

בבית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1721/16
בג"ץ 1777/16
קבוע: 9.3.16

דוויאת ואחת נוספת

העותרים בבג"ץ 1721/16

ע"י עו"ד אנדרה רוזנטל
רח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194
טלפון: 02-6250458; פקס: 02-6221148; נייד: 050-5910847

וחמישה נוספים

העותרים בבג"ץ 1777/16

על ידי עו"ד לאה צמל ואח'
רח' אבו עובידה 2 ירושלים
טלפון: 02-6273373; פקס: 02-6289327

העותרים

נ ג ד

מפקד פיקוד העורף

ה מ ש י ב

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466246; פקס: 02-6467011

תגובה מטעם המשיב

בהתאם להחלטות כב' השופט גיזבראן מיום 1.3.16 (בבג"ץ 1721/16) ומיום 2.3.16 (בבג"ץ 1777/16) ולהחלטות כב' השופטת חיות מיום 3.3.16, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו המקדמית לעתירות, כדלקמן:

1. עניינן של העתירות דנן בצווי החרמה ואטימה (להלן: "הצווים") שהוצאו ביחס לשתי דירות – הדירה האחת, בה התגורר עבד דוויאת (להלן: "עבד") בקומת הקרקע במבנה בשכונת צור באהר שבמזרח ירושלים; הדירה השנייה, בה התגורר מחמד טוויל (להלן: "מחמד") במבנה חד קומתי, אף הוא בשכונת צור באהר שבמזרח ירושלים (עבד ומחמד יקראו להלן ביחד: "המפגעים").

2. הצווים הוצאו על-ידי המשיב (להלן גם: "המפקד הצבאי"), בהתאם לסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" ו"תקנות ההגנה"), לאחר שעבד ומחמד, אשר כאמור לעיל התגוררו בדירות המיועדות להחרמה ולאטימה, ביצעו, ביום 13.9.15, ערב ראש השנה התשע"ו, ביחד עם שלושה נוספים, פיגוע במהלכו יידו אבנים לעבר רכבים שחלפו ברח' אשר וינר בירושלים, ואשר במהלכו נהרג

אלכסנדר לבלוביץ ז"ל כתוצאה מאבן אשר חדרה לרכבו וגרמה לו לסטות מנתיבו ולהתנגש בעמוד.

3. העותרת 1 בבג"ץ 1721/16 היא אמו של **עבד**, ודירת המגורים המיועדת להחרמה ולאטימה היא בית מגורי המשפחה.

העותרים 1-2 בבג"ץ 1777/16 הם הוריו של **מחמד**, ודירת המגורים המיועדת להחרמה ולאטימה היא בית מגורי המשפחה; העותרים 3-5 הם אחיו של **מחמד**, ומתגוררים בדירה אף הם.

העותרת 2 בבג"ץ 1721/16 (העותרת 6 בבג"ץ 1777/16) (להלן: "**העותרת**") היא ארגון "המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר".

במסגרת עתירותיהם, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהחרמה ואטימה של הדירות בהם התגוררו **עבד ומחמד** טרם מעצרים.

4. ביחד עם הגשת העתירות, התבקש סעד ביניים אשר יעכב את ביצוע הצווים עד להכרעה בעתירות לגופן.

5. ביום 1.3.16 וביום 2.3.16 ניתנו החלטותיו של בית משפט נכבד זה (כב' השופט ג'ובראן), לפיהן הדירות מושא העתירות לא תוחרמנה ולא תאטמנה עד להחלטה אחרת.

6. המשיב יטען, כי דין העתירות, וכן הבקשות 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 הישראליים 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 המבנים שבהם התגוררו **המפגעים** שביצעו את הפיגוע הקטלני בו עסקין, 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 עמית בפסקה 6 לבג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 22.12.15) (להלן: **"עניין אבו ג'מל 2015"**):

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי חרמה 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 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.

ביום 14.2.16 ניתן פסק דין נוסף בשתי עתירות (בג"ץ 967/16 ובג"ץ 968/16), אשר אף במסגרתו נדחו טענות העותרים שם (העותרת 7 בבג"ץ 1136/16 עתרה אף בעתירות אלה) בהקשרים אלה. ביום 28.2.16 ניתן פסק דין נוסף בבג"ץ 1014/16, במסגרתו נדחתה ברוב דעות עתירה נוספת כנגד הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 על נסיבות המקרה שם (עתירה לקיום דיון נוסף על פסק הדין, דנג"ץ 1773/16, נדחתה אף היא על ידי כב' הנשיאה נאור ביום 2.3.16).

עוד נפנה בהקשר זה לשני פסקי דין נוספים: האחד, מיום 1.12.15, במסגרת בג"ץ 7220/15 **עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל** (פורסם באר"ש, 1.12.16; להלן: **"עניין עליוה"**), בו נדחתה בדעת רוב העתירה, אשר העלתה אף היא טענות דומות (ואולם ראו גם פסק דינו של כב' השופט 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 כב' המשנה לנשיאה 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. נוסף 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 איז"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 2014"); 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 חג'אזי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, ניתן ביום 15.6.15, תוך מחיקת העתירה, ומתן אישור לאטימת חדרו של המחבל); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.10.15; להלן: "עניין סידר").

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

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 (דג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון).

12. להשלמת התמונה נעיר, כי בימים אלה תלויות ועומדות בפני בית המשפט הנכבד ארבע עשרה עתירות, בעניינם של שלושה עשר מבנים נוספים אשר כלפיהם הוצאו צווים מכוח תקנה 119: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בעניין ביתו של אחד מהמחבלים אשר ביצעו את פיגוע הדקירה ביום 3.10.15 במהלכו נרצחו הרב נחמיה לביא ואהרון בנט ז"ל, ונפצעו רעייתו של אהרון בנט ובנם הפעוט, בו התקיים דיון בפני בית המשפט הנכבד ביום 15.2.16; בג"ץ 1336/16, 1337/16 ושתי העתירות דנן, בעניין

ביתם של המעורבים בפיגוע בו נהרג אלכסנדר לבלוביץ ז"ל, הקבועות לדיון ליום 9.3.16; בג"ץ 1629/16, 1631/16 ו-1638/16, בעניין ביתם של שלושה מפגעים נוספים המעורבים בפיגוע בו נרצחו בני הזוג איתם ונעמה הנקין ז"ל, הקבועות לדיון ביום 14.3.16; בג"ץ 1633/16, בעניין ביתו של המפגע בפיגוע בו נרצחה דפנה מאיר ז"ל, הקבועה לדיון ביום 9.3.16; בג"ץ 1630/16, בעניין ביתו של המפגע בפיגוע בו נרצח גנדי קופמן ז"ל, הקבועה לדיון ביום 16.3.16; בג"ץ 1624/16 ו-1627/16, בעניין ביתם של המפגעים בפיגוע בו נרצח ראובן בירמכר ז"ל ונהרג עופר בן ארי ז"ל, הקבועות ליום ליום 21.3.16; בג"ץ 1802/16 ו-1817/16, בעניין ביתו של אחד המפגעים בפיגוע בו נרצחה שלומית קריגמן ז"ל (טרם נקבע מועד דיון).

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

14. 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 בעתירות אלה בהקדם האפשרי, על דרך דחייתו.**

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

15. כאמור לעיל, העותרת בבג"ץ 1721/16 היא אמו של **עבד**, המתגוררת באותה דירה בה התגורר **עבד**. העותרים בבג"ץ 1777/16 הם הוריו של **מחמד** ואחיו, המתגוררים באותה דירה בה התגורר **מחמד**.

תיאור הפיגוע

16. תיאור הפיגוע וחלקו של עבד בו מפורט בעובדות כתב האישום אשר הוגש נגד **עבד**, **מחמד** ושלושה נוספים, כפי שיפורט להלן.

17. ביום 13.9.15, ערב ראש השנה התשע"ו, בשעות הבוקר, החלו עימותים בין צעירים מוסלמים אשר התבצרו במהלך הלילה במסגד אל אקצא ובין כוחות משטרה אשר הגיעו למקום על מנת לפזר את ההתקהלות ולאפשר עליית יהודים להר הבית.

18. בערב יום 13.9.15, התכנסו **עבד**, **מחמד** ושלושה נוספים – וליד סעדי אלאטרש (להלן: "ולידי"); מחמד אבו כף (להלן: "אבו כף") ועלי עיסא (להלן: "עיסא") – בשכונת צור באהר, והחליטו ליידות אבנים לעבר כלי רכב הנהוגים על ידי יהודים אשר נוסעים בכביש

"אשר וינר" המקשר בין דרך חברון לשכונת ארמון הנציב בירושלים. זאת, כ"פעולת תגמול" והזדהות עם הנעשה בהר הבית.

19. בעוד **עיסא** נותר בשכונת צור באהר על מנת לשמש כתצפיתן, התקדמו ארבעת האחרים, **ועבד ומחמד** ביניהם, לעבר הכביש, כאשר **עבד** נעמד על אי התנועה המפריד בין הנתיבים, והיתר נעמדו לצד הכביש, לעבר צור באהר. כך יידו חברי הקבוצה אבנים לעבר מספר כלי רכב אשר היו נהוגים על-ידי נהגים שנחזו בעיניהם כיהודים, בדרכם מדרך חברון לשכונת ארמון הנציב.

20. בהמשך, העבירו **וליז, מחמד ואבו כף** אבנים אל **עבד**, אשר עמד על אי התנועה בקרבת הרכבים אשר נסעו בכביש, על מנת שיידה אותן על הרכבים החולפים, אשר נסעו בכביש במהירות גבוהה. בשלב מסויים, הבחין **עבד** ברכבו של אלכסנדר לבלוביץ ז"ל נוסע מכיוון דרך חברון אל עבר שכונת ארמון הנציב, ויידה אבן במשקל של כקילוגרם אחד אל עבר הרכב, ממרחק של כמטר אחד בלבד.

21. האבן חדרה את חלון הרכב אשר לצד הנהג, וגרמה לו לאבד את השליטה על הרכב. כתוצאה מכך, הרכב סטה מן הכביש, פגע בעמוד חשמל ולאחר מכן בעץ אשר היה לצד הכביש, שם נעצר. בעקבות ההתנגשות האמורה, נהרג אלכסנדר לבלוביץ ז"ל, וכן נפצעה נוסעת נוספת, קטינה, אשר היתה ברכב באותה העת.

22. כאמור, לאור מעורבותם של **עבד ומחמד** בפיגוע, הוגש נגדם, ביום 15.10.15, כתב אישום המייחס להם, בין היתר, עבירות של הריגה, יידוי אבן לעבר כלי תחבורה, וחבלה חמורה (יוער, כי כנגד **אבו כף ועבד** נכללו בכתב האישום פרשיות נוספות, אשר אינן מעניינות).

צילום כתב האישום המתוקן בת"פ 15-10-26792 מצורף ומסומן מ/ש/1.

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

23. יאמר כבר כעת, כי בידי המשיב חומר ראיתי, גלוי וחסוי, המוביל למסקנה לפיה שני המפגעים, **עבד ומחמד**, נטלו חלק בפיגוע. כך, בידי המשיב הודעות משטרתיות בהם מודה **עבד** כי נטל חלק בפיגוע, וכי יידה אבנים ממרכז הכביש על מנת להיות קרוב לכלי הרכב ולפגוע בהם. יוער, כי מעורבות זו אף עולה מזכרון דברים מחקירתו של **עבד** על-ידי גורמי הביטחון. אשר ל**מחמד**, הרי שבעניינו קיימות הודעות משטרתיות בהם הודה בנטילת חלק בפיגוע, תוך שהוא מוסר אבנים ל**עבד** על מנת שזה יידה אותן על מכוניות מטווח קצר. מעורבות זו אף עולה מזכרונות הדברים מחקירתו של **מחמד** על-ידי גורמי הביטחון.

צילום ההודעות המשטרתיות של עבד מצורף ומסומן מ/ש/2.

צילום ההודעות המשטרתיות של מחמד מצורף ומסומן מ/ש/3.

צילום זכרונות דברים מחקירתו של עבד מצורף ומסומן מש/4.
צילום זכרונות דברים מחקירתו של מחמד מצורף ומסומן מש/5.

נעיר, כי ההודעות המשטרותיות של **אבו כף** ושל **וליז** וכן זכרונות דברים מחקירותיהם על-ידי גורמי הביטחון צורפו זה מכבר לתגובות המשיב בבג"ץ 1336/16 ובג"ץ 1337/16 אשר הוגשו ביום 24.2.16, ואשר הדיון בעתירות אלה קבוע במאוחד עם הדיון בעתירות דנן.

ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, המשיב יציג בפני בית המשפט את החומר החסוי בעניינם של המפגעים, בהסכמת העותרים ובמעמד צד אחד.

ההשתלשלות ההליכים עובר להגשת העתירה

24. 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 הדירות בהן התגוררו **עבד ומחמד**.

25. ביום 4.2.16 הודע למשפחתו של **עבד** על כוונת המשיב "להחרים ולאטום את הדירה המצויה בקומת הקרקע שבמבנה דו קומתי בשכונת צור-באהר במזרח ירושלים (נ.צ. 710919/3511508 כמסומן במפה המצורפת), בו התגורר עבד מחמוד עבד רבו דוויאת (ת"ז 206838906)". באותו היום, הודע למשפחתו של מחמד על כוונת המשיב "להחרים ולאטום את המבנה החד קומתי שבשכונת צור-באהר בירושלים (נ.צ. 711505/3514019 כמסומן במפה המצורפת), בה התגורר מחמד גהאד עא רחמאן טוויל (ת"ז 318759750)".

בהודעות נמסר, כי "צעד זה ננקט הואיל וביום 13.9.2015 הנדון ביצע יחד עם אחרים פיגוע במהלכו ידו אבנים לעבר רכבים יהודים שחלפו בציר 'אשר וינר' בירושלים, במטרה לגרום לפגיעתם. כתוצאה מהפיגוע נרצח אלכסנדר לבלוביץ, וזאת לאחר שאחת האבנים חדרה לרכבו באופן אשר גרם לו לסטות מהנתיב ולהתנגש בעמוד" (נוסח ההודעה בענייניו של **עבד**; נוסח דומה הופיע בהודעה בענייניו של **מחמד**). כמו כן, בהודעה אף נמסר על האפשרות להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו ההחרמה והאטימה, בטרם תתקבל על ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה על כוונת המשיב בעניין ביתו של עבד מצורף ומסומן מש/6.
צילום ההודעה על כוונת המשיב בעניין ביתו של מחמד מצורף ומסומן מש/7.

26. ביום 10.2.16 הגישו העותרים בשתי העתירות השגות נגד הכוונה להחרים ולאטום את ביתם של המחבלים. בהשגות הועלו טענות בדבר ההחלטה הפרטנית לנקוט בסנקציה

כאמור ביחס לדירת המגורים בה עסקה ההשגה, וכן נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה.

צילום ההשגה בעניין ביתו של וליד צורף לעתירה בבג"ץ 1721/16 כנספח ע'5.
צילום ההשגה בעניין ביתו של מחמד צורף לעתירה בבג"ץ 1777/16 כנספח ב'.

27. ביום 23.2.16 נדחתה ההשגה בעניין הצו שהוצא בעניינו של **עבד** על-ידי המפקד הצבאי. במכתב שנשלח מטעם המפקד הצבאי אל בא-כוח העותרים בבג"ץ 1721/16, נכתב בין היתר, כדלקמן:

5. מכלל הראיות המנהליות אשר בידי מפקד פקע"ר כאמור, עולה כי מדובר באירוע חבלני, אשר בוצע במטרה לפגוע באזרחים חפים מפשע ממניעים לאומניים.

6. למעלה מן הדרוש לענייננו וברקע הדברים, כתב האישום אשר הוגש נגד המפגע ונאשמים נוספים ייחס לנאשמים עבירת הריגה, שהינה מן העבירות החמורות ביותר בספר החוקים הישראלי. החלטה זו נתקבלה לאחר בחינה מקצועית ומקיפה של פרקליטות מחוז ירושלים, ולאחר בחינת מכלול הראיות הרלוונטיות. בחינה זו הובילה למסקנה כי קיים סיכוי סביר להרשעתו של המפגע והנאשמים הנוספים בכתב האישום המיוחס להם.

...

8. בחינת חומר הראיות הקיים בנוגע לפיגוע שבנדון, על בסיסו הוגש כתב אישום נגד המפגע בהליך הפלילי המתקיים בעניינו, מעלה כי קיימות ראיות מנהליות מספקות, ואף מעבר לכך, המצביעות על מעורבות המפגע, בצוותא עם הנאשמים הנוספים, באירוע זריקת האבנים שבמהלכו פגעה אבן ברכבו של המנוח ז"ל וגרמה למותו. המפגע אף הודה בחקירתו במשטרה במעורבותו באירוע כאמור."

בכל הנוגע לסוגיית ודאות איתור ביתו של **עבד**, צוין כדלקמן:

14. בהשגה נטען כי מדובר במבנה בן שלוש קומות כאשר הדירה בה התגורר המפגע מצויה בקומה הראשונה, ומעליה עוד שתי קומות.

15. עניין זה נבחן ע"י הגורמים המוסמכים, אשר אף ביקרו בנכס לצורך מיפוי. בדיקה זו העלתה כי מדובר במבנה אשר בחלקו חד קומתי ובחלקו דו קומתי."

אל המכתב צורף צו החרמה ואטימה, תוך שצוין כי מימוש הצו לא יחל בטרם יום 17.2.16 בשעה 9:00.

צילום התשובה להשגה וצו החרמה והאטימה בעניינו של עבד מצורף ומסומן מ/ש 8.

28. ביום 25.2.16 נדחתה ההשגה בעניין הצו שהוצא בעניינו של **מחמד** על-ידי המפקד הצבאי. במכתב שנשלח מטעם המפקד הצבאי אל באת-כוח העותרים בבג"ץ 1777/16, נכתב בין היתר, כדלקמן:

5. מכלל הראיות המנהליות אשר בידי מפקד פקע"ר כאמור, עולה כי מדובר באירוע חבלני, אשר בוצע במטרה לפגוע באזרחים חפים מפשע ממניעים לאומניים.

6. למעלה מן הדרוש לעניינו וברקע הדברים, כתב האישום אשר הוגש נגד המפגע ונאשמים נוספים ייחס לנאשמים עבירת הריגה, שהינה מן העבירות החמורות ביותר בספר החוקים הישראלי. החלטה זו נתקבלה לאחר בחינה מקצועית ומקיפה של פרקליטות מחוז ירושלים, ולאחר בחינת מכלול הראיות הרלוונטיות. בחינה זו הובילה למסקנה כי קיים סיכוי סביר להרשעתו של המפגע והנאשמים הנוספים בכתב האישום המיוחס להם.

...

14. בחינת חומר הראיות הקיים בנוגע לפיגוע שבנדון, על בסיסו הוגש כתב אישום נגד המפגע בהליך הפלילי המתקיים בעניינו, מעלה כי קיימות ראיות מנהליות מספקות, ואף מעבר לכך, המצביעות על מעורבות המפגע, בצוותא עם הנאשמים הנוספים, באירוע זריקת האבנים שבמהלכו פגעה אבן ברכבו של המנוח ז"ל וגרמה למותו. המפגע אף הודה בחקירתו במשטרה במעורבותו באירוע כאמור.

...

17. נוסף על האמור, נציין כי לא נעלמה מעיניו של מפקד פקע"ר הפגיעה הצפויה במשפחתו של המפגע, המתגוררת יחד עמו בבית. יחד עם זאת, לאחר שבחן את הדברים, מצא מפקד פקע"ר כי באיזון שבין זכויות בני המשפחה לבין הצורך להרתיע מחבלים מפני ביצוע פיגועים הגורמים לפגיעה בחיי אדם, האחרון גובר."

צילום התשובה להשגה וצו ההחרמה והאטימה בעניינו של מחמד מצורף ומסומן **מש/9**.

29. ביום 1.3.16 הוגשה העתירה בבג"ץ 1721/16, וביום 2.3.16 הוגשה העתירה בבג"ץ 1777/16, המופנות כנגד צווי ההחרמה והאטימה שהוצאו.

המבנים בהם התגוררו עבד ומחמד

30. דירת המגורים בה התגורר **עבד** ממוקמת בקומת הקרקע במבנה אשר חלקו חד קומתי, ובחלקו דו קומתי, כאשר דירת המפגע ממוקמת בחלק החד קומתי. המדובר בדירה בת שלושה חדרי שינה, סלון, חדר אירוח ומטבח. יובהר, כי אטימת הדירה תבוצע בדרך של איטום פתחי הבית (חלונות ודלתות), תוך שימוש בלוחות פלדה ובמוטות ברזל, בהתאם למאפייני המבנה.

31. **מחמד** התגורר בבית בן קומה אחת בשכונת צור באהר שבירושלים. המדובר במבנה בו חדר שינה, סלון ומטבח. כפי שצוין במענה להשגת משפחתו של **מחמד**, אף במקרה זה תבוצע אטימת הדירה בדרך של איטום פתחי הבית (חלונות ודלתות), תוך שימוש בלוחות פלדה ובמוטות ברזל, בהתאם למאפייני המבנה.

32. להשלמת התמונה נעיר, כי ביום 19.1.16 החליט שר הפנים, חבר הכנסת אריה מכלוף דרעי, לבטל את רשיון ישיבת הקבע של **עבד** בישראל.

צילום החלטת שר הפנים בעניינו של עבד מיום 19.1.16 מצורף ומסומן **מש/10**.

הטיעון המשפטי

33. 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 2014**; **עניין עכארי**, **עניין חג'אזי ועניין ג'עביס** – שב ואשר 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 (ור' 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' אלוף פיקוד העורף** (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: "**עניין אבו דהים**"); ובג"ץ 5696/09 **מוגריבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן** (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: "**עניין מוגריבי**")).

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

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

תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלי המחייב, 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; ומשיוחרמו 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. ...".

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

36. 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 (1)90 (75 (1990), כדלקמן :

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

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו

ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלומם 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... 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." [ההדגשה אינה במקור – הח"מ]

37. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת התקנה 119, הן כאשר פועלה של הסנקציה הוא בלתי הפיך, כגון הריסה, אך גם במקרים בהם מדובר בפעולה הפיכה, כבמקרים דנן. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת או לאטימת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה"רגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

38. הפעלת הסנקציה של הריסת או אטימת 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, מתפקידיו 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 סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמהם יהודים שאולה. לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדיו 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 אין 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]

39. 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.

40. 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.

41. 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).

42. 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 בתיאם של המפגע בישיבת מרכז הרב ומפגעים בשני פיגועי דריסה בירושלים. שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה - **עניין אבו דהים, עניין דוויאת, עניין מוגרבי** - נדחו.

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

43. 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 מומשה הריסת בתי המחבלים אשר היו מעורבים ברצח בני הזוג הנקיין, 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 (עניינו נדון בבג"ץ 8154/15 ובג"ץ 8156/15). בשבועות האחרונים, נהרסו שני בתים נוספים – ביתו של המחבל אשר ביצע פיגוע ירי ודריסה בסמוך לאלון שבות, בו נרצחו הרב יעקב דון, עזרא שוורץ ושאדי ערפה ז"ל, וכן נפצעו שבעה נוספים (עניינו נדון בבג"ץ

967/16); וביתו של המחבל אשר ביצע פיגוע דקירה בדרום תל אביב, בו נרצחו אהרון סייב וראובן אבירם ז"ל, ונפצע אדם נוסף (עניינו נדון בבג"ץ 968/16).

44. אשר לאפקטיביות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לצורך הרתעה, נבקש להפנות לפסק הדין בעניין חמאד (בג"ץ 7040/15) מיום 12.11.2015, בו הכריע בית המשפט בענין זה. וכך נפסק מפי כב' הנשיאה 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". [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

45. 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 מסור 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 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

46. 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.

47. 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 22.2.16, בחלוף כחודש וחצי בלבד מאז החלה השנה הנוכחית, נרשמו 293 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 ועד היום, נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

48. 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 ליום 22.2.16 מצורף ומסומן מש/11.

49. מעיון בנספח המצורף כ-מש/11 עולה באופן ברור, כי החודשים האחרונים מתאפיינים בשורה ארוכה של פיגועים, כאשר כמעט מידי יום ביומו מתרחשים פיגועים ברחבי מדינת ישראל ואיו"ש.

50. 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.

51. 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, 11-21 (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 עָוה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשונים" (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 ענינם 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]

52. זאת ועוד, בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, נקבע על ידי כבוד השופטת 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, סימו 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 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.

53. 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 מבני המגורים של המפגעים במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת מעשיהם של המפגעים, אשר הובילו להריגתו של אדם ולפציעתה של קטינה נוספת. עמדת המשיב היא שחיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים קטלניים נוספים במתווה זה בעתיד.

54. 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 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 שצינו לעיל נקבע בפסיקה לא אחת כי לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעי האמור. לעניין זה לא השתנה דבר. אכן, המציאות השתנתה וגם עוצמת האירועים השתנתה. המסקנות מכך הן עניין מובהק להערכת גורמי הביטחון." [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 רוצחו 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.

55. לאור כל האמור לעיל, המשיב יטען כי אין עילה משפטית להתערב בהחלטתו לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתם של המחבלים.

56. 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

57. המשיב יטען כי דין כלל טענות העותרים להידחות. ונפרט.

58. אשר לטענת העותרים בדבר הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בעניינם של מי שיידה אבנים נזכיר, כי לשון התקנה קובעת כי ניתן להפעילה, בין היתר, כלפי "עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי". אין כל ספק, כי מעשי המפגעים הם מעשים אלימים, אשר אף הובילו במקרה דנן למותו של אדם. עוד נעיר, כי על פני הדברים, ברור וגלוי שמעשיהם של המפגעים הם בגדר עבירה לפי תקנה 59(ד) לתקנות, כך שאף מבחינה זו, מעשיהם באים בגדרה של תקנה 119. משכך, סבור המשיב כי דין טענת העותרים בהקשר זה להידחות מכל וכל.

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

60. 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 כבי 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 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, שככל 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”צ 2722/92 אלעמריין 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 זועה 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 אינן במקור – הח”מ]

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 הבאזורים 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 כף המאזניים השנייה 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 עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידי ולאו ידעו על מעשיו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זועה של מפגעים, יותר משראו לחוס על דייריו 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).

61. המשיב יטען, כי די בהלכה הפסוקה שהובאה לעיל כדי לדחות את טענות העותרים במישור זה של הדברים.

62. 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 פלי 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 ג' סולברג]

63. עוד טוענים העותרים בבג"ץ 1777/16 כי אחריותו של מחמד לפיגוע לא הוכחה ברמה הנדרשת לצורך השימוש בתקנה 119, משטרים נקבעה אחריותו במסגרת ההליך הפלילי. אף דינה של טענה זו להידחות.

ראשית, כפי שצויין בתשובה להשגה בעניינו של מחמד, מחמד הודה במסגרת חקירתו המשטרתית, כמו גם בזכרונות הדברים מחקירותיו על-ידי גורמי הביטחון, במעורבותו באירוע. מחמד הודה כי העביר אבנים לעבד על מנת שזה יידה אותן לעבר הרכבים מטווח קצר, ושלושת המפגעים האחרים הודו כי מחמד אף יידה אבנים בעצמו לעבר רכבים שעברו בכביש. עוד נזכיר, כי כתב האישום אינו מבוסס רק על הודאתם של המפגעים, אלא קיימים פרטים נוספים המחזקים את הראיות המנהליות הקיימות בעניינם.

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

כאמור לעיל, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, המשיב יציג בפני בית המשפט את החומר החסוי בעניינם של המפגעים, בהסכמת העותרים ובמעמד צד אחד.

64. אשר לטענת העותרים בבג"ץ 1777/16 כי מותו של המנוח לא נגרם כתוצאה מיידוי האבנים, אלא כתוצאה ממחלה נציין, כי טענה זו נסתרת באופן מובהק על-ידי חוות הדעת הפתולוגית של המרכז הלאומי לרפואה משפטית, בה מצוין בבירור כי מותו של המנוח נגרם מנוק חמור לאברי בית החזה, מחבלה קהה לחזה, כאשר חבלה כאמור עשויה להתיישב עם פגיעת החזה בכרית האוויר או בהגה בעת התאונה. בנסיבות אלה, סבור המשיב כי אין ממש בטענת העותרים בהקשר זה.

נעיר, כי מטעמי צנעת הפרט של המנוח ומשפחתו, חוות הדעת הפתולוגית אינה מצורפת לתגובה זו. עם זאת, עותק מחוות הדעת הועבר זה מכבר לידי סנגורי המפגעים במסגרת ההליך הפלילי, וככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, תוצג חוות הדעת במעמד הדיון.

65. אשר לטענת העותרים בדבר אופן ביצוע האטימה, הרי שבשלב ההשגה נמסרה להם שיטת האטימה שנבחרה, הצבת לוחות פלדה על פתחי הבית באמצעות מוטות ברזל. כפי שנמסר בהקשר זה מגורמי ההנדסה אצל המשיב, שיטה זו אינה צפויה לגרום לנוק סביבתי או לנוק קונסטרוקטיבי למבנה.

עוד יזכיר המשיב, כי לפי פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין **חאמד**, לא מוטלת חובה להעביר את חוות הדעת ההנדסיות, ודי בכך שהוצגה לעותרים תמונה כוללת של אופן ההריסה או האטימה המתוכנן.

66. אשר לטענת העותרים לפיה ההחלטה בלתי מידתית, וכי לא נעשה שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, עמדת המשיב היא כי האמצעי שנבחר בנסיבות העניין עומד בדרישות המידתיות. נבהיר, כי במקרה דנן לא הוחלט על נקיטת הסנקציה לפי תקנה 119 בדרך של החרמה והריסת דירות המגורים, אלא בדרך של החרמה **ואטימה הפיכה** של הדירות. זאת, בשים לב למכלול הנסיבות של המקרה דנן, לרבות מאפייני הפיגוע, העבירות בהן הואשמו המפגעים במסגרת כתב האישום שהוגש נגדם, תוצאותיו הקטלניות של הפיגוע,

ועוד. לאחר שקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, החליט המשיב כי שימוש באמצעי פחות יותר, לא יגשים את התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס הסמכות במקרה דנן.

67. טענה נוספת אותה מעלים העותרים בבג"ץ 1777/16 היא כי אטימת הדירות תוביל לפגיעה בערכי שימור ומורשת בשכונה האמורה. על מנת לתמוך בטענה זו, צורפו לעתירות חוות דעת מטעם מהנדס מחמד קימרי. לטענת העותרים, יש לדרוש מהמשיב לבצע את פעולת האטימה אך ורק לאחר קבלת ההיתרים הנדרשים לכך מכוח דיני התכנון והבניה.

בכל הכבוד, טענה זו דומה היה כי טוב לו לא היתה נטענת. נקיטת הסמכות לפי תקנה 119 אינה אקט תכנוני, הדורש קבלת היתר מכוח דיני התכנון והבניה. המדובר בסמכות המופעלת מטעמי ביטחון מכוח חקיקה ראשית תקפה, וברי כי זו אינה כפופה לדרישות האזרחיות הקבועות בדיני התכנון והבניה.

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

69. 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 נעשתה 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 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 אינה במקור – הח"מ]

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

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

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

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

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

ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, יציג המשיב את חוות הדעת החסויה בעניין זה במהלך הדיון, במעמד צד אחד ובהסכמת העותרים.

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

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

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

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

סיכום

71. לאור כל האמור המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטותיו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי דירות המגורים בהם התגוררו **עבד ומחמד**.
72. כאמור לעיל, המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות דנן בהקדם האפשרי.
73. האמור בתגובה זו נתמך בתצהירו של מפקד פיקוד העורף, האלוף יואל סטריק.

היום, כ"ז באדר א' תשע"ו
07 במרץ 2016

יונתן ציון-מוזס, עו"ד
סגן בפרקליטות המדינה