

1. [redacted], ת.ז. [redacted]
2. [redacted], ת.ז. [redacted]
3. [redacted], ת.ז. [redacted]
4. [redacted], ת.ז. [redacted]
5. [redacted], ת.ז. [redacted]
6. [redacted], ת.ז. [redacted]
7. ארגון "יש דין" (ע"ר 580442622)
8. עמותת רופאים לזכויות אדם (ע"ר 580142214)  
באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או הייא אבו ורדה ו/או  
חגי בנימין ו/או אלון ספיר, מרח' דוד חכמי 12, תל-  
אביב 6777812; טל: 03-6206947/8/9, פקס: 03-  
6206950

העותרים

-- נ ג ד --

#### מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד  
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיב

### עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם, באם יחפוץ:

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 מוגדרים היטב ושעונים על תנאים דוקנניים בהם הכניסה למקרקעין פרטיים הינה הכרחית באופן מיידי ופנייה לבית משפט אינה אפשרית, והכל באופן שיענה על הדרישות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ולרף שנקבע בכל שיטות המשפט המכבדות את זכויות הפרט.

2. מדוע לא ימנעו הכוחות שתחת פיקודו מביצוע חיפושים בבתיהם של העותרים 6-1, למעט במקרים חריגים בהם הכניסה למקרקעין הינה הכרחית באופן מיידי, וזאת עד שהתחיקה הצבאית תשונה כאמור.

3. לחלופין בלבד: מדוע לא יינתן סעד הצהרתי לפיו סמכות הכניסה לחצרים וחיפוש בהם הקבועה בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מספר 1651), תש"ע – 2009 אינה עומדת באמות המידה הקבועות בדיני הכיבוש הבינלאומיים, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט המינהלי הישראלי, ומאפשרת כניסות וחיפושים שרירותיים ובלתי מידתיים.

## תוכן עניינים

<b>א. פתח דבר.....עמ' 5-8</b>	
<b>ב. הרקע העובדתי.....עמ' 9-17</b>	
I. הצדדים לעתירה.....עמ' 9	
II. תיעוד הכניסות לבתי העותרים.....עמ' 9-13	
III. השפעת הכניסות על הפרט, המשפחה והקהילה.....עמ' 14-15	
IV. סיכון לחיים, לגוף ולרכוש.....עמ' 15-16	
V. מיצוי הליכים.....עמ' 16-17	
<b>ג. הטיעון המשפטי.....עמ' 17-53</b>	
I. הזכויות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה בדין הבינלאומי הרלבנטי לסמכות החיפוש	
בחצרים פרטיים.....עמ' 18-24	
א. הזכות לפרטיות.....עמ' 19-22	
1. המשפט ההומניטרי.....עמ' 19-20	
2. משפט זכויות האדם הבינלאומי.....עמ' 20-22	
ב. הזכות לחיי משפחה.....עמ' 22-24	
II. דיני החיפוש הישראליים וכללים רלבנטיים של המשפט המנהלי הישראלי...עמ' 25-31	
א. דיני כניסה לחצרים וחיפושים בדין הישראלי בהשוואה לסעיף 67 לצו בדבר	
הוראות ביטחון.....עמ' 25-27	
ב. עקרונות רלבנטיים של המשפט המנהלי הישראלי.....עמ' 28-31	
III. משפט משווה – עקרונות דיני הכניסה לחצרים וחיפושים במשפט המקובל ובמשפט	
הקונטיננטלי.....עמ' 31-38	
א. ארצות המשפט המקובל: אנגליה וויילס.....עמ' 31-34	
ב. ארצות המשפט המקובל: ארצות הברית.....עמ' 34-36	
ג. ארצות המשפט המקובל: ניו זילנד.....עמ' 36	
ד. ארצות המשפט הקונטיננטלי: גרמניה.....עמ' 37	
ה. ארצות המשפט הקונטיננטלי: צרפת.....עמ' 37-38	
ו. ארצות המשפט הקונטיננטלי: איטליה.....עמ' 38	
IV. סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מפר את המשפט הבינלאומי ההומניטרי, את	
משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת עקרונות היסוד של דיני החיפוש המקובלים	
בכל שיטות המשפט.....עמ' 38-39	
V. הפרת הזכות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה היא הפרת החובה להבטיח את הסדר	
והחיים הציבוריים.....עמ' 39-41	
VI. אפליה חמורה, מערכתית ומכוונת על-פי מפתח של מוצא לאומי.....עמ' 41-45	
VII. לאקונה.....עמ' 45-47	
VIII. סמכות בית המשפט להורות למחוקק משנה לתקן תקנות.....עמ' 48-49	
IX. תגובת המדינה לטענות העולות בעתירה.....עמ' 49-53	
א. המצב המשפטי הקיים מתחייב מהמצב הבטחוני באזור.....עמ' 49	
ב. טענות משפטיות כלליות.....עמ' 50-51	

- ג. עמדת המשיב בנוגע לטענה כי ההסדר של סעיף 67 כה חסר שהוא מהווה למעשה לאקונה.....עמ' 51-52
- ד. טענת אפליה.....עמ' 52-53
- ד. סוף דבר.....עמ' 53-55

## ואלה נימוקי העתירה:

### א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בפרקטיקה שבה נוהגים המשיב ופקודיו בגדה המערבית זה למעלה מחמישים ושתיים שנים, בהתאם לסמכות שלכאורה קבועה בדין הצבאי, במסגרתה נכנסים כוחות הצבא לבתים פרטיים של פלסטינים בגדה המערבית ומבצעים בהם חיפוש ללא צו שיפוטי.
2. בעתירה ייטען שנורמה משפטית המסמיכה באופן גורף גורמי אכיפה לבצע חיפוש בחצרים פרטיים, בהקשר של אכיפת חוק, ללא צורך בצו שיפוטי, הינה בגדר הפרה של המשפט הבינלאומי, הינה בלתי חוקתית במונחים הישראליים, הנה בלתי סבירה באורח קיצוני, מהווה פגיעה חמורה ונעדרת צידוק בזכויות יסוד ודינה להתבטל.
3. העותרים מודעים ומקבלים כמובן שישנם מצבים שבהם דיני חיפוש סבירים מאפשרים חיפוש בחצרים פרטיים גם ללא צו שיפוטי, אולם זהו החריג לכלל המחייב צו שיפוטי, וחריג זה אמור להיות מנוסח בדין באופן ברור, צר ודווקני.
4. עוד ייאמר כהקדמה שהעותרים גם מבינים שמסגרת של דיני כיבוש (או: "דיני תפיסה לוחמתית") שהם חלק מדיני הלחימה והמשפט ההומניטארי הבינלאומי, מעניקה סמכויות רחבות לכוחות הצבא הכובש שברגיל אין לרשות מבצעת במדינה דמוקרטית (ומשטר הכיבוש אינו משטר דמוקרטי כמובן), אולם בהינתן שעסקינן בכיבוש ארוך טווח ואף נוסף עם נטייה סיפוחית מובהקת לקבע את השליטה הישראלית בשטח הכבוש, מתאינת ההצדקה לאפשר לגורמי האיכפה לחרוג מכוחות שיטוריים רגילים.
5. בחמישים ושתיים השנים האחרונות עשרות (אולי אף מאות) אלפי משפחות פלסטיניות זכו ל"ביקור" של חיילי צה"ל ושוטרי מג"ב אשר נכנסו לבתיהן למטרות שונות לרבות לשם ביצוע חיפושים. כל הכניסות וכל החיפושים האלה נעשו ללא צו שופט ובלי שום ביקורת שיפוטית מהטעם הפשוט שסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), תשי"ע – 2009 – (צו זה גרסאותיו הקודמות – שהן זהות בנושא עתירה דגן - יקראו להלן "הצו בדבר הוראות ביטחון") מעניק לכאורה לכל קצין או חייל שהוסמך בידי קצין, סמכות גורפת שאין לה אח ורע בשום שיטת משפט מודרנית המכבדת ולו באופן הגס ביותר את זכויות וחירויות הפרט. מפאת חשיבות הדברים נביא את הסעיף המדובר בשלמותו (ההדגשות, כאן ובהמשך, שלנו):

### "חיפוש בחצרים

**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, בביטחון 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."**

6. על יסוד נוסח רחב זה, קצינים בכל רחבי הגדה מחליטים זה עשרות שנים על חיפושי לילה בבתים של משפחות פלסטיניות. כפי שניתן לראות המבחן לקיומה של עילת חיפוש הוא רחב מרחב: "עלול להיות טעם לחשוד כי משתמשים בהם או השתמשו לכל מטרה הפוגעת בשלום הציבור.. בקיום הסדר הציבורי... או... כי נמצא שם אדם שעבר על צו זה... או חפצים... הצפויים לתפיסה".

7. סעיף 67 האמור, אם-כן, מתיימר להעניק לקצינים סמכות כניסה לחצרים וחיפוש בהם בהתאם למבחן "עלול להיות טעם לחשוד" לגבי התנהגות שמבוצעת או התבצעה (ואף לא בהכרח שההתנהגות עולה כדי עבירה) וזאת לעומת המבחן של "ייסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב" שקבוע בדין הישראלי (סעיף 125(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "פקודת סדר הדין הפלילי").

8. העותרים יטענו להלן כי סעיף 67 הנ"ל לצו בדבר הוראות ביטחון הינו פסול ובלתי חוקתי, שכן הוא מפר עקרונות משפטיים מסדר נורמטיבי גבוה ממנו. עוד יטענו שלא ניתן עוד להשלים עם ההפרה הבוטה והנרחבת של זכויות יסוד של האזרחים המוגנים בשטח הכבוש ושל חובות המעצמה הכובשת והכוח הכובש המעוגנות הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי; ומשום שעם התמשכות הכיבוש ויצירת מערכת דין כפולה קבועה הפער בין הכללים הנוגעים לכניסה וחיפוש במקרקעין פרטיים בהתאם למוצא הלאומי של המחזיקים בהם הופכים למצב פושע של אפליה מערכתית, שיטתית ע"פ מפתח לאומי.

9. העותר 7, ארגון "יש דין" (להלן: "הארגון"), הינו ארגון מתנדבים לזכויות אדם הפועל, בין היתר, למען הגנה על זכויות האדם של הפלסטינים בגדה המערבית הכפופים לשלטון הכיבוש הצבאי הישראלי. הפעילות מתמקדת באכיפת החוק על אזרחים ואנשי כוחות הביטחון החשודים בביצוע עבירות נגד פלסטינים. במסגרת הליווי שמעניק הארגון למתלוננים על עבירות שבוצעו לכאורה על ידי חיילי צה"ל, הגיעו אל אנשיו לאורך השנים דיווחים על כניסות לבתים בכפרים פלסטינים בכל רחבי הגדה המערבית. כניסות אלו מתבצעות ממגוון סיבות ובכדי לשרת מטרות שונות. הארגון תיעד, בין היתר, כניסות שנעשו לשם מיפוי של הבתים ושל דיירי הבית עצמם; השתלטות על בתים לצרכים מבצעיים כגון פרקטיקת "אלמנת קש" וכניסות אחרות במהלך לחימה ממש; כניסות לצורך ביצוע מעצרים; כניסות לצורך חיפוש של מיטלטלין שיש חשד שהם קשורים לביצוע עבירות; כניסות שהם חלק מאימונים; וכניסות נוספות שלא תמיד ניתן להבין את

הצדקתן כאשר חלקן מעלות חשד שנועדו למטרות "הפגנת נוכחות" או ל"יצירת תחושת נרדפות" – לפי הלשון הצבאית.

10. יצוין כבר עתה כי עתירה זו איננה עוסקת בשאלת חוקיותן של כניסות שנועדו למטרות **מבצעיות כגון במסגרת לחימה של ממש או לצורך "אלמנת קש"** (אף שניתן בהחלט לחלוק גם על חוקיותן של חלק מהן). **עתירה דנן עוסקת אך ורק בכניסות לצורך חיפוש בבתיהם של פלסטינים על השלכותיהן הקשות על דיירי הבתים**. ויודגש, לצורך עתירה זו אין זה משנה אם הכניסה לבית נעשתה שלא לצורך חיפוש, **כל עוד בפועל בוצע חיפוש הרי שהדברים האמורים בעתירה חלים על חיפוש זה**.

11. **כפי שהוסבר לעיל ויפורט עוד בהמשך, התחיקה הצבאית הרשמת והפומבית, מסמיכה כיום לכאורה את החיילים בשטח לפלוש לרשות היחיד, כשהיחיד הינו פלסטיני (כמובן שבמסגרת מערכת הדין הכפולה שישראל יצרה בשטח הכבוש כל שאמור כאן לא חל על מקרקעין שהמחזיקים בהם הם אזרחים ישראלים), ללא כל מגבלות ממשיות ואינה מחייבת כי כניסות אלו לבתים של פלסטינים לצורך חיפוש או מעצר, תעשנה מכוח צו שיפוטי ותעבור ביקורת כלשהי טרם ביצועה. כל פרח משפטים מבין שמצב זה בו לדרג הביצועי (ובנוסף לכל הצרות מדובר לעיתים בדרג זוטר שבזוטרים – כל קצין) יש סמכות רחבה, רחבה מאוד, שאין בצידה כל מערך בקרה שהוא חיצוני לרשות המבצעת – הינו מצב שבהכרח מביא לשימוש לרעה, ואף לשימוש שרירותי, בסמכות.**

12. וכבר בשלב זה יציינו העותרים, וכפי שיפורט להלן בגוף העתירה, כי הארגון פנה הן למשיב והן לגורמים אחרים בצה"ל במהלך השנים בניסיון לברר פרטים נוספים על פרקטיקת הכניסות לבתים. מהתשובות שניתנו לנו למדים כי לטענת נציגי הצבא הכללים הפרטניים המסדירים כניסה לבתי פלסטינים בגדה המערבית מוסדרים בשורה של הוראות מבצעיות חסויות. כך למשל לפי הטענה קיים נוהל "סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש" המסדיר את מטרות החיפושים, שיטת הביצוע, מדרג הסמכויות וכו'. עוד לפי טענות הצבא מי ש"ככלל" מוסמכים לאשר כניסה לבית הם מפקד החטיבה, מפקד האוגדה או מפקד הפיקוד, ובמקרים של צורך מיידי יהיה זה קצין או מפקד כוח שהקצין הסמיכו לכך.

13. העותרים לא יודעים ולא יכולים לדעת מה תוכנן של אותן הוראות חסויות וברור שלפיכך הם גם לא יכולים לדעת האם ההוראות מיושמות או שמא מופרות תדיר. מה שהעותרים יודעים הוא שבין כך ובין כך ובהתאם לעדויות שהגיעו לידי הארגון ברבות השנים, אנשי המשיב נכנסים תדיר לבתים של פלסטינים בגדה המערבית וזאת ללא שום ביקורת שיפוטית מראש וכמעט ללא שום ביקורת שיפוטית בדיעבד, והכל "בזכות" ההסדר הדרקוני הקבוע בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון.

14. בשנים האחרונות יש דין מתעד כיצד הכניסות לבתים **מזעזעות את המשפחות שלפריטיותן חדרו, זורעות תחושות קשות של השפלה, בהלה, וחרדה ופוגעת לטווח ארוך בביטחון ואף ביציבות המשפחתית.**

15. מעבר לכך, אנשי הארגון תיעדו עבירות פליליות שהתרחשו במסגרת כניסות אלו לבתים (וכפי שיורחב בהמשך אלה כוללות: הפעלת אלימות כנגד דיירי הבית, פגיעה ברכוש ללא הצדקה, ביזה, איומים ואלימות מילולית חמורה).

16. אנו חיים ב-2020. אנו משוכנעים שאין צורך להסביר מדוע כל שיטות המשפט הגיעו כאחת למסקנה שסמכויות שיטוריות של חיפוש וכניסה לחצרים פרטיים מחייבות – למעט בחריגים צרים **המוגדרים היטב ובאופן מדויק בחוק** – אישור של גורם שיפוטי בדמות צו חיפוש או צו מעצר. הותרת סמכות רחבה שאינה מבוקרת *Ex Ante* היא מתכון ברור ובטוח לשימוש מופרז בכוח שניתן, ולפגיעה קשה ובלתי מוצדקת בזכויות אדם. העקרון שמחייב צו חיפוש שיפוטי או צו מעצר שיפוטי, למעט במצבים חריגים המוגדרים היטב בחוק, מעוגן בכל שיטות המשפט הדמוקרטיות, בהרבה חוקות של מדינות, במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובמשפט הישראלי. עקרונות אלה חלים על ישראלים בישראל, על ישראלים בגדה המערבית והם לא חלים רק על פלסטינים החיים בגדה.

17. לפיכך העותרים יטענו שחלה חובה משפטית על המשיב לשנות 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 מוגדרים היטב ושעונים על תנאים דווקניים בהם הכניסה למקרקעין פרטיים הינה הכרחית באופן מיידי ופנייה לבית משפט אינה אפשרית, והכל באופן שיענה על הדרישות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ולרף שנקבע בכל שיטות המשפט המכבדות את זכויות הפרט.

18. כמו-כן מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד להורות למשיב להימנע מביצוע חיפושים בבתיים של העותרים 6-1, למעט במקרים חריגים בהם הכניסה למקרקעין הינה הכרחית באופן מיידי, וזאת עד שהתחיקה הצבאית תשונה כאמור. הכל כאמור בצווים בראש העתירה.

19. לחלופין בלבד, ואם בית המשפט הנכבד יסבור מסיבה כלשהי שאין לו הסמכות להורות למשיב כמבוקש לעיל, הרי שבית המשפט מתבקש לתת סעד הצהרתי לפיו סמכות הכניסה לחצרים וחיפוש בהם הקבועה בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מספר 1651), תש"ע – 2009 אינה עומדת באמות המידה הקבועות בדיני הכיבוש הבינלאומיים, במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט המינהלי הישראלי, ומאפשרת כניסות וחיפושים שרירותיים ובלתי מידתיים.



## **ב. הרקע העובדתי**

### **I. הצדדים לעתירה**

20. העותרים 1-6, כולם תושבים פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, אשר סבלו מכניסות לבתיהם על ידי כוחות הביטחון הישראליים לצורך חיפוש וללא צו שופט, כפי שלכאורה מאפשרת התחיקה הצבאית. פירוט האירועים בנוגע לכל עותרת ועותר מופיע להלן.
21. העותר 7, ארגון "יש דין", הינו כאמור לעיל ארגון מתנדבים לזכויות אדם. הארגון פועל למען הגנה על זכויות האדם של הפלסטינים בגדה המערבית הכפופים לשלטון הכיבוש הצבאי הישראלי. הארגון מתעד מקרים שבהם ישראל אינה מיישמת את חובתה על פי עקרונות המשפט הבינלאומי להגן על הפלסטינים, ומפעיל לחץ ציבורי ומשפטי על רשויות המדינה כדי שאלו יספקו הגנה זו. יש דין פועל מאז הקמתו, זה חמש עשרה שנים, בשני מישורים עיקריים: סיוע וייצוג של פלסטינים תושבי הגדה המערבית שזכויותיהם הופרו על ידי אזרחים ישראלים או כוחות הביטחון של ישראל; ושימוש במצבור המקרים הפרטניים כדי לזהות הפרות מערכתיות של זכויות אדם ודפוסי כשל בהתמודדות עימם ומאבק לתיקונם.
22. העותרת 8, עמותת רופאים לזכויות אדם (להלן: "רל"א"), הינה עמותה רשומה המאגדת רופאים ואנשי רפואה להגנה על זכויות אדם, שמטרתה לפעול להגנה וקידום זכויות האדם הנוגעות לבריאות בכל תחומי השליטה של מדינת ישראל.
23. המשיב הנו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובידו מצויות כל סמכויות הניהול והחקיקה של השטח המוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית וזאת בהתאם לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ולדיני התפיסה הלוחמתית.

### **II. תיעוד הכניסות לבתי העותרים**

24. כאמור, מזה למעלה מעשור מתעד הארגון את הפרקטיקה של כניסות לבתים של פלסטיניים שלא על-פי צו שופט/ת. מדובר בתופעה רחבת היקף אשר מסכנת ומשבשת את חייהם היומיומיים של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, מסכנת את רכושם ופוגעת בזכותם הבסיסית לכבוד כבני אדם.
25. בין החודשים מרץ 2018 למאי 2019 גבה הארגון 158 עדויות מנשים וגברים פלסטינים שחיילים נכנסו לביתם ב-128 מקרים נפרדים. ב-91 מתוך המקרים הללו תועד חיפוש בלפחות חדר אחד בבית. מספרים אלה אינם מייצגים את היקף התופעה של כניסות לבתי פלסטינים בגדה המערבית, ואין להשתמש בהם כאינדיקציה למספר הכניסות לבתים או לאחוז הכניסות המערבות חיפוש כלשהו. אבל אפילו במסגרת מוגבלת זו, הכוללת בתוכה אך ורק את המקרים שהגיעו לידיעת הארגון ושבהם הסכימו דרי הבית למסור עדות, תועדו כאמור 91 מקרים במעט יותר משנה.

26. אולם לפי נתונים שנמסרו לארגון מ-OCHA (משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים) היקף תופעת הכניסות לבתים רחב בהרבה. לפי נתונים אלו, המתעדים מבצעי חיפוש ומעצר שרובם המוחלט כולל כניסה לבתים, בשנת 2017 תועדו 2,836 מבצעים בגדה המערבית, ובשנת 2018 תועדו 3,566 מבצעים שכאלה. סך הכל מדובר ב-6,402 מבצעים בשנתיים, שהם 266.75 מבצעים בממוצע לחודש. יש לציין כי מספרים אלה נאספו ללא הפרדה בין כניסות לצורך חיפושים לבין כניסות לצורך ביצוע מעצרים.

27. להלן תיאור קצר של חלק מהכניסות לבתיהם של העותרים 1-6 שתועדו רק במהלך השנתיים האחרונות על-ידי אנשי הארגון. המקרים המתוארים נועדו להמחשה של המדיניות והפרקטיקה היומיומית של כניסה לבתים של פלסטינים לצורך חיפוש בהם. בחלק מהכניסות האמורות המתגוררים בבתים דיווחו לארגון על ביצוע עבירות לכאורה על-ידי החיילים והן מתוארות להלן, אולם עתירה זו מתמקדת בשאלת חוקיות החיפוש ללא צו ולא בעבירות שבוצעו לכאורה אגב החיפוש, אשר לגבי חלקן הוגשו תלונות פרטניות לגורמים המתאימים.

### העותרת 1

28. ביום ה-18.10.30, בסביבות השעה 2 לפנות בוקר וכשכל בני המשפחה ישנים, דפקו חיילים בעוצמה על דלת ביתה של העותרת 1 שבעיירה סילוואד. כשפתח בעלה את הדלת נכנסו לבית כ-12 חיילים עם נשק שלוף ודרשו לראות תעודות זהות. החיילים נהגו בבני המשפחה באגרסיביות, וכשנשאלו על ידי הבעל מדוע הם מבצעים את החיפוש הם ציוו עליו לשתוק ולא ענו. החיילים כינסו את בני המשפחה בחדר שינה אחד והחלו לחפש בבית, ולאחר בערך שעתיים וחצי הועברו בני המשפחה לחדר אחר והחיילים ביצעו חיפוש גם בחדר השינה. לאחר שעתיים נוספות החיילים עזבו, לא לפני שאחד מהם אמר לבני המשפחה כי הם עוד יחזרו.

29. בנה הגדול של העותרת 1, [REDACTED], עבר חיפוש גופני ונשאל שאלות כמו האם יש נשק בבית או האם הוא שואף להיות שהיד. כמו כן החיילים השאירו אחריהם את הבית בבלגן מוחלט ואף שברו את הדלת של מכונית הכביסה. כלל המשפחה סובלת מהכניסות החוזרות והנשנות לבית, התרחשות שחזרה על עצמה ארבע פעמים בשנים האחרונות. העותרת 1 אף תיארה כניסות אלה כטראומטיות, היא מתקשה לישון מרוב פחד ובנה הצעיר הפך להיות שקט יותר, הוא חושש לדבר והוא מתקשה להתרחק מאימו.

### העותר 2

30. העותר 2 הוא בנו של [REDACTED], אשר הגיש את את תלונתו שתתואר להלן על הכניסה לביתו בעזרת תחקירני הארגון. העותר 2 מתגורר בבית המשפחה שבעיירה סילוואד אך לא נכח באירוע שיתואר להלן המתבסס על עדותו של אביו.

31. ביום ה-4.3.19 בסביבות השעה 30:4 בבוקר, דפקו חיילים בדלת הבית. מר [REDACTED] פתח את דלת הבית וראה בין שישה לשבעה חיילים עם נשק שלוף. החיילים נכנסו לבית ולקחו ממר [REDACTED] את מכשיר הטלפון הסלולרי שלו ואת תעודת הזהות שלו, והפרידו אותו מאשתו וביתו שאף עברו בידוק גופני על ידי חיילת.

32. החיילים חיפשו בבית במשך כשעה, תפסו 3,530 ₪ ו-100 דינר והורו למר [REDACTED] לזמן את בנו השני, [REDACTED]. כשהגיע אחמד לבית צילמו החיילים מספר תמונות בהן נספר הכסף שנתפס ובהן מופיע מר [REDACTED], ותמונה אחת של [REDACTED] עם תעודת הזהות שלו.

33. יומיים לאחר מכן, לתדהמת בני המשפחה, פורסמו התמונות שצולמו במהלך החיפוש בבית המשפחה באתר "חדשות 0404" במסגרת כתבה שכותרתה "[REDACTED]". התמונות, המציגות את בני המשפחה בשעה פגיעה מאין כמותה, פורסמו כמובן ללא הסכמת המשפחה.

### **הכתבה מאתר "חדשות 0404" מצ"ב ומסומנת נספח 1**

34. להשלמת התמונה יצויין כי תלונה על העברת התמונות לאתר "חדשות 0404" הוגשה ליועמ"ש איו"ש ע"י המשפחה באמצעות הארגון ביום 18.3.2019, ועד לרגע הגשת עתירה זו התגובה היחידה שהתקבלה מהצבא הינה כי התיק בטיפול, וזאת למרות תזכורות שנשלחו.

### **העותרת 3**

35. ביום ה-30.10.2018 בסביבות השעה 01:30 לפנות בבוקר, התעוררו העותרת 3 ובני משפחתה, שני בנים בני 23 ו-17 ובת בגיל 21, מדפיקות רמות על דלת ביתם שבסילוואד. בנה הבכור של העותרת 3 ניגש לפתוח את הדלת וגילה לתדהמתו מעל ל-20 חיילים וחיילות בכניסה לבית, כוחות נוספים הפרוסים סביבו ועל גגות השכנים וכן מספר כלבים.

36. החיילים שאלו לשמו של בנה של העותרת 3, ביקשו לראות את תעודת הזהות שלו ושאר בני המשפחה ואז נכנסו לבית עם נשקים שלופים וציוו על בני המשפחה להתיישב בסלון. לשאלות בני המשפחה מה הם רוצים, או האם יש להם צו, החיילים לא ענו.

37. מספר חיילים נשאר עם בני המשפחה בסלון, בזמן ששאר הכוח והכלבים מבצעים חיפוש בבית. לאחר בערך שעהיים וחצי הועברו בני המשפחה למטבח והכוחות החלו לחפש בסלון, שעה שכלל בני המשפחה עברו חיפוש גופני.

38. בסביבות השעה 04:30 בבוקר החיילים עזבו את הבית מבלי שמצאו דבר, לא עצרו אף אחד ולא לקחו דבר. אולם הם כן השאירו את הבית לפי עדות בני המשפחה "כמו אחרי רעידת אדמה", אף פריט בבית לא נותר במקומו, כלל הארונות רוקנו וחלקם אף נשברו, המיטות נהפכו ומספר כלי מטבח נשברו.

### **שתי תמונות של הבית לאחר החיפוש מצ"ב ומסומנת נספח 2**

39. החיילים לא נהגו באלימות פיזית בבני המשפחה אך כן נהגו באגרסיביות, צעקו ואיימו עליהם והשתיקו אותם.

#### העותר 4

40. ביום ה-26.9.2018 בסביבות השעה 03:30 לפנות בוקר התעוררו העותר 4, שהינו נכה המתנייד בעזרת כיסא גלגלים, אשתו ובנו לשמע דפיקות חזקות בדלת ביתם שבכפר אל-מורייר. עוד לפני שהספיקו בני המשפחה להגיע לדלת שמעו הם קולות ניפוץ שהעידו כי חלונות הבית והדלת שלו נפרצו.

41. כשהגיעו בני המשפחה למטבח הם מצאו בערך 20 חיילים בנשק שלוף, כאשר רובם אף רעולי פנים. העותר 4 הרים את קולו לנוכח הנזק שנגרם לביתו, ובתגובה הצמיד אחד החיילים את נשקו לגבו והעבירו לחדר השירותים. אשתו, אשר הייתה לבושה בפיג'מה ויחפה, ביקשה להתלבש וללבוש נעליים, אך החיילים סירבו והיא נאלצה לצעוד ברגליים חשופות בין שברי הזכוכיות.

42. החיילים הפרידו בין בני המשפחה וחיפשו בבית במשך 20 דקות. בינתיים לפי עדויותיהם של העותר 4 ואשתו, הם שמעו כי החיילים מכים את בנם, אומרים כי הם לוקחים אותו לחקירה, וכן כי כאשר ביקש ללכת לשירותים היו אלה החיילים שהפשילו את מכנסיו משום שהיה אזוק. לאחר מכן ביקש הבן לשטוף את פניו ולשתות כוס מים, בקשה לה סירבו החיילים. עוד הוא ביקש ללבוש נעליים על מנת שלא להיחתך מהזכוכיות שניפצו החיילים, אך אלו לא הרשו לו לעשות כן ואזקו אותו. הכוח כן הרשה להורים לחבק את בנם לפני שהוא הוצא מהבית והוכנס לגיפ.

43. החיילים לא לקחו דבר מהבית מלבד מכשירו הסלולרי של בנו של העותר 4, והשאירו את הבית בחוסר סדר מוחלט שכלל, מלבד שבירת החלונות ודלת הכניסה, גם שבירה של דלת שהובילה לסלון הבית וכן ארון שלם שרוקן מתכולתו.

#### העותר 5

44. ביום ה-26.3.18 בחצות בקירוב, בזמן שהעותר 5, אשתו ושתי בנותיהם ישנו בביתם שבכפר קדום, התעורר העותר 5 משיחת טלפון שקיבל מבנו. הבן, שחזר הביתה בשעת לילה מאוחרת, התקשר לאביו, סיפר כי ראה מספר חיילים מנסים לפרוץ לבית והחליט ללכת לבית דודו הסמוך.

45. העותר 5 הסתכל מחלונו וצעק לחיילים בבקשה שימתינו שכן הוא הולך לפתוח להם את דלת הבית, אולם עוד כשהיה בדרכו לדלת פרצו אותה החיילים ושברו חלק מהמשקוף. אשתו ושתי בנותיו של העותר 5 התעוררו כתוצאה מהרעש, ולבית נכנסו מעל לעשרה חיילים, חלקם רעולי פנים.

#### תמונה של הנזק לדלת השבורה מצ"ב ומסומנת נספח 3

46. החיילים לא נענו לבקשתן של הנשים להתלבש והעבירו אותן בבגדי השינה שלהן לחדר אחד בבית, בזמן שאת העותר 5 הכניסו לחדר אחר יחד עם חייל ששמר עליו. מתוך החדר שמע העותר 5 ארונות נפתחים ורהיטים המוזזים ממקומם.

47. לאחר מכן החלו החיילים לעלות לגג הבית דרך החדר בו הוחזק העותר 5 ושברו 50 רעפים. באותה שעה במטבח הבית רוקנו החיילים את ארונות המטבח והניחו את כלי המטבח על רצפת הבית. לאחר בערך שלוש שעות הוצאו העותר 5 ומשפחתו מהחדרים בהם הוחזקו והחיילים החלו לחפש בהם. בחדר בו הוחזקו הנשים מצאו החיילים מסור קטן, מזמרה לגינה ורובה צעצוע שהיה שייך לבנו של העותר 5 כשהיה בן עשר.

#### **שתי תמונות של הנזק שנגרם לגג ולרעפים מצ"ב ומסומנות נספח 4**

48. את המזמרה והמסור הכניסו החיילים לשקיות ולקחו, אך את הרובה שלא נכנס לשקית הם החליטו להשאיר (פעולה המעלה חשד שהחפצים נלקחו על מנת שלא לצאת מהבית בידיים ריקות). בצאתם מהבית פגעו החיילים גם בטרסה שבחזית הבית ודרדרו אבנים לחצר.

#### **תמונה המראה את הנזק שנגרם לטרסה מצ"ב ומסומנת נספח 5**

### **העותרת 6**

49. ביום ה-19.1.28 בסביבות השעה 1 בבוקר התעוררה העותרת 6 למשמע דפיקות חזקות על דלת ביתה שבכפר קדום, ועוד בטרם הספיקה להתעורר ולצאת מהמיטה שמעה את הדלת נשברת וצעדים העולים במדרגות הבית. העותרת 6 ירדה למטה וראתה כי בחוץ עומדים מספר רב של חיילים.

50. בשלב זה נכנסו מספר חיילים לבית ולקחו את אחד מבניה של העותרת 6 לחדר אחד בבית, בעוד היא עצמה ושאר ילדיה, שלוש בנות וארבעה בנים, הוכנסו לחדר אחר. על הבנים נערך חיפוש גופני, ולאחר בערך שעתיים עזבו החיילים את המקום.

51. לאחר מכן הגיעו לבית מספר מבני המשפחה המורחבת של העותרת 6, ואחד מהם אף צילם חלק מהנזקים שנגרמו לבית. אולם לאחר זמן קצר הגיעה לבית קבוצה של חיילים אחרים, אשר שוב נכנסה לבית והכניסה את הגברים והנשים שהיו בבית באותה שעה לחדרים נפרדים. לאחר כחצי שעה שוב עזבו החיילים והעותרת 6 עלתה מעלה וראתה כי בחדר השינה היו כל הבגדים מפוזרים על הריצפה, וכי במטבח נעקרו דלתות הארונות.

#### **תמונות הנזק שנגרם למטבח ולדלת הבית מצ"ב ומסומנות נספח 6**

### iii. השפעת הכניסות על הפרט, המשפחה והקהילה

52. לכניסה כוחנית של כוחות צבא לבתים פרטיים לצורך חיפוש עלולות להיות השלכות קשות על בריאות הנפש של מבוגרים וילדים שחווים אותם. מעבר לכך, לפעולות אלה עלולות להיות השלכות קשות על חיי המשפחה והקהילה, בעיקר כאשר הן חוזרות על עצמן באותה משפחה או בקרב משפחות אחרות באותה הקהילה.
53. פלישות לבתים הם אירועים בעלי פוטנציאל טראומטי הן משום שאירועים אלה כוללים חדירה כפויה של כוחות זרים למרחב הפרטי של בני הבית (בדומה למצב של שוד), תוך הפרת השליטה שלהם עליו; והן משום שנוכחות החיילים החמושים בבית והאופן שבו הם מתנהלים בתוכו יוצרים חוויה של איום וחשש מפני פגיעה פיזית.
54. במהלך הכניסה הכפויה לבית, הדיירים חשים אובדן שליטה וחוסר אונים, דבר שמגביר את החרדה הכרוכה באירוע ומעצים את הסיכוי לתגובה פוסט טראומטית. מבוגרים שחוו פלישה כזו לבתיהם דיווחו על תסמיני פוסט טראומה וחרדה, שהבולט בהם הוא עוררות יתר והפרעות בשינה. כך, תוארו קושי להירדם ותחושה של ציפייה ופחד מפני הגעת החיילים, המתגברת בעקבות גירויים שמזכירים את האירוע (למשל רעש מחוץ לבית בשעות הלילה). הפרעות בשינה פוגעות בשגרת החיים של מי שסובלים מהן ועלולות להקשות על התפקוד. מעבר לכך, להתמשכותן עלולות להיות השלכות כבדות משקל על המצב הנפשי והגופני של אדם.
55. הורים דיווחו על שינויים התנהגותיים או רגשיים בקרב ילדיהם (מגיל ינקות ועד בני נוער) לאחר הכניסה לבית המשפחה. מהדיווחים ניתן היה ללמוד על תופעות חוזרות המאפיינות אף הן מצבי פוסט טראומה וחרדה, בהן עוררות יתר והפרעות בשינה, התגברות התלות בהורים, הסתגרות והתנהגות תוקפנית. הפגיעה בילדים אף גוברת בשל הקושי של ההורים שחוו אף הם את האירוע הקשה לספק להם תחושת ביטחון.
56. היבט עיקרי של השפעת אירועים אלה על הפרט הוא אובדן תחושת הביטחון האישי בבית בבחינת "ביתי הוא מבצרי". במקרים רבים, תושבים שחוו כניסה כפויה של חיילים לבתיהם אינם תופסים עוד את ביתם כמקום מוגן ובטוח. הידיעה שבכל רגע יכולים החיילים לפלוש לבית (פעולה שמנקודת מבטם של דיירי הבית היא אינה מתוכננת ותוצאותיה אינן צפויות) עלולה להגביר את תחושת החרדה שחשים מי שחוו פלישות כאלה, ולהקשות על ההחלמה מפני פגיעתן.
57. לצד כל זאת, לאירועים אלה עלולה להיות השפעה שלילית על היחסים בין בני המשפחה, בין היתר בעקבות פגיעה בתפקוד ההורי (במצב שבו ההורים מתקשים להגן על ילדיהם). בנוסף, שינויים בהרגלי המשפחה שמקורם בניסיון להתכונן לאיום או לשלוט בו (למשל שינה בבגדים מלאים, או השארת דלת חדר השינה פתוחה) עלולים אף הם להביא לפגיעה במרקם היחסים הזוגי והמשפחתי.

58. כאשר הפלישות מאפיינות את השגרה ביישוב מסוים, ניתן אף להתייחס לפגיעה אפשרית בבריאותה הנפשית של קהילה. די לו לשכן שהתבצעו כפוינות רבות ביישובו על מנת שיבין שגם הוא אינו חסין. באופן כזה, תחושת הביטחון בקרב הקהילה כולה נשחקת.

59. הדברים האמורים לעיל בפרק זה נסמכים על תצהירה של הגברת ע'אדה מג'אדלי מארגון רל"א. הארגונים יש-דין (העותר מס' 7) ורל"א (העותרת 8) שוקדים על מחקר משותף בנושא דנן בימים אלה, במסגרתו חולק לנשאלים שאלון שגובש במיוחד לצורך אומדן של הפגיעה לה גורמות הכניסות לבתים. השאלון גובש בסיועה של ועדת היגוי שהורכבה מאנשי מקצוע מתחום בריאות הנפש, ואת גביית העדויות במסגרתו ביצעה עובדת סוציאלית.

#### IV. סיכון לחיים, לגוף ולרכוש

60. לצד הסיכון לפגיעה נפשית חמורה, מדיניות הכניסה לבתים יוצרת גם סיכונים פיזיים לחיים, לגוף ולרכוש.

61. בקצרה נאמר שכל פעילות צבאית, מבצעית ואכיפתית, בקרב אזרחים ובעיקר אזרחים שנמצאים תחת כיבוש כשהצבא הוא הגורם השולט בהם, מציבה סכנה לגופם לחייהם ולרכושם, במידה גדולה מהסכנה המתלווה לפעילות אכיפתית בנסיבות רגילות. סיכון זה מוגבר כאשר הפעילות מתבצעת בתוך בית פרטי, הן לאור הלחץ לתושבי הבית הכרוך בסיטואציה כזו, והן לאור המתח שסביר שיווצר בין הכוחות הנכנסים בכפייה לבין אלו המתגוררים בו. לכן, מדובר בפעילות שמטבעה מגבירה את הסיכון להידרדרות או לטעויות שתוצאתן עלולה להיות פגיעה בדיירים או ברכושם. מכאן שהכניסה לבתים לצורך חיפוש, בהיותה פעילות אכיפתית הנעשית בידי גורמים צבאיים, מעלה את הסיכון לפגיעה בחיים או בבריאות ויש מקום לבחון אותה גם בהקשר של האיסור הקיים במשפט הבינלאומי על סיכון חייהם וגופם של האזרחים המוגנים.

62. תובנה זו אינה תיאורטית. עדויות שאסף ארגון יש דין, שלימדו על שימוש בכוח ועל פגיעה ברכוש במהלך חיפושים וכניסה לבתים מסיבות שונות, מעידות כי סיכון מוגבר זה מתממש הלכה למעשה. ב-38 מתוך 128 הכניסות לבתים שתיעד הארגון, דיווחו בני המשפחה על איומים מצד החיילים, אלה כוללים איומים מילוליים ומקרים של שימוש מאיים בנשק כגון דריכת הנשק או כיוונו לגוף ולפנים. ב-32 מהמקרים דווח על שימוש של ממש בכוח או באלימות פיזית כלפי בני המשפחה (כמחצית מהדיווחים על איומים התייחסו למקרים בהם דווח גם על שימוש בכוח). מתוך אלו 4 מקרים כללו שימוש בכוח פיזי על מנת לכפות חיפוש גופני על נשים ונערות, ב-19 מקרים דווח על דחיפות או הכאה, 7 מקרים של הכאה שחרגה מדחיפות או מכות "קלות", מקרה אחד בו החיילים הכריחו בני משפחה ללכת ברגליים חשופות על זכוכיות שבורות (המקרה המתואר לעיל של העותר 4) ואף מקרה אחד חריג במיוחד בו נורה בן משפחה בבטנו.

63. מלבד מקרי האלימות הנ"ל, תיעד הארגון גם את הנזק לרכוש הנגרם בעת כניסות החיילים לבתים. ב-27 מתוך המקרים שתיעד הארגון דיווחו בני המשפחה על פגיעה

כלשהי ברכוש. מידת הפגיעה משתנה ממקרה למקרה ויכולה לכלול פגיעה "קלה" כגון שבירת כלים, דרך פגיעות קשות יותר כמו שבירת מדפים או מגירות והשחתה של ריפוד ספות ועד פגיעות חמורות כמו שבירת דלתות, אסלות או קירות.

64. גם כאשר החיילים אינם פוגעים פגיעה של ממש ברכוש, כניסות לבתים עדיין מלוות פעמים לא מעטות בהפיכה מוחלטת של הבית והשאריתו במצב של כאוס. ב-21 מתוך המקרים שתיעד הארגון דיווחו בני הבית על הלכלוך ואי הסדר שהותירו אחריהם החיילים (ראו את התיאור של העותרת 3 אשר דיווחה כי הבית היה "כמו אחרי רעידת אדמה" עם עזיבת החיילים, וכן את התמונות של הבית המצורפות **בנספח 2**).

65. המשמעות של התובנות לעיל היא שהחובה לשקול היטב את הצורך בכניסה וחיפוש בבתים פרטיים, מוגברת במתאר של כיבוש, שהצורך בביקורת שיפוטית מראש במקרים שבהם הדבר אפשרי – קריטי במתאר זה, שכן על הכף חשש לפגיעה חמורה בהרבה מאשר במתאר רגיל של משטרה הפועלת בקרב אזרחיה.

66. אם-כן, כניסות לבתים לצורך חיפוש נושאות בחובן סכנה גם לחיים ושלמות הגוף וגם לגרימת נזק לרכוש. כל כניסה של צבא לבית בו חיים אנשים המצויים תחת שליטתו, יוצרת סכנה לגוף ולרכוש, וסיכון זה חייב להיות מוצדק משפטית ולעמוד בעקרון המידתיות ואי השרירותיות.

## **V. מיצוי הליכים**

67. ביום 26.6.19 שלחו העותרים בעתירה זו מכתב למשיב, לפרקליט הצבאי הראשי וליועמ"ש איו"ש, המתריע כי הפרקטיקה של כניסה לבתים פרטיים של פלסטינים בגדה וחיפוש בהם ללא צו שיפוטי הינה בלתי חוקית, וכן דורש לבצע שינוי תחיקתי אשר יחייב ביקורת שיפוטית על סמכויות החיפוש האמורות. במכתב פורטו תלונותיהם של שמונה מתלוננים, שישה מהם הינם העותרים 1-6 בעתירה זו, בנוגע למקרים בהם בוצע חיפוש ללא צו בביתם, ופורטו עקרי הנימוקים המשפטיים המובאים בעתירה זו להלן. מלבד זאת גם נדרש כי כוחות הביטחון ימנעו מלהיכנס לביתם של המתלוננים שם עד שהתחיקה הצבאית תשונה.

### **עותק ממכתב העותרים מיום 26.6.19 מצ"ב ומסומן נספח 7**

68. תזכורת למכתב, והתראה לפני נקיטה בהליכים, נשלחה ביום 28.1.2020.

### **עותק ממכתב העותרים מיום 28.1.20 מצ"ב ומסומן נספח 8**

69. ביום 11.2.20 התקבל מענה הדוחה את טענות העותרים, החתום על-ידי סגן יועמ"ש איו"ש, סא"ל יותם הר-ציון (להלן: "תגובת המדינה"). הנימוקים לדחייה ותשובות העותרים להם יפורטו להלן במסגרת פרק ג' - "הטיעון המשפטי" תחת תת הפרק "IX. תגובת המדינה לטענות העולות בעתירה".



70. בקצרה ייאמר שעמדת המשיב ויועמ"שו היא שהסדר הקבוע בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מתחייב מהמצב הביטחוני באזור המחייב להבנתם "גמישות מירבית". בנוסף קובע המשיב שהנחיות סודיות מסדירות את נושא מדרג הסמכויות ועילות החיפוש ולכן נדחית טענת השרירותיות ואי-הסבירות. לבסוף, תגובת המשיב דוחה את טענת האפליה בין יהודים ופלסטינים בנימוק הנועז שמערכות הדין הפליליות שחלות על ישראלים ועל פלסטינים בגדה שונות ולכן השוני בדיני החיפוש הוא לא אפליה ביחס לשווים אלא אבחנה מותרת בין שונים. במילים אחרות: ישראלים ופלסטינים הם תפוחים ואגסים ואבחנה ביניהם איננה אפליה. **זו הטענה, לא המצאנו דבר - ראו פסקה 25 למענה.**

#### **המענה מיום 11.2.20 מצ"ב ומסומנת נספח 9**

71. מכאן עתירה זו.

### **ג. הטיעון המשפטי**

72. בשטחי הגדה המערבית הנתונים לתפיסה לוחמתית חל מארג דינים מסועף המחייב את המעצמה הכובשת, קרי ישראל, ואת הכוח הכובש, קרי צה"ל. השדות המשפטיים החלים על השטח הכבוש ועל תושביו כוללים את המשפט ההומניטארי הבינלאומי ובתוכו את דיני הכיבוש, את דיני זכויות האדם הבינלאומיים וכן את עקרונות המשפט המנהלי, ובמגבלות מסויימות גם החוקתי, הישראלי.

73. העותרים יטענו כי מטבעו חיפוש בחצרים פוגע בזכות לכבוד ובזכות לפרטיות הנגזרת ממנה, וכי כלל שיטות המשפט המכבדות את זכויות האדם, כולל זו הישראלית, איזנו פגיעה זו על ידי הצבתו של גורם מתווך בין הרשות המבצעת לאדם הפרטי, הלוא הם השופט או השופטת (ובשיטות אחדות – גורמים בכירים בתביעה הכללית). הגורם השיפוטי מאשר ביצוע חיפוש בחצרים פרטיים בהתאם לעילות וכללים ברורים, ובמקביל הדין מעגן כללים פרטניים הנוגעים למקרים שהם בגדר חריג בהם ניתן לחפש בחצרים גם ללא צו שיפוטי.

74. להלן ייטען שהסמכות להיכנס לחצרים פרטיים שסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מתיימר להעניק לכל קצין ולכל חייל שאינו קצין ושהוסמך לכך על-ידי קצין, יוצרת מצב בו הכניסות לבתים נעשות כיום בשרירותיות, קרי **ללא חשד מבוסס** ובצורה **בלתי מיידתית**. התנהלות זו מהווה הפרה של הדין ההומניטארי, אינה עומדת בדרישות הבסיסיות ביותר של משפט זכויות האדם הבינלאומי ומפירה את עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, במיוחד על רקע התמשכותו של הכיבוש ומגמות הסיפוח שהתנחלו בו.

75. דרך הילוכנו תהיה כזו:

א. ראשית נסקור את עיגונם של הזכויות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה במשפט ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובכלל זאת פסיקתם של בתי משפט

- בינלאומיים לזכויות אדם המחילים ומפרשים את משפט זכויות האדם הבינלאומי שחל בענייננו באופן ישיר ;
- ב. לאחר מכן נציג את ההסדר המשפטי של דיני החיפוש בחצרים פרטיים במשפט הישראלי בהשוואה לזה הקבוע בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון וכן נסקור בקצרה את העקרונות שקבועים במשפט המנהלי הישראלי והרלבנטיים לנושא ;
- ג. נסקור את האיזון שמצאו שיטות משפט שונות למתח בין האינטרס שבשמו גורמי אכיפה מבקשים להיכנס לחצרים פרטיים ולבצע בהם חיפושים, להגנה על זכויות הפרט הנפגעות מחיפושים אלה ;
- ד. לאחר הסקירות המשפטיות נפרט את טענותינו כי סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מפר ברגל גסה עקרונות יסודיים שנקבעו במשפט הישראלי, הבינלאומי ובשיטות משפט זרות.
- ה. עוד יטענו העותרים כי בנוסף להפרה של כללים מסדר נורמטיבי גבוה יותר כאמור לעיל, סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון גם –
- I. מפר את החובה החלה על הכוח הכובש לשמור על הסדר והחיים הציבוריים ;
- II. יוצר הסדר שונה מזה החל על ישראלים בגדה ולפיכך נגוע באפליה אסורה ממוסדת ומערכתית והפרה של חובת השוויון בפני החוק ;
- III. ומתיימר להעניק סמכות כניסה וחיפוש כה רחבות עד שאין לראות בו הסדר של דיני חיפוש בחצרים פרטיים ויש לקבוע כי הדין הצבאי סובל מלאקונה ולפיכך אינו מעניק כל סמכות.
- ו. לקראת סיום נקדיש מספר מילים לסעד המבוקש – הנחיית המשיב לבצע תיקון חקיקה ונטען שמדובר בסעד מתבקש.
- ז. ולבסוף יציגו העותרים את תגובת המדינה לטענות העולות בעתירה ויענו עליהן.

## **I. הזכויות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה בדין הבינלאומי הרלבנטי לסמכות החיפוש בחצרים פרטיים**

76. הפרקטיקה של כניסה של חיילים לבתים של פלסטינים יוצרת פגיעה במארג של זכויות יסוד. המובהקת שבהן היא הזכות לפרטיות והדבר – דומה – אינו דורש הסבר והנמקה. ביתו של אדם מבצרו וחדירה אליו היא הפרה של "ריבונותו" על המרחב הפרטי שלו.

## א. הזכות לפרטיות

### 1. המשפט ההומניטארי

77. כיום קיים קונצנזוס רחב כי כבוד האדם הינו ביסודן של כל זכויות האדם הבסיסיות והאוניברסאליות. משמעו כי יש להבטיח לכל אדם תנאי חיים המאפשרים מימוש זכויותיו הבסיסיות, וכי אין להתייחס לאדם ככלי, או אמצעי, בשום מצב. המשפט ההומניטארי מכיר בחשיבותו המרכזית של עקרון זה וכך, הסעיף הראשון בפרק העוסק במעמדם ובטיפול באזרחים מוגנים באמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 27) מורה למעצמות להגן על כבוד האדם של האזרחים המוגנים בכל מצב. סעיף 27 מוכר כמרכז את עקרונות היסוד של "חוק ג'נבה" – עקרון קדושת חייו וכבודו של האדם והכרה בזכויות הבסיסיות הנגזרות מהם והמעוגנות ומובטחות לכל אדם. זכויות אלה אין לחללן מלבד במקרים חריגים מצומצמים ולצורכי הביטחון הכרחיים בלבד.

78. ובלשונו של סעיף 27:

*“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”.*

79. הזכות לפרטיות היא מופע מרכזי, נדבך עקרי, של הזכות לכבוד. היא נגזרת ממנה והיא מבטיחה את קיומה.

80. בהתאם לעקרונות שמציב סעיף 27, על המעצמה הכובשת להימנע, בהקשר של הזכות לפרטיות, מפגיעות שרירותיות הן בבית הפרטי, הן בשגרת החיים, הן בחיי המשפחה והן בנורמות החברתיות והתרבותיות של האזרחים המוגנים. סעיף 27 אף מחייב יחס אנושי כלפי האזרחים המוגנים והגנה עליהם מפני אלימות, איומים באלימות, סקרנות הרבים וכן פגיעות אחרות בכבודם.

81. לפיכך אף כאשר קיימת הצדקה ביטחונית לעשות שימוש בכוח המפר את הזכויות האמורות של האזרחים המוגנים, על המעצמה הכובשת לוודא שהדבר נעשה תוך שמירה מירבית על כבוד האדם, ועל נציגיה לאזן בין זכויות הפרט לבין צרכי הביטחון, ולעשות בהם שימוש אך ורק בלית ברירה – קרי – במידתיות. ראו בעניין זה את הפירוש הרשמי לאמנות ג'נבה:

J. Pictet (ed.) Commentary, Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in time of War, p. 200

82. עקרונות אלו בוטאו גם בפרוטוקול הראשון של אמנת גינבה החל בענייננו (ראו סעיף 75 המעגן אף הוא את הזכות לכבוד ומטיל חובה להימנע מפגיעה בה במסגרת סכסוכים בינלאומיים).

## 2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

83. גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי קיבל עיקרון כבוד האדם (והזכות לפרטיות, שכאמור הינה נדבך מרכזי של הזכות לכבוד), מעמד מרכזי. יוזכר בהקשר זה כי למשפט זכויות האדם יש תחולה **מקבילה** בעתות של סכסוך מזויין, והגורמים המשפטיים הבינלאומיים הבכירים והטריבונלים הבינלאומיים קבעו פעם אחר פעם שהנורמות של ענף זה משלימות חללים של דיני העימות המזויין (ראו למשל: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Advisory Opinion, 1996, para. 25). מובן שבמצאות של כיבוש שבמסגרתו יש שליטה אפקטיבית של צבא זר על אוכלוסייה אזרחית תחולתו של משפט זכויות האדם הבינלאומי מובהקת עוד יותר, ואכן **כל** הגופים השיפוטיים והמעין-שיפוטיים הפועלים במסגרת האו"ם קבעו כי בניגוד לעמדת ממשלת ישראל ענף זה חל על היחסים שבין צה"ל והאוכלוסייה הפלסטינית הכבושה. ראו לדוגמה בחוות-הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בפרשת חוקיות גדר ההפרדה:

### *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Advisory Opinion, 2004, para.102-114.

84. עקרון כבוד האדם זכה למעמד מרכזי במשפט זכויות האדם הבינלאומי כבר בהכרזה האוניברסאלית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, שפותחת בהכרזה על ההכרה בכבוד של האדם כבסיס חופש, לצדק ולשלום בעולם. הזכות לכבוד, אם כן, משמשת כערך העליון וכלב הפועם של כל זכויות האדם האוניברסליות האחרות.

85. באופן ספציפי בעניין הזכות לפרטיות, ההכרזה בדבר זכויות האדם קובעת כך:

**"לא יהא אדם נתון להתערבות שרירותית בחייו הפרטיים, במשפחתו, במעונו [...]"**

(סעיף 12)

86. בדומה, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד קובעת כי הילד:

**"לא יהא נתון להתערבות שרירותית או בלתי חוקית בפרטיותו, משפחתו, ביתו או כתובתו [...]"**

(סעיף 16)

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) קובעת באופן דומה כי (סעיף 17):

“לא יהיה אדם נתון להתערבות **שרירותית** או בלתי-חוקית  
**בצנעת הפרט שלו, במשפחתו, בביתו או בתכתובתו, או לפגיעות**  
**בלתי חוקיות בכבודו או בשמו הטוב**”

87. הפרשנות לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מציינת כי המושג “שרירותיות” נועד להבטיח כי גם התערבות שנעשית מכוח החוק עליה להיות בהתאם להוראות, מטרות והיעדים של האמנה, ועליה להיות, בכל מקרה, סבירה ומותאמת לנסיבות הספציפיות (General Comment No.16 ICCPR). ועדת האו”ם לזכויות אדם הוסיפה וחידדה כי דרישה לאי שרירותיות הינה דרישה כי הפגיעה תהיה מידתית למטרה ונדרשת בהתאם לנסיבות הספציפיות (Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, UN Human Rights Committee, 1994). כמו כן קבעה הוועדה בהערה הפרשנית הנ”ל כי:

*“Searches of a person’s home should be restricted to a search for necessary evidence and should not be allowed to amount to harassment”.*

88. בדומה, האמנה האירופית לזכויות האדם (ECHR) קובעת כי לכל אדם יש זכות שלא יפגעו בפרטיותו, אלא כאשר פגיעה זו נעשית “בהתאם לחוק” והינה “הכרחית בחברה דמוקרטית” (סעיף 8):

- 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
- 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

89. בית המשפט האירופי לזכויות אדם, האמון על אכיפת הוראות האמנה על חברותיה, הבהיר בין היתר בפרשת **Gillan and Quinton v. United Kingdom**, (Application No. 4158/05) Judgment of 12 January 2010 כי המונח “הכרחית בחברה דמוקרטית” מעיד על כך שהתערבות חוקית בפרטיות חייבת להיות **מידתית** ביחס למטרת החוק. כמו כן בפרשת **Keegan v. United Kingdom**, (Application No. 28867/03) Judgment of 18 July 2006 נקבע כי לא די בחשד ערטילאי כדי להצדיק חדירה לבית פרטי וחיפוש

בו, ושלאור העובדה שלא ננקטו במקרה שם צעדים בסיסיים כדי לקשור בין כתובת מסוימת לבין העבירה הנחשדת, הפעולה המשטרית של פשיטה לביתו של אדם שזרעה פחד רב, אינה יכולה להיחשב לסבירה ומשכך, **למידתית**.

90. עוד קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם בפרשת **Niemietz v. Germany** Judgment of 16 December 1992 (Application No. 13710/88) שחיפוש שנערך **מכוח צו שיפוטי** אך נוסח בצורה כה רחבה עד שהתיר תפיסה של מסמכים ללא כל הגבלה - אינו יכול להיחשב **מידתי**. ובפרשה נוספת הנוגעת לעניין, **Robathin v. Austria** Judgment of 3 July 2012 (Application No.30457/06), נקבע כי חיפוש ותפיסה של רכוש **שנעשו מכוח צו שיפוטי** בו לא פורטה המטרה שלשמה הוצא הצו אינו יכול להיחשב כמידתי ואינו יכול להיחשב כ"הכרחי בחברה דמוקרטית".

91. אם-כן, פגיעה בפרטיות שאינה מבוססת על ראיות המקימות **חשד ממשי וקונקרטי** אינה מידתית, **ופגיעה בלתי מידתית בפרטיות היא פגיעה שרירותית ומשום כך בלתי חוקית**.

### ב. הזכות לחיי משפחה

92. זכות מרכזית נוספת שנפגעת מכניסה לבתים פרטיים ומחיפוש בהם הינה כאמור הזכות לחיי משפחה, אשר לא לחינם מוזכרת באותם הסעיפים ביחד עם הזכות לפרטיות בכלל ופרטיות הבית/המעון בפרט. כך בסעיף 27 באמנת ג'נבה הרביעית, בסעיף 12 בהכרזה האוניברסאלית לכל באי העולם בדבר זכויות אדם, בסעיף 16 באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, בסעיף 17 באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובסעיף 8 של האמנה האירופית לזכויות האדם.

93. סעיף 16(3) בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם הגדיר משפחה כ"היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וזכאית להגנה של החברה והמדינה" (התרגום של נציגות ישראל באגף הארגונים הבינלאומיים של האומות המאוחדות בג'נבה, נלקח מאתר משרד הנציב העליון של האו"ם [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/hbr.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/hbr.pdf))

94. אחד הנדבכים המרכזיים של הזכות לחיי משפחה, הינה זכות המשפחה לביטחון. סעיף 25 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם קובע בין היתר כי לכל אדם ישנה הזכות לרמת חיים נאותה, לבריאות ולרווחה **שלו ושל בני ביתו**. סעיף 10(3) לאמנה בדבר זכויות חברתיות קובע כי **יש לנקוט באמצעי הגנה וסיוע למען כל הילדים, בלא כל הפליה בגין ייחוס או תנאים אחרים**. מטרתן של הוראות אלה ואחרות, הינה בין היתר "ליצור תנאים נאותים לצורך הקמתו ותפקודו התקין של התא המשפחתי" (יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 663, 681 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004)).

95. לאור היותם של כבוד האדם, של הזכות לפרטיות, שהינה חלק ממנו, ושל הזכות לחיי משפחה עקרונות יסוד של המשפט ההומניטארי ושל דיני זכויות האדם הבינלאומיים,

חלה חובה על מדינת ישראל באמצעות המפקד באזור – להגן על כבוד האדם, על הפרטיות ועל חיי המשפחה של כל פלסטיני כאזרח מוגן בשטח הכבוש, ונאסר עליה לפגוע בזכויות אלה של הנכבשים באופן שרירותי – קרי – בלתי מידתי וללא בסיס ראייתי היוצר חשד המצדיק פגיעה.

96. מכאן שפגיעה מותרת בזכויות האמורות היא אך ורק פגיעה שנעשתה לתכלית ראויה, מבוססת על חשד קונקרטי ונעשית באופן שהפגיעה תהיה מצומצמת ככל שניתן כדי לממש את התכלית. כדי שהפגיעה תהיה מידתית על האמצעי להשגת התכלית להיות מותאם לה, על האמצעי שנבחר להיות הפחות פוגעני משלל האמצעים להשגת התכלית, "least harmful alternative", ועל הנזק שנגרם לכבוד להיות מידתי לנזק שנחסך (המבחן השלישי מכונה לעיתים "מידתיות במובן הצר", ראו לעניין מבחני המידתיות במשפט הבינלאומי: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477).

97. סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון הוא דוגמא קיצונית להענקת כוח לבצע חדירה שרירותית, קרי שלא מבוססת על חשד קונקרטי, ובלתי מידתית, למקרקעין פרטיים, לבצע בהם חיפוש או מעצרים ולפגוע בפרטיות.

98. הנה חלק מהסיבות שהסעיף אינו מידתי באופן קיצוני:

א. היעדר ביקורת שיפוטית: הצו בדבר הוראות ביטחון אינו כולל שום מנגנון לפיו במקרים בהם החיפוש אינו דחוף מיידית, הוא יעשה אך ורק על-פי צו שיפוטי. לפיכך אין שום גורם חיצוני המפקח על השימוש בסמכות הנרחבת והדרמטית לחדור לרשות הפרט, והיא נותרת בידי קצינים וחיילים, שחלקם צעירים ונעדרים שיקול דעת וכולם חסרי השכלה משפטית.

ההחלטה על כניסה וחיפוש בחצרים פרטיים מתקבלת על-ידי מבצעי החיפוש – הרשות המבצעת של השטח הכבוש.

ב. רוחבו של המבחן המתיר את הפגיעה בפרטיות: סעיף 67 כולל מבחן רחב באופן יוצא דופן ("שעלול להיות טעם לחשוד כי משתמשים בהם, או שהשתמשו בהם לכל מטרה, הפוגעת בשלום הציבור, בביטחון 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"). לפיכך, רוחבו של המבחן נובע מכל אחד מאלה –

1. טיב החשד: אין הגבלה על חומרת החשד הפלילי - למשל, עבירת פשע, עבירת עוון או עבירה בכלל, די בחשד ל"פגיעה בסדר הציבורי" (!), מושג רחב הכולל מגוון עצום של התנהגויות ונתון לפרשנות – וייתכן שאף כולל התנהגויות שאינן בגדר עבירה פלילית; כך למשל, כניסה לצורך חיפוש ותפיסה מנהלית של טובין (כגון כספים שקיים חשד שהם כספי התאחדות בלתי מותרת) נעשית אף היא מכוח סעיף 67, למרות שאין חשד בדבר ביצוע עבירה.

2. עצמת החשד: אין צורך בחשד ממשי או בחשד סביר ודי בכך ש"עלול להיות טעם לחשוד" או ש"יש מקום לחשוד" – מבחנים רחבים המתקיימים באופן סובייקטיבי כמעט תמיד ולפיכך אין מקומם בסמכויות שיטוריות כגון חיפוש;
3. בעל הסמכות: כל "קצין או חייל שקצין הרשהו לכך", כלומר: כל נער בן 18 המשרת בצבא וקיבל הרשאה יכול להחליט על כניסה לבית של פלסטינים (ובפועל כך קורה לעתים). אמנם הצבא טוען בתגובתו כי הנחיות סודיות מגבילות מעבר לאמור בסעיף 67 את דרגת הקצינים שיכולים להתיר חיפוש בחצרים פרטיים, אולם איננו יודעים מה המגבלה שהוטלה בהנחיות, ואלו גם יכולות להשתנות בקלות בשל מעמדן הנורמטיבי הנמוך של הנחיות.

99. הסמכות כפי שתוארה לעיל היא רחבה עד כדי היעדר כל מגבלה ממשית מהבחינה המהותית; נעדרת בקרה חיצונית עד כדי היותה סמכות מוחלטת הלכה למעשה; ואין עימה כל דרישות פרוצדוראליות המגינות על הליך ההחלטה לבצעה. כך נראית סמכות דרקונית, רודנית, הגורמת כפועל יוצא הכרחי עוול של פגיעה בלתי מיזתית ושרירותית בפרטיות ובכבוד של מושאיה.

100. בתשובה מיום 18.11.19 לבקשות חופש מידע שהגיש הארגון בימים 8.7.18 ו-13.8.18, טען דובר צה"ל כי התנאים הפרוצדורליים לחיפוש מוסדרים בהוראה חסויה שכותרתה "סריקות וחיפושים בבתי פלסטינים באיו"ש", אשר מסדירה לכאורה את מטרות ושיטות ביצוע החיפוש, את מדרג הסמכויות, אופן ההתנהלות תיעוד החיפוש וכו'. עוד נמסר שם כי "ככלל" כניסה לבית תאושר מראש על ידי מפקד חטיבה, מפקד האוגדה או מפקד הפיקוד, וכי במקרים של צורך מיידי הכניסה תאושר על ידי קצין או מפקד כוח שקצין הסמיכו לכך. כאמור, בדומה לנטען בתגובת המדינה שבנספח 9, הטענה העולה היא כי עניין החיפושים מוסדר מעבר לכללים הקבועים בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון, אך בהוראות חסויות.

#### **בקשות חופש המידע והתשובה להן מצ"ב ומסומנות נספח 10**

101. עם זאת, מהעדויות שאסף ואוסף הארגון בשטח עולה כי ההגנה על זכויותיהם של דיירי הבית נמצאת באופן קבוע בתחתית מדרג העדיפויות של מבצעי החיפוש, ונסוגה תמיד מפני צרכים מבצעיים כבדים כקלים. יתרה מכך, גם אם מי שמאשרים את רוב הכניסות לבתים הינם מפקדים בכירים, עדיין מדובר בדרג הפיקודי של הזרוע הביצועית ולא בגוף שיפוטי המשמש כמתווך בין זכויות התושב לצרכי הרשות המבצעת, ומטבע הדברים שהנחיות יכולות להשתנות. מכאן שגם בהתעלם מהפסול שבהותרת ההנחיות מוסתרות בחסות של סודיות (מה שלא מאפשר בחינה של סבירותן וגם לא בקרה שהן אכן מקויימות) אין בקיומן של הנחיות כדי להעניק את ההגנה הנדרשת לזכות לפרטיות, לכבוד ולחיי המשפחה של פלסטינים בגדה, הגנה שיעניק הסעד הנדרש בעתירה זו.



## II. דיני החיפוש הישראליים וכללים רלבנטיים של המשפט המנהלי הישראלי

### א. דיני כניסה לחצרים וחיפוש בדין הישראלי בהשוואה לסעיף 67 לצו בדבר הוראות

#### ביטחון

102. זכויותיו של הפרט במשפט הישראלי שלא להיות נתון לפעולות של חדירה לפרטיותו – ובכלל זאת חצריו הפרטיים, ביתו – ושלא להיות נתון לחיפוש ותפיסה בלתי מידתיות, עייי הרשויות, עוצבו ונחקקו בהתאם לעקרונות שהותוו לעיל, קרי כניסה לבית וחיפוש בו יעשו רק כאשר ישנו **חשד מבוסס ובמידתיות**. החוקים המעגנים זכויות אלו הינם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופקודת סדר הדין הפלילי

103. שני חיקוקים אלה מסדירים את ההגנות מפני פגיעה בזכויות הפרט האמורות על ידי רשויות המדינה ומעניקות לו הגנה רחבה מפני חדירה שרירותית או בלתי מידתית לפרטיותו ולרכושו. זאת בניגוד גמור לסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון, אשר אינו מעניק כל הגנה לפלסטינים תושבי הגדה המערבית. ההבדלים בין התנאים הקבועים לכניסה לחצרים פרטיים ולחיפוש בפקודת סדר הדין הפלילי ואלה הקבועים בצו בדבר הוראות ביטחון כמוהם, אם לשאול את האימרה הידועה על ההבדל בין משפט למשפט צבאי, כהבדל בין מוסיקה - למוסיקה צבאית. האחד מגן באופן ראוי על זכויות הפרט ודורש מהרשויות לעמוד בתנאים דווקניים וברורים ומוגדרים היטב כדי שתותר להם הכניסה הכפויה לשטח פרטי וחיפוש בו, ואילו בשני הסמכות אינה דורשת כמעט שום תנאי ומעניקה לכאורה לכל קצין זכות רחבה ושיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לבצע פעולה של כניסה לחצרים פרטיים וחיפוש בהם; האחד מעניק את הסמכות המרכזית להתיר כניסה וחיפוש לרשות השופטת ואילו בשני אין כלל מעורבות של גורם חיצוני דוגמת שופט/ת בהליך הרשאת ביצוע הכניסה והחיפוש, ובכל מקרה אותו גורם המחליט על החיפוש מבצעה; ובעצם האחד מבצע איזון בין הרצון לאפשר לכוחות הביטחון לאכוף את החוק, לתפוס עבריינים ולקדם את ההגנה על הביטחון האישי והציבורי, לבין תחימת סמכויות הכניסה והחיפוש שמטבען כאמור פוגעות בזכויות אדם שונות, בעוד השני אינו דואג לכל איזון בין שני האינטרסים ומעדיף ללא היסוס את האינטרס הביטחוני במובן הרחב מאד של המילה. (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימו'), כתוארה דאז, ד' בייניש (פורסם בנבו, 06.03.2012)).

104. סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי קובע את הכלל ולפיו חיפוש יערך בהתאם לצו שיפוטי ומגדיר את התנאים להוצאת צו כאמור:

*רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) אם –*

*(1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;*

*(2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;*

(3) יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו.

105. סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי קובעת את החרג – חיפושים שלא על-פי צו שיפוטי ומגדיר את המקרים בהם חיפוש כזה מותר באופן מאוד מצומצם:

- שטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –
- (1) יש לשטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;
- (2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;
- (3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;
- (4) השטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית.

106. הפער בין מערכת המשפט הישראלית והצבאית החלה בגדה המערבית הוא בוטה ומפורש. בדין הישראלי, דרך המלך מחייבת כי ביצוע חיפוש יהיה על פי צו שיפוטי שניתן בהתאם לקשת עילות מוגדרת, אלא אם כן קיים "יסוד להניח שמבצעים שם פשע או שפשע בוצע שם זה מקרוב", כלומר שיש חשד מבוסס שמבוצעת בזמן הווה במקום עבירה או בוצעה זה מקרוב, ולא סתם עבירה אלא עבירת פשע. עילות נוספות המאפשרות כניסה לשטח פרטי ללא צו שיפוטי הן מרדף חם אחר חשוד המתחמק ממעצר, ופניה לעזרה של המחזיק בבית או של אדם המצוי בו. הכל בהתאם לס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי שצוטט לעיל. בכל מקרה אחר גורמי אכיפת החוק מחויבים לפנות בבקשה לשופט/ת בית משפט שלום ולבקש צו חיפוש שיתיר להם כניסה לחצרים הפרטיים. הרשות השופטת היא שתבחן באופן חסר פניות את הבקשה ותחליט אם יש ראיות לכאורה שיש במקום חפץ שבוצעה בו או באמצעותו עבירה או מתקיימים התנאים האחרים עליהם נעמוד להלן.

107. לעומת זאת, הצו בדבר הוראת ביטחון אינו כולל כלל פרוצדורה של חיפוש על-פי צו שופט. הצו מתיר על פניו לכל קצין (או חייל שהקצין נתן לו הרשאה) לבצע חיפוש בכל מקום "שעלול להיות טעם לחשוד" שנעשה במקום מעשה שמסכן את שלום הציבור ועוד כהנה וכהנה חלופות שאף לא מחייבות שלחיפוש יהיה קשר לביצוע עבירות (ס' 67 לצו בדבר הוראות ביטחון).

108. הפער בין התנאים לחיפוש חולש על כל מימדי הסמכות שנקבעת בפקודה מחד ובצו מאידך:

א. **כך לגבי הגורם המוסמך להיתר חיפוש** – ע"פ הפקודה שופט/ת ובמקרים חריגים שוטר, ואילו לפי לשון החוק בצו קצין או חייל שמונה לשם כך, או במקרה הטוב ואם אכן כך קובעת ההנחיה הסודית, מפקד בכיר יותר.

ב. **כך לגבי העילות המצדיקות חיפוש** - לפי הדין הישראלי, רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש רק במקרים ש: 1) החיפוש נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך

חקירה, משפט או הליך מתנהלים; 2) יש יסוד להניח שהמקום משמש לשמירה על חפץ שנעברה בו / מתכוונים לעבור באמצעותו עבירה; 3) יש יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא במקום (ס' 23 לפקודת סדר הדין הפלילי). ומנגד, הצו בדבר הוראות ביטחון מציב, שוב, רף שאין אלא לומר עליו שהוא רף ריצפתי, המאפשר כניסה לכל מקום "שעלול להיות טעם לחשוד כי משתמשים בהם, או שהשתמשו בהם לפגיעה בשלום הציבור, בביטחון 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" בלבד (ס' 67 לצו בדבר הוראות ביטחון).

הדרישה האמורה בצו היא כה מינימלית שהיא מעניקה הלכה למעשה לחיילים סמכות בלתי מוגבלת לבצע חיפושים בבתיים של פלסטינים על יסוד חשד **ברף ראייתי אפסי לביצוע פעולות שאינן חייבות להיות כלל עבירה על החוק והכל ללא כל ביקורת ופיקוח חיצוני, לא כל שכן שיפוטי.**

**ג. כך לגבי התנאים הפרוצדוראליים המתלווים לחיפוש -** בעוד שהמשפט הישראלי קובע תנאים פרוצדוראליים ספציפיים לגבי אופן ביצוע החיפוש (בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים [ס' 26 לפקודת סדר הדין הפלילי], ובנוכחות המחזיק בבית [סעיף 28], תוך עריכת רשימה של חפצים שנתפסו שתיחתם על-ידי העדים ועותק יימסר למחזיק בבית [סעיף 27]) - הצו בדבר הוראות הביטחון אינו קובע שום תנאים פרוצדוראליים המחייבים בעת ביצוע החיפוש. אכן כאמור בתשובת המדינה לעתירה זו (**נספח 9**) ובתשובה מיום 18.11.19 לבקשות חופש מידע שהגיש הארגון בימים 8.7.18 ו-13.8.18 (**נספח 10**), נטען כי התנאים הפרוצדוראליים לחיפוש מוסדרים כאמור בשורת הוראות חסויות. אולם כנ"ל מהעדויות בשטח מצטיירת תמונה המצביעה על כך שאין כל הגבלות פרוצדורליות על עריכת חיפושים בבתי פלסטינים, ובכל מקרה אין שום פירוט של התנאים האלו ולכן אין שום בקרה על תכנם ועל יישומם.

לא לה מתווספות הוראות בנוהל אח"מ של משטרת ישראל הקובעות כי יש לבצע את החיפוש בין השעות שבע בבוקר לאחת עשרה בלילה, וכי צו חיפוש לא יבוצע בנוכחות ילדים. (משטרת ישראל, אגף חקירות ומודיעין, נהלי אח"מ, בקשה להוצאת צו חיפוש - טופס מ-3097 (מס' 300.01.066) פורסם ב-1.2.2014, סעיפים 7ה(7) ו-3ה(8)). **אין כמו בן הוראה מקבילה לזו בדין הצבאי החל על פלסטינים.**

109. אם כן, הצו בדבר הוראות ביטחון מעניק סמכות רחבה ובלתי מבוקרת לכוחות הביטחון וזאת בהתאם לדרישה העמומה והמינימלית של "פגיעה בשלום הציבור", שלמעשה מאפשרת לקצין לפעול לפי שיקול דעתו הבלעדי, וזאת בניגוד מוחלט לעקרונות היסוד הקבועים הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי.

## ב. עקרונות רלבנטיים של המשפט המנהלי הישראלי

110. כאמור לעיל, בנוסף לענפי המשפט הבינלאומי שפורטו לעיל, חלים על פעולת גורמי השלטון הישראליים בשטחים הכבושים גם עקרונות המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי. בית המשפט העליון קבע לא אחת כי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי יחולו על פעילויות זרועות המדינה הפועלות והמנהלות מטעמה את השטחים, ובהם כמובן חיילי צה"ל, ולפיכך המשפט המינהלי הישראלי רלוונטי אף בהקשר דנן (ראו: בג"צ 7015/02, **כיפאח מחמד אחמד עג'ורי ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'**, תק-על 1025, 1021, (3)2002).

111. לא ניכנס בעתירה זו לשאלה האם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המעגן ומעניק מעמד חוקתי ל"הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" וכולל איסור מפורש על פגיעה בחייו, גופו, **פרטיותו** וקניינו של כל אדם – מעניק הגנה ישירה לפלסטינים. שאלה זו הושארה בצריך עיון בבג"צ 1661/05 **מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל ואח' נט** (2) 481 (פורסם בנבו 9.6.05), אם כי בנסיבות של סיפור זה יורה מואץ שאנו עדים להן – כנראה שבקרוב מאוד לא יהיה מנוס מלדון בשאלה נכבדה זו.

112. אבל גם מבלי שנתייחס לחוק היסוד, המשפט המינהלי הישראלי מחייב **כיבוד זכויות אדם** על-ידי הרשויות הישראליות ודורש כי **פעולות מנהליות פוגעניות תעשנה בהליך הוגן העומד בדרישות כללי הצדק הטבעיים ובהם איסור משוא פנים ואפליה**.

113. קיומו של הסדר **שונה בתכלית** לחיפוש בבתים של פלסטינים ולחיפוש בבתיהם של ישראלים המתגוררים בגדה - הוא בגדר **תועבה משפטית של ממש** אשר מובילים את העוסקים במלאכה למחוזות האפרטהייד. המשפט המינהלי הישראלי כפי שאנו מכירים אותו אוסר אפליה כזו.

114. מלבד סוגיית האפליה (אליה עוד נחזור בהמשך) המשפט המינהלי רלבנטי לענייננו משום שהוא קובע עקרונות הממתנים פגיעה בזכויות יסוד וקובע לה גבולות. בענייננו, היעדרה של ביקורת שיפוטית מראש, הסמכות הרחבה לכאורה שמעניק סעיף 67 והיעדרן של מגבלות גלויות ומוגדרות היטב לשימוש בסמכות – הופכות אותה לסמכות שרירותית ובלתי מידתית כאמור, ואיסור השרירותיות וחובת המידתיות הם עקרונות יסוד לא רק של המשפט הבינלאומי אלא גם של המשפט המינהלי הישראלי. כך למשל בבג"צ 3239/02 **איאד אסחק מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, נז (2) 349 (פורסם בנבו 5.2.03), אשר עסק בחוקיותם של מעצרים שבוצעו ללא עילת מעצר, קבע כבוד הנשיא (כתוארו דאז) אהרון ברק כי:

*"מעצרים שאינם מבוססים על חשש כי העצור מסכן או עלול  
לסכן את שלום הציבור או הביטחון, הם שרירותיים, ואין  
המפקד הצבאי מוסמך להורות עליהם".*

(שם, בפסקה 22)

115. ובהמשך:

*"מהוראות אלה נובע כי מעצר על-פי צו מס' 1500 וצו מס' 1505 (וכמוהם צו מס' 1512 וצו מס' 1518) יכול להיעשות רק אם ישנה "עילת מעצר". עילה זו הינה כי נסיבות המעצר מקימות חשש כי העצור מסכן או עלול לסכן את הביטחון. אין אפוא לעצור אדם רק משום שהוא נעצר במהלך הלחימה; אין לעצור אדם רק משום שהוא מצוי בבית, או בכפר, שמצויים בו עצורים אחרים. נדרש כי נסיבות המעצר הן כאלה שיש בהן כדי לעורר לגביו – לגביו אינדיווידואלית ולא לגבי זולתו – חשש לסיכון הביטחון, אם משום שהוא נעצר באזור הלחימה כשהוא לוחם בפועל או מבצע פעולות טרור, ואם משום שקיים לגביו חשש כי הוא מעורב בלחימה או בטרור".*  
(שם, בפסקה 23)

116. אנו רואים בבירור כי התנאי של חשד מבוסס נוכח וקיים אף במשפט המנהלי הישראלי. כך הדבר בדיני מעצרים וכך הדבר בדיני חיפוש. בדיוק כשם שהדין הישראלי קובע לגבי הרשאה למעצר ללא עילה ש"אין המפקד הצבאי מוסמך להורות עליהם", כך הדבר לגבי חיפוש שעילתו כה רחבה עד שאינה מחייבת אף חשד לביצוע עבירה.

(להרחבה בעניין איסור השרירותיות וחובת המידתיות ראו: בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1995); בג"צ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל (פורסם בנבו 29.10.07); בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)).

117. בעניין דומה, הנוגע לצידה השני של הסקאלה החברתית עליה חולשת מערכת המשפט הישראלית, כאשר הוחרמו תכשיטים ויצירות אומנות בשווי מיליוני שקלים מביתם של בני הזוג שאול ואיריס אלוביץ' החשודים במתן שוחד לראש הממשלה בנימין נתניהו וכן בשיבוש הליכי משפט והדחה בחקירה (כיום נאשמים), מבלי שאלו צוינו בצווי החיפוש והתפיסה שהוצאו, קבע כבוד השופט יצחק עמית כי:

*"מעצר אדם פוגע בזכות לחירות אישית. תפיסת רכוש פוגעת בזכות לקניין. שתי זכויות יסוד אלה מעוגנות כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, עוצמתן של שתי הזכויות שונה, אך לגבי שתיהן מצויים אנו לנהוג בזהירות יתרה ו"קווי הבחינה ומסגרת הניתוח החוקתי דומים אלה לאלה, בשל התכלית המשותפת העומדת ביסוד חובת האיזון: להגביל את מידת הפגיעה באדם – הן בגופו והן ברכושו, עד למינימום ההכרחי הנדרש להשגת האינטרס הציבורי. כך הוא לעניין מעצר אדם, וכך הוא לעניין תפיסת חפצים בטרם נשפט והורשע (עניין לרגו, עמ' 8). לאור האמור לעיל, כאשר במעצר עסקינן, דרך המלך היא מעצר באמצעות צו שיפוטי, כאמור בסעיף 4 לחוק סדר הדין הפלילי*

(סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996: "מעצר אדם יהיה בצו של שופט (להלן – צו מעצר), אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו". בדומה, כך גם לגבי תפיסת רכוש. דרך המלך היא תפיסה באמצעות צו חיפוש ותפיסה לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי, והחריג הוא תפיסה שלא מכוח צו. אלו עקרונות יסוד שעומדים בבסיס שיטתנו המשפטית".

(רע"פ 4526/18 שאול אלוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 05.08.2018))

118. עיננו הרואות כי גם תנאי המידתיות הינו נר לרגליו של המשפט המנהלי הישראלי. אכן בפסיקתו מתייחס השופט עמית לפגיעה בזכות לחירות ובזכות לקניין, אולם ניתן בבירור להחיל את דבריו גם על הזכות לפרטיות אשר מופיעה לצידן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992. החשיבות המיוחדת שבפניה לגורם שיפוטי טרם פגיעה בזכויות יסוד אלו, אשר הינה כאמור עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, הינה נטרול השרירותיות וביסוס המידתיות על ידי פניה לגורם שיפוטי שיאזן בין הפגיעה באדם לבין האינטרס הציבורי.

119. דברים דומים בעניין חשיבות הביקורת השיפוטית והמידתיות נקבעו גם בעמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, נג(1) 97 (1997) אשר עסק במעצרים מנהליים:

"אכן, אין חולק כי סמכות זו מהווה פגיעה בזכות היסוד של האדם לחירות, ...עוסקים אנו בפגיעה חריפה בחירותו של אדם, בדרך חריגה שאיננה מתיישבת בדרך כלל עם הערכים הדמוקרטיים, עקרונות החופש החירות והשיוויון, העומדים ביסוד הקמת מדינתנו כמדינה דמוקרטית נאורה" (ראה עמ"מ 7/94 בן יוסף נ' מדינת ישראל [1]). אולם, פגיעה זו היא פרי איזון בין שתי מגמות: האחת – מתן אמצעי מתאים בידי המדינה כדי להגן על עצמה מפני התארגנויות שסכנתן רבה, ושאינן אפשרות לפעול כנגדן בדרך של ניהול משפט פלילי רגיל; השנייה – הבטחה, על-ידי ביקורת שיפוטית, כי השלטון לא ישתמש לרעה או שלא לצורך בסמכויות שניתנו לו בחוק (ראה עמ"מ 1/80 כהנא נ' שר הביטחון [2], בעמ' 257). אכן, קיומה של ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, תוך בדיקת שיקוליה והאיזון שבין המגמות האמורות לעיל, הוא המבטיח, כי האיזון האמור יישמר (ראה "ה' קלינגהופר" מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" [20]), וכי הפגיעה בזכויות הפרט תהא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (ראה עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מדינת ישראל, [3] בעמ' 332).

(שם, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק)

120. אם כן חשד מבוסס ומידתיות המאושררים על ידי גורם שיפוטי נטול פניות, זוהי דרישתו הבסיסית של המשפט המנהלי הישראלי, אשר הותוותה על בסיס דרישתו של המשפט הבינלאומי. דרישות שכאמור החוק החל על פלסטינים בגדה המערבית כבר מעל ל-52 שנים וקובע את סמכות החיפוש אינו מתקרב למלא.

### III. משפט משווה – עקרונות דיני הכניסה לחצרים וחיפושים במשפט המקובל ובמשפט הקונטיננטלי

121. כאמור בכלל שיטות המשפט המכבדות את זכויות האדם נקבעו כללים דומים בעניין כניסה לחצרים וחיפוש. גורמי אכיפה וחקירה אינם מחליטים על דעת עצמם לבצע כניסה לחצרים פרטיים ולקיים בהם חיפוש ותפיסה אלא במסגרת התקיימות של חריגים. יש בעניין הזה הבדל בין שיטות המשפט המקובל (ובכללן שיטת המשפט הישראלית) שם יש דגש רב על צו חיפוש שיפוטי, לשיטות הקונטיננטליות שם הדגש הוא על פיקוח תביעת העיניים החיפושיים.

122. להלן סקירה קצרה של ההסדרים ממדינות מרכזיות משתי השיטות:

#### **ארצות המשפט המקובל: אנגליה וויילס**

123. באנגליה קבע בית המשפט כבר במאה ה-18 (!) כי צו חיפוש כללי ובלתי מפורט הינו בלתי חוקי (פסק הדין ניתן על-ידי ה- Court of Common Pleas שהייתה הערכאה המרכזית שדנה אז בסכסוכים שאינם מערבים את המלך, לצד ה-King's Bench). פסק הדין שמאז מצוטט לרוב, Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489 (C.B. 1763), עסק בשאלת החוקיות של כניסת אדם מלווה בנציגי הרשויות לביתו של אחר על יסוד צו כניסה וחיפוש כללי שקיבל, ותפיסתם של מספר מסמכים. פרקליטו של התובע טען אז שקבלת הרעיון שיש סמכות כללית להיכנס ולחפש הופכת את הזכויות היסודיות של האזרח לחסרות ערך:

*"In vain has our house been declared, by the law, our asylum and defense, if it is capable of being entered, upon any frivolous or no pretense at all, by a Secretary of State"*

*"(לשווא ביתנו הוכרז בחוק כמבצרנו וכמקום בו אנו מוגנים, אם איש הרשות יכול לחדור אליו בעילה קלת ערך או ללא עילה כללית", תרגום שלנו)*

124. בית המשפט מפי נשיאו הסכים וקיבל את התביעה תוך שהוא קובע את העקרון שסמכות כניסה לחצרים וחיפוש ותפיסה כללית – פסולה היא:

*"His Lordship then went upon the warrant, which he declared was a point of the greatest consequence he had ever met with in his whole practice. **The defendants***

*claimed a right, under precedents, to force persons houses, break open escritaires, seize their papers, etc. upon a general warrant, where no inventory is made of the things thus taken away, and where no offenders names are specified in the warrant, and therefore a discretionary power given to the messengers to search wherever their suspicions may chance to fall.*

***If such a power is truly invested in a Secretary of State, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject***”.

(שם, בעמוד 498)

#### **עוֹתֵק שֶׁל פֶּסֶק הַדִּין מִצ״ב וּמִסוּמָן נִסְפַח 11**

125. אכן, דברים שנכתבו במאה ה-18 רלבנטיים ככפפה ליד לענייננו אנו במאה ה-21.

126. ובהתאם, גם החוק הרלוונטי בבריטניה קובע בשורה של הוראות כללים ברורים בנוגע לסמכות לבצע חיפוש בחצרים פרטיים. בהתאם לחוק שמסדיר את סמכויות החיפוש (וגם המעצר, אבל בנושא זה יש חוקים נוספים רלבנטיים), הכלל הוא **שחיפוש בחצרים פרטיים יכול להיעשות אך ורק בהתאם לצו של שופט שלום**. החוק הוא Police and Criminal Evidence Act, 1984, c. 60 (Eng.) (הידוע בקיצור PACE) ויש לו מקבילות בצפון אירלנד - (SI - Police and Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1989) ובסקוטלנד - (Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 - 1989/1341).

127. סעיף 8 של ה-PACE מגדיר את הסמכות והתנאים שבהם שופטי שלום רשאים להוציא צווי חיפוש:

#### **(8) Power of justice of the peace to authorize entry and search of premise**

*(1) If on an application made by a constable a justice of the peace is satisfied that there are reasonable grounds for believing—*

*(a) that an indictable offence has been committed; and*

*(b) that there is material on premises mentioned in subsection (1A) below which is likely to be of substantial value (whether by itself or together with other material) to the investigation of the offence; and*



*(c) that the material is likely to be relevant evidence;  
and*

*(d) that it does not consist of or include items subject to  
legal privilege, excluded material or special procedure  
material; and*

*(e) that any of the conditions specified in subsection (3)  
below applies,*

*he may issue a warrant authorising a constable to enter  
and search the premises in relation to each set of  
premises specified in the application.*

...

***(3) The conditions mentioned in subsection (1)(e) above  
are—***

*(a) that it is not practicable to communicate with any  
person entitled to grant entry to the premises;*

*(b) that it is practicable to communicate with a person  
entitled to grant entry to the premises but it is not  
practicable to communicate with any person entitled to  
grant access to the evidence;*

*(c) that entry to the premises will not be granted unless a  
warrant is produced;*

*(d) that the purpose of a search may be frustrated or  
seriously prejudiced unless a constable arriving at the  
premises can secure immediate entry to them.*

128. כלומר – צו חיפוש יוצא אך ורק אם שופט/ת שלום משתכנע/ת ש –

א. יש חשד סביר לביצוע עבירה;

ב. שחפץ או מסמך רלבנטי ובעל ערך משמעותי לקידום החקירה נמצא בחצרים;

ג. שאין בחצרים מסמכים או חפצים הכפופים לחיסיון משפטי וכן -

ד. שלא ניתן להכנס לחצרים בהסכמת המחזיק בהם ו/או שיגרם נזק למטרת החיפוש  
אם לא ינתן הצו.

129. ה-PACE מכיר בסמכות חיפוש ללא צו **אך ורק כחלק מביצוע מעצר או בעקבותיו** (ראו

סעיפים 17-18 תחת הכותרת (Entry and search without search warrant).

130. בנוסף בחקיקת משנה (Police and Criminal Evidence Act 1984 Code B. (2013)) הותוו מספר כללים על פיהם מופעלת הסמכות שנקבעה בחקיקה ראשית. כך למשל בסעיף 1.3 נכתב במפורש כי הזכויות לפרטיות, לכבוד ולרכוש פרטי הינן ערכי יסוד בהכרזת זכויות האדם משנת 1988 (הכרזה של הפרלמנט הבריטי שמטרתה שילוב הוראות האמנה האירופית בדבר זכויות אדם בחוק הבריטי), וכי שימוש בכוח המאפשר להיכנס, לחפש ולתפוס רכוש בביתו של אדם חייב להיות מוצדק ובהיר לחלוטין, לפני שהוא מופעל. זאת שכן מדובר בכוח הפוגע פגיעה מהותית בזכות לפרטיות, ועל שוטרים לשקול היטב האם אין אמצעי שפגיעתו פחותה לפני שנעשה בו שימוש.

131. בהמשך מוצבים תנאים נוספים: יש להשתמש בסמכות החיפוש בצורה אדיבה ותוך כיבוד האדם ורכושו, וכן יש לעשות שימוש בכוח סביר רק כשהדבר הכרחי ומתאים לנסיבות (סעיף 1.4); כאשר נערך חיפוש עליו להתבצע בצורה הוגנת, אחראית ותוך שמירה על כבודם של האנשים שבחצרם מתבצע החיפוש (סעיף 1.3A); ובאותו סעיף ממש קיימת הפניה לסעיף 149 לחוק השוויון משנת 2010, הקובע כי במילוי תפקידם על שוטרים חלה החובה להתחשב בצורך לחסל אפליה בלתי חוקית והטרדות וזאת על מנת לקדם שוויון הזדמנויות בין אוכלוסיות החולקות מאפיינים מוגנים רלוונטיים (Note 1A), אלו מפנה הסעיף, קובע כי בין היתר גזע ואמונה דתית הם מאפיינים כאלו, לבין אוכלוסיות חזקות יותר, ולנסות ולטפח יחסים טובים בין האוכלוסיות השונות.

#### ארצות המשפט המקובל: ארצות הברית

132. התיקון הרביעי לחוקה האמריקאית לא רק מורה שחיפושים יעשו בהתאם לצו אלא קובע מגבלות להוצאת צווים – שאלה יוצאו רק אם נמצאה עילה סבירה הנתמכת בהצהרה בשבועה המפרטת את מקום החיפוש והמסמכים או החפצים שאותם מחפשים:

***“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.***

133. העקרונות שנקבעו כאמור בתיקון הרביעי לחוקה תורגמו, ברמה הפדרלית, לחקיקה על-ידי הקונגרס האמריקאי שקבע כי חיפושים יעשו בהתאם לצו חיפוש שניתן על יסוד הצהרה בשבועה (או הצהרה) בדבר קיומה של עילה סבירה (Probable Cause) לחיפוש שכן במקום החיפוש קיים מסמך או חפץ שהינו ראיה לפשע, המהווה תוצר או פרי של פשע; או נועד לסייע או סייע בביצוע פשע. ראו: Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure. מעניין לציין שהחוק הפדרלי מחייב את מבצע הצו להחזירו יחד עם

רשימת המצאי של הרכוש שנתפס בחיפוש, אל השופט/ת שהוציא/ה את הצו. כלומר הביקורת השיפוטית נעשית גם לפני החיפוש בתהליך הוצאת הצו וגם לאחריו.

134. בהתאם, הפסיקה האמריקאית ארוכת השנים הדגישה את האיסור על חיפושים **שרירותיים** ופיתחה את הרעיון שחיפושים ללא צו יעמדו בדרישות החוק והחוקה בקשת מקרים מצומצמת ביותר.

135. בפסק דין חשוב המסכם את ההלכה בעניין חיפושים ללא צו שניתן בשנים האחרונות הדגיש בית המשפט העליון של ארצות הברית את חשיבותו של שיקול הדעת השיפוטי כגורם מתווך בהוצאת צו. בעניין RILEY v. CALIFORNIA, 134 S.Ct. 2473, 2482 (2014), אשר עסק בחוקיות חיפוש במכשיר טלפון סלולרי שהתבצע ללא צו, כתב נשיא בית המשפט, השופט רוברטס את הדברים הבאים שחשובים ביותר לענייננו :

*“As the text [of the 4<sup>th</sup> amendment] makes clear, “the ultimate touchstone of the Fourth Amendment is ‘reasonableness’.” Brigham City v. Stuart, 547 U. S. 398, 403, 126 S.Ct. 1943, 164 L.Ed.2d 650 (2006). Our cases have determined that “[w]here a search is undertaken by law enforcement officials to discover evidence of criminal wrongdoing... reasonableness generally requires the obtaining of a judicial warrant.” Vermonia School Dist. 47J v. Acton, 515 U.S. 646, 653, 115 S.Ct. 2386, 132 L.Ed.2d 564 (1995). Such a warrant ensures that the inferences to support a search are “drawn by a neutral and detached magistrate instead of being judged by the officer engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime.” Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14. 68 S.Ct. 367, 92 L.Ed. 436 (1948). In the absence of a warrant, a search is reasonable only if it falls within a specific exception to the warrant requirement. See Kentucky v. King 563 U.S. ———, ———, 131 S.Ct. 1849, 1856-1857, 179 L.Ed.2d 865 (2011) ... Our cases have historically recognized that the warrant requirement is “an important working part of our machinery of government,” not merely “an inconvenience to be somehow ‘weighed’ against the claims of police efficiency.” Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443. 481, 91 S.Ct. 2022, 29 L.Ed.2d 564 (1971).*

136. אם לסכם את דבריו של הנשיא רוברטס, על דיני החיפושים חולשת עילת הסבירות ולמעט בקשת מצומצמת ומוגדרת היטב של מקרים, חיפושים שנעשים ללא צווי חיפוש שיפוטיים אינם סבירים. והם נושאים – בשפתו של השופט ג'קסון - את פגעי ההטיה הטבעית של

גורמי אכיפה האמונים על האינטרס החקירתי ומושפעים מהאלמנט התחרותי שיש בפעילות אכיפה כך שלא ניתן לסמוך עליהם לבצע את האיזון שבין אינטרס החקירה וזכויות הפרט הנפגעות מחיפוש (*Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14. 68 S.Ct. (1948)* 367, 92 L.Ed. 436).

137. אם-כן נשיא בית המשפט העליון האמריקאי, השופט רוברטס, חוזר על הרעיון שמקובל בכל שיטות המשפט המקדשות את זכויות הפרט ולפיו דרך המלך לחיפוש בחצרים פרטיים מחייבת צו שיפוטי, ואילו חיפוש ללא צו הינו החרג הדורש הגדרה מדוייקת ומצומצמת.

138. המשפט האמריקאי מכיר במספר חריגים מצומצמים לכלל האוסר חיפוש ללא צו. ביניהם ניתן למצוא – חיפושים דחופים למניעת פגיעה חמורה בחיים, גוף או ברכוש או למניעת בריחה של חשוד או פגיעה בלתי הפיכה בראיות (ראו: *United States v. McConney, 469 U.S. 824 (1984)* (9th Cir., cert. denied, 1199 (728 F. 2d 1195); חיפוש שהוא תולדה של זיהוי פעילות פלילית על-ידי איש אכיפה שממוקם במקום חוקי שהגעה אליו אינה דורשת צו; חיפושים נלווים למעצר; לסיכום החריגים לחובה לקיים חיפוש רק בהתאם לצו חיפוש שיפוטי ראו: *Minnesota v. Dickerson, 113 S. Ct. 2130 (1993)* 1).

#### ארצות המשפט המקובל: ניו-זילנד

139. השיטה בניו-זילנד דומה מאוד לזו שבאנגליה ובארצות הברית.

140. חוק החיפושים והמעקבים משנת 2012 (Search and Surveillance Act) קובע שחיפוש יעשה על-פי צו שופט (המונח Issuing Officer בסעיף להלן מוגדר בסעיף ההגדרות – ס' 3 – כשופט) ושופט יחתום על צו חיפוש אך ורק אם הוא שוכנע בהתאם לבקשה שהוגשה שבוצעה, מבוצעת או עומדת להתבצע עבירה שעונשה הוא מאסר ושהחיפוש דרוש כדי לאתר חומר ראיתי בקשר לעבירה האמורה (סעיף 6):

*An issuing officer may issue a search warrant, in relation to a place, vehicle, or other thing, on application by a constable if the issuing officer is satisfied that there are reasonable grounds—*

*(a) to suspect that an offence specified in the application and punishable by imprisonment has been committed, or is being committed, or will be committed; and*

*(b) to believe that the search will find evidential material in respect of the offence in or on the place, vehicle, or other thing specified in the application.*

141. חוק החיפושים הניו-זילנדי כולל שני חריגים שבהתקיימותם המשטרה רשאית להיכנס לחצרים פרטיים גם בלי צו והם: כשהדבר דרוש מיידית כדי למנוע בריחה של חשוד או אבדן ראיות לעבירה שעונשה מאסר (סעיף 8) או כדי לעצור אדם (סעיף 9).

## ארצות המשפט הקונטיננטלי: גרמניה

142. בגרמניה קוד הפרוצדורה הפלילית הגרמני קובע גם הוא את הכלל שחיפוש חייב להתבצע על-פי צו שופט. צו כזה יינתן כאשר יש חשד סביר שבאתר החיפוש מתבצעת עבירה, מוחזק בו חפץ אסור או נמצאת בו ראיה הנחוצה לחקירה פלילית (Strafprozeßordnung) [(StPO) [German Code of Criminal Procedure], Apr. 1987, § 102 + 105 (.Ger)].

143. הדין הגרמני קובע חריג לחובה להצטייד בצו חיפוש שיפוטי למקרים בהם מתקיימות נסיבות המקימות צורך בהול בחיפוש ושאינן מאפשרות את השהות לפנות לשופט/ת. במקרה כזה משרד התביעה ונציגיו יכולים לאשר את החיפוש והתובע יפקח על ביצועו (שם, סעיף 105). ביצועו של צו חיפוש יעשה בנוכחות שופט, תובע מחוזי, נציג הרשות המקומית שבתחומה מתבצע החיפוש או שני נציגים מהקהילה ובלבד שנציגים אלה אינם שוטרים (סעיף 105(2) לקוד הפרוצדורה הפלילית הגרמני).

144. בנוסף בדין הגרמני נדרשים הן הסתברות ממשית לכך שבוצעה או עומדת להיות מבוצעת עבירה, והן עמידה בעיקרון המידתיות. "חיפוש, כאמור לעיל, אינו יכול להיעשות על סמך תחושה או אינטואיציה ונדרשת הסתברות ממשית להתרחשות עבירה. החלטה לבצע חיפוש כפופה לעקרון המידתיות, באופן שחיפוש בגין חשד לעבירה פעוטה עלול להיחשב לחיפוש לא חוקי, ומאותו הטעם חיפוש הפוגע פגיעה יתרה בזכויות, כגון חיפוש במשרד של מערכת עיתון, עלול להיחשב לבלתי חוקי" (ראו: יניב בן הרוש "מה הבעיה בהסכמה לחיפוש משטרתי?" הפרקליט נד 43, 59-62 (תשע"ו) (להלן: יניב בן הרוש "מה הבעיה?") המפנה לספר MICHAEL BOHLANDER, PRINCIPLES OF GERMAN (CRIMINAL PROCEDURE (2012)).

145. כמו כן בדין הגרמני קיימת אכיפה מרתיעה כנגד שוטרים שחרגו מסמכותם. הרשויות הגרמניות מעודדות אזרחים להתלונן על שוטרים שפעלו שלא בהתאם לכללים, תחנות משטרה מבצעות בדיקות מנהליות של ההאשמות ואלו נתונות לפיקוח ממשלתי ושיפוטי. שוטרים שנמצאו אשמים יכולים להיקנס, לאבד הזדמנויות לקידום ואף להיכלא (Barry F. Shanks, Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and its Alternatives, 57 TUL. L. REV, 648, 659-663 (1983)).

## ארצות המשפט הקונטיננטלי: צרפת

146. בצרפת שיטת המשפט הינה אינקוויזיטורית ולא אדברסרית ועל-כן שופטים מנהלים חקירות. עם זאת גם בשלב טרום חקירתי-שיפוטי ובמקרים בהם החקירה מתנהלת ללא שופט-חוקר יש אפשרות לביצוע חיפושים. חיפושים אלה מתבצעים בהתאם לקוד הפרוצדורה הפלילית שקובע שבמקרה של עבירה חמורה או במקרים בעלי דחיפות מיוחדת "שופט משטרתי" (judicial police) שהינו קצין משטרה בכיר שאושר על-ידי ועדה מיוחדת, הוא שמוסמך לאשר חיפוש - CODE DE PROCÉDURE PÉNALE [C. - PÉN.] art. 56 (Fr.) , תרגום לאנגלית ניתן למצוא באתר:

[https://www.legislationline.org/download/id/6381/file/France\\_CPC\\_am2006\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6381/file/France_CPC_am2006_en.pdf)

147. קוד הפרוצדורה הפלילי הצרפתי קובע עוד כי על החיפוש להתבצע בפני האדם שבביתו מחפשים, או אם הוא אינו יכול להיות נוכח אז בפני נציג לבחירתו או שני עדים, ופרוטוקול החיפוש חייב להיחתם על ידו או לשקף את סירובו לחתום עליו (Velerie Dervieux, The French System, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURE 255-256 (Mireille Delmas Marty and J.R.Spencer ed., 2002)).

#### ארצות המשפט הקונטיננטלי: איטליה

148. גם שיטת המשפט האיטלקית היא אינקוויזיטורית וקוד הפרוצדורה הפלילית קובע כי סמכות החיפוש מסורה לתביעה. התובעים הם שמשמיכים את המשטרה לבצע חיפוש. על מבצעי החיפוש למסור את צו החיפוש למושא החיפוש ולשמור על כבודו בצורה מירבית. המקרים בהם רשאי שוטר לבצע חיפוש שלא ע"פ הסמכה של תובעת הם נדירים וכוללים מצב בו החיפוש נדרש לפיענוח של עבירה חמורה שנעברה זה עתה או בחיפוש אחר עבריין נמלט. במקרים אלו על השוטר המבצע את החיפוש לתעדו ולהעביר את התיעוד לתובעת בתוך 48 שעות לצורך קבלת אישור בדיעבד לחיפוש (יניב בן הרוש "מה הבעיה?", עמ' 61-62).

#### לסיכום סקירת המשפט המשווה:

149. המשפט המקובל רואה בצו החיפוש השיפוטי עקרון-על של דיני החיפוש והכניסה לחצרים פרטיים. החריגים בהם ניתן לבצע כניסה לחצרים פרטיים וחיפוש בהם ללא צו הם צרים ומוגדרים ועל-פי-רוב נוגעים לדחיפות הכניסה והחיפוש שאינה מאפשרת הצטיידות בצו חיפוש.

150. שיטות המשפט הקונטיננטליות שמות פחות דגש מהשיטות האנגלו-אמריקאיות על צו חיפוש שיפוטי אולם הן מאזנות זאת עם הטלת סמכויות פיקוח על התביעה הכללית והגבלה של החיפוש למקרים של עבירות חמורות או כאלו שנעברו זה עתה (לסקירה של שוני זה בין המשפט הקונטיננטלי למשפט המקובל ראו להלן:

Christopher Slobogin, "An Empirically Based Comparison of American and European Regulatory Approaches to Police Investigation", **Michigan Journal of International Law** (Vol. 22, Issue 3, 2001) 423 )

#### IV. סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מפר את המשפט הבינלאומי ההומניטארי, את משפט זכויות האדם הבינלאומי ואת עקרונות היסוד של דיני חיפוש המקובלים בכל שיטות המשפט.

151. הסקירה המשפטית שבוצעה לעיל מראה מהם תנאי היסוד לדיני החיפוש בחצרים פרטיים בכל שיטות המשפט – בדיני החיפוש שבמשפט הישראלי, בעקרונות הדין ההומניטארי הבינלאומי, בדיני זכויות האדם הבינלאומיים, במשפט המקובל ובמשפט הקונטיננטלי.

152. הצו בדבר הוראות ביטחון אינו עומד באף קריטריון של אף אחת משיטות המשפט שנסקרו. הסמכות שהוא לכאורה מעניק היא רחבה ביותר, חסרת בקרה ונעדרת פיקוח וחופשיה ממגבלות פרוצדוראליות כלשהן.

153. המשמעות היא כי הסמכות שלכאורה מעניק סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון היא שרירותית ובלתי מידתית באורח קיצוני.

154. במילים אחרות – הסמכות הקבועה בסעיף 67 (שהינו חקיקה צבאית בשטח כבוש) מפירה נורמות מסדר גבוה ממנה: המשפט הבינלאומי הן בענפו ההומניטארי (דיני תפיסה לוחמתית / כיבוש) והן בענפו העוסק בזכויות אדם. גם הסקירה המשווה מראה כי מדובר בעקרונות מקובלים בכל שיטות המשפט והרי מקובלות זו הינה מקור גם של המשפט הבינלאומי.

155. העולה מכל האמור הוא שסעיף 67 אינו עומד בדרישות הענף המשפטי שמסמך את המפקד הצבאי לחוקק בשטח הנתון לכיבוש – דיני הלחימה, ומכאן שהוא בטל. על כך נרחיב להלן.

## **V. הפרת הזכות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה היא הפרת החובה להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים**

156. הפגיעה בזכויות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה, והפגיעות הקשות הן נפשית והן -במקרים מסוימים – פיזית, הנגרמות לתושבים פלסטינים שחוו כניסה לבתיים, מהוות הפרה של חובת המעצמה הכובשת בהתאם לתקנה מס' 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג.

157. תקנה 43 היא הקובעת את המסגרת הכללית לפעילות כוח כובש בשטח כבוש ומהווה "כלל-על" ליחסי שלטון-אזרח ולכן אף זכתה לכינוי "חוקה בזעיר-אנפין" של הכיבוש, (ראו בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י לז' (2) 197 (להלן: "עניין אבו עיטה"). תקנה זו מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם והוא: טובתה של האוכלוסייה המקומית של השטח הכבוש ועקרון שימור הקיים. משטר הכיבוש (או: התפיסה הלוחמתית) הוא משטר של נאמנות שבו תושבי השטח הכבוש שמצאו עצמם תחת שלטון זר, הם הנהנים. במקביל וכחלק מעקרונות דיני הלחימה שדיני התפיסה הלוחמתית מהווים חלק מהם, הציר השני של שיקולים שרשאי המפקד הצבאי לשקול הם כמובן שיקולי ביטחון.

158. בהתאם לתקנה 43 לאמנת האג, מוטלת על המשיב החובה להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים בשטח הכבוש והמשמעות היא שהצבא אמור להבטיח את חזרת החיים למסלולם, את אכיפת החוק והסדר וכמובן את הביטחון של האזרחים החיים בשטח הכבוש (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז' (4), בעמ' 797-794 (להלן: "עניין ג'מעית אסכאן"); עניין אבו עיטה, בעמוד 309).

159. הפרשנות שהוענקה לתקנה זו, כאמור לעיל בהינתן שהיא שייכת לענף-משנה של דיני הלחימה, הוסיפה על החובות לעיל גם את השמירה על האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת. שני קטבים אלה, טובת הנכבשים מחד ובטחון הכובש מאידך, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מקבילית הכוחות, מארג השיקולים ה"חוקיים" שיכולה המעצמה הכובשת לשקול עת עושה היא שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (לדיון מקיף ב"שני הקטבים" של דיני הכיבוש ראו: עניין ג'מעית אסכאן).

160. הבטחת הסדר והחיים הציבוריים פורשה במסגרת עניין ג'מעית אסכאן כחובה גם להבטיח את המשך קיומם של הסדר והחיים הציבוריים בכלל היבטיהם. על כן משתרעת חובה זו לא רק על ענייני ביטחון וצבא, אלא גם, ואולי אף בעיקר, על היבטים אזרחיים, חברתיים וכלכליים. במילותיו של כבוד השופט שילה בבג"צ 202/81 **טביב נ' שר הבטחון**, פ"ד לו(2) 622, 629

*"מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה"*

161. במילים אחרות: החובה להחזיר את הסדר והביטחון טומנת בחובה את החובה של המעצמה הכובשת להגן ולא לפגוע בזכויות היסוד של האוכלוסייה הנכבשת.

162. פרקטיקת הכניסות לבתים במתכונתה הנוכחית בצו בדבר הוראות ביטחון, מפירה כאמור באופן גס מארג של זכויות של נפגעה. בהיעדר מנגנון וידוא שהפגיעה היא **בלתי שרירותית ומידתית** הפרות אלה מהוות גם הפרה של החובה להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים כפי שזאת פורשה על-ידי בית המשפט הנכבד. כפי שנכתב לעיל, גם בישראל וגם בשאר שיטות המשפט המתקדמות, הגיעו למסקנה כי חיים ללא בית המוכר משפטית כמקלט המגן באופן בסיסי מפני חדירת השלטון אינם חיים בטוחים או תקינים. וכאמור הדבר חמור עוד יותר כאשר השלטון הפולש לביתך הינו כוח זר כובש, וכאשר מדובר בכיבוש מתמשך.

163. בית המשפט הנכבד קבע כי יש להבחין בין **תפיסה לוחמתית צבאית קצרת מועד** לבין **תפיסה לוחמתית צבאית ארוכת טווח**, כאשר יוצקים תוכן למונח "הבטחת הסדר והחיים הציבוריים". זאת הן לעניין שקילת צרכי ביטחון הכובש, הן לעניין שקילת צרכי האזרחים המוגנים והן כאשר מאזנים ביניהם. עם התארכותה של התפיסה הצבאית חובת הכוח הכובש לדאוג לצרכי האוכלוסייה הנכבשת מתרחבים ומתעצמים (ראו עניין ג'מעית אסכאן, עמ' 802-800 וכן עניין אבו עיטה, בעמוד 313).

164. בהתאם העותרים יטענו כי גם אם ניתן לסבול גישה משפטית המתירה חיפוש ללא בקרה שיפוטית בכיבוש קצר מועד, הרי שעם התארכותו החובות הקבועות בתקנה 43 מכתיבות שכניסה לחצרים פרטיים וחיפוש ותפיסה בהם תיעשה בדרך שתקיים את דרישת המידתיות ואיסור השרירותיות וזאת ע"י דרישה בסיסית של צווי חיפוש



שיפוטיים. בוודאי ובוודאי שבכיבוש ארוך טווח מציאות שבה קצינים או חיילים שהוסמכו על ידי קצינים, חלקם צעירים ורובם ככולם חסרי השכלה משפטית, מוסמכים להכנס לבתים פרטיים ולבצע בהם חיפוש על יסוד מבחן מקל ביותר של טעם לחשוד שיש לחצרים אלו קשר להפרת הסדר הציבורי – מהווה הפרה של תקנה 43. נזכור שהתפיסה הלוחמתית בענייננו נמשכת זה 53 שנים ובני אדם נולדים, גדלים והולכים לעולמם בתקופה זו כשכל חייהם הם חיים תחת שלטון הכיבוש.

165. מהבחינה המשפטית המשמעות היא שסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון מפר את תקנה 43. מכיוון שתקנה 43 היא הוראה מסדר נורמטיבי גבוה יותר, למעשה הנורמה שמעניקה את סמכות התחיקה למפקד הצבאי, הרי שהמשיב אינו רשאי ואין בכוחו לחוקק סעיף נוגד שהרי מדובר בהרמת עצמך משרוכי נעליך. לפיכך, סעיף 67 המפר את תקנה 43 בטל מחוסר סמכות.

## VI. אפליה חמורה, מערכתית ומכוונת על-פי מפתח של מוצא לאומי

166. כאמור בפסקאות 102-109 קיים פער תהומי בין הדין המסדיר כניסה לבתים וחיפוש בהם החל על ישראלים בשטח ישראל ובגדה המערבית, לבין הדין החל באותו נושא על הפלסטינים תושבי הגדה.

167. ההגנה החלה על ישראלים מפני פגיעה שרירותית ובלתי מידתית בפרטיותם על ידי כניסה לבתים וחיפוש בהם מעוגנת כזכור באופן פרטני בפקודת סדר הדין הפלילי, והיא עומדת באמות המידה שנקבעו הן במשפט הבינלאומי של זכויות האדם והן בשיטות משפט זרות.

168. לעומת זאת, ההסדר החל במקרה שהחצרים מוחזקים על-ידי פלסטינים קבוע בצו בדבר הוראות ביטחון המסמיך קציני צה"ל להיכנס לכל בית פלסטיני הלכה למעשה ללא מגבלות משמעותיות וללא בקרה.

169. הפער בתנאים לחיפוש ובהגנה על זכויות המחזיק נובע, אם כן, מהחלה של נורמות שונות על חיפוש בחצרים המוחזקים ע"י פלסטינים וכאלו שהמחזיק בהם הוא/היא ישראלית. החלת נורמה שונה כאמור היא הפרה ברורה וחמורה של עקרון השוויון באגפו המחייב שוויון בפני החוק.

*"השוויון הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו. חזקה*

*היא כי תכליתו של כל חוק לקדם ולשמור ערך-יסוד זה. חוק*

*המבקש להגביל או לצמצם את עקרון השוויון חייב לומר זאת*

*במפורש"*

(אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה 566

((1993))

170. ויובהר כבר עתה: יש שוני בין ישראלים ופלסטינים שהרי הראשונים הינם אזרחי ישראל והאחרים אינם. שוני זה מאפשר אבחנה בעניינים מסויימים של יחס השלטון כשמדובר בפריבילגיות ולעיתים בזכויות שניתנות רק לאזרחים אך לא כשמדובר בזכויות אדם! דיני

החיפוש הם חלק ממערך זכויות ההליך ההוגן והם מבטיחים שהזכות לכבוד ולפרטיות לא תפגענה באופן שרירותי או בלתי מידתי. **זכויות ההליך ההוגן והזכויות לפרטיות לכבוד הן כולן זכויות אדם שאותן המדינה חייבת לכבד ועליהן להגן בין אם מדובר באזרחים ובין אם מדובר באנשים שאינם אזרחים.** והדברים ברורים ולא תשמע הטענה שדיני החיפוש שיחולו בשטח מדינת ישראל על ביתו של נתין זר אינם דיני החיפוש שחלים על אזרחי ישראל (ראו למשל את הסיפא לסעיף 26 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות).

171. מכאן שהחלת נורמות שונות על אנשים שונים באותו תא שטח בהתאם למפתח של מוצא לאומי בהקשר שלנו יוצרת פגיעה נוספת מעבר לפגיעות בכבוד, בפרטיות ובחיי המשפחה – **אפליה פסולה.**

172. מצב זה הוא מצב של מסגרת נורמטיבית שונה החלה על בני אדם בהתאם למוצאם הלאומי, כאשר בעלי הזכויות, האדונים, נהנים ממסגרת נורמטיבית **מודרנית, מכבדת המגינה על זכויותיהם,** בעוד שעל חסרי זכויות האזרח, הנכבשים חלה מסגרת נורמטיבית **דרקונית, סמכותנית, המזלזלת בזכויותיהם ומתירה פגיעה סיטונית בס.** הכל בגלל שלאחד יש אמא פלסטינית ולשני אמא יהודייה. זוועה מוסרית ופשע משפטי.

173. על הפער העצום שבין הסטנדרטים שמציבות שתי שיטות המשפט בהקשר דומה ובעל זיקה לזה שלפנינו – תפיסת רכוש שיש חשד שהינו קשור לעבירה - ועל הצורך בשינוי, עמד שופט בית המשפט הצבאי במחנה עופר רס"ן יריב נבון בתיק פלילי (שומרון) 1271/14 **התביעה הצבאית נ' מוחמד ח'יר יונס עבד אלראזק** (פורסם בנבו 11.6.14). הדברים שנאמרו שם היו בהקשר של תפיסת רכוש אך העיקרון יפה גם לעניינו :

*"לא ניתן להתעלם מהניסוח הגורף של סעיף 60 לצו אשר אינו מבחין בדומה להסדר הקיים בדין הישראלי בין חיפוש מתוכנן וידוע מראש לבין חיפוש המתבצע ללא תכנון מוקדם בסמוך לביצוע עבירה. מן הראוי שהמחוקק באזור יבדוק האם יש מקום לבחון הסדר שונה של הסוגייה נשוא הדיון ברוח הוראות חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו והאמנות הבינלאומיות, כמו גם פסיקתו של בית המשפט העליון ופסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים. דברים אלה נכונים במיוחד במקרה שלפנינו בו החיפוש הינו חיפוש מתוכנן אשר בנקל ניתן היה להוציא לגביו צו חיפוש בטרם עריכת החיפוש".*

174. איסור ההפליה הוא כלל יסוד הן בענפי המשפט הבינלאומי השונים והן במשפט הישראלי. בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית הני"ל, נקבע בין היתר כי על בעל הסכסוך חלה החובה לנהוג בתושבים המוגנים ללא כל הפליה לרעה, ובמיוחד לא כזאת המבוססת על נימוקי דת או גזע. בסעיף 3 לאמנה נקבע איסור ההפליה כאחד מעקרונות הבסיס של דיני הלחימה.

175. סעיף 26 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות מורה למדינות להבטיח שוויון בפני החוק לכל המצויים תחת סמכות השיפוט שלהן ואוסרת על אפליה, בין השאר על בסיס גזע או מוצא לאומי.

176. האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, 1966, מגדירה בסעיף 1 "אפליה גזעית", כ"כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדים על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

סעיף 3 לאמנה קובע, כי "המדינות בעלות האמנה מגנות במיוחד הפרדה גזעית ואפרטהייד, ומתחייבות למנוע, לאסור ולבער כל נוהגים מסוג זה בשטחים המצויים בסמכותן".

ואילו סעיף 5 לאמנה קובע כי:

"במילוי חובותיהן היסודיות שנקבעו בסעיף 2, מתחייבות המדינות בעלות האמנה לאסור ולבער אפליה גזעית בכל צורתיה, ולערוב לזכותו של כל אדם, בלא הבחנה באשר לגזע, צבע, או מוצא לאומי או אתני, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות דלקמן:

1. הזכות ליחס שווה בפני בתי המשפט וכל שאר גופים שלהם סמכויות שיפוט;

2. הזכות לביטחון האדם ולהגנתו על ידי המדינה נגד אלימות או נגד נזק גופני, בין בידי פקידי הממשלה או בידי כל יחיד, קבוצה או ממסד..."

177. האיסור על אפליה על בסיס גזעי-לאומי הינו כה חיוני למערך דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי עד כי לא ניתן לסטות ממנו אף במצבי חירום (ראו המלצה כללית מס' 30 של ועדת ה-ICERD; כן ראו: Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001))

178. על חשיבותה ומעמדה של הזכות לשוויון עמד בית משפט זה בשורה ארוכה של פסקי-דין:

"השוויון הוא מערכי היסוד של מדינת ישראל. כל רשות בישראל – ובראשן מדינת ישראל, רשויותיה ועובדיה – חייבת לנהוג בשוויון בין הפרטים השונים במדינה..."

(בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000))

179. ההפרה של הזכות לשוויון בענייננו גלויה היא על פניה, אך למעלה מן הצורך נבהיר, כי גם אם יטען כי הצו בדבר הוראות בטחון לא נחקק בכוונה להפלות, **די בכך שתוצאתן של הוראות או של מדיניות היא מפלה**. החלטה על הפעלתו של יחס שונה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון:

*"כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי הפליה היא פסולה גם כשאין ביסודה כוונה להפלות"...* "השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון"

(בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988))

180. הפגיעה בשוויון הוכרה על ידי בית המשפט הנכבד כפגיעה במהותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. זאת, כאשר היא קשורה בקשר ענייני לכבוד האדם, על פי המכונה "מודל הביניים". מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית. "בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006) בפיסקה 38; ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 6.5.14) בפיסקאות 30-34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

181. הפגיעה בשוויון בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון היא באופן מובהק פגיעה בזכות לכבוד האדם, שכן היא כאמור מציבה כל פלסטיני בשטחי הגדה המערבית במצב בו הוא נתון לכאורה לחסדיהם של קצינים וחיללים העשויים לפלוש לביתו כל עת שיחפצו בכך, ופוגעת פגיעה אנושה במספר זכויות יסוד, בעוד ששכנו היהודי מוגן מפני אותה פגיעה הגנה נרחבת וראויה.

182. גם אם בין הפלסטינים ובין היהודים בגדה המערבית לא מתקיים שוויון, או אפילו מראית עין של שוויון גם מבלי להיזקק לסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון, הרי שהנזק שבאפליה הוא יסודי ופגיעתו החברתית היא מן החמורות שיש:

*"...טענת הפליה לעולם נשמע לה, והיא בתשתית התשתיות. עקרון ההפליה יסודו בצורך עמוק הטבוע בנו, בכל אחד מאתנו – שמא נאמר ביצר ובצורך שבאדם: באדם, אך לא רק בו – כי לא יפלו*

אותנו לרעה, כי נזכה לשוויון, מאלוה ממעל ולמצער מן האדם...  
הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול,  
תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד  
תבונה"

(בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203  
(1998))

183. התכלית היסודית של ההכרה בזכות לשוויון היא אכיפת החובה להתייחס אל כל בני האדם כאל שווים. מדיניות המסווגת כמדיניות מפלה כוללת שני מרכיבים: פגיעה בכבודו של אדם – הנובעת מהיחס של השלטון לאדם בשל השתייכות לקבוצה מסויימת ופגיעה בכלל חברי הקבוצה (ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 290 (2016)), פגיעה בזכויות הפרט רק כי הוא שייך לקבוצה מסויימת מגיעה לכדי פגיעה מהותית בכבודו.

184. דיני הכניסה לחצרים והחיפוש הנפרדים והשוניים לישראלים המתגוררים בגדה ולפלסטינים החיים בה, הם אפליה בתצורתה ומופעה הקיצוני ביותר – אפליה המעוגנת בחוק, אי שוויון בפני החוק.

## VII. לאקונה

185. סמכויות הכניסה לחצרים פרטיים והחיפוש בהם לפי הצו בדבר הוראות הביטחון כפי שתוארו לעיל, הן כה רחבות, עמומות ונעדרות מגבלות עד שיש לקבוע כי דה פקטו הדין הצבאי סובל מלאקונה משפטית חמורה שתוצאתה הינה שהחלטה על כניסה לבתים פרטיים ועל חיפוש בהם מתקבלת, או למצער עשויה להתקבל, באופן שרירותי על-ידי קצינים או חיילים בשטח ללא מבחנים ברורים הן של עילה והן של רף ראייתי הנדרש לקביעת קיומה. כל קצין יכול לאמץ לעצמו את התנאים תחת שאלה יקבעו בחקיקה ראשית ברורה על-ידי המפקד הצבאי.

186. מצב זה בעייתי במיוחד לאור העובדה שמדובר בסמכויות הנוגעות לזכויות הפרט הבסיסיות ביותר שהפרתן פוגענית ביותר, כפי שפורט לעיל. לאקונה בהסדרת סמכות ברורה בחקיקה ראשית היא עילה לקבוע שהסמכות אינה קיימת. זאת בין היתר על יסוד עקרון החוקיות הקובע שלרשות אסור לעשות כל דבר שלא הוסמכה במפורש לעשותו.

187. כבר נקבע כי במקרים של לאקונה בסדר הדין הפלילי הנוגע למשפט החל בשטחים, יש לאמץ אמות מידה בהתאם לחקיקת מדינת ישראל.

188. כך למשל בפרשת כרשאן שנדונה בבית המשפט הצבאי (עד"י (איו"ש) 2768/09 **אחמד מוסא כרשאן נ' התביעה הצבאית**, (פורסם בנבו 22.1.09)). בפרשה זו נידון הפער בנוגע לסמכות בית משפט פלילי להורות על חילוט טובין שנעשתה בהם עבירה בדין הצבאי (בצו בדבר הוראות ביטחון בנוסחו בעבר סעיף 80, וכיום בנוסח המשולב מס' 1651 מדובר

בסעיפים 64-60) ובדין הישראלי (בפקודת סדר הדין הפלילי, סעיף 37). בעוד שבדין הישראלי נדרש שבעל הטובין יהיה הנאשם שהורשע, מן הדין הצבאי נעדרה דרישה כזו. ההשוואה האמורה הביאה את בית הדין למסקנה כי יש להשלים את החסר ע"י אימוץ פסיקתי של העקרונות הנהוגים בישראל, וזאת בין היתר, על מנת למנוע אפליה ופגיעה בעיקרון השוויון בין תושבי האזור ובין תושבי ישראל.

189. ההצדקה לכך לפי פסק הדין נובעת משתי סיבות:

א. סעיף 9 בנוסחו הקודם של הצו בדבר הוראות ביטחון (כיום הסעיף הרלוונטי הינו סעיף 86 שנוסחו זהה לסעיף 9 הנ"ל) מפנה באופן ישיר אל הדין בישראל וקובע כי: "בדיני הראיות ינהג בית משפט צבאי לפי הכללים המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של מדינת ישראל".

ב. כללי הפרשנות שאימצו בתי המשפט הצבאיים. כך למשל בע"מ (בתי-דין צבאיים אזח"ע) 157/00 **התובע הצבאי נ' ראשד יוסף ע/האדי אבו-סלים**, עמ' 3 (פורסם בנבו, 06.11.2000) נאמר כי על אף שחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 אינו חל בגדה המערבית, ככלל מנחים עצמם בתי המשפט באזור לפעול בהתאם לעקרונותיו. קביעה דומה קבע כבוד הנשיא (דאז) גורדון בע"א ירו"ש 353/03 **התובע הצבאי נ' עומר חמדאן אחמד אבו סנינה**, עמ' 11-10 (פורסם בנבו, 04.04.2004):

*"עוד יובהר כי הזיקה המהותית (אף אם נעדרת היא, מטעמים מובנים, ביטוי רשמי) למשפט הישראלי, אינה ניתנת לניתוק, וזאת בשל מספר נימוקים.*

*ראשית, מן ההיבט הפרסונאלי, כל העושים במלאכה, אם במלאכת החקיקה ואם במלאכת השפיטה, גדלו וחונכו על ברכי השיטה הישראלית. על כן רק טבעי הוא כי אלה יפנו למקורות המשפט המוכרים להם.*

*שנית, חלק לא מבוטל מתחיקת הביטחון יסודה בדברי חקיקה ישראליים, אשר הועתקו והותאמו לאזור. משכך, רק טבעי הוא כי נפנה לפסיקה בישראל, אשר כבר נדרשה לפרשנותן של הוראות אלה, ומכל מקום ניתן להישען על עקרונות השיטה אף במקרים בהם טרם נדון או הוכרע הנושא הנדון בישראל.*

*שלישית, ואף לכך יש ליתן משקל לא מבוטל, הזיקה למשפט הישראלי נדרשת אף בשל העובדה כי לא אחת נדונות פרשיות שונות במקביל, הן בבתי המשפט הישראליים והן בבתי המשפט הצבאיים. מציאות מיוחדת זו מחייבת שוויון, אשר אף אם לא מוחלט הוא, הרי שיש להקפיד כי לא ייווצרו עיוותים חמורים ואפליה בין אלה הנדונים במערכת האחת לבין חבריהם הנדונים במערכת האחרת. לבסוף, וכאן לטעמי עיקר הדבר, מכירים אנו במעמדה המיוחד של מערכת המשפט הישראלית, אשר קנתה לה מוניטין והנחשבת*

מתקדמת וראויה על פי כל קנה-מידה. גם מערכת משפט צבאית יכולה וצריכה לשאוף לסטנדרטים אלה, ועל כן, ככל שאימוצם של סטנדרטים אלה אינו עומד בסתירה לחוק, או אינו נמצא בלתי-מתאים באופן אחר למציאות המיוחדת הנובעת ממעמדו של האזור ומצרכיו הביטחוניים המיוחדים, הרי שיהיה מקום לאמצעם וללכת לאורם".

190. וכך סיכם זאת השופט סא"ל צבי לקח בפרשת **כרשאן** :

"בפנינו נורמה חסרה. תכליתה של הנורמה הקבועה בסעיפים 80-80ב הינה לקבוע הסדרים באשר לדרכי תפיסת טובין, החזקתם, והכרעה באשר להמשך החזקתם וגורלם של טובין אלה, בין אם הוגש כתב אישום ונערך משפט, ובין אם לאו. נורמה זו אינה שלמה. ההסדרים שהיא נוקטת הינם חסרים. עם המסקנה כי קיים חסר, קמה ועולה החובה להשלימו. בראש ובראשונה, השלמת חסר צריכה להיעשות בהיקף מדין דומה (וראה ברק, שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 218). **בענייננו, לצורך השלמת ההסדרים הללו עלינו לפנות לכללים הקבועים בישראל בפסד"פ המסדירים סוגיה זו. פנייה להסדר הקיים בישראל והשלמת החסר בדין האזור מתוכו הינה הפתרון הראוי, שכן המדובר בדין דומה שמטרתו ותכליתו הינן זהות. הפנייה לדין הישראלי אף מתחייבת מהקרבה בין מערכות המשפט, כפי שצויין בעניין אבו סנינה לעיל".**

(שם, עמוד 10, ההדגשה שלנו)

191. לסיכום עניין זה, טענתנו כאן היא שסעיף 67 נעדר אלמנטים נדרשים של דיני חיפוש, כגון גורם מפקח, מבחן ברור לקיומה של עילת חיפוש ותנאים פרוצדוראליים לקיומו. במצב דברים זה הלאקונה מחייבת השלמה פסיקתית ובפסיקה הצבאית נקבע שהחסר יושלם מהדין הישראלי.

192. לחלופין, היה וייקבע כי אין מדובר בלאקונה בחוק, עדיין יטענו העותרים כי כללי הפרשנות בבתי המשפט הצבאיים, וסעיף 86 הני"ל, דורשים קריאה לתוך החוק של העקרונות הבסיסיים שהותוו בעניין בדין הישראלי. **לפיכך הסעד המבוקש בהתאם לחלק זה של כתב העתירה הוא סעד הצהרתי על שהסמכות הקבועה היום היא לא חוקית ומאפשרת כניסות וחיפושים שרירותיים ובלתי מידתיים (וכפועל יוצא חובת אימוץ התנאים הקבועים בפקודת סדר הדין הפלילי על חיפושים מכוח סעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון).**

## VIII. סמכות בית המשפט להורות למחוקק משנה לתקן תקנות

193. הסעד העיקרי המבוקש בעתירה זו הינו צו עשה המורה למשיב לתקן את תקנה 67 לצו בדבר הוראות הבטחון.
194. ברור לנו כי מדובר בסעד יוצא דופן אך כפי שיראה להלן מדובר בסעד שבית המשפט הנכבד מעניק במקרים המתאימים ובמיוחד כשמדובר במחוקק משנה מהרשות המבצעת.
195. בענייננו, ובהתאם לדיני הכיבוש הבינלאומיים, המשיב קיבל לידי את סמכויות הניהול של השטח **מכל שלוש רשויות השלטון**. בהתאם להסדר שקובע הדין הבינלאומי המשיב מקבץ בידי גם את סמכויות החקיקה (במגבלות של תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג).
196. עם זאת, מבחינה חוקתית ישראלית, המשיב הוא עדיין חלק מהרשות המבצעת ובהתאם סמכויות בית המשפט הנכבד בהתאם לחוק בתי המשפט וחוק יסוד: השפיטה לבקר את התנהלותו אינן שונות כשמדובר בהתנהלותו כמחוקק בשטח הכבוש.
197. מכאן, שאת הסעד של צו עשה כלפי המשיב המורה לו להסדיר סוגיה מסויימת בחקיקה יש לראות באותו אור כסעד המבקש להורות לרשות ציבורית להסדיר סוגיה מסויימת שאינה מוסדרת או לגבש מדיניות.
198. בבג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה**, פסקאות 89-91 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.06.2014) אשר עסק בהסדרי הבריאות החלים על עובדים סיעודיים זרים השוהים בישראל תקופה ארוכה, ועל כן הינם בעלי זיקה חזקה לישראל, נקבע כי על שרי הרווחה, הבריאות, האוצר והפנים (המשיבים 1-4 שם) **לגבש הסדר** שיחיל על עובדים זרים את חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 **או לתקן את צו עובדים זרים** (סל שירותי בריאות לעובד), תשס"א-2001 בהתאם.
199. באופן דומה, בבג"צ 4884/00 **עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנרים בשדה במשרד החקלאות**, נח(5) 202 (2004), קבעה השופטת דורנר בפסקה 11 לפסק דינה כי:

*"מגבשי הנוהל לא עמדו אפוא בחובתם לערוך שקלול של כלל האינטרסים הנוגעים בדבר, לרבות ערך ההגנה על בעלי החיים. הנוהל שהותקן אף אינו מידתי, שכן ראשית, לא בכל המקרים עשויה ההמתה להשיג את התכלית המקווה... שנית, לא עלה בידי המשיבים לשכנע כי בכל המקרים לא ניתן לנקוט אמצעים חלופיים להשגת תכליות הנוהל שיהיו קלים מהמתה. בכל האמור די להקים חשש כי במתכונתו הקיימת עלול הנוהל לאפשר נקיטת מדיניות של המתת חתולי רחוב בהיקף רחב ובאופן שרירותי. תוצאה זו אינה כדין ואין לקבלה... הנוהל הקיים דורש אפוא תיקון והשלמה. על המשיב לתקנו*



**ולהשלימו כך שהנוהל ישקף מדיניות של איזון ראוי בין  
האינטרסים המעורבים ויעגן כללים ברורים ליישומה".**

200. ברי כי מדברים אנו על מקרים בעלי מאפיינים שונים, אולם העקרון בעינו עומד: כאשר מחוקק המשנה מתקין תקנות שנועדו לקדם מטרה כלשהי אך ניתן להשיגה באמצעים שפגיעתם באזרח פחותה, או מעניקה סמכויות המעלות חשש כבד שתופעלנה באופן בלתי מידתי ושרירותי, ביהמ"ש יתערב בעבודת מחוקק המשנה ויורה לו לתקן את הדרוש תיקון.

**IX. תגובת המדינה לטענות העולות בעתירה**

201. כאמור ביום 12.2.20 העבירה המדינה את תגובתה למכתבי העותרים שקדמו לעתירה זו. נקדים ונאמר כי לשיטתנו אין בטענות המוזכרות בתגובה בכדי לתת מענה המצדיק את השרירותיות וחוסר המידתיות בהם מתנהלים כיום החיפושים בבתי פלסטינים בגדה המערבית, כפי שפורט לאורך העתירה.

**א. המצב המשפטי הקיים מתחייב מהמצב הבטחוני באזור**

202. בתגובת המדינה נטען כי המצב המשפטי הקיים מתחייב בשל המצב הבטחוני באזור. לטענתם מאז שנת 2013 ניכרת עליה כללית בהיקף פעילות הטרור בגדה המערבית, וחיפוש בחצרים על בסיס מידע מודיעיני מהווה כלי משמעותי במסגרת זו. מצב זה יוצר מספר מאפיינים ייחודיים - אופי המידע המודיעיני, דינאמיות הצורך המבצעי, הסיכון הנשקף לכוחות הביטחון והקושי הנובע מהיכולת של החשודים להטמע באוכלוסיה ולהעלים ראיות – ואלה מחייבים את כוחות הצבא המבצעים חיפושים לפעול בגמישות מרבית ובמהירות (ראו סעיפים 11-16 לתגובת המדינה בנספח 9).

203. בכבוד הראוי, המדובר בטענות לא רציניות שחלקן לא רלבנטי כלל לשאלה אם נכון לדרוש צו חיפוש שיפוטי ואחרות בוודאי לא מצדיקות פטור גורף מהתניית חיפוש בצו שיפוטי אלא לכל היותר מצדיקות יצירת חריג. ההפנייה למאפיינים הנטענים של המתאר הגדתי אינה מענה לשאלה מדוע לא יקבע עקרון לפיו תתחייב פנייה לגורם שיפוטי לשם הוצאת צו חיפוש טרם תבוצע כניסה לבית, כשלצידו חריגים. כפי שצינו מספר פעמים לאורך כתב עתירה זה, במקרים המיוחדים בהם מתעורר צורך בטחוני מידי לכניסה לבית, יש לאפשר זאת במסגרת תנאים מסודרים וקבועים בדין, דוגמת התנאים הקבועים בדין הישראלי בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי.

204. טענות על האופי הייחודי של המתאר במגזר הפלסטיני בגדה אולי יצידקו מסקנה שהחריגים לכלל הדורש צו חיפוש שיפוטי יתרחשו בתדירות גבוהה יותר משהם מתרחשים במתאר אחר (כגון – בתוך מדינת ישראל), אבל הן אינן מצדיקות פטור גורף מהכלל.

## ב. טענות משפטיות כלליות

205. בתגובתו טוען המשיב באמצעות יועמ"שו כי מדיניות החיפושים בצורתה הנוכחית עומדת הן בדרישות המשפט הבינלאומי והן בדרישות המשפט הישראלי, שכן מעבר לכללים שעוגנו בסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון, נקבעו תנאים נוספים המסדירים את מדיניות החיפוש בבתי פלסטינים בגדה המערבית, בצורת הוראות מבצעות מחייבות שהינן כאמור חסויות. הוראות אלה, כך נטען, מסדירות את אופן השימוש בסמכות החיפוש ולטענת המשיב הן "עומדות על הצורך לעשות שימוש מדוד בסמכות החיפוש, באופן המאזן בין צרכי הביטחון לבין זכותו של אדם לפרטיות בביתו". בנוסף ההוראות קובעות לכאורה את העילות לביצוע חיפוש, תוך הבחנה בין חיפוש יזום מראש לחיפוש דחוף, את מדרג הסמכויות לאישור ביצוע חיפוש ואת אופן ביצוע החיפוש ותיעודו. לטענת המשיב ההוראות יוצרות הסדר סביר ובלתי שרירותי. טענה זו שבה וחזרת במענה לטענות העותרים מכוח המשפט הבינלאומי, המנהלי ולטענת הלאקונה (ראו סעיף 9 שם).

206. טענה זו לא רק שגויה אלא אף מסוכנת. כוחות שיטוריים הם כוחות מרחיקי לכת שנושאים בקירבם באופן אינהרנטי סכנות רבות לזכויות וחירויות הפרט. הטענה שהגבלתן ההכרחית בכללים ברורים וביקורת כדי למנוע שימוש שרירותי בהן יכולה להיעשות במסמך סודי היא בלתי מתקבלת על הדעת. היא יוצרת מערך של פגיעה בפרטיות ובכבוד ללא ביקורת על עילותיה ובלתי אפשרות אף לביקורת בדיעבד.

207. לטענת המשיב יישום ההוראות כן נתון לביקורת מספקת שכן הוא מפוקח באופן שוטף על ידי מפקדים בכירים, ובנוסף באפשרות מי שחש עצמו נפגע מחיפוש להגיש תלונה או אף תביעה אזרחית (ראו סעיף 10 שם).

208. גם טענה זו מפגינה חוסר הבנה מוחלט (או הגיוני יותר – התעלמות מכוונת) בהבדל העצום בין ביקורת שיפוטית מראש (או אפילו בדיעבד) ומסלול הגשת תלונות אמורפי. אגב, אילו תלונות? פליליות? לא כל חיפוש לא חוקי הוא פלילי. מכל מקום, יש טעמים רבים נוספים שבשלם הוראות אלו אינן קבילות ואינן מאיינות את השרירותיות של סמכות החיפוש הקבועה בסעיף 67:

א. ראשית וכאמור בכתב עתירה זה, גורם שיפוטי המאשר חיפושים מראש היא דרך המלך המבטיחה ביצוע חיפושים במידתיות ובחוסר שרירותיות והיא אכן הדרך השלטת בעולם המשפט המכבד זכויות אדם;

ב. שנית, כל זמן שסעיף 67 עומד כמקור להסדרת חיפושים הגלוי היחיד, המדינה לא יכול להעלות טענה רצינית כי הנפגעים מחיפושים יכולים להגיש תלונה על פגיעתם. מה ניתן לטעון כשהתנאים המגבילים חיפוש בחצרים פרטיים חסויים? מה ניתן לטעון כשלא ידועים העילות הקבועות בהוראות, הגורם המאשר שההוראות מסמיכות והתנאים הפרוצדוראליים שנקבעו בהן?

ג. שלישית גם אם ההוראות בהן קבועים התנאים לעריכת חיפוש בבתי פלסטינים היו גלויות, הטענה כאילו בפני פלסטינים עומדים גופים אפקטיביים של חקירה ובירור תלונות רחוקה מרחק רב מהמציאות. לפי דף הנתונים שפרסם ארגון יש-דין בנובמבר 2019, בשנים 2017-2018 הוגשו לפרקליטות הצבאית 430 תלונות הנוגעות לחשד לפגיעה בפלסטינים מצד חיילים בגדה המערבית, מבין אלו עד לחודש מאי 2019 נפתחה חקירה ב-84 מקרים (המהווים 20%) ומתוך אלו ב-3 מקרים בלבד הועמדו החשודים לדין (3.2% מתוך המקרים בהם נפתחה חקירה ו-0.7% מכלל המקרים בהם הוגשו תלונות);

#### דף הנתונים של הארגון מנובמבר 2019 מצ"ב ומסומן נספח 12

ד. רביעית, הטענה כאילו פתוח בפני נפגעים מחיפוש לא חוקי הערוץ של תביעה אזרחית נזיקית היא בגדר הרצחת וגם ירשת: סעיפים 5-5ב לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 חוסמים במידה רבה כל אפשרות לתביעה נזיקית בגין פעולה מבצעית של כוחות הצבא באזור הגדה המערבית, ולפיכך נימוק זה היה ראוי שלא יועלה על-ידי המדינה שעה שבפועל היא עושה כל שביכולתה לחסום תביעות נזיקיות.

#### ג. עמדת המשיב בנוגע לטענה כי ההסדר של סעיף 67 כה חסר שהוא מהווה למעשה

##### לאקונה

209. ראשית, המשיב סבור שההוראות החסויות משלימות את החסר הרב בסעיף 67 (עילות, מדרג סמכויות, תנאים פרוצדוראליים וכו') (ראו סעיף 28 שם). עוד טוען המשיב כי די בעובדה שסמכות החיפוש הינה סמכות מנהלית המעוגנת בחקיקה ראשית ברורה ומפורשת, המבססת פרקטיקה נוהגת מזה עשרות שנים, כדי לדחות את טענת הלאקונה. לצורך ביסוס טענתה מפנה המדינה לדנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נ' עליאן** (פורסם בנבו, 09.09.2019) (ראו סעיף 27 שם).

210. אלא שהחקיקה הראשית אינה ברורה ומפורשת, מכאן טענת הלאקונה בעתירה זו. הלאקונה בחקיקה הראשית אינה יכולה להירפא בדין סודי שאינו פומבי שכן באופן זה לא ניתן היה לטעון לעולם כי הדין סובל מלאקונה. לעולם יוכלו גורמי השלטון לטעון שיש להם מדיניות או תורה שבעל-פה שהם אינן מוכנים לחשוף והיא מאיינת את טענת הלאקונה.

211. אשר לדנג"ץ עליאן: בפרשה זו קבע הרכב מורחב שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מתבלים לצורכי משא ומתן מול ארגוני הטרור שמטרתו השבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים על ידם. בכבוד הראוי, המשיב מבקש ללמוד מפרשה זו הרבה מעבר למה שיש בה. אמנם, כבוד הנשיאה, השופטת אסתר חיות, קובעת בפסקה 24 לפסק דינה, כי אחד מהשיקולים הפרשניים היא עמדתה של הרשות הציבורית והפרקטיקה שעל פיה פעלה

בהקשר זה. אולם שם עמדת הרשויות והפרקטיקה הייתה גלויה וידועה. בענייננו לעומת זאת ההוראות המפרטות את עמדת הרשות סודיות.

212. בנוסף, המשקל שניתן בפרשת עליאן לפרקטיקה שבה נוקטת הרשות לאורך זמן ככלי פרשני לגדרי הסמכות היא של שיקול אחד מיני שיקולים פרשניים שונים. להבנתנו, במקרה זה שבו אין אף אפשרות לביקורת שיפוטית, משקלה של הפרקטיקה ככלי פרשני – ובמיוחד בהינתן שינויים גדולים במציאות של הכיבוש הישראלי ארוך הטווח והספוג במגמות סיפוח – יהיה נמוך ביותר.

#### ד. טענת האפליה

213. הדיפת טענת האפליה שהעלו העותרים בהתייחס למערכי החיפוש השונים החלים על ישראלים בגדה ואלו החלים על פלסטינים, ראויה לתשומת לב מיוחדת. לדידנו זהו רגע עצוב למקצוע המשפטים כאשר עורכי דין בשירות הרשות הציבורית מוצאים את העוז להגן על אפליה מובהקת, ברורה, שיטתית, מערכתית והמבוססת על מפתח קבוצתי מגונה.

214. כל כך קשה לנו עמדתו של יועמ"ש איו"ש שאין מנוס מלהביא את תגובתו בנושא זה בשלמותה (ההדגשה במקור אך גם שלנו):

..."

23. אשר לטענה בדבר אפליה פסולה - כידוע בהתאם למדיניות ארוכת שנים, ומכוח החוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977, אזרחים ישראלים המתגוררים או עוברים עבירות באזור, נחקרים, ככלל, בידי משטרת ישראל, מועמדים לדין בישראל בהתאם לדיני העונשין החלים במדינת ישראל, בעוד שתושבים פלסטינים מועמדים לדין ככלל בכתי המשפט הצבאיים באזור בהתאם לדין ולתחיקת הביטחון החלים באזור.

24. מסיבה עיקרית זו, מוחלות הנורמות הישראליות כלפי ישראלים באזור כבר על פעולות חקירה ראשוניות כגון חיפוש בחצרים, ובהתאם לדרישות מכוח החקיקה הישראלית בנוגע לצורך בצו שיפוטי.

25. לכן, בהינתן העובדה שמערכות הדין הפליליות החלות על ישראלים ופלסטינים באזור שונות זו מזו, הרי שאין בעובדה שדיני החיפוש שונים אף הם, כדי להעיד על כך שמדובר באפליה, כי אם בהבחנה על בסיס שוני משפטי ועבדתי ולוונטי. על רקע זה, אף דין טענתך בעניין זה להידחות.

..."

215. ישראלים בגדה ופלסטינים בגדה הם יצורים שונים ולכן יחס שונה אליהם הוא הגיוני, מתבקש, סביר ומחוייב המציאות. כפי שכבר כתבתנו: אגסים ותפוחים. אבחנה מותרת. אריסטו מתהפך בקברו.

216. נדמה כי לא נותרו תהומות אליהם לא יצלול המשיב כדי להצדיק את המערך השלטוני המפלה שהוא ממקיים בשטחי שליטתו. השוני בדיני החיפוש אינו אפליה כי הוא חלק ממסגרת מפלה כללית יותר בתוכה הם מתקיימים.

217. יכולנו להמשיך ולהוסיף ציטוטים ותוכחה, אבל כל המוסיף גורע. בגדה חיים בני אדם והם זכאים לכבוד ולפרטיות וחיי משפחה במידה שווה גם אם חלק מהם הם אזרחים ישראלים וחלק לא. כבוד, פרטיות וחיי משפחה הם זכויות אדם ולכן הם לא תלויים ולא מוענקים למי שיש לו זכויות אזרח בלבד. הם נתונים לכולם, לכל מי שהינו בן אדם.

#### ד. סוף דבר

218. התמונה העולה בבירור מהמקרים שתועדו על ידי העותרים וחלקם מתוארים לעיל, ובעיקר מהניתוח המשפטי של דיני החיפוש בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל, הינה של קצינים וחיילים הנהנים מסמכות כמעט בלתי מוגבלת ונעדרת פיקוח ובקרה ואף נעדרת מגבלות פרוצדוראליות, להיכנס לבתים פרטיים ולבצע בהם חיפוש.

219. התמונה העולה בבירור היא של דיני חיפוש המאפשרים חיפוש בלתי מידתיים ושרירותיים.

220. התמונה העולה היא של מצב משפטי שפוגע אינהרנטית בזכות לכבוד, לפרטיות ולחיי משפחה של פלסטינים ברחבי הגדה המערבית.

221. התמונה העולה היא של מערכת דין כפולה בה יש דיני חיפוש מודרניים, מדודים המכילים בקרה שיפוטית ומגבלות פרוצדוראליות החלים על ישראלים השוהים בגדה, ודיני חיפוש דרקוניים ואפילו רודניים החלים על פלסטינים בגדה המערבית. ומכאן תמונה של אפליה שיטתית מערכתית, נורמטיבית ואין ברירה אלא לומר – אפרטהיידיסטית.

222. ביתו של אדם מבצרו, מקום להגנה מפני פגיעה ואלימות וכן מקום למנוחה –

**“ That the house of every one is to him as his Castle and Fortress as well for defence against injury and violence, as for his repose”.**

Semayne's Case, 5 Co. Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K. B. 1603).

223. השופט סיר אדוארד קוק טבע את מטבע הלשון האוניברסלי "ביתו של אדם מבצרו". הדבר נעשה בפסק הדין שמצוטט לעיל **משנת 1603**. התיק העתיק הזה עסק בשאלה באילו נסיבות רשאי שריף להיכנס לביתו של אדם על מנת להציג לו צווים. בפסק הדין נקבע כי כאשר איש הרשות אינו עומד בתנאים הפרוצדורליים לכניסה לבית פרטי, מתעוררת זכותו של בעל הבית לסגור את הדלת בפניו. הכל בהינתן הקביעה הכה טריוויאלית לנו שביתו של אדם - מבצרו. וכשהמבצר מחולל ונפרץ, קורסות ההגנות שהאדם שחי בו בנה לעצמו ותחושת היעדר הביטחון הופכת לכרונית.

224. בפרשת דרומי הפנה בית המשפט לגישה הרואה בבית המגורים "קו הנסיגה האחרון של הפרט אשר מגן עליו מפני "עולם עוין" (פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברקאי בת"פ (מחוזי ב"ש) 1010/07 **מדינת ישראל נ' דרומי** (פורסם בנוב 15.7.2009)). אפשר לחלוק על הגישה הפסימית הבוקעת מפסק הדין לפיו העולם שבחוץ הוא "עויין", אולם דומה שכאשר מדובר בשטח כבוש שבו שולט צבא זר לתושב, התיאור של העולם שבחוץ כ"עויין" מדוייק, ולכן פרשת דרומי מתאימה יותר למרשינו הפלסטינים מאשר לדרומי עצמו שהוא בן לקהילה ההגמונית והשלטת. מכל מקום בפרשה זו נקבע כי פריצה למתחם הפרטי יוצרת איום כזה המצדיק גם תגובה חריפה המסכנת את החיים של הפורץ – ירי חי לעברו.

225. גישה שיפוטית זו הבאה לידי ביטוי בפרשת דרומי וקידשה את הבית הפרטי מחייבת לכל הפחות להגן על פלסטינים תושבי הגדה מפני כניסות שרירותיות של חיילים על-ידי קביעת מגבלות ברורות לסמכות וחובה כללית להצטייד בצו שיפוטי. אלא אם נאמר שדרומי זכאי להגנה עודפת כי הוא יהודי ישראלי.

226. הדרישה להפקדת הסמכות להחליט אם יש הצדקה לבצע חיפוש בחצרים פרטיים בידי הרשות השופטת נועדה להבטיח כי הנסיבות והאינטרסים המתחרים ישקלו היטב בשני היבטים מרכזיים: א. קיומה של עילה לחיפוש הנתמכת במסכת ראייתית מספקת לקביעת קיומה ב. צמצום היקף הפגיעה בפרטיות: הצו השיפוטי צריך לפרט את מטרות החיפוש ותנאיו, כך שהחיפוש לא יפגע בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש. רק בקרה שיפוטית אובייקטיבית יכולה להוות מחסום חיוני מחיפוש נמהרים ומיותרים. בהיעדר בקרה שיפוטית אפקטיבית על קיומן של עילות המצדיקות ביצוע חיפוש, חיפוש שרירותיים והרחבת העילות ומתיחתן ללא גבול היא גורלה הוודאי של הסמכות ונדמה כי היקף החיפוש המבוצע כבר כיום ע"י כוחות הביטחון בגדה המערבית מראה שחשש זה התממש.

227. על כן, כאשר על כף המאזניים פגיעה וודאית בזכויות בסיסיות כפי שתוארו לעיל בשל חיפוש אשר בהתאם למסגרת הנורמטיבית שפורטה לעיל אינם יכולים להיחשב למידתיים (ובוודאי כשאינם נעשים מכוח צו שיפוטי), המתבססים על סמכות מעורפלת, רחבה ונעדרת כל מרכיבים של הגנה על זכויותיהם של המחזיקים - המסקנה הברורה הינה שהמצב המשפטי כיום אינו עומד בדרישות הדין הבינלאומי והמינהלי הישראלי ויש לשנותו לאלתר. כל חיפוש שנעשה כיום בהתאם לסעיף 67 לצו בדבר הוראות ביטחון נושא בחובו את המטען הרעיל של אי החוקיות.

228. לא זו אף זו: לנוכח נוסחו הרחב כל כך של הסעיף המסמיך לכאורה את כוחות הביטחון לערוך חיפושים בבתיהם של פלסטינים אין לראות בסעיף כהסמכה חוקית והמסקנה היא שיש לאקונה בתחיקה הצבאית ביחס לדיני כניסה לחצרים פרטיים וחיפוש בהם. לאקונה כזו מחייבת את המפקד הצבאי למלאה מכוח עקרונות הדין הישראלי והדין הבינלאומי.

229. העובדה כי אזרחים ישראלים תושבי השטח הכבוש זוכים ליחס אנושי ולרמת כבוד אדם גבוהים יותר מאשר אלה שמוענקים לאזרחים פלסטינים, מהווה אפליה מערכתית בזויה ופגיעה נוספת בכבודם של הפלסטינים אף שהם אמורים להיות מוגנים באופן מוגבר כמי שהמשפט הבינלאומי מגדירם כאזרחים מוגנים.

230. הטענות המופיעות בעתירה זו נכונות תמיד. אבל הן במיוחד נכונות וראויות לתשומת לב בימים שנושאים מגמת סיפוח כאשר המפקדים הצבאיים והיועצים המשפטיים שבשירות המדינה והצבא מתבקשים לסייע למדינאים בהרחבת הריבונות הישראלית אל עבר מרחבי הגדה לא רק דה פקטו אלא אף דה יורה. בימים כאלה החובה לבצע שינויים חקיקתיים שיגבירו ככל שניתן את השוויון בין שתי הקבוצות החיות בגדה המערבית הכבושה - קבוצות שאין ביניהן בהגדרה כל שוויון פוליטי ואזרחי, גובר.

231. לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא את הצווים כפי שפורטו בראש העתירה, ולהורות למשיבים לנקוט בכל הפעולות הנדרשות כדי לתקן את התחיקה הצבאית ולהגדיר בה את סמכות הכניסה לחצרים פרטיים וסמכות החיפוש מחדש ובאופן שיעמוד בדרישות המשפט הבינלאומי והמשפט המנהלי הישראלי, וכמו-כן להורות על הימנעות מביצוע חיפושים בבתיהם של העותרים 1-6 וזאת עד שהתחיקה הצבאית תתוקן כאמור. לחלופין בלבד בית המשפט מתבקש לתת את הסעד ההצהרתי שנוסחו מופיע בראשית כתב העתירה.

תאריך: \_\_\_\_\_

חגי בנימין, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים

עתירת כניסות לבתיים סופי