



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7439/23

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופטת ר' רונן

העותרים: 1. אלואחד  
2. אלוחידי  
3. המוקד להגנת הפרט

נגד

המשיבים: 1. צבא הגנה לישראל  
2. קצין משטרה צבאית ראשי  
3. נציבת שירות בתי הסוהר  
4. המפקח הכללי של משטרת ישראל

עתירה לצו הביאס קורפוס

בשם העותרים: עו"ד נאדין אבו ערפה

בשם המשיבים: עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד מתן שטיינבוך

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. עניינה של העתירה, בבקשת העותר 3, המוקד להגנת הפרט, להורות למשיבים למסור מידע ביחס למקום הימצאם, ולזהות הגורם המחזיק בעותרים 1-2 (להלן: העותרים), תושבי רצועת עזה אשר נעצרו, כך נטען, על-ידי כוחות הביטחון ביום 7.10.2023, באזור מחסום ארז. השניים, לפי הנטען, "עיתונאים, שיצאו לאזור מחסום ארז ביום 7.10.2023 על מנת לתעד את המתרחש בזמן המלחמה. בעת מילוי תפקידם, העותרים נעצרו על-ידי כוחות הביטחון של ישראל ומעצרום תועד על-ידי משפחותיהם בסרטונים שפורסמו בתקשורת". עוד מבוקש, ככל שהעותרים 1-2 אכן עצורים אצל כוחות הביטחון בישראל שלא כדין, להורות על שחרורם. בנוסף, מבקש המוקד להגנת הפרט להורות למשיב 2 להחזיק בידיו "מידע עדכני בדבר מעצרו ומקום מעצרו של כל עצור, תושב רצועת עזה שנעצר במהלך המלחמה"; ולחלופין, למסור מידע על אודות הגורם האוחז במידע

האמור; במישור הפרטני, ככל שהעותרים 1-2 אכן עצורים בישראל, מבוקש לרשום את מקום מעצרים.

2. לביסוס חובת המשיבים למסור את פרטי החזקתם של העותרים 1-2, מפנה המוקד להגנת הפרט לסעיף 53(א) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (אזור יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון או הצו), שעניינו במסירת מידע לקרוביו של עצור, על דבר מעצרו ומקום הימצאו. זו לשונו: "נעצר אדם, תימסר ללא שיהוי ידיעה על מעצרו ומקום הימצאו לאדם הקרוב אליו, זולת אם ביקש העצור שלא להודיע כאמור". בנוסף, מפנה המוקד להגנת הפרט לפסקי דין שיצאו תחת ידו של בית משפט זה, ולשיטתו של המוקד הטילו חובה על המשיבים ליידע את משפחות העצורים, על אודות מקום הימצאם.

3. בהחלטה מיום 11.10.2023 ביקשתי מאת המשיבים להגיש את תגובתם לעתירה. בתגובתם, מבקשים המשיבים לדחות את העתירה על הסף, תוך שהם מפנים לעמדתם העקרונית שהוגשה בבג"ץ 5243/14 המוקד להגנת הפרט נ' צבא ההגנה לישראל (4.8.2014).

4. באותה פרשה, נדונה בקשת המוקד להגנת הפרט (העותר 3 בהליך דנן), לקבלת פרטיהם ומקום החזקתם של פלסטינים תושבי רצועת עזה, אשר נעצרו על-ידי כוחות הביטחון במהלך הלחימה במבצע 'צוק איתן'. בתגובת המדינה בעניין המוקד להגנת הפרט הנ"ל (בשנת 2014), נטען כי "לא מוטלת על הצבא כל חובה כלפי העותר, למסור לו פרט מידע כלשהו ביחס לתושבי עזה שנעצרים במסגרת הפעילות הקרקעית של כוחות צה"ל במבצע 'צוק איתן' ומוחזקים במתקני מעצר שבאחריותו". עוד טענה המדינה באותה תגובה, כי אין מקום להקיש מההסדרים הנוגעים למעצר בישראל או באזור יהודה ושומרון, למצב הלחימה בעזה, בשים לב למעמדם המשפטי השונה של אזורים אלו, ולעובדה שרצועת עזה היא כיום שטח עויין, המצוי בשליטת ארגון טרור, שאינו נתון לשליטתה האפקטיבית של ישראל, ושדיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים בו. עתירה זו נמחקה בשעתו בהסכמת העותר ובהמלצת בית המשפט, "בעקבות האמור בתגובה של המשיב, ונוכח הדברים שהשמיע בפנינו בא כוחו של המשיב". בהליך שלפנינו, שבים המשיבים על עמדתם זו.

5. בנוסף, מפנים המשיבים לתשובת הפרקליטות שניתנה בשעתו למוקד – עוד בטרם הגשת העתירה (בשנת 2014) בעניין המוקד להגנת הפרט – ולפיה איפשרה המדינה, באותן נסיבות ולפנים משורת הדין, לפנות באופן פרטני בלבד, למשל"ט (מוצב שליטה) הכליאה, הפועל מטעם המשיב 2, לצורך כירור מקום הימצאו של תושב עזה שקרוביו

חושדים כי נעצר. זאת בכפוף, בין היתר, להוכחת זיקה של הפונה לעצור הנטען, ותוך הבהרה כי בנסיבות של מצב לחימה, לא מן הנמנע כי פרק הזמן לקיום הבירור הפרטני יהיה ארוך מן הרגיל. בהקשר זה טוענים המשיבים בעתירה דנן, כי אפשרות זו, שניתנה בשעתו לפנים משורת הדין, כלל אינה רלבנטית לענייננו, שעה שאף העותרים אינם טוענים כי נעשתה פנייה כלשהי למשיב 2 בשם משפחות העותרים 1-2, ואך טוענים כי "עמיתם לעבודה" של השניים, הוא שפנה למוקד בעניינם. המשיבים מציינים, כי גם ביחס למעצרים הנעשים באזור יהודה ושומרון, נמעני המידע על אודות זהות ומקום העצור, הם קרובי המשפחה בלבד.

6. באשר לסעדים הנוגעים לרישום מקום העצורים – הן במישור הכללי, הן הפרטני – טוענים המשיבים, כי העותרים לא טרחו כלל לבסס את הנחת המוצא שבפיהם, כי לא קיים תיעוד של תושבי רצועת עזה המוחזקים בישראל; עוד מציינים המשיבים, כי מדובר בטענה שכבר ניתנה לה תשובה בשעתו (בשנת 2014), במסגרת התגובה לעתירת המוקד להגנת הפרט, אשר הובילה, בהמלצת בית המשפט, למחיקתה.

7. ביום 18.10.2023, נעניתי לבקשת המוקד להגנת הפרט להשיב לתגובת המשיבים. המוקד טען בתשובתו, כי עניין המוקד להגנת הפרט עסק בשעתו (בשנת 2014), בבקשה לקבל את פרטיהם של כלל תושבי עזה העצורים בישראל, בעוד עתירה זו עניינה קבלת מידע פרטני על אודות העותרים 1-2, ואין ללמוד מהתם להכא. עוד היפנה המוקד ל"התחייבותם" של המשיבים, שניתנה לטענתו בבג"ץ 289/09 עטאר נ' צבא ההגנה לישראל (25.1.2009), לפיה יעשה מאמץ להעביר את פרטיהם של עצורים מעזה בישראל, "תוך 48 שעות" מעת הגעתם לישראל. כמו כן, היפנה המוקד להסכמת המשיבים שנמסרה במסגרת תגובתם בבג"ץ 5226/14 אבו רידה נ' צבא ההגנה לישראל (31.7.2014), לאפשר פנייה פרטנית בעניינם של עצורים, תושבי עזה, בישראל, למשל"ט הכליאה מטעם המשיב 2. בנוסף, טען המוקד, כי לצורך האפשרות לפנות באופן פרטני כאמור – אשר ניתנה בשעתו ביחס לקרובי משפחה של העצורים – "ראוי לדאוג בעמיתם או כל מי שעלה ביזו מטעם משפחתם [...] כקרוביהם".

8. שקלתי את הנטען בעתירה, ומסקנתי היא, כי דין העתירה להידחות.

בימים נוראים אלה, מנהלת מדינת ישראל מערכה קשה נגד מבקשי נפשה מארגון חמאס השולט ברצועת עזה, אשר שלח את מרצחיו, ועימו 'ערב רב', אספסוף צמא-דם, בבוקר יום 7.10.2023 (חג שמחת תורה) – להשמיד להרוג ולאבד, מנער ועד זקן, טף ונשים.

9. לטענת המוקד, עם פרוץ המלחמה, ביום 7.10.2023, נעצרו העותרים 1-2 על-ידי כוחות הביטחון באזור מחסום ארז. כעת, בעיצומה של המערכה, מבקש המוקד כי נורה למשיבים, כוחות הביטחון, לפזר את ערפל הקרב, לאתר בין עצורי המלחמה את העותרים 1-2, ולמסור לו מידע על אודות מקום מעצרים ועל הגורם המחזיק בהם.

10. המוקד נוטע יתדותיו, כאמור, בהוראות הצו בדבר הוראות ביטחון. דא עקא, הוראות הצו אינן רלבנטיות לענייננו, משני טעמים: ראשית, עינינו הרואות, כי מסירת המידע בהתאם לצו, תיעשה "לקרוביו" של העצור. בענייננו, דורש המידע הוא המוקד להגנת הפרט, אשר לא בא, ואף לא טוען שבא, בשמם ובעקבות פנייתם של קרובי העצורים הנטענים. גם לטענת המוקד עצמו, הפנייה אליו נעשתה על-ידי "עמיתם לעבודה" של העותרים 1-2. בתשובתו לתגובת המשיבים, ניסה המוקד לבצע 'מקצה שיפורים' בגרסתו, וטען כי גם משפחות העותרים 1-2 הצטרפו בדיעבד לפנייה; ואולם, הדברים נטענו בשפה רפה, נעדרו תימוכין כלשהם, ובהתאם – תשובת המוקד התמקדה בעיקרה בניסיון 'להרחיב' את מעגל הנמענים הרלבנטיים, מעבר לקרובי משפחת העצורים הנטענים. להרחבה כזו, אין עוגן בלשון הצו.

11. שנית, הצו בדבר הוראות ביטחון כלל לא חל בענייננו, משום שמצודתו פרוסה על אזור יהודה ושומרון בלבד, הוא פורסם מכוח סמכויות המפקד הצבאי באזור זה, והוראות הדין המיוחדות לו. אין מקום אפוא להידרש להוראות הצו, וזאת, מבלי להביע עמדה לגבי תוכן הוראותיו לגופן. אף פסקי הדין שאליהם מפנה המוקד להגנת הפרט לביסוס חובתם של המשיבים להודיע על מקום מעצרים של תושבים פלסטיניים – עסקו כולם במעצרים של פלסטיניים תושבי אזור יהודה ושומרון בלבד, ואינם רלוונטיים לעצורים תושבי רצועת עזה, כאמור.

12. העותרים 1-2 הם תושביה של רצועת עזה (האחד משכונת תל אל-הווא, השני מג'באליה), ישות זרה, עוינת, הנשלטת על-ידי ארגון הטרור הרצחני חמאס. השניים הם נתיניו של שטח אויב. במספר הזדמנויות עמד בית משפט זה על ההבדל היסודי בין המסגרת המשפטית החלה באזור יהודה ושומרון – ממנה ניסו העותרים לשאוב את הזכות להם טוענים – לבין זו החלה על רצועת עזה. נזכיר בתמצית: לאחר יציאת כוחות צה"ל משטחי רצועת עזה בשנת 2005, חדלה ישראל לקיים בה שליטה אפקטיבית. מדינת ישראל שוב איננה מחזיקה ברצועת עזה בנוכחות צבאית קבועה; ישראל לא מפעילה בה סמכויות שלטוניות; וישנו גורם שלטוני אחר במקום, שהוא בעל היכולת להפעילן. בהתאם, באו לקיצן החובות המעוגנות במשפט הבינלאומי בהתאם לדיני 'התפיסה הלוחמתית' (Belligerent occupation), שאותן נטלה ישראל על עצמה. המעבר

מנוכחות ביטחונית ושליטה אפקטיבית, לניתוק פיזי משטח רצועת עזה, תורגם במישור המשפטי, למעבר מהפעלת דיני התפיסה הלוחמתית, להפעלת דיני המלחמה וכללי המשפט הציבורי (בג"ץ 9132/07 אלבטיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 12 (30.1.2008); ע"א 993/19 פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, 31-30, 114 (5.7.2022); רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר "היעדר) התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה", עיוני משפט מג, 403, 408-421 (2020)). אציין עוד, כי בשנת 2007, בעקבות השתלטותו האלימה של ארגון הטרור חמאס על רצועת עזה, והתגברות פעולות הטרור העוינות נגד ישראל ואזרחיה, הכריזה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ביום 19.9.2007, על רצועת עזה כעל 'שטח אויב' (החלטה ב/34 של ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי "מדיניות ישראל מול עזה (צבאי ואזרחי)", לעניין סעיף 5(א) (1) לחוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

13. המוקד להגנת הפרט, אם כן, לא עמד בנטל להצביע על מקור בדין, המחייב את המשיבים למסור לו פרטי מידע על אודות מקום הימצאם של תושבי עזה העצורים בישראל, שנעצרו אגב פעולה מלחמתית, ובפרט זו שנכפתה עלינו בנוראותיו של יום 7.10.2023.

14. למותר להדגיש, כי אינני נזקק במסגרת זו להיבטים משפטיים אחרים של החזקת עצורים מעזה שנטלו חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, שאינם מענייננו כעת (ראו למשל, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב-2002, והתקנות שהותקנו מכוחו).

15. אכן, בהליכים קודמים (עניין המוקד להגנת הפרט (4.8.2014); עניין אבו רידה), שנדונו כאמור סביב מבצע 'צוק איתן', הביעה המדינה נכונות לאפשר פנייה פרטנית למשל"ט הכליאה, בנוגע לעצורים שנעצרו במסגרת פעולה מלחמתית של ישראל בעזה, וזאת על-ידי קרובי משפחה של העצורים בלבד, ובכפוף להוכחת זיקתם זו. אפשרות זו, הודגש בשעתו, ניתנה לפנים משורת הדין, תוך שהובהר כי אין בה כדי להוות התחייבות כלשהי להתנהלות דומה במצבי לחימה עתידיים, בעזה או בכל טריטוריה עוינת אחרת. אף בענין עטאר, שנדון במהלך מבצע 'עופרת יצוקה', הצהירו המשיבים, כי "ייעשה מאמץ" למסירת שמותיהם של עצורים בלחימה בתוך 48 שעות – קרי, השתדלות ולא חובה, וגם זאת – ברי כי יש לקרוא בכפוף לנסיבות הביטחונית הפרטניות שהתקיימו בעת ההיא. עוד אציין, כי בפסק הדין שניתן בענין עטאר, הבהיר בית משפט זה, כי "אין מקום לקבוע שמידע בענין זהותם של אלה שנתפסו בעת לחימה ימסר תוך אותה תקופת זמן המתחייבת בעת שגרה" (פסקה 3).

16. חרף דגשים אלו, מנסים כעת העותרים להיבנות מאותה נכונות שניתנה בשעתה, בנסיבות שונות לחלוטין מן המערכה הנוכחית, ולכבול אליה את המשיבים. אותה נכונות, אזכיר, התמקדה אך ורק בקרובי משפחתם של עצורים, ולא בצדדים שלישיים דוגמת המוקד להגנת הפרט, או "עמיתים לעבודה". בשים לב לקביעתי, כי מדובר באפשרות שניתנה לפני משורת הדין, כמצב דברים אחר, ואינה מעוגנת בדין עצמו, אינני רואה מקום להידרש לטענת העותרים, לפיה יש להרחיב את מעגל המורשים לפנות למשל"ט הכליאה, גם לגורמים שאינם בני משפחה; הידרשות כזו תהא כמגדל פורח באוויר.

17. כפי שהעידו כבר אויבינו הקדומים, "הנה נא שמענו כי מלכי בית ישראל כי מלכי חסד הם" (מלכים א כ, ל"א); האפשרות שניתנה לקרובי משפחתם של עצורים מרצועת עזה, בעבר, בנסיבות שונות בתכלית, שנעצרו אגב עימות מזוין, לפנות לקבלת מידע על אודותם, איננה אלא בגדר חסד, לפני משורת הדין, המסור לשיקול דעתם הבלעדי של גורמי הביטחון.

18. גם בקשת העותרים, לחייב את המשיבים להחזיק בידיהם "מידע עדכני בדבר מעצרו ומקום מעצרו של כל עצור תושב רצועת עזה שנעצר במהלך המלחמה", ובפרט ביחס לעותרים 1-2 – אין לה מקום, ודינה להידחות. העותרים לא טרחו לבסס תשתית עובדתית כלשהי אשר יש בה כדי להוליך למסקנה – או למצער, לעורר חשד – כי תיעוד מעין זה אינו בנמצא, לא בכלל ולא בפרט. אדרבה: כאמור בתגובת המשיבים, הובהר עוד בשעתו, בתגובה לעתירת המוקד להגנת הפרט משנת 2014 – "כי כעניין שבשגרה, במתקני מעצר שמפעילות רשויות המדינה מבוצע רישום של כלל העצורים המוחזקים בהם, לרבות עצורים תושבי רצועת עזה שהובאו אליהם במהלך המבצע". דיינו בכך.

19. אשר על כן, דינה של העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ר' רונן:

אני מסכימה.

שופטת

לפיכך הוחלט לדחות את העתירה כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.  
העותרים ישאו בהוצאות המשיבים בסך של 8,000 ₪.

ניתן היום, ט"ז בחשון התשפ"ד (31.10.2023).

שופטת

שופטת

שופט