

בבית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1631/16
בג"ץ 1638/16

סאיח ואחת נוספת

העותרות בבג"ץ 1638/16

על ידי עו"ד לביב חביב
מבית חנינא החדשה, ת"ד 21225, ירושלים 97300
טלפקס: 02-6263212; נייד: 052-4404477

: עליווי ואחת נוספת

העותרים בבג"ץ 1631/16

על ידי עו"ד אנדרה רוזנטל
רח' צלאח א דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194
טלפון: 02-6250458; פקס': 02-6221148; נייד: 050-5910847

העותרים

נ ג ד

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

ה מ ש י ב

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466246; פקס': 02-6467011

כתב תשובה מטעם המשיב

בהתאם לצו על-תנאי שהוצא על-ידי בית המשפט הנכבד ביום 20.4.16, מתכבד המשיב להגיש כתב תשובה מטעמו, כדלקמן.

1. עניינן של העתירות דנן בצווי החרמה והריסה שהוצאו ביחס לדירות בהם התגוררו אמג'ד עאדל מוחמד עליוה (להלן: "אמג'ד") ובסאם אמין מוחמד סאיח (להלן: "בסאם") בעיר שכם.

2. ביום 20.4.16 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בעתירות שבנדון ובבג"ץ 1629/16, אשר נדונו כולן יחדיו בפני בית המשפט הנכבד ביום 14.3.16. במסגרת החלטתו, דחה בית המשפט הנכבד את העתירה בבג"ץ 1629/16, וכן הורה על הוצאת צו על-תנאי בשתי העתירות דנן. וכך צוין במסגרת חוות דעתו של כב' השופט סולברג, בפסקה 29:

"... אמליץ אפוא לחברי להוציא צו על תנאי בעניינם [של אמג'ד ובסאם – יצ"מ], שבגדרו יבהיר המשיב היטב את טיב הראיות המינהליות נגדם, וכן את מידתיות צו החרמה וההריסה

**בעניינם, זאת בהתייחס למעמד שנתן המשיב לכלל השיקולים
שעליו לשקול ..."**

3. עמדתו המפורטת של המשיב בדבר הטעמים אשר עמדו בבסיס ההחלטה להפעיל את הסמכות הנתונה לו על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנה 119" ו-"תקנות ההגנה" בהתאמה) בעניינם של המבנים מושא העתירות דנן, כמו גם בדבר הטעמים לדחיית העתירות, נכללה בהרחבה במסגרת תגובתו לעתירות מיום 10.3.15, והמשיב יבקש לראות בתגובה זו ובתצהיר שתמך בה חלק בלתי נפרד מכתב התשובה דנן.

4. בהתאם לצו על-תנאי שהוצא על-ידי בית המשפט הנכבד, יבקש המשיב, במסגרת כתב תשובה זה, להרחיב על אודות הראיות המנהליות הקיימות בעניינם של **אמג'ד** ושל **בסאם**, ועל סוגיית מידתיות הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בעניינם של כל אחד מהם.

5. יאמר כבר כעת, כי לאחר בחינת פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1629/16, הובא עניינם של המבנים מושא העתירות לבחינה נוספת על-ידי כלל הגורמים הרלוונטיים. לאחר קיום הליך בחינה זה, הוחלט, בשים לב להערות בית המשפט הנכבד ולנסיבות המקרה הפרטניות של ענייננו, לנקוט בסנקציה של **החרמה ואטימה הפיכה** כלפי המבנה בו התגורר **בסאם**, זאת בשים לב לראיות המנהליות הקיימות בידי המשיב בדבר מעורבותו בפיגוע בו נרצחו בני הזוג נעמה ואיתם הנקין ז"ל לעיני ילדיהם הקטינים (להלן: "הפיגוע").

בכל הנוגע למבנה בו התגורר **אמג'ד**, נמצא כי אין מקום לשנות מהמסקנה לפיה יש להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 בעניינו. זאת, לאור מעורבותו המשמעותית של **אמג'ד** בהוצאתו לפועל של הפיגוע, מעורבות אשר אילולא אירעה, לא היה יוצא הפיגוע אל הפועל. בנסיבות אלה, סבור המשיב כי ההחלטה על הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בעניינו של **אמג'ד** היא סבירה ומידתית, ועל כן אין מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

המסגרת הנורמטיבית – רף הראיות הנדרש לשם הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119

6. הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 היא בראש ובראשונה סמכות מינהלית. משכך, בדומה להחלטות מנהליות אחרות, עליה להסתמך על תשתית ראיות מנהליות המבססת את השימוש בה, לפיה במבנה כלפיו מתבקשת הפעלת הסמכות התגורר המפגע.

בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד, ובשים לב לעוצמת הפגיעה הטמונה בכלי זה, רף הראיות הנדרש בהקשר הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 הוא של "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (ראו לאחרונה: דג"ץ 1773/16 **סקאפי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 2.3.16); כן ראו, לדוגמא, האמור בבג"ץ 7040/15 **חמאד**

נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקאות 38-40 לפסק דינה של כבי הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 12.11.15); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 25 לפסק דינה של כבי המשנה לנשיא (כתארה אז) (פורסם באר"ש, 1.7.14).

המסגרת הנורמטיבית – השיקולים אותם יש לשקול בעת קבלת החלטה מכוח תקנה 119

7. סוגיית קביעתם של קריטריונים או שיקולים אותם על המפקד הצבאי לבחון עת הוא שוקל הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 כלפי מבנה מסוים נדונה זה מכבר בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. כך, במסגרת פסק הדין בבג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 699 (1992) (להלן: "עניין אלעמרין"), ציין כבי השופט בדך כדלקמן:

9. לא ניתן לקבוע בסוגיה זו קריטריונים גורפים וממצים, וכל מקרה יישקל על-פי נסיבותיו. אך, כללית, הייתי מונה בין הגורמים הרלוואנטיים לעניין החלטת המפקד הצבאי את השיקולים הבאים:

- א. מהי חומרת המעשים, המיוחסים לאחר או לאחדים מהמתגוררים במבנה הנדון, ושקיימות הוכחות בדקות לביצועם? חשיבותו של שיקול זה כפונקציה של חומרת החלטתו המותרת של המפקד הצבאי הודגשה בעבר לא פעם בפסיקת בית-משפט זה ...
 - ב. באיזו מידה ניתן להסיק שהדיירים האחרים, או חלק מהם, היו מודעים לפעילותם של החשוד או החשודים, או שהיה להם יסוד לחשוד בביצוע פעילות כזאת? יצוין שוב, לצורכי הבהרה, שאי-ידיעה כאמור או אי הוודאות בנושא זה אינו מונעות, כשלעצמו, את נקיטת הסנקציה, אולם המצב העובדתי בעניין זה עשוי להשפיע על היקף החלטתו של המפקד.
 - ג. האם ניתן, מעשית, להפריד את יחידת המגורים של החשוד מיתר חלקי המבנה? האם היא, למעשה, מהווה כבר יחידה נפרדת?
 - ד. האם ניתן להרוס את יחידת המגורים של החשוד מבלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים? ...
 - ה. מהי חומרת התוצאה הנובעת מהפגיעה המתוכננת במבנה עבור אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות, ישירה או עקיפה, בפעילות החבלנית? מהו מספרם של אנשים כאלה ומהי מידת קירבתם אל המתגורר החשוד?"
- [ההדגשה אינה במקור – יצ"מ]

כן ראו האמור בבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד (1) 353, 360 (1996); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (פורסם באר"ש, 11.8.14).

יוער, כי לאחרונה, במסגרת חוות דעת המיעוט בבג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 1.12.15), הציע כבי השופט מזוז שורה של

שיקולים ותנאים נוספים אותם לטעמו יש לבחון בעת קבלת החלטה כאמור (ראו האמור בסעיף 13 לפסק הדין).

עוד נציין, כי בימים האחרונים ממש, במסגרת פסק הדין בבג"ץ 1633/16 פלוניס נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 31.5.16; להלן: "עניין פלוניס"), שב בית המשפט הנכבד על קביעתו, לפיה "בפסיקתנו נאמר כי חומרת המעשים המיוחסים למפגע הינה שיקול מרכזי – ודי בחומרת המעשים, כשלעצמה, כדי להצדיק שימוש בתקנה 119 הנ"ל..." (פסקה 28 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; ההדגשה אינה במקור). כן ראו האמור בהקשר זה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1624/16 חמאד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט שהם (פורסם באר"ש, 14.6.16).

8. לבסוף נציין, בכל הנוגע לשיקול השני שנקבע במסגרת עניין אלעמרין – סוגיית מודעות דיירי הבית האחרים למעשי המפגע – כי לאחרונה נשמעה הדעה מפי מספר שופטי בית המשפט הנכבד, לפיה במקרים בהם לא קיימת מודעות כאמור, ולו קונסטרוקטיבית, אין לעשות שימוש בסמכות מכוח תקנה 119 (וראו לדוגמא: בג"ץ בגץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 2 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 15.10.15); בג"ץ 8150/15 אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה 13 לחוות דעתו של כב' השופט מזוז (פורסם באר"ש, 22.12.15); בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 6 לחוות דעתה של כב' השופטת ברון (פורסם באר"ש, 31.3.16)).

9. כעת, לאחר סקירת התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו ולסוגיות אשר בגינן הוצא הצו על-תנאי בעתירות דן, נעבור לבחינת עניינם הפרטני של אמג'ד ושל בסאם.

מו הכלל אל הפרט – עניינו של אמג'ד

התשתית הראייתית

10. נזכיר, כי בהתאם לכתב האישום שהוגש בעניינו של אמג'ד (נספח מש/2 לתגובת המשיב), יוחסו לו, בין היתר, עבירות של גרימת מוות בכוונה, נסיונות של גרימת מוות בכוונה, ונסיונות לחטיפה בנסיבות מחמירות, בשל מעורבותו בפיגוע. זאת, בנוסף על שורה של אישומים אחרים העוסקים במעורבותו של אמג'ד בפעילות טרור נוספת, רובה במעורבותה של אותה חוליה אשר ביצעה את הפיגוע.

11. נבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, כי ביום 19.5.16, במהלך דיון שהתקיים בפני בית המשפט הצבאי בשומרון בעניין התיק הפלילי של אמג'ד, הודה האחרון בכלל המיוחס לו בכתב האישום, ובעקבות הודאתו זו הורשע בשורה ארוכה של עבירות, לרבות בשתי עבירות של גרימת מוות בכוונה בשל מעורבותו בפיגוע ובשש עבירות של ניסיון לגרימת

מוות בכוונה (ארבע מתוכן בשל מעורבותו בפיגוע). לאחר שמיעת טיעוני הצדדים לעונש, החליט בית המשפט הצבאי כי שימוע גזר הדין יערך ביום 22.6.16.

צילום פרוטוקול הדיון והכרעת הדין בעניינו של אמג'ד מיום 19.5.16 מצורף ומסומן מ/ש 1.

12. משהורשע אמג'ד במיוחס לו, סבור המשיב כי לא נותר כל ספק בדבר מעורבותו המשמעותית בקידום והוצאת הפיגוע אל הפועל באופן המצדיק את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 בעניינו, כדלקמן:

א. בחודש אפריל 2015 אמג'ד גייס את ראג'ב עליוה (להלן: "ראג'ב"), מפקד החוליה בפועל, על מנת לבצע פיגועי ירי לעבר יעדים ישראלים, וביקש ממנו כי יגייס אדם נוסף לטובת פעילות זו (פרט אישום ראשון, סעיף ה').

ב. בהמשך, פעל אמג'ד לשם השגת כספים לצורך רכישת כלי נשק לטובת פעילותה של החוליה, ובהמשך לשם רכישת כלי הנשק האמורים (פרט אישום ראשון, סעיפים ו'-ח', י'-י"א).

ג. במהלך חודש ספטמבר 2015, פנה ראג'ב אל אמג'ד על מנת לקבל את אישורו לכך שהחוליה תנסה לבצע פיגוע ירי אשר במהלכו ינסו לחטוף מתיישב יהודי. לאחר קבלת אישור לכך מהממונים עליו, עדכן אמג'ד את ראג'ב באישור, וכן הודיע לו כי יסייע בשינוע והסתרת החטוף (פרט אישום רביעי, סעיף ב').

ד. למחרת הפיגוע, ולאור פציעתו של אחד מהמחבלים במהלכו (כרם), פעל אמג'ד לשם השגת הכספים הנדרשים לתשלום עבור הטיפול הרפואי הנדרש לכרם. בהמשך, נתן אמג'ד את האישור להעברתו של כרם לבית החולים, נוכח מצבו הרפואי.

13. נציין, כי מעורבותו של אמג'ד בהוצאת הפיגוע אל הפועל אינה מסתמכת אך ורק על אמרותיו של אמג'ד עצמו, אמרות אשר צורפו לתגובת המשיב כנספח מ/ש 5, כי אם על חומרים נוספים, וביניהם על אמרותיו של ראג'ב בחקירתו המשטרתית. כך, במסגרת חקירתו של ראג'ב מיום 6.10.15, הודה ראג'ב כי אמג'ד היה זה אשר גייס אותו לפעילות, וכי פנה אל אמג'ד בבקשה כי יסכים למתווה החטיפה של הפיגוע. כן ציין ראג'ב, בכל הנוגע למעורבותו של אמג'ד במתווה הפיגוע, כדלקמן (גליון מס' 5, שורות 113-125):

"אני ביקשתי מאמג'ד שהוא יארגן מקום בו אפשר להביא את החטוף או החטופים לאחר פיגוע החטיפה. אמג'ד עדכן אותי [ואמר] לי יש מקום. אך הוא לא אמר לי איפה בדיוק. אותה תקופה אמג'ד עליוה אמר לי שהוא [ארגן] אקדח לטובת החוליה כדי שישמש את אנשי החוליה בפיגועי הירי. ... גם אני לאחר שלקחתי את האקדח מאמג'ד אני אמרתי לו שאני

אעדכן אותו בעניין הפיגוע וגם בעניין החטיפה אם העניין יצלח. אני סיכמתי עם אמג'ד שאני ארמוז לו אם הפיגוע יצלח אני ארמוז לו בכך שאני אתקשר אלו אתן לו צלצל אנתק שוב אני אעשה את אותו הדבר. אחרי סימן זה אמג'ד יבין שהפיגוע היה והחטיפה בוצעה בהצלחה." [ההדגשות אינן במקור – יצ"מ]

בהמשך דבריו, פירט ראג'ב על מעורבותו של אמג'ד בכל הנוגע לטיפול הרפואי בכרם.

צילום הודעתו המשטרית של ראג'ב מיום 6.10.15 מצורף ומסומן מש/2.

14. עוד נבהיר, כי בהתאם לאמור בהודעתו המשטרית של ראג'ב מיום 13.10.15, אמג'ד היה מודע בבוקר הפיגוע על כוונת החוליה לבצעו באותו הערב, ואמר שהוא מוכן להסתיר את החטוף, כדלקמן (גליון מס' 2, שורות 12-19):

"למיטב זכרוני, הלכתי לאמג'ד עליוה, בן דוד שלי, לעסק שלו, והצעתי לו את עניין החטיפה, ובאם יהיה פיגוע חטיפה להסתיר את החטוף בו, אמג'ד אמר לי שהוא יבדוק זאת ולא אמר לי מי, ולמחרת בבוקר, ביום של הפיגוע, עברתי דרכו בעסק ואמרתי לו שהיום (חמישי) אנו רוצים לצאת ולבצע את פיגוע החטיפה ושאלתי אותו באם הוא מוכן והוא אמר לי שהוא מוכן. ואמרתי לו באם פיגוע החטיפה יעבור בשלום אני אצלצל אליו שני צלצולים נפרדים..." [ההדגשה אינה במקור – יצ"מ]

נציין, כי מעורבות נוספת של אמג'ד עולה הן מהודעה זו, והן מהודעתו של ראג'ב מיום 7.10.15.

צילום הודעתו המשטרית של ראג'ב מיום 7.10.15 מצורף ומסומן מש/3.

צילום הודעתו המשטרית של ראג'ב מיום 13.10.15 מצורף ומסומן מש/4.

15. בשים לב לאמור לעיל, סבור המשיב כי הוכחה מעבר לכל ספק מעורבותו של אמג'ד בהוצאה לפועל של הפיגוע – מעורבות אינטנסיבית ועמוקה, אשר דומה כי בלעדיה לא ניתן היה להוציא את הפיגוע אל הפועל. בנסיבות אלה, עמדת המשיב היא כי התשתית הראייתית מצדיקה את הפעלתה של הסמכות בעניינו של אמג'ד.

מידתיות ההחלטה

16. אשר לסוגיית מידתיות ההחלטה, לאחר איזון בין כלל השיקולים הצריכים לעניין, סבור המשיב כי ההחלטה להורות על הריסת דירתו של אמג'ד, בה התגורר עובר למעצרו יחד עם אשתו וילדיהם, היא מידתית. נזכיר, כי הריסת הדירה תבוצע באופן ידני, באמצעות הריסת מחיצות הדירה, ולאחר מכן, ככל שהדבר יתאפשר, ימולא חלל הדירה בגדר תיל ובחומר מוקצף מסוג פוליאוריתן דו קומפוננטי. זאת, לשם הבטחת החרמת הדירה והעדר עשיית שימוש בה מחד גיסא, ולשם מזעור הפגיעה בצדדים שלישיים מאידך גיסא.

17. אשר לרשימת השיקולים (הלא ממצה, כמפורט לעיל) שנקבעה בעניין אלעמרין, נבקש לציין כדלקמן.

בכל הנוגע לשיקול הראשון – חומרת המעשים – דומה כי לא ניתן להפריז בחומרת מעשיו של אמג'ד, ובתוצאות הרצחניות של מעשים אלה. בשל מעורבותו בהוצאה לפועל של הפיגוע, נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל לנגד עיני ילדיהם באופן אכזרי, על לא עוול בכפם. נזכיר כי בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, אף מהעת האחרונה ממש, המדובר בשיקול עיקרי בעת בחינת שאלת הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 (ראו, לדוגמא, עניין פלוניס, פסקה 28 לפסק דינו של כב' השופט מלצר).

אשר לשיקול השני – מודעות הדיירים האחרים – הרי שכפי שצוין במסגרת הדיון שהתקיים ביום 14.3.16, אין בידי המשיב או גורמי הביטחון אינדיקציה למודעותם של דיירי הבית האחרים, אשתו וילדיו של אמג'ד, בדבר פעילותו במסגרת החוליה. עם זאת, כאמור בהקשר זה בעניין אלעמרין, אין באי-ידיעה כשלעצמה, כדי למנוע מן המשיב להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119. במקרה דנן, סבור המשיב כי בשים לב הן לחומרת מעשיו של אמג'ד והן לתוצאות הקטלניות והאכזריות של הפיגוע, יש להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 חרף העדר האינדיקציה למודעות משפחתו של אמג'ד למעורבותו.

אשר לשיקול השלישי – הפרדת יחידת המגורים של המפגע – הרי שבפועל הדבר אכן נעשה, משהצו שהוצא מכוון אך ורק לדירת מגוריו, ולא לכלל הבניין. באופן דומה, אופן ביצוע ההריסה – הריסה ידנית – נבחר על מנת לצמצם ככל האפשר את הפגיעה הפוטנציאלית ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים, כהוראת השיקול הרביעי שנמנה בעניין אלעמרין.

לבסוף, בנוגע לשיקול החמישי – השפעת הריסת המבנה על אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות בפעילות החבלנית – הרי שכאמור לעיל, הפגיעה במקרה דנן מצטמצמת אך ורק לאשתו וילדיו, ולא לאף גורם אחר.

נבהיר, כי המשיב אינו מקל ראש בעוצמת הפגיעה האמורה, אך כאמור, באיזון בין הפגיעה בהם אל מול הצורך במימוש התכלית ההרתעתית שבבסיס התקנה, סבור המשיב כי לא ניתן, בנסיבות המקרה דנן ובשים לב לחומרה היתרה שנודעה למעשיו של אמג'ד, להסתפק בפגיעה פחותה.

18. אשר על כן, סבור המשיב כי החלטתו להוציא צו החרמה והריסה כלפי הדירה בה התגורר אמג'ד נעשתה כדיון, וכי לא נפל בה פגם אשר יצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

מו הכלל אל הפרט – עניינו של בסאם

התשתית הראייתית

19. אף בעניינו של **בסאם** סבור המשיב כי קיימת תשתית ראייתית מספקת בדבר מעורבותו הענפה של **בסאם** בהוצאתו לפועל של הפיגוע במהלכו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל.

כתב האישום בעניינו של **בסאם** מייחס אף לו עבירות של גרימת מוות בכוונה, נסיונות של גרימת מוות בכוונה ונסיון לחטיפה בנסיבות מחמירות, בשל מעורבותו בפיגוע. זאת בנוסף על שורה של אישומים אחרים העוסקים במעורבותו הרבה של **בסאם** בפעילות החוליה אשר ביצעה את הפיגוע, כמו גם בעבירות הקשורות במעשיו של **בסאם** ושל אשתו, העותרת 1, **מונא** (להלן: "**מונא**"), הנוגעות להכנסת סכומי כספים גבוהים במיוחד אל תוך אזור יהודה ושומרון לשימוש על-ידי ארגון החמאס.

20. נבהיר, כי הראיות המנהליות בעניינו של **בסאם** לא כוללות רק את המיוחס לו על-ידי **אמג'ד**, אשר בעניין אמרותיו קיימות אינדיקציות לנסיון לייחס ל**בסאם** מעורבות נוספת אל מעבר לזו שהיתה קיימת בפועל, וזאת לאור היותו חולה סופני. המיוחס ל**בסאם** מתבסס, בראש ובראשונה, על הודאותיו של **בסאם** עצמו, כפי שבאות לידי ביטוי הן בחקירותיו המשטרתיות, הן בזכרונות הדברים של חקירותיו על-ידי גורמי הביטחון, והן במזכר על אודות חקירה משטרתית אשר לא נרשמה, לבקשתו של **בסאם** עצמו.

תשתית זו היא אשר הובילה את המשיב למסקנה, לפיה בידו אינדיקציות ברורות וחד משמעיות לרמת מעורבות המשמעותית של **בסאם** בהוצאה לפועל של הפיגוע, המצדיקה את הפעלת הסנקציה כלפי דירתו, בצורה של **אטימה הפיכה**.

נפרט.

21. לאחר מעצרו, נחקר **בסאם** במשך תקופה ארוכה הן בידי גורמי הביטחון והן בידי חוקרי משטרת ישראל. הגם שמלכתחילה הכחיש **בסאם** כל היכרות עם **אמג'ד** וכן כל מעורבות בפעילות חמאס, בפעילות החוליה הצבאית, ובקשר כלשהו לפיגוע, הרי שבשלבם מאוחרים יותר בחקירה הודה **בסאם** במעורבות כאמור.

22. כך, מזכרון הדברים של חקירתו של **בסאם** על-ידי גורמי הביטחון מיום 21.10.15 בשעה 13:45, לאחר עימות שנערך עם **אמג'ד**, החליט **בסאם** לספר את מעורבותו בפעילות (ראו: סעיף 34 לזכ"ד).

בהתאם לדברי **בסאם**, החל משנת 2011 החל משמש כאחראי על המסגדים בשכם מטעם חמאס (סעיף 37), וכי במהלך יציאתו לירדן, קיבל לידיו סכומי כספים גבוהים, בסדרי גודל של מאות אלפי דולרים, על מנת להעבירם אל האזור (סעיפים 38-39). לאחר מעצרה

של **מונא** (על רקע מעורבותה בהעברות הכספים – יצ"מ), כעס **בסאם**, ולאחר מכן החל בפעילות של העברת כספים וכלי נשק עבור החוליה ועבור **אמג'ד** (ראו סעיפים 40-42, 48).

צילום זכרון הדברים מיום 21.10.15 בשעה 13:45 צורף לתגובה המקדמית במסגרת נספח מ/ש 6, בעמודים 405-408.

23. בהמשך חקירתו, במסגרת זכרון הדברים מיום 22.10.15 בשעה 13:50, הרחיב **בסאם** על נסיעתו לירדן במהלכה קיבל את הכספים לשם העברתם לאזור (סעיפים 3-5), ובהמשך ציין במפורש כי לאחר מעצרה של **מונא**, "כעס על האמור מאוד ורצה לנקום במדינת ישראל" (סעיף 15.2.1). משכך, לאחר שאמג'ד הבהיר לו כי הוא מעוניין לפעול צבאית, פעל **בסאם** אל מול אדם נוסף, חמזה יעיש, והציע לו לקנות נשקים, תוך ש"הסביר לחמזה בצורה עקיפה כי חלק מהנשקים יועברו לפעילות והשאר אליו" (סעיף 15.3.4).

בהמשך, פעל **בסאם** על מנת לקבל כספים והעבירם לידי אמג'ד כדי שיקנה באמצעותם את כלי הנשק הנדרשים, וכן שיהיה לאמג'ד כסף נוסף לטובת הפעילות הצבאית (סעיף 15.3.8). כך, מתאר **בסאם** כיצד סייע ברכישת מספר כלי נשק – רובים ואקדח – וכי פעל להעברת האקדח לידי אמג'ד כחודש לפני ביצוע הפיגוע (סעיפים 15.3.9 – 15.3.12; 16.6; 16.8). יובהר, כי האקדח האמור הוא האקדח בו נעשה שימוש על-ידי החוליה לשם ביצוע הפיגוע בו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל.

כמו כן, בכל הנוגע למודעותו של **בסאם** לביצוע פיגועים על-ידי החוליה, הודה **בסאם** כי אמג'ד עדכן אותו, עוד בטרם ביצעה החוליה את הפיגוע בו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל, על אודות שני פיגועים קודמים אותם ביצעה החוליה, וכי **בסאם** ביקש מאמג'ד "שלא יעדכן אותו בפרטים ולא יאמור לו מי ומתי" (סעיף 16.7). כן ציין **בסאם** כי ביום שלאחר ביצוע הפיגוע, נודע לו כי הפיגוע בוצע על ידי החוליה, וכי העביר כסף לשם הטיפול הרפואי במחבל שנפצע (סעיף 16.9).

לבסוף, טען **בסאם** כי נודע לו כי בכוונתו של אמג'ד להפליל אותו בעניין הפיגוע (סעיף 16.10).

צילום זכרון הדברים מיום 22.10.15 בשעה 13:50 צורף לתגובה המקדמית במסגרת נספח מ/ש 6, בעמודים 412-420.

24. נציין, כי לאחר חקירות אלה, ולאחר הסרת הצו למניעת פגישתו של **בסאם** עם עורך דין, נערכה פגישה כאמור, שלאחריה נחקר **בסאם** בהקשרים אלה על-ידי חוקרי משטרת ישראל. בחקירה זו, ניכר היה כי **בסאם** מנסה לצמצם את שהודה בו במסגרת זכרון הדברים, ובפרט את מודעותו לכך שהכספים והנשקים שהעביר יועדו לפעילות צבאית של ארגון החמאס (ראו האמור בהקשר זה בהודעתו המשטרית של **בסאם** מיום 28.10.15, אשר צורפה לתגובה המקדמית במסגרת נספח מ/ש 6, בעמודים 332-351).

25. בהקשר זה נוסף ונציין, כי בהתאם לזכרון דברים שנרשם על-ידי החוקר שחקר את **בסאם** באזהרה ביום 28.10.15, בתום החקירה, שאל החוקר את **בסאם** מדוע הוא מכחיש את אשר מסר במסגרת חקירותיו על-ידי גורמי הביטחון. נביא להלן את הדברים אותם רשם החוקר:

4. בסוף החקירה התנהלה שיחה ביני לבין החשוד שבה אני שאלתי אותו את הסיבה להכחשתו לאחר שמסר הודאה בשב"כ.

5. הנדון אמר לי כי הוא מוכן לספר בתנאי אחד שאני לא רושם את דבריו בגוף ההודעה ואף מילה מהם, הסכמתי והנדון סיפר לי כדלקמן:

6. בעת שהצבא הגיע לביתו ועצרו את אשתו, הוא ישן עם אשתו בחדר שינה, כוח מיוחד פרץ לחדר ושילף את אשתו מבין זרועותיו, וכי הלבישו לה תיק של העברת הכספים מירדן שאודותם סיפר בחקירה היום אצלי.

7. כבודו של הנדון נפגע מאוד והוא כעס מאוד ואף רתח על מעשיו של הכובש הישראלי, ולאור זאת החליט הנדון לנקום במדינת ישראל.

8. שאמג'ד עליוי פנה לנדון וביקש לפעול צבאית הנדון הסכים מיד ואף עודד את האחרון ואמר לו שהוא ידאג לו להכל, הכוונה לכסף נשק ומה שצריך אל ביקש ממנו שלא [יעדכן] אותו בפרטים ואודות מעשיהם.

9. הנדון סיפר כו הוא מודע להיותם של אמג'ד עליוי וחמזה יאעיש פעילי חמאס צבאיים. על כן הנדון תיווך ביניהם תוך כדי שמירה על סודיות.

10. הנדון טען כי באמת אינו מכיר את ראע'ב עליוי ושאר חברי החוליה וזאת לאחר בקשתו מאמג'ד עליוי לא לערב אותו בפרטים וישמור על סודיות.

11. הנדון אישר את מעורבותו של איאד אבו זהרה בכל הנעשה ואת התנהלותו של אמג'ד מול איאד ואת ספור הסכסוך.

12. הנדון אמר לי שבאמת הוא לא ידע על תוכנית החטיפה וכי ידע רק שמדובר בפעילות צבאית נגד מטרות ישראליות אך לא נכנס לפרטים כפי שכבר סיפר.

13. הנדון סיפר לי כי יום לאחר הפיגוע בבוקר תוך כדי נסיעה לבית חולים בשכם לקבלת טיפול התקשר אליו מחמד קוטב ושאל אותו על מיקומו. הנדון השיב למחמד שהוא בדרך לבית חולים, בדיוק בנקודה זו הנדון זיהה את מחמד מגיע מולו ברכבו ועצר לידו והשניים שוחחו פנים אל פנים. מחמד אמר לנדון כי החוליה של אמג'ד ביצעה פיגוע ירי ושאל החברים בה בשם כרם נפצע בידו וכי הוא מטופל בבית החולים ואמג'ד מבקש כסף עבור הטיפול. הנדון שלף 9000 שקל שהיו עמו ומסר אותם למחמד קוטב.

14. הנדון סיים את דבריו בכך שהוא מכבד את השב"כ הישראלי יותר מאשר את אמג'ד עליוי אך לא יותר מחמאס.

וזאת מאחר והשב"כ הישראלי למרות היותו האויב שלו אך הם כנים וכותבים בחקירות שלהם את דבריו כפי שהם וכפי שנאמרו מפיו ולא מוסיפים ולא מחסירים פרט אחד, אך אמג'ד עליו למרות היותו חבר לארגון בגד בו והוסיף דברים לגביו, ושהעצים את חלקו של הנדון בפעילות ובפיגוע שלא בצדק. הנדון המשיך וסיפר לי כי לאחר שאמג'ד נעצר הנדון נועד עם מחמד קוטב והאחרון סיפר לו כי שמע מאמג'ד לפני מעצרו שאם הוא ייעצר הוא יפיל את כל התיק על הנדון מאחר והוא [חולה] סופני וגם כך גורלו למות. " [ההדגשות אינן במקור – יצ"מ]

לעמדת המשיב, אף זכרון דברים נחשב ראיה מינהלית בה עליו להתחשב בעת בחינת הראיות בדבר היותו של מפגע תושב מבנה שבעניינו נשקלת האפשרות להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119.

צילום זכרון הדברים מיום 28.10.15 מצורף ומסומן מש/5.

26. נעיר עוד, כי בהמשך התפתחות החקירה, ולאחר שהועלו חשדות כנגד מעורבותו של **בסאם** בפעילותה של מעבדת נפץ, נחקר **בסאם** על אודות חשדות אלה, הן על-ידי גורמי הביטחון והן על-ידי משטרת ישראל, והכחיש את המיוחס לו, תוך שהוא טוען כי מדובר בנסיגונו של **אמג'ד** להפלילו (ראו, לדוגמא, האמור בזכרון הדברים מיום 9.11.15 בשעה 10:25, אשר צורף לתגובה המקדמית במסגרת נספח מש/6, בעמודים 429-432).

להשלמת התמונה בהקשר זה נעיר, כי באחת מן הפרפרזות בעניינו של **בסאם** נפלה טעות סופר, כאשר בכותרת המסמך נרשם כי מדובר בפרפרזה מחקירתו של עמאר בריק, בעוד המדובר בפרפרזה מחקירתו של זיד עאמר.

צילום פרפרזה מחקירתו של זיד עאמר מצורף ומסומן מש/6.

27. נציין עוד, כי הגם שמהודאותיו של **בסאם** לא עולה בבירור מודעותו מבעוד מועד לכוונה לבצע את הפיגוע דווקא ביום 1.10.15 – ונזכיר, כי בעניין זה קיימות מספר אמרות של **אמג'ד**, המייחסות ל**בסאם** הן מודעות לפיגוע עובר להוצאתו לפועל, והן אישור הפיגוע ומתווה החטיפה שהוצע (ראו: דברי **אמג'ד** בחקירתו המשטרית מיום 8.10.15, מש/5 לתגובה המקדמית, עמודים 150-162; דברי **אמג'ד** בחקירתו המשטרית מיום 13.10.15, עמודים 163-170; דברי **אמג'ד** בחקירתו המשטרית מיום 26.10.15, עמודים 175-180) – דומה כי לאור טענתו של **בסאם** לפיה הנחה את **אמג'ד** שלא לספר לו על פעילויות נוספות, ככל הנראה על מנת ש**בסאם** יוכל להכחיש בשלב מאוחר יותר את מודעותו לכך, יש לייחס לנקודה זו משקל מופחת בנסיבות העניין. זאת, במיוחד על רקע אופיים של הפיגועים הקודמים אותם ניסתה החוליה להוציא לפועל, ואשר הובאו לידיעתו של **בסאם** (ראו פסקה 23 לעיל), דוגמת פיגוע הירי שבוצע ביום 30.8.15, אשר למרבה המזל לא הסתיים באבידות בנפש.

28. מכלל האמור לעיל, עולה התמונה לפיה מעורבותו של **בסאם** בפעילות החוליה היא רבה ומשמעותית, וכי ללא מעורבותו, לא ניתן היה להוציא את הפיגוע הרצחני אשר במהלכו נרצחו בני הזוג הנקין ז"ל לעיני ילדיהם לפועל. בנסיבות אלה, סבור המשיב כי התשתית הראייתית הקיימת בעניינו מצדיקה את הפעלת הסמכות מכוח תקנה 119 כלפי המבנה בו התגורר.

מידתיות ההחלטה

29. המשיב סבור, לאחר איזון בין כלל השיקולים הצריכים לעניין, כי ההחלטה להורות על נקיטת הסנקציה מכוח תקנה 119 בעניין דירתו של **בסאם** בדרך של אטימה הפיכה היא החלטה מידתית.

30. עמדת המשיב היא, כי כפי שעולה מהתשתית הראייתית שפורטה לעיל, חומרת המעשים אותם ביצע **בסאם** במסגרת פעילותו בחוליה, ואשר הובילו להוצאתו לפועל של הפיגוע, היא חמורה במיוחד, גם אם היא פחותה במידה מסויימת מחברי החוליה האחרים. ודוק. לאור הראיות הקיימות בדבר מעורבותו של **בסאם**, סבור המשיב כי כי אילולא ביצע **בסאם** את הפעולות המיוחסות לו לפי הודאותיו – מתן הכספים ורכישת ואחסנת הנשקים שבהם נעשה שימוש לביצוע הפיגוע – לא היה יוצא הפיגוע אל הפועל.

31. בכל הנוגע ל**מודעות דיירי הדירה הנוספים**, הרי שבעניינו, הדיירת היחידה הנוספת המתגוררת בדירה היא אשתו **מונא**. כמצויין לעיל, **מונא** עצמה היא פעילת חמאס, אשר ביום 22.10.15 הורשעה בכתב אישום מתוקן, על-פי הודאתה, בנסיון להחזקת רכוש של התאחדות בלתי מותרת ובשני אישומים של הכנסת כספי אויב לאזור. נבהיר, כמפורט בכתב האישום המתוקן בעניינה של **מונא** ובכתב האישום בעניינו של **בסאם**, כי פעילות זו נעשתה במשותף עם **בסאם**. בנסיבות אלה, והגם שאין בידי המשיב ראיות למודעות בפועל של **מונא** לפעילותו של **בסאם** בעניין הפיגוע האמור (בין היתר לאור העובדה שבעת ביצוע הפיגוע ריצתה **מונא** עונש מאסר בפועל, כמתואר לעיל), לא מן הנמנע כי מודעות כאמור אכן הייתה קיימת, או לכל הפחות, **מונא** "עצמה את עיניה" למעשיו של **בסאם**, באופן המצדיק את הפעלת הסמכות במקרה דנן. יפים לעניינו, דברי כב' השופטת ברון בבג"ץ 1633/16 המוזכר לעיל, כדלקמן:

"ולעניינו – אמנם אין יסוד לסבור כי מי מהעותרים ידע בזמן על כך ש-מ' מתכנן פיגוע רצחני, ואולם בנסיבות המקרה יש לייחס לבני המשפחה ידיעה קונסטרוקטיבית [ההדגשה במקור – יצ"מ]. ... כאשר קיימות אינדיקציות לתמיכה בטרור בתוככי הבית, בזמן אמת או אף לאחר מעשה, יש שניתן יהיה לקבוע כי בני הבית צריכים היו לדעת על אודות כוונותיו של יוצא חלצם. ..." [ההדגשה אינה במקור – יצ"מ]

כן ראו דברי כב' השופטת ברון בבג"ץ 1125/16 המוזכר לעיל, בפסקה 8; דברי כב' השופטת ברון בבג"ץ 1624/16 המוזכר לעיל, בעמוד 19.

צילום כתב האישים המתוקן וגזר דינה של מונא מיום 22.10.15 מצורף ומסומן מש/7.

32. אשר לשיקולים בדבר הפרדת יחידת המגורים של המפגע ואופן ביצוע ההריסה, הרי שבדומה לדירתו של **אמג'ד**, אף במקרה דנן הצו שהוצא מכוון אך ורק לדירת מגוריו, ולא ליתר הדירות המצויות במבנה. כאמור לעיל, בסופו של יום הוחלט על הפעלת הסמכות בדרך מידתית יותר מביצוע הריסה ידנית – דירתו של **בסאם** תאטם, אטימה הפיכה, באמצעות ריתוך לוחות ברזל על כל פתחי הדירה. אף בכך יש כדי לצמצם ככל האפשר את הפגיעה הפוטנציאלית ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים.

לבסוף, בנוגע לשיקול החמישי – השפעת הריסת המבנה על אנשים שלגביהם אינה מוכחת כל מעורבות בפעילות החבלנית – הרי שכאמור לעיל, הפגיעה במקרה דנן מצטמצמת אך ורק לפגיעה **במונא**, המעורבת אף היא, בפעילויות אסורות עבור ארגון החמאס.

33. המשיב סבור, כי שקלול כלל נסיבות המקרה מובילות למסקנה כי קיים צורך של ממש בהפעלת הסמכות באופן הנבחר – אטימה הפיכה של דירתו של **בסאם** – במקרה דנן, וזאת על מנת להגשים את התכלית ההרתעתית שעומדת בבסיס הסמכות. מסקנה זו התקבלה גם בשים לב למעשייה של **מונא**, שהגם שאינם מהווים מעורבות ישירה שלה בפגיעה, משליכות אף הן על מידתיות וסבירות ההחלטה האמורה.

34. אשר על כן, סבור המשיב כי החלטתו להוציא צו החרמה ואטימה כלפי הדירה בה התגורר **בסאם** נעשתה כדין, וכי לא נפל בה פגם אשר יצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

סיכום

35. ביום 1.10.15 נרצחו באופן אכזרי בני הזוג נעמה ואיתם הנקין ז"ל, לעיני ילדיהם הקטנים. חוליית המחבלים אשר ביצעה פיגוע אכזרי זה כללה הן את שלושת המחבלים שנכחו בשטח – **כרם**, **רזק ויחיא** – הן נוספים, ובהם פותח הציר **זיד**, מפקד החוליה **ראג'ב**, וכן **אמג'ד ובסאם**, אשר אלמלא פעולותיהם של כל אחד ממחבלים אלה, לא היה יוצא הפיגוע האמור אל הפועל – כמו גם פיגועים נוספים אותם ביצעה החוליה. המדובר ללא ספק באחד מהפיגועים החמורים שבוצעו בשנה האחרונה.

בנסיבות אלה, סבור המשיב כי קיים צורך ממשי והכרחי לממש את התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס הסמכות מכוח תקנה 119 כלפי כל המחבלים אשר היו מעורבים בהוצאתו לפועל של הפיגוע, ואשר מידת מעורבותם היא רבה, אשר בלעדי פעולותיהם הפיגוע לא היה יוצא אל הפועל.

36. אשר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות בהקדם האפשרי, על מנת שניתן יהיה להפעיל את הסמכות מכוח תקנה 119 בעניינן של שתי הדירות מושא העתירות.

37. כתב תשובה זה נתמך בתצהירו של מפקד פיקוד מרכז, האלוף רוני נומה.

היום, י' בסיון תשע"ו

16 ביוני 2016

יונתן ציון-מוחס, עו"ד
סגן בפרקליטות המדינה