

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3239/02

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים :

1. איאד אסחק מחמוד מרעב
2. אחסאן עבד אל פתאח עיד דחדול
3. ויסאם עבד אל פתאח עיד דחדול
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
5. בצלם-מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
6. האגודה לזכויות האזרח בישראל
7. רופאים לזכויות אדם
8. עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
9. קאנון (LAW) הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם והסביבה
10. הוועד הציבורי נגד עינויים

נ ג ד

המשיבים :

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. מפקדת אוגדת איו"ש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות :

ו' באייר התשס"ב (18.04.2002)
י"ט באב התשס"ב (28.07.2002)

בשם העותרים :

עו"ד לילה מרגלית

בשם המשיבים :

עו"ד ענר הלמן

פסק-דין

העובדות

1. בשטחי יהודה והשומרון ובישראל מתרחשות מאז ספטמבר 2000 פעולות טרור רבות וקשות של הפלסטינים כנגד ישראלים. כוחות הביטחון נאבקים כנגד טרור זה. כדי להכריע את תשתית הטרור החליטה ממשלת ישראל על מבצע רחב היקף (מבצע חומת מגן). במסגרתו של מבצע זה – שהחל בסוף מרץ 2002 – נכנסו כוחות צה"ל לאזורים שונים ביהודה ושומרון. הם ביקשו לעצור מבוקשים ואנשים הנמנים על ארגוני הטרור השונים. מאז תחילת מבצע חומת מגן ועד ליום 5.5.2002 נעצרו כ- 7,000 איש. ביניהם היו גם אנשים שאינם קשורים לטרור. אלה שוחררו בחלקם לאחר זמן קצר. המיון הראשוני נעשה במתקנים זמניים שהוקמו במפקדות. אלה שלא שוחררו בעקבות מיון זה הועברו למתקן הכליאה במחנה עופר שבאזור. שם נמשכה החקירה, ורבים שוחררו. משם הועברו מספר עצורים למתקן כליאה בקציעות. מתוך 7,000 העצורים שנעצרו מאז תחילת מבצע חומת מגן נותרו במעצר (נכון ליום 15.5.2002) כ- 1,600 עצורים.

2. תחילה בוצעו המעצרים על פי דיני המעצר הפלילי הרגיל באזור, הקבועים בצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 (להלן – צו מס' 378). לאחר זמן התברר כי צו מס' 378 אינו יכול ליתן מענה ראוי על הצורך בפעולות "סינון" בקרב אלפי העצורים שנעצרו תוך מספר ימים. על רקע זה הוציא המשיב מס' 1 (ביום 5.4.2002) צו מיוחד, הוא צו בדבר מעצרים בעת לחימה (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1500), התשס"ב-2002 (להלן – צו מס' 1500).

3. צו מס' 1500 קבע מסגרת נורמטיבית מיוחדת לעניין מעצר בעת לחימה. ההוראה חלה על "עצור" המוגדר בזו הלשון:

"עצור" – מי שנעצר במהלך פעולות הלחימה באזור, החל מיום ט"ז בניסן התשס"ב (29 במרס 2002), ונסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או עלול לסכן את ביטחון האזור, בטחון כוחות צה"ל או בטחון הציבור".

החידוש הראשון והעיקרי בצו מס' 1500 מצוי בסעיף 2(א) לצו בזו הלשון:

"על אף האמור בסעיפים 78(א) – 78(ד) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון), יהיה קצין מוסמך להורות בכתב על החזקתו של עצור במעצר, לתקופה שלא תעלה על 18 ימים (להלן: תקופת המעצר)".

על פי סעיף זה הוסמך קצין להורות על החזקתו של עצור במעצר לתקופה של 18 ימים, וזאת בלא שיהא צורך בפקודת מעצר של שופט-משפטי. אם מבקשים להמשיך ולהחזיק את העצור מעבר לתקופת המעצר של 18 הימים יש לפנות לשופט-משפטי. הוראה מפורשת בעניין זה קבועה בצו מס' 1500, בזו הלשון (סעיף 2(ד)):

"המשך החזקתו של עצור במעצר לצרכי חקירה, מעבר לתקופת המעצר, ייעשה מכוח פקודת מעצר שהוצאה על ידי שופט-משפטי, בהתאם לסעיף 78(ו) לצו בדבר הוראות ביטחון".

במשך תקופת המעצר (כלומר 18 ימי המעצר) אין אפשרות לפנות לשופט-משפטי, שכן על פי סעיף 78(ט) לצו מס' 378, סמכותו שלו להורות על שחרור עצורים מוגבלת לאותם עצורים שנעצרו על פי סעיפים 78(א) – 78(ד) לצו מס' 378, ואילו העצורים בענייננו לא נעצרו על פי הוראות אלה, אלא על פי צו מס' 1500, בו נקבע במפורש כי סמכות המעצר בעת לחימה באה "על אף האמור בסעיפים 78(א) – 78(ד) לצו מס' 378. חידושו של צו מס' 1500 בעניין זה הוא איפוא כפול: ראשית, קצין הוסמך להורות על מעצרו של עצור ל-18 ימים בלא שיתוף פעולה של שופט-משפטי; שנית, בתוך תקופת המעצר הזו אין לפנות בביקורת שיפוטית על צו המעצר לשופט משפטי. כמובן, קצין הוסמך לשחרר עצור בטרם חלפה תקופת המעצר (סעיף 2(ג)). עוד נקבע בצו מס' 1500 – וזהו חידוש שני בצו זה – כי "לא יפגש עצור עם עורך דין במשך תקופת המעצר" (סעיף 3(א)). "מניעת מפגש של עצור עם עורך דין בתום תקופת המעצר תיעשה רק בהוראת רשות מאשרת, בהתאם לסעיף 78(ג)2) לצו בדבר הוראות ביטחון" (סעיף 3(ב)). נמצא, כי בתום תקופת המניעה בת שמונה-עשר הימים יש לאפשר פגישה עם עורך דין, אלא אם כן הדבר נמנע על פי הדין הרגיל הקבוע בצו מס' 378. על פי דין זה, רשאית "רשות מאשרת", בהחלטה בכתב, להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה נוספת שלא תעלה על 15 יום אם שוכנעה שהדבר דרוש מטעמים של ביטחון האזור או שטובת החקירה מחייבת זאת. לבסוף, הוראה

נוספת בעלת חידוש בצו מס' 1500 קובעת כי "לעצור תינתן הזדמנות להשמיע את טענותיו, לא יאוחר מתום שמונה ימים מיום מעצרו" (סעיף 2(ב)). נמצא, כי בתוך שמונת ימי המעצר הראשונים ניתן להחזיק העצור בלא לשמוע טענותיו כלל. תוקפו של צו מס' 1500 (שהוצא ביום 5.4.2002) נקבע לחודשיים.

4. כפי שראינו, צו מס' 1500 קבע כי אם מבקשים להחזיק עצור במעצר מעבר לתקופת המעצר בת 18 הימים, יש לפנות בעניין זה לשופט-משפטי, הפועל לפי דיני המעצר הרגילים (סעיף 2(3) לצו מס' 1500). התברר כי רבים העצורים שפעולות ה"סינון" לגביהם לא נסתיימו, והם טרם הובאו בפני שופט-משפטי, למרות שחלפה תקופת המעצר של 18 ימים. כדי לתקן מצב זה הוצא (ביום 1.5.2002) צו בדבר מעצרים בעת לחימה (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1502), התשס"ב-2002 (להלן – צו מס' 1502). צו זה קבע כי האמור בסעיף 2(ד) לצו מס' 1500 יסומן בס"ק (1) ואחריו יבוא ס"ק (2) בזו הלשון:

"(2) מי שהיה במעצר מכח הוראה לפי סעיף קטן (א), מעבר לתקופת המעצר, והמשך החזקתו במעצר דרוש לצרכי חקירה, ולא הובא בפני שופט משפטי לפי סעיף קטן ד(1), יובא לפניו בהקדם ולא יאוחר מיום כ"ח באייר התשס"ב (10 במאי 2002).

לא הובא העצור בפני שופט משפטי תוך התקופה הנקובה לעיל, ישוחרר, זולת אם קיימת עילה אחרת למעצרו לפי כל דין ותחיקת בטחון".

נקבע עוד כי צו מס' 1502 יעמוד בתוקפו עד יום כ"ח באייר התשס"ב (10 במאי 2002).

5. יצויין, כי בצד צו מס' 378 (העוסק במעצר הפלילי ה"רגיל") ובצד צו מס' 1500, כפי שתוקן בצו מס' 1502 (העוסק במעצר בעת לחימה, ושהוחק במיוחד במסגרת מבצע חומת מגן) קיימת גם חקיקת ביטחון באזור באשר למעצרים מינהליים. הצו הבסיסי הוא צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1226), התשמ"ח-1988 (להלן – צו מס' 1226). צו זה תוקן מספר רב של פעמים. עם התקנתו של צו מס' 1500 (ותיקוניו) נערכו תיקונים מקבילים ומתואמים בצו מס' 1226. עניינם של אלה אינו בפנינו.

6. לסיום הסקירה של חקיקת הביטחון הרלבנטית ראוי לציין כי תוקפו של צו מס' 1500, על פי האמור בו, היה לחודשיים (סעיף 5). בהתקרב מועד פקיעתו הוא הוארך בצו בדבר מעצרים בעת לחימה (הוראת שעה) (תיקון מס' 2) (יהודה והשומרון) (מס' 1505), התשס"ב-2002 (להלן – צו מס' 1505). צו זה הכניס מספר שינויים חשובים בצו מס' 1500: ראשית, שונתה במקצת ההגדרה של "עצור". ההגדרה החדשה קובעת לאמור (סעיף 2):

"עצור" – מי שנעצר באזור במהלך פעילות מבצעית ללחימה בטרור, ונסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או עלול לסכן את בטחון האזור, בטחון כוחות צה"ל או בטחון הציבור".

שנית, תקופת המעצר בלא פניה לשופט-משפטי קוצרה. תחת 18 ימים (בצו מס' 1500) נקבעה תקופת מעצר של 12 ימים; שלישית, במקום האיסור להיפגש עם עורך דין בכל תקופת המעצר נקבע כי איסור הפגישה הוא "ארבעה ימים מיום מעצרו לפי צו זה" (סעיף 4(א)). נקבע עוד כי אם בתום תקופת המעצר של ארבעת הימים, מבקשים החוקרים להמשיך את מניעת הפגישה, עליהם לפעול לפי הוראת סעיף 78ג(ג) לצו מס' 378. משמעות הדבר כי ניתן לפנות תחילה ל"ממונה על החקירה", אשר רשאי בהחלטה בכתב, להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה או לתקופות שלא יעלו יחד על 15 ימים מיום המעצר, אם סבר שהדבר צריך מטעמים של ביטחון האזור או שטובת החקירה מחייבת זאת (ס"ק (1)). בחלוף מועדים אלה, רשאית "רשות מאשרת" להורות על מניעת פגישה לחמישה-עשר ימים נוספים (ס"ק (2)).

7. צו מס' 1505 עמד לפקוע ב-4.9.2002. תוקפו הוארך עד ליום א' בשבט התשס"ג (4 בינואר 2003) (צו בדבר מעצרים בעת לחימה (הוראת שעה) (תיקון מס' 3) (יהודה והשומרון) (מס' 1512), התשס"ב-2002 (להלן – צו מס' 1512)).

טענות העותרים

8. העותרים טענו, בעתירתם המקורית, כי צו מס' 1500 אינו חוקי. הוא מאפשר מעצרים המוניים בלא לבחון כל מקרה לגופו, ללא עילה ברורה וללא ביקורת שיפוטית. הוא מונע שלא כדין מפגש עם עורך דין למשך 18 ימים, בלא ביקורת שיפוטית. הוא מאפשר שלא כדין מעצר לשמונה ימים בלא שדברו של העצור נשמע. הסדר בלתי חוקי

זה נוגד את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. את הדברים הכלליים הללו הם מבקשים להפעיל על העותרים 1-3 הנתונים במעצר שלא כדין.

9. סיכומים נוספים מטעם העותרים קיבלנו לאחר התקנתו של צו מס' 1502. בסיכומים אלה נטען שצו מס' 1500 וצו מס' 1502 הם בלתי חוקיים, שכן הם נוגדים את המשפט הבינלאומי (ההומניטרי והנוגע לזכויות האדם). בהקשר זה סומכים עצמם העותרים על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) ועל אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949). לטענת העותרים, המשפט הבינלאומי מכיר רק שני סוגים של מעצרים: מעצר "פלילי" רגיל ומעצר מניעתי (Internment). צו מס' 1500 יוצר סוג שלישי של מעצר, הוא מעצר המוני ממושך לשם מיון. סוג שלישי זה אינו מוכר במשפט הבינלאומי ואינו חוקי. מעצר חוקי (בין "רגיל" ובין "מניעתי" (או מינהלי)) חייב להתבסס על נימוקים אינדיבידואליים, הקשורים באדם ספציפי. לעומת זאת, צו מס' 1500 וצו מס' 1502 מאפשרים מעצר קולקטיבי. בסכמם את עמדתם מציינים העותרים, כי "צו מס' 1500 פוגע קשות בזכויות יסוד בסיסיות של האדם. הוא מאפשר מעצר שרירותי, מונע ביקורת שיפוטית על החלטות המעצר, ומנתק את העצורים על פיו מהעולם החיצון במשך תקופה ממושכת".

10. בטיעונים נוספים בעל-פה (ביום 28.7.2002) – וטיעונים אלה נשמעו לאחר שהוצא צו מס' 1505 – ציינו העותרים כי טענותיהם תופסות גם לגבי צו מס' 1505. לטענתם, שלושת הצווים פוגעים שלא כדין בחירות, בזכות להליך הוגן ובעקרון המידתיות.

תשובת המדינה

11. בתגובתה הראשונית של המדינה על העתירה (מיום 5.5.2002) צויין כי פעילי הטרור הפלסטיני קבעו את בסיסיהם בתוך מרכזי האוכלוסיה הפלסטינית. הם לא היססו להשתמש בנשים ובילדים לצורך ביצוע פעילותם, תוך שהם לובשים בגדים אזרחיים ותוך שהם נושאים לעתים על גופם חגורות נפץ מוסוות. בנסיבות אלה, במקרים רבים לא ניתן היה להבחין, בזמן אמת, בין אנשי ארגוני הטרור לבין האזרחים התמימים אשר נכחו בזירת הלחימה. לפיכך נעצרו אנשים שנתפסו בשטח בו התנהלו פעולות לחימה וטרור, בנסיבות המעוררות חשד או חשש של מעורבות בפעולות אלה. באופן זה נעצרו מאז תחילת המבצע ועד למתן התשובה כ-7,000 עצורים. על רקע זה הוחלט כי דיני המעצר הרגילים – שעניינם פעילות שיטורית ולא פעולת לחימה – אינם יכולים לשמש

כלי ראוי להתמודד עם הצורך לעצור מספר רב של עצורים, שזהותם במקרים רבים כלל אינה ידועה. רבים מהעצורים שוחררו, ונכון ליום מסירת ההודעה (ה-5.5.2002) נותרו במעצר כ-1,600 עצורים.

12. בהתייחסה לצו מס' 1500 ציינה המדינה בתגובתה, כי לאור מספר העצורים הגדול, ועל רקע משאבי החקירה המצומצמים, תהליך החקירה הראשונית והסינון על פי צו מס' 1500 עשוי להימשך 18 ימים. לעתים הדבר אף נמשך מעבר ל-18 ימים, וכדי להכשיר מצב דברים זה הוצא צו מס' 1502. בהמשך הטיעונים נטען בפנינו כי צו מס' 1500 (כמו גם צו מס' 1502) תואם את המשפט הבינלאומי – הן זה החל בעת לחימה והן זה הקובע את דיני התפיסה הלוחמתית (תקנה 43 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של מלחמה ביבשה משנת 1907 ואמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949)). בא כוח המדינה מוסיף וטוען כי מניעת הפגישה עם עורך דין למשך 18 יום (הקבועה בצו מס' 1500) היא כדין. לטענת המדינה אין זה מתקבל על הדעת שכאשר מתנהלות פעולות לחימה, לא כל שכן כאשר כוחות צה"ל נמצאים בשטח עויין, ואמורים להמשיך ולפגוע בתשתית הטרור, יועמדו חייהם של הכוחות הלוחמים בסכנה עקב האפשרות של העברת מסרים ממתקני המעצר החוצה, באופן גלוי או מוצפן, וזאת בשעה שפעולות ה"סינון" עצמן טרם הסתיימו, וכלל לא ברור מי מהעצורים ימשיך להישאר במעצר (פלילי או מינהלי) לאחר שהסינון יסתיים. לבסוף, בא כוח המשיבים מציין כי מבלי שיהיה צורך להכריע בשאלת תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באזור, הוראותיו של צו מס' 1500 (כמו גם של צו מס' 1502) עומדות בהוראותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8).

13. בסיכומים נוספים (מיום 11.6.2002) היפנה בא כוח המשיבים את תשומת ליבנו לכך כי ביום 4.6.2002 הוצא צו מס' 1505. בצו זה קוצרה תקופת המעצר מ-18 ימים ל-12 ימים, וקוצרה תקופת מניעת הפגישה בין עצור לעורך דינו מ-18 ימים ל-4 ימים. שינויים אלה התאפשרו, לדעת בא כוח המשיבים, בשל הירידה בהיקף אירועי הלחימה והמעצרים באזור. עם זאת, סבור המשיבים כי בהתחשב בנסיבות המיוחדות השוררות באזור, בלחימה הנמשכת בטרור (שמטילה עומס חסר תקדים, נמשך והולך, על גורמי הביטחון והחקירה), ובכך שכמויות העצורים גדולות גם כעת במידה משמעותית ביותר מכמות העצורים בימים שלפני מבצע חומת מגן, לא ניתן, מבחינה מעשית, להסתפק בסמכות המעצר "הרגילה" מכוח צו מס' 378. אשר למניעת פגישה עם עורך דין, נמצא כי בנסיבות הנוכחיות, ובהתחשב במספר העצורים הנוכחי, ניתן בשלב זה לצמצם את ימי מניעת הפגישה עם עורך דין הקבועים בצו לארבעה. לטענת

בא כוח המשיבים, אין בתיקון צו מס' 1500 כדי לשנות מן העובדה כי צו מס' 1500 בנוסחו המקורי היה סביר ומידתי בנסיבות בהן הוצא, וכי השינוי שהכניס צו מס' 1505 התאפשר רק לאחר הירידה במספר העצורים, ובהתחשב בשינויים באופי הפעילות של צה"ל. בהמשך סיכומיו טוען בא כוח המשיבים כי צו מס' 1500 אינו בא לאפשר מעצר המוני, בלא שיהיה בסיס אינדיבידואלי למעצר. לטענתו, גם על פי צו מס' 1500 נדרש בסיס אינדיבידואלי, המבוסס, מטבע הלחימה, על נסיבות, ועל חשד. אין לראות, איפוא, במעצר על פי צו מס' 1500 כסוג שלישי של מעצר (מעבר למעצר פלילי ולמעצר מינהלי). אין זה גם מעצר מינהלי. זהו מעצר אשר נועד לאפשר חקירה פלילית ובירור ראשוני. בא כוח המשיבים מנתח את דיני הלוחמה ומגיע למסקנה כי על פיהם צווים מס' 1500, 1502 ו-1505 הם חוקיים.

14. בטיעונו הנוספים בעל-פה (ביום 28.7.2002) – וכאמור, אותה עת עמד בתוקפו צו מס' 1505 – חזר בא כוח המשיבים על עמדתו כי צו מס' 1500 (הוא הדין בצו מס' 1505) אינו יוצר סוג שלישי של מעצר. זהו הסוג הרגיל של מעצר פלילי, תוך קביעת אמת מידה למעצר התואמת את נסיבות הלוחמה.

15. משניגשנו למלאכת כתיבתו של פסק הדין, התברר לנו כי לא הוצא בעתירה צו-על-תנאי. שאלנו את הצדדים אם הם מוכנים כי נראה את העתירה כאילו הוצא בה צו-על-תנאי. העותרים הסכימו (כמובן) לכך. המשיבים התנגדו. בנסיבות אלה הוצאנו (ביום 15.12.2002) צו-על-תנאי, המורה למשיבים להגיש את תשובתם (המשלימה) בתוך עשרה ימים. לעותרים ניתנה אפשרות לתגובה (משלימה) תוך עשרה ימים מקבלת תשובת המשיבים. הוספנו כי ההרכב יחליט אם יש צורך בשמיעת טיעון נוסף בעל-פה.

16. לאחר מספר הארכות קיבלנו (ביום 13.1.2003) תצהיר תשובה מאת המשיב מס' 1 (האלוף קפלינסקי). בתצהיר זה עמד המשיב מס' 1 על הטעם שבהוצאת צו מס' 1512 (ראו פסקה 7 לעיל), ומסר לנו כי פעולות הטרור ממשיכות, וצה"ל מגיב עליהן בפעולות לחימה. כך, למשל, מחודש ספטמבר ועד לסיום חודש דצמבר 2002 בוצעו כ-1,600 פיגועים. במהלך תקופה זו נהרגו 84 אזרחים ותושבים. באותה תקופה נפצעו למעלה מ-400 אזרחים ותושבים. אותה תקופה נעצרו בשטחי יהודה והשומרון כ-2,050 אנשים החשודים בפעילות טרור. על רקע זה – ולאחר שהגיע למסקנה כי יש בהם הכרח ביטחוני – החליט המשיב מס' 1 על הארכה נוספת של צו 1500 (כפי שהוארך בצו מס' 1505), וזאת במסגרת הצו בדבר מעצרים בעת לחימה (הוראת שעה)

(תיקון מס' 4) (יהודה והשומרון) (מס' 4518), התשס"ג-2003 (להלן – צו מס' 1518).
ההארכה הינה עד ליום 4.5.2003.

17. צו מס' 1518 אינו מסתפק בהארכת צו מס' 1500 (על תיקוניו). הוא מכניס בו שני תיקונים חשובים: ראשית, נקבע בו כי מניעת המפגש של עצור עם עורך דינו היא "יומיים מיום מעצרו לפי צו זה" (סעיף 3). כזכור, על פי צו מס' 1505 עמדה מניעת המפגש על ארבעה ימים; שנית, לעצור תינתן הזדמנות להשמיע את טענותיו, לא יאוחר מתוך ארבעה ימים מיום מעצרו" (סעיף 2). כזכור, על פי צו מס' 1500 – ובעניין זה לא בא כל שינוי בצו מס' 1505 ובצו מס' 1512 – עמדה שלילת האפשרות מהעצור להשמיע טענותיו בפני הרשות העוצרת למשך שמונה ימים. המשיב מס' 1 ציין בתצהירו כי שינויים אלה הוכנסו לאחר התייעצות "ולא בלי היסוס". הודגש שוב, כי שירות הביטחון הכללי, האחראי על חקירת העצורים בפעולות טרור, לא היה יכול לפני מבצע חומת מגן – והוא אינו יכול אף כיום – להערך לעלייה הדרמטית במספר העצורים מאז מרץ 2002. הודגש בפנינו, כי גם כיום אילוצי החקירה מחייבים לכלול מניעת מפגש עם עורך דין למשך ארבעים ושמונה שעות והוראות לעניין משך "תהליך הסינון", וכי הוראות אלה הן מידתיות וסבירות. צויין בפנינו, שהמלחמה בטרור הפלסטיני דורשת מקצועיות והתמקצעות מיוחדים, ואינה דומה לחקירה משטרתית רגילה. תהליך הכשרתם של חוקרי שירות הביטחון הכללי הינו ארוך ביותר. מטעם זה לא היתה כל אפשרות להערך מעשית, מבחינת יכולות החקירה, להחמרה בטרור שחלה מאז מרץ 2002 וממשיכה עד לימים אלה ממש. המצהיר חזר והדגיש בתצהירו, כי זו בעיה שלא ניתן לפותרה באמצעות השקעת משאבים כספיים בלבד. בסוף תצהירו ביקש המצהיר, כי אם במידע שנמסר לנו לא די בדחיית העתירה, הוא מבקש כי נשמע, במעמד צד אחד בלבד, הסבר מפורט מאת השב"כ על המגבלות האובייקטיביות הקיימות בנסיבות הזמן והמקום בחקירותיהם של חשודים בטרור, שחייבו את הוצאתו של צו מס' 1500 בשעתו, והן גם המחייבות את הארכת תוקפו לתקופה נוספת, בשינויים שנעשו בו. לדעת המשיבים, לא ניתן לקבוע כי צו מס' 1500 אינו חוקי בלי שנקבל מידע על דבר הנתונים החסויים הנוגעים לאילוטים השונים הקשורים בחקירות השב"כ.

הסוגיות המועלות

18. בחינתה של העתירה שלפנינו מצביעה על ארבע סוגיות אשר העותרים מעלים. הסוגיה הראשונה עניינה סמכות המעצר. לטענת העותרים, צו מס' 1500, צו מס' 1502,

צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518, יצרו שלא כדין סוג חדש של מעצר, המשחרר את הרשות מהצורך לבחון כל מקרה לגופו, ומאפשר מעצרים המוניים. הסוגיה השנייה עניינה מעצר ללא מעורבות שיפוטית (18 ימים בצו מס' 1500 ו-12 ימים בצו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518). לטענת העותרים משך הזמן ללא מעורבות שיפוטית הוא לא מידתי, ועל כן בלתי חוקי. הסוגיה השלישית עניינה מניעת פגישה עם עורך דין (18 ימים בצו מס' 1500, 4 ימים בצו מס' 1505, ו-2 ימים בצו מס' 1518). לטענת העותרים, מניעה זו היא בלתי מידתית ועל כן בלתי חוקית. הסוגיה הרביעית והאחרונה עניינה שלילת האפשרות מהעצור להשמיע טענותיו בפני הרשות העוצרת במשך שמונה ימים (על פי צו מס' 1500, צו מס' 1505 וצו מס' 1512) ובמשך ארבעה ימים (על פי צו מס' 1518). העותרים טוענים כי הוראה זו היא בלתי חוקית. נעסוק בכל אחת מהטענות הללו, ונפתח בראשונה.

סמכות המעצר לצרכי חקירה

19. מעצר לצרכי חקירה פוגע בחירותו של העצור. לעתים אין מנוס מכך, אם לשם מניעת שיבוש החקירה ואם לשם הבטחת ביטחון הציבור ושלומו. נדרש איפוא איזון עדין בין חירותו של הפרט (הנהנה מחזקת החפות) לבין ביטחונו של הציבור ושלומו. כך הדבר לעניין האיזון בתוך המדינה פנימה (בין האזרח לבין מדינתו) וכך הדבר לעניין האיזון מחוץ למדינה (בין עצור בשטח הנתון לתפיסה מלחמתית לבין המדינה התופסת). כך הדבר לעניין האיזון בעיתות שלום וכך הדבר לעניין האיזון בעיתות לחימה. מכאן ההוראה הכללית בסעיף 9(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), הקובעת:

“Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention”.

אכן, האיסור אינו על מעצר, אלא על מעצר שרירותי. הדינים השונים החלים בעניין – אם בעיתות שלום ואם בעיתות לחימה – לא באו אלא כדי לקבוע את האיזון הראוי, שמכוחו המעצר שוב אינו שרירותי.

20. גישה זו תואמת את המשפט הישראלי. היותו של אדם בן-חורין מונח ביסוד ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. “החירות האישית היא זכות

חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות" (השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח' (להלן – פרשת צמח), פ"ד נג(5) 241, 261). עם זאת, אין זו זכות מוחלטת. ניתן להגבילה. ניתן לעצור אדם לצרכי חקירה, כלומר כדי למנוע שיבושה של חקירה או כדי למנוע סכנה לציבור מהעצור, וזאת כאשר האיזון הראוי בין החירות של הפרט לבין צרכי הציבור מצדיקים שלילתה של החירות. במסגרת איזון זה נדרש כי בידי הרשות העוצרת תהא תשתית ראייתית המבססת חשד אינדיבידואלי כלפי העצור. כך הדבר במעצר פלילי "רגיל" לצרכי חקירה או עד תום ההליכים (ראו סעיפים 13, 21 ו-23 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996). כך הדבר במעצר מינהלי (ראו סעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, וכן בג"ץ 7709/95 סיטרין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (לא פורסם); בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456; בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד לו(4) 247, 250; בג"ץ 814/88 נטראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 271; בג"ץ 7015/02 ע'גורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(6) 352, 371). זאת ועוד: תמיד יש לזכור, כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג (ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת גנימאת), פ"ד מט(4) 589, 649). הסמכות היא למעצר כדין; אין סמכות למעצר שרירותי. אין לנו צורך, בגדרי העתירה שלפנינו, לפסוק עד כמה חלים עקרונות אלה של המשפט הישראלי (הפנימי) על מעצר הנערך באזור. די אם נומר, כי נחה דעתנו, כי יש התאמה בין הכללים הישראליים הפנימיים לבין כללי המשפט הבינלאומי החלים בענייננו. נוסף עוד, כי כידוע חלים על המפקד באזור העקרונות הבסיסיים של המשפט המינהלי הישראלי (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לז(4) 785). לענייננו חשובים בעיקר עקרונות היסוד בדבר חובתה של כל רשות ציבורית לפעול בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירותו של הפרט וצרכיו של הכלל.

21. גישה דומה נוהגת גם במשפט הבינלאומי הנוגע לתפיסה לוחמתית. מחד גיסא מוכרת, כמובן, חירותו של כל תושב בשטח תפוס. מאידך גיסא, מוכרת חובתה וכוחה של המדינה התופסת – הפועלת באמצעות המפקד הצבאי – לשמור על הסדר הציבורי והביטחון (ראו תקנה 43 לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ולמינהגיה של המלחמה ביבשה מ-1907 (להלן – תקנות האג)). במסגרת זו מוסמך המפקד הצבאי לחוקק חקיקת ביטחון שנועדה לאפשר לכוח התופס למלא את תפקידו, לשמור על הסדר, להגן

על ביטחונה של המדינה התופסת, ועל ביטחון חייליה (ראו סעיף 64 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית)). על רקע זה מתבקשת המסקנה כי המפקד הצבאי מוסמך לעצור מי שיש לגביו חשש לביצוע עבירות פליליות בדרך כלל, וכן מי שלדעתו פוגעים בביטחון האזור, והוא אף רשאי לקבוע בחקיקת הביטחון הוראות באשר למעצר – אם לעניין מעצר לצרכי חקירה (נושא העתירה שלפנינו) ואם מעצר מינהלי (שאינו מענייננו בעתירה זו). עמד על כך מ"מ הנשיא, מ' שמגר בצינו:

“בין סמכויותיו של צד לוחם כלול, בין היתר, גם הכוח לעצור גורמים עויינים, המסכנים אותו מבחינה ביטחונית בשל אופי פעילותם... מי שמסכן את כוחותיו של הצד הלוחם מבחינה ביטחונית, נתונה הרשות לכלאו” (בג”ץ 102/82 צמל ואח’ נ’ שר הביטחון ואח’, פ”ד לז(3) 365, 369; להלן – פרשת צמל).

אמת, אין הוראה מיוחדת באמנת ג'נבה הרביעית לעניין סמכותו של המפקד להורות על מעצר לצרכי חקירה, אך סמכות זו נגזרת מהדין המקומי והיא כלולה בסמכותו הכללית של מפקד האזור לשמור על הסדר והביטחון. דין זה ניתן לשנות בתנאים מסויימים על ידי תחיקת הביטחון. חקיקה זו חייבת לשקף את האיזון הנדרש בין חירותו של הפרט באזור הכבוש לבין צרכי הביטחון באזור הכבוש. ביטוי לאיזון עדין זה ניתן למצוא בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובעת בזו הלשון:

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

זאת ועוד: סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי מטעמים הכרחיים של ביטחון, ניתן, לכל היותר, לעצור (Internment) או לתחום מקום מגורים (assigned residence) של תושב האזור. מהוראה זו מתבקש כי מעצר לצרכי חקירה בגין ביצוע עבירה על חקיקת הביטחון הוא אפשרי. למסקנה דומה היינו מגיעים מזווית הראיה של המשפט

הבינלאומי הדין בזכויות האדם. משפט בינלאומי זה מכיר, כמובן, בסמכות לקיים מעצר לצרכי חקירה, ודורש כי סמכות זו תאוזן באופן ראוי עם חירותו של הפרט. מעצר פלילי רגיל – כן; מעצר שרירותי – לא. על רקע זה הותקנו, למשל, צו מס' 378 וצו מס' 1226.

22. נטען בפני העותרים כי צו מס' 1500 – וכמוהו צו מס' 1502, צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518 – קובע סוג שלישי של מעצר – מעבר למעצר הפלילי הרגיל ולמעצר המינהלי – המאפשר מעצר ללא עילת מעצר, ומטעם זה דינו להתבטל. אכן, מקובל עלינו כי המשפט החל באזור מכיר רק בשני סוגים של מעצרים: מעצר לצרכי חקירה פלילית (כאמור בצו מס' 378) ומעצר מינהלי (כאמור בצו מס' 1226). אין סמכות לבצע מעצר בלא "עילת מעצר". עמד על כך מ"מ הנשיא מ' שמגר בצינינו (לאחר שהוא מצטט את הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית):

"הסעיף האמור מתיר כליאה של אנשים, אשר לגביהם קיימים – בשל התנהגותם או בשל נתונהם האישיים – טעמים החלטיים של ביטחון, המחייבים מעצרים. כמקובל עלינו, כל מקרה של מעצר צריך לנבוע מהחלטה, המתייחסת על פי שיקוליה לעניינו ולנתונו של האדם, שלגביו נשקלת שאלת המעצר" (פרשת צמל, עמ' 375).

מעצרים – שאינם מבוססים על חשש כי העצור מסכן או עלול לסכן את שלום הציבור או הביטחון – הם שרירותיים, ואין המפקד הצבאי מוסמך להורות עליהם (ראו Prosecutor v. Delalic et al, International Tribunal for the Former Yugoslavia, IT-96-21. והשוו גם סעיף 7(1) ל- Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism: "A person suspected of terrorist activities may only be arrested if there are suspicions"). על רקע זה נפנה לצו מס' 1500.

23. צו מס' 1500 מאפשר להורות על החזקתו של עצור במעצר. הצו מגדיר "עצור" בזו הלשון:

"עצור" – מי שנעצר במהלך פעולות הלחימה באזור, החל מיום ט"ז בניסן התשס"ב (29 במרס 2002), ונסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או

עלול לסכן את בטחון האזור, בטחון כוחות צה"ל או בטחון הציבור".

הוראה דומה קיימת בצו מס' 1505 לפיה :

"עצור' – מי שנעצר באזור במהלך פעילות מבצעית ללחימה בטרור, ונסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש שהוא מסכן או עלול לסכן את בטחון האזור, בטחון כוחות צה"ל או בטחון הציבור".

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 איפוא לעצור אדם רק משום שהוא נעצר במהלך הלחימה; אין לעצור אדם רק משום שהוא מצוי בבית או בכפר בו מצויים עצורים אחרים. נדרש כי נסיבות המעצר הן כאלה שיש בהן כדי לעורר לגביו – לגביו אינדיבידואלית 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. התשתית העובדתית להקמתו של חשש זה משתנה, כמובן, מעניין לעניין. כאשר נורית אש על כוחות הביטחון מבית פלוני, עשוי כל המצוי בבית והמסוגל לירות, להקים את החשש שהוא מסכן או עלול לסכן את הביטחון. תשתית זו עשויה להתקיים כלפי אדם בודד והיא עשויה להתקיים כלפי קבוצה של אנשים. אך מכאן לא נובע שצו מס' 1500, צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518, מאפשרים "מעצרים המוניים", כשם שמעצר לצרכי חקירה של קבוצת מפגינים שאחד מתוכם ירה לעבר שוטרים, אינו היתר למעצר המוני. הסמכות היחידה הקבועה בצוי המעצר הנזכרים היא למעצר במקום בו מתקיימת עילת מעצר אינדיבידואלית כנגד העצור, ואין נפקא מינה אם עילה זו קיימת כלפי אדם המצוי עם עצמו או כלפי אדם המהווה חלק מקבוצה גדולה. לא גודל הקבוצה הוא הקובע, אלא קיומן של נסיבות המקימות כלפי העצור אינדיבידואלית חשש לסיכון הביטחון. כך, למשל, העותר מס' 1 נעצר, שכן קיים לגביו מידע כי הוא פעיל בארגון הטרור החזית העממית לשחרור פלסטין. הוא עסק בגיוס אנשים לארגון הטרור. העותר מס' 2 נעצר, שכן הוא פעיל התנזים. העותר מס' 3 נעצר, כיוון שהינו פעיל צבאי בארגון התנזים. בכל העותרים האינדיבידואליים שלפנינו התקיימה, איפוא, עילת מעצר אינדיבידואלית.

24. נמצא, כי במהותו משייך עצמו צו מס' 1500 (על תיקוניו) אל משפחת המעצר לצרכי חקירה. הוא נועד למנוע שיבוש החקירה על ידי בריחתו של אותו עצור שנסיבות מעצרו מקימות לגביו חשש לסכנה לביטחון או למנוע סכנה לביטחון על ידי כך שיתהלך חופשי. השוני בינו לבין המעצר הפלילי הרגיל אינו אלא בנסיבות התרחשותו. המעצר על פי צו מס' 1500 (על תיקוניו) מתרחש בנסיבות של לחימה, ואילו המעצר הפלילי הרגיל מתרחש בנסיבות של אירוע משטרתי. בשני המצבים עניין לנו במעצר אינדיבידואלי המבוסס על תשתית ראייתית המקיימת חשד אישי כנגד העצור. מטעמים אלה דין טענתם הראשונה של העותרים להידחות.

מעצר ללא מעורבות שיפוטית

25. הטענה השניה המועלית על ידי העותרים נוגעת לתקופת המעצר. הטענה אינה מתמקדת באורך התקופה בתור שכזה, שהרי אורך התקופה נקבע על פי צרכי החקירה. הטענה מתמקדת בתקופה העוברת בין מעצרו של עצור לבין מעורבות שיפוטית ראשונה במעצר. תקופה זו הינה – על פי צו מס' 1500 – 18 יום; לטענת העותרים תקופה זו היא ארוכה מדי. זאת ועוד: מספר עצורים לא הובאו בפני שופט-משפטי למרות שתקופת המעצר בת 18 היום חלפה. כדי להכשיר מצב דברים זה הותקן צו מס' 1502 לפיו יש להביא עצורים אלה בפני שופט-משפטי בהקדם לא יאוחר מ-10.5.2002 (ראו פסקה 12 לעיל). לטענתם של העותרים, מכוחו של "תשריר" זה נוצרו מצבים בהם אדם היה נתון במעצר בלא ביקורת שיפוטית למשך 42 ימים. העותרים מוסיפים וטוענים, כי גם הוראת צו מס' 1505 – לפיו ניתן למנוע מעורבות שיפוטית בצו המעצר למשך 12 ימים – אינו חוקי, שכן המועד שנקבע בצו הוא ארוך מדי. מועד זה ממשיך לעמוד בתוקפו גם במסגרת צו מס' 1512 וצו מס' 1518.

26. מעורבות שיפוטית באשר לצווי מעצר היא חיונית. בצדק ציין השופט י' זמיר כי:

"הביקורת השיפוטית היא קו ההגנה על החירות, ויש לשמור עליה מכל משמר" (בג"ץ 2320/98 אל-עמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד נב(3) 346, 350).

המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק (ראו 11 EHR 117, 134 (1988) Brogan v. United Kingdom). היא מבטיחה

כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר (ראו עמ"מ 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 105). במשפט הישראלי הפנימי נקבעו בעניין זה הוראות ברורות. במסגרת המעצר הפלילי ה"רגיל" יש להביא את העצור בפני שופט בתוך 24 שעות (ראו סעיף 29(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996), והוצאת צו המעצר נעשית על ידי השופט עצמו. במעצר "מינהלי" יש להביא את צו המעצר בפני נשיא בית המשפט המחוזי בתוך 48 שעות (סעיף 4(א) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979). החלטת נשיא בית המשפט המחוזי היא חלק מגיבוש צו המעצר המינהלי (ראו עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508, 515). במעצרו של "לוחם בלתי חוקי" יש להביא את הכלוא לפני שופט בית המשפט המחוזי לא יאוחר מ-14 ימים מיום מתן צו הכליאה על ידי הרמטכ"ל (סעיף 5 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002). באשר למעצרו של חייל בצבא, נקבע בסעיף 237'א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כי יש להביא החייל בפני שופט צבאי בתוך 96 שעות, ומאותו מועד ואילך הוצאת הצו היא פעולה שנעשית אך על ידי שופט. הוראה זו נידונה בפנינו, והחלטנו כי היא בלתי חוקתית, שכן היא פוגעת שלא כדין בחירות האישית ואינה מידתית (פרשת צמח). בעקבות פסק דיננו תוקן החוק ונקבע כי במעצר חייל על פי חוק השיפוט הצבאי יש להביא את החייל העצור בפני שופט בתוך 48 שעות. מה הדין אם המעצר נעשה באזור. מה קובע הדין החל?

27. המשפט הבינלאומי אינו קוצב את מספרם של ימים אשר ניתן לעצור בהם אדם ללא מעורבות שיפוטית. תחת זאת נקבע עקרון כללי, אותו יש ליישם בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. העקרון הכללי העובר כחוט השני במשפט הבינלאומי, הוא כי יש להביא את ההחלטה בדבר המעצר ללא דיחוי (promptly) לשופט, או גורם שיפוטי אחר בעל סמכויות שיפוטיות (ראו F. Jacobs and R. White, The European Convention on Human Rights 89 (2nd ed., 1996)). כך, למשל, נקבע בסעיף 9(3) לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, כי:

"Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power".

הוראה זו נתפסת כבעלת אופי מינהגי (ראו N. Rodley, The Treatment of Prisoners Under International Law, 340 (2nd ed., 1999)). הוראה דומה מצויה

ב- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, שאושרו על ידי עצרת האומות המאוחדות ב-1988 (להלן – עקרונות ההגנה מפני מעצרים וכליאה). ההוראה קובעת בזו הלשון (עקרון 11(1)):

“A person shall not be kept in detention without being given an effective opportunity to be heard promptly by a judicial or other authority”.

על פי פרשנותה של הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, " [D]elays must not exceed a few days", (ראו Report of the Human Rights Committee, GAOR, 37th Session, Supplement No. 40 (1982), המצוטט אצל רודלי, שם, עמ' 335). ברוח דומה קובע סעיף 5(3) לאמנה האירופאית על זכויות האדם (ה- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) הוראה בזו הלשון:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(C) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power”.

באחת הפרשות בה פירש בית המשפט האירופאי לזכויות האדם הוראה זו נקבע:

“[T]he degree of flexibility attaching to the notion of ‘promptness’ is limited, even if the attendant circumstances can never be ignored for the purposes of the assessment under paragraph 3. Whereas promptness is to be assessed in each case according to its special features, the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the very essence of the right guaranteed by Article 5(3), that is the point of effectively negating the State’s obligation to ensure a prompt release or a prompt appearance before a judicial authority” (Brogan v. United Kingdom, (1988) 11 EHRR 117, 134).

באותה פרשה החזיקו השלטונות האנגליים מספר עצורים שנעצרו בגין פעולות טרור בצפון אירלנד. הם שוחררו לאחר ארבעה ימים ושש שעות, בלא שהובאו לפני כן בפני

שופט. בית המשפט האירופאי החליט כי בכך הפרה אנגליה את חובתה להביא את העצורים ללא דיחוי (promptly) בפני שופט. ברוח דומה הוחלט במספר פרשות נוספות (ראו De Jong v. Netherlands (1984) 8 EHRR 246; McGoff v. Sweden (1984) 8 EHRR 20; Duinhoff v. Netherlands (1984) 13 EHRR 478; Koster v. Netherlands (1991) 14 EHRR 396; Ahsoy v. Turkey (1996) 100/1995/606/695). ראו גם Lester and Pannick (eds), Human Rights Law and Practice (1999) 121-122.

28. אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (ה-Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War); להלן – אמנת ג'נבה הרביעית) כוללת הוראה כללית, לפיה (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”.

אין באמנת ג'נבה הרביעית הוראות הקובעות תקופות מעצר קבועות ומועדים למעורבות שיפוטית במעצר. כל שניתן למצוא בה הוא שתי הוראות הנוגעות למעצר מינהלי (internment). על פי ההוראה האחת (סעיף 43 החל לעניין מעצר במדינה הכובשת) נקבע כי:

“Any protected person who has been interned or placed in assigned residence shall be entitled to have such action reconsidered as soon as possible by an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose”.

ההוראה השנייה (סעיף 78 החל על מעצר באזור הכבוש) קובעת:

“Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying

Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay”.

הוראות נוספות בעניין זה – והוראות בעניין מעורבות שיפוטית במעצר שאינו מינהלי – אין.

29. לבסוף, חקיקת הביטחון עוסקת במעצר (פלילי "רגיל" ומינהלי) באזור. אשר למעצר פלילי "רגיל" נקבע בצו מס' 378 כי קצין משטרה, אשר יש לו יסוד סביר להניח כי נעברה עבירה, מוסמך לתת פקודת מעצר לתקופה שלא תעלה על 18 יום (סעיף 78(3)). בעקבות המלצותיה של ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת ("ועדת לנדוי"), שונה צו מס' 378 ותקופת המעצר בלא צו שיפוטי הועמדה על 8 ימים. בעתירה שהוגשה בעניין זה נקבע כי "אין מקום לעת הזו להתערבותו של בית משפט זה לקיצור תקופת המעצר המרבית עד להבאת עצור בשטחים בפני שופט צבאי" (בג"ץ 2307/00 נתשה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' (לא פורסם)). אשר למעצר המינהלי באזור, הוא נעשה תחילה על פי תקנות ההגנה (שעת חירום) התקפות באזור. לאחר מכן נכללו הוראות בעניין מעצר מינהלי בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970. על פי הוראות אלה, אם נעצר אדם על פי צו מעצר מינהלי, יש להביאו בפני שופט-משפטי בתוך 96 שעות (סעיף 87ב(א)). הוראות אלה הושעו על ידי צו מס' 1226. צו זה קבע כי מי שנעצר במעצר מינהלי, יובא בתוך 8 ימים לפני שופט-משפטי. במקביל להתקנתו של צו מס' 1500 שונה הדבר ותחת ההוראה שיש להביא העצור המינהלי בפני שופט-משפטי נקבע כי יש להביאו לפני השופט תוך 18 ימים. במקביל להתקנתו של צו מס' 1505 תוקן גם צו מס' 1226 פעם נוספת, ונקבע בו כי אם ניתן צו מעצר מינהלי למי שהוא נתון קודם לכן למעצר לפי צו מס' 1500, יובא לביקורת שיפוטית תוך 10 ימים מעת מעצרו.

30. על רקע נורמטיבי זה – המעמיד את הדרישה כי המעורבות השיפוטית תהיה ללא דיחוי (promptly) – שבה ועומדת בפנינו השאלה, אם ההסדר הקבוע בצו מס' 1500, לפיו ניתן לעצור אדם בלא להביאו בפני שופט משפטי ל-18 ימים הוא חוקי? בדומה, האם ההסדר הקבוע בצו מס' 1505 – ולא חל בו כל שינוי בצו מס' 1512 וצו מס' 1518 – לפיו ניתן לעצור אדם בלא להביאו בפני שופט-משפטי ל-12 ימים הוא

חוקי? בתשובה על שאלות אלה יש להתחשב בנסיבות המיוחדות של המעצר. לא הרי מעצר משטרתי "רגיל" כהרי מעצר המתרחש "במהלך פעולות הלחימה באזור" (צו מס' 1500), או "במהלך פעילות מבצעית ללחימה בטרור" (צו מס' 1505). אין לדרוש כי החקירה הראשונית תעשה בתנאי לחימה ובוודאי שאין לדרוש כי שופט-משפטי ילווה את הכוחות הלוחמים. מקובל עלינו כי יש מקום לדחות את תחילת החקירה וממילא גם את המעורבות השיפוטית עד לאחר הבאת העצורים למקום המצוי מחוץ לשדה הלחימה, בו ניתן לקיים בצורה נאותה חקירה ראשונית, וממילא גם מעורבות שיפוטית. נמצא כי גדר הספיקות מתרכז בשאלה, מהו הזמן העומד לרשות החוקרים – מקום שהעצור מצוי במתקן כליאה שמאפשר עריכתה של החקירה הראשונית – לביצוע החקירה הראשונית בלא מעורבות שיפוטית?

31. לעניין זה טוענים המשיבים לפנינו כי בשל המספר הרב של הנחקרים, ובשל המגבלות על מספר החוקרים המקצועיים, היה צורך להעמיד לרשות גורמי החקירה 18 ימים – ולאחר צו מס' 1505 12 ימים - כדי לבצע "פעולת סינון ראשונית, בטרם יובא עניינו של עצור לבחינתו של שופט-משפטי". בא כוח המשיבים הדגיש בתגובתו כי "במסגרת פעולות הלחימה נתפסו בידי כוחות צה"ל אלפי אנשים, בנסיבות שהעלו חשד כי הם היו מעורבים בפעילות הטרור והלחימה. תכליתו של צו מס' 1500 נועדה לאפשר 'סינון' וזיהוי של הלוחמים הבלתי חוקיים, המעורבים בטרור. פעולה זו נדרשה מכיוון שהטרוריסטים ביצעו פעולתם בתוך מרכזי האוכלוסיה הפלסטינית, בלי לשאת סימן זיהוי כי הם משתייכים לכוחות הלוחמים, המבדיל בינם לבין האוכלוסיה האזרחית, ותוך הפרה בוטה של דיני הלחימה" (סעיף 51 לתגובה מיום 15.5.2002). בא כוח המשיבים הוסיף וציין, כי אין כל טעם להביא עצורים – שזהותם טרם התבררה, ושחומר החקירה לגביהם לא עבר את ההצלבות הנדרשות – בפני שופט-משפטי. חקירה ראשונית זו – בטרם יובא העצור בפני שופט-משפטי – קשה היא ולעתים היא כרוכה בזמן ניכר. זאת, בין השאר, בשל "חוסר שיתוף פעולה של נחקרים ונסיונות להסתיר את זהותם, עוינות כלפי הסמכות החוקרת מצד נחקרים על רקע מניעים לאומניים ואידיאולוגיים, חוסר האפשרות לקבוע מראש את מקום ומועד המעצר (מעצרים בהיקפים גדולים שמתבצעים ככורח המציאות באזורי הלחימה), היות רוב החקירות מבוססות על מידע מודיעיני חסוי שלא ניתן לחשוף בפני הנחקר, הקושי להגיע לעדים פוטנציאליים וכו'" (פסקה 62 לתגובת המשיבים מיום 11.6.2002).

32. טענת המשיבים הינה, איפוא, כי יש להעמיד לרשות החוקרים זמן מספיק – שלא יעלה, כמובן, על 18 ימים (לפי צו מס' 1500) ו-12 ימים (לפי צו מס' 1505, כפי

שהוארך בצו מס' 1512 וצו מס' 1518) – כדי להשלים את החקירה הראשונית. במסגרת זו ישוחררו כל אותם עצורים שאין לגביהם חומר חקירה מספיק, וישארו במעצר רק אלה אשר לגביהם הסתיימה החקירה הראשונית, באופן שהחקירה בשלה למעורבות שיפוטית. לדעתנו, גישה זו נוגדת את תפיסת היסוד של המשפט (הבינלאומי והישראלי). 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 "חיצונית" למעצר. זהו חלק בלתי נפרד מהשתכללות המעצר עצמו. ביסוד תפיסה זו מונחת תפישה חוקתית, הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט. על כן לא נדרש שהעצור "יערער" על מעצרו בפני שופט. הפניה 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 לצרכי חקירה הוא בהכרעה השיפוטית. במצב הדברים "הטבעי" המעצר הראשוני נעשה מכוח צו שיפוטי (ראו ח' זנדברג, פירוש לחוק המעצרים 148 (2001)). ברור שמצב דברים זה אינו יכול לחול בנסיבות שלפנינו. טבעי הוא שהמעצר הראשוני לא יעשה על ידי צו שיפוטי, וטבעי הוא שתחילת החקירה הראשונית במתקן תעשה בגדרי הצו שהוצא מכוח צו מס' 1500 (על תיקוניו). המעורבות השיפוטית, מטבע הדברים, תבוא לאחר מכן. עם זאת, יש לעשות הכל כי תעשה בכל המקדס. אכן, דיני המעצר לצרכי חקירה הם בעיקרם דינים המדריכים את השופט, באלו נסיבות עליו לאפשר מעצרו של אדם ובאלו מקרים עליו להורות על השחרור. מעצר שיפוטי הוא הכלל, ואילו מעצר על ידי מי שאינו שופט הוא החריג. אמת, חריג זה הוא החל בעניינינו, שכן המעצר הראשוני, מטבע הדברים, נעשה ללא צו שיפוטי. עם זאת, יש לעשות הכל כדי שבמהירות הראויה החקירה תועבר לפסים הרגילים שלה, כשהיא נתונה בידי שופט ולא בידי חוקר. אכן, סמכות המעצר על פי צו מס' 1500 – וכמוה סמכות המעצר לפי צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518 – אינה סמכות מיוחדת במינה. זוהי סמכות מעצר "ממשפחת" הסמכות השיטורית הרגילה (ראו פסקה 24 לעיל), שאם לא כן, לא ניתן היה להעניקה כלל לקצין מוסמך. טבעה זה של סמכות המעצר עצמה משליך גם על המשך הגשתה. ככל סמכות מעצר, עליה להיות מתועלת במהירות האפשרית, למסלול הרגיל של המעורבות השיפוטית.

33. מעורבות שיפוטית זו מתחשבת, כמוכן, בנסיבות העניין. השופט-המשפטאי אינו שואל עצמו – כדי להאריך את המעצר לצרכי החקירה – אם קיימות ראיות

לכאורה להוכחת אשמתו של העצור. לא זו היא אמת המידה הנדרשת. בשלב ראשוני זה, מה שנדרש הוא קיומו של חשד סביר שהעצור עבר עבירת ביטחון, וכי קיים יסוד סביר לכך כי שחרורו יפגע בחקירה או בביטחון. על חשד סביר זה אמר השופט מ' חשין:

"חשד סביר' יהיה ויתקיים גם אם אין הוא נתמך בראיות לכאורה להוכחת האשמה, ובלבד שיש ראיות הקושרות את החשוד לעבירה בה מדובר במידת סבירות ראויה המצדיקה – במאזן האינטרסים מזה ומזה – כי תינתן למשטרה אפשרות להמשיך ולסיים את החקירה" (בש"פ 6350/97 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם), וכן בש"פ 157/02 צינמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

אכן, לעתים קרובות, על קיומו של החשד הסביר, רשאי השופט-המשפטי ללמוד מעצם נסיבות המעצר, המקימות חשש כי נשקפת מהעצור, אינדיבידואלית, סכנה לביטחון האזור (ראו הגדרת עצור בצו מס' 1500 וצו מס' 1505). השופט-המשפטי יבחון נסיבות אלה, ויבדוק אם עולה מהן חשד סביר לביצוע של עבירה. הוא יתחשב כמובן בחומר נוסף שיוגש בפניו. הוא יעמוד על מהלכי החקירה המתוכננים ועל קשיי החקירה – אם בשל מחסור בכוח אדם ואם בשל קשיים בחקירה עצמה – כדי להשתכנע כי החוקרים אכן זקוקים לזמן חקירה נוסף. כל אלה יבטיחו כי ההחלטה באשר להמשך המעצר – גם אם בסופו של דבר היא מתבססת על חומר חקירה ראשוני בלבד – לא תעשה על ידי הרשות החוקרת, אלא על ידי גוף שיפוטי. זהו הטעם המונח ביסוד ההסדר הנורמטיבי (הבינלאומי והישראלי) באשר למעצר לצרכי חקירה. ייתכן, כמובן, כי בסופו של יום, יורה השופט על המשך המעצר, כפי שהיה עושה הקצין המוסמך. אין בכך ולא כלום, שכן מעורבותו של השופט מבטיחה כי השיקולים השונים יבחנו, כי יילקחו בחשבון רק שיקולים ראויים, וכי נקודת ההיבט כולה תהא שיפוטית. זהו המינימום הנדרש על ידי המסגרת הנורמטיבית (הבינלאומית והישראלית). היטיב להביע זאת הנשיא שמגר בדבריו הבאים, אשר עסקו בביקורת שיפוטית על מעצר מינהלי, אך התופסים גם לענייננו:

"מן הנכון יהיה, שהרשויות יפעלו באופן אפקטיבי לצמצומו של פער הזמן שבין המעצר והגשת הערעור לבין הביקורת השיפוטית" (בג"ץ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון (להלן – פרשת סג'דיה), פ"ד מב(3) 801, 819-820).

כמובן, אין להסיק מכך שהביקורת השיפוטית צריכה להיות שטחית. נהפוך הוא "יש חשיבות רבה בבדיקה יסודית של החומר על ידי השופט ובהקפדה על כך, שאכן תוגש לו כל ראיה הקשורה לעניין שלפניו... חזקה על השופטים שלעולם לא ייתנו לכמות להשפיע על האיכות ועל עומק הבדיקה השיפוטית" (הנשיא שמגר בפרשת סג'דיה, עמ' 820). בהפעילו את שיקול דעתו יאזן השופט בכל מקרה ומקרה את צרכי הביטחון מזה ואת חירות הפרט מזה. הוא יניח לנגד עיניו את דבריו הבאים של הנשיא שמגר, שאף כי נאמרו לעניין מעצר מינהלי, תופסים גם לענייננו:

"שלילת החירות שלא על יסוד החלטה של רשות שיפוטית היא, לפי עצם מהותה, צעד מרחיק לכת ובעל חומרה רבה, שהחוק מתיר אותו רק בהתקיים נסיבות שבהן הכרחי הדבר בשל טעמי ביטחון החלטיים. שיקול הדעת הנכון, אשר חובה להפעילו עובר למתן הצו, מתייחס גם לשאלה, אם ההחלטה בדבר מעצר משקפת בכל מקרה קונקרטי את האיזון הנאות בין הכרח ביטחוני, שאין לו פתרון סביר אחר, לבין מגמת היסוד, לפיה יש לכבד חירותו של אדם" (פרשת סג'דיה, עמ' 821, ב-ג).

34. על רקע זה הננו סבורים, כי קביעת תקופת מעצר קצוב של 18 ימים (בצו מס' 1500) או של 12 ימים (בצו מס' 1505, בצו מס' 1512 ובצו מס' 1518) חורגת מעבר לראוי. תקופת מעצר זו נועדה להבטיח מיצוי החקירה הראשונית, אך זה אינו תפקידה הראוי. על פי המסגרת הנורמטיבית, בסמוך לאחר המעצר הראשוני על ידי קצין מוסמך יש להעביר את המשך המעצר לפסים של מעורבות שיפוטית. אין להמתין לסיום החקירה (הראשונית או האחרת), בטרם יובא העניין בפני השופט. הצורך להשלים את החקירה הראשונית יוצג בפני השופט עצמו, אשר יחליט אם מתקיים בפניו חשד סביר באשר למעורבותו של העצור, המצדיק המשך המעצר. הנה כי כן, צו מס' 1500 – וכמוהו גם צו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518 – נגס שלא כדין בסמכות המעצר של השופט, ובכך הוא נגס שלא כדין בחירות, אשר ההסדר הנורמטיבי (הבינלאומי והישראלי) נועד להגן עליה.

35. כיצד ניתן לפתור את הבעיה? ספק בעינינו אם רצוי הדבר להחליף את תקופת המעצר ללא אישור שיפוט שנקצבה בצו מס' 1500 וצו מס' 1505 (על תיקוניו) בתקופת מעצר קצובה קצרה יותר. כפי שראינו, הכל תלוי בנסיבות המשתנות, אשר לא תמיד ניתן לצפותן מראש. דומה הדבר, כי בשל הנסיבות המיוחדות שלפנינו יש צידוק לגישה

בה נוקט המשפט הבינלאומי, הנמנע מקביעת תקופות קצובות, והקובע תחתן חיוב לפנות לשופט ללא דיחוי. על כל פנים, דבר זה הוא עניין למשיבים ולא לנו. כמובן, יש להניח כי משמעות הדבר הינה, כי יהא צורך להגדיל בצורה משמעותית את צוות השופטים-המשפטיים, אשר יעסקו במעורבות שיפוטית בענייני המעצר. לא נטען בפנינו, כי יש מחסור בשופטים אלה. על כל פנים, גם אם הטענה היתה מועלית בפנינו, היינו דוחים אותה, תוך ציטוט מדבריו הבאים של הנשיא שמגר:

“מהי המשמעות המעשית של האמור לעיל? אם מספרם של העצירים הוא רב, מן ההכרח להוסיף גם שופטים משפטיים נוספים לשם שמיעת הערעורים. קושי ארגוני אפשרי בקביעת הסדרים, אשר יגדילו את מספרם של השופטים המשפטיים הנקראים לשירות כדי לאפשר שמיעה בהקדם וביעילות של ערעורו של עציר, אינו יכול לשמש הצדקה לאורך התקופה, שבה כלוא עציר בלי שעניינו עבר את הביקורת השיפוטית. תנאי החירום הנוכחיים חייבו, ללא ספק, היערכות כוחות נרחבת כדי לטפל במהומות שאירעו ביהודה, שומרון וחבל עזה, והנושא שלפנינו, היינו הקמת מחנה מיוחד בקציעות, הוא דוגמה לכך. אולם, על פי אותה אמת מידה יש גם להשקיע מאמצים ומשאבים כדי לשמור על זכויותיהם של העצירים ולהגדיל את היקפה של הביקורת השיפוטית. אם מספרם הרב של הערעורים מחייב זאת, יכולים לדון בהם, במקביל ובו-זמנית, עשרה שופטים משפטיים ויותר, שייקראו לשירות למטרה זו, ולא רק אותו מספר – הקטן יותר – המטפל בכך כיום. הוא הדין, כמובן, בשינויים הנובעים מן העניין, בכל הנוגע לתובעים, אשר גם את מספרם ניתן להגדיל בשל הצורך בהחשת הליכי הערעור וההכנות הכרוכות בכך” (פרשת סג’דיה, עמ’ 820, ב-ד).

יצויין, כי על פי הדין הבינלאומי המעורבות השיפוטית יכולה להיעשות על ידי שופט (Judge) או על ידי עובד ציבור שיש לו סמכויות שיפוטיות (other officer authorized by law to exercise judicial power). עובד ציבור זה צריך להיות עצמאי ממבצעי החקירה ומתובעים. הוא צריך להיות חופשי מכל משוא פנים. הוא צריך להיות בעל סמכות להורות על שחרור העצור (ראו Ireland v. United Kingdom (1978) 2 EHRR 417; Schiesser v. Switzerland (1979) 2 EHRR 417).

36. התוצאה היא, איפוא, כי אנו קובעים שתקופת המעצר בלא אישור שיפוטי בת 18 הימים (שנקבעה בצו מס’ 1500) ותקופת המעצר בלא אישור שיפוטי בת 12 הימים

(שנקבעה בצו מס' 1505, צו מס' 1512 וצו מס' 1518) דינן להתבטל. תחתם תבוא תקופת זמן אחרת שתקבע על ידי המשיבים. לשם כך יש לאפשר למשיבים לשקול בדבר. על כן אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקפה רק בתום ששה חודשים מיום מתן פסק דין זה (השוו פרשת צמח, עמ' 284). שקלנו את בקשת המשיבים להציג בפנינו חומר חסוי בעניין זה. איננו סבורים שהדבר ראוי או רצוי. אנו מקווים כי ההשעיה בת מחצית השנה תאפשר התארגנות מחודשת כפי הנדרש על פי המשפט (הבינלאומי והפנימי).

מניעת פגישה עם עורך דין

37. על פי צו מס' 378 נעשתה הבחנה בין עצור פלילי "רגיל" לבין עצור החשוד בעבירה לפי תחיקת הביטחון לעניין הפגישה עם עורך דין. במקרה הראשון (פלילי "רגיל") רשאי העצור להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו (סעיף 78ב(א)). ניתן למנוע זאת רק אם העצור נמצא בהליכי חקירה או בפעולות אחרות הקשורות לחקירה, ואף אז המניעה אפשרית "לשעות ספורות" (סעיף 78ב(ד)). ניתן להאריכה מטעמים של ביטחון האזור לתקופה שלא תעלה על 96 שעות משעת המעצר. שונים פני הדברים במקרה השני (חשוד בעבירת ביטחון). במקרה זה רשאי הממונה על החקירה להורות שלא לאפשר פגישת העצור עם עורך דין לתקופה שלא תעלה על 15 יום מיום המעצר, אם סבר שהדבר דרוש מטעמים של ביטחון האזור או טובת החקירה (סעיף 78ג(ג)). רשות מאשרת רשאית להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה נוספת שלא תעלה על 15 יום נוספים אם שוכנעה שהדבר דרוש מטעמים של ביטחון האזור או שטובת החקירה מחייבת זאת.

38. צו מס' 1500 שינה את ההסדר על פי צו מס' 378. נקבע בצו מס' 1500 (סעיף 3) כי:

"(א) על אף האמור בסעיפים 78ב ו-78ג לצו בדבר הוראות ביטחון, לא ייפגש עצור עם עורך דין במשך תקופת המעצר.

(ב) מניעת מפגש של עצור עם עורך דין בתום תקופת המעצר תיעשה רק בהוראת רשות מאשרת, בהתאם לסעיף 78ג(ג)(2) לצו בדבר הוראות ביטחון".

נמצא, כי תחת 15 ימי מעצר בלא אפשרות לפגישה עם עורך דין שנקבעה בצו מס' 378, נקבעה בצו מס' 1500 מניעת פגישה ל-18 יום. לאחר חלוף 18 היום האמורים, חוזרים למסלול הקבוע בצו מס' 378, וניתן לפנות לרשות המאשרת, הרשאית להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה שלא תעלה על 15 ימים.

39. בהסדר זה חל שינוי בעקבות צו מס' 1505. נקבעו בו שתי הוראות חדשות: האחת, המניעה המקורית לפגישה עם עורך דין הועמדה על ארבעה ימים (סעיף 4(א)); השניה, בחלוף ארבעת הימים, יש לפנות למסלול המקורי שנקבע בצו מס' 378, כלומר פניה ראשונית לממונה על החקירה, הרשאי להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה שלא תעלה על 15 ימים אם סבר שהדבר דרוש מטעמים של ביטחון האזור או שטובת החקירה מחייבת זאת. לאחר מכן ניתן לפנות לרשות המאשרת, הרשאית להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה נוספת של 15 ימים. נמצא, כי תחת ההסדר על פי צו מס' 1500 שאיפשר מניעת פגישה עם עורך דין לתקופה כוללת של 33 ימים (18 ימים על פי הצו עצמו ועוד 15 ימים על פי החלטת הרשות המאשרת), בא הסדר חדש על פי צו מס' 1505 המאפשר מניעת פגישה עם עורך דין לתקופה כוללת של 34 יום (4 ימים על פי הצו עצמו, 15 ימים על פי החלטת הממונה על החקירה ו-15 ימים נוספים על פי החלטת הרשות המאשרת).

40. שינוי נוסף בעניין זה התרחש עם התקנתו של צו מס' 1518, אשר קבע כי המניעה המקורית למניעת פגישה עם עורך דין צומצמה נוספות, והועמדה על שני ימים (סעיף 3). נמצא, כי התקופה הכוללת למניעת פגישה – שהועמדה בצו מס' 1505 על 34 ימים (4 ימים לפי הצו עצמו, 15 ימים על פי החלטת הממונה על החקירה ו-15 ימים נוספים על פי אישור הרשות המאשרת), הועמדה על ידי צו מס' 1518 על 32 ימים.

41. האם ההסדר האמור – בין ההסדר על פי צו מס' 1500, בין ההסדר על פי צו מס' 1505 ובין ההסדר על פי צו מס' 1518 – תואם את המשפט הבינלאומי? עיון במשפט הבינלאומי מלמד כי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) אינה כוללת בעניין זה כל הוראה מפורשת. ההוראה הקרובה ביותר לעניין מצויה בסעיף 14(3) לאמנה החלה על מי שהוגש כנגדו כתב אישום. בהקשר זה נקבע כי יש להבטיח לנאשם מתקן ראוי בו הוא יכול להכין הגנתו עם פרקליט (ס"ק (ב)), ולהיות מיוצג במשפט על ידי פרקליט (ס"ק (ד)). הוראות מפורשות יותר מצויות בעקרונות ההגנה מפני מעצרים וכליאה. נקבע (בעקרון 18(1)) לאמור:

“A detained or imprisoned person shall be entitled to communicate and consult with his legal counsel”.

לעקרון זה נקבע חריג החשוב לענייננו. על פיו (עקרון 18(3)):

“3. The right of a detained or imprisoned person to be visited by and to consult and communicate, without delay or censorship and in full confidentiality, with his legal counsel may not be suspended or restricted save in exceptional circumstances, to be specified by law or lawful regulations, when it is considered indispensable by a judicial or other authority in order to maintain security and good order”.

42. אמנת ג'נבה הרביעית אינה כוללת בעניין המפגש עם עורך דין כל הוראה מפורשת. מצויה, כמובן, ההוראה הכללית (המובאת בפסקה 28 לעיל), של סעיף 27 לאמנה המגנה על כבודם וחירותם של תושבי האזור הנשלט, אך הקובעת גם כי המדינה התופסת בתפיסה לחימתית יכולה לנקוט באמצעים הדרושים לביטחון. בצד הוראה כללית זו, ההוראה הקרובה ביותר לעניין מצויה בסעיף 113 לאמנה, הקובעת:

“The Detaining Powers shall provide all reasonable facilities for the transmission, through the Protecting Power or the Central Agency provided for in Article 140, or as otherwise required, of wills, powers of attorney, letters of authority, or any other documents intended for internees or despatched by them.

In all cases the Detaining Powers shall facilitate the execution and authentication in due legal form of such documents on behalf of internees, in particular by allowing them to consult a lawyer”.

זכות זו כפופה לסידורי ביטחון. עמד על כך פיקטה בציינו:

“It was important, however, that these facilities for the transmission of documents should not serve as a pretext for the giving of information for subversive purposes; hence the wording ‘all reasonable facilities’, which enables suspicious

correspondence to be eliminated” (J. S. Pictet, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 471-472).

בסכמו סוגיה זו ציין מ"מ הנשיא שמגר כי:

“האמור בסעיף 113 ובדברי הפרשנות של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, שפורסמו בעקבותיו, מצביעים על כך, ששיקולי הביטחון של המעצמה העוצרת הם שיקולים לגיטימיים” (פרשת צמל, עמ' 377).

הוראה אחרת באמנת ג'נבה הרביעית – העוסקת בעצור שהוגש נגדו כתב אישום – קובעת (סעיף 72):

“Accused persons shall have the right to present evidence necessary to their defence and may, in particular, call witnesses. They shall have the right to be assisted by a qualified advocate or counsel of their own choice, who shall be able to visit them freely and shall enjoy the necessary facilities for preparing the defence”.

43. נראה לנו, איפוא, כי המערכת הנורמטיבית אשר במסגרתה יש לבחון את חוקיותו של ההסדר באשר לפגישה עם עורך דין – בין על פי המשפט הבינלאומי ובין על פי עקרונות היסוד של המשפט הישראלי – הינה העקרון כי ככלל יש לאפשר מפגש בין עצור לבין פרקליטו. דבר זה נגזר מזכותו של כל אדם לחירות אישית (ראו בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פ"ד מז(2) 843, 847; להלן – פרשת סופיאן; ראו גם בג"ץ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד מז(1) 209, 212; להלן – פרשת רומחיה). עם זאת, זכות המפגש אינה זכות מוחלטת. בצדק ציין המשנה לנשיא מ' אלון בפרשת סופיאן כי:

“זכות הפגישה עם עורך-דין, כזכויות יסוד אחרות, אינה זכות מוחלטת אלא זכות יחסית, ויש לאזנה עם זכויות ואינטרסים אחרים” (עמ' 848).

על כן, ניתן למנוע את המפגש בין עצור לבין עורך הדין אם שיקולים חשובים של ביטחון האזור מצדיקים מניעת הפגישה. עמדתי על כך בפרשת רומחיה בצייני:

“מניעת פגישה בין עצור לבין עורך-דינו הינה פגיעה קשה בזכות העצור. פגיעה כזו נסבלת רק כאשר הדבר חיוני מבחינתם של צורכי הביטחון והכרחי מבחינתה של טובת החקירה. בכל הנוגע לטובת החקירה – וזאת עילתם של המשיבים בעניין שלפנינו – הכרחי הוא להראות, כי קיום פגישה בין עצור לבין עורך הדין תסכל את החקירה. בצדק צויין, כי 'לא מספיק שהדבר נוח או מועיל או רצוי' (בג"ץ 128/84 (1) הנ"ל, בעמ' 27). יש להראות כי הדבר חיוני והכרחי מבחינתה של החקירה” (פרשת רומחיה, עמ' 213).

לעניין זה, אין המשפט הבינלאומי קוצב זמנים מקסימליים למניעת הפגישה, ואלה צריכים להיגזר – על פי מבחנים של סבירות ומידתיות – מנסיבות העניין. גישה ברוח דומה התקבלה גם ב-Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism. נקבע באותן אמות מידה כי –

“The imperative of fight against terrorism may nevertheless justify certain restrictions to the right of defence, in particular with regard to (1) the arrangements for access to and contact with counsel”.

44. מתבקש מכאן, שכל עוד הלחימה נמשכת אין מקום לאפשר לעצור להיפגש עם עורך הדין. עמד על כך בית משפט זה לאחרונה בציינו:

“לא יעלה על הדעת שבמהלך פעולות לחימה ובסמוך להן יאפשר המשיב פגישה עם אנשים שקיים חשש שהם מסכנים או עלולים לסכן את ביטחון האזור, ביטחון כוחות צה"ל או ביטחון הציבור של עורכי הדין, כל עוד לא בשלו התנאים המאפשרים שקילת נסיבותיו האינדיבידואליות של כל עצור ועצור” (בג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם)).

אך מה הדין כאשר העצור מצוי כבר במתקן כליאה מוסדר, ובשלו התנאים המאפשרים שקילת נסיבותיו האינדיבידואליות של כל עצור ועצור?

45. תשובתנו הינה כי הכלל במצב דברים זה צריך להיות הגשמת זכות היסוד לפגישה עם עורך הדין. עם זאת, שיקולי ביטחון חשובים עשויים למנוע זאת. כך, למשל, בתגובתו מציין בא כוח המשיבים כי ניתן למנוע מפגש עם עורך דין במקום שקיים חשד כי "חיהם של הכוחות הלוחמים יסוכנו עקב האפשרות להעברת מסרים ממתקני המעצר החוצה, באופן גלוי או מוצפן" (סעיף 54 לתגובה מיום 5.5.2002). לכך אנו מסכימים. כן יש מקום למנוע המפגש מקום שהדבר עשוי לפגוע או לשבש את החקירה. ודוק: לא די בכך שמניעת המפגש תקדם את החקירה. "הדגש הוא על הנזק העלול להגרם לביטחון המדינה אם לא תמנע הפגישה עם עורך הדין" (השופט א' גולדברג בבג"ץ 4965/94 קהלני נ' שר המשטרה (לא פורסם)). נמצא, כי "לא מספיק שהדבר נוח או מועיל או רצוי, כי הביטוי 'דרוש' בא להצביע על זיקה של צורך בין ההחלטה לבין הטעם המונח ביסודה" (הנשיא שמגר בבג"ץ 128/84 חזן ואח' נ' נצ"מ מאיר ואח', פ"ד לח(2) 24, 27)). על רקע זה הננו סבורים כי לא נפל כל פגם בהסדרים שנקבעו בצו מס' 1500, בצו מס' 1505 ובצו מס' 1518 בעניין מניעת הפגישה עם עורך דין.

46. בטרם נסיים סוגיה זו ברצוננו להתייחס לטענה המועלית על ידי העותרים, והקשורה למניעת פגישה עם עורך דין. הטענה הינה, כי במניעת פגישה עם עורך דין נתונים העצורים על פי צו מס' 1500 – וכמותם העצורים על פי צו מס' 1505 וצו מס' 1518 – במצב של בידוד (incommunicado) למשך שמונה-עשר ימים (על פי צו מס' 1500) או 4 ימים (על פי צו מס' 1505) או יומיים (על פי צו מס' 1518). טענה זו יש לדחות. גם אם נמנעת הפגישה עם עורך דין, אין בכך כדי להצדיק הטענה כי העצור מנותק מהעולם החיצון. די אם נציין, כי עם העברתם של העצורים למתקן הכליאה – דבר המתרחש בתוך 48 שעות ממעצרו תוך כדי לחימה – הם זכאים לביקורים של הצלב האדום; הודעה על מקום מעצרו נמסרת לבני המשפחה; ניתן בכל עת לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק בעתירה כנגד המעצר (סעיף 15(ד)(1) לחוק-יסוד: השפיטה). פנייה זו יכולה להיעשות לא רק על ידי העצור בלבד, אלא גם על ידי בן משפחה, ועל פי גישתנו לבעיית המעמד בדין, גם על ידי כל אדם או אגודה המתעניינת בגורלו של העצור. אכן, העתירה שלפנינו הוגשה, בין השאר, על ידי שבע אגודות (או עמותות) העוסקות בזכויות האדם, וטענותיהן נשמעו בלא שבעיית המעמד בדין עלתה כלל בדיון. במצב דברים זה אין לומר כלל כי העצורים על פי צו מס' 1500 – ובוודאי לא העצורים על פי צו מס' 1505 ועל אחת כמה וכמה העצורים על פי צו מס' 1518 – נתונים בניתוק מהעולם החיצון.

מעצר ללא חקירה

47. סעיף 2(ב) לצו מס' 1500 קובע:

“לעצור תינתן הזדמנות להשמיע את טענותיו, לא יאוחר מתום שמונה ימים מיום מעצרו”.

הוראה זו ממשיכה לחול גם במסגרת צו מס' 1505. צו מס' 1518 העמיד את התקופה של מעצר ללא חקירה על ארבעה ימים (סעיף 2). העותרים טוענים כי עצם ההוראה אינה חוקית. היא מהווה פגיעה בחירות מעבר לנדרש. היא מרוקנת את הזכות לחירות מכל תוכן ושוללת הליך הוגן. היא עלולה להביא למעצרים מוטעים או שרירותיים. לעומתם טוענים המשיבים כי חשיבותה של ההוראה בכך שהיא מחייבת את החוקרים לתשאל את העצור בתוך שמונה ימים, וזאת כדי לערוך בירור ראשוני בדבר זהות העצור, ושמיעת גירסתו לעניין מעצרו. לא ניתן לקצר מועד זה בשל הכמות הגדולה של העצורים מזה והמגבלות על מספרם של החוקרים המקצועיים מזה. צויין בפנינו כי לגורמי החקירה יכולת חקירה מוגבלת, והם אינם ערוכים לטפל במספר עצורים כה גדול בתוך לוח זמנים צפוף יותר.

48. מקובל עלינו כי אין לנהל חקירה – וממילא אין מקום לשמוע את עמדת העצור – במהלך פעולות הלחימה או במהלך פעילות מבצעית. החקירה יכולה להתחיל רק כאשר העצור – שנתקימה בו עילת מעצר אינדיבידואלית – מובא למתקן המאפשר תנאי חקירה. זאת ועוד: מקובל עלינו כי במקום שרב הוא מספר העצורים, עובר זמן מה עד שניתן להתארגן במתקן החקירה לקראת החקירות הראשוניות. זאת יש לעשות, כמובן, במהירות האפשרית. התחלה מהירה של החקירה חשובה במיוחד בשלב ראשוני זה, שכן בו עשויות להתבהר עובדות פשוטות, העשויות להכריע, לכאן או לכאן, את דבר המשך המעצר (כגון, גיל, נסיבות המעצר, זהות). כמובן, לעתים קרובות אין להסתפק בבדיקה ראשונית, ויש להמשיך בחקירה. כל אלה צריכים להיעשות בהקדם האפשרי. המשיבים מודע לכך, כמובן. טענתו בפנינו הינה פשוטה: מחסור בחוקרים מקצועיים. צר לנו, אך הסבר זה אינו מניח את הדעת. צרכי הביטחון מזה וחירותו של הפרט מזה – כל אלה מובילים לצורך בהגדלת מספר החוקרים. בוודאי כך בתקופת הטרור הקשה הפוקדת אותנו, ועל אחת כמה וכמה כאשר צפויה היתה עליה במספר העצורים בעקבות מבצע חומת מגן. עתירה זו אין עניינה צרכי הביטחון, המצדיקים

הגדלתם של מספר החוקרים. לא נביע, על כן, כל עמדה בשאלה סבוכה זו. עתירה זו עניינה שיקולים של חירות הפרט המצדיקים הגדלה זו. עמדה על כך השופטת דורנר בציינה:

“לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה” (פרשת גנימאת, עמ’ 645).

וברוח דומה ציין השופט י’ זמיר:

“החברה נבחנת, בין היתר, על-פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם” (פרשת צמת, עמ’ 281).

הוא הדין בענייננו. חברה המבקשת ביטחון מזה וחירות מזה צריכה לשלם את המחיר. אין להצדיק הימנעות מחקירה רק בשל מחסור בחוקרים. יש לעשות הכל כדי להגדיל את מספר החוקרים. בכך יובטחו הביטחון והחירות גם יחד. זאת ועוד: משקבענו כי ההסדר לפיו ניתן שלא להביא עצור בפני שופט במשך 18 ימים (לפי צו מס’ 1500) או 12 ימים (לפי צו מס’ 1505, צו מס’ 1512 וצו מס’ 1518) אינו חוקי, ממילא משליך הדבר על תחילתה של החקירה, שכן פנייתו של העצור, מיוזמתו שלו, לשופט תחייב להקדים את עריכתה של החקירה.

49. המסקנה המתבקשת הינה, כי הוראת סעיף 2(ב) לצו מס’ 1500 והוראת סעיף 2 לצו מס’ 1518 אינן תקפות, ויש לבטלן. על המשיבים להחליט מה ההסדר שיבוא תחתיהן. מטעם זה אנו משהים את הצהרתנו כי סעיף 2(ב) לצו מס’ 1500 וסעיף 2 לצו מס’ 1518 בטלים, וזו תכנס לתוקפה רק בתום ששה חודשים מיום פסק דין זה (השוו פרשת צמת, עמ’ 284). אף כאן שקלנו את בקשת המשיבים להציג בפנינו חומר חסוי (ראו פסקה 36 לעיל) ואף כאן אנו סבורים כי הדבר אינו ראוי ואינו רצוי, תוך שיש לפעול במסגרת תקופת ההשעיה להתארגנות מחודשת אשר תתאים למשפט (הבינלאומי והפנימי).

התוצאה היא כי העתירה נדחית בחלקה (בכל הנוגע לסמכות המעצר הכלולה בצו מס' 1500, צו מס' 1505, בצו מס' 1512 ובצו מס' 1518, ובכל הנוגע למניעת פגישה של עצור עם עורך דין); העתירה מתקבלת בחלקה, במובן זה שאנו מצהירים כי הוראת סעיף 2(א) לצו מס' 1500 – כפי שתוקנה לאחר מכן בצו מס' 1505 והוארכה בצו מס' 1512 ובצו מס' 1518 – הוראת סעיף 2(ב) לצו מס' 1500 והוראת סעיף 2 לצו מס' 1518 בטלות. הצהרת בטלות זו תכנס לתוקפה בתוך חצי שנה מיום מתן פסק דינו זה.

ה נ ש י א

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ג' אדר א' התשס"ג (5.2.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א