



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1633/16

לפני: כבוד השופט חי מלצר  
כבוד השופט א' שהם  
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 6-1 פלוניס  
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה  
זלצברגר

נגד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי באזור גדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לאיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים: עו"ד מיכל פומרנץ  
בשם המשיבים: עו"ד יונתן ציון מוזס

### פסק דין

השופט חי מלצר:

1. לפנינו עתירה כנגד החלטת המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: המשיב) להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119) בדרך של החרמת בית העותרים והריסתו – בית בן שתי קומות המצוי בכפר בית עמרא שביתיר (להלן: הבית), על רקע אירוע רציחתה של דפנה מאיר ז"ל (להלן – דפנה ז"ל או המנוחה).

אציג להלן את הנתונים הדרושים להכרעה בעתירה.

2. בתאריך 17.01.2016, חדר מפגע ליישוב עתניאל, ורצה בדקירות סכין את דפנה ז"ל, כשהיא עומדת בפתח ביתה, וזאת אל מול עיני ילדיה הקטינים.

3. בתאריך 04.02.2016, בעקבות חקירת המשטרה וגורמי הביטחון – הוגש לבית המשפט הצבאי לנוער (יהודה) כתב אישום (תיק 1872/16 שם).

לפי מה שנטען בכתב האישום, בתאריך 17.01.2016, גמלה בליבו של מ' ד' (להלן: מ'), קטין יליד 08.05.2000, החלטה לרצוח יהודים, עד אשר ימות כ"שהיד", וזאת בעקבות צפייה בתכנים שונים המציגים את חיילי צה"ל כרוצחים ומבזים נשים פלסטיניות. עוד נטען בכתב האישום כי באותו היום סמוך לשעה 16:00 – מ' נטל סכין בעלת להב שאורכו כ-14 ס"מ, תחב אותה במכנסיו, ויצא לעבר היישוב עתניאל. עם הגיעו ליישוב – מ' הסתתר במקום הסמוך לביתה של דפנה ז"ל עד שהיא יצאה מביתה. אז מ' רץ לעברה של המנוחה ודקר אותה, אל מול ילדיה, בבטנה ובפלג גופה העליון מספר פעמים, עד אשר הסכין ננעצה בגופה של דפנה ז"ל. עוד נטען כי לאחר שמו' לא הצליח לחלץ את הסכין מגופה של דפנה ז"ל הוא נמלט מהמקום וחזר לביתו, שם שטף את דמה של הנרצחת מידיו, והתיישב לצפות בסרט עם בני משפחתו. לפי הנטען בכתב האישום, כתוצאה מהדקירות הנ"ל דפנה ז"ל נפטרה.

בכתב האישום יוחסה למ' עבירה של החזקת סכין – עבירה לפי סעיף 248 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], התש"ע-2009 (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון), וגרימת מוות בכוונה – עבירה לפי סעיף 209 לצו בדבר הוראות ביטחון.

4. העותרים בעתירה שלפנינו הם הוריו ואחיו של מ' – המתגוררים בבית, מושא העתירה: העותרים 1-2 הם הוריו של מ', והעותרים 3-6 הם אחיו של מ'. העותרת 7, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות אדם.

5. בתאריך 04.02.2016, המפקד הצבאי מסר לעותרים כי בכוונתו, בהתאם לסמכותו, להחרים ולהרוס את הבית, בו התגורר מ'. בתאריך 09.02.2016, העותרים הגישו כתב השגה כנגד הכוונה להחרים ולהרוס את הבית. העותרים טענו במסגרת זו כי מדיניות הריסת בתים, ככלל, מנוגדת למשפט הבינלאומי, וכי החלטתו של המפקד הצבאי, בנסיבות העניין, איננה מידתית, וזאת בשים לב להיקף הפגיעה הצפויה בהם, נוכח העובדה שאין ברשותם חלופת מגורים אחרת. העותרים הוסיפו וטענו כי אין ראייה לכך שהריסת הבית תוביל להרתעה, וזאת בפרט מקום בו פיגוע מבוצע בידי קטין,

המושפע מלחץ חברתי, ופועל בהעדר שיקול דעת. עוד נטען כי החלטתו של המפקד הצבאי נעדרת תשתית ראייתית, וזאת לנוכח קיומם של ספקות, הקיימים, לשיטתם, בדבר מעורבותו של מ' בפיגוע. לבסוף העותרים טענו כי הם לא יכלו לצפות את מעשיו של מ', ולטענתם, לו היו יודעים על כוונותיו של מ' מראש – היו מסגירים אותו, לדבריהם, לידי הרשויות.

6. בתאריך 23.02.2016, המפקד הצבאי דחה את השגת העותרים במכתב מטעמו, בגדרו נמסר להם כי נוכח מכלול הראיות בתיק: "עולה תמונה ברורה של מי (הכוונה למ' – הערה שלי – ח"מ) שתכנן והתכוון לבצע פיגוע במהלכו ירצה יהודים" (ראו: מש/7, פסקה 3), וכי די בכך כדי לבסס את הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119 (להלן: המכתב). המפקד הצבאי הוסיף ומסר לעותרים במכתב הנ"ל כדלקמן:

"במקרה דנן, אופן הפעלת הסמכות, הינה סבירה ומידתית נוכח הנסיבות הקשות של מעשי (כאן בא שמו של מ' – ח"מ), והצורך להרתיע מפגעים פוטנציאליים אחרים מפני ביצוע פיגועים רצחניים דומים... המפקד הצבאי סבור, כי בעת הנוכחית, נוכח ההחמרה במצב הביטחוני, יש לעשות שימוש בתקנה זו במקרה שבפנינו..." (ראו: מש/7, פסקאות 13-14).

אל המכתב הנ"ל, צורף "צו החרמה והריסה" ביחס לבית, בחתימת האלוף רוני נומה – מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: הצו). במכתב צוין עוד כי מימוש הצו לא יחל לפני תאריך 28.02.2016.

7. בתאריך 28.02.2016, הוגשה העתירה שבפנינו, המופנית כנגד הצו. בתאריך 28.02.2016 בית משפט זה (מפי חברי, השופט ס' ג'ובראן) הורה כי הצו, מושא העתירה, יעוכב באופן ארעי, וזאת עד מתן החלטה אחרת.

טענות העותרים

8. בעתירה שלפנינו, העותרים טוענים כי דינה של ההחלטה, מושא הצו – להתבטל, וזאת הן בשל טענות עקרוניות והן בשל טענות הנוגעות לנסיבות הפרטניות של המקרה.

9. העותרים מעלים תחילה טענות עקרוניות וכלליות. לטענת העותרים – הריסת בתים הינה פעולה אסורה, הפוגעת בזכויות היסוד של חפים מפשע – לכבוד, לקניין ולאוטונומיה. העותרים טוענים כי הריסת בתים מהווה ענישה קולקטיבית, המנוגדת

למשפט הבינלאומי ההומניטרי, ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי, וכן היא עומדת בניגוד לאמנות ומסמכים בינלאומיים שונים, וביניהם: סעיפים 33, ו-53 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (אמנת ג'נבה הרביעית) (1949); סעיפים 7, 12, 17, ו-26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) (אושרה בשנת 1991); וסעיפים 10-11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966) (אושרה בשנת 1991)). העותרים מפנים בהקשר זה לחוות דעת של מומחי משפט, שצורפה בשעתו לעתירה לדיון נוסף ב-דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון (12.11.2015) (להלן: דנג"ץ המוקד להגנת הפרט), במסגרתה נטען כי מדיניות הריסת הבתים עולה, לטענת המומחים הנ"ל, כדי הפרה של הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי.

לאחר מכן מעלים העותרים טענות ספציפיות. לטענת העותרים – הריסת הבית, תוך הותרת העותרים, ביניהם ההורים וארבעת ילדיהם ללא קורת גג, בגין מעשיו הנטענים של ילדם הקטין, שבאותו שלב יוחס לו הרצח – איננה מידתית, בנסיבות העניין.

10. העותרים גרסו עוד ביחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, כי החלטת המפקד הצבאי נעדרת תשתית ראייתית מספקת, וזאת, לשיטתם, בשים לב לשלב הראשוני בו מצוי ההליך הפלילי כנגד מ', ולקיומם של ספקות, שהיו קיימים לטענתם, בדבר מעורבותו של מ' בביצוע הרצח. העותרים טענו עוד כי עולים "סימני שאלה כבדים", כלשונם, בנוגע לנסיבות מתן ההודאה על ידי מ', בין היתר נוכח העובדה שעל אף קטינותו הוא ויתר כביכול על קבלת ייעוץ משפטי טרם חקירתו. העותרים טענו לחילופין, כי לכל הפחות יש להימנע מהריסת הבית עד לסיום בירור אשמתו של מ' בהליך הפלילי. העותרים גורסים, לחילופי חילופין, כי גם בהנחה ומ' אכן ביצע את הפיגוע הנ"ל – הם לא היו מודעים לכוונותיו. העותר 1 (האב) טוען כי אם היה יודע על כוונתו של מ' מראש, הוא היה מסגיר את מ' לידי הרשויות. העותרים מפנים בהקשר זה לחקירתו של מ' במשטרה, במסגרתה מ' מסר כי הוא לא שיתף איש בכוונתו לבצע פיגוע, ואף לאחר הפיגוע הוא לא סיפר על המעשה למשפחתו (ראו: חקירה מתאריך 19.01.2016, שורות 36-37, 61).

11. לבסוף העותרים טוענים עוד כי בנסיבות העניין לא מתקיימת תכלית ההרתעה העומד בבסיס הצו, ואף לא הוכח קשר רציונלי בין האמצעי של הריסת בתים לבין התכלית ההרתעתית. העותרים טוענים בהקשר זה כי לא רק שאין כל ראיה לכך שמדיניות הריסת בתים אכן משרתת את מטרתה, אלא שרשויות הביטחון עצמן הגיעו בעבר למסקנה כי מדיניות זו לא הוכחה כמרתיעה. העותרים מפנים בהקשר זה להמלצות צוות החשיבה בראשות האלוף אודי שני, משנת 2005, אשר המליץ לצמצם

את השימוש בסמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119. לטענת העותרים – המשיבים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח את האפקטיביות של אמצעי הריסת הבתים, הנדרשת, לטענתם, "ברמת ודאות גבוהה", ומצריכה נתונים ממשיים המראים זאת. העותרים מדגישים כי הדברים אמורים ביתר שאת מקום בו הפיגוע מבוצע בידי קטיין – תופעה המאפיינת את גל הטרור הנוכחי. העותרים מוסיפים וטוענים עוד בהקשר זה כי פגיעה בחפים מפשע עלולה אף להגביר את נכונותם של מפגעים עתידיים לפעול.

טענות המשיבים

12. המשיבים טוענים מנגד כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית משפט זה בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. לטענת המשיבים אין מקום להידרש בעתירה זו לטענות המשפטיות העקרוניות שהעלו העותרים, ובכלל זאת לעניין יעילות השימוש בתקנה 119, שכן טענות דומות כבר נדונו ונדחו בשורה של פסקי דין, חלקם מהעת האחרונה.

13. המשיבים מציינים כי מאז שנת 2013 חלה הידרדרות משמעותית במצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון ובישובים נוספים בתחומי מדינת ישראל. מגמה זו, שהלכה והחריפה, מאז חודש מרץ בשנת 2014, מתבטאת בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים ישראלים בפיגועי דקירה, או שנעשה אפילו שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים כאלו. המשיבים טוענים כי על רקע הנסיבות הביטחוניות הנ"ל, ובהתאם לחוות דעתם המקצועית של גורמי הביטחון, ולשיקול דעתו של המפקד הצבאי – הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119 ביחס לבית, בו התגורר מ', הינה מידתית וחיונית בנסיבות העניין, כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים דומים בעתיד.

14. המשיבים טוענים לבסוף כי אחריותו של מ' לביצוע הפיגוע הוכחה בנסיבות העניין ברף הראייתי הנדרש להליך זה. זאת ועוד, לטענת המשיבים, מודעותם של העותרים לכוונתו של מ' לבצע את הפיגוע אינה נדרשת, כשלעצמה, לשם גיבוש הסמכות לפי תקנה 119.

התפתחויות נוספות

15. בתאריך 13.03.2016, התקיים דיון בפנינו בעתירה, במסגרתו שבו הצדדים על עיקרי טענותיהם, והמשיבים הסכימו כי הדיון יעשה, נוכח הנסיבות, כאילו הוצא צו על תנאי. במסגרת זו אף עיינו – בהסכמת באי-כוח העותרים – בחומר הסוי מטעם המשיבים במעמד צד אחד.

16. בתאריך 14.03.2016, בהתאם להחלטתנו שהורתה לצדדים לעשות כן – המשיבים עדכנו אותנו בדבר ראיון תקשורתי שהתקיים עם העותר 4 (ראיון שדבר קיומו אוזכר בדיון), ממנו עולה לכאורה כי הוא תומך בפעולות טרור, כמו הרצח שבוצע פה.

17. בתאריך 17.03.2016, העותרים עדכנו, בתגובה למה שטענו נציגי המשיבים, כי אמו של מ' התראיינה (בערוץ וואטן), בתאריך 19.01.2016 ומסרה כי היא איננה מאמינה כי בנה אכן ביצע את הרצח. לשיטתם – אין למצוא בראיון תימוכין לדבריו של מ' בחקירתו כי אמו חושבת שהוא גיבור. העותרים הפנו גם לראיון שערך אביו של מ', בתאריך 21.01.2016, ממנו עולה, לטענתם, כי הוא מכחיש שאמר כי הוא גאה בפיגוע שביצע מ'. העותרים הוסיפו וגרסו בהקשר זה כי אין מקום, בנסיבות העניין, לבחון את כישורי ההורות והפיקוח של הורים אחר ילדיהם. העותרים טענו עוד כי הראיון שנערך עם העותר 4 (אחיו הבכור של מ'), נערך בזמן שבו העותר 4 היה נסער, לאחר שמו' נלקח במפתיע מהבית לחקירה בידי כוחות הביטחון, ואין הדברים מלמדים בהכרח על עמדותיו כתומך בפעולות טרור, שכן בהתבטאותו הוא רק ציין שהוא מכבד פעולות כאלה.

18. בתאריך 17.05.2016, הוריתי לצדדים לעדכן את בית המשפט אם היו בינתיים התפתחויות בניהול משפטו של מ', ואם יש להן השלכות על מה שנטען בפנינו.

19. בתאריך 24.05.2016, המשיבים הודיעו כי בתאריך 02.05.2016, במסגרת דיון שהתקיים בעניינו של מ' בפני בית המשפט הצבאי לנוער ביהודה – מ' הודה במיוחס לו בכתב האישום. לאור האמור, בית המשפט הצבאי הרשיע את מ' בעבירות של החזקת סכין וגרימת מוות בכוונה, וקבע את התיק לשמיעת טיעונים לעונש לתאריך 17.07.2016.

המשיבים טענו כי לנוכח האמור – הטענות שהושמעו ביחס לדיות הראיות המנהליות לשם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 – התייתרו בנסיבות המקרה.

20. העותרים מסרו, בתאריך 23.05.2016, בהקשר האמור כי לנוכח ההתפתחויות הנ"ל – הם חוזרים בהם מהטענה לעניין העדר תשתית עובדתית מספקת לכך שמו' רצה את דפנה מאיר ז"ל. עם זאת, העותרים גורסים עתה כי על פי גישתם – השאלה הראייתית איננה מרכזית בעתירה. לפיכך ההרשעה בעניינו של מ' איננה משליכה, לשיטתם, על יתר טענותיהם, והם שבים וטוענים כי חרף הרצח שבוצע על ידי מ' – אין מקום להעניש (על פי תפיסתם) את העותרים בגין מעשיו של מ'.

דיון והכרעה

21. לאחר עיון בחומר ובהשלמות ושמיעת טענות באי-כוח הצדדים – הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחברי ולחברתי שנעשה. אביא את נימוקי לכך מיד בסמוך, ואפתח בהבאת הרקע הנורמטיבי הנדרש לעניינו.

22. תקנה 119 קובעת, בין השאר, כדלקמן:

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

לשון תקנה 119 מסתפקת בכך שהמפגע, או מי שחיזק את ידי עובר העבירה, או שהיה שותף שלאחר מעשה לעובר העבירה – הוא "תושב" בבית המיועד להריסה. ניתן לעשות שימוש בתקנה הנ"ל, כך נפסק, כל אימת שמתקיימת "זיקת תושבות" של הנ"ל לבית (ראו: בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה נאור (31.03.2016) (להלן: פרשת מרעי)).

כללים נוספים שנקבעו בפסיקה בהקשר להפעלת תקנה 119 יסקרו להלן.

23. החרמה והריסה של רכוש הנזכר בתקנה 119 הינה בסמכות ובשיקול דעתו של המפקד הצבאי, והוא רשאי להתייעץ בהקשר זה עם גורמי ביטחון שונים. האחריות להפעלתה של תקנה 119 מופקדת איפוא בידי המפקד הצבאי וביקורתו של בית משפט

זה על מעשיו היא משפטית בלבד (ראו: בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 2-3 (12.11.2015) (להלן: פרשת חמאד)).

24. היקפה של תקנה 119, לפי לשונה, הוא רחב. עם זאת, בפסיקתו של בית-משפט זה הובהר כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות.

בפסיקתנו נקבע עוד כי תכליתה של תקנה 119 היא תכלית הרתעתית, ולא עונשית. בהקשר זה ציינה חברתי, השופטת ע' ברוך, ב-פרשת מרעי:

"הריסת בתים היא אמצעי שנועד למנוע מן המחבל הפוטנציאלי לבצע את הפיגוע הבא, ובכך להציל חיים. תכליתו היא הרתעתית. בניגוד לרושם המצטייר בקרב חלק בלתי מבוטל מהציבור, הריסת בתים אינה פעולת תגמול או ענישה של משפחה מסוימת בגין פיגוע שבוצע על ידי אחד מבניה או מבנותיה, ואסור כי אמצעי זה ישמש אך לריצוי דעת קהל... במישור האחד פועלת ההרתעה כלפי המחבל הפוטנציאלי, פן יבולע למשפחתו בגין מעשיו שלו; במישור השני, ההרתעה פועלת כלפי משפחתו של המחבל הפוטנציאלי, על ידי מתן תמריץ למשפחה לפעול בכדי להניא אותו מלבצע פיגוע" (שם, פסקה 2; ההדגשה במקור – ח"מ).

נוכח האמור, יש לבחון, ככלל, האם הפעלת תקנה 119 הנ"ל, אכן יעילה ומגשימה את תכלית ההרתעה בנסיבות העניין, ואם הנוק הנגרם מהריסת הבתים איננו פוגע באופן בלתי מידתי בזכות הניזוקים לקניינם, בהשוואה ליעילות הצומחת מההרתעה הצפויה (עיינו: בג"צ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה כה (31.12.2014) (להלן: ענין המוקד להגנת הפרט)). בנוסף, מדיניות זו כפופה לכללי המשפט המנהלי, תוך הגבלת העילות המאפשרות החרמה והריסה של בתים – למשכנו של המחבל, שעשה את מעשה הטרור, ושל בני משפחתו הישירים, והוספת סעד של פיצויים – לנפגעים לא מעורבים תמימים, כתוצאה מהפעלתה של תקנה 119 הנ"ל (עיינו: פרשת חמאד, פסקה 4 לחוות דעתי).

דיון בטענותיהם העקרוניות של העותרים



25. זה המקום לציין כי הסוגיות המשפטיות העקרוניות שהעלו העותרים בעתירה שבפנינו ביחס לסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119 נדונו והוכרעו על ידי בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי דין. חלק מפסקי הדין הללו ניתנו בשנתיים האחרונות: ענין המוקד להגנת הפרט; עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין הנ"ל – נדחתה, בהחלטת חברתי, הנשיאה מ' נאור ב-דנג"ץ המוקד להגנת הפרט הנ"ל מתאריך 12.11.2015. עתירה נוספת דומה – לדיון נוסף בהיבטים העקרוניים – נדחתה אף היא לאחרונה ב-דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.03.2016) (להלן: דנג"ץ מסודי)).

זאת ועוד – מאז פסק הדין המקיף בענין המוקד להגנת הפרט – נדחו עתירות נוספות שעסקו בנושא (ראו לאחרונה: פרשת מרעי; בג"ץ 1336/16 אטרש ואח' נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 (03.04.2016) (להלן: פרשת אטרש)). ברי איפוא כי אין מקום לדון פה שוב בשאלות העקרוניות שהעותרים ביקשו להעלות, לאחר שטענות דומות נדחו זה לא מכבר, וזאת כל עוד לא חל שינוי נסיבתי או משפטי, המצדיק עיון מחדש בשימוש בתקנה 119, או בהלכה הפסוקה (ראו: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 24 (1.7.2014)) (להלן: פרשת עואודה); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 25 (11.8.2014) (להלן: פרשת קואסמה); ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות; בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 (22.12.2015) (להלן: פרשת אבו ג'מל); בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז (14.02.2016) (להלן: פרשת חרוב); בג"ץ 1802/16 אבו גוש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט י' עמית (12.04.2016); עיינו גם: בג"ץ 1629/16 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 17 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (20.04.2016)).

חברתי, הנשיאה מ' נאור, ציינה בהקשר זה ב-פרשת מרעי כך:

"אין בכוונתי לשוב ולדון במקרה שלפנינו בטענות העקרוניות בנוגע לחוקיות האמצעי של החרמת והריסת בתים מכוחה של תקנה 119. טענות מעין אלה נדונו ונדחו בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה, לרבות בעת האחרונה... לדעתי, אין מקום להידרש במקרה דנא לשאלות אלה מבראשית. יש להישמר פן "נהפוך מבית משפט לבית שופטים" (ראו: שם, פסקה 9 והאסמכתאות המאוזכרות שם; בהשמטת ההפניות – ח"מ).

26. זה המקום להוסיף כי לא נעלמו מעיני האתגרים השונים שמעוררת מדיניות הריסת בתים מעת לעת, כמו גם דעת המיעוט של חברי השופט מ' מזוז בנושא ויתר הערותיהם במכלול של חברי השופטים (ראו: בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 3 (01.12.2015); פרשת אבו ג'מל, פסקאות 2, ו-16; בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 2 (23.03.2016); פרשת מדעי, פסקה 2; עיינו גם: בג"ץ 1938/16 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 2, ו-6 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן (24.3.2016) (להלן: פרשת אלרוב)). עם זאת, מקובלים עלי דבריו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בהקשר זה:

"הריסת בתים אינה נושא חביב כל עיקר על איש מאתנו, לשון המעטה, והדבר נאמר שוב ושוב בפסקי דינו, כולל הרוח העולה מפסק הדין הנוכחי, והמדיניות טעונה חשיבה מתמדת ומעקב מתמיד באשר לתועלת שבהרתעה. גם השופט מזוז מסכים, כך נדמה, כי עסקינן לא בסמכות אלא במידתיות, ומכאן לעמדתו אין לקבל פגיעה ברכושם של חפים מפשע... כולנו רוצים לפרש את הסמכות ברוח חוקי היסוד. אילו חיינו במציאות אחרת הייתי שמח מאוד, וכמותי רבים מחברינו, להצטרף למסקנה אליה הגיע חברנו השופט מזוז בכבוד. השופט פוגלמן ביטא זאת בחוות דעתו בעניין סידר, אך ציין כי איננו "בית שופטים", וכי משפטק בית המשפט זה לא כבר בעניין זה תוך בחינה קפדנית, הצעד מחייב את כולנו... אבל אנו יושבים בתוך עמנו במציאות הקודרת היומיומית לעת הזאת, וגורמי הביטחון – אלוף פיקוד המרכז המחליט והחותם על תצהירים, וכמותו קצינים אחרים, היועץ המשפטי בפרקליטות המדינה, ואנו יוצאים מהנחה כי העמדה מובאת לפתחנו לאחר דיונים עם הפרקליט הצבאי וצוותו, והדרג המדיני בתצהיר על-ידי מזכיר הממשלה – מאמינים לא רק בחוקיותו אלא גם בנחיצותו הקונקרטי של האמצעי; איננו יכולים לצאת מן ההנחה כי הדברים נעשים אך לריצוי דעת קהל בעקבות פיגועים קשים. אין בפנינו טעם מבורר לומר כי אין ממש בעמדותיהם ובתצהיריהם" (ראו: בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה יג (28.12.2015) (ההדגשה שלי – ח"מ); עיינו גם בדברי השופט טירקל ב-בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח (2) 289, 294 (2003) (להלן: פרשת סעאדה)).

הנה כי כן – אינני סבור כי לעת הזו יש צורך, בנסיבות העניין, לדון ולהכריע מחדש בסוגיות העקרוניות שהעלו העותרים – לבל יהפוך מוסד זה מ"בית משפט" ל"בית שופטים" (ראו: דברי השופט זילברג ז"ל ב-ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ריימונד ליטווינסקי, פ"ד טו(1) 71, 75 (1961); עיינו גם: בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט

פוגלמן (15.10.2015) (להלן: פרשת טיזר); פרשת עליוה, פסקה 17 לחוות דעתו של השופט א' שהם).

לפיכך, הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להתמקד – כל עוד לא חל שינוי בהלכה – במישור הפעלת שיקול הדעת, ולא במישור הסמכות, וזאת לאורן של מכלול נסיבות המקרה הקונקרטי, ובשים לב למבחני המידתיות והסבירות (עיינו: פרשת חמאד, פסקאות 26, ו-46 לחוות דעתה של הנשיאה נאור, ופסקה 1(א) לחוות דעתו של השופט סולברג שם).

לכירור זה אפנה עתה.

דיון בטענותיהם הפרטניות של העותרים

27. בענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים כי המצב הביטחוני הוא קשה (ראו: פרוטוקול הדיון מתאריך 13.03.2016, עמ' 1). כעולה מהנתונים שהמשיבים הציגו בתשובתם לעתירה – מתחילת שנת 2014, במהלך שנת 2015, ותחילת שנת 2016 ניכרת עלייה תלולה בכמות הפיגועים שבוצעו במתווים חמורים בהם נרצחו אזרחים, תוך שימוש בנשק חם או קר (ראו: מש/8). מציאות זו היא שהובילה את המשיבים ואת הדרג המדיני לשנות ממדיניותם הקודמת, שהתקבלה בעקבות מסקנות צוות האלוף אודי שני משנת 2005, ואשר במסגרתה צומצמה הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119. בעקבות ההחמרה הניכרת במצב הביטחוני בשנתיים האחרונות – המפקד הצבאי חזר לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו מכוח תקנה 119 במספר מקרים (ראו: פרשת קואסמה, פסקה 25). המשיבים מציינים בתשובתם לעתירה כי:

”הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון – לה שותפים גם ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ”ל – היא כי חיוני כיום ליצור הרתעה מקסימאלית מפני ביצוע פיגועים נוספים” (ראו: פסקה 46 לתגובת המשיבים).

האפקטיביות של הפעלת תקנה 119 צריכה להיבחן באופן מתמיד על ידי גורמי הביטחון. חזקה כי כך אכן נעשה בענייננו. אוסיף עוד בהקשר זה – כי אין בית משפט זה בא בנעליה של מערכת הביטחון, לה מסור שיקול הדעת והמומחיות לקבוע אימתי השימוש בתקנה 119 יעיל ויש לעשות בו שימוש לשם השגת התכלית ההרתעתית (ראו: ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה יז; פרשת מרעי, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ברון). בהתאם לכך – בית משפט זה אינו נוטה להתערב בשיקול דעתו המקצועי של המפקד הצבאי בעניין יעילות השימוש באמצעי של הריסת בתים (ראו: בג”ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 8 (05.01.2009) (להלן: פרשת אבו דהים)).

28. בפסיקתנו נקבעה רשימה של אמות מידה, שאיננה ממצה, אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול טרם הריסת מבנים לפי תקנה 119, וכל זאת, בשים לב לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכך נאמר באחת הפרשות:

"א. יש לקחת בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לאותו חשוד שהתגורר באותו מבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם על-ידי אותו חשוד. ב. ניתן להתחשב במידת המעורבות של יתר דיירי הבית, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של הלה. היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב. ג. שיקול רלוואנטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה. ד. יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים. אם מסתבר כי אין הדבר ניתן, אזי יש לשקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר. ה. על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים, העשויים להיפגע מהריסת המבנה, ואשר יש להניח כי הם כשלעצמם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד..." (ראו: בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 358, 363 (1996); פרשת אטרש, פסקה 9).

בפסיקתנו נאמר כי חומרת המעשים המיוחסים למפגע הינה שיקול מרכזי – ודי בחומרת המעשים, כשלעצמה, כדי להצדיק שימוש בתקנה 119 הנ"ל. עוד נקבע כי אחד מהשיקולים הרלוונטיים, הוא מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפגיעה, או מידת מודעותם לו (ראו: פרשת מרעי, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת ברון). חברתי, השופטת א' חיות, עמדה על כך באחת הפרשות, בקובעה, בין השאר, כך:

"אחד השיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת המבנים הוא מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפעילותו החבלנית של המפגע... המשנה לנשיא הוסיפה וציינה אמנם בהקשר זה כי "היעדר ראיה בדבר מודעות או מעורבות מצד הקרובים אינו מונע שלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב". בעיניי מן הראוי כי שיקול זה, אף כי איננו עומד לבדו, יישא משקל ממשי בקבלת ההחלטה לגבי הריסת המבנה והיקפה ונראה כי שיקול זה אכן הודגש על-ידי בית המשפט זה לא אחת בעבר כשיקול הנושא משקל כזה... אוסיף ואומר, בלא שיהא בכך כדי למצות את האפשרויות הנוגעות לשיקול זה, כי לגישתי אם אכן יהיה בידי בני המשפחה שביתם עומד להיהרס לשכנע בראיות מנהליות מספיקות כי טרם ביצוע הפגיעה ניסו להניא את המפגע מביצועו, כי אז מן הראוי לייחס לנתון זה משקל משמעותי ביותר העשוי במקרים מתאימים לשלול החלטה להריסת ביתם של

אותם בני משפחה" (ראו: ענין המוקד להגנת הפרט, פיסקה 4; ההדגשה שלי – ח"מ; עיינו גם: פרשת חמאד, פיסקה 4(ב) לחוות דעתי; עיינו גם: פרשת ג'מאל, בחוות דעתו של השופט מזוז).

ב-פרשת מרעי הנ"ל חברתי, השופטת ע' ברון, ציינה את הדברים הבאים, היפים במיוחד לנסיבות המקרה דנן, בו מדובר בפיגוע שבוצע על ידי קטין:

"ויובהר – אין הכוונה לכך שבהעדר מעורבות ישירה ואקטיבית מצד בני משפחתו של המחבל במעשה הטרור שביצע, אין מקום להורות על הריסה. ואולם גם קשה להסכין עם המצב כיום, שלפיו אין למשפחת המחבל כל דרך להימנע מהריסת ביתה אם אחד מבניה מחליט לבדו על ביצוע פיגוע. כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בידיעה של מי בני המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של המחבל – ולעניין זה תיתכן אף ידיעה קונסטרוקטיבית, "עצימת עיניים". במקרים מסוימים ניתן אף להסיק על ידיעה כזו באופן נסיבתי – למשל מתוך טיב היחסים שבין המחבל לבני משפחתו, בשים לב לתדירותם (אם מתגורר איתם באורח קבע או ארעי), או לגילו של המחבל (קטין לעומת אדם המנהל חיים עצמאיים). כמו כן, עשויה להיות משמעות בהקשר זה ל"נורות אזהרה" כדוגמת התבטאויות מקדימות של המחבל ברשתות החברתיות, או התרועעות עם אנשים המזוהים עם ארגוני טרור. ניתן אף להסיק על תמיכה של המשפחה במעשה הטרור מתוך התנהלותה לאחר מעשה – למשל במקרה של קבלת גמול כספי בגין המעשה מאת ארגון התומך בטרור, או אף הבעת תמיכה מילולית ואחרת במעשיו של המחבל. יודגש כי אין באמור כדי לקבוע מסמרות, וברי כי כל מקרה יש לשקול לגופו על רקע מכלול הנסיבות" (שם, פיסקה 8; ההדגשות שלי – ח"מ).

אחיל ואיישם כעת את השיקולים האמורים – לענייננו.

29. אין צורך להכביר במילים על חומרת המעשה האיום והנורא שהתרחש כאן. המקרה שלפנינו ממחיש באופן מובהק את הצורך בהרתעה. מעשיו הזוועתיים של מ', אשר רצח את דפנה ז"ל בדקירות סכין רבות בפתח ביתה אל מול עיני ילדיה – מחייבים הרתעה במישור הנדון פה. תובנה זו מתעצמת נוכח העובדה שפיגוע זה איננו עומד רק בפני עצמו והוא בא על רקע מציאות ביטחונית קשה, בגדרה מתבצעים, לצערנו בתדירות גבוהה, פיגועים וניסיונות פיגועים המכוונים נגד אזרחי ותושבי ישראל – חפים מפשע (ראו: פרשת אטרש, פיסקה 12; עיינו גם: פרשת גלאון).

30. הרף הראייתי הנדרש לצורך הפעלת תקנה 119 הוא ראיות מנהליות "המניחות את הדעת" לכך שאחד מתושבי הבית ביצע מעשים מן הסוג המפורט בתקנה 119 (ראו: פרשת אטרש, פיסקה 11). נדרש חומר ראיתי, בעל ערך הוכחתי מספיק, אשר רשות מנהלית רשאית להתחשב בו. המפקד הצבאי איננו זקוק לפיכך לפסק דין מרשיע של

ערכאה שיפוטית. מבחינתו, השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו ראיות מנהליות המעידות על כך שבבית המיועד להריסה התגורר מפגע שביצע מעשה אסור במשמעות תקנה 119 (עיינו: פרשת חמאד, פסקה 38; פרשת מרעי, פסקה 18), או מי שחזק את ידיו, או מי שהיה שותף לאחר מעשה לעובר העבירה. דרישות אלו התקיימו בענייננו. יתר על כן, לנוכח ההתפתחות המאוחרת, בגדרה הודה מ' במיוחס לו בכתב האישום שהוגש נגדו והורשע בידי בית הדין הצבאי הנכבד, כמפורט בפסקאות 19 ו-20 שלעיל. אין עוד מחלוקת בין הצדדים כי התקיימה, בנסיבות העניין, הדרישה לדיות הראיות המנהליות הדרושה לשם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 – ולו ביחס ל- מ' שגר בבית, מושא צו ההריסה.

עתה אדון בטענות העותרים לגבי אי-מעורבותם במעשה הרצח ובאשר להשלכותיה.

הטענות בעניין אי מעורבות העותרים

31. מהחומר בפנינו אכן עולה לכאורה שהעותרים לא היו מעורבים בפועל בביצוע הפיגוע (ראו: פרוטוקול מתאריך 13.03.2016, בעמ' 7). בנוסף, מ' מסר בחקירתו כי ביצע את הרצח לאחר צפייה בתקשורת הפלסטינית, כאשר, לדבריו, הוא לא שיתף איש בכוונתו לבצע את הפיגוע הנ"ל (ראו: מ/ש 2, שורות 22 ואילך). עם זאת, בפסיקתנו נקבע כי מודעותם של בני משפחתו של המפגע לכוונתו לבצע פיגוע – איננה נדרשת, כשלעצמה, לשם גיבוש הסמכות לפי תקנה 119. שיקולי הרתעה מחייבים, לעיתים, על פי הפסיקה 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 (ראו: פרשת אבו דהים, פסקה 7 לחוות דעתה של הנשיאה נאור). המבחן הוא אובייקטיבי, ולא סובייקטיבי. על בית המשפט לשאול האם יש באמצעי זה כדי להרתיע אנשים כדוגמת המפגע, אשר ישקלו שיקול נוסף טרם שיבצעו מעשה נפשע מעין זה (ראו: פרשת חרוב, פסקה ח; ענין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4). כאמור לעיל – לא מצאתי עילה להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהקשר זה, בעת שהוא סבור כי הפעלת תקנה 119 תתרום להרתעה, והרי שיקול הדעת בתחום זה הוא כאמור בגדר סמכותו ומומחיותו של המפקד הצבאי.

זאת ועוד – 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.

32. בחקירתו במשטרה מסר מ' את הדברים הבאים:

”ש. מה אימא חושב עליך עכשיו לאחר שביצעת את הפיגוע (כך במקור – ח”מ)?  
 ת. שאני גיבור ואני הבאתי הרבה כבוד למשפחתי...  
 ש. מה התוצאה של המעשה שלך?  
 ת. שחרור פלסטין הוא בידי האסירים והשהידים והגיבורים ואנחנו נחזור לעכו, חיפה, טבריה, יפו ונצרת...  
 ש. במידה והייתי משחרר אותך כעת, מה היית עושה?  
 ת. הייתי הולך למסגד אלאקצה גם הייתי נרצח ובדרך הייתי רוצח כמה שיותר יהודים ציוניים.”  
 (מש/2, שורות 94-103; ההדגשה שלי – ח”מ).

הדברים הללו יש בהם כדי ללמד, בין השאר, על האווירה המשפחתית הכוללת, לכל הפחות מנקודת מבטו של מ', במסגרת שקילת הצורך בהרתעה.

33. זאת ועוד – מהראיון שנערך עם אחיו הגדול של מ', העותר 4, עולה, לכאורה, כי הוא תומך בביצוע של פעולות טרור מהסוג שהתרחש כאן (תוך שהוא הוסיף, בצד זאת, כי הוא איננו מאמין שמ' אכן ביצע את הפיגוע הנ"ל; בינתיים מ' הודה כאמור בביצוע המעשים, והורשע). העותרים – בתרגום ובהסבר שהם מציעים לדברים אלה של האח, העותר 4 – גורסים שיש להבין את שנאמר על ידו בראיון בצורה שתתפרש כי הוא רק מכבד מעשים מעין אלו (ולא כי הוא תומך בהם), ודומה שמיותר מלהיכנס לפלפול זה כאן.

34. זה המקום לציין כי הוריו של מ' לא נחקרו על יחסם לפיגוע הנ"ל בידי גורמי החקירה הרלוונטיים. עם זאת, אף לאחר מעשה, בכתב העתירה, ואף בדיון שהתקיים בפנינו – הם לא הביעו גינוי כלשהו למעשיו של מ' ואף מהראיונות שהם העניקו לתקשורת עולה, לכל היותר, רק הכחשה בדבר מעורבותו של מ' במעשה (שהופרכה עתה בהודייתו). גם לכך יש משקל בעת בחינת שאלת ההרתעה העתידיית. יפים לענין זה דברים שצינתי ב-פרשת חמאד הנ"ל:

”חזרתי ושאלתי בעת הדיון את באי-כוחם של העותרים, בני המשפחה, אם הם ניסו להניא את המפגע טרם שביצע את זממו. תשובתם היתה שהם לא ידעו על תכניותיו ולכן ממילא לא יכולים היו להניאו. הקשיתי איפוא ושאלתי אם בדיעבד בני המשפחה מגנים מעשים כגון אלה (מה שעשוי לתרום להרתעה), ואולם שאלה זו נשארה תלויה בחלל האוויר ואף בתגובותיהם המאוחרות בכתב – הם לא התייחסו לעניין זה, והדבר אומר דרשני” (שם, פסקה 5 לחוות דעתי).

סצנריו דומה התרחש בעתירה שלפנינו. אף שבאת-כוח העותרים ראתה להביע בשמחה צער על הרצח המחריד והטרגי, וציינה שמי שביצע את המעשה המזעזע הזה – צריך לעמוד לדין, העותרים המשיכו להחשות...

35. זאת ועוד – אחרת. 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(ז); 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.

36. העולה מהמקובץ מלמד כי לא נמצאה עילה להתערב על דרך של ביקורת שיפוטית, בשיקול דעתו של המפקד הצבאי שהחליט על הפעלת תקנה 119 בעניינם של העותרים. אכן הפגיעה בעותרים מהווה שיקול חשוב במסגרת בחינת המידתיות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, ואף אני, כחברי בפרשות קודמות, אינני מקל ראש



בפגיעה זו. עם זאת, מדובר בפגיעה שהינה בבחינת פועל יוצא מהפעלת תקנה 119, שתכליתה, כאמור, איננה להעניש את בני המשפחה, אלא להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים נוספים.

37. סוף דבר – הנני מציע כי נדחה את העתירה וכי צו הביניים הארעי שהוצא במסגרתה – יפקע תוך 10 ימים ממועד מתן פסק דיננו זה כדי לאפשר התארגנות.

38. עם נעילה רואה אני להביע תקווה, לצד תנחומים כנים הנשלחים מכאן אל משפחתה של דפנה מאיר ז"ל, וליתר משפחות הנפגעים, כי מי יתן וחפים מפשע לא ייפגעו עוד, ונשוב לימים ולמצב שלא יהיה שוב צורך בהרתעה מעין זו שנדונה בעתירה שלפנינו.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברוך:

מ' ביצע רצח מתועב. בדקירות סכין הוא רצח את דפנה מאיר ז"ל, בפתח ביתה ולנגד עיני ילדיה. זהו מעשה של שנאה קיצונית ואלימות מזעזעת, מצידו של נער צעיר. בעת הרצח, טרם מלאו ל-מ' 16 שנים. הוא הורשע בעבירות של גרימת מוות בכוונה והחזקת סכין (סעיפים 209 ו-248 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], התש"ע-2009), וממתין לגזר דינו. עתה מבקש המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון להרוס את הבית שבו התגורר – שהוא ביתם של הוריו וארבעת אחיו (הם העותרים). מטרתה של הריסת הבית היא להרתיע מפגעים פוטנציאליים נוספים מלבצע פיגועים רצחניים בעתיד, ובכך להציל חיים.

כבר הבעתי בעבר את דעתי, כי "ככלל, הפעלת סמכות ההריסה על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למחבל בלבד, ללא מתן משקל כלשהו למידת מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת לטעמי במבחן המידתיות במובנו הצר בנסיבות שבהן כוחה ההרתעתי של ההריסה, לכל הפחות אינו חד משמעי" (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (15.2.2016), בפסקה 6; להלן: עניין מרעי). וכך כי "אין

בכל האמור לעיל כדי להקל ראש כלל ועיקר במעשים המזוויעים שביצעו מחבלים שידיהם מגואלות בדם. ואולם יש לזכור כי בעת ההריסה, המחבלים עצמם לרוב אינם עוד בין החיים, ובכל מקרה כבר אינם מתגוררים בבית המיועד להריסה. המדובר אפוא בקורת הגג שמעל בני משפחתו של המחבל, שאמנם יצא מקרבם אך אין להם לכאורה יד ורגל במעשיו, וביניהם לעיתים גם ילדים ועוללים" (שם). 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 בידיעה קונסטרוקטיבית:

"כאשר מדובר במעשי טרור חמורים, ייתכן כי די בידיעה של מי בני המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של המחבל – ולעניין זה תיתכן אף ידיעה קונסטרוקטיבית, 'עצימת עיניים'. במקרים מסוימים ניתן אף להסיק על ידיעה כזו באופן נסיבתי – למשל מתוך טיב היחסים שבין המחבל לבני משפחתו, בשים לב לתדירותם (אם מתגורר איתם באורח קבע או ארעי), או לגילו של המחבל (קטין לעומת אדם המנהל חיים עצמאיים). כמו כן, עשויה להיות משמעות בהקשר זה לינורות אזהרה' כדוגמת התבטאויות מקדימות של המחבל ברשתות החברתיות, או התרועעות עם אנשים המזוהים עם ארגוני טרור. ניתן אף להסיק על תמיכה של המשפחה במעשה הטרור מתוך התנהלותה לאחר מעשה – למשל במקרה של קבלת גמול כספי בגין המעשה מאת ארגון התומך בטרור, או אף הבעת תמיכה מילולית ואחרת במעשיו של המחבל. יודגש כי אין באמור כדי לקבוע מסמרות, וברי כי כל מקרה יש לשקול לגופו על רקע מכלול הנסיבות" (עניין מרעי, בפסקה 8).

ולענייננו – אמנם אין יסוד לסבור כי מי מהעותרים ידע בזמן אמת על כך ש-מ' מתכנן פיגוע רצחני, ואולם 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. על כן, כאשר קיימות אינדיקציות לתמיכה בטרור בתוככי הבית, בזמן אמת או אף לאחר מעשה, יש שניתן יהיה לקבוע כי בני הבית צריכים היו לדעת על אודות כוונותיו של יוצא חלצם. בנסיבות המקרה דנן, ובפרט לנוכח חומרתו של המעשה שאותו ביצע מ', סבורתני שיש בנמצא אינדיקציות מספקות לשם קביעה כאמור. כפי שכבר צוין, בעת הרצח היה מ' בן פחות מ-16 שנים, והוא התגורר תחת קורת הגג של הוריו. במהלך חקירתו לאחר הרצח, מ' עצמו טען כי הוא סבור שאימו גאה בו על מעשיו ושהוא הסב כבוד רב למשפחתו; אחד מאחיו של מ' התבטא בתקשורת כי הוא תומך בביצוע פיגועים רצחניים ביהודים; ושני הוריו של מ', הגם שלא תמכו בפומבי במעשיו, בשום שלב לא גינו את הרצח

המזעזעז חרף הזדמנויות שהיו להם לעשות כן. התמונה המשפחתית המצטיירת אפוא, גם אם בדיעבד, היא של תמיכה בטרור.

במצב דברים זה, הגעתי לכלל מסקנה כי החלטת המשיב היא מידתית, ואני מצטרפת לדעתו של חברי השופט ח' מלצר כי יש לדחות את העתירה.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ג באייר התשע"ו (31.5.2016).

שופט

שופט

שופט