

בעניין:

1. [redacted] קראקע, ת"ז [redacted]
תושבת ירושלים
2. [redacted] קראקע, ת"ז [redacted]
תושב ירושלים
3. [redacted] קראקע, ת"ז [redacted]
קטינה באמצעות הוריה, העותרים 1-2
4. [redacted] קראקע, ת"ז [redacted]
תושבת ירושלים
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
– ע"ר 580163517

ע"י עו"ד נאסר עודה (68398) ואח'
מרח' א-זהרא 8, ירושלים
דוא"ל: nodeh.adv@gmail.com
נייד: 0547266898 פקס: 02-5944666

העותרים

נגד

1. מפקד פיקוד העורף
2. שר הביטחון
3. משטרת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

עתירה דחופה למתן צו על-תנאי ולצו ארעי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיב 1 לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא תבוטל לאלתר אטימת בית העותרים 1-2, שבוצעה ביום 12.2.2023, לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **התקנה** ו/או **תקנה 119**), והממוקם בשכונת א-טור בירושלים;
- ב. מדוע לא תבוטל לאלתר אטימת בית העותרת 4, לפי תקנה 119, כאשר הצו הזמני שהוציא המשיב איננו מתייחס לדירה הנוספת של העותרת אשר לא הוזהרה מבעוד מועד על כוונת הרשויות לאטום את הבית, ואף במועד האטימה לא התבקשה לפנות את חפציה האישיים מהבית;
- ג. מדוע לא יימנע המשיב מהפעלת סמכותו, לכאורה, לפני תקנה 119 לרבות החרמה, אטימה, הריסה או פגיעה בכל דרך בבתי העותרים כל עוד לא ניתן לעותרים הזדמנות לממש את זכות הטיעון והשימוע במסגרת הליך הוגן בטרם קבלת החלטה דרסטית כזו;

ד. מדוע לא יימנע המשיב מהפעלת סמכותו, לכאורה, לפי תקנה 119, לרבות החרמה, הריסה או פגיעה בבתי העותרים כאשר אין כל זיקה בין המפגע לבין הבתים שנאטמו, בניגוד מוחלט להלכה בעניין זה.

בקשה בהולה למתן צו ארעי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן בדחיפות צו ביניים, שיורה למשיבים או מי מטעמם לבטל את אטימת שתי דירות העותרים שבצעה על ידי נציגי המשיבים ביום 12.2.2023.

בצעד תקדימי וחמור, ובניגוד לפסיקת בית משפט נכבד זה, המשטרה והצבא אטמו דירת העותרים 1-2 שבירושלים מכוח צו אטימה זמני לפי תקנה 119, מבלי לאפשר לעותרים להשמיע את טיעוניהם בפני המשיב בטרם קבלת החלטה בעניינם, ואף מבלי לאפשר להם הזדמנות לפנות לערכאות בטרם נקיטת פעולה דרסטית ופוגענית זו.

לא זאת בלבד, בנוסף לבית העותרים 1-2, המשטרה אטמה את בית העותרת 4, הממוקם באותה קומה, כאשר הצו הזמני שהוציאו המשיב מתייחס לדירת העותרים 1-2 בלבד, ואינו כולל דירת העותרת 4.

הואיל ולא ניתן להצביע על כל נזק ממשי שיגרם לאינטרס הציבור מביטול הצו לתקופה קצרה עד לברור העניין, ואילו מנגד דחיית הבקשה תוביל להחרפת הפגיעה החמורה בזכויות העותרים, אך ברור כי מאזן הנוחות נוטה לטובת העותרים, בשל הנזק הבלתי הפיך שנגרם ברגעים אלו לעותרים שנתרו ללא כל קורת גג בימים החורפיים הקשים על לא עוול בכפם. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה לצו ביניים.

זוהי גם עתירה לצו ארעי – לפיה יבקשו העותרים מבית המשפט הנכבד להוציא ארעי שתוכנו זה לצו הביניים עוד בטרם קבלת תגובת המשיבים לבקשה לצו ביניים. בשל חומרת ועוצמת הפגיעה בזכויותיהם של העותרים אשר נזרקו לרחוב ונתרו ללא כל קורת גג בימים חורפיים אלו; מבלי להוציא את הפציהם הבסיסיים, ובשל הדרך הפסולה בה נקט המשיב במימוש תקנה 119, בלי הודעה מראש תוך שלילת זכות העותרים לטיעון ולשימוע כאשר מודבר באנשים החפים מפשע, שאינם קשורים לאירוע הדריסה המיוחס לבן, שאין כל זיקה בינו לבין הדירות שנאטמו; בית המשפט מתבקש להוציא לאלתר צו המורה על ביטול האטימה של שתי הדירות.

בשל דחיפות העניין מוגשת עתירה זו כבר עתה, אם כי העותרים עודם פועלים לאיסוף מסמכים ופרטים נוספים. אי לכך, יבקשו העותרים להתיר להם להשלים את טיעוניהם וכן להוסיף פרטים ומסמכים ככל הנדרש.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בצעד הדרסטי של המשיבים שאטמו את בתי העותרים בשעות הבוקר המוקדמות ביום 12.2.2023, בשכונת א-טור בירושלים.
2. מבלי הודעה מראש ובלי הזדמנות לממש את זכות השימוע הבסיסית ביותר, המשיבים אטמו את שני בתיהם של העותרים מכוח צו צבאי זמני שנמסר להם לאחר אטימת הבית, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה 1948. הואיל ומיוחס לבן המשפחה שחוסל, מר חוסיין קראקע, ביצוע פיגוע דריסה ביום 10.2.2023 שבו נהרגו שלושה ישראלים (להלן: **אירוע הדריסה**)

3. החלטתו של המפקד הצבאי לאטום את דירת העותרים 1-2, הוריו של הבן שנפטר, בה הם מתגוררים יחד עם בתם הקטינה בת ה-15, כאשר אין כל זיקת מגורים בין המנוח לבין הבית, מהווה צעד תקדימי והרחבה למדיניות ההריסות שזוכה לביקורת חריפה בבית המשפט הנכבד בשל השאלות המשפטיות הקשות שעולות מהשימוש בכלי הדרסטי של הריסת בתים בהם מתגוררים אנשים חפים מפשע.
4. כמו כן, אטימת בית העותרת 4, בו מתגוררת גב' ■■■■■ עם בעלה ובתם הפעוטה, שאיננו כלול בצו הצבאי, הינו צעד פסול, לא חוקי שבוצע ללא סמכות ותוך פגיעה בזכויותיהם של דיירי הבית שאין זיקה בינם לבין האירוע, ואין זיקה בינם לבין הצו שהוציא המשיב בעניין בית ההורים.
5. החלטתו של המפקד הצבאי להחרים ולאטום את בית העותרים בלי הודעה מראש ומבלי לאפשר להם להעלות את טענותיהם בפני המשיבים בטרם ביצוע האטימה, מחריפה את הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים לכבוד, לקניין ולחיי משפחה, ובזכותם החשובה להליך הוגן לרבות מימוש זכות הטיעון והשימוע המוקנית להם, במיוחד שמדובר במעשה מינהלי קשה ואכזרי כנגד אנשים חפים מפשע שאליהם לא מיוחסת כל מעורבות או ידיעה מראש אודות האירוע שבגיננו המשיב מבקש להפעיל את התקנה.
6. עוד יצוין, כי הבן שמיוחס לו אירוע הדריסה, שחוסל בזירת האירוע, סובל ממחלות גופניות קשות מזה מספר שנים לאחר שעבר תאונת דרכים ונאלץ לעבור ניתוחים רבים ומורכבים, ובעקבות קבלת תרופות חזקות אשר השפיעו על מצבו הנפשי והתפקודי הוא היה במעקב פסיכיאטרי ואושפז לאחרונה ב- "אשפוזית טמרה" שהינה מסגרת אשפוזית סגורה המאפשרת גמילה גופנית בתנאי אשפוז. המנוח אושפז במסגרת מיום 11.1.2023 ועד ליום 9.2.2023, קרי יום לפני אירוע הדריסה.
7. למעשה, מדובר באיש שסובל ממגבלות נפשיות לרבות ירידה במצב רוח, מתח, חרדה ופחדים, חוסר שקט, ירידה בתפקוד, מחשבות טורדניות, תחושת בלבול וחוסר בהירות מחשבה; והכל כפי שפורט במסמך האשפוז של המנוח.
- העתק מסמך אשפוז מיום 9.2.2023 מצורף ומסומן ע/1.
8. יודגש, כי הבן האמור, נשוי מזה שבע שנים, אב לשלושה ילדים, אשר מתגורר בשכירות בביתו עם אשתו וילדיו בשכונת עיסאויה שבירושלים. מיד לאחר האירוע כוחות הביטחון פשטו על ביתו בעיסאויה, ערכו חיפוש בבית ועצרו את אשתו אשר שוחררה יום למחרת. גורמי הביטחון ונציגי המשיבים יודעים היטב כי מר חוסיין מתגורר בביתו בשכונת עיסאויה מאז נישואיו לפני שבע שנים.
- על עובדה אחת אין מחלוקת - המנוח לא התגורר עם הוריו, העותרים 1-2, בבית המשפחה באל-טור ולא התגורר בבית אחותו, העותרת 4. משכך, החלטת המשיב איננה עומדת בתכלית התקנה ולא בתנאים הבסיסיים שקבע בית המשפט הנכבד לצורך הפעלת תקנה 119 במקרים כאלה.
9. עוד יצוין, כי העותרים 1-2 ו-4, נעצרו על ידי משטרת ישראל מביתם בסמוך למועד אירוע הדריסה, נחקרו על ידי כוחות הביטחון, ושחוררו בתום חקירתם ללא תנאים, מפני שאינם מעורבים באירוע ולא הייתה להם כל ידיעה או אינדיקציה לגבי האירוע.
10. לאור האמור, החרמת ואטימת הבתים אינה חוקית, בוצעה ללא סמכות, וחורגת באופן בוטה מעקרון הסבירות והמידתיות ומהלכה בעניין הפעלת תקנה 119. משכך ועל מנת להפסיק את הפגיעה הקשה

בזכויות העותרים הנובעת מהחרמת ואטימת בתייהם ללא הליך שימוע, מתבקשת התערבותו המיידית של בית המשפט הנכבד.

החלק העובדתי

הצדדים

11. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) תושבת ירושלים, ילידת 1966 נשואה ואם לחמשה ילדים, המועסקת כאחות. היא הבעלים של הדירה נשוא צו האטימה, בשכונת אל-טור בירושלים.
12. העותר 2, (להלן **העותר**), תושב ירושלים, יליד 1963, בעלה של העותרת 1, מועסק ב- [REDACTED] העותרת 3, בתם הקטינה של העותרים, בת 15 שנה, שעודנה לומדת בבית הספר.
13. העותרת 4, בתם של העותרים, נשואה ואם לפעוטה בת 6 חודשים בלבד, ומתגוררת בשכירות עם בני משפחתה הגרעינית בדירה הסמוכה לבית הוריה באותה קומה.
14. העותרת 5, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
15. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי, מטעם מדינת ישראל, שהוציא צו זמני להחרמה והריסה של בית העותרים, מכוח סמכותו הנטענת ע"פ תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**).
16. המשיב 2 הוא הממונה מטעם הממשלה על מערכת הביטחון, ועל פעולות כוחות הביטחון, לרבות כוחות הצבא שביצעו את האטימה.
17. המשיב 3, היא חלק ממערכת הביטחון הממונה על אכיפת החוק בירושלים, והיא הגוף שסייע לכוחות הצבא בביצוע פעול אטימת שני הבתים נשוא העתירה.

הבתים נשוא צו ההריסה וההחרמה

18. כאמור, המשיב מסר לידי העותרים צו אטימה עבור בית העותרים 1-2 לאחר ביצוע האטימה על ידי כוחות הביטחון.
 19. צו האטימה מתייחס לבית המשפחה בו מתגוררים העותרים 1-3. מדובר בבית הנמצא בקומה הראשונה בתוך מבנה מגורים בן 6 קומות. הדירה בגודל של כ-100 מ"ר, הכוללת שלושה חדרי שינה, סלון, חדר משפחה, מטבח, שירותים ומקלחת (להלן "**בית ההורים**").
 20. כאמור, בסמוך לבית ההורים, באותה קומה, ממוקמת עוד דירה קטנה בגודל של 40 מ"ר, בה מתגוררת העותרת 4, עם בעלה ובתם הפעוטה בת ה-6 חודשים בלבד. הבית כולל חדר שינה, סלון, מטבח ושירותים. כאמור העותרת 4, שוכרת את הבית מהוריה בשכירות חודשית קבועה בהתאם לחוזה שכירות בין הצדדים.
- העתק מחוזה שכירות חודשי מצורף ומסומן ע/2.

21. יודגש, כי כוחות הביטחון לא הסתפקו באטימת בית ההורים, שבגינו הוצא צו האטימה הזמני, אלא אטמו גם בית העותרת 4, שאינו כלול בתוך הצו, בלי הודעה מראש ומבלי שהתאפשר לדיירי הבית להוציא את חפציהם האישיים מתוך הבית, לרבות הבגדים והחפצים של הפעוטה הקטנה.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

22. בשעות הבוקר המוקדמות של יום 12.2.2023 אטמו כוחות הביטחון של בני הבתים שהעותרים בשכונת אטור בירושלים.

23. לאחר אטימת הבתים, הדביקו נציגי המשיבים עותק מצו החרמה ואטימה זמני של 10 ימים, בו נכתב כי הוחלט על אטימת " דירת המגורים " בקומה התחתונה של המבנה "בה התגורר המחבל חוסין קראקע".

העתק מו החרמה והאטימה החתום ביום 11.2.2023 מצורף ומסומן ע/3.

24. ביום 12.2.2023 פנה הח"מ בשם של העותרים, לנציגי המשיב 1, ציין את השתלשלות העניין, פירט את טענות העותרים אודות אי חוקיות מעשה האטימה, וביקש לבטל את אטימת בתי העותרים באופן מיידי.

העתק מפניית הח"מ מיום 12.2.2023 מצורף ומסומן ע/4.

25. עד למועד כתיבת שורות אלה, טרם חזר בו המשיב ממעשה אטימת הבתים הלא חוקי חרף פניית הח"מ. העותרים ובני משפחותיהם נותרו ללא קורת גג במזג האוויר החורפי, על לא עוול בכפם, לאחר שגורשו מבתיים ללא הודעה מראש, ולאחר שהוחמרו ונאטמו בתיים בשל המשעה הפסול והחמור של המשיב. מכאן מוגשת עתירה זו.

הטיעון המשפטי

בשנים האחרונות הבעתי את דעתי שוב ושוב כי הפעלתה של תקנה 119 מעלה שורה של שאלות משפטיות קשות, הן בהיבט של המשפט הבינלאומי הפומבי והן בהיבטים של המשפט החוקתי והמשפט המינהלי הישראלי, אשר להשקפתי לא זכו עד כה לבירור מספק ועדכני בפסיקתו של בית משפט זה. (דבריו של כב' השופט(בדימוס) מזוז בבג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מיום 18.2.2019 [ההדגשה הוספה ; נ.ע.].)

26. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה של החרמה, אטימה או הריסה של בית, מצויה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 119**). העותרים יטענו, כי פעולת המשיבים במקרה דנן עומדת בניגוד לנורמות המחייבות את המשיבים, לרבות חוקי היסוד, הפסיקה, והפרוצדורה המקובלת והמאושרת על ידי בית המשפט במקרים כאלה. המשיב עשה שימוש פסול וחמור בסמכות הנתונה לו ע"פ התקנה, כאשר היה עליו לפעול במסגרת שיקול הדעת וההלכות שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה ולעמוד במבחני המידתיות. במקרה דנן, פעל המשיב בניגוד לכל אלה ועל כן דין החלטתו להתבטל לאלתר.

החרמת והריסת שתי הדירות מנוגדת להלכה- אין זיקת מגורים

27. כאמור המשיב החרים ואטם **שתי דירות** באותו קומה, שהאחת מהן מתגוררים ההורים עם בתם הקטינה בת ה-15, בטענה שבן המשפחה היה מעורב באירוע דריסה, כאשר לא נמסר לידינו כל ראייה או אינדיקציה על מהות המשעה המיוחס לו, ואף לא על כך שמדובר באירוע מכוון ממניע לאומני.
28. מבלי לגרוע מטענותינו העקרוניות, הח"מ יקדים ויטען, כי **אין זיקת מגורים** בין הבן המנוח לבין שתי הדירות שהצבא החרים ואטם כבר. המנוח חוסין נשוי ואב לשלושה ילדים שמתגורר איתם בביתו בשכונת עיסאווייה. אין כל זיקת מגורים בין המנוח לבין הדירות שנאטמו, ומשכך לא התקיימה הדרישה הבסיסית שמכנה להפעלת תקנה 119 כנגד הבתים הללו.
29. בשל **העדר זיקת מגורים** בין המנוח לבין שתי הדירות האמורות, **אין למפקד הצבאי את הסמכות** להפעיל את התקנה 119 בעניינה; וכל פעולה כנגד אותה מבנה מהווה **פעולה פסול** שנובעת משיקולים זרים של **המנוגדים להלכה** בבית המשפט העליון.
30. מהתנהלות המשיב, עולות מספר שאלות כבדות משקל אודות הדרך בה המשיב מנסה להרחיב את השימוש בתקנה תוך הפעלת שיקול דעת לקוי שמעיד אך ורק על התכלית האמיתית הנקמנית העומדת מאחורי השימוש בתקנה, המתבטאת בהחרבת חייהם של העותרים באמצעות הרס ביתם היחיד, החרמת רכושם והשאת הילדים ללא קורת גג והכל על לא עוול בכפם, כאשר לעותרים לא מיוחס כל חשד אודות מעורבותם או ידיעתם על האירוע מראש.
31. לאורך כל השנים עמד בית המשפט העליון על כך שהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 מחייבת נקיטת גישה **מאוד זהירה ומצמצמת**, ובמיוחד לאחר חקיקת חוקי היסוד, שכן הפעלת סמכות זו כרוכה בפגיעה קשה בשורה של זכויות יסוד, לרבות פגיעה בקניין ופגיעה בכבוד האדם ובשורה של זכויות הנגזרות מכבוד האדם.
32. יפים לעניינינו דבריו של כבוד השופט (בדימוס) מזוז בבג"ץ 4853/20 **סוהיילה אבו בכר ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**:

"מכל מקום, הסמכות לחוד ושיקול הדעת לחוד. וגם לפי ההלכה הנוהגת, לפיה הסמכות לפעול מכוחה של תקנה 119 עומדת בתוקפה, עדיין שומה על המפקד הצבאי להפעילה **בזהירות**, מתוך **ריסון רב, בסבירות ובמידתיות**"

33. עוד יצוין, כי בבג"ץ 5506/16 מחאמרה שדן בעתירה המוקד להגנת הפרט אשר תקפה החלטת המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 119 ולהרוס את הקומה הראשונה **בנוסף** לקומה השלישית בשל מעורבות אחד הדיירים באירוע ביטחוני, **הורה בית המשפט הנכבד כי החלטת המפקד דינה להתבטל**, מפני שהריסת שתי קומות אינה עומדת במבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך הפעלת התקנה.

אלו דבריו של כבוד השופט (בדימוס) שוהם, בבג"ץ 5506/16 **מחאמרה ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**:

"בעת השימוש בסמכותו לפי תקנה 119, על המפקד הצבאי "לברר אם ניתן להרוס את **יחידת המגורים** של החשוד בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים" (עניין סאלם, בעמ' 359). עוד נקבע, כי על המפקד הצבאי מוטלת החובה "לעשות בסמכות זו שימוש **זהיר ומצומצם**, בהתאם לעקרונות של **סבירות ומידתיות**"

(בג"ץ חמאד, בפסקה 23). בנידון דידן, הגעתי לידי מסקנה, כי ניתן להסתפק בהריסת הקומה השלישית בבניין מושא צו ההריסה בבג"ץ 16/5506, לאחר שהשתכנעתי כי ניתן לבודד את יחידת המגורים שבה התגורר המחבל, מיתר הדירות בבניין" [ההדגשות הוספו; נ.ע.]

34. כמו כן, בבג"ץ 5614/16 חליל ואח' נ' המפקד הצבאי לאזיוור הגדה המערבית, דנו השופטים בהחלטת המפקד הצבאי להרוס מבנה שלם (בן שלוש קומות) השייך למשפחה שבנה היה מעורב בפיגוע. בעניין האמור, בית המשפט הנכבד פסק כי אין בסמכותו של המפקד הצבאי להחרים ולהרוס את שתי הקומות שבינן לבין המפגע לא הייתה זיקת מגורים.

בעניין חליל, הדגיש כבוד השופט סולברג, כי הפעלת תקנה 119 כרוכה בהפעלת שיקול דעת תקין בהתאם להלכה ולמבחני המידתיות, ומשכך אין לאשר הריסת כל הקומות במבנה בו התגורר המפגע. אלו דבריו:

ככל שהחלק שבבניה ניתן להבחנה בקלות יחסית משאר חלקי המבנה הבנוי (כבמצב הדברים שלפנינו), יש לדבר הזה השלכה על שיקול הדעת של המפקד הצבאי. זאת, הן משום שהוא מחויב לבחון "האם ניתן להסתפק בהפעלת הסמכות רק כלפי אותו חלק מן הבית בו התגורר החשוד". [ההדגשות הוספו; נ.ע.]

35. למעלה מן הצורך, יצוין, כי אף במקרה וקיימת זיקת מגורים כלשהי בין החשוד לבין הדירה העליונה, אין בזיקה רופפת כדי לענות על תנאי הסף שנקבע לצורך הפעלת התקנה. זיקה חלשה לנכס אינה מכשירה השימוש בכלי הקיצוני מכוח תקנה 119, ואף חורגת מעקרון המידתיות. יפים לעניינינו דברי כבוד השופט סולברג בעניין חליל:

"...משום שמכל מקום מדובר בזיקת מגורים חלשה יותר, המשפיעה אף היא על מידתיות השימוש בתקנה 119."

36. על אף האמור, ובניגוד מוחלט להלכה שנקבעה בפסיקה, במקרה דנן, המשיב החליט להחרים ולאטום שתי הדירות של העותרים, בשל המשעה המיוחס לבן המנוח, שאין לו כל זיקת מגורים לדירתה הורים או לדירת האחות הסמוכה.

שלילת זכות הטיעון והשימוע בטרם ביצוע האטימה

37. בניגוד לפסיקה, ולפרקטיקה המקובלת ולפרוצדורה הברורה עליה עמד בית המשפט פעם אחר פעם בעניין חשיבות זכות הטיעון והשימוע בטרם נקיטת צעד דרסטי כמו גירוש משפחה מביתה והחרמת ואטימת מקום המגורים. במקרה דנן הכוחות אטמו בתי העותרים ללא הודעה מראש ללא הנמקה, מבלי לשמוע את טענות מרשיי בנוגע להפעלת תקנה 119 כנגד בתייהם, ותוף פגיעה קשה ביותר בזכויות היסוד של מרשיי תושבי ירושלים.

38. יצוין, כי דרישות התקינות והסבירות שביסוד ההליך ההוגן, מחייבות, בין היתר, כי תינתן לאדם העלול להיפגע מהחלטת הרשות, הזדמנות נאותה להעלות בפניה את טענותיו בהליך שימוע.

39. כלל השימוע דורש כי הרשות המינהלית לא תפגע באדם אלא אם כן נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה (ראו למשל: זמיר, הסמכות המינהלית עמ' 793 ואילך); בג"ץ 654/78 ינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לח(2) 649, 655-656; בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 889; עע"ם 4231/12 בוטובסקי נ' משרד הפנים.

40. כידוע, סבירותה של החלטה מינהלית נבחנת גם על רקע סבירותו של ההליך שקדם לקבלתה. ככלל, השימוע צריך להיות לפני קבלת ההחלטה ולא לאחריה. כך, למשל, נקבע בבג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 305 (להלן: עניין באקי): "הכלל הרחב הוא כי רשות מוסמכת, שמוטלת עליה חובת שימוע, חייבת לקיים את השימוע לפני קבלת ההחלטה. לא עשתה כן, ואפילו הציעה לקיים שימוע לאחר קבלת ההחלטה, הפרה את חובת השימוע".
41. בית המשפט העליון עמד על החשיבות של הפרוצדורה של הליך הטיוח והשימוע בטרם קבלת החלטה מנהלית קשה בדומה למקרה דנן בבג"ץ 6026/94 נזאל נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית.
42. התנהלותו הלקויה של המפקד מהווה פגיעה קשה בכללי הצדק הטבעי, במיוחד כשמדובר בהחלטה פוגענית, אשר הייתה אמורה להתקבל לאחר הליך מורכב של אישורים מהגורמים הרלוונטים, השגה למפקד הצבאי והזכות לנהל הליך משפטי בטרם נקיטת פעולה כזו.
43. מהותה הפוגענית של התקנה 119 ממנה יונק המפקד את סמכותו, הנטענת, אינה מצביעה על היעדר תחולה של כללי הצדק הטבעי. נהפוך הוא. ככל שסמכות היא קיצונית יותר, וככל שהפגיעה בזכויותיו של התושב היא חמורה יותר, כך יש להקפיד יותר על ההגנות הפרוצדורליות של האדם העלול להיפגע, לרבות זכותו להשמיע טענותיו.
44. מטרתה של חובת ההנמקה והשימוע הינה "למנוע החלטות מינהליות שרירותיות וסתומות ולהניח יסוד לקיום ביקורת, הן מינהלית והן שיפוטית, על החלטות עובדי הציבור" (רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 239 (1996)). חובת ההנמקה נועדה להגשים גם את אחד מכללי הצדק הטבעי – זכות הטיעון של העותר – ולהשתית את הבסיס לקיום חובת השימוע. שהרי בהיעדר הנמקה, לא יכול העותר להתגונן מפני ההחלטה ולהשפיע עליה מבעוד מועד או לאחר שניתנה, אם בדרך של השגה, ואם בדרך של עתירה לבית משפט נכבד זה.
45. חובת השימוע איננה חלה רק מתוקף נוהל כזה או אחר, ולא מדובר בעניין פורמלי: מדובר בחובה החולשת על יסודות המשפט המינהלי כחלק בלתי נפרד מזכות השימוע וזכותו של אדם לדעת מהן טענות הרשות ולהביא את עמדתו בפניה.

יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלונות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער. מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות... [ההדגשות הוספו; נ.ע.]

46. זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"ץ 598/77 דרעי נ' ועדת שחרורים, פ"ד לב(3), בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות

נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינם של העותרים (בג"ץ 361/76 המגדר ברזלת נ רפאלי, פ"ד לא(3) 281).

47. על-כן, אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי. (ראו בג"ץ 656/80 סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 190).

48. זכות בסיסית זו, המטילה חובות ברורות, מעוגנת גם במשפט הבינלאומי (ר' סעיפים 1, 2 ו-7 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; סעיפים 27 ו-147 לאמנת גינבה הרביעית; סעיפים 2, 4 ו-14 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 2 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; סעיפים 6 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

49. חשיבותה של זכות השימוע בהליכים להחרמת נכסים עלתה בפסיקה בינלאומית ביתר שאת בעניין *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, שם נקבע כי הפגיעה בזכות השימוע של העותרים לפני החלטה על הקפאת נכסיהם, שהובילה בתורה לפגיעה בזכותם לביקורת שיפוטית על החלטה זו, צריכה להביא לביטולה של החלטה זו ושל התקנה שמכוחה היא בוצעה:

Because the Council neither communicated to the appellants the evidence used against them to justify the restrictive measures imposed on them nor afforded them the right to be informed of that evidence within a reasonable period after those measures were enacted, the appellants were not in a position to make their point of view in that respect known to advantage. Therefore, the appellants' rights of defence, in particular the right to be heard, were not respected.

349. [...] the appellants were also unable to defend their rights with regard to that evidence in satisfactory conditions before the Community judicature, with the result that it must be held that their right to an effective legal remedy has also been infringed.

[...]

353. It follows from all the foregoing considerations that the pleas in law raised by Mr Kadi and Al Barakaat in support of their actions for annulment of the contested regulation and alleging breach of their rights of defence, especially the right to be heard, and of the principle of effective judicial protection, are well founded.

(Case C-402/05 P and C-415/05, P. Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission [2008] ECR I-6351, ההדגשות הוספו)

(לקריאה נוספת על פסק הדין בעניין Kadi ומשמעויותיו ראו גם:

J. Kokott and C. Sobotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 4).

50. לסיכום, העותרים סבורים, כי היה על המפקד הצבאי לאפשר לנפגעים לממש את זכות הטיעון, ובטרם החרמת בתיים ואטימתם. מדובר בפעולה חריגה של החרמת מגוריהם של התושבים אשר משמעה פגיעה חריפה בזכויות היסוד של התושבים ובין היתר הזכות לדיוור, לקניין ולחיי משפחה. אין צורך להכביר במילים, אודות משמעות זכות השימוע והטיעון בטרם נקייט צעד דרסטי על ידי הרשות, אשר אין להצדיקה בנימוקים סתמיים המנוגדים לעקרונות הצדק וההגינות.
51. **משכך, החלטתכם לאטום את בתי מרשיי אינה עומדת בדרישות הפסיקה, וחורגת מעיקרון הסבירות והמידתיות החלים פעולות כל רשות מינהלית, לרבות אטימת בתיים מכוח תקנה 119.**

אופן הפעלת הסמכות ושיקול הדעת

52. העותרים סבורים כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט במקרה דנן כי המשיב היה רשאי להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד המבנה של העותרים על לא עוול בכפם, הרי **ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב אינה מסתיימת במישור הסמכות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את שיקול הדעת בהפעלת הסמכות, וזאת לאורן של נסיבות המקרה ובישם לב למבחני המידתיות.**
53. בשל פגיעה קשה זו בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם לכל בני המשפחה, בפרשו את תקנה 119 צמצם בית המשפט העליון את יישומה וביצועה וקבע כי על המפקד הצבאי להפעיל שיקול דעת סביר בהפעילו את סמכותו מכוחה ולפעול במידתיות.
54. כאמור בראשית העתירה, הבן המנוח הסבל ממחלות גופניות ונפשיות, ובעקבות כך היה במעקב פסיכיאטרי מתמשך, ואף אושפז במסגרת מתאימה במשך כחודש על מנת לקבל את המעטפת הטיפולית לה הוא נדרש. המנוח שוחרר מהמסגרת, בהתאם להמלצת הרופאים, יום לפני אירוע הדרסה. למעשה, ככל הנראה מדובר באיש שסובל ממגבלות נפשיות המתבטאות בירידה במצב רוח, מתח, חרדה ופחדים, חוסר שקט, ירידה בתפקוד, מחשבות טורדניות, תחושת בלבול וחוסר בהירות מחשבה; והכל כפי שפורט במסמך האשפוז של המנוח מיום 9.2.2023.
55. **במקרה דנן, נדרשת בחינה מעמיקה ורצינית על ידי הגורמים הרלוונטים והמוסמכים, על מנת לקבל תשתית ראייתית שלמה ומספקת שבכוחה לשפוך אור על מהות המעשה המיוחס למנוח ועל המניע שעמד מאחוריו, בטרם מחליט המשיב על הפעלת תקנה 119, שנועדה, לכאורה, לצורך הרתעת מפגעים פוטנציאליים שמבצעים פיגועים ממניע לאומני.**
56. **יודגש, כי במקרים דומים, המשיב והמפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית נמנעו מהפעלת התקנה 119 כנגד בתי משפחות המעורבים באירועים כאלה, מפני שלמדו כי אין המדובר באירועים שמבוצעים ממניע לאומני ומשכך אין מקום להפעיל את התקנה שמטרתה הרתעת מפגעים פוטנציאליים עם מניעים לאומניים. ומכאן, אנו סבורים כי בנסיבות העניין, אין למשיב את הסמכות להפעיל את התקנה כנגד בתי העותרים.**

העדר תשתית ראייתית מספקת

57. במקרה דנן, החליט המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119 כנגד מבנה העותרים מבלי שנמסר למשפחה או בא כוחה חומר החקירה המצביע הכוונה או המניעה, ככל והיה, שעמדו מאחורי המשעה הנטען או לכל הפחות "ראשית ראייה" כמתחייב בדין.

58. מהותה של תקנה 119, המקנה סמכות ענישה קיצונית וחמורה, אינה מצביעה על היעדר תחולה של כללי הצדק הטבעי. נהפוך הוא. ככל שסמכות היא קיצונית יותר, וככל שהפגיעה בזכויותיו של התושב היא חמורה יותר, כך יש להקפיד יותר על ההגנות הפרוצדורליות של האדם העלול להיפגע, לרבות זכותו להשמיע את טענותיו.
59. כפי שנקבע בפסיקה, ככל שתוצאותיהן של החלטות חמורות יותר ובלתי הפיכות, כך יקפיד בית המשפט יותר בבחינת מעשי הרשות. כך נקבע, כי ככל שעוצמת הפגיעה הצפויה בזכות יסוד רבה יותר, צריכות הראיות שביד הרשות להיות כבדות-משקל ומשכנעות יותר (ראו בג"ץ 3648/08 **סטמקה נגד שר הפנים**, פ"ד נג (2) 740, 777).
60. לאור האמור, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להמציא מידית לב"כ העותרים את כל חומר הראיות הרלוונטי הנוגע לאירוע, ולאפשר לעותרים לתקן את עתירתם או לטעון טענות חדשות שלא באו לידי ביטוי בעתירה זו, לאחר שיתקבל מלוא חומר הראיות שמבסס את החשדות המיוחסים למנוח.
61. בהעדר תשתית עובדתית ברורה בשלב זה, נבהיר כי אין לנקוט בסנקציה כה דרקונית כהחרמת והריסת בתי העותרים, עד לאחר בירור העניין באופן ממצא וזאת לאור הפגיעה הממשית והקשה בזכויות העותרים.

החרמת ואטימת בית מהווה הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויות יסוד

62. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט: חלילה לך מלעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט (בראשית יח 25).
63. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא כאמור את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לאמנת האג הקובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

64. ואילו סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע באופן קטגורי:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

65. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 97/2006 **ג'נימות נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין**, פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654).

66. יצוין כי גם אם, אליבא המשיב, מטרת האטימה הינה הרתעה, הרי שהלכה למעשה היא פוגעת בחפים מפשע ואשר על כן, במבחן התוצאה, מהווה עונש קולקטיבי.

67. אטימת בית פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם. כבודו של אדם נפגע אנושות כאשר הוא מושלך מביתו ונותר ללא קורת גג וללא מחסה. הפגיעה הקשה בכבוד נובעת גם מן העובדה שביתו של אדם אינו רק מבנה פיזי, אלא גם מקום אליו יש לאדם קשר רגשי עמוק, מקום המכיל את כל רכושו הרוחני וזכרונותיו (ראו גם (אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאל אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף, מאת פרופ' מרדכי קרמניצר, 24.2.2009, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

מבחני המידתיות

68. החלטת המשיב להפעיל את סמכותו ע"פ תקנה 119, להחרים ולאטום שתי הדירות של ההורים והאחות בשל מעשה במנוח, שאין לו זיקת מגורים לבתים, אינה יכול לעמוד במבחני המידתיות, ולא במבחנים שקבעה הפסיקה לצורך הכשרת הפעלת סמכותו של המשיב.

69. העותרים סבורים כי למעשה, מדובר בצעד דרסטי שמחזק את הטענה שמדובר בצעד ענישתי נקמני שהינו זר לשיקולי הריסות בתים, ואשר שומט את הקרקע מתחת לטענתם של המשיבים כי הפעלתה של תקנה 119 כי במקרה דנן מבוססת על תכלית הרתעתית.

70. בשל הפגיעה הקשה בזכויות יסוד, ובשל הנזק הבלתי הפיך הנגרם, נקבע כי החרמה והריסת בית לצרכי הרתעה לפי תקנה 119 יעשו בזהירות ובצמצום, וכי על הפעלת הסמכות לעמוד במבחני המידתיות, לאחר שבעל הסמכות ערך בחינה קפדנית ואיזון ראוי בין כלל האינטרסים העומדים על כף המאזניים (ר' בג"ץ 1730/96 סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 359).

71. בעניין עואודה, וכך גם במסגרת ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, קבע בית משפט נכבד זה כי יישומה של סמכות המפקד הצבאי בהתאם לתקנה 119 צריך להיות מצומצם, בכפוף להפעלת שיקול דעת סביר ולמבחני המידתיות.

72. כך, על המשיב לבחון בקפידה את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה: הפגיעה הצפויה במשפחה, האם לנפגעים מההריסה זיקה כלשהי למעשי החשוד, האפשרות שההריסה תביא להרתעה בנסיבות האמורות, האם ניתן לנקוט באמצעים פוגעניים פחות וכיו"ב (ר' בג"ץ סאלם לעיל; בג"ץ 6299/97 יאסין נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 9.12.1997)).

73. המידתיות והאיזון הינם עקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך-כלל, וכך במיוחד בהפעלת סמכות חריגה זו לפגוע בחפים מפשע על לא עוול בכפם:

74. הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במובן הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק **מידתיות במשפט** 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפיסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (פורסם בנבו),

11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: בג"ץ **אבו דהים**; עניין **שריף**) (בג"ץ 5696/09 **מוגרבני נ' אלוף פיקוד העורף**, להלן: **פס"ד מוגרבני**, פס' 12 לפס"ד).

75. לאור דברים אלה יטענו העותרים, כי החרמת ואטימת דירות העותרים כאשר אין זיקת מגורים למנוח, וכאשר לא מיוחסת לדיירי הבית ידיעה אודות מעשה המנוח או אודות כוונתו לבצע את המשעה המיוחס לו, לצורך "הרתעה" אינה עומדת במבחני המידתיות – לא במבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה, ומעבר לנדרש, גם לא במבחן האמצעי שמידתו פחותה ובמבחן הנזק מול התועלת (מידתיות במובן הצר).

סיכום

76. הפגיעה בחפים מפשע, ברכושם וחייהם אסורה. זהו ליבו של שלטון החוק. פגיעה בעיקרון זה, בוודאי על ידי מוסדות המדינה, מעבירה מסר קשה ומסוכן. דווקא בימים קשים אלה, יש צורך במסר מרסן, ויש צורך בחזרה לעקרון הבסיסי, הצודק והמוסרי:

**חלילה לך מעשות דבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע. חלילה לך
! השופט כל הארץ לא יעשה משפט? (בראשית יח 25)**

77. החרמת ואטימת בתיהם של העותרים, החפים מפשע, אך ורק בשל קרבה למנוח שמיוחס לו אירוע הדריסה, עולה לכדי פשע מלחמה וטיהור אתני הנחשב כפשע נגד האנושות.

78. בשל **העדר זיקת מגורים** בין המנוח לבין דירות העותרים שוהחרמו ונאטמו, **אנו סבורים כי אין למפקד הצבאי את הסמכות** להפעיל את התקנה 119 בעניינה; וכל פעולה כנגד אותן דירות הנה החלטה **פסולה** שמעידה על פעולה נקמנית **המנוגדת להלכה** בבית המשפט העליון ולחוק הבינלאומי.

לאור כל האמור, מתבקשת התערבותו הדחופה של בית משפט נכבד זה. מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי וצו ביניים וצו ארעי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם למוחלטים.

13 בפברואר 2023



נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים