

1. פלוני

2. פלונית

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

על-ידי עוה"ד נדיה דקה

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200

טלפון: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

1. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

2. הפרקליט הצבאי הראשי

3. משטרת ישראל

על-ידי פרקליטות המדינה,

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת תגובה מקדמית מטעם המשיבים (להלן גם: המדינה).

א. פתח דבר

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

"א. מדוע לא יסדירו את מדיניות מעצרו 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)."

3. לעמדת המדינה, דינה של העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד במדיניות של אופן ביצוע מעצר קטינים פלסטינים באזור יהודה ושומרון (להלן גם: "האזור" או "איו"ש").

כבר בפתח הדברים נבקש להדגיש: עניינה של העתירה אינו בשאלה אם קיימת סמכות לעצור קטינים; ואף אינו בשאלה אם במקרים הקונקרטיים בהם נחקרו או נעצרו קטינים, הייתה הצדקה לחקירתם או לעצם מעצמם – שאלות שמתבררות כעניין שבשגרה בערכאות הפליליות המוסמכות, אגב עניינו של כל עצור ועצור. אם כן, השאלה היחידה העומדת על הפרק היא, אם במקרים שבהם קיימת סמכות חקירה ומעצר בעניינם של קטינים, מוטלת על כוחות צה"ל חובה להימנע ממעצרים היזום בשעות הלילה, וחלף זאת לזמנם לתחנת המשטרה להמשך הטיפול. דהיינו העתירה מתייחסת לשאלת עיתוי ואופן המעצר בלבד.

כפי שיפורט להלן, אין חובה בדין הפנימי החל באזור יהודה ושומרון, בדין או בכללי המשפט הבין-לאומי המנהגי הרלוונטיים לענייננו, לזמן לחקירה קטינים שחשודים בביצוע עבירות פליליות חמורות, וקיימת בעניינם עילת מעצר, חלף מעצמם והבאתם לחקירה כשהם עצורים. כמו כן, אין חובה בדין כאמור להימנע ממעצר קטינים בשעות הלילה (יצוין כי החובות במתכונת שמבקשים העותרים להחיל באיו"ש, אף אינן קיימות במתכונת המבוקשת בדין החל בישראל).

4. על אף שאין חובה בדין, עוד בשנת 2014 המשיבים החלו ליישם פיילוט שתכליתו לנסות לזמן לחקירה קטינים שחשודים בעבירות מסוימות, חלף מעצמם היזום. זאת, הן מטעמים מבצעיים, הן במטרה לצמצם את החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית, הן מטעמים הנוגעים לעקרון טובת הילד; ובכפוף לשיקולים שונים כדוגמת צורכי החקירה, צרכים מבצעיים וביטחון האזור.

בהמשך לכך, בימים אלה עמלים גורמי צה"ל הרלוונטיים, בשיתוף פעולה עם משטרת ישראל וגורמי הביטחון, על גיבוש נוהל שיסדיר את הנושא באופן קבוע. יצוין, כי עבודת המטה בעניין צפויה להסתיים במהלך החודשים הקרובים.

5. נדגיש כי על רקע עבירות חמורות המבוצעות על-ידי קטינים באיו"ש, הצורך המבצעי והחקירתי מחייב במרבית המקרים את מעצמם היזום ללא הודעה מוקדמת לחשוד. כך למשל, יצוין, בלי למצות את היבטיו השונים של הצורך המבצעי והחקירתי האמור, כי צורך חקירתי עשוי לחייב עריכת חיפוש בביתו של הקטין החשוד לשם איתור ראיות העשויות להיות במקום. דוגמא נוספת היא במקרים שבהם ישנו חשד כי הפעילות נעשתה בשיתוף

עם אחרים, ויש צורך במעצר יזום בהפתעה, שימנע מאחד השותפים באירוע לתת התראה מקדימה לשותפיו.

6. אשר לדרישת העותרים כי המשיבים יימנעו מביצוע המעצרים בשעות הלילה, יובהר כי **דרך פעולה זאת נובעת מהסיכון הגבוה הנשקף לכוחות הביטחון שמבצעים את המעצרים והרצון לצמצום החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית**. כך, כמעט בכל כניסה מבצעית של כוחות הביטחון לביצוע מעצרים או חיפושים בערים ובכפרים הפלסטיניים באיו"ש, נעשים ניסיונות משמעותיים לפגוע בכוחות הביטחון ולשבש את פעילותם. **על רקע מצב ביטחוני מורכב זה, ביצוע מעצרים יזומים באזור בשעות היום עלול, בסבירות גבוהה, להוביל להגברה ניכרת של הסיכון הנשקף לחיי כוחות הביטחון, ולהעלאה ניכרת של רמת החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית**. לפיכך, עמדת המשיבים היא שקיים **הכרח מבצעי** לביצוע מעצרים יזומים בכפרים ובערים באיו"ש בשעות הלילה.

עוד נציין כי קטינים נעצרים באופן יזום במעצר לילי רק במקרים שבהם יש חשד סביר כי הם מעורבים בעבירות חמורות; וקיימת עילת מעצר בעניינם, בהתאם להוראות הרלוונטיות שבסימן ג' לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון) ולפרשנות שניתנה להן על-ידי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש (בין היתר, עילת מעצר כאמור מתייחסת למסוכנות הנשקפת מהעצור).

למען שלמות התמונה יצוין, כי אף בשטח מדינת ישראל, במקומות שבהם צפוי סיכון לכוחות המשטרה בעת ביצוע מעצר, קיימת עדיפות מבצעית לביצוע מעצרים בשעות הלילה. כמו כן, מעצרים באיו"ש של ישראלים, לרבות קטינים, החשודים בעבירות על רקע לאומני, מבוצעים ככלל בשעות הלילה, וזאת מהטעמים שהוצגו לעיל.

7. אשר לטענות העותרים שנוגעות לעקרון טובת הילד, יובהר כי גם בעניין זה, המקורות הנורמטיביים אליהם מפנים העותרים אינם קובעים הוראה ביחס לעיתוי ולמקום שבהם יש לעצור קטין. סעיף 37(ב) לאמנה לזכויות הילד קובע, כי מעצרו של קטין ייעשה בהתאם לחוק, באופן שאינו שרירותי, כאמצעי אחרון ולפרק זמן המינימלי האפשרי. נראה אפוא שאין בסעיף זה לאמנה כל התייחסות קונקרטית לאופן מעצרו של הקטין; ואין בו התייחסות לשעת מעצרו של הקטין או לחובת זימונו. אין לקבל גם את הטענות הכלליות של העותרים, אשר נטענו ללא ביסוס בהוראות אמנות כלשהן, לפיהן "מדיניות מעצרי הלילה של קטינים פלסטינים כברירת מחדל מהווה יחס אכזרי ובלתי אנושי" (סעיפים 135-129 לעתירה).

8. אשר לטענת העותרים ל"אפליה מערכתית" בין קטינים פלסטינים לבין קטינים ישראלים, יובהר כי אין לטענה זו על מה לסמוך. כאמור, במקומות שבהם נדרש מעצרו של קטין ישראלי, בשטח מדינת ישראל או באזור, ולהערכת גורמי האכיפה קיים סיכון לכוחות

העוצרים, חשש לפגיעה בחקירה או חשש להימלטות - המעצר על-פי רוב מתבצע בשעות הלילה וללא זימון מקדים לחקירה.

9. לצד האמור, יבקשו המשיבים להבהיר כבר בפתח הדברים, כי הצורך בהגנה מוגברת על זכויות קטינים בהליכים הפליליים המתנהלים באזור עומד תמיד לנגד עיניהם. בהקשר זה יצוין, כי המפקד הצבאי וכלל גורמי האכיפה הרלוונטיים, פעלו בשנים האחרונות במישורים רבים, לרבות במישור תיקון תחיקת הביטחון החלה באזור, לשם הגברת השמירה על זכויותיהם של קטינים בהליכים הפליליים באזור לכל אורכם - החל מהוראות הדין הנוגעות למעצר, חקירה, העמדה לדין ועד לגזירת עונשם של קטינים; הכול תוך איזון ביחס לצרכים הביטחוניים הייחודיים שקיימים באיו"ש.

ב. הרקע

1.1. רקע כללי - הדין החל באזור

10. החל מכניסת כוחות צה"ל לאזור בשנת 1967, מנוהלים שטחי האזור על-פי דיני התפיסה הלוחמתית (Law of Belligerent Occupation), שהם חלק מדיני העימות המזוין (או דיני הלחימה). הוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי בנוגע לדיני התפיסה הלוחמתית מעוגנות, בעיקרן, בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: **תקנות האג**). כמו כן, המפקד הצבאי פועל באזור בהתאם להוראות ההומניטריות המצויות באמנת ג'נבה הרביעית בדבר "הגנת אזרחים בימי מלחמה" משנת 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**) (ראו לעניין זה פסקאות 2-7 לפסק-דינה של כבי הנשיאה א' חיות בבג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 9.6.20)).

11. הדין שחל באזור, בהתאם להוראות הדין הבין-לאומי הנוגעות לתפיסה לוחמתית, מורכב מהדין המקומי שחל באזור עובר לתפיסת האזור על-ידי כוחות צה"ל, המורכב ממכלול של דינים עות'מניים, ירדניים ומנדטוריים; וכן מתחיקת הביטחון של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, אשר מחזיק בידיו, נוסף על סמכויות החקיקה, את כלל סמכויות הממשל והמינהל באזור. כן יצוין, כי על אף שהמשפט, השיפוט, והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזור יהודה ושומרון, חלות על רשויות צה"ל באזור הוראות המשפט המינהלי הישראלי (על כך נוסף ונפרט בהמשך).

12. חובותיו וסמכויותיו הבסיסיות של המפקד הצבאי מוסדרות, בין היתר, בתקנה 43 לתקנות האג (להלן גם: **תקנה 43**), המשמשת מעין הוראת "על" כללית אשר קובעת את גדר הסמכויות והחובות המוטלות על כוח המחזיק שטח בתפיסה לוחמתית, כדלקמן:

“The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented the laws in force in the country”.

ובתרגום לעברית :

“בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכלתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין”.

(ראו בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 497 (2005)).

13. תקנה 43 קובעת את חובתו הבסיסית של המפקד הצבאי לשמור על הביטחון והסדר הציבורי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. כך גם קבע בית המשפט הנכבד בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו, למשל, בג"ץ 175/81 אל נאתשה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 361 (1981)). עוד קבע בית המשפט הנכבד כי “מידת האפשרות של קיום החובות נמדדת לאור מכלול הנסיבות, היינו לא רק לפי צרכיו של השטח ולאורם, אלא גם לאור צרכיו הצבאיים הלגיטימיים של השלטון הצבאי [...]”, אשר אחראי לתפיסה הלוחמתית [...] ותוך חיפוש אחרי איזון נאות ביניהם” (בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45, 59 (1991)). אם כן, בפסיקת בית המשפט הנכבד פורשה הוראה זו כהוראת “על” הגודרת את סמכותו של המפקד הצבאי באזור בין שני צירים: הבטחת צרכיו הביטחוניים של הכוח המחזיק אזור בתפיסה לוחמתית מחד גיסא, והבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסייה המקומית מאידך גיסא.

14. בצד זאת, עומדת למפקד הצבאי חובה נוספת לפי תקנה 43, והיא לכבד, ככל הניתן, את הדין הקיים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית. אמנם, נקבע כי “מקום שכיבוש צבאי נמשך עת רבה, עד שהושג שלום, חובתו של המחזיק כלפי האוכלוסייה האזרחית אפילו מחייבת אותו לשנות מן החוקים, שכן צרכי החברה משתנים במרוצת הזמן, והחוק חייב לענות על אותם הצרכים המשתנים” (בג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הביטחון, פ"ד 574, 582 (1972)). אולם, השינויים בדין המקומי צריכים לעלות בקנה אחד עם החובות המוטלות על המפקד הצבאי מכוח תקנה 43, כמפורט לעיל (ראו למשל בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 309-315 (1983); בג"ץ 5324/10 מלכה נ' המינהל האזרחי באזור יהודה ושומרון (פורסם באר"ש, 28.12.11, פסקה 15); בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 27.8.20, פסקה 34; יוער כי בעניינו של בג"ץ 953/11 הנ"ל תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף במסגרת דני"א 6364/20)).

2.ב. סמכויות מעצר המסורות לכוחות הביטחון

15. לנוכח המצב הביטחוני הייחודי והמורכב השורר באזור, כפי שיוצג בהמשך, ברור כי חובתו של המפקד הצבאי לבצע פעולות אכיפה שונות, אשר כוללות פעולות מעצר, ביחס לחשודים בביצוע עבירות על הדין החל באזור. פעולות אלו נדרשות, לפי העניין – הן ביחס לבגירים, הן ביחס לקטינים.
16. סעיף 31 לצו בדבר הוראות ביטחון, מורה כי "חייל רשאי לעצור, ללא פקודת מעצר, כל אדם העובר על הוראות צו זה או שיש מקום לחשוד בו שעבר עבירה על צו זה". בהתאם לסעיפים 4 עד 7 לצו, הוענקו סמכויות מעצר אלו גם לשוטרי משטרת ישראל, ולגורמי ביטחון נוספים.
17. כפי שיפורט להלן, בכל המקורות המרכזיים הרלוונטיים לתחום דיני התפיסה הלוחמתית, ובכלל זה תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית, אין הוראות המגבילות את סמכות המעצר באשר לעיתוי ולמקום שבו ניתן לבצע את המעצר - שהם הנושאים בהם עוסקת העתירה.
18. בצד זאת, דיני התפיסה הלוחמתית מגבילים את פעולות המפקד הצבאי בהוראות כלליות, המתייחסות באופן שיורי לפעולות המפקד הצבאי שאין הסדר פרטני בעניין. כך, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי קיימת חובה לכבד, בין היתר, את גופם וכבודם של "אנשים מוגנים". הסעיף אף קובע "הגנה מיוחדת" לנשים, ואוסר על אפליה פסולה בין מוגנים שונים על-פי קריטריונים של דת, מין, גזע וכו' :

"Protected persons accused of offences shall be detained in the occupied country, and if convicted they shall serve their sentences therein. They shall, if possible, be separated from other detainees and shall enjoy conditions of food and hygiene which will be sufficient to keep them in good health, and which will be at least equal to those obtaining in prisons in the occupied country.

They shall receive the medical attention required by their state of health.

They shall also have the right to receive any spiritual assistance which they may require.

Women shall be confined in separate quarters and shall be under the direct supervision of women.

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

Protected persons who are detained shall have the right to be

visited by delegates of the Protecting Power and of the International Committee of the Red Cross, in accordance with the provisions of Article 143.

Such persons shall have the right to receive at least one relief parcel monthl".

ובתרגום לעברית :

"מוגנים שנאשמו בעבירות ייעצרו בארץ הכבושה, ואם נתחייבו בדין, ירצו את עונשם שם. אם אפשר, יבדילום מיתר העצירים, והם יהנו מתנאי מזון והיגיינה שיהא בהם כדי לשמור על מצב בריאותם הטוב ושיהיו לפחות שווים לתנאים הקיימים בבתי הסוהר של הארץ הכבושה. הם יקבלו את הטיפול הרפואי שידרוש מצב בריאותם. כן יהיו זכאים לקבל את העזרה הרוחנית שידרשו. נשים ייכלאו במקומות נבדלים ויהיו נתונות להשגחתן הישירה של נשים. **תשומת לב ראויה תוקדש לטיפול המיוחד המגיע לקטינים.** מוגנים שנעצרו יהיו זכאים לביקורם של שליחי המעצמה המגינה והועד הבין-לאומי של הצלב האדום, בהתאם להוראות סעיף 143, אנשים כאלה יהיו זכאים לקבל לפחות חבילת סיוע אחת לחודש".

19. כפי שניתן לראות, מלבד קביעה כללית בדבר הצורך במתן "טיפול מיוחד" ביחס לכליאתם של קטינים, אין בסעיף זה, כמו גם ביתר סעיפי האמנה, התייחסות לאופן ביצוע מעצר קטינים או מגבלה כלשהי על עיתוי המעצר שלהם.

20. חשוב לציין בהקשר זה, כי **דיני התפיסה הלוחמתית אינם נמנעים מקביעת הסדרים פרטניים ביחס לתהליכים מסוימים, כאשר יש כוונה להסדירם.** כך, למשל, בכל הנוגע לקיומו של משפט הוגן, מפרטת אמנת ג'נבה הרביעית הוראות אשר כוללות חובה להטיל עונש רק לאחר קיומו של הליך בבית משפט. "שתיקת" האמנות הרלוונטיות בכל הנוגע לאופן מעצר קטינים, יש בה כדי להעיד על היעדרה של נורמה פרטיקולרית ומפורטת מהסוג שמבקשים העותרים להתבסס עליה.

21. נראה אם כן, כי **הדין באזור, כמו גם דיני התפיסה הלוחמתית, אינם מסדירים את אופן מעצרים של קטינים, בוודאי שלא על דרך של קביעת קיומה של חובה לזמן קטינים שחשודים בביצוע עבירות לחקירה, חלף מעצרים.** כל שנקבע, באמנת ג'נבה, הוא כי על מעצרים של קטינים להיעשות באופן המתחשב בזכותם כ"אנשים מוגנים" לכבוד, בהתאם למצב הביטחוני באזור והצרכים המבצעיים.

ב.3. המצב הביטחוני באזור ומעורבות קטינים בטרור

22. להלן נעמוד על עיקרי העובדות הנוגעות למעורבות המשמעותית והנרחבת של קטינים פלסטינים בעבירות ביטחוניות חמורות באיו"ש, מעורבות שעומדת בבסיס פעילות כוחות צה"ל באיו"ש למעצר קטינים פלסטינים. למעשה, מנתוני משטרת ישראל עולה כי מרבית העבירות הנחקרות באיו"ש שבהן מעורבים חשודים פלסטינים הן עבירות בעלות מאפיינים ביטחוניים מובהקים.

23. באזור יהודה ושומרון קיים מזה שנים רבות מצב ביטחוני מורכב, שמתאפיין בתופעות רחבות היקף של ביצוע פעולות טרור מסכנות חיים נגד ביטחון מדינת ישראל והאזור. מציאות ביטחונית מורכבת זו, והלחימה המתמשכת נגד ארגוני הטרור הפועלים באזור, משליכה מטבע הדברים גם על אופן אכיפת החוק, אשר מחייבת רגישות לכלל הנסיבות הרלוונטיות.

גם במהלך השנים האחרונות מספר הפיגועים באזור והיקפם, מוסיף להיות משמעותי. הדבר מתבטא במספר הפיגועים הכללי, במספר פיגועי הטרור העממי, וכן במספר הנפגעים הישראליים כתוצאה מפעולות הטרור. פעולות הטרור בשנים האחרונות מבוצעות בידי ארגוני הטרור, התארגנויות מקומיות, ומפגעים העונים על הפרופיל של "מפגע בודד" - שרובם המכריע מקורו באזור יהודה ושומרון.

24. לשם המחשה, יובאו להלן נתוני פעולות טרור מהשנים 2016-2019 (ללא ציון של אירועים רבים מאד של ניסיונות לביצוע פיגועים), שהתרחשו באיו"ש ובישראל ושבוצעו על-ידי מפגעים פלסטינים:

(א) בשנת 2017 בוצעו 66 אירועי טרור משמעותיים. מתוכם - 30 פיגועי ירי, 27 פיגועי דקירה ו-9 פיגועי דריסה. נוסף על כך, בוצעו כ-1,662 אירועי זריקות אבנים וכ-204 זריקות בקבוקי תבערה לעבר צירים ולעבר אזרחים או כוחות ביטחון ישראלים.

(ב) בשנת 2018 בוצעו 51 אירועי טרור משמעותיים. מתוכם - 25 פיגועי ירי, 18 פיגועי דקירה ו-8 פיגועי דריסה. נוסף על כך, בוצעו כ-1,883 אירועי זריקות אבנים וכ-309 זריקות בקבוקי תבערה לעבר צירים ולעבר אזרחים או כוחות ביטחון ישראלים.

(ג) בשנת 2019 בוצעו 37 אירועי טרור משמעותיים. מתוכם - 10 פיגועי ירי, 22 פיגועי דקירה ו-3 פיגועי דריסה. נוסף על כך, בוצעו כ-1,389 אירועי זריקות אבנים וכ-281 זריקות בקבוקי תבערה לעבר צירים ולעבר אזרחים או כוחות ביטחון ישראלים.

(ד) בשנת 2020 בוצעו 16 אירועי טרור משמעותיים. מתוכם - 6 פיגועי ירי, 5 פיגועי דקירה, 4 פיגועי דריסה, ורצח אסתר הורגן ז"ל. נוסף על כך, אירעו 8 ניסיונות לבצע פיגוע דקירה

ו-4 ניסיונות לבצע פיגוע דריסה. מעבר לאמור, בוצעו כ-1,059 אירועי זריקות אבנים וכ- 216 זריקות בקבוקי תבערה לעבר צירים ולעבר אזרחים או כוחות ביטחון ישראלים.

25. **חלק משמעותי מאירועי הטרור הנ"ל בוצע על-ידי קטינים פלסטינים.** כך, במהלך השנים האחרונות היו מעורבים קטינים פלסטינים בפיגועים רצחניים שהובילו למותם של ישראלים. לדוגמא: סמ"ר ינאי ויסמן ז"ל, נרצח על-ידי מחבלים פלסטינים בני 14 ביום 18 בפברואר 2016; הנערה הלל אריאל ז"ל, נרצחה על-ידי מחבל פלסטיני בן 17 ביום 30 ביוני 2016; יותם עובדיה ז"ל, נרצח על-ידי מחבל פלסטיני בן 17 ביום 26 ביולי 2018; ארי (יואל) פולד ז"ל, נרצח על-ידי מחבל פלסטיני בן 16 ביום 16 בספטמבר 2018; ואחד הרוצחים של חמשת בני משפחת פוגל, במסגרת הפיגוע שבוצע ביום 11 במרץ 2011, היה קטין בן 17.

מעבר לפיגועים אלה, היו מעורבים קטינים בעשרות רבות של פיגועי דקירה, ובמאות רבות של פיגועים במתווים שונים, לרבות פיגועי ירי, השלכת מטעני צינור, השלכת בקבוקי תבערה ויידוי אבנים לעבר אזרחים ישראלים וכוחות צה"ל.

לפני מספר חודשים ביצע קטין פלסטיני בן 17 פיגוע ירי בעיר העתיקה בירושלים (ביום 21 בדצמבר 2020), ומספר קטינים פלסטינים יידו אבנים לעבר כלי רכב של אזרחית ישראלית סמוך ליישוב נווה צוף ופצעו אותה באורח קשה (ביום 3 בינואר 2021).

26. בהתאם למידע הקיים בידי גורמי הביטחון בדבר מעורבותם של קטינים פלסטינים באירועי טרור משמעותיים, הכוללים בין היתר, פיגועי ירי ופיגועי דקירה, עולה התמונה הבאה:

(א) בשנת 2015, לכל הפחות 37 קטינים היו מעורבים ב-30 אירועי טרור משמעותיים, שכתוצאה מהם נפצעו 22 ישראלים.

(ב) בשנת 2016, לכל הפחות 75 קטינים היו מעורבים ב-49 אירועי טרור משמעותיים, שכתוצאה מהם נהרגו 3 ישראלים, ונפצעו 19.

(ג) בשנת 2017, לכל הפחות 16 קטינים היו מעורבים ב-13 אירועים טרור שמעותיים, שכתוצאה מהם נפצעו 7 ישראלים.

(ד) בשנת 2018, לכל הפחות 11 קטינים היו מעורבים ב-8 אירועי טרור משמעותיים, שכתוצאה מהם נהרגו 2 ישראלים.

(ה) בשנת 2019, לכל הפחות 14 קטינים היו מעורבים ב-12 אירועי טרור משמעותיים, שכתוצאה מהם נפצעו 7 ישראלים.

(ו) בשנת 2020 (שרובה חפף למשבר התפרצות נגיף הקורונה, על השלכותיו גם בענייננו), לכל הפחות 4 קטינים היו מעורבים ב-4 אירועי טרור משמעותיים, שכתוצאה מהם נפצעו ישראלים.

27. על היקף וחומרת העבירות המיוחסות לקטינים פלסטינים באיו"ש בשנים האחרונות, ניתן ללמוד גם מכתבי האישום שהוגשו על-ידי התביעה הצבאית לבתי המשפט הצבאיים באזור, כמפורט להלן:

(א) בשנת 2016 הוגשו 398 כתבי אישום נגד קטינים פלסטינים, מתוכם 166 בגין ביצוע עבירות של פעילות חבלנית עוינת (פח"ע), הכוללות עבירות של גרימת מוות בכוונה, ניסיון לגרימת מוות בכוונה, תקיפה בנסיבות מחמירות, ירי לעבר אדם ועוד; ו-181 כתבי אישום בגין עבירות הקשורות לטרור עממי (כדוגמת יידוי אבנים). רק כ-12% מכתבי האישום שהוגשו בשנה זו נגד קטינים בבתי המשפט באיו"ש היו בגין עבירות "פליליות רגילות" (25 כתבי אישום בגין ביצוע עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל ו-26 כתבי אישום בגין עבירות פליליות אחרות).

(ב) בשנת 2017 הוגשו 607 כתבי אישום נגד נאשמים קטינים פלסטינים, מתוכם 216 כתבי אישום בגין ביצוע עבירות פח"ע ו-340 כתבי אישום בגין עבירות הקשורות לטרור עממי. רק כ-8.5% מסך כתבי האישום שהוגשו בשנה זו נגד קטינים בבתי המשפט באיו"ש היו בגין עבירות "פליליות רגילות" (19 כתבי אישום הוגשו בגין ביצוע עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל ו-32 כתבי אישום הוגשו בגין עבירות פליליות אחרות).

(ג) בשנת 2018 הוגשו 517 כתבי אישום נגד נאשמים קטינים פלסטינים, מתוכם 185 בגין ביצוע עבירות פח"ע ו-277 כתבי אישום בגין עבירות הקשורות לטרור עממי. רק כ-10% מסך כתבי האישום נגד קטינים היו בגין עבירות "פליליות רגילות" (35 כתבי אישום הוגשו בגין ביצוע עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל ו-20 כתבי אישום הוגשו בגין עבירות פליליות אחרות).

(ד) בשנת 2019 הוגשו 395 כתבי אישום נגד נאשמים קטינים פלסטינים, מתוכם 195 בגין ביצוע עבירות פח"ע ו-152 כתבי אישום בגין עבירות הקשורות לטרור עממי. רק כ-12% מסך כתבי האישום שהוגשו נגד קטינים בבתי המשפט באיו"ש היו בגין עבירות "פליליות רגילות" (28 כתבי אישום הוגשו בגין ביצוע עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל ו-20 כתבי אישום הוגשו בגין עבירות פליליות אחרות).

(ה) בשנת 2020 הוגשו 283 כתבי אישום נגד נאשמים קטינים פלסטינים, מתוכם 180 בגין ביצוע עבירות פח"ע ו-75 כתבי אישום בגין עבירות הקשורות לטרור עממי. רק כ-10% מכתבי האישום שהוגשו נגד קטינים בבתי המשפט באיו"ש היו בגין עבירות

"פליליות רגילות" (16 כתבי אישום הוגשו בגין ביצוע עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל ו-12 כתבי אישום הוגשו בגין עבירות פליליות אחרות).

יצוין, כי הנתונים של שנת 2020 מושפעים כמובן מהתפשטות נגיף הקורונה.

28. מהאמור לעיל עולה בבירור כי קיימת מעורבות נרחבת מאוד של קטינים פלסטינים באירועי טרור משמעותיים נגד אזרחים ישראלים ונגד כוחות הביטחון, על רקע אידיאולוגי ולאומני. פעולות האכיפה המבוצעות על-ידי גורמי הביטחון באיו"ש, לרבות פעילות מעצר קטינים, מבוצעות בלית ברירה על רקע מציאות קשה זו. לכן, כל התייחסות לסוגיה של מעצר קטינים פלסטינים באיו"ש צריכה להבחן בראי מציאות מורכבת זו.

4.ב. ההוראות הפנימיות בצה"ל ביחס למעצר קטינים

29. כפי שעולה מהרקע הנורמטיבי שפורט לעיל, אין בדין החל באזור הוראות פוזיטיביות הנוגעות לאופן ועיתוי מעצר של קטינים באופן ספציפי. לצד זאת, על רקע החשיבות שמייחסים המשיבים לצורך בהגנה מוגברת על זכויות קטינים בהליכים הפליליים המתנהלים באזור, נקבעו הוראות פנימיות בצה"ל הנוגעות למעצר קטינים. עסקינן בהוראות שונות שפוזרות על פני הנחיות במדרגים שונים, ועיקריהן נקבעו בהוראה פיקודית שמסדירה את הסוגיות הנוגעות למעצר. משיקולים מבצעיים, הוראה זו היא מסווגת, אולם המשיבים ערוכים להציג לפני בית המשפט הנכבד, במעמד צד אחד, בהסכמת העותרים ואם בית המשפט הנכבד יורה לעשות כן.

30. במסגרת זו, נקבע בהוראות כי באחריות הכוח הצבאי למסור להורי העצור הקטין לאיזו תחנת משטרה יובל העצור הקטין, באמצעות טופס הודעה מתאים (טופס מעצר בשפה הערבית בו מצוינים פרטי תחנת המשטרה אליה נלקח הקטין; העבירה בה הוא נחשד; וכן מספר הטלפון אליו יכולים הורי הקטין להתקשר על מנת לבדוק היכן נמצא הקטין).

31. עוד נקבעו בהוראות מגבלות שונות על אופן ביצוע מעצר קטינים. כמו כן, קובעות ההוראות מדרג אישורים של גורמים בכירים טרם קבלת החלטה על מעצר יזום של קטין, ומנגנוני פיקוח במטרה לוודא כי נשמר היחס ההולם לקטינים במשך כל תקופת מעצרו.

32. נוסף על כך, בהוראות חודדו האיסורים על יחס בלתי הולם כלפי כלל העצורים, בין אם מדובר בקטינים ובין אם בבגירים, ונקבעה חובה לשמור על כבודו של העצור, הכוללת חובה לדאוג שהעצור ישהה במקום הולם (מקום מוצל או מוגן מגשם), שיינתן לו מזון, שתייה וגישה לשירותים, וביגוד על-פי הצורך.

33. הוראות אלו נאכפות בקפידה על-ידי הדרגים הפיקודיים, ומחודדות לכוחות הפועלים באיו"ש מעת לעת, כאשר כל טענה להפרה או חריגה מההוראות מתוחקרת ומטופלת על-ידי המפקדים וגורמי אכיפת החוק בצה"ל.

34. החל משנת 2014 נערך (בהפסקות שונות) פיילוט ייעודי באוגדת איו"ש, אשר במסגרתו ניתנה, במקרים המתאימים, **עדיפות לזימון קטינים לחקירה חלף מעצרים היוזם**, במקרים שבהם הדבר אפשרי מבחינה ביטחונית ומבחינת צרכי החקירה. יודגש, כי הפיילוט נערך משיקולים מבצעיים (אשר נוגעים לאינטרס של כוחות הביטחון בצמצום כניסת כוחות לכפרים ולערים), וכן על רקע ניסיון לצמצם את הפגיעה במרקם החיים של האוכלוסייה הפלסטינית בכלל - כתוצאה ממבצעי מעצר יזומים; ולהתחשב בגיל החשודים בפרט.

35. בהתאם לפיילוט שגובש בשעתו, ועוגן בהוראה אוגדתית פנימית, נקבע כי ביחס לקטינים **שעמדו בקריטריונים שנקבעו בפיילוט**, תיבחן האפשרות לשליחת זימון חלף ביצוע מעצר יזום. קריטריונים אלה מתייחסים למקרים שבהם נמצא כי הסיכון לביטחון האזור כתוצאה מפעילות הקטין הוא נמוך, וכי אין צורך חקירתי או איומים מבצעיים ייחודיים ביחס למסירת הודעה מוקדמת. בתוך כך, כל מקרה נבחן לגופו, וניתן משקל למספר שיקולים, ובכלל זה חומרת העבירה בה חשוד הקטן, גיל הקטין, עברו הפלילי של הקטין, צורכי חקירה מיוחדים, ועוד. לפיכך, כבר בתחילת הפיילוט הוחלט כי בשל החשש לפגיעה בביטחון האזור והצרכים החקירתיים, הוא יוגבל אך ורק לקטינים מתחת לגיל 16 (בהמשך הורחב הפיילוט גם לקטינים בני 16 עד 18 בגזרת חטיבת עציון בלבד), שאינם חשודים בביצוע עבירות חמורות, כפי שפורט בגוף ההוראה האמורה, ושזימונם חלף המעצר לא יפגע בחקירה. בהתאם, **מלכתחילה קבוצת הקטינים עליה חל הפיילוט הייתה מוגבלת ומצומצמת ביותר**.

36. בשל פערים במעקב אחר יישום הפיילוט, קיימים נתונים חלקיים בלבד על אודות יישומו של הפיילוט בין השנים 2014-2020. כך, בין היתר, לא נאספו נתונים מדויקים לגבי מחצית שנת 2016 ולגבי השנים 2017-2018. להלן פירוט הנתונים הקיימים בצה"ל ביחס לאופן מימוש הפיילוט.

(א) בשנת 2014, עמדו בקריטריונים של הפיילוט וזומנו לחקירה כ-68 קטינים, מתוכם 28 **בלבד** בחרו להתייצב לחקירה. באותה שנה נעצרו במעצר לילי יזום 183 קטינים.

(ב) בשנת 2015, עמדו בקריטריונים של הפיילוט וזומנו לחקירה כ-29 קטינים, מתוכם 3 **בלבד** בחרו להתייצב לחקירה. באותה שנה נעצרו במעצר לילי יזום 259 קטינים. יצוין כי עקב נזקי שריפה, קיימים פערי מידע ביחס לנתונים הרלוונטיים לשנה זו. עוד יצוין כי לנוכח גל ההסלמה הביטחונית שהחלה באותה שנה, וריבוי אירועי הטרור הקשים, הוחלט על הפסקה זמנית של הפיילוט במשך מרבית שנת 2015.

(ג) במחצית הראשונה של שנת 2016, עמדו בקריטריונים של הפיילוט וזומנו לחקירה כ-30 קטינים, מתוכם 7 בלבד בחרו להתייצב לחקירה. באותו פרק זמן נעצרו במעצר לילי יזום 154 קטינים. כאמור לעיל, אין בידי הגורמים הרלוונטיים נתונים מדויקים ביחס למחצית השנייה של שנת 2016, ועל כן ייתכן כי היקף הזימונים היה גדול יותר.

(ד) בשנת 2019, עמדו בקריטריונים של הפיילוט וזומנו לחקירה כ-25 קטינים, מתוכם 8 בלבד בחרו להתייצב לחקירה. באותו שנה נעצרו במעצר לילי יזום 396 קטינים.

(ה) בשנת 2020, עמדו בקריטריונים של הפיילוט וזומנו לחקירה כ-3 קטינים, מתוכם קטין אחד בלבד בחר להתייצב לחקירה (יצוין כי שני הקטינים שלא התייצבו, נעצרו לאחר מכן באופן יזום). באותו שנה נעצרו במעצר לילי יזום 162 קטינים. יצוין כי בשנה זו, בשל מגבלות הקורונה, צומצם הפיילוט באופן ניכר – כחלק מצמצום כללי בפעילות של צה"ל באזור בתקופת הקורונה.

37. מבחינת ממצאי הפיילוט עד כה, עלה כי **קבוצת הקטינים** שהפיילוט היה רלוונטי לגביהם, ושזימונם חלף מעצרים היזום הוא אפשרי, מבחינת הסיכון לביטחון האזור, הצורך החקירתי והאיומים המבצעיים, **הייתה מצומצמת מאוד**. עוד נמצא, כי רק כ-30% מהקטינים שזומנו, התייצבו לחקירה.

38. עם זאת, **הפיילוט העלה שקיימת היתכנות לזימון, בהיקף מצומצם, של קטינים פלסטינים לחקירה**, וכי, ככלל, ההליכים המבצעיים הנדרשים לשם ביצוע הזימון הם בני-ביצוע.

39. על רקע האמור, ועל אף שנתוני הפיילוט מצביעים על כך שמספר הקטינים שניתן לזמן לחקירה מצומצם וכי מתוך מספר מצומצם זה מרבית המזומנים לא התייצבו, נמצא שמתווה של זימון קטינים יכול להביא לצמצום, גם אם קטן, של הכניסות המבצעיות של צה"ל לתוך כפרים וערים פלסטיניים, על החיכוך הכרוך בכך עם האוכלוסייה המקומית; וכן להיטיב עם זכויות קטינים בהליך הפלילי. **משכך, הוחלט בפקוד המרכז על סיום הפיילוט ועל גיבוש נוהל מבצעי המגדיר באילו נסיבות ובאיזה אופן ניתן לזמן קטין טלפונית חלף מעצרו היזום**. בהתאם, בימים אלה, עמלים גורמי צה"ל הרלוונטיים, בשיתוף פעולה עם משטרת ישראל וגורמי הביטחון, על גיבוש הנוהל. להערכת הצבא, עבודת המטה בעניין צפויה להסתיים במהלך החודשים הקרובים.

40. יובהר ויודגש כי עמדת צה"ל היא שעריכתו של הפיילוט והכנתו של הנוהל המתגבש, **אינם נובעים מקושי משפטי הכרוך במצב הדברים הנוכחי, אלא מרצון, שאינו מחויב על-פי הדין, לצמצם במידת האפשר את החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית**; ולצד זאת לקדם, אף מעבר לנדרש על-פי דין, במקרים המתאימים, את ההגנה על זכויות קטינים בהליך הפלילי. בהתאם, הנוהל החדש צפוי לחול **במצבים שבהם מכלול נסיבות העניין, ובכלל זה**

הסיכון לביטחון האזור כתוצאה מפעילות הקטין, טובת החקירה והסיכונים המבצעיים הכרוכים בזימון לחקירה – מאפשר את ניסיון הזימון של הקטין לחקירה חלף מעצרו היזום.

41. בהקשר זה יצוין, כי קטינים שנעצרים באופן יזום במסגרת מבצעי מעצר ליליים, על-ידי כוחות הביטחון באיו"ש, הם אך ורק קטינים שיש חשד סביר כי הם מעורבים בעבירות חמורות, וכי קיימת עילת מעצר בעניינם (בין היתר, עילת מעצר כאמור מתייחסת למסוכנות הנשקפת מהעצור).

כך, לשם הדוגמה, בהתאם לנתונים הקיימים בידי גורמי הביטחון, בשנת 2020 נעצרו במעצר יזום 162 קטינים, שנחשדו בביצוע העבירות הבאות:

- קטין אחד נעצר בגין חשד לרצח, שלא על רקע לאומני;
- 5 קטינים נעצרו בשל חשד לביצוע פיגועי ירי;
- 8 קטינים נעצרו בשל חשד להחזקה, סחר וייצור אמל"ח;
- 10 קטינים נעצרו בגין חשד לביצוע עבירות הקשורות להשתייכות או פעילות עבור ארגון טרור (לרבות פעילות צבאית);
- 16 קטינים נעצרו בעקבות קבלת מידע המצביע על כך שבכוונתם של אותם קטינים לבצע פיגועים נגד כוחות הביטחון ונגד אזרחים;
- 51 קטינים נעצרו בגין חשד להשלכת בקבוקי תבערה ומטענים;
- 64 קטינים נעצרו בגין חשד לזריקות אבנים (בדגש על זריקות אבנים מרכב חולף; זריקות אבנים לעבר צירים ראשיים וכן זריקות אבנים במהלך הפרות סדר אלימות);
- 2 קטינים נעצרו בחשד לאונס;
- 3 קטינים נעצרו בגין חשד להצתה;
- קטין אחד נעצר בגין חשד להשחתת מקטע בגדר הביטחון;
- קטין אחד נעצר בגין חשד לגניבת כלי רכב. ראוי לציין כי ההחלטה על מעצר הקטין התקבלה, בין היתר, לאחר שנמצא כי ממילא נדרש להיכנס לבית הקטין לשם מעצר אחיו הבגיר שהיה מעורב אף הוא בגניבה.

יצוין כי מתוך 162 הקטינים הנ"ל, הוארך מעצרו של 132 קטינים (למעלה מ-80%) – 95 קטינים מתוכם נעצרו עד תום ההליכים המשפטיים בעניינם; ו-37 קטינים נעצרו במעצר ימים. באשר ל-30 הקטינים הנוותרים – 11 קטינים (כ-7%) שוחררו בתנאים לאחר הבאתם בפני שופט צבאי; ו-19 קטינים (כ-12%) לא הופיעו במערכת בתי המשפט הצבאיים (קרי, ככל הנראה שוחררו בתום חקירתם).

5. ב. מעצרים של ילדיהם הקטינים של העותרים 1 ו-2

42. על אף שהדבר אינו עומד במוקד העתירה, והגם שלא מבוקש סעד ישיר בהקשר לכך, זומה כי גם בעובדות הנוגעות למעצר בניהם הקטינים של העותרים 1 ו-2, יש כדי לשפוך אור על השיקולים הרלוונטיים למעצר קטינים פלסטינים בביתם בשעת לילה; ולהלן נעמוד על עיקרי הדברים.

43. בנו של העותר 1 נעצר ביום 1 בספטמבר 2019, בהיותו בן 17. ביום 1 באוקטובר 2019 הוגש נגדו כתב אישום חמור המייחס לו, ביחד עם אחרים, במספר הזדמנויות (האחרונה שבהן, כחודש לפני מעצרו), וכן

בגין מעשים אלה נגזר על בנו של העותר 1 עונש של 17 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בצירוף 10 חודשי מאסר על תנאי וקנס כספי בסך 4,000 ₪.

צילום כתב האישום וגזר הדין בעניין בנו של העותר 1 מצורף ומסומן מש/1.

44. מעיון בכתב האישום ובממצאי החקירה הרלוונטיים עולה כי לא היה מקום, מבחינה חקירתית וביטחונית, לזימון בנו של העותר 1 לחקירה לפני המעצר היוזם. זאת, הן בגין הסיכון הרב שהיה נשקף לביטחון האזור לו היה נדחה מעצרו (יוזכר כי בנו של העותר 1, לרבות כחודש לפני המעצר); הן בגין הצורך בביצוע פעולות חקירתיות בביתו (בוצע חיפוש במסגרתו נתפס, בין היתר, הטלפון הנייד של הנדון) והחשש מפני אזהרת שותפיו לביצוע העבירות; הן בשל החשש המבצעי כי שליחת זימון לנדון, מגבירה את הסיכון הנשקף ממנו לחיילי צה"ל. הדבר נכון במיוחד למקום מגוריו של הנדון, כפר יעבד, שם מבוצעים, כדבר שבשגרה, פעולות טרור רבות נגד כוחות צה"ל. פעולות כאלו אף הובילו לאחרונה למותו של חייל צה"ל סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל, אשר נהרג כאשר נפגע מבולק שהושלך לעברו במהלך פעילות מעצרים בכפר.

45. בנה של העותרת 2 נעצר ביום 1 באוגוסט 2020, בהיותו בן 17. ביום 1 בספטמבר 2020 הוגש נגדו כתב אישום חמור המייחס לו עבירות רבות של במספר הזדמנויות, יחד עם אחרים, (האחרונה שבהן, כחודשיים קודם מעצרו); כמו גם

משפט בנה של העותרת 2 טרם הסתיים והוא עצור בהוראת בית המשפט הצבאי עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו.

צילום כתב האישום שהוגש נגד בנה של העותרת 2 מצורף ומסומן מש/2.

צילומי החלטות בית המשפט הצבאי בעניין בנה של העותרת 2 מצורף ומסומן מש/3.

מעיון בכתב האישום ובממצאי החקירה הרלוונטיים עולה כי לא היה מקום, מבחינה חקירתית וביטחונית לזימון בנה של העותרת 2 לחקירה לפני המעצר היזום. זאת בשל החשש המבצעי כי מתן התראה מקדימה טרם מעצרו של הנדון, יוכל להוביל לסיכון מוגבר לחיילי צה"ל או להימלטות הנאשם.

6.ב. תחיקת הביטחון ביחס לקטינים - הסדרים נוספים

46. בטרם סיומו של פרק זה, נבקש לפרט על אודות האופן שבו פעלו המשיבים במהלך השנים האחרונות, כדי להגביר את השמירה על זכויותיהם של קטינים במסגרת ההליך הפלילי באזור. פעולות המשיבים בהקשר זה בוצעו ביחס לכל שלבי ההליך הפלילי - החל מהוראות דין הנוגעות למעצר, חקירה, העמדה לדין ועד לגזירת עונשם של קטינים.

47. תחילתם של תיקוני החקיקה המשמעותיים בהקשר זה, בשנת 2009 על דרך של **הקמת בית משפט צבאי לנוער באזור יהודה ושומרון**, בו נדונים בערכאה ראשונה עניינים של קטינים לפני שופטי נוער, בנפרד מעניינים של בגירים (ראו סעיף 138(א) לצו בדבר הוראות ביטחון, שמורה כי "על אף האמור בכל דין ותחיקת בטחון, הדיון בעבירה שהואשם בה קטין יהיה בפני בית משפט צבאי לנוער"). נוסף על כך, נקבעו בתיקון חקיקה זה שורה של הוראות חדשות, ובהן הוראה לפיה העמדתו לדין של קטין בחלוף שנתיים מיום ביצוע העבירה מחייבת אישור מיוחד; הוראה המסמיכה את בית המשפט הצבאי לנוער למנות סגור לקטין בהתבסס על שיקול טובת הקטין בלבד; הוראות המעדכנות את מעמדם של הורי הקטין בהליך הפלילי; והוראות המאפשרות לבית המשפט הצבאי לנוער להסתייע בתסקיר מבחן לשם קביעת עונשו של הקטין. כן עוגנה זכותם של הורי הקטין ליידוע על מעצרו ועל חקירתו של קטין, ונקבעו התניות שונות לגבי אופן חקירתו של קטין.

48. מעבר לתיקון מרכזי זה, במהלך השנים האחרונות נקבעו בתחיקת הביטחון הסדרים נוספים, שתכליתם הגנה מוגברת על זכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי באזור, זאת, בין היתר, כמפורט בדוגמאות שלהלן:

א. **תיעוד שפת חקירה** - בשנת 2014 נכנסה לתוקפה הוראת שעה הקובעת כי חקירת קטין החשוד בביצוע עבירה פלילית תתנהל בשפת הקטין או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה. עוד קובעת ההוראה, כי אם לא ניתן לתעד בכתב את חקירתו של החשוד בשפה שבה היא מתנהלת, על המשטרה לתעד אותה בתייעוד חזותי או בתייעוד קולי. כמו כן, נקבע כי כאשר חקירת הקטין נערכת מחוץ לתחנת המשטרה, דבר העלול להקשות על תיעודה, התיעוד יהיה בכתב בשפה שבה התנהלה החקירה, אלא אם לא ניתן לתעד בו זמנית או בסמוך לה באותה שפה. במקרה כזה, יתורגם התיעוד בכתב בפני הקטין החשוד לשפה שהוא מבין. עוד קובע תיקון החקיקה כי כאשר הקטין חשוד בעבירה פלילית שהעונש המרבי בגינה הוא מעל 10 שנות מאסר, חקירתו תתועד בתייעוד חזותי.

הוראת שעה זו הוארכה מעת לעת, והיא עומדת בתוקפה גם כיום. בימים אלה, גורמי הצבא בוחנים את האפשרות להפיכת הוראת השעה להוראה קבועה.

ב. **קיצור תקופות מעצר** - בשנת 2018 החליט המפקד הצבאי על קיצור נוסף של משך תקופות המעצר לקטינים, עם מדרג שמבחין בין נער בגיל 12 עד 14, בוגר רך בגיל 14 עד 16 וקטין בגיל 16 עד 18 (סוגיה זו נדונה במסגרת בג"ץ 3368/10 **משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון**).

בהתאם לתיקון החקיקה, כאשר העבירה המיוחסת היא עבירה פלילית "רגילה", ניתן לעצור נער עד **24 שעות** בלבד (לפני הבאה בפני שופט), ולהאריך את מעצרו לצורך פעולות חקירה דחופות עד **12 שעות נוספות** בלבד, במקום 24 שעות שהיו קבועות קודם לכן. כמו כן, ניתן לעצור בוגר רך או קטין מעל גיל 16 ל-**48 שעות** ולהאריך את מעצרו לצורך פעולות חקירה דחופות עד **24 שעות נוספות** בלבד, במקום 48 שעות (ראו סעיף 31 לצו בדבר הוראות ביטחון).

תיקון החקיקה אף קיצר את תקופות המעצר לקטינים המעורבים בביצוע עבירת ביטחון. כך, על-פי תיקון החקיקה, נער ייקלט למתקן כליאה רק לאחר הוצאת פקודת מעצר נגדו לתקופה של **עד 24 שעות**, לצד אפשרות להאריך אותה על-ידי קצין משטרה, במקרים חריגים ולצורך ביצוע פעולת חקירה דחופה, **עד 48 שעות במצטבר**. כאשר העצור הוא בוגר רך, מעצרו הראשוני יהיה לתקופה של **עד 48 שעות**, לצד אפשרות להאריך אותה על-ידי קצין במשטרה לצורך ביצוע פעולת חקירה דחופה, **עד 96 שעות**. כאשר העצור הוא קטין מעל גיל 16, תקופת מעצרו הראשוני קוצרה מ-96 שעות נוספות ל-**72 שעות**, כך שמשך המעצר המירבי בטרם הבאתו לשופט יעמוד על **6 ימים מעת מעצרו**.

נוסף על כך, נקבעו בחקיקה תקופות קצרות יותר להבאת עניינו של קטין שנעצר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, לאישור מחודש של מעצרו לפני בית המשפט הצבאי לערעורים (9 חודשים לקטין לעומת 18 חודשים לבגיר שנעצר על רקע עבירות ביטחון; 6 חודשים לקטין לעומת 9 חודשים לבגיר שנעצר שלא על רקע עבירות ביטחון).

ג. **תסקירי מעצר** - בשנת 2019 נכנס לתוקפו תיקון חקיקה המאפשר לבית משפט צבאי להורות בדיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים של קטין, על הגשת תסקיר מעצר בכתב. התסקיר נועד לסייע לבית המשפט להתרשם מהעצור שעניינו נדון בפניו ולבחון חלופות מעצר. התסקיר אמור לכלול פרטים על עברו של הקטין, מצבו המשפחתי, מצבו הכלכלי, מצב בריאותם שלו ושל בני משפחתו, ופירוט על אודות נסיבות אישיות מיוחדות, אם ישנן, שהביאוהו לידי ביצוע העבירה (עניין זה נדון במסגרת בג"ץ 1845/17 **פלוגי נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 7.3.18)).

ד. **סגירת דלתיים** - בשנת 2019 נכנס לתוקפו תיקון חקיקה נוסף הקובע כי ברירת המחדל בעניין פומביות הדיון תשתנה, כך שדיון בעניינו של קטין בבית המשפט הצבאי לנוער ייערך בדלתיים סגורות, אלא אם החליט בית המשפט להתיר נוכחות של גורמים נוספים בדיון.

49. האמור מלמד, כי המשיבים פועלים במגוון מישורים על-מנת לקדם הגנה מוגברת על זכויותיהם של קטינים במסגרת ההליך הפלילי באיו"ש, והכול בהתחשב כמובן במצב הביטחוני המורכב השורר באזור.

ג. עמדת המשיב

50. עמדת המשיב היא כי העתירה אינה מבססת עילה להתערבות שיפוטית. נפרט.

ג.1. דין הטענות בעניין עצם הסדרת מדיניות המעצר של קטינים פלסטיניים – להימחה בשים לב לנוהל המתגבש בעניין זה

51. אשר לדרישת העותרים כי המשיבים "יסדירו את מדיניות מעצרם של קטינים פלסטיניים", יוזכר כי צה"ל פועל בימים אלה, לקביעת נוהל מבצעי שיאפשר זימון לחקירה של קטינים, כאשר הדבר מתאפשר הן במישור צורכי החקירה, הן במישור המבצעי וביטחון האזור, והן בהתחשב במכלול נסיבות העניין. עבודת המטה בעניין צפויה להסתיים במהלך החודשים הקרובים. בנסיבות אלו, אין כל צורך, בוודאי לא לעת הזו, במתן צו שיפוטי אשר יורה למשיבים להסדיר את מדיניותם בעניין זה.

ג.2. דין הטענות בנוגע למעצר יזום של קטינים - להידחות

52. בנוגע למעצרו היזום של קטינים, עמדת המשיב היא כי דין העתירה להידחות, שעה שאין במארג הדינים החל באזור כל חובה להיענות לדרישות המועלות בעתירה, וממילא העתירה נעדרת עילת התערבות שיפוטית.

בלי לגרוע מכך, יוער במישור הדיוני, כי אף לו היו העותרים מצביעים על חובה משפטית כלשהי שיש בה כדי לחייב הוראה לפיה "דרך המלך תהא זימונם של הקטינים באמצעות הוריהם או האפוטרופוס האחראי עליהם" – לא היה מקום להידרש לעתירתם בשל היותה "עתירה מוקדמת" מאחר שכמתואר לעיל, הנוהל שסדיר את אופן זימון הקטינים לחקירה נמצא כעת בעבודת מטה.

53. מכל מקום יודגש – וכאן העיקר - כי לשיטת המשיב, הדין הפנימי החל באזור (על מכלול רבדיו), לא קובע הוראות פוזיטיביות בדבר חובה קטגורית לזמן קטינים לחקירה, חלף מעצר יזום שלהם. בשים לב לאמור, עבודת המטה לשם גיבוש הנוהל המבצעי כנזכר לעיל,

מתבצעת מטעמים מבצעיים, מטעמים הנוגעים לרצון לצמצם את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית ובהם גם טעמים הנוגעים לעקרון טובת הילד, לקביעת נהלים מבצעיים שיאפשרו זימון לחקירה של קטינים, כאשר הדבר מתאפשר הן במישור צורכי החקירה הן במישור המבצעי וביטחון האזור.

בהינתן האמור יובהר, כי עמדת המדינה היא שאף אילולא עבודת המטה האמורה, אין עלה להתערבות שיפוטית בענייננו.

54. כפי שעולה בבירור מהמפורט לעיל (ס' 41), העבירות שהחשודים בביצוען נעצרו באופן יזום הן עבירות חמורות, שבתי המשפט הצבאיים קבעו כי קיימת עילת מעצר ביחס לחשודים בביצוען, לרבות חשודים שהם קטינים.

ודוק: המחלוקת בענייננו אינה נוגעת לשאלה אם יש עילת מעצר בעניינם של הקטינים שנעצרים – שכן שאלה זו מוכרעת כמקובל על-ידי בתי המשפט הצבאיים שדנים בבקשות המעצר הפרטניות שמוגשות להם על-ידי הפרקליטות הצבאית, על בסיס נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. השאלה היא אם בהינתן מידע משמעותי, שמבסס לשיטת גורמי הביטחון הצדקה למעצר של החשודים ולחקירתם – **יש חובה פוזיטיבית** בדין החל באיו"ש (למעצר במקרים מסוימים), לזמנם מראש, או שניתן לעצור אותם באופן יזום.

לשיטת המשיבים, בנסיבות שבהן אדם נחשד בביצוע עבירות חמורות ומתקיימת עילת מעצר בעניינו, אף אם מדובר בקטין, אין הוראה שבדין המחייבת את זימונו מראש. יתר על כן, הצורך החקירתי והמבצעי מחייב, במקרים רבים, את מעצרו באופן יזום וללא הודעה מוקדמת לחשוד. כך, מעצר כאמור נועד לצמצם, **במישור המניעתי**, את **הסיכון לביטחון האזור** אשר נשקף כל זמן שהחשוד בביצוע עבירות ביטחון עוד לא נעצר. כמו כן, במקרים רבים, **הצורך החקירתי** מצדיק מעצר יזום, ללא הודעה מוקדמת שעלולה לפגוע בחקירה בהיבטים שונים, כגון העלמת ראיות, תיאום גרסאות, הימלטות של מעורבים (או של החשוד עצמו) על-מנת **לסכל את מעצרו**. נוסף על כך, הודעה מוקדמת עלולה **לסכן את הכוחות שיצטרכו לבצע את המעצר במקרה שבו הקטין לא ייענה לזימון, שכן הודעה מוקדמת כאמור עלולה לסייע לגורמים עוינים להיערך להגעתם של כוחות הביטחון לביצוע המעצר**. שיקול זה מתחזק ביתר שאת כאשר מוערך שהקטין או בני משפחתו **נגישים לאמל"ח** או שהקטין או בני משפחתו **מעורבים בפעילות טרור**, אך היא רלוונטית גם למקרים שבהם הקטין מצוי בלב אזור מורכב ובו גורמי טרור, שעלולות לנצל את ההודעה המקדימה לפגיעה בכוחות כאמור.

55. על רקע טענות העותרים לאפליה כביכול של הקטינים הפלסטינים ביחס למצב הדברים בישראל, יובהר ויודגש כי לפי הנמסר מגורמי משטרת ישראל, ככלל, קיים שיקול דעת לגורמי חקירה **בין האפשרות לזמן קטין שביצע עבירה המקימה עילת מעצר לבין האפשרות לעצור אותו באופן יזום**. שיקול דעת זה מופעל בהתאם לנסיבות המקרה - ובכלל זה: חומרת העבירה, מידת הדחיפות והמסוכנות, החשש לשיבוש הליכי חקירה, פער הזמן

ממועד ביצוע העבירה ועוד. בעבירות ביטחון, בשל אופי העבירות והעובדה שנלווים אליהן פעמים רבות גם מסוכנות גבוהה של החשוד וצורך בביצוע המעצר באופן מידי, ישנם ככלל, טעמים כבדי משקל לבצע מעצר יזום חלף זימון הקטין לחקירה. לפיכך, אף בהתאם למצב בישראל, השיקולים שפורטו לעיל, בדגש על חומרת העבירות, מסוכנות הקטינים הנעצרים וצרכי החקירה, היו מובילים, כתלות בנסיבות כל מקרה ומקרה, למעצרים היזום של הקטינים ולא לזימונם.

ג.3. דיו הטענות בנוגע למעצרים בשעות הלילה - להידחות בהעדר עילה להתערבות

במדיניות הנוהגת בעניין זה

56. אשר לדרישת העותרים כי "מעצרים בשעות הלילה ייוחדו למקרים חריגים וחמורים במיוחד", עמדת המשיבים היא כי אין איסור בדין החל באזור (על מכלול רבדיו) על מעצר קטינים בשעות הלילה.

57. כמתואר לעיל, קטינים פלסטינים מעורבים בעבירות ביטחון חמורות, ונשקף מפעילותם של קטינים אלה סיכון משמעותי לביטחון האזור. לנוכח האמור, וגם בשים לב לשיקולים מבצעיים וחקירתיים, כוחות הביטחון נדרשים לפעול למעצר הקטינים באופן יזום. בשל הסיכון המבצעי לפעול בכפרים ובערים הפלסטיניים בשעות היום, ובשל הרצון לצמצם את החיכוך עם האוכלוסייה המקומית - נדרשים כוחות צה"ל לבצע את עיקר פעילות המעצרים בשעות הלילה.

58. בהקשר זה יצוין, כי לנוכח המצב הביטחוני המורכב באזור יהודה ושומרון, **כמעט בכל כניסה מבצעית של כוחות הביטחון לביצוע מעצרים או חיפושים בכפרים ובערים הפלסטיניים באיו"ש, נעשים ניסיונות לפגוע בכוחות הביטחון ולשבש את פעילותם.** כך, כמעט בכל כניסה מבצעית של כוחות הביטחון למרחבים בנויים, נתקלים הכוחות בהפרות סדר שונות, אשר מתבטאות בהשלכת בלוקים וסלעים מגגות בתים, או ביידוי אבנים ובקבוקי תבערה לעבר הכוחות. מעבר לכך, בחלק ניכר מהכניסות נתקלים הכוחות אף בירי לעבר הכוחות וביידוי מטעני חבלה לעברם (כך, לשם הדוגמה, מנתוני אוגדת איו"ש עולה כי בשנת 2020 בוצע ירי לעבר כוחות צה"ל ב-28 הזדמנויות שונות, והושלכו רימונים ומטענים לעבר הכוחות בכ-80 הזדמנויות נוספות). עוד יצוין, כי במהלך שלוש השנים האחרונות נהרגו שני לוחמי צה"ל - סמ"ר רונן לוברסקי ז"ל וסמ"ר עמית בן-יגאל ז"ל - במהלך פעילות מבצעית של צה"ל בתוך מרחבים בנויים באיו"ש לצורך מעצר מבוקשים, כתוצאה מהשלכת בלוקים מבניינים לעבר הלוחמים על-ידי מחבלים. שני מקרים מצערים אלה ממחישים את המורכבות המבצעית והסיכון הרב הנשקף לכוחות הביטחון בעת ביצוע פעילות מעצרים ברחבי יהודה ושומרון.

59. כפועל יוצא מכך, הערכת גורמי הביטחון היא שבמעצרים יזומים המתבצעים באיו"ש קיים סיכון גבוה ביותר לניסיון פגיעה בכוחות. בהתאם, כניסות כאמור נעשות לאחר

היערכות של כוחות רבים ובהתאם להערכת מצב ייעודית. לרוב, הכוחות יפעלו בצורה מהירה וחשאית ככל הניתן, עד להגעה ליעד, לשם צמצום אפשרות החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית ומניעת יכולת המחבלים להתארגן לפגיעה בכוחות צה"ל.

60. הניסיון מהשטח מלמד כי באירועים שבהם נדרש לעצור חשודים בביצוע פעילות טרור בשעות היום (למשל – כאשר מתעורר צורך דחוף לעצור את החשוד באופן מידתי), היקף החיכוך עם האוכלוסייה היה לאין שיעור גבוה יותר, והיקף הניסיונות לפגיעה בכוחות היה משמעותי ביותר, באופן שהגביר את החשש לפגיעה בלוחמי צה"ל ובאוכלוסייה האזרחית.¹

61. לסיכום חלק זה, עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון היא שביצוע מעצרים יזומים באזור (של בגירים וקטינים כאחד) **בשעות היום, יוביל להגברה ניכרת של הסיכון הנשקף לכוחות הביטחון, להשתתפות מפגעים רבים נוספים בניסיונות לפגוע בכוחות, ובהעלאת ניכרת של רמת החיכוך עם האוכלוסייה האזרחית. בהינתן האמור, קיים הכרח מבצעי להמשיך ולבצע מעצרים יזומים בכפרים ובערים באיו"ש בשעות הלילה.** מעצרים בשעות היום יתבצעו רק בהתקיים צורך מבצעי ייחודי, ותוך מוכנות לניסיונות פגיעה משמעותיים בכוחות המבצעים את המעצר.

62. ראוי להוסיף, על רקע טענת העותרים לאפליה, כי מגורמי משטרת ישראל נמסר שאף בשטח מדינת ישראל, במקום בו צפוי סיכון לכוחות המשטרה, **קיימת עדיפות מבצעית לביצוע מעצרים בשעות הלילה.**

עוד נמסר מגורמי משטרת ישראל, כי גם מעצר **ישראלים באיו"ש, לרבות קטינים, החשודים בביצוע עבירות על רקע לאומני**, מבוצע ככלל בשעות הלילה, וזאת מהטעמים שפורטו לעיל.

בהקשר זה נבקש להפנות לפקודת מטא"ר 34.01.14 אשר מורה כי "עיכוב או מעצר מתוכנן ויזום של קטין חשוד ייעשה בשעות היום, למעט בנסיבות חריגות ובאישור קצין מוסמך". בהמשך נקבע כי הנסיבות החריגות הן "כגון אם דחיית העיכוב או המעצר עלולה להכשיל את החקירה או אם עיכוב או מעצר שלא בשעות היום נדרש בשל שיקולים של שלום הציבור וביטחוננו". שיקולים אלה, בדגש על החשש לפגיעה בשלום הציבור וביטחוננו, שהם בבחינת החריג במרבית שטח מדינת ישראל, הם, לצערנו, בגדר שגרה באיו"ש.

¹ ייאמר למעלה מן הנדרש, ובלי צורך לקבוע מסמרות: דומה כי הסיכון האמור הוא בגדר "ידיעה שיפוטית", וראו לדוגמה פסק דין מהעת האחרונה (7.1.21) בבית המשפט השלום בירושלים (תא"מ 44333-09-17 אלדוויך נ' מדינת ישראל) שם קבע בית המשפט: "שעת הגעתו של הכוח הצבאי בנסיבות העניין (בשעות הלילה) איננה חורגת מן הסביר. הגעה של כוח צבאי לשכונת מגורים הייתה עלולה לפגוע בסדר הציבורי באופן משמעותי יותר. אין לזלזל בעלות החברתית הכרוכה בהגעה בשעת ערב לביתו של התובע. אולם האינטרס הציבורי של שמירה על הביטחון של האזור וכן על הסדר הציבורי בידי המפקד הצבאי גובר"

ג.4. התייחסות לטענות העותרים במישור של המשפט המינהלי הישראלי

63. העותרים טוענים כי מדיניות המעצרים של קטינים פלסטינים מנוגדת לעקרון טובת הילד, המעוגן במשפט הישראלי, נגועה בחוסר מידתיות ומפלה בין קטינים ישראלים לבין קטינים פלסטינים. להלן נתייחס לטענות אלו.

64. כפי שפורט בהרחבה לעיל, מדיניות המעצרים של קטינים באזור נקבעה על רקע המצב הביטחוני באזור, הצרכים המבצעיים והחקירתיים שפורטו לעיל. הגם שמן הבחינה העקרונית, האיזון במסגרת מדיניות זו אינו שונה מהאיזון המבוצע בישראל ביחס למעצר קטינים, הרי שמטבע הדברים יישומם של הדברים באיו"ש, נעשה בשים לב למציאות הביטחונית המורכבת באיו"ש, השונה בתכלית מזו הקיימת בישראל.

65. לא למותר לציין בהקשר זה, כי האיזון הקיים בין הצרכים הביטחוניים לבין זכויות הפרט בהקשרים הנוגעים ללחימה בטרור, הוא איזון עדין שמצריך התמודדות מורכבת וקביעת כללים המתאימים לסיטואציה זו. לחימה בטרור - ודאי בהיקף, במגוון ובאופי של פעולות הטרור באזור יהודה והשומרון - מחייבת גמישות ויעילות מבצעית מרבית.

66. בית המשפט הנכבד התייחס במספר פסקי דין לשוני הרלוונטי בין התמודדותה של מדינה דמוקרטית בלוחמה בטרור לבין הכלים שברגיל אינם נדרשים לצורך מיגור טרור. כך למשל, התייחס כבי הנשיא (בדימ') א' ברק לסוגית השימוש במעצר מינהלי בהקשר של ביטחון המדינה:

"שמירה על ביטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו. במסגרת זו, מכירות מדינות דמוקרטיות שוחרות חופש ב"מוסד" המעצר המינהלי [...] הצורך באמצעי זה נובע, בין השאר, מן הקושי למצוא מענה בגדרי המשפט הפלילי לאיומים מסוימים על ביטחון המדינה" (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון (פורסם באר"ש, 12.4.20)).

67. אשר לטענת העותרים ביחס ל"אפליה מערכתית" בין קטינים פלסטינים לבין קטינים ישראלים, הרי שאין לטענה זו על מה לסמוך. כפי שהוצג לעיל, במקומות שבהם נדרש מעצרו של קטין ישראלי, בשטח מדינת ישראל או באזור, ולהערכת גורמי האכיפה קיים חשש לפגיעה בשלום הכוחות, חשש לפגיעה בחקירה או חשש להימלטות - המעצר על-פי רוב מתבצע בשעות הלילה וללא זימון מקדים. מכל מקום, יש לזכור כי קיים שוני משמעותי בין ישראל לבין האזור מבחינת היקף ומאפייני העבריינות, המצב הביטחוני ומידת הלגיטימציה ממנה נהנים מבצעי העבירות בסביבתם, בפרט ביחס לעבירות ביטחוניות, ובכך טמונה שונות רלוונטית מובהקת.

על רקע האמור, אף דין טענת העותרים לאפליה - להידחות.

5.ג. התייחסות לטענות העותרים ביחס לדיני זכויות האדם

68. העותרים מבקשים לבסס את טענתם בדבר הצורך בשינוי המדיניות הקיימת בעניין מעצרים של קטינים פלסטינים באזור, בין היתר, על דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. לטענת העותרים, מדיניות מעצרי הלילה של קטינים פלסטינים מנוגדת לעקרונות המשפט הבין-לאומי, בדגש על הוראות האמנה בדבר זכויות הילד, שמדינת ישראל היא צד לה מאז שנת 1991. אמנה זו קובעת, בין היתר, כי מעצר של קטינים ייעשה על-פי חוק, בצורה שאינה שרירותית ורק כאמצעי אחרון. עוד נטען, כי מדיניות זו עשויה לעלות לכדי יחס אכזרי ובלתי הולם, האסור בהתאם לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי-אנושיים או משפילים (להלן: **האמנה נגד עינויים**), שאושרה אף היא על-ידי מדינת ישראל.

69. בפתח הדברים לעניין זה, יוזכר ויודגש, שעמדתה העקבית של מדינת ישראל היא כי אמנות זכויות האדם שהיא צד להן אינן חלות ביחס לפעולות המפקד הצבאי באזור; וכי המשטר המשפטי החל באזור הוא דיני התפיסה הלוחמתית, שהם חלק מדיני העימות המזוין של המשפט הבין-לאומי.

70. למעלה מן הצורך, יצוין לגופם של דברים כי אף אם דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי היו רלוונטיים לענייננו, **העותרים כלל לא הצביעו, ולא במקרה, על איסור קונקרטי הקבוע בדינים אלה בדבר מעצר קטינים בשעות הלילה; וגם לא על חובה פוזיטיבית לזימונם של קטינים חלף מעצרים היזום לחקירה.**

71. כאמור בעתירה, האמנה המרכזית בכל הנוגע לזכויות קטינים, שכאמור לעמדתה העקבית של מדינת ישראל – לא חלה באזור, היא האמנה בדבר זכויות הילד,² עליה חתומה מדינת ישראל. הסעיף הרלוונטי לסוגיה שלפנינו, הוא סעיף 37 לאמנה המעגן את זכויותיו של הקטין בהליך הפלילי. הסעיף קובע, בין היתר, כי לא יינקטו נגד קטין פעולות העולות לכדי עינויים או עונשים בלתי אנושיים וכי יש לנהוג בו באופן התואם את גילו ולדאוג שישהה במקום נפרד מעצורים בגירים. עוד קובע הסעיף הוראות בדבר זכותו של קטין עצור לעמוד בקשר עם משפחתו ולהיוועץ בעורך דין. נוסף על כך, הסעיף קובע כי מעצרו של קטין ייעשה בהתאם לחוק, באופן שאינו שרירותי, כאמצעי אחרון ולפרק זמן המינימלי האפשרי.

72. אין בסעיף זה, ב"כללי בייג'ין" או ב"כללי הוואנה" הנזכרים בעתירה (וממילא אינם מהווים מקור משפטי מחייב), כל התייחסות קונקרטית **לאופן מעצרו של קטין**, ובוודאי שאין בסעיף זה כל התייחסות לשעת מעצרו של הקטין או לחובת זימונו חלף מעצרו.

² UN Commission on Human Rights, Convention on the Rights of the Child, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/74.

בהקשר זה יוזכר, כי מעצרים של קטינים מתבצע רק כאשר ישנו חשד לביצוע עבירה פלילית וקיומה של עילת מעצר, בהתאם לחקיקה ולפסיקה.

מכל מקום יובהר, למען הסר ספק בעניין זה, כי בהתאם למדיניות של גורמי הביטחון, אכן לא ננקטות נגד קטינים פעולות העולות כדי עינויים או עונשים בלתי אנושיים; ובהתאם להנחיות, יש לנהוג בקטינים באופן התואם את גילם ולהחזיק אותם במקום נפרד מעצורים בגירים. כמו כן, גורמי הביטחון מאפשרים לקטינים לעמוד בקשר עם משפחתם ולהיוועץ עם עורך דין, בכפוף להוראות הקבועות בדין לעניינים אלה.

עוד טוענים העותרים, באופן לאקונוי, כי מדיניות המעצרים של קטינים פלסטינים באזור עולה כביכול כדי "יחס אכזרי ובלתי הולם" (ראו עמ' 20 לעתירה), בהתאם לאמנה נגד עינויים. זאת, מאחר שתוצאות מדיניות מעצרים זו היא כביכול הבאת החשוד למצב שבו אין באפשרותו להגן על זכויותיו בחקירה או חשיפתו למצבי לחץ, פחד ייאוש ומצוקה. בכל הכבוד, טענות אלו הועלו ללא כל ביסוס, ואף ללא הפניה קונקרטית לאמנה עליה מבקשים העותרים להסתמך בהקשר זה, ודין להידחות.

73. לסיכום חלק זה, גם באמנות דיני זכויות האדם המוזכרות בעתירה אין הוראות קונקרטיות באשר למדיניות זימונם של חשודים קטינים לחקירה או באשר לאופן ביצוע מעצרים. כמו כן, וכפי שהוצג לעיל, המדיניות הקיימת ביחס למעצר חשודים קטינים פלסטינים עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי הרלוונטיות. על רקע האמור, דין טענותיהם של העותרים, אף בעניין זה, להידחות.

6.ג. היקף הביקורת השיפוטית

74. בטרם סיום, נבקש לעמוד על היקף הביקורת השיפוטית הראויה ביחס לסעדים המבוקשים בעתירה.

75. כמפורט לעיל, עמדת המשיבים היא כי אין כל מקור נורמטיבי בדין שמחייב את גורמי הביטחון באיו"ש לזמן קטינים שחשודים בביצוע עבירות המקימות עילת מעצר, חלק מעצרים היזום (בלילה או ביום).

לא זו אף זו, עמדת המשיבים היא כי הטלת חובה מעין זו, תפגע באופן משמעותי בגמישות המבצעית הנדרשת, תוביל להגברה משמעותית מאוד של הסיכון הנשקף לביטחון האזור ולכוחות הביטחון הנדרשים לבצע את המעצרים, ותפגע ביכולת של המפקד הצבאי למלא את משימותיו, בפרט בהיבטים הנוגעים ללחימה בטרור.

76. עמדה זו נסמכת על מומחיותם המקצועית של המפקד הצבאי ושל יתר גורמי הביטחון הפועלים באזור, אשר בית המשפט הנכבד לא יטה להתערב בה, שעה שכידוע, אין זה מתפקידו של בית המשפט הנכבד להמיר את שיקול דעת המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו

(ראו, בין רבים, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 30.6.04).

ד. סוף דבר

77. כפי שפורט לעיל, אין עילה להתערבות שיפוטית בהתנהלות של צה"ל ביחס למעצר קטינים פלסטיניים.

78. צה"ל אינו אדיש חלילה לצורך בהגנה מוגברת על זכויות קטינים בהליכים הפליליים המתנהלים באזור; ובמהלך השנים האחרונות המפקד הצבאי וגורמי אכיפת החוק השונים אכן פעלו, במישורים רבים, לרבות במישור תיקון תחיקת הביטחון החלה באזור, לשם הגברת השמירה על זכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי.

79. בצד זאת, המשיבים עמדו על כך שלא קיימת חובה לזמן קטינים שביצעו עבירות המקימות עילת מעצר, חלף מעצרים היוזם, בפרט בהתחשב במצב הביטחוני באזור. בהקשר זה, המשיבים הבהירו כי אין חובה ברבדי הדין השונים החלים באזור – קרי - **בדין הפנימי באזור, ובמשפט הבין-לאומי המנהגי, להימנע מביצוע מעצר קטינים בשעות הלילה** (עניין זה נכון גם ביחס לדין החל במדינת ישראל). גם בדיני זכויות האדם, שכאמור, לעמדת מדינת ישראל אינם חלים באזור, לא ניתן למצוא חובה לזימון חלף מעצר.

80. על אף שאין חובה בדין לעשות כן, צה"ל פועל מטעמים מבצעיים ומטעמים הנוגעים ברצון לצמצם את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית וגם מטעמים הנוגעים לעקרון טובת הילד, לקביעת נהלים מבצעיים **שיאפשרו זימון קטינים** כאשר הדבר מתאפשר מבחינת צורכי החקירה, מבחינת האיומים לכוחות הביטחון ומבחינת הסיכון לביטחון האזור, ובימים אלה מתקיימת עבודת מטה לגיבוש הנהלים האמורים להוראה מבצעית.

81. למרבה הצער, קטינים פלסטינים מעורבים לעתים בעבירות חמורות; והסיכון הנשקף מפעילותם של קטינים אלה הוא רב. מעבר לכך, פעמים רבות, בשליחת זימון מראש טמון חשש לפגיעה בחקירה ונשקפים גם איומים מבצעיים כלפי כוחות הביטחון.

82. אשר לשעות המעצר, הובהר לעיל כי בשל המורכבות המבצעית לפעול בכפרים ובערים הפלסטיניים באיו"ש בשעות היום, ובשל הצורך להגן על חיי לוחמי צה"ל ויתר גופי הביטחון, ולצמצם את החיכוך עם האוכלוסייה הפלסטינית - נדרשים כוחות צה"ל לבצע את עיקר פעילות המעצרים בשעות הלילה. בהתאם, **קיים צורך ביטחוני ממשי להמשיך ולבצע מעצרים, לרבות של קטינים, בשעות הלילה.**

סיכומם של דברים, כמתואר לעיל: דין העתירה להידחות, שעה שאין במארג הדינים החל באזור כל חובה להיענות לדרישות המועלות בעתירה, וממילא העתירה נעדרת עילה

להתערבות שיפוטית. בלי לגרוע מכך, טענות שונות המועלות בעתירה הן בגדר טענות מוקדמות, בשים לב להחלטת המשיבים לגבש נוהל מבצעי המגדיר **באילו נסיבות ובאיזה אופן ניתן לזמן קטין באופן טלפוני מראש, חלף מעצרו היזום ללא התרעה**. כאמור לעיל, בימים אלה עמלים גורמי צה"ל הרלוונטיים, בשיתוף פעולה עם משטרת ישראל וגורמי הביטחון, על גיבוש הנוהל; ועבודת המטה בעניין צפויה להסתיים במהלך החודשים הקרובים. אולם יוזכר ויודגש, כי עמדת המשיבים היא שגם אילולא עבודת המטה האמורה, הרי שלא קמה בענייננו עילה להתערבות שיפוטית, בהיעדר חובה פוזיטיבית בדין החל באזור לפעול כמבוקש בעתירה, ודין העתירה כאמור להידחות.

83. תגובה זו נתמכת בתצהירו של דודו סונגו, קצין אג"ם בפקוד מרכז.

היום, כ' באייר תשפ"א
02 במאי 2021



אבי מיליקובסקי, עו"ד
ממונה על ענייני בג"צים (בפועל)
בפרקליטות המדינה

שי כהן, עו"ד
סגן במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה