



בג"צ 2528/16 - מחמד ע/קאדר מצאלחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

מנהלי - צבא וביטחון

var MareMakom = "בגצ 2528/16 - מחמד ע/קאדר מצאלחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, תק-על 2016(2),

{;p.IDHidden{display:none ;" (15/06/2016)12177

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2528/16

לפני:

כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

העותרים:

1. מחמד ע/קאדר מצאלחה
2. דלאל מצאלחה
3. עו"ד רביע מחמד ע/קאדר
4. אדהם מחמד ע/קאדר
5. צאלח מחמד ע/קאדר
6. עו"ד עלאא מחמד ע/קאדר
7. המוקד להגנת הפרט
8. בהאא מחמד ע/קאדר מצאלחה
9. הנאא מצאלחה
10. תינוקת בת שנה
11. תאאד ע/קאדר מצאלחה
12. לינא מצאלחה

נגד

המשיב:

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים; הודעה
מטעם המשיב מתאריך 12.04.2016; הודעה
מטעם העותרים מתאריך 19.04.2016
כ"ז באדר ב (06.04.2016)
התשע"ו

תאריך הישיבה:



עו"ד לאה צמל
עו"ד רועי-אביחי שויקה

בשם העותרים:
בשם המשיב:

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. העתירה שלפנינו הוגשה כנגד צו החרמה והריסה שהוצא מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) לדירה בה התגורר המפגע, מחמד ע/קאדר מצאלחה (להלן: מצאלחה או המפגע). צו ההחרמה וההריסה (להלן: הצו) הוצא ביחס לדירתם של העותרים 1-6 (להלן: הדירה), הממוקמת בקומה האמצעית בבית המצוי בכפר חג'ה שבאיזור קלקיליה (להלן: הבית), על רקע אירוע דקירה שביצע המפגע, בגדרו נרצח האזרח האמריקאי, טיילור פורס ז"ל, ונפצעו תשעה אנשים בדרגות פציעה שונות (להלן: הפיגוע).

לשם השלמת התמונה יצוין כי העותרים 8-10 מתגוררים בקומת הקרקע בבית, והעותרים 11-12 מתגוררים בקומה העליונה בו, וכולם הינם בני משפחתו של המפגע.

אציג להלן את הנתונים הדרושים להכרעה בעתירה.

רקע עובדתי

2. בתאריך 08.03.2016 הגיע מצאלחה לאזור נמל יפו, ושם החל לדקור עוברי אורח באמצעות סכין. משם המשיך מצאלחה צפונה, לכיוון מסעדת "מנטה ריי", תוך שהוא ממשיך לדקור עוברים ושבים. לאחר מכן, המפגע המשיך לרוץ לכיוון צפון. במסע הקטל האמור – נרצח בדקירות סכין אזרח אמריקאי, טיילור פורס ז"ל, וכן נפצעו תשעה אזרחים: ארבעה מהם באורח קשה, ארבעה נוספים באורח בינוני, ואחד באורח קל.

3. בעקבות הפיגוע החמור הנ"ל, ובשל הצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועי טרור נוספים – החליט המשיב, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, על דעתם של: הדרג המדיני, פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, להחרים ולהרוס את הדירה, בה התגורר מצאלחה.

4. בתאריך 10.03.2016 נמסרה לעותרים הודעה מטעם המשיב בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את הדירה שבקומה השנייה, בה, לפי האמור בהודעה, התגורר מצאלחה. בהודעה נכתב עוד כי באפשרותם של העותרים להשיג על הכוונה להוציא את הצו – בתוך 5 ימים.



5. בתאריך 15.03.2016 העותרים הגישו למשיב השגה, בגדרה נכללו פרטים אודות יושבי הבית, בן שלוש הקומות (להלן: ההשגה). בגדר ההשגה, העותרים טענו כי מצאלחה לא התגורר דרך קבע בדירה, וכי יחסיו עם בני משפחתו – היו משובשים. בנוסף העותרים טענו כי דרוש להם מידע נוסף לשם ביסוס ההשגה, והם ביקשו לקבל לידיהם את החומרים הבאים: מידע העומד ביסוד הקביעה לפיה מצאלחה היה מדיירי הדירה, מושא הצו; חומר חקירה הנוגע לממצאים ביחס לפיגוע וחקירות בני המשפחה בעקבותיו, וכן חוות דעת הנדסית אודות דרך ביצוע ההריסה המתוכנן.

6. בתאריך 23.03.2016 נדחתה השגתם של העותרים במכתב מענה מנומק – מטעמו של המשיב (להלן: המכתב). המשיב ציין במכתב כי קביעתו לפיה המפגע התגורר בדירה מבוססת, בין היתר, על הדברים הבאים: תעודת הזהות של מצאלחה, בה נרשמה הדירה כמקום מגוריו; חיפוש שנערך בדירה לאחר הפיגוע, בגדרו נמצאו בדירה חפציו האישיים של מצאלחה; עדותם של בני משפחתו של מצאלחה וחומר מודיעיני הקיים בעניינו. כן הובהר כי אין מקום לספק בדבר מעורבותו של מצאלחה בפיגוע וכי התשתית הראייתית הקיימת מספקת לצורך הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. בנוסף, הודגש במכתב כי בכוונתו של המשיב להחרים ולהרוס את הדירה שבקומה האמצעית בלבד, ולא את הבית כולו, וזאת בדרך של הריסת קירות הפנים של הדירה באופן ידני, והריסת קירות החוץ באמצעות פיצוץ מבוקר.

בצד המכתב נמסר לעותרים צו החרמה והריסה לגבי הדירה, לגביו צוין כי הוא לא יבוצע עד לתאריך 28.03.2016, שעה 17:00.

7. בתאריך 28.03.2016 הוגשה העתירה שלפנינו, ועוד באותו היום ניתן צו ארעי, שלפיו הדירה לא תוחרם ולא תיהרס עד להחלטה אחרת.

טענות העותרים

8. העותרים טוענים כי דינה של החלטתו של המפקד הצבאי, מושא הצו – להתבטל, ובהקשר זה הם פירטו הן טענות עקרוניות-כלליות, והן טענות הנוגעות לנסיבותיו של המקרה. אלה יוצגו מיד בסמוך.

9. בתמצית, במישור העקרוני, העותרים טוענים כי הריסת בתים הינה אמצעי העומד בסתירה לדין הבינלאומי ולכן אין לעשות בו שימוש וכי גם התועלת ההרתעתית הכרוכה בו לא הוכחה. העותרים טוענים עוד כי סמכותו של המשיב לפי תקנה 119 איננה חולשת על "שטח A", בהם ממוקמת, לטענתם, הדירה.

10. במישור הפרטני העותרים מעלים את הטענות הבאות:

ראשית, הם גורסים כי מרכז חייו של מצאלחה כלל לא היה בדירה. לטענתם מצאלחה עבד בישראל בשנים האחרונות, והתגורר במקומות בהם עבד, או בדיוואן של המשפחה, המצוי בסמיכות לבית. כן נטען כי יחסיו של מצאלחה עם בני משפחתו היו רעועים נוכח העובדה שהוא נהג להשתמש בסמים. לשיטתם – אחיו של



המפגע ניסו להחזירו למוטב, ועל רקע זה המפגע נסע בתאריך 25.02.2016 לסעודיה, משם הוא חזר ימים ספורים לפני הפיגוע. בתוך כך העותרים הצהירו כי לא היה ידוע להם על מעורבות כלשהי מצידו של מצאלחה בארגון טרור כלשהו, וכי ממילא לא ידעו על כוונה של מצאלחה לביצוע המעשים המיוחסים לו, ככל שאכן היתה לו כוונה כאמור.

שנית, העותרים גורסים כי לא הוכחה כוונה מצידו של מצאלחה לבצע את הפיגוע על רקע לאומני או דתי, ולגישתם מעשיו בוצעו נוכח מצבו הנפשי ושימושו בסמים. העותרים טוענים עוד כי לא ניתן להם כל מידע באשר לאופן בו נהרג מצאלחה לאחר ביצוע הפיגוע. לטענתם, האופן בו המפגע נהרג צריך להשליך על היכולת לממש את הצו, שכן במותו הוגשמה, לשיטתם, תכלית ההרתעה העומדת בבסיס תקנה 119.

שלישית, העותרים טוענים כי המבנה בו נמצאת הדירה ישן מאוד, ועל כן לגישתם פיצוץ הדירה יגרום לנזקים כבדים לקומה העליונה ולקומה התחתונה בבית, שם מתגוררים אחיו של מצאלחה עם בני משפחותיהם. כן גורסים העותרים כי פיצוץ כאמור עלול לגרום לנזקים גם לרכושם של השכנים המתגוררים בסמוך, ועל כן, לשיטתם, ככל שעתירתם תידחה – יש להורות כי ההריסה תתבצע באופן שימזער את הפגיעה בבית ובשכנים.

טענות המשיב

11. המשיב טוען, מנגד, כי דינה של העתירה להידחות על כל רבדיה. לטענת המשיב, אין מקום לקבל את הטענות העקרוניות שהעותרים העלו, שכן אלו נדונו ונדחו על ידי בית משפט זה פעמים רבות, ואף בפסיקה מן העת האחרונה. המשיב מוסיף כי נוכח המגמה של החמרה ניכרת במצב הביטחוני, והעליה המתמדת בפעילות הטרור נגד מדינת ישראל, אזרחיה תושביה והמתארחים בה (תיירים כמו טיילור פורס "ז"ל) – הפעלת הסמכות מכוחה של תקנה 119 הינה חיונית כדי להרתיע מפגעים נוספים מלבצע מעשים דומים בעתיד.

12. באשר לטענות הפרטניות שהעלו העותרים, המשיב טוען כי העובדה שהמפגע אכן התגורר בדירה מעוגנת בראיות מספקות. בהקשר זה, המשיב ציין כי בחיפוש שנערך בדירה לאחר הפיגוע, נמצאו בדירה חפציו האישיים של המפגע, וביניהם: דרכון, כרטיס סים, בגדים ומסמכים אישיים שונים. לטענת המשיב גם עדויותיהם של בני משפחת המפגע מלמדות כי מקום מגוריו הקבוע של מצאלחה היה בדירה. בתוך כך המשיב מפנה להודעה שמסר במשטרה אחיו של המפגע בתאריך 13.03.2016, בגדרה הוא אמר מפורשות כי מצאלחה התגורר עמו ועם הוריו בקומה השנייה בבית. לגישתו של המשיב, העובדה כי המפגע שהה פרקי זמן מסוימים בישראל שלא כדין – לא יצרה לו זיקת מגורים למקום אחר מלבד לדירה, וממילא היא גם איננה מנתקת את זיקתו של המפגע לדירה.

המשיב טוען עוד בנושא זה כי בידו חומר מודיעיני חסוי, שממנו עולה כי המפגע כלל לא התגורר בדיוואן



של המשפחה. יתר על כן, לטענת המשיב, גם אם נצא מהנחה על פיה כאשר מצאלחה הגיע לכפר הוא התגורר מעת לעת בדיוואן הנ"ל בשל מריבה עם אבי המשפחה - אין בכך כדי לנתק את הזיקה הקבועה שלו לבית המשפחה, או לדירה, כפי שזו עולה מן הראיות המנהליות שפורטו לעיל.

13. המשיב טוען עוד כי מהראיות המנהליות שבידיו עולה כי מדובר באירוע חבלני-רצחני, שבוצע ע"י מאצלה במטרה לפגוע באזרחים יהודים, או אחרים חפים מפשע, והכל ממניעים לאומניים או דתיים. לצורך זה מפנה המשיב להודעות שונות שנמסרו במשטרה ביום הפיגוע, שהאמור בהן מתואר בקצרה להלן:

(א) מוכר תכשיטים שנכח בשעת הפיגוע בטיילת הסמוכה ליפו מסר כי הוא שמע צעקות מחניון סמוך, והבחין באדם שדוקר אדם אחר, תוך שהוא צועק: "אללה הוא אכבר".

(ב) תייר אמריקאי ששהה בקבוצה יחד עם טיילור פורס ז"ל, מסר שהוא וחבריו צעדו מהמלון בו הם שהו לאורך הטיילת, כאשר לפתע נשמעו צעקות, והוא הבחין באדם רץ לכיוונם. לדברי התייר, אותו אדם הגיע לטיילור ז"ל, פגע בו, והמשיך לרוץ צפונה, כשהוא מותיר את טיילור ז"ל מתבוסס בדמו.

(ג) תייר, תושב מוסקבה, אשר בילה בטיילת ביפו עם אשתו ההרה, שנפצעה באורח קשה בפיגוע, סיפר כי הם שמעו צעקות והמולה, אך בשל הריונה של אשתו לא יכלו לנוס על נפשם. לדברי התייר, בשלב זה רץ אדם לכיוונם, תוך שהוא צועק: "אללה אכבר". התייר תאר כי אותו אדם דקר אותו בחזהו, ולאחר מכן דקר גם את אשתו פעמיים, כאשר דקירה אחת היתה בצווארה של האשה.

(ד) עובר אורח, שנסע בקטנוע בעת הפיגוע, מסר כי בעת נסיעתו באזור בו אירע הפיגוע רצו לעברו שני אנשים, והראשון שבהם פגע בו, ודקר אותו בכתפו.

ההליכים בפנינו

14. בתאריך 06.04.2016 קיימנו דיון בעתירה, בגדרו באת-כוחם של העותרים חזרה על נימוקי העתירה. בין היתר שבה באת-כוחם של העותרים על הטענה לפיה מרכז חייו של מצאלחה לא היה בדירה, מכיוון שהוא עבד שנים רבות ללא היתר בישראל, וכן על טענותיה כי מהראיות לא עולה כוונה של מצאלחה לבצוע פיגוע.

זה המקום לציין כי באת-כוחם של העותרים נתנה את הסכמתה לכך שנעיין בחומר חסוי הנוגע בעניינו של מצאלחה במעמד צד אחד.

15. בתום הדיון ולנוכח טענתה של באת-כוח העותרים כי יושנו של הבית מעורר חשש כי הריסת הקומה השניה בבית, על דרך של פיצוץ, עלולה לגרום לנזק לקומה הראשונה והשלישית בבית, ואף לשכנים -

הורינו למשיב להודיע האם נבחנו על ידו אמצעים חלופיים, לרבות האפשרות לאטימתה של הדירה.

כן ביקשנו מהמשיב להגיש לבית המשפט השלמות מסוימות באשר לחומר החסוי בו עיינו, כאמור, בהסכמת באת-כוח העותרים.

16. בתאריך 12.04.2016 הודיע המשיב כי בניגוד לתכנון המקורי - לא ייעשה שימוש בפיצוץ בעת ביצוע הצו, אלא כי הריסת הדירה, מבפנים ומבחוץ, תבוצע באמצעות ציוד מכאני הנדסי, וככל שיעלה הצורך בכך אף תעשה הריסה ידנית של הקירות הפנימיים. בתוך כך ציין המשיב כי שיטה זו הינה מדויקת ביותר, ועל כן לא צפוי להיגרם נזק אגבי.

בנוסף ציין המשיב, כהשלמה לחומר החסוי שהוגש לבית המשפט, כי לאחר הפיגוע פורסם כרוז המלמד על כך שארגון חמאס "לקח אחריות" על המפגע, שהינו, על פי הכרוז, בן הכפר חג'ה ואשר כונה בכרוז "בנה (של תנועת ההתנגדות) השהיד המג'אהד" (לוחם הקודש; התוספות בסוגריים שלי - ח"מ). הפיגוע תואר בכרוז האמור כדלקמן:

"פיגוע הדקירה הנועז ביפו שגרם למות ציוני ופציעת אחרים".

בהמשך ההודעה המשלימה הוסיף המשיב כי מספר ימים לאחר הפיגוע הגיעו פעילי פתח לבית, וביקשו גם הם "לקחת אחריות" על המפגע (אף שידעו כי הנרצח הוא אזרח אמריקאי). המשיבים הוסיפו כי אחיו של מצאלחה, העותר 11, המתגורר בקומה העליונה בבית התנגד לכך, וזאת כיוון שהוא העדיף כי "לקחת האחריות" תעשה מטעם ארגון חמאס.

יצוין כי חרף השתלשלות הדברים הנ"ל, הרי שבנוסף לכרזה שפורסמה על ידי ארגון חמאס - נתלו כרזות בנוגע למפגע, שכללו תמיכה בו, גם על ידי פעילי פתח.

17. בתאריך 19.04.2016 העותרים הגישו את תגובתם להשלמה הנ"ל מטעם המשיב. בגדר התגובה הם טענו כי נטילת האחריות על ידי הארגונים הנ"ל איננה מעידה על מעורבותם של העותרים במעשים, או אפילו על כוונותיו של מצאלחה עצמו. העותרים גם חזרו וצינו כי טרם הובהרו להם עד תום נסיבות מותו של מצאלחה, לאחר שביצע את הפיגוע ולהבנתם הוא חוסל בהיותו פצוע (העותרים ביקשו לצרף דיסק עם סרטון מהמרשתת בהקשר זה, והחלטנו שלא לאפשר את הדבר, בגין מגבלות של דיני ראיות, מסגרת ההליך שבכאן ונוכח האמור בפיסקה 27 שלהלן). בנוסף טענו העותרים כי אמצעי ההריסה שתואר על ידי המשיב איננו מאיין את החשש מפגיעה ברכושם של דיירי הקומה העליונה והתחתונה בבית, או בשכנים, ועמדו על כך שכלל שהעתירה תידחה - הצו יבוצע בדרך של איטום הדירה.



עתה משהובאו העובדות הרלבנטיות, תוארה השתלשלות ההליכים ונסקרו טענות באי-כוח הצדדים - נעבור לליבון הדברים.

דיון והכרעה

18. לאחר עיון בעתירה על נספחיה, בתגובת המדינה, ובעקבות שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים וקריאת ההשלמות שהוגשו - הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחברי שנעשה. ההנמקה לתוצאה האמורה תובא מיד בסמוך.

19. העתירה שלפנינו נסובה סביב הפעלת תקנה 119, המסמיכה את המפקד הצבאי להורות על הריסת בית של חשודים או נאשמים בפעילות אסורה המתוארת בתקנה 119 (שנוסחה הרלבנטי לענייננו יובא בפיסקה 21 שלהלן).

20. העותרים העלו טענות עקרוניות באשר לעצם השימוש בתקנה 119, ואולם אין מקום להידרש להן מחדש כאן. בהקשר זה נקבע בפסיקתנו כדלקמן:

"לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו" (ראו: בג"צ 8150/15 אבו ג'מאל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015)). עיינו עוד: בג"צ 1802/16 סלים אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.04.2016); בג"צ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (20.04.2016).

זאת ועוד, רק לאחרונה נדונו לעומקן אותן טענות עקרוניות שהעלו העותרים, ואלו נדחו בשורה של פסקי דין (ראו למשל: בג"צ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 23 (11.08.2014) (להלן: עניין קואסמה); בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); בג"צ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"צ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.2.2016) (להלן: עניין חרוב); בג"צ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (28.2.2016); בג"צ 1630/16 מסודי פתחי זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.03.2016); בג"צ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית פסקה 9 וההפניות שם (31.3.2016) (להלן: עניין מרעי); בג"צ 1633/16 פלונים נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (31.05.2016); בג"צ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (14.06.2016) (להלן: בג"צ 1624/16)).



עתירות לקיום דיון נוסף במכלול - נדחו אף הן (עיינו: דנג"צ 360/15 המוקד להגנת הפרטנ' שר הביטחון (12.11.2015); דנג"צ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.03.2016); דנג"צ 4657/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (08.06.2016)).

לפיכך, ומכיוון שנקודת המוצא של הדיון בעתירה דנן על פי הפסיקה הנ"ל היא כי השימוש הנעשה על ידי המשיב בתקנה 119 הוא בגדר הסמכות - יש לפנות עתה לבירור טענותיהם הפרטניות של העותרים באשר להפעלת שיקול דעתו של המשיב במקרה הקונקרטי, וכך אעשה בהמשך בהתאם למכלול הנסיבות, ובשים לב למבחני הסבירות והמידתיות (השוו: עניין חמאד).

אפרט איפוא הדברים - בהתאם להשגות שהעלתה באת-כוח העותרים.

(א) השגות ביחס לזיקת המגורים או זיקת התושבות לדירה

21. תקנה 119 קובעת כדלקמן:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה כל כלי יריה שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או כל חפץ נפיץ או מבעיר שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי..."
(ההדגשות שלי - ח"מ).

ובלשונה האנגלי:

"A Military Commander may by order direct the forfeiture to the Government of Palestine of any house, structure, or land from which he has reason to suspect that any firearm has been illegally discharged, or any bomb, grenade or explosive or incendiary article illegally thrown, or 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, or attempted to commit, or abetted the commission of, or been accessories after the fact to the commission of, any offence against these Regulations involving violence or intimidation or any Military Court offence..."

(ההדגשות שלי - ח"מ).

22. הנה כי כן לצורך הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 יש להראות שהמפגע הוא "תושב", או "דייר" (Inhabitant) בבית המיועד להריסה, ובסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 כל אימת שמתקיימת "זיקת מגורים" או "זיקת תושבות" של המפגע לבית, מושא הצו. השאלה כיצד יש להכריע האם המפגע הינו "תושב", או "דייר" הבית לענין תקנה 119 נדונה בפסיקתנו, ובהקשר זה דומה כי מוסכם שההכרעה בסוגיה האמורה היא תלוית הקשר ומבוססת על הנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה לגופו. לצורך זה נבחנים, בין היתר, הדברים הבאים: עוצמת זיקתו של האדם הנדון לבית והאם הוא נהג לשהות בו; האם למפגע היה מקום מגורים אחר מלבד הבית המיועד להריסה, וככל שהוא לא שהה דרך קבע בבית, יש לבחון האם ההיעדרות מהבית היתה בעלת אופי זמני, אם לאו (עיינו: ענין חמאד, בפיסקה 45; ענין מרעי, בפיסקה 16; השוו גם לחוות דעתו של חברי, השופט מ' מזוז ב-בג"צ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (01.12.2015) (להלן: ענין עליוה); וב-בג"צ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) (להלן: ענין אבו ג'מל)).

בנקודה זו נפסק כי היעדרותו של אדם מבית המגורים - איננה מנתקת בהכרח את הזיקה בינו לבין הבית, והדבר תלוי בטבע ההיעדרות, במשכה ובסיבותיה. כך, למשל, נקבע כי היעדרותו של המפגע מבית המגורים כחלק מניסיונותיו לחמוק מרשויות האכיפה - איננה מנתקת את זיקת המגורים (ראו: בג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 343-345 (1994) (להלן: ענין נזאל); בג"צ 893/04 פרג' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(4) 1, 6-7 (2004)).

23. העותרים טוענים כי מרכז חייו של המפגע כלל לא היה בדירה. את טענתם מבססים העותרים כאמור בראש ובראשונה על העובדה שהמפגע עבד שנים רבות בישראל ונהג, לשיטתם, להתגורר במקומות בהם הוא עבד. ואולם, כמבואר לעיל, זיקת המגורים הנדרשת לפי תקנה 119 נעוצה בתפיסה היכן מצוי ביתו של האדם (ראו: ענין מרעי, פסקה 9 לחוות דעתה של חברתי, השופטת ע' ברון). מכאן שגם אם המפגע בילה חלק מזמנו בשהייה בלתי חוקית בישראל - אין חולק כי למעשה לא היה לו כל מקום מגורים חלופי, וממילא מקום מגוריו היה ונותר בית משפחתו, לשם נהג לחזור מעת לעת.

מסקנה זו עולה גם מן הראיות המנהליות שהציג המשיב בפנינו ושחלקן הגלוי פורט לעיל. כאמור, ראיות אלו כוללות, בין היתר, את הדברים הבאים: תעודת הזהות של המפגע, בה נרשמה כתובת הדירה כמקום מגוריו; חפציו האישיים של המפגע שנמצאו בחיפוש שנערך בדירה לאחר הפיגוע, ועדותו של אחיו של המפגע כי הוא התגורר בדירה. ראיות אלו, כמו גם החומר החסוי שהוצג בפנינו, בהסכמת באת-כוח העותרים, מבססים את המסקנה כי אכן התקיימה זיקת מגורים בין המפגע - לבין הדירה, ולפיכך קמה למשיב סמכות להורות על הריסתה.



(ב) השגות לגבי מעורבותו של מצאלחה באירוע וביחס להשלכות נסיבות מותו

24. כאמור, לטענת העותרים לא די בראיות שהוצגו - כדי להראות כי המפגע אחראי לפיגוע ברמה הראייתית הנדרשת לשם מימוש הצו. על פי ההלכה הפסוקה, לשם הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 די בכך שקיימות ראיות מנהליות המעידות כי בוצעה עבירה, או התנהלות אסורה ממין זו הנזכרת בתקנה 119 על ידי מי שגר בבית המיועד להריסה, והשאלה היא האם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק (ראו: בג"צ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 815 (2003) (להלן: עניין שרבאתי); בג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (01.07.2014) (להלן: עניין עואודה); בג"צ 7823/14 ג'עביס נ' מפקד פיקוד העורף, בפסקאות י"ב לחוות דעתו של חברי השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין (31.12.2014); עניין עליוה).

25. בענייננו, טענתם של העותרים לפיה המעשים נעשו על רקע מצבו הנפשי של המפגע, או שימוש בסמים - נטענו בעלמא, וללא כל ראיות בצידן. מנגד, הראיות המנהליות שהציג המשיב מבססות באופן מספק כי מעשיו של מצאלחה, שנטלו את חייו של אדם בדמי ימיו והביאו לפציעתם של תשעה נוספים - נעשו מתוך מניע לאומני, או דתי. כך עולה, למשל, מתיאוריהם של הנוכחים באירוע, שראו את מצאלחה רץ כשהוא אוחז בסכין, ודוקר עוברי אורח, תוך שהוא גורם למותו של אדם, ולפציעתם של תשעה נוספים. אותם נוכחים העידו כי הם שמעו את המפגע צועק בעת ביצוע המעשה: "אללה הוא אכבר" (ראו: מש/1; והשוו: בג"צ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף נ' האלוף גולן (15.02.2012) (להלן: עניין מוגרבי)).

26. זאת ועוד - אחרת. לא מצאתי מקום לקבל אף את טענת העותרים לפיה אין לפעול על פי תקנה 119 במקרה שמותו של המפגע נגרם גם הוא על פי הנטען בעבירה. בפסיקה נקבע כי ביסודה של הסמכות המעוגנת בתקנה 119 לא ניצבת תכלית עונשית כי אם הרתעתית - ומטרתה מניעת פיגועים נוספים. הכוח ההרתעתי שביסוד תקנה 119, שעלול למנוע פגיעה נוספת בחיי אדם מוביל למסקנה כי לעיתים אין למפקד הצבאי מנוס אלא לעשות שימוש בתקנה 119 (עיינו: עניין קואסמה, בפסקאות 21-24; עניין עואודה, בפסקה 19; בג"צ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (01.12.2015)). ראו עוד: עניין חמאד, בפסקה 24 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור; עניין עליוה, בפסקה 18 לחוות דעתו של חברי, השופט א' שהם; עניין חרוב, בפסקה ח' לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין וההפניות שם. למען שלמות התמונה יצוין כי חברי השופט מ' מזוז בעניין עליוה ובעניין אבו ג'מל, הביע - בדעת מיעוט - עמדה נוגדת. ראו גם את גישתו של חברי, השופט ע' פוגלמן ב-בג"צ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר)).

27. כאמור, אין חולק כי הפיגוע החמור והנורא הסתיים כאן בכך שהמפגע נורה ומת. ואולם, גם אם אכן יתברר במסגרת המתאימה לכך, שיש אמת בטענות העותרים הנוגעות לנסיבות מותו של המפגע - אין בכך כדי להשליך על עצם סמכות השימוש בתקנה 119, וזאת, בין היתר, נוכח תכליות המניעה העומדות בבסיסה, שפורטו לעיל. בהקשר זה יש ליתן גם את הדעת לכך שפעמים רבות המפגעים עצמם רואים כמטרה לשים קץ לחייהם תוך נטילת חייהם של אחרים, ולמצער הם לוקחים בחשבון, כאפשרות ממשית, מצב שבמסגרתו הם עלולים למצוא את מותם תוך כדי ביצוע מעשיהם הרצחניים. לפיכך בעצם מותם - אין כדי לשרת את תכלית ההרתעה כלפי אחרים. בהקשר זה כבר נקבע בעבר בפסיקתנו כי אף אם



המפגע מצא את מותו בפעולה ואין הוא בר-עונשין עוד - אין בדבר כדי למנוע שימוש בתקנה 119 (השוו: ענין נזאל; ענין שרבאתי; עניןמוגרבי; בג"צ 1624/16).

28. הצורך והחשיבות בהרתעתם של מפגעים הוא ברור וגלוי, והוא עולה בראש ובראשונה מנתוני הטרור העדכניים, שפורטו בתגובתו של המשיב, ואשר משקפים עליה תלולה בתקופה האחרונה בפעילות הטרור, בהיקפם ובחומרתם. לנתונים אלו מצטרפת העובדה כי עוד באותו יום בו בוצע הפיגוע, מושא הצו שבפנינו - בוצעו שני פיגועים חמורים נוספים. מעבר לכך, הצורך והחובה שבהרתעה, כרוכים במאמץ לנסות ולמנוע הישנותם של אירועים דומים, ושל פגיעה בחפים מפשע על רקע לאומני, או דתי. כל היסודות הללו מודגשים ביתר שאת בנסיבות המקרה שבפנינו. כך עולה, למשל, מסירובו של העותר 11 לפנייתו של ארגון פתח שביקש "לקחת אחריות" על הפיגוע, כי הוא נעשה, על פי הנטען, לא מתוך גינוי המעשים הנוראיים, אלא מתוך בחירה והעדפה שלו, ש"נטילת האחריות" תעשה על ידי ארגון החמאס. בדומה, גם התמיכה הפומבית מצד שני ארגונים שונים, שביקשו "לייחס" לעצמם את מסע הקטל בו נרצח אזרח אמריקאי ונפצעו רבים - ממחישה, כשלעצמה, את חומרתו הרבה של הפיגוע, ואף מעידה על הצורך בהרתעה כללית מפני הישנותם של אירועים דומים לו.

29. על רקע זה המשיב טוען כי בענייננו, הפעלת תקנה 119 תתרום להרתעה, ולא מצאתי עילה להתערב בשיקול דעתו המקצועי של המשיב בנושא, שהרי הוא הגורם המומחה בתחום האמור והוא זה אשר נושא באחריות לעניין זה, מה גם שבית המשפט איננו נוטה להתערב בהערכות מעין אלו (ראו: עניןהמוקד להגנת הפרט; ענין קואסמה; ענין עואודה; ענין מרעי; בג"צ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה י' (28.12.2015) (להלן: ענין חלבי)).

30. זאת ועוד - סוגיית יעילות ההרתעתית של תקנה 119 נדונה רבות בפסיקתו של בית משפט זה. רק לאחרונה הוגשו לבית משפט זה חוות דעת עדכניות מאת שירות הביטחון הכללי, המבססות את טענת האפקטיביות שבשימוש בתקנה 119. מחוות דעת אלו עולה כי אכן יש ביסודו של אמצעי הריסת בתים תכלית הרתעתית של ממש כלפי מפגעים פוטנציאליים, הנמנעים מפעולות טרור כאלה בשל חשש ההריסה לבית משפחתם (עיינו: ענין חרוב; בג"צ 1938/16 נג'אח עבד אללטיף אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.03.2016) (להלן: ענין אלרוב)). אמנם, כפי שנקבע בעבר בבית משפט זה - האפקטיביות של הפעלת תקנה 119 צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון (ראו למשל: ענין שרבאתי; ענין נזאל; ענין המוקד להגנת הפרט; ענין עואודה), ואולם חזקה כי אכן כך נעשה גם בענייננו (השוו: ענין מרעי, בפסקה 11 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור). בהתאם לכך, על פי מה שנמסר לנו, בשנים שבהם פעולות הטרור פחתו, הפעלת הסמכות מכוחה של תקנה 119 היתה נדירה למדי, ואולם בתקופות כגון זו שאנו חווים עתה, דומה כי אין מנוס מהפעלת הסמכות בתדירות רבה יותר - כדי להרתיע אחרים ולשם מניעת התפשטותו של נגע הטרור.

(ג) השגות ביחס למידתיות אמצעי ההריסה שנבחר

31. אין חולק כי על המשיב לעשות שימוש מידתי בסמכות הנתונה לו מכוח תקנה 119 (ראו: ענין המוקד להגנת הפרט; בג"צ 8024/14 חגאזי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה ט' (31.12.2014)), ובפסיקתנו נקבע



כי המידתיות נגזרת, בין היתר, מחומרת האירוע הקונקרטי (עיינו למשל: עניין אלרוב; עניין חאמד; עניין חלבי). כמו כן, במסגרת בחינת המידתיות של הפעלת הסמכות לפיתקנה 119 ניתן להתחשב, בין היתר, במידת מעורבותם של יתר דיירי הבית. אמנם עצם הפעלת הסמכות מכוחה של תקנה 119 איננה תלויה, בהכרח, בהוכחת מודעות או מעורבות מצד כלל משפחתו של המפגע לכוונתו (ראו: עניין מרעי, בפיסקה 22 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור, וההפניות שם, והשוו למשל לדעת חברתי, השופטת ע' ברון בעניין מרעי). יחד עם זאת טענה לפיה בני המשפחה לא היו מעורבים בפעילות החבלנית עשויה להשפיע על היקפו של הצו, ועל אפשרות שקילת חלופה אחרת חלף הריסה (ראו: בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 358, 363 (1996); בג"ץ 1336/16 אטרש ואח' נ' מפקד פיקוד העורף (03.04.2016)).

32. בהתחשב בעקרונות שפורטו לעיל ונוכח הנסיבות הנוראיות שבפגוע בו עסקינן, שהוביל, כאמור, למותו של אדם חף מפשע, טיילור פורס ז"ל, ולפציעתם של רבים נוספים – אינני מוצא שיש מקום להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של המשיב ולקבוע כי הריסת הדירה תהיה לא מידתית. בתוך כך יש לשים לב אף לעובדה כי הצו מתייחס אך ורק לדירה, שבקומה השנייה של הבית – בה כאמור התגורר המפגע, כמו גם לאמור בהודעה מטעם המשיב, שנמסרה לאחר הדיון שנערך בפנינו – בגדרה המשיב התחייב כי ההריסה תבוצע באמצעים מכאנים וידניים, הצפויים לצמצם את היקף הפגיעה במבנה ובסביבתו.

אמנם יתכן והיה מקום לשקול את אטימתה של הדירה חלף הריסתה, שכן השימוש באמצעי זה יכול היה להגביר את הביטחון בכך שלא יגרם נזק לסביבת הדירה, ואולם דומה כי בנסיבות העניין, ובהתחשב בצורך ביצירת הרתעה ממשית, כמו גם בחומרתו הרבה של הפיגוע שאותו ביקשו לייחס לעצמם שני ארגונים, וכן בהתחשב בכך שהתמיכה הפומבית האמורה של החמאס, לוותה, לכאורה, בהסכמתו של אחיו של המפגע. נראה איפוא כי ההחלטה להעדיף הריסה על אטימה איננה חורגת בנסיבות ממתחם הסבירות והמידתיות במידה המצדיקה התערבות שיפוטית (השוו: עניין חלבי; בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף פסקה ה' לחוות דעתו של חברי, השופט (כתארו דאז) א' רובינשטיין (05.01.2009)).

אוסף כי חזקה על הגורמים המבצעים כי יעשו כל שביכולתם כדי למנוע נזק לבתים הסמוכים, על ידי דקדוק רב וקפדנות במימוש אמצעי ההריסה שתואר על ידי המשיב, ולמצער יפעלו להפחית לרמה המזערית, אפשרות של נזק אגבי בהתאם לנסיבות בשטח (עיינו: עניין חלבי, בפיסקה יא'). בשולי הדברים אציין כי גם אם חרף מאמציו של המשיב יגרם נזק כאמור – לא תהיה הדלת נעולה בפני הניזוקים האפשרות לדרוש פיצויים (ראו: עניין סידר, בפיסקה ט'; עניין חמאד, בפיסקה 58; עניין חרוב, בפיסקה ט').

33. מהמקובץ עולה, כי מכח הפסיקה הנוגעת לתקנה 119, ובשים לב לנסיבות העניין הקונקרטיות – לא עלה בידי העותרים לבסס עילה שתצדיק התערבות שיפוטית בהחלטתו של המשיב להורות על הריסתה של הדירה בה התגורר המפגע. לפיכך אציע לחברי כי נורה על דחייתה של העתירה. כן אציע לחברי כי צו הביניים שהוצא במסגרת העתירה יפקע לאחר 5 ימים ממועד מתן פסק דינו זה, וזאת כדי לאפשר התארגנות.



ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט' בסיון התשע"ו (15.6.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט