



היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, כ"ב חשוון תשע"ט
31 אוקטובר 2018

מס' מסמך: 004-99-2018-019231

לכבוד,
מר אביגדור ליברמן
שר הביטחון

שלום רב,

הנדון: הריסת בתי מחבלים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945
סמך: מכתבך מיום 16.9.2018; מכתבך לשרת המשפטים מיום 13.12.2017

עניינם של מכתביך שבסמך בשתי סוגיות הנוגעות להריסת בתי מחבלים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945: הריסת ביתו של מחבל הלוקה בנפשו, והריסת ביתו של מחבל שביצע פיגוע שתוצאתו פציעה ולא מוות.

לאחר בחינת הטענות שהובאו במכתביך, אבקש להשיבך כדלקמן:

כידוע, הסמכות להריסת בתי מחבלים, המעוגנת כאמור בתקנה 119 לתקנות ההגנה, היא סמכות מינהלית חריגה, שפגיעתה בזכויות הפרט משמעותית וקשה, בדגש על בני ביתו של המחבל, שלא היו מעורבים בפיגוע, המתגוררים במבנה המיועד להריסה. משך עשרות שנים בהן הופעלה הסמכות האמורה, יצק בית המשפט תוכן לאופן הפעלת שיקול הדעת הזהיר הדרוש לעניין זה, ולהלן אפרט את אמות המידה והכללים העולים מפסיקתו.

לאורך השנים, אישר בית המשפט העליון להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים שביצעו פיגועים קשים, תוך קבלת עמדת המדינה וגופי הביטחון לפיה תכלית הפעלת הסמכות היא הרתעתית. בכל אותם מקרים, הופעלה הסמכות לאחר בחינה פרטנית, במסגרתה נבחנו חומרת המעשים המיוחסים למפגע ותוצאותיהם, וכן האפשרות לנקוט בחלופות פוגעניות פחות (כדוגמת האפשרות לאטום חלק מהמבנה בו התגורר המפגע, חלף הריסת המבנה כולו). במסגרת פסקי דין אלו, אף גובשו לאורך השנים רשימת שיקולים רלבנטיים (שאינה בהכרח רשימה ממצה). שיקולים אלו נבחנו בפועל, בכל עת בה נדרש לקבל החלטה בעניין הריסת בתי מחבלים כאמור.

אחת המגבלות העיקריות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון לשימוש בכלי של הריסת בתי מחבלים היא הדרישה לקיומה של התכלית ההרתעתית במקרה הקונקרטי. כך, לדוגמה, בפסק הדין בבג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, הסביר בית המשפט כי:



היועץ המשפטי לממשלה

"היקף סמכותו של המשיב במסגרת תקנה 119 הוא רחב, והשימוש בסמכות לפי תקנה זו עשוי להוביל, מטבע הדברים, לתוצאות קשות ביותר. אשר על כן, הובהר בפסיקתו של בית משפט זה, כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זהיר ומצומצם בסמכות זו, ולקבל את החלטותיו בסבירות ובמידתיות. ראשית לכל, נקבע כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119, רק כאשר יש באמצעי זה בכדי לשרת את התכלית ההרתעתית, אשר עומדת ביסוד הפעלת הסמכות. כלומר, המפקד הצבאי אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו לשם ענישתם של המפגעים ובני משפחותיהם... על המפקד הצבאי לוודא כי פעולת ההריסה (או האיטום) מבוצעת למען תכלית ראויה, וכי מדובר בפעולה סבירה ומידתית, על פי מבחני המידתיות המוכרים לנו." (הדגשה הוספה)

מקום בו אדם אינו אחראי למעשיו עקב ליקוי נפשי, הרי שלא יכולה להתקיים התכלית ההרתעתית שלשמה נועדה הסמכות, שכן, אין לאותו אדם יכולת לשקול בצורה רציונאלית את האפשרות הממשית שהבית בו הוא מתגורר ייהרס, ולהימנע בשל כך מלבצע את מעשה הטרור מפניו מבקשים להרתיע. הבחינה אם מתקיימת לקות נפשית שמונעת את אפשרות הריסת הבית נעשית על סמך הראיות המינהליות העומדות לרשותו של המפקד הצבאי. כך היה, למשל, ביחס להריסת ביתו של המחבל אשר רצח את עדיאל קולמן ז"ל, אירוע אליו התייחסת במכתב מיום 16.9.2018.

באותו מקרה, הריסת הבית אושרה מלכתחילה ע"י כלל הגורמים המשפטיים הרלוונטיים, אלא שאז – במסגרת השגות המשפחה על החלטה זו, התקבלו ראיות ומסמכים המעידים לכאורה על כך שבמועד ביצוע המעשה, המחבל פעל תחת השפעה של מחלת נפש בה לקה. בנסיבות אלו, הוחלט לבטל את צו ההריסה. החלטה זו הייתה כאמור מוצדקת לאור פסיקת בג"ץ בנוגע לתכלית הריסת המבנה.

מגבלה חשובה נוספת, המעוגנת בפסיקת בג"ץ, ביחס להפעלת סמכות ההריסה, הינה עיקרון המידתיות. עיקרון זה רלוונטי, בין היתר, לבקשתך – במכתב מיום 13.12.2017 – כי אבחן את המדיניות בעניין הריסת בתי מחבלים אשר גרמו לפציעה, ולא למוות, כך שמערכת הביטחון תפעל גם להריסת בתייהם. גם במקרה זה, התווה בית המשפט העליון את שיקול הדעת שהמפקד הצבאי רשאי להפעיל בעניין.

הביטוי המובהק ביותר לגבולות שיקול הדעת בהקשר זה נמצא בהחלטות בית המשפט העליון שניתנו בבג"ץ 8024/14 חג'אזי נ' אלוף פיקוד העורף, אשר עסק בהחלטה על הריסת ביתו של המחבל אשר ירה ופצע באורח קשה מאוד את מר יהודה גליק (היום – ח"כ גליק).



היועץ המשפטי לממשלה

במסגרת הדיון בעתירה, הוציא בית המשפט העליון צו על תנאי, המורה למדינה לבחון את מידתיות האמצעי שננקט, וזאת, נוכח השיפור במצבו הרפואי של מר גליק (ובלשונו של כבוד השופט בדימוס אליקים רובינשטיין, בהחלטה מיום 1.12.2014: "בנוסף לכך, אף שהדבר לא נטען ישירות בפנינו, סבורני גם כי לא ניתן להתעלם מכך שחל שיפור במצבו של גליק – ועל כך יש לברך כמובן – והלא חלק משיקולי השימוש בתקנה הוא תוצאות המעשה").

בהמשך לכך, הוחלט ע"י מערכת הביטחון להסתפק באטימת חדרו של המפגע, ולנוכח זאת, נדחתה העתירה, ונפסק כדלקמן: "לגופם של דברים, סבורים אנו כי משחל שינוי מהחלטה כללית שעניינה הריסה ואטימה להחלטה חלקית לאטום את חדרו של המפגע בלבד, וזו ההחלטה המונחת לפנינו עתה – יש בכך משום ביטוי למידתיות, שהיא רלבנטית גם בשעסקינן בהרתעה. בהחלטה החדשה והממותנת איננו רואים מקום להתערב." (פסק דין מיום 15.6.2015).

בהתאם לפסיקה זו של בית המשפט העליון, נראה כי אף במקרים של פגיעה חמורה מאוד (כפי שהיה במקרה של ח"כ גליק), פעולת המפקד הצבאי תיחשב מידתית רק אם יפעל לאטימת החלק הנקודתי במבנה אשר שימש למגורי המפגע. מובן כי אין כל מניעה משפטית מלפעול בדרך זו, והדבר בא לידי ביטוי במכתבו של פרקליט המדינה מיום 26.11.15, שנכתב על דעת היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יהודה ויינשטיין.

לא למותר להזכיר כי מעבר לקשיים שהתעוררו בכל הנוגע להפעלת הסמכות להריסת בתי מחבלים לצורכי הרתעה בדין הפנימי, הועלו לאורך השנים טענות כבדות משקל בהקשר לעמידתו של צעד זה בכללי המשפט הבין-לאומי הרלבנטיים. זאת, בין השאר, בהתחשב באיסור על ענישה קולקטיבית, ובכלל האוסר להחרים או להרוס רכוש פרטי, אלא בנסיבות בהן מתקיים צורך צבאי קונקרטי בעניין.

על אף שבפועל מדיניות הריסת בתי מחבלים אושרה לאורך השנים, בשנים האחרונות הביעו מספר משופטי בית המשפט העליון מורת רוח מהפעלתה, ואף הטילו ספק באשר לחוקיותה (זאת, בין השאר, בהתחשב בהיבטי הדין הבין-לאומי הרלבנטיים, כאמור לעיל). חלק משופטים אלו אף ציינו, כי היה מקום לקיים דיון עקרוני בעניין זה בהרכב מורחב, ואולם לאור קיומה של ההלכה העקרונית המכירה בחוקיותה של מדיניות הריסת בתי מחבלים, נמנעו מפסילת המדיניות או מקיום דיון עקרוני בעניין, ו"הסתפקו" בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן יישומה.

חריגה מאמות המידה הנוהגות בפועל כיום, המשקפות את פסיקת בג"ץ בנוגע להריסת בתי מחבלים, כמתואר לעיל, עלולה אפוא להוביל להחלטה עקרונית שתפגע ביכולת להמשיך לעשות שימוש בסמכות זו בעתיד.



היועץ המשפטי לממשלה

לסיכום הדברים, אנו נמשיך לסייע לדרג המדיני ולגורמי הביטחון להגשים את מדיניותם למאבק הבלתי מתפשר בטרור. והכול, תוך הקפדה על עמידה בהוראות הדין ובפסיקת בג"ץ, המחייבת את כלל רשויות המדינה.

בכבוד רב,
א.י. חן קאבל
אביחי מנדלבליט

העתק:

ח"כ בנימין נתניהו, ראש הממשלה
ח"כ איילת שקד, שרת המשפטים
רא"ל גדי אייזנקוט, ראש המטה הכללי בצה"ל
מר מאיר בן שבת, ראש המטה לביטחון לאומי
מר שי ניצן, פרקליט המדינה
אלוף שרון אפק, הפרקליט הצבאי הראשי
מר איתי אופיר, היועץ המשפטי למערכת הביטחון