

בג"ץ 5300/14
קבוע: 7.8.14

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

קוואסמה ואח'
על-ידי ב"כ עוה"ד לביב חביב ואח'
מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300
טלפקס': 02-6263212; נייד: 052-4404477

העותרים

נ ג ד

המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466715; פקס': 02-6467011

המשיב

תגובה מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כב' השופט זילברטל מיום 31.7.14 ולהחלטת כב' הנשיא גרוניס מיום 3:8-14, מתכבד המשיב להגיש תגובתו לעתירה זו.

2. עניינה של העתירה שבכותרת בהחלטת המשיב מכוח סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנות ההגנה" ו"תקנה 119"), לצוות לצרכי הרתעה על החרמה והריסה של ביתו של המתפל ח קוואסמה (להלן: ח קוואסמה), שאשתו היא העותרת 1 בבג"ץ 5300/14.

ח קוואסמה, ביחד עם מ אבו עיישה (להלן: מ קוואסמה) ו החמא"ס שחטפה ורצחה ביום 12.6.14 שלושה נערים ישראלים שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם לביתם: נפתלי פרנקל ז"ל, גיל-עד שאער ז"ל ואייל יפרח ז"ל.

נציין, כי משפחותיהם של מ קוואסמה ו אבו עיישה הגישו אף הן עתירות נגד החלטת המפקד הצבאי להפעיל סמכותו לפי תקנה 119 נגד הדירות בהן התגוררו שני מתבלים אלה (בג"ץ 5290/14 ובג"ץ 5295/14, בהתאמה).

3. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. המשיב יטען, כי על רקע ההתדרדרות החמורה במצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון, שהגיעה לשיאה בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים הישראליים לפני כחודש וחצי, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנים בהם התגוררו חברי החולייה שביצעה הפיגוע הינה חיונית, כדי להרתיע מפגעים נוספים מלבצע פיגועים חמורים נוספים.

4. כפי שיובהר להלן, רובן ככולן של הטענות העקרוניות שמעלים העותרים אינן חדשות, והן נדונו ונדחו במסגרת פסקי דין רבים שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד.

לכך נוסיף, כי אך לאחרונה, ביום 1.7.14, ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (מפי כב' המשנה לנשיא נאור, בהסכמת כב' השופטים דנציגר ושהם) בבג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (להלן: עניין עואודה), במסגרתו חזר בית המשפט הנכבד על ההלכות שנקבעו ביחס להפעלת הסמכות מכוח תקנה 119, ודחה את אותה העתירה.

בנסיבות אלה, המשיב יטען כי אין כל עילה או הצדקה להידרש במסגרת העתירה הנוכחית פעם נוספת לטענות אלה.

5. בשים לב להחמרה במצב הביטחוני; מכיוון שיש חשיבות עליונה בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים נוספים; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 להחרמת ולהריסת ביתו של המחבל חוסאם קוואסמה אכן תתרום בצורה משמעותית להרתעת מפגעים נוספים - המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה שבכותרת בהקדם האפשרי.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

כללי - ההחמרה במצב הביטחוני באזור בשנתיים האחרונות

6. בגזרת יהודה ושומרון (להלן: "האזור" או "איו"ש") ניכרת בשנתיים האחרונות מגמה מתמשכת של התדרדרות ביציבות הביטחונית, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעליה במספר הפיגועים הכללי (לרבות במספר הפיגועים החמורים), בפיגועי הטרור העממי וכן במספר הנפגעים הישראלים.

7. מגמה זו משתקפת היטב בנתוני הטרור שהצטברו החל מתחילת שנת 2013 ועד לאמצע חודש יוני 2014. כך, בשנת 2013 נרשמו 1,414 פיגועים בשטחי איו"ש, ובשנת 2014, עד כה, נרשמו כ-1,200 פיגועים. כמו כן, במהלך תקופה זו נרשמה קפיצה חריגה במספר ההרוגים הישראלים כתוצאה מפיגועי טרור שיצאו מאיו"ש (שישה הרוגים ישראלים בתקופה זו, לעומת אפס הרוגים ישראלים בכל שנת 2012).

8. זאת ועוד, מאז תחילת שנת 2014 - ובדגש על החודשים האחרונים - ניכרת עלייה תלולה בפיגועים שבוצעו במתווים חמורים, בהם נהרגו אזרחים ישראלים או שנעשה בהם שימוש בנשק חם, וכן בניסיונות לבצע פיגועים חמורים.

נדגיש, כי מדובר ברצף של עשרות מקרים המצביעים על החמרה ניכרת, כדוגמת המקרים הבאים:

- א. **מרץ 2014**: סיכול פעילותו של מבוקש חמא"ס צבאי ממחנה הפליטים ג'נין, שהוכווו בידי מפקדת החמא"ס ברצועת עזה לקדם שורה של פיגועים, לרבות במתווה של ירי, נגד יעדים ישראלים באיו"ש. המבוקש נהרג במבצע צבאי, במהלך חילופי אש עם כוחות צה"ל בג'נין.
- ב. **אפריל 2014**: פיגוע ירי לעבר רכב ישראלי במחסום תרקומיא. בפיגוע זה נהרג אזרח ישראלי ונפצעו שניים נוספים.
- ג. **אפריל 2014**: נעצרו 6 פעילי התארגנות צבאית מגזרות ג'נין ובית לחם. במסגרת זאת סוכלה כוונת ההתארגנות, בהכוונתו של פעיל ה"ג'יהאד העולמי" מהרצועה, לקדם פיגוע ירי נגד כוחות צה"ל באזור ג'נין.
- ד. **מאי 2014**: סוכלה כוונה של מפגע מתאבד לפוצץ חגורת מטענים מאולתרים, שהוסתרה על גופו, בצומת תפוח. חברי ההתארגנות משכם, שעמדו מאחורי ניסיון הפיגוע, נעצרו בידי כוחות צה"ל זמן קצר לאחר מכן.
- ה. **מאי 2014**: פיגוע ירי בשכונת רמת שלמה בירושלים, כאשר מפגע פלסטיני ביצע ירי מנשק חם לעבר קבוצת אזרחים ישראלים, מבלי שהיו נפגעים.
- ו. **יוני 2014**: פיגוע ירי מנשק קל, כאשר מפגע פלסטיני ירה לעבר עמדה של כוח צה"ל בביתוניא. הכוח הצבאי הגיב בירי לעבר המפגע שנמלט מהזירה, ולא היו נפגעים.
- ז. **יוני 2014**: פיגוע ירי מנשק קל שבוצע מרכב פלסטיני לעבר עמדה של כוח צה"ל בקרבת כביש המנהרות/עוקף בית לחם. בפיגוע לא היו נפגעים, ורכב המפגע נמלט מהזירה.
- ח. **יוני 2014**: פיגוע חטיפה ורצח ביום 12.6.14, במסגרתו נחטפו ונרצחו שלושה נערים שהיו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם בגזרת כפר עציון לביתם. כפי שיפורט להלן, על פי המידע המצוי בידי המשיב, פיגוע זה תוכנן ובוצע על-ידי חברי חוליית חמא"ס המחבלים מרואן קואסמה, עאמר אבו עישה וחוסאם קואסמה.
- ט. **יולי 2014**: פיגוע ירי מנשק קל מרכב חולף לעבר אזרח ישראלי בצומת רחלים, באיו"ש. האזרח נפצע באורח בינוני.
- י. **יולי 2014**: חייל צה"ל נפצע באורח קל מפיגוע ירי מנשק קל בשומרון.
- יא. **יולי 2014**: סוכל ניסיון של חמאס לבצע פיגוע באמצעות רכב ממולכד בישראל, בעקבות תפיסת הרכב במחסום צבאי באיו"ש.
- יב. **אוגוסט 2014**: פיגוע דריסה בירושלים, באמצעות טרקטור שהיה נהוג בידי תושב מזרח ירושלים. אזרח ישראלי נהרג וכמה נוספים נפצעו.
- יג. **אוגוסט 2014**: פיגוע נשק קל בירושלים במהלכו נפצע חייל צה"ל באורח קשה.
9. יש להדגיש, כי מתחילת שנת 2014 סוכלו כ-111 כוונות וניסיונות פיגוע, במגוון מתווים חמורים (חטיפה, מטענים וירל) בגזרות שונות במרחב.

10. בנוסף, במהלך ארבעת הרבעונים האחרונים ניתן לזהות עלייה תלולה ברמת ההתרעות על פיגוע במתווה של חטיפת, כדלקמן:

- א. ברבעון השלישי של שנת 2013 - 7 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ב. ברבעון הרביעי של שנת 2013 - 8 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ג. ברבעון הראשון של שנת 2014 - 12 התרעות על פיגוע חטיפה;
- ד. מראשית תודש אפריל 2014 ועד עתה - 15 התרעות על פיגוע חטיפה.

11. עיקר פעילות הטרור מובלת בידי התארגנויות מקומיות ו"מבוזרות", וכן בידי מפגעים בפרופיל של "מפגע בודד". אלה האחרונים בלטו בתקופה האחרונה לנוכח חוסר היציבות בשטח, ובניגוד לעבר אין הם באים משולי החברה אלא בעלי פרופיל נורמטיבי.

12. כעולה מן האמור לעיל, מתווה הפיגועים המועדף על כלל הארגונים בזירה נותר חטיפה, לצורכי מיקוח ושחרור כלואים. כך, בתקופה האחרונה ניכרת עלייה משמעותית בכמות צירי החטיפה שהכווינו גורמי טרור שונים, לרבות מתוך הכלא הישראלי (מזוהי חמא"ס, הג'יהאד האיסלאמי ותנזים). מרבית הצירים סוכלו עד כה בטרם הבשילו מבצעית.

13. נבקש לעדכן, כי רוב הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני באיר"ש כבר נמסרו לפני כחודש ימים בלבד לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים בעניין עואודה, ועל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי (פסקה 24 לפסק הדין בעניין עואודה):

"עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי הנתונים שהובאו, הכלל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע חטיפת הגערים, ולא מוגעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הגערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת ביתו של עואד." [ההדגשות הוספו – הח"מ]

המחבלים חברי חוליית החמא"ס שביצעה את פיגוע החטיפה והרצח

14. **מ קוואסמה** – יליד שנת 1985, תושב חברון. נעצר לראשונה כבר בהיותו כבן 18, ובאותה עת נידון לעונש של עשרה חודשי מאסר נוכח הרשעתו בעבירות ביטחון. לאחר מכן, נעצר ארבע פעמים נוספות, בחלקן הוחזק מכת צווי מעצר מינהלי שנחתמו בעניינו. בתקירתו האחרונה, בשנת 2010, הודה כי גוייס לפעילות צבאית במסגרת החמא"ס באזור חברון משנת 2009, כי היה מעורב באימונים צבאיים במערות באזור חברון, כי פעל להשגת חומרי-גלם לצורך ייצור חומר נפץ, וכי סייע לארגון בגיוס צעירים נוספים לפעילות חמא"ס. נוכח מעשים אלה נדון מ קוואסמה למאסר ממנו שוחרר בחודש מרץ 2012.

15. **אבו עיישה** - יליד שנת 1981, תושב חברון. נעצר לראשונה בחודש נובמבר 2005, והוחזק במעצר מינהלי עד לחודש יוני-2006. בהמשך, נעצר בשנית לתקופה קצרה בשנת 2007. אחיו של אבו עיישה היה מחבל אשר נהרג בחודש נובמבר 2005, בעת שניסה להשליך מטען חבלה לעבר כוח צה"ל. אף אביו, אבו עיישה, ריצה עונשי מאסר נוכח הרשעתו בעבירות טרור, האחרונה בהן בשנת 2008, אזי נתפסו בביתו נשק ותחמושת.

16. **ח קוואסמה** - תושב חברון, כבן 40, כלוא לשעבר (בשנים 1995-2002) על רקע פעילות חמא"ס, לרבות השתייכות לחולייה שביצעה פיגועי מטענים. בן למשפחה שבניה היו מעורבים בביצוע פיגועי טרור קשים מטעם החמא"ס. כך, אחיו, קוואסמה, מרצה כיום עונש מאסר עולם על חלקו בפיגוע מטען ליד בנייני האומה בירושלים בחודש מרץ 2011, בו נהרגה תיירת בריטית ורבים אחרים נפצעו.

מעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע החטיפה והרצח של שלושת הנערים

17. בתאריך 12.6.14 נחטפו שלושה נערים ישראלים - נפתלי פרנקל ז"ל, גיל-עד שאער ז"ל ואייל יפרח ז"ל - מטרמפיאדה בגוש עציון, כאשר היו בדרכם ממוסדות הלימוד שלהם לבתיהם.

18. בידי המדינה ראיות מינהליות ברורות וחד-משמעיות המלמדות - **ברמה של קירבה לוודאות** - כי מ קוואסמה ו אבו עיישה, הם שחטפו ורצחו את שלושת הנערים ביום 12.6.14, כאשר הרצח בוצע זמן קצר לאחר החטיפה.

מאז פיגוע החטיפה והרצח, מ קוואסמה ו אבו עיישה מתנהגים כ"מבוקשים" ומסתתרים מכוחות הבטחון.

19. בתאריך 30.6.14 נמצאו גופותיהם של שלושת הנערים החטופים באזור שמצפון לכפר בית-כאחל, קבורות בחלקת אדמה השייכת לח קוואסמה.

20. עם גילוי הגופות יצא ח קוואסמה מביתו, הסתתר, והתכוון להימלט לירדן בתיעוד מזויף, בסיוע בני משפחתו.

חוסאם נעצר על-ידי כוחות הביטחון ביום 11.7.14, בבית קרוב משפחה בענתא.

בחקירתו עד כה הודה ח קוואסמה, כי שימש דרג מפקדה למבצעי פיגוע החטיפה, מ קוואסמה ו אבו עיישה. מתוקף תפקידו זה השיג ח מימון לביצוע הפיגוע מפעילי חמא"ס ברצועת עזה, וכן הודה כי רכש אמצעי לחימה אותם העביר לידי מ קוואסמה. עוד עלה בחקירתו של ח קוואסמה, שלאחר רצח הנערים החטופים הגיע אליו מ קוואסמה, ויחד נסעו השניים לחלקת אדמה אותה רכש ח לפני מספר חודשים, וקברו שם את גופות החטופים. בהמשך סייע ח לשני המחבלים האחרים להסתתר.

יודגש, כי מכלול הראיות המינהליות שבידי המדינה מלמד - **ברמה של קירבה לוודאות** - על מעורבותו של ח קוואסמה בפיגוע.

21. מאחר שכאמור מ קוואסמה ו אבו עיישה טרם נתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתם לאחר שייתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתו של ח קוואסמה אשר עדיין לא הסתיימה, לא ניתן לפרט במסגרת תגובה גלויה זו מעבר לאמור לעיל.

מכל מקום, ככל שימצא זאת בית המשפט הנכבד לנכון, והעותרים יסכימו לכך, ניתן יהיה להציג בפניו את מכלול המידע הקיים בנוגע למתווה הפיגוע ולמעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע.

הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 להחרמה והריסה של ביתו של חוסאם קוואסמה

22. בתאריך 16.7.14 הודיע המשיב על כוונתו "להחרים ולהרוס את המבנה בחברון המצוי בנ.צ. 207876/606352 [...] בו מתגורר ח קוואסמה (ת"ז _____)":
 [ההדגשה במקור – הח"מ]. בנוסף, נמסר כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, פעיל חמא"ס צבאי וכלוא לשעבר, היה שותף להוצאה לפועל של פיגוע טרור ביום 12/06/2014. במסגרתו, נחטפו ולאחר מכן נרצחו שלושה צעירים ישראלים, גיל-עד שעאר, אייל יפוח ונפתלי פרנקל, בסמוך ליישוב אלון שבות. לעמדת מפקד הפיקוד, צעד זה עשוי להרתיע מפגעים פוטנציאליים ולסייע בביטחון האזור." כן נמסר בהודעה על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו החרמה והריסה, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה מיום 16.7.14 צורף לעתירה **כנספח א'**.

23. ביום 17.7.14 הגישה משפחת המתבל ת קוואסמה השגה למשיב נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה. השגה זו אף הועברה בשנית ביום 20.7.14.

צילום ההשגה מיום 17.7.14 צורף לעתירה כנספת ב'.

24. ביום 28.7.14, לאחר שבחן את הטענות שהועלו בהשגה, הועבר לבא-כוח העותרים מכתב תשובה מפורט להשגה מטעם המשיב, במסגרתו נמסר, בין היתר, כי:

"המפקד הצבאי החליט, לאחר שבחן את טענותיך המפורטות במכתבך שבסמך, אשר הובאו בפניו, לדחות את השגת מרשייך". [ההדגשה במקור – הח"מ].

בנוסף, במכתב התשובה פורט הרקע העובדתי לקבלת ההחלטה, וכן נכללה התייחסות לטענות השונות, העובדתיות והמשפטיות, שהועלו בהשגה, ותוך שהודגש כי:

"באשר למבחני המידתיות הנוספים, הרי שהריסת המבנה נבחנה על רקע חומרת מעשי המפגע, היקף התופעה והצורך להרתיע מפניה כאמור לעיל. המפקד הצבאי בחן את כל החלופות האפשריות על מנת להגשים את תכלית הסמכות וכן את מידת התועלת שעשויה לצמוח מההריסה. בנוסף, נבחנה השפעת ההריסה על המתגוררים במבנים סמוכים, תוך הקפדה על כך, שלא תגרם פגיעה במבנים הסמוכים לבית המפגע מביצוע ההריסה".

צילום מכתב התשובה להשגה מיום 28.7.14 צורף לעתירה כנספת ג'.

25. בהתאם לכך, ביום 28.7.14, לאחר שהחליט לדחות את ההשגה, חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119, על צו החרמה והריסה של "מבנה בן קומה אחת בחברון, בו התגורר עד למעצרו המפגע ח קוואסמה (ת"ז...)" [ההדגשה במקור – הח"מ]. הטעם להוצאת צו החרמה וההריסה נומק בו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית חוסאם עלי חסן קוואסמה ביצע פיגוע טרור, במסגרתו חטף ולאחר מכן רצח, בצוותא חדא עם עאמר עומר עבד אלקאדר אבו עיישה (ת"ז 410783273) ומרואן סעדי עבד אלעפו קוואסמה (ת"ז 948406756) שלושה צעירים ישראלים, גיל-עד שאער, אייל ירuch ונפתלי פרנקל, בסמוך ליישוב אלון שבות". [ההדגשה במקור – הח"מ].

צילום צו החרמה וההריסה צורף לעתירה כנספת ד'.

26. ביום 29.7.14, נשלח מכתב מאת המשיב לבי"כ העותרים, במסגרתו נמסר, כי בהתאם לבקשת בי"כ העותרים לדחות את המועד לביצוע צו ההריסה וההחרמה "נבקש לעדכןך כי לנוכח החג, ביצוע הצו החרמה וההריסה אשר צורף למכתבנו שבסמך, מיום 28.07.2014, לא יחל בטרם יום ה' ה-31.07.2014 בשעה 18:00".

צילום המכתב לבי"כ העותרים מיום 29.7.14 צורף לעתירה כנספת ה'.

27. ביום 31.7.14 הוגשה העתירה בבג"ץ 5300/14, ועימה בקשה למתן צו-ביניים שיורה למשיב להימנע מפגיעה בלתי הפיכה בביתו של העותר, וזאת עד להכרעה בעתירה.

הטיעון המשפטי

28. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות, ויפנה לכך שרובן ככולן של הטענות המועלות בעתירה כבר נדחו על-ידי בית המשפט הנכבד, כולל בפסק הדין האחרון **בענין עואוזה**.

הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

29. הסמכות להורות על החרמתו והריסתו של מבנה, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה מוקנית למפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון מאז כניסת כוחות צה"ל לאזור זה בחודש יוני 1967, בהיותה חלק מן הדין המקומי.

תקנה 119 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה האנגלי המחייב, כדלקמן:

"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 ... ANY OFFENCE AGAINST THESE REGULATIONS INVOLVING VIOLENCE OR INTIMIDATION OR ANY MILITARY COURT OFFENCE."...

ובנוסחה בעברית של התקנה:

"מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו ... עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ"ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. ..."

30. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס את כל המבנה בו מתגורר המפגע עם בני משפחתו. עם זאת, על-פי ההלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, גם כאשר מחליט המשיב לנקוט בסמכות לפי תקנה 119, עליו להפעיל את סמכותו האמורה בצורה סבירה ומידתית, בהתחשב במכלול של נסיבות עליהן עמדה הפסיקה.

על-פי ההלכה הפסוקה, התכלית של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 היא הרתעתית בלבד ולא עונשית. הסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת אפוא כעונש בשל הפיגוע שבוצע בעבר, אלא היא מופעלת רק אם המפקד הצבאי מגיע לכלל מסקנה, כי השימוש בסמכות נדרש כדי להרתיע מפגעים מפני ביצוע פיגועים נוספים בעתיד - ולתכלית זו בלבד.

נקודת המוצא היא, כי מפגע היודע, כי בני משפחתו עשויים להיפגע אם יבצע את זממו - עשוי להירתע בשל כך מלבצע את הפיגוע שתיכנן. לעיתים, ההרתעה פועלת גם כלפי בני משפחתו של מפגע, שייתכן ויודעים על תוכניותיו, על מנת לגרום להם שיפעלו למניעת הפיגוע אם יחששו שיבולע לביתם אם לא יעשו כן.

31. על-פי ההלכה הפסוקה, הפגיעה באנשים נוספים המתגוררים בבית מחבל שהוחלט לנקוט לגביו בסמכות לפי תקנה 119 אינה בגדר ענישה קולקטיבית, אלא היא פגיעה נלווית בלבד למטרה ההרתעתית של הפעלת הסמכות.

כך נפסק, למשל, בבג"ץ 798/89 שוקרי נ' שר הבטחון, תק-על (1)90 (75 (1990), כדלקמן:

"הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי תקנה 119 אינה סמכות לענישה קיבוצית. הפעלתה לא נועדה להעניש את בני משפחת העותר. הסמכות היא מינהלית, והפעלתה נועדה להרתיע ובכך לקיים את הסדר הציבורי..."

מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותר ואמו. אמת, זו אינה מטרת ההריסה, אך זוהי תוצאתה. תוצאה קשה זו באה להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחייהם של חפים מפשע, אלא גם בשלוםם של הקרובים להם עצמם."

וכן ראו דבריו של כבי' השופט (כתוארו אז) מצא, בדעת הרוב בפסק דין שניתן בהרכב מורחב של חמישה שופטים בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994) (להלן: עניין נזאל), כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה הנוגע לעניינו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון... הפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת."

32. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיבבפרט, ערים ומודעים לחומרה שבהפעלת הסנקציות האמורות בתקנה 119, ובמיוחד כאשר אלו מופעלות באופן בלתי הפיך, כגון הריסה. המפקד הצבאי מונחה לעשות שימוש בסמכותו להריסת בתים רק באותם מקרים חמורים אשר מעצם טיבם אין במערכות הענישה וההרתעה ה"רגילות", כדי לשמש הרתעה מספקת וראויה למחבלים ולמפגעים בגוף ובנפש.

33. הפעלת הסנקציה של הריסת בית הינה פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחוייב המשיב לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך מלחמתה של ישראל בפעילות החבלנית הרצחנית העוינת.

לעניין זה כבר פסק בית משפט נכבד זה מפי כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 358/88 האגודה
לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539 (1989), כדלקמן:

"מגיעת מעשי אלימות היא תנאי לקיום הביטחון והסדר הציבורי. אין ביטחון
ללא אכיפת החוק, ואכיפת חוק לא תצלח ולא תהיה יעילה, אם איננה נושאת
בחובה גם השפעה מרתיעה. היקפם של צעדים הננקטים לאכיפת החוק הוא
בכל מקרה פועל יוצא של חומרת העבירה, של תדירות ביצועה ושל מהותם
של מעשי העבירה המבוצעים. אם מתרבים, למשל, מעשי רצח של אנשים
בשל מגעיהם עם השלטונות הצבאיים, או אם מבוצעות התקפות שנועדו
להביא לשריפתם של בני אדם או של רכוש כדי לזרוע אימה ופחד, מתחייבת
הפעלה תדירה ומחמירה יותר של החוק. דברים אלה נכונים בכל אתר, ושטחי
ממשל צבאי אינם יוצאי דופן מבחינה זו; נהפוך הוא, קיום הסדר והביטחון
ושמירתו הלכה למעשה, הם לפי המשפט הבינלאומי הפומבי, מתפקידו
המרכזיים של הממשל הצבאי."

ובפסק הדין שניתן לפני כחודש בעניין עואדה, נקבע כי:

"עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה
באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת
הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות. לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי
שפורט לעיל, הם בגדר שינוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב
שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית
המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה
להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי
של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים,
פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי
שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים
של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד
נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור
יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. טענתם של
העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אירוע
חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים
היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל-יסודה מצא
המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה, באמצעות הריסת
ביתו של עואד."

34. מאחר שהסמכות לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעילות חבלנית, אין להתפלא על כך,
כי היקף הפעלתה במהלך השנים היה ביחס ישיר להיקפם של האירועים החבלניים
ולמידת חומרתם. כך, בשנים בהן התקפות הטרור פחתו, היתה הפעלת הסמכות לפי
התקנה נדירה יותר, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור הפכו ל"שגרה יום-יומית", נאלצו
כוחות הביטחון להגיב בתדירות רבה יותר של הפעלת התקנה, מתוך מגמה להרתיע
ולגדוע את גזע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר.

35. כאן המקום לחזור ולציין, כי נקיטת צעדים לפי תקנה 119, מבוססת, בראש ובראשונה,
על שורה של איזונים. איזון בין חומרת המעשה החבלני לבין היקף הסנקציה; איזון בין
הפגיעה הצפויה במשפחת המפגע לבין הצורך בהרתעת מפגעים פוטנציאליים עתידיים;
איזון בין זכותו הבסיסית של כל אדם לקניינו לבין זכותו וחובתו של השלטון לשמור על
הביטחון והסדר הציבורי, ועל שלומם וביטחונם של תושבי ישראל ואזרחיה.

36. כך, במסגרת איזונים אלה, נשקלת חומרת המעשים; נסיבות הזמן והמקום; זיקת המגורים של המפגע לבית; גודלו של הבית; השפעת הפעלת האמצעי על אנשים אחרים; שיקולים הנדסיים, וכיוצא באלה שיקולים נוספים. רק לאחר שקלול, בחינה ואיזון של כלל השיקולים הצריכים לעניין כפי שהם רלוונטיים לנסיבות המקרה יגיע המפקד הצבאי להחלטה אם להפעיל אמצעי של החרמה והריסה שלמבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין נזאל).

37. לפני כתשע שנים, עת פחתו מעשי הטרור, המליץ צוות חשיבה בראשות האלוף אודי שני, במסגרת עבודה שנקראה: "חשיבה מחודשת לעניין הריסות בתים", על צמצום השימוש בתקנה 119 כשיטה, עד כדי הפסקה, תוך שימור האמצעי האמור למקרי קיצון. מצגת בנדון הוצגה בדיון שערך הרמטכ"ל בפברואר 2005. בסיומו של הדיון האמור החליט הרמטכ"ל להשעות, נכון לאותה העת, את השימוש בסמכות לפי תקנה 119. עם זאת יודגש, כי הרמטכ"ל גם קבע, שיהיה מקום לבחון את ההחלטה מחדש במקרים קיצוניים (כפי שהמליץ צוות החשיבה). מדיניות זו של הרמטכ"ל אושרה על-ידי שר הביטחון. באותו הקשר גם נקבע, כי אם יהיה שינוי נסיבות קיצוני, תיבחן ההחלטה מחדש.

ואכן, בעקבות גידול משמעותי במעורבות של תושבי מזרח ירושלים בטרור בשנים 2008-2009, הוציא אלוף פיקוד העורף שלושה צווים מתוקף סמכותו לפי תקנה 119, שכוונו נגד בניהם של המפגע בישיבת מרכז הרב ומפגעים בשני פיגועי דריסה בירושלים. שלוש העתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד נגד צווים אלה – בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.09; להלן: עניין אבו דהים), בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 18.3.09); ובג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.2.12) - נדחו.

לטענה כי החשדות נגד ח טרם הוכחו

38. העותרים טוענים כי חקירתו של ח קוואסמה טרם הסתיימה, וכי אין מקום להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 בטרם שהועמד לדין והורשע.

39. המשיב יטען כי דין הטענה להידחות, שכן על-פי ההלכה הפסוקה, הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה מותנית בהרשעתו של מפגע בביצוע עבירה. ראו לעניין בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1), 810 (2003), כדלקמן:

"בא-כוחו של העותר הוסיף וטען כי אין זה ראוי לנקוט בצעד מנהלי מן הסוג האמור, בעוד משפטו של שרבאתי מתנהל וטרם הגיע לסיומו. גם לעניין זה ההלכה ברורה, לאמור, לשונה של תקנה 119 אינה מתנה את השימוש באמצעים שהיא מעמידה לרשות המפקד הצבאי בהרשעתו של אדם."

כן ראו הדברים שנאמרו בסוגייה זו בעניין נזאל, כדלקמן:

"יתר על כן: הכוח להשתמש בסמכות האמורה איננו מותנה בהרשעת אדם כלשהו בביצוע עבירה; שכן, לפי לשון התקנה, די בכך כי נחה זעתו של המפקד הצבאי, שהעבירה בוצעה על-ידי תושבי אזור, עיר, כפר, שכונה או רחוב, או על-ידי מי מהם, כדי שתעמוד לו הסמכות להחרים כל בית, מבנה או קרקע, המצויים בתחומי המקום, שממנו בא מבצע העבירה."

נפנה לכך שטענה דומה נדחתה לאחרונה גם בעניין עואודה, כדלקמן:

"העותרים טענו כי מן הראוי להמתין לסיום משפטו של עואד, ורק אם יורשע – לשקול את הריסת ביתו. ואולם, כפי שפורט לעיל, כבר נקבע בפסיקתנו כי על-מנת להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119, די בראיות מנהליות המעידות על כך שבבית המיועד להריסה מתגורר מפגע (ראו: פרשת נזאל, עמ' 343; פרשת שרבאתי, עמ' 815).

40. כאמור לעיל, ח קוואסמה הודה בחקירתו כי שימש דרג מפקדה למבצעי פיגוע החטיפה, מ קוואסמה ו אבו עיישה. מתוקף תפקידו זה השיג ח מימון לביצוע הפיגוע מפעילי המאייס ברצועת עזה, ביניהם אחיו , וכן הודה כי רכש אמצעי לחימה אותם העביר לידי מ קוואסמה. עוד עלה בחקירתו של ח קוואסמה, שלאחר רצח הנערים החטופים הגיע אליו מ קוואסמה, ויחד נסעו השניים לחלקת אדמה אותה רכש ח לפני מספר חודשים, וקברו שם את גופות החטופים. בהמשך סייע ח לשני המחבלים האחרים להסתתר.

41. מאחר שמ קוואסמה ועאמר אבו עיישה טרם נתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתם לאחר שייתפסו, וכדי שלא לשבש את חקירתו של ח קוואסמה אשר כאמור עדיין לא הסתיימה, לא ניתן לפרט במסגרת תגובה גלויה זו מעבר לאמור לעיל.

מכל מקום, ככל שימצא זאת בית המשפט הנכבד לנוכח, ניתן יהיה להציג בפניו את המידע הקיים בנוגע למתווה הפיגוע ולמעורבותם של שלושת המחבלים בפיגוע.

לטענות בדבר ענישה קולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע

42. העותרים טוענים כי בני המשפחה שייפגעו מהריסת הבית - אשתו של המתבל וילדיו - חפים מפשע.

43. על-פי ההלכה הפסוקה, מודעותם או סיועם של בני המשפחה לכוונתו של המחבל לבצע את הפיגוע שבשלו הוחלט להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 כלל אינה נדרשת לשם גיבוש הסמכות לפי התקנה.

נפנה לכך שטענות דומות לטענה זו של העותרים כבר הועלו ונדחו על-ידי בית המשפט הנכבד פעמים רבות. לעניין זה ראו, למשל, האמור בפסק הדין בבג"ץ 2418/97 אבו פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997), כדלקמן:

"אמת נכון הדבר שאין קיימות ראיות הקושרות את העותר ואת בני משפחתו של המחבל למעשים המיוחסים לו, אך כפי שנפסק לא פעם מטרתו של הריסת מבנה היא התרעתית ולא עונשית ומטרתה "להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, כמו ידיהם, לא רק בשלום הציבור ובטחונו ולא רק בחפים מפשע אלא גם בשלומם של הקרובים להם עצמם".

וכן ראו האמור בפסק הדין בבג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002), כדלקמן:

"עוד אנו סבורים כי משנתן המשיב את דעתו למבנה ההנדסי של הבית ולעובדה שבני הבית כולם התגוררו בצוותא, אך סבר שיש לתת לשיקולי הרתעה המתחייבים מנסיבות הזמן והמקום חשיבות מכרעת, לא חרג המשיב מהגבולות הלגיטימיים של שיקול דעתו, גם אם אין קיימת ראייה ששאר תושבי הבית היו מודעים למעשיו של הבן".

עוד ראו לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו דהים, כדלקמן:

6. בפסיקה נידונה הטענה, שעלתה גם בעתירה שבפנינו, לפיה אין זה ראוי ואין זה מוסרי שבני משפחתו של המחבל, שלא סייעו בידו ולא ידעו על תוכניותיו, ישאו בעונו. טענה זו עלתה גם היא בעבר ונדחתה. בעניין זה כתב השופט טירקל ב-בג"צ 6288/03 סעאדה נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(2) 289, 294 (2003) (להלן: עניין סעאדה):

"למרות הטעמים המשפטיים, מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עונו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידו ולא ידעו על מעשיו. מועקה זאת שורשה בעיקרון עתיק היומין שבמסורת ישראל שלפיו "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בְּחַטָּאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים, כד, טז; והשוו לדברי השופט מ' חשין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, בעמ' 705-706). חז"ל אף באו בטרוניה על דוד המלך שהפר עיקרון זה בכך שלא חס על שבעת בני שאול (שמואל ב, כא, א-יד) וטרחו ליישב את הקושי (יבמות, עט, א). אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך".

7. בדומה נטען לפנינו כי בני משפחתו של המחבל אינם קשורים לפיגוע והאב אף מתנגד לפעולות מעין אלה. לעניין זה די להפנות לדברים שנקבעו ב-בג"צ 2418/97 אבו-פארה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נא(1) 226 (1997) ול-בג"צ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה נו(6) 407 (2002) בהם נפסק כי שיקולי הרתעה מחייבים לעיתים הרתעת מבצעים פוטנציאליים החייבים להבין כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם בשלומם של הקרובים להם, וזאת גם כשאין ראייה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל".

כן ראו לאחרונה האמור בסעיף 22 לפסק הדין בעניין עואודה, כדלקמן:

"את גישת בית המשפט ביהס לסוגיה ניתן לסכם בדבריו של השופט י' טירקל בפרשת סעאדה, שצוטטו שוב ושוב:

"מעיקה מן הבחינה המוסרית המחשבה כי את עווננו של המחבל נושאים בני משפחתו, שככל הידוע לא סייעו בידיו ולא ידעו על מעשיו [...] אולם הסיכוי שהרס בית, או אטימתו, ימנע בעתיד שפיכות דמים מחייב אותנו להקשות את הלב ולחוס על החיים, העלולים ליפול קורבן למעשי זוועה של מפגעים, יותר משראוי לחוס על דייריו של הבית. אין מנוס מכך" (פרשת סעאדה, עמוד 294. ראו גם פרשת אבו דהים, פסקאות 6-7 לפסק דיני).

לטענות כי הפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 119 אינה יעילה

44. העותרים טוענים נגד יעילות הפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 119.

45. המשיב יטען כי דין הטענה להידחות, וכי טענות דומות בדבר העדר אפקטיביות לכאורה של הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כבר נדונו ונדחו.

כך, למשל, נקבע בעניין עואודה, כדלקמן,

"20. עוד יצוין כי שאלת יעילותה של ההרתעה הגלומה בהריסת בתים נתונה להערכת גורמי הביטחון (ראו: בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו"ד (6) 488, 490 (2002) (להלן: פרשת בחר); פרשת סעאדה, עמודים 292-293; פרשת שרבאתי, עמוד 814; פרשת אבו דהים, פסקה 8 לפסק דיני; פרשת מוגרבי, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ח' מלצר). ...

24. ... לטעמי, הנתונים שהובאו, הכל כפי שפורט לעיל, הם בגדר שיגוי נסיבות. אין מקום להתערב בהחלטת המשיב שהגיע עתה לכלל מסקנה כי יש צורך בהרתעה מוחשית, וכי הריסת בית המפגע תיצור הרתעה כזו. כפי שנקבע בפסיקתנו, "בית המשפט אינו נוטה להתערב בהערכת גורמי הביטחון בדבר האפקטיביות של השימוש באמצעי של הריסת בתים או אטימתם כגורם המרתיע אחרים" (פרשת אבו דהים, פסקה 11). וכן, כפי שצוין לא אחת בפסיקתנו, לא ניתן לערוך מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו וכמה נפשות ניצלו כתוצאה מנקיטת האמצעים של הריסת בתים (ראו, למשל: בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 655 (1997)). המסקנות הנובעות מעוצמתם של האירועים באזור יהודה ושומרון בעת האחרונה הן עניין מובהק למשיב לענות בו. ...

כן ראו:

פסק הדין בעניין אבו דהים (בסעיפים 8-11).

פסק הדין בעניין דוויאת (בסעיף 5).

אופו מימוש הסנקציה

46. העותרים טוענים כי חובת המידתיות מחייבת לבצע את הריסת ביתו של ח קוואסמה בדרך שלא תפגע במבנים סמוכים.
47. כפי שנמסר לעותרים בסעיף 17 לתשובה מיום 28.7.14 להשגתם "נבחנה השפעת ההריסה על המתגוררים במבנים סמוכים, תוך הקפדה על כך, שלא תגרם פגיעה במבנים הסמוכים לבית המפגע מביצוע ההריסה."

לטענת ההפלייה מול מפגעים יהודים

48. העותרים טוענים כי אין להרוס את הבית, בין היתר, בשל כך שהסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת כלפי מפגעים יהודים.
49. בית המשפט הנכבד כבר נדרש לטענות דומות בעבר, ומצא לדחותן. לעניין זה נפנה לדבריו של כב' השופט לוי בבג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 15.12.03), כדלקמן:

"באותה דרך אני מציע לנהוג גם בטענתם האחרת של העותרים בדבר אפליה בין מפגעים פלסטינים למפגעים יהודיים בכל הנוגע לאטימה או הריסה של בתים. כאמור, מטרתם של אמצעים אלה היא הרתעתית ולא עונשית. התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה. מכאן, שלצורך הרתעתו של ציבור זה לא נדרש לנקוט בסנקציות מן הסוג האמור, ומאידך, ולמרבה הדאבה, שונה המצב בקרב הציבור הפלסטיני. לעניין זה די להפנות למספרם הגדול של הפיגועים שבוצעו ולרבים האחרים שנמנעו, ובעיקר נכון להפנות למצהלות השמחה בעקבות מעשי הרג ביהודים, ו"ימי המשתה" עליהם מכריזים בני-משפחותיהם של אלה המוגדרים "שאהידים" לאחר שנודע למשפחות על מות בניהם. להשקפתי, יש באלה כדי להבהיר עד כמה מעודדת האוכלוסייה בשטחים המוחזקים על ידי ישראל את מעשיהם של המפגעים-המתאבדים, ומכאן גם מובן מספרם ההולך וגדל של אלה המוכנים לשמש "פצצות-חיות". במצב זה הצורך לתור אחר גורמי הרתעה לשם צמצום מעגל התרג, הוא צורך קיומי שאין נעלה ממנו, ומכאן שלא באפליה מדובר, אלא בשימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119."

עוד ראו לעניין דחיית טענת ההפלייה האמורה:

- פסק הדין בעניין נזאל, שניתן בהרכב מורחב של 5 שופטים (שם, בסעיף 10 לפסק הדין).
50. נבקש לעדכן, כי האבחנה לעניין הפעלת תקנה 119 שעליה עמד בית המשפט הנכבד בציטוט לעיל מפסק הדין בבג"ץ 10467/03 נכונה, לדעת גורמי הביטחון, גם כיום.

לטענת ההפלייה בהפעלת הסמכות לעומת הפעלתה ביחס לבתיהם של שני המחבלים האחרים

51. העותרים טוענים, כי המשיב חייב להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 באופן מדורג ומידתי גם בהשוואה לחשודים בינם לבין עצמם. העותרים טוענים כי לא ייתכן כי מי שחלקו שולי, ביתו ייפגע באופן חמור יותר ממי שלקח חלק עיקרי בביצוע הפיגוע.

52. נבקש להדגיש, כי בניגוד לטענה כי חלקו של ח קוואסמה בפיגוע היה שולי, ח הוא "מבצע עיקרי" שנושא אף הוא באחריות מלאה לחטיפה ולרצח של שלושת הנערים.

לעניין זה נחזור ונדגיש כי חוסאם קוואסמה הודה בתקירתו שהיה דרג מפקדה של חוליית החמא"ס שביצעה את הפיגוע, השיג את המימון לביצוע הפיגוע, רכש אמצעי לחימה והעבירם לידי מו קוואסמה, לקח חלק בקבורת גופות הנערים לאחר הרצח בחלקה שנרכשה על-ידו, ואף סייע לשני הרוצחים להסתתר לאחר מכן.

53. המשיב יטען, כי העובדה שהוחלט לנקוט בפגיעה פחותה כלפי המבנים בהם מצויות הדירות שבהן התגוררו שני המחבלים האחרים מקורה ב"אבחנה מותרת", וכי ההחלטות בעניין היקף הפגיעה השונה בכל אחד מהמבנים שבהם התגורר אחד מהמחבלים מבוססות על חובתו של המפקד הצבאי לפעול במידתיות בהפעלת סמכותו לפי תקנה 119.

בפסיקה נקבע, כי על המפקד הצבאי להביא בחשבון בהחלטתו ביחס להיקף הפעלת סמכותו לפי תקנה 119 כלפי מבנה פלוני, האם מתגוררות ביחידות דיור נפרדות במבנה גם משפחות גרעיניות נוספות, מלבד משפחתו הגרעינית של המחבל, אזי, ככלל, המפקד הצבאי נמנע מפגיעה באותן יחידות דיור נוספות.

ההלכה בעניין זה סוכמה לאחרונה בעניין עואודה, כדלקמן:

16. הריסת בתים על-ידי כוחות הביטחון מתבצעת, כאמור לעיל, מכוח תקנה 119. לשונה של התקנה מאפשרת הריסת מבנים במימדים רחבים ביותר. אולם, בפרשנותו את התקנה, צמצם בית משפט זה את יישומה וביצועה וקבע כי המפקד הצבאי מצווה להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות (ראו, לדוגמא: ...).

17. קביעה זו קיבלה משנה תוקף לאחר כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט זה קבע כי אף שהתקנה חוסה תחת פסקת שמירת הדינים, הרי שיש לפרשה ברוח חוקי היסוד (ראו: ...). אין מחלוקת על כך שהפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 פוגעת בזכויות אדם. היא פוגעת בזכות לקניין ובזכות לכבוד האדם. על כן, כפי שנפסק, הפעלת הסמכות נדרשת להיות מידתית (ראו: ...).

18. במסגרת זו, מנה בית המשפט בפסיקתו מספר שיקולים אשר מן הראוי שהמפקד הצבאי ישקול לגבי הריסת מבנים:

- א. יש לקחת בחשבון את חומרת המעשים המיוחסים לאותו חשוד שהתגורר באותו מבנה, ושקיימות הוכחות בדוקות לביצועם על-ידי אותו חשוד.
- ב. ניתן להתחשב במידת המעורבות של יתר דיירי הבית, בדרך כלל חברי משפחתו של המפגע, בפעילותו החבלנית של הלה. היעדר ראיה בדבר מודעות ומעורבות מצד הקרובים אינו מונע כשלעצמו הפעלת הסמכות, אך גורם זה עשוי להשפיע כאמור על היקף הצו של המשיב.
- ג. שיקול רלוואנטי הוא אם ניתן לראות במגורים של המחבל החשוד משום יחידת מגורים נפרדת מיתר חלקי המבנה.
- ד. יש לברר אם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים. אם מסתבר כי אין הדבר ניתן, אזי יש לשקול הסתפקות באטימת היחידה הנוגעת בדבר.
- ה. על המשיב לקחת בחשבון את מספר האנשים, העשויים להיפגע מהריסת המבנה, ואשר יש להניח כי הם כשלעצמם חפים מכל פשע ואף לא היו מודעים למעשיו של החשוד" (פרשת סאלם, עמוד 359-359). ראו גם פרשת אלעמרין, עמוד 700).

עם זאת, בית המשפט הדגיש כי אלו אינם קריטריונים ממצים, וכי כל מקרה חייב להישקל על פי נסיבותיו הוא." [ההדגשות שלנו – הח"מ]

54. חוסאם קוואסמה התגורר עם משפחתו הגרעינית (אשתו וילדיו) בבית אותו הוחלט להחרים ולהרוס. בבית זה לא גרות משפחות נוספות מלבד משפחתו הגרעינית של ח קוואסמה.

לעומת זאת, דירותיהם של מ קוואסמה ו אבו עיישה מצויות במבנים שבהם מצויות יחידות דיור נוספות ונפרדות מלבד יחידות הדיור שבהן גרו אותם שני מחבלים, המשמשות את קרובי משפחתם. לפיכך, מטעמי מידתיות החליט המשיב להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 רק נגד יחידות הדיור בהן גרו שני המחבלים ולא נגד המבנים בכללותם.

זאת ועוד; מכיוון שנמצא כי מטעמים הנדסיים, לא ניתן להרוס את דירתו של אבו עיישה, המצוייה בקומת הקרקע (מדובר, למעשה, בקומת מרתף), הוחלט על החרמתה ואטימתה של דירה זו.

55. הנה כי כן, ההיקף השונה של הפעלת הסמכות כלפי שלושת המבנים בהם התגוררו שלושת המחבלים אינו מהווה "הפלייה אסורה", אלא מדובר ב"אבחנה מותרת" קלאסית, אשר אף נובעת מחובתו של המפקד הצבאי לפעול במידתיות המתחייבת מפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

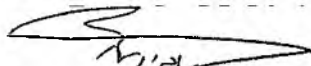
56. יודגש, כי לדעת המשיב, שיקול ההרתעה מחייב את הריסת כל ביתו של חוסאם קוואסמה, וכי נקיטה באמצעי פחות, כגון אטימה, לא תשיג את מידת ההרתעה החיונית הנדרשת במקרה דנן.

לסיכום

57. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.
58. בשים לב להחמרה במצב הביטחוני, ובכלל זה הפיגוע החמור עד מאד נשוא עתירה זו; ומכיוון שלדעתו של המשיב הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 נגד ביתו של המחבל אכן תתרום בצורה משמעותית להרתעת מפגעים נוספים - המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה מבלי שיינתן בה צו על-תנאי, ולהכריע בה בהקדם האפשרי.
59. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אלוף ניצן אלון, מפקד פיקוד המרכז בצה"ל, ומפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון.

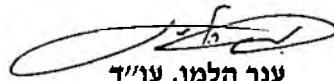
היום, ט' באב תשע"ד

5 באוגוסט 2014



אבינעם סגל-אלעד, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה



ענר הלמן, עו"ד

סגן מנהלת מחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה