

חנן חלף עליאל חמרי

נגד

מפקד אזור יהודה ושומרון

בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [10.8.82]

לפני השופטים א' ברק, ש' לוי, יהודה כהן

[תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, ע"ר תוס' 2 (ע) 858, (א) 1055, תקנות 119 (תוקנה: ע"ר תוס' 2 (ע) 1280, (א) 1566, ע"ר תוס' 2 (א) 507, (1)119 (תוקנה: ע"ר תוס' 2 (ע) 945, (א) 1159).

העתירה נסבה על צו שהוציא המשיב להחרים ולהרוס מבנים, בהם התגוררו משפחת העותר ומשפחת קרובו, אחרי שבו העותר ובן המשפחה האחרת הודו בביצוע מעשה רצח בשליחות ארגון פת"ח.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. גם אחד מבין מספר מתגוררים הוא בגדר "SOME OF THE INHABITANTS" לצורך תקנה 119 של [תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945. אין כל בסיס, לא לשוני ולא ענייני, לפרש ביטוי זה כמתייחס למתגוררים שמספרם הוא, בהכרח, למעלה מאחד.
- ב. לצורך הבסיס הראייתי להפעלת שיקול הדעת על-פי תקנה 119, אין המפקד הצבאי זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק.
- ג. (1) מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, חריף וחמור הוא, וכי השימוש בו ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדנית ורק בנסיבות מיוחדות.
- (2) במסגרתה של תקנה 119 מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הננקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה, שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה.
- (3) שיקולו של המשיב, כי מתבקשת פעולה תקיפה, שיש בה כדי להוות גורם הרתעתי ובכך לשמור על הביטחון והסדר, הינו שיקול, שבנסיבות העניין נופל במסגרת השיקולים כדין, אותם ראשי מפקד צבאי לשקול.

= 440 =

פסק-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] [בג"צ 22/81](#) חאמד ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה' (3) 223.
- [2] [בג"צ 442/71](#) לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו' (2) 336.
- [3] [בג"צ 434/79](#) סחוויל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד' (1) 464.
- [4] [בג"צ 274/82](#) חמאמרה נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו' (2) 755.

עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

ל' צמל - בשם העותר;

ש' צור, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המשיבה.

פסק-דין

השופט א' ברק: 1. ביום 2.7.82 נרצח דוד רוזנפלד, השומר של אתר הרודיון. בגופתו נמצאו למעלה מ-100 דקירות סכין. בחקירה שנתקיימה הודו ראתב סלימן אחמאד אבו-מחמוד (להלן - ראתב) ומחמוד חסאן חלאף חמרי (להלן - מחמוד) בביצוע מעשה הרצח. כן הצביע מחמוד על המקום בו הטמינו את בגדיהם המגואלים בדם, שאותם שרפו לאחר מעשה הרצח, וראתב הוביל את חוקריו למקום בו החביאו את הסכין, שבה בוצע הרצח. עוד התברר מן החקירה, כי השניים ביצעו את מעשה הרצח כמשימה, שהוטלה עליהם כחברי ארגון פת"ח, וכי בכפר מגוריהם קיימת פעילות עוינת בהיקף נרחב, לה שותפים רבים, אשר חלקם נעצרו ומצויים בחקירה.

2. על רקע זה החליט מפקד כוחות צה"ל באזור לעשות שימוש בסמכות, המוענקת לו על-פי תקנה 119 [לתקנות ההגנה](#)

(שעת חירום), 1945, שהינה חיקוק בר-תוקף ביהודה ושומרון (בג"צ 22/81 [1]). המפקד הצבאי הורה להחרים את המבנים, בהם התגוררו ראתב ומחמוד, ולהרסם. דבר כוונתו של המשיב להחרים את המבנים בא לידיעת העותר, שהוא אביו של מחמוד ודודו של ראתב. העותר פנה לבית-משפט זה בבקשה למתן צו-על-תנאי כנגד המשיב, שיבוא וייתן טעם, מדוע לא יימנע מהריסת המבנים, וכן נתבקש צו ביניים.

3. בית-משפט זה הוציא ביום 4.7.82 צו ביניים כמבוקש, ואילו הדיון בעתירה הועבר להרכב של שלושה שופטים. בטרם היה סיפק לקיים דיון בעתירה עצמה, פנתה פרקליטות המדינה בבקשה לבטל את צו הביניים, וצירפה לבקשתה זו תצהיר ממפקד מרחב יהודה. הדיון בעתירה עצמה ובבקשה לבטל את צו הביניים נקבע לפנינו היום. לקראת דיון זה

= 441 =

מונח לפנינו, כאמור, תצהירו של מפקד מרחב יהודה וכן הודעה מאת גב' צמל בשם העותר, בה היא מציינת, כי לא ניתן לעשות שימוש בסמכות האמורה בתקנה 119. כן היא טוענת, כי המשיב מונע על-ידי מטרה זרה, שעניינה קידום התנחלות במקום. עוד נטען בהודעתה של גב' צמל, כי אין לסמוך על ההודאות של ראתב ומחמוד, שכן הן נגבו שלא כדין. בתמיכה להודעה זו הוצגו לפנינו תצהיריהם של ראתב ומחמוד, לפיהם נגבו ההודאות בניגוד לרצונם.

4. במרכזו של הדיון היום עומדת השאלה, אם יש מקום ליתן צו-על-תנאי, שכן, אם התשובה על כך בחיוב, ממילא מתבקשת המסקנה, כי צו הביניים יעמוד בתוקפו עד להכרעה הסופית של בית-משפט זה. לעומת זאת, אם דין העתירה להידחות, ממילא אין עוד צידוק לצו הביניים. נפנה איפוא לדיון בטעמיה של העתירה עצמה, אותם ניתן לכנס לשתי כיתות של טענות. האחת, עניינה סמכותו של המפקד הצבאי לפעול בנסיבות העניין שלפנינו, על-פי תקנה 119; האחרת, עניינה שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בהפעלת סמכותו האמורה.

הסמכות

5. תקנה 119(1) קובעת, בקטעים הרלוואנטיים לענייננו, לאמור:

"A MILITARY COMMANDER MAY BY ORDER DIRECT THE FORFEITURE TO THE GOVERNMENT.... OF ANY HOUSE.... THE INHABITANTS OR SOME OF THE INHABITANTS OF WHICH HE IS SATISFIED HAVE COMMITTED.... ANY OFFENCE" AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE

לטענתה של הגב' צמל, סמכותו של המפקד הצבאי מותנית בכך, כי נוכח לדעת שה- "INHABITANTS" או "SOME OF THE INHABITANTS" ביצעו עבירה כאמור בתקנה, ותנאי זה לא נתקיים בענייננו, הן משום שראתב ומחמוד אינם "INHABITANTS" ולחלופין, אין הם "SOME... INHABITANTS". את טענתה הראשונה סומכת הגב' צמל על כך, כי ראתב ומחמוד מצויים רוב זמנם בבית-ספרם שבכפר אחר ולא בבית הוריהם, ואילו את טענתה השנייה סומכת הגב' צמל על כך, כי בכל אחד מהבתים מצויות נפשות רבות, ועל-כן אין לראות בראתב ובמחמוד "SOME INHABITANTS", שכן ביטוי אחרון זה משמעו יותר מדייר אחד.

6. בטענתיה אלה של הגב' צמל אין ממש. ראתב ומחמוד מתגוררים בבתי הוריהם והפעולה המיוחסת להם בוצעה על-ידיהם אותה עת. עצם העובדה, כי במשך שנת הלימודים הם מצויים מחוץ לבית הוריהם, אין בה כדי למנוע מהם מלהתגורר ולהיות INHABITANTS של בתי הוריהם בתקופת החופש, בה הם מצויים עם הוריהם, מכיוון שכך

= 442 =

אין לנו צורך להכריע בשאלה, אם לצורך התקנות ניתן לראות בהם INHABITANTS, שעה שהם מצויים בכפר אחר לצורכי לימודיהם. עניין זה תלוי, מטבע הדברים, בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה ובטבעה של ההיעדרות מן הבית, ועל כל אלה לא שמענו טיעונים, לא הוצגו לנו ראיות ואין אנו נדרשים להכריע בכך לצורכי העתירה שלפנינו. כן לא מצאנו ממש בטענתה השנייה של הגב' צמל. גם אחד מבין מספר מתגוררים הוא בגדר

SOME OF THE INHABITANTS. אין כל בסיס לא לשוני ולא ענייני לפרש את הביטוי SOME OF THE INHABITANTS כמתייחס למתגוררים, שמספרם הוא, בהכרח, למעלה מאחד. על-פי גישתה של הגב' צמל לא ניתן יהא לעשות שימוש בסמכות האמורה בתקנה 119, אם בבית מתגוררים שניים, ורק אחד מהם ביצע מעשה האסור על-פי התקנות. מסקנה זו מופרכת היא על פניה הן מבחינת נוסח התקנה והן מבחינת המדיניות החקיקתית המונחת ביסודה.

## שיקול דעת

7. טענותיה הבאות של הגב' צמל עניינן השימוש בסמכות, הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119, כלומר, לשאלת שיקול הדעת. טענות אלה ניתן לחלקן לשלוש טענות משנה: האחת, כי לאור תצהיריהם של ראובן ומחמוד, אין לו למפקד הצבאי בסיס ראיתי מספיק להפעלת שיקול דעתו; השנייה כי המפקד הצבאי פעל מתוך שיקולים זרים, והציב לנגד עיניו מטרה זרה; השלישית, כי בנסיבות העניין שלפנינו אי צידוק לשימוש בסמכות הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119. נדון בטענות אלה אחת לאחת.

8. טענתה הראשונה של הגב' צמל עניינה חומר הראיות המצוי לפני המפקד הצבאי. כפי שראינו, חומר זה כולל בחובו, בין השאר, הודאות של ראובן ומחמוד, דו"חות הובלה ומספר ראיות חפציות. לדעתי, ברור, כי חומר זה, המצוי לפני המפקד הצבאי, יש בו די והותר כדי לשמש תשתית ראיתית, על-פיה רשאי הוא לגבש החלטה באשר לשימוש בסמכותו על-פי תקנה 119.

כידוע, המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק-דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית-משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק (ראה: [בג"צ 442/71](#)). [2]. אין ספק, כי מבחן זה מתקיים בעניין שלפנינו. כפי שצינו, הגישה לנו הגב' צמל תצהירים של ראובן ומחמוד, בהם הם טוענים, כי ההודאות שמסרו לחוקרים הוצאו מהם שלא כדין. אין בתצהירים אלה כל טענה, שהמעשה לא בוצע על-ידיהם. בנסיבות אלה נראה לנו, כי אין בקיומם של תצהירים אלה כדי לפגוע בתשתית הראיתית, המצויה לפני המפקד הצבאי.

9. הטענה השנייה של גב' צמל היא, כי המפקד הצבאי הונחה על-ידי מטרה זרה. לטענתה הוקמה במקום לאחרונה התנחלות אזרחית, ומטרת הפקעת המבנים והריסתם אינה אלא לספק לאותם מתנחלים קרקע נוספת. שאלנו את הגב' שקד, אם היא מוכנה להצהיר לפנינו, כי אפילו ייחרסו שני הבתים, לא ישוכנו על הריסותיהם מתנחלים

= 443 =

כלשהם. גב' שקד הצהירה לפנינו בשם המפקד האזור, כי אכן כך ינהג המפקד הצבאי, שכן אין לה להפקעה כל קשר להתנחלות זו או אחרת. לאור הצהרתה זו של גב' שקד שוב אין כל בסיס עובדתי לטענתה זו של גב' צמל, ואנו דוחים אותה.

10. טענתה השלישית של גב' צמל עניינה הצידוק בשימוש בסמכות, הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119. לטענתה, אין זה מקרה ראוי לשימוש בסמכות זו, ובוודאי אין זה ראוי שהפקעת המבנה תהא מלווה בהריסתו - להבדיל מאטימות החלקית או המלאה. כנגד זאת הצהיר לפנינו מפקד מרחב יהודה כי:

"האחראים על בטחון האיזור משוכנעים בכך שחומרתו של מעשה הרצח המזעזע מצד אחד, פעילותם החבלנית של שני הרוצחים מצד שני, והיקף הפעילות החבלנית המאורגנת הכוללת שנתגלתה באיזור, ובתוכו פעילותו החבלנית של העותר, מצדיקים ומחייבים פעולה תקיפה, על ידי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתק' ההגנה.

נוכח האמור לעיל אבקש לטעון כי ההחלטה להחרים את בתיהם של ראובן ומחמוד נעשתה בסמכות, למטרות התקנה, מטעמים ענייניים, וכדין."

מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, אמצעי חריף וחמור הוא, וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניות ורק בנסיבות מיוחדות ([בג"צ 434/79](#) [3]). זאת ועוד. במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא, כי חומרתו של האמצעי, הננקט על-ידי המפקד הצבאי, תהא קשורה בחומרתו של המעשה, שבוצע על-ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים יינקט האמצעי של הריסת המבנה, שכן חומרתה של ההריסה היא משולשת: ראשית, יש בה כדי לשלול מקום מגורים לדיירי הבית; שנית, יש בה כדי למנוע אפשרות של השבת המצב לקדמותו; ושלישית, יש בה, לעתים, כדי לפגוע בדיירים שכנים.

11. נמצא, כי השאלה הניצבת לפנינו היא, אם אכן הנסיבות של העניין שלפנינו מצדיקות את עצם השימוש בסמכות, הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119, וכן, אם חומרתם של המעשים המיוחסים לראובן ולמחמוד מצדיקה את האמצעי החריף של הריסת המבנה. בהקשר זה מן הראוי לחזור ולציין, כי:

"פיקוחו של בית-משפט זה על שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ככל פיקוח שיפוטי אחר על מעשה המינהל, עניינו פיקוח משפטי על חוקיות שיקול הדעת ולא פיקוח עובדתי על היעילות או התבונה שבהפעלת אותו שיקול דעת" ([בג"צ 274/82](#) [4], בעמ' 756).

נראה לנו, כי נסיבותיו של העניין שלפנינו אכן מאפשרות למפקד הצבאי לעשות

= 444 =

שימוש בסמכות, הנתונה לו בתקנה 119, וכי חומרתם היתרה של המעשים, המיוחסים לראתב ולמחמוד - למעלה מ-100 דקירות בדם קר, שהביאו למותו של השומר וזאת במסגרת פעילות חבלנית משלהם - מאפשרים למפקד הצבאי, הפועל על-פי שיקולו של מפקד צבאי סביר, לנקוט את האמצעי הדראסטי של הריסה. 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.

12. המעשה המיוחס לראתב ולמחמוד בוצע ביום 2.7.82, והחלטתו של המפקד הצבאי על הפקעת המבנים והריסתם התקבלה בסמוך לכך. מאז אותו זמן עבר למעלה מחודש ימים וזאת בשל מתן צו הביניים על-ידי בית-משפט זה ביום 4.7.82. כפי שראינו, השימוש בסמכות האמורה על-פי תקנה 119 מעוגן במציאות הביטחונית, השוררת בעת מתן החלטה. מציאות זו עשויה להשתנות. זאת ועוד: עצם עבור הזמן בין המעשה המיוחס לחשודים לבין ביצוע הסמכות על-פי תקנה 119 הוא כשלעצמו שיקול, שראוי להתחשב בו.

נראה לנו על-כן, כי יש לאפשר לעותר או לנציג מוסמך אחר של ראתב ומחמוד לפנות אל המפקד הצבאי, כדי שהוא יחזור וישקול החלטתו ויבחן את חליפותיה (כגון הפקעה בלבד או הפקעה המלווה באטימה בלבד (חלקית או מלאה)) וזאת על רקע המציאות הקיימת עתה. למיותר לציין, שאין אנו נוקטים כל עמדה באשר לדרך, על-פיה ילך המפקד הצבאי, שכן העניין נתון לשיקול-דעתו שלו. על-מנת לאפשר פנייה זו מן הראוי הוא, כי צו הביניים יעמוד בתוקפו מספר ימים נוספים.

התוצאה היא, כי אנו דוחים את העתירה ומשנים את צו הביניים במובן זה, שהוא יעמוד בתוקפו עד ליום 15.8.82 שעה 6.00 בערב, וזאת כדי לאפשר את פניית העותרים אל המפקד הצבאי עד ליום 11.8.82 שעה 6.00 בערב ומתן החלטת המפקד עד יום 13.8.82 שעה 12.00 בצהריים.

ניתן היום, כ"א באב תשמ"ב (10.8.82).