

דנג"צ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_
4. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_
5. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_
6. \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין)
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר

מס' 580-163-517

ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן ו/או עו"ד גלית לובצקי  
 ו/או עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד אנו דעואל לוסקי  
 רח' הוברמן 10, תל אביב 64075  
 טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

המבקשים

- נגד -

1. המפקד הצבאי באזור גדה המערבית
  2. היועץ המשפטי לאיו"ש
- ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

המשיבים**בקשה דחופה לקיום דיון נוסף ולעיכוב ביצוע**

זוהי בקשה דחופה לקיום דיון נוסף בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1633/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, שניתן ביום 31.5.16 מפי כב' השופטים ח' מלצר, א' שהם וע' ברון, בו נדחתה עתירתם של המבקשים למתן צו מוחלט שיורה למשיב 1 להימנע מהפעלת סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119"), לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בכל דרך אחרת של בית משפחת המבקשים, הממוקם ביטא, חברון, ולחילופין להסתפק רק באטימת חדרו של מ' מ' אשר הורשע בפעילות החבלנית שבסיס הצו.

פסק הדין בבלג' 1633/16 מצורף ומסומן נספח 1

העתירה על נספחיה מצורפת ומסומנת נספח 2

כבר בראשית הדברים נאמר כי בקשה זו הוכנה קודם לפיגוע הקשה שבוצע אתמול בלילה. לנוכח אירועים אלה, הבקשה מוגשת בלב כבד, אך אנו סבורים שחרף המציאות הקשה שאנו חיים בה, הדברים הכתובים בבקשה עודנם רלוונטיים.

### בקשה בהולה לעיכוב ביצוע

בפסק דינו, בית המשפט הנכבד הותיר על כנו את צו הביניים הארעי שהוצא במסגרת העתירה למשך 10 ימים, קרי, עד יום 10.6.16. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על עיכוב ביצוע צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב כנגד בית המבקשים, וזאת עד לסיום ההליכים בבקשה דנן. בשים לב לכך שההליכים בעתירה נמשכו למעלה מ-3 חודשים, לא יגרם נזק ממשי לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת. יוער, כי בתקשורת הערבית כבר פורסם אישור הריסת בית המבקשים, וחרף ניסיון הרתעה זה, בוצע אתמול פיגוע על ידי מחבלים מיטא, מקום מגוריהם של המבקשים.

מנגד, דחיית הבקשה תוביל לפגיע חמורה ובלתי הפיכה בזכויות המבקשים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת המבקשים.

למען הזהירות יוער, כי הבקשה לדיון נוסף הוגשה בהקדם האפשרי, בשים לב לעומס הכבד על שולחנה של הח"מ ושל עורכות הדין במשרדה, למורכבות השאלות המשפטיות שמתעוררות, ולזמן המועט שעמד לח"מ לצורך הכנת הבקשה, וזאת בפרט לנוכח קביעת כב' הנשיאה נאור בדנג"צ 2624/16 פתחי זכריא מסודי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 31.3.16) בדבר החובה לפרט ולבסס את הטענות בבקשה לדיון נוסף.

### ואלה נימוקי הבקשה לדיון נוסף:

#### מבוא

1. המבקשים 1-2 הם הוריו של הקטין \_\_\_\_\_ דעיס, ת.ז. \_\_\_\_\_ (להלן: "מ"), והמבקשים 3-6 הם אחיו.
2. המבקשת 7, המוקד להגנת הפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו ההריסה לבית המבקשים.
4. עניינה של בקשה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של המבקשים, בני משפחה, אשר נודע להם לראשונה ביום 5.2.16 על כוונתם של המשיבים להחרימה ולהרסה. על פי הודעת המשיבים, הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של מ', אשר כפי שנטען בהודעה: "ביצע פיגוע דקירה בתאריך 17/1/2016 במהלכו חדר לישוב עתניאל ודקר למוות את דפנה מאיר ז"ל בפתח ביתה, לנגד עיני ילדיה הקטינים". יצוין כי מ' היה בן 15 וחצי בעת ביצוע הרצח.
5. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד של המבקשים, והשטח עליו בנוי הבית הינו השטח היחיד ברשותם, ואין להם כל חלופות אחרות. הריסת בית המבקשים תותיר את בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם, וזאת בנוסף להעדר פרנסה. כך גם ככל שיוחלט על החרמת השטח, לא יהא למבקשים לאן ללכת.
6. אין חולק שהמעשה שביצע מ', הוא קשה ואכזרי, אך בקשה זו עוסקת בעניינם של המבקשים שהינם בני משפחתו אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה.

7. בפסק הדין, מפי כב' השופט מלצר, נדחו טענותיהם העקרוניות של המבקשים בדבר האיסור נגד הריסת בתים בשל הפגיעה בחפים מפשע והעובדה שמדובר בענישה קולקטיבית; נקבע כי האפקטיביות של תקנה 119 צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון וכי חזקה שכך נעשה; ונדונו אמות המידה לבחינת השימוש בתקנה 119 – ובעיקרם חומרת המעשים ומידת מעורבות בני המשפחה.
8. נקבע, כפי שגם המבקשים מסכימים, שחומרת המעשים במקרה זה הינה ברף גבוה ביותר. באשר למעורבות המשפחה נקבע שלא היתה מעורבות בפועל, אך שניתן להפעיל את תקנה 119 גם במצב זה, שכן שיקולי הרתעה מחייבים הרתעה של מבצעים פוטנציאליים "החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם ברכושם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המפגע". עוד נקבע כי מדובר במבחן אובייקטיבי, וכי במקרה זה אין עילה להתערבות בהחלטת המשיבים בעניין זה.
9. כן צוין כי לגבי חלק מהמבקשים היה למשיבים יסוד סביר לחשוב שמ' סבר שהם מחזקים את ידיו או תומכים בהם בדיעבד, באופן ש"יש בהם כדי ללמד, בין השאר, על האווירה המשפחתית הכוללת, לכל הפחות מנקודת מבטו של מ', במסגרת שקילת הצורך בהרתעה", וכי הם לא הביעו גינוי למעשיו של מ'. בנוסף, נקבע כי "מערכת היחסים בין מ' לבין הוריו במכלול, היא סוגיה רלבנטית במסגרת בחינת התכלית ההרתעתית, העומדת ביסוד תקנה 119 – מתוך מבט צופה פני עתיד. בפסיקתנו נקבע כי: "היחס הורה-ילד מאפשר, מעצם טיבו וטבעו, קיום שליטה, פיקוח והשפעה של ההורים על מעשי ילדיהם".
10. כב' השופט שהם הסכים לפסק דין זה, וכב' השופטת ברון הצטרפה גם היא, והוסיפה כי "בענייננו טוענים העותרים כי לא ידעו על כוונותיו הרצחניות של מ' – ואף לא הובאה בפנינו כל ראיה לקבוע אחרת. ואולם בכך לא סגי, שכן במקרים מסוימים יכול שמדובר יהיה בידעה קונסטרוקטיבית [...] בנסיבות המקרה יש לייחס לבני המשפחה ידיעה קונסטרוקטיבית. אכן, לא ניתן ואף לא נדרש במסגרת עתירה כמו זו שלפנינו, לבחון את כישורי ההורות והפיקוח של הורים על ילדיהם; ועם זאת, כאשר פעם אחר פעם אנו עדים לפיגועים המבוצעים על ידי אנשים צעירים – חלקם קטינים – דומה כי נודעת משמעות לבית הגידול שבו צמחו אותם נערים ונערות, ילדים וילדות".
11. בקצרה, יטענו המבקשים, כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד עומד בסתירה לעקרונות המשפט הישראלי ומפאת קשיותו וחשיבות הנושא יש לקיים בעתירה דיון נוסף בהרכב מורחב.
12. כאמור לעיל, ענייננו בשאלת השימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בית משפחה בשל מעשים של הבן הקטין. ככל הידוע לח"מ, פסק דין זה הינו פסק הדין השני בלבד בו מאושרת הריסת בתים בנסיבות אלה (פסק הדין הנוסף הוא בג"צ 1817/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 12.4.16), שם דובר בקטין בן 17), ומנגד, על פי נתוני שב"כ, חלק ניכר מהפיגועים בתקופה האחרונה נעשו על ידי קטינים ובגירים צעירים.

13. אך חרף העובדה שמערכת המשפט הישראלית יוצרת הבחנה ברורה בין הטיפול בקטינים ובגירים, כמעט בכל תחומי המשפט, אין זכר להבחנה זו בפסק הדין. בית המשפט הנכבד לא נתן כל משקל לגילו הצעיר של מ' ויישם את ההלכות הקודמות בעניין תקנה 119 ללא כל דיון בנסיבות השונות – זאת הן לנוכח ההבדלים המשמעותיים בין מפגעים קטינים לבגירים והיכולת להשפיע על דרך חשיבתם ולהרתיעם, והן לנוכח ההבדל התהומי בין ניסיון לתמרץ בני משפחה לפעול על מנת לסכל ביצוע מעשי טרור לבין הניסיון לפקח על כישורי הורות של הורים לקטינים.

14. פסק הדין של בית המשפט הנכבד כולל קביעות בעייתיות ביותר בהקשר זה, שחלקן עומדות בניגוד להלכות בית המשפט הנכבד, וחלקן יוצרות הלכות חדשות ומוקשות אשר ראוי כי בית המשפט הנכבד יידרש אליהן בשנית בהרכב מורחב. ואלו הן הטענות המועלות בבקשה זו:

א. לצורך פגיעה בזכויות יסוד נדרשות "ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותרות כל ספק". אך בית המשפט הנכבד קיבל את הטענה בדבר אפקטיביות הרתעת מפגעים קטינים – חרף העובדה שמדובר בעניין שונה מהרתעת בגירים, וחרף הפסיקה והמחקר בעניין זה המעידים על ההפך – ללא תשתית עובדתית קונקרטית וללא דיון מעמיק בשאלה.

ב. בית המשפט הנכבד למעשה קבע כי ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 לצורך הרתעת הורים לפקח על ילדיהם טוב יותר – באופן המהווה הרחבה פסולה ובעייתית של תכלית ההרתעה של בני משפחה כפי שנקבע בעבר, שמטרתה הוגדרה כהרתעתם להניא את המפגע טרם יבצע את זממו. שימוש בחרב הריסת הבתים ככלי לשיפור כישורי הורות – אף אם הדבר נובע מכוונות להצלת חיים – מבלי שהדבר מעוגן מפורשות בחוק, עומד בניגוד לעקרונות המשפט הישראלי ביחס לענישת הורים על מעשי ילדיהם ומהווה ענישה דרקונית.

ג. הקביעה כי ניתן לייחס לבני משפחתו של מפגע, אשר אין חולק כי לא ידעו על כוונתו להוציא לפועל פיגוע, ידיעה קונסטרוקטיבית אודות כוונותיו, אינה מעוגנת בתשתית עובדתית, והקביעה כי ניתן על בסיס זה להצדיק שימוש בתקנה 119, אינה סבירה, מטילה רף ערטילאי, ועומדת בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3), 1021 (להלן: "בג"צ עג'ורי").

ד. חרף המינוח בו נעשה שימוש, למקרא נימוקי פסק הדין של בית המשפט הנכבד מתעורר טשטוש בין תכליות הרתעה וענישה, והנימוקים מצביעים כי השימוש בתקנה 119 אושר במקרה דנן לצורכי ענישת המבקשים, בניגוד לתכלית ההרתעה שנקבעה בפסיקה.

15. צו ההחרמה וההריסה נשוא העתירה נוגע למבנה קרקע בו מתגוררת המשפחה, המבקשים 1-2 שהם זוג ההורים \_\_\_ ו\_\_\_, וכן המבקשים 3-6, ארבעת ילדיהם, \_\_\_ בת ה-21, \_\_\_ בן 20, \_\_\_ בן 18, ו\_\_\_ בן 12. הבית ממוקם ביטא, חברון, והינו מבנה בן 2 קומות, כאשר הילדים ישנים בקומה הראשונה וההורים בקומה השנייה. הבית הינו בבעלות המבקש 1, על קרקע בבעלותו, אך אין בידיו מסמכי בעלות, וכן אין לו שטח או בית אחר. למ' היה חדר משלו, בקומה התחתונה. המבקשים 3-5 הם סטודנטים באוניברסיטה, ואילו העותר 6, הבן הצעיר, לומד בבית ספר.
16. ביום 19.1.16 נעצר מ' על ידי כוחות הביטחון בגין חשדות בדבר מעורבותו באירוע הדקירה שהתקיים ביום 17.1.16. הקצין שביצע את המעצר אמר למבקש 1 כי הוא מבטיח שביתם ייהרס. בהמשך לכך, ביום 20.1.16 הגיעו גורמים מטעם המשיבים למדידת בית המבקשים.
17. מ', שהורשע על פי הודעתו בביצוע המעשים, כאשר היה באותו העת בן 15 וחצי בלבד, והיה תלמיד בבית ספר עד למעצרו. המבקשים 1 ו-2 מתקשים להאמין שבנם אכן עשה את המעשים המיוחסים לו, ואינם יודעים מה גרם לו לעשות זאת. המבקשים כלל לא צפו זאת ולא היו כל סימנים מקדימים לכך שמ' שקל לעשות מעשה זה. המבקש 1 מעיד כי לו היה יודע או חושש שבנו שוקל לעשות דבר שכזה, היה פועל כדי למנוע זאת, ואף מסגיר אותו לידי הרשות על מנת למנוע זאת. יצוין, כי על פי הפרסומים בתקשורת, שירות הביטחון הכללי טען כי מ' פעל לאחר שצפה בפרסומי הסתה בטלוויזיה.
18. עד למעצרו של מ', המבקש 1 קיבל היתרי כניסה לעבוד בישראל, ועבד בירושלים בבנייה. מאז שמ' נעצר, הופסקו ההיתרים, ואין למבקש 1 עבודה או כל מקור פרנסה אחר. המבקש 1 הינו המפרנס היחיד של המשפחה, שמתקיימת כיום מחסכונות בלבד ואינה יודעת כיצד תפרנס עצמה מעתה.
19. השתלשלות העניינים עד להגשת העתירה מפורטת בכתב העתירה שצורף לעיל, וכאן תצוין בקצרה. ביום 4.2.16 הוגש כתב אישום נגד מ' בפני בית המשפט הצבאי יהודה. יום לאחר מכן, 5.2.16, נשלחה הודעה מטעם המפקד הצבאי בדבר כוונה להחרים ולהרוס את בית המבקשים מכוח תקנה 119, ונכתב כי באפשרותם להשיג על כוונה זו עד יום 10.2.16. ביום 9.2.16 נשלחה אל המשיב השגה בהולה. בערב יום 23.2.16 התקבלה במשרד הח"מ תשובת המשיב, לפיה נדחתה ההשגה. ביום 28.2.16 הוגשה העתירה נשוא הבקשה (בג"ץ 1633/16, להלן: "העתירה"), וניתן צו ביניים המשהה את צו ההחרמה והריסה שהוצא נגד ביתם של המבקשים.
20. ביום 7.3.16 הוגש כתב תשובה מטעם המשיבים, בו טענו כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה, וכי הפעלת סמכות המשיב לפי תקנה 119 היא חיונית לצורך הרתעת מפגעים נוספים.
21. ביום 13.3.16 נערך דיון במעמד הצדדים בפני כב' השופטים ח' מלצר, א' שהם, וע' ברון. במסגרת הדיון, התמקדה הח"מ בטענות הנוגעות להעדר ביסוס עובדתי לטענת ההרתעה כאשר מדובר במפגעים קטינים, ובחוסר היכולת המעשית להרתיע הורים ממעשה שכלל לא ידעו עליו ולכן לא יכלו למנוע אותו. כן הפנתה הח"מ בהקשר זה לבג"ץ עג'ורי. ב"כ המשיבים ציין בדיון כי לא נבחנה מעורבות בני המשפחה באירוע, אך שאין אינדיקציה למעורבות כזו, אך שהיו פרסומים בתקשורת שאחיו של מ' לא מאמין שהוא

ביצע את המעשה ושהוא תומך בדברים כאלו, וכן התקיים דיון במעמד צד אחד בחומר חסוי בנוגע למידע הקיים לגבי המשפחה.

### פרוטוקול הדיון מצורף ומסומן נספח 3

22. בסוף הדיון, בית המשפט הנכבד הורה למשיבים להעביר לתיק בית המשפט ולב"כ המבקשים עותק מהראיון שקיים עם אביו ואחיו של מ', והתיר למבקשים להגיב לחומר תוך 3 ימים מקבלתו.

23. ביום 16.3.16, בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד, הגישו המבקשים את תגובתם, בה הובהר כי דברי מ' בחקירה (שם אמר שאמו חושבת שהוא גיבור) נאמרו על דעת עצמו בלבד ללא שדיבר עם אמו; שהאם התראיינה בתקשורת וסיפרה שכלל אינה מאמינה שבנה רצה כפי שנטען; שהאב הכחיש בריאיון כי הוא גאה במעשי בנו; וכי האב אמר שהוא מכבד את הפיגועים, וזאת שעות ספורות אחרי שכוחות צה"ל נכנסו לביתם באופן שהיה מאוד טראומטי למשפחה.

### התגובה מצורפת ומסומנת נספח 4

24. ביום 2.5.16, בית המשפט הצבאי לנוער ביהודה (כב' השופטים סא"ל י' תירוש, סא"ל ש' דהאן וסא"ל ד' סברנסקי) הרשיע את מ' בעבירות של גרימת מוות בכוונה והחזקת סכין, וישיבת טיעונים לעונש נקבעה ליום 17.7.16.

### הכרעת הדיון ותגובת המבקשים לאחריה מצורפות ומסומנות נספח 5

25. ביום 31.5.16, בית המשפט הנכבד דחה את העתירה, תוך שהוא קובע כי צו הביניים שמונע את הריסת בית המבקשים יפקע תוך 10 ימים ממועד מתן פסק הדין, קרי ביום 10.5.16. מכאן, בקשה זו.

26. יוער, כי ביום 5.6.16 הגישו המבקשים בקשה להארכת צו הביניים עד לאחר חודש הרמדאן ועיד אל פיטר. אף שהח"מ פנתה לב"כ המשיבים בבקשה לקבלת עמדתם לבקשה זו כבר ביום 1.6.16, תגובתם, ובה התנגדות לבקשה, הוגשה רק ביום 8.6.16 בשעה 17:20, ובסמוך לאחר מכן נדחתה הבקשה להארכת הצו, כך שמועד פקיעתו נותר מחר, יום 10.5.16.

### הבקשה, התגובה וההחלטה מצורפות ומסומנות נספח 6

## הטיעון המשפטי

27. בפסק דינו, עמד בית המשפט הנכבד על כך שלתקנה 119 תכלית הרתעתית כפולה: ראשה האחד מכוון אל עבר מפגעים בכוח, זאת מתוך ההנחה שאלה יאלצו להכניס את הרס בית משפחתם לתוך מסכת שיקוליהם; ראשה השני של ההרתעה מכוון אל עבר משפחות המפגעים בכוח, מתוך הנחה שהדבר יהווה תמריץ לפעול באופן אקטיבי על מנת לסכל ביצוע מעשי טרור (ר' סעיפים 28-36 לפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר; פסק דינה של כב' השופטת ע' ברון).

28. כפי שיפורט להלן, בית המשפט הנכבד לא דן בשני רכיבי הרתעה אלו בהקשר לנסיבות העניין על כל מורכבותן – מחד מפגע קטין, ומנגד הורים של קטין, וכן נימוקיו עלולים לרמוז כי בפועל נעשה כאן שימוש בתקנה 119 לצרכי ענישה ולא הרתעה.

### שימוש בתקנה 119 לצורך הרתעת קטינים – האומנם?

29. כפי שפורט בהרחבה במסגרת העתירה (פסקאות 64-76), שאלת "אפקטיביות האמצעי של הריסת בתים כהרתעה" רחוקה מלהיות מוכרעת באופן ברור, ואף בית המשפט הנכבד עמד על כך שמדובר בסוגיה שיש לבחון אותה עוד. כיום אין בידי המשיבים מחקר עדכני בנושא (מלבד נתונים חסויים שהמשיבים הציגו בעבר, ואשר הובהר כי אין מדובר במחקר אלא באסופת מקרים בודדים), ולא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים אכן משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שרשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי המדיניות של הריסת בתים של משפחות מפגעים, לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה. בכל אלה יש לעורר ספקות כבדים בדבר התועלת ההרתעתית בהריסת בתים. יפים לעניין זה דברי כב' השופטת ברון במסגרת בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (15.2.2016):

**"... אלא שבפועל, התמונה ההרתעתית אינה כה ברורה, לא כל שכן חד-משמעית. [..] הרוח העולה מן הפסיקה, בהתייחס לממצאים אלה, היא כי אין לשלול שהריסת בתים טומנת בחובה כוח הרתעתי מסוים – אך לצד האמור גם לא ניתן להסיר את הספקות המרחפים מעל כוח הרתעתי זה כפי שפורטו לעיל"**

אך לקביעות אלה אין זכר בחוות דעתה בענייננו.

30. דברים אלה שנכונים לשיטת המבקשים ככלל, נכונים פי מספר מונים עת מדובר בשאלת הרתעת מפגעים קטינים, כאשר אפקטיביות הרתעתם בהקשר זה לא נבחנה כלל.

31. בהקשר להרתעת מפגעים בכוח, השימוש באמצעי הריסת הבתים נובע מהתפיסה ההרתעתית הקלאסית, הסוברת כי ענישה חמורה מביאה להרתעה אפקטיבית יותר של עבריינים בכוח. כפי שניסח זאת כב' השופט מלצר, המדובר ב"הרתעה של מבצעים פוטנציאליים, החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם ברכושם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המפגע".

32. אך בית המשפט הנכבד לא עצר לבחון את רלוונטיות הדברים הללו כאשר מדובר במפגעים קטינים, ודווקא המחקרים הקיימים בנושא אשר שבחנו את נכונותה של תפיסה זו ביחס לעבריינים קטינים, מצאו כי, לכל הפחות ביחס אליהם, אין לה כל אחיזה במציאות.

33. להפך – ממצאים אמפיריים ממספר מחקרים שונים מלמדים כי קטינים אינם בהכרח פועלים באופן רציונלי בהקשר זה. כך, אין כל קשר בין חומרת העונש אותו צופים הצעירים, או חומרת העונש המוטל עליהם בפועל, לבין הימנעותם מפשיעה (ר' Abrams, 2006; Greilich, Trager and Chishalm, 1976; Johnson, Simon and Conger, 2004; Teevan, 1982 – ההפניות המלאות ומחקרים נוספים זמינים ב- "Review of the Ontario Ministry of Children and Youth Services, "Roots of Youth Violence: Literature Reviews", Volume 5, 2013, available at <http://www.children.gov.on.ca/htdocs/English/topics/youthandthelaw/roots/volume> J. Ward, "Deterrence's Difficulty 5/preventing04\_deterrence.aspx, וכן ראו Magnified: The Importance of Adolescent Development in Assessing the Deterrence

Value of Transferring Juveniles to Adult Court", UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy [Vol. 7:253] 253, available at <http://jjlp.law.ucdavis.edu/archives/vol-7-no-2/2.%20Deterrences%20Difficulty.pdf>

34. בנוסף לכך, המחקרים מעידים כי מלכתחילה הפחד מענישה פוחת בהתקיים גורמים מסוימים כגון עוני, נתון המאפיין כיום משפחות רבות בגדה המערבית, וניתן להניח שפחד זה פוחת אף יותר כאשר מדובר בפעילות שנחשבת אידיאולוגית וזוכה להאדרה. בדומה, אין כל בסיס להנחה כי שיקולים כגון רווחת המשפחה משפיעים על החלטותיהם של קטינים.

35. במשפט הישראלי נהוגה זה מכבר גישה המבחינה בין שפיטת נאשם בגיר לבין שפיטת נאשם קטין, הבחנה המבוססת בעיקרה על מאפייניהם השונים של קטינים בכל הנוגע ליסוד הנפשי שלהם, למידת הבנתם והפנמתם את חומרת מעשיהם, לתפיסותיהם המוסריות ועוד. בע"פ 1583/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(5) 94, 99 (1992) נקבע לעניין זה כי: "המשפט נכון להכיר בכך שהמעצורים הנפשיים והערכה המוסרית של ערך חיי אדם אצל קטינים, אינם כשל בגיר וכ"אין זדון רשעתו כזדון רשעתו של מי שמלאו לו שמונה עשרה". כפועל יוצא מכך, נהיר כי מאפיינים אלה משפיעים ומשליכים באופן ישיר גם על הרתעתם.

36. הפסיקה הישראלית הכירה בכך כי התנהגותם של קטינים אינה מושפעת מאותם רציונליים המשפיעים על בגירים. לא אחת ציין בית המשפט העליון כי התנהגותם של קטינים היא בלתי אחראית, פזיזה, לא בוגרת, כי היא מושפעת מאוד מלחץ חברתי ומאופיינת בהעדר הפעלת שיקול דעת וקושי בשליטה על יצרים (ראו ע"פ 5048/09 פלוני נגד מדינת ישראל (מיום 14.2.10); ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (מיום 8.3.9), ע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל (מיום 22.5.16)).

37. כך למשל, בע"פ 6365/12 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 9.10.13) נקבע לעניין זה כי בשל גילו הצעיר של המערער שהיה קטין, אין אפשרות להניח כי הוא יכול היה להעריך את ההשפעה הקטלנית של המכה שהנחית על המנוח, וניתן להסיק מכך כי שימוש באלמנט ההרתעה במקרה כדוגמת זה, אינו רלוונטי כלל או לכל הפחות אינו אפקטיבי באותה מידה כשם שהיה משפיע על בגיר:

"אכן, קיים ספק סביר בשאלה האם המערער צפה כי המכה שהנחית א"א תגרום למוות, אף שאדם סביר היה צריך לצפות כי מהלומה באמצעות קורה כזו תוביל למוות. זאת, לאור גילו הצעיר והספק בשאלה האם הקורה כוונה דווקא לכיוון ראשו של המנוח."

38. בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.3.2009) (להלן: "פרשת פלוני"), עמד בית

המשפט העליון על הרציונל העומד בבסיס המצב המשפטי לפיו יש להתחשב בקטינותו של נאשם:

"... שיקול דעתם של קטינים הוא בלתי מגובש ולפיכך, אין הם מסוגלים להבחין בין טוב לרע. שנית, קטינים חשופים להשפעה סביבתית שלילית ביתר קלות ואינם עמידים בפני לחץ חברתי בהשוואה לבגירים ולפיכך, מעשיהם אינם פרי הפעלתו של שיקול דעת מושכל ומאוזן. לבסוף, אישיותם של קטינים טרם התגבשה ולפיכך דפוסי התנהגות סוטים טרם התקבעו בהם, כך שסטייתם הזמנית ניתנת לטיפול ותיקון". (ההדגשות הוספו)



39. בהמשך לכך, ניתן להקיש גם מהדברים שנקבעו בע"פ 5048/09 פלוני נגד מדינת ישראל (מיום 14.2.10) שם עמד בית המשפט הנכבד על הרציונאליים השונים המבחינים בן נאשם קטין לבגיר והעומדים בבסיס המצב המשפטי לפיו יש להתחשב בקטינותו של נאשם לעניין גזירת דינו. וכך נקבע:

"הנימוק הראשון הוא סוג של אחריות מופחתת. לאמור, הקטין בגיל מסוים (12 על פי סעיף 134 לחוק העונשין) אומנם אחראי למעשיו, אך לא במובן המלא כפי שבגיר אחראי. הבדל זה יכול לנבוע מהתפתחויות פיזיולוגיות, היעדר ניסיון חיים או מהימצאותו של הקטין בנקודת התפתחות שונה מהבגיר. מצב הדברים האמור מהווה בסיס למסקנה שיש מקום להחמיר יותר עם הבגיר מאשר עם הקטין... יושם אל לב כי הנימוק הראשון מתמקד באחריות לעבירה..."

40. הנה כי כן, עיננו הרואות: היחס השונה שניתן לקטין במסגרת ההליך הפלילי נובע מהבנה שאי אפשר לבחון את מעשיהם באותם הכלים בהם בוחנים מעשה של מבוגר, שהוא בעל שיקול דעת, ניסיון חיים ויכולת עמידה בלחצים חברתיים. אין ספק כי אותם מאפיינים עליהם עמד בית המשפט כאמור לעיל, ובכלל זאת שיקול דעתם הבלתי מגובש, אי יכולתם להבחין בין טוב לרע, ההשפעות הסביבתיות החזקות אליהן קטינים חשופים, אי עמידתם בפני לחץ חברתי, העדר ניסיון חיים ועוד משפיעים כולם ובאופן ממשי גם על שאלת יכולת הרעתם, ובפרט יכולת התרעתם בשל גורל בני משפחותיהם.

41. ואכן, גם בית המשפט העליון בארצות הברית, שנדרש לסוגיה של הטלת עונשים קיצוניים על קטינים בעניין *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551, דחה את הטענה לפיה עונש מוות לקטינים עשוי להגשים מטרות של גמול והרתעה, זאת עקב ההבדלים המהותיים הקיימים שבין עבריינים קטינים לבוגרים.

42. ראשית, עמד בית המשפט העליון על כך שקטינים מאופיינים באי בגרותם וכבעלי חוש האחריות בלתי מפותח, אשר מניעים אותם לבצע מעשים אימפולסיביים ונעדרי מחשבה תחילה:

"First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his amici cite tend to confirm, "[a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions." Johnson, supra, at 367, 125 L. Ed. 2d 290, 113 S. Ct. 2658; see also Eddings, supra, at 115-116, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869 ("Even the normal 16-year-old customarily lacks the maturity of an adult"). It has been noted that "adolescents are overrepresented statistically in virtually every category of reckless behavior." Arnett, Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective, 12 Developmental Review 339 (1992). In recognition of the comparative immaturity and irresponsibility of juveniles, almost every State prohibits those under 18 years of age from voting, serving on juries, or marrying without parental consent."

43. שנית, נקבע כי קטינים חשופים יותר להשפעות שליליות ולהצמיח היצוניים, לרבות לחץ חברתי – שכן לקטינים יש פחות שליטה על סביבתם:

**"The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure. Eddings, supra, at 115, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869 ("[Y]outh is more than a chronological fact. It is a time and condition of life when a person may be most susceptible to influence and to psychological damage"). This is explained in part by the prevailing circumstance that juveniles have less control, or less experience with control, over their own environment. See Steinberg & Scott, Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty, 58 Am. Psychologist 1009, 1014 (2003) (hereinafter Steinberg & Scott) ("[A]s legal minors, [juveniles] lack the freedom that adults have to extricate themselves from a criminogenic setting")."**

44. עוד נקע בעניין **Roper**, כי תכונות אלו של הקטין מאיינות את האפקט הגמולי וההרתעתי של ענישה קיצונית – זאת משום שקטינים נושאים באחריות משפטית מופחתת בלוא הכי, ומשום שנוכח אישיותם הבלתי-מפותחת והיעדר הבגרות שלהם, לא סביר שקטינים עבריינים בכוח עורכים את תחשיב הנזק-תועלת שבבסיס מדיניותו של המשיב.

45. ואכן, מנתוני אתר שירות הביטחון הכללי עולה כי כעשרה אחוזים ממבצעי הפיגועים מאז אוקטובר האחרון, הינם קטינים ובגירים צעירים מתחת לגיל 16 שהתנהגותם מאופיינת לרוב בקלות דעת והשפעה רבה מלחץ חברתי וגורמים סביבתיים, כל זאת בזמן ולמרות שהאיום הממשי בדבר הריסת בית משפחותיהם בעקבות מעשיהם, מרחף מעל ראשם. משכך, כלל לא ברור האם אכן יש ל"איום" בדבר הריסת בית משפחותיהם הרתעה על מעשיהם של קטינים ושל בגירים-צעירים המבצעים פיגועים אלו. (המסמך "מאפייני המפגעים בין התאריכים 10.2.16-1.10.15" זמין בכתובת האינטרנט:

<https://www.shabak.gov.il/publications/updates/Pages/%D7%9E%D7%90%D7%A4%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%94%D7%9E%D7%A4%D7%92%D7%A2%D7%99%D7%9D%D7%91%D7%99%D7%9F%D7%94%D7%AA%D7%90%D7%A8%D7%99%D7%9B%D7%99%D7%9D11015-10216.aspx>).

46. למעשה, אף דבריו הילדותיים של הקטין מ' עצמו ממחישים את הלך הרוח הפזיז ולא שקול של קטינים שמעמיד בסימן שאלה גדול את אפקטיביות ההרתעה בעניינם – בציינו כי הוא סבור שאמא שלו גאה בו במעשיו, דבר שאין לו אחיזה במציאות (ונדמה כי לו אכן היה בסיס לחשוב שהיא גאה בו הוא לא היה מסתיר זאת ממשפחתו), ודבר שמעיד שלא עצר לרגע לחשוב על ההשלכות בפועל של מעשיו על משפחתו, כפי שניתן להניח שפועלים קטינים רבים.

47. כאשר קיימים ספקות האם הריסת בתים אכן משרתת את התכלית המוצהרת ככל שמדובר בבגירים אשר בעניינם נעשו מחקרים שונים בעבר, רק ברור כי לא ניתן לקבוע כי המדובר בהרתעה אפקטיבית במקרה של קטינים, אשר בעניינם לא נעשה כל מחקר בנושא.

48. לפיכך, ולאור תפיסת המשפט את מאפייניהם הייחודים של קטינים, לא ניתן לעשות שימוש בסמכות כה דרקונית כהריסת בית משפחתם, שעה שבה אין בידי בית המשפט ולו תשתית מינימלית המתייחסת לשוני מהותי זה בין בגיר לקטין, אשר העשויה לתמוך בשימוש בסנקציה כה דרקונית. על מנת שניתן יהיה לראות בהריסת בית משפחתו של מ' כפעולה המשיגה את מטרתה ההרתעתית, קל וחומר בכדי שניתן יהיה לראותה כפעולה סבירה ומידתית, יש בראש ובראשונה לאסוף ולהציג את כל התשתית הנדרשת אשר בכוחה ללמד האם כלל יש בכוחה של סנקציה זו, בכדי להרתיע קטינים אחרים מלבצע מעשים דומים.

49. כפי שנקבע פעמים רבות בפסיקה, ככל שתוצאותיה של החלטת הרשות חמורות יותר ובלתי-הפיכות, וככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט (2) 225, 251; ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 616; בג"צ 3648/08 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 740, 777; בבג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי פ"ד מב(4) 617).

50. בהתחשב בנזק העצום והבלתי הפיך שייגרם למבקשים, נדרשת תועלת ברמת וודאות גבוהה במיוחד על מנת להצדיקו ואין די בכך שצעד כה אכזרי 'עשוי' להביא להרתעת מפגעים פוטנציאליים בעתיד. בבג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412 בפסקה 11(ד)) נקבע לעניין זה כי: **"מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד"**

51. אך בעניינו, כאמור, לא רק שאין ראיות ברף הנדרש, אלא אין ראיות כלל.

52. לצד זאת, יש לזכור בנוסף כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות נוספות ורחבות יותר. שימוש בכלים אלה, מגביר את העוינות והשנאה ומחזק את התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של תושבי השטחים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. פגיעה נרחבת וחסרת אבחנה זו, בניגוד לפגיעה נקודתית באשמים ובראויים לעונש, עלולה להנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, וזאת על פני פחד והרתעה. בכך, ביצוע הרס ללא אבחנה עלול לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של המפגע, כי הואיל וקיים חשש כי ביתם ייהרס ללא כל קשר למעשיהם, ממילא אין להם מה להפסיד מקום בו יבחרו לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

53. דברים אלו עולים מפורשות במקרה דנן מהפרסומים בתקשורת וכך גם מחומרי החקירה בתיק. מחקירתו של מ' מיום 19.1.16, עולה כי מ' פעל בהשפעת תכנים שהציגו את חיילי צה"ל כרוצחים וכמבזים נשים

פלסטיניות. עובדה זו מעידה על התגובה הפרדוקסלית שעלולה לבוא לעולם דווקא כאשר המפגע סבור שנגרם לעמו עוול בדמות סנקציה גורפת של הריסת בתים של משפחות, אף אם אלה אינן מעורבות במעשה העבירה.

54. בנסיבות אלה, נוכח מאפייניהם השונים והייחודיים של קטינים והאחריות המופחתת המיוחסת להם במערכת המשפטית הישראלית, ולנוכח הנזק הקיצוני והבלתי הפיך שנגרם כתוצאה מהפעלת תקנה 119, לא ניתן להסתפק בטענות בעלמא באשר לאפקטיביות של הריסת הבתים ביחס לקטינים. על מנת שהחלטה על הפעלת סמכות כה הרסנית תהיה תקינה, המשיב נדרש לגבש ולהציג תשתית עובדתית שתראה באופן חד משמעי כי קטינים אכן מורתעים מהסנקציה של הריסת בתים. משנמנע המשיב מלבצע ולו את הבחינה הבסיסית ביותר ביחס לקטינים, הרי שאין להחלטתו על מה לסמוך, ואין היא יכולה להיחשב סבירה או מידתית.

### **הרתעת בני משפחה של מפגעים קטינים – גבולות התערבות המשפט בכישורי הורות**

55. הקביעה הבעייתית השנייה בפסק הדין נוגעת לשאלת הרתעת בני המשפחה של מפגעים קטינים. לעניין זה נביא במלואם את דברי כב' השופט מלצר, בפסקה 35 לחוות דעתו:

"... מערכת היחסים בין מ' לבין הוריו במכלול, היא סוגייה רלבנטית במסגרת בחינת התכלית ההרתעתית, העומדת ביסוד תקנה 119 – מתוך מבט צופה פני עתיד. בפסיקתנו נקבע כי: "היחס הורה-ילד מאפשר, מעצם טיבו וטבעו, קיום שליטה, פיקוח והשפעה של ההורים על מעשי ילדיהם" (ראו: בג"ץ 591/88 טאהה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מה(2) 45, 56 (1991). ממצאים אמפיריים מלמדים גם על קשר בין תמיכה משפחתית (וציבורית בכלל) לבין ביצוע פעולות טרור על ידי קטינים (עיינו: Gary LaFree & Gary Ackerman, The Empirical Study of Terrorism: Social and Legal Research, 5 Ann. Rev. L. & Soc. Sci. 347, 358 (2009)). לא מצאתי איפוא כל טעם טוב להימנע מלשקול את הזיקה המיוחדת בין ההורה לבין הקטין בעת בחינת הצורך בהרתעה מפני פעולות טרור עתידיות. יפים לענייננו גם דברים שנאמרו ב-פרשת חמאד בידי חברי, השופט נ' סולברג:

"... לא רק על הלך-מחשבתו של המחבל נועדה ההרתעה להשפיע, אלא גם להניא את המחבל בכוח מלבצע את זממו, באמצעות התערבות מצד בני משפחתו: "בחברה הפלסטינית המסורתית, תופסת המשפחה מקום מרכזי בחייו של המתאבד ותורמת תרומה מכרעת לעיצוב אישיותו ולמידת נכונותו להקריב חייו בשם דתו או למען עמו" (עמנואל גרוס, "מאבקה של דמוקרטיה בטרור המתאבדים – האם העולם החופשי מצויד בכלים מוסריים ומשפטיים במאבק זה?" (ספר דליה דורנר, 219, 246 (2009)). ההרתעה מועילה בניטרול הגורם המשפחתי כמגביר טרור, ובהמרצת התא-המשפחתי לפעול לצמצומו. החשש מפני הרס ביתה, נועד לרתום את משפחת המחבל הפוטנציאלי לממש את השפעתה לכיוון הרצוי, להניאה מלהעמיד לרשותו את מעגל התמיכה הקרוב, ובכך להטותו מלחבור לטרור או לממשו... ההרתעה תורמת, כך שוכנענו, ולו גם במעט. המעט הזה, בזמננו ובמקומותינו, עשוי להיות גורם מכריע; לשבט או לחסד" (שם, פסקה 1(z); ההדגשות שלי – ח"מ).

הנה כי כן תקנה 119 לא נועדה, בנסיבות העניין, "להעניש" את העותרים על מעשיו של בנם הקטין – מ'. השימוש בתקנה 119 הנ"ל במקרה דנן הינה פרי הצורך בהרתעה."

56. המבקשים סבורים שהקביעות שצוטטו בעניין **בג"צ המאד** בדבר הרתעת בני משפחה של מפגעים בכוח הן בעייתיות בפני עצמן (בהיותן ענישה קולקטיבית אסורה לפי המשפט הבינלאומי, כמפורט בעתירה ולהלן), אך למקרא חוות דעתם של כב' השופטים מלצר וברון עולה תמונה אף מדאיגה יותר, כי תכלית ההרתעה שנקבעה בפסק דינם אף מרחיקת לכת. מדבריהם עולה כי אין מדובר רק בניסיון לתמרץ משפחות להניא את המפגע בכוח מלפעול, ולהימנע מלסייע לו, אלא דרישה אקטיבית לפיקוח אחר בן המשפחה הקטין, אשר גבולותיה אינן קבועים, ברורים או ידועים לציבור. כב' השופטים בפסק הדין מדגישים שלא נדרשת מודעות מצד בני המשפחה למעשי הקטין, אך כי כאשר מדובר בהורים לקטינים יש לדרוש מהם מעורבות גבוהה יותר בחיי ילדיהם – עליהם לדעת ולמנוע גם את שאינם יודעים.

57. ברי, כי מדובר בהרחבה בעייתית מאוד של גבולות התערבות המשפט בתפקודי הורים, הרחבה אשר טיבה אינו ברור ואינו ידוע גם לאחר מתן פסק הדין, הן מבחינה מוסרית, הן מבחינת תכליותיו הלגיטימיות של המשפט, והן מבחינה פרקטית-יישומית, וכל זאת בהקשר של שימוש בסנקציה הדרקונית המעוגנת בתקנה 119.

58. המשמעות של דרישת פיקוח מוגברת יותר מהורים לקטינים בשטחים ושימוש בתקנה 119 כ"תמריץ" לכך, מהווה בפועל הטלת חובת 'עשה' על בני המשפחה לפעול **באופן אקטיבי** על מנת לסכל פיגועים מבעוד מועד, זאת מבלי שקיימת כל הוראה חוקית המטילה אחריות שכזו. כפועל יוצא מכך, גבולותיה של החובה אינם קבועים וברורים, כך שהפרטים אינם יכולים לקלקל את צעדיהם בהתאם לכך דבר העומד בניגוד מוחלט בראש ובראשונה לעיקרון החוקיות וכן לעקרון ההרתעה. שכן, מהי אותה חובת עשה, מה תוכנה? מה נדרש מהורים לעשות על מנת לעמוד בחובה המופשטת שהוטלה עליהם? האם די כי יפקחו אחר תוכניות הטלוויזיה ותכני האינטרנט שילדיהם רואים, בבית ובחוג? האם מקום בו יבדקו מה נושאים ילדיהם בתיקם בכל רגע נתון תקיים את הדרישה? כיצד יאמדו את טיב החינוך הערכי, בעד הזכות לחיים ונגד אלימות וטרור, שנותנים ההורים? וכיצד יש לשכלל לתוך מערך זה את ההשלכות החיצוניות הסביבתיות הנוספות שיש על ילדיהם, בבתי הספר או בפעילויות אחר הצהריים, אשר ההשפעה שיש להן על עיצוב תפיסתו של הקטין, אינה פחותה מזו של הוריו?

59. בנוסף, ככל שאין מדובר בחובה המעוגנת בחוק ולצידה מפורסמת הסנקציה בדבר הריסת בית המשפחה וזאת באופן מפורש, נהיר כי המחוקק כלל לא שקל את כלל השיקולים הרלוונטיים ולא ערך את האיזון הרלוונטי ביניהם, כך שהוראת החוק תהיה מידתית מבחינת הדרישה שהיא מטילה על הפרט.

60. לעומת זאת, בחוק הישראלי ניתן למצוא ביטויים לעיגון חובות ההורים על ילדיהם, אשר מקיימים כבר כיום איזון זה ולפיכך בידי המשיבים להשתמש בסעיפים אלה (או במקבילה שלהם בחקיקה הצבאית), על פני שימוש בפרשנות מרחיקת לכת בתקנה 119.

61. כך למשל, סעיף 26(7) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א-1971 קובע כי בית המשפט לנוער הדין בעניינו של קטין שביצע עבירה פלילית רשאי לחייב את הוריו לשלם קנס, לשאת בתשלום הוצאות המשפט, לצוות על קבלת התחייבות, בערובה או בלי ערובה, מאת הורה הקטין בדבר התנהגותו

של הקטין בעתיד, לחייב את ההורה בתשלום פיצוי לאדם שניזוק באותה עבירה שביצע הקטין או להורות לו לשאת בהוצאות הטיפול בבנו, הכל לאחר שניתנה להורה הקטין הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפני בית המשפט (ר' סעיפים 26(3) ו-8), וסעיף 29(א) לחוק הנוער).

62. כב' השופט אלי שרון ז"ל, אשר כיהן בעברו כסגן נשיא בית המשפט לנוער, ציין במאמרו "ההורים והקטין עובר החוק", פלילים ד, תשנ"ד – 1993 (בעמ' 263-281, בעמ' 277-278) כי בית המשפט משתמש בסמכויותיו אלה, בדיוק באותם המקרים בהם "נראה בעליל שהסתבכות הקטין בביצוע העבירה נבעה בין היתר מהזנחה בלתי סבירה של ההשגחה והטיפול בו מצב הוריו או אפילו בעידודם" או כאשר בתגובת ההורה למעשי הקטין יש משום תמיכה בעבירה עד כדי הצדקתו.

63. כך גם בפסק הדין מפנה כב' השופט מלצר לבג"צ 591/88 טאהה ואח' נ' שר הביטחון ואח', שם נדון תוקפו וחוקיותו של צו בדבר השגחה על התנהגות קטינים (הטלת ערובה) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1235), תשמ"ח-1988. המדובר בצו שהוצא בשל מעורבותם הגוברת והולכת אז של קטינים בגיל הרך בהפרות סדר אלימות בשטחים, כאשר מנגד לא ניתן היה להטיל עליהם אחריות פלילית מחמת גילם. על-פי הצו מוטלת על הורה החובה ליתן ערובה כספית, מקום שקיימות ראיות לכאורה למעורבותו של ילדו במעשי עבירה. הערובה הכספית תמומש, כאמור בצו, אם ביצע הקטין עבירות נוספות בתקופה לגביה ניתנה ערובת ההורים (יוער, כי מעיון במאגרי הפסיקה לא מצאה הח"מ עוד פסקי דין הדנים בצו זה בדבר השגחה על קטינים, דבר המרמז על שימוש מועט בו).

64. אך ההבחנה בין צו ההשגחה לבין עניינו ממחישה עד כמה מרחיקת לכת הקביעה בה עסקינן. בעניין טאהה נדון צו כנגד הורים לקטינים מתחת לגיל האחריות הפלילית – גיל בו מחד אין חלופה פלילית שניתן לנקוט או להרתיע באמצעותה ומאידך יש יותר שליטה הורית; אשר מוטל רק לאחר שכבר יש ראיות למעורבות הקטין בפלילים; אשר מטיל חובת עשה פוזיטיבית באופן קונקרטי על הורים מסוימים, ואשר במסגרתו מוטלת ערובה כספית, ונדרש הליך משפטי לצורך חילוטה. ודוק, בשים לב לאחריות יוצאת הדופן המוטל במסגרת הצו, פסק הדין מדגיש את ה"קונקרטיות" שבו:

**"הצו אינו מופעל באופן קיבוצי כלפי קבוצות הורים בשל מעשי ילדים בודדים, אלא**

**באופן אינדיווידואלי כנגד הורה שהפר את חובת ההשגחה על ילדו. על-כן אין**

**הצו סותר את איסור הענישה הקולקטיבית" (בפסקה 12).**

65. מנגד, בעניינו מדובר לרוב בקטינים מעל גיל האחריות הפלילית, וכאשר מדובר בגילאי 15-17, אזי מדובר בגילאים שהשפעת ההורים פוחתת והשפעת הסביבה גוברת, והשימוש בתקנה 119 כפי שהוגדר בפסק הדין נעשה במטרה להרתעת הרבים, באופן קיבוצי, גם במקרים ללא אזהרה מוקדמת של מעורבות הקטין במעשי טרור, ללא הטלת חובת עשה מסוימת קודם לכן, ותוך הטלת סנקציה קשה ובלתי הפיכה ולא רק כספית.

66. הקושי במטרת ההרתעה כפי שנקבעה מתחדד אם בוחנים אותה בהקשרים אחרים. האם סבור בית המשפט הנכבד שלאור מעורבותם הרבה של קטינים בעבירות מין – אשר בחלקן עשויות להיות קשות ולמוטט

חיים של הנפגעים והנפגעות – ניתן להטיל סנקציות על הוריהם שלא חינכו אותם מספיק טוב, או שלא פיקחו אחריהם כראוי, מעבר לגבולות שהוגדרו בחוק הנוער?

67. עוד ניתן להסתמך על סעיף 262 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, המורה כי: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו - מאסר שנתיים". סעיף זה יכול להיתפס כמסדיר את גבולותיה של החובה האמורה, וכפועל יוצא מכך ככולל את מלאכת האיזון הדרושה, שעה שבה מבקש המשפט להטיל על הפרט הגבלות וחובות.

68. הינה כי כן, המחוקק הישראלי בעידן הנוכחי (בניגוד לתקנות משנות הארבעים שנוסחו על ידי שלטון זר), מצא לנכון לעגן את גבולות האחריות ההורית כלפי קטינים המבצעים עבירה פלילית, באופן האמור. לפיכך, ככל שבידי המשיב ראיות לכך כי בני משפחת הקטין הזניחו את השגחתו; עודדו את מעשיו או ידעו על שומם ולא נקטו כל אמצעים סבירים למנוע את עשייתו, כי אז יש בידו להטיל עליהם סנקציות מגוונות ואף לפעול באפיק הפלילי כאמור. אין לעקוף הוראות חוק אלה, אשר כוללות את מגוון השיקולים והאיזונים הנדרשים, על ידי פרשנות מרחיבה לתקנה ארכאית ודרקונית כתקנה 119.

69. כידוע, ישנן מעט מאוד חובות 'עשה' במשפט הישראלי. חובות אלה, בהן למשל החובה לשלם מיסים ולשרת בצבא, מעוגנות בחקיקת הכנסת. כך נוהג המחוקק מתוך הכרתו בחירותו של האדם ועל מנת שלא לפלוש אל תחום חופשו של היחיד. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו דאז) מ' חשין, בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, (להלן: 'עניין קונטרם') בעמ' 366, ביחס לחובות עשה במשפט הפלילי:

"למותר לומר – והכל יודעים זאת – כי חובות עשה מעטות הן במספרן ממספרן של חובות הלא-תעשה. ולא בכדי כך. ניתן דעתנו לדבר, שחובות הלא-תעשה מכבידות על היחיד – על דרך העיקרון – פחות מחובות העשה, קרי: חובות הלא-תעשה פולשות אל תחום חופשו של היחיד פחות מאשר חובות עשה. לשון אחר: ברוח הדמוקרטיה הליברלית וזכויות הפרט – אך גם אחרת – קל יותר להטיל על היחיד חובות לא-תעשה מאשר חובות עשה. **נדע מכאן, שעד אשר נבוא להטיל על היחיד חובת עשה, שומה עלינו לשקול ולחזור ולשקול בדעתנו שמא הרחקנו-לכת בהחלטתנו, שמא חרגנו אל-מעבר לראוי ולמותר על-פי השקפות-היסוד המקובלות על חברתנו.**"

70. דברים אלה נכונים אף יותר שעה שעסקינן בהפעלת סנקציה מינהלית מעין-עונשית. אכן, אין חולק על כך שבמצב הדברים הרגיל, ההורים נושאים באחריות מסוימת למעשי ילדיהם, אולם לא מדובר באחריות מוחלטת, ובטח ובטח שלא מדובר ברמת אחריות המצדיקה את הרס ביתם עקב מעשי ילדיהם.

71. נפנה בעניין זה לדו"ח סקירה משווה שנערך על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מיום 5.10.11, העוסק באחריות הורים לעבירות שבוצעו בידי ילדיהם הקטינים (זמין בלינק <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02932.pdf>), שם מציינים כי קיימת "ביקורת רבה על ניסיונה של חלק מאותה חקיקה להתמודד עם עבריינות נוער באמצעות הענשת ההורים, הן בשל הקשיים המשפטיים הטמונים בה והן בשל השלכותיה החברתיות".

72. עוד יצוין כי כלל לא ברור לאילו ממצאים אמפיריים מתכוון בית המשפט הנכבד בהפנייתו למחקר של LaFree ו-Ackerman המוזכר בפס' 35 לפסק הדין. בחלק אליו הופנה הקורא נכתב כך:

"...whereas systematic interviews suggest that family support or at least acquiescence is one factor prevalent among incarcerated Israeli and Palestinian terrorists (Post et al. 2003)"

73. נתון זה מתבסס על המחקר "The terrorists in their own words: Interviews with 35 incarcerated Middle Eastern terrorists", Jerrold Post, Ehud Sprinzak & Laurita Denny, *Terrorism and Political Violence*, 15:1, 171-184, available at <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09546550312331293007>, בו ראינו 35 מחבלים מורשעים החברים בארגוני טרור, המרצים את מאסרם בישראל.

74. הממצאים במחקר הראו כי, באופן מובן, משפחות פעילות פוליטית חינכו את ילדיהם מגיל צעיר להצטרף לתנועות ההתנגדות. יחד עם זאת, המחקר מצא כי במקרים של מחבלים שהגיעו ממשפחות שאינן פעילות פוליטית, עובדה זו לא הניאה את אותם מחבלים מלבחור בדרך בה בחרו (עמ' 172):

"Clearly families that are politically active socialized their sons to the movement at an early age and were supportive of their involvement. However, families that were not politically active did not appear to dissuade active involvement by their children."

75. מבחינת מידת התנגדותן של המשפחות למאבק בישראל, 85% מהמחבלים שהם בעלי נטייה חילונית-לאומנית, כמו מ', דיווחו כי התמיכה של משפחותיהם במאבק הפלסטיני הינה ממוצעת ו/או מתחת לממוצעת (שם):

"When looking at family activism, including support in the home for the struggle, we found that the vast majority of secular group members (almost 85 per cent) reported that their family was active at an average or below average level."

76. בניגוד לאחוז הנמוך של המחבלים אשר ראו במשפחתם כהשפעה מרכזית להצטרף לארגון טרור, המחקר מצא כי ההשפעה הרבה ביותר על בחירה בדרך של טרור הגיעה דווקא ממעגלו החברתי של הנער, ובפרט מבני גילו (עמ' 173):

"But it was clear that the major influence was the social environment of the youth. As one terrorist remarked, 'Everyone was joining' [...] The peer group was of much greater influence, and in many cases it was a friend or acquaintance in the group who recruited the subject. For the secular groups their social environment centered around school and social clubs, while for the Islamist group members, their social environment was dominated by the mosque, religious organizations and religious instruction."



77. נדמה כי גם בשיטת המשפט שלנו קיים פקפוק במידת השפעתם ויכולת פיקוחם של הורים על קטינים מתבגרים. כך, למשל, בהחלטתה של וועדת שחרורים במקום מושבה בבית הסוהר השרון מיום 11.11.15, נדחתה בקשתו של לשחרור מוקדם של אסיר פלסטיני קטין שהורשע ביידוי אבנים, חרף התחייבות ההורים כי יפקחו אחריו טוב יותר, וצוין כי "מדובר בקטין בן קרוב ל-17 שנה. השפעת ההורים בגיל זה, כאשר מדובר בעבירה אידיאולוגית, קטנה".

החלטת וועדת השחרורים מצרפת ומסומנת נספח 7

78. אם כך, הרי שהיעד שבית המשפט הנכבד שם כתכלית ההרתעה הוא גם בעייתי מבחינה מוסרית-משפטית, בכך שמטיל חובות עשה לא מוגדרות, וגם מבחינה פרקטית-יישומית, כאשר כלל לא ברורה היכולת של הורים לפקח באופן מעשי אחר ילדיהם במובן זה.

79. בחוות דעתה, כב' השופטת ברון דווקא מסייגת וטוענת כי "לא ניתן ואף לא נדרש במסגרת עתירה כמו זו שלפנינו, לבחון את כישורי ההורות והפיקוח של הורים על ילדיהם", אך בפועל מצדיקה זאת שכן "כאשר פעם אחר פעם אנו עדים לפיגועים המבוצעים על ידי אנשים צעירים – חלקם קטינים – דומה כי נודעת משמעות לבית הגידול שבו צמחו אותם נערים ונערות, ילדים וילדות". אך הרצון למגר תופעה שהיא אכן נרחבת, קשה ומדאיגה לא יכול להצדיק שימוש באמצעים לא רציונליים מעבר לגבולות הלגיטימיים של המשפט.

80. אין כל ממצא אמפירי המעיד כי "בית הגידול" עליו מדובר הוא המשפחות עצמן ולא הסביבה (או השפעותיו הקשות של הכיבוש להם עדים הקטינים, כפי שגם עלה מדברי הקטין מ' עצמו). כך, בעניין מרעי ציינה כב' השופטת ברון עצמה כי "בשורות המפגעים יש נשים, גברים, נערים ונערות ואף ילדים, אנשי משפחה ועבודה, שבוקר אחד מחליטים לסטות משגרת חייהם, לאחוז במה שבא ליד – סכין, אולר, מספריים ומה לא, לצאת מביתם ולהרוג ביהודים". וכיצד ניתן לדרוש מהורים להשפיע על ילדיהם אם "בוקר אחד" החליטו לעשות מעשה?

81. התשובה היא לא. לא ניתן ולא ראוי להטיל אחריות על הורים על מעשים שלא דווקא בתחום שליטתם, לא ניתן ולא ראוי להטיל עליהם חובות לא מוגדרות, ולא ניתן לפתור את בעיית הטרור בישראל על ידי הטלת סנקציות קשות על הורים חפים מפשע.

אחריות בני המשפחה – ידיעה קונסטרוקטיבית אל מול עצימת עיניים, וההלכה בעניין עג'ורי

82. מעבר לשאלת ההרתעה, אחריות בני המשפחה נבחנת גם בהקשר המידתיות – בעוד הראשון נוגע לאחרים וצופה פני עתיד, השני נוגע לנסיבות העניין הקונקרטי (וכפי שיפורט להלן, בפסק הדין בעניינו קיים טשטוש בעייתי בין שני אלה).

83. במישור המידתיות, הפסיקה קבעה כי יש ליתן משקל משמעותי למידת מעורבותם של בני המשפחה. לכך התייחסה כב' השופטת ע' ברון, תוך שציטטה את קביעותיה בעניין מרעי, שם ציינה כי "כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בידעה של מי בני המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של המחבל – ולעניין זה תיתכן אף ידיעה קונסטרוקטיבית, 'עצימת עיניים'" (הדגשות הוספו – מ' פ').

84. ראשית, והדבר נאמר בזהירות המתבקשת, קביעתה של כב' השופטת לפיה ידיעה קונסטרוקטיבית זהה ל'עצימת עיניים', עומדת בניגוד לדברים שנקבעו זה מכבר, ובין היתר בד"נ 8/68 סולומון המטפרסט נ' היועץ המשפטי לממשלה:

**רצוני רק להטעים כי יש להבחין היטב בין המושג של "עצימת העיניים" לבין זה של "ידיעה קונסטרוקטיבית". המושג הראשון פירושו, כי הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל ו"לא רצה לדעת", פן תתאשר העובדה ואזי לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, שידע עליה. בנסיבות כאלה - והן מעידות על מצב נפשי, שיש בו גוון של חוסר תום-לב - "אפשר כמעט לומר, כי הנאשם באמת ידע" [...]. לעומת זאת, המושג "ידיעה קונסטרוקטיבית" פירושו, שאדם פלוני היה חייב לדעת, בשעת מעשה, על העובדה הרלוונטית, שלא היתה ידועה לו, באשר היו כידיו אמצעי החקירה הדרושים, אלא שנמנע מלנצלם, לא מפני "שלא רצה לדעת", כי אם מתוך רשלנות גרידא. מושג זה מקורו בתורת הרשלנות האזרחית, המייחסת לאדם, שהיה נתון בתנאים האמורים, "ידיעה קונסטרוקטיבית."**

85. להבחנה זו נפקות מכרעת בענייננו. אילו בני משפחת המפגע עצמו עיניהם לאפשרות שיוציא לפועל פיגוע, קרי, חשדו בכוונותיו של בן משפחתם אך 'לא רצו לדעת', יתכן והדבר היה מטה את כף המידתיות לטובת המשיב. אך לא כך בענייננו.

86. במה דברים אמורים: בפסק הדין נשוא הבקשה, עמד בית המשפט הנכבד על כך שלא הוצגה שום ראיה לידיעה ממשית של בני המשפחה אודות כוונות המפגע, והדבר אף לא נטען על ידי המדינה. אשר על כן, עוסקים אנו לכל היותר ב'ידיעה קונסטרוקטיבית' – כלומר, כי על המבקשים היה לדעת שלבנם כוונות לבצע את המעשה.

87. כפי שנקבע בפסיקה, עבירה זו, מעצם טיבה ואופייה, דוחה אפשרות לפרש את מושג ה"ידיעה" בה ככולל חשד גרידא. זאת משום שדרישה מאדם, שרק חושד בזולתו כי הוא מתכנן לבצע פשע, לברר חשד זה, היא מרחיקת לכת, ושיקולים של מדיניות משפטית שוללים אותה. נקבע שנדרשת ידיעה "ממשית", ולא ידיעה הנסמכת על השערות. מה שטעון הוכחה הוא שהנאשם בעבירה ידע את העובדות שמהן ניתן להסיק מבחינה משפטית את העבירה שניזומה או שנעברה (ר' להרחבה ע"פ 3417/99 מרגלית הר-שפי נ' מדינת ישראל).

88. בענייננו, מ' עצמו הודיע שאף אחד לא ידע על כוונותיו; הוריו מתקשים להאמין שאכן עשה את הדברים מרוב שאין הדבר מאפיין אותו; אביו ציין כי אילו היה יודע על כוונות בנו היה מסגיר אותו למשטרה, ונזכיר שמדובר באדם נורמטיבי שעובד שנים רבות בישראל, משעות הבוקר המוקדמות עד שעות הערב ולא רואה כמעט את ילדיו; אמו של מ' מעולם לא אמרה שהיא תומכת במעשיו, ונראה שהתמיכה עליה דיבר המפגע אינה אלא פרי מוחו הקודח. ומה מצופה מאחיו של מ', שלדבריו 'מכבד' פיגועים? עם כל הסלידה מאמירה זו, אין אנו עונשין על דברים שבלב.

89. בכך גם שונה בתכלית עניינם של המבקשים מעניינם של המבקשים בעניין **אבו גוש לעיל**, שם נקבע כי "במקרה דנן הציג המשיב מידע מודיעיני המלמד באופן חד-משמעי על מודעות מצד אבי המשפחה, בזמן אמת, למסוכנות שנשקפה מבנו, שהיה כבן 17 בעת האירוע. יתר על כן, מן המידע שהוצג

**עולה כי הלה לא שעה לניסיונות חוזרים שעשה השב"כ לרתום את האב כדי למנוע מבנו מלעסוק בפעולות טרור."**

90. ודוק, הקושי בייחוס ידיעה קונסטרוקטיבית למבקשים מתחדד לאור היחס השונה לו היו זוכים לו היו אכן יודעים על מעשיו של מ' ומנסים למנוע זאת, כפי שהמבקש הצהיר כי היה עושה. כך, ביום 23.2.16, התפרסמה ידיעה כי הממשלה אימצה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה וקבעה קריטריונים חדשים להריסת בתים, לפיהם משפחות שיסגירו את בניהן יזכו להגנה משפטית מפני הריסת בתם. ראו דיווחים בתקשורת בכתובת האינטרנט להלן:

[http://www.mako.co.il/news-military/security-q1\\_2016/Article-26b0cac6c3f0351004.htm](http://www.mako.co.il/news-military/security-q1_2016/Article-26b0cac6c3f0351004.htm)

<http://www.ch10.co.il/news/257413>

91. אך ייחוס "ידיעה קונסטרוקטיבית" שוללת הגנה זו ממשפחות, כגון המבקשים, שכלל לא ידעו שבניהם או בנותיהם ביצעו פיגוע וכך לא היה באפשרותם להסגיר את ילדיהם לרשויות. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת בתם של המבקשים, או של בני משפחות אחרות שמיוחסת להם "ידיעה קונסטרוקטיבית", הינה מידתית, משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מהריסת בתה אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו על ביצוע פיגוע. התנהגות שרירותית כזו, המענישה חפים מפשע ללא תלות במעשיהם, חוטאת לתכלית ההרתעה של עידוד משפחות לפעול כנגד כוונות פיגועים של בני משפחה. אם המשפחה תיענש ללא תלות בכוונותיה ובמעשיה, לא יהיה בכך "לעודד" אותם למנוע מעשים דומים.

92. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מזוז, בעניין לבג"ץ 8150/15 דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 22.12.15):

"בתגובה מטעם המשיב לעתירה לא הועלתה כל טענה בדבר מעורבות כלשהיא של העותר (אביו של בהאא), או של בני המשפחה האחרים בפיגוע. בדיון בפנינו שאלתי את בא כוח המדינה האם מיוחסת מעורבות מכל סוג שהוא של המשפחה במעשיו של בהאא, והוא השיב בשלילה. הוספתי ושאלתי, האם בנסיבות אלה נשקלה האפשרות להסתפק בסנקציה כלפי חדרו של המפגע בלבד? והתשובה הייתה, כי חלופה זו נשללה לאור חומרת הפיגוע ומאחר ש"אין לחלופה זו אותו אפקט הרתעתי".

... שלא כחברי, אני סבור שמקרה זה מעורר שאלה קשה באשר לסבירות ולמידתיות של הצו לפי תקנה 119, המורה להרוס את בית המשפחה המורחבת כולו; זאת כאשר הבית אינו בבעלותו של המפגע אלא מדובר בבן משפחה רווק שהתגורר בחדר אחד בבית של הוריו ואחיו בעלי המשפחות, ולמרות שבני המשפחה, בעלי הבית, לא היו מעורבים במעשהו של המפגע, שנהרג במהלך הפיגוע, ואינם נושאים באשם למעשיו. קושי זה הוא כאמור מעבר לשאלות העקרוניות הכלליות בנוגע לעצם חוקיות הפעלתה של תקנה 119, ולו אבקש לייחד את דבריי הבאים.

**פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך ל"מען יראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאלים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר. השיקול של הרתעת הרבים מוכר אמנם כאחד מעקרונות הענישה בדין הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). קושי זה ("ענישה**

קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע. (פסקאות 5-7 לפסק דינו) (הדגשים הוספו)

93. אכן, כפי שצוין בפסק הדין, קיימת פסיקה המתירה שימוש בתקנה 119 גם במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשים. אך פסקי דין אלו סותרים באופן חזיתי את קביעות בית המשפט הנכבד בעניין עג'ורי, ללא כל הנמקה או הסבר כיצד ניתן ליישב את הפערים ביניהם. אף שהח"מ טענה בעניין זה בדיון, פסק הדין כלל לא עוסק בשאלה זו.

94. בעניין עג'ורי אמנם נדונה חוקיות הוצאת "צו תיחום מקום מגורים" מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון, אך המקור הנורמטיבי לשתי הסמכויות – הן צו תיחום והן צו הריסה מכוח תקנה 119 – הוא זהה, ונגזר מדיני התפיסה הלוחמתית. כפי שנקבע בעניין עג'ורי:

"נקודת המוצא שלנו הינה כי לשם מתן מענה על שאלת סמכותו של מפקד האזור אין די בקביעה כי הצו המתקן (או כל צו אחר של מפקד האזור) מעניק סמכות למפקד הצבאי לתחום את מקום מגוריו של תושב האזור. הטעם לכך הוא שסמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל-פיהם ייקבע כוחו." (פסקה 13)

95. בנוסף, הרקע והתכלית לשתי הסמכויות דומה. הרקע והתכלית בעניינו ידוע ומוכר, ובדומה גם בעניין עג'ורי, "ועדת השרים לביטחון לאומי ביקשה לנקוט שורת צעדים אחרים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם".

96. אך חרף דימיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, או בפסק הדין בעניינו. כך, נקבע שם כי:

"עניין הרמה הראשונה, מקובל על כל הצדדים שלפנינו – וזו גם דעתנו – כי תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם על-פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. [...]. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים." (פסקה 24)

ובהמשך:

"מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאת מקום מגוריו מבקשים לתחם, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו בדרך-כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות, שגם אם אינן קבילות בבית-משפט, הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור" (פסקה 25)

"המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד" (פסקה 27).

97. בהמשך לקביעות אלו, נדונו 3 מקרים פרטניים. שני צווי תיחום אושרו – אחד של אחות של מחבל שנקבע שסייעה סיוע ישיר וממשי לפעילותו החמורה של אחיה, ואחד הוא של אחיו של אותו מחבל, שידע שהוא מבוקש, היה מודע למעשיו והיה מעורב בפעילותו. מנגד, צו תיחום שלישי בוטל, בעניינו של אח של מחבל אחר, שנקבע שאמנם היה מודע שהוא מבוקש וסיפק לו מזון ובגדים כאשר הגיע לביתו, אך נקבע כי "בכך בלבד לא די כדי לתחם את מקום מגוריו הוא. הפעולות האקטיביות שנקט בסיוע לאחיו נופלות מרמת הסיכון הנדרשת על-פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולהוראות הצו המתקן. אין בהתנהגותו שלו אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לביטחון האזור המאפשרת תיחום מקום מגוריו" (פסקה 39).

98. ברי, כי עניינם של המבקשים קרוב יותר לעניינו של המקרה השלישי, ואף פוחת ממנו – בהעדר כל ידיעה שהיא לגבי מעשי בנם.

99. מקום שהמקור הנורמטיבי של שתי הסמכויות הוא דומה, לא ברור כיצד ניתן להצדיק פער זה בין הגבולות שנקבעו לשימוש בצו תיחום מגורים לגבולות שנקבעו לשימוש בתקנה 119, וזאת כאשר הפגיעה הכרוכה בתקנה 119 קשה הרבה יותר. המדובר בסתירה חזיתית, והמבקשים יטענו כי יש להחיל את אותן אמות מידה שנקבעו בעניין עג'ורי, ואשר מעוגנות במשפט הבינלאומי המחייב את המשיבים בהקשר זה, גם בעניינם.

#### **שימוש בתקנה 119 ככלי ענישתי, בניגוד לתכלית המוצהרת**

100. עמדת בית משפט נכבד זה, כפי שנפסק פעמים רבות בעבר, וכפי שצוין גם בפסק הדין, הינה כי תכלית ההרתעה בלבד היא העומדת ביסוד הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, בשונה מענישת בני המשפחה שהינה בגדר פגיעה קולקטיבית בבלתי מעורבים. השימוש בתקנה 119 בענייננו לא נועד להעניש את הקטין או את משפחתו על מעשיו, אלא אך ורק בכדי להרתיע לכאורה מפגעים פוטנציאליים ולהרתיע משפחות אחרות כך שימנעו מילדיהם לפעול כך בעתיד (ר' בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, מיום 3.12.14 בפסקה יז; בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.14), פסקה 19; בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.8.14), פסקה 23; בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003), בעמ' 292; בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 42, 44 (1986)).

101. אך קריאת חוות דעתו של כב' השופט מלצר מעידה על טשטוש בין תכלית ההרתעה ותכלית הענישה. כך, חרף קביעות כב' השופט כי התכלית הנבחנת היא הרתעתית, מרבית קביעותיו של כב' השופט מעידות כי דווקא אין עסקינן במבט צופה פני עתיד אלא בענישה של המבקשים עצמם.

102. ראשית, כב' השופט מלצר כאמור כלל לא דן בתשתית העובדתית הקיימת בנוגע לאפקטיביות ההרתעה כלל, ואפקטיביות ההרתעה של קטינים, בפרט. שנית, כב' השופט לא בוחן כיצד השימוש בתקנה 119 עשוי להשפיע על אחרים, בעתיד. בפסקה 31 לחוות הדעת אמנם מצוין כי יש לבחון זאת, אך בהמשך,

כל יתרת חוות דעתו נוגעת לבחינה של התנהלותם של מ' ושל המבקשים עצמם בלבד. בחינה זו אין בינה ובין הרתעה דבר.

103. כך, כב' השופט מציין כי "לפחות לגבי חלק מהעותרים היה למפקד הצבאי יסוד סביר לקבוע כי מ' סבר שהם מחזקים את ידיו במעשיו, או תומכים בהם בדיעבד. הראיות המינהליות הגלויות, התומכות בעמדה זו יובאו להלן". כב' השופט סוקר לעניין זה את דברי מ' עצמו; מציין את דבריו אהיו הבכור, המבקש 4, ממנו עולה לכאורה שהוא תומך בביצוע של פעולות טרור; ומציין שהוריו של מ', המבקשים 1-2, לא הביעו גינוי כלשהו למעשיו (ובהקשר זה מציין כי לא עשו כן בכתב העתירה או בדיון, בהתעלם מכך שלא הם כתבו את העתירה וכי הם עצמם לא נכחו בדיון).

104. בדומה, גם דבריה של כב' השופטת ברון תורמים לטשטוש זה בין התכליות, בציינה כי "בני הבית צריכים היו לדעת על אודות כוונותיו של יוצא חלצם" וכי "שני הוריו של מ', הגם שלא תמכו בפומבי במעשיו, בשום שלב לא גינו את הרצח המזעזע חרף הזדמנויות שהיו להם לעשות כן. התמונה המשפחתית המצטיירת אפוא, גם אם בדיעבד, היא של תמיכה בטרור".

105. אך עצם הניסיון לאתר ביטויים כאלה ואחרים מצד משפחתו של מ' לאחר מעשה, והמשקל הרב שמייחסים לכך השופטים הנכבדים, אינו עולה בקנה אחד עם התכלית המוצהרת של תקנה 119 – שהינה הרתעתית.

#### טענות נוספות מהותיות אשר לא זכו למענה במסגרת פסק הדין

##### **האיסור העקרוני על הריסת בתים**

106. כפי שפורט בהרחבה בעתירה, הריסת בתים הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות היסוד של חפים מפשע – לכבוד, לקניין ולאוטונומיה. הפעולה מהווה ענישה קולקטיבית, וככזאת מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי, וכן היא עומדת בניגוד לאמנות ומסמכים בינלאומיים שונים. המבקשים אף הציגו בפני בית המשפט הנכבד חוות דעת ממומחים מתחום המשפט, בהם פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז, שקבעו כי מדיניות הריסת הבתים מהווה הפרה של הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי.

107. בפסק דינו, קבע בית המשפט הנכבד כי אין צורך לדון בטענות אלה, אשר הוכרעו זה מכבר בפסיקה, שכן אחרת יהפוך בית המשפט הנכבד מבית משפט ל'בית שופטים' (ס' 26 לפסק הדין; ר' גם בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית).

108. ואומנם, טענות בדבר אי-חוקיות השימוש בתקנה 119 נדחו מספר פעמים על ידי בית המשפט נכבד זה, ואף נדחתה בקשה לדיון בהרכב מורחב בנושא זה (בג"צ 2828/16 אבו זיד נ' המפקד הצבאי (מיום 2.5.16) ובקשה לדיון נוסף (דנג"צ 2624/16 פתחי זכריא מסודי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 31.3.16)).

109. עם זאת, ככל שיעתר בית המשפט הנכבד לבקשה לדיון נוסף על בסיס הטענות לעיל, סבורים המבקשים כי ראוי לדון גם בטענות כבדות משקל אלו, אשר כפי שפורט בהרחבה בבקשה לדיון נוסף בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15), **למעשה מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד** (מלבד הפנייה לתקדימים קודמים של בית המשפט הנכבד עצמו). לכך מצטרפת העובדה שבעת האחרונה מספר רב של שופטים הביעו עמדה ברורה לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש (ראו לעניין זה את בג"צ 1630/16 פתחי זכריא מסודי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מיום 23.3.16, בג"צ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.16) (להלן: **"עניין אבו אלרוב"**). ובדבריו של כב' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 1.12.15):

"כעולה מסקירת הדברים בחוות דעתו של חברי, השופט שהם, הועלו בעתירה דגן טענות עקרוניות כלליות לגבי תוקפה ואופן הפעלתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה), לצד טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיה הספציפיות של העתירה דגן. בין היתר נטען כי תקנה 119 עומדת בסתירה לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות אלה האוסרים ענישה קולקטיבית, פגיעה ברכוש, וכן בסתירה לדיני זכויות אדם בינלאומיים. כן העלו טענות הנוגעות לעקרונות המידתיות של המשפט החוקתי הישראלי, לרבות טענות אפליה, וטענות באשר ליעילות הסנקציה וסבירותה...."

**... הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת. שעל עיקריהם אעמוד להלן בקצירת האומר.** איני סבור כי בתגובת המדינה לעתירה דגן ניתן מענה מספק לטענות המבקשים - הן לטענות העקרוניות-כלליות והן לטענות הפרטניות...."

110. מכאן כי למרות שלכאורה, על פי פסיקת כב' הנשיאה נאור, אין בטענות אלה כשלעצמן ובפני עצמן בכדי להוות עילה לדיון נוסף, לאור המחלוקת הרחבה הקיימת בקרב חלק משופטי בית משפט נכבד זה בדבר הצורך לשקול מחדש את עצם השימוש בתקנה, ומשמנע בית המשפט הנכבד מלהכריע בטענות אלה גם במסגרת עתירתו של מ', מצאו המבקשים לנכון להעלותן בקיצור נמרץ במסגרת בקשה זו.

111. אכן, יש טעם רב בעקביות המוסדית ובהיות הלכותיו של בית המשפט הנכבד הלכות של 'בית' ולא של שופטים. עם זאת, כמו בכל בית, נדרשים דייריו לבחון את מצבו ולתקנו מעת לעת, פן יוותר הבית לא ערוך להתמודד עם נסיבות חיים חדשות, ופן תאפיל היושנה על הצורך בקדמה והתפתחות. נהיר כי דברים אלה נכונים ביתר שאת, מקום בו אין בפני בית המשפט הנכבד הנתונים הדרושים לו על מנת לקבל החלטה סבירה ומידתית בנושא כך שמחד, תבטיח הרתעת מפגעים בעתיד אך מאידך תשמור על חוקיותה ומדתיותה של הסנקציה הננקטת, וכן כאשר כמפורט לעיל חלק מפסיקות בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119 סותרות חזיתית את הקביעות בפסק דין עג'ורי.

112. בנסיבות העניין, בהן עולה חשש ממשי שפעולותיו של המשיב עומדות בניגוד חריף של הוראות פוזיטיביות וקוגנטיות של המשפט הבינלאומי, משזכויותיהם הבסיסיות ביותר של חפים משפע מוטלות על הפרק, מי שמדובר בפעולה אשר לא רק כי השלכותיה הן רחבות והרסניות אלא כי הינה בלתי ניתנת להשבה, ראוי ומוצדק לכנס פעם נוספת את דיירי הבית ולדון בשאלה האם לא הגיעה העת לבחון פעם נוספת ומחדש את עמדת בית המשפט הנכבד בנושא. ויפים לעניין זה יפים לעניין זה דברי כב' הנשיא (כתוארו דאז) מ' שמגר:

"זאת ועוד, אף אם מתעוררת סתירה בין הלכה קיימת בבית-משפט זה מימים ימימה לבין המחשבה המשפטית המתחדשת, אין בכך, כשלעצמו, כדי לחסום דרכו של בית המשפט בבואו לפתח עיקרון חדש. מקובל עלינו, כי אם קיימת "תמימות דעים בין יודעי דת ודין, שהגיעה השעה לחידוש פני ההלכה", יכול הדבר "להיעשות ללא קושי בדרכים המקובלות של פיתוח ההלכה השיפוטית ושינויה של ההלכה" (ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, מג (1) 441, סעיף 19(ב) לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.04.1989))

#### חוסר מידתיות החלטת המשיבים

113. המבקשים יבקשו לשוב ולהזכיר את טיעוניהם בדבר חוסר מידתיות החלטת המשיבים (ראו פסקאות 50-63 לכתב העתירה), טענות שזכו למענה חלקי בלבד במסגרת פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניינו של מ'. כך, חרף ההלכה המפורשת בדבר החובה לבחון קיומה של חלופה פוגענית פחות בזכויות המבקשים, על דרך אטימת חדרו של מ' בלבד, הדבר לא זכה להתייחסות בפסק הדין.

114. כך, בהמשך לדבריו של כב' השופט מזוז בעניין אבו ג'מל שצוין לעיל, אשר נסמך על עמדותיו של כב' השופט בדימוס מ' חשין, במספר פסקי דין, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כמו גם חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, מחייבים את המסקנה, כי הסמכות למשיב קמה אך כלפי החלק בבית בו השתמש המחבל....". יצוין כי גם כבוד השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדה זו אף כי בדעת מיעוט (ר' בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015)).

115. במקרה שלפנינו ישובו ויטענו המבקשים, כי המשיב פועל תוך חריגה מההלכות שנקבעו, והחלטתו על עשיית שימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 היא צעד חמור וקשה, שאינו מתבקש מנסיבות העניין ומוביל לפגיעה בלתי מידתית במבקשים.

116. הותרת משפחה של זוג הורים ו-4 ילדים, בגילאים 12-21, ללא קורת גג, בגין מעשיו של קטין בן 15 וחצי, כאשר המשפחה חפה מפשע ולא היתה לה כל מעורבות במעשיו, כאשר למשפחה לא היתה כל אפשרות לדעת על המעשים הואיל ולא היו, וממילא לא הוכח שהיו לכך, כל סימנים מקדימים, וכאשר המבקש 1 מעיד שהיה פועל להניע את מ' ממעשים אלו לו צפה כי יפעל כך, נהיר כי שימוש בתקנה 119 בנסיבות אלה איננה יכולה להיחשב למידתית.



117. נוסף על זאת, המבקשים כבר נענשו מספיק בשל מעשיו של מ', כאשר נשללו מהמבקש 1 היתרי העבודה בישראל, ובכך בבת אחת נגדעה פרנסתו, והותירה משפחה של 6 נפשות ללא כל הכנסה. הפיכת המשפחה לחסרת בית תהווה בנסיבות אלה פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בעליל גם מטעם זה.

118. בהמשך לכך, גם העובדה כי במקרה זה מ' כבר הורשע במעשים שיוחסו לו, ובקרוב יגזר דינו בפני בית המשפט הצבאי – וניתן לשער כי תוטל ענישה מחמירה, הופכת את ההחלטה על הריסת ביתם של המבקשים לבלתי מידתית. למרות קביעתו של בית המשפט הנכבד, לפיה לא תמיד יהיה בעונש שיוטל בהליך הפלילי בהקשרים מסוג אלה בכדי להוות הרתעה מספקת וכי אין בהליך הפלילי כדי למנוע שימוש בתקנה 119, **הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו**. זאת, בפרט כאשר עניינו בנאשם שהוא קטין כה צעיר.

119. **לסיכום, לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על הותרת צו הביניים בתוקף עד להכרעה בבקשה, ולהורות על קיום דיון נוסף בפסק הדין, בהרכב מורחב.**

היום, 9.6.16

---

מיכל פומרנץ, עו"ד  
ב"כ המבקשים

---

אנו דעואל לוסקי, עו"ד  
ב"כ המבקשים