

פטמה סלימן חסן קהווג'י

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה [בג"צ 987/89](#)

1. חירייה עבדאללה אחמד בשארה
2. ע/כרים סעדי סלימן בשראת
3. רדיה אחמד חמד בשראת

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית [בג"צ 988/89](#)

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [5.2.90, 12.2.90]

לפני השופטים **מ' בייסקי, א' גולדברג, ת' אור**

[תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 858, (א) 1055, תקנה 119.

העתירות נסבו על החלטותיהם של המשיבים, מכוח האמור בתקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, להחרים ולהרוס את בתיהם של העותרים. ההחלטות ניתנו לאחר שבני משפחותיהם של העותרים, המתגוררים באותם בתים, הואשמו על-פי הודאותיהם בביצוען של עבירות חמורות ובגרימת מוות. בין היתר, טענו העותרים, כי מתן צווים-על-תנאי בעתירותיהם, יאפשרו להם להשיג נתונים סטטיסטיים על מספר העבירות המתבצעות בשטחים המוחזקים ועל מספר הבתים שנפגעו בעקבות זאת. לטענתם, הפעלת הסנקציה של אטימת בתים או הריסתם אינה יעילה, שכן לא היה בה כדי להפחית את מעשי ההתקוממות בשטחים המוחזקים, על כל תופעותיהן.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) בהפעלת הסנקציה מכוח תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#) ובשאלה באיזה היקף היא תופעל, יש להתחשב, בין היתר, בתוצאתה לגבי כל אלה העלולים להיפגע ממנה ובתוך כך יש לקחת בחשבון באיזו מידה סייעו המתגוררים במבנה לביצוע הפעילות הפוגעת ואילו אמצעים נקטו האחרונים, אם בכלל, למניעתה (230 ז).
- (2) מפקד כוחות צה"ל האחראי על האזור מחויב לבחון מה הוא האמצעי היעיל להשלטת הסדר הציבורי ומה הא הדרך ההרתעתית למנוע מעשים קשים וחמורים, בעיקר בתקופה שאלה גוברים במטרה להפחיד, לשלוט בכוח הזרוע ולגרום לשיבוש חיים תקינים, אפילו בקיפוח חיי אדם. מערכת שיקולים אלה היא מורכבת, ועל המפקד לתת משקל מתאים לכל ההיבטים (230 ז-231 א).
- (3) מכוח האמור בתקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), בסמכותו של מפקד כוחות צה"ל להתאים את

= 228 =

הסנקציה לחומרת המעשים, החל מהחרמה בלבד, דרך אטימה חלקית ומלאה ועד הריסת המבנה. אך טבעי הוא, שכלל שחמורים יותר המעשים, ודרגת התפשטותם גוברת, כך תהא גם הסנקציה המתחייבת חמורה יותר (231 א-ב).

(4) בנסיבות דנן, אין לגרוס, כי לא סביר הוא לנקוט את האמצעי ההרתעתי המכביד ביותר של הריסת המבנה (231 ד).

ב. (1) הוצאתו של צו-על-תנאי אינה זכות קנויה אך משום כך כי הוגשה עתירה לבג"צ. תנאי מוקדם לכך הוא, כי יש ביכולתו של העותר להצביע, כי מתקיימים תנאים ונסיבות המזכים אותו בצו-על-תנאי, כגון שזכותו שלו נפגעה שלא כדין וכדומה גורמים (232 א).

(2) הטענה, כי לאחר הוצאת צו-על-תנאי אולי ייתוספו נתונים שיהיה בהם כדי לבסס את העתירה, אין בה כדי להצביע על זכות שנפגעה בעת הגשת הבקשה, שרק את זו בוחן בג"צ באותו שלב (232 א).

(3) בנסיבות דנן, הפרטים הסטטיסטיים הכלליים, כמבוקש על-ידי העותרים, אינם נוגעים לעתירות הספציפיות הנדונות ואין בהם כדי לתרום להבהרת האפקטיביות של האמצעים הננקטים לפי תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#); אפילו ייודעו פרטים על מספרי פגיעות במשתפי פעולה וייודע מספר הבתים שנאטמו או נהרסו, לא יהא

בכך בלבד כדי ללמד על אפקטיביות פעולות אלה, כאשר כשום נסיבות לא ניתן לדעת, ואף לא לנחש, מה עשוי היה היות שיעור הפגיעות אלמלא ננקטו הסנקציות ואמצעי ההרתעה המתאימים (232 ב-ג).

פסק-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439. [2] בג"צ 572/82 מוצלח נ' שר הביטחון, פ"ד לו (4) 610. [3] בג"צ 798/89 - לא פורסם.
[4] בג"צ 982/89, 984 - לא פורסם.
[5] בג"צ 878/89, 884, 886, 891 - לא פורסם.

עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

ל' צמל - בשם העותרים;

י' גנסי, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט מ' בייסקי: 1. מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, המשיב בבג"צ 987/89, עשה שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, והורה על החרמתו והריסתו של הבית בו התגוררו רג'א וחסין קהווג'י, שני בניה של העותרת בעתירה זו.

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, המשיב בבג"צ 988/89, עשה שימוש באותה תקנה והורה לאטום חלקים מהבתים בהם התגוררו קרובי משפחתם של העותרים בעתירה זו.

= 229 =

כנגד החלטות אלה הונחו שתי העתירות שלפנינו.

עורכת הדין, הגב' צמל, המייצגת את כל העותרים בשתי העתירות, הודיעה לנו, כי טיעוניה הכלליים ביחס להפעלת שיקול הדעת על-ידי שני המשיבים זהים - או לפחות משותפים לגבי שתי העתירות - ולבקשתה שמענו טיעון זה במאוחד, ומכאן גם פסק-דין אחד בשתייהן. ואולם, ככל שנוגע הדבר לעותרים הספציפיים ולבני משפחותיהם המעורבים במעשים המיוחסים לכל אחד מהם, שמענו טיעון נפרד, וזה יבוא לביטוי בהמשך הדברים.

2. בג"צ 987/89

בניה של העותרת בתיק זה, רג'א וחסין קהווג'י, מתגוררים בבית אחד עם אמם, כשהם תופסים קומה אחת של הבית. הם התגייסו לכוחות ההלם הפועלים באזור בני סוהילה, כשרג'א בראש הכוח ואחיו חסין אחד הפעילים בו. הם נצטוו לחקור ולהרוג אחד בשם נאג'י, אבו עאצי, שנחשד בשיתוף פעולה עם השלטונות. רג'א ארן את החוליה ותדרך אותה לביצוע המשימה וצייד 13 משתתפים בגרזנים, בסכינים ובמקלות. את החשוד הוציאו מביתו, חקרוהו בתוך מטע, הנחיתו בו מכות בכלי המשחית ומאלה הוא מת. על כך הם הועמדו לדין לפני בית-דין צבאי, ובין יתר הראיות שבידי התביעה גם הודאותיהם של שני האחים על חלקו של כל אחד מהם במעשים, מהן עולה חלקו הדומיננטי והמנהיגותי של רג'א, כשאחיו עמו בפעולה אחת.

על רקע פעילותם של שני האחים קהווג'י במסגרת כוחות ההלם ובעקבות האירוע המיוחד של גרימת מוות בכוונה תחילה של חשוד בשיתוף פעולה עם השלטונות, החליט המשיב בעתירה זו להפעיל סמכותו מכוח התקנה 119 הנזכרת וציווה להרוס את הבית בו הם התגוררו בקומה אחת, ושקומתו האחרת תפוסה על-ידי האם, היא העותרת, עם ילדיה האחרים.

3. בג"צ 988/89

בעתירה זו שלושה עותרים, כל אחד מהם קרוב משפחה של עציר או של עצירים החשודים בביצוען של עבירות ביטחוניות במסגרת חברותם בהתאחדויות בלתי מותרות, ובעיקר בזריקת בקבוקי תבערה לעבר בתיהם של חשודים בשיתוף פעולה עם השלטונות. נגד העצורים הוגשו כתבי-אישום על מעשיהם לפני בית המשפט הצבאי בשכם, ואלה מבוססים, בין היתר, על הודאותיהם של הנאשמים כפי שנמסרו בעת החקירה.

א. העותרת 1, חירייה עבדאללה אחמד בשארת, היא אחותם של ג'לאר ומחמוד עבדאללה אחמד בשארת, ושניהם מתגוררים בבית אחד עם אחותם.

לג'לאל מיוחסות עבירות של יידוי בקבוקי תבערה לעבר בתיהם של שני תושבי הכפר טמון, ואלה בוצעו בצוותא חדא עם אחרים וביזמת מחמוד;

ג'לאל גם הודה בביצוע פיגועים חקלאיים על רקע לאומני ובפעילות ענפה אחרת כנגד הסדר הציבורי. על יסוד המעשים המיוחסים לג'לאל

= 230 =

ולמחמוד ועקב התשתית הראייתית הקושרת אותם למעשים אלה החליט המשיב בעתירה זו על שימוש בסמכותו על-פי התקנה 119 לתקנות הנזכרות, ועל אטימת קומת הבית בו התגוררו השניים, ושב מתגוררת גם אחותם, העותרת 1, בקומה אחרת.

ב. העותר 2 הוא אחיו של העציר סעיד סעד סולימאן בשארת (להלן - סעיד). באישום שהוגש נגד עצור זה בבית המשפט הצבאי בשכם מיוחסים לו שני פיגועים של יידוי בקבוקי תבערה לעבר ביתו של מוכתר הכפר טמון, שנחשד בשיתוף פעולה עם השלטונות. הוא הודה בחקירתו במעשים אלה, כשם שהודה בביצוע פיגוע חקלאי על רקע לאומני.

בעניין זה החליט המשיב על אטימת החדר בו התגורר סעיד, אחיו של העותר 2.

ג. העותרת 3 היא אמו של מוסטפה מומחד מופד בשארת (להלן -

מוסטפה); בחקירתו הוא הודה בחברות בארגון השביבה בכפר טמון, ובכך שבהיותו אחראי על הקשר בין הכוחות הלאומניים של הכפר, עסק בתיאום הפגנות ותהלוכות וכן שימש סגן אחראי על לג'נת השביבה.

על-פי הודאותיו מיוחסים למוסטפה מעשים נוספים, כגון: ייזום וביצוע פיגוע בבקבוקי תבערה נגד חשודים בשיתוף פעולה עם השלטונות, יידוי אבנים לעבר כוחות הביטחון וכלי-רכב ישראליים ופגיעה ביבולים חקלאיים על רקע לאומני במספר הזדמנויות; הוא גם גייס והפעיל אנשים נוספים לפעילות עונת.

בעניין זה החליט המשיב, מכוח התקנה 119 לתקנות הנ"ל, על אטימת יחידת המגורים בה התגורר מוסטפה, וזאת בנוסף להעמדתו לדין באישום על המעשים המיוחסים לו.

4. באת-כוחם המלומדת של העותרים, הגב' צמל, לא חלקה בעתירות ובטיעונה לפנינו על עצם סמכותם של המשיבים לעשות שימוש בתקנה 119 [\[לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)\]](#), אולם היא מלינה על סבירות שיקול-דעתם בהפעילם סמכות זו.

לגבי [בג"צ 987/89](#) הטענה הספציפית היא, כי על-פי החלטתו של המשיב אמור להיירס הבית כולו, כלומר לא רק החלק בו התגוררו שני האחים רג'א וחסין קהווג', שרק להם מיוחסים המעשים המפורטים בפיסקה 2 לעיל, אלא גם החלק בו מתגוררים אמם ובני משפחתם, להם לא מיוחס כל אשם. וכאשר מדובר בסנקציה כה חמורה של הריסת בית מגורים, אין זה סביר להעניש את המשפחה כולה.

אכן, בהפעלת הסנקציה מכוח התקנה 119 הנ"ל ובשאלה באיזה היקף היא תופעל, יש להתחשב, בין היתר, בתוצאתה לגבי כל אלה העלולים להיפגע ממנה ובתוך כך יש לקחת בחשבון באיזו מידה סייעו המתגוררים במבנה לביצוע הפעילות הפוגעת ואילו אמצעים נקטו האחרונים, אם בכלל, למניעתה. ואולם מפקד כוחות צה"ל האחראי על האזור מחויב גם לבחון מה הוא האמצעי היעיל להשלטת הסדר הציבורי ומה היא הדרך ההרתעתית למנוע מעשים קשים

= 231 =

וחמורים, בעיקר בתקופה שאלה גוברים במטרה להפחיד, לשלוט בכוח הזרוע ולגרור לשיבוש חיים תקינים, אפילו בקיפוח חיי אדם. מערכת שיקולים אלה היא מורכבת, ועל המפקד לתת משקל מתאים לכל ההיבטים.

מכוח התקנה 119, בסמכותו של מפקד כוחות צה"ל להתאים את הסנקציה לחומרת המעשים, החל מהחרמה בלבד, דרך אטימה חלקית ומלאה ועד הריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי ככל שחמורים יותר המעשים, ודרגת התפשטותם גוברת, כך תהא גם הסנקציה המתחייבת חמורה יותר ([בג"צ 361/82](#) [1]; [בג"צ 572/82](#) [2]).

ואכן ניתן להיווכח מהעתירות אשר לפנינו בהבחנה זו: בעתירה 988 /89 מדובר במעשים חמורים מאוד שביצעו הנאשמים הנזכרים שם, כפי שפורט בפיסקה 3 לעיל, אך למרבה המזל לא קופחו חיי אדם. על-אף התגברות מעשי זריקת בקבוקי תבערה וכדומה פגיעות, הסתפק המשיב בהחלטה לאטום רק אותם החלקים של הבתים אשר שימשו מגוריהם של מבצעי המעשים בלבד.

ואולם בניה של העותרת [בג"צ 987/89](#), רג'א וחסין קהווג', לא רק כי פעילים הם בכוחות ההלם על כל הכרוך בכך, אלא בברוטאליות ובאכזריות גרמו למותו של אדם, כאשר למעשה איום זה גייסו לא פחות מ-13 משתתפים ורג'א צייד אותם בכלי משחית לביצוע המעשה, הכול על רקע לאומני.

בנסיבות כאלה אין לגרוס, כי לא סביר הוא לנקוט את אמצעי ההרתעתית המכביד ביותר של הריסת המבנה. אכן הריסת

הבית פוגעת גם במגוריה של האם, העותרת בתיק זה; אך כאמור בבג"צ 798/89 [3] "...תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחפים מפשע, אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם".

5. עורכת הדין, הגב' צמל, העלתה טענה נוספת - וזו טענה כללית ומשותפת לשתי העתירות - ובה היא גורסת, כי הסנקציה של אטימת בתים או הריסתם אינה יעילה; הא ראייה, שעל-אף העובדה שצעדים אלה ננקטו ביתר תכיפות בתקופת האינתיפדה, אין בהם אפקטיביות, ולא היה בהם כדי להפחית את מעשי ההתקוממות על כל תופעותיהן. מכאן גם חוסר סבירות של אטימת בתים או הריסתם.

טענה זו לא רק כי כללית היא, אלא אין לדעת על מה היא מבוססת. הגברת צמל מודה, כי אין בידה כל נתונים להשתית עליהם טענתה; אך דווקא בהקשר זה מופנית טרזנייה נגד פרקליטות המדינה, אשר למרות בקשתה סירבה למסור לה פרטים סטטיסטיים על מספר הפגיעות במשתפי פעולה (אגב פירוט מועדים) ועל מספר בתים שנפגעו בעקבות זאת - אף כאן תוך פירוט תאריכים. גב' צמל גורסת, כי רק מטרה זו מצדיקה הוצאתם של צווים-על-תנאי בשתי העתירות, כיוון שלאחר מכן יתאפשר לה להשיג נתונים אלה לביסוס טענתה, בדרך של דרישת פרטים נוספים.

= 232 =

צודקת באת-כוח המדינה, כי הוצאתו של צו-על-תנאי אינה זכות קנויה אך משום כך כי הוגשה עתירה לבית-משפט זה; תנאי מוקדם לכך הוא, כי יש ביכולתו של העותר להצביע, כי מתקיימים תנאים ונסיבות המזכים אותו בצו-על-תנאי, כגון שזכות שלו נפגעה שלא כדין וכדומה גורמים שאין צורך להרחיב בהם. הטענה, כי לאחר הוצאת צו-על-תנאי אולי ייתוספו נתונים שיהיה בהם כדי לבסס את העתירה, אין בה כדי להצביע על זכות שנפגעה בעת הגשת הבקשה, שרק את זו בוחן בית המשפט באותו שלב.

ואולם העיקר הוא, כי הפרטים הסטטיסטיים הכלליים, כמבוקש על-ידי באת-כוח העותרים, אינם נוגעים לעתירות הספציפיות הנדונות ואין בהם כדי לתרום להבהרת האפקטיביות של האמצעים הננקטים לפי התקנה 119 הנ"ל. אף אם ייודעו פרטים על מספרי פגיעות במשתפי פעולה וייודע מספר הבתים שנאטמו או נהרסו, האם יש בכך בלבד כדי ללמד על אפקטיביות פעולות אלה, כאשר בשום נסיבות לא ניתן לדעת, ואולי אף לא לנחש, מה עשוי היה להיות שיעור הפגיעות אלמלא ננקטו הסנקציות ואמצעי הרתעה מתאימים (ראה בג"צ 982/89, 984 [4]).

זו מערכת מורכבת של שיקולים, הדורשת בחינה מתמדת של נתונים שונים הכרוכים בזמן ובמקום, ולא דווקא של העמדת מספרים סטטיסטיים כלליים זה מול זה. בהקשר זה אין לנו אלא לאמץ את דבריו של השופט ברק בבג"צ 798/89 [3] הנ"ל, שם נאמר:

"המשיב מס. 2 סבור שאמצעי הרתעה זה יעיל הוא, ולא הובאו בפנינו כל נתונים השוללים סבירותה של הנחה זו. אכן מעצם העובדה שהפרת שלום הציבור באיזור נמשכת חרף השימוש בתקנה 119, אין ללמוד כי השימוש בתקנה 119 אינו יעיל. אין לנו יסוד שלא לקבל את עמדת המשיב מס. 2 כי לולא השימוש בתקנה 119 היו הפרות הסדר הציבורי רבות יותר וקשות יותר" (ראה גם בבג"צ 878/89, 884, 886, 891/89 [5]).

6. משלא מצאנו פגם או חוסר סבירות בשיקוליהם של המשיבים בשתי העתירות, הוחלט לדחותן ולבטל את צווי הביניים מיום 3.12.89.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

השופט ת' אור: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט בייסקי.

ניתן היום, י"ז בשבט תש"ן (12.2.90).