

בבית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7077/15
קבוע: 29.10.15

1. **אנעאם**

2. **אנעאם**

3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**

על ידי עו"ד סמדר בן-נתן ואח'

רח' הוברמן 10, תל אביב 64075

פקס': 03-6868596; טל': 03-5619666

העותרים

נ ג ד

1. **המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון**

2. **היועץ המשפטי לאיו"ש**

המשיבים 1-2 על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466246; פקס': 02-6467011

3. **פדל מוסטפא פדל חמאד**

המשיבים

תגובה מטעם המדינה

בהתאם להחלטת כב' השופט ע' פוגלמן מיום 22.10.15 מתכבדת המדינה להגיש תגובתה לעתירה, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה דגן בצו החרמה והריסה שהוצא ביחס לדירת המגורים שבה התגורר אסחאק (להלן: "המחבל") הנמצאת בקומה העליונה בבניין דירות בכפר סילוואד (להלן: "דירת המחבל").

הצו הוצא על-ידי המשיב 1 (להלן גם: "המפקד הצבאי"), בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" ו"תקנות ההגנה"), לאחר שהמחבל, אשר התגורר בדירה המיועדת להחרמה והריסה, הוציא לפועל, ביום 29.6.15, פיגוע קטלני במהלכו רצח ברירות אזרחי ישראלי – מלאכי רוזנפלד ז"ל – וגרם לפציעתם של שלושה נוספים.

עתירה נוספת נגד צו ההריסה מושא העתירה דגן הוגשה על ידי המשיב 3 – בג"ץ 7040/15, והיא קבועה לעת הזו לדיון בפני הרכב ביום 2.11.15; וישנה עתירה נוספת התוקפת צו הריסה שיצא נגד ביתו של מחבל נוסף שביצע את הפיגוע – חאמד – בג"ץ 7084/15. מטעמי יעילות דיונית ביקשו המשיבים כי תיקים אלה יידונו במאוחד.

במסגרת העתירה, מבקשים העותרים – בני משפחתו של המחבל – מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם "מדוע לא יימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119... ומדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע הריסה".

בגדרה של העתירה התבקש אף צו ביניים שיורה למשיב להימנע ממימוש צו ההריסה עד למתן פסק דין בעתירה.

2. המשיב יטען, כי דין העתירה, וכן הבקשה למתן צו ביניים, להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

החל מתחילת שנת 2013 ועד ימים אלו, כמשתקף מנתונים שנאספו ושיפורטו להלן, ניכרת מגמה מתמשכת (ביחס לשנים שקדמו לה) של החמרה במצב הביטחוני ועליה מתמדת בפעילות טרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, וזאת הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה והשומרון (להלן: "איו"ש" או "האזור"). הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי ובמספר פיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות הטרור, כאשר עלייה משמעותית נוספת ניכרת החל מחודש מרץ 2014 בעיקר בפיגועים שבוצעו במתוויים חמורים, בהם נחרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים. העלייה התלולה בפיגועי הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת באיו"ש ובירושלים, כמו גם בישובים נוספים בתחומי מדינת ישראל.

על רקע הנסיבות הביטחוניות החמורות לעת הזאת, יטען המשיב, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה שבו התגורר המחבל שביצע את פיגוע הירי הקטלני, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.

3. כפי שיובהר להלן, הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית משפט נכבד זה, חלקם מהעת האחרונה ממש.

נציין, כי בשנה האחרונה, ניתנו פסקי-דין של בית המשפט הנכבד הדוחים עתירות בסוגיה מושא ענייננו, שהוגשו נגד החלטות על הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה (לעניין החרמה, והריסה או אטימה של מבנים). המדובר בעתירות שדנו הן בעניינם של מחבלים תושבי מזרח ירושלים, והן בעתירות שדנו בעניינם של מחבלים תושבי איו"ש. ראו בהקשר זה: בג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 7.7.15); בג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14 אבו ג'מל נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.14); להלן: "עניין אבו ג'מל"; בג"ץ 8025/14 עכארי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.14); להלן: "עניין עכארי"; בג"ץ 7283/14 ג'עביס נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.14); להלן: "עניין ג'עביס"; בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש,

11.8.14; להלן: "עניין קואסמה"); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 1.7.14; להלן: "עניין עואודה"); בג"ץ 8024/14 חג'אזי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, ניתן ביום 15.6.15, תוך מחיקת העתירה, ומתן אישור לאטימת חדרו של המחבל); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.10.15; להלן: "עניין סידר").

במסגרת העתירות דלעיל, כאמור, חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, תוך שלא נעתר לאותן העתירות.

יתר על כן: ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (להלן: "עניין המוקד להגנת הפרט"), שבמסגרתו שבו ונותחו לעומקן השאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיית השימוש בתקנה 119, שהן הסוגיות המועלות אף בעתירה שלפנינו, והטענות שם נדחו בפסק דין מנומק ומפורט, תוך שנקבע כי אין מקום לשנות מפסיקתו ארוכת השנים והעקבית של בית המשפט הנכבד ביחס להפעלת התקנה.

בנסיבות אלה, יטען המשיב כי בוודאי שאין כל עילה או הצדקה להידרש פעם נוספת לטענות אלה במסגרת העתירה הנוכחית (יוער כי כנגד פסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון); עמדת המדינה, כפי שהוגשה לבית המשפט הנכבד ביום 12.2.15, היא כי דין העתירה לקיום דיון נוסף – להידחות; העתירה לדיון נוסף עודה תלויה ועומדת בפני כב' הנשיאה נאור).

4. בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בסמוך לאחר ביצוע הפיגוע מושא העתירה ועד לימים אלו ממש; מכיוון שיש חשיבות עליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, אכן חיונית במקרה דנן להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים, יבקש המשיב מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה זו בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

5. העותרים, בהתאם לאמור בעתירה, הם אח ואחות של המחבל המתגוררים עימו בדירה המיועדת להריסה.

על פי המידע המצוי בידי המשיב, ועל פי שנמסר מבאי-כוח משפחת המחבל, המחבל התגורר בדירה בשכירות, ומשפחת המחבל שוכרת את הדירה מזה שנים רבות.

6. ביום 29.6.15, ביצע המחבל פיגוע, במהלכו רצח את מלאכי רוזנפלד ז"ל ביריות ופצע שלושה נוספים, בעת שהיו בנסיעה חזרה לביתם.

המחבל נתפס ונחקר, בחקירתו עלה כי המחבל הוא חבר בחולייה השייכת לתשתית חמאס, אשר ביצעו את הפיגוע. עוד עלה כי חברי החוליה ביצעו פיגוע ירי נוסף, ביום 27.6.15, יומיים קודם לפיגוע מושא ענייננו, אשר כוון נגד אמבולנס ונגד מכונית פרטית. מעבר לכך עלה בחקירה כי ביום 6.6.15 ביקשו חברי החוליה לבצע פיגוע, אשר סוכל בגין מיקומו של מחסום צבאי על הציר בו תכננו לבצע את הפיגוע.

הפיגוע מיום 27.6.15, זה אשר כוון לעבר רכבים נושאי לוחית רישוי ישראלית, הסתיים ללא נפגעים בנפש, ובנזקים לרכוש. בפיגוע זה שנעשה באמצעות נשק אוטומטי, תת-מקלע קרל גוסטב, השתתף המחבל ושני חברי חוליה נוספים - **זאמד** (להלן - **מועז**) - אשר המשיב הוציא צו החרמה והריסה כנגד דירת מגוריו, ומחבל נוסף **שבראווי**, כולם מהכפר סילוואד.

7. ביום 29.6.15, נפגשו שנים מתחרי החוליה, המחבל ומועז, על מנת לבצע פיגוע ירי נוסף באמצעות נשק הקרל גוסטב דלעיל. השנים נסעו לכיוון הכפר מעיייר ובדרכם הבחינו ברכב מסוג ניסאן, נושא לוחית זיהוי ישראלית, היורד מהישוב אש קודש. ברכב זה נסעו הקורבנות. בעת שעצר הרכב הישראלי קרוב לרכבם של המפגעים, פתח **מועז** את חלון הרכב בעוד המחבל נוהג ברכב, וירה לעבר הנוסעים. כאמור, כתוצאה מהירי נהרג מלאכי רוזנפלד ז"ל ונפצעו שלושה נוסעים נוספים.

במסגרת החקירה שהתקיימה לאחר הפיגועים, נעצר המחבל יחד עם מעורבים נוספים, המחבל הודה במיוחס לו והפליל את המפגעים הנוספים. בסיום החקירה, לאחר שנתגבשה תשתית ראייתית הנסמכת על ראיות נוספות, הוגש נגד המחבל כתב אישום חמור הן ביחס לפיגוע מושא ענייננו הן ביחס לפיגועים הקודמים.

צילום כתב האישום שהוגש נגד המחבל ביום 17.8.15, מצורף ומסומן **מש/1**.

מעבר לכך נוסף כי המחבל ריצה בשנת 2010 מאסר למשך כשנה, על רקע מעורבותו בסחר באמל"ח וטרור עממי.

החשתלשלות העובדתית עובר להגשת העתירה

8. בשל חומרת הפיגוע, ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועי טרור נוספים, החליט המשיב, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעת הדרג המדיני ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הדירה בה התגורר המחבל.

9. ביום 15.10.15 הודע למשפחת המחבל על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את "דירה מס' 23, בקומה השביעית, בבניין דירות בכפר סילואד, המצוי בנ.צ. ז", בה התגורר המחבל. בהודעה נמסר, כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, פעל להוציא לפועל פיגוע טרור ביום 29.6.2015 במהלכו הביא למותו ביריות של מלאכי רוזנפלד ז"ל". כמו כן, בהודעה גם נמסר על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו החרמה והריסה, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה שניתנה ביום 15.10.15 צורף לעתירה כנספח ג'.

10. ביום 15.10.15 הגישה ב"כ העותרים השגה למשיב, נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי דירת המחבל.

צילום ההשגה מיום 15.10.15 צורף לעתירה כנספח ה'.

11. ביום 19.10.15, החליט המשיב לדחות את ההשגה של העותרים.

צילום דחיית ההשגה מיום 19.10.15 צורף לעתירה כנספח ו'.

עם דחיית ההשגה, חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, על צו החרמה והריסה של יחידת המגורים במבנה בו התגורר המחבל עם בני משפחתו (להלן: "הצו"). בצו נקב הטעם להוצאתו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית עבדאללה אסחאק
ת"ז, רצח ביום 29.6.15 את מלאכי רוזנפלד ז"ל
ופצע 3 נוספים."

צילום הצו מיום 8.10.15 צורף לעתירה כנספח א'.

12. ביום 22.10.15 הוגשה העתירה דגן, המופנית, כאמור, כלפי הצו שהוציא המשיב. בו ביום ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ע' פוגלמן), שבמסגרתה ניתן צו ארעי האוסר על החרמה והריסה של המבנה, ובהחלטה נוספת נקבע, כי על המשיבים להגיש תגובתם עד ליום 27.10.15, וכי עתירה תיקבע בדחיפות לדיון. העתירה שבכותרת נקבעה לדיון ליום 29.10.15.

בית משפחת המתבל

13. הדירה בה התגורר המתבל נמצאת בכפר סילואד שמצפון לרמאללה. המדובר בדירה המצויה בקומה העליונה בבניין בין שמונה קומות.

הטיעון המשפטי

14. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירתם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי דין – עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין עכארי, עניין חג'אזי ועניין ג'עביס – אשר ניתנו בשנה האחרונה (החל משנת 2014), שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה בנסיבות מסויימות, היא צעד חוקי, שניתן לנוקטו, הנסמך על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי יש בצעד זה משום הרתעה (ור' גם פסקי הדין בבג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.09; להלן: "עניין דוויאת"); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: "עניין אבו דהים"); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: "עניין מוגרבי").

יתר על כן, בפסק הדין העקרוני שניתן ביום 31.12.14 בעניין המוקד להגנת הפרט, נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות.

עמדת המשיב תפורט להלן.

התשתית הנורמטיבית

הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

15. הסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה מוקנית למפקד הצבאי בהיותה חלק מן הדין המקומי באיו"ש.

תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלי המחייב, כדלקמן:

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

"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 חטלת 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. ..."

16. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס או לאטום את כל המבנה שבו מתגורר המחבל עם בני משפחתו. עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, גם כאשר מחליט המשיב לנקוט בסמכות לפי תקנה 119, עליו להפעיל את סמכותו האמורה בצורה סבירה ומידתית, בהתחשב במכלול 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 להרתיע מפגעים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד.

נקודת המוצא היא, כי מחבל פוטנציאלי היודע, 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, שיתכן ויודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

17. 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) (להלן – עניין שוקרי), כדלקמן:

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

מדעיים אנו לך, 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, כמו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובסחוננו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלומם של הקרובים לחם 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."

18. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה 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 תמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה וההרתעה ה"רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

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

נפנה לפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, בחוות דעתו של כבי' השופט סולברג, כי:

"לדאבון הלב, איננו חיים בהשקט ובבטחה. השלום הוא משאת נפש, אך עוד חזון למועד. צה"ל, משטרה ושאר כוחות הבטחון נאלצים להתמודד עם רשע, טרור רצחני, שאינו מקדש את החיים, אלא סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמם יהודים שאולה. לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדיו התל...לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות...עם כל הזהירות המתחייבת ומקדמי הבטחון, ברי כי לשעת סכנה ומלחמה נועדו דינים מיוחדים, ובחסותם אין מגיעה מוחלטת מפני פגיעה סביבתית. שעת מלחמה היא אתגר מוסרי. הכלים המשמשים את הלוחמים בשדה הקרב, ונחוצים להצלחה במשימותיהם. הם כלי קטל והרס, אשר ברגיל סותרים את ערכי המוסר ואת זכויות האדם...לעת מלחמה נועדו מצוות מיוחדות על מנת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים" (ההדגשות אינן במקור - הח"מ)

20. 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 נגע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

21. 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.

22. 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 החרמה והריסה ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין בעניין נזאל).

23. לפני כעשר שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות אלוף 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.

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

באיו"ש לא נעשה שימוש כלל בסמכות לפי תקנה 119 בשנים 2005 עד 2013, עד שבשנת 2014, החליט המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119, וזאת בעקבות החמרה ניכרת במצב הביטחוני, שהתבטאה בעליה במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים. כאמור, העלייה התלולה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנתיים האחרונות שב להתבצע שימוש בסמכות המוקנית מכוח תקנה 119, הן על פי הדין בישראל הן על פי הדין באיו"ש. במסגרת זו הופעלה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתו של המחבל שרצח את נצ"מ ברוך

מזרחי בערב ליל הסדר (ענין עואודה); כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים שחטפו ורצחו את שלושת הנערים (עניין קוואסמה); כלפי ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת הרכבת הקלה בגבעת התחמושת ביום 22.10.14, במסגרתו נהרגו תינוקות ותיירת (הבית נהרס לאחר שהמשפחה לא הגישה עתירה לבית המשפט); כלפי בתי המחבלים שביצעו את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (עניינם נדון בבג"ץ 8066/14, ובג"ץ 8070/14); כלפי המחבל אשר ביצע פיגוע דריסה באיזור שיח' ג'ארח ביום 4.8.14 בו נהרג תלמיד ישיבה (עניינו נדון בבג"ץ 7238/14 - עניין ג'עביס); כלפי ביתו של המחבל אשר ביצע את פיגוע הירי שכוון כנגד מר יהודה גליק (עניינו נדון בבג"ץ 8024/14 - עניין חג'אזי), שם הוחלט לבסוף על אטימת חדרו של המחבל; וכלפי בית המחבל שביצע פיגוע דריסה ודקירה בתחנת אוטובוס הסמוכה לשוב אלון שבות, בו נהרגה דליה למקוס ז"ל, עניין סידר.

להשלמת התמונה נוסיף, כי מפקד פיקוד העורף ומפקד פיקוד מרכז הוציאו צווי החרמה והריסה כלפי בתי מחבלים נוספים, אשר טרם מומשו: כלפי ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת שמעון הצדיק בירושלים ביום 5.11.14, בו נהרגו שוטר ואזרח (עניינו נדון בבג"ץ 8025/14 - עניין עכארי).

24. ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, כב' השופטת חיות, כב' השופט סולברג) בעתירה העקרונית בעניין המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 8091/14). בפסק דין זה נדחתה עתירה עקרונית של ארגוני זכויות אדם אשר ביקשו כי בית המשפט הנכבד יצהיר שהשימוש בתקנה 119 אינו חוקי ונוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט הפנימי הישראלי. בפסק הדין בעתירה העקרונית נדחו טענות העותרים שם, ובכלל האמור גם הטענות כי הריסת בתים עולה כדי עונש קולקטיבי אסור, וסותרת את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי ואת כללי המשפט הפנימי הישראלי.

בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, נקבע, בין היתר, כי "לא מצאנו לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים" וכן כי "תכלית תקנה 119 היא הרחעתית, לא עונשית; מטרתה ליתן בידי המפקד הצבאי כלים שיוכלו ליצור הרחעתית, תכלית שקשה לחלוק על חשיבותה כשלעצמה... אשר לשאלה האם יהיה בהרס המבנה הקונקרטי כדי ליצור הרחעתית אפקטיבית, נקבע כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מטור שיקול הדעת לקבוע אימתי האמצעי יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת מטרת ההרתעה".

כבוד השופט סולברג, בפסק דינו, קבע כי "שוכנענו כי בהתקיים אמות המידה החוקתיות והפסיקתיות, מדובר בהכרח בל יגונה. אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי" וכן כי "החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון

הרצוי, להניעה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה בקרוב, ובכך להטותו מלחבור לסרור או לממשו. הנה כי כן, ההרתעה תורמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד.

כבוד השופטת א' חיות, בפסיקתה, קבעה כי "דומני כי קשה לסווג הריסת בית של מפגע כענישה קולקטיבית במובנה המקובל, גם אם מביאים בחשבון כי כתוצאה מהריסת ביתו נפגעים גם בני משפחתו המתגוררים באותו הבית...".

מו הכלל אל הפרט - הצורך הבטחוני

25. על-פי חוות דעת גורמי הביטחון וכלל הנתונים שנאספו על ידם, ניכרת, החל משנת 2013, מגמה מתמשכת של עליה בפעילות הטרור (ביחס לשנים שקדמו לה). הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות טרור. העלייה התלולה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

26. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לימים אלו. כך, בשנת 2013 נרשמו כ- 1,414 פיגועים; בשנת 2014 נרשמו כ- 1,650 פיגועים; בשנת 2015 נמשכה מגמה זו, כאשר עד יום 18.10.15 נרשמו 1,703 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים. החל משנת 2013 ישנם שלושים וחמישה הרוגים כתוצאה מפיגועי טרור, וזאת לעומת אפס הרוגים בשנת 2012.

27. זאת ועוד, מתחילת שנת 2014 ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים 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 ג'נין, 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 בג'נין.

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 ג'נין ובית לחם. במסגרת זאת סוכלה כוונת ההתארגנות, בהכוונתו של פעיל ה"גייהאד העולמי" מהרצועה, לקדם פיגוע ירי נגד כוחות צה"ל באזור ג'נין.

- ד. **מאי 2014**: סוכלה כוונה של מחבל מתאבד לפוצץ חגורת מטענים מאולתרים, שהוסתרה על גופו, בצומת תפוח. חברי ההתארגנות משכס, שעמדו מאחורי ניסיון הפיגוע, נעצרו בידי כוחות צה"ל זמן קצר לאחר מכן.
- 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 בביתוניא. הכוח הצבאי הגיב בירי לעבר המחבל שנמלט מהזירה, ולא היו 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 שלושת הנערים גיל-עד שער, יעקב נפתלי פרנקל ואיל יפרת ז"ל, 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 אזרחי ישראלים 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, באמצעות 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 תינוקות ותיירת וכמה אזרחים נוספים נפצעו.
- טו. **אוקטובר 2014**: פיגוע במהלכו ניסה המחבל מעתז חיגי'אזי 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, שאותו ביצע המחבל שכלפי ביתו הוצא הצו לפי תקנה 119. בפיגוע נרצחה הנערה דליה למקוס ז"ל ושני נוספים נפצעו.
- יט. **נובמבר 2014**: פיגוע דקירה בתחנת רכבת ההגנה בתל אביב במהלכו נרצח חייל צה"ל, סמ"ר אלמוג שילוני ז"ל.
- 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.
- כא. **דצמבר 2014**: פיגוע דקירה בצומת אלון שבות, במהלכו דקרה מחבלת אזרחי ישראל.

- כב. מרץ 2015: פיגוע משולב של דריסה ונסיון דקירה בסמוך לקבר שמעון הצדיק, בו נפצעו שלוש חיילות מג"ב.
- כג. אפריל 2015: פיגוע דריסה בשדרות חיים בר לב בירושלים, בו נרצח אזרח, שלום יוחאי שרקי ז"ל, ונפצעה אזרחית נוספת.
- כד. אפריל 2015: נסיון לפיגוע דקירה במחסום הר הצופים.
- כה. אפריל 2015: פיגוע דריסה על ציר הכהנים בא-טור, במהלכו נפצעו שלושה שוטרים.
- כו. מאי 2015: פיגוע דריסה בא-טור, במהלכו נפצע שוטר מג"ב.
- כז. מאי 2015: פיגוע דקירה בשער שכס בירושלים, במהלכו נפצע אזרח באורח בינוני.
- כח. יוני 2015: פיגוע ירי לעבר ישראלי במעין "עין בובים" בבנימין, בו נרצח אזרח, דני גונן ז"ל, ונפצע אזרח נוסף.
- כט. יוני 2015: פיגוע ירי סמוך לשוב עפרה, ירי לעבר אמבולנס ורכב ישראלי, ללא נפגעים.
- ל. יוני 2015: פיגוע ירי לעבר רכב ישראלי, בהכוונת ארגון החמאס, אשר כתוצאה ממנו נרצח אזרח ישראלי, מלאכי רוזנפלד ז"ל, ונפגעו שלושה אזרחים נוספים, סמוך לשוב אש קודש – זה הפיגוע מושא העתירה דנן.
- לא. יוני 2015: פיגוע דקירה במעבר רחל, בביתן בידוק, שהוביל לפציעתה של חיילת באופן בינוני-קשה.
- לב. אוגוסט 2015: פיגוע דריסה על ציר 60, סמוך לכפר סנג'ל, שבעקבותיו נפצעו שלושה חיילים.
- לג. ספטמבר 2015: פיגוע ירי בצומת הביתות בשומרון, במהלכו נפצעה אזרחית ישראלית באורח קל.
- לד. ספטמבר 2015: בליל ראש השנה בוצע ידוי אבנים על רכב שנסע סמוך לשכונת ארמון הנציב בירושלים. בשל ידוי האבנים איבד נהג הרכב, אלכסנדר לבלוביץ' ז"ל, את השליטה על ההגה, ונהרג.
- לה. אוקטובר 2015: פיגוע ירי מכלי רכב נוסע לעבר רכב ישראלי, אשר כתוצאה ממנו נהרגו בני הזוג נעמה ואיתם הנקין ז"ל.
- לו. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בפתח תקווה, במהלכו דקר המתבל אזרח ופצעו באורח קל.
- לז. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה סמוך לקריית הממשלה בתל אביב, במהלכו דקר המחבל חיילת וארבעה אזרחים באמצעות מברג.
- לח. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בעיר העתיקה בירושלים, במהלכו דקר המחבל שלושה בני משפחה ואדם נוסף. בפיגוע זה נרצחו נחמיה לביא ואהרון בניטה ז"ל.
- לט. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בתחנה המרכזית בעפולה, במהלכו נפצע חייל באורח בינוני עד קשה.
- מ. אוקטובר 2015: פיגוע דקירה בקרית ארבע, במהלכו דקר המחבל אזרח ופצעו באורח קשה.

- מא. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה סמוך למטה הארצי של משטרת ישראל בירושלים, במהלכו דקר המחבל תלמיד ישיבה בסמוך לתחנת הרכבת הקלה שבמקום, ופצע אותו באורח קשה.
- מב. **אוקטובר 2015**: נסיון לביצוע פיגוע דקירה בתחנה המרכזית עפולה.
- מג. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה בקרית ארבע, במהלכו דקר מחבל לוחם מג"ב ופצעו באורח קל.
- מד. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה ברחוב שמואל הנביא בירושלים, במהלכו דקר צעיר פלסטיני נער בן 16 באמצעות קולפן, ופצע אותו פצעים קלים.
- מה. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה ברחוב הנביאים בירושלים, במהלכו דקר צעיר פלסטיני כבן 16 שני צעירים ישראלים, אשר נפצעו באורח קל עד קשה.
- מו. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה סמוך לשער שכם בירושלים, במהלכו דקר המחבל ופצע שני שוטרים.
- מז. **אוקטובר 2015**: ניסיון פיצוץ מטען הצתה במכונית סמוך למחסום אלזעים, במהלכו נפצע שוטר משטרת ישראל באורח קל.
- מח. **אוקטובר 2015**: פיגוע דריסה ודקירה סמוך לישוב גן שמואל שבשרון, במהלכו נפצעה חיילת באורח קשה, חייל נוסף נפצע באורח בינוני, ושני אזרחים נפצעו באורח קל.
- מט. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה בעיר העתיקה בירושלים, במהלכו ניסה המחבל לדקור מאבטח ליד שער האריות.
- נ. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה סמוך לגבעת התחמושת בירושלים, במהלכו תקפה צעירה פלסטינית לוחם מג"ב ופצעה אותו באורח קל.
- נא. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה בפסגת זאב בירושלים, אשר בוצע על ידי שני נערים פלסטיניים, תושבי הכפר בית חנינא, בני 15 ו-13. במהלך הפיגוע נפצעו צעיר ישראלי באורח קשה, וילד בן 13 באורח אנוש.
- נב. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה בסמוך לגשר המיתרים בכניסה לירושלים, במהלכו נפצע חייל באורח קל-בינוני.
- נג. **אוקטובר 2015**: פיגוע ירי ודקירה באוטובוס בשכונת ארמון הנציב בירושלים, במהלכו נרצחו אלון גובברג וחיים חביב ז"ל, וכן נפצעו מספר נוספים, חלקם פציעות קשות.
- נד. **אוקטובר 2015**: פיגוע דריסה ברחוב מלכי ישראל בירושלים, במהלכו נרצח ישעיהו עקיבא קרישבסקי.
- נה. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה סמוך לבית החולים לוינשטיין ברעננה, במהלכו דקר המחבל ארבעה אזרחים, אחד באורח קשה ושלושה באורח קל.
- נו. **אוקטובר 2015**: פיגוע דקירה בתחנת אוטובוס ברחוב אחוזה ברעננה, במהלכו נפצע אדם באורח קל על ידי מחבל.
- נז. **אוקטובר 2015**: פיגוע ירי בתחנה המרכזית בבאר שבע, במהלכו נהרגו חייל אחד ונתין זר, וכן נפצעו עשרה נוספים, מתוכם אחד במצב קשה מאוד ושניים במצב קשה.

בימים האחרונים ממש, מיום 19.10.15 ועד עתה התרחשו 97 פיגועים, ביניהם 78 פיגועים בהם הושלכו בקבוקי תבערה, 9 פיגועי דקירה, 3 פיגועי דריסה, 6 מטעני צינור וכן מטען נוסף, המכונה מטען הבשלה. מפיגועים אלה נפצעו אזרחים רבים ונהרג אדם, כדלקמן:

- פיגוע דקירה בבית עוא – 20.10.15, נפצע חייל.
- פיגוע דריסה באל פואר – 20.10.15, הרוג – אברהם אשר חסנו ז"ל.
- הפרות סדר בקבר רחל - 20.10.15 – שני שוטרים נפצעו.
- פיגוע דריסה בצומת גוש עציון – 10.10.15 – שני פצועים.
- פיגוע דקירה בכיכר אדם – 21.10.15 – חיילת פצועה.
- פיגוע דריסה בבית אומר – 21.10.15 – חמישה פצועים.
- פיגוע דקירה בבית שמש – 22.10.15 – פצוע אחד.
- פיגוע דקירה בצורף – 23.10.15 – פצוע אחד.
- ידוי בקת"בים בבית אל – 23.10.15 – שלושה פצועים, ביניהם ילדה בת שלוש.

28. כעולה מן האמור לעיל, במהלך השבועות האחרונים חלה הסלמה נוספת במספר הפיגועים החמורים שבוצעו ברחבי הארץ, בהם אף נהרגו אזרחים ישראלים. כך, החל מערב ראש השנה ועד יום 25.10.15, נרשמו כ-778 פיגועים, במסגרתם נהרגו אחד עשר אזרחים ונפצעו, בחערכה, כמאה אזרחים וחיילים. הלכה למעשה, מתאפיין החודש האחרון בשורה ארוכה של פיגועים, כאשר יום רודף יום, ומידי יום ביומו מתרחשים כמה וכמה פיגועים ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש.

29. עוד נוסף, כי בשנתיים האחרונות סוכלו מאות כוונות וניסיונות פיגוע במגוון מתווים חמורים (חטיפה, מטענים וירי) בגזרות שונות באזור איו"ש ובירושלים.

30. 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.

31. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני במרחב איו"ש, נמסרו לבית המשפט הנכבד עוד במסגרת ההליכים בעניין עואודה (שנדון בשנת 2014, בעניינו של תושב איו"ש), 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 אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי
שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה
מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97
ג'צמת 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-יסדה מצא המשיב
כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות
הריסת ביתו של עואד. [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

32. זאת ועוד, בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, נקבע על ידי כבוד השופטת
א' חיות כי:

"גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של
שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח תכופים של
אזרחים תמימים, עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת, סימן אף
הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים,
שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה".

על רקע זאת, המשיב יטען, שכיום, על רקע גל הפיגועים הרצחניים שאירעו לאחרונה,
יש צורך ממשי בנקיטת פעולות הרתעה על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע
פיגועים.

33. המשיב יטען, כי בשל גל הפיגועים החולד ונמשד, ישנו צורך חיוני בהרתעת מפגעים
נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים.

34. לאור כל האמור, הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון - לה שותפים גם ראש
הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל - היא כי חיוני כיום ליצור הרתעה מקסימאלית מפני
ביצוע פיגועים נוספים.

המשיב יוסיף ויטען, כי ההחלטה על הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתו של
המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת הפיגוע, במהלכו נרצח מלאכי
רוזנפלד ז"ל, ונפצעו שלושה נוספים, בעודם נוסעים במכונית בדרך לביתם. עמדת המשיב
היא כי חיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים שכאלה
בעתיד. נציין, כי פיגוע ירי על רכב חולף, לדאבונו, אירע גם ביום 1.10.15 במהלכו נרצחו
בני הזוג הנקין, בעוד ילדיהם ישובים ברכב מאחור. צו התרמה והריסה יצא גם נגד ביתם
של המתבלים שביצוע את הפיגוע האמור.

35. בית המשפט הנכבד כבר נדרש בעבר לצורך שרואים האחראים על ביטחון המדינה
בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בתקופה בה מתרבים פיגועי הטרור - כאשר קיים צורך
מוגבר בהרתעתם של מפגעים נוספים וזאת על מנת להפסיק את גל הטרור הגואה - נבקש
להפנות לדבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, המחבל (תושב
מזרח ירושלים) שביצע את פיגוע הרצח בישיבת מרכז הרב, כדלקמן:

"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.

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. ... 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 שציינו 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." [ההדגשה אינה במקור – ה"מ]

זאת ועוד. לעניין זה, נפנה לדבריו של כבוד השופט נ' סולברג בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כדלקמן:

"הלכה למעשה, לעת הזאת נוהג הפיקוד הצבאי באופן מתון, שקול ומדוד במימוש הסמכות... בעשור האחרון, למן שנת 2005 מימש המפקד הצבאי את סמכותו הנדונה פעמים אחדות בלבד: בשנים 2008-2009, בעקבות גל טרור בבירה, מומשה הסמכות כלפי מבני-מגורים במזרח ירושלים פעמיים... בקיץ שנת 2014 מומשה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ארבעה מבנים (בית רוצחו של נצ"ם ברוך מזרחי ז"ל, והבתים שבחם התגוררו שלושת חברי החוליה שחטפו ורצחו את שלושת הנכרים גיל-עד שעאר, נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל). החמרה ניכרת במצב הביטחוני חיבה זאת...מדובר אפוא בכמות מועטה, ולא ב"עניישה קולקטיבית" עסקינן".

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

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

מדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה למשיב בחקיקה ראשית התקפה באיו"ש; שנועדה לתכלית ראויה - קרי הרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים; ושהופעלה לעת הזו, בנסיבות של גל טרור גואה, חוזר ונשנה, בצורה מידתית וסבירה.

התייחסות לטענות העותרים

לטענה כי מדובר בענישה קולקטיבית

37. טענתם המרכזית של העותרים היא כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת המחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי.

38. לעניין זה נשיב, ראשית, כי השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לצורכי הרתעה בלבד, והדברים פורטו לעיל באריכות.

שנית, על-פי ההלכה הפסוקה, מודעותם או סיועם של בני המשפחה לכוונתו של המחבל 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 דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, כדלקמן:

"6. בפסיקה גידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו 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 עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש ב-חטאו יומתו" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרינ' 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-ד) 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 דיריו 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 ב-בג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) בהם 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."

בנוסף ראו סעיף 4 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כדלקמן:

"אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי...אכן, בענישה בפלילים, שלא כמו בהרתעה לפי תקנה 119, המיקוד הוא במי שהורשע בעבירה, ולא בבני משפחתו; אך כפי שציינתי בעניין קואסמה הנ"ל -

"גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית...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, שבהם נושאים קרוביו"

לשונה של התקנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן, הרתעה מפני פיגועי התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאזים של הטורר הרצחני, שמוכרחים אנחנו באופן הזה לקדם ההרתעה מפני מעשים מזועזעים מעין אלו שתוארו בעתירות הפרטניות; קרי, גם בפגיעה בבני משפחות המחבלים. ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כך המאזניים, כשמנגד, על כך המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים."

כן ראו דברי כב' השופט דנציגר בעניין קואסמה (בסעיף 24 לפסק הדין):

"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."

כן ראו, דברי כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בעניין עואודה (בסעיף 22 לפסק הדין); בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נא(1), 226 (1997); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002).

לטענה כי הוצאת הצו נוגדת את המשפט הבינלאומי

39. אשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בית משפט נכבד זה נדרש לטענות אלה ממש לפני פחות משנה, וקבע בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כמו בשורה ארוכה של פסקי דין שקדמו לו, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, הננקטת מטעמי ביטחון מובהקים למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי, הן עם המשפט הפנימי.

לעניין זה, כאמור, נקבע בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט כי:

"אין להלום את טענת המבקשים כי כל הריסה שהיא, קטנה כגדולה וללא תלות בנסיבות הקונקריות, עולה בהכרח כדי עונש קולקטיבי האסור כאמור מכוח סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית...כך גם לגבי האיסור על הריסת בתים המופיע כאמור בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית; איסור זה מסויג בכך שבמקרה בו הפעולה נחוצה מטעמים צבאיים, אין היא אסורה על פי הסעיף...השאלה היא כאמור שאלה של מידתיות, וכבר הובהר כאן כי אין לעשות שימוש לא מידתי בסמכותו של המפקד הצבאי, באופן אשר יעלה כדי ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי". [שם, בסעיף כ"ג לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין]

40. לעניין זה נוסף, כי העותרים לא הצביעו על עילה מבוררת כלשהי המצדיקה כי בית המשפט הנכבד יידרש כיום פעם נוספת לטענות לפיהן הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי – טענות שכאמור גם מעולם לא התקבלו על ידי בית המשפט הנכבד. עניין זה מקבל משנה תוקף ויהא בבחינת קל וחומר, נוכח הדיון המעמיק שהתקיים בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, כפי שצוטט לעיל, אשר גם בסופו – נדחו כלל הטענות לעניין זה.

לטענה בדבר אי-יעילות השימוש בסמכות לפי תקנה 119

41. טענה נוספת בפי העותרים, והיא נוגעת לסוגיית יעילות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119.

המשיב יטען, כי גם טענה זו – דינה להידחות. נבקש להפנות לכך, שטענות דומות בדבר העדר אפקטיביות לכאורה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, כבר נדונו ונדחו בעבר, פעם אחר פעם.

ראו למשל, בפסק הדין בעניין קואסמה, מפי כב' השופט דנציגר:

”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”.

ובעניין עואודה, נפסק מפי כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור:

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

עוד ראו, דברי כב' השופט סולברג בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט, לאחר שנסקרו על ידו תובנות ומחקרים שונים ומגוונים בנושא:

”מן המקובץ עולה, כי הריסת בתי מחבלים תוסיף לתחשיב העלות-תועלת שאותו עורך מחבל פוטנציאלי את הידיעה על כך שקרוביו ישלמו מחיר על מעשיו”. [סעיף 13 לפסק הדין]

כן ראו: סעיפים 8-11 לפסק הדין בעניין אבו דהים; עניין סידר, פסקאות 2-3 לפסק דינו של כב' השופט עמית.

והדברים יפים לענייננו, ככתבם וכלשונם.
20

לטענה בדבר אפליה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119

42. אשר לטענת העותרים בנוגע לאפליה בה נוקט המשיב בהפעילו את הסמכות לפי תקנה 119 נציין, כי אף טענה זו נדונה זה מכבר, ונדחתה. כך, לדוגמא, קבע כב' השופט דנציגר בענין קואסמה, בפסקה 30 לפסק הדין:

"30. אכן, לא ניתן לחדד 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 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. ...

במקרה דנן קיבל המשיב החלטה המצויה, כאמור, בליבת שיקול דעתו. טענות העותרים אינו 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 מעדי 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." (ההדגשות אינן במקור – הח"מ)

לטענה כי לא ניתן לממש את הצו מאחר שמדובר בדירה שכורה

43. אשר לטענה כי אין לממש את צו ההריסה היות והדירה בה התגורר המחבל היא דירה שכורה, ובעלות המשיב 3, נשיב כדלקמן (והדברים הובאו גם במסגרת תגובת המשיב לעתירת המשיב 3 – בבג"ץ 7040/15):

44. המשיב נתן דעתו לטענה לפיה המבנה אינו מצוי בבעלות המחבל או משפחתו, וכי המחבל ומשפחתו מתגוררים בו בשכירות, וסבר כי חרף עובדה זו יש צורך בהרתעת מחבלים פוטנציאליים נוספים מביצוע פיגועים. על פי ההלכה הפסוקה מעמדו הקנייני של המחבל כבעלים או כשוכר, אין בו כדי לגרוע מסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119, שכן פרשנותה המקובלת של הסמכות הקבועה בתקנה 119 היא כי די בכך שקיימת "זיקת מגורים" למבנה, המתבטאת בכך שהמפגע היה דייר במבנה, כדי לשכלל סמכות להריסתו של המבנה. ראו לעניין זה סעיף 6 בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מצא בעניין נזאל, כדלקמן:

"לצורך קיום סמכותו של המשיב, במסגרת תקנה 119(1), מוטל עלינו להיווכח, שהמחבל היה "תושב" או "דייר" (INHABITANT) בבית המהווה נושא לצו ההחרמה וההריסה."

45. יודגש, כי על-פי ההלכה הפסוקה העקבית, העובדה כי המחבל היה שוכר של המבנה המיועד להריסה ולא בעליו אינה מונעת את הפעלת הסמכות כלפי המבנה. הרציונאל בעניין זה הובהר עוד בבג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 31.7.89), כדלקמן:

"טענת פרקליטו המלומד היתה כי אין מקום להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, מאחר שהעותר השכיר את הדירה למשיב השני וממילא נוצר ריחוק של קשר בינו לבין מי שביצע את העבירות הבטחוניות שיש בו כדי לשלול את ההצדקה העניינית להפעלתה של תקנה 119 הנ"ל.

אין חולק כי הפעלתה של התקנה הנ"ל אפשרית, על פי נוסחה, היינו כי לאור הוראותיה אין בעובדה שהאדם שביצע את העבירות היה שוכר בלבד כדי למנוע הפעלת הסמכות. הטענה מופנית, כאמור, להצדק הענייני שבשימוש בהוראת החוק האמורה.

נתנו דעתנו לטענותיו של הפרקליט המלומד של העותר. מסקנתנו היא כי תקנה 119 משמשת כלי עונשי מרתיע, ואם יסתבר שניתן למנוע מראש כל סנקציה על ידי היזקקות של מבצע מעשי הטרור לדירה שכורה, יתבטל בכך הכוח המרתיע אשר ממנו מצפים מן השימוש בהוראת החוק הנ"ל."

כן ראו דבריו של כב' הנשיא ברק בסעיף 10 לפסק דינו בבג"ץ 2/97 אבו חלאווה נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 11.8.97), כדלקמן:

"גם דינה של הטענה בדבר הבחנה בין בעלי בתים לבין מפגעים שהיו רק דיירים בשכירות להידחות. אכן, משעה שהבסיס לשימוש בתקנה 119 היא הרתעתית, הרי שאין מקום להבחנה בין מפגע שהוא בעליו של ביתו לבין מפגע שהוא אך שוכר הבית (ראה: בג"ץ 3560/90 אל סבאר נ' שר הבטחון (לא פורסם)). כך הדבר בייחוד משעה שביתו של עותר מס' 4 דגן נאטם ולא נהרס."

46. כן ראו דבריה של כב' הנשיאה בעניין עואודה (פיסקה 26), כדלקמן:

"העותרים טענו, כי המבנה כולו בבעלותו של העותר 1 וכי עואד שכר ממנו את דירתו, ולכן אין זה ראוי להורות על ההריסה. דין טענה זו להידחות. כבר נקבע בפסיקה כי די בזיקה של המפגע למבנה המיועד להריסה (ראו: פרשת נזאל, עמודים 343-344), זיקה שאין חולק כי מתקיימת בענייננו."

עוד ראו: בג"ץ 1056/89 סראדיח נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 27.3.90); בג"ץ 2630/90 כראכר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 12.2.91).

לטענה כי המחבל טרם הורשע

47. העותרים טוענים כי המחבל טרם הורשע.

48. על-פי ההלכה הפסוקה, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה מותנית בהרשעתו של מפגע בביצוע עבירה. ראו לעניין בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1), 810 (2003), כדלקמן:

"בא-כוחו של העותר הוסיף וטען כי אין זה ראוי לנקוט בצעד מנהלי מן הסוג האמור, בעוד משפטו של שרבאטי מתנהל וטרם הגיע לסימומו. גם לעניין זה ההלכה ברורה, לאמור, לשונה של תקנה 119 אינה מתנה את השימוש באמצעים שהיא מעמידה לרשות המפקד הצבאי בהרשעתו של אדם."

וכן ראו הדברים שנאמרו בסוגייה זו בעניין נזאל, כדלקמן:

"יתר על כן: הכוח 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."

49. לאור חומר הראיות הקיים בידי המשיבים, ובעיקר כתב האישום שהוגש נגדו המגולל לפרטי פרטים את חלקו בפיגוע, יטענו המשיבים כי אין מניעה משימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי בית המחבל, גם ללא הרשעתו בדין.

לטענה בדבר חלופי הזמו

50. מוסיפים העותרים וטוענים כי חלופי הזמן של כארבעה חודשים מעת הפיגוע ועד ההודעה על הריסה, מחייבת את ביטול הצו.

לעניין זה המשיב יטען בראש וראשונה, כי לדאבון הלב, גל הטרור באיו"ש, כמו גם בשטח המדינה - נמשך, ומאחר שעסקינן בצעד שנועד לצורכי הרתעה והמצב הביטחוני נכון להיום מחייב נקיטת צעדים להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים – כפי שפורט לעיל - נותר הצורך בהרתעה כפי שהיה גם בעת ביצוע הפיגוע – ואף ביתר שאת.

המשיב יטען, כי ההחלטה לנקיטת צעד לפי תקנה 119 נקבעת לפי נתוני הזמן והמקום, והיא מסורה לשיקול דעתו של המשיב המבוססת, בין היתר, על הערכות המצב של גורמי הביטחון. לפיכך, אין לקבל את הטענה כי חלופי הזמן כשלעצמו, בנסיבות ענייננו, מנתק את הקשר שבין המעשה לבין הצעד הננקט.

בעניין זה נזכיר, כי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באתר הרשות השופטת, ניתן ביום 7.7.15) הועלתה טענה דומה על ידי העותרים דשם, זאת כאשר המשיב דשם ביקש לממש צו הריסה בחלופי כשמונה חודשים מעת ביצוע הפיגוע, ובית המשפט הנכבד קבע כי: "... עיתוי ביצוע צו ההריסה מסור ככלל לשיקול דעת המשיב על פי נתוני הזמן והמקום". הדברים שנקבעו שם – בשינויים המתחייבים – יפים אף לענייננו, ובענייננו מדובר בקבועי זמן קצרים יותר. עוד נוסיף, כי עסקינן בפיגוע אשר בוצע בסוף חודש יוני 2015, היינו לפני כארבעה חודשים. כלומר, לא מדובר בסיטואציה שבה חלפו שנים ארוכות ורק בעקבות הידרדרות במצב הביטחוני מבקש המשיב לנקוט כעת בצעד כלפי דירת המחבל. מדובר בפיגוע שבוצע לפני זמן לא רב, וגל הפיגועים לדאבוננו נמשך – כפי שפורט לעיל.

עוד חשוב לציין, כי קבלת טענת העותרים בהקשר זה תוביל למצב אבסורדי שבו המשיב יידרש תמיד להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 בסמוך לאחר הפיגוע, גם אם בפועל המשיב נדרש לפרק זמן כדי לבחון את הצורך בשימוש בתקנה 119 במקרה המסוים ועל רקע המצב הביטחוני. יש להניח כי העותרים אינם מכוונים לתוצאה זו.

לבסוף נציין, כי סוגיה דומה עלתה אך לאחרונה במסגרת העתירות שעסקו בצו התפיסה וההריסה שהוצא כנגד הדירה בה התגורר המחבל מאהר אל-השלמון, אשר ביצע פיגוע במתווה דריסה ודקירה בצומת אלון שבות ביום 10.11.14, כמהלכו נרצחה הנערה דליה למקוט ז"ל, ונפצעו שניים נוספים (עניין סידר), אשר אף בהן הועלו טענות בדבר חלוף הזמן ממועד ביצוע הפיגוע ועד להוצאת הצו על-ידי המפקד הצבאי. בית המשפט הנכבד נדרש לטענה, וקבע (כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, בהסכמת כב' השופט עמית וכנגד דעתו החולקת של כב' השופט פוגלמן), כי:

"ז. שנית, דומה כי גם אין מקום להתערבות במקרה הספציפי דנא בשאלת המועד שבו הודע לעותרים על הכוונה להרוס, וגם אם המועד בכגון דא מסור ככלל לשיקול הרשויות (בג"ץ 4747/15 הנזכר), אף דבר זה כפוף לסבירות, למידתיות ולשכל ישר, ויש חשיבות גם למראית העין. נראה כי ככל שיש כוונה להרוס, עליה להימסר במועד קרוב ככל האפשר למקרה העברייני בו מדובר. במכלול נסיבותיו של המקרה דנא אין להתערב בכך, כאמור, ומכל מקום אין בטענה זו די להטות את הכף; אך במבט צופה פני עתיד יש להידרש להערותינו, אף שהמועד המדויק ביסודו מסור לרשויות."

הדברים יפים לענייננו מקל וחומר, שכן במקרה דנן, ההודעה על הוונה להרוס את המבנה יצאה כשלושה וחצי חודשים בלבד לאחר הפיגוע.

לאור האמור המשיב יטען כי יש לדחות את טענת העותרים לפיה חלוף הזמן, במקרה דנן, אינו מאפשר למשיב לנקוט צעד לפי תקנה 119.

לטענה בדבר פגיעה במבנים סמוכים

51. לבסוף, מביעים העותרים חשש כי ההריסה יכולה לגרום לפגיעה בשכנים ובדיירים נוספים.

52. לטענה זו נשיב, כי בשל מיקומה של הדירה בתוך בניין מגורים, ולאחר שגורמי הנדסה היו במקום לצורך גיבוש עמדתם המקצועית, הוחלט כי ההריסה תתבצע מתוך הדירה באמצעות ביצועי קידוחים בחלק מעמודי הדירה וקירות החוץ, ושימוש במטעני קדח, כך שהתוצאה תהיה הריסת חלק מן המחיצות הפנימיות ומיטוט החלק הדרום מזרחי של התקרה.

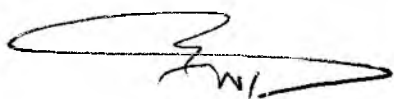
עוד יצויין, כי בעת ההריסה ימצא במקום מהנדס, אשר יפקח על ההריסה, על כל שלביה, על מנת לוודא את האמור לעיל "בזמן אמת".

יוזכר, כי בית המשפט הנכבד נמנע מלהתערב באופן ביצוע ההריסה, שכן מדובר בעניין מקצועי שעל גורמי המקצוע לענות בו, וכך נפסק בפסקה 31 לעניין 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 בפתחות 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 לגבי 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 אינן במקור – הח"מ]

סיכום

53. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי הדירה שבה התגורר המחבל.
54. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה דן בהקדם האפשרי, בשים לב לשורת הפיגועים הגואה שבוצעו בתקופה האחרונה ולאור החשיבות העליונה בהרתעתם המירבית של מפגעים פוטנציאליים נוספים.
55. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של המשיב, אלוף רוני נומה, מפקד פיקוד המרכז בצה"ל.



אבינעם סגל-אלעד, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה

היום, י"ד בחשון התשע"ו

27 באוקטובר 2015