

בג"ץ 799/17
קבוע: 13.2.17

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

7-1. קונבר ו-6 אח'
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
על ידי ב"כ עוה"ד מיכל פומרנץ /או אנו דעואל לוסקי ואח'
מרח' חוברמן 10, תל אביב 64075
טלפון: 03-5619666; פקסי: 03-6868596

תעותרים

נ ג ד

מפקד פיקוד העורף
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקסי: 02-6467011

חמשיב

תגובה מטעם המשיב

בהתאם להחלטת כבוד השופט גיבראן מיום 23.1.17, ולקראת הדיון הקבוע בעתירה, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו לעתירה כדלקמן.

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים לבטל צו החרמה ואטימה (להלן – הצו) שהוצא ביחס ליחידת המגורים בה מתגוררים העותרים 3-7, הכוללת את קומת המרתף וחלק מקומת הקרקע של מבנה מגורים המצוי בנצ. 713340/3514551 בשכונת גיבל מוכבר, המצוי בשטחה המוניציפלי של ירושלים (להלן גם: יחידת המגורים). בנוסף, מבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להציג "...מתקד עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הויסת ואטימת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע התריסה".

בעתירה נתבקש גם צו ביניים, לפיו המשיב יימנע ממימוש צו החרמה והאטימה ביחס ליחידת המגורים עד לסיום ההליכים בעתירה דנן, וזאת על מנת למנוע פגיעה בלתי הפיכה ביחידת המגורים.

2. העותרים 1-2 הם הוריו של קונבר (להלן: קונבר או המחבל), המחבל שביצע את פיגוע הדריסה הרצחני בטיילת ארמון הנציב בירושלים ביום 8.1.17, בו נרצחו ארבעה חיילים – שירה צור, יעל יקותיאל, שיר חגיגי וארז אורבך ז"ל - ונפצעו 18 נוספים (שניים מהם במצב קשה). העותרת 3 היא אשתו של קונבר, והעותרים 4-7 הם ארבעת ילדיו הקטינים.

3. יצוין כבר עתה, כי מבנה המגורים כולו מצוי בבעלות אביו של המחבל, אולם יחידת הדיור ניתנה למתבל במתנה עם נישואיו, ואין חולק כי שם התגורר המחבל עם אשתו וילדיו עובר לביצוע הפיגוע.

4. הצו הוצא על-ידי המשיב (להלן גם - המפקד חצבאי), בחתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות החגנה (שעת חירום), 1945 (להלן - תקנה 119 ותקנות החגנה), לאחר שקונבר ביצע באכזריות פיגוע טרור רצחני רחב מימדים.

5. המשיב יטען, כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. על רקע הנסיבות הביטחוניות בעת הזאת, כפי שיפורטו להן, יטען המשיב, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי יחידת המגורים בה התגורר קונבר, אשר ביצע את הפיגוע הרצחני בו עסקין, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים. חוות הדעת המפרטות את ההשפעה החרתעתית של השימוש בסמכות לפי תקנה 119 חסויה, ועל כן לא ניתן להציגה לעותרים כמבוקש על ידם בעתירה. ברי, כי ניתן יהיה להציג את חוות הדעת במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

6. כפי שיובהר להלן, הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת שורה ארוכה של פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד, לרבות מן העת האחרונה. יפים למשל בחקשר זה דבריו של כבי המשנה לנשיאה אי רובינשטיין בפסקה ז' לפסק דינו בבג"ץ 967/16 ובג"ץ 968/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 14.2.2016): "אשר לטענות הכלליות בדבר חוקיותו של אמצעי החרמת הבתים והריסתם, מכוח תקנה 119 – טענות אלה חועלו ונדחו בבית משפט זה אך בעת האחרונה מספר פעמים, ואין מקום להידרש לכך פעם נוספת. שכן לא חל שינוי נסיבות המצדים זאת [...]" [החדגשות הוספו].

וכן ראו קביעתו של כבי השופט עמית בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בו נדחו בדעת רוב שלוש עתירות אשר נדונו יחד, נגד דעתו החולקת של כבי השופט מי מזוז (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15)(פורסם באר"ש, 22.12.2015) (להלן – עניין אבו ג'מל): "לא כל אימת שבית משפט זה יז בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות החגנה. יש להידרש מבראשית לנושא העסרוני של עצם הסמכות לתוציא צווי החרמת והריסה על פי תקנה זו [...]" הנושאים והטענות שהועלו על ידי העותרים נדונו בשורה של פסקי דין, שהלקם ניתנו אך לאחרונה, במסגרתם נדונו גם הטענות הנוגעות להרתעה, ואין טעם לחזור על הדברים".

7. בשים לב למצב הבטחוני בישראל ובאיו"ש; בתשיבות עליונה שיש להרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; מכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות החגנה, אכן חיונית במקרה דנן להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים; ובשים לב לחומרתו ואכזריותו של הפיגוע שביצע המחבל במקרה דנן; המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה זו בהקדם האפשרי, על דרך דחייתת.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

8. העותרים 1-2 הם חוריו של קונבר (לחלן: קונבר או המחבל). כפי שיובחר לחלן, יחידת חזיר מושא צו החחרמה והאטימה הייתה בבעלות אבי המחבל (העותר 1), וניתנה למחבל במתנה עם נישואיו. ביחידת חזיר זו מתגוררת משפחתו הגרעינית של קונבר. כאמור ברישא, וכפי שיובחר עוד בהמשך הדברים, הצו מופנה כנגד יחידת חזיר כולה.
9. העותרת 3 היא אשתו של קונבר, והעותרים 4-7 הם ארבעת ילדיהם הקטינים.
10. המחבל, יליד 1988, התגורר בשכונת גיבל מוכבר שבמזרח ירושלים, המצויה בשטחה המוניציפלי של ירושלים.
11. בידי רשויות חביטחון קיים מידע, אשר התקבל לאחר הפיגוע, לפיו המחבל נחג לשתף תכנים שונים של ארגון דאע"ש בפרופיל הפייסבוק שלו.

תיאור הפיגוע

12. ביום 8.1.17, מעט לפני השעה 13:30, נסע המחבל במשאית המצויה בשימוש והגיע מכיוון שכונת גיבל מוכבר (אזור מגוריו) לאזור טיילת ארמון הנציב, שם זיחה קבוצת חיילים שירדו מאוטובוס ועמדו בסמוך אליו. המחבל סטה מנתיבו במהירות גבוהה ועלה על המדרכה, בנסיעה ישירה לעבר קבוצת החיילים. המחבל דרס את קבוצת החיילים, ולאחר מכן עצר, העביר את המשאית לחילוך אחורי, והחל לנסוע לאחור תוך שהוא שב ודורס את החיילים הפצועים פעם נוספת.
13. חיילים ואזרחים מושים ששהו במקום, אשר הבינו כי מדובר באירוע טרור מכוון ולא בתאונה, פתחו בירי לעבר המפגע, בניסיון לנטרל את האיום הנשקף ממנו. לבסוף, המחבל נורה ונהרג מהירי שבוצע לעברו, וכך הסתיים הפיגוע. בעת עצירת המחבל עוד היו מצויים חיילים תחת גלגלי המשאית, ואלה חולצו לאחר סיום האירוע בסיוע חיילים ואזרחים ששחו במקום הפיגוע.
14. כתוצאה מהאירוע נרצחו כאמור ארבעה חיילי צה"ל - שירה צור, יעל יקותיאל, שיר חגיגי וארז אורבך ז"ל; בנוסף, נפצעו 18 אנשים, מהם שניים במצב קשה.
15. מחקירת עדים בזירת הפיגוע, וכן מצילום של האירוע במצלמות אבטחה שהיו מצויות במקום, עולה תמונה חד משמעית ונטולת ספק לפיה קונבר הוא המחבל שביצע את הפיגוע. יצוין כי העותרים אף לא טוענים אחרת בעתירתם, וכל שטענו בהקשר זה הוא כי "לעותרים לא ידוע האם אכן היו לו כוונות חבלניות, ולנוכח העובדה שהוא נהרג במהלך האירוע, העניין עודנו דרוש בירור" (סעיף 15 לעתירה). לאחר צפיה בסרטונים שצולמו בעת הפיגוע, סבורה המדינה כי מוטב היה שלא להעלות טיעון מקומם זה כלל.

16. יצוין כי המשאית ששימשה את קונברר לביצוע הפיגוע היא משאית המצויה ברשותו, אך אינה רשומה בבעלותו. בעל המשאית הרשום זומן לחקירה לאחר הפיגוע, וחקירתו העלתה כי כשנה לפני הפיגוע מכר בעל המשאית הרשום את המשאית לקונברר, ומאז המשאית משמשת את קונברר באופן בלעדי, על אף שחלה טרם הסדיר את כלל חובותיו עליה.

17. אם כן, ממכלול החומר והראיות שבידי המשיב עולה כי המתבל הוציא לפועל פיגוע דריסה חבלני-רצחני מכוון, בעל מאפיינים אכזריים במיוחד, אשר נועד לפגוע בישראלים חפים מפשע רבים ככל הניתן, וזאת ממניעים לאומניים; פיגוע שלדאבון חלב צלח והביא לתוצאות כואבות ביותר.

חשתלשלות החליכים לתוצאת צו החרמה והחריסה והגשת העתירה

18. בהתחשב בנסיבות הפיגוע, היוצא דופן בחומרתו ובאכזריותו; ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים; החליט המשיב, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני ועל דעת פרקליט המדינה וחיועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי יחידת המגורים בה התגורר קונברר.

19. ביום 12.1.17 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו לחחרים ולאטום את קומת המרתף וחלק מקומת הקרקע במבנה בשכונת גיבל מוכבר שבירושלים, בו התגורר קונברר. בהודעה פורטו הנימוקים שתביאו את המשיב להחליט על הפעלת הסמכות. בנוסף, ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה כנגד החלטת, וזאת עד ליום 17.1.17 בשעה 17:00. צילום הודעת המשיב מיום 12.1.17 צורף לעתירה וסומן כנספח ב.

20. ביום 17.1.17 הגישו ב"כ העותרים השגה בשם בני משפחתו של קונברר נגד הכוונה לחחרים ולאטום את הדירה.

בהשגתם טענו העותרים כנגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, בדבר הפגיעה בזכויות יסוד של חפים מפשע, ובדבר היותה נוגדת את המשפט הבינלאומי. במישור הפרטני, נטען כי החלטת אינה מיזתית בנסיבות העניין, וכי לא מתקיימת התכלית החרתעית שבבסיס החלטתה. בתוך כך, נטען כי לקונברר ואשתו 4 ילדים בגילאי 3 עד 7 המתגוררים ביחידת המגורים מושא צו החרמה והאטימת, וכי אין כל מידע על ידיעה או מעורבות של מי מהעותרים בפיגוע.

ביחס לאופן ביצוע האטימה, טענו העותרים כי אטימה באמצעות בטון עשויה לגרום לפגיעה ביחידת הדיור של החורים, הצמודה ליחידת המגורים מושא הצו ונכללת באותו המבנה. כמו כן, נטען כי קיים חשש לקריסת הרצפה, שתוביל להתרוממות הרצפה ביחידת הדיור של החורים.

יצוין, כי רבים מהנימוקים שהועלו על ידי העותרים בחשגה, מופיעים גם בעתירה דנן.

צילום מכתב החשגה מיום 17.1.17 צורף לעתירה וסומן כנספח ג.

21. ביום 19.1.17 נשלח לבי"כ העותרים מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את חשגת העותרים, זאת לאחר שהתייחס בפירוט לטענות שהעלו העותרים בהשגת.

כך, במסגרת המענה לחשגה, פירט המשיב כי בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, נתונה למפקד הצבאי הסמכות לפעול על פי תקנה 119 בנסיבות המתאימות, וזאת לצרכי הרתעה ומטעמי ביטחון מובהקים. ביחס לטענה בדבר אפקטיביות הרתעה, נטען כי העמדה לפיה הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מייצרת הרתעה אפקטיבית, מבוססת על חוות דעת המתעדכנת באופן תדיר, ואשר אף הוצגה בפני בית המשפט הנכבד בהליכים קודמים. ביחס לטענות בדבר ענישה קולקטיבית נטען, כי הפגיעה בבני המשפחה אינה אלא נלווית למטרה החרתעתית של הפעלת הסמכות. לעניין הטענות בדבר מידתיות, הובהר כי הבחירה באטימה מלאה נעשתה לאחר שגורמים מקצועיים בחנו את יחידת הדיור ובחרו באמצעי המתאים ביותר מבחינה הנדסית למימוש הצו. עוד תובהר, כי טענות העותרים בדבר נזק אפשרי ליחידת החורים נבדקו בשנית ונדחו על ידי מהנדס מטעם המשיב.

המשיב הודיע לעותרים כי ביצוע האטימה יושגה עד ליום 24.1.17.

צילום מכתב המענה לחשגה מיום 19.1.17 צורף לעתירה וסומן כנספח ד.

22. בצד מכתב מענה זה, נמסר לעותרים צו החרמה והאטימה של יחידת המגורים בגיבל מוכבר שבירושלים, בה התגורר המחבל, עליו חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות החגנה. בצו ננקב הטעם להוצאתו, כך:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הדירה פאדי אתמד חמדאן קונבר ... ביצע פיגוע דריסה במהלכו נרצחו ארבעה חיילים ונפצעו בני אדם נוספים ברמות פציעה שונות".

צילום צו ההחרמה והאטימה צורף לעתירה וסומן כנספח א.

23. ביום 23.1.17 הוגשה העתירה דנן.

24. בו ביום, ניתנה החלטת כב' השופט גיזבראן, בה נקבע כדלקמן:

1. העתירה תובא לדיון בפני הרכב בהקדם האפשרי.

2. המשיב יגיש תגובתו לעתירה עד 48 שעות לפני מועד הדיון.

3. ניתן בזה צו ביניים-ארעי המורה למשיב להימנע ממימוש צו ההחרמה והאטימה נושא העתירה ו/או מכל פגיעה בלתי הפיכה בבית העותרים, וזאת עד למתן החלטה אחרת.

25. להשלמת חתמונה יצוין, כי כמתואר בגוף העתירה, לאחר הגשת העתירה הגישו העותרים בקשה לצירוף חוות דעת הנדסית מטעמם, ביחס לאופן מימוש צו ההחרמה והאטימה. בקשתם התקבלה בהחלטת כב' השופט גיבוראן מיום 29.1.17.

בחוות הדעת ההנדסית מטעם העותרים נטען כדלקמן:

"מבחינה הנדסית יש אפשרות סבירה שמילוי כמות גדולה של בטון בקומת הקרקע (הקומה העליונה) תשפיע על דירת החורים משתי סיבות:

1. הלחץ שיגרום מילוי הבטון על התיקרה המשותפת עם ריצפת החורים יכול לגרום לסדקים או אפילו לתזוזה של הריצפה של חבית של החורים.

2. כמות גדולה של בטון בקומה העליונה יכולה לגרום לדחיפת קיר הבלוקים המפריד בין שתי הדירות".

הדירה בח התגורר המחבל

26. יחידת המגורים בח התגורר המחבל בשנים האחרונות, עם אשתו וארבעת ילדיה, מצויה במתחם מגורים בבעלות אבי המחבל, שבו מתגוררים בני משפחה מורחבת של המחבל. יחידת המגורים ממוקמת בשכונת גיבל מוכבר שבמזרח ירושלים, בשטח הנכלל בשטחה המוניציפלי של העיר ירושלים.

27. יחידת המגורים מצויה באותו מבנה ביתד עם יחידת המגורים של חורי המחבל, העותרים 2-1, אך הגישה אליה היא מכניסה נפרדת, מכיוון דרום. יחידת המגורים מושא הצו כוללת שתי קומות - קומת מרתף, ובה חדר אחד; וקומת הכניסה, בה חדר מגורים, מטבחון ושירותים. שתי הקומות מחוברות באמצעות מדרגות פנימיות. עוד יובהר, כי דירת המגורים של העותרים 2-1 (החורים), מצויה אף היא בקומה הכניסה, ובינה לבין יחידת המגורים מושא צו ההחרמה והאטימה מפריד קיר המורכב בחלקו מבטון ובחלקו מבלוקים. קומת המרתף כולה כלולה ביחידת המגורים מושא צו ההחרמה והאטימה.

28. מחקירת העותר 1 לאחר הפיגוע עולה, כי כלל מבנה המגורים מצוי בבעלותו. יחידת המגורים מושא צו ההחרמה והאטימה ניתנה למחבל במתנה עם נישואיו, ומאז היא משמשת למגוריו עם משפחתו הגרעינית. למען הסר ספק נציין, כי מחקירת קרובי משפחתו של המחבל לאחר הפיגוע, עולה כי המחבל אכן התגורר ביחידת המגורים, כך שאין ספק ביחס לזיקת מגוריו למבנה.

29. לאור האמור, ולאור חמלצת גורמי הביטחון, המשיב קבע בצו כי כלל יחידת המגורים בח התגורר המחבל תיאטם.

הטיעון המשפטי

30. עמדת המשיב, כפי שתפורט להלן, היא כי זין העתירת להידחות, בהיעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בסעד המבוקש בעתירה.
31. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירותיהם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי הדין, ולדוגמה, בגץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.14) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); עניין אבו ג'מל; בג"ץ 5614/16 נאסר טראירה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 3.8.16) (להלן: עניין טראירה); ואף לאחרונה ממש, בבג"ץ 9034/16 אבו סביח נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 18.12.16), שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה, בנסיבות מסוימות, היא צעד חוקי, שניתן לנוקטו. השימוש בסמכות נסמך על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי יש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים.
32. כמו-כן, בפסק הדין העקרוני שניתן ביום 31.12.2014 בבג"ץ 8091/14 תמוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (להלן – עניין תמוקד להגנת הפרט), נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי זינן להידחות. כאמור לעיל, עתירה בבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה ביום 12.11.2015 בהחלטתה של כבוד הנשיאה נאור.

תמצית התשתית הנורמטיבית - הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

33. חסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, מוקנית למפקד הצבאי בהיותה חלק מן הדין המקומי.

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; ומשחחרמו כל בית או מבנה

או קרקע כ"ל, רשאי המפקד הצבאי לחרויב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. [...]"

34. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המפקד הצבאי לחחרים ולחרוס 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 הנסיבות עליהן עמדה הפסיקה.

בית המשפט הנכבד אף התייחס לאופן הפעלת הסמכות בעת האחרונה, בחוות דעתו של כ"י השופט שהם בבג"ץ 5141/16 מוחמד מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: עניין מחאמרה), כדלקמן:

"כלל ידוע הוא, כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זחיר ומצומצם בסמכותו לפי תקנה 119. ולסבל את החלטותיו, תוך שמירת עטרונות הסבירות ותמידיות. זאת. בשים לב לעובדה כי חיסוף הסמכות לפי תקנה זו תינו רחב מאוד. והפעלתה עשויה להוביל לתוצאות שטות ביותר. על כן, נקבעו בפסיקה מספר אמות מידה, אשר על פיהן צריך המפקד הצבאי לנהוג בהפעלת סמכותו זו. ראשית לכל, נקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, רק כאשר יש באמצעי זה בכדי לשרת את התכלית ההרתעתית, אשר עומדת ביסוד התקנה. כלומר, אין לעשות שימוש בתקנה זו לשם ענישתם של המפגעים או של בני משפחותיהם. אכן, התוצאה המעשית הנגרמת עקב הפעלתה של תקנה 119, עשויה להיות פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, ואולם אין זו התכלית העומדת ביסוד התקנה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 23 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 19 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(2) 55, 60 (2003). כאמור, הרציונל אשר עומד בבסיס השימוש בתקנה 119 הוא הרתעתי, ונקודת המוצא היא כי מחבל פוטנציאלי היודע כי מימוש תכניתו הרצחנית עלול להוביל לפגיעה בבני משפחתו – עשוי להירתע, בשל כך, מלבצע את הפיגוע שתכנן. עוד נסבע. כי על המפקד הצבאי לפרש את הסמכות ממוסנית לו לפי תקנה 119. ברוח הדברים המופיעים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כלומר. עליו לוודא. כי פעולות החריסה או האיטום מבוצעות למעו תכלית ראויה. ובצורה מידתית. על פי מבחני המידתיות המוכרים (בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012), בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (להלן: עניין מוגרבי); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 487 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009), בפסקה 5)" (להלן: עניין אבו דהים).

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

נקודת המוצא היא, כי מחבל פוטנציאלי וכל שותף אחר לתכנון פיגוע היודע, כי בני משפחתו עלולים להיפגע, אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלסייע לתכנון ולבצע פיגועים. לעיתים, החרתעה 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.

36. על-פי החלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מחבל שהחלט לנקוט לגביו בסמכות לפי תקנה 119 אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה החרתעית של הפעלת הסמכות. כך נפסק, למשל, בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון, תק-על (1)90 (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 [...]. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת החריסה, 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 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 חינוכי למיזם הביטחון [...]. הפעלת 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."

37. מערכת הביטחון, בכלל, וחמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבחפעלת התקנה 119. חמפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו לחריסה או אטימה של מבנים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או החרתעה "ירגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

38. הפעלת הסנקציה של חריסת 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 הנוקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתה של ישראל בפעילות החבלנית חרצחנית העויינת. לעניין זה כבר פסק בית משפט נכבד זה מפי כב' חנשיא שמגר בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלון פיקוד חמרכז, 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 לשריפתם של בגי 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 כבי השופט סולברג, כי:

"... לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדין החל [...] לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות [...]. עם כל הזחירות המתחייבת ומקדמי הבטחון, ברי כי לשעת סכנה ומלחמה גועדו דינים מיוחדים, ובחסותם אין מגיעה 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 מנת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים".

39. מאחר שהסמכות לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעילות חבלנית, אין להתפלא על כך, כי היקף הפעלתה במהלך השנים היה ביחס ישיר לחיקפם של האירועים החבלניים ולמידת חומרתם. כך, בשנים בהן התקפות הטרור פחתו, היתה הפעלת הסמכות לפי התקנה נדירה יותר, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור חפכו ל"ישגרה יום-יומית", נאלצו כוחות הביטחון להגיב בדרך של הפעלת התקנה בתדירות רבה יותר, מתוך מגמה לחרתיע ולגדוע את נגע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

40. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה, על שורח של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הצעד תננקט; איזון בין הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע לבין הצורך בחרתעת 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.

41. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת חומרת מעשיו של המפגע; נסיבות הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית, גודלו של הבית; השפעת הפעלת תאמצעי 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 לחלטה אם להפעיל אמצעי של חרמה והריסה ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין בעניין נזאל).

42. בעקבות החתמורה הניכרת במצב הביטחוני בשנים 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 (ראו, בין היתר, ענין עואודח; ענין קואסמה; ענין ג'עביס; ענין חמאד לחלן; וכן לאחרונה בבג"ץ 2828/16 אחמד אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 7.7.16) (להלן: ענין אבו זיד). זאת לאחר תקופה של כמעט עשור, במהלכה כמעט ולא נעשה שימוש בתקנה 119, בהתאם למסקנות צוות חשיבה שהוקם בנושא בראשות אלוף אודי שני.

43. אשר לאפקטיביות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לצורך הרתעה, נבקש להפנות, בין היתר, לפסק הדין בבג"ץ 7040/15 פול מוסטפא פדל חמאד נ. המפקד הצבאי באיזור גדה המערבית מיום 12.11.2015 (להלן – "ענין חמאד"), בו הכריע בית המשפט בענין זה. וכך נפסק מפי כבי הנשיאה מ' נאור:

"[...] די במה שהוצג לנו כדי לחביא לכלל מסטנה שאין מסום לעת הזו לחתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שחומר חובא לידיעתו) שלפיה הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים תחושיים לפגיעה בבני משפחתם. כמי שציין השופט ע' פוגלמן בענין סידר. [...] למעשה. אם הריסת בית מחבל פלוגי 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 שחוצג לנו חניה את דעת, שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכות. לפיכך, חרף הסמכות שתובעו לאחרונה במסיסה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, לא ראיתי מסום לסטות מהחלטה המסוּסֶה. שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה". [ההדגשה הוספה, הח"מ].

44. כמפורט לעיל, בפסק הדין בענין המוקד להגנת הפרט, נדחתה עתירה עקרונית של ארגוני זכויות אדם אשר ביקשו כי בית המשפט הנכבד יצהיר ששימוש 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 המנחגי 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 הרתעית, 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 הריס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להגיעה מלחעמיד לרשותו את מעגל התמיכה בקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו. הנה כי כן, ההדחקה תודמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד".

כבוד השופטת א' חיות קבעה בפסק דינה, כי "דומני 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 [...]".

מז הכלל אל הפרט – הצורך הביטחוני

45. 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 הישראליים כתוצאה מפעילות טרור. עיקר פעילות הטרור בעת האחרונה הייתה, 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. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו תחל 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-2,403 פיגועים; בשנת 2016 נרשמו 1,408 פיגועים; ומתחילת השנה הנוכחית ועד ליום 8.2.17, נרשמו 129 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013, נרשמה עליה חריגה במספר החרוגים הישראליים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

הנתונים מעידים, במובהק, על כך שמתחילת שנת 2014 ועד לימים אלה, ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים. בהם נחרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם - זוגמת הפיגוע שביצעו המחבלים בעניינו - וכו בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

נספת הכולל דוגמאות להמחשת ההסלמה הכרונולוגית בכמות הפיגועים ותומרתם, עד ליום 8.2.17 מצורף ומסומן מש/1.

46. לעמדת המשיב, הנתונים לעיל, מצביעים על מציאות עדכנית של הסלמה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני, המתייבים נקיטת אמצעים להרתיע מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים בכלל, וכדוגמת אלו אשר בוצעו לאחרונה, בפרט.

47. 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. כאמור, במסגרת פטיקה עניפה של בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה, שעסקה בצווים מכוח תקנה 119 כנגד בתיחם של מחבלים שביצעו פיגועים כנגד אזרחים ישראלים, כאמור, חזר בית המשפט הנכבד על החלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, תוך שלא נעטר לאותו העתירות.

48. ביום 31.12.2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין 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 (דנג"ץ 360/15 מוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.11.2015)).

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

49. 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.

50. ההחלטה על הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 נגד יחידת מגוריו של המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצחו בדס קר ארבעה חיילים ונפצעו רבים נוספים. עמדת המשיב היא כי חיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זו, או דומים לו, בעתיד.

51. 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 בתקשר זה לדבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, במסגרתו נקבע, בין היתר, כך:

"11. עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושהתמיס' לה גם 'הרמטכ"ל' ושר' הביטחון: 'אכן, מתוך לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות.

[...] כפי שנמבע בפסיכתו 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 בעסבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינו לעיל נסבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערר מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנסיסת האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון.

לעניין זה, נפנה אף לדבריו של כבוד המשנה לנשיאה אי רובינשטיין בפסק הדין בעניין אבו זיד, כדלקמן:

"מזה שנים רבות נלחמת מדינת ישראל בגורמי טרור, אשר אינם בוחלים בכל אמצעי לפגיעה רבתי באוכלוסייה ישראלית, בחפים מפשע... אירועי השנה החולפת ממחישים את העובדה כי מדינת ישראל אינה ניצבת לבדה במערכה זו – פאריס, בריסל, אורלנדו ואיסטנבול, הן אך דוגמאות למלחמה חוצה גבולות של גורמי טרור חסרי מעצורים, אשר התכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האר"ם אינה נר לרגלם, ואמנות ג'נבה אינן לחם חוקם. הטרור שופך המתו בלא הבחנה, בלא נורמות, בשנאה זדונית. מלחמה זו מצריכה נסיסת אמצעים לא שגרתיים לשם הגנה על הציבור ולשם הרתעה. אין חולס. כי אין בכך כדי לאין את ערכינו הבסיסיים. וכפי שציין מכבר הנשיא ברק, "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אתה מידיה סשורה לאחור" (...). ואולם כדבריו, "חוסה אינה מרשם להתאבדות. הזכויות אדם אינו מרשם לכילוח לאומי" (...); ועוד מפיו: "אסור שזכויות האדם ייחפכו לסדרום לשלילת בטחון הציבור והמדינה" (...). ברכיב ההרתעה של התריסה, שהוכח בפנינו במידה מספקת לעת זו. טמונה גם ההצדקה המשפטית והמוסרית.

כשאר מדינות העולם החפצות חיים. אין ישראל יכולה לשבת בחיבוק ידיים אל מול העומדים עלינו לכלותנו. מכאן. משמצאו גורמי הביטחון. לאחר בדיקה ספדנית ומתמשכת. כי אמצעי מסוים – שאינו פוגע בחיי אדם אלא ברכוש, מבלי להטיל בו ראש – מרתיע ומביא להצלת חיי אדם, סבורני כי חרף הסושי הכרח בו, לא לנו לסבוע כי אמצעי זה אסור כשלעצמו; המפתח הוא בחינת מתמדת של רכיב ההרתעה. שימוש מיזתי בתקנה על-ידי המשיב במקרים החמורים במיוחד. ושקילתם במקרים המתאימים של אמצעים חלומיים אשר יש בהם כדי להשיג את תכלית ההרתעה. הדבר נשמל בענייננו. אך לא נמצא דרך אחרת. נוכח כל האמור, אין מסום להתערבותנו. [ההדגשות הוספו, הח"מ].

הדברים האמורים, יפים חס לענייננו ככתבם וכלשונם.

52. לאור כל האמור לעיל, המשיב יטען כי אין כל עילה משפטית להתערב בהחלטה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתו של המחבל. המדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה בחקיקה ראשית; שנועדה לתכלית ראויה - קרי הרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים; ושהופעלה בנסיבות של גל טרור גואה, הוזר ונשנה, בצורה מיזדית וסבירה.

התייחסות לטענות העותרים

53. טענותיהם העקרוניות-כלליות של העותרים הן, בעיקרן, כי החחלטה על החרמה והריסת דירת מחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע תוך פגיעה בזכויות היסוד שלחם, וכי היא מנוגדת לחוראות המשפט הבינלאומי. טענות כלליות אלו, כפי שצוין בפתח תגובה זו, נדונו בהרחבה בפסיקת בית המשפט הנכבד אף מן העת האחרונה, תוך שנקבע כי אין מקום להידרש לכך פעם נוספת.

54. למעלה מן הצורך נשיב, ראשית, כי בחתאם לחלכה הפסוקה השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לתכלית הרתעתית, וכי אין לראות בו משום ענישה קולקטיבית אך בשל כך שבני משפחת המחבל ייפגעו מן הצעד האמור, והדברים הובאו לעיל באריכות, מפסיקת בית המשפט הנכבד.

שבית, 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.

טענות דומות לטענה זו של העותרים, לפיהן בני המשפחה הגרעינית המתגוררים עם המחבל הם בחזקת חפים מפשע ולא היו מודעים לכוונותיו של המחבל, 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 גידונה 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' אלון פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין סעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים. מעיסת מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עוונתו של המחבל נושאים בני משפחתו. שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועטה זאת שורשה בעיסתו עתים היומיו שבמסורת ישראל שלמיו "לא-יומיתו אבות על-בנים ובנים לא-יומיתו על-אבות איש בחסאו יומת" (דברים. כד. טז; וחשו לדברי השופט מ' חשיו בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה. פ"ד מל(3) 693. בעמ' 706-705). חד"ל אף באו בטרונייה על דוד המלך שחפר עיסתו זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב. כא. א-ד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות. עט. א). אולם הסיכוי שחרס בית או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו לחקשות את הלב ולחוס על החיים. העלולים ליפול קורבו למעשי זועמה של מפגעים, יותר משראי לחוס על דייריו של חבית. איז מנוס מכ".

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 נמסק כי שיסולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעה מבצעים פוטנציאליים החייבים לחבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל".
[ההדגשה הוספה, הח"מ]

וכך אף קבע כבוד השופט נ' סולברג קבע בסעיף 4 לפסק דינו בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט:

"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 חנ"ל – "גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית [...] נמגעים בני משפחה תפים 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 התסנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה והחריסת או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן. הרתעה מפני פיגועי התאבדות דומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאושים 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 הצגת תיבת". (ההדגשה בנספח, תמ"מ).....

ראו גם, בין רבים, דברי כב' השופט דנציגר בעניין קואסמה (בסעיף 24 לפסק הדין); בג"ץ 2418/97 אבו סארה 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).

55. ברם מעבר לאמור, אשר די בו לדחיית טענות העותרים, כאן המקום לציין, כי מהחקירה שביצעו גורמי הביטחון לאחר הפיגוע עולה כי בני משפחתו המורחבת של המחבל (גם אם לא הגרעינית) הביעו תמיכה במעשיו של המחבל, ונפרט:

56. סמוך למועד הפיגוע התראיינה לאמצעי תקשורת אחותו של המחבל, ושמעה כמי שמהללת את מעשיו. כך למשל, כאשר נשאלה לדעתה על כך שאחית "חפך לשאחיד", ענתה כי "השבח לאל, אנו מודים לאלוהים על כך. זה מות הקדושים היפה ביותר". בנוסף, ישנו מידע בטחוני שלילי נוסף על אודות בני משפחת המחבל המורחבת, אותו ניתן יהיה להציג במעמד צד אחד.

57. מעבר לאמור, פרופיל הפייסבוק של המחבל שימש אותו כאמור לשיתוף תכנים התומכים בארגון דאע"ש ובפעולות הטרור בחן הוא נוקט.

58. שלישית, באשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד לחגנת הפרט, נדחתה הטענה תוך שנקבע, בין היתר, כך:

"אין להלום את טענת המבקשים כי כל חריסה 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 חריסת 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 בפסק הדין בעניין חמאד:

"אכן, שעה שפעולות חטורר אינן מבחינות בין חייל לאזרח ובין שעת מלחמה לעת שלום; כאשר כל אדם, בחזית ובעורף כאחד, הוא מטרה; כאשר כל כלי יוצר לנשק וצלח, כשלדאבוננו חופכים המפגעים אתיהם לחרבות ומזמרותיהם לחניתות (השוו ישעיהו נד, יז; ב, ד) – הציפייה מצד המדינה להמשיך ולדבוק בהבחנות הדיכוטומיות שיצר 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]

59. בהקשר זה מדגישים העותרים את העובדה שביחידת חמגורים מתגוררים 4 ילדים קטינים צעירים ובלתי מעורבים, באופן הסותר את האמנה בדבר זכויות הילד. יוזכר, כי טענה זו נטענה על ידי העותרים גם בעניין חמאד (וראו סעיף 12 לחוות דעתה של כבי הנשיאה), כחלק מטענת העותרים בדבר סתירת השימוש בתקנה 119 למשפט הבינלאומי, ובית המשפט הנכבד דחה כאמור את כלל הטענות העקרוניות בדבר סתירה למשפט הבינלאומי, לרבות הפגיעה בזכויות הילדים הקטינים (וראו סעיף 25-26 לחוות דעתה של כבי הנשיאה בעניין חמאד).

שהיא מעוררת מצד שני". [שם, בסעיף 3 לפסק דינו של כבוד השופט נ'

אפקטיביות ההרתעה

60. טענה נוספת שהעלו העותרים היא כדבר אפקטיביות ההרתעה שנוצרת כתוצאה מהשימוש בתקנה 119. לכך נשיב, כי בית המשפט הנכבד כבר נדרש לשאלת אפקטיביות ההרתעה, והכריע כי ככל שבחינת אפקטיביות ההרתעה נעשית על ידי גורמי הביטחון באופן תדיר, והחלטתם היא כי יש להמשיך ולהשתמש בעת הזו בסמכות על פי תקנה 119 במקרים המצדיקים זאת, אזי אין בידי בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטתם. יפים בהקשר זה דברית של כבי הנשיאה מהעת האחרונה בבג"ץ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם באר"ש, ניתן ביום 31.3.16):

"...שאלת יעילותה של החרתעה הגלומה בחריסת בתיים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון. שהם הגורם המומחה וזו אשר נושא באחריות לעניין זה. ובית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכתם (ראו, עניין שרבאתי, בעמ' 814-815; בג"ץ 6026/94 נוזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יחודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 348-349 (1994) (להלן: עניין נוזאל); עניין המוקד להגנת הפרט, בפיסקה י"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין, בפיסקאות 5-14 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג ופיסקה 5 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; עניין עואודה, בפיסקה 24; עניין חרוב, בפיסקה ח' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; עניין חלבי, בפיסקה ז' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). עם זאת, האפקטיביות של אמצעי זה צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון (עניין המוקד להגנת הפרט, בפיסקה כ"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין ופיסקה 6 לחוות דעתה של השופטת חיות; עניין סידר, בפיסקאות 2-3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו אלרוב, בפיסקאות ז'-ח' ו-י' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בפיסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארוז ופיסקה 4 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). חזקה כי כך אכן נעשה. מכל מקום, במקרה דנא לא הוצג בפנינו כל טעם המצדיק להטיל בכך ספק ובפרט שהעניין נבחן אך לאחרונה (ראו, עניין חמאד, בפיסקה 29 לחוות דעתי). (ההדגשה הוספה, הח"מ)

כן ראו קביעתו של כבי השופט שהם בעניין מחאמרה מהעת האחרונה ממש:

"אדרש, תחילה, לטענותיהם של העותרים, לפיהן אין כל ראייה כי הפעלת תקנה 119 משיגה את ההרתעה המבוקשת כלפי מפגעים בכוח ובפועל, וכן בנוגע לטענת ההפליה בשימוש בתקנה 119. אך לאחרונה, בעניין זיד (שבו חייתי אחד מחברי החרב). הוצגה לעיוננו חוות דעת מקיפה ועדכנית. העוסקת באפקטיביות השימוש בסמכות לפי תסנה 119, ממנה עלה בבירור כי הפעלת הסמכות תורמת באורח משמעותי לגורם החרתעה, בתקופה זו שבה אנו עדים לפעילות טרור מוגברת" (פסקה 31, ההדגשות הוספו – הח"מ).

בהקשר זה יצויין, כי המשיב נכון להציג בפני בית המשפט הנכבד חוות דעת חסויה עדכנית בדבר יעילות השימוש בקתנה 119 כאמצעי להרתעה מחבלים פוטנציאליים, וזאת בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

61. עוד יצוין, כי בהתאם לחלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, אפקטיביות ההרתעה נמדדת במגוון אמצעים, אולם אין המדובר בשאלה אמפירית-כמותנית, כנטען על ידי העותרים. לעניין זה נפנה לדברי כב' השופט סולברג בעניין המוקד להגנת הפרט:

"5. העותרים כופרים בתועלת השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה. אלא שטענה מעין זו שבה ונדחתה בפסיקה: "... לא נעוץ, ולא יכול להעריך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי" (דברי השופט א' גולדברג בבג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף (27.11.2003)).

6. חוקרים שנדרשו לנושא לאחרונה, תארו את הקשיים המתודולוגיים בדרך למדידת החשפעה של צעדי הרתעה נגד טרור. Wilner מצוין (בהסתמך על Stein Lebow, Richard Ned and Janice Gross Stein, Deterrence: The Elusive Dependent Variable, 42(3) World Politics 336 (1990)) כי הצלחות של פעולות הרתעה מותירות, אם בכלל, מעט "עקבות התנהגותיים". קשה להוכיח כי לנוקט ההרתעה היתה השפעה על אירוע שלא התרחש (Alex S. Wilner, Deterring the Undeterrable: Coercion, Denial, and Delegitimization in Counterterrorism, 34(1) Journal of Strategic Studies 3 (2011)).

אף על-פי כן, המחקר האמפירי הקיים, אינדיקציות נקודתיות מניסיון העבר, ועמם מחקרים חדשים בתחום הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, תומכים במצטבר, באופן אשר מניח את הדעת, בפוטנציאל ההרתעתי הטמון בהריסת בתי מחבלים.

13. מן המקובץ עולה, כי הריסת בתי מחבלים תוסיף לתחשיב העלות-תועלת שאותו עורך מחבל פוטנציאלי את הידיעה על כך שקרובי ישלמו מחיר על מעשיו."

62. אשר לטענת העותרים לפיה קיימת סתירה בין ההלכות שהוציא מלפניו בית המשפט הנכבד ביחס לשימוש בתקנה 119, לבין ההלכה שנקבעה ביחס לאחד העותרים בבג"ץ 7015/02 ביפאח ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגזית המערבית (פורסם בנבו, 3.9.2002; להלן – עניין עגורי), נשיב, כי יש לרחות את הטענה. התכלית היחידה לשימוש בתקנה 119 היא תכלית הרתעתית (זאת בניגוד לתכלית המניעתית בנוסף להרתעתית אשר היתה במוקד 'תיחום מקום מגורים' בפרשת עגורי).

בית המשפט הנכבד בפסיקתו העניפה דחה – פעם אחר פעם – את הטענות ביחס לאי-חוקיות השימוש בתקנה 119, גם לאחר פסק הדין בפרשת עגורי. העובדה כי בית המשפט הנכבד הגביל את אפשרותו של המפקד הצבאי לנקוט בצעד של תיחום מקום מגורים בפרשה אחרת, ודאי שאינה משליכה ישירות על אפשרותו של המפקד הצבאי לנקוט בצעד של הריסה או אטימה לפי תקנה 119.

אפליה בשימוש בסמכות לפי תקנה 119

63. אשר לטענת העותרים בנוגע לאפליה בה נוקט המשיב בהפעילו את הסמכות לפי תקנה 119, נציין, כי אף טענה זו נדונה ונדחתה במסגרת עתירות שונות, שהופנו כנגד צווי החרמה וחריסה שהוצאו מכוח תקנה 119. כך, לדוגמא, קבע כב' השופט דנציגר בענין קואסמה, בפסקה 30 לפסק הדין:

"30. אכן, לא ניתן לכחד כי התרבו מעשי ההסתה והאלימות בחברה היהודית כנגד ערבים, ועל כך יש להצר ולפעול ביד חזקה כנגד תופעות אלה. אך ההשוואה אינה במסומה, 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 ח'דיר, 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 שיחיה 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 החלטה המצויה, כאמור, בליבת שיקול דעתו. טענות העותרים אינו יכולות להצביע. בעת הזאת. על מיומם של אפליה או שיקולים זרים העומדים בבסיס החלטת המשיב. הואיל ותכליתה של תקנה 119 היא הרחעתית ואינה עונשית. אין די בעצם ביצועם של מעדי טרור נתעבים על ידי יהודים. דוגמת חטיפת ורצח הנער מוחמד אבו ח'דיר. כדי לחצדים לבדם את הפעלתה של התקנה כלפי יהודים. ואינו בחלטה המשיב. שלא להפעיל את התקנה ביחס לחשודים ברצח זה כדי להצביע לבדה על זיומה של אכיפה בררנית." (ההדגשות אינן במקור – הח"מ)

וראו והשוו עניין פאדל חמאד, בפסקה 30 לחוות דעתה של כב' הנשיאה, ובפס' 2 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג; עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כה לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין.

64. בחקשר זה אף יוער, כי טענת העותרים בדבר אפליה ביישום הסמכות מכוח תקנה 119 אינה מנומקת דיה, ומצויינת באופן שאינו עולה כדי חצת תשתית עובדתית מספקת. ודוק, טענת העותרים נטענה בעלמא ובאופן תמציתי ביותר, ללא סימוכין ונימוקים שיש בהם כדי לערער את ההלכה חקיימת בנושא.

65. לחשלמות התמונה נציין, כי בפני בית המשפט הנכבד תלויה ועומדת עתירה בבגיץ 5376/16 אבו ח'דיר נ' שר הביטחון (להלן: עניין אבו ח'דיר), במסגרתה ביקשו העותרים סעד לפיו יוצא צו החרמה וחריסה לבתי המחבלים היהודיים שרצחו ממניעים לאומניים את הנער מוחמד אבו ח'דיר בחודש יולי 2014. אתה מחטענות המרכזיות שהעלו העותרים בעניין אבו ח'דיר היא הטענה בדבר אפליה בשימוש בסמכות מכוח תקנה 119 בין מחבלים יהודיים לבין מחבלים פלסטיניים ומחבלים תושבי מזרח ירושלים. בעניין אבו ח'דיר, נקבע כי על המשיבים דשם להגיש חודעה משלימה וזאת עד ליום 15.2.17.

טענות פרטניות שהעלו העותרים

66. נבקש להתייחס בתמצית לטענות פרטניות שהעלו העותרים ביחס לנסיבות החרמה והאטימה במקרה דנן.
67. העותרים טוענים לחוסר מידתיות בהחלטת המשיב במקרה דנן. ביחס למבחן המידתיות הראשון, טוענים העותרים להיעדר קשר רציונלי בין המטרה (יצירת הרתעה כלפי מפגעים עתידיים פוטנציאליים) לבין האמצעי להגשמתה (הריסת יחידת הדיור ששימשה למגורי המשפחה הגרעינית של המחבל – אשתו וילדיו), זאת במסגרת טענותיהם ביחס למידתיות הפעלת הסמכות. העותרים טוענים, כי העובדה שבבית מתגוררים ילדים קטינים וכי הבית נהרס ללא תלות במעשי המשפחה, פוגמת בתכלית ההרתעתית של השימוש בתקנה 119. לכך נשיב, כי כאמור לעיל, תהרתעה אינה מכוונת כלפי בני המשפחה הגרעינית, שהפגיעה בהם בשל ביצוע החרמה והאטימה היא נלווית; ההרתעה מכוונת כלפי אותם גורמים השוקלים לבצע פיגועי טרור כנגד חפים מפשע, והחבנה כי משפחתם תיפגע וביתם ייחרב באם ינהגו כך, תגרום להם לחזור בהם מכוונתם לבצע את הפיגוע. משכך, עמדת המשיב היא כי אכן קיים קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה, לרבות במקרה דנן. זאת, בהתאם להלכה הפסוקה בנושא. נפרט.
68. במסגרת פסק הדין בעניין חמאד, לאחר שהוצגה בפני המותב הנכבד חוות דעת של שירות הביטחון הכללי המתייחסת לנושא הרתעת מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים על ידי שימוש בתקנה 119, קבע בית המשפט הנכבד בעניין זה כדלקמן:

"[...] החומר שהוצג לנו הניח את דעתו. שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכוח. לפיכך. חרף הסמכות שחובעו לאחדונה בפסיקה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים. לא ראיתי מקום לסטות מההלכה הפסוקה. שמצאה כי בכלל אין הצדקה להתערב בהחלטת חרשות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה." [ההדגשה הוספה, חח"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 ובמה גישות גיצלו. בתוצאה. מנקיטת האמצעים. של תריסת. בתיים... המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יחודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בר' [עניין עואודה, פסקה 24]."

ועוד ראו, דברי כב' חשופט סולברג בסעיף 13 לפסק 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 מעשיר". [סעיף 13 לפסק הדין]

69. ביחס למבחן המידתיות השני, האמצעי שפגיעתו פחותה, טוענים העותרים כי ניתן היה להסתפק באטימת הפיכת, הכוללת סגירה של פתחי הדירה בלבד. בהתחשב בנסיבות המקרה דנן, לרבות היקף הפגיעה בגוף ובנפש בפגיעה שביצע המחבל, הרי שלצורך השגת החרתעה, אטימה בלתי הפיכה של הדירה, באמצעות מילוייה בבטון, היא האמצעי שפגיעתו פחותה. מאפייני הפגיעה ותוצאותיו הקשות, מחייבות לעמדת המשיב הרתעה ממשית ואפקטיבית, שלא תושג בדרך פחותה מזו שנבחרה במקרה דנן. יצוין, כי מלכתחילה כוונת המשיב היתה לחרוס את דירת המגורים מושא העתירה, אולם בשל שיקולים הנדסיים שבראשם הפגיעה הפוטנציאלית בדירת המגורים של הורי המחבל, הוחלט לפעול לאטימת המבנה ולא להריסתו.

70. עוד בהקשר לאופן ביצוע האיטום, העותרים צירפו חוות דעת הנדסית מטעמם כאמור, לפיה קיים חשש ליצירת נזקים בלתי הפיכים ליחידת החורים הסמוכה. המשיב בחן את הטענות שהועלו על ידי חוות הדעת הנדסית, ובהתייעצות עם הגורמים הנדסיים המקצועיים, הגיע למסקנה כי אופן ביצוע האטימה לא צפוי לחוביל לנזק המתואר בחוות הדעת שהוגשה מטעם העותרים. בפרט, איטום יחידת הדיור יתבצע בשני שלבים: ראשית, יוזרם בטון לקומת המרתף דרך המדרגות הפנימיות עד למילוי המרתף כולו. לאחר מכן ימתינו הגורמים המקצועיים 24 שעות, על מנת שהבטון שבמרתף ישמש לתמיכה במבנה הקיים וימנע נזקים ליחידה הסמוכה. לאחר מכן, ישובו הגורמים המקצועיים וימלאו גם את קומת הכניסה בבטון, תוך השארת מרווח מסוים לתקרה, על מנת למנוע נזק לרצפה המשותפת עם יחידת החורים. כמו כן, יבוצע חיזוק לקיר הבלוקים, למניעת נזק לקיר הבלוקים הגובל עם יחידת החורים. על כל פנים, מעורבות מחנדסים בחליך ההריסה תבטיח את הביצוע הסביר והמידתי של המהלך. המשיב סבור כי בכלל הצעדים האמורים יש כדי ליתן מענה ראוי לחששות שהעלו העותרים ביחס לאופן מימוש האטימה.

71. בטרם סיום, נתייחס לטענות העותרים לפיהן "לא ניתן לשלול בצורה מוחלטת את האפשרות כי דובר בתאונת דרכים בלתי מכוונת", תוך רמיזה להיעדר תשתית ראייתית מספקת במקרה דנן (סעיף 60 לעתירה). המשיב סבור כי מוטב היה שטענה זו לא הייתה מועלית כלל. די לצפות בתיעוד הקשה של מצלמות האבטוח ממקום האירוע (תיעוד שלדאבון חלב אף זמין לכל מאן דבעי באינטרנט), בו נראה בבירור כי משאיתו של המחבל שועטת באופן מדויק למרכז של התקלות החיילים, מבלי כל אינדיקציה לניסיון לחזורים מפני בואה, ולאחר מכן המחבל שב על עקבותיו ודורס את הפגועים בשנית.

בהקשר זה אף יוזכר, כי החתולה לנקוט בסמכות על פי תקנה 119 מבוססת על ראיות מינחליות המניחות את הדעת, וחמשיב סבור כי כך גם בענייננו. לעניין זה ראו קביעתה של כב' השופטת חיות בפסק הדין בבג"ץ 1336/16 פיראס מוסטפה אטרש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 3.4.16), כדלקמן:

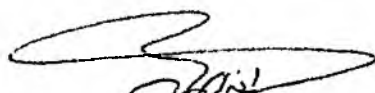
"...הרף הראייתי הנדרש על פי ההלכה הפסוקה לצורך הפעלת תקנה 119 הוא ראיות מנהליות "המניחות את הדעת" לכך שאחד מתושבי הבית ביצע מעשים מן הסוג המפורט בתקנה 119 ובלשון בית המשפט "המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביד היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 442, 439 (1982); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, [פורסם בג'עאביס] פסקה י (31.12.2014) וכן לאחרונה עניין סקאפי, בפסקה 12).

סיכום

72. לנוכח כל האמור, עמדת המשיב היא כי אין כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בחלטת המשיב להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי יחידת המגורים שבה התגורר קונבר. לפיכך, דין העתירה לחידוח.
73. נציין כי בידי המשיב חוות דעת כללית עדכנית בדבר האפקטיביות של האמצעי שנוקט המשיב.
- ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, המשיב יציג בפני בית המשפט את החומר החסוי האמור, בהסכמות העותרים ובמעמד צד אחד.
74. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה בתקדים האפשרי.
75. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד פיקוד העורף, אלוף תמיר ידעי.

היום, י"ג שבט תשע"ז

09 פברואר 2017


אבינעם סגל אלעד, עו"ד
סגן בכיר א' בפרקליטות המדינה