

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. מהריה מחמד סלמאם אבו עאצי
3. רבחיה חסן עווד עוודאללה

נגד

1. אלוף פיקוד המרכז
2. אלוף פיקוד הדרום

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[30.7.89, 5.12.88]

לפני הנשיא **מ' שמגר**, המשנה לנשיא **מ' אלון** והשופט **ש' וולנשטיין**

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנה 119 - פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, סעיפים 9, 11 - מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 1) 3 - אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 559, סעיף 64 - צו בדבר ביטול חוקי החרם נגד ישראל (יהודה והשומרון) (מס' 71), תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 5) 187 - צו בדבר בתי-משפט מקומיים (עונש מוות) (יהודה והשומרון) (מס' 268), תשכ"ח-1968, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 14) 532.

עניינה של העתירה בהנהגת דרכי ערעור קבועות וכלליות ביהודה, שומרון וחבל עזה, בעקבות צו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בדבר הריסה או אטימה של מבנה או של חלק ממנו.

לטענת העותרים, יש להעניק זכות טיעון לבעלים של בית או למי שגר בו לפני הפגיעה ברכושו. לדעתם, שעת החירום אינה מבטלת את כללי הצדק הטבעי, והפגיעה בהם יכולה להיות מוצדקת רק מטעמים של מניעת סכנה חמורה או של מניעת סיכול מוחלט של הפעולה השלטונית.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

א. (1) בהגדירו את חובותיהם של המפקדים הצבאיים בשטחים המוחזקים, ועת מעביר בית המשפט את פעולות הממשל בשבט הביקורת, מודרך בית המשפט על-ידי כללי המשפט המינהלי, אשר כוללים תמיד גם התייחסות להיקף, לאופי ולמהות סמכויותיו וחובותיו של פקיד הציבור, אשר פעולתו נבחנת על-ידי בית המשפט (538 ה).

(2) אין לקבוע, כי על כל הוראה בדין המקומי, אשר לפיה הוענקה סמכות פעולה לרשות שלטונית כלשהי, מורכבת מניה וביה, וללא תחיקת ביטחון משלימה, הנורמה הרלוואנטית של המשפט המינהלי הישראלי. גישה כאמור אינה תואמת את עקרונותיו של המשפט הבינלאומי הפומבי, כי שינויו של הדין המקומי יכול שיעשה רק במפורש, על יסוד תחיקת ביטחון השומרת על הגבולות שהותוו במשפט הבינלאומי (538 ז-ו).

= 530 =

(3) יש לבחון כל נושא לפי מהותה של ההוראה או ההנחיה אשר מבקשים להרכיב כרובד נוסף על הדין המקומי הקיים. על-כן, אם מפקד האזור קובע לעצמו כללי פעולה פנימיים, אשר לפיהם הוא נמנע מהפעלת סמכות פלונית במלוא חומריתה, וקובע לעצמו כלל פעולה ליבראלי יותר, שאינו פוגע בזכויותיו של הפרט, יכול הדבר למצוא ביטוי בנהלי עבודה פנימיים בלבד, אף ללא תחיקה (539 א-ב).

ב. (1) מפקד האזור נושא באחריות לביטחון ולסדר הציבורי באזור, אשר עליו הוא מופקד. במסגרת חובתו עליו גם לשמור על הביטחון של כוחות צה"ל ושל גורמי המינהל הציבורי ולקיים את קווי התחבורה. עליו לוודא, במידת הצורך, את הפעלתם הנאותה והאפקטיבית של דיני העונשין ולמנוע פגיעה ואנרכיה. תושב השטח הפועל פעולה אלימה נגד כוחות הצבא עובר עבירה וצפוי להעמדה לדין כפשוטה ולנקיטה נגדו של כל סנקציה המותרת לפי הדין המקומי או לפי תחיקת הביטחון (539 ג-ד).

(2) מניעת מעשי אלימות היא תנאי לקיום הביטחון והסדר הציבורי. אין ביטחון ללא אכיפת החוק, ואכיפת החוק לא תצלח ולא תהיה יעילה, אם אינה נושאת בחובה גם השפעה מרתיעה (539 ד).

(3) היקפם של צעדים הננקטים לאכיפת החוק הוא בכל מקרה פועל יוצא של חומרת העבירה, של תדירות ביצועה ושל מהותם של מעשי העבירה המבוצעים (539 ה).

ג. (1) תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) היא בין הסנקציות החוקיות התקפות לפי הדין המקומי, וענין הפעלתה נתון לשיקול-דעתה של הרשות הצבאית, שהפקדה על השטח (539 ו).

(2) שיקול הדעת האמור נתון לביקורת שיפוטית, כמו זה של כל רשות מינהלית. הפיקוח השיפוטי בוחן אם שיקול הדעת מופעל כדיון, ובהקשר זה אף ניתנת הדעת לשאלה, אם ההחלטה נשקלה ונבדקה כראוי, ובין היתר, גם אם ההפעלה ומידת ההפעלה של התקנה תואמות את חומרתו של המעשה אשר בעטיו מתכוונים לישמה, בעקבות הבדיקה שנערכה לפי אמות מידה אלה (539 ז-540 א).

ד. (1) הריסת מבנה היא אמצעי עונשין קשה וחמור, וכוח ההרתעה הטמון בו אינו מפחית מאופיו המתואר. אחת מתכונותיו המרכזיות היא בכך שהוא בלתי הפיך, ואין הוא ניתן לתיקון לאחר מעשה (540 ד).

(2) יש חשיבות בכך שהנוגע בדבר יוכל לפרוש השגותיו לפני המפקד עוד לפני ההריסה, כדי להעמידו על עובדות ושיקולים שאולי לא היה ער להם (540 ד-ה).

(3) הקיום של כללי דיון הוגנים בעניינו של אדם מתבטא, בין היתר, בכך, כי מי שצפוי לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש תינתן לו הודעה מראש על כך ותוענק לו הזדמנות להעלות השגותיו בעניין זה. כלל זה חל גם כאשר מתיר החוק פעולה על אחר, כגון החרמה מיידית של רכוש (540 ה-ו).

ה. (1) פרט למקרים של קיום צורך צבאי-מבצעי, מן הראוי שתיכלל בצו, לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), הודעה בדבר מתן אפשרות למי שאליהם מופנה הצו לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי קודם להפעלת הצו, תוך זמן קצוב שיפורט, וכי לאחר מכן, אם ירצו בכך, תינתן להם שהות נוספת, אף היא קצובה בזמן, לפנות לבג"צ בטרם יופעל הצו (541 ו).

(2) האיזון הלגיטימי והנאות בין הצורך לפעול באופן יעיל ומהיר לבין מתן האפשרות לפנות בהשגה למפקד האזור או בעתירה לבג"צ צריך ויכול למצוא ביטוי בזכות הקדימה, אותה יכול בית המשפט להעניק למקרים דחופים (541 ב-ג).

(3) במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אחר, עוד לפני קיום הערעור או שמיעת העתירה, להבדיל מהריסה, שהיא בלתי הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אחר תינתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, ובה יובהר לו כי זכות ההשגה או הגשת העתירה בעינה עומדת (541 ז-542 א).

= 531 =

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] בג"צ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מא(2) 522.
- [2] בג"צ 513/85, 514, בשג"צ 256/85 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 345.
- [3] בג"צ 434/79 סחוויל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464.
- [4] בג"צ 22/81 חאמד ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223.
- [5] בג"צ 274/82 חמאמרה נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו(2) 755.
- [6] בג"צ 69/81, 493 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון ואח'; קנזיל ואח' נ' הממונה על המכס, מפקדת אזור חבל עזה, ואח', פ"ד לז(2) 197.
- [7] בג"צ 619/78 "אל טליעה" שבועון ואח' נ' שר הביטחון ואח' פ"ד לג(3) 505.
- [8] בג"צ 331/71 אלמקדסה נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כו(1) 574.
- [9] בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439.

פסקי-דין אמריקניים שאזכרו:

- [10] HIRABAYASHI V. UNITED STATES 320 U.S. 81 (1954).
- [11] KOREMATSU V. UNITED STATES 319 U.S 432 (1944).
- [12] CALERO - TOLEDO V. PEARSON YACHT LEASINGS CO. 94 S. CT. 2080 (1974).

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 19.8.88. העתירה נתקבלה. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט.

י' שופמן - בשם העותרים;

נ' ארד, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. עתירה זו עניינה הנהגת דרכי ערעור בועות וכלליות שיחולו ביהודה ושומרון וחבל עזה, בעקבות מתן צו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בדבר הריסה או אטימה של מבנה או חלק ממנו.

על יסוד העתירה יצא מלפני בית-משפט זה צו-על-תנאי, המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם -

"א. מדוע לא יאפשרו לדייר של בית אשר ינתן לגביו צו הריסה או אטימה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת

[חירום](#)), 1945, להשמיע טענותיו בפני הרשות המוסמכת לפני ביצוע הצו.

= 532 =

ב. מדוע לא יתנו לדייר כאמור שהות בת 48 שעות, או פרק זמן ארוך יותר אשר ייקבע על ידי בית משפט זה, מן המיאון להיעתר בחיוב לפניית הדייר, לשם הגשת עתירה, אם ירצה בכך, לבית משפט זה לפני ביצוע הצו.

ג. מדוע לא יאפשרו לדייר כאמור ליצור קשר מייד עם עורך דין, אם ירצה בכך.

ד. מדוע לא יודיעו לדייר כאמור על זכויותיו אלה."

2. תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#) הנ"ל הותקנה על-ידי הנציב העיון בשנת 1945, בזמן שלטונה של בריטניה על כל השטחים שכוללים היום את מדינת ישראל ואת האזורים המוחזקים על-ידיה. וזה נוסח התקנה:

"החרמה והריסה של רכוש וכו'

119. (1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיורחמו לזכות ממשלת ישראל כל בית מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוש בהם שמהם נורה נשק-אש כל-שהוא שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נורו באופן אחר פצצה, רימון-יד או חפץ נפיץ או מבעיר כל-שהם שלא כחוק, או כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עבור, או ניסו לעבור, או חיזקו את ידי העוברים, או היו שותפים שלאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהורחמו בית או מבנה או קרקע כל-שהם, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הגדל על-פני הקרקע. מקום שכל בית, מבנה או קרקע הוחרמו לפי צו מאת מפקד צבאי כאמור לעיל, רשאי שר הבטחון בזמן כל-שהוא - בצו - למחול על החרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית - כדי מידת אותה מחילה - הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע וכל טובות הנאה או זכויות-שימוש, בבית, במבנה או בקרקע או עליהם, לקניין בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו החרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לכוחם לטובת בני-אדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו החרמה.

(2) חברים לחילות הממשלה או לחיל המשטרה, הפועלים בהרשאתו של המפקד הצבאי, רשאים לתפוס ולהחזיק - ללא פיצויים - כל רכוש בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב כאלה המזכרים בתקנת משנה (1), לאחר שיפנו משם - ללא פיצויים - את המחזיקים הקודמים, אם ישנם כאלה בנמצא" (ההדגשות שלי - מ' ש').

התקנה ממשיכה להיות בתוקף בישראל מכוח הוראות בדבר המשכיות הדין, כביטוי בסעיף 11 [לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#), תש"ח-1948.

היא מוסיפה לחול ביהודה ושומרון מכוח הוראות דומות בדבר המשכיותו של הדין המקומי, שחוקקו על-ידי השלטונות הירדניים.

= 533 =

[בג"צ 897/86](#) [1], בעמ' 525-526, אמרנו בהקשר זה:

"...תקנה 119 היא חלק מן המשפט, שהיה חל ביהודה ושומרון ערב כינונו בו של שלטון צה"ל... בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שגם מצאו ביטויים במנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967 של מפקד כוחות צה"ל באזור, הושאר החוק המקומי בתוקפו, וזאת בסייגים שאינם משפיעים העניין שלפנינו (ראה תקנה 43 לתקנות האג 1907 וסעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית). מכאן, כי הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל היא בגדר משפט מקומי, הקיים וחל באיזור יהודה ושומרון, שלא נתבטל בזמן השלטון הקודם או בעת השלטון הצבאי, ולא הובאו לפנינו טעמים משפטיים, שעל יסודם יש לראותו כבטל עתה."

לעניין המשך תוקפן של [תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#) הנ"ל ביהודה ושומרון, ראה גם [בג"צ 513/85](#), 514 [בשג"צ 256/85](#); [2], בעמ' 650; בתוקפה של תקנה 119 דנים, בין היתר, גם [בג"צ 434/79](#) [3], בעמ' 466; [בג"צ 22/81](#) [4], בעמ' 224; [בג"צ 274/82](#) [5], בעמ' 756.

בחבל עזה לא חל שינוי מהותי בדין המקומי מאז תקופת המנדט, כך שלא הועלתה מעולם טענה, החולקת על המשך תוקפן בחבל האמור של תקנות ההגנה (שעת חירום) הנ"ל בכלל, ושל תקנה 119 בפרט.

3. העותרים טוענים, כי לבעלים של המבנה או למי שגר בו, אשר לגביו עומדים להפעיל צו לפי תקנה 119, יש לאפשר הגשת השגה למפקד האזור שנתן את הצו. בכך תבוא לידי ביטוי זכות הטיעון לפני ביצוע הצו, באופן שהנוגע בדבר יוכל

לנסות ולשכנע את מפקד האזור, כי בנסיבותיו של העניין אין מקום לתת את הצו. היה ומפקד האזור יסרב לבטל החלטתו, תונהג לפי המבוקש בעתירה שהיה נוספת בביצוע הצו לארבעים ושמונה שעות או יותר, כפי שייקבע, כדי לאפשר פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק לפני שהצו יבוצע. בכך תבוא לידי ביטוי הענקת זכות הטיעון לפני הפגיעה ברכושו של הנוגע בדבר. לדברי העותרים, זכות הטיעון היא זכות מושרשת במשפט הישראלי, העומדת לכל אדם בהליך שיפוטי, מעין שיפוטי או אף מינהלי. טענתם היא כי:

"הכלל הנקוט בישראל הוא שכאשר חיקוק מעניק סמכות לרשות שלטונית לקבל החלטה הפוגעת באזרח, חלים כללי הצדק הטבעי ללא צורך בהוראה מפורשת על כך. כללים אלה אינם חלים רק כאשר קיימת הוראה חקוקה מפורשת וברורה השוללת את תחולתם. לגבי תחולת כללי הצדק הטבעי, אין לפרש את שתיקת המחוקק כהסדר שליילי, ומהסדר חיובי בעניין פלוני, אין ללמוד על היעדר תחולה בעניין אלמוני, בדרך של 'מכלל הן אתה שומע לאו'."

לדעת העותרים, שעת החירום איננה מבטלת זכות כאמור, וממילא אין גם בסמכות המופעלת לפי תקנות שעת חירום - בין אלה שמקורן בחקיקה המנדטורית ובין אלה שישודן בסעיף 9 [לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#) - כדי להגביל את הזכות המתוארת. כדבריהם:

= 534 =

"מהותה של תקנה 119, המקנה סמכות ענישה קיצונית וחמורה, אינה מצביעה על היעדר תחול של כללי הצדק הטבעי. נהפוך הוא. ככל שסמכות היא קיצונית יותר, וככל שהפגיעה בזכויותיו של האזרח היא חמורה יותר, כך יש להקפיד יותר על ההגנות הפרוצדורליות של האדם העלול להיפגע, לרבות זכותו להשמיע טענותיו."

הם מוסיפים וטוענים, כי שלילתה או דחייתה של זכות הטיעון יכולה להיות מוצדקת רק מטעמים של מניעת סכנה חמורה או של מניעת סיכול מוחלט של הפעולה השלטונית. דוגמה למערכת הנסיבות מן הסוג הראשון היא אישפוזו של אדם בעל-כורחו, אם הוא עלול לפגוע בעצמו או בזולת, או השמדת חפץ מסוכן. גם פעולה ביטחונית, כמו הריסת מבנה מטעמים מבצעיים-מידיים כגון מניעת מקום מסתור למחבלים, עשויה להצדיק חריגה מזכות הטיעון. דוגמה למערכת הנסיבות השנייה היא הוצאת צו עיכוב יציאה מן הארץ או תפיסת חפץ שניתן להבריחו; גם אז יש לקיים שני תנאים מצטברים, והם, כי המדובר בפעולה הפיכה (שהרי את עיכוב היציאה ניתן לבטל), וכי תינתן זכות השמיעה מיד לאחר עשיית הפעולה.

הסנקציה לפי תקנה 119 היא מורה, וההריסה היא בלתי הפיכה. לפי הטענה, התנגדות המשיבים להתרת השהיה בביצוע הצו לשם הגשת השגה נועדה, לדבריהם, בעיקר, כדי למנוע פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, שכן בערכאה זו תעמוד למבחן השאלה, אם מתן הצו נשקל על-פי אמות המידה שהותוו בבית המשפט הזה, ובין היתר, אם יש תשתית עובדתית מספיקה לשימוש בסמכות. ללא שמיעת טיעון מטעם בעליו של המבנה, אין ממילא אפשרות לשקילה נאותה ולבירור העובדות על-ידי הרשות המוסמכת:

"כאשר מוצא צו מיד לאחר מעשה טירור מחריד, או אירוע חמור (כדוגמת פרשת ביתא), עשוי המפקד הצבאי לקבל החלטתו בעקבות רגשית שלו ושל הציבור, ולעיתים אף לפני שעובדות המקרה התבררו לאשורן. המפקד חייב לפעול מתוך שיקולים הגיוניים וענייניים. אסור שיפעל - אסור שהציבור יחשוש שהוא פועל - מתוך כעס, מתוך פזיזות או מתוך אווירה ציבורית הדורשת נקמה. המתנה סבירה ושמיעת הנפגע הן הערובות הטובות ביותר למתן החלטה שקולה."

לדברי העותרים, אין הוכח לכך שמהירות הפעולה מסייעת לגורם ההרתעה, ולו אף היה הדבר כך, לא היה בכך כדי להתיר חריגה מכללי הצדק הטבעי.

4. לטענת המשיבים, למעשה מתאפשרת, בדרך כלל, הגשת השגה למפקד האזור על-ידי הנוגע בדבר, אשר לגבי רכושו ניתן צו הריסה או אטימה לפי תקנה 119, למרות שאין בתקנה 119 בפרט או בדין המקומי בכלל הוראות בדבר השגה או ערעור לרשות שיפוטית. הוזה אומר, לפי תשובת המשיבים, נוהגים היום למעשה, במקרים רבים, להשהות ביצועו של צו, אם הנוגע בדבר מבקש לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק ולהשיג שם על מתן הצו אחרי שפנייתו למפקד האזור נענתה בשלילה.

= 535 =

כפי שנאמר בתשובת המשיבים, הוחלט לשלב בנוהל העבודה של מפקד האזור הוראות, שלפיהן, למעט במקרים חמורים ויוצאי דופן, תינתן אפשרות להעלאת טענות מצד הנוגעים בדבר במסגרת אותו פרק זמן הנדרש לאיסוף הנתונים ולגיבוש ההחלטה, והכול במגבלות שיבטיחו כי לא יהיה בכך כדי לסכל את המטרה העיקרית, היא האפשרות להשתמש בסמכות ללא עיכובים מיוחדים באון שהדבר ישרת את חובתו וזכותו של המפקד הצבאי לשמור על החוק והסדר הציבורי באזור.

דברים אלה הם, לפי דברי המשיבים, פועל יוצא של מדיניות, אשר בגדרה חותרים להחיל את עקרונות המשפט הכלליים, במידת האפשר, גם בזמנים של חירום ובמצבים של חירום; אולם זאת במידת האיזון הנדרשת בין העקרונות האמורים לבין השמירה על צרכי הביטחון והסדר הציבורי באזור, כפי שמחייבות זאת הנסיבות המשתנות מעת לעת.

המשיבים הוסיפו והסבירו בתשובתם, מה הרקע לעמדתם השלילית לגבי בקשת העותרים, כי תינתן בכל מקרה שהות להגשת השגה ופנייה לבית-משפט לפני הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 הנ"ל; וכך נאמר, בין היתר, בדברי התשובה:

"תקנה 119, מעצם טיבה, מקנה למפקד הצבאי את הסמכות להפעיל את הסנקציות הנקובות בה, בדרגות חומרה שונות ומשתנות, החל מהחרמה, אטימה חלקית או מלאה, וכלה בהחרמה והריסה של המבנה.

ככל שהסנקציה המופעלת חמורה יותר, כן גדל האפקט ההרתעתי שבצידה.

לצד חומרת הסנקציה ודרגה, חשיבות מירבית לכך כי תופעל במהירות ובתכיפות למעשה הפשע, שבגינו ננקטה מלכתחילה.

תגובה מידית בהפעלת הסנקציה, היא בעלת חשיבות מירבית, במיוחד באותם מקרים חמורים ויוצאי דופן, שבהם הריסת הבית, באופן דחוף ומידי - להבדיל מאטימיתו - הם שיהיו בעלי אפקט ההרתעה הגדול ביותר.

...

אבקש לחזור ולציין כי מערכת הבטחון מודעת לחומרה היתרה שבהריסת מבנה בלא מתן זכות מוקדמת לטעון טענות, ואולם הסנקציה הזו תופעל בלבד במקרים חמורים ויוצאי דופן, אשר תוצאתם פגיעה קטלנית או פגיעה חמורה, וכן נגד מקרים שבהם נתפסו משליכי בקבוקי תבערה בתוך זמן קצר וסביר ממועד האירוע".

בהודעה מטעם פרקליטות המדינה, הובא פירוט קווי הפעולה שאושרו על-ידי שר הביטחון, ואשר לפיהם ינהגו המשיבים מכאן ולהבא; וזו לשון הדברים:

"(א) למעט במקרים חמורים ויוצאי דופן, תמסר לדיירי הבית הודעה בדבר האפשרות להעלות טענותיהם בפני המפקד הצבאי קודם להפעלת הסמכות על פי

= 536 =

תקנה 119 [\[לתקנות ההגנה\]](#). לאחר מכן, ואם ירצו בכך, תנתן להם שהות נוספת לפנות לבית המשפט הנכבד, קודם להפעלת הצו.

(ב) 'מקרים חמורים ויוצאי דופן' ייחשבו אירועים חמורים במיוחד אשר תוצאתם פגיעה קטלנית או פגיעה חמורה.

(ג) לא תינתן אפשרות לדיירי הבית להעלות טענותיהם קודם להפעלת הצו, גם בנסיבות המחייבות, לדעת המפקד הצבאי, תגובה הרתעתית מהירה, בתוך פרק זמן קצר וסביר מיום האירוע.

נסיבות אשר כאלה, באות לידי ביטוי, כיום, בהשלכת בקבוקי תבערה.

(ד) לא יימנע מדיירי הבית ליצור קשר עם עורך דין, אם ירצו בכך".

במהלך הדיון העלה בית המשפט הצעה, לפיה, אם יש כוונה לתפוס את הבית, ניתן יהיה לתפוס את הבית ולאטום אותו לפני שמיעת הטענות של הדיירים, אך לא תינקט פעולת הריסה של הבית אלא לאחר שניתנה זכות טיעון במסגרת הזמנים המקובלים.

בא-כוחם המלומד של העותרים, עו"ד שופמן, הסכים להצעה האמורה.

בהודעה מטעם פרקליטות המדינה הובאה תשובת שר הביטחון להצעתו הנ"ל של בית המשפט, ולפיה:

"לאחר ששר הביטחון נועץ בגורמי הביטחון, לרבות עם המשיבים, ולאחר ששקל את הצעת בית המשפט ובחן אותה, ובהתחשב בנסיבות ובמצב הקיים, לא יוכל שר הביטחון, לעת הזאת, לקבל את הצעת בית המשפט הנכבד".

עם זאת, ניתן אישור חוזר מטעם המשיבים, כי יקיימו את ההסדר שעיקריו צוטטו לעיל.

נבחן עתה את טענותיהם של בעלי הדין.

5. לפי המנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (יהודה ושומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967, 'מש"ך ויעמוד בתוקפו המשפט שהיה קיים בחבל עזה ובאזור יהודה ושומרון ביום כ"ז באייר תשכ"ז-6 ביוני 1967, או כ"ח באייר תשכ"ז-7 ביוני 1967, לפי

העניין, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר הנ"ל או לכל מנשר או צו שיינתנו על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור. האמור במנשר מבטא את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שגם ובאו, בין היתר, בתקנה 43 לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן - תקנות האג) ובסעיף 64 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית).

בעת הפעלת עקרונותיו של המשפט הבינלאומי הפומבי, פועל מפקד האזור לפי כללים מנחים השאובים מתפיסות היסוד של המשפט המינהלי הנוהגות בישראל; כך אמרנו ב**בג"צ 69/81**, 493 [6], בעמ' 231-232:

= 537 =

"...בית המשפט בוחן את חוקיותה של הפעולה ואת תוקפה לפי עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, כדי לעמוד על כך אם נושא תפקיד, המבצע סמכויות הממשל הצבאי, נוהג כדין מבחינת הנורמות, המחייבות פקיד ציבור ישראלי (**בג"צ 802/79** בעמ' 4 מול האות ה). ביתר פירוט: אין פירושו של דבר, שהמשפט המינהלי הישראלי חל על האזור ותושביו, או שחוקיותה של פעולה בשטח המוחזק תיבחן על-פי המשפט בישראל ותו לא. משמעותה של האמירה הנ"ל היא, כי פעולותיהם של הממשל הצבאי ורשויותיו, כזרועות של הרשות המבצעת הישראלית, נבדקות מבחינת חוקיותן ותוקפן גם לפי קריטריונים נוספים. כללי המשפט הישראלי אמנם לא הוחלו על האזור, אך נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עימו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולתה אשר יהיה. בכך מוטלת על נושא התפקיד חובה נוספת ומצטברת, כי החובה לנהוג לפי הנורמות של המשפט המינהלי הישראלי אינה פוטרת אותו מן כי החובה לקיים את דיני המלחמה. אין הוא יכול לכן להישען על נורמות של המשפט המינהלי הישראלי כדי להימנע מקיום חובה או מניכודו של איסור, החל עליו לפי המקובל על-פי דיני המלחמה. אך מבחינתו של בית-משפט זה, אין נושא התפקיד יוצא, בדרך כלל, ידי חובתו, אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו, כרשות ישראלית, נדרש יותר, והוא, כי ינהג גם בשטח ממשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים. כך אין למש לגלות בדיני המלחמה כלל, מעוצב או לפחות מתגבש, לפיו יש חובה לקיים את זכות השמיעה, אך רשות ישראלית לא תצא ידי חובתה, כאשר מעשיה יועברו בשבט הביקורת בעת הפעלת הפיקוח השיפוטי על-ידי בית-משפט זה, אם לא תכבד חובה זו במקרים, שבהם יש להעניק זכות זאת לפי הנורמות של המשפט המינהלי שלנו, והכול, כמובן, בכפיפות לתחיקה ספציפית, הקובעת הסדרים מיוחדים לגבי סוגיה פלונית. לכך כוונו הדברים, המובאים להלן, ובהם תיאורה של התפיסה הישראלית, בלבושה הדו-רובדי האמור:

'FROM THE NORMATIVE POINT OF VIEW THE RULE OF LAW IN THE TERRITORIES FOUND ITS EXPRESSION IN THE ADOPTION OF TWO MAIN PRINCIPLES OF ACTION:

(THE PREVENTION OF THE DEVELOPMENT OF A LEGAL VACUUM BY THE )1  
DE FACTO OBSERVANCE OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW AND THE  
HUMANITARIAN RULES INCLUDED IN THE HAGUE RULES AND THE  
FOURTH CONVENTION AND FURTHERMORE;  
(THE SUPPLEMENTATION OF THE ABOVE-MENTIONED RULES AND )2  
PROVISIONS BY THE BASIC PRINCIPLES OF NATURAL JUSTICE AS  
DERIVED FROM THE SYSTEM OF LAW EXISTING IN ISRAEL,  
REFLECTING SIMILAR PRINCIPLES DEVELOPED IN WESTERN  
DEMOCRACIES.

= 538 =

(M. SHAMGAR, LEGAL CONCEPTS AND PROBLEMS OF ISRAELI  
MILITARY GOVERNMENT, SUPRA AT 48-49)"

ב**בג"צ 619/78** [7], בעמ' 511-512, צוין, כי -

"כפי שעולה מן הנתונים והטיעונים שלפנינו לא הפעיל הממשל הצבאי הישראלי את הסמכויות הנ"ל המוקנות לו על-פי המשפט הבינלאומי בכל היקפן וחומרתן, אלא ביקש להצמצמן, ככל האפשר, לאותם אמצעים, החיוניים באופן מוחלט לשמירת הביטחון ושלום הציבור, תוך מתן ביטוי להלכה ולמעשה, למגמה שלא להספק בשלטון החוק במשמעותו הפורמלית של ביטוי זה אלא גם לאמץ תפיסותינו בדבר שלטון החוק במובנו המהותי..." (ההדגשות שלי - מ' ש')

לשון אחר, הממשל הישראלי נקט, בתחומים שונים, גישה מתונה יותר מזו המותרת לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי; אימוצן של הנורמות, שתוארו לעיל לפרטיהן, משמעותו, למשל, כי לא ננקטה הגישה המרחיקה לכת יותר, מבחינת

משמעותה לגבי זכויותיו של הפרט - כביטויה לדוגמה במערכת הנסיבות שתוארה בפסקי הדין של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשות KOREMATSU V. UNITED ו- HIRABAYASHI V. UNITED STATES (1943) [10] ו- STATES (1944) [11].

יחד עם זאת הוסף בבג"צ 619/78 [7] הנ"ל בעמ' 512, כי:

"הפעלת סמכויותיהם של המשיבים תיבחן על-פי אמות המידה אותן מיישם בית-משפט זה בבואו להעביר תחת שבט הביקורת פעולתה או מחדלה של זרוע אחרת כלשהי של הרשות המבצעת, אך זאת כמובן תוך התחשבות בחובותיהם של המשיבים כפי שהן עולות ממהות תפקידם, כמתואר לעיל".

משמע, בהגדירו את חובותיהם של המפקדים הצבאיים, ועת מעביר בית המשפט את פעולות הממשל בשבט הביקורת, מודרך בית המשפט על-ידי כללי המשפט המינהלי, אשר כוללים, כמובן, תמיד גם התייחסות להיקף, לאופי ולמהות סמכויותיו וחובותיו של פקיד הציבור, אשר פעולתו נבחנת על-ידי בית המשפט.

כאן עולה שאלה נגזרת, והיא, כיצד משתלבים כללי המשפט המינהלי עם הפעלת הדין המקומי. האם פירושם של הדברים שנאמרו לעיל הוא, כי גם הוראותיו של הדין המקומי משתנות באורח אוטומטי, תוך הכפפתן לכללי המשפט המינהלי הישראלי? תשובה גורפת בכגון דא חייבת להיות שלילית, שהרי אין, למשל, לקבוע, כי על כל הוראה בדין המקומי, אשר לפיה הענקה סמכות פעולה לרשות שלטונית כלשהי, מורכבת כאילו מניה וביה, וללא תחיקת ביטחון משל"מה, הנורמה הרלוואנטית של המשפט המינהלי הישראלי. גישה כאמור אינה תואמת את עקרונותיו של המשפט הבינלאומי הפומבי, כי שינוי של הדין המקומי יכול שיעשה רק במפורש, על יסוד תחיקת ביטחון השומרת על הגבולות שהותוו במשפט הבינלאומי (ראה תקנה 43 לתקנות האג וסעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית שהוזכרו לעיל, וראה גם בבג"צ 331/71 [8], ובג"צ 69/81, 493 [6] הנ"ל).

= 539 =

סיכומה של נקודה זו: יש לדון בסוגיה זאת לעולם לפי הקשרה ועל-פי אופיו והשלכותיו של הדין המקומי. הקו המנחה העקרוני החל בכגון דא הוא, כי שינוי בהוראותיו של הדין המקומי יכול לנבוע רק מהוראה חקוקה, אשר באזור הממשל הצבאי מוצאת ביטויה הבלעדי בתחיקת הביטחון (ראה, למשל, צו בדבר ביטול חוקי החרם נגד ישראל (יהודה והשומרון) (מס' 71), תשכ"ז-1967, וצו בדבר בתי-משפט מקומיים (עונש מוות) (יהודה והשומרון) (מס' 268), תשכ"ח-1968).

יחד עם זאת, יש לבחון כל נושא גם לפי מהותה של ההוראה או ההנחיה אשר אותה מבקשים להרכיב כרובד נוסף על הדין המקומי הקיים. על-כן, אם מפקד האזור קובע לעצמו כללי פעולה פנימיים, אשר לפיהם הוא נמנע מהפעלת סמכות פלונית במלוא חומריתה, וקובע לעצמו כלל פעולה ליבראלי יותר, שאינו פוגע בזכויותיו של הפרט, יכול הבר למצוא ביטויו בנוהלי עבודה פנימיים בלבד, אף ללא תחיקה.

6. מפקד האזור נושא באחריות לביטחון ולסדר הציבורי באזור, אשר עליו הוא מופקד. במסגרת חובתו עליו גם לשמור על הביטחון של כוחות צה"ל ושל גורמי המינהל הציבורי ולקיים את קווי התחבורה (ראה סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית הנ"ל). עליו לוודא, במידת הצורך, את הפעלתם הנאותה והאפקטיבית של דיני העונשין ולמנוע פשיעה ואגרסיה. תושב השטח הפועל פעולה אלימה נגד כוחות הצבא עובר עבירה וצפוי להעמדה לדין כפשוטה ולנקיטה נגדו של כל סנקציה המותרת לפי הדין המקומי או לפי תחיקת הביטחון (ראה גם

SIR H. LAUTERPACHT, THE LAW OF WAR ON LAND, (PART III OF THE MANUAL OF MILITARY LAW (LONDON, 1958) 35-36).

מניעת מעשי אלימות היא תנאי לקיום הביטחון והסדר הציבורי. אין ביטחון ללא אכיפת החוק, ואכיפת חוק לא תצלח ולא תהיה יעילה, אם איננה נושאת בחובה גם השפעה מרתיעה. היקפם של צעדים הננקטים לאכיפת החוק הוא בכל מקרה פועל יוצא של חומרת העבירה, של תדירות יצועה ושל מהותם של מעשי העבירה המבוצעים. אם מתרבים, למשל, מעשי רצח של אנשים בשל מגעיהם עם השלטונות הצבאיים, או אם מבוצעות התקפות שנועדו להביא לשריפתם של בני-אדם או של רכוש כדי לזרוע אימה ופחד, מתחייבת הפעלה תדירה ומחמירה יותר של החוק. דברים אלה נכונים בכל אתר, ושטחי הממשל הצבאי אינם יוצאי דופן מבחינה זו; נהפוך הוא, קיום הסדר והביטחון ושמירתו הלכה למעשה הם, לפי המשפט הבינלאומי הפומבי, מתפקידיו המרכזיים של הממשל הצבאי.

תקנה 119 הנ"ל היא בין הסנקציות החוקיות התקפות לפי הדין המקומי, ועניין הפעלתה נתון, כמובן, לשיקול-דעתה של הרשות הצבאית, שהופקדה על השטח ואשר תפקידיה הוגדרו לעיל.

שיקול הדעת האמור נתון לביקורת שיפוטית, כמו זה של כל רשות מינהלית, ובהקשר זה הוזכרו כבר דברינו בבג"צ 619/78 [7] הנ"ל (ראה גם בבג"צ 274/82 [5] הנ"ל). הפיקוח השיפוטי בוחן אם שיקול הדעת מופעל כדין. ובהקשר זה אף ניתנת הדעת לשאלה, אם ההחלטה נשקלה

= 540 =

ובבדיקה כיאות, ובין היתר, גם אם ההפעלה ומידת ההפעלה של התקנה תואמות את חומרתו של המעשה אשר בעטיו מתכוונים ליישמה, בעקבות הבדיקה שנערכה לפי אמות מידה אלה.

כך נאמר, למשל, בבג"צ 361/82 [9], בעמ' 444, כי:

"שיקולו של המפקד הצבאי, כי בנסיבות העניין שלפנינו מתבקשת פעולה תקיפה, שיש בה כדי להוות גורם הרתעתי, ובכך לשמור על הביטחון והסדר, הינו שיקול, שבנסיבות העניין שלפנינו נופל במסגרת השיקולים כדין, אותם רשאי מפקד צבאי לשקול".

7. המשיבים אינם חולקים על כך, כי יש נסיבות - והן היו עד היום ככל הנראה הרוב של המקרים - בהם אין, גם אליבא דידם, מניעה לכך שתתאפשר השגה לפני נותן הצו (תוך זמן קצוב), וכי תינתן גם אפשרות לדחות את הביצוע לזמן קצוב נוסף (דובר על 48 שעות), אשר בתוכו ניתן יהיה לאפשר הגשת עתירה לבית-משפט זה, בה תתבקש הפעלתו של הפיקוח השיפוטי על החלטת המינהל. למותר להוסיף, כי בעקבות הפנייה לבית המשפט יכול שיינתן צו ביניים, וכי יחלוף זמן נוסף עד למתן החלטת לגופה.

אולם, לפי הטענה, יש מקרים שבהם מחייבות הנסיבות פעולה על אתר, ואשר בהם אין אפשרות לעכב את הביצוע עד חלוף המועדים הנ"ל.

הריסת מבנה היא, אליבא דכולי עלמא, אמצעי עונשין קשה וחמור, וכוח ההרתעה הטמון בו אינו מפחית מאופיו המתואר. אחת מתכונותיו המרכזיות היא בכך שהוא בלתי הפיך, היינו הוא לא ניתן לתיקון לאחר מעשה; משמע, דיון לאחר ביצוע הצו הוא לעולם מוגבל מאוד מבחינת משמעותו המעשית. על-פי תפיסותינו המשפטיות יש, על-כן, חשיבות בכך שהנוגע בדבר יוכל לפרוש השגותיו לפני המפקד עוד לפני ההריסה, כדי להעמידו על עובדות ושיקולים שאולי לא היה ער להם.

מקובל על בית-משפט זה, כי הקיום של כללי דיון הוגנים בענייניו של אדם, מתבטא, בין היתר, בכך, כי מי שצפוי לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש תינתן לו הודעה מראש על כך ותוענק לו הזדמנות להעלות השגותיו בעניין זה. כלל זה חל גם כאשר החוק מתיר פעולה על אתר, כגון החרמה מיידית של רכוש (המותרת), בנסיבות מסוימות, למשל לפי הפסיקה בארצות-הברית, גם כאשר הבעלים של הרכוש לא היה מעורב במעשה העבירה שבעטיו מוחרם הרכוש. ראה: [12] (CALERO-TOLEDO V. PEARSON YACHT LEASINGS CO. (1974).

8. אכן, יש נסיבות צבאיות-מבצעיות, שבהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן או עם אופיין של הנסיבות; למשל, כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית, אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות או להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן, או נסיבות כיוצא באלה, שבהן רואה

= 541 =

הרשות הצבאית המוסמכת צורך מבצעי בפעולה מיידית. לפי עצם מהותו של העניין אין, בנסיבות כאלה, מקום להשהיה בפעולה הצבאית, אשר ביצועה מתחייב על אתר.

9. דעתי היא, כי יש למצוא דרכים כדי שתקוים זכות הטיעון לפני ביצוע החלטה שאיננה מסוג המקרים אשר סעיף 8 דן בהם.

בית המשפט הזה, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, לא סגר שערו, מאז כינון הממשל הצבאי ביוני 1967, בפני תלונותיהם וערעוריהם של תושבי יהודה ושומרון ועזה ונהג בהם לפי אותן אמות המידה המיושמות על-ידינו לגבי כל מי ששוטח לפנינו ענייניו. אין הצדקה משפטית או אחרת לכך, שדווקא בעניין, שתוצאותיו אינן הפיכות לאחר מעשה, נעלה את הסף ונמאן לשמוע טיעון נגד מעשי המינהל.

האיזון הלגיטימי והנאות בין הצורך לפעול באופן יעיל ומהיר לבין מתן האפשרות לפנות בהשגה למפקד או בעתירה לבית-משפט זה צריך ויכול למצוא ביטוי בזכות הקדימה, אותה יכול בית המשפט להעניק למקרים דחופים, כפי שהוא עושה, לא אחת, בתחומים שונים ומגוונים, אם באה על כך בקשה של צד מעוניין.

לשון אחר, בנהלים הצבאיים יכולה להינתן שהות קצובה לפנייה לעורך-דין, למפקד האזור או לבית-משפט זה, לפי הסדר, ובית המשפט אשר יתבקש לכך יוכל, לפי שיקולו, להעניק זכות קדימה לבריור עניין כגון זה.

זאת ועוד, אם דרושה פעולה על אתר, ניתן להסתפק בפעולה שהיא הפיכה, כגון פינוי ואטימה, ולהשהות את עניין ההריסה עד לאחר ההכרעה השיפוטית.

לשון אחר, רואה אני מקום להבחנה בין אטימה להריסה. הראשונה יכולה להתבצע על אתר, אם הנסיבות מחייבות זאת.



לפני נקיטת פעולה מן הסוג השני (הריסה) תינתן השהות לפנות בהשגה או בעתירה, לפי העניין.

סיכומו של דבר:

(א) הנני סבור, כי פרט למקרים של צורך צבאי-מבצעי כאמור בסעיף 8, מן הראוי שתיכלל בצו, לפי תקנה 119, הודעה בדבר מתן אפשרות למי שאליהם מופנה הצו לבחור פרקליט ולפנות למפקד הצבאי קודם להפעלת הצו, תוך זמן קצוב שיפורט, וכי לאחר מכן, אם ירצו בכך, תינתן להם שהות נוספת, אף היא קצובה בזמן, לפנות לבית המשפט הזה בטרם יופעל הצו.

(ב) המדינה תהיה, כמובן, רשאית לפנות לבית-משפט זה ולבקש במקרה ראוי כי לדיון בעתירה כגון זו תוענק זכות קדימה בשמיעתה.

(ג) במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר, עוד לפני קיום הערעור או שמיעת

= 542 =

העתירה, להבדיל מהריסה, שהיא, כאמור, בלתי-הפיכה. במקרה של ביצוע אטימה על אתר, כאמור, תינתן גם כן הודעה לנוגע בדבר, ובה יובהר לו, כי זכות ההשגה או הגשת העירה בעינה עומדת.

זהו הצו המוחלט, שאותו הנני מציע במקרה דנן.

המשנה לנשיא מ' אלון: אני מסכים.

השופטת ש' וולנשטיין: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ז בתמוז תשמ"ט (30.7.89).