



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2189/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. ראבעה עבד אלעזיז עבדאללה חאמד
2. סאמר עבד אלרחים גימעה חמדאן
3. סוהילה מוחמד עבד אלחאלק חאמד
4. ג'ואד פתחי אבו עליא
5. אחמד עבד אללה עבד אלקאדר
6. רשיקה מוחמד עמר שתיוי
7. ארגון "יש דין"
8. עמותת רופאים לזכויות אדם

נ ג ד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ד באב התשפ"א (02.08.2021)

בשם העותרים: עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד חגי בנוימן

בשם המשיב: עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד מיכל דניאלי

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. עתירה זו נסבה בעיקרה על ההוראה הקבועה בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מספר 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו), אשר כותרתה היא "חיפוש בחצרים", וקובעת כלהלן:

"קצין או חייל שקצין הרשהו לכך באופן כללי או באופן מיוחד, רשאים להיכנס בכל זמן, לכל מקום, כלי-רכב, כלי-שיט או כלי-טיס, שעלול להיות טעם לחשוד כי

משתמשים בהם, או שהשתמשו בהם לכל מטרה, הפוגעת בשלום הציבור, בבטחון כוחות צה"ל, בקיום הסדר הציבורי, או למטרות התקוממות, מרד או מהומה, או שיש מקום לחשוד בהם כי נמצא שם אדם שעבר על צו זה, או סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות, הצפויים לתפיסה לפי צו זה ורשאים הם לחפש בכל מקום, כלי-רכב, כלי-שיט או כלי-טיס וכל אדם הנמצא בהם או היוצא מהם".

2. העותרים הם תושבים פלסטינים המתגוררים בשטחי יהודה ושומרון (להלן: האזור) וכן ארגון "יש דין" (להלן: הארגון) ועמותת רופאים לזכויות אדם הפועלים להגנה על זכויות אדם. בעתירתם, טוענים העותרים, כי מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 67 לצו, נכנסים כוחות הצבא לבתים פרטיים של פלסטינים בגדה המערבית ומבצעים בהם חיפוש ללא צו שיפוטי. לטענתם, הסמכה גורפת זו של גורמי האכיפה לבצע חיפוש בחצרים פרטיים ללא צורך בצו שיפוטי או בביקורת שיפוטית טרם ביצוע החיפוש מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי, אינה חוקית מבחינת כללי המשפט הישראליים, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ומהווה פגיעה חמורה ונעדרת צידוק בזכויות יסוד, ולפיכך, דינה להתבטל. העותרים מציינים כי אומנם ישנם מצבים שבהם אף דיני חיפוש מאפשרים חיפוש בחצרים פרטיים גם ללא צו שיפוטי, ואולם מצבים אלה הם בגדר החריג לכלל, ועל חריג זה להיות מנוסח בדין באופן ברור, צר ודווקני. כן מציינים העותרים שאמנם במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית ניתנות סמכויות רחבות לכוחות הצבאיים שבשטח, ואולם מאחר שמדובר בתפיסה לוחמתית ארוכת-טווח, שנמשכת שנים רבות, מתאימת ההצדקה למתן סמכות גורפת כאמור.

3. על רקע האמור, מבקשים העותרים כי נורה למשיב, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, לבוא וליתן טעם: (1) מדוע לא ישנה את התחיקה הצבאית באופן שיקבע כי על כניסת כוחות ביטחון לבתים של פלסטינים לצורך חיפוש בהם להיעשות אך ורק בהתאם לצו שיפוטי, להוציא חריגים ספציפיים ומוגדרים שבהם הכניסה למקרקעין פרטיים היא הכרחית באופן מידי ופנייה לבית משפט אינה אפשרית; (2) מדוע לא ימנעו הכוחות שתחת פיקודו של המשיב מביצוע חיפושים בביתם של העותרים 1-6, למעט במקרים החריגים כמפורט לעיל, וזאת עד שהתחיקה הצבאית תשונה כמבוקש; (3) לחילופין – מדוע לא יינתן סעד הצהרתי שלפיו סמכות הכניסה לחצרים וחיפוש בהם הקבועה בסעיף 67 לצו, אינה עומדת באמות המידה הקבועות בדיני התפיסה הלוחמתית, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט המינהלי הישראלי.

4. בעתירה צוין כי מזה למעלה מעשור מתעד הארגון את הפרקטיקה של כניסות לבתים של פלסטיניים שלא על-פי צו שיפוטי, וכי מדובר בתופעה רחבת היקף אשר מסכנת ומשבשת את חייהם היומיומיים של פלסטינים תושבי האזור, מסכנת את רכושם ופוגעת בזכותם הבסיסית לכבוד. כן נטען כי במשך תקופה של למעלה משנה תועדו 91 מקרים של חיפושים בבתיים הפרטיים של פלסטיניים, וכי מנתונים שנמסרו לארגון מ-OCHA (משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים), היקף תופעת הכניסות לבתים רחב בהרבה. העותרים הוסיפו ופירוטו בעתירתם את נסיבות הכניסות לבתיים של העותרים 6-1 שתועדו במהלך השנתיים האחרונות על-ידי אנשי הארגון, וזאת לשם המחשת המדיניות והפרקטיקה היומיומית של כניסה לבתים של פלסטינים לצורך חיפוש בהם. נטען כי בחלק מהכניסות המתוארות לבתיים של העותרים 6-1 דווח לארגון על ביצוע עבירות לכאורה על-ידי החיילים. ואולם, העותרים מדגישים כי העתירה מכוונת לשאלה העקרונית בדבר חוקיות החיפוש ללא צו ולא בעבירות שבוצעו לכאורה אגב החיפושים שפורטו בעתירה, או לתקיפת החיפושים הפרטניים המתוארים בה.

5. העותרים עומדים בעתירתם על ההשלכות הקשות על בריאותם הנפשית של מבוגרים וילדים החווים כניסה כוחנית של כוחות הצבא לבתים פרטיים לצורך חיפוש וכן על ההשלכות השליליות של חיפושים אלה על היחסים בתוך המשפחה והקהילה בהן הם נערכים. כן נטען כי מדיניות הכניסה לבתים יוצרת גם סיכונים פיזיים לחיים, לגוף ולרכוש. לאור האמור, נטען כי קיימת חובה לשקול היטב את הצורך בכניסה לבתים פרטיים ובחיפוש בהם, במיוחד במצב של תפיסה לוחמתית ממושכת באזור, וכן את הצורך בביקורת שיפוטית מראש במקרים שבהם הדבר אפשרי.

6. מבחינה משפטית, טוענים העותרים כי הסמכות להיכנס לחצרים פרטיים הקבועה בסעיף 67 לצו מהווה הפרה של הדין ההומניטארי, אינה עומדת בדרישות הבסיסיות ביותר של משפט זכויות האדם הבינלאומי ומפירה את עקרונות המשפט המינהלי, במיוחד על רקע התמשכותה של התפיסה הלוחמתית באזור. זאת, כך נטען, מאחר שהסמכות הרחבה האמורה יוצרת מצב שבו הכניסות לבתים כיום נעשות בשרירותיות, היינו – ללא חשש מבוסס, בצורה בלתי מידתית, ובהיעדר ביקורת שיפוטית מראש.

7. העותרים מציינים בעתירתם כי בתשובה מיום 18.11.2019 לבקשות חופש מידע שהגיש הארגון, טען דובר צה"ל כי התנאים הפרוצדורליים לחיפוש מוסדרים בהוראה חסויה שכותרתה "סריקות וחיפושים בבתי פלסטיניים באיו"ש", אשר מסדירה את

מטרות ושיטות ביצוע החיפוש, את מדרג הסמכויות לאישור חיפושים בחצרים פרטיים, אופן התנהלות תיעוד החיפוש ועוד. ואולם, לטענת העותרים, גם אם מי שמאשרים את רוב הכניסות לבתים הם קצינים בכירים, הרי שעדיין מדובר בדרג הפיקודי של הזרוע הביצועית ולא בגוף שיפוטי המשמש כמתווך בין זכויות התושבים לבין צרכי הרשות המבצעת. עוד טוענים העותרים, כי גם בהתעלם מהפסול שבהותרת ההנחיות חסויות באופן שאינו מאפשר בחינה של סבירותן וגם לא בקרה בדבר אכיפתן, אין בקיומן של ההנחיות כדי להעניק את ההגנה הנדרשת לזכות לפרטיות, לכבוד ולחיי המשפחה של הפלסטינים באזור.

8. עוד נטען כי קיים פער בוטה ומפורש בין ההגנה על זכויותיו של הפרט במשפט הישראלי במסגרת דיני החיפוש בחצרים פרטיים, לבין היעדר ההגנה על זכויותיו של הפרט במשפט הצבאי החל באזור לעניין זה. כך, נטען כי בדין הישראלי דרך המלך מחייבת כי ביצוע חיפוש יהיה על פי צו שיפוטי שניתן בהתאם למספר עילות מוגדרות, אלא אם כן קיים חשד מבוסס שמבוצעת במקום בזמן הווה עבירה מסוג פשע או שבוצעה זה מקרוב. לעומת זאת, כך נטען, סעיף 67 לצו אינו כולל פרוצדורה של חיפוש על פי צו שיפוטי, והוא מתיר לכל קצין או חייל שיקבל הרשאה לכך מקצין לבצע חיפוש בכל מקום "שעלול להיות טעם לחשוד" שנעשה בו מעשה המסכן את שלום הציבור או חלופות נוספות שאף לא מחייבות שלחיפוש יהיה קשר לביצוע העבירות.

9. העותרים מוסיפים כי המשפט המינהלי הישראלי מחייב כיבוד זכויות אדם על-ידי הרשויות הישראליות ודורש כי פעולות מינהליות פוגעניות תעשנה לאחר הליך הוגן העומד בדרישות כללי הצדק הטבעי ובהם איסור משוא פנים ואפליה. לטענת העותרים, ההסדר המצוי בסעיף 67 לצו יוצר הסדר שונה ומפלה כלפי פלסטינים המתגוררים באזור לבין ישראלים המתגוררים בו. כן נטען כי הסדר זה אינו מידתי, ובכך אינו עולה בקנה אחד עם עקרון יסוד במשפט המינהלי הישראלי.

10. עוד טוענים העותרים כי סעיף 67 לצו מקנה סמכות חריגה אף ביחס לדינים המסדירים חיפוש בחצרים פרטיים בשיטות המשפט המקובל והמשפט הקונטיננטאלי. בתוך כך, טוענים העותרים כי המשפט המקובל רואה בצו החיפוש השיפוטי עיקרון-על של דיני החיפוש והכניסה לחצרים פרטיים, וכי שיטות המשפט הקונטיננטאלי מאזנות את הסמכות לחיפוש עם הטלת סמכויות פיקוח על התביעה הכללית והגבלה של החיפושים למקרים של עבירות חמורות או כאלו שנעברו זה עתה. לעומת זאת, כך נטען, סעיף 67 לצו מעניק סמכות גורפת לחיפוש ללא ביקורת שיפוטית מראש, ובעילות רחבות ביותר ונטולות הגבלות ממשיות.

11. לבסוף, טוענים העותרים כי לנוכח אופייה של הוראת סעיף 67 לצו, המקנה סמכויות רחבות, עמומות ונעדרות מגבלות לחיפוש בחצרים, יש לקבוע כי בפועל הדין הצבאי סובל מלקונה משפטית, שבגינה החלטה על כניסה לבתים עשויה להתקבל על-ידי קצינים באופן שרירותי ללא אמות מידה ומגבלות ברורות. משכך, נטען, קיימת הצדקה להשלמת החסר הנורמטיבי באמצעות היקש מהדין הישראלי בנושא.

תגובת המשיב

12. המשיב טוען בתגובתו כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל השיהוי שחל בהגשתה. בתוך כך, נטען כי סמכות החיפוש בחצרים המעוגנת בסעיף 67 לצו עומדת בעינה מאז שנת 1967, ואף מבוססת על תקנה 75 לקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, שחלה באזור עוד לפני כניסת צה"ל לשטח זה. העתירה, אשר הוגשה כעבור כ-53 שנים מאז כניסתה של ההוראה הנדונה לתוקף נגועה בשיהוי המצדיק, כך לטענת המשיב, את דחייתה על הסף.

13. עוד טוען המשיב כי יש לדחות את העתירה אף לגופה.

לטענת המשיב, בחינת המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לענייננו מעלה כי הצו אינו מפר הוראת דין כלשהי החלה באזור. נטען כי פעילות צה"ל באזור, בפרט בהיבטים הנוגעים ללחימה בטרור, מאופיינת בצרכים ביטחוניים ייחודיים, וכי יש בכך כדי להשליך באופן ישיר על נקודת האיזון בין זכויות הפרט לבין צרכי הביטחון, כפי שזו מתבטאת בחקיקה המחייבת ובאופן הפעלת הסמכויות בהיבטים הנדונים בעתירה דנא. לטענת המשיב, סעיף 67 לצו עולה בקנה אחד עם הוראות דיני התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבינלאומי ויישומה מבטא איזון הולם בין הרצון להגן על זכויות הפרט מחד גיסא, לבין הצורך בהפעלה גמישה ויעילה של מנגנון החיפוש באזור, מאידך גיסא.

14. המשיב טוען עוד כי סעיף 67 לצו המקנה סמכות לערוך חיפוש בחצרים עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי החלות באזור, ובפרט סעיף זה מאפשר את מימושה של אחת מהסמכויות המרכזיות המצויות בידי המפקד הצבאי – שמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור. לטענת המשיב, בדיני התפיסה הלוחמתית הרלוונטית לאזור אין הוראות המסדירות את אופן מימוש סמכות החיפוש באופן פרטני, ובוודאי שלא על דרך של קביעת הוראות מפורטות אליהן מכוונים העותרים. כל שנקבע הוא שעל החיפוש להיעשות באופן המתחשב בזכותו של אדם לכבוד, וגם זאת תוך איזון למול הצרכים הצבאיים והביטחוניים לאור המציאות בשטח. משכך, נטען כי העתירה אינה מגלה כל עילה להתערבות שיפוטית בהקשר זה.

15. עוד טוען המשיב כי עמדתה העקבית של מדינת ישראל היא כי אמנות זכויות האדם שהיא צד להן אינן חלות ביחס לפעולות המפקד הצבאי באזור, וכי המשטר המשפטי החל באזור הוא דיני התפיסה הלוחמתית המהווים חלק מדיני העימות המזוין של המשפט הבינלאומי. ואולם, למעלה מן הצורך, נטען כי אף אם היו דינים אלו חלים בענייננו, הם אינם מחייבים פרוצדורה פרטנית או מנגנון בקרה שיפוטי מסוים דווקא כתנאי להפעלת סמכות החיפוש. לכל היותר, כך נטען, הם מחייבים כי הפעלת הסמכות תיעשה בהתאם להוראות החוק המקומי, באופן שאינו שרירותי, ובסבירות – תנאים שעל-פי הנטען מתקיימים בענייננו.

16. המשיב מוסיף כי הנסיבות הביטחוניות הקיימות באזור מחייבות דווקא את הותרתה של הוראת סעיף 67 לצו במתכונתה הנוכחית. בהקשר זה נטען כי הסעיף האמור נותן מענה הולם לסיטואציה הנוכחית ואף נדרש לצורך עמידה בחובתו של המשיב להבטיח את הסעד והחיים הציבוריים באזור.

17. עוד נטען כי לאורך השנים הוסדרו היבטים שונים של אופן הפעלת סמכות החיפוש בהוראות פנימיות המתעדכנות מעת לעת, ואשר כוללות מגבלות המבטיחות הפעלה סבירה ומידתית של הסמכות האמורה, וזאת בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי הישראלי. לטענת המשיב, בכך הוגבלה וגודרה הסמכות לחיפוש בחצרים באזור, כך שתופעל באיזונים המתאימים בהתאם לצרכים המתעדכנים מעת לעת. בתוך כך, ההוראות הפנימיות מטילות מגבלות בהיבטים שונים ובהם: מדרג הסמכויות להורות על עריכת חיפוש בחצרים; טיב החשד המצדיק חיפוש ועוצמתו; ואופן עריכת החיפוש עצמו. מטרת הוראות אלה, כך נטען, היא למנוע פגיעה בלתי מתחייבת בכבודם של דיירי המבנה, בפרטיותם או ברכושם.

18. המשיב מוסיף כי אין לקבל את הטענה בדבר אפליה אסורה לכאורה בין מערכת הדינים הישראלית לבין זו שחלה בישראל, וזאת לנוכח השוני המשפטי והעובדתי הרלוונטי להבחנה האמורה.

19. לבסוף, נטען כי לפי עמדתם של הגורמים הביטחוניים, ככלל, קבלת הסעד המבוקש בעתירה תביא לפגיעה ממשית ביכולת להתמודד עם איומי הטרור המשמעותיים בשטחי האזור. עוד נטען כי ברירת המחדל היא הותרת הכללים הקבועים בתחיקת הביטחון באזור על כנם, וכי שינוי דברי חקיקה על ידי המפקד הצבאי ייעשה רק בהינתן טעמים המצדיקים זאת בהתאם למצב באזור. כן נטען כי יש לדחות את העתירה גם לנוכח

הכללים בדבר היקף ההתערבות המצומצם של בית משפט זה בשיקול דעת המפקד הצבאי.

התפתחויות נוספות

20. ביום 26.10.2020 התקיים דיון בעתירה (בפני המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשופטים – מ' מזוז ו-י' וילנר), בו חזרו הצדדים על טענותיהם, וכן נערך דיון במעמד צד אחד, במסגרתו הפנה המשיב לחומרים אשר מבססים, לשיטתו, את הצורך הביטחוני בסמכות הקבועה בסעיף 67 לצו. בתום הדיון ניתנה החלטה המורה למשיב להגיש הודעה מעדכנת ביחס לאפשרות לפרסם בדרך כלשהי חלקים מסוימים מההוראות הפנימיות שנזכרו בתגובתו.

21. בהתאם לכך, בהודעה מיום 11.12.2020 הגיש המשיב הודעה מעדכנת, ובה ציין כי ליבת ההוראה המבצעית הנוגעת לעתירה – הוראת חטיבת המבצעים באגף המבצעים שנושאה "סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש" (להלן: ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש) – אושרה לפרסום. כמו כן, להודעת העדכון צורף הנוסח שאושר לפרסום, שזו תמציתו:

"כללי

1. במסגרת פעילות צה"ל הנגזרת ממשימת ההגנה באיו"ש, נדרש, בהתאם להערכת המצב העיתית, לבצע פעילות של סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים. סמכות זו תמומש בצורה המאזנת בין צרכי הביטחון לבין זכותו של אדם לפרטיות בביתו. לפיכך, יש לערוך פעילות זו בנסיבות מיוחדות ולפי אישורים מפורשים.

המטרה

2. הגדרת נוהל לביצוע סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש, תוך שמירה על כבודם, גופם ורכושם, ופירוט סמכויות האישור.

השיטה

3. הנסיבות לביצוע סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש:

א. ככלל, יש לבצע חיפוש או סריקה בתוך מבנה על בסיס מידע מקדים.

ב. סריקות וחיפושים יבוצעו כאשר קיים חשד המוביל למרחב המדובר כדוגמת עקבות חשודים באירוע פח"ע או באירוע פלילי; נורתה אש או הופעלו מטעני חבלה; התקבל מידע כי מצויים שם אנשים החשודים בביצוע עבירות בטחון או שמוסתרים במקום נשק ואמצעי חבלה או חפצים אחרים שיש בהחזקתם משום ביצוע עבירה או שיש לתפסם לצורך ראיה במשפט.

ג. חיפוש וסריקה הכוללים גרימת נזק כלשהו למבנה עצמו (כגון – קידוחים וחפירות, הריסת קירות וכד')

- יתבצעו רק לאחר קבלת אישור הדרג הרלוונטי ולאחר בחינת המידע הקשור למבנה והפעילות המתבצעת בו.
- ד. אין לערוך חיפוש בבית מגורים כצעד ענישתי, חינוכי או לצרכי תרגול.
4. הסמכות לאישור ביצוע סריקה וחיפוש יזום:
- (1) סריקות וחיפושים בבתי תושבים על יסוד מידע קונקרטי – אישור מח"ט (אישור המפקד הצבאי האחראי על השטח).
- (2) לצורך ביצוע מעצר כתגובה מיידית לאירוע פח"ע או להפרת סדר – אישור המפקד הצבאי בשטח."

בהמשך להוראות אלה, הנוסח שפורסם מוסיף ומפרט הוראות שכותרתן היא "התנהגות ביחס לתושבי הבית בו נערך החיפוש", ובהן הוראות שונות הנוגעות לאופן עריכת החיפוש ומגבלות שנועדו למנוע נזק לרכוש או פגיעה בשלומם של בני הבית, וכן הוראות לעניין תיעוד החיפוש.

22. בתגובת העותרים להודעת העדכון מיום 29.12.2020 נטען כי גם אם יש בפרסום ליבת ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש התקדמות מועטה, הרי שאין בו כדי לרפא את הפגמים הרבים, העמוקים והמערכתיים שהעתירה הצביעה עליהם. בתוך כך, מציינים העותרים כי הם עומדים על טענתם המרכזית בעתירה שלפיה מערך חיפושים שאין בו ביקורת שיפוטית מקדימה (עם חריגים) – מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המשפט הבינלאומי של זכויות האדם והמשפט החוקתי והמינהלי הישראלי. כן נטען כי המשיב לא הבהיר מה מעמדה הנורמטיבי של ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש, ולא ברור האם יש סנקציה בגין הפרתה. כן נטען כי ההוראה נתונה לשינוי בכל עת, ללא שום חובת פרסום, וזאת בניגוד לתחיקה צבאית. העותרים מוסיפים וטוענים כי קיימים פגמים אף בתוכן ההוראה עצמה כמסגרת להסדרת חיפוש בבתים פרטיים.

23. בהחלטות מיום 18.3.2021 ומיום 13.6.2021 שניתנו על-ידי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, נקבע כי העתירה תקבע לדיון המשך שבו תלובן שאלת מעמדה הנורמטיבי של ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש.

24. בהמשך לכך, בדיון המשך שהתקיים ביום 2.8.2021 (בפני השופט ע' פוגלמן, י' אלרון ו-י' וילנר), ביקשו העותרים באמצעות בא-כוחם לשוב על עיקרי טענותיהם בעתירה בשל השינוי במותב הדן בה (עקב פרישת המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט מ' מוזס), ונעתרנו לבקשתם. כמו כן, העותרים הוסיפו וטענו שלשיטתם סעיפי ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש העוסקים בעוצמת הראיות הנדרשות לשם עריכת חיפוש; העילות המצדיקות חיפוש בבתים של תושבים; הפרוצדורה לעריכת החיפוש; והגורם

הפיקודי הנדרש לאשר את החיפוש – צריכים להיות מוסדרים במסגרת חקיקה ראשית פומבית ומחייבת, וכי אין להסתפק בהוראה פנימית של הצבא אשר מעמדה הנורמטיבי אינו ברור.

25. בתגובה לכך טען המשיב באמצעות בא-כוחו כי טענות המתייחסות למעמדה הנורמטיבי של ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש, כמו גם ביחס לתוכנה, הן טענות החורגות ממסגרת העתירה דנן, וכי העותרים אף לא מיצו הליכים מול המשיב ביחס לטענות אלה. עוד הובהר כי השאלה בדבר עיגון ההוראה האמורה במסגרת חקיקה ראשית או חקיקת משנה היא בעלת השלכות רוחב על הוראות מבצעיות נוספות של צה"ל, וכי סוגיה רחבה זו טרם נבחנה על-ידי המשיב. לצד זאת, הבהיר המשיב כי ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש היא דין מחייב, וכי הפרתה עלולה לגרור סנקציות לפי סעיף 3 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

דיון והכרעה

26. לאחר העיון בעתירה ושמיעת טענות הצדדים במסגרת הדיונים שנערכו הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות בשל היעדר עילה להתערבותו של בית משפט זה.

27. הכללים המשפטיים החלים באזור מורכבים מרבדים של מקורות נורמטיביים שונים ובהם: (1) כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובעיקר דיני התפיסה הלוחמתית (Belligerent Occupation), המעוגנים בעיקרם בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: תקנות האג). כמו כן, גישתן של ממשלות ישראל לאורך השנים הייתה להכיר בתחולת החלקים ההומניטאריים של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית); (2) הדין המקומי שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה"ל לאזור; (3) תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי; (4) וכן עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי הנוגעים לשימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור (ראו: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקאות 2-7 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020) (להלן: עניין עיריית סלואד)).

28. טענתם העיקרית של העותרים בעתירתם היא כי סמכות החיפוש המעוגנת בסעיף 67 לצו מנוגדת למערכות הדינים הנזכרות לעיל והחלות באזור, וזאת בעיקר על רקע העובדה שסמכות זו אינה כוללת מנגנון של ביקורת שיפוטית מראש, היינו – אינה דורשת קבלת צו שיפוטי על-מנת לערוך חיפוש בחצריו הפרטיים של פלסטיני תושב האזור.

29. ואולם, העותרים לא הצביעו על מקור בדין החל באזור המסדיר את אופן מימוש סמכות החיפוש באופן פרטני, או כזה הנוגד או מתנגש עם הוראת סעיף 67 לצו. בפרט, העותרים לא הצביעו על הוראה בדין החל באזור, מבין כלל המערכות הנורמטיביות החלות בו, שלפיה כניסת כוחות ביטחון לצורך חיפוש בבתים של תושבי האזור צריכה להיעשות אך ורק בהתאם לצו שיפוטי (וראו לעניין זה גם תשובתו השלילית של בא-כוח העותרים בדיון שנערך ביום 26.10.2020 לשאלות המותב אם נמצאה אסמכתא כלשהי לסעד המבוקש בעתירה – עמוד 7 שורות 1-24 לפרוטוקול הדיון).

30. אמנם כן, דיני התפיסה הלוחמתית כוללים הגבלות כלליות על פעולותיו של המפקד הצבאי, כדוגמת סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (להלן גם: סעיף 27), כלהלן:

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault. Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age and sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the Party to the conflict in whose power they are, without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion.

However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war".

[ובתרגום לעברית:]

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים.

נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן, ובעיקר – מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן.

בלא לפגוע בהוראות הנוגעות למצב בריאותם, גילם ומינם של מוגנים, יהא בעל הסכסוך נוהג בכל המוגנים שברשותו מתוך תשומת לב שווה, ללא כל הפליה לרעה המבוססת, במיוחד, על נימוקי גזע, דת או השקפה מדינית.

אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה".

31. מכוח סעיף זה, חייב המפקד הצבאי לכבד, בין היתר, את גופם, כבודם וזכויותיהם המשפטיות של התושבים הפלסטינים באזור, להתייחס אליהם באופן אנושי, להגן עליהם מפני מעשי אלימות ולמנוע הפליה לרעה המבוססת על גזע, דת או השקפה מדינית (לכך שתושבים פלסטינים המתגוררים באזור נכללים בהגדרת "תושבים מוגנים" ולעניין תחולתו של סעיף 27 בהקשר הנדון, ראו: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 365 (2003); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 393-394 (2004); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 834-836 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 504 (2005); עניין עיריית טלואד, פסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות). כמו כן, ולצד האמור, סעיף 27 מאפשר למפקד הצבאי לנקוט אמצעי פיקוח וביטחון כאשר יש צורך ביטחוני בכך.

32. ואולם, איני סבורה כי סעיף זה מהווה עוגן לטענות העותרים:

ראשית, אין באמור בסעיף זה כל הוראה המחייבת עריכת חיפוש אך בנסיבות שבהן ניתן צו שיפוטי בנדון מראש, ונראה כי ניתן להגן על זכויותיהם של המוגנים המפורטות בסעיף האמור גם באמצעים אחרים במהלך חיפושים בבתיהם.

שנית, לפי סעיף 27 סיפא, המפקד הצבאי רשאי לנקוט אמצעי פיקוח וביטחון כאשר יש צורך ביטחוני בכך. כאמור בתגובת המשיב, עמדת גורמי המקצוע היא כי לצורך סיכול פיגועי טרור ופעילות חבלנית נדרש המשיב לפעול באופן גמיש ובהתאם להתפתחויות בשטח בכל הנוגע לסמכות החיפוש, כך שדרישה אפרוורית לקבלת צו שיפוטי ככלל לפני עריכת חיפושים בבתי פלסטיניים באזור עלולה לפגוע באופן ממשי בצרכי הביטחון.

שלישית, ההגנה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים כמו גם החובה שחלה על המפקד הצבאי להגן עליהם מפני מעשי אלימות ולהתייחס אליהם בכבוד – מקבלות מענה במסגרת ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש. הוראה זו מפרטת שורה של הנחיות כיצד על עורכי החיפוש להתנהג ביחס לתושבי הבית בו נערך החיפוש, ובכלל זה מובהר כי ניתן להסתייע בתושבי הבית בחיפוש רק כאשר לא נשקפת מהחיפוש סכנה לחייהם לשלומם של בני הבית וללא כפיה. כן מובהר כי על החיפוש להיות מבוצע תוך ניסיון לצמצם ככל הניתן כל נזק שאינו נדרש לטובת החיפוש. כמו כן, מטרת ההוראה המוגדרת

היא "לביצוע בדיקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש, תוך שמירה על כבודם, גופם ורכושם, ופירוט סמכויות האישור".

33. העותרים מוסיפים ומפנים למקורות במשפט זכויות האדם הבינלאומי המעגנים את הזכות לפרטיות ואת הזכות לחיי משפחה כבסיס לטענתם העיקרית בעתירה (ראו למשל: סעיף 12 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948; סעיף 16 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד; סעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966; סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם). מקורות אלה, כך נטען, מעניקים הגנה מפני התערבות שרירותית בצנעת הפרט של אדם, במשפחתו או בביתו. העותרים הוסיפו והפנו לפסיקותיו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בהן נקבע כי פעולות שעלולות לפגוע בפרטיות, הגם שהן חוקיות, צריכות להיות מידתיות.

34. ואולם, מבלי להידרש לשאלה אם המפקד הצבאי כפוף למשפט זכויות האדם הבינלאומי (ויצוין כי, כאמור בכתבי הטענות של הצדדים, עמדתה העקבית של הממשלה היא כי התשובה לכך היא שלילית), איני סבורה כי אף מקורות אלה מובילים לקבלת עמדת העותרים בעתירה דנן, וזאת מהטעמים הנזכרים לעיל באשר לסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. כך, אין בסעיפים הנזכרים הוראה ישירה לעניין הצורך בצו שיפוטי לשם עריכת חיפוש בחצריו של אדם. כמו כן, וכפי שפורט לעיל, האיסור על פגיעה שרירותית או בלתי מידתית בזכויותיו של אדם לפרטיות ולחיי משפחה מקבל מענה במסגרת ההוראות הפרטניות בדבר עריכת החיפוש המצויות בהוראה בנושא חיפושים באיו"ש.

35. העותרים הוסיפו ועמדו על הפער בין דיני החיפוש החלים על תושבים פלסטיניים באזור לבין דיני החיפוש החלים בישראל, וטענו כי פער זה הוא בוטה ומפורש וכי הסמכות הרחבה המעוגנת בסעיף 67 לצו המנוגדת לעקרונות היסוד בדני החיפוש הישראליים.

36. אין בידי לקבל טענה זו. ההבחנה בין הסמכות לערוך חיפוש בבתיים של תושבי האזור הפלסטיניים לבין סמכויות החיפוש בתוך מדינת ישראל נובעת משוני רלוונטי – המציאות הביטחונית שבה מדינת ישראל נדרשת למאבק מתמיד בפעילותם של ארגוני הטרור באזור. בתוך כך, הסמכות לערוך חיפוש בחצרים באזור נועדה למנוע מעשי טרור טרם התממשותם, וזאת בשונה מהחיפושים המתבצעים בישראל, שתכליתם היא בדרך כלל לאסוף ראיות לצורך הליכים פליליים. במצב דברים זה, מובן כי קיים שוני רלוונטי גם לעניין הצורך בגמישות בכל הנוגע לעיתוי החיפוש בין שני המצבים. כפי שנמסר לנו מפי המשיב, עמדת כלל גורמי הביטחון הפועלים באזור היא כי חיפוש בחצרים הוא אחד הכלים המבצעיים האפקטיביים והחשובים ביותר שנתונים כיום בידי כוחות הביטחון

המתמודדים עם האתגרים הביטחוניים בו, ומימוש כלי זה באופן אפקטיבי דורש גמישות ביחס למועד עריכתו ובהתאם לאילוצים המבצעיים המשתנים לעתים תכופות. עוד צוין כי שינוי תחיקת הביטחון כך שחיפוש בחצרים יהיה חייב בצו שיפוטי מראש תוביל להשלכות ביטחוניות חמורות ולפגיעה ממשית ביכולת להתמודד עם איומי הטרור המשמעותיים והמורכבים בשטחי האזור.

37. בהקשר זה אציין כי אף לא ראיתי לקבל את טענת העותרים בדבר הפער בין הסמכות לחיפוש בבתי פלסטינים באזור לבין הסמכות הנוגעת לחיפוש על פי הדין הפלילי בבתי ישראלים המתגוררים בישראל ובאזור, אשר לשיטתם מהווה הפליה אסורה. כפי שטען המשיב בתגובתו, ההבדלים האמורים נובעים, בין היתר, מהשוני הכללי בין מערכות הדין הפלילי החלות על מי שעומד לדין בישראל לבין מי שעומד לדין באזור, ושוני זה חורג מגדריה של העתירה הנדונה.

38. לבסוף, יש לדחות אף את טענת העותרים כי סעיף 67 לצו עומד בניגוד לעקרונות המשפט המינהלי הישראלי בהיותו לא-מידתי. כאמור, אף אם סעיף 67 מעניק סמכות רחבה באופן יחסי למפקד הצבאי בכל הנוגע לחיפוש בחצרים, הרי שההסדרים המפורטים בהוראה בנושא חיפושים באיו"ש מגבילה את הסמכות האמורה במישורים שונים, ובהם: מדרג האישורים הנדרש לעריכת חיפוש; עילות החיפוש; עצמת החשד הנדרשת לשם חיפוש בחצרים; הוראות שנועדו למנוע פגיעה בלתי מתחייבת בכבודם של דיירי הבית, בפרטיותם או ברכושם. על רקע האמור, נראה כי סמכות החיפוש בבתי פלסטינים, המעוגנת בסעיף 67 לצו ומוסדרת גם בהוראה בנושא חיפושים באיו"ש, שהיא כאמור במעמד של דין, כוללת מגבלות והנחיות העולות בקנה אחד עם עקרונות המשפט המינהלי הישראלי, ובהם עיקרון המידתיות, וזאת באיזון כולל, כאמור, בין הצרכים הביטחוניים לבין השאיפה להגן על זכויות התושבים הפלסטינים באזור.

39. סיכומם של הדברים מעלה כי דין העתירה להידחות, בשל היעדר עילה להתערבות של בית משפט זה.

40. בשולי הדברים אעיר כי במהלך הדיון שהתקיים ביום 2.8.2021 טענו העותרים כי ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש צריכה הייתה להיות מעוגנת במסגרת חקיקה ראשית או חקיקת משנה באזור. ואולם, נראה כי טענה זו חורגת מגדרי העתירה דנן, ודורשת, בין היתר, מיצוי הליכים אל מול המשיב אשר יידרש להשלכות הרוחב של הפיכת הוראות מבצעיות-פנימיות של הצבא לחקיקת משנה או לחקיקה ראשית. כמו כן, לנוכח הצהרת בא-כוח המשיב כי ההוראה בנושא חיפושים באיו"ש היא במעמד של דין וכי אי-עמידה בה עלולה להוביל לסנקציה על המפר, כמו גם לאור פרסום תמציתה בעקבות הדיון

בעתירה דנן, נחה דעתנו כי העתירה במתכונתה הנוכחית מיצתה את עצמה, ודינה, כאמור, להידחות.

41. לאור כל האמור, אציע לחבריי לדחות את העתירה, וכי בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

1. אני מסכים למסקנתה של חברתי, השופטת י' וילנר, כי העתירה – במתכונתה הנוכחית – מיצתה עצמה. בצד האמור, להשקפתי נשמרת זכותם של העותרים בכל הנוגע לדרישתם לעיגון ההוראה שתתואר להלן בנושא חיפוש ביהודה ושומרון (להלן: האזור) בדיני האזור; זאת, לאחר מיצוי הליכים כדין. אבקש להבהיר בתמצית עמדתי זו.

2. כפי שנפסק לא אחת משפט מדינת ישראל אינו חל באזור, ומערכת המשפט החלה בו מאז חודש יוני 1967 היא זו הקבועה בדיני ה"תפיסה לוחמתית" – Belligerent Occupation. בהפעלת סמכותו כפוף המפקד הצבאי לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, ובמרכזם הדינים העוסקים בתפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים במשפט הבינלאומי המנהגי ובמשפט הבינלאומי ההסכמי שהמדינה צד לו. דינים אלה ניתנים להשלמה, במקרים המתאימים, באמצעות נורמות השאובות מדיני זכויות האדם הבינלאומיים (בג"ץ 1308/17 עיריית טלואד נ' הכנסת, פסקאות 2-3 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (9.6.2020) (להלן: עניין טלואד)).

3. העותרים טוענים כי כללי המשפט הבינלאומי מחייבים מתן צו שיפוטי קודם לעריכת חיפוש בחצרים פרטיים של תושב האזור. מסכים אני לקביעת חברתי כי לא עלה בידי העותרים להצביע על חובה כאמור בגדרן של הוראות המשפט הבינלאומי (ברבדים השונים), כאשר מדובר בשטח שנתון לתפיסה לוחמתית. בא כוחם המלומד של העותרים טוען כי אין להשוות תפיסה לוחמתית קצרת טווח לתפיסה מתמשכת שסופה אינו נראה לעין. ואכן, בית משפט זה עמד על השלכותיה של תפיסה לוחמתית ארוכת שנים, כמו זו של מדינת ישראל באזור ועל כך שמשך ההחזקה הארוך מחייב "אימוץ ראייה רחבה ודינמית של חובות המפקד הצבאי בשטח" (בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 10 (26.12.2011); כן ראו: בג"ץ

5324/10 מלכה נ' המינהל האזרחי ביהודה ושומרון, פסקה 15 והאסמכתאות שם (28.12.2011); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 522 (2005).

4. בצד האמור, בהקשר שבו עסקינן, התמשכותה של התפיסה הלוחמתית אינה גורעת מחובתו של המפקד הצבאי לשמור על ביטחון האזור ולסכל פיגועי טרור. מכאן שבהינתן הנסיבות הביטחוניות באזור גם בעת הזו, לא ביססו העותרים את הטענה שלפיה סעיף 67 לצו בדבר הוראות בטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון) – שפוסע בתוואי של הדין שקדם לתחילה של התפיסה הלוחמתית באזור – מפר את כללי המשפט הבינלאומי. אינני מוצא עילה להתערב בעמדת המפקד הצבאי שלפיה בהינתן הצורך הביטחוני בנסיבות הזמן והמקום, עליהן עמד לפנינו בהרחבה, ההסדר הקיים מחויב המציאות על מנת לשמור על ביטחון האזור.

5. בהתייחס להשלכות הפער בין סמכות החיפוש בבתי תושבי אזור פלסטיניים לסמכות החיפוש בבתי אזרחים ישראלים המתגוררים באזור נציין כי, ככלל, המשטר המשפטי שחל על האחרונים הוא שונה מזה שחל על תושבי אזור. לגבי אזרחים ישראלים, קיים רובד חקיקתי נפרד הכולל חקיקה ישראלית פנימית שהוחלה באופן פרסונאלי וחוץ-טריטוריאלי. החלה זו נעשתה בשלוש דרכים: האחת, חקיקה מפורשת של הכנסת; השניה, חקיקת המפקד הצבאי באזור, אשר הוחלה רק על תושבי ישראלים; והשלישית, פרשנות בדבר היקף התחולה של הוראות דין בהקשרים פרטיקולריים (בג"ץ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 8 (21.7.2010)). בהקשר שבו עסקינן, בהינתן השוני האמור ככלל, והשוני בין מערכות הדין הפלילי החלות על מי שעומד לדין בישראל לבין מי שעומד לדין באזור בפרט, אין בקיומו של דין שונה החל על אזרחי ישראלים גם בהקשר של דיני החיפוש, כדי לפגוע בחוקיות הדין החל על תושב אזור.

6. חשוב להדגיש, בצד דברינו עד כה, כי בהפעלת סמכויות החיפוש, מחויבים כוחות הביטחון לשמור על זכותו של תושב האזור לכבוד, ולהפעיל את הסמכויות בסבירות ובמידתיות, כמתחייב גם מהוראות המשפט המינהלי הישראלי (עניין טילוואד, פסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). לשיטת המפקד הצבאי הוראת חטיבת המבצעים באגף המבצעים בנושא "סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש" (להלן: ההוראה), כוללת שורה של הגבלות שנועדו לשמור על מידתיות הפגיעה בפרט. במסגרת זאת, כוללת ההוראה הגבלה של סמכות החיפוש, של הגורם המאשר את החיפוש, ושל עילות החיפוש; וקובעת את עצמת החשד הנדרשת לשם חיפוש בחצרים. הוראות אלו

אינן עומדות להכרעתנו בהליך הנוכחי, וטענותיהם של העותרים בהקשר זה – כמו גם טענות המשיבים – שמורות להם.

7. נושא נוסף שהתעורר בנוגע להוראה הוא עיגונה בדיני האזור, בין בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון ובין בחקיקת משנה מכוחו. הואיל ונושא זה לא עלה באופן קונקרטי בעתירה, לא הוזכר בהחלטת הביניים של המשנה לנשיאה (בדימ') מיום 13.6.2021, ואף במסגרת הדיון האחרון לא התבקש תיקון העתירה או הוספת סעד בהקשר זה, אף אני סבור כי לא ניתן להידרש אליו במסגרת ההליך הנוכחי. לצד זאת, אציין כי מצטרף אני להערת חברי השופט י' אלרון כי ראוי שמפקד האזור יבחן את המסגרת הנורמטיבית הראויה לעיגון ההוראה, גם בשים לב לכך שהסמכות לחפש בחצרים מעוגנת בצו בדבר הוראות ביטחון ואילו הכללים להפעלתה קבועים בעת הנוכחית במסגרת ההוראה (שמעמדה כפקודה כללית של אגף המבצעים במטה הכללי; ראו דברי בא כוח המשיבים בפרוטוקול הדיון מיום 2.8.2021, בעמ' 7, ש' 6) – ולא במסגרת דיני האזור. גם בהקשר זה שמורות זכויות העותרים וטענות הצדדים כולם, לאחר מיצוי הליכים כדין.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

קראתי את חוות דעתם של חבריי, השופטים י' וילנר ו-ע' פוגלמן, ואף אני סבור כי העתירה, במתכונתה הנוכחית, מיצתה עצמה.

העותרים לא הצליחו להצביע על מקור נורמטיבי במשפט הבינלאומי, ובכלל, המלמד על חובה לקבוע הסדר ספציפי אשר יתנה חיפוש בחצרים פרטיים של תושבי יהודה ושומרון (להלן: האזור), בכך שיינתן מראש צו שיפוטי.

משכך, אני סבור כי אין מקום להתערב בעמדת המשיב, לפיה לצורך עמידה בחובתו מכוח המשפט הבינלאומי להבטיח את הסדר ואת החיים הציבוריים באזור, ובמצב הביטחוני הנוכחי, ההסדר הקיים דרוש לו.

יחד עם זאת, ובבחינת למעלה מן הצורך, מצאתי לנכון להתייחס בכמה מילים לטענות שהעלו העותרים במהלך הדיון בעתירה, נגד עיגונה של הפעלת סמכות החיפוש בחצרים באזור ב"הוראה" פנימית (וזאת בניגוד לעיגונו בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה).

ראשית יצוין כי ליבת ההוראה הפנימית של אגף המבצעים, שנושאה "סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש" (להלן: הוראת החיפוש), פורסמה כאמור במהלך ובמסגרת הליך זה.

משכך, טענות העותרים ביחס למעמדה הנורמטיבי ולנפקותה של הוראת החיפוש לא נטענו כלל בעתירה המקורית, ואף תיקונה לא נתבקש. בהקשר זה מצטרף אני להערתו של חברי השופט ע' פוגלמן – כי טענות הצדדים בהיבט דנן שמורות להם, לאחר מיצוי הליכים כדין כמובן.

עם זאת יש להדגיש, כי על אף שלא נמצא מקור נורמטיבי במשפט הבינלאומי המורה על הסדר ספציפי באשר לחיפוש בחצרים המותנה בצו שיפוטי, על פי סעיף 27 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949, התושבים המוגנים זכאים ל"יחס של דרך-ארץ" לגופם ולכבודם (כך בתרגום האמנה לעברית, ובמקור: Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour...), זאת תוך איזון ראוי ומידתי למול הצרכים הביטחוניים והמציאות בשטח. יודגש כי ממשלת ישראל הכירה בתחולתו של הפן ההומניטרי של אמנה זו באזור.

מכאן נכון יהיה לומר כי בהינתן שמצב הדברים באזור הוא מתמשך, ונוגע לאוכלוסייה אזרחית גדולה ורבה, אזי מבלי לפגוע בצרכים הצבאיים הנדרשים, יש לעשות ככל שניתן ובהירות הראויה, למניעת פגיעה מיותרת בתושבים המוגנים.

רק לאחרונה עמדתי על הפגיעה בפרטיות הגלומה בחיפוש בגופו, בכליו ובחצריו של אדם, העלולה לפגוע בכבודו ובאוטונומיה שלו (ע"פ 3199/20 זייצב נ' מדינת ישראל פסקה 16 (12.8.2021)). באותה פרשה אף הדגשתי כי הסמכה לערוך חיפוש בגופו או בכליו של אדם איננה יכולה להיות כללית.

אמנם יש להבחין בין חיפושים הנערכים בישראל מכוח הדין הפלילי הישראלי, לבין חיפושים באזור, המבוצעים על פי המשטר המשפטי החל באזור. אולם ברי כי בעצם החיפוש בחצרים פרטיים נגרמת פגיעה בפרטיותם של התושבים המוגנים באזור, ואף המשיב הכיר בכך בתגובתו (ראו למשל סעיפים 21-22 לתגובה), אך טען כי פגיעה זו היא מידתית.

המשיב טען עוד כי עיגון הוראות החיפוש במסגרת חקיקה ראשית או חקיקת משנה היא סוגיה שיש לה השלכות רוחב על הוראות מבצעות נוספות של צה"ל, וכי הדברים לא נבחנו בהיבט הנורמטיבי לצורכי העתירה, שכן היא לא עסקה בכך.

מבלי לקבוע מסמרות בדבר, ובשים לב לפגיעה בפרטיות שעליה עמדתי לעיל, דומני כי ראוי, בנסיבות העניין, שהמשיב לכל הפחות יבחן את שאלת המעמד הנורמטיבי המתאים להוראת החיפוש.

סוף דבר – אף אני סבור כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, כ"ד באלול התשפ"א (1.9.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט