

1. מרעי
2. מרעי
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זולצברגר

על ידי ב"כ עוה"ד גבי לסקי ו/או עו"ד לימור וולף ו/או עו"ד נרי  
רמתי ו/או עו"ד טליה רמתי  
מרח' בן אביגדור 18, ת"ד 57092, תל אביב 6157002  
טלפון: 03-6243215; פקס': 03-6244387  
נייד: 054-4418988; דוא"ל: [laskvlaw@yahoo.com](mailto:laskvlaw@yahoo.com)

### העותרים

### נ ג ד

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466590; פקס': 02-6467011

### המשיבים

### תגובה מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופטת א' חיות) מיום 10.2.16 ולבקשת הארכה בת  
שעה וחצי מיום 14.2.16, ולקראת הדיון בעתירה הקבוע ליום 15.2.16, מתכבדים המשיבים להגיש  
את תגובתם המקדמית לעתירה, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה דנן בצו החרמה והריסה (להלן – "הצו") שהוצא ביחס לדירת  
המגורים בה התגורר עבד מרעי (להלן: "המחבל" או "עבד") בקומה השנייה של  
מבנה בקראות בני חסן בקלקילה. בדירת המגורים התגורר עבד עם בני משפחתו  
(העותרים 1 ו- 2 הם הוריו), ובו שהה עת לא היה מצוי במעונות הסטודנטים  
באוניברסיטת אבו דיס.
2. הצו הוצא על-ידי המשיב 1 (להלן: "המשיב" וגם "המפקד הצבאי"), בהתאם לסמכות  
הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"  
ו"תקנות ההגנה"), לאחר שעבד, אשר כאמור התגורר בדירת המגורים המיועדת  
להחרמה ולהריסה, ביצע, ביום 3.10.2015 ביחד עם מוהנד חלבי (להלן: "חלבי"), פיגוע  
דקירה בעיר העתיקה בירושלים, אשר כתוצאה ממנו נרצחו הרב נחמיה לביא ז"ל ואהרון  
בנט ז"ל, ונפצעו רעייתו של אהרון בנט ובנם הפעוט.

3. העותרים 1-2 הם הוריו של המחבל, ודירת המגורים המיועדת להחרמה ולהריסה היא בית מגורי המשפחה. העותרת 3 היא ארגון "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר". במסגרת עתירתם, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

"מדוע לא יימנו מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת בבית משפחתם של העותרים 1 ו-2".

כמו כן, ביקשו העותרים כי יוצא צו על תנאי שיורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

"א. מדוע לא ימסרו לעותרים פירוט אודות התכניות לביצוע צו ההחרמה וההריסה (להלן הצו), וחוות דעת עובר למימוש הצו, וכן תינתן ארכה כדי לאפשר את בדיקת התכניות ע"י מהנדס מטעם העותרים;

ב. מדוע לא יציגו מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר האפקטיביות הנטענת של הריסת בתים כאמצעי הרתעה בטרם יורו על ביצוע ההריסה וכתנאי למימושה";

4. בגדרה של העתירה זו אף התבקש סעד ביניים אשר יעכב את ביצוע הצו עד להכרעה בעתירה לגופה.

5. ביום 10.2.16 ניתנה החלטתו של בית משפט נכבד זה (כב' השופטת א' חיות), לפיה דירת המגורים מושא העתירה לא תוחרם ולא תהרס עד להחלטה אחרת.

6. המשיבים יטענו, כי דין העתירה, וכן הבקשה למתן צו ביניים, להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

7. 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 נרצחו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים**. עיקר פעילות הטרור היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמים. העליה 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 המתבל שביצע את הפיגוע הרצחני בו עסקינן, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.

8. 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 י' עמית בפסקה 6 לבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 22.12.15) (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".

9. נפנה ראשית לפסקי הדין שניתנו לאחרונה. ביום 22.12.15 ניתן פסק הדין בשלוש עתירות אשר נידונו יחד (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15), במסגרתו נדחו בדעת רוב שלוש העתירות, אשר העלו טענות דומות לאלו המועלות בעתירה זו (ואולם, ראו גם פסק דינו בדעת מיעוט של כב' השופט מ' מזוז).

כשבוע לאחר מכן, ביום 28.12.15, ניתן פסק דין נוסף בשתי עתירות (בג"ץ 8567/15 ובג"ץ 8782/15), אשר דחה אף הוא טענות זהות למדי ואישר נקיטה בסנקציה לפי תקנה 119.

עוד נפנה בהקשר זה לשני פסקי דין נוספים: האחד, מיום 1.12.2015, במסגרת בג"ץ 7220/15 דועאא עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל (להלן – בג"ץ עליוה), 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 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, 15.11.15; להלן: "עניין חמאד").

10. נוסיף לכך כי בשנה החולפת, ניתנו פסקי-דין של בית המשפט הנכבד 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, 7.7.15; 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 7823/14 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 חגי'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.**

11. יתר על כן; ביום 31.12.14 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).

12. זאת ועוד, אך לפני שבועות ספורים דן בית משפט נכבד זה בשתי עתירות (בג"ץ 8567/15 ובג"ץ 8782/15) **במסגרתן נתקף צו החרמה והריסה ביחס לבית מגוריו של מוהנד, אשר ביצע את הפיגוע ביחד עם עבד**. בפסק דינו של בית המשפט הנכבד מיום 28.12.2015, נדחו שתי העתירות, בשים לב, בין היתר לנסיבות הפרשה הקשה (להלן: "פסק הדין בעניין בית מגוריו של מוהנד").

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

13. 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 שלדעתנו 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 אלה בהקדם האפשרי, על דרך דחייתה.**

## עיקרי העובדות הצריכות לעניין

14. כאמור לעיל, העותרים 1-2 מתגוררים בדירת המגורים מושא צו ההחרמה וההריסה, והם הוריו של המחבל עבד אל עזיז מרעי אשר התגורר, ביחד עם בני משפחה נוספים, בדירת המגורים דנן. מן המידע אשר נמסר על ידי בני המשפחה לאחר הפיגוע, המחבל למד כסטודנט באוניברסיטת אבו דיס, בדירה במעונות סטודנטים, אולם הוא נהג לשהות בבית המשפחה בסופי השבוע וכן בחופשותיו מלימודיו באוניברסיטה, לעיתים לתקופות העולות על שבוע ימים. ממידע נוסף שהתקבל עלה כי המחבל גר במשך מרבית חייו בכפר וכי מאז החל ללמוד באוניברסיטה, הוא נראה בכפר מגוריו כפעמיים בחודש לערך.

### תיאור הפיגוע

15. תיאור הפיגוע וחלקו של עבד בו מפורט בעובדות כתב האישום אשר הוגש נגד עבד, כפי שיפורט להלן.

בתמצית יאמר כי כפי שעולה מכתב האישום אשר הוגש נגד עבד, עבד פגש את מוהנד יום קודם לביצוע הפיגוע (ביום 2.10.2015). למחרת, ביום 3.10.2015 נפגשו עבד ומוהנד ונכנסו לתחומי ישראל באופן בלתי חוקי. לאחר שכוחות משטרה לא אפשרו למוהנד להכנס להר הבית, ציין מוהנד בפני עבד כי הוא מרגיש מושפל משום שלא התאפשר לו להתפלל במסגר אל אקצא, ושזוהי זכותו כמוסלמי. מוהנד ציין בפני עבד כי הוא חש רצון לסטור לשוטר שמנע ממנו להכנס להר הבית, אך עבד אמר לו שלא יעשה כן משום שבכך הוא מסתכן במעצר.

16. בשלב זה עלה במוחו של עבד הרעיון לבצע יחד עם מוהנד פיגוע בו יהרגו יהודים. עבד אמר למוהנד שאל לו להסתפק בסטירה ואם ברצונו לבצע פעולה, עליו לבצע "משהו שווה".

17. עבד רכש סכין קצבים גדולה, באורך כ-30 ס"מ וברוחב כ-5 ס"מ בעל ידית עץ ולהב מחודד מכספו של מוהנד. עבד נתן את הסכין למוהנד, עודד ושכנע אותו לבצע פיגוע דקירה רצחני שסופו יהיה במותו של מוהנד. לאחר מכן נסע עבד באוטובוס לדירה במעונות הסטודנטים באבו דיס.

18. כעולה מכתב האישום ועל פי ממצאי החקירה, המבוססים, בין היתר, על תיעוד מצלמות המצויות באזור הפיגוע, מוהנד הגיע ביום 3.10.15 לרחוב הגיא בעיר העתיקה בירושלים ומעט לאחר השעה 19:00 באותו יום החל לתקוף בדקירות סכין קטלניות את עוברי האורח.

19. כתוצאה מהתקיפה נרצחו הרב נחמיה לביא ז"ל והחייל אהרון בנט ז"ל וכן נפצעו אשתו של אהרון ובנם הפעוט.

20. מסע הרצח של מוהנד הסתיים רק בעקבות ירי שביצעו לעברו שוטרי מג"ב שהגיעו לאזור הפיגוע, וכתוצאה מהירי נהרג מוהנד.
21. כשראה עבד מבזק חדשות בו דווח על הפיגוע הוא השתחווה והודה לאלוהים. למחרת בבוקר, עבד העלה לעמוד ה"פייסבוק" שלו את תמונתם שלו ושל מוהנד בצירוף המילים "דברי שבח לשהאדה" והרהר ברעיון לבצע בעצמו פיגוע דקירה רצחני נוסף.
22. ביום 5.11.2015 הוגש כתב אישום נגד המחבל בבית המשפט המחוזי בירושלים, במסגרתו **הואשם ב- 21 פרטי אישום**: 2 עבירות של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין"), עבירת נסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק העונשין, פעולה ברכוש למטרות טרור – עבירה לפי סעיף 8 לחוק איסור מימון טרור, תשס"ה – 2005, ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת – עבירה לפי סעיף 85(1)(ג) וסעיף 73 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, החזקת סכין – עבירה לפי סעיף 186 לחוק העונשין, 5 עבירות של כניסה לישראל שלא כדין, לפי סעיף 112(1) לחוק הכניסה לישראל תשי"ב – 1952, ו – 10 עבירות של סיוע לכניסה לישראל שלא כדין לפי סעיף 112(1) לחוק הכניסה לישראל תשי"ב – 1952 בצירוף סעיף 31 לחוק העונשין.

#### העתק מכתב האישום בתפ"ח 15-11-12860 מצורף ומסומן מש/1.

יצויין כי שלב ההקראה בהליך הפלילי הסתיים. התיק נקבע לשמיעת הוכחות בחודש יוני 2016.

#### ההשתלשלות ההליכים עובר להגשת העתירה

23. 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 פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי הדירה בה התגורר המחבל.
24. ביום 20.1.2016 הודע למשפחתו של המחבל על כוונת המשיב "להחרים ולהרוס את הדירה בקומה השניה במבנה בקראות בני חבן המצוי בנ.צ. 209670.73/670732.94 כמסומן בתצלום האוויר המצורף, בה מתגורר המחבל עבד אל עזיז מרעי (ת"ז 854802303)". בהודעה נמסר, כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון לקח חלק בהוצאות לפועל של פיגוע דקירה קטלני ביום 3.10.2015 בעיר העתיקה בירושלים, במהלכו נרצחו אהרון בנט ז"ל ונחמיה לביא ז"ל, הכל כמפורט בכתב האישום אשר הוגש כנגד המפגע ביום 5.11.2015 והמצורף להודעה זו". כמו כן, בהודעה אף נמסר על האפשרות להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו ההחרמה וההריסה, בטרם תתקבל על ידו החלטה סופית בעניין.
- ההודעה על כוונת המשיב שניתנה ביום 20.1.2016 צורפה לעתירה כנספח 3.

25. ביום 25.1.16 הגישו העותרים השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של המחבל. בהשגה הועלו טענות בדבר ההחלטה הפרטנית לנקוט בסנקציה כאמור ביחס לדירת המגורים של עבד, וכן נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה.

צילום ההשגה מיום 25.1.16 צורף לעתירה כנספח 4.

26. במכתב מיום 7.2.16 השיבה רת"ח תשתית ותפר מטעם היועץ המשפטי לאיו"ש, בשם המפקד הצבאי, להשגה. במכתב נכתב, בין היתר, כדלקמן.

א. באשר לטענה בדבר הישענות על תשתית עובדתית לקויה, הובהר כי מהמידע אשר נמסר ע"י בני המשפחה לאחר הפיגוע עלה כי עובר לביצוע הפיגוע נהג המפגע לשהות בבית המשפחה בסופי השבוע וכן בחופשותיו מלימודיו באוניברסיטה. לעיתים לתקופות העולות על שבוע ימים ברצף. ממידע נוסף שהתקבל עלה כי המפגע גר במשך מרבית חייו בכפר וכי מאז החל ללמוד באוניברסיטה הוא נראה בכפר מגוריו כפעמיים בחודש לערך.

ב. באשר לטענות בדבר מעורבות המחבל בפיגוע, הובהר כי המפגע הודה בחקירתו כי הוא שהגה את הרעיון לבצע את הפיגוע ועודד את מוהנד לבצעו. עוד צויין כי כתב האישום אינו מבוסס רק על הודאתו של המחבל אלא גם על מוצגים נוספים. הובהר כי טענות בדבר פסילת עדותו צריכות להתברר במסגרת ההליך הפלילי וכי התשתית הראייתית הקיימת כעת, מספקת לצורך הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי.

ג. באשר לטענה לסכנה לשאר חלקי הבניין, הובהר כי הדירה צפויה להרס באמצעים ידניים בלבד, כך שלא צפויה פגיעה ביתר חלקי המבנה או במבנים סמוכים. עוד צויין כי לא קמה חובה לצרף את חוות הדעת מטעם המהנדס.

ד. 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.

ה. בסיום המכתב נכתב כי נמסר בזאת צו החרמה והריסה מתאים, וכי מימוש צו זה לא יחל בטרם יום 10.2.16 בשעה 12:00, קרי בטרם יחלפו 72 שעות ממועד המצאתו.

צילום מכתב התשובה למכתב ההשגה מיום 7.2.16 צורף לעתירה כנספח 5.

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

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית, עבד אל עזיז מרעי, ת.ז. 854802303, לקח חלק יחד עם מוהנד חלבי בהוצאתו לפועל של פיגוע דקירה קטלני ביום 3/10/2015 בעיר העתיקה שבירושלים, במהלכו נרצחו אהרון בנט ז"ל ונחמיה לביא ז"ל ונפצעה נעמה בנט ותינוקה בן השנתיים".

צו החרמה והריסה מיום 7.2.16 צורף לעתירה כנספח 1.

28. ביום 10.2.16 הוגשה העתירה דנן, המופנית כנגד צו ההחרמה וההריסה שהוצא.

### המבנה בו התגורר המחבל

29. כאמור, המחבל ובני משפחתו מתגוררים בדירת מגורים המצויה בקומה השניה של מבנה בקראות בני חסן בקלקילה. בקומת הקרקע של המבנה ישנו מצד אחד חלל המשמש לאכסון ומציידה השני של הקומה ישנו בית קפה המתופעל על ידי אחיו של המחבל.

30. במענה להשגה אשר הוגשה ע"י העותרים ובמכתב מיום 3.2.16 נמסר, כי הריסת דירת המגורים תעשה באמצעים ידניים בלבד כך שלא צפויה פגיעה ביתר חלקי המבנה שאינם חלק מן הדירה בה התגורר המחבל או במבנים הסמוכים לה.

### הטיעון המשפטי

31. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירותיהם אינן חדשות עמנו, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי הדין הנ"ל – עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין עכארי; עניין חגי'אזי ועניין ג'עביס – 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, 18.3.09; להלן: "עניין דוויאת"); בבג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלון פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: "עניין אבו דהים"); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלון פיקוד העורף - האלון יאיר גולן (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: "עניין מוגרבי").

כמו-כן, בפסק הדין העקרוני שניתן ביום 31.12.14 בעניין המוקד להגנת הפרט, נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות. כאמור לעיל, עתירה בבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה ביום 12.11.15 בהחלטתה של כבוד הנשיאה נאור. עמדת המשיב תפורט להלן.



## התשתית הנורמטיבית

### הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

32. 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 כ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. ..."

33. 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.

34. 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 90(1) 75 (1990), כדלקמן:

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

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, כמו 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) א' 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... הפעלת 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." [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

35. 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.

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

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

יוצא של חומרת העבירה, של תדירות ביצועה ושל 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 כב' 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 סוגר 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 אינו 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 אינן במקור – הח"מ]

37. 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.

38. 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.

39. 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**).

40. 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 בשיבת מרכז הרב ומפגעים בשני פיגועי דריסה בירושלים. שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה - **עניין אבו דהים, עניין דוויאת, עניין מוגרבי** - נדחו.

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 לעיל, עיקר פעילות הטרור **בשנתיים האחרונות** היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם 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.

41. 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 22.10.14, 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 4.8.14 בו נהרג תלמיד ישיבה (עניינו נדון בבג"ץ 7238/14 - **עניין ג'עביס**); 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 מוכשה הריסת בתי המחבלים אשר היו מעורבים ברצח בני הזוג הנקין, ברצח מלאכי רוזנפלד וברצח דני גוון (העתירות שנידונו בעניין **חאמד** וכן בבג"ץ 7220/15); נהרס ביתו של מוהנד, **שותפו של המחבל בעניו דנו**, אשר רצח את הרב נחמיה לביא ז"ל והחייל אהרון בנט ז"ל וכן פצע את אשתו של הרב לביא ז"ל ובנס הפעוט (עניינו נדון כאמור לעיל 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 ביצעו 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).

42. 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 כב' 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, התומר 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". [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

43. כמוזכר לעיל, 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 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 מסוד 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 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

44. 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 למאמציהם 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.

45. 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 8.2.16, 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.

46. הנתונים מעידים על כך שמתחילת שנת 2014, ובמהלך שנת 2015 ותחילת שנת 2016, ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן 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.

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

48. 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.

49. 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 ענה – 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 אינן במקור – הח"מ]

50. 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, עובדי אורח ומתפללים בבית כנסת, סימו אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה, אך מצבי קיצון אלה אסור שישכחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פסקת ההגבלה." [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

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

51. 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 מסע הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצחו בדם קר שני בני אדם, וכן נפצעו אישה ובנה הפעוט. עמדת המשיב היא שחיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה בעתיד.

52. 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 בהקשר זה 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 בפסיקה של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי שצינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה



פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנהיגות 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 – הח"מ)

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 (בית ורצחו של נצ"ם ברוך מזרחי ז"ל, והבתים שבהם התגוררו שלושת חברי החוליה שחטפו ורצחו את שלושת הנערים גיל-עד שעאר, נפתלי פרנקל ואיל יפרח ז"ל). החמרה ניכרת במצב הביטחוני חייבה זאת... מדובר אפוא בכמות מועטה, ולא ב"ענישה קולקטיבית" עסקינן".

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

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

### התייחסות לטענות העותרים

55. המשיבים יטענו כי דין כלל טענות העותרים להידחות. ונפרט.
56. דומה כי טענתם המרכזית של העותרים היא כי ההחלטה בדבר החרמת והריסת דירת המגורים חורגת מסמכות ולוקה בתשתית עובדתית לקויה. זאת משום שהמחבל לא התגורר בדירת המגורים ולא ניתן לייחס לו זיקה אליה ברמה הנדרשת, שכן הוא מתגורר כשלוש שנים במעונות הסטודנטים באוניברסיטת אבו דיס.
57. המשיבים יטענו כי דין טענה זו להידחות. כפי שפורט במענה להשגת העותרים, מן המידע אשר נמסר על ידי בני המשפחה לאחר הפיגוע, המחבל למד כסטודנט באוניברסיטת אבו דיס, בדירה במעונות סטודנטים, אולם הוא נהג לשהות בבית המשפחה בסופי השבוע וכן בחופשותיו מלימודיו באוניברסיטה, לעיתים לתקופות העולות על שבוע ימים. ממידע נוסף שהתקבל עלה כי המחבל גר במשך מרבית חייו בכפר וכי מאז החל ללמוד באוניברסיטה, הוא נראה בכפר מגוריו כפעמיים בחודש לערך.

ככל שיהיה בכך צורך, ניתן יהיה להציג בפני בית המשפט הנכבד מידע חסוי בעניין זה, בהסכמת העותרים, במעמד צד אחד.

58. עמדת המשיבים היא כי יש בשהות זו של המחבל בדירת המגורים כדי להקים את הזיקה הנדרשת. ודוק - דירה במעונות סטודנטים היא מקום מגורים ארעי ואינה תחליף לבית המגורים של המחבל, אליה שב המחבל כאמור לעיל בעת חופשות ובסופי שבוע.

בהקשר זה ראו את דבריו של כב' הנשיא (דאז) א' ברק בבג"ץ 361/82 חסן חלף עליאל חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, בפסקאות 5-6 לפסה"ד:

"לטענתה של הגב' צמל, סמכותו של המפקד הצבאי מותנית בכך, כי נוכח לדעת שה- "inhabitants" או "some of the inhabitants" ביצעו עבירה כאמור בתקנה, ותנאי זה לא נתקיים בענייננו, הן משום שראתב ומחמוד אינם "inhabitants" ולחלופין, אין הם "some... Inhabitants". את טענתה הראשונה סומכת הגב' צמל על כך. כי ראתב ומחמוד מצויים רוב זמנם בבית-ספרם שבכפר אחר ולא בבית הוריהם. ואילו את טענתה השנייה סומכת הגב' צמל על כך, כי בכל אחד מהבתים מצויות נפשות רבות, ועל-כן אין לראות בראתב ובמחמוד "some inhabitants", שכן ביטוי אחרון זה משמעו יותר מדייר אחד.

6. בטענותיה אלה של הגב' צמל אין ממש. ראתב ומחמוד מתגוררים בבתי הוריהם והפעולה המיוחסת להם בוצעה על-ידיהם אותה עת. עצם העובדה. כי במשך שנת הלימודים הם מצויים מחוץ לבית הוריהם. אין בה כדי למנוע מהם מלהתגורר ולהיות inhabitants של בתי הוריהם בתקופת החופש. בה הם מצויים עם הוריהם, מכיוון שכך אין לנו צורך להכריע בשאלה, אם לצורך התקנות ניתן לראות בהם inhabitants, שעה שהם מצויים בכפר אחר לצורכי לימודיהם. עניין זה תלוי, מטבע הדברים, בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה ובטבעה של ההיעדרות מן הבית, ועל כל אלה לא שמענו טיעונים, לא הוצגו לנו ראיות ואין אנו נדרשים להכריע בכך לצורכי העתירה שלפנינו". [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

59. אשר לטענת העותרים לפגיעה בזכות העיון והטיעון שלהם עקב כך שלא נמסרו להם דו"ח מיפוי הדירה וחוות דעת הנדסית, המשיבים יטענו כי לא נפגעה זכות הטיעון של העותרים ובכלל זאת אף לא זכותם להליך הוגן, שהרי בשלב ההשגה נמסרה להם שיטת ההריסה שנבחרה, שהיא שיטה זהירה ומדוייקת של הריסה באמצעים יזניים בלבד. המשיבים יזכירו כי לפי פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין חאמד, לא מוטלת חובה להעביר את חוות הדעת ההנדסיות, ודי בכך שהוצגה לעותרים תמונה כוללת של ההריסות המתוכננות.

60. במענה לנטען בסעיף 14 לעתירה לפיו לא נמסר במקרה דנן כי תהליך ההריסה ילווה לכל אורכו על ידי מהנדס צבאי על מנת שיוודא כי ההריסה תבצע בהתאם לחוות הדעת המקצועית, נבקש להבהיר כי הליך ההריסה אכן ילווה על ידי מהנדס צבאי.

61. באשר לטענת העותרים כי לא נמסר להם מלוא חומר החקירה בעניינו של המחבל, נשוב ונפנה למכתב התשובה להשגה, בו צויין כי מרגע שהוגש נגד המחבל כתב אישום, ברי כי כל חומר החקירה הועבר לסנגורו, והעותרים יכולים לעמוד בקשר עם סנגורו על מנת לקבל לידיהם את כל חומר החקירה הרלוונטי.

62. עוד טוענים העותרים כי אחריותו של המחבל לפיגוע לא הוכחה ברמה הנדרשת לצורך השימוש בתקנה 119. אף דינה של טענה זו להידחות.

ראשית, כפי שצויין בתשובה להשגה, המחבל הודה במסגרת חקירתו כי הוא אשר הגה את הרעיון לבצע את הפיגוע ועודד את מוהנד לבצעו. בהודאתו, תיאר המחבל לפרטי פרטים את קניית הסכין ומסירתה למוהנד והצביע על מקום רכישת הסכין, המחבל אף נטל ממוהנד את רשיון הנהיגה שלו והפלפון שלו, ואלו נמצאו ברשותו לאחר הפיגוע. כן צויין במכתב כי כתב האישום אינו מבוסס רק על הודאת המחבל אלא קיימים פרטים נוספים לרבות מוצגים אשר נתפסו בדירת הפיגוע התואמים את ההודאה, לרבות תמונותם של המחבל ומוהנד.

שנית, כידוע, כתב אישום עולה כדי ראיה מנהלית משמעותית, אשר רשות מנהלית רשאית להתחשב בה. ראו בהקשר זה ענין עואודה שהוזכר לעיל, בסעיף 25 לפסה"ד:

"העותרים טענו כי מו הראוי להמתין לסיום משפטו של עואד, ורק אם יורשע – לטקול את הריסת ביתו. ואולם, כפי שפורט לעיל, כבר נקבע בפסיקתנו כי על-מנת להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, די בראיות מנהליות המעידות על כך שבבית המיועד להריסה מתגורר מפגע (ראו: פרשת נזאל, עמוד 343; פרשת שרבאתי, עמוד 815). עמדתי לעיל על הראיות המנהליות כנגד עואד, וביניהן הודעותיו המפורטות של בנו וכתב האישום שהוגש כנגדו. על רקע זה, אין לדעתי מקום להתערב בהחלטת המשיב להורות על הריסת ביתו של עואד, שנשמכה על ראיות מנהליות אלה. אף העותרים לא חלקו בפה מלא על כך".  
[ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

63. אשר לטענת העותרים לפיה ההחלטה בלתי מידתית, וכי לא נעשה שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, עמדת המשיב היא כי לא יהא די בהריסה חלקית או אטימה לשם השגת מטרות ההרתעה במקרה זה. זאת, בשים לב לנסיבות הפיגוע החמור.

יתר על כן, טענות אלו הועלו ונדחו על ידי בית משפט נכבד זה במסגרת העתירות שנגעו להריסת בית מגוריו של מוהנד, שותפו של המחבל לפיצוע הפיגוע. וכך נאמר בסעיף י' לפסה"ד:

"שלישית, לטענה כי ניתן להסתפק באמצעי פוגעני פחות חלף הריסת הבית, למשל אטימת חדרו של מוהנד והשירותים הסמוכים לו: ככלל, הערכת מידת ההרתעה הטמונה באמצעי הקונקרטי שננקט מכוח התקנה נתונה לשיקול דעתו המקצועי של המשיב (עניין קואסמה, פסקה 26; עניין עואודה, פסקה 24). בענייננו, הדגיש המשיב כי נוכח הרצח הכפול שביצע מוהנד והפציעות הנוספות שגרם. לא יהא די בהריסה חלקית או באטימה לשם השגת מטרות ההרתעה: לא ראינו להתערב בשיקולי ביטחון אלה המסורים מעצם טיבם למשיב. ובנסיבות הפרשה הקשה לא ניתן לומר כי הם לוקים בחוסר סבירות מן הסוג המצדיק התערבות. מאותם טעמים אין לומר כי הבחירה במקרה דנא באמצעי של הריסה מלאה חלף הריסה חלקית או אטימה אינה מידתית: כפי שנקבע בפסיקה ענפה של בית משפט זה, המידתיות נמדדת. בין היתר, ביחס לחומרת המעשים, ובענייננו אלה חמורים במיוחד בלא ספק (ראו עניין חמאד, פסקאות 23-24; בג"צ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003); וכן ראו והשוו בג"צ 8024/14 חג'אזי נ' אלוף פיקוד העורף (15.6.2015), בו הסכימה המדינה לחזור בה מכוונתה להורות על הריסת בית המחבל, לאחר הוצאת צו-על-תנאי, ועברה לאטימה, בין היתר נוכח העובדה שהמעשים שיוחסו למחבל לא היו ברף החומרה העליון, משהאירוע לא הסתיים למרבה המזל בקיפוח חיי אדם; וכשלעצמי סברתי כי אין מקום להורות על הריסת המבנה בשלמותו גם בעניין אבו חאשיה, עתירה שלבסוף נתקבלה ברוב דעות מטעמים אם של חוקיות ואם של שיהוי ההחלטה). מכאן לא ניתן לומר, כי בחירתו של המפקד הצבאי בענייננו באפשרות של הריסה מלאה חרף הריסה חלקית או אטימה חורגת ממתחם שיקול הדעת המסור לו בכגון דא. [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

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

65. לכך נשיב, כי לאחרונה ממש, 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 געשתה בדיקה כלשהי בנושא. בתשובה לשאלתנו, עמדו המשיבים על כך שבידם חומר 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 דעתי, שחשש לפגיעה בבתי משפחות המחבלים יוצר הרחעה 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 כבי 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 עוואדה, פסקה 24]

ועוד ראו, דברי כבי 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 כבי השופט עמית.

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) 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 בעוונתו. 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 עוונתו 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 בחטאו יומתו" (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 להביא כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראיה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל. [ההדגשות לא במקור – הח"מ]

בנוסף, כבוד השופט נ' סולברג קבע בסעיף 4 לפסק דינו בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד לחגנת 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 שציניתי 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 הבאזשים 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 כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) 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 שפיקוח דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים. העלולים ליפול קורבן למעשי זועה של מפגעים. יותר משראו לחוס על דידינו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דיני). [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

וכן 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".

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.

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 כב' השופט (כתוארו אז) 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 כלי יוצר לנשק יצלח, כשלאבוננו 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 המחבל והתוצאות הקשות של הפיגוע אשר ביצע; המשיבים לא מצאו כי מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות צמצום היקף צו ההחרמה וההריסה. כאמור לעיל, בית המשפט הנכבד לא מצא להתערב בעמדה זו של המשיב בעניינו של מוהנד, שותפו של המחבל לביצוע הפיגוע.

## סיכום

71. 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 המחבל.

72. כאמור ברישא, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה דן בהקדם האפשרי.

73. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד פיקוד מרכז, האלוף רוני נומה.

היום:

ה' אדר א תשע"ו

14 פברואר 2016

תדמור עציון, עו"ד

סגנית בכירה א' בפרקליטות המדינה