

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4694/04 - א'

בפני: כבוד המשנה לנשיא א' מצא  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופטת מ' נאור

העותרים: אסמעיל עבד אלעזיז סאלם אבו עתרה ועוד 45  
אח'

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה  
2. אלוף פיקוד דרום  
3. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ז באייר תשס"ד (18.5.04)

בשם העותרים: עו"ד א' סעדי ועו"ד ג' בולוס

בשם המשיבים: עו"ד ע' הלמן ועו"ד י' רויטמן

### פסק-דין

המשנה לנשיא א' מצא:

העותרים, תושבי שלוש שכונות ברפית, מבקשים צו שיאסור על המשיבים לפגוע בבתי מגוריהם. למצער, מבקשים העותרים, כי המשיבים יחויבו להודיע להם מראש אודות כוונה להרוס את בתיהם ולהעניק לכל מי שבכוונת המשיבים להרוס את ביתו זכות שימוע קודם לביצוע ההריסה.

עיון בנימוקי העתירה יגלה כי באי-כוח העותרים מבקשים ליישם על פרשתנו את הילכותיו של בית-משפט זה שהתייחסו לשימוש המפקד הצבאי בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום). נראה כי גם הסעדים המבוקשים בעתירה נסמכים על

אותה תפיסה. אך חוששנו כי אין הנדון דומה לראיה. בגדר מספר עתירות דומות, שנדונו לפנינו בימים האחרונים, חזרו באי-כוח המשיבים והצהירו, כי הצבא איננו פוגע - ואף אין לו כוונה לפגוע - בבתי תושבים ברפיה, על-פי החלטה מוקדמת, לא למטרה הרתעתית ולא לשם הרחבתו של ציר פילדלפי שעד כה טרם גובשה וטרם אושרה תכנית להרחיבו.

אין מחלוקת כי בעיר רפיה ובסביבתה מתנהלת, מזה ימים אחדים, לחימה פעילה בין כוחות צה"ל לבין ארגוני המחבלים. באי-כוח המשיבים הצהירו כי הצבא עושה כמיטב יכולתו להימנע מפגיעה באוכלוסייה הרחבה. אך לא פעם קורה שחוליות המחבלים המשוטטות בשטח משתמשות במבנים כמקומות מחסה, שמתוכם הם יורים לעבר החיילים; ובמקרים כאלה יש שההגנה על חיי החיילים מחייבת פגיעה בבית שמתוכו נפתחה לעברם אש. כן הוסבר, שכאשר המדובר במבנים מאוכלסים, שהצבא נאלץ להרסם כדי למנוע ממחבלים להשתמש בהם כעמדות נוחות לירי, מקפיד הצבא להזהיר את יושבי הבתים מראש לפנות את הבתים קודם שייהרסו.

בעתירות שנדונו שלשום במסגרת בג"ץ 4573/04 ובג"ץ 4585/04 חזרנו ורשמנו לפנינו מפי באי-כוח המשיבים את ההצהרה שנמסרה על-ידם בעבר במסגרת בג"ץ 4103/04 ובג"ץ 4126/04, לאמור:

אם יוחלט בעתיד ע"י המשיב על הריסת מבנים נוספים, הרי שהמשיב יפעל בהתאם להלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6696/02 בנוגע לזכות הטיעון (עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110), קרי, בכפוף לכך שלא יתקיים אחד משלושת החריגים - צורך מבצעי-מידי, סיכון חיי החיילים או סיכול הפעולה - תינתן לבעלי אותם מבנים זכות טיעון.

גם בתגובתם לעתירה שלפנינו חזרו באי-כוח המשיבים על הצהרתם האמורה. נראה לנו כי בהצהרה זו יש כדי להניח את הדעת כי למעט במקרים שבהם מתקיים אחד משלושת החריגים שצוינו - צורך מבצעי-מידי, מניעת סיכון לחיי החיילים או חשש לסיכול פעולתו של הצבא - יקפידו המשיבים לכבד את זכות הטיעון קודם שיפגעו במבנה מגורים. באי-כוח המשיבים לא הסתירו, כי במצב השורר באזור ההתרחשויות, מתן זכות טיעון כמעט ואיננו מעשי. אך הסבריהם הניחו את דעתנו שככלל הריסת מבנים בשטח האמור איננה מתבצעת אלא בהתקיים תנאיו של אחד החריגים הנזכרים. בכך ניתן, אולי, להיווכח מן הנתונים שהומצאו לנו, לאמור, כי מאז תחילת הלחימה

בשבוע שעבר נפגעו כשלושים עד ארבעים מבנים, ומאז ליל שבת ועד היום נפגעו שלושה מבנים נטושים. גם במספרים הללו, הקטנים לעין ערוך מנתוני העותרים, אין אפילו משום נחמה פורתא, אך נבקש להניח כי המשיבים מודעים לכובד האחריות המוטלת על שכמם ועושים כל מאמץ להקטין ככל האפשר את מידת הפגיעה באוכלוסייה האזרחית הרחבה ואת סאת סבלה.

בנתון להערות אלו, ובהיעדר עילה מיוסדת להוצאת צו על תנאי, אנו מחליטים לדחות את העתירה.

ניתן היום, כ"ז באייר תשס"ד (18.5.04).

ש ו פ ו ת

ש ו פ ו ת

המשנה לנשיא