

בעניין:

1. אבו אלרוב, ת.ז.
  2. אבו אלרוב ת.ז.
  3. אבו אלרוב ת.ז.
  4. ' אבו אלרוב ת.ז.
  5. אבו אלרוב ת.ז.
  6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר  
מס' 580-163-517
- ע"י ב"כ עו"ד עו"ד מיכל פומרנץ ו/או עו"ד  
אנו דעואל לוסקי ו/או עו"ד מייסא ארשיד  
ו/או עו"ד מוריה שלומות  
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075  
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

המבקשים

- נגד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. היועץ המשפטי לאיו"ש  
באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים  
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

**בקשה דחופה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב 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 8786/17 אבו אלרוב נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, שניתן ביום 26.11.17. פסק הדין, שניתן בדעת רוב מפי כב' השופטים י' אלרון וא' שהם, כנגד עמדת המיעוט של כב' השופט מ' מזוז, דחה את 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 בכפר קבטיה שבצפון השומרון.

פסק הדין בבג"ץ 8786/17 מצורף ומסומן נספח א'

העתירה על נספחיה מצורפת ומסומנת נספח ב'

### **בקשה בהולה לעיכוב ביצוע**

בפסק דינו, בית המשפט הנכבד הותיר על כנו את הצו הארעי שהוצא במסגרת העתירה עד ליום 30.11.17 בשעה 12:00. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות על עיכוב ביצוע צו ההחרמה וההריסה שהוציא המשיב 1 כנגד בית המבקשים, וזאת עד לסיום ההליכים בבקשה דנן. בשים לב לכך שההליכים בעתירה נמשכו שבועיים, וכי הרצח שבגללו הוחלט על הריסת בית המבקשים אירע לפני חודשיים, לא יגרם נזק ממשי לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו בתקופה קצרה נוספת. ניסיון המשיבים לצייר מצג כאילו כל הריסת בית היא קריטית לנושא ההרתעה היא כמובן מוגזמת, ובשים לב לתהיות הממשיות הקיימות גם כך בנוגע לאפקטיביות ההרתעה, בוודאי שדחיית ביצוע ההריסה (ככל שבסופו של יום תדחה הבקשה לדיון נוסף) תקופה קצרה נוספת לצורך ליבון הסוגיות הקריטיות שעל הפרק – לא היא שתגרום להתמוטטות מערך ההרתעה וההגנה של מדינת ישראל.

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

### **בקשה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב**

לנוכח הטעמים לבקשה לדיון נוסף אשר שיפורטו להלן, הנוגעים בעיקרם לשאלות העקרוניות המתעוררות בנוגע לשימוש בתקנה 119, שאלות שטרם הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ואשר שופטי בית המשפט הנכבד חלוקים בנוגע להם, ולנוכח חשיבות הנושא, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום הדיון בבקשה זו בהרכב מורחב.

יצוין, כי המבקשים ביקשו כבר במסגרת הדיון בעתירה לדון בעתירה בהרכב מורחב, וכב' השופטים העירו במהלך הדיון שמן הראוי שכב' הנשיאה תדון בבקשה זו.

### **ואלה נימוקי הבקשה לדיון נוסף:**

1. המבקשים, זוג הורים ושלושה ילדים, מתגוררים בבית פרטי בכפר קבטיה שבצפון השומרון.
2. המבקש 1 (להלן: "המבקש") הינו אביו של מחמד זיאד מחמד אבו אלרוב (להלן: "מחמד") הנאשם ברציחתו של מר ראובן שמרלינג ז"ל ע"פ כתב אישום שהוגש ביום 29.10.17 לבית המשפט המחוזי מרכז. המבקש מתגורר בבית המיועד להריסה עם אשתו מנישואים שניים, היא המבקשת 2 (להלן: "המבקשת"). בבית המבקשים מתגוררים באופן קבוע שניים מילדיו של המבקש מנישואיו הראשונים לגב' חוריה נאפע כמיל (היא אמו של מחמד) - טארק, בן 17 וקוסאי, בן 15. יחד אתם מתגורר בבית בנם המשותף של המבקשים 1-2, אמיר בן השנתיים. כמו כן, המבקשת נמצאת בהריון מתקדם עם ילדם המשותף השני שלה ושל המבקש.
3. המבקשת 6, "המוקד להגנת הפרט", היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

4. המשיבים 1-2 הם האחראים על הוצאת צו החרמה וההריסה לבית המבקשים.
5. עניינה של בקשה זו סובב סביב גורל בית המגורים היחיד של המבקשים, בני משפחה, בו הם מתגוררים עתה, אשר ככל שיהרס, יותיר את בני המשפחה ללא קורת גג מעל ראשם. הטעם להוצאת הצו נעוץ בפעולותיו של מחמד, אשר מואשם בביצוע פיגוע על רקע לאומני, כאשר אין כל מחלוקת בין הצדדים שלמבקשים עצמם לא היתה כל ידיעה או מעורבות במעשים המיוחסים למחמד, שתוכננו ובוצעו בכלל בתוך תחומי מדינת ישראל, הרחק מהמבקשים.
6. למען הסר ספק, אין חולק שהמעשה בו מואשם מחמד הוא קשה ואכזרי, ותוצאותיו טרגיות וחמורות, אך בקשה זו עוסקת בעניינם של המבקשים שהינם בני משפחתו אשר לא היתה להם כל מעורבות במעשה ולא היתה להם הלכה למעשה כל אפשרות פרקטית למנוע אותו.
7. בעתירת המבקשים נטענו טענות עקרוניות הנוגעות לחוסר חוקיות השימוש בתקנה 119 – כי הריסת בתים ככלל הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע, ומנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטרי; כי הריסת בית המשפחה תביא לפגיעה בחפים מפשע, לרבות קטינים שלא היתה להם כל נגיעה או ידיעה למעשים שעל בסיסם מתבקשת הריסת הבית; וכי לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטות לעשות שימוש בתקנה 119. לצד זאת, נטענו טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיהם של המבקשים - העדר זיקת מגורים של מחמד לבית המיועד להריסה; ההחלטה נעדרת תשתית ראייתית עובדתית הרלוונטית לבחינת שאלת ההקשר של האירוע (לאומני או פלילי), והיכולת של המבקשים לדעת או למנוע את האירוע, וכל זאת בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי; ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה ואי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של מחמד והעדר יכולתם לצפות אותם.
8. כאמור לעיל, פסק הדין התקבל ברוב דעות, מפי כב' השופטים י' אלרון וא' שהם, כנגד עמדתו החולקת של כב' השופט מ' מזוז.
9. כב' השופט אלרון קבע כי הטענות העקרוניות שהעלו העותרים נדונו כבר במספר הזדמנויות (והפנה לפסק הדין בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15)), ושאין להידרש לסוגיות אלו מקום שההלכה הפסוקה בעניין היא ברורה. כן קבע כי מהחומר החסוי שהובא בפניו עולה שמתקיימת תכלית ההרתעה בשימוש בתקנה 119, הן בנוגע למחבלים פוטנציאליים ולהן לגבי סביבתם הקרובה. כב' השופט אלרון דחה את טענותיהם הפרטניות של המבקשים וקבע כי מהחומרים החסויים שהובאו בפני בית המשפט הנכבד עולה כי קיימת זיקה ממשית בין מחמד לבית המבקשים; כי אין ספק בדבר הרקע הלאומני למעשיו של מחמד וכי המנוח נרצח רק בשל היותו יהודי; כי אין בעובדה שהמבקשים לא ידעו על כוונותיו הזדוניות של מחמד כדי להצביע על פגם בהחלטת המשיבים; כי די בחומרת המעשים המיוחסים למחמד, לצד קיומן של אינדיקציות מוחשיות ליעילות ההרתעה, כדי להעדיף את הפגיעה הוודאית ברכוש על

פני הפגיעה המסתברת בחיי אדם; וכי אין בפגיעה בקטינים כדי להעיד על חוסר סבירות החלטת המשיבים.

10. כב' השופט שהם הצטרף לנימוקי חוות דעתו של כב' השופט אלרון, והוסיף נימוקים לחיזוק עמדה זו.

11. כב' השופט מזוז, בדעת מיעוט, סבר שיש לקבל את העתירה. בהקשר לטענות העקרוניות, כב' השופט מזוז קבע שמדובר בסוגיות שלהשקפתו טרם זכו לבירור מספק ועדכני בפסיקת בית המשפט הנכבד. בהקשר לטענות הפרטניות, סבר כב' השופט מזוז שבנסיבות העניין מתקיימת זיקת מגורים מוגבלת בין מחמד לבית המבקשים, ולכן הריסת בית המבקשים כולו במצב זה אינה סבירה או מידתית, וכן כי לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 119 כאשר לבני המשפחה לא היתה כל מעורבות במעשיו של המחבל, כפי הדבר בענייננו.

12. **המבקשים יטענו כי לנוכח המחלוקת בין כב' השופטים שהכריעו בעתירה, מחלוקת ששבה וחוזרת על עצמה פעם אחר פעם בפסקי דין רבים בנושא כאוב זה, הגיעה העת להידרש לעומק לסוגיות העקרוניות המתעוררות בנוגע לשימוש בתקנה 119, הן מכוח המשפט הבינלאומי והן מכוח המשפט הישראלי.**

13. סוגיות אלו יתומצתו בקצרה כך:

א. עצם שימוש בסמכות בתקנה 119 לצורך החרמת והריסת בית של בני משפחה של חשוד/נאשם בפעילות חבלנית נגד ישראל מנוגדת לאיסור בדיני הכיבוש על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי, ומהווה הפרה של אמנות זכויות אדם עליהן חתומה מדינת ישראל;

ב. שימוש בסמכות זו מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם מוגנות הנמצאות בלב ליבו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא ניתן לעשות שימוש בסמכות כלפי בני משפחה חפים מפשע שלא היתה להם מעורבות בפעילות החבלנית. אף אם מתקיימת תכלית ההרתעה, עקרונות יסוד של שיטתנו קובעים שלא פוגעים בחפים מפשע לצורכי הרתעת רבים.

ג. ניתוח אפקטיביות התכלית ההרתעתית של השימוש בתקנה 119 רק ביחס לאירועים חבלניים שנמנעו, ללא בחינה של התרומה המצערת של פרקטיקה זו להסלמה במצב הביטחוני ולהחרפת השנאה כלפי מדינת ישראל, מובילה להערכה חלקית ובעייתית של תכלית ההרתעה.

14. באשר לקשיות וחשיבות הנושא, נדמה שאין חולק ואין צורך להכביר מילים.

15. השאלה העומדת על הפרק היא כמובן אם נפסקה בפסק הדין הלכה חדשה, כנדרש על פניו על פי לשון סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 לצורך קיום דיון נוסף.

בהקשר זה יטענו המבקשים שחרף קיומה לכאורה של הלכה בנושא זה, בפועל הפרקטיקה השיפוטית מעידה שישנה עמימות רבה בנוגע לתוכן הלכה זו, ובנסיבות אלה, מתעוררת ההצדקה לקיום דיון נוסף.

16. אמנם בקשות קודמות שהגישה המבקשת 6 בעבר לקיום דיון נוסף או דיון בהרכב מורחב בנושא זה נדחו (כך, בדנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15), בדנג"ץ 2916/16 שרה עלי דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 10.4.16), ובבג"צ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 2.5.16)), אך החלטות אלו נתקבלו לפני למעלה משנה וחצי – תקופה בה חזרה הסוגיה לפתחו של בית המשפט הנכבד, והמחלוקת וריבוי הדעות נותרו על כנן.

17. המלומדים גיא הרפז ועמיחי כהן עמדו על עמימות ואי בהירות ההלכה בנושא השימוש בתקנה 119 במאמרם האחרון בנושא, "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים", משפט וממשל יט' תשע"ח, אשר אצרו ואצטט חלקים ממנו מפאת חשיבותו ותרומו לדיון.

המאמר מצורף ומסומן נספח ג'

18. כדברי המלומדים במבוא למאמר:

"מיפוי הפסיקה מגלה פסיפס מגוון של פסיקות, קריאות לשינוי ההלכות הנהוגות ומחלוקות שיפוטיות, אשר אין להן אח ורע במשפט הציבורי בישראל. המאמר מבקש להציג באופן ביקורתי את הכאוס שפשט לאחרונה בפסיקותיו של בית-המשפט העליון בתחום זה, ואת התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב ענייניים שיפוטי זה."

19. וכך בהמשך המאמר:

"הטעם האחר לתמיהה באשר להיצמדות של השופטים ל"דעת הבית" נעוץ בעובדה שאותם שבעה שופטים המתנגדים להלכה המחייבת מתקשים על שמירה עליה בשם אותה "דעת הבית", כאשר הבית מפוצל למעשה בין שלושה מחנות, ורוב דייריו אינם מסכימים עם אותה דעה, הלכה למעשה. לשון אחר, אותם שופטים מוכנים לפסוק, באופן אישי וקיבוצי, בסתירה להבנתם המשפטית, וזאת מן הטעם היחיד של שמירת לכידותו של המוסד השיפוטי שהם משתייכים אליו. שופטי העליון מחויבים ל"עצמת לכידותו של מסדר שופטי הבית", כלשונו של פרופ' שחר, בשעה שאין כלל סדר באותו "מסדר": בני המסדר מחזיקים בעמדות סותרות שאינן ניתנות ליישוב, והמחנה הגדול ביותר בתוך בית-המשפט הוא המחנה המערער על עצם חוקיותה של המדיניות. כלומר, יסודות הבית רעועים, והוא מפוצל לשלושה מחנות, אך שבעה מדייריו, המטילים ספק בחוקיותה של המדיניות, ממשיכים לקדש את דעת הבית, וזאת במחיר הכשרה של הריסת מספר רב של בתים, על כל אי-החוקיות הנובעת מכך."

20. בנסיבות אלה, כאשר כמחצית משופטי בית המשפט הנכבד סבורים שיש קושי משפטי עמוק בחוקיות מדיניות הריסת בתים של בני משפחה של חשודים/נאשמים במעורבות בפעילות עוינת

נגד ישראל, וסבורים שלא נערך דיון מעמיק דיו בסוגיות המתעוררות בנושא זה, וכתוצאה מכך, פוסקים בניגוד להלכה הקיימת לכאורה בעניין, או מטילים מגבלות משמעותיות ליישומה, הרי שהלכה למעשה קשה לומר שקיימת הלכה ברורה.

21. עמימות זו מודגמת היטב בנסיבות עניינם של המבקשים – כאשר עסקינן בבני משפחה שאין מחלוקת שלא היתה להם כל מעורבות במעשי הבן, חמורים ככל שיהיו, שספק אם היה בידיהם למנוע את מעשיו, וכאשר אף קיימת זיקת מגורים מוגבלת בין מחמד לבית. הכרעת שופטי הרוב בעניינם של המבקשים עומדת לכאורה בניגוד לקביעות ברורות שנתקבלו רק בתחילת החודש בפסק דין בבג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (ניתן ביום 7.11.17) (להלן: "עניין אלג'מל"). על אף שאותה עתירה נדחתה בדעת רוב וכנגד דעתו החולקת של כבוד השופט מזוז – מרבית חברי ההרכב סברו כי הגיעה העת לדיון מחודש בשאלות עקרוניות העוסקות בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119. אך יותר מכך, לפי עמדת הרוב שם שדחתה את העתירה (כב' השופטים עמית וברון), נקבעו מדדי מידתיות שלפיהן בנסיבות עניינם של המבקשים - בני משפחה חפה מפשע, כולל קטינים, שהריסת ביתם תותירם ללא קורת גג – היה נקבע שלא מדובר בהחלטה מידתית, לו היו יושבים שופטי אותו הרכב בעתירה נשוא בקשה זו.

22. המלומדים הרפו וכהן עומדים במאמרם על התוצאות החמורות שיש לשיטתם למצב דברים זה:

א. ריבוי ההלכות הסותרות יוצרים כאוס בנוגע להלכה המחייבת, דבר המוביל לחוסר ודאות וחוסר יציבות, אשר מצידו מוביל לפגיעה בתכלית ההרתעתית;

ב. מבחינה מוסדית נוצר למעשה מעין מרד שיפוטי, כאשר שופטים מביעים לעיתים תכופות עמדות "מרדניות" בשורה של פסקי-דין, ועובדה זו עלולה לכרסם באמונם של אנשי המקצוע במערכת השיפוטית;

ג. ספק אם נכונותם של שופטים כה רבים לפסוק בניגוד להבנתם המשפטית (ואולי אף בניגוד לצו מצפונם) מתיישבת עם החופש האינטלקטואלי המצופה משופטי העליון, ויש בכך לכרסם באמון שהמערכת המשפטית והבטחונית מייחסת למוסד השיפוטי – מוסד שכל עוצמתו תלויה באותו אמון;

ד. הפרקטיקה שעל-פיה השופטים פוסקים בניגוד להבנתם המשפטית עומדת בסתירה לציווי של המחוקק הישראלי המעוגן בחוק-יסוד: השפיטה, שעל-פיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין";

ה. במצב בו שופטים רבים מעוניינים לשנות או להפוך את ההלכה המאשרת את חוקיותה של מדיניות הריסת הבתים, אך נמנעים מלעשות זאת בשל חששם מהפיכת בית-המשפט לבית-שופטים - במקום זאת הם מטילים באופן ספורדי ואקלקטי מגבלות שונות על המדיניות, ומבקרים באופנים שונים וסותרים היבטים חוקיים שונים שלה, והתוצאה הסופית של מהלך

זה היא הפוכה מהרצון המוצהר של השופטים עצמם – בית-המשפט הפך את עצמו בתחום זה מבית-משפט לבית-שופטים, כך שסיכוייה של עתירה להתקבל תלויים בזהות ההרכב.

23. המלומדים מסכמים את המאמר כך:

"התוצאות המשפטיות והמוסדיות השליליות הנובעות ממצב העניינים שנותח במאמר, כמו-גם הצורך להתעמת באופן מעמיק ומקיף עם הספקות הכבדים שהועלו על-ידי מספר רב של שופטי עליון, מחייבים לדידנו קיומו של דיון מעמיק בהרכב מורחב בעניין זה. ריבוי פסקי-הדין, הדעות השיפוטיות השונות והמגבלות הרבות (והסותרות לעיתים) העולות מפסקי-דין אלה יוצרים הלכה למעשה בית-שופטים המורכב משופטים שונים בעלי קולות שונים וסותרים. דבר זה מחייב את קיומו של אותן דיון מחודש, אשר יעצור את תהליך הפיכתו של בית-המשפט לבית-שופטים."

24. המבקשים מצטרפים לעמדה זו, ועל פניו נדמה שראוי שגם המשיבים יתמכו בבקשה לעצם קיום דיון נוסף, לנוכח התוצאות הקשות של "הכאוס השיפוטי" שנוצר בנושא, אף אם הם חלוקים על תוכן ההלכה שהמבקשים עותרים לקבל במסגרת הדיון הנוסף.

25. היצמדות נוקשה ללשון סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, ודרישת קיומה של הלכה חדשה ומפורשת לצורך קיום דיון נוסף בנושא, עלולה ליצור מצב בעייתי שעיקרו כי לעולם לא יתקיים דיון עומק באותן סוגיות עקרוניות, אשר כמחצית משופטי בית המשפט הנכבד סבורים שיש לקיימו. במצב הנוכחי בו שופטים לא דנים בטענות העקרוניות, בין אם בנימוק שהן כבר הוכרעו, ובין אם מתוך כבוד מוסדי לפסיקות קודמות (אף שלכאורה הן אינן מחייבות), הרי שלא צפוי כי ייתכן בעתיד פסק דין עם הלכה חדשה או שונה בנושא העקרוני. לכן, פרשנות צרה של הסמכות לקיום דיון נוסף, בנימוק מעגלי שדיון נוסף ניתן כשיש נימוקים מעוררי מחלוקת לפסקי דין, ולא כאשר אין נימוקים (כדברי מיכאל ספרד במאמרו "קללת בג"ץ: על האחריות האישית לענישה קולקטיבית – בעקבות בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית", המשפט ברשת: זכויות אדם - מבזקי הארות ופסיקה (2016) <https://www.colman.ac.il/sites/default/files/sfard.pdf>), יוביל למצב קפקאי בו לעולם לא יהיה דיון נוסף בסוגיה עקרונית וחשובה זו.

26. ודוק, נדמה שפסיקת בית המשפט הנכבד עצמו אינה מחייבת פרשנות צרה זו. כך, כפי שנקבע על ידי כב' השופט חשין בדנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס (החלטה מיום 6.4.03), בעתירה לדיון נוסף שתוארה על ידו כ"עתירה שאין עניינה ב"הלכה חדשה" במובנה הרגיל אלא בהלכה חשובה וקשה על רקע הצטברות הלכות קודמות זו-על-גבי-זו":

"הקורא בעתירת המדינה יכיר בנקל כי אין היא עתירה מן-המניין לקיומו של דיון נוסף. ואמנם, פסק הדין שניתן בערעורו של שבס אינו אומר לקבוע הלכה "חדשה" במובנו הרגיל של המושג "הלכה חדשה". מכריע הוא במסכת העובדות שהונחה לפניו על-פי ההלכה הקיימת. ואולם גם זו אמת, שהעיקרים הבונים את העבירה של מירמה והפרת אמונים, ותחומי התפרשותה של

העבירה, מעורפלים הם למדי. אכן, התמונה הנחזית של ההלכה הקיימת בעניינה של עבירת המירמה והפרת אמונים - כך גם בעניינו של שבס - רחוקה היא מאוד מהניח את הדעת. מעבר מזה, מדברים אנו בעבירה שקשה להגזים בחשיבותה מבחינתם של המינהל התקין, אינטרס הציבור וטוהר המידות של עובדי הציבור. [...]

זאת ועוד: בשנים האחרונות הוגשו כתבי אישום לא מעטים נגד אישי ציבור בעבירה זו של מירמה והפרת אמונים, ואולם פסקי הדין שניתנו לא הבהירו במידה מספקת את יסודותיה ולא היתוו בדיוק הראוי את קו הגבול בין התנהגות שאין בה אלא פגיעה באתיקה או הפרה של כללי משמעת לבין התנהגות הנושאת אופי פלילי. הנדרש מכאן הוא, שאין הלכה הקובעת אמות-מידה ברורות די-הצורך להנחייתם של עובדי ציבור בעת מילוי תפקידם, ולהנחיית הרשויות הממונות על אכיפת החוק בפתיחתן של חקירות ובהגשת אישומים בעניינה של עבירה זו. אם אין די בכך, הנה היעדר הבהירות באשר להיקפה של העבירה בא לידי ביטוי מטריד - פעם אחר פעם, וכן אף בעניינו - בחילוקי דעות המתגלעים בין השופטים בשאלה אם התנהגות פלונית באה או אינה באה בגדריה של העבירה.

על רקע דברים אלה כולם שקלתי את עתירת המדינה ואת טעמי ההתנגדות של שבס; שקלתי כל אלה והיגעתי לכלל מסקנה כי יש ונכון להורות על קיומו של דיון נוסף. אכן, ערפל כבד זה הנח על העבירה ראוי לו כי יוסר או, למיצער, כי יתפוגג ולו במיקצת. במובן זה, כך סבור אני, ההלכה בעניינו הלכה היא שמפאת "חשיבותה" ו"קשיותה" - כמשמעות מושגים אלה בהוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 - ראוייה היא כי תידון בדיון נוסף. אפשר אף ניתן לומר כי מדברים אנו במצב בו קיימת סתירה בין הלכות שנפסקו על-ידי בית המשפט העליון. ראוי להם לבתי המשפט כי יעשו את כל הניתן, כיכולתם, להבהיר את עיקריה ואת תחומי פרישתה של העבירה. בוודאי ראוייה היא ההלכה לדיון נוסף בה מבחינת אינטרס הציבור."

27. דברים אלו רלוונטיים לבקשה זו בצורה מדויקת, כאילו נכתבו במיוחד לתמיכה בבקשה זו, לנוכח כלל הנימוקים שהוצגו על ידי כב' השופט חשין - ערפולה של הוראת תקנה 119, התמונה הנחזית של ההלכה הקיימת שהינה רחוקה מאוד מהניח את הדעת, העובדה כי מדובר בסמכות שקשה להמעט בהשלכותיה הקשות לכאן או לכאן, העדר הלכה הקובעת אמות-מידה ברורות וחילוקי הדעות הכבדים בין השופטים השונים.

28. בדומה, כב' המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין נעתר לבקשה לקיום דיון נוסף בדנג"צ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (החלטה מיום 12.7.17), בעניין פתיחת מרכולים בשבת, על אף ההתלבטות בשאלה האם פסק הדין קבע הלכה חדשה כנדרש בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, וזאת מפאת חשיבות הסוגיה והחשיבות להכריע בה כשכלל העמדות לפני בית המשפט הנכבד.

29. על כן, וכפי שיפורט, המבקשים עותרים לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב בסוגיות שתוארו לעיל.

#### עיקרי העובדות הצריכות לעניין



30. כאמור, צו ההחרמה וההריסה שהוצא על ידי המפקד הצבאי נוגע לבית בכפר קבטיה שנמצא בבעלותו של המבקש, אביו של מחמד. מדובר בבית פרטי שגודלו כ-140 מטר וכולל 3 חדרים, שירותים, סלון ומרפסת.
31. המבקש ואמו של מחמד, גב' חורייה כמיל, התגרשו לפני 5 שנים, שניהם נישאו מאז בשנית והם מתגוררים בנפרד, כל אחד עם משפחתו.
32. המבקש מתגורר בדירה אשר בכוונת המשיבים להרוס יחד עם אשתו מנישואים שניים, המבקשת, וכן עם שני ילדיו מנישואיו הקודמים, טארק בן ה-17 וקוסאי בן ה-15, ועם בנו בן השנתיים אמיר, פרי נישואיו עם המבקשת, בנוסף - המבקשת נמצאת בהריון מתקדם עם ילד נוסף של בני הזוג.
33. המשיבים מבקשים להרוס את בית המבקשים בשל המעשים המיוחסים למחמד, בנו של המבקש מנישואיו הראשונים. כתב האישום כנגד מחמד (ואדם נוסף, מר יוסף כמיל) הוגש ביום 29.10.17, ומייחס לשניים ביצוע עבירת רצח בכוונה תחילה (עבירה לפי סעיף 300(א)(2) ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) של מר ראובן שמרלינג ז"ל במחסן פחמים בכפר קאסם. טענת המאשימה היא כי הרצח בוצע על רקע לאומני. בנוסף מואשמים השניים בכניסה וישיבה בישראל בניגוד לחוק, עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.
34. על פי כתב האישום, מר כמיל הציע למחמד לבצע פיגוע דקירה, ומחמד סירב. לאחר מכן השניים החלו לעבוד בכפר קאסם במחסן של המנוח, מר שמרלינג, אז הציע מר כמיל למחמד לרצוח את אחד היהודים העובדים במחסן, כנקמה על כך שחברם נהרג כשנתיים קודם לכן על ידי כוחות צה"ל בעת שניסה לבצע פיגוע דקירה. לכך מחמד הסכים. על רקע החלטה זו, **"ועל רקע תחושת כעס של הנאשמים כלפי המנוח סביב יחסי העבודה ביניהם"**, הם החליטו להרוג את מר שמרלינג. השניים ביצעו את התוכנית ביום 4.10.17 לאחר שמר שמרלינג נזף בהם באותו יום. (עותק מכתב האישום בעניינו של מחמד צורף לעתירה נספח 2).
35. מחמד, בן 19, התגורר מיד לאחר גירושי הוריו ועד תחילת לימודיו בבית ספר תיכון עם אמו, ורק אז עבר לגור בבית אביו, וגם זאת לסירוגין. המבקש ובנו מחמד מסוכסכים ורבים לעיתים קרובות, ולכן מחמד היה עובר מבית אביו לבית אמו וחזרה לעיתים קרובות. מכאן, **שבית המבקשים המיועד להריסה אינו מהווה את ביתו הקבוע של מחמד**. בסוף שנת 2015 או תחילת שנת 2016 עצרו כוחות הביטחון המסכל הפלסטיניים את מחמד בחשד לדקירה, למשך חודש, ולאחר שחרורו חזר מחמד להתגורר בביתו של המבקש למשך כ-3 שבועות, אז נעצר על ידי כוחות צה"ל (ביום 8.2.16) למשך 8 חודשים במעצר מנהלי. לאחר שחרורו מהמעצר המנהלי בחודש אוקטובר 2016, חזר מחמד להתגורר בבית המבקשים למשך כחצי שנה (כאשר לן לסירוגין גם בבית אמו), אך החל מחודש מאי 2017 ועד סמוך למעצרו לפני כחודש, התגורר מחמד אצל אמו. **המבקש למעשה לא נמצא בקשר עם בנו מחמד מזה כחצי שנה, ומחמד לא גר בבית המבקשים במהלך כל תקופה זו**. בנוסף, כעולה מכתב האישום בעניינו של מחמד (ראו סעיף 5 לכתב האישום) עבר

מחמד כבר בחודש ספטמבר 2017 להתגורר במחסן הפחמים בו עבד בכפר קאסם. לפיכך, מכל האמור עולה כי אין למחמד זיקת מגורים משמעותית לבית המיועד להריסה.

העתק מהחלטות בית המשפט הצבאי בעניין מעצרו המנהלי של מחמד מצורף ומסומן נספח ד'

יוער, שבעניין התקופות בהן התגורר מחמד בבית המבקשים והתקופות בהן הוא לא התגורר בביתם נפלו בעתירה אי דיוקים עובדתיים, שתוקנו בשל דחק הזמן ואי הבנות שנפלו בשיחה עם המבקש, ועל כך הח"מ מתנצלת.

36. באשר לאירוע החמור אשר מחמד חשוד במעורבותו, אזי כאמור לעיל, המבקשים אינם יודעים מה היה חלקו של מחמד בו. כפי שצוין, למבקש היתה מערכת יחסים מורכבת עם בנו, מחמד, וזאת בלשון המעטה. המבקש כלל לא ידע מדוע נעצר בנו בעבר ע"י כוחות הביטחון הישראליים, ולא דיבר איתו על כך. למעשה, לדברי המבקש, לא היה לו כל קשר עם בנו מאז חודש מאי 2017, כלומר מזה כחצי שנה. למבקשת, אשתו השנייה של המבקש, בוודאי ובוודאי שאין קשר ישיר עם בנו של בעלה ולכן לא המבקש ולא המבקשת ידעו או יכלו לדעת על תכניותיו ומעשיו של מחמד. בנוסף, עקב היעדרותו הממושכת של מחמד מבית המבקשים גם קשריו עם אחיו הקטינים רופפים ביותר ולכן לא היו יכולים להיות שותפים לתכניותיו ומעשיו.

37. המבנה המיועד להריסה מהווה את בית המגורים היחיד שיש למבקשים, אין למבקשים כל חלופות אחרות ולפיכך, מקום בו יוחלט על הריסת הבית למרות האמור, יוותרו בני המשפחה – הורים, 3 קטינים ופעוט שבקרוב יצא לאוויר העולם – ללא קורת גג מעל לראשם.

38. השתלשלות העניינים עד להגשת העתירה מפורטת בכתב העתירה שצורף לעיל, וכאן תצוין בקצרה. ביום 25.10.17 התקבלה במשרדי הח"מ הודעה מטעם המשיב בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את בית המגורים של מחמד, מכח תקנה 119, ונמסר שהכוונה לבית האב, הוא המבקש. חרף זאת, ההודעה נמסרה בפועל גב' כמיל, היא אמו של מחמד. בעקבות זאת הודיע יועמ"ש איו"ש שמסירת ההודעה לגב' כמיל היתה בשגגה, וכי ההודעה מבוטלת, וכי הם שבים ומודיעים על כוונה להרוס את בית המבקשים. ביום 1.11.17 הוגשה למשיבים השגה כנגד הריסת בית משפחת המבקשים, וביום 7.11.17 נשלח למשרדי הח"מ מענה מלשכת יועמ"ש איו"ש הדוחה את ההשגה.

39. ביום 12.11.17 הוגשה העתירה נשוא הבקשה (בג"ץ 8786/17, להלן: "העתירה"), וניתן צו ארעי המשהה את צו ההחרמה והריסה שהוצא נגד ביתם של המבקשים.

40. ביום 14.11.17 הוגש כתב תשובה מטעם המשיבים, בו טענו כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה, כי הפעלת סמכות המשיב לפי תקנה 119 היא חיונית לצורך הרעת מפגעים נוספים, וכי על פי התחקורים שנערכו על ידם למחמד ולמבקש עולה שבית המבקשים הוא בית המגורים העיקרי של מחמד.

כתב התשובה מצורף ומסומן נספח ה'

41. ביום 15.11.17 נערך דיון במעמד הצדדים בפני כב' השופטים י' אלרון, א' שהם, ומ' מזוז, אשר במסגרתו ביקשה הח"מ לקבוע דיון בעתירה בהרכב מורחב, ובסיומו התקיים דיון במעמד צד אחד בחומר חסוי מטעם המשיבים. יוער, שבמהלך הדיון הח"מ טענה שאין טעם לדון באטימה של החדר הספציפי בו התגורר (לעתים) מחמד בבית המבקשים, אך היא תבקש לחזור מטענה זו – מובן, שהמבקשים סבורים שאין כל הצדקה להריסת הבית ככלל, אך בלית ברירה יסתפקו גם בסנקציה המקלה של אטימת חדר אחד בבית, דבר שלפחות לא יותיר אותם חסרי בית.

#### פרוטוקול הדיון בעתירה מצורף ומסומן נספח ו'

42. מיד לאחר הדיון, הגישה הח"מ בקשה לבית המשפט הנכבד להתיר לה לעיין ולהתייחס לתחקורים שנערכו למחמד ולאביו, אשר הוצגו לבית המשפט כחומר חסוי, ואשר על בסיסם נקבע כי יש למחמד זיקת מגורים לבית המבקשים. נטען, שאין כל סיבה שתחקור שנערך למבקש עצמו, ולבנו, יהיה חסוי מפני המבקשים, ושנדמה כי קיים פער בין מה שהמשיבים טוענים שכתוב בתחקור המבקש לבין מה שהמבקש מספר שאמר לרשויות הביטחון – שכן לדבריו סיפר שמחמד לא התגורר עימו כחצי שנה לפני הרצח. בית המשפט הנכבד דחה בקשה זו.

#### הבקשה וההחלטה מצורפים ומסומנים נספח ז'

43. ביום 26.11.17, בית המשפט הנכבד דחה את העתירה, כמפורט לעיל, תוך שהוא קובע כי צו הביניים שמונע את הריסת בית המבקשים יפקע בצהרי יום 30.11.17. מכאן, בקשה זו.

### הטיעון המשפטי

#### האיסור על הריסת בתים – אי חוקיות במישור הסמכות

44. כאמור לעיל, וכמפורט בעתירה, קיימים טיעונים כבדי משקל המעידים שעצם הסמכות הקיימת בתקנה 119, ככל שנועדה להריסת בתיהם של קרובי משפחה חפים מפשע, עומדת בניגוד בוטה להוראות המשפט הבינלאומי.

45. המבקשים יפנו בהקשר זה לחוות דעת מומחים שצורפה לבקשה לדיון נוסף, דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.15) (להלן: "חוות הדעת", ו"בקשת המוקד לדיון נוסף", בהתאמה), שנכתבה על ידי פרופ' יובל שני, פרופ' מרדכי קרמניצר, פרופ' ארנה בן נפתלי ופרופ' גיא הרפז.

#### חוות הדעת מצורפת ומסומנת נספח ח'

46. בחוות-דעתם מפרטים המומחים – מצמרת המחקר והכתיבה בתחומים הרלבנטיים לבקשה זו – את עמדתם, שתומכת בטענות המבקשים, ומבהירה כי (1) מדיניות הריסות הבתים אינה חוקית, ואף עלולה לגרור אחריות כפשע מלחמה (2) וכי פסיקת בית המשפט הנכבד לא התמודדה מעולם עם הטענות מתחום המשפט הבינלאומי.

47. על שני רכיבים אלו אעמוד להלן.

48. הריסת בתים אינה חלק מדיני הכיבוש אלא מתבססת על תקנות ההגנה (שעת חירום) – 1945, דבר חקיקה מנדטורי. צעד זה מנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי המינהגי ולדיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב 1 הוא חליף הריבון בשטחים הכבושים ובידיו סמכויות נרחבות שעיקרן דאגה לאוכלוסייה האזרחית ושמירה על בטחון כוחותיו והדין הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

49. החרמת והריסת בית המבקשים מנוגדת לאיסור בדיני הכיבוש על שימוש בענישה קולקטיבית ועל החרבת רכוש פרטי. כך, בסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה הרביעית):

"33. שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורה."  
"53. אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

50. כן ראו תקנות 46 ו-50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907), האוסרות על החרמת רכוש פרטי או הטלת עונש קיבוצי בשל מעשיהם של בודדים. **איסורים אלו מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי ולפיכך מחייבים את מדינת ישראל.**

51. בהקשר לטענה שתכלית הריסת הבית בהקשר זה הינה הרתעה ולא ענישה, ראוי להזכיר כי בפסק הדין הראשון בו נדונה בבית משפט נכבד זה תקנה 119, הגדיר בית המשפט את הסנקציה מכוחה **"פעולת עונשין בלתי שגרתית, שמטרתה העיקרית היא הרתעה מפני ביצוע מעשים דומים"** (בג"ץ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לד(1) 464, פסקה 3 (1979), להלן: **"בג"צ סחוויל"**)).

52. בנוגע לשני איסורים אלו ולאופן בו השימוש בתקנה 119 מפר אותם קיימת כתיבה משפטית נרחבת, שפורטה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת העתירה בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (מיום 31.12.14) (להלן: **"העתירה העקרונית"**). **ככל שבית המשפט הנכבד יעתר לבקשה לקיום דיון נוסף, יבקשו העותרים להשלים את טיעוניהם בעניין זה.**

53. הריסת בתים בנסיבות אלו מנוגדת אף למשפט זכויות האדם הבינלאומי המחייב את המשיב, ומשמש אמת מידה לבחינת פעולותיו (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14.12.2006); בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (30.1.2008); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (15.9.2005)).

54. כך, הריסת בתים בנסיבות אלו עומדת בניגוד להוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966, אושררה 1991), היות שהיא מפרה את זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באופן חופשי הקבועה בסעיף 12 לאמנה; את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו (סעיף 17 לאמנה); את הזכות לשוויון בפני החוק (סעיף 26) וכן מהווה עונש אכזרי, בלתי אנושי ומשפיל (סעיף 7 לאמנה).

55. וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על פרשנות האמנה ובחינת יישומה במדינות החברות, קבעה בהחלטה משנת 2003 כי הריסת בתים ובכלל זאת אטימתם מנוגדת לסעיפים 33 ו-53 לאמנת ג'נבה (ר' Commission on Human Rights Resolution 2003/6, בסעיף 15), ובדו"ח משנת 2003 נקבע כי הריסת בתים מנוגדת לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, וכי על מדינת ישראל לחדול מהפרקטיקה האמורה (ר' Concluding observations of the Human Rights Committee, CCPR/CO/78/ISR, בסעיף 16).

56. רק לפני כשנה וחצי, במסגרת ההערות המסכמות של וועדת האו"ם האמונה על יישום האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (CAT) בנוגע לישראל מחודש מאי 2016, ציינה הוועדה שהיא "מודאגת כי מדיניות הריסות הבתים העונשיות בהם התגוררו עבריינים או עבריינים לכאורה בביצוע פיגועים נגד ישראלים חודשה ביולי 2014 לאחר שהושעתה ולא היתה בשימוש מאז 2005" וכי "על המדינה החברה [מדינת ישראל – מ.פ.] לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי לשים קץ למדיניות הריסות הבתים העונשיות, מכיוון שהיא מפרה את סעיף 16 לאמנה [הסעיף הקובע שמדינה חברה תקבל על עצמה למנוע בכל שטח שבסמכות שיפוטה מעשים אחרים של יחס אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל, או עונשים שאינם בחזקת עינויים – מ.פ.] (מתוך התרגום לעברית שנערך על ידי משרד המשפטים, <http://www.justice.gov.il/Units/InternationalAgreements/IA/Reports/ReportsUNCommittees/ConclusionsHebrew2016.pdf>).

57. הריסת בתים עומדת גם בסתירה לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966, אושררה 1991), המענגת בסעיף 11 את הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים, ובסעיף 10 את ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי.

58. הפגיעה הממשית שתיגרם כתוצאה מהריסת הבית לשלושת הקטינים, מנוגדת גם למחויבותיה של מדינת ישראל על פי האמנה בדבר זכויות הילד, ובפרט לפי סעיפים 2(ב):  
"ב. המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמדו, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו".  
וסעיף 38 לאמנה:

"א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד ולהבטיח כי יכובדו כללים של חוק הומניטרי בינלאומי החלים עליהן במצבים של מאבק מזוין, והנוגעים לילד.

...

ד. בהתאם למחויבותן על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי להגן על אוכלוסייה אזרחית במהלך מאבקים מזוינים, ינקטו המדינות החברות כל צעד אפשרי כדי להבטיח הגנה וטיפול לילדים הנפגעים על ידי מאבק מזוין".

59. כפי שנקבע בחוות הדעת, מדיניות הריסת ואטימת הבתים עלולה, בנסיבות מסוימות, לעלות לכדי פשע מלחמה, על פי המשפט הפלילי הבינלאומי ואמנת רומא (Rome Statue of the International Criminal Court). חוות הדעת מפנה לסעיף 8(2) לאמנת רומא שקובע כי הפרות חמורות מסוימות של אמנת ג'נבה, בין היתר של סעיף 53 שהוזכר לעיל, עשויות להיחשב כפשע מלחמה. בהמשך לכך, סעיף 8(2)(a)(iv) לאמנת רומא קובע כעבירה פלילית: "unlawfully extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly".

60. בחוות הדעת מוסבר כי הריסת או אטימת בתים אינדיבידואלית ככל הנראה לא תיחשב כפגיעה רחבת היקף, כפי שנדרש בסעיף, ואולם:

"מדיניות אשר במהלך השנים הביאה להריסתם של מאות ואפילו אלפי בתים ללא צידוק של כורח צבאי, עלולה לעבור את הסף הנדרש לקיום דרישת ההפרה המפגיעה שבסעיף 8(2)(a)(iv). ובהמשך "עצם קיומה של האפשרות לבחינת המדיניות בכללותה במונחים של פשעי מלחמה ממחישה עד כמה חורגת מדיניות זו מאמות מידה חוקיות בינלאומיות. אכן, אין לשלול את האפשרות שתיפתח חקירה כדי לברר אם ניתן למצוא אדם שישא באחריות פלילית לפגיעה רחבת היקף ברכוש בגין המדיניות של הריסת בתים. במקרה כזה, העובדה שהריסת הבתים אושרה ע"י בית משפט לאומי לא תמנע חקירה כזו" (עמ' 23 לחוות הדעת).

61. בהמשך מתייחסת חוות הדעת לכך שמדיניות המשיב עלולה להיחשב כפשע מלחמה מעצם היותה ענישה קולקטיבית. על אף שאין התייחסות ישירה לענישה קולקטיבית כפשע מלחמה באמנת רומא, זו עשויה להיחשב כ-"יחס לא אנושי", פעם נוספת לפי סעיף 8(2)(a)(iv). בהקשר זה יצוין שוב, כפי שמודגש בחוות דעת כי "קיימת כמעט תמימות דעים בין המלומדים כי האיסורים השונים על ענישה קולקטיבית על פי המשפט ההומניטרי הינם מוחלטים, וזאת מבלי להתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה, וכי איסורים אלה אינם כפופים לחריג של "כורח צבאי" או כל חריג אחר." (עמ' 28 לחוות הדעת).

62. על כן, חוות הדעת אינה שוללת את האפשרות כי מדיניות הריסת ו/או אטימת הבתים, בהיקף הנוכחי כפי שמבצעת ישראל מאז חידשה את מדיניותה בנוגע להפעלת תקנה 119, עונה על דרישות היסוד העובדתי של פשע מלחמה, על בסיס המשפט הפלילי הבינלאומי, ובהמשך לכך מציינת כי העובדה שהפרות אינן מטופלות במישור הלאומי מגדילה את הסיכוי להתערבות מצד רשויות בית הדין הבינלאומי.

האמנם טענות אלו נדונו והוכרעו על ידי בית המשפט הנכבד?

63. כאמור, שופטי הרוב בעתירה נשוא בקשה זו, בניגוד לדעת המיעוט, סירבו לדון בטענות העקרוניות שהועלו על ידי המבקשים בנימוק שטענות אלו כבר הוכרעו (תוך הפניה בעיקר לפסקי הדין בעתירה העקרונית ובבקשת המוקד לדיון נוסף) ואין מקום לשוב ולהידרש אליהן.
64. המבקשים סבורים שיש קושי לומר שטענות כבודת משקל אלו הוכרעו, כפי שגם סבורים חלק משופטי בית המשפט הנכבד, עורכי חוות הדעת והמלומדים הרפז וכהן במאמרם. ואם הטענות לא הוכרעו, בוודאי שיש מקום להידרש אליהן.
65. כך, למרות שסוגיית החוקיות של הפרקטיקה והמדיניות שלצידה נדונה לכאורה בבית המשפט הנכבד במאות עתירות שהוגשו במקרים הפרטניים שבהן הוצאו צווים מכוח תקנה 119, **למעשה, מאז שנות השמונים לא נדונו הטענות המשפטיות לגופן, לא נבחנה הביקורת על אותם פסקי הדין הראשוניים, בית המשפט הנכבד לא התמודד עם הכתיבה הרבה בנושא – והעתירות נדחו תמיד תוך הפניה חזרה להגמקה (הדלה ביותר) שנכללה באותם פסקי דין ראשוניים בנושא, משנות ה-70 וה-80.**
66. אף שנעשה שימוש מאסיבי בתקנה 119 בשנים הראשונות לכיבוש, הפעם הראשונה שבג"ץ נדרש לשאלת החוקיות שבהריסת הבתים העונשית מתוקף תקנה 119 התרחשה בשנת 1979, במסגרת בג"צ **סהוויל**, שם אישר בית המשפט את אטימת חדרו של אדם שהורשע במתן סיוע למבצע פיגוע ובהחזקת חומרי נפץ, וזאת בבית אמו. כפי שצוין לעיל, בית המשפט קבע שמדובר בפעולה **עונשית** שמטרתה **הרתעתית**. בנוסף, בית המשפט דחה באותו פסק דין את הטענה שהסמכות לפי תקנה 119 סותרת איסורים הקבועים באמנת ג'נבה הרביעית, וזאת בנימוק שתקנה 119 היא חלק מה"דין המקומי", ולכן הוא נותר בתוקף גם אם הוא סותר את הנורמות של המשפט הבינלאומי.
67. הצדקה זו חזרה על עצמה בג"צ 897/86 רמזי חנא ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פד מא(2), (522), וזוהי למעשה התשובה המשפטית, שבית המשפט הנכבד שב ומצטט מאז ועד ימינו. עמדה זו, כמפורט בחוות הדעת, וכפי שיבקשו המבקשים לפרט בטיעון משלים (ככל שיעתר לכך בית המשפט הנכבד) כלל אינה מוצדקת ואינה נכונה משפטית. אין כל הכרח בטיעון שדין מקומי (תקנה 119) אשר מחייב את הכוח הכובש להפר הוראה אחרת של דיני הכיבוש (האיסורים על ענישה קולקטיבית ופגיעה ברכוש מוגנים) עדיף עליו, כפי שגם הסכימו כל המלומדים שנדרשו לסוגיה.
68. מכאן, שלמרות החזות של מאות פסקי דין שאישרו את הפרקטיקה, רק בשני פסקי הדין לעיל דן בית המשפט הנכבד לגופן בטענות הענישה הקולקטיבית ופגיעה ברכוש מוגנים, ולמעשה בכל עשרות פסקי הדין האחרים הפנה בית המשפט לאותם שני פסקי דין ראשוניים, או לפסקי דין שהפנו אליהם. כלומר, **בשלושים השנים האחרונות לא דן בית המשפט מחדש בטענות המשפטיות המרכזיות העומדות ביסוד הטענה, כי הסמכות מכוח תקנה 119 אינה חוקית ומהווה הפרה חמורה של הוראות דין במדרג נורמטיבי גבוה יותר.**

69. על רקע זה הוגשה העתירה העקרונית, מטעם המוקד להגנת הפרט וארגוני זכויות אדם נוספים, בדרישה לדון באותן טענות עקרוניות, אך בית המשפט הנכבד דחה את העתירה וקבע שאין מקום להכרעה בטענות היסודיות אלה בנימוק שבפסקי הדין בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014) ובבג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014), שניתנו זמן קצר לפני, כן ניתן להם מענה. בית-המשפט קבע כי אין מקום "לפתוח מחדש שאלות שהוכרעו על-ידי בית משפט זה, גם אם ההנמקה אינה מניחה את דעת העותרים, וזאת לאחר שטענות דומות הועלו ונדחו אך לפני מספר חודשים" (פס' ט"ז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, וראו גם פס' 1 לפסק-דינה של השופטת (בתוארה אז) חיות).
70. אלא שבחינה של פסקי דין אלה, עואודה וקואסמה, מראה כי הם לא דנו כלל בטענות היסודיות על הפרת האיסור על ענישה קולקטיבית והפרת האיסור על פגיעה בקניין אזרחים מוגנים. לא זו אף זו: פרקליטות המדינה אף טענה כי אין מקום להידרש להן, לאור העובדה שלטענתה שאלות אלו הוכרעו בעבר. למעשה, באף אחד מפסקי הדין הללו לא הוזכרו כלל האיסורים הקבועים בדין הבינלאומי, לא כל שכן שלא היה דיון בשאלה האם השימוש בתקנה 119 מפר אותם.
71. גם המומחים, עורכי חוות הדעת, עמדו על כך שבשני פסקי הדין האמורים לא הייתה כל התמודדות עם הטענות המשפטיות הנוגעות למשפט הבינלאומי (עמ' 22 לחוות הדעת):
- "פסק הדין בענין עואודה, שניתן ביוני 2014 ופסק הדין בענין קואסמה, שניתן באוגוסט 2014 ממחישים באופן ברור את האמור לעיל. החלטת בית המשפט בשני מקרים אלה התבססה אך ורק על הדין הישראלי, תוך התעלמות מהוראותיו המחייבות של דיני הכיבוש והחובות המוטלות על ישראל מכוח מערכת דינים זאת. הדוגמא האחרונה ממחישה במיוחד את התייחסותו הלוקה בחסר של בית המשפט לדיני הכיבוש. העותרים נעזרו בדיני הכיבוש על-מנת לבסס את טענותיהם בדבר אי חוקיותה של המדיניות. כבוד השופט דנציגר, אשר ישב בראש הרכב של שלושה שופטים אשר פסק בענין בפה אחד, התייחס לטענת העותרים, אולם התעלם לחלוטין מדיני הכיבוש בהחלטתו".**
72. חרף זאת, בקשת המוקד לדיון נוסף נדחתה, ללא דיון בטענות, וגם בפסיקה מאז – חרף חלוף 3 שנים, ומספר החלטות לא מבוטל על שימוש בתקנה 119, לא נפתח דיון עקרוני זה.
73. מכאן, שיש קושי ממשי בנימוקי עמדת הרוב בפסק דין נשוא עתירה דנן, כאשר בחינה עובדתית מעידה שהטענות העקרוניות מעולם לא הוכרעו לגופן על ידי בית המשפט הנכבד, ואף שבית המשפט הנכבד חזר ואישר את חוקיות מדיניות המשיבים במאות פסקי דין הדבר נעשה ללא התייחסות מהותית לטענות כבדות המשקל שבפי המבקשים.
74. כאמור, עמדה זו אינה רק פרי דימונה הקודה של הח"מ או של המומחים השונים, אלא מספר רב של שופטי בית המשפט הנכבד שותפים לעמדה זו, ועל רקע זה ממשיכים להביע עמדה עקבית לפיה נכון לשקול עמדה זו מחדש.



75. כך, בעניין אלג'מל שניתן לאחרונה, קבע כב' השופט מזוז בפסקה 3 לפסק דינו (כפי שגם קבע בפסק הדין בענייננו): "את עמדתי בסוגיות אלה- לפיה הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי והן בהיבט של המשפט החוקתי הישראלי, אשר להשקפתי טרם ניתן להן מענה הולם ומספק בפסיקתו של בית משפט זה – הצגתי במספר הזדמנויות בשנתיים האחרונות..."

76. וכך גם קבעה כבוד השופטת ברוך, על אף שהצטרפה לדעתו של כב' השופט עמית לעניין דחיית העתירה עצמה: "אציין עם זאת כי אני שותפה לקולות הקוראים לעיון מחדש בהלכה זו [הסמכות מכוח תקנה 119 – מ.פ.] בהרכב מורחב של שופטים" (פס' 1 לפסק דינה).

77. עמדות אלה מצטרפות אף לעמדתו של כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ 1630/16 מסודי פתחי זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (ניתן ביום 23.3.16): "בצד זאת, ועל אף עמדתי כי כל עוד ההלכה לא שונתה יש לנהוג על פיה, הוספתי כי הייתי מציע לעיין מחדש בהלכה זו כדי לפרוש את היריעה במלואה הן ביחס לדין הפנימי, הן לגבי סוגיות מן המשפט הבינלאומי".

78. כפי שציין כב' השופט פוגלמן שם, עמדות אלו הושמעו גם על ידי שופטים אחרים:

"מאז ניתן פסק הדין בעניין סידר נשמעו קולות נוספים בהתייחס לשימוש בתקנה 119 לצורך הריסת בתים, בנוסחים ובדגשים שונים (ראו למשל חוות דעתו של השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015), ופסקה 13 לחוות דעתו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015) ("לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד"). ראו גם פסקה 2 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם ("טעמיו של השופט מזוז הם טעמים כבדי משקל המבוססים על עקרונות יסוד חוקתיים, כמו גם על טעמים של צדק והגינות בסיסיים. אילו הסוגיות האמורות היו באות לראשונה בפני בית משפט זה, אפשר שהייתי נוטה להצטרף לעיקרי עמדותיו"); ראו עוד פסקאות 1-2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) ("אין לנו מוצא בעת הזו מלבד כיבוד פסיקתו העדכנית של בית משפט זה, תוך הימנעות מפרקטיקה של החלת דין שונה בהתאם להרכב השופטים [...] יש לכאורה טעם בטענה כי הפעלת הסמכות שעניינה הריסת בתים מעוררת קושי מהיבטה של דרישת המידתיות [...] אולם, בהתאם לעקרונות הפעולה המחייבים את בית המשפט כמוסד וחרף הקושי הכרוך בכך, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין דחייתה של העתירה הנוכחית"). ראו גם חוות דעתו של השופט צ' זילברטל, שם. עוד קודם לעניין סידר, ראו פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט ("הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה").

79. גם כב' השופט ג'ובראן הצטרף להשגות אלו במסגרת בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות

צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016, להלן: "עניין אלרוב"), שם ציין:

"אודה ולא אכחד, כי דעתי אינה נוחה מהשימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) להוצאת צווי החרמה

והריסה לבתיהם של מחבלים (להלן: הסמכות), כאשר שאר הדיירים בבתיים אלו לא היו מעורבים בפעילות טרור... השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי, אשר סבורני כי טרם זכו לליבון מעמיק בפסיקה, בפרט נוכח השימוש ההולך וגובר בסמכות זו, על רקע המצב הביטחוני העגום וגל הטרור הגואה... סמוך לאחר כתיבת דברים אלו, ראה אור פסק הדין בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016). בפסקה 3 לחוות דעתו, קרא השופט ע' פוגלמן לשוב ולהידרש לשאלות הכרוכות בהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בהרכב מורחב. לקריאה זו הצטרף שם השופט מ' מזוז (בפסקה 5 לחוות דעתו), ואף אני מצטרף אליה מהטעמים המובאים בפסקה 2 לעיל."

#### האיסור על פגיעה בחפים מפשע

80. בקשה זו עוסקת, כאמור, בעניינם של זוג הורים עם שלושה ילדים, קטינים בגילאים 2, 15, 17, ועוד תינוק בדרך, שאין חולק שלא היתה להם ידיעה או מעורבות במעשיו של מחמד.

81. לצד קביעות עמדת הרוב, כי השימוש בתקנה 119 הוא סביר ומידתי חרף העובדה שבני המשפחה לא היו מעורבים בשום צורה באירוע, הרי ששופטים רבים בבית המשפט הנכבד דווקא קבעו בנסיבות כאלו אין כל הצדקה לפגיעה קשה ובלתי הפיכה במבקשים, וכי מדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם.

82. כך, כדברי כב' השופט מזוז בדעת המיעוט מטעמו בפסק הדין נשוא הבקשה (בפסקאות 10-11):

"ושוב עולה במלוא חריפותה הבעיה, אולי הקשה והחריפה ביותר הנוגעת להפעלת תקנה 119, של נקיטת סנקציה כה קשה כלפי בני משפחה חפים מפשע, אשר אין כל טענה כלפיהם למעורבות כלשהיא במעשהו הנפשע של המפגע. הבעתי דעתי בשנים האחרונות פעם אחר פעם אודות הבעייתיות הקשה בהפעלת הסנקציה לפי תקנה 119 כלפי חפים מפשע, והבעתי עמדה השוללת הפעלת הסנקציה כלפי בני משפחה לא מעורבים [...] ואין לי אלא לשוב ולהפנות לדבריי שם, בהם עמדתי בין היתר על כך כי -

7". 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...

[...] 13. אני סבור, כי בחינת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לאור עקרונות יסוד המתחייבים הן מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ('איש בחטאו יומת') ומדינה דמוקרטית (השוו: בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)), והן נוכח עקרונות משפטנו החוקתי, בעיקר בהיבטים של מידתיות, כמו גם לאור ערכים אוניברסליים. עקרונות אלה כולם מחייבים לדעתי את המסקנה, כי לא ניתן לנקוט בסנקציה מכוח תקנה 119 כלפי בני משפחה בלתי מעורבים, וזאת ללא קשר לחומרת האירוע ולתכלית ההרתעתית שביסוד השימוש בסמכות. לא למותר להעיר כי דומה שהעיקרון התנ"כי של 'איש

בחטאו יומת' הוא אביו הרעיוני של האיסור במשפט הבינלאומי על ענישה קולקטיבית.

לדעתי, סנקציה המכוונת עצמה לפגיעה בחפים מפשע, אינה יכולה לעמוד, וזאת בין אם נראה בכך פגם של פגיעה בזכות, חריגה מסמכות, אי סבירות או העדר מידתיות... " (ענין אבו ג'מל, כל ההדגשות במקור). " (הדגשים הוספו)

83. כן יפים לעניין זה דברי כב' השופטת ברון, בדעת מיעוט, בבג"צ 1631/16 עליווי נ' מפקד כוחות

הצבא בגדה המערבית:

"הנה כי כן, וכפי שכבר ציינתי בהחלטה הקודמת... השיקול של חומרת המעשים המיוחסים למחבל אינו ניצב לבדו בבחינת המידתיות של צו ההריסה. כאשר מדובר בקורת הגג המשתמשת למגורים של בני משפחה חפים מפשע, שאינם מודעים לא כל שכן מעורבים במעשה הטרור (לא במישרין, לא בעקיפין ולא באופן קונסטרוקטיבי) דעתי היא כי הריסת הבית מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכויות האדם חוקתיות מן המעלה הראשונה... בעוד הוא [המעורב ממעגל שני – מ.פ.] עתיד לכלות את ימיו מאחורי סוגר ובריח, מי שמתגורר בדירה המיועדת להריסה הם שמונה ילדים קטינים ואימם – שביחס אליהם אף לא נטען שהיתה להם מעורבות או מודעות למעשיו הנפשעים של עליוה. בנסיבות אלה, דעתי היא כי הריסת הבית אינה מידתית". (הדגשים הוספו)

84. גם כבוד השופט ע' פוגלמן הצטרף לעמדה זו, בדעת מיעוט (בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות

צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015)), ונימק זאת במישור המידתיות:

"מן הטעם הזה, ומן הטעם הזה בלבד, הייתי נוטה ברגיל (הגם שלא במקרה זה, כפי שיפורט להלן) לדעה כי יישום הדין הקיים יש בו כדי להוביל לתוצאה שאליה הגיע במקרה זה חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, היינו: לדחיית העתירות. מן הטעם הזה – לאמור: שאלמלא הייתה זו ההלכה הפסוקה הנוהגת, דעתי-שלי הייתה מובילה אותי למסקנה שלפיה הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח בראיות מספקות כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. חוסר המידתיות במקרה זה נובע מכך שהאמצעי שנבחר – הריסת הבית – אינו מקיים יחס ראוי לתועלת המופקת ממנו. ובמילים אחרות: גם אם נניח כי הריסת הבית מועילה להגשמת מה שנמצא שהיא תכליתה של תקנה זו – הרתעה – תוצאת המעשה אינה שקולה לתועלת הגלומה בה. ובמה דברים אמורים?"

[..] למול תועלת זו, על הספקות שהובעו ביחס אליה, יש לשקול את תוצאתו הקשה של המעשה. דבר אחד הוא הריסת ביתו של זה אשר ביקש לקום עלינו לכלותינו כשהוא גר בו לבדו; דבר אחר הוא הריסת מבנה שבו גרים בני משפחה או דיירים אחרים שלא היו מעורבים בתכניתו הזדונית, ושבינתם קורס עליהם על לא עוול בכפם. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"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 יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה" (עניין ג'נימאת (בדעת מיעוט)).

לדברים נכוחים אלה מצטרף גם אני. אוסיף כי לגבי דידי אין להשקיף על פגיעת הריסת הבית כעל פגיעה כלכלית או רכושית בלבד (השוו לעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כ"ו לחוות דעתו

של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג), מה גם שבפגיעה זו כשלעצמה אין להקל ראש, **שהלא הבית לאדם "אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי [...]** של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" [...]. והדברים מכוונים כאמור בעיקרם לבני משפחה תמימים שלא נטען כי נודעה להם מעורבות כלשהי במעשה הנפשע של המחבל, מקום שבו מורה המפקד הצבאי על הריסת הבית כולו (להבדיל מהריסה או אטימה של חלקים ממנו).

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**. [...]. (הדגשים הוספו)

85. כמו כן, כמו שצוין לעיל, בפסק דין אלג'מל שניתן בימים האחרונים התייחס ראש ההרכב, כב' השופט עמית, לסוגיית המידתיות. ניתן ללמוד מקביעות עמדת הרוב שם כי גם לשיטתם פגיעה בחפים מפשע לא תהיה מידתית. שם דובר בהריסת הקומה השלישית בבניין בעל שלוש קומות שעל פי המסכת העובדתית טען המשיב כי המחבל התגורר בו בגפו: "מהתשתית העובדתית שהונחה בפנינו עולה, כאמור כי המחבל הוא היחיד שהתגורר עובר לפיגוע בקומה המיועדת להריסה, כך שהפגיעה הצפויה בבני משפחתו אינה חריפה כמו במקרים אחרים. בנסיבות העניין לא מדובר בהרס מקום המגורים של בני המשפחה, אלא בנוק ממוני, ואין חשש שהמבקשים יישארו ללא קורת גג" (פסקה 5 לפסק הדין)

86. גם כבוד השופטת ברון שהצטרפה לדעתו לעניין דחיית העתירה קבעה כי הריסת הקומה עומדת במבחני המידתיות: "לטעמי העיקר לענייננו הוא בכך שהריסת דירת המגורים בכל מקרה לא תותיר את מי מבני משפחתו של המפגע (אשתו וארבעת ילדיהם הקטינים) ללא קורת גג מעל לראשיהם – שכן הם ממילא אינם מתגוררים בה. בכל הנוגע למבחן המידתיות בשימוש בכלי של הריסת בתים, העובדה שאין פגיעה בזכות למדור, שהיא זכות אדם בסיסית מכריעה בנסיבות המקרה את הכף".

87. מהכך שם נלמד הלאו העקרוני.

88. השימוש בתקנה 119 במקרים שבני המשפחה לא היו מודעים כלל למעשי הבן/הבעל/האב סותר באופן חזיתי שאינו ניתן ליישוב את קביעות ביהמ"ש הנכבד בכג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית). – בעוד שביהמ"ש הנכבד משתמש בפסקי דין קודמים בנוגע לתקנה 119 כנימוק לדחיית הטענות העקרוניות, הח"מ לא מצאה כל פסק דין המיישב את הסתירות בין ההלכה בעניין תקנה 119 לבין ההלכה בעג'ורי.

89. יש לציין כי 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." (שם, בפסקה 13)

90. 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". אך חרף דמיון זה, בעניין עג'ורי נקבעו גבולות ברורים, שכלל לא נעשה בהם שימוש בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין תקנה 119, והמבקשים יטענו כי יש להחילם גם בענייננו:

"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." (שם, בפסקה 24, הדגש הוסף)

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" (שם, בפסקה 27).

91. 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 גופלות 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" (שם, בפסקה 39).

92. על כן, במקרה דוגמת זה של המבקשים הדומה לנסיבות המקרה השלישי, קרי, בהעדר אינדיקציה כי מי מתוך המבקשים ידעו על כוונותיו של מחמד, ובוודאי כאשר ישנן ראיות לכך שהמבקשים לא ידעו, לא יכלו לדעת ולא היו שותפים בשום דרך וצורה למעשיו של מחמד – יש לקבוע שמדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכויות חפים מפשע.

93. 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 המשיב בהקשר זה, גם בעניינם.

94. טעם נוסף לחוסר המידתיות בפגיעה בחפים מפשע נובע מהתכלית המוצהרת של תקנה 119, כפי שציין כב' השופט מזוז בפסיקתו שצוטטה לעיל. אף אם נקבל שיש בתקנה 119 להרתיע ולמנוע פיגועים (ועל ספקות בעניין זה נעמוד בהמשך), הרי שעקרונות יסוד של שיטתנו קובעים שלא פוגעים בחפים מפשע לצורכי הרתעת רבים.

95. כפי שלא נעניש בפלילים את מי שלא נמצא אשם, אף אם לכאורה היה בכך להרתיע אחרים, וכפי שלא נהרוס את ביתם של שכניו של המפגע, אף שלכאורה גם בכך יכול להיות כוח הרתעתי, אותו רציונל חל על חוסר האפקטיביות ההרתעתית וחוסר המוסריות בפגיעה בקרובי משפחה של המפגע.

96. חוסר מוסריות זה מודגם היטב בעניינם של המבקשים, שאין כל טענה שידעו על כוונות מחמד, או כי יכלו לדעת או לצפות את מעשיו, וכתוצאה מכך, למנוע את מעשיו. יתרה מכך, מחמד לכאורה תכנן את הרצח בעודו הרחק מהמבקשים, בכפר קאסם. כמו כן, מחמד כבר היה עצור במעצר מנהלי על ידי רשויות ישראל בעבר, וניתן להניח שרשויות הביטחון המשיכו לעקוב אחריו. אך אם הם לא חשדו ולא הצליחו למנוע את הפיגוע, כיצד ניתן לבוא בטענות אל אביו של מחמד, שכלל לא היה בקשר עם בנו בחצי שנה האחרונה? יתכן שניתן לבוא בטענות למבקש בדבר הורות לא מוצלחת, אך אין בכך להצדיק הריסת בית משפחתו.

97. כאשר אלו הם פני הדברים, קביעה כי הריסת בית המבקשים הינה מידתית משמעה שאין למשפחה כל דרך להימנע מאסון גורלי זה אשר פקד אותה, אם אחד מבני המשפחה מחליט לבדו ועל דעת עצמו על ביצוע פיגוע כבמקרה זה. 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.

98. עמדה המאשרת פגיעה בזכויות יסוד של אדם על מנת להרתיע אחרים, בלי שיש לאותו אדם קשר למעשה או דרך למנוע אותו, נקבעה כפסולה בשיטת המשפט שלנו. כפי שנקבע בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (מיום 16.9.13), ביחס לכליאת מבקשי מקלט לצורך הרתעת מסתננים פוטנציאלים:

**"הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421).** "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל

אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות הייצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני).

99. באופן דומה נקבע על ידי כב' הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, נד(1) 721 (2000) כי אין לעצור במעצר מנהלי מי שלא נשקפת ממנו מסוכנות, אף אם יש בכך לשרת את האינטרס הציבורי (ויוזכר, כי כב' הנשיא ברק שינה את עמדתו במסגרת הדיון הנוסף):

"הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו. על פגיעתו הקשה של מעצר מינהלי זה עמדתי בפסק-הדין נושא עתירה זו, בצייני:

"המעצר המינהלי פוגע בחירותו של הפרט. כאשר המעצר נעשה בנסיבות שבהן העצור מהווה 'קלף מיקוח', הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעצרו של המערערים אינו אלא מצב שבו המפתח לכלאם של בני-אדם מצוי בידי אחרים ולא בידיהם. זהו מצב קשה" (שם [1], בעמ' 107).

אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" – בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך כי לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העברין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין [17], בעמ' 654). גישה דומה יש לנקוט לעניין מעצר מינהלי. איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית."

100. לפיכך ועל סמך האמור לעיל, הואיל ומי שמתגורר בבית המבקשים אשר בכוונת המשיב להרוס הם הורים וקטינים, אשר ביחס לכולם אין כל טענה כי היו מעורבים או מודעים למעשיו של מחמד, ביצוע הצו במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיחשב למידתי.

101. יוער, שכב' השופט אלרון קבע בפסק דינו נשוא בקשה זו שאין לייחס משקל לשאלת מודעותם ומעורבותם של בני המשפחה על כוונת המפגע – שכן יש בכך לרמז דווקא על תכלית עונשית ולא הרעתית לתקנה 119, וכי לא כך הדבר (פסקה 28). גם כב' השופט סולברג הצטרף לקביעה זו (ראו למשל פסק דינו בבג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 4).

102. ובכן, המבקשים שותפים במובן מסוים לעמדה זו, אך מסקנתם מכך שונה ממסקנת כב' השופטים אלרון וסולברג. אכן, אם יש משמעות אם בני המשפחה ידעו או לא ידעו, או שמא ניתן לייחס להם ידיעה קונסטרוקטיבית – כפי שסבורים חלק משופטי בית המשפט הנכבד, בניגוד להלכה לכאורה בעניין זה - הרי שבמובן מסוים יש בכך להעיד על שמענישים את בני המשפחה על מעשיהם שלהם. ואכן, המבקשים סבורים שחרף ההצהרות שתכלית תקנה 119 היא הרתעתית, בפועל היא כוללת רכיבים עונשיים מובהקים, כפי שבית המשפט הודה בכנות בראשית דרכו בעניין סחוויל. אך אם הדרישה היא להימנע מכל רכיב שיעיד על תכלית עונשית – לכאורה גם אין מקום לדרוש שמעשי המפגע יהיו חמורים, שכן דרישה זו מרמזת שיש מעין גמול, ענישה אם תרצו, לחומרת מעשיו של המפגע, ודווקא במישור ההרתעה הרצון הוא להרתיע מכל סוג פעילות עוינת, בין אם זו תצליח או לא, וללא קשר לתוצאותיה.

103. לכן, לנוכח האיסורים במשפט הבינלאומי ודרישת המידתיות במשפט החוקתי הישראלי, ועל מנת לקבוע מבחנים קוהרנטיים לשימוש בתקנה 119, סבורים המבקשים שדווקא יש מקום לקבוע באופן גורף שאין לעשות שימוש בתקנה 119 כלפי קרובי משפחה חפים מפשע, וזאת ללא תלות במידת ידיעתם (הממשית או הקונסטרוקטיבית) על כוונת המפגע, ככל שלא היו מעורבים באופן ישיר במעשיו, וכן כפי שיפורט להלן, דווקא שימוש בתקנה כלפי חפים מפשע לא עולה בקנה אחד עם תכלית ההרתעה.

104. לצד חוסר מעורבותם של המבקשים במקרה ספציפי זה, קיימות נסיבות נוספות המעידות על חוסר המידתיות של הפגיעה בהם, וזאת לנוכח זיקת המגורים המוגבלת (כפי שכינה זאת כב' השופט מזוז בדעת המיעוט מטעמו) בין מחמד לבית, וכפי שקבעו שופטי הרוב בבג"צ 1125/16 חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (להלן: "עניין מרעי"), כי אין להרוס בית במקרה של מפגע לא היתה זיקת מגורים לבית, או היתה זיקת מגורים מוחלשת.

### **העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת – ספקות מהותיים בדבר התקיימות תכלית ההרתעה**

105. המבקשים כאמור סבורים שהאיסור על הריסת בתים של אנשים חפים מפשע הוא מוחלט וכי מדיניות המשיבים היא בלתי חוקית, הן לפי המשפט הבינלאומי והן לפי המשפט הישראלי, וזאת ללא קשר לאפקטיביות של מדיניות זו או יכולת ההרתעה שלה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי היותו אפקטיבי לא מבטלת את האיסור.

106. אך למען הזוהרות, הרי שגם שאלה פרקטית זו, בדבר מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

107. המבקשים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעת כב' השופט אלרון, כי הוצג בפני בית המשפט הנכבד מידע חסוי המעיד שיש בשימוש בתקנה 119 "להוות גורם מרתיע כלפי מחבלים ומפגעים פוטנציאליים, ולהשפיע על סביבתם הקרובה לבל



יאפשרו יציאת מפגעים מקרבם". אך חרף זאת, ואף אם על פי ההלכה "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" (כדברי כב' השופט אלרון), עדיין נותרת להכרעה השאלות (1) האם גורמי הביטחון בוחנים את מכלול השיקולים הרלוונטיים להערכת ההרתעה הנובעת משימוש בתקנה 119, כגון האפקט השלילי שלה ו(2) מהי מידת הוודאות הנדרשת בדבר מסקנותיהם. אלו הן שאלות משפטיות במהותן, שנתונות להכרעת בית המשפט הנכבד, ואשר המבקשים יטענו שלא קיבלו מענה מספק בפסיקת עמדת הרוב בפסק הדין נשוא הבקשה, וכן לא בפסיקות אחרונות מהעת האחרונה.

#### בחינת תוצאות שליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

108. כפי שניתן להסיק מפסיקות בית המשפט הנכבד זה, לרבות קביעותיו של כב' השופט אלרון, המידע שמוצג על ידי המשיבים במסגרת חוות הדעת החסויה לעניין אפקטיביות ההרתעה של תקנה 119 נוגעת ל"תוצאות החיוביות" של התקנה, לא לתוצאות השליליות הטמונות בה.

109. הקביעה שהריסת בתים במצב ביטחוני שברירי בו אנו חיים עשויה להביא לרגיעה ע"י הרתעה ולא להחמרת המצב הביטחוני מעוררת שאלות של ממש. אף אם ככלל בית המשפט הנכבד אינו מתערב בשאלות מסוג זה, ישנם מקרי קיצון המצדיקים התערבות, או לפחות דרישה מוגברת מהמשיב לבסס את התועלת בהחלטתו, וזאת בפרט אם הערכות המשיב כיום אינן כוללות רכיב זה. מן המפורסמות היא כי החלטה אשר לא ניתן במסגרתה שיקול ראוי לשיקולים הרלוונטיים הינה בלתי סבירה (בג"צ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו (3) 349, פס" 9).

110. ואולם, לא רק שאין כל ראייה לכך שהריסת בתים משרתת את המטרה המוצהרת של הפעולה, אלא שכידוע רשויות הביטחון בעצמן הגיעו בעבר למסקנה כי הנזק שנגרם כתוצאה מהריסת בתים עלה על התועלת, ולכן הוחלט שמדיניות זו לא הוכיחה עצמה כמדיניות מרתיעה (במסגרת המלצות "צוות לחשיבה מחודשת", בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

111. חשיבות המאמץ לשמור על ביטחון אזרחי ישראל אינה מוטלת בספק, אך לא ברור מדוע סבורים המשיבים כי שימוש באמצעי זה יביא להרתעה מקום בו נכשל בעבר, וכיצד אין בו דווקא להביא להסלמה במצב הביטחוני.

112. ההיגיון הבריא דווקא מלמד אותנו כי לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית קיימות גם תוצאות שליליות של הגברת העוינות והשנאה, והנחלת התחושה כי ישראל אינה מייחסת כל ערך לשלומם ולרווחתם של פלסטינים, גם אם הינם חפים מפשע ואינם מעורבים בכל פעילות עוינת. תחושה והכרה זו עלולה להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים ולהנחיל תחושות של ייאוש ונכונות להקרבה, ולא פחד וחשש. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיב לתרום לתחושת סביבתו הקרובה והרחוקה של החשוד כי ממילא אין להם מה להפסיד ודווקא לפגוע באינטרסים הביטחוניים של ישראל ולעודד פעולות פגיעה נוספות.

113. כך גם מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, עמד על כך שלצד הספקות הרבים בדבר התועלת הצומחת מאמצעי פוגעני זה, קשה שלא לחשוש מהתגובה השלילית אותו היא מייצרת (מתוך דבריו שפורסמו בעיתון "הארץ" ביום 9.8.16):

"מומחים רבים הביעו כבר את דעתם, כי במציאות הטרור כיום, כאשר הפיגועים נעשים על ידי יחידים שפעמים רבות מונעים ממצוקה אישית, הסבירות שמדיניות הריסת בתי משפחותיהם אכן מרתיעה, נמוכה למדי. אפילו אם נניח שבטווח הקצר היא עשויה להיות אפקטיבית במקרים בודדים, הרי שבטווח הארוך, הנמדד כיום בחודשים ספורים, הכעס, השנאה, וההשפלה, המתודלקות על ידי אידיאולוגיות רדיקליות יותר מאלה של חמאס, יביאו דווקא להגברת הטרור. [...] ברוב המקרים השפלה מעגנת רצון לנקמה יותר מאשר מרתיעה. [...] ואם כך הם פני הדברים, הרי שהריסת בתי משפחות מחבלים קרובה יותר לפעולת תגמול מאשר לפעולת מנע, וכשהיא מכוונת נגד מי שאינם המפגעים עצמם היא בלתי לגיטימית, כל עוד לא יוכח אחרת מעבר לכל ספק סביר."

#### מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה

114. בשים לב לפגיעה האנושה בזכויות המבקשים, ובזכויות בני משפחה אחרים שמבקשים להרוס את בתיהם בשם האינטרס הביטחוני, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת ביתם. המבקשים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

115. אי בהירות זו אודות התועלת המושגת באמצעות השימוש בתקנה 119 מחד, והתוצאות השליליות שיש לפגיעה בחפים מפשע ולענישה קולקטיבית מנגד, העסיקה כידוע גם את ביהמ"ש הנכבד. כך, כפי שקבעה כב' השופטת ברון בעניין **מרעי**, בכל הנוגע להצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים, הנסמכת על טענת ההרתעה (בעמ' 33-34):

"...נדרש להכיר בכך שאפקטיביות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים היא **סוגיה נכבדה וטורדת, המעסיקה רבות את בית המשפט וכפי הנראה תמשיך להעסיקו גם בעתיד הנראה לעין**... ההצדקה המקובלת לשימוש באמצעי של הריסת בתים נסמכת על כך שכאשר על כפות המאזניים ניצבים מצד אחד הסיכוי למנוע שפיכות דמים, ומצד שני פגיעה בקניינה של משפחת מחבל – יש "לחוס על החיים...". **אלא שבפועל, התמונה ההרתעתית אינה כה ברורה, לא כל שכן חד-משמעית.** אמנם אין לשלול את רציונל ההרתעה, ואולם יש יסוד לסברה כי להריסת בתים כוח הרתעתי נקודתי בלבד בזמן ובמקום – וכי מן הצד האחר, נודעת לאמצעי זה השלכה חמורה של הסלמת היחסים בין הצדדים והזנת השנאה ואף מעשי הטרור כלפי ישראל (ראו, למשל, את סקירתה המקיפה של השופטת א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 5 לחוות דעתה)".

(הדגשים הוספו)

116. בעניין **אבו אלרוב**, התייחס גם כב' השופט ג'ובראן לסוגיית יעילות ההרתעה והראיות הנדרשות על מנת לתמוך בטענה זו בקובעו כי (שם, בפסקה 4):

"...כידוע, הוצאת צווי הריסה והחרמה הפכה לאמצעי תגובה מקובל לפיגועי טרור רצחניים, אשר תכליתו למנוע פיגועים עתידיים. תכלית זו של הגנה על חיי אדם ראויה

היא...אלא שלא די, לגישתי, באפשרות ערטילאית בדבר הצלחת חיים כאשר מולה עומדת פגיעה אמיתית, ממשית ומוחשית בזכות לקניין ובכבוד האדם. מטבע הדברים, ההרתעה אותה ניתן להשיג באמצעות הכלי של צו החרמה והריסה נשחקת עם חלוף הזמן ועל התגברות השימוש בכלי זה...הצווים הם שטר ושוברו בציוד, שכן הם עשויים, למרבה הצער, ליצור מצבים בהם השימוש בסמכות יוצר דווקא תסיסה אשר תוצאתה בהגברת המוטיבציה לביצוע פיגועים. לא שוכנעתי כי החומר אשר הוצג בפנינו מעגן באופן מספק את המסקנה לפיה השימוש בצווי ההחרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים" (הדגשים הוספו)

117. כך גם כב' השופט פוגלמן הביע את תהיותיו בנושא זה במסגרת עניין סידר:

"תחילה על אותה הרתעה שמבקשת התקנה נושא דיונו להשיג. הרתעת מחבלים מפני נטילת חלק במעשי זוועה – ואנו מצויים בימים טרופים ורעים של גל טרור רצחני, אך גם ב"שגרה" נכון הדבר – תועלתה גדולה. למעשה, אם הריסת בית מחבל פלוני תרתיע מחבל אלמוני מפני פגיעה בחיי אדם, אזי נאמר כי השיג האמצעי הנבחר תועלת שהיא אולי הנעלה ביותר מכל התועלות שניתן להעלות על הדעת. **אלא שייטכן שיש מקום להרהר אחר השאלה אם אמנם הרתעה זו מושגת על דרך שימוש בסמכות שנמסרה למשיבים בתקנה 119.** דומה שכך עשו גורמי הצבא אשר אף שסברו כי ישנו קשר בין הריסות בתי מחבלים לבין הרתעה, מצאו לציין כי ברמה המערכתית קיים מתח בין הרתעה לבין "מחיר ההריסות"; ואף הסיקו כי "כלי ההריסה במסגרת המרכיב ההרתעתי 'שחוק' [...] בהמשך לכך החליטו גורמי הביטחון – החלטה שממנה שינו בהמשך הדרך – על הפסקת פעילות הריסת הבתים לצורך הרתעה כשיטה באזור (תוך שמירתה למצבי קיצוץ) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). " (הדגשים הוספו)

118. לעניין זה יפות גם קביעות עדכניות יחסית של כב' השופטת ברון במסגרת פסק הדין בבג"צ 799/17

קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 23.2.17), בנוגע לנתונים שהציגה המדינה במעמד צד אחד

ביחס לתועלת ההרתעית של הריסת בתים:

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעית הגלומה בהריסת בתים עולה עשרות מונים על הנזק שעלול לצמוח מהשימוש באמצעי זה. ואולם, עיון בחוות הדעת מטעם המשיב, שעליה נסמכת לכאורה הערכה זו, מלמד כי לא ניתן למצוא בה בסיס אמפירי או תשובה מדעית לשאלה הנכבדה של יעילות ההרתעה הגלומה בהריסת בתים. כשלעצמי, איני סבורה כי התמונה ההרתעית העולה מחוות הדעת היא כה ברורה, בוודאי לא החלטית; ובכל מקרה ניכר כי היא מעוררת שאלות נוקבות. כך במיוחד לגבי היקף המקרים שבהם הריסת בתים פועלת דווקא בכיוון ההפוך, מעודדת או מגבירה שנאה ומעשי אלימות אחרים נגד יהודים. כבר עמדתי על כך שהספקות המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסת בתים, גוזרים לא רק חובת בדיקה עצמית מתמדת מצידם של גורמי הביטחון כפי שציין חברי – אלא מהווים אף שיקול נכבד בבואו של בית המשפט לבחון את מידתיות השימוש שעושה המשיב באמצעי זה (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 5 לחוות דעתי (31.3.2015))." (דגשים הוספו)

119. לאור הספקות שהועלו על ידי גורמים מקצועיים ועל ידי חלק משופטי בית המשפט הנכבד בדבר

התועלת באמצעי של הריסות ואטימות בתים, הרי שבהיעדר תשתית עובדתית גלויה ומסודרת, יש

קושי בקבלת עמדת המשיבים שמדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שציינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בלץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה, 31, 5 (2014):

"ככלל, ישנה סכנה בהתבססות על שיקולי עלות תועלת מבלי שיהיו נתונים שיבססו אותם. אם אין נתונים שמבססים את היעילות של מדיניות מסוימת, קשה מאוד להסתמך על טענות תועלתניות. העובדה היא שאלה שדגלו בגישה התועלתנית בהקשר של הריסת הבתים לא הצליחו לשים "על השולחן" את הנתונים שמוכחים את צדקתם. בהעדר נתונים אלו, נראה שהיכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם."

ויפים לעניין זה גם דברי פרופ' קרמניצר, המצוטטים במאמר:

"מן הראוי היה לבדוק עוד דבר, ובלי הנתון הזה אין לנו מאזן תועלת אמיתי, יש לנו בלוף. אני מציע לבדוק כמה אנשים הלכו אל דרך הטרור כתוצאה מזה שהם היו קורבנות של המעשים האלה או עדים למעשים האלה. כי תועלת אתה לא בודק רק לפי המבחן של מה זה עשה לאדם פלוני, שאולי החליט לא לעשות, אלא אתה גם צריך לראות איזו מוטיבציה זה זורע באנשים אחרים, אילו כוחות לטרור נגרמים מפעילות מהסוג הזה, שהיא לא צודקת ולא אנושית." (מתוך פרוטוקול מספר 342 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זכויות האדם וטוהר הנשק בעת המלחמה בטרור, 6 בדצמבר 2004).

120. בהעדרם המוחלט של נתונים אמפיריים לגבי מידת האפקטיביות ו"ההרתעה" הנטענת, הטלת עונש דרקוני המוביל לנזק בלתי הפיך לחפים מפשע, זועק מחוסר מידתיות ועומד בניגוד למושכלות השכל הישר וההיגיון הבריא והמשפטי.

121. ואכן, אף אם על הפרק מונחים אינטרסים ביטחוניים כבדי משקל, אין בכך להצדיק פגיעה בזכויות יסוד של המבקשים על בסיס השערות לא מבוססות, ואין הצדקה להורדת נטל ההוכחה המוטלת לצורך זה על כתפי המשיבים.

### לסיכום

122. הריסות בתים מכוח תקנה 119 מלווה את הכיבוש הישראלי מראשיתו. המדובר בסמכות דרקונית ומרחיקת לכת, אשר גררה ביקורת עצומה של משפטנים, אנשי רוח, אישי ציבור חוקרים, אנשי אקדמיה ומוסדות בינלאומיים.

123. הסמכות גרמה למאות משפחות ולאלפי אנשים לאבד את קורת הגג שלהם בשל מעשי היחיד והיא פוגעת בתחושת הצדק הבסיסית ביותר.

124. הגיעה העת, לאחר למעלה מארבעים שנים של שימוש בפרקטיקה זו, ולאחר שלושים שנים מאז שטענות היסוד כנגדה נדונו (אף כי לא הוכרעו במלואן) – לדון בה מחדש. דיון כזה מחויב משום שיעודו של בית המשפט הוא לדון ולהכריע בטענות משפטיות, משום שהימנעותו מלעשות כן

מסכנת אותנו בביצוע הפרות חמורות של הדין הבינלאומי ובעיקר משום שהמדיניות מעלה דילמות מוסריות וערכיות מן המעלה הראשונה, המצדיקות לכל הפחות דיון נוקב וממצה.

125. דיון כזה מחויב גם מטעמים הנוגעים לאמון הציבור בבית המשפט הנכבד, לנוכח החשיבות לקבוע הלכה משפטית ברורה, ולמנוע מצב מתמשך בו קיימים חילוקי דעות מהותיים בין שופטי בית המשפט הנכבד, אשר פוסקים בניגוד לצו מצפונם.

126. לבית משפט נכבד זה היסטוריה של התמודדות עם הלימות פרקטיקות שנויות במחלוקת שהפעילה מדינת ישראל עם הוראות המשפט הבינלאומי, וזאת גם כשדובר בפרקטיקות שנעשה בהן שימוש במשך זמן רב קודם לכן. כך היה כשבית המשפט הכריע בשאלת חוקיות מדיניות החיסולים – בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', תקדין-עליון 2006 (4) 3958; כך היה כשצה"ל נקט בשיטת "נוהל שכן", שנטען כי הפר את האיסור על שימוש במגנים אנושיים – בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי של המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז ואח', תקדין עליון 2005 (4) 49 (2005); כך היה בשאלת חוקיות השימוש ב"קלפי מיקוח", סוגייה שאף הובילה לקיומו של דיון נוסף – דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ד (1) 721 (2000); כך היה בסוגיית העינויים בחקירות השב"כ ("לחץ פיזי מתון") – בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נ"ג (4) 817 (1999); וכך היה בפרשות רבות נוספות.

127. למעשה, הנכונות של בית המשפט הנכבד להכריע בסוגיות לא פשוטות, המערבות משפט מקומי ומשפט בינלאומי, הייתה תמיד מרכיב מרכזי של שמו כמוסד משפטי ושל המוניטין שנוצר לו בארץ ובעולם.

128. על בית המשפט לאחוז גם הפעם את השור בקרניו ולהכריע בשאלות המשפטיות היסודיות הנוגעות לחוקיות תקנה 119. הדבר מחויב בשל קשיותה של ההלכה המאפשרת סנקציה דרקונית שנויה מאוד במחלוקת; הדבר מחויב בשל חשיבותה של מדיניות שמעלה שאלות מוסריות נוקבות; הדבר מחויב משום שיייעודו של בית המשפט הוא להכריע במחלוקות משפטיות והדבר נדרש משום שהימנעות מהכרעה עלול לפגוע במצבם המשפטי של המעורבים במימוש המדיניות.

129. הדיון הנוסף נדרש לראיית המבקשים כי ישראל מפעילה מדיניות רעה, שמפירה עקרונות יסוד של מוסר ומשפט, והיא עושה זו ללא שאף נדונו הטענות נגדה והוכרעו לגופן.

130. זאת ככלל, ובוודאי בנסיבות עניינם הפרטני של המבקשים – בני משפחה חפים מפשע, שלא ידעו ולא יכלו לדעת על תכניותיו של מחמד, ואשר אינם חשודים כי שיתפו פעולה בכל דרך שהיא, ישירה או עקיפה, עם מעשיו ולכן הינם חפים מכל פשע ונקיים מכל חשד, ואשר הנזק שייגרם להם באם תדחה הבקשה הוא אבסולוטי, חסר מידתיות ובלתי צודק.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולקבוע כי יתקיים דיון נוסף בבג"ץ 8786/17, בהרכב מורחב של שופטיו.

היום, 29.11.17

פ

מיכל פומרניץ, עו"ד

ב"כ המבקשים