

1. חאמד

2. חאמד

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
על ידי עו"ד סמדר בן-נתן ואח'
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
פקס': 03-6868596 ; טל': 03-5619666

העותרים

נגד

1. המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון

2. היועץ המשפטי לאיו"ש

המשיבים 1-2 על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466246 ; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המדינה

בהתאם להחלטת כב' השופט ע' פוגלמן מיום 22.10.15 מתכבדת המדינה להגיש תגובתה לעתירה, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה דנן בצו החרמה והריסה שהוצא ביחס לדירת המגורים שבה התגורר חאמד (להלן: "המחבל") הנמצאת בכפר סילואד.

הצו הוצא על-ידי המשיב 1 (להלן גם: "המפקד הצבאי"), בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" ו"תקנות ההגנה"), לאחר שהמחבל, אשר התגורר בדירה המיועדת להחרמה והריסה, הוציא לפועל, ביום 29.6.15, פיגוע קטלני במהלכו רצח בירות אזרחי ישראלי – מלאכי רוזנפלד ז"ל – וגרם לפציעתם של שלושה נוספים.

הוגשו שתי עתירות נוספות נגד צו הריסה שהוצא לדירת המחבל הנוסף שביצע את הפיגוע – בג"ץ 7040/15 ובג"ץ 7077/15 – הקבועים לדיון באותו מותב הדן בעתירה דנן.

במסגרת העתירה, מבקשים העותרים – בני משפחתו של המחבל – מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם "מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119... ומדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה".

בגדרה של העתירה התבקש אף צו ביניים שיורה למשיב להימנע ממימוש צו ההריסה עד למתן פסק דין בעתירה.

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

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 שבוצעו במתוויים חמורים, בהם נהרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכו' בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.** העלייה התלולה בפיגועי הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, 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 פיגוע הירי הקטלני, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.

3. כפי שיובהר להלן, הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית משפט נכבד זה, חלקם מהעת האחרונה ממש.

נציין, כי בשנה האחרונה, ניתנו פסקי-דין של בית המשפט הנכבד הדוחים עתירות בסוגיה מושא ענייננו, שהוגשו נגד החלטות על הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה (לעניין החרמה, והריסה או אטימה של מבנים). המדובר בעתירות שדנו הן בעניינם של מתבלים ותושבי מזרח ירושלים, והן בעתירות שדנו בעניינם של מתבלים ותושבי איו"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 7283/14 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.

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 לעומקן השאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיית השימוש בתקנה 119, שהן הסוגיות המועלות אף בעתירה שלפנינו, והטענות שם נדחו בפסק דין מנומק ומפורט, תוך שנקבע כי אין מקום לשנות מפסיקתו ארוכת השנים והעקבית של בית המשפט הנכבד ביחס להפעלת התקנה.

בנסיבות אלה, יטען המשיב כי בוודאי שאין כל עילה או הצדקה להידרש פעם נוספת לטענות אלה במסגרת העתירה הנוכחית (יוער כי כנגד פסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון); עמדת המדינה, כפי שהוגשה לבית המשפט הנכבד ביום 12.2.15, היא כי דין העתירה לקיום דיון נוסף – להידחות; העתירה לדיון נוסף עודה תלויה ועומדת בפני כב' הנשיאה נאור).

4. בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בסמוך לאחר ביצוע הפיגוע מושא העתירה 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 בעתירה זו בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

5. העותרים, בהתאם לאמור בעתירה, הם אם המחבל ואחיו של המחבל המתגוררים עימו בדירה המיועדת להריסה.

על פי המידע המצוי בידי המשיב, ועל פי שנמסר מבאי-כוח משפחת המחבל בעתירה, הדירה מושא צו ההריסה היא הדירה שבה התגורר המחבל ומשפחתו, ואין למחבל דירת מגורים אחרת זולתה.

תיאור הפיגוע

6. ביום 29.6.15, ביצע המחבל פיגוע, במהלכו רצח את מלאכי רוזנפלד ז"ל ביריות ופצע שלושה נוספים, בעת שהיו בנסיעה חזרה לביתם.

הפיגוע בוצע בצוותא עם מחבל נוסף – אסחאק (להלן – **עבדאללה**) – אשר נתפס על ידי כוחות הביטחון ונחקר. בחקירתו גולל עבדאללה את השתלשלות הפיגוע וכן פיגועים נוסף בהם נטל חלק יחד עם המחבל דנן. מהחקירה עלה כי המחבל הוא חבר בחולייה השייכת לתשתית חמאס, אשר ביצעו את הפיגוע. עוד עלה כי חברי החולייה ביצעו פיגוע ירי נוסף, ביום 27.6.15, יומיים קודם לפיגוע מושא ענייננו, אשר כוון נגד אמבולנס ונגד מכונית פרטית. מעבר לכך עלה בחקירה כי ביום 6.6.15 ביקשו חברי החולייה לבצע פיגוע, אשר סוכל בגין מיקומו של מחסום צבאי על הציר בו תכננו לבצע את הפיגוע.

הפיגוע מיום 27.6.15, זה אשר כוון לעבר רכבים נושאי לוחית רישוי ישראלית, הסתיים ללא נפגעים בנפש, ובנזקים לרכוש. בפיגוע זה שנעשה באמצעות נשק אוטומטי, תת-מקלע קרל גוסטב, השתתף המחבל ושני חברי חולייה נוספים – **עבדאללה** – אשר, כאמור, המשיב הוציא צו החרמה והריסה כנגד דירת מגוריו, ומחבל נוסף **שבראוי**, כולם מהכפר סילוואד.

7. ביום 29.6.15, נפגשו שנים מחברי החולייה, המחבל ועבדאללה, על מנת לבצע פיגוע ירי נוסף באמצעות נשק הקרל גוסטב דלעיל. השנים נסעו לכיוון הישוב מעייר וכדרכם הבחינו ברכב מסוג ניסאן, נושא לוחית זיהוי ישראלית, היורד מהישוב אש קודש. ברכב זה נסעו הקורבנות. בעת שעצר הרכב הישראלי קרוב לרכבם של המפגעים, פתח **המחבל** את חלון הרכב בעוד עבדאללה נוהג ברכב, וירה לעבר הנוסעים. כאמור, כתוצאה מהירי נהרג מלאכי רוזנפלד ז"ל ונפצעו שלושה נוסעים נוספים.

במסגרת החקירה שהתקיימה לאחר הפיגועים, נעצר עבדאללה יחד עם מעורבים נוספים, הודה במיוחס לו **והפליל את המפגעים הנוספים, ביניהם המחבל דנן**. בסיום החקירה, לאחר שנתגבשה תשתית ראייתית הנסמכת על ראיות נוספות, הוגש נגד עבדאללה כתב אישום תמור הן ביחס לפיגוע מושא ענייננו הן ביחס לפיגועים הקודמים.

צילום כתב האישום שהוגש נגד עבדאללה ביום 17.8.15, מצורף ומסומן **מ/ש 1**. בכתב האישום המחבל דנן מכונה "**מועאד**". שלוש הודעות של **עבדאללה** מיום 9.7.15, מיום 14.7.15, ומיום 26.7.15 מצורפות ומסומנות **מ/ש 2**, **א' ב' ג'**, בהתאמה.

עוד נציין, כי בידי המשיבים מידע מודיעיני חסוי שיש בו כדי לחזק את המתואר לעיל – קרי – כי המחבל דנן הוא זה אשר ביצע את הפיגוע יחד עם עבדאללה.

8. מעבר לכך נציין, כי המחבל הורשע בשנת 2012 בעירה של ירי לעבר אדם ונידון לעונש מאסר בפועל למשך 12 חודשים. המחבל אף היה נתון במעצר מנהלי בין החודשים יוני 14 למרץ 15, בשל מעורבותו בקידום פעילות צבאית.

ההשתלשלות העובדתית עובר להגשת העתירה

9. 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 היועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הדירה בה התגורר המחבל.

10. ביום 15.10.15 הודע למשפחת המחבל על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את "מבנה בכפר סילוואד המצוי בנ.צ. כמסומן בתצלום האוויר המצורף, בו מתגורר המחבל חאמד (ת.ז.)". בהודעה נמסר, כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.2015 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד ז"ל". כמו כן, בהודעה גם נמסר על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו החרמה והריסה, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה שניתנה ביום 15.10.15 צורף לעתירה כנספח ב'.

11. ביום 15.10.15 הגישה ב"כ העותרים השגה למשיב, נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי דירת המחבל. בהשגה נטען כי מתעוררים ספקות ממשיים בדבר מעורבותו של המחבל במעשים הנטענים, ועוד נטען כי המחבל נהג ללון בבית שלוש פעמים בשבוע.

צילום ההשגה מיום 15.10.15 צורף לעתירה כנספח ד'.

12. ביום 19.10.15, החליט המשיב לדחות את ההשגה של העותרים. המשיב הבהיר במענה להשגה, כי בידי גורמי הביטחון תשתית ראייתית המצביעה באורח חד משמעי על מעורבותו וחלק של המחבל, המצוי כיום במעצר בידי הרשות הפלסטינית, בפיגוע הירי מיום 29.6.15.

צילום דחיית ההשגה מיום 19.10.15 צורף לעתירה כנספח ו'.

עם דחיית ההשגה, חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, על צו החרמה והריסה של יחידת המגורים במבנה בו התגורר המחבל עם בני משפחתו (להלן: "הצו"). בצו ננקב הטעם להוצאתו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית מעאד צאלח גמעה חאמד ת.ז. 850682402, רצח ביום 29.6.15 את מלאכי רוזנפלד ז"ל ופצע 3 נוספים."

צילום הצו מיום 8.10.15 צורף לעתירה כנספח א'.

13. ביום 22.10.15 הוגשה העתירה דנן, המופנית, כאמור, כלפי הצו שהוציא המשיב. בו ביום ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ע' פוגלמן), שבמסגרתה ניתן צו ארעי האוסר על החרמה והריסה של המבנה, ובהחלטה נוספת נקבע, כי על המשיבים להגיש תגובתם עד ליום 27.10.15, וכי עתירה תיקבע בדחיפות לדיון. העתירה שבכותרת נקבעה לדיון ליום 29.10.15.

בית משפחת המחבל

14. הדירה בה התגורר המחבל נמצאת בכפר סילואד שמצפון לרמאללה.

15. מדובר על מבנה חד-קומתי הבנוי על טרסה עם מפלס קטן הנמצא מתחת למפלס הבית.

הטיעון המשפטי

16. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירתם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי דין – עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין עכארי, עניין חג'אזי ועניין ג'עביס – אשר ניתנו בשנה האחרונה (החל משנת 2014), שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה בנסיבות מסויימות, היא צעד חוקי, שניתן לנוקטו, הנסמך על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי יש בצעד זה משום הרתעה (ור' גם פסקי הדין בבג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.09; להלן: "עניין דוויאת"); בג"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").

יתר על כן, בפסק הדין העקרוני שניתן ביום 31.12.14 בעניין המוקד להגנת הפרט, נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות.

עמדת המשיב תפורט להלן.

התשתית הנורמטיבית

הפעלת סמכות החרמה וההריסה - כללי

17. 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 הסלת 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. ...".

18. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס או לאטום את 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 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 מחבל פוטנציאלי 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 מפגע, שייתכן ויודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

19. על-פי ההלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מחבל שהוחלט לנקוט לגביהם 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 (1990) 75 (1990) (להלן – עניין שוקרי), 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..."

מדעים 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 הפים 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 הנוגע לעניינינו, 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."

20. 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.

21. הפעלת הסנקציה של הריסת בית היא פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה לפני 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.

נפנה לפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, בחוות דעתו של כב' השופט סולברג, כי:

"לדאבוך 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 עמהם יהודים שאולה. לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדיו החל...לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות...עם כל הזהירות המתחייבת ומקדמי הבטחון. בוי 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 להצלתה במשימותיהם, הם כלי קטל והרס, אשר ברגיל סותרים את ערכי המוסר ואת זכויות האדם...לעת מלחמה נועדו מצוות מיוחדות על מנת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

22. 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.

23. 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.

24. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת 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 ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין בעניין נזאל).

25. 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 בשנים 2008-2009, הוציא מפקד פיקוד העורף שלושה צווים מתוקף סמכותו לפי תקנה 119, שכוונו נגד בתיהם של המפגע בשיבת 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, העלייה התלולה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנתיים האחרונות שב להתבצע 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 (ענין קוואסמה); כלפי ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת הרכבת הקלה בגבעת התחמושת ביום 22.10.14, במסגרתו נהרגו תינוקת ותיירת (הבית נהרס לאחר שהמשפחה לא הגישה עתירה לבית המשפט); כלפי בתי המחבלים שביצעו את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (ענינים נדון בבג"ץ 8066/14, ובג"ץ 8070/14); כלפי המחבל אשר ביצע פיגוע דריסה באיזור שיח' ג'ארח ביום 4.8.14 בו נהרג תלמיד ישיבה (עניינו נדון בבג"ץ 7238/14 - ענין ג'עביס); כלפי ביתו של המחבל אשר ביצע את פיגוע הירי שכוון כנגד מר יהודה גליק (עניינו נדון בבג"ץ 8024/14 - ענין חג'אזי), שם הוחלט לבסוף על אטימת חדרו של המחבל; וכלפי בית המחבל שביצע פיגוע דריסה ודקירה בתחנת אוטובוס הסמוכה לשוב אלון שבות, בו נהרגה דליה למקוס ז"ל, ענין סידר.

להשלמת התמונה נוסף, כי מפקד פיקוד העורף ומפקד פיקוד מרכז הוציאו צווי החרמה והריסה כלפי בתי מתבלים נוספים, אשר טרם מומשו: כלפי ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת שמעון הצדיק בירושלים ביום 5.11.14, בו נהרגו שוטר ואזרח (עניינו נדון בבג"ץ 8025/14 - ענין עכארי).

26. ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, כב' השופטת חיות, כב' השופט סולברג) בעתירה העקרונית בענין 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 כב' 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 להסותו 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, בפסיקתה, קבעה כי "דומני כי קשה לסווג הריסת בית של מפגע כענישה קולקטיבית במונחה המקובל, גם אם מביאים בחשבון כי כתוצאה מהריסת ביתו נפגעים גם בני משפחתו המתגוררים באותו הבית...".

מִן הַכֵּל אֶל הַפֶּרֶט - הַצּוּרֵד הַבְּטָחוֹנִי

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

28. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לימים אלו. כך, בשנת 2013 נרשמו כ- 1,414 פיגועים; בשנת 2014 נרשמו כ- 1,650 פיגועים; בשנת 2015 נמשכה מגמה זו, כאשר עד יום 18.10.15 נרשמו 1,703 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים. החל משנת 2013 ישנם שלושים וחמישה הרוגים כתוצאה מפיגועי טרור, וזאת לעומת אפס הרוגים בשנת 2012.

29. זאת ועוד, מתחילת שנת 2014 ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

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

- א. **מרץ 2014**: סיכול פעילותו של מבוקש חמא"ס צבאי ממחנה הפליטים ג'נין, שהוכוון 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 ניצב משנה מזרחי, ערב ליל הסדר, 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 מחבל מתאבד לפוצץ תגורת מטענים מאולתרים, שהוסתרה על גופו, בצומת תפוח. חברי ההתארגנות משכס, שעמדו מאחורי ניסיון הפיגוע, נעצרו בידי כוחות צה"ל זמן קצר לאחר מכן.
- ה. **מאי 2014**: פיגוע ירי בשכונת רמת שלמה בירושלים, כאשר מחבל פלסטיני ביצע ירי מנשק חם לעבר קבוצת אזרחים ישראלים, מבלי שהיו נפגעים.
- ו. **יוני 2014**: פיגוע ירי מנשק קל, כאשר מחבל פלסטיני ירה לעבר עמדה של כוח צה"ל בביתוניא. הכוח הצבאי הגיב בירי לעבר המחבל 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 המחבל נמלט מהזירה.
- ח. **יוני 2014**: פיגוע חטיפה ורצח ביום 12.6.14, במסגרתו נחטפו ונרצחו שלושת הנערים גיל-עד שער, יעקב נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל, שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם בגזרת כפר עציון לביתם. פיגוע זה תוכנן ובוצע על-ידי חברי חוליית חמא"ס.
- 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 באגר, במהלכו נהרג אזרח ונפצעו נוספים.
- יג. **אוגוסט 2014**: פיגוע נשק קל בירושלים במהלכו נפצע חייל צה"ל באורח קשה.
- יד. **אוקטובר 2014**: פיגוע דריסה בירושלים, בנתיב הרכבת הקלה, במהלכו נרצחו תינוקת ותיירת וכמה אזרחים נוספים נפצעו.
- טו. **אוקטובר 2014**: פיגוע במהלכו ניסה המחבל מעתז חגי'אזי להתנקש ביהודה גליק בירושלים, אשר נפצע באורח אנוש.
- טז. **נובמבר 2014**: פיגוע דריסה בירושלים ושוב בנתיב הרכבת הקלה. שני אזרחים ישראלים נרצחו ומספר אזרחים נוספים נפצעו.

- יז. **נובמבר 2014**: פיגוע דריסה בתחנת הסעה באזור אל ערוב במהלכו נפצעו שלושה חיילי צה"ל באורח בינוני.
- יח. **נובמבר 2014**: פיגוע משולב של דריסה ודקירה בגוש עציון, שאותו ביצע המחבל שכלפי ביתו הוצא הצו לפי תקנה 119. בפיגוע נרצחה הנערה דליה למקוס ז"ל ושני נוספים נפצעו.
- יט. **נובמבר 2014**: פיגוע דקירה בתחנת רכבת ההגנה בתל אביב במהלכו נרצח חייל צה"ל, סמ"ר אלמוג שילוני ז"ל.
- כ. **נובמבר 2014**: פיגוע משולב ירי ודקירה בבית הכנסת בשכונת הר נוף בירושלים. חמישה אזרחים ישראלים נרצחו בטבח שבוצע בבית הכנסת ומספר אזרחים נוספים נפצעו.
- כא. **דצמבר 2014**: פיגוע דקירה בצומת אלון שבות, במהלכו דקרה מחבלת אזרחי ישראל.
- כב. **מרץ 2015**: פיגוע משולב של דריסה ונסיון דקירה בסמוך לקבר שמעון הצדיק, בו נפצעו שלוש חיילות מג"ב.
- כג. **אפריל 2015**: פיגוע דריסה בשדרות חיים בר לב בירושלים, בו נרצח אזרח, שלום יוחאי שרקי ז"ל, ונפצעה אזרחית נוספת.
- כד. **אפריל 2015**: נסיון לפיגוע דקירה במתחום הר הצופים.
- כה. **אפריל 2015**: פיגוע דריסה על ציר הכהנים בא-טור, במהלכו נפצעו שלושה שוטרים.
- כו. **מאי 2015**: פיגוע דריסה בא-טור, במהלכו נפצע שוטר מג"ב.
- כז. **מאי 2015**: פיגוע דקירה בשער שכס בירושלים, במהלכו נפצע אזרח באורח בינוני.
- כח. **יוני 2015**: פיגוע ירי לעבר ישראלי במעין "עין בובים" בבנימין, בו נרצח אזרח, דני גונן ז"ל, ונפצע אזרח נוסף.
- כט. **יוני 2015**: פיגוע ירי סמוך ליישוב עפרה, ירי לעבר אמבולנס ורכב ישראלי, ללא נפגעים.
- ל. **יוני 2015**: פיגוע ירי לעבר רכב ישראלי, בהכוונת ארגון החמאס, אשר כתוצאה ממנו נרצח אזרח ישראלי, מלאכי רוזנפלד ז"ל, ונפגעו שלושה אזרחים נוספים, סמוך ליישוב אש קודש – זה הפיגוע מושא העתירה דנן.
- לא. **יוני 2015**: פיגוע דקירה במעבר רחל, בביתן בידוק, שהוביל לפציעתה של חיילת באופן בינוני-קשה.
- לב. **אוגוסט 2015**: פיגוע דריסה על ציר 60, סמוך לכפר סנגיל, שבעקבותיו נפצעו שלושה חיילים.
- לג. **ספטמבר 2015**: פיגוע ירי בצומת הביתות בשומרון, במהלכו נפצעה אזרחית ישראלית באורח קל.
- לד. **ספטמבר 2015**: בליל ראש השנה בוצע ידוי אבנים על רכב שנסע סמוך לשכונת ארמון הנציב בירושלים. בשל ידוי האבנים איבד נהג הרכב, אלכסנדר לבלוביץ' ז"ל, את השליטה על ההגה, ונהרג.
- לה. **אוקטובר 2015**: פיגוע ירי מכלי רכב נוסע לעבר רכב ישראלי, אשר כתוצאה ממנו נהרגו בני הזוג נעמה ואיתם הנקיין ז"ל.

- לו. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בפתח תקווה, במהלכו דקר המחבל אזרח ופצעו באורח קל.
- לז. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך לקריית הממשלה בתל אביב, במהלכו דקר המחבל חיילת וארבעה אזרחים באמצעות מברג.
- לח. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בעיר העתיקה בירושלים, במהלכו דקר המחבל שלושה בני משפחה ואדם נוסף. בפיגוע זה נרצחו נחמיה לביא ואהרון בניטה ז"ל.
- לט. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בתחנה המרכזית בעפולה, במהלכו נפצע חייל באורח בינוני עד קשה.
- מ. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בקרית ארבע, במהלכו דקר המחבל אזרח ופצעו באורח קשה.
- מא. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך למטה הארצי של משטרת ישראל בירושלים, במהלכו דקר המחבל תלמיד ישיבה בסמוך לתחנת הרכבת הקלה שבמקום, ופצע אותו באורח קשה.
- מב. אוקטובר 2015: נסיון לביצוע פיגוע דקירה בתחנה המרכזית עפולה.
- מג. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בקרית ארבע, במהלכו דקר מחבל לוחם מג"ב ופצעו באורח קל.
- מד. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה ברחוב שמואל הנביא בירושלים, במהלכו דקר צעיר פלסטיני נער בן 16 באמצעות קולפן, ופצע אותו פצעים קלים.
- מה. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה ברחוב הנביאים בירושלים, במהלכו דקר צעיר פלסטיני כבן 16 שני צעירים ישראלים, אשר נפצעו באורח קל עד קשה.
- מו. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך לשער שכם בירושלים, במהלכו דקר המחבל ופצע שני שוטרים.
- מז. אוקטובר 2015: ניסיון פיצוץ מטען הצתה במכונית סמוך למחסום אלזעים, במהלכו נפצע שוטר משטרת ישראל באורח קל.
- מח. אוקטובר 2015: פיגוע דריסה ודקירה סמוך לישוב גן שמואל שבשרון, במהלכו נפצעה חיילת באורח קשה, חייל נוסף נפצע באורח בינוני, ושני אזרחים נפצעו באורח קל.
- מט. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בעיר העתיקה בירושלים, במהלכו ניסה המתבל לדקור מאבטח ליד שער האריות.
- נ. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך לגבעת התחמושת בירושלים, במהלכו תקפה צעירה פלסטינית לוחם מג"ב ופצעה אותו באורח קל.
- נא. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בפסגת זאב בירושלים, אשר בוצע על ידי שני נערים פלסטיניים, תושבי הכפר בית חנינא, בני 15 ו-13. במהלך הפיגוע נפצעו צעירי ישראלי באורח קשה, וילד בן 13 באורח אנוש.
- נב. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בסמוך לגשר המיתרים בכניסה לירושלים, במהלכו נפצע חייל באורח קל-בינוני.
- נג. אוקטובר 2015: פיגוע ירי ודקירה באוטובוס בשכונת ארמון הנציב בירושלים, במהלכו נרצחו אלון גובברג וחיים חביב ז"ל, וכן נפצעו מספר נוספים, חלקם פציעות קשות.

נד. אוקטובר 2015: פיגוע דריסה ברחוב מלכי ישראל בירושלים, במהלכו נרצח ישעיהו עקיבא קרישבסקי.

נה. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך לבית החולים לוינשטיין ברעננה, במהלכו דקר המתבל ארבעה אזרחים, אחד באורח קשה ושלושה באורח קל.

נו. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בתחנת אוטובוס ברחוב אחוזה ברעננה, במהלכו נפצע אדם באורח קל על ידי מחבל.

נז. אוקטובר 2015: פיגוע ירי בתחנה המרכזית בבאר שבע, במהלכו נהרגו חייל אחד ונתין זר, וכן נפצעו עשרה נוספים, מתוכם אחד במצב קשה מאוד ושניים במצב קשה.

בימים האחרונים ממש, מיום 19.10.15 ועד עתה התרחשו 97 פיגועים, ביניהם 78 פיגועים בהם הושלכו בקבוקי תבערה, 9 פיגועי דקירה, 3 פיגועי דריסה, 6 מטעני צינור וכן מטען נוסף, המכונה מטען הבשלה. מפיגועים אלה נפצעו אזרחים רבים ונהרג אדם, כדלקמן:

פיגוע דקירה בבית עוא – 20.10.15, נפצע חייל.

פיגוע דריסה באל פואר – 20.10.15, הרוג – אברהם אשר חסנו ז"ל.

הפרות סדר בקבר רחל - 20.10.15 – שני שוטרים נפצעו.

פיגוע דריסה בצומת גוש עציון – 10.10.15 – שני פצועים.

פיגוע דקירה בכיכר אדם – 21.10.15 – חיילת פצועה.

פיגוע דריסה בבית אומר – 21.10.15 – חמישה פצועים.

פיגוע דקירה בבית שמש – 22.10.15 – פצוע אחד.

פיגוע דקירה בצוריק – 23.10.15 – פצוע אחד.

ידוי בקת"בים בבית אל – 23.10.15 – שלושה פצועים, ביניהם ילדה בת שלוש.

30. כעולה מן האמור לעיל, במהלך השבועות האחרונים חלה הסלמה נוספת במספר הפיגועים החמורים שבוצעו ברחבי הארץ, בהם אף נהרגו אזרחים ישראלים. כך, החל מערב ראש השנה ועד יום 25.10.15, נרשמו כ-778 פיגועים, במסגרתם נהרגו אחד עשר אזרחים ונפצעו, בהערכה, כמאה אזרחים וחיילים. הלכה למעשה, מתאפיין החודש האחרון בשורה ארוכה של פיגועים, כאשר יום רודף יום, ומידי יום ביומו מתרחשים כמה וכמה פיגועים ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש.

31. עוד נוסף, כי בשנתיים האחרונות סוכלו מאות כוונות וניסיונות פיגוע במגוון מתווים חמורים (חטיפה, מטענים וירי) בגזרות שונות באזור איו"ש ובירושלים.

32. 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 נפוצו לאחרונה, בפרט.

33. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני במרחב איו"ש, נמסרו לבית המשפט הנכבד עוד במסגרת ההליכים בעניין עואודה (שנדון בשנת 2014, בעניינו של תושב איו"ש), ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין עואודה):

"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 אתרי"ם" (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: בג"ץ 2006/97 גנימת 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-יסדה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד." [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

34. 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, סימן אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה".

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

35. המשיב יטען, כי בשל גל הפיגועים ההולך ונמשך, ישנו צורך חיוני בהרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים.

36. 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 ביתו של המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת הפיגוע, במהלכו נרצח מלאכי רוזנפלד ז"ל, ונפצעו שלושה נוספים, בעודם נוסעים במכונית בדרך לביתם. עמדת המשיב היא כי חיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים שכאלה בעתיד. נציין, כי פיגוע ירי על רכב חולף, לדאבוננו, אירע גם ביום 1.10.15 במהלכו נרצחו בני הזוג הנקין, בעוד ילדיהם ישובים ברכב מאחור. צו החרמה והריסה יצא גם נגד ביתם של המחבלים שביצע את הפיגוע האמור.

37. בית המשפט הנכבד כבר נדרש בעבר לצורך שרואים האתראים 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 לדבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור 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 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.

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 נוסה 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." [ההדגשה אינה במקור - הח"מ]

זאת ועוד. לעניין זה, נפנה 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 הנכדים 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.

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

מדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה למשיב בחקיקה ראשית התקפה באיו"ש; 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 העותר

לטענה ביחס להיעדר ראיות

39. הטענה המרכזית של העותרים היא כי ישנם ספקות ממשיים ביחס לחלקו של המחבל בביצוע הפיגוע, וכי אין די ראיות המאפשרות למשיב לממש את צו ההריסה נגד דירת מגוריו.

40. לעניין זה נשיב, כי על-פי החלכה הפסוקה, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה מותנית בהרשעתו של מפגע בביצוע עבירה. ראו לעניין בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1), 810 (2003), כדלקמן:

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

וכן 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."

41. כפי שפורט לעיל, הראיות הגלויות המצויות בידי המשיב - קרי הודעותיו של עבדאללה בחקירתו, וכתב האישום שהוגש נגד עבדאללה המגולל לפרטי פרטים את מעשיו וחלקו של המחבל דן בפיגוע הנפשע - די בהן כדי לבסס את החלטת המשיב לפעול להחרמה והריסה של המבנה בו התגורר המחבל.

בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון (10.8.82) (להלן – עניין חמרי) מפי השופט (כתארו אז) ברק, נקבע כי "המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק". במקרה דנו, אין ספק כי המבחן מתקיים, וכי הודעותיו של עבדאללה כמו גם כתב האישים שהוגש נגדו, הם בבחינת ראיות מנהליות חזקות ביותר המלמדות על מעורבותו של המחבל בביצוע הפיגוע הנפשע.

מעבר לכך, בידי המשיבים קיים חומר חסוי שניתן יהיה להציגו במעמד צד אחד בלבד, המחזק את האמור לעיל. בהקשר זה יצוין, כי טענת העותרים בעתירה לפיה "מר חאמד אמנם נעצר על ידי הרשות הפלסטינית לפני כשלושה חודשים, אך עד היום לא הודה במיוחס לו, לא נשפט ולא הורשע (סעיף 4 לעתירה)" סותרת את המידע החסוי הקיים בידי המשיבים.

לטענה כי המחבל אינו "תושב" הדירה

42. טענה נוספת בפי העותרים היא שהמחבל אינו נחשב "תושב הבית", ולכן לא ניתן להוציא את הצו נגד המבנה.

43. לעניין זה נשיב, כי גם אם נניח לטובת העותרים כי טענותיהם בעניין זה בעתירה ובהשגה שהוגשה נכונות הן, הרי שעולה מטענות אלו, התמונה העובדתית הבאה, לשיטת העותרים:

המחבל לן בבית משפחתו מושא העתירה כמחצית מן השבוע; אין בבעלותו דירה אחרת בה מתגורר; אין דירה אחרת כלשהי בה הוא מתגורר; בלילות בהם אינו לן בבית הוא לן במקום עבודתו. כלומר, גם לשיטת העותרים למחבל ודאי ישנה זיקת מגורים למבנה מושא העתירה.

כידוע, פרשנותה המקובלת של הסמכות הקבועה בתקנה 119 היא כי די בכך שקיימת "זיקת מגורים" למבנה, המתבטאת בכך שהמפגע היה דייר במבנה, כדי לשכלל סמכות להריסתו של המבנה. ראו לעניין זה דבריה של כבי הנשיאה בעניין עואודה (פיסקה 26), כדלקמן:

"העותרים טענו, כי המבנה כולו בבעלותו של העותר ו וכי עואד שכר ממנו את דירתו, ולכן אין זה ראוי להורות על ההריסה. דין טענה זו להידחות. כבר נקבע בפסיקה כי די בזיקה של המפגע למבנה המיועד להריסה (ראו: פרשת נזאל, עמודים 343-344), זיקה שאין חולק כי מתקיימת בענייננו."

משהוכח כי למחבל זיקת מגורים למבנה מושא העתירה – גם אם נקבל במלואן את טענות העותרים, כאמור לעיל – הרי שיש לדחות את הטענה כי לא ניתן לממש את צו ההריסה כלפי המבנה בשל העובדה שלשיטת העותרים הוא לך בו מספר פעמים בשבוע.

עוד נבקש להפנות לעניין חמדי הנ"ל, שם עלתה הטענה כי המחבל מצוי רוב זמנו מחוץ לבית, ולא בבית הוריו, ובית המשפט דחה את העתירה ואישר את צו ההריסה.

כן ראו בשינויים המתחייבים עניין נזאל (פיסקה 6); בג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 31.7.89); דבריו של כב' הנשיא ברק בסעיף 10 לפסק דינו בבג"ץ 2/97 אבו חלאווה נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 11.8.97); בג"ץ 1056/89 סראדיח נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 27.3.90); בג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 12.2.91).

לטענה כי מדובר בענישה קולקטיבית

44. ממשיכים העותרים וטוענים כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת המחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי.

45. לעניין זה נשיב, ראשית, כי השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לצורכי הרתעה בלבד, והדברים פורטו לעיל באריכות.

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 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 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 בעוונתו. 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 עוונתו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומרתו אבות על-בנים ובנים לא-יומרתו על-אבות איש ב-חטאו 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 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 דיורו 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."

בנוסף ראו סעיף 4 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג בפסק הדין העקרוני 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 שציינתי 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, כשמגוד, על כף המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים."

כן ראו דברי כב' 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 תבצע באופן מידתי."

כן ראו, דברי כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בעניין עואודה (בסעיף 22 לפסק הדין); בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1), 226 (1997); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002).

לטענה כי הצו שהוצא נוגד את המשפט הבינלאומי

46. אשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בית משפט נכבד זה נדרש לטענות אלה ממש לפני פחות משנה, וקבע בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כמו בשורה ארוכה של פסקי דין שקדמו לו, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, הננקטת מטעמי ביטחון מובהקים למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי, הן עם המשפט הפנימי.

לעניין זה, כאמור, נקבע בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט כי:

"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]

47. לעניין זה נוסף, כי העותרים לא הצביעו על עילה מבוררת כלשהי המצדיקה כי בית המשפט הנכבד ידרש כיום פעם נוספת לטענות לפיהן הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי – טענות שכאמור גם מעולם לא התקבלו על ידי בית המשפט הנכבד. עניין זה מקבל משנה תוקף ויהא בבחינת קל וחומר, נוכח הדיון המעמיק שהתקיים בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כפי שצוטט לעיל, אשר גם בסופו – נדחו כלל הטענות לעניין זה.

48. טענה נוספת בפי העותר, והיא נוגעת לסוגיית יעילות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119.

המשיב יטען, כי גם טענה זו – דינה להידחות. נבקש להפנות לכך, שטענות דומות בדבר העדר אפקטיביות לכאורה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, כבר נדונו ונדחו בעבר, פעם אחר פעם.

ראו למשל, בפסק הדין בעניין קואסמה, מפי כב' השופט דנציגר:

"ואכן, בהעריכו את הנפקות של שינוי המציאות המבצעית באזור סמכותו, את עוצמת הצורך בהרתעה ואת אפקטיביות הסנקציה לפי תקנה 119 ביצירת הרתעה שכזו, הפעיל המשיב כראוי את סמכותו, ולא נמצא בטענות העותרים טעם שיצדיק התערבות בהחלטה זו".

ובעניין עואודה, נפסק מפי כב' 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 בר" [עניין עואודה, פסקה 24]

עוד ראו, דברי כב' 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 שקרוביו 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.

והדברים יפים לענייננו, ככתבם וכלשונם.

לטענה בדבר האפליה בה נוקט המשיב

49. אשר לטענת העותרים בנוגע לאפליה בה נוקט המשיב בהפעילו את הסמכות לפי תקנה 119 נציין, כי אף טענה זו נדונה זה מכבר, ונדחתה. כך, לדוגמא, קבע כבי' השופט דנציגר בענין **קואסמה**, בפסקה 30 לפסק הדין:

"30. אכן, לא ניתן לחדד כי התרבו מעשי ההסתה והאלימות בחברה היהודית כנגד ערבים, ועל כך יש להצר ולפעול ביד חזקה כנגד תופעות אלה. אך ההשוואה אינה במקומה, באשר האמצעי של הריסת בתים בשטחים אינו ננקט במקרים של מעשי הסתה ואלימות, אלא במקרים קשים במיוחד של מעשי רצח. לא נעלם מעיני המקרה מעורר החלחלה של רצח הנער מוחמד אבו חדיר, מקרה שזעזע את אמות הסיפים בארצנו וזכה לגינוי מקיר-אל-קיר, אך מדובר במקרה חריג שבחריגים. לכן, דומני כי אין מקום לסימטריה המלאכותית הנטענת על ידי העותרים בתמיכה לטענתם לאכיפה מפלה.

זאת ועוד, אינני סבור כי ניתן לקבל את טענת האפליה שהעלו העותרים. על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או "בררנית" מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. אף אם עבר הטוען משוכה זו, עדיין יכולה הרשות להראות כי אותה אכיפה הנחזית להיות בררנית, למעשה נעוצה בשיקולים ענייניים. ...

במקרה דנן קיבל המשיב החלטת המצויה, כאמור, בליבת שיקול דעתו. טענות העותרים אינו יכולות להצביע בעת הזאת על קיומם של אפליה או שיקולים זרים העומדים בבסיס החלטת המשיב. הואיל ותכליתה של תקנה 119 היא הרתעתית ואינה עונשית, אין די בעצם ביצועם של מעדי טרור נתעבים על ידי יהודים. דוגמת חטיפת ורצח הנער מוחמד אבו חדיר. כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים, ואין בהחלטת המשיב שלא להפעיל את התקנה ביחס לחשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על קיומה של אכיפה בררנית." [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

לטענה בדבר חלופי הזמו מעת הפיגוע

50. מוסיפים העותרים וטוענים כי חלופי הזמן של כארבעה חודשים מעת הפיגוע ועד ההודעה על הריסה, מחייבת את ביטול הצו.

לעניין זה המשיב יטען בראש וראשונה, כי לדאבון הלב, גל הטרור באיו"ש, כמו גם בשטח המדינה - נמשך, ומאחר שעסקינן בצעד שנועד לצורכי הרתעה והמצב הביטחוני נכון להיום מחייב נקיטת צעדים להתרתת מפגעים פוטנציאליים נוספים – כפי שפורט לעיל - נותר הצורך בהרתעה כפי שהיה גם בעת ביצוע הפיגוע – ואף ביתר שאת.

המשיב יטען, כי ההחלטה לנקיטת צעד לפי תקנה 119 נקבעת לפי נתוני הזמן והמקום, והיא מסורה לשיקול דעתו של המשיב המבוססת, בין היתר, על הערכות המצב של גורמי הביטחון. לפיכך, אין לקבל את הטענה כי חלוף הזמן כשלעצמו, בנסיבות ענייננו, מנתק את הקשר שבין המעשה לבין הצעד הננקט.

בעניין זה נזכיר, כי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באתר הרשות השופטת, ניתן ביום 7.7.15) הועלתה טענה דומה על ידי העותרים דשם, זאת כאשר המשיב דשם ביקש לממש צו הריסה בחלוף כשמונה חודשים מעת ביצוע הפיגוע, ובית המשפט הנכבד קבע כי: "... עיתוי ביצוע צו ההריסה מסור ככלל לשיקול דעת המשיב על פי נתוני הזמן והמקום". הדברים שנקבעו שם – בשינויים המתחייבים – יפים אף לענייננו, ובענייננו מדובר בקבועי זמן קצרים יותר. עוד נוסף, כי עסקינן בפיגוע אשר בוצע בסוף חודש יוני 2015, היינו לפני כארבעה חודשים. כלומר, לא מדובר בסיטואציה שבה חלפו שנים ארוכות ורק בעקבות הידרדרות במצב הביטחוני מבקש המשיב לנקוט כעת בצעד כלפי דירת המחבל. מדובר בפיגוע שבוצע לפני זמן לא רב; וגל הפיגועים לדאבונו נמשך – כפי שפורט לעיל.

עוד חשוב לציין, כי קבלת טענת העותרים בהקשר זה תוביל למצב אבסורדי שבו המשיב יידרש תמיד להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 בסמוך לאתר הפיגוע, גם אם בפועל המשיב נדרש לפרק זמן כדי לבחון את הצורך בשימוש בתקנה 119 במקרה המסוים ועל רקע המצב הביטחוני. יש להניח כי העותרים אינם מכוונים לתוצאה זו.

לבסוף נציין, כי סוגיה דומה עלתה אך לאחרונה במסגרת העתירות שעסקו בצו התפיסה וההריסה שהוצא כנגד הדירה בה התגורר המתבל מאהר אל-השלמון, אשר ביצע פיגוע במתווה דריסה ודקירה בצומת אלון שבות ביום 10.11.14, במהלכו נרצחה הנערה דליה למקוס ז"ל, ונפצעו שניים נוספים (עניין סידר), אשר אף בהן הועלו טענות בדבר חלוף הזמן ממועד ביצוע הפיגוע ועד להוצאת הצו על-ידי המפקד הצבאי. בית המשפט הנכבד נדרש לטענה, וקבע (כבי' המשנה לנושיאה רובינשטיין, בהסכמת כבי' השופט עמית וכנגד דעתו החולקת של כבי' השופט פוגלמן), כי:

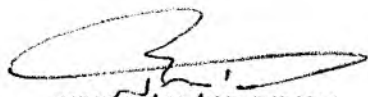
"? שנית, דומה כי גם אין מקום להתערבות במקרה הספציפי דנא בשאלת המועד שבו הודע לעותרים על הכוונה להרוס, וגם אם המועד בכגון דא מסור ככלל לשיקול הרשויות (בג"ץ 4747/15 הנזכר), אף דבר זה כפוף לסבירות, למידתיות ולשכל ישר, ויש השיבות גם למראית העין. נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר. במכלול נסיבותיו של המקרה דנא אין להתערב בכך, כאמור, ומכל מקום אין בטענה זו די להטות את הכף; אך במבט צופה פני עתיד יש להידרש להערותינו, אף שהמועד המדויק ביסודו מסור לרשויות."

הדברים יפים לענייננו מקל וחומר, שכן במקרה דנן, ההודעה על הכוונה להרוס את המבנה יצאה כשלושה וחצי חודשים בלבד לאחר הפיגוע.

לאור האמור המשיב יטען כי יש לדחות את טענת העותרים לפיה חלוף הזמן, במקרה דנן, אינו מאפשר למשיב לנקוט צעד לפי תקנה 119.

סיכום

51. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי הדירה שבה התגורר המחבל.
52. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה דנן בהקדם האפשרי, בשים לב לשורת הפיגועים הגואה שבוצעו בתקופה האחרונה ולאור החשיבות העליונה בהרתעתם המירבית של מפגעים פוטנציאליים נוספים.
53. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של המשיב, אלוף רוני נומה, מפקד פיקוד המרכז בצה"ל.


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

היום, י"ד בחשון התשע"ו
27 באוקטובר 2015