

1. חליל
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

על ידי ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל
מרח' צ'אלה א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194
טלפון: 02-6250458; פקס: 02-6221148

העותרים

נ ג ד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובה מטעם המשיב

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ע' ברון) מיום 4.2.16, ולקראת הדיון בעתירה הקבוע ליום 10.2.16, מתכבד המשיב להגיש תגובתו המקדמית לעתירה, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה דנן בצו התרמה והריסה (להלן – "הצו") שהוצא ביחס למבנה מגורים חד-קומתי בו התגורר חליל (להלן: "המחבל" או "חלילי") הנמצא בכפר דורא שבנפת חברון. יצוין כבר עתה, כי מבנה זה מצוי בבעלותו של המחבל.
2. הצו הוצא על-ידי המשיב (להלן גם "המפקד הצבאי"), בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" ו"תקנות ההגנה"), לאחר שחליל, אשר כאמור התגורר במבנה המיועד להתרמה ולהריסה, ביצע, ביום 19.11.15 פיגוע דקירה רצחני בבניין "פנורמה" שבדרום תל אביב. בפיגוע רצחני זה רצח המחבל בדקירות סכין שני אזרחים ישראלים, אהרן יסייב וראובן אבירם ז"ל, וכן פצע אזרח נוסף, באורח בינוני.
3. במסגרת העתירה דנן, מבקשים העותרים, אשתו של המחבל וארגון "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר", מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם:

"מדוע החליט לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ולהחרים ולהרוס את ביתו של ראאד חליל המואשם ברצח ובניסיון לרצח בבית המשפט המחוז בתל-אביב-יפו".

כמו-כן, ביקשו העותרים במסגרת הסעד השני המבוקש בעתירה כי בית המשפט הנכבד יחייב את המשיב "להעביר ללא כל דיחוי העתק מזכרונות הדברים של חקירת ראאד חליל בפני חוקרי שרות הבטחון הכללי".

4. בגדרה של עתירה זו התבקש אף סעד ביניים שיורה "למשיב, או למי מטעמו שבל יפגע בבית עותרת מספר 1 עד למתן פסק דין בעתירה זו".

5. ביום 4.2.16 ניתנה החלטתו של בית משפט נכבד זה (כב' השופטת ע' ברון), לפיה המבנה מושא העתירה לא יוחרם ולא יהרס עד להחלטה אחרת.

6. המשיב יטען, כי דין העתירה, וכן הבקשה למתן צו ביניים, להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

7. החל מתחילת שנת 2013 ועד ימים אלו, כמשתקף מנתונים שנאספו ושיפורטו להלן, ניכרת מגמה מתמשכת (ביחס לשנים שקדמו לה) של החמרה במצב הביטחוני ועליה מתמדת בפעילות טרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, וזאת הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה והשומרון (להלן: "איו"ש" או "האזור").

הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי ובמספר פיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים כתוצאה מפעילות הטרור, כאשר עלייה משמעותית נוספת ניכרת החל מחודש מרץ 2014 **בעיקר בפיגועים שביצעו במתוויים חמורים, בהם נרצחו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים**. עיקר פעילות הטרור היתה, ומוסיפה להיות, מובלט בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמם. העלייה התלולה בפיגועי הטרור, בהיקפם ובחומרתם – במהלך השנתיים האחרונות ובפרט בחודשים האחרונים - משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת באיו"ש ובירושלים, כמו גם בישובים נוספים בתחומי מדינת ישראל.

על רקע הנסיבות הביטחוניות החמורות לעת הזאת, יטען המשיב, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה שבו התגורר **המחבל** שביצע את הפיגוע הרצחני בו עסקינן, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.

8. כפי שיובהר להלן, הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחתו במסגרת שורה ארוכה של פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד, לרבות מן העת האחרונה. יפים בהקשר זה דבריו של כב' השופט י' עמית בפסקה 6 לבג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (פורסם בנבו, 22.12.15) (להלן: "עניין אבו ג'מל ועליאן"):

"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 [...] הנושאים והטענות שהועלו על ידי העותרים נדונו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה, במסגרתם נדונו גם הטענות הנוגעות להרתעה, ואין טעם לחזור על הדברים".

9. נפנה ראשית לפסקי הדין שניתנו לאחרונה. ביום 22.12.15 ניתן פסק הדין בשלוש עתירות אשר נידונו יחד (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15), במסגרתו נדחו בדעת רוב שלוש העתירות, אשר העלו טענות דומות לאלו המועלות בעתירה זו (ואולם, ראו גם פסק דינו בדעת מיעוט של כב' השופט מ' מזוז).

כמו כן, ביום 28.12.15 ניתן פסק דין נוסף בשתי עתירות (בג"ץ 8567/15 ובג"ץ 8782/15), אשר דחה אף הוא טענות זהות למדי ואישר נקיטה בסנקציה לפי תקנה 119.

נפנה בהקשר זה לשני פסקי דין נוספים: האחד, מיום 1.12.2015, במסגרת בג"ץ 7220/15 **דועאא עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל (להלן – בג"ץ עליוה)**, בו נדחתה בדעת רוב העתירה, אשר העלתה אף היא טענות דומות (ואולם ראו גם פסק דינו של כבוד השופט מ' מזוז בדעת מיעוט); והשני - בג"ץ 6745/15 **אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי** בו התקבלה העתירה בדעת הרוב, בשל מועד הוצאת הצו במקרה הפרטני שם, וזאת נגד דעתו החולקת של כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. עוד יוער כי לאחרונה ממש, בתחילת חודש נובמבר 2015, ניתן פסק דין של בית המשפט הנכבד הדוחה עתירות דומות בסוגיה מושא ענייננו בבג"ץ 7040/15 **חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 15.11.15; להלן: **"עניין חמאד"**).

10. נוסף לכך כי בשנה האחרונה, ניתנו פסקי-דין של בית המשפט הנכבד הדוחים אף הם עתירות בסוגיה מושא ענייננו, שהוגשו כנגד החלטות על הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה (לעניין החרמה, והריסה או אטימה של מבנים). המדובר בעתירות שדנו הן בעניינם של מחבלים תושבי מזרח ירושלים, והן בעתירות שדנו בעניינם של מחבלים תושבי אי"ש. ראו בהקשר זה: בג"ץ 4747/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 7.7.15); בג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14 **אבו ג'מל נ' פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 31.12.14; להלן: **"עניין אבו ג'מל"**); בג"ץ 8025/14 **עכארי נ' פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 31.12.14; להלן: **"עניין עכארי"**); בג"ץ 7823/14 **ג'עביס נ' פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 31.12.14; להלן: **"עניין ג'עביס"**); בג"ץ 5290/14 **קואסמה נ' המפקד הצבאי** (פורסם באר"ש, 11.8.14; להלן: **"עניין קואסמה"**); בג"ץ 4597/14 **עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (פורסם באר"ש, 1.7.14; להלן: **"עניין עואודה"**); בג"ץ 8024/14 **חג'אזי נ' פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, ניתן ביום 15.6.15, תוך מחיקת העתירה, ומתן אישור לאטימת חדרו של המחבל); בג"ץ 5839/15 **סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 15.10.15; להלן: **"עניין סידר"**).

במסגרת העתירות דלעיל, כאמור, חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, תוך שלא נעתר לאותן העתירות.

11. יתר על כן; ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון** (להלן: "**עניין המוקד להגנת הפרט**"), שבמסגרתו שבו ונותחו השאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיית השימוש בתקנה 119, שהן הסוגיות המועלות אף בעתירה שלפנינו. הטענות שם נדחו בפסק דין מנומק ומפורט, תוך שנקבע כי אין מקום לשנות מפסיקתו ארוכת השנים והעקבית של בית המשפט הנכבד ביחס להפעלת התקנה.

עוד יצוין, כי בעניין המוקד להגנת הפרט הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין, אשר נדחתה בהחלטתה של כב' הנשיאה מ' נאור מיום 12.11.2015 (דנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון**).

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

12. אשר לטענות העותרים לעניין קבלת העתקים מזכרונות הדברים אשר נרשמו במהלך חקירת המחבל, המשיב יעדכן כי כלל המסמכים הרלוונטיים הועברו לידי ב"כ העותרים במכתב מיום 8.2.16.

צילום המכתב, מיום 8.2.16, ועמו העתקי זכרונות הדברים מצורף ומסומן מש/1.

13. בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בסמוך לביצוע הפיגוע מושא עתירות אלו ועד לימים אלו ממש; מכיוון שיש חשיבות עליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, אכן חיונית במקרה דנן להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים, יבקש המשיב מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות אלה בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

14. העותרת 1 היא אשתו של המחבל חליל, אשר גרה עם המחבל וילדיהם במבנה מושא צו ההתרמה וההריסה.

תיאור הפיגוע

15. ביום 19.11.15 ביצע המחבל פיגוע דקירה רצחני בבנין "פנורמה" שבדרום תל אביב, במסגרתו נרצחו שני אזרחים ישראלים, אהרן יסייב וראובן אבירם ז"ל, וכן נפצע אזרח נוסף באורח בינוני.

16. מהראיות המינהליות אשר בידי המשיב עולה כי מדובר באירוע חבלני-רצחני, אשר בוצע במטרה לפגוע באזרחים יהודים חפים מפשע ממניעים לאומניים. הממצאים בזירה והעדויות שנאספו משקפים תמונה קשה ביותר של פיגוע קשה ומחריד, אשר לולא עירנות עוברי האורח אשר שהו במקום במהלך האירוע, עלול היה להסתיים בתוצאות מחרידות אפילו יותר.

17. כך, על פי הודאתו של חליל, ביום הפיגוע גמר בדעתו לבצע פיגוע דקירה ולרצוח יהודים, וזאת בכדי למות "מות קדושים".

בהתאם להחלטה זו, בצהרי יום הפיגוע, נכנס חליל למסעדה בקומה הראשונה בבנין "פנורמה", בה עובדים אחיו ובן דודו, וגנב ממטבח המסעדה סכין באורך של כ-30 ס"מ. לאחר השגת הסכין, עלה המתבל לקומה השניה בבנין "הפנורמה" והחל את מסע הקטל, המפורט בהרחבה בכתב האישום שהוגש נגד חליל. יצוין כי בחקירותיו הודה חליל כי דקר את קורבנותיו בפלג גופם העליון בכוונת מכוון על מנת לגרום לפציעה משמעותית ולמוות.

18. ביום 13.12.15 הוגש כתב אישום נגד המתבל, במסגרתו הואשם בחמש עבירות: 2 עבירות של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") ו-3 עבירות של ניסיון לרצח לפי סעיף 305 לחוק העונשין.

צילום כתב האישום בתפ"ח 23881-12-15 (מחוזי ת"א), מצורף לעתירה כנספח ע/2.

ההשתלשלות ההליכים עובר להגשת העתירה

19. בשל חומרת הפיגוע, ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועי טרור נוספים, החליט המשיב, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני ועל דעת פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הדירה בה התגורר המתבל.

20. בליל יום 20.1.16 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה חד-הקומתי בו התגורר המתבל.

צילום ההודעה בדבר כוונה שניתנה בליל יום 20.1.16 מצורף ומסומן מש/2.

21. ביום 24.1.16 הגישו העותרים – בני משפחת חליל – השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של המתבל. בהשגה הועלו טענות בדבר ההחלטה הפרטנית בעניינם של העותרים אשר אין "אף שמץ של ראייה הקושרת את האישה והילדים לביצוע המעשים", וכן נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה.

נוכח הטענות הכלליות שהועלו במכתב ההשגה, ביקש ב"כ העותרים ממפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית "לחוס על המשפחה ולחזור בך מכוונתך לפעול לתקנה 119".

צילום מכתב ההשגה מיום 24.1.16 מצורף ומסומן מש/3.

22. ביום 1.2.16 נשלח לב"כ העותרת מכתב תשובה להשגה, במסגרתו התייחס המשיב לטענות העותרים, תוך שנמסר כי "אין בידי המפקד הצבאי לקבל את ההשגה כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את הבית בו מתגורר המפגע ראיד מחמוד גבארה חליל". בצד תשובה זו, נמסר לב"כ העותרים, צו החרמה והריסה מתאים.

צילום מכתב התשובה להשגה מיום 1.2.16 מצורף ומסומן מש/4.

המבנה בו התגורר חליל

23. כאמור, המחבל ובני משפחתו מתגוררים במבנה חד-קומתי בכפר דורא שבנפת חברון. במבנה שני חדרי שינה, חדר שירותים ומקלחת, מטבח וסלון.

24. כפי שנמסר במענה להשגה אשר הוגשה על-ידי העותרים, הריסת המבנה תעשה באמצעות כלים הנדסיים, כך שלא צפוי להיגרם כל נזק למבנים סמוכים.

הטיעון המשפטי

25. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירותיהם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי הדין הנל - עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין עכארי; עניין חג'אזי ועניין ג'עביס שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הפעלת סמכות מכות תקנה 119 האמורה, בנסיבות מסוימות, היא צעד חוקי, שניתן לנוקטו, הנסמך על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי יש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים (ורי גם פסקי הדין בבג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.09; להלן: "עניין דוויאת"); בבג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: "עניין אבו דהים"); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: "עניין מוגרבי").

כמו-כן, בפסק הדין העקרוני שניתן ביום 31.12.2014 בעניין המוקד להגנת הפרט, נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות. כאמור לעיל, עתירה בבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה ביום 12.11.2015 בהחלטתה של כבוד הנשיאה נאור.

עמדת המשיב תפורט להלן.

התשתית הנורמטיבית

הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

26. הסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה מוקנית למפקד הצבאי בהיותה חלק מן הדין המקומי באיו"ש. תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלי 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. ..."

27. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס או לאטום כל המבנה שבו מתגורר המחבל 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 הנסיבות עליהן עמדה הפסיקה.

על-פי ההלכה הפסוקה, התכלית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית. 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 פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד.

נקודת המוצא היא, כי מחבל פוטנציאלי היודע, כי בני משפחתו עלולים להיפגע, אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתיכנן. לעיתים, ההרתעה פועלת גם כלפי בני משפחתו של מפגע, שייתכן ויודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

28. 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 (1)90 (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 פוגעים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלום של הקרובים להם עצמם."

כן ראו דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) א' 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 הנוגע 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." [ההדגשה הוספה – הח"מ].

29. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת התקנה 119, ובמיוחד כאשר פועלה של הסנקציה הוא בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה"רגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

30. הפעלת הסנקציה של הריסת בית היא פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחויב 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 שמגר בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539 (1989), כדלקמן:

"מניעת מעשי אלימות היא תנאי 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 לשדיפתם 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."

כן נקבע בפסק הדין העקרוני בעניין **המוקד להגנת הפרט**, בחוות דעתו של כב' השופט סולברג, כי:

"לדאבון הלב, איננו חיים בהשקט ובבטחה. השלום הוא משאת נפש, אך עוד חזון למועד. צה"ל, משטרה ושאר כוחות הבטחון נאלצים להתמודד עם רשע, טרור רצחני, שאינו מקדש את החיים, אלא סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמם יהודים שאולה. לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדין החל [...] [לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים הלו תמורות חשובות... עם כל הזהירות המתהייבת ומקדמי הבטחון, ברי כי לשעת סכנה ומלחמה נועדו דינים מיוחדים, ובחסותם אין מניעה מוחלטת מפני פגיעה סביבתית. שעת מלחמה היא אתגר מוסרי. הכלים המשמשים את הלוחמים בשדה הקרב, ונחוצים להצלחה במשימותיהם, הם כלי קטל והרס, אשר ברגיל סותרים את ערכי המוסר ואת זכויות האדם... לעת מלחמה נועדו מצוות מיוחדות על מגת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים" [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

31. 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 בדרך של הפעלת התקנה בתדירות רבה יותר, מתוך מגמה להרתיע ולגדוע את נגע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

32. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה, על שורה של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הצעד הננקט; 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.

33. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת חומרת מעשיו של המפגע; 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 ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין **בעניין נזאל**).

34. לפני כעשר שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות אלוף אודי שני, במסגרת עבודה שנקראה: "חשיבה מחודשת לעניין הריסות בתים", על צמצום השימוש בתקנה 119 כשיטה, עד כדי הפסקה, תוך שימור האמצעי האמור במקרה של שינוי נסיבות קיצוני.

ואכן, בעקבות גידול משמעותי במעורבות של תושבי מזרח-ירושלים בטרור בין השנים 2008-2009, הוציא מפקד פיקוד העורף שלושה צווים מתוקף סמכותו לפי תקנה 119, שכוונו נגד בתיהם של המפגע בישיבת מרכז הרב ומפגעים בשני פיגועי דריסה בירושלים. שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה - **עניין אבו דהים, עניין דוויאת, עניין מוגרבי** - נדחו.

באיו"ש לא נעשה שימוש כלל בסמכות לפי תקנה 119 בשנים 2005 עד 2013, עד שבשנת 2014, החליט המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119, וזאת בעקבות החמרה ניכרת במצב הביטחוני, שהתבטאה בעליה במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים. כאמור לעיל, עיקר פעילות הטרור בשנתיים האחרונות היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים. עוד כאמור, העליה התלולה בפעילות הטרור בחודשים האחרונים, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

35. בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנתיים האחרונות שב המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכות המוקנית מכוח תקנה 119, הן על פי הדין בישראל הן על פי הדין באיו"ש. במסגרת זו הופעלה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתו של המחבל שרצח את נצ"מ ברוך מזרחי בערב ליל הסדר (**ענין עואודה**); כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים שחטפו ורצחו את שלושת הנערים (**עניין קוואסמה**); כלפי ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת הרכבת הקלה בגבעת התחמושת ביום 22.10.14, במסגרתו נהרגו תינוקות ותיירת (הבית נהרס לאחר שהמשפחה לא הגישה עתירה לבית המשפט); כלפי ביתו של אחד המחבלים שביצע את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (עניינו נדון בבג"ץ 8066/14); כלפי המחבל אשר ביצע פיגוע דריסה באיזור שיחי ג'ראח ביום 4.8.14 בו נהרג תלמיד ישיבה (עניינו נדון בבג"ץ 7238/14 - **עניין ג'עביס**); כלפי ביתו של המחבל הנוסף שביצע את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (עניינו נדון בבג"ץ 8070/14); וכלפי ביתו של המחבל אשר ביצע את פיגוע הירי שכוון כנגד מר יהודה גליק (עניינו נדון בבג"ץ 8024/14 -

עניין חג'אזי, שם הוחלט לבסוף על אטימת חדרו של המחבל. כן נהרס ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת רכבת הקלה "שמעון הצדיק" בירושלים (עניינו נדון בבג"ץ 8025/14).

כמו-כן, בעת האחרונה מומשה הריסת בתי המחבלים אשר היו מעורבים ברצח בני הזוג הנקין, ברצח מלאכי רוזנפלד וברצח דני גונן (העתירות שנידונו **בעניין חאמד** וכן בבג"ץ 7220/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את הרב נחמיה לביא ז"ל והחייל אהרון בנט ז"ל וכן פצע את אשתו של הרב לביא ז"ל ובנס הפעוט (עניינו נדון בבג"ץ 8567/15 ובבג"ץ 8782/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את ישעיהו קרשבסקי ז"ל ופצע נוספים (עניינו נדון בבג"ץ 8150/15); וכן נהרס ביתו של אחד המחבלים אשר ביצעו את הפיגוע הרצחני בקו 78 בשכונת ארמון הנציב שבירושלים במהלכו נרצחו 3 אנשים ונפצעו נוספים (עניינם נדון בבג"ץ 8154/15 ובג"ץ 8156/15).

36. אשר לאפקטיביות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לצורך הרתעה, נבקש להפנות לפסק הדין **בעניין חמאד** (בג"ץ 7040/15) מיום 12.11.2015, בו הכריע בית המשפט בענין זה. וכך נפסק מפי כב' הנשיאה מ' נאור:

"לאחר עיון בחומר החסוי דעתי היא, כי בשים לב לכך שעד התקופה האחרונה כמות הריסת הבתים הייתה מצומצמת יחסית, **די במה שהוצג לנו כדי להביא לכלל מסקנה שאין מקום לעת הזו להתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שהחומר הובא לידיעתו). שלפיה הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים החוששים לפגיעה בבני משפחתם.** כפי שציין השופט ע' פוגלמן בעניין סידר, "[...] למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת" (שם, פסקה 3). **בהתאם לזאת. החומר שהוצג לנו הניח את דעתי. שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכוח.** לפיכך, חרף הספקות שהובעו לאחרונה בפסיקה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, לא ראיתי מקום לסטות מההלכה הפסוקה, שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה". [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

37. ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, כב' השופטת חיות, כב' השופט סולברג) בעתירה העקרונית **בעניין המוקד להגנת הפרט** (בג"ץ 8091/14). בפסק דין זה נדחתה עתירה עקרונית של ארגוני זכויות אדם אשר ביקשו כי בית המשפט הנכבד יצהיר שהשימוש בתקנה 119 אינו חוקי ונוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט הפנימי הישראלי. בפסק הדין בעתירה העקרונית נדחו טענות העותרים שם, ובכלל האמור גם הטענות כי הריסת בתים עולה כדי עונש קולקטיבי אסור, וסותרת את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי ואת כללי המשפט הפנימי הישראלי.

בפסק דינו של כבי המשנה לנשיאה רובינשטיין, נקבע, בין היתר, כי "לא מצאנו לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים"; וכן כי "תכלית תקנה 119 היא הרתעתית, לא עונשית; מטרתה ליתן בידי המפקד הצבאי כלים שיוכלו ליצור הרתעה אפקטיבית, תכלית שקשה לחלוק על חשיבותה כשלעצמה [...]". אשר לשאלה האם יהיה בהרס המבנה הקונקרטי כדי ליצור הרתעה אפקטיבית, נקבע כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מסור שיקול הדעת לקבוע אימתי האמצעי יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת מטרת ההרתעה".

כבוד השופט סולברג, בפסק דינו, קבע כי "שוכנענו כי בהתקיים אמות המידה החוקתיות והפסיקתיות, מדובר בהכרח בל יגונה. אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי"; וכן כי "החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניעה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה בקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו. הנה כי כן, ההרתעה תורמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד".

כבוד השופטת א' חיות קבעה בפסק דינה, כי "דומי כי קשה לסווג הריסת בית של מפגע כענישה קולקטיבית במובנה המקובל, גם אם מביאים בחשבון כי כתוצאה מהריסת ביתו נפגעים גם בני משפחתו המתגוררים באותו הבית...".

מו הכלל אל הפרט – הצורך הביטחוני

38. על-פי חוות דעת גורמי הביטחון וכלל הנתונים שנאספו על ידם, ניכרת, החל משנת 2013, מגמה מתמשכת של עליה בפעילות הטרור (ביחס לשנים שקדמו לה). הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות טרור. עיקר פעילות הטרור בעת האחרונה היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים.

העלייה התלולה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

39. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לימים אלו. כך, בשנת 2013 נרשמו כ- 1,403 פיגועים; בשנת 2014 נרשמו כ- 2,216 פיגועים; בשנת 2015 נרשמו כ- 2403 פיגועים; ונכון ליום 8.2.16, בחלוף כחודש וחצי בלבד, נרשמו 206 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

40. הנתונים מעידים על כך שמתחילת שנת 2014, ובמהלך שנת 2015, ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתוויים חמורים, בהם נהרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חס, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

נספח המביא דוגמאות הממחישות את ההסלמה הכרונולוגית במהלך שנת 2015 בכמות הפיגועים וחומרתם, עד למועד הגשת התגובה, מצורף ומסומן מש/5.

41. מעיון בנספח המצורף כ-מש/5 עולה באופן ברור, כי החודשים האחרונים מתאפיינים בשורה ארוכה של פיגועים, כאשר כמעט מידי יום ביומו מתרחשים פיגועים ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש.

42. לעמדת המשיב, הנתונים דלעיל, מצביעים על שינוי נסיבות משמעותי ועל הסלמה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני המחייבים נקיטת אמצעים להרתיע מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים בכלל, וכדוגמת אלו אשר בוצעו לאחרונה, בפרט.

43. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני במרחב איו"ש, נמסרו לבית המשפט הנכבד עוד במסגרת ההליכים בעניין חמאד (שנדון בחודש אוקטובר 2015 האחרון), ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין חמאד):

"כפי שנקבע בפסיקה, תכלית התקנה היא תכלית הרתעתית, ולא עונשית. תכלית זו הוכרה כתכלית ראויה (לביקורת על גישה זו ראו, למשל: דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 314, 319-327 (1993); עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31 5, 21-11 (2014)). הריסת בתים היא אמנם בגדר צעד חריף וקשה – בעיקר משום פגיעתו בבני משפחתו של המחבל אשר לעתים לא סייעו בידו ולא ידעו על תכניותיו. ואכן, "[...] מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא ענה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשונים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 3 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג). אולם, בהינתן הכוח ההרתעתי בשימוש בתקנה, לעתים אין מנוס מלעשות בה שימוש (ראו, למשל: בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)). על כן, נקבע בפסיקתו של בית המשפט זה, כי כאשר המעשים המיוחסים לחשוד הם חמורים במיוחד, ייתכן שיהיה בכך די כדי להצדיק שימוש בסנקציה החריגה של הריסת ביתו, וזאת מתוך שיקולי הרתעה (ראו: בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה ט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: עניין אבו ג'מל); בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003) (להלן: עניין שרבאתי)). כאלה הם כל המקרים מושא הצווים שלפנינו, אשר עניינם בפיגועים אכזריים, שבהם נרצחו אזרחים ישראלים בדם קר. כל זאת, על רקע המציאות הביטחונית הקשה. בה מדי יום מתבצעים לצערנו פיגועים וניסיונות פיגועים המכוונים נגד אזרחי ותושבי ישראל." [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

44. זאת ועוד, בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, נקבע על ידי כבוד השופטת א' חיות כי:

"גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח תכופים של אזרחים תמימים. עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת. סימו אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצורך הפעלה מחדש של אמצעי זה. אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה."

הנה כי כן, המשיב יטען כי על רקע גל הפיגועים הרצחניים שאירעו לאחרונה, יש צורך ממשי בנקיטת פעולות הרתעה על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים.

45. לאור כל האמור, הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון - לה שותפים גם ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל - היא כי חיוני כיום ליצור הרתעה מקסימאלית מפני ביצוע פיגועים נוספים.

המשיב יוסיף ויטען, כי ההחלטה על הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 נגד מבנה מגוריו של המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת מסע הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצחו בדם קר בדקירות שני אזרחים ישראלים ונפצע אזרח נוסף. עמדת המשיב היא שחיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה בעתיד.

46. בית המשפט הנכבד כבר נדרש בעבר לצורך שרואים האחראים על ביטחון המדינה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בתקופה בה מתרבים פיגועי הטרור - כאשר קיים צורך מוגבר בהרתעתם של מפגעים נוספים וזאת על מנת להפסיק את גל הטרור הגואה. נבקש להפנות בהקשר זה לדבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) טאור בעניין אבו דהים, המחבל (תושב מזרח ירושלים) שביצע את פיגוע הרצח בישיבת מרכז הרב, כדלקמן:

"הנה כי כן, האפשרות של שינוי מחדש של המדיניות היתה קיימת עוד במועדים בהם נמחקו העתירות השונות. זאת ועוד, המשיב טוען כי על פני הדברים ברור כי מדובר בעניינינו 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."

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. 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 שציינו 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. [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

זאת ועוד. לעניין זה, נפנה אף לדבריו של כבוד השופט נ' סולברג בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כדלקמן:

"הלכה למעשה, לעת הזאת נוהג הפיקוד הצבאי באופן מתון, שקול ומדוד במימוש הסמכות... בעשור האחרון, למן שנת 2005 מימש המפקד הצבאי את סמכותו הנדונה פעמים אחדות בלבד: בשנים 2008-2009, בעקבות גל טרור בבירה, מומשה הסמכות כלפי מבני-מגורים במזרח ירושלים פעמיים... בקיץ שנת 2014 מומשה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ארבעה מבנים (בית רוצחו של נצ"ם ברוך מזרחי ז"ל, והבתים שבהם התגוררו שלושת חברי החוליה שחטפו ורצחו את שלושת הנערים גיל-עד שעאר, נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל). החמרה ניכרת במצב הביטחוני חייבה זאת...מדובר אפוא בכמות מועטה, ולא ב"ענישה קולקטיבית" עסקינן".

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

47. לאור כל האמור לעיל, המשיב יטען כי אין עילה משפטית להתערב בהחלטתו לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתו של המחבל.

48. משכך, עמדת המשיב היא, כי מדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה למשיב בחקיקה ראשית; שנועדה לתכלית ראויה - קרי הרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים; ושהופעלה לעת הזו, בנסיבות של גל טרור גואה, חוזר ונשנה, בצורה מידתית וסבירה.

התייחסות לטענות העותרים

49. טענתם העיקרית של העותרים היא כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת המחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי.

50. לעניין זה נשיב, ראשית, כי בהתאם להלכה הפסוקה השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לתכלית הרתעתית, וכי אין לראות בו אך בשל כך שבני משפחת המחבל יפגעו מן הצעד האמור משום ענישה קולקטיבית, והדברים הובאו לעיל באריכות, מפסיקת בית המשפט הנכבד.

שנית, על-פי ההלכה הפסוקה, מודעותם או סיועם של בני המשפחה לכוונתו של המחבל לבצע את הפיגוע שבשלו הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 אינה נדרשת ככזו, 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 דינה של כבי' 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 בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ" (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' 706-705). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) 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 משראוי 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. [ההדגשה הוספה – הח"מ"]

בנוסף, כבוד השופט נ' סולברג קבע בסעיף 4 לפסק דינו בפסק הדין העירוני בעניין המוקד להגנת הפרט כדלקמן:

"אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי...אכן, בענישה בפלילים, שלא כמו בהרתעה לפי תקנה 119, המיקוד הוא במי שהורשע בעבירה, ולא בבני משפחתו; אך כפי שצינתי בעניין קואסמה הנ"ל –

"גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית... נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, שבהם נושאים קרוביו"

לשונה של התקנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן, הרתעה מפני פיגועי התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאזשים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו באופן הזה לקדם ההרתעה מפני מעשים מזויעים מעין אלו שתוארו בעתירות הפרטניות; קרי, גם בפגיעה בבני משפחות המחבלים. ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כך המאזניים, כשמנגד, על כך המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים."

עוד ראו, דברי כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בעניין עואודה (בסעיף 22 לפסק הדין):

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

"מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו 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 זועה של מפגעים, יותר משראי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דיני)."

[ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

וכן ראו דברי כבי השופט דנציגר בעניין קואסמה (בסעיף 24 לפסק הדין):

"יוצא, כי אין בעובדה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 פוגעת בזכויותיהם של חפים מפשע כדי למנוע מן המפקד הצבאי מלהפעיל את הסמכות הנתונה לו בתקנה זו. אולם, על מנת להצדיק הפעלה של הסמכות לפי תקנה 119 על המפקד הצבאי להראות כי קיים צורך צבאי ממשי בהרתעה, כי הפעלת הסמכות אכן תיצור בפועל את ההרתעה הרצויה וכן כי הפעלת הסמכות תתבצע באופן מידתי."

ראו גם בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נא(1), 226 (1997); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002).

51. אשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, נדחתה הטענה תוך שנקבע כך :

"אין להלום את טענת המבקשים כי כל הריסה שהיא, קטנה כגדולה וללא תלות בנסיבות הקונקרטיות, עולה בהכרח כדי עונש קולקטיבי האסור כאמור מכוח סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית... כך גם לגבי האיסור על הריסת בתים המופיע כאמור בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית; איסור זה מסויג בכך שבמקרה בו הפעולה נחוצה מטעמים צבאיים, אין היא אסורה על פי הסעיף... השאלה היא כאמור שאלה של מידתיות, וכבר הובהר כאן כי אין לעשות שימוש לא מידתי בסמכותו של המפקד הצבאי, באופן אשר יעלה כדי ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי". [שם, בסעיף כ"ג לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין]

וכך נקבע בעת האחרונה בפסק הדין בעניין חמאד :

"אכן, שעה שפעולות הטרור אינן מבחינות בין חיל לאזרח ובין שעת מלחמה לעת שלום; כאשר כל אדם, בחזית ובעורף כאחד, הוא מטרה; כאשר כל פלי יוצר לנשק יצלח, כשלדאבוננו הופכים המפגעים אתיהם לחרבות ומזמרותיהם לחניתות (השוו ישעיהו נד, יז; ב, ד) – הציפייה מצד המדינה להמשיך ולדבוק בהבחנות הדיכוטומיות שייצר המשפט הבינלאומי עלולה לכבול את ידיה במלחמתה בטרור, ולסכן את בטחון אזרחיה (וראו מודריק-אבן חן, עמוד 109 ואילך).

(ב) מצב הדברים לעת הזאת, משפיע באופן ישיר על הפרשנות שיש ליתן למשפט הבינלאומי. איננו יכולים לפרש את האמנות הבינלאומיות שקיבלה על עצמה מדינת ישראל במנותק מן ההיבט הקונקרטי של המלחמה בטרור שלדאבון הלב אנו מצויים בה, ומבלי לתת את הדעת על הדילמות הערכיות הייחודיות לה מצד אחד, ועל הצרכים הבטחוניים שהיא מעוררת מצד שני." [שם, בסעיף 3 לפסק דינו של כבוד השופט נ' סולברג]

52. טענה נוספת בפי העותרים, והיא כי אין כל תועלת הרתעתית הנובעת משימוש בתקנה 119. לכך נשיב, כי לאחרונה ממש, נדרש בית המשפט הנכבד לסוגיה זו במסגרת פסק הדין בפרשת חמאד, וזאת לאחר שהוצגה בפני המותב הנכבד חוות דעת של שירות הביטחון הכללי המתייחסת לנושא הרתעת מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים על ידי שימוש בתקנה 119. וכך קבע בית המשפט הנכבד בעניין זה :

"על רקע דברים אלה, ובשים לב לכך שמאז ניתן פסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט חלפו מספר חודשים, העלינו בפני המשיבים בדין שאלה אם נעשתה בדיקה כלשהי בנושא. בתשובה לשאלתנו, עמדו המשיבים על כך שבידם חומר חסוי, התומך בטענתם בעניין התועלת הנובעת מהריסת בתי מחבלים (לטענה דומה שהעלתה המדינה בעבר ראו, לדוגמה: עניין אבו סלים, בעמוד 574). בהסכמת באי-כוח העותרים, עיינו כאמור בחומר החסוי במעמד צד אחד. אדגיש, כי החומר שהוצג לנו אינו בגדר "מחקר", אלא מדובר בריכוז מידע. מידע זה מלמד על מקרים לא מעטים בהם נמנעו מחבלים בכוח מלבצע פיגועים עקב חששם מההשלכות על בתיהם שלהם ושל בני משפחתם.

29. לאחר עיון בחומר החסוי דעתי היא, כי בשים לב לכך שעד התקופה האחרונה כמות הריסת הבתים הייתה מצומצמת יחסית, די במה שהוצג לנו כדי להביא לכלל מסקנה שאין מקום לעת הזו להתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שהחומר הובא לידיעתו), שלפיה הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים החוששים לפגיעה בבני משפחתם. כפי שציין השופט ע' פוגלמן בעניין סידר, "[...] למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת" (שם, פסקה 3). **בהתאם לזאת, החומר שהוצג לנו הניח את דעתי, שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכוח. לפיכך, חרף הספקות שהובעו לאחרונה בפסיקה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, לא ראיתי מקום לסטות מההלכה הפסוקה. שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה.**" [ההדגשה הוספה, הח"מ]

ובעניין עואודה, נפסק מפי כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור:

"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'... וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים... המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו" [עניין עואודה, פסקה 24]

ועוד ראו, דברי כבי השופט סולברג בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט, לאחר שנסקרו על ידו תובנות ומחקרים שונים ומגוונים בנושא:

"מן המקובץ עולה, כי הריסת בתי מחבלים תוסיף לתחשיב העלות-תועלת שאותו עורך מחבל פוטנציאלי את הידיעה על כך שקרביו ישלמו מחיר על מעשיו". [סעיף 13 לפסק הדין]

כן ראו: סעיפים 8-11 לפסק הדין בעניין אבו דהים; עניין סידר, פסקאות 2-3 לפסק דינו של כבי השופט עמית.

53. עוד טוענים העותרים לעניין עצם השימוש בסמכות לפי תקנה 119 כי לתקנות אלו אין כל תוקף, משום ש"סעיף 11א' לפקודת סדרי השלטון והמשפט – המבטל את ביטולן האמור של תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 – הינו דבר חקיקה רטרואקטיבי ומשכך נוגד את העקרון המשפטי בדבר איסור חקיקה רטרואקטיבית". עם זאת, אף העותרים עצמם מבהירים בסעיפים 4-5 לעתירה כי טענות אלו נדחו על ידי בית המשפט הנכבד.

ואכן, אין למשיב אלא לפנות לפסק דינו של בית המשפט הנכבד, מפי כב' המשנה לנשיאה רובישנטיין, בבג"ץ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 19.3.15), סעיפים י"א-י"ב).

54. עוד יוזכר, כי בעתירתם ביקשו העותרים כי יועברו לעיונם זכרונות הדברים אשר רשמו חוקרי שירות הבטחון הכללי במסגרת חקירות המחבל. המשיב יטען כי טענות העותרים בהקשר זה התייתרו, משעה שכלל המסמכים הרלוונטיים הועברו לידי ב"כ העותרים במכתב מיום 8.2.16, זאת בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה לפיה "על דרך העיקרון, מן הראוי שהרשויות תדאגנה להעביר לנוגעים בדבר את תוכן המסמכים עליהם נסמכה החלטתן" [פסקה 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה בעניין חאמד].

55. לסיום, המשיב יטען כי משעה שהעותרים עצמם מעידים על כך שלא מתקיימות בעניינם נסיבות חריגות אשר מצדיקות ביטול או צמצום צו ההחרמה וההריסה מושא העתירה (וראו בהקשר זה פסקה 11 לעתירה) – אין כל הצדקה להתערבותו של בית משפט נכבד זה בהחלטת המשיב.

סיכום

56. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי מבנה המגורים שבו התגורר המחבל.

57. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות דנן בהקדם האפשרי.

58. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד פיקוד מרכז, האלוף רוני נומה.

היום, ל' בשבט, תשע"ו

09 פברואר, 2016

רון רוזנברג, עו"ד
סגן בכיר בפרקליטות המדינה