

בג"צ מס' 4772/91

בג"צ מס' 5359/91

בג"צ 4772/91

בג"צ 5359/91

1. איאד דיאב אחמד חיזראן  
2. ג'מאל חאלד אברהים אבו מוחסיין

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[23.3.92]

לפני השופטים ש' נתניהו, י' מלץ, מ' חשין

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנות 59(ב), 108, 119, 119(1), חלק י', חלק י"ב.

העותרים הורשעו, על-פי הודאתם, ברצח בכוונה תחילה של תושב המושב קדימה, שבוצע במסגרת פעילותם כחברים בארגוני טרור העוינים את ישראל. בעקבות כך החליט המשיב, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, לאטום את בתי העותרים על אתר וכן להחריםם ולהורסם. לטענת העותרים, לא היה ביצוע האטימה דרוש כתגובה הרתעתית מיידית בנסיבות העניין. עוד טענו, כי העבירה בוצעה בישראל, ובשל כך לא היה המשיב מוסמך לפעול מכוח תקנה 119. עיקר טענותיהם של העותרים נסב על החלטת המשיב, המתייחסת לבתי העותרים, בלא להתחשב בעובדה שבתי העותרים מורכבים מיחידות מגורים נפרדות, המיועדות למגורי בני המשפחות. לפי הטענה, אין לפגוע במבנה בשלמותו, אלא רק באותו חלק שהוא "יחידת מגורים נפרדת", בו מתגורר כל אחד מן העותרים. לביסוס הטענה הוצגו תרשימי הבתים, מהם עולה, בין היתר, כי מטבח וחדרי שירותים משותפים שימשו את חדרי המגורים וחדרי השינה, והכול – תחת קורת גג אחת.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. החלטת המשיב לאטום את בתי העותרים עונה על הנחיות בג"צ להימנע מנקיטה מיידית של אמצעי הרתעה בלתי הפיכים, כהריסה, ולהסתפק תחילה באמצעי ההפיך של אטימה, תוך מתן שהות לנוגעים בדבר לפנות בעתירה נגד צו ההריסה (153 ד).
- ב. העותרים ביצעו עבירה על תקנה 59(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום). עבירה זו נעברה באזור, ובעקבותיה מוסמך היה המשיב לפעול על-פי תקנה 119 (153 ה).
- ג. (1) סמכותו של המשיב על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) רחבה היא: היא אינה מוגבלת ליחידות המגורים של המבצע עצמו והיא משתרעת מעבר לכך, למבנה כולו (ואף לקרקע) שתושביו או מקצת מתושביו עברו עבירה (154 ה).



(2) השימוש בסמכויות על-פי תקנה 119 היא לפי שיקול-דעתו של המשיב, בהתחשב בחומרת המעשה ובצורכי ההרתעה על רקע היקפה של התופעה (155 ב).

(3) בנסיבות דנן, החלטתו של המשיב אינה לוקה באי-סבירות שתצדיק את התערבות בג"צ, הגם שמדובר בהריסת מבנים בשלמותם (155 ב).

(4) הריסת המבנים בשלמותם תפגע גם בבני משפחותיהם של העותרים, אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרבים, למען יראון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיטים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם (155 ג-ד).

ה. (דעת מיעוט - השופט מ' חשין): (1) תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) אינה הוראה עונשית במובנה הרגיל של המושג, אלא היא הוראה שלטונית-מינהלית, שנועדה לקיים את הסדר והשקט בציבור. הגם שהגבולות בין ה"עונשי" לבין ה"הרתעתי" עשויים להיטשטש לעתים, יש לזכור את מטרת התקנה, וזאת להבנת שיקול הדעת שהעניק המחוקק ולהכוונתו הראויה של אותו שיקול-דעת (157 ד-ה).

(2) אין להטיל עונש קולקטיבי ואין להפעיל סנקציה קולקטיבית. המטרה היא לפגוע בביתו של הרוצח-המחבל (כל אחד מן העותרים דנן) כדי להרתיע את הרבים ולהביא לשמירת הסדר הציבורי (159 ה-ו).

ה. (דעת מיעוט - השופט מ' חשין): (1) עקרון היסוד - והוא עיקר - מורה, כי כל אחד מן העותרים, והוא בלבד, אמור לשאת בעונו, וכי כל סיווגים והבחנות ("יחידת מגורים נפרדת", גג משותף, שירותים משותפים וכיוצא באלה) לא נועדה להם אלא חשיבות משנית בלבד, בגדריו ובמסגרת של עקרון היסוד ולמען הגשמתו (159 ו-160 א).

(2) המושג "יחידת מגורים" אינו מושג כפוי. הוא יציר המחשבה; הוא נברא במעגל מחשבה מסוימת ולמטרה מסוימת, והשאלה, בנסיבות דנן, אינה אלא מה שימוש נעשה, הלכה למעשה, בדירה פלוגית או בבית אלמוני (160 ב).

(3) עניינה של העתירה אינו לא בארכיטקטורה ובהנדסת בניין ולא בגרפיקה של מבנים, אלא בקביעת נורמות ראויות בגדריו של דין קיים, באשר לשאלה, מה ראוי כי ייהרס ומה אינו ראוי כי ייהרס (160 ג).

(4) בקרב אוכלוסייה מסוימת ובמקומות מסוימים מטבח משותף ושירותים משותפים לכמה משפחות אינם תופעה נדירה, ועליכן אין באלה כדי ללמד על היותה או על אי-היותה של יחידת מגורים מסוימת "נפרדת" מזולתה. בוודאי כך הוא באשר לגג משותף (160 ו-ז).

(5) בהחלט עקרונות אלה על העותרים יש לקבוע, כי רשאי המשיב להרוס (או לאטום) אך את מקומות המגורים של העותרים ואותם בלבד וכי אין הוא רשאי לפגוע לא בשירותים המשותפים לעותרים ולענפים אחרים של משפחותיהם ולא במקומות מגוריהם של אותם בני משפחה (161 א-ב).

# פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מג (2) 529.
- [2] בג"צ 4644/90 - לא פורסם.
- [3] בג"צ 798/89 - לא פורסם.
- [4] בג"צ 984, 982/89 - לא פורסם.
- [5] בג"צ 5518/90 - לא פורסם.
- [6] בג"צ 2195/91 - לא פורסם.



- [7] בג"צ 2665/90 – לא פורסם.  
[8] בג"צ 434/79 סחוריל ואח' נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד (1) 464.  
[9] בג"צ 988, 987/89 קהוג' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה ואח', פ"ד מד (2) 227.  
[10] בג"צ 3567/90 – לא פורסם.  
[11] בג"צ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (3) 439.  
[12] בג"צ 900/90 – לא פורסם.

# הערות:

לפיקוח שיפוטי על שיקוליהן של רשויות הביטחון בהפעילן 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.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 30.1.92. העתירה נדחתה ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט  
מ' חשין. הצו-על-תנאי בוטל.

ל' צמל – בשם העותרים;  
ש' גורדון, סגן לפרקליט המדינה – בשם המשיב.

## פסק-דין

השופטת ש' נתניהו: 1. העותר בבג"צ 4772/91 (להלן – חיזראן) והעותר בבג"צ  
5359/91 (להלן – אבו מוחסיין) הואשמו בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ברצח בכוונה  
תחילה של המנוח שלמה יחיא ממושב קדימה. הרצח בוצע ביום 26.9.91 בנסיבות הבאות.  
שפורטו בכתב האישום:

חיזראן, אוהד ארגון הטרור ה"ג'יהאד האיסלמי", ואבו מוחסיין, חבר בחוליה במסגרת  
תנועת השחרור הלאומי הפלסטיני ה"פת"ח" – שניהם תושבי יהודה ושומרון – נפגשו ביום  
25.9.91 בטובאס והחליטו להרוג יהודי בישראל. לצורך ביצוע הרצח הם רכשו שני סכינים  
זממם אל הפועל. בתאריך 26.9.91 בשעה 04:00 או בסמוך לכך הם יצאו מצוידים בסכינים הנ"ל  
ובידי חיזראן מצוי היה גם פגיון (שבריה), נסעו לטול כרם ומשם באוטובוס המסיע פועלים  
לקדימה. בהגיעם לקדימה החלו מחפשים "קורבן נוח" לביצוע זממם, כדי שיוכלו לבצע את  
הרצח בקלות ומבלי להתגלות וכדי שיוכלו לברוח מן המקום. השניים הגיעו לגן ציבורי וראו שם



את שלמה יחיא, כבן 76, עובד המועצה המקומית קדימה, שעסק בהשקיית הגן. הם פנו אל שלמה יחיא בדברים ומיד לאחר מכן התנפלו עליו שניהם – מצוידים בסכינים שהכינו והביאו עמם – ודקרו מספר רב של דקירות בחזהו ובכל חלקי גופו עד שמת.

לאחר מכן החביאו העותרים את גופתו של המנוח באמבטיה וכיסו אותה במעילו של אבו מוחסין.

העותרים הודו בעובדות אלה והורשעו ברצח על-פי כתב האישום.

ביום 13.10.91 החליט המשיב, מפקד כוחות צה"ל באזור, תוך שימוש בסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על אטימתם על אתר, החרמתם והריסתם של המבנים שבם התגוררו העותרים. השגותיהם של העותרים על החלטה זו נדחו, תוך מתן ארכה לעניין ההריסה, כדי לאפשר להם לפנות בעתירה לבית-משפט זה.

2. עורכת הדין גב' צמל, בשם העותרים, קבלה על האטימה שנעשתה על אתר מבלי לשמוע את העותרים. החלטה לפעול כך היא אמנם קשה. יש לנהוג כך רק במקרים של פיגועים חמורים, מקום בהם נדרשת תגובה הרתעתית מיידית.

אינני רואה, בנסיבות מקרה זה, להתערב בעניין האטימה. ההחלטה לאטום עונה על הנחיות בית-משפט זה להימנע מנקיטה מיידית של אמצעי הרתעה בלתי הפיכים, כהריסה, ולהסתפק תחילה באמצעי ההפוך של אטימה, תוך מתן שהות לנוגעים בדבר לפנות בעתירה כנגד צו ההריסה. ראה בג"צ 358/88 [1].

3. טענה אחרת שהועלתה היא, כי המשיב לא היה מוסמך לפעול לפי תקנה 119 במקרה זה, שבוצע בישראל.

אך העותרים עברו במקרה זה עבירה גם באזור עצמו. הם הצטיידו באזור בסכינים, שבם ביצעו את הרצח. הם נשאו עליהם את הסכינים באזור מתוך כוונה לגרום בהם מוות. בכך ביצעו עבירה על תקנה 59(ב) מהתקנות הנ"ל. עבירה זו נעברה באזור, ובעקבותיה מוסמך היה המשיב לפעול על-פי תקנה 119 (השווה בג"צ 4644/90 [2]).

גם הטענה, כי צווי ההריסה לא הוכיחו עצמם יעילים כאמצעי הרתעה, כבר הועלתה ונדחתה, לא אחת, בעתירות אחרות (ראה, למשל, בג"צ 798/89 [3]; בג"צ 982/89, 984 [4]).

טענה אחרת, כי ההחלטה נתקבלה משיקולים זרים – מתוך מטרה להעמיד את הקרקע שתתפנה מהמבנים לאחר שייהרסו לשיכון של מתנחלים – הינה משוללת כל בסיס עובדתי, והיא הוכחשה בתצהירו של המשיב.



5. דומה, שטענות אלה כולן הועלו בעתירה כלאחר יד, כדי לצאת ידי חובת העותרים.

הטענה העיקרית של עורכת-דין גב' צמל בכל אחת מהעתירות היא, שאין לפגוע במבנה בשלמותו אלא רק באותו חלק ממנו שבו מתגורר העותר, ואשר על-פי הטענה מהווה יחידת מגורים עצמאית. על-פי הטענה, המבנה הנוגע לעותר חזרן שימש למגוריהם של העותר ושל אמו, הסובלת ממחלת נפש (חדר אחד), ולמגורי שני אחיו הנשואים ונשותיהם, כשכל חדר מהווה יחידת מגורים נפרדת.

המבנה הנוגע לעותר אבו מוחסיין שימש למגורי העותר, אביו, אמו, אחיו, אחותו וסבתו, והוא מכיל, על-פי הנטען, שתי יחידות דיור. האחת – שלה כניסה נפרדת, היא יחידה בת חדר אחד, בה התגוררה הסבתא ובה בישלה והחזיקה מקרר משלה. השנייה – יחידה בת שני חדרים, שבה התגוררו כל יתר בני המשפחה. טענות אלה נתמכו בתצהיר של אבי העותר חזרן ושל בן דודו של אבו מוחסיין ובחוות-דעת של מומחה מהחוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה של אוניברסיטת חיפה.

אך במציאות, כך מתברר מתרשים הבית של העותר חזרן המאומת בתצהיר ואינו שנוי במחלוקת, הבית מהווה חטיבה אחת, המכילה מרפסת פתוחה, אמבטיה ומסדרון משותפים, חדר פנימי, חדר אורחים וחדרי מגורים המשמשים את בני המשפחה, כולם תחת גג אחד. כך גם ביתו של העותר אבו מוחסיין, אשר, כפי שמתברר מהתרשים המתייחס אליו, מכיל מרפסת פתוחה, חצר פנימית וחיצונית, שירותים, מטבח ומחסן משותפים, חדר אורחים וחדרי מגורים. לחדר הסבתא, כמו לכל אחד מהחדרים האחרים, יש אמנם יציאה נפרדת לחצר הפנימית, אך עדיין מדובר בבית אחד ולא ביחידות מגורים נפרדות (השווה מקרים דומים: בג"צ 5518/90 [5]; בג"צ 2195/91 [6]).

סמכותו של המשיב על-פי תקנה 119 רחבה היא. היא אינה מוגבלת ליחידת המגורים של המבצע עצמו. היא משתרעת מעבר לכך, למבנה כולו (ואף לקרקע) שתושביו או מקצת מתושביו עברו עבירה. תקנה 119(1) קובעת:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל כל בית, מבנה או קרקע, שיש לו טעם לחשוד בהם שמהם נורה נשק-אש כל-שהוא שלא כחוק, או שמהם נזרקו, פוצצו, התפוצצו או נזרו 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, עברו או ניסו לעבור, או חזקו 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; ומשהוחרמו 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 ההחרמה 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 ההחרמה וכל שעבודים על הבית, המבנה או הקרקע, יחזרו לכוחם לטובת בני-האדם שהיו זכאים בהם אילולא ניתן צו ההחרמה" (ההדגשות שלי – ש' נ').

השימוש בסמכויות אלה הוא לפי שיקול-דעתו של המשיב, בהתחשב בחומרת המעשה ובצורכי ההרתעה על רקע היקפה של התופעה.

החלטתו של המשיב בנסיבות מקרה זה איננה לוקה באי-סבירות שתצדיק התערבותנו, הגם שמדובר בהריסה של שני המבנים בשלמותם. כך נוהגת הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במקרים דומים. ראה, למשל: בג"צ 5518/90 [5]; בג"צ 798/89 [3]; בג"צ 2665/90 [7]; בג"צ 2195/91 [6] ועוד רבים כמותם. אינני רואה סיבה לסטות מפסיקה זו במקרה הנוכחי.

אינני מתעלמת מכך שההריסה של המבנים בשלמותם תפגע לא רק בעותרים עצמם אלא גם בבני משפחותיהם. אך זו התוצאה של הצורך בהרתעת הרכים, למען יראון וידעון, כי במעשיהם הנפשעים לא רק שהם פוגעים בפרט, מסכנים את שלום הציבור וממיטים עונש כבד על עצמם, אלא שהם מביאים צרה גם על בני ביתם.

לדעתי, יש לדחות את העתירה.

השופט י' מלך: אני מסכים.

השופט מ' חשין: 1. יום ה-26.9.91 היה יומו האחרון של שלמה יחיא ז"ל. שלמה יחיא, יהודי בן 76, היה עובד המועצה המקומית קדימה, ובבוקרו של אותו יום עסק בהשקיית הגן הציבורי במקום. שני העותרים – והם בני עשרים, האחד מהם חבר ה"ג'האד האיסלמי" והאחר חבר ב"פת"ח" – זממו בינם לבין עצמם לרצוח יהודי בישראל והחליטו כי יעשו כן ביישוב קדימה. וכך, באותו בוקר הגיעו ממקומותיהם לקדימה, פגשו בשלמה יחיא ותקפו אותו בסכינים שהכינו מבעוד יום. העותרים דקרו את המנוח דקירות רבות בחזהו ובשאר חלקי גופו עד שהחזיר נשמתו לבוראו. לאחר מכן נטלו את הגופה, החביאו אותה באמבטיה שהייתה במקום, כיסו אותה במעיל והלכו למקומותיהם.

על מעשה זה הועמדו העותרים לדין באשמת רצח והורשעו, כל אחד מהם, על-פי הודאתם. ההרשעה הייתה ביום 3.12.91, ובו ביום נידונו השניים למאסר עולם.

2. העותרים נתפסו זמן קצר לאחר מעשה הרצח, ומיד בסמוך לאחר שנתברר (על-פי הודאתם), כי היו אלה הם שרצחו את שלמה יחיא ז"ל, ציווה אלוף פיקוד המרכז – ביום 13.10.91



– על החרמתם ועל אטימתם של בתיהם. באותו צו הודע לעותרים על זכותם להגיש השגה בכתב כנגד ההחלטה להרוס את הבתים. הוגשו השגות אך אלו נדחו, והדבר הודע לעותרים. העתירות עתה עניינן בכוונת המשיב להרוס את בתי העותרים.

3. העותרים ביקשו את נפשו של יהודי באשר הוא יהודי, ושלמה יחיא ז"ל קיפח את חייו אך באשר היה יהודי, יהודי בארץ היהודים. ואולם אנו ענייננו כאן אינו אלא בסמכותו של אלוף הפיקוד להורות על הריסת בתי העותרים ובביקורת על שיקול-דעתו להרוס אותם בתים.

4. מדברים אנו בסמכותו של "מפקד צבאי" לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), ובראשית הדברים ראוי שנזכיר, כי תקנות אלו הינן בתוקף באזורי יהודה ושומרון מאז ימי המנדט הבריטי על ארץ-ישראל. כיום עומדות התקנות בתוקף כחלק משיטת המשפט ששררה באזורי יהודה ושומרון ערב מלחמת ששת הימים, בעת השלטון הירדני, ואשר אומצה כמות שהיא (בכפוף לסייגים מובנים) לאחר המלחמה. ראה: בג"צ 358/88 [1], בעמ' 532–533.

5. אשר לגוף סמכותו של "מפקד צבאי" בנושא שלפנינו, קובעת תקנה 119(1) רישא לתקנות ההגנה (שעת חירום), וזו לשונה:

"A Military Commander may by order direct the forfeiture to the Government ... of any house, structure or land situated in any area, town, village, quarter or street the inhabitants or some of the inhabitants of which he is satisfied have committed, or attempted to commit, or abetted the commission of, or been accessories after the fact to the commission of, any offence against these Regulations involving violence or intimidation or any Military Court offence; and when any house, structure or land is forfeited as aforesaid, the Military Commander may destroy the house or the structure or anything growing on the land..."

אין ספק, שסמכותו זו של מפקד צבאי על-פי תקנה 119 הינה רחבה-מכל-רחבה, וכדבריי באת-כוח העותרים, סמכותו של המפקד עומדת לו להורות על הריסתם של רחוב שלם או של שכונה שלמה. ואולם ענייננו עתה אינו נסב על הסמכות בתורת שכזו, אלא על דרכי הפעלתה של הסמכות, על שיקול הדעת שהפעיל המשיב בהחליטו כי יש להרוס את בתי העותרים.

6. בעתירתם העלו העותרים כמה וכמה טענות כנגד ההחלטה להרוס את בתיהם, אך ביום השמיעה ויתרה באת-כוחם על כל טענותיה כולן זולתי טענה אחת בלבד. הטענה הנוגעת היא זו, שכל אחד מבתי העותרים משמש – הלכה למעשה – למגוריהן בנפרד של כמה וכמה משפחות: אשר-על-כן אין זה נכון ואין זה ראוי להרוס את הבתים בשלמותם, אלא נכון וראוי להחיל את סנקצית ההריסה אך על יחידת המגורים של העותרים בלבד. לתמיכה בטענתה הצביעה באת-כוח



העותרים על תרשימי הבתים (תרשימים שערך המשיב), תוך שהיא מסבירה את אופן איכלוסם של שני הבתים. לשאלת בית המשפט השיב בא"כוח המשיב, כי אין הוא כופר בתיאורה של באת"כוח העותרים באשר לחלוקת הדיור בין המשפחות, אך הוסיף, כי אין באותה חלוקה כדי להעלות או להוריד. לטענתו, בכל אחת משתי העתירות מדובר "ביחידת מגורים אחת, הנעזרת במערכת אחת של שירותים, אמבטיה ומטבח", ומשנמצא לנו, כי ענייננו ב"יחידת מגורים אחת", שבה גרו כל אחד משני העותרים, שוב אין לעותרים – ביתר דיוק: לכל אחד מענפי משפחותיהם – כל טענה הראויה להישמע. לשון אחר: אין מניעה להרוס את הבתים בשלמותם, הואיל וכל אחד מהם אינו אלא "יחידת מגורים אחת", אשר שימשה הן את העותרים והן את ענפי המשפחה האחרים.

7. עד שנבוא לבדיקת הטענה לגופה, נאמר כמה דברים כלליים על הסמכות שלפי תקנה 119, ומהם ננסה ללמוד לענייננו. הסמכות הקנויה בתקנה 119(1) (רישא) לתקנות ההגנה (שעת חירום) הינה סמכות מינהלית-שילטונית; הפעלתה נועדה להרתיע את היחיד ואת הרבים מפני ביצוע מעשים אסורים הכורכים אלימות, ובכך נועדה היא לעזור בקיום הסדר והביטחון הציבוריים. ראה, למשל: בג"צ 434/79 [8], בעמ' 466; בג"צ 987/89, 988 [9], בעמ' 230-231; בג"צ 798/89 [3]. ראה עוד הוראות תקנה 108 לתקנות ההגנה (שעת חירום), לעניין הפעלת סמכויות שלפי חלק י' לתקנות.

תקנה 119 מקומה הוא בחלק י"ב לתקנות ההגנה (שעת חירום). כותרתו של חלק זה היא: "Miscellaneous Penal Provisions" (ההדגשה שלי – מ' ח'), אך מקובל על הכול, כי אין המדובר בהוראה עונשית במובנו הרגיל של המושג, אלא בסמכות שלטונית-מינהלית, שנועדה לקיום הסדר והשקט בציבור. הגם שהגבולות בין ה"עונשי" לבין ה"הרתעתי" עשויים להיטשטש לעתים – והרי הרתעה הינה אחת ממטרות הענישה – ראוי שנזכור את מטרת התקנה, וזאת להבנת שיקול הדעת שהעניק המחוקק ולהכוונתו הראויה של אותו שיקול-דעת (ראה: בג"צ 3567/90 [10]). בית-משפט זה קבע בעבר, כי –

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית" (בג"צ 798/89 [3]).

אשר-על-כן

"הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר" (שם).

כוונת בית המשפט הייתה, כמדומה, להפעלתו הלכה למעשה של שיקול הדעת על-פי תקנה 119, כפי שנתקבלה בחיי היומיום ובמעשה. אכן, המשיב משמיע לנו מפורשות, כי אין בכוונתו להטיל עונש קולקטיבי וכי הוא עצמו מכוון לחצרו של העותר בלבד. הנה כי כן אלה הם דבריו של המשיב (בסעיף 10 לתצהירו):

"טענה נוספת המשותפת לשתי העתירות, אך פרטיה שונים ביחס לכל אחת מהן, היא כי בבתים מצויות כמה יחידות מגורים. טענה זו נסמכת על תצהיריהם של



קרובי העותרים ועל חוות דעת של מומחה מטעמם.

בדיקות שנערכו מטעם המשיב העלו כי כל אחד מן הבתים נשוא העתירה הוא יחידת מגורים אחת, הנעזרת במערכת אחת של שירותים, אמבטיה ומטבח.

אשר לחדר בבית אבו מוחסין, בו מתגוררת הסבתא, הרי שהמדובר בחדר מגורים גרידא, ולשם מחייתה חייבת הסבתא להיעזר במטבח, בשירותים ובאמבטיה המשותפים שבבית.

מצורפים להודעה זו כנספחים מ/ש 11 ומ/ש 12 תרשימי הבתים התומכים במסקנה כי כל אחד מן הבתים נשוא העתירה מהווה יחידת מגורים אחת בלבד.

וכך אמנם ראוי שיאמר מפקד צבאי: ראובן לא יישא בעוונם של שמעון ולוי, ואיש בעונו הוא יישא. מוסכם איפוא על הכול, כי ראוי הוא שכל אחד מן העותרים יישא בעונו, אלא שהמשיב מוסיף וטוען, כי כל אחד מבתי העותרים הינו "יחידת מגורים אחת", הנעזרת במערכת אחת של שירותים, אמבטיה ומטבח; הואיל וכך, אין טעם משפטי או אחר שלא להרוס את הבתים בשלמותם – כמבנים שהם בתיים של העותרים – גם אם אחרים אף הם משתמשים בהם.

8. השאלה הנשאלת היא איפוא, אם בעניינם של העותרים מדובר ב"יחידת מגורים אחת", אם לאו; שאם מדובר ב"יחידת מגורים אחת", דין הבתים ליהרס בשלמותם, ואילו אם אין מדובר ב"יחידת מגורים אחת", כי אז יש לעשות שימוש ב"עיפרון הכחול" ולהפריד בין יחידות המגורים של העותרים לבין יחידות המגורים של זולתם, שאלו תיהרסנה ואלו לא תיהרסנה.

9. לא נחלוק על כך, כי בן צעיר המתגורר בבית הוריו – והוא מתהלך ומשוטט בדירה לאורכה ולרוחבה כבתוך שלו – כל הבית הוא "שלו", וממילא כל הבית צפוי להריסה בשל מעשיו של אותו בן. ראה: בג"צ 361/82 [11]. גם באת"כוח העותרים לא חלקה על כך – ואף לא יכולה הייתה לחלוק על כך – כי ניתן להרוס את "יחידת המגורים" של כל אחד מן העותרים אף אם באותה "יחידת מגורים" התגורר העותר ועמו אחרים. ואולם השאלה הנשאלת היא, אם אותה הלכה ואותו היגיון יחולו גם על בית, המחולק – הלכה למעשה – בין בני משפחה שונים, כאשר לכל אחד מאותם ענפי משפחה חלקתו שלו, דל"ת אמות משלו. ומה בענייננו?

10. כאמור, הגיש לנו המשיב תרשימים של הבתים המיועדים להריסה, ובאת"כוח העותרים הסבירה לנו את חלוקת החדרים בין המשפחות השונות המתגוררות במקום. באת"כוח המשיב לא חלק על חלוקה זו שתיארה באת"כוח העותרים. וזו החלוקה של בית העותר בבג"צ 4772/91 (חזרן), בצירוף ההסברים שקיבלנו מבאת"כוחו: הבית (הדירה) צורתו היא מלבנית. בצד צלע ארוכה אחת מצויים חדר המשמש מטבח, בצדו מסדרון וליד המסדרון "חדר אורחים", ובו מתגוררים העותר, אמו ואחותו (אבי העותר התגרש מאמו לפני שנים רבות, הקים משפחה חדשה וגר בבית אחר משלו); בצדו של הבית, ליד חדר העותר, מצויה מרפסת פתוחה; באמצעו של הבית אמבטיה ו"חדר פנימי"; ובצדו האחר שני חדרי מגורים, בהם מתגוררים אחיו הנשואים של העותר: האחד, אחמד דיאב ואשתו שבהריון (כך נאמר בעתירה, ואילו תצהיר האב, שניתן



כשלושה חודשים לאחר העתירה, מדבר על הבן אחמד, אשתו ובתו), והאח והאחר פידא דיאב ואשתו (כך נאמר בעתירה, ואילו תצהירו הנ"ל של האב מדבר על הבן פידא דיאב ואשתו שבהריון). חלוקת בית העותר בבג"צ 5359/91 (אבו מוחסיין) היא זו: המדובר בשני מבנים וביניהם חצר פנימית. במבנה הגדול התגורר העותר – יחד עם אביו, אמו, אחיו ואחותו – ביחידת דיור, שכללה שני חדרים ומרפסת פתוחה. בחדר נפרד, צמוד לאחד משני החדרים הנ"ל, התגוררה סבתו. לחדר הסבתא כניסה נפרדת, ובחדר עצמו ביטלה הסבתא לעצמה והיה לה אף מקרר משל עצמה. ליד מבנה זה, כאמור, חצר פנימית, ובצדה האחר שירותים, מטבח ומחסן.

11. חילוקי הדעות בין בעלי הדין ברורים: באת"כוח העותרים טוענת, כי הבתים בהם מתגוררים העותרים נחלקים ליחידות דיור נפרדות – העותרים מתגוררים, כל אחד מהם, ב"יחידת מגורים" משל עצמו, ואילו ב"יחידות המגורים" האחרות מתגוררות משפחות אחרות; אשר-על-כן, אם בכוונת המשיב להרוס את בתי העותרים, עליו לפגוע ב"יחידות המגורים" שלהם בלבד; ואילו המשיב טוען, כי הבתים בהם מתגוררים העותרים הינם – כל אחד בשלמותו – "יחידת מגורים אחת", אשר-על-כן, בכוונתו להרוס את המבנים בשלמותם כ"בתי העותרים". ומדוע סובר המשיב, כי מדובר לגבי שני העותרים, כל אחד לעצמו, ב"יחידת מגורים נפרדת", אלא משום שהגג על כל יחידות המגורים הינו אותו גג (למשל, נספח מש/6 לגבי העותר בבג"צ 4772/91: "בבית ישנה כניסה אחת תחת גג אחד ללא הפרדה"), השירותים והמטבח משותפים לכול, ובעצם המדובר בדירה אחת, שנחלקה בין בני משפחה שונים. ומכאן שהמדובר ב"יחידת מגורים אחת". ואם הריסת דירתם של העותרים פוגעת אף באחרים, אין זו אלא צרת השעה, שקרובים ומקורבים למבצעייהם של מעשי חבלה ורצח עלולים להיפגע אף הם.

12. בחילוקי דעות אלו סוברים חבריי כי הדין עם המשיב, ואילו אני איני סובר כן. אין לכחד, כי טענה זו של "יחידת מגורים נפרדת" הועלתה כבר בעבר וכי נדחתה בנסיבות הדומות לעניין הנדון עתה לפנינו; ראה: בג"צ 2195/91 [6]; בג"צ 2665/90 [7]; בג"צ 798/89 [3]; בג"צ 987/89, 988 [9]; בג"צ 5518/90 [5]. ואולם דומני שראויה הטענה לעיון ולדיון נוספים, וזאת אעשה עתה.

13. נקודת המוצא לענייננו היא בעיקרון המנחה – אף את המשיב – ואשר לפיו אין להטיל עונש קולקטיבי ואין להפעיל סנקציה קולקטיבית. המטרה אינה אלא לפגוע בביתו של הרוצח-המחבל – כל אחד מן העותרים שלפנינו – כדי להרתיע את הרבים ולהביא לשמירת הסדר הציבורי. במסגרת נתונה זו אומר המפקד, כי בתי העותרים כמכלול מהווים, כל אחד לעצמו, "יחידת מגורים אחת", וכי מטעם זה ציווה על הריסת הבתים בשלמותם. המשיב מסכים, אמנם, כי שני הבתים – שלדידו כל אחד מהם הינו "יחידת מגורים" לעצמה – משמשים לכמה וכמה משפחות בנפרד, אך מתוך שהמדובר בדירה אחת – שלה שירותים ומטבח משותפים, ופרוש עליה גג אחד – סובר הוא, כי יש לראות את הדירה כולה כ"יחידת מגורים אחת" הראויה להריסה.

14. דרך זו בחשיבה אינה נראית לי. עקרון היסוד – והוא עיקר – מורנו, כי כל אחד מן העותרים, והוא בלבד, אמור לשאת בעונו, וכי כל סיווגים והבחנות ("יחידת מגורים נפרדת",



גג משותף, שירותים משותפים וכיוצא באלה), לא נועדה להם אלא חשיבות משנית בלבד, בגדריו ובמסגרתו של עקרון היסוד – בגדריו ולמען הגשמתו. למשל: במקום שפלוני מתגורר בחדר אחד עם זולתו – ויהא הזולת בן משפחה או זר – ניתן להרוס אותו חדר, והזולת לא יישמע בטענה, כי אין להרוס את "ביתו". לו פירשנו אחרת את תקנה 119, כי אז היה בדבר כדי לרוקן את סמכותו של המשיב מתוכן. השווה: בג"צ 361/82 [11]. אין פלא בדבר, איפוא, שבאת"כוח העותרים הסכימה, כי במקרה כגון זה צפוי החדר להריסה. ואולם אם מדברים אנו במבנה הנחלק באופן פסי – הלכה למעשה – בין משפחות שונות, ולו בין משפחות קרובות, מה משמעות נורמאטיבית נודעת – או ראוי שתינתן – לעובדה, שהגג הוא אחד או שהשירותים משותפים? המושג "יחידת מגורים" אינו כפוי עלינו; הוא יציר מחשבתנו – בראנו אותו כמעגל מחשבה מסוימת ולמטרה מסוימת – ומכאן שהשאלה לעניין אינה אלא מה שימוש נעשה, הלכה למעשה, בדירה פלונית או בבית אלמוני.

15. ענייננו אינו לא בארכיטקטורה ובהנדסת בניין ולא בגרפיקה של מבנים – מבנים נפרדים ומבנים משולבים וכיוצא בזה – אלא בקביעת נורמות ראויות בגדריו של דין קיים, באשר לשאלה, מה ראוי כי ייהרס ומה אינו ראוי כי ייהרס. הנה כי כן, ההפרדה במקומותינו בין יחידות מגורים – "דירות" – הינה גם אנכית (ובמקרה זה אין "גג אחד") גם אופקית, ורמת חיינו מתירה לנו "יחידות מגורים" נפרדות לחלוטין, גם אם יש בצידן רכוש משותף. ואולם לא ידעתי, מדוע חלוקה אופקית גרידא ("תחת קורת גג אחת") ליחידות מגורים עצמאיות – יחידות המוקצות למשפחות החיות כל אחת את חייה שלה ובצידן רכוש משותף – אינה יוצרת יחידות מגורים נפרדות. אכן ניתן להניח, כי מלכתחילה הייתה הדירה יחידת מגורים אחת בת כך וכך חדרים, וכי רק לימים הפכה, הלכה למעשה, לכמה וכמה יחידות מגורים, כאשר בכל אחת מאותן יחידות זרה משפחה לעצמה. ואולם האם נכון הוא, כי נמשיך ונראה בה יחידת מגורים אחת, אך כאשר נבנתה כך מלכתחילה? הוא הדין באשר למטבח ולשירותים המשותפים. האם בכוחם של אלה להפוך יחידות מגורים עצמאיות ליחידות מגורים אחת? והרי ידענו שהמדובר אינו אלא ברמת חיים של האוכלוסיה. וכשם שמחסן משותף בבית משותף – חדר כביסה משותף, גג משותף, חצר משותפת ושירותים משותפים – אין בכוחם להפוך יחידות מגורים נפרדות ליחידת מגורים אחת, כך אף בענייננו. אכן, קשה להימנע מרושם, כי אותו מושג של "יחידת מגורים נפרדת" – במקורו כלי עזר ומשטח – הפך, כמו מעצמו, עיקר ואדון השולט בנו. יצרנו כלי – יחידת מגורים נפרדת – מתוך כוונה ורצון לאתר מבנה שראוי לפגוע בו, להבדילו ממבנה שאין ראוי לפגוע בו, והנה עומדים להציבו לפנינו, שלא לרצוננו, כחי הנושא את עצמו. אם כך נראה את הדברים – וכה, לדעתי, יש להבינם – כי אז לא יהיה באותם שירותים ומטבח משותפים כדי להעלות או להוריד משפחות אינם תופעה נדירה, ועל-כן אין באלה כדי ללמד על היותה או על אי-היותה של יחידת מגורים מסוימת "נפרדת" מזולתה. בוודאי כך כאשר לגג משותף. הדברים הם איפכא מסתברא: דווקא, כי אין להורסם וכי אין לפגוע בהם בכל דרך אחרת אך מטעם זה בלבד שגם אחרים עושים בהם שימוש.



16. כל הדברים האלה כולם לא יתפסו במקום שאותם אחרים, הטוענים ליחידת מגורים נפרדת במסגרת אותה דירה עצמה, ידעו על מעשיו של מי שביתו מיועד להריסה, או שחייבו עצמם ב"עצימת עיניים". במקרה מעין זה דינם הוא, למיצער, כדין המתגורר בחדר אחד עם מי שביתו נועד להריסה, וכשם שזה האחרון ייפגע גם אלה ייפגעו. ראה: בג"צ 987/89, 988 [9], בעמ' 230; בג"צ 798/89 [3]; בג"צ 900/90 [12].

17. בבקשנו להחיל עקרונות אלה על העותרים שלפנינו, דעתי היא, כי רשאי המשיב להרוס (או לאטום) אך את מקומות מגוריהם של העותרים ואותם בלבד וכי אין הוא רשאי לפגוע לא בשירותים המשותפים לעותרים ולענפים האחרים של משפחותיהם ולא במקומות מגוריהם של אותם בני משפחה. ביתר דיוק ופירוט: אשר לעותר בבג"צ 4772/91 (חיזראן) – המשיב רשאי להרוס או לאטום את יחידת הדיור של העותר ("חדר האורחים" והמרפסת הפתוחה שלידו בלבד), ואשר לעותר בבג"צ 5359/91 (אבו מוחסיין) – המשיב רשאי להרוס או לאטום את "חדר המגורים" את "חדר האורחים" ואת המרפסת הפתוחה בלבד, והם יחידת המגורים של העותר.

לו נשמעה דעתי ונתקבלה, היינו פוסקים כך; ומשנשמעה ולא נתקבלה, יוכרע הדין כדעת חבריי.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינה של השופטת נתניהו.

ניתן היום, י"ח באדר ב' תשנ"ב (23.3.92).