



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6905/18

לפני : כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופטת י' וילנר

העותרת : לטיפה נאג'י

נגד

המשיבים : 1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  
2. היועץ המשפטי לגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : ט"ז בחשוון התשע"ט (25.10.2018)

בשם העותרת : עו"ד בילאל סביחאת; עו"ד ג'ואד בולוס; עו"ד  
דנה בולוס

בשם המשיבים : עו"ד ערין ספדי-עטילה

### פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. עניינה של העתירה בצו החרמה והריסה שהוציא המשיב 1, הוא המפקד הצבאי על אזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי), ביחס למבנה השייך למשפחתו של אסלאם נאג'י (להלן: המפגע), אשר מואשם ברצח סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל (להלן: המנוח).

רקע

2. ביום 24.5.2018, במהלך פעילות של כוחות צה"ל במחנה הפליטים אל-אעמרי שברמאללה, השליך המפגע בלוק במשקל של כ-18 ק"ג לעבר ראשו של המנוח. בעקבות זאת, נפצע המנוח אנושות, ולאחר יומיים נקבע מותו (להלן: הפיגוע). המפגע נעצר על-ידי כוחות הביטחון, הודה בכיצוע הפיגוע, וכיום 5.7.2018 הוגש נגדו כתב אישום לבית המשפט הצבאי ביהודה.

3. ביום 25.8.2018 נמסרה למשפחת המפגע הודעה על החלטת המפקד הצבאי להרוס את הקומות הראשונה והרביעית של המבנה בו התגורר המפגע (להלן בהתאמה: ההחלטה הראשונה והמבנה), וביום 27.8.2018 הגישה משפחת המפגע השגה על החלטה זו. ואולם, ביום 19.9.2018 נשלחה למשפחת המפגע הודעה נוספת המודיעה על החלטה עדכנית של המפקד הצבאי להרוס את המבנה כולו (להלן: ההחלטה השנייה). בהמשך לכך, ביום 24.9.2018 הגישה העותרת, היא אמו של המפגע, השגה נגד ההחלטה השנייה, וביום 2.10.2018 נמסר לה כי השגתה נדחתה על-ידי המפקד הצבאי. במועד זה, נמסר לה גם צו החרמה והריסה המתייחס לכל המבנה (להלן: צו ההריסה).

4. עוד יצוין כי המבנה, שהוא כאמור בבעלות משפחת המפגע, כולל ארבע קומות: בקומה הראשונה התגורר המפגע יחד עם אמו ואחיו, הנתון במעצר מינהלי; בקומה השנייה מתגוררת משפחת אחיו של המפגע, המרצה כעת מאסר עולם; הקומה השלישית מושכרת למשפחה אחרת; והקומה הרביעית מצויה בהליכי בנייה ונועדה לשמש כדירתו של המפגע. יוער בנוסף כי למפגע שישה אחים, אשר על ארבעה מהם נגזרו עונשי מאסר עולם בגין מעורבות בפעולות טרור אשר גבו קורבנות בנפש; וכי כבר בשנת 1990 הוצא צו החרמה והריסה ביחס למבנה, בגין מעורבות אחיו של המפגע בהשלכת בקבוקי תבערה וברציחתם של תושבי איו"ש אשר נחשדו על-ידו בשיתוף פעולה עם כוחות הביטחון בישראל (להלן: צו ההחרמה הראשון). לאחר הריסת המבנה, בשנת 1996 בנתה אותו המשפחה מחדש, וזאת חרף הוראותיו של צו ההחרמה הראשון, האוסר על בנייה בקרקע המוחרמת. כמו כן, כעולה מתגובת המשיבים, מבנה נוסף שבו התגוררה משפחת המפגע לאחר מימוש צו ההריסה הראשון, נהרס אף הוא בשנת 2003, בגין מעשי טרור נוספים בהם היו מעורבים בני המשפחה.

העתירה דנן

5. בעתירתה העלתה העותרת מספר טענות עקרוניות בדבר חוקיותם של צווי החרמה והריסה המוצאים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן בהתאמה: תקנה 119 ותקנות ההגנה), ובדבר האופן שבו מיישם המפקד הצבאי את סמכותו מכוח תקנה זו. העותרת הטעימה כי הגיעה העת שבית משפט זה יקיים דיון מחודש בהלכה הפסוקה בנדון.

אשר לצו ההריסה, נטען כי לא היה מקום להוציאו בטרם הורשע המפגע בהליך הפלילי. עוד נטען כי הריסת המבנה תביא לפגיעה בלתי מידתית בעותרת וביתר דיירי

המבנה, ביניהם אחיינו הקטין של המפגע ובנם התינוק של השוכרים המתגוררים בקומה השלישית, שלא היו מעורבים במעשיו של המפגע ולא ידעו עליהם עובר לפיגוע. כמו כן, טענה העותרת, בהסתמך על כתבה עיתונאית, כי החלטתו השנייה של המפקד הצבאי התקבלה בעקבות פנייתה של משפחת המנוח אליו בבקשה שיורה על הריסת המבנה כולו, ומשכך, נטען כי ההחלטה השנייה התקבלה על סמך שיקולים זרים.

תגובה מקדמית לעתירה

6. בתגובתם המקדמית לעתירה (להלן: תצהיר התשובה הראשון) טענו המשיבים כי אין מקום להידרש לטענותיה העקרוניות של העותרת, שכן טענות אלו נדונו והוכרעו זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה. כמו כן, נטען כי המפקד הצבאי מוסמך להוציא צו החרמה והריסה אף בטרם הסתיים ההליך הפלילי, וזאת על יסוד ראיות מינהליות לאשמת המפגע, וכי בענייננו הודה המפגע בביצוע הפיגוע. עוד נטען כי בית משפט זה קבע לא אחת כי המפקד הצבאי מוסמך ואף רשאי להורות, במקרה המתאים, על הריסת מבנה למרות שדייריו לא סייעו למפגע, ולא ידעו על כוונותיו לבצע פעולת טרור.

עוד טענו המשיבים כי צו ההריסה הוא סביר ומידתי, וזאת נוכח חומרת מעשיו של המפגע אשר פעל לאחר תכנון מוקדם, איסוף מידע על פעילותם של כוחות צה"ל ועריכת תצפיות מגג המבנה. כמו כן, צוין כי הבלוק שהושלך על ראשו של המנוח נלקח מגג המבנה, ונזרק מגגו של מבנה שכן. משכך, לאור הצורך בהרתעה מפני ביצוע פיגועים נוספים, וכן בשים לב לכך שהמבנה נבנה מחדש בניגוד להוראות צו ההחרמה הראשון, טענו המשיבים כי אין מקום להתערב בשיקול דעת המפקד הצבאי בענייננו.

אשר לשינוי שחל בעמדת המפקד הצבאי ביחס להיקפו של צו ההריסה, נטען כי לאחר שהלה בחן מחדש את החומר הרלוונטי, הוחלט כי אין די בהריסת שתי קומות בלבד, וכי יש להרוס את המבנה כולו. כמו כן, נטען כי ההחלטה השנייה מהווה, בין היתר, אמצעי לאכיפת צו ההחרמה הראשון.

מהלך הדיון

7. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 25.10.2018 הסכימו המשיבים כי יתקיים דיון בעתירה כאילו ניתן צו על-תנאי. במהלך הדיון ביקשנו לקבל את עמדת המשיבים בשאלות מהם הטעמים שהביאו לשינוי החלטתו הראשונה של המפקד הצבאי ולקבלת

ההחלטה השנייה, ומדוע הדברים לא הובהרו בתצהיר התשובה הראשון. במענה לכך, טענו המשיבים כי רק לאחר קבלת ההחלטה הראשונה, הובהר למפקד הצבאי כי הריסתן של הקומות הראשונה והרביעית בלבד תחייב ביצוע ההריסה באופן ידני, ותקל משמעותית על שיקום המבנה לאחר הריסתו החלקית. לפיכך, כך נטען, נוכח ההבהרות האמורות ובשים לב להפרתו של צו ההחרמה הראשון, סבר המפקד הצבאי כי הריסה חלקית לא תשיג את תכליתה ההרתעתית של תקנה 119 לתקנות ההגנה, והחליט להורות על הריסת המבנה כולו.

בתום הדיון הורינו למשיבים להגיש תצהיר משלים המתייחס לנסיבות קבלת ההחלטה השנייה.

8. עוד יצוין כי במהלך הדיון ביקשו המשיבים להציג לעיוננו חוות דעת חסויה ועדכנית, המלמדת כי השימוש בסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכוח תקנה 119 אכן משיגה את תכליתה ומסייעת בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים. ואולם, העותרת התנגדה להצגת חוות הדעת החסויה במעמד צד אחד.

תצהיר התשובה השני

9. ביום 6.11.2018 הוגשה לנו הודעתם המשלימה של המשיבים, הנתמכת בתצהירו של אלוף פיקוד המרכז נדב פרן, הוא המפקד הצבאי (להלן: תצהיר התשובה השני או התצהיר), ובה הובהרו הדברים הבאים:

ביום 5.7.2018 גובשה חוות דעת הנדסית ראשונית, בגדרה נבחנה האפשרות להרוס את הקומות הראשונה והרביעית בלבד. במקביל לעריכת חוות הדעת, גובשה גם עמדתם של גורמי הביטחון ביחס להריסת המבנה, וביום 8.7.2018 הוגשה המלצה בנדון מטעם שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ) למשיב 2, הוא היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון (להלן: יועמ"ש איו"ש). השב"כ המליץ להרוס את הקומות הראשונה והרביעית, וציין כי קיים עותק לא חתום של צו ההחרמה הראשון, וכי יש לאתר את המקור החתום על מנת לשקול את האפשרות להריסת המבנה כולו. בעקבות זאת, ביום 9.8.2018 יועמ"ש איו"ש חיווה דעתו כי יש להרוס את המבנה כולו, וזאת בהתחשב, בין היתר, בהפרת צו ההחרמה הראשון. ביום 21.8.2018, לאחר מיפוי נוסף שבוצע לכל המבנה, אושרה חוות דעתו של יועמ"ש איו"ש על-ידי משרד המשפטים.

ביום 22.8.2018 ניתנה ההחלטה הראשונה של המפקד הצבאי, המורה, כאמור, על הריסת שתי קומות מן המבנה, וזאת בטרם הועברה לעיונו חוות הדעת ההנדסית מיום 5.7.2018, ומבלי שהובאו לידיעתו מלוא הפרטים ההנדסיים באשר לאופן ההריסה הידני של הקומות הראשונה והרביעית.

בהמשך לכך, התקיימה ביום 28.8.2018 פגישת עבודה שגרתית בין המפקד הצבאי לבין מפקד ההנדסה הפיקודי (להלן: מפקד ההנדסה), ובה הובהר למפקד הצבאי כי הריסתן של שתי קומות משמעה הריסה של מספר קירות פנימיים בלבד, וזאת באופן ידני, על-ידי חיילים אשר יידרשו לשהות לשם כך במבנה במשך מספר שעות. מפקד ההנדסה סבר, אפוא, כי משפחת המפגע תוכל לשקם את המבנה בקלות יחסית, ומשכך המליץ למפקד הצבאי להורות על הריסת המבנה כולו.

בעקבות המלצת מפקד ההנדסה, ובשים לב לאופן ביצוע ההריסה של שתי הקומות בלבד, הגיע המפקד הצבאי לכלל מסקנה כי ההחלטה הראשונה לא תשיג את התכלית ההרתעתית העומדת ביסוד תקנה 119 לתקנות ההגנה. נוכח האמור, ובהתחשב בחומרת מעשהו של המפגע ובהפרתו של צו ההחרמה הראשון, החליט המפקד הצבאי להורות על הריסה מלאה של המבנה, ואף הודיע על כוונתו זו במסגרת הערכת מצב פיקודית אשר נערכה ביום 28.8.2018. בהמשך לכך, גובשה חוות דעת הנדסית עדכנית, המתייחסת למבנה כולו, ובה צוין כי ניתן להרסו באמצעות שילוב של אמצעים מכניים, אמצעים ידניים וחבלה חמה מבוקרת, אשר יוציאו את המבנה מכלל שימוש, וימזערו את החשש מפני גרימת נזק נלווה למבנים סמוכים. הדברים נבחנו אף על-ידי יועמ"ש איו"ש ומשרד המשפטים, וביום 19.9.2018 נמסרה למשפחת המפגע הודעה על אודות ההחלטה השנייה.

10. נוכח כל האמור לעיל, טוען המפקד הצבאי בתצהירו כי השינוי בהחלטתו נבע משיקולים ענייניים ומקצועיים גרידא, אשר לא עמדו לנגד עיניו עובר לקבלת ההחלטה הראשונה. עוד נטען כי ההחלטה הראשונה היא החלטת ביניים, להבדיל מצו ההריסה אשר הוצא בעקבות ההחלטה השנייה, ומשכך המפקד הצבאי היה מוסמך לשנותה. מכל מקום, נטען כי אף אם נפל פגם בהליך קבלת ההחלטה הראשונה, הרי שהוא אינו עולה כדי פגם היורד לשורש ההליך המינהלי, ומשכך אין הצדקה לביטול צו ההריסה.

11. אשר לטענת העותרת כי ההחלטה להרחיב את היקף ההריסה נבעה מפניותיה של משפחת המנוח למפקד הצבאי, טוען המפקד הצבאי כי המשפחה אכן פנתה אליו מספר פעמים בטרם מתן ההודעה בדבר ההחלטה הראשונה, בבקשה כי יוצא צו

להריסת ביתו של המפגע. ואולם, רק במהלך חודש ספטמבר 2018, לאחר שהוחלט, כאמור, על הריסת המבנה כולו, פנתה המשפחה למפקד הצבאי בהשגה על ההחלטה להרוס את הקומות הראשונה והרביעית בלבד. המפקד הצבאי הצהיר, אפוא, כי ההחלטה השנייה נבעה משיקולים מקצועיים, ולא הושפעה כלל מפניותיה של משפחת המנוח. עוד נטען כי העותרת סמכה את טענתה שבנדון על כתבה עיתונאית, ומשכך לא הניחה תשתית ראייתית מספקת לטענה זו.

12. עוד הדגיש המפקד הצבאי בתצהירו כי נוכח השתלשלות העניינים המתוארת לעיל, הופקו הלקחים והתחדד בקרב הגורמים הרלוונטיים הצורך לגבש חוות דעת הנדסית בשלב מוקדם ככל הניתן, ובטרם קבלת החלטה בדבר הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119. כמו כן, צוין כי בכוונת המשיבים לפעול לאכיפתם של צווי החרמה והריסה נוספים אשר הוצאו בעבר.

תגובת העותרת לתצהיר התשובה השני

13. בתגובתה לתצהיר המפקד הצבאי, טוענת העותרת כי העובדות והטענות הכלולות בו לא הועלו במסגרת תצהיר התשובה הראשון, ולפיכך יש לדחותן. כמו כן, מעלה העותרת תהיות שונות בנוגע לאמינות העובדות אשר הוצגו לראשונה רק בתצהיר התשובה השני.

בנוסף, נטען כי צו ההחרמה הראשון הוצא בטרם נחתמו הסכמי אוסלו, בגדרם הוקנתה השליטה בשטחי A לרשות הפלסטינית, אשר אישרה את בניית המבנה מחדש; וכי אכיפתו של צו ההחרמה הראשון לאחר שנים רבות מעת בנייתו המחודשת של המבנה, לוקה בשיהוי ניכר.

דיון והכרעה

14. לאחר העיון בעתירה, בתצהירי המשיבים ובתגובת העותרת, ולאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע לחבריי לעשות – הכול כפי שיפורט להלן.

אקדים ואציין כי ההנחה הרווחת בפסיקתו של בית משפט זה היא כי התשתית העובדתית המוצגת בתצהירים מטעם רשויות המדינה מדויקת ומהימנה (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי דיוני 446-447 (2017)); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג

1656 (2014). יש להניח, אם כן, כי המפקד הצבאי תיאר בתצהירו את העובדות כהווייתן, וזאת בייחוד כאשר לא עלה בידי העותרת להראות אחרת בתגובתה. משכך, יש לראות בתשתית העובדתית אשר נפרשה בתצהיר התשובה השני תיאור אמין של השתלשלות העניינים למן הפיגוע ועד להוצאת צו ההריסה.

על ההליך המינהלי

15. רבות דובר בפסיקה על חשיבותו של הליך מינהלי תקין ומושכל, בגדרו מפעילה הרשות המינהלית את שיקול דעתה על יסוד תשתית עובדתית רלוונטית, לאחר בחינה מדוקדקת ואיזון ראוי, הבאים לידי ביטוי בהחלטה מנומקת ומבוססת (ראו: בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקאות 35-36 (9.6.2011)).

הכללים המסדירים את ההליך המינהלי נועדו לשם מימוש מספר תכליות: מנקודת מבט תועלתנית, הליך מינהלי תקין מסייע בקבלתה של החלטה מאוזנת ונכונה, תורם להגברת אמון הציבור ברשויות המינהל, ומאפשר ביקורת על הליכי קבלת ההחלטות ברשות. בנוסף, להליך המינהלי ערך אינטרינזי, שכן יש בו כדי לקדם ערכים דמוקרטיים כגון שוויון, פלורליזם וכיוצא באלה (ראו: עניין פורום הערים העצמאיות, פסקה 35; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 261-263 (2010); וכן השוו: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקאות 37-38 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (6.8.2017)).

16. בענייננו, עיון בתצהיר התשובה השני מעלה כי ההחלטה הראשונה התקבלה למעשה מבלי שהמפקד הצבאי עיין בחוות הדעת ההנדסית הרלוונטית או נתן דעתו על אופן ההריסה של הקומות הראשונה והרביעית, ואף מבלי שנדרש כיאות לעמדותיהם של השב"כ ושל יועמ"ש או"ש אשר התייחסו בעמדותיהם, הן לאפשרות של הריסת המבנה כולו והן לקיומו של צו ההחרמה הראשון. יש להצר, אפוא, על הפגם שנפל בהליך קבלת ההחלטה הראשונה, ומן הראוי היה שהמפקד הצבאי יקבלה, רק לאחר בחינת התשתית העובדתית והמקצועית הנדרשת לצורך עריכת האיזון הראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים.

17. ואולם, יש להבחין בין הפגם שנפל בהליך המינהלי לבין תוצאותיו, וזאת בהתאם לדוקטרינת "הבטלות היחסית". כך, נקבע כי לשם הכרעה בדבר תוצאתו הראויה של הליך מינהלי פגום יש לשקול, בין היתר, את מהות הפגם; את האפשרות

לרפאו; את השפעתו על ההחלטה הסופית; ואת הנזק אשר עשוי להיגרם מביטולה של החלטה זו (ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 70-71 (1997) והאסמכתאות שם; עע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, פסקה 68 (24.7.2008); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד 3013-3007 (2017)). כמו כן, נקבע כי בנסיבות מסוימות, עשוי תיקון מאוחר של הפגם שבדק בהליך המינהלי, להביא לריפוי מלכתחילה. ואולם, על מנת שיירפא ההליך הפגום עקב תיקון שבדיעבד, נדרשת הרשות המינהלית לשקול את הנתונים החדשים העולים מתיקון זה בלב פתוח ובנפש חפצה, ובמידת הצורך אף לשנות את החלטתה בהתאם (ראו והשוו: בג"ץ 5303/16 גרמן נ' שר הבריאות, פסקה 21 (13.11.2018) והאסמכתאות שם; בג"ץ 3379/03 מוסטיקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 891 (2004)).

18. ואכן, בענייננו, שוכנעתי כי הפגם שנפל בהליך קבלתה של ההחלטה הראשונה נרפא במסגרת הליך קבלת ההחלטה השנייה על-ידי המפקד הצבאי, עוד בטרם הוצא צו ההריסה. כעולה מהתצהיר, ההחלטה השנייה, שבעקבותיה הוצא צו ההריסה, התקבלה בהליך מינהלי תקין לאחר שעמדו בפני המפקד הצבאי המלצות השב"כ ויועמ"ש איו"ש, וכן על יסוד שיג ושיח בינו לבין מפקד ההנדסה. במהלך שיח זה, הוסברו למפקד הצבאי כלל ההיבטים ההנדסיים של הריסת המבנה – בין אם תיהרסנה שתיים מקומותיו, ובין אם ייהרס במלואו. דומה, אם כן, כי הפגמים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה הראשונה לא השפיעו, בסופו של דבר, על החלטת המפקד הצבאי להוציא את צו ההריסה – החלטה אשר התבססה על שיקולים ענייניים.

נוכח האמור, ומשהודיענו המפקד הצבאי בתצהירו כי המשיבים הפיקו לקחים מן ההליך דנן וכי אלה יוטמעו בעבודתם מעתה ואילך, אני סבורה כי אין בפגמים אשר נפלו בהליך קבלת ההחלטה הראשונה כדי לפגום בתוקפה של ההחלטה השנייה, ולא כל שכן, בתוקף צו ההריסה אשר הוצא מכוחה.

אפנה, אפוא, לבחון את צו ההריסה לגופו, לאור התשתית הרלוונטית שהונחה לפנינו במסגרת תצהיר התשובה השני.

סמכות ושיקול דעת – תקנה 119 והריסת בתים מכוחה

19. הלכה פסוקה היא, וזו נקודת המוצא לדיוננו, כי המפקד הצבאי מוסמך להורות על הריסת מבנים המשמשים למגוריהם של מפגעים אשר נטלו חלק בפעולות טרור, וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה. פעמים רבות נדרש בית משפט זה לסמכותו של



המפקד הצבאי לפעול כאמור, ולהצדקות להפעלתה של סמכות זו – זאת, בשים לב להוראות המשפט הבינלאומי, לחוקי היסוד ואף למשפט העברי. כך נעשה הן במסגרת עתירות אשר עסקו בצווי הריסה פרטניים (ראו למשל: בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (5.1.2009); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015); בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ה (2.5.2016) והאסמכתאות שם; בג"ץ 5942/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017)), והן במסגרת עתירות בעלות אופי עקרוני (ראו למשל: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.2014)). בכל אלו, ובעתירות רבות נוספות, שבו העותרים והעלו שלל טענות עקרוניות החותרות תחת עצם השימוש בסמכות המפקד הצבאי על-פי תקנה 119. אף העותרת לא טמנה ידה בצלחת, והיא מבקשת להיתלות, בין היתר, בקריאות שנשמעו בפסיקה לבחינה מחודשת של ההלכה הפסוקה בנדון.

יוער, כי קריאות אלו לא נעלמו מעיניי, ואולם, ישנה חשיבות רבה לכך שבית משפט זה ידבר בקול אחד לאחר שנפסקה הלכה מפיו, למען שמירה על יציבות ההלכה, ועל מנת שההלכה הפסוקה תאפשר לציבור לכלכל צעדיו ולהכווין את התנהגותו לאורה. יש על כן להישמר מפני מצב שבו נקודות מבט שונות, יביאו לכדי ערעור יסודותיה של ההלכה הפסוקה, שעה שאין הצדקה לשינויה (ראו: ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים-לפועל של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו 71, 75-76 (1961); בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 144-145 (1986); יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – דיון נוסף" בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 191-192 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018); והשוו: בג"ץ 671/10 מקורות חברת מים בע"מ נ' טיברמן, פסקה ו (10.10.2011)).

לפיכך, משההלכה הפסוקה בעניין הריסת בתי מפגעים מכוח תקנה 119 לא שונתה במסגרת הדרכים המקובלות לשינוי הלכה של בית משפט זה, ראוי לנהוג על-פיה (ראו: בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 20 (23.3.2016); וכך ראו: רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 174-173 (2006); בג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 5 (24.10.2006)). כבר נאמר לא אחת כי "לא כל אימת שבית משפט זה דן בעתירה שעניינה תקנה 119 לתקנות ההגנה, יש להידרש מבראשית לנושא העקרוני של עצם הסמכות להוציא צווי החרמה והריסה על פי תקנה זו" (בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט י' עמית (22.12.2015); וכך ראו: בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ'

מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית וחוות דעתה של השופטת ע' ברון (7.11.2017); בג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 19 (26.11.2017); בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 12-13 (28.2.2018)).

20. כמו כן, אוסיף כי אף לגופם של דברים, אינני שותפה לקריאות העולות בפסיקה ובספרות אשר מטילות ספק בהצדקות לשימוש בתקנה 119. אני סבורה כי בעת הזאת, השימוש בתקנה 119 הוא מוצדק והכרחי, וזאת נוכח פסיקתו של בית משפט זה ביחס ליעילות השימוש בתקנה זו להרתעת מפגעים פוטנציאליים. להלן אבהיר עמדתי זו.

21. אכן, אין לכחד, הפגיעה הכרוכה ביישומה של תקנה 119 – פגיעה בזכות הקניין המהווה זכות יסוד חוקתית (ראו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) – אינה פשוטה כלל ועיקר. פגיעה זו קשה שבעתיים כאשר עניין לנו ברכושם של בני משפחה ואחרים אשר אינם מעורבים בפעילות עוינת, ואשר נותרים, לעתים, ללא קורת גג אך בשל מעשיו הנפשעים של בן משפחתם. אין חולק כי מוטב היה אילו שרר השלום באזורנו, וכלל לא היינו נזקקים לשימוש בתקנה זו. ואולם, בצוק העתים, אני סבורה כי השימוש בסמכות ההחרמה וההריסה לפי תקנה 119 הוא הכרחי בל יגונה, ואינו אלא מנגזרותיה המתחייבות של דמוקרטיה מתגוננת.

22. אמנם נכון הדבר כי ההגנה על זכויות אדם ואזרח היא מחובותיה הבסיסיות של מדינה דמוקרטית. ברם, באופן בסיסי אף יותר, נדרשת הדמוקרטיה להגן על קיומה של תשתית מדינית וביטחונית אשר תאפשר לאזרחיה ליהנות מזכויותיהם אלה. מכאן נובעת החשיבות שבשמירה על ביטחון המדינה, וזאת אף במחיר של פגיעה בזכויות אדם ואזרח (ראו: I. Zamir, *The Rule of Law and the Control of Terrorism*, 8 TEL (1988) 81, 83-84; Aviv U. Stud. L. 81, 83-84 (1988); עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים 79 (2004)). יתר על כן, יובהר כי נקיטה באמצעים פוגעניים, הדרושים לשם שמירה על ביטחון המדינה, אינה משום "פגיעה הכרחית" בדמוקרטיה, אלא היא-היא חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה (ראו: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 25-26 (2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 339 (2006) (להלן: עניין עדאלה)).

23. עוד טרם קום המדינה ועד ימינו אנו, מתמודדת מדינת ישראל עם איומים קיומיים – עם מלחמות מבית ומחוץ, ועם טרור רצחני וחסר הבחנה החותר תחת עצם קיומה. פעמים ששוככים קמעה גלי הטרור, פעמים שהם שבים וגוברים, זורעים מוות והרס ופוגעים בחייהם ובגופם של רבים – אנשים, נשים וטף – קרבנות חפים מפשע. אף בעת האחרונה, להוותנו, אנו עדים להסלמה במעשי הטרור וההרג. מציאות זו מחייבת כאמור התמודדות הולמת, שעיקרה בהרתעה יעילה ומשמעותית מפני ביצוע פעולות טרור נוספות בעתיד.

24. כפי שצוין לא אחת, התכלית העומדת בבסיס תקנה 119 אינה עונשית, אלא הרתעתית, והיא נועדה להביא לכך שמפגעים פוטנציאליים יימנעו מביצוע פעולות טרור מחשש שמשפחתם תישאר ללא קורת גג, וכן לכך שבני משפחה של אלה הזוממים לבצע פיגועים יפעלו על מנת להניאם מעשות כן (ראו למשל: עניין חמאד, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ע' ברוך (31.3.2016)).

25. לא אחת הציגו גורמי הביטחון לפני בית משפט זה חוות דעת המעידות על כך שהריסות בתי מפגעים אכן משיגות את מטרתן ומסייעות בהרתעה מפני מעשי טרור פוטנציאליים (ראו למשל, מהעת האחרונה: עניין אלג'מל, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו אלרוב, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט א' שחם). עוד יצוין כי אנשי כוחות הביטחון הם הגורמים המקצועיים ובעלי המומחיות בסוגיה זו, ומשכך, לא בנקל יתערב בית המשפט בהערכותיהם המקצועיות, ואף אני לא ראיתי להרהר אחריהן (ראו: בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 349 (1994); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 20 (1.7.2014); עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה יז לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; עניין אלג'מל, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין אבו אלרוב, פסקה 22; למחקרים התומכים בטענות גורמי הביטחון, ראו: עניין המוקד להגנת הפרט, פסקאות 6-14 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג והאסמכתאות שם). עם זאת, חשוב להדגיש כי ישנו צורך לשוב ולבחון את יעילות ההרתעה מעת לעת, על-מנת להצדיק את הפגיעה בדיירי בית המפגע (עניין המוקד להגנת הפרט, פסקה כז; בג"ץ 799/17 קונבר נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 (23.02.2017)).

26. ואולם, המלחמה בטרור אינה יכולה להכשיר כל מעשה אך משום שיש בו פוטנציאל למיגור ולהרתעה, וכללי השיטה הדמוקרטית מחייבים התנהלות מתוך ריסון, איזון ומידתיות. משכך, לאורך השנים שב בית משפט זה ונדרש לאיזון העדין שבין

שמירה על ביטחון המדינה לבין הגנה על כבוד האדם וחירותו (ראו למשל: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999) (בעניין אמצעי חקירה פיזיים); דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 740-742 (2000) (בעניין מעצר מינהלי של "קלפי מיקוח"); בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 382-383 (2002) (בעניין "צו תיחום מגורים" לקרוביהם של מחבלים מתאבדים); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 587-590 (2006) (בעניין הסיכולים הממוקדים); עניין עדאלה, שם (בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003); על תפקידו של בית המשפט בנדון, ראו: Zamir, בעמודים 88-92; אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים לח(1) 29 (התשס"ח)).

27. באופן דומה נהג בית משפט זה גם בכל הנוגע לסמכות המפקד הצבאי להורות על הריסת בתי מפגעים מכוח תקנה 119. בתוך כך, נקבע כי על-אף שתקנה זו חוסה תחת סעיף שמירת הדינים (ראו: סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), יש להפעילה לאור האמור בחוקי היסוד, ובאופן סביר ומידתי. כמו כן, התפתחה בפסיקה רשימת שיקולים, שאינה סגורה, שעל המפקד הצבאי לתת דעתו עליהם בטרם הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, וביניהם: חומרת המעשים המיוחסים למפגע ועוצמת הראיות נגדו; הפגיעה שתסב ההריסה לדיירי המבנה; מידת מעורבותם של הדיירים במעשי המפגע; וכן קיומם של אמצעים אשר פגיעתם במבנה המיועד להריסה ובמבנים השכנים – פחותה (ראו: עניין אבו דהים, פסקה 5; עניין עואודה, פסקה 17; בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014)).

28. על רקע האמור לעיל, ולאחר שעמדנו על חוקיות השימוש בתקנה 119 בעת הזאת, ועל ההצדקה העקרונית לכך, יש לבחון את טענות העותרת כי צו ההחרמה הוצא במקרה זה מתוך שיקולים זרים וכי מימושו יביא לפגיעה בלתי מידתית בעותרת וביתר דיירי המבנה.

מן הכלל אל הפרט

29. נקודת המוצא לדיוננו היא כי יש בצו ההריסה פוטנציאל הרתעתי. כזכור, בדיון שהתקיים לפנינו ביקשו המשיבים להציג חוות דעת עדכנית המעידה על יעילותן של הריסות בתי מפגעים, אך העותרת סירבה, כאמור, להצגתה של חוות דעת זו במעמד צד אחד, וטעמיה עמה. ואולם, נוכח סירוב זה עומדת למשיבים חזקת תקינות המינהל,

לפיה יש להניח כי חוות הדעת החסויה אכן תומכת בטענותיהם (ראו: בג"ץ 5696/09 מוגדבי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 26 והאסמכתאות שם (15.2.2012); עניין זכריא, פסקה 22; בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פסקה 62 (24.5.2018)). ואולם, בכך לא די, שכן יש כאמור ליישם בכל מקרה ומקרה את הוראת תקנה 119 בהתאם לאמות המידה של תקינות מינהלית ובאופן מידתי.

30. שוכנעתי, כמפורט לעיל (ראו פסקה 18), כי השיקולים שעמדו בבסיס קבלת ההחלטה השנייה היו ענייניים ומקצועיים ולא היו מעורבים בהם שיקולים זרים, וכן כי הליך קבלתה של החלטה זו, מכוחה הוצא צו ההריסה, היה תקין.

אשר למידתיות צו ההריסה: מקובלת עלי עמדת המפקד הצבאי כי הריסתן של שתי קומות בלבד, אשר משמעה הריסת קירות פנימיים בודדים בקומות אלה אותם ניתן יהיה לשקם בקלות יחסית, תפגע באופן ניכר בתכליתו של צו ההריסה – היא הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד. לפיכך, דומה כי אין בנמצא אמצעי שפגיעתו פחותה אשר יביא למימוש התכלית ההרתעתית כיאות. כמו כן, שוכנעתי כי אופן ההריסה המתוכנן לא יפגע באופן ממשי במבנים סמוכים, כאמור בחוות הדעת ההנדסית העדכנית. עוד יש להביא בחשבון את קיומו של צו ההחרמה הראשון ביחס למבנה כולו, אשר הוקם לאחר הריסתו בניגוד להוראותיו של צו זה, את הודאתו של המפגע, ואת חומרת המעשים המיוחסים לו, אשר בוצעו באמצעות בלוק שנלקח מגג המבנה ולאחר תצפיות שנערכו מגג זה.

31. עוד יצוין כי סמכותו של המפקד הצבאי להורות על הריסת המבנה אינה מותנית בהרשעתו של המפגע בדין הפלילי, וכי ניתן להסתפק בהקשר זה בראיות מינהליות לאשמתו. לא כל שכן שאין לקבל את טענת העותרת כי לא היה מקום להוציא את צו ההריסה בטרם הורשע המפגע, כאשר בענייננו הודה הלה בביצוע הפיגוע (ראו: עניין עואודה, פסקה 21; עניין פלוני, פסקה 8).

32. סיכומו של דבר, כאמור, אני ערה לפגיעה שתסב הריסת המבנה לדייריו, אשר לא נטען כי היו מעורבים בתכנון הפיגוע. ברם, בשים לב למכלול השיקולים הרלוונטיים ולאור חשיבותה של הרתעה יעילה ומשמעותית בענייננו ובכלל – למען השמירה על שלומם וגופם של אזרחי המדינה, אני סבורה כי אין בפגיעות נלוות אלו, קשות ככל שיהיו, כדי לפגום במידתיותו של צו ההריסה (ראו: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 653-654 (1997); עניין אבו זיד, פסקה ז והאסמכתאות שם). לפיכך, דעתי היא כי אין להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי

ובהחלטתו להוציא צו הריסה למבנה – החלטה מידתית המצויה בתוככי מתחם הסבירות.

33. סוף דבר: אציע לחבריי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות.

## ש ו פ ט ת

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. חברתי השופטת י' וילנר פרסה את מכלול העובדות והנסיבות המיוחדות המאפיינות את המקרה שבפנינו. בחינתה של יריעה זו מובילה אף אותי לתוצאה שאליה הגיעה. בצד זאת, אבקש להבהיר את גישתי.

2. גם להשקפתי נקודת המוצא לדיון בעתירה שבפנינו היא פסיקתו העדכנית של בית משפט זה בעניין השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) לצורכי הרתעה. בגדרה של פסיקה זו שומה עלינו בעת הזו לבחון את חוקיותו של צו ההריסה בהתאם לכללי המשפט המינהלי המתמקדים בשאלת קיומו של הליך קבלת החלטות תקין ובשאלת חוקיותו של שיקול הדעת. שאר השאלות המורכבות שהשימוש באמצעי זה מעורר אינן פתוחות לדיון בגדרו של כל תיק חדש שבו נדון צו הריסה שהוצא מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה. אכן, בשנים האחרונות הופנתה תשומת הלב לשאלות שמעוררת הפעלתה של הסמכות על-ידי חלק משופטיו של בית משפט זה, ואני ביניהם (ראו: בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 לפסק דיני וההפניות שם (7.6.2018)). בצד זאת, כידוע, הבקשה לקיום דיון נוסף בהלכה הפסוקה בסוגיה נדחתה (דנג"ץ 9324/17 אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017)). על כן, גם במקרים אחרים שבהם נדרשתי לעתירות הנסכות על החלטה לפי תקנה 119 הבחנתי בין ה"בחינה הפנימית" של ההחלטה בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי לבין ה"בחינה החיצונית" שלה מהיבטים נוספים (ראו: בג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקאות 1-3 לחוות דעתי (24.3.2016)). בהתאם לכך, גם במקרה דנן אגביל עצמי ל"בחינה הפנימית" של ההחלטה, מבלי שאני חוזרת בי מן השאלות שהצגתי בעבר.

3. מכל מקום, בהתחשב בתצהירו המפורט של אלוף פיקוד מרכז אשר הוגש לאחר הדיון שהתקיים בפנינו ונדרש לשאלות שעלו בו, השתכנעתי כי ההחלטה

התקבלה בגדרן של אמות המידה שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה, ותוך התחשבות במשמעות של ביצוע עבודת ההריסה באמצעים ידניים. הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות שבהן הבלוק הכבד ששימש למעשה הרצחני נלקח מתוך גג הבית ואף התצפיות שקדמו לו בוצעו לפי הנתען משם. לצד זאת, וכפי שציינה חברתי השופטת וילנר, יש קושי בכך שהחלטה בנושא התקבלה מבלי שכל העובדות החשובות לעניין היו מונחות בפניו של מקבל ההחלטה קודם שהתקבלה ההחלטה הראשונה, אלא רק בשלב השני. אני מסכימה כי בנסיבות העניין עובדה זו אינה משליכה על התוצאה, אך כאשר מדובר בסוגיה כה רגישה ובצעד כה קשה, יש מקום להפקת הלקחים הדרושים.

4. לבסוף, חשוב להדגיש כי כפי שציינה חברתי, שאלת כוחם המרתיע של צווי ההריסה לא עמדה לדיון בפנינו במישרין – משבאי-כוחה של העותרת סירבו לכך שנעיין בחוות הדעת העדכנית של השב"כ בסוגיה זו. על כן, בנסיבות העניין עומדת לגורמי הביטחון חזקת חוקיות המינהל בעניין. לגוף הדברים, התשובה לשאלה זו אינה פשוטה, ולכן הגם שלא ניתן לנו לעיין בחוות הדעת אין בכך כדי לפטור את גורמי הביטחון מהחובה המתמדת להוסיף ולבחון את השאלה בהתאם לעובדות העדכניות בשטח. כזכור, השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה מבוסס כל כולו על תכלית ההרתעה, ולא על כל תכלית אחרת (ראו למשל: בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח' (14.2.2016); בג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 21 (14.6.2016)). עמדתם של העותרים חסמה מראש בירור נוסף של הסוגיה במקרה דנן.

## ש ו פ ט ת

### השופט ג' קרא:

לאחר שעיינתי בחוות דעתן של חברותיי, השופטות י' וילנר ו-ד' ברק-ארז, אין בידי להצטרף לתוצאה אליה הגיעו.

1. תחילה אציין כי בכל הנוגע לבקשת העותרים לדון בשאלות העקרוניות הכרוכות בהפעלת סמכות המשיב 1 להריסת בתים מכח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119), שותף אני לעמדה כי כל עוד עומדת ההלכה על מכונה, יש לפסוק בגדרה. אך בה בעת, חלקי עם הסוברים כי השימוש בסמכות מעורר קשיים בתחומי המשפט הפנימי והמשפט הבינלאומי שלא זכו לליבון ולדיון מעמיק בפסיקה, כך שיש מקום לעיין שוב בשאלות אלו בהרכב מורחב (ראו השופט ע' פוגלמן

בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.10.2015) ובבג"ץ 7220/15 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.6.2016); השופט מ' מזוז בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (1.12.2015); השופט ס' ג'ובראן בבג"ץ 1938/16 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (24.3.2016); ראו גם עמחי כהן וגיא הרפז "על קבעון ודינמיות: עיון מחודש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון", מחקרי משפט לא(3) 973 (2018)). דומה שככל שיגבר השימוש בתקנה 119 ילך ויתחזק הצורך בבחינה מחודשת של ההלכה.

2. אפנה אם כן ליישום ההלכה על נסיבות המקרה שלפנינו.

לפי ההלכה הנוהגת השימוש בתקנה 119 נתון לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, אך כפוף לביקורת שיפוטית של בית משפט זה (בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (15.11.2015) (להלן: עניין חמאד); בג"ץ 8786/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט י' אלרון (26.11.2017)). יודגש כי השימוש בתקנה 119 שמור למקרים חריגים, ונוכח החומרה הגלומה בהפעלת הסמכות ובהיותה סנקציה המביאה לאבדן קורת-גגו של אדם, נדרש המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו באופן מדוד ושיקול "עליו לנקוט משנה זהירות בהחלטה על הוצאת צו החרמה והריסה ולהקפיד – הקפדה יתרה – כי החלטתו תעמוד בדרישות המידתיות והסבירות" (בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל (28.2.2018); בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, בפסקה ל"ג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.7.2017), וראו גם בג"ץ 361/82 חמדי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982); בג"ץ 8161/17 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.11.2017)).

הביקורת השיפוטית תתמקד אפוא באופן הפעלת שיקול הדעת והליך קבלת ההחלטה, בהתאם לכללי המשפט המנהלי והחוקתי (ראו גם בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, בפסקה כ' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט) ובג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539-540 (1989)). כפי שנפסק, את השימוש בתקנה 119 יש לבחון לאור נסיבות המקרה בשים לב לתנאי פסקת ההגבלה ומבחיני המידתיות (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת כתוארה אז א' חיות; בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, בפסקה 5 (5.1.2009)). על כך אוסיף כי "בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי



כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, 777 (1999)).

3. יישום ההלכה על המקרה דנן מביאה לדידי למסקנה כי אין לאשר את צו ההריסה מושא העתירה באופן מלא. מסקנתי זו נובעת מהתנהלותו החריגה של המשיב 1, הוא המפקד הצבאי (להלן: המשיב 1), המצדיקה בנסיבות המקרה את ביטול החלטתו השנייה המרחיבה את ההריסה, והעמדת החלטתו הראשונה תחתיה. לו דעתי היתה נשמעת היינו מורים על קבלת העתירה באופן חלקי, כך שתאושר הריסת הקומות הראשונה והרביעית של המבנה בלבד.

אפרט את טעמי.

4. צו ההריסה וההחרמה מיום 2.10.2018 התייחס לכלל המבנה על ארבע קומותיו. כמפורט בסעיף 21 לתשובת המשיבים מיום 24.10.2018, המדובר במבנה בן ארבע קומות. בקומה הראשונה מתגורר המפגע יחד עם אמו ואח אחר שנתון במעצר מנהלי מינואר 2018. הדירה בקומה הראשונה כוללת ארבעה חדרים בהם סלון, שלושה חדרי שינה, מטבח, חדר אירוח, מקלחת ושירותים. בקומה השניה מתגוררת משפחת אחיו של המפגע (המרצה מאסר עולם), אשת אחיו וילדיה. הקומה השלישית מושכרת למשפחה שאינה משפחתו של המפגע. הקומה הרביעית מצויה בשלבי בניה מתקדמים ומיועדת להיות בית מגוריו של המפגע.

5. אין טענה כי מי מבני משפחתו של המפגע המתגוררים במבנה נכון ליום ביצוע הפיגוע, היה מודע למעשיו ולתוכניותיו של המפגע ואין כל ראיה בדבר מעורבותם בכל פעילות חבלנית.

6. ביום 22.8.2018 קיבל המשיב 1 את החלטתו הראשונה (להלן: ההחלטה הראשונה) להרוס שתי קומות במבנה שהוכח כי למפגע זיקת מגורים ו/או בעלות בהן: הקומה הראשונה והקומה הרביעית (בסעיף 15 לתצהיר המשלים).

7. בעת קבלת ההחלטה הראשונה ידע המשיב 1 על קיומו של צו החרמה והריסה משנת 1990, שהוצא לגבי המבנה וידע על קיומה של חוות דעת שב"כ מיום 7.8.2018, שהמליצה על הריסת שתי קומות מהמבנה שהוכח כי קיימת אליהן זיקת מגורים או בעלות למפגע (סעיף 13 לתצהיר המשלים). הודעה על ההחלטה הראשונה נמסרה

למשפחת המפגע ביום 25.8.2018, וצורפה לעתירה (כנספח ע/1) בה נכתב כי: "צעד זה ננקט הואיל והנדון ביצע פיגוע כנגד כוחות צה"ל... כמו כן צעד זה ננקט מכוח צו ההחרמה וההריסה שהוצא בשנת 1990 למקום זה ולמבנה שהיה קיים במקום והופר בעצם הקמת המבנה הנוכחי".

8. מקריאת שני תצהירי תשובתו של המשיב 1 ניתן לסכם להבנתי את עמדתו כך: עוד ביום 22.8.2018, עת קיבל את החלטתו הראשונה ידע המשיב 1 על קיומו של צו ההריסה וההחרמה משנת 1990, כן ידע על חוות דעת שב"כ שהמליצה על הריסת שתי קומות מהמבנה (כשיש בכך אליבא דשב"כ להשיג את תכלית ההרתעה). אולם, חוות דעת הנדסית מיום 5.7.2018 לא היתה בפניו. על בסיס האמור הפעיל המשיב 1 את שיקול דעתו והחליט על הריסת שתי קומות במבנה. יש להניח כי אלמלא השתכנע המשיב 1 בעת קבלת החלטתו הראשונה כי יש בהריסת שתי הקומות במבנה כדי להשיג את תכלית ההרתעה המתבקשת, הוא לא היה מקבלה. אלא, שבהמשך, משיחה שקיים המשיב 1 עם מפקד הנדסה פיקודי, שיחה שהתקיימה ביום 28.8.2018, למד המשיב 1 כי הריסת שתי קומות במבנה ניתנת לשיקום ובהינתן קיומו של צו הריסה משנת 1990, המליץ מפקד ההנדסה הפיקודי לנקוט בצעד של הריסת המבנה כולו. או אז, החליט המשיב 1 לשנות מעמדתו והורה על הריסת המבנה כולו, כך שתושג הרתעה רחבה יותר וכלשונו: "לאחר בחינת הנפקויות של שתי חלופות ההריסה כאמור במישור ההרתעה אשר הצורך בה נדרש במיוחד במקרה דנן לאור בניית הבית מחדש חרף הריסתו בשנת 1990, החלטתי כי יש לפעול להריסת הבית כולו" (ההדגשה אינה במקור, ג'.ק.).

על החלטתו השניה עדכן המשיב 1 את משרד המשפטים. לאחר שצורפה חוות דעת הנדסית מיום 13.9.2018 המתייחסת להריסת המבנה כולו, נמסרה על ידי המשיב 1 ביום 19.9.2018 הודעה נוספת למשפחת המפגע ובה עדכון בדבר החלטתו להרוס את המבנה כולו. לאחר דחיית ההשגה השניה שהוגשה, הוצא ונחתם צו ההריסה על כל המבנה ביום 2.10.2018.

9. משתכלית ההתרעה היתה מושגת, כך לעמדתו של המשיב 1, בהריסת שתי קומות במבנה כעולה מהחלטתו הראשונה, הרחבת ההריסה בהחלטה השניה לצורך השגת הרתעת יתר הינה החלטה בלתי מידתית ובלתי סבירה, הפוגעת בקניינם ורכושם של אחרים שאינם מעורבים במעשיו הנפשעים של המפגע. החלטתו השניה של המשיב 1 עומדת בסתירה לדברי בית משפט זה בעניין חמאד (בפסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור):

"היקפה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, לפי לשונה, הוא רחב ביותר. עם זאת, בפסיקתו של בית-משפט זה הובהר, כי על המפקד הצבאי לעשות בסמכות זו שימוש זהיר ומצומצם, בהתאם לעקרונות של סבירות ומידתיות (ראו, לדוגמה: עניין עואודה, פסקאות 16-17 לפסק דיני; בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 12 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (15.2.2012) (להלן: עניין מוגרבי); בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(1) 860, 858 (1992)). דברים אלה קיבלו משנה תוקף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר לאורו יש לפרש את התקנה (ראו: דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 488, 485 (1996) (להלן: עניין שריף); בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(2) 55, 59 (2003)). לפיכך, לפי הכללים שהתגבשו בפסיקה, על בעל הסמכות לוודא כי פעולת ההריסה מבוצעת לתכלית ראויה וכי היא עומדת במבחני המידתיות. כלומר, האמצעי הננקט צריך להביא באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה; האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכויות האדם המוגנות – זכות הקניין וכבוד האדם – במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה; ולבסוף, על האמצעי הננקט לעמוד ביחס ראוי למטרה שביסודו (ראו: עניין שריף, בעמודים 60-61; בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 לפסק דיני (5.1.2009), והאסמכתאות שם (להלן: עניין אבו דהים))."

10. זאת ועוד, שאלתנו במהלך הדיון אם התקיימה סיטואציה דומה לענייננו שבה הוחלט על הרחבת ההריסה, נענתה בשלילה, ובתצהיר המשלים כתב המשיב 1 את הדברים הבאים: "לא אותר מקרה קודם בו נמסרה הודעה, ולאחריה הוחלט על הרחבת היקף ההריסה ביחס להיקף שנמסר בהודעה קודמת. אפשר שהדבר נובע מכך שבשנים האחרונות יש מקרים רבים יותר בהם הוחלט, במקרים המתאימים, על אטימה חלק הריסה, זאת בשים לב לפסיקתו של בית המשפט הנכבד" (סעיף 40 לתצהיר המשלים). דברים אלו מלמדים על חריגות הצעד שננקט כאן.

11. משפסיקתו של בית משפט זה הכפיפה את השימוש בסמכותו של המשיב 1 לעקרונות המידתיות והסבירות, לא ניתן להתעלם משאלת זיקתו של המפגע לבית ולמעורבותם או אי מעורבותם של בני משפחתו במעשיו. שיקולים אלה, כך להתרשמותי, עמדו בבסיס החלטתו הראשונה של המשיב 1, עת החליט להתחשב בהמלצת שב"כ להרוס שתי קומות במבנה ולא נקט בסנקציה הקשה והפוגענית מכל – הריסת המבנה כולו. מידת הידיעה והמעורבות של קרובי המפגע עשויה להשפיע על

היקפו של צו ההריסה (וראו הדיון בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 9 והאסמכתאות שם (3.8.2017)).

צו ההחרמה משנת 1990

12. המשיב 1 ביסס בין היתר את החלטתו השניה להרחיב את ההריסה לכלל המבנה על קיומו של צו החרמה והריסה שניתן בעניינו של אותו מבנה עוד בשנת 1990 כך: "בהתאם, החלטתי כי בשל הפיגוע הקשה שביצע המחבל, חומרתו ותוצאתו הקטלנית ולנוכח בניית המבנה מחדש על ידי משפחת המחבל חרף הריסתו בשנת 1990 ושיקולים נוספים..." (סעיפים 20 ו-36 לתצהיר המשלים). אלא שצו החרמה משנת 1990 לא הוצג, ותחת זאת מפנים המשיבים בתצהיר התשובה הראשון לראיות מנהליות כגון גזיר עיתון, טיוטת צו לא חתום, תשאל בעל פה של העותרת 1 לפיו העותרת לא כפרה בקיומו של צו החרמה, כמו גם לתצלום אוויר (שלא צורף לתצהיר).

לעמדת המשיבים, עצם העובדה שהמבנה נבנה בשנת 1996 מבלי שניתנה בעניינו מחילה מטעם המפקד הצבאי היא כשלעצמה, ולא כל שכן בהצטרפה לשאר השיקולים, מצדיקה את הריסתו כיום. מנגד, טענו העותרים בתגובתם לתצהיר המשלים כי המבנה המצוי בשטח A נבנה בשנת 1996 ולאחר חתימת הסכמי אוסלו שהעבירו את השליטה בשטח A לרשות הפלסטינית, וכי המבנה נבנה לאחר שניתן בעניינו היתר בניה מוועדת התכנון והבנייה ברשות הפלסטינית. עוד נטען כי החלטת המשיבים ככל שהיא נסמכת על הצו משנת 1990, לוקה בשיהוי ניכר למשך תקופה של 22 שנים. לטעמי, מששאלת תוקפו של צו ההריסה משנת 1990 לא התבררה דיה, וטענת השיהוי שנטענה לא זכתה למענה הולם מצד המשיבים, לא ניתן לצרף למכלול שיקולי המשיב 1 את השיקול בדבר צו ההריסה וההחרמה משנת 1990.

13. זאת ועוד, בתצהיר המשלים ציין המשיב 1 כי "מבדיקה של צווי ההחרמה וההריסה בשנים האחרונות (2015-2018) עולה כי בשנים אלו לא נאכף צו החרמה והריסה ישן" וכי הדבר נתון לסדרי עדיפויות המושפעים מאילוצי המצב הבטחוני, מגבלות גישה וכיוצא בזה. בנסיבות אלה דומה שהתבססות המשיב 1 על קיומו של צו הריסה והחרמה משנת 1990, בין כנימוק בפני עצמו ובין כנימוק בין שאר נימוקיו לביסוס החלטתו השניה, היא חריגה ובלתי מוסברת, במיוחד על רקע מדיניות המשיב 1 בדבר ביקורת ואכיפה של צווי החרמה והריסה לאורך השנים.

14. לסיכום, את הסמכות יש להפעיל במידה שאינה עולה על הנדרש, כשעל האמצעי הנבחר להביא לפגיעה במידה הפחותה ביותר האפשרית להשגת המטרה (דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, 490-491 (1996); בג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016)). בנסיבות המתוארות, ספק בעיני אם הצעד החריג של הרחבת צו ההריסה עומד במבחני המידתיות והסבירות כמתואר לעיל.

אשר על כן, לו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את העתירה באופן חלקי, כך שתהרסנה רק הקומות הראשונה והרביעית, כפי שמפורט בחוות הדעת ההנדסית מיום 5.7.2018, כשמחובתו של המשיב 1 לוודא כי תינקט שיטת הריסה שלא תפגע בשאר חלקי המבנה.

#### ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר, אליה הצטרפה השופטת ד' ברק-ארז, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא.

צו הביניים שניתן בהחלטה מיום 4.10.2018 יעמוד בתוקפו עד יום 12.12.2018 בשעה 12:00, על מנת לאפשר לעותרת שהות לצורך התארגנות.

ניתן היום, כ"ד בכסלו התשע"ט (2.12.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת