

- בעניין: 1. קואסמה
2. קואסמה ()
ע"י ב"כ עוה"ד ל. צמל
ו/או עו"ד חוה מטרס עירון ו/או עו"ד סיגי בן ארי ו/או
עו"ד ד. שנהר ו/או עו"ד נועה דיאמונד ו/או עו"ד בנימין
אחסתריגה ו/או עו"ד בילאל סביחאת
מטעם המוקד להגנת הפרט
מיסודו של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עובידה 2 ירושלים
טל: 02-6273373 פקס: 02-6289327

העותרים

נגד

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
ע"י ב"כ פרקליטות המדינה
משרד המשפטים ירושלים

המשיב

ע ת י ר ה

בית המשפט הנכבד מתכבד להזמין את המשיב ולחייבו להשיב מדוע לא יימנע מהחרמה ואיטום
הדירה בקומת הקרקע בבית השייך לעותר מס' 1 ובו מתגוררת העותרת מס' 2 בחברון, ולחייבו בצו
החלטי להמנע מעשות כן.

כסעד ביניים:

מתבקש בית המשפט להורות למשיב או מי מטעמו להמנע מביצוע פגיעה כלשהי בבית נשוא
העתירה עד למצוי ההליכים בעתירה זו.

ואלה נימוקי העתירה:

1. צו ההחרמה והאטימה: נשוא עתירה זו הוא צו אשר הוצא ביום 28.7.14 על ידי
האלוף ניצן אלון, מפקד כוחות צה"ל באיזור, בו נאמר כי:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית, קואסמה ביצע פיגוע
טרור, במסגרתו חטף ולאחר מכן רצת, בצוותא חדא עם
אבו עיישה (ת.ז.) ו (קואסמה (ת.ז.) שלושה
צעירים ישראלים, גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, בסמוך לשוב אלון
שבות"

כן נאמר בצו כי המפקד החליט בתוקף סמכותו כמפקד כוחות צה"ל באיזור,

"ובהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 וכן מתוקף הסמכויות המוקנות לי לפי כל דין ותחיקת בטחון, והואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת, הנני מצווה בזאת על החרמת הקרקע עליה ניצב חלק המבנה המתואר להלן, וכן על אטימת חלק ממנה האמור:

הדירה בקומה הראשונה של מבנה בן 3 קומות בחברון, בה התגורר המפגע קוואסמה (ת.ז.) הואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת."

נספח "א"

2. אין חולק כי הבית כולו, ובו 3 קומות ו- 4 דירות, נבנה על ידי אבי המשפחה, הוא העותר מס' 1, ואין חולק כי עובר למועד הנטען לביצוע העבירה התגורר הבן החשוד מרוואן בדירה התחתונה בבית זה יחד עם אשתו, העותרת מס' 2, אשר מצויה בשלבי הריון מתקדמים.

3. למעשה גובש הצו דלעיל לאחר שקדמה לו התכתבות עניפה בין ב"כ העותרים לבין המשיב, אשר חלקה שוב אינו רלוונטי. תחילתה בהודעת ב"כ העותרים מיום 14.7.14 לפיה היא מייצגת אותם בכל הנוגע לכוונה עתידית לפגוע בבית מגוריהם, ונלווית לה תלונה אודות הרס רב שזרע צה"ל עצמו בכל דירות הבית ביום 1.7.14, בפרצו אליו ובפוצצו חלק מן הקומה השלישית.

מצ"ב נספח "ב"

המשכה בהודעת המשיב אודות כוונה להחרים ולהרוס את המבנה וגוי שנשלחה ביום 15.7.14 לבית העותר 1.

מצ"ב נספח "ג"

ובעקבותיה השגה נגד הכוונה להחרים ולהרוס את חלקי המבנה בו התגורר החשוד, השגה מיום 16.7.14

מצ"ב נספח "ד"

התייחסות המשיב להשגה מיום 18.7.14 לפיה, בין השאר, כוונה הפעולה בביתו של העותר 1 לחיפוש המפגע בנו, ובמסגרתה נעשה שימוש באמצעים ובכח שנטען כי הם סבירים נוכח הסיכון והחשד המבוסס כי הינו חמוש ומסוכן.

מצ"ב נספח "ה"

"המשך השגה" נשלח מאת ב"כ העותרים למשיב ביום 20.7.14 והוא מתייחס בעיקר לבקשה לשקול מחדש את הצורך בפגיעה בבית נוכח הפגיעה החמורה שהתרחשה בו כבר, "ולהסתפק בפעולת הנקמה וההרתעה שכבר התרחשה", וצורפו אליו אישורי הבעלות על הבית, לרבות שרשרת הירושה ורשיון הבניה של העותר מס' 1 לבית כולו, וכן פירוט 14 הנפשות המתגוררות בית בנוסף לחשוד ולאשתו העותרת מס' 2.

מצ"ב נספח "ו"

ביום 24.7.14 נשלח על ידי הח"מ המשך נוסף להשגה, ובו דרישה לשקול נכונה את משמעות ההודעה אודות הצו, לאור עובדה כי **הבית מצוי כל כולו בשטח A**.

מצ"ב נספח "ז"

4. **החלטת המשיב בהשגה על חלקיה** התקבלה ביום 28.7.14 יחד עם הצו אשר צוטט כבר (נספח "א").

בפירוט החלטת המשיב נאמר כי **ההשגה התקבלה באופן חלקי** כך שהפגיעה בבית צומצמה כך "שיוחרם ויאטם אך זרק החלק במבנה ששימש למגורי המפגע ומשפחתו הגרעינית, בדירה המצוייה בקומת הקרקע של המבנה בן 3 הקומות".

כן נאמר בו כי ישנן ראיות מנהליות וחומר חסוי לפיו החשוד הינו פעיל צבאי של חמאס, אסיר לשעבר, תכנן וביצע פיגוע חטיפה הנוכח לעיל, ביום 12.6.14. כי תכלית הסנקציה הינה הרתעת הרבים מפני ביצוע פיגועים, כדי שידעו כי למעשיהם יהיו השלכות גם על בני משפחתם, וכי הסנקציה תבסס התרעה אפקטיבית; ואף כי בית המשפט העליון קיבל עמדה זו; התדרדרות שחלה בשנתיים האחרונות ביציבות הבטחונית בגדה המערבית; כי אין להמתין להרשעה על מנת לממש סמכות זו, וכי הפגיעה הקניינית מתאימה לתקנה 119 לתקש"ח; כי הנוקים שנגרמו למבנה התבצעו תוך כדי חיפוש החשוד והתבצעה בו "פריצה מבצעית של קיר בקומה השלישית" והריסה זו אינה מאיינת את האטימה; המצאות המבנה בשטח A אינה מפחיתה מן הסמכות למשיב; ולבסוף הביצוע לא יחל בטרם יום ה' שעה 09:00.

מצ"ב נספח "ח"

לאחר מכן ובעקבות פניה לב"כ המשיב, התקבלה הודעה חדשה הקובעת כי הריסה תידחה עד ליום 31.7.14 שעה 18:00.

מצ"ב נספח "ט"

הטיעון המשפטי

5. המשיב סומך הוראתו להפעיל החרמה ואטימה של הדירה בה התגורר החשוד על תקנה 119 לתקש"ח 1945 (להלן: "תקנה 119"). העותרים יטענו כי תקנה 119 עומדת

כשלעצמה בניגוד לנורמות המחייבות את המפקד הצבאי, ואין לו להשתמש בה. כמו כן החלטתו נוגדת וחורגת אף מן ההלכות של בית משפט נכבד זה ועל כן דינה להתבטל.

5. בעת קיום מצב של כיבוש, מחוייב המפקד הצבאי לפעול על פי כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב נאמן על השטחים הכבושים ואינו הריבון בהם. את סמכויותיו בשטח הכבוש הוא יונק מן המשפט הבינלאומי, המהווה את הבסיס הנורמטיבי להפעלת סמכויותיו (בג"צ 2150/07 אבו צפיה נ. שר הבטחון (לא פורסם 29.12.2009)).

6. **בעת קיומו של מצב אחר**, כפי שנוצר לאתר חתימת הסכם הביניים הישראלי פלסטיני בדבר הגדה המערבי ורצועת עזה (נחתם בושינגטון, 28 לספטמבר 1995) (להלן: הסכם הביניים) יש משנה תוקף לדרישה כי המפקד הצבאי יפעל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לצד התוקף הטבעי מתווסף **תוקף הצהרתי מוסכם ומוצהר**.

ס' XIX להסכם הביניים, תחת הכותרת **זכויות האדם ושלטון החוק**, קובע:

"ישראל והמועצה תפעלנה את כוחותיהן ואחריותן על פי הסכם זה בהתחשב בנורמות ובעקרונות בין-לאומיים מקובלים בדבר זכויות אדם ושלטון החוק"

ובסעיף IX – **לנספח I, פרוטוקול בנושא הערכות מחדש והסד"י בטחון**, נקבע שוב במפורש ובמוצהר:

כללי התנהגות בנושאי בטחון משותפים

"1. זכויות אדם ושלטון החוק

בכפוף להוראות הסכם זה, יפעילו המשטרה הפלסטינית והכוחות הצבאיים הישראליים את כוחותיהם ואחריותם בהתאם להסכם זה תוך התייחסות ראוייה לנורמות הבין-לאומיות המקובלות של זכויות אדם ושלטון החוק, ויונחו על פי הרצון להגן על הציבור, לשמור על כבוד האדם ולהמנע מהטרדה".

לפיכך **באספקלריה כפולה** זו יש לבחון את מימוש הנורמות הבינלאומיות המקובלות של זכויות אדם ושלטון החוק, ויישומן במקום המצאות הבית נשוא העתירה.

7. תקנה 119 מזמן המנדט הבריטי סותרת שתי הוראות מרכזיות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, המהווה עד היום את הבסיס לדיני כיבוש בדין הבינלאומי. היא סותרת את ס' 33 האוסר הטלת עונש קולקטיבי וכל מעשי תגמול נגד מוגנים ורכושם, ואת סעיף 53 לאמנה זו, האוסר על המעצמה הכובשת להרוס את בתים ורכוש של מוגנים.

8. ענישה קולקטיבית זו מנוגדת גם לס' 50 לתקנות המצורפות לאמנה, בדבר הדינים ומנהגי המלחמה ביבשה (אמנת האג 1907), האוסרת על הטלת ענישה קולקטיבית, ותקנה 43 לאמנת האג האוסרת פגיעה והרס של רכוש.
9. המשיב כפוף ומחוייב לפעול לפי הכללים המשפטיים הבינלאומיים של זכויות האדם, ובמיוחד אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע גם בחוות הדעת של בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת הפרדה. נורמות אלה הנתו גם את בית המשפט הנכבד בבחנו את פעולות המפקד הצבאי (בג"צ אלבסיוני נ. ראש הממשלה תק-על 2008(1) בג"צ 7957/04 מרעבה נ. ראש ממשלת ישראל תק-על 2005(3) 3333 ס' 24; בג"צ 3239/02 מרעב נ. מפקד כוחות צה"ל תק-על 2003(1) 937, בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385).
10. הפעלת תקנה 119 מנוגדת גם לס' 17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המעגנות את זכותו של אדם שלא להיות נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בביתו, את ס' 12 המגן על זכותו של אדם לבחור את מקום מגוריו באורח חופשי, את ס' 26 המגן על הזכות לשוויון בפני החוק, ואת ס' 7 המגן על הזכות שלא להיות נתון ליחס או לעונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל. גם וועדת זכויות האדם של האו"ם, בבחנה את יישום האמנות במדינות השונות החברות באו"ם, קבעה בחוות דעתה משנת 2003 כי הפעלת התקנה מנוגדת לאמנה.
11. התקנה אף עומדת בניגוד לסעיפים שונים של האמנה לזכויות חברתיות וכלכליות, למשל ס' 11 (המגן על זכות לדיור ולתנאי מחיה נאותים) ס' 10 (המגן על התא המשפחתי) ס' 12-13 וס' 17 להצהרה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, ואף עלולה לעלות לכלל פשע מלחמה לפי הגדרות ס' 28(IV) לחוקת רומא בדבר הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

איסור על ענישה קולקטיבית ופגיעה בזכויות יסוד

12. ס' 119 מעצם טיבו נועד לפגוע ברבים. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא ביטוי במשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמת ס' 50 לאמנת האג, הקובע כי לא יוטל עונש כללי בגין מעשים של יחידים אשר הציבור אינו יכול להתשב כאחראי להם. ס' 33 לאמנת גינה הרביעית קובע קטגורית כי אדם מוגן לא ייענש בגין מעשה שלא הוא ביצעו. ענישה קולקטיבית ודוגמתה, וכל מעשה של הטרדה או טרור אסור. מעשי נקם נגד מוגנים ורכושם אסורים.

13. הדבר בא לידי ביטוי גם בפסיקת בית משפט נכבד זה :

"כבר עמד חברי השופט מ. חשין על כך לעינן תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו ישא ואיש בחטאו יומת...אין עונשין אלא אם כן מזהירין ואין מכים אלא את העברין לבדו" (בג"צ 2006/97 גנימאת נ. אלוף פיקוד מרכז-עזי דיין פ"ד נא(2) 651 בעמ' 654).

כך אף במאמרו של פרופ' מרדכי קרמניצר מיום 24.2.2009 מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, "הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים – הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נ. אלוף פיקוד העורף.

למפקד הצבאי שוב אין סמכות להפעיל סנקציה זו בשטח A

14. על פי הסכם הביניים ונספחיו, מיקום ביתו של העותר 1 הינו בשטח A. ישראל העבירה את סמכויותיה הביטחוניות לנעשה בשטח זה אל המועצה הפלסטינית. כפי שנאמר בס' XIII להסכם הביניים, תחת הכותרת הביטחון בס' 1: "עם השלמת ההערכות מחדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת לנספח I תקבל על עצמה המועצה כוחות ואחריות בענייני בטחון פנים וסדר ציבורי באיזור A באותו מחוז".
זאת בניגוד לאיזור B, למשל, בו תופסת המשטרה הפלסטינית רק את האחריות לסדר הציבורי של פלסטינים.

15. ועוד בס' XV מניעת פעולות עוינות נאמר :

"1. שני הצדדים ינקטו בכל האמצעים הנחוצים כדי למנוע מעשי טרור, נשע ועוינות נגד כל אחד מהם, נגד אנשים המצויים בסמכות הצד האחר ונגד רכושם, וינקטו באמצעים משפטיים נגד עבריינים.

2. הוראות מפורטות ליישם סעיף זה קבועות בנספח I".

16. נושאו של פרק 3 להסכם הביניים הינו "עניינים משפטיים". בס' 2 נאמר כי

"סמכות המועצה מקיפה את כל העניינים הנופלים בתחום סמכותה הטריטוריאלית, התפקודית והאישית".

ס' 2ג' לאותו פרק קובע:

"הסמכות הטריטוריאלית והתפקודית של המועצה תחול על כל האנשים, למעט ישראלים, אלא אם נקבע אחרת בהסכם זה".

ס' 3 בפרק זה קובע כי :

"למועצה יש, בתחום סמכותה, כוחות ואחריות חקיקה, ביצוע ושיפוט כפי שנקבע בהסכם זה"

וס' 4 עונה ומשלים את החסר ומייצר חלוקה ברורה :

"א. לישראל יש, באמצעות הממשל הצבאי שלה, סמכות על איזורים שאינם תחת הסמכות הטריטוריאלית של המועצה, על כוחות ואחריות שלא הועברו למועצה, ועל ישראלים.

ב. למטרה זו יחזיק הממשל הצבאי הישראלי בכוחות ובאחריות החקיקתיים, המשפטיים והביצועיים הנחוצים, בהתאם למשפט הבין-לאומי. הוראה זו לא תגרע מהחקיקה הישראלית החלה על ישראלים באופן אישי".

17. על פי נספח I סעיף V, הסדרי ביטחון בגדה המערבית, יקבעו מרכזי תיאום וקישור למחוזות שונים, ונקבע מת"מ לאזור חברון.

נאמר בס' 2 איזור A: א. עם השלמת ההיערכות מחדש של כוחות צבאיים ישראלים בכל מחוז, כמפורט בתוספת I לנספח זה, תקבל על עצמה המועצה כוחות ואחריות בענייני בטחון פנים וסדר ציבורי באיזור A באותו מחוז".

18. המשיב רשאי לסטות מן הכללים דלעיל רק במצב זמני של "התקלות", ואף זאת רק לפרק זמן קצר ביותר. סעיף XI הדן בכללי התנהגות בנושאים ביטחון משותפים, קובע מצבים מיוחדים הקרויים "צעדי היתקלות". מצבים אלה מדברים בפעולה צבאית מיידית אם נדרשת, והיא חייבת להסתיים בכל ההקדם, והטיפול במצב כזה יועבר בהקדם האפשרי לצד הפלסטיני. וכך נאמר :

3 א. לצורך סעיף זה "היתקלות" משמעותה תגובה מיידית לפעולה או תקרית, היוצרים סכנה לחיים או לרכוש, ומכוונת למניע או להפסקת פעולה או תקרית כזאת או לעצירת המבצעים.

ב. בתוך שטח תחת אחריות הביטחון של המועצה, במקומות שבהם רשויות ישראליות מפעילות את תפקידי הביטחון שלהן בהתאם לנספח זה ובקרבנות המיידית, הרשויות הישראליות רשאיות לנקוט בצעדי היתקלות במקרים שבהם מעשה או תקרית מחייבים פעולה כזו. במקרים אלו, הרשויות הישראליות

תנקוטנה בכל צעד אשר נחוץ על מנת להביא לידי סיומם של מעשה או תקרית כאלה, במטרה להעביר בהזדמנות הראשונה את הטיפול המתמשך בתקרית הנופלת באחריות הפלסטינית, למשטרה הפלסטינית. המשטרה הפלסטינית תודע מיידית, באמצעות המת"ק הרלבנטי, בדבר צעדי התקלות כאלה".

19. ועוד מפרט סי' ג כי שימוש בנשק חם לתקריות כאלה יהיה אסור, "אלא כמוצא אחרון, לאחר שנכשלו הנסיונות להשתלטות על הפעולה או התקרית, כגון אזהרת המבצע או ירי באוויר", ואם לא יהיה יעיל, הרי יותר שימוש בנשק רק לשם הרתעה של המבצע או עצירתו, ולא לשם הריגתו. ו"השימוש בנשק ייפסק עם תום הסכנה" וממילא "ד. כל פעילות הכוללת שימוש בנשק חם, למעט צרכים מבצעיים מידיים, תהיה טעונה הודעה מראש למת"מ הרלוונטי".

20. איש לא יוכל לטעון כי החלת הסנקציה של תקנה 119 הינה מסוג "צעדי היתקלות", אין זה מרדף מידי ותכוף אחרי מבצעי היתקלות, וגם כזה חייב להפסק מייד והטיפול בו יועבר לידי המועצה הפלסטינית.

החשוד לא הורשע

21. גם אם יידחו כל הנימוקים ההומניטאריים, לא יוכל בית המשפט הנכבד לאשר את הפגיעה בבית מבלי להשתכנע מעבר לכל ספק כי אמנם החשדות המופנים נגד בנו של העותר 1 ובעלה של העותרת 2 מבוססים ואמינים, ואם יועמד לדין יורשע. הדבר הכרחי בשל העדרו של החשוד, והעובדה כי לא מסר את גירסתו.

ביטוח נגד חיסול ?

22. כבר נאמר בהשגה כי הפעלת סנקציות כאלה נגד מי שלא הורשע היא פסולה כשלעצמה. אולם לכך יש להוסיף את ידו הקלה מדי של המשיב על הדק ההרס והפגיעה. תואר כבר בהרחבה בנספח "ב" כיצד נגרם הרס רב ופיצוץ בבית העותר. מתשובת המשיב למדנו (סי' 24-26 לנספח "ח") כי פוצצו קיר של קומה שלישית בבית נשוא עתירה זו, כיון שהניחו כל החשוד מתחבא בקיר זה. על אף שטענה זו מופרכת לחלוטין (כיצד יכול אדם להתחבא בקיר שכל רחבו כ-25 ס"מ) הרי היא מלמדת על הלך הרוחות של המשיב, ועל אפשרות ריאלית כי אם יאותר החשוד, הוא יחוסל לאלתר. חשש זה מחייב לשקול אותה אטימה שוב, וצידוקה נוכח חיסול צפוי כזה.

אפליה ביישום ענישה והרתעה

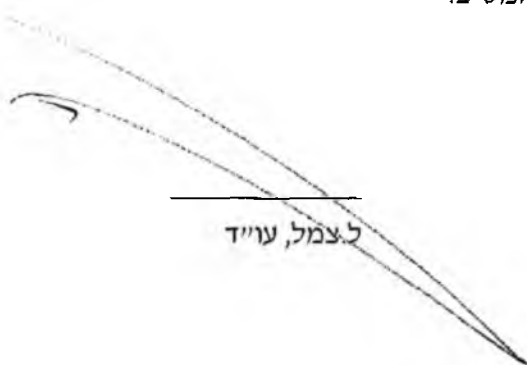
23. כבר נאמר בהשגה (נספח ד') כי בנוסף לביקורת הנוקבת נגד חוסר ההצדקה או המוסריות בהפעלת הסנקציה הנדונה, לא ניתן להתעלם מן העובדה כי רצח מזעזע לא

פחות של צעיר פלסטיני חטוף, הלוא הוא מחמד אבו חדיר, התרחש בסמוך ובעקבות המעשה המיוחס לחשוד, ושלושה אזרחים ישראלים לפחות עומדים כיום לדין בגין מעשה זה, לאחר שהודו ושחזרו את המעשה. הם נתפסו חיים. על אף זאת, לא הוצאה כל הודעה בנוסח ההודעה נשוא עתירה זו.

יש לברך על כך כי סנקציה נקמנית ופסולה זו נחסכה מאזרחי ישראל. אולם אם כלפי אזרחי ישראל לא ננקט צעד אכזרי זה (ואחד מהם מתגורר בהתנחלות אדם בשטח C בו אין לכאורה מניעה מהפעלת הסנקציה על ידי ישראל כלפי אזרחיה שלה), על אחת כמה וכמה יש להמנע מלנקוט בו נגד תושבי שטח כבוש, דוגמת העותרים, המוגנים גם על ידי החוק הבין-לאומי והסכם הביניים.

מצ"ב תצהיר לאימות העובדות.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, צו על תנאי וצו החלטי כמבוקש, ולהטיל הוצאות עתירה זו ושכ"ט עו"ד על המשיב.



30.7.14