

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 3368/10
בג"צ 4057/10

משרד האסירים הפלסטיני ואח'
ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן

העותרים בבג"צ 3368/10

- נגד -

שר הביטחון ואח'
ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה

המשיבים בבג"צ 3368/10

האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'
ע"י ב"כ עו"ד לילה מרגלית ואח'

העותרים בבג"צ 4570/10

- נגד -

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה

המשיב בבג"צ 4057/10

תגובה מטעם העותרים בבג"צ 4057/10

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.1.13, מוגשת בזאת תגובת העותרים להודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 16.12.12:

1. העותרים מברכים על הודעת המשיבים, לפיה הוחלט על קיצור משמעותי של תקופת המעצר, החלה על קטינים בגילאים 12-13, וכן על התיקונים הנוספים, עליהם הודיעו המשיבים. אין להמעיט בחשיבותם של תיקונים אלה, ובוודאי שאין להמעיט במאמצים הראויים לציון שהושקעו בכך.

2. יחד עם זאת, כפי שנראה – העתירה טרם מיצתה את עצמה, וזאת משום שגם לאחר תיקונים אלה, תקופת המעצר החלות על פלסטינים בשטחים, קטינים ובגירים כאחד, נותרו מופרזות ומפלות. הן עדיין מאפשרות מעצר ממושך לצורכי חקירה, ללא הפיקוח השיפוטי המידי הדרוש כדי להבטיח חקירה הוגנת ולמנוע מעצר שרירותי; הן עדיין מאפשרות פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות, והן עדיין פוגעות באופן עמוק בזכויות לשוויון ולכבוד. מכל הטעמים, אשר פירטו העותרים לאורך הדיונים בעתירה, תקופת המעצר המופרזות עדיין נוגדות את הדין, החל באזור, ודין להיפסל.

תקופת המעצר הראשונית עד להבאה בפני שופט

3. גם לאחר התיקונים בצו, ניתן להחזיק חשוד עד 8 ימים ללא כל ביקורת שיפוטית (96 שעות, עם אפשרות להאריך זאת ביומיים או בארבעה ימים נוספים), אם נחשד בעבירה, המסווגת כעבירת ביטחון – לרבות עבירות כגון זריקת אבנים (כולל לעבר רכוש) וארגון הפגנה ללא רשיון. תקופת מעצר ארוכה זו חלה גם על קטינים בני 16 ומעלה.
4. בעבירות שאינן עבירות ביטחון, ניתן לעכב הבאתו של חשוד בפני שופט **עד 96 שעות** – וזאת גם אם מדובר בקטין בן 14 או 15.
5. כמפורט בהרחבה בעתירה, ביקורת שיפוטית מיידי ותכופה על מעצר לצורכי חקירה היא תנאי הכרחי לסבירותו, מידתיותו וחוקיותו של המעצר. בלעדיו לא ניתן למנוע מעצר שרירותי, לא ניתן להגן על זכויות החשוד, ולא ניתן להבטיח הליך פלילי הוגן.
6. טיעוני המשיבים בדבר הצורך בתקופות מעצר ראשוניות ארוכות יותר לפלסטינים בשטחים התבססו לאורך כל הדרך על הטענה **הפסולה מיסודה**, לפיה תקופת המעצר הראשונית נועדה לאפשר "גיבוש חומר ראיות ראשוני" נגד החשוד, עליו ניתן לבסס את הבקשה להארכת מעצרו (ראו פסקה 35 לתגובת המשיבים מיום 9.1.11). כפי שהדגישו העותרים בעתירה ובהודעותיהם הקודמות, הנחה זו נוגדת באופן מובהק מושכלות יסוד במשפט הפלילי ופסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה, לפיה מעצר שאינו שרירותי אמור להתבסס מלכתחילה על חשד סביר, והביקורת השיפוטית מהווה חלק מהשתכללות חוקיות המעצר הראשוני – וזאת, בלי קשר לחומרת העבירה. בהקשר זה אף הדגישו העותרים, כי גם טיעוני המשיבים ביחס לקשיים המיוחדים, המאפיינים את החקירות בשטחים (פסקה 34 לתגובתם מיום 9.1.11) אינם ממין העניין; שכן, קשיים אלה **כלל אינם רלוונטיים** לבחינת חוקיות המעצר מלכתחילה, ועל כן אינם צריכים להשליך על אורך הזמן עד להבאת העצור בפעם הראשונה בפני שופט. **למעשה, עד היום לא הציגו המשיבים נימוק רלוונטי כלשהו, אשר יכול להצדיק את עמדתם בעניין זה, ומטעם זה בלבד מן הדין להוציא צו על תנאי בעתירה.**

תקופות המעצר החלות על קטינים

7. גם לאחר התיקון, ניתן יהיה להחזיק ילד פלסטיני בן 12 או 13 במעצר למשך **יממה שלמה** עד להבאתו בפני שופט, או למשך **יומיים** אם קיים צורך לבצע פעולת חקירה דחופה. זאת, בניגוד לילד ישראלי בן 12 או 13 שחי בשטחים, לגביו קיימת חובה להביאו בפני שופט בתוך **12 שעות** או 24 שעות במקרים המפורטים בסעיף 10 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן, "חוק הנוער"). כן גם לאחר התיקון ניתן יהיה להחזיק קטין בן 14-15 במעצר עד 96 שעות – גם בעבירות רגילות - בטרם יובא בפני שופט.
8. זאת ועוד. גם לאחר התיקון, עליו הודיעו המשיבים, אין מחילים על ילדים פלסטינים מתחת לגיל 14 את האיסור על החזקה במעצר עד תום ההליכים, החל על ילדים

ישראלים, החיים בשטחים (סעיף 10י1) לחוק הנוער). כן תמשיך לחול על קטינים פלסטינים תקופת מעצר ארוכה יותר עד תום ההליכים (שנה לעומת 6 חודשים), ותקופה זו תהיה ניתנת להארכה לפרקי זמן ארוכים יותר (3 חודשים לעומת 45 ימים בכל פעם) (סעיפים 10יב ו10יג לחוק הנוער). כלומר, עדיין מדובר **בכפליים** מתקופת המעצר עד תום ההליכים של קטינים אזרחי ישראל החיים בשטחים.

9. בנוסף, אין המשיבים מציעים לקצר את משך הזמן שניתן להאריך מעצרו של חשוד פלסטיני מתחת לגיל 14 (השוו: סעיף 10י2) לחוק הנוער) או את משך הזמן עד לשחרור באין אישום (השוו: סעיף 10יא לחוק הנוער) – והכל כמפורט בעתירה.

10. בתגובתם מציינים המשיבים, כי "בישראל תקופת המעצר עד להבאה בפני שופט של קטינים שגילם ארבע-עשרה שנים ויותר זהות לתקופות המעצר של בגירים" (סעיף 11 לתגובה). דברים אלה נכונים הם, אולם לאור תקופות המעצר הארוכות יותר באופן משמעותי, אשר ממשיכות לחול על בגירים בשטחים, אין כל מקום להשוות בין המקרים. עדיין, די יהיה בחשד לארגון הפגנה ללא היתר או לזריקת אבנים (עבירות הממשיכות להיות מוגדרות כעבירות ביטחון – על כך בהמשך), כדי לאפשר מעצרו של קטין בן 16 לתקופה של 96 שעות במקרים השגרתיים, או 6 עד 8 ימים במקרים החריגים. עדיין, ניתן יהיה להחזיק קטין בן 14 במעצר עד 48 שעות לפני הבאתו בפני שופט, ללא כל עילה מיוחדת, ועד 96 שעות אם נדרשת "פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה אלא תוך כדי מעצרו".

הגדרת עבירות הביטחון

11. למרות טענת המשיבים כי הוציאו מהתוספת "כשליש" מהעבירות שנכללו בה בעבר, המבחן לעניין זה אינו כמותי כי אם מהותי. עיון ברשימה המעודכנת של עבירות הביטחון מעלה, שהיא עדיין כוללת מגוון רחב של סעיפים, שאין בינם ובין תקופות מעצר ארוכות יותר כל קשר סביר. כך, למשל, עדיין כוללת הרשימה עבירות כגון זריקת חפצים (לרבות זריקת אבנים לעבר רכוש – עבירה לפי סעיף 212 לצו בדבר הוראות ביטחון); ארגון הפגנה ללא רשיון (עבירה לפי סעיף 10א) רישא לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת); הפרת צו שטח צבאי סגור (עבירה לפי סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון) ועוד.

12. בהודעת המשיבים מוסבר, כי רשימת עבירות הביטחון בצו מס' 1676, שעוגנה בתוספת השלישית לצו בדבר הוראות ביטחון, נקבעה מלכתחילה על מנת להגדיר את העבירות, בהן תמשיך לחול **תקופת התיישנות** ארוכה יותר בעבירות של קטינים: "תכליתה החקיקתית של התוספת השלישית היתה לקבוע רשימה של עבירות ביטחון, שתקופת ההתיישנות שלהן לגבי קטינים תוסיף לעמוד על שנתיים...". (סעיף 14(ב) להודעה). לאחר מכן, משהוחלט בעקבות עתירה זו לקבוע גם תקופות מעצר מיוחדות בעבירות ביטחון, רשימה זו **אומצה בכללותה גם לצורך זה - על אף שמדובר בתכלית שונה לגמרי. בעוד תקופת ההתיישנות אמורה לשקף שיקולים כגון חומרת העבירה, מדיניות האכיפה הראויה ועוד – אין בין שיקולים אלה ובין תקופות המעצר ולא כלום.**

13. לעמדת העותרים, הגדרת עבירות מסויימות כעבירות ביטחון, או כל הגדרה אחרת, אין בה כדי להצדיק קביעת תקופת מעצר ארוכה יותר עד להבאה בפני שופט, שכן כמפורט בעתירה, הביקורת השיפוטית מהווה חלק בלתי נפרד מהשתכללות חוקיות המעצר ומהווה אמצעי חיוני להבטחת זכויות החשוד. שיקולים הנוגעים לטיב החקירה ומורכבותה משתנים ממקרה למקרה, והמענה להם הינו בהחלטות בית המשפט לגופן של הארכות המעצר בכל תיק, ולא בקביעה אפריורית של תקופות מעצר מופרזות.

14. אולם אף לשיטת המשיבים (אשר כאמור אינה מקובלת על העותרים), **תקופת המעצר הראשונית** הארוכה יותר בעבירות ביטחון נועדה להתמודד עם שיקולים כגון דחיפות החקירה, מורכבותה, והצורך למנוע סכנה קשה ומוחשית. תמוהה על כן החלטתם להותיר ברשימת עבירות הביטחון – לצורכי תקופת המעצר הראשונית – עבירות כגון **זריקת אבנים, ארגון הפגנה ללא רישיון** ועוד. נראה, כי הותרת עבירות אלה במסגרת רשימת עבירות הביטחון לעניין זה נודעה לשרת שיקולים, הזרים לחלוטין לצורכי החקירה, כגון **שיקולי הרתעה**. למצער, קביעת הגדרה של עבירות ביטחון, אשר אינה הולמת באופן מדוקדק את התכלית הפרטיקולארית של קביעה זו, אינה עומדת במבחן המידתיות.

15. התהיות, אותן העלו העותרים בהקשר זה בתגובתם מיום 29.2.12 עומדות בעיני: האם עמדת המשיבים היא, שבעוד יש להביא עצור ישראלי, המתגורר באזור והחשוד ברצח, בפני שופט בתוך 24 שעות, ניתן להצדיק תקופה **אפריורית ואוטומטית** של ארבעה ימים (אותה ניתן להאריך עד 8 ימים) כשמדובר בפלסטיני, החשוד בהפרת צו שטח צבאי סגור או בארגון הפגנה ללא היתר? ההיקף הנרחב של "עבירות הביטחון" על פי ההסדר החדש עדיין מרוקן מתוכן, במידה רבה, את ההסדר האמור לחול על עבירות, שאינן מוגדרות ככאלה.

16. לעניין ההסדר שיחול על עבירות ביטחון בהקשר זה, מבקשים המשיבים ללמוד בין השאר מהוראות חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה), השתס"ו-2006 (להלן, "הוראת השעה"). אלא שדווקא על רקע הוראות חוק זה, הזילות בזכויותיהם הדיוניות ובחירותם של חשודים פלסטינים, הטמונה בצו המתוקן, זועקת לשמיים.

על פי הוראת השעה (אשר לשיטת העותרים חורגת אף היא מהרף החוקתי המותר), גם כאשר אדם נחשד בעבירת ביטחון חמורה, קיימת חובה אפריורית להביאו בפני שופט בתוך 24 שעות. רק כאשר קצין ממונה משתכנע, כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה, ניתן להשהות את הבאת העצור לפני שופט לתקופה שלא תעלה על 48 שעות מתחילת המעצר. כדי להשהות את הביקורת השיפוטית לתקופה נוספת של 24 שעות – קרי, 72 שעות מרגע המעצר - יש לקבל החלטה מנומקת בכתב של הקצין הממונה, באישור ראש אגף החקירות בשב"כ, לפיה שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשית בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם. רק במקרים

חריגים, לבקשת ראש השב"כ בכתב ובאישור היועץ המשפטי לממשלה, רשאי בית משפט לאפשר השהיית הביקורת השיפוטית לתקופה של עד 96 שעות מרגע המעצר, אם שוכנע כי הפסקת החקירה עלולה לפגוע פגיעה ממשיכה בחקירה שיש בה כדי לסכל מניעת פגיעה בחיי אדם (סעיף 3 להוראת השעה).

על רקע הסדר זה – החל כמובן גם על ישראלים, החיים באזור - כיצד ניתן להצדיק קביעה **אפריורית וגורפת**, לפיה ניתן להחזיק עצורים פלסטינים, הנחשדים בעבירות "ביטחון", עד 96 שעות ללא ביקורת שיפוטית? כיצד ניתן להצדיק את ההוראות בצו המתוקן, המאפשרות השהיית הביקורת השיפוטית על מעצרים של פלסטינים עד 6 או-8 ימים, בתנאים מקלים בהרבה מאלה הנדרשים כדי לאפשר השהייה קצרה יותר של הביקורת השיפוטית על מעצרים של ישראלים החיים בשטחים, ונחשדים בעבירה ביטחונית חמורה?

17. דברים אלה יפים הם אף לעניין תקופת המעצר עד תום ההליכים. עמדת העותרים היא, כי אין הצדקה לקביעתו של פרק זמן ארוך יותר בעבירות ביטחון, שכן גם במקרים ה"רגילים" ניתן לבקש אישור שיפוטי להארכת המעצר, כשקיימת הצדקה ספציפית לכך (ראו: סעיף 44(א2) לצו בדבר הוראות ביטחון, המאפשר הארכת מעצרו של נאשם מעבר לתקופות שנקבעו בחוק, אם "נסיבות העניין, לרבות חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, מסוכנותו, החשש להימלטותו מן הדין והגורמים להתמשכות ההליכים, אינם מצדיקות את שחרורו"). כפי שטענו העותרים לאורך הדיונים בעתירה, קביעתו של פרק זמן ארוך מדי למעצר עד תום ההליכים מביאה לפגיעה בלתי מידתית בזכות הנאשם לחירות ומשליכה לרעה על הוגנות ההליך הפלילי, בייחוד כאשר התקופה הארוכה נקבעת באופן אוטומטי מראש, ואינה טעונה אישור מיוחד: הצפי למעצר ארוך עלול להביא נאשמים להודות במיוחס להם רק כדי למנוע את השהייה הממושכת בכלא, והעדר קיומה של מגבלה מחמירה על משך המשפט מאפשר עינויי דין העלולים להקשות אף על בירור האמת.

אולם, ככל שישנה תכלית ראויה לקביעתה **האוטומטית** של תקופת מעצר ארוכה יותר בעבירות ביטחון, על רשימת העבירות להלום תכלית זו באופן מדוקדק – וזאת, כדי לעמוד בדרישת המידתיות. **קביעתה של תקופת מעצר עד תום ההליכים ארוכה יותר, בתיקים של זריקת אבנים או ארגון הפגנה ללא רשיון, נוגדת את עקרון המידתיות באופן מובהק.**

18. יש להבהיר, כי נושא הגדרתן של עבירות הביטחון לא עלה בעתירה, משום שכאמור תקופות המעצר המיוחדות לעבירות ביטחון נקבעו על ידי המשיבים לראשונה **בתגובה לעתירה**. עת הוגשה העתירה, תקופת המעצר לכל העבירות עמדה כזכור על שמונה ימים. בנסיבות אלה, חוקיות ומידתיות אורך תקופות המעצר בעבירות ביטחון, כמו גם בעבירות אחרות, מהווים חלק בלתי נפרד מהסעדים, שנתבקשו בעתירה מלכתחילה.

תקופת המעצר עד תום ההליכים

19. לעניין תקופת המעצר עד תום ההליכים, החלה על בגירים בעבירות ביטחון, המשיבים הודיעו כי על אף הערת בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 24.4.12 אין בדעתם לקצר תקופה זו, והיא תוסיף לעמוד על 18 חודשים.

20. כמפורט בפסקה 17 לעיל, תקופה ארוכה זו עדיין מוחלת על רשימה גורפת של עבירות, שאין בינן ובין תכלית ברורה ומוגדרת קשר ברור. בנסיבות אלה, אין היא עומדת במבחן המידתיות.

מעצר לחימתי – סעיף 33 לצו

21. כפי שטענו העותרים גם בעבר, עיון בטיוטת הצו המשולב שצורפה להודעת המשיבים מעלה, כי אין בכוונתם לתקן את סעיף 33 לצו, העוסק ב"מעצר לחימתי" והמאפשר מעצרו של 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 ביטחון הציבור" למשך 8 ימים "מיום הבאתו למתקן כליאה". זאת, על אף שטענו, שהתקופות המיוחדות בעבירות ביטחון דרושות בין השאר כדי להתמודד עם מצבים של "התלקחות ביטחונית או מבצע צבאי דחוף רחב היקף" (פסקה 34(יא) להודעתם מיום 9.1.11). משמעות הדבר, שגם לאחר התיקונים שבוצעו בצו, ניתן יהיה להחזיק אדם עד 8 ימים בטרם יובא בפני שופט, אם נעצר בנסיבות המפורטות בסעיף זה.

לסיום

22. במהלך השנתיים וחצי האחרונות, מאז הוגשו עתירות אלו, המשיבים עשו כברת דרך לקיצור תקופות המעצר החלות על פלסטינים בשטחים, ויש לברך על כך. אולם, עד היום לא הביאו המשיבים כל נימוק לגיטימי, אשר יכול להצדיק את המשך האפליה הקשה בין פלסטינים וישראלים בשטחים בתחום זה. בין טיעוני המשיבים ניתן למצוא נימוקים הפסולים מהיסוד – כגון הצורך לאפשר "התגבשותו של חשד סביר"; נימוקים בלתי רלוונטיים – כגון מורכבות ואורך החקירה (אשר יכולים להצדיק הארכת מעצר לתקופה ארוכה יותר, אך לא עיכוב בביקורת השיפוטית הראשונית); ונימוקים שאין בכוחם להצדיק פגיעה חמורה בזכויות אדם (כגון קשיים לוגיסטיים). על אף כברת הדרך שעשו, גם תקופות המעצר העדכניות נוגדות את הדין, ועל כן בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בעתירה, ולקבוע אותה לדיון.

23. מהטעמים שפורטו בעתירה, העותרים עומדים על עמדתם לפיה אמת המידה הראויה לבחינת סבירותן ומידתיותן של תקופות המעצר, החלות על תושבי השטחים הפלסטינים, היא סד הזמנים החל על ישראלים, החיים אף הם בשטחים.

24. בשולי הדברים, לעותרים הערות פרטניות נוספות ביחס לטיטות הצו, אך כיוון שההסדר המוצע עדיין אינו תואם, ברמה העקרונית, את דרישות הדין כפי שפורטו בעתירה, אין הם רואים מקום לפרטן בשלב זה.

17 בפברואר 2013

לילה מרגלית, עו"ד
ב"כ העותרים