

חמדה מוחמד חליל תורקמאן

נגד

1. שר הביטחון, מר יצחק רבין
2. מפקד אזור יהודה ושומרון
3. אלוף פיקוד המרכז

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[15.2.93]

לפני השופטים א' ברק, י' מלץ, א' מצא

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 858, (א) 1055, תקנה 119.

העתיקה נסבה על החלטתו של המשיב 2, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, להחרימם את ביתה של העותרת ולהורסו.

ההחלטה ניתנה לאחר שבנה של העותרת הורשע כי גרם בכוונה תחילה למותו של אדם ובחברות בארגון עוין. בבית מתגוררים העותרת עם ילדיה. אחד מילדיה נשוי ומתגורר בבית עם משפחתו.

לטענת המשיבים, הריסה חלקית של הבית אינה אפשרית, מטעמים הנוצצים במצבו של המבנה.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) מעניקה סמכות רחבה למפקד הצבאי. עם זאת, כל סמכות, ותהא רחבה ככל שתהא, צריכה להיות מופעלת על-פי שיקול-דעת סביר (219 ד).
(2) בגדר הפעלתה הסבירה של הסמכות, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את הנתונים הרלוואנטיים, ליתן להם משקל ראוי ולאזן בין השיקולים המתנגשים (219 ד-ה).
(3) בהקשר זה, על המפקד הצבאי להתחשב בכך כי במסגרתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) מצויות דרגות שונות של אמצעים על-פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית ומלאה וכלה בהריסת המבנה (219 ה).
(4) בהפעלת הסמכות הנתונה למפקד צבאי, עליו לנהוג על-פי עקרון היחסיות;
חייב להתקיים יחס ענייני - יחסיות או מידתיות ראויות - בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון (219 ה-ו).
(5) בקביעת היחסיות יש להתחשב, מחד גיסא, בהתנהגות האסורה, שלשם הרעתה בא השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). מאידך גיסא, יש להתחשב בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי ההרתעתי יופעל כנגדם (219 ז-ט).

= 218 =

- ב. (1) בנסיבות דנן הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" - ועל-כן לא סביר - בין התנהגותו הרצחנית של בנה של העותרת לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור (220 א).
(2) לאחר שבנסיבות דנן הדרך הסבירה הקובעת הריסה חלקית בלבד אינה אפשרית, יש לנקוט אמצעי דראסטי פחות, שאף הוא חמור, של אטימה חלקית (220 א).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.
- [2] בג"צ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו (1) 858.
- [3] בג"צ 2722/92 אלי עמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693.

הערות:

1. להערות על פסק הדין ראה: ז' סגל, "סמכות בטחונות, יחסיות מינהלית וביקורת שיפוטית" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 477; D. SIMON, "THE DEMOLITION OF

- 1, 35-36 HOUSES IN THE ISRAELI OCCUPIED TERRITORIES" 19 YALE J. INT'L L. (1994).
2. להיזקקות לעילת היחסיות (מידתיות) לבחינת שיקוליה של רשות ביטחונות הפעילה סמכויות חירום ראה B. BRACHA, "JUDICIAL REVIEW OF SECURITY POWERS IN ISRAEL: A NEW POLICY OF THE COURTS" 28 STAN. J. INT'L L. (1991) 39, 85-88.

עתירה למתן צו-על-תנאי. הדיון כאילו ניתן צו-על-תנאי. העתירה נתקבלה בעיקרה. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט בהתאם.

מ' מ' עוויסאת - בשם העותרת;
א' רומנוב, סגן בכיר א לפרקליט המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט א' ברק: 1. ביום 27.10.92 ירה מוחמד תורקמאן על בני הזוג ביטון. הוא ירה מטווח קצר. מוטי ביטון נורה למוות. רעייתו נפצעה בידה. מוחמד תורקמאן נתפס והועמד לדין. הוא הודה בעובדות כתב האישום. הוא הורשע, בין השאר, בגרימת מותו בכוונה של מוטי ביטון ז"ל, בניסיון לגרום למותה של גב' ביטון, בחברות בארגון עוין ובביצוע אימונים צבאיים. בית המשפט הצבאי הטיל עליו (ביום 16.12.92) עונש מאסר עולם וכן חמישים שנות מאסר במצטבר לעונש זה.

2. מוחמד תורקמאן מתגורר בבית בודד בן קומה אחת. בבית שלושה חדרים, ומטבח (המשמש גם כמחסן). בבית מתגוררים, פרט למוחמד תורקמאן, אמו (שהיא בעלת הבית)

= 219 =

ושבעת אחיו ואחיותיו הרווקים. כן מתגורר באותו בית אח נוסף, הוא האח הבכור, עם אשתו ובנו. עם תפיסתו של מוחמד תורקמאן, ועוד בטרם הורשע, החליט המפקד הצבאי להחרים את הבית ולהורסו. הבית נאטם (ביום 10.11.92) "על אתר", ולבני המשפחה הודע על זכותם להשיג נגד החלטה זו. השגת המשפחה (שהוגשה ביום 12.11.92) נדחתה על-ידי המפקד הצבאי. מכאן העתירה שלפנינו. לאחר ששמענו את טיעוני הצדדים ביקשנו כי המשיב 2 (להלן - המשיב) יבחן את האפשרות של הריסה חלקית, תוך השארת חלקים למגוריהם של האם ושל האח הבכור. בהודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה נמסר לנו כי נערכה בדיקה הנדסית על-ידי מהנדס בניין. הבדיקה העלתה כי כל פגיעה באחד מחדרי המבנה פוגעת ביציבות שאר המבנה ומסכנת את המבנה כולו. מכאן, שמבחינה הנדסית הריסה חלקית של הבית אינה אפשרית.

3. על רקע זה ביקש בא-כוח העותרת - היא אמו של מוחמד תורקמאן - כי נבטל את צו ההחרמה ואת צו ההריסה. הודגש לפנינו, כי אבי המשפחה נפטר, והעותרת דואגת לילדיה. היא ובניה לא ידעו דבר על פעולתו החבלנית של בנה מוחמד תורקמאן. האח הבכור, אשתו וילדו מהווים משפחה נפרדת המתגוררת בבית, ואף הם לא ידעו דבר על התנהגותו של מוחמד. לחלופין, הציע מר עוויסאת כי נבטל את צו ההחרמה וההריסה ונחליף אותו בצו החרמה ואטימה חלקית. עמדת המשיב הינה כי מעשיו של בן העותרת הם חמורים ביותר. הם הביאו למותו בדם קר של אדם חף מפשע. חומרת מעשיו של מוחמד תורקמאן והצורך להרתיע אחרים דוגמתו מצדיקים עשיית שימוש בסמכות הקנויה למשיב בתקנה 119 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945 (להלן - התקנות). מקובל על בא-כוח המשיב, כי בני הבית לא ידעו על מעשיו של מוחמד. עם זאת, קיים צורך בהריסת המבנה כאמצעי הרתעה.

4. תקנה 119 לתקנות מעניקה סמכות רחבה למפקד הצבאי. עם זאת, כל סמכות, ותהא רחבה ככל שתהא, צריכה להיות מופעלת על-פי שיקול-דעת סביר. אכן, העתירה שלפנינו אינה עוסקת בסמכותו של המפקד הצבאי, שכן סמכותו להרוס את המבנה כולו קיימת. העתירה שלפנינו עוסקת בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי, אם סביר הוא להרוס את המבנה כולו. בגדר הפעלתה הסבירה של הסמכות, על המפקד הצבאי לקחת בחשבון את הנתונים הרלוואנטיים, ליתן להם משקל ראוי ולאזן בין השיקולים המתנגשים. בהקשר זה, על המפקד הצבאי להתחשב בכך כי "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" [\(בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון \[1\], בעמ' 443\)](#). אכן, בהפעלת הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על-פי תקנה 119 לתקנות, עליו לנהוג על-פי עקרון היחסיות. "חייב להתקיים יחס ענייני - יחסיות או מידתיות ראויות - בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעי הננקט על-ידי השלטון" [\(בג"צ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון \[2\], בעמ' 860, וכן ז' סגל, "עילת העדר היחסיות \(DISPROPORTIONALITY\) במשפט המינהלי" הפרקליט לט \(תש"ן-נ"א\) 507\)](#). בקביעת היחסיות יש להתחשב מחד גיסא בהתנהגות האסורה שלשם הרתעה בא השימוש בתקנה

= 220 =

119. מאידך גיסא יש להתחשב בסבל שייגרם לאלה אשר האמצעי ההרתעתי יופעל כנגדם (ראה [בג"צ 2722/92 אלעמרין](#))

נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה [3].

5. בעתירה שלפנינו מתגוררת במבנה משפחה אחת. עם זאת, ניתן להבחין יפה במסגרתה בין האח הבכור ומשפחתו לבין שאר בני המשפחה.

נראה לי כי הריסת המבנה כולו תהווה אמצעי "לא יחסי" - ועל-כן גם לא סביר - בין התנהגותו הרצחנית של מוחמד תורקמאן לבין הסבל שייגרם למשפחת האח הבכור. בנסיבות אלה נראה כי הדרך הסבירה הייתה זו הקובעת הריסה חלקית בלבד. כפי שראינו, דרך זו אינה אפשרית. בנסיבות אלה, יש לנקוט את האמצעי הדראסטי פחות - שאף הוא חמור ביותר - של אטימה חלקית. האטימה תהא של שני חדרים, באופן שהאח הבכור ומשפחתו יוכלו להמשיך להתגורר במקום.

התוצאה היא כי אנו מקבלים את העתירה במובן זה שהמבנה לא ייהרס אלא ייאטם בחלקו.

ניתן היום, כ"ד בשבט תשנ"ג (15.2.93).