

1. אחלאס סאייל מוסטפה א-שתייה

2. סוהאד סאייל מוסטפה א-שתייה

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר ו/או שלומי זכריה  
ו/או אדר גרייבסקי ו/או אנו לוסקי ו/או נועה עמרמי מרחי יהודה  
הלוי 45, תל אביב-יפו 65157; טל: 03-4206947/8/9,  
פקס: 03-4206950

העותרות

-- נגד --

**מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,  
רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיב

## עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יבטל את צו ההחרמה לפי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שמכוחו החרים כספן של העותרות, בסך כ-5000 שקלים (כפי שיפורט להלן).
2. מדוע לא יבטל את הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה והשומרון) (מס' 1732), התשע"ד-2013 (נחתם בתאריך 25.12.13).

## ואלה נימוקי העתירה

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בהחרמת כספן של העותרות, אחיות תושבות הכפר סאלם שבגדה המערבית, ביום 22.12.13 ובעת שעשו דרכן בחזרה מירדן דרך מעבר אלנבי. החרמת הכספים גרמה נזקים ועוגמת נפש לעותרות ועתירה זו מוגשת לאחר שפניותיהן של העותרות לרשויות הרלבנטיות להשבתו, לא צלחו ולאחר שהמשיב חתם על צו החרמה שכפי שייטען להלן הינו בלתי חוקי ואינו עומד בכללי המשפט המנהלי.

2. העותרות נאלצו לפנות לבית המשפט הנכבד לאחר שזכות הגישה לערכאות נחסמה בפניהם וזאת בשל תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) התשע"ד-2013 (להלן: "הצו") הקובע 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".

### עותק הצו מצ"ב ומסומן נספח 1

3. דברי ההסבר לתחיקת הצו אשר מצויים באתר הפרקליטות הצבאית אף לא משאירים מקום לספק בדבר מטרתו של התיקון וקובעים כי:

"תיקון זה בא להבהיר את המצב המשפטי הקיים, בבחינת 'גילוי דעת המחוקק', וקבע מפורשות, כי בית המשפט הצבאי נעדר סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על הליכי תפיסה והחרמה מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ועל החרמה של המפקד הצבאי, מכוח סמכותו המנהלית."

(ראו אתר הפרקליטות הצבאית:

<http://www.law.idf.il/163-6576-he/Patzar.aspx> תחת הכותרת "חידושים בתחיקת הביטחון הפלילית באזור יהודה ושומרון- סקירת תיקוני החקיקה שנחתמו בשנת 2013").

4. העותרות ייטענו כי צו זה מפר זכויות יסוד של המשפט הישראלי הציבורי ועקרונות מנהגיים של המשפט הבינלאומי ולפיכך על בית המשפט הנכבד להורות למשיב על ביטולו.

## ב. הצדדים לעתירה והרקע העובדתי

5. העותרת מס' 1, ילידת שנת 1987, היא עיוורת מלידה שנולדה למשפחה קשת יום המתגוררת בכפר סאלם הסמוך לשכם. אביהן של העותרות, סאייל ג'בארה א-שתייה נרצח בשנת 2004 על ידי אזרח ישראלי תושב ההתנחלות איתמר, יהושע אליצור. אליצור הורשע בבית המשפט המחוזי בתל אביב בהריגת אביהן אולם נמלט מן הארץ ומעולם לא נתפס [ת"פ (תל-אביב-יפו) 40287/04].

6. למרות היותה עיוורת מלידה הצליחה העותרת מס' 1 לגבור על הקושי האדיר, וכנגד כל הסיכויים סיימה תואר ראשון ושני באנגלית וספרות, שימשה כיועצת של סטודנטיות בעלות מוגבלויות באוניברסיטת ביר-זית שבאזור רמאללה וכיום עובדת כתחקירנית שטח בעמותת "Stars of Hope Society" שהינה עמותה פלסטינית ידועה המקדמת זכויות נשים עם מוגבלויות (להלן: "העמותה"). במסגרת עבודתה זו ופועלה בתחום זכויות אנשים עם מוגבלויות נוסעת העותרת מס' 1 לכנסים בחו"ל, הן כנסים רשמיים של וועדות האו"ם והן כנסים של ארגונים חוץ ממשלתיים, וזאת כנציגתה של העמותה.

7. העותרת מס' 2, ילידת 1986 הינה אחותה של העותרת מס' 1 אשר משמשת כבת לוויתנה ועוזרת אישית של אחותה העיוורת בכל נסיעותיה, וזאת על מנת לעזור לאחותה שכאמור סובלת ממוגבלות קשה, וכן בשל עניינה האישי בקידום זכויות של אנשים עם מוגבלויות.

8. המשיב הינו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, המחזיק על-פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בענפו הנוגע לדיני תפיסה לוחמתית, בכל סמכויות הניהול והמינהל של השטח הכבוש ולפיכך משמש כחליף-הריבון באזור.

9. ביום 22.12.13 חזרו העותרות מביקור בירדן שבמסגרתו ייצגה העותרת מס' 1 את העמותה בכנס מיוחד של האו"ם בנושא קידום זכויות פוליטיות של נשים עם מוגבלויות במזרח התיכון. בהגיען למעבר אלנבי עוכבו ונחקרו העותרות במשך כשמונה שעות שבמהלכן הוחרמו מהן כל הכספים שהיו ברשותן על ידי אנשי הביטחון במעבר כמפורט להלן: 357 דולרים, 500 שקלים ו-98 דינר של העותרת מס' 1; ו-570 דינר של העותרת מס' 2.

10. העותרות תושאלו ארוכות בדבר מטרת נסיעתן לירדן, מטעם מי נסעו וכן בדבר מקור כספן. יצוין כי העותרות סיפקו הסברים לגבי מקור כספן כפי שיפורט להלן ואף הציעו להראות לחיילים שתשאלו אותן את תלושי המשכורת של העותרת מס' 1 שיוכחו את אמיתות טענתן, אך הסבריהן נדחו וכל כספן נתפס. לעותרות ניתנה הודעת תפיסה שבה נאמר כי כספן נתפס "בשל חשד להעברת כספים הקשורים להתאחדות בלתי מותרת".

### **עותק הודעת תפיסה מיום 23.12.14 מצ"ב ומסומן נספח 2**

11. העותרות, ששחררו רק בשעה אחת וחצי לפנות בוקר עם נעילת המעבר, ביקשו שישאירו בידן מעט כסף על מנת שיוכלו לחזור לביתן אולם החיילים במעבר סירבו לעשות כן והשאירו את שתי הנשים הצעירות חסרות כל וחשופות לקור הלילה העז. כך נאלצו העותרות לחכות בצד הדרך משך שעות בחסות הלילה, עד שלבסוף בן משפחתן הגיע לחלצן. יצוין כי העותרות אינן בטוחות האם היו אלו שוטרי מעבר הגבול, או שמא חיילי צה"ל אשר תשאלו אותן ותפסו את כספן.

12. סיכומו של דבר שכספן של העותרות נלקח מהן ללא כל הסבר, ללא שנאמר להן מה עילת התפיסה והן הושארו ללא אגורה בצד הגדתי של הגשר.

### מיצוי הליכים

13. ביום 6.1.2014 פנו העותרות, וידיד המשפחה, מר ב"ע, ליועמ"ש איו"ש, וקבלו על תפיסת הכספים והיחס המחפיר שלו זכו העותרות במעבר אלנבי. לאחר שמכתב זה לא נענה פנו שוב ביום 10.3.14 ידיד נוסף של המשפחה, מר א"פ, והעותרות למשיב וביקשו את השבת הכספים.

**העתק המכתב מיום 6.1.2014 מצ"ב ומסומן נספח 3**

**העתק המכתב מיום 10.3.2014 מצ"ב ומסומן נספח 4**

14. ביום 8.4.14 התקבלה תגובה מטעם יועמ"ש איו"ש שלפיה הורה המשיב על החרמת הכספים בצו מיום 7.4.14. זאת, "לאור מידע מודיעיני מהימן ומוצלב שהוצג בפניו, ממנו עולה כי מדובר בכספים השייכים להתאחדות שאינה מותרת- ועל כן בני החרמה בהתאם לסמכותו של המפקד לפי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945".

**העתק צו החרמה והודעה בדבר החרמה מיום 8.4.14 מצ"ב ומסומן נספח 5**

15. ייאמר כבר עתה כי העותרות מכחישות מכל וכל את הטענה כי כספן נועד למימון טרור או לכל פעילות בלתי חוקית אחרת. כפי שיפורט בהמשך, 500 השקלים ו-98 דינרים שהוחרמו מהעותרת מס' 1 הם ממשכורתה כיועצת באוניברסיטת ביר זית, 357 הדולרים שהוחרמו הינם יתרת הכסף שניתן לעותרת מס' 1 על ידי העמותה על מנת לכסות את הוצאותיהן של העותרות במסגרת הכנס. כספה של העותרת מס' 2 שהוחרם ניתן לה על ידי אימה ודודתה על מנת שתרכוש עבורן תמרוקים בירדן אך אלו לבסוף לא נרכשו מפאת מחירם היקר וההבנה שהמחירים בירדן אינם זולים יותר ממחירי תמרוקים בגדה.

16. עוד יוזכר, כי לנוכח תיקון מספר 36 לצו בדבר הוראות ביטחון שהוזכר לעיל – העותרות אינן יכולות לפנות לבית המשפט הצבאי ולאתגר בו את צו החרמה. הסכום נשוא עתירה זו, אף שהוא פעוט באופן יחסי, הוא סכום ניכר עבור העותרות שכאמור באות ממשפחה עניה מאוד.

17. תיקון מס' 36 מאלץ אותן לפנות, בלית ברירה, לבית משפט נכבד זה – ואילולא הייצוג המשפטי שהן מקבלות מעמותה לזכויות אדם ("יש דין"), ככל הנראה שלא היה עומד להם כל אפשרות לבקש סעד ממערכת משפטית כלשהי.

18. מכאן עתירה זו.

### ג. הטיעון המשפטי

19. העותרות תטענה כי בהחרמת הכספים פעלו המשיב בניגוד לכללי המשפט המנהלי הישראלי ללא סמכות או למצער, תוך חריגה מסמכות, ותוך הפרת זכותם של העותרות לשימוע הוגן ולטיעון. העותרות יטענו כי בפעולתם פגעו המשיב קשות בזכויות הקניין שלהן מבלי שבידם הצדקה חוקית לפגיעה כאמור. **העותרות יראו כי לצו החרמה זה אין כל בסיס משפטי ולא קדם לו הליך הוגן וראוי כדרישת פסיקת בית משפט נכבד זה.** עוד יטענו העותרות כי החרמת הכספים מהווה הפרה של התחייבויותיה המינהגיות הבינלאומיות של מדינת ישראל.

20. לאחר מכן תטענה העותרות כי תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) התשע"ד-2013 אף הוא נוגד את כללי המשפט המנהלי הישראלי וכן עקרונות מינהגיים של המשפט הבינלאומי שאליהם מחוייבת ישראל.

## **I. צו החרמה מיום 7.4.14 ניתן בחוסר סמכות**

### **א. המשיב 1 נעדר סמכות להחרים רכוש מכוח תקנה 120 ללא קיומו של הליך פלילי:**

21. לפני שנעבור לבחינת הסעיפים הבאים שמכוחם הוחרם רכוש העותרות יש לזכור כי עקרונות היסוד של השיטה, ובראשם הזכות לכבוד, והזכות לקניין במסגרת חוקי היסוד, בלויית כללי המשפט המנהלי, מחייבים פרשנות תכליתית של החוק תוך כיבודן של זכויות היסוד.

22. הכללים אשר ינחו את בית המשפט בבואו לפרש את החוק פורטו בהרחבה על ידי בית המשפט הנכבד בבג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח', פ"ד נ(2) 793 (1996), שם נאמר בין השאר, כדלקמן:

*"בצד הלשון עומדת התכלית. אלה הן המטרות היעדים האינטרסים והערכים אשר הנורמה נועדה להגשים. על תכלית הנורמה למד הפרשן מערכי היסוד של השיטה ובהם הרצון להגשים ערכי צדק, מוסר וזכויות אדם" (שם, עמ' 801).*

*"על הפרשן, הניצב בפני מיגוון האפשרויות הראשוניות והתכליות השונות המונחות ביסוד הנורמה המשפטית, "הכלואה" בטקסט לשלוף משמעות אחת המצויה בו ואשר יותר מכל משמעות לשונית אחרת מגשימה את תכליתה של החקיקה" (שם, עמ' 802).*

23. אשר על כן, בבחינת רוחבו של דבר חקיקה המסמיך לפגוע בזכות הקניין, כגון סעיף המסמיך החרמת רכוש, יש לבחון איזו מבין האפשרויות הלשוניות בחוק מתיישבת בצורה הטובה ביותר עם יתר מעשי החקיקה הרלוונטיים וכן עם זכויות האדם של הנפגע אשר מוגנות חוקתית הן בדיני התפיסה הלוחמתית החלים ביחסים שבין צה"ל והאוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית והן מכח חוקי היסוד החלים על כל רשות ישראלית (סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

24. נעבור, אם כן, לבירור תנאי הפעלת סמכות החילוט הנטענת ולבחינת הסעיפים שמכוחם ניתן צו ההחרמה. כאמור, בצו ההחרמה מיום 7.4.14 ובמכתב הנלווה לו נטען כי כספן של העותרות הוחרם לפי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: "תקנות ההגנה") משום שמדובר בכספים אשר שייכים להתאחדות בלתי מותרת.

25. תקנה 120 לתקנות ההגנה קובעת:

*"שר הבטחון רשאי להורות בצו כי יוחרמו לזכות ממשלת ישראל כלל רכושו, או מקצתו, של כל אדם שבו נוכח שר הבטחון לדעת כי עבר, או ניסה לעבור, או חיזק את ידי העוברים, או היה שותף לאחר מעשה לעוברים עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת-אימה, או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי".*

26. הפרשנות היחידה המתקבלת על הדעת מלשון התקנה הינה כי במקום שבו "נוכח" שר הביטחון לדעת שנעברה עבירה, משמעו מקום שבו ידוע עובדתית שנעברה עבירה- קרי, ידיעה מבוססת על החלטה שנתקבלה במסגרת הליך פלילי לגבי אותה העבירה. פרשנות זו שלנו גם עולה בקנה אחד עם העיקרון הפרשני לפיו בהינתן שתי פרשנויות אפשריות וסבירות, תועדף הפרשנות המעניקה הגנה רחבה יותר לזכויות האדם.

27. אולם, המשיב לא פתח בחקירה פלילית כנגד העותרות וממילא לא הוגש כתב אישום ולא הורשע אף אדם בקשר לחשדות האמורים בצו ההחרמה. לא הוכח כי העותרות עברו על תקנות ההגנה, כל שנטען הוא שכספן שייך להתאחדות בלתי מותרת, הן בהודעת התפיסה שניתנה לעותרות בגשר אלנבי והן בצו ההחרמה.

28. אף בית המשפט הצבאי לערעורים, שהוא ערכאת הערעור על בתי המשפט הצבאיים של הערכאה הראשונה, שהיו מוסמכים לדון בעררים כנגד החלטות החרמה (לפני שסמכותם זו

אויינה מכוח תיקון מספר 36 כפי שעוד יפורט בהמשך) פסק כי תקנה 120 אינה מתאימה למקרים כגון מקרה זה שכן מטרתה איננה מניעתית אלא עונשית:

"תקנה 120 היא תקנה מעין עונשית. היא מאפשרת למפקד הצבאי להחרים את רכושו הפרטי של מי שביצע עבירה של אלימות או עבירה עליה נשפטים בפני בית משפט צבאי. אין המדובר בנטילת כספים או רכוש של ארגון הטרור, אלא כספיו ורכושו הפרטיים של אדם שפעל, למשל, בעבור ארגון הטרור בעבירות אלימות. בענייננו, לא היה מקום כלל לשימוש בתקנה 120. הכספים בהם מדובר אינם כספיו של מי שמבקשים להחרים את רכושו בשל העובדה כי ביצע עבירות אלימות, ואף לא הובאו ראיות על כך. המדובר בהחרמת כספים שהם אליבא דרשויות הביטחון, כספי ארגון הטרור עצמו. התקנה המתאימה לשימוש במקרה זה היא תקנה 84(2)(ב), ולא תקנה 120."

[עד"י (איו"ש) 2169/12 אַחמד חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (ניתן ביום 21.11.12)].

29. **מכאן, שתקנה 120 כלל אינה חלה בענייננו והחרמת כספיהן של העותרות מכוחה נעשתה בחוסר סמכות.**

30. התקנה הנוספת שמכוחה פעל המשיב, ע"פ הצהרתו, הינה תקנה 84, אשר בניגוד לתקנה 120 אכן מאפשרת **החרמת** רכוש שלא אגב הליך פלילי אלא כפועל יוצא מהכרזה על התאחדות כבלתי מותרת של שר הביטחון וזאת ללא ש"נעברה עבירה". כאמור, על המשיב היה לבסס החלטתו על תקנה 84(2)(ב) בלבד.

31. בהקשר זה, דוחות מכל וכל העותרות את הקביעה כי כספן שייך להתאחדות בלתי מותרת. כאמור לעיל, 500 השקלים ו-98 הדינרים שהוחרמו מהעותרת מס' 1 הם ממשכורתה כיועצת באוניברסיטת ביר זית, 357 הדולרים שהוחרמו הינם יתרת הכסף שניתן לעותרת מס' 1 על ידי העמותה על מנת לכסות את הוצאותיהן של העותרות במסגרת הכנס שעסק בזכויות נשים עם מוגבלויות. כספה של העותרת מס' 2 שהוחרם ניתן לה על ידי אימה ודודתה על מנת שתרכוש עבורן תמרוקים בירדן. כאמור, אלו לבסוף לא נרכשו מפאת מחירם היקר וההבנה שהמחירים בירדן אינם זולים יותר ממחירי תמרוקים בגדה. המדובר ברכוש האישי של העותרות ולצורכיהן האישיים במהלך נסיעתן.

**העתק תלוש המשכורת של העותרת מס' 1 מאוניברסיטת ביר זית עבור שנת 2013 מצ"ב ומסומן נספח 6**

**העתק מכתב מעמותת Stars of Hope המאשר את השתתפותן של העותרות בכנס וכן תלוש משכורת של העותרת מס' 1 מצ"ב ומסומנים נספח 7**

32. זאת ועוד: מאז רצח אביה על ידי אזרח ישראלי, הפכו העותרות לפעילות העוסקות בקידום השלום ושמך לעצמן למטרה לפעול למען פיוס בין הצדדים ולהפסקת האלימות, וזאת לצד עבודתה של העותרת מס' 1 למען נשים עם מוגבלויות. העותרות ומשפחתן עוסקות מזה שנים בקידום שיתוף פעולה בין ישראלים ולבין פלסטינים. היא מצויה בקשר עם קבוצה של פעילי שלום ישראלים (ביניהם מר ב"ע ומר א"פ שכתבו בשמן את המכתבים ליועמ"ש איו"ש כמפורט לעיל). לפיכך, עצם הרעיון כי העותרת מס' 1 שהינה מגינת זכויות אדם מובהקת, או מי מבני משפחתה עוסקים במתן שירותים עבור התאחדות בלתי מותרת הינו מופרך.

33. עוד נזכיר, כי הסכום שהוחרם מהעותרות הינו סכום צנוע שאין לגביו חובת הצהרה כאמור בצו בדבר הכנסת כספים לאזור (יהודה והשומרון) (מס' 973), התשמ"ב-1982. מכאן, שאין ולא הייתה עילה חוקית אחרת להחרמת כספיהן של העותרות.

34. לסיכום, פרשנות מילולית, תכליתית וחוקתית, מחייבת את המסקנה כי לא תיתכן החרמת רכוש ללא הרשעה מכוח תקנה 120 שפורטה לעיל, וכי יש להעדיפה על פני פרשנות שרומסת את זכויותיהן המוגנות של העותרות.

35. לאור האמור, צו ההחרמה שנחתם ע"י המשיב 1 ביום 7.4.14 ניתן תוך חריגה מסמכות ובית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטולו.

**ב. תפיסת הכספים והחרמתם בטלים בשל היותם נגועים בהפרה חמורה של כללי הצדק הטבעי:**  
**אי-מתן זכות טיעון ואי מתן זכות עיון**

36. בנוסף לטענה שפורטה לעיל בדבר היעדר סמכות וחריגה מסמכות, יטענו העותרות כי פעולת המשיב – תפיסת כספן ביום 22.12.13 והחרמתו ביום 7.4.14 - נעשו תוך הפרה חמורה של כללי הצדק הטבעי.

37. על בית המשפט הנכבד לבחון את חוקיות פעולתו של המשיב לפי העקרונות של המשפט המנהלי הישראלי "כדי לעמוד על כך אם קוימו הנורמות המחייבות פקיד ציבור ישראלי" (בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267, 285 (1993)).

38. זכות הטיעון שנמנעה מהעותרות טרם לתפיסת כספן, מהווה דרישת סף הבאה להבטיח הגינות בהליך המנהלי ונועדה להגן הן על האינטרס של האדם הנפגע והן על התקינות של ההליך המנהלי (דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך א 498 (2010)).

39. לגבי חובת המדינה לכבד את זכות הטיעון יפות מילותיו של השופט זילברג בפרשת ברמן (ההדגשות שלנו):

*"...לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי- ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין*



שיפוטית) - לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה." (ההדגשות במקור)

(בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958))

40. כפי שפורט בחלק העובדתי, לעותרות בענייננו לא ניתנה כל התראה טרם הפגיעה בזכויותיהן, על מנת שיוכלו לטעון טענותיהן. כזכור, "המשפט המנהלי הישראלי מחייב מתן זכות שימוע; ככל שהתוצאות של ההחלטה השלטונית חמורות יותר ובלתי הדירות, גם חיוני יותר שהאדם הנוגע בדבר יוכל להשמיע השגותיו ולהביא תגובתו לטענות נגדו, כדי לנסות ולהפריכן" (בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267, 285 (1993)).

41. לעניין החרמת רכוש ופגיעה בקניין קבע זה מכבר בית המשפט הנכבד כי:

"הקיום של כללי דיון הוגנים בענייניו של אדם, מתבטא, בין היתר, בכך, כי מי שצפוי לפגיעה חמורה בנפש או ברכוש תינתן לו הודעה מראש על כך ותוענק לו הזדמנות להעלות השגותיו בעניין זה. כלל זה חל גם כאשר החוק מתיר פעולה על אתר, כגון החרמה מיידיית של רכוש..."

(בג"צ 358/88, האגודה לזכויות האזרח בישראל ואחי' נ' אלוף פיקוד המרכז ואחי', פ"ד מג(2), 529, 540).

42. כאמור, במעבר הגבול ובעת שעוכבו וכספן נתפס, לא הוסבר לעותרות הנדהמות מהי בדיוק עילת התפיסה ומאיליו ברור שלא נתנו להן הזדמנות להגיב על טענות כלשהן. יצוין כי גם במקרה שבו החלטת התפיסה ו/או ההחרמה מבוססת על חומר מודיעיני שכביכול לא ניתן לחשפו- חובה על המשיב לפרט מהו החומר שעל בסיסו הוחלט על ההחרמה וזאת על מנת שניתן יהיה לממש את זכות הטיעון:

"על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם... במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הביטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאות חיים בנסיבות הישראליות-פלסטיניות. במקרים אלו דרוש מאמץ ליצירת פרפרזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה,

**כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת,  
ויש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש."**

(ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' חסין געביץ, בפסקה ל"א לפסק דינו של כבוד השופט א. רובינשטיין (טרם פורסם, ניתן ביום 11.8.2009)

43. יצוין כי גם כשניתנה כביכול לעותרות האפשרות להעלות טיעוניהן בכתב בפני לשכת יועמ"ש איו"ש, נאלצו העותרות לעשות כן ללא שידעו כלל אילו האשמות מיוחסות להן ומהן עילות ההחרמה, ולפיכך לא יכלו להתגונן באופן אפקטיבי. העותרות לא יודעו בשום מידע רלבנטי שעמד ביסוד הכוונה להחרים את כספן, דבר שפגע באופן אנוש בזכות הטיעון שלהם, ולמעשה, עד עצם היום הזה לא יודעות העותרות כיצד הגיע המשיב למסקנה שכספן שייך להתאחדות בלתי מותרת.

44. נזכיר כי בהודעה על צו ההחרמה שניתן על ידי המשיב נאמר כי קיים "מידע מודיעיני מהימן ומוצלב" המבסס את קביעתו. אולם, פרט לאמירה לקונית זו לא פורטה שום ראיה או תמצית ראיה התומכת בהחלטה. על פי פסיקת בית המשפט נכבד כפי שפורטה לעיל העותרות זכאיות לקבל למצער **פרפרזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות**. משלא קיבלו כל רסיס מידע, אין אלא לומר שהופרה זכות העיון של העותרות ונפגעה לפיכך זכותם לטיעון ו"השימוע בכתב" שנערך להן לא עמד בכללי ותנאי המשפט המינהלי.

45. העותרות התבקשו להתגונן מפני האשמות עמומות שטיבן לא פורט, ושהתבססו על מסמכים שעיון בהם לא התאפשר. כלל יסוד נקוט הוא בשיטתנו, שפגיעה בדרך כזו בזכות יסוד לא תתאפשר, שפעולת המשיב הינה בטלה מדעיקרא ושבנסיבות אלו יש להורות על ביטול צו ההחרמה ועל השבת הכספים באופן מיד.

46. זאת ועוד: חשיבותה של זכות הטיעון עולה עשרות מונים כאשר מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות כגון הזכות לקניין שנפגעה בענייננו. על כך נאמר:

*"הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא "חגורת ביטחון" כנגד פגיעה "העולה על הנדרש".*

(פסקה 4 לפסק דינו של כבוד השופט גולדברג בבג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט(3) 771 (1995)).

47. בית המשפט הנכבד קבע לעניין זה כי לתושבי האזור זכות חוקתית מוגנת לקניינם וכי על המפקד הצבאי להביא בגדר שיקוליו ההגנה על זכויות אלו:

“על מפקד האיזור להפעיל שיקול דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם יוציא צו הפוגע בזכויות קנין של אזרחים בשטח מוחזק. חובה זו מוטלת עליו הן מכח דיני המלחמה במשפט הבינלאומי והן מכח המשפט החוקתי הנהוג בישראל, המגדיר זכות קנין כזכות יסוד חוקתית. הוא רשאי להפעיל את סמכותו כאמור מקום שצרכים צבאיים בטחוניים 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”.

בג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פיסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (ניתן ביום 16.2.2005)

48. אם כן, החרמת כספן של העותרות ע"י המשיב תוך רמיסת זכותן לקניין וללא מתן אפשרות להתגונן מפני הקביעה השרירותית כי כספן שייך לארגון בלתי חוקי מהווה הפרה בוטה של חובותיו לשמירת שלומם וזכויותיהם של תושבי האזור.

49. יוער כי אף בית המשפט הצבאי באיו"ש קבע זה מכבר כי בבואו לעשות שימוש בתקנה 84 לתקנות ההגנה, על המשיב להחיל את אמות המידה שנקבעו בחקיקה הישראלית כאמור בסעיף 23 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 העוסק ברכוש שאין לחלטו בשל זכויות של אחר”:

“אמות מידה אלה מבטאות את הצורך לאזן בין זכויות קנייניות לבין המלחמה במימון הטרור, ואין סיבה להחיל אמות מידה שונות לדין באזור ולדין בישראל בסוגיה זו שעניינה פגיעה בזכות הקניין. אמנם, חוק איסור מימון טרור אינו חל באופן ישיר באזור, אולם אינני רואה כל מניעה להחיל כאמת מידה לבחינת החלטת המשיב את אותם הקריטריונים שבהם הייתה נבחנת החלטה דומה שהייתה מתקבלת על ידי הגורם המוסמך בישראל. לפיכך, גם אם אין תחולה ישירה של חוק זה, ניתן לאמץ את אמות המידה המופיעות בו כקריטריון לבחינת החלטת המשיב, כאמור, מתוך הצורך להעניק הגנה על זכויות קנייניות לגיטימיות”.

(עד"י (איו"ש) 2169/12 אחמד חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (ניתן ביום 21.11.12)

50. יצוין כי חוק איסור מימון טרור אף מעגן את זכות הטיעון טרם החרמה בסעיף 25 לחוק ולפיכך, יש אף להחיל אמות מידה אלו בבואו להגן על זכויות קנייניות של תושבי הגדה.

## II. "תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון" מפר עקרונות של המשפט הישראלי

### המשפט הבינלאומי

#### א. הפרה של עקרונות המשפט הציבורי הישראלי: פגיעה בזכות הגישה לערכאות

51. בצו ההחרמה שנשלח לעותרות לא מצוינת זכותן לערור על הצו. יצוין כי במצב הדברים הרגיל ניתנה זכות זו מכוח תקנה 147א לתקנות ההגנה (תיקון מס' 15, 1947) שלפיה ניתן לערור על צו החרמה שניתן מכוח תקנות ההגנה עד שלושה חודשים מיום ההודעה על החלטה.
52. אולם, לאחרונה פורסם "תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) התשע"ד 2013", שקבע כי "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" (להלן: "הצו" או "תיקון מס' 36").
53. משמעותו של צו זה הוא שמעתה אין באפשרותם של פלסטינים שרכושם הוחרם לפי תקנות ההגנה לפנות לבית משפט צבאי על מנת להשיג על החלטת החרמה ובאפשרותם לפנות אך ורק לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.
54. יצוין כי עמדת המשיב עוד טרם להוצאת הצו הייתה כי בית המשפט הצבאי אינו מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית לפי תקנה 147א על צווי החרמה שהוציא המפקד הצבאי, אולם בית המשפט הצבאי אישר סמכותו זו פעם אחר פעם ודחה את עמדת המשיב באופן שיטתי (ראו: עד"י (איו"ש) 2169/12 אחמד חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (ניתן ביום 21.11.12), ע' (איו"ש) 84/10 תגרד שכלי נ' יועמ"ש איו"ש, עד"י איו"ש 2768/09 אחמד מוסא כרשאן נ' התביעה הצבאית, ע' (איו"ש) 3443/09 התביעה הצבאית נ' גאלב פאריד סלים אבו עלאן). הצו החדש שלל למעשה את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים לדון בחוקיותם של צווי החרמה שהוציא המפקד הצבאי ולהעבירם תחת ביקורת השיפוטית וכפה על בתי המשפט הצבאיים את עמדתו המשפטית של המשיב שכאמור נדחתה על ידם פעם אחר פעם.
55. כידוע זכות הגישה לערכאות הינה זכות יסוד על-חוקתית ומהווה את התשתית לקיומו של שלטון החוק במשטר דמוקרטי:

"...זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר...כי נעלה היא על זכות יסוד...קיומה 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 המשפט, בין במישרין בין בעקיפין - ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- *raison d'etre* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של

המדינה...בחסימת הדרך לבית המשפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף  
הדיין עימו."

(ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997))

56. זכות הגישה לערכאות מוכרת בפסיקתנו כזכות על עוד בטרם המהפכה החוקתית (ראו: בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 441; בג"צ 1358/91 ארשיד ואחי נ' שר המשטרה, פ"ד מה(2) 747 (1991); ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738 (1992)). ולמעמדה של זכות הגישה לערכאות כזכות יסוד ראו: רע"א 2146/04 מ"י נ' המנוח איברהים, פ"ד נח(5) 865 (2004); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים פ"ד נז(5) 433 (2003); המועצה המקומית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 611 (2005); רע"א 993/06 מ"י נ' דיראני (נבו, 18.7.2011).

57. יהא זה קשה לאמוד את היקף הפגיעה באוכלוסייה הפלסטינית שבגדה המערבית, שעל פי נתוני האו"ם כ-18% מתושביה חיים מתחת לקו העוני, כאשר הצו הדרקוני מבטל במחי יד את גישתם אל מערכת המשפט שבאזורם ומונע ביקורת שיפוטית על פעולות המשיב בעניינם. אלו ורבים אחרים שידם אינה משגת את מחיר האגרה לעתירה מנהלית בבית המשפט הנכבד בשבתו כבג"צ או לעורך דין ישראלי ניצבים כעת בפני שוקת שבורה וחוסר יכולת לערור על החלטות להחרים רכוש או כספים. עוד נזכיר כי עבור רוב תושבי הגדה, אין כלל אפשרות להגיע אל שערי בית המשפט הנכבד משום שלשם כל יציאה מהגדה וכניסה אל תחומי ישראל נדרשים אישורים מיוחדים הניתנים במשורה אם בכלל.

(לנתוני האו"ם המעודכנים המפרטים את אחוזי עוני ואבטלה בגדה המערבית ראו:

<http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=593>)

58. העותרות יטענו כי הפרה בוטה זו של זכותם של עשרות אלפי אנשים להליך שיפוטי הינה חסרת תקדים בהיקפה, והשלכותיה על עקרונות היסוד של שיטת משפטנו ועל כן דינה להתבטל.

59. זאת ועוד: תיקון מספר 36, יוצר מצב שתקיפת כל החרמה, קטנה ככל שתהיה, צריכה להיעשות בבג"צ. המקרה של עתירה זו היא דוגמא מובהקת. תקיפת החרמה ששוויה כ-5000 ₪, מחייבת גיוס עורכי דין ישראליים, הגשת עתירה לערכאה הגבוהה במדינה והמתנה בתור הארוך לדיון בבג"צ. זאת לעומת ההליך הפשוט שעמד לרשות העותרות אילו תיקון מס' 36 לא היה מותקן – גיוס עורך דין פלסטיני והגשת ערר לבית המשפט הצבאי שידון בעניין במהירות במתקן בבית המשפט שאליו יש לעותרות גישה פיזית ללא צורך בהיתר כניסה לישראל.

60. התוצאה הברורה של תיקון מס' 36 יהיה שרבים מהאזרחים שאילולא הותקן היו יוזמים הליך משפטי כנגד החרמה, מוותרים על כך. אנשים שהוחרמו רכביהם, אנשים

שהוחרמו להם כספים בסכומים לא גדולים וכד'. רק מי שידו משגת והוא בעל אמצעים יגיע עד לשערי בג"צ.

61. וזו נראית לנו המטרה של צו מספר 36. זו כמובן מטרה פסולה ונפסדת.
62. תיקון מספר 36 הוא תקדים של הצרת סמכותה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית, וכתקדים כזה הוא מסוכן ביותר.

### **ב. הפרת עקרונות מנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי**

63. העותרות יטענו כי הצו (תיקון מספר 36 לצו בדבר הוראות ביטחון) מפר חובות ואיסורים המוטלים על המשיב במשפט ההומניטארי הבינלאומי, בענפו העוסק בדיני כיבוש. מכוח היותו המפקד הצבאי של השטח הכבוש, מחויב המשיב לנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי המנהגי המצוות לנקוט בכל האמצעים על מנת להבטיח עד כמה שאפשר את הסדר והחיים הציבוריים של תושבי השטח הכבוש, אלא אם כן נבצר ממנו לחלוטין (סעיף 43 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907)<sup>1</sup>. חובתו זו על פי תקנה 43 משתרעת על כל תחומי החיים, הן בנסיבות צבאיות וביטחוניות והן בנסיבות אזרחיות מכל הסוגים (בג"ץ 393/82, ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, פ"ד לז(4), 785, 797 (1983)).
64. המשפט הבינלאומי אם כן, מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויות המשיב באזור וחולש על שיקול דעת המשיב בבואו להחיל צווים צבאיים (בג"ץ 2150/07 אבן צפיה נ' שר הביטחון (טרם פורסם, ניתן ביום 29.12.2009)).
65. חובתו של המשיב להתחשב בטובת האוכלוסייה המקומית ולהבטיח את חייהם התקינים, בבואו להבטיח את האינטרסים הביטחוניים של הכוח הכובש עוגנה בפסיקותיו הרבות של בית המשפט הנכבד. סמכותו של המשיב למעשה, מתפרשת על רקע צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' פ"ד נט (2), 481, 524 (2005); בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1), 124 (1972)).
66. כך, פעולה של המשיב, כל פעולה שלו, חייבת לקדם אינטרסים ביטחוניים ו/או אינטרסים אזרחיים של האוכלוסייה הכבושה. צורך צבאי וטובת האוכלוסייה הנכבשת הם השיקולים הלגיטימיים היחידים שיכול וצריך המפקד הצבאי לשקול ועל-פיהם לקבל החלטות (ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פ"ד לז(4), 785, 794 (1983)).

---

<sup>1</sup> אמנת האג (IV) בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907.

67. המשיב אף מחוייב לנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי של זכויות האדם ובהן הנורמות הקבועות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), כפי שנקבע בחוות הדעת בעניין חומת ההפרדה של בית המשפט הבינלאומי לצדק,<sup>2</sup> וכפי שנקבע גם בבית המשפט הנכבד (ראו למשל: בג"ץ 7957 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 333 סעיף 24; בג"ץ מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937).

68. אם כן, הצו בענייננו קובע כי החלטת המפקד הצבאי להחרים רכוש "אין אחריה ולא כלום". קשה לחשוב על פגיעה בוטה יותר בעקרונות הבסיס של המשפט הבינלאומי ההומניטארי וזכויות האדם החלים בשטח כבוש. הצו האמור פוגע בנושאות בזכות הגישה לערכאות המהווה זכות יסוד במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי ומעוגנת בסעיפים 66-75 לאמנת ג'נבה הרביעית.<sup>3</sup> אף משפט זכויות האדם מבטיח את זכות הגישה לערכאות בסעיף 14(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות הקובע:

"הכל שווים לפני בתי המשפט ובתי הדין, כל אדם זכאי לכך, כי טיעונו יישמע כאות, בפומבי, בפני בית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, אשר יחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו ובין בדבר זכויותיו וחובותיו בתובענה אזרחית."<sup>4</sup>

69. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אף קובעת בסעיף 2(א) כי על המדינה לספק סעד יעיל לאדם שנפגעו זכויותיו וחירויותיו גם אם הפגיעה בוצעה בידי אישים הפועלים בהתאם לסמכות רשמית שניתנה להם וכן נקבע בסעיף 2(ב) כי חובת המדינה להבטיח כי לאדם התובע יהיה מענה בדמות טריבונל מוסמך, וכן נקבע שהמדינות מחוייבות לפתח את האפשרות של ביקורת שיפוטית.

70. בפרשנותה לסעיף 14 (הערה כללית מס' 32)<sup>5</sup> קבעה וועדת האו"ם לזכויות האדם כי חובת המדינה להבטיח את זכות הגישה לערכאות אינה מוגבלת רק לאזרחיה, אלא חלה כלפי כל אדם ואישה המוצאים עצמם בטריטוריית המדינה או תחת שיפוט:

*"Article 14 encompasses the right of access to the courts in cases of determination of criminal charges and rights and obligations in a suit at law. Access to administration of justice must effectively be guaranteed in all such cases to ensure that no individual*

---

<sup>2</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, 9 July 2004, 43 I.L.M. 1009

<sup>3</sup> אמנת ג'נבה (IV) בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949.

<sup>4</sup> אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, כ"א 31, עמ' 269

<sup>5</sup> General Comment No. 32: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (Art. 14), U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007)

*is deprived, in procedural terms, of his/her right to claim justice. The right of access to courts and tribunals and equality before them is not limited to citizens of States parties, but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, or whatever their status, whether asylum seekers, refugees, migrant workers, unaccompanied children or other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State party. A situation in which an individual's attempts to access the competent courts or tribunals are systematically frustrated de jure or de facto runs counter to the guarantee of article 14, paragraph 1, first sentence."*

71. עוד הדגישה וועדת האו"ם לזכויות אדם בהערה כללית מס' 32 כי זכות הגישה לערכאות חלה בכל סוגי ההליכים: פליליים, אזרחיים או הליכים מנהליים להפקעת רכוש:

*"The Committee notes that the concept of a "suit at law" or its equivalents in other language texts is based on the nature of the right in question rather than on the status of one of the parties or the particular forum provided by domestic legal systems for the determination of particular rights. The concept encompasses (a) judicial procedures aimed at determining rights and obligations pertaining to the areas of contract, property and torts in the area of private law, as well as (b) equivalent notions in the area of administrative law such as... procedures regarding the use of public land or the taking of private property.*

72. וכן קבעה כי התניית הליכים משפטיים בהוצאות כספיות העלולה להרתיע אנשים מלגשת אל הערכאות כמוה כפגיעה בזכות הגישה לערכאות:

*"Similarly, the imposition of fees on the parties to proceedings that would de facto prevent their access to justice might give rise to issues under article 14, paragraph 1."*

73. יצוין כי וועדת האו"ם הדגישה כי חובותיה הפוזיטיביות של המדינה מכוח סעיף 2(3) לאמנה לספק סעד יעיל ולהבטיח ביקורת שיפוטית כפי שפורט לעיל, חלות בעת הפרה של זכות הגישה לערכאות המעוגנת בסעיף 14 לאמנה.

74. הצו אם כן, גורם לפגיעה חסרת תקדים בזכות לתרופה שיפוטית שמשמעה דה-פקטו היא שלילת זכותה של האוכלוסיה הכבושה מלערער על החלטות המשיב בערכאות הנגישות לה בשטח



הכבוש, קרי, בתי המשפט הצבאיים. בהיעדר כל ערכאה שיפוטית אחרת בגדה – המדובר במניעת גישה מוחלטת לערכאות בשטח הכבוש.

75. כלל ידוע הוא שבבואו של בית המשפט הנכבד לבחון האם חקיקתו של המפקד הצבאי עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, עליו לבחון האם הובטחה טובתה של האוכלוסייה האזרחית:

*"בבואנו לבדוק אם דבר חקיקה של מעצמה מחזיקה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 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 אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574 (1972)]

76. בענייננו, הצו הדרקוני אשר שולל את זכותה של האוכלוסייה המוגנת לגישה לערכאות בבואה לערור על פגיעה בקניינה- לא נועדה לטובתה של אותה האוכלוסייה, ומהווה הפרה חמורה מאין כמותה של עקרונות המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם.

#### הפגיעה בזכות הקניין:

77. התיקון, אשר מונע את גישת האוכלוסייה המוגנת למערכת בתי המשפט הצבאיים אינו עולה בקנה אחד עם חובותיו של המשיב להגן על קניינם של תושבי הגדה המערבית וזאת ללא כורח צבאי של המשיב.

78. הזכות לקניין מעוגנת בסעיפים שונים של אמנת גינבה הרביעית ובתקנות הנספחות לאמנת האג. בשני המסמכים המחייבים והמנהגיים האלו האיסור על תפיסה והחרמת רכוש של אזרחים מוגנים הוא גורף והחריג היחיד לו הם צרכי ביטחון דחופים.

79. סעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית אוסר פגיעה בנכסי מקרקעין או מיטלטלין של הפרט או של רשויות ציבוריות אחרות, או של ארגונים חברתיים או שיתופיים, על-ידי הכוח הכובש, אלא אם הדבר הכרחי לחלוטין לצורך פעולות צבאיות ("absolutely necessary by military operations")

80. תקנה 23(g) לתקנות הנספחות לאמנת האג אוסרת פגיעה או תפיסה של רכוש למעט אם הפגיעה או התפיסה נדרשת במפגיע לצרכי המלחמה – "be imperatively demanded by the necessities of war" (וכן ראו תקנה 47 ותקנה 46 האוסרת ללא חריג החרמה של רכוש פרטי, וכן תקנות 52-53 המגנות כולן על רכוש ונכסי האוכלוסייה הנכבשת המוגנת).

81. התיקון לצו פוגע פגיעה אנושה בזכות לקניין של פלסטינים תושבי הגדה בשני מישורים- ראשית, מספר רב של תושבי הגדה שכספם יוחרם כלל לא יוכלו לעמוד בהוצאות הרבות הכרוכות בפנייה לבית המשפט הנכבד כגון מחיר האגרה, עלות של עורך דין ישראלי, הוצאת אישורי כניסה וכו'. שנית, מצב זה ירתיע אנשים שכספם הוחרם מלהשיג על ההחרמה ובאין ביקורת שיפוטית יעילה עלול אף לתמרץ החרמות ותפיסות כספים של תושבי הגדה. **אין ספק כי פגיעה זו, אשר אין חולק כי איננה הכרחית לצורך פעולות צבאיות, והיא מפרה זכות הקניין של האוכלוסייה המוגנת (גם אם בעקיפין), ועל כן היא פסולה.**

#### הפרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

82. בנוסף, הפגיעה בזכויות החוקתיות לגישה לערכאות ולקניין כפי שפורט לעיל אינה עומדת בהוראות פסקת ההגבלה כאמור בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי איננה נועדה לתכלית ראויה. וכפי שקבע בית המשפט הנכבד:

*"תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם. כמו כן, תכלית היא ראויה אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות כלכליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' משרד התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54).*

83. בענייננו המשיב כלל לא טרח להסוות את מניעיו הפסולים שאין להם דבר או חצי דבר עם מטרות חברתיות הרגישות לזכויות האדם וקידום אינטרס הציבור. השערות סומרות למקרא דברי ההסבר של המשיב השוטחים את מניעיו הפסולים לתחיקת הצו אשר מצויים כאמור באתר הפרקליטות הצבאית:

*"תיקון זה בא להבהיר את המצב המשפטי הקיים, בבחינת 'גילוי דעת המחוקק', וקבע מפורשות, כי בית המשפט הצבאי נעדר סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על הליכי תפיסה והחרמה מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ועל החרמה של המפקד הצבאי, מכוח סמכותו המנהלית."*

(ראו אתר הפרקליטות הצבאית:

( <http://www.law.idf.il/163-6576-he/Patzar.aspx> )

84. הנה כי כן, כל תכליתו של הצו שהוצא על ידי המשיב הינה פישוט הליך ההחרמה וביטול ביקורת וזאת לשם נוחותו של המשיב. התיקון נועד להסיר את ביקורתו של בית המשפט הצבאי, וכך ליצור סמכות נטולת מגבלות ככל שניתן למשיב להחרים רכוש. המשיב מבקש לפעול בקרב האוכלוסייה המוגנת ללא שיצטרך לתת דין וחשבון על פעולותיו וללא קשר למידת פגיעתן בזכויותיה, וכפי שהיטיב לבטא משאת נפשו זו בנוסחו של הצו: "החלטת המפקד הצבאי...אין אחריה ולא כלום".

85. המדובר, אם כן, בצו שכל עניינו בהסרת איום הביקורת השיפוטית מעל ראשו של המשיב, וכאילו לא מדובר במפקד עליון של שטח כבוש הנשלט שלטון צבאי, ושכזה הוא ממילא בעל סמכויות רחבות יותר מבכל מקרה של שליט של מדינה דמוקרטית, כאילו לא מדובר במי שמחזיק בסמכויות ובכוחות של כל רשויות השלטון בשטח הכבוש – ללא הפרדת רשויות וללא איזונים ובלמים, הנה מבקש לו אותו שליט להרחיב את כוחו ועוצם ידו ולהסיר את המעט שבמעט שמגביל את כוחו להחרים רכוש הפרט.

86. לזאת אסור להסכים.

## 7. סוף דבר

87. עניינה של עתירה זו בצו החרמה שניתן שלא כדין על ידי המשיב, אשר פגע בקניינן של העותרות תוך חריגה מסמכות ובניגוד לכל כללי המנהל התקין. חובתו של המשיב הייתה לקיים הליך שימוע טרם לתפיסה ולהחרמה ולאפשר לעותרות לממש את זכות הטיעון. משלא עשה כן, אין כל תוקף חוקי לצו החרמה שניתן על ידי המשיב.

88. התנהלות המשיב לוקה בחריגה מסמכות, באי מתן זכות טיעון, ובכך שהיא אינה עומדת בחובות ההגיוניות ובחובות מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי. משלא פעל המשיב על פי חובתו, דינה של החלטתו בדבר החרמת כספן של העותרות להתבטל.

89. לאור כל האמור, מתבקש כבוד בית המשפט להורות למשיב כי כל כספן של העותרות שהוחרם יוחזר לאלתר.

90. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולו של הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה והשומרון) (מס' 1732), התשע"ד-2013, אשר כפי שפורט לעיל מפר באופן חמור וחסר תקדים את עקרונות שיטת המשפט הישראלי הציבורי וכן את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי ומשפט זכויות האדם החלים בגדה ושלהם מחויב המשיב.

91. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרות ובשכר טרחת עורך דינם.

92. עתירה זו נתמכת בתצהירן של העותרות מס' 1 ו-2.

נועה עמרמי, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרות

תאריך: \_\_\_\_\_