



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1336/16

בג"ץ 1337/16

בג"ץ 1721/16

בג"ץ 1777/16

לפני:

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרים בבג"ץ 1336/16:

1. פיראס מוסטפה אטרש
2. פטמה אטרש
3. מוסטפה פיראס אטרס
4. אחלאם פיראס אטרש
5. אנסאם פיראס אטרש
6. סדין רבאעה פירא אטרש
7. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1337/16:

1. סלאח מחמד עליאן אבו כף
2. אמל אבו כף
3. יחיא סלאח אבו כף
4. הדיל סלאח אבו כף
5. אלאא סלאח אבו כף
6. כרים סלאח אבו כף
7. הלא סלאח אבו כף
8. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1721/16:

1. שרה עלי דוויאת
2. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 1777/16:

1. חנאן טוויל
2. עבד אל רחמאן טוויל
3. שהאד טוויל
4. עהד טוויל
5. וועד טוויל
6. המוקד להגנת הפרט

המשיב : מפקד פיקוד העורף
 עתירה למתן צו על תנאי
 תאריך הישיבה : כ"ט באדר א התשע"ו (09.03.16)

בשם העותרים בבג"ץ
 1336/16 ; בג"ץ 1337/16 ובג"ץ
 : 1777/16

עו"ד לאה צמל

בשם העותרים בבג"ץ
 : 1721/16

עו"ד אנדרה רוזנטל

בשם המשיב : עו"ד יונתן ציון-מוזס

פסק-דין

השופטת א' חיות:

בפנינו ארבע עתירות לביטול צווי החרמה ואטימה (להלן: הצווים) שהוציא המשיב ביום 4.2.2016 ביחס לארבע דירות בהם התגוררו ארבעה צעירים תושבי צור באהר, לאחר שבערב ראש השנה התשע"ו (13.9.2015) יידו הארבעה, לטענת המשיב, אבנים לעבר כלי רכב בכביש "אשר וינר" בירושלים, וגרמו למותו של אלכסנדר לבלוביץ' ז"ל (להלן: המנוח).

רקע עובדתי

1. ביום 15.10.2015 הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום נגד וליד פיראס מוסטפה אטרש (להלן: אטרש), יליד 1997, מחמד סאלח מחמד אבו כף (להלן: אבו כף), יליד 1997, עבד דוויאת (להלן: דוויאת), יליד 1996, ומחמד טוויל (להלן: טוויל), יליד אוקטובר 1998 (קטיץ) וכן נגד מעורב נוסף, עלי עיסא אבראהים, יליד דצמבר 1997 (קטיץ) (להלן אבראהים, והחמישה ביחד: הנאשמים). כתב האישום מייחס לנאשמים מעורבות ביידוי אבנים ובהריגתו של המנוח. על פי הנטען בכתב האישום בשעות הבוקר המוקדמות של יום ה-13.9.2015, ערב ראש השנה התשע"ו, החלו עימותים בין צעירים מוסלמים שהתבצרו במהלך הלילה במסגד אלאקצא ובין כוחות משטרה שהגיעו למקום על מנת לפזר את ההתקהלות ולאפשר עליית יהודים להר הבית. בערבו של אותו היום, סמוך לשעה 22:00, נפגשו הנאשמים בשכונת אבו חאמד בצור באהר וסיכמו ליידות אבנים לעבר כלי רכב הנהוגים על-ידי יהודים בכביש "אשר וינר", המקשר בין דרך חברון לשכונת ארמון הנציב בירושלים (להלן: הכביש), וזאת

כפעולת תגמול וכהזדהות עם האירועים בהר הבית. בהתאם למה שסוכם ביניהם הלכו דוויאת – שהיה עטוף בדגל החמאס, אבו כף, טוויל ואטרש מצור באהר אל עבר הכביש ואבראהים נשאר בשכונה כתצפיתן. דוויאת, כך נטען, עמד על אי תנועה המפריד בין הנתיבים בכביש, שלושת האחרים עמדו לצד הכביש וכולם יחד יידו אבנים לעבר שישה או שבעה כלי רכב בהם נהגו מי שנחזו בעיניהם להיות יהודים והיו בדרכם מדרך חברון לשכונת ארמון הנציב. חלק מהאבנים פגעו בכלי הרכב ובהמשך העבירו אבו כף, טוויל ואטרש אבנים לדוויאת שעמד כאמור על אי-התנועה על מנת שיידה אותן לעבר כלי הרכב שנסעו בכביש במהירות גבוהה. לאחר מספר דקות של יידוי אבנים הבחין דוויאת ברכב מסוג מאזדה בצבע אפור בו נהג לבלוביץ' המנוח. עמו ברכב היו א' ו-ר' שסעדו בערב החג בכיתו של המנוח בהר חומה, והוא הסיע אותו לביתן בשכונת ארמון הנציב. בשלב זה נטל דוויאת, כך נטען, אבן בגודל של כ-10 ס"מ ובמשקל של קילוגרם אחד ויידה אותה ממרחק של כמטר אחד אל עבר הרכב. האבן חדרה את חלון הרכב שלצד הנהג וגרמה למנוח לאבד שליטה על הרכב. הרכב סטה ימינה מן הכביש, פגע בעמוד חשמל ולאחר מכן בעץ שהיה לצד הכביש, שם נעצר. כתוצאה מההתנגשות פגע בית החזה של המנוח בחזקה בהגה וגרם לקריעה של הלב ולמערכת בית החזה והמנוח נפטר. כמו כן, נחבלה א' בבית החזה השמאלי, שש מצלעותיה נשברו וכן נשברה ידה השמאלית. בגין המעשים האמורים מייחסת המדינה לנאשמים עבירת הריגה, שמונה עבירות של יידוי אבן לעבר כלי תחבורה ועבירה של חבלה חמורה. כתב האישום מוסיף ומייחס לדוויאת ואבו כף עבירות נוספות שאינן מעניינן של העתירות דנן.

שלב ההקראה בהליך הפלילי הסתיים ובתמצית יצוין כי כל אחד מן הנאשמים כופר במידה כזו או אחרת באישומים נגדו.

2. עקב חומרת המעשים ותוצאותיהם ובשל הצורך החיוני להרתיע מפגעים פוטנציאליים החליט המשיב, בהמלצת שירות הביטחון הכללי ועל דעת פרקליט המדינה, היועץ המשפטי לממשלה והדרג המדיני, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה או התקנות) כלפי הדירות בהן התגוררו ארבעה מהנאשמים (למעט אבראהים) ולאטום אותן. האטימה שעליה הוחלט מתוכננת להתבצע בדרך של אטימת פתחי הבית בלוחות פלדה ומוטות ברזל שהינה אטימה הפיכה. המשיב הודיע למשפחותיהם של ארבעת הנאשמים ביום 4.2.2016 על ההחלטה ועל הצווים שהוצאו ולאחר שנדחו ההשגות שהגישו בעניין זה הגישו בני המשפחות וכן המוקד להגנת הפרט את העתירות שבפנינו.

3. העתירה בבג"ץ 1336/16 נוגעת לדירה בה התגורר אטרש – בית חד קומתי בשכונת צור באהר הכולל שלושה חדרי שינה, סלון ומטבח. העותרים בעתירה זו הם הוריו של אטרש ואחיו המתגוררים בדירה. העתירה בבג"ץ 1337/16 נוגעת לדירה בה התגורר אבו כף בקומה השנייה של מבנה דו קומתי, אף היא בשכונת צור באהר. בדירה שלושה חדרי שינה, סלון ומטבח. העותרים בעתירה זו הם הוריו של אבו כף ואחיו המתגוררים כולם בדירה. העתירה בבג"ץ 1721/16 נוגעת לדירה בה התגורר דוויאת המצויה במבנה שחלקו חד קומתי וחלקו דו קומתי. דירתה של משפחת דוויאת ממוקמת בחלק החד קומתי ויש בה שלושה חדרי שינה, סלון, חדר אירוח ומטבח. העותרת 1 בעתירה זו היא אמו של דוויאת, מלבדה מתגוררת בדירה גם אחותו שאינה עותרת. העתירה בבג"ץ 1777/16 נוגעת לדירה בה התגורר טוויל – מבנה חד קומתי בשכונת צור באהר ובו שני חדרי שינה ומטבח. העותרים הם הוריו של טוויל ואחיו, המתגוררים בבית.

המוקד להגנת הפרט הצטרף, כאמור, כעותר בכל העתירות ולהשלמת התמונה יצוין כי ביום 19.1.2016 החליט שר הפנים לבטל את רישיון ישיבת הקבע בישראל של שלושה מן הנאשמים - דוויאת, אטרש ואבו כף.

תמצית טענות הצדדים

4. העותרים העלו טענות דומות בכל ארבע העתירות ועל כן אתייחס אליהן במאוחד.

לטענת העותרים מתח המפקד הצבאי את גבולות סמכותו לפי תקנה 119, בין היתר, מכיוון שהאירוע אשר במהלכו נהרג המנוח אינו משתייך לקטגוריית הפיגועים המתאפיינים בכוונה תחילה להמית, בהם הוחלט בעבר על שימוש בתקנה 119. העותרים מדגישים בהקשר זה כי המדינה מייחסת לנאשמים עבירת הריגה ולא עבירת רצח, כי לא ניתן לייחס למי שמידה אבנים כוונת קטילה וכי בהיעדר יסוד נפשי כזה אין מקום להפעלתה של תקנה 119. העותרים מוסיפים וטוענים כי השימוש שנעשה בתקנה במקרה דנן הוא רחב מדי ואינו עומד במבחני המידתיות ועוד נטען כי אף שבית משפט זה קרא לבחון מעת לעת את האפקטיביות של השימוש בתקנה 119, הדבר לא נעשה ובניגוד לעמדת המשיב סבורים העותרים כי השימוש בתקנה אינו אפקטיבי ואינו מרתיע. העותרים מציינים עוד כי הם מודעים היטב להלכה הפסוקה של בית משפט זה, גם מהעת האחרונה, אשר דחתה את הטענות בדבר חוקיות השימוש בתקנה 119, אך הם רואים להפנות בהקשר זה לאמירות שונות של חלק משופטי בית המשפט אשר הביעו

הסתייגות מן ההלכה והם נאחזים בהסתייגויות אלו בקוראם לשינויה. עוד נטען כי הצווים שהוצאו מפלים את העותרים לרעה לעומת בני משפחות של נאשמים יהודים שהואשמו באותן עבירות, וטענה נוספת שמעלים העותרים היא כי לאחר ששר הפנים החליט על שלילת רישיון הקבע של דוויאת, אטרש ואבו כף, אין מקום להרתעה נוספת.

אשר להליך הפלילי, טוענים העותרים כי לנאשמים טענות הגנה שונות ובהן הטענה כי המנוח היה חולה מאוד ואין כל בטחון כי זריקת האבנים היא שגרמה לאובדן השליטה על רכבו וכן כי הייתה זריקת אבנים קודמת. משפחתו של אטרש טוענת כי הוא לא זרק אבנים וכי על פי הודעותיו הוא הגיע לצלם, אך לאחר ששמע קולות בערבית ממכוניות שנפגעו הוא עזב את המקום וחזר לביתו. על התאונה שמע אטרש, כך נטען, ממרחק רב ומתוך הכפר ואף חשב כי מי שנפגע היא נהגת ערבייה. משפחתו של אבו כף טוענת כי הוא לא זרק אבנים וכי על פי הודעותיו היה אמנם באזור, אך לא עמד בסמוך לכביש אלא על צלע ההר. עוד נטען לנסיבות אישיות קשות במשפחתו של אבו כף, שאטימת הבית רק תביא להחמרתן ולפגיעה קשה מאוד בהורים ובבני המשפחה. משפחתו של טוויל מציינת כי לפי הודעותיו אמנם ידה אבנים, אך מדובר בנאשם קטין ומכל מקום הוא לא ידה את האבן שפגעה ברכבו של המנוח. אמו של דוויאת טוענת כי לא ידעה על כוונתו של בנה ליידות אבנים ביום האירוע, ולא עודדה אותו לעשות כן.

5. המשיב טוען מנגד כי נקודת המוצא הייתה ועודנה שמחבל פוטנציאלי היודע כי בני משפחתו עלולים להיפגע ממעשיו יכול ויירתע מלבצע פיגוע. המשיב מוסיף ומדגיש כי הוא מודע לחומרת הסנקציה שבתקנה 119, וכי גם כאשר מדובר בפעולה הפיכה, כבמקרים דנן, המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה או ההרתעה ה"רגילות" כדי להוות הרתעה מספקת וראויה למחבלים. עוד נטען כי השימוש בתקנה הוא ביחס ישר להיקף האירועים החבלניים והיקפם, ונוכח ההחרפה באירועים החבלניים מהעת האחרונה נעשה שימוש רב יותר בתקנה. המשיב מבקש לדחות את טענות העותרים כי אין לעשות שימוש בתקנה במקרה של ידוי אבנים, וטוען כי לנאשמים מיוחסות עבירות שבהן "כרוכה אלימות", כלשון תקנה 119, ועל כן אין פגם בהפעלתה במקרים דנן. מכל מקום, כך נטען, העבירות המיוחסות לנאשמים הן עבירות לפי תקנה 59(ד) לתקנות, וגם מבחינה זו, אין פסול בהפעלת סמכותו של המשיב לפי הסיפא של תקנה 119. אשר לטענה כי מותו של המנוח לא נגרם כתוצאה מיידוי האבנים, טוען המשיב כי טענה זו נסתרה בחוות דעת פתולוגית של המרכז הלאומי לרפואה משפטית ולעניין המידתיות טוען המשיב כי לא פעל בדרך של הריסה אלא בדרך הפיכה של אטימה וזאת בשים לב למכלול הנסיבות, לרבות מאפייני הפיגוע, תוצאותיו הקטלניות והעבירות

שבהן הואשמו הנאשמים. המשיב דוחה את הטענה כי אין תועלת הרתעתית מהשימוש בתקנה, וטוען כי בידיו חוות דעת עדכנית לחודש פברואר 2016 לפיה השימוש בתקנה מרתיע מפגעים פוטנציאליים. אשר לטענת האפלייה טוען המשיב כי היא אינה מבוססת ודינה להידחות.

בהתייחסו לטענות שהעלו משפחות העותרים לגבי מעורבות בניהם באירועים המיוחסים להם בכתב האישום, טוען המשיב כי יש בידיו ראיות מנהליות גלויות וחסויות המבססות את מעורבותם זו וכי ראיות מנהליות אלה די בהן לצורך הפעלת סמכותו של המשיב לפי תקנה 119.

הדיון בעתירה וההודעות אחריו

6. במהלך הדיון בעתירות שבכותרת, הסכים המשיב כי הדיון בשלוש מן העתירות (בג"ץ 1336/16, בג"ץ 1337/16 ובג"ץ 1777/16) הנוגעות לעניינם של אטרש, אבו כף וטוויל, יתקיים כאילו הוצא בהן צו על תנאי. עוד יצוין כי במהלך הדיון הוצג בהסכמת העותרים ובמעמד צד אחד חומר חסוי הנוגע לנאשמים שאינו חלק מן הראיות בהליך הפלילי. כמו כן הוצגה במעמד צד אחד בהסכמת העותרים חוות הדעת המודיעינית העדכנית מחודש פברואר 2016 באשר לאפקטיביות של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119.

בתום הדיון ונוכח דברים שעלו במהלכו, התבקש המשיב להגיש הודעה משלימה בכל הנוגע למהלכי מחילה שבוצעו באישור שר הביטחון לגבי אטימות הפיכות, דוגמת אלו המתוכננות במקרה דנן, וכן לגבי השבת קרקע במקרה של הריסת בית. בהודעתו מיום 16.3.2016 עדכן המשיב כי מבדיקה חלקית שנעשתה עלה כי ביום 5.7.2012 חתם שר הביטחון על צו מחילה חלקית בעניינו של מבנה בו התגורר המחבל קאסם מוגרבי שביצע בשנת 2008 פיגוע בכיכר צה"ל בירושלים. צו זה הוצא בעקבות הערת בית המשפט בבג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.2012) ולא במענה לבקשת מחילה של המשפחה. בצד צווים אלו איתר המשיב צווי מחילה של שר הביטחון משנת 1992 וכן וצו מחילה משנת 2006 - שניהם ביחס למבנים שנאטמו בשנת 1968. כמו כן אותרו שתי בקשות מחילה שנדחו (משנת 2008 ומשנת 2015). בסך הכל אותרו, אפוא, 3 צווי מחילה שנתן שר הביטחון. העותרים הגיבו ביום 21.3.2016 לאמור בהודעה המשלימה וטענו כי המספר המועט של המקרים שבהם ניתנה מחילה מעיד על אי הפעלת שיקול דעת ועל העדר בחינה מחודשת של כל מקרה ומקרה בו מבוצעת אטימת בית מגורים.

7. להשלמת התמונה יצוין עוד כי ביום 28.3.2016 הגישו העותרים בקשה להרחבת ההרכב הדן בעתירות שבכותרת ובקשה זו נדחתה בהחלטתנו מיום 29.3.2016.

דיון והכרעה

8. העותרים שבים ומעלים, כאמור, טענות משפטיות כלליות הנסמכות על המשפט הישראלי ועל המשפט הבינלאומי לביסוס עמדתם השוללת את סמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 לצורך הוצאת צווי החרמה והריסה או אטימה, בהדגישם כי תקנה זו מנוגדת לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי ואל לו להשתמש בה. טענות אלו נדונו ונדחו על-ידי בית משפט זה, שאישר את השימוש אותו עשה המפקד הצבאי בתקנה 119 לצורך הוצאת צווי החרמה והריסה או אטימה, לאחר תקופה ארוכה (בין השנים 2005 - 2014) שבה לא נעשה שימוש בתקנה זו באזור יהודה ושומרון (ראו: בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (11.8.2014)) ואף השימוש שנעשה בתקנה בשטחי מדינת ישראל היה מצומצם (ראו, למשל, בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009)). עתירה ציבורית שהגישו ארגוני זכויות אדם ובה העלו טענות הכלליות לעניין סמכותם של שר הבטחון ומפקד כוחות הצבא בגדה המערבית לעשות שימוש בתקנה 119, נדחתה אף היא (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' שר הבטחון (31.12.2014)) (להלן: העתירה הציבורית) ובקשה לקיים דיון נוסף בעתירה הציבורית – נדחתה (ראו: דנג"ץ 360/15, 12.11.2015). מאז נדחו עתירות נוספות שעניינן צווי החרמה והריסה או אטימה שהוצאו מכוח תקנה 119 (ראו, למשל, בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016) (להלן: עניין אבו אלרוב); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016) (להלן: עניין זכריא); בג"ץ 1014/16 סקאפי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (28.2.2016) (להלן: עניין סקאפי); דנג"ץ 1773/16 סקאפי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (2.3.2016); בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (14.2.2016) (להלן: עניין חרוב); בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (28.12.2015) (להלן: עניין חלבי)).

העותרים טוענים כי מאז ניתן פסק הדין בעתירה הציבורית הביעו מספר שופטים בבית משפט זה דעה המסתייגת מן השימוש בתקנה והעותרים מוצאים בכך

עוגן לטענתם כי יש לסטות מן ההלכה הפסוקה ולהורות כי השימוש בתקנה 119 אינו חוקי. אכן, מספר שופטים בבית משפט זה הביעו הסתייגות מהשימוש בתקנה 119 לצורך הוצאת צווי החרמה והריסה או אטימה, ובעתירה הציבורית ציינתי אף אני כי "ההליכה בתלם ההלכה הפסוקה בעניין זה אינה קלה" (שם, פסקה 1 לחוות דעתי). אך כמוני ראו עצמם גם יתר השופטים המסתייגים, ברובם המכריע, מחויבים לילך בתלם ההלכה שנפסקה זה מקרוב ולפיה אושר השימוש בתקנה 119, כל עוד לא שונתה ההלכה. וכפי שהודגש בצדק, שינוי כזה צריך שייעשה בהרכב מורחב ולא במושב תלתא (ראו עניין זכריא, פסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; פסקה 5 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז, שם; ופסקה 6 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן בעניין אבו אלרוב; לקושי הרב שמעוררת סוגיה זו ראו גם דברי הנשיאה בדנג"ץ 360/15 בפסקה 6; כן ראו דנג"ץ 2624/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.3.2016) שם לא נשללה האפשרות להרחבת הרכב בסוגיה זו בעתירה מתאימה).

9. אך כל עוד עומדת ההלכה הפסוקה על מכונה, נקודת המוצא של הדיון בעתירות דנן היא כי השימוש הנעשה על ידי המשיב בתקנה 119 נעשה בסמכות והבירור באשר להפעלת סמכותו במסגרת העתירות יתמקד, אפוא, בהיבטים הנוגעים ליישום הסמכות ולאופן שבו הופעל על ידי המשיב שיקול הדעת במקרים הקונקרטיים. המשיב אינו חולק על כך כי הסמכות הנתונה לו על פי תקנה 119 ראוי לה כי תופעל במשורה, בהקפדה יתרה, באופן מידתי ולצורך הרתעה במקרים חמורים המצדיקים זאת (ראו פסקה ט"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה בעתירה הציבורית; בג"צ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003)). על מנת לקיים אמות מידה אלה יש להידרש, בין היתר, לשיקולים הבאים:

"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 מבלי לפגוע בבתים סמוכים וכן האם ניתן להסתפק באטימת הבית או חלקים ממנו כאמצעי פוגעני פחות ביחס להריסה" (עניין קואסמה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר; ראו גם: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992); בג"ץ 1730/96 טאלם נ' האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 359 (1996) (להלן: עניין טאלם); העתירה הציבורית, פסקה יח לחוות דעתו של המשנה לנשיאה).

10. האם מתקיימים במקרה דנן אמות המידה הנדרשות לצורך הצווים שהוצאו לגבי כל אחת מן הדירות נושא העתירות דנן ?

אקדים ואומר כי ככל שהדבר נוגע לדירת מגוריו של דוויאת הגעתי אל המסקנה כי אמות המידה אכן מתקיימות ועל כן יש לדחות את העתירה הנוגעת אליה. לעומת זאת, ובאשר לעתירות הנוגעות לדירות מגוריהם של אטרש, אבו כף וטוויל הגעתי אל המסקנה כי בעתירות הנוגעות לדירות אלה יש לעשות את הצו על-תנאי למוחלט, והכל מן הטעמים שיפורטו להלן.

11. הרף הראייתי הנדרש על פי ההלכה הפסוקה לצורך הפעלת תקנה 119 הוא ראיות מנהליות "המניחות את הדעת" לכך שאחד מתושבי הבית ביצע מעשים מן הסוג המפורט בתקנה 119 ובלשון בית המשפט "המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442 (1982); בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה י (31.12.2014) וכן לאחרונה עניין סקאפי, בפסקה 12).

עיון בראיות שהונחו לפנינו מלמד כי קיימות במקרה דנן ראיות מנהליות ברמה ובמידה הנדרשים לגבי כל ארבעת הנאשמים. עם זאת, וככל שהדבר נוגע לחומרת המעשים עולה מתוך אותן הראיות הבדל ברור בין דוויאת ובין שלושת האחרים. בהודעתו במשטרה מיום 24.9.2015 אמר טוויל:

"... אני שכחתי מי זה שאמר לנו בואו נזרוק אבנים על רכבים של היהודים ושמנו רעלות תוך כדי אנחנו יורדים דרך הוואדי, עבד דוויאת כיסה את ראשו בחולצתו והוא עמד באמצע של הכביש ומחמד אבו כף עמד על מקום גבוהה [כך במקור] ולא זוכר אם שם רעלה או לא וגם אני הייתי עומד מקום גבוהה ווליד [אטרש] היה עומד ליד מחמד ולא זוכר אם הוא היה רעול או לא וזה היה בערך בשעה 10 או 11 בלילה, עבד [דוויאת] היה עומד באמצע של הכביש וזרק אבנים על הרכבים שנסעו ואנחנו היינו זורקים לו אבנים על הרצפה והמרחק בינינו היה חמש מטר בערך בינינו לבין עבד דוויאת ועברו מספר רכבים וזרק לעברם אבנים ופגע ברכבים אבל המשיכו בנסיעה. אחרי זה הגיע רכב מזדה מלמעלה ושהיא יורדת לכיוון הכיכר עבד דוויאת זרק על הרכב אבנים מהצד של נהג הרכב והתחיל להגיד שהאבן פגעה לו בפרצוף תברחו... " (מש/3 בבג"ץ 1721/16, בעמ' 1721/16).

55 בין השורות 20-29).

דברים דומים לגבי סדר האירועים באותו יום ציין אבו כף בחקירתו (ראו חקירותיו של אבו אלכף, מש/3 בבג"ץ 1336/16, ובין היתר את חקירתו מיום 7.10.2015 בעמוד 53 בה ציין כי יידה אבנים ומסר אבנים לדוויאת על מנת שיזרוק אותם על כלי רכב). אטרש לא הודה בזריקת אבנים (ראו חקירותיו של אטרש, מש/2 בבג"ץ 1336/16) וציין כי עמד יחד עם אבו כף וצילם את האירועים בטלפון הסלולארי שלו, אך בחקירתו בידי גורמי הביטחון ציין אטרש, לאחר שהכחיש תחילה את מעורבותו באירוע, כי יידה מספר אבנים ופסק מלעשות כן (מש/4 בבג"ץ 1336/16). מחקירתו של דוויאת עולה לכאורה כי הוא הודה בכך שהשליך את האבן הקטלנית על רכבו של המנוח וכי היה המתסיס והיוזם של האירוע כולו:

...תוך כדי אנחנו יושבים אמרתי להם [לנאשמים האחרים-א.ח.]. בואו נלך להכות את הרכבים של המתנחלים, בהתחלה הם סירבו ואחרי זה אמרתי להם יללה נלך והסכימו ... הרכב האחרון היה מסוג מזדה קטנה שירדה מלמעלה במהירות ואני הייתי מחזיק באבן שלקחתי מהרחוב ממקום שהייתי עומד כאשר הרכב התקרב שמתו שיש אנשים ברכב והייתי קרוב מהרכב בערך מטר או שני מטר וזרקתי את האבן שהייתי מחזיק על הרכב על החלון של הנהג והזכוכית של הרכב התנפץ קצת ואני וחבריי ברחנו לכפר ... (חקירה מיום 26.9.2015 בעמ' 39)

ובחקירה אחרת ציין כי:

ש- אתה שזרקת את האבן לעבר היהודי שמת, אתה זוכר היכן פגעה האבן ?
ת- אני זוכר שזה פגע בפינה של השמשה הקדמית מצד הנהג, ואני אז סיפרתי לאמיר אטוויל [כך במקור] שהאבן פגעה בפניו אבל לא הייתי בטוח ואחרי זה כשראיתי בחדשות ידעתי שסיבת המוות הינה דום לב, אבל ראיתי את הזכוכית שבורה כמו שסיפרתי בחקירה הראשונה. (חקירה מיום 7.10.2015 בעמ' 43)

העותרים העלו בטיעוניהם את האפשרות לפיה המנוח לא נפטר כתוצאה מהאבן שפגעה בו אלא כתוצאה ממחלת לב, וטענו כי מקומה של זו להתברר בהליך הפלילי ועל כן אין מקום להפעלת תקנה 119 עד שתתברר. בתשובה, הציג המשיב חוות דעת של ד"ר גיפס מהמרכז הלאומי לרפואה משפטית לפיה מותו של המנוח נגרם כתוצאה מתאונה עצמית לאחר שהושלכו אבנים על רכבו, ובשלב זה די בראייה זו לצורך עמידה בנטל הראייה המנהלית הנדרש. לכך יש להוסיף את החומר החסוי שהציג המשיב במעמד צד אחד, אשר מטבע הדברים לא ניתן להרחיב אודותיו, המחזק

אף הוא את הראיות המנהליות שהוצגו והקושר את הנאשמים למעשים המיוחסים להם בכתב האישום.

האם השימוש בתקנה 119 במקרה דנן הוא מידתי ?

12. מקרה דומה בו נעשה שימוש בתקנה 119 נדון בבג"ץ 126/83 אבו עלאן נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 169 (1983) (להלן: עניין אבו עלאן). באותו מקרה הוציא המשיב צווי החרמה ואטימה לבתייהם של ארבעה חשודים שהודו ביידוי אבנים בחבורה לעבר מכוניתה של אסתר אוחנה ז"ל עת נסעה בכביש באר שבע-חברון והיא נהרגה כתוצאה מפגיעת אבן בראשה. חקירת האירוע העלתה כי החשודים היו חלק מחוליה מאורגנת ששמה לה למטרה להסית, להתסיס ולרגום כלי רכב ישראליים באבנים. בעניין אבו עלאן, בשונה מעניינינו, הודו כל ארבעת החשודים שלגבי בתייהם הוצאו הצווים כי "במו ידיהם רגמו באבנים מכוניות שעברו בכביש, וכי אחת מאותן מכוניות הייתה מכונית הרנו הנזכרת [מכוניתה של אוחנה]" (שם, בעמ' 170). בעקבות כך החליט המפקד הצבאי, כאמור, להחרים ולאטום את בתייהם של הארבעה. בדחותו את העתירה שהגישו בני משפחתם נגד אטימת הבתים, קבע בית משפט זה כי:

האמצעי, שננקט על-ידי המפקד הצבאי, אינו האמצעי הדראסטי ביותר של הריסת המבנה אלא אמצעי ביניים של אטימתו, אשר ממנו יש דרך חזרה. נראה לנו, כי בנסיבות אלה קיימת התאמה ראויה בין חומרת המעשה, המיוחס לחשודים, לבין חומרת האמצעים, שננקט המפקד הצבאי. מודעים אנו לכך, כי אף אמצעי ביניים זה אינו קל כלל ועיקר, וכי כתוצאה ממנו עשויים לסבול בני משפחותיהם של החשודים, אשר להם לא יוחסה כל עבירה על התקנות. לא לשם הענשתם של אלה באה הסנקציה, הקבועה בתקנה 119, אלא לשם הרתעתם של מפרי סדר, אשר בהתנהגותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות באנשים אחרים, שאף הם חפים מפשע. חובתו של המפקד הצבאי וזכותו לשמור על החוק והסדר הציבורי באזור ולהגן על כל מי שמשמש בדרכים הציבוריות, יהודים וערבים כאחד. משפשה לאחרונה נגע זריקת האבנים, היה על המפקד הצבאי לנקוט אמצעים כדי להתגבר עליו ולשמור על הסדר הציבורי. הפעולות שננקט, הלכה למעשה, נופלות למסגרת האמצעים, בהם רשאי היה לפעול, ואת שיקול-דעתו הפעיל מתוך שיקולים ענייניים וסבירים. (שם, בעמ' 172-173).

אכן, מאז שחודשה בשנים האחרונות הפעלתה של תקנה 119 לצורך החרמה והריסה או אטימה של בתי מפגעים, הופעל אמצעי זה עד כה במקרים של פיגוע אשר

בו על פי הראיות המנהליות נעשה שימוש בנשק חם או קר וכן ברכב לצורכי דריסה מתוך כוונת קטילה. אלא שלמרבח הצער הדברים שנכתבו בעניין אבו עלאן והמתייחסים לאירוע של יידי אבנים אשר בו מצאה אסתר אוחנה ז"ל את מותה, יפים ונכונים כאז כן עתה, אף שחלפו כ-30 שנים מאז אותו אירוע. משהוצגו בענייננו ראיות מנהליות ברורות באשר לקשר הישיר שבין השלכת האבן הקטלנית על-ידי דוויאת ובין מותו של המנוח, ומשעולה עוד מאותן ראיות מנהליות (אליהן אתייחס להלן) כי דוויאת היה הגורם המתסיס והיוזם של האירוע כולו, אין בעיניי מקום להתערב בשיקול דעתו של המשיב שהפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, ככל שהדבר נוגע לדוויאת. זאת על פי ההלכה הפסוקה הנוהגת היום והגם שהמדינה אינה מייחסת לו עבירת רצח, דהיינו כוונה תחילה לקטול חיי אדם.

לאחר כתיבת חוות דעתי עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן, ועל האמור בה ראיתי להעיר כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש בו אכן בשורה לכל אדם "באשר הוא אדם", אך דומה כי לא ניתן לחלוק על כך שזכויות אדם, לרבות אלה המנויות במפורש בחוק היסוד, היו נר לרגליו של בית משפט זה מאז ומתמיד. פסק הדין בעניין אבו עלאן ניתן אמנם כתשע שנים טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך נראה כי ניתן למצוא בדבריו של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין אבו עלאן - אף שנכתבו טרם חקיקתו - התייחסות לסוגיות של מידתיות ובהן בדיקת ההתאמה הראויה בין חומרת המעשה המיוחסת לחשודים ובין חומרת האמצעים. כמו כן יש בו התייחסות לסבלם של בני המשפחה החשודים אשר להם לא יוחסה כל עבירה ולכך שהאמצעי שננקט שם - כמו בענייננו - איננו האמצעי הדרסטי ביותר של הריסת המבנה אלא אמצעי ביניים של אטימה.

13. מן הראיות המנהליות עולה כוונה מפורשת של דוויאת לפגוע ביהודים שנסעו באותו הכביש וכן יסוד נפשי של מודעות לתוצאה קטלנית אפשרית. הפסיקה התייחסה לא אחת, ולעתים בנימה ביקורתית, למנעד הרחב של עבירת ההריגה אשר בעקבותיו באים בגדר עבירה זו מקרי המתה השונים זה מזה במידה רבה. עמד על כך הנשיא (בדימ') א' גרוניס בדנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (15.4.2015) בציינו כי:

רוחב הפריסה של עבירת ההריגה נובע גם מהאופן המרחיב בו בחר המחוקק לנסח אותה, אך גם, ואולי בעיקר, מהאופן המרחיב בו פורשה העבירה בפסיקה לאורך השנים. ציינתי זאת לעיל בהתייחסי ליסוד העובדתי של העבירה, אך הדבר נכון גם לגבי יסודה הנפשי של העבירה ואף לגבי הקשר הסיבתי המשפטי. פרשנותה הרחבה של עבירת ההריגה ותחולתה על

מקרים הרחוקים מאוד אחד ממשנהו, הביאה לכך שהיא חלה על נסיבות שהפגם המוסרי הכרוך בהם שונה בתכלית. מצב זה, עלול להביא לפגיעה באמירתה המוסרית של העבירה. אכן, ניתן לקיים את ההבחנה בין מעשים אסורים שונים באמצעות חומרת הענישה המוטלת בגין ביצוע העבירה. אך, הבחנה זו אינה מקבלת לעיתים ביטוי מלא בעיניי הציבור. כאמור, גורמים שונים האמונים על הדין הפלילי במדינת ישראל, מודעים לקושי שבתחולתה הרחבה מדי של עבירת ההריגה, ובמסגרת דו"ח עבירות ההמתה הוצע לחלק את עבירת ההריגה, כפי שהיא מוגדרת היום בחוק, למספר תתי עבירות. ודוקו, עד ליום בו המחוקק יקבע מחדש את גבולותיה של עבירת ההריגה, אם אכן כך ייעשה, סבורני כי ראוי שאנו ננקוט משנה זהירות בבואנו לקבוע מהם המקרים אשר נופלים בגדרה של העבירה. (שם, בפסקה 41)

בענייננו ובהינתן הראיות המנהליות הנוגעות לדוויאת שהובאו לעיל, ניתן לומר - בזהירות המתבקשת ככל שהדבר נוגע להליך הפלילי שטרם הוכרע - כי מעשיו של דוויאת בהיבט הפיזי והתנהלותו בהיבט היסוד הנפשי, מצויים בקצה המנעד של עבירת ההריגה הנושק לעבירת הרצח. כאשר אדם עומד על אי תנועה בלב כביש ראשי ומשליך מ"טווח אפס" אבן גדולה לעבר חלון הנהג ברכב שנוסע במהירות גבוהה "רשאים אנו להניח, בהיעדר ראיה לסתור, כי היה מודע גם לתוצאה הקטלנית" (ע"פ 8827/01 שטרייזנט נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 506, 524 (2003)) וכי לכל הפחות היה אדיש לתוצאה זו (עניין פלוני, בפסקה 17; ע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (19.1.2006)). על-כן אני סבורה כי אין להתערב בשיקול דעתו של המשיב שהחליט על הפעלת תקנה 119 בענייננו של דוויאת, בייחוד בהינתן העובדה כי האמצעי שנבחר מביא בחשבון את ההבדל הקיים בין המקרה דנן בו הואשם דוויאת בהריגה ובין מי שיצא לפגע בכוונה תחילה להרוג. כוונתי לכך שבמקרה דנן בחר המשיב לנקוט בדרך של אטימה הפיכה, שהיא אמצעי מתון יותר במדרג האמצעים שניתן להפעיל על פי תקנה 119 (הריסה ואטימה בלתי הפיכה).

14. לא כן הדבר בכל הנוגע להפעלת תקנה 119 בעניינם של אטרש, אבו כף וטוויל. מהראיות המנהליות ומכתב האישום עולה כי מיוחסת לשלושה שותפות בעבירת ההריגה בשל נוכחותם באירוע, האבנים שיידו לעבר מכוניות חולפות אחרות והעברת אבנים לדוויאת. עם זאת אין חולק כי השלכת האבן הקטלנית מיוחסת לדוויאת בלבד שעמד, כאמור, על אי התנועה והשליכה ממרחק קצר ביותר בעוד שהיתר עמדו רחוק יותר. גם אם ניתן לראות את השלושה כמי שמשתייכים למעגל הפנימי של עבירת ההריגה, ואיני מחווה דעה לעניין זה, עולה מן הראיות המנהליות שפורטו וכן מכתב

האישום כי חלקם באירוע היה קטן בהרבה מזה של דוויאת. בכך נבדל ענייננו מעניין אבו עלאן שם רגמה באבנים קבוצת החשודים כולה את רכבה של אסתר אוחנה ז"ל, בלא שניתן היה לבדל מתוך הקבוצה את החשוד שהשליך את האבן הקטלנית שפגעה בה והמיתה אותה.

על כן, נראה לי כי הגזירה השווה שגזר המשיב בין דוויאת ובין אטרש, אבו כף וטוויל תוך התעלמות מן ההבדל המובהק הקיים ביניהם בכל הנוגע לחלק שנטלו באירוע, אינו תואם את המידתיות שמחויב בה המשיב בהפעילו איזה מן האמצעים העומדים לרשותו לפי תקנה 119. דומני כי במקרה דנן - הגם שמדובר באטימה הפיכה - ראוי היה שלא לנקוט באמצעי זה כלפי השלושה בשל ההבדל בינם ובין דוויאת מבחינת מעורבותם באירוע ובשל האיזון הנדרש בהקשר זה במכלול, בהינתן הפגיעה במשפחותיהם של השלושה ובקנינם.

15. בטרם סיום אציין כי העותרים בעתירות הנוגעות לדוויאת, אטרש ואבו כף הוסיפו וטענו כי משהחליט שר הפנים על שלילת רישיון הקבע של השלושה, אין מקום להפעלת אמצעי הרתעה נוסף ויש להסתפק בכך. משהוברר כי לגבי שלילת הרישיון מתנהלים הליכים נפרדים, לא ראינו מקום להביע עמדה בהקשר זה במסגרת העתירה דנן.

סוף דבר

16. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירה בבג"ץ 1721/16 בעניינינו של דוויאת ולקבל את העתירות בבג"ץ 1336/16, בבג"ץ 1337/16 ובבג"ץ 1777/16 בעניינם של אטרש, אבו כף ו-טוויל, בהן ייעשה הצו על תנאי למוחלט ויבוטלו צווי ההחרמה והאטימה שהוצאו לבתי המגורים שאליהם מתייחסות שלוש עתירות אלה. לבסוף אציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

פלוני, אשר לא הייתה לו "כוונת קטילה", נאשם בהליך פלילי כי היה מעורב בפעילות עוינת שהביאה למותו של אדם, וקיימות לעניין זה ראיות מנהליות שמבססות את המיוחס לו. לא נמצא כי בני משפחתו היו מעורבים בפעילות העוינת הנטענת. האם בנסיבות אלו תהא אטימת ביתו ובית משפחתו בשכונת צור באחר במזרח ירושלים – מידתית? לטעמי יש להשיב לשאלה זו בשלילה. מן הטעם הזה אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיעה חברתי, השופטת א' חיות, אשר הציעה לעשות את הצו על תנאי למוחלט בעתירות בבג"צ 1336/16, 1337/16 ו-177/16 – אך איני שותף לעמדתה שלפיה יש לדחות את העתירה בבג"ץ 1721/16. הואיל ובעתירה זו לא הייתה הסכמה כי הדיון יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מוציאים מלפנינו צו על תנאי גם בעתירה זו.

1. שוב לפנינו עתירות הנוגעות להפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, והפעם הזו מדובר בהחרמה ואטימה. שוב מבקשים העותרים להניח לדיון את השאלות העקרוניות הקשות שמעורר השימוש בסמכות המסורה למפקד הצבאי בתקנה זו. ההלכה הפסוקה מן העת האחרונה השיבה לטענות הכלליות נגד הפעלת הסמכות האמורה (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)), ואף שסברתי ואני מוסיף לסבור כי ראוי לעיין בה מחדש בהרכב מורחב – עמדתי, שעליה חזרתי לאחרונה, היא כי משזו ההלכה, ומשבית משפט זה חזר עליה לאחרונה במותבים שונים, אין מנוס מהכרעה בדל"ת אמותיה כל עוד לא שונתה (ראו חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) (להלן: עניין סידר) ובבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016) והאסמכתאות שם).

2. כך ביחס להלכה שיצאה מלפני בית משפט זה אך מקרוב; לא כך ביחס להלכה אחרת אשר כבר חלפו למעלה מ-30 שנה מאז שניתנה – זו אשר נקבעה בבג"ץ 126/83 אבו עלאן נ' שר הביטחון, פ"ד לז(2) 169 (1983) (להלן: עניין אבו עלאן). בפרשה זו נדון, כפי שציינה גם חברתי, עניינה של חבורה אשר רגמה באכנים מכונית שבה נסעה אסתר אוחנה ז"ל ובכך הביאה למותה – "בלא שניתן היה לבדל מתוך הקבוצה את החשוד שהשליך את האבן הקטלנית שפגעה בה והמיתה אותה" (פסקה 14 לחוות דעתה). בית משפט זה לא ראה להתערב בהחלטת המפקד הצבאי לאטום את בתי החשודים שם, ומצא אותה מידתית (עניין אבו עלאן, בעמ' 172).

3. על יסוד פסק הדין בפרשת אבו עלאן ראתה חברתי לדחות את העתירה בעניינינו של עבד דוויאת (להלן: דוויאת) (בג"ץ 1721/16). על פי המיוחס לדוויאת בכתב האישום, הוא שנטל ויידה את האבן אשר גרמה לאלכסנדר לבלוביץ ז"ל לאבד שליטה על רכבו ולהתנגש בעץ – ובכך גרם למותו. לעמדת חברתי, בעניינינו של זה הדברים שנכתבו שם "יפים ונכונים כאז כן עתה" (פסקה 12 לחוות דעתה). לעומת זאת סברה חברתי כי יש לקבל את עתירות משפחות החשודים האחרים, אשר עבירת ההריגה שיוחסה להם בכתב האישום מקורה הייתה בחברותם בשותפות בשל נוכחותם באירוע. בכך נבדל עניינם, לשיטת חברתי, מעניין אבו עלאן (פסקה 14 לחוות דעתה).

4. כאמור ברישה הדברים, לדעתי יש מקום להורות על מתן צו על תנאי גם בעתירתו של דוויאת. אין חולק על כך שהמעשים המיוחסים לו בכתב האישום חמורים לכאורה מאלה המיוחסים לשותפיו. ברם יש לזכור ולהדגיש כי גם לדוויאת לא יוחסה עבירת רצח, לאמור: לא נטען כלפיו כי פעל בכוונה תחילה לקטול חיי אדם. עוד יש להדגיש כי אין לפנינו טענה כי בני משפחתו של דוויאת היו בסוד התכנית הנפשעת הנטענת בכתב האישום. חרף כל זאת מצא המפקד הצבאי להורות על אטימת דירתו של דוויאת, שבה מתגוררות גם אמו ואחותו. אנו נדרשים אפוא להכריע אם הפעלת תקנה 119 בנסיבות שבהן החשוד במעורבות בפעילות העוינת לא פעל ב"כוונת קטילה"; ובנסיבות שבהן בני המשפחה לא היו מעורבים בפעילות העוינת – היא מידתית.

5. אכן, בעניין אבו עלאן השיב בית משפט זה לשאלה האמורה בחיוב. כאמור, למעלה מ-30 שנה חלפו מאז ניתן פסק דין זה. מאז חזר המשיב לעשות שימוש בסמכות שניתנה לו בתקנה 119 (סמכות שלא הופעלה משך שנים לא מעטות מאז פורסמו מסקנות ועדת שני; ראו בהקשר זה עניין טיזר, פסקה 3 לחוות דעתי) לא נטען כי נתבקשה הריסת או אטימת ביתו של מי שנחשד בפעילות עוינת שאין ביסודה "כוונת קטילה". דומה שגזרה זו שגזר על עצמו המשיב היא ראויה: השימוש בתקנה 119 הוא קיצוני באופיו, ועל פגיעתו הבלתי מידתית בבני משפחה לא מעורבים כבר עמדנו. על כן, גם אם ההלכה הפסוקה מתירה זאת במקרה של פעולה עוינת שבוצעה ב"כוונת קטילה" ושסופה בפגיעה בחיי אדם, קשה להלום מצב שבו תופעל סמכות זו במקרים שבהם לא התגלתה כוונה תחילה להמית – היא העבירה החמורה ביותר שבספר החוקים.

6. אין צריך להרחיב את הדיבור על התמורות הנרחבות שחלו בדין הישראלי מאז בא לעולם פסק הדין בפרשת אבו עלאן. חוקי היסוד, ובהם חוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו, נחקקו, והביאו עמם בשורה לכל אדם "באשר הוא אדם" (סעיף 2 לחוק יסוד כבוד: האדם וחירותו), יהא זה האסיר או המסתנן, העציר או בן משפחתו של החשוד בפעילות עוינת (עיינו גם בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקאות 123-124 (22.9.2014)). הריסת ביתו של אדם – ועל אף האפשרות לשנות מכך, כך גם לגבי החרמתו ואטימתו – פוגעת פגיעה קשה בזכויות בני משפחתו, שלא חטאו (ראו עניין טידר, פסקה 5 לחוות דעתי). הבעתי בעבר את עמדתי כי לגישתי-שלי, השונה מן ההלכה הנוהגת, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 שעה שלא הוכח בני משפחתו של החשוד היו מעורבים בפעילות העוינת – אינה מידתית (עניין טידר, פסקה 2 לחוות דעתי). מן ההלכה הפסוקה לא ראיתי כאמור לסטות כל עוד היא עומדת בעינה – אך המקרה שלפנינו הוא בבחינת צעד נוסף קדימה ביחס להלכה שנפסקה בעידן הנוכחי של הפעלת הסמכות, ועם כך אין לדעתי להסכין גם כאשר הלכה זו נותרה על מכונה.

אשר על כן, הייתי מציע לחבריי כי יינתן צו על תנאי גם בג"ץ 1721/16. אילו דעתי הייתה נשמעת, ניתן היה לברר במסגרת זו אם יש לאפשר למפקד הצבאי להורות על אטימה חלקית שתוגבל אך לחדרו של דוויאת (ראו והשוו: בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין (17.11.1994) (בדעת מיעוט); בג"ץ 4772/91 חיראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150 (1992) (חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין (בדעת מיעוט)). הואיל ודעתי לא התקבלה, איני רואה לקבוע מסמרות בשאלה זו בהליך שלפנינו. ביחס ליתר העתירות אני מצטרף, כאמור, לתוצאה שאליה הגיעה חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ד באדר ב' התשע"ו (3.4.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

