

25.1.2018

לכבוד
דינה זילבר
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי)
משרד המשפטים

שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון – החלטה של רשות
מרשויות האזור), התשע"ח-2018

1. אנו מתכבדים להגיש את הערותינו לתזכיר החוק המבקש להחיל את חוק בתי משפט לעניינים מינהליים התש"ס-2000 על החלטות מנהליות של הרשויות בשטחים הכבושים, ולהעביר עתירות שכיום נידונות בבג"ץ אל בית המשפט לעניינים מינהליים ירושלים.
2. השליטה הצבאית שמקימת ישראל בגדה המערבית היא מצב חריג המתקיים מחוץ לגבולות המדינה הריבונית. היא טומנת בחובה פגיעות נרחבות וקיצוניות בזכויות אדם, ומשליכה על סוגיות מורכבות ורגישות מתחומי חוץ וביטחון. נוכח הדינים הבינלאומיים הייחודים החלים על שטח כבוש, כמו גם על רקע קיומן של שתי מערכות חוק שונות ומפלות לפלסטינים ולמתנחלים, ובשל סכנת הפגיעה החמורה של מעשי השלטון הצבאי באוכלוסייה הפלסטינית בלא שעומדים לרשותה כלים נוספים להגן על עצמה לבד מהפניה לבית המשפט הישראלי, **אנו סבורים כי אין לקדם את הצעת החוק הזו**, והכל כפי שיפורט להלן.

הכיבוש הצבאי כחריג במהותו

1. הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות של המפקד הצבאי או של רשויות ישראליות אחרות הפועלות בגדה המערבית איננה סוגיה של סדרי דין ומשפט במובנם הרגיל והפנים-מדינתי. זוהי סוגיה הנוגעת לביקורת השיפוטית על מנגנוני כיבוש צבאי שמפעילה ישראל מחוץ לגבולותיה הריבוניים. השוני ביניהן הוא משמעותי ומהותי, והוא שהביא לכך שעתירות הנוגעות לכיבוש נידונו עד היום בפני בג"ץ.
2. **הביקורת השיפוטית הנוגעת לשטחים הכבושים נדרשת להתייחס לשלל היבטים חריגים במהותם מבחינת זהות העותרים, המסגרת הנורמטיבית, הכלים המינהליים המופעלים, והלגיטימיות שלהם:**

א) **זהות העותרים**: ככלל, בתי המשפט לעניינים מינהליים דנים בענייניהם של אזרחים ישראלים או של מהגרים שנכנסו לישראל ושוהים בה. פלסטינים מהגדה המערבית אינם אזרחים ישראלים, ואף אינם מהגרים שנכנסו לישראל ושוהים בה, אלא מי שישראל מפעילה עליהם מרות מחוץ לגבולותיה.

ב) **המסגרת הנורמטיבית**: דיני המשפט ההומניטארי הבינלאומי (דיני הכיבוש) הם המסגרת הנורמטיבית לשלטון הצבאי בגדה המערבית, הנתונה בתפיסה לוחמתית. ככל רשות ישראלית, הצבא כפוף לכללי המשפט המינהלי הישראלי, אולם הביקורת השיפוטית על פעולותיו בשטחים נדרשת להסתמך על מסגרת נורמטיבית שונה לחלוטין, אשר חלה על מצב ייחודי וחריג של אוכלוסיה אזרחית הנתונה תחת כיבוש צבאי זר.

ג) **הכלים המינהליים**: העוצמה והפגיעה של הכלים המינהליים שמשטר צבאי רשאי להפעיל קיצוניים מאוד בהשוואה לאלו המופעלים במסגרת משטר דמוקרטי. מה שלא יעלה על הדעת בדמוקרטיה הופך שיגרה תחת כיבוש, למשל בסוגיות של צווים ומעצרים מינהליים, הגבלות על תנועה בתוך השטחים וכן על יציאה מהם וכניסה אליהם, והפקעות קרקע, פגיעה בפרטיות ועוד. מכאן שהיקף הפגיעה האפשרית מהכלים שמפעיל הצבא בשטחים חריג בחומרתו הרבה יותר בהשוואה לאלו המופעלים בתוך ישראל.

ד) **הלגיטימיות של ההחלטות המינהליות**: המשטר במדינת ישראל, שמכוחו יונקות הרשויות את הלגיטימיות להפעלת סמכות ומרות על אזרחי המדינה ועל מי ששוהים בה, הוא משטר דמוקרטי הנהנה מלגיטימציה מבית ומחוץ. בשונה מכך, הפלסטינים הנתונים תחת הכיבוש הצבאי הישראלי כופרים כלל ועיקר בלגיטימיות שלו. מזה 50 שנה שהכיבוש הוא עניין שבמחלוקת עמוקה בתוך ישראל ומחוצה לה. גם בהיבט זה חריגות העתירות הנוגעות לשטחים המובאות בפני בית המשפט.

אנו סבורים כי חריגות זו, על שלל היבטיה, מצדיקה את המשך המצב הקיים לפיו עתירות של תושבי השטחים הכבושים, פלסטינים כישאליים, נידונות בבג"ץ, הערכאה המשפטית העליונה בישראל.

הגנה מיטבית לתושבים מוגנים

3. המשפט הבינלאומי ההומניטארי קובע שאוכלוסיה הנתונה תחת כיבוש צבאי זר היא בעלת מעמד של "אוכלוסיה מוגנת". מעמד ייחודי זה נועד לשמור עליה מפני שרירותיות של שלטון צבאי זר, שאין לתושבים חלק בו או יכולת להשפיע על פעולותיו. הוא מהווה אחד מהיסודות המרכזיים עליו נשענים דיני התפיסה הלוחמתית.

4. ההגנה שמעניק המשפט הבינלאומי נדרשת במציאות שבה אין משטר מדינתי הדואג לאזרחיו, ובמקום זאת מתקיימת שליטה צבאית של מדינה זרה, שהיא בעלת אינטרסים אחרים ואף מתנגשים. במציאות זו פוטנציאל הפגיעה רב יותר וכוחו של הפרט להגן על עצמו חלש הרבה יותר. מצב דברים זה מקבל משנה תוקף במצב בו בשטח הכבוש מתגוררים גם אוכלוסיה אזרחית של המדינה הכובשת, שהאינטרסים של המשטר הצבאי משרתים אותה באופן מובהק ושיש לה גישה ישירה אל מפקדי הצבא ואל מקבלי ההחלטות בממשלה.

5. פלסטינים שנפגעים מצעדים ומהחלטות של המפקד הצבאי אינם יכולים להשפיע על רוע הגזירה אלא באמצעות פניה לבית המשפט. זאת, בשונה מאזרחים במדינה דמוקרטית שלרשותם כלים שונים להשפיע על החלטות הממשלה והפרלמנט, ובכללם חופש ביטוי ומחאה וקשר ישיר עם נבחר הציבור. במשטר דמוקרטי החלטות שיפגעו בציבור עשויות להוביל ביום הבחירות לפגיעה במי שקידם אותן, ומכאן כוחו של הציבור להשפיע על החלטות נבחריו. מצב זה זר לחלוטין לפלסטינים הנתונים תחת כיבוש צבאי.
6. לאור כל זאת, הביקורת השיפוטית נדרשת כדי לספק הגנה מירבית לאוכלוסיה הפלסטינית הנתונה במצב פגיע, ולוודא כי ההגנות הייחודיות שמגיעות לה נשמרות במציאות שבה האינטרס להפר אותם גדול, וכוחם של הפלסטינים להתנגד לו קטן מאוד.
7. לבית המשפט העליון תפקיד ומעמד ייחודי מתוקף היותו הערכאה העליונה במדינת ישראל, בעלת הסמכויות, המעמד והעצמאות הגדולים ביותר, ואשר קובעת הלכה המחייבת את הרשויות באופן המשמעותי ביותר. כשמדובר בהגנה על אוכלוסיה הנתונה במצב כה פגיע של שלטון צבאי, יש צורך שענייניה יובאו בפני בית המשפט שיש בידיו את הכוח הרב ביותר להגביל את הפגיעה ולספק את ההגנה הנדרשת.
8. החלטות בג"ץ הן סופיות ומהוות תקדים מחייב לרשויות, זאת בשונה מהכרעות של בתי המשפט המחוזיים. הניסיון מלמד כי הרשויות אינן מצייתות להכרעות בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים כהלכות עקרוניות המחייבות את הרשויות בכל פעולותיהן. המשמעות היא, כי בעוד הכרעה של בג"ץ מבהירה את הדין וקובעת תקדים ובכך עוצרת את הצבא מלהמשיך בהתנהלות פוגענית כזו או אחרת, עשוי הצבא להמשיך בהתנהלות הפוגענית גם אחרי שבית המשפט לעניינים מנהליים פסק נגדו. נוכח פגיעות האוכלוסיה הפלסטינית ועוצמת הכלים המופעלים נגדה, אנו סבורים כי ראוי שבג"ץ ימשיך לקבוע הלכות עקרוניות שיורו את הצבא בדבר כללים של מותר ואסור, ולא יותירו מקום לספק בדבר היותן תקדים מחייב.

המורכבות וההשלכות של עתירות הנוגעות בשטחים

9. אין חולק כי בפני בתי המשפט המינהליים בישראל מובאות סוגיות מורכבות ובעלות חשיבות, שביית המשפט נדרש לדון בהן בכובד ראש. אלא שבשטחים הכבושים הסוגיות המשפטיות מורכבות עוד יותר שכן מדובר בשליטת צבא באוכלוסיה זרה, מחוץ לשטח המדינה הריבוני, ובתוך הקשר של סכסוך בינלאומי ולא של משפט מינהלי תוך-מדינתי. בשל החריגות של המשטר הצבאי כמו גם בשל קיומן של התנחלויות בשטח הכבוש, נדרשו שופטי בג"ץ להכריע לאורך השנים בעתירות הנוגעות בשטחים בשורה של סוגיות מורכבות מאוד בעלות השלכות מדיניות, ביטחוניות, אנושיות ואחרות.
10. דוגמה מובהקת למורכבות האדירה – פוליטית, משפטית, ביטחונית ואנושית – היא סוגיית התכנון והבניה, הכלולה בתזכיר כתחום שמוצע להעביר את הדין בו לבית המשפט לעניינים מינהליים. אין מדובר פה בעניין מינהלי גרידא אלא בלב ליבו של הסכסוך הישראלי – פלסטיני. זוהי סוגיה שלא ניתן להשוות בה את הדין והמשפט בשטחים לאלו המתקיימים בתוך ישראל, וגם לא את ההשלכות של סוגיה זו על מציאות חייהם של בני האדם המתגוררים בשטחים, כמו גם על יחסי החוץ של ישראל.

11. מערכת הדינים בגדה המערבית הנוגעת לתכנון ובניה מבוססת על רבדים של חוק עות'מאני, בריטי, ירדני וצבאי-ישראלי. מנגנוני התכנון והבניה שהתפתחו תחת השליטה הצבאית הישראלית משמשים באופן שיטתי למען מימוש אינטרס של הרחבת התנחלויות ודחיקת פלסטינים החוצה מאזורים שיש לישראל רצון לספחם, דוגמת בקעת הירדן ואזור ירושלים. כל זאת, תוך הפרה ברורה של המשפט הבינלאומי.

12. אכיפת חוקי התכנון והבניה בשטחים משמעה פגיעות קשות מאוד באוכלוסיה הפלסטינית באמצעות הריסות בתים ותשתיות, סירוב לחבר יישובים פלסטינים לחשמל ולמים, איסור על הקמת בתי ספר ומרפאות וכיו"ב. שלא כמו בתוך מדינת ישראל, זהו תחום משפטי שעיקר מהותו פגיעה נרחבת במימוש זכויות יסוד של האוכלוסיה הפלסטינית, בהן הזכות לקורת גג, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך, חופש העיסוק ועוד. שלא כמו בישראל, ההשלכות אינן נוגעות רק למשפחה זו או אחרת אלא הן השלכות נרחבות הנוגעות לסוגיות לאומיות ופוליטיות, המשפיעות על חייהם של מיליוני פלסטינים וישראלים.

13. תהיה זו היתממות לומר אחרי 50 שנות שליטה צבאית, שתכנון ובניה בגדה המערבית הם מעצם מהותם סוגיות שמתאימות לבית המשפט לעניינים מינהליים, שכן אלו דנים בכך בתוך ישראל. האינטרסים הפוליטיים של ישראל, אשר מנוגדים לאינטרסים של האוכלוסיה הפלסטינית, הם שמעצבים את השימוש בכלי מינהלי זה. למשפחה הפלסטינית הנפגעת אין מוצא אחר לבד מפניה לערכאה שיפוטית שתגן עליה. בית המשפט נדרש לבחון סוגיה זו מתוך הבנה שתפקידו לספק הגנה מיוחדת לאוכלוסיה הפלסטינית, ושלכל החלטה שלו השלכות נרחבות, פוליטיות ואנושיות.

זכות ערעור לבית המשפט העליון

14. על פניו, יתרון מהותי של תזכיר החוק הוא באפשרות הערעור לעליון בזכות, דהיינו ביצירת זכות להשיג על החלטת בית המשפט, שאינה קיימת היום כאשר עתירות מוגשות ישירות לבג"ץ. אין להקל ראש בחשיבות הדבר בשביל העותרים, שיוכלו להשמיע טיעוניהם בפני ערכאה נוספת ואולי אף לזכות בה.

15. אלא שבפועל זכות זו עלולה להישאר על הנייר בלבד כשמדובר בעותרים פלסטינים. ערעור לעליון כרוך בפיקדונות שעשויים להגיע לעשרות אלפי שקלים. שכר המינימום ברשות הפלסטינית הוא 1,450 ₪, שיעור האבטלה הוא 18 אחוזים, והתמ"ג לנפש בגדה המערבית עומד על 2,267 דולר בהשוואה ל- 34,054 דולר בישראל - פי 15. בהינתן הפערים הכלכליים האדירים בין ישראלים לפלסטינים, לא מן הנמנע שסכומים אלו לא יימצאו בידי העותרים הפלסטינים, ובמקרה של הפסד הם לא יוכלו לערער לבית המשפט העליון. פגיעה זו תורגש במיוחד במקרה של עותרים עניים מאוד, כדוגמת תושבי כפרים קטנים ומבודדים המתמודדים מזה שנים ארוכות עם ניסיונות לנשל אותם מאדמתם באמצעות שימוש בחוקי התכנון והבניה.

16. בכך יוצר פער משמעותי נוסף בין הנגישות המשפטית של הפלסטינים לזו של המתנחלים. היות והמתנחלים משתכרים, בממוצע, כמו אדם בישראל, הרי שיש סיכוי רב יותר שמצבם הכלכלי יאפשר להם לערער לבית המשפט העליון, על יתרונותיו כסמכות עליונה וככזו הקובעת הלכה. לעומתם, יש סיכוי רב כי עותרים פלסטינים – האוכלוסיה המוגנת – ימנעו

מערער בשל קושי כלכלי, ועניינם ידון בערכאה הנמוכה יותר. זאת, כאשר מלכתחילה מעמדם פגיע הרבה יותר, המדיניות של הצבא מפלה נגדם באופן שיטתי, והכלים המינהליים המופעלים עליהם קשים ודרקוניים פי כמה וכמה.

העברת הסמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים ירושלים

16. לפי סעיף ג' לתזכיר החוק, "תיקבע סמכות ייחודית לבית משפט לעניינים מינהליים בירושלים לדון בעניינים אלו". נציין, כי בעוד הצעת החוק שהוגשה לכנסת בנושא זה ביקשה להחיל את חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים התש"ס-2000 על השטחים הכבושים, תזכיר החוק מצמצם את ההחלה לבית משפט יחיד.

17. מקדמי הצעת החוק הדגישו כי אחת ממטרות ההצעה היא הורדת העומס הרב מבית המשפט העליון. זוהי אכן סוגיה נכבדה שגם אנו סבורים שיש חשיבות רבה במציאת פתרון לה.

18. אלא שלא יעלה על הדעת כי כדי לתקן ולשפר את מערכת בתי המשפט בישראל יש לצמצם את ההגנה המשפטית הניתנת לאוכלוסיה הפלסטינית – שאיננה ישראלית ואיננה מתגוררת בתחומי ישראל, וכן להחליש את הביקורת השיפוטית על רשויות הצבא – שבידיהן סמכויות דרקוניות חסרות תקדים ושפועלות במציאות ביטחונית ומדינית מורכבת וסבוכה. מה עוד, שתזכיר החוק מוסיף רק בית משפט יחיד, את בית המשפט לעניינים מינהליים ירושלים, כערכאה נוספת לצד בג"ץ לדיון בעתירות שטחים, ומביא לכך שיהיה עומס רב אך על שני בתי משפט במקום על בית משפט יחיד.

ההיבט העקרוני: מהות השליטה הישראלית בגדה המערבית

19. לפני סיום, נבקש להתייחס גם למהלך הפוליטי הרחב שהצעת חוק זו כרוכה בו: שאיפות הסיפוח המקודמות באמצעות טשטוש הולך וגובר של ההפרדה המהותית בין ישראל הריבונית, בה חל משטר דמוקרטי, לשטחים הכבושים, בהם חל משטר צבאי.

20. שאלות הנוגעות למערכות החוקים החלות בשטחים הכבושים, לסמכויות החקיקה והאכיפה שם, ולמעורבות בתי המשפט בנעשה בשטחים הן שאלות מהותיות, שהתשובות להן מעצבות לא רק את דרכי השליטה בפועל שמקיימת ישראל בשטחים הללו – אלא אף את מהות השליטה של ישראל בגדה המערבית. לכל אלו השלכות מרחיקות לכת גם על זכויות האדם.

21. קשה שלא להבחין בפער הגדול שנפער בין עמדתה הרשמית של מדינת ישראל מאז יוני 1967 לגבי מהות השליטה הישראלית בגדה המערבית, לבין עמדת הרוב הפוליטי כיום בממשלה ובכנסת. עמדתה הרשמית של ישראל היא, כי שליטת המפקד הצבאי בגדה המערבית היא במסגרת של תפיסה לוחמתית, הנשענת על שליטה צבאית זמנית הכפופה לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי. לעומת זאת, מבקשים שרים בממשלה וחברי כנסת לקדם, כל אחת ואחד בדרכו, שורה של צעדים שנועדו להביא לסיפוח קבוע של השטחים או חלקם למדינת ישראל, בין היתר באמצעות ביטול הבידול החוקי-משפטי בין האזורים.

22. אין זה המקום להציג את מגוון הצעדים וההצעות העומדים על הפרק. נזכיר כאן לצורך הדגמה את חוק ההסדרה המורה על הפקעת קרקעות פרטיות של פלסטינים, את הצעות החוק הקוראות לסיפוח ישיר של התנחלויות כגון מעלה אדומים, ואת המהלכים שמוביל משרד המשפטים להשוואת הדינים החלים על מתנחלים לאלו החלים על אזרחים בתוך מדינת ישראל. גם במקרה של תזכיר חוק זה קיים קשר ישיר בין האינטרס הפוליטי של מקדמיו לבין ההצעה גופה, אשר מביאה לביטול של הבחנה הקיימת כיום בין הביקורת השיפוטית המתקיימת בישראל הריבונית לזו שבשטחים הכבושים.

23. האגודה לזכויות האזרח הביעה פעמים רבות התנגדות חריפה למהלכים משפטיים-חוקיים שביקשו לטשטש את ההבדלים בין ישראל לשטחים הכבושים. בשנות עבודתנו הארוכות בגדה המערבית חזינו שוב ושוב כיצד השילוב בין המהלכים השונים והמגוונים שנועדו לקדם סיפוח של השטחים לישראל הוביל להשלכות הרסניות על זכויות האדם של הפלסטינים. בין אם מדובר בחקיקה צבאית שנועדה להעמיק את שתי מערכות החוק והאפליה בין הפלסטינים למתנחלים, או ביצירת רשת כבישים שמחברת בין ההתנחלויות לישראל ומגבילה את חופש התנועה של הפלסטינים, או בתוואי חומת ההפרדה שמספח לישראל חלקים מהגדה המערבית, הרי שהתוצאה אחת היא: צעדי הסיפוח מובילים להעדפה קיצונית של האינטרס הישראלי על חשבון האינטרסים, הצרכים והזכויות של האוכלוסיה הפלסטינית הנתונה תחת כיבוש צבאי ישראלי.

24. השילוב בין המהלכים הרבים, קטנים כגדולים, לטשטוש הגבולות ולקידום הסיפוח הוביל למציאות שבה הפרה שיטתית של זכויות האדם של הפלסטינים היא הנורמה של השליטה הישראלית הצבאית והאזרחית. בחסות אותם מהלכים נוצרה מציאות שבה הפלסטינים אינם מקבלים את ההגנות והזכויות של תושבים מוגנים הנתונים תחת כיבוש צבאי זר, כפי שאלו קבועים במשפט ההומניטארי הבינלאומי. כמובן שהם אינם מקבלים גם את ההגנות והזכויות הקבועות במסגרת החוק הישראלי, משום שאינם אזרחים.

25. ניסיונות למחוק את ההבחנה בין השטחים הכבושים לישראל הריבונית בכל הנוגע לסדרי הדין והמשפט החלים בשטח הינם פסולים בשל תרומתם להעמקת מציאות מעוותת של אפליה, של פגיעה שיטתית באוכלוסיה הפלסטינית, ושל התעלמות מעקרונות המשפט ההומניטארי שאמור לחול בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית.

מכל הטעמים המפורטים לעיל, אנו סבורים כי אין לקדם את החוק המוצע.

בברכה,

רונית סלע

מנהלת היחידה לזכויות האדם בשטחים הכבושים