

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5943/17  
בג"ץ 5945/17  
בג"ץ 5947/17

6-1. ענכוש ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד מיכל פומרנץ ואח'

מרח' הוברמן 10, תל אביב 64075

טלפון: 03-5619666; פקס': 03-6868596

העותרים בבג"ץ 5943/17

עטא ואח'

העותרים בבג"ץ 5945/17

סאלח ואח'

העותרים בבג"ץ 5947/17

שניהם ע"י עוה"ד לביב חביב ואח'

מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים, 97300

טלפון: 0524-404477 פקס': 02-6263212

נ ג ד

מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466305; פקס': 02-6467011

המשיב

### תגובה מטעם המשיב

בהתאם להחלטת כבוד השופט י' עמית מיום 23.7.2017 ולקראת הדיון הקבוע ליום 30.7.2017, מתכבד המשיב להגיש את תגובתו. נוכח העובדה שהמדובר באירוע אחד, והעתירות נקבעו לדיון באותו מועד, תגובתו זו של המשיב תתייחס לשלוש העתירות במאוחד.

1. העותרים 6-1 בבג"ץ 5943/17 הם הוריו ואחיו של המחבל עאדל חסן ענכוש (להלן – ענכוש). העותר 1 בבג"ץ 5945/17 הוא אביו של המחבל אסאמה אחמד מוצטפא עטא (להלן – עטא). העותר בבג"ץ 5947/17 הוא אביו של המחבל בראא אבראהים מוחמד צאלח (להלן – צאלח). שלושת המחבלים השתתפו בביצוע פיגוע משולב ירי ודקירה, ביום 16.6.2017, במסגרתו רצחו את רס"ר הדס מלכה ז"ל.

2. עניינן של העתירות בבקשת העותרים לבטל שלושה צוי החרמה והריסה (להלן – הצווים).

הצו הראשון הוצא ביחס ליחידת המגורים בה מתגוררים העותרים 1-6 בבג"ץ 5943/17, בני משפחתו של ענכוש. היחידה כוללת את הקומה השנייה והמחסנים בקומה הראשונה במבנה בדיר אבו משעל המצוי בנ.צ. , בנפת רמאללה.

הצו השני הוצא ביחס ליחידת המגורים בה מתגוררים העותר 1 בבג"ץ 5945/17, אביו של עטא ומשפחתו, הכוללת מבנה בדיר אבו משעל המצוי בנ.צ. בנפת רמאללה.

הצו השלישי הוצא ביחס ליחידת המגורים בה מתגוררים העותר 1 בבג"ץ 5947/17, אביו של צאלח ומשפחתו, הכוללת מבנה בדיר אבו משעל, המצוי בנ.צ. בנפת רמאללה.

בנוסף, מבקשים העותרים בבג"ץ 5943/17 כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להציג "את חוות הדעת ההנדסית שנערכה לצורך בחירת אמצעי הריסת הבית, וכי יציג מחקר עם נתונים עובדתיים בדבר אפקטיביות האמצעי של הריסת ואטימת בתים כהרתעה בטרם יורו על ביצוע ההריסה".

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 ותקנות ההגנה), לאחר ששלוש המחבלים ביצעו פיגוע טרור רצחני.

4. המשיב יטען כי דין העתירות להידחות בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. על רקע הנסיבות הביטחוניות בעת הזאת, כפי שיפורטו להן, יטען המשיב, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי יחידות המגורים בהן התגוררו המחבלים אשר ביצעו את הפיגוע הרצחני היא חיונית כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים. חוות הדעת המפרטת את ההשפעה ההרתעתית של השימוש בסמכות לפי תקנה 119 חסויה, ועל כן לא ניתן להציג לעותרים כמבוקש על ידם בעתירה. ברי, כי ניתן יהיה להציג את חוות הדעת במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

5. 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 למשל בהקשר זה דבריו של כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסקה ז' לפסק דינו בבג"ץ 967/16 ובג"ץ 968/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 14.2.2016):

"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 [...]". [ההדגשות הוספו].

כן ראו קביעתו של כב' השופט עמית בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, בו נדחו בדעת רוב שלוש עתירות אשר נדונו יחד, נגד דעתו החולקת של כב' השופט מ' מזוז (בג"ץ 8150/15; בג"ץ 8154/15; בג"ץ 8156/15) (פורסם באר"ש, 22.12.2015) (להלן – עניין אבו ג'מל): "לא כל אימת שבית משפט זה חז 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".

6. בשים לב למצב הבטחוני בישראל ובאיו"ש; בחשיבות עליונה שיש להרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; מכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, אכן חיונית במקרה דנן להרתעת מפגעים פוטנציאליים נוספים; ובשים לב לחומרתו ואכזריותו של הפיגוע שביצעו המחבלים במקרה דנן; המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות אלו בהקדם האפשרי, על זרד דחייתו.

### עיקרי העובדות הצריכות לעניין

#### תיאור הפיגוע

7. ביום 15.6.2017 הגיעו שלושת המחבלים אל נקודת מפגש ליד רמאללה, יחד עם נוספים, שם עלו על אוטובוס בו נהג האני דארי. המחבלים היו מצוידים בתת מקלע מאולתר מסוג "קרלו" וסכינים, כשמטרתם ביצוע פיגוע הרג בישראל.

האוטובוס הסיע עשרות פלסטינים לישראל, ובכלל זה מספר פלסטינים שלא היה בידם אישור להיכנס לישראל. נגד האני דארי ואחר שסייע בידו מתנהל כעת הליך פלילי (ת"פ 27313-07-17) בבית משפט השלום בירושלים, בעבירה של גרם מוות ברשלנות והסעת שבי"ח בנסיבות מחמירות. האמור להלן הוא מכתב האישום האמור, אשר הוגש ביום 12.7.2017.

צילום כתב האישום נגד האני דארי ומוחמד חמדאן מצורף ומסומן מש/1.

8. על פי האמור בכתב האישום, ביודעם כי הם מסיעים תושבי שטחים אשר אין בידם היתר להיכנס כדין לישראל, בחרו הנאשמים במסלול נסיעה עוקף שמטרתו להימנע ככל הניתן ממפגש עם כוחות הביטחון.
9. המחבלים ירדו מן האוטובוס ושהו בירושלים עד ליום המחרת.
10. ביום 16.6.2017 בשעה 19:26, במטרה להוציא אל הפועל פיגוע הרג, צעדו המחבלים ברחוב סולטן סולימאן עד אשר הגיעו אל הרחבה הסמוכה למערת צדקיהו, שם שהה אותה עת כוח של שוטרי משמר הגבול.
11. ענכוש וצאלח המשיכו להתקדם אל עבר הרחבה, כאשר עטא נעצר מאחורי רכב משטרתני אשר חנה על המדרכה והסתתר מפני שוטרי מג"ב כשהוא מכין לפעולה תת מקלע מסוג קרלו. בהמשך לכך, יצא עטא אל צד הרכב וניסה לירות בנשקו לעבר שוטרי מג"ב. הנשק לא ירה בשל מעצור, ולאחר מספר נסיונות ירי מצד עטא ירו בו שוטרי מג"ב אשר הבחינו במעשיו עד אשר נוטרל.
12. במקביל לנטרולו של עטא, רץ צאלח אל עבר שוטרי מג"ב שבמקום כשהוא אוחז בסכין ומנסה לדקור אותם. שוטרי מג"ב אשר הבחינו בצאלח ירו לעבור עד אשר נוטרל.
13. בשלב בו רץ צאלח לעבר שוטרי מג"ב אשר ברחבה הסמוכה למערת צדקיהו, נפרד ממנו ענכוש אשר רץ לכיוון הכניסה לשער שכס. בשעה 19:28 הגיע ענכוש אל רחבת הכניסה לשער שכס וירד בגרמי המדרגות שבמקום. באותה עת, שהה בסמוך לגרם המדרגות כוח נוסף של שוטרי מג"ב, עליו נמנתה השוטרת הדס מלכה ז"ל. בשעה 19:30 הגיע ענכוש אל כוח מג"ב האמור כשהוא אוחז בסכין והתנפל על השוטרת הדס מלכה ז"ל, אשר נאבקה בו. ענכוש דקר את הדס מלכה ז"ל מספר פעמים וגרם לתתכים עמוקים בצווארה ובבית החזה, עד שהורחק ממנה ונוטרל מירי של שוטרי מג"ב נוספים שהיו במקום.
14. סיכומו של דבר, ביום 16.6.2017 ביצעו המחבלים פיגוע משולב בעיר העתיקה בירושלים. הפיגוע התרחש בשתי זירות שונות על ידי שלושת המחבלים. בזירה אחת, ליד מערת צדקיהו, ביצעו ענכוש ועטה ניסיון פיגוע ירי ודקירה. בזירה השנייה, בשער שכס, ביצע צאלח פיגוע דקירה ורצח את רסי"ר הדס מלכה ז"ל.
15. לעמדת רשויות הביטחון, המדובר בחוליה אחת אשר פעלה בתיאום בשתי הזירות האמורות. זאת, בין היתר, על בסיס הגעתם יחד לעיר העתיקה, סמיכות הזירות ונוכח העובדה שהסכינים ששימשו את המחבלים בשתי הזירות היו זהות.
16. כוחות הביטחון פעלו לניטרול המחבלים והרגו את שלושת המחבלים בזירות הפיגועים.

17. ממכלול החומר והראיות שבידי המשיב עולה כי המחבלים הוציאו לפועל פיגוע משולב של ירי ודקירה, אשר נועד לפגוע ביהודים חפים מפשע רבים ככל הניתן, וזאת ממניעים לאומניים; פיגוע שלדאבון הלב צלח והביא לתוצאות כואבות ביותר.

#### בג"ץ 5943/17

18. העותרים בבג"ץ 5943/17 הם משפחתו של המחבל ענכוש. העותרים 1-2 הם הוריו של ענכוש, והעותרים 3-6 הם ארבעת אחיו, קטינים, תאומים ילידי 2000, ושני קטינים ילידי 2004 ו-2006. כפי שיובהר להלן, לפי המידע שבידי המשיב, המתבסס על תחקור אבי המחבל, יחידת הדיור מושא צו ההחרמה וההריסה בבעלות אבי המחבל. ביחידה שתי קומות. בקומה השנייה מתגוררים העותרים והתגורר בה ענכוש. הורי המחבל התגוררו בחדר אחד, שלוש אחיותיו בחדר שני, וענכוש ואחיו בחדר הסלון. קומת המבנה הראשונה מכילה מחסנים וחדרים לא מאוכלסים כאמור ברישא, וכפי שיובהר עוד בהמשך הדברים, הצו מופנה כנגד הקומה השנייה – קומת המגורים, וכנגד המחסנים בקומה הראשונה. הצו אינו מופנה כנגד חדרי מגורים שאינם בשימוש בקומה הראשונה.

19. נבקש לציין כי אחר הפיגוע, הופיע בחשבון ה"טוויטר" המיוחס לאמו של ענכוש תוכן המשבח את הפעילות של בנה. לצד זאת, בדף הפייסבוק של "דיר אבו משעל" הופיעה, ביום 19.6.2017, מסמך "צוואה" אשר על פי הנטען היא צוואתו של ענכוש בכתב ידו, ובה מפרט ענכוש אודות כוונתו להיות שהיד. כן פורסמה הודעה, שעניינה טענה להעדר השתייכות ארגונית של המחבל ענכוש. מחקירת אימו של ענכוש עולה כי הצוואה נמצאה בזמן חיפוש הצבא בביתם, אחר הפיגוע.

צילום "צוואתו" של ענכוש והודעת המשפחה, מצורף ומסומן מ/ש 2

צילום חקירת אימו של ענכוש מצורף ומסומן מ/ש 3

#### בג"ץ 5945/17

20. העותר בבג"ץ 5945/17 הוא אביו של המחבל עטא. עטא התגורר בבית עם הוריו ושני אחיו (האחד קטין, יליד 2003, והשני בגיר, יליד 1991). במבנה אשר בבעלות אבי המחבל, שתי קומות. הקומה השנייה היא קומת המגורים בה מתגוררים כל בני המשפחה, ובה התגורר עטא. בקומה הראשונה מחסנים. הצו מופנה כנגד כל יחידת הדיור.

21. על פי המידע שבידי גורמי הביטחון, עטא שיתף תכנים קיצוניים בדף הפייסבוק שלו. כמו כן, עטא הורשע בעבר בחברות בהתאחדות בלתי מותרת. אחד מאחיו של עטא שוהה כיום בין כותלי הכלא, ובעברו מעורבות בטרור עממי.

צילום פסק הדין בו הורשע עטא בשנת 2015 מצורף ומסומן מ/ש 4

22. העותר בבג"ץ 5947/17 הוא אביו של המחבל צאלח. צאלח התגורר בבית עם הוריו ושלושת אחיו הבגירים (ילידי 1989, 1991, 1995). במבנה אשר בבעלות אביו שתי קומות. הקומה השנייה היא קומת המגורים, בה מתגוררים כל בני המשפחה, ובה התגורר צאלח. בקומה הראשונה מחסנים בהם מצויים בעלי חיים של המשפחה – עזים וכבשים. הצו מופנה כנגד כל יחידת הדיור.

23. בדף הפייסבוק של צאלח הופיע תכנים קיצוניים. כמו כן, צאלח נעצר בעברו על רקע מעורבות בטרור עממי ושהייה בלתי חוקית. כמו כן, אחיו של צאלח, פעיל החזית העממית ריצה בעברו מאסר על רקע מעורבות בטרור עממי ונשיאת נשק. אח נוסף ריצה מאסר על רקע חברות בהתאחדות בלתי מותרת, וקשירת קשר לזריקת חפץ מבעיר.

#### השתלשלות ההליכים להוצאת צו ההחרמה וההריסה והגשת העתירה

24. בהתחשב בנסיבות הפיגוע ובתוצאותיו הקטלניות; ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים 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 יחידות המגורים בהן התגוררו שלושת המחבלים.

25. ביום 3.7.17 נמסרו הודעות המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את יחידות הדיור בהן התגוררו המחבלים עטא וצאלח בשכונת דיר אבו משעל. בהודעה פורטו הנימוקים שהביאו את המשיב להחליט על הפעלת הסמכות. בנוסף, ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה כנגד ההחלטה, וזאת עד ליום 6.7.17 בשעה 16:00. צילום הודעות המשיב מיום 3.7.17 צורף לעתירות בבג"צים 5945/17 ו- 5947/17 וסומן כנספח 1 בשתייהן.

26. ביום 11.7.2017 נמסרה הודעת המשיב בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את יחידות הדיור בהן התגורר המחבל ענכוש בשכונת דיר אבו משעל. בהודעה פורטו הנימוקים שהביאו את המשיב להחליט על הפעלת הסמכות. בנוסף, ניתנה לעותרים האפשרות להגיש השגה כנגד ההחלטה, וזאת עד ליום 16.7.2017 בשעה 14:00. צילום הודעות המשיב מיום 11.7.17 צורף לעתירה בבג"ץ 5943/17 וסומן כנספח ה' לעתירה.

27. ביום 6.7.2017 הגישו ב"כ העותרים בבג"ץ 5945/17 ו- 5947/17 השגות בשם בני משפחתו של עטא, ובשם בני משפחתו של צאלח. ביום 16.7.2017 הגישו ב"כ העותרים בבג"ץ 5943/17 השגה בשם בני משפחתו של ענכוש. ההשגות, כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את בתיהם. יצוין, כי רבים מהנימוקים שהועלו על ידי העותרים בהשגות, מופיעים גם בעתירות דנן.

28. בהשגתם טענו העותרים בבג"ץ 5945/17 כי "לא הוצגה כל ראיה המבססת את מעורבות בן המשפחה בפיגוע", עוד טענו העותרים כנגד ענישה קולקטיבית – "למשפחה אין כל קשר או ידיעה למעשה המיוחס לבנה", כנגד מידתיות הצו נוכח היות הקומה הראשונה "יחידה נפרדת, והמשפחה או בנה אוסאמה לא מתגוררים בה", ועוד טענות כלליות כנגד האפקטיביות של צו ההריסה, והאפלייה הנגרמת בהפעלת הצו כלפי האוכלוסיה הפלסטינית בלבד.

ביחס לאופן ביצוע ההריסה, טענו העותרים בבג"ץ 5945/17 כי הם מבקשים לברר "כיצד מתכוונים לבצע את הריסת הבית ומהי הסיבה לבחירה בדרך הריסה זו, והאם נלקח בחשבון האפשרות לנזק סביבתי, והאם יש התחייבות לפצות את הבתים הסמוכים במידה וייגרם להם נזק כתוצאה מפעולת הריסה ראוותנית". צילום מכתב ההשגה של העותרים בבג"ץ 5945/17 מיום 6.7.2017 צורף לעתירה וסומן כנספח 2.

29. העותרים בבג"ץ 5947/17 טענו בהשגתם כי "לא הוצגה כל ראיה המבססת את מעורבות בן המשפחה בפיגוע", עוד טענו העותרים כנגד ענישה קולקטיבית – "למשפחה אין כל קשר או ידיעה למעשה המיוחס לבנה", כנגד מידתיות הצו נוכח היות הקומה הראשונה "יחידה נפרדת, והמשפחה או בנה בראא לא מתגוררים בה". ועוד טענות כלליות כנגד האפקטיביות של צו ההריסה, והאפלייה הנגרמת בהפעלת הצו כלפי האוכלוסיה הפלסטינית בלבד.

ביחס לאופן ביצוע ההריסה, טענו העותרים בבג"ץ 5947/17 כי הם מבקשים לברר "כיצד מתכוונים לבצע את הריסת הבית ומהי הסיבה לבחירה בדרך הריסה זו, והאם נלקח בחשבון האפשרות לנזק סביבתי, והאם יש התחייבות לפצות את הבתים הסמוכים במידה וייגרם להם נזק כתוצאה מפעולת הריסה ראוותנית". צילום מכתב ההשגה של העותרים בבג"ץ 5947/17 מיום 6.7.2017 צורף לעתירה וסומן כנספח 2.

30. העותרים בבג"ץ 5943/17 טענו בהשגתם כנגד עצם השימוש בסנקציה לפי תקנה 119, בדבר הפגיעה בזכויות יסוד של חפים מפשע וקטינים, ובדבר היותה נוגדת את המשפט הבינלאומי והמשפט העברי. במישור הפרטני, נטען כי בניגוד לאמור בהודעה, הבית אינו בבעלות אב המשפחה, וכי הוא בבעלות אחיו, דודו של ענכוש. לעניין זה צירפו העותרים מסמכים במכתב מיום 17.7.2017. עוד נטען כי העותר "אינו יודע מה היה חלקו של בנו בו, הוא אינו יודע מה הניע או גרם לו לבצע את המעשה המיוחס לו, לא היתה לו כל התרעה מוקדמת או סימנים מקדימים ...". עוד נטען במישור הפרטני כי בנסיבות העניין, לא מתקיימת התכלית ההרתעתית שבבסיס ההחלטה במיוחד מקום בו לכאורה "למרשי ולמשפחתו לא היה כל מידע או יכולת לצפות את מעשיו של בנם". עוד נטען כנגד מידתיות הצו בנסיבות המקרה, נוכח הותרת ההורים וארבעת ילדיהם הקטינים ללא קורת גג.

ביחס לאופן ביצוע ההריסה, ביקשו העותרים בבג"ץ 5943/17 לקבל "צילום ברור של הבית ושל החלק בקומה הראשונה שבכוונתם להרוס". במסגרת ההשגה ביקשו העותרים בבג"ץ 5943/17 לקבל את התשתית העובדתית בדבר מעורבות המחבל הראשון בפיגוע ופירוט אודות חלקו בפיגוע. וכן, כאמור בפתח הדברים, מחקר ונתונים אמפיריים אודות אפקטיביות ההרתעה של הריסת בתים. צילום מכתב ההשגה של העותרים בבג"ץ 5943/17 מיום 16.7.2017, וכן צילום מכתב המשך להשגה מיום 17.7.2017 בו צורפו מסמכים לאישוש הטענה בדבר בעלות הדוד על הבית צורפו לעתירה וסומנו כנספחים ו' ו-ז' בהתאמה.

31. ביום 17.7.2017 נשלח לב"כ העותרים בבג"ץ 5943/17 מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים, זאת לאחר שהתייחס בפירוט לטענות שהעלו העותרים בהשגה.

כך, במסגרת המענה להשגה, פירט המשיב כי מהמידע המצוי בידי המשיב, ובכלל זה חומרי חקירה גלויים שצורפו למענה, עולה בצורה ברורה כי המחבל הראשון השתתף בפיגוע. כמו כן, נמסר לעותרים כי ההחלטה על אופן ההריסה התקבלה אחר בחינה של מהנדס מוסמך, על מנת למנוע נזק לבתים בסביבה ולחלק המבנה שבבנייה. המשיב הבהיר כי החלטתו בעינה עומדת אף בשים לב לטענה בדבר בעלות הדוד.

המשיב הודיע לעותרים בבג"ץ 5943/17 כי ביצוע ההחרמה וההריסה לא ימומש בפועל עד ליום 23.7.2017 בשעה 14:00.

32. ביום 18.7.2017 נשלח לב"כ העותרים בבג"ץ 5945/17 מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים. במסגרת המענה להשגה שנשלח לעותרים בבג"ץ 5945/17 נמסר כי מהמידע המצוי בידי המשיב, ובכלל זה חומרי חקירה גלויים שצורפו למענה, עולה בצורה ברורה כי המחבל השני השתתף בפיגוע. המשיב הודיע במסגרת המענה לעותרים בבג"ץ 5945/17 כי ביצוע ההחרמה וההריסה לא ימומש בפועל עד ליום 23.7.2017 בשעה 15:00.

33. ביום 18.7.2017 נשלח לב"כ העותרים בבג"ץ 5947/17 מכתב מענה מטעם המשיב, במסגרתו דחה המשיב את השגת העותרים. במסגרת המענה להשגה שנשלח לעותרים בבג"ץ 5947/17 נמסר כי מהמידע המצוי בידי המשיב, המחבל השלישי דקר את רס"ר הדס מלכה ז"ל לעיני כל, ונורה ונהרג במקום תוך כדי הניסיונות למנוע את המשך הפיגוע וכי אין כל ספק בדבר מעורבותו של צאלח בפיגוע. המשיב הודיע במסגרת המענה לעותרים בבג"ץ 5945/17 כי ביצוע ההחרמה וההריסה לא ימומש בפועל עד ליום 23.7.2017 בשעה 15:00.



34. בשלושת המענים המשיב התייחס לטענות כלליות ועקרוניות שעלו בהשגות. לעניין אופן ההריסה נמסר כי ההחלטה בדבר אופן ההריסה התקבלה לאחר בחינה של גורמי מקצוע, ותוך לקיחה בחשבון של סיכונים לגרימת נזק לבתים בסביבה. עוד הוסבר שככל שייגרם נזק יש בידי הניזוקים לפנות למפקד הצבאי בדרישה לפיצוי.

באשר לטענות הכלליות כנגד עצם השימוש בתקנות 119, נמסר כי בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, נתונה למפקד הצבאי הסמכות לפעול על פי תקנה 119 בנסיבות המתאימות, וזאת לצרכי הרתעה ומטעמי ביטחון מובהקים. ביחס לטענה בדבר אפקטיביות ההרתעה, נטען כי העמדה לפיה הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מייצרת הרתעה אפקטיבית, מבוססת על חוות דעת המתעדכנת באופן תדיר, ואשר אף הוצגה בפני בית המשפט הנכבד, במעמד צד אחד, בהליכים קודמים. ביחס לטענות בדבר ענישה קולקטיבית נטען, כי הפגיעה בבני משפחות המחבלים אינה אלא נלווית למטרה ההרתעית של הפעלת הסמכות. לעניין הטענות בדבר מידתיות, הובהר כי נוכח חומרת מעשיהם של המחבלים, והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים, הריסת הבתים היא אמצעי מידתי ואף הכרחי בנסיבות העניין.

צילום מכתב המענה להשגה מיום 17.7.2017 צורף לעתירה בבג"ץ 5943/17 כנספח 1.

צילום מכתב המענה להשגה מיום 18.7.2017 צורף לעתירה בבג"ץ 5945/17 כנספח 3.

צילום מכתב המענה להשגה מיום 18.7.2017 צורף לעתירה בבג"ץ 5947/17 כנספח 3.

35. בצד מכתבי המענה, נמסרו לעותרים צווי ההחרמה וההריסה של יחידות המגורים בשכונת דיר אבו משעל בה התגוררו שלושת המחבלים, עליהם חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה. בצו ננקבו הטעמים להוצאתו. בצוויים שנמסרו ביום 18.7.2017 נקבע כך:

"צו זה ננקט נוכח צורך הכרתי בשים לב לכך שהנדון השתתף  
בביצוע פיגוע ירי ודקירה ביום 16 ביוני 2017 במסגרתו נרצח  
אדם".

צילום צו ההחרמה וההריסה צורף לעתירה בבג"ץ 5943/17 כנספח א.

צילום צו ההחרמה וההריסה צורף לעתירה בבג"ץ 5945/17 כנספח 3.

צילום צו ההחרמה וההריסה צורף לעתירה בבג"ץ 5947/17 כנספח 3.

36. ביום 23.7.17 הוגשו שלוש העתירות דנן. בו ביום, ניתנו החלטות כב' השופט י' עמית, בהן ניתן צו ארעי למניעת הריסת המבנים.

**הדירות בהן התגוררו המחבלים****המחבל ענכוש**

37. המחבל הראשון, ענכוש, התגורר בבית עם הוריו וארבעת אחיו ואחיותיו, כולם קטינים. כאמור, לפי המידע שבידי המשיב, הדירה מצויה במתחם מגורים בבעלות אבי המחבל.
38. במבנה מושא צו ההחרמה וההריסה יש שתי קומות. בקומה השנייה מתגוררת משפחת המחבל. תדר שינה אחד משמש את הורי המחבל, שלוש אחיותיו גרות בחדר שני, והמחבל הראשון ואחיו בחדר הסלון. קומת המבנה הראשונה מכילה מחסנים וחדרים לא מאוכלסים. כאמור ברישא, הצו מופנה כנגד הקומה השנייה – קומת המגורים, וכנגד המחסנים בקומה הראשונה. הצו אינו מופנה כנגד חדרי מגורים שאינם בשימוש בקומת הראשונה.
39. נבקש לציין כי בתחקור שנעשה לאב המחבל בסמוך לפיגוע מסר האב כי הבית בבעלותו, וכי המשפחה מתגוררת בבית מזה 40 שנה.
40. לאור האמור, ולאור המלצת גורמי הביטחון, המשיב קבע בצו כי יחידת המגורים, הקומה השנייה והמחסנים, בה התגורר ענכוש תוחרם ותיהרס.

**המחבל עטא**

41. המחבל השני, עטא, התגורר בבית עם הוריו ושני אחיו (האחד קטין, יליד 2003, והשני בגיר, יליד 1991). כאמור, הדירה מצויה במתחם מגורים בבעלות אבי המחבל עטא.
42. במבנה מושא צו ההחרמה וההריסה יש שתי קומות. הקומה השנייה היא קומת המגורים בה מתגוררים כל בני המשפחה, ובה התגורר עטא. בקומה הראשונה מחסנים. הצו מופנה כנגד כל יחידת הדיור.
43. לאור האמור, ולאור המלצת גורמי הביטחון, המשיב קבע בצו כי יחידת המגורים בכללותה, בה התגורר המחבל עטא, תוחרם ותיהרס.

**המחבל צאלח**

44. המחבל השלישי, צאלח, התגורר בבית עם הוריו ושלושת אחיו הבגירים (ילידי 1989, 1991, 1995). כאמור הדירה מצויה במתחם מגורים בבעלות אבי המחבל השלישי.

45. גם במבנה זה שתי קומות. הקומה השנייה היא קומת המגורים, בה מתגוררים כל בני המשפחה, ובה התגורר המחבל השלישי. בקומה הראשונה מתחנים בהם מצויים בעלי חיים של המשפחה – עיזים וכבשים. הצו מופנה כנגד כל יחידת הדיור.
46. לאור האמור, ולאור המלצת גורמי הביטחון, המשיב קבע בצו כי יחידת המגורים בכללותה, בה התגורר המחבל צאלח, תוחרם ותיהרס.

### הטיעון המשפטי

47. עמדת המשיב, כפי שתפורט להלן, היא כי דין העתירות להידחות, בהיעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בסעדים המבוקשים בעתירות.
48. הטענות המשפטיות שמעלים העותרים בעתירותיהם אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. בשורת פסקי הדין, ולדוגמה, בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.14) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); עניין אבו ג'מל; בג"ץ 5614/16 נאסר טראירה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 3.8.16) (להלן: עניין טראירה); בג"ץ 9034/16 אבו סביח נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 18.12.16), שב ואישר בית המשפט הנכבד את ההלכה הפסוקה רבת השנים, ולפיה הפעלת סמכות מכוח תקנה 119 האמורה, בנסיבות מסויימות, היא צעד חוקי, שניתן לנוקטו. השימוש בסמכות נסמך על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי יש בצעד זה כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים. כמו-כן, בפסקה הדיו העקרוני שניתן ביום 31.12.2014 בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון (להלן – עניין המוקד להגנת הפרט), נבחנו ונותחו הטענות לעומקן, וגם שם נמצא כי דינן להידחות. עתירה בבקשה לקיים דיון נוסף נדחתה ביום 12.11.2015 בהחלטתה של כבוד הנשיאה נאור.

### תמצית התשתית הנורמטיבית - הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

49. 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; 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. [...]"

50. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המפקד הצבאי 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. בית המשפט הנכבד אף התייחס לאופן הפעלת הסמכות בחוות דעתו של כב' השופט שהם בבג"ץ 5141/16 מוחמד מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: עניין מחאמרה), כדלקמן:

**"כלל ידוע הוא, כי על המפקד הצבאי לעשות שימוש זהיר ומצומצם בסמכותו לפי תקנה 119. ולקבל את החלטותיו, תוך שמירת עקרונות הסבירות והמידתיות. זאת. בשים לב לעובדה כי היקף הסמכות לפי תקנה זו הינו רחב מאוד. והפעלתה עשויה להוביל לתוצאות קשות ביותר. על כן, נקבעו בפסיקה מספר אמות מידה, אשר על פיהן צריך המפקד הצבאי לנהוג בהפעלת סמכותו זו. ראשית לכל, נקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, רק כאשר יש באמצעי זה בכדי לשרת את התכלית ההרתעתית, אשר עומדת ביסוד התקנה. כלומר, אין לעשות שימוש בתקנה זו לשם ענישתם של המפגעים או של בני משפחותיהם. אכן, התוצאה המעשית הנגרמת עקב הפעלתה של תקנה 119, עשויה להיות פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, ואולם אין זו התכלית העומדת ביסוד התקנה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 23 (11.8.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 19 (1.7.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003). כאמור, הרציונל אשר עומד בבסיס השימוש בתקנה 119 הוא הרתעת, ונקודת המוצא היא כי מחבל פוטנציאלי היודע כי מימוש תכניתו הרצחנית עלול להוביל לפגיעה בבני משפחתו – עשוי להירתע, בשל כך, מלבצע את הפיגוע שתכנן. עוד נקבע, כי על המפקד הצבאי לפרש את הסמכות המוקנית לו לפי תקנה 119. ברוח הדברים המופיעים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כלומר, עליו לוודא, כי פעולות ההריסה או האיטום מבוצעות למען תכלית ראויה, ובצורה מידתית. על פי מבחני המידתיות המוכרים (בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012), בפסקה 12 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (להלן: עניין מוגרבי); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 487 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009), בפסקה 5)" (להלן: עניין אבו דהים).**

51. 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 וכל שותף אחר לתכנון פיגוע היודע, כי בני משפחתו עלולים להיפגע, אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלסייע לתכנון ולבצע פיגועים. 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.

52. 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 הביטחון, תק-על 190(1) 75 (1990); להלן – עניין שוקרי), כדלקמן:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי [...]. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקודת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, כמו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלום של הקרובים להם עצמם."

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

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון [...] הפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת."

53. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב בפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת התקנה 119. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסה או אטימה של מבנים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה"רגילות" כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

54. 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 העויינת. 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:

"... לא דומה שעת מלחמה לעת שלום מבחינת הדין החל [...] לא זו אף זו: גם במושגי המותר והאסור במלחמה בין העמים חלו תמורות חשובות [...]. עם כל הזהירות המתחייבת ומקדמי הבטחון, ברי כי לשעת סכנה ומלחמה נועדו דינים מיוחדים, ובחסותם 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."

55. 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.

56. 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.

57. 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).

58. בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנים 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 (ראו, בין היתר, עניין עואודה; עניין קואסמה; עניין ג'עביס; עניין חמאד להלן; וכן לאחרונה בבג"ץ 2828/16 אחמד אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בבנו, 7.7.16) (להלן: עניין אבו זיד). זאת לאחר תקופה של כמעט עשור, במהלכה כמעט ולא נעשה שימוש בתקנה 119, בהתאם למסקנות צוות חשיבה שהוקם בנושא בראשות אלוף אודי שני.

59. אשר לאפקטיביות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לצורך הרתעה, נבקש להפנות, בין היתר, לפסק הדין בבג"ץ 7040/15 פדל מוסטפא פדל חמאד נ. המפקד הצבאי באיזור גדה המערבית מיום 12.11.2015 (להלן – "עניין חמאד"), בו הכריע בית המשפט בענין זה. וכך נפסק מפי כב' הנשיאה מ' נאור:

"[...] 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' פוגלמו 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, ה"ח"מ].

60. כמפורט לעיל, בפסק הדין בעניין המוקד להגנת הפרט, 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 כבי 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 והפסיקטיות, 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 אי 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

61. 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 הייתה, ומוסיפה להיות, מובלת בידי התארגנויות מקומיות, ובידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". זאת, במקביל למאמציהם של ארגוני הטרור להוציא אל הפועל פיגועים מטעמם. העלייה התולדה בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות, בהיקפם ובחומרתם, משקפת את המגמה הביטחונית השלילית הנמשכת הן באיו"ש הן בירושלים. 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; בשנת 2016 נרשמו 1,408 פיגועים; ומתחילת השנה הנוכחית ועד ליום 20.7.17, נרשמו 744 פיגועים. כמו כן, החל משנת 2013, נרשמה עליה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש ומירושלים.

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

נספח הכולל דוגמאות להמחשת ההסלמה הכרונולוגית בכמות הפיגועים וחומרתם, עד ליום 25.7.2017 מצורף ומסומן מש/5

62. כידוע, לאור ההתפתחויות האחרונות בנושא הר הבית, החל מהשבוע הקודם קיימת מתיחות ביטחונית חריגה, אשר באה לידי ביטוי בפיגוע הרצחני שהתרחש במהלך ליל שבת, 21.7.2017. בהקשר זה נזכיר את התבטאותו של המפגע ברשת החברתית לפיה ביצע את המעשה בעקבות הנעשה במסגד אל אקצה וקרא לאחרים להשתמש בנשקם וללכת בדרכו.

63. על פי הערכת המשיב, קיים חשש כי פיגוע זה, על רקע המתיחות הגוברת סביב הר הבית, יוביל להתדרדרות משמעותית של הבטחון באזור יהודה ושומרון ולנסיונות נוספים לבצע פיגועים דומים.

64. לאור זאת, המפקד הצבאי רואה חשיבות רבה במימוש צווי ההחרמה וההריסה של בתי המפגעים בעתירות שבנדון, לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים, אשר יש חשש ממשי בי יפעלו בהשראת הפיגוע האחרון.

להערכת המשיב למימוש צווי ההריסה וההחרמה, בעת הזו, ככל שיאושרו על ידי בית המשפט העליון, תהא תרומה משמעותית במאמץ הנרחב של כוחות צה"ל באזור, לבלימת מגמת ההסלמה ולייצוב המצב הבטחוני באזור.

65. לעמדת המשיב, הנתונים לעיל, מצביעים על מציאות עדכנית של הסלמה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני, המחייבים נקיטת אמצעים להרתיע מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים בכלל, וכדוגמת אלו אשר בוצעו לאחרונה, בפרט.

66. 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.

כאמור, במסגרת פסיקה עניפה של בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה. שעסקה בצווים מכוח תקנה 119 כנגד בתיהם של מחבלים שביצעו פיגועים כנגד אזרחים ישראלים. כאמור, חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, תוד שלא נעתר לאותו העתירות.

67. ביום 31.12.2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין 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 מ' נאור (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.11.2015)). בנסיבות אלה, המשיב יטען כי אין כל עלה או הצדקה להידרש פעם נוספת לטענות אלה במסגרת העתירה הנוכחית.

68. 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.

69. ההחלטה על הפעלתה של הסמכות לפי תקנה 119 נגד יחידות המגורים של שלושת המחבלים במקרה דנן נעשתה, בין היתר, בשים לב לחומרת הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצחה בדם קר שוטרת מג"ב. עמדת המשיב היא כי חיוני עד מאד להרתיע ככל הניתן מביצוע פיגועים אכזריים נוספים במתווה זה, או דומים לו, בעתיד.

70. 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) נאור בעניין אבו זהים, במסגרתו נקבע, בין היתר, כך:

"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."

לעניין זה, נפנה אף לדבריו של כבוד המשנה לנשיאה אי רובינשטיין בפסק הדין בעניין אבו זיד, כדלקמן:

"מזה שנים רבות נלחמת מדינת ישראל בגורמי טרור, אשר אינם בוחלים בכל אמצעי לפגיעה רבתי באוכלוסייה ישראלית, בחפים מפשע... אירועי השנה החולפת ממחישים את העובדה כי מדינת ישראל אינה ניצבת לבדה במערכה זו – פאריס, בריסל, אורלנדו ואיסטנבול, הן אך דוגמאות למלחמה חוצה גבולות של גורמי טרור חסדי מעצורים, אשר ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האו"ם אינה נר לרגלם, ואמנות ג'נבה אינן לחם חוקם. הטרור שופך חמתו בלא הבחנה, בלא נורמות, בשנאה זדונית. מלחמה זו מצריכה נקיטת אמצעים לא שגרתיים לשם הגנה על הציבור ולשם הרתעה. אין חולק, כי אין בכך כדי לאין את ערכינו הבסיסיים, וכפי שציין מכבר הנשיא ברק, "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (...). ואולם כדבריו, "חוקה אינה מרשם להתאבדות, זכויות אדם אינן מרשם לכיליח לאומי" (...); ועוד מפיו: "אסור שזכויות האדם ייפכו לקרדום לשלילת בטתון הציבור והמדינה" (...). ברכיב ההרתעה של ההריסה, שהוכח בפנינו במידה מספקת לעת זו, טמונה גם ההצדקה המשפטית והמוסרית.

כשאר מדינות העולם התפצות חיים, אין ישראל יכולה לשבת בחיבוק ידיים אל מול העומדים עלינו לכלותנו. מכאן, משמצאו גורמי הביטחון, לאחר בדיקה קפדנית ומתמשכת, כי אמצעי מסוים – שאינו פוגע בחיי אדם אלא ברכוש, מבלי להקל בו ראש – מרתיע ומביא להצלת חיי אדם, סבורני כי חרף הקושי הכרוך בו, לא לנו לקבוע כי אמצעי זה אסור כשלעצמו; המפתת הוא בתינת מתמדת של רכיב ההרתעה, שימוש מיזתי בתקנה על-ידי המשיב במקרים החמורים במיותר, ושקילתם במקרים המתאימים של אמצעים חלופיים אשר יש בהם כדי להשיג את תכלית ההרתעה. הדבר נשקל בענייננו, אך לא נמצאה דרך אתרת. נוכח כל האמור, אין מקום להתערבותנו. [ההדגשות הוספו, הח"מ].

הדברים האמורים, יפים הם לענייננו ככתבם וכלשונם.

71. לאור כל האמור לעיל, המשיב יטען כי אין כל עילה משפטית להתערב בהחלטות לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי ביתם של שלושת המחבלים. המדובר בהחלטות על-פי סמכות הנתונה בחקיקה ראשית; שנועדה לתכלית ראויה - קרי הרתעת מפגעים נוספים מביצוע פיגועי טרור נוספים; ושהופעלה בנסיבות של גל טרור גואה, חוזר ונשנה, בצורה מידתית וסבירה.

## התייחסות לטענות העותרים

72. טענותיהם העקרוניות-כלליות של העותרים בשלוש העתירות, הן, בעיקרן, כי ההחלטה על ההחרמה והריסת דירת מחבל מהווה ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע תוך פגיעה בזכויות היסוד שלהם, וכי היא מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי. טענות כלליות אלו, כפי שצוין בפתח תגובה זו, נדונו בהרחבה בפסיקת בית המשפט הנכבד אף מן העת האחרונה, תוך שנקבע כי אין מקום להידרש לכך פעם נוספת.

73. למעלה מן הצורך נשיב, ראשית, כי בהתאם להלכה הפסוקה השימוש שנעשה בתקנה 119 הוא לתכלית הרתעתית, וכי אין לראות בו משום ענישה קולקטיבית אך בשל כך שבני משפחת המחבל ייפגעו מן הצעד האמור, 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. טענות דומות לטענה זו של העותרים, לפיהן בני המשפחה הגרעינית המתגוררים עם המחבל הם בחזקת חפים מפשע ולא היו מודעים לכוונותיו של המחבל, כבר הועלו ונדחו על-ידי בית המשפט הנכבד פעמים רבות. לעניין זה ראו, למשל, האמור בפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דחים, 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 מזו הבחינה המוסרית המחשבה כי את עוונתו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בחטאו יומתו" (דברים, כד, טז): והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 706-705. חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-ד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זועה של מפגעים. יותר משראי לחוס על דיורו 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.**  
[ההדגשה הוספה, הח"מ]

וכך אף קבע כבוד השופט נ' סולברג קבע בסעיף 4 לפסק דינו בפסק הדין העקרוני בעניין המוקד להגנת הפרט:

"אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על פי כללי המשפט הבינלאומי [...] אכן, בענישה בפלילים, שלא כמו בהרתעה לפי תקנה 119, המיקוד הוא במי שהורשע בעבירה, ולא בבני משפחתו; אך כפי שציינתי בעניין קואסמה הנ"ל – "גם בהליכים פליליים שמטרתם עונשית [...] נפגעים בני משפחה חפים מפשע. מאסר של אדם בגין עבירה פלילית שביצע, בהכרח פוגע ברעייתו, בילדיו, בשאר קרוביו, מבחינת צרכיהם הגשמיים והרוחניים. אין צורך להכביר במילים על החסכים המתלווים תדיר למאסרו של אדם, שבהם נושאים קרוביו.

**לשונה של התקנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן, הרתעה מפני פיגועי התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות 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.**" [ההדגשה הוספה, הח"מ]

ראו גם, בין רבים, דברי כב' השופט דנציגר בעניין קואסמה (בסעיף 24 לפסק הדין); בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נא(1), 226 (1997); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002).

74. ברם מעבר לאמור, אשר די בו לדחיית טענות העותרים בשלוש העתירות, כאן המקום לציין, כי מהחקירה שביצעו גורמי הביטחון לאחר הפיגוע עולה כי, על אף שלא התגלה מידע ספציפי מקדים על האירוע, הרי שהייתה קיימת מודעות ברמות שונות לכוונות של **שלושת המחבלים בקרב בני משפחתם**. ונפרט בהתייחס לכל אחת ממשפחות שלושת המחבלים.

75. באשר למשפחתו של המחבל ענכוש. בדף הפייסבוק של ענכוש התגלו תכנים קיצוניים. כמו כן, בסמוך למועד הפיגוע הועלה ל"טוויטר" "ציוץ" המיוחס לאמו של המתבל הראשון, ובו נאמר "רצייתי שהוא יצליח להרוג עשרים, חמישים, מאה איש מהם ... הלוואי שניפגש בגן עדן, ותודה לאל, אני גאה". לעניין זה, נבקש להפנות גם לצוואתו של ענכוש, אשר הגיעה מבית המשפחה לידי מי שהעלה אותה לרשת הפייסבוק.

76. **באשר למשפחתו של המחבל עטא.** התגלו בדף הפייסבוק של עטא תכנים קיצוניים. כמו כן, עטא הורשע בעבר בחברות בהתאחדות בלתי מותרת, כאשר בגזר הדין הצהיר אביו כי "אנחנו נשמור עליו לאחר שישתחרר" (ראו פרוטוקול הדיון בנספח מש/4). בנוסף לכך, אחד מאחיו של המחבל מוחזק בכלא לאחר שנעצר בדרכו להשתתף באירוע של הפרת סדר. אותו אח, ריצה בעברו מאסר על רקע מעורבות בפעילות טרור עממית.
77. **באשר למשפחתו של צאלח.** התגלו בדף הפייסבוק של צאלח תכנים קיצוניים. כמו כן, הוא נעצר בעבר על רקע מעורבות בטרור עממי ושהייה בלתי חוקית. אחיו של המחבל צאלח פעיל בחזית העממית וריצה מאסר על רקע מעורבות בטרור עממי ונשיאת נשק. אח נוסף ריצה מאסר על רקע חברות בהתאחדות בלתי מותרת וקשירת קשר לזריקת חפץ מבעיר.
78. **שלישית,** באשר לטענה כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נוגדת את המשפט הבינלאומי, נשיב כי בפסק הדין העקרוני **בעניין המוקד להגנת הפרט**, נדחתה הטענה תוך שנקבע, בין היתר, 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 בפסק הדין **בעניין חמאד**:

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

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

79. בהקשר זה מדגישים העותרים בשלוש העתירות את העובדה שביחידת המגורים מתגוררים קטינים צעירים ובלתי מעורבים. יוזכר, כי טענה זו נטענה על ידי העותרים גם **בעניין חמאד** (וראו סעיף 12 לחוות דעתה של כב' הנשיאה), כחלק מטענת העותרים בדבר סתירת השימוש בתקנה 119 למשפט הבינלאומי, ובית המשפט הנכבד דחה כאמור את כלל הטענות העקרוניות בדבר סתירה למשפט הבינלאומי, לרבות הפגיעה בזכויות הילדים הקטינים (וראו סעיף 25-26 לחוות דעתה של כב' הנשיאה בעניין חמאד).

### אפקטיביות ההרתעה

80. טענה נוספת שהעלו העותרים היא בדבר אפקטיביות ההרתעה שנוצרת כתוצאה מהשימוש בתקנה 119. לכך נשיב, כי בית המשפט הנכבד כבר נדרש לשאלת אפקטיביות ההרתעה, והכריע כי ככל שבחינת אפקטיביות ההרתעה נעשית על ידי גורמי הביטחון באופן תדיר, והחלטתם היא כי יש להמשיך ולהשתמש בעת הזו בסמכות על פי תקנה 119 במקרים המצדיקים זאת, אזי אין בידי בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטתם. יפים בהקשר זה דבריה של כב' הנשיאה מהעת האחרונה בבג"ץ 1125/16 **חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (פורסם באר"ש, ניתן ביום 31.3.16):

**"שאלת יעילותה של ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכתם של גורמי הביטחון, שהם הגורם המומחה וזה אשר נושא באחריות לעניין זה. ובית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכתם ... עם זאת, האפקטיביות של אמצעי זה צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כ"ז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין ופסקה 6 לחוות דעתה של השופטת חיות; עניין סידר, בפסקאות 2-3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו אלרוב, פסקאות ז'-ח' ו-ו' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז ופסקה 4 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). חזקה כי כך אכן נעשה. מכל מקום, במקרה דנא לא הוצג בפנינו כל טעם המצדיק להטיל בכך ספק ובפרט שהעניין נבחן אך לאחרונה (ראו, עניין חמאד, בפסקה 29 לחוות דעתי). [ההדגשה הוספה, הח"מ]**

כן ראו קביעתו של כב' השופט שהם בעניין **מחאמרה** :

**"אדרש, תחילה, לטענותיהם של העותרים, לפיהן אין כל ראייה כי הפעלת תקנה 119 משיגה את ההרתעה המבוקשת כלפי מפגעים בכוח ובפועל, וכן בנוגע לטענת ההפליה בשימוש בתקנה 119. אד לאחרונה, בעניין זיד (שבו הייתי אחד מחברי ההרכב), הוצגה לעיוננו חוות דעת מקיפה ועדכנית, העוסקת באפקטיביות השימוש בסמכות לפי תקנה 119. ממנה עלה בבירור כי הפעלת הסמכות תורמת באורח משמעותי לגורם ההרתעה, בתקופה זו שבה אנו עדים לפעילות טרור מוגברת"** [פסקה 31, ההדגשות הוספו – הח"מ].

בהקשר זה יצויין, כי המשיב נכון להציג בפני בית המשפט הנכבד חוות דעת חסויה עדכנית בדבר יעילות השימוש בתקנה 119 כאמצעי להרתעה מחבלים פוטנציאליים, וזאת בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

81. עוד יצוין, כי בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, אפקטיביות ההרתעה נמדדת במגוון אמצעים, אולם אין המדובר בשאלה אמפירית-כמותנית, כנטען על ידי העותרים. לעניין זה נפנה לדברי כב' השופט סולברג בעניין המוקד להגנת הפרט:

5. העותרים כופרים בתועלת השימוש בתקנה 119 לצרכי הרתעה. אלא שטענה מעין זו שבה ונדחתה בפסיקה: "... לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי" (דברי השופט א' גולדברג בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז (30.3.1997); ראו גם בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף (27.11.2003)).

6. חוקרים שנדרשו לנושא לאחרונה, תארו את הקשיים המתודולוגיים בדרך למדידת ההשפעה של צעדי הרתעה נגד טרור. Wilner מציין (בהסתמך על Stein Lebow, Richard Ned and Janice Gross Stein, Deterrence: The Elusive Dependent Variable, 42(3) World Politics 336 (1990)) כי הצלחות של פעולות הרתעה מותירות, אם בכלל, מעט "עקבות התנהגותיים". קשה להוכיח כי לנקוט ההרתעה היתה השפעה על אירוע שלא התרחש ... אף על-פי כן, המחקר האמפירי הקיים, אינדיקציות נקודתיות מגיסיון העבר, ועמם מחקרים חדשים בתחום הפסיכולוגיה של הטרור והתיאוריה של ההרתעה, תומכים במצטבר, באופן אשר מניח את הדעת, בפוטנציאל ההרתעתי הטמון בהריסת בתי מחבלים.

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

82. אשר לטענת העותרים בבג"ץ 5943/17 לפיה קיימת סתירה בין ההלכות שהוציא מלפניו בית המשפט הנכבד ביחס לשימוש בתקנה 119, לבין ההלכה שנקבעה ביחס לאחד העותרים בבג"ץ 7015/02 כיפאח עיגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 3.9.2002; להלן – עניין עיגורי), נשיב, כי יש לדחות את הטענה. התכלית היחידה לשימוש בתקנה 119 היא תכלית הרתעתית. זאת בניגוד לתכלית המניעתית בנוסף להרתעתית אשר היתה במוקד 'תיחום מקום מגורים' בפרשת עיגורי. בית המשפט הנכבד בפסיקתו העניפה דחה – פעם אחר פעם – את הטענות ביחס לאי-חוקיות השימוש בתקנה 119, גם לאחר פסק הדין בפרשת עיגורי. העובדה כי בית המשפט הנכבד הגביל את אפשרותו של המפקד הצבאי לנקוט בצעד של תיחום מקום מגורים בפרשה אחרת, ודאי שאינה משליכה ישירות על אפשרותו של המפקד הצבאי לנקוט בצעד של הריסה או אטימה לפי תקנה 119.



אפליה בשימוש בסמכות לפי תקנה 119

83. אשר לטענת העותרים בבג"ץ 5945/17 ובבג"ץ 5947/17 בנוגע לאפליה בה נוקט המשיב בהפעילו את הסמכות לפי תקנה 119, נציין, כי אף טענה זו נדונה ונדחתה במסגרת עתירות שונות, שהופנו כנגד צווי החרמה והריסה שהוצאו מכוח תקנה 119. כך, לדוגמא, קבע כב' השופט דנציגר בענין 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 הרחעתית 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]

וראו והשוו עניין פאדל חמאד, בפסקה 30 לחוות דעתה של כב' הנשיאה, ובפס' 2 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג; עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה כה לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין.

84. בהקשר זה אף יוער, כי טענת העותרים בדבר אפליה ביישום הסמכות מכוח תקנה 119 אינה מנומקת דיה, ומצויינת באופן שאינו עולה כדי הצגת תשתית עובדתית מספקת. ודוק, טענת העותרים נטענה בעלמא ובאופן תמציתי ביותר, ללא סימוכין ונימוקים שיש בהם כדי לערער את ההלכה הקיימת בנושא.

85. להשלמת התמונה נציין, כי לאחרונה ניתן פסק דין בבג"ץ 5376/16 אבו ח'דיר נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש ביום 4.7.2017) (להלן – עניין אבו ח'דיר). בעניין אבו ח'דיר ביקשו העותרים סעד לפיו יוצא צו החרמה והריסה לבתי המחבלים היהודיים שרצחו ממניעים לאומניים את הנער מוחמד אבו ח'דיר בחודש יולי 2014. אחת מהטענות המרכזיות שהעלו העותרים בעניין אבו ח'דיר היא הטענה בדבר אפליה בשימוש בסמכות מכוח תקנה 119 בין מחבלים יהודיים לבין מחבלים פלסטיניים ומחבלים תושבי מזרח ירושלים.

בית המשפט הנכבד דחה את העתירה בשל השיהוי שחל בהגשת העתירה. עם זאת, התייחס בית המשפט הנכבד לעניין האפליה וקבע מפי כבי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

**"ואולם, לטעמנו אין לראות את ההחלטות הללו כמוציאות חלילה את ההיבט העקרוני, של אי הבחנה בין דם לדם, אלא כמבטאות קונקרטיזציה של מצב עובדתי. אנו מבטאים גישה עקרונית המשווה בין דם לדם, תוך הותרת מרחב יישומי. ודוקו בהקשר זה: אם יסבור המפקד הצבאי כי הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119 כלפי בתייהם של מחבלים יהודים תעלה בקנה אחד עם תכליתה – דהיינו, תתרום להרתעתם של מפגעים יהודים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור – עליו לעשות בה שימוש בדומה לאופן שבו הוא מפעיל את התקנה ביחס לבתייהם של מחבלים ערבים. לשון אחר: אין בעובדה שאירוע טרור נעשה על-ידי יהודים, אזרחי המדינה או תושביה, כשלעצמה, כדי למנוע שימוש בתקנה 119, אף כשמדובר בהרתעת מעטים. הסמכות מוקנית מכוח תקנה 119 גם בתחומי מדינת ישראל (בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2015) (להלן ענין סידר)), ומכל מקום קיימת הסמכות להפעילה, והיא חלה הן ביחס למפגעים ערבים והן ביחס למפגעים יהודים, הכל בשים לב למערכת האיזונים ולאמות המידה שהותוו בפסיקה ביחס להפעלתה. אכן, על דרך העיקרון – כאמור – אין בית משפט זה מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. הסמכות מסורה לידי המפקד הצבאי, וחזקה עליו שיפעילה בהתאם להוראות הדין; אך עליו להתוות את דרכו ברוח דברים אלה, כמובן כחלק ממכלול השיקולים".**

כבי השופט הנדל קבע בחוות דעתו באותה פרשה כי:

"ובסופו של שיקול, לנוכח הקשיים שמעוררת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והיותה של ההרתעה הצידוק היחידי להפעלתה, נראה כי לא יהיה נכון להרחיבה לקבוצות ייחוס שאף המדינה סבורה בשלב זה כי היא אינה נחוצה לגביהן. החלופה של הפסקה מוחלטת של השימוש בסמכות איננה תואמת את פסיקת בית משפט זה. נותרה החלופה של אי התערבות במצב הקיים, המבוססת על טיעונים רציונאליים. זאת, כאשר התוצאה איננה יוצרת הבחנה מוחלטת על פי דת או לאום – כי אז היה מקום לשיקול התערבות במדיניות הפעלת הסמכות. כאמור, הפער בכמות וב"איכות" הטרור משמעותי וכולט בין הקבוצות נגדן מופעלת הסמכות ובין אלה שלא. המסקנה היא כי אין לקבל את העתירה".

#### לטענה בדבר היעדר מידתיות

86. נבקש להתייחס בתמצית לטענות פרטניות שהעלו העותרים בבג"ץ 5943/17 ביחס לנסיבות ההחרמה וההריסה במקרה דנן.

87. העותרים טוענים לחוסר מידתיות בהחלטת המשיב במקרה דנן. ביחס למבחן המידתיות הראשון, טוענים העותרים להיעדר קשר רציונלי בין המטרה (יצירת הרתעה כלפי מפגעים עתידיים פוטנציאליים) לבין האמצעי להגשמתה (הריסת יחידת הדיור ששימשה למגורי המשפחה – הוריו ואחיו), זאת במסגרת טענותיהם ביחס למידתיות הפעלת הסמכות. העותרים טוענים, כי העובדה שבבית מתגוררים ילדים קטינים וכי הבית נהרס ללא תלות במעשי המשפחה, פוגמת בתכלית ההרתעתית של השימוש בתקנה 119.

לכך נשיב, כי כאמור לעיל, ההרתעה אינה מכוונת כלפי בני המשפחה הגרעינית, שהפגיעה בהם בשל ביצוע ההחרמה וההריסה היא נלווית; ההרתעה מכוונת כלפי אותם גורמים השוקלים לבצע פיגועי טרור כנגד חפים מפשע, וההבנה כי משפחתם תיפגע וביתם ייחרב באם ינהגו כך, תגרום להם לחזור בהם מכוונתם לבצע את הפיגוע. משכך, עמדת המשיב היא כי אכן קיים קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה, לרבות במקרה דנן. זאת, בהתאם להלכה הפסוקה בנושא. נפרט.

88. במסגרת פסק הדין בעניין **חמאד**, לאחר שהוצגה בפני המותב הנכבד חוות דעת של שירות הביטחון הכללי המתייחסת לנושא הרתעת מחבלים פוטנציאליים מביצוע פיגועים על ידי שימוש בתקנה 119, קבע בית המשפט הנכבד בעניין זה כדלקמן:

**"[...] 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 **עואודה**, נפסק מפי כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור:

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

ועוד ראו, דברי כב' השופט סולברג בסעיף 13 לפסק 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]

89. מכיוון שהזכרנו את עניין **חמאד**, נתייחס לעוד טענה אחת, שעלתה בעתירה של משפחת המחבל **ענכוש**. כאמור, בעתירה נטען כי אבי המשפחה שוכר את הדירה מאתו. בהתייחס לזה נבהיר כי מעבר לסתירה שבטענה זו אל מול מה שאמר אביו של ענכוש בתחקור בדירתו, הרי שבמישור המשפטי טענה זהה לחלוטין נדחתה על ידי בית משפט נכבד זה בעניין **חמאד**:

"במקרה שלפנינו אין לקבל לדעתי גם את טענת השכירות. בשונה מבג"ץ 7040/15 – שבו יש לדעתי לבטל את צו ההריסה מהטעם שהמשכיר שם היה צד שלישי "זר" – במקרה הנוכחי מדובר בדירה שהושכרה מבת משפחה, היא אמו של החשוד. לעניין ההרתעה, אין הבדל ממשי בין מקרה שבו המחבל מתגורר עם בני משפחתו בנכס שבבעלותם לבין מקרה שבו המחבל שוכר נכס מבן משפחה. בשני המקרים הנזק הכלכלי למשפחת המחבל הוא משמעותי. מכך נובע, כי ידיעתו של מחבל פוטנציאלי על האפשרות שדירתו או דירתם של בני משפחתו תיהרס עשויה להרתיעו מפני ביצוע מעשי טרור".

## סיכום

90. לנוכח כל האמור, עמדת המשיב היא כי אין כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת המשיב להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי יחידות המגורים שבה התגוררו שלושת המחבלים – ענכוש, עטא וצאלח. לפיכך, דין העתירה להידחות.
- ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנוכח, המשיב יציג בפני בית המשפט את החומר החסוי האמור, בהסכמת העותרים ובמעמד צד אחד.
91. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה בהקדם האפשרי.
92. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, אלוף רוני נומה.

היום,

ג' באב תשע"ז

27 ביולי 2017

רוני שויקה, עו"ד  
סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה