

בעניין:

1. ד"ר _____ צראווי, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
2. _____ הור, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**
ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או חוה מטרס-עירון
(מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן (מ"ר
28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) נועה דיאמונד (מ"ר
54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או בילאל
סביחאת (מ"ר 49838) ו/או עביר ג'ובראן-דכוואר (מ"ר 44346)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555 ; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא
יבטל את תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) התשע"ד-2013, אשר יצא
מלפניו.

ואלה נימוקי העתירה

1. עניינה של עתירה זו בצו שפרסם המפקד הצבאי תחת הכותרת "תיקון מס' 36 לצו בדבר
הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) התשע"ד-2013" (להלן: **צו האלוף או הצו**), שקבע כי
"**החלטת המפקד הצבאי לפי סעיף 61, או החלטת המפקד הצבאי לתפוס, לחלט, או
להחרים רכוש, לפי תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, אינה ניתנת לערעור בפני בית
המשפט הצבאי, ואין אחריה ולא כלום**".

2. בכך ביטל המפקד הצבאי באבחת קולמוס את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים להעביר
ביקורת שיפוטית על החלטותיו להחרים את רכושם של פלסטינים. מעתה והלאה, יאלצו
פלסטינים שרכושם הוחרם על ידי המשיב לפנות אך ורק לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ,
על מנת להשיג על החלטות אלו של המשיב.

3. בכך פוגע המפקד הצבאי קשות בזכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים, זכות השמורה להם הן על פי הוראות הדין הבינלאומי, והן על פי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי. כמו כן, באצטלה של "הבהרת המצב המשפטי", כופה המפקד הצבאי על בתי המשפט הצבאיים לקבל את עמדתו המשפטית בסוגיה, בדרך של חקיקה, וזאת לאחר שבתי המשפט דחו את עמדת המשיב פעם אחר פעם בפסיקתם. על כן טוענים העותרים כי צו האלוף החדש איננו חוקי ואיננו ראוי, ודינו להתבטל.

מבוא

סמכות המפקד הצבאי להחרים את רכושם של תושבי השטחים

4. על פי תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: **תקנות ההגנה לשעת חירום**), נלמדת סמכותו של המפקד הצבאי להחרים את רכושם של תושבי השטחים מלשון של תקנה 84 ותקנה 120. אלה הן גם התקנות שהופיעו על צווי ההחרמה שנמסרו לעותרים בענייננו, ויוצגו להלן.

5. תקנה 84(2)(ב) מסמיכה את שר האוצר להחרים כל רכוש השייך לארגון שהכריז עליו שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת (הכרזה שנעשית על פי תקנה 84 (1) (ב) לתקנות ההגנה). תקנה 120 מסמיכה את שר הביטחון להורות בצו, כי יוחרם לזכות ממשלת ישראל כל רכוש השייך לאדם אשר שר הביטחון נוכח לדעת כי עבר על תקנות ההגנה, או ניסה לעבור עליהן, או חיזק את ידי העוברים עליהן או היה שותף לעבירה עליהן, ובלבד שמדובר בעבירה שבה כרוכות "אלימות או הטלת אימה, או עבירה שעליה נידונים בבית-משפט צבאי. יצוין כי המפקד הצבאי נכנס בנעליו של שר האוצר, וזאת לפי הוראות סעיף 3 (א) למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מנשר 2) שהוציא המפקד הצבאי ביום 7.6.1067, עם כיבוש השטחים.

6. מקור נוסף לסמכותו של המפקד הצבאי להחרים רכוש, הרלוונטי לענייננו, נלמד מלשון של סעיף 61 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) התש"ע-2009 (להלן: **הצו בדבר הוראות ביטחון**). סעיף זה קובע כי "טובין, שלגביהם נעברה עבירה על צו זה, או שניתנו כשכר בעד ביצוע עבירה כאמור או כאמצעי לביצועה או שהשתמשו בהם בעשיית כל עבירה כזאת או לשם הקלת ביצועה, ייעשה בהם כל שיורה מפקד כוחות צה"ל באזור".

זכותו של תושב השטחים לערער על החרמת כספו

7. קודם להוצאת צו האלוף, נלמדה זכות הערעור על החרמה שנעשתה לפי תקנות ההגנה (הן לפי תקנה 84 והן לפי תקנה 120) מלשונה של **תקנה 147א (תיקון מס' 15)**, 1947, בה נקבע כי "מקום שבתוקף התקנות האלה, או בתוקף כל תיקון לכל פקודה שנעשה בתקנות אלה, הוחרם כל רכוש, בין מטלטלים ובין מקרקעים [...] לא ידון שום בית משפט או שום פקיד ממשלה בכל קושיה על תקפה של החרמה, אלא אם כן התביעה המשפטית או ההליכים, שבהם מעררים על תקפה של ההחרמה, הוחל בהם לא יותר משלושה חדשים לאחר שאדם המערער על התוקף ידע לראשונה על דבר ההחרמה".

8. כלומר, על פי תקנה זו, ניתן לפנות לבית המשפט בהליך של "ערעור" על החרמות שהתבצעו במסגרת הליך מינהלי, וזאת תוך שלושה חודשים מיום שנודע לבעל הרכוש על ההחרמה, או

מיום שפורסמה ברשומות. **סמכות זאת שבה ואושרה על ידי בתי המשפט הצבאיים**, ובראשם פסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין **חסין**, שם נקבע:

בעיניי, ברור כי המשמעות הלשונית של סעיף זה (כלומר תקנה 147א, ט.ש.), הינה כי לבית המשפט סמכות לדון בערעור על החלטת החרמה כלשהי (בין לפי תקנה 84 ובין לפי תקנה 120). **אמנם, הלשון הינה לשון ארכאית, אולם אני מתקשה להבין את התיבה "לא ידון שום בית משפט ... אלא אם כן התביעה המשפטית או ההליכים ... הוחל בהם לא יותר משלושה חודשים..." ככזו השוללת סמכות מבית המשפט. המשמעות של הדברים לטעמי הינה כי בית המשפט הצבאי מוסמך לדון, אלא אם החלו בהליכים לאחר שלושה חודשים [...]** הן לנוכח לשונה של תקנה 147א, הן בשל החזקה הפרשנית כי כוונתו של דבר חקיקה להעניק זכות גישה לבית המשפט, הן מטעמים מעשיים, ולאור פסיקתנו הקודמת בעניין כרשאן ובעניין אבו עלאן, **המסקנה המתבקשת הינה כי יש לבית המשפט הצבאי הסמכות לדון בהשגה על הפעלת סמכות ההחרמה שבידי המפקד הצבאי.**

(עדי (איו"ש) 2169/12 **אחמד פדל אחמד חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, ההדגשות הוספו).

(וראו גם: ע (איו"ש) 3443/09 **התביעה הצבאית נ' גאלב פריד סלים אבו עלאן**; עדי (איו"ש) 2768/09 **אחמד מוסא כרשאן נ' התביעה הצבאית**; ע (איו"ש) 84/10 **תגריד שבלי נ' היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון**).

9. עמדתו הקבועה של המשיב, הן בהליך נשוא עתירה זו והן בהליכים אחרים, היא שלבית המשפט הצבאי אין ולא היתה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על צווי החרמה שהוציא המפקד הצבאי, וזאת עוד קודם להוצאת צו האלוף.

10. כחיזוק לעמדתו זו, מסתמך המשיב בין היתר על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בעניין ב"ש 3301/02 **ראיד בדר נ' מדינת ישראל**. בפסק דין זה נדון עניינם של אזרחים ישראלים, שרכושם הוחרם על פי צו מאת שר הביטחון, בהתאם לתקנה 120 לתקנות ההגנה, ואשר ביקשו להשיג על החלטה זו. המשיב נתלה, ככל הנראה, בקביעתו הלאקונית של בית המשפט המחוזי, לפיה "נכון אומנם שבתקנות שעת חירום לא נקבע במפורש כל מנגנון של הגשת השגה, או ערר על רכוש שהוחרם, אך שר הבטחון קבע בצו ההחרמה, שצוטט לעיל, כי העמותה רשאית להגיש השגתה בפניו בכתב תוך 14 יום" (ראו סעיף 5 לפסק הדין).

11. עם זאת, בעניין **חסין** הנזכר לעיל, התייחס בית המשפט הצבאי לערעורים לפסק הדין של בית המשפט המחוזי, וקבע כי הוא אינו נקי מספקות ובלאו הכי, אינו מחייב את בתי המשפט הצבאיים:

ראשית, כלל לא ברור האם תקנה 147א עמדה לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי עת קבע מה שקבע באותו עניין. שנית, פסיקה זו, בכל הכבוד, אינה מחייבת במשפט האזור. בית המשפט הצבאי לערעורים הוא המוסמך לפרש את הדין באזור, והוא כפוף אך ורק לבית המשפט העליון בפרשנות הדין, ואינו כפוף לבית המשפט המחוזי בישראל. יתר על כן, גם אם המסקנה שנקבעה באותו פסק דין נכונה למשפט במדינת ישראל, אין היא נכונה למשפט האזור. כאשר עניין לנו בקניין של תושב מוגן, עלינו להקפיד הקפדה יתרה על זכויותיו. כך מצונו הדין הבינלאומי (והשוו עניין אלעג'ולי). גם הטעמים המעשיים הנוגעים לאפשרות הגישה של תושב האזור לערכאות שיפוטיות בישראל, אינם רלוונטיים למי שהוא אזרח ותושב ישראלי, כאמור בעניין בדר. לכן, גם אם נאמר כי הפסיקה בעניין בדר הינה נכונה, אין הטעמים העומדים בבסיסה ישימים במלואם באזור, ועל כן מתחייבת פרשנות שונה של הדין באזור, מתוך המגמה להגן על זכויותיו של תושב מוגן על פי המשפט הבינלאומי.

12. לסיכום, עובר לחקיקתו של הצו, הוקנתה לבתי המשפט הצבאיים הסמכות לדון בעררים של תושבי השטחים על החרמת כספים לפי תקנות ההגנה (שעת חירום). סמכות זו נלמדה הן מתקנות החירום עצמן, הן מפסיקת בתי המשפט בעניין. **עמדת המשיב בעניין ידועה, אך היא נדחתה פעם אחר פעם בפסיקתם של בתי המשפט הצבאיים לערעורים.**

צו האלוף החדש

13. כאמור, ביום 25.12.2013 פורסם צו האלוף, אשר שלל אד-הוק את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים לדון בחוקיותם של צוי החרמה שהוציא המפקד הצבאי. הצו נועד לחול הן על החרמות כספים שנעשו מכוחן של תקנות ההגנה לשעת חירום, והן מכוחו של סעיף 61 לצו בדבר הוראות ביטחון.

14. "תחילתו" של הצו נקבעה ביום חתימתו, ואילו "תחולתו" הוחלה רטרואקטיבית, על כל החרמת רכוש שבוצעה מאז היום הקובע, דהיינו 7.6.1967 (כך על פי סעיף 1(10) לצו בדבר פרשנות (יהודה והשומרון) (מספר 130) תשכ"ז (1967), ולפיכך היא כוללת גם הליכים משפטיים שהיו תלויים ועומדים בפני בתי המשפט הצבאיים אותה שעה.

העתק צו האלוף מצורף ומסומן ע/1.

15. כפי שראינו לעיל, עמדת המשיב היא שלבתי המשפט הצבאיים מעולם לא ניתנה הסמכות לבקר את החלטותיו להחרים את רכושם של תושבי השטחים. לטעמו, על העותרים שלפנינו, ואחרים כמותם, לפנות אך ורק לבג"ץ אם ברצונם להשיג על החלטות המשיב – דבר אשר כפי שנראה לעיל, מביא לפגיעה קשה בזכויותיהם. בהתאם לגישתו זו, צו האלוף החדש מוצג רק כ"הבהרה" של מצב זה, אשר המשיב מנסה לציירו כעובדה מוגמרת וכעיקרון משפטי מוכר.

16. כך, בדברי הפתיחה לצו האלוף נאמר כי המפקד הצבאי הורה על הוצאת הצו "בהיותי סבור כי הדבר נחוץ לשם שמירה על הסדר הציבורי ועל הביטחון באזור, ולמען הסר ספק"; ובעדכון שהעלתה הפרקליטות הצבאית לאתר האינטרנט שלה בעניין הוצאת הצו, נאמר כי הצו "בא להבהיר את המצב המשפטי הקיים, בבחינת 'גילוי דעת המחוקק'" (מופיע באתר הפרקליטות בכתובת <http://www.law.idf.il/163-6576-he/Patzar.aspx>). עמדה זו הביע המשיב גם בענייננו, בקובעו כי הצו "רק מחדד, מבהיר וחוזר על העיקרון האמור" (העיקרון לפיו לבית המשפט הצבאי אין סמכות לדון בצווי החרמה, ט.ש.). (וראו נספח ע/16 להלן).

17. **אלא שבתי המשפט הצבאיים מעולם לא קיבלו תזה משפטית זו של המשיב, כפי שעולה בבירור מפסיקתם בעניין חסין ובעניינים נוספים שהובאו לעיל, ומכאן שהיא מעולם לא הפכה ל"מצב קיים".** ודוק: משמעותם החמורה של הדברים היא שהמפקד הצבאי ניסה לקדם עמדה משפטית מסוימת בהתדיינות בפני בתי המשפט, ומשנכשל במשימתו זו – הוציא את הצו, אשר באצטלה של "הבהרת המצב" כופה למעשה על בתי המשפט הצבאיים את עמדתו המשפטית.

הצדדים

18. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**), ילידת 1983, היא פלסטינית ילידת שכם. העותרת היא בת למשפחה קשת יום, אשר סיימה את לימודי התיכון שלה בהצטיינות, וזכתה למלגה ללימודי רפואה בירדן. בשנת 2008 סיימה העותרת בהצטיינות לימודי רפואה בירדן, והוסמכה כרופאה כללית. בשנת 2009 החלה העותרת את התמחותה ברפואת ילדים, בבית החולים "Jordan" שבירדן, והיא עובדת בבית החולים בתפקידים נוספים. העתק תעודת ההסמכה של העותרת ברפואה מצורף ומסומן **ע/2**. העתק אישור על עבודתה של העותרת בבית החולים "Jordan" שבירדן מצורף ומסומן **ע/3**.
19. ביום 31.1.2013 עברה העותרת בגשר אלנבי בדרכה לגדה המערבית, על מנת לבקר את הוריה בשכם. בידיה של העותרת היה סכום כסף של 1,000 דינר ירדני, שחסכה ממשכורתה, אותו התכוונה לתת להוריה המבוגרים, על מנת לסייע להם במצבם הכלכלי הקשה.
20. בעת שעברה בגשר אלנבי נלקחה העותרת לחקירה על ידי איש שב"כ, אשר לא הזדהה בפניה, ונשאלה אודות מקורו של הכסף שנשאה עמה. העותרת הסבירה כי חסכה סכום כסף זה ממשכורתה כרופאה, במשך חמישה חודשי עבודה, וכי הוא מיועד לסייע בפרנסת משפחתה שבשכם. אף על פי כן, הודיע איש השב"כ לעותרת כי כספה יוחרם, ונתן בידיה טופס אישור על תפיסת סכום כסף זה. בטופס נכתב כי כספה של העותרת נתפס "בשל חשד להעברת כספים הקשורים להתאחדות בלתי מותרת". העתק הודעת התפיסה שנמסרה לעותרת בגשר אלנבי מצורף ומסומן **ע/4**.
21. ברקע הדברים יצוין, כי המפקד הצבאי סירב להתיר את יציאתה של העותרת בחזרה לביתה ולעבודתה שבירדן; וכי רק לאחר עתירה שהוגשה לבית משפט נכבד זה (בג"ץ 1490/13 **צראוי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**) הותרה יציאתה לחו"ל.
22. **העותר 2** (להלן: **העותר**), יליד 1988, הינו פלסטיני תושב חברון. העותר עובד כטכנאי רנטגן במרכז הרפואי "אל צדאקה" בעיר. העתק אישור על עבודתו של העותר במרכז הרפואי "אל צדאקה" מצורף ומסומן **ע/5**.
23. ביום 17.3.2013 יצא העותר מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת להירשם בסוכנות כוח אדם אשר אמורה הייתה למצוא לו עבודה כטכנאי רנטגן בבית חולים בסעודיה, שם צפוי היה העותר להשתכר משכורת גבוהה יותר.
24. בכניסתו לירדן הביא עמו העותר סכום של 2,800 דינר, על מנת לשלם דמי הרשמה בסוכנות כוח האדם, וכן בתקווה שיוכל להמשיך משם לסעודיה, ולהיעזר בסכום זה בתקופת ההתארגנות הראשונית. יצוין, כי סכום כסף זה הורכב מחסכוניותיו של העותר מעבודתו כטכנאי רנטגן, וכן מכסף שגייס בעזרת קרוביו.
25. בעת ההרשמה בסוכנות, התברר כי לעותר חסר מסמך מסוים על מנת להשלים את הליך ההרשמה. לכן היה על העותר לשוב לביתו בגדה, ולחזור לירדן עם המסמך המבוקש.

26. משכך, ביום 20.3.2013 עבר העותר בגשר אלנבי, בדרכו חזרה מירדן לביתו שבחברון. העותר נשא באמתחתו סכום של 2,224 דינר ירדני, העודף מסכום כולל של 2,800 דינר שאיתו נכנס לירדן מלכתחילה.
27. בעת שעבר בגשר אלנבי, נלקח העותר לחקירה על ידי שוטר אשר לא הזדהה בפניו, ונשאל אודות מקורו של הכסף שנשא עמו. העותר הסביר לשוטר כי הכסף הוא עודף מסכום שהביא עמו במעברו לירדן, וכיצד גייס סכום זה מלכתחילה. אף על פי כן, הודיע השוטר לעותר כי כספו יוחרם, ונתן בידיו טופס אישור על תפיסת סכום כסף זה. בטופס נכתב כי כספו של העותר נתפס "בשל חשד להעברת כספים הקשורים להתאחדות בלתי מותרת". העתק הודעת התפיסה שנמסרה לעותר בגשר אלנבי מצורף ומסומן ע/6.
28. כשלושה חודשים לאחר מכן, ביום 16.6.2013, זומן העותר לחקירה על ידי איש שב"כ במת"ק עציון. העותר הגיע לחקירה ביום 18.6.2013, שוב נשאל אודות סכום הכסף שנשא עמו במעברו בגשר אלנבי, ושוב הסביר כי מדובר בעודף מסכום הכסף אשר הביא עמו מביתו לירדן, בתקווה להמשיך משם לעבודה חדשה בסעודיה.
29. **העותרת 3 (להלן: המוקד להגנת הפרט או המוקד)** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
30. **המשיב** הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושש שנה.

מיצוי הליכים

פניית העותרים לנציגי יועמ"ש הגדה המערבית

31. ביום 21.3.2013 שלח המוקד להגנת הפרט מכתב בשמה של העותרת לרס"ן ברק סימן טוב, רמ"ד מרשם אוכלוסין בלשכת היועמ"ש, ובו דרש כי כספה של העותרת יוחזר לידיה ללא דיחוי. למכתב צורפה ההודעה על תפיסת הכסף, שנמסרה לעותרת בגשר אלנבי. העתק מכתב המוקד מיום 21.3.2013 מצורף ומסומן ע/7.
32. לאחר מספר תזכורות, התקבלה ביום 13.8.2013 במשרדי המוקד תשובת המשיב, הנושאת את התאריך 12.8.2013. במכתבו, מסר המשיב כי ביום 14.4.2013 הורה המפקד הצבאי על החרמת כספה של העותרת, מכוח סמכותו על פי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה לשעת חירום. זאת "משום שעל פי המידע המודיעיני המהימן והמשמעותי אשר היה מצוי בפניו – מדובר בכספים השייכים להתאחדות שאינה מותרת". למכתב צורף העתק צו ההחרמה, אשר נחתם על ידי אלוף ניצן אלון ביום 14.4.2013.
- העתק מכתבו של המשיב מיום 12.8.2013 מצורף ומסומן ע/8.
33. ביום 25.7.2013 שלח המוקד להגנת הפרט מכתב בשמו של העותר לרס"ן אודי שגיא, רמ"ד טרור ופלילי בלשכת היועמ"ש, ובו דרש כי כספו של העותר יוחזר לידי ללא דיחוי. למכתב צורפו ייפוי כוח חתום וההודעה על תפיסת הכסף שנמסרה לעותר בגשר אלנבי.

העתק מכתב המוקד מיום 25.7.2013 מצורף ומסומן ע/9.

34. ביום 28.7.2013 התקבלה במשרדי המוקד תשובת המשיב, הנושאת את התאריך 25.7.2013. במכתבו, מסר המשיב כי ביום 2.6.2013 הורה המפקד הצבאי על החרמת כספו של העותר, "בהסתמך על מידע מודיעיני מהימן אשר הצביע על כך כי מדובר בכספים השייכים להתאחדות בלתי מותרת, ועל כן בני החרמה לפי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945". למכתב צורף העתק צו ההחרמה, אשר נחתם על ידי אלוף ניצן אלון ביום 2.6.2013.

העתק מכתבו של המשיב מיום 25.7.2013 מצורף ומסומן ע/10.

ההליכים שהתקיימו בפני בית המשפט הצבאי

35. ביום 29.8.2013 הגיש המוקד להגנת הפרט עררים לבית המשפט הצבאי יהודה (עופר) על החלטת המשיב להחרים את כספם של העותרים, וזאת בהתאם לתקנה 147(א) לתקנות ההגנה, שהוזכרה לעיל.

ע' 4735/13 צראווי נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מצורף ומסומן ע/11.

ע' 4737/13 הור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מצורף ומסומן ע/12.

36. ביום 3.9.2013 התקבלה במשרדי המוקד החלטתו של כב' הש' דהאן, אשר ניתנה ביום 29.8.2013, הקובעת מועד לקדם משפט לעררים ליום 12.9.2013.

37. ביום 12.9.2013 התייצבו הצדדים לקדם משפט בבית המשפט הצבאי בעופר. העותרים טענו טענות מקדמיות שונות, ובראשן היעדרה של זכות שימוע כהלכתה, בשל הלקוניות בהודעת המדינה על הטעמים העומדים בבסיס צווי ההחרמה שהוציא המשיב בעניינם של העותרים. המשיב מצידו טען, כי לבית המשפט הצבאי כלל לא ניתנה סמכות לדון בחוקיותם של צווי ההחרמה, וכי סמכות זו מסורה לבג"ץ בלבד. בסיום הדיון קבע בית המשפט כי בתוך 14 ימים יודיע המשיב האם ימסור פראפרזה מתוך החומר החסוי אשר עמד בבסיס צווי ההחרמה, ובתוך 30 יודיעו העותרים האם לאור פראפרוזות אלו יוכלו למצות את זכות השימוע הנתונה להם (בהערת אגב יצוין, כי למרות בקשות חוזרות ונשנות של העותרים ממזכירות בית המשפט הצבאי, לא נמסר לעותרים עותק מפרוטוקול דיון זה וההחלטה שניתנה בסופו).

38. ביום 29.9.2013 העביר המשיב למוקד פראפרזה בעניינה של העותרת, לפיה "ברשות הנידונה נתפסו כספים מטעם ארגון החמא"ס אותם סייעה להעביר לשטח". כמו כן העביר המשיב את הודעתה של העותרת בחקירתה במעבר אלנבי, בה טענה כי המדובר בכסף שחסכה ממשכורתה כרופאה ויועד לפרנסת משפחתה בגדה.

39. ביום 8.10.2013 העביר המשיב פראפרזה בעניינו של העותר, לפיה "ברשות הנידון נתפסו כספים השייכים לארגון החמא"ס, שהוא ארגון טרור". גם כאן צירף המשיב את הודעתו של העותר בחקירתו בגשר אלנבי, בה טען כי מקורו של הכסף מעבודתו, אותו לקח עמו לירדן, וכי מעולם לא היה מעורב בכל פעילות ביטחונית.

40. ביום 10.10.2013 הודיעו העותרים לבית המשפט הצבאי, כי הפראפרזות שהועברו בעניין העותרים הינן לקוניות וסתמיות ביותר, וגם הודעותיהם בגשר אלנבי אינן שופכות אור חדש על ההחלטה להחרים את כספם. משכך, טענו העותרים כי אין בידם למצות את זכות השימוע הנתונה להם מול המשיב, והם מבקשים כי בית המשפט ימשיך וידון בעניינם, ויורה על השבת הכספים אשר הוחרמו מהם.

העתק הודעת העותרים לבית המשפט הצבאי מיום 10.10.2013 מצורף ומסומן ע/13.

41. ביום 9.12.2013, כחודשיים לאחר הגשת הודעתם המעדכנת, וכיון שבית המשפט טרם קבע מועד להמשך טיפול בתיקים, הגישו העותרים בקשה למתן החלטה בעניינם.

העתק בקשת העותרים מיום 9.12.2013 מצורף ומסומן ע/14.

הוצאת צו האלוף החדש והשלכותיו על ההליכים

42. ביום 7.1.2014 התקבלה במשרדי המוקד החלטתו של בית המשפט הצבאי, שניתנה ביום 6.1.2014. בהחלטתו, הודיע בית המשפט כי לאחרונה התפרסם צו האלוף, אשר לכאורה עלול לשלול את סמכותו של בית המשפט מלהמשיך ולדון בעתירות שלפניו. משכך, הורה בית המשפט לצדדים להגיש סיכומים בכתב בהם יציגו את עמדתם לעניין סמכותו העניינית של בית המשפט הצבאי לדון בעתירות, לנוכח צו האלוף החדש. להחלטה צורף העתק הצו המדובר.

העתק החלטת בית המשפט הצבאי מיום 6.1.2014 מצורף ומסומן ע/15.

43. ביום 14.1.2014 התקבלו סיכומי המשיב לעניין הצו החדש וסמכותו של בית המשפט הצבאי. בסיכומיו טען המשיב כי "הצו [...] בא להבהיר באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על הליכי תפיסה והחרמה מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ועל החרמה של המפקד הצבאי, מכוח סמכותו המינהלית, אינה נתונה בידי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש". בנוסף חזר המשיב על עמדתו, לפיה עוד קודם להוצאת הצו, לא היתה לבית המשפט הצבאי סמכות לדון בתיקים מעין אלו, וכי הצו החדש "רק מחדד, מבהיר וחוזר על העיקרון האמור".

העתק סיכומי המשיב מיום 14.1.2014 מצורף ומסומן ע/16.

44. ביום 21.1.2014 הגישו העותרים את סיכומיהם לעניין צו האלוף החדש. העותרים טענו כי הצו החדש סותר את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי ומשכך - שומה על בית המשפט הצבאי עצמו להורות על בטלותו של הצו. זאת בהתאם להלכה שנפסקה בעניין ערר (איו"ש) 5/06 שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור (להלן: עניין שוורץ), הקובעת כי לבית המשפט הצבאי ניתנה סמכות לבטל צו של המפקד הצבאי, אם ראה שאינו עומד בנורמות המשפט הבינלאומי המחייבות אותו.

העתק סיכומי העותרים מיום 21.1.2014 מצורף ומסומן ע/17.

45. ביום 2.2.2014 התקבלה במשרדי המוקד החלטת בית המשפט הצבאי, שניתנה ביום 29.1.2014. בהחלטתו קבע בית המשפט כי "לאחר שעיינתי בטענות הצדדים מצאתי כי סוגית התקיפה העקיפה שהעמידו העותרים לפתחו של בית המשפט הינה סוגיה קשה וחשובה ולפיכך יש מקום לדון בה במושב תלתא". בית המשפט הורה לצדדים להודיע האם בכוונתם לסכם את טיעונים בעל פה בפני המושב, בנוסף לסיכומים שהוגשו בכתב. כן הורה בית המשפט לעותרים להודיע האם בכוונתם לתקוף את צו האלוף בתקיפה ישירה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

העתק החלטת בית המשפט הצבאי מיום 29.1.2014 מצורף ומסומן ע/18.

46. ביום 9.2.2014 הוגשו הודעות הצדדים. המשיב הודיע כי יש בכוונתו להוסיף ולסכם את טענותיו בעל פה בפני המושב. העותרים הודיעו כי הם מסתפקים לעת הזאת בטיעונים בכתב שהוגשו לבית המשפט. כן הודיעו העותרים, כי הם שומרים לעצמם את הזכות לפנות לבג"ץ בשאלת חוקיותו של צו האלוף, וזאת בכפוף לתוצאות ההליך הנוכחי ולפסק דינו של ההרכב המורחב, לכשיינתן. הדיון נקבע ליום 27.2.2014.

העתק הודעת המשיב מיום 9.2.2014 מצורף ומסומן ע/19.

העתק הודעת העותרים מיום 9.2.2014 מצורף ומסומן ע/20.

47. והנה, ביום 25.2.2014 התקבלה במשרדי המוקד הודעתו של המשיב, הנושאת את התאריך 23.2.2014. בהודעתו, עדכן המשיב כי לאחרונה הוגשה עתירה לבג"ץ בעניין חוקיותו של צו האלוף החדש (בג"ץ 1292/14 חמידאת נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון), בידי עותר אשר נפגע אף הוא מצו זה. משכך, טען המשיב כי ראוי לדחות את הדיון שנקבע בפני בית המשפט הצבאי, כדי שלא ליצור מצב בו שתי ערכאות שיפוטיות שונות דנות באותו נושא במקביל, ומתוך רצון לתת עדיפות ל"תקיפה ישירה" של הצו בפני בג"ץ, תחת "תקיפה עקיפה" שלו בפני בית המשפט הצבאי. העותרים מצידם הודיעו כי לאור הנסיבות המפורטות בבקשת המשיב, הם אינם מתנגדים לבקשה לדחיית מועד הדיון.

העתק הודעת המשיב מיום 23.2.2014 מצורף ומסומן ע/21.

העתק הודעת העותרים מיום 25.2.2014 מצורף ומסומן ע/22.

48. ביום 26.2.2014 הודיע בית המשפט הצבאי כי הוא דוחה את הדיון בעתירות למועד שייקבע בהמשך. החלטה זו נמסרה לעותרים טלפונית, באמצעות מזכירות בית המשפט הצבאי.

49. במצב עניינים זה, כאשר ראו העותרים כי סוגיית חוקיותו של צו האלוף, ובכללה שאלת סמכותו העניינית של בית המשפט הצבאי תוכרע ככל הנראה בבג"ץ, וכי בית המשפט הצבאי לא יכריע לעת הזאת בעניין זה, הודיעו העותרים לבית המשפט הצבאי כי הם חוזרים בהם מהודעתם מיום 9.2.2014, וכי בכוונתם לנצל את זכותם לפנות לבג"ץ על מנת שזה יבחן את חוקיותו של צו האלוף החדש.

העתק הודעת העותרים מיום 27.2.2014 מצורף ומסומן ע/23.

50. מכאן עניינה של עתירה זו.

הטיעון המשפטי

הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

51. שלוש מערכות נורמטיביות מחייבות את המפקד הצבאי. ראשית, מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו. מובן כי המשיב לא שואב את סמכותו מן החקיקה הצבאית אשר הוא עצמו קובע, אלא ממכלול המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (לא פורסם, 29.12.2009)).

52. שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 **אלבסיוני נ' ראש הממשלה**, תק-על 12008 (1) 1213; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005 (3) 3333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 2003 (1) 937; בג"ץ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פ"ד נז (1) 385).

53. בנוסף, כרשות ציבורית ישראלית, נושא המפקד הצבאי בתרמילו את הנורמות של המשפט הציבורי הישראלי, ובכללן את המחויבות לזכויות האדם ואת האיסור לפגוע בהן פגיעה בלתי מידתית. ראו, למשל: בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לו (4) 785; בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח (3) 443; בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח (5) 807.

חובות המפקד הצבאי על פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי

54. צו האלוף קובע, כי לתושבי השטחים אין זכות לערער על החלטות המפקד הצבאי להחרים את רכושם בפני בתי המשפט הצבאיים, שהם הערכאות השיפוטיות היחידות הזמינות לתושבי השטחים. הצו אף מוסיף וקובע, כי החלטות המפקד הצבאי להחרים את רכושו של תושב "אין אחריה ולא כלום". בכך שולל הצו את זכותם של תושבי השטחים לפנות לערכאות המשפטיות על מנת שאלה יפעילו ביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי בעניינם. **מצב זה סותר חזיתית את הוראות הדין הבינלאומי בעניין סמכותו וחובותיו של מפקד שטח כבוש.**

55. כמפקד השטח הכבוש, למשיב חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים.

56. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים :

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

57. הזכות להגנה שווה בפני החוק ולהליך משפטי הוגן, הכוללת מניה-וביה את זכות הגישה לערכאות, מוכרת כעיקרון יסוד במשפט הבינלאומי ההומניטארי, וראו: סעיפים 66-75 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 75 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 6 לפרוטוקול השני הנוסף לאמנת ג'נבה הרביעית.

58. בנוסף, כאשר נדרש בית המשפט לבחון האם חוק שחוקק המפקד הצבאי, עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, שומה עליו לבחון האם טובתה של האוכלוסייה היא שעמדה לנגד עיני המחוקק :

בבואנו לבדוק אם דבר חקיקה של מעצמה מחזיקה עולה בקנה אחד עם הוראת הסעיף 43 לאמנה, נודעת חשיבות מרובה לשאלה, מה היה מניעו של המחוקק? [...] הכול מסכימים שמעשה חקיקה שדבר אין לו עם הדאגה לשלום התושבים, פסול הוא, והוא חורג מגדר סמכותו של המחזיק.

(בג"ץ 337/71 אלג'מעה אלמסיחיה ללאראצי אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"מ כו(1) 574; ההדגשה הוספה).

59. בענייננו, אין ספק שחוק אשר שולל את זכותה של האוכלוסייה המקומית לביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי בעניינה, לא נועד לטובתה של אותה אוכלוסייה. זאת בעיקר לנוכח הפגיעה הקשה שנושא עימו חוק זה בזכויותיהם של תושבי השטח הכבוש, ובראשן זכות הגישה לערכאות וזכות הקניין.

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

60. צו האלוף החדש פוגע בזכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים, ובכך הוא סותר את נורמות המשפט הציבורי הישראלי. זכות הגישה לערכאות הוכרה זה מכבר כזכות יסוד חוקתית ראשונה במעלה :

דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר - וכך אומר אני - כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק [...] חסימת הדרך לבית-משפט - בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדימוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשילטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד... בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עימו.

(ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3), 577, להלן: עניין ארפל אלומיניום, ההדגשות הוספו).

61. למעמדה של זכות הגישה לערכאות כזכות יסוד ר' גם: יורם רבין 'זכות הגישה לערכאות' **כזכות חוקתית** (המשפט כרך ה', תשס"א); רע"א 9567/08 כרמל אולפנינס בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק), תק-על 2011(1), 1107, 1115 (2011); בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים, תק-על 2010(4), 3737, 3755 (2010); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 2.10.2008); בג"ץ 1661/05 המועצה המקומית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2), 481, 611-612 (2005).

62. כאמור, הזכות להגנה שווה בפני החוק תלויה בקיומה של זכות הגישה לערכאות, ומוכרת כעיקרון יסוד גם **במשפט זכויות האדם הבינלאומי** (ר' סעיפים 7-10 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; סעיפים 3, 14 ו-26 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיפים 5-7 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

63. זכות הגישה לערכאות הוכרה ושוכללה בפסיקת בתי המשפט הבינלאומיים. בפסק דינו של בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) בעניין **Barcelona Traction** משנת 1970 נקבע כי:

Human rights...also include protection against denial of justice.

(**Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd** (New Application: 1962) (Belgium v Spain) (Second Phase) [1970] ICJ Rep 3, para 91).

64. בפסק דינו בעניין **Golder v United Kingdom** משנת 1975, קבע בית הדין האירופי לצדק (ECJ), כי הגם שזכות הגישה לערכאות אינה מצוינת במפורש באמנה האירופית לזכויות אדם, הרי שהכללים הפרוצדוראליים המפורטים בסעיף 6 לאמנה, שנועדו להבטיח משפט הוגן (לדוגמה עיקרון הפומביות), יהפכו ריקים מתוכן ללא זכות הגישה לערכאות.

65. בפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR) בעניין **Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v Greece**, משנת 1994, נקבע כי התערבותה של מדינה בהליך משפטי, באמצעות חקיקה השוללת את סמכותה של ערכאה לדון בעניין מסוים העלול להיפסק לרעתה של אותה מדינה – כפי שהתרחש בענייננו עם חקיקתו של צו האלוף בעיצומם של ההליכים בפני בית המשפט – מהווה אף הוא הפרה של סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ומכאן שהוא מהווה הפרה של משפט זכויות האדם הבינלאומי:

...The principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 (art. 6) **preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute.** [...] the State infringed the applicants' rights under Article 6 para. 1 (art. 6-1) by intervening in a manner which was decisive to ensure that the - imminent - outcome of proceedings in which it was a party was favourable to it. **There has therefore been a violation of that Article (art. 6-1).**

(**Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v Greece** (ECtHR) Series A No 301-B, para 49-50, ההדגשות הוספו).

66. ובפסק הדין בעניין **Fogarty v United Kingdom** משנת 2001, נאמר כי החלטה לפיה תחום שלם של תביעות לא יידון בפני בתי המשפט – כפי שקובע צו האלוף בעניינו – סותרת הן את הוראות סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, הן את עיקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית:

[...] it would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1 - namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication - if, for example, a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, **remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons** (see the Fayed v. the United Kingdom judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, § 65).

(Fogarty v United Kingdom (ECtHR) Reports 2001-XI 137, para 25, ההדגשות הוספו).

האפשרות לפנות לבג"ץ אינה מאיינת את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

67. לכאורה ניתן לטעון, כי הצו שהוציא האלוף אינו חוסם כליל את זכותם של תושבים שכספם הוחרם לפנות לבית המשפט ולהשיג על החלטה זו – שכן תמיד שמורה להם הזכות לפנות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, אשר מוסמך אף הוא לבצע ביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי. אך בתי המשפט הצבאיים כבר עמדו בהרחבה על היתרונות המשמעותיים של התדיינות בפני הערכאות המקומיות המוסמכות, וזאת הן מבחינת מומחיותן, הן מבחינת נגישותן לתושבי השטחים והן מבחינת היתרונות הדיוניים שהן מאפשרות.

68. למעשה, קבע בית המשפט הצבאי, שלילת האפשרות לפנות לבתי המשפט הצבאיים בנושא, אלא לבג"ץ בלבד, משמעותה מניעה מוחלטת של זכות הגישה לערכאות עבור רבים מהתושבים. בשל חשיבותם של דברי בית המשפט בנושא, נביא אותם במלואם:

הטענה כי המערער היה צריך למצוא את פתרונו בעתירה לבית המשפט העליון נראית לי מעוררת קושי. הפתרון הראוי הינו כי תושב האזור הנפגע מהחלטת המפקד הצבאי יוכל לפנות בהליך שהינו נגיש וזמין, בפני ערכאה שיפוטית דיונית הפועלת על פי כל הכללים המקובלים בבתי המשפט המנהליים, ולא בפנייה לבית המשפט העליון. ההגנה הטובה יותר על זכויות תושב שטח מוחזק מצויה בביקורת שיפוטית זמינה ונגישה. **בית המשפט העליון זמין פחות לתושבי האזור, ולו מהטעם כי לא כל עורכי הדין באזור יכולים להופיע בפני בית המשפט העליון בישראל. הדרישה לפנייה לבית המשפט העליון יוצרת מחסום בירוקראטי הלכה למעשה, ומקטינה את נגישות התושב לערכאות שיפוטיות.** אין כל ספק כי בית המשפט העליון יכול ויוכל לשמור על זכויות הפונים אליו וייתן סעד מתאים במקרים הראויים לכך. אך **הקביעה כי בית משפט צבאי נעדר סמכות משמעה כי חלק ניכר מתושבי האזור כלל לא יוכלו לפנות לערכאה שיפוטית מסיבות הכרוכות בעלות ההליכים: כגון האגרה המשולמת בהגשת עתירה לבית המשפט העליון, הצורך לשכור עורך דין ישראלי דווקא ולא עורך דין תושב האזור שאינו מוסמך להופיע בבתי המשפט בישראל וכדומה** (והשוו עניין כרשאן לעיל, עניין אבו עלאן לעיל). יתר על כן, פנייה ישירות לבג"ץ שוללת זכות ערעור מתושב האזור, שכן לעמדת המשיב ההליך צריך להתחיל ולהסתיים בפני בג"צ, בעוד שמתן סמכות לבית המשפט הצבאי של ערכאה ראשונה מאפשרת ערעור בפני בית משפט צבאי לערעורים, שלאחריו ניתן לפנות גם לבית המשפט העליון בעתירה לבג"צ [...] גם מבחינה מהותית, לנוכח המומחיות שקנו להם בתי המשפט הצבאיים בסוגיות האמורות בדין האזור,

היכרותם הקרובה עם צרכי הביטחון מחד גיסא, והצורך לשמור על זכויות אדם ובעיקר זכויות התושבים המוגנים בשטח מוחזק על פי המשפט הבינלאומי מאידך גיסא, אין כל ספק בעיניי כי בתי המשפט הצבאיים יוכלו להעניק סעד הולם במקרים המתאימים. האובייקטיביות והמקצועיות בהם ניחנים שופטי בתי המשפט הצבאיים יהיו מענה הולם לצורך להגן על זכויותיהם של תושבי האזור בכלל, וזכויותיהם הקנייניות בפרט.

(פסק דינו של הש' לקח בעניין חסין הנזכר לעיל, ההדגשות הוספו).

69. נזכיר כי הפניית תושבי השטחים, המבקשים להשיג על החלטה להחרים את רכושם, לבג"ץ בלבד, נושאת עמה השלכות קשות נוספות: ההחלטה שוללת מתושבים אלו את **הזכות להיות נוכחים פיזית בדיוני בית המשפט בעניינם**, בשל המגבלות הקשות שמטיל המשיב על כניסתם של תושבים פלסטינים לשטחי מדינת ישראל והצורך בהוצאת היתרים מיוחדים לשם כך; ההחלטה מעבירה את הדיון **לערכאה אשר אינה נוהגת לשמוע עדים ולנהל תיק הוכחות**, החיוניים להוכחת החוקיות או אי החוקיות בהחלטת המפקד הצבאי להחרים את רכושם של תושבים.

70. כל זאת, כאמור, בנוסף להיבטים הפוגעניים השונים שפורטו בהחלטת בית המשפט בעניין חסין שהובאה לעיל, קרי: הצורך לשכור עורך דין ישראלי, שעלות שכרו לרוב יקרה יותר מזו של עו"ד ישראלי, והצורך לעמוד בעלות האגרות שנדרשות בפנייה לבג"ץ, לעומת ההליך נטול האגרה המוצע להם בבתי המשפט הצבאיים.

הפגיעה בזכות הקניין

71. צו האלוף החדש פוגע בעקיפין גם בזכות הקניין של תושבי השטחים. שכן, הותרת סמכות בלתי מוגבלת למפקד הצבאי להורות על החרמת רכושם של תושבים – מבלי שלתושבים אלו שמורה הזכות להשיג על החלטה זו בפני הערכאות השיפוטיות הזמינות להם, קרי בתי המשפט הצבאיים – משמעה הגדלת הסיכון להחרמות רכוש בלתי מוצדקות, שייתכן שלא היו עומדות בביקורת שיפוטית. את הפגיעה בזכות הקניין של תושבי השטחים, המגולמת בסמכותו של המפקד הצבאי להוציא צווים להחרמת רכושם, ניתן לאזן רק על ידי מתן אפשרות להשיג על החלטה זו, ולהעבירה תחת שבט הביקורת השיפוטית.

72. וכך קבע בית המשפט באשר לזכות הקניין של תושבי השטחים:

על מפקד האזור להפעיל שיקול דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם יוציא צו הפוגע בזכויות קניין של אזרחים בשטח מוחזק. חובה זו מוטלת עליו הן מכוח דיני המלחמה במשפט הבינלאומי הן מכוח המשפט החוקתי הנוהג בישראל, המגדיר זכות קניין כזכות יסוד חוקתית. הוא רשאי להפעיל את סמכותו כאמור מקום שצרכים צבאיים ביטחוניים חיוניים מחייבים זאת, או כאשר בנסיבות העניין יש צורך חיוני להגן על זכויות חוקתיות נוגדות, הגוברות במשקלן על זכות הקניין, וכאשר האמצעי הננקט כלפי קניינו של הפרט מאזן באורח מידתי בין חשיבות התכלית שמבקשים להשיג לבין עוצמת הנזק הצפוי מהפגיעה. [...] הפגיעה בזכות החוקתית תעמוד במבחן החוקתי אם היא מתיישבת עם ערכי המדינה, אם היא נועדה לתכלית ראויה, ואם היא נעשית במידה שאינה עולה על הנדרש. מכאן, שעל צו מפקד האזור שנועד להגן על הביטחון, והחלתו פוגעת בזכות קניין של הפרט, לעמוד באמות המידה של תכלית ראויה וקיום צורך חיוני המחייב את הגשתה. על תוכנו של הצו להיות פרי שיקול דעת סביר ומידתי, המאזן איזון ראוי בין חשיבותה וחיוניותה של המטרה שיש להשיגה לבין היקף הפגיעה בפרט הכרוכה בכך (פרשת עיריית בית לחם [5]).

(בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5) 368).

73. בהקשר של החרמות כספים מכוחה של חקיקת החירום, קבע בית המשפט הצבאי לערעורים כי ללא ביקורות שיפוטיות לא תוכלנה החרמות אלו לעמוד במבחן המשפט הבינלאומי, בשל פגיעתן בזכות הקניין:

כאמור לעיל, הפרשנות שמרחיבה בהיקף הביקורת השיפוטית, **מגינה מפני פגיעה יתירה בזכות הקניין, בכך שהיא מאפשרת פנייה לקבלת סעדים מבית המשפט, ולכן היא עולה בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי.**
(מתוך פסק דינו של השי' משניות בעניין **אבו עלאן** הנזכר לעיל, ההדגשה הוספה).

הפגיעה בזכויות תושבי השטחים אינה עומדת בפיסקת ההגבלה

74. בפיסקת בית המשפט העליון נקבע, כי כאשר בוחנים את חוקיותה של החלטה מינהלית הנושאת עמה פגיעה בזכות-יסוד, יש לבחון תחילה את תכליתה של ההחלטה המינהלית:

כפי שראינו, אין פוגעים בזכויות אדם אלא בדבר חקיקה שנועד לתכלית ראויה (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת בשני מישורים: המישור האחד בוחן את התוכן של התכלית; המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה. במישור הראשון, **תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם. כמו כן, תכלית היא ראויה אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור** (ראה פרשת בנק המזרחי [28], בעמ' 434). במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה ושל המדינה. מידת החשיבות של הצורך עשויה להשתנות על-פי מהותה של הזכות הנפגעת.

(בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 53-54, ההדגשות הוספו).

75. כפי שראינו לעיל, המשיב הצהיר כי תכליתו של צו האלוף החדש הוא אך "הבהרת המצב המשפטי הקיים", למען שמירה נאותה של "הסדר הציבורי והביטחון באזור".

76. **אלא שעובר להוצאת הצו, המצב המשפטי היה דווקא זה שבו לבתי המשפט הצבאיים היתה גם היתה סמכות לבקר את החלטות המפקד הצבאי.** כפי שהוסבר בהרחבה בפרק המבוא שלעיל, הן לשונה של תקנה 147 לתקנות ההגנה לשעת חירום, והן פרשנותם של בתי המשפט הצבאיים, תומכים בזכותם של תושבי השטחים לפנות לערכאות הצבאיות בהשגה על החלטת המשיב להחרים את רכושם.

77. אין זאת אלא שמשמעותו של צו האלוף היא יצירת **מצב משפטי חדש, שבו מוגבלת מאוד זכותם של תושבי השטחים לפנות לערכאות המשפטיות**, וכן נכפים בתי המשפט הצבאיים לקבל תזה משפטית בה סירבו לתמוך בעבר.

78. במצב חדש זה, המפקד הצבאי משוחרר מכבלי הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הצבאיים, ויכול להוציא צווים המחרימים את רכושם של תושבי השטחים, בלא שהחלטות אלו יעמדו לביקורת חיצונית, ובלא שייאלץ לתת דין וחשבון על החלטות אלו בפני ערכאה שיפוטית. זוהי תכליתו האמיתית של צו האלוף, ואלה הן מטרותיו.

79. ברי, כי מצב זה אינו מקדם את "הסדר הציבורי והביטחון באזור", כפי שטוען המפקד הצבאי בדברי המבוא לצו; ובלאו הכי ברי כי מטרת הצו אינה "מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם", ואף לא ניתן לטעון כי היא "נועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות". **מטרתו האמיתית של הצו היא לקדם אינטרס צר ופסול השייך למשיב בלבד: היכולת לפעול פעולה מינהלית דורסנית של החרמת רכוש, ללא מגבלות הביקורת השיפוטית.**

80. תכלית זו, של מתן כוח בלתי-מוגבל בידיו של המשיב להחרים את רכושם של תושבי השטחים, **אינה מתיישבת עם ערכיה של המדינה**: היא פוגעת בזכותם של התושבים לפנות לערכאות המשפטיות, שעל חשיבותה לשמירת שלטון החוק והדמוקרטיה עמדנו לעיל; והיא מפקירה תושבים אלו לשרירות שלטונית מצדו של המפקד הצבאי. כפי שאמר הש' חשין בעניין **ארפל אלומיניום** הנזכר לעיל:

הנה-כי-כן, מטרתם של חוקי-היסוד הינה לעגן, לקבוע, לנטוע בתוכנו את ערכי המדינה; ערכים אלה – ערכים הקיימים לבר-חוק-היסוד – הם המזינים את חוק-היסוד ומהם חיותו של החוק. **זה המעיין שממנו שואבים אנו מימיו להחיות נפשנו. אלה הם "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת.** מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אוניות: האוניה המחוקקת, האוניה המבצעת והאוניה השופטת. המוח – על שלוש האוניות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אוניות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאליה היא, כי קיומה של רשות שופטת – כאוניה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט. הסדר ראוי לפנייה לבית-משפט – כן; חסימת הדרך – בין במישרין בין בעקיפין – לא ולא. (ההדגשות הוספו).

81. **מכאן, שצו האלוף החדש נועד לתכלית בלתי ראויה, אשר אינה מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל; ומטעמים אלו, דינו של הצו להתבטל, בהתאם למבחני פסקת ההגבלה.**

82. כיון שהצו החדש אינו עומד בשני תנאי-הסף של הבחינה החוקתית, אין צורך לדון בשאלת עמידתו בתנאי הסף השלישי – המידתיות; שכן **לא ניתן לדבר על "מידתיותה" של פעולה שלטונית, הנעשית לתכלית שכל-כולה פסולה.** הראינו שגם מטרתו המוצהרת של המשיב בחקיקת הצו – "הבהרת המצב המשפטי הקיים" כביכול, אינה מתיישבת עם המציאות המשפטית עובר לחקיקת הצו, וגם מטעם זה אין טעם לדון בשלב זה במידתיותה של ההחלטה.

סיכום

צו האלוף החדש קובע בבוטות, כי החלטות המפקד הצבאי להחרים את רכושם של תושבי האזור, אינן ניתנות לערעור, ואין אחריהן "ולא כלום". בכך פוגע המפקד הצבאי בזכותם של תושבי האזור לגישה לערכאות משפטיות, זכות אשר בית המשפט העליון תיאר כ"נעלה על זכות-יסוד". צו האלוף סוטה מהוראות המשפט הבינלאומי, וכן מעקרונות המשפט המינהלי והחוקתי כפי שנקבעו בפסיקת בתי המשפט בישראל, ואינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עתירה זו נתמכת בתצהירים שנחתמו בפני עו"ד בגדה המערבית ובירדן, ונשלחו לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהירים אלו, ואת ייפויי הכוח שאף הם נשלחו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

9 במרץ, 2014

טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 77209, 78312]