



**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 5290/14

בג"ץ 5295/14

בג"ץ 5300/14

לפני:

כבוד השופט י" דנציגר  
כבוד השופט י" עמית  
כבוד השופט נ' סולברג

- |  |                        |
|--|------------------------|
| 1. קואסמה                                      | העותרים בבג"ץ 5290/14: |
| 2. קואסמה                                      |                        |
| 1. אבו עיישה                                   | העותרים בבג"ץ 5295/14: |
| 2. אבו עיישה                                   |                        |
| 3. אבו עיישה                                   |                        |
| 4. אבו עיישה                                   |                        |
| 5. אבו עיישה                                   |                        |
| 6. אבו עיישה                                   |                        |
| 7. המוקד להגנת הפרט מיסוד של ד"ר לוטה זלצברגר  |                        |
| 1. קוואסמה                                     | העותרים בבג"ץ 5300/14: |
| 2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר |                        |

נ ג ד

- |                      |                                  |
|----------------------|----------------------------------|
| המשיב בבג"ץ 5290/14: | המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  |
| המשיב בבג"ץ 5295/14: | המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון |
| המשיב בבג"ץ 5300/14: | אלוף פיקוד העורף                 |

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה: י"א באב תשע"ד (7.8.14)

בשם העותרים בבג"ץ  
5295/14 : עו"ד סמדר בן-נתן

בשם העותרים בבג"ץ 5290/14 עו"ד לביב חביב  
ובבג"ץ 5300/14 :

בשם המשיבים בכל העתירות : עו"ד ענר הלמן ; עו"ד אבינעם סגל-אלעד

### פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו שלוש עתירות העוסקות בהחלטת המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: המשיב) להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) בדרך של החרמת בתי העותרים והריסתם (העותרים בבג"ץ 5295/14, בני משפחת אבו עיישה ובבג"ץ 5300/14, בני משפחת ח קוואסמה) או אטימתם (העותרים בבג"ץ 5290/14, בני משפחת מ קוואסמה).

1. ביום 12.6.2014 חטפו מחבלים את הנערים גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל זיכרם לברכה ורצחו אותם בסמוך לאחר מועד החטיפה. הרוצחים הטמינו את גופות הנערים במקום מסתור, אך הם אותרו על ידי כוחות הביטחון 18 ימים מאוחר יותר, ביום 30.6.2014.

על פי מידע אשר הגיע לידי המשיב, רוצחי וחוטפי הנערים הם אבו עיישה (להלן: אבו עיישה) ומ קוואסמה (להלן: מ קוואסמה) אשר ביצעו בפועל את החטיפה ואת הרצח וכן ח קוואסמה (להלן: ח קוואסמה) אשר שימש "דרג מפקדה" לחולית הטרור (להלן ביחד: החשודים). בתוקף תפקידו דאג ח קוואסמה למימון חוליית הטרור, רכש עבורה כלי נשק וכן רכש, חודשים ספורים עובר לחטיפה, את חלקת האדמה בה נטמנו גופות הנערים. כן נטל ח קוואסמה חלק בהטמנת הגופות ודאג להסתרת אבו עיישה ומ קוואסמה מפני כוחות הביטחון.

2. נכון לכתיבת פסק הדין, טרם עלה בידי כוחות הביטחון ללכוד את אבו עיישה ומ קוואסמה. אולם, ח קוואסמה נעצר ונחקר, ובשלב זה טרם הוגש כנגדו כתב אישום. כעולה מתגובות המשיב, ח קוואסמה הודה בחקירתו בכיצוע המעשים המיוחסים לו וכן קשר את אבו עיישה ומ קוואסמה למעשים אלו.

3. בתגובה למעשים המתוארים ובשל הצורך להרתיע את הרבים מפני הישנות מעשים דומים, הוציא המשיב את הצווים מושא עתירה זו, כמפורט להלן.

החלטת המשיב ביחס לעותרים בבג"ץ 5290/14

4. מ קוואסמה התגורר בחברון בדירה הממוקמת בקומה התחתונה של בית ובו שלוש קומות וארבע דירות אשר נבנה על ידי אביו, הוא העותר 1 בבג"ץ 5290/14. יחד עם מ קוואסמה מתגוררת בדירה אשתו המצויה בהריון, היא העותרת 2 בהליך זה. ביום 1.7.2014 פרצו כוחות צה"ל לדירה. פריצה זו – שהסבה נזק לדירה – נעשתה, כך מסביר המשיב, במהלך פעילות מבצעית במסגרתה חיפשו כוחות צה"ל אחר מ קוואסמה ובשל חשש שמא הוא מתחבא בדירה בתוככי "קיר כפול" כשהוא חמוש ומסוכן.

5. ביום 15.7.2014 העביר המשיב לידי העותרים בבג"ץ 5290/14 הודעה בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בו התגורר מ קוואסמה. ביום 16.7.2014 העבירה באת כוח העותרים דאז – עו"ד לאה צמל – למשיב השגה כנגד החלטה זו ובימים 20.7.2014 ו- 24.7.2014 העבירה השלמות להשגה. ביום 28.7.2014 ניתנה תשובת המשיב להשגות, בה הוא הודיע כי החליט לקבל את ההשגות באופן חלקי במובן זה שדירתו של מ קוואסמה בקומת הקרקע שבבית תוחרם ותיאטם, ולא תיהרס. ההריסה נקבעה למועד שאינו מוקדם מיום 31.7.2014 בשעה 09:00. ביום 30.7.2014 עדכן המשיב כי לאור בקשת העותרים ובשל חג עיד אל פיטר החל במועדים הרלוונטיים תידחה ההריסה במספר שעות, ותתבצע לא לפני יום 31.7.2014 בשעה 18:00. מכאן עתירת העותרים בבג"ץ 5290/14.

החלטת המשיב ביחס לעותרים בבג"ץ 5295/14

6. אבו עיישה התגורר בחברון בדירה הצפון-מזרחית שבקומה השנייה בבית שבבעלות אביו, הוא העותר 6 בבג"ץ 5295/14. לצד אבו עיישה התגוררו בדירה גם אשתו, היא העותרת 1, ושלושת ילדיו הקטנים, הם העותרים 2-4 בהליך זה. דירת אבו עיישה ומשפחתו היא אחת מחמש דירות המצויות בבית. בקומה השנייה, לצד בית אבו עיישה, מצויות שתי דירות בהן מתגוררים אחיו של אבו עיישה ובני משפחותיהם. בקומה התחתונה מצויות שתי דירות נוספות. באחת מדירות הקומה הראשונה מתגוררים הורי אבו עיישה ואחותו. בדירה הנוספת שבקומה הראשונה עברו להתגורר

בני משפחתו הגרעינית של אבו עיישה, לאחר שביום 30.6.2014 הגיעו כוחות צה"ל לדירתם שבקומה השנייה ופוצצו חלקים נרחבים ממנה. פיצוץ זה נעשה, לטענת המשיב, במהלך פעילות מבצעית במסגרתה חיפשו כוחות צה"ל אחר אבו עיישה וחשדו כי הוא מתחבא ב"קיר כפול" בדירה כשהוא חמוש ומסוכן.

7. ביום 16.7.2014 העביר המשיב לידי העותרים בבג"ץ 5295/14 הודעה בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בו התגורר אבו עיישה. בהודעתו צייך המשיב כי בכוונתו להחרים ולהרוס את הדירה המערבית בקומה הראשונה, היא הדירה אליה עברה משפחתו של אבו עיישה לאחר פיצוץ דירתם המקורית. ביום 17.7.2014 פנתה באת כוח העותרים – עו"ד סמדר בן-נתן – למשיב בהשגה על החלטתו. בהשגתה טענה באת כוח העותרים, בין היתר, כי אין הצדקה להרוס את הדירה המערבית בקומה הראשונה, לאחר שדירתם המקורית של העותרים כבר נהרסה על ידי כוחות צה"ל. ביום 28.7.2014 התקבלה תשובת המשיב להשגה, בה הוא הודיע כי החליט לקבל את ההשגה באופן חלקי, כך שהדירה שתוחרם ותיהרס תהא דירתה המקורית של המשפחה, היא הדירה הצפון מזרחית בקומה השנייה. במועד זה העביר המשיב לידי העותרים גם "צו הריסה והחרמה" לדירה וקבע כי ההריסה תתבצע לא לפני יום 31.7.2014 בשעה 09:00.

ביום 29.7.2014 פנתה באת כוח העותרים למשיב וביקשה כי ימסור לעותרים באיזה אופן תתבצע ההריסה, וכן כי תועבר לעיונה חוות דעת בעניין מניעת נזק לדירות הסמוכות כתוצאה מההריסה. עוד ביקשה באת כוח העותרים כי ההריסה תידחה עד ליום 4.8.2014, וזאת "בשל חג עיד אל פיטר הנהוג בימים אלו בכל העולם המוסלמי". ביום 30.7.2014 מסר המשיב את תשובתו, בה נמנע מלפרט באיזה אופן תתבצע ההריסה או להפנות לחוות דעת כמבוקש. אולם, "לנוכח החג" דחה המשיב בכמה שעות את מועד ההריסה, וקבע כי היא לא תתבצע לפני יום 31.7.2014 בשעה 18:00, ומכאן עתירתם של העותרים בבג"ץ 5295/14.

החלטת המשיב ביחס לעותרים בבג"ץ 5300/14

8. ח קוואסמה התגורר בחברון בבית צמוד קרקע יחד עם אשתו, היא העותרת 1 בבג"ץ 5300/14, וששת ילדיהם הקטנים.

9. ביום 16.7.2014 העביר המשיב לעותרת 1 בבג"ץ 5300/14 הודעה בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את הבית בו התגורר ח קוואסמה. ביום 17.7.2014 העביר

בא כוח העותרת – עו"ד לביב חביב – השגה כנגד החלטה זו וכיום 28.7.2014 התקבלה החלטה המשיב לדחות את ההשגה. ההריסה נקבעה למועד שאינו מוקדם מיום 31.7.2014 בשעה 09:00. ביום 29.7.2014 עדכן המשיב כי לאור בקשת העותרים ובשל חג עיד אל פיטר החל במועדים הרלוונטיים תידחה ההריסה במספר שעות, ותתבצע לא לפני יום 31.7.2014 בשעה 18:00. מכאן עתירת העותרים בבג"ץ 5300/14.

טענות העותרים

אציין, כי סדר הצגת טענות העותרים בפרק זה יהיה בהתאם לסדר הטיעון בדיון לפנינו.

10. העותרים בבג"ץ 5295/14 – באמצעות באת כוחם עו"ד סמדר בן-נתן – טוענים כי החרמת ביתם והריסתו עומדת בניגוד לחובות המוטלות על המדינה במסגרת דיני הכיבוש ודיני זכויות האדם שבמשפט הבינלאומי. לשיטתם, הריסת הדירה מהווה ענישה קולקטיבית ואסורה הפוגעת בזכויות היסוד של בני המשפחה החפים מכל פשע. כן טוענים העותרים כי הריסת ביתם עומדת בניגוד לעקרונות המשפט המנהלי והחוקתי הפנימי הישראלי ופוגעת, בין היתר, בחזקת החפות של החשודים, אשר לא הוגש כנגדם כתב אישום ואשמתם לא הוכחה. כן עומדת החלטה המשיב להרוס את ביתם בניגוד לעקרון טובת הילד, המעוגן בהוראות המשפט הישראלי הפנימי ובהתחייבויותיה הבינלאומית של ישראל. העותרים מוסיפים וטוענים כי החלטה המשיב אינה מידתית. בעניין זה טוענים העותרים, בין היתר, כי הריסת או אטימת בתי החשודים לא תוביל ליצירת ההרתעה המיוחלת, אלא אך תלכה ותחריף את מעגל השנאה. העותרים מפנים בעניין זה להמלצות צוות החשיבה בראשות האלוף אודי שני משנת 2005 (להלן: מסקנות צוות שני), אשר המליץ לצמצם את השימוש בסמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119.

העותרים מוסיפים וטוענים כי פיצוץ דירתם ביום 30.6.2014, שעות ספורות לאחר שנמצאו גופות הנערים, נעשה ממניעי נקם ותוך כילוי זעם מצד כוחות הצבא. לטענת העותרים, פיצוץ הדירה התבצע באופן שאינו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי ותוך הפרה בוטה של זכויותיהם הדיוניות. הריסה זו אף לא לוותה ב"צורך צבאי-מבצעי" כלשהו ולא יכולה להיחשב לנזק אגבי ל"פריצה מבצעית" שכן מדובר בפיצוץ הדירה כולה על כלל הדריה. בדיון לפנינו הוסיפו העותרים וטענו כי החלטה המשיב להרוס את "שיירי" הדירה לאחר פיצוץ הקודם היא בלתי מידתית. העותרים

הסבירו כי ככל שיש תועלת הרתעתית בהריסת הדירה, תועלת זו כבר הושגה כמעט במלואה בעת פיצוץ הדירה ביום 30.6.2014. המשך הריסת הדירה יפגע בעותרים ולא ישרת את התכלית ההרתעתית שבבסיס תקנה 119. כן טענו העותרים כי פעולות כוחות הצבא לאחר אירוע החטיפה, ובכללן מבצע "שובו אחים", הרימו תרומה משמעותית להרתעה באזור באופן המייתר את הריסת הדירה. עוד טוענים העותרים כי החלטת המשיב פוגעת בזכויותיהם באופן שאינו עומד באף לא אחד משלושת מבחני המשנה של המידתיות.

העותרים מוסיפים וטוענים כי המשיב לא בחן כראוי את הסכנה הנשקפת לנכסים אחרים הסמוכים לדירה כתוצאה מן ההריסה. העותרים מפנים בעניין זה לחוות הדעת ההנדסית מטעמם, ולפיה הריסת הדירה צפויה לגרום נזק לדירות סמוכות. העותרים מציינים כי במסגרת בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה) התחייב המשיב לבחון חוות דעת הנדסית מאת העותרים "בפתיחות ובנפש חפצה". לטענת העותרים, חוות דעת כאמור אכן הוגשה למשיב וחרף האמור בה בחר המשיב שלא לשנות מעמדתו והוציא לפועל את ההריסה כמתוכנן. אולם, לטענת העותרים, לאחר ביצוע הריסת הדירה מושא עניין עואודה ערך המהנדס מטעמם ביקור בבית, ומצא כי ההריסה גרמה נזקים ניכרים לדירות סמוכות. לאור האמור לעיל מבקשים העותרים, כסעד חלופי, כי עובר להריסה ימציא המשיב לידיהם חוות דעת אשר תניח את הדעת כי הריסת דירתם לא תגרום נזק ליחידות אחרות במבנה, וכן כי יבטיח שבאם ייגרמו נזקים כאמור יפצה המשיב את הניזוקים.

11. העותרים בבג"ץ 5290/14 – באמצעות בא כוחם עו"ד לביב חביב – מצטרפים לעיקר טענות העותרים בבג"ץ 5295/14 בעניין חוקיות ההריסה על פי הוראות המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. העותרים מוסיפים וטוענים כי הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות חלות על המשיב אף מכוח התחייבות המדינה בהסכם הביניים הישראלי פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.1995 (להלן: הסכם הביניים). לשיטת העותרים, הסכם הביניים מלמד בנוסף כי אין המשיב מוסמך להפעיל סמכותו על ביתם, שכן הוא מצוי בשטח המוגדר כ"שטח A". לטענתם, בשטח זה, על פי הסכם הביניים, הועברו הסמכויות בנושאי ביטחון פנים וסדר ציבורי מישראל אל המועצה הפלסטינאית. אמנם, לישראל ניתנה אפשרות מצומצמת לסטות מ"חלוקת עבודה" זו, וזאת במקרים של "היתקלות", כלומר – תגובה צבאית מיידית לפעולה שיש בה כדי לסכן חיים או רכוש. אולם, גם במקרי היתקלות על ישראל להשיב את הטיפול לידי המועצה "בהקדם האפשרי", מה גם שאטימת הבית אינה יכולה

להיחשב לפעולה במסגרת היתקלות. בדיון לפנינו הוסיפו העותרים וטענו כי אף אם תדחה טענתם בעניין הסמכות, עדיין נדרש המשיב להביא בחשבון את מיקום הדירה בשטח A כ"שיקול נוסף" התומך באי הפעלת הסמכות.

עוד טוענים העותרים כי המשיב מפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה באופן מפלה, וזאת, בין היתר, משום שלא הורה על הריסת ביתם של החשודים ברצח הנער מוחמד אבו חדיר, חרף העובדה כי חשודים אלו הודו ועל אף שאחד מהם מתגורר בשטח C. בדיון לפנינו הצביעו העותרים על מעשי אלימות והסתה כלפי ערבים אשר בוצעו בעת האחרונה על ידי יהודים, וטענו כי לנוכח מעשים אלו קשה להצביע על שונות רלוונטית בין חלקים מבני החברה היהודית לבין חלקים מבני החברה הערבית בכל הקשור לצורך בהרתעה.

12. העותרים בבג"ץ 5300/14 – באמצעות בא כוחם עו"ד לביב חביב – חוזרים על עיקר טענות העותרים בבג"ץ 5290/14 ובבג"ץ 5295/14 בכל הנוגע לחוקיות ההריסה על פי הוראות המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. העותרים מוסיפים ומזכירים כי צו ההריסה בעניינם הוגש לאחר מעצרו של ח קוואסמה, אך טרם הוגש כתב אישום בעניינו וטרם התבררה אשמתו. לפיכך, לשיטתם, ראוי לדחות את ההריסה עד לאחר סיום ההליכים כנגד ח קוואסמה. למצער, מבקשים העותרים כי ההריסה תושהה עד להגשת כתב האישום כנגד ח קוואסמה והעברת חומר החקירה לידי סנגוריו. לשיטתם, ייתכן שיהיה בחומר חקירה זה כדי לשפוך אור על עוצמת הראיות המנהליות שבידי המשיב ולאפשר לבאי כוחם להיערך כראוי ולגבש עמדה סדורה באשר לראיות מנהליות אלה. כן טוענים העותרים כי "אבד הכלח" על תקנות ההגנה ועל סעיף 119 שבהן, באופן המצדיק שלא להפעילן. העותרים מדגישים את הפגיעה שתיגרם לחפים מפשע – העותרת 1 וששת ילדיה – כתוצאה מן ההריסה. כן טוענים העותרים כי חלקו הנטען של ח קוואסמה בחטיפה וברצח הוא פחות מחלקם של אבו עיישה ו קוואסמה. אולם, חרף עובדה זו בחר המשיב להשית עליו סנקציה חמורה באופן ניכר מן הסנקציה אשר הושתה על החשודים האחרים – הריסת כל ביתו. לשיטתו, ראוי היה ליצור "מדרג" בין החשודים ובהתאם להפעיל כלפיו את הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה באופן פוגעני פחות מן האופן בו תופעל תקנה זו ביחס לחשודים האחרים. בדיון לפנינו הוסיפו העותרים וטענו כי אין זה ראוי כי סמכות המשיב תופעל בדרך של פיצוץ הדירה, ואף אם תידחנה טענותיהם העקרוניות עדיין ראוי להוציא לפועל את ההריסה בדרך "אזרחית", באמצעות כלים הנדסיים ולא באמצעות חומרי נפץ. לשיטתם, שיטת הריסה זו תצמצם את הפגיעה הבלתי נדרשת במשפחה.

## טענות המשיב

13. המשיב – באמצעות בא כוחו עו"ד ענר הלמן – טוען כי אין עילה להתערבות בית משפט זה בהחלטותיו. המשיב מציין כי בשנים האחרונות חלה הידרדרות משמעותית במצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון, מגמה שנסקרה בהרחבה בפסק הדין בעניין עוואדה. המשיב מוסיף ומציין כי מאז ניתן פסק הדין בפרשת עוואדה חלה הידרדרות נוספת במצב הביטחוני, הידרדרות המתבטאת ב"עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים ישראלים או שנעשה בהם שימוש כנשק חם, וכך בניסיונות לבצע פיגועים חמורים". לטענת המשיב, ברשותו ראיות מנהליות ברורות המלמדות "ברמה של קרוב לוודאות" כי שלושת החשודים נטלו חלק בחטיפתם וברציחתם של הנערים. בין ראיות אלה מצויה הודאתו של ח קוואסמה וכן ראיות נוספות. המשיב טוען כי הפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה ביחס לבתי העותרים נדרשת לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים מלבצע מעשים דומים למעשי החשודים וכן לשם הרתעת בני משפחותיהם של מפגעים פוטנציאליים אלו ותמרוצם להתנגד לפעילותו של אותו מפגע פוטנציאלי בן משפחתם.

14. המשיב טוען כי אין מקום להידרש לטענות העותרים בעניין הענישה הקולקטיבית, הפגיעה בחפים מפשע ועקרון טובת הילד, שכן טענות דומות כבר נדונו ונדחו בשורה של פסקי דין. כן דוחה המשיב את טענות העותרים בעניין הוראות המשפט הבינלאומי, ומזכיר כי טענות דומות נדחו על ידי בית משפט זה בשורה של פסקי דין. עוד מזכיר המשיב כי טענות דומות לאלו שהעלו העותרים בעניין חזקת החפות כבר נדונו ונדחו על ידי בית משפט זה, ומציין, פעם נוספת, כי עוצמת הראיות המנהליות כנגד החשודים היא ניכרת. המשיב טוען כי החלטותיו הן מידתיות, בין היתר משום שבחר להפעיל את סמכותו רק כלפי דירות העותרים ומשום שהוחלט לאטום את דירתו של מ קוואסמה ולא להורסה. המשיב מציין כי הוא נתן דעתו למבנה הבעלות בבתים מושא החלטותיו, אך מזכיר כי מעמדם הקנייני של החשודים ביחס לבתיים אינו משפיע על סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה. המשיב מוסיף ודוחה את טענות העותרים בעניין האכיפה המפלה ומפנה בעניין זה לבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 347-348 (1994) וכן



לדברי השופט א' לוי בבג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 815, 815 (2003) (להלן: עניין שרבאתי).

15. המשיב דוחה את טענות העותרים בבג"ץ 5290/14 בעניין סמכותו וטוען כי אין מניעה להפעיל את תקנה 119 לתקנות ההגנה גם כלפי בתיים בשטח A. המשיב מסביר כי הסכם הביניים נקלט בדין הפנימי של אזור יהודה ושומרון באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995 (להלן: המנשר). מנשר זה הותיר בידי המשיב סמכויות רחבות ביחס לשטחי A, וכן קבע, בסעיף 6ב, כי "קביעת מפקד כוחות צה"ל באזור כי כוחות ותחומי אחריות מוסיפים להיות בידו תהיה מכרעת". המשיב מסביר כי הוראות אלה של המנשר גוברות על הוראות הסכם הביניים, כפי שנפסק בבג"ץ 2717/96 ופא נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 853 (1996). לפיכך, לשיטת המשיב, הוראות הסכם הביניים אינן יכולות למנוע מן המפקד הצבאי להפעיל בשטח A את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה.

16. המשיב דוחה את טענות העותרים בבג"ץ 5295/14 בעניין פיצוץ דירתם עובר להחלטת ההריסה, וחוזר על עמדתו לפיה הנזק לדירה זו נגרם כתוצאה מ"פריצה מבצעית". כן טוען המשיב כי אין סכנה שהריסת דירת משפחת אבו עיישה תגרום לנזק לשאר חלקי המבנה. המשיב מעדכן בעניין זה כי בכוונתו להרוס רק את הקירות החיצוניים של הדירה וזאת מבלי לפגוע בגג ובעמודי התמך. בנסיבות אלה הרי שעמדת המשיב היא כי חוות הדעת ההנדסית שצרפו העותרים אינה רלוונטית. גם טענות העותרים בעניין נזקים שנגרמו למבנה אשר נהרס בעקבות פסק הדין בעניין עואודה אינן רלוונטיות למקרה דנן. המשיב טוען כי דרישתם החלופית של העותרים כי הוא יתחייב לפצות את הניזוקים באם תגרום ההריסה נזק לדירות סמוכות היא תיאורטית, ועליה להתברר, אם בכלל, לאחר המעשה ועל ידי בית המשפט שלו הסמכות העניינית לערוך בירור זה.

17. המשיב טוען כי אין מקום לבצע הבחנה בין המעשים בכיצועם נחשד ה קוואסמה לבין מעשיהם של אבו עיישה ומ קוואסמה. לשיטתו, חלקו של ה קוואסמה במעשים אינו זניח או שולי והוא נחשב בעיני המשיב, כחבריו, למבצע עיקרי של החטיפה ושל הרצח. ההחלטות השונות בעניין היקף ההרס או האטימה ביחס לבתי שלושת החשודים נעוצה בהבחנות מותרות, שמקורן בחובת המשיב לנהוג במידתיות

בהפעילו את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה. המשיב סבור כי אטימת ביתו של ח קוואסמה לא תשיג את המטרה ההרתעתית הרצויה בעניין דנן.

18. המשיב הציע בתגובתו לעתירות להציג במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות חומר חסוי אשר יש בו כדי לבסס, לשיטתו, תשתית ראייתית מנהלית המצביעה על אשמתם של החשודים במעשים המיוחסים להם. אולם, בתשובה לשאלת הח"מ בדיון לפנינו הבהירו באי כוח העותרים כי הם אינם עומדים על כך שנעייין בחומר חסוי זה.

19. בד ובד עם עתירתם ביקשו העותרים כי יינתן צו ביניים אשר יאסור על המשיב לבצע כל פעולה בלתי הפיכה בבתי העותרים. ביום 31.7.2014 קיבל בית משפט זה (השופט צ' זילברטל) את הבקשה והורה למשיב להימנע מלבצע פעולות הריסה או אטימה בבתי העותרים, עד להחלטה אחרת.

דיון והכרעה

20. נקודת המוצא של דיונונו היא כי אכן קיימות ראיות מנהליות ברמת וודאות מספקת המצביעות על אשמתם הלכאורית של החשודים בביצוע המעשים המיוחסים להם. מסקנה זו נעוצה בחזקת התקינות המנהלית העומדת לרשות המשיב, חזקה אשר העותרים ויתרו על הנסיון לנסות ולהפריכה. כפי שציין השופט י' זמיר בבג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690 (1998), כאשר מודיע עותר כי אין הוא מעוניין כי בית המשפט יעייין בחומר חסוי אשר שימש תשתית עובדתית להחלטת הרשות, מביע הוא בכך דעתו כי אין בכוונתו לנסות ולהפריך את החזקה לפיה פעלה הרשות באופן תקין בהתבסס על תשתית עובדתית מספקת. אומר השופט זמיר:

"אם העותר אינו מסכים שבית-המשפט יעייין, שלא בנוכחותו, במידע החסוי אשר שימש בסיס להחלטת הרשות, תחול על אותה החלטה, בדרך-כלל, חזקת החוקיות. החזקה היא, שהרשות המנהלית קיבלה החלטה כדין, ומי שמבקש להפריך את החזקה עליו הראיה... אם חזקת החוקיות חלה במקרה שלפנינו, יש לומר, בהיעדר ראיה לסתור, כי בפני שר הפנים אכן הוצג מידע שלפיו העותר עבר עבירות פליליות" [שם, בעמ' 711].

דברים אלה מתאימים במיוחד למקרה שלפנינו, בו הודיעו העותרים כי הם אינם מעוניינים כי נעייין בראיות המשיב. יתרה מכך, בדיון לפנינו לא כיוונו העותרים

טיעוניהם כנגד התשתית הראייתית שבבסיס החלטת המשיב ולא חלקו על מסקנתו לפיה החשודים הם שביצעו את המעשים המיוחסים להם. במצב דברים זה ובהעדר ראייה לסתור, ניתן לקבל את הצהרת המשיב בעניין דיותן ומשקלן של הראיות המנהליות אשר עמדו בבסיס החלטותיו.

21. תכליתה של הסמכות המוקנית למפקד הצבאי בתקנה 119 לתקנות ההגנה היא להרתיע מחבלים פוטנציאליים מלבצע פיגועי טרור וליטול חיי אדם, תכלית שלא ניתן להפריז בחשיבותה [ראו, למשל: בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359-358 (1996) (להלן: עניין סאלם); עניין עואודה, פסקה 19; בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נ(ו) 407, 409-410 (2002) (להלן: עניין זערוב)]. אולם, לצד תכלית ראויה זו, אין חולק כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בדרך של החרמה והריסה או אטימה של בתי מגורים טומנת בחובה פגיעה חריפה בזכויותיהם הבסיסיות של תושביהם הבלתי מעורבים של אותם בתים. אכן, הריסתו או אטימתו של בית בו מתגורר אדם שלא חטא עומדת בניגוד לזכות הקניין, לזכות לכבוד ואף לזכות לקורת גג הנגזרת ממנה [בעניין הזכות לקורת גג, השוו: רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214, 220-221 (2003); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 (2001)]. כפי שצויין פעמים רבות בפסיקותיו של בית משפט זה, הריסה או אטימה שכזו עומדת אף בניגוד לתפיסות צדק ולעקרונות מוסריים בסיסיים, וביניהם לעקרון לפיו "בן לא-ישא בעון הקאב, נאב לא ישא בעון הפן" [יחזקאל יח, כ. כן ראו: עניין סאלם, עמ' 365]. פגיעות אלה מתעצמות שבעתיים כאשר הפעלת הסמכות גורמת להותרתם ללא קורת גג של ילדים. במקרה שכזה, כפי שמציינים העותרים, עומדת הפעלת הסמכות בניגוד לעקרון טובת הילד, עקרון השזור כחוט השני בשורה ארוכה של הסדרים משפטיים, מקומיים ובינלאומיים, המכוונים כולם לשמירה על זכויותיהם של אלו הזקוקים, מפאת גילם, להגנה מיוחדת.

22. על מנת להקהות במידת האפשר את הפגיעה בחפים מפשע כתוצאה מהפעלת תקנה 119 הנ"ל נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה שורה של הנחיות וקריטריונים אשר נועדו לסייג ולתחם את הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי על פי התקנה. עיקרן של הנחיות אלה בכך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 צריך שתעשה באופן מידתי, ההולם, ככל הניתן, את רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [עניין עואודה, פסקה 17; בג"ץ 8084/02 עבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); עניין שרבאטי, עמ' 814]. בתוך כך נפסק כי בעת הפעלת סמכותו על המפקד הצבאי להביא

בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה מבלי לפגוע בכתיים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה [ראו: עניין טאלם, עמ' 359-360; בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699-700 (1992); עניין עואודה, פסקה 18].

23. כן נפסק כי המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בתקנה 119 רק כאשר יש בכך כדי לשרת את תכליתה ההרתעתית של התקנה. בתוך כך נפסק כי ללא מטרה הרתעתית כבדת משקל אין המפקד הצבאי רשאי לעשות שימוש בסמכותו לשם הענשת מפגעים או כאמצעי ענישה קולקטיבי המכוון ישירות כלפי בלתי מעורבים. אמנם, כאמור, תוצאתה המעשית של הפעלת הסמכות עלולה להיות פגיעה בבלתי מעורבים. אולם, זוהי אינה תכליתה של התקנה וזו אינה יכולה להיות תכליתה של הפעלת הסמכות הנתונה בה [ראו, למשל: עניין עואודה, פסקה 19; עניין עבאטי, עמ' 60].

24. יוצא, כי אין בעובדה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 פוגעת בזכויותיהם של חפים מפשע כדי למנוע מן המפקד הצבאי מלהפעיל את הסמכות הנתונה לו בתקנה זו. אולם, על מנת להצדיק הפעלה של הסמכות לפי תקנה 119 על המפקד הצבאי להראות כי קיים צורך צבאי ממשי בהרתעה, כי הפעלת הסמכות אכן תיצור בפועל את ההרתעה הרצויה וכן כי הפעלת הסמכות תתבצע באופן מידתי.

25. במקרים שלפנינו העריך המשיב כי קיים צורך ממשי ודחוף בהרתעת תושבי אזור סמכותו מפני ביצוע פיגועי טרור רצחניים, ובמיוחד מפני ביצוע פיגועי חטיפה ורצח, כמיוחס לחשודים. כן העריך המשיב כי הפעלת סמכותו בדרך של הריסת בתייהם של אבו עיישה וח קוואסמה ואיטום ביתו של מ. קוואסמה תקדם הרתעה זו. הערכות אלה מצויות בליבת תחום מומחיותו של המשיב, ובית משפט זה לא ייטה להתערב בהן אלא במקרים חריגים ובהינתן טעמים כבדי משקל [ראו, למשל: עניין עואודה, פסקה 20; עניין שרבאטי, עמ' 814; בג"ץ 6288/03 טעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 292 (2003)]. ואכן, במקרה דנן מבוססת הערכת המשיב על נתונים בעניין הידרדרות המצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון ובדבר העלייה הניכרת במספר הפיגועים וניסיונות הפיגועים שמקורם באזור זה. מציאות זו היא שהובילה את המשיב ואת הדרג המדיני לשנות ממדיניותם הקודמת, שהתקבלה בעקבות מסקנות

צוות שני משנת 2005 ובמסגרתה צומצמה הפעלת סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119. למעשה, גם בתקופה שהחל משנת 2005 הפעיל המפקד הצבאי את סמכותו לפי התקנה שלוש פעמים בשנים 2008-2009 כלפי בתי מחבלים באזור ירושלים [ראו את הסקירה בעניין עואודה, פסקאות 5 ו-25], ופעם נוספת בחודש יולי 2014 כלפי בית מחבל ביהודה ושומרון. ואכן, בהעריכו את הנפקות של שינוי המציאות המבצעית באזור סמכותו, את עוצמת הצורך בהרתעה ואת אפקטיביות הסנקציה לפי תקנה 119 ביצירת הרתעה שכזו, הפעיל המשיב כראוי את סמכותו, ולא נמצא בטענות העותרים טעם שיצדיק התערבות בהחלטה זו. למעשה, טענות זהות לטענות העותרים לפנינו כבר נדונו ונדחו על ידי בית משפט זה אך לפני כחודש במסגרת עניין עואודה, בו נאמרו הדברים הבאים מפי המשנה לנשיא מ' נאור :

“אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, 'בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים'... וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים... המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו” [עניין עואודה, פסקה 24].

26. לא ניתן לקבל גם את טענות העותרים בעניין מידתיות החלטות המשיב. אין חולק כי החלטות המשיב תגרומנה לפגיעה ניכרת בבלתי מעורבים, וכיניהם בילדים קטנים, ועל כך יש להצר. אולם, נראה כי המשיב בחר להפעיל סמכותו באופן מידתי ופעל לצמצם, ככל הניתן, את הפגיעה בבלתי מעורבים. כך, ביחס לדירתו של מרואן קוואסמה קיבל המשיב את השגתם של העותרים בבג"ץ 5290/14, זנח את כוונתו להרוס את הדירה והורה על אטימתה, אמצעי פוגעני פחות, למצער ביחס למבנים הסמוכים לדירה זו ואשר עלולים היו להיפגע כתוצאה מן ההריסה. גם כאשר לדירתו של אבו עיישה קיבל המשיב את השגת העותרים בבג"ץ 5295/14 והורה על הריסת הדירה בקומה השנייה תחת הדירה בקומה הראשונה בה מתגוררת המשפחה דהיום. כן הורה המשיב על ביצוע ההריסה במתווה מוגבל, אשר נועד לצמצם את סכנת הפגיעה ביתר חלקי הבית. החלטות אלה מעידות על מידתיות ההחלטה ועל עריכת איזון ראוי בין הצורך בהרתעה לבין ההכרח להגן ככל הניתן על בלתי מעורבים. בתוך כך יש לדחות את טענת העותרים בבג"ץ 5295/14 לפיה הריסת הדירה בקומה השנייה אינה מידתית שכן הריסת דירה "הרוסה" לא תביא ליצירת הרתעה ממשית מעבר להרתעה

שכבר הושגה בעת שנהרסה הדירה לראשונה. על אף שמדובר בטענה שובת לב, לא מצאתי לקבלה. כאמור, הערכת מידת ההרתעה הטמונה בהריסה כזו או אחרת היא עניין למשיב לענות בו, ולא נמצא פגם בהערכת המשיב לפיה בהריסת דירתו של אבו עיישה טמונה תועלת הרתעתית של ממש. כן יש לציין כי טענה זו של העותרים בבג"ץ 5295/14 עשויה להתגלות כחרב פיפיות. כפי שהריסתה של דירה "הרוסה" לא תרים, לפי הטענה, תרומה שיורית של ממש להרתעה כך לא יהיה בהריסה שכזו כדי ליצור פגיעה שיורית ממשית בעותרים, אשר כבר סבלו את עיקר הפגיעה בעת ביצוע ההריסה הראשונה.

גם החלטת המשיב להרוס את ביתו של חוסאם קוואסמה במלואו, ולא להסתפק בהריסת חלקים מן הבית או באטימה, אינה בלתי מידתית. כפי שציין המשיב, המעשים המיוחסים לח קוואסמה חמורים במיוחד ומצויים, לכאורה, בליבת פעילות הטרור המיוחסת לחשודים. במצב דברים זה, אין קושי בעמדת המשיב לפיה קיים צורך ממשי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשים דומים לאלו שביצע ח קוואסמה. אף לא נפל פגם בעמדת המשיב לפיה הריסת ביתו של ח קוואסמה תקדם יצירתה של הרתעה שכזו. כן יש לדחות את טענת העותרים בבג"ץ 5300/14 בעניין הצורך ליצור "מדרג" בין הסנקציה אשר תוטל בעניין דירתו של ח קוואסמה לבין הסנקציה שתוטל בעניין דירות החשודים האחרים. החלטת המשיב בעניין אבו עיישה ומ קוואסמה נעוצה במאפייניהן ההנדסיים של דירות מגוריהם ובעובדה כי הם התגוררו בדירות ולא בבית, כה קוואסמה. החלטה זו אינה נעוצה במדרג חומרה כזה או אחר, ודי במסקנה לפיה המעשים המיוחסים לח קוואסמה מצדיקים לכשעצמם את החלטת המשיב בעניינו כדי לדחות טענות אלה של העותרים.

27. העותרים בבג"ץ 5300/14 טענו כי ראוי להשהות את החלטת המשיב עד לסיום חקירתו של חוסאם קוואסמה, שכן רק לאחר הגשת כתב האישום בעניינו והעברת חומר החקירה לידי סנגוריו ניתן יהיה להעריך את עוצמת הראיות כנגדו. טענה זו יש לדחות. ראשית, הלכה היא כי די בקיומן של ראיות מנהליות כדי להצדיק הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ואין צורך לחכות להגשת כתב אישום או להרשעה. יפים בעניין זה דברי המשנה לנשיא מ' נאור בעניין עואודה:

"העותרים טענו כי מן הראוי להמתין לסיום משפטו של עואד, ורק אם יורשע – לשקול את הריסת ביתו. ואולם, כפי שפורט לעיל, כבר נקבע בפסיקתנו כי על-מנת להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, די בראיות מנהליות המעידות על כך שבבית המיועד להריסה מתגורר

מפגע... עמדתי לעיל על הראיות המנהליות כנגד עואד, וביניהן הודעותיו המפורטות של בנו וכתב האישום שהוגש כנגדו. על רקע זה, אין לדעתי מקום להתערב בהחלטת המשיב להורות על הריסת ביתו של עואד, שנסמכה על ראיות מנהליות אלה" [שם, פסקה 25].

טעם נוסף לדחיית טענת העותרים הוא כי העותרים בחרו שלא לחלוק לפנינו על עוצמת הראיות המנהליות עליהן סמך המשיב או לנסות ולהפריך את חזקת התקינות המנהלית בעניין זה. במצב דברים זה, הרי שאין טעם מעשי ממשי בהמתנה להעברת חומר החקירה לידי סנגוריו של ה קווסאמה.

28. לא מצאתי ממש אף בטענות העותרים בבג"ץ 5290/14 בעניין סמכות המשיב לפעול בשטח A. טענות העותרים בעניין זה אינן מתיישבות עם העובדה כי סמכות המשיב מוסדרת על ידי הדין החל על האזור ואינה נשלטת במישרין על ידי הוראות הסכם הביניים. כפי שציין המשיב, הוראות המנשר מקנות למשיב שיקול דעת רחב ביותר בכואו לפרש וליישם את הוראות הסכם הביניים, ואין בהן כדי לשלול מן המשיב את האפשרות לפעול בשטח A כאשר הדבר נדרש לשם שמירה על הביטחון. יתרה מכך, פרשנות העותרים את הסכם הביניים מתעלמת מהוראת סעיף XII(1) להסכם זה, הקובע כדלקמן:

"ישראל תמשיך לשאת באחריות להגנה מפני איומים מבחוץ, לרבות האחריות להגנת הגבולות עם מצרים וירדן ולהגנה מפני איומים חיצוניים, מהים ומהאוויר, וכן תישא באחריות לביטחון הכולל של ישראלים ויישובים ישראלים, לשם הבטחת בטחון הפנים והסדר הציבורי שלהם, ותחזיק בכל הכוחות לנקוט צעדים נחוצים לשם מילוי אחריות זו".

כפי שהסביר המחבר יואל זינגר במאמרו "הסכם הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת-עזה – כמה היבטים משפטיים" משפטים כז 605 (1996), הוראה זו מקנה לישראל סמכות רחבה ביותר לנקוט בכל צעד הנחוץ לשם מילוי אחריותה לביטחון. מסביר זינגר:

"קביעה זאת גורפת ביותר. פירושה הוא, שכדי להגן על בטחון-החוץ, על הביטחון הכולל של הישראלים ועל היישובים הישראליים תוכל ישראל לנקוט צעדים בכל מקום בגדה המערבית וברצועת-עזה (כולל במקומות שהסמכות הטריטוריאלית הועברה בהם לידי המועצה הפלשתינאית). יתר על כן: ישראל שומרת לעצמה לשם

כך את כל הסמכויות הנחוצות, ללא שום הגבלה (כולל סמכויות שהועברו כבר לידי המועצה הפלשתינאית). נוסף על כך ההסכם איננו קובע באלו נסיבות תוכל ישראל לנקוט את הצעדים האמורים, והמסקנה היא כי ישראל לבדה תחליט על כך" [שם, עמ' 622].

אשר על כן, סמכות המשיב ליישם את תקנה 119 לתקנות ההגנה עולה בקנה אחד עם הדין החל באזור וכן עם הוראות הסכם הביניים. עוד אציין כי מקובלת עלי עמדת המשיב לפיה קבלת פרשנות העותרים את הוראות הסכם הביניים והדין החל באזור תביא למתן "חסינות" רחבה מפני תחולתה של תקנה 119 לכל מפגע פוטנציאלי המתגורר בשטח A, תוצאה אשר אינה עולה בקנה אחד עם תכליתה ההרתעתית של תקנה 119. לפיכך, אינני סבור כי בעת הפעלת סמכותו לפי תקנה 119 נדרש המשיב לשקול, במנותק משאלת ההרתעה, את מיקומו הגיאוגרפי של הבית המיועד להריסה.

29. אף לא מצאתי ממש בטענת העותרים כבג"ץ 5295/14 לפיה בהליך שנקט המשיב נפלו פגמים מנהליים, שעיקרם בהריסה הראשונה של דירתם ביום 30.6.2014 ללא צו או התרעה. המשיב הסביר כי פעולת כוחות צה"ל בדירת עותרים אלו, כמו גם פעילות הכוחות בדירתו של מ קוואסמה, הודרכה על ידי צרכים מבצעיים וניתן לקבל הסברים אלו, מה גם שבדיון לפנינו בחרו העותרים שלא לחלוק על הסבריו של המשיב בעניין זה.

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

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

31. 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 בפתיהות 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 ההנדסיים 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.

32. סוף דבר – אציע לחבריי לדחות את שלוש העתירות ללא צו להוצאות. אם תישמע דעתי, העותרים יגישו לעיון המשיב, אם יחפצו בכך, חוות דעת הנדסיות כאמור בסעיף 31 לעיל וזאת עד ליום ד' 13.8.2014 בשעה 13:00. לאחר שיעיין בחוות הדעת שתוגשנה, אם תוגשנה, יחליט המשיב האם להותיר את החלטתו על כנה או לשנותה. המשיב לא יבצע פעולות החרמה והריסה או איטום בבתי העותרים עד ליום ה' 14.8.2014 בשעה 13:00.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר.

אכן, מעיקה היא הפגיעה בכך משפחה – שלא חטא ולא עָנָה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשונים. אך זאת נזכור ונדע, כי גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית – להבדיל מן התכלית ההרתעתית שבכאן – נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, ושבהם נושאים קרוביו.

עוד זאת שומה לומר: התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים כורכת עמה מיניה וביה פגיעה בחפים מפשע. אם לא כך, הרתעה מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאושים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנהנו כך לקדם הרתעה מפני מעשה מזויע מעין זה שנעשה בשלושת הנערים, גם בפגיעה בבני

משפחתם של אבו עיישה ומ זה קוואסמה; והפגיעה הזו, בנסיבות העניין, אינה חורגת מן המידה הראויה, כפי שהראה חברי בחוות דעתו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ט"ו באב התשע"ד (11.8.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט