

העותרים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
3. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

כולן ע"י ב"כ עוה"ד לילה מרגלית ו/או דן יקיר ו/או  
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק  
ו/או עאוני בנא ו/או לימור יהודה ו/או אשרת מימון  
ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או  
נסראת דקואר ו/או קרן צפריר ו/או נסרין עליאן ו/או  
ראויה אבורביעה

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רחוב נחלת בנימין 75  
תל אביב 65154  
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

- נגד -

המשיב:

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

באמצעות פרקליטות המדינה  
רח' סלאח א-דין 29, ירושלים

## עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיב ולבוא וליתן טעם, מדוע לא יקצר את תקופות המעצר, הקבועות בחקיקת הביטחון החלה בגדה המערבית, כדלקמן:

1. מדוע לא יתקן את "הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס') 1651, התשי"ע-2009 (להלן, "הצו"), כדי להעמיד את תקופת המעצר הראשונית המירבית המותרת עד להבאת עצור בפני שופט על 24 שעות, בכפוף לחריגים לכך המפורטים להלן בסעיפים 10-11 לעתירה, ומדוע לא ייקבע כי המועדים הקבועים בסעיפים 31(ג), 32 ו-33(ב) לצו בטלים.

2. מדוע לא יתקן את הצו כדי להעמיד את משך הזמן, שניתן להאריך את מעצרו של חשוד בין כל דיון מעצרים, על 15 ימים, ואת משך התקופה, שניתן להחזיק חשוד במעצר עד להגשת כתב אישום נגדו על 30 ימים, בכפוף לחריגים המפורטים להלן בסעיף 14 לעתירה, ומדוע לא ייקבע כי המועדים, הקבועים בסעיף 37 לצו, בטלים;
3. מדוע לא יתקן את הצו כדי לקבוע, כי חשוד שחקירתו הסתיימה, ישוחרר ממעצרו אלא אם הצהיר תובע, כי עומדים להגיש נגדו כתב אישום, ושוכנע בית המשפט, כי יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו עד תום ההליכים, וכדי להעמיד את משך הזמן, שניתן להאריך את המעצר לשם כך על 5 ימים;
4. מדוע לא יתקן את הצו כדי לקבוע שנאשם, שהוחזק במעצר למעלה משלושים ימים מבלי שמשפטו החל, ישוחרר;
5. מדוע לא ייקבע כי תקופת השנתיים הקבועה בסעיף 44 לצו בטלה, ומדוע לא יתוקן הסעיף כדי לקבוע שנאשם, שהוחזק במעצר עד תום ההליכים למעלה מתשעה חודשים, ישוחרר, אלא אם קבעה אחרת ערכאה שיפוטית גבוהה;
6. מדוע לא יתקן את הצו כדי לקבוע תקופות מעצר מיוחדות לקטינים, בהתאם למפורט להלן בסעיפים 27-38 לעתירה.

## מבוא

*"כידוע, החוק החל על אזרחים ישראלים באיו"ש שונה מהחוק החל על פלשתינאים באותו אזור. שונות זו ידועה ומוכרת ואין צורך להאריך בה, ומכל מקום אינה תוצאה של אפלייה כלשהי, אלא של המצב החוקי הקיים... בין השאר, ישנם הבדלים בין דיני המעצר והשחרור בדיון הישראלי לבין אלה החלים באיו"ש, לרבות לעניין משך תקופות המעצר."*

*מכתב מיום 16.6.09 מאת סני"צ עו"ד אליעזר כהנא, רמ"ד אח"מ וטכנולוגיות בלשכת הייעוץ המשפטי של משטרת ישראל, לעו"ד לימור יהודה מהאגודה לזכויות האזרח.*

העתק מכתבו של עו"ד אליעזר כהנא מיום 16.6.09 מצ"ב ומסומן ע/1.

1. שני אנשים תושבי אזור חברון מתקוטטים בתוך שטח הגדה המערבית ונעצרים. אחד מהם, יהודי תושב קרית ארבע, נחקר מיד בידי שוטר ומובא כבר למחרת בבוקר לדיון בבית משפט השלום בירושלים. בדיון, בית המשפט מחליט להורות על שחרורו בתנאי ערובה; אין מדובר בתיק חמור במיוחד, והנאשם טוען להגנה עצמית. השני, פלסטיני תושב חברון, נעצר למשך 8 ימים תמימים לפני הבאתו בפני שופט צבאי. הוא נחקר, הלכה למעשה, רק פעם אחת במהלך תקופה זו.
2. חוסר שוויון משווע זה נמשך לאורך ההליכים, הננקטים נגד השניים. מעצרו של התושב הפלסטיני, אף לפני הגשת כתב האישום נגדו, ניתן להארכה לתקופות ממושכות יותר מזה של שכנו הישראלי; אין כל חובה להתחיל את משפטו בתוך 30 ימים מהגשת כתב האישום נגדו; משפטו יכול להימשך שנתיים – ללא אישור מיוחד – במקום תשעה חודשים, כאשר הוא נמצא

במעצר עד תום ההליכים; וגם אם הוא קטין הוא אינו נהנה מאותו היחס המיוחד, אליו זוכים קטינים ישראלים החיים באזור.

3. כפי שיבואר להלן, תקופות המעצר הקבועות בחקיקת הביטחון פוגעות באופן חמור וקשה בזכויותיהם היסודיות של תושבי האזור הפלסטינים: בזכותם לחירות ובזכותם להיות חופשיים ממעצר שרירותי; בזכותם להליך הוגן; בזכותם לאמצעי פיקוח הולמים להבטיח חקירה הוגנת ולמנוע עינויים, שיטות חקירה פסולות, ויחס בלתי ראוי מצד רשויות החקירה; בזכותם לכבוד; ובזכותם לשוויון. פגיעות אלו נובעת הן מהעובדה, שהיחס אליהם שונה באופן שרירותי מהיחס לישראלים, החיים באזור, והן מתקופות המעצר המופרזות עצמן. פגיעות אלו נוגדות באופן מובהק את הוראות המשפט הבינלאומי, המינהגי וההסכמי, החלות באזור, ואת עקרונות המשפט הציבורי הישראלי, החלים על הרשויות הישראליות, בכל מקום בו הן פועלות. הפגיעות אינן משרתות תכלית ראויה; אינן מידתיות; ואינן סבירות.

4. קשה לתאר פגיעה קשה וחמורה יותר בזכויות האדם מאשר המצב הפסול, בו חיים זה לצד זה שני "סוגים" של בני אדם, המובחנים על בסיס מוצאם הלאומי: האחד זכאי להגנה מלאה על זכויותיו בהליך הפלילי, ולהתייחסות אליו כאל יצור נושא זכויות; והשני חשוף, כמו חפץ, לפגיעות שרירותיות ובלתי מוצדקות בזכויותיו הבסיסיות ביותר.

5. וכדברי הנשיאה ביניש בבג"צ 10720/06 פריד נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (לא פורסם, 08.02.07):

"...הגיעה העת להחיל במערכת בתי-המשפט הצבאיים הסדרים סטטוטוריים דומים לאלה הקבועים בחוק המעצרים בישראל, לשם הגנה על זכויות נאשמים; והכל בכפוף למאפיינים הייחודיים של האזור. כך, בנוגע לקציבת תקופת-זמן למעצר מרגע הגשת כתב-אישום ועד מועד תחילת המשפט (סעיף 60 לחוק המעצרים אשר אין לו הסדר סטטוטורי מקביל באזור); הגבלת תקופת המעצר בין סיום החקירה ועד הגשת כתב-אישום (סעיף 17(ד) לחוק המעצרים אשר אף בעניינו אין הסדר סטטוטורי מקביל באזור); וכן קיצור תקופות המעצר הקבועות בחקיקת הביטחון החלה באזור, בהיותן ארוכות באופן משמעותי ביחס לאלה הקבועות בחוק המעצרים בישראל."

## החלק העובדתי

### דיני המעצר החלים בשטחים – כללי

6. הסדרי המעצרים שעומדים בתוקף כיום בשטחים מעוגנים ב"צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651) התש"ע-2009 (להלן, "הצו"), אשר נכנס לתוקף ביום 2.5.10.

7. הסדרי המעצרים החלים על אזרחי ישראל, לעומת זאת - לרבות אלה החיים בשטחים - קבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן, "חוק המעצרים"); בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן, "חוק הנוער"); ובחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות בטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 (להלן: "הוראת השעה").
8. סמכותם של בתי המשפט בישראל לדון ישראלים, המתגוררים בשטחים על פי הדין הישראלי, הינה מכוח סעיף 2(א) לתוספת לחוק המאריך מדי פעם בפעם את תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967 (בשנת 2007 הוארכו תוקפן של התקנות עד יוני 2012 במסגרת החוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007). סמכות זו הינה אמנם סמכות מקבילה לזו של בתי המשפט הצבאיים לדון ישראלים העוברים עבירה בשטחים על פי תחיקת הביטחון, אולם על פי מדיניות היועמ"ש, אין מגישים כתבי אישום נגד ישראלים תושבי השטחים אלא לבתי המשפט הישראלים (וראו דו"ח ועדת החקירה לעניין הטבח במערכת המכפלה בחברון (1994), עמ' 160-162).
9. להלן נתאר הסדרים מקבילים אלה, כדי להראות את הפערים המשמעותיים הקיימים ביניהם:

## עצורים בגירים

### תקופת המעצר הראשוני לפני הבאה בפני שופט

10. חוק המעצרים, הרואה במעצר אקט שיפוטי מובהק, קובע את הכלל הברור, כי יש להביא עצור בפני שופט באופן מיידי. על פי סעיף 29 לחוק, יש להביא אדם בפני שופט בתוך 24 שעות לכל המאוחר; סעיף 30 לחוק קובע חריג לכלל זה, ולפיו מקום שבו ישנן פעולות חקירה דחופות ניתן לעכב את ההבאה בפני שופט ב-24 שעות נוספות.
11. בד בבד עם ההסדרים "הרגילים" שנקבעו בחוק המעצרים, נקבעו הסדרי מעצר מיוחדים בעניינם של חשודים בעבירות בטחון, בהוראת השעה. כך, על פי סעיף 3 להוראת השעה, ניתן לעכב את הבאתו של חשוד בעבירות בטחון בפני שופט עד 96 שעות. כל עיכוב מעבר ל-48 השעות הראשונות מותנה בהחלטה מנומקת בכתב, באישורים מיוחדים, ובקביעה כי הפסקת החקירה לשם קיום ביקורת שיפוטית עלולה לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם.
12. סעיף 31(ג) לצו, לעומת זאת, קובע כי ניתן להחזיק עצור במעצר עד 96 שעות עד לקבלת פקודת מעצר של שוטר, וסעיף 32 לצו קובע כי בסמכותו של קצין משטרה לעצור אדם עד שמונה ימים מיום מעצרו ללא צו שיפוטי. על פי סעיף 33(ב) לצו, ניתן להחזיק עד שמונה ימים מיום הבאתו למתקן כליאה את מי שנתפס "במהלך פעילות מבצעית ללחימה בטרור, ונסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או עלול לסכן את ביטחון האזור, ביטחון כוחות צה"ל או

*אורכן של תקופות המעצר לפני משפט*

13. מכוח סעיף 13(א) לחוק המעצרים, בית המשפט רשאי להאריך מעצרו של חשוד לפרקי זמן של 15 ימים בכל פעם; על פי סעיף 17 לחוק המעצרים, כל הארכה מעבר ל-30 ימים טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.
14. כאשר מדובר בחשוד בעבירת ביטחון, פרקי הזמן הם מעט ארוכים יותר: בית המשפט רשאי להאריך מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון עד 20 ימים בדיון הראשון בעניינו (סעיף 4(1) להוראת השעה); ואישור מיוחד של היועץ המשפטי לממשלה נדרש כעבור 35 ימים (סעיף 4(2) להוראת השעה).
15. בד בבד נקבע בסעיף 59 לחוק המעצרים, כי סך כל תקופת מעצרו של חשוד בגין אותו אירוע לא יעלה על 75 ימים. על פי סעיף 62 לחוק, בית המשפט העליון מוסמך להאריך תקופה זו ב-90 ימים נוספים, ולחזור ולהאריכה מעת לעת (בהקשר זה יובהר, כי לא ידוע לח"מ על מקרה, בו נעשה שימוש בסעיף 62 להארכת מעצרו של אדם טרם הגשת כתב אישום נגדו).
16. סעיף 37 לצו, לעומת זאת, מאפשר לבית המשפט הצבאי להאריך את מעצרו של מי שחשוד בביצועה של עבירה פלילית לפרקי זמן של 30 ימים בכל פעם, לתקופה מצטברת של עד לא פחות מ-90 ימים. במקביל, סעיף 38 לצו קובע, כי בית המשפט הצבאי לערעורים רשאי להאריך את תקופת המעצר לפני משפט בתקופות זמן נוספות, שלא יעלו יחדיו על שלושה חודשים.

*תקופת מעצר בין סיום החקירה להגשת כתב האישום*

17. סעיף 17(ד) לחוק המעצרים קובע, כי עם סיום חקירתו של חשוד ישוחרר הלה ממעצרו. ואולם, בית המשפט רשאי להאריך את מעצרו של אדם שחקירתו נסתיימה ב-5 ימים נוספים לכל היותר בהתקיים שני התנאים הבאים: (1) תובע הצהיר, כי עומדים להגיש נגד החשוד כתב אישום; (2) יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו של החשוד עד תום ההליכים.
18. בצו, לעומת זאת, אין כל הסדר מקביל. פסיקה של בית המשפט הצבאי לערעורים קובעת, כי יש להתנות הארכת מעצרו של חשוד לשם הגשת כתב אישום נגדו בהצהרה של תובע, וכי **ככלל** אין להאריך את המעצר לתקופה העולה על 10 ימים. (ע"מ (איו"ש) 136/03 מוסא נ' התובע הצבאי, (לא פורסם, 16.12.03)).

*תקופות המעצר לאחר הגשת כתב אישום*

19. סמכותו של בית משפט לעצור אדם בישראל עד תום ההליכים המשפטיים נגדו קבועה בסעיף

21 לחוק המעצרים. בד בבד באים סעיפים 60 ו-61 לחוק המעצרים לסייג את התקופה בתקופות זמן קצובות.

20. סעיף 60 לחוק המעצרים קובע, כי נאשם שנעצר עד תום ההליכים אך לא נפתח משפטו עד חלוף היום ה-30 מיום הגשת כתב האישום, ישוחרר, אלא אם כן ביקש הסניגור של הנאשם או הנאשם עצמו לדחות את מועד ההקראה.

21. לא נמצא בצו כל הסדר מקביל. לאור זאת, נאשמים נדרשים להמתין פרקי זמן בלתי סבירים בעליל במעצר עד לתחילת משפטם. כך, ב-31 מקרים שנבחנו בידי העותר 2 במסגרת הדו"ח המקיף "משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים" (דצמבר 2007) (להלן, "דו"ח יש דין"), נאשמים נאלצו להמתין ממוצע של 61 ימים מיום הדיון במעצר עד תום ההליכים ועד יום הקראת כתב האישום (עמ' 99).

ניתן לעיין בדו"ח באתר האינטרנט:

<http://www.yesh-din.org/site/index.php?page=militarycourts3&lang=he>

22. סעיף 61 לחוק המעצרים קובע, כי מי שמצוי במעצר 9 חודשים וטרם ניתנה בעניינו הכרעת דין ישוחרר. החלטה להאריך את מעצרו (לתקופות נוספות של עד 3 חודשים) מותנית בהחלטה מיוחדת של בית המשפט העליון (סעיף 62 לחוק).

23. בשטחים, לעומת זאת, עומדת התקופה המקבילה על לא פחות משנתיים. על פי סעיף 44 לצו, נאשם ששוהה במעצר בגין אותו כתב אישום תקופה של שנתיים וטרם נסתיים משפטו בהכרעת דין, יובא עניינו בפני בית המשפט הצבאי לערעורים, אשר רשאי להאריך את המעצר בתקופות נוספות של שישה חודשים.

24. בדו"ח מבקר המדינה מאפריל 1993, בו נבחנה פעולת התביעה הצבאית ובתי המשפט הצבאיים, נמתחה ביקורת קשה על מספר העצורים שהוחזקו במעצר עד תום ההליכים משך למעלה משנה ומשנתיים בשנים 1990 ו-1992:

"מן המסמכים עולה, כי קיימת בעיה, המתמשכת באזור זה שנים, של אי סיום הליכים משפטיים בתוך פרק זמן סביר. בין העצורים עד תום ההליכים ישנם רבים שמעצרו נמשך תקופה ארוכה. למשל, במאי 1990 נמצאו 129 עצורים (גם באזור חבל עזה) עד תום ההליכים, שהיו עצורים מעל לשנתיים והמתינו לסיום משפטם; בינואר 1992 נמצאו 35 עצורים מהאזור שהיו עצורים מעל לשנתיים; ובאפריל 1992 היו 174 עצורים עד תום ההליכים, אשר נמצאו במעצר בכלא מגידו בין למעלה משנה לבין שלוש שנים, וטרם הסתיימו ההליך המשפטי בעניינם[3]. ברי שמצב זה אינו תקין ובבחינת עינוי דין." (דוח שנתי 43 לשנת 1992, מיום 1.4.1993, עמ' 871).

25. דו"ח "יש דין" מתאר בהקשר זה כיצד האפשרות להחזיק נאשמים שנתיים במעצר – ללא כל אישור מיוחד - מביאה לפגיעה בלתי מידתית בזכותם לחירות:

"מנתוני יחידת בתי המשפט הצבאיים, שרוכזו בידי י"ש דין, עולה כי בשנים האחרונות הוחזקו במעצר ממושך עד תום ההליכים נאשמים רבים פי כמה מאשר בתקופה שנבחנה בדו"ח המבקר. כך, בסופה של שנת 2006 הוחזקו כ- 1800 עצורים במעצר עד תום ההליכים לתקופה של עד שנה ו-189 עצורים לתקופה של למעלה משנה. נתוני חמש שנים הקודמות קשים עוד יותר, ונעים בין 231 עצורים עד תום ההליכים שהיו כלואים למעלה משנה (מהם 85 נכלאו משך למעלה משנתיים) בסוף שנת 2001, ל-671 (מהם 78 מעל שנתיים) בסוף שנת 2004" (עמ' 101-100).

להלן הנתונים המפורטים, המובאים בדו"ח "יש דין", לעניין מספר העצורים המוחזקים מעל שנה ושנתיים (הנתונים, אשר התקבלו מהצבא, מתייחסים למספר העצורים בסופה של כל אחת מהשנים המוזכרות, ואינם מהווים את סך העצורים, באותן שנים):

השנה	עצורים עד שנה	עצורים בין שנה לשנתיים	עצורים מעל שנתיים
2001	903	146	85
2002	1710	362	38
2003	1998	533	51
2004	2104	593	78
2005	1120	317	36
2006	1797	155	34

#### סיכום הדינים בעניינם של עצורים בגירים

26. להלן טבלה, המסכמת את תקופות המעצר הקבועות בחוק המעצרים, ואת התקופות המקבילות בחקיקת הביטחון:

הסדר החל על ישראלים באזור	הסדר החל באזור מכוח הצו
<p><u>חוק המעצרים</u>: 24 שעות, ובמקרים חריגים 48 שעות</p> <p><u>הוראת השעה</u>: 96 שעות</p>	8 ימים
<p><u>חוק המעצרים</u>: 15 ימים</p> <p><u>הוראת השעה</u>: 20 ימים</p>	30 ימים
<p><u>חוק המעצרים</u>: 30 ימים או 75 ימים בהינתן אישור יועמ"ש</p> <p><u>הוראת השעה</u>: 35 ימים או 75 ימים בהינתן אישור יועמ"ש (הארכות נוספות רק בהחלטת בית המשפט העליון)</p>	90 ימים; שלושה חודשים נוספים באישור בית המשפט הצבאי לערעורים
5 ימים	אין הסדר מקביל (הפסיקה קובעת כי ככלל לא יותר מ-10 ימים)
30 ימים, אלא אם כן ביקש הסניגור או הנאשם עצמו אחרת	אין הסדר מקביל
9 חודשים, ו-פרקי זמן נוספים של 3 חודשים אם הורה בית המשפט העליון	שנתיים, ופרקי זמן נוספים של חצי שנה אם הורה בית המשפט הצבאי לערעורים

## עצורים קטינים

27. כאמור, השוני במשטרים המשפטיים ניכר לא רק ביחס לחשודים ולנאשמים בגירים, אלא גם ביחס לחשודים ולנאשמים קטינים. ואולם, כאן כבר נוכל לקצר בסקירה של המצב המשפטי – בהשוואה לזו שהובאה לעיל ביחס לעצורים בגירים – וזאת בשים לב לכך שהמשטר המשפטי בחקיקת הביטחון **אינו קובע כל תקופות מעצר מיוחדות לקטינים**. מאחר שאלו הם פני הדברים, לא נותר לנו אלא להביא תזכורת קצרה להסדרים החלים בישראל ביחס לקטינים, ולעמת אותם מול ההסדרים החלים בשטחים ביחס לבגירים.

### תקופת המעצר הראשוני לפני הבאה בפני שופט

28. על פי סעיף 10ג(2) לחוק הנוער, קטין שטרם מלאו לו 14 שנים יובא בפני שופט לפני חלוף 12 שעות מרגע מעצרו, תקופה הניתנת להארכה ב-12 שעות נוספו במקרים חריגים (בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 10ד לחוק הנוער). החוק מדגיש, כי מעצר של קטין הוא בגדר אמצעי אחרון, וכי עליו להיות לפרק הזמן הקצר ביותר לשם השגת מטרת המעצר. עוד מדגיש החוק, כי בקבלת החלטה על מעצרו של קטין, יש להביא בחשבון את גילו ואת השפעת המעצר על שלומו הגופני והנפשי ועל התפתחותו (סעיף 10א לחוק הנוער).

29. להבדיל, לפי הצו, אותן ההוראות הדראקוניות, החלות על בגירים, חלות גם על ילדים בני 12 ו-13.

30. הנה כי כן, בעוד לגבי קטינים ישראלים, החיים בשטחים, ננקטת גישה זהירה וראויה ביחס לאפשרות כי יעצרו, קטינים פלסטינים יכולים להיעצר עד שמונה ימים ללא כל מעורבות שיפוטית.

### אורכן של תקופות המעצר לפני משפט

31. על פי סעיף 10ט לחוק הנוער, בית המשפט מוסמך להאריך את מעצרו של קטינים לפרקי זמן של 10 ימים לכל היותר. לפי סעיף זה, בסמכותה של הערכאה הדיונית להורות על מעצרו של חשוד קטין למשך תקופה שאינה עולה על 20 ימים, וזאת אלא אם מתקיימים יתר התנאים שבסעיף 17(ב) לחוק המעצרים (כגון אישור היועץ המשפטי לממשלה).

32. בד בבד נקבע בסעיף 10יא לחוק הנוער, כי קטין הנתון במעצר ואשר לא הוגש נגדו כתב אישום תוך 40 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר.

33. להבדיל, שוב, אין בצו כל הוראות מיוחדות ביחס לקטינים בהקשר זה.



תקופות המעצר לאחר הגשת כתב אישום

34. על פי סעיף 10(1) לחוק הנוער, אין בסמכותו של בית משפט לעצור קטין מתחת לגיל 14 עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

35. באשר לקטינים בני 14 ומעלה, חלים לגביהם ההוראות בנוגע למעצר עד תום ההליכים אשר קבועות בסעיף 21 לחוק המעצרים. עם זאת, בדומה לדין הישראלי החל לגבי בגירים, קיימות הוראות המסייגות את התקופה בתקופות זמן קצובות (סעיפים 60 ו-61 לחוק המעצרים), ותקופות אלו קצרות יותר לגבי קטינים. כך, קטין המצוי במעצר 6 חודשים וטרם ניתנה בעניינו הכרעת דין, דינו להשתחרר (סעיף 10(ב) לחוק הנוער), והחלטה להאריך את מעצרו (בתקופות נוספות של עד 45 ימים) מותנית בהחלטה מיוחדת של בית המשפט העליון (סעיף 10(ג) לחוק הנוער).

36. כאמור לעיל, אף לגבי בגירים תקופת המעצר עד תום ההליכים המעוגנת בחקיקת הביטחון הינה מופרזת ביותר, ונטולת הסייגים הקבועים בדין הישראלי. זאת על אחת כמה וכמה לגבי קטינים.

37. אכן, על פי פסיקת בתי המשפט הצבאיים, יש להעניק משקל בהליכי מעצר לגילו של קטין, ואף נקבע כי **ככלל** אין לעצור קטין מתחת לגיל 14 עד תום ההליכים המשפטיים נגדו וכי יש לקבל השראה לעניין זה מרוח חוק הנוער הישראלי (ראו: ע"מ איז"ש 2912/09 התביעה הצבאית נ' אבו רחמה (31.8.09), לא פורסם). ואולם, אין בצו כל קביעה ברוח זו, ועל כן העניין נתון לשיקול דעתם של בתי המשפט.

סיכום דיני המעצרים בעניינם של קטינים

38. הטבלה שלהלן מסכמת את הפערים הקשים, הקיימים בין היחס לקטינים ישראלים לפלסטינים המתגוררים באיזור:

ההסדר החל בשטחים מכוח הצו	ההסדר החל על ישראלים באזור מכוח חוק הנוער	תקופת מעצר ראשוני מקס'
8 ימים	קטין מעל גיל 14 : 24 שעות, ובהתקיים סיבה מיוחדת 48 שעות  קטין מתחת לגיל 14 : 12 שעות, ובמקרים חריגים 24 שעות	
30 ימים	10 ימים	תקופות המעצר העיתיות המקס' במעצר ימים
90 ימים	20 ימים או 40 ימים אם הבקשה הוגשה באישור יועמ"ש	סה"כ תקופת מעצר הימים לפי סמכות הערכאה הדיונית

<p>שנתיים, וחצי שנה נוספת אם הורה בית המשפט הצבאי לערעורים</p>	<p><u>קטין מעל גיל 14</u> : 6 חודשים מכוח צו של הערכאה הדיונית, ו- 45 ימים נוספים אם הורה בית המשפט העליון</p> <p><u>קטין מתחת לגיל 14</u> : אין מעצר עד תום ההליכים</p>	<p><b>מעצר עד תום הליכים ולפני הכרעת דין</b></p>
--	--	--

### תקופת המעצר הראשונית – אמצעי לביצוע מעצרים שרירותיים

39. התפיסה הפסולה, המונחת ביסוד הסדר המעצר הקבוע בצו, קיבלה ביטוי חריף ב"ערעור דחוף על החלטה לקיום דיון מעצר ובקשה לעיכוב ביצוע", שהוגשה בידי התביעה הצבאית לבית המשפט הצבאי לערעורים ביום 29.12.09. הערעור, אשר נכתב בידי תובע בכיר בדרגת רב סרן, מגולל את התכליות הפסולות, שתקופת המעצר הראשונית עד לביקורת השיפוטית משרתת, ואת האופן המחפיר בו היא משמשת לביצוע מעצרים שרירותיים.

- הערעור על ב"ש 620/09 (יהודה), בעניין התובע הצבאי נ' עבד אל כרים מיום 29.12.09, מצ"ב ומסומן ע/2.

40. באותו עניין נעצר תושב פלסטיני מבודרוס, צעיר בן 19, בחשד להשתתפות בהפרות סדר, במסגרתן יודו אבנים על כוחות הביטחון. המעצר נערך ביום 24.12.09, וביום 28.12.09 הגישה באת-כוחו, עו"ד גבי לסקי, בקשה לשחררו ממעצר ולקיום דיון דחוף בעניינו. כאשר בית המשפט הצבאי קבע דיון ליום 29.12.09, התביעה ערערה על כך. **טיעוניה המקוממים של התביעה בערעור חושפים את הזילות בזכות האדם הפלסטיני לחירות, הטמונה בצו, ואת המדיניות הפסולה שהוא בא לשרת – מדיניות, המושתתת על חוסר הבנה מוחלט של תפקיד הביקורת השיפוטית בהליכי מעצר.**

41. מהערעור עולה בצורה מובהקת, כי בניגוד גמור לפסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה - התביעה הצבאית רואה בתקופת המעצר הראשונית עד להבאת חשוד בפני שופט, תקופה שנועדה לאפשר לרשויות לגבש תשתית לביקורת השיפוטית על המעצר, ואף רואה בביקורת השיפוטית מעין "הפרעה" לניהול חקירה מסודרת. כך, נטען בערעור כי:

"...מקום בו אדם נעצר והחקירה מצויה אך בתחילתה או בעיצומה, הרי שקביעה של דיון בבקשה לביטול פקודות המעצר הראשוניות (והמקנות סמכות מעצר לתקופה של שמונה ימים) – תאיין, למעשה, את קיומה וניהולה של החקירה. קיום דיון יגרום לפגיעה באיזון שנקבע בצו ולפגיעה ביכולת של גורמי החקירה לנהל בצורה סבירה את החקירה. אם תושב האזור החשוד בביצועה של עבירה יובא לדיון כבר במהלך תקופת המעצר הראשונית של שמונה ימים, כאשר פעולות החקירה מצויות בעיצומן – מחד תיפגע ותשובש החקירה בצורה ממשית, ומאידך קיומו של הדיון (נוכח השלב בו מצויה החקירה) לא יתרום דבר ולא יוכל להתקיים פיקוח משפטי מהותי (הדגש במקור – ל' מ'). זאת בנוסף למשמעויות הרבות (לוגיסטיות ואחרות) הכרוכות בקיומם של דיונים מסוג זה בשלב כה ראשוני של החקירה" (פיסקה 14 לערעור).

"ככלל, בית המשפט ייכנס לנעליהם של גורמי החקירה ולנעלי בעל הסמכות המנהלית להוצאת פקודת המעצר – רק לאחר התקופה הנקובה בצו, עת ניתן בחון בצורה אפקטיבית את ההצדקה להמשכו של המעצר. רק במועד זה, עם סיום תקופת המעצר הראשונית המותרת בצו – היינו שמונה ימים – ניתן יהיה לבחון בצורה עניינית ומהותית מהן פעולות החקירה שבוצעו, **מה החשד הסביר שהתגבש**, מהן פעולות החקירה הנדרשות, מהי תכנית החקירה, והאם ישנה הצדקה להמשך החזקתו של העצור במעצר... (הדגש אינו במקור – ל' מ'") (פיסקה 15 לערעור).

42. זאת ועוד. **עצם הטענה, כי יש לעכב את הביקורת השיפוטית על המעצר כדי לאפשר "התגבשות החשד הסביר", מעידה כי הצו משמש היום לביצוע מעצרים שרירותיים – מעצרים, המבוצעים בלא שמתקיים חשד סביר.** החשד הסביר, המצדיק מעצרו של אדם, אמור להתקיים בעת מעצרו; הוא אינו אמור "להתגבש" במהלך החקירה. הביקורת השיפוטית המיידית על החלטת המעצר נועדה, בין השאר כדי להבטיח, כי אדם לא ייעצר אלא לאחר שהתגבש חשד כאמור.

43. בערעור נטען עוד, כי "נקודת האיזון הובילה למסקנה, כי הכלל הוא שאדם ייעצר באמצעות הסמכות החקירתית... ותקופת מעצרו הראשונית תיקבע ע"י גורמי החקירה... ולא תעלה על שמונה ימים... משכך, בית המשפט יידון, ככלל, בשאלת מעצרו של אדם רק עם סיומה של תקופת המעצר הראשונית. ההתערבות השיפוטית בתקופת מעצר ראשונית זו, באמצעות סמכות הפיקוח המוקנית לו בצו, הינה החריג" (פיסקה 13 לערעור). **כלומר, במדיניות המשיב, המקבלת ביטוי בצו, התהפכו היוצרות: המעצר בידי הרשות המינהלית הוא הכלל, וה"התערבות" השיפוטית היא בגדר חריג.**

44. **כך אנו למדים, כי תקופת המעצר הראשונית הקבועה בצו באה לשרת מספר תכליות פסולות לחלוטין: לאפשר מעצר של אנשים בלא שיש נגדם חשד סביר; להגן על רשויות החקירה מפני "התערבות" בית המשפט בתחום לא לו; להעמיד לרשות החוקרים "זמן מינימאלי" למיצוי החקירה; למנוע את ה"הפרעה" לחקירה, הכרוכה בהבאת החשוד בפני שופט; ולמנוע את הקשיים ה"לוגיסטיים" הכרוכים בקיום ביקורת שיפוטית מיידית, ועוד.**

### **"לא יכלו להישאר במעצר"**

45. ביום 4.12.08 התקיים בחברון אירוע אליס, במהלכו – על פי כתב אישום שהוגש נגדו לבית המשפט המחוזי בירושלים - ירה מר זאב בראודה, תושב קרית ארבע, לעבר שני פלסטינים ששהו בבית סמוך ל"בית המריבה". מר בראודה הואשם בחבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. מר בראודה, עליו חל החוק הישראלי, נעצר במוצ"ש יום 6.12.08, והובא לבית משפט השלום בירושלים למחרת היום בבוקר. בית המשפט הורה על המשך מעצרו, עד שביום 10.12.09 הוגשה הצהרת תובע, ובית המשפט הורה על שחרורו של מר בראודה בתנאים. ביום 14.12.09 – לאחר שכבר הוגש כתב האישום נגדו, ונדחו עררים שהמדינה הגישה לבית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון – שותרר מר בראודה למעצר בית. בשולי הדברים יובהר, כי בסופו של דבר בוטל כתב האישום נגד מר בראודה, בשל חוסר

רצון המדינה לחשוף מידע חסוי, אשר היה בין חומר החקירה; אולם יש בהשתלשלות העניינים המתוארת כדי להדגים כיצד יודעת מערכת המשפט להגן על זכות החשוד והנאשם לחירות, ולהקפיד על סד זמנים סביר, כאשר מדובר בישראלי תושב השטחים – אף כזה, החשוד בעבירות חמורות ביותר, לרבות שימוש בנשק חס.

46. מר באסל מנצור, לעומת זאת, תושב בלעין, נעצר ביום 1.10.09 בחשד כי היה מעורב בהפרות סדר בהפגנות נגד הגדר. רק ביום 6.10.09, לאחר שעורכת דינו הגישה בקשה מיוחדת להקדים את הדיון בעניינו, הובא מר מנצור לבית המשפט הצבאי יהודה. או אז ביקשה התביעה לשחררו בתנאים, ומר מנצור שוחרר בתנאי שיפקיד 1000 ₪, ובתנאי שיצור קשר עם המזכירות כעבור חודש כדי לברר אם הוחלט להגיש נגדו כתב אישום. בשל תקופות המעצר המופרזות והמפלול, הקבועות בצו, נדרש מר מנצור לבלות ימים שלמים, מיותרים לחלוטין, מאחורי סורג ובריח.

• בקשה לשחרור ממעצר בעניינו של מר מנצור והחלטת ביהמ"ש הצבאי יהודה מיום 6.10.09 מצ"ב ומסומנים ע/3.

47. מר מוחמד עמירה, תושב נעלין, נעצר אף הוא במהלך הפגנה נגד הגדר, ביום 7.8.08. הוא נחקר בחשד לכניסה לשטח צבאי סגור ולתקיפת עובד ציבור. מעצרו הוארך תחילה בידי שוטר עד יום 11.8.08, ולאחר מכן שוב עד יום 14.8.08. רק לאחר ששהה במעצר 7 ימים תמימים, הוא הובא בפני בית המשפט הצבאי יהודה, אשר התבקש לשחררו בתנאים. לאחר שהסניגור טען, כי אחרים שנעצרו יחד עם מר עמירה – אך הובאו לבית משפט השלום בירושלים – שוחררו בהפקדה של 2500 ₪ (ולא 6000 ₪, כפי שביקש התובע), בית המשפט הורה על שחרורו בסכום כסף דומה.

48. ביחד עם מר עמירה נעצר גם מר יהונתן פולק. מר פולק – תושב ישראל – הובא בפני שופט כבר למחרת היום, בתאריך 8.8.08, ושוחרר בתנאים. דינו של מר פולק לא היה שונה, גם אילו היה הוא ישראלי תושב השטחים.

- פקודת המעצר מיום 7.8.08, פקודת הארכת המעצר מיום 10.8.08 והחלטת ביהמ"ש הצבאי יהודה מיום 14.8.08 בעניינו של מר עמירה מצ"ב ומסומנים ע/4.
- פרוטוקול הדיון והחלטת בימ"ש השלום בירושלים בעניינו של מר פולק מיום 8.8.08 מצ"ב ומסומנים ע/5.

49. במקרה אחר, ביום 1.5.09, נעצרו מר מוצטפא פואע'רה, מר מחמד ברג'ייה, מר חסן ברג'ייה, מר מחמוד סלימאן ומר עזמי שיוחי, שנכחו יחד עם פעילי שלום ישראלים ובינלאומיים בהפגנה בכניסה לכפר אום סלמונה. רק ביום 4.5.09, בעקבות בקשה מיוחדת שהוגשה בידי עורכת דינם, הובאו העצורים לדיון בבית המשפט. פעילי ישראלי ופעיל בריטי, שנעצרו יחד איתם, שוחררו כבר ביום 1.5.09, לאחר שבבית משפט השלום בירושלים לא היה שופט תורן,

שיכול היה לדון בעניינם. כפי שהטיב להגדיר זאת התובע הצבאי, כשנשאל באיזה תנאים שוחררו השניים: "בתנאים כלשהם, הם לא יכלו להישאר במעצר". הישראלי והבריטי – בני אדם נושאי זכויות יסוד – "לא יכלו להישאר במעצר"; הפלסטינים יכלו גם יכלו.

- פרוטוקול הדיון והחלטת ביהמ"ש הצבאי יהודה מיום 4.5.09 מצ"ב ומסומן ע/6.

## מיצוי הליכים

50. כבר ביום 6.5.07 פנתה העותרת 1 לפצ"ר בבקשה להורות על שינוי תקופות המעצר הנהוגות בחקיקת הביטחון בגדה, הן במעצר ימים והן במעצר עד תום ההליכים.

- העתק מכתב העותרת מיום 6.5.07 מצ"ב ומסומן ע/7.

51. במכתב מיום 29.5.07 השיב סגן יועמ"ש איו"ש, כי עוד טרם פניית העותרת החל הצבא בעריכת עבודת מטה לבחינת הנושא; וכי עם סיום עבודת המטה יעדכנו בתוצאותיה. בתשובה נאמר, כי:

"מטרת עבודת המטה היא בחינת האפשרות לקצר את תקופות המעצר המנויות בתחיקת הביטחון באיו"ש ו/או להגבילן בהוראות נוספות, וזאת מתוך מגמה לצמצום הפגיעה בזכויות העצורים, ככל שהדבר ניתן... עם זאת, כבר כעת נציין, כי איננו סבורים שניתן להשוות השוואה "עיוורת" בין עצור באיזור לבין עצור בישראל, כמוצע במכתבך שבסמך, וזאת הן בשל התשתית המשפטית והחוקתית השונה והן בשל השוני בנסיבות הבטחוניות ובאילוצים שבחיי המעשה, עימן מתמודדות רשויות אכיפת החוק באזור. עם זאת, עמדתנו העקרונית הינה, כי גם בתנאים הקשים השוררים באיזור, יש לעשות מאמץ לצמצומה של כל פגיעה העולה על הנדרש בזכויות העצורים באיו"ש."

- העתק תשובת סגן יועמ"ש איו"ש מיום 29.5.07 מצ"ב ומסומן ע/8.

52. משלא התבשרה העותרת על כל שינוי בחקיקת הביטחון, חזרה ושלחה תזכורות נוספות ביום 2.1.08, ביום 3.7.08, וביום 17.11.08. ביום 21.7.08 נענתה העותרת, כי "בנושא שבנדון התקיימה עבודת מטה, אשר תוצריה נבחנים כעת מול משרד המשפטים, במטרה להביא להשלמתה בהקדם"; וביום 23.11.08 נענתה, כי "מאז מכתבנו האחרון שבסמך, נערכו מספר ישיבות במשרד המשפטים בנושא שבנדון. סיכום עבודת מטה בין-משרדית זו, עתיד להיות מופץ כהצעת חקיקה להתייחסות פנימית של הגורמים הרלוונטיים, במהלך השבועות הקרובים, זאת במגמה להבשילו לתיקון חקיקה מחייב... מטבע הדברים, הליך חקיקה, וקל וחומר, הליך חקיקה העוסק בדיני מעצרים, אורך פרק זמן לא מבוטל. נוסף כמובן ונעדכנכם, עם השלמת ההליך."

- העתק מכתבי העותרת מיום 2.1.08, 3.7.08, 17.11.08 מצ"ב ומסומן ע/9.

- העתק מכתבי התשובה מיום 21.7.08, 23.11.08 מצ"ב ומסומן ע/10

53. מאז, חלפה למעלה משנה, ולא בוצע כל תיקון בעניין זה בחקיקה הצבאית בשטחים.

### הטיעון המשפטי

54. תקופות המעצר, הקבועות כמפורט לעיל בחקיקת הביטחון בשטחים, פוגעות באופן קשה וחמור בזכויות יסוד מוגנות של תושבי השטחים הפלסטינים, ועל כן דינן להיפסל. הן נוגדות הן את עקרונות המשפט הבינלאומי, ההסכמי והמינהגי, החלים באזור – לרבות המשפט ההומאניטרי ומשפט זכויות האדם – והן את עקרונות המשפט הציבורי הישראלי: הן פוגעות באופן בלתי סביר בעליל בזכות לחירות ובזכות להיות חופשי ממעצר שרירותי; בזכות להליך ולמשפט הוגן; בזכות לאמצעי פיקוח הולמים להבטיח חקירה הוגנת ולמנוע עינויים, שיטות חקירה פסולות, ויחס בלתי ראוי מצד רשויות החקירה; ובזכות לכבוד ולשוויון. העדר כל הבחנה בצו בין בגירים לקטינים בהקשר זה אף פוגעת בזכות הקטינים להתחשבות בצרכיהם המיוחדים, ובחובת המדינה להתחשב כדבעי ב"טובת הילד" בכל הליך, הנוגע לילדים.

### אפליה פסולה על בסיס לאום

55. כמפורט בהרחבה לעיל, תקופות המעצר הקבועות בחקיקת הביטחון בגדה המערבית ארוכות הרבה יותר מאלה הקבועות בחוק המעצרים והחלות על ישראלים תושבי השטחים. בפועל, כתוצאה מפער בלתי נסבל זה, פלסטינים תושבי השטח הכבוש חשופים לפגיעה קשה וחמורה בזכויותיהם היסודיות, בשל השתייכותם הלאומית.

56. אפליה זו על רקע לאום פוגעת באופן קשה וחמור בזכותם של התושבים הפלסטינים לשוויון בפני החוק, וכן בזכותם לכבוד.

57. משהחליטה המדינה ליישב את אזרחיה בשטח הכבוש – מהלך המנוגד עצמו להוראות המשפט הבינלאומי ההומאניטרי (ראו סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית) – אין לסבול מצב בו הזכויות הדיוניות הבסיסיות, המוענקות לשתי אוכלוסיות אלה, שונות באופן שרירותי, והתושבים המוגנים הפלסטינים מופלים לרעה.

58. עצם העובדה, כי ישראל לוקחת על עצמה לעמוד בסד זמנים קצר ומידתי יותר ביחס לאזרחים ישראלים, המתגוררים באותו אזור ממש – וזאת אף כאשר הם נחשדים בעבירות ביטחוניות קשות – מעידה כי היחס השונה לפלסטינים בחקיקה הצבאית בהקשר זה מבטא זילות מפלה בחשיבות זכותם לחירות.

59. אפליה זו סותרת באופן מובהק הן את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי, החל על רשויות המדינה בכל מקום בו הן פועלות, הן את דיני התפיסה הלוחמתית, והן את משפט

60. אמנת ג'נבה הרביעית קובעת את חובתו של המפקד הצבאי לנהוג באוכלוסייה האזרחית ללא כל אפליה. על פי סעיף 3 לאמנה :

"בני אדם, שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, לרבות חיילים שהניחו את נשקם, וחיילים שהוצאו מן המערכה עקב חולי, פצעים, מעצר או כל סיבה אחרת, יהיו נוהגים בהם תמיד מנהג אנושי, ללא כל הפליה לרעה מטעמי גזע, צבע, דת או אמונה, מין יוחסין, מצב חומרי או מכל טעם אחר כיוצא בזה."

וראו גם סעיף 27(3) לאמנה.

61. אמנות זכויות האדם, עליהם חתומה מדינת ישראל, מעגנות אף הן את עקרון איסור האפליה. סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (אושרה על ידי ישראל ב-1991 ונכנסה לתוקף לגביה בשנת 1992) מבהיר כי :

"All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

62. סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (אושרה ב-1979) מגדיר "אפליה גזעית" כך :

"In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life."

63. סעיף 3 לאמנה קובע :

"States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction"

64. סעיף 5 לאמנה מבהיר את חובת המדינה להבטיח שוויון בפני החוק ולמנוע אפליה במימוש

זכויות יסוד אחרות, לרבות הזכות ליחס שוויוני בערכאות שיפוטיות; הזכות לשלמות הגוף; וזכויות אזרחיות אחרות.

כן ראו סעיפים 1, 2 ו-7 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם.

65. איסור האפליה, המעוגן בסעיפים אלה של המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם משקף נורמה בסיסית של המשפט הבינלאומי המינהגי, אשר אף אינו כפוף לעקרון המידתיות.

66. למותר לציין כי הזכות לשוויון מהווה גם עקרון-על יסודי במשפט הציבורי הישראלי. בית משפט נכבד זה עמד על חשיבותה ומעמדה של הזכות לשוויון בשורה ארוכה של פסקי דין. וכך הודגש באחת הפרשות:

"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) (להלן, "פרשת קעדאן").

67. יפים לענייננו דבריו של הנשיא (דאז) ברק:

"השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכול מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום. איסור זה מופיע בהצהרות ובאמנות בין-לאומיות (כגון: ההצהרה האוניברסאלית על זכויות האדם מ-1948, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 והאמנה האירופית בדבר זכויות האדם). הוא מקובל במרבית החוקות המודרניות. ביטוי לכך ניתן בהכרזת העצמאות שלנו, אשר קבעה כי מדינת ישראל '... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...'. בית משפט זה הוסיף וקבע – מפי השופט שמגר – כי 'הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי...לאום...דת... הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו והמהווה חלק בלתי נפרד מהן' (בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806) ("פרשת קעדאן", 275).

68. למותר להדגיש בהקשר זה, כי הקובע בענייני אפליה הוא התוצאה המפלה, ולא דווקא המניע. גם אם תטען המדינה, כי הסדרי המעצר השונים, החלים על פלסטינים וישראלים החיים בשטחים, לא נועדו להפלות את הפלסטינים על רקע לאום, הרי:

"התוצאה (ה"אפקטי") של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום היא מפלה, גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות. קיומה של הפליה נקבע, בין השאר, על פי האפקט של ההחלטה או של המדיניות ואפקט זה, בענייננו, הוא מפלה" (פרשת קעדאן, סעיף 30 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק).

69. אכן, "הפליה היא פסולה גם כשאינו 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"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988)).

70. הקביעה האפרירית, כי פלסטינים תושבי השטחים ראוים לתקופות מעצר ארוכות יותר מאשר ישראלים המצויים באזור, היא קביעה הפוגעת באופן עמוק לא רק בזכותם לשוויון, אלא אף בזכותם לכבוד. **טמונה בה הנחת יסוד פסולה, כי הם ראוים פחות מאנשים אחרים לשמירה קפדנית על זכותם להיות חופשיים ממעצר שרירותי ועל זכויותיהם הדיוניות בהליך הפלילי.**

71. די בטענה זו על מנת להגיע למסקנה, כי המצב הנוכחי נגוע באי-חוקיות בוטה ודינו להיפסל.

### מעצר שרירותי ופגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות

72. על מעמדה המיוחד של הזכות לחירות אישית, המעוגנת אף בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין צורך להרבות מילים. הזכות לחירות היא "זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999), להלן, "פרשת צמח"). היא "היתה מאז ומתמיד עקרון על במדינת ישראל" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, 628 (1995), להלן, "פרשת גנימאת"), והיא מהווה אחת מזכויות האדם החשובות ביותר (בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (1) 677, 694 (1992)).

73. הזכות להיות חופשי ממעצר שרירותי, כביטוי לזכות לחירות, מעוגנת בכל האמנות וההצהרות הבינלאומיות המרכזיות בדבר זכויות האדם, ומוכרת כעקרון יסוד של המשפט הבינלאומי המנהגי (ראו: סעיף 9 להצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם משנת 1948; סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 5 לאמנה האירופאית בדבר ההגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד משנת 1950; סעיף 25 להצהרה האמריקאית בדבר זכויותיו וחובותיו של האדם משנת 1948; וסעיף 7 לאמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם משנת 1978). היא אף מהווה עקרון יסוד של המשפט ההומאניטרי, ומוכרת כזכות יסוד מוחלטת ממנה לא ניתן לגרוע אף בשעת חירום (ראו הערה כללית 12 של ועדת זכויות האדם של האו"ם).

74. החזקת אדם במעצר למשך 8 ימים תמימים עד להבאתו בפני שופט חושפת אותו מיני וביה למעצר שרירותי, ומהווה כשלעצמה פגיעה בזכות לחירות, שאינה מידתית ושאינה משרתת תכלית ראויה. גם תקופות המעצר הנוספות, הקבועות בחקיקת הביטחון, פוגעות מעבר לנדרש בזכות התושבים הפלסטינים לחירות, ובזכותם היסודית כי כל פגיעה בחירותם תיעשה בהליך הוגן.

75. אף בשל כך - וללא קשר לטענת האפליה - נוגדות תקופות המעצר, הקבועות בצו, את עקרונות המשפט הבינלאומי, החלים באזור, ואת עקרונות המשפט הציבורי, החלים על כל

פעולה של הרשויות הישראליות.

76. סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע בהקשר זה, כי :

"(1) לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהיה אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תישלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק.  
[...]  
(3) אדם שנעצר או נאסר בשל האשמה בעבירה פלילית יובא מיד בפני שופט, או בפני נושא משרה אחר שהוסמך כחוק להפעיל סמכות שיפוטית, ויש לשופטו תוך פרק זמן סביר או לשחררו..."

זכות זו להיות מובא מיד בפני גורם שיפוטי בהליך הפלילי משמשת ערובה חיונית להגנה מפני מעצר שרירותי, וככזאת מבטאת עקרון כללי של המשפט הבינלאומי המינהגי (בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז(2) 349, 369 (2003), להלן, "פרשת מרעב"); Nigel S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law* (Oxford, 1999), 340.

77. ביקורת שיפוטית מיידית ותכופה על מעצרו של חשוד היא תנאי הכרחי לסבירותו ולמידתיותו. בלעדיה לא ניתן להבטיח, כי הפגיעה בחירות אכן משרתת תכלית ראויה, ואינה עולה על הנדרש. "המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות" (פרשת מרעב, 368); היא "מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר" (פרשת מרעב, 368; פרשת צמח; בג"צ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 350 (1998)). מעצר ממושך ללא ביקורת שיפוטית איננו מידתי.

78. אכן, "הביקורת הרציפה על הליך המעצר לצורך חקירה חשובה לשמירת זכויות האדם, לפחות כפי שהחקירה הרציפה חשובה לצורך הגשמת מטרות החקירה.... חקירה אפקטיבית, הנעשית בתנאים של מעצר, חייבת להיות משולבת בפקוח שיפוטי בעל משמעות. קיום הליך משפטי נאות הוא יסוד חיוני להבטחת מידתיותו חוקתיותו של מעצר לצורך חקירה. מבחינה עקרונית, אין לראות בהופעתו של החשוד לפני שופט כמכשול, אלא תנאי יסודי למעצר אפקטיבי וחוקתי לצורכי חקירה." (בש"פ 8823/07 פלוגי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 11.2.10, פסקאות 31-32 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין).

79. ואכן, כפי שעולה באופן מובהק מטיעוני התביעה הצבאית שהובאו לעיל, החשש כי התקופה הראשונית הקבועה בצו תשמש למעצרי שווא, אינו חשש בעלמא; מדיניות התביעה, כך מסתבר, היא כי שמונת הימים עד לביקורת השיפוטית הראשונה דרושים כדי לאפשר "התגבשות החשד הסביר" – אותו חשד סביר, אשר התקיימותו אמורה להוות תנאי מוקדם לביצוע המעצר מלכתחילה. מעצר, המתקיים ללא חשד סביר, הוא מעצר שרירותי, פשוטו כמשמעו, ותקופת המעצר הראשונית הפסולה, הקבועה בצו, היא המאפשרת אותו.

80. זאת ועוד. מדיניות המעצרים, הגלומה בצו, מתעלמת מפסיקתו החד משמעית של בית משפט נכבד זה, לעניין חשיבות הביקורת השיפוטית לעצם השתכללות מעצרו של אדם:

"...תפיסת יסוד זו אינה מבוססת על ההנחה כי לרשות החוקרים יש להעמיד זמן מינימלי להשלמת החקירה, ורק בסיומו של זמן זה יש מקום למעורבות שיפוטית. תפיסת היסוד המקובלת הינה כי המעורבות השיפוטית היא חלק אינטגרלי של תהליך המעצר. אין זו ביקורת שיפוטית "חיזונית" למעצר. זהו חלק בלתי נפרד מהשתכללות המעצר עצמו. ביסוד תפיסה זו מונחת תפיסה חוקתית הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט. על-כן אין נדרש שהעצור "יערער" על מעצרו בפני שופט. הפנייה לשופט היא מרכיב "פנימי" של תהליך המעצר. השופט אינו שואל עצמו אם שוטר סביר היה רשאי לבצע המעצר. השופט שואל את עצמו אם לדעתו קיים חומר חקירה מספיק להמשך המעצר. אכן, מרכז הכובד של דיני המעצר לצורכי חקירה הוא בהכרעה השיפוטית..." (פרשת מרעב, 73).

בניגוד גמור לטיעוני התביעה הצבאית בערעור הנ"ל, הביקורת השיפוטית המיידית על המעצר נועדה להבטיח מלכתחילה את ההצדקה להמשך שלילת חירותו של אדם; אין כל מקום לעכבה כדי לאפשר לרשויות להתקדם בחקירה.

81. עצם העובדה, כי ביחס לישראלים, המצויים בשטח הכבוש, מסתפקות הרשויות בתקופות מעצר הקצרות בהרבה, הקבועות בדין הישראלי, מעידה כשלעצמה על חוסר מידתיות התקופות, שנקבעו ביחס לפלסטינים. כפי שאין כל הצדקה להשהות את הביקורת השיפוטית הראשונית על מעצרו של ישראלי, החשוד בעבירה פלילית, מעבר ל-24 שעות (או 48 שעות במקרים חריגים ביותר); וכפי שהחוק הישראלי אינו מאפשר מעצרו של אדם, אף כזה החשוד בעבירת ביטחון, לתקופה העולה על 96 שעות במקרים הקיצוניים ביותר (הסדר, אשר על פי עמדת העותרים, חורג אף הוא מהרף החוקתי המותר), אין כל הצדקה לקביעת תקופות מעצר ארוכות יותר במקרה של פלסטינים. כפי שביחס לישראלים, המצויים בשטח הכבוש, קובע החוק את הכלל, כי אין להחזיק אדם במעצר מעבר ל-9 חודשים, אין כל הצדקה לאפשר לפלסטינים – הנהנים אף הם מחזקת החפות - להינמק במעצר בעוד משפטיהם מתנהלים לאיטם. **אותו יחס של כבוד לזכות העילאית לחירות, המחייב הגבלת תקופות המעצר של ישראלים בשטחים למינימום ההכרחי הנדרש, והמחייב את הרשויות לנקוט את הצעדים הדרושים כדי להיערך בהתאם, מחייב זאת גם ביחס לפלסטינים.**

#### פגיעה בזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף – חשש לעינויים

82. לביקורת השיפוטית על המעצר תפקיד חיוני, לא רק בהגנה על זכות האדם לחירות מפני פגיעה שרירותית או בלתי מידתית בה, אלא גם **בפיקוח על אופן ניהול החקירה**. עצם החובה להביא עצור בפני שופט בתוך 24 שעות משמשת ערובה חשובה מפני הפעלת אמצעי לחץ פסולים בחקירה, ומפני השימוש במעצר עצמו כדי ליצור אצל החשוד את התחושה, כי הוא מנותק לחלוטין מהעולם החיצון ונתון לחסדי חוקריו.

83. זכות האדם להיות חופשי מעינויים ומטיפול בלתי הולם, וחובת המדינה לנהוג בעצורים באנושיות, מבטאות עקרונות יסוד בסיסיים ומוחלטים של המשפט הבינלאומי המינהגי (ראו: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; סעיפים 7 ו-10) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיפים 5 ו-27 לאמנת ג'נבה הרביעית). האיסור על עינויים ואמצעי חקירה פסולים מהווה גם עקרון יסוד של המשפט הציבורי הישראלי (בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (4.5.06, להלן, "פרשת יששכרוב").
84. קיום חקירה הרחק מעינו המפקחת של בית המשפט יוצר, מיני וביה, סכנה קשה לשימוש באמצעי חקירה פסולים, הפוגעים בכבוד העצור ואף בשלמות גופו, ועל כן מהווה הפרה של חובת המדינה למנוע עינויים וטיפול בלתי אנושי באסירים. על חובת המדינה לנקוט אמצעים שיפוטיים ראויים למניעת עינויים, ועל חובתה להבטיח כי הכללים המסדירים מעצר וחקירה יוכלו להבטיח טיפול אנושי בכלואים, ראו סעיפים 2(א), 11, ו-16(1) לאמנה נגד עינויים.
85. העדר פיקוח שיפוטי זה מקבל משמעות חמורה אף יותר באותם המקרים, בהם נאסר על התושב הפלסטיני להיפגש עם עורך דין, והוא מנותק לחלוטין מהעולם החיצון. במקרים אלה משמעות תקופות המעצר הארוכות, הן עד לקיום הביקורת השיפוטית הראשונית והן בין כל הליך הארכת מעצר, היא כי החקירה מתנהלת ללא כל פיקוח חיצוני שהוא.
86. האיסור על החזקת עצורים כשהם מנותקים מהעולם החיצון – מעצר "אינקומוניקאדו" – הוא איסור מוחלט במשפט הבינלאומי. הוא מהווה הפרה של זכות העצור ל"ערובות מינימאליות" למניעת טיפול בלתי הולם – "basic safeguards against abuse" – זכות מוחלטת, החלה בכל מצב שהוא. (ראו: *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, 5/1992/350/423-424, Council of Europe: European Court of Human Rights, 22 April 1993, paragraph 61-64 available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f94.html>; כן ראו נייגיל רודלי (לעיל, פסקה 76, עמ' 344)).
87. אכן, כפי שבית משפט נכבד זה הבהיר בבש"פ 1144/06 זיאד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.2.06), לביקורת השיפוטית המיידית על מעצרו של חשוד תפקיד מכריע במניעת ניתוק מסוכן מסוג זה:

"...יש לזכור כי לחשוד המצוי בחקירה אין ככלל זכות לפגוש קרובי משפחה או אנשים אחרים מן החוץ, למעט באישור הממונה על החקירה (תקנה 12(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), תשנ"ז - 1997), וכמובן למעט עורך דינו, ובמקרה של החלטה על מניעת מפגש עם עורך הדין, אין לו כל קשר עם העולם החיצון. **בנסיבות אלה מקבלת חובתו הכללית של בית המשפט להבטיח את זכויות החשוד, שבשלה נדרשת הבאתו לפני שופט תוך 24 שעות** (סעיף 29(א) לחוק המעצרים), **משנה חשיבות**". (פסקה ט' להחלטה; ההדגשה אינה במקור).

88. אין צריך לומר, כי החשש מפני טיפול בלתי הולם גובר **דווקא** בהקשר של תפיסה לוחמתית, כאשר החיילים העוצרים רואים בעצורים משום אויב. דווקא בנסיבות אלה קיימת חשיבות מיוחדת בהקפדה יתרה על מנגנוני ביקורת ראויים.

89. זאת ועוד. עצם ידיעתו של עצור, כי הוא יובא בפני שופט בהקדם, יש בה כדי לצמצם את החשש, שמא המעצר עצמו, ותחושת הנתק וחוסר האונים שהוא מביא עמו, יביאו אותו להודות במעשים שלא ביצע. במובן זה מהווה הביקורת השיפוטית ערובה חשובה מפני הפיכת המעצר עצמו לכלי לחץ, ואמצעי חשוב להגנה על זכות השתיקה ועל כבודו של העצור כאדם בעל זכויות.

90. טענת התביעה הצבאית, המובאת לעיל, לפיה ביקורת שיפוטית מהירה על מעצרים של פלסטינים "תאיין, למעשה, את קיומה וניהולה של החקירה", תפגע "ביכולת של גורמי החקירה לנהל בצורה סבירה את החקירה", ואף תשבש את החקירה "בצורה ממשית" (ראו לעיל, פסקה 39), מאוששת את החשש, שמא תקופת המעצר הראשונית הקבועה בצו פועלת להפיכת המעצר עצמו לכלי לחץ. ביקורת שיפוטית אינה יכולה להוות "הפרעה" לחקירה הוגנת וראויה; והניסיון למנוע את ה"הפרעה" הכרוכה במעורבות השיפוטית הוא בגדר תכלית פסולה.

91. ואכן, כפי שעולה משני דו"חות שפורסמו בידי ארגוני זכויות אדם בשנת 2007, החשש מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים נגד פלסטינים אינו חשש בעלמא (ראו: "בתכלית האיסור: עינוי עצורים פלסטינים והתעללות בהם על ידי כוחות הביטחון של ישראל" (בצלם, המוקדם להגנת הפרט); ו"פצצות מתקתקות: עדויות של קורבנות עינויים בישראל" (הוועד הציבורי נגד עינויים):

[http://www.btselem.org/Download/200705\\_Utterly\\_Forbidden\\_heb.pdf](http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_heb.pdf)

<http://www.stoptorture.org.il/heb/images/uploaded/publications/139.doc>

אמנם, כמובהר בדו"חות עצמם, אין הם מבוססים על מדגם סטטיסטי מייצג; אולם, הם מתארים מקרים רבים מאד, בהם עצורים העידו על שימוש באמצעי חקירה פסולים וקשים נגדם, הכרוכים באלימות פיזית, איומים ולחץ נפשי, והמגיעים לכדי עינויים על פי הגדרתם במשפט הבינלאומי. עוד ראו בהקשר זה שני דו"חות נוספים של הוועד הציבורי נגד עינויים: "טיפול משפחתי: שימוש בבני משפחה כאמצעי לחץ על נחקרים בחקירות השב"כ (דו"ח ממרס 2008, <http://www.stoptorture.org.il/files/tipul%20mishpahti.pdf>); ו"כבילה כהתעללות וכעינוי"

(דו"ח מיוני 2009, [http://www.stoptorture.org.il/files/Report\\_WEB\\_HEB.pdf](http://www.stoptorture.org.il/files/Report_WEB_HEB.pdf)).

### פגיעה בהוגנות המשפט הפלילי

92. השהיית הביקורת השיפוטית הראשונית על מעצרו של אדם, והארכת מעצר לתקופות ארוכות

מדי בין דיון לדיון, אינה פוגעת רק בזכותו להיות חופשי ממעצר שרירותי ומאמצעי חקירה, הפוגעים בזכותו לכבוד. היא אף פוגעת בזכותו להליך פלילי הוגן.

93. חקירה, המתנהלת ללא פיקוח שיפוטי נאות וללא הקפדה יתירה על זכויות החשוד, היא חקירה, אשר עלולה להצמיח ממצאים בלתי אמינים ולהביא אדם להודות במעשים, שלא ביצע (ראו: פרשת יששכרוב, פסקאות 14 ו-32 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ע"פ 270/65 קייסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 561, 565 (1965); ע"פ 242/63 קרייתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1964)).

94. הזכות למשפט הוגן מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי ובמשפט ההומאניטרי (ראו סעיפים 71-73 לאמנת ג'נבה הרביעית; וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה, המוכר כמבטא עקרונות של המשפט הבינלאומי המינהגי; כן ראו סעיף 14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות). סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית (העוסק ב-"derogations") קובע באופן חד משמעי, כי גם כאשר מדינה מחליטה לגרוע מזכויותיו של אזרח מוגן בהתאם לאמור בסעיף, עליה לשמור בכל מקרה על הזכות למשפט הוגן:

"In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity, and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention..."

95. כאשר אדם נחקר בתנאים בלתי הוגנים, ללא פיקוח מהיר ותכוף של בית המשפט, לא ניתן להבטיח את זכותו למשפט הוגן.

96. החשיבות העליונה של העיקרון, כי יש להגן על החשוד מפני ניהול חקירה בלתי הוגנת, קיבלה ביטוי מובהק בפרשת יששכרוב. שם בית משפט נכבד זה קבע, שכה חשובות הן זכויות החשוד לכבוד, לחירות ולשלמות הגוף, וכה חשוב הוא הצורך לשמור על זכות הנחקר לאוטונומיה של הרצון החופשי, עד אשר יש להכיר בכלל פסלות הלכתי ולאמץ פרשנות רחבה של סעיף 12 לפקודת הראיות.

97. אותה המערכת המשפטית, אשר הניבה את הלכת יששכרוב, כביטוי לעוצמת זכות האדם שלא להיחשף לחקירה בלתי הוגנת או לאמצעי חקירה פסולים; וכביטוי לעוצמת זכותו של אדם שלא להפוך "כלי שרת" בידי רשויות החקירה, אינה יכולה לחיות בשלום עם הכפפתה של אוכלוסיה שלמה למדיניות מעצרים מהסוג, הקבוע בצו. היא אינה יכולה לקבל שיטה, אשר קובעת מראש מנגנונים, שמאיינים את הרצון האוטונומי של החשוד וחושפים אותו, מיני וביה, לתנאי חקירה בלתי הוגנים.

98. כפי שישראלים תושבי השטחים זכאים להגנה הקפדנית על הזכות למשפט הוגן, הגלומה בהלכת יששכרוב, כך זכאים הפלסטינים תושבי השטחים להליכי מעצר, המבטיחים חקירה

### העדר חובה להתחיל משפט בתוך 30 ימים ולשחרר נאשם לאחר 9 חודשים

99. העדר מגבלות נאותות בחקיקת הביטחון על משך הזמן שניתן להחזיק אדם במעצר עד תום ההליכים, והעדר חובה להתחיל משפטו של אדם, המוחזק במעצר, בתוך 30 ימים, מביאים אף הם לפגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד של האדם, ובראשם הזכות לחירות. הם פוגעים בעקרון חזקת החפות, בזכותו של אדם שלא להישאר במעצר תקופה ממושכת לפני שהורשע בדינו, ובזכותו להישפט בתוך זמן סביר.
100. הזכות להישפט בתוך זמן סביר – זכות המעוגנת אף היא במשפט הבינלאומי (ראו סעיף 14(3)(ג) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 71 לאמנת ג'נבה הרביעית) מקבלת משנה חשיבות כאשר אדם מוחזק במעצר עד תום ההליכים. או אז החשש מפני התארכות המשפט והעדר ביקורת נאותה על משך מעצרו עלולים להביא אדם להודות במיוחס לו, רק כדי למנוע שהות מיותרת בכלא.
101. הנתונים שהובאו לעיל, בחלק העובדתי של העתירה, מראים כיצד ההסדר הקבוע בצו מביא להחזקתם של עצורים רבים במעצר ממושך עד לסיום משפטם. אולם, חשוב להדגיש בהקשר זה, **כי גם אם אדם אחד בלבד הוחזק במעצר ממושך מדי, בשל העדר החובה לסיים משפטי עצורים בתוך 9 חודשים ולקבל אישור מיוחד מערכאה גבוהה במקרים החריגים, די בכך כדי לחייב את פסילת ההסדר.** אותה הרגישות לחשיבות הזכות לחירות, המופגנת ביחס לישראלים תושבי השטחים, צריכה לאפיין את מערכת המשפט הצבאית, הדנה בעניינם של פלסטינים.

### העדר הבחנה בין קטינים ובגירים והעדר התחשבות בעקרון טובת הילד

102. על פי המשפט הבינלאומי, עיקרון טובת הילד הינו עיקרון מנחה בפעולות או בהחלטות הנוגעות לקטינים. סעיף 3(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד קובע, כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".
103. מעיקרון טובת הילד נובע כי יש להבטיח את טובתם של קטינים בהליך הפלילי, תוך הבטחת זכויותיהם האזרחיות והייחודיות, במידת האפשר, ובאופן המתחשב בגיל הקטין ובחיוניות שילובו מחדש בחברה. כך, למשל, נקבע באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד כי מעצרו של קטין ישמש רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר (סעיף 37(ב) לאמנה), עיקרון שאף אומץ בחוק הנוער. (וראו גם דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת רוטלוי, ועדת משנה: הקטין בהליך הפלילי (משרד המשפטים), עמ' 93-89).

104. ביטוי נוסף להכרה בעיקרון טובת הילד מצוי בסעיף 14 (ד) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המורה על התאמת סדרי הדין בבית המשפט לגילם של קטינים: "במקרה של צעירים, יהיו סדרי הדין באופן אשר יביא בחשבון את גילם ואת רציות שיקומם".

105. אף על פי סעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית, העוסק בטיפול בעצורים פליליים בשטח כבוש, ישנה התייחסות מיוחדת לעצורים קטינים:

"Proper regard shall be paid to the special treatment due to minors."

106. העדר הבחנה בין קטינים לבגירים בחקיקת הביטחון לעניין תקופות המעצר, והעדר התחשבות מספקת בעקרון טובת הילד בעת מעצרו של קטינים, מביאים לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הילד כפי שאלו מעוגנות במשפט הבינלאומי, ואף זכות להכרה בדין הישראלי.

107. זכותם של קטינים פלסטינים, תושבי השטחים, להתייחסות רגישה ומתחשבת בגילם הצעיר, אינה נופלת במאומה מזכותם של קטינים ישראלים, תושבי האזור. ההשלכות ההרסניות, שעולות להיות למעצר עבור קטינים, בגינן נקבעו תקופות מיוחדות במשפט הישראלי, רלוונטיות לא פחות לקטינים פלסטינים. הנחת היסוד, כי קטינים פלסטינים ראויים להגנה פחותה מקטינים ישראלים, החיים אף הם בשטחים, היא הנחת יסוד פסולה מאין כמותה.

108. בשולי הדברים יובהר בהקשר זה, כי זווקא בהקשר של תפיסה לוחמתית – כאשר הקטינים הפלסטינים נעצרים בידי חיילים, הרואים בהם אויב, קיימת חשיבות מיוחדת להקפדה על תקופות מעצר נאותות, ועל ביקורת שיפוטית מיידית ותכופה.

#### שיקולים לוגיסטיים והעדר תכלית ראויה

109. בהקשר זה יובהר עוד, כי כאשר בזכות האדם לחירות ובזכויות האדם לשוויון ולכבוד עסקינן, אין בשיקולים לוגיסטיים או בקשיים מינהלים גרידא כדי להצדיק פגיעה בהן. לבית משפט נכבד זה מסורת ארוכה ומפוארת של עמידה על עקרון חשוב זה. בפרשת צמח הדגיש השופט זמיר כי:

"ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם." (פרשת צמח, עמ' 281).

וכדברי השופט מצא באחת הפרשות:

"...על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד - וכזה הוא המקרה שלפנינו - משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: 'הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על



זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528). (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995); וראו דברי השופט דורנר בעמוד 144 לפסק הדין).

110. בפרשת מרעב – אשר עסקה אף היא בסוגיית הביקורת השיפוטית על מעצרו של אדם – הדגיש הנשיא (דאז) ברק, כי שיקולים לוגיסטיים, כגון מחסור בשופטים או בחוקרים, אינם יכולים להצדיק הארכת התקופה עד להבאת עצור בפני שופט (פרשת מרעב, עמ' 376 ו-384; כן ראו בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 820 (1988)).
111. על כן, אף הטענה – העולה מטעונו התביעה הצבאית המובאים לעיל – בדבר הקשיים ה"לוגיסטיים" המחייבים כביכול הארכת תקופות המעצר – דינה להיפסל. ככל שהעמידה בסד זמנים סביר, שיש בו כדי לספק הגנה נאותה על זכויות היסוד של החשוד והנאשם, כרוכה בהשקעה של משאבים וכסף, על המשיב לעשות כן.
112. עינינו הרואות, כי אין בנמצא כל תכלית ראויה, אשר יכולה להצדיק את תקופות המעצר המופרזות, הקבועות בצו. מהטעמים, המפורטים לעיל, תקופות אלה אף אינן עומדות בעקרון המידתיות.
113. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו למוחלט.

---

לילה מרגלית, עו"ד  
ב"כ העותרים

היום, 25 במאי, 2010