

בג"ץ 8024/14

קבוע: 1.12.2014

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1-א – זגאזי ת"ז

2. ש – חגאזי ת"ז

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

4. ADDAMEER - PRISONER AND HUMAN RIGHTS ASSOCIATION

על-ידי עו"ד לביב חביב ואח'

מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300

טלפקס: 02-6263212; טלפון נייד: 052-4404477

העותרים

נ ג ד

אלוף פיקוד העורף

על-ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טלפון: 02-6466008; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובה לעתירה מטעם המשיב

בהתאם להחלטת כב' השופטת חיות מיום 26.11.2014, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו לעתירה כדלקמן:

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי המשיב יימנע "מלהחרים להרוס ולאטום הדירה המצויה בקומת קרקע במבנה במבנה בן 2 קומות שבשכונת אבו תור שבירושלים, או לפגוע בה בכל דרך אחרת". עוד מבקשים העותרים, כי המשיב "ימסור לעותרים כיצד בכוונתו לבצע את ההריסה והאטימה, ומהו החלק שבדעתו להרוס והחלק שבדעתו לאטום".

2. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. ההחלטה בדבר החרמת, הריסה ואטימה חלקית של דירה המצויה בקומת קרקע, במבנה בן שתי קומות בשכונת אבו תור במזרח ירושלים - התקבלה על-ידי המשיב בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן – **תקנה 119**). זאת, לאחר שבנס של העותרים 2-1, מ חגאזי (ת.ז. 8024/14) (להלן – **המחבל**), ביצע ביום 29.10.2014 פיגוע במהלכו ירה במר יהודה גליק סמוך למרכז מורשת בגין בירושלים, ופצע אותו באורח אנוש (להלן – **הפיגוע**).

המשיב יטען, כי על רקע ההתדרדרות החמורה במצב הביטחוני, שהגיעה לשיאה בשורה של פיגועים רצחניים בליבה של העיר ירושלים, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה בו התגורר המחבל שביצע את הפיגוע הינה חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים נוספים.

3. כפי שיובהר להלן, רובן המוחלט של הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד.

לכך נוסף, כי אך לאחרונה, ניתנו פסקי-דין של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם באתר הרשות השופטת, 1.7.2014; להלן - עניין עואודה), ובג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי (פורסם באתר הרשות השופטת, ניתן ביום 11.8.2014; להלן - עניין קואסמה), במסגרתם חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, ודחה את אותן העתירות.

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

4. בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בחודשים האחרונים, בסמוך לפני ולאחר ביצוע הפיגוע מושא עתירה זו, וכיוון שיש חשיבות עליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים בכלל, ובמפגעים פוטנציאליים מקרב תושבי מזרח ירושלים, בפרט; במיוחד כאלו מביניהם שמבקשים לפעול במתווה "מפגע יחיד" ולא בהכרח כחלק מתשתית ארגונית טרוריסטית, וכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, אכן נחוצה להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים, יבקש המשיב מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה זו בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

5. העותרים 1-2 הם הוריו של המחבל.
6. המחבל היה בעל רישיון לשיבת קבע בישראל, אשר התגורר בדירת המגורים מושא הצו שבמרכז העתירה בשכונת אבו תור במזרח ירושלים.
7. בעברו ריצה המחבל עונשי מאסר ארוכים, בין השנים 2000-2012, בגין הרשעתו בשורה ארוכה של עבירות בטחוניות ופליליות.

תיאור הפיגוע

8. ביום 29.10.2014, ביקש המחבל – אשר עבד במסעדה במרכז למורשת בגין (להלן – המרכז) - לצאת מוקדם מהרגיל מעבודתו, ונראה במצלמות האבטחה של המרכז יוצא בשעה 21:37 כשהוא אוחז בידו קסדה לבנה, ונע לעבר הקטנוע עימו הגיע אל העבודה.
9. כחצי שעה לאחר שעזב את המרכז, בשעה 22:04 לערך, נצפה המחבל מגיע לרחבת המרכז, כשהוא רכוב על קטנוע. באותה עת נצפה מר יהודה גליק במצלמות האבטחה יוצא מהמרכז.
10. מהעדויות בתיק עולה כי בשלב זה, המחבל התקרב למר גליק ואמר לו "יהודה, אני מצטער אבל עצבנת אותי מאוד" במבטא ערבי כבד. לאחר זיהויו של מר גליק על-ידי המחבל, ירה בו המחבל מספר כדורים ונמלט מהמקום כשהוא רכוב על קטנוע.
11. כתוצאה מירי זה, נפצע מר גליק באורח אנוש.
12. למחרת לפנות בוקר, בסמוך לשעה 5:00, הגיעו כוחות ביטחון לביתו של המחבל בשכונת אבו-תור במזרח ירושלים בכוונה לעוצרו לחקירה. כשהבחין המחבל בכוחות הבטחון עלה לגג המבנה ונצפה על גג המבנה כשבידו אקדח המכוון לעבר הכוחות. בתגובה לכך, ירו הלוחמים לעברו של המחבל עד שנוטרל.
13. בחיפוש שנערך לאחר מכן בביתו של המחבל נמצאו קטנוע, 2 קסדות והאקדח שהיה בידו. נטרל על-ידי כוחות הבטחון. יצויין לעניין זה, כי ממצאי הבדיקה הבליסטית שנערכה לאחר הפיגוע מצביעים באופן חד משמעי שאינו משתמע לשני פנים, כי התרמילים שנמצאו בזירת הפיגוע נורו מהאקדח שנמצא בידו של המחבל בזמן הניסיון לעוצרו.
14. זהו תאור יבש, של אירוע נפשע, שהביא לפציעתו האנושה של אדם חף מפשע. כעולה מתיאור הנסיבות דלעיל, המחבל התכוון לקטול בירי מאקדחו את מר יהודה גליק, על רקע לאומני, ויריה בו מספר יריות ברחבת מרכז מורשת בגין, במרכז ירושלים לאחר שוודא כי הוא אכן מכוון את אקדחו לקורבן המיועד.

ההשתלשלות העובדתית עובר להגשת העתירה

15. בשל חומרת הפיגוע, ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועי טרור נוספים בתחומי מדינת ישראל, החליט מפקד פיקוד העורף, לפי המלצת שירות הבטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הדירה בו התגורר המחבל.

16. ביום 14.11.2014 הודע לעותרים על כוונת המשיב להחרים, להרוס ולאטום חלקים של הדירה בקומת הקרקע במבנה בן שתי קומות בשכונת אבו תור במזרח ירושלים - בה התגורר המחבל. בהודעה גם נמסר על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד כוונה זו, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

הודעה מיום 14.11.2014 צורפה כנספח ע-1 לעתירה.

17. ביום 22.11.2014 - לאחר שאושרה בקשת העותרים לארכה להגשת ההשגה - הגישו העותרים השגה למשיב נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי הבית.

ההשגה מיום 22.11.2014 צורפה כנספח ע-2 לעתירה.

18. ביום 24.11.2014 הודיע מ"מ היועץ המשפטי לפיקוד העורף לב"כ העותרים, במכתב מענה מנומק ומפורט, כי מפקד פיקוד העורף החליט לדחות את ההשגה.

מכתב המענה מיום 24.11.2014 צורף כנספח ע-3 לעתירה.

19. בד בבד עם מתן המענה להשגת העותרים, חתם המשיב ביום 23.11.2014 על צו החרמה, הריסה חלקית ואטימה חלקית של יחידת המגורים במבנה בו התגורר המחבל עם בני משפחתו. (להלן - הצו), מכוח סמכותו לפי תקנה 119. בצו ננקב הטעם להוצאתו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הדירה מ
 חג'אזי (ת"ז) , ביצע פיגוע ירי, במהלכו ירה ביהודה גליק ופצע אותו באורח קשה."

צילום הצו מיום 23.11.2014 צורף כנספח ע-4 לעתירה.

20. ביום 26.11.2014 הוגשה העתירה שלפנינו, שמופנית כאמור כלפי הצו שהוציא המשיב. סמוך לאחר העתירה, באותו היום, ניתנה החלטתה של כ"ב השופטת חיות במסגרתה ניתן צו ארעי האוסר על המשיב או מי מטעמו, להחרים, לאטום או להרוס את הדירה מושא העתירה.

בית משפחת המחבל

21. הדירה בה התגורר המחבל נמצאת במבנה בן שתי קומות בשכונת אבו תור במזרח ירושלים. בדירה התגוררו גם בני משפחתו הגרעינית של המחבל.

22. הדירה בה התגורר המחבל מצויה בקומת הקרקע של המבנה, כאשר בקומה העליונה ישנה דירה נוספת החולשת על חלק משטחה של הקומה הראשונה.

23. כאמור בסעיף 15 למענה להשגה מטעם המשיב מיום 24.11.2014 "הכוונה להחרים, להרוס ולאטום חלקית את דירת המפגע [...] מתייחסת לדירה בה התגוררו המפגע ומשפחתו הגרעינית. בעת ההריסה, ינקטו צעדים על מנת למזער את הסיכוי שיגרם נזק משמעותי הן לבניין בו ממוקמת דירת המפגע והן לדירות הסמוכות לה. מהטעם הזה, סבר מפקד פקע"ר כי יש לשלב בין הריסה לבין אטימה של הדירה, ונמנע מלהורות על הריסתה באופן מלא". [ההדגשות הוספו – הח"מ].

הטיעון המשפטי

24. המשיב יטען, כי דין העתירה להידחות. בשני פסקי דין – עניין עוואדה ועניין קוואסמה – אשר ניתנו אך לפני מספר חודשים, שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הריסת בתי מתבלים בנסיבות מסוימות, היא צעד חוקי, סביר ומידתי, הנסמך על הערכתו המקצועית של המפקד הצבאי כי יש בצעד זה משום הרתעה (ור' גם פסקי הדין בבג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באתר הרשות השופטת, 18.3.09; להלן – עניין דוויאת); בבג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באתר הרשות השופטת, ניתן ביום 5.1.09; להלן – אבו דהים); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן (פורסם באתר הרשות השופטת, 15.2.2012; להלן – עניין מוגרבי).

הטענות המועלות במסגרת העתירה דין, אינן אלא חזרה על טענות שהועלו בעבר ונדחו – פעם אחר פעם – על ידי בית המשפט הנכבד. עמדת המשיב תפורט להלן.

התשתית הנורמטיבית

הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

25. הסמכות 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, כדלקמו:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT... OF ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND SITUATED IN ANY AREA, TOWN, VILLAGE, QUARTER OR STREET THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED ... ANY OFFENCE AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE."...

ובנוסחה בעברית של התקנה:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו ... עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. ...".

26. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להתרים ולהרוס או לאטום את כל המבנה בו מתגורר המתבל עם בני משפחתו. עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, גם כאשר מחליט המשיב לנקוט בסמכות לפי תקנה 119, עליו להפעיל את סמכותו האמורה בצורה סבירה ומידתית, בהתחשב במכלול של נסיבות עליהן עמדה הפסיקה.

על-פי ההלכה הפסוקה, התכלית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית בלבד ולא עונשית. הסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת אפוא כעונש בשל הפיגוע שבוצע בעבר, אלא היא מופעלת רק אם המפקד הצבאי מגיע לכלל מסקנה, כי השימוש בסמכות נדרש כדי להתרע מפגעים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד.

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

27. על-פי ההלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מחבל שהוחלט לנקוט לגביו בסמכות לפי תקנה 119 אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

כך נפסק, למשל, בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון, תק-על 190 (1) 75 (1990), כדלקמן:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי..."

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלום של הקרובים להם עצמם."

כן ראו דבריו של כבי' השופט (כתוארו אז) מצא, בדעת הרוב בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994) (להלן: עניין נזאל), כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון... להפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת."

28. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב, בפרט, ערים ומודעים לתומרה שבהפעלת הסנקציות האמורות בתקנה 119, ובמיוחד כאשר אלו מופעלות באופן בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה וההרתעה "רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

29. הפעלת הסנקציה של הריסת בית הינה פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחוייב המשיב לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתה של ישראל בפעילות החבלנית הרצחנית העוינת.

לעניין זה כבר פסק בית משפט נכבד זה מפי כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539 (1989), כדלקמן:

"מניעת מעשי אלימות היא תנאי לקיום הביטחון והסדר הציבורי. אין ביטחון ללא אכיפת החוק, ואכיפת חוק לא תצלח ולא תהיה יעילה, אם איננה נושאת בחובה גם השפעה מרתיעה. היקפם של צעדים הננקטים לאכיפת החוק הוא בכל מקרה פועל יוצא של חומרת העבירה, של תדירות ביצועה ושל מהותה של מעשה 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."

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

31. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה, על שורה של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הסנקציה; איזון בין הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע לבין הצורך בהרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים; איזון בין זכותו הבסיסית של כל אדם לקניינו לבין זכותו וחובתו של השלטון לשמור על הביטחון והסדר הציבורי, ועל שלומם וביטחונם של תושבי ישראל ואזרחיה.

32. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת חומרת המעשים; נסיבות הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת האמצעי על אנשים אחרים; שיקולים הנדסיים, וכיוצא באלה שיקולים נוספים. רק לאחר שקלול, בחינה ואיזון של כלל השיקולים הצריכים לעניין כפי שהם רלוונטיים לנסיבות המקרה יגיע המפקד הצבאי להחלטה אם להפעיל אמצעי של חרמה והריסה ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין בעניין נזאל).

33. לפני כתשע שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות האלוף אודי שני, במסגרת עבודה שנקראה: "חשיבה מחודשת לעניין הריסות בתים", על צמצום השימוש בתקנה 119 כשיטה, עד כדי הפסקה, תוך שימור האמצעי האמור במקרה של שינוי נסיבות קיצוני. מצגת בנדון הוצגה בדיון שערך הרמטכ"ל בפברואר 2005. בסיומו של הדיון האמור החליט הרמטכ"ל להשעות, נכון לאותה העת, את השימוש בסמכות לפי תקנה 119. עם זאת יודגש, כי הרמטכ"ל גם קבע, שיהיה מקום לבחון את ההחלטה מחדש במקרים קיצוניים (כפי שהמליץ צוות החשיבה). מדיניות זו של הרמטכ"ל אושרה על-ידי שר הביטחון. באותו הקשר גם נקבע, כי אם יהיה שינוי נסיבות קיצוני, תיבחן ההחלטה מחדש.

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

משפסק גל הפיגועים דאז, חלפו שוב כמה שנים ללא שנעשה שימוש באמצעי זה.

מו הכלל אל הפרט - הצורך הבטחוני

34. על-פי חוות דעת גורמי הבטחון וכלל הנתונים שנאספו על ידם, בגזרת ירושלים ויהודה ושומרון ניכרת בשנתיים האחרונות מגמה מתמשכת של התדרדרות ביציבות הביטחונית, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעליה במספר הפיגועים הכללי (לרבות במספר הפיגועים החמורים), בפיגועי הטרור העממי וכן במספר הנפגעים כתוצאה מפעולות טרור אלו.

35. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לאמצע חודש נובמבר 2014. כך, בשנת 2013 נרשמו כ- 1,414 פיגועים, ובשנת 2014, עד כה, נרשמו כ- 1,650 פיגועים. מכלל הפיגועים בשנת 2014 בוצעו, בין היתר, 1,595 פיגועים במתווה של טרור עממי (מתוכן 1,387 זריקת בקבוקי תבעירה לעבר כלי-רכב ובני-אדם ו-187 מטעני צינור מאולתרים). כמו כן, במהלך תקופה זו נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים. משנת 2013 ועד לעת הזו ישנם עשרים ושניים הרוגים כתוצאה מפיגועי טרור, וזאת לעומת אפס הרוגים בשנת 2012.

36. זאת ועוד, מאז תחילת שנת 2014 - ובדגש על החודשים האחרונים - ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתוויס חמוריס, בהם נחרגו אזרחים ישראלים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

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

- א. מרץ 2014: סיכול פעילותו של מבוקש חמא"ס צבאי ממחנה הפליטים גינין, שהוכוון בידי מפקדת החמא"ס ברצועת עזה לקדם שורה של פיגועים, לרבות במתווה של ירי, נגד יעדים ישראלים באיו"ש. המבוקש נהרג במבצע צבאי, במהלך חילופי אש עם כוחות צה"ל בגינין.
- ב. אפריל 2014: פיגוע ירי לעבר רכב ישראלי במחסום תרקומיא. בפיגוע זה נהרג ניצב משנה מזרחי, ערב ליל הסדר ונפצעו שניים נוספים.
- ג. אפריל 2014: נעצרו 6 פעילי התארגנות צבאית מגזרות גינין ובית לחם. במסגרת זאת סוכלה כוונת ההתארגנות, בהכוונתו של פעיל ה"ג'יהאד העולמי" מהרצועה, לקדם פיגוע ירי נגד כוחות צה"ל באזור גינין.
- ד. מאי 2014: סוכלה כוונה של מחבל מתאבד לפוצץ חגורת מטענים מאולתרים, שהוסתרה על גופו, בצומת תפוח. חברי ההתארגנות משכם, שעמדו מאחורי ניסיון הפיגוע, נעצרו בידי כוחות צה"ל זמו סצר לאחר מכו.
- ה. מאי 2014: פיגוע ירי בשכונת רמת שלמה בירושלים, כאשר מחבל פלסטיני ביצע ירי מנשק חם לעבר קבוצת אזרחים ישראלים, מבלי שהיו נפגעים.
- ו. יוני 2014: פיגוע ירי מנשק קל, כאשר מחבל פלסטיני ירה לעבר עמדה של כוח צה"ל בביתונוא. הכוח הצבאי הגיב בירי לעבר המחבל שנמלט מהזירה, ולא הנו נפגעים.
- ז. יוני 2014: פיגוע ירי מנשק קל שבוצע מרכב פלסטיני לעבר עמדה של כוח צה"ל בקרבת כביש המנהרות/עוקף בית לחם. בפיגוע לא היו נפגעים, ורכב המחבל נמלט מהזירה.
- ח. יוני 2014: פיגוע חטיפה ורצח ביום 12.6.14, במסגרתו נחטפו ונרצחו שלושה נערים שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם בגזרת כפר עציון לביתם. פיגוע זה תוכנן ובוצע על-ידי חברי חוליית חמא"ס.
- ט. יולי 2014: פיגוע ירי מנשק קל מרכב חולף לעבר אזרח ישראלי בצומת רחלים, באיו"ש. האזרח נפצע באורח בינוני.
- י. יולי 2014: חייל צה"ל נפצע באורח קל מפיגוע ירי מנשק קל בשומרון.
- יא. יולי 2014: סוכל ניסיון של חמאס לבצע פיגוע באמצעות רכב ממולכד בישראל, בעקבות תפיסת הרכב במחסום צבאי באיו"ש.
- יב. אוגוסט 2014: פיגוע דריסה בירושלים, אשר בוצע על ידי מחפר (באגר) במהלכו נהרג אזרח ונפצעו נוספים.
- יג. אוגוסט 2014: פיגוע נשק קל בירושלים במהלכו נפצע חייל צה"ל באורח קשה.
- יד. אוקטובר 2014: פיגוע דריסה בירושלים, בנתיב הרכבת הקלה, במהלכו נרצחו תינוקת ותיירת וכמה אזרחים נוספים נפצעו.
- טו. אוקטובר 2014: פיגוע מושא העתירה דן, במהלכו ניסה המחבל להתנקש ביהודה גליק בירושלים, אשר נפצע באורח אנוש.

- טז. **נובמבר 2014**: פיגוע דריסה בירושלים ושוב בנתיב הרכבת הקלה. שני אזרחים ישראלים נרצחו ומספר אזרחים נוספים נפצעו.
- יז. **נובמבר 2014**: פיגוע דריסה בתחנת הסעה באזור אל ערוב במהלכו נפצעו שלושה חיילי צה"ל באורח בינוני.
- יח. **נובמבר 2014**: פיגוע משולב של דריסה ודקירה בגוש עציון. אזרחית ישראלית נרצחה וכמה נוספים נפצעו.
- יט. **נובמבר 2014**: פיגוע דקירה בתחנת רכבת ההגנה בתל אביב במהלכו חייל צה"ל נרצח.
- כ. **נובמבר 2014**: פיגוע משולב ירי ודקירה בבית הכנסת בשכונת הר נוף בירושלים. חמישה אזרחים ישראלים נרצחו בטבח שבוצע בבית הכנסת ומספר אזרחים נוספים נפצעו.
37. עוד נציין, כי מתחילת שנת 2014 ועד יולי סוכלו כ-137 כוונות וניסיונות פיגוע במגוון מתווים חמורים (חטיפה, מטענים וירי) בגזרות שונות במרחב.
38. עיקר פעילות הטרור מובלת בידי התארגנויות מקומיות ו"מבוזרות", וכן בידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". אלה האחרונים בלטו בתקופה האחרונה.
39. לעמדת המשיב, הנתונים דלעיל, מצביעים על שינוי נסיבות משמעותי ועל הסלמה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני המחייבים נקיטת אמצעים להרתיע מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים בכלל, וכדוגמת אלו אשר נפוצו לאחרונה, בפרט.
40. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל, אודות ההתמכה במצב הבטיחותי במרחב, אינן נמסרו לפני מספר חודשים בלבד לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים בעניין עואודה, ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין עואודה):

"עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אתה בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים גמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד." [ההדגשות הוספו – הח"מ]

מקל וחומר נבקש לטעון, שכיום, על רקע גל הפיגועים הרצחניים שאירעו לאחרונה, בירושלים ובמרחב הסמוך, יש צורך ממשי בנקיטת פעולות הרתעה על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים בכלל וכדוגמת אלו שבוצעו בגל הטרור הרצחני, בפרט.

41. המשיב יטען, כי בשל גל הפיגועים בירושלים בחודשים האחרונים, פיגועים שחלקם בוצעו על-ידי תושבי מזרח-ירושלים, ישנו צורך חיוני בהרתעת מפגעים תושבי מזרח-ירושלים מביצוע פיגועי טרור בתחומי המדינה; לא כל שכן התגבר הצורך האמור לאור העובדה שמדובר בפיגועים שחלקם נעשים במתאר של "מפגע בודד", קרי, מפגע שאינו קשור לתשתית טרור מאורגנת, המוכן למות במהלך הפיגוע - אזי קיים קושי מובנה לסכל את הפיגוע מבעוד מועד. מכאן, שהרתעה מוסדמת של מפגעים נוספים מהסוג האמור בירושלים היא חיונית עוד יותר.

42. לאור כל האמור, הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון - לה שותפים גם ראש הממשלה שר הבטחון והרמטכ"ל - היא כי קיימת כיום נחיצות וחשיבות רבה להרתעה מקסימאלית מפני ביצוע פיגועים נוספים; ודאי בשים לב לקושי בסיכול פיגועים מהסוג שבוצעו בחודשים האחרונים, במתאר של "מפגע בודד". לדעת המשיב, השימוש בסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתו של המחבל - כמו גם נגד ביתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים מקרב תושבי מזרח ירושלים ותושבי האזור - היא אפוא צו השעה ממש.

יוסיף המשיב ויטען, כי ההחלטה על הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתו של המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת הפיגוע; שבוצע על-ידי תושב מזרח-ירושלים; במהלכו ירה המחבל בנשק חם באזרחי ישראלי על רקע לאומני, וכל זאת בעיבורה של עיר. המשיב סבור, כי חיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים נוספים במתווה זה בעתיד.

43. בית המשפט הנכבד נדרש לעניין הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בתקופה בה מתרבים פיגועי הטרור - כאשר קיים צורך מוגבר בהרתעתם של מפגעים נוספים וזאת על מנת להפסיק את גל הטרור הגואה - נבקש להפנות לדבריה של כבי השופטת (כתארה אז) נאור בעניין אבו דהים. המחבל מפיגוע הרצח בישיבת מרכז הרב.

"הנה כי כן, האפשרות של שינוי מחדש של המדיניות היתה קיימת עוד במועדים בהם נמחקו העתירות השונות. זאת ועוד, המשיב טוען כי על פני הדברים ברור כי מדובר בענייננו במקרה קיצוני בחומרתו, אשר גם לפי המדיניות שקבע הרמטכ"ל בתחילת שנת 2005 בהתאם להמלצת צוות החשיבה, ניתן יהיה לשקול לגביו עשיית שימוש בסמכות לפי תקנה 119. על כן, כך טוען המשיב, די בכך בלבד כדי להביא לדחיית טענת העותרים בנושא שינוי המדיניות. עם זאת, כך מבהיר המשיב, בכוונתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 גם כלפי בתים בהם התגוררו מפגעים נוספים תושבי מזרח ירושלים וכי לאור השינוי בנסיבות מאז התקבלה ההחלטה בשנת 2005 אין מניעה לשנות את המדיניות שוב ולאפשר שימוש בתקנה האמורה. העיקרון הכללי הוא, כך טוען המשיב, שעם שינוי נסיבות ניתן לשנות את המדיניות (ראו למשל: ע"מ 1386/04 המועצה הארצית לתכנון ובניה ג' עמותת נאות ראש העין, ע"ר (טרם פורסם, 20.5.2008). על פי נתונים שמסר שירות הביטחון הכללי, כך מפרט המשיב, מאז שנת 2007 יש גל טרור בו מעורבים תושבים ממזרח ירושלים. גל הטרור התגבר בשנת 2008.

בניגוד לעבר, מאפיין עיקרי של גל הטרור הנוכחי מלבד היקפו, הוא שתושבי מזרח ירושלים מבצעים את הפיגועים בעצמם ולא משמשים כבעבר רק סייענים של מפגעים תושבי האזור. בידי גורמי הביטחון הצטבר מידע אודות כוונות של תושבי מזרח ירושלים לבצע פיגועים נוספים, ואף סוכלו כמה פיגועים נוספים שתוכננו להתבצע בידי תושבים ממזרח ירושלים. המשיב צירף לתגובתו סקירה של שירות הביטחון הכללי בדבר מעורבות תושבי מזרח ירושלים בפעילות טרור. סקירה זו מעודכנת ליום 22.9.2008. מסקירה זו עולה כי בשנת 2008 נעצרו 104 תושבי מזרח ירושלים בגין מעורבות בפיגועי טרור, כאשר בכל התקופה שמאז שנת 2001 ועד שנת 2007 נעצרו 374 איש. מדובר, אפוא, בעליה תלולה במספר המפגעים ממזרח העיר. בסקירה נזכרים פיגועים בולטים בשנת 2008 ובהם פיגוע הדריסה בכיכר צה"ל בו נפגעו 18 אזרחים ישראלים; פיגוע הדריסה ברחוב מאפ"ו באמצעות טרקטור בו נפצע אזרח ישראלי באורח קשה ו-22 נפצעו באורח קל; פיגוע ירי בעיר העתיקה בו נהרג שוטר ושטר נוסף נפצע; פיגוע דריסה ברחוב יפו באמצעות טרקטור בו נהרגו 3 ישראלים ונפצעו 42; פיגוע דקירה בעיר העתיקה, סמוך לשער שכם, בו נפצע אזרח ישראלי; פיגוע בסמוך למחנה הפליטים שועפאת בו נהרג שוטר מג"ב ושטר נפצעה באורח קשה, וכמובן - הפיגוע בישיבת מרכז הרב שבוצע על ידי בנו של העותר. עוד מציין שירות הביטחון הכללי בסקירתו כי להתמודדות עם האיום החדש נדרשת הגברה של צעדי הרתעה, כולל הריסות בתי המחבלים וחזוק הסנקציות מול משפחות המחבלים, חיזוק הנוכחות הביטחונית הישראלית במזרח העיר, מיצוי הדין עם מבצעי עבירות פליליות של סחר באמל"ח והחזקתו והגשת כתבי אישום כנגד מי שמתכוון לבצע פיגוע. המשיב הודיע בתגובתו כי הוא מתכוון לעשות שימוש בתקנה 119 (בכפוף לשימוע), בשני מקרים נוספים של פיגועי טרקטור.

11. עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושותפים לה גם הרמטכ"ל ושר הביטחון. אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות. לגבי מפגעים תושבי מזרח ירושלים הראה המשיב בנתונים קונקרטיים, שעל עיקרם עמדנו לעיל, כי אכן קיים שינוי נסיבות. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון.

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

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

מעבר לצורך החיוני הכללי הקיים בהרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים הזוממים לפגוע באזרחים תמימים, גם קיים צורך חיוני קונקרטי בהרתעתם של מפגעים נוספים, שלהם חופש תנועה מלא בתחומי ישראל, מפגיעה באופן מכוון באזרחים תמימים, תוך ניצול הגישה שלהם למקומות ציבוריים.

מדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה למשיב על פי דין, וההלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, בכלל זה; שנועדה לתכלית ראויה - קרי הרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים בשטח המדינה; שהופעלה בצורה מידתית וסבירה.

התייחסות לשאר טענות העותרים

45. נתייחס עתה לטענות נוספות המועלות בעתירה.

לטענה בדבר ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע

46. העותרים טוענים כי בני המשפחה הם אלו שייפגעו מהריסת הבית, ואין להם כל חלק בפיגוע.

47. על-פי ההלכה הפסוקה, מודעותם או סיועם של בני המשפחה לכוונתו של המתבל לבצע את הפיגוע שבשלו הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה נדרשת לשם גיבוש הסמכות לפי התקנה.

נפנה לכך שטענות דומות לטענה זו של העותרים כבר הועלו ונדחו על-ידי בית המשפט הנכבד פעמים רבות. לעניין זה ראו, למשל, האמור בפסק הדין בבג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997), כדלקמן:

"אמת נכון הדבר שאין קיימות ראיות הקושרות את העותר ואת בני משפחתו של המחבל למעשים המיוחסים לו, אך כפי שנפסק לא פעם מטרתו של הריסת מבנה היא הרתעתית ולא עונשית ומטרתה "להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחוננו ולא רק בחפים מפשע אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם".

וכן ראו האמור בפסק הדין בבג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002), כדלקמן:

"עוד אנו סבורים כי משנתן המשיב את דעתו למבנה ההנדסי של הבית ולעובדה שבני הבית כולם התגוררו בצוותא, אך סבר שיש לתת לשיקולי הרתעה המתחייבים מנסיבות הזמן והמקום חשיבות מכרעת, לא חרג המשיב מהגבולות הלגיטימיים של שיקול דעתו, גם אם אין קיימת ראיה ששאר תושבי הבית היו מודעים למעשיו של הבן".

עוד ראו לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, (ענין הפיגוע בישיבת מרכז הרב שבוצע בידי תושב מזרח ירושלים) כדלקמן:

"6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעונו. טענה זו עלתה גם היא בעבר ונדחתה. בעניין זה כתב השופט טירקל ב-

בג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין סעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק-היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בקטאו יומתו" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך."

7. בדומה נטען לפנינו כי בני משפחתו של המחבל אינם קשורים לפיגוע והאב אף מתנגד לפעולות מעין אלה. לעניין זה די להפנות לדברים שנקבעו בבג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל."

וכן ראו לאחרונה האמור בסעיף 22 לפסק הדין בעניין עואודה, כדלקמן:

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

"מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דיני).

לטענה כי לא ניתן להפעיל את תקנה 119 בתוך שטח ירושלים

48. טוענים העותרים כי אין להפעיל את תקנה 119 שהינה "בעלת אופי מלחמתי" בתוך שטחה הריבוני של ירושלים.

49. כמפורט לעיל, לדאבוננו, הטרור מכה ברחובה של עיר, ומבוצע בין היתר על ידי תושביה של המדינה. מציאות קשה זו, מחייבת בצידה נקיטת צעדים חריגים.

50. במישור הסמכות תקנה 119 לתקנות ההגנה חלה על כל שטחה של מדינת ישראל, ופסקי דין רבים של בית המשפט הנכבד דחו עתירות שעניינן הפעלת הסמכות של תקנה 119 במזרח ירושלים (ר' למשל עניין אבו דהים, עניין דוויאת, עניין מוגרבי).

בהקשר זה נפנה לדברי כב' הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פד נ(4), 485 (1996), כדלקמן:

"אמת, הבית נשוא ההריסה מצוי בישראל ולא באיזור. עם זאת, גם לגבי בית המצוי בישראל מצויה הסמכות להורסו בתקנות ההגנה (שעת חרום) (ראה בג"צ 261/89 טמס נ' שר הביטחון, פ"ד מג(59) 2) (אטימת דירה בעיר העתיקה בירושלים); בג"צ 387/89 ראיד רג'בי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(77) 3) (אטימת דירה בעיר העתיקה)). לא מצאתי, לעניין הפעלתה של סמכות זו, כי היא נעשית מתוך הפליה.

6. באת כוח העותר מציינת כי השופט חשין רואה היתר להפעלת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) בשל קיומו של מצב מלחמה. לטענתה הוא מתייחס בעניין זה לשטחי הגדה המערבית, ולא לירושלים. ואם ההתייחסות היא אחת, לישראל ולאזור הגדה המערבית, כי אז יש בכך חידוש המצדיק דיון נוסף.

בעניין זה מפנה באת כוח העותרת לאמנת ג'נבה להגנת התושבים בזמן מלחמה, אשר (בסעיף 53) אוסרת החרבת נכסי מקרקעין והשמדתם "אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין החרבת והשמדה אלה". לטענתה, אין תנאים אלה מתקיימים בעניינו. טענה זו אין בה ממש. השופט חשין לא קבע כי קיים מצב מלחמה במובנו הפורמלי, ולא השתית פסק דינו על דין המלחמה. דבר זה עולה בבירור הן מפסק דינו בבג"צ 1740/96 והו מפסק דינו החולק בפרשת - נזאל. כותב השופט חשין בפרשת נזאל:

"קשה היא מלאכתו של שופט. שבעתיים קשה היא מלאכתו בבואו לעסוק בפיגוע רצחני ומזוויע כזה שלפנינו. מעשהו של הרוצח הוא במהותו - הגם שלא במסגרתו ושלא בהגדרתו הפורמלית - מעשה מלחמה. ועל מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה משיבים במעשה שאף הוא במהותו מעשה מלחמה, וכדרך המלחמה".

ובבג"צ 1740/96 - לאחר שהוא מצטט מדבריו אלה - מוסיף השופט חשין כי מתייחס הוא אל המלחמה "לא כהגדרתה הפורמלית". הוא חוזר ומציין כי "לא באנו לומר כי מעשה הריסת בתים באזורים הנתונים לשליטתה של ישראל זהים הם למעשה מלחמה כלפי מדינת אויב". ואכן, ביסוד פסק דינו של השופט חשין בפרשה שלפנינו עומדת המהות ולא הצורה. בבסיס פסק דינו מונחים "מעשים הנועדים - מתחילה ועד סוף, בכל-מכל-כל - לקיום בטחון הכלל ושמירת חיי הפרט. בטחון וחיים במובנם הפשוט". אכן, השופט חשין הצטרף לדעתם של השופטים בך ודורנר, ובעשותו כן לא קבע הלכה חדשה הראויה לדיון נוסף, אלא כלשונו "כל אלה דברים ידענו מכבר ועם זאת הוספתי ואמרתי אל-ליבי: אדברה וירווח לי".

לטענה בדבר אופו הריסת המבנה

51. כפי שפורט לעיל, על מנת שלא לפגוע בדירת המגורים הנמצאת בקומה שמעל דירת המפגע, אין בכוונת המשיב להרוס את כלל המבנה אלא לנהוג באופן מידתי. כלומר, להחרים, להרוס חלקית ולאטום חלקית את דירת המחבל. התוכנית ההנדסית שהוכנה נועדה למזער את הסיכוי לגרימת נזק לבניין בו ממוקמת דירת המחבל ולדירות סמוכות.

52. אשר לבקשת העותרים לקבל לידיהם חוות דעת הנדסית ביחס לאופן הריסת הדירה, בקשה דומה נדחתה בעניין קוואסמה, כאשר בית המשפט הנכבד לא ראה להתערב בטענות הנוגעות לאופן ביצוע ההריסה, וכך נפסק – פסקה 31 בעניין קוואסמה:

“באשר לטענות העותרים בבג”ץ 5292/14 בעניין השפעתה האפשרית של ההריסה על הדירות הסמוכות, רשמנו לפנינו את הצהרת בא כוח המשיב לפיה הוא יימנע מביצוע פעולות שיש בהן כדי לפגוע בנכסים סמוכים. אם יחפצו לעשות כן, יוכלו העותרים בשלוש העתירות להגיש לידי המשיב חוות דעת הנדסיות מטעמם בנקודה זו, והמשיב יבחן חוות דעת אלה בפתיחות ובנפש חפצה לפני שיוציא לפועל את הצווים מושא העתירה.

אולם, לא מצאתי ממש בבקשתם החלופית של העותרים בבג”ץ 5295/14 כי נורה למשיב להעביר לעיונם חוות דעת הנדסית בעניין ההריסה, ונחה דעתי כי המשיב יוציא לפועל את החלטותיו תוך התחשבות נאותה במאפייניה הנדסיים של דירת העותרים. אף לא מצאתי ממש בטענות העותרים בבג”ץ 5300/14 בעניין אופן ביצוע ההריסה, עניין לגביו נתון למשיב שיקול דעת רחב במיוחד. כמו כן, לא מצאתי כי יש מקום לדון בבקשת העותרים כי המשיב יתחייב לפצות את הניזוקים באם תגרום ההריסה לנזקים לנכסים סמוכים. מדובר בטענה היפותטית המתאימה להתברר, אם בכלל, אך במקרה שייגרמו נזקים כאמור ובערכאות המתאימות. כולי תקווה כי שאלה זו תיוותר היפותטית בלבד.” [ההדגשות הוספו, הח”מ].

לטענת ההפליה מול מפגעים יהודים

53. העותרים טוענים כי אין להחרים ולאטום את הבית, בין היתר, בשל כך שהסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת כלפי מפגעים יהודים.

54. בית-המשפט הנכבד נדרש לטענות דומות בעבר ומצא לדחותן נבקש להפנות לדבריו של כב”ש השופט דנציגר בעניין קוואסמה, מהעת האחרונה, אשר התייחס לטענה זו ממש, והחליט לדחותה, כדלקמן:

“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 במקומה, באשר האמצעי של הריסת בתים בשטחים אינו ננקט במקרים של מעשי הסתה ואלימות, אלא במקרים קשים במיוחד של מעשי רצח. לא נעלם מעיני המקרה מעורר החלחלה של רצח הנער מותמד אבו חדיר, מקרה שזעזע את אמות הסיפים בארצנו וזכה לגינוי מקיר-אל-קיר, אך מדובר במקרה חריג שבחריגים. לכן, דומני כי אין מקום לסימטריה המלאכותית הנטענת על ידי העותרים בתמיכה לטענתם לאכיפה מפלה.

זאת ועוד, אינני סבור כי ניתן לקבל את טענת האפליה שהעלו העותרים. על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או “בררנית” מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית. אף אם עבר הטוען משוכה זו, עדיין יכולה הרשות להראות כי אותה אכיפה הנחזית להיות בררנית, למעשה נעוצה בשיקולים ענייניים. נוכח דברים אלו, וכפי שציין השופט י’ זמיר בבג”ץ 6396/96 זקין נ’ ראש-עיריית באר-שבע, פ”ד נג(3) 289 (1999), הנטל להוכיח קיומה של אכיפה בררנית הוא גבוהה במיוחד. אומר השופט זמיר:

“אכן, רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד החלטת הרשות טענה של

אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך חזקה זאת. הדעת נותנת כי רק במקרים נדירים ניתן יהיה להפריך את החזקה ולהוכיח אכיפה בררנית. ראשית, הדעת נותנת כי בדרך-כלל רשות מינהלית, שיש לה סמכות לאכוף את החוק, תפעיל את הסמכות על יסוד שיקולים ענייניים לאור מטרת החוק. שנית, גם במקרה-שבו-קיים-חשד-בדבר-אכיפה-בררנית, בדרך-כלל-קיים-קושי להוכיח כי הרשות המינהלית הפעילה את הסמכות לאכוף את החוק על יסוד שיקול זר או להשגת מטרה פסולה. אולם, במקרה הנדיר, שבו ניתן להוכיח אכיפה בררנית, מן הראוי שתהיה לכך נפקות משפטית" [שם, עמ' 307].

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

כן ר' פסק דינו של כב' השופט לוי בבג"ץ 10467/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.12.03), ופסק הדין בעניין נזאל (בסעיף 10 לפסק הדין).

כאמור, האירוע נושא העתירה דנן הינו חלק מסדרת פיגועים קשה, אשר חלקה מבוצעת על ידי תושבי מזרח ירושלים. על כן חיוני להרתיע מפגעים עתידיים מקרב אוכלוסייה זו (ר' פסקה 34 לעיל). מה שאין כן הפיגוע בו נרצח הנער המנוח אבו חדיר, שהינו מעשה חריג שבחריגים.

סיכום

55. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה להוציא את הצו מושא עתירה זו, וכי דין העתירה להידחות.
56. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה דנן בהקדם האפשרי, בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בחודשים האחרונים ולאור החשיבות העליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים.
57. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של האלוף אייל איזנברג, מפקד פיקוד העורף בצה"ל.


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


היום, ח' כסלו תשע"ה
30 נובמבר 2014

יוכי גנסיין, עו"ד
מנהלת תחום בכירה (עניינים מנהליים)
בפרקליטות המדינה

תצהיר

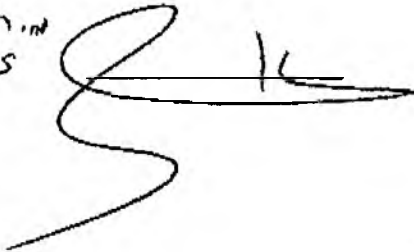
אני הח"מ, אלוף אייל איזנברג, מצהיר בזאת כלהלן:

1. אני משמש בתפקיד מפקד פיקוד העורף בצבא הגנה לישראל.
2. תצהירי זה ניתן לנמיכה בתגובה מטעם המשיבים כתיק בג"ץ 8024/14 (להלן - תגובת המשיב).
3. העובדות המפורטות בתגובת המשיב הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי, וידועות לי מתוקף תפקידי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


אלוף אייל איזנברג

אישור

אני הח"מ, טריטוריה אלה שטח, ע"י, מאשר בזה כי ביום 30.11.2014 התייצבתי בפני האלוף אייל איזנברג, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.


מ.י.
54405