

מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[6.5.90, 30.1.89, 29.10.89]

לפני המשנה לנשיא מ' אלון והשופטים ת' אור, י' קדמי

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנה 119.

המשיב הורה, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להחרים, לאטום ולהרוס חלקים בבתי-הם של העותרים ובבית שכנו של העותר 1. העתירה הנוכחית נסבה על אותו חלק בהחלטת המשיב המתייחס לבית השכן, שבו התגורר אדם שנחשד בביצוע שורה של מעשי אלימות, לרבות תקיפת חשודים בשיתוף פעולה עם שלטונות ישראל והצתת משרדי מס הכנסה בעזה. החלטת המשיב הושתתה על הודאתו של אותו אדם במעשים המיוחסים לו. לטענת העותרים, פרשת הצתתם של משרדי מס הכנסה בעזה אינה נכללת בהודאה, ומשום כך טעה המשיב בהחלטתו, אשר סמכה בחלקה על עובדות שאינן אמיתיות.

בית המשפט הגבוה לצד פסק:

- א. (1) החלטתה של רשות ציבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים, אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהוו תשתית עובדתית להחלטתה (605 ד-ה).
- (2) בניסיון דגן, הנמקתו של המשיב, כשהחליט על הריסה ואטימה של המבנה נושא העתירה, אינה מושתתת בחלקה על עובדות מהימנות; משנמצא, שחלק מהתשתית העובדתית אין לו על מה שישמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות (605 ד, ה).
- ב. (אליבא דשופט ת' אור):
  - (1) החלטת המשיב, אם להרוס או לאטום מבנה, עומדת בפני ביקורתו של בג"צ, אך במסגרת ביקורת זו אין בית המשפט שם עצמו במקום המשיב ומחליט במקומו, מה ראוי הוא שיעשה; השאלה אינה, אם על-פי העובדות שהיו לנגד עיני המשיב, או על-פי מערכת עובדות שונה כפי שהייתה למעשה, סבור בג"צ שראוי או רצוי היה להוציא צו להרוס או לאטום בית. השאלה היא, אם המשיב - כששקל והחליט מה שהחליט - פעל כהלכה ובסבירות, בהתחשב בעובדות המקרה האמיתיות (606 א).
  - (2) בג"צ לא יתערב בהחלטתו של מפקד צבאי לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), כשזו עומדת במבחן הסבירות. עם זאת, בשל תוצאתה הקשה של פעולה לפי תקנה זו, יש מקום לבחון בכל מקרה בזהירות ובקפדנות, אם ההחלטה מעוגנת כהלכה בעובדות הרלוואנטיות, ואם שיקול הדעת הופעל

= 602 =

- על-ידי המשיב כהלכה (606 ג-ד).
- (3) אליבא דמשנה לנשיא מ' אלון: כאשר ביסס המשיב את החלטתו על יסוד עובדות ונימוקים המפורטים בהחלטתו, ומסתבר כי הוא טעה בנכונות חלק משמעותי של עובדות ונימוקים אלה, הרי מן הראוי ומן הצדק לבטל את ההחלטה ולהחזיר את העניין לעיון ולשיקול מחודשים של המשיב, לשם קבלת החלטה על-ידי לאור המצב העובדתי העולה לפניו, בהתחשב עם כל צדדי העניין ופרטיו (606 ז-607 א).
- ג. (דעת מיעוט - השופט י' קדמי): (1) די במעשים הנזכרים בהודאה, עליה סומכת החלטת המשיב, כדי לשמש בסיס מספיק להחלטת המשיב; אין בהוספת פרשת הצתתה של משרד מס הכנסה בעזה כדי לגרוע מכוחם של המעשים הנ"ל לשמש בסיס מספיק להחלטה (604 ג).
- (2) הטעות עליה מצביעים העותרים בניסיון דגן, על-פי טיבה האמיתי, טעות טכנית היאולא טעות עניינית. על-כן אין בכוחה להשמיט את הבסיס מתחת להחלטתו של המשיב (604 ה).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

[1] בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29.

עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון - כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירה נתקבלה. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט. התיק הוחזר אל המשיב על מנת שישקול עמדתו מחדש.

ל' צמל - בשם העותרים;  
י' גנסיין, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המשיב.

פסק-דין

השופט י' קדמי: 1. המשיב הורה על החרמה, אטימה והריסה של חלקים מבתיהם של העותר הראשון ושל שכנו, וכן על החרמה ואטימה של חלק מביתו של העותר השני. כנגד שלושת צווים אלו מכוונת העתירה שלפנינו. ביום 21.11.89 ניתן על-דין פסק-דין חלקי\*, המתייחס לבתיהם של שני העותרים. פסק-דין משלים זה עניינו ביתו של שכנו של העותר הראשון, אשר לגביו החליט המשיב, כי חלק ממנו יאטם וקירותיו הפנימיים של חלק זה ייהרסו. בבית זה מתגורר עבד אל רחים רבאח עבד עביד (להלן - עבד עביד), ובגין המעשים בהם נחשד הוצא הצו האמור.

אמנם אין להם לעורים עניין אישי בבית זה, אך המדינה השיבה גם לעתירה בעניינו. הוסכם שבית המשפט ידון בעניין לגופו, ובהסכמת באי-כוח בעלי הדין דנו בעתירה לגופה כאילו הוצא צו-על-תנאי.

----- \* פ"ד מג (4) 461.

= 603 =

2. לצד הטענות הכלליות שהתייחסו לכל שלושת הצווים - טענות שנדונו בפסק-דינו הראשון, ואשר הטעמים לדחייתן לגבי בתיהם של שני העותרים טובים גם לעניינו של הבית בו מתגורר עבד עביד - העלתה הגב' צמל טענה מיוחדת לגבי עבד עביד, והיא, כי בהנמקת ההחלטה של המשיב בעניינו נפלה טעות, כמפורט להלן.

בהנמקה האמורה - המפורטת במסמך מ/ש-4 - נאמר:

"הנ"ל השתתף במסגרת פעילותו בוועדת הלים בתקיפת חשודים בשיתוף פעולה וסחר בסמים, זאת עשה כשהוא מחופש. כמו כן השתתף בהצתת משרד מס הכנסה בעזה. הנ"ל הודה בחקירתו בביצוע מעשים אלה" (ההדגשות שלי - י' ק').

והנה, טוענת הגב' צמל, אין בהודאה שמסר עבד עביד בחקירתו (ההודאה מצורפת למסמך מ/ש-4) הודאה בתקיפת חשודים בשיתוף פעולה ואף לא בהצתת משרד מס הכנסה בעזה.

טעות זו בהנמקה מצדיקה, לדעת הגב' צמל, את עשיית הצו להחלי, ככל שהדבר נוגע למבנה שבו התגורר עבד עביד.

3. לא אוכל לקבל טיעון זה, ואלה עיקרי טעמי:

(א) בהודאתו האמורה הודה עבד עביד, בין היתר, כדלקמן:

(1) בכך שהצטרף לחוליית הלים עממית בשכונת מגוריו, שיר רדואן בעזה, אשר על-פי הוראות מפקדה (העותר 1), "התחלנו לפעול כנגד המשתפים וסוחרי הסמים" (עמ' 1 להודאה, שורה 17) (ההדגשה שלי - י' ק').

(2) בכך שבמסגרת חוליית הלים השתתף בפועל בהכאתם של סוחרי הסמים חלים דלו וגמאל דיאב (עמ' 1 להודאה, שורה 21; עמ' 2 להודאה) שורה 11) (ההדגשה שלי - י' ק');

(3) בכך שבמסגרת חוליית הלים השתתף בפועל בהכאתו של עונוי חלים, שחטא בכך שפעל על דעת עצמו כנגד חשוד בשיתוף פעולה, ולא בכפיפות לוועדה העממית (עמ' 2 להודאה, שורה 27);

(4) בכך שחבריו לחוליית הלים - כפי שהם סיפרו לו - זרקו מטענים העשויים מצינור על ביתו של אחד יוסף קרעין, פקיד במנהל האזרחי, משום שנחשד כמשתף פעולה (עמ' 3 להודאה, שורה 9) (ההדגשה שלי - י' ק');

(5) בכך שבפעולות בהן לקח חלק היה רעול פנים כחבריו.

(ב) אכן, פרשת הצתת משרד מס הכנסה בעזה אינה נזכרת בהודאתו של עבד עביד אלא

= 604 =

בהודאתו של ראש חוליית ההלם, העותר 1 - בהודאה מ/ש/2 מיום 13.7.89 (עמ' 2, שורה 3) - לפיה השתתף עבד עבייד בפעולה זו. ברם, כפי שמתחייב מנוסח ההנמקה, עניין זה היה בבחינת טעם נוסף, נלווה, לטעמים הבסיסיים שעליהם סמך המשיב את החלטתו בעניינו של עבד עבייד.

נוסח ההנמקה מפרט תחילה את המעשים הנקובים בהודאה - ובהקשר הנדון כאן, גם זריקת המטענים על-ידי חבריו לחוליה של עבד עבייד באה בחשבון - ורק לאחר מכן, כתוספת, מצוי עניין הצתת משרד מס הכנסה; "כמו כן, השתתף בהצתת מס הכנסה" (ההדגשה שלי - י' ק'). תוספת זו מבוססת, כאסור, על הודאתו של העותר 1, לפיה השתתף עבד עבייד בפעולה זו, והמשיב רשאי היה להביא עניין זה בגדר שיקוליו.

(ג) במצב דברים זה יש לבחון, אם די במעשים המפורטים בהודאתו של עבד עבייד כדי לשמש בסיס מספיק להחלטתו של המשיב בעניינו. לנוכח ההנמקה המפורטת בפסק-דין הראשון בעניין בתייהם של שני העותרים, הנני סבור, כי די במעשים הנזכרים בהודאה שמסר עבד עבייד, המפורטים ברישא של ההנמקה של החלטת המשיב, כדי לשמש בסיס מספיק להחלטת המשיב, וכי אין בהוספת פרשת הצתת משרד מס הכנסה בעזה כדי לגרוע מכוחם של המעשים הנ"ל לשמש בסיס מספיק להחלטה כאמור.

(ד) כפי שכבר הובהר, לשון ההנמקה מלמדת בעליל, כי ההחלטה סומכת בעיקרה על המעשים הנזכרים בהודאתו של עבד עבייד, ואילו עניין ההשתתפות בהצתה הינו בבחינת תוספת המגדישה את הסאה. הלכה למעשה, יש לקרוא את ההנמקה כאילו התוספת האסורה - "כמו כן השתתף בהצתת משרד מס הכנסה בעזה" - באה בסופה, לאחר המלים "הנ"ל הודה בחקירתו בביצוע מעשים אלה"; וזאת, משום שכפי שמתחייב מכל מה שנאמר עד כה - שם הוא מקומה.

"הטעות" שעליה מצביעה הגב' צמל הינה למעשה, על-פי טיבה האמיתי, טעות טכנית ולא טעות עניינית; ועל-כן - אין בכוחה להשמיט את הבסיס מתחת להחלטתו של המשיב.

לאור כל האמור לעיל הנני מציע לדחות את העתירה גם ביחס לבית בו מתגורר שכנו של העותר הראשון, עבד עבייד.

השופט ת' אור: 1. צר לי, אך חולק אני על מסקנתו של חברי הנכבד, השופט קדמי.

המשיב התלית על אטימת קומה א' במבנה בו התגורר עבד אל רחים רחם עבד עבייד (להלן - עבד עבייד). ההנמקה, ששימשה יסוד להחלטה להריסת ולאטימתו של מבנה זה (להלן - המבנה), מצויה במסמך מ/ש/4, והיא מצוטטת בחוות-דעתו של חברי הנכבד.

הנמקה זו כוללת, בין היתר, את הקביעות הבאות: א) עבד עבייד השתתף במסגרת פעילותו בוועדת הלם בתקיפת חשודים בשיתוף פעולה; ב) הוא השתתף בהצתת משרד מס הכנסה בעזה; ג) הוא הודה בביצוע המעשים הנ"ל.

= 605 =

2. רואים אנו, שהעובדות שהיו לנגד עיני המשיב, כשהחליט על הריסתו ואטימתו של המבנה, היו כאלה, שעבד עבייד הודה, בין היתר, בהשתתפות בהצתת משרד מס הכנסה בעזה, וכן שהודה בכך, שהוא עצמו השתתף במסגרת פעילותו בוועדת הלם בתקיפת חשודים בשיתוף פעולה.

מסתבר, שעובדות אלה אינן נכונות. ראשית, אין עוד מחלוקת, שעבד עבייד לא הודה בכך שהוא השתתף בהצתת משרד מס הכנסה. ולא רק זאת, בכתב האישום שהוגש כנגד עבד עבייד ונאשמים אחרים בהשתייכות לוועדת ההלם אליה השתייך עבד עבייד, שריפת משרדי מס הכנסה יוחסה לאחרים אך לא לעבד עבייד (ראה פרט האישום השלישי בכתב האישום מ/ש/1 המצורף להודעה מטעם פרקליטות המדינה). מסתבר, שלא רק שעבד עבייד לא הודה בהשתתפות בשריפת משרד מס הכנסה, אלא גם זאת, שהתובע הצבאי סבר, כראה, שאין בחומר החקירה ראיות מספיקות לייחס לעבד עבייד השתתפות בעבירה זו.

שנית, לגבי השתתפותו בפעילות נגד אחרים מזכיר אמנם עבד עבייד שאנשי ועדת ההלם אליה השתייך פעלה גם נגד "משתפים", ובלשונו - "התחלנו לפעול כנגד המשתפים וסוחרי הסמים". אך מתיאור פעילותו שלו במסגרת פעולות אותה ועדת הלם עולה, שהוא עצמו לא השתתף בפעילות נגד משתפי פעולה.

רואים אנו, שהנמקתו של המשיב, כשהחליט על הריסה ואטימה של המבנה, אינה מושתתת בחלקה על עובדות מהימנות.

אין צורך להרבות מלים על כך, שהחלטתה של רשות צבורית צריכה להיות מעוגנת בעובדות ובנתונים אשר נאספו ונבחנו כהלכה, קודם שאלה יהיו תשתית עובדתית להחלטתה (וראה לעניין זה [בג"צ 297/82](#) [1], בעמ' 48-49).

משנמצא, שחלק מתשתית זו אין לו על מה שיסמוך, מן הראוי לבטל את החלטת המשיב, על-מנת שישקול מחדש את עמדתו, לאור עובדות המקרה האמיתיות.

3. חברי הנכבד, השופט קדמי. קובע בחוות-דעתו, שעניין שריפת משרד מס הכנסה שימש רק טעם נוסף להחלטת המשיב, טעם שנלווה לטעמות הבסיסיות שעליהן סמך המשיב את החלטתו. בכך חולק אני על דעת חברי הנכד. איני סבור, שעל-פי

נוסח ההנמקה של המשיב ניתן לקבוע, שעניין הודאת עבד עביד בשריפת משרד מס הכנסה שימש למשיב כנימוק נוסף מעל הצורך, וכאילו ברור, שגם ללא עובדה זו היה מחליט המשיב כפי שהחליט. הנמקת המשוב מהווה מקשה אחת, ועל-פי נוסחה חייבים אנו לקבלה כהנמקה כוללת אחת, אשר הייתה ביסוד החלטתו של המשיב.

גם איני מסכים לדעת חברי, שעלינו לבחון, אם די במעשים המפורטים בהודאתו של עבד עביד כדי לשמש בסיס מספיק להחלטתו של המשיב. ממילא אין בכוונתי לחוות דעתי בעניין זה.

= 606 =

ההחלטה, אם להרוס או לאטום מבנה, החלטת המשיב היא. החלטת עומדת, אמנם, בפני ביקורתו של בית-משפט זה, אך במסגרת ביקורת זו אין בית המשפט שם עצמו במקום המשיב ומחליט במקומו מה ראוי היה שיעשה. השאלה אינה, אם על-פי העובדות שהיו לנגד עיני המשיב, או על-פי מערכת עובדות שונה כפי שהייתה למעשה, בית-משפט זה סבור שראוי או רצוי היה להוציא צו להרוס או לאטום בית. השאלה היא, אם המשיב - כששקל והחליט מה שהחליט - פעל כהלכה ובסבירות, בהתחשב בעובדות המקרה האמיתיות.

על העובדות וההנמקה שהיו ביסוד החלטתו למדים אנו מפיושל המשיב עצמו, וכשמסתבר שההחלטה מבוססת הייתה - ולו בחלקה - על עובדות שאינן נכונות, קמים ועולים החשש והספק, שמא לו היה יודע המשיב את העובדות לאמיתן - והמדובר בשוני עובדתי משמעותי ייתכן שלא היה מגיע להחלטה אליה הגיע. כאמור, השאלה בענייננו אינה מה בית-משפט זה סבור שראוי לעשות לאורן של עובדות המקרה האמיתיות, אלא אם לנגד עיני המשיב, כשהחליט מה שהחליט, היו העובדות האמיתיות של המקרה.

4. יש לזכור, שהמדובר בהריסה ובאטימה של מבנה שבו מתגוררים אחרים, פעולה שכתוצאה ממנה ייפגעו גם מי שלא חטאו. אכן, כפי שנקבע לא אחת, לא יתערב בית-משפט זה בהחלטת המפקד הצבאי לפי תקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, כשזו עומדת במבחן הסבירות. אך בשל תוצאתה הקשה של פעולה זו, יש מקום, לדעתי, לבחון בכל מקרה בזריזות ובקפדנות, אם ההחלטה מעוגנת כהלכה בעובדות הרלוואנטיות, ואם שיקול הדעת הופעל על-ידי המשיב כהלכה.

5. בטיעונם לפנינו הסכימו באי-כוח הצדדים, שהעתירה תידון לגופה כאילו הוצא צו-על-תנאי. אשר-על-כן, ועל יסוד כל המבואר לעיל, יש, לדעתי, לקבל את העתירה ולהוציא צו החלטי במובן זה, שחלטת המשיב, ככל שהיא נוגעת למבנה, תבטל, והעניין יוחזר אל המשיב, על-מנת שישקול עמדתו מחדש לאור עובדות המקרה לאשורן, כמבואר לעיל.

כן הייתי מחייב את המשיב בהוצאות העותר הראשון בסך 2,000 ש"ח.

המשנה לנשיא מ' אלון: היו לפני חוות הדעת של חברי הנכבד, השופט קדמי, ודעתו החולקת של חברי הנכבד, השופט אור: ולאחר העיון באתי למסקנה אליה הגיע השופט אור.

הגב' צמל, באת-כוחם המלומדת של העותרים, טענה לפנינו, שאין לעשות שימוש בתקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), אלא במקרה שמצויה הודאה בעובדות המשמשות יסוד להחלטת המשיב, והודאה זו צריך שתהא של מי שכלפיו עומדים לעשות שימוש בתקנה הנ"ל. טענות אלה אינן מקובלות עלי, ולא כאן המקום לדון במידת ההוכחה הדרושה לצורך השימוש בתקנה האמורה. מאידך, מקובלת עלי הטענה, שכאשר המשיב ביסס את ההחלטה על יסוד עובדות ונימוקים המפורטים בהחלטתו, ומסתבר כי הוא טעה בנכונות חלק משמעותי של עובדות ונימוקים אלה, אזי מן הראוי ומן הצדק לבטל את ההחלטה ולהחזיר את העניין לעיון ולשיקול

= 607 =

מחדש של המשיב, לשם קבלת החלטה על-ידי לאור המצב העובדתי העול לפנינו, בהתחשב עם כל צדדי העניין ופרטיו. דעתי כדעת חברי השופט אור, שאכן טעות כגון זו אירעה במקרה שלפנינו.

הוחלט, ברוב דעות, לקבל את העתירה ולהוציא צו החלטי, כי החלטת המשיב, ככל שהיא נוגעת למבנה, כמתואר לעיל, בטלה. העניין יוחזר אל המשיב, כדי שישקול מחדש את עמדתו לאור עובדות המקרה, כמבואר לעיל.

על המשיב לשאת בהוצאות העותר הראשון בסך של 2,000 (אלפיים) ש"ח, צמוד ונושא ריבית מהיום ועד לתשלום בפועל.

ניתן היום, י"א באייר תש"ן (6.5.90).