

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

בג"ץ 5295/14
קבוע: 7.8.14

אבו עיישה ו- 6 אח'
על-ידי ב"כ עוה"ד סמדר בן-נתן
מהמוקד להגנת פרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 2, ירושלים, 97200
טלפון: 02-6283555; פקס: 02-6276317-

העותרים

נ ג ד

המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466715; פקס: 02-6467011-

המשיב

תגובה מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כב' השופט צ' זילברטל מיום 31.7.14 ולהחלטת כב' הנשיא גרוניס מיום 3.8.14, מתכבד המשיב להגיש תגובתו לעתירה שבכותרת.

2. עניינה של העתירה שבכותרת בהחלטת המשיב מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנות ההגנה" ו"תקנה 119"), לצוות לצרכי הרתעה על החרמה והריסה של דירה שבה התגורר המחבל אבו עיישה (להלן: **אבו עיישה**).

3. עאמר אבו עיישה, ביחד עם מ קוואסמה (להלן: **מ קוואסמה**) ועם ח קוואסמה (להלן: **ח קוואסמה**) הם חברי חוליית החמא"ס שחטפה ורצחה ביום 12.6.14 שלושה נערים ישראלים שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם לביתם: נפתלי פרנקל ז"ל, גיל-עד שאער ז"ל ואייל יפרח ז"ל.

נציין, כי משפחותיהם של מ קוואסמה וח קוואסמה הגישו אף הן עתירות נגד החלטת המפקד הצבאי להפעיל סמכותו לפי תקנה 119 נגד הדירה והבית בהם התגוררו שני מחבלים אלה (בג"ץ 5290/14 ובג"ץ 5300/14, בהתאמה).

4. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. המשיב יטען, כי על רקע ההתדרדרות החמורה במצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון, שהגיעה לשיאה בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים הישראליים לפני כחודש וחצי, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנים בהם התגוררו חברי החולייה שביצעה הפיגוע הינה חיונית, כדי להרתיע מפגעים נוספים מלבצע פיגועים חמורים נוספים.

5. כפי שיובחר להלן, רובן המוחלט של הטענות העקרוניות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד.

לכך נוסיף, כי אך לאחרונה, ביום 1.7.14, ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (מפי כבי' המשנה לנשיא נאור, בהסכמת כבי' השופטים דנציגר ושהם) בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד חצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: עניין עואודה), במסגרתו חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, ודחה את אותה העתירה.

בנסיבות אלה, המשיב יטען כי אין כל עילה או הצדקה להידרש במסגרת העתירה הנוכחית פעם נוספת לטענות אלה.

6. בשים לב להחמרה במצב הביטחוני; מכיוון שיש חשיבות עליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 להחרמת ולהריסת ביתו של המחבל עאמר אבו עיישה אכן תתרום בצורה משמעותית להרתעת מפגעים נוספים - המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה שבכותרת בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

כללי - ההחמרה במצב הביטחוני באזור בשנתיים האחרונות

7. בגזרת יהודה ושומרון (להלן: "האזור" או "איו"ש") ניכרת בשנתיים האחרונות מגמה מתמשכת של התדרדרות ביציבות הביטחונית, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעליה במספר הפיגועים הכללי (לרבות במספר הפיגועים החמורים), בפיגועי הטרור העממי וכן במספר הנפגעים הישראליים.

8. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לאמצע חודש יוני 2014. כך, בשנת 2013 נרשמו 1,414 פיגועים בשטחי איו"ש, ובשנת 2014, עד כה, נרשמו כ-1,200 פיגועים. כמו כן, במהלך תקופה זו נרשמה קפיצה חריגה במספר ההרוגים הישראליים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש (שישה הרוגים ישראלים בתקופה זו, לעומת אפס הרוגים ישראלים בכל שנת 2012).

9. זאת ועוד, מאז תחילת שנת 2014 - ובדגש על החודשים האחרונים - ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים ישראלים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

נדגיש, כי מדובר ברצף של עשרות מקרים המצביעים על החמרה ניכרת, כדוגמת המקרים הבאים:

א. **מרץ 2014**: סיכול פעילותו של מבוקש חמא"ס צבאי ממחנה הפליטים ג'נין, שהוכווו בידי מפקדת החמא"ס ברצועת עזה לקדם שורה של פיגועים, לרבות במתווה של ירי, נגד יעדים ישראלים באיו"ש. המבוקש נהרג במבצע צבאי, במהלך חילופי אש עם כוחות צה"ל בג'נין.

ב. **אפריל 2014**: פיגוע ירי לעבר רכב ישראלי במחסום תרקומיא. בפיגוע זה נהרג אזרח ישראלי ונפצעו שניים נוספים.

ג. **אפריל 2014**: נעצרו 6 פעילי התארגנות צבאית מגזרות ג'נין ובית לחם. במסגרת זאת סוכלה כוונת ההתארגנות, בהכוונתו של פעיל ה"ג'יהאד העולמי" מהרצועה, לקדם פיגוע ירי נגד כוחות צה"ל באזור ג'נין.

ד. **מאי 2014**: סוכלה כוונה של מפגע מתאבד לפוצץ חגורת מטענים מאולתרים, שהוסתרה על גופו, בצומת תפוח. חברי ההתארגנות משכם, שעמדו מאחורי ניסיון הפיגוע, נעצרו בידי כוחות צה"ל זמן קצר לאחר מכן.

ה. **מאי 2014**: פיגוע ירי בשכונת רמת שלמה בירושלים, כאשר מפגע פלסטיני ביצע ירי מנשק חם לעבר קבוצת אזרחים ישראלים, מבלי שהיו נפגעים.

ו. **יוני 2014**: פיגוע ירי מנשק קל, כאשר מפגע פלסטיני ירה לעבר עמדה של כוח צה"ל בביתוניא. הכוח הצבאי הגיב בירי לעבר המפגע שנמלט מהזירה, ולא היו נפגעים.

ז. **יוני 2014**: פיגוע ירי מנשק קל שבוצע מרכב פלסטיני לעבר עמדה של כוח צה"ל בקרבת כביש המנהרות/עוקף בית לחם. בפיגוע לא היו נפגעים, ורכב המפגע נמלט מהזירה.

ח. **יוני 2014**: פיגוע חטיפה ורצח ביום 12.6.14, במסגרתו נחטפו ונרצחו שלושה נערים שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם בגזרת כפר עציון לביתם. כפי שיפורט להלן, על פי המידע המצוי בידי המשיב, פיגוע זה תוכנן ובוצע על-ידי חברי חוליית חמא"ס המתבלים מרואן קואסמה, עאמר אבו עישה וחוסאם קואסמה.

ט. **יולי 2014**: פיגוע ירי מנשק קל מרכב חולף לעבר אזרח ישראלי בצומת רחלים, באיו"ש. האזרח נפצע באורח בינוני.

י. **יולי 2014**: חייל צה"ל נפצע באורח קל מפיגוע ירי מנשק קל בשומרון.

יא. **יולי 2014**: סוכל ניסיון של חמאס לבצע פיגוע באמצעות רכב ממולכד בישראל, בעקבות תפיסת הרכב במחסום צבאי באיו"ש.

יב. **אוגוסט 2014**: פיגוע דריסה בירושלים, באמצעות טרקטור שהיה נהוג בידי תושב מזרח ירושלים. אזרח ישראלי נהרג וכמה נוספים נפצעו.

יג. **אוגוסט 2014**: פיגוע נשק קל בירושלים במהלכו נפצע חייל צה"ל באורח קשה.

10. יש להדגיש, כי מתחילת שנת 2014 סוכלו כ-111 כוונות וניסיונות פיגוע, במגוון מתווים חמורים (חטיפה, מטענים וירי) בגזרות שונות במרחב.

11. בנוסף, במהלך ארבעת הרבעונים האחרונים ניתן לזהות עלייה תלולה ברמת ההתרעות על פיגוע במתווה של חטיפה, כדלקמן:

- א. ברבעון השלישי של שנת 2013 - 7 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ב. ברבעון הרביעי של שנת 2013 - 8 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ג. ברבעון הראשון של שנת 2014 - 12 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ד. מראשית חודש אפריל 2014 ועד עתה - 15 התרעות על פיגוע חטיפה.

12. עיקר פעילות הטרור מובלת בידי התארגנויות מקומיות ו"מבוזרות", וכן בידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". אלה האחרונים בלטו בתקופה האחרונה לנוכח חוסר היציבות בשטח, ובניגוד לעבר אין הם באים משולי החברה אלא בעלי פרופיל נורמטיבי.

13. כעולה מן האמור לעיל, מתווה הפיגועים המועדף על כלל הארגונים בזירה נותר חטיפה, לצורכי מיקוח ושחרור כלואים. כך, בתקופה האחרונה ניכרת עלייה משמעותית בכמות צירי החטיפה שהכוונו גורמי טרור שונים, לרבות מתוך הכלא הישראלי (מזוהי חמא"ס, הג'יהאד האיסלאמי ותנזים). מרבית הצירים סוכלו עד כה בטרם הבשילו מבצעית.

14. נבקש לעדכן, כי רוב הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני באיו"ש כבר נמסרו לפני כחודש ימים בלבד לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים בעניין עואדה, ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין עואדה):

"עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים גמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד." [ההדגשות הוספו – הח"מ]

המחבלים חברי חוליית החמא"ס שביצעה את פיגוע החטיפה והרצח

15. מ קוואסמה – יליד שנת 1985, תושב חברון. נעצר לראשונה כבר בהיותו כבן 18, ובאותה עת נידון לעונש של עשרה חודשי מאסר נוכח הרשעתו בעבירות ביטחון. לאחר מכן, נעצר ארבע פעמים נוספות, בחלקן הוחזק מכח צווי מעצר מינהלי שנחתמו בעניינו. בחקירתו האחרונה, בשנת 2010, הודה כי גויס לפעילות צבאית במסגרת החמא"ס באזור חברון משנת 2009, כי היה מעורב באימונים צבאיים במערות באזור חברון, כי פעל להשגת תומרי-גלם לצורך ייצור חומר נפץ, וכי סייע לארגון בגיוס צעירים נוספים לפעילות חמא"ס. נוכח מעשים אלה נדון מ קוואסמה למאסר ממנו שוחרר בחודש מרץ 2012.

16. אבו עיישה - יליד שנת 1981, תושב חברון. נעצר לראשונה בחודש נובמבר 2005, והוחזק במעצר מינהלי עד לחודש יוני 2006. בהמשך, נעצר בשנית לתקופה קצרה בשנת 2007. אחיו של אבו עיישה היה מתבל אשר נהרג בחודש נובמבר 2005, בעת שניסה להשליך מטען חבלה לעבר כוח צה"ל. אף אביו, אבו עיישה, ריצה עונשי מאסר נוכח הרשעתו בעבירות טרור, האחרונה בהן בשנת 2008, אזי נתפסו בביתו נשק ותחמושת.

17. ח קוואסמה - תושב חברון, כבן 40, כלוא לשעבר (בשנים 1995-2002) על רקע פעילות חמא"ס, לרבות השתייכות לחוליית שביצעה פיגועי מטענים. בן למשפחה שבניה היו מעורבים בביצוע פיגועי טרור קשים מטעם החמא"ס. כך, אחיו, קוואסמה, מרצה כיום עונש מאסר עולם על חלקו בפיגוע מטען ליד בניי האומה בירושלים בחודש מרץ 2011, בו נהרגה תיירת בריטית ורבים אחרים נפצעו.

מעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע החטיפה והרצח של שלושת הנערים

18. בתאריך 12.6.14 נחטפו שלושה נערים ישראלים - נפתלי פרנקל ז"ל, גיל-עד שאער ז"ל ואייל יפרח ז"ל - מטרמפיאדה בגוש עציון, כאשר היו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם לבתיהם.

19. בידי המדינה ראיות מינהליות ברורות וחד-משמעיות המלמדות - ברמה של קירבה לוודאות - כי מ קוואסמה ו אבו עיישה, הם שחטפו ורצחו את שלושת הנערים ביום 12.6.14, כאשר הרצח בוצע זמן קצר לאחר החטיפה.

מאז פיגוע החטיפה והרצח, מ קוואסמה ו אבו עיישה מתנהגים כ"מבוקשים" ומסתתרים מכוחות הבטחון.

20. בתאריך 30.6.14 נמצאו גופותיהם של שלושת הנערים החטופים באזור שמצפון לכפר בית-כאחל, קבורות בחלקת אדמה השייכת לח קוואסמה.

21. עם גילוי הגופות יצא חו' קוואסמה מביתו, הסתתר, והתכוון להימלט לירדן בתיעוד מזויף, בסיוע בני משפחתו.

חוסאם נעצר על-ידי כוחות הביטחון ביום 11.7.14, בבית קרוב משפחה בענתא.

בחקירתו עד כה הודה ח' קוואסמה, כי שימש דרג מפקדה למבצעי פיגוע החטיפה, מ' קוואסמה ועמאר אבו עיישה. מתוקף תפקידו זה השיג ח' מימון לביצוע הפיגוע מפעילי חמא"ס ברצועת עזה, וכן הודה כי רכש אמצעי לחימה אותם העביר לידי מ' קוואסמה. עוד עלה בחקירתו של ח' קוואסמה, שלאחר רצח הנערים החטופים הגיע אליו מ' קוואסמה, ויחד נסעו השניים לחלקת אדמה אותה רכש ח' לפני מספר חודשים, וקברו שם את גופות החטופים. בהמשך סייע ח' לשני המחבלים האחרים להסתתר.

יודגש, כי מכלול הראיות המינהליות שבידי המדינה מלמד - **ברמה של קירבה לוודאות** - על מעורבותו של ח' קוואסמה בפיגוע.

22. מאחר שכאמור מ' קוואסמה ו' אבו עיישה טרם נתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתם לאחר שייתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתו של ח' קוואסמה אשר עדיין לא הסתיימה, לא ניתן לפרט במסגרת תגובה גלויה זו מעבר לאמור לעיל.

מכל מקום, ככל שימצא זאת בית המשפט הנכבד לנכון, והעותרים יסכימו לכך, ניתן יהיה להציג בפניו את מכלול המידע הקיים בנוגע למתווה הפיגוע ולמעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע.

הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 להחרמה ולהריסה של הדירה בה התגורר עאמר אבו עיישה

23. ביום 16.7.14 הודיע המשיב על כוונתו "להחרים ולהרוס את החלק המערבי בקומה הראשונה במבנה בן 2 קומות בחברון המצוי בנ.צ. 208779/606900 [...] בו מתגורר אבו עיישה (ת"ז)" (ההדגשה במקור – הח"מ).

בנוסף, נמסר כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, כלוא לשעבר, ביצע ביום 12/06/2014 פיגוע טרור, במסגרתו חטף ולאחר מכן רצח בצוותא חדא עם מ' קוואסמה (ת"ז) שלושה צעירים ישראלים, גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, בסמוך ליישוב אלון שבות. לעמדת מפקד הפיקוד, צעד זה עשוי להרתיע מפגעים פוטנציאליים ולסייע בביטחון האזור". כן נמסר בהודעה על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו ההחרמה והריסה, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה שניתנה ביום 16.7.14 צורף לעתירה **כנספת ג'**.

24. ביום 17.7.14 הגישה משפחת המחבל השגה למשיב נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 כלפי המבנה. במסגרת ההשגה, צוין, בין היתר, כי "ביום 30.6.2014, עוד קודם לקבלת הודעה זו [ההודעה מיום 16.7.14 – הח"מ], הגיעו כוחות צה"ל לבית המשפחה, והרסו את החלק המזרחי בקומה השנייה במבנה, בו התגורר החשוד עם אשתו ושלושת ילדיו עובר ליום 12.6.2014".

צילום ההשגה מיום 17.7.14 צורף לעתירה כנספת ד'.

25. ביום 28.7.14, לאחר שהמשיב בחן את הטענות שהועלו בהשגה, הועבר לבאת-כוח העותרים מכתב תשובה להשגה מטעם המשיב, במסגרתו נמסר, בין היתר, כי לאחר בחינת הטענות "החליט המפקד הצבאי לקבל את השגתו בחלקה, כך שיוחרם ויהרס אך ורק החלק מהמבנה בו שתי הקומות. ששימש למגורי המפגע ומשפחתו הגרעינית. הווה אומר, הדירה הצפון-מזרחית בקומה העליונה של המבנה." [ההדגשות במקור – הח"מ].

בנוסף, במכתב התשובה פורט הרקע העובדתי לקבלת ההחלטה, וכן נכללה התייחסות לטענות השונות, העובדתיות והמשפטיות, שהועלו בהשגה, ותוך שהודגש כי :

"19. נוכח המידע שנמסר בהשגה, לפיו דירת המחבל היא הדירה הצפון-מזרחית בקומה העליונה של המבנה, ולא הדירה שבה שוהים בני משפחתו עתה (היא דירת אח המפגע), החליט מפקד כוחות צה"ל באזור לקבל את ההשגה באופן חלקי." [ההדגשה במקור – הח"מ].

20. זאת, כך שהכוונה להרוס את בית המחבל תצטמצם רק לחלק המבנה שבו התגוררו המפגע ובני משפחתו הגרעינית, ותוך הימנעות מפגיעה ביתר חלקי המבנה, או במבנים סמוכים." [ההדגשה הוספה – הח"מ].

עוד הודגש באשר לטענות שהועלו בהשגה כי :

"25. יצוין, כי במהלך החיפושים הנרחבים אחר המפגע, התבצע חיפוש במבנה. במסגרת החיפוש, ומכוח הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009, התבצעה פריצה מבצעית של קיר בדירה המפגע, בקומה השנייה של המבנה, אשר לגביו הועלה חשד, כי מדובר ב"קיר כפול" המשמש למסתור המפגע. זאת, על רקע מידע שהיה מצוי בידי כוחות הביטחון, לפיו קיים סיכוי גבוה, כי המפגע חמוש ומסוכן." [ההדגשה במקור – הח"מ].

26. מאידך, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מתייחסת לכל החלק במבנה שבו התגוררו המפגע ומשפחתו הגרעינית. זאת, נוכח העובדה כי תכלית הפעלת סמכות זו הינה ליצור הרתעה, תוך מניעת אפשרות המגורים בכל החלק במבנה שבו מתגוררים המפגע ומשפחתו הגרעינית.

27. נוכח השוני בין תכלית פעולת החיפוש לתכלית פעולת ההריסה מכוח תקנה 119, אין בחיפוש שבוצע כדי לאיין את סמכותו של המפקד הצבאי לפעול מכוח תקנה 119 ולהורות על הריסת חלק המבנה בו התגורר המפגע."

צילום מכתב התשובה להשגה מיום 28.7.14 צורף לעתירה כנספת ה'.

26. בהתאם לכך, ביום 28.7.14, לאחר שהחליט כאמור לקבל את החשגה בחלקה, חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119, על צו החרמה והריסה של הדירה הצפון-מזרחית בקומה העליונה במבנה בן שתי קומות בחברון, בו התגורר המפגע אבו עיישה.

צילום צו החרמה והריסה מיום 28.7.14 צורף לעתירה כנספח א'.

27. בהמשך לאמור, ביום 29.7.14 נשלח מכתב מאת באת-כוח העותרים למשיב, במסגרתו ביקשו העותרים לברר באיזה אופן תבוצע ההריסה, ובנוסף ביקשו להאריך את המועד להגשת העתירה עד ליום ה-4.8.14.

צילום פניית ב"כ העותרים מיום 29.7.14 צורף לעתירה כנספח יא'.

28. ביום 29.7.14 נשלח מענה מאת המשיב לבאת-כוח העותרים, בו נכתב, בין היתר, כי "ההריסה תיעשה תוך הימנעות מפגיעה ביתר חלקי המבנה או במבנים הסמוכים". כן נכתב, כי "נבקש לעדכן, כי לנוכח החג, ביצוע צו החרמה וההריסה אשר צורף למכתבנו שבסמך, מיום 28.07.2014, לא יחל בטרם יום ה' ה-31.07.2014 בשעה 18:00".

צילום מענה המשיבים מיום 29.7.14 צורף לעתירה כנספח יב'.

29. ביום 31.7.14 הוגשה העתירה דן, ועימה בקשה למתן צו-ביניים שיורה למשיב להימנע מפגיעה בלתי הפיכה בביתו של העותר, וזאת עד להכרעה בעתירה.

הטיעון המשפטי

30. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות, כפי שיפורט להלן.

הפעלת סמכות החרמה וההריסה - כללי

31. הסמכות להורות על החרמתו והריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, מוקנית למפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מאז כניסת כוחות צה"ל לאזור זה בחודש יוני 1967, בהיותה חלק מן הדין המקומי.

תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלית המחייב, כדלקמן:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT... OF ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND SITUATED IN ANY AREA, TOWN, VILLAGE, QUARTER OR STREET THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED ... ANY OFFENCE AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE..."

ובנוסחה בעברית של התקנה:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל [...] כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו [...] עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם..."

32. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס את כל המבנה בו מתגורר המפגע עם בני משפחתו. עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, גם כאשר מחליט המשיב לנקוט בסמכות לפי תקנה 119, עליו להפעיל את סמכותו האמורה בצורה סבירה ומידתית, בהתחשב במכלול של נסיבות עליהן עמדה הפסיקה.

על-פי ההלכה הפסוקה, התכלית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית בלבד ולא עונשית. הסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת אפוא כעונש בשל הפיגוע שבוצע בעבר, אלא היא מופעלת רק אם המפקד הצבאי מגיע לכלל מסקנה, כי השימוש בסמכות נדרש כדי להרתיע מפגעים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד. נקודת המוצא היא, כי מפגע היודע כי בני משפחתו עשויים להיפגע אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתיכנן. לעיתים, ההרתעה פועלת גם כלפי בני משפחתו של המפגע, שייתכן ויודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

33. על-פי ההלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מחבל שהוחלט לנקוט לגביו בסמכות לפי תקנה 119 אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

כך נפסק, למשל, בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון, תק-על 190(1) 75 (1990), כדלקמן:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי..."

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם."

כן ראו דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) מצא, בדעת הרוב בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994) (להלן: עניין נזאל), כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה הגוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון [...] להפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת."

34. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב, בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת הסנקציות האמורות בתקנה 119, ובמיוחד כאשר אלו מופעלות באופן בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה וההרתעה ה"רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

35. הפעלת הסנקציה של הריסת בית הינה פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחוייב המשיב לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתה של ישראל בפעילות החבלנית הרצחנית העוינת.

לעניין זה כבר פסק בית משפט נכבד זה מפי כב' הנשיא (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539 (1989), כדלקמן:

"מגיעת מעשי אלימות היא תגאי לקיום הביטחון והסדר הציבורי. אין ביטחון ללא אכיפת החוק, ואכיפת חוק לא תצלח ולא תהיה יעילה, אם איננה נושאת בחובה גם השפעה מרתיעה. היקפם של צעדים הננקטים לאכיפת החוק הוא בכל מקרה פועל יוצא של חומרת העבירה, של תדירות ביצועה ושל מהותם של מעשי העבירה המבוצעים. אם מתרבים, למשל, מעשי רצח של אנשים בשל מגעיהם עם השלטונות הצבאיים, או אם מבוצעות התקפות שנועדו להביא לשריפתם של בני אדם או של רכוש כדי לזרוע אימה ופחד, מתחייבת הפעלה תדירה ומחמירה יותר של החוק. דברים אלה נכונים בכל אתר, ושטחי ממשל צבאי אינם יוצאי דופן מבחינה זו; נהפוך הוא, קיום הסדר והביטחון ושמירתו הלכה למעשה, הם לפי המשפט הבינלאומי הפומבי, מתפקידו המרכזיים של הממשל הצבאי."

ובפסק הדין שניתן לפני כחודש בעניין עואדה, נקבע כי:

"עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו זהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד."

36. מאחר שהסמכות לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעילות חבלנית, אין להתפלא על כך,

כי היקף הפעלתה במהלך השנים היה ביחס ישיר להיקפם של האירועים החבלניים

ולמידת חומרתם. כך, בשנים בהן התקפות הטרור פחתו, היתה הפעלת הסמכות לפי

התקנה נדירה יותר, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור הפכו ל"שגרה יום-יומית", נאלצו

כוחות הביטחון להגיב בתדירות רבה יותר של הפעלת התקנה, מתוך מגמה להרתיע

ולגדוע את גזע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

37. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה,

על שורה של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הסנקציה; איזון בין

הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע לבין הצורך בהרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים;

איזון בין זכותו הבסיסית של כל אדם לקניינו לבין זכותו וחובתו של השלטון לשמור על

הביטחון והסדר הציבורי, ועל שלומם וביטחונם של תושבי ישראל ואזרחיה.

38. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלים שיקולים שונים, כגון: חומרת המעשים; נסיבות

הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת האמצעי

על אנשים אחרים; שיקולים הנדסיים; וכיוצא באלה שיקולים נוספים. רק לאחר שקלול,

בחינה ואיזון של כלל השיקולים הצריכים לעניין, כפי שהם רלוונטיים לנסיבות המקרה,

יגיע המפקד הצבאי להחלטה אם להפעיל אמצעי של החרמה והריסה של מבנה, ובאיזה

היקף (ראו, למשל, פסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין נזאל).

39. לפני כתשע שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות האלוף אודי שני, במסגרת עבודה שנקראה: "חשיבה מחודשת לעניין הריסות בתים", על צמצום השימוש בתקנה 119 כשיטה, עד כדי הפסקה, תוך שימור האמצעי האמור למקרי קיצון. מצגת בנדון הוצגה בדיון שערך הרמטכ"ל בפברואר 2005. בסיומו של הדיון האמור החליט הרמטכ"ל להשעות, נכון לאותה העת, את השימוש בסמכות לפי תקנה 119. עם זאת יודגש, כי הרמטכ"ל גם קבע, שיחיה מקום לבחון את ההחלטה מחדש במקרים קיצוניים (כפי שהמליץ צוות החשיבה). מדיניות זו של הרמטכ"ל אושרה על-ידי שר הביטחון. באותו הקשר גם נקבע, כי אם יהיה שינוי נסיבות קיצוני, תיבחן ההחלטה מחדש.

ואכן, בעקבות גידול משמעותי במעורבות של תושבי מזרח ירושלים בטרור בשנים 2009-2008, הוציא אלוף פיקוד העורף שלושה צווים מתוקף סמכותו לפי תקנה 119, שכוונו נגד בתייהם של המפגע-בישיבת-מרכז-הרב ומפגעים בשני פיגועי-דריסה בירושלים. כפי-שיפורט בהמשך, שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה - בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: עניין אבו דהים), בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.09; להלן: עניין דוויאת); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: עניין מוגרבי) - נדחו.

לטענות בדבר ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע ופגיעה בעקרון של טובת הילד

40. העותרים טוענים כי בני המשפחה שייפגעו מהריסת הבית - אשתו של המחבל וילדיו - חפים מפשע, וכי לא הובאה בחשבון הפגיעה שתגרום לילדים, וזאת בהתאם ל"עקרון טובת הילד".

41. על-פי ההלכה הפסוקה, מודעותם או סיועם של בני המשפחה לכוונתו של המחבל לבצע את הפיגוע שבשלו הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה נדרשת לשם גיבוש הסמכות לפי התקנה.

נפנה לכך שטענות דומות לטענה זו של העותרים כבר הועלו ונדחו על-ידי בית המשפט הנכבד פעמים רבות. לעניין זה ראו, למשל, האמור בפסק הדין בבג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997), כדלקמן:

"אמת נכון הדבר שאין קיימות ראיות הקושרות את העותר ואת בני משפחתו של המחבל למעשים המיוחסים לו, אך כפי שנפסק לא פעם מטרתו של הריסת מבנה היא הרתעתית ולא עונשית ומטרתה "להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, כמו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחפים מפשע אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם".

וכן ראו האמור בפסק הדין בבג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002), כדלקמן:

"עוד אנו סבורים כי משנתן המשיב את דעתו למבנה ההנדסי של הבית ולעובדה שבני הבית כולם התגוררו בצוותא, אך סבר שיש לתת לשיקולי הרתעה המתחייבים מנסיבות הזמן והמקום חשיבות מכרעת, לא חרג המשיב מהגבולות הלגיטימיים של שיקול דעתו, גם אם אין קיימת ראייה ששאר תושבי הבית היו מודעים למעשיו של הבן."

עוד ראו לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, כדלקמן:

"6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעונו. טענה זו עלתה גם היא בעבר ונדחתה. בעניין זה כתב השופט טירקל ב-בג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)) (להלן: עניין סעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא תס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-ד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראו לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך."

7. בדומה נטען לפנינו כי בני משפחתו של המחבל אינם קשורים לפיגוע והאב אף מתנגד לפעולות מעין אלה. לעניין זה די להפנות לדברים שנקבעו ב-בג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל."

וכן ראו לאחרונה האמור בסעיף 22 לפסק הדין בעניין עואדה, כדלקמן:

"את גישת בית המשפט ביחס לסוגיה ניתן לסכם בדבריו של השופט י' טירקל בפרשת סעאדה, שצוטטו שוב ושוב:

"מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראו לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דינו)."

ולעניין הפגיעה בטובת ילדיו של עמאר אבו עיישה נפנה גם לדבריו של כב' הנשיא ברק בדעת הרוב בבג"ץ 2006/97 ג'נימא נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997) (להלן: עניין ג'נימא), כדלקמן:

"לא מצאנו בטענות העותרות דבר שיצדיק סטייה מההלכות הרבות בעניין זה. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין ביטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל, אך במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה."

לטענה כי ההחלטה על ההחרמה וההריסה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי

42. העותרים טוענים בעתירתם כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי.

43. בית משפט נכבד זה קבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119,

הננקטת למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית לחלוטין, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי והן עם המשפט הפנימי. טענות שונות שהועלו בעתירות רבות נגד צעד זה, שעיקרן בטענות כי מדובר בענישה קולקטיבית, בצעד הסותר את המשפט הבינלאומי, ובצעד הסותר את המשפט הפנימי, נדחו על-ידי בית משפט נכבד זה, שאישר את חוקיותה העקרונית של הפעולה האמורה בשורה של פסקי דין (ראו, לדוגמא בלבד, עניין נזאל; בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987); בג"ץ 2977/91 סאלס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467 (1992); דג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 6996/02 זעירוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין 2002(3) 614 (2002)).

44. כאמור, מרביתן של הטענות שמעלים העותרים נדחו פעם אחר פעם על-ידי בית המשפט הנכבד, והמשיב יטען, כי כפי שכבר נקבע בעתירות קודמות בעבר, אין כל עילה או הצדקה שבית המשפט הנכבד יידרש לטענות פעם נוספת במסגרת העתירה הנוכחית.

ראו לעניין זה, למשל, פסק הדין בעניין ג'נימא, שם קבע בית המשפט הנכבד שאין צורך לשוב ולדון בשאלות העקרוניות, שכן הללו הוכרעו זה מכבר, כדלקמן:

"... בעתירה מועלות טענות נוספות באשר לסמכות המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. טענות אלה הועלו כולן בעבר. ברשימה ארוכה של פסקי דין, הן נדחו על ידי בית משפט זה. אכן, תקנה 119 לתקנות ההגנה - שהיא דבר חקיקה מנדטורי העומד בתוקפו באזור - מעניקה סמכות ושיקול דעת למפקד הצבאי, באשר לגביטת אמצעים

כלפי מבנה, בו מתגורר, מי שביצע עבירה חמורה על הוראת התקנות. לא מצאנו בטענות העותרות דבר, שיצדיק סטייה מההלכות הרבות בענין זה. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל. אך, במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה. מטעמים אלה, הייתי דוחה את העתירה (כב' הנשיא ברק, בעמ' 653-654).

אני מצרף דעתי לדעתו של חברי הנשיא. לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. (כב' השופט גולדברג, בעמ' 655) [ההדגשה הוספה – הח"מ].

כן ראו בעניין דומה גם האמור בפסק הדין 6868/02 א-דין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באר"ש, 8.8.02), כדלקמן:

"אשר לבעיה העקרונית, זו נבחנה בשורה ארוכה של פסקי דין, ואיננו סבורים כי יש מקום לדון בה מחדש לעת הזו."

לטענה כי ההריסח לעת הזו תפגע בחזקת החפות של עאמר אבו עיישה

45. העותרים טוענים כי עאמר אבו עיישה טרם נעצר ונחקר, טרם הוגש נגדו כתב אישום וממילא טרם הורשע, וכי הריסת דירת מגוריו תפגע בחזקת החפות שלו.

46. המשיב יטען כי דין הטענה לחידחות, שכן על-פי ההלכה הפסוקה, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה מותנית בהרשעתו של מפגע בביצוע עבירה. ראו לעניין זה בג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1), 810 (2003), שהעותרים עצמם הפנו אליו, כדלקמן:

"בא-כוחו של העותר הוסיף וטען כי אין זה ראוי לנקוט בצעד מנהלי מן הסוג האמור, בעוד משפטו של שרבאטי מתנהל וטרם הגיע לסיומו. גם לעניין זה ההלכה ברורה, לאמור, לשונה של תקנה 119 אינה מתנה את השימוש באמצעים שהיא מעמידה לרשות המפקד הצבאי בהרשעתו של אדם."

כן ראו הדברים שנאמרו בסוגייה זו בעניין נזאל, כדלקמן:

"יתר על כן: הכוח להשתמש בסמכות האמורה איננו מותנה בהרשעת אדם כלשהו בביצוע עבירה; שכן, לפי לשון התקנה, די בכך כי נחה דעתו של המפקד הצבאי, שהעבירה בוצעה על-ידי תושבי אזור, עיר, כפר, שכונה או רחוב, או על-ידי מי מהם, כדי שתעמוד לו הסמכות להחרים כל בית, מבנה או קרקע, המצויים בתחומי המקום, שממנו בא מבצע העבירה."

נפנה לכך שטענה דומה נדחתה לאחרונה גם בעניין עוואד, כדלקמן:

"העותרים טענו כי מן הראוי להמתין לסיום משפטו של עואד, ורק אם יורשע – לשקול את הריסת ביתו. ואולם, כפי שפורט לעיל, כבר נקבע בפסיקתנו כי על-מנת להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, די בראיות מנהליות. המעידות על כך שבבית המיועד להריסה מתגורר מפגע (ראו: פרשת נזאל, עמ' 343; פרשת שרבאתי, עמ' 815).

47. כאמור לעיל, בידי המדינה ראיות מינהליות ברורות חד-משמעיות המלמדות - **ברמה של קירבה לוודאות** - כי אבו עיישה חטף ורצח ביחד עם מ קוואסמה את שלושת הנערים ביום 12.6.14.

כאמור, מאחר שמ קוואסמה ו אבו עיישה טרם נתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתם לאחר שייתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתו של ח קוואסמה אשר כאמור עדיין לא הסתיימה, לא ניתן לפרט במסגרת תגובה גלויה זו מעבר לאמור לעיל.

מכל מקום, ככל שימצא זאת בית המשפט הנכבד לנכון, ניתן יהיה להציג בפניו את המידע הקיים בנוגע למתווה הפיגוע ולמעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע.

48. שלא בשולי הדברים נוסיף, שאין כל מניעה ש אבו עיישה יסגיר עצמו לידי כוחות הביטחון וימסור את גירסתו שלו לאירועים, אולם מובן, כי העובדה שהני"ל מתחמק מאימת הדין אינה יכולה למנוע הפעלת הסמכות לפי תקנה 119- כלפי הדירה בה התגורר.

לטענות אודות הפגיעה הראשונה בדירה

49. העותרים מעלים טענות בנוגע לפגיעה בדירה במהלך הפעילות המבצעית לאיתור המחבל, ובכלל זה שאין מקום להוסיף פגיעה נוספת לפגיעה שכבר נגרמה להם.

50. נבקש להפנות למענה שניתן בעניין זה, אשר צוטט גם לעיל, בתשובה להשגה מיום 28.7.14 (ראו נספח ה' לעתירה), כדלקמן:

25. יצוין, כי במהלך החיפושים הנרחבים אחר המפגע, התבצע חיפוש במבנה. במסגרת החיפוש, ומכוח הצו בדבר הוראות ביטחון ונוסח משולב (יהודה והשומרון) (מס' 1651). התשי"ע-2009, התבצעה פריצה מבצעית של קיר בדירת המפגע, בקומה השנייה של המבנה, אשר לגביו הועלה חשד, כי מדובר ב"קיר כפול" המשמש למסתור המפגע. זאת, על רקע מידע שהיה מצוי בידי כוחות הביטחון, לפיו קיים סיכוי גבוה, כי המפגע חמוש ומסוכן. [ההדגשה במקור – הח"מ].

26. מאידך, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מתייחסת לכל החלק במבנה שבו התגוררו המפגע ומשפחתו הגרעינית. זאת, נוכח העובדה כי תכלית הפעלת סמכות זו הינה ליצור הרתעה, תוך מניעת אפשרות המגורים בכל החלק במבנה שבו מתגוררים המפגע ומשפחתו הגרעינית.

27. נוכח השוני בין תכלית פעולת החיפוש לתכלית פעולת ההריסה מכוח תקנה 119, אין בחיפוש שבוצע כדי לאיין את סמכותו של המפקד הצבאי לפעול מכוח תקנה 119 ולהורות על הריסת חלק המבנה בו התגורר המפגע.

לטענה כי האמצעי שבחר המפקד הצבאי אינו מידתי

51. העותרים טוענים כי ההחלטה על הריסת דירת המחבל אינה מידתית.

העותרים טוענים, כי לא הוכח כי הריסת בתי מפגעים אכן מרתיעה מחבלים אחרים מלבצע את זממם, וכי לא קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט לבין התכלית המבוקשת. לעניין זה מפנים העותרים, בין היתר, למצגת שהכין בשעתו צוות חשיבה בראשות האלוף אודי שני, שבעקבותיה החליט חרמטכ"ל בשנת 2005, נכון לאותה העת, להשעות את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

העותרים מוסיפים וטוענים, כי ההחלטה לשוב ולהפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 נגועה בשיקולים זרים שמקורם בחטיפת-שלושת הנערים, וכי חשש זה גובר בשל הפגיעה שכבר אירעה בדירת המחבל.

52. ראשית, המשיב יטען, כי דין הטענה כי נשקלו על-ידו שיקולים זרים להידחות מכל וכל. המשיב יבקש להדגיש, כי השיקול שנשקל על-ידו בהחלטתו לעשות שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 ביחס לדירת המחבל הוא השיקול ההרתעתי, קרי, הצורך להרתיע מפגעים נוספים מביצוע פעולות טרור, וזאת בשים לב להתדרדרות במצב הביטחוני, ששיאה בפיגוע החטיפה והרצח של הנערים.

נציין, כי טענה דומה כבר נדחתה לאחרונה בפסק הדין בעניין עואודה, כדלקמן (סעיף 24 לפסק הדין):

"טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד. כתב האישום כנגד עואד הוגש כאמור לפני זמן קצר, ביום 22.6.2014. כזכור, הדיון לפנינו התקיים עוד בטרם נודע כי הנערים החטופים נרצחו."

53. המשיב יטען, כי החלטתו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 ולהרוס את דירתו של המחבל הינה מידתית לחלוטין, בנסיבות העניין, וזאת בשים לב לכך שהוחלט להרוס רק את הדירה שבה התגורר המחבל ולא את כל המבנה שבו מצויה הדירה.

54. המשיב יטען, כי המקרה דנן הינו מקרה קיצוני, שבהתאם להחלטת הרמטכ"ל משנת 2005 עצמה, ניתן להפעיל ביחס אליו את הסמכות לפי תקנה 119. המשיב יטען, כי הצורך החיוני בהרתעת מפגעים פוטנציאליים באמצעות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מתחזק מאוד בעניינו של המחבל דכאן, בשים לב לצורך בהרתעת מחבלים מסוכנים אחרים מביצוע פיגועים קשים, ובעיקר הרתעה מביצוע פיגועי חטיפה ורצח.

55. מעבר לכך, המשיב יוסיף ויטען, כי ההחמרה במצב הביטחוני באזור, שבאה לשיאה בחטיפת שלושת הנערים, מהווה שינוי נסיבות מובהק, המצדיק לשנות לעת הזו את המדיניות העקרונית עליה הוחלט בשנת 2005, בדיוק כפי שההחמרה שחלה במצב הביטחוני בירושלים בשנים 2008-2009 היוותה שינוי נסיבות מהותי, שהביא את אלוף פיקוד העורף דאז להפעיל באותה העת את הסמכות לפי תקנה 119 כלפי בתים שבהם התגוררו מפגעים תושבי מזרח-ירושלים.

56. נבקש להפנות לכך, שטענות דומות בדבר העדר אפקטיביות לכאורה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, ולעניין האפשרות לעשות שימוש בתקנה 119 כאשר חל שינוי נסיבות מאז החלטת הרמטכ"ל בשנת 2005, כבר נדונו ונדחו בסעיפים 8-11 לפסק הדין בעניין אבו דהים, שניתן מפי כבי השופטת (כתוארה אז) נאור, כדלקמן:

8. בפסיקה שקדמה לשינוי המדיניות בשנת 2005 נדונה לא אתה השאלה מה יעילותה של ההריסה או האטימה של בית שמחבל התגורר בו, לעניין זה נפסק כי זהו עניין להערכתם של גורמי הביטחון, וכי אין לבית המשפט יסוד לפקפק בהערכתם של גורמי הביטחון כי אמצעי זה מועיל (ראו עניין סעאדה לעיל, בעמ' 292 - 293). לא אחת צוטטו בפסיקה דברי השופט א' גולדברג בעניין ג'נימת לפיהם לא נערך ולא יכול להיערך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימת בתים והריסתם, אך די בכך כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא תהיה התערבות בשיקול דעתו של המפקד הצבאי (בג"צ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997), לעניין תקנה 119 כאמצעי הרתעה, ראו עוד: בג"צ 798/89 שוקרי נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 10.1.1990); בג"צ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נז(6) 569 (2003); בג"צ 8575/03 עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(1) 210 (2003); עניין נזאל לעיל, בפסקה 11; בג"צ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810 (2003) ועוד). משך שנים רבות הכיר בית המשפט בכך שהשימוש בתקנה האמורה גועד להרתייע, להרתייע ולא להעניש או לנקום. בית המשפט אף נמנע בעבר מלחלוק על הערכתם של גורמי הביטחון בעניין האפקטיביות של ההרתעה.

9. וכאן מגיעים אנו לטענתם המרכזית של העותרים: העותרים מפנים, כאמור, את תשומת הלב לכך שבשנת 2005 שונתה מדיניותו של המשיב בעקבות דיונים שהתקיימו ב-בג"צ 7733/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 20.6.2005) (להלן: עניין נאסר). לדברי העותרים שינוי המדיניות היה בכך שהמשיב החליט לחזור בו מכוונתו לעשות שימוש בתקנה 119. בא כוח העותרים מציין כי במסגרת הדיון בעתירה הנזכרת התקיים ביום 13.12.2004 דיון בפני הנשיא ברק, השופט מ' חשין והשופטת חיות. בתום הדיון נדחה ההמשך ב-90 יום. כפי שעולה מההחלטה – מטרת הדחייה היתה לאפשר לצדדים לשקול הצעה לפיה ייהרס או יאטם חדר אחד בקומה ב'. לאחר הדיון בעתירה הוקם צוות חשיבה בראשות האלוף שני. במצגת שערך צוות החשיבה, אותה קיבל ב"כ העותר במסגרת העתירה הקודמת, צוין כי פעולת ההריסה איננה לגיטימית עוד והיא "על סף החוק וזאת אף על פי שהכל חוקי במבחן החוק הבינלאומי, במבחן הקהילה הבינלאומית, במבחן הדמוקרטיה, במבחן הדימוי העצמי ובמבחן הכמויות". לסיכום צוין במצגת כי "צה"ל, במדינה יהודית דמוקרטית, איננו יכול להלך על סף החוקיות, ועל אחת כמה וכמה על סף הלגיטימיות!!!". העותרים טוענים כי בעקבות המצגת האמורה-שונתה המדיניות: שר הביטחון-אימץ את המלצות הצוות ומאז ועד היום פסק השימוש בתקנה 119 למרות שהיו מאז פיגועים רצחניים. העותרים טוענים לפנינו כי ממציא צוות החשיבה תקפים גם היום, שלוש שנים לאחר הפסקת השימוש בתקנה 119, וכי אין הצדקה לשינוי המדיניות וחזרה לשימוש בתקנה האמורה. דומה שטענה זו בדבר חזרה למדיניות הקודמת שנהגה לפני 2005 היא הטענה היחידה בעתירה שלפנינו שלגביה אין הכרעה בפסיקת בית משפט זה.

10. בתגובת המשיב מצוין לעניין זה כי מתוך המצגת של צוות החשיבה בראשות האלוף שני עצמה עולה כי צוין על ידי צוות החשיבה כי הפעלת הסמכות הוכחה, לדעת כל גורמי הביטחון, כגורם נוסף בהרתעת מחבלים. עוד מפנים הם לכך כי בדרכי הפעולה המומלצות על ידי הצוות מומלץ, אומנם, כי ככלל יהא צמצום בפגיעה בבתיים או בהריסתם עד כדי הפסקה, אך זאת תוך שימור האפשרות לשימוש בכך למצבי קיצון. בפברואר 2005, לאחר דיון במצגת האמורה, החליט הרמטכ"ל להשעות נכון לאותה העת את השימוש בתקנה האמורה, אך קבע גם שיהיה מקום לבחון את ההחלטה במקרים קיצוניים כפי שהמליץ צוות החשיבה. בעקבות החלטה הרמטכ"ל הודיעה המדינה על דבר ההחלטה להשעות את השימוש בסמכות לפי התקנה האמורה, במסגרת עתירות שונות שהיו תלויות ועומדות בבית משפט זה, אך הובהר בהבר היטב כי אין המדובר בהחלטה שאין ממנה חזרה, וכי קיימת אפשרות בנסיבות מתאימות לעשות שימוש גם בעתיד בסמכות האמורה. המדינה מפנה לעניין זה לכמה פסקי דין שניתנו בעתירות שהיו תלויות ועומדות באותה עת. כך בעניין נאסר שהוזכר על ידי בא כוח העותרים צוין מפורשות כי אם יוחלט על שינוי המדיניות (דהיינו על חזרה לשימוש בסמכות האמורה) יתאפשר לעותר שם שימוע (וראו גם: בג"צ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (טרם פורסם, 13.7.2005); בג"צ 295/04 סעד נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם, 7.4.2005); בג"צ 294/04 חגאזי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 4.5.2005) שבכולם ניתנו הודעות דומות). לאור הודעות המדינה סירב בית המשפט לקיים דיון בעתירות הנזכרות שהפכו תיאורטיות.

הנה כי כן, האפשרות של שינוי מחדש של המדיניות היתה קיימת עוד במועדים בהם נמתקו העתירות השונות. זאת ועוד, המשיב טוען כי על פני הדברים ברור כי מדובר בענייננו במקרה קיצוני בחומרתו, אשר גם לפי המדיניות שקבע הרמטכ"ל בתחילת שנת 2005 בהתאם להמלצת צוות החשיבה, ניתן יהיה לשקול לגביו עשיית שימוש בסמכות לפי תקנה 119. על כן, כך טוען המשיב, די בכך בלבד כדי להביא לדחיית טענת העותרים בנושא שינוי המדיניות. עם זאת, כך מבהיר המשיב, בכוונתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 גם כלפי בתים בהם התגוררו מפגעים נוספים

תושבי מזרח ירושלים וכי לאור השינוי בנסיבות מאז התקבלה ההחלטה בשנת 2005 אין מניעה לשנות את המדיניות שוב ולאפשר שימוש בתקנה האמורה. העיקרון הכללי הוא, כך טוען המשיב, שעם שינוי נסיבות ניתן לשנות את המדיניות (ראו למשל: ע"מ 1386/04 המועצה הארצית לתכנון ובניה נ' עמותת נאות ראש העין, ע"ר (טרם פורסם, 20.5.2008). על פי נתונים שמסר שירות הביטחון הכללי, כך מפרט המשיב, מאז שנת 2007 יש גל טרור בו מעורבים תושבים ממזרח ירושלים. גל הטרור התגבר בשנת 2008. בניגוד לעבר, מאפיין עיקרי של גל הטרור הנוכחי מלבד היקפו, הוא שתושבי מזרח ירושלים מבצעים את הפיגועים בעצמם ולא משמשים כבעבר רק סיוענים של מפגעים תושבי האזור. בידי גורמי הביטחון הצטבר מידע אודות כוונות של תושבי מזרח ירושלים לבצע פיגועים נוספים, ואף סוכלו כמה פיגועים נוספים שתוכננו להתבצע בידי תושבים ממזרח ירושלים. המשיב צירף לתגובתו סקירה של שירות הביטחון הכללי בדבר מעורבות תושבי מזרח ירושלים בפעילות טרור. סקירה זו מעודכנת ליום 22.9.2008. מסקירה זו עולה כי בשנת 2008 נעצרו 104 תושבי מזרח ירושלים בגין מעורבות בפיגועי טרור, כאשר בכל התקופה שמאז שנת 2001 ועד שנת 2007 נעצרו 374 איש. מדובר, אפוא, בעליה תלולה במספר המפגעים ממזרח העיר. בסקירה נזכרים פיגועים בולטים בשנת 2008 ובהם פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל בו נפגעו 18 אזרחים ישראלים; פיגוע הדריסה ברחוב מאפי"ו באמצעות טרקטור בו נפצע אזרח ישראלי באורח קשה ו-22 נפצעו באורח קל; פיגוע ירי בעיר העתיקה בו נהרג שוטר ושוטר נוסף נפצע; פיגוע דריסה ברחוב יפו באמצעות טרקטור בו נהרגו 3 ישראלים ונפצעו 42; פיגוע דקירה בעיר העתיקה, סמוך לשער שכם, בו נפצע אזרח ישראלי; פיגוע בסמוך למחנה הפליטים שועפאת בו נהרג שוטר מג"ב ושוטרת נפצעה באורח קשה, וכמובן - הפיגוע בישיבת מרכז הרב שבוצע על ידי בנו של העותר. עוד מציין שירות הביטחון הכללי בסקירתו כי להתמודדות עם האיום החדש נדרשת הגברה של צעדי הרתעה, כולל הריסות בתי המחבלים וחיזוק הסנקציות מול משפחות המחבלים, חיזוק הנוכחות הביטחונית הישראלית במזרח העיר, מיצוי הדין עם מבצעי עבירות פליליות של סחר באמ"ל והחזקתו והגשת כתבי אישום כנגד מי שמתכוון לבצע פיגוע. המשיב הודיע בתגובתו כי הוא מתכוון לעשות שימוש בתקנה 119 (בכפוף לשימוע), בשני מקרים נוספים של פיגועי טרקטור.

11. עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושותפים לה גם הרמטכ"ל ושר הביטחון. אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות. לגבי מפגעים תושבי מזרח ירושלים הראה המשיב בנתונים קונקרטיים, שעל עיקרם עמדנו לעיל, כי אכן קיים שינוי נסיבות. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון.

כן ראו לעניין זה סעיף 5 בפסק דינו של כב' השופט לוי בעניין דוויאת, כדלקמן:

"הנטל הראשוני להראות כי פעולה שלטונית היא מידתית, לרוב ראוי שיוטל על הרשות המנהלית. משעמדה בו, יוכל המשיג על פעולתה להראות כי אין ממש בדבר (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, בפסקה 18 לפסק-דין (טרם פורסם, 12.12.05); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקה 21 לפסק-דין של הנשיא א' ברק (טרם פורסם, 11.5.06)). בסוגיית הריסתם של בתי מחבלים, נפסק בעבר ושב ונפסק גם לאחרונה, עלה בידיהם של גורמי הביטחון להניח בסיס למידתיותם של הצעדים הננקטים. הונח יותר מיסוד למסקנה כי להריסה ממד הרתעתי (בג"ץ 6996/02 זעירוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407, 410 (2002); בג"ץ 8262/03 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 569, 574 (2003); כי נושאת היא משקל ייחודי בין מגוון האמצעים הננקטים (בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 814, 810 (2003)); וכי נוכח תרומתה לערך החשוב מכל – הצלת חיי אדם, היא צולחת גם את מאזן התועלת הכללי (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (טרם פורסם, 5.1.09)). וכך כתב השופט א' רובינשטיין:

"אטימה או הריסת בתייהם של מחבלים אינה דבר שיש בו חדוה, חדוות עונש או חדוות נקם, הגם שתחושות אדם הגון באשר הוא מתקוממות בכל נים ונים בשעה שפלוני נוטל חיי הזולת החף מכל פשע מתוך משטמה עיוורת. אילו מונעת היתה ההריסה אך מתחושות קשות, קשות משאול – לא היה הדבר מתקבל במדינת חוק מתוקנת. אך המדובר, וזהו הדגש, בשאלת התועלת במבט צופה פני עתיד" (שם, בפסקה הראשונה לפסק-דין).

כך גם נקבע לאחרונה בעניין עואודה, כדלקמן,

20. עוד יצוין כי שאלת יעילותה של ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכת גורמי הביטחון (ראו: בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 490, 488 (2002) (להלן: פרשת בחר); פרשת סעאדה, עמודים 292-293; פרשת שרבאתי, עמוד 814; פרשת אבו דהים, פסקה 8 לפסק דיני; פרשת מוגרבי, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ח' מלצר). ...

24. בעיקרון מותר לרשות לשנות את מדיניותה, גם אם המדיניות נהגה משך תקופה של קרוב לעשור, ובפרט מותר לה לעשות כן עקב שינוי נסיבות. כפי שצוין בפסק הדין בפרשת אבו דהים, כבר במועד קבלת ההחלטה על השעיית השימוש בסמכות מכוח תקנה 119, הבהירה המדינה כי קיימת אפשרות בנסיבות מתאימות לעשות שימוש גם בעתיד בסמכות האמורה (ראו גם: פרשת דוויאת; פרשת מוגרבי). בהתאם לכך, כאמור לעיל, בשנים 2008-2009 היא הפעילה סמכות זו במזרח ירושלים, כאשר התעצמות אירועי הטרור באזור הצדיקה לעשות כן. עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: ...). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. ... [ההדגשות הוספו – הח"מ].

57. העותרים טוענים כי הריסת דירת המחבל גם אינה בגדר "האמצעי שפגיעתו פחותה".

לעניין זה נשיב, כי לדעת המשיב אין אמצעי אחר ששיג את התכלית ההרתעתית החיונית באותה המידה כמו הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ביחס לדירת מגוריו של המחבל.

יודגש, כי לדעת המשיב, שיקול ההרתעה מחייב את הריסת דירתו של אבו עיישה, וכי נקיטה באמצעי פחות, כגון אטימה, לא תשיג את מידת ההרתעה החיונית הנדרשת במקרה דנן מפני ביצוע פיגועים חמורים, דוגמת הפיגוע שביצע מחבל זה.

בנוסף יודגש, כי הצו לפי תקנה 119 אינו מורה רק על הריסת הדירה אלא גם על החרמתה. המשיב יטען, כי העובדה שהדירה כבר נפגעה בעת שנערך בה חיפוש של המחבל אינה מספקת את רמת ההרתעה החיונית הנדרשת, וכי ההרתעה תושג רק באמצעות הריסה של הדירה ומניעת אפשרות השימוש בה בעתיד, באמצעות "החרמתה והשלמת הריסתה".

לטענת ההפליה מול מפגעים יהודים

58. העותרים טוענים כי ההריסה אינה מידתית גם מכיוון שהסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת כלפי מפגעים יהודים.

59. בית המשפט הנכבד כבר נדרש לטענות דומות בעבר, ומצא לדחותן. לעניין זה נפנה לדבריו של כבי' השופט לוי בבג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.12.03), כדלקמן:

"באותה דרך אני מציע לנהוג גם בטענתם האחרת של העותרים בדבר אפליה בין מפגעים פלסטינים למפגעים יהודיים בכל הנוגע לאטימה או הריסה של בתים. כאמור, מטרתם של אמצעים אלה היא הרתעתית ולא עונשית. התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה. מכאן, שלצורך הרתעתו של ציבור זה לא נדרש לנקוט בסנקציות מן הסוג האמור, ומאידך, ולמרבית הדאבה, שונה המצב בקרב הציבור הפלסטיני. לעניין זה די להפנות למספרם הגדול של הפיגועים שבוצעו ולרבים האחרים שנמנעו, ובעיקר נכון להפנות למצהלות השמחה בעקבות מעשי הרג ביהודים, ו"ימי המשתה" עליהם מכריזים בני-משפחותיהם של אלה המוגדרים "שאהידים" לאחר שגודע למשפחות על מות בניהם. להשקפתי, יש באלה כדי להבהיר עד כמה מעודדת האוכלוסייה בשטחים המוחזקים על ידי ישראל את מעשיהם של המפגעים-המתאבדים, ומכאן גם מובן מספרם ההולך וגדל של אלה המוכנים לשמש "פצצות-חיות". במצב זה הצורך לתור אחר גורמי הרתעה לשם צמצום מעגל ההרג, הוא צורך קיומי שאין נעלה ממנו, ומכאן שלא באפליה מדובר, אלא בשימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119."

עוד ראו לעניין דחיית טענת ההפליה האמורה:

פסק הדין בעניין נזאל, שניתן בהרכב מורחב של 5 שופטים (שם, בסעיף 10 לפסק הדין).

60. נבקש לעדכן, כי האבחנה לעניין הפעלת תקנה 119 שעליה עמד בית המשפט הנכבד בציטוט לעיל מפסק הדין בבג"ץ 10467/03, נכונה לדעת גורמי הביטחון, גם כיום.

לעניין הסכנה לשאר חלקי המבנה למבנים סמוכים

61. העותרים טוענים, כי הריסת דירת המתבל תגרום לנזקים לשאר חלקי המבנה ולמבנים סמוכים. העותרים מנסים לבסס טענתם זו על חוות דעת מהנדס מטעמם, ועל נזקים שנגרמו לטענתם במהלך הריס דירת המתבל נשוא עניין עואודה.

62. כפי שהובהר לעותרים במענה שניתן להשגה, המשיב החליט כי הריסת הדירה תבוצע "בכפוף לכך שישתכנע שפעולת ההריסה לא תגרום נזק ליתר חלקי המבנה, או למבנים סמוכים".

63. נבקש לעדכן, כי במקרה דנן הכוונה היא להרוס את הקירות החיצוניים של דירת המתבל עמאר אבו עיישה, המצויים בין עמודי התמך של הדירה. וזאת, מבלי לפגוע בגג ועמודי התמך של הדירה.

בנסיבות אלה, הן חוות הדעת של המהנדס שצורפה לעתירה, הן הטענות לנזקים שנגרמו למבנה בו היתה מצויה דירת המתבל שעניינו נדון בעניין עואודה - אינן רלוונטיות במקרה דנן להוצאתה לפועל של ההחלטה בדבר התרמה והריסה של הדירה נשוא העתירה.

64. בשולי הדברים יצויין, כי ברישא העתירה התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי על המפקד הצבאי להתחייב ליתן פיצוי בגין הנזקים שייגרמו עקב ההריסה.

לעמדת המדינה ובהמשך לאמור בסעיף הקודם, בשלב זה בקשה מעין זו היא תיאורטית ומקומה להיבחן בעתיד, ככל שיידרש, בבית המשפט בעל הסמכות העניינית הרלוונטית בהתאם לנסיבות המקרה.

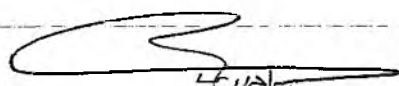
יודגש, כי אין באמור לעיל כדי להוות הסכמה כלשהי לבקשת העותרים למתן פיצויים בגין נזקים שייגרמו עקב ההריסה, וכי ככל שיוגש בעתיד הליך מעין זה לבית המשפט המוסמך - המדינה שומרת לעצמה את כל טענותיה וזכויותיה באותו הליך.

לסיכום

65. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.
66. בשים לב להחמרה במצב הביטחוני, ובכלל זה הפיגוע החמור עד מאד נשוא עתירה זו; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתו של המחבל אכן תתרום בצורה משמעותית להרתעת מפגעים נוספים - המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה מבלי שיינתן בה צו על-תנאי, ולהכריע בה בהקדם האפשרי.
67. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אלוף ניצן אלון, מפקד פיקוד המרכז בצה"ל, ומפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון.

היום, ט' באב תשע"ד

5 באוגוסט 2014



אבינעם סגל-אלעד, עו"ד
סגן בכיר בפרקליטות המדינה



ענר הלמן, עו"ד
סגן מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה