

בג"צ מס' 1730/96
בג"צ מס' 1731/96
בג"צ מס' 1740/96
בג"צ מס' 1821/96
בג"צ מס' 1824/96
בג"צ מס' 1825/96
בג"צ מס' 1828/96

סביח _____

נגד

האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה ושומרון בג"צ 1730/96

1. _____ עזאם
2. _____ סקר

נגד

האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה ושומרון בג"צ 1731/96

שריף _____

נגד

האלוף שמואל ארד, מפקד פיקוד העורף בג"צ 1740/96

סידר _____

נגד

האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה ושומרון בג"צ 1821/96

= 354 =

1. _____ סראחנה
2. המוקד להגנת הפרט

נגד

האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה ושומרון בג"צ 1824/96

1. _____ דודין
2. _____ דודין
3. _____ דודין
4. _____ דודין
5. _____ דודין
6. _____ דודין
7. המוקד להגנת הפרט

נגד

האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה ושומרון בג"צ 1825/96

**האלוף אילן בירן, מפקד כוחות צה"ל
באזור יהודה והשומרון בג"צ 1828/96**

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [19.3.96]
לפני השופטים **ג' ברך, מ' חשין, ד' דורנר**

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנות 30, 119, 119 (1) - חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, סעיף 440א.

העתירות נסבו על החלטותיו של המשיב 1 **בבג"צ 1730/96** (להלן - המשיב) מכוח הסמכות

= 355 =

הנתונה לו בתקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להחרים ולהרוס מבנים, שבהם התגוררו מחבלים אשר גרמו למעשי חבלה מחרידים בישראל. ארבעה מאותם מחבלים ביצעו פיגועי התאבדות שגרמו לרצח עשרות רבות של אזרחים בישראל. שלושה מחבלים נוספים סייעו בהעברת מטעני החבלה לידי המחבלים. תחילה הורה המשיב לאטום את המבנים, כדי לאפשר למשפחות העשויות להיפגע מההריסה להגיש את השגותיהן. המשפחות אכן הגישו השגותיהן למשיב, ואלה נדחו. לגבי העותרים **בבג"צ 1730/96** וב**בג"צ 1731/96**, השהה המשיב את ביצוע צווי ההריסה של בתי המשפחות. כמה חודשים מאוחר יותר, לאחר שאירעו פיגועים המוניים נוספים, החליט המשיב לקיים את החלטותיו. לטענת העותרים, צווי ההריסה שהוציא המשיב הם פסולים, באשר יש בהם משום ענישה קולקטיבית, הנוגדת את מושגי הצדק הבסיסיים ואת כללי המשפט הבינלאומי.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (אליבא דשופט ג' ברך): (1) הסמכות הנתונה בידי המשיב על-פי תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום) היא רחבה ביותר; נוסחה הדוקני של התקנה מאפשר ביצוע מעשי הריסה של בתים בממדים רחבים ביותר, אשר אינם תואמים תפיסות צדק בסיסיות במדינה מתקדמת (359 א-ד).
- (2) יש להגביל את יישומה של תקנה 119(1) לתקנות, אך בעשותו כן, בית המשפט אינו מפרש את התקנה, אלא רק מטיל מגבלות על אופן יישומה וביצועה, תוך הפעלת כללי המידתיות וחוש הפרופורציה (359 ד-ה).
- ב. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) אין מניעה מושגית להחיל על שיקול-דעתו של המפקד הצבאי - בעל הסמכות להוצאתם של צווי הריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) - את כללי הביקורת השיפוטית, שבית המשפט אמון עליהם:
 - (1) חריגה מסמכות, שרירות, הפליה, סבירות, מניע זר, פגיעה בזכויות יסוד, "מידתיות" (366 ג-ד).
 - (2) הידרשותו של בית המשפט להילכות מינהל מן המניין, ולהחלתן של אלה על החלטות יוצאות דופן כהחלטה להריסתם של בתים ביהודה ובשומרון, יש בה לא מעט מן המלאכותיות ומעירובו של מין בשאינו מינו; העיסוק בביקורת על צווי הריסה מתלווה אליו תחושה חריפה של זרות, שמקורה בכך שמעשה הריסתם של בתים על-פי התקנות הוא, על-פי עצם טיבו ואופיו, מעשה מלחמה. מעשי מלחמה אין הם מעשים שבתי המשפט נדרשים להם בחיי היום-יום (366 ה-ו).
 - (3) התקנות, כשמן וכתוכנן, לא נועדו הן מעיקרן אלא לשמש ככלי מלחמה ובמעשה המלחמה. הן היו אמורות לשמש בידי בעל המנדט ככלי מלחמה בארגוני המחתרת. מלחמה אין עושים בבתי המשפט (367 ג-ד).
 - (4) החלת שיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק על השטחים, היה בה כדי להזריק עקרונות של שלטון החוק במעשיו של ממשל צבאי. אך לא הרי ביקורת ופיקוח על מעשיו של מפקד צבאי באומרו להרוס בתי מחבלים, כהרי ביקורת ופיקוח על רשויות המינהל הרגילות. המאטריה השונה מכתביה מעצמה דרכי התערבות שונות. קשיים שבית המשפט נאבק בהם בביקורת על פעולתו של המפקד הצבאי, רבים הם וקשיחים הם מקשיים

= 356 =

- שנתקלים בהם בביקורת ובפיקוח על רשויות המינהל הרגילות. קשיים אלה מגבילים במאוד את יכולתו של בית המשפט להזריק שלטון חוק במעשיו של המפקד הצבאי (367 ז-368 א, ז-369 ב).
- ג. (אליבא דשופט ג' ברך): (1) לענין השיקולים, אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי יביא אותם בחשבון בטרם יחליט בדבר השימוש בסמכותו לפי תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), אין לקבוע קריטריונים נוקשים וממצים, וכל מקרה חייב להישקל על-פי נסיבותיו המיוחדות בשלמותן (359 ז-360 א).
- (2) בהפעלת הסמכות יש להביא בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לחשוד שהתגורר במבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות על ביצועם בידי אותו חשוד (360 א).

(3) ניתן להתחשב במידת המעורבות של דיירי הבית המיועד להריסה, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של המפגע. היעדר ראייה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך עשוי להשפיע על היקף הצו של המשיב (360 א-ב).

(4) שיקול רלוואנטי הוא, אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים; אם אין הדבר ניתן, אזי יש לשיקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר (360 ב-ג).

(5) על המשיב להביא בחשבון את מספר האנשים העשויים להיפגע מהריסת המבנה ואשר יש להניח כי הם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד (360 ד).

ד. (אליבא דשופט ד' דורנר): (1) מטרתה של סמכות ההריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) היא הרתעה, ואין יסוד לשלול את טענת המשיב, כי הריסת בתיהם של מפגעים מתאבדים עשויה להרתיע מפגעים עתידיים (364 ג-ד).

(2) בהפעלת הסמכות יש להתחשב, מחד גיסא, בהתנהגות האסורה שלשם הרתעתה בא השימוש בתקנה 119. מאידך גיסא, יש להתחשב בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי ההרתעתי יופעל כנגדם (364 ד-ה).

(3) אחת הדרישות להפעלת הסמכות היא קיום קשר סיבתי בין הפגיעות לבין ההריסה. אף-על-פי שהריסת בית אינה אמצעי עונשי במלוא מובן המילה, אלא אמצעי הרתעתי, אין לנקוט אותה אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית (364 ו).

ה. (1) בנסיבות דנן, חומר הראיות שבידי המשיב הצדיק את המסקנה, שהחשוד האחראי לפיגועים הקטלניים התגורר במבנה שלגביו מתכוון המשיב לבצע את צו ההריסה (361 ב).

(2) בנסיבות דנן, צווי ההריסה הוצאו אך כלפי אותה יחידת מגורים שהחשוד התגורר בה. באף אחת מהעיתרות לא הוכח שצו ההריסה מכוון גם נגד יחידות מגורים נפרדות מהדירה שבה התגורר החשוד (361 ג).

(3) בנסיבות דנן, הסתפקות בהריסת חדרו הפרטי של המחבל, או באטימתו, אינה ראויה כאשר מדובר במקרים של פיגועי התאבדות; לגבי מחבל המתכוון לפוצץ את עצמו ולהתאבד, החשש שלאחר מכן יוכל הצבא לאטום את חדרו הפרטי בלבד או אף להורסו, לא יוכל לשמש גורם הרתעתי כלשהו (361 ד-ה).

= 357 =

ו. (1) לעניין העתירות [בבג"צ 1730/96](#) ובבג"צ [1731/96](#), החליט המשיב להורות על הריסת מבנים, והוא רק השהה את החלטתו הסופית בנדון, או "הקפיא" אותה, בעקבות השגות שהגישו המשפחות. לעניין העותר [בבג"צ 1821/96](#), לא נתקבלה עדיין החלטה בדבר הריסת מקום מגוריו. דרך פעולתו של המשיב במקרים אלה אינה פסולה באופן המצדיק את התערבות בג"צ (363 א-ב).

(2) אין פסול בכך שהמשיב, חרף החלטתו העקרונית כי יש להשתמש בסמכותו, דוחה את הביצוע במטרה להיווכח שמא רגיעה במצב הביטחוני תאפשר לו בעתיד להיעתר למשפחות ולוותר על הפעלת סנקציה דראסטית זו. אם החליט המשיב, כי לנוכח המצב החדש שנוצר - לאחר שאירעו פיגועים מחרידים בזה אחר זה - אין עוד מקום להשהות את החלטתו, אין לראות בכך שרירות לב או אי-סבירות קיצונית או פעולה על-פי שיקולים זרים, שש בהן כדי להצדיק את ביטול הצווים (363 ה-ז).

(3) (אליבא דשופט מ' חשין): הקפאתם של צווי ההריסה בעת שהוקפאו והפשרתם בעת שהופשרו, גם הקפאה וגם הפשרה היו כדוין ובמיתחם הסבירות. המשיב לא ויתר - לא במפורש ולא מכלל - לא על הפשרתם של צווי ההריסה ולא על הוצאתם (365 ה-ו).

ז. (1) (דעת מיעוט - השופט ד' דורנר): בנסיבות דנן, הקפיא המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על-תנאי". "התנאי" הוא ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם של אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית (364 ז).

(2) (אליבא דשופט מ' חשין): אין ליטול סמכות להתערב בשיקול-דעתו של המשיב באשר לעיתויה של ההריסה, אם תבוא בסמוך לאחר מעשה הפיגוע או אם תבוא לאחר זמן. הריסת הבית, בנסיבות דנן, לא באה אלא בשל פיגוע רצח שביצע מי שהתגורר בו, ולא עקב מעשהו של הזולת; הייתה זו תגובה ישירה למעשה הפיגוע אם כי לא תגובה מיידי (366 א-ב).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] [בג"צ 6026/94](#) זאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מח (5) 338.
- [2] [בג"צ 2722/92](#) אלעמרינ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693.
- [3] [בג"צ 5667/91](#) ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו (1) 858.
- [4] [בג"צ 5510/92](#) תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח (1) 217.
- [5] [בג"צ 4772/91](#), 5359 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מו (2) 150.

מקורות המשפט העברי שאזכרו:

[א] יחזקאל יח, כ.

עתירות למתן צו-על-תנאי. העתירות [בבג"צ 1740/96](#), 1821, 1824, 1825, 1828 נדחו. העתירות [בבג"צ 1730/96](#), 1731, 1828 נדחו ברוב דעות נגד דעתה החולקת של השופט ד' דורנר.

= 358 =

ל' צמל - בשם העותרים בבג"צ 1730/96, 1731, 1740, 1828;
ע' בוליס - בשם העותר בבג"צ 1821/96;
ב' חורי - בשם העותר בבג"צ 1824/96, 1825;
י' גנסיין, סגן בכיר לפרקליט המדינה, י' שפר, סגן בכיר לפרקליט המדינה -
בשם המשיב.

פסק-דין

השוטפ ג' בך: 1. לפנינו שבע עתירות, אשר שמענו אותן במאוחד ואשר מתייחסות כולן להחלטות מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (להלן - המשיב) בדבר ההחרמה וההריסה של מבנים, אשר בהם התגוררו מחבלים אשר גרמו למעשי חבלה מחרידים בישראל. ארבעה מאותם מחבלים ביצעו את מעשי ההתנקשות בכך שפוצצו את עצמם, כמתאבדים, לרוב בתוך אוטובוסים, באמצעות מנגנון פיצוץ מוכן מראש, וגרמו בדרך זו לרצח עשרות רבות של אזרחים שלווים, גברים, נשים וילדים, ולפציעתם של מאות אנשים נוספים (המדובר במחבלים אשר מעשיהם מהווים נושאי העתירות בבג"צ 1730/96, בבג"צ 1731/96, בבג"צ 1824/96 ובג"צ 1828/96). שלושת המחבלים הנוספים (אשר מעשיהם מהווים נושאי העתירות בבג"צ 1740/96, בבג"צ 1821/96 ובג"צ 1825/96) סייעו בהעברת מטעני החבלה לידי המחבלים, אשר ביצעו בפועל את פיגועי ההתאבדות, והדריכו והפעילו מחבלים בביצוע מעשי ההתאבדות ופיגועי רצח אחרים. כל המחבלים הנ"ל פעלו מטעם ארגוני חבלה הקרויים "חמאס" או "הג'יהאד האיסלאמי".

2. החלטות המשיב ניתנו בתחילת חודש מרץ הנוכחי, בעקבות ביצוע סידרה של פיגועי התאבדות קטלניים ביותר באוטובוסים בירושלים ובתל-אביב, ובתחנת הסעה לחיילים באשקלון. אותן החלטות נתקבלו על-ידי המשיב בתוקף סמכותו על-פי תקנה 119(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן - התקנות).

המשיב הורה תחילה לאטום את המבנים, אשר החלטותיו התייחסו אליהם, על-מנת לאפשר למשפחות העשויות להיפגע מאותם צווים להגיש השגותיהן ולפנות במקרה הצורך לבית-משפט זה, אך הבהיר לנוגעים בדבר כי כוונתו להשתמש בסמכותו גם בדרך גרימת הריסתם של אותם מבנים. מאחר שהשגות העותרים נדחו, פנו הללו לבית-משפט זה בעתירות הנדונות, המיעדות להביא לביטול צווי ההריסה הנדונים או למיתונם.

3. באי הכוח המלומדים של העותרים חזרו בטיעוניהם, בין היתר, על טענות, שהועלו כבר לא פעם בעבר ואשר מגמתן להראות, כי צווי ההריסה שהוצאו על-ידי המשיב הינם פסולים, באשר יש בהם משום ענישה קולקטיבית, הנוגדת את מושגי הצדק הבסיסיים ואת כללי המשפט הבינלאומי. בית-משפט זה קבע בשורה של פסקי-דין, כי מטרת הצווים הנדונים איננה הענשת משפחותיהם של המחבלים מבצעי הפיגועים, כי אם הרתעת עבריינים בכוח, אשר, לפחות בחלקם, עשויים להירתע מביצוע מזימתם, אם מודעים הם לכך כי בביצוע מעשיהם מסכנים הם לא רק את חייהם, אלא גם את מקום מגוריהם של

= 359 =

קרוביהם. שיקול זה עשוי אף להשפיע על מחבלים, המתכוונים להקריב את חייהם בדרך ביצוע פיגועי התאבדות (ראה בבג"צ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (להלן - פרשת נזאל [1])).

4. הסמכות הנתונה בידי המשיב על-פי התקנה 119(1) לתקנות הינה רחבה ביותר, ועל-מנת להמחיש זאת, מן הראוי לצטט את נוסח התקנה פעם נוספת. התקנה, בחלקה הלואנטי לענייננו, קובעת לאמור:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT OF PALESTINE (... OF ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND SITUATED IN ANY AREA, TOWN, VILLAGE, QUARTER OR STREET THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED, OR ATTEMPTED TO COMMIT, OR ABETTED THE COMMISSION OF, OR BEEN ACCESSORIES AFTER THE FACT TO THE COMMISSION OF, ANY OFFENCE AGAINST REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE; AND WHEN ANY HOUSE, STRUCTURE OR LAND IS FORFEITED AS AFORESAID, THE MILITARY COMMANDER MAY DESTROY THE HOUSE OR THE STRUCTURE OR ANYTHING IN OR ON THE HOUSE, THE STRUCTURE OR THE LAND".

הנוסח הדווקני של התקנה מאפשר ביצוע מעשי הריסת מבנים בממדים רחבים ביותר, אשר אינם תואמים תפיסות צדק בסיסיות במדינה מתקדמת. על-כן, קבענו במספר פסקי-דין שיש להגביל את יישומה של אותה תקנה. אך עלינו להיות ערים לכך כי בעשותנו כן, אין אנו מפרשים את התקנה, אלא רק מטילים מגבלות על אופן יישומה ויצועה, תוך הפעלת כללי המידתיות וחוש הפרופורציה. ראה לעניין זה ז' סגל, "עילת העדר היחסיות (DISPROPORTIONALITY) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 507. נתתי ביטוי

לעמדתי זו בפסק-דיני בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (להלן - פרשת אלעמרין [2]), בעמ' 699:

"...ברצוני לציין, כי אין פירוש הדברים הנ"ל שהמפקדים הצבאיים, בעלי הסמכות, אינם מצווים להפעיל בכל מקרה ומקרה שיקול-דעת סביר וחוש פרופורציה, ושאינן בית-משפט זה רשאי וחייב להתערב בהחלטת הרשות הצבאית, כל אימת שזו מתכוונת להפעיל את סמכותה באופן ובדרך אשר הדעת אינה סובלתם. כך, לדוגמה, אין להניח, שמפקד צבאי יחליט להרוס בית שלם, רב קומתי, המכיל דירות מרובות השייכות למשפחות שונות, אך ורק מהטעם שחשוד במעשי חבלה מתגורר בחדר שבאחת הדירות, ואם בכל זאת ירצה לעשות כן, יוכל בית-משפט זה לומר את דברו ולהתערב בדבר".

5. באותו פסק-דין בפרשת אלעמרין [2] גם מניתי מספר שיקולים, אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי, בעל הסמכות על-פי תקנה 119(1), ייקח אותם בחשבון בטרם יחליט בדבר השימוש בסמכותו זו, ובעיקר בדבר היקף השימוש באותה סמכות (ראה שם, בעמ' 699).

= 360 =

699-700). הדגשת שם, והנני מדגיש שוב, כי לא ניתן לקבוע לעניין זה קריטריונים נוקשים ומצומים, וכל מקרה חייב להישקל על-פי נסיבותיו המיוחדות בשלמותן. אחזור כאן רק על תמצית אותן הנחיות:

א. יש לקחת בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לאותו חשוד שהתגורר באותו מבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם על-ידי אותו חשוד.

ב. ניתן להתחשב במידת המעורבות של יתר דיירי הבית, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של הלה. היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב.

ג. שיקול רלוואנטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה.

ד. יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים. אם מסתבר כי אין הדבר ניתן, אזי יש לשקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר.

ה. על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים, העשויים להיפגע מהריסת המבנה, ואשר יש להניח כי הם כשלעצמם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד.

עולה מהחומר שהובא לפנינו לעניין העתירות הנדונות, כי העקרונות הנ"ל אכן נלקח בחשבון על-ידי המשיב. מכאן המאמץ, שנעשה בכל אחד מהמקרים, לברר אם ניתן לבודד יחידות דיור נפרדות במבנה בו התגורר גם המחבל, ולהוציא יחידות נפרדות כאלה מתחולת צו ההריסה. ניתנה גם תשומת לב למידת המודעות למעשי המחבל מצד יתר דיירי הבית.

מטבע הדברים, עיקר הדגש הושם על חומרת המעשים שבוצעו על-ידי החשודים ועל תוצאותיהם, אשר אכן מגיעות במקרים אלה לקיצוניות מרבית.

6. בחלק מהעתירות לא הוכח מטעם באי-כוח העותרים, שקיימות ראיות משכנעות לכך שהחשוד הנוגע בדבר הוא אכן האדם שהתגורר במבנה נושא צו ההריסה. אך באחדות מהעתירות נטען כי עובדה זו לא הוכחה כדבעי וכי קיים ספק בעניין זה.

בדקנו את טיעוני העותרים בכל אחד מאותם מקרים, אך לא מצאנו בהם ממש. לגבי כל אחד מהמחבלים המתאבדים הוכח במידת הוודאות הדרושה, שאין ספק סביר בזהותו של המחבל. המשיב הסתמך על ראיות כגון זהות טביעת האצבעות של החשוד, שתויקו בתיקי חקירות שנוהלו נגדו בעבר, עם טביעת האצבע שנתגלתה על גופת המחבל במקום הפיצוץ; תוצאות חיוביות של השוואה גנטית, שנעשתה בין הדם של המחבל המתאבד ודם

= 361 =

אמו; העובדה שמשפחת המתגורר במבנה הנדון הקימה סוכת אבלים אחרי האירוע; העובדה שאותו מתגורר במבנה נעלם סמוך לאותו פיגוע ולא נתגלה מאז; והודעות מפלילות מפי מחבלים אחרים, ששיתפו פעולה עם אותו מחבל חשוד. הוא הדין עם החשודים אשר מיוחסות להם הפעלה והדרכה של מחבלים מתאבדים וסיוע למחבלים אחרים. גם באשר לחשודים אלה קיימות ראיות ישירות ונסיבתיות מספיקות, הן בדבר ביצוע מעשי החבלה על-ידיהם, והן בדבר הקשר שלהם עם המבנים נושאי הצווים הנדונים.

לסיכום נקודה זו: בכל אחת מאותן עתירות נחה דעתנו, כי חומר הראיות שבידי המשיב הצדיק את מסקנתו הבטוחה, שאכן החשוד הוא האדם הנעלם שהיה אחראי לפיגועים הקטלניים, וכי הוא התגורר במבנה אשר לגביו מתכוון המשיב לבצע את צו ההריסה.

7. לא מצאנו גם פגם במסקנת המשיב, כי צווי ההריסה הוצאו אך כלפי אותה יחידת מגורים שהחשוד התגורר בה. באף אחת מהעתירות לא הוכח לפנינו שצו ההריסה מכוון גם כנגד יחידות מגורים נפרדות מהדירה שבה התגורר החשוד. המדובר בכל המקרים בדירה של משפחה, אשר המחבל החשוד גר בה ביחד עם הוריו או אחד מהם, ועם אחיו ואחיותיו הרווקים. כאשר אחד האחים של החשוד גר ביחידה נפרדת, עם תא משפחתי משלו, הוצא המבנה של אותו אח מצו ההריסה.

8. הצעתם החלופית של העותרים, שהמשי יסתפק בהריסת החדר הפרטי של המחבל בלבד בדירת המגורים המשותפת עם יתר חברי המשפחה או באטימתו, נראית במיוחד בלתי משכנעת כאשר המדובר במקרים של פיגועי ההתאבדות. נראה כי לגבי מחבל המתכוון לפוצץ את עצמו ולהתאבד, החשש שלאחר מכן יוכל הצבא לאטום את חדרו הפרטי בלבד או אף להורסו, לא יוכל לשמש גורם הרתעתי כלשהו. בסיטואציה כזו היה הצו של המשיב מאבד כל משמעות.

9. הייתה למעשה בעתירות אלה רק נקודה אחת שגרמה אצלי ללבטים, ואשר הניעה אף את חברתי הנכבדה, השופטת דורנר, למסור חוות-דעת חולקת ביחס לשתיים מהעתירות (היינו [בבג"צ 1730/96](#) ו**בבג"צ 1731/96**). הבעיה האמורה, אשר עשויה במידה מסוימת להתעורר גם בעניין [בג"צ 1821/96](#), נסבה על הנקודה שאביא כדלקמן. נתאר בקצרה את העובדות הרלוונטיות לשלושת המקרים הנ"ל:

א) [בג"צ 1730/96](#) דן במחבל _____ ג'בארין אשר ביצע ביום 21.8.95 פיגוע התאבדות באוטובוס בקו 26 בירושלים. בפיגוע זה נהרגו 4 אנשים ו-103 נפצעו. הוגשה עתירה על-ידי המשפחה מיד לאחר מכן, אולם היא נמחקה, כאשר התברר שהמשיב טרם גיבש עמדה לעניין מקום מגוריו של אותו מחבל מתאבד. ביום 19.12.95 הועברה אל המשפחה הודעה מטעם המשיב, בדבר הכוונה להוציא צו הריסה, וביום 22.12.95 הוגשה השגה על החלטה זו. מאז לא שמעה המשפחה דבר נוסף, עד שנודע לה על דבר החלטת המשיב מיום 3.3.96 להרוס את הבית.

= 362 =

ב) [בג"צ 1731/96](#) מתייחס לפיגוע התאבדות, שבוצע על-ידי מחבל בשם _____ עזאם ביום 24.7.95. הפיגוע אירע בתל-אביב, באוטובוס בקו 20, ובו נהרגו 6 תושבים ונפצעו 31 נוספים.

ביום 19.12.95 החליט המשיב על החרמת המבנה שבו התגורר המחבל הנ"ל ועל הריסתו החלקית. בעקבות הגשת השגה החליט המשיב להקפיד בינתיים את ביצועו של הצו. ביום 3.3.96, בעקבות סידרת הפיגועים האחרונים, ציווה המשיב על ביצוע המייד של צו הריסה שעליו החליט בשעתו.

ג) העותר [בבג"צ 1821/96](#), _____ סידר, הינו חבר הזרוע הצבאית של ארגון החמאס. הוא היה אחראי בין היתר לפיגוע בנחלת שבעה, שבוצע ב-9.10.94, ואשר בו נגרמו מותם של 7 אנשים ופציעתם של 13 נוספים, והוא היה אחראי לפיגוע התאבדות בבנייני האומה בירושלים ביום 25.12.94, שבו נפצעו 13 אנשים. כמו כן תכנן מספר רב של פיגועים נוספים, בעיקר באזור ירושלים.

אולם פרטים וראיות בדבר פעילותו של מחבל זה הושגו רק בשנת 1995. העותר נעצר ביום 12.5.95, ליד מחסום ארז, כאשר חזר לישראל מרעות עזה. חקירתו נמשכה מספר חודשים, והתמונה השלמה בקשר לממדי פעילותו התגבשה רק בסוף השנה. כתב-אישום נגד העותר הוגש בינואר 1996.

על ההחלטה להרוס את הבית שבו התגורר העותר עם משפחתו, הודע למשפחתו ביום 4.3.96, גם כן אחרי ביצוע סידרת הפיגועים שאירעו לאחרונה.

10. הטענה שהועלתה באשר לשלוש העתירות האמורות הינה, בתמצית, כדלהלן: בניגוד לצווים שניתנו בעניין הפיגועים שאירעו לאחרונה, המדובר כאן בפיגועים אשר התרחשו לפני זמן ניכר, היינו לפני יותר משישה או שבעה חודשים (ובמקרה של נושא [בג"צ 1821/96](#) אף לפני כן). משהחליט המשיב שלא לבצע צווי הריסה כלפי המבנים שבהם התגוררו המחבלים נושאי העתירות האלה, היינו משהחליט, כדברי המשיב, "להקפיד" את ביצועם, הרי לא יהיה זה צודק "להפשיר" עתה צווים אלה ולבצעם. זאת כאשר לא נטען כי למשפחות הנוגעות בדבר היה קשר כלשהו עם הפיגועים שבוצעו לאחרונה, ואשר לכל הדעות הם ורק הם הניעו את המשיב לקבל עתה את ההחלטה בדבר ביצוע הריסת אותם בתים.

באי-כוח המשיב הסתמכו בתשובתם, בין היתר, על פסק הדין [בבג"צ 5667/91](#) ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון [3], שבו נקבע מפי השופט ברק (כתוארו אז, כי "אין בעבור הזמן כשלעצמו כדי להשמיט את נימוקי הביטחון, העומדים ביסוד החלטת המשיב, ואין בו כדי להצביע על פגם אחר שנפל בהחלטתו" (שם, בעמ' 860)). פסק-דין זה הוא

רלוואנטי, אולם אין בו משום תשובה מלאה לטענה בעתירות דנן. המקרה ההוא דן בהשגחה מינהלית רגילה על-מנת לאפשר למשיב לשקול בדבר, ואילו במקרים שלנו מבוססת טענת העותרים לאו דווקא על עבור הזמן בלבד, אלא בעיקר על הסיבה שהביאה בסופו של דבר ל"הפשרת ההקפאה" של החלטה בדבר הריסת הבתים.

= 363 =

11. זוהי כאמור טענה הראויה להישקל, אך בסופו של דבר הגעתי למסקנה, כי אין מקום לקבלה. אין לשכוח, כי באף אחד משלושת המקרים הנ"ל לא החליט המשיב כי אין מקום להשתמש בסמכותו על-פי תקנה 119 לתקנות, או שהחליט לבטל צווי הריסה שהוצאו על-ידיו כלפי מחבלים אלה קודם לכן. להפך, לעניין העתירות [בבג"צ 1730/96](#) ובבג"צ [1731/96](#) החליט המשיב בסוף חודש דצמבר 1995 בפירוש, כי בדעתו להורות על הריסת המבנים, והוא רק השהה החלטתו הסופית בנדון, או "הקפיא" אותה, בעקבות השגות שהוגשו על-ידי המשפחות. לעניין העותר [בבג"צ 1821/96](#) לא נתקבלה עדיין החלטה בדבר הריסת מקום מגוריו, אחרי שהוגש נגדו כתב-אישום בינואר 1996, וההחלטה בנדון נתקבלה רק עתה.

האם דרך פעולתו של המשיב במקרים אלה היא פסולה, ומצדיקה את התערבותו? נראה לי, כי התשובה על שאלה זו חייבת להיות בשלילה. במהלך הדין הצגנו לבי-כוח אותם עותרים את השאלה הבאה:

"האם קבלת טענתכם לא עלולה לגרום לכך שלהבא ייטה המפקד לבצע צווי הריסה לאלתר, כל אימת שקיימת עילה סבירה לעשות כן? מה הפגם בכך, שהמשיב משהה את ביצוע החלטה, בכדי לשקול בדבר נוספות, שמא יווכח, כי אין אולי צורך לנקוט בסנקציה מכאיבה זאת?"

על שאלה זו לא קיבלתי תשובה משכנעת. הלוא אין לשכוח, כי המדובר כאן בהפעלת סנקציה, כאמצעי הרתעתי, הפוגעת בהכרח באנשים אשר לגביהם לא הוכח כי פשעו אישי, ואיש אינו שש להשתמש באמצעי זה. על-כן הדגשתי בפרשת אלעמרין [2], בעמ' 699, כי "...איש בוודאי לא יצטער על כך, אם שיפור מצבה הביטחוני של המדינה ונורמליזציה של המצב הבטיחותי באזור יניעו את המחוקק באחד הימים לראות אמצעי זה כמיותר".

אם כן, מה רע בכך שהמשיב, חרף החלטתו העקרונית כי יש להשתמש בסמכותו לפי תקנה 119(1), דוחה את הביצוע במטרה להיווכח שמא רגיעה במצב הביטחוני תאפשר לו אולי בעתיד להיעתר להשגת המשפחות, ולוותר על הפעלת סנקציה דראסטית זו? אלא שאז אירעו בזה אחר זה הפיגועים המחרידים, שגרמו לרצח ולפציעה המוניים, ואשר בוצעו על-ידי מתאבדים מאותם ארגוני חבלה שאלהם השתייכו גם החשודים נושאי העתירות הנדונות, ושהונעו על-ידי אותה מוטיוואציה פאנאטית. אם החליט המשיב, כי לנוכח המצב שכך נוצר אין עוד מקום להשהות את החלטה בדבר הריסת אותם מבנים, אין לראות בכך שרירות לב או אי-סבירות קיצונית או פעולה על-פי שיקולים זרים, שיש בהן כדי להצדיק את ביטול הצווים. יוער רק, כי כמובן גם בנושא זה יש להתחשב בגורם המידתי. לו, למשל, היה המדובר בדחיית ביצועם של צווים שניתנו לפני שנים מרובות, ייתכן שתבקש מסקנה שונה. אך במקרים שלפנינו, כאשר בהשגחה ביצוע החלטות לזמן קצר יחסית של כחודשיים עסקינן, אין מקום להתערבותנו.

12. לבסוף נזכיר עוד את בקשתם החלופית של חלק מהעותרים, שיאפשר להם להרוס

= 364 =

את המבנים שלהם בעצמם. זאת במטרה למנוע גרימת נזק מיותר למבנים שכנים בעת ההריסה על-ידי כוחות הביטחון.

מטעם המשיב לא הייתה הסכמה להצעה זו. נטען על-ידי בי-כוח המלומדים, שאי-ביצוע ההריסה על-ידי אנשי הביטחון יגרע מהאפקט ההרתעתי של סנקציה זו. מובן שיעשה כל מאמץ מנוע נזקים מיותרים, ואם כאלה בכל זאת יקרו, ישולמו פיצויים לנפגעים מכך.

בלי לנקוט עמדה נחרצת לעניין הצדקתה של הערכת המשיב, הגעתי למסקנה כי אין מקום להתערבותנו בעמדת המשיב בדבר אופן ביצוע הצווים שהוצאו על-ידי.

13. על סמך כל האמור לעיל נראה לי כי מן הדין לדחות את העתירות הנדונות ולבטל את צווי הביניים שהוצאו במסגרתן.

השופט ד' דורנר: 1. מסכימה אני לדחיית העתירות [בבג"צ 1740/96](#), [בג"צ 1821/96](#), [בג"צ 1824/96](#), [בג"צ 1825/96](#) ובבג"צ [1828/96](#). עם זאת, אין באפשרותי להסכים לדחיית העתירות [בבג"צ 1730/96](#) ובבג"צ [1731/96](#), ולו נשמעה דעתי, היינו מקבלים עתירות אלה ואוסרים על המשיב להרוס את בתי העותרים.

2. אכן, מטרתה של סמכות ההריסה לפי תקנה 119 לתקנות היא הרתעה, ואין לנו יסוד לשלול את טענת המשיב כי הריסת בתיים של מפגעים מתאבדים עשויה להרתיע מפגעים עתידיים. אלא שבשורה ארוכה של פסקי-דין קבע בית-משפט זה כי שיקול הדעת בהפעלת סמכות ההריסה אינו מוחלט. כך, למשל, נקבע כי בהפעלת הסמכות "יש להתחשב מחד גיסא בהתנהגות האסורה שלשם הרתעתה בא שימוש בתקנה 119. מאידך גיסא יש להתחשב בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי

ההרתעתי ויפעל כנגדם... "בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח' [4], בעמ' 219-220). ראו גם, למשל: פרשת אלעמרין [2]; [בג"צ 5667/91] [3]. אף אין להעלות על הדעת כי בית-משפט זה היה נותן גושפנקא להריסתם של יישובים שלמים, עקב מעשיהם של יחידים, וזאת למרות העובדה שאמצעי כזה מעוגן לכאורה בלשון התקנה 119, ואין לומר שחסר הוא ערך הרתעתי. מותר להרוס את ביתם של המפגע ומשפחתו בלבד.

אחת הדרישות, שעד כה לא חלקו עליהן, להפעלת הסמכות היא קיום קשר סיבתי בין הפיגוע לבין ההריסה: אף-על-פי שהריסת בית אינה אמצעי עונשי במלוא מובן המילה, אלא אמצעי הרתעתי, אין לנקוט אותה אלא כתגובה ישירה לפיגוע שבוצע על-ידי המפגע שהתגורר בבית.

3. בענייננו, "הקפיא" המשיב את החלטת ההריסה והפך אותה למעין סנקציה "על-תנאי". "התנאי", כך מסתבר, היה ביצוע פיגועים נוספים, על-ידי מפגעים שהתגוררו ביישובים אחרים והשתייכו למשפחות אחרות. עקב ביצוע פיגועים נוספים אלה מבקש המשיב להרוס את בתי העותרים. לדעתי אין הוא ראוי לעשות כך, שכן אין לממש את סמכות ההריסה עקב פיגועים שאינם אלה שביצע המפגע שהתגורר בבית.

= 365 =

מטעמים אלה יש, לדעתי, לקבל את העתירות בבג"צ 1730/96 ובבג"צ 1731/96. כאמו, מסכימה אני לדחייתן של שאר העתירות.

השופט מ' חשין: אני מסכים להכרעת הדין שנכתבה בידי חברי, השופט בך, ובחילוקי הדעות שנפלו בין חברי לבין חברתי, השופטת דורנר, דעתי כדעתו.

2. בחוות-דעת שכתבתי בבג"צ 4772/91, 5359 חיזראן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש [5], בעמ' 155-161, בפרשת אלעמרין [2], בעמ' 701-706, ובפרשת נזאל [1], בעמ' 351-352, נטעתי עצמי בעקרון יסוד במשפט, וממנו - כך אמרתי - לא אנוע לא הימין ולא השמאל. ואותו עקרון יסוד כולנו ידענוהו מילדות: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. כדבר הנביא, והיא תורת משה: "הנפש החטאת היא תמות בן לא-ישא בעון האב ואב לא ישא בעון הבן צדקת הצדיק עליו תהיה ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל, יח, כ [א]).

הוספתי ואמרתי, כי "שלא כהלכות שנקבעו במקומות אחרים... עקרון היסוד שאנו מדברים בו יורד הוא אל שורשי הסמכות ואין הוא סב אך את שיקול-דעתה של הרשות ואת נושא התואם ('מידתיות', 'יחסיות') בין מעשה עוולה לבין סנקציה של רשות" (פרשת נזאל [1], בעמ' 352). זו הייתה דעתי באותן פרשות שנדרשתי להן. זו דעתי אף כיום. אני מסתייג אפוא מדברי חברי, השופט בך, ככל שבונה הוא את הכרעתו על נושא התאם והמידתיות בלבד (כאמור בפיסקאות 4 ו-5 לחוות-דעתו). אלא שניתן לראות דברים אלה כדברי אגב בלבד, הואיל ולדידי נתקיימו בעניינים שלפנינו תנאי הסמכות הנדרשים ובצדם תנאי התואם והמידתיות אף הם. מטעם זה, ורק כך, ראיתי היתר - אף חובה - לעצמי להצטרף להכרעת הדין שיצאה מלפני חברי.

3. כך אף באותם שני עניינים בהם נתגלעו חילוקי דעות בין חבריי. הקפאתם של צווי ההריסה בעת שהוקפאו, והפשרתם בעת שהופשרו, גם הקפאה גם הפשרה היו, לדעתי, כדין ובמיתחם הסבירות. אחרת הייתי פוסק לו סברתי שהמפקד הצבאי ויתר - במפורש או מכללל - על הוצאתם של צווי הריסה, לאמור: לו נמצא לנו שלאחר פיגועים ראשונים ויתר המפקד הצבאי על הוצאתם של צווי הריסה, וכי פיגועים אחרונים הביאו אותו לחזור בו מוויתורים שוויתר. לו כך היה, כי אז אמרתי שהחלטה על הפשרת צווי הריסה מוקפאים - או החלטה על הוצאת צווי הריסה - החלטה שלא כדין היא, החלטה היא שאינה תומכת עצמה בשיקול-דעת ראוי, החלטה היא השקולה להחלטה שנעשתה בחריגה מסמכות. אלא שהמפקד לא ויתר, לא במפורש ולא מכללל, לא על הפשרתם של צווי הריסה ולא על הוצאתם של צווי הריסה. משידענו כל אלה, נוסף ונדע מעצמנו כי פעל כדין ובגדרי סמכות.

אם ירדתי לסוף דעתה של חברתי, השופטת דורנר, סוברת היא כי הפשרת צווי ההריסה הייתה כדין לו פיגועים מאוחרים - פיגועים שהביאו להפשרה - בוצעו בידי מפגעים שהתגוררו ביישוב שבו התגוררו מפגעים ראשונים או בידי מפגעים שהשתייכו למשפחת המפגעים הראשונים. ואילו דעתי היא, שחבריו של מפגע למזימת רצח - ולו חברים -

= 366 =

לאחר-מות - הם כמפגע עצמו, וכל אלה מפגעים בני "משפחה" אחת הם. טעם הדבר הוא, שאותם רוצחים-מתאבדים קשר את גורלם בגורל חבריהם למזימת הרצח וכך כמו נעשו ערבים זה בזה. ואם נזכור כי הריסת בתים נועדה להרתעת היחיד והרבים, יימצא לנו בנקל כי מטרת ההרתעה תושג ביתר על דרך של הקפאה והפשרה כמעשה המשיב. בין כך ובין אחרת, לא ידעתי מנין אטול סמכות להתערב בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי באשר לעיתויה של ההריסה, אם תבוא מיד בסמוך לאחר מעשה הפיגוע או אם תבוא לאחר זמן.

נוסיף ונזכיר, שמא יישכח מאתנו, כי הריסת הבית לא באה אלא בשל פיגוע רצח שביצע מי שהתגורר בו, ולא עקב מעשהו של הזולת. הריסת הבית הייתה תגובה ישירה למעשה הפיגוע אם כי לא תגובה מיידית.

4. כל כך - לעניינם של הצווים שהוצאו בענייננו, שלדעתי הוצאו אלה בסמכות ולא נפלו בהם לא נגע ולא סירכה. ועם כל זאת, כך אמרתי אל לבי, הבו נבחן את הדברים ממרחק מה ונדע את דרכנו. אדברה וירווח לי.

5. נושא הריסתם של בתים על-פי התקנות אינו מעיסוקם של בתי המשפט בחיי היום-יום. אין הוא נושא העולה מעשה שיגרה לפני בתי המשפט, ובתי המשפט לא יועדו מעיקרם לעסוק בו. אכן, אין מניעה מושגית להחיל על שיקול-דעתו של המפקד הצבאי - בעל הסמכות להוצאתם של צווי הריסה לפי תקנה 119 לתקנות - את כללי הביקורת השיפוטית שאנו אמונים עליהם: חריגה מסמכות, שרירות, הפליה, סבירות, מניע זר, פגיעה בזכויות יסוד, "מידתיות". המפקד הצבאי אמור לשקול בדעתו אם יוציא ואם לא יוציא צווי הריסה, ושיקול-דעת זה - כשיקול-דעת - נתון הוא כמו מעצמו ברשת הנורמות ששאר מעשי שיקול-דעת נתונים בה. על דרך זה עשינו בעבר, כך עושים אנו כהיום הזה, ובדרך זו נמשיך ונלך גם להבא.

ואולם אין בכל אלה כדי להקחות תחושה - ותחושה חריפה היא - כי לא בשלנו אנו עוסקים. ואמנם, לא נכחד כי הידרשותנו להילכות מינהל מן המניין, ולהחלתן של אלו על החלטות יוצאות דופן כהחלטה להריסתם של בתים ביהודה ובשומרון, יש בה לא מעט מן המלאכותיות ומעירובו של מין בשאינו מינו. יתר-על-כן: עיסוקנו בביקורת על צווי הריסה מתלווה אליו תחושה חריפה של זרות. ואין זה משום שאין בכוחנו ובסמכותנו להתערב בהחלטתו של המפקד הצבאי. לא אחת התערבנו בהחלטתו של המפקד הצבאי, הפכנו על פיהן החלטות שעשה, והורינו אותו כי ינהג כך ולא אחרת. תחושת הזרות מקורה בכך שמעשה הריסתם של בתים על-פי התקנות הינו על-פי עצם טיבו ואופיו מעשה מלחמה. ומעשי מלחמה אין הם מעשים שבתי המשפט נדרשים להם בחיי היום-יום. נזאל רצח עשרים ושלושה אנשים ופצע עוד עשרות אנשים שעה שפוצץ מטען נפץ בלבו של אוטובוס. "מעשהו של הרוצח", כך אמרתי עליו, "היה במהותו - הגם שלא במסגרתו ושלא בהגדרתו הפורמאלית - מעשה מלחמה, ועל מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה משיבים במעשה שאף הוא במהותו מעשה מלחמה, וכדרך המלחמה" (פרשת נזאל [1], בעמ' 351). וכאן מתעורר הקושי הגדול, שמתקשים אנו להחיל על מעשי מלחמה אמות מידה הנדרשות ממשפט של יום-יום:

= 367 =

"ואני כשופט לא הרגלתי את ידי לעסוק במלחמה ולא ידעתי את דרך הלוחמים.
והנה מצווים עלי להחיל משפט של יום-יום ואמות מידה במשפט על מעשה שהוא במהותו מעשה מלחמה. כיצד אעשה זאת?" (פרשת נזאל [1] שם).

ואם היה ספק בלבנו של מי כי אכן נתונים אנו במלחמה (גם אם לא כהגדרתה הפורמאלית), באה הממשלה בהחלטתה שמיום 3.3.96 והזכירה אותנו כך:

"הממשלה קובעת כי ישראל נתונה במלחמה כוללת נגד ארגון החמאס וארגוני הטרור האחרים, והיא תובעת מהרשות הפלסטינית, מכל מדינות ערב, ומכל השותפים לתהליך השלום להשתתף במלחמה זו בכל האמצעים העומדים לרשותם ולפעול בנחישות נגד הטרור".

מלחמה ושלטון החוק, מעשי מלחמה ובתי-משפט.

6. שניים הם ראשים שחברו זה אל זה והולילו אותנו אל מקום שבו מצויים אנו עתה. ראש ראשון הוא בתקנות גופן, החלות באזורי יהודה ושומרון מאז תקופת המנדט. תקנות ההגנה, כשמן וכתוכן, לא נועדו הן מעיקרן אלא לשמש ככלי מלחמה ובמעשה המלחמה. תקנות אלו הותקנו בשנת 1945, ובידי בעל המנדט אמורות היו הן לשמש - ואכן שימשו - ככלי מלחמה בארגוני המחתרת. מלחמה אין עושים בבתי המשפט, ועל-כן קבע בעל המנדט - בתקנה 30 לתקנות - כי החלטות של בתי-משפט צבאיים על-פי התקנות לא יבואו כלל לפני בתי המשפט ולא ייבחנו בבתי המשפט. תקנה 30, כידוע, אינה עוד בתוקף. כיום משולבת מערכת בתי המשפט הצבאיים שעל-פי תקנות ההגנה במערכת בתי הדין הצבאיים (ראו סעיף 440 ואילך לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955). ואולם גם ביטולה של תקנה 30 לא שינה את אופי הסמכויות שלפי התקנות, שסמכויות נלוות למלחמה הן.

7. ואולם עיקר לענייננו עתה הוא בראש השני, וראשיתו במלחמת ששת הימים, לאחר שתפסנו שליטה בחלקי ארץ-ישראל שלא היו בידינו מאז קום המדינה. היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, הורה את פרקליטיו כי במקום בו יתקוף תושבי יהודה ושומרון, הגולן או חבל עזה, בבית-משפט מעשה ממשל שנעשה ב"שטחים", לא תעלה המדינה טענת חוסר סמכות. כך היה מאז ועד היום, ובתי המשפט - קרי: בית המשפט הגבוה לצדק - נדרשו לעתירות שהגישו תושבי השטחים נגד רשויות הצבא והמדינה בגין מעשים ומחדלים שנעשו ונחדלו בשטחים. ראו, למשל, מ' נגבי, כבלים של צדק - בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים (כנה, תשמ"ב) 9 ואילך. השוו עוד

M. SHAMGAR, "LEGAL CONCEPTS AND PROBLEMS OF THE ISRAELI MILITARY GOVERNMENT - THE INITIAL STAGE" MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967-1980: THE LEGAL ASPECTS (JERUSALEM, ED. BY M. SHAMGAR, 1982) 13 FF.

ההתפתחויות שהיו מאז 1967 הצדיקו מדיניות זו של החלת שיפוט בית המשפט הגבוה לצדק על השטחים, שכן היה בה באותה מדיניות כדי להזריק עקרונות של שלטון החוק

= 368 =

במעשיו של ממשל צבאי. ועם כל הטובה שמדיניות זו הביאה בעקביה - והטובה הייתה רבה - לא נוכל להעלים עין מן התופעה, כי בהחילם עקרונות חוק ומשפט על מעשי מלחמה של רשויות הצבא - בהם הריסת בתים - מצאו עצמם בתי המשפט עוסקים בנושא שהוא זר להם, נושא שעיקרו מצוי הרחק מהם, נושא שעקרונות המשפט לא למענו נבראו ונוצרו. לא אמרנו - אף לא נאמר - כי שומה עלינו למשוך ידנו כליל מאותם מעשי מלחמה. ואולם בה בעת לא נוכל לטוח עינינו מראות במה עוסקים אנו, ומה הוא היוצא דופן בעיסוקנו זה.

8. בשנות החמישים נהגה מדיניות פעולות הגמול. בתגובה על פגיעות בביטחון ישראל ורצח יהודים בידי מסתננים ומחבלים, חצו יחידות צבא את הגבול והכו במטרות שיועדו להם. בפעולות גמול אלו נפגעו גם אזרחים שמעבר לגבול (ע"ע "פעולות גמול", ז' שיף, א' הבר, לקסיקון לבטחון ישראל (זמורה, ביתן, מודן, תשל"ו) 430). העלה על הדעת - היעלה על הדעת - כי אזרח ירדני (פלסטיני) היה מגיש עתירה נגד פעולת גמול שאפשר מיועדת הייתה להרוס את ביתו? והרי התשובה

הברורה לעתירת עיוועים זו הייתה "מעשה מדינה" (ACT OF STATE), לאמור, מעשה שאינו בא תחומיהם של בתי המשפט, מעשה שבתי המשפט אינם מחילים עליו נורמות של משפט, מעשה המצוי, כביכול, אל מחוץ למשפט. המדובר היה ביחסים בין מדינות, ושעה שמדינות דוברות מלחמה זו אל זו, אין לו לפרט לא זכות ולא מעמד. האוכלוסיה האזרחית סובלת רבות בעתות מלחמה, ואולם סבל זה, באשר הוא, אין הוא נותן לפרט לא זכות ולא מעמד נגד האיב. המעשים אינם בני-שיפוט באשר "שייכים" הם לתחום שאינו נתון למרות בתי המשפט.

9. לא באנו לומר כי מעשי הריסת בתים באזורים הנתונים לשליטתה של ישראל זהים הם למעשי מלחמה כלפי מדינת אויב. ההבדלים בין מעשים אלה למעשים אלה בולטים הם לעין מכדי שנוכל להעלים עינינו מהם. ואולם בכך דומים הם המעשים, שאלה ואלה מעשי מדינה הם, מעשי מלחמה הם. ובאמרנו מעשי מדינה ומעשי מלחמה כוונתנו היא למעשים הנוגעים - מתחילה ועד סוף, בכל מכל כול - לקיום ביטחון הכלל ולשמירת חיי הפרט. ביטחון וחיים במובנם הפשוט. מי הוא זה ואיזה הוא שיכפור בקביעה כי החיים ושמירתם - קיומם של החיים, משמעם כפשוטם - נעלים הם על זכויות אחרות? כי זכויות הקניין חייבות להסיג עצמן מפני הזכות לחיים? ואם סובר המפקד הצבאי כי הריסת ביתו של מחבל אפשר - אפשר וולו בסיכוי זעיר - תרתיע את פלוני העלול אף הוא להיות מחבל - רוצח כחבריו לארגון החמאס (או הג'יהאד האיסלאמי), כיצד יאמר לו בית המשפט מה תעשה ומה לא תעשה? במלחמה כבמלחמה: מה לו לבית המשפט שיורה מפקד צבאי מה יעשה ומה לא יעשה? אכן, בית-משפט לא יורה למפקד גדוד כי ראוי לו שישלח פלוגה פלונית מימין לגבעה ולא משמאל לה. באותה רוח, אם כי במידה פחותה, אתקשה להבין כיצד יורה בית המשפט למפקד צבאי שלא להרוס ביתו של רוצח-מחבל - להתרעתם של אחרים - אך באשר בית המשפט אפשר חושב הוא אחרת מן המפקד.

10. פיקחנו בעבר על מעשיו של מפקד צבאי באומרו להרוס בתי מחבלים, פיקחנו על מעשיו וצרפנו אותם בכור הביקורת השיפוטית. כך עושים אנו עתה. כך נמשיך ונעשה גם

= 369 =

בעתיד. ואולם גם זו אמת, שלא הרי ביקורת ופיקוח אלה כהרי ביקורת ופיקוח שאנו מחילים על רשויות המינהל הרגילות. המאטריה השונה מכתובה מעצמה דרכי התערבות שונות. אכן, מעשה מדינה ומעשה מלחמה אינם משנים מאופיים גם אם נתונים הם לביקורת של בית-משפט, ואופי המעשים, על-פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות. קשיים שאנו נאבקים בהם בביקורת על פעולתו של המפקד הצבאי, רבים הם וקשיחים הם מקשים שאנו נתקלים בהם בביקורת ובפיקוח על רשויות המינהל הרגילות. וקשיים אלה מגבילים במאוד את יכולתו של בית המשפט להזריק שלטון חוק במעשי המפקד הצבאי. אכן, לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו, אך נודה על אמת: באותם מחוזות קולו הפיקולו, זך וטהור אך נבלע בהמולה. כל אלה דברים ידענו מכבר, ועם זאת הוספתי ואמרתי אל לבי: אדברה וירווח לי.

הוחלט, פה אחד, לדחות את העתירות ב**בג"צ 1740/96**, **בג"צ 1821/96**, **בג"צ 1824/96**, **בג"צ 1825/96** ו**בג"צ 1828/96**; והוחלט ברוב דעות, כנגד דעתה החולקת של השופטת דורנר, לדחות את העתירות ב**בג"צ 1730/96** ו**בבג"צ 1731/96**. כל צווי הביניים שניתנו במסגרתן של העתירות הנדונות מתבטלים.

ניתן היום, כ"ח באדר תשנ"ו (19.3.96).