

הפרקליטות
מחלקת
הייעוץ המשפטי
הייעוץ
למיקוד העורף
והחקיקה
הצבאית
טל':
0302-6655/6709
פקס:
0302-4562
ער 38 - תקנות ההגנה - 00136-01-478
כ"א טבת תשע"ז
19 ינואר 2017



לכבוד,
מיכל מורנוץ, עו"ד
אנו דעאל לוסקי, עו"ד
(פקס: 03-6868596)

הנדון: השגה על כוונה להחרמה ואטימה - דירת המפגע
(ת"ז _____)
סימוכין: שלך מיום 17/01/2017

1. הריני לאשר קבלת מכתבן שבסמך, מיום 17.01.2017, שעניינו השגה בשם משפחתו של **קונבר (ת"ז _____)**, להלן: **המפגע**, כנגד הכוונה להחרים ולאטום את קומת המרתף וחלק מקומת הקרקע במבנה שברחוב קונבר 36 בשכונת גיבל מוכבר בירושלים (נ.צ. 713346/3514550) אשר שימשה למגורי המפגע. לאחר שהחשגה הובאה בפני מפקד פיקוד העורף של צה"ל (להלן: **פקע"ר**), הנני להביא לידיעתך את החלטתו בנדון.

2. נקדים ונאמר כי לאחר שבחן את טענותיכן המפורטות במכתבן שבסמך, מפקד פקע"ר החליט לדחות את השגת מרשייך. להלן נפרט את עמדת המפקד הצבאי ביחס לטענות שפורטו במכתבך.

הרקע ויסודות קבלת החלטת

3. מחומר הראיות המנוהלות שבידי מפקד פקע"ר נולים הפרטים הבאים:

א. ביום 08.01.2017 ביצע המפגע פיגוע זריסה רצחני. המפגע נהג את המשאית שברשותו במהירות גבוהה אל עבר קבוצת חיילים ואזרחים חפים מכל פשע, אשר שחו סמוך לטיילת אדמון הנציב בירושלים ודרסם.

ב. לאחר שדרסם, שב המפגע על עקבותיו כדי לחזור ולפגוע שוב באותם אנשים, אשר היו שרועים על רצפת הרחוב, פצועים ומדממים. המפגע לא חדל ממעשיו עד שנוטרל ע"י חיילים ששהו במקום.

ג. כתוצאה מהפיגוע נרצחו ארבעה חיילים, ואזרחים וחיילים רבים נפצעו, חלקם באורח קשה.

4. מכלל הראיות המנהליות אשר בידי מפקד פקע יר כאמור, עולה כי מדובר באירוע חבלני, אשר בוצע במטרה לפגוע באזרחים וזפים מפשע ממניעים לאומניים. הממצאים בזירה והעדויות שנאספו משקפים וזמונה קשה ביותר ממנה עולה כי המפגע היה נחוש בדעתו לפגוע בכמה שיותר אזרחים ולא חדל ממעשיו עד אשר נוטרל ע"י חיילים ששהו במקום.
5. הכוונה לחחרים ולאטום את הדירה בה התגורר המפגע, התגבשה במסגרת מדיניות הלחימה בטרור, נוכח שורה של פיגועים מהעת האחרונה והצורך ליתן מענה ראוי לביטחון המדינה ושלוש אזרחיה ותושביה, ומונוקף סמכויותיו של מפקד פקע"ר, על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "התקנות").
6. לנוכח נסיבות הפיגוע, היוצאות דופן בחומרתן, סבר מפקד פקע"ר כי יש מקום לנקוט צעדים מכוח תקנה 119 לתקנות, לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים מפני ביצוע פיגועים מעין אלו.

התשתית המשפטית להריסת בתי מחבלים מכוח תקנה 119

7. בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט העליון, למפקד חצבאי נתונה הסמכות לפעול על פי תקנה 119 לתקנות, וזאת בנסיבות המתאימות, לצרכי הרתעה, ומטעמי ביטחון מובהקים.
8. אך לאחרונה תזר בית המשפט העליון על הלכת זו, כאמור בפסקה 16 לפסק דינה של כבוד המשנה לנשיא מ' נאור, מיום 01.07.2014, בבג"ץ 4597/14 מוחמד עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (טרם נרסם, להלן: "בג"ץ עואודה"):

"הריסת בתים על-ידי כוחות הביטחון מוטבצעת, כאמור לעיל, מכוח תקנה 119. לשונה של התקנה מאפשרת הר' סת מבנים במימדים רחבים ביותר. אולם, בפרשנותו את התקנה, צמצום בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות (ראו, לדוגמא: בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון...; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה...; בג"ץ 6026/14 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון...; בג"ץ 173/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון..."

9. תכלית הפעלתה של סמכות זו היא הרתעת חרבים מפני ביצוע פיגועים, כך שמפגעים פוטנציאליים ידעו כי למעשיהם יהיו השלכות לא רק על הקורבנות ועליהם עצמם, אלא גם על בני משפחתם. ראה לעניין זה את האמור בפסקה 19 בבג"ץ עואודה:

"הלכה פסוקה קבעה כי תכליתה של הריסת הבתים אינה להעניש אם כי להרתיע (ראו בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407, 409-410 (2202); פרשת עבאסי, עמוד 59; פרשת סעאדה, עמוד 249; פרשת שרבאתי, עמוד 814; פרשת מורכבי, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ח' מלצר)"

(מהדגשות אינן במקור - א.פ.)

10. יפיע לעניין זה אף דבריו וראו גם את דבריו של נבד חשופט א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שד הביטחון, תקדין 190(1), 75, ובבג"ץ 3363/03 זינג בקר נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(3), 185.

לטענה בדבר אפקטיביות הרתעה

11. בניגוד לנטען על-ידכן, מטרת הריסת ביתו של המפגע היא הרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים, ולא נקיטת צעדי ענישה כלפי המפגע או בני משפחתו.
12. עמדת גורמי הביטחון היא כי בעת הזו, בנקיטת יזקציה על פי תקנה 119 לתקנות כלפי בית המפגע יש כדי לבסס הרתעה אפקטיבית כלפי מפגעים פוטנציאליים. החרפת המצב הביטחוני באזור ירושלים בעת האחרונה, ששיאה בפיגועי דריסה, ירי, ודקירה שהיו לאחרונה, כמו גם החערכה העדכנית בנוגע לאפקטיביות ההרתעה במקרים האמורים, מבססים את המסד הנדרש למימוש הסמכות חטוועה בתקנה 119 לתקנות במקרה דנן.
13. עמדה זו מבוססת על מחקר מעמיק המתעדכן ואופן תדיר ואשר הוצג לא אחת לבית המשפט העליון ונמצא מבוסס ואמין דיו על ידו. בעניין זה ראו את דברי כ' הנשיאה נאור בבג"ץ 7040/26:

"לאחר עיון בחומר החסוי דעתי היא כי בשים לב לכך שעד התקופה האחרונה כמוות הריסת הבתים היתה מצומצמת יחסית, די במה שהוצג לנו כדי להביא לכלל מסקנה שאין מקום בעת הזאת להתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שהחומר הובא לידיעתו), שלמית 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 פגינה בחיי אדם אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי דנעלה 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 המחבלים בבוה. 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 - א.פ.)

- לדידנו, אין באמרה אשר צורפה למכתבכן כדי לזקק את העמדה האמורה.
14. נוכח האמור לעיל, אטימת אותו חלק מהמבנה אשר בו התגורר המפגע שבנדון, מתיישבת עם חוראות תקנה 119 לתקנות ועם הוציונאל ההרתעתי שביסודה.

לטענה בדבר ענישה סלקטיבית

15. על-פי החלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המוגדרים בבית מחבל שהוחלט לנקוט לגביה בסמכות לפי 119, אינה בגדר עניוה קולקטיבית, אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

כך נפסק, למשל, בבג"ץ 789/89 שקורי נ' שר חבטחון, תק-על (1)90 (75 (1990), כדלקמן:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית, הפעלתה לא נועדה להעניש את ב' משפתת העותר. הסמכות היא מינחלית, והפעלתה נועדה להרתיע; ובכך לקיים את הסדר הציבורי..."

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת נוקרת 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, כמו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלוםם של הקרובים להם עצמם."

(ההדגשות אינן במקור - א.פ.)

16. וכן ראו דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) מנ"א, בדעת הרוב בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים בבג"ץ 6021/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994), כדלקמן:

"ראוי אפוא לתזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119(1), בחלקה הנוגע לעניינו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום חביטחון (ראה, למשל, בג"צ 987/89 קהוגי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(2) 227 (מפי השופט בייסקי); ובג"צ 779/88 אלפספיס נ' שר חביטחון, פ"ד מג(1) 576, דברי הנשיא שמגר בעמ' 578). 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 (ראה בג"צ 242/90 אלכצאף נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מד(1) 614, דברי השופט ברק בעמ' 616)".

(ההדגשות אינן במקור - א.פ.)

מידתיות ההחלטה

17. אטימת המבנה נבחנה על רקע חומרת מעשי המנגע, היקף התופעה והצורך להחריע מפניה כאמור לעיל. מפקד פקע"ר בחן את כל הולופות האפשריות על מנת להגשים את תכלית הסמכות, וכן את מידת התועלת שעשויה לצמוח מהאטימה. בנוסף, נבחנה השפעת האטימה על דרי הדירה והמבנה ועל המתגוררים במבנים סמוכים, וניתן דגש על כך שיעשה כל אשר ניתן כדי שלא תגרם פגיעה במבנים הסמוכים לבית המפגע מביצוע האטימה.

אופו ביצוע האטימה

18. חרף העובדה כי הטענה לפיה אפשר כי אטימת החלק בו התגורר המבנה תגרום נזק גם לדירה סמוכה הועלתה בעלמא, ללא כל סימוכין, מצאנו לנכון להעיר כי כפי שאף עלה מההשגה, בטרם יצאה החודעה אודות כוונה להחרים ולאטום את החלק במבנה בו התגורר המחבל הגיעו למקום הגורמים המוסמכים ובתוכם מהנדסים אשר בחנו את המבנה ומצאו כי אטימתו הינה האמצעי המתאים ביותר מבחינה הנדסית למימוש סמכות מפקד פקע"ר, באופן אשר יגרום מינימום נזק לדירות אחרות ובכללן אף דירת אביו של המפגע.

19. בנוסף, נבחנה השפעת האטימה על מבנים סמוכים, תוך הקפדה על כך, שלא תגרם פגיעה במבנים הסמוכים לבית המפגע מביצוע האטימה. נדגיש כי חטענות בעניין זה נבחנו בשנית ע"י מהנדסי צה"ל ונדרחו.

סיכומו של דבר

20. לנוכח כל האמור לעיל, ולאחר שבתן את השגתך, החליט מפקד פקע"ר לדחות אותה, ולקבוע כי קומת המרתף וחלק מקומת זקרקע במבנה שברחוב קונבר 36 בשכונת גיבל מוכבר בירושלים (נ.צ. 713:46/3514550) אשר שימשה למגורי המפגע שבנדון ומשפחתו הגרעינית, תוחרם ותאטם.

21. הצו לא יבוצע לפני יום 24.01.2017 בשעה 12:00.

בברכה,

אפרת יועמ"ש מחלקת
סריאנטה, הייעוץ
רס"ן פקע"ר וחקיקה