר שהוגש לעיוננו. מהתחקור שנעשה בשטח מפיהם של מספר נחקרים, עולה כי בניגוד לטענת המשפחה במסגרת העתירה, הרי שהמחבל התגורר בדירה בקומה הראשונה, ואף לן שם ימים ספורים עובר לפיגוע. המחבל עצמו ציין כי הוא מתגורר עם הוריו ושני אחיו, העותרים 7 ו-8. לא נעלמה מעיני הודעת העותרים, שהוגשה לאחר הדיון, ובה נטען כי הצילומים שבוצעו על ידי המשיב, נעשו אך ורק בדירת ההורים בקומה הראשונה ולאחר כניסתו השלישית של הצבא לבית, וכי בעקבות ההודעה פירקו בני המשפחה את כל החלקים הניידים בבית, כמו דלתות וארונות ולכן לא ניתן לראות את הסידור המקורי של הבית בכלל ושל חדר הילדים בפרט. בטענה זו אין כדי לשנות מהמסקנה שעולה מהתחקורים, ולפיה המחבל התגורר עם הוריו בקומה הראשונה.

מכאן, שהשאלה הניצבת בפנינו היא לגבי דירתו של המחבל בקומה השלישית. ככלל, אני נכון להניח כי בהתאם ללשונה ולתכליתה של תקנה 119, היא לא נועדה לתפוס ברשתה כל בית מגורים שבו שהה המחבל בעבר או שבו המחבל צפוי היה לשהות בעתיד. טלו את הדוגמאות המובאות בעניין מרעי (שם), כגון מקרה של "סטודנט, שמגוריו הארעיים במקום לימודיו אינם מנתקים את זיקת-מגוריו לביתו הקבוע... ובדרך-כלל אף אינם מקימים זיקת-מגורים חלופית למקום מגוריו הארעי" (הציטוט בעניין מרעי מובא מפסק הדין בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 344 (1994)). רוצה לומר, שסטודנט המבלה את מרבית שנת הלימודים באזור לימודיו, וחוזר מפעם לפעם לבית הוריו, זיקת המגורים שלו תהיה, ככלל, לבית הוריו, ולא לדירת הארעי שלו.

12. במקרה שלפנינו, הדירה בקומה השלישית "יועדה" למגורי המחבל. מתמונות הדירה, כפי שצולמו על ידי העותרים ועל ידי גורמי הביטחון, עולה כי הדירה בקומה השלישית מוכנה למגורים אך אינה מאוכלסת, אין מקרר ואין מצרכי מזון, אין ארונות ואין בגדים – ובקיצור, ברי כי הדירה טרם אוכלסה, ואף לא נטען אחרת. באחד החדרים מוטל מזון על הרצפה ולידו מסך מחשב על רצפה (לאחר שהמחשב נלקח מהמקום). ככל הנראה לן המחבל, לילה או מספר לילות בדירה.

האם דירה שטרם אוכלסה אך מיועדת למגורים, היא דירה שמקיימת זיקת מגורים? בבג"ץ 6905/18 לטיפה נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.12.2018), אישר בית משפט זה הריסת הקומה הראשונה והרביעית, ובדומה לענייננו:

"בקומה הראשונה התגורר המפגע יחד עם אמו ואחיו, הנתון במעצר מינהלי; בקומה השנייה מתגוררת משפחת אחיו של המפגע, המרצה כעת מאסר עולם; הקומה השלישית מושכרת למשפחה אחרת; והקומה הרביעית מצויה בהליכי בנייה ונועדה לשמש כדירתו של המפגע" (הדגשה הוספה – י"ע).

איני רואה להבחין בין מקרה זה למקרה שלפנינו, בו כבר הושלמה בניית דירתו של המפגע, אך טרם אוכלסה. בשורה התחתונה, קיימת אפוא זיקת מגורים של המחבל לשתי הדירות.

13. בשולי הדברים, אזכיר את טענת העותרים כי לא נמסרו להם מלוא חומרי החקירה.

עמדנו על כך שכתב האישום מהווה ראיה מינהלית ברף גבוה. העותרים אינם צד להליך הפלילי, והם לא זכאים לדרוש את כל חומרי החקירה, בדומה לזכותו של נאשם במסגרת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. המשיבים אף הדגישו בפנינו כי בהיבט העקרוני, הם סבורים כי יש להקים מעין "חומה סינית" בין ההליך הפלילי להליך המינהלי הנוגע להחרמה ולהריסה מכוח תקנה 119.

ככלל, הדברים מקובלים עלי. עם זאת, אני סבור כי יש מקום למידה של גמישות ובחינה של הדברים לגופם. כך, לדוגמה, ביקשו העותרים כי יעבירו להם את הרישום הפלילי של המחבל, וחומר הנוגע למצבו הנפשי. חומר מעין זה, ככל שהיה קיים, עשוי לתמוך לשיטת העותרים בטענותיהם. בנסיבות המקרה דנן, ובהינתן שהמחבל מבקש מן



הסתם למנוע את הריסת הדירות, איני סבור כי יש ליתן משקל לפרטיותו של המחבל. מכל מקום, ככל שנדרשים פרטים הנוגעים למחבל, הרי שאין מניעה כי ב"כ העותרים תקבל ממנו יפוי כוח וויתור על סודיות רפואית.

14. נקודה נוספת לפני סיום. העותרים ציינו בשולי עתירתם כי הם מוקיעים את מעשיו של המחבל ומסתייגים ממנו. עמדה זו כמובן ראויה. ואולם, לפי ההלכה הפסוקה, תמיכה מצד בני משפחה של המחבל בפעילות טרור היא אמנם שיקול רלוונטי לצורך הפעלת סמכות לפי תקנה 119, אולם אין מדובר בתנאי הכרחי (ראו בעניין ג'ברין, פס' 12 והאסמכתאות שם). בנסיבות המקרה דנן, ולנוכח כל האמור לעיל, אין לומר כי החלטת המשיב להפעיל את סמכותו, חרף עמדת המשפחה, היא בלתי סבירה באופן המצדיק את התערבותנו.

15. אשר על כן, העתירה נדחית. הצו הארעי שניתן ביום 31.3.2019 יפקע ביום 18.4.2019.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית ואין בידי להצטרף אליה.

1. בעתירה העלו העותרים, בני משפחתו של המחבל, טיעונים עקרוניים הנוגעים לשימוש שעשה המשיב 1 בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנה 119) שהעיקריות מביניהן הן הטענות כי השימוש בתקנה 119 הינו בגדר ענישה קולקטיבית אסורה על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי; כי אין בביצוע ההריסה כדי להשיג את תכלית ההרתעה הנטענת על ידי המשיב 1 וכי ההריסה מונעת ממניעים ושיקולים זרים שאין בינם לבין תכלית ההרתעה דבר. פירוט מלא של הטענות מצוי בסעיף 5 לחוות דעתו של השופט עמית.

2. לצד הטענות העקרוניות העלו העותרים טענות במישור הפרטני, הנוגעות למצבו הנפשי של המחבל. נטען כי המחבל נתפס בעיני בני משפחתו כ"כבשה השחורה" במשפחה, אדם הלוקה בנפשו, שנהג להיעלם לתקופות ארוכות, הסתובב כתימהוני, כשהוא נושא באופן קבוע סכין בכליו, נעצר לא פעם על ידי המשטרה וכוחות הביטחון

בגין עבירות שהייה בלתי חוקית והחזקת סכין, והיה מוכר הן לכוחות הביטחון ולרכזי השב"כ בשטח ככזה.

3. על רקע האמור והתפתחות גרסאותיו בחקירות נטען כי חרף הודאתו, המעשה לא בוצע על רקע לאומני וכי המניע הלאומני עלה בגרסה מאוחרת של חקירתו לאחר שזה הבין כי מעשיו נתפסים בעיני משפחתו והחברה ממנה הוא בא כשפלים ובזויים. לטענת העותרים, הדברים מקבלים משנה תוקף לאור היותו של המחבל נעדר נטייה פוליטית או שיוך ארגוני כלשהו. בנוסף לאמור טוענים העותרים, כי הם מתנערים מהמחבל, מתביישים בו ובמעשה השפל שעשה וכי גם אם יוכר המחבל כמי שביצע את המעשה על רקע לאומני והמשפחה תוכר כזכאית לתקבול כלשהו בגין כליאתו, הרי הם מוותרים על כך מראש, ויתרמו כל תשלום כזה לצדקה. מהחומר הנוסף שהוגש לעיוננו עולה, כי העותרים סבורים כי בגין מעשיו ראוי המחבל שיענש בחומרה, כך שיכלה את שארית חייו בכלא.

4. באשר למגוריו של המחבל טענו העותרים, כי אין לו זיקת מגורים לדירת הוריו בקומה הראשונה וכי מזה תקופה של כשנתיים וחצי הוא מתגורר בדירת המגורים שבקומה השלישית, שנבנתה עבורו על חשבון העותרים, וכי פגיעה בדירת מגורי הוריו, שלא חטאו בדבר, לא תמכו במעשיו ואף מתנערים מהם, מהווה בנסיבות הענין ענישה קולקטיבית לא מידתית ולא ראויה.

5. שלא כחברי השופט עמית, שסבור כי אין להידרש לטענות העקרוניות שמעלים העותרים, משאלה נדונו והוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה, דעתי שונה. משסבור אני, כי השימוש בתקנה 119 מעורר קשיים בתחומי המשפט הבינלאומי הפנימי והבינלאומי, קשיים שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה, וכי יש מקום לשוב ולעיין בשאלות אלה. ראה בג"ץ 6905/18 נאג'י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח' (2.12.2018); בג"ץ 7961/18 נעאלווה ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח' (6.12.2018) ובג"ץ 8886/18 ג'ברין ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (10.1.2019). הדברים מקבלים משנה תוקף בחלוף הזמן ותדירות השימוש בתקנה 119 שלטענת המשיב באה בתגובה להתגברות פעילות הטרור ומתוך רצון ליתן מענה שיביא לבלימתה.

6. אין חולק על כך כי איש מבני משפחתו של המחבל, כלל העותרים כאן, איננו מעורב במעשיו לא לפני ביצועם ולא לאחריהם. כמו כן, איש מבני המשפחה אינו מעורב בפעילות חבלנית, בשונה ממקרים אחרים בהם נשמעו קולות הזדהות ותמיכה של בני משפחת מפגע במעשיו, בין לפני ביצועם ובין לאחריהם, יצאו העותרים כאן באופן נחרץ

נגד מעשיו של המחבל, בשר מברשרם, עד כדי התנערות ממנו והבעת עמדה המבקשת למצות עמו את הדין. לא יהיה הדבר קל בעיני איש, במיוחד בהתחשב בסביבה בה חיים העותרים והמחיר שהם עלולים לשלם בגין עמדתם זו. בנסיבות אלה, דומה כי מיצוי מידת הדין והריסתן של שתי דירות מגורים עלולה להשיג תוצאה הפוכה מהרתעה.

7. נגד שתי דירות מגורים מכוון הצו שהוצא על ידי המשיב 1, האחת, דירת מגורי הוריו בקומה הראשונה שבה יש למחבל זיקת מגורים כדייר נלווה; השניה, דירת מגוריו של המחבל, דירה נפרדת שנבנתה עבורו בקומה השלישית של הבנין על ידי בני המשפחה ובמימוןם ויועדה למגוריו שלטענתם המחבל אף התגורר בה הלכה למעשה מזה תקופה של כשנתיים וחצי.

לו הסתפק המשיב 1 בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 בפגיעה בדירה זו בלבד, ניתן היה להצדיק את הפגיעה המכוונת בדירתו של המחבל כשיקול להרתעת הרבים, משהסנקציה מופעלת כנגד מי שביצע את מעשה העבירה ולא נגד בני משפחתו שהינם בגדר חפים מפשע, שאין להם יד ורגל במעשיו והם אף מתנערים מהם. הפעלת שיקול דעתו של המשיב 1, כך שתפגענה שתי הדירות בנסיבות המתוארות לעיל, חורגת מן המידה הנדרשת לצורך השגת תכלית ההרתעה. לענין אופן הפעלת שיקול הדעת והליך קבלת ההחלטה ראה בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (פסקה כ' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014)) ובג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז (פ"ד מג(2), 529, 539-540 (1989)).

8. פגיעה לא מידתית ברכושם של העותרים, חרף עמדתם וכפי שפורט באריכות לעיל, חורגת אפוא מגדרי ההרתעה ומגיעה כדי ענישה קולקטיבית אסורה, אני מצטרף לדברים שכתב חברי השופט מ' מזוז בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף ואח' (22.12.2015):

7. פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל'מען יראו וייראו' מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ('ענישה קולקטיבית') עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119.

...

9. ראוי לציין תחילה, כי שאלת הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע עלתה לא פעם בפסיקת בית המשפט לענין הפעלת התקנה 119. בית המשפט חזר פעמים לא מעטות על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה (בג"ץ 987/89 קהוג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (1990); בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693 (1992), להלן: ענין אלעמדין; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014), להלן ענין המוקד להגנת הפרט). נקבע כי יש ליתן משקל לכך שמדובר ב-'פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של תושביהם הבלתי מעורבים של אותם בתים', מהטעם ש'הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה'. כן הוטעם כי פגיעה כזו 'עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם העקרון לפיו בן לא-ישא ב'עון ה'אב, ו'אב לא ישא ב'עון ה'בן' (ענין קואסמה, פסקה 21). יש אף שהודגש כי רק 'במקרים מיוחדים' ניתן להצדיק סנקציה של הריסה, וזאת בשל הפגיעה בדיירי הבית הבלתי מעורבים (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982), להלן: ענין חמרי; בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993), להלן: ענין תורקמאן).

לאור כל האמור לעיל, לו תשמע דעתי, הצו יאושר ככל שהוא מתייחס לפגיעה בדירת המחבל בלבד (הדירה השניה).

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים לפסק דינו של השופט י' עמית.

ש ו פ ט

אשר על כן הוחלט, בדעת רוב, כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ו' בניסן התשע"ט (11.4.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט