



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

**בג"ץ 5141/16**

**בג"ץ 5506/16**

לפני:

כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט א' שהם

העותרים בבג"ץ 5141/16 :  
1. מחאמרה  
2. מחאמרה  
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

העותרים בבג"ץ 5506/16 :  
1. מחאמרה  
2. מחאמרה  
3. מחאמרה  
4. מחאמרה  
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לממשלה : 5141/16

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לאיו"ש : 5506/16

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ח' בתמוז התשע"ו (14.7.2016)

בשם העותרים בבג"ץ : עו"ד לביב חביב : 5141/16

בשם העותרים בבג"ץ : עו"ד מיכל פומרנץ ; עו"ד נועה עמרמי ; עו"ד אנו דעואל לוסקי : 5506/16

בשם המשיבים בבג"ץ : עו"ד אבישי קראוס ; עו"ד אבינועם סגל-אלעד : 5141/16 והמשיבים בבג"ץ

פסק-דיןהשופט א' שהם:

1. ביום 8.6.2016, התרחש פיגוע רצחני במתחם "שרונה" בתל אביב, שבו נרצחו ארבעה ישראלים, ונפצעו 41 אזרחים, בדרגות פציעה שונות. היה זה הפיגוע הקשה והקטלני ביותר מאז החל גל הפיגועים הנוכחי.

2. עניינן של העתירות שלפנינו הוא בהוצאת צווי החרמה והריסה מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), בנוגע לשני מבנים הממוקמים בכפר יטא שבאזור חברון (להלן: הכפר), בהם התגוררו מבצעי הפיגוע. המדובר בקומה השנייה במבנה בכפר, שם התגורר האלד מוחמד מוסא עיד מחאמרה (להלן: חאלד), שהוא בנו של העותר 1, ואחינו של העותר 2 בבג"ץ 5141/16; ושתי קומות, הראשונה והשלישית, במבנה בחרבת רקעה, אשר ממוקם בסמוך לכפר. בקומה השלישית התגורר אחמד אחמד מוסא עיד מחאמרה (להלן: מחמד), אשר הינו בן דודו של חאלד, וכך בנם של העותרים 1-2 ואחיהם של העותרים 3-4 בבג"ץ 5506/16. צו ההחרמה וההריסה בבג"ץ 5141/16 הוצא ביום 22.6.2016, וצו ההחרמה וההריסה בבג"ץ 5506/16 הוצא ביום 6.7.2016, שניהם על ידי האלוף רוני נומה, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי). בכל אחד מהצווים נכתב, בין היתר, כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, ביצע ביום 8.6.16 בצוותא עם מחבל נוסף, פיגוע ירי בעיר תל אביב, בה רצחו ארבעה בני אדם" [פסקה זו מופיעה בשני הצווים, מאחר שכאמור חאלד ומחמד היו מעורבים באותו פיגוע במתחם "שרונה" בתל אביב].

העתירות

3. העתירות שלפנינו הוגשו על-ידי בני משפחותיהם של כל אחד משני המפגעים, אשר להם זיקה למבנים שכלפיהם הוצאו הצווים, שנזכרו לעיל. העותרת 3 בבג"ץ 5141/16, והעותרת 5 בבג"ץ 5506/16, היא עמותה רשומה "המוקד להגנת הפרט", המיוצגת, כמו גם העותרים, על-ידי עו"ד לביב חביב, בבג"ץ 5141/16, ועל ידי עוה"ד נועה עמרמי, מיכל פומרניץ ואנו דעואל לוסקי, בבג"ץ 5506/16. העותרים טוענים כי דין החלטותיו של המפקד הצבאי, מושא צווי ההחרמה וההריסה, להתבטל, ובהקשר זה הועלו על ידם טענות עקרוניות-כלליות, כמו גם טענות הנוגעות לנסיבות הפרטניות

של כל אחד מהמקרים. אפרט בקצרה את הטיעונים העקרוניים שבאו לידי ביטוי בעתירות, ולאחר מכן אעמוד על טענותיהם הפרטניות של העותרים.

טענות עקרוניות שהועלו בשתי העתירות

4. במישור העקרוני נטען, בשתי העתירות שלפנינו, כי תקנה 119 סותרת את המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח כבוש. זאת, תוך הפרה של מספר עקרונות מרכזיים במשפט הבינלאומי, ובפרט האיסור על ענישה קולקטיבית. העותרים הפנו, בין היתר, לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה הרביעית (להלן: האמנה), לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון לאמנה, וכן לתקנות 46 ו-50 לתקנות האג, אשר אוסרים על הטלת ענישה קולקטיבית ועל הריסת בתים ורכושם של מוגנים. העותרים התבססו בנוסף, על הוראות שונות באמנות האו"ם, כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, והאמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, האוסרות אף הן, לשיטתם של העותרים, על נקיטת צעדי ענישה קולקטיביים, כדוגמת השימוש בתקנה 119. עוד נטען, כי הקביעות שנעשו על ידי בית משפט זה בבג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464 (1979), ובבג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987), לפיהן "הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל היא בגדר משפט מקומי, הקיים והחל באזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי, ולא הובאו לפנינו טעמים משפטיים, שעל יסודם יש לראותו כבטל עתה" – הן שגויות מבחינה משפטית. זאת שכן, לשיטת העותרים, דין מקומי, לרבות תקנה 119, אינו יכול לגבור על כללי הדין הבינלאומי. העותרים תומכים את טענותיהם במישור העקרוני בחוות דעת שניתנה על ידי מומחים משפטיים, כמו: פרופ' יובל שני; פרופ' מרדכי קרמניצר; פרופ' ארנה בן נפתלי; ופרופ' גיא הרפז.

5. העותרים הוסיפו וטענו, כי השימוש בתקנה 119 להריסת בתי חשודים בפעילות חבלנית, אינו מידתי, שכן אמצעי זה גורם לפגיעה באזרחים חפים מפשע החיים באותו בית, ובפרט כאשר ילדים קטנים מתגוררים בבתיים אלו. חוסר המידתיות מתעצמת, לטענתם של העותרים, שעה שהוכח כי האמצעי של הריסת בתים אינו יוצר את ההרתעה המיוחלת – היינו הרתעת מפגעים בכוח ובפועל מלבצע פיגועים נוספים. למעשה, כך גורסים העותרים, הריסת הבתים משיגה את התוצאה ההפוכה, קרי, "הגברת העוינות והשנאה".

טענה נוספת שהיתה בפי העותרים, היא כי המשיב מתעלם מחובתו לבחון, מעת לעת, את מידת היעילות בשימוש בתקנה 119, כמו גם קיומו של קשר רציונלי בין השימוש בתקנה לבין ההרתעה המבוקשת. נטען בנוסף, כי הרשעתם וענישתם של האלד ומחמד בהליכים הפליליים אשר מתקיימים נגדם, מהווים אמצעי הרתעה מספיקים, ואין צורך לעשות בעניינם שימוש גם בתקנה 119. לבסוף, במסגרת הטענות העקרוניות, הועלתה טענת אפליה בהפעלת הסמכות, בין תושבים פלסטינים לבין מפגעים יהודים, כדוגמת רוצחי מחמד אבו חדיר ורוצחי בני משפחת דוואבשה בכפר דומא, שביתם לא נהרס.

העתיקה בבג"ץ 5141/16 – טענות פרטניות

6. בעתירה בבג"ץ 5141/16, שהוגשה ביום 27.6.2016, נאמר, כי בסמוך לאחר מעצרו של האלד, בלילה שבין 14.6.2016 לבין 15.6.2016, הגיעו כוחות צבא אל בית משפחתו של העותר 1, ומסרו הודעה בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הקומה השנייה בבניין, שבה התגורר האלד. ביום 19.6.2016, הוגשה השגה על ידי העותרים, שנדחתה ביום 22.6.2016. במענה להשגה נכתב, כי האלד הודה בביצוע הפיגוע במתחם "שרונה" ביחד עם המפגע הנוסף - מחמד, וכי יתר פרטי החקירה מצויים תחת צו איסור פרסום. עוד צוין במכתב הדחייה, כי הריסת הקומה השנייה תבצע באמצעות ציוד מכני הנדסי, ותלווה על ידי מהנדס שיפקח על העבודות, ויודא כי לא ייגרם נזק לחלקי המבנה, שלא יועדו להריסה. בהתייחס למבנה מושא צו ההריסה, נמסר כי מדובר בדירה בשטח של כ-200 מ"ר, אשר מצויה בקומה השנייה במבנה בן שתי קומות. בדירה מתגורר העותר 1 ואשתו, שהם הוריו של האלד, יחד עם ששת ילדיהם, אשר חמישה מהם קטינים. בדירה בקומת הקרקע מתגוררים בני משפחתו של אבראהים, דודו של האלד, שהוא העותר 2 בבג"ץ 5141/16. עוד נמסר, כי מצבו הרפואי של אביו של האלד, שהוא עורך דין במקצועו, הידרדר, ועל כן הוא העתיק את משרדו לדירתו, המצויה, כאמור, בקומה השנייה.

7. העותרים בבג"ץ 5141/16 העלו במסגרת עתירתם את הטענות הבאות: ראשית, נטען כי לא קיימת זיקת מגורים בין האלד לבין הדירה מושא צו ההריסה, ועל כן, הוצאת הצו נעשתה, לטענת העותרים, בחוסר סמכות. כפי שפורט בעתירה, שנתיים וחצי לפני מעצרו של האלד הוא שהה בירדן, לצורך לימודים, והוא נהג להגיע לאזור בכדי לבקר את בני משפחתו בכפר, למספר ביקורים קצרים, בתדירות של כפעמיים בשנה. הגעתו לבית המשפחה, בתקופה שקדמה למעצרו, נבעה, לטענת העותרים, בשל החלטתו להשהות את לימודיו ולעבוד בישראל, ללא היתר כדין, למשך מספר חודשים.

בכדי לתמוך בטענתם הנוגעת להעדר זיקת מגורים, מסתמכים העותרים על האמור בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016) (להלן: עניין מרעי), שם התקבלה הטענה כי לא מתקיימת זיקת מגורים בין סטודנט בגיר שהתגורר בדירת סטודנטים בשכירות, לבין בית משפחתו. שנית, נטען כי נפלו פגמים בהליך השימוע בעניינם של העותרים, וזאת כיוון שלטענתם, החלטת המפקד הצבאי נמסרה להם באופן מזוהז, מבלי שנשקלו כהלכה מלוא השיקולים הדרושים לעניין, וללא מסירת מידע לגבי תוכנית ההריסה והשלכותיה, וכן פרטים על אודות חקירתו של חאלד. שלישית, גרסו העותרים, כי אחריותו של חאלד לביצוע הפיגוע לא הוכחה ברמה הנדרשת, לצורך הוצאת הצו לפי תקנה 119. רביעית, נטען כי "לעותרים אין כל חלק במעשים שבגינם הוצא הצו", כך שהם נענשים על לא עוול בכפם. כמו כן, הביעו העותרים את החשש לקריסת המבנה כולו, במידה שתאושר הריסת הקומה השנייה.

8. ביום 12.7.2016, הותר לעותרים בבג"ץ 5141/16, לצרף חוות דעת של מהנדס מטעמם, נאסר אבו ליל (להלן: המהנדס אבו ליל), וזאת בהסכמת המשיבים. בחוות דעתו של המהנדס אבו ליל נאמר, בין היתר, כי "הריסת הדירה בקומה העליונה של משפחת מכאמרה בכלים הנדסיים מכאניים כבדים תגרום לנזק רציני לדירה הממוקמת בקומת הקרקע".

העתירה בבג"ץ 5506/16 – טענות פרטניות

9. בעתירה בבג"ץ 5506/16, שהוגשה ביום 11.7.2016, נטען, כי ביום 30.6.2016 נודע לעותרים על הכוונה להחרים ולהרוס את הקומה הראשונה, למעט מפעל הממתקים הממוקם בה, ואת הקומה השלישית בבניין המצוי בחרבת רקעה, שבסמוך לכפר יטא. ביום 4.7.2016, נשלחה השגה מטעם העותרים אל המשיבים, אשר נדחתה ביום 6.7.2016. במכתב הדחייה צוין, כי מחמד הודה בעובדות המיוחסות לו בכתב האישום, והובהר כי הריסת הבית תתבצע באמצעות ציוד מכאני הנדסי, תחת פיקוח מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה, ו"תוך שימת לב, שלא לפגוע ביתר המבנה".

10. בהתייחס למבנה מושא צו ההריסה, ציינו העותרים כי הבניין כולו הוא בבעלותו של העותר 1. בקומה הראשונה בבניין מתגוררים הוריו של מחמד, הם העותרים 1 ו-2, יחד עם ארבעה מתוך שמונת ילדיהם. לצד דירתם בקומה הראשונה, מצוי מחסן גדול ובו מפעל ממתקים, אשר מפרנס את בני המשפחה ונמצא בבעלותה. בקומה השנייה, בדירה השמאלית, מתגורר אחיו של מחמד – חוסאם, הוא העותר 3, ובדירה הימנית עתיד להתגורר אח נוסף של מחמד – סמיר, הוא העותר 4, שניהם ביחד

עם בנות זוגם. לטענת העותרים, הקומה השלישית מהווה יחידת דיור עצמאית, בה התגורר מחמד לבדו. נטען בנוסף, כי מחמד שהה בירדן, בין השנים 2013-2015, ושב לכפר לפני כשנה וחצי. נאמר, בהקשר זה, כי "כאשר מחמד היה נמצא בבית, הוא בילה את מרבית זמנו בדירתו בקומה העליונה וכמעט ולא היה מבקר אצל הוריו בקומה הראשונה".

11. בעתירתם, העלו העותרים מספר טענות בנוגע לצו ההריסה מושא העתירה. ראשית, נטען כי צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי, אינו עומד במבחני המידתיות, שכן עולה חשש כי מימוש צו ההריסה יגרום לפגיעה בשתי הדירות המצויות בקומה השנייה, כמו גם לפגיעה במפעל הממתקים, אשר נמצא בקומה הראשונה. עוד נטען, בהקשר זה, על ידי העותרים, כי לא הועברה אליהם חוות דעת הנדסית מטעם המשיבים, אלא רק "הסבר לקוני כיצד תיערך ההריסה". שנית, הטעימו העותרים, כי הם לא ידעו דבר וחצי דבר על תכניותיו של מחמד, וכי לו ידעו על כוונותיו מבעוד מועד, הם היו פועלים באופן מיידי על מנת למנוע מבעדו מליטול חלק בפגיעה. נטען, בהקשר זה, כי ביום 12.6.2016, נעצר העותר 1, בחשד לסיוע לבנו, ואולם הוא טען לחפותו במסגרת החקירה שנערכה לו. שלישית, נטען על ידי העותרים, כי לא מתקיימת זיקת מגורים בין מחמד לבין הדירה המצויה בקומה הראשונה בבניין. העותרים הוסיפו וטענו, בהקשר זה, כי יש לראות בעובדה שהמשיבים לא מצאו כי קיימת זיקת מגורים בין מחמד לבין הדירות המצויות בקומה השנייה, משום תמיכה בטענתם, באשר להיעדר זיקת מגורים גם לקומה הראשונה. לביסוס טענתם, הפנו העותרים לבג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (14.6.2016) (להלן: עניין חמאד), שם התגורר המפגע בקומה העליונה של בניין מגורים, אשר היה שייך למשפחתו, ובאותו עניין החליט המפקד הצבאי על הריסת יחידת המגורים העליונה בלבד, דבר שאושר על ידי בית משפט זה. העותרים הוסיפו וטענו, כי זיקת המגורים של מחמד למבנה כולו היא חלשה, לנוכח העובדה כי מקום מגוריו הקבוע היה בירדן, וכך מאחר שמחמד לא יצא ישירות מן הבית לביצוע הפגיעה, אלא מתוך מקום מסתור, כלומר "הבית לא שימש לאחסון אמצעי לחימה או לתכנון עם שותפיו".

12. ביום 12.7.2016, הותר לעותרים בבג"ץ 5506/16, לצרף חוות דעת של המהנדס אבו ליל, בהסכמת המשיבים, בה נאמר, בין היתר, כי "ההריסות המתוכננות ובמיוחד הריסת הדירה של ההורים בקומה הראשונה בכלים הנדסיים מכאניים כבדים תגרום לנזק רציני לשתי הדירות הממוקמות בקומה השנייה".

13. במסגרת העתירות התבקש גם צו ביניים, האוסר על החרמה והריסה של המבנים המדוברים עד להכרעה בעתירות. ביום 27.6.2016, ניתן על ידי השופט צ' זילברטל צו ארעי המורה למשיבים להימנע מהחרמה והריסה של המבנה מושא העתירה בבג"ץ 5141/16, עד להחלטה אחרת. בהחלטתי מיום 11.7.2016, הוריתי על עיכוב ביצוע צו ההריסה שהוצא במסגרת העתירה בבג"ץ 5506/16. באותו היום, החליטה חברתי, השופטת א' חיות, כי העתירות יידונו במאוחד.

תגובת המשיבים לעתירות

14. המשיבים הגישו את תגובתם לעתירות בבג"ץ 5141/16 ובבג"ץ 5506/16, בימים 12.7.2016 ו-13.7.2016, בהתאמה. בפתח תגובתם, עמדו המשיבים על הפיגוע הקשה, מושא העתירות דנן, וציינו כי מחומר החקירה עולה כי המפגעים, חאלד ומחמד, יחד עם אדם נוסף (להלן: הנאשמים), קשרו קשר לביצוע פיגוע, וזאת, במטרה לרצוח יהודים באשר הם יהודים. לצורך מימוש תוכניתם, הצטיידו הנאשמים בכלי נשק, ורכשו ציוד אשר באמצעותו יוכלו להתחזות לאנשי עסקים ישראלים. הנאשמים הצטיידו בנוסף ברעל עכברים, ותכננו לטבול בו סכינים שהיו בידיהם, ולדקור באמצעותם אזרחים ישראלים. הנאשמים ערכו, במספר הזדמנויות שונות, אימוני ירי, בכדי לבדוק את תקינותם של כלי הנשק שהיו ברשותם. לאחר שתוכניתם המקורית של הנאשמים לבצע פיגוע בתוך קרון רכבת לא התממשה, הגיעו חאלד ומחמד, ביום 8.6.2016, בשעה 20:53, לתל אביב. בסמוך לשעה 21:30, נכנסו המפגעים לבית הקפה "מקס ברנר" המצוי במתחם "שרונה", והתיישבו באחד השולחנות. לפתע, קמו חאלד ומחמד ממקומם, שלפו את כלי הנשק מתוך התיקים שברשותם והחלו לירות לכל עבר, ללא הבחנה, וזאת "בכוונה לגרום למותם של ישראלים רבים ככל האפשר". במהלך הירי, ולאחר שפגעו במספר אזרחים, חל מעצור בכלי הנשק של המחבלים, והם החלו להימלט מן המקום. כתוצאה מהפיגוע הרצחני מצאו את מותם ארבעה אזרחים: עידו בן ארי ז"ל, אילנה נבעה ז"ל, מילה מישייב ז"ל, ומיכאל פייגה ז"ל. נוסף על כך, נפצעו 41 אזרחים, כשלארבעה מהם נגרמו פציעות קשות במיוחד: אסף בר, חגי קליין, פבלו ספרן, וטל בן ארצי.

15. בתגובתם, עמדו המשיבים על המגמה המתמשכת של ההחרמה במצב הביטחוני, ועל העלייה המתמדת בפעילות הטרור נגד אזרחי מדינת ישראל ותושביה, וזאת, החל משנת 2013 ועד לימינו אנו. פעילות הטרור מתרחשת הן בשטח מדינת ישראל כולל מזרח ירושלים, והן בתחומי אזור יהודה ושומרון (להלן: "איו"ש"). המשיבים צירפו לתגובתם טבלה, אשר בה פורטו הפיגועים שהתרחשו מאז תחילת שנת

2014, ועד למועד הגשת התגובה. על רקע מציאות בטחונית זו, סבורים המשיבים, כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, כלפי המבנים בהם התגוררו חאלד ומחמד, אשר היו מעורבים בפיגוע הקשה והרצחני ביותר בגל ההסלמה הנוכחי, "היא חיונית, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים נוספים".

16. בהתייחס לטענות המשפטיות העקרוניות שהועלו על ידי העותרים, נטען על ידי המשיבים, כי מדובר בטענות אשר נדונו פעמים רבות בבית משפט זה, ונדחו פעם אחר פעם. המשיבים הפנו, בין היתר, לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, שניתן לאחרונה (בג"ץ 2828/16 זיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (7.7.2016)) (להלן: עניין זיד)), שבו נאמר כי "טענות אלה עלו במספר רב של עתירות ונדחו לגופן; חלק נכבד מהן בעת האחרונה, ומכאן שאין מקום לעת הזאת לבחינה מחודשת של ההלכה" (שם, בפסקה ה). כמו כן, התייחסו המשיבים לפסק הדין בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט), שבמסגרתו נותחו בהרחבה השאלות העקרוניות, הנוגעות לסוגיית השימוש בתקנה 119. אשר על כן, סבורים המשיבים, כי אין הצדקה להידרש לטענות אלה, פעם נוספת, במסגרת העתירות דנן.

17. המשיבים הוסיפו וטענו, כי התכלית הגלומה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית ולא עונשית. הרציונל בשימוש בתקנה 119 מבוסס על ההנחה, כי מחבל פוטנציאלי עשוי להירתע ממימוש כוונותיו הרצחניות בשל הפגיעה האפשרית בבני משפחתו, והדבר עשוי למנוע את ביצוע הפיגוע. ההרתעה מופנית גם כלפי בני משפחתו של מפגע, ככל שהם יודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם לפעול למניעת ביצועו של הפיגוע. לשיטתם של המשיבים, הפגיעה באנשים המתגוררים בביתו של המפגע אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא שמדובר בתוצאת לוואי לשם מימוש המטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות, כאמור. המשיבים הדגישו, כי אין צורך, על פי ההלכה הנוהגת, להוכיח את מודעותם או את סיועם של בני המשפחה לפיגוע אותו תכנן וביצע המחבל, בכדי שניתן יהיה להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119. עוד הבהירו המשיבים בתגובתם, כי לנוכח המשמעויות הקשות, הנובעות מהפעלתה של תקנה 119, סמכות זו מופעלת "רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה'רגילות' כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש". המשיבים הוסיפו וטענו, כי הצווים בעניינם של חאלד ומחמד, הוצאו "בשים לב לחומרת הפיגוע הרצחני, במהלכו נרצחו בדם קר, בהמשך לתכנון והכנה מפורטים, ארבעה אזרחים ישראלים, ונפצעו נוספים". המשיבים התייחסו לטענת העותרים, לפיה אין תועלת הרתעתית באמצעי זה, והפנו לפסקי דין קודמים שניתנו בבית משפט זה, בהם



נקבע, בהסתמך על חוות דעת מקצועיות, כי השימוש באמצעי זה, יוצר הרתעה בקרב מפגעים פוטנציאליים. המשיבים ציינו, בהקשר זה, כי יש ברשותם חוות דעת עדכנית, בדבר האפקטיביות של השימוש בתקנה 119.

18. אשר לתשתית הראייתית הנדרשת להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, ציינו המשיבים, כי הדרישה היא לראיות מנהליות, כאשר יש בצבך הראיות שהוביל להגשת כתב האישום נגד שני המפגעים, ונגד אדם נוסף, די והותר בכדי לענות על הדרישה לקיומן של ראיות מנהליות, המלמדות על מעורבותם של המחבלים בפגיעה. המשיבים הפנו, בין היתר, להודאתם של המפגעים בחקירותיהם, ובכלל זה, לחקירתו של האלד במשטרה מיום 14.6.2016; ולחקירתו במשטרה של מחמד מיום 9.6.2016.

19. בתגובתם התייחסו המשיבים לטענותיהם הפרטניות של העותרים, כמפורט להלן:

העתירה בבג"ץ 5141/16

(א) אשר לטענה כי בני משפחתו של האלד לא ידעו על כוונותיו לבצע את הפגיעה, הפנו המשיבים להלכה הנוהגת בבית משפט זה, לפיה המפקד הצבאי אינו נדרש להוכיח כי בני משפחתו של המחבל ידעו על תוכניותיו, בכדי שניתן יהיה לעשות שימוש בתקנה 119. ואולם, ציינו המשיבים, כי בענייננו, עולה מחקירתו של האלד במשטרה ובשב"כ, כי בני משפחתו היו מודעים למעורבותו של בנם בפעילות ביטחונית שלילית. כך למשל, בחקירתו של האלד במשטרה מיום 16.6.2016 (עמ' 3, שורות 72-64), נאמרו על ידו הדברים הבאים:

”ש: מי זה יוסף אסמאעיל?”

ת: זה בן דוד של אבא שלי, גר ביאטא, הוא תומך במדינה האסלאמית ישבתי אתו מספר פעמים ודיברנו בצורה כללית על המדינה האסלאמית. ויש הרבה אנשים ביאטא תומכים בדאע”ש ומחכים לרגע שדאע”ש יכנס לארץ על מנת להצטרף אליהם. ואחד מהאנשים הללו הוא יוסף מחאמרה אבו מועתסם.

ש: ספר לי על היחסים עם אבא שלך והדעות שלו?

ת: אבו מקבוצה שקוראים להם קבוצת 'אלדעווה ואלתבליע' (שיוך אלדעווה). הייתי רב איתו כי הם לא רוצים שהאנשים יתקוממו עכשיו אלא עד שיבוא ה-'מהדי' וידוע שה- 'ג'יהאד' הוא חובה דתית ועל כל מוסלם ('פרד' עין') שיתקומם 'יוג'אהד'. ואבא שלי אומר שזה

לא 'פרד' עין' ותמיד הייתי רב איתו ואפילו פעם אחת הוא הכה אותי" [ההדגשות שלי-א.ש.].

בחקירתו במשטרה, מיום 28.6.2016, מסר האלד, כי הוא נהג להשתמש ברכב של דודו, הוא העותר 2, בכדי לסחור בנשק, ואביו הבחין בו באותן נסיבות:

"ש: אתה סיפרת לי כי היית משתמש ברכב של דוד שלך אבראהים מחאמרה [העותר 2 - א.ש.] על מנת לסחור בנשקים, איך דוד שלך ידע שאתה סוחר בנשק?  
 ת: פעם הגעתי לבית והיה לי שתי מחסניות, ואבא שלי [העותר 1 - א.ש.] ראה אותי. אחרי זה אמרתי לדוד שלי אבראהים שהדברים ברכב ולפני זה דוד אבראהים ראה אותי אצל עזאם הבחור שקניתי ממנו את הנשק, וידע שאנחנו סוחרים בנשק.  
 ש: דוד שלך אבראהים ראה את המחסניות?  
 ת: אני אמרתי לו שהדברים למעלה וראה אותי גם אצל עזאם ואבא שלי ראה שהורדתי דברים, ואז דוד אבראהים הבין שאני מסתיר מאבא שלי וגם כי ראה אותי אצל עזאם אז הוא הבין שאני סוחר בנשק" (עמ' 2, שורות 35-42).

אשר לעותר 2, ציינו המשיבים כי הוא מוחזק במעצר מנהלי, החל מיום 10.6.2016, בשל "המסוכנות הנשקפת ממנו לבטחון האזור, לאחר שהתקבל בעניינו מידע בדבר מעורבותו בסחר והחזקת אמל"ח, כמו גם מידע, גלוי בחלקו, המבסס חשד הנחקר בימים אלה בדבר מעורבותו בסיוע למחבלים".

עם זאת, ציינו המשיבים, למען שלמות התמונה, כי בחקירתו של האלד בשב"כ מיום 11.6.2016, הוא נשאל האם הוריו ידעו על הכוונה לבצע את הפיגוע, והשיב בשלילה:

"ש: ההורים שלך ידעו על הפיגוע?  
 ת: לא.  
 ש: דיברת עם ההורים שלך על הפיגוע הזה?  
 ת: לא  
 ש: למה?  
 ת: כי היו מונעים ממני".

לטענת המשיבים, מן הקטעים המצוטטים לעיל ניתן להבין, כי חרף מודעותם של בני משפחתו של האלד לעמדותיו הקיצוניות, לא ננקטו צעדים מטעמים למניעת מעורבותו בפעילות חבלנית.

(ב) המשיבים התייחסו לטענת העותרים, בדבר היעדר זיקת מגורים בין חאלד לבין הדירה מושא צו ההריסה, והטעו כי דינה להידחות, וזאת מכמה טעמים: ראשית, העותרים אינם חולקים על כך שחאלד שב להתגורר בכפר יטא, גם אם עבד באופן בלתי חוקי בישראל, וזאת כארבעה חודשים טרם ביצוע הפיגוע. המשיבים טענו, בהקשר זה, כי העותרים לא הציגו כל ראיה לפיה מרכז חייו של חאלד היה במקום אחר, בתקופה הרלבנטית, למרות העובדה שהוא התגורר במשך כשנתיים בירדן. שנית, ציינו המשיבים, כי כאשר נשאל חאלד בחקירתו בשב"כ, מיום 9.6.2016, היכן הוא מתגורר, הוא מסר כי הוא גר בכפר, "בדירת הוריו בחדר משלו". לשיטתם של המשיבים, טענת העותרים לפיה חאלד עזב את ירדן בכדי לחסוך כסף להמשך לימודיו היא טענה "מקוממת", שכן מחומר החקירה עולה, כי הוא שב מירדן לצורך ביצוע הפיגוע המתואר לעיל. המשיבים הוסיפו וטענו, כי לפי ההלכה הנוהגת, זיקת המגורים הנדרשת לצורך הפעלת תקנה 119, אינה מותנית, בהכרח, במשך או בתדירות שהייתו של המפגע בדירה מסוימת, אלא בתפיסתו של המחבל עצמו, היכן מצוי ביתו.

(ג) בהתייחס לטענת העותרים, לפיה הריסת דירתו של חאלד תוביל לפגיעה בבניין כולו, ובדירות סמוכות, חזרו המשיבים על האמור במכתב שנשלח לעותרים, לפיו "הריסת דירת המגורים תתבצע באמצעות ציוד הנדסי מכאני, תוך שימת לב שלא לפגוע ביתר המבנה, ותוך שההריסה, תיעשה ותלווה על ידי מהנדס מורשה מטעם חיל ההנדסה". נוסף על כך, גורסים המשיבים, כי אין ממש בטענתם של העותרים, לפיה נפגעה זכות הטעוץ שלהם, כיוון שניתנה להם האפשרות להשיג על ההחלטה, כפי שאכן עשו. המשיבים הוסיפו עוד, בהתייחס לטענת העותרים כי אחריותו של חאלד לביצוע המעשים לא הוכחה כדבעי, כי כתב האישום שהוגש נגדו משמש כראיה מנהלית משמעותית, אשר ניתן להסתמך עליה לעניין הפעלת הסמכות, לפי תקנה 119. לטענת המשיבים, צֶבֶר הראיות המנהליות במקרה דנן, הינו "הרבה למעלה מן הנדרש", בכדי שניתן יהיה להפעיל סמכות זו, וזאת, לאור הודאתו המלאה של חאלד במעשיו, נוסף לראיות תומכות אחרות. לבסוף, טענו המשיבים, כי יש בידם חומר חסוי בנוגע לעותר 2, אשר הינו רלבנטי לעתירה דנן.

העתירה בבג"ץ 5506/16

(א) המשיבים התייחסו לטענת העותרים, לפיה אין זיקת מגורים בין מחמד לבין הקומה הראשונה, ולגישתם דינה של טענה זו להידחות. זאת, לאור התבטאותו של מחמד, במסגרת חקירתו בשב"כ, מיום 9.6.2016, אשר תועדה כך בזכ"ד: "לדברי הנדון [מחמד-א.ש.] הוא ישן בכל הבית, בחדרים שונים, אצל הוריו ואחיו וכן לעיתים על הגג.

הנדון מסביר זאת מאחר ושב מירדן ואינו מאורגן ולכן נעזר בשירותי המשפחה" המשיבים הוסיפו וטענו, כי העותר 4, אחיו של מחמד, מסר לרכז שטח של השב"כ, אשר הגיע לצורך מיפוי בית המשפחה, ביום 19.6.2016, כי קומת הקרקע היא החלל המרכזי של הבית, אשר משמש את כלל בני המשפחה, גם את אלו שגרים, בדרך כלל, בקומות העליונות יותר.

(ב) המשיבים התייחסו לחששם של העותרים, באשר ליציבות המבנה, ובפרט ליציבות הקומה השנייה בבניין, תוך שהם חוזרים על הדברים שנאמרו במכתב הדחייה שנשלח לעותרים, מיום 6.7.2016. המשיבים ציינו, בהקשר זה, כי ההחלטה שלא להרוס את הקומה השנייה התקבלה "לפנים משורת הדין", על אף שעשויה להיות זיקת מגורים בין מחמד לבין הדירות המצויות בקומה הזו.

(ג) אשר לטענת העותרים, לפיה בני המשפחה לא היו מודעים לפעולותיו של מחמד, ציינו המשיבים, כי מודעות מעין זו אינה נדרשת לצורך הפעלת הסמכות, לפי תקנה 119. נטען בנוסף, כי "ספק רב אם אביו של מחמד, העותר 1, לא היה מודע לפעילות בנו, למצער באופן כללי". את טענתם זו ביססו המשיבים על התבטאויות שונות של מחמד בחקירותיו, ובין היתר, על האמור בזכ"ד מחקירתו בשב"כ, מיום 16.6.2016 (בעמ' 4, סעיף 5):

1. לפני כשנה, כאשר הנדון חזר מירדן, פנה לאביו, אחמד מוסא עיד מחאמרה וביקש ממנו סיוע כלכלי להשגת אמל"ח בכדי לממש פיגוע נגד ישראל. הנדון ביקש מאביו סיוע לצורך רכישת נשק, שכפ"צ, ורימונים.  
2. אביו של הנדון השיב לו כי אם היה בטוח שיהרוג לפחות עשרה יהודים בפיגוע היה מממן לו את הרכישה אך הוא בטוח שהוא ייכשל ולכן הנושא ירד מהפרק.  
3. הנדון פנה לאביו בעניין השגת נשק, מאחר ולאביו יש אפשרות להשיג אמל"ח דרך האחים שלו שלהם, לפי ידיעת הנדון, קשרים ענפים לאמל"ח" [ההדגשות שלי-א.ש].

באותה חקירה, מסר מחמד כי הוא מכיר סוחר נשק, אשר "עובד ביחד עם אביו", וכי הוא פנה ישירות לסוחר זה "בנוכחות אביו", ושאל אותו בנושא אמל"ח, ובכלל זה, על אודות ייצור כלי נשק מאולתרים (עמ' 5, סעיף 8). המשיבים ציינו, למען שלמות התמונה, כי בחקירתו של מחמד במשטרה, מיום 19.6.2016, הוא הכחיש כי אמר שאביו ידע על כוונותיו לבצע פיגוע (עמ' 3, שורות 66-69), וגם אביו הכחיש את הדברים, במסגרת חקירה בשב"כ שנערכה לו, ביום 10.6.2016 (עמ' 3, סעיפים 13-14).

עוד ציינו המשיבים, כי יש בידם מידע חסוי, אשר ממנו עולות אינדיקציות לכך ש"אחיו של מחמד, סמיר – העותר 4, היה מודע לכוונותיו לבצע את הפיגוע. כמו כן, בידי המשיבים מידע חסוי בדבר נגישותו לאמל"ח בשנים האחרונות של אביו של מחמד, אחמד – העותר 1".

לאור האמור בתגובתם לשתי העתירות, גורסים המשיבים, כי אין כל עילה להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, כלפי הדירות שבהן התגוררו המפגעים. המשיבים ציינו, בהקשר לשתי העתירות שלפנינו, כי יש בידם חוות דעת כללית בדבר אפקטיביות השימוש בתקנה זו, כאמצעי הרתעה כלפי מפגעים בפועל ובכוח.

הדיון בעתירות

20. ביום 14.7.2016, נערך דיון בעתירות שבכותרת, במסגרתו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם, ובמהלכו הסכימו המשיבים כי הדיון יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי. עו"ד לביב חביב, אשר טען בשם העותרים בבג"ץ 5141/16, הדגיש כי גם אם תתקבל גרסת המשיבים, לפיה האלד הגיע לאזור בכדי לבצע פיגוע, עדיין לא מתקיימת זיקת מגורים בינו לבין בית הוריו, שכן "הוא [האלד] לא חזר להתגורר בבית הזה אלא לבצע את הפיגוע ולמות". עו"ד חביב הוסיף, בהקשר זה, כי לא ניתן להסיק מהתבטאותו של האלד בזכ"ד אחד, לגבי קיומה של זיקת מגורים בינו לבין בית הוריו, ולטענתו "היו כאן עשרות זכ"דים ארוכים שלא קיבלנו אותם". בטיעונו בפנינו, התייחס עו"ד חביב להתבטאותו של העותר 1, אביו של האלד, כי ניתן "לעשות ג'יהאד" רק לאחר שיבוא המהדי, ולדבריו "צריך ללמוד מה זה כשיבוא המשיח. אני לא מבין גדול בדברים האלה [...] האבא מתנגד לפעילות כזו ולכן הוא רב עם הבן שלו והוא הרביץ לבנו [...] האבא לא רק היה אדיש למעשה הזה אלא התנגד לתפיסה של התקוממות. הוא האמין בכניסה עד שאלוהים יסדר את זה. זו האמונה במשיח".

עו"ד מיכל פומרניץ, אשר טענה בשם העותרים בבג"ץ 5506/16, התייחסה לנושא מעורבות בני משפחתו של מחמד במעשים המיוחסים לו, ולדבריה "האב אומר בחקירותיו כי אם היה יודע על כך, הוא היה הורג את בנו. הוא כבר סילק את הבן מהבית על ריב פנימי במשפחה. האם התעלפה כאשר שמעה על הפיגוע". אשר להתבטאותו של סמיר, אחיו של מחמד, על כך שקומת הקרקע משמשת את כל דיירי הבית, ציינה עו"ד פומרניץ, כי "חבריי מפנים למיפוי שנערך על ידי רכז שטח, זה לא מגובה בתצהיר, לא צורף סיכום אין שום תשתית עובדתית. התזכיר של אלוף המרכז לא יכול להראות את הדעה של

רכז השטח". עוד טענו באי כוח העותרים, בשתי העתירות, כי לא הועבר אליהם מלוא חומר החקירה הרלוונטי, דבר הפוגע ביכולתם לייצג את מרשיהם, כדבעי.

21. עו"ד אבישי קראוס, אשר טען בשם המשיבים, התייחס לטענותיה של עו"ד פומרנץ, בנוגע למיפוי שנערך על ידי רכז השטח, בהקשר למבנה מושא העתירה בבג"ץ 5506/16, וציין כי מדובר ב"סיכום של המיפוי לגבי שת"פ עם צה"ל מסמך פנימי המסווג 'שמור'. הפרפרזה היא אחד לאחד. זה בבית עצמו, במסגרת המיפוי. הרכז היה שם עם אחיו של המחבל. זה דברים שסמיר אמר". עו"ד קראוס הוסיף עוד, בהקשר למודעותם של בני משפחתו של האלד למעשיו, כי "בחקירה עצמה היה עימות שאליו חברי היפנה בין המחבל לאביו, וממנו עולה כי האב ידע היטב על כוונותיו של המחבל". עו"ד קראוס נדרש גם לטענותם של העותרים, לפיה לא הועבר אליהם מלוא חומר החקירה, וציין כי חומר החקירה הרלבנטי יועמד לרשותם. עם זאת, הטעים עו"ד קראוס, כי יש בחומר שכבר הועבר לידי ב"כ העותרים משום תשתית ראייתית מספקת, להוכחת מעורבותם בפיגוע.

22. במהלך הדיון, הצענו לבא כוח המשיבים להסתפק, בהקשר לבג"ץ 5506/16, בהריסת הקומה השלישית בלבד, מבלי להרוס את קומת הקרקע, והלה השיב כי עליו לבדוק את העניין עם הגורמים המוסמכים.

במסגרת הדיון, הוגשו לעיוננו הראיות הבאות מטעם המשיבים:

(-) העתק מדף ה"פייסבוק" השייך לאחותו של האלד, במסגרת בג"ץ 5141/16 (להלן: האחות). תרגום החלקים הרלבנטיים מדף הפייסבוק נמסר על ידי המשיבים בהמשך, והפרטים יובאו להלן.

(-) חוות דעת הנדסיות מטעם המשיבים, שנכתבו על ידי סרן דניאל ששון (להלן: המהנדס ששון), אשר יש בהן התייחסות מפורטת לחוות הדעת ההנדסיות מטעם העותרים.

בחוות הדעת ההנדסית, הנוגעת לבג"ץ 5141/16, התייחס המהנדס ששון לחששותיו של המהנדס אבו ליל, מפני מצב של "נפילת תקרה על תקרה". המהנדס ששון ציין, בהקשר זה, כי על פי הנחייתו, "תתרחש הריסה מבוקרת של קירות החוץ ההיקפיים בלבד, במצב הנ"ל הקירות הפנימיים והעמודים הפנימיים ימשיכו לתפקד. הנזק הצפוי הוא הסרת הסמכים החיצוניים של התקרה, דבר אשר יוביל להפלת חלק מהתקרה

על הריסת המעטפת החיצונית". המהנדס ששון הדגיש, בהקשר זה, כי בשום תרחיש לא צפוי מצב של נפילת "תקרה על תקרה". עוד צוין, בחוות דעתו, כי "במצב ההריסה הסופי, חלק התקרה המרכזי ישאר במקומו כאשר תיווצר סדיקה ופרק פלסטי בחלקים מהתקרה, דבר אשר יוביל לכיפוף החלקים החיצוניים בתקרה והשענותם על האיזור בו היו הקירות החיצוניים". המהנדס ששון הבהיר, לעניין זה, כי לא צפויה, בכל תרחיש שהוא, "העמסה מוגברת על האלמנטים הנושאים של קומת הקרקע". לבסוף, ציין המהנדס ששון, כי בהנחייתו, לא תתבצע הריסה של מאגרי מים, אשר נמצאים על הגג ומשרתים את כלל הבניין.

בחוות הדעת הנוגעת לבג"ץ 5506/16, התייחס המהנדס ששון, לחשש שעלה בעתירה, לפיו עלולה להתמוטט הקומה השנייה בבניין. נכתב בחוות הדעת, כי ההריסה תיעשה באופן מבוקר, במסגרתה יהרסו "קירות החוץ ההיקפיים בלבד, כאשר העמודים הנמצאים בקומת הקרקע ישארו עומדים וימשיכו לתפקד". צוין, בנוסף, כי "באזורים בהם לא נצפו עמודים ונראה כי הקיר בטון הוא האלמנט הנושא בעומס לא תתבצע הריסה והקיר ישאר בשלמותו". כמו כן, בעת ההריסה יהיה נוכח מהנדס מטעם חיל ההנדסה, אשר יודא כי לא מתבצעת פגיעה בתשתיות הבניין. על בסיס האמור, הבהיר המהנדס ששון, כי לא צפוי כל נזק לקומה השנייה. אף כאן, ציין המהנדס ששון, כי הוא הנחה שלא ייהרסו מאגרי מים, אשר ממוקמים בגג ומשרתים את כלל הבניין.

23. בתום הדיון, ניתנה על ידינו החלטה, בזו הלשון:

"לנוכח ההסכמה שהושגה בין הצדדים לעניין עיון בחומר החקירה יוכלו עורכי הדין חביב ופומרנץ להגיש את התייחסותם בכתב לחומר זה עד יום א' 17.7.2016. השעה לעניין ההתייחסות הן לעניין זה והן לעניין הפייסבוק והתייחסות המהנדס נדחית לשעה 17:00. כמו כן יגישו המשיבים את התייחסותם להמלצתנו לפיה בעניין העתירה בבג"ץ 5506/16 תיהרס הקומה השלישית בלבד והמדינה תימנע מהריסת הקומה הראשונה ואף זאת עד יום א' 17.7.2016 בשעה 17:00. עם היאסף כל הנתונים הנוספים ינתן פסק דינו בעתירות שבנידון ללא צורך בדיון נוסף".

התפתחויות נוספות

24. בהתאם להחלטה זו, הגישו המשיבים הודעה משלימה, ביום 17.7.2016, במסגרתה הם דחו את הצעת בית המשפט, להסתפק בהריסת הקומה השלישית בלבד, בהקשר לבג"ץ 5506/16, בציינם את הדברים הבאים: "בשים לב לחומרת הפיגוע, ועל

מנת להשיג את ההרתעה הנדרשת כלפי מחבלים פוטנציאליים נוספים, יש צורך להחרים ולהרוס את הקומה הראשונה והשלישית במבנה מושא העתירה [...] הריסת הקומה השלישית בלבד – אשר בנויה על חלקו של הבית, ומדובר למעשה אף בחלק קטן מהבית – לא תוביל להרתעה הנחוצה בנסיבות פיגוע חמור שכזה". המשיבים ציינו, כי כלל הקומות בבניין מחוברות בגגם מדרגות פנימי אחד, ואין גישה נפרדת לקומה השלישית בבניין. כלומר, לשיטת המשיבים, "מדובר במבנה אחד המשמש את בני המשפחה כולם", וניסיונם של העותרים בבג"ץ 5506/16, להציג את הקומה השלישית כיחידת מגורים נפרדת הוא מלאכותי, ואינו עולה בקנה אחד עם הראיות המנהליות הקיימות. המשיבים הוסיפו וטענו, כי המקרה דנן שונה מעניין חמאד, שם הדירה בקומה השלישית, מושא צו ההריסה, שימשה כיחידת מגורים נפרדת, ובה התגורר המחבל. לשיטתם של המשיבים, בנידון דידן, אין מדובר כלל ועיקר ביחידת מגורים נפרדת, כאשר בעניין חמאד לא היתה ראייה, הקושרת את המחבל לקומת הקרקע. זאת, שעה שבענייננו, לפי התשתית הראייתית הקיימת, משמש הבית את כלל בני המשפחה. המשיבים צירפו, במסגרת הודעתם המשלימה, את "סיכום המיפוי הגלוי" מיום 19.6.2016, שם נכתב כי סמיר, אחיו של מחמד, נחקר בנוגע לשימושים שנעשו בדירות בבית המגורים של המשפחה. כפי שצוין במסמך זה, קומת הקרקע משמשת את כלל בני המשפחה.

25. בנוסף, צירפו המשיבים את תרגום הדברים שהופיעו בדף הפייסבוק של אחותו של חאלד. מהחומר המצורף עולה, כי בדף הפייסבוק של האחות ניתן למצוא פרסום ("פוסט") של אדם אחר מיום 9.6.2016 (יום לאחר הפיגוע), שהאחות, ככל הנראה, שיתפה. לפוסט מצורפת תמונה של חאלד, והאחות כתבה, בהקשר לאותו פרסום, "זה מה שנאמר על אחי". בפוסט שכתב האדם האחר, מופיע פסוק, אשר לפי המשיבים "מאפיין מפגעים", ובו נאמר "מבין המאמינים יש גברים שקיימו את מה שהבטיחו לאללה, מביניהם יש מי שקיים את נדרו ומביניהם יש מי שמחכה". בהמשך אותו פוסט, כתובים הדברים הבאים:

"יום שייחקק לנצח בזכרון העולם כולו. יום הפיגוע הגיבורים. יום בו יזכור כל אדם חי עלי אדמות, שישנם בני חורין שמסרבים לדיכוי, להשפלה ולכיבוש. יום שבעזרת אללה יחזור על עצמו כל יום עד שתשחרר פלסטין. היום ביצעו שני בני הדודים ח'אלד מח'אמרה ומחמד מח'אמרה פיגוע שזעזע את יסודות המקום שנקרא 'ישראל' [...] הגיבור ח'אלד נפצע, ומחמד מח'אמרה נעצר. זהו מסר לעולם כולו, שהדור הבא הוא דור השחרור, שיתנו את הנשמה ואת כל היקר להם למען שחרור ארצם ונצחון הצדק [...] ברכות לכם על מה שעשיתם ומי יתן שאללה יתיר את אסוריכם. ברכות להוריך אשר ילדו אותך, משום שהם ילדו גבר במלוא מובן המילה".



בין היתר, ניתן למצוא בדף הפייסבוק של האחות, כי ביום 9.6.2016, יום לאחר הפיגוע, העלתה האחות תמונה של חאלד, וכתבה: "תהיה בריא גיבור שלנו, אנשאללה האל שלנו יקים אותך בשלום, אותך ואת מחמד. אחי האהוב ח'אלד, אני מאחלת לך בריאות". במועד אחר, שיתפה האחות צילום מתוך סרטון הפיגוע, וכתבה את המשפט הבא: "בחיי, הבחורים הכי טובים שלך, יטא-חמודה וח'אלד. האל ישמרכם".

26. בהודעה שהוגשה מטעם העותרים בבג"ץ 5141/16, במסגרתה התייחסו להתבטאויות האחות, ציינו העותרים, כי אין המדובר בתמיכה של האחות במעשיו של חאלד, או בתמיכה בביצוע פיגועים באופן כללי, אלא שמדובר ב"שיתוף של ידיעות לגביו, וכן דברים טבעיים של חיבה וגעגוע שכותבת אחות על אחיה העצור והפצוע". העותרים הוסיפו וטענו, בהקשר זה, כי "מי שמבקש להיבנות מתמיכת המשפחה במעשה הבן או מודעות מראש למעשים אלה ולהצדיק את הריסת הבית, עליו באותה מידה להתייחס לחוסר מודעות המשפחה וחוסר תמיכתה". לאור העובדה, כך נטען, כי מדובר בהתבטאות המיוחסת לאחותו של חאלד ולא לאחד העותרים, נטען כי יש להסתפק בפגיעה מצומצמת יותר בבני המשפחה, למשל, לאטום רק את החדר בו התגורר חאלד. העותרים צירפו תכנים נוספים, אשר הופיעו בדף הפייסבוק של האחות, כמפורט להלן: "בדף מס' 1 היא משתפת ידיעה בחדשות וכותבת 'הכאבת ללבי חאלד אלוהים ישמור אותכם ויחזירכם הביתה'. בדף מס' 2 כותבת האחות דברי געגועים לאחיה 'היעדרותך התארכה אתה שהיית לי תומך ויקר מקווה שאלוהים ישמור אותך ויחזירך לאמי ואבי'. בעמוד 3 מאחלת האחות לאימא שלה שתהיה בריאה, ושבנה חאלד יחזור אליה ולאביו". העותרים בבג"ץ 5141/16 סבורים, כי מדובר בתגובה טבעית של אחות, אשר מביעה געגועים ודאגה לאחיה העצור והפצוע, ואין לזקוף את התבטאויותיה, לחובתה או לחובתם של העותרים.

27. העותרים בבג"ץ 5506/16 הגישו את הודעתם ביום 18.7.2016, לאחר שניתנה להם אורכה לצורך כך. העותרים טענו, כי לא היתה אפשרות מעשית להתייחס למכלול המסמכים המצויים בתיק החקירה של מחמד, עקב סד הזמנים הצפוף שנקבע. לפיכך, כך לטענתם, מונחת בידי בית המשפט "תמונה עובדתית חלקית ביותר", לעניין זיקת המגורים בין מחמד לבין בית הוריו, ולעניין מעורבות בני משפחתו של מחמד במעשיו. נוסף על כך, העלו העותרים טענות שונות, אשר בעטיין הם סבורים כי יש להימנע מהריסת הקומה הראשונה. לאור התוצאה שאליה הגעתי בעניין זה, לא ראיתי מקום להרחיב בהצגת טיעוניהם של העותרים, בהקשר הנדון.

28. לאחר עיון בעתירות, בתגובות המשיבים, ובהודעות המשלימות שהגישו הצדדים, הגעתי לידי מסקנה כי דין העתירה בבג"ץ 5141/16 להידחות, ודין העתירה בבג"ץ 5506/16 להתקבל בחלקה.

29. ראשית לכל, מן הראוי להבהיר כי אינני רואה מקום, במסגרת העתירות שלפנינו, להידרש לשאלות העקרוניות, אשר עוסקות בשאלת הסמכות להוצאת צווי החרמה והריסה, בהתאם לתקנה 119. הנושא נדון בהרחבה והוכרע בעבר, בין היתר בפסק הדין שניתן בעניין המוקד להגנת הפרט, כאשר עתירה לדין נוסף בעניין זה נדחתה (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (12.11.2015)). כמו כן, נדחתה לאחרונה בקשה להרחבת ההרכב אשר דן בעניין זיד (החלטת הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 2828/16 זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (2.5.2016)). עוד אפנה לדברים שנאמרו על ידי בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015) (להלן: עניין עליוה); ובעניין חמאד, בנוגע למחויבות להלכות שנקבעו בבית משפט זה, ולכך שאין צורך לדון ולהכריע מחדש בכלל הסוגיות העקרוניות, בנוגע לשימוש בתקנה 119 (וראו גם את דברי חברי, השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015), בפסקה 6 לחוות דעתו; את דברי חברתי, השופטת א' חיות, בפסקה 1 לחוות דעתה בעניין המוקד להגנת הפרט; ודברי הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באיזור הגדה המערבית (12.11.2015) (להלן: בג"ץ חמאד), בפסקה 26 לחוות דעתה, שלפיהם "הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להתמקד במישור שיקול הדעת".

30. 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

עוואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 19 (1.7.2014) (להלן: עניין עוואודה); 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 הרתעתי, 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) 487, 485 (1996); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009), בפסקה 5 (להלן: עניין אבו דהים)). בעניין חמאד, עמדתי על השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול, בבואו להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, ובין היתר, מדובר בשיקולים אלו:

"חומרת המעשים המיוחסים למפגע; עוצמת הראיות הקיימות נגדו; מידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית בפעילות החבלנית של המפגע; האם מדובר במקום מגוריו של המפגע, וככל שעסקינן ביחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה, יש לבחון את השאלה, האם ניתן להרוס את היחידה הנפרדת מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה, או במבנים שכנים. נוסף על כך, על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים אשר עלולים להיפגע מהריסת המבנה, ובפרט כאשר מדובר במי שלא היו מודעים למעשיו של המפגע" (ראו גם בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996) (להלן: עניין סאלם); עניין קואסמה, בפסקה 22).

עוד נפסק, כי "לא ניתן לקבוע לעניין זה קריטריונים נוקשים וממצים, וכל מקרה חייב להישקל על-פי נסיבותיו המיוחדות בשלמותן" (עניין סאלם, בעמ' 359).

31. 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. אך לאחרונה, בעניין ז"ד (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.

אשר לטענת ההפליה לעומת מפגעים יהודים, נקבע כי "אין די בעצם ביצועם של מעשי 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 בדרנית" (עניין קואסמה, בפסקה 30). לפיכך, יש לדחות גם את טענת ההפליה, ונזכיר כי לאחרונה הוגשה עתירה על ידי בני משפחת אבו חדיר, המבקשת להרוס את בתיהם של מפגעים יהודים, אשר טרם נדונה.

32. טרם שאגש לבחון את טענותיהם הפרטניות של העותרים, יש לעמוד בקצרה על המציאות הביטחונית, אשר מלמדת על עלייה ניכרת בפעילות הטרור בשנתיים האחרונות. היקפם של הפיגועים, כמו גם רמת חומרתם, הולכים ומתעצמים. אך לאחרונה, התרחשו שני פיגועים קשים ואכזריים, במהלכם נרצחה בשנתה הלל יפה אריאל ז"ל, בת 13 במותה, וכן נרצח מר מיכאל מרק ז"ל, ונפצעו בני משפחתו, תוך כדי ירי לעבר רכב המשפחה. למול מציאות מעין זו, יש צורך לנקוט בצעדים חריגים בכדי ליצור את ההרתעה הנדרשת, על מנת לנסות ולצמצם, ככל האפשר, את הפעילות הטרוריסטית הנפשעת, שאינה בוחלת ברצח של יהודים, ללא הבחנה, רק באשר הם יהודים. יפים, לעניין זה, דבריו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בעניין זיד, שאני רואה להצטרף אליהם:

"כשאר מדינות העולם החפצות 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; המפתח הוא בחינת מתמדת של רכיב ההרתעה, שימוש מידתי בתקנה על-ידי המשיב במקרים החמורים במיוחד, ושקילתם במקרים המתאימים של אמצעים חלופיים אשר יש בהם כדי להשיג את תכלית ההרתעה" (שם, בפסקה ט).

33. לאחר הדברים הללו, אגש לבחון את הטענות הפרטניות שהועלו על ידי העותרים. אפתח בכך, כי בענייננו, הונחה תשתית ראייתית, אשר עולה בהרבה מעל הדרישה ל"ראיות מנהליות [...] כי אחד מתושבי הבית ביצע את אחד מהמעשים הנכללים בתקנה 119" (בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקה י"ג (31.12.2014)). נזכיר, כי במקרה דנן הוגש כתב אישום נגד חאלד ומחמד, והשניים

הודו במעשים המיוחסים להם, במהלך חקירותיהם בשב"כ ובמשטרה. וכך תאר חאלד את המעשים שביצע, במסגרת חקירתו במשטרה, מיום 14.6.2016 (עמ' 3-4):

"בתאריך 08.06 אחרי שקנינו את הנשקים והכנו את עצמנו, החלטנו לצאת ולבצע את פעולת הנקם בישראל [...] הנהג טעה והוריד אותנו בתחנת השלום, ירדנו שם וראינו שאנחנו לא יכולים לכנס לתחנת הרכבת כי היה הרבה אבטחה ואז התחלנו ללכת בכביש ולחפש מקום על מנת לבצע את הפעולה [...] והלכנו למקום ומצאנו את המסעדה ההיא שעליה שלט עם שתי מלים והמילה האחרונה 'מקס'. ישבנו בשולחן והזמנו אוכל ושתייה, האוכל הגיע, אכלנו קצת וראינו שיש הרבה אנשים והחלטנו שכרגע זה הזמן המתאים, נעמדנו והוצאנו את הנשקים והתחלנו לירות, אני יריתי כמה יריות ואז הנשק נעצר וגם חמודי [מחמד-א.ש.] אותו הדבר ולא היתה אפשרות להוציא את הסכינים כי התחילו לירות עלינו ואז ברחנו ורדפו אחרינו" [שיבושי הלשון במקור-א.ש.].

כאמור, גם מחמד הודה במעשים המיוחסים לו, במסגרת חקירתו במשטרה,

מיום 9.6.2016 (עמ' 7-8):

"בשעה 21:15 הגענו לתל אביב [...] לאחר שירדנו בתחנת הרכבת חאלד מחק את כל מה שהיה בטלפון שלו והלכנו ישר בכביש לפי התמרורים וחיפשנו מקום שיש בו הרבה אנשים על מנת לבצע פיגוע הירי [...] הלכנו כ- 200 מטרים והגענו למקום שיש בו חנויות ובניינים [...] נכנסו לבית קפה וישבנו שם על הכיסאות שנמצאים בחצר של הבית קפה [...] וכל אחד מאתנו שם את התיק שבתוכו הנשק ליד רגליו [...] ולאחר 5 דק' אני וחאלד אמרנו אחד השני קדימה והכוונה קדימה נבצע את פיגוע הירי לעבר אזרחים ישראלים, אני וחאלד כל אחד פתח את התיק שהיה אתו והוציאנו את הנשקים ועמדנו ואני דרכתי את הנשק וירית באנשים היו בבית הקפה וגם חאלד מכאמרה התחילה לרות לעבר האנשים בבית קפה [...] ואז ראינו שיש אנשי ביטחון חמושים באקדחים מתקרבים אלינו ואז התחלנו לברוח מחצר בית הקפה" [שיבושי הלשון במקור-א.ש.].

34. אשר על כן, דינה של הטענה אשר הועלתה, בחצי פה, במסגרת בג"ץ 5141/16, לפיה אחריותו של חאלד לא הוכחה ברמה מספקת לצורך הפעלת תקנה 119 – להידחות. ואם הגענו עד הלום, אגש לבחון את הטענות העיקריות שהעלו העותרים במסגרת עתירותיהם.

35. העותרים בשתי העתירות טענו כי בני משפחתם של האלד ומחמד, לא היו מודעים למעשים המיוחסים לשניים ולפיגוע שבוצע. כידוע, כפי שכבר נקבע, לא אחת, בבית משפט זה, "סמכות המפקד משתרעת גם על אותם חלקים של דירה או בית, המצויים בבעלות או בשימוש של חברי משפחתו של החשוד או של אחרים, אשר לא הוכח לגביהם שלקחו חלק בפעילות הפלילית של החשוד או שעודדו אותה או אף שהיו מודעים לה" (בג"ץ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 698 (1992); ראו גם, עניין סאלם, בעמ' 359; ועניין אבו דהים, בפסקה 7). יפים, לעניין זה, דבריו של השופט טירקל בבג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003): "מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קרבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראווי לחוס על זייריו של הבית. אין מנוס מכך". עם זאת, המפקד הצבאי יכול לקחת בחשבון, במסגרת השיקולים, אותם הוא שוקל לצורך הפעלת סמכותו לפי תקנה 119, את המידה שבה היו בני המשפחה מעורבים במעשיו של המפגע (בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית (31.5.2016) (להלן: עניין פלוני); ובג"ץ חמאד, דבריו של השופט ח' מלצר, בפסקה 5 לחוות דעתו, ודבריו של השופט נ' סולברג בפסקה 1(ז)).

36. בענייננו, יש רגליים לסברה כי האווירה ששררה בכתיהם של המפגעים, עודדה אותם, במידה כזו או אחרת, להיות מעורבים בפעילות ביטחונית נגד ישראלים. נזכיר בקצרה את ההתבטאויות השונות המיוחסות לבני משפחותיהם של המפגעים. במסגרת חקירתם של בני משפחת המחבל בבג"ץ 5141/16, היו אינדיקציות לכך שהעותרים 1-2 היו מודעים לכך שחאלד סוחר בכלי נשק. כמו כן, אחותו של חאלד שיתפה בדף הפייסבוק שלה פרסומים, אשר תומכים בביצוע הפיגוע, ואף פרסמה בעצמה "פוסטים" בהם נאמר כי היא גאה באחיה, ובכך למעשה, הביעה תמיכה מסוימת במעשיו. אשר להתבטאותו של העותר 1, אביו של חאלד, כי אין לבצע ג'יהאד עד לבוא המהדי, הדברים ניתנים לפירושים לכאן ולכאן, אך למצער ניתן לומר כי האב היה מודע לתפישותיו הקיצוניות של בנו, ולא עשה דבר ממשי בכדי למנוע ממנו לבצע את זממו.

אשר לבג"ץ 5506/16, מחקירותיו של מחמד עולה, כי אביו של מחמד היה מודע לכך כי בנו מתעניין בהשגת כלי נשק. מחמד אף מסר, במסגרת חקירתו בשב"כ מיום 16.6.2016, כי הוא ביקש סיוע כספי מאביו, בכדי להוציא אל לפועל פיגוע נגד

ישראלים ויהודים (דבר שהוכחש מאוחר יותר). נראה, אפוא, כי מודעותם של בני משפחותיהם של האלד ומחמד לרצונם של השניים להשיג כלי נשק, בנוסף להתבטאויות שונות מטעם בני המשפחה, יש בהן כדי ללמד על "האווירה המשפחתית הכוללת", אשר היה בה כדי לעודד את המפגעים להמשיך ולהביא לכלל מימוש את תכניתם הנפשעת (ראו, בהקשר זה, עניין פלוני, בפסקה 32).

זיקת מגורים

37. הלכה היא, כי לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, אין צורך להוכיח כי המחבל היה בעליו של הנכס שבו הוא התגורר, אלא שיש להראות כי קיימת זיקת מגורים בינו לבין המבנה, מושא צו ההריסה (בג"ץ חמאד, בפסקה 45). עוד נקבע, כי לשונה של תקנה 119, מאפשרת להורות על הריסת בית שבו התגורר מחבל בשכירות (בג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (31.7.1989); בג"ץ 1056/89 אלשיך נ' שר הביטחון (27.3.1990); בג"ץ 869/90 לפרוך נ' מפקד אזור יהודה והשומרון – בית אל (3.5.1990); בג"ץ 3567/90 סבאר נ' שר הביטחון (31.12.1990)). ואולם, כאשר מדובר בדירה המצויה בבעלותו של צד ג', שהוא זר למפגע, ייתכנו מקרים שבהם יוחלט שלא להרוס את המבנה בשלמותו, ואף להימנע מביצוע צו ההריסה וההחרמה בכללותו (בג"ץ חמאד, בפסקאות 46-48; בג"ץ 6745/15 חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה י"ח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (1.12.2015)).

38. בחינת השאלה, האם מתקיימת זיקת מגורים בין המפגע לבין מבנה מסוים, היא תלויה הקשר, ומבוססת על הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה לגופו. על המפקד הצבאי לבחון, בין היתר, את עוצמת הזיקה של האדם לבית, ועד כמה הוא נהג לשהות בו, ובאיזו תדירות; האם למפגע היה מקום מגורים אחר, מלבד הבית המיועד להריסה; וככל שהמחבל לא שהה דרך קבע בבית, על המפקד הצבאי להידרש לשאלה האם היעדרותו של המפגע מאותו בית היתה זמנית, אם לאו. יודגש, כי היעדרותו של אדם מבית המגורים של משפחתו, איננה מנתקת, מניה וביה, את הזיקה בינו לבין הבית, והדבר תלוי באופייה ובמשכה של ההיעדרות, כמו גם בסיבותיה (בג"ץ חמאד, בפסקה 45; בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 344-345 (1994); בג"ץ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1, 6 (2004)).

39. בענייננו, טוענים העותרים להיעדרה של זיקת מגורים בין המפגעים לבין הדירות, מושא צווי ההריסה. זאת, לנוכח שהייתם הממושכת של האלד ומחמד בירדן, עובר לביצוע הפיגוע הרצחני. כאשר למחמד נטען, בנוסף, כי יש בעובדה שהוא לא יצא ישירות מן הבית לביצוע הפיגוע, בכדי לכרסם בזיקת המגורים בינו לבין הבית, המיועד להריסה. דין הטענות בדבר העדר זיקת המגורים להידחות. לטעמי, אין בעובדה שחאלד ומחמד שהו בירדן לפני הפיגוע, כדי להעלות או להוריד, לעניין השאלה האם קיימת זיקת מגורים בינם לבין המבנים המיועדים להריסה. זאת, לנוכח העובדה, כי האלד ומחמד חזרו לאיו"ש, והתגוררו בבית הוריהם במשך מספר חודשים, עובר לפיגוע. בחקירותיהם של השניים במשטרה ובשב"כ נמסר על ידם, כי מקום מגוריהם הוא בבית ההורים בכפר, ונראה כי מטרת חזרתם לאזור היתה לצורך ביצוע הפיגוע. בנסיבות אלה, העותרים לא עמדו בנטל, אשר מונח על כתפיהם, להוכיח כי יש למפגעים מרכז חיים אחר, מלבד בית מגורי המשפחה בכפר. אשר על כן, זיקת המגורים בין המפגעים לבין הבתים מושא צווי ההריסה הוכחה כדבעי על ידי המשיבים, ולא מצאתי מקום להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי לעניין זה.

40. עם זאת, הגעתי למסקנה כי בעתירה בבג"ץ 5506/16, יש מקום לקבל את טענותיהם של העותרים, באופן חלקי, ככל שהדבר נוגע לכוונה להרוס את הקומה הראשונה (בנוסף לקומה השלישית), בבניין השייך לבני משפחתו של מחמד. כפי שפורט לעיל, בעת השימוש בסמכותו לפי תקנה 119, על המפקד הצבאי "לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים" (עניין סאלם, בעמ' 359). עוד נקבע, כי על המפקד הצבאי מוטלת החובה "לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות" (בג"ץ חמאד, בפסקה 23). בנידון דידן, הגעתי לידי מסקנה, כי ניתן להסתפק בהריסת הקומה השלישית בבניין מושא צו ההריסה בבג"ץ 5506/16, לאחר שהשתכנעתי כי ניתן לבודד את יחידת המגורים שבה התגורר המחבל, מיתר הדירות בבניין. למותר הוא לציין, כי יש להקפיד על עקרונות הסבירות והמידתיות גם כאשר מדובר בפיגוע חמור ורצחני, כמו הפיגוע שבוצע במתחם "שרונה". מהתשתית הראייתית שהוגשה לעיוננו, עולה כי מחמד התגורר בקומה השלישית ביחידת דיור נפרדת, שכללה חדר שינה, מטבח ושירותים. אינני סבור, כי יש להסיק מהעובדה שמחמד שהה, מעת לעת, גם בקומה הראשונה, כי קיימת זיקה מובהקת בינו לבין הדירות בקומה זו, באופן המצדיק את הריסת הקומה כולה, למעט מפעל הממתקים.

העובדות במקרה דנן אינן שונות מהותית מאלו שהתבררו בעניין חמאד, שם דובר על בניין בן שלוש קומות, השייך למשפחה, במחנה הפליטים בקלנדיה, ובו התגורר המחבל ביחידת דיור נפרדת בקומה השלישית. באותו מקרה, הוחלט להרוס רק



את הקומה השלישית, החלטה אשר אושרה בבית משפט זה. גם אם לא היתה בידי המפקד הצבאי ראייה לכך שאותו מחבל שהה גם בקומה הראשונה, הדעת נותנת כי אדם שגר בקומה השלישית יבקר, בתדירות כזו או אחרת, בקומת הקרקע בבניין, שם מתגוררים בני משפחתו. סוף דבר, נראה בעיני כי עקרון המידתיות מחייב, במקרה דנן, להימנע מהריסת הקומה הראשונה, ולהסתפק בהריסת הקומה השלישית, בה התגורר המחבל מחמד.

אופן הריסת הבתים

41. טרם סיום, אייחד מספר מילים לעניין שיטת ההריסה של שני המבנים. עמדתי בהרחבה על האמור בחוות הדעת ההנדסיות שהוגשו מטעם בעלי הדין. בחוות הדעת הנוגעת לבית משפחתו של האלד, חיווה המהנדס ששון את דעתו, בהקשר לחששם העיקרי של העותרים, מפני האפשרות של "נפילת תקרה על תקרה", והבהיר כי בשום תרחיש, לא ייגרם נזק מן הסוג הזה. אשר לבית משפחתו של מחמד, מיקדו העותרים את טענותיהם לעניין הנזק שייגרם למבנה כולו, עקב הריסת הקומה הראשונה. משהבעתי את דעתי כי יש להימנע מהריסת קומה זו, מתייטר הדיון בטענותיהם של העותרים, לעניין זה. יצוין, כי מחוות דעתו של המהנדס ששון, עולה כי לא ייגרם נזק לבניין כולו, עקב הריסתה של הקומה השלישית. אשר על כן, אין מקום להתערב באופן ההריסה עליו החליט המפקד הצבאי, בכפוף לאמור בפסקה 40 לעיל.

42. לסיכום, דעתי היא כי בבג"ץ 5141/16, הפעיל המפקד הצבאי את שיקול דעתו בסבירות ובמידתיות, ואינני סבור כי יש מקום להתערבות בהחלטתו. אשר לעתירה בבג"ץ 5506/16 סבורני, כי יש לאשר את הריסת הקומה השלישית בלבד, ולהימנע מהריסת הקומה הראשונה, מהטעמים שפורטו לעיל.

אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירה בבג"ץ 5141/16, ולקבל, באופן חלקי, את העתירה בבג"ץ 5506/16, כמפורט בפסקה 42 לעיל. הצווים הארעיים שניתנו ביום 27.6.2016, וביום 11.7.2016, יפקעו תוך 10 ימים ממועד פסק דין זה, בכדי לאפשר לעותרים שהות מספקת לצורך התארגנות.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. כפי שציינתי בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' שר הבטחון (31.12.2014) (להלן: העתירה הציבורית) ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בכל הנוגע להריסת בתים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) אינה קלה כלל ועיקר, אך כל עוד לא שונתה הלכה זו בהרכב מורחב והיא עומדת על מכונה, אין להעלות על הדעת כי התוצאה בסוגיה עקרונית זו תשתנה ממותב תלתא אחד למשנהו על פי הרכב שופטיו.

2. לאחרונה החליטה הנשיאה בבג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (2.5.2016) לדחות בקשה להרחבת ההרכב אשר בפניו הועלתה הטענה בדבר הפעלת הסמכות להוצאת צווי החרמה והריסה בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה, וזאת מן הנימוקים המפורטים בהחלטה הנ"ל. משכך ובדומה לדברים שכתבתי באותו הקשר בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 9 לפסק דיני (3.4.2016), "נקודת המוצא של הדיון בעתירות דנן היא כי השימוש הנעשה על ידי המשיב בתקנה 119 נעשה בסמכות".

עם זאת, ועמד על כך חברי השופט א' שהם, מן הראוי כי השימוש באמצעי חמור זה של הריסת בתים הפוגע לעתים גם בכני משפחה לא מעורבים צריך שיעשה במשורה, בהקפדה יתרה, ובאופן מידתי תוך בחינה מערכתית מתמדת של אפקט ההרתעה המושג כתוצאה מן השימוש בו. לעניין בחינה זו לא למותר לציין כי אך לפני כשבועיים הוצגה בפני בית משפט זה בהליך דומה (בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (7.7.2016) (להלן: עניין אבו זיד)) חוות דעת עדכנית ממנה למד בית המשפט כי קיים "בסיס משמעותי בהחלט לטענה כי אמצעי זה אכן מרתיע מפגעים בכוח מביצוע מעשים דומים, והראיות המוחשיות עולות בהרבה על אינדיקציות בכיוון ההפוך" (שם, פסקה ז). נראה לי כי נוכח פרק הזמן הקצר שחלף מאז ניתן פסק הדין בעניין אבו זיד, יפה מסקנתו זו של בית המשפט גם לצורך העתירות שבפנינו.

3. אשר לנסיבות הפרטניות של המקרים נושא העתירות דנן, כחברי השופט א' שהם אף אני סבורה שהריסת הקומה הראשונה של בית העותרים בבג"ץ 5506/16 אינה עונה על דרישת המידתיות וכמוהו אף אני סבורה כי במקרה דנן יש להסתפק בהריסת הקומה השלישית בלבד, שכן מן הראיות שהוצגו עולה כי היא זו ששימשה כיחידת המגורים של המפגע מחמד. אשר לנסיבות הפרטניות הנוגעות לבית העותרים בבג"ץ 5141/16 אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט א' שהם כי עתירה זו דינה להידחות.

שופט איננו אי כולו משל עצמו. כל שופט הוא פיסה מן היבשת (וראו כפרפראזה על שירו של No Man is an Island – John Donne בתרגומו של רמי דיצני). בנקודת הזמן הנוכחית נותרה על כנה ההלכה בעניין הריסת בתים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. כפי שכבר הזכרתי במקום אחר, אף שאיני שותף לאמור בה (ראו בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתי (15.10.2015) (להלן: עניין סידר)) – הלכה זו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב (ראו עמדתי בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 3 לחוות דעתי (23.3.2016)).

בנתון להלכה הקיימת אין מנוס מדחיית העתירה בבג"ץ 5141/16. טעמיו של השופט א' שהם בעניין זה מקובלים עליי בעיקרם, וזאת גם מבלי להידרש לשאלת מעורבותם הלכאורית של בני משפחת החשוד (ובעניין זה אעיר, מבלי לקבוע מסמרות, כי דומני שיש להבחין בין ידיעת בני המשפחה לכתחילה וידיעתם בדיעבד; כמו גם להבחין בין מודעות כללית מצד בני המשפחה לתפיסת עולם פלונית של החשוד לבין ידיעתם על תכנית קונקרטיית לפגוע העומדת על הפרק).

אלא שגם בהינתן הלכה זו נדרשת הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות (ראו גם עניין סידר, פסקה 1 לחוות דעתי וההפניה שם). על בעל הסמכות לפעול במידה שאינה עולה על הנדרש. האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכות האדם המוגנת במידה הפחותה ביותר האפשרית להשגת המטרה (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 490 (1996)). אכן, "מידת האטימה [ובמקרה זה – ההריסה; ע' פ'] הראויה בכל מקרה אין לה שיעור, ואין מקום שנבוא אנו לקבוע לה שיעורים מדויקים [...] (בג"ץ 6288/03 טעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 293 (2003)). ברם בצדק קבע לדעתי חברי כי ביחס לעתירה בבג"ץ 5506/16 "ניתן לבודד את יחידת המגורים שבה התגורר המחבל, מיתר הדירות בבניין" (פסקה 40 לחוות דעתו). כאשר מבחינת המבנה ניתן "להבחין יפה" בין המפגע לבין בני המשפחה, הריסת המבנה כולו מהווה אמצעי שאינו שומר על יחס ראוי וסביר בין התנהגותו הרצחנית של המפגע לבין הסבל שייגרם ליתר בני המשפחה. בקביעה זו אין חידוש (ראו והשוו בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 220 (1993)). מן הטעם הזה אני שותף לדעתו של חברי כי יש להימנע מהריסת הקומה הראשונה של המבנה.

על רקע זה אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט א' שהם בשתי העתירות שעמדו לדיון לפנינו.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, י"ח בתמוז התשע"ו (24.7.2016).

שופט

שופט

שופט