



## בבית המשפט העליון

דנג"ץ 5924/20

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקשים: 1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון  
2. שר הביטחון

נ ג ד

המשיבים: 1. בכר אבו סוהילה  
2. אימן אבו בכר  
3. פלוניס  
4. עטייה אבו בכר  
5. רבחי אבו בכר  
6. המוקד להגנת הפרט

בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה  
מיום 10.8.2020 בבג"ץ 4853/20 אשר ניתן על ידי כבוד  
השופטים מ' מזוז, ג' קרא וי' וילנר

בשם המבקשים: עו"ד ענר הלמן; עו"ד יונתן ברמן; עו"ד שרון  
אבירם

בשם המשיבים: עו"ד נדיה דקה

## החלטה

1. בקשה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4853/20 מיום 10.8.2020, שבו התקבלה בדעת רוב (השופטים מ' מזוז ו-ג' קרא נגד דעתה החולקת של השופטת י' וילנר) עתירה שהגישו המשיבים לביטול צו החרמה והריסה לדירת המגורים של נזמי מחמוד יונס אבו בכר (להלן: המפגע), שהוצא מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

רקע הדברים ופסק הדין

2. על פי כתב האישום שהוגש ביום 25.6.2020 לבית המשפט הצבאי שומרון, ביום 12.5.2020 ביצעו כוחות הביטחון מבצע מעצרים בכפר יעבד, בין היתר בבית הסמוך לבניין מגוריו של המפגע, אשר שהה באותה עת בדירתו בקומה העליונה בבניין בן 3 קומות שבו הוא התגורר עם משפחתו המורחבת. עוד צוין בכתב האישום כי סמוך לשעה 4:30 לפנות בוקר שמע המפגע צעקות מהבית השכן וכשהגיע לגג הבין כי כוחות הביטחון מבצעים מעצרים. לאחר מכן הלך המפגע לכיוון חלקו המערבי של הגג וראה כי חיילי צה"ל צועדים בשני טורים מהצומת הסמוך לבניין אל השביל שלמרגלותיו, והחליט ליטול לבנה ולהשליכה מהגג אל עבר החיילים שעמדו למרגלות הבניין. המפגע הטיל חצי בלוק במשקל 9-11 ק"ג מגובה של כ-13 מטרים בכוונה לגרום למותו של אחד החיילים. הלבנה פגעה בעוצמה רבה בראשו של סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל וגרמה למותו. מיד לאחר השלכת הלבנה חזר המפגע לביתו והעמיד פניו ישר בחדר השינה של ילדיו. לאחר שכוחות הביטחון עזבו את הכפר, ירד המפגע לשביל מתחת לבניין, ראה את שברי הלבנה ושלולית דם, הבין כי פגע בחייל והשליך את שברי הלבנה אל הצמחייה שבשולי השביל. בכתב האישום מיוחסת למפגע בשל מעשיו אלה עבירה של גרימת מוות בכוונה על פי תחיקת הביטחון באזור (עבירה המקבילה לעבירת רצח) וכן עבירה של שיבוש מהלכי משפט. עם הגשת כתב האישום נמסרה למשיבים הודעת המפקד הצבאי באזור בדבר כוונתו להחרים ולהרוס את דירת המפגע, וביום 5.7.2020 הוצא צו החרמה והריסה לדירה. נגד הצו הוגשה עתירה לבית משפט זה.

3. בית המשפט קיבל את העתירה וקבע, בדעת רוב, כי צו ההחרמה וההריסה יבוטל, תוך שמירת סמכות המפקד הצבאי להמירו בצו לאטימת החדר שבו התגורר המפגע.

השופט מוזס ציין כי לגישתו הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות מורכבות וקשות, והוסיף כי להשקפתו אלה לא זכו עד כה לביורור מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה. עם זאת, השופט מוזס לא דן בשאלת הסמכות, והתמקד בשיקול הדעת של המפקד הצבאי בעת הפעלתה. בהקשר זה ציין השופט מוזס כי אחת הסוגיות המרכזיות שעלו ונבחנו בפסיקה לאורך השנים לעניין סבירות ומידתיות הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, נוגעת לשאלת מעורבות בני המשפחה בפיגוע שבעטיו מופעלת הסמכות. במקרה דנן, כך צוין, העותרים (המשיבים בבקשה דנן) הם אשתו ושמונת ילדיו של המפגע, שבעה מהם קטינים, המתגוררים בדירה המיועדת להריסה. לבני המשפחה לא מיוחסת מעורבות בפיגוע – לא בסיוע, לא בידעה ולא בתמיכה לאחר מעשה. ככל שהמפגע יורשע בהליך הפלילי, הוא צפוי לרצות שנות מאסר רבות, והשופט מוזס הדגיש כי הפגיעה מהריסת הבית היא בראש

ובראשונה בבני משפחתו הלא מעורבים שיוותרו ללא קורת גג. אין ספק, כך נקבע, כי המעשה המיוחס למפגע הוא פשע חמור ונתעב וכי קיימת זיקה ברורה בין מעשהו ובין הבית המיועד להריסה, ואולם – "אף כי מדובר בנסיבות בהן מבחינת המפגע קיים לכאורה צידוק לנקוט בסנקציה החריפה של הריסה לפי תקנה 119, עדיין לא ניתן להתעלם מהפגיעה הקשה הכרוכה בכך בבני משפחתו החפים מפשע – להם לא מיוחסת כל מעורבות בפגיעה. בנסיבות אלה אני סבור כי בענייננו עקרון המידתיות מחייב מיתון הפגיעה, על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית של הבית" (פסקה 8 לפסק דינו של השופט מזוז; ההדגשה במקור).

השופט קרא הצטרף לפסק דינו של השופט מזוז בצינו כי "מידת הדין תמוצה עם המפגע זה יבוא על עונשו. אך אין להשליך את תוצאות מעשיו על מי שלא חטא". השופט וילנר, בדעת מיעוט, סברה כי חומרת המעשה המיוחס למפגע, זיקתו המובהקת לדירה, השימוש שנעשה במבנה לשם ביצוע הפגיעה, וכן התשתית הראייתית העומדת נגד המפגע – כל אלה מלמדים על מידתיות הצו שהוצא ביחס לדירה, ועל נחיצותו לשם הרתעה מפני פגיעים נוספים דוגמת זה הנדון בענייננו. על כן סברה השופט וילנר כי יש לדחות את העתירה.

מכאן הבקשה דנן.

טענות הצדדים

4. המבקשים, המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון ושר הביטחון (להלן: המבקשים), טוענים כי בפסק הדין נפסקה הלכה חדשה ולפיה אם קרובי המפגע לא היו מודעים או מעורבים בפעילותו, הפגיעה בהם אינה מידתית וכי בנסיבות אלה הדבר מחייב, למצער, את מיתון הפגיעה על ידי המרת ההריסה באטימה חלקית. לגישת המבקשים, חוות דעתו של השופט קרא אינה מתמצה במישור המידתיות ומקריאתה אף עולה לכאורה סימן שאלה על עצם הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119 מקום שבני המשפחה לא ידעו על המעשה ולא היו מעורבים בו. המבקשים סבורים כי דעת הרוב משנה את ההלכה הפסוקה הן במישור הרטורי והן במישור התוצאתי, על אף ששינוי ההלכה לא נעשה במפורש. לגישת המבקשים, הותרת הקביעות בפסק הדין על כנן תפגע בוודאות המשפטית, שכן הסתירה בין פסק הדין ובין פסקי דין אחרים יוצרת חוסר בהירות ביחס למצב המשפטי הנוגע להפעלת הסמכות לפי תקנה 119. המבקשים עותרים, אפוא, כי יינתן דיון נוסף ותועמד הלכה על מכונה לפיה במסגרת הביקורת

השיפוטית על הפעלת סמכות ההריסה לפי תקנה 119, מודעות בני המשפחה אינה מהווה שיקול מכריע לצורך מבחן המידתיות.

5. המשיבים מצדם סבורים כי פסק הדין אינו חורג מההלכה הפסוקה והוא אך מיישם את אמות המידה שנקבעו בה. לגישתם, המבקשים עותרים לעיין מחדש בדרכי היישום של ההלכה הפסוקה במקרה ספציפי, ולא בכדי הם נמנעים מקריאה להערכה מחודשת של ההלכה בהיבט העקרוני. המשיבים מוסיפים כי לגישתם בשלה העת לדון בהרכב מורחב בשאלות המשפטיות העקרוניות העולות מהפעלת הסמכות לפי תקנה 119, בין היתר בראי המשפט הבינלאומי. זאת, בפרט נוכח העמדות של חלק מהשופטים בבית משפט זה הסבורים שיש לעשות כן. לפיכך, מבקשים המשיבים לדחות את הבקשה, ולחלופין לקבל אותה ולקבוע כי הדיון הנוסף יעסוק במכלול הסוגיות הנוגעות לחוקיות השימוש בתקנה 119.

בתגובתם לתשובה טוענים המבקשים כי בפסק הדין לא נדונה שאלת סמכות השימוש בתקנה 119 ועל כן אין עילה לקיים דיון נוסף בסוגיה זו.

דיון

6. לאחר שעיינתי בפסק הדין, בבקשה ובתגובה לה, הגעתי לכלל מסקנה כי הבקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין דינה להידחות.

בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד) נדונה השאלה העקרונית בדבר הסמכות לעשות שימוש בתקנה 119 להריסת בתי מחבלים ונקבע 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). לאורך השנים שחלפו מאז נפסקה ההלכה בשאלה זו נתגלעו מחלוקות בין שופטיו של בית משפט זה לגבי חוקיות השימוש בתקנה תוך שצוין כי "השלכות השימוש בתקנה 119 הן קשות ומטרידות" (דנג"ץ 1561/20 חמדאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 5 (1.3.2020)). עם זאת, כל הבקשות לקיים דיון נוסף בשאלת הסמכות להפעיל את תקנה 119 נדחו תוך שנקבע כי לעת הזו אין מקום לקיים דיון נוסף בסוגיה (ראו: דנג"ץ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף (10.4.2016); דנג"ץ 2624/16 מסודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (2.3.2016); דנג"ץ 8988/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד

העורף (29.12.2016); דנג"ץ 4657/16 דעיס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (9.6.2016); דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017); דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (17.1.2019); ראו גם: גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים לצורכי הרתעה: ואם יש צדק – יופיע מייד (בדיון נוסף)" משפט וממשל כ 205 (2019); טל מימרן "אם לא עכשיו, אימתי? בחינה מחודשת של חוקיות ויעילות מדיניות הריסת הבתים" ICON-S- IL Blog (12.2.2019).

מן הטעמים שיפורטו להלן, אני סבורה כי אין מקום גם זה הפעם לסטות מעמדה זו.

7. לאורך השנים עמד בית המשפט על הכלל לפיו "השימוש בהריסת בתים נועד להגשים את תכליתו, במקרים שבהם התועלת הגלומה בו עולה על הנזק שהוא גורם" ועל כן, כך צוין, 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). בהתאם לכך, נקבעו בפסיקה אמות המידה התוחמות את שיקול דעתו של בעל הסמכות בהפעלת הסנקציה הקבועה בתקנה 119 (לפירוט ראו: בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר (11.8.2014); כן ראו בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699-700 (1992)). בין אמות המידה שנקבעו, צוינה גם מידת מעורבותם של דיירי ויושבי ביתו של המפגע באירוע שבגיניו נעשה שימוש בתקנה. ואכן, שיקול זה הודגש בשורה של פסקי דין (ראו למשל: דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485 (1996); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 339, 349-350 (1994); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 28 (1.7.2014); בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פסקה 5 (15.2.1993) (להלן: עניין תורקמאן); בג"ץ 8024/14 חגאזי נ' אלוף פיקוד העורף (31.12.2014) (להלן: עניין חגאזי); כן ראו חוות דעתי בעניין המוקד, פסקה 4).

8. עיון בחוות דעתם של שופטי הרוב בפסק הדין מושא הבקשה, מוביל למסקנה כי לא נקבעה בו הלכה חדשה ביחס למעורבות קרובי משפחתו של המפגע או ביחס למשקל שיש לייחס לכך. שופטי הרוב החילו את אמות המידה שנקבעו לעניין זה על נסיבות המקרה והשופט מזוז אף הדגיש בחוות דעתו כי בדומה לעניין חגאזי ועניין תורקמאן, החלטתו נטועה בנסיבותיו של המקרה הספציפי (פסקה 8 לפסק דינו). דומה,

אם כן, כי הכרעתם של שופטי הרוב במקרה דנן תחומה לדלת אמותיו של המקרה הפרטני שעמד בפניהם, היא אינה משנה מן ההלכה הנוהגת ובניגוד לטענת המבקשים, בוודאי שאין למצוא בה קביעה כי בכל מקרה ומקרה שבו מפעיל המפקד הצבאי את סמכותו לפי תקנה 119, עליו ליתן משקל מכריע לשאלת מודעותם ומעורבותם של בני המשפחה המתגוררים בבית. למען הסר ספק יובהר ויודגש בהקשר זה כי ההלכה בענייננו הייתה ונתרה כי מודעותם או מעורבותם של בני המשפחה במעשי המפגע – הגם שהיא נושאת משקל במכלול השיקולים שעל המפקד לשקול כבואו להפעיל את הסמכות המסורה לו בתקנה 119 – אינה מהווה בשום אופן שיקול המכריע את הכף.

9. המבקשים מוסיפים ותומכים את בקשתם לדיון נוסף בטענה כי ניתן וראוי היה להגיע במקרה דנן לתוצאה שונה, והם סומכים ידיהם בהקשר זה על דעת המיעוט של השופטת י' וילנר. בהחלט ייתכן כי ניתן וראוי היה להגיע לתוצאה שונה במקרה זה, אך גם אם שגה בית המשפט ביישום ההלכה הנוהגת, עובדה זו לבדה אינה יכולה להצדיק דיון נוסף, שכן "דיון נוסף אינו ערעור נוסף" (דנג"ץ 416/19 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 6 (17.1.2019)). הליך הדיון הנוסף אינו מיועד לתיקון טעויות ביישום הלכה קיימת. דיון נוסף הוא הליך ייחודי המעוגן בהוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 והוא מתקיים באותם מקרים חריגים שבהם נפסקה הלכה חדשה הגלויה על פני הפסק, ככל שאותה הלכה חדשה מעוררת קושי משמעותי ומהותי (ראו, למשל, דנ"א 4335/03 בנבנישתי נ' כונס הנכסים הרשמי (20.5.2003)). במקרה דנן לא נפסקה, כאמור, כל הלכה חדשה.

10. הלב דואב על אובדן חייו של סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל ועל השבר הגדול שנבקע בחיי בני משפחתו ויקיריו שלעולם לא יתקון. ליבי עימם. אך מן הטעמים המשפטיים שפורטו, אין זה המקרה לקיום דיון נוסף.

הבקשה נדחת, אפוא. אין צו להוצאות.

ניתנה היום, כ' בתשרי התשפ"א (8.10.2020).

ה נ ש י א ה