

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8262/03

בפני: כבוד המשנה לנשיא ת' אור
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי

העותרים: 1. אבו סלים
2. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"א באלול התשס"ג (18.9.2003)

בשם העותרים: עו"ד לאה צמל

בשם המשיב: עו"ד שי ניצן

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

רקע

1. ביום 9.9.03 בשעה 17:00 לערך, פוצץ מחבל מתאבד מטען חבלה שנשא על גופו בקרבת הטर्मפיאדה, בסמוך למחנה צריפין. כתוצאה מהפיגוע נהרגו שמונה בני-אדם ונפצעו כעשרה אנשים נוספים, חלקם באורח קשה. בחקירה נמצא על סמך טביעת אצבע כי המחבל שביצע את הפיגוע הינו: אבו סלים (להלן: המחבל המתאבד), שהוא בנו של העותר 1 (להלן: העותר) ותושב הכפר רנטיס שבנפת

רמאללה. יש לציין, כי באותו יום, כחמש שעות מאוחר יותר, בוצע פיגוע התאבדות נוסף בבית הקפה "הלל" בירושלים, שבו נהרגו שבעה בני-אדם ונפצעו עשרות נוספים, חלקם באורח קשה. כפי שהתברר בחקירה שלאחר מכן גם המחבל שביצע את הפיגוע בירושלים היה תושב הכפר רנטיס.

2. ביום 11.9.03 בצהריים נמסרה לידי בני משפחתו של המחבל המתאבד, בביתם המצוי בשטח B, הודעה על כוונת המשיב להחרים ולהרוס את הבית שבו התגורר המחבל ושממנו יצא בבוקר אותו היום כדי לבצע את הפיגוע (להלן: הבית). בהודעה שנמסרה נכתב כי אם דיירי הבית מעוניינים בכך, הם יוכלו להציג את טענותיהם או השגותיהם נגד כוונת המשיב בכתב, ולהעבירן למשיב תוך 24 שעות באמצעות לשכת היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון. ביום 12.9.03 העבירו בני המשפחה, באמצעות העותרת 2 שהיא עותר ציבורי, המוקד להגנת הפרט, את השגתם כנגד הכוונה להרוס את הבית. בהודעה זו נטען כי בני משפחתו של המחבל המתאבד לא ידעו על כוונותיו, כי הם אינם מסכימים עם מעשיו, ולפיכך אין לנקוט בצעד החרף של הריסת ביתם והחרמתו. באת-כוחם של העותרים ביקשה כי אם החלטת המשיב תעמוד בעינה גם לאחר שישקול את השגותיהם של העותרים, תינתן לה שהות מספקת לצורך פניה לבית משפט זה. עוד באותו יום (12.9.03) נשלחה לבאת-כוחם של העותרים תגובתו של המשיב, הדוחה את ההשגה. בתגובה, שנחתמה על ידי עוזר היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון, נאמר כי הכוונה להחרים ולהרוס את הבית התגבשה במסגרת מדיניות הלחימה בטרור שבה נוקט צה"ל בתקופה האחרונה. בהתייחסו לטענות שהועלו על ידי באת-כוח העותרים בהשגה שהגישה, נכתב על ידי עוזר היועץ המשפטי בשמו של המשיב כדלקמן:

..."
5. אין בטענה כי המבנה המיועד להריסה לא היה כבעלותו של המפגע, בכדי למנוע את הריסת המבנה. זאת, במיוחד כמו במקרה דנן, שבו המבנה שימש למגורי המפגע בצוותא חדא עם משפחתו הגרעינית.

6. אין חולק כי הריסת המבנה תגרום לנזק לבני משפחתו של המפגע. אולם, כאמור לעיל, המדובר בפעולות לחימה הננקטות על ידי רשויות האזור בנסיון להכות בטרור מכה נחרצת, בכדי להחזיר את הבטחון על מכונו, וכאשר צעד זה מהווה חלק ממכלול הצעדים הננקטים במאבק כולל בטרור. לעניין זה, אין מקום לפעול בסנקציה של אטימה בלבד ביחס לחדרו של המפגע, וכך אין מקום להרוס חלק מן המבנה בלבד, וזאת בשים לב לנסיבות הפיגוע ולתוצאותיו המפליגות בחומרתן.

עוד נאמר בהודעה זו כי ההחלטה על הריסת המבנה לא תמומש אלא לאחר יום 14.9.03 בשעה 12:00. ביום 14.9.03 הוגשה העתירה שלפנינו ובה נתבקשנו ליתן צו על-תנאי המורה למשיב לנמק על איזה הסדר חוקי הוא מבסס את החלטתו להחרים ולהרוס את ביתו של העותר ומדוע לא יבטל את החלטתו להחרים ולהרוס את הבית או לפגוע בו בכל דרך אחרת. לבקשת העותרים, ניתן צו ביניים המורה למשיב להימנע מלגרום נזק לביתו של העותר עד למיצוי ההליכים בעתירה זו.

ביום 18.9.03 לאחר שנתקבלה תגובת המדינה לנטען בעתירה נידונו בהרחבה טענות הצדדים בפנינו, ובתום הדיון דחינו את העתירה ללא נימוקים. נימוקי החלטתנו יובאו להלן, לאחר שנעמוד בקצרה על טענות הצדדים.

3. בעתירה ובדיון שלפנינו העלתה באת-כוח העותרים, עו"ד צמל, טיעונים במישור העקרוני כנגד ההליך שבו נתקבלה ההחלטה להרוס את ביתו של העותר. עתירתה התמקדה בשאלת מקור סמכותו של המשיב ובטענה שהמשיב לא הצביע על הבסיס המשפטי שביסוד החלטתו להרוס את בית העותר. בהתאם לכך, אף נתבקש בעתירה כסעד ראשוני, שהמשיב ישיב "על איזה הסדר חוקי הוא מבסס את החלטתו להחרים ולהרוס את ביתו של העותר". לענין זה טענת באת-כוח העותרים היא כי בהודעה על ההריסה טושטש הבסיס הנורמטיבי שביסוד הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי, ומצב זה אינו מאפשר בחינה עניינית של ההחלטה בכל הנוגע להיקף סמכות ההריסה ולתוצאותיה כלפי דיירי הבית שיהרס. לגופה של החלטת המפקד הצבאי

טענה באת-כוח העותרים כי המשיב לא נתן טעם מספק להחלטתו. לשיטתה, הטעם שניתן – השיקול ההרתעתי והמניעתי – אינו מבוסס דיו, ואינו נסמך על ראיות משכנעות המצביעות על כך שיש בהריסת בית משפחתו של מחבל כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פעילות טרור. עוד נטען על ידה, כי לא ניתן המשקל הנדרש לכך שבני משפחת העותר לא היו קשורים לפעילותו החבלנית של בנם, המחבל המתאבד.

בתשובתו לעתירה, עמד בא-כוח המדינה, עו"ד ניצן, על הטעמים שעמדו ביסוד החלטתו של המשיב, על מקור סמכותו, על תקינות ההליך שנקט ועל חיוניותו של אמצעי הריסת הבית כאמצעי במאבק הקשה שנאבקת מדינת ישראל למניעת מעשי טרור נוספים, או למצער, לצמצומם ולהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע של מעשי טרור, בעיקר בתקופת פעילותם האכזרית וחסרת המעצורים של מחבלים מתאבדים.

4. לאחר שבחנו את טענות העותרים ואת תשובת המדינה שוכנענו כי העותרים לא הצביעו על עילה להתערבותנו לביטול החלטת המשיב, וכי ההחלטה ניתנה על ידי המשיב במסגרת סמכויותיו, על-פי שיקול הדעת המסור לו. צדקה באת-כוח העותרים בטענתה כי ההחלטה להרוס את ביתו של העותר נמסרה למרשה בהודעה החתומה בידי קצין מינהל תשתיות וסגן רמת"ק רמאללה, אך לא בצו חתום על ידי המשיב. בהודעה לא צויין כי ההחלטה ניתנה על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). נאמר בה כי המפקד הצבאי החליט על הריסת הבית "בתוקף סמכויותיו וכן בהתאם לדין ולתחיקת הבטחון" וכן צויין בה כי ההחלטה ניתנה "הואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת".

בעת הדיון בפנינו נתבקש בא-כוח המדינה להבהיר את הסמכות אשר מכוחה פעל המפקד הצבאי והוא אישר כי ההחלטה נשוא העתירה נתקבלה מתוקף סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119 הנ"ל. נוכח הבהרה זו, באה לכאורה העתירה על סיפוקה,

ככל שהיא מתייחסת לסעד הראשון המבוקש בה, כי המשיב יודיע מהו ההסדר החוקי שבבסיס החלטתו. במתן ההודעה בדבר הכוונה להחרים ולהרוס את בית העותר ללא צו חתום בידי המשיב המצביע על מקור הסמכות אכן נפל פגם, אך במכלול הנסיבות אין מדובר בפגם היורד לשורש הסמכות ומביא לבטלותה של החלטה.

כאמור, בנסיבות הענין ובשים לב לכל השלבים של הטיפול בהליך נשוא עתירה זו, אין לקבוע כי הפגם של העדר הצו כשלעצמו שולל את תוקפה של ההוראה להרוס את המבנה. על אף האמור הבענו דעתנו בעת הדיון ואנו שבים ומדגישים את הדבר בפסק דיננו, כי על דרך הכלל מן הראוי שצו להריסת בית על-פי הסמכות הקבועה בתקנה 119 לתקנות ההגנה יינתן בכתב ותצוין בו הסמכות מכוחה פעל המפקד הצבאי וכן יצוין הטעם למתן הצו. בהפעילו את סמכויותיו להורות על הריסת בית, מפעיל המפקד הצבאי שיקול דעתו במסגרת אחריותו לביטחון האזור שהוא מופקד עליו. צו להריסת בית הינו אמצעי קיצוני שנעשה בו שימוש רק בנסיבות בהן קבע המפקד הצבאי כי אמצעי זה חיוני הוא. אדם אשר המפקד הצבאי החליט לפגוע ברכושו בכורח הנסיבות, זכאי לדעת מכוח איזו סמכות ננקטים האמצעים המופעלים נגדו וככל שהדבר ניתן, זכאי הוא להעלות טיעונו כנגד הפעלת הסמכות. זאת ועוד, ציון המקור החוקי להחלטת המפקד הצבאי ומתן פרטים באשר להיקף הסמכות המופעלת יש בה כדי לתרום להקפדה הנדרשת בהפעלת כוחות הצבא לביצוע ההחלטה במסגרת הדין.

אשר על כן, ככלל יש לקבוע בצו באופן מפורש את סוג האמצעי הננקט, להגדיר ככל האפשר את המבנה שנגדו מופעל האמצעי, ובכך גם תינתן הודעה לדיירי הבית מה הוראות הדין החלות על ההליך, על התוצאות המתחייבות מכך. כאמור, ינהג המפקד הצבאי על דרך הכלל בדרך האמורה, בבואו להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 הנ"ל, אלא אם בנסיבות הענין יש בסיס מוצדק לחרוג מכלל זה. כך, בנסיבות חריגות בלבד, בעת לחימה פעילה, בעת שמתעורר צורך דחוף לנקוט באמצעי מידי, או כאשר

הדבר מתחייב מפעילותם של הכוחות הלוחמים בשטח, ונמנע מהמפקד הצבאי לפעול בהתאם לאמור נראו: בג"ץ 2977/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6]. הנחיה דומה יצאה כבר מלפני בית משפט זה בכל הקשור לעריכת שימוע בטרם ביצוע צו להריסת בית נראו: בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529; בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626; בג"ץ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110].

יודגש כי לענין אי קיום חובת השימוע לפני ביצוע צו להריסת בית כבר נאמר על ידינו לאחרונה כי מתחייבת הנמקה בכתב לטעמים שעמדו ביסוד ההחלטה שלא לקיים הליך שימוע על פי הנוהלים נראו: בג"ץ 2301/03 ג'אבר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם); בג"ץ 8180/03 עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)].

בענין שלפנינו, אכן לא נחתם צו על פי התקנה, אך כאמור, ננקט נוהל של מתן הודעה מוקדמת וניתנה לעותרים הזדמנות להגיש השגה למפקד הצבאי ואף ניתנה שהות לפנות בעתירה לבית משפט זה. לענין זה, ציינה גם באת-כוח העותרים בטענותיה כי בכך קיים המפקד הצבאי את ההליך כנדרש על פי פסיקתו של בית משפט זה, ולפיכך לא נפל פגם ביתר ההליכים המוקדמים שננקטו לביצוע החלטת המשיב, לאחר מתן החלטתו.

5. לגופה של העתירה, בחנו את טענות העותרים המכוונות כנגד שיקול דעתו של המפקד הצבאי בהחליטו להפעיל את סמכותו בהתאם לתקנה 119 הנ"ל, ולא מצאנו שיש בהן כדי להביא להתערבותנו בהחלטתו. ראשית, השתכנענו כי ההחלטה מבוססת על ראיות מוצקות ומהימנות שלפיהן המחבל המתאבד הוא אכן בנו של העותר,

שהתגורר עם משפחתו בבית בכפר רנטיס וממנו יצא לדרכו בבוקר יום הפיגוע. שנית, בא-כוח המדינה הציג בפנינו את עמדתם של גורמי הביטחון לפיה יש בנקיטת האמצעי האמור כדי לשמש אמצעי מרתיע מפני פעילות חבלנית. שיקול דעתו של המשיב, נסמך על חוות דעת גורמי הביטחון, ועל ההערכה כי הריסת ביתו של מחבל מתאבד היא אמצעי שיש בו כדי להשפיע להרתעה מפני פעולות של מחבלים מתאבדים הנוטלים חיהם של אנשים חפים מפשע או לפחות לצמצמן. בתשובתו פירט בא-כוח המדינה כי בידי רשויות הביטחון מידע המלמד כי חששם של בני משפחות מחבלים מפני האפשרות שביתם ייהרס, משפיע עליהם לא אחת לנסות ולמנוע מקרובי משפחתם מלבצע פיגועים; עוד נטען בפנינו כי היו מקרים בהם מחבלים שהתבקשו לבצע פעילות חבלנית נמנעו מלבצע בשל החשש כי יבולע למשפחתם ובית המשפחה ייהרס. במצב הדברים בו מתמודדים כוחות הביטחון עם מעשי רצח נפשעים של אנשים שאינם נרתעים אף ממעשי התאבדות, שיקוליו של המפקד הצבאי לנקוט באמצעי ההרתעה והמניעה שיש בהם על פי הערכה מבוססת סיכוי להפחית את ממדי הפעילות הרצחנית והם לדעתו בגדר אמצעים חיוניים התורמים לביטחון ולהצלת חיי אדם, הם שיקולים שאנו נמנע מלהתערב בהם. לאחרונה עמד הנשיא ברק על היקף התערבותו של בית משפט זה בהחלטותיו של המפקד הצבאי, וכך אמר:

”בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. נקודת המוצא המדריכה בית משפט זה היא כי המפקד הצבאי ועושי דברו הם עובדי ציבור הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין... בביקורת שיפוטית זו, אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון... תפקידנו הוא בשמירת הגבולות, ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול הדעת של המפקד הצבאי... לא נירתע מהפעלת ביקורת על החלטותיו של המפקד הצבאי... אך בשל ההיבטים הביטחוניים החשובים בהם מעוגנת החלטת המפקד. עם זאת, לא נחליף את שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתנו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול דעתו של המפקד הצבאי ועל כך שהן נופלות לגדר 'מתחם הסבירות' הנקבע על ידי הנורמות המשפטיות הרלבנטיות החלות בעניין”.

[בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 376-375].

בשורה של פסקי-דין שבהם בחן בית משפט זה את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בהפעילו את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, נקבע כי מקום בו עמדת גורמי הביטחון היא כי יש בשימוש בסמכות לפי תקנה 119 כדי להרתיע מפגעים פוטנציאליים, ולעמדה זו יש תשתית מעוגנת בעובדות, לא ימיר בית המשפט את שיקול דעת המפקד בשיקול דעתו שלו, ולא יתערב בהחלטה ובלבד שלא נפל בה פגם מן הפגמים המקימים עילה להתערבותו של בית משפט זה [ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651; בג"ץ 6696/02 הנ"ל; בג"ץ 7473/02 בחד ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488; בג"ץ 8084/02 עבאסי ואח' נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55].

6. מן הכלל אל הפרט: בידי המפקד הצבאי ראיות מוצקות לכך שבנו של העותר ביצע פיגוע התאבדות שבו נהרגו שמונה אנשים ונפצעו עשרה בני-אדם נוספים. למשימת ההתאבדות הרצחנית יצא בנו של העותר מבית העותר ומשפחתו, שם התגורר. אין בטענת העותרים לפיה בני משפחתו של המחבל המתאבד לא היו מודעים לכוונותיו החבלניות, כדי להביא להתערבותו בהחלטתו של המשיב. כפי שנמסר בהודעת המדינה המחבל המתאבד, בנו של העותר, היה פעיל בתנועת החמא"ס בכפרו, ובראשית השנה אף נעצר במעצר מנהלי, ממנו שוחרר לאחר שלושה חודשים. כאמור, הוא התגורר בבית משפחתו, וממנו יצא בבוקר יום הפיגוע. הבית שימש למחבל המתאבד, אפוא, תחנת מוצא לפיגוע. בנסיבות העניין, ניתן להניח, אפוא, כי במצב השורר כיום באזור, בני משפחתו של המחבל המתאבד ידעו, או למצער יכולים היו לדעת, על שאיפתו או אף על מסוגלותו של בן משפחתם לבצע מעשי טרור מחרידים כגון זה שבסופו של דבר בוצע על ידו, גם אם לא ידעו על התכנון הקונקרטי לבצע את הפיגוע המסוים במועד שבוצע בפועל [השוו: בג"ץ 7473/02 הנ"ל]. על כל פנים,

מאחר שתכלית הפעולה הינה הרתעתית, רשאי היה המשיב, בנסיבות העניין, להפעיל את סמכותו בהתאם לתקנה 119 הנ"ל, ובפנינו לא הוצגה עילה להתערבותנו בהחלטתו.

אשר על כן, נדחתה העתירה.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, ו' בתשרי התשס"ד (2.10.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא