

בעניין:

1. _____ שלבי
תושבת השטחים הכבושים
2. _____ שלבי
תושב השטחים הכבושים
3. _____ שלבי,
קטין באמצעות המבקשת 1
4. _____ שלבי
קטינה באמצעות המבקשת 1
5. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עו"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או לאה צמל (מ"ר 6088) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו סאלח אבו עכר (מ"ר 52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

המבקשים

נגד

1. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
2. **היוע"ץ המשפטי לגדה המערבית**
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

בקשה בהולה לדיון נוסף

זוהי בקשה לקיום דיון נוסף בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בג"ץ 3872/21 שלבי נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, שניתן ביום 23.6.2021.

פסק הדין, שניתן פה אחד מפי כב' השופטים י" עמית, ד' מינץ וע' גרוסקופף, 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 בבית משפחת המבקשים, הממוקם בכפר תרמס עי"א שבנפת רמאללה.

נושא הדיון הנוסף המתבקש הוא מידתיות, ודרכה חוקיות, השימוש בתקנה 119 כנגד ביתם של המבקשים בשל אירוע ירי שמואשם בו בן המשפחה, כאשר מדובר במעשיו של אזרח אמריקאי שאינו מתגורר בגדה המערבית ואף לא בבית נשוא צו ההריסה, הסובל מהיסטוריה של מחלות נפש ואשר בבסיס פעולתו מצויים ערבוביה של מניעים, ובעיקר

רצון עז למות, כפי שעלה מחומרי החקירה שהוצגו בפני המבקשים עד כה, כשאינ לבני המשפחה כל חלק במעשיו.

כתב העתירה בבג"ץ 3872/21 (ללא נספחים) מצורף ומסומן **נספח א'** ;
העתק מהשלמת הטיעון לעתירה בבג"ץ 3872/21 מצורף ומסומן **נספח ב'** ;
הודעה משלימה מטעם העותרים מיום 16.6.2021 מצורף ומסומן **נספח ג'** ;
פסק הדין בבג"ץ 3872/21 מושא הבקשה לדיון נוסף מצורף ומסומן **נספח ד'** ;

בקשה בהולה לעיכוב ביצוע

בפסק דינו, בית המשפט הנכבד הותיר על כנו את הצו הארעי שהוצא במסגרת העתירה עד ליום 30.6.2021. 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 שהמשיב הודיע על כוונתו להפעיל את סמכותו כנגד ביתם של המבקשים בחלוף כחודש מיום האירוע, וכי האירוע שבגינו הוחלט על הריסת בית המבקשים אירע לפני כחודשיים, וכן כי ההליכים בעתירה נמשכו כשלושה שבועות, לא ייגרם נזק ממשי לאינטרס הציבור מעיכוב ביצוע הצו לתקופה קצרה נוספת. ניסיון המשיבים לצייר מצג כאילו כל הריסת בית היא קריטית לנושא ההרתעה היא כמובן מופרזת, ובשים לב לתהיות הממשיות הקיימות גם כך בנוגע לאפקטיביות ההרתעה, בוודאי שדחיית ביצוע ההריסה (ככל שבסופו של יום תידחה הבקשה לדיון נוסף) לתקופה 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.

למען הזהירות יוער, כי הבקשה לדיון נוסף הוגשה בבהילות, בשים לב לעומס העבודה שעל שולחנם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט, למורכבות השאלות המשפטיות שמתעוררות, ולזמן המועט שעמד לח"מ לצורך הכנת הבקשה. ככל שהבקשה תאושר, יבקשו המבקשים להתיר להם להשלים בתוך מספר ימים את טיעוניהם וכן להוסיף פרטים ומסמכים ככל הנדרש.

פתח דבר

אין זה סוד שסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 הינה אחת הסוגיות הרגישות ביותר והשנויות במחלוקת שבית משפט נכבד זה נדרש להכריע בהן לאורך השנים.

לא אחת נדחו בקשות בדומה לבקשה דנן לקיום דיון נוסף בעקבות פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט הנכבד סביב הפעלת הסנקציה הקשה של הריסת בית מכוח תקנה 119, כשהשאלה העקרונית לעניין סמכותו של המשיב לעשות שימוש בתקנה 119 היא זו שעמדה בבסיס הבקשות.

בית המשפט הנכבד דחה באופן עקבי את הבקשות האמורות בנימוק כי השאלה העקרונית לעניין הסמכות נדונה בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (31.12.2014) (להלן: **עניין המוקד**) וקבע כי "יש להבחין בין שאלת הסמכות לגבי השימוש בתקנה 119 לבין שיקול הדעת באשר לשימוש בה.. הסמכות קיימת, והשאלה המרכזית היא סבירות ושיקול הדעת" (פסקה כ לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין).

בהמשך לפסק הדין בעניין המוקד, כן נתגלעו מחלוקות בקרב שופטי בית המשפט הנכבד לעניין חוקיות השימוש בתקנה 119, אך המשותף בין כל פסקי הדין היה הקביעה לפיה יש לעשות שימוש מדוד וכי יש "לבחון כל עת אם אכן – **הן בכלל, הן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה** – הריסת הבית היא מידתית" (דנג"ץ 360/15 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון**, פסקה 6 (12.11.2015); הדגשה במקור).

לצורך בחינת הפעלת הסנקציה במישור שיקול הדעת, ובאופן עקבי כל אותם שופטים החלוקים ביניהם, הסכימו על הצורך בהטלת מגבלות משפטיות שונות על אופן היישום של המדיניות. כך קבעה הפסיקה אמות מידה המגבילות את שיקול דעתו של המשיב, וזאת תוך ניסיון לתת ביטוי להשלכות הקשות והמטרידות של הפעלת הסנקציה מכוח תקנה מנדטורית בת למעלה מ-75 שנה.

אמות מידה אלו נקבעו על ידי פסיקה ענפה של בית משפט נכבד זה, כאשר אותו בית המשפט השמיע לאורך השנים כי ישנו צורך לחזור ולבחון את שאלת חוקיות השימוש בסנקציה.

במקביל ממשיך המשיב לעשות שימוש בכלי דרקוני זה כל אמת שאדם מקפח את חייו בפיגוע, כאשר המגבלות המשפטיות שקבע בית המשפט הנכבד הפכו לזניחות עד לא קיימות. כתוצאה מהאמור המשיב מפעיל את הסנקציה בגרסתה החריפה ביותר מבלי שיהיה כפוף למבחני המידתיות המחייבים אותו כמו כל רשות מינהלית אחרת הנדרשת לבחון את הפגיעה הפחותה, ועל סמך חומרת הפיגוע מחליט להפעיל את שיקול הדעת על הצד החמור ביותר.

כבר בשנת 1993 בבג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217, קבע בית המשפט הנכבד כי אף שיש למפקד הצבאי סמכות להורות על הריסת הבית, שיקול הדעת מחייב שימוש באמצעי פחות דרסטי ויותר מידתי.

במקרה דנן סטה בית המשפט הנכבד מההלכה הפסוקה במישור שיקול הדעת כאשר סטייה זו הינה חריגה, קשה ומסוכנת. אם בית המשפט הנכבד נמנע עד כה לקיים דיון מורחב בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119 בנימוק כי הדבר נבחן בקפידה על פי אמות מידה שקבעה הפסיקה על מנת לבחון מידתיות וסבירות ההחלטה, פסק הדין מושא הבקשה מושך את הקרקע מתחת הרגליים של ההלכה הפסוקה המאשרת את הסמכות של המפקד הצבאי בכפוף לבחינה קפדנית וזהירה של ההחלטה במישור שיקול הדעת והסבירות.

פסק הדין מושא הבקשה ממחיש את החששות שהביעו השופטים הנכבדים לאורך השנים על המסוכנות הטמונה בשימוש התכוף והלא מידתי בסנקציה מכוח תקנה 119 כנגד חפים מפשע.

רק לאחרונה בבג"ץ 4853/20 **אבו בכר נ' המפקד הצבאי** (פורסם באר"ש 10.8.2021) (להלן: **עניין אבו בכר**), הביע כב' השופט ג' קרא את דאגתו בנוגע לשימוש החוזר והבלתי מוגבל שעושה המשיב בתקנה 119:

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 ג'. קרא).

כאמור ההלכה הפסוקה הבהירה היטב שעל המשיב החובה לבחון את החלטתו על פי אמות מידה ולשאוף לאמצעי שפגיעתו פחותה. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת י' וילנר בפסק דינה בעניין אבו בכר:

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 (פסקה 14 לפסק דינה של כב' השופטת י' וילנר) (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

פסק הדין מושא הבקשה מתעלם מכל אמות המידה שקבעה הפסיקה, כפי שיפורט בהמשך ובהרחבה, הן בהקשר של זיקת מגוריו של הנאשם, הן בנוגע למניעיו, לרקע הנפשי שלו והן להעדר מעורבות בני המשפחה במעשה, ומבסס את החלטתו על חומרת המעשה בלבד, מבלי לתת משקל לאף אחד מהשיקולים האחרים, באופן הסוטה בצורה חריגה מההלכה הפסוקה אשר הכירה בהשפעת כל אחד מהשיקולים האמורים על הפעלת הסנקציה והיקפה.

בית המשפט הנכבד קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת המשיב אשר בחרה באמצעי הפוגעני ביותר בניגוד להלכה הפסוקה ויישומה. משמעו של דבר הוא כי לא משנה מה יהיו נסיבות המקרה, התוצאה תיבחן לפי חומרת המעשה, וכל אימת שאדם יקפח את חייו בעקבות פיגוע, ייחרס הבית בצורה הקשה ביותר ובאופן מלא. זוהי סטייה קשה מההלכה שקבע בית המשפט הנכבד, המאיינת את הקביעות במישור שיקול הדעת, אותן קביעות אשר עמדו, עד כה, בבסיס הנימוק להימנעות מדיון בפני הרכב מורחב בשאלת חוקיות השימוש בתקנה 119.

אישורו של פסק הדין הנ"ל מבלי להתייחס לקביעות הקשות הנובעות ממנו מאותת על סכנת המדרון החלקלק, ואם בתחילת החזרה של המשיב לשימוש בתקנה 119 בית המשפט היה מתערב בהחלטות המשיב שלא היו בוחנות את האמצעי שפגיעתו פחותה, במקרה דנן נמנע בית המשפט הנכבד לעשות כן באופן המרחיב את השימוש בתקנה 119 בצורה מסוכנת. אף אם במקרה דנן סבור בית המשפט כי התוצאה יכולה להיות "נסבלת", חרף הפגיעה הטרגית באישה שהיא בעצמה הייתה קורבן לבן זוגה במערכת הזוגית ביניהם, ושלושת ילדיה, נראה שהתוצאה במקרה דנן יכולה להוביל לתוצאות קשות אחרות עד למצב בלתי נסבל.

במילים אחרות, חריגה מהנורמות הבסיסיות מחייבת זהירות רבה מאין כמוה שלא יימצא מי שיגלה בהם פנים שלא כהלכה, ותיפרץ הפריצה. במסגרת בחינת התועלת מול הנזק של החוק במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר יש לתת משקל רב לסכנת המדרון החלקלק שהוא יוצר.

הכלי של הריסת בית הוא כלי קיצוני ביותר שמאפשר למפקד הצבאי לפגוע בתושבים מוגנים חפים מפשע והוא מנוגד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי ולמשפט זכויות האדם.

כעוצמת קיצוניותו של הכלי, כך גם עוצמת הצורך להגביל את השימוש בו אך ורק למקרים חריגים ביותר.

אם בעבר בית המשפט הנכבד קבע שיש לצמצם או לבטל צו הריסה בשל העדר זיקת מגורים למבנה (בג"ץ 1125/16 **מרעי נ' המפקד הצבאי**, (פורסם באר"ש 31.3.2016) (להלן: **עניין מרעי**); קבע כי יש לבטל או לצמצם צו הריסה בשל קיומה של ערבוביה של מניעים לביצוע הפיגוע (ראה בג"ץ 6745/15 **אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי**, (פורסם באר"ש 1.12.2015) (להלן: **עניין אבו חאשיה**); קבע כי יש לצמצם צו הריסה בשל חפותם של בני המשפחה המתגוררים בו (ראה **עניין אבו בכר**, **עניין עואודה**, פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור; **עניין קואסמה**, פסקה 22 לפסק דינו של הש' (בדימוס) י' דנציגר; **עניין המוקד** פסקה 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות); או פשוט קבע שיש לצמצם את הצו לקומה בה עשה שימוש המפגע, הגם שקבע שקיים זיקת מגורים לקומת המרתפים, ואף זה קרה במקרה שבו הייתה טענה של תמיכה של בני המשפחה, כפי שנקבע בפסק הדין, ועוד כשהמניע הלאומי עמד בבסיס המעשה בג"ץ 1490/20 **שיבלי נ' המפקד הצבאי**, (פורסם באר"ש 30.3.2020) (להלן: **עניין שיבלי**) – כל פסקי הדין שמאוזכרים כאן ינותחו בהרחבה בהמשך – נראה שבפסק הדין מושא הבקשה היה צפוי שבית המשפט יצמצם את הצו בשל קיומם של כמה שיקולים מאלה שהוזכרו לעיל, או לכל הפחות יבחן חלופה אחרת מידתית יותר ושפגיעתה פחותה, כמתחייב על פי ההלכה בכל הנוגע למידתיות הפגיעה בזכויות אדם.

כאמור, ההלכה עומדת על שני אדנים, שאלת הסמכות וחוקיות השימוש בתקנה, ושאלת שיקול הדעת. בית המשפט הנכבד קבע כי השימוש בתקנה הוא חוקתי בכפוף לשאלת שיקול הדעת. ככל שבית המשפט הנכבד מאשר החלשת שאלת המידתיות הדבר יוביל בהכרח להחלשת שאלת החוקיות ומכאן לא יהיה מנוס מלקיים דיון מורחב בה.

פסק הדין מושא הבקשה מעיד על חוסר יציבות בהלכה באופן ההופך את בית המשפט הנכבד לבית שופטים, כאשר תוצאה ההליך הפכה לתלויה בזהות השופטים, דבר המוביל לאפליה קשה בין בעלי הדין השונים בתיקים הנדונים בפני הרכבים שונים. מחשש זה הזהירה כב' השופטת י' וילנר בעניין אבו בכר:

כל עוד לא שונתה ההלכה הפסוקה, שומה עלינו לפעול על פיה ולהישמר מפני ערעור יסודותיה, וכדברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, "שמא נהפוך מבית משפט לבית שופטים" (ראו: בג"ץ 967/16 **חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פסקה ז (14.2.2016)). זאת, בין היתר, בשל החשיבות המערכתית והציבורית שבשמירה על היציבות ההלכה, על מנת לאפשר הכוונת התנהגות יעילה, וכן כדי למנוע פגיעה בשוויון בין בעלי הדין בתיקים הנדונים בפני מותבים שונים (ראו: שם, בפסקה 19; וכן השוו: רע"א 8744/18 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקה 11 לחוות דעתי (12.5.2019)) (ההדגשות במקור).

דברים אלה באים ללמדנו כי עם קביעת ההלכה ואישור השימוש בתקנה 119, צפה בית המשפט הנכבד בחשיבות ובצורך שיקום בעתיד לבחינה באופן עקבי את ההלכה ואף במישור הסמכות ולא רק במישור המידתיות. קביעתה של כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות בעניין המוקד מעידה על כך:

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.).

הבקשה לדיון נוסף במקרה דנן מעלה את הצורך לשוב ולבחון את התוקף החוקתי של כלי הריסת הבתים על פי מבחני פסקת ההגבלה בעקבות פסק הדין שניתן בעניין שלבי.

פסק הדין

1. עניינה של בקשה זו בפסק-דינו של בית המשפט הנכבד, אשר דחה עתירה כנגד החלטת המשיב 1 להפעיל את סמכותו בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן "התקנה"), להחרים ולהרוס מבנה שלם בן יותר מ-400 מ' בו מתגוררים המבקשים 4-1, וזאת בעקבות מעורבות אבי המשפחה, שאינו מתגורר עימם באירוע ירי בצומת "זעתרה" מיום 2.5.2021 שבו נהרג אזרח ישראלי.

2. ביום 23.6.2021 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד פה אחד מפי כב' השופט ד' מינץ אליו הצטרפו כב' השופטים י' עמית וע' גרוסקופף, ואשר דחה את עתירתם של המבקשים למתן צו מוחלט שיורה למשיב 1 להימנע מהפעלת סמכותו לפני תקנה 119 כנגד בית המבקשים.

3. בעתירת המבקשים נטענו, בין היתר, 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 הייתה להם כל נגיעה או ידיעה למעשים שעל בסיסם מתבקשת הריסת הבית; וכי לא מתקיימת תכלית ההרתעה שבבסיס ההחלטות לעשות שימוש בתקנה 119.

4. לצד זאת, נטענו טענות פרטניות הנוגעות לנסיבותיהם של המבקשים – הפיגוע בוצע על ידי אזרח אמריקאי שלא התגורר בגדה המערבית ולא קיים מרכז חיים בה ומכאן שלא מתקיימת לגביו זיקת מגורים למבנה מושא צו ההריסה וההחרמה; המניע העיקרי לביצוע הפיגוע היה הרצון העז למות; לנאשם היסטוריה של מחלות נפש משמעותיות; ההחלטה מותירה אם ושלוש ילדיה, ביניהם שני קטינים ללא קורת גג; העדר היכולת של המבקשים לדעת או למנוע את האירוע בעיקר לנוכח העובדה שהקשר עם הנאשם הינו רעוע; ההחלטה אינה מידתית בשים לב להיקף הפגיעה במשפחה (הריסת מבנה בשלמותו) ואי ידיעת המשפחה אודות כוונותיו של הנאשם והעדר יכולתם לצפות אותם. עוד נטען כי נוכח הפגיעה הקשה בבני המשפחה מוטל על המשיבים לעמוד ברף גבוה של אפקטיביות ההרתעה.

5. כאמור לעיל, פסק הדין התקבל פה אחד, מפי כב' השופטים י' עמית, ד' מינץ וע' גרוסקופף.

6. כב' השופט ד' מינץ קבע כי הטענות העקרוניות שהעלו המבקשים נדונו כבר במספר הזדמנויות (והפנה לשורה ארוכה של פסקי דין, ראה סעיף 13 לפסק דינו), וכי אין מקום לשוב ולהידרש לטענות העקרוניות.

7. כן קובע בפסק הדין כי הצו הוא מידתי וכי לא נפל פגם בהפעלת שיקול הדעת, שכן אין חולק על חומרת המעשים, וכי קיימת תשתית ראייתית נגד הנאשם וכי די בקיומן של ראיות מינהליות על מנת לבסס את השימוש בתקנה 119.

8. יודגש כי טענות במישור העובדתי מובאות בשלב זה בשל העובדה ששאלת המידתיות ויישום מבחניה מתבססת על עובדות המקרה הקונקרטי ומכאן שהדגשתן של הטענות במישור העובדתי בא להמחיש את הטענה לפיה ההחלטה לא נבחנה במישור המידתיות ולא נשקל אמצעי שפגיעתו פחותה, ואין בהן כדי להצביע על טענות ערעוריות שמקומן אינו בהליך של דיון נוסף.

9. ממשיך כב' השופט ד' מינץ וקובע שהתשתית הראייתית אשר עמדה בבסיס ההחלטה תומכת במסקנה שאין לסוגיית מצבו הנפשי השפעה על המעשה וזאת על סמך מסמכים שאינם מיועדים לתמוך או לשלול קיומו של מצב פסיכוטי (כלשון עורך המסמך "במידה ובית משפט יבקש חוות דעת, יש לתאם את הבדיקה בצורה המקובלת") ותוך התעלמות מוחלטת ממסמכים רבים שצורפו להשלמת הטיעונים מיום 9.6.2021 אשר מצביעים על היסטוריה של מחלות נפש חד משמעית וזאת בין היתר בהתבסס על מרשמים לתרופות שהיה נוטל במשך השנתיים האחרונות.

10. כב' השופט ד' מינץ מסתמך בהחלטתו על ראיות מנהליות שעל פי פסיקה די בקיומן על מנת לבסס שימוש בתקנה 119. זוהי קביעה שהפסיקה התייחסה אליה לא אחת כשהדרישה הינה לראיות ברורות וחזקות (סקאפי) בעיקר כשמדובר בהפעלת סמכות דרקונית מכוח תקנה 119. ההלכה לא קבעה באף שלב שיש להסתפק בכתב האישום ולהתעלם מראיות מנהליות אחרות שהושגו. הרי בסופו של יום כתב האישום מציג את עמדת הפרקליט הצבאי בנוגע לחומרי החקירה, אך עיון בחומרי החקירה יכול להציף ראיות מנהליות אחרות חזקות יותר שחובה על המשיב, ובהתאם לכך על בית המשפט לבחון אותן בקפידה.

11. במילים אחרות ההלכה לא קובעת שיש מקום לבחור בראיות מנהליות באופן סלקטיבי וכי כתב האישום בפני עצמו הינו הראיה המינהלית המתבקשת לצורך הפעלת הסמכות. אם כתב האישום יכול להצביע, כראיה מינהלית, על קיומה של תשתית ראייתית על מעורבות במעשה, היא בעצמה אינה מהווה ראיה מינהלית בלעדית לעניין המניע לביצועו של המעשה.

12. כפי שהסבירו ארוכות המבקשים במסגרת ההודעה המשלימה מטעמם שהוגשה ביום 16.6.2021, כשהדברים נתמכו בחומרי החקירה שהגיעו לידיהם, היה ניתן לזהות באופן חד משמעי ועקבי ביותר שהרצון למות הוא זה שעמד בבסיס מעשיו של הנאשם. חומרי חקירה אלה הם חלק מהראיות המנהליות שעל המשיב להסתמך עליהן בעת קבלת החלטה על הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119.

13. מדוע דברים אלה רלוונטיים בענייננו? בעניין אבו חאשיה, אותן ראיות מנהליות, ואף פחות מובהקות, הובילו למסקנה לפיה יש לבטל את צו ההריסה, מכיוון שהראיות המנהליות הצביעו על קיומה של ערבוביה של מניעים כשהמניע הלאומני לא עמד בפני עצמו.

14. לא למותר להבהיר שבפסק דינו כב' השופט ד' מינץ קובע באופן שגוי, כי הבית נשוא צו ההריסה "היה שייך לאביו, והוא התגורר בו יחד עם הוריו, אך לאחר מותם הבית עבר

לרשותו", ובהמשך נאמר כי העותרים זנחו את הטענה לעניין שייכות האדמה עליה נבנה הבית לדור קודם במשפחה. למען הסדר המבקשים חוזרים ומחדדים שהבית נשוא צו ההריסה אינו אותו בית שהיה שייך להוריו של הנאשם. הבית נשוא צו ההריסה הוא ווילה חדשה שנבנתה סמוך לבית הוריו כפי שהוצג בדיון, על אדמה שרשומה על שמות אביו ודודו של הנאשם. דברים אלה לא רק שלא הוזנחו, אלא שהעותרים בדיון ביקשו לחדד ולחזור עליהם (ראה שורה 19, עמ' 4 לפרוטוקול מיום 17.6.2021). עוד קובע כב' השופט ד' מינץ, כי "המפגע גם ביצע שיפוצים בנכס" כשהדברים בעניין השיפוצים שויכו לאותו בית שהיה שייך להוריו ולא לבית שבו מתגוררים המבקשים. עיון בתמונות אשר הוגשו במעמד הדיון המחישו את טענות המבקשים שכן המדובר בבית שנבנה בין השנים 2006-2008 ולא בבית ישן שעבר שיפוץ, כאשר דברים אלה יוחסו לבית שלידי, שהוא הבית שהתגוררו בו הוריו של הנאשם ואשר שופץ על ידו עם הגיעו לגדה המערבית בשנת 2006. שם התגוררו המבקשים יחד עם הנאשם במשך כשנתיים עד שהושלמה בניית הבית מושא הבקשה. קביעות אלו בתחילת ניתוח שאלת זיקת המגורים בטעות יסודן.

15. כמו כן, כותב כב' השופט ד' מינץ שמהדו"ח אשר הוגש לבית המשפט במסגרת תגובת המשיבים עולה כי הנאשם שהה בגדה המערבית כחודשיים מדי שנה. במהלך הדיון הוגש דו"ח המסכם את תקופת שהייתו על פי דו"ח הכניסות והיציאות שהוגש על ידי המשיבים. מאותו דו"ח עולה בבירור שבמהלך 8 השנים האחרונות, הנאשם הגיע לגדה מדי שנה, כאשר תקופת שהייתו נעה בין חודש לחודשיים בכל שנה.

16. כב' השופט ד' מינץ קובע כי הנאשם מקיים זיקת מגורים למבנה בהסתמך על חוות דעתה של כב' הנשיאה (כתוארה אז) נאור בעניין מרעי, שם פסק דינה נותר בדעת מיעוט, כאשר דעת הרוב קבעה כי יש לבטל את צו ההריסה וההחרמה בין היתר בשל העדר זיקת מגורים לבית הוריו של סטודנט אשר התגורר במעונות הסטודנטים.

17. פסק הדין לא התייחס לשאלת זיקת המגורים כמקובל, ועל סמך בחינת אופי ההיעדרות מאותו בית, הוא אף נמנע מלבחון את עוצמת הזיקה. במילים אחרות אף אם בית המשפט הנכבד סבור שמתקיימת זיקת מגורים במקרה דנן, במישור שיקול הדעת קמה החובה לבחון עוצמת הזיקה, דבר שפסק הדין נמנע מלעשותו.

18. לא זו בלבד שהנאשם הגיע פעם בשנה לבקר את חלק מילדיו, אלא שגם בביקורים אלה קבע בית המשפט הנכבד שהוא קיים זיקת מגורים לכל חלקי המבנה. לא למותר לציין שלא נשללה הטענה כי הוא התגורר במבנה מושא הבקשה בתקופת הביקורים, כאשר עצם השימוש בבית במהלך תקופה זו אינה מקימה את זיקת המגורים המתבקשת להפעלת סנקציה כה קשה.

19. עת נבחנת האפשרות לצמצם את היקף צו ההריסה בית המשפט הנכבד נדרש בפסיקותיו לבחינה איזה חלקים בבית ניתן לבחון בהם ככאלה שהם בשימוש של המפגע. כך למשל בעניין אבו בכר לא נטען שהמפגע לא התגורר ביתר חלקי הבית, אך מטבע הדברים חדר השינה שבו נהג לישון הינו המקום שניתן להבחין בו כחלק מהבית שנמצא בשימוש. בדומה לאמור הפנו המבקשים את בית המשפט הנכבד לכך שבחקירותיו המפגע אמר שהחביא את האקדח במהלך הימים שקדמו לפיגוע מתחת למזרון. נתון זה מעיד על כך

שהיו מיטה/מזרון בשימושו הבלעדי של המפגע, אך שוב בית המשפט נמנע מלבחון את הנושא במטרה לצמצם את הצו או בכלל במטרה לנסות לבחון חלופה שפגיעתה פחותה.

20. בהודעותיו של המפגע וגם מהתחקורים שנמסרו על ידי המשיב של המבקשים 1-2 נאמר באופן מפורש כי המבקשת 1 לא נהגה לישון בחדר יחד עם בן זוגה. מהפרפרזה הגלויה שמסר הנאשם, ממנה עולה כי לכל היותר המפגע עושה שימוש בשני חדרים, אחד בקומה הראשונה והשני בקומה השנייה. מדבריו לא ניתן ללמוד מה סוג השימוש אך כן ניתן להבין שאינו משתמש באותם חדרים שהמבקשת 1 משתמשת בהם. גם דו"ח התחקור של המבקש 2 מראה באופן חד משמעי שהנאשם לא ישן באותו חדר עם המבקשת 1.

21. כפי שנקבע בעניין מרעי, היעדרותו של אדם מהבית הינה רלוונטית לצורך בחינת שאלת זיקת המגורים. כך יש צורך לבדוק מה טיב ההיעדרות ואם היא בעלת אופי זמני. במקרה של הנאשם דן, מדובר במי שמרכז חייו בארה"ב שם מרבית בני משפחתו, 3 נשותיו ועוד 5 מילדיו, בנוסף לחלק מאחיו המתגוררים שם בדרך קבע. לנאשם בתיים נוספים בהם הוא מתגורר בארה"ב, וכפי שכבר נטען, נראה שהניסיון הנואש של המשיב להביא להרס המבנה בשלמותו בטענה שהוא מקיים זיקת מגורים מבלי לבחון את טיבה, נובע מהעובדה שזהו הבית היחיד שנמצא בטווח פעולתו.

22. קביעה נוספת שהיא חורגת מההלכה הפסוקה היא הקביעה לפיה עומדת לזכות המשיב חזקת התקינות המנהלית. המבקשים ידגישו כי לאורך כל ההליך המשיבים לא העלו טענה על קיומה של "אינדיקציה" למודעות של מי מבני המשפחה הגרעינית של המפגע מתגוררים בנכס על כוונת המפגע" (ראה שורה 17-18, עמ' 9 לפרוטוקול)(ההדגשות הוספו, נ.ד.). לא למותר לציין שאף הפרפראזה אינה מגלה ראייה על ידיעה אלא בסך הכל אינדיקציה לכך, דבר המטיל ספק רב בעוצמת המידע החסוי שהתכוון המשיב להציגו, ואף מסביר מדוע נמנע מלעשות כן בשלב מוקדם יותר.

23. כפי שהועלה במסגרת הדיון, תמוהה ביותר שלילת טענה כבדת משקל מהסוג הזה, טענה שבפני עצמה עשויה לחרוץ את גורלו של התיק, בזמן שהמשיב בהתייחסו באופן אקטיבי לשאלת מעורבות בני המשפחה הן במענה להשגה והן בתגובה לא הזכיר זאת ולו ברמז. כמו כן, אף במהלך הדיון, ובטיעון בעל פה של המשיב הדבר לא הועלה,

24. במסגרת פסק הדין עלו שאלות משפטיות חשובות ביותר וקשות בכל הנוגע להפעלת סמכותו של המשיב 1 ע"פ תקנה 119 כנגד בני המשפחה של המבקשים, ובמיוחד כשמדובר **באזרח אמריקאי שאינו מתגורר בגדה המערבית** שבבסיס פעולתו עמד הרצון העז למות, כשאינן לבני המשפחה, שאף הקשר עימם אינו קשר משפחתי טוב, כל חלק במעשיו.

המבקשים סבורים, כי שאלות משפטיות אלו כלל לא נדונו, או שלא נדונו באופן ממצה, במסגרת פסק הדין. דווקא היעדר הניתוח המשפטי מעיד כאלף עדים על חוסר העקביות בפסיקה בכל הנוגע לשאלת המידתיות ובחינת האמצעי שפגיעתו פחותה, ומאותת בפני סכנת המדרון החלקלק, באופן כזה שמרוקן מתוכן את ההלכה בנוגע לבחינה קפדנית של שאלת מידתיות הסנקציה כדבר המשליך על הצד השני של המשואה, קרי שאלת

חוקיות השימוש בתקנה 119. נראה שפסק הדין, בהשוואה לפסיקה הענפה בסוגיה רגישה זו הוא הוכחה של הפערים העצומים בין השופטים השונים כפי שפורט לעיל וכפי שעוד יפורט בהמשך, מכיוון שהדברים לא זכו לדיון מעמיק באופן ממצה שהולם את **מורכבות הסוגיה וקשיותה**, ואת **חומרת הפגיעה הצפויה מהיעדר הכרעה ברורה בה**, אף לא בשאלת שיקול הדעת.

המבקשים סבורים, כי בית המשפט הנכבד בפסק דינו שגה עת הכריע בעתירה מבלי שנתן משקל ראוי לעובדה, ובהסתמכו על הבחירה הסלקטיבית של המשיב לראיות המינהליות הרבות שהיו בידיו, שהמניע העיקרי העומד מאחורי פעולת הנאשם אינו "המניע הלאומני" אלא מדובר **באדם הסובל מהיסטוריה של מחלות נפש, ועד לימים אחדים עובר לפיגוע היה אצל פסיכיאטר, אשר הקשרים בינו לבין בני משפחתו היו במשבר והוא הביע לאורך כל חקירותיו על הרצון העז למות, דבר שהושמט באופן חד משמעי מתגובת המדינה.**

עוד סבורים המבקשים כי הקביעה לפיה אדם המגיע לבקר את ילדיו פעם בשנה מקיים זיקת מגורים המצדיקה הפעלת סנקציה כה קשה ועל הצד החרוץ ביותר, וזאת אף מבלי להידרש לשאלת עוצמת הזיקה, ובהתאם מבלי להידרש לבחינת חלופות מידתיות יותר, הינה קביעה הסוטה באופן קשה ומסוכן מההלכה הפסוקה המערערת את שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119. מדובר בפרשנות מרחיבה של הסמכות להרוס, מבלי לתת משקל מתאים לעובדת היותו גר בארה"ב על דרך קבע, כך שגם אם סבור המשיב כי מתקיימת זיקה לבית ולמשפחה, הזיקה במקרה דנן הינה פחותה בהשוואה למקרים אחרים רגילים.

ושוב, ידגישו המבקשים, כי אין מנוס מהצגת הטענות העובדתיות האמורות מכיוון שהשאלה המרכזית העומדת בבסיס הבקשה דנן הינה שאלת מידתיות ההחלטה ובחינתה, דבר שמטבע הדברים מסתמך על העובדות של המקרה הקונקרטי.

למעשה, קשה להלום שבסוגיה כה קשה הנוגעת לסמכות כה מרחיקת לכת ודרקונית, שמופעלת בגין מעשיו של אדם חולה ומתוסכל שרצה למות, לא התקיים דיון מעמיק ויסודי בשיקול הדעת של המשיב להפעיל בהפעלת תקנה 119 כנגד בני המשפחה החפים מפשע, וזאת באופן המשליך בהכרח על שאלת החוקיות.

המבקשים סבורים, כי הלכה שמכשירה את השימוש בפרקטיקה, שהיא עצמה שנויה מאוד במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, שכרוכות בהפעלתה בעיות משפטיות משמעותיות – הנעוצות הן בדין המקומי והן בדין הבינלאומי – כאשר מדובר בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן, שמצדיקות את החרגת עניינם של המבקשים מתקנה 119, או למצער צמצום הפעלת הסנקציה באופן משמעותי, הינה הלכה **תקדימית וחדשנית שעומדת בסתירה להלכה הקודמת שקבעה מגוון מבחנים לאופן הפעלת הסמכות ולשיקול הדעת הנדרש עת השימוש בתקנה 119.**

25. המבקשים יטענו כי לנוכח השאלות המשפטיות המורכבות שלא זכו לדיון מעמיק באופן ממצה והנסיבות הקונקרטיות של המקרה שעלו במסגרת הדיון ההלכה מושא הבקשה היא חשובה וקשה באופן המצדיק דיון נוסף בהרכב מורחב.

26. משמעותו של פסק הדין, היינו הפרשנות המרחיבה לסמכות והקביעות החדשות שבו, כי לא יהיה מקום להתערב בהחלטות המשיב לעניין תקנה 119, דבר ההופך אף פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, שהינה האמצעי היחיד העומד לרשות אותם אנשים הצפויים להיפגע מהסנקציה על מנת להתגונן מפניה, לדרך ללא מוצא מצד אותם אנשים החיים זה למעלה מחמישים שנה תחת לתפיסה צבאית ישראל. (ראה "הריסת בתי מחבלי ובית המשפט הגבוה לצדק, פרופ' מורדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה (28.6.2021) <https://www.idi.org.il/articles/34906>).

רקע עובדתי – בקצרה

הצדדים

27. המבקשת 1 (להלן: **העותרת**), אזרחית ארה"ב ותושבת השטחים הכבושים, ילידת 1980, הינה אחת מבנות הזוג של הנאשם, ואם לשבעה ילדים. העותרת מתגוררת יחד עם שלושה מילדיה, ששניים מתוכם עודם קטינים, המבקשים 2-4, במבנה נשוא צו ההריסה. כאמור, העותרת הינה אחת מבנות הזוג של מר שלבי, הנאשם במעורבות באירוע מיום 2.5.2021, אך מזה שנים שאינה מנהלת עימו קשר זוגי, והם פרודים בפועל, זאת בעקבות חשיפת קיומם של נישואים מקבילים ואף ילדים נוספים שהביא מר שלבי מנשים אחרות ללא ידיעתה.

28. המבקש 2, הינו בנה של העותרת, אזרח ארה"ב ותושב השטחים הכבושים, בן 18 שעודנו לומד בבית ספר תיכון. המבקש 2 נעצר לאחר האירוע מיום 2.5.2021, נחקר במשך כמה ימים, ומשלא נמצא שהיה מעורב או החזיק במידע כלשהו אודות מקום הימצאו של אביו, שוחרר.

29. המבקשים 3-4 הינם ילדיה הקטינים של המבקשת בני 13 ו-9 בהתאמה. שניהם אזרחי ארה"ב וכיום תושבי הגדה המערבית המתגוררים יחד עם אימם ואחיהם, המבקש 2, במבנה נשוא צו ההריסה.

30. המבקשים הם חלק מבני משפחתו של מר שלבי. למבקשת ומר שלבי 7 ילדים משותפים, כשארבעה מתוכם מתגוררים בדרך קבע בארה"ב וחלקם אף הקימו משפחות משלהם.

31. המבקשת 5, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

32. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מחמישים שנה; והוא שהוציא צו להחרמה והריסה של בית העותרים 1-6, במסגרת סמכותו ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**).

33. המשיב 2 הוא שר הביטחון, האחראי בהתאם לחוק יסוד: הצבא מטעם ממשלת ישראל על המשיב ועל קביעת מדיניות הריסת הבתים השיטתית אותה מפעיל המשיב, ובמקרה דנן, בעניינם של העותרים (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

34. יצוין, כי עם מתן פסק הדין לא נקבע מועד פקיעתו של הצו הארעי שניתן ביום 2.6.2021, כנהוג ומקובל בפסקי דין מסוג זה, הגם שהידיעה על מתן פסק דין בתיק רגיש מסוג זה התקבלה באמצעות כלי תקשורת ולא דרך מזכירות בית המשפט הנכבד, גם כן כנהוג וכמקובל. לאור האמור, פנו המבקשים בו ביום בבקשה בהולה לבית המשפט הנכבד שיבהיר את פסק הדין ויקבע מועד פקיעת הצו לצורך התארגנות המשפחה. בבקשה צוין, כי הבית מושא צו ההריסה הינו בית גדול ונדרש פרק זמן ארוך מהרגיל לצורך פינויו ועוד התבקש בית המשפט הנכבד להתחשב בעובדת קירבתו של חג הקורבן ולדחות את מועד פקיעת הצו הארעי באופן המאפשר למבקשים לחגוג את החג האחרון בביתם. בו ביום ניתנה החלטה הקובעת כי הצו הארעי ייפקע ביום 30.6.2021.

35. ביום 27.6.2021, פנו המבקשים בבקשה נוספת להרכב הנכבד שנתן את פסק הדין מושא בקשה זו, וביקש להורות על דחיית מועד פקיעת הצו הארעי שהוציא בית המשפט במסגרת העתירה, בשל הזמן הרב הנדרש לפינוי הבית ועוד לנוכח העובדה שהמבקש 2 נמצא בעיצומה של תקופת מבחני התוג'יהי, המקבילה לתקופה מבחני הברות. כמו כן, ציינו המבקשים כי ברצונם לשקול את האפשרות להגשת בקשה לדיון נוסף בעקבות פסק הדין, דבר שעל פי סעיף 4 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף, תשמ"ד-1984 ניתן לעשותו תוך 15 ימים. בו ביום ניתנה החלטה הדוחה את הבקשה.

מיצוי הליכים

36. ביום 19.5.2021 נשלחה הודעה משותפת על ייצוג, ובה צויין כי העותרת ייפתה את כוחן של הח"מ לטפל בכל הקשור להפעלת סמכותם ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.

37. בשעות הערב של אותו יום, קרי ה-19.5.2021 הודיע המשיב על הכוונה להחרים ולהרוס את המבנה בו מתגוררים העותרים בטענה שמר שלבי התגורר בו, ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה. צעד זה ננקט לטענתם הואיל ומר שלבי "ביצע ביום 2 במאי 2021 פיגוע טרור על רקע לאומני, שכתוצאה ממנו נרצח _____ גואטה ז"ל." (להלן: **הודעת המפקד הצבאי**). בהודעתם ניתנה האפשרות לפנות בהשגה עד ליום שני 24.5.2021 בשעה 17:00. לעותרים ניתנו בפועל כ-72 שעות להעלות את טענותיהם כנגד ההודעה האמורה. בהמשך, ולבקשת העותרים, ניתנה אורכה בת 48 שעות להגשת ההשגה, עד ליום רביעי ה-26.5.2021 בשעה 17:00.

38. ביום 26.5.2021 פנתה העותרת בהשגה למשיב כנגד כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה בשלמותו. בהשגה ציינה העותרת את נסיבות המקרה וביקשה מהמשיב לחזור בו מכוונתו להרוס ואו להחרים את ביתה בשל חומרת הפגיעה הצפויה בזכויותיה יחד עם ילדיה, על לא עוול בכפם, ככל שיחליט המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119.

39. בחלוף ארבעה ימים בלבד, ביום ראשון 30.5.2021, התקבל מכתבו של סרן יואב פרידמן, בשם יועמ"ש הגדה המערבית, ובו נמסר כי **המפקד הצבאי דחה את ההשגה שהוגשה ביום 26.5.2021 כנגד כוונת המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 וניתנה הודעה על החלטת המשיב להחרים את הקרקע ולהרוס את המבנה שבו מתגוררים העותרים.**

לתשובה צורך צו החרמה והריסה נשוא עתירה זו, וניתנה שהות עד ליום 2.6.2021 בשעה 17:00 לצורך הגשת עתירה.

40. על אף הערותיו החוזרות של בית המשפט הנכבד לעניין פרק הזמן שניתן לעותרים בעתירות מסוג זה להתמודד עם אקט דרקוני כזה, ממשיך המשיב לקצוב זמנים קצרים ביותר ובוחר בעיתויים בעייתיים לצורך מסירת הודעותיו. בהקשר זה, יפים דבריה של כב' השופטת ברון במסגרת הדיון מיום 16.3.2020 שהתקיים בבג"ץ 1490/20 **שיבלי נ המפקד הצבאי**, לפיהם יש לאפשר פרק זמן סביר לנפגעים מהחלטת המשיב להיערך לצורך התמודדותם עם החלטה זו.

41. מכיוון שפרק הזמן שניתן להגשת העתירה בפועל הוא פחות מ-72 שעות, לנוכח העובדה שעתירות מסוג זה מוגשות בשעות העבודה של מזכירות בית המשפט, התבקש המשיב לתת ארכה לצורך הגשת העתירה. הבקשה סורבה והעתירה הוגשה במועד.

42. הצורך בפרק זמן נוסף נובע בעיקר ממורכבות של המקרה, לנוכח העובדה שמר שלבי הינו אזרח ארה"ב אשר התגורר בה כמה עשורים, דבר המקשה על גישת העותרים למסמכים שעשויים להיות רלוונטיים להליך, ובנוסף, לנוכח העובדה שמר שלבי הינו בעל רקע פסיכיאטרי.

43. במסגרת ההשגה, התבקש המשיב להמציא את חומרי החקירה עליהם ביסס את החלטתו. על אף שחלף כחודש מאז האירוע שבעקבותיו הוצא צו הריסה נשוא עתירה זו, לא ברור מדוע המשיב בחר שוב לפעול באופן שרירותי מבלי לאפשר פרק זמן סביר ומספק על מנת להגיש עתירה מורכבת מסוג זה, ובעיקר לאור נסיבות המקרה והצורך להצטייד במסמכים נוספים, ולמנוע מהעותרים אפשרות ריאלית לקבל את הפרטים החיוניים לצורך עתירה זו וכדי לממש את זכותם של העותרים לייצוג ראוי.

44. התנהלות המשיב בהקשר זה עוררה תמיהה שכן, כתב אישום נגד החשוד היה צפוי להיות מוגש תוך ימים אחדים, כך שהיה ניתן להיחשף לחומרי החקירה והראיות המנהליות שעליהן התבססו המשיבים.

45. אילו המשיב היה נוהג על פי החובה המוטלת על רשות מינהלית, חומרים אלה היו נמסרים יחד עם ההודעה על כוונה להרוס. התנהלות זו, שחוזרת על עצמה, פוגעת באופן קשה בזכותם של המבקשים להליך הוגן וביכולת שלהם לקבל את יומם בבית המשפט באופן ראוי.

46. ביום 15.6.2021, יומיים לפני מועד הדיון עלה בידי המבקשים לקבל חלק מחומרי החקירה מסניגורו של מר שלבי, אשר נבחנו היטב על ידי המבקשים ונתנו את התייחסותם לגביהם במסגרת ההודעה המשלימה שהוגשה מטעמם ביום 16.6.2021.

הטיעון המשפטי

השימוש בתקנה 119 כנגד בני המשפחה החפים מפשע

47. הותרת אישה ושלוש ילדיה, כששניים מהם הינם **קטינים**, ללא קורת גג, בגין מעשיו של אביהם אשר רואים אותו פעם בשנה, לא יכולה להיחשב סבירה. זאת, כאשר

המשפחה חפה מפשע, שאין כל טענה על מעורבותה במעשיו של הנאשם, או על ידיעתה מבעוד מועד על כוונתו להוציא לפועל המעשה שמיוחס לו.

48. לצד הקביעה בפסק הדין, כי השימוש בתקנה 119 הוא סביר ומידתי חרף העובדה שבני המשפחה לא היו מעורבים במעשה, הרי ששופטים רבים בבית המשפט הנכבד דווקא קבעו בנסיבות דומות ואף פחות מקלות, כי אין כל הצדקה לפגיעה קשה ובלתי הפיכה במבקשים, וכי מדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם.

49. בבית נשוא צו ההריסה מתגוררים בת זוגו (הפרודה) של החשוד לכאורה בביצוע הפיגוע, יחד עם שלושת ילדיהם, כששניים מתוכם קטינים, כולם חפים מפשע שלא גילו כל מעורבות באירוע, לא לכתחילה ולא בדיעבד. רק בשל כך קיים חשש שצעד זה ננקט כסנקציה עונשית (ראה פסק דינה של כבוד השופטת ברון בבג"ץ 752/20 עטאונה נגד **המפקד הצבאי** (25.5.2020) וגם פסק הדין בעניין אבו בכר).

50. בני המשפחה קיבלו את החדשות ביום האירוע, כרעם ביום בהיר. לדברי העותרת, שנמסרו במסגרת תחקור שנערך ביום 5.5.2021, "אינה יודעת היכן בעלה, אינה עומדת עימו בקשר, ציינה ששמעה שנפצע וכי אולי מת מפצעיו או שנמצא ביער או משהו בסגנון". עוד הסבירה העותרת לחוקריה כי "...היא וילדיה אינם אשמים במה שרה וזה לא צריך להיות קשור אליהם".

51. כאמור, 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 הצבאי, 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).

52. 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.).

53. 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.).

54. 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.

55. 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.

56. 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.

57. 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 גנימאת**)). 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 בוסר ושיני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה; ואיש בעונו יומת (עניין אלעמרין, פסקאות 6-7)

58. 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 ('ימדתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות.

... קשה עלי 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.

59. ובעניין גנימאת:

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 שינו תקהינה.

60. גם כבי' 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).

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

61. 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).

62. 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, ומאידיך 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). (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

63. באופן דומה, התייחסה כבוד השופטת ברוך 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.).

64. 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.

65. פסק הדין שניתן ביום 10.8.2020 בעניין אבו בכר קבע, כי בשל אי מעורבותן של אישה וילדיה, שרובם קטינים, ההחלטה להרוס את כל הבית אינה מידתית ולכן יש לבטל את צו ההריסה. בית המשפט הנכבד הכיר בשאלת מעורבות בני המשפחה כרכיב יסודי לבחינת הפעלת הסמכות ואופן הפעלתה, ואף כדבר העולה בקנה אחד עם התכלית ההרתעתית.

66. במקרה דנן חומרת הפגיעה בבני המשפחה זועקת לשמיים. מדובר באישה ושלושת ילדיה שכל מה שקשר אותם עם הנאשם הוא קשר משפחתי רעוע. אישה שבחרה להיפרד בפועל מבן זוגה ולהישאר נשואה לו רק לשם טובת הילדים וכבוד המשפחה, כעת צריכה להמשיך ולשאת בהשלכות מעשיו, שאף לגביהם יש להניח שלא הייתה לו אחריות לגביהם בשל מצבו הנפשי הקשה, ולהתמודד עם החלטת המשיב להרוס את כל המבנה שמהווה עבורה ועבור ילדיה את קורת הגג היחידה. האישה והילדים צפויים למצוא את עצמם ברחוב.

67. בהקשר זה ראוי להזכיר את התנהלותם השערורייתית של נציגי המשיב במהלך הדיון. אף שלא בא זכרה במענה להשגה, בתגובה לעתירה ואף לא במהלך הדיון בעל פה, לפתע פתאום, על ספו של סיום הדיון, הועלתה טענה כי ישנה "אינדיקציה" למעורבות של בני המשפחה במעשה. עובדה זו באה לביטוי בהערה החמורה שהעיר כבוד השופט עמית בפסק דינו. אולם, כל השופטים בחרו להשיב את חזקת התקינות על כנה, תחת להתייחס להתנהלות המשיב כחורגת לחלוטין ממתחם הסבירות, בפרט בהליך שאמור להיות אדברסרי. אפילו מטעם זה יש צורך בהול לקיים דיון נוסף, מאחר שפסק הדין של כבוד השופט מינץ נסמך בין היתר על "חזקת תקינות" זו, דבר שאין לתת לו יד. **המסקנה המשפטית היחידה שהיתה צריכה להיות היא שבני המשפחה אינם מעורבים במעשה, כפי שעלה באופן עקבי לאורך כל ההליך. לא ייתכן שדווקא התנהלות פסולה ומגונה זו של המשיב תקבל גושפנקא מבית המשפט הנכבד, בבחינת ייצא חוטא נשכר.** על חזקת אי התקינות שאמורה היתה לחול במקרה זה ראו בהרחבה בהמשך.

העדר זיקת מגורים במישור הסמכות ושיקול הדעת

68. כאמור, הפעלת תקנה 119 פוגעת בחפים מפשע, דבר המעלה שאלות קשות באשר לחוקתיות הפעלתה, כמו גם להפרה של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. מטעם זה, נדרשת גישה מאד מצמצמת וזהירה להפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

69. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא בנסיבות העניין, האם הזיקה האמורה לבית נשוא צו ההריסה וההחרמה מאפשרת הגדרתו של מר שלבי כ"תושב" של הבית לצורך הפעלת הסמכות?

70. ושוב נחזור על העובדות הרלוונטיות: מר שלבי הינו יליד 1976, כאשר מאז שנת 1996 הוא מתגורר בארה"ב, עובד בה ואף מנהל את חיי משפחותיו בה. ב-8 השנים האחרונות הוא חוזר לבקר את משפחתו לעיתים רחוקות ובממוצע של פעם או פעמיים בשנה לכל היותר. למר שלבי אין יותר קשר זוגי עם העותרת, מזה כמה שנים, וכל קשריו הזוגיים הפעילים מתנהלים בארה"ב, מקום מגוריו הקבוע ומקום עבודתו. הוא מגיע לבית העותרים כאורח וישן בחדר נפרד, הוא אינו משתף את העותרת במתרחש בחייו, מלבד דברים הקשורים לילדיהם הקטנים. אף ילדיהם המשותפים המתגוררים בארה"ב אינם בקשר סדיר עימו.

71. בהשאלה ניתן לציין כי אף בדין הישראלי, לשהות כל כך ארוכה בחו"ל יש השפעה על תוקפו של מעמד בישראל. על פי תקנות הכניסה לישראל, התשל"ב-1972, מי ששהה מעל 7 שנים מחוץ לישראל, מעמדו בה פוקע מאליו. עוד ניתן להוסיף בהקשר זה כי עד לפני כשני עשורים נהגה מדינת ישראל להפקיע את תושבותם של תושבי הגדה המערבית באם לא שבו למולדתם משך מעל 5 שנים.

72. משכך יש לבחון את שאלת הזיקה, כפי שמנחה הפסיקה של בית משפט נכבד זה **בעניין מרעי**, בשני מישורים: מישור הסמכות ומישור שיקול הדעת.

73. במישור הסמכות יש לבחון האם ניתן לראות במר שלבי כ"תושב" של הבית. ככל שהתשובה לשאלה זו הינה שלילית, המשיב לא יהיה מוסמך להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119. במקרה דנן, ולפי המתואר, נראה כי אכן התשובה בעניינו של מר שלבי, נוכח הנסיבות הקונקרטיות של המקרה, הינה שלילית. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (בדימוס) מזוז בעניין מרעי:

אכן ההכרעה בשאלת היותו של אדם בגדר "תושב" של הבית לעניין תקנה 119 היא, כפי שציינה חברתי הנשיאה, פועל יוצא של הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה לגופו (פסקה 15). לעניין זה יש לבחון, בין היתר, את עוצמת זיקתו של האדם הנדון לבית, את הסטטוס שלו בבית, וככל שהוא אינו שווה דרך קבע בבית, יש לבחון האם היעדרות מהבית היא בעלת אופי זמני אם לאו.

74. ראשית כל, יודגש כי לא מדובר בבית שבו גדל מר שלבי מאז נולד, וכי אף העותרים עברו לגור בו בשנת 2008. כמו כן, היעדרותו מבית המשפחה, מהכפר ומהגדה בכלל, אינה זמנית. מדובר באדם בוגר, שבמחצית השנייה של חייו התגורר בארה"ב כאזרח לכל דבר ועניין, מאז עזב את בית הוריו למעלה מעשרים שנה עובר לאירוע מושא הצו. מגוריו בארה"ב אינם מטעמים ארעיים, שכאמור מגורים, עבודה והקמת משפחות מעצם טיבם, אינם טעמים ארעיים, לא כל שכן כשמדובר באזרח חיים שמתקיים ברציפות כבר 8 שנים. לעניין זה יפים דבריו של כב' הש' (בדימוס) מזוז בעניין מרעי:

אדם בוגר היוצא מבית הוריו, בין ללימודים ובין לחיי עבודה, אינו עושה כן, בדרך כלל, באופן זמני על מנת לשוב, אף שעדיין אין לו בית קבע משלו. זהו שלב שעוברים מרבית הצעירים בדרך לבית משל עצמם. העובדה שצעיר או צעירה ממשיכים לבקר, ולו באופן תכוף יחסית, בבית הוריהם, אין בה לדעתי כדי לבסס קביעה כי מדובר

בהיעדרות זמנית וכי הם עדיין בגדר "תושבי" הבית. (ההדגשות שלי, נ.ד.)

75. במקרה דנן, ברי כי מרכז חייו היה בארה"ב ואף היותו שם אינה מכוח היותו עובד בלבד, אלא מכוח היותו אזרח בה לכל דבר ועניין, המנהל חיי משפחה, עם 3 בנות זוג בו בזמן, כשמקום מגוריו הקבוע נמצא במקום אחר. כל אלה במקביל לחיי העותרת וחלק מילדיה בתרמוסעייא, שכל המשותף ביניהם זה גידול יתר הילדים, בזמן שבינה לבין מר שלבי לא מתקיים קשר זוגי. משכך, אין לראות במר שלבי כ"תושב" הבית. כתוצאה מהאמור המשיב נעדר סמכות להפעיל את תקנה 119 כנגד המבנה, וצו ההריסה וההחרמה שהוציא אינו בעל תוקף חוקי.

76. בעניין נזאל נקבע כי עיקרון מנחה לבחינת שאלה זו הוא בשאלה האם מדובר בהיעדרות בעלת אופי ארעי. כמתואר לעיל, מאורח חייו של מר שלבי ניתן לראות באופן חד משמעי שאין המדובר בהיעדרות ארעית ואף לא בהיעדרות לתקופה קצובה, אלא בהיעדרות קבועה, כאשר ביקוריו לגדה הם ארעיים.

77. אחד השיקולים אותם נהוג להביא בחשבון במסגרת זו, הוא תדירות ההגעה לבית, דבר שנבחן בבג"ץ 1245/91 פוקהא נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית (31.12.1991). הגעתו של מר שלבי במהלך 8 השנים האחרונות לפעם או פעמיים לכל היותר במהלך השנה אינה עונה על התנאי של הגעה בתדירות המקימה זיקת מגורים בכלל.

78. בבג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 1987, אישר בית המשפט את החלטת המפקד הצבאי לאטום רק את חדרו של מי שהתגורר מאז ומתמיד בבית אביו, בזמן הפיגוע, וזאת בשל עובדת מעברו לארה"ב לאחר מכן, ולנוכח גודלו של הבית.

79. לפי עניין נזאל, ההכרעה בשאלה, האם מר שלבי היה בגדר "תושב" הבית, היא פועל יוצא של התשובה לשאלה, האם מדובר בהיעדרות זמנית מבית המשמש כבית המגורים הקבוע שלו, או שמא מדובר במי שהבית אינו יותר מקום מושבו, אותו העתיק למקום אחר. אף המסקנה באשר לזמניות ההיעדרות, תלויה, בין היתר בסיבת ומשך ההיעדרות: האם היא בעלת אופי ארעי, מטעם ארעי מטבעו, מתוך כוונה לשוב למגורי קבע באותו בית. מהדברים שהובאו לעיל, התשובה לכל אלה הינה שלילית. מר שלבי יצא את הגדה מזה שני עשורים, כך שאין מקום לראות בהיעדרותו כהיעדרות זמנית ומאורח החיים שהוא מנהל בארה"ב ניתן להבין באופן חד משמעי שאף לא הייתה כוונה לשוב למגורי קבע לתרמוסעייא.

80. בבג"ץ 2630/90 כראכרה נ' מפקד כוחות צה"ל (12.2.1991) התייחס בית המשפט הנכבד לצורך לפרש על דרך צמצום את הסמכות מכוח תקנה 119. קביעה זו נכונה גם לגבי הקביעה של זיקת המגורים של אדם למבנה נגדו מתכוון המשיב להפעיל את הסנקציה, או במילים אחרות לפרשנות שיש לתת למילה "דייר" בלשון התקנה:

נוטה אני לחשוב שלנוכח האפקט הקשה ביותר של השימוש בסמכות בסנקציה הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מן הראוי שבית המשפט יציב לשימוש בה סייגים ויפרשנה על דרך הצמצום גם לגבי סיווגם של האנשים העשויים להיפגע על ידה

81. אף אם בית המשפט הנכבד יסבור כי לא ניתן לשלול את הגדרתו של מר שלבי כ"תושב" של הבית, עומדת השאלה האם נוכח חולשת זיקת המגורים, החלטת המשיב בנסיבות העניין עומדת במבחני הסבירות והמידתיות.

82. אכן, אם מדובר ב"תושב", קיימת לכאורה סמכות להפעלת תקנה 119, אך זו הינה סמכות שבשיקול דעת, המחייבת את המשיב לבחון אם במכלול הנסיבות קיימת הצדקה לעשות שימוש בסמכות, ובאיזה אופן ותנאים, וזאת מתוך גישה זהירה ומצמצמת שמחייבת אותו מכוח פסיקתו של בית המשפט הנכבד.

83. במילים אחרות, גם אם למר שלבי מתקיימת זיקה למבנה נשוא הצו, במישור שיקול הדעת יהיה על המשיב לבחון: האם נוכח חולשת הזיקה יחד עם מכלול נסיבות העניין (היותו בעל רקע נפשי, העדר מעורבותם של העותרים באירוע, פגיעה בקטינים, העדר כל קשר בין האירוע לבין המבנה, עובדת היות הקשר המשפחתי בינו ובין העותרת רעוע ביותר), צו ההחרמה וההריסה עומד במבחני המידתיות והסבירות?

84. כפי שייטען בהמשך, מבחני המידתיות, יחד עם הגישה המצמצמת והזהירה הנדרשת בפגיעה בזכויות יסוד מחייבים בחינת נסיבות המקרה ומתן משקל משמעותי לשיקולים שהוצגו לעיל. בחינת נסיבות אלו הינה חיונית הן לביסוס צידוק לעצם הפעלת תקנה 119 והן באשר להיקף הפעלתה.

85. נסיבות המקרה מובילות למסקנה ברורה לפיה אין יסוד להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתם של העותרים, לא מבחינת הסמכות ולא מבחינת שיקול הדעת.

86. פסק הדין נשוא הבקשה לא נדרש לטענות אלו, הסתפק בקביעה של זיקת מגורים כלשהי מבלי לבחון את עוצמתה ונמנע מלהידרש למבחני המידתיות המחייבים בחינת הפעלת הסנקציה, בין היתר בהתאם לעוצמת הזיקה. זוהי בפני עצמה חריגה קשה מההלכה הפסוקה, המעידה על ערעור ההלכה במישור המידתיות באופן המשליך בהכרח על שאלת חוקיות השימוש בתקנה 119.

המניע העיקרי למעשה: הרצון למות

87. הדברים שהובאו במסגרת ההודעה המשלימה מיום 16.6.2021 ואשר מפנה לחומרי החקירה שהגיעו לידי המבקשים הם חלק מהדברים המצביעים על הרצון למות שעלו מחקירותיו של מר שלבי, אשר הן חלק מהראיות המנהליות עליהן היה אמור להתבסס המשיב בעת הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 להרוס בית. כאמור, תמוהה ביותר השמטת עובדות אלו מתגובת המשיב, ובהמשך התעלמות בית המשפט הנכבד מאותן ראיות מנהליות כבדות משקל.

88. בית המשפט הנכבד התייחס כבר בעבר לאותם מקרים בהם המניע לביצוע הפיגוע היה הרצון למות. כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין קבע בפקד דינו בבג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי (פורסם באר"ש 1.12.2015)(להלן: **עניין אבו חאשיה**):

לצורך הקביעה כי בסמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו ולהורות על הריסת בית או אטימתו מכוח תקנה 119, אין הכרח לקבוע כי מטרת הטרור עמדה לבדה במרכז מניעיו של המחבל, או כי זו הייתה המטרה הדומיננטית. **ואולם, יתכן שיהא לדבר משקל במישור שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ובחינת האמצעי המידתי ההולם את נסיבות העניין – למשל, אטימה חלף הריסה, או הריסה חלקית חלף הריסה מלאה, והכל בהתאם למטרתה של תקנה 119..** (ההדגשות שלי, נ.ד.).”

89. דברים אלה נאמרו על סמך הקביעה הידועה כי יש להקפיד על שימוש זהיר בתקנה 119 וכי הדבר ייעשה אך ורק בנסיבות חריגות. על סמך הדברים שעלו מתוך חומרי החקירה על רצונו של מר שלבי למות, כמניע עיקרי אם לא בלעדי לביצוע הפיגוע, תוך בחירת מקום הפיגוע לפי נוכחות רבה של אנשים שצפויים להביא למותו, תמוהה עקשנות המשיב להביא להריסת בית שלם מבלי שאף נעשה ניסיון לבחון חלופות מידתיות יותר.

90. על פני הדברים, בחקירותיו טען מר שלבי כי המטרה העיקרית לביצוע הפיגוע הייתה לגרום למותו שלו, וזאת בין היתר, בעקבות התדרדרות הקשר עם אשתו וילדיו כפי שיפורט בהמשך. בעניין אבו חאשיה קבע כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, כי לטענה בדבר הרצון להתאבד ולסכסוך עם בני המשפחה תהיה השפעה במישור שיקול הדעת ומידתיות האמצעי הננקט:

..כאשר ענייננו בשיקולי הרתעה בלבד, האין משקל לשאלה מדוע עשה המחבל את אשר עשה? כאמור מטרת הריסתו של בית המשפחה היא הרתעת מחבלים פוטנציאליים, ושאלה היא עד כמה תושג אותה הרתעה אף לגבי מי שיחליט לסיים את חייו מסיבות שאינן קשורות אך במעשה הטרור, ובמיוחד כשברקע סכסוך עם בני משפחתו. בנוסף לכך, כפי שצינו בעבר במישור שיקול הדעת המסור למפקד הצבאי בכגון דא יש ליתן משקל לשאלה לשאלה האם ובאיזה מידה היו מעורבות יושבי הבית במעשה הטרור.

91. במקרה דנן, לא רק שלא הייתה כל מעורבות מצד בני המשפחה, אלא שאותם בני משפחה אינם נמצאים בקשר טוב עם מר שלבי על רקע ריבוי נישואיו בארה"ב, דבר שהשפיע עד מאד על מערכת היחסים בינו לבין העותרת ובהמשך על הקשרים עם ילדיו, ועל כך יפורט בהמשך. מצב זה הוביל למצב הנפשי הקשה של מר שלבי אותו תיאר ארוכות בחקירותיו, ועל רצונו לשים קץ לחייו.

92. בפסק דינו בעניין אבו חאשיה, החליט כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, כי:

סבורני כי האפשרות שאבו חאשיה עירב במעשיו בין שתי מטרות, טרור ופגיעה עצמית, ועל פניו עולה מהודעותיו שלסכסוך עם משפחתו היה חלק בכך; וכן העובדה כי לא נטען בפנינו – ומכל מקום לא הוכח – כי משפחתו תמכה במעשה הנפשע, וזאת בנוסף לשיהוי במסירת ההודעה בדבר ההריסה למשפחה – כל אלה יחד מביאים למסקנה כי הריסת בית המשפחה בשלמותו אינה אמצעי מידתי, וכי נדרשת נקיטת אמצעי מידתי יותר במקומו.

93. לא למותר לציין, כי בעניין אבו חאשיה, הציע כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין לקבל את העתירה באופן חלקי, החלטה זו נותרה בדעת מיעוט, כשדעת הרוב הורתה על ביטול צו ההריסה וקבלת העתירה במלואה.

94. בהסתמך על מה שנקבע בעניין אבו חאשיה, ואף במנותק מהתוצאה הרצויה אליה הגיע בית המשפט הנכבד, כשהרצון למות עומד במרכז מניעיו של הנאשם, ועוד במצב בו הנאשם טוען ומרחיב על ההיסטוריה הפסיכיאטרית שלו ובניגוד לבג"ץ 967/16 **אלחרוב נ' המפקד הצבאי**, אליו מפנה המשיב ואף פסק הדין, שם הנאשם כפר בקיומה של מחלת נפש, ההלכה מחייבת בחינת הנושא על פי מבחני המידתיות ובין היתר בחינת חלופה שפגיעתה פחותה, אם בכלל.

95. המשיב נמנע מלבחון חלופות אחרות שפגיעתן בזכויות המבקשים פחותה, ובית המשפט הנכבד שגה בקבלו את ההחלטה מבלי להעביר ביקורת שיפוטית במישור שיקול הדעת, גם בהקשר זה.

חזקת התקינות המינהלית ניתנת לסתירה

96. מבלי לחזור על הרגישות שבהפעלת סנקציה דרקונית ככזו שמפעיל המשיב מכוח תקנה 119 העותרים יבקשו לעמוד על התנהלות המשיבים בכל הנוגע להעלאת טענה על קיומה של אינדיקציה לעניין ידיעת אחד מבני המשפחה ברגע האחרון לפני סיום הדיון בעתירה.

97. העלאת טענה כבדת משקל מהסוג הזה, שעליה יכולה להתקבל העתירה בכלל, ועוד הצגתה כמידע חסוי שייבחן במעמד צד אחד, מטילה צל כבד על דרך פעולתם של המשיבים. התנהלות זו מובילה למסקנה כי אין מנוס מבחינת התנהלות המשיבים כולה מנקודת מוצא הפוכה לחזקת התקינות.

98. כידוע, חזקת התקינות המינהלית המושרשת בפסיקה הישראלית, מקימה חזקה לפיה כל פעולה מינהלית נעשתה כדין. על מי שמבקש לסתור הנחה זו מוטל הנטל לטעון ולהוכיח כי במקרה הנדון החזקה הנסתרת על ידי עובדות (ראו למשל: ע"א 6066/97 **עיריית תל אביב – יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ**, פ"ד נד(3) 749, 755 (2000); ע"פ 1088/86 **מחמוד נ' נוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי**, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990); **יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המנהלי"** ספר אור 741 (2013)).

99. חזקת התקינות הינה חזקה הניתנת לסתירה. כפי שקבע כב' השופט י" זמיר:

חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה. אפשר להפריך אותה באמצעות ראיות נסיבתיות וראיות לכאוריות, ולעתים די אפילו בנסיבות המקרה כדי לערער את החזקה, ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות המינהלית [...]. עוצמת הראיו או מהות הנסיבות הנדרשות כדי להפריך את חזקת החוקיות תלויות בכל מקרה בנסיבות המקרה. (בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 690 (1998)).

100. את חזקת התקינות ניתן, בין היתר, להפריך, באמצעות הצבעה על פגמים מהותיים שנפלו בהליך קבלת ההחלטות, בגינם לא ניתן לצאת מנקודת הנחה כי פעולת המינהל התבצעה כדין (ראו למשל: בג"ץ 3751/03 **אילן נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נט(3) 817, 842, 847 (2004)). אכן, כאשר רשויות המינהל פעלו באופן מתמשך ושיטתי תוך רמיסת כללי המינהל התקין – חזקת התקינות לא תוכל לעמוד להגנתן.

101. ובעניינו נפלה שורה ארוכה של פגמים בהתנהלות בהקשר זה ולאורך כל הליך הוצאת הצו ועד לבירורו בפני בית המשפט הנכבד. הימנעות המשיב מלהעלות טענה כבדת

משקל שעשויה לחרוץ את גורלו של התיק לאורך כל ההליך, כשבמקביל המשיב התייחס באופן אקטיבי ויזום לשאלת מעורבות בני המשפחה רק במישור של משמעות העדר המעורבות והשלכותיה על הפעלת הסנקציה, ואף בדיון בעל פה הדבר נשלף לאחר שהמשיב פרש את טיעונו בעל פה ולאחר שניתנה למבקשים את האפשרות להגיב.

102. המשיב לא הסתפק בכך אלא שטענתו לעניין קיומה של אינדיקציה על ידיעת אחד מבני המשפחה על הכוונה לבצע את הפיגוע, הוצגה כפרפראזה למידע חסוי שאין להציגו, ושאינו לא ברור קיומה של תעודת חיסיון לאותו מידע. התנהלות זו שמקבלת אישורו של בית המשפט הנכבד היא בגדר פריצה אשר עתידה לאפשר לרשויות לנצל לרעה את חזקת התקינות המינהלית בנוסף לאפשרות להסתיר מידע מפני עותרים עתידיים, שמלכתחילה היו ויהיו מאד מוגבלים בכל התמודדות עם חומר חסוי.

103. כללי ההליך המינהלי התקין אינם פרוצדורה בלבד שאין בה מהות. כללים אלו נועדו להבטיח, לפני הכל הפעלת שיקול דעת תקין בידי הגורם המוסמך כזה אשר יבטיח את האינטרס הציבורי. לא כל אמת שעותר יתנגד לעיון בחומר חסוי מקים לזכות המדינה את חזקת התקינות המינהלית. ההתנהלות של המשיב בהקשר זה מעידה כי טענותיו בנוגע לקיומן של אינדיקציות המצביעות על ידיעה מי מבני המשפחה על כוונת הנאשם לבצע את הפיגוע, הינן מבוססות דיה, אם בכלל ומכאן הניסיון להעלות טענה כבדת משקל זו ברגע האחרון תחת החסות של חומר סודי, בניסיון ליהנות מחזקת התקינות המינהלית.

104. גם בהקשר זה שגה בית המשפט בקובעו כי לזכות המדינה עומדת חזקת התקינות המינהלית על רקע התנהלותה, כאשר הראיות שהוצגו מלכתחילה על ידי המבקשים, מאותם חומרי חקירה, והתנהלותו של המשיב, היו צריכות להעביר את הנטל על המשיב. קביעה זו בפני עצמה מאותת מפני סכנה של המדרון החלקלק.

סכנת המדרון החלקלק

105. במסגרת הבחינה של התועלת מול הנזק של הפעלת התקנה במסגרת מבחן המידתיות השלישי, יש לתת משקל רב לסכנת המדרון החלקלק שהוא יוצר. מדובר באחת הסמכויות השנויות במחלוקת ביותר, סנקציה קיצונית שלא אחת הייתה נושא לביקורת על מערכת המשפט הישראלית, הן בתוך אותה מערכת והן במישור הבינלאומי. זהו כלי עוצמתי ביותר המעניק למפקד הצבאי כוח עצום לפגוע זכויות יסוד של תושבים מוגנים.

106. כעוצמת קיצוניותו של הכלי, כך גם עוצמת הצורך להגביל את השימוש בו, בכפוף להלכה, אך ורק למקרים חריגים ביותר. מקרה זה מעלה חשש מפני זליגת השימוש בתקנה 119 גם במקרים שאינם מעלים "צורך ביטחוני חיוני" ואף באותם מקרים שהפסיקה ניסתה למנוע את הפעלתה באמצעות מגבלות משפטיות שהציבה במטרה להצדיק את חוקיות השימוש בתקנה.

107. לא למותר לציין, שבנוסף לדברים האמורים לעיל, ובהתייחס לתכלית ההרתעתית הנטענת, בית המשפט ביקש לברר במעמד הדיון האם אותו כפר שבו שוכן הבית מושא הבקשה, הינו כפר שיצאו ממנו פיגועים בעשר השנים האחרונות. התשובה הייתה שלילית, וכאן נשאלת שאלה נוספת, ובכפוף לקביעה שהפעלת הסמכות הינה תלויה זמן

ומקום, האם הפעלתה במקום שלא יצאו ממנו פיגועים הינה עוד שיקול שעל המשיב לקחת בחשבון עת הוא בוחן מידתיות החלטתו, ככזה המחליש את נחיצות התכלית ההרתעתית באותו מקום. בסופו של יום זליגת השימוש בסמכויות עלולה להתעורר בעיקר במקום שבו קיימת מטרה חיונית המצדיקה את הפעלתה. זה בדיוק מה שמעניק לשאלת שיקול הדעת את חשיבותה, ואת הצורך הקדוש בהפעלת שיקול הדעת בצורה זהירה, קפדנית ומדודה.

108. בית המשפט הנכבד לא היסס בעבר לפסול מדיניות, נהלים ואף חוקים, שהיה נראה שיישומם בפועל מהווה "פירצה" שתביא בקלות לגלישה במדרון החלקלק למצבים של אי חוקיות מובהקת. יפים לעניין זה דבריה של כבי' השופטת (כתוארה אז) ד' בייניש בבג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז**, (6.10.2005):

המציאות היום-יומית בשטח קשה. התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלידה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבין-לאומי ושל העקרונות החוקתיים של שיטתנו. על הצבא לעשות הכול כדי למנוע אפשרות שבאמצעות נוהל מוסדר ייווצרו פרצות שידרדרו את הפעילות בשטח למצבים חד-משמעיים של אי-חוקיות. הנוהל הוא בגדר פרצה כזו, וגם משום כך יש לבטלו. (פסקה 6)

109. מקל וחומר כשדברים אלה נאמרים ביחס להלכה הפסוקה. פסק הדין נשוא הבקשה מייצר פרצה בהלכה שתדרדר את המצב בנוגע להפעלת תקנה 119 למצבים חד-משמעיים של אי חוקיות. מכאן בקשה לדיון נוסף זו, בה מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בפני הרכב מורחב על מנת לחדד את ההלכה ולו במישור שיקול הדעת.

הקריאות לעיין מחדש בחוקיות השימוש בתקנה 119

110. חרף אי הנוחות שמעורר שימוש התכוף בתקנה 119, הטענות העקרוניות בעניין חוסר החוקיות של הריסות בתים נדחות פעם אחר פעם ללא דיון מהותי בהן. לכן, **המבקשים מבקשים לשוב ולהזכיר דברים אלו, מתוך תקווה ואמונה כי בקשה דגן תהווה הזדמנות לקיום דיון מעמיק בקשיים שמעורר השימוש בתקנה 119 בהרכב מורחב.**

... הטענות שהועלו [כנגד חוקיות השימוש בתקנה 119 – נ.ד.] הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבירור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבירור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

(דברי כבי' השופט מזוז בבג"ץ 7220/15 עליווה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (מיום 1.12.15)).

111. בשנים האחרונות הושמעו במספר פסקי דין הערות ביחס לשימוש בתקנה 119 ובסמכות המשיב לבצע הריסת בתים או חלק מהם מכוחה. בבג"ץ 8150/15 **דאוד אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (להלן: עניין אבו ג'מל) קבע כבי' השופט מזוז בפסקה 3 לפסק דינו:

את עמדתני 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...

112. להערה זו הצטרף גם 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** [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

113. 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-ארוז 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").

114. בפסק דין אחר שדן בנושא זה, חזר כבוד השופט פוגלמן על עמדתו בבג"ץ 628/18 **כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (28.2.2018), שם ציין כי

דברים אלה, יפים גם לבקשתם של העותרים כי נשוב ונדון – בהליך הנוכחי – בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים ... את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 **סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (2015.10.15)) ... כפי שצינתי בפרשות אלו, אף שאני **סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה**, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב.

115. כך גם כב' השופט קרא השמיע את עמדתו אודות הצורך בלשוב ולעיין בשאלות המורכבות הכרוכות בהפעלת סמכותו של המפקד הצבאי ע"פ תקנה 119:

השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה... **מעורר קשיים** בתחומי המשפט הפנימי והבינלאומי, שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה, וכי יש

מקום **לשוב ולעיין בשאלות אלה בהרכב מורחב** (כב' השופט קרא, בג"ץ 8886/18 ג'בארין נ' המפקד הצבאי, (פורסם באר"ש 10.1.2019)(להלן: עניין ג'בארין)).

116. כב' השופט קרא השמיע את דעתו גם בבג"ץ 6905/18 לטיפה נאגי נ' המפקד הצבאי ואח', שפורסם בדצמבר 2018, ובה ציין כבודו כי:

דומה שככל שיגבר השימוש בתקנה 119 ילך ויתחזק הצורך בבחינה מחודשת של ההלכה.

117. גם כב' השופט (בדימוס) ג'ובראן הצטרף להשגות אלו במסגרת בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016, להלן: "עניין אבו 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 לבתיים 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...

תקנה 119 מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

118. בראש ובראשונה מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

119. תקנה 119 סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), המהווה את הבסיס לדיני הכיבוש בדן הבינלאומי. סעיף 33, האוסר על הטלת עונש קולקטיבי ומעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם וסעיף 53 לאמנה, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס בתים ורכוש.

120. כן סותרת התקנה את סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) (להלן: **אמנת האג**), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית ואת תקנה 43 לאמנה, האוסרת על פגיעה והרס של רכוש.

121. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1) 1213; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד

כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385.

122. תקנה 119 סותרת את סעיף 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בביתו), את סעיף 12 (זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי), את סעיף 26 (הזכות לשוויון בפני החוק), וכן את סעיף 7 (הזכות שלא להיות נתון ליחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים). כך מצאה גם וועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee), האמונה על בחינת יישומה של האמנה במדינות החברות השונות, בחוות דעתה משנת 2003 בנוגע לישראל.

123. כמו כן סותרת תקנה 119 סעיפים מתוך האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות, ובראשם סעיף 11 (הזכות לדיור ולתנאי מחייה נאותים) וסעיף 10 (ההגנה המיוחדת על התא המשפחתי); התקנה סותרת את סעיפים 12-13 וסעיף 17 מתוך ההצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; והיא עלולה לעלות כדי פשע מלחמה לפי הגדרותיו של סעיף 8 (2) (iv) לחוקת רומא להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי (Extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity).

הריסת בית מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויות יסוד

124. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:

חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט (בראשית יח 25).

125. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted on account of the acts of individuals for upon the population which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

126. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are ...prohibited

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

127. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך 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 העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

128. יצוין כי גם אם, אליבא המשיב, מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

129. הריסת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו (ראו גם (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בענין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף, מאת פרופ' מרדכי קרמניצר, 24.2.2009, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת

130. המבקשים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה רשאי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד בתייהם של המבקשים על לא עוול בכפם, הרי ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב אינה מסתיימת במישור הסמכות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, וזאת לאורן של נסיבות המקרה ובשים לב למבחני המידתיות.

131. המבקשים יטענו, כי במקרה שלפנינו פעל המשיב תוך חריגה מההלכות שנקבעו כאשר הורה על נקיטת צעד כה קשה וחמור מבלי שבחן בקפידה ובזהירות הנדרשת את נסיבות המקרה.

132. בשל פגיעה קשה זו בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לכל בני המשפחה, בפרשו את תקנה 119 צמצם בית המשפט העליון את יישומה וביצועה וקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.

133. למרות שהריסת בית מנוגדת למשפט הבינלאומי ההומניטארי ולזכויות יסוד, קבע בית משפט נכבד זה כי השימוש בתקנה 119 לצורכי הרתעה הוא לגיטימי, כאשר אמצעי זה נדרש למנוע פגיעה נוספת בחפים מפשע (בג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות הצבא, פ"ד נ"א(1) 226; בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות הצבא בעזה, פ"ד נו(6) 407 ועוד).

134. ואולם, הפסיקה הגדירה את מסגרת שיקול-דעתו של המשיב בהפעלת סמכותו להחרים ולהרוס בתים במסגרת תקנה 119.

... אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול-דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאין בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם (בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מו(3) 693 (להלן: פס"ד אלעמרין), עמ' 669).

135. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, זיקת המפגע לבית, חומרת הפיגוע, גודלו של הבית והשפעת הפעלת הסנקציות על אנשים אחרים, האם לנפגעים מההריסה יש זיקה כלשהי למעשיו של המפגע, האם ניתן שלא לפגוע בבית כולו וכד' (ראו בג"ץ 6299/97 **יאסין נ' המפקד הצבאי**, פורסם בנבו ופס"ד אלעמרון).

136. גם אם במקרים אחרים, כפי שטוען המשיב בתשובתו להשגה, התיר בית משפט נכבד זה הריסת בתים בנסיבות שבחלקן דומות למקרה דנן, הרי שיש לבחון כל מקרה לגופו ושיקול הדעת צריך שיהא מבוסס על כלל הנסיבות והעובדות המצטברות. אין לבחון, כפי שעושה המשיב, אם כל נסיבה כשלעצמה מאפשרת הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אם לאו, אלא האם כלל הנסיבות המצטברות במקרה דנן מערערות את הבסיס להחלטתו של המפקד הצבאי, או למצער מחייבת צמצום היקף הסמכות.

מידת הוודאות בנוגע לאפקטיביות ההרתעה

137. במסגרת הדין בבג"ץ 7961/18 **וליד נעאלוה נגד המפקד הצבאי** (להלן: **בג"ץ נעאלוה**), שהתקיים ביום 19.11.2018 נחשפה חלק מהצוואה של המפגע באותו מקרה שבה צוין: **"..המפגע יבצע את הפיגוע על רקע תוקפנות נגד העם הפלסטיני, הריסת בתים והפקעת רכוש.."** (ההדגשות שלי נ.ד.). (פרוטוקול דיון בבג"ץ 7961/18 מיום 19.11.2018, עמ' 8, ש' 27).

138. לא רק זאת, אלא בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ נעאלוה, היא לא הסתירה את תדהמתה מהעובדה שמדיניות הריסת הבתים, שתכליתו המוצהרת הינה הרתעתית, היוותה במקרה זה מניע להוצאת הפיגוע לפועל, ואלה דברי כבוד:

"כשלעצמי מצאתי מטרידה את העובדה שצוואתו של המפגע במקרה דנן התייחסה לטענה בדבר "הריסת בתים" כאחד המניעים שעמדו ביסוד החלטתו הקטלנית, להבדיל מגורם מרתיע"

139. השימוש בכלי זה לצורך הרתעה, דורש בחינה יסודית, כך שעל המשיב לבחון היטב, ובין היתר, את האפשרות שכלי זה כשהוא מופעל נגד חפים מפשע, מהווה בעצמו מניע לפיגועים. הפגיעה בחפים מפשע במקרה זה, וביניהם שני קטינים, היא כה קשה ואף בלתי הפיכה שעל המשיב החובה לבחון לעיתים תכופות את השלכות השימוש בהריסת הבתים. המקרה שהובא לעיל הוא דוגמא לתוצאה ההפוכה של השימוש בכלי זה, ובכך דוגמא המחלישה את טענת ההרתעה באופן היכול להעיד כי העלות עולה על התועלת.

140. במסגרת פסק הדין בבג"ץ נעאלוה, קובעת כב' השופטת ד' ברק-ארז בעניין חוות הדעת הסודית של השב"כ בכל הנוגע לאפקטיביות הנטענת של השימוש בצווי הריסה כאמצעי מרתיע, כי אף אם נחה דעתו של בית המשפט באותו מקרה מן האמור בחוות הדעת אינה פוטר את גורמי הביטחון מלהוסיף ולבחון את הנושא בחוזר. ואף ממשכה וקובעת, כי חזקה על גורמי הביטחון להראות כי בדיקה זו נמשכת.

141. גם בפסק דין בעניין ג'בארין, התייחסה כב' השופטת ברוך לעניין האפקטיביות של הריסות בתים, וקבעה כי :

ישנם ספקות של ממש המרחפים מעל הכוח ההרתעתי של הריסות בתים...לטעמי חוות הדעת החסויה שהוצגה לנו מטעם המפקד הצבאי, **אינה מהווה כשלעצמה ראייה מספקת** לאפקטיביות של הריסת בתים במסגרת המלחמה בטרור" (כב' השופטת ברון, פסיקה 3 לפסה"ד [הדגשה הוספה, נ.ד.]).

כב' השופטת בהמשך לפסיקתה האמורה, הבהירה כי :

"לאחרונה נשמעים יותר ויותר קולות, גם בתוך המערכת הביטחונית עצמה, שלפיהם לא מן הנמנע כי השימוש בהריסת בתים משיג תוצאה הפוכה, ולמעשה מגביר את השנאה והאלימות נגד יהודים".

142. בשים לב לפגיעה האנושה הצפויה בזכויות המבקשים מפגיעה בביתם שהנאשם לא התגורר בו ואף לא בכל הגדה המערבית בפועל, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת מבנה המבקשים. המבקשים יטענו שהמשיבים לא עמדו בנטל גבוה זה, וכי בפועל קיימת היום עמימות לגבי מידת ההרתעה המושגת.

143. 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 בבג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, 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 וטורדנת, 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) (הדגשות הוספו; נ.ד.).

144. כבוד השופטת ברון חזרה על עמדתה בנוגע לנתונים שהציגה המדינה במעמד צד אחד ביחס לתועלת ההרתעית של הריסת בתים גם במסגרת פסק הדין בבג"צ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף (מיום 23.2.17):

"במהלך הדיון לפנינו הבהיר בא כוח המשיב כי ההערכה החד-משמעית של הגורמים הביטחוניים היא, שהתועלת ההרתעתית 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 ההרתעתית 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 שנה 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; נ.ד.).

145. בעניין אבו אלרוב, התייחס גם כבי' השופט (בדימוס) 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 בצידו, 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 החרמה וההריסה יוצר הרתעה ממשית ואפקטיבית מפני ביצוע פיגועים (הדגשות הוספו; נ.ד.).

146. כך גם כבי' 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 שיייתכן 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 קיצון) (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת א' חיות). (הדגשות הוספו; נ.ד.).

147. 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 כי מדובר באמצעי יעיל להשגת הרתעה. כפי שצינו עמיחי כהן וטל מימרן במאמרם "עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה, 31, 5 (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 שהויכוח העקרוני לגבי הגישה הלא תוצאתנית מול הגישה התועלתנית מאבד מחשיבותו, שהרי הדוגלים בגישה האחרונה לא יכולים לבסס את עמדתם.

148. ויפיים 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).

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

150. כאמור לעיל, "מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד" (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, פסקה 11(ד)).

151. קביעות עקרוניות אלו נקבעו גם בהקשר הספציפי של הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. כפי שנקבע בבג"צ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (מיום 1.7.14), "אין חולק כי הסנקציה שבתקנה 119 היא סנקציה חמורה ופגיעתה בזכויות יסוד של המפגע ובעיקר של בני משפחתו – פגיעה קשה היא; על כן נדרש שהראיות המנהליות יהיו חזקות במיוחד, "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנות"..."

152. מתווספת לכך, העובדה שבשנים האחרונות נצפית עלייה במספר הפיגועים המבוצעים על ידי ישראלים נגד הצבא והתושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים. מהנתונים שבידי הצבא כפי שהוצגו בעיתון "הארץ" מיום 11.1.2021, ניתן לזהות מגמת עלייה מדאיגה במספר אירועי האלימות של ישראלים נגד פלסטינים ואף כלפי אנשי כוחות הביטחון.

153. נתון זה אמור להדליק נורה אדומה, ובעיקר על רקע ההתפתחויות מהשבועות האחרונים, גם בהקשר של שימוש בתקנה 119 כלפי בני משפחה של מפגעים פלסטיניים מטעמים הרתעתיים, כששאלה זו עשויה לעלות גם בהקשר של מפגעים ישראלים, כשפיגועים מהצד הזה גם כן עשויים לפגוע בביטחון ובשלום הציבור באופן הדורש הרתעה בהיקפים דומים. העתק מהכתבה המודפסת מעיתון "הארץ" מיום 11.1.2021 אשר צורפה כע/14 להשלמת הטיעון מיום 9.6.2021

154. אם עד כה בית המשפט הנכבד לא ראה מקום להפעיל את תקנה 119 כלפי ישראלים שביצעו פיגועים שראה בהם כחריגים, נראה שהפיכתם של אירועים אלה לנפוצים יותר עשויה להשליך באופן ישיר על האפשרות להפעלת התקנה גם כן כלפי ישראלים. בבג"ץ 5376/16 **אבו חזיר נ' שר הביטחון**, מדגיש כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין:

כוחה של תקנה 119 יפה הן ביחס למחבלים ערבים והן ביחס למחבלים יהודים, הכל בהתאם לנסיבות הזמן והמקום, ולאמות המידה שנקבעו בפסיקה ביחס להפעלתה.

155. בית המשפט הנכבד קבע כי אין די בביצועם של פיגועים על ידי "יהודים", כדי להצדיק לבדם את הפעלתה של תקנה 119 כלפיהם, וכי נדרש תשתית עובדתית מספקת לקיומה של אכיפה בררנית. הירידה במספר הפיגועים המבוצעים על ידי פלסטינים, למספרים הדומים לאותה תקופה בה הקפיא המשיב את השימוש בתקנה, ובמקביל העלייה במספר הפיגועים המבוצעים על ידי יהודים, עשויה לרוקן מכל תוכן את הנימוק של קיומם של שיקולים ענייניים המצדיקים אכיפה בררנית בעניין. (ראה, בג"ץ 7220/15 **עלויה נ' המפקד הצבאי**, ס' 23 לפסק דינו של כב' השופט (בדימוס) שהם).

156. הנה כי כן, נראה כי אין חולק על כך שסוגיית חוקיות השימוש בתקנה 119 היא סוגייה מורכבת שאין ראוייה ממנה להידון בהרכב מורחב. עוד נראה, כי הסיבה היחידה שביט המשפט הנכבד נמנע עד כה מלבחון את חוקיות השימוש בתקנה 119 תוך צמצום הביקורת השיפוטית לאופן הפעלת הסמכות במקרה הפרטני בלבד, אינה נעוצה בכשרותה של התקנה או במוסריותה, ואף לא בעמידתה במבחני המידתיות והסבירות. עניינים אלו כמפורט לעיל, מעולם לא נבחנו. המשך השימוש בתקנה 119 על אף הקשיים המשפטיים והמוסריים שהיא מעוררת, מתאפשר בשנת 2021 אך ורק מכוחה של הלכה פסוקה מלפני ארבעה עשורים. דא עקא, התמורות שחלות בימים אלו ממש בזירה הבינלאומית, כמו גם העובדה כי מקרה זה מוכיח את הקלות בה מקבלים המשיבים החלטה על שימוש בתקנה, מורחב השימוש בסמכות שמקנה תקנה 119 לפגיעה ושימוש בחפים מפשע ממעגלים רחוקים יותר, הופכות לעמדת העותרות את פתיחת סוגיית חוקיות המדיניות הנוהגת והשימוש בתקנה 119 לבלתי נמנעת ואף להכרחית. מכל הטעמים הללו מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד בזאת הפעם לפסול את השימוש בתקנה 119 ואת המדיניות הנוהגת מכוחה באופן מוחלט, ולחלופין להורות על הקפאת השימוש בתקנה 119 עד לליבון מעמיק בסוגייה עקרונית זו והכרעה בה בהרכב מורחב.

157. 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.

מבחני המידתיות

158. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובצמצום, וכי על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 **סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נ(1) 353, 359).

159. בעניין **עואודה**, וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות.

160. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האפשרות שההריסה תביא להרתעה בנסיבות האמורות, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ **סאלם** לעיל; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

161. המידתיות והאיזון הינם עקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם:

הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שננקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: **אהרן ברק מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין שריף) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: פס"ד **מוגרבי**, פס' 12 לפס"ד).

162. לאור דברים אלה יטענו המבקשים, כי החרמה והריסת כל המבנה, בן 400 מ', אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

העדר קשר רציונלי בין האמצעי למטרה הנטענת

163. המבקשת יחד עם ילדיה, ביניהם שני קטינים, ימצאו את עצמם ברחוב. למבקשים אין בית נוסף. שימוש באמצעי של הריסת הבית של בני המשפחה, אמצעי שהינו פוגעני, בלתי הפיך ובעל השלכות הרות גורל על חייהם, מדגיש ביתר שאת את היותו ענישה נקמנית ותגובה מופרזת, ובלתי מוצדקת, תוך פגיעה בחפים מפשע, שאינה יכולה להיחשב מידתית בנסיבות העניין. לא בכדי ציין כב' הש' פוגלמן בעניין סידר כי:

הפעלת הסמכות מכח תקנה 119 מקום שבו לא הוכח **בראיות מספקות** כי בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית. (ההדגשות שלי, נ.ד.).

164. העובדה כי כל מי שמתגורר במבנה לא ידע ולא הועלתה לגביו כל טענה בנוגע למעורבותו באירוע, מנתקת לחלוטין את הקשר הרציונלי (המוטל ממילא בספק) בין הריסת הבית לבין האפקט ההרתעתי אותו המשיב מבקש להשיג. אף אם היה קשר רציונאלי, הרי שלאור הפגיעה הקשה ביותר בקניינם של תושבים, הפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 אינה מידתית ואינה עומדת בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

165. במצב דברים זה, קשה לראות כיצד הריסה והחרמה של בית, שהדיירים בו, שמעולם לא הייתה טענה על מעורבתם בפיגוע הנטען, או על ידיעתם על כוונת בן המשפחה להיות מעורב בפיגוע לכאורה, עשויה לתרום למטרה הנטענת – הרתעה של מפגעים פוטנציאליים במקרים דומים בעתיד. מה עוד שכפי שהראינו לעיל, מצבו הנפשי של החשוד בביצוע הפיגוע מגביר את הצורך בהתערבות בית המשפט הנכבד בהחלטת המשיבים, שכן להווי ידוע, כי אנשים הסובלים מההפרעות הנפשיות מהן סובל מר שלבי נמצאים בסיכון מוגבר להתנהגות אובדנית. מר שלבי נשלח לבדיקה פסיכיאטרית במסגרת ההליך המתנהל נגדו, הכל בשל העובדה שהוא אובחן כלוקה במחלות נפש ונהג ליטול תרופות פסיכיאטריות, אף זמן קצר לפני מועד האירוע, דבר שמשיע בהכרח על אחריותו למעשה. בהינתן חפותם המוחלטת של בני המשפחה, העדר זיקת מגורים של החשוד בבית, והספק בדבר כשרותו הנפשית של החשוד, נראה כי הקשר הרציונאלי בדבר הרתעה נשען, במקרה זה במיוחד, על כרעי תרנגולת.

166. נהפוך הוא, הפעלת סמכות 119 במקרה דנן לא רק כי לא תשיג את מטרת ההרתעה אלא עלולה היא להוביל להחלשתה. בשים לב לפגיעה האנושה והקשה בזכותם הקניינית של העותרים, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה, כאשר מדובר בהפעלת הסמכות ע"פ תקנה 119 בעיקר כנגד קטינים.

167. הריסת המבנה כולו בנסיבות אלו היא צעד שאינו עומד במבחני הסבירות והמידתיות. לאור כל האמור לעיל העותרים סבורים, כי אין בכוחה של החרמת והריסת ביתם להגשים את המטרה המוצהרת של הפעלת תקנה 119 - הרתעה של מפגעים פוטנציאליים אשר עשויים להימנע מביצוע פיגועים אם יידעו כי בכך הם מסכנים את בניהם ובתי בני משפחתם.

168. כמו כן, אין די בכך שהאמצעי אותו מבקש המשיב להפעיל מגשים, לכאורה, באופן חלקי או שולי את המטרה המוצהרת שעומדת מאחורי הפעלת סמכותו ע"פ תקנה 119. על המשיב להראות כי פעולתו עומדת ברף הגבוה של מבחן המידתיות, וזאת בשל הפגיעה הקיצונית הכרוכה בהפעלת סמכותו במקרה דנן. כפי שנקבע בבג"ץ 3648/97 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים ואח'**:

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

169. אף אם בכל זאת בית המשפט יראה לנכון להצדיק הפעלת הסמכות במקרה דנן, נראה שהמשיב נמנע מלבחון את האפשרות להפעיל את האמצעי שפגיעתו בזכויות יסוד פחותה ואף פסק הדין נמנע מלעשות כן.

170. למרות כל השיקולים שמתקיימים במקרה דנן, אשר כל אחד בפני עצמו עשוי להצדיק ביטול צו ההחרמה וההריסה הגורף שהוצא, בין אם בשל לקותו הנפשית של מר שלבי והפגמים המהותיים בהליך הוצאתו שחוטאים לקיומו של הליך מינהלי תקין, ובין אם בשל אי מעורבות מצד בנות המשפחה והעדר זיקת מגורים של מר שלבי למבנה ולנוכח הקשר הרעוע בינו לבין בת זוגו, המשיב בחר באמצעי הקשה מבין כל האמצעים העומדים ברשותו, קרי ההחרמת הקרקע והריסת כל המבנה.

171. במסגרת המענה להשגה המשיב אף לא ניסה להציג, ולו מראית עין, שנעשה כל ניסיון להפחית את הפגיעה במשפחה שלא חטאה ולא פשעה, דרך הוצאת צו מידתי יותר שיופנה כלפי החלק שבו התגורר הנאשם, ומבלי להסס דחה את כל הטענות האמורות מבלי לערוך בחינה רצינית כנדרש במקרים מסוג זה.

172. במילים אחרות, ובמסגרת ההכרה בסמכות של המפקד הצבאי מכוח תקנה 119, ובציר הנע בין הריסת בית בשלמותו, עובר דרך אטימה מלאה או חלקית ועד להימנעות מהריסה משיקולים של מידתיות, דווקא במקרה זה בחר המשיב לנקוט בכלי החריף ביותר מבין כלל הכלים הנמצאים בידו.

מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "הצר"

173. כאמור, עמדת המבקשים היא כי גם אם מטרת ההריסה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת ומענישה חפים מפשע. גם אם התכלית היא אכן השגת הרתעה, הרי שבשים לב לפגיעה האנושה בזכויות המבקשים, שלא היה בידיהם לצפות או למנוע את הפעולה המיוחסת לחשוד, נדרשת מידה גבוהה של הוכחה לגבי יעילותו של אמצעי כה קשה ובלתי הפיך כהריסת בית.

174. ויודגש, כפי שפורט בהרחבה לעיל כי עמדת המבקשים היא כי האיסור 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 הטמונה בה. כאשר מעשה מסוים הוא אסור, הרי עובדת היותו אפקטיבי אינה מבטלת את האיסור. אך למעלה מן הצורך, יש לציין כי שאלת מידת האפקטיביות של מדיניות הריסת הבתים, היא שאלה שנויה במחלוקת בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, וגם מחוצה לו.

175. המבקשים כמובן אינם חשופים לחומר המודיעיני אותו מציגים המשיבים בהליכים מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן אין בידם היכולת לחלוק על קביעות חלק משופטי בית משפט נכבד זה, כי הוצג בפניהם 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 כבר נקבע כי "ככלל, שאלת יעילות ההרתעה הגלומה בהפעלת תקנה 119 היא ענין להכרעת גורמי הביטחון..." כדברי כבוד המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבג"ץ 5376/16 **חוסין אבו ח'דיר נ' שר הביטחון**, וכי "מידת היעילות של מדיניות הריסת הבתים היא עניין להערכתם של גורמי הביטחון" כדברי כב' השופט אלרון בבג"ץ 8786/17 **אבו אלרוב נ' מפקד כוחות הבצא בדה המערבית**), עדיין נותרות 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 בהחלטת המשיבים.

176. המבקשים חפים מפשע ואין כל טענה לגבי ידיעתם אודות המעשים או הכוונות המיוחסים לעצור.

177. יפים לעניינו דבריה של כבוד השופט ע' ברון בבג"ץ 1125/16 **חמד מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** :

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 (ראו דברי השופט א' חיות בעניין המוקד להגנת הפרט, פסקה 4; ודברי השופט ע' פוגלמן בעניין סידר (פסקה 6), ובעניין זכריא (פסקה 2); ולאחרונה, גם דברי השופט ס' גיוראן בעניין אלרוב (פסקה 2) [ההדגשה הוספה; נ.ד.].

178. הפגיעה במבקשים הינה בגדר ענישה קשה על לא עוול בכפם. צעד דרקוני כזה עומד בניגוד לתכלית ההרתעתית שאותה מבקשת תקנה 119 להשיג. **כאשר הסנקציה מופעלת גם כלפי המבקשים, שלא הייתה להם מעורבות, היא לא מקדמת את המטרה הנטענת של הרתעה במקרים עתידיים דומים.**

בחינת התוצאות השליליות כחלק מהערכת ההרתעה של תקנה 119

179. כל הריסה של בית היא טרגדיה בפני עצמה. כל הריסה מותירה משפחה שלמה, ילדים וזקנים נשים וגברים חפים מפשע מושפלים וברחוב. מדיניות הריסת הבתים הכאיבה וזרעה שנאה בקרב אלפי פלסטינים שהיו עדים לה, ואף לא אחת מצא בית המשפט שמדיניות זו, תחת להרתיע, היוותה מניע לביצוע פיגועים.

180. פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, שהם הקורבנות הבלעדיים של מדיניות הריסת בתים מכוח תקנה 119, הנמצאים תחת כיבוש מתמשך, נאלצים להתמודד עם מדיניות קשה זו שאין לה אח ורע בעולם הנאור, כאשר כל המערכות נתפסות כעוינות בעיניהם. פנייה לערכאות השיפוטיות של אותה מעצמה כובשת אינה דבר שיש להקל ראש בו, כאשר זהו הכלי היחיד להשמעת קולם. על חשיבות השמעת הקול עמד כב' השופט

אהרון ברק "ללא גלימה, שיחות עם שופטי בית המשפט העליון" עמ' 39 : " אילו הייתה מדינת ישראל קיימת כבר בשנת 1939, השמדת העם היהודי לא הייתה מתבצעת בקצב המבהיל שבו בוצעה ולא היינו עדים לתוצאות הנוראות. מכיוון שהמדינה לא הייתה קיימת, לא נשמע הקול היהודי".

181. דווקא בסוגיה רגישה ופוגענית זו יש לתת משקל ראוי לפגיעה באותם אנשים, ועל המערכת לדאוג לצמצם כמה שיותר את הפגיעה האמורה. ככל שהפנייה לערכאות תהפוך למין משפט ראווה, כאשר לא משנה מה נסיבות המקרה, חומרת הפיגוע תהא חזות הכל והיא השיקול עליה יקום ויעמוד התיק בכל מקרה ומקרה, אותם אנשים ייוותרו ללא הגנה.

182. דחיית העתירה במקרה דנן, מבלי שנעשה ניסיון אמיתי לבחון כל אחת מההגבלות המשפטיות שקבע בית המשפט הנכבד, ותוך אימוץ בחירת המשיב לראיות מינהליות באופן סלקטיבי המשרתת את מטרת המשיב, הופך את הפנייה לערכאות בסוגיה זו לחסרת משמעות. כל אחת מהטענות שהועלו במקרה דנן הייתה מצדיקה כשלעצמה בחינת אמצעי מדוד יותר להפעלת הסנקציה, כשהצטברותן הייתה מצדיקה ביטול ההחלטה על הפעלתה. בית המשפט הנכבד נאחז בשיקול של חומרת הפיגוע ובהסתמך עליו החליט לדחות את העתירה מבלי לבחון אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה.

183. כפי שהובהר בשורת פסקי דין של בית משפט נכבד זה, המידע שמוצג על ידי המשיבים במסגרת חוות הדעת החסויה לעניין אפקטיביות ההרתעה של תקנה 119 נוגע ל"תוצאות החיוביות" של הפעלת הסמכות על פי התקנה, לא לתוצאות השליליות הטמונות בה.

184. הקביעה כי הריסת בתים, במצב הביטחוני השברירי בו אנו חיים, עשויה להביא להרתעה ולרגיעה ולא לתוצאה ההפוכה של החמרת המצב הביטחוני, אינה נטולת ספקות. אף אם ככלל בית המשפט הנכבד אינו מתערב בשאלות מסוג זה, ישנם מקרי קיצון המצדיקים התערבות, או לפחות דרישה מוגברת מהמשיב לבסס את התועלת שבהחלטתו, 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). טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור הדברים שעלו במסגרת הדיון בבג"ץ נעאלוה.

185. ואולם, לא רק שאין כל ראיה 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 אף הופסק השימוש באמצעי זה (לאור אימוץ המלצות ועדה ב בראשות האלוף שני משנת 2005), ומאז נדמה שלא נאספו נתונים אמפיריים להצביע על תמונת מצב אחרת.

186. חשיבות הצורך 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.

187. 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 להנחיל תחושות של ייאוש וכך לגרום להגברת נכונותם של מפגעים עתידיים לפעול. בכך עלול ההרס ללא אבחנה המתוכנן על ידי המשיב לעודד פעולות פגיעה נוספות.

188. עמד על כך מר עמי איילון, ראש השב"כ לשעבר, (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.

189. על פי עמדות חלק משופטי בית המשפט העליון, ניתן להצדיק שימוש באמצעי ביטחוני אם יהיה בכך להציל נפש חיי אדם אחד. ובכך – עיקרון זה צריך להנחות את בית המשפט הנכבד גם לאור התוצאה השלילית שעשויה לצמוח מהשימוש באותו אמצעי. הריסת בית בניסיון להרתיע עלולה באותה מידה דווקא להוביל אדם לבצע פיגוע כנקמה על כך ולפגוע בחיי חפים מפשע.

190. טיעון זה נתמך בדוגמאות קונקרטיות כגון עניינו של אחמד מוגרבי (שנדון ב ת.פ. 42425-02-16 **מדינת ישראל נ' אחמד מוגרבי**), וכן עניינו של עלאא אבו ג'מל (שביצע פיגוע ימים ספורים לאחר הריסת בית קרובי משפחתו (ראה בג"ץ 8150/15) המדגימות כי הריסת בתי משפחות חשודים בטרור מובילה גם לתוצאה ההפוכה, קרי, עידוד מעשי טרור ויצירת רצון לנקמה מהצד הפלסטיני בשל הפגיעה הקשה בבית משפחותיהם ובבני משפחתם.

191. כאן המקום להזכיר, שבית המשפט נכבד זה, נזהר לאורך פסיקותיו בעניין הפעלת הסמכות של המשיב מכוח תקנה 119, מלערבב בין שיקולי ענישה לבין שיקולי הרתעה.

192. בימים האחרונים אנו עדים ללחצים המופעלים כלפי המשיב בכל הנוגע להפעלת התקנה וזירוז הליכי הריסת בתים של מפגעים. אף במקרה דנן אנו עדים להשלכות הישירות של הדבר, ועל אף שהפיגוע אירע לפני כארבעה חודשים, מיד לאחר הקריאות שחלקן הובאו בכלי התקשורת בשבועות האחרונים, הוצא צו הריסה והחרמה נשוא

העתירה ואף ניתנה למבקשים שהות של 48 שעות בעניין מורכב ורגיש כמו הריסת והחרמת בית המשפחה שתוצאותיו הקשות משליכות על כל בני המשפחה שלא היה להם חלק במעשיו של הנאשם.

193. דבר זה עשוי להצביע על כך שמניעיו של המשיב הינם עונשיים ונקמניים יותר מאשר הרתעתיים. שאלה זו עולה בכל פעם שגורם זר מנסה להשפיע על מהות ואופן הפעלת הסמכות. יפים כאן דבריה של כבי' השופטת ברק ארז בבג"צ נעאלווה :

המדינה, ובהמשך לכך גם בית משפט זה, חזרו ועמדו על ההבחנה הברורה בין הימנעות משימוש בצווי הריסה כאמצעי ענישה לבין השימוש בהם לצורכי הרתעה. כאמור, הבחנה זו היא גם העומדת ביסוד הזהירות הרבה שנוקט בית משפט זה בעת שהוא בוחן עתירות כדוגמת זו שבפנינו. אם כן, כאשר הרתעה היא העומדת ביסוד הדברים הרי שעמדתם של בני המשפחה השכולים – הגם שהיא חשובה ומשמעותית במישור הרגשי ובמישור העונשי (כאשר מתקיים הליך פלילי) – אינה בעלת עדיפות מיוחדת. לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי הריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון.

לסיכום

194. 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.

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

196. הפעלת סמכות כה הרסנית ובעייתית, גם במקרים בהם ההלכה ניסתה להגביל את הפעלתה, מהווה איתות אזהרה בוחק מפני סכנת המדרון החלקלק ומרוקנת מתוכן את הקביעה שיש להפעילה באופן מידתי באופן המבטל בהכרח את חוקיות הפעלת הסמכות. בהינתן נסיבות המקרה דנן הפעלת הסמכות בדמותה החריפה ביותר של הריסת מבנה שלם בן 400 מ', אינה יכולה להיות תקינה, כשברקע עולות שאלות קשות שאין עליהן תשובה חד משמעית, ואם בכלל, לעניין אפקטיביות תקנה 119 בהשגת תכלית ההרתעה.

197. דברים אלה נאמרים ביתר שאת לנוכח העובדה שפסק הדין נשוא הבקשה נמנע מלבחון החלטת המשיב מלנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, בניגוד למה שההלכה מחייבת.

198. פסק דין זה מגלה את חוסר היציבות שבהלכה אך במישור שיקול הדעת, דבר אשר מעלה שאלות משפטיות מורכבות שגם הן, בנוסף לשאלות במישור חוקיות הפעלתה, לא זכו לדיון מעמיק באופן ממצה ובהינתן הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שעלו במסגרת הדיון ההלכה מושא הבקשה היא **תשובה וקשה** באופן המצדיק דיון נוסף בהרכב מורחב.

199. המבקשים סבורים, כי שאלות משפטיות אלו שקיימים לגביהם חילוקי דעות בין השופטים כפי שפורט לעיל, לא זכו לדיון מעמיק באופן ממצה שהולם את מורכבות הסוגיה וקשיותיה, ואת חומרת הפגיעה הצפויה מהעדר הכרעה ברורה בה.

200. המבקשים סבורים, כי הלכה שמכשירה את השימוש בפרקטיקה שנויה מאוד במחלוקת שכרוכה בהפעלתה בעיות משפטיות משמעותיות – הן בדין המקומי והן בדין הבינלאומי – , כאשר מדובר בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דן שמצדיקות את החרגת עניינם של המבקשים מתקנה 119 או למצער צמצום הפעלת הסמכות בעניינם, הינה הלכה **תקדימית, חדשנית ועומדת בסתירה** להלכה הקודמת שקבעה מגוון מבחנים לאופן הפעלת הסמכות ולשיקול הדעת הנדרש עת השימוש בתקנה 119.

201. 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 שייעודו 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.

202. 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.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להיעתר לבקשה ולקבוע כי יתקיים דיון נוסף בבג"ץ 3872/21 בהרכב מורחב של שופטים.

30 בינוי, 2021

נדיה דקה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 113481]