

1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. שר הביטחון

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון : 073-3925305 ; פקס : 02-6467011

העותרים

נגד

1. אבו בכר
2. אבו בכר
- 3-9. פלוניס (קטינים)
10. אבו בכר
11. אבו בכר
12. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר 580163517
על-ידי ב"כ עוה"ד נדיה דקה ואח'
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555 ; פקס': 02-6276317

המשיבים

עתירה לדיון נוסף

בקשה לקיום דיון בהקדם האפשרי

1. מוגשת בזה בקשה מטעם העותרים (להלן: **המדינה**) לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**) לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' השופטים מזוז, קרא ווילנר), אשר ניתן ביום 10.8.20, בעתירה בבג"ץ 4853/20 (להלן: **פסק הדין**).

יצוין, כי בקשה זו מוגשת לבקשת ראש הממשלה ושר הביטחון, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה.

העתק פסק הדין מצורף ומסומן **ע/1**.

2. ככל שיוחלט על קיום דיון נוסף, מן הטעמים שיפורטו להלן בהרחבה, תבקש המדינה כי זה יתקיים בהקדם האפשרי, ובהמשך תבקש המדינה, כי במסגרתו תאומץ עמדת כב' השופטת וילנר, שנותרה בדעת מיעוט בפסק הדין מושא הבקשה.

[מכאן ואילך כל ההדגשות במסמך הוספו על-ידי הח"מ, אלא אם כן צוין אחרת].

א. פתח דבר

3. בפסק הדין מושא הבקשה, הורה בית המשפט הנכבד (בדעת רוב של כב' השופטים מזוז וקרא ובניגוד לדעתה החולקת של כב' השופטת וילנר) על ביטול צו החרמה והריסה שהוצא מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה שעת חירום, 1945 (להלן: "התקנה" או "תקנה 119" ו-"תקנות ההגנה", בהתאמה) ביחס לדירת המגורים בה התגורר המפגע. אבו בכר (להלן: **המפגע**), אשר ביצע ביום 12.5.2020 פיגוע באמצעות זריקת לבנה – חצי בלוק במשקל 9-11 ק"ג מגג המבנה שבו התגורר, לעבר חיילי צה"ל, שכתוצאה ממנו נהרג לוחם צה"ל סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל.

4. שופטי הרוב ביססו את הכרעתם על כך שבהיעדר מעורבות ומודעות מצד בני המשפחה של המפגע, יש לבטל בנסיבות העניין את צו ההריסה ביחס לדירת המגורים, תוך שפסקו כי הוצאת צו הריסה בנסיבות אלה אינה מידתית, ולכן הורו על ביטול צו ההריסה. לצד זאת, שופטי הרוב פסקו כי תישמר סמכותו של המפקד הצבאי להמיר צו זה בצו לאטימת החדר שבו התגורר המפגע, לאור הזיקה המיוחדת של הבית מושא צו ההריסה לפיגוע.

5. לעמדת המדינה, **פסק דינם של שופטי הרוב סוטה במובהק מהלכה פסוקה מושרשת של בית המשפט הנכבד**, אשר קבעה כי מודעות או מעורבות של בני המשפחה בפיגוע אינן תנאי להפעלת סמכות הריסת מבנה לפי תקנה 119, ואף כפי שעולה במקרים רבים אחרים שנדונו במהלך השנים האחרונות, בית המשפט הנכבד לא התערב, בנסיבות קרובות, בהוצאת צווי הריסה לבתי מחבלים שבהם מתגוררים בני משפחותיהם שלא היו מעורבים בפיגוע. הקביעה בפסק הדין שמבטלת את צו הריסת בית המפגע בשל הפגיעה הכרוכה במשפחת המפגע בנסיבות שבהן לבני משפחה לא מיוחסת מעורבות כלשהי, וזאת חרף התכלית ההרתעתית הקיימת, **אינה עולה בקנה אחד עם רוח פסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד**. על כן, לשיטת המדינה, מדובר בהלכה ה"עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון" (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט).

זאת ועוד, המדינה תטען כי ההלכה שנקבעה בדעת הרוב היא הלכה "שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" מצדיקה דיון נוסף בהרכב מורחב של בית המשפט הנכבד. זאת מאחר שיש בהלכה חדשה זו, אשר נותנת משקל מכריע למעורבות או מודעות בני המשפחה של המפגע ולפגיעה בהם, משום **צמצום ממשי של סמכויות מפורשות של רשויות הביטחון מכח תקנה 119, עד כדי איונה בפועל במקרים רבים, בדרך שמגבילה מאוד את השימוש בתקנה, והיכולת להפעילה ביחס לבתי מחבלים, במקרים בהם לעמדת המפקד הצבאי הדבר נדרש מטעמים הרתעתיים מובהקים**.

מעבר לכך, ההלכה שנקבעה בדעת הרוב, ברקע הפסיקה הסותרת בסוגיה זאת ממש, מייצרת חוסר ודאות ביחס לאופן הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 על-ידי המפקד הצבאי.

6. אשר על כן, **הסוגיה אשר על בסיסה הוכרע הדיון במקרה דנו, ולגביה בלבד מתבקש הדיון הנוסף**, היא **שאלת המשמעויות הנובעות מהיעדר מודעות או מעורבות של בני המשפחה במעשה הפיגוע במסגרת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, ובפרט – האם מדובר, כשיטת דעת הרוב במקרה דנו, בשיקול מכריע אשר הופך את הוצאת צו ההריסה לבלתי מידתית, ומחייב את מיתוו הפגיעה בדרך של אטימה חלקית בלבד**.

המדינה תבקש לקיים דיון נוסף בפסק הדין **ביחס לנקודה זו בלבד**, וכי ככל שיוחלט על קיום דיון נוסף בהרכב מורחב, תבקש המדינה כי בית המשפט הנכבד יאמץ את עמדת כב' השופטת וילנר בפסק הדין מושא הבקשה, מן הטעמים שפורטו שם, כמו גם את התוצאה שאליה הגיעה.

ב. המסגרת הנורמטיבית – תקנה 119

7. תקנה 119, בנוסחה בעברית, קובעת כדלקמן:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לטובת ממשלת פלשתינה (א"י) כל בית, מבנה או קרקע שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה נשק-אש כל-שהוא שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו, או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או חפץ נפיץ או מבעיר כל-שהם 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 [...] עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומששטח בית או מבנה או קרקע כל-שהם כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הגדל על-פני הקרקע [...]"

8. תקנה 119 מסמיכה באופן נרחב, אם כן, את המפקד הצבאי להחרים ולהרוס או לאטום מבנה ששימש כמקום מגוריו של מפגע או מבנה שממנו בוצע פיגוע, בתנאים מסוימים המפורטים בתקנה. 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.

9. על פי ההלכה הפסוקה, תכליתה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא **הרתעתית**. הסמכות אינה מופעלת אפוא כעונש בשל הפיגוע שבוצע בעבר, והיא מופעלת רק אם המפקד הצבאי בא לכלל מסקנה כי השימוש בה נדרש כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד.

10. נקודת המוצא היא, כי במקרים מסוימים ניתן למנוע מראש פעולות טרור, שכן מחבל פוטנציאלי היודע כי בני משפחתו עלולים להיפגע אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתיכנן. לעיתים, ההרתעה פועלת גם כלפי בני משפחתו של מפגע, שייתכן ויודעים על תכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

11. 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 למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

כך נפסק, למשל, בבג"ץ 798/89 **שוקרי נ' שר הבטחון**, תק-על(1)90 (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 בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלום של הקרובים להם עצמם." [פסקאות 6-8 לפסק דינו של כב' השופט ברק].

12. כן ראו דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) 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 (ו), בחלקה הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון... להפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת." [פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט מצא]

13. גורמי הביטחון ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת הסנקציות האמורות בתקנה 119, ובמיוחד כאשר אלו מופעלות באופן בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים, אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה וההרתעה ה"רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למפגעים פוטנציאליים.
14. הפעלת הסנקציה של הריסת בית היא פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחויב המשיב לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתה של ישראל בפעילות החבלנית הרצחנית העוינת.
15. נפנה לפסק הדין העקרוני בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.12.14) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט), בחוות דעתו של כב' השופט סולברג, כי:

"לדאבון הלב, איננו חיים בהשקט ובבטחה. השלום הוא משאת נפש, אך עוד חזון למועד. צה"ל, משטרה ושאר כוחות הבטחון נאלצים להתמודד עם רשע, טרור רצחני, שאינו מקדש את החיים, אלא סוגד למוות. עד כדי כך הגיעו מעשי זוועה של מחבלים וטרוריסטים, שהם נכונים למות "מות קדושים", ובלבד שיקחו עמם יהודים שאולה. 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" [פסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט סולברג]

16. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה, על שורה של איזונים אשר נקבעו בפסיקת בית המשפט הנכבד. בתוך כך, איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הסנקציה; איזון בין הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע לבין הצורך בהרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים; ואיזון בין זכותו הבסיסית של כל אדם לקניינו לבין זכותו וחובתו של השלטון לשמור על הביטחון והסדר הציבורי, ועל שלומם וביטחונם של תושבי ישראל ואזרחיה.

17. במסגרת איזונים אלה, נשקלים בין היתר חומרת המעשים; מידת המעורבות של המפגע בפיגוע; נסיבות הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת האמצעי על אנשים אחרים, לרבות בני משפחתו של המפגע ונסיבותיהם; שיקולים הנדסיים, וכיוצא באלה שיקולים נוספים. רק לאחר שקלול, בחינה ואיזון של כלל השיקולים הצריכים לעניין, כפי שהם רלוונטיים לנסיבות המקרה, יחליט המפקד הצבאי האם המקרה הקונקרטי מצדיק הפעלת האמצעי של החרמה והריסה ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין **בעניין נזאל**).

18. לפני כ-15 שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות אלוף אודי שני, במסגרת עבודה שנקראה: "חשיבה מחודשת לעניין הריסות בתים", על צמצום השימוש בתקנה 119 כשיטה, עד כדי הפסקת השימוש בה, תוך שימור האמצעי האמור במקרה של שינוי נסיבות קיצוני, והמלצות אלו אומצו ויושמו.

עם זאת, בעקבות גידול משמעותי במעורבות של תושבי מזרח-ירושלים בטרור בשנים 2008-2009, הוחלט לחדש את השימוש באמצעי, ומפקד פיקוד העורף הוציא שלושה צווים מתוקף סמכותו לפי תקנה 119, שכוונו נגד בתיהם של המפגע בישיבת מרכז הרב ומפגעים בשני פיגועי דריסה בירושלים. שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה - בג"ץ 9353/08 **אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף** (פורסם בנבו, 5.1.2009)(להלן: **עניין אבו דהים**), בג"ץ 124/09 **דוויאת נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 18.3.09)(להלן: **עניין דוויאת**), בג"ץ 5696/09 **מוגרב נ' אלוף פיקוד העורף** (פורסם בנבו, 15.02.2012) (להלן: **עניין מוגרבי**) - נדחו.

באיו"ש חודש השימוש באמצעי בשנת 2014, אז החליט המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119, בעקבות החמרה ניכרת במצב הביטחוני, שהתבטאה בעליה משמעותית במספר הפיגועים הכללי ופיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים.

19. ביום 31.12.14 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, כב' השופטת (כתוארה אז) חיות, כב' השופט סולברג) בעתירה העקרונית בעניין **המוקד להגנת הפרט**. בפסק דין זה נדחתה עתירה עקרונית של ארגוני זכויות אדם אשר ביקשו כי בית המשפט הנכבד יצהיר שהשימוש בתקנה 119 אינו חוקי ונוגד את הדין הבינלאומי ואת המשפט הפנימי הישראלי. בהחלטת בית המשפט הנכבד בעתירה העקרונית נדחו טענות העותרים שם, ובכלל האמור גם הטענות כי הריסת בתים עולה כדי עונש קולקטיבי אסור, וסותרת את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי ואת כללי המשפט הפנימי הישראלי.

בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, נקבע, בין היתר, כי "לא מצאנו לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים" [פסקה ט"ז לפסק דינו] 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" [פסקה י"ז לפסק דינו].

כב' 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" [פסקה 4 לפסק דינו] 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" [פסקה 14 לפסק דינו].

כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות, בפסיקתה, קבעה 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..." [פסקה 4 לפסק דינה].

20. בהתאם להלכה הנ"ל, בחמש השנים האחרונות דן בית המשפט הנכבד בעשרות עתירות הנוגעות להפעלת סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119, ורוב מכריע של העתירות נדחו לאחר בחינה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה.

ג. הרקע לפסק הדין מושא הבקשה

1.ג. הפיגוע שבעקבותיו הוצא צו ההחרמה וההריסה

21. המפגע ביצע ביום 12.5.20 פיגוע של זריקת חצי בלוק במשקל 9 - 11 ק"ג לעבר חיילי צה"ל, שכתוצאה ממנו נרצח סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל. בעקבות חקירתו, הודאתו, וכן יתר הראיות, הוגש נגדו כתב אישום לבית המשפט הצבאי בשומרון.

בכתב האישום שהוגש נגד המפגע ביום 25.6.20, הוא מואשם בעבירה של גרימת מוות בכוונה לפי סעיף 209(א) לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התשע"ט-2009 (עבירה המקבילה בתחיקת הביטחון לעבירת הרצח), וכן בעבירה של שיבוש מהלכי משפט (לפי סעיף 228(א) לצו הנ"ל).

22. לפי כתב האישום, ביום 12.5.20, ביצעו כוחות הביטחון מבצע מעצרים שגרתי בכפר יעבד, בין היתר למעצרים של אבו בכר ושל אבו בכר. ביתו של ממוקם בשכנות לביתו של המפגע ובקרבתו. במבצע זה השתתפה פלוגה של חטיבת "גולני", שעם המשרתים בה נמנה סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל (להלן: **המנוח**).
23. בעת המבצע, שהה המפגע בדירתו שבקומה העליונה בבניין בן שלוש קומות (להלן: **הבניין**), בו הוא מתגורר עם משפחתו המורחבת. בסמוך לשעה 30:04 לפנות בוקר, שמע המפגע צעקות מבית שכנו. בעקבות זאת, עלה המפגע לגג הדרומי של הבניין, שהוא גג ביתו (להלן: **הגג**), דרך דלת המובילה לגג מדירתו. תחילה, נעמד בחלקו המזרחי של הגג, האזין לצעקות מכיוון ביתו של שכנו, עלי, וראה והבין כי כוחות הביטחון מבצעים מעצרים.
24. לאחר מכן, הלך המפגע לכיוון חלקו המערבי של הגג, וראה את חיילי צה"ל צועדים בשני טורים מהצומת הסמוך לבניין, אל השביל שלמרגלותיו (להלן: **השביל**), והולכים לאורך השביל בסמוך לבניין, עד לפינתו הדרום-מערבית של הבניין. בין החיילים היה המנוח.
25. בשלב זה, גמלה בליבו של המפגע ההחלטה ליטול לבנה ולהשליכה מהגג שעליו עמד, לעבר חיילי צה"ל שעברו למרגלות הבניין.
26. לשם כך, ניגש המפגע לקיר לבנים שהיה מצוי על הגג בסמיכות לפינתו הדרום-מערבית. המפגע נטל מקיר הלבנים חצי בלוק **במשקל 9 - 11 ק"ג** (להלן: **חצי הבלוק**), אשר היה מנותק מקיר הלבנים ומונח עליו. או אז, המשיך המפגע לכיוון הפינה, שמע מהשביל הנמשך למרגלות הפינה קולות שאותם זיהה כקולות חיילים, והשליך לעבר החיילים את חצי הבלוק, **מגובה של כ-13 מטרים**, בכוונה לגרום למוות.
27. בעת זריקת חצי הבלוק, הביט המנוח, שצעד באותה העת בקרב חבריו לכוח בשביל שלמרגלות הבניין, כלפי מעלה. **חצי הבלוק פגע בעוצמה רבה בראשו וגרם לנפילתו ולאובדן הכרה מידי, לשברים מרובים בגולגולתו וכן לדימום כבד מראשו. המנוח קיבל טיפול רפואי בשטח ופונה מהמקום להמשך קבלת טיפול רפואי, כשהוא סובל מפגיעה ראש קשה, ובהמשך נפטר מפצעיו.**
28. מיד לאחר השלכת חצי הבלוק לעבר המנוח, נמלט המפגע מהגג וחזר לביתו. המפגע נכנס למיטה בחדר ילדיו והעמיד פניו ישן, על מנת להיתמם בפני אנשי כוחות הביטחון משצפה כי ייכנסו לביתו בתוך מספר דקות נוכח הפיגוע שאותו ביצע. זמן קצר לאחר מכן, נכנסו כוחות הביטחון לבניין, ערכו במקום חיפוש במטרה לאתר את זורק חצי הבלוק, ולאחר מכן עזבו את המקום. לאחר שכוחות הביטחון עזבו את הכפר, ירד המפגע לשביל, וראה על השביל שאליו השליך את חצי הבלוק, שלולית דם ושברי בלוק. **המפגע הבין כי הצליח לפגוע בחייל, והשליך את חלקי הבלוק האמורים, אל הצמחייה שבשולי השביל.**

ג.2. צו ההחרמה וההריסה

29. בהתחשב בנסיבות הפיגוע החמורות ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים; החליט המשיב, לפי המלצת שירות הביטחון הכללי, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 כלפי דירת המגורים שבה התגורר המפגע – קרי: הקומה השלישית (העליונה) במבנה.
30. יצוין, כי מדובר במבנה בן שלוש קומות אשר נמצא בכפר יעבד. הבניין הוא בבעלות משפחתו של המפגע, כאשר בקומה הראשונה והשנייה מתגוררים אחיו של המפגע עם משפחותיהם. המפגע התגורר בדירת המגורים שבבעלותו, המצויה בקומה השלישית של הבניין, יחד עם אשתו וילדיהם (המשיבה 1 היא אשתו של המפגע, וילדיהם הם המשיבים 2-9).
31. ביום 25.6.20 בסמוך לשעה 10:00, ביום בו הוגש כתב האישום נגד המפגע, נמסרה למשיבים הודעת המפקד הצבאי בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את דירת המפגע, תוך שניתנה למשיבים האפשרות להגיש השגה בכתב נגד כוונה זו עד ליום 30.6.20 בשעה 11:00.
32. בהמשך אותו יום, 25.6.20, פנתה ב"כ העותרים וביקשה ארכה בת יומיים לשם הגשת ההשגה, וזאת בשל עומס עבודה. עוד באותו היום, 25.6.20, השיב נציג המשיב כי לפני משורת הדין, והגם שפרק הזמן שניתן לשם הגשת השגה מהווה פרק זמן סביר בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, מאושרת ארכה קצרה, כך שהמועד האחרון להגשת השגה יהיה עד ליום 1.7.20 בשעה 16:00; זאת, בהתחשב באיזון בין הצרכים הביטחוניים לבין בקשת הארכה והטעמים שעומדים בבסיסה.
33. ביום 1.7.20 בסמוך לפני השעה 16:00, הוגשה השגה נגד כוונת המפקד הצבאי להחרים ולהרוס את דירת המפגע. בהשגה נטען, בין היתר, כי בהיעדר פירוט על אופן ביצוע ההריסה יש חשש כבד שהיא תפגע בדירות נוספות בבניין ובסביבה; נטען להיעדר תשתית עובדתית מספקת, משלא הועברו חומרי החקירה לידי עורכי דינו של המפגע, וכי קיים חסר ראיתי שראוי לתת לו משקל לפני הקביעה כי מדובר בפיגוע מכוון; במישור העקרוני, הועלו בהשגה טענות כלליות ביחס לחוקיות השימוש בתקנה 119 להריסת בתים; במישור הפרטני, נטען כי אין טענה למעורבות בני המשפחה במעשה, ידיעתם אודותיו או קיומם של סימנים מקדימים לגבי אפשרות התרחשותו, ולכן הפעלת הסמכות אינה מידתית; עוד נטען להפליה, בכך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 איננה מבוצעת כלפי מפגעים יהודים.
34. ביום 5.7.20 בסמוך לשעה 17:00 נשלח מכתב מענה מטעם המפקד הצבאי להשגה זו, והוצא צו החרמה והריסה לדירת המפגע, תוך שהובהר כי הצו לא ימומש בפועל עד לאחר 8.7.20 בשעה 18:00.
- בכל הנוגע לטענות העקרוניות, הפנה המפקד הצבאי לפסיקת בית המשפט הנכבד, אשר דחתה טענות אלה ואישרה פעם אחר פעם את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119. עוד צוין כי היעדר ראיה בדבר מודעות או מעורבות של בני משפחת המחבל, אינו מונע כשלעצמו את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והצורך בהרתעה בעינו עומד.

במישור המידתיות, צוין כי אף לאחר בחינת הנסיבות שפורטו בהשגה, סבר המפקד הצבאי כי נוכח חומרת מעשיו של המפגע, והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים עתידיים מפני ביצוע פיגועים רצחניים דומים, הריסת הדירה היא צעד מידתי ואף הכרחי בנסיבות העניין.

בכל הנוגע לטענה ביחס לנוסח ההודעה בדבר כוונה להחרים ולהרוס, צוין כי פורט בה כי הכוונה היא על רקע מעורבות המפגע בביצוע הפיגוע.

אשר לטענת ההפליה, הפנה המפקד הצבאי לפסיקת בית המשפט הנכבד אשר דחתה טענות דומות.

בכל הנוגע לטענות בדבר היעדר תשתית העובדתית, ולכך שטרם הסתיים ההליך הפלילי, הפנה המפקד הצבאי לפסיקת בית המשפט הנכבד המתייחסת לדרישת ראיות מינהליות, ולא להרשעה בפלילים, תוך שציין כי בהתאם לפסיקה ניתן לנקוט באמצעי זה אף במקרים בהם לא הוגש כתב אישום. בהקשר זה, הפנה המפקד הצבאי גם לפסיקה עדכנית המתייחסת לכתב אישום המתבסס על חומר החקירה שעמד לנגד עיני התביעה, כמבסס תשתית ראייתית מספיקה לשם הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 (בהקשר זה, למענה להשגה צורף גם כתב האישום).

בכל הנוגע לאופן ביצוע ההריסה, ציין המפקד הצבאי כי זו תבוצע באמצעות "חבלה חמה מבוקרת ו/או הריסה עם כלי צמ"ה", והפנה לחוות דעת של מהנדס מוסמך (שצורפה למענה להשגה), אשר ממנה עולה כי רמת הנזק והסבירות להתממשותו ביחס ליתר חלקי המבנה ומבנים סמוכים – נמוכה.

35. בהמשך אותו יום, 5.7.20, פנתה ב"כ המשיבים וביקשה ארכה לשם הגשת העתירה עד ליום 14.7.20, וזאת לצורך קבלת חומרי החקירה בעניינו של המפגע, ועקב התפשטות מגפת הקורונה.

עוד באותו היום, 5.7.20, השיב נציג המפקד הצבאי כי לפני משורת הדין, והגם שפרק הזמן שניתן לשם הגשת העתירה מהווה פרק זמן סביר בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, מאושרת ארכה כמבוקש על ידה, וזאת מהטעמים שפורטו בבקשה ובפרט עקב מגפת הקורונה. כך שצו ההחרמה וההריסה לא ימומש בפועל עד ליום 14.7.20 בשעה 18:00; זאת, תוך שהודגש כי לא יינתנו ארכות נוספות מעבר לארכה זו.

36. ביום 14.7.20 הוגשה העתירה בבג"ץ 4853/20. בו ביום ניתן צו ארעי האוסר על ביצוע ההריסה מכוח הצו, והוחלט על קביעת העתירה לדיון בהקדם האפשרי, בשים לב ללוחות הזמנים הרלוונטיים. בהתאם, התקיים דיון בעתירה ביום 21.7.20.

צילום העתירה בבג"ץ 4853/20 מצורף ומסומן ע/1.

צילום תגובת המדינה בבג"ץ 4853/20 מצורף ומסומן ע/2.

צילום פרוטוקול הדיון בבג"ץ 4853/20 מצורף ומסומן ע/3.

ד. פסק הדין

37. כאמור, בפסק הדין הוחלט ברוב דעות (כב' השופטים מזוז וקרא) להפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, כך שצו ההחרמה וההריסה הנדון בעתירה יבוטל, תוך שמירת סמכות המפקד הצבאי להמיר צו זה בצו לאטימת החדר בו התגורר המפגע. זאת, בניגוד לדעתה החולקת של כב' השופטת וילנר, אשר סברה כי יש לדחות את העתירה ולאשר את הריסת דירת המפגע.

1.ד. דעת המיעוט של כב' השופטת וילנר

38. כב' השופטת וילנר, שכתבה את חוות הדעת הראשונה בפסק הדין ונותרה במיעוט, דחתה בראשית דבריה את הטענות העקרוניות באשר לחוקיות השימוש בתקנה 119, שכן טענות אלה נבחנו ונדחו זה מכבר בפסקי דין רבים של בית משפט זה. בהמשך, ציינה כב' השופטת וילנר, למעלה מן הצורך, כי חרף הקושי הטמון בפגיעה בבני משפחה שלא היו מעורבים במעשה הפיגוע, גלי הטרור הפוקדים את מדינת ישראל מחייבים הרתעה יעילה מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד גם במקרים מעין אלו:

“על רקע זה, הפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי בתקנה 119 לשם הרתעה כאמור, היא משום הכרח בל יגונה. וזאת חרף הקושי הטמון כמובן בפגיעה ברכושם של בני משפחה אשר לא היו מעורבים במעשיו הנפשעים של בן משפחתם-המפגע. על כך כתבתי בעניין נאג'י: “אמנם נכון הדבר כי ההגנה על זכויות אדם ואזרח היא מחובותיה הבסיסיות של מדינה דמוקרטית. ברם, באופן בסיסי אף יותר, נדרשת הדמוקרטיה להגן על קיומה של תשתית מדינית וביטחונית אשר תאפשר לאזרחיה ליהנות מזכויותיהם אלה. מכאן נובעת החשיבות שבשמירה על ביטחון המדינה, וזאת אף במחיר של פגיעה בזכויות אדם ואזרח... יתר על כן, יובהר כי נקיטה באמצעים פוגעניים, הדרושים לשם שמירה על ביטחון המדינה, אינה משום 'פגיעה הכרחית' בדמוקרטיה, אלא היא-היא חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה” (ראו: שם, בפסקאות 21-23) [פסקה 10 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר].

39. בהמשך חוות דעתה, ציינה כב' השופטת וילנר כי חוסר מעורבות המשפחה אכן מעלה קושי בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, במיוחד בנוגע לילדיו הקטינים של המפגע המתגוררים בדירה נשוא צו ההריסה, והטענות ביחס למצבה הכלכלי הרעוע של המשפחה, אך הפנתה להלכה הפסוקה שלפיה השיקול ההרתעתי מצדיק הפעלת הסמכות גם בנסיבות שכאלה:

“המשיבים אמנם אינם טוענים למעורבות זו או אחרת של בני משפחת המפגע במעשה המיוחס לו, וכאמור לעיל, ברי כי ישנו קושי ניכר בפגיעתו של מימוש צו הריסה ביחס לבני משפחה אשר לא פשעו. זאת, בייחוד בכל הנוגע לילדיו הקטינים של המפגע, ואף נוכח הטענות המועלות בעתירה לגבי מצבה הכלכלי הקשה של משפחתו. ואולם, זה מכבר נקבע כי תכליתה ההרתעית של תקנה 119 עומדת בעינה ומצדיקה את הפעלתה של תקנה זו. אף במקרים בהם יתר הדיירים המתגוררים במבנה הנועד להריסה לא היו מעורבים בפגיעה הנדון (ראו: בג”ץ 2356/19 ברגותי נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 15 (11.4.2019); עניין חנאיתשה, בפסקה 21), וכן חרף פגיעה פוטנציאלית של ההריסה בדיירים קטינים (ראו: עניין

אלעצאפרה, בפסקה 13). [פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר].

40. בהקשר זה, כב' השופטת וילנר ציינה כי הוצגו בפני כב' ההרכב נתונים עדכניים בדבר אפקטיביות ההרתעה, וקבעה כי מדובר בנתונים משכנעים:

"מטבע הדברים, לא ניתן להרחיב בדבר תוכנה של חוות הדעת האמורה, אך אציין כי הנתונים המוצגים בה משכנעים ומעידים בעיני על תרומת הפעלתה של תקנה 119 להרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני מימוש כוונותיהם הזדוניות." [פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר].

41. בהמשך, דחתה כב' השופטת וילנר את הטענות נגד הליך הוצאת צו ההריסה, שכן הועמדה שהות מספקת לשם הגשת השגה על הכוונה להריסת הבית, ואף נעתרו לשתי בקשות ארכה שהגישו העותרים בנדון. כן קבעה כי יש להניח שעם הגשת כתב האישום הועבר לידי המפגע מלוא חומר החקירה הרלוונטי בעניינו.

42. כב' השופטת וילנר קבעה כי מתקיימת זיקה מובהקת בין הדירה לבין המפגע לאור בעלותו על הדירה והעובדה שאף ביצע את הפיגוע מגג הדירה:

"שכן זו מצויה בבעלותו, שימשה למגוריו, ועודנה משמשת למגורי בני משפחתו. לא זו אף זו, המפגע הביא למותו של המנוח תוך שימוש בלבנה שניטלה מגג המבנה, ואשר הושלכה מגג זה אל עבר החיילים שצעדו למרגלות המבנה (ראו והשוו: עניין נאג", בפסקה 30). [ראו פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר]."

43. כב' השופטת וילנר קבעה כי הצו שהוצא הוא מידתי, ומכאן שאין להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. באשר לתשתית הראייתית פסקה כי די בראיות מינהליות, והדברים נכונים קל וחומר במצב כמו בעניינו, שבו הוגש כתב אישום נגד המפגע בגין עבירה של גרימת מוות בכוונה. עוד ציינה כב' השופטת וילנר, כי נסיבות העניין מחייבות הרתעה יעילה, בשים לב למאפייני הפיגוע, והדמיון למקרים קודמים:

"למותר לציין את הזהות המטרידה שבין מעשה המפגע לבין הפיגוע אשר נדון בעניין נאג" [השלכת בלוק במשקל 18 ק"ג אל עבר ראשו של סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל] [...] הישנותם של מעשים מעין אלה המכוונים אל חיילי צה"ל במהלך פעולות ביטחוניות המבוצעות באזורים מאוכלסים באי"ש – מחייבת הרתעה יעילה ומשמעותית, אשר יש לקוות כי תמנע ממפגעים פוטנציאליים לשוב ול"לחקותם" [פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר]."

44. כן ציינה כי אופן ההריסה מידתי גם כן, שכן לפי המתואר בחוות הדעת, ההריסה לא תסב נזק ניכר ליתר חלקי המבנה, למבנים סמוכים או לסביבה.

45. בשל כל האמור – הצורך בהרתעה, זיקת המפגע אל הדירה נשוא צו ההריסה ומידתיות הצו – סברה כב' השופטת וילנר כי יש להותיר את צו ההריסה על כנו ולדחות את העתירה.

2.ד. דעת הרוב (כב' השופטים מזוז וקרא)

46. כב' השופט מזוז הפנה בפתח פסק דינו לאמירותיו בפסקי דין בעבר ביחס לסימני השאלה הקיימים לשיטתו בהקשר לחוקיות השימוש בתקנה 119, וחזר על עמדתו שאותה הביע בפסקי דין קודמים ואשר לפיה יש מקום לבחינה מעמיקה של הנושא. לצד זאת, כב' השופט מזוז ציין כי גם בגדרי ההלכה הקיימת, יש לנקוט גישה זהירה ומרוסנת בהפעלת סמכות זו [פסקאות 2-3 לפסק דינו של כב' השופט מזוז].

47. מכאן פנה כב' השופט מזוז לדון בסוגיית מעורבות בני המשפחה והפגיעה בהם (פסקה 4), וציין כי "בחינת מעורבות בני המשפחה מחד, והפגיעה בהם מאידך, חיונית הן לביסוס עצם הצידוק להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, והן באשר לקביעת היקף וחומרת הסנקציה שניתן להפעיל - אטימה או הריסה, חלקית או מלאה". כב' השופט מזוז פירט את נסיבות ענייננו: העותרים הם אשתו ושמונת ילדיו של המפגע, שבעה מהם קטינים, כולם מתגוררים בדירה נגדה הופעלה הסמכות בתקנה 119; לא יוחסה להם מעורבות במעשיו הנפשעים של המפגע ואף לא תמיכה בדיעבד במעשיו. לאור העובדה שהמפגע צפוי לרצות עונש מאסר ארוך אם יורשע, קבע כב' השופט כי: "הפגיעה בבית מהווה בראש ובראשונה פגיעה באשתו וילדיו שנותרו להתגורר בבית, ואשר הריסתו תותיר אותם חסרי קורת גג. בעתירה נטען עוד לענין זה כי מדובר במשפחה קשת-יום." (ראו פסקה 5). בהמשך, קבע כב' השופט כי נסיבות אלה מעלות את הקושי "אולי הקשה והחריף ביותר שבהפעלת תקנה 119" (ראו פסקה 6). מנגד, ציין כב' השופט מזוז כי קיימת בענייננו זיקה ברורה בין מעשה הפיגוע לבין הבית כלפיו מכוונת הסנקציה, שכן הפיגוע בוצע מגג הבית.

48. לפיכך קבע כב' השופט מזוז כי עיקרון המידתיות "מחייב מיתון הפגיעה, על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית של הבית" (ראו פסקה 8), וקבע כי הצו ייעשה מוחלט תוך שמירת זכותו של המשיב להמיר את צו ההחרמה וההריסה בצו לאטימת "החדר בבית בו התגורר המפגע".

49. כב' השופט קרא ציין כי אין בידו להצטרף לחוות דעתה של כב' השופטת וילנר, וחזר על עמדתו כי יש מקום לעיין בשאלות העקרוניות בהרכב מורחב (פסקה 1 לחוות דעתו). כב' השופט קרא הוסיף כי "ריבוי וחזרתיות השימוש בתקנה על ידי המפקד הצבאי כל אימת שמתרחש פיגוע המסתיים בקיפוח חיי אדם – בטענה כי מדובר באמצעי הרתעתי ולא ענישתי הינו בבחינת הרחבת השימוש בתקנה כעניין שבמדיניות, כאשר מסנקציה שאמורה להיות שמורה למצבי קיצון שצריכה להיות מופעלת במשורה, הפך השימוש בתקנה לשימוש תדיר שלא לומר שגרת" (ראו פסקה 2), וציין בהמשך כי המשך השימוש בכלי זה הטומן בחובו פגיעה קשה בחפים מפשע מהווה ענישה קולקטיבית המופעלת בניגוד לעיקרון היסוד לפיו "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת" (תוך אימוץ דבריו של כב' השופט (כתארו אז) חשין בדעת-מיעוט, בבג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלון פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997)) (להלן: עניין ג'נימת).

בסיום דבריו, קבע כב' השופט קרא גם הוא כי רק לאור הזיקה המיוחדת של הבית מושא צו ההריסה לפיגוע, הוא מצטרף להערתו של כב' השופט מזוז לשמירת סמכות המפקד הצבאי להמיר את צו ההריסה לצו אטימת החדר בבית בו התגורר המפגע.

ה. התנאים לקיום דיון נוסף - כללי

50. הסמכות והעילות להורות על קיומו של דיון נוסף בפסק דין של בית המשפט העליון, שניתן בהרכב של שלושה שופטים לפחות, מעוגנות בהוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט.

לענייננו קובע סעיף 30(ב) לחוק:

“לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף”

51. הרציונל לאפשרות קיומו של דיון נוסף הובהר על-ידי כב' הנשיא ברק, כדלקמן:

“התכלית המונחת ביסוד הדיון הנוסף היא הצורך לאפשר לבית המשפט העליון - שעל פסקי-דינו אין ערעור נוסף - שעה שהוא יושב בהרכב מורחב לבחון מחדש הלכה שנפסקה על-ידי בהרכב מצומצם, ובכך להביא לידי כך כי בעניינים חריגים ידבר בית המשפט העליון מפי הרכב מורחב של שופטיו.” [בש"א 1481/96 (דנ"א 2401/95) נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598, 607 (1996); ההחלטה ניתנה ברוב של שמונה שופטים נגד דעתם החולקת של שלושה אחרים - הח"מ].

52. הפסיקה הוסיפה וחיידדה כי דיון נוסף אינו ערעור גרידא על פסק הדין, וכי המסלול של דיון נוסף שמור למקרים חריגים. בהתאם נפסק כי “דרושים, איפוא, שני תנאים מצטברים כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף: האחד, חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה או עמידתה בסתירה להלכה קודמת, והאחר, הצדקה עניינית לשוב ולהביא את הענין לדיון נוסף.” [דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון וייזום נ' מדינת ישראל, בעמ' 4-5 (1995)].

53. בהקשר לדרישת ההצדקה להביא את העניין לדיון נוסף, צוין בעניין אפרופים הנ"ל, כי “החשיבות, הקשיות או החידוש בהלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, צריך שיהיו מהותיים ומשמעותיים, כגון, שנפלה בפסק הדין טעות מהותית, שהוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה או בתפיסת הצדק של החברה, שהוא מביא לתוצאה שלא ניתן לחיות עימה, שחלו שינויים משמעותיים במציאות או בחוק, אותם אין ההלכה משקפת. מובן שאין הרשימה סגורה; היא מהווה הדגמה של סוגי נימוקים המעלים את הסוגיה לרמת קשיות, חשיבות או חידוש, המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה בעקבותיה” [פסקה 7 להחלטה].

ו. עמדת המדינה – יש הצדקה לקיום דיון נוסף בהתאם לכל העילות המנויות בחוק

54. לעמדת המדינה בפסק הדין מתקיימות כל העילות החלופיות שנקבעו בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט להיעתרות לבקשה לקיום דיון נוסף, בהתאם להוראת המחוקק ופירושה בפסיקה. לעמדת המדינה, פסק הדין עומד בסתירה להלכות ותיקות ועקביות של בית משפט נכבד זה, והוא קובע הלכה אשר מפאת חשיבותה, קשיותה וחידושה מצדיקה דיון נוסף לפני הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד.

1.1. פסק הדין קובע הלכה חדשה, אשר סותרת הלכה פסוקה מושרשת

55. לעמדת המדינה, בפסק הדין נפסקה הלכה חדשה בנוגע למשקל המכריע שניתן לשיקול מעורבות בני המשפחה והפגיעה הנלווית בהם, במסגרת בחינת המידתיות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, באופן שמצמצם את היקף סמכותו של המפקד הצבאי.

56. כך, בדעת הרוב (מפי כב' השופט מזוז), נקבע כי משום שקרובי המחבל לא היו מודעים או מעורבים בפעילותו, הפגיעה בהם אינה מידתית. דעת הרוב פסקה כי בנסיבות אלה, הדבר מחייב, למצער, את מיתנו הפגיעה על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית, ואף זאת רק בשים לב לזיקה המיוחדת של המבנה לפיגוע. יוער, כי חוות דעתו של כב' השופט קרא, אף אינה מתמצית במישור המידתיות, ומקריאתה אף עולה לכאורה סימן שאלה על עצם הסמכות להפעיל את הסמכות במצב שבו בני המשפחה לא ידעו ולא היו מעורבים במעשה.

57. המדינה תטען כי קביעה זו סותרת במובהק את ההלכה הפסוקה המושרשת.

58. כפי שנדגים להלן, בארבעת העשורים האחרונים, נבחן השימוש בתקנה 119 על ידי המפקד הצבאי בפסקי דין רבים של בית המשפט הנכבד, לרבות עשרות פסקי דין מן השנים האחרונות ממש. ההלכה הפסוקה המושרשת, שעליה חזר בית המשפט הנכבד במספר רב של פרשות, היא כי מודעות קרובי המחבל לפעילותו או מעורבות בה אינו תנאי הכרחי להפעלת תקנה 119, הגם שהו עשויות להשפיע על היקף השימוש בתקנה.

59. לכאורה ניתן לטעון, כי דעת הרוב אינה משנה באופן מפורש את ההלכה הפסוקה המושרשת. זאת, משום ששופטי הרוב לא שללו באופן מלא את הסמכות לפי תקנה 119 בשל היעדר המודעות של בני המשפחה; משום שההלכה הפסוקה נותנת אף היא משקל מסוים לשאלת מודעות בני המשפחה במסגרת היקף השימוש בתקנה 119; או משום שהקביעה תחומה לנסיבות העניין.

לכך נבקש להשיב כבר עתה, כי עיון בפסקי הדין המיישמים את ההלכה הפסוקה לאורך שנים, מלמד כי לא כך הדבר. ההלכה הפסוקה – הן במישור הרטורי, הן במישור התוצאתי – מלמדת אותנו כי מודעות בני המשפחה והפגיעה הנלווית בהם אינן שיקול מכריע במסגרת יישום מבחני המידתיות, הגם שיש להביאם בחשבון במניין השיקולים הכולל.

60. בהקשר זה נבקש להפנות לדברי כב' השופט עמית בבג"ץ 2322/19 עטייה רפאעיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.4.2019) (להלן: עניין רפאעיה):

"14. נקודה נוספת לפני סיום. העותרים ציינו בשולי עתירתם כי הם מוקיעים את מעשיו של המחבל ומסתייגים ממנו. עמדה זו כמובן ראויה. ואולם, לפי ההלכה הפסוקה, תמיכה מצד בני משפחה של המחבל בפעילות טרור היא אמנם שיקול רלוונטי לצורך הפעלת סמכות לפי תקנה 119, אולם אין מדובר בתנאי הכרחי (ראו בעניין ג'ברין, פס' 12 והאסמכתאות שם). בנסיבות המקרה דנן, ולנוכח כל האמור לעיל, אין לומר כי החלטת המשיב להפעיל את

סמכותו, חרף עמדת המשפחה, היא בלתי סבירה באופן המצדיק את התערבותנו" [פסקה 14 לפסק דינו של כב' השופט עמית].

כן נפנה לדברי כב' השופט אלרון בבג"ץ 8786/17 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 26.11.2017) (להלן: **עניין אבו אלרוב**):

"אשר לשאלת מודעות העותרים לכוונותיו החבלניות של הנאשם, דעתי היא כי גם זו אינה מטה את הכף להתערבות בשיקול דעתו של המשיב 1. כפי שנקבע בעבר, אין בעובדה שבני המשפחה לא ידעו על כוונותיו הזדוניות של המפגע כדי להצביע על פגם מהותי שנפל בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. נוכח התכלית ההרתעתית שבבסיס התקנה, המכוונת גם כלפי ציבור המפגעים בכוח וסביבתם, מודעות מצד דיירי המבנה המיועד להריסה לכוונותיו של המפגע איננה תנאי הכרחי לביצוע הצו (ראו: עניין אלעמרין, בעמ' 699-700). עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט מ' מזוז בה התייחס, בין היתר, לדבריו בעניין אלג'מל לפיהם סוגיית ידיעת בני משפחת המפגע על כוונותיו, עשויה להשליך על השימוש בסנקציית ההריסה. לעניין זה, אומר קצרות כי התייחסות זו יש בה כדי לרמוז דווקא על גישה פרשנית לפיה התכלית העומדת בבסיס תקנה 119 היא עונשית, ולא הרתעתית, ולא היא" [פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט אלרון].

בנוסף ראו דברי כב' השופט סולברג בבג"ץ 799/17 **קונבר נ' מפקד פיקוד העורף** (23.2.2017) (להלן: **עניין קונבר**):

"4. כמו כן, משעה שבהרתעה עסקינו, עלינו להישמר היטב מלייחס משקל רב מדי לשאלת המודעות של בני המשפחה: קביעה לפיה תנאי הכרחי להפעלת הסמכות הוא 'אשמה' מסוימת של בני המשפחה, מבליעה הנחה כי הללו נענשים על אשמה זו – אולם זאת ללא משפט, ובחוסר פרופורציה. אין הדבר כן; אטימה או הריסת בית מחבל מיועדת להרתיע את המחבל הפוטנציאלי הבא מלבצע את זממו, מתוך שהוא מודע לגורל האפשרי של בני משפחתו לאחר מכן. הרתעה זו חשובה ביתר שאת כאשר במחבל מן הסוג של 'מפגע בודד' עסקינו, שהמודיעין לגביו מוגבל, ואשר אינו זוכה לגיבוי מאת בני המשפחה ומסתיר את כוונותיו מעיניהם. לא בכדי נפסק, אפוא, כי מעורבותם של בני הבית אינה נחוצה כשלעצמה כדי לבסס את הסמכות להורות על החרמת והריסת ביתו של מחבל, והדבר יכול להיות מוצדק גם בהעדר הוכחה בדבר מודעות של בני המשפחה (בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, [פורסם בנבו] פסקה 7 והאסמכתאות שם (5.1.2009))" [פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט סולברג].

61. עוד ראו דברי כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין **אבו דהים**, כדלקמן:

"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 בעווננו. 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):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומְתו אבות על-בָּנִים וּבָנִים לא-יומְתו על-אבות איש בְּחָטְאוֹ יוּמְתוֹ" (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' 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך

שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראו לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך."

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 נ(6) 407 (2002) בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראיה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל [פסקאות 6-7 לפסק דינה של כב' השופטת (כתואה אז) נאור].

62. כך אף קבע כב' השופט סולברג 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 מאיז 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 כף המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים".

63. כאמור, גם במישור התוצאתי, ההלכה הפסוקה מלמדת כי מידת המודעות והמעורבות של בני המשפחה אינה שיקול מכריע במסגרת יישום מבחני המידתיות. כך, מפסיקת בית המשפט הנכבד לאורך השנים עולה, כי גם כאשר לא הועלתה כל טענה בדבר מודעות או מעורבות של בני המשפחה בפיגוע, לא הוביל הדבר את בית המשפט הנכבד, במגוון הרכבים, להתערבות בצו להריסת המבנה או חלקו בו התגורר המפגע מטעם זה.

ראו והשוו, בין רבים: בג"ץ 751/20 חנאתשה ואח' נגד המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 20.2.20) (להלן: עניין חנאתשה); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.4.19); בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 4.3.19) (להלן: עניין דחאדחה); בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 7.6.18); בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 3.8.17); בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

(פורסם בנבו, 7.7.16) (להלן: עניין **אבו זיד**); בג"ץ 1630/16 **זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל** (פורסם בנבו, 23.3.16); עניין **דוויאת**.

64. כפי שכבר הובהר לעיל, על פי ההלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מפגע שהוחלט להפעיל לגבי ביתו את הסמכות לפי תקנה 119 אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא היא **פגיעה נלווית למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות** (ראו לעיל עניין **שוקרי ועניין נזאל**). ודוק, מתן משקל מכריע לאי מעורבות של בני המשפחה בפגיעה כפי שקבעו שופטי הרוב בפסק הדין, עלול להפוך את התכלית ההרתעתית שביסוד הצו, לתכלית עונשית אשר חוטאת לתכלית הצו.

65. אכן, מקצתם של שופטי בית המשפט הנכבד, סברו כי יש לתת משקל ממשי ואף מכריע למודעות או למעורבות קרובי המחבל במסגרת החלטת המפקד הצבאי, אך דעות אלה נותרו באופן עקבי דעות **מיעוט** בפסיקתו של בית המשפט הנכבד – הן במישור התוצאתי באותם המקרים שבהם הובעו, הן בהשוואה כוללת לזרם המרכזי של הפסיקה בעניין תקנה 119.

66. ידועה בהקשר זה עמדתו (בדעת מיעוט) של כב' השופט (כתארו אז) חשין בעניין **ג'נימת**, שצוטטה גם על-ידי שופטי הרוב בפסק הדין מושא בקשה זאת:

"אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת - ובאותן מהלומות כילפים - את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום-המדינה - בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, ימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" [פסק דינו של כב' השופט חשין].

67. אלא, שכאמור, דברים אלה נאמרו **בדעת מיעוט**. כאשר דעת הרוב (מפי כב' הנשיא ברק, בהסכמת כב' השופט גולדברג) אישרה את ההריסה על אף היעדר מעורבות או ידיעה מוקדמת של בני המשפחה. כפי שנראה להלן, דעת מיעוט זו גם נותרה דעת מיעוט מובהקת בפסיקה המושרשת של בית המשפט הנכבד לאורך שנים.

ראו לדוגמא את פסק דינה של כב' השופטת ברון (**בדעת מיעוט**) בבג"ץ 6420/19 **אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 12.11.19): "בהינתן אי המעורבות ואי הידיעה של בני המשפחות על הכוונה לבצע את הרצח, שעה שהריסה כאמור טומנת בחובה פגיעה חמורה בזכויות אדם יסודיות והיעילות ההרתעתית של השימוש באמצעי זה עודנה מוטלת בספק, דעתי היא שההריסה אינה מידתית." [פסק דינה של כב' השופטת ברון].

וכן את פסק דינו של כב' השופט קרא (**בדעת מיעוט**) בעניין **רפאעיה**: "לו הסתפק המשיב 1 בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 בפגיעה בדירה זו בלבד, ניתן היה להצדיק את הפגיעה המכוונת בדירתו של המחבל כשיקול להרתעת הרבים, משהסנקציה מופעלת כנגד מי שביצע את מעשה העבירה ולא נגד בני משפחתו שהינם בגדר חפים מפשע, שאין להם יד ורגל במעשיו והם אף מתנערים מהם. הפעלת

שיקול דעתו של המשיב 1, כך שתפגענה שתי הדירות בנסיבות המתוארות לעיל, חורגת מן המידה הנדרשת לצורך השגת תכלית ההרתעה". [פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט קרא].

עוד ראו והשוו לדעות המיעוט בפסקי הדין הבאים: פסק דינו של כב' השופט מזוז בעניין דחאדחה; פסק דינו של כב' השופט קרא בבג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 10.01.2019); פסק דינו של כב' השופט מזוז בעניין אבו אלרוב; פסק דינו של כב' השופט מזוז בבג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צהל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 07.11.2017); פסק דינה של כב' השופטת ברון בבג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 20.04.2016).

68. גם בעמדת כב' השופט פוגלמן (בדעת מיעוט) בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר), שאליה הפנה כב' השופט מזוז בפסק דינו מושא הבקשה דן, צוין בצורה ברורה כי זו אינה ההלכה הפסוקה, ולכן כב' השופט פוגלמן נמנע מלפסוק לפיה באותו עניין:

"תוצאת האיזון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית מהגשמת תכלית התקנה – היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית. והכל נאמר בקליפת אגוז, שהרי לא זו ההלכה שיצאה מבית משפט זה. על כן, אף שהייתי מציע לעיין מחדש בהלכה הפסוקה כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי, הרי שכל עוד הלכה זו עומדת בעינה מרכיז אני ראשי לפני דעת הבית". "רק כך יקיים הבית את הנהגתו" (ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161, 162-161 (2000); ראו בהרחבה לשאלת הסטייה מהלכה קיימת אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 240-247 (2004)). אכן, [...] ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה" (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות), אך סטייה מהלכה פסוקה של בית משפט זה, שעליה שב הוא במותבים שונים זה מקרוב – אין היא רצויה, שמא יהא בית משפט זה בית שופטים – אמירה שלא נס ליחה שהזכירה בצדק השופטת א' חיות בפרשת המוקד להגנת הפרט; ומפורסמת מימרת Lord Eldon כי "It is better that the law should be certain than that every judge should speculate upon improvements in it". [פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן]

69. הנה כי כן, קביעה זו, אשר משקפת באופן מסורתי את דעת המיעוט של שופטי בית המשפט הנכבד, הפכה בפסק הדין מושא הבקשה – לדעת רוב. לדעת המדינה, חידוש הלכתי זה, שנקבע כאמור לראשונה בדעת רוב, בניגוד לשורה ארוכה עד מאד של פסקי דין שיצאו מתחת ידיו של בית המשפט הנכבד (חלקם אך מן העת האחרונה ממש), ראוי לדיון נוסף בפני הרכב מורחב, כדי להעמיד הלכה על מכונה.

70. בהקשר זה, תציין המדינה כי אך לפני מספר חודשים במסגרת פסק הדין בעניין **חנאטשה**, התקבלה פה אחד עמדתה של כב' השופטת וילנר (שכתבה את פסק הדין המרכזי באותו עניין) כי "על-פי ההלכה הפסוקה אין באי-מעורבותם של אלה [משפחות המפגעים ודיירי הבניין – הח"מ] כדי למנוע את מימושם של הצווים האמורים, חרף הפגיעה הקניינית הנטענת" (ראו פסקה 21). על פסק הדין האמור, שהורה פה אחד על דחיית העתירות, הוגשה בקשה לדיון נוסף, דנג"ץ 1561/20 **חמדאן נ' המפקד הצבאי** (1.3.20) (להלן: **דנג"ץ חמדאן**) במסגרתו פסקה כב' הנשיאה חיות כך:

"בפניי בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון [...] בו נדחתה עתירתם של המבקשים על אופן הוצאתו לפועל של צו להחרמה ולהריסה של דירה בבית משותף מכוח תקנה 119 [...]"

בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף קבע בית המשפט כי אין מקום להתערב בהחלטה להרוס את הדירה, שכן **בהלכה הפסוקה נקבע זה מכבר כי אין באי מעורבותם של בני משפחה או דיירים נוספים בבניין כדי למנוע את מימושם של צווי הריסה מכוח תקנה 119**. [...]"

דין הבקשה לדיון נוסף להידחות.

כידוע, תנאי לקיומו של דיון נוסף בפסק דין הוא שנפסקה בו הלכה אשר "עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" מצדיקה דיון נוסף (ראו: סעיף 30(ב) (לחוק בתי המשפט) נוסח משולב), התשמ"ד-1984). לא זה המקרה בענייננו. בית המשפט אישר פה אחד את ביצוע ההריסה וזאת בהתאם להלכה שקיבלה ביטוי **במספר רב של פסקי דין** שניתנו בבית משפט זה בנוגע לתקנה 119". [פסקאות 1-5 להחלטת כב' הנשיאה חיות].

71. רוצה לומר, בהחלטה שניתנה בדנג"ץ **חמדאן הנ"ל** אישרה כב' הנשיאה חיות, כי פסק דינה של כב' השופטת וילנר בעניין **חנאטשה** תואם את ההלכה הפסוקה, בין היתר, ביחס לשאלת המשקל שיש ליתן למודעות בני המשפחה למעשה הפיגוע במסגרת יישום מבחני המידתיות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 (קרי, שיקול שאינו מכריע). ואולם בפסק הדין מושא הבקשה דן, נותרה כב' השופטת וילנר בעמדתה שמשקפת את ההלכה הפסוקה שקיבלה ביטוי במספר רב של פסקי דין, אך זו הפעם נותרה בדעת מיעוט.

ודוק: מן העבר האחד - דעת המיעוט המסורתית הפכה לדעת הרוב; מן העבר השני - הפסיקה המושרשת של בית המשפט הנכבד, אשר קיבלה ביטוי במספר רב של פסקי דין, הפכה לדעת המיעוט. בכך החידוש שבפסק הדין מושא הבקשה דנו, ובכך הסתירה להלכה הקיימת.

72. לכך נוסיף, כי הותרת קביעותיו העקרוניות של פסק הדין על כנן, פוגעת בוודאות המשפטית, שכן הסתירה הברורה בין פסק דין זה לבין עשרות רבות של פסקי דין אחרים של בית המשפט הנכבד מן השנים האחרונות ממש – **יוצרת חוסר בהירות ביחס למצב המשפטי הנוגע להפעלת הסמכות**. זאת, בשים לב לכך שרק לפני פרק זמן לא ארוך נדחתה עתירה ביחס לצו הריסה בעקבות אירוע בעל מאפיינים דומים (בג"ץ 6905/18 **נאגי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 02.12.2018) ובשורה ארוכה של פסקי דין הוכרע כי היעדר מודעות של בני המשפחה אינו שיקול שמטה את הכף לטובת ביטול או צמצום צו ההריסה. **אף בטעם זה יש כדי להצדיק קיום דיון נוסף בסוגיה זו, כדי להעמיד הלכה על מכונה.**

2.1. קשיותה של ההלכה וחשיבותה – פגיעה באמצעים העומדים לרשות המפקד הצבאי לצורך ההתמודדות עם פיגועים ופעולות טרור

73. לעמדת המדינה, אימוץ גישת דעת הרוב, לפיה בהיעדר מודעות מצד בני המשפחה הריסת ביתו של המפגע הופכת לפעולה בלתי מידתית בשל הפגיעה הנלווית בהם, תוביל לצמצום משמעותי ביותר של השימוש בכלי שהוכח אפקטיבי במאבק המדינה בטרור. לכן מדובר בהלכה קשה.
74. ודוק: ההלכה החדשה שנקבעה בפסק הדין טומנת בחובה השלכות מעשיות משמעותיות שכן מקום בו נראה כי בני משפחת המפגע לא היו מעורבים ואף לא מודעים למעשה הפיגוע, או למצער שאין אינדיקציות לכך, המפקד הצבאי לא יוכל להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 באופן האפקטיבי לפי שיקול דעתו – ובפרט בדרך של הריסת הבית. גישת דעת הרוב מצמצמת עד מאד את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בהפעלת תקנה 119, ומכאן נגזרת הפגיעה בהרתעה.
75. לפי בדיקה שנערכה ביחס לעשרות מקרים שנידונו בבית המשפט הנכבד בחמש השנים האחרונות (2015-2020), ברוב המקרים לא היו בידי המפקד הצבאי ראיות או אינדיקציות למודעות או מעורבות של בני המשפחה במעשה. לפיכך, אילו הייתה מתקבלת באותם המקרים דעת הרוב בהליך מושא בקשה זאת, לכאורה לא ניתן היה לבצע הריסה ביחס לרוב המקרים שבעטיים הופעלה הסמכות בשנים האחרונות, אלא לכל היותר להסתפק באטימה חלקית של הבית (ואף זאת, בנסיבות שבהן מתקיימת זיקה מיוחדת של המבנה לפיגוע, כפי שהודגש בדעת הרוב בהליך מושא בקשה זו).
- יודגש בהקשר זה, כי אף ביחס לאותם המקרים שבהם הייתה מודעות או מעורבות בני משפחת המפגע במעשה, לא ברור לפי דעת הרוב בפסק הדין מושא הבקשה דן מה היקף הידיעה או המעורבות שנדרש מצידם, על מנת לאפשר את מימושו של צו ההחרמה וההריסה.
76. הנה כי כן, אין מדובר בחשש ערטילאי להשלכות רוחב, אלא בהערכה הנלמדת מניתוח המקרים של הפעלת הסמכות בשנים האחרונות כפי שנידונו בשורה ארוכה של פסקי דין של בית המשפט הנכבד.
77. כפי שצוין לעיל, לעמדת המדינה מדובר בדיני נפשות, פשוטם כמשמעותם, שכן אפקטיביות השימוש בתקנה 119 במניעת הפיגוע הרצחני הבא נדונה לא אחת בפני בית המשפט הנכבד, והובהר כי מדובר באמצעי הרתעתי משמעותי.
78. גם בהליך מושא הבקשה דן, הוצגה במעמד צד אחד חוות דעת מעודכנת בדבר אפקטיביות ההרתעה. כב' השופטת וילנר התייחסה לדברים בפסק דינה: "מטבע הדברים, לא ניתן להרחיב בדבר תוכנה של חוות הדעת האמורה, אך אציין כי הנתונים המוצגים בה משכנעים ומעידים בעיני על תרומת הפעלתה של תקנה 119 להרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני מימוש כוונותיהם הזדוניות". (פסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר; ההדגשות הוספו).

79. עוד ראו את דבריו של כב' השופט סולברג בעניין קונבר :

"ולבסוף, כפי שציינתי, בהרתעה עסקינה ולא בענישה. חברתי, השופטת ע' ברון, תוהה על האפקטיביות של אטימה או הריסת הבית כהרתעה. חשש זה אינו חדש עמנו, והוא מלווה את הדיון בתקנה 119 מראשיתו. הסברה לפיה הפרקטיקה של הריסת בתים דווקא מזיקה, ואינה מועילה להשגת הרתעה, היא כמובן לגיטימית, אך לי כשופט אין אלא מה שעיני רואות ובוחנות: לא הלכי-רוח, אלא חוות דעת מקצועית מאת שירות הבטחון הכללי. חובה מוטלת על המפקד הצבאי, לבסס את החלטתו על תשתית עובדתית הכוללת בחינה מעמיקה, נמשכת ועדכנית של סוגיית ההרתעה. אכן, הונחה לפנינו חוות דעת מאת גורמי המקצוע בשב"כ. עיינו בה ושכנו ועיינו בה, וגבי דידי לא נמצא טעם טוב לחלוק על מסקנתה. על סמך האמור בה ובמענה לשאלותינו. אינני שותף לאמירתה של חברתי, כי התמונה ההרתעית העולה מחוות הדעת אינה כה ברורה, וניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות "לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים". כשלעצמי, אילו סברתי שהריסת בתים מגבירה שנאה ומעשי אלימות נוספים נגד יהודים, כי אז היתה מסקנתי שונה לחלוטין: הייתי נעתר לעתירה ללא היסוס, ומורה על ביטול החלטת המפקד הצבאי על אטימת בית המחבל. מבלעדי אפקטיביות הרתעית, נשמטת ההצדקה לשימוש בפרקטיקה זו, ללא קשר לחומרת המעשה, למודעות בני המשפחה, או לגילם. אלא שחוות הדעת הציגה תמונה החלטית, לפיה רבה התועלת על הנזק באופן מובהק: "המסקנה המאוד ברורה של המשיבים היא שהתועלת כאן עולה עשרות מונים על הנזק שאולי קיים". כך אמר ב"כ המשיב, ועיון בחוות הדעת מעלה שאכן זו עמדת גורמי המקצוע בשב"כ (למחקר האמפירי בסוגיה הנדונה, ולמגבלותיו, וחדתי דברים בעניין המוקד להגנת הפרט הנ"ל בפסקאות 6-14). לדידי עמד המשיב, ככל הניתן בנסיבות העניין, בנטל המוטל עליו לבסס את עמדתו המקצועית לפיה אטימה או הריסת ביתו של מחבל בכוחה להציל חיי אדם." [פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט סולברג].

(עוד ראו, בין היתר, בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 31 (24.7.16))

ככל שבית המשפט הנכבד יראה לנכון, תוצג בפניו חוות הדעת החסויה בעניין אפקטיביות ההרתעה של הפעלת תקנה 119, אשר הוצגה למותב הנכבד, והאת במעמד צד אחד בלבד.

ז. לגוף הדברים – המדינה תבקש להעמיד הלכה על מכונה, ולקבוע כי מודעות בני המשפחה אינו שיקול מכריע במסגרת מבחני מידתיות הפגיעה, בהפעלת הסמכות בדרך של הריסה

80. המדינה תטען כי ההלכה שנקבעה בדעת הרוב בפסק הדין שלפיה, בהיעדר מודעות של קרובי משפחת המפגע למעשיו לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 לצרכי הריסת המבנה בו התגורר המפגע (למול ביצוע אטימה חלקית שלו, אך בשל זיקתו המיוחדת של המבנה לפגיעה); מצמצמת הלכה למעשה באופן משמעותי ביותר את הסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 119. ונפרט.

81. בבואו של המפקד הצבאי לבחון את אופן הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119, עליו ליתן דעתו למגוון רחב של שיקולים, וביניהם שאלת מודעות בני משפחת המפגע למעשיו. בהתאם להלכת בית המשפט הנכבד, המדובר ברשימת שיקולים פתוחה, אשר במסגרתה "נערך איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הסנקציה, בין הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע, לבין הצורך בהרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים; בין זכותו הבסיסית של כל אחד לקניינו לבין זכותו וחובתו של השלטון לשמור על הבטחון והסדר הציבורי. זאת ועוד: במסגרת האיזונים נשקלה זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים. הסנקציות של אטימה והריסה מופעלות רק אם הן מתבקשות על רקע האיזונים הראויים בין השיקולים הנוגעים בדבר." (ראו פסקה 13 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק בבג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (נבו, 9.12.97).

82. ויובהר, כי המדינה אינה מבקשת לחלוק במסגרת הבקשה דן על הלכת בית המשפט הנכבד לפיה שאלת מודעות בני המשפחה היא שיקול אשר נדרש לבוא במניין השיקולים הנבחנים בדבר אופן הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119. אלא שבפסק הדין, ניתן משקל מכריע לשיקול בדבר מודעות בני משפחת המפגע, באופן אשר מוביל הלכה למעשה לצמצום משמעותי של שיקול הדעת עד כדי השלכה על עצם הסמכות להפעלת התקנה בדרך של הריסת הבית בו התגורר המפגע.

83. עמדנו לעיל בהרחבה על אודות חידושה של ההלכה שנקבעה במסגרת פסק הדין מושא הבקשה דן, ביחס לפסיקה ארוכת שנים של בית המשפט הנכבד שבמסגרתה אושרו צווי הריסה גם בהיעדר אינדיקציות למודעות של בני משפחת המפגע. עתה, נבקש להרחיב מעט על הרציונלים העומדים בבסיס הלכה פסוקה מושרשת זו, שלפיה מודעותם של קרובי משפחת המפגע למעשיו היא אכן נתון אחד מבין מכלול הנתונים שיש לשקול במסגרת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, אולם אין המדובר בנתון מכריע לצורך הפעלת הסמכות באופן של הריסה.

84. **ראשית, כל סנקציה המופעלת כלפי מפגע שביצע פיגוע טרור, לרבות כאלה שתכליתו היא גם הרתעתית כדי להשליד על מערד התמריצים של מפגע עתידי – ובכלל זה שלילת חירות או ענישה כלכלית, מובילה מאליה לפגיעה נלווית בבני משפחתו ובקרובים אליו, גם אם אלה לא חטאו.**

85. נקודת המוצא לעניינו היא כי המפקד הצבאי עושה שימוש בתקנה 119 לתכלית הרתעתית. הרתעה זו באה לידי ביטוי בשני אופנים. האחד, והעיקרי, הוא הרתעת מפגעים פוטנציאליים מביצוע פעולות טרור, בשל החשש שפעולותיהם יביאו לכך שבני משפחותיהם יוותרו ללא קורת גג. השני, הוא הרתעתם של בני משפחתם של אותם מפגעים פוטנציאליים, כדי שיפעלו מבעוד מועד על-מנת להניא את מי מבני משפחתם שחוששים הם כי עלול לקחת חלק במעשה טרור, מביצוע פעולה זו. עמדת המדינה בהקשר התכלית הרתעתית העומדת בבסיס השימוש בתקנה 119, הוצגה באופן עקבי לאורך השנים ואף הוכרה בפסיקת בית המשפט הנכבד כתכלית ראויה.

86. הנה כי כן, התכלית ההרתעתית העיקרית אותה מבקשת המדינה ליישם בבואה לעשות שימוש בתקנה 119, מופנית בראש ובראשונה כלפי המפגע הפוטנציאלי, ומטרתה להניא אותו עצמו מביצוע פעולת טרור, לנוכח הפגיעה שעלולה להיגרם לו ולבני משפחתו המתגוררים עמו בדמות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה שבו הוא מתגורר.

87. המדינה תטען כי כל סנקציה בעלת תכלית הרתעתית, אשר מכוונת כלפי אדם פלוני, נושאת בחובה השלכות שליליות על המעגלים הקרובים לו. לעניין זה התייחס כב' השופט סולברג בעניין **המוקד להגנת הפרט**:

"עוד זאת שומה לזכור ולהזכיר, ולהוציא מלבם של תוהים וטועים: לא בענישה עסקינה, אלא בהרתעה. סיווג הריסת ביתה של משפחה כ'ענישה' או כ'הרתעה', אמנם אינו משנה מבחינת בני המשפחה את התוצאה. התוצאה היא סבל הכרוך באובדן קורת גג. ברם, שוכנענו כי בהתקיים אמות המידה החוקיות והפסיקטיות, מדובר בהכרח בל יגונה. אין בעצם הפגיעה בבני משפחת מחבל כדי לעשות את הריסת הבית לבלתי-חוקית, גם על-פי כללי המשפט הבינלאומי, כפי שהראה חברי. **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, ושבהם נושאים קרוביו'. לשונה של התקנה מלמדת באופן מפורש על התכלית ההרתעתית שביסוד ההחרמה וההריסה או האטימה של בית מגורים. זו כורכת עמה מיניה וביה פגיעה גם בחפים מפשע. אם לא כן, הרתעה מפני פיגועי-התאבדות ודומיהם מאין תושג? אין זאת אלא מן הפרות הבאזורים של הטרור הרצחני, שמוכרחים אנחנו באופן הזה לקדם הרתעה מפני מעשים מזויעים מעין אלו שתוארו בעתירות הפרטניות; קרי, גם בפגיעה בבני משפחות המחבלים. ודוק: בפגיעה רכושית עסקינה, לא בפגיעה גופנית. הריסת הבית מונחת על כף המאזניים, כשמנגד, על כף המאזניים השניה נשקלת הצלת חיים".** [פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט סולברג]

עוד יפים לעניינו דברי כב' הנשיאה נאור בבג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.15):

"כפי שנקבע בפסיקה, תכלית התקנה היא תכלית הרתעתית, ולא עונשית. תכלית זו הוכרה כתכלית ראויה (לביקורת על גישה זו ראו, למשל: דוד קרצ'מר 'ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים' ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305, 314, 319-327 (1993); עמיחי כהן וטל מימרן 'עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית' המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31, 5, 11-21 (2014)). הריסת בתים היא אמנם בגדר צעד חריף וקשה – בעיקר משום פגיעתו בבני משפחתו של המחבל אשר לעתים לא סייעו בידו ולא ידעו על תכניותיו. ואכן, [...] מעיקה היא הפגיעה בבן משפחה – שלא חטא ולא עוה – על אובדן קורת-גג מעל ראשו, בניגוד למושכלות ראשוניים' (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 3 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג). אולם, בהינתן הכוח ההרתעתי בשימוש בתקנה, לעתים אין מנוס מלעשות בה שימוש (ראו, למשל: בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003)). על כן, נקבע בפסיקתו של בית המשפט זה, כי כאשר המעשים המיוחסים לחשוד הם חמורים במיוחד, ייתכן שיהיה בכך די כדי להצדיק שימוש בסנקציה החריגה של הריסת ביתו, וזאת מתוך שיקולי הרתעה (ראו: בג"ץ 8066/14 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה ט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: עניין אבו ג'מל); בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 814 (2003) (להלן: עניין שרבאתי))." [פסקה 24 לפסק דינה של כב' הנשיאה (כתוארה אז) נאור]

עוד ראו האמור בפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, כדלקמן:

6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעווננו. 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):

'למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שכלל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו 'לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ' (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' 705-706). חז"ל אף באו בטררוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראו לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך.'

7. בדומה נטען לפנינו כי בני משפחתו של המחבל אינם קשורים לפיגוע והאב אף מתנגד לפעולות מעין אלה. לעניין זה די להפנות לדברים שנקבעו ב-בג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) **בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם. וזאת גם כשאין ראיה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל'** [פסקאות 6-7 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) נאור].

עוד ראו גם בפסיקתנו הוותיקה של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, מ(2) 042 (1986):

"עוד יש להוסיף, כי אין כל יסוד לקובלנת העותרים, שהריסת הבתים יש בה משום ענישה קולקטיבית. לגירסתם, אין להעניש אלא את המחבלים והעבריינים עצמם, ואילו הריסת בית יש בה כדי לפגוע ביתר בני המשפחה, שיישארו מחוסרי גג. פירוש כזה, אילו היה מתקבל על-ידינו, היה מרוקן מתוכנה את התקנה הנ"ל והוראותיה, וכל מה שהיה נותר ממנה לא היה אלא האפשרות להעניש מחבל המתגורר לבדו ויחידי בבית. טענה מעין זו אף נדחתה על-ידי בית-משפט זה בבג"צ 361/82 [4] הנ"ל, בעמ' 442. השופט ברק קבע שם, כי 'על-פי גישתה של הגב' צמל לא ניתן יהא לעשות שימוש בסמכות האמורה בתקנה 119, אם בבית מתגוררים שניים, ורק אחד מהם ביצע מעשה האסור על-פי התקנות. מסקנה זו מופרכת היא על פניה הן מבחינת נוסח התקנה והן מבחינת המדיניות החקיקתית המונחת ביסודה'. **אדרבא. מטרתה של התקנה היא 'להשיג את האפקט ההרתעתי' (בג"צ 126/83 [5], בעמ' 173; בג"צ 434/79 [1] הנ"ל). ואפקט כזה, מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו אלא גם על הסובבים אותו. בוודאי על בני-משפחתו הגרים עמו (בג"צ 126/83 [5], בעמ' 172). עליו לדעת. כי מעשיו הנפשעים יפגעו לא רק בו. אלא שעלולים הם להמיט סבל רב גם על בני-**

משפחתו. מבחינה זו אין הסנקציה של ההריסה הנ"ל שונה מעונש מאסר, המוטל על ראש משפחה, אב לילדים קטנים, שישארו ללא תומך וללא מפרנס. גם כאן נפגעים בני-משפחה. ברם, ועל כן כבר עמדו בתי המשפט לא פעם בגזרי-דינם, על עותר מוטלת החובה להביא זאת בחשבון קודם לביצוע פשעיו, ועליו לדעת, כי אף בני-משפחתו ייאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו. הוא הדיו, כאמור, לגבי הסנקציה של ההריסה. אין צורך להוסיף, שאין בין המושג של 'ענישה קולקטיבית' לבין הסנקציה של הריסתו של בית ולא כלום: ב במקרה שלפנינו ברי הדבר, שהמחבלים יצאו מבתים מסוימים, ובתים אלה - ולא אחרים - עומדים להרסה. ממילא אין 'העונש' מוטל על בתים אחרים, של אנשים זרים לעניין, וקשה לראות, מנין צמחה ועלתה הטענה, שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה." [עמוד 45 לפסק דינו של כב' השופט בן-דרור].

88. עוד נבקש לציין את דבריו של כב' השופט סולברג בעניין **קונבר**, שם הצביע על הקושי העיוני בייחוס משקל רב לדרישת המודעות של בני המשפחה, דווקא משום שיש בכך משום הסטת הדיון למחוזות ענישתיים: "[...] משעה שבהרתעה עסקינן, עלינו להישמר היטב מלייחס משקל רב מדי לשאלת המודעות של בני המשפחה: קביעה לפיה תנאי הכרחי להפעלת הסמכות הוא 'אשמה' מסוימת של בני המשפחה, מבליעה הנחה כי הללו נענשים על אשמה זו – אולם זאת ללא משפט, ובחוסר פרופורציה. אין הדבר כן; [...] [שם, בפסקה 4].

89. שנית. במישור התוצאתי, יישום ההלכה שנקבעה בפסק הדין משמעותה צמצום משמעותי עד מאוד של סמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119, תוך פגיעה משמעותית ביותר באמצעים העומדים לרשות המפקד הצבאי במאבקו בטרור.

90. כפי שצוין לעיל, בחינת עשרות הצווים שהוצאו בין השנים 2015-2020, מעלה כי ברוב המקרים הללו, התגוררו במבנים מושא הצו בני משפחה שלא היו מעורבים כלל במעשי המפגע או מודעים להם. לפיכך, לו פסק הדין מושא הבקשה יכתיב את ההלכה בעניין זה, תוד שינוי מההלכה המושרשת שעליה עמדנו, תצמצם במידה ניכרת סמכותו של המפקד הצבאי להפעיל את תקנה 119 באופן האפקטיבי בעיניו.

91. יוער, כי מעבר לעמדת המדינה כי דרישת המודעות או המעורבות של בני המשפחה כתנאי מכריע להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 בדרך של הריסה, אינה מוצדקת לגופה, הרי שמדובר גם בדרישה מכבידה מאד במישור הראייתי, שתוביל לצמצום משמעותי ביותר באפשרות להפעלת הסמכות בדרך האפקטיבית ביותר בראיית המפקד הצבאי. ודוק: גם אם נניח כי במקרה מסוים בני משפחה היו מודעים למעשה או לכוונותיו של המפגע, הרי שמדובר בנתון שלא תמיד יהיו בידי כוחות הביטחון אינדיקציות ראייתיות לגביו (ראו בהקשר זה דברי כב' השופט סולברג בעניין **קונבר**, שצוטטו לעיל), בוודאי לא בפרק הזמן הקצר שלאחר הפיגוע – באופן הפוגע באפקטיביות השימוש בתקנה.

1.ז. מו הכלל אל הפרט – נסיבות המקרה דנו מצדיקות את הפעלת הסמכות לפי תקנה 119

בדרך של הריסה ואינו מקימות עילה להתערבות שיפוטית

92. לעמדת המדינה, בחינת מכלול נסיבות המקרה דנן, בהתאם להלכה המושרשת הנוגעת לאמות המידה ביחס להפעלת תקנה 119, ואף אם נבחן את הסיטואציה לפי **כלל** השיקולים שאליהם התייחס כב' השופט מזוז בעניין **אבו ג'מל**, נימצא למדים כי הוצאת צו החרמה והריסה ביחס לדירת המגורים של המפגע, נעשתה בסמכות והיא מידתית וסבירה בנסיבות העניין.

93. **ראשית**, זיקת המפגע לדירה ולמבנה, איננה נושא שבמחלוקת, שכן המפגע הוא **בעצמו הבעלים של הדירה**, אשר שימשה **דרך קבע למגוריו** ולמגורי בני משפחתו הגרעינית. על כן, לא מתעוררות בענייננו שאלות אשר אליהן התייחסה הפסיקה העניפה הנוגעות לזיקת מגורים, ליחס בין שוכר לבעלים וכיוצא באלה סוגיות המשליכות על שאלת הסמכות והפעלתה (השוו גם לעניין **אבו ג'מל**, בפסקאות 15(ב) ו-15(ג) לפסק הדין של כב' השופט מזוז (בדעת מיעוט)).

94. **שנית**, המפגע הוא בגיר שהביא למותו של המנוח על-ידי כך שנטל לבנה מגג מבנה המגורים והשליכה מגג זה אל עבר החיילים שצעדו למרגלות המבנה. בין השופטים בפסק הדין (דעת המיעוט ודעת הרוב) לא הייתה מחלוקת כי קיימת **זיקה מיוחדת ומובהקת בין הפיגוע לבין המבנה עצמו אשר מחזקת את ההצדקה להפעלת הסמכות לפי תקנה 119**.

ודוק: בית המשפט הנכבד נתן דעתו לכך כי "במקרה דנן קיימת זיקה מובהקת בין הדירה לבין המפגע ומעשיו הנפשעים – זיקה אשר יש בה כדי לבסס היטב את הוצאת הצו ביחס לדירה זו". (ראו פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר בדעת מיעוט). אף דעת הרוב הכירה בקיומה של "זיקה ברורה בין המעשה של המפגע לבין הבית כלפיו מכוונת הסנקציה לפי תקנה 119, שכן הפיגוע בוצע מגג הבית" והכירה בזיקה האמורה כטעם אשר מחזק את ההצדקה להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 (ראו פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט מזוז; פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט קרא).

בהקשר זה, נציין כי הזיקה של המבנה לפיגוע שבעטיו הוחלט על הפעלת הסנקציה מעוגנת לא רק בפסיקת בית המשפט הנכבד (ראו גם בפסק דינו של כב' השופט מזוז (בדעת מיעוט) בעניין **אבו ג'מל**, בפסקה 15(א) לפסק דינו), אלא גם בלשון התקנה עצמה, אשר החלופה הראשונה שלה מתייחסת להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 ביחס למבנה שממנו בוצע פיגוע. גם אם לא זו החלופה הנוגעת להפעלת הסמכות בענייננו, יש בכך כדי ללמד על כך שמדובר בנתון רלוונטי ביותר.

95. **שלישית**, הפתח שהותירו שופטי הרוב למפקד הצבאי לשקול אטימה חלקית של בית המשפט בדרך של "המרת ההריסה באטימה חלקית של הבית" אינו תואם את נסיבות המקרה, שכן כאמור לעיל המפגע הוא אבי המשפחה ובעליו של הנכס כולו. זאת בשונה מהמקרה שנידון בעניין 8154/15 **עליאן נ' מפקד פיקוד העורף** (פורסם בנבו, 22.12.15) שאליו הפנתה דעת הרוב, שם היה מדובר בבגיר רווק המתגורר עם אביו ובני משפחה נוספים. כמו-כן, בעניינו זה וכמפורט בכתב האישום, לאחר ביצוע הפיגוע המפגע העמיד פניו בחדר השינה של ילדיו. בכך יש לחדד כי ההפרדה בין החדרים במקרה דנן היא מלאכותית למדי, ובנסיבות המקרה לא קמה עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי כי הצו יחול לגבי דירת המגורים בכללותה.

96. **רביעית**, מדובר בפיגוע חמור ביותר אשר תוצאתו הטראגית היא קיפוח חייו של המנוח בדמי ימיו. ראו לעניין זה דברי כב' השופטת וילנר בפסקה 15 לפסק דינה: "כך, אין חולק על חומרת המעשים שביצע המפגע, ורוב מילים אך למותר. עיון בכתב האישום שהוגש נגד המפגע מעלה כי הלה השליך לבנה במשקל כבד ומגובה רב אל עבר השביל שלמרגלות המבנה, לאחר ששמע קולות העולים מן השביל אותם זיהה כקולות של חיילי צה"ל. השלכת הלבנה הביאה למותו של המנוח בדמי ימיו – תוצאה טרגית המדברת בעד עצמה".

97. **חמישית**, בשים לב לתכלית הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 - הרתעת מפגעים פוטנציאליים – יש ליתן את הדעת למאפייני הפיגוע הספציפי ולחשש להישנותם, כפי שכתב בפסק דינה של כב' השופטת וילנר: "למותר לציין את הזהות המטרידה שבין מעשה המפגע לבין הפיגוע אשר נדון בעניין נאג'י" [השלכת בלוק במשקל 18 ק"ג אל עבר ראשו של סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל] [...] הישנותם של מעשים מעין אלה המכוונים אל חיילי צה"ל במהלך פעולות ביטחוניות המבוצעות באזורים מאוכלסים באי"ש – מחייבת הרתעה יעילה ומשמעותית, אשר יש לקוות כי תמנע ממפגעים פוטנציאליים לשוב ו"לחקותם" (פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר).

98. מנגד, כאמור ניצבים שיקולי הפגיעה בבני משפחתו הגרעינית של המפגע – בת זוגו ושמונת ילדיהם, אשר אין אינדיקציות כי היו מודעים למעשיו או כי תמכו בהם. כאמור לעיל, אין חולק כי במסגרת איזון השיקולים הנבחנים לצורך אופן הפעלת סמכות המפקד הצבאי, נשקלת **גם** שאלת מעורבותם של בני המשפחה המתגוררים. ואכן, שיקול זה עמד בפני המפקד הצבאי בזמן אמת, בעת שבחן את אפשרות הוצאתו של צו ההחרמה וההריסה שבמוקד פסק הדין מושא הבקשה, ולבסוף מצא המפקד הצבאי ששיקול זה נסוג אחור אל מול הצורך בהרתעת המפגעים. כאמור, עמדת המדינה היא כי השיקול בדבר מודעות או מעורבות בני המשפחה, אינו שיקול מכריע בנסיבות הפרטניות וזאת נוכח הטעמים שהובאו לעיל. גם הנימוק כי בבית מושא צו ההחרמה מתגוררים ילדיו הקטינים של העותר, לא יכול להוות שיקול מכריע בסוגיה, שכן גם בכך יהיה כדי להוות הלכה למעשה, צמצום משמעותי ביותר של סמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 119.

99. בית המשפט הנכבד נדרש לא אחת לטענות בדבר הפגיעה הנסבה לקטינים כתוצאה מהפעלת התקנה. כך לדוגמה נפסק בעניין **קונבר**, כי הפגיעה במשפחת המפגע ובקטינים היא פגיעה נלווית, כפי שמוטל על נאשם בפלילים עונש מאסר אך הנושאים בסבל הם גם בני המשפחה:

"באשר לשיקולים המתווים את מידתיות ההחלטה בעניין שלפנינו: גילאי ילדי המחבל ומודעות בני המשפחה. חברי סבורים כי בנסיבות העניין שלפנינו שיקולים אלו אינם מצדיקים להעתר לעתירה, ולכך אני מסכים. אני מסכים גם לכך ששיקולים אלו רלבנטיים במידה מסויימת לאופן הפעלת הסמכות (ראו חוות דעתי בבג"ץ 5614/16 טראירה נאסר מחמוד חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית [פורסם בנבו] (3.8.2016); ובבג"ץ 9034/16 אבו סביח נ' אלוף פיקוד העורף [פורסם בנבו] (18.12.2016)). הריסת ביתה של משפחה הוא עניין קשה ומעיק, במיוחד כאשר בבני המשפחה נכללים ילדים קטנים. אולם המשמעות איננה שהדבר מקנה חסינות מפני הפעלת הסמכות, כאשר נדרשת הרתעה מפני הישנות מעשים דומים. כאשר סבור המשיב כי הרתעה זו נדרשת, אכן עלולה גם סביבתו של המחבל לשלם מחיר, וגם ילדיו הקטנים בכלל זה. סבלם

של הילדים מכביד, אך לעתים אין מנוס ממנו. גם כאשר בענישה פלילית עסקינן, העונש מוטל על הנאשם אך הנושאים בסבל הם גם בני המשפחה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית [פורסם בנבו] (11.8.2014)); לצערנו, כך הוא גם בענייננו. [פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט סולברג].

100. וכמו כן, ראו דבריו של כב' המשנה לנשיאה (דאז) רובינשטיין בעניין **אבו זיד** :

"הדברים האמורים לעניין בני משפחה ככלל, נכונים גם לעניין קטינים בפרט; אף שבמקרה הנדרש לבית שבו מתגוררים קטינים, מתעצמת במידה מסוימת הפגיעה נוכח העיקרון המבוסס של טובת הילד, אין בה לכשעצמה כדי לקבוע כי המשיב חרג ממתחם שיקול הדעת המסור לו, שכן מטבע הדברים מקום שעסקינן בבתי מגורים, יהיו לא פעם קטינים בין דריהם, והצורך בהרתעה בעינו עומד (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997); עניין קואסמה, פסקאות 21 ו-26)". [פסקה ח לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין].

ח. סיכומם של דברים

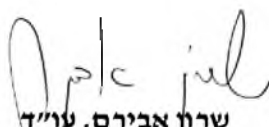
101. לנוכח כל האמור לעיל, המדינה תטען כי קיימת הצדקה משמעותית לקיים דיון נוסף בהלכה שנפסקה בפסק הדין, לפיה בהיעדר מודעות של בני המשפחה לכוונות המפגע, הריסה לפי תקנה 119 אינה מידתית בשל הפגיעה הנלווית בהם, ולהביא סוגיה זו להכרעתו של מותב מורחב של בית המשפט הנכבד, כדי להעמיד הלכה על מכונה בסוגיה זו.

כאמור, לשיטת המדינה בפסק הדין נפסקה הלכה חדשה בשאלת היקף סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119 להורות על **הריסת** ביתו של מפגע, כאשר ניתן **משקל מכריע** לשאלת מודעות בני המשפחה המתגוררים בבית. הלכה חדשה זו, היא גם הלכה קשה וגם הלכה חשובה, שטומנת בחובה השלכות רחב משמעותיות, והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מושרשת של בית המשפט הנכבד, לרבות מן העת האחרונה ממש.

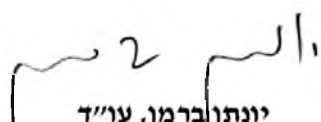
102. המדינה תבקש אפוא מבית המשפט הנכבד לקיים דיון נוסף בפסק הדין בשאלה האמורה, וככל שיוחלט על כך, תבקש לבטל את פסק הדין ולקבוע תחתיו כי לא קמה עילה בנסיבות העניין להתערבות בשיקול הדעת של המפקד הצבאי בהוצאת הצו, וזאת בהתאם לעמדת כב' השופטת וילנר בפסק הדין מושא הבקשה וברוח ההלכה הפסוקה המושרשת בעניין זה.

היום, ה' באלול תש"ף

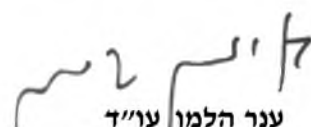
25 באוגוסט 2020


שרון אבירם, עו"ד

סגנית במחלקת המג"צים
בפרקליטות המדינה


יונתן ברמן, עו"ד

סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


ענר הלמן, עו"ד

מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה