

בג"ץ 5290/14
קבוע: 7.8.14

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

קואסמה ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד לאה צמל
מטעם המוקד להגנת פרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 2, ירושלים, 97200
טלפון: 02-6273377; פקסי: 02-6289327

העותרים

נגד

המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466715; פקסי: 02-6467011

המשיב

תגובה מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כב' השופט זילברטל מיום 31.7.14 ולהחלטת כב' הנשיא גרוניס מיום 3.7.14, 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 החגנה" ו"תקנה 119"), לצוות לצרכי הרתעה על החרמה ואטימה של דירה שבה התגורר המחבל מ קוואסמה (להלן: מ קוואסמה).

מרואן קואסמה, ביחד עם אבו עיישה (להלן: אבו עיישה) ועם ח קואסמה (להלן: ח קואסמה) הם חברי חוליית 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 אבו עיישה וח קואסמה הגישו אף הן עתירות נגד החלטת המפקד הצבאי להפעיל סמכותו לפי תקנה 119 נגד הדירה והבית בהם התגוררו שני מחבלים אלה (בג"ץ 5295/14 ובג"ץ 5300/14, בהתאמה).

3. המשיב יטען, כי דין העתירה להידחות בהעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. המשיב יטען, כי על רקע ההתדרדרות התמורה במצב הביטחוני באזור יהודה ושומרון, שהגיעה לשיאה בחטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים הישראלים 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 המוחלט 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 30.6.14, ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד (מפי כבי המשנה לנשיא נאור, בהסכמת כבי 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 לאטימת דירת מגוריו של המחבל מ קואסמה 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, שהוכוון 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-בידי-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 וירי) בגזרות שונות במרחב.

10. בנוסף, במהלך ארבעת הרבעונים האחרונים ניתן לזהות עלייה תלולה ברמת ההתרעות על פיגוע במתווה של חטיפה, 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, הגיאחד האיסלאמי ותנוים). מרבית הצירים סוכלו עד כה בטרם הבשילו מבצעית.

13. נבקש לעדכן, כירוב הנתונים המפורטים לעיל אודות ההחמרה במצב הביטחוני באיו"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 ג' 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". [ההדגשות הוספו – הח"מ]

המחבלים חברי חוליית החמא"ס שביצעה את פיגוע החטיפה והרצח

14. **מו קואסמה** – 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 הוטק מכת צווי מעצר מינהלי שנחתמו בעניינו. בחקירתו 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 **קואסמה** למאסר ממנו שוחרר בחודש מרץ 2012.
15. **אבו עיישה** - יליד שנת 1981, תושב חברון. נעצר לראשונה בחודש נובמבר 2005, והוטק 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 קואסמה** - 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. כן, אחיו, **קואסמה**, מרצה כיום-עונש מאסר עולם על חלקו בפיגוע מטען ליד בניי 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 ישראליים - 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 **קואסמה 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 **קואסמה 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 **קואסמה**.

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

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

בחקירתו עד כה הודה ח קואסמה, כי שימש דרג מפקדה למבצעי פיגוע החטיפה, מ קואסמה 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 קואסמה. עוד עלה בחקירתו של חוסאם קואסמה, כי לאחר רצח הנערים החטופים הגיע אליו מ קואסמה, ויחד נסעו השניים לחלקת אדמה אותה רכש חוסאם 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 קואסמה בפיגוע.

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

מכל מקום, ככל שימצא זאת בית המשפט הנכבד לנוון, 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 ואטימה של הזירה בה התגורר מרואן קואסמה

22. ביום 14.7.14 פנתה ב"כ העותרים בבג"ץ 5290/14 במכתב ליועץ המשפטי באיו"ש והודיעה כי היא מייצגת את העותרים, כן טענה כי הנכס השייך למשפחה נפגע ביום 1.7.14 עת נכנסו חיילי צה"ל למבנה. מכתב זה התקבל במשרדי יועמ"ש איו"ש רק ביום 17.7.2014.

צילומי מכתב הפניה מיום 14.7.14, צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 **כנספת ב'**.

23. בליל ה-15.7.14 הודיע המשיב על כוונתו - בכפוף לשימוע - להחרים ולהרוס את כל חלקי המבנה בחברון בו מתגורר המחבל מו קואסמה. בנוסף, נמסר כי "צעד זה ננקט הואיל והנדון, כלוא לשעבר, ביצע ביום 12/06/2014 פיגוע טרור, במסגרתו חטף ולאחר מכן רצח, בצוותא חדא עם ע גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, בסמוך ליישוב אלון שבות. לעמדת-מפקד הפיקוד, צעד זה עשוי להרתיע מפגעים פוטנציאליים ולסייע בביטחון האזור". בהודעה גם נמסר על האפשרות של משפחת המחבל להשיג בפני המשיב נגד הוצאת צו ההחרמה והחריסה, בטרם תתקבל על-ידו החלטה סופית בעניין.

צילום ההודעה שניתנה בליל ה-15.7.14 צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספח ג'.

24. ביום 16.7.14 הגישה משפחת המחבל מרואן קואסמה השגה למשיב נגד הכוונה לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 119 כלפי המבנה. בסוף ההשגה ביקשה באת כוח העותרים לאפשר לה להשלים את ההשגה, לאחר קבלת תשובה למכתבה מיום 14.7.14, הנ"ל.

צילום ההשגה מיום 16.7.14 צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספח ז'.

25. ביום 18.7.14 נשלח לב"כ העותרים בבג"ץ 5290/14 מענה מטעם המשיב בו צויין, בין היתר, כי "ביחס לפעולה שבוצעה בבית המפגע שבנדון ביום 01.07.2014, הרי שמדובר בפעולה לחיפוש המפגע שבנדון, במסגרתה נעשה שימוש באמצעים ובכוח סבירים נוכח הסיכון שעמד בפני הכוחות בעת החיפוש, נוכח החשד המבוסס ולפיו המפגע הינו חמוש ומסוכן". בנוסף, המשיב נענה לבקשת העותרים ואיפשר להם להשלים טיעוניהם עד ליום 20.7.14 בשעה 11:00.

צילום המכתב מטעם המשיב מיום 18.7.14 צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספח ה'.

26. השלמת הטעוניהם להשגה מטעם העותרים הועברה למשיב ביום 20.7.14, והשלמה נוספת הועברה ביום 24.7.14.

צילומי השלמת ההשגה מטעם העותרים שהתקבלו ביום 20.7.14 וביום 24.7.14 צורפו לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספח ו' וכנספח ז', בהתאמה.

27. ביום 28.7.14, לאחר בחינת הטענות שהועלו בהשגה ובהשלמות לה, הועבר לב"כ העותרים מכתב תשובה להשגה, שבמסגרתו נמסר, בין היתר, כי המפקד הצבאי החליט:

"לקבל את השגתך באופן חלקי ולצמצם את מידת הפגיעה במבנה המגורים בו התגורר המפגע, כך שיוחרם וייאטם אך ורק החלק במבנה ששימש למגורי המפגע ומשפחתו הגרעינית, בדירה המצויה בקומת הקרקע של המבנה בן שלוש הקומות, כמצוין בהשגתך." [ההדגשה במקור – הח"מ].

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

"הכוונה להחרים את בית המחבל תצטמצם רק לחלק המבנה בו התגוררו המפגע ובני משפחתו ותוך הימנעות מכל פגיעה בחלק המבנה בו מתגוררים בני משפחתו המורחבת. בנוסף, מטעמים הנדסיים, על מנת שלא לסכן את יתר חלקי המבנה, קבע המפד הצבאי כי חלק הריסת בית המפגע, תבצע אטימה של החלק במבנה, שבו התגוררו המפגע ובני משפחתו." [בסעיף 19 למכתב התשובה] [ההדגשה במקור – הח"מ]].

עוד הודגש באשר לטענות שהועלו בהשגה כי:

"24. יצוין, כי במהלך החיפושים הנרחבים אחר המפגע, התבצע חיפוש במבנה. במסגרת החיפוש, ומכוח הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651) התש"ע-2009, התבצעה פריצה מבצעית של קיר בקומה השלישית של הבית, אשר לגביו הועלה חשד, כי מדובר ב"קיר כפול" המשמש למסתור המפגע. זאת, על רקע מידע שהיה מצוי ביד כוחות הביטחון, לפיו קיים סיכוי גבוה כי המפגע חמוש ומסוכן.

25. מאידך, הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מתייחסת לכל החלק במבנה שבו התגוררו המפגע ומשפחתו הגרעינית. זאת, נוכח העובדה כי תכלית הפעלת סמכות זו הינה ליצור הרתעה, תוך מניעת אפשרות המגורים בכל החלק במבנה שבו מתגוררים המפגע ומשפחתו הגרעינית.

26. בנסיבות אלו, אין בעצם החיפוש עצמו כדי לאיין את הצורך לנקוט צעדים נוכח תקנה 119, בפרט שעה שמדובר בחלקים שונים של המבנה." [ההדגשה במקור – הח"מ]

צילום התשובה מיום 28.7.14 להשגה צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספת ח'.

28. בהתאם לכך, לאחר שהחליט כאמור לקבל את ההשגה בחלקה, חתם המשיב, מכוח סמכותו לפי תקנה 119, על צו החרמה ואטימה של "הדירה בקומה הראשונה של מבנה בן שלוש קומות בחברון, בה התגורר המפגע מ קואסמה...". בצו ההחרמה והאטימה ננקב הטעם להוצאתו, כדלקמן:

"צו זה ניתן הואיל ותושב הבית מרואן סעד עבד אלעפו קוואסמה (ת.ז.) ביצע פיגוע טרור, במסגרתו חטף ולאחר מכן רצח, בצוותא חדא עם עאמר עומר עבד אלקאדר אבו עיישה (ת.ז.) וחוסאם עלי חסן קוואסמה (ת.ז. ...) שלושה צעירים ישראלים, גיל-עד שאער, אייל יפרח ונפתלי פרנקל, בסמוך ליישוב אלון שבות."

צילום צו ההחרמה והאטימה צורף לעתירה בבג"ץ 5290/14 כנספת א'.

29. לבקשת העותרים נדחה מועד ביצוע הצו לאחר יום ה', ה-31.7.14 בשעה 18:00.

30. ביום 31.7.14 הוגשה העתירה בבג"ץ 5290/14, ועימה בקשה למתן צו-ביניים שיורה למשיב להימנע מפגיעה בלתי הפיכה בדירת העותרים, וזאת עד להכרעה בעתירה.

הטיעון המשפטי

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

הפעלת סמכות ההחרמה וההריסה - כללי

32. הסמכות להורות על החרמתו ואטימתו או הריסתו 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. ..."

33. תקנה 119 מסמיכה כאמור את המשיב להחרים ולהרוס או לאטום 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.

34. 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 בשלום של הקרובים להם עצמם."

וכן ראו דבריו של כב' 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 (ו), בחלקה הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון... להפעלת 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."

35. מערכת הביטחון, בכלל, והמשיב, בפרט, 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.

36. 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:

"מניעת 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 עואודה, 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 גא(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."

37. 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 ליישגרה 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.

38. 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.

39. 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 התרמה והריסה ולחלופין אטימה של מבנה, ובאיזה היקף (ראו, למשל, פסק הדין שניתן בהרכב מורחב בעניין נזאל).

40. 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 בתיים 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 ההחלטה על ההתרמה והאטימה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי

41. העותרים טוענים כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי.
42. בית משפט נכבד זה קבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי הפעלת הסמכות לפי תקנה 119, הננקטת למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית לחלוטין, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי, הן עם המשפט הפנימי. טענות שונות שהועלו בעתירות רבות נגד צעד זה, שעיקרן בטענות כי מדובר בענישה קולקטיבית, בצעד הסותר את המשפט הבינלאומי, ובצעד הסותר את המשפט הפנימי, נדחו על ידי בית משפט נכבד זה, ובית המשפט העליון אישר את חוקיותה העקרונית של הפעולה האמורה (ראו, לדוגמא בלבד, בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מא(2) 522 (1987); בג"ץ 2977/91 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מו(5) 467 (1992); בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994); דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485 (1996); בג"ץ 6996/02 זעירוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, תקדין 2002(3) 614 (2002)).

43. כאמור, מרביתן של הטענות שמעלים העותרים נדחו פעם אחר פעם על-ידי בית המשפט הנכבד, והמשיב יטען, כי כפי שכבר נקבע בעתירות קודמות בעבר, אין כל עילה או הצדקה שבית המשפט הנכבד יידרש לטענות פעם נוספת במסגרת העתירה הנוכחית.

ראו לעניין זה, למשל, פסק הדין בבג"ץ 2006/97 ג'נימאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651-1997, שם קבע בית המשפט הנכבד שאין צורך לשוב ולדון בשאלות העקרוניות, שכן הללו הוכרעו זה מכבר, כדלקמן:

"... בעתירה מועלות טענות נוספות באשר לסמכות המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. טענות אלה הועלו כולן בעבר. ברשימה ארוכה של פסקי דין, הן נדחו על ידי בית משפט זה. אכן, תקנה 119 לתקנות ההגנה - שהיא דבר חקיקה מנדטורי העומד בתוקפו באיזור - מעניקה סמכות ושיקול דעת למפקד הצבאי, באשר לנקיטת אמצעים כלפי מבנה, בו מתגורר, מי שביצע עבירה חמורה על הוראת התקנות. לא מצאנו בטענות העותרות דבר, שיצדיק סטייה מההלכות הרבות בענין זה. מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת, תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא, כי אכן אמצעי זה הוא יעיל. אך, במסגרת האמצעים המעטים שנתרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה. מטעמים אלה, הייתי דוחה את העתירה (כב' הנשיא ברק, בעמ' 654-653).

אני מצרף דעתי לדעתו של חברי הנשיא. לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה גפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסויימת כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי. (כב' השופט גולדברג, בעמ' 655) [ההדגשה הוספה - הח"מ].

כן ראו בעניין דומה גם האמור בפסק הדין 6868/02 א-דין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באר"ש, 8.8.02), כדלקמן:

"אשר לבעיה העקרונית, זו נבחנה בשורה ארוכה של פסקי דין, ואיננו סבורים כי יש מקום לדון בה מחדש לעת הזו."

לטענה בדבר ענישה הולקטיבית ופגיעה בחפים מפשע

44. העותרים טוענים כי בני המשפחה שייפגעו מהריסת הבית - אשתו של המחבל וילדיו - חפים מפשע.

45. 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 המתבל למעשים המיוחסים לו, אך כפי שנפסק לא פעם מטרתו של הריסת מבנה היא הרתעתית ולא עונשית ומטרתה "להרתיע מבצעים פוטנציאליים של פיגועים, החייבים להבין כי בפעולותיהם הם פוגעים, במו 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 ההגדסי 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 ראיה ששאר תושבי הבית היו מודעים למעשיו של הבן".

עוד ראו לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בעניין אבו זהים, 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 בעוונתו. 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 עוונתו 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 בקטאו יומתו" (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 ראיה שבני המשפחה היו מודעים למעשיו של המחבל".

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

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

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

46. העותרים טוענים בעתירה, כי הבית שבו התגורר מו קואסמה נבנה על-ידי אביו (בהשגה שהגישו העותרים נטען, כי הבית שייך לאביו ודודו של מ קואסמה).

כעולה מסעיף 23 לתשובה שניתנה להשגה, המשיב נתן דעתו לטענה לפיה המבנה מצוי בבעלות אביו ודודו של המחבל. בהקשר זה יצויין, שמעמדו הקנייני של המחבל כבעלים או כשוכר, אין בו כדי לגרוע מסמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 119, שכן פרשנותה המקובלת של הסמכות הקבועה בתקנה 119 היא כי די בכך שקיימת "זיקת מגורים" למבנה, המתבטאת בכך שהמפגע היה דייר במבנה, כדי לשכלל סמכות להריסתו ולחלופין אטימתו של המבנה. ראו לעניין זה סעיף 6 בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מצא בעניין נזאל, כדלקמן:

"לצורך קיום סמכותו של המשיב, במסגרת תקנה 119(1), מוטל עלינו להיווכח, שהמחבל היה "תושב" או "דייר" (INHABITANT) בבית המהווה נושא לצו ההחרמה וההריסה."

יודגש, כי על-פי החלכה הפסוקה העקבית, העובדה כי המחבל היה שוכר של המבנה המיועד להריסה ולא בעליו אינה מונעת את הפעלת הסמכות כלפי המבנה. הרציונאל בעניין זה הובהר עוד בבג"ץ 542/89 אלג'מל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 31.7.89), כדלקמן:

"טענת פרקליטו המלומד היתה כי אין מקום להפעלת הסמכות לפי תקנה 119, מאחר שהעותר השכיר את הדירה למשיב השני וממילא נוצר ריחוק של קשר בינו לבין מי שביצע את העבירות הבטחוניות שיש בו כדי לשלול את ההצדקה העניינית להפעלתה של תקנה 119 הנ"ל.

אין חולק כי הפעלתה של התקנה הנ"ל אפשרית, על פי נוסחה, היינו כי לאור הוראותיה אין בעובדה שהאדם שביצע את העבירות היה שוכר בלבד כדי למנוע הפעלת הסמכות. הטענה מופנית, כאמור, להצדק הענייני שבשימוש בהוראת החוק האמורה.

נתנו דעתנו לטענותיו של הפרקליט המלומד של העותר. מסקנתנו היא כי תקנה 119 משמשת כלי עונשי מרתיע, ואם יסתבר שניתן למנוע מראש כל סנקציה על ידי היזקקות של מבצע מעשי הטרור לדירה שכורה, יתבטל בכך הכוח המרתיע אשר ממנו מצפים מן השימוש בהוראת החוק הנ"ל."

וכן ראו דבריו של כב' הנשיא ברק בסעיף 10 לפסק דינו בבג"ץ 2/97 אבו חלאווה נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 11.8.97), כדלקמן:

"גם דינה של הטענה בדבר הבחנה בין בעלי בתים לבין מפגעים שהיו רק דיירים בשכירות להידחות. אכן, משעה שהבסיס לשימוש בתקנה 119 היא הרתעתית, הרי שאין מקום להבחנה בין מפגע שהוא בעליו של ביתו לבין מפגע שהוא אך שוכר הבית (ראה: בג"ץ 3560/90 אל סבאר נ' שר הבטחון (לא פורסם)). כך הדבר בייחוד משעה שביתו של עותר מס' 4 דן נאטם ולא נהרס."

עוד ראו:

בג"ץ 1056/89 סראדיח נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 27.3.90).
בג"ץ 2630/90 כראברה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 12.2.91).

47. נוסף, כי על-פי ההלכה הפסוקה העובדה שמרואן נמלט מאימת הדין ומסתתר מכוחות הביטחון אינה מנתקת את זיקתו לדירה בה התגורר. ראו לעניין זה עניין נזאל, כדלקמן:

"... הכלל הוא, כי בשאלה אם היעדרותו של אדם מבית-מגוריו הקבוע מנתקת את זיקת המגורים שיש לו לביתו, יש להכריע על-פי טבעה של ההיעדרות ונסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון... אם ההיעדרות היא בעלת אופי ארעי תוסיף להתקיים זיקת-המגורים-לבית-המגורים-הקבוע, ואפילו בזמן-האירוע-הרלוואנטי היה לנדון מקום מגורים חלופי. כך הוא, למשל, ביחס לסטודנט, שמגוריו הארעיים במקום לימודיו אינם מנתקים את זיקת-מגוריו לביתו הקבוע (ראה ...); ובדרך-כלל, אף אינם מקימים זיקת-מגורים חלופית למקום מגוריו הארעי (השווה ...). והנה דין זה, שכוחו יפה אף כשהיעדרותו של אדם מביתו הקבוע איננה קשורה במעורבותו בפעילות חבלנית עוינת. כוחו יפה ביתר-שאת מקום שהיעדרותו מן הבית הקבוע נעשית בנסיבות של הימלטות מפני כוחות הביטחון עקב חשש מפני מעצר (ראה ...). על-יסוד התשתית העובדתית שהונחה בפנינו ניתן לקבוע כי דין זה חל גם בענייננו: מעת שנודע למחבל אודות הכוונה הקיימת לעצרו, נמלט והסתתר מפני כוחות הביטחון. על רקע הימלטותו אכן חדל ללון ולשהות בביתו דרך קבע. אולם זיקת מגוריו לביתו לא התנתקה. ביתו הקבוע נותר ביתו היחיד, ואף העותרים אינם טוענים כי העתיק את מגוריו לבית אחר תוך התנתקות מביתו הקודם." [ההדגשה שלנו – הח"מ]

לטענה שסמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119 אינה חלה בשטח A לאור הוראות הסכם הביניים

48. העותרים טוענים כי סמכות המפקד הצבאי לפי תקנה 119 אינה חלה בשטח A לאור הוראות הסכם הביניים בין מדינת ישראל לבין אש"ף משנת 1995.

49. המשיב יטען כי דין הטענה להידחות.

50. קליטתו של הסכם הביניים בדין הפנימי באיו"ש נעשתה באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון)(מס' 7), התשנ"ו-1995 (להלן: מנשר 7).

בית המשפט הנכבד כבר פסק שהוראות מנשר 7 גוברות על הוראות הסכם הביניים, ככל שיש ביניהן סתירה. לעניין זה נקבע מפורשות בבג"ץ 2717/96, ופא נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 848 (1996), כדלקמן:

"... המנשר מיישם את הסכם הביניים ביהודה והשומרון. הוא מיישם אותו כשם שחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה) מיישם את ההסכם בישראל. אך המנשר הוא הדין. הוא הקובע מי בעל הסמכות ומהי הסמכות לעניין מסוים בשטח זה או אחר. הוא ולא הסכם הביניים. הסכם הביניים הוא מקור היסטורי של המנשר, אך אין הוא מקור התוקף של המנשר. לכן, גם אם קיים הבדל בין ההוראות של המנשר לבין ההוראות של הסכם הביניים, ואף אם קיימת סתירה ביניהן. ההוראות של המנשר גוברות. ההוראות של הסכם הביניים הן חלק מן הדין החל ביהודה והשומרון רק אם אומצו, ובמידה שאומצו, על-ידי המנשר." [ההדגשה שלנו – הח"מ]

51. מנשר 7 הותיר בידי המפקד הצבאי סמכויות רחבות הנוגעות, בין השאר, לשטחי A, כאשר סעיף 6ב. למנשר 7 קובע מפורשות, כי:

"קביעת מפקד כוחות צה"ל באזור כי כוחות ותחומי אחריות מוסיפים להיות בידו תהיה מכרעת לעניין זה." [ההדגשה שלנו – הח"מ]

52. משכך, מובן כי הוראות הסכם הביניים אינן יכולות למנוע מהמפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 119, וקביעתו של המפקד הצבאי כי הוא מוסמך להוציא צווים לפי תקנה 119 גם בשטח A היא המכרעת בעניין זה.

לטענה כי מ קואסמה לא הורשע

53. העותרים טוענים כי לא ניתן לאשר את הפגיעה בבית מבלי להשתכנע מעבר לספק סביר כי החשדות נגד מ קואסמה מבוססים ואמינים, ואם יועמד לדין יורשע. העותרים מוסיפים וטוענים כי הדבר הכרחי בשל העדרו של החשוד, והעובדה כי לא מסר את גרסתו.

54. 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 לסימומו. 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 דעתו 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 הדיסת 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 להדיסה מתגורר מפגע (ראו: פרשת נזאל, עמ' 343; פרשת שרבאתי, עמ' 815).

55. כאמור לעיל, בידי המדינה ראיות מינהליות ברורות חד-משמעיות המלמדות - ברמה של גירבה לודאות - כי מ קואסמה ביחד עם אבו עיישה חטף ורצח את שלושת הנערים ביום 12.6.14.

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

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

56. שלא בשולי הדברים נוסף, שאין כל מניעה שמ קואסמה יסגיר עצמו לידי כוחות הביטחון וימסור את גירסתו שלו לאירועים, אולם מובן, כי העובדה שהני"ל מתחמק מאימת הדין אינה יכולה למנוע הפעלת הסמכות לפי תקנה 119 כלפי הדירה בה התגורר.

לטענת ההפליה מול מפגעים יהודים

57. העותרים טוענים כי אין להחרים ולאטום את הבית, בין היתר, בשל כך שהסמכות לפי תקנה 119 אינה מופעלת כלפי מפגעים יהודים.

58. בית המשפט הנכבד נדרש לטענות דומות ומצא לדחותן. לעניין זה נפנה לדבריו של כבי השופט לוי בבג"ץ 10467/03 שרבאטי 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, ומאידיך, 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"מי המשתה" עליהם מכריזים בני-משפחותיהם של אלה המוגדרים "שאהידים" לאחר שנודע למשפחות על מות בניהם. להשקפת, 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 ההרג, הוא צורך-קיומי שאין-נעלה ממנו, ומכאן-שלא באפליה מדובר, אלא בשימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119."

עוד ראו לעניין דחיית טענת ההפליה האמורה:

פסק הדין בעניין נזאל (שם, בסעיף 10 לפסק הדין).

59. 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.

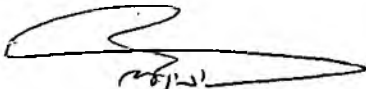
לסיכום

60. המשיב יבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

61. 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.

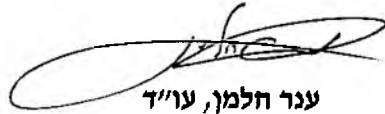
62. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אלוף ניצן אלון, מפקד פיקוד המרכז
בצה"ל, ומפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון.

היום, ט' באב תשע"ד
5 באוגוסט 2014



אבינעם סגל-אלעד, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות המדינה



ענר חלמן, עו"ד

סגן מנהלת מחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה