



16.1.2014

לכבוד	לכבוד	לכבוד
יהודה ויינשטיין,	בוגי יעלון,	ניצן אלון,
היועץ המשפטי לממשלה	שר הביטחון	מפקד פיקוד מרכז, צה"ל
רח' סלאח אל-דין 29	קפלן, הקריה	
ירושלים	תל-אביב-יפו 6473424	
בפקס: 02-6274481	בפקס: 03-6976218	בפקס: 02-5305724

שלום רב,

הנדון: צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה ושומרון) (מס' 1932),

התשע"ד-2013

הריני לפנות אליכם בבקשה לבטל את הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה ושומרון) (מס' 1932), התשע"ד-2013 שפורסם ביום 25.12.2013, וזאת מן הטעמים המובאים להלן:

1. ביום 25.12.2013, פורסם הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה ושומרון) (מס' 1932), התשע"ד-2013 (להלן: **התיקון**), המעגן את סעיף 61א הקובע כי: "החלטת מפקד צבאי לפי סעיף 61, או החלטת מפקד צאי לתפוס, לחלט או להחרים רכוש, לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אינה ניתנת לערעור בפני בית המשפט הצבאי ואין אחריה ולא כלום."

2. סעיף 61א האמור מאיין כליל את זכות תושבי הגדה המערבית להשיג בפני בית המשפט הצבאי על החלטות המפקד הצבאי לפי סעיף 61 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון), התש"ע-2009 (להלן: **הצו או צו בדבר הוראות ביטחון**), או החלטות לגבי תפיסה, חילוט או החרמת רכוש בהתאם לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנות ההגנה**). התוצאה של כך היא אם כן כי אין לאחר החלטות מעין אלה ולא כלום, ומוצא פיו של המפקד הצבאי הוא בבחינת סוף פסוק.

P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140

חיפה 31090, ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140

חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

Email: adalah@adalah.org

<http://www.adalah.org>

3. התיקון האמור פוגע באורח חמור בזכויות התושבים המוגנים בשטחים הכבושים להליך הוגן ולגישה לערכאות – פגיעה אשר חומרתה מתחזקת לנוכח אופי ההחלטות בהן מדובר ושיש בהן משום פגיעה בזכות התושבים המוגנים לקניין.

4. הלכה פסוקה היא שהזכות להליך הוגן היא זכות שהוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית הנובעת מכללי המשפט המנהלי. כאמור לעיל, המשפט המנהלי מחייב את כוחות הצבא הפועלים בשטחים הכבושים, והחלטות המפקד הצבאי, לרבות ההחלטה בדבר תיקון הצו כמתואר לעיל, כפופות לעקרונות העולים מהמשפט המנהלי, ובכללם עקרונות הסבירות והמידתיות.

5. זאת ועוד, הזכות להליך הוגן אף מעוגנת במשפט זכויות האדם הבינלאומי במסגרת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) בסעיף 14(1), החלה על השטחים הכבושים (כמבואר להלן), וזו לשונו :

"All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, **everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.** The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children."

6. משכך מתקבלת המסקנה כי אותו תיקון חוטא לכללי המשפט המנהלי הישראלי (לעניין תחולת המשפט המנהלי ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן)) ולהוראות הדין הבינלאומי, הן המשפט הבינלאומי הפומבי והן דיני זכויות האדם הבינלאומיים, החלים בשטחים אלה (באשר לתחולת המשפט הבינלאומי הפומבי ראו: בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק 10 (טרם פורסם, 22.10.2009) (להלן: עניין אלחרוב) ובג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (15.9.2005) (להלן: עניין מראעבה). לעניין תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים, ראו: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 363 (2003) (להלן: פרשת מרעב), שם נבחנה העתירה לאור האמנה

הבינלאומית בדבר הזכויות האזרחיות והמדיניות; גישה זו הובעה גם בחוות הדעת המייעצת של בית הדין בהאג בעניין הגדר (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9, 2004). 43 ILM 1009 (2004), ומעוגנת היטב אף בעמדת בית המשפט העליון (ראה: בג"ץ 10356/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 10356/04 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455-456 (2004)).

7. בהקשר זה, ניתן ללמוד על חשיבות הביקורת השיפוטית בענייננו מקביעות בית המשפט בעניין אחר אך דומה, הנוגע לחובה לאפשר פיקוח שיפוטי על הליכי מעצר דיניי הלחימה במטרה להבטיח שמירה מירבית על הזכות לחירות. לעניין זה, יפים דבריו של הנשיא א' ברק בפרשת **מרעב**:

"המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק (ראו Brogan v. United Kingdom (1988) 11 EHR 117, 134). היא מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר"

פרשת **מרעב**, בעמ' 368.

8. יוצא אפוא כי התיקון לצו אינו עומד באמות המידה של עקרונות הסבירות והמידתיות, ומשכך דינו להתבטל. החלטתו של המפקד הצבאי לתקן את הצו ולשלול בגדרו את הזכויות של התושבים המוגנים להליך הוגן ולגישה לערכאות הינה החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית באורח קיצוני. זאת נזכיר כי, הגבולות של סמכות המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי מתוחמים בתקנה 43 לתקנות האג. לפיה, שני סוגים של שיקולים צריכים לעמוד בבסיס החלטותיו בשטח הכבוש. הסוג הראשון מונה שיקולים צבאיים וביטחוניים והסוג השני מושתת על הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המוגנת (ראו, עניין **ג'מעית אסכאן**, בעמ' 794).

9. בענייננו, תכליתו של התיקון לצו החוסם את דרכם של התושבים המוגנים לערכאות השיפוטיות מיועדת לפגוע בהם ולצמצמם את זכויותיהם ללא כל הצדקה שניתן לעגנה בשיקול לגיטימי שרשאי המפקד הצבאי לשקול. אדרבא, ההחלטה עומדת בניגוד מוחלט לחובתו לשקול את טובתה של האוכלוסייה המוגנת ולהבטיח את צרכיה. זאת במיוחד לאחר שבפסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים ב-ע' 3443/09 **התביעה הצבאית נ' אבו עלאן** (טרם פורסם, 6.10.2010), נקבע ברוב דעות כי קיימת פרשנות ראויה לצו בדבר הוראות ביטחון, מבכרת את הגישה המכירה בזכות הפנייה לבית המשפט על פני זו השוללת אותה.

10. יצוין כי, הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות בכלל, והחלטות של המפקד הצבאי מכוח סמכויותיו על פי המשפט הבינלאומי פומבי, מיועדת למניעת שרירותיות בקבלת החלטות על

ידי הגורמים המנהליים ולהבטיח הליך תקין של קבלת החלטות. סגירת שערי הערכאות השיפוטיות ומניעת בחינת החלטות, כמות אלו שהתיקון לצו חל עליהן, יוצרת חסינות לדרג המנהלי שמגבירה את החשש מפני פגיעה בתושבים המוגנים.

11. אשר על כן, מסקנה מתבקשת היא כי ענייננו בתיקון המעגן הסדר שאינו מידתי ואינו סביר כלל ועיקר, שכן הוא שולל באופן גורף זכות יסוד בעלת חשיבות המשליכה על היכולת ליהנות ולממש זכויות יסוד אחרות.

לנוכח האמור, ובייחוד על רקע מעמדן של הזכות להליך הוגן, הזכות לפנייה לערכאות והזכות לקניין; על יסוד החובות שכללי המשפט הבינלאומי הפומבי מטיל ודיני זכויות האדם הבינלאומיים; ולנוכח הפגיעה שתיקון מספר 36 לצו בדבר הוראות ביטחון מסב לאלה, שאינה עומדת בקנה אחד עם עקרונות הסבירות והמידתיות, הנך נדרש לבטלו לאלתר.

בכבוד רב

פאדי ח'ורי, עו"ד

נדים שחאדה, עו"ד