



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1374/23

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ

העותרים: 1. צוף [REDACTED]
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: א' באדר התשפ"ג (22.2.2023)

בשם העותרים: עו"ד אנדרה רוזנטל
בשם המשיב: עו"ד רן רוזנברג, עו"ד יונתן ציון מוזס

פסק-דין

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

1. לפנינו עתירה המכוונת נגד צו החרמה והריסה, שהוציא המשיב מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, לבית מגורים בו התגורר מחבל שביצע פיגוע על רקע לאומני, הכולל מספר אירועי דקירה ודריסה, שגרמו למותם של מוטי אשכנזי ז"ל, מיכאל לדיגין ז"ל ותמיר אביחי ז"ל, ולפציעתם של ארבעה אנשים נוספים (להלן: צו ההריסה, תקנה 119 ו-תקנות ההגנה, בהתאמה).

הרקע לעתירה

2. ביום 15.11.2022, בשעות הבוקר, הגיע המחבל, מוחמד מראד סאמי צוף, לאזור התעשייה אריאל מערב, בו עבד באחד המפעלים. בכניסה לאזור התעשייה, דקר המחבל מאבטח והמשיך לתחנת הדלק הסמוכה, שם דקר שלושה אנשים נוספים, גנב כלי רכב, ודרס באמצעותו אדם נוסף שעמד בצד הדרך. לאחר מכן, יצא המחבל מן הרכב, דקר אדם נוסף וגנב רכב נוסף. לאחר שהתנגש במספר כלי רכב, יצא המחבל מן הרכב וניסה להימלט, כאשר כוחות הביטחון דולקים אחריו ומבצעים לעברו ירי, אשר כתוצאה ממנו נוטרל ונהרג. כאמור, מסע ההרג הרצחני של המחבל גבה את חייהם של שלושה אנשים, והביא לפציעתם של ארבעה אנשים נוספים.

3. חקירה שנערכה על-ידי גורמי הביטחון העלתה כי מעשיו של המחבל בוצעו ממניע לאומני מובהק, כי בעת הפיגוע התגורר המחבל יחד עם אמו, העותרת 1 (להלן: העותרת), וחמשת אחיו בבית בן 3.5 קומות בכפר חארס, וכי קיימת לו זיקת מגורים לכל המבנה. בתחקורים שנערכו על-ידי גורמי הביטחון, מסרה העותרת כי הופתעה לשמוע על מעורבות בנה בפיגוע, ואף גינתה את מעשיו.

4. בעקבות הפיגוע הרצחני שבוצע, ועל מנת להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע מעשי טרור, החליט המשיב, מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (להלן: המפקד הצבאי), בהמלצת שירות הביטחון הכללי, ועל דעת פרקליט המדינה והיועצת המשפטית לממשלה, להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 ולהורות על החרמה והריסה של המבנה שבו התגורר המחבל.

5. ביום 15.1.2023, הודיע המפקד הצבאי על כוונתו להחרים ולהרוס את המבנה, תוך מתן אפשרות להשיג על כך עד ליום 18.1.2023. להודעתו צורפה חוות דעת הנדסית באשר לאופן ביצוע ההריסה. ביום 18.1.2023, הועבר לידי בא-כוח העותרת חומר הראיות הגלוי בעניינו של המחבל, ובהמשך אותו יום, התקבלה אצל המפקד הצבאי השגת בא-כוח העותרת על כוונתו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119. העותרת טענה, בין היתר, כי הפעלת תקנה 119 אינה לתכלית הרתעתית כי אם לתכלית עונשית. עוד נטען, כי התקנה בוטלה על-ידי השלטון הבריטי ערב עזיבתו את ישראל בשנת 1948, וכי השימוש בתקנה סותר את הדין הבינלאומי. העותרת הוסיפה וטענה, כי הריסת המבנה תפגע במקום מגוריהן של שבע נפשות, וכי ההריסה צפויה לפגוע גם ברכושם של השכנים שבתיהם סמוכים למבנה.

6. ביום 8.2.2023, דחה המפקד הצבאי את השגתה של העותרת, תוך שהוא נדרש לטעמים שעמדו בבסיסה. בכלל זאת, נדחו הטענות העקרוניות של העותרת בהתייחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, הטענות הנוגעות לתוקפן של תקנות ההגנה, וכן הטענות הפרטניות באשר לאופן ביצוע ההריסה. למענה להשגה צורף צו החרמה והריסה, וכן צוין כי הצו לא ימומש בפועל עד ליום 13.2.2023. לבקשת העותרת, ניתנה לה ארכה לשם הגשת העתירה, עד ליום 16.2.2023.

7. ביום 16.2.2023 הוגשה העתירה שלפנינו. בהחלטת השופטת ע' ברון מאותו יום, הועברה העתירה לדיון לפני הרכב בהקדם האפשרי. כן צוין כי "חזקה על המשיב כי יימנע מביצוע ההריסה עד למתן החלטה אחרת".

תמצית טענות הצדדים

8. העותרים תוקפים בעתירתם את חוקיות תקנות ההגנה, וטוענים כי תקנות אלה לא נקלטו במשפט הישראלי ואף לא במשפט החל באזור, מאחר שהן בוטלו על-ידי השלטון הבריטי ביום 12.5.1948, עובר לסיום השלטון המנדטורי בישראל. לטענתם, במועד זה הוציא הריבון הבריטי את "The Palestine (Revocation) Order In Council, 1948" (להלן: דבר המלך במועצה (ביטול)), שתחילתו נקבעה ליום 14.5.1948, ובמסגרתו בוטל דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה) 1937 ותקנות ההגנה שהותקנו מכוחו, ובכללן תקנה 119. העותרים מכירים בכך שדבר המלך במועצה (ביטול) לא פורסם בעיתון הרשמי, אולם הם סבורים כי חרף זאת הביטול האמור הוא בר תוקף, מכוחה של תקנה 4(5) לתקנות ההגנה הקובעת לשיטתם, כי ביטול כאמור לא יהיה חסר תוקף אף אם זה לא פורסם ברבים. העותרים סומכים טענתם גם על המצב ששרר בארץ בעת עזיבת השלטון הבריטי, ובפרט היעדר האפשרות המעשית להוציא לאור פרסומים של הודעות ודברי חקיקה בעיתון הרשמי. העותרים הפנו בעתירתם להודעה שפורסמה, על פי הנטען, ביום 4.5.1948 בתוספת לעיתון הרשמי שנחתמה על-ידי התובע הכללי, בגדרה צוין בעיקרו של דבר, כי מחמת קשיים אלה הורה הנציב העליון ביום 29.4.1948 כי אופן פרסום דברי חקיקה והודעות כאמור יהיה נתון להחלטתו. העותרים טוענים כי אין בחקיקה מאוחרת, בין אם של כנסת ישראל ובין אם תחיקת ביטחון, כדי להחיות דבר חקיקה שכבר לא היה קיים בספר החוקים.

9. במישור הכללי טוענים העותרים, כי יש לדחות את הצידוק החוזר והנשנה בדבר הרתעת הרבים כתימוכין לשימוש בסמכות לפי תקנה 119. כך לטענתם, במבחן המעשה, לא הוכח כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מסייעת בהרתעת מפגעים פוטנציאליים ומניעת פיגועים. נטען כי מדובר בענישה קולקטיבית פסולה, שמטרתה העיקרית היא נקמה, וכי השימוש בתקנה 119 מנוגד להוראות המשפט הישראלי והדין הבינלאומי. במישור הפרטני טוענים העותרים, כי הריסת ביתו של המחבל במקרה דנן צפויה להרוס לא רק את מקום מגוריהן של שבע נפשות אך בשל קשרי דם עם המחבל, אלא גם לגרום לנזקים קונסטרוקטיביים למבנים השוכנים בסמוך למבנה מושא ההריסה.

10. המפקד הצבאי מצדו, טוען כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות. במענה לטענת העותרים כי תקנות ההגנה לא נקלטו במשפט הישראלי, נטען כי טענות דומות, אם לא זהות, נדחו בפסיקותיו של בית משפט זה בעבר. כך לטענתו, בהתאם לקבוע בסעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: הפקודה),

ובסעיף 1 לצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (אזור הגדה המערבית) (מס' 160), התשכ"ח-1967, דבר המלך במועצה (ביטול) הוא "חוק נסתר", אשר "אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף". כן נטען כי ברור וגלוי שתנאי לכניסתו לתוקף של דבר חקיקה הוא פרסומו ברבים, וכי לא ניתן לראות בחוק שלא פורסם כדבר חקיקה מחייב.

11. בכל המתייחס לטענות שנטענו במישור העקרוני-הכללי, ובהן הספק שמטילים העותרים בתכלית ההרתעתית העומדת ביסודה של תקנה 119 – טוען המפקד הצבאי כי טענות אלה נדונו ונדחו על-ידי בית משפט זה בשורה של פסקי דין שניתנו בנושא, ואף בעת האחרונה, ומכאן שאין מקום להידרש אליהן שוב. באשר לטענות העותרים במישור הפרטני בנוגע לאופן ביצוע ההריסה – טוען המפקד הצבאי כי בחוות הדעת ההנדסית שנערכה לצורך ביצוע ההריסה צוין, כי לא צפוי להיגרם נזק קונסטרוקטיבי למבנים סמוכים, ומשכך ניתן מענה ראוי לחששות העותרים בהקשר זה.

12. להשלמת התמונה אוסיף, כי ביום 2.3.2023, לאחר הדיון בעתירה, הגישו העותרים בקשה להגשת תצהיר העותרת על פיו, בתמצית, "צבא הכיבוש הישראלי" נכנס לביתה ובדק את כל חדרי הבית. על פי האמור באותה בקשה, המשיב הכחיש כי חיילי צה"ל נכנסו לבית העותרת ומסר כי רק ביקרו מסביבו. מכל מקום, העותרים לא הבהירו בבקשתם כיצד יש בתצהיר האמור כדי לתמוך בטענות שהעלו בעתירתם ולא העלו טענות נוספות. לאור האמור, לא ראיתי צורך להידרש לטענות אלה לגופן.

דיון והכרעה

13. בחינת טענות העותרים בעתירתם מעלה כי אלה נושאות בעיקרן אופי משפטי עקרוני באשר לתוקפה של תקנה 119 ולחוקיות השימוש בה להוצאת צווי החרמה והריסה. למעט טענות כלליות לגבי אופן ביצוע ההריסה והחשש לפגיעה במבנים סמוכים, לא העלו העותרים טענות פרטניות המופנות כלפי אופן הפעלת שיקול דעתו של המשיב במקרה הקונקרטי שלפנינו. לאחר בחינת טענות הצדדים, עיון בחומר החסוי שהוצג לפנינו ושמיעת המהנדס מטעם המשיב במעמד צד אחד, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות בהעדר עילה להתערבותנו, וכך אציע לחבריי שנעשה.

14. העותרים מבקשים בעתירתם לבחון מחדש את תוקפן וחוקיותן של תקנות ההגנה, ולמעשה את תחולתן כחלק מן הדין החל באזור יהודה ושומרון. טענת העותרים בעיקרה היא כי תקנות ההגנה, ובכלל זה תקנה 119, אינן חלות באזור מאחר שאלו בוטלו על-ידי הריבון הבריטי ביום 12.5.1948 בדבר המלך במועצה (ביטול), שתחולתו נקבעה

ליום 14.5.1948. הגם שדבר חקיקה זה לא פורסם בעיתון הרשמי, סבורים העותרים כי אין בכך כדי לגרוע מתוקפו של הביטול. העותרים מבססים את טענתם האמורה, על שני אדנים עיקריים: האדן הראשון, מעוגן בתקנה 4(5) לתקנות ההגנה הקובעת לשיטתם, כי דבר הביטול לא יהיה חסר תוקף אף אם זה לא פורסם ברבים, משנקבע בה כי "[...] שום צו, הוראה, דרישה, הודעה או מינוי כאלה לא יהיו, ולא ייעשו, נטולי תוקף לגבי אדם כל-שהוא, שעליו הם משפיעים, עקב העובדה, שתשומת-לבו לא הוטבה על הצו, ההוראה, הדרישה, ההודעה או המינוי". האדן השני, הוא טענתם ולפיה הריבון הבריטי היה מוסמך להורות על ביטול תקנות ההגנה בלא צורך בפרסום הביטול, נוכח המצב ששרר באותה עת בישראל, תוך שהם מפנים לעניין זה להודעה שנחתמה על-ידי התובע הכללי ביום 4.5.1948. לשיטת העותרים, אין בחקיקה מאוחרת של כנסת ישראל או של המפקד הצבאי באזור, ובכלל זאת סעיף 11א לפקודה אשר הגדיר את המונח "חוק נסתר", כדי להחיות את תקנות ההגנה משאלה בוטלו על-ידי הריבון הבריטי עוד קודם לכן.

15. טענות העותרים אינן חדשות והן נדונו ונדחו על-ידי בית משפט זה בעבר. כך בבג"ץ 513/85 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 645 (1985), דן בית המשפט בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 112 (דאז) לתקנות ההגנה להורות על גירושו מן האזור של תושב אשר סיכן את ביטחון האזור. בית המשפט נדרש, בין היתר, לטענה, ולפיה דבר המלך במועצה (ביטול) ביטל הלכה למעשה את תקנות ההגנה, ובהן את סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 112. בית המשפט דחה טענה זו והבהיר, כי "בחקיקה הישראלית הפנימית נכללה ההתייחסות לדברי החקיקה הנסתרת בסעיף 11א לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948 (חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ט-1949). הוראה דומה הובאה בתחיקת הביטחון בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 160), תשכ"ח-1967 (להלן - צו מס' 160), הקובע, לשם הסרת ספק, כי חוק נסתר אין לו - ומעולם לא היה לו - תוקף". בית המשפט הוסיף וקבע כי "חקיקה נסתרת לא היה לה תוקף גם אלמלא הוחק הצו בדבר פרשנות, שבא אך להסיר ספק, ועל כן יש לראות בצו מס' 160 הוראה שהיא בעיקרה דקלרטיבית ולא קונסטיטויטיבית".

אותו סעיף 11א לפקודה מלמדנו כי:

"(א) חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף.

(ב) 'חוק נסתר' פירושו, בסעיף זה - חוק במשמעות פקודת הפירושים, 1945, שדימו לחוקקו בתקופה שבין ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין ו' באייר

תש"ח (15 במאי 1948), ושלא פורסם בעתון הרשמי, למרות היותו נמנה עם סוג חוקים שפרסומם בעתון הרשמי היה, עובר לאותה תקופה, חובה או מנהג".

הוראות דומות נקבעו בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (אזור הגדה המערבית) (מס' 160), התשכ"ח-1967, שהוחל באזור, ובסעיף 9 לצו בדבר פרשנות [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1729), התשע"ד-2013, אשר בא במקומו.

16. טענת העותרים ולפיה דבר המלך במועצה (ביטול) לא היה טעון פרסום בעיתון הרשמי נדחתה, על שני ראשיה, בבג"ץ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף, (19.3.2015), שם העלו העותרים טענות זהות (ראו: פסקה ו לפסק הדין). בהקשר זה קבע בית משפט כי "עסקינן במובהק בחוק נסתר, שעל כן אין לו תוקף; גם אם לא פורסמו דברים מסוימים בעיתון הרשמי המנדטורי בשל המצב הביטחוני ששרר בשלהי המנדט, הדעת נותנת כי אין לפרש שהכוונה לחוק רב משמעות אשר ניתן היה לבטלו בדרך זו, אלא אולי להודעות טכניות כאלה ואחרות" (שם, בפסקה י"ב). מכאן, שתקנות ההגנה, לרבות תקנה 119, הן חלק מן הדין שחל באזור יהודה ושומרון ערב כינונו של השלטון הצבאי באזור (ולעניין תוקפה של תקנה 119 ותחולתה באזור ראו גם: בג"ץ 274/82 חמאמרה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 755 (1982); בג"ץ 2977/91 תג נ' שר הביטחון, מו(5) 467 (1992); בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987)).

17. גם טענותיהם של העותרים במישור העקרוני-כללי בכל הנוגע לחוקיות השימוש בתקנה 119, נדונו ונדחו על-ידי בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי דין לרבות פסקי דין מן העת האחרונה, בהם הוכרה סמכותו של המפקד הצבאי להוציא צווי החרמה והריסה מכוח תקנה זו, ולפיכך איני רואה צורך להידרש להן שוב (ראו, מיני רבים: בג"ץ 87/23 גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 13 (5.2.2023); בג"ץ 7787/22 עאבד נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקאות 19-23 (14.12.2022) (להלן: עניין עאבד); בג"ץ 3401/22 עאצי נ' אלוף פיקוד מרכז, פסקה 10 (8.6.2022); בג"ץ 2770/22 חמאמרה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 14 (19.5.2022) (להלן: עניין חמאמרה); ראו לעניין זה גם החלטות שהורו על דחיית בקשות להעמדת הסוגיה לבחינה מחודשת במסגרת דיון נוסף: דנג"ץ 663/22 אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 8 (30.1.2022); דנג"ץ 4605/21 שלבי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 5 (30.6.2021); דנג"ץ 9324/17 אבו אלרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.11.2017)). כל עוד עומדות הלכות אלה על מכונן, יש להוסיף ולפסוק על פיהן (וראו: דברי הנשיאה א' חיות בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 9

(3.4.2016); וחוות דעתו של השופט צ' זילברטל בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (22.12.2015).

18. העותרים שבים ומעלים בעתירתם טענות המתייחסות ליעילות השימוש בתקנה 119 כאמצעי להרתעת מפגעים פוטנציאליים. נטען כי במבחן המעשה, לא הוכח שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 אכן מגשימה את התכלית ההרתעתית לה היא נועדה, וכי מדובר באמצעי בלתי מידתי המונע משיקולי גמול ונקמה. הטענות המופנות כלפי יעילות מדיניות הריסת הבתים אכן מעלות סוגיה מורכבת שנדונה לא אחת על-ידי בית משפט זה. כאמור, התכלית המרכזית להפעלת הסמכות היא תכלית מניעתית-הרתעתית, ומטרתה להניא מחבלים פוטנציאליים מלממש פיגועים מחשש לאובדן קורת הגג שמעל לראשם של בני משפחותיהם. כפי שציינתי בעניין עאבד, לנוכח התכלית ההרתעתית שבהפעלת הסמכות, קיימת חשיבות לביסוס הטענה ליעילות ההרתעה במניעת פיגועי טרור. ואולם, מאזן הנזק והתועלת בכל הנוגע להפעלת הסמכות אינו ניתן למדידה בנקל, ובפרט לא ניתן למדוד את התועלת המתבטאת באותם פיגועים שנמנעו בעקבות הפעלת הסמכות. במצב דברים זה, נסמך בית המשפט על חוות דעתם המקצועיות של גורמי הביטחון, המתעדכנות מעת לעת, הכוללות אינדיקציות לכך שמדובר באמצעי הרתעתי אפקטיבי (עניין חמאדשה, בפסקה 16). לאחר עיון בחוות הדעת העדכנית שהוגשה לעיוננו בדיון, המבוססת על מידע רב ממגוון מקורות, הנני סבורה כי יש בחוות הדעת משום תמיכה מספקת לכך שהשימוש בסמכות אכן מממש את תכליתו ההרתעתית. חוות דעת זו מתיישבת, לטעמי, גם עם ניסיון החיים, המלמד שדרכן של רוב הבריות לשים לנגד עיניהן את טובת בני משפחתם. מן ההיגיון הוא, שגם מחבל פוטנציאלי השוקל לבצע פיגוע עשוי להירתע מן הפגיעה בבני משפחתו והותרתם ללא קורת גג מעל לראשם.

19. העותרים סומכים טיעוניהם לאי-יעילות השימוש בתקנה 119, בין היתר, על מצגת שהוכנה בעבר על-ידי צוות חשיבה בראשות האלוף אודי שני, שעסק ב"חשיבה מחודשת לנושא הריסות בתים", ובעקבות המלצותיו הופסקה מדיניות הריסת בתי מחבלים למספר שנים. עיון במצגת מעלה כי לא רק יעילות ההרתעה עמדה במוקד הצורך בחשיבה מחודשת, שבעניינה צוין כי "קיימת תמימות דעים בגופי המודיעין לגבי הקשר בין הריסות בתי-מחבלים ולבין ההרתעה", אלא גם הצורך לשקלל את ההרתעה עם שיקולים נוספים. בין השיקולים האמורים נמנו שיקולים ערכיים, מוסריים, מדיניים, תדמיתיים ואחרים, שיש בהם כדי להשפיע על מאזן העלות והתועלת שביישום מדיניות הריסת בתי מחבלים. ואכן, ראוי לבחון מעת לעת מדיניות זו בהתאם לנסיבות המשתנות, כפי שנעשה בעבר. זוהי גם השקפת המשיב הסבור כי הפעלת הסמכות היא "פועל יוצא

של נסיבות הזמן והמקום", בהן היקפם, תדירותם וחומרתם של אירועי הטרור. לצערנו, המציאות הביטחונית הנוכחית וגל הטרור הגואה, שאינו שוכך, הגובה קורבנות רבים בנפש, אינם מקלים עם שינוי המדיניות האמורה בעת הזאת. מכל מקום, בענייננו מצא המפקד הצבאי כי נסיבות הזמן והמקום מחייבות הפעלת הסמכות לשם הרתעתם של מפגעים פוטנציאליים ולמניעת קורבנות נוספים, ולא מצאתי עילה המצדיקה התערבות בהערכתו ובשיקול דעתו.

20. ולבסוף, לטענות העותרים הנוגעות לאופן ביצוע ההריסה והחשש מפני גרימת נזק לבתים סמוכים. ההלכה בנושא הבהירה כי חזקה על המפקד הצבאי שינקוט באמצעים הדרושים לשם מניעת פגיעה בבתים סמוכים (בג"ץ 8124/04 אלג'עברי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.10.2004); עניין חמארשה, בפסקה 22). עם זאת, הדרך שבה תבוצע ההריסה מסורה לשיקול דעתו הרחב של המפקד הצבאי והגורמים המקצועיים שפועלים מטעמו, כך שבהיעדר נסיבות חריגות, בית המשפט לא ישים עצמו בנעליו (בג"ץ 480/21 רבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 13 (3.2.2021); עניין קואסמה, בפסקה 31). בענייננו, צוין בחוות הדעת ההנדסית כי לא צפוי להיגרם נזק לרכיבי בינוי קונסטרוקטיביים או לא קונסטרוקטיביים של מבנים סמוכים. באשר לתשתיות העלולות להיפגע, ולזיגוג סמוך, הובהר בחוות הדעת, וכן בדיון שהתקיים לפנינו, כי ייעשה מאמץ לפירוקן בטרם הפעילות באופן שימנע את הפגיעה בהן. בנסיבות אלה, לא מצאתי עילה להתערב בשיקול הדעת המסור למפקד הצבאי בכל הנוגע לאופן ביצוע ההריסה.

21. אשר על כן – משלא עלה בידי העותרים לבסס עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי, אציע לחברי כי נורה על דחיית העתירה. עוד אציע, כי בנסיבות העניין, יינתן לעותרת פרק זמן בן 7 ימים החל ממתן פסק דין זה לצרכי התארגנות, טרם מימוש צו ההריסה.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

22. במסגרת העתירה שלפנינו שבים ומבקשים העותרים שנדון מחדש בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים, ובהפעלת הסמכות שקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

בהקשר זה, אין לי אלא לשוב על דברים שאמרתי פעמים מספר בעבר:

"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 (15.10.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל (23.3.2016); בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 1 לחוות דעתי (3.4.2016); בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (24.7.2016); ובבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (3.8.2017)). 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" (בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (28.2.2018); כן ראו: בג"ץ 2770/22 חמארשה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 1 לחוות דעתי (19.5.2022) (להלן: עניין חמארשה); בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 2 לחוות דעתי (25.5.2020); בג"ץ 1490/20 שבלי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 1 לחוות דעתי (30.3.2020) (להלן: עניין שבלי); בג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.4.2019)).

23. כידוע, סמכות לחוד, ושיקול דעת לחוד. דא עקא, שבצד הטענות העקרוניות שעליהן עמדה חברתי במקרה שלפנינו, לא העלו העותרים טענות כנגד אופן הפעלת הסמכות, למעט בשאלת אופן ביצוע ההריסה. בעניין אחרון זה נזכיר כי על המפקד הצבאי מוטלת חובה לוודא מראש כי שיטת ההריסה שתינקט לא תוביל לפגיעה בחלקי מבנה שנאסר על הפגיעה בהם (עניין חמארשה, פסקה 4). בדיון במעמד צד אחד, קיבלנו פירוט מלא על אופן ההריסה ומצאנו כי ניתנה הדעת לכל ההיבטים הצריכים לעניין כפי שמפרטת חברתי. ככל שיגרמו בסופו של דבר נזקים בלתי מתוכננים – אין הדלת נעולה בפני תביעה לפיצויים (בג"ץ 7045/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 56-59 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.11.2015); כן ראו: בג"ץ 2828/16 אבו זיד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ח (7.7.2016)).

בנתון לאמור מצטרף אני למסקנת חברתי, השופטת ג' כנפי שטייניץ, כי בהינתן ההלכה הקיימת, אין עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי ובהתאם יש לדחות את העתירה.

המשנה לנשיאה

מוחמד מראד סאמי צוף (להלן: המפגע), יצא ביום 15.11.2022 למסע רצח אכזרי ומזוויע. הוא דקר ודרס ושוב דקר עוד ועוד קורבנות חפים מפשע, רק בשל היותם יהודים. המפגע רצח את מוטי אשכנזי ז"ל, מיכאל לדיגין ז"ל ותמיר אביחי ז"ל, ופצע ארבעה אנשים נוספים, והאובדן והכאב קשים מנשוא.

בלא לגרוע ולו בנימה מחומרתם הנוראית של מעשי הרצח והאלימות שביצע המפגע, יש לומר בקול ברור כי הסמכות הנתונה למפקד הצבאי להורות על הריסת בתים נועדה למטרה מניעתית ולא עונשית. נוסף על כך, וכפי שציין חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. בעניין זה, דעתי היתה ונותרה כי "ככלל, הריסת בית אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחדים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת במבחן המידתיות" (בג"ץ 6420/19 אלעזאפורה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (12.11.2019); להרחבה ראו דבריי ב-בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)). ויובהר: גישתי כנדרון נעוצה בספקות הכבדים המרחפים לטעמי מעל הכוח ההרתעתי הגלום בכלי של הריסת בתים (ראו, למשל, דבריי ב-בג"ץ 87/23 גמגום נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (5.2.2023)). לא רק שיש קושי לכמת במספרים את האופן שבו הריסת בתים מונעת פעולות טרור, אלא שיש קושי אף לכמת את האופן שבו כלי זה פועל בכיוון ההפוך: מלכה מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים.

במקרה שלפנינו, בכואנו לבחון את מידתיות צו ההריסה שהוצא ביחס לבית שבו התגורר המפגע, יש ליתן ביטוי ומשקל ראויים לא רק לחומרת מעשיו; אלא גם לכך שבבית המיועד להריסה מתגוררים אימו של המפגע וחמשת אחיו, שארבעה מתוכם קטינים (הקטנה שביניהם בת כשנתיים וחצי). אין חולק כי לבני המשפחה לא היתה כל מעורבות או ידיעה בנוגע למעשיו הרצחניים, ואף בדיעבד לא הפגינו תמיכה במעשים. בנסיבות אלה אני סבורה כי הצו שניתן להריסת הבית אינו מידתי, ומשכך אם דעתי היתה נשמעת היינו מוציאים צו על-תנאי בעתירה.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ.

ניתן היום, י"ג באדר התשפ"ג (6.3.2023).

שופטת

שופטת

המשנה לנשיאה