

בחור ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ו/או מוסטפא יחיא

רח' צלאח א-דין 15, ירושלים

תעוטררים

ג ג ד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

המשיב

תגובה מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כב' השופט מצא מתכבד המשיב להגיש תגובה לעתירה זו.
2. העותרים 1-3 הינם בני משפחתם של שני המחבלים המתאבדים שביצעו את פיגוע ההתאבדות הכפול במדרחוב בירושלים ביום 1.12.2001, במסגרתו גם פוצצה מכונית תופת, פיגוע תופת בו נחרגו 11 בני אדם ונפצעו כ-155 אחרים.
- לא למותר יהיה לציין, כי במטענים בפיגוע זה גם נעשה שימוש בחומר הדברה כימי, הרעיל לבני אדם גם בנשימה וגם במגע עם העור.
3. עניינה של העתירה בצווים שהוציא המשיב בהם הורה להחרים ולהרוס את בתיהם של העותרים 1-3, תושבי אבו-דיס (להלן – הצווים) וזאת בין היתר מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן – תקנה 119).
4. המשיב יטען כי דין העתירה להדחות. המשיב יטען כי הצווים נשוא עתירה זו בדין ניתנו, כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון הוצאתם אל הפועל של הצווים הינה בגדר כורח בטחוני כל יגונה, ובית המשפט הנכבד יתבקש, על כן, שלא לחוציא צו-על-תנאי כמבוקש בעתירה ולדחותה מלפניו.

להלן עיקרי העובדות הצריכות לעניין

הפיגועים:

5. במוצאי יום שבת, 1.12.01, בסביבות השעה 23:30, התפוצצו בזה אחר זה, בעיבורו של המדרחוב בירושלים, שני מטעני חבלה, שנשאו עימם שני מחבלים-מתאבדים, שליחי ארגון החמא"ס, תוך שהשניים מפעילים את המטענים בשתי נקודות שונות במדרחוב, במרחק קצר בינם לבין עצמם, בהפרש זמן קצר, וזאת במטרה להגדיל את כמות הנפגעים בפיגוע. אותה עת המה המדרחוב בירושלים אנשים רבים. מספר דקות לאחר מכן התפוצצה בסמוך למדרחוב גט מכונית תופת אשר נרכשה ומולכדה על ידי המחבלים-המתאבדים.

לא למותר יהיה לחזור ולהדגיש, כי במטעני התופת נעשה שימוש גם בחומר הדברה כימי מסוג מתמיל, הרעיל לבני אדם גם בנשימה וגם במגע עם העור.

כתוצאה מהפיגוע נהרגו 11 בני-אדם, וכן נפצעו 155 בני אדם נוספים, חלקם באורח קשה. כמו כן נגרם נזק רב לרכוש.

6. חקירתו של שירות הבטחון הכללי העלתה כי שני המחבלים המתאבדים שביצעו את הפיגוע הינם נביל מחמוד ג'מיל חלביה ואוסאמה מחמד עיד בחר, תושבי הכפר אבו דיס, המצוי בשטח B, הנתון לשליטה בטחונית של ישראל.

7. מספר ימים לאחר הפיגוע הגישו בני משפחות המתאבדים עתירה לבית המשפט הנכבד – בג"ץ 9646/01 - נגד הכוונה אותה ייחסו למשיב להרוס את בתיהן. ביום 10.12.01 נמחקה עתירה זו, לאור הודעת המדינה כי באותו שלב לא הוחלט להרוס את הבתים, ולאור הודעתה כי אם יוחלט לנקוט בצעד בלתי הפיך תימסר לעותרים הודעה מוקדמת של 48 שעות לפחות.

צילום פסק הדין בבג"ץ 9646/01 מצורף ומסומן מש"א.

מצב הלחימה באזור וההחלטה על נקיטת אמצעים משולבים שונים למיגור הטרור

8. בפסק דינו בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם) (להלן – פרשת עג'ורי), קבע בית המשפט הנכבד, מפי כבי הנשיא, בהסכמת יתר שמונת חברי המותב, את הקביעות הבאות:

1. מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה וחשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ-14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של

אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ-4500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד – הוא חודש מרס 2002 – נהרגו 120 ישראלים בפגיעים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתיבתו של פסק דין זה (שניתן ביום 3.9.02 – ע.ה.) נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי השוברים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובשוברים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בטרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה (ראו בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 28; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 36).

3. במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה לחננה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שהחל במרץ 2002 ומבצע "דרך נחושה" שהחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים היתה הכרעת תשתית הטרור הפלסטינית ומניעת הישגותם של פיגועי הטרור. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו מבוקשים. במסגרת מבצעים אלה גוייסו כוחות מילואים רבים; הופעלו כלי נשק כבדים (טנקים, נגמשים), ובהם מסוקי קרב ומטוסים.

4. מבצעי הלחימה המיוחדים לא נתנו מענה מספיק לצורך המיידית בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי ביקשה לנקוט בשורת צעדים אחרים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי

טרור נוספים, והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם. נתבקשה ונתקבלה (ביום 19.7.2002) חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, אשר קבע את הפרמטרים המשפטיים לפעולותיהם של כוחות הביטחון. על רקע זה התכנסה (ביום 31.7.02) ועדת השרים לביטחון לאומי וקיבלה החלטה על נקיטה של צעדים נוספים, וזאת בהתאם לאמות המידה שנקבעו על ידי היועץ המשפטי לממשלה."

9. אחד האמצעים עליהם החליטה ועדת השרים לענייני בטחון לאומי ביום 31.7.02, וזאת במטרה להרתיע באופן מיידי את המפגעים ושולחיהם, היה הצעד של הריסת בתים בהם התגוררו מחבלים שביצעו פיגועי התאבדות ופיגועים חמורים אחרים.

10. בהתאם להחלטת הדרג המדיני נהרסו בשבועות האחרונים בתי מפגעים בהיקף נרחב יחסית. עובדה זו הינה בגדר ידיעה שיפוטית של בית המשפט הנכבד, כיוון שעתירות רבות, שעיקר עניינן היה באפשרות מימוש זכות הטעון עובר לביצוע הריסת בית - וכן בחוקיות השימוש בסמכות זו - נדונו בבית המשפט במהלך חודש אוגוסט האחרון (ר' לעניין זה: בג"ץ 6696/02 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תקדין 2002(3) 161, ותשע עתירות שאוחדו עימו; בג"ץ 6868/02 צלאח נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תקדין 2002(3) 258, ושמונה עתירות שאוחדו עימו; דנ"ץ 7206/02 ג'ראדאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין 2002(3) 614).

11. במסגרת מדיניות זו, הודיע ביום 24.8.02 מפקד כוחות צה"ל באזור יחודה והשומרון (להלן - "מפקד כוחות צה"ל באזור" או "המפקד") למשפחות העותרים כי בכונתו להרוס את בתיהן, בהם התגוררו המחבלים המתאבדים, וכי בטרם יקבל החלטה סופית הן רשאיות, בתוך 48 שעות, להעלות בפניו, בכתב, טיעונים לעניין זה.

צילומי ההודעות שנמסרו למשפחות מצורפים ומסומנים מש/א2 ו-מש/ב2.

12. בו ביום הגישו המשפחות למפקד את השגותיהן על הכוונה להרוס את בתיהן.

צילום התשגה שהוגשה למפקד מצורף ומסומן מש/3.

13. ביום 25.8.02 החליט מפקד כוחות צה"ל באזור לחרוס את הבתים נשוא העתירה, וזאת לאחר ששקל את ההשגות שחוגשו לו, ומצא כי בנסיבות העניין יש לדחותן, כיוון שהצורך בהרתעת מפגעים מביצוע פיגועי טרור דוגמת זה שביצעו שני המתאבדים בשירותן של ארגון טרור רצחני גובר על נסיבותיהם האישיות של בני המשפחה.

ההחלטה התקבלה בשים לב להחלטת ועדת השרים לענייני בטחון לאומי מיום 31.7.02 ולעמדת רשויות הבטחון האחרות, לפיהן יש בהריסת בתיחם של מפגעים כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים ושולחיהם מפני ביצוע מעשי טרור נוספים. זאת, בנוסף לשקילת פעילותם הרצחנית של המחבלים הקונקרטיים בפרט, ובשים לב להתרעות הקיימות לפיהן מתעתדים ארגוני החבלה השונים לבצע פיגועים נוספים בטווח הזמן המייד, המחייבים כולם נקיטת צעדים להרתעת חברי ארגוני הטרור השונים.

מאידך, נתן המפקד דעתו לחומרת הסנקציה ולתוצאותיה כלפי העותרים, וכלפי יתר בני משפחותיהם של המחבלים המתאבדים שהתגוררו עמם באותם בתים, שהנתונים אודותיהם הובאו לידיעתו.

בסופו של יום, שיקולי ההרתעה והצורך בגקיטת מדיניות ופעילות לשם שמירה על בטחון כלל הציבור; חומרת מעשיהם המופלגת של המחבלים המתאבדים; זיקתם של המחבלים המתאבדים אל הבתים נשוא העתירה - כל אלה בהצטברותם, הכריעו את הכף וגברו במקרה זה, על שיקולים של חומרת הסנקציה ושל תוצאותיה הבלתי הפיכות כלפי העותרים ויתר בני משפחותיהם של המחבלים שהתגוררו עמם בבתיים.

צילום תהודעה שנמסרה למשפחות בדבר דחיית השגתן מצורף ומסומן מ/ש/4.

צילומי הצווים שהוצאו ביום 25.8.02 מצורפים ומסומנים מ/ש/א'5 ו-מ/ש/ב'5.

14. ביום 28.8.02 הודיעה פרקליטות המדינה לב"כ העותרים כי הבתים לא יהרסו עד ליום ו', 30.8.02, בשעה 17:00, על מנת לתת הזדמנות לעותרים להביא את עניינם בגניו של בית המשפט הנכבד. בעקבות הודעה זו גם ביטל כב' השופט מצא צו-ביניים ארעי שהוצא בעתירה קודמת שהגישו העותרים ביום 25.8.02, כטרם קיבלו לידם את ההחלטה על דחיית השגותיהם (בג"ץ 7289/02).

15. העתירה הנוכחית הוגשה ביום ו', 30.8.02, ובסמוך לאחר הגשת העתירה הוצא צו-ביניים, האוסר להרוס את הבתים נשוא העתירה עד למתן החלטה בעתירה.

16. כב' השופט מצא נענה לבקשת המשיב והורה על חקדמת מועד הדיון שנקבע, ועל קביעת דיון דחוף.

הטיעון המשפטיהפעלת סמכות ההריסה - כללי

17. הסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה מוקנית למפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מאז כניסת כוחות צה"ל לאזורים אלה בחודש יוני 1967, בהיותה חלק מן הדין המקומי.

18. מערכת הבטחון ערה ומודעת לחומרה שבהפעלת הסנקציות האמורות בתקנה 119 ובמיוחד כאשר אלו מופעלות באופן בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה והחרתעה ה"רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

19. הפעלת הסנקציה של הריסת בית הינה פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחוייבים אנו לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתנו בפעילות החבלנית הרצחנית העויינת.

בית המשפט הנכבד כבר הכיר בכך כי בחודשים האחרונים מזוהר במציאות חדשה, שאף מצריכה התייחסות חדשה (ר' בג"ץ 7015/02, פרשת עגירי שהוזכרה לעיל, בפסקאות 3-5 ו-40 לפסק הדין).

ההחלטה על הפעלתה של הסנקציה במקרה דגן נעשתה בעקבות גל הפיגועים החמורים ששטף את הארץ, וזאת בהתאם למדיניות שקבעה ועדת השרים לענייני בטחון לאומי ביום 31.7.02, ועל מנת למנוע פיגועים נפשעים נוספים ממין אלה; והכל בהתחשב בכך כי מדובר בבתיים של מחבלים מתאבדים שנטלו חלק בפיגוע תופת שהביא להרג המוני של אזרחים חפים מפשע, ולפציעתם של רבים אחרים; פיגוע בו נעשה שימוש בין היתר בחומרים רעילים; וכן נעשה שימוש במכונית תופת, שהתפוצצה מספר דקות לאחר פיגוע ההתאבדות הכפול, שנועדה ככל הנראה לגרום לפגיעה בכוחות החצלה ובאנשים נוספים, שהיה צפוי כי יחשו למקום הפיגוע.

20. אכן, כפי שכבר פסק בית משפט נכבד זת מפי כב' הנשיא שמגר:

"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 מחותם של מעשי העבירה המבוצעים. אם

מתרבים, למשל, מעשי רצח של אנשים בשל מגעיהם עם השלטונות הצבאיים, או אם מבוצעות התקפות שנועדו להביא לשריפתם של בני אדם או של רכוש כדי לזרוע אימה ופחד, מתחייבת הפעלה תדירה ומחמירה יותר של החוק. דברים אלה נכונים בכל אתר, ושטחי ממשל צבאי אינם יוצאי דופן מבחינה זו ; נהפוך הוא, קיום הסדר והביטחון ושמירתו הלכה למעשה, הם לפי המשפט הבינלאומי הפומבי, מתפקידיו המרכזיים של הממשל הצבאי."

בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 539, 529.

21. מאחר שהסנקציה לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעילות חבלנית, אין להתפלא על כך כי היקף הפעלתה במהלך השנים היה ביחס ישיר להיקפם של הארועים החבלניים ולמידת חומרתם.

בשנים בהן התקפות הטרור פחתו היתה הפעלת התקנה נדירה יותר ואילו בתקופות בהן ארועי טרור הפכו ל"שגרה יום-יומית", נאלצו כוחות הביטחון להגיב בתדירות רבה יותר של הפעלת התקנה, מתוך מגמה לנדוע את גזע הטרור כן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

22. 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 הבטחון והסדר הציבורי, ועל שלומם ובטחונם של תושבי ישראל ואזרחיה.

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 ב שיקולים נוספים.

רק לאחר שקלול, בחינה ואיזון של כלל השיקולים הצריכים לענין כפי שהם רלוונטיים לנסיבות המקרה יגיע המפקד הצבאי להחלטה אם להפעיל אמצעי של חריסת מבנה, ובאיזה היקף.

ר' לענין זה :

בג"ץ 6026/94 נואל נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מח(5) 338 (להלן - פס"ד נואל).
בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353.

23. אף בית משפט נכבד זה בהידרשו לשאלת חוקיות הפעלתה של תקנה 119, עמד על הרציונאל ההרתעתי שביסודה, כתגובה על מעשים נפשעים מעין אלה, באמרו:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישת 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 ההריסת, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פוגעים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם."

בג"ץ 798/89 שוקרי נ' שד הבטחון, תקדין (1)90, 75.

ור' גם פסק הדין בבג"ץ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"י"ד נא(2) 651, כדלקמן:

"... בעתירה מועלות טענות נוספות באשר לסמכות המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. טענות אלה הועלו כולן בעבר. ברשימה ארוכה של פסקי דין, הן נדחו על ידי בית משפט זה. אכן, תקנה 119 לתקנות ההגנה - שהיא דבר חקיקה מנדטורי העומד בתוקפו באיזור - מעניקה סמכות ושיקול דעת למפקד הצבאי, באשר לנקיטת אמצעים כלפי מבנה, בו מתגורר, מי שביצע עבירה חמורה על הוראת התקנות. לא מצאנו בטענות העותרות דבר, שיצדיק סטייה מההלכות הרבות בענין זה. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו החריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל. אך, במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה. מטעמים אלה, הייתי דוחה את העתירה (כבי הנשיא ברק, בעמ' 654-653).

...

אני מצרף דעתי לדעתו של חכרי הנשיא. לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות חרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת חרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. (כבי' השופט גולדברג, בעמ' 655)

דברים אלה, בכל הכבוד, טובים וראויים הם אף בעינינו, כשהמזוהר הוא במחבלים שמטרתם חיתה לבצע הרג המוני של אזרחים חפים מפשע, במרכז בילויים בעיבורה של עיר, וכשהתכלית בהפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 היא להרתיע אזרחים כמותם מללכת בדרכם הנפשעת, ומלפגוע בחפים מפשע ובבני משפחתם כאחד.

מעורבות המחבלים המתאבדים בביצוע עבירות על תקנות ההגנה

24. הלכה פסוקה היא, כי:

"חכוח 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." (בג"ץ 6189/94 נטשה נ' שר הבטחון, תקדין (3)94 (1277)

25. העותרים מוזים בעתירתם כי בני משפחותיהם הם המחבלים המתאבדים שביצעו את הפיגוע במדרחוב בירושלים ביום 1.12.01. בנסיבות אלה, וכאשר אין מחלוקת כי חלקם של המחבלים המתאבדים בפיגוע הקטלני הינו ברור, מתגבש התנאי המקדמי להפעלת סמכותו של המפקד לפי תקנה 119, קרי, שמדובר בבתיים של מי שעברו עבירות על תקנות ההגנה.

בעניין דנו ניתן למנות עבירות של הנחת פצצות מתוך כוונה לגרום למות אדם (עבירה לפי תקנה 58) והחזקת פצצה (עבירה לפי תקנה 59). עוד נוסף, כי העובדה שהעבירות בוצעו ברובן בתוך תחומי מדינת ישראל אין בה כדי לשלול הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, הואיל וסעיף 5 לצו בדבר דרכי ענישה (יהודה ושומרון)/(מס' 322), התשכ"ט-1969, קובע כי ניתן להפעיל הסמכות הקבועה בתקנה 119 אף בגין מעשה שנעשה מחוץ לאזור, שלו היה נעשה באזור היה מאפשר הפעלת הסמכות.

זיקת המגורים של המחבלים המתאבדים לבתיים נשוא העתירה

26. על פי התשתית העובדתית שנתבררה התגוררו המחבלים המתאבדים בבתיים נשוא העתירה באופן קבוע ורצוף. גם העותרים אינם מכחישים כי המתאבדים התגוררו בבתיים נשוא הצווים, אלא שהם טוענים כי היו למפגעים יחידות מגורים נפרדות בתוך הבתיים.

27. ביתו של המפגע בחר

בהתאם למידע שבידי המפקד, מדובר במבנה בן שני אגפים, כאשר יש שתי קומות בכל אגף. באגף הראשון מתגוררת משפחתו של המפגע - אב, אם, שתי בנות ושמונה בנים (ש אחד מהם היה המפגע בחר). המפגע עצמו התגורר ביחידה נפרדת, בעלת כניסה נפרדת ובעלת מכלול שרותים עצמי, בתוך האגף הראשון. יתר בני המשפחה התגוררו ביתרת השטח של קומת הקרקע ובקומה השנייה של האגף הראשון. האגף השני הוא אגף חדש, כאשר הקומה השנייה היתה מיועדת למגורי המפגע לאחר שיתחתן, אם כי, ככל הנראה, המפגע לא התגורר שם בטרם ביצע את זממו. בקומה הראשונה של האגף השני לא התגורר איש.

המפקד סבור, שהעובדה כי המפגע עצמו התגורר ביחידת מגורים נפרדת בתוך בית המשפחה, אינה שוללת את זיקת המגורים של המפגע לבית כולו, והיא אינה מונעת, בנסיבות העניין, את הפעלת הסקציה כלפי המבנה כולו. מדובר בענייננו ברוק צעיר, שהמשיך עד יום הפיגוע להתגורר עם משפחתו הגרעינית באותו מבנה עצמו; במבנה עצמו מתגוררים רק בני המשפחה הגרעינית של המפגע; ולמפגע עצמו לא היתה כל משפחה גרעינית אחרת. המשיב יטען, שנסיון החיים מלמד, שכל בן רוק הממשיך להתגורר עם משפחתו הגרעינית בבית פלוני, חזקה שהוא נוטל חלק קבוע בפעילות המשפחתית באותו הבית, גם אם עומדים לרשותו שירותים ומטבחון משלו, ויש לראותו כמתגורר בבית כולו. כך הדבר בוודאי ביחס לאגף השני, שחלק נכבד ממנו היה מיועד למגורי המפגע עצמו.

28. ביתו של המפגע חלביה

בהתאם למידע שבידי המפקד, מדובר בבית מגורים בן שלוש קומות בו מתגוררים אימו של המפגע וחמישה מאחיו, כאשר הקומה השלישית הינה במצב של שלד בלבד, ואיש אינו מתגורר בה. המשפחה מתגוררת בשתי הקומות הראשונות של המבנה, כאשר המפגע עצמו התגורר בחדר בקומה הראשונה, אך קיים מידע ממנו עולה כי המפגע נהג ללון גם בקומה השנייה של המבנה.

עוד נוסף, כי מהודעתו במשטרה של אחיו של המפגע חלביה גם עולה, כי המפגעים נהגו להיפגש בבית משפחת חלביה. ור' גם הודעה נוספת, שנמסרה על ידי פלוני בשם נאצר עליאן.

צילום ההודעה במשטרה של האח מצורף ומסומן מש/6.

צילום ההודעה במשטרה של נאצר עליאן מצורף ומסומן מש/7.

29. מטעמים אלה הגיע המפקד למסקנה כי המחבלים-המתאבדים היו בעלי זיקת המגורים הנדרשת לשני הבתים בשלמותם, ממין הזיקה הנדרשת בדין לשם הפעלתה של תקנה 119.

חיקף הסנקציה שנגקטה

30. ככלל, חיקף הסנקציה שיוקט תלוי בעיקר ביחס שבין חומרת הפיגוע שביצע המפגע לבין עוצמת הפגיעה בבני המשפחה ובאחרים, ובערך החרתעתי שיש לדעת המפקד לביצוע הסנקציה, והכל על רקע נסיבות הזמן והמקום המשתנות.

31. לא יכולה להיות מחלוקת כי הפיגוע שביצעו שני המתאבדים הינו חריג וחמור בכל קנה מידה, וזאת מבלי שיהיה צורך לעשות השוואה פרטנית ליותר מ-130 פיגועי ההתאבדות הנוספים שבוצעו בשנתיים האחרונות.

מדובר בפיגוע התאבדות כפול שנעשה בשליחותו של ארגון טרור קיצוני; שלאחריו גם התפוצצה מכונית תופת שהיתה אמורה, על פי ההערכה, לפגוע בכוחות ההצלה ובנוספים שיחושו למקום; נעשה בפיגוע שימוש בחומרים רעילים, במטרה להגדיל הפגיעה בחיי אדם; תוצאותיו של הפיגוע היו קטלניות ביותר.

32. המשיב סבור כי יש הכרח בטחוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועי התאבדות, לא כל שכן מפני ביצוע פיגועים מורכבים מחסוג שבוצע, שפוטנציאל הפגיעה בחפים מפשע חטמון בהם הינו רב ועצום עד מאד. כן יש חכרה להרתיע בני משפחה של "מפגעים פוטנציאליים" מתמיכה בהם.

33. פיגועי ההתאבדות זוכים לתמיכה רחבה וחסרת תקדים ברחוב הפלסטיני, ולסיוע מוראלי וכלכלי מצד ארגוני הטרור, מוסדות צדקה ב"שטחים", מדינות תומכות טרור ומוסדות אחרים בחו"ל.

מול המניעים לביצוע פיגועים אלו (מניעים לאומיים, חברתיים, דתיים ואישיים), ומערכת התמיכה סביבם, מעטים הם הגורמים העשויים לבלום את התופעה. בני המשפחה של פעילי טרור מהווים גורם בולט המשפיע על חיקף תופעת הפיגועים. זאת, לנוכח מרכזיותו של מוסד "המשפחה" בחברה הפלסטינית בכלל ובקרב פעילי הטרור בפרט.

34. צוואות שכתבו מתאבדים, התבטאויות שהתבטאו, וממצאים שהתקבלו מחקירות של פעילי טרור שנעצרו בידי ישראל – ממחישים כולם – על פי חוות דעת של מומחים לדבר – את מחויבותם של המפגעים למשפחותיהם ולרווחתן ומבהירים כי תמיכת המשפחה היא מהגורמים המעודדים את המפגע לצאת כלב שלם לביצוע הפיגועים.

35. מידע, שחלקו חסוי, שהתקבל בתקופה האחרונה, מאז החלה ישראל לנקוט בצעדים מרתיעים, לרבות הריסת בתי משפחות מחבלים בחיקף נרחב יחסית וחתימה על צווי תיחום מקום מגורים, מלמד כי לצעדים אלה אכן היתה השפעה הרתעתית על פעילות הטרור.

כך למשל, גורמי הבטחון קיבלו מידע, ממנו עלה כי פעילי טרור חזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגועים, בשל הששם כי עקב כך יבולע לבני משפחותיהם. במקביל לימד מידע זה כי במקרים מסוימים, בני משפחות של פעילי הטרור הניאו (ובכלל זה באמצעות פגיעה פיזית, כמו גם באמצעות ניסיונות שכנוע) את קרוביהם מלבצע פיגועים.

למותר לעיין, כי לחיי האדם שנחסכו עקב כך, אין ערך.

36. יעילותם של אמצעי ההרתעה שנקטים, ודוגמאות בעניין זה, חובאו בפניו של בית המשפט הנכבד, במסגרת הדיון שנערך בבג"ץ 7015/02, ואין לנו אלא להביא לעניין זה דברים שנאמרו לאחר מכן בפסק הדין (בסעיף 30), כדלקמן:

"בפנינו הוצגה מטעם המשיבים במלוא היקפה התמונה הכללית, תוך הבאת דוגמאות של מקרים בהם נמנעה פעילות חבלנית קשה מתוך התחשבות בשיקולים דוגמת זה של תיחום מקום מגורים. במצב דברים זה, לא נמיר את שיקול דעתו של המשיב בשיקול דעתנו שלנו."

כפי שהובהר לבית המשפט הנכבד באותו עניין, מדובר במקרים בהם נמנעה פעילות חבלנית קשה ביותר הן עקב הפעלת הצעד של "תיחום מקום מגורים" והן עקב הפעלת הצעד של הריסת בתי משפחות.

37. לא זו אף זו, לצערנו השלום טרם פרץ, והחטרעות לביצועם על פיגועי קשים ממשיכות להתקבל גם בעצם ימים אלה ממש. בנסיבות אלה, קיים הכרח לעשות כל שניתן על מנת להרתיע את אותם מפגעים פוטנציאליים, הפועלים בשליחותם של ארגוני הטרור, מביצוע זממם.

38. סוף דבר לעניין זה, חומרתו היתרה של הפיגוע שבוצע על ידי שני המפגעים נשקלה אל מול נסיבותיהם האישיות של העותרים ובני משפחותיהם, והמשיב סבור כי בנסיבות העניין לא ניתן להסתפק בצעד פחות מלבד הריסתם של המבנים נשוא העתירה, וזאת במגמה להשיג את אפקט ההרתעה המיוחל, שהוא תכלית הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

39. לעניין טענותיהם של העותרים, לפיהן ניתן היה להסתפק באטימת החלקים בהם התגוררו המפגעים, יפים דבריו של כב' השופט בך בבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד (1) 353, בעמ' 361, כדלקמן:

"הצעתם החלופית של העותרים, שהמשיב יסתפק בהריסת החדר הפרטי של המחבל בלבד בדירת המגורים המשותפת עם יתר חברי המשפחה או באטימתו, נראית במיוחד בלתי משכנעת, כאשר המדובר במקרים של פיגועי הוהתאבדות.

נראה, כי לגבי מחבל המתכוון לפוצץ את עצמו ולהתאבד, החשש שלאחר מכן יוכל הצבא לאטום את חדרו הפרטי בלבד, או אף להרסו, לא יוכל לשמש גורם הרתעתי כלשהו. בסיטואציה כזו היה הצו של חמשיב מאבד כל משמעות."

לעניין הטענה כי יש מקום להסתפק בהריסת יחידת המגורים הנפרדת גם נפנה לאמור בדעת וזרוב, מפי כב' השופטת נתניהו, בבג"ץ 4772/91 חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150; וכן לפסק דינו של כב' השופט בך בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693.

חפזית בני המשפחה

40. עוד טוענים העותרים, כי הפעלת התקנת פוגעת בבני המשפחה "החפים מכל פשע", וכי מדובר בענישה קולקטיבית, אכזרית ובלתי-אנושית, הסותרת את המשפט הבינלאומי.

41. כפי שהובהר לעיל, פעולות הננקטות לצורכי הרתעה הינן פעולות חיוניות בעת מלחמה, ואין בהפעלתן כל פסול, כל עוד מדובר בפעולות שנקיטתן מותרת על פי הדין.

בית משפט נכבד זה קבע בשורה ארוכה מאד של פסקי דין כי פעולות אלו, הננקטות למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית לחלוטין, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי והן עם המשפט הפנימי, ולרבות עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. טענות שונות שהועלו נגד צעד זה, שעיקרן בטענות כי מדובר בענישה קולקטיבית, בצעד הסותר את המשפט הבינלאומי, ובצעד הסותר את המשפט הפנימי, נדחו על ידי בית משפט נכבד זה, ובית המשפט העליון אישר את חוקיותה העקרונית של הפעולה האמורה. כך הוחלט בעבר וכן הוחלט גם בימים אלה ממש (ר', לדוגמא, בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522; בג"ץ 2977/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338; דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485; בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין 2002(3) 614).

מכיוון שלפסיקה הרבה שניתנה בנושא זה ישנה השלכה ישירה על ענייננו, נבקש לסקור בקצרה כמה מההלכות שנקבעו באותו הקשר.

42. כפי שנדגים מיד, הרי שבאופן עקבי, לאורך כל הפסיקה, קבע בית משפט נכבד זה כי אין כל מניעה לנקוט בפעולות שכאלה, הנושאות אופי הרתעתי, אף אם פוגעות הן בבני משפחתו של מחבל שלא הוכח כי פעלו נגד הבטחון, שכן אין מדובר בפעולות המבוצעות לשם ענישה אלא בפעולות המבוצעות לשם הרתעת חרבים. הפסיקה קבעה כי פעולות שכאלה, הננקטות למטרה זו, הינן הכרחיות לעתים, ועל כן אין בנקיטתן כל פגם.

43. לענין זה נפנה תחילה לבג"ץ 126/83 אבו עלאן נ' שר הבטחון, פ"ד לז(2), 169, 173, שם קובע כ"י השופט ברק (כתוארו אז) כדלקמן:

"אכן, לא לשם הענשתם של אלה באה הסנקציה, הקבועה בתקנה 119, אלא לשם הרתעתם של מפרי סדר, אשר בהתנהגותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות באנשים אחרים, שאף הם חפים ממשע."

44. ברוח דומה קבע בית המשפט בבג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42, 44-45, כדלקמן:

"אין כל יסוד לקובלנות העותרים שהריסת הבתים יש בה משום ענישה קולקטיבית... מטרתה של התקנה היא "להשיג את האפקט ההרתעתי"... ואפקט כזה, מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו, אלא על הסובבים אותו, בודאי על בני משפחתו הגרים עמו. עליו לדעת כי מעשיו הנפשעים יפגעו לא רק בו, אלא שעלולים הם להמיט סבל רב גם על בני משפחתו. מבחינה זו אין הסנקציה של תהריסת חני"ל שונה מעונש מאסר המוטל על ראש משפחה, אב לילדים קטנים, שישארו ללא תומך וללא מפרנס. גם כאן נפגעים בני משפחה. ברם, ועל כך כבר עמדו בתי המשפט לא פעם בגזרי-דינם, על העותר מוטלת החובה להביא זאת בחשבון קודם לביצוע פשעיו ועליו לדעת כי אף בני משפחתו יאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו. הוא הדין, כאמור, לגבי הסנקציה של תהריסה. אין צורך להוסיף שאין בין המושג של "ענישה קולקטיבית" ובין הסנקציה של הריסתו של בית ולא כלום: במקרה שלפנינו ברי הדבר שהמחבלים יצאו מבתים מסוימים, ובתים אלה - ולא אחרים - עומדים להריסה. ממילא אין "העונש" מוטל על בתים אחרים של אנשים זרים לענין וקשה לראות מנין צמחה ועלתה הטענה שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה".

45. בפסק דינו המנחה של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מח(5) 338, 346, קובע כ"ב השופט מצא לעניין אופיה ההרתעתי של פעולת החריסה כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור 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 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."

בהמשך אותו פסק דין מבהיר בית המשפט כי השיקול ההרתעתי חל גם כאשר מדובר בהריסת ביתו של מחבל שהתאבד. בחקשר זה מפרט בית המשפט את שיקולי המפקד הצבאי, שנשקלו באותו ענין ושהובאו בפני בית המשפט, בהם הודגשו השיקולים הבאים שהנחו את המפקד בחלטתו:

"שני שיקולים הכריעו את הכף בכיוון זה (של החלטת על הריסת הבית). האחד, והעיקרי, הוא שכאן המדובר במחבל הנמנה עם ארגון טרור איסלמי קיצוני, שחבריו "רואים" במוות תוך פיגוע נגד מטרות ישראליות תוצאה חיובית המבטיחה את מקומם, כקדושים, בעולם הבא." השיקול השני הוא תומרת הפיגוע. על רקע ריבוי הפיגועים החמורים שבוצעו בתודשים האחרונים על ידי ארגוני טרור קיצוניים, ולנוכח חכרותיחם הפומביות של ארגונים אלה על כוונתם להוסיף ולבצע פיגועים רצחניים נוספים גם בעתיד, רואה המשיב צורך חיוני להרתיע מועמדים בכוח לגיצוע פיגועי התאבדות. למסר המושמע באוזני מחבל כזה, שבמותו אגב ביצוע פיגוע יגרום לפגיעה קשה גם בבני משפחתו המתגוררים עמו, תהיה, לדעת גורמי הביטחון, משמעות מרתיעה." (שם, בעמ' 347)

בהתייחסו לשיקולים אלה קובע בית המשפט:

"אינני סבור כי יש טעם לחלוק על גישה זו. חלוא החיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הביטחון, אינם יכולים להמזד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות... הכל יודעים וחשים עד כמה הקצינה לאחרונה מוכנותם של ארגוני הטרור לבצע פיגועים רצחניים נגד ישראלים, אזרחים כחיילים, תוך שמבצע הפיגועים מקבלים עליהם לאבד את עצמם לדעת במעשה הפיגוע. זהו,

בעליל, ממד חדש של קנאות מטורפת, שבמסגרת ההכרח להתמודד עמה רשאיות הרשויות המופקדות על הבטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי החרמה והריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד." (שם, בעמ' 347)

ובהמשך פסק הדין מוסיף בית המשפט וקובע כדלקמן:

"מעשה הרצח ההמוני שביצע המחבל המתאבד באוטובוס הנוסעים בתל אביב, מעשה זה, הלוא בוצע בשליחותו של ארגון טרור, שבפירסומו בעקבות הפיגוע, לא רק השתבח במעשה הרצח הנורא, אלא אף הצחיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, בנסיבות אלו, הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הבטחון, ובנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות...

אין ספק שביצועו של צו ההריסה יפגע בעותרים. עיקרה של הפגיעה יהא בחוריו ובחמשת אחיו של המחבל... אך פגיעות אלו בבני משפחתו של המחבל אינן אלא פועל יוצא מהפעלת הסנקציה, שמטרתה – כפי שהודגש – אינה להעניש את בני המשפחה, אלא להרתיע מחבלים בכוח מפני ביצוע פיגועים רצחניים. בנסיבות הענין שלפנינו אין יסוד לפקפק שמבחינת היקפו עומד הצו במבחי הסבירות והיחסיות (או המידתיות) במצוותה של הלכת תורקמאן." (שם, בעמ' 348-349).

46. הדברים האמורים לעיל, שנאמרו על ידי כבי' השופט מצא, בהסכמת הנשיא שמגר, המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט ברק, והשופט גולדברג, יפים לענייננו מכוח קל וחומר. אם בשנת 1994, כאשר תופעת ההתאבדות היתה אך בראשיתה, ולא הפכה ל"מכת מדינה" של ממש, אישר בית המשפט כי הכרח הוא לנקוט בצעדי הרתעה כאמור, קל וחומר כי כיום, לאחר שנתקופה של פחות משנתיים אירעו כמאת ושלושים פיגועי התאבדות, במחלכם נחרגו מאות אנשים ונפצעו אלפים, הכרח מוחלט הוא לנקוט בצעדי הרתעה במגמה לעצור תופעה קטלנית זו, שיש לה השלכות מרחיקות לכת על מצבה הבטחוני של מדינת ישראל.

47. ושוב, בבג"ץ 1730/96 סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד (1) 353, 364, קבע כבי' השופט גך כדלקמן:

"באי הכוח המלומדים של העותרים חזרו בטיעוניהם, בין היתר, על טענות שהועלו כבר לא פעם בעבר, ואשר מגמתן להראות כי צווי ההריסה שהוצאו על ידי המשיב הינם פסולים, באשר יש בהם משום ענישה קולקטיבית, הנוגדת את מושגי הצדק הבסיסיים ואת כללי המשפט הבינלאומי.

בית משפט זה קבע בשורה של פסקי דין, כי מטרת הצווים הנדונים איננה העגשת משפחותיהם של המחבלים מבצעי הפיגועים, כי אם הרתעת עבריינים בכוה, אשר לפחות בחלקם, עשויים להרתע מביצוע מזימתם אם מודעים הם לכך, כי בביצוע מעשיהם מסכנים הם לא רק את חייהם, אלא גם את מקום מגוריהם של קרוביהם. שיקול זה עשוי אף להשפיע על מחבלים, המתכוונים להקריב את חייהם בדרך ביצוע פיגועי התאבדות".

לדבריו בנושא הצטרפה גם כב' השופטת דורנר, אשר הסכימה בחוות דעתה, בעמ' 364 לפסק הדין, כי מטרתה של סמכות ההריסה היא הרתעתית. כלשונה:

"אכן, מטרתה של סמכות החריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היא הרתעה, ואין לנו יסוד לשלול את טענת המשיב כי הריסת בתייהם של מפגעים מתאבדים עשויה לחרתיע מפגעים עתידיים".

48. בדנ"צ 2161/96 ש"ד נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4), 485, בו נדחתה בקשה לדיון נוסף על פסק הדין שהובא בסעיף הקודם, קבע כב' הנשיא ברק כי אין כל חידוש בדברים האמורים, שכן פסק דין זה, והקביעות שנקבעו בו, הוא חוליה בשרשרת פסיקה של בית המשפט העליון אשר הכירה בסמכות להפעיל אמצעי הרתעת זה. כב' הנשיא הדגיש כי "מטרת האמצעי אינה ענישה אלא הרתעה", וכן קבע כי אמצעי זה אינו סותר את דרישות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כדבריו:

"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נוגע לענייננו... יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה (שעת חירום) ברוח ההוראות שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו... על כן, בטרם יפעיל בעל הסמכות את חכוח הנתון לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה, עליו להעמיד לנגד עיניו תכלית ראויה. בקביעת האמצעי ההרתעתית, על בעל הסמכות לפעול "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות... זוהי החשדאה הפרשנית הנובעת מחוק היסוד.

דרישותיה מתקיימות בענין שלפנינו. התכלית שהעמיד המשיב לנגד עיניו היא ראויה... התכלית אינה ענישה אלא הרתעה. האמצעי שנקט הוא רציונלי להשגת המטרה. כך הצהירו המומחים שעליהם סמך בית המשפט. בנסיבות הענין. האמצעי הוא מידתי. סיוע לרצח בדם קר של אנשים חפים מפשע הוא מעשה חמור ביותר. תוא מצדיק אמצעי חמור ביותר. לאחר שהאמצעים החמורים פחות – כגון אטימה בלבד – נמצאו בלתי מספקים. אף בענין זה הונחה תשתית עובדתית לפני בית

המשפט. בהקשר זה יצוין, כי העותר לפני (אבי המבוקש) ומשפחתו סייעו בידי המבוקש ושמרו על קשר עמו. " (שם, בעמ' 491-490) (ההדגשות שלי - ע.ה.).

אף דברים אלו יפים, בכל הכבוד, לענייננו, וזאת מכוח אותו קל וחומר, שהוצג לעיל.

49. עוד נפנה גם לדבריו של כבי הנשיא ברק בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין, פ"ד נ"א(2), 651, 652, שם קבע כדלקמן:

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

50. כן נפנה לבג"ץ 2/97 אבו חלאוה נ' האלוף שמואל ארז - אלוף פיקוד העורף, תקדין 97(3), 111, שם דחה כבי הנשיא ברק את הטענה כי המשיב צריך להמנע מהריסת הבית בגין כך שבני המשפחה, לטענתם, לא ידעו על מעשיהם של בני ביתם ולא סייעו בעצמם בביצוע הפיגועים. בדרותו טענה זו קובע כבי הנשיא כדלקמן:

"אין לי אלא לחזור על הקביעה, כי מטרת הפעלתה של תקנה 119 היא הרתעתית ולא עונשית. מעצם טיבה, אין התקנה פוגעת רק באלה שסייעו בפועל לביצוע מעשי החבלה או באלה שידעו על כך ולא מנעו זאת. לפיכך, אין בטענות העותרים - אף אם נכונות המה (דבר שלא הוכח לכשעצמו) - בכדי לפגום בשיקול דעתם של המשיבים. עצם העובדה, כי במקרים אחרים, בהם היתה מעורבות פעילה של בני הבית, לא הופעלה הסמכות שבתקנה 119 אינה פוסלת את הפעלתה במקרה דנן, בה הונח היסוד לתכלית ולתועלת ההרתעתית שבהפעלתה."

51. עוד נפנה לפסק דין שניתן בתחילת חודש אוגוסט 2002 בבג"ץ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ותשע עתירות נוספות שאוחדו עימותקדין 2002(3) 161, שם קבע כבי הנשיא ברק כדלקמן:

"מדינת ישראל נמצאת בעיצומה של פעילות לוחמה. הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת הבטחון לאזור ולמדינה. במסגרתן של פעולות אלה - ובשל אופיין החרתעתי - מבקש הצבא להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים שזרעו הרג ושפכו דם. לא נתבקשו

ולא ננקוט כל עמדה באשר לנחיצותן וליעילותן של פעולות ההריסה. ענין
הוא לצבא, והריתו מהווה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת.
(ההדגשה שלי - ע.ה.)

צילום פסק הדין בבג"ץ 6696/02 מצורף ומסומן מ/ש/8.

מספר ימים לאחר מכן, במסגרת בג"ץ 6868/02 צלאח א-דין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש,
8- עתירות נוספות שאוחדו עימו, שבו ותקפו כל העותרים את החלטת המשיב להרוס
בתים שבהם התגוררו מחבלים למטרות הרתעתיות, וטענו כי מדובר בצעד פסול בשל היותו
בגדר "ענישה קולקטיבית", צעד הנוגד את המשפט הבינלאומי, וכדומה. בית המשפט דחה
ביום 8.8.02 את כל העתירות וקבע כדלקמן:

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

צילום פסק הדין בבג"ץ 6868/02 מצורף ומסומן מ/ש/9.

52. אמור מעתה - מטרת הפעלתה של תקנה 119 הינה הרתעתיות בעיקרה. אין לומר כי הפעלתה
מהווה ענישה קולקטיבית, ואין ניתן להיזקק לעקרונות המשפט הפלילי, כמניע להפעלתה.
שאם לא כן, תרוקן את התקנה מתוכן ותמנע כל אפשרות להפעילה.

"... אמצעים אלה אינם פרי של משפט פלילי ואין חם בגדר ענישה. חם
מהווים תגובה מינהלית אשר נועדה לשמור על הסדר וחבטחון." (בג"ץ
1531/92 ודאחה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תקדין 92(2)
(176).

לפיכך נבקש את דחיית כל טענות העותרים במישור זה.

הפגיעה בבעלי זכויות אחרות במבנים נשוא העתירה

53. העותרים מעלים טענה כללית לפיה אין מקום לפגוע במבנים כיוון שקיימות לבני משפחה
רחוקים זכויות במבנים אלה.

54. לעניין זה נשיב כי גם אם קיימות זכויות לאחרים במבנים נשוא הצווים אין הדבר שולל
הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

לעניין זה יפים דבריו של בית משפט וכבוד זה, כדלקמן:

"העובדה לבדה שמבצע מעשי הטרור היה שוכר או דייר של מבנה, ולא בעליו, אין בה לשלול את סמכות המפקד לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 להורות על הריסת או אטימת המבנה ... הטעם לכך שאין לשלול את השימוש בתקנה באם מבצע מעשי הטרור גר בדירה שכורה, הוא שאם היתה שלילה כזו, היה לאל ידו של מבצע פעולות הטרור למנוע מראש את הסנקציה לפי התקנה הנ"ל כנגדו." (בג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, תקדין (1)91 (1)210).

55. לא זו אף זו: אין מחלוקת שבענייננו הבתים מצויים בעיקר בבעלות של משפחות המתבלים; דהיינו, אין חמדובר בסנקציה המופעלת כנגד ביתו של מי שהינו זר לחלוטין למחבל, אלא בבן משפחה קרוב שלו. מתן משקל לעובדה זו עולה בקנה אחד עם המבחן שנקבע על ידי כבוד השופט שי לוי (כתוארו אז) בבג"ץ 2630/90, כדלקמן:

"מתברר שלפי טענות העותר 7 שייך הבית בו הוא מתגורר לדודו של העציר המתגורר בירדן ויפוי הכח לטפל בעניני הבית ניתן לאימו, מכאן שבבית "משפחתי" עסקינן ולא בבעל בית זר שלענינו קיימת זיקה מספקת לבית של כל המעוניינים בדבר אשר היא יכולה לשמש תשתית למתן צו הריסה."

בחינת סבירותה של הסנקציה על רקע נסיבות הזמן המשתנות

56. הלכה פסוקה היא כי סבירות האמצעים אותם נוקטים הממונים על שמירת הסדר והבטחון באזורים צריכה להיבחן על רקע הנסיבות המשתנות. כפי שנאמר:

"פעמים רבות בעבר, וכן לאחרונה (בג"ץ 779/88 אלפספוס נגד שר הבטחון, פ"ד מג(1) 576, 578) הוטעם בפסיקתו של בית משפט זה, שמטרתה העיקרית של הסנקציה הקבועה בתקנה 119 היא חרתעת הרבים מפני מעשים דומים. התרחבות התופעה ... מחייבת נקיטת אמצעים שיש בהם כדי להרתיע את כלל התושבים מפני נטילת חלק בהתארגנויות ובפעילויות המכוונות לפגיעה בתושבים אחרים..." (בג"ץ 723/89 אבו דקה נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין (3)89 (147).

וכן ראה הדברים שנאמרו מפי כבי השופט מצא בפרשת נוהל, בעמ' 347-349, היפים גם לעניינה של עתירה זו:

"היקף וסבירות האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הבטחון אינם יכולים להמדד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות (בג"צ L.S.M 270/89 נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מב (3) 260, דברי הנשיא שמגר בעמ' 263...) הכל יודעים וחשים עד כמה הקצינה לאחרונה מוכנותם של ארגוני הטרור לבצע פיגועים רצחניים נגד ישראלים, אזרחים כחיילים, תוך שמבצעי הפיגועים מקבלים עליהם לאבד את עצמם לדעת כמעשה הפיגוע. זהו בעליל מימד חדש של קנאות מטורפת שבמסגרת ההכרח להתמודד עימה רשאיות הרשויות המופקדות על הבטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי חרמה וחריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שחתאבד...

... מעשה זה הלוא בוצע בשליחותו של ארגון טרור, שבפרסומיו בעקבות הפיגוע לא רק השתבח במעשה הנורא, אלא אף הצחיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, בנסיבות אלו הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הבטחון, ובנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות...

... ובשל החידוש הנורא הטמון במעשיהם הרצחניים של קנאים מתאבדים, לחם הננו עדים לאחרונה, יפיע הם אף ביתר שאת. הווה אומר, גם אם נניח שבנסיבות מתאימות עשוי בית משפט להתערב בהערכתו של מפקד צבאי, ביחס ליעילותו של אמצעי זה או אחר, תוך העדפת דעתו של מומחה נגדי, הנסיבות... אינן מקימות בסיס להתערבות כזאת. תהא התרשמותו האישית של השופט... אשר תהא, אין בידו לקבוע על דרך החיוב, שהימנעות מהריסת בתייהם של מחבלים מתאבדים לא תעודד מועמדים בכח לגבור על היסוסיהם האחרונים אם ליטול חלק בפיגועים כאלה.

ולדידי... כשמנגד ניצב סיכוי... שנקיטת האמצעי האמור אפשר שתתסוך בחיי אדם, כדי למנען מהתערבות בהערכתו ובהחלטתו של המשיב."

57. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים ותקפים, שעה שעוסקים אנו בדיני נפשות, לעת הזאת משנתונים אנו בהתמודדות מול ארגונים פונדמנטליסטיים וארגוני טרור אחרים שחקצינו בשנתיים האחרונות, הבוחרים בדרכי פעולה טרוריסטיות קיצוניות להגשמת מטרותיהם.

לעניין זה יפים דבריו של כבי המשנה לנשיא ליון בבג"צ 6996/02, שניתן ביום 20.8.02, המצורף ומסומן מש/10, כדלקמן:

"בדין טענה לפנינו, גבי גנסיין מטעם המדינה, כי יש לבחון את סבירות האמצעים אותם נוקטים הממונים על שמירת הסדר והבטחון באזור על רקע הנסיבות המשתנות: מדינת ישראל מצויה כיום בעיצומה של לוחמה בטרור..."

המדיניות ההרתעתית ומידת האפקטיביות שלה נקבעת על ידי גורמי הבטחון המוסמכים, הפועלים בשטח ואשר ברשותם המידע הנדרש ועליהם האחריות והחובה שבדין לשמור על המשך קיומם של השלום והבטחון.

אשר על כן, הפעלתה של חסנקציה בגדר חסמכות לפי תקנה 119, כלפי הבתים בהם התגוררו המחבלים, כפי שהוחלט, הינה נדרשת ומחויבת בנסיבות הענין.

טענת העותרים כי חלוף הזמן מצדיק שלא להרוס את בתיהם

58. העותרים טוענים, אם כי בשפה רפה, כי חלוף הזמן מאז שבוצע הפינוע ועד לקבלת החלטת המפקד מצדיק שלא להרוס את בתיהם.

59. על כך נענה בארבעה –

ראשית, כעולה מהעובדות שפורטו לעיל, העותרים ידעו כל העת כי המפקד שוקל להרוס את בתיהם, ולעניין זה די אם נפנה לפסק הדין בעתירתם הראשונה בחודש דצמבר 2001. מכאן, שלא ניתן לומר כי המפקד זנח, במפורש או מכללא, את האפשרות להרוס את המבנים נשוא העתירה.

שנית, אין מדובר בחלוף תקופה ארוכה יתר על המידה, המעמעמת מתוכה היא את אלמנט ההרתעה עליו מבוססת תקנה 119 כולת, ומצדיקה לחימוע מההריסה.

שלישית, חומרתו המופלגת של הפינוע, והצורך להרתיע אחרים מביצוע פיגועים דומים, מביאים למסקנה כי שיקול החרתעה מחייב שלא למנוע את ביצוע החריסה רק עקב חלוף הזמן, וזאת על מנת שמפגעים פוטנציאלים ידעו כי ניתן יהיה להרוס את בתי משפחותיהם גם בחלוף תקופה סבירה ממועד הפינוע, וכי חלוף מספר חודשים לא יקנה לבתיהם חסינות כלשהי. עניין זה יפה שבעתיים כיום, כיוון שכיום כל שטחי הרשות, ובכללם שטחי A ושטחי B, תינם עויינים ביותר, וכל פעילות צבאית בתוכם מחייבת הערכות מיוחדות, אשר יכול שתיקח זמן.

רביעית, ובכך העיקר, ההחלטה להרוס את הבתים נשוא העתירה ניתנה לאור שינוי הנסיבות המתותי שחל בחודשים האחרונים, קרי תחמרה המשמעותית במתקפת הטרור הרצחני שהחלה בחודש מארס האחרון, אשר אילצה את גורמי הבטחון, כמו גם את ועדת השרים לענייני בטחון לאומי, להחליט על נקיטתם של אמצעים חריפים ביותר, שחלקם אף לא ננקטו בעבר, על מנת לעצור את גל הפיגועים הקשים. ההחלטה על הריסת המבנים התקבלה במסגרת מימושה של מדיניות הקבינט, עליה הוחלט בסוף חודש יולי, וודאי שלא ניתן לומר כי יש שיהוי במימוש המדיניות בעניינם של העותרים דכאן. גורמי הבטחון הביעו עמדתם, כי הריסת בתיהם של מפגעים יעילה היא לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים. וכאמור, קיימות כבר אינדיקציות משמעותיות ביותר לפיהן המדיניות החדשה אכן פועלת את פעולתה.

בנסיבות אלה יש הצדקה מלאה לנקיטתו בנוף של הצעד נשוא העתירה.

גדר התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות המפקד הצבאי

60. טרם נסיים נבקש לעמוד על הלכות בית המשפט באשר להיקף התערבות בית משפט נכבד זה בהחלטות המפקד הצבאי. ונטען כי בנסיבות דנן לא קמו התנאים אשר יצדיקו התערבות כזו.

61. לעניין התערבות בית משפט נכבד זה בהחלטות המפקד הצבאי, יפים דבריו של כבי' השופט חשין, בעניין הריסת בתיהם של המתאבדים בפיגועי הטרור בחודשים פברואר-מרץ 1996, בבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד בוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד (נ) 353, בעמ' 369-368, כדלקמן:

"8. בשנות החמישים נהגה מדיניות פעולות-הגמול. בתגובה על פגיעות בבטחון ישראל ורצח יהודים בידי מסתננים ומחבלים, חצו יחידות צבא את הגבול והיכו במטרות שיועדו להם. בפעולות-גמול אלו נפגעו גם אזרחים שמעבר לגבול (ע"ע "פעולות גמול" בלקסיקון לבטחון ישראל מאת זאב שיף ואיתן חבר (זמורה, ביתן, מודן, תשל"ו-1976), 430). העלה על הדעת - היעלה על הדעת - כי אזרח ירדני (פלשתיני) היה מגיש עתירה נגד פעולת-גמול שאפשר מיועדת היתה לחרוס את ביתו? וחרי התשובה הברורה לעתירת-עיוועים זו היתה "מעשה מדינה" (ACT OF STATE), לאמור, מעשה שאינו בא בתחומיהם של בתי-המשפט, מעשה שבתי-המשפט אינם מחילים עליו נורמות של משפט, מעשה המצוי, כביכול, אל-מחוץ למשפט. המדובר היה ביחסים בין מדינות, ושענן שמדינות דוברות מלחמה זו-אל-זו אין לו לפרט לא זכות ולא מעמד. האוכלוסיה האזרחית סובלת רבות בעיתות מלחמה, ואולם סבל זה, באשר הוא, אין הוא נותן לפרט לא זכות ולא מעמד נגד האויב.

המעשים אינם בני-שיפוט באשר "שייכים" הם לתחום שאינו נתון למרות בתי-המשפט.

9. לא באנו לומר כי מעשי הריסת בתים באזורים הנתונים לשליטתה של ישראל זהים הם למעשי-מלחמה כלפי מדינת אויב. התבדלים בין מעשים אלה למעשים אלה בולטים הם לעין מכדי שנוכל להעלים עינינו מהם. ואולם בכך דומים הם המעשים, שאלה ואלה מעשי-מדינה הם, מעשי-מלחמה הם. ובאומרו מעשי מדינה ומעשי-מלחמה כוונתנו היא למעשים הנועדים - מתחילה ועד סוף, בכל-מכל-כל - לקיום בטחון הכללי ולשמירת חיי הפרט. בטחון וחיים במובנם הפשוט. מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם - קיומם של החיים, משמעם כפשוטם - נעלים הם על זכויות אחרותו כי זכויות הקניין חייבות להסיג עצמן מפני הזכות לחיים? ואם סובר המפקד הצבאי כי הריסת ביתו של מחבל אפשר - אפשר, ולו בסיכוי זעיר - תרתיע את פלוני העלול אף-הוא להיות מחבל-רוצח כחבריו לאירגון החמאס (או הג'יהאד האיסלאמי), כיצד יאמר לו בית-המשפט מה תעשה ומה לא תעשה? במלחמה כבמלחמה: מה לו לבית-המשפט שירה מפקד צבאי מה יעשה ומה לא יעשה? אכן, בית-משפט לא יורה למפקד גדוד כי ראוי לו שישלח פלוגה פלונית מימין לגבעה ולא משמאל לה. באותה רוח, אם כי במידה פחותה, אתקשה להבין כיצד יורה בית-המשפט למפקד צבאי שלא להרוס ביתו של רוצח-מחבל - להרתעתם של אחרים - אך באשר בית-המשפט אפשר חושב הוא אחרת מן המפקד.

10. פיקחנו בעבר על מעשיו של מפקד צבאי באומרו לחרוס בתי מחבלים, פיקחנו על מעשיו וצרפנו אותם בכור הביקורת השיפוטית. כך עושים אנו עתה. כך נמשיך ונעשה גם בעתיד. ואולם גם זו אמת, שלא חרי ביקורת ופיקוח אלה כהרי ביקורת ופיקוח שאנו מחילים על רשויות המינהל הרגילות. המאטריה השונה מכתובה מעצמה דרכי התערבות שונות. אכן, מעשה-מדינה ומעשה-מלחמה אינם משנים מאופיים גם אם נתונים הם לביקורתו של בית-משפט, ואופי המעשים, על-פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות. קשיים שאנו נאבקים בהם בביקורת על פעולתו של המפקד הצבאי, רבים הם וקשיחים הם מקשיים שאנו נתקלים בהם בביקורת ובפיקוח על רשויות המינהל הרגילות. וקשיים אלה מגבילים במאוד את יכולתו של בית-המשפט להזריק שלטון-חוק במעשי המפקד הצבאי. אכן, לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך

נודה על אמת: באותם מחוזות קולו כקול הפיקולו, זך וטהור אך נבלע
בהמולה. כל אלה דברים ידענו מכבר ועם זאת הוספתי ואמרתי
אל-ליכי: אדברה וירווח לי."

דברים אלה, שהיו יפים בשנת 1996, לאחר ביצועם של ארבעה פיגועי התאבדות, יפים
שבעתיים נוכח מתקפת הטרור הקשה והעקובה מדם בה מצוייה חמדינה, שכללה יותר
מ-150 פיגועי התאבדות בשנתיים האחרונות, מתקפה שהחריפה ביתר שאת מאז חודש
מארס האחרון.

לא זו אף זו, כפי שכבר קבע בית המשפט הנכבד בפרשת עגירי, באופן פוזיטיבי, מדובר כיום
באירועי לחימה (שלא היו כמותם באזור מזה עשרות בשנים - ע.ה.).

בנסיבות אלה, קביעתו של כב' השופט חשין בבג"צ 1730/96 כי בפועל מדובר במעשי לחימה,
שהיתה יפה לזמנה, יפה כיום ביתר שאת, והשוני בין "הריסת בתים באזורים הנתונים
לשליטתה של ישראל", לבין "מעשי מלחמה כלפי מדינת אויב", שהיה קיים בשנת 1996,
בעת מתן פסק הדין בבג"צ 1730/96, הולך ונעלם. כתוצאה מכך גם גדרי ההתערבות
בהחלטת המפקד צריכים להצטמצם עד מאד.

עוד נבקש לחפנות לכך שבפסק הדין בבג"צ 6696/02 נקבע מפורשות כי "לא נתבקשו ולא
ננקוט כל עמדה באשר לנחיצותן וליעילותן של פעולות ההריסה. ענין הוא לצבא, והריהו
מתווה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת" (ההדגשה שלי - ע.ה.).

62. לסיכום, לעניין היקף ביקורתו של בית המשפט הנכבד על שיקולו של המפקד נפנה גם
לאמור בסעיף 30 בפסק הדין בבג"צ 7015/02, בעניין עגירי, וכן לאמור בעניין זה בפסק הדין
המנחה בבג"צ 6026/92, בעניין נזאל, בעמ' 350.

לטענות שבבקשת העותרים להוספת טיעון

63. העותרים טוענים כי לתקנות ההגנה אין תוקף באזור, כיוון שבוטלו ערב סיומו של המנדט
הבריטי על ארץ ישראל.

המשיב יטען כי דין טענה זו להדחות מכל וכל, מהטעמים שבגינום היא נדחתה שוב ושוב
בעבר, ולעניין זה נפנה, לדוגמא, לקביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 97/79 אבו עוואד
נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לגנ(3) 309; וכן לבג"צ 698/80 קוואסמת נ' שר הביטחון,
פ"ד לה(1) 617.

64. אשר לטענות מתחום המשפט הבינלאומי, הרי שכאמור טענות אלה נדונו פעמים רבות על ידי בית המשפט הנכבד, ונדחו פעם אחר פעם (ר', למשל, פרשת נזאל, בג"ץ 6026/94, בעמ' 350, ופסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 6868/02, נספח מש/9).

65. גם ההלכה שנפסקה בבג"ץ 7015/02 אינה ממין העניין, כיוון ששם היה מדובר בפרשנות סמכות שהיא לפי סעיף 78 לאמנת זינבה הרביעית, בעוד שבענייננו מדובר בדין מקומי ספציפי, שחל עוד מימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל, שהפסיקה, כפי שאף פורטח לעיל, הרחיבה בדבר תכליתו ההרתעתית.

סוף דבר

66. הלכה היא כי "חוקה אינה מרשם להתאבדות וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי" (ע"ב 2/84 גיימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, בעמ' 630).

67. המפקד הצבאי מוסמך וחייב לנקוט בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותו על מנת להגן על שלום המדינה ותושביה, וכן על בטחון האזור ותושביו, במסגרת מלחמת הטרור שנכפתה על מדינת ישראל.

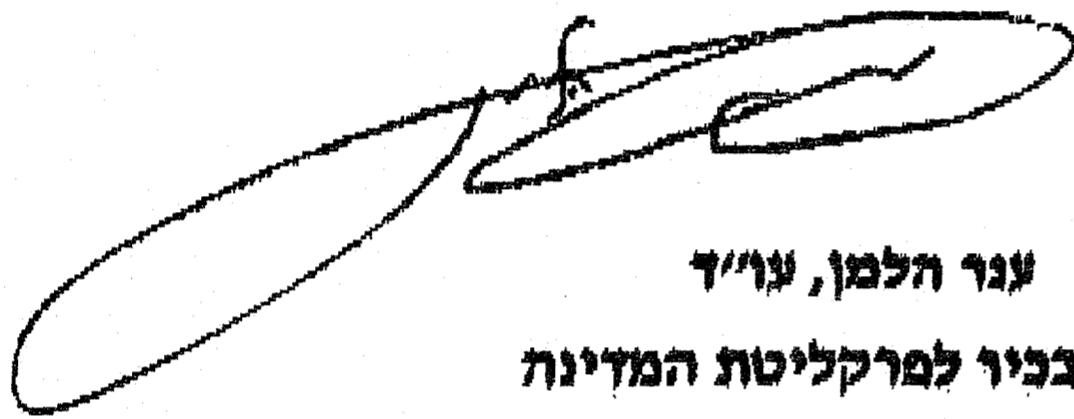
68. המשיב יטען, כי החלטות על הוצאת חצוים נשוא עתירה זו הינן סבירות ומידתיות, בהתחשב באומיו הרצחני של הפיגוע, בצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים ושולחיהם, וכן בני משפחות של מפגעים פוטנציאליים ושולחיהם, מפני ביצוע וסיוע לביצוע פיגועים דומים, ובהתרעות הקיימות, המתקבלות מדי יום, המתריעות מפני ביצועם של פיגועים נוספים.

69. המשיב יטען, כי החלופות שמציעים העותרים בעתירתם אינן עונות על הצורך הבטחוני המידי והקריטי בחרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים ושולחיהם, וכי אינטרס החרתעה במקרה דנן מחייב את הריסתם המוחלטת של שני המבנים נשוא העתירה.

70. המשיב יטען כי החלטותיו התקבלו רק לאחר שניתנה לעותרים הזדמנות להביא בפניו את טיעוניהם, ורק לאחר ששקל את כל השיקולים הצריכים לעניין, ואיזן בצורה ראויה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים.

71. המשיב יטען, כי החלטותיו נשוא עתירה זו נופלות במסגרת מתחם האפשרויות בהן רשאי המפקד הצבאי לנקוט, בהתאם לדין, ומשכך הם פני הדברים אין עילח משפטית להתערב בהן.

- 72. לאור כל האמור לעיל יבקש המשיב לדחות את העתירות, ולבטל את צו הביניים שהוצא.
- 73. העובדות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של האלוף משה קפלינסקי, אלוף פיקוד המרכז, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון.



ענר הלמן, עו"ד

סגן בכיר למרקליטת המדינה

היום, ז' בתשרי, תשס"ג
13 בספטמבר, 2002