

בעניין: **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר מס' 580163517**

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן-ארי
(מ"ר 37566) ו/או חווה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או בנימין
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או עביר
גיבראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או
נדיה דקה (מ"ר 66713)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרת

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא יורה לכוחות הביטחון הפועלים תחתיו לתת אסמכתא על תפיסת רכוש פרטי במהלך הליכי מעצר וחיפוש בבתי תושבים בשטחים הכבושים, שתכלול, בנוסף להודעה על עצם התפיסה, מידע אודות הגורם אליו תושב השטחים הכבושים יוכל לפנות כדי לקבל את רכושו בחזרה, על-פי כל דין.

ואלה נימוקי העתירה

כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה, ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אל-מעלמון אל-מחודדה אל-מסאוליה**, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקד איזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4)785, 810, להלן: **בג"ץ ג'מעית אסכאן**; כל ההדגשות בעתירה הן שלי – ד.ש.).

1. עניינה של העתירה הוא פרקטיקה פסולה, בה נוהגים גורמי הביטחון במהלך מבצעי מעצר וחיפוש בבתי תושבים פלסטינים בשטחי הגדה המערבית. במסגרת אותם מבצעים מגיעים החיילים אל בתי התושבים, שהם תושבים מוגנים על-פי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר

הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה**), לרוב בשעות הלילה. מטרת הפלישות הליליות הללו הינה לעצור תושבים, ולבצע חיפוש בבתיהם.

2. מעדויות רבות שמגיעות לעותרת (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**), עולה כי במהלך הכניסות לבתים נוהגים גורמי הביטחון לקחת עימם פריטי רכוש שונים, השייכים ליושבי הבית. ב"פריטי רכוש" הכוונה היא לטלפונים ניידים, מחשבים (ניידים או ניחים), צילומים, מסמכים שונים, ולעתים אף כסף מזומן ותעודות פרטיות שונות, כגון תעודות זהות או דרכונים (כמובן שרשימה זו אינה סגורה או ממצה).

3. רכוש זה נלקח מהבתים על-ידי גורמי הביטחון. לקיחת הרכוש מתרחשת לרוב בעת פלישות ליליות לבתים. בני הבית מוצאים ממיטותיהם, מרוכזים לרוב בחדר אחד, ואינם עדים לכל המתרחש בביתם. לכן, מרגע שהרכוש נלקח, יושבי הבית אינם יודעים, ואינם יכולים לדעת, מה בדיוק נלקח; מהי הסיבה בעטיה נלקח חפץ מסוים; באיזו סמכות הוא נלקח; לאן נלקח; מי הגורם האחראי על החזקת הרכוש האמור, או האם ישנה איזושהי אפשרות לקבל את פריטי הרכוש, כולם או חלקם, בחזרה לחזקתם, ו/או למי ניתן לפנות בעניין. שאלות בסיסיות, אלמנטריות, עליהן המשיב בוחר שלא לענות.

4. כפי שעולה מהתיאור דלעיל, מבצעי המעצר והחיפוש הללו הינם יזומים. כלומר, חיילי הכוח יודעים מה יעדם, לאילו בתים הם אמורים להיכנס ואת מי הם מחפשים. מכאן שלרוב אין עסקינן ב"מצב מלחמתי", דהיינו מצב של לחימה ממש, אלא דווקא בפעולות שיטוריות שגרתיות. הערה זו חשובה מפני שבמסגרת הסעד המבוקש בעתירה, נדרש המשיב לנמק מדוע אין חייליו נותנים לתושבים, מהם נלקח רכוש, אסמכתא כלשהי, ובה פרטים רלוונטיים ללקיחת הרכוש (לדוגמא כפי שפורטו בסעיף 3 לעיל). כלומר, אין כל סיבה בשלה כוח בעל אופי שיטורי, הבא מוכן לקראת מבצע מעצר בבית מסוים, לא יהיה נכון ומסוגל לתת לתושבים מסמך כלשהו, מינימאלי ככל שיהיה, שישפוך אור על לקיחת רכושם מביתם באישון ליל.

5. מתן אסמכתא על לקיחת רכוש על-ידי רשויות שלטוניות מהווה התנהלות מינהלית תקינה של הרשות. רשות שמעלימה רכושם של תושבים נוהגת בדרך חשודה. לכן רבות הן הדוגמאות בדין הישראלי לחובה המוטלת על רשות, לתת אסמכתא על החרמה או על לקיחת רכוש מידי פרטים. על אחת כמה וכמה כאשר עסקינן באיזור שהוא שטח כבוש, אשר תושביו מוגנים מפני שרירות שליטתו של הכוח הכובש על ידי כללים הקבועים בדין ההומניטארי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

6. בהקשר זה ראוי לציין, כי לקיחת הרכוש הפרטי על-ידי חיילים באישון ליל והעלמתו בפועל מעלה חשש ופותחת פתח לביצוע פשעים של ממש, פשעי ביזה. המשיב עצמו רואה בחומרה רבה מעשים החשודים כביזה, ומעמיד לדין חיילים על כך. הנה, רק ביום 24.9.15 התפרסמה בעיתון "הארץ" ידיעה, בה נמסר כי הצבא מנהל 15 חקירות של חיילים בחשד לביזה, במהלך מבצע "שובו אחים" בגדה המערבית (קישור לכתבה ניתן למצוא בקישור <http://www.haaretz.co.il/misc/article-print-page/premium-1.2737285>).

7. כך מפורט בגוף הכתבה :

כך למשל, במצ"ח חוקרים אירוע בכפר עקרבה, דרומית לשכם, אז נלקחה על ידי כוחות צה"ל מעטפה ובה יותר מ-15 אלף שקל וכן מחשב נייד. לטענת אחת המתלוננות הפלסטיניות... **בני הבית לא קיבלו מהחיילים אישור לכך שהם לקחו את הכסף והמחשב ושזאת היתה החרמה**. רק לאחר תום הפעילות של כוחות צה"ל בבית, התברר לה כי נעלמו גם שעון יד וארנק שבו היו כ-400 שקלים. מקרה נוסף שנחקר נוגע לפעילות כוחות צה"ל בחברון במהלך הקיץ אשתקד, ובו נלקחו יותר ממאה אלף שקל במזומן, 21 אלף דינר ירדני, תכשיטי זהב, ארבעה מחשבים, מכשיר די.וי.די ועוד. **גם במקרה זה לא קיבלה המשפחה הפלסטינית כל תיעוד, כפי שמתחייב במקרה של החרמה**.

בכל המקרים הנחקרים כעת במצ"ח, מתן אסמכתא על תפיסת הרכוש, כפי שמבוקש בעתירה זו, היתה מונעת מצב של חשד לביזה, מעשה חמור ועבירה קשה על הדין ההומניטארי והצבאי.

8. לא זו אף זו. העותרת עצמה נאלצה לפנות בעבר לערכאות על-מנת שתובעים פלסטינים שייצגה יקבלו חזרה רכוש, שנלקח מחזקתם שלא כדין על-ידי חיילי הצבא בעת מבצעי מעצר וחיפוש. להלן מספר דוגמאות מהשנים האחרונות :

ביום 20.6.2004 הוגשה תביעה אזרחית, באמצעות העותרת, בעניינו של מר סמיח אבו בכר (ת"א 7672/04 **אבו בכר נ' מדינת ישראל** (שלום י-ס)), שממנו נבזז סכום כסף גדול בעת חיפוש שערכו חיילים בביתו (לא למותר לציין שלמר אבו בכר לא ניתנה כל אסמכתא על לקיחת הרכוש מביתו). פסק דין סופי (לאחר ערעור המדינה) ניתן ביום 11.7.2010, כאשר לזכות התובע נפסקו כ-110,000 ₪.

ביום 24.5.2005 הוגשה תביעה אזרחית, באמצעות העותרת, בעניינו של מר מוניר זג'יר (ת"א 5575/05 **זג'יר נ' מדינת ישראל** (שלום י-ס)), שממנו נבזז רכוש בעת מעצרו מביתו. בין היתר, נגנבו 5,000 דולר. אף במקרה זה לא ניתנה לתובע כל אסמכתא על לקיחת הרכוש. התיק הסתיים בפשרה, כשלטובת התובע הועברו 40,000 ₪ ביום 14.1.2008.

ביום 2.8.2005 הוגשה תביעה אזרחית, באמצעות העותרת, בעניינו של מר פראס רג'בי (ת"א 7720/05 **ג'עברי נ' מדינת ישראל** (שלום י-ס)), שממנו נגנב סכום כסף בעת מעצר במחסום פתע של הצבא בגדה המערבית (בלא מתן אסמכתא על כך). התיק הסתיים בפשרה, כאשר לתובע הועברו כ-20,000 ₪ ביום 10.10.2007.

9. ברי כי הותרת המצב הנוכחי על כנו, כאשר חיילים לוקחים מבתיים רכוש פרטי בלא לתת על כך דין וחשבון, פותחת פתח לביצוע עבירות על-ידי החיילים. פתח זה יש לסגור. מכאן עתירה זו.

הצדדים

10. העותרת היא עמותה לזכויות אדם, המסייעת מזה שנים רבות להגנה על זכויות האדם של הפלסטינים בשטחי הגדה המערבית, רצועת עזה וירושלים המזרחית. במסגרת פעילותה עוסקת העותרת, בין היתר, בהגנה על זכויות תושבים פלסטינים הנעצרים על-ידי כוחות הביטחון של ישראל.

11. המשיב הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושמונה שנים, והוא אשר אחראי להבטיח את החיים התקינים של אוכלוסיית הגדה. הוא אשר מבצע מבצעי מעצר וחיפוש בבתי תושבים בגדה, והוא אשר תופס רכושם של יושבי הבתים. מתוקף מעמדו, על המשיב לדאוג למימוש זכויותיהם של התושבים בשטח הכבוש שתחת אחריותו, ובכלל זאת זכותם שלא יילקח מהם רכוש שלא כדון, כחלק ממימוש זכותם לקניין ולהליך הוגן. זאת בהתאם למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים, למשפט ההומניטארי הבינלאומי ולמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

מיצוי ההליכים

12. במסגרת הטיפול בהגנה על זכויותיהם של פלסטינים, הנעצרים על-ידי כוחות הביטחון של ישראל מבתיהם, לרוב בשעות הלילה, מגיעות למוקד להגנת הפרט עדויות רבות על החרמה/לקיחה של רכוש פרטי מבתי התושבים במהלך המעצרים והחיפוש הנלווים. על תפיסות הרכוש הללו לא ניתנת כל אסמכתא המעידה על עצם התפיסה ועל אילו צעדים יכול התושב לנקוט בכדי לקבל את רכושו בחזרה.

13. כך מצהיר מר מוחמד עווד מהכפר בודרוס, שנעצר ביום 13.8.13 מביתו, בשעות הלילה:

...הכניסו אותי הביתה, נכנסו לחדרי, מצאו מכשיר נייד ומחשב. המחשב של אחי, כי לי אין מחשב בבית, אני עובד על המחשב של אחי בעבודה. הם לקחו את הנייד והתעקשו לקחת גם את המחשב של אחי, עדיין מחזיקים בו. לא נתנו קבלה.

וכך בתצהירו של מר לואי ג'ית', שנעצר לפנות בוקר של ה-26.8.13 מביתו שבחברון:

לקחו אותי ולקחו לי את מכשיר הנייד "גלקסי" ולא נתנו אישור על כך. לקחו גם תמונות וניירות. לא הסכימו לתת קבלה על כך שלקחו. אשתי היתה עדה לכך.

ובתצהירו של מר אשרף עספור, שנעצר לפנות בוקר של ה-20.1.14 מביתו שבחברון:

חיפשו בבית, לקחו מחשב נייד. לקחו לפחות 3 טלפונים ניידים, כולם חכמים. לא נתנו קבלה. החייל אמר שכל אלה הוחרמו, אמר שאין צורך בקבלה.

הדברים חוזרים על עצמם בתצהירו של מר תייסיר בלקיס, שנעצר לפנות בוקר ב-20.4.14 מביתו שבכפר זיתא:

החיילים עשו חיפוש, חשדתי שלקחו את הנייד שלי ועוד קלסר עם תעודות. שאלתי את החוקרים על הדברים שלי, אמרו שהם אצלם. לא קיבלתי שום קבלה.

העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך התצהירים של האדונים עווד, ג'ית', עספור ובלקיס מצורפים ומסומנים 1/ע, 2/ע, 3/ע, 4/ע, בהתאמה.

14. להלן פירוט של עוד מספר אירועים, מהחודשים האחרונים ממש, המעידים כאלף עדים שהחרמת רכוש ללא מתן אסמכתא מהווה פרקטיקה נוהגת, הנפוצה בכל שטחי הגדה המערבית:

אור ליום 3.7.15, סביב 3 וחצי לפנות בוקר, נכנסו כוחות הצבא לבית משפחת טוטח שבכפר עורתא, נפת שכס, על-מנת לעצור את בן המשפחה הזאע טוטח. במהלך המעצר החיילים לקחו עימם 2 מחשבים ניידים, 3 טלפונים ניידים ומספר סכיני מטבח. החיילים לא נתנו למשפחה כל אסמכתא על הרכוש שנלקח, ולא מסרו כל פרט נוסף שהוא.

אור ליום 4.8.15, סביב השעה 2 לפנות בוקר, נכנסו כוחות הצבא לבית משפחת אבו עליה שבכפר אלמגייר, נפת רמאללה, כדי לעצור את בן המשפחה חלדון אבו עליה. במהלך המעצר החרומו החיילים את הטלפון הנייד של העצור. לא ניתנה אסמכתא בדבר החרמה.

אור ליום 10.8.15, סביב 4 לפנות בוקר, נכנסו כוחות הצבא לבית משפחת ח'לף שבגינין, על-מנת לעצור את בן המשפחה אחמד ח'לף. במהלך המעצר נלקחו שני דיסקים המכילים את סרטי החתונה של אחמד (אחד של גברים ושני של נשים); כמו-כן נלקחה מערכת DVR המתעדת את צילומי מצלמות האבטחה שמותקנות בבית. לא ניתנה אסמכתא.

אור ליום 1.9.15, סביב 4 לפנות בוקר, נכנסו כוחות הצבא לבית משפחת אבו עמשה שבכפר זואתה, נפת שכס, על-מנת לעצור את בן המשפחה שדאד אבו עמשה. במהלך המעצר נלקחו על-ידי החיילים 1,700 דינר ירדני ו-2,000 ₪. הכסף אמנם נספר מול אביו של העצור, אולם הכוח התופס לא הותיר אסמכתא כלשהי על הכסף הרב שנלקח מהבית באישון ליל.

אור ליום 2.9.15, סביב 4 לפנות בוקר, נכנסו חיילים לבית משפחת בדוי שבכפר שוויקי, נפת טול כרם, כדי לעצור את בן המשפחה עבד אלסלאם בדוי. החיילים לקחו עימם מהבית מחשב נייד, טלפון נייד וצרור מפתחות. לא השאירו כל אסמכתא בעניין לקיחת החפצים.

לפנות בוקר של ה-2.11.15, סביב 2 לפנות בוקר, נכנסו כוחות צבא לבית משפחת קוואסמה שבכפר בית פג'אר, נפת בית לחם, במטרה לעצור את בן המשפחה אבראהים קוואסמה. החיילים לקחו עימם את הטלפון הנייד של העצור. כשביקשו בני המשפחה שישאירו "פתק" על לקיחת הרכוש, החיילים הגיבו באלימות. כמובן שפתק לא הושאר.

ביום 2.11.15, סביב 3 לפנות בוקר, נכנסו חיילים לבית משפחת סאלח בשכם, כדי לעצור את בן המשפחה עזו סאלח. חיילי הכוח העוצר לקחו עימם מחשב נייד, מספר טלפונים ניידים, סכין מטבח ותמונות המשפחה. לבני המשפחה לא ניתנה כל אסמכתא על לקיחת החפצים.

ב-4 לפנות בוקר של יום 24.11.15 נכנסו חיילים לבית משפחת חנטש שבכפר באקה אל-חטב, נפת קלקיליה, במטרה לעצור את בן המשפחה גימיל חנטש. במהלך המעצר נלקחו מסמכים שונים, ניירת שהונחה במגירה בסלון הבית. כשביקש אב המשפחה לקבל אסמכתא על לקיחת המסמכים, נהדף לאחור באלימות על-ידי החיילים, שסירבו לבקשה.

ב-2 לפנות בוקר, אור ל-30.12.15, פלש כוח צבאי לבית משפחת עאשור שבחברון, כדי לעצור את בן המשפחה בילאל עאשור. חיילי הכוח לקחו עימם את הטלפון הנייד של אבי העצור, בעוד אינם משאירים כל אסמכתא לכך.

אור ליום 25.2.16, סביב 2 לפנות בוקר, נכנסו חיילים לבית משפחת זעאריר שבכפר סמוע, נפת חברון, במטרה לעצור את בן המשפחה מחמוד זעאריר. החיילים לקחו עימם את הטלפון הנייד של העצור, בלא להשאיר אסמכתא.

תצהירו של מר מוחמד עבד אלנבי, רכז פניות הציבור במוקד להגנת הפרט, שגבה בערבית את העדויות מעשר המשפחות, מצורף ומסומן ע/5.

הנה כי כן, לא מדובר במעשה ספוראדי או חד-פעמי, אלא בנוהג שהשתרש והפך קבוע, במסגרתו חיילים חפשיים לקחת רכוש פרטי מבתיהם של תושבים, ללא מתן תיעוד על כך. לית דין ולית דיין.

15. בעקבות הצטברות העדויות, פנו נציגי המוקד ליועמ"ש המשיב, בדרישה כי תיפסק הפרקטיקה של לקיחת רכוש מבתי תושבים בלא מתן אסמכתא. בפנייה זו הועלה החשש, כי התנהלות כפי שתוארה, במהלכה נלקחים חפצים שונים מבתי תושבים ו"מועלמים", מעלה חשש להפרת הדין ופותרת פתח לעבירות מצידו של הכוח העוצר ולניצול לרעה של סמכותו.

העתק פניית המוקד מיום 2.6.14 מצורף ומסומן ע/6.

16. מאחר שלא התקבל מענה, נשלחה שוב פנייה בנושא ליועמ"ש המשיב.

העתק מכתבו הנוסף של המוקד מיום 14.9.14 מצורף ומסומן ע/7.

17. תשובה לפניות מטעמו של יועמ"ש המשיב התקבלה ביום 18.9.14. בתשובה הודה המשיב כי אכן אין חובה של מתן אסמכתא להחרמת רכוש, אולם "יחד עם זאת, ובעקבות מכתבכם, פנינו לכלל הגופים הנוגעים לעניין תפיסות רכוש בהקשרים ביטחוניים ופליליים, וחיידנו בפניהם את הצורך במסירת אסמכתא לתפיסת רכוש כאמור, בהיעדר אילוצים ביטחוניים או אחרים".

העתק מכתבו של סגן בני וינסטון, מטעמו של יועמ"ש המשיב, מצורף ומסומן ע/8.

18. בתשובה לכך כתבה העותרת כי הפסול הוא בהיעדרה של חובה חוקית לתת אסמכתא על תפיסת רכוש, וכי אין די בקיומם של נהלים עלומים (שכן אלו לא הובאו לידיעת המוקד להגנת הפרט) כדי שהמשיב יעמוד במוטל עליו על-פי דין. בתשובה ניתנו מספר דוגמאות מהדין הישראלי, המחייבות את הרשויות במתן אסמכתא על תפיסת רכוש. המוקד דרש כי תתווסף לחקיקה הצבאית הוראה מחייבת לעניין זה.

העתק מכתבה של העותרת מיום 25.11.14 מצורף ומסומן ע/9.

19. מענה מטעם יועמ"ש המשיב הגיע למשרדי המוקד ביום 31.12.14. במענה זה נכתב, כי העובדה שבדין הישראלי קיימת חובה לתת אסמכתא על תפיסת רכוש אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הדין החל בשטחים הכבושים. אולם, שב המשיב וחזר על אמירתו, לפיה "בהיעדר אילוצים ביטחוניים או אחרים המונעים זאת, **ראוי** למסור אסמכתא חוקית לתפיסת רכוש".

העתק מכתבו של סגן וינסטון מיועמ"ש המשיב מיום 30.12.14 מצורף ומסומן ע/10.

20. ביום 13.4.15 השיבה העותרת למכתבו של יועמ"ש המשיב. במכתבה שבה וחזרה העותרת על טענותיה בעניין החובה לתת אסמכתא, ועל כך שאין להסתפק במה ש"ראוי" לעשותו ובקיומם, או אי-קיומם, של נהלים עמומים בעניין.

העתק מכתבה של העותרת מצורף ומסומן ע/11.

21. לאור העובדה שלא התקבלה התייחסות נוספת מטעמו של המשיב, נשלחה בעניין עוד פנייה ביום 28.6.15.

העתק הפנייה מצורף ומסומן ע/12.

22. מכתב נוסף בעניין נשלח למשיב ביום 16.9.15.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/13.

23. ביום 29.2.16 הגיעה למשרדי המוקד התייחסות נוספת של יועמ"ש המשיב. במכתבו זה חזר המשיב על עמדתו לפיה לא חלה עליו, ואף לא אמורה לחול עליו, חובה לספק תיעוד לתושבים מהם נלקח רכוש פרטי במהלך מבצעי מעצר וחיפוש. עוד ציין יועמ"ש המשיב, כבדרך אגב, שתושבים מהם נלקח רכוש "יפנו למת"ק הגזרתי לשם בירור פרטים נוספים על אודות נסיבות התפיסה".

העתק מכתבו של יועמ"ש המשיב מצורף ומסומן ע/14.

24. בתשובה כתב המוקד כי "פתרון" זה, שנכתב כבדרך אגב בשולי תשובת היועמ"ש, לא פתרון הוא. המוקד ציין, כי המשיב מכיר היטב את הסרבול הנורא והאיטיות בה פועלים המת"קים כעניין שבשגרה, כך שהציפייה שתושב, ממנו נלקח רכוש באישון ליל, יאבד מזמנו היקר ויגיע

למת"ק בלא הפניה, בלא נייר רשמי כלשהו, בלא כלום, היא מופרכת. המוקד ציין כי אין שום סיכוי שהתושב יצליח במשימתו לברר משהו אודות רכוש המוחרם, וכי דרישה זו להתייצבות במת"ק מהווה הכבדה מיותרת והעברת נטל פסולה אל כתפי התושב.

העתק תשובת המוקד מיום 7.3.16 מצורף ומסומן ע/15.

למרות הפניות החוזרות ונשנות, המשיב בחר שלא להיענות לפניית העותרת. לאור העדויות שמגיעות לידיעתה, ובשל ההתחמקות הנמשכת של המשיב מטיפול בסוגיה שעוררו פניותיה של העותרת, לא נותרה כל ברירה, מלבד פנייה לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

תפיסת רכוש והחרמתו ללא מתן אסמכתא לכך – הפרת הדין הבינלאומי

25. הפרקטיקה על-פיה המשיב מחרים רכוש מתושבים ללא מתן אסמכתא מהווה הפרה של חובות ואיסורים המוטלים על המשיב במשפט ההומניטארי הבינלאומי, בענפו העוסק בדיני כיבוש.

26. מכוח היותו המפקד הצבאי של השטח הכבוש, מחויב המשיב לנורמות הקבועות במשפט הבינלאומי המינהגי, המצוות לנקוט בכל האמצעים על-מנת להבטיח עד כמה שניתן 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, להלן: **תקנות האג**). חובתו של המשיב על-פי תקנה 43 משתרעת על כל תחומי החיים, הן בנסיבות צבאיות וביטחוניות והן בנסיבות אזרחיות מכל הסוגים (ראו בג"ץ ג'מעית אסכאן, עמ' 797).

27. אם כן, המשפט הבינלאומי מהווה את הבסיס הנורמטיבי העליון והבסיסי להפעלת סמכויות המשיב באזור וחולש על שיקול דעתו בבואו להחיל צווים צבאיים ולהפעיל את סמכויותיו השונות (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון**, לא פורסם (פסק דין מיום 29.12.09)).

28. חובתו של המשיב להתחשב בטובת האוכלוסייה המקומית ולהבטיח את חייהם התקינים של התושבים, בד בבד עם הבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו עצמו, עוגנה פעמים רבות בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. העיקרון, העובר כחוט השני בין שלל פסקי הדין, הוא כי סמכותו של המשיב מתפרשת על רקע צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 524). כך, כל פעולה של המשיב חייבת לקדם אינטרסים אזרחיים של האוכלוסייה הכבושה, או למצער לא לפגוע בהם יתר על המידה (ראו בג"ץ ג'מעית אסכאן, עמ' 794).

29. בין יתר האינטרסים האזרחיים המובהקים, המוגנים במשפט ההומניטארי, מצויה ההגנה על רכוש פרטי של תושב מוגן מפני תפיסה והחרמה לא חוקיים על-ידי הכוח הכובש. כך נקבע בתקנה 23(g) לתקנות האג:

נוסף על האיסורים, שנקבעו באמנות מיוחדות, **אסור בעיקר: להשמיד או להחרים את רכוש האויב**, חוץ אם השמדה או החרמה כזו נדרשת במפגיע ע"י צרכי המלחמה.

30. ובתקנה 46 נקבע כי:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, **רכוש פרטי**, וכן את אמונות-הדת ומינהגי הפולחן. **אין להחרים רכוש פרטי**.

31. במחקר המקיף של הצלב האדום על המשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, נקבע כי ההגנה על רכוש פרטי מפני תפיסה והחרמה לא חוקיים הינה אחת מההגנות המינהגיות המובהקות במשפט הבינלאומי ההומניטארי:

The protection of private property against confiscation is a long-standing rule of customary international law already recognized in the Lieber Code, the Brussels Declaration and the Oxford Manual. The prohibition of confiscation of private property is codified in Articles 23 and 46 of the Hague Regulations (JM Henckaerts, L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law** p. 179-180 (Volume I: Rules. 2005)).

ובהמשך נקבע כך לעניין מעמדו של רכוש שנתפס על-ידי הכוח הכובש:

These objects may be seized by, **but they do not become the property of**, the occupying power. The seizure operates merely as a transfer of the possession of the object to the occupying power while **ownership remains with the private owner** (JM Henckaerts, L. Doswald-Beck, **Customary International Humanitarian Law** p. 180 (Volume I: Rules. 2005)).

32. המשיב אף מחויב לנורמות הקבועות במשפט זכויות האדם הבינלאומי, כפי שנקבע בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the OPT, 9.7.04, 43 I.L.M., 1009) ובפסקי דין שונים של בית המשפט הנכבד (ראו למשל בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 333(3)2005, סעי' 24 לפסק הדין; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 937(1)2003).

33. עיקרון העל המחייב שמירה על רכוש פרטי מעוגן גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי. סעיף 17(2) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם קובע מפורשות כי:

No one shall be arbitrarily deprived of his property.

מסתמא, בהקשר זה תפיסת רכוש ללא מתן אסמכתא כלשהי מעידה על החרמה שרירותית של רכוש פרטי, האסורה בתכלית האיסור.

34. אם ניישם את העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי, כפי שפורטו לעיל, והמחייבים את המשיב בכל פעולותיו בשטחים הכבושים, על הפרקטיקה של המשיב, המתוארת בעתירה זו, נמצא כי תפיסת רכוש פרטי והחרמתו, ללא מתן אסמכתא על ההחרמה לתושב המוגן, **מאיינת בפועל את ההגנה על רכוש פרטי מכל תוכן**. אין עוד כל משמעות לבעלות של התושב על רכושו, אם הוא נלקח מחזקתו על-ידי חיילים ואין בידו כל אפשרות לדעת דבר אודות הרכוש מרגע התפיסה. אי מתן אסמכתא על תפיסת הרכוש מעידה על החרמתו בפועל, בלא כל הליך משפטי או מינהלי תקין. ברי כי מדובר בהתנהלות הנוגדת את הדין.

אי מתן אסמכתא על תפיסת רכוש – חשש להחרמה בחוסר סמכות

35. עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית חולשים בין היתר על הדין המינהלי הישראלי, שמכוחם ולאורם פועל המשיב. בראש עקרונות יסוד אלה הזכות לכבוד האדם של כל פרט וזכותו לקניין, שקיבלו מעמד חוקתי במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עקרונות מנחים אלו מחייבים פרשנות תכליתית של החוק, תוך כיבודן של זכויות היסוד.

36. הכללים המנחים את בית המשפט בבואו לפרש דבר חקיקה פורטו בהרחבה על ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2)793, בעמ' 801:

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... על הפרשן, הניצב בפני מגוון 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.

37. אשר על כן, בבחינת דבר חקיקה המסמיך לפגוע בזכות הקניין, כגון סעיף המאפשר תפיסת רכוש, יש לבחון איזו מבין האפשרויות הפרשניות מתיישבת בצורה הטובה ביותר עם דברי חקיקה רלוונטיים אחרים וכן עם זכויות האדם של הנפגע.

38. הסעיף העיקרי המסמיך את כוחות הביטחון הישראליים לתפוס רכושם של תושבים במהלך הליכי מעצר הוא סעיף 60 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009:

רשאי כל חייל או רשות מוסמכת שנתמנתה לכך לתפוס ולעצור סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות, או כל דבר (להלן, בסימן זה – טובין), שיש להם טעם לחשוב שנעברה או שעומדים לעבור לגביהם עבירה על צו זה...

39. אמנם מלשון הסעיף לא עולה כי ישנה חובה על מתן אסמכתא כתובה במקרה של תפיסת רכוש. כך טוען גם המשיב. אולם, לאור עקרונות הפרשנות התכליתית, שנעשית כאמור על-פי

עקרונות היסוד של השיטה, יש לקרוא אל תוך ההוראה חובה של מתן אסמכתא על ההחרמה, שתעלה בקנה אחד עם פעולתה של רשות מינהלית תקינה.

40. לא זו אף זו; בדין הישראלי קיימות הוראות למכביר, המחייבות מי שהוסמך לתפוס חפץ לתת על כך אסמכתא לאדם ממנו נתפס אותו חפץ. הוראות ברוח זו ניתן למצוא בתקנה 8 לתקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוצאת רכוש מישראל) (הוראת שעה), התשע"ד-2013; ובסעיף 27 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. הוראות חוק הדנות בקבלתו של עצור במתקן מעצר מחייבות אף הן מסירת אסמכתא לעצור על כל חפץ שנלקח ממנו (סעיף 7 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; סעיף 3(א)(7) להודעה על פקודת המשטרה: הטיפול בכלואים בבית מעצר). לבסוף, אף הוראות החוק המחייבות את השב"כ בתופסו רכוש, מורות לו להודיע לאדם שרכושו נתפס כי התפוס מחולט (תקנה 2(א) לתקנות שירות הביטחון הכללי (חפץ שנתפס), התשס"ד-2004).

41. יטען הטוען כי כל זה טוב ויפה, אולם על הגדה המערבית לא חל הדין הישראלי במישרין; עובדה זו ברורה היא מאליה, אולם, בכך לא ניתן להיתלות.

42. המשיב פועל, בין היתר, על-פי עקרונות המשפט המינהלי הישראלי. רבות הן הדוגמאות לייבוא עקרונות יסוד משיטת המשפט הישראלית אל תוך שיטת המשפט החלה בגדה המערבית. הוספת חובה לתת אסמכתא על תפיסת רכוש תעמוד בקנה אחד עם החובות החלות על הרשויות בדין הישראלי (בהתאם למגמה מסתמנת של החלת עקרונות מן הדין הישראלי גם בגדה – ראו לאחרונה החלתם של העקרונות הקבועים בתיקון 39 לחוק העונשין הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בגדה). עצם קיומה של החובה לתת אסמכתא בדין הישראלי מעידה על כך שמעבר למצב ראוי, מדובר אף על מצב רצוי מבחינה מוסרית, שיש בו להגן על זכויות בסיסיות.

43. לאור כל זאת, המשך ההתנהלות של כוחות הביטחון הישראליים כפי שהיא היום מעלה חשש שהכוחות פועלים מחוץ לגדר סמכותם הקבועה בדין הצבאי, אותו יש לפרש פרשנות תכליתית.

אי מתן אסמכתא על תפיסת רכוש – פגיעה בזכות הקניין

44. הפרקטיקה של תפיסת רכוש תושבים, ללא מתן כל אסמכתא או תיעוד על התפיסה, מביאה לכך שבפועל מדובר בחשש להחרמת רכוש שאינה מוצדקת. החרמה שכזו, ללא נימוק וללא הסבר, תוך העלמת רכוש אל הלא נודע, אינה עולה בקנה אחד עם חובותיו של המשיב להגן על קניינם של תושבי הגדה המערבית.

45. זכותם של תושבי השטחים הכבושים לקניין מעוגנת בסעיפים שונים של אמנת גינבה ובתקנות הנספחות לאמנת האג. שתי האמנות הללו, שהן בעלות מעמד מנהגי מחייב, אוסרות על תפיסה והחרמה של רכוש התושבים המוגנים. האיסור המעוגן באמנות הוא גורף, והחריג היחיד לו הוא כשמדובר בצורך ביטחוני דוחק.

46. סעיף 53 לאמנת גינבה אוסר על פגיעה בנכסי מקרקעין או מטלטלין של פרט, רשות ציבורית או אגודה שיתופית בשטח הכבוש, על-ידי הכוח הכובש, אלא אם הדבר הכרח לחלוטין לצורך

פעולות צבאיות (absolutely necessary by military operations). כאשר החרמת רכוש פרטי נעשית בפראות, ללא הסבר, ללא מתן כל מידע באשר לסיבת ההחרמה ולגבי יעד של המותרים, מי לידינו יתקע כי ההחרמה נעשית מתוך הכרח צבאי? באם לא ניתן לדעת זאת באמצעות איזושהי אסמכתא מסודרת, מפר המשיב מניה וביה את ההגנה על הקניין הפרטי של התושבים המוגנים.

47. תקנה 23(g) לתקנות האג אוסרת על פגיעה ברכוש או תפיסתו על-ידי כוח צבאי כובש, אלא אם הפגיעה או התפיסה נדרשות במפגיע לצרכי המלחמה (imperatively demanded by the necessities of war). שוב, אין כל דרך בה התושב המוגן, ממנו נלקח רכוש באישון ליל, יכול לדעת שרכושו נלקח לצורך צבאי כלשהו, ללא שהגורם הלוקח את הרכוש יספק הסברים כלשהם לגבי התפיסה. תפיסה בעלמא, ללא מתן אסמכתא, מפירה את הוראות תקנות האג. כן ראו תקנה 46, האוסרת על החרמת רכוש פרטי (Private property cannot be confiscated) ותקנה 47, האוסרת על ביזה (Pillage is formally forbidden) – כאשר כוחות הצבא תופסים רכוש ללא הסבר או תיעוד, הדבר מקל מאוד על ביזת רכוש וניצול לרעה של סמכות.

48. אף בית משפט נכבד זה קבע מסמרות בעניין זכותם לקניין של תושבי השטחים הכבושים:

על מפקד האיזור להפעיל שיקול דעת קפדני וזהיר ביותר בטרם יוציא צו הפוגע בזכויות קניין של אזרחים בשטח מוחזק. חובה זו מוטלת עליו הן מכח דיני המלחמה במשפט הבינלאומי הן מכח 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 (בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נט(5)368).

אי מתן אסמכתא על תפיסת רכוש – הפרת כללי הצדק הטבעי

49. דרך פעולתו של המשיב – החרמת רכושם של תושבים מוגנים בעת פשיטות ליליות על בתים, בלא מתן כל אסמכתא או תיעוד על ההחרמה – נעשים תוך הפרה חמורה של כללי הצדק הטבעי.

50. להווי ידוע כי על בית המשפט הנכבד לבחון את חוקיות פעולתו של המשיב לפי עקרונות המשפט המינהלי הישראלי "כדי לעמוד על כך אם קוימו הנורמות המחייבות פקיד ציבור ישראלי" (בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1)267, 285, להלן: **בג"ץ האגודה לזכויות האזרח**). במקרה הנדון בעתירה זו מדובר בתפיסה של רכוש פרטי על-ידי רשות ישראלית, ללא מתן תיעוד על כך לתושב ממנו נלקח הרכוש. בהתנהלות זו יש משום פגיעה בזכות הטיעון של התושבים, מאחר שאינם יכולים לדעת מה בדיוק נלקח מהם, מדוע

נלקח, מי לקח, לאן נלקח, ובעיקר – אל מי עליהם לפנות כדי לקבל, אם בכלל, את רכושם בחזרה.

51. זכות הטיעון שנמנעת מהתושבים עובר לתפיסת רכושם, ואחריה, מהווה דרישת סף הבאה להבטיח הגינות בהליך המינהלי. הבטחת זכות הטיעון נועדה להגן הן על האינטרס של האדם הנפגע, הן על תקינות ההליך המינהלי (ראו ד' ברק ארז, **משפט מינהלי**, כרך א', עמ' 498).

52. לעניין חשיבותה של זכות הטיעון במסגרת הליכים שלטוניים נכתבו פסקי דין רבים מאוד. אחד הראשונים שהדגיש את חשיבותה של הזכות היה בג"ץ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493, עמ' 1508:

לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) – **לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה**, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה.

53. כפי שפירטנו לעיל, לתושבים לא ניתנת כל התראה, סימן או כל אמצעי אחר שבאמצעותו יוכלו לטעון כנגד הפגיעה בזכויותיהם. כזכור, "המשפט המינהלי 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"ץ **האגודה לזכויות האזרח**, עמ' 285). עוד לעניין חרמת רכוש ופגיעה בזכות הקניין קבע בית משפט נכבד זה כך:

הקיום של כללי דיון הוגנים בעניינו 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 חרמה מיידית של רכוש** (בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2), 529, 540).

54. גם במקרה בו החלטת המשיב מבוססת על חומר מודיעיני, אשר על פי הנטען לא ניתן לחושפו, חובה על המשיב לתאר את החומר המיוחס לאדם בעניינו התקבלה ההחלטה להחרים את רכושו, בפירוט רב ככל הניתן, שאם לא כן נפגעת משמעותית יכולתו של אותו אדם להגן על עצמו וזכות הטיעון שלו מצטמצמת:

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. בהקשר זה אמר מכבר השופט - כתארו אז - לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541). ועם זאת, ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאת חיים בנסיבות הישראליות -

פלסטינאיות. 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 (עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' חסין געביץ, פורסם בנבו, פסק דין מיום 11.8.2009).

55. ומה נאמר על החרמת רכוש ללא כל התייחסות, כתובה או אחרת, לאקט ההחרמה? כיצד יוכל התושב אשר רכשו נתפס ונלקח לתקוף את ההחלטה, או אף לברר פרטים בסיסיים לגביה, בלא שניתנה לו אסמכתא בסיסית-מינימאלית, באמצעותה יבוא בשערי הרשות ויברר את עניינו? זכות הטיעון במקרה הזה נשללת מניה וביה.

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

סיכום

57. הפרקטיקה הנפוצה, במסגרתה חיילי המשלב אינם נותנים כל אסמכתא על תפיסת רכוש והחרמתו בעת מבצעי מעצרים, נוגדת את הדין המחייב את המשלב. היא נוגדת את המשפט הבינלאומי החל בשטחים הכבושים, ואת המשפט המינהלי הישראלי, המחייב אף הוא את חיילי המשלב בפועלם כרשות ישראלית.

58. החרמת רכוש בעלמא מעלה חשש כבד לפעולה בחוסר סמכות. יש בה כדי לפגוע קשות בזכותם של תושבים מוגנים על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי לקניין. החרמה של רכוש פרטי ללא הסבר או תיעוד מהווה פגיעה קשה בכללי הצדק הטבעי, המחייבים את המשלב ככל רשות ישראלית.

59. בנסיבות אלה נראה כי רק התערבותו של בית המשפט הנכבד תביא לשינוי במצב, כך שהמשיב ישנה את דרכו, יחל לפעול לפי דין, וייתן אסמכתאות על רכוש שנתפס ומוחרם בעת מבצעי מעצרים בגדה המערבית.

60. מלבד תצהיריהם המפורטים של ארבעה עצורים, המצורפים לעתירה, מגובה כאמור העתירה בתצהירו של רכז פניות ציבור במוקד להגנת הפרט, שגבה בערבית את העדויות מעשרת המשפחות שסיפוריהן מפורטים בפרק העובדתי בעתירה. בתצהירו מאשר עובד המוקד את אמיתות הפרטים, כפי שמסרו לא בני המשפחה (מצורף כ-ע/5).

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

ירושלים, 14 באפריל 2016

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרת

(ת.ש. 92863)