

**בבית המשפט הצבאי
יהודה (עופר)**

בעניין: ד"ר צראווי, ת"ז 4735/13
הור, ת"ז 4737/13

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר ואח'

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

העוררים

- נגד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

המשיב

ע"י ב"כ סרן אורן ליבר ואח'
לשכת יועמ"ש הגדה המערבית
טל': 02-9977071; פקס: 02-9977326

סיכומי העוררים לעניין הסמכות העניינית

על פי החלטת בית המשפט הנכבד, אשר התקבלה ביום 7.1.2014, ובהמשך לסיכומי המשיב מיום 14.1.2014, מתכבדים העוררים להגיש את סיכומיהם לעניין סמכותו העניינית של בית המשפט הנכבד לדון בערריהם.

העוררים יטענו כי צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 36) התשע"ד-2013 (להלן: **צו האלוף או הצו**), אשר שלל את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים לדון בהחרמות כספים שנעשו מכוחן של תקנות ההגנה (שעת חירום), סותר את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ואת עקרונותיו של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי ומשכך - שומה על בית המשפט להורות על בטלותו, בהתאם להלכה שנפסקה בעניין ערר (איו"ש) 5/06 **שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור** (להלן: **עניין שוורץ**).

לחלופין, ובמידה שבית המשפט הנכבד יבחר שלא לקבל את עמדתם של העוררים בעניין זה, יבקשו העוררים כי בית המשפט הנכבד יורה על העברת הדיון לערכאה המוסמכת, על פי סמכותו לפי סעיף 10 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל-1970, ובהתאם להוראות סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984.

למען הנוחות, מוגשים סיכומים אלו במאוחד בנוגע לשני התיקים.

המצב המשפטי קודם להוצאת הצו

1. 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. על פי תקנה זו, ניתן לפנות לבית המשפט בהליך של "ערעור" על החרמות שהתבצעו במסגרת הליך מנהלי, 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 עדי (איו"ש) 2169/12 **אחמד פדל אחמד חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, שם נקבע:

לפיכך, 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.

(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**).

2. יצוין כי בעניין **חסין**, התייחס בית המשפט לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת בעניין ב"ש 3301/02 **ראיד בדר נ' מדינת ישראל**, אותו מזכיר המשיב בסיכומיו – אך קבע 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 אלעגילי). 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.

3. 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 לערעורים.

4. על רקע זה, הגיש המוקד להגנת הפרט את העררים שבנדון, בחודש אוגוסט 2013. בתיקים אלו התקיימו מספר הליכים: ביום 12.9.2013 התקיים דיון מקדמי בפני בית המשפט; על פי החלטת בית המשפט, ביום 29.9.2013 וביום 8.10.2013 העביר המשיב פרפראזות בעניין החומר החסוי המיוחס לעוררים; והעוררים התייחסו לפרפראזות אלו, ושטחו בפני בית המשפט טענות מקדמיות נוספות, בתגובתם מיום 10.10.2013.

הצו החדש והקשיים שהוא מעורר

5. ביום 25.12.2013 פורסם צו האלוף, ובו נקבע 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". "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)).

6. בכך שמט המפקד הצבאי את הקרקע תחת ההליכים המתנהלים בפני בית משפט זה מזה ארבעה חודשים, וביטל באבחת קולמוס את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים להעביר ביקורת שיפוטית על החלטותיו להחרים את רכושם של פלסטינים מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום).

7. העוררים יטענו כי הצו החדש פוגע פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים שרכושם הוחרם על ידי המפקד הצבאי, ובכך הוא סותר את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, אשר מכוחם שואב המפקד הצבאי את סמכותו. בכך גם חורג צו האלוף מעקרונות המשפט החוקתי והמינהלי הנהוגים בישראל. לפיכך, יטענו העוררים כי שומה על בית המשפט הנכבד להורות על בטלותו של הצו, בהתאם להלכה שנפסקה בעניין שורץ.

א. הצו סותר את כללי המשפט הבינלאומי

8. 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... (ההדגשה הוספה).

9. 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 עמם.

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

10. כאשר נדרש בית המשפט לבחון האם חוק שחוקק המפקד הצבאי, עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, שומה עליו לבחון האם טובתה של האוכלוסייה עמדה 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"צ 337/71 אלג'מעיה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"מ כו(1) 574; (ההדגשה הוספה).

11. בענייננו, אין ספק שחוק אשר שולל את זכותה של האוכלוסייה המקומית לביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי בעניינה, לא נועד לטובתה של אותה אוכלוסייה.

12. הזכות להגנה שווה בפני החוק ולהליך משפטי הוגן, הכוללת מניה-וביה את זכות הגישה לערכאות, מוכרת כעיקרון יסוד במשפט הבינלאומי (ר' סעיפים 7-10 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; 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; סעיפים 3, 14, ו-26 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיפים 5-7 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

13. בפסק דינו בעניין **Golder v United Kingdom** משנת 1975, קבע בית הדין האירופי לצדק 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.

14. זכות הגישה לערכאות הוכרה ושוכללה בפסיקת בתי המשפט הבינלאומיים. בפסק דינו של ה-International Court of Justice (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).

בפסק דינו של בית הדין האירופי לצדק בעניין **Fogarty v United Kingdom** משנת 2001 נאמר כי החלטה לפיה תחום שלם של תביעות לא יידון בפני בתי המשפט – כפי שקובע צו האלוף בענייננו – תסתור 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).

ובפסק הדין 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 החוק 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).

15. ניתן להניח כי פסיקה זו ואחרת עמדה לעיני בית המשפט הצבאי לערעורים, שעה שקבע כי ללא ביקורת שיפוטית, לא תוכלנה החרמות כספים, שנעשות מכוחם של חקיקת החירום, לעמוד במבחן המשפט הבינלאומי:

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 הש' משניות בעניין **אבו עלאן** הנזכר לעיל).

ב. הצו סותר עקרונות יסוד של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי

16. 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... בתסימת 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).

17. 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 אולפניים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ (בפירוק)**, תק-על(1)2011, 1107, 1115 (2011); בג"ץ 6824/07 **ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים**, תק-על(4)2010, 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).

18. מכאן שצו האלוף, החוסם את יכולתם של תושבים שכספם הוחרם לעתור כנגד החלטה זו בפני בתי המשפט הצבאיים, נוגד גם את עקרונות המשפט המינהלי והמשפט החוקתי הנהוגים בישראל.

ג. סמכותו המקבילה של בג"ץ אינה מפחיתה את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

19. 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. למעשה, קבע בית משפט, שלילת האפשרות לפנות לבתי המשפט הצבאיים בנושא, 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 יהוו מענה הולם לצורך להגן על זכויותיהם של תושבי האזור בכלל, וזכויותיהם הקנייניות בפרט.

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

סמכות בית המשפט להורות על ביטולו של הצו על פי הלכת שוורץ

20. ביום 17.9.2006 ניתן פסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין שוורץ. בפני בית המשפט הובא עניינו של ישראלי תושב מעלה אדומים, שחופש התנועה שלו הוגבל לתחומי מעלה אדומים וישראל בלבד, מכוח "צו פיקוח מיוחד" שהוציא המפקד הצבאי, על פי סמכותו לפי סעיף 86 לצו בדבר הוראות ביטחון תשי"ל-1970. המערער טען טיעונים שונים כנגד חוקיות צו הפיקוח המיוחד שהוצא בעניינו, וכן טען כי יש בסמכותו של בית המשפט לבקר גם את עצם חקיקתו של סעיף 86, המסמיך את המפקד הצבאי להורות על פיקוח מיוחד ותיחום מקום מגורים של תושבי השטחים.

21. בית המשפט דן בטענותיו של העותר, הן לעניין צו הפיקוח המיוחד גופו, הן לעניין סעיף 86 וסמכותו של בית המשפט להורות על ביטולו. **בית המשפט קבע כי אכן נתונה בידי הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על צווי המפקד הצבאי, מקום שהם מתנגשים עם נורמות המשפט הבינלאומי, שמכוחן שואב המפקד הצבאי את סמכותו באזור:**

על פי הניתוח אותו הצענו לעיל בדבר מעמדו וסמכויותיו של המפקד הצבאי, הגענו למסקנה כי שורשם של אלה במשפט הבינלאומי ובדיני המלחמה. המשפט הבינלאומי ודיני המלחמה מהווים, על כן, 'נורמת על' החלה באזור, ממנה נובעות הנורמות האחרות הכלולות בתחיקת הביטחון.

פירמדת הנורמות האמורה מחייבת כי פועלו של המפקד הצבאי יעלה בקנה אחד עם הנורמה הבינלאומית מכוחה הוא פועל.

מן האמור מתחייב עוד כי מקום בו מתנגשות הוראות וקביעות המפקד הצבאי עם הנורמה הבינלאומית, דינה של הראשונה להתבטל (ראה בעניין זה דרורי הנ"ל ע"מ 66 – 74 בהם סקר המחבר את פסיקתו המוקדמת של בית משפט זה).

על בסיס האמור, דומה כי אין מנוס מן המסקנה שבתי המשפט הצבאיים מוסמכים לבחון חוקיות מעשיו של המפקד הצבאי בהתאם למשפט הבינלאומי ודיני המלחמה. מעבר לטעם המשפטי-תורתי בעניין פירמדת הנורמות, דומה כי גם שיקולים מעשיים צריכים להביאנו למסקנה זהה.

בידיו של המפקד הצבאי באזור נתונות סמכויות בהיקף שאין כדוגמתו במדינה דמוקרטית הפועלת על פי עקרונות הפרדת הרשויות. **במצב המיוחד של האזור, מהווה המפקד הצבאי הן הרשות המחוקקת (במגבלות משפטיות מכוח תק' 43 לתקנות האג עליהן עמדנו) והן הרשות המבצעת.** איחוד זה, לא רק שמפר הוא את האיזון המקובל בין הרשויות, אלא בעיקר מבטל, הלכה למעשה, את מנגנוני ההגנה מפני הפעלה בלתי מרוסנת של הכוח הנתון בידי הרשות.

בהעדר הפרדה בין הרשויות מנוטרלים חסמי הפעולה העומדים בפני רשות אחת כתוצאה מעצמאותה של רשות שנייה. מערכי הביקורת חלשים עד בלתי קיימים, ועולה וגוברת הסכנה להתנהלות בלתי חוקית או מנוגדת לכללי המנהל התקין. **במצב דברים זה, חיזוק הרשות השיפוטית, ולו בתחומי סמכותה המצומצמים (שהרי המדובר במערכת משפטית פלילית בעיקרה), הינה הכרח למען יוצב בולם אפקטיבי בפני מעשי הממשל העלולים לפגוע בזכויות יסודיות ביותר, בראשן הזכות לחירות.**

(ערר (איו"ש) 5/06 ערן שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, ההדגשות הוספו).

22. בהמשך פסק הדין, עורך בית המשפט ביקורת שיפוטית על סעיף 86, ולאחר שהוא בוחן את התאמתו להוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, וכן לעקרונות המשפט התוקף והמינהלי הישראלי, הוא קובע כי המפקד הצבאי פעל בהתאם לעקרונות שמציבים מקורות אלו, ועל כן אין לפסול אותו.

23. בעניין שוורץ התייחס בית המשפט גם לשאלת הסמכות המקבילה של בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית על צווי המפקד הצבאי, אך הוא קובע כי אין להותיר סמכות זו בידי בג"ץ בלבד, וכי קיימת חשיבות בקיומה של מערכת ביקורת פנימית על פעולות המפקד הצבאי עוד קודם לפנייה לבג"ץ:

אמת, תושב האזור הרואה עצמו נפגע מצו או מעשה של המפקד הצבאי, אינו עומד חסר סעד. דלתות ביהמ"ש הגבוה לצדק פתוחות לרווחה בפני תושבי האזור, אשר השכילו לפנות אליו במקרים רבים. יחד עם זאת, חשיבות רבה נועדה לקיומה של מערכת משפטית פנימית אשר תהיה מסוגלת לבקר החלטות המפקד הצבאי כאמור. ראשית, ברמה הדקלרטיבית, לפיה המפקד הצבאי אינו חופשי לפעול לפי ראות עיניו מבלי שמתקיימת מערכת שיפוטית מבקרת

מטעמו. ברוח זו פעל המפקד כשהרחיב, פעם אחר פעם, את סמכויותיה של המערכת המשפטית הצבאית באיו"ש [...]

יתרה מזו, אין כל חולק כי הפנייה לבתי המשפט הצבאיים באזור קלה לתושב האזור מן הפנייה לביהמ"ש הגבוה לצדק. אל בתי המשפט הצבאיים יכולים לפנות כל עורכי הדין המוסמכים על ידי לשכת עורכי הדין הפלסטינית והישראלית, וללא כל מגבלות כספיות הכרוכות בתשלום אגרה. הענקת סמכות רחבה לבתי המשפט יש בה, על כן, ללא ספק להיטיב עם תושבי האזור, ישראלים ופלסטינים כאחד, ולהעניק להם ערובות משפטיות רבות ועילות, לבל ימצאו זכויותיהם נפגעות ללא בסיס.

(שם, ההדגשות הוספו).

24. לסיכום, על פי הלכת שוורץ, לבתי המשפט הצבאיים נתונה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על צווי המפקד הצבאי, ולבחון את התאמתם להוראות המשפט הבינלאומי וכן לעקרונות של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי. כפי שטענו העוררים לעיל, הצו החדש שהוציא המפקד הצבאי בעניין זכות הערעור על צווי החרמה מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) אינו עומד בסטנדרטים אלו, ואף סוטה מהם במידה רבה. מכאן, שעל בית המשפט להורות על בטלות של צו זה.

לחלופין: העברת הדיון לבית המשפט המוסמך

25. לחלופין, ובמידה שיבחר בית המשפט שלא לקבל את טענות העוררים לעניין בטלותו של צו האלוף, יבקשו העוררים כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכותו על פי סעיף 10 לצו בדבר הוראות ביטחון, ויורה על העברת הדיון לערכאה המוסמכת כעת לדון בעניינם, כפי שיפורט להלן:

26. על פי סעיף 10 לצו בדבר הוראות ביטחון, רשאי בית המשפט "להורות בכל עניין של סדרי-דין שלא נקבע בצו זה, על סדרי-דין שייראו לו כמתאימים ביותר לעשיית דין צדק".

27. העוררים יטענו כי התוצאה הצודקת ביותר, בהנחה שלא יתקבלו טענותיהם לעניין בטלותו של צו האלוף – היא להעביר את הדיון לערכאה המוסמכת, אשר רשאית מצידה לדון בעניין מהמקום שאליו הגיע בית המשפט הקודם. בכך לא יאבדו כל מאמצי העוררים עד כה, ולא יתבטלו ההליכים השונים שנערכו בעניינם, והמתוארים לעיל.

28. תוצאה זו מתיישבת גם עם הוראות סעיף 79(א) לחוק בתי המשפט, לפיו "מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או העניינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדיו האחר...".

29. בעניין זה יצוין גם כי בפתח הדיון המקדמי שנערך בפני בית המשפט ביום 12.9.2013, הודיע כבוד השופט כי יחיל את סדרי הדין הנהוגים בעתירות מינהליות בפני בתי המשפט האזרחיים. העברת הדיון על ידי בית המשפט לערכאה המוסמכת מתיישבת גם עם הוראות סעיפים 20 ו-21 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000.

סיכום

צו האלוף החדש קבע בבוטות כי החלטות המפקד הצבאי להחרים את רכושם של תושבי האזור, אינן ניתנות לערעור, "ואין אחריהן ולא כלום". בכך שלל המפקד הצבאי את זכותם של תושבי האזור לגישה לערכאות משפטיות, 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. משכך, על פי הלכת שוורץ, שומה על בית המשפט להורות על בטלותו של הצו.

לחלופין, במידה שיבחר בית המשפט שלא להשתמש בסמכותו זו, יבקשו העוררים כי בית המשפט יורה על העברת הדיון בערריהם לערכאה המוסמכת לדון בהם.



טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העוררים

21 בינואר, 2014

[ת.ש. 77209, 78312]