

**סקאפי ואח'**

על ידי ב"כ עוה"ד לאה צמל ואח'

רח' אבו עובידה 2 ירושלים

טל': 02-6273373 ; פקס': 03-6289327

העותרים

**נ ג ד**

**מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466305 ; פקס': 02-6467011

המשיב

**תגובה מטעם המשיב**

1. בהתאם להחלטת כבוד השופטת א' חיות מיום 8.2.2016, ולקראת הדין בעתירה הקבוע ליום 15.2.2016, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו המקדמית לעתירה.
2. עניינה של העתירה דנן בצו החרמה והריסה (להלן – הצו) שהוצא ביחס לדירת המגורים בה התגורר: סקאפי (להלן – המחבל או סקאפי) הנמצא בחברון. יצוין כבר עתה, כי דירת המגורים בה התגורר המחבל, מצויה בבעלות העותר 1, אבי המחבל.
3. הצו הוצא על-ידי המשיב (להלן – המשיב וגם המפקד הצבאי), בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן – תקנה 119 ותקנות ההגנה), לאחר שהמחבל, אשר כאמור התגורר בדירת המגורים המיועדת להחרמה ולהריסה, ביצע, ביום 4.11.2015, פיגוע דריסה באמצעות רכב פרטי בסמוך לצומת חלחול. כתוצאה מן הפיגוע נרצח שוטר מג"ב בנימין יעקובוביץ' ז"ל.
4. במסגרתם עתירתם, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם:

"מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה של הדירה בקומת שלישיית ברח' אלטולאב ראס חארת אלשיך, חברון בה מתגוררים העותרים 1-6, ובה התגורר לפני חיסולו סקאפי ז"ל, ת.ז. ולחייבו בצו החלטי להמנע מעשות כן".

5. בגדרה של העתירה זו אף התבקש סעד ביניים שיורה "למשיב או מי מטעמו: להימנע מביצוע פגיעה כלשהי בבית נשוא העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו".
6. ביום 7.2.2016 ניתנה החלטתו של בית משפט נכבד זה (כבוד השופטת אי חיות), לפיה המשיב יימנע מביצוע צו ההריסה וההחרמה שהוצא למבנה מושא העתירה עד החלטה אחרת.
7. המשיב יטען, כי דין העתירה, וכן הבקשה למתן צו ביניים, להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.
8. החל מתחילת שנת 2013 ועד ימים אלו, כמשתקף מנתונים שנאספו ושיפורטו להלן, ניכרת מגמה מתמשכת (ביחס לשנים שקדמו לה) של החמרה במצב הביטחוני ועלייה מתמדת בפעילות טרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, וזאת הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה והשומרון (להלן – איו"ש או האזור).
- הדבר מתבטא בעלייה במספר הפיגועים הכללי ובמספר פיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים כתוצאה מפעילות הטרור, כאשר עלייה משמעותית נוספת ניכרת החל מחודש מרץ 2014 בעיקר בפיגועים שביצעו במתוויים חמורים, בהם נרצחו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים. עיקר פעילות הטרור היתה, ומוסיפה להיות, מובלט בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמצייהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים. העלייה התלולה בפיגועי הטרור, בהיקפם ובחומרתם – במהלך השנתיים האחרונות ובפרט בחודשים האחרונים – 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 הפיגוע הרצחני בו עסקינן, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.
9. כפי שיובהר להלן, הטענות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת שורה ארוכה של פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד, לרבות מן העת האחרונה. יפים בהקשר זה דבריו של כב' השופט יי עמית בפסקה 6 לבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בו נדחו בדעת רוב שלוש עתירות אשר נידונו יחד, נגד דעתו החולקת של כב' השופט מ' מזוז (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15) (פורסם באר"ש, 22.12.2015) (להלן – עניין אבו ג'מל ועליאן):

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו [...]"

הנושאים והטענות שהועלו על ידי העותרים נדונו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה, במסגרתם נדונו גם הטענות הנוגעות להרתעה, ואין טעם לחזור על הדברים".

כשבוע לאחר מכן, ביום 28.12.2015, ניתן פסק דין נוסף בשתי עתירות, בג"ץ 8567/15 ובג"ץ 8782/15 חלבי ושראכה נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם באר"ש, 28.12.2015), אשר דחה אף הוא טענות זהות למדי ואישר נקיטה בסנקציה לפי תקנה 119.

עוד נפנה בהקשר זה לשני פסקי דין נוספים: האחד, בג"ץ 7220/15 דועאא עלייה נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם באר"ש, 1.12.2015) (להלן – בג"ץ עלייה), בו נדחתה בדעת רוב העתירה, אשר העלתה אף היא טענות דומות (ואולם ראו גם פסק דינו של כבוד השופט מ' מזוז בדעת מיעוט); והשני – בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש, 1.12.2015), בו התקבלה העתירה בדעת הרוב, בשל מועד הוצאת הצו במקרה הפרטני שם, וזאת נגד דעתו החולקת של כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. עוד יוער, כי בתחילת חודש נובמבר 2015, ניתן פסק דין של בית המשפט הנכבד הדוחה עתירות דומות בסוגיה מושא ענייננו בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.11.2015; להלן – עניין חמאד).

10. נבקש להפנות לפסקי-דין של בית המשפט הנכבד מהשנה שעברה הדוחים אף הם עתירות בסוגיה מושא ענייננו, שהוגשו כנגד 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, 7.7.2015); בג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14 אבו ג'מל נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין אבו ג'מל); בג"ץ 8025/14 עכארי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין עכארי); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין ג'עאביס); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש, 11.8.2014; להלן – עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 1.7.2014; להלן – עניין עואודה); בג"ץ 8024/14 חג'אזי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.6.2015), שם נמחקה העתירה וניתן אישור לאטימת חדרו של המחבל; בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.10.2015; להלן – עניין סידר).

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

11. יתר על כן; ביום 31.12.2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (להלן – עניין המוקד להגנת הפרט), שבמסגרתו שבו ונותחו השאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיית השימוש בתקנה 119, שהן הסוגיות המועלות אף בעתירה שלפנינו.

הטענות שם נדחו בפסק דין מנומק ומפורט, תוך שנקבע כי אין מקום לשנות מפסיקתו ארוכת השנים והעקבית של בית המשפט הנכבד ביחס להפעלת התקנה.

עוד יצוין, כי בעניין המוקד להגנת הפרט הוגשה עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין, אשר נדחתה בהחלטתה של כב' הנשיאה מ' נאור מיום 12.11.2015 (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.11.2015)).

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

12. בשים לב לשורת הפיגועים שבוצעו בסמוך לביצוע הפיגוע מושא עתירות אלו 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; המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה זו בהקדם האפשרי, על דרך דחייתה.

#### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

13. העותרים 1-6 הם הוריו ואחיו של המחבל. העותר 1 הוא הבעלים הרשום של דירת המגורים מושא צו ההחרמה וההריסה, והוא אביו של המחבל.

#### תיאור הפיגוע

14. ביום 4.11.2015 ביצע המחבל, תושב חאלת חדור/חברון, פיגוע דריסה שכתוצאה ממנו נרצח החייל בנימין יעקובוביץ' ז"ל. בצהריי יום זה, הוצב כוח לוחמים שמנה ארבעה שוטרי מג"ב סמוך לצומת חלחול לצורך ביצוע משימת אבטחה. הכוח זיהה אדם חשוד שצעד לעברם מכיוון חלחול כשידיו בכיסים, והורה לו לעצור. החשוד לא נשא תעודה מזהה ועוכב על ידי הכוח לצורך בדיקה.

כרבע שעה לאחר מכן, בעת שהכוח פועל לזיהוי החשוד האמור, הגיע המחבל ברכב שכור במהירות מכיוון דרום לכיוון הצומת בו עמדו השוטרים, תוך שהוא מאיץ את מהירות הרכב ומתנגש בעוצמה בצומת. חלק מהשוטרים הצליחו לקפוץ אל צד הכביש, בעוד שהשוטר בנימין יעקובוביץ' ז"ל לא הספיק לעשות כן ונפגע באורח אנוש מפגיעת רכבו של המחבל.

15. מספר ימים לאחר מכן, וכתוצאה מפיגוע הדריסה אותו ביצע המחבל, נפטר שוטר מג"ב בנימין יעקובוביץ' ז"ל מפצעיו.

16. מהראיות המינהליות אשר בידי המשיב עולה, כי מדובר באירוע חבלני-רצחני, אשר תוצאותיו הטלניות. מטרתו של הפיגוע ברורה היא – לפגוע בחיילים חפים מפשע ממניעים לאומניים. הממצאים בזירה משקפים תמונה קשה ביותר של פיגוע מחריד, אשר בשל נס בלבד, לא נגמר עם אבידות רבות יותר בנפש.

17. על השתלשלות האירועים המתוארת למד המשיב, הן מתשאל השוטרים אשר נכחו במקום במועד הפיגוע, בחינת נתיב נסיעת רכבו של המחבל אשר לא הראה כל סימן לבלימה, וסרטון אשר תיעד את הפיגוע. לאחר הפיגוע, המפגע נורה על-ידי הכוח ונהרג.

### ההשתלשלות ההליכים עובר להגשת העתירה

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

19. ביום 31.12.2015 הודע למשפחת המחבל על כוונת המשיב "להחרים ולהרוס את הדירה בקומה השלישית במבנה בחברון המצוי בנ.צ. 210303.7/604721.26 כמסומן בתצלום האוויר המצורף, בה התגורר המחבל אבראהים סמיר אבראהים סכאפי ת"ז 854572625". בהודעה אף פורטו הטעמים העומדים בבסיס ההחלטה, כדלקמן:

"צעד זה ננקט הואיל וביום 4/11/15 ביצע הנדון פיגוע דריסה במהלכו האיץ את רכבו לעבר מספר שוטרי מג"ב אשר שהו בסמוך לגשר חלחול, פגע באמצעות רכבו בשוטר בג"מ בנימין יעקובוביץ' ז"ל, פצע אותו באורח אנוש ובחלוף מספר ימים נפטר השוטר מפצעיו על היות המפגע אחראי לפיגוע למד המפקד הצבאי, מתיעוד הזירה, וכן מעדויותיהם של יתר שוטרי מג"ב אשר נכחו בשטח, בעת האירוע".

צילום הודעת המשיב שניתנה ביום 31.12.2015 מצורף ומסומן מש/1

20. ביום 5.1.2016 הגישו העותרים 1-6 – בני משפחת סקאפי – השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של המחבל. בהשגה הועלו טענות בדבר ההחלטה הפרטנית לנקוט בסנקציה כאמור ביחס לדירת המגורים של סקאפי, וכן נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה. כן ביקשו העותרים לקבל את חומר החקירה של הפיגוע, זאת "על מנת להסיר את החשדות שמדובר בתאונת דרכים ולא במעשה טרורי". צילום ההשגה מיום 5.1.2016 צורפה לעתירה כנספח ב.

21. ביום 2.2.2016 פנתה באת-כוח העותרים למשיב במכתב בו נטען, כי בלילה שבין ה- 1.2.2016 ל-2.2.2016 הגיעו חיילים לבית המשפחה וביצעו קידוחים בקירות המבנה כהכנה לביצוע ההריסה. באת-כוח העותרים ביקשה את התייחסותו של המשיב לאירוע. צילום המכתב מיום 2.2.2016 צורף לעתירה כנספח ד.

22. במכתב מיום 2.2.2016 השיבה להשגה רת"ח תשתית ותפר מטעם היועץ המשפטי לאיו"ש, בשם המפקד הצבאי. במכתב נכתב, בין היתר, כדלקמן.

א. באשר לאופן הריסת המבנה נכתב, כי מאחר ומדובר בדירה בקומה השלישית, שיטת ההריסה אשר נבחרה הינה באמצעות חומר מוקצף מסוג פוליאוריתן. דהיינו, המחיצות הפנימיות של הדירה יהרסו באופן ידני, וחלל הדירה כולו ימולא בחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן שימנע שימוש בדירה. באופן זה, לא צפוי כל נזק או חבלה לדירות השכנות.

ב. אשר לדרישה לקבלת חומרי חקירה נכתב, כי סיווגם של החומרים אשר בידי מערכת הביטחון אינו מאפשר להעבירם לידי העותרים, וניתנה הפניה לסרטון גלוי אשר פורסם באינטרנט בו ניתן לראות בבירור את הפיגוע, קרי, את מכונית המפגע, סוטה מנתיב הנסיעה בפתאומיות כשהיא מאיצה את מהירות הנסיעה הישר לתוך קבוצת אנשים ששהו בצד הדרך. נבקש לציין כבר בשלב זה, כי כפי שיפורט מיד, האמור אינו מדויק, וישנו גם חומר ראיות גלוי אשר ייפרש במסגרת תגובה זו. נבקש להצר על תקלה זו.

ג. באשר לטענות הכלליות ביחס לעצם השימוש בסמכות לפי תקנה 119, הפנה המכתב לפסיקתו של בית משפט נכבד זה בעניין, והדברים יפורטו עוד בהרחבה בהמשך תגובה זו.

ד. עוד נמסר במכתב על הוצאת צו החרמה והריסה מתאים, שמימושו לא יחל בטרם יום ראשון ה- 7.2.2016 בשעה 9:00, קרי בטרם חלפו למעלה מ- 72 שעות ממועד המצאתו.

ה. באשר למכתבה של באת כוח העותרים בעניין הגעת החיילים לדירה לביצוע מדידות נמסר, כי הדבר לא היה ידוע לרת"ח תשתית ותפר, אלא עד לקבלת ההודעה ממשרדה של באת-כוח העותרים. עוד צוין כי הבעייתיות בהתנהלות זו הובהרה לגורמים המוסמכים אשר התבקשו כי הדבר לא ישנה תוך מתן הסבר כי ההגעה לבית נועדה לבחינת דרך נוספת לביצוע ההריסה.

צילום מכתב המענה למכתב ההשגה מיום 1.2.2016 צורף לעתירה כנספח ג.

בעניין זה נבקש לציין כי בסופו של יום, נמצא שביקור הכוחות כלל לא היה בקומת דירת העותרים, היא הדירה המיועדת להריסה בצו מושא עתירה זו, כי אם בקומה אחרת באותו בניין. ממילא, דין טענות העותרים בעניין זה להידחות.

23. כאמור, בצד מכתב מענה זה נמסר לעותרים צו החרמה והריסה של דירת המגורים בה התגורר סקאפי, עליו חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה. בצו ננקב הטעם להוצאתו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית, אברהם סמיר אברהם סכאפי ת"ז 854572625, אשר ביצע ביום 4/11/15 פיגוע דריסה במהלכו פצע באורח אנוש את שוטר משמר הגבול בנימין יעקובוביץ' ז"ל, אשר נפטר מפצעיו בחלוף מספר ימים".

צו החרמה והריסה מיום 1.2.2016 צורף לעתירה כנספח א.

24. ביום 7.2.2016 הוגשה העתירה דן, המופנית כנגד צו החרמה וההריסה שהוצא.

#### המבנה בו התגורר סקאפי

25. כאמור, המחבל ובני משפחתו מתגוררים בבניין תלת קומתי בחאלת חדור שבחברון. דירת המגורים בה התגורר המחבל עצמו, מצויה בקומה השלישית של המבנה, והיא דירת המגורים העומדת במרכז צו החרמה וההריסה דן.

26. במענה להשגה אשר הוגשה על ידי העותרים נמסר, כי הריסת דירת המגורים תבצע בהריסה ידנית ופעולת ההריסה תושלם באמצעות אטימת החלל שנוצר בחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן. אטימת החלל בחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן הינה כדי להבטיח שלא ייעשה שימוש בדירה, בניגוד לצו החרמה, לאחר ההריסה.

#### הטיעון המשפטי

27. את עתירתם מבססים העותרים על שני אדנים מרכזיים:

ראשית, העותרים טוענים כי האירוע בו היה מעורב המחבל כלל לא היה פיגוע אלא תאונת דרכים.

שנית, העותרים טוענים כי הצו אינו סביר ואינו מידתי, ומוסיפים בהקשר זה מספר טענות שונות.

28. טענתם הראשונה של העותרים, לפי אין מדובר בפיגוע אלא בתאונת דרכים, הינה מופרכת ומשוללת יסוד עובדתי.

הראיות המנהליות שבידי המשיבים מעידות בבירור כי מדובר היה בפיגוע קשה ומכוון בו היה מעורב המחבל, וכי לא היה מדובר בתאונה תמימה.

יש לדחות גם את טענתם השנייה של העותרים. הטיעונים המשפטיים שמעלים העותרים במסגרת זו אינן חדשים עמנו, והם נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד.

בשורת פסקי הדין – עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין חאמד, עניין עליאן ועניין ג'עאביס – 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 לפיה יש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים (ורי גם פסקי הדין בבג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.2009; להלן – עניין דוויאת); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.2009; להלן – עניין אבו דהים); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן (פורסם באר"ש, 15.2.2012; להלן – עניין מוגרבי).

כמו-כן, בפסק הדין העירוני שניתן ביום 31.12.2014 בעניין המוקד להגנת הפרט, נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות. כאמור לעיל, עתירה בבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה ביום 12.11.2015 בהחלטתה של כבוד הנשיאה מ' נאור. עמדת המשיב תפורט להלן.

#### התשתית הנורמטיבית

##### הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

29. 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."...

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. ..."

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

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

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

31. 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, פ"ד מד(3) 875 (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 כב' השופט (כתוארו אז) אי 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 בכות מפני ביצועם של מעשים רצחניים. כאמצעי חינוכי 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." [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

32. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת התקנה 119, ובמיוחד כאשר פועלה של הסנקציה הוא בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה"רגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

33. הפעלת הסנקציה של הריסת בית היא פועל יוצא של נסיבות הזמו 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. לעניין זה כבר פסק בית משפט נכבד זה מפי כבוד הנשיא מ' 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 מהותם של מעשי העבירה המבוצעים. אם מתרבים, למשל, מעשי רצח של אנשים בשל מגעיהם עם השלטונות הצבאיים, או אם מבוצעות התקפות שנועדו להביא לשריפתם של 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, מתפקידו המרכזיים של הממשל הצבאי."

כן נקבע בפסק 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 הביטחון 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 הדין החל... 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 איז מניעה 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 של הח"מ – ר.ש.]

34. 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.

35. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה, על שורה של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הצעד הננקט; 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.

36. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת חומרת מעשיו של המפגע; 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).

37. 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 בין השנים 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 דחים, 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 הישראלים. כאמור לעיל, עיקר פעילות הטרור **בשנתיים האחרונות** היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמצייהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים. עוד כאמור, העליה התלולה בפעילות הטרור בחודשים האחרונים, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

38. בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנתיים האחרונות שב המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכות המוקנית מכוח תקנה 119, הן על פי הדין בישראל הן על פי הדין באיו"ש. במסגרת זו הופעלה הסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתו של המחבל שרצח את נצ"מ ברוך מזרחי בערב ליל הסדר (עניין 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 22.10.2014, במסגרתו נהרגו תינוקות ותיירת (הבית נהרס לאחר שהמשפחה לא הגישה עתירה לבית המשפט); כלפי ביתו של אחד המחבלים שביצע את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (עניינו נדון בבג"ץ 8066/14); כלפי המחבל אשר ביצע פיגוע דריסה באיזור שיחי גיראח ביום 4.8.2014 בו נהרג תלמיד ישיבה (עניינו נדון בבג"ץ 7238/14 - עניין ג'עאביס); כלפי ביתו של המחבל הנוסף שביצע את הטבח בבית הכנסת בהר נוף (עניינו נדון בבג"ץ 8070/14); וכלפי 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. כן נהרס ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת רכבת הקלה "שמעון הצדיק" בירושלים (עניינו נדון בבג"ץ 8025/14).

כמו-כן, בעת האחרונה מומשה הריסת בתי המחבלים אשר היו מעורבים ברצח בני הזוג הנקין, ברצח מלאכי רוזנפלד וברצח דני גונן (העתירות שנידונו בעניין חאמד וכן בבג"ץ 7220/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את הרב נחמיה לביא ז"ל והחייל אהרון בנט ז"ל וכן פצע את אשתו של הרב לביא ז"ל ובנם הפעוט (עניינו נדון בבג"ץ 8567/15 ובבג"ץ 8782/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את ישעיהו קרשבסקי ז"ל ופצע נוספים (עניינו נדון בבג"ץ 8150/15); וכן נהרס ביתו של אחד המחבלים אשר ביצע את הפיגוע הרצחני בקו 78 בשכונת ארמון הנציב שבירושלים במהלכו נרצחו 3 אנשים ונפצעו נוספים (עניינם נדון בבג"ץ 8154/15 ובג"ץ 8156/15).

39. אשר לאפקטיביות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לצורך הרתעה, נבקש להפנות לפסק הדין בעניין חאמד (בג"ץ 7040/15) מיום 12.11.2015, בו הכריע בית המשפט בענין זה. וכך נפסק מפי כבוד הנשיאה מ' נאור:

"לאחר עיון בחומר החסוי דעתי היא, כי בשים לב לכך שעד התקופה האחרונה כמות הריסת הבתים הייתה מצומצמת יחסית, די במה שהוצג לנו כדי להביא לכלל מסקנה שאין מקום לעת הזו להתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שהחומר הובא לידיעתו), שלפיה הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים החוששים לפגיעה בבני משפחתם. כפי שציין השופט ע' פוגלמן בעניין סידר, "[...] למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת" (שם, פסקה 3). בהתאם לזאת, החומר שהוצג לנו הניח את דעתי. שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכוח. לפיכך, חרף הספקות שהובעו לאחרונה בפסיקה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, לא ראיתי מקום לסטות מההלכה הפסוקה, שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה".

40. כמוזכר לעיל, ביום 31.12.2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, כבוד השופטת א' חיות, כבוד השופט נ' סולברג) בעתירה העקרונית בעניין המוקד להגנת הפרט. 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 כבוד המשנה לנשיאה א' 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 19 היא הרתעתית, לא עונשית; מטרתה ליתן בידי המפקד הצבאי כלים שיוכלו ליצור הרתעה אפקטיבית, תכלית שקשה לחלוק על חשיבותה כשלעצמה [...]. אשר לשאלה האם יהיה בהרס המבנה הקונקרטי כדי ליצור הרתעה אפקטיבית, נקבע כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מסור שיקול הדעת לקבוע אימתי האמצעי יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת מטרת ההרתעה".

כבוד השופט נ' 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 לטרור 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 קבעה בפסק דינה, כי "דומני כי קשה לסווג הריסת בית של מפגע כענישה קולקטיבית במובנה המקובל, גם אם מביאים בחשבון כי כתוצאה מהריסת ביתו נפגעים גם בני משפחתו המתגוררים באותו הבית...".

#### מו הכלל אל הפרט – הצורך הביטחוני

41. 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. עיקר פעילות הטרור בעת האחרונה היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמצייהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים.

העלייה התלולה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים.

42. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לימים אלו. כך, בשנת 2013 נרשמו כ- 1,403 פיגועים; בשנת 2014 נרשמו כ- 2,216 פיגועים; בשנת 2015 נרשמו כ- 2,403 פיגועים; ונכון ליום 8.2.2016, בחלוף כחודש וחצי בלבד מאז החלה השנה הנוכחית, נרשמו 206 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 ועד היום, נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

43. הנתונים מעידים על כך שמתחילת שנת 2014, ובמהלך שנת 2015, ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים. בהם נהרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכו' בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

נספח המביא דוגמאות הממחישות את ההסלמה הכרונולוגית במהלך שנת 2015 בכמות הפיגועים וחומרתם, עד למועד הגשת התגובה, מצורף ומסומן מש/2.

44. מעיוו בנספח המצורף כ-מש/2 עולה באופן ברור, כי החודשים האחרונים מתאפיינים בשורת ארוכה של פיגועים, כאשר כמעט מידי יום ביומו מתרחשים פיגועים ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש.

45. 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 בוצעו לאחרונה, בפרט.

46. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני במרחב איו"ש, נמסרו לבית המשפט הנכבד עוד במסגרת ההליכים בעניין חמאד (שנדון בחודש אוקטובר 2015 האחרון), ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין חמאד):

"כפי שנקבע בפסיקה, תכלית התקנה היא תכלית הרתעתית, ולא עונשית. תכלית זו הוכרה כתכלית ראויה (לביקורת על גישה זו ראו, למשל: דוד קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 314, 319-327 (1993); עמיחי כהן וטל מימרן "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית" המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31, 5, 21-11 (2014)). הריסת בתים היא אמנם בגדר צעד חריף וקשה – בעיקר משום פגיעתו בבני משפחתו של המחבל אשר לעתים לא סייעו בידו ולא ידעו על תכניותיו. ואכן, [...] מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עוה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשוניים" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 3 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג). אולם, בהינתן הכוח ההרתעתי בשימוש בתקנה, לעתים אין מנוס מלעשות בה שימוש (ראו, למשל: בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)). על כן, נקבע בפסיקתו של בית המשפט זה, כי כאשר המעשים המיוחסים לחשוד הם חמורים במיוחד, ייתכן שיהיה בכך די כדי להצדיק שימוש בסנקציה החריגה של הריסת ביתו, וזאת מתוך שיקולי הרתעה (ראו: בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה ט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: עניין אבו ג'מל); בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003) (להלן: עניין שרבאתי)). כאלה הם כל המקרים מושא הצווים שלפנינו, אשר עניינם בפיגועים אכזריים, שבהם נרצחו אזרחים ישראלים בדם קר. כל זאת, על רקע המציאות הביטחונית הקשה, בה מדי יום מתבצעים לצערנו פיגועים וניסיונות פיגועים המכוונים נגד אזרחי ותושבי ישראל." [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

47. 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, אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פיסקת ההגבלה." [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

הנה-כי-כו, המשיב יטען, כי על רקע גל הפיגועים הרצחניים שאירעו לאחרונה, יש צורך ממשי בנקיטת פעולות הרתעה על מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים.

48. 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 מבנה מגוריו של המחבל במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת האירוע הרצחני, במהלכו ביצע המחבל פיגוע דריסה קטלני שכתוצאה ממנו נרצח שוטר מג"ב. עמדת המשיב היא שחיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה בעתיד.

49. בית המשפט הנכבד כבר נדרש בעבר לצורך העומד לנגד עיני 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 בהקשר זה לדבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' 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 בעניינינו 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." [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

זאת ועוד. לעניין זה, נפנה אף 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 ... החמרה ניכרת במצב הביטחוני חייבה זאת...מדובר אפוא בכמות מועטה, ולא ב"ענישה קולקטיבית" עסקינן".

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

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

51. משכך, עמדת המשיב היא, כי מדובר בהחלטה על-פי סמכות הנתונה למשיב בחקיקה ראשית; 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 המחבל לא ביצע את הפיגוע על רקע טרוריסטי אלא כי מדובר ב"תאונה תמימה"

52. המשיב יטען, טענה זו מוטב היה לה לולא נטענה כלל. בידי המשיב קיימות ראיות ברורות לכך שמדובר בפיגוע טרור. יצויין, כי טענות דומות נטענו על ידי בני משפחות מחבלים שביצעו את פיגועי הטרקטור בירושלים, שעניינם נדון בעניין דוויאת, בעניין מוגרבי, ובעניין ג'עאביס. בית המשפט הנכבד בעניין ג'עאביס קבע לעניין הרף הראייתי הנדרש כדלקמן:

"אוסף, כי בענייננו עולה השאלה הקונקרטית של רף הראיות הנדרש לשם הוצאת הצו מכוח תקנה 119. נקבע לעניין זה, כי כיון שאיננו נמצאים במסגרת ההליך הפלילי, די בכך שהונחו בפני המשיב ראיות מנהליות המניחות את דעתו כי אחד מתושבי הבית ביצע את אחד מהמעשים הנכללים בתקנה 119, על מנת להורות על הריסתו; ובמלותיו של השופט, כתארו אז, ברק: "כידוע, המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" (בל"צ 361/82 חסן חלף עליאל חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442 (1982); וראו גם בג"צ 6026/94 עבד אל רחים חסן נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 342, 338 (1994); בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 21 (1.7.14) " [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

מסקנה זו יפה לעניינו, ונפרט :

53. **ראשית**, נבקש להפנות לתמצית תיאור השתלשלות האירועים בפיגוע, כפי שהוצגה בפרק העובדתי דלעיל.

ביום 4.11.2015 הגיע המחבל כשהוא נוהג ברכב שכור מכיוון דרום לעבר צומת חלחול צפון. המחבל האיץ את מהירות רכבו, תוך שהוא סוטה מהנתיב לכיוון כוח של שוטרי מג"ב שביצע משימת אבטחה סמוך לצומת חלחול.

חלק מהכוח הצליחו לקפוץ לצד הכביש, בעוד שהמנוח לא הספיק לעשות כן ונפגע באורח אנוש כתוצאה מהדריסה. מספר ימים לאחר מכן נפטר המנוח מפצעיו.

**שנית**, כפי המצויין בהחלטה בהשגה, קיים סרטון אשר תיעד את זירת האירוע בזמן הפיגוע ממנו ניתן להתרשם אודות הפיגוע הרצחני. ניתן לצפות בסרטון בקישור הבא : [http://www.mako.co.il/news-military/security-q4\\_2015/Article-35eece77ab2d051004.htm](http://www.mako.co.il/news-military/security-q4_2015/Article-35eece77ab2d051004.htm)

בסרטון נראה המחבל מגיע ברכבו מכיוון דרום לכיוון צפון, בעוד כוח החיילים עומד בסמוך לצומת חלחול צפון. כאשר המחבל מתקרב לכיוון הצומת, הוא מאיץ את מהירות הרכב, סוטה מנתיב נסיעותו ושועט קדימה במהירות לעבר הכוח.

כפי שנראה בבירור בסרטון, המחבל מתנגש בעוצמה רבה בתלולית העפר שבצומת בה עומדים החיילים.

54. **שלישית**, לאחר הפיגוע נבדק הרכב אשר שימש את המחבל לביצוע הפיגוע ובמהלך הבדיקה נמצאה ברכב **סכין קפיצית שאורכה כ-23 ס"מ ואורך חלהב הוא כ-10 ס"מ**.

צילום דו"ח תפיסת מוצגים מצורף ומסומן **מ/ש/3**

55. **רביעית**, שוטרי מג"ב שנכחו בצומת בעת האירוע נחקרו ונגבו מהם עדויות התומכות בתיאור האירוע כמבואר לעיל, כאשר מהעדויות עולה כי הכוח הבחין בבירור בכך שהמחבל האיץ לעברם את מהירות רכבו. מפקד הכוח, שוטר מג"ב אבטמו גטמו, תיאר בעדותו את פיגוע הדריסה כדלקמן :

"בערך בשעה 16:00 אני מזהה רכב מסוג יונדאי קטנה בצבע אפור מגיע מכיוון חלחול מהכביש הפנימי מעל כביש 60 מכיוון דרום לכיוון צפון לכיווננו אנחנו באותו זמן עמדנו לייד בטונאדה שמוצבת בעיקול הכביש 50 מטר לפני החיבור לכביש 60. הרכב האיץ את מהירות נסיעתו ודהר לכיווננו ואני מיד צעקתי לצוות פיגוע ואז אני דן ואילן הצלחנו לקפוץ מאחורי הבטונאדה אבל בנימין לא הספיק לקפוץ והרכב פגע בו והעיף אותו מעל שתי תלוליות עפר וחול בערך מרחק של 15 – 20 מטר".

שוטר מג"ב דן יוסצנקו, שהיה גם הוא חלק מהכוח שנכח במקום, תיאר את האירוע כך :

"בדקנו בחור חשוד כבן 42 לערך לא היה לו תעודת זהות ואותו אדם נתן לנו מספר תעודת הזהות שלו בעל פה... העברנו דווח והמוקד שלנו ביקש להמתין איתו הוא בודק אותו לעומק והשבנו אותו בצד ליד הבטונדות.

ואז שמענו רעש של מנוע בצורה חזקה הסתכלתי וראיתי שהרכב נוסע בפראות לכיוון שלנו מפקד הכוח צעק תזהרו פיגוע אני קפצתי לעבר הבטון שליד הבטונדה... ואז אותו רכב פגע בערמת האדמה שהיתה במקום". [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

וכך תיאר השוטר השלישי בכוח הלוחמים, אילן קרנופולסקי, את פיגוע הדריסה :

"היום סמוך לשעה 16:00 הינו כול הארבע הינו ממוקמים בכביש ללא מוצא לכוון כרמי צור בחלחול צפון ואז לפתע שמעתי את המפקד שלי אבטמו צועק תזהרו פיגוע אני מיד קפצתי לצד קרוב לגבעת האדמה שבמקום ושמעתי רעש של מכונית מאיצה לכוון שלנו בצורה פראית ואז ראיתי שהרכב הספיק לפגוע בשוטר ששמו בנימין יעקובוביץ'...". [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

צילום הודעתו של מפקד הכוח, אבטמו גטמו, מצורף ומסומן מ/ש 4

צילום הודעתו של שוטר מג"ב דן יוסצנקו מצורף ומסומן מ/ש 5

צילום הודעתו של שוטר מג"ב אילן קרנופולסקי, מצורף ומסומן מ/ש 6

56. לסיכום עניין זה, ממכלול הראיות עולה בבירור, כי מדובר בפיגוע שבוצע על רקע לאומני, וזו גם הערכתם של גורמי הביטחון.

#### התייחסות ליתר טענות העותרים נגד החלטת המשיב

57. כפי שצוין לעיל, טענות העותרים נגד ההחלטה על ההחרמה וההריסה של דירת המגורים בה התגורר סקאפי, שונות. המשיבים יטענו כי דין כלל הטענות להידחות. ונפרט.

58. באשר לטענת העותרים, לפיה מתכוון המשיב להטמין בקירות הפנימיים חומרי נפץ זאת על מנת להרסם "באופן ראוותני", יטען המשיב כי מדובר בטענה שאינה מבוססת ואינה עולה מהאמור במענה למכתב ההשגה שנשלח לבאת כוח העותרים ביום 2.2.2015.

59. עוד יבקשו המשיבים להוסיף לעניין זה, כי מטרת הביקור הנוסף של כוח צה"ל בדירת המגורים, נועדה לבחון שיטת הריסה אשר בנסיבות עניינו של המבנה הספציפי הזה תהא מדויקת וכירורגית יותר. עם זאת, נזכיר כי כאמור לעיל, בדיעבד הסתבר שהבדיקות בוצעו בקומה שאינה הקומה בה מצויה הדירה המיועדת להריסה.

על כל פנים, המשיב יבקש להדגיש כי בעקבות אירוע זה חודדו הנהלים בקרב הגורמים המוסמכים כדי שהתנהלות דומה לא תישנה.

60. טענה נוספת בפי העותרים, והיא כי אין כל תועלת הרתעתית הנובעת משימוש בתקנה 119.

61. לכך נשיב, כי לאחרונה, נדרש בית המשפט הנכבד לסוגיה זו במסגרת פסק הדין בפרשת **חאמד**, וזאת לאחר שהוצגה בפני המותב הנכבד חוות דעת של שירות הביטחון הכללי המתייחסת לנושא הרתעת מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים על ידי שימוש בתקנה 119. וכך קבע בית המשפט הנכבד בעניין זה:

"על רקע דברים אלה, ובשים לב לכך שמאז ניתן פסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט חלפו מספר חודשים, העלינו בפני המשיבים בדיון שאלה אם נעשתה בדיקה כלשהי בנושא. בתשובה לשאלתנו, עמדו המשיבים על כך שבידם תומר חסוי, התומך בטענתם בעניין התועלת הנובעת מהריסת בתי מחבלים (לטענה דומה שהעלתה המדינה בעבר ראו, לדוגמה: עניין אבו סלים, בעמוד 574). בהסכמת באי-כוח העותרים, עיינו כאמור בחומר החסוי במעמד צד אחד. אדגיש, כי החומר שהוצג לנו אינו בגדר "מחקר", אלא מדובר בריכוז מידע. מידע זה מלמד על מקרים לא מעטים בהם נמנעו מחבלים בכוח מלבצע פיגועים עקב חששם מההשלכות על בתיהם שלהם ושל בני משפחתם.

29. לאחר עיון בחומר החסוי דעתי היא, כי בשים לב לכך שעד התקופה האחרונה כמות הריסת הבתים הייתה מצומצמת יחסית, די במה שהוצג לנו כדי להביא לכלל מסקנה שאין מקום לעת הזו להתערב בהחלטת המפקד הצבאי והדרג המדיני (שהחומר הובא לידיעתו), שלפיה הריסת בתים אכן מהווה גורם מרתיע למחבלים פוטנציאליים החוששים לפגיעה בבני משפחתם. כפי שציין השופט ע' פוגלמן בעניין סידר, "[...] למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת" (שם, פסקה 3). בהתאם לזאת, החומר שהוצג לנו הניח את דעתו, שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרתעה אצל מחבלים בכוח. לפיכך, חרף הספקות שהובעו לאחרונה בפסיקה ובספרות ביחס לכוח ההרתעה של הריסת בתים, לא ראיתי מקום לסטות מההלכה הפסוקה. שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה. [ההדגשה לא במקור - הח"מ]

ובעניין עוואדה נפסק מפי כבוד המשנה לנשיא (כתוארה אז) 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 בר' [עניין עואודה, פסקה 24]

ועוד ראו, דברי כבוד השופט נ' 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 כבוד השופט י' עמית.

62. העותרים טוענים כי סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119 אינה חלה בשטח A לאור הוראות הסכם הביניים בין מדינת ישראל לבין אש"ף משנת 1995.

63. המשיב יטען כי כפי שהכריע כבר בית משפט נכבד זה, דין הטענה להידחות. קליטתו של הסכם הביניים בדין הפנימי באיו"ש נעשתה באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון)(מס' 7), התשנ"ו-1995 (להלן: מנשר 7). בית המשפט הנכבד כבר פסק שהוראות מנשר 7 גוברות על הוראות הסכם הביניים, ככל שיש ביניהן סתירה.

64. מנשר 7 הותיר בידי המפקד הצבאי סמכויות רחבות הנוגעות, בין השאר, לשטחי A, כאשר סעיף 6ב. למנשר 7 קובע מפורשות, כי:

"קביעת מפקד כוחות צה"ל באזור כי כוחות ותחומי אחריות מוסיפים להיות בידו תהיה מכרעת לעניין זה."

65. משכך, מובן כי הוראות הסכם הביניים אינן יכולות למנוע מהמפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, וקביעתו של המפקד הצבאי כי הוא מוסמך להוציא צווים לפי תקנה 119 גם בשטח A היא המכרעת בעניין זה. לעניין זה, נבקש להביא מדברי בית המשפט הנכבד בעניין קוואסמה:

"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 בבואו 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".

66. טענה נוספת המועלית על ידי העותרים היא כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת המחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי.

67. לעניין זה נשיב, **ראשית**, כי בהתאם להלכה הפסוקה השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לתכלית הרתעתית, וכי אין לראות בו אך בשל כך שבני משפחת המחבל יפגעו מן הצעד האמור משום ענישה קולקטיבית, והדברים הובאו לעיל באריכות, מפסיקת בית המשפט הנכבד.

**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 אינה נדרשת ככזו, 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) מ' נאור בעניין אבו דהים, 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 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 בְּחֻטְאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין 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 משראו 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 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. [ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

בנוסף, כבוד השופט נ' סולברג קבע בסעיף 4 לפסק דינו 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 שצינתי 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 הבאושים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו באופן הזה לקדם ההרתעה מפני מעשים מזויעים מעין אלו שתוארו בעתירות הפרטניות; קרי, גם בפגיעה בבני משפחות המחבלים. ודוק: בפגיעה רכושית עסקינן, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כך המאזניים, כשמנגד, על כך המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים."

עוד ראו, דברי כבוד המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בעניין עואודה (בסעיף 22 לפסק הדין):

"22. 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 קורבו 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)."  
[ההדגשות של הח"מ – ר.ש.]

וכן ראו דברי כבוד 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."

ראו גם 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).

68. המשיבים יטענו, כי די בהלכה הפסוקה שהובאה לעיל כדי לדחות את טענות העותרים במישור זה של הדברים. כך על דרך הכלל, וכך בפרט בענייננו שכן טענות העותרים כלל אינן עולות בקנה אחד עם הראיות המינהליות שבידי המשיב.

69. אשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי טענה זו נדחתה באופן מפורש בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט, שם נקבע כדלקמן:

"אין להלום את טענת המבקשים כי כל הריסה שהיא, קטנה כגדולה וללא תלות בנסיבות הקונקרטיות, עולה בהכרח כדי עונש קולקטיבי האסור כאמור מכוח סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית...כך גם לגבי האיסור על 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 כבוד השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין]

וכך נקבע בעת האחרונה בפסק הדין בעניין חמאד :

"אכן, שעה שפעולות הטרור אינן מבחינות בין חיל לאזרח ובין שעת מלחמה לעת שלום; כאשר כל אדם, בחזית ובעורף כאחד, הוא מטרה; כאשר כל פלי יוצר לנשק יצלח, כשלדאבוננו הופכים המפגעים אתיהם לחרבות ומזמרותיהם לחניתות (השוו ישעיהו נד, יז; ב, ד) – הציפייה מצד המדינה להמשיך ולדבוק בהבחנות הדיכוטומיות שיצר המשפט הבינלאומי עלולה לכבול את ידיה במלחמתה בטרור, ולסכן את בטחון אזרחיה (וראו מודריק-אבן חן, עמוד 109 ואילך).

(ב) מצב הדברים לעת הזאת, משפיע באופן ישיר על הפרשנות שיש ליתן למשפט הבינלאומי. איננו יכולים לפרש את האמנות הבינלאומיות שקיבלה על עצמה מדינת ישראל במנותק מן ההיבט הקונקרטי של המלחמה בטרור שלדאבון הלב אנו מצויים בה, ומבלי לתת את הדעת על הדילמות הערכיות הייחודיות לה מצד אחד, ועל הצרכים הבטחוניים שהיא מעוררת מצד שני". [שם, בסעיף 3 לפסק דינו של כבוד השופט נ' סולברג]

70. לסיום, יוער כי נוכח חומרת מעשיו של המתכל והתוצאה הקשה של פיגוע הדריסה אשר ביצע, שהסתיים ברציחתו של שוטר מג"ב; לא מצא המשיב כי מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות צמצום היקף צו ההחרמה וההריסה.
71. עם זאת, בהתייחס לטענות העותרים בדבר לשון הצו לפיה "חל איסור לבנות כל מבנה על החלקה נשוא צו זה", הרי שאין האמור מתייחס לנחלה עליה מצוי הבניין, כי אם לדירת המגורים הספציפית.

#### סיכום

72. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי דירת המגורים שבה התגורר המתכל.
73. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה דן בהקדם האפשרי.
74. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד פיקוד מרכז, האלוף רוני נומה.

היום, ב' אדר א תשע"ו, 11 פברואר 2016

דו"ק שויקה איתן עו"ד  
סגן בכיר בפרקליטות המדינה