

בעניין: 1. המפקד הצבאי בגדה המערבית

2. שר הביטחון

ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 073-3925305; פקס: 02-6467011

העותרים

- נגד -

1. _____ אבו בכר

2. _____ אבו בכר

3. _____ אבו בכר

4. _____ אבו בכר

5. _____ אבו בכר

6. _____ אבו בכר

7. _____ אבו בכר

8. _____ אבו בכר

9. _____ אבו בכר

10. _____ אבו בכר

11. _____ אבו בכר

12. המוקד להגנת הפרט

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ואח'

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת כב' הנשיאה חיות מיום 27.8.2020, מתכבדים המשיבים להגיש את תגובתם לעתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין שניתן ביום 10.8.2020 בבג"ץ 4853/20 (להלן: **פסק הדין**).

המשיבים יטענו כי דין הבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין – להידחות.

מוסד הדיון הנוסף

1. האפשרות לקיים דיון נוסף בפסק דין של בית המשפט העליון מעוגנת בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**), הקובע כי נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר שייקבע לכך רשאים להיענות לבקשה לקיום דיון נוסף, אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.

2. בד"נ 3379/91 **כספי נגד מדינת ישראל**, תק-על 91(3) 860 (1991), בית המשפט הנכבד פירש כך את הוראות סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט:

מלשון הסעיף עולה ברורות כי הוא סב סביב ציר אחד בלבד, הוא ציר ההלכה שנפסקה. הווה אומר או שההלכה שנפסקה עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית משפט זה, או שיש בה משום חשיבות, קשיות או חידוש.

3. כמו כן, הפסיקה מטעם בית משפט נכבד זה הבחינה מפורשות בין הליך של דיון נוסף לבין הליך של ערעור באומרו:

.. הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף מבחינת מגמתו העיקרית, כי במרכז אינה עומדת השאלה אם בית המשפט נהג כהלכה, אלא נבחנת ההלכה המשפטית בתור שכזאת (ד"נ 6/82 **ינאי נגד ראש הוצאה לפועל**, פ"ד לו(3) 99, 101 (1982))

4. עמידה באחד או יותר מהתנאים המנויים בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, אינה מביאה בהכרח לקיומו של דיון נוסף, ולנשיא בית המשפט שיקול דעת רחב בעניין. הפסיקה הבהירה לא אחת שבית המשפט הנכבד נוטה להורות על קיום דיון נוסף אך ורק במקרים נדירים, חריגים שבחריגים.

.. אלא שחידוש הילכתי – ואפילו חידוש הילכתי הניתן בתכונות המנויות בהוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט – לא יצדיק בכל מקרה ומקרה קיומו של דיון נוסף. טעם הדבר הוא, החוק היקנה לשופט הדין בעתירה לדיון נוסף שיקול דעת רחב לבחינת האם המקרה שלפניו, על פי נסיבותיו ועל פי מאפייניו, משתייך לאותם מקרים חריגים- שבחריגים, נדירים שבנדירים, שבהם יקום דיון נוסף (פסק דינו של כב' השופט (בדימוס) חשין בדנג"ץ 7802/04 **מילוא נגד שר הביטחון**, תק-על 2004(4) 719 (2004)) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

5. עוד קבע בית המשפט הנכבד:

כידוע, על מנת להורות על קיום דיון נוסף נדרש כי **המדובר יהיה בחידוש, חשיבות או קשיות מהותיים ומשמעותיים**; ואפילו כאשר תנאים אלה מתקיימים, עדיין נוטה בית-המשפט, כעניין של מדיניות שיפוטית, לקמוץ את ידו ולא להורות על קיום דיון נוסף אלא במקרים נדירים (פסק דינו של כב' השופט (דאז) מצא בדנ"א 4335/03 **בנבנישתי נגד כונס הנכסים הרשמי**, תק-על 2003(2) 1646 (2003)) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

6. הקביעה האם ההלכה הפסוקה שונתה אינה קביעה קלה. ההלכה מתפתחת באופן תמידי, באמצעות יישום של מבחנים וסטנדרטים מופשטים על נסיבות קונקרטיות שונות, שכן אין מקרה זהה למשנהו. **לא כל יישום שונה של אמות מידה שנקבעו בהלכה או פיתוח ההלכה בכיוון מסוים עולה כדי הלכה חדשה או סוטה מהלכה קודמת** (ראה דנ"א 8045/06 **משרד הבינוי והשיכון נגד מליבו ישראל בע"מ**, (פורסם בנבו, 21.5.2007).

7. בית המשפט הנכבד אף נדרש זה מכבר לשאלה, האם במקרה שהרכב כלשהו החליט באופן מסוים בשאלה משפטית במסגרת פסק דין, עובדה זו כשלעצמה מהווה עילה לדיון נוסף. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת (דאז) שטרסברג כהן בדנ"א 2485/95 **אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ נגד מדינת ישראל** (לא פורסם):

לא נראה לי ראוי, שההלכה הנקבעת על ידי בית משפט זה, על ידי רוב של הרכב כלשהו, תשונה רק משום שהרכב אחר יכול ויחליט אחרת.

8. פירוש הדברים הוא כי אין די בכך שהרכב אחר עשוי היה להחליט אחרת במסגרת הלכה מסוימת כדי להוות כשלעצמה עילה לקיומו של דיון נוסף. נהפוך הוא. דיון מחודש בהלכה משפטית, כשייתכן שדעתו של הרכב אקראי בסוגיה מסוימת שונה מזו של הרכב אחר, עשוי לפגוע בעקרון סופיות הדיון והיציבות המשפטית.

9. שאלה נוספת הנשאלת בהקשר זה, הינה מהו היקפם וטיבם של קשיות, חשיבות או חידוש של הלכה, המצדיקים חריגה מעיקרון סופיות הדיון, והקצאה של משאבי שיפוט ניכרים לשם קיומו של דיון נוסף.

10. על המבקש לקיים דיון נוסף להראות שהחידוש, החשיבות או הקשיות שבהלכה שנפסקה מהותיים ומשמעותיים. יפים כאן דבריה של כב' השופטת שטרסברג כהן בעניין אפרופים:

החשיבות, הקשיות או החידוש בהלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, צריך שיהיו מהותיים ומשמעותיים, כגון, שנפלה בפסק הדין טעות מהותית, שהוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה או בתפיסת הצדק של החברה, שהוא מביא לתוצאה שלא ניתן לחיות עימה, שחלו שינויים משמעותיים במציאות או בחוק, אותם אין ההלכה משקפת. מובן שאין הרשימה סגורה; היא מהווה הדגמה של סוגי נימוקים המעלים את הסוגיה לרמת קשיות, חשיבות או חידוש, המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה בעקבותיו.

11. יש לראות בסמכותו של בית המשפט העליון כסמכות מיוחדת שבמוקד שלה עומד האינטרס של הציבור לדון בהלכה פסוקה חדשה, כשעניינו של העותר הינו זניח, לעומת הסוגיה העקרונית הכללית, כך שאין לראות בו כהליך ערעור, ואין מקום לטענות בעלות אופי ערעורי מובהק. לפיכך, אין לראות בהליך הדיון הנוסף מעין ערעור נוסף (ראו למשל, ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1)441, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא שמגר; דנ"פ 4971/02 **זגורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(4)583, פס' 11 לפסק דינו של השופט חשין). טענות בעלות אופי ערעורי מובהק אין מקומן במסגרת הדיון הנוסף (דנ"א 1641/06 **וזאנה נ' קופת חולים כללית**, נבו, 7.5.2006). יש לראות בדיון הנוסף "הליך יוצא דופן, ולא בגדר שלב שגרתי לעיון מחדש במחלוקת משפטית" שנפסקה (ד"נ 9/88 **סטרוד נ' נתן**, פסק דינו של הנשיא שמגר, נבו,

10.8.1988; ראו גם דנ"א 9200/05 פואז נ' מס הכנסה – טבריה, נבו, 2.11.2005). על בית המשפט להבחין בין הערכה מחודשת של הלכה משפטית עקרונית, שמקומה אכן במסגרת הליך הדיון הנוסף, לבין בחינת דרכי יישומה של אותה הלכה לסיטואציות עובדתיות קונקרטיות, אשר מתאימה להליך ערעורי (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2)1, פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

12. לפי היגיון זה, על בית המשפט הנכבד להבחין בין הערכה מחודשת של הלכה משפטית עקרונית לבין עיון מחדש בדרכי יישום של אותה הלכה במקרים קונקרטיים, דבר המתאים להליכי ערעור.

13. אף אם המבקשים סבורים שבית המשפט העליון טעה בפסק דינו, עובדה זו כשלעצמה אינה מהווה עילה לדיון נוסף כל עוד אין בה קביעת הלכה מוטעית בסוגיה חדשנית בעלת חשיבות עקרונית.

14. יישומם של הדברים הנ"ל מובילים למסקנה לפיה פסק הדין העומד בבסיס הבקשה לדיון נוסף זה, אינו עונה לתנאים הקבועים בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. פסק הדין אינו חורג מההלכה הפסוקה וכך אינו מצדיק קיומו של דיון נוסף, והוא בסך הכל מיישם אמות מידה על פי ההלכה הפסוקה. בבקשה זו מתבקש בית המשפט הנכבד לעיין מחדש בדרכי היישום של ההלכה הפסוקה במקרה הספציפי, ולא בכדי הבקשה נמנעת מקריאה להערכה מחודשת של ההלכה הפסוקה בהיבט העקרוני, וזאת מתוך הנחה שהרכב אחר היה מחליט באופן שונה, על סמך אותן אמות מידה. לבחינתה של נקודה מהותית זו לענייננו, נעבור כעת.

פסק הדין בבג"ץ 4853/20 ניתן בגדר ההלכה הפסוקה בנושא הריסות בתים עונשיות

15. בפסק הדין שניתן מטעם בית משפט נכבד זה בבג"ץ 4853/20 ביום 10.8.2020, הוחלט ברוב דעות השופטים הנכבדים מזוז וקרא כי צו ההחרמה וההריסה הנדון בעתירה יבוטל, תוך שמירת סמכותו של המפקד הצבאי להמיר צו זה לצו לאטימת החדר בו התגורר המפגע. זאת בניגוד לדעתה החולקת של כב' השופטת וילנר, אשר סברה כי יש לדחות את העתירה.

16. כבוד השופט מזוז מפנה בתחילת פסק דינו אל עמדתו בנוגע לחוקיות השימוש בתקנה 119, עמדה שעלתה בשורה של פסקי דין שניתנו על ידו, אליהם הוא מפנה במסגרת פסק הדין. על אף שלהשקפתו הפעלת הסמכות מעוררת שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם והן בהיבט של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר לא זכו לטעמו לבירור מספק, בוחר כבוד השופט מזוז שלא לסטות מההלכה הקיימת, מתיר את שאלת הסמכות בצד, ומתמקד במישור שיקול הדעת. גם כבוד השופט קרא עמד באופן דומה על המורכבות שבשימוש בתקנה 119, אולם הותיר את הדיון בסעד המבוקש בעתירה במישור שיקול הדעת שהפעיל המשיב במקרה קונקרטי זה.

17. נקודת המוצא של כבוד השופטים מזוז וקרא בפסקי דינם, היא כי הסמכות להפעיל את תקנה 119 עומדת בתוקפה. שניהם נצמדו באדיקות להלכה הנוהגת, וכל הדיון נסב על האופן בו

מופעלת הסמכות, ובמילים אחרות מדובר בדיון במישור המידתיות, שנמנע מהעיסוק בעצם חוקיות השימוש בתקנה 119.

18. שלושת השופטים הנכבדים התייחסו בפסק הדין, במסגרת בחינת הסבירות והמידתיות של השימוש בתקנה 119 במקרה הקונקרטי שהיה לפנייהם, לשאלת מעורבות בני המשפחה כעניין המשליך על אופן הפעלת הסנקציה מכוח תקנה 119. כך למשל כותבת כב' השופטת וילנר:

הלכה פסוקה היא כי לצד סמכותו העקרונית של המפקד הצבאי להוציא צווי החרמה והריסה לבתי מפגעים מכוח תקנה 119, הרי ששומה עליו להפעיל סמכות זו באופן מידתי. בתוך כך, נדרש המפקד הצבאי לשקול את חומרת המעשים המיוחסים למפגע; את עוצמת התשתית הראייתית העומדת נגדו; ואת **מידת מעורבותם של יתר דיירי המבנה במעשים שביצע בן משפחתם-המפגע. כמו כן, יש לבחון האם קיימים אמצעים אחרים המאפשרים את מימוש התכלית ההרתעתית הטמונה בתקנה 119 מתוך פגיעה פחותה** (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

19. במקביל, כבוד השופט מזוז עמד על הצורך לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לבין הפגיעה הנגרמת לבני משפחה שלא היו מעורבים במעשה, בהקשר זה הפנה כבוד השופט מזוז לדבריו בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015):

לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, **מתחייבת** מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני המשפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד.. (ההדגשות במקור).

20. על סמך דברים אלה, המבוססים היטב בהלכה הפסוקה של כבוד בית המשפט מהשנים האחרונות, קבע כבוד השופט מזוז כי עיקרון המידתיות במקרה שעמד במוקד העתירה מחייב מיתון הפגיעה על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית, שהינו אחד האמצעים, אשר במסגרת הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, אישר בעבר בית המשפט הנכבד לעשות בו שימוש על בסיס שיקולים של מידתיות.

21. לעומת עמדתו של כבוד השופט מזוז, כבוד השופט קרא סבר, כי בנסיבות המקרה עיקרון המידתיות מחייב ביטול צו ההחרמה וההריסה וקבלת העתירה. מכל מקום הוא מצטרף להערתו של כבוד השופט מזוז לפיה תישמר סמכותו של המפקד הצבאי להמיר את צו ההחרמה וההריסה בצו לאטימת החדר בו התגורר המפגע, שוב מתוך הכרה בכלי של אטימה במסגרת הסמכות הניתנת למפקד הצבאי מכוח תקנה 119, לאור נסיבותיו הפרטניות של תיק זה והעובדה שבית המגורים היווה חלק מנסיבות המעשה.

22. המסקנה אליה הגיעו השופטים הנכבדים מזוז וקרא מתיישבת עם דברי כבוד השופטת וילנר אשר הובאו לעיל. פסק הדין נצמד להלכה הקיימת, מכיר בסמכותו של המפקד הצבאי להפעיל סנקציה מכוח תקנה 119, ומבקש להקטין את הנזק שייגרם לאישה ושמונת ילדיה, שבעה מתוכם קטינים, בשל העובדה שלא חטאו ולא פשעו, באמצעות מניעת הריסה מוחלטת של קורת הגג המצויה מעל ראשם.

23. כפי שכבר נטען לעיל, טעם ראשון והכרחי בשל קיומו של דיון נוסף, הוא קביעתה של הלכה חדשה בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט. לא כל קביעה של בית המשפט העליון בפסק דין עולה כדי קביעת "הלכה" בהתאם למשמעותה על פי סעיף 30(ב). יפים דבריו של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ריבלין בדנג"ץ 10792/06 **התנועה להגינות שלטונית נ' נציבות תלונות הציבור על שופטים**, תק-על 2007(1) 4953, כדלקמן:

נשוב ונזכיר את שנקבע לא אחת, לאמור, כי "עד שנדע אם דברים שאמר בית המשפט העליון בפסק דין עולים הלכה, חייבת אותה הלכה לגלות עצמה על פני פסק הדין. וגילוי פנים בהקשר ענייננו פירושו הוא זה, שבית המשפט ביקש במודע ובכוונת מכוון לקבוע הלכה, ולא עוד אלא שביטא את כוונתו באורח ברור ומפורש; כך לא פחות".

24. בהתאם לאמור, במקרה דנן לא זו בלבד שבית המשפט הנכבד לא ביקש לקבוע "הלכה" בפסק הדין בבג"ץ 4853/20 – להיפך, שופטי הרוב, קבעו מפורשות בפסק הדין כי אינם מוצאים לנכון לפתוח מחדש לדיון את ההכרעות שהתקבלו במסגרת הפסיקה לאורך השנים, לפיה בידי המפקד הצבאי הסמכות להפעיל תקנה 119.

25. במילים אחרות, ובמסגרת ההכרה בסמכות של המפקד הצבאי, ובציר הנע בין הריסת בית בשלמותו, עובר דרך אטימה מלאה או חלקית ועד להימנעות מהריסה משיקולים של מידתיות, היישום של השופטים של ההלכה הקיימת, ועל סמך נסיבות המקרה הקונקרטי שהיה לפנייהם, הוביל לתוצאה לפיה תוכר סמכותו של המפקד הצבאי לאטום את החדר בו התגורר המפגע. על יישום ההלכה במקרה זה, שהוביל למסקנת דעת הרוב כי למשיב נתונה סמכות לאטום חדר בבית תחת הריסתו, דורשים המבקשים לקיים דיון נוסף. יישום שאף לא הביא לתוצאה המקלה מבין כלל התוצאות האפשריות, היא התוצאה של הכרה בקיומה של הסמכות תוך הימנעות מהפעלתה במקרה הספציפי. לצערם של המשיבים, בפסק דין זה אין כל קביעה מהפכנית המצדיקה קיום דיון נוסף – קביעה שלה אנו קוראים מזה זמן רב, לפיה למשיב כלל לא נתונה סמכות לפעול על פי תקנה 119, מאחר שהיא סותרת חזיתית את המשפט הבינלאומי הומניטארי, מכוחו יונק המשיב את סמכויותיו.

סקירת ההלכה הפסוקה מאז חידוש השימוש התכוף בתקנה 119

26. בסקירה של שורת פסקי הדין שיצאו תחת ידי בית משפט נכבד זה מאז פסק הדין בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 31.12.2014) (להלן: **עניין המוקד**), שבא בעקבות החזרה לשימוש התכוף של המשיב בתקנה 119, אפשר להבחין במחלוקת הנוקבת בין השופטים בהקשר של חוקיות המדיניות.

27. בפסיקה הענפה בסוגיה קשה זו, הסותרת הלכות קודמות ומושכלות יסוד ביחס לשימוש בכלי מינהלי קיצוני ודרקוני ביותר, העלו שופטים רבים שאלות כבדות משקל בהקשר של חוקיות המדיניות.

28. על אף מחלוקות קשות אלו, ועל אף הספק שהביעו חלק מהשופטים בבית משפט נכבד זה בדבר חוקיותה של המדיניות, ועל מנת להימנע מהפיכת בית המשפט לבית שופטים, הוסכם כי לא ייפתח שוב לדיון העניין העקרוני בשימוש בסמכות מכוח תקנה 119 (שוב, לצערם ולמחאתם של

העותרים בעתירות הללו), אולם על דבר אחד הסכימו בצורה עקבית ביותר כל אותם שופטים: **הצורך בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן היישום של המדיניות**. במילים אחרות, השאלה הקובעת בכל אותם פסקי דין, ובלי יוצא מן הכלל, וכולל בפסק הדין נשוא בקשה זו, הינה שאלת המידתיות.

29. על פי ההלכה הפסוקה, המדיניות הינה חוקית וצווים קונקרטיים שהוצאו מכוחה הינם חוקיים על פי המשפט הישראלי, **ככל שהם עומדים במבחן המידתיות** (ראה פסק דין בעניין המוקד).

30. על אף שחוקיות השימוש בתקנה 119 מהווה אחת הסוגיות השנויות במחלוקת משפטית, שבכל ההיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל לא נרשם מקרה דומה שבו הוגשו בקשות רבות כל כך לדיון נוסף ביחס לאותה הלכה, וששופטים רבים בפסקי דין רבים **קראו לדיון מחודש ועקרוני בסוגיה, עשרות המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט הנכבד בשנים האחרונות לא הובילו לשינוי בהלכה המכירה בחוקיותה של המדיניות**. בקשות רבות לקיום דיון נוסף שהוגשו על ידי העותרים דשם, נדחו על ידי נשיאות בית המשפט הנכבד, כשבכולן נקבע כי באף פסק דין לא נקבעה הלכה חדשה, וכי אין לסטות מההלכה הפסוקה וזאת חרף ההשלכות הקשות והמטרידות של השימוש בתקנה 119 (דנג"ץ 360/15 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם בנבו 12.11.2015); דנג"ץ 2916/16 דוויאת נגד מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 10.4.2016); דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 31.3.2016); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (פורסם בנבו 2.3.2016); דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (29.12.2016); דנג"ץ 4657/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.2016); דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 29.11.2017); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, (17.1.2019); דנג"ץ 1561/20 חלמי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.3.2020).

31. יצוין, כי למוסד של דיון נוסף היבט מוסדי המוסיף לייחודיות הסמכות של נשיאת בית המשפט העליון שמאפשר "מבט על" בכל הנוגע בפעולתו ותפקידו של בית המשפט העליון ופסיקותיו.

32. מבלי להמעיט מחשיבות ונחיצות קיומו של דיון נוסף בסוגיות העקרוניות סביב חוקיות מדיניות הריסת הבתים מכוח תקנה 119, נראה שהשורה הארוכה של פסקי הדין שניתנו בחמש השנים האחרונות, בהן נדחו באופן עקבי בקשות לקיום דיון נוסף בסוגיה האמורה, מצביעים על הרצון של בית המשפט הנכבד להמתין לשינוי בהלכה בהתפתחות הדרגתית ובהרכבים רגילים של שלושה שופטים. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) א. חיות בעניין המוקד:

יש לומר ביושר כי הסוגיות המועלות בעתירה הינן קשות ומטרידות ולא
אכחד כי ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין אינה קלה.

33. עד כה, ועל אף הקריאות הרבות לפתוח את הדיון העקרוני סביב השימוש בתקנה 119, לא ראה בית המשפט הנכבד, בסוגיה שנויה במחלוקת זו, כסוגיה המעלה שאלות מיוחדות שבהן אין מקום להמתין לשינוי הלכה הדרגתי.

34. כיום, אנו ניצבים מול אחד מפסקי הדין שניתנו במסגרת ההלכה שנקבעה, אשר מכירה בסמכות של המבקשים דכאן לעשות שימוש בתקנה 119 לצרכים הרתעתיים, תוך יישום מבחנים שהם תוצר של פסיקה ארוכת שנים, שהתקבלה במסגרת ההתפתחות ההדרגתית של ההלכה, ואשר עלתה במסגרת עתירות פרטניות שבאו והתמודדו עם מצבים קונקרטיים ולא עם שאלות תאורטיות.

35. על אף האמור, תוצאת ההליך בבג"ץ 4853/20, אשר ביטלה את צו ההריסה, התקבלה בזעם רב בקרב חלק מהציבוריות הישראלית, כאשר עולה חשש כבד אל לב כי הובילו להורתו של הליך נוכחי זה. לא בכדי, בקשה זו מוגשת "לבקשת ראש הממשלה", על אף שלא מדובר במי שהיה צד להליך.

36. תגובה זו, של הגשת בקשה לדיון נוסף על פסק דין שניתן במסגרת ההלכה הקבועה וארוכת השנים, מעידה על כפירה מצד המבקשים בהלכה של בית המשפט הנכבד בעניין השימוש הזהיר והמדוד בתקנה 119. על כך עמד גם כב' השופט קרא בפסק הדין שעומד בבסיס בקשה זו באומרו:

ריבוי וחזרתיות השימוש בתקנה על ידי המפקד הצבאי כל אימת שמתרחש פיגוע המסתיים בקיפוח חיי אדם – בטענה כי מדובר באמצעי הרתעתי ולא ענישתי הינו בבחינת הרחבת השימוש בתקנה כעניין שבמדיניות, כאשר מסנקציה שאמורה להיות שמורה למצבי קיצון שצריכה להיות מופעלת במשורה, הפך השימוש בתקנה לשימוש תדיר שלא לומר שגרתי (פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט קרא)

37. במילים אחרות, מדיניות זו נתפסת בקרב הציבור הרחב כמדיניות עונשית, על אף שיקולי ההרתעה המוצהרים על ידי המפקד הצבאי. תפיסה זו מקורה, בין היתר בשימוש השגרתי שנעשה בה בשנים האחרונות. לא בכדי, הגבלת הסמכות על סמך ההלכה הפסוקה, מייצרת כיום תחושה של חריגה מההלכה, בקרב חלק לא מבוטל מהציבור הישראלי, וההנחה היא שיש להפוך החלטה זו, כי הכלל הוא הפעלת הסמכות בדמות של הריסה בכל מקרה ומקרה. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ברון בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016):

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 (פסקה 2, עניין מרעי) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

38. על בית המשפט הנכבד לראות במצב דברים זה, כמאותתים על עליית מדרגה נוספת ומסוכנת במסגרת השימוש בתקנה 119, שמהווה אחד הכלים השנויים במחלוקת בפסיקה הישראלית, הגורר ביקורת בינלאומית נוקבת על ישראל. החדרת עמדות שהן חיצוניות לגורמים הרלוונטיים במערכת הביטחון לתוך הליכים מסוג זה עשויה להכתים אותו בשיקולים ענישתיים נקמניים. על כך עמדה כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7961/18 נעאלווה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (6.12.2018) (להלן: עניין נעאלווה), בהתייחסה אל עמדת בני המשפחה השכולה:

לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי ההריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון (פסקה 3).

ראה גם בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 19 (1.7.2014)(להלן: עניין עואודה).

39. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם וחייהם אסורה. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, שהאינסטיטוט המשפטי אמור להתנגד לה, ובוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסוכן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי:

**חלילה לך מעשות דבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע.
חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט? (בראשית יח 25)**

40. דווקא עתות אלו, הן שעת המבחן של דמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

41. משכך, נראה כי לאור ההחלטה העקבית של בית המשפט הנכבד להימנע מקיומו של דיון נוסף בפני הרכב מורחב בסוגיה הכללית והעקרונית, קבלת בקשה זו המתמקדת בשאלה ספציפית ביותר, אשר לגביה לא הייתה כל חריגה מההלכה הפסוקה, תוביל בהכרח למסקנה לפיה הריסת בית הינו דבר שלא ניתן למנוע באף מקרה, מסקנה הסוטה באופן בוטה מההלכה העקבית שיצאה מלפני בית משפט נכבד זה בדבר השימוש הזהיר והמדוד שיש לעשות בתקנה 119, כדבר אשר קיבל ביטוי בפסיקותיהם של כל שופטי בית המשפט לדורותיהם אשר דנו בסוגיה זו, ללא יוצא מן הכלל. כך באופן כללי ועקרוני, וכך בכל הנוגע לסוגיה הספציפית שהיוותה את נקודת המחלוקת בהקשר של יישום מבחני המידתיות במקרה הנדון כאן. על כך להלן.

מעורבות בני המשפחה בראי הפסיקה

42. לאורך השנים, הפסיקה הכירה בסמכותו של המבקש לעשות שימוש בתקנה 119, אך בו בזמן הדגישה כי אין לעשות שימוש לא מידתי בסמכותו האמורה של המפקד הצבא, באופן אשר יעלה כדי ענישה קולקטיבית (ראה בג"ץ 698/85 דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42 (1986), עמ' 44) ועוד בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 16 (1.7.2014).

43. בהתאם לגישה זו עמד, לא אחת, בית המשפט הנכבד על אמות המידה לשם תיחום סמכותו של המפקד הצבאי בהפעילו סנקציה דרקונית זו:

חומרת המעשים המיוחסים לחשוד; מספרם ומאפייניהם של אלו הצפויים להיפגע כתוצאה מהפעלת הסמכות; עוצמת הראיות כנגד החשוד ומידת מעורבותם, אם בכלל, של יתר דיירי הבית. עוד נדרש המפקד הצבאי לברר האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד; האם ניתן לבצע את ההריסה

מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר (11.8.2014)) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

44. על רקע דברים אלה, נראה שבית המשפט הנכבד הכיר זה מכבר בכך שמספרם של בני המשפחה הנפגעים, מאפייניהם ומידת מעורבותם הם שיקולים בעלי משקל בעת קבלת ההחלטה על הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 ועל מנת לקבוע מהו היקף הסמכות. על חשיבותם של שיקולים אלה, ובעיקר כמענה לטענה על ענישה קולקטיבית, עמדה גם כבוד הנשיאה חיות בעניין המוקד:

.. אחד השיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת המבנים הוא מידת מעורבותם של יתר דיירי הבית בפעילותו החבלנית של המפגע [ראו: עניין עואודה, פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר]. המשנה לנשיא הוסיפה וציינה אמנם בהקשר זה כי "העדר ראייה בדבר מודעות או מעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב". **בעיני 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 משפט זה לא אחת בעבר כשיקול הנושא משקל כזה** (עניין המוקד, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה כב' השופטת חיות) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

45. לא זו בלבד ששאלת מעורבותם של בני משפחה היא בעלת משקל ממשי בעת קבלת ההחלטה על אופן הפעלת הסמכות, אלא שזוהי גם ההלכה בשאלה ספציפית זו. גם לגישה לפיה אין לשלול את האפשרות של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, הפגיעה המודעת והמכוונת כלפי חפים מפשע מעלה שאלות כבדות משקל ומחייבת, על פי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ועקרונות המוסר האוניברסאליים, לשלול הפעלת הסמכות או למצער, להגבילה.

46. במספר פסקי דין שיצאו תחת ידו של בית המשפט הנכבד, חזר הוא על כך שיש לקחת בחשבון את הפגיעה בבני המשפחה החפים מפשע, וכי יש לאזן בין תכליות הפעלת הסמכות לבין הפגיעה הנגרמת לבני המשפחה. כך למשל במסגרת בג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217 (1993), ניתן ביטוי אופרטיבי לשיקול של חפותם של בני משפחה. באותו פסק דין הורה בית המשפט על ביטול צו ההריסה והמירו בצו אטימה חלקית על רקע הפגיעה בבני משפחה חפים מפשע.

47. גם בשנים האחרונות, נדרש בית המשפט הנכבד לסוגיה זו, בבג"ץ 8024/14 **חג'אזי נ' אלוף פיקוד העורף** (5.6.2015). באותו עניין מפקד פיקוד העורף המיר את צו ההריסה לבית בצו אטימה לחדר בו התגורר המפגע וזאת על רקע ההערות של בית המשפט וצו על תנאי שהוצא במסגרת אותו הליך מיום 31.12.2014, בדבר חפותם של בני משפחתו.

48. יתרה מזו. בית משפט נכבד זה נקט בעמדה עקבית וקבע לא אחת, כי אין להרוס את בית המשפחה הגרעינית בשלמותו, מקום שאין טענה אודות מעורבות או סיוע מצידם (בג"ץ 5359/91 **חיזראן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מו(2) 150 (1992); בג"ץ 2722/92

אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693 (1992) (להלן: עניין אלעמרין); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338 (1994) (להלן: עניין נזאל); בג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא (2) 651 (1997) (להלן: עניין ג'נימאת)). כך למשל קבע כב' השופט (בדימוס) חשין בעניין:

דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להן לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד של בעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו - ובימינו- הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים.. כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים..

'בימים ההם לא-יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה; כי אם- איש בעונו ימות כל-האדם האכל הבסר תקהינה שניו' (ירמיהו לא, כח-כט).

לא עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בסר ושני אבות תקהינה; ואיש בעונו יומת (עניין אלעמרין, פסקאות 6-7)

49. ובעניין נזאל:

..עקרון היסוד על עומדו יעמוד, לא ינוע לא ימינה ולא שמאלה: איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת הנושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

... קשה עליי להסכים לקביעה כי המשיב קנה סמכות לפגוע בכל הבית נושא הדיון, הגם שהרוצח לא היה בעליו ולא התגורר בכל שטחו. חדרו של הרוצח הוא המועמד להריסה, וברצותה רשאית הייתה הרשות לאבדו. את חדרו שלו אך לא את ביתם של אחרים.

50. ובעניין ג'נימאת:

אם נהרוס את דירתו של המחבל, נהרוס בה-בעת - ובאותן מהלומות כילפים- את דירתם של האישה ושל הילדים. במעשה זה נענוש את האישה ואת הילדים אף שלא חטאו. לא כן ייעשה במקומנו. מאז קום- המדינה - בוודאי כך מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו- נקרא אל תוך הוראת תקנה 119 לתקנות-ההגנה, נקרא בה ונשקע בה, ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו הישר אל ימים קדומים של עמנו, וימים אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בסר שינו תקהינה.

51. לאחרונה גם כב' השופט פוגלמן נקט בעמדה דומה בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015):

.. 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 האיוון בין כף זו לבין כף זו – בין התועלת לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית מהגשמת תכלית התקנה – היא כי למצער בהיעדר מעורבות מצד בני הבית, מטה הפגיעה הדרסטית בזכויות הבלתי מעורבים את הכף וגוברת על השיקולים הנוגדים. הריסת הבית היא אפוא בסמכות, אך הפגם הוא במישור שיקול הדעת: במצב דברים זה הפעולה אינה מידתית (פסקאות 5-6).

52. בפסיקה מאוחרת יותר, הרחיב על כך כב' השופט מזוז במסגרת בג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (22.12.2015) (להלן: **עניין אבו ג'מל**), אשר התייחס לחובה המוטלת על המשיב בעת הפעלת הסמכות לבחון את מידת מעורבות בני המשפחה המתגוררים בבית, אם בכלל, וכי שיקול זה הינו יסודי בעת קבלת ההחלטה להפעלת הסמכות ועל אופן הפעלתה. ואלה דבריו:

לדעתי, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיהם של מי שלא חטאו, **מתחייבת** מסקנה כי במקרים בהם אין ראיות לזיקה ומעורבות של בני משפחה במעשה העברייני אין לכוון את הצו לפגיעה בהם, ובהתאם יש לשקול להימנע מהפעלת הסנקציה או למצער להגבילה לחלקו של המחבל בבית בלבד (פסקה 14) (ההדגשות במקור).

53. יתרה מזו. כבוד השופט מזוז עמד על כך שגישה זו עולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית שלעמדת המבקשים דכאן, עומדת בבסיס המדיניות:

לדעתי, גישה זו דווקא עולה בקנה אחד עם שיקולי ההרתעה. תכלית הרתעתית מניחה קשר רציונלי בין מעשה אסור לסנקציה. תכלית כזו אינה מתיישבת עם פגיעה בבני משפחה חפים מפשע. מיקוד הסנקציה רק כלפי בני המשפחה אשר הייתה להם מעורבות בפעילות החבלנית, ומאידך אי פגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, עשוי ליצור תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת פיגועים מקום שנודע להם על כוונה כזו, כדי להימנע מהסנקציה הצפויה להם. לעומת זאת, הפעלת הסנקציה גם כלפי לא מעורבים אינה יוצרת תמריץ לבני המשפחה לפעול למניעת הפעילות החבלנית, שהרי הסנקציה תופעל נגדם בכל מקרה, גם אם יפעלו למנוע אותה (ללא הצלחה).

54. באופן דומה, התייחסה כבוד השופטת ברון בבג"ץ 1125/16 **מרעי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (31.3.2016), להשלכות הבלתי רצויות הטמונות בהפעלת סנקציה זו כלפי בני משפחה חפים מפשע. יצוין כי באותו עניין בית המשפט הנכבד הורה על ביטול צו ההריסה ואף שלל אפשרות המרתו לצו אטימה:

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. ויוער, כי בפסיקה שיצאה מלפני ערכאה זו כבר הודגשה **החשיבות שיש לייחס לשיקול בדבר מעורבות או ידיעה של המשפחה בדבר כוונותיו הרצחניות של יוצא חלציה, לצורך בחינת מידתיות ההחלטה על הריסת בית המשפחה** (פסקה 6) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

55. סיכומם של דברים, שאלת מעורבותם של בני משפחה במעשה הינה שאלה בעלת משקל כבד בעת בחינת מידתיות ההחלטה. פסיקתו של בית משפט נכבד זה לאורך השנים הדגישה חשיבות רכיב זה בבואה להתמודד עם הטענה בדבר ענישה קולקטיבית, וזאת בניגוד לטענת המבקשים לפיה "הקביעה בפסק הדין שמבטלת את צו הריסת בית המפגע בשל הפגיעה הכרוכה במשפחת המפגע בנסיבות שבהן לבני המשפחה מיוחס מעורבות כלשהי, וזא חרף התכלית ההרתעתית הקיימת, אינה עולה בקנה אחד עם רוח פסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד". על כן, לשיטת המבקשים, מדובר בהלכה ה"עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט" (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט).

56. פסק הדין שבמוקד הבקשה לא שלל את סמכותו של המפקד הצבאי, אלא שמר סמכות זו לאפשרות של המרה לצו אטימה חלקית, וזאת על סמך ההלכה הפסוקה ארוכת השנים אשר הכירה בשאלת מעורבות בני המשפחה כרכיב יסודי לבחינת הפעלת הסמכות ואופן הפעלתה, ואף כדבר העולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית.

57. מעבר לנדרש. נראה, כי כלל אין בסיס לטענת המבקשים על צמצום משמעותי של סמכויות מפורשות, עד כדי איון בפועל, בכל מקרה שבו בני משפחה נמצאים כבלתי מעורבים, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 5 לבקשה. ביום 10.9.2020, הספיק המבקש להוציא הודעה על כוונה להרוס את בית משפחת דוויכאת בכפר רוגייב בנפת שכס, על רקע מעורבותו לכאורה של אבי המשפחה בפיוגוע בפתח תקווה מיום 26.8.2020. גם באותו עניין, לא עלו עד כה טענות אודות מעורבות או ידיעה של בני משפחה, והדבר לא מנע את הוצאתה של ההודעה מכוח תקנה 119. לפיכך, נראה כי פסק הדין לא הפך את הפעלת הסמכות במקרים מסוג זה, "ללוטה בערפל", כנטען על ידי המבקשים.

58. מטעמים אלה, סבורים המשיבים כי אין מקום לפתוח את הדיון בפני הרכב מורחב בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט.

קבלת הבקשה לדיון נוסף מחייבת דיון על חוקיות השימוש בתקנה 119

59. ההיסטוריה של השימוש בתקנה 119 ידעה עליות ומורדות. השימוש בתקנה 119 הופסק בשנים מסוימות והוזנח בשנים אחרות. כל זה מתוך הבנה כי מדובר בכלי קיצוני המעורר קשיים במישור החוקתי.

60. כך למשל, ובמסגרת בג"ץ 7733/04 **נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (30.6.2005), הודיע המפקד הצבאי על אימוץ המסקנה אליה הגיעה ועדה בראשות האלוף אודי שני, לפיה יש להפסיק מדיניות הריסת הבתים לצורכי הרתעה וכי יש לשמרה למצבי קיצון. בעקבות אותה הודעה, נמחקה העתירה וצו ההריסה שהוצא בוטל.

61. דברים אלה, באים ללמדנו כי בית המשפט הנכבד הכיר בחשיבות הבחינה העקבית לחוקיות השימוש בסמכות מכוח תקנה 119, וכי חריגה מהמדיניות, בהינתן שינוי בנסיבות, היא לא רק עניין צפוי, אלא גם נדרש. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) חיות בעניין המוקד:

גל הפיגועים האחרון שתחילתו בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים ז"ל והמשכו במעשי הרג וטבח תכופים של אזרחים תמימים, עוברי אורח ומתפללים בבית כנסת, סימן אף הוא שינוי מצב קיצוני המתאפיין במפגעים ממזרח ירושלים, שהצריך הפעלה מחדש של אמצעי זה. **אך מצבי קיצון אלה אסור שישכיחו מאיתנו את הצורך עליו עמד חברי לשוב ולבחון מעת לעת ולעורר ספקות ושאלות באשר לתוקף החוקתי של כלי**

הריסת הבתים על פי מבחני פסקת ההגבלה (פסקה 6) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

62. ככל שבית המשפט הנכבד סבור שיש מקום לפתוח את הדיון בפני הרכב מורחב, מתבקש הוא, **לחילופין**, להורות על דיון בסוגיה ברמה העקרונית והכללית, תוך מתן מענה לקולות בקרב שופטים נכבדים רבים שקראו לעיין שוב בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119, בשל הקשיים שהיא מעוררת בתחומי המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי, שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה.
63. יוער, כי במסגרת העתירה שהוגשה בבג"ץ 4853/20 המשיבים דכאן, הגישו בקשה להרחבת הרכב, שלא זכתה למענה במסגרת ההליך. הסוגיה העקרונית בגינה התבקשה הרחבת ההרכב היא שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 ומדיניות הריסת הבתים המונהגת על ידי המבקשים מכוחה, בעילה של צורך הרתעתי לא ודאי כלפי גורמים שלישיים פוטנציאליים.
64. תמורות שחלו לאחרונה בזירה הבינלאומית, הובילו לכך שבימים אלו יושב בית הדין הבינלאומי הפלילי ודן בשאלת סמכותו לדון בתביעות שתוגשנה כנגד אזרחים ישראלים בשל מדיניות ישראל בשטחים ופעולותיה שם.
65. הנה כי כן, לא רחוק היום בו יכריע בית הדין הפלילי הבינלאומי בסוגיה זו שהונחה לפתחו. הדעת נותנת, כי ככל שיקבע בית המשפט הבינלאומי הפלילי שאכן קמה לו הסמכות לדון בסוגיות אלו, הרי שלמדיניות הריסת הבתים שמנהיגה ישראל בהתבסס על תקנה 119, מקום של כבוד ברשימת התביעות שתוגשנה לבית הדין.
66. נוכח התפתחויות אלו, והואיל וההצדקה היחידה למדיניות הריסת הבתים ויישומה עד כה, אליבא דבית משפט נכבד זה, היא תקנה בת 75 שנים והלכה שיצאה מלפניו לפני למעלה מארבעים שנה, נראה כי לא זו בלבד שבשלה העת לקיים דיון בהרכב מורחב **בשאלות המשפטיות העקרוניות** העולות מהפעלת הסמכות הנטענת, אלא שנוצר צורך מיידי של ממש לבחון סוגיה זו לפני ולפנים וללבנה אחת ולתמיד. מחזקת את טענות המשיבים העובדה כי מזה שנים ניטשת מחלוקת משפטית עזה בין המלומדים באשר לחוקיות השימוש בתקנה מעיקרא, כאשר רוב המלומדים תמימי דעים באשר לאי חוקיות השימוש בה, וכאשר בחלק לא מבוטל של תיקים שנדונו בבית משפט נכבד זה ניתנו דעות מיעוט שהבהירו כי הגיעה העת לפתוח את ההלכה לדיון. המשיבים סבורים כי זכותם, הן של שלוחי המדינה ואזרחיה והן של המשיבים, לדעת במדרג הקרוב ביותר לוודאות, האם הפעלת הסמכות – קביעת מדיניות הריסת הבתים, ויישומה על בסיס תקנה 119 מטעמי הרתעה והכשרתה – עלולה לעלות כדי פשע מלחמה, והאם ועד כמה היא חושפת מאן דהוא לאחריות פלילית אישית.
67. עמדתה הרשמית של המדינה הינה, כי הנקיטה באקט כה אכזרי של החרבת בית ומחיית כל זיכרון וחוויה הקשורים למבנים שנהרסים מחייהם של אנשים ומשפחות באופן שיטתי כל אימת שמתבצע פיגוע בו ישנן אבדות בנפש, היא הכרחית לצורך הרתעתי.
68. דא עקא, בעוד שאין ולא יכולה להיות מחלוקת באשר לעומקה ולוודאותה של הפגיעה בבני משפחה בלתי מעורבים, הצד השני של אותה משוואה – קרי, סבירותה וחוקיותה של המדיניות שמכוחה מוצאים צווי ההריסה – לא זכה לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה לפחות ארבעה עשורים, ולמעשה לא נבחן לפני ולפנים מעולם. כמו כן, מעולם לא הוכח – ולפיכך אף לא נקבע באופן נחרץ – כי פגיעה שיטתית באנשים כה רבים והחרבת בתייהם וחייהם של רבים כל כך שלא חטאו, משיגה באופן ודאי או קרוב לוודאי, את מטרתה. בנוסף, מעולם לא נבחנה באופן

- מעמיק השאלה האם ייתכן והשימוש במדיניות הריסת הבתים הוביל חלילה דווקא לתוצאה הפוכה מההרתעה הלכאורית המבוקשת והנטענת כדבר שבשגרה.
69. על סמך מדיניות זו נהרסו לאורך השנים אלפי בתים של פלסטינים. כל הריסת בית היא טרגדיה בפני עצמה לדייריו. כל הריסה מותירה ילדים, זקנים, נשים וגברים חפים מפשע מושפלים ברחוב. במסגרת מדיניות זו נגזר על המשיבים 1-11 לשמש למבקשים כלי להעברת מסרים לגורמים שלישיים פוטנציאליים ולהיות המועמדים הבאים להשפלה זו. כל זאת, תוך רמיסת כבודם וזכויותיהם הבסיסיות ביותר.
70. לא אחת עלה במסגרת העתירות הקונקרטיות שנידונו בפני בית משפט נכבד זה, שמדיניות זו זרעה כעס ושנאה אצל אלפי פלסטינים, שנאלצו להיות עדים לחורבן הבית שבנו הוריהם, ואף במקרים מסוימים היה ניתן לראות במעשה ההריסה כמניע ישיר להוצאת פיגועים לפועל (ראה עניין אבו ג'מל ועוד עניין נעאלוה).
71. לעמדת המשיבים, בשלב הנוכחי ובמצב הדברים שנוצר, המשך הכשרתה של מדיניות הריסת הבתים שמנהיגה ישראל מכוחה של תקנה בת 75 שנים ובהתבסס על הלכה משפטית בת למעלה מ-40 שנה, כאשר ברקע מתחוללים השינויים שתוארו לעיל, מצדיק ואף דורש עיון מעמיק וליבון סוגיה מורכבת זו על כל רבדיה, וזאת במסגרת הרכב מורחב.
72. בעניינם של המשיבים 1-11 אין כל רבותא, פרט לעובדה כי מדובר באחד עשר אנשים שלא חטאו ומוצאים עצמם כחומר בידי המשיבים המבקשים לעשות בהם שימוש כאינסטרומנט ולפגוע בכוונה תחילה פגיעה אנושה בקניינם ובכבודם, על כל המשתמע מכך. ברם, דווקא בשל כך, מדובר בהליך מתאים לפתיחת סוגיית חוקיות השימוש בתקנה לדיון בהרכב מורחב של בית משפט נכבד זה.
73. הבקשה לדיון נוסף במתכונת שהוגשה, אשר מבקשת למקד את הדיון המורחב בשאלת היעדר מודעות ומעורבות של בני משפחה במעשה במסגרת הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, לא זו בלבד שמתעלמת מהקשיים סביב חוקיות השימוש בסמכות, אלא גם באה בניסיון לנטרל אחד הרכיבים היסודיים שיש לבחון בעת הפעלת הסמכות, קרי מעורבות בני המשפחה. רכיב אשר זכה, כפי שכבר הובא לעיל, למשקל משמעותי בפסיקה ארוכת השנים, כמענה לטענה הקשה בדבר ענישה קולקטיבית.
74. דווקא לאור התפתחות זו, ועל רקע הבקשה לקיים דיון נוסף המגיעה לראשונה מצידה של המדינה, וגם לנוכח השימוש הרחב בו עושים המשיבים בתקנה 119 – כפי שנקבע גם בפסק דינו של כב' השופט קרא - בכל מקרה בו, במבחן התוצאה, נהרג אדם, מבלי להידרש לנסיבות של כל מקרה ומקרה, אף כפי שבית משפט נכבד זה קבע לא אחת (למשל, האופן בו הוצא לפועל מעשה ההריגה, האם בני המשפחה היו מעורבים במעשה, מצבה הכללי של המשפחה וכיו"ב), מתגבר הצורך לדיון בפני הרכב מורחב על כלל הסוגיה וזאת ללא חריגים.
75. מאז הוחזרה מדיניות הריסת הבתים, המשיבים הוציאו צווי הריסה בכל מקרה שבו נהרג אדם, מבלי שהנסיבות של אותו מקרה נבחנו כמתחייב על פי הדין, דבר המחזק את הטענה שבבסיס השימוש בתקנה 119 ישנם שיקולים עונשיים נקמניים.
76. כך למשל במקרה דנן, מדובר בעותרים שלא הייתה טענה לגבי מעורבותם או ידיעתם ואף לא תמיכה בדיעבד אודות האירוע נשוא הצו, משפחה קשת יום, שאף הבית בו היא מתגוררת דל מאוד, ומעיד על מצבה הסוציו-אקונומי הירוד של המשפחה.

77. בעקבות התמורות המתוארות לעיל, הפך הדיון המקיף והמלא בסוגיה לצעד מתבקש, ואף בלתי נמנע, לעמדת המשיבים. מכאן הבקשה להרחבת הרכב ולדיון עקרוני בסוגיה, שהוגשה במסגרת העתירה. לכן, לעמדת המשיבים דכאן, לו ייטה בית המשפט הנכבד לקבוע את התיק לדיון נוסף, על הדיון הנוסף לעסוק במכלול הסוגיות העולות מהפעלת המדיניות מכוח תקנה 119, ובשום פנים אין לצמצם את הדיון לבחינת שאלה של אופן הפעלתו של שיקול הדעת במקרה בו ישנם בני משפחה לא מעורבים משייפגעו כתוצאה מהפעלת הסמכות, סוגיה שהיא במובהק לא מתאימה לליבון במסגרת בקשה לדיון נוסף, כפי שהראינו לעיל.

78. ככל שבקשה לדיון נוסף מקיף ומלא בסוגיה, תתקבל, המשיבים יבקשו לשמור על זכותם לצרף חוות דעת מומחים מטעמם אודות חוקיות המדיניות על פי המשפט הבינלאומי.

לסיכום

79. המשיבים יטענו כי דין הבקשה לדיון נוסף בפסק הדין, במתכונת שהובאה על ידי המבקשים, להידחות.

80. לחילופין יטענו המשיבים, וככל שבית המשפט הנכבד יקבע את התיק לדיון נוסף, על הדיון לעסוק בכלל הסוגיות בדבר חוקיות השימוש בתקנה 119, ולהימנע מלצמצם עצמו לדיון בשאלה הספציפית על אופן הפעלת הסמכות במקרה של בני משפחה חפים מפשע.

ירושלים, 13 בספטמבר 2020

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ המשיבים

(ת.ש. 110507)