

בעניין:

1. _____ בעג'אווי, תושב השטחים הכבושים
2. _____ קטנאני, ת"ז _____, תושבת השטחים הכבושים
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או
בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484)
ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או מאיסא אבו סאלח-אבו עכר (מ"ר
52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרת

- נ ג ד -

1. המפקד הצבאי בשטחים הכבושים
2. הפרקליט הצבאי הראשי
3. משטרת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יסדירו את מדיניות מעצרם של קטינים פלסטינים בשטחים הכבושים, כך שדרך המלך תהא זימונם של הקטינים באמצעות הוריהם או האפוטרופוס האחראי עליה, ואילו מעצרים בשעות הלילה ייוחדו למקרים חריגים וחמורים במיוחד.
- ב. מדוע לא ישנה את נהלי המעצר של קטינים בשטחים הכבושים, בהתאם לעקרון טובת הילד וברוח חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008 (להלן: **חוק הנוער**).

ואלה נימוקי העתירה

1. מדי שנה נעצרים מאות קטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית על ידי כוחות הביטחון הישראליים. ברוב רובם של המקרים, הקטינים נעצרים על ידי הצבא באישון לילה ונלקחים ישירות ממיטותיהם לנסיעה מטלטלת ברחבי הגדה, עד להבאתם לחקירה באחת מתחנות משטרת ישראל הפרושות בה, ולפעמים אף למתקני החקירה של שבי"כ.
2. לאחר מעצרם בשעות הקטנות של הלילה, נלקחים הקטינים המבוהלים אל מסע לילי מייגע, כשהם חשופים לא פעם לאלימות מצד כוחות הביטחון, ולסדרה ארוכה של הפרות של זכויותיהם במעצר ובחקירה. הקטינים מובאים אל החקירה כשהם מבוהלים ומותשים, ולעיתים קרובות לאחר שלא התאפשר להם לאכול או לשתות דבר במשך שעות רבות, ואף לא לעשות את צרכיהם.

3. החקירות נערכות ברובן המכריע מבלי שניתנת לקטינים אפשרות להיוועץ בעורך דין, וגם במקרים הבודדים בהם מתאפשרת היוועצות כזו, אין מדובר בהיוועצות מהותית. לקטינים אלה לא ניתנת האפשרות ליצור קשר עם הוריהם בטרם החקירה, ולהורים לא נמסר מידע אודות מקום החזקת יקירם. כך ניצבים הקטינים, מותשים והלומים, לבדם מול חוקריהם.

4. הצבא נוהג לבצע מעצרים בגדה המערבית הן של בגירים והן של קטינים, בשעות הקטנות של הלילה, כדבר שבשגרה וללא קשר לחומרת המעשה המיוחס לחשוד. האפשרות של זימון קטין לחקירה אינה נחשבת לכלל, ואף בחינת הסוגיה הופסקה למעשה, לאחר שהתנהלה באופן קלוקל ומזלזל על ידי המשיבים.

5. המעצר בשעות הלילה הופך את המעצר למאורע טראומטי ביותר, לא רק עבור הקטין הנעצר שפוקח את עיניו ומוצא קבוצה גדולה של חיילים מעל לראשו, אלא גם עבור המשפחה כולה. הוריהם ואחיהם של הנערים, לא פעם קטינים בעצמם, מוערים אף הם באמצע הלילה, מבוהלים מהנוכחות הפתאומית של חיילים חמושים בביתם. שיטה זו מופעלת גם במקרים בהם ברי כי העבירות בהן הם חשודים אינן חמורות, ועל כן אין כל צורך לבצע את המעצר באופן כה קיצוני.

6. לפלישות לילות עלולות להיות השלכות נפשיות קשות על חיי המשפחה והן בעלות פוטנציאל טראומטי ניכר, לא רק עבור הקטין הנעצר אלה גם עבור כל בני המשפחה. וזאת משום שבפלישות אלו יש חדירה כפויה של כוחות חמושים זרים למרחב הפרטי של בני הבית, בהיותם במיטותיהם, בשלווה וביטחון שמעניקה מנוחת הלילה, שכן רגע הופכת לפגיעות מקסימלית, נפשית ופיזית – וכך ברגע אחד הם מאבדים את שליטתם על ביתם, ומצויים תחת איום וחשש מפגיעה פיזית.

7. דברים אלה נכונים באופן כללי. כשהשלכות על הקטינים הן קיצוניות יותר, בין אם הקטין נעצר ובין אם היה אך ורק עד למעצר. וכך נגרמת לדרי הבית, ובפרט הקטינים שבהם, פגיעה קשה בתחושת הביטחון האישי, שהרי ביתו של אדם הוא מבצרו. כמו כן, לאירועים אלה אף עשויה להיות השפעה שלילית ביותר על היחסים בין בני המשפחה, בעיקר בעקבות הפגיעה בחזות ומהות התפקוד ההורי, שבעת פלישת כוחות הצבא אל ביתם ואובדן השליטה איבדו גם את היכולת להגן על ילדיהם.

8. לצד זאת, לפלישה הלילית יש גם השלכות ישירות וחמורות על המשך ההליך של המעצר והחקירה של הקטין. בניגוד לקטין שזומן לחקירה ומגיע אליה מוכן נפשית, במעצרים במתכונת זו קטינים מגיעים לחדרי חקירות כשהם אחוזי אימה, רעבים ומותשים, חלקם אף חבולים. כמו כן, בחלק ניכר מהמקרים לא ניתנת להם האפשרות להיפרד מהוריהם או להתלבש לפני כן באופן ראוי ומתאים לעונה, ולפעמים בלי ציוד חיוני להם כמו משקפיים או תרופות.

9. על פי הנתונים שאספה העותרת, במסגרת הפניות אליה לאיתור מקום החזקתם של כלואים, בשנת 2018, היוו הפניות לאיתור קטינים שנעצרו בשעות הלילה (בין השעות 23:00 לבין השעה 05:00) (להלן: **שעות הלילה**) כ-52% מסך הפניות לאיתור מקום החזקתם של כלואים בני פחות מ-18, ובשנת 2019 כ-60%.

10. כמו כן, מ-81 תצהירים שנאספו על ידי העותרת מקטינים שנעצרו בתקופה שבין אוגוסט 2018 ועד לדצמבר 2019, 58 (כ-72%) נעצרו בביתם באופן יזום בשעות הלילה. נתונים אלה, ועוד אחרים שנאספו על ידי העותרת, כפי שיפורט בהמשך, מצביעים על חפיפה כמעט מוחלטת בין היות המעצר פעולה מתוכננת המתקיימת בביתו של הקטין לבין ביצועו בשעות הלילה.

11. מדיניות מעצרי לילה של קטינים כברירת מחדל, הנובעת ממדיניות מעצר קטינים כדבר שבשגרה מנוגדת לדין הבינלאומי ולעקרונות טובת הילד, עקרונות שקיבלו ביטוי בחקיקה הישראלית במסגרת חוק הנוער, ואף בהתאם להנחיות בפקודת המשטרה 14.01.05 (להלן: **פקודת המשטרה**). לא למותר לציין שחוק הנוער אינו חל בשטחי הגדה המערבית (למעט תושבי ההתנחלויות ותושבי מזרח ירושלים המסופחת).
12. כאן המקום להדגיש כי עקרון העל, המוסדר הן בחקיקה הישראלית והן במשפט הבינלאומי – מכוחו יונק המשיב 1 את סמכויותיו – הוא כי מעצרו של קטין יהווה הכלי האחרון שהרשות תעשה בו שימוש וזאת לאחר שעלה שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת.
13. בשנת 2014, ובעקבות ביקורת חריפה במישור הבינלאומי על מדיניות מעצרי הלילה אותה מנהיגים המשיבים, הכריז המשיב 2 בתיאום עם המשיבה 4, כי החל ליישם פיילוט שבמסגרתו יישלחו זימונים לחקירה לקטינים תושבי הגדה המערבית תחת מעצרים בלילה, על מנת לבדוק אם אפשרות זו יכולה להיות אמצעי שיחליף את מעצרי הלילה (להלן: **הפיילוט**).
14. מהר מאוד, הספיקה העותרת להבין כי הפיילוט האמור כמעט שאינו מתבצע בפועל. יתרה מזו, אף הניסיונות לקבל נתונים כלשהם אודות היקף הפעלת הפיילוט – למן הפעלתו ואף בחלוף למעלה משש שנים – העלו חרס. המשיבים אף הצהירו במפורש שאינם מנהלים מעקב אחרי יישומו ואין בידיהם נתונים מספריים לגבי הזימונים. בחלוף הזמן היקף הפיילוט הלך והצטמצם גם בהיבט הפורמלי.
15. עברו למעלה משש שנים מאז החלו המשיבים להפעיל את הפיילוט, והצהרותיהם החוזרות בדבר היעדר נתונים מקיפים מעידות כאלף עדים, כי הפיילוט אינו מיושם כראוי ובאופן משמעותי וכי אין כל כוונה אצל מי מהמשיבים לנקוט במאמץ מינימאלי על מנת להביא להפסקה או לצמצום של ממש של המדיניות הפוגענית של מעצרי לילה של קטינים.
16. מהתצהירים שנאספו על ידי המוקד עלה כי הצבא ממשיך במדיניות הגורפת של מעצרים ליליים של קטינים אשר לא נעשה כל ניסיון לזמנם קודם לכן. וזאת בניגוד להצהרה לפיה במסגרת הפיילוט, קיימת ככלל עדיפות לזמן קטין לחקירה חלף מעצרו היזום מביתו.
17. כך, מאות קטינים פלסטינים ממשיכים לעבור מדי שנה אירועים טראומטיים של פלישות לילות לבתיהם מבלי שמי מהמשיבים טורח לבחון את החלופה שלזימון מתוך שאיפה לשנות מציאות קשה ובלתי מתקבלת על הדעת זו. מכאן העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים לעתירה

18. **העותר 1** הינו אביו של הקטין _____, בן 15 בעת מעצרו, תושב יעבד שבנפת ג'נין, המבקש לעתור כנגד מדיניות מעצרי הלילה שמנהיגים המשיבים בשל היותה מדיניות פוגענית קשה הן על הקטינים שחווים אותה, ובנו דוגמא לכך, והן על בני המשפחה שחווים את הפלישה באמצע הלילה לביתם, ומאבדים ברגע אחד את השליטה על מקומם הבטוח ועל משפחתם.
19. **העותרת 2** היא אמו של הקטין _____, בן 17, תושב מחנה פליטים עסכר שבשכם, המבקשת גם כן לעתור נגד מדיניות מעצרי הלילה שמנהיגים המשיבים, וזאת בתור מי שהייתה קורבן למדיניות זו יחד עם בני משפחתה.

20. **העותרת 3**, הינה עמותה לזכויות אדם אשר מסייעת מזה שנים רבות לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה.
21. **המשיב 1** הינו חליפו של הריבון אשר היה בשטח עובר לכיבוש הגדה המערבית על ידי הצבא בשנת 1967. דיני הכיבוש הבינלאומיים הם אלה שהאצילו למשיב זה, במגבלות מסוימות, את סמכויות הניהול, המינהל והחקיקה בשטח המוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית ומוטלת עליו החובה להחזיר לגדה המערבית את הסדר והביטחון ולהגן על האזרחים המוגנים שבה ועל זכויותיהם.
22. **המשיב 2**, הפרקליט הצבאי הראשי, הינו הגורם המשפטי הבכיר בצבא, ומשמש הן כראש מערכת אכיפת החוק הצבאית והן כיועץ המשפטי העליון למשיב 1. מתוקף תפקידו מייעץ הפרקליט הצבאי הראשי לגורמי הצבא השונים ומנחה אותם בדבר חובותיהם וסמכויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל על אזור הגדה המערבית.
23. **המשיב 3**, משטרת ישראל, הינו הגוף האמון של אכיפת החוק, ובענייננו, הגוף האמון על זימון קטינים פלסטינים לחקירה.
24. בנו של העותר 1 נעצר בספטמבר 2019, קרוב לשעה 2:00 בלילה. תוך כדי שבני הבית נמו את שנתם, נכנסו חיילים חמושים ועם תאורת לייזר המופנית לעבר תושבי הבית, העירו את כולם ונתנו הוראה שלא לזוז מהמקום. היו צרחות של בהלה בקרב בני הבית, שנענו על ידי החיילים באלימות מילולית, קללות ואף איומים על פגיעה פיזית.
25. החיילים רצו לקחת את _____ מבלי לאפשר לו להחליף בגדים, ורק אחרי התעקשותו של העותר 1 אפשרו לו להחליף את בגדיו. ממה שידוע לעותר, ועל פי הנמסר לו מבנו, _____ נלקח על ידי החיילים שהעבירו אותו לקרוואן בתוך ההתנחלות דותן, שם המתין עד השעה 6 בבוקר ללא אוכל או שתייה, אז הגיעו כוחות של משמר הגבול שהעבירו אותו לאזור מחסום "סאלם". לאחר המתנה של כמה שעות ב"סאלם" הועבר שוב לבית המעצר "קישון" לחקירה במשך מספר ימים.
26. לדברי העותר 1, מי שמתעורר לפני הפריצה של החיילים לבית הוא בר מזל, אחרת "מתעוררים עם מלא חיילים בבית ולוקח זמן להבין ולעכל מה קורה". "המחזה מאוד מפחיד במיוחד לצעירים, ילדים ונשים, וזאת מעבר לנזקי הרכוש שנגרמים, כמו פיצוץ הדלתות. החיילים מקללים במילים גסות בתוך הבית".
27. מחזה לא פחות מפחיד עולה מתיאורה של העותרת 2. בנה _____ נעצר באוגוסט 2020, כשקבוצה של 20 חיילים קפצו מהגג אל תוך הבית יחד עם כלבים. העותרת 2 מתארת את התחושה המפחידה שחשה בעקבות הכניסה אל ביתה: "אני עדיין זוכרת את הקולות והרעשים של קפיצת החיילים מהגג לתוך חצר הבית. עם קולות מפחידים אלה התעוררתי ומצאתי 20 חיילים, עם כלבים, בתוך הבית. יש לי בן צעיר יותר, בן 13 שפחד מאד ולא הייתה כל דרך להרגיע אותו. הוא עדיין ממשיך לדבר על אותו לילה. מה שהפחיד אותי זה שהחיילים היו בלי מסיכות וגם רצו לקחת את _____ בלי מסיכה. התעקשתי לתת לו אחת."
28. אלה הם תיאורים קצרים של החוויה הקשה שחוו העותרים כהורים של ילדים שנעצרו במסגרת המדיניות של מעצרי הלילה הפוגענית. כפי שעוד נרחיב בהמשך, ניתן לראות שתיאורים אלה הם סיפורים של שגרת המעצרים בערים והכפרים הפלסטינים שמנהיגה ישראל, בין היתר, נגד קטינים, ללא כל התחשבות בזכויותיהם כקטינים וזכויות בני משפחותיהם שגם הם מוצאים את עצמם קורבנות באופן ישיר למדיניות זו.

מיצוי הליכים

29. כאמור, בשנת 2014 הכריז המשיב 1 על תחילתו של פיילוט אשר במסגרתו יישלחו זימונים לקטינים במקום מעצרים באופן יזום באמצע הלילה. ביום 7.5.2014 פנה המוקד אל דובר צה"ל בבקשה על פי חוק חופש המידע בעניין מעצרים של קטינים בגדה המערבית. במסגרת הבקשה ניסה המוקד להבין מהן הדרכים החלופיות בהן משתמשים המשיבים בניסיון להימנע ממעצר קטינים באופן יזום במסגרת מעצרים ליליים.

העתק מפניית המוקד מיום 7.5.2014 מצורף ומסומן ע/1.

30. ביום 9.12.2014 התקבל במשרדי המוקד מענה מדובר צה"ל לבקשה על פי חוק חופש מידע. במסגרת התשובה נמסר כי זימון קטינים נעשה כחלק מהפיילוט "שמהווה חלק אינטגרלי מהפעולות לאכיפת הדין באזור, הינו חלק ממדיניות חדשה, הנמצאת בימים אלה בשלבי גיבוש ועיצוב".

31. כמו כן, בתשובה זו, התקבלו נתונים לראשונה אודות יישום הפיילוט. כך נמסר שבין 30.9.2014-1.1.2014 זומנו 63 קטינים לחקירה, כש-40 מתוכם נעצרו לאחר שלא התייצבו לחקירה. זימונים אלה בוצעו באמצעות הטלפון או בכתב. בנוסף הקפידו למסור כי "עם תחילת הפיילוט גובשו נהלים סדורים להפעלתו". נהלים אלה צורפו למענה וכללו "דף תדרוך למפקד ולחייל – ביצוע מעצר של קטינים".

העתק מתשובת דובר צה"ל הנושאת את התאריך 8.12.2014 מצורף ומסומן ע/2.

32. ביום 21.1.2015 שב המוקד ופנה אל דובר צה"ל בבקשה על פי חוק חופש המידע, על מנת לקבל מידע אודות הפיילוט והתקדמותו, וכן על מנת לקבל מידע אודות הקווים המנחים העומדים בבסיסו.

העתק מפנייה על פי חוק חופש מידע מיום 21.1.2015 מצורף ומסומן ע/3.

33. ביום 5.7.2015 התקבל מענה. על פי דובר צה"ל, למעלה משנה לאחר תחילת הפיילוט, לא היו בידיהם נתונים בדבר בדיקת התייצבות לאחר זימון, ועל מעצר המוזמנים לאחר אי התייצבותם, על אף היות נתונים אלה ליבת הפיילוט.

34. דובר צה"ל הודיע באותה תשובה על המשך הפיילוט ומסר כי במהלך שנת 2014 זומנו 68 קטינים כאשר רק תשעה מתוכם זומנו במחצית השנייה של השנה. בתשובה צויין, כי ייתכן שזומנו ילדים נוספים שזימונם לא תועד. עוד מסר הצבא כי המשיב 1 הנחה על הרחבת הפיילוט מ"גזרת עציון", שעד אותה עת הפיילוט התקיים אך ורק באזור בית לחם, לכל "אזור יהודה ושומרון", וכי נוהל זימון קטינים הינו נוהל פיקודי של פיקוד מרכז החל על כל הגדה המערבית.

העתק מתשובת דובר צה"ל הנושאת את התאריך 30.6.2015 מצורף ומסומן ע/4.

35. בעקבות שתי הבקשות והתשובות להן, פנה המוקד ביום 3.8.2015 אל התובע הצבאי הראשי, בעניין "יישומו של פיילוט מעצר קטינים בגדה באמצעות זימון". בפנייתו הצביע המוקד על הכמות הזעומה של קטינים שזומנו לחקירה, שכן באותה שנה נעצרו מאות רבות של קטינים ורק 68 זומנו לחקירה.

36. באותו מכתב, עמד המוקד על הסימנים שעלו במסגרת התשובות להעדר בקרה והפקת לקחים מיישום הפיילוט. מהתמונה שעלתה במסגרת התשובות שהתקבלו לא היה ברור כיצד ניתן לעמוד על טיבה של דרך הבאה לחקירה חדשה וניסיונית, בהעדר מידע ונתונים אודות מידת ההצלחה או הכישלון שביישומה.

העתק מפניית המוקד מיום 30.6.2015 מצורף ומסומן ע/5.

37. בהעדר מענה ממושך, ביום 6.10.2015, שב המוקד ופנה אל התובע הצבאי הראשי בתזכורת. תזכורת נוספת נשלחה ביום 9.12.2015. הן הפנייה המקורית והן התזכורות לא קיבלו מענה.

העתק מתזכורות המוקד מהימים 6.10.2015 ו-9.12.2015 מצורף ומסומן ע/6.

38. ביום 25.4.2016 פנה המוקד בבקשה שלישית על פי חוק חופש המידע ובה התבקש דובר צה"ל למסור מידע אודות יישום הפיילוט והיקפו עבור השנים 2015-2016. כמו כן, התבקש דובר צה"ל למסור את הנהלים שמסדירים את נושא זימון הקטינים לחקירה, ופרטים נוספים על המדיניות, אם גובשה והופקו ממנה לקחים.

העתק מהבקשה על פי חוק חופש מידע מיום 25.4.2016 מצורף ומסומן ע/7.

39. ביום 23.6.2016 התקבל מענה מטעם דובר צה"ל ובו נמסרו מספר פרטים, בין היתר אישור כי "הנוהל הזמני לזימון קטינים פלסטינים לחקירה" ממשיך להתקיים גם בשנים 2015-2016, אך הופסק באופן זמני עקב ההסלמה הביטחונית.

40. מהנתונים שנמסרו עלה, כי במחצית הראשונה של שנת 2015 זומנו רק 29 קטינים משלושה אזורים שונים, כשלגבי המחצית השנייה של שנת 2015 לא נמצאו נתונים על מספר הזימונים, שכן אלה אבדו בשריפה. מתוך 29 קטינים שזומנו לחקירה בשנת 2015, קיים תיעוד בנוגע להתייצבותם לחקירה של שלושה בלבד.

41. כמו כן, נמסר כי במחצית הראשונה של שנת 2016 זומנו רק 13 קטינים באזור אחד – ככל הנראה אזור בית לחם. זימונים אלה נעשו הן בטלפון, הן בכתב והן במסירה אישית. למענה צורפו מסמכים, ובין היתר נוסח לזימון באמצעות הטלפון, המעיד על כך שזימונים של קטינים מעל גיל 16 נעשה ישירות מולם ולא באמצעות הורה או אפוטרופוס.

העתק מתשובת דובר צה"ל הנושאת את התאריך 21.6.2016 מצורף ומסומן ע/8.

42. כפי שעולה עד כה, עת חלפו למעלה משנתיים מאז הכרזת המשיב 1 על תחילת יישום הפיילוט, התיעוד הלקוי וחוסר העקביות ביישומו מעידים כאלף עדים על חוסר הרצון להפעיל את הפיילוט כמתחייב מכך לשם בדיקה יעילה ורצינית של הסוגיה שעומדת על הפרק.

43. ביום 29.9.2016, פנה המוקד אל הפרקליט הצבאי הראשי בבקשה להפסיק את מדיניות מעצרי הלילה של קטינים ולמצוא חלופות אחרות מידתיות יותר, כגון זימונים לחקירה. בפנייה ציין המוקד כי תמונה בעיניו ההתנהלות של הפיילוט, שכן לא ברור כיצד הפרקליטות בודקת את האפקטיביות של הזימונים לחקירה במקום מעצרים ליליים, כשאינן בדיקה נתונים על כך. עוד צויין, כי הפניות החוזרות אל התובע הצבאי הראשי לא קיבלו התייחסות כלשהי.

44. המוקד הבהיר בפנייתו, כי במשך אותן שנים שבהן טענו המשיבים כי הפיילוט מתקיים, המספרים לגבי מספר זימונים דלים ביותר, וכל אותה עת חיילים המשיכו להגיע לבתיהם של מאות קטינים מדי שנה, כחלק משגרה קבועה, בשעות הקטנות של הלילה, מבהילים אותם ואת בני משפחותיהם.

45. במסגרת הפנייה, הפנה המוקד אל פקודת המשטרה 14.01.05 "עבודת המשטרה עם קטינים" (להלן: **הפקודה**). הכללים כפי שהם מופיעים בפקודה גובשו מתוך שמירה על עיקרון טובת הילד לרבות בריאותו הנפשית והגופנית, כך שאין כל הצדקה להפר באופן שיטתי ובוטה את עקרונות יסוד אלה כשעסקינן בקטינים פלסטינים.

46. בתום המכתב עמד המוקד על הבקשה לפיה: תופסק מדיניות מעצרי הלילה כברירת מחדל; על המשיבים לפעול בהתאם לכללים שבפקודה גם בהקשר של קטינים פלסטינים; על המשיבים לזמן קטינים לחקירות כברירת מחדל ולהקפיד על זימונם באמצעות הורה גם כשהקטין מעל 16; ועל המשיבים להימנע ממעצר לילי כשמדובר במעצר יזום. כמו כן התבקש למסור העתק מהנוהל הזמני המסדיר את הפיילוט, ולהסביר מדוע מספר הזימונים כה זעום.

העתק מפניית המוקד אל הפרקליט הצבאי הראשי מיום 29.9.2016 צורף ומסומן **ע/9**.
47. ביום 6.12.2016 התקבל מכתב מראש לשכת הפרקליט הצבאי. בתשובתו כתב כי במסגרת הפיילוט נקבע שקיימת עדיפות לזימון קטין לחקירה חלף המעצר היזום וכי זה עשוי למנוע פגיעה אפשרית בקטין מצד אחד, ולצמצם את הסיכון אליו נשקפים חיילים בעת ביצוע מעצר לילי, מצד שני. בכל אופן, הוסבר במכתב, כי המשך מעצרי הלילה נובע "מנסיבות מסוימות הכרוכות בשמירה על ביטחון האזור" וזאת מבלי לפרט מהן הנסיבות המצדיקות החרגת רוב המקרים מהכלל.

48. כמו כן, ובמענה לקריאה להחלת עיקרון טובת הילד כפי שנעשה בפקודת המשטרה בהקשר של מעצר קטינים, הוסבר כי פקודת המשטרה מתייחסת למעצרי קטינים בתוך תחומי מדינת ישראל ואינה חלה בשטחי הגדה המערבית, מבלי ליתן הסבר כלשהו אודות אי קיומם של כללים אשר יבטיחו את השמירה על עיקרון טובת הילד בהתאם לאמנת טובת הילד המחייבת את המשיבים בתוך השטחים הכבושים.

49. גם במכתב זה לא נענתה הבקשה לקבל העתק מהנוהל הזמני המסדיר את סוגיית הפיילוט. הנימוק שניתן לכך היה כי לא ניתן יהיה להעביר את הנוהל משום שחשיפתו עלולה לגרום לפגיעה בפעולות האכיפה והליכי החקירה של הרשות. תשובה זו התקבלה בחלוף כשלוש שנים ממועד תחילת הפיילוט, שלא היה ידוע מתי צפוי להסתיים. על אף האמור הדגיש ראש הלשכה כי יפעלו לשיפור הבקרה על יישום הפיילוט.

העתק מתשובת ראש לשכת הפרקליט הצבאי הראשי, הנושא את התאריך 6.11.2016 מצורף ומסומן **ע/10**.

50. ביום 13.8.2017, ובניסיון לעמוד על התקדמות הפיילוט, לאחר שהובטח שיפור הבקרה על יישומו, פנה המוקד בבקשה חדשה על פי חוק חופש מידע אל דובר צה"ל בנוגע ליישום הפיילוט בשנים 2016-2017.

העתק מפניית המוקד מיום 13.8.2017 מצורף ומסומן **ע/11**.

51. בחריגה רצינית מלוח הזמנים הקבוע בחוק, רק ביום 30.1.2018 התקבל מענה מדובר צה"ל לבקשה. בתשובה חזר דובר צה"ל והודיע כי לא עלה בידיהם לאתר מידע בנוגע למספר הזימונים שנשלחו לקטינים. כלומר, הבקשה נדחתה מכוח סעיף 8(3) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1988.

52. בין הדברים המועטים שנמסרו במענה זה, נאמר כי במחצית הראשונה של שנת 2016 הוצאו 13 זימונים (נתון שכבר התקבל במסגרת בקשת חופש מידע קודמת), וכי מספרם במחצית השנייה של אותה שנה הוא "מועט". לא נמסרו נתונים בנוגע לשנת 2017. כמו כן, הודיע דובר צה"ל כי באותם ימים נבחנו הטעמים לשימוש המועט בנוהל, ועל השימוש בו בהמשך.

העתק מתשובת דובר צה"ל מיום 30.1.2018 מצורף ומסומן ע/12.

53. בעקבות ההתנהלות המזלזלת, המקלה ראש בסוגיה כל כך רגישה וחשובה, פנה המוקד ביום 25.2.2018 במכתב חריף אל הפרקליט הצבאי הראשי, ומחה על השימוש הגורף והבלתי חוקי שעושים המשיבים, במעצרים ליליים של קטינים בגדה המערבית. בפנייה זו חזר המוקד על הדרישה לשנות את נהלי המעצר של קטינים בגדה המערבית בהתאם לעיקרון טובת הילד על פי המשפט הבינלאומי, וברוח עקרונות חוק הנוער, וההנחיות בפקודת המשטרה.

54. על פי הנתונים שנמסרו למוקד עד לאותה עת, עלה כי הפיילוט עדיין יושם באופן חלקי ביותר. מהמענים שקיבל המוקד עלה כי מספר הזימונים שהוצאו היה מועט מאד לעומת מאות המעצרים היזומים שהתבצעו מדי שנה, התברר כי לא הייתה כל בקרה על הפיילוט, וכי מסיבות שונות ומשונות הנתונים כלל לא נאספו, ומקל וחומר שלא נערך כל ניתוח לנתונים לצורך בחינת האפקטיביות של אמצעי הזימון לחקירה.

55. המוקד הבהיר כי ההחלטה על תחילת הפיילוט התקבלה עוד בשנת 2014, כך שבידי המשיבים הייתה תקופה ארוכה שבה היה ניתן לקיים פיילוט מקיף של זימונים ולהפיק לאורו לקחים ומסקנות לגבי אופן היישום הראוי והקריטריונים לזימון לחקירה שיחליף מעצרים ליליים כאמצעי ראשי. במקום זאת, המשיבים נמנעו מלנקוט בכל צעד ממשי לצורך יישום הפיילוט באופן שיביא לשינוי המצב הקיים וישים קץ לפגיעה הקשה והגורפת בזכויות הקטינים המתועדת לאורך השנים בשטחים הכבושים. באותה פנייה עמד המוקד על דרישותיו, לפיה תופסק לאלתר המדיניות הלא חוקית של מעצרי לילה כברירת מחדל, ויעשה שימוש בזימון לחקירה ככלי המרכזי להבאת קטינים לחקירה.

העתק מפניית המוקד מיום 25.2.2018 מצורף ומסומן ע/13.

56. ביום 22.5.2018 התקבל מכתב במוקד מלשכת הפרקליט הצבאי הראשי כמענה לפנייה מיום 25.2.2018 ובו הוא הסביר כי יישום הפיילוט "נתקל בקשיים משמעותיים" וכי הוחלט לממשו באותו שלב רק באזור בית לחם על מנת לגבש תובנות שיאפשרו יישום רחב ואפקטיבי יותר.

העתק ממכתב לשכת הפרקליט הצבאי הראשי הנושא את התאריך 21.5.2018 מצורף ומסומן ע/14.

57. ביום 11.10.2018 שב המוקד ופנה בבקשה לפי חוק חופש מידע אל דובר צה"ל ובמסגרתה ביקש לקבל מידע אודות יישום הפיילוט במהלך שנת 2018 ועד למועד המענה.

העתק מהבקשה לפי חוק חופש המידע מיום 11.10.2018 מצורף ומסומן ע/15.

58. בחלוף למעלה מחמישה חודשים ובהעדר מענה במסגרת הזמנים הקבוע חוק חופש המידע, נאלץ המוקד להגיש עתירה מינהלית (עת"ם 52827-03-19 המוקד להגנת הפרט נ' דובר צה"ל) לבית המשפט המחוזי בתל אביב על מנת לחייב את דובר צה"ל לענות לבקשה.

העתק מדף ראשון מכתב העתירה 52827-03-19 מצורף ומסומן ע/16.

59. בסמוך למועד הדיון שנקבע בעתירה, ביום 10.6.2019, התקבל מענה מדובר צה"ל ובו נמסר כי הפיילוט המשיך בשנת 2018, וכי הוא חל בכל שטחי הגדה ככל שמדובר בקטינים מתחת ל-16 ורק באזור בית לחם הוא מיושם גם ככל שמדובר בילדים בגילאים 16-18. בנוגע לנתונים, נמסר כי לאחר ניסיונות לאתרם, נמצא כי נתונים אלה נמצאים בידי משטרת ישראל, האמונה על זימון קטינים לחקירה בהתאם לפיילוט. עוד נמסר כי נעשה מאמץ על ידי הצבא על מנת לרכז מידע בנוגע לאופן התנהלות הפיילוט.

העתק מתשובת דובר צה"ל הנושאת את התאריך 6.6.2019 מצורף ומסומן ע/17.

60. בעקבות האמור, ביום 14.7.2019 פנה המוקד אל המשיבה 4 בבקשה לפי חוק חופש מידע וביקש לקבל מידע אודות יישום הפיילוט בשנים 2018-2019, שכן על פי דובר צה"ל מידע זה נמצא בידיה.

העתק מפניית המוקד לפי חוק חופש המידע מיום 14.7.2019 מצורף ומסומן ע/18.

61. ביום 22.9.2019 התקבל מכתב מהמשיבה 4 ובו ניתנה תשובה חלקית ביותר לבקשה. בתשובה נמסר כי אין בידי משטרת ישראל נתונים כמותיים בנוגע לזימונים, וכי חלק מאותם מהזימונים מבוצעים על ידי הצבא. כמו כן, הודיעו כי לא קיימות מסקנות כתובות או לקחים כלשהם בעקבות הפיילוט – שעד מועד המענה פעל כבר למעלה מחמש שנים.

העתק מתשובת המשיבה 4 מיום 22.9.2019 מצורף ומסומן ע/19.

62. בהמשך להתכתביות הקודמות שתוארו לעיל, פנה המוקד ביום 20.11.2019 שוב אל הפרקליט הצבאי הראשי בעניין השימוש הגורף במעצרי לילה כנגד קטינים פלסטינים. בפנייתו, הציג המוקד את התשובה הלוקה שהתקבלה מדובר צה"ל עוד ביום 10.6.2019, אשר בה נמסר כי הנתונים על הזימונים נמצאים בידי המשטרה, וכי בעקבות אותה תשובה נשלחה בקשה לקבלת מידע למשיבה 4, שגם המענה ממנה היה רחוק מלהשביע רצון.

63. המוקד הבהיר, כי מהנתונים שנאספו על ידו, עלה כי קיים יישום לקוי ביותר למה שמכונה בפי הצבא כ"פיילוט". מהתשובות עולה שאין מעקב, בקרה או פיקוח על היישום, אין איסוף נתונים מספריים, אין הסקת מסקנות וניכר שאין כל כוונה של ממש לפעול לשינוי המדיניות על בסיס מסד נתונים חסר זה. עוד הציג המוקד את הנתונים העדכניים שהגיעו לידי, שלא דרך המשיבים, לפיהם במהלך שנת 2019 רק 9% מהקטינים שנעצרו זומנו לחקירה, אך גם זימונים אלה נמסרו לעיתים במסגרת פלישות ליליות לבתים, ומשכך שלא ברור במה הועילו חכמים בתקנתם?

העתק מפניית המוקד מיום 20.11.2019 מצורף ומסומן ע/20.

64. ביום 6.4.2020 התקבל מענה מהיועץ המשפט לאזור הגדה המערבית. בתשובה נמסר, בין היתר, כי הנוהל הזמני על הפעלת הפיילוט עודכן בשנת 2019 ונערכו בו התאמות ותיקונים מסוימים, כמו כן, חודדה הדרישה להקפיד על אופן התייעוד של הזימונים לחקירה וכי נבחנו דרכים לשיפורו.

65. באופן תמוה, וללא כל ביסוס חוקי, הדגיש היועץ לאזור הגדה המערבית, כי מרבית המעצרים של הקטינים אינם מתאימים לקריטריונים שנקבעו בפיילוט, שכן מדובר בקטינים בין הגילאים 16-18. כמו כן, על פי הנתונים שנמסרו לידיהם – נתונים שהם עצמם מודים שהינם חלקיים ביותר – רק פחות ממחציתם של הקטינים שזומנו לחקירה בשנת 2019 התייצבו מיוזמתם.

העתק מתשובת היועץ המשפטי לאזור הגדה המערבית הנושאת את התאריך 5.4.2020 מצורף ומסומן ע/21.

66. ביום 18.5.2020 פנה המוקד במכתב תשובה אל הפרקליט הצבאי הראשי. בתשובה עמד המוקד על התהיות הרבות שעולות מהתשובה. ראשית הדגיש המוקד שעילת המעצר שבגינה נעצר קטין אינה אמורה להוות סיבה לרמיסת זכויותיו. כמו כן, ומשלטענת הצבא הופקו לקחים במהלך שנת 2019, ביקש המוקד לקבל נתונים על מספר הקטינים שזומנו לחקירה בשנת 2019 במקום פלישה לביתם כאמצעי ראשון להבאתם לחקירה; כמה זימונים בוצעו באמצעות הטלפון, בכתב או בדרך אחרת; וכמה מתוך הילדים שזומנו התייצבו לחקירה.

67. בתשובתו, עמד המוקד על הבעייתיות שבהנחיה לפיה ברירת המחדל היא שקטין מעל גיל 16 נעצר בפלישה לילית ולא במסגרת הפיילוט, באופן כזה שרואים בו כבגיר לצורך הליך המעצר, וכי ההבחנה בין עבירות חמורות לבין כאלה שאינן חמורות אינה ברורה, כאשר ידוע שרוב רובם של הקטינים נעצרים, נשפטים ונידונים בגין עבירות קלות יחסית. נתון זה רלוונטי אך ורק לעניין ההליך הפלילי והעונש, כשהליך המעצר אינו אמור להיות בעל אופי ענישתי נקמני.

העתק מפניית המוקד מיום 18.5.2020 מצורף ומסומן ע/22.

68. ביום 22.6.2020 הגיע מכתב מהיועץ המשפטי לאזור הגדה המערבית, ובו הודיע כי בשל "הנסיבות הביטחוניות המורכבות והייחודיות באזור" לא ניתן להפסיק לחלוטין את השימוש בכלי של מעצרי לילה. כמו כן, נמסר כי במהלך החודשים מרץ-דצמבר 2019 זומנו 18 קטינים, כאשר 8 מתוכם התייצבו לחקירה. במכתב חזרו על אותן טענות שהועלו במכתב המצורף כע/21.

העתק מתשובת המשיב מיום 22.6.2020 מצורף ומסומן ע/23.

69. אף לאחרונה, ביום 11.11.2020 התקבל מכתב מדובר צה"ל במענה לבקשת חופש מידע על מעצרים של פלסטינים בכלל עבור השנים 2018-2019. במסגרת התשובה, ובין יתר הדברים, הודיע דובר צה"ל כי "כלל המעצרים היוזמים שביצע צה"ל בשנת 2019, בהם נעצרו קטינים, התבצעו בשעות הלילה".

70. דובר צה"ל חזר ומסר כי המידע שבידיהם חלקי, וכי חלק מהמידע אינו נמצא בידיהם שכן נמצא בידי המשיב 3. כך למשל נמסר כי בידיהם מידע חלקי אודות קטינים שנעצרו בשנת 2018, וכי בהתאם לאותו מידע 145 קטינים נעצרו בשעות הלילה. לא למותר לציין, כי מידע זה התקבל במסגרת עתירה (עת"ם 53345-07-20) שנאלץ המוקד להגיש אותה בעקבות אי מענה ממושך מצד דובר צה"ל.

העתק מהחלק הרלוונטי בתשובת דובר צה"ל מיום 11.11.2020 מצורף ומסומן ע/24.

71. חלפו שש שנים מאז הודיעו המשיבים בהודעה חגיגית לתקשורת ובפני ארגונים בינלאומיים על תחילתו של פיילוט זימונים לחקירה במקום מעצרים ליליים של קטינים. מאז, כפי שתואר ארוכות לעיל, ניסה המוקד לעקוב אחרי התקדמות הפיילוט ואיסוף הנתונים, אך המצב כיום, בחלוף שנים ארוכות, לא הביא לשינויים ולו מינוריים, ואף מלאכת איסוף הנתונים ויישום הפיילוט נעשתה, כך נראה, ברשלנות, וזאת בלשון המעטה.

72. יישום הפיילוט בדרך בה יושם, לכאורה, במהלך שש השנים שחלפו, לא הוביל למסקנה המתבקשת, לפיה זימון קטינים לחקירה צריך להיות דרך המלך במעצר קטינים, ולא מעין ניסוי פעוט שבא בצד פרקטיקה של פלישות ליליות לבתים שככל הנראה אינו מבקש להגיע רחוק יותר מאשר הצהרות שווא ויחסי ציבור, לצורך הרגעת הביקורת על הפרקטיקה האכזרית של שליפת קטינים ממיטותיהם באמצע הלילה אותה מנהיגים המשיבים.

הטיעון המשפטי

"בשעה 3:00 בבוקר עצרו אותי מהבית. ישנתי. שמעתי דפיקות חזקות על דלת הכניסה. התעוררתי. יצאתי מחדרי לבדוק מה קורה. ראיתי בבית המון חיילים. ראיתי אחד מהם מדבר עם אבא. אמרו שאני עושה בעיות והם רוצים לעצור אותי. לא אמרו לאן לוקחים אותי. לא קיבלתי שום זימון [לחקירה] קודם. לו היו מזמנים אותי הייתי מגיע .. יש לי שתי אחיות ושני אחים. שניים קטנים, שנה ושלוש. הקטנים התחילו לבכות, פחדו. החיילים הכניסו את בני המשפחה לחדר אחד. סגרו אותם שם. שמעתי את הקטנים בוכים. אבא נשאר אתי."¹

"התעוררתי מרעש של פיצוץ בדלת. יצאתי לסלון וראיתי עשרות חיילים. מיד אחד החיילים הכניס אותי לחדר, השכיב אותי על הפנים והתחיל לתת לי מכות. היו שניים. שניהם נתנו מכות בכל חלקי גופי עם הרגליים והידיים כשאני מרותק לרצפה. תוך כדי מכות שאלו לשמי.. בירידה [במדרגות הכניסה לבית] החייל שם לי את הרובה מאחורי הראש ואמר שאם יקרה משהו, אם מישהו יזרוק אבנים, הוא יירה בי"²

"ישנתי. פתאום התעוררתי כשידו של חייל מחזיקה בידי, פקחתי עיניים. ראיתי הרבה חיילים, שישה או שבעה. החייל משך אותי מהמיטה, כך, ללא שום התראה. ישר הוביל אותי החוצה, דרך הסלון. לא היה בסלון אף אחד ממשפחתי"³.

מבוא

73. השטחים הכבושים נתונים לתפיסה לוחמתית. מארג החוקים המחייבים את המעצמה הכובשת הם המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובתוכו דיני הכיבוש, דיני זכויות האדם הבינלאומיים, וכן עקרונות המשפט המינהלי ובמידה מסוימת המשפט החוקתי הישראלי.

74. תקנה מס' 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג, קובעת את המסגרת הכללית לפעילות הכוח הכובש, והיא מעניקה לצבא הכיבוש סמכויות וכוחות שלטוניים ומתווה את השיקול המרכזי להפעלתם, והוא הבטחת הסדר והחיים הציבוריים בשטח הכבוש. משמעו של דבר הוא שהצבא אמור להבטיח את חזרת החיים למסלולם, את אכיפת החוק והסדר וכמובן את הביטחון של האזרחים החיים בשטח הכבוש (ראו בג"ץ 393/82 ג'מעייית אסכאן אלמועלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4), עמ' 797-794 (להלן: עניין ג'מעייית אסכאן)).

75. בעניין ג'מעייית אסכאן עמד בית המשפט על הפרשנות של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים כחובה להבטיח הסדר והחיים בכלל היבטיהם, לא רק ענייני ביטחון אלא גם, ואף בעיקר, על היבטים אזרחיים, חברתיים וכלכליים:

מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת כולל

¹ מתוך תצהירו של ח.נ., בן 15 בעת מעצרו, שנגבה ביום 29.11.2018

² מתוך תצהירו של י.ס., בן 17 בעת מעצרו, שנגבה ביום 4.7.2019

³ מתוך תצהירו של ע"ס, בן 16 בעת המעצר, שנגבה ביום 28.10.2019

ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה
(בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629)

76. ציטוט זה מלמדנו כי החובה להבטיח את הסדר והביטחון טומנת בחובה את החובה להגן ולא לפגוע בזכויות היסוד של האוכלוסיה הנכבשת. פלישות ליליות לבתים על מנת לעצור ילדים ממיטותיהם, שרובם ככולם אינם "פצצות מתקתקות", בזמן שהאפשרות לזימון קטינים לחקירה אינה נבחנת כראוי, אינן עולות בקנה אחד עם החובה לשמור על זכויות היסוד של האוכלוסיה הנכבשת. בהעדר מנגנון שיבטיח כי הפגיעה באותם קטינים תהא מידתית ולא שרירותית, המשך מדיניות מעצרי הלילה מהווה הפרה בוטה של החובה לשמור על החיים והסדר בשטח הכבוש, כפי שפורשה על ידי בית המשפט הנכבד.

77. דברים אלה נאמרים ביתר שאת לנוכח הקביעה של בית המשפט הנכבד כי יש להבחין בין תפיסה לוחמתית צבאית קצרה, לבין תפיסה לוחמתית ארוכת טווח, בעת בחינת המשמעות של "הבטחת הסדר והחיים הציבוריים" והאיזון בין צורכי ביטחון וצורכי התושבים המוגנים. ככל שהתפיסה הלוחמתית מתמשכת, כך גם חובת הכובש לדאוג לצורכי האוכלוסיה הנכבשת – ובעיקר הקטינים שביניהם – מתעצמת ומתרחבת (ראו עניין ג'מעייט אסכאן עמ' 802-800).

זכויות הקטין בראי המשפט הבינלאומי

78. האמנה בדבר זכויות הילד (להלן: **האמנה**) שהתקבלה באו"ם בשנת 1989 ואושררה על ידי ישראל בשנת 1991, מהווה המסמך המרכזי המעגן את זכויותיהם של קטינים במשפט הבינלאומי.

79. האמנה מכירה בהבדל המהותי שבין קטינים לבגירים ומוסדרות בה הוראות מקיפות הנוגעות לכל תחומי החיים של הקטינים. לפי האמנה, קטינים יהיו זכאים להגנות מיוחדות בשל היותם במצב של התפתחות, כך שיש להתחשב בזכויותיהם הבסיסיות וברצונותיהם, ובכל החלטה הנוגעת לקטין, גילו ורמת התפתחותו יהיו שיקול מרכזי.

80. באותו אופן הכירה האמנה בצורך להעניק טיפול שונה לקטינים במסגרת הליכים פליליים. בין השאר, קובעת האמנה כי מאסר או מעצר של קטינים יהיה תמיד האמצעי האחרון, וכי יש להשתמש בו רק בהיעדר חלופות יעילות יותר.

סעיף 37 לאמנה:

א. ילד לא יועמד בפני עינויים או בפני טיפול או עונש אחרים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים. לא יוטל עונש מוות, אף לא מאסר עולם בלא אפשרות שחרור עבור עבירות שנעברו ע"י אנשים שטרם מלאו להם שמונה עשרה שנים;

ב. לא יישלל החופש מילד שלא כדין או באופן שרירותי. מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר;

ג. ילד שהחופש נשלל ממנו ינהגו בו באנושיות ותוך כיבוד אישיותו כבן אדם ובאופן המתחשב בצרכיהם של בני גילו. במיוחד, ילד שהחופש נשלל ממנו יופרד מן המבוגרים, אלא אם כן מצריכה טובת הילד שלא לעשות כן, ותינתן לו הזכות לשמור על קשר עם משפחתו על ידי התכתבות וביקורים, למעט בנסיבות חריגות;

ד. לילד שהחופש נשלל ממנו תהיה הזכות לגישה מהירה לעזרה משפטית או לעזרה מתאימה אחרת. כן תעמוד לו הזכות לערער על חוקיות שלילת חופשו בפני בית משפט או רשות מוסמכת אחרת, עצמאית וחסרת משוא-פנים, ולקבלת החלטה מהירה בהליך כאמור.

81. אם בכל זאת מתקבלת החלטה לשלול את חירותם של קטינים, יש לאפשר להם גישה מהירה לתמיכה משפטית וקשר רציף עם בני משפחתם, וכן לנהוג בהם באופן מכבד, שאינו פוגע בתחושת ערכם העצמי.
82. בשנת 1985 התקבלו "כללי האו"ם הבסיסיים לניהול בתי המשפט לנוער" הידועות ככללי "בייג'ין". בדצמבר 1990 אישרה העצרת הכללית של האו"ם "כללים הגנה על קטינים שחירותם נשללה", והידועה בשם "כללי הוואנה", שנסמכים על "כללי בייג'ין".
83. שתי מערכות כללים אלה שמות דגש על טובת הילד, המהווה עיקרון מנחה בטיפול בקטינים בהליך פלילי, ובהן נקבע, כי יש להתחשב בנסיבות העבירה ובנסיבות חייו של הקטין לאורך כל ההליך ועד לגזירת עונשו. כלילת הקטין תהא המוצא האחרון וזאת לתקופה המינימאלית האפשרית, כמו כן יש להימנע מלהחזיק קטינים במעצר עד תום הליכים. בנוסף לאמור, הכללים באים וקובעים כי על המדינות לדאוג לגיבוש מערכות חקיקה מיוחדות לקטינים, להקפיד על כך שמי שיטפל באותם קטינים יהיו מוכשרים לעשות זאת, וכן להתאים את מתקני הכליאה לצרכיהם המיוחדים של הקטינים.
84. האמנה בדבר זכויות הילד מחייבת את ישראל גם בשטחים הכבושים. ועדת האו"ם העוקבת אחרי יישום האמנה בדבר זכויות הילד, מאשרת זאת ואינה מקבלת את הטענה לפיה האמנה אינה חלה שם; ועדת האו"ם העוקבת אחרי יישום הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות הילד בנוגע לילדים המעורבים בסכסוך מזוין, דרשה מישראל לדווח לה על הצעדים הננקטים על ידיה על מנת ליישם את הסטנדרטים הבינלאומיים בכל הנוגע לקטינים פלסטינים תושבי השטחים הכבושים, בעת מעצרים וחקירתם.⁴
85. בפועל, מפירה ישראל את האמנה בדבר זכויות הילד ביחס לקטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית, בשעה שרובם נעצרים במעצרים יזומים בשעות הלילה מתוך בתיים ובאמצע שינתם. ראוי לציין בהקשר זה גם את האיסור הקבוע בדין הבינלאומי על שימוש ביחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, במטרה להפעיל לחץ על חשודים להודות במעשים המיוחסים להם. איסור זה מעוגן באמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984) שאושרה על ידי ישראל בשנת 1991.
86. כמענה לביקורת הבינלאומית סביב ההפרות המערכתיות של זכויות הקטינים במערכת הצבאית, הצבא הישראלי הקים בשנת 2009 בית משפט צבאי לנוער, כשורה וכניסיון הוכחה על המחויבות המוסרית כלפי סוגיית הקטינים וזכויותיהם. למרות האמור, השינויים שבית משפט חדש זה הביא עימו הינם מינוריים ביותר, שאינם מתקרבים לאף מערכת משפט לנוער נאותה, ואף לא המקבילה שלה בישראל. קיומה של מערכת משפט נפרדת לנוער אינה בהכרח מבטיחה הגנה על זכויותיהם. הסמכות של בית המשפט הצבאי לנוער מוגבלת להליך המשפטי עצמו, כך שהליך המעצר, נתון למערכת הצבאית הרגילה.

⁴ United Nations Committee on the rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts, 4 March 2010, section 4

87. בהמשך למהלך ההקמה של בית המשפט הצבאי לנוער הכריז הצבא על קיומו של פיילוט לזימון קטינים לחקירה חלף מעצר לילי. אולם, בניגוד למקרה של בית המשפט הצבאי לנוער, שם ניכרים מאמצים להתאים את הסטנדרטים הדיוניים לנדרש בדין הבינלאומי, נושא המעצרים נותר פרוץ לחלוטין, כשהפיילוט הוא, לכל היותר, כיסוי דק, שלא משנה מאומה מהמציאות בשטח.

החוק הצבאי

88. החוק החל על מעצרים וחקירות של קטינים פלסטינים בגדה המערבית הוא החוק הצבאי הנוקשה, אשר אינו מכיר בהשפעת גילם של הקטינים על האופן בו הם חווים מעצר או חקירה, ולא מספק להם את ההגנות המתאימות כפי שהן קבועות במשפט הישראלי והבינלאומי. למעט מספר חריגים, היחס אל הקטין על פי החקיקה הצבאית הינו דומה לזה הניתן לבגירים.

89. התחיקה הצבאית מסדירה את הטיפול בקטינים בהליכים פליליים בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009. בניגוד לדין הישראלי ביחס לקטינים, התחיקה הצבאית אינה מבוססת על התפיסה שלפיה יש להתאים את הוראות סדר הדין הפלילי למצבם הייחודי של הקטינים, ואינה כוללת צו מיוחד המפרט את הוראות הדין החלות על קטינים פלסטינים בשלבים השונים של המעצר וההליך הפלילי.

90. במשך קרוב לארבעים שנה של שלטון צבאי, ההגנות היחידות שמהן נהנו קטינים פלסטינים בשטחים הכבושים היו מגבלות מסוימות על תקופת מאסרם והתחשבות בגילם בעת גזירת עונשם. רבים מהקטינים לא נהנו אף מהגנות מעטות אלה, באשר גיל הקטינות אשר עמד עד לשנת 2011 על 16 שנים בלבד.

91. כמו כן, עד שנת 2009 נשפטו קטינים פלסטינים במערכת המשפט הצבאית הרגילה כמוהם כבגירים, שכן עד אותה עת החקיקה הצבאית לא הגדירה מיהו קטין. ביום 29.7.2009, התחיל לפעול בית המשפט הצבאי לנוער מכוח הוראת שעה, צו מס' 1644 לצו בדבר הוראות ביטחון (הוראת שעה) (תיקון מס' 109). הצו הזמני הוארך מדי שנה עד שהפך לקבוע בשנת 2013.

92. הגם שבשנים האחרונות נערכו מספר תיקונים בחקיקה הצבאית ביחס לקטינים, הרי שהשוואה של מספר עקרונות והסדרים מרכזיים בדין הישראלי ובתחיקה הצבאית מעלה כי התפיסות שביסוד הטיפול בקטינים בשתי המערכות עודן רחוקות זו מזו, וכי ההגנות הניתנות לקטינים במסגרת התחיקה הצבאית והפרקטיקה הנגזרת ממנה נופלות בהרבה מאלה המוענקות לקטינים בדין הישראלי.

93. עובדה זו לא נעלמה מעיניהם של שופטי בית המשפט הצבאי, אשר בחרו לא פעם להרחיב את ההגנות הניתנות לקטינים במסגרת ההליך הפלילי בשטחים על ידי החלת "רוח" חוק הנוער הישראלי בחלק מהתחומים בהם החקיקה הצבאית חסרה (ראו למשל ע"מ (איו"ש) 2919/09 **התביעה הצבאית נ' אבו רחמה** (פורסם בנבו, 31.8.2009)).

94. המגמה של הרחבת ההגנות הניתנות לקטינים פלסטינים בהליך הפלילי בשטחים באמצעות פסיקות בתי המשפט הצבאיים מייצרת פער שהולך וגדל בין הדין הצבאי לבין ההלכה הפסוקה של בתי המשפט האמונים על יישום דין זה. מבחינה נורמטיבית לא מדובר במצב רצוי שכן הוא מותיר את החלת מעט ההגנות לקטינים שכן קיימות, לשיקול דעתו של בית המשפט, דבר שפוגע בוודאות המשפטית של הקטינים.

95. השינויים בצווים הצבאיים בהקשר זה התמקדו בעיקר בהליכי השיפוט הנוגעים להליכים המשפטיים עצמם ופחות עסקו בשלבי המעצר והחקירה. עיקר השינויים ניתן לראות בקיצור תקופות המעצר בכלל השלבים, ובהעלאת גיל הקטינות.

96. שינויים אלה אינם משפיעים באופן מהותי על השלב הראשוני של המעצר, שהינו שלב קריטי ביותר, ולרוב, גורלו של הקטין תלוי בשלב זה. לא למותר לציין, שגם היכולת של השופטים להידרש לשלב זה במעצר ולנסות להביא להחלת, ולו מעט, מההגנות שבחוק הנוער, הינה מוגבלת ביותר.

טובתם של העצורים הקטינים כשיקול מרכזי בהתנהלות המשיבים

97. כאמור, מדינת ישראל חתומה על האמנה בדבר זכויות הילד, שאושרה בשנת 1991, ואשר אחד הרעיונות בבסיסה הוא כי ההגנה מפגיעה בילדים תהא השיקול הראשון במעלה בכל פעולה של רשות מינהל. עקרונותיה של האמנה מעוגנים במסגרת החקיקה הישראלית בחוק הנוער, שקובע כי כליאתם של קטינים תהיה אמצעי אחרון שניתן להורות עליו ורק בהיעדר חלופות. **ככל שכליאה זו נדרשת, תיעשה תוך שמירה על כבודו ומתן משקל ראוי לשיקולים על שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה וזאת בהתחשב בגילו ומידת בגרותו.** האמנה מחייבת את ישראל גם בפעולותיה בשטחים הכבושים ובין היתר, מזרח ירושלים, אך בפועל הדבר אינו קורה.

98. המשפט הבינלאומי מכיר בפגיעותם המוגברת של קטינים לעומת בגירים, ובהשלכות ארוכות טווח שעלולות להיגרם להם כתוצאה מחוויות טראומטיות. בפרט, ישנה הכרה בכך שגילם של קטינים משפיע לא רק על אחריותם הפלילית, אלא גם על האופן שבו הם חווים מעצר, חקירה ומאסר. לנוכח רגישות זו, מכירות מרבית מערכות המשפט בעולם, בצורך במתן הגנות נוספות לקטינים, אשר לוקחות בחשבון את פגיעותם.

99. אם בכל זאת מתקבלת החלטה לשלול את חירותם של קטינים, יש לאפשר להם גישה מהירה לתמיכה משפטית וקשר רציף עם בני משפחתם, וכן לנהוג בהם באופן מכבד, שאינו פוגע בתחושת ערכם העצמי.

100. על פי עיקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיטיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

101. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

102. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל מצב בו יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1), 459, עמודים 465-466:

"אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

103. ההתעלמות מהשלכות המעצר בשעות הלילה, על הקטינים הפלסטינים, מעידה בפני עצמה על חוסר המידתיות והסבירות שבמדיניות אותה מנהיגים המשיבים ביחד ולחוד. יש לזכור כי קטינים ישראלים המתגוררים בשטחים הכבושים חלה עליהם החקיקה האזרחית הישראלית, קרי חוק הנוער. כתוצאה מכך הפגיעה הינה בלתי חוקתית, מפלה ובלתי מידתית בזכויות יסוד של אותם קטינים.

104. ילדים אלה ניטלים ממשפחותיהם באמצע הלילה, כשבחלק מהמקרים המעצר מלווה בהתנהגות אלימה מצד הגורמים העוצרים – לרוב חיילים – שמעירים את כל דיירי הבית וביניהם ילדים אחרים, ובחלק מהמקרים גורמים נזקים הן לרכוש והן לנפשם וגופם של אנשים, שכן כניסה של חיילים באמצע הלילה, לתוך בית המשפחה ומעצרו של אחד מבניה הינו אירוע קשה ומפחיד, המטיל אימה הן על קטינים והן על בגירים.

105. בהמשך למעצר, קטינים אלה מושלכים אל תוך הריק של חלל בית הכלא בהיעדר שירותי תמיכה ואף שירותי סיוע סוציאלי מכל סוג. המעצר עצמו הוא טראומטי עבורם. שורות של עדויות של קטינים תיארו אלימות פיזית קשה שהופעלה נגדם במהלך המעצר ובחלק מהמקרים הגיעה לכדי עינויים. מעבר לאלימות, המעצר והחקירה נערכים תוך הפרה שיטתית ומודעת לחוק.

106. בפועל מפירה ישראל את האמנה בדבר זכויות הילד ביחסה לקטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית, אשר אינם זוכים להגנות הנקובות באמנה, ואף לא בחוק הנוער הישראלי.

107. במסגרת תיקון מס' 14, שהתקבל בכנסת ביולי 2008, הוטמעו כללי המשפט הבינלאומי בנושא של זכויות קטינים במעצר ובהליך הפלילי. כך, כאמור, קובע התיקון בסעיף 10א, כי כליאתם של קטינים תהיה האמצעי האחרון שניתן להורות עליו רק בהיעדר חלופות. כמו כן, קיים איסור מוחלט על כליאת קטינים מתחת לגיל 14, כשהרציונל העומד בבסיס איסור הציגה כבוד השופטת (דאז) ד. בייניש בע"פ 1463/09 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו 15.6.2009):

בהכנסתם של קטינים מתחת לגיל 14 לבית הסוהר טמון פוטנציאל לפגיעה בלתי מידתית בקטין. שליחתו למאסר של קטין שגילו קרוב לגיל הילדות כלולה לפגוע בו באופן חמור יותר מכפי שנפגע בגיר שנשלח למאסר ותוצאה זו הינה בלתי רצויה בעליל, ואולי אף בלתי צודקת.

108. כאמור קטינים מהווים קבוצה פגיעה ורגישה ביותר, ועל כן הם זוכים בהגנות מיוחדות הן על פי עקרונות המשפט הישראלי והן על פי החוק הבינלאומי. הגנות אלו חלות גם על הגדה המערבית. על המשיבים לשקוד ולהטמיע עקרונות אלו בכל הקשור לקטינים, ללא קשר להיותם תושבי השטחים הכבושים, ולהעמיד במרכז המדיניות והנהלים את עקרון טובת הילד. יפים לעניין זה דבריו של כב' שופט אהרון משניות, נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים (כתוארו אז):

אף שהוראות תיקון מס' 14 לחוק הנוער אינן חלות באזור, לא ניתן להתעלם מהרוח הנושבת מהן, ומהעקרונות העומדים ביסודן, בדבר ההגנה על זכויותיו של קטין, גם אם הוא חשוד בביצוע עבירות, ומתן משקל דומיננטי לעיקרון העל של טובת הקטין, כפי שנאמר בהצעת החוק. בסופו של דבר **קטין, הוא קטין הוא קטין** (ההדגשה במקור), בין אם הוא מתגורר במקום שהחוק הישראלי חל עליו במלואו, ובין אם הוא מתגורר במקום אחר שהחוק הישראלי אמנם אינו חל בו במלואו, ובין אם הוא מתגורר במקום אחר שהחוק הישראלי אמנם אינו חל בו ובמלואו, אך הוא נתון להשפעה ממשית של שיטת המשפט הישראלית.

הזיקה בין הדין בישראל לדין באזור היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, והיא באה לידי ביטוי גם בחקיקה [..] וגם בפסיקה, ראו למשל דברים שנאמרו בבימ"ש זה בע' 3748/06 בעניין **עמאר מוסא: .. אמנם**

המשפט הישראלי אינו חל באופן ישיר באזור, ואולם קיימות זיקות רבות בין המשפט באזור לבין המשפט הישראלי ובין מערכות השיפוט הפועלות בשני המקומות.."(ההדגשות במקור).

תיקון מס' 14 כולל כאמור גם מגבלות על חקירתם של קטינים. מדובר בהגבלות שראוי היה ליישם אותן, בעיקרו של דבר, בכל שיטת משפט מתוקנת, גם אלמלא היה להן עיגון מפורש בחקיקה.. (ע"מ (איו"ש) 2912/09 **התביעה הצבאית נ' נשמי מוחמד אברהים אבו רחמה**, פורסם בנבו (31.8.2009)).

109. ברקע לתיקון חוק הנוער, עמדו הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, וכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעל פיהן יש להגן על זכויותיו של קטין החשוד בביצוע עבירות, בהתחשב בעיקרון העל של טובת הקטין.

110. אף פקודת המשטרה מיישמת עקרונות אלו של האמנה ושל חוק הנוער בכל הנוגע למעצר קטינים באשר הם, והיא איננה כוללת הגבלה לגבי תחולתה על קטינים אזרחי ותושבי ישראל בלבד. תכלית הפקודה היא לשמור על טובת הקטין וכבודו. על כן גם על פי הפקודה, דרך המלך היא כי קטין יזומן לחקירה באמצעות זימון שיישלח להוריו ו/או לאפוטרופוס, למעט מקרים חריגים. הפקודה באה לקבוע כללים ברורים לאופן שבו יש לבצע מעצר של קטין, תוך התייחסות למצבו הפגיע ולצורך להגן על זכותו להליך הוגן.

111. כמו כן בהתאם לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין גדר ההפרדה מיום 9.7.2004, נקבע מפורשות כי האמנה בדבר זכויות הילד חלה בשטחים הכבושים ולא רק בשטחי ישראל (ראו סעיפים 102-113 לחוות הדעת).

112. האמנה קובעת כי בכל פעילות של מוסדות או רשויות השלטון טובת הילד חייבת להיות שיקול ראשון במעלה (ראה ס' 3 לאמנה). המשיבים לא רק שמחויבים להתחשב בטובת הקטינים בזמן מעצרו, אלא מוטלת עליהם האחריות לשמור על התפתחותו התקינה והטבעית של הקטין ולהבטיח את הישרדותו, גם כשעסקינן בקטין פלסטיני (ראה ס' 6 לאמנה).

113. כמו כן, האמנה מדגישה באופן מפורש כי למדינות החברות באמנה, ובכלל זה מדינת ישראל, אסור לשלול חופש מילד שלא כדין או באופן שרירותי וכי מעצרו של קטין ישמש רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר (ראה ס' 37 לאמנה).

114. כללים אלה, שגובשו הן במשפט הישראלי והם במשפט הבינלאומי בשל ההכרה בצורך להגן על כל הקטינים באשר הם ולשמור על התפתחותם התקינה, נרמסים ברגל גסה על ידי המשיבים, רק בשל היותם של הקטינים פלסטינים תושבי השטחים. לגבי אותם קטינים האמצעי האחרון שיש לנקוט בו, הפך להיות האמצעי הזמין המועדף שנשלף על ידי הצבא, כל עת שמבקשים הם לחקור קטין, כשהמעצר מבוצע בשעות הקטנות של הלילה, תוך שימוש באלימות, וללא כל התחשבות בהשלכות מעצר זה על בריאותו הנפשית והפיזית של הקטין.

115. המצב העובדתי המתואר לעיל מוביל אותנו בהכרח לתוצאה ההכרחית לפיה הקטין מגיע לחקירה המשטרתית לאחר חוויה טראומטית של מעצר באמצע הלילה, לאחר לילה ללא שינה, מנותק מהוריו, מבוהל, רעב, עייף ומושפל, מצב דברים שמעמיד בספק, בלשון המעטה, את תקינות הליך החקירה, שכן במצב זה ספק אם הקטין יוכל לעמוד על זכויותיו בחקירה ולהליך הוגן.

116. הנכונות של המשיבים לערוך את הפיילוט, מעידה על ההכרה בכך שהשימוש הגורף במעצר לילי לגבי קטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית – במנותק מהנסיבות, הגיל וחומרת העבירה, כנטען על ידי המשיבים – אינו חוקי ואינו יכול לעמוד.

117. העובדה כי הפיילוט עליו הוכרז בריש גלי בתקשורת ובפני ארגונים בינלאומיים, לא מומש בפועל ולא יושם באופן רציני ושיטתי, על אף חלוף השנים, מעיד על כך שמעבר להצהרות ויחסי ציבור לא עמדה מאחוריו כל כוונה ממשית לצמצם ולו במקצת את הפגיעה בזכויות הקטינים הנדרשים לחקירה בגדה המערבית. אף אם טענת המשיבים כי יש לפעול בזירות לאור המצב הביטחוני שדורש בחינה לדברים בטרם ייערכו שינויים מערכתיים, מתקבלת, אין כל דרך להצדיק את השיהוי וחוסר המעש והביצוע שהופגן בכל הנוגע ליישום הפיילוט.

פגיעה בזכויות יסוד של קטינים

118. מדיניות מעצרי הלילה שמנהיגים המשיבים פוגעת באופן חמור וקשה בזכויותיהם היסודיות של קטינים פלסטינים תושבי הגדה המערבית. פגיעה בשורה ארוכה של זכויות יסוד היא תוצאה של חלל משפטי שיצרו המשיבים באמצעות התעלמותם המוחלטת מכללי המשפט הבינלאומי החלים באזור הגדה המערבית וזאת מבלי לקדם חקיקה צבאית שתבטיח שמירה על זכויותיהם של הקטינים המתגוררים בשטח הכבוש.

119. בראש ובראשונה, מעצרים אלימים (מעצם טיבם) בשעות הקטנות של הלילה, במהלכם נשלפים קטינים ממיטותיהם הישר לידי כוחות הביטחון שפלו לבייתם, מהווה פגיעה קשה בכבודם של הקטינים העצורים, וכן של בני משפחתם, שעדים למעצר וסובלים מנחת ידם של כוחות הביטחון. הפגיעה היא בגרעין הקשה של הזכות לכבוד, זכות יסוד בסיסית של כל אדם, בפרט מי שנתון למשטר של כיבוש צבאי. זו זכות, שעל המשיבים חלה חובה להגן עליה במיוחד בזמן מעצר של קטינים, כפי שנקבע בסעיף 37c לאמנה לזכויות הילד:

Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age.

120. לא זו אף זו, נפגעת זכותם של מאות קטינים פלסטינים לחירות וזכותם להיות חופשיים ממעצרים שרירותיים. מדיניות המעצרים היזומים באמצע הלילה כברירת מחדל מביאה לכך שקטינים רבים עוברים את החוויה של המעצר הטראומטית כאשר היה ניתן לייתר אותה אילו הקטין היה מוזמן לחקירה. כך נוצר מצב שקטינים רבים משתחררים מיד לאחר החקירה, אך בכל זאת עברו מעצר קשה ואלים כאילו מדובר במי שנשקפת ממנו סכנה מיידית. יפים לעניין זה דבריו של כס' הנשיא (כתוארו דאז) א. ברק בבג"ץ 3239/02 **איאד מרעב נ' במפקד הצבאי**, נז (2) 349 (פורסם בנבו 5.2.2003):

מעצרים שאינם מבוססים על חשש כי העצור מסכן או עלול לסכן את שלום הציבור הביטחון, הם שרירותיים, ואין המפקד הצבאי מוסמך להורות עליהם (שם, פסקה 22)

121. במצב דברים בו קטין לא מוזמן לחקירה, ולא נעשה כל מאמץ מינימאלי כדי להימנע מפלישה לילית אל ביתו נראה שעצם מעצרו לא נעשה בסמכות. דברים אלה נאמרים על סמך העובדה שהרוב המכריע של קטינים נידונים בגין עבירות קלות כך שלא משתקפת מהם סכנה ממשית לשלום הציבור והביטחון. המספר העצור של המעצרים הליליים היזומים של הקטינים מביאה למסקנה אחת ויחידה לפיה הפרשנות שנותן המפקד הצבאי לדברים שבציטוט לעיל, היא מרחיבה עד כדי החלתה על כל המקרים.

כתוצאה מכך נפגעת זכותם של אותם קטינים לחירות בצורה שיטתית. יפים לעניין זה דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 10271/02 אברהים פריד נ' **משטרת ישראל מחוז י-ס**, פ"ד סב(1) 106 (2006):

מטבע הדברים, כרוך לא אחת הליך פלילי המתנהל נגד אדם, בהטלתן של מגבלות קשות על זכויותיו. כך, למשל, זימונו של אדם לחקירה במשטרה, **ומקל וחומר מעצרו לצורך כל**, יש בהם להצר את חירותו, ואף במידה ניכרת. (פסקה 1 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

122. בנוסף לאמור נפגעת זכותם של הקטינים להליך הוגן. הפגיעה בזכות זו היא אנושה. המעצר הלילי היזום של קטינים, ממשיך לשמש את המשיבים כאמצעי הראשון להבאתם של קטינים פלסטינים לחקירה, וזאת על אף שמדובר באמצעי פוגעני וטראומטי, המצלק את נפשו של הקטין, גורם לו לשברון רוח וגוף, ולבסוף גם מסכל את האפשרות להליך חקירה את האפשרות להליך חקירה הוגן ומוביל להרשעה כמעט וודאית, פסולה ומחמירה.

123. לפסלותה של מדיניות מעצרי הלילה, מתווספים היבטים נוספים הקשורים ליחס האלים והנפשי אליו חשופים הקטינים בשלב המעצר והסעתם עד למקום בו הם צפויים להיחקר. בהיותם במצב של חוסר ישע קיצוני זה, קטינים רבים סובלים מאלימות של ממש מצד הכוח העוצר. כך למשל רוב הקטינים דיווחו על כיסוי עיניהם לאורך כל הזמן, איזוק ידיהם מאחורי הגב, תנחת הכריעה על רצפת הרכב הצבאי, בראש מורכך, הנכפית עליהם בעת ההעברה למקום החקירה. כמו כן, קטינים דיווחו על כך שלא ניתנה להם גישה לאוכל, שתייה ושירותים.

124. לא פעם עולים מעשי האלימות הפיזית והמילולית כדי יחס בלתי אנושי, אכזרי ומשפיל האסור על פי האמנה נגד עינויים. בהיותם חשופים ליחס זה קטינים אלה מגיעים לחקירה מבוהלים ומפוחדים, כשהאפשרות לעמוד על זכויותיהם בחקירה פגועה ביותר. בחקירות אלו אין אפשרות להורים לנכוח בזמן החקירה, ובחלק לא מבוטל של המקרים, ההורים אינם מיודעים על מקום החזקת בנם. כמו כן, הקטין אינו מקבל הסבר או שמקבל הסבר מעוות על זכות השתיקה ונמנעת ממנו האפשרות להיוועץ עם עורך דין באופן יעיל וראוי בטרם חקירתו.

125. ההבדל הוא עצום בין קטין שנשלף ממיטתו באמצע שינה על ידי עשרות חיילים חמושים שפרצו לביתו ומגיע לחקירה אחרי מסע ארוך של השפלות ואלימות, לבין קטין המוזמן לחקירה ומגיע אליה מוכן נפשית כשבאפשרותו לקבל הייעוץ המתאים מעורך דינו, ומבלי שיהיה תלוי ברצונם הטוב של חוקריו.

126. העותרים יטענו כי המשך הפעלת מדיניות מעצרי הלילה באופן גורף פוגעת בהכרח בזכות להליך הוגן וביכולתם של קטינים לקבל את ההגנות המקובלות בכל מערכת מפשט ראויה בזמן החקירה ולפניה.

127. הזכות להליך הוגן הוכרה זה מכבר בפסיקה כחלק מהזכות לכבוד. ככזו, היא מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. יפים לעניין זה דבריה של כבוד השופטת דורנר:

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), שנתקבל בשנת 1992, הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכות של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת – לכבד את הזכויות הקבועות בו.

(מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 354, 375 (2002))

128. בנסיבות האלה, זכותו של הקטין גם בהיותו פלסטיני, להיות מוזמן לחקירה, ולהיות מוגן ממעצרים שרירותיים ואליםים, באמצע הלילה, שלא לצורך. גגיעה בזכותם של הקטינים הפלסטינים בזמן המעצר הופכת לאות מתה ובכך נפגעת אנושות זכותם היסודית והחוקתית להליך הוגן.

מדיניות מעצרי הלילה של קטינים פלסטינים כברירת מחל מהווה יחס אכזרי ובלתי אנושי

129. סעיף 1 לאמנה נגד עינויים, שמדינת ישראל חתמה עליה ואף אישרה אותה, מגדיר עינויים כך:

מעשה, אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להוציא ממנו או מאדם שלישי מידע או הודאה, להעניש על מעשה שביצע, או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי, או להפחיד או לאנוס אותו או אדם שלישי; או מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי או באישור או בהסכמה בשתיקה של עובד ציבור או אדם הממלא תפקיד רשמי, או בשידולו. אין הוא כולל כאב או סבל הנובעים מעיצומים על פי חוק, טבועים בהם או נלווים אליהם.

130. אין חולק כי המשפט הישראלי, על אחת כמה וכמה מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובצל פסיקתו התקדימית של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, נג(4) 817, (להלן: **בג"ץ העינויים**), הכיר באיסור המוחלט על עינויים ו/או יחס אכזרי ו/או בלתי אנושי ומשפיל כלפי עצור, וכן בזכותו המוחלטת של העצור להגנה מפני מעשים כאלה. זכות זו נגזרת מזכותו החוקתית של העצור לשלמות גופנית ונפשית, ומזכותו לכבוד. כך קבע לעניין זה בית המשפט הנכבד:

אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה. שימוש באלימות בחקירה עשוי להטיל על החוקר אחריות פלילית ומשמעתית (בג"ץ העינויים, עמ' 836).

131. בית משפט נכבד זה שב ושנה את מוחלטות האיסור על עינויים, או כל יחס אכזרי או בלתי אנושי אחר, כלפי עצור, ובמיוחד את החובה המוחלטת, אשר חלה על הרשויות העוצרות, לשמור על כבודו של עצור במהלך חקירה. כך קובעת כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפצ"ר, תק-על 2009(3), 357, בפסקה 42 לפסק הדין:

במסגרת חקירה נאסר על הפעלת עינויים, נאסר על יחס אכזרי ומשפיל כלפי עצור, והשמירה על כבוד האדם היא קו מנחה בהתנהלות חקירה מכל סוג שהוא. **האיסור על מעשי אלימות פיסיים או נפשיים הוא מוחלט.**

132. בבג"ץ העינויים נקבעו סטנדרטים, שבהם חוקרים אמורים לעמוד, בכדי למנוע מצב בו נחקר נתון לחקירה אסורה, הכוללת עינויים או כל יחס אכזרי אחר. נקבע שם כי:

השימוש בעינויים או ביחס אכזרי ולא אנושי כלפי הנחקר אסור במהלך חקירה. חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות, ותנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים. ניתן להיזקק במסגרת הדין לתחבולות מסוימות ולפעולות מתוחכמות.

ואולם, ניתן לקיים חקירה יעילה גם בלא אלימות... פעולות, כגון טלטול הנחקר, הושבתו בתנוחה מכאיבה, כיסוי ראשו בשק או מניעת שינה לזמן ארוך, אינן מתחייבות מצורכי החקירה והן פוגעות בכבוד האדם של הנחקר. אשר על כן, אלו פעולות שאסור לבצען במהלך חקירה (עמ' 836 בבג"ץ העינויים).

133. לא זו אף זו, בעניינם של קטינים האיסור אמור להיות מוחלט אף יותר; כאשר קטין מגיע לחדר חקירות כשהוא מפוחד, מותש, רעב, צמא, ובלא שעשה את צרכיו במשך מספר שעות, לא צריך להתאמץ במיוחד כדי להביאו למצב של שברון פיזי ומנטלי, כך שיקשה עליו להגן על זכויותיו בחקירה, מה שיביא בהכרח להפללה עצמית מהירה, הפללה עצמית רבת משמעות. עניין זה מועצם כאשר הקטין מוחזק בתנאים של בידוד מוחלט וניתוק מהעולם, כך שעליו להתמודד לבדו ולאורך זמן עם מערכת שלמה של לחצים ואיומים.

134. כמו כן, ובנוסף למצב בו מגיעים הקטינים לחקירה, המדיניות הקיימת איננה עומדת בדרישות הדין הבינלאומי. בעצם שלפתם ממיטתם באמצע הלילה על ידי חיילים ממושים שפרצו לביתם, הם נחשפים למצבי לחץ, פחד, ייאוש ומצוקה המגבירים את הסכנה לפגיעה נפשית ופסיכו-סוציאלית עמוקה.

135. ברי כי עמידה על מתן הגנות, ולו מינימאליות, כפי שקבועות בחוק הנוער, וכן באמנה הבינלאומית לזכויות הילד, שישראל חתמה עליה ואשררה בשנת 1991, עשויות להביא לשיפור מצבם של הקטינים, להגנה טובה יותר על זכויותיהם הבסיסיות כבני אנוש.

המשפט המינהלי הישראלי

136. כאמור, על פעולות גורמי השלטון של המעצמה הכובשת בשטחים הכבושים חלים, בין היתר, עקרונות המשפט המינהלי ואולי גם החוקתי הישראלי. בית המשפט העליון קבע לא אחת כי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי יחולו על פעילויות זרועות המדינה הפועלות מטעמה בשטחים (ראה בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, 1025 (2005)).

137. על אף ששאלת מעמדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק מעמד חוקתי ל"הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין", כנותן הגנה ישירה לפלסטינים, נשארה בצריך עיון בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, (פורסם בנוב 9.6.2005), נראה שבמצאות של כיבוש מתמשך זה למעלה מחמישים שנה, קשה להתעלם מהצורך בהחלת הגנה זו על כלל התושבים הפלסטינים.

138. במנותק מתחולתו או אי תחולתו של חוק היסוד בשטחי הגדה המערבית, המשפט המינהלי הישראלי מחייב כיבוד של זכויות אדם על ידי הרשויות הישראליות וזאת באמצעות הדרישה כי פעולות מינהליות פוגעניות תעשנה בהליך הוגן העומד בדרישות כללי הצדק הטבעי ובהם האיסור על אפליה, מבחני הסבירות והמידתיות.

139. להלן נבחן את עמידת המדיניות הגורפת של מעצר של קטינים בשעות הלילה מבתיים בעקרונות שהותו בפסיקה בכל הנוגע למידתיות.

הפגיעה בקטינים הפלסטינים הנעצרים אינה מידתית

140. על-פי עקרון המידתיות, פגיעה בזכות אדם מוגנת תיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש לצורך מימוש המטרה, שלשמה פוגעים בזכות. על המשיב להפעיל את שיקול דעתו "באופן שזה, בין היתר, לא יפגע בזכות אלא במידה המזערית הנדרשת, וכך שהיחס בין הנזק שבפגיעה בזכות לבין התועלת האפשרית מהגשמת התכלית יהיה סביר" (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2)157, 164).

141. בית משפט נכבד זה קבע את היסודות, שעל-פיהם נבחנת מידתיות הפגיעה בזכות האדם. על-מנת שפגיעה בזכות תהא מידתית, עליה לעמוד בשלושה מבחני משנה מצטברים: מבחן הקשר הרציונאלי (באמצעותו נבחנת ההתאמה בין האמצעי שנבחר לבין השגת המטרה שביסוד מדיניות המשיב); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (באמצעותו נבחן האם לא ניתן היה להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם פחותה); ומבחן המידתיות במובן הצר (על-פי מבחן זה, על האמצעי הנבחר, אפילו מתאים הוא להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו להשגתה, צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם מוגנת) (ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4)1, 53-54; **עניין סטמקה** דלעיל, בעמ' 777).

142. לאור פסקות ההגבלה בחוקי היסוד, אומץ עקרון המידתיות כאמצעי לבחינת חוקיותם של חוקים, וממילא הוא משמש גם כתנאי לחוקיותה של כל פעולה מינהלית (בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5)412, 453). בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות העצורים הקטינים הפלסטינים, תיעשה בהתחשב בחומרת הפגיעה, ולאור מעמדה הנעלה של הזכות לכבוד, בפרט כשעסקינן בקטינים ועל סמך עיקרון טובת הילד: "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו ויושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4)367, 420).

143. **מבחן המשנה הראשון: קשר רציונאלי** – השלב הראשון בבחינה האם מדיניות המשיב הינה מידתית דנה בשאלה אם קיים קשר רציונאלי בין המטרה הנטענת של שמירה על הביטחון ובין האמצעי הפוגעני של מעצר קטינים באמצע הלילה במעצרים יזומים.

144. לנוכח חומרת הפגיעה של מדיניות המשיב, כפי שתוארה לעיל, בזכותם של העצורים הקטינים הפלסטינים, ועל רקע ההתנהלות המזלזלת ביישום הפיילוט, נדרש קשר ברור, מובהק ומוכח, בינה לבין השגת המטרה של שמירה על הביטחון.

145. הלכה פסוקה היא, כי רשות מינהלית חייבת להניח תשתית עובדתית ראויה לביסוס החלטותיה. תשתית זו צריכה לכלול איסוף נתונים וראיות מהותיות. הלכה זו מקבלת משנה תוקף וחשיבות עת מדובר בביסוס אמצעים הפוגעים בזכות יסוד. בהיעדר נתונים ותשתית עובדתית נשמט הבסיס לטענת הקשר בין האמצעי למטרה:

לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן... הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות (ע"ב 2/84 **נימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

146. כלומר, על המשיב להראות, כי מדיניותו הגורפת בדבר מעצר קטינים פלסטינים בשעות הלילה באופן יזום, במקום זימונם לחקירה, מבוססת על נתונים והוכחות, כי יש בהם כדי להוכיח שהמטרה מושגת דווקא באמצעות מדיניות זו. בהיעדר הנחת תשתית עובדתית כזו, הרי שמדיניות המשיב לא תקיים את מבחן הקשר הרציונאלי. מעיון מדוקדק בתשובות המשיבים לפניו אליו במהלך שש השנים האחרונות, עולה כי הדבר האחרון שניתן לומר שיש בידיהם לצורך קביעת מדיניות הוא מסד נתונים עדכני ומלא. נראה כי המשך מדיניות המעצרים בלילה נעשית כברירת מחדל ומכוח האינרציה.

147. **מבחן המשנה השני: האמצעי הפוגע פחות** – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה עוסק בשאלה, אם לא ניתן להשיג את המטרה המתבקשת בדרך אחרת, שתפגע בזכויות היסוד של הקטינים במידה הקטנה ביותר.

148. לא זו בלבד שמדיניות מעצרי הלילה היזומים, כפי שתוארה לעיל, אינה מקיימת מבחן זה, אלא שגם ובעיקר המשיבים הוכיחו כי לא בחנו חלופות אחרות שפגיעתן פחותה ובו בזמן הכירו בחשיבות עריכת הפיילוט מתוך הכרה שיש להביא לשינוי המדיניות הנוכחית. בסופו של יום מדובר במדיניות גורפת שחושפת קבוצה שלמה של קטינים – יחד עם בני משפחתם – ל"יחס אחר" אך ורק בשל היותם פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, שכן לא מתקבלת על הדעת הטענה לפיה קיימת הצדקה לעצור מרביתם של הקטינים הפלסטינים במעצרים אלימים מהסוג המתואר.

149. בפסיקת בית משפט נכבד זה נקבע לא אחת, כי הסדרים גורפים, בשונה מהסדרים המבוססים על בחינה פרטנית-אינדיבידואלית, הינם אמצעים לא מידתיים, אשר פוגעים בפרט מעל למידה הדרושה (בג"ץ 3477/95 **בן עטיה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5)1, 15).

150. בעניין סייף (בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5)70, להלן: **עניין סייף**) עסק בית המשפט הנכבד בחוקיות החלטתה של לשכת העיתונות הממשלתית, שלפיה תחדל הלשכה להנפיק תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל, ולא תאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר. המדינה נימקה את הסירוב הגורף בחששה לפגיעה באישי ממשל בישראל במסיבות עיתונאים או במשרדים ממשלתיים, לאור העובדה שתעודת עיתונאי מקלה על הגישה למקומות אלה. לדידה, בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית אינה יכולה לשלול את מסוכנותו של תושב השטחים, שכן מסוכנות זו נובעת מעצם התושבות.

151. פסק הדין, אשר דחה את טענות המדינה, קובע כי שיקולי ביטחון אינם ערך מוחלט, וכי "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (**עניין סייף**, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר). עוד נקבע, כי "הסירוב הטוטאלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האיזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי חופש הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדיון" (סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

152. וכך קובע לעניין זה הנשיא ברק, בפסק דינו **בעניין עדאלה** (בפיסקה 69 לפסק-דינו):

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון. כפי שציינו לעיל, על המשיבים להראות כי ההגבלה על מתן היתרי כניסה לישראל לבני משפחה של אסירים, המשויכים לארגונים מסוימים, מבוססת על אדנים יציבים של ראיות ונתונים.

153. יישום הדברים בענייננו מעלה כי המשיבים בחרו "בדרך הקלה": להמשיך במדיניות הגורפת של מעצרי הלילה, אף מבלי לערוך בדיקה רצינית לחלופה של זימון קטינים לחקירה. המשיבים בוחרים להימנע בצורה גורפת מבדיקת האפשרות לזימון קטינים לחקירה. יש בכך כדי להכתים את המדיניות בחוסר מידתיות.

154. **מבחן המשנה השלישי: פרופורציה בין האמצעי למטרה** – מבחן המידתיות השלישי עניינו בשאלה אם מימדי הפגיעה בזכות אדם, הנלווית למדיניות המשיב, הולמים את המטרה אותה היא מבקשת להשיג.
155. לפי מבחן המשנה השלישי, אם התועלת הצומחת כתוצאה מהמדיניות היא רבה, תיסוג מפניה הזכות הנפגעת. מבחן משנה זה הוא בעל אופי שונה משני קודמיו, ומתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמת המטרות העומדות בבסיס המדיניות. הוא מהווה ביטוי לרעיון לפיו "קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (הנשיא ברק בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006 (4) 3675, 3689).
156. בענייננו, המדיניות האמורה פוגעת באופן חריף בזכויות יסודיות ביותר, ובראשן הזכות לכבוד, הזכות להליך הוגן, עיקרון טובת הילד, כשהזכויות נפגעות תוך התחמקותם של המשיבים לספק מידע אודות בחינת החלופה שמביאה לפגיעה פחותה. הצדקת הפגיעה בזכויות אלו, באם ישנה, צריך שתשרת אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה.
157. דא עקא, התכלית של שמירה על הביטחון, אם אכן היא זו שעומדת בבסיס המדיניות, חשובה וראויה ככל שתהיה, אינה ערך מוחלט ואינה מצדיקה כל פגיעה בזכות אדם. ההצדקה הביטחונית אינה חזות הכל, ועליה להיות מאוזנת אל מול צרכים אחרים. כך למשל **בעניין סייף** הדגיש בית המשפט, כי אין בסיכון ביטחוני תיאורטי הנשקף מעיתונאי, המחזיק בהיתרי כניסה לישראל, כדי להצדיק פגיעה ודאית בזכויות מוגנות, והפליה בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל יתר העיתונאים הזרים. ביטחון לעולם אינו אבסולוטי, והוא עשוי לסגת מפני זכויות אחרות (בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג (4) 817).
158. המחיר הכבד שמשלמים הקטינים הפלסטינים שנעצרים, שמתלווה ליישומה של מדיניות המשיבים, הוא מופרז ומוגזם. התועלת הביטחונית הספקולטיבית שצומחת – אם בכלל – ממדיניות זו, אינה שקולה כנגד חומרת הפגיעה בזכויותהם של אותם קטינים.
159. אף אם למשיבים קיימות הצדקות להגביל את הזכויות של הקטינים הפלסטינים (ואף בני משפחותיהם), מכוח סמכותו להבטיח פעולה תקינה, אין הוא פטור מחובתו לאזן כראוי בין האינטרסים, כלומר השיקולים הענייניים, המתמודדים בכל מקרה. ברור שלצורך איזון זה יש הבדל בין מקרה שבו הסכנה לביטחון המדינה רחוקה וקטנה לבין מקרה שבו הסכנה קרובה וממשית.
160. ברור שישנם אמצעים פחותים שיכול היה המשיב לנקוט בהם, כמו לזמן קטינים לחקירה כברירת מחדל. משלא עשה כן במשך שנים ארוכות, תוך הכרתו המשתמעת בכך שנדרש שינוי רציני במדיניות, מבלי לנסות לקדם את הבאתו, הוא החליט לבחור באמצעי אשר משמעותו פגיעה אנושה בזכויות האדם של הקטינים הפלסטינים ויוצר כאמור חוסר שוויון בינם לבין קטינים אחרים.
161. המספרים הגבוהים של הקטינים הנעצרים מדי שנה מחמירים פעם נוספת את עוצמת הפגיעה של המדיניות הקיימת בזכויות האדם ומטה את הכף להכרעה הבלתי נמנעת כי מדובר במדיניות לא מידתית. השימוש הנפוץ במדיניות מעצרי הלילה בקרב קטינים אינו מאפשר עוד לראות בעובדה זו עניין חריג המתייחס לקבוצה מסוימת אלא כלל החל על מרביתם של הקטינים הפלסטינים הנעצרים. המשיב נדרש לבחון את מימוש זכויותיהם מחד וחשיפתם לפגיעות וסיכונים מאידך בעקבות מדיניות זו.

אפליה אסורה

162. כאמור לעיל, התנהלות רשויות השלטון כלפי קטינים פלסטינים שונה באופן משמעותי מהתנהלותה כלפי ישראלים תושבי השטחים. בפועל, כתוצאה מפער תהומי זה, פלסטינים תושבי השטחים הכבושים חשופים לפגיעה קשה וחמורה בזכויותיהם היסודיות, בשל השתייכותם הלאומית.

163. הפרדה זו בהקשר של מעצרים וההליך הפלילי אינה פוסחת אף על קטינים והיא פוגעת באופן קשה וחמור בזכותם של קטינים פלסטינים לכבוד ולשוויון.

164. משהחליטה המדינה ליישב את אזרחיה בשטח כבוש – בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי (סעיף 49 לאמנת ג'נבה) – אין מקום להשלים עם העובדה שזכויות בסיסיות, המוענקות לשתי אוכלוסיות אלה, שונות באופן שרירותי והתושבים המוגנים הפלסטינים מופלים לרעה. היחס השונה כלפי התושבים הפלסטינים בחקיקה הצבאית בהקשר זה מבטא זילות מפלה בחשיבות זכותם לחירות ולכבוד.

165. החלת נורמות שונות על אנשים שונים באותו מקום גאוגרפי בהתאם לפתח של מוצא לאומי בהקשר זה, יוצרת פגיעה נוספת מעבר לפגיעות בכבוד, החירות וטובת הילד – אפליה אסורה.

166. 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 זכויות האדם החל גם כן על השטחים הכבושים.

167. אמנת ג'נבה הרביעית קובעת את חובתו של המפקד הצבאי לנהוג באוכלוסייה האזרחית ללא כל אפליה. על פי סעיף 3 לאמנה איסור ההפליה נקבע כאחד מעקרונות הבסיס של דיני הלחימה. בסעיף 27(3) לאותה אמנה נקבע, בין היתר, כי על המעצמה הכובשת חלה חובה לנהוג בתושבים המוגנים ללא כל הפליה לרעה, ובמיוחד לא כזאת המבוססת על נימוקי דת או גזע.

168. אמנות זכויות האדם, עליהם חתומה מדינת ישראל, מעגנות אף הן את עיקרון איסור האפליה. סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (שאושרה על ידי ישראל בשנת 1991 ונכנסה לתוקף 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

169. בסעיף 1 לאמנה הבינלאומי בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית – שאושרה בשנת 1979 – מגדיר "אפליה גזעית": "כל הבחנה, הוצאה מן הכלל, הגבלה או העדפה המיוסדות על נימוקי גזע, צבע, יחוס משפחתי, מוצא לאומי או אתני, שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה והשימוש, או לפגום בהכרה, בהנאה או בשימוש, על בסיס שווה, של זכויות האדם וחירויות היסוד בחיים המדיניים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים, או בכל תחום אחר בחיי הציבור".

170. סעיף 3 קובע 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

171. סעיף 5 לאמנה מבהיר את חובת המדינה להבטיח שוויון בפני החוק ולמנוע אפליה במימוש זכויות יסוד אחרות, לרבות הזכות ליחס שוויוני בפני בתי משפט וכל גוף שניתנת לו סמכות שיפוט; הזכות לשלמות הגוף והגנה מפני פגיעה בין בידי פקידי הממשלה או בידי כל יחיד, קבוצה או ממסד.

172. איסור האפליה, המעוגן בסעיפים אלה של המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם משקף נורמה בסיסית של המשפט הבינלאומי המינהגי אשר אינו כפוף אף לעיקרון המידתיות (ראו המלצה כללית מס' 30 של ועדת ICERD; וגם Human Rights Committee, General comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)).

173. למותר לציין כי הזכות לשוויון מהווה גם עיקרון-על יסודי במשפט הציבורי הישראלי. בית משפט נכבד זה עמד על חשיבותה ומעמדה של הזכות לשוויון בשורה ארוכה של פסקי דין. וכך הודגש בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273, 275 (2000) (להלן: עניין קעדאן).

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

התוצאה (ה"אפקט") של מדיניות ההפרדה הנוהגת כיום 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" (עניין קעדאן, סעיף 30 לפסק דינו של כבוד הנשיא (דאז) א. ברק)

175. הקביעה האפריורית, כי קטינים פלסטינים תושבי השטחים ראויים שישלפו ממיטותיהם באמצע הלילה במעצרים דרמטיים יותר מאשר ישראלים המתגוררים בהתנחלויות, היא קביעה הפוגעת באופן עמוק לא רק בזכותם לשוויון, אלא ובעיקר בזכותם לכבוד. בקביעה זו טומנה הנחת יסוד פסולה, כי הם ראויים פחות מאנשים אחרים לשמירה קפדנית על זכותם לכבוד, לשלמות גופם ונפשם ולהליך הוגן. די בטענה זו להוביל למסקנה, כי המצב הנוכחי, נגוע באי חוקיות בוטה ודינו להיפסל.

סיכום

176. ההחלטה על תחילת הפיילוט התקבלה עוד בשנת 2014, כך שבידי המשיבים הייתה תקופה ארוכה שבה היה ניתן לקיים פיילוט מקיף של זימונים ולהפיק לאורו לקחים ומסקנות לגבי אופן היישום הראוי והקריטריונים לזימון לחקירה שיבואו במקום מעצרים ליליים. במקום זאת, המשיבים נמנעו מלנקוט בכל צעד ממשי לצורך יישום הפיילוט באופן שיביא לשינוי המצב הקיים וישים קץ לפגיעה הקשה והגורפת בזכויות הקטינים המתועדת לאורך השנים בשטחים הכבושים.

177. העובדה כי הפיילוט עליו הוכרז בריש גלי בתקשורת ובפני ארגונים בינלאומיים, לא מומש בפועל ולא יושם באופן רציני ושיטתי, על אף חלוף השנים, מעיד על כך שמעבר להצהרות ויחסי ציבור לא עמדה מאחוריו כל כוונה ממשית לצמצם ולו במקצת את הפגיעה בזכויות הקטינים הנדרשים לחקירה בגדה

המערבית. אף אם טענת המשיבים כי יש לפעול בזהירות לאור המצב הביטחוני שדורש בחינה לדברים בטרם ייערכו שינויים מערכתיים היא הגיונית, אין כל דרך להצדיק את השיהוי וחוסר המעש והביצוע שהופגן בכל הנוגע ליישום הפיילוט.

178. במקביל להשתהות החריגה של המשיבים, המשיכו חיילי הצבא לפלוש באמצע הלילה, במסגרת פעולות מבצעיות יזומות, לבתים בערים והכפרים הפלסטינים, להעיר משפחות שלמות משנתן, להטיל פחד ואימה על דייר הבית, לשלוף ילדים ממיטותיהם ולהוציא אותם מביתם מושפלים ומפוחדים לעיני הוריהם חסרי אונים, שברגע אחד איבדו את השליטה על משפחתם וביתם ואת היכולת להגן על ילדיהם.

179. כל זה תוך הפרה קשה ובוטה של מערכת דינים מסועפת החלה על אזור הגדה המערבית, ובעיקר של חובת המשיב 1 לשמור על החיים התקינים של האזרחים המוגנים בשטח הכבוש, לפיה, בין היתר קיימת חובה להגן על זכויות יסוד של כל אדם, וכן החובה להגן על טובת הילד.

180. עם ההכרזה על תחילת הפיילוט המשיבים הכירו בחומרת המדיניות, וכמענה לביקורת הבינלאומית יצרו מראית עין של התנהלות חוקית, בדמות פיילוט, שכפי שהראינו לעיל, מעולם לא יושם ברצינות, וכך רחצו בניקיון כפיהם בזכות היצמדות ריקה מתוכן להכרזה על הפיילוט.

181. אלא שמאחורי מראית העין מתנהל כבר למעלה מחמישים שנה משטר האחראי, עד כה, על פגיעה אלימה וקשה באלפי קטינים. מאות קטינים פלסטינים נעצרים מביתם, מדי שנה, בשעות הקטנות של הלילה ונלקחים לחקירה תוך הפרה שיטתית של זכויותיהם ותוך שנגרמת טראומה להם ולבני משפחותיהם, כולל אחיהם הקטנים.

182. אם כן, על הצבא לחדול לאלתר מהמדיניות הפוגענית והבלתי חוקית של מעצר לילי של קטינים פלסטינים כברירת מחדל ולהפוך את הזימון לחקירה לאמצעי המרכזי והראשון בכל מקרה בו יש כוונה לחקור קטין, יהא גילו אשר יהא כי :

אין ילדים רעים, יש ילדים שרע להם

יאנוש קורצ'אק

עתירה זו נתמכת בתצהירי העותרים 1-2.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרת ושכ"ט עו"ד.

22 בנובמבר 2020

נדיה דקה, עו"ד

ב"כ העותרים