

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

**בג"ץ 1938/16**  
**בג"ץ 1999/16**  
**בג"ץ 2002/16**

**אבו אלרוב ואח'**

על ידי ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל  
מרח' צאלח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194  
טלפון: 02-6250458; פקסי: 02-6221148

**העותרים בבג"ץ 1938/16**

**נצאר ואח'**

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



**כמיל ואח'**

על ידי עו"ד לביב חביב ואח'  
בית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300  
טלפקס 02-6263212, נייד 052-4404477

**העותרים בבג"ץ 2002/16**

**נ ג ד**

**מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466590; פקסי: 02-6467011**

**ה מ ש י ב**

**תגובה מטעם המשיב**

1. בהתאם להחלטת כבוד השופט י' דנציגר מיום 8.3.2016, ומיום 9.3.2016, ולקראת הדיון בעתירות הקבוע ליום 14.3.2016, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו לעתירות.
2. עניינן של שלוש העתירות בצווי החרמה והריסה (להלן – הצווים) שהוצאו ביחס למבני המגורים בהם התגוררו אחמד נגיאת אלרוב, מוחמד אחמד מוחמד כמיל ואחמד טאג' אסמעיל נצאר (להלן – המחבלים או אלרוב, כמיל ונצאר בהתאמה) הנמצאים בקבטיה. יצוין כבר עתה, כי המבנים האמורים בהם התגוררו המחבלים, מצויים בבעלות אביהם של המחבלים.

3. 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"), לאתר שהמתבלים, אשר כאמור התגוררו במבנים המיועדים להחרמה ולהריסה, ביצעו ביום 3.2.2016 פיגוע רצחני משולב – דקירה וירי – בסמוך לשער שכם בירושלים. בפיגוע רצחני זה רצחו המתבלים בדקירות סכין שוטר מג"ב, הדר כהן ז"ל, ופצעו שני שוטרים נוספים, אחד באורח קל ואחת באורח קשה.
4. במסגרת עתירותיהם, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנע מהחרמה והריסה של המבנים והדירות בהם התגוררו המתבלים טרם הפיגוע.
5. ביחד עם הגשת העתירות, התבקש סעד ביניים אשר יעכב את ביצוע הצווים עד להכרעה בעתירות לגופן.
6. ביום 8.3.2016 וביום 9.3.2016 ניתנו החלטותיו של בית משפט נכבד זה (כב' השופט יי דנציגר), בגדרן ניתן צו ארעי המונע החרמה, אטימה או הריסה של המבנה מושא העתירה, וזאת עד למתן החלטה אחרת.
7. המשיב יטען, כי דין העתירות, וכן הבקשות למתן צו ביניים, להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.
8. החל מתחילת שנת 2013 ועד ימים אלו, כמשתקף מנתונים שנאספו ושיפורטו להלן, ניכרת מגמה מתמשכת (ביחס לשנים שקדמו לה) של החמרה במצב הביטחוני ועלייה מתמדת בפעילות טרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, וזאת הן בשטח המדינה והן בתחומי אזור יהודה והשומרון (להלן – איו"ש או האזור).
- הדבר מתבטא בעלייה במספר הפיגועים הכללי ובמספר פיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות הטרור, כאשר עלייה משמעותית נוספת ניכרת החל מחודש מרץ 2014 **בעיקר בפיגועים שבוצעו במתוים 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. העלייה התלולה בפיגועי הטרור, בהיקפם ובחומרתם – במהלך השנתיים האחרונות ובפרט בחודשים האחרונים – משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת באיו"ש ובירושלים, כמו גם בישובים נוספים בתחומי מדינת ישראל.
- על רקע הנסיבות הביטחוניות החמורות לעת הזאת, יטען המשיב, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנים שבם התגוררו **המתבלים** שביצעו את הפיגוע הרצחני בו עסקינו, היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים.

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 כבי המשנה לנשיאה אי רובינשטיין בפסקה ז בבג"ץ 967/16 ובג"ץ 968/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 14.2.2016; להלן – עניין חרוב):

"אשר לטענות הכלליות בדבר חוקיותו של אמצעי החרמת הבתים והריסתם, מכוח תקנה 119 – טענות אלה הועלו ונדחו בבית משפט זה אך בעת האחרונה מספר פעמים. ואין מקום להידרש לכך פעם נוספת. שכן לא חל שינוי נסיבות המצדיק זאת (בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (2014) (להלן עניין המוקד להגנת הפרט); דיון נוסף בפסק דין זה נדחה (דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)); ראו גם עניין סידר, פסקה ו'; בג"צ 7040/15 פדל מוסטפא נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 25-26 לפסק דינה של הנשיאה (12.11.2015) (להלן עניין מוסטפא); וראו מנגד עמדת המיעוט של חברי השופט מ' מזוז בבג"צ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.15) (להלן עניין אבו ג'מל). בנוסף, ראו הערות חברי השופטים א' חיות. ע' פוגלמו וצ' זילברטל. במספר פסקי דין שונים בסוגיה זו. לפיהן משבחו בית משפט זה בקפידה סוגיה שהובאה לפניו. מסקנתו מחייבת את הכלל. שמא נהפוך מבית משפט לבית שופטים ומשמעות הדבר ברורה (ראו עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת חיות; בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (15.10.15); עניין אבו ג'מל, פסקאות 2-4 לחוות דעתו של השופט זילברטל; וראו גם בג"צ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י"ג (28.12.15) (להלן עניין חלבי))."

וכך קבע כבי השופט י' עמית בפסקה 6 לבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בו נדחו בדעת רוב שלוש עתירות אשר נידונו יחד, נגד דעתו התולקת של כבי השופט מ' מזוז (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15) (פורסם באר"ש, 22.12.2015) (להלן – עניין אבו ג'מל ועליאן):

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו [...]. הנושאים והטענות שהועלו על ידי העותרים נדונו בשורה של פסקי דין, שחלקם ניתנו אך לאחרונה, במסגרתם נדונו גם הטענות הנוגעות להרתעה, ואין טעם לחזור על הדברים."

וראו גם פסק דינו של כבוד השופט נ' סולברג מהעת האחרונה בבג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם באר"ש, 28.2.2016; להלן – עניין סקאפי), אשר דחה אף הוא טענות זהות למדי אך מן הטעם כי אין לשוב ולהידרש לטענות המכוונות נגד נקיטה בסנקציה לפי תקנה 119. כן ראו פסק דינה של כבוד הנשיאה בדנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש, 2.3.2016).

עוד נפנה בהקשר זה לשני פסקי דין נוספים: האחד, בג"ץ 7220/15 דועאא עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם באר"ש, 1.12.2015) (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 (פורסם באר"ש, 1.12.2015), בו התקבלה העתירה בדעת הרוב, בשל מועד הוצאת הצו במקרה הפרטני שם, וזאת נגד דעתו החולקת של כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין. עוד נציין, כי בתחילת חודש נובמבר 2015, ניתן פסק דין של בית המשפט הנכבד הדוחה עתירות דומות בסוגיה מושא ענייננו בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.11.2015; להלן – עניין חמאד).

10. נבקש להפנות לפסקי-דין של בית המשפט הנכבד מהשנה שעברה הדוחים אף הם עתירות בסוגיה מושא ענייננו, שהוגשו כנגד החלטות על הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה (לעניין החרמה, והריסה או אטימה של מבנים). המדובר בעתירות שדנו הן בעניינם של מחבלים תושבי מזרח ירושלים, והן בעתירות שדנו בעניינם של מחבלים תושבי איו"ש. ראו בהקשר זה: בג"ץ 4747/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 7.7.2015); בג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14 אבו ג'מל נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין אבו ג'מל); בג"ץ 8025/14 עכארי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין עכארי); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 31.12.2014; להלן – עניין ג'עאביס); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש, 11.8.2014; להלן – עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 1.7.2014; להלן – עניין עואודה); בג"ץ 8024/14 חג'אזי נ' פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.6.2015), שם נמחקה העתירה וניתן אישור לאטימת חדרו של המחבל; בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.10.2015; להלן – עניין סידר), בג"ץ 8567/15 ובג"ץ 8782/15 חלבי ושראכה נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם באר"ש, 28.12.2015).

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

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

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

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

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

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

### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

13. העותר 1 בבג"ץ 1938/16 הוא אביו של אלרוב והבעלים הרשום של המבנה מושא צו ההחרמה וההריסה, בו התגורר יחד עימו אלרוב.

14. העותרים בבג"ץ 1999/16 הם בני משפחתו של נצאר, כאשר העותר 1 הוא אביו של נצאר והבעלים הרשום של המבנה מושא צו ההחרמה וההריסה, בו התגורר יחד עימם נצאר.

15. העותר 1 בבג"ץ 2002/16 הוא אביו של כמיל והבעלים של המבנה מושא צו ההחרמה וההריסה, בו התגורר יחד עימו כמיל.

### תיאור הפיגוע

16. ביום 3.2.2016 ביצעו המחבלים, אלרוב, כמיל ונצאר פיגוע רצחני משולב, דקירה וירי, בסמוך לשער שכס, במהלכו רצחו שוטרת מג"ב, הדר כהן ז"ל ופצעו שני שוטרי מג"ב נוספים, אחד באורח קל ואחת באורח קשה.

17. מהראיות המינהליות אשר בידי המשיב עולה כי מדובר באירוע חבלני-רצחני, אשר בוצע לאחר תכנון מוקדם במטרה לפגוע באזרחים יהודים חפים מפשע ממניעים לאומניים. המחבלים הגיעו לאזור שער שכס כשבאמתחתם שלושה תתי מקלע מסוג פרל גוסטב, שני מטעני חבלה, סכין יפנית וסכין מתקפלת במטרה ברורה לבצע פיגוע.

18. על פי הודעה שמסר בלאל אבו זיד במשטרה ביום 21.2.2016, עובר לפיגוע הצטיידו המחבלים בנשק במטרה לבצע פיגוע התאבדות בירושלים.

בהודעתו, התייחס אבו זיד לפיגוע ירי קודם שביצע יחד עם אלרוב ולשאלת החוקר האם פגש את אלרוב אחרי פיגוע ירי זה, השיב כדלקמן:

"כן, אחרי שבוע לערך מפיגוע הירי לעבר הג'פים התקשר אליי אחמד נאגח לטלפון שלי בסביבות השעה תשע בלילה וביקש שאגיע לבית הקברות בקבטיה לקבר אחמד עווד אבו רוב ואחרי חצי שעה הגעתי לבית הקברות ושם היו עם אחמד נאגח. אחמד נצאר זכארנה. ומחמד אחמד כמיל אשר בצעו אחרי זה פיגוע ירי בירושלים ונהרגו בתחילת חודש 02/16 ובמהלך השיחה אמרו השלושה שרוצים לבצע פיגוע התאבדות בירושלים, וביקשו ממני להצטרף אליהם לבצוע הפיגוע ואני סירבתי ואמרתי להם שרוצה לשאר בחיים ולהרוג יהודים, וביקש ממני אחמד נאגח אבו רוב לתת לו את הנשק אם 16 בכדי שיבצעו פיגוע התאבדות בירושלים ואני הסכמתי ואחמד נצאר זכארנה ביקש ממני כי אחרי שיבצעו את הפיגוע בירושלים לפרסם את צוואתם שיקברו אחד ליד השני, אני סירבתי משום שלא רציתי לגרום בעיות לעצמי ושאני שותף עמם בפיגוע

ש. מה קרה אחרי שהחליטו השלושה לבצע פיגוע התאבדות בירושלים?

ת. אחרי יומיים לערך מהמפגש בבית הקברות התקשר אליי אחמד נאגח אבו רוב וביקש לצאת עימו ועם אחמד נצאר זכארנה לבית נטוש בכפר, ויצאנו השלושה לבית נטוש בסביבות השעה תשע בלילה והיה עם אחמד נאגח הנשק אם 16 ייצור מקומי ושהגענו לבית התחיל אחמד נאגח ואחמד זכארנה לחתוך את צינור של הרובה באמצעות מסור והמטרה מחיתוך הצינור על מנת להסתירו בתחת לחולצה מבלי שיראה בזמן שיבצעו את פיגוע ההתאבדות בירושלים, ואחרי חיתוך הנשק אני חזרתי הביתה ונשאר הנשק אצלם".

צילום הודעתו של בלאל אבו זיד במשטרה מיום 21.2.2016 מצורף ומסומן מ/ש 1

19. על פי הודעה שמסר חוסאם אלדהון במשטרה, ביום האירוע, 3.2.2016, הסיע אלדהון את שלושת המחבלים יחד בהסעה אשר הוזמנה מראש מתחנת המוניות בגינן לכיוון א ראם ושילמו בגינה 300 ₪.

צילום הודעתו של חוסאם אלדהון במשטרה מיום 23.2.2016 מצורף ומסומן מ/ש 2

המחבלים הגיעו לירושלים והתמקמו בסמוך לשער שכם. השלושה עוררו את חשדם של השוטרים שנכחו באותה עת במקום. שלושה שוטרי מג"ב ניגשו למחבלים וביקשו מהם להציג תעודה מזהה. לאחר שאחד המחבלים הציג לשוטרים תעודה מזהה, החלו המחבלים לתקוף את השוטרים. במהלך האירוע, ירו המחבלים לעבר השוטרים תוך שהם מנסים להימלט מהמקום ורצחו בדקירות סכין את השוטרת הדר כהן ז"ל. כאמור, באירוע נפצעו שני שוטרים נוספים, אחד באורח קל ואחת באורח קשה.

צילום הודעת שוטר מג"ב מצורף ומסומן מ/ש 3.

בזירת הפיגוע נתפסו תעודות הזהות של המפגעים, שלשה תתי מקלע מסוג קרל גוסטב, תחמושת, שני מטעני חבלה, סכין יפנית וסכין מתקפלת.

צילום דו"ח תפיסת מוצגים מצורף ומסומן מש/4

### השתלשלות ההליכים עובר להגשת העתירה

20. 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 המבנים בהם התגוררו המחבלים.

### אלרוב

21. ביום 24.2.2016 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בקבטיה בו התגורר אלרוב. בהודעה זו אף פורטו הטעמים העומדים בבסיס ההחלטה, כדלקמן:

"צעד זה ננקט הואיל והנדון, ביצע ביום 3/2/16 יחד עם שלושה מפגעים נוספים, פיגוע משולב ירי ודקירה בסכין, אשר כתוצאה ממנו נהרגה לוחמת מג"ב הדר כהן ז"ל".

צילום הודעת המשיב שנמסרה ביום 24.2.2016 צורף לעתירה כנספח ע' 3.

22. ביום 29.2.2016 הגיש ב"כ העותרים השגה בשם משפחת המחבל נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של אלרוב.

בהשגה נטענו טענות כלליות נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה, תוך שצוין כי "אין חולק כי האירוע בשער שכם מיום 3.2.2016 הינו קשה ביותר"

נוכח הטענות הכלליות שהועלו במכתב ההשגה, ביקש ב"כ העותרים את ביטול הצו ולחלופין, לצמצם את היקף תחולתו. צילום מכתב ההשגה מיום 29.2.2016 צורף לעתירה כנספח ע' 4.

23. ביום 3.3.2016 נשלח לב"כ העותרים מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים, זאת לאחר שהתייחס לטענות שהעלו העותרים בהשגה וציין כדלקמן:

"המפקד הצבאי טבור, כי במקרה דנן, אופן הפעלת הסמכות, הינה סבירה ומידתית נוכח הנסיבות הקשות של מעשי המפגע, והצורך כאמור, להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים מפני ביצוע פיגועים רצחניים דומים נוספים".

צילום מכתב המענה להשגה צורף לעתירה כנספת ע' 5

#### המבנה בו התגורר אלרוב

24. בית המחבל ובני משפחתו ממוקם במבנה בקבטיה בן קומה אחת עם עלייה לקומת גג שאינה בנויה. המחבל התגורר בקביעות במבנה אשר בבעלות אביו, העותר 1.

#### נצאר

25. ראשית, נבקש לציין כי אחר הפיגוע, תחקר נציג שבי"כ את אחי המפגע. האח מחמד שיבח את מעשי אחיו וטען כי זו זכות גדולה "לעשות" שהאדה. האח אסמעיל מסר בתחקור כי ניסה כל הבוקר להתקשר אל נאצר על מנת לברר מה קרה עמו לאחר שאביו עדכן אותו כי אחמד היה אמור להתייצב בבית משפט ולא שב לביתו. ציין שלאחר מכן ניסה להתקשר לחברים נוספים שלו שכן נאמר לו שהם נעלמו יחד. אסמעיל מסר כי בסביבות 10:30 התקשר למנגנוני הרשי"פ והתריע שאחיו הנדון נעדר.

26. ביום 24.2.2016 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בקבטיה בו התגורר נצאר.

צילום הודעת המשיב מיום 24.2.2016 בעניינו של נצאר מצורף ומסומן מש/5.

27. ביום 29.2.2016 הגיש ב"כ העותרים השגה בשם משפחת המחבל נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של נצאר.

בהשגה נטענו טענות נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, ובדבר מידת האפקטיביות שלה. לצד זה, טענו העותרים כי יש להוכיח שהמפגע היה מעורב באופן פעיל בפיגוע, כי יש לכל היותר לפגוע רק בחדרו של המפגע, כי המדובר בענישה קולקטיבית, ועוד טענות בעניין זה.

נוכח הטענות שהועלו במכתב ההשגה, ביקשה ב"כ העותרים את ביטול הצו ולחלופין, לצמצם את היקף תחולתו. צילום מכתב ההשגה מיום 29.2.2016 צורף לעתירה כנספת ב.



28. ביום 6.3.2016 נשלח לבי"כ העותרים מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים, זאת לאחר שהתייחס לטענות שהעלו העותרים בהשגה. במסגרת זו, הודע לעותרים כי ההריסה תתבצע באופן של הריסה ידנית של המחיצות הפנימיות.

צילום מכתב המענה להשגה מיום 6.3.2016 בעניינו של נצאר מצורף ומסומן מש/6

29. ביום 6.3.2016 ניתן צו החרמה והריסה, במסגרתו הודיע המשיב על הריסת הקומה השנייה של המבנה. הצו צורף לעתירה כנספח א.

#### המבנה בו התגורר נצאר

30. המדובר במבנה בקבאטיה, בן שתי קומות הרשום על שם אביו של המפגע.

31. המבנה כולו משמש רק את משפחת המפגע. בקומת הקרקע מתגורר אח המפגע, אסמעיל, ובת זוגו. בקומה השניה התגורר המפגע באופן קבוע יחד עם משפחתו הגרעינית. קומה נוספת משמשת כעליית גג, ולמיטב הידיעה, איש אינו מתגורר בה.

32. כאמור, בהתאם לצו החרמה, תהרס הקומה השנייה של מבנה זה, כלומר הקומה בה התגורר המפגע.

#### כמיל

33. נבקש לציין כי בתחקור שנערך לאביו של המפגע ציין האב בתחקורו כי המפגע הושפע רבות ממות חברו ושכנו מחמד עווד אבו רוב. יחד עם זאת ציין האב כי הופתע ממעשה בנו. האב מסר כי המפגע ושאר ילדיו נמצאים תחת שליטתו ומשכך הפתעתו הייתה רבה.

34. ביום 24.2.2016 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בקבטיה בו התגורר כמיל. ההודעה צורפה לעתירה כנספח ע-1.

35. ביום 28.2.2016 הגיש בי"כ העותרים השגה בשם משפחת המחבל נגד הכוונה להחרים ולהרוס את ביתו של כמיל.

בהשגה נטענו טענות נגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119. לצד זה, טענו העותרים כי יש להוכיח שהמפגע היה מעורב באופן פעיל בפיגוע. כן טענו העותרים כי פגיעה בבית תסב נזק לבתים סמוכים.

נוכח הטענות שהועלו במכתב ההשגה, ביקש בי"כ העותרים את ביטול הצו ולחלופין, לצמצם את היקף תחולתו. צילום מכתב ההשגה מיום 28.2.2016 צורף לעתירה כנספח ב.

36. ביום 6.3.2016 נשלח לבי"כ העותרים מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים, זאת לאחר שהתייחס לטענות שהעלו העותרים בהשגה. צילום מכתב המענה להשגה צורף לעתירה כנספח ג.

#### המבנה בו התגורר כמיל

37. המדובר מבנה פרטי בקבאטיה, בן קומה אחת, כאשר מתחת לקומת מגורים זו יש קומה לא בנויה (יסודות מבנה חצובים בסלע). בדירה ארבעה חדרי שינה, סלון מטבח ושירותים. המבנה בבעלות אביו של כמיל, נבנה ללא היתרי בנייה בשנת 1993.

#### הטיעון המשפטי

38. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירותיהם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי הדין האמורים - עניין עוואודה; עניין קוואסמה; עניין אבו ג'מל; עניין עכארי, עניין חג'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 כי 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"); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: "עניין אבו דהים"); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן (פורסם באר"ש, 15.2.12; להלן: "עניין מוגרבי").

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

עמדת המשיב תפורט להלן.

#### התשתית הנורמטיבית

##### הפעלת סמכות ההתרמה וההריסה - כללי

39. הסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה מוקנית למפקד הצבאי בהיותה חלק מן הדין המקומי באיו"ש. תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלי המחייב, כדלקמן:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT... OF ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND SITUATED IN ANY AREA, TOWN, VILLAGE, QUARTER OR

STREET THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED ... ANY OFFENCE AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE."...

ובנוסחה בעברית של התקנה:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו ... עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. ...".

40. 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.

41. 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 (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 תפים מפשע, אלא גם בשלום של הקרובים להם עצמם."

כן ראו דבריו של כבי השופט (כתוארו אז) אי מצא, בדעת הרוב בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994) (להלן: "עניין נזאל"), כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים 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 הוספה – הד"מ].

42. 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 הי"רגילות כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

43. 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 כבי 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 כבי השופט סולברג, כי:

"לדאבון הלב, איננו חיים בהשקט ובבטחה. השלום הוא משאת נפש, אך עוד חזון למועד. צה"ל, משטרה ושאר כוחות הביטחון נאלצים להתמודד עם רשע, טרור רצחני, שאינו מקדש את החיים, אלא סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמם יהודים שאולה.

לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדיו החל... ולא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות... עם כל הזהירות המתחייבת ומקדמי הבטחה. ברי כי לשעת סכנה ומלחמה נועדו דינים מיוחדים, ובחסותם אין מגיעה מוחלטת מפני פגיעה סביבתית. שעת מלחמה היא אתגר מוסרי. הכלים המשמשים את הלוחמים בשדה הקרב, ונחוצים להצלחה במשימותיהם, הם כלי קטל והרס, אשר ברגיל סותרים את ערכי המוסר ואת זכויות האדם... לעת מלחמה נועדו מצוות מיוחדות על מנת להתמודד עם משברים מוסריים ורוחניים" [ההדגשות אינן במקור - ה"מ]

44. מאחר שהסמכות לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעילות חבלנית, אין להתפלא על כך, כי היקף הפעלתה במהלך השנים היה ביחס ישיר להיקפם של האירועים התבלניים ולמידת חומרתם. כך, בשנים בהן התקפות הטרור פתחו, 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.

45. 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.

46. 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).

47. 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 בתייהם 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 בודדי". 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.

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 (ענין עואודה); כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים שחטפו ורצחו את שלושת הנערים (ענין 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 ג'ראח 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 חגי'אזי), שם הוחלט לבסוף על אטימת חדרו של המחבל. כן נהרס ביתו של המחבל שביצע פיגוע דריסה בתחנת רכבת הקלה "שמעון הצדיק" בירושלים (עניינו נדון בבג"ץ 8025/14).

כמו-כן, בעת האחרונה מומשה הריסת בתי המחבלים אשר היו מעורבים ברצח בני הזוג הנקין, ברצח מלאכי רוזנפלד וברצח דני גונן (העתירות שנידונו בעניין חאמד וכן בבג"ץ 7220/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את הרב נחמיה לביא ז"ל והחייל אהרון בנט ז"ל וכן פצע את אשתו של הרב לביא ז"ל ובנם הפעוט (עניינו נדון בבג"ץ 8567/15 ובבג"ץ 8782/15); נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את ישעיהו קרשבסקי ז"ל ופצע נוספים (עניינו נדון בבג"ץ 8150/15); וכן נהרס ביתו של אחד המחבלים אשר ביצע את הפיגוע הרצחני בקו 78 בשכונת ארמון הנציב שבירושלים במהלכו נרצחו 3 אנשים ונפצעו נוספים (עניינם נדון בבג"ץ 8154/15 ובג"ץ 8156/15); נהרסו בתיהם של המפגעים אשר ביצעו את הפיגועים בגוש עציון ובניין פנוראמה בת"א (בג"ץ 967/16 ובג"ץ 968/16), נהרס ביתו של המחבל אשר רצח את שוטר מג"ב בנימין יעקובוביץ (בג"ץ 1014/16 ודנג"ץ 1773/16).

49. 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 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 הגעלה 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 לסתות מההלכה הפסוקה, שמצאה כי ככלל אין הצדקה להתערב בהחלטת הרשויות המוסמכות לעשות שימוש באמצעי זה".** [ההדגשות אינן במקור – הח"מ]

50. 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 א' רובינשטיין, נקבע, בין היתר, כי "לא מצאנו לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים"; וכן כי "תכלית תקנה 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 נ' סולברג, בפסק דינו, קבע כי "שוכנענו כי בהתקיים אמות המידה החוקתיות והפסיקתיות, מדובר בהכרח בל יגונה. אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי";

וכן כי "החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניעה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה בקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו. הנה כי כן, ההרתעה תורמת, ולו גם במעט. המעט הזה, בנסיבות הזמן והמקום, עשוי לעיתים להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד".

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

### מו הכלל אל הפרט – הצורך הביטחוני

51. על-פי חוות דעת גורמי הביטחון וכלל הנתונים שנאספו על ידם, ניכרת, החל משנת 2013, מגמה מתמשכת של עליה בפעילות הטרור (ביחס לשנים שקדמו לה). הדבר מתבטא בעליה במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראלים כתוצאה מפעילות טרור. עיקר פעילות הטרור בעת האחרונה היתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמצייהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמם.

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

52. 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- 2403 פיגועים; ונכון ליום 8.2.16, בחלוף כחודש וחצי בלבד, נרשמו 206 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013 נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

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

נספח המביא דוגמאות הממחישות את ההסלמה הכרונולוגית במהלך שנת 2015 בכמות הפיגועים וחומרתם, עד למועד הגשת התגובה, מצורף ומסומן מש/7.

54. מעיון בנספח המצורף כ-מש/6 עולה באופן ברור, כי החודשים האחרונים מתאפיינים בשורה ארוכה של פיגועים, כאשר כמעט מידי יום ביומו מתרחשים פיגועים בדחבי מדינת ישראל ואיו"ש.



55. 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.

56. חשוב לציין, כי חלקם של הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני במרחב איוושי, נמסרו לבית המשפט הנכבד עוד במסגרת ההליכים בעניין חמאד (שנדון בחדש 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 תכניתו. ואכן, [...] מעיקה היא הפגיעה בן 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]

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

"גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח תכופים של אזרחים תמימים. עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת. סימן אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיינו 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."

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

58. 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 נרצחה בדם קר בדקירות סכין שוטר מג"ב ונפצעו שניים נוספים. עמדת המשיב היא שחיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה בעתיד.

59. 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 כבי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור בעניין אבו דהים, המחבל (תושב מזרח ירושלים) שביצע את פיגוע הרצח בישיבת מרכז הרב, כדלקמן:

"הנה כי כן, האפשרות של שינוי מחדש של המדיניות היתה קיימת עוד במועדים בהם נמחקו העתירות השונות. זאת ועוד, המשיב טוען כי על פני הדברים ברור כי מדובר בענייננו במקרה קיצוני בחומרתו, אשר גם לפי המדיניות שקבע הרמטכ"ל בתחילת שנת 2005 בהתאם להמלצת צוות החשיבה, ניתן יהיה לשקול לגביו עשיית שימוש בסמכות לפי תקנה 119. על כן, כך טוען המשיב, די בכך בלבד כדי להביא לדחיית טענת העותרים בנושא שינוי המדיניות.

11. עמדתנו היא שאין מקום להתערב בשינוי המדיניות של המשיב. המדיניות החדשה-ישנה נסמכת על חוות הדעת האמורה של שירות הביטחון הכללי ושותפים לה גם הרמטכ"ל ושר הביטחון. אכן, מותר לרשות לשנות מדיניות ובוודאי מותר לה לשנותה עם שינוי הנסיבות. .... כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים. כך הוא גם כשלפני שנים אחדות חל שינוי במדיניות בעקבות המלצות צוות החשיבה בראשות האלוף שני. כפי 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 - ה"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.

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

61. 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; ושהפעלה לעת הזו, בנסיבות של גל טרור גואה, תוזר ונשנה, בצורה מידתית וסבירה.

#### התייחסות לטענות העותרים

62. ראשית דבר, בהיבט העובדתי. כעולה מהמפורט, בידי המשיבים הודעות אשר ניתנו במשטרה, והמלמדות על תכנון מוקדם של הפיגוע, ועל רכישת נשק לצורך ביצוע פיגוע. הודעתו של אבו זיד בעניין זה צורפה לעיל.

בידי המשיבים הודעה של מי שהסיע את שלשת המחבלים יחדיו לאזור ירושלים, ביום הפיגוע, ואף הודעה בעניין זה צורפה לעיל.

מהודעות רבות שנגבו במשטרה משוטרים ותיילים שנכחו במקום, והודעה אחת צורפה לעיל, עולה באופן חד משמעי ומבוהק מעורבותם של שלשת המחבלים באירוע כולו.

בכלל זה, נמצאו במקום שלשה תתי מקלע מאולתרים, ליד כל אחת מהגופות נמצאו מקלע; נמצאו במקום סכינים ומטענים, כך שדומה, שניתן להסיר עניין זה מהפרק.

דומה, כי לכל הפחות, אחת מהעותרות כלל אינה חולקת על ההיבט העובדתי. על כל פנים, מכלל האמור לעיל, עולה באופן מבוהק וחד משמעי מעורבות השלשה בפיגוע.

63. טענותיהם העיקריות של העותרים היא כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת המחבלים מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי.

טענות כלליות אלו, כפי שצוין בפתח תגובה זו, נדונו בהרחבה בפסיקה ובשורת פסקי דין של בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה נקבע כי אין מקום להידרש לכך פעם נוספת.

64. למעלה מן הצורך 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 דחיס, כדלקמן:

6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעונו. טענה זו עלתה גם היא בעבר ונדחתה. בעניין זה כתב השופט טירקל ב-בג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין סעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש 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' 706-705). 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 משראוי 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 ראיה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל. [ההדגשה הוספה – הח"מ"]

וכך קבע 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 שציינת 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 קרובי"

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 עואדה (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, שככל 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 קורבו למעשי זועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דיני)."  
[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."

65. אשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט, נדחתה הטענה תוך שנקבע כך:

"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 יצלה, כשלאבוננו הופכים המפגעים אותהם 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 הזעת על הדילמות הערכיות הייחודיות לה מצד אחד, ועל הצרכים הבטחוניים שהיא מעוררת מצד שני." [שם, בסעיף 3 לפסק דינו של כבוד השופט נ' סולברג]

66. טענה נוספת בפי העותרים, והיא כי אין כל תועלת הרתעתית הנובעת משימוש בתקנה 119. לכך נשיב, כי לאחרונה, נדרש בית המשפט הנכבד לסוגיה זו במסגרת פסק הדין בפרשת חמאד, 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 הוספה, 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 בר' [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 מעשיר". [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.

סיכום

67. לנוכח כל האמור, ולנוכח נוכח חומרת מעשיהם של המחבלים והתוצאות הקשות של הפיגוע אשר ביצע (כפי שציינו העותרים בבג"ץ 1938/16 בהשגה שהוגשה על ידם); המשיב יטען, כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת המשיב להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי מבנני המגורים שבהם התגוררו המחבלים.
68. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות בהקדם האפשרי.
69. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד פיקוד מרכז, האלוף רוני נומה.

היום,  
ל' אדר א תשע"ו  
10 מרץ 2016

ד"ר שויקהן עו"ד  
סגן בכיר בפרקליטות המדינה