



בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (ע.ר.)
بتسيلم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة
B'Tselem – The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories

**עצור עד שלא הוכחה חפותו:
מעצר עד תום ההליכים בבתי המשפט הצבאיים
בגדה המערבית**

דו"ח בצלם, יוני 2015

תוכן העניינים

3.....	מבוא
5.....	מערכת בתי המשפט הצבאיים בגדה המערבית
7.....	רקע משפטי : הזכות לחירות ומעצר עד תום ההליכים
10.....	נתונים
13.....	תנאי ראשון למעצר עד תום ההליכים : "ראיות לכאורה"
18.....	תנאי שני למעצר עד תום ההליכים : עילות מעצר
23.....	תנאי שלישי למעצר עד תום ההליכים : היעדרה של חלופת מעצר
27.....	שחרור בערבות
30.....	התוצאה : עסקאות טיעון
32.....	מסקנות

מבוא

בתי המשפט הצבאיים פועלים בשטחים מאז כיבושם ב-1967. בשנים אלה הם הפכו לאחד מהמנגנונים העיקריים של משטר הכיבוש ועד היום נשפטו בהם מאות אלפי פלסטינים.¹ ברצועת עזה הופסקה פעילותם לאחר יציאת כוחות הצבא ממנה ב-2005, בעוד בגדה המערבית – למעט מזרח ירושלים, שסופחה לשטח ישראל ושהוחל עליה החוק הישראלי – הם ממשיכים לפעול עד היום.

סמכויות בתי המשפט הצבאיים כמעט שלא הושפעו מחלוקת הגדה לשטחי A, B ו-C במסגרת הסכמי אוסלו ומהעברת חלק מהאחריות האזרחית והביטחונית לידי הרשות הפלסטינית. עד היום כל תושבי הגדה מועמדים בהם לדין בגין עבירות על החקיקה הצבאית, כגון שימוש בנשק, יידוי אבנים, פעילות בהתארגנויות שהוכרזו כאסורות, השתתפות בהפגנות וכניסה לישראל ללא היתר. נוסף על כך, עוסקים בתי המשפט הצבאיים גם בעבירות תעבורה ובעבירות פליליות.

דו"ח זה עוסק בהיבט אחד מרכזי בעבודתה של מערכת המשפט הצבאית: מעצר עד תום ההליכים. מדובר במעצר של אדם שחקירתו הסתיימה ושכבר הוגש נגדו כתב אישום והוא נמשך עד לסיום כל ההליכים המשפטיים. הדו"ח מתאר את התהליך שבו בתי המשפט הצבאיים מאשרים את הבקשות למעצר עד תום ההליכים שמגישה התביעה ומצביע על ההצדקות של השופטים בבואם לאשר מעצרים אלה.

כל מעצר פוגע מעצם הגדרתו: הוא מנתק את האדם מחייו, ממשפחתו ומסביבתו. העצור מוכפף בבת אחת לסדר יום נוקשה שאין לו כל שליטה עליו, הוא מאבד את פרטיותו והופך להיות תלוי בצוות הסוהרים. אלה מובילים לתחושות של חוסר אוניס ושל השפלה, תחושות המתגברות כאשר אין מדובר בריצוי של עונש מאסר, אלא במעצרו של אדם שטרם נגזר דינו ושכל עוד לא הוכחה אשמתו אמור להיות בחזקת חף מפשע. מציאות כזו אף תקשה על העצור לנהל את הגנתו באופן אפקטיבי מתוך בית הכלא, ובכך עלולה להביא לפגיעה נוספת בזכויותיו.

ברור כי בנסיבות מסוימות מעצר עד תום ההליכים הוא נחוץ, כדי לשמור על ביטחון הציבור או כדי לוודא את קיומו של הליך פלילי תקין. כך הציג נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט מאיר שמגר, את הדילמה העומדת בפני השופטים:

עצם המעצר של נאשם מעורר שאלה מקדמית קשה: הרי המדובר באדם שטרם הורשע. הוא בחזקת חף מפשע, וניסיוננו מלמד כי הנחת החפות איננה רק תיאוריה, אלא מוסיפה ומתאמתת לא אחת, כאשר הנאשם מזוכה בדינו. מול כל אלה ניצב הצורך להגן על החברה ועל הפרטים שבה מפני מעשים שהם בגדר עבירות חוזרות ונשנות מאותו סוג בו מואשם הנאשם, או עבירות אחרות שהנסיבות מולידות לא אחת דווקא בשלב האמור שבין הגשת כתב האישום לבין תום המשפט.²

בשל הפגיעה הקשה בזכויותיהם של נאשמים, ניתן היה לצפות שהתביעה תמעט לדרוש מעצר מסוג זה ושבתי המשפט יקפידו לאשרו רק בהיעדר כל ברירה אחרת. ברם, המצב בבתי המשפט הצבאיים אינו כזה ומעצר עד תום ההליכים של נאשמים פלסטינים, למעט אלה הנאשמים בעבירות תעבורה, הוא הכלל ולא החריג.

אחת התוצאות של מדיניות זו היא שרוב רובם של התיקים בבתי המשפט הצבאיים מסתיים בעסקאות טיעון. זאת, משום שהנאשמים מעדיפים שלא לנהל משפט ממושך מתוך הכלא, כשקיים סיכון שבסופו של דבר הם ישהו במעצר זמן ממושך יותר מזה שייגזר עליהם במסגרת עסקת הטיעון. מציאות זו מובילה לכך שהתביעה כמעט שאינה נדרשת לנהל משפטי הוכחות, שבמסגרתם יהיה עליה להציג ראיות להוכחת אשמתו של אדם. לפיכך, בפועל מוכרע גורל התיק כאשר מתקבלת ההחלטה על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים ולא על סמך הראיות הקיימות נגד הנאשם.

בדיונים על מעצר עד תום ההליכים מסתמכים השופטים על חוק המעצרים הישראלי ולא על החקיקה הצבאית. זאת, כחלק מהמגמה הרווחת בבתי המשפט הצבאיים לצמצם את המרחק בין

¹ Yael Ronen, "Blind in Their Own Cause: The Military Courts in the West Bank", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2(4), 739, 2013, p. 740.

² דני"פ 2316/95, עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 620.

שתי מערכות המשפט.³ השופט אל"מ נתנאל בנישו, כיום נשיא בית המשפט לערעורים, תיאר את "ההליכי האזרח" שעברו על בתי המשפט הצבאיים. לפי אל"מ בנישו, מסתמנת מגמה איטית אך ברורה של המחוקק באזור לשוות לדין הפלילי אופי אזרחי במהותו. זאת, באמצעות שינויי חקיקה המבטלים הסדרים דומים וזיקות לדין הצבאי הישראלי, לטובת היצמדות לדין האזרחי. מגמה זו אף צומחת מתוך הנוהג המשפטי והשיפוט הנוהג בבתי המשפט הצבאיים באזור, כחלק מרוח האקטיביזם השיפוטי המאפיין את בתי המשפט, ובראשם – בית המשפט הצבאי לערעורים בפסיקתו העכשווית, המכוונת, לדעתי, בחלקה הנכבד להשוואת מירב פועלו של בית המשפט לנעשה בבתי המשפט האזרחיים בישראל.⁴

השופט אל"מ אהרון משניות, נשיא בית המשפט לערעורים לשעבר, הצביע אף הוא על השפעת המשפט הישראלי על פסיקת בתי המשפט הצבאיים, הבאה לידי ביטוי "בקליטה ישירה של נורמות מהדין בישראל לתחיקת הביטחון; בקליטה פסיקתית של עקרונות מהמשפט הישראלי, וכן בביקורת הדוקה של בית המשפט העליון על פעילות כוחות צה"ל באזור בכלל, ועל בתי המשפט הצבאיים בפרט". משניות מציין כי כל אלה מעידים על "צמצום הפער בין הדין באזור ובין הדין בישראל, וחיזוק ההגנה על זכויותיהם של אלה שנדונים בפני בתי המשפט הצבאיים".⁵

כפי שמראה הדו"ח הנוכחי, לפחות בכל הנוגע למעצר עד תום ההליכים – אחד ההליכים המשמעותיים ביותר המתקיימים בבתי המשפט הצבאיים – החלתו של החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים היא מהלך פורמלי בלבד, שלא הביא להגנה רחבה יותר על זכויותיהם של נאשמים פלסטינים.

³ סמדר בן נתן, "יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים", **תיאוריה וביקורת**, 43, סתיו 2014, עמ' 45.

⁴ נתנאל בנישו, "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות", **משפט וצבא**, 18, התשס"ה-2005, עמ' 293, בעמ' 306.

⁵ ר' אהרון משניות, "המשפט והשפיטה ביהודה ושומרון – בין המצוי לרצוי", (עומד להתפרסם, זמין ברשת SSRN), עמ' 17. ר' גם צבי לקח ואמיר דהאן, "שיעור הרשעות של 99.9% בישראל: האם המשפט מעוות או רק הסטטיסטיקה מעוותת?", **דין ודברים**, ה', תשי"ע, עמ' 185, בעמ' 200-201.

מערכת בתי המשפט הצבאיים בגדה המערבית

עם כיבושה ב-1967, פרסם מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף חיים הרצוג, שורה של מנשרים וצווים צבאיים שנועדו לבסס את השלטון החדש.⁶ בצווים הודיע האלוף על הקמת ממשל צבאי בשטח הכבוש, על היותו הריבון החדש ועל העברת כל הסמכויות של "שלטון, חקיקה, מינוי ומנהל" לידיו. הצו מוסיף וקובע כי החוק שחל בשטח הכבוש עד אז ימשיך להיות תקף, בכפוף לשינויים שייערכו על ידי מפקד האזור.⁷

על פי אמנת ג'נבה הרביעית, המסדירה את הכללים הנוגעים להתנהלותה של מדינה בשטח כבוש, חוקי העונשין של השטח הכבוש יישארו בתוקף, אולם למדינה הכובשת מותר לבטלם אם הם "מהווים איום על בטחונה או מכשול ליישום האמנה". המדינה הכובשת רשאית לחוקק חוקים חדשים הנחוצים "כדי לאפשר למעצמה הכובשת לקיים את הממשל התקין של השטח ולדאוג לבטיחונו של המעצמה הכובשת, לביטחון אנשי כוחות הכיבוש ורכושם או לביטחון מנהלת הכיבוש, לביטחון המוסדות וקווי התחבורה שהם משתמשים בהם".⁸

המדינה הכובשת רשאית, על פי האמנה, להקים בתי משפט צבאיים כדי לשפוט בהם את תושבי השטח הכבוש שהפרו את ההוראות שחוקקה. ואולם מתוך הבנה שבהיעדר מדינה שתגן על האינטרסים שלהם, התושבים פגיעים יותר וזקוקים להגנה מיוחדת, קובעת האמנה כמה תנאים להקמתם של בתי המשפט הצבאיים. בין השאר קובעת האמנה שבתי המשפט חייבים להיות בתוך השטח הכבוש ושאל להם לשמש כלי לרדיפה על רקע פוליטי או גזעי. סעיפים אחרים באמנה מחייבים את המדינה הכובשת לשמור על זכויותיהם של עצירים ושל נאשמים וקובעים שורה של סטנדרטים בסיסיים שיבטיחו את קיומו של הליך הוגן בבתי המשפט.⁹

בהתאם לכללים אלה, פרסם מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית את מנשר מספר 3, שאליו נספח הצו בדבר הוראות ביטחון. בצו זה הורה האלוף הפיקוד על הקמת בתי משפט צבאיים, קבע את סדרי הדין שיהיו תקפים בהם והגדיר את העבירות שידונו בבתי משפט אלה.¹⁰

מערכת בתי המשפט הצבאיים כוללת כיום כמה בתי משפט בערכאות שונות. שני בתי משפט פועלים בגדה המערבית כערכאה ראשונה: במחנה הצבאי עופר פועל בית המשפט יהודה ובמחנה הצבאי סאלם פועל בית המשפט שומרון. ארבע שלוחות נוספות של בתי המשפט הצבאיים פועלות בתוך ישראל, בצמוד למתקני חקירה של השב"כ, ובהם דנים שופטים צבאיים בהארכות מעצר של נחקרים. החל משנת 2009 פועל במחנה עופר בית משפט צבאי לנוער. באותו מחנה פועלים גם בית המשפט לערעורים, בית המשפט הצבאי למעצרים מנהליים ובית המשפט הצבאי לערעורים מנהליים.¹¹

בראש מערכת בתי המשפט הצבאיים עומד נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, קצין בדרגת אלוף משנה, ובראש בתי המשפט בערכאה הראשונה – קצין בדרגת סגן אלוף. בשנת 2013 כיהנו 11 שופטים בבתי המשפט בערכאה הראשונה. בבית המשפט לערעורים כיהנו באותה עת שלושה שופטים.¹² לצדם מכהנים כשופטים גם אנשי מילואים בעלי הכשרה משפטית, רובם עורכי דין.¹³

סמכות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים חלה על שני סוגי עבירות. הסוג הראשון הוא עבירות המכונות "ביטחוניות". אלה כוללות "כל עבירה שהוגדרה בתחיקת בטחון ובדין" – בין אם

⁶ צווים דומים פורסמו גם בנוגע לרצועת עזה. אלה נותרו בתוקף עד לנסיגת ישראל מהרצועה בספטמבר 2005.
⁷ מנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל (מס' 1), התשכ"ז-1967; מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967.

⁸ סעי' 64 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).
⁹ סעיפים 67-77 לאמנת ג'נבה הרביעית. ר' גם Jean S. Pictet (ed.), **Commentary – IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, ICRC, Geneva, 1958, pp. 339-341. יעל רון, לעיל הע' 1, עמ' 43.

¹⁰ מנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3) התשכ"ז-1967, צו בדבר הוראות ביטחון, התשכ"ז-1967, צו בדבר כינון בתי משפט צבאיים (צו מס' 3), התשכ"ז-1967. הוראות אלה אוחדו לצו אחד: צו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה ושומרון) (מס' 1651) התש"ע-2009 (להלן: "צו בדבר הוראות ביטחון").

¹¹ לסקירה של ההתפתחויות המבניות והפרוצדורליות במערכת המשפט הצבאית ר' משניות, לעיל הערה 5, עמ' 4-7; יש דין, **משפטים בחצר האחורית – מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים**, דצמבר 2007, עמ' 28-27.

¹² ר' בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, **דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ג-תשע"ד**, 2013.
¹³ להרחבה על מבנה וסמכויות מערכת בתי המשפט ר' יש דין, **משפטים בחצר האחורית**, לעיל הע' 11, עמ' 33-41.

נעשתה באזורים הנתונים לסמכות צה"ל, ובין אם בוצעה מחוץ לגדה המערבית או בשטחי A ו-B שהועברו לרשות הפלסטינית – ובלבד שהעבירה "פגעה או נועדה לפגוע בביטחון האזור".¹⁴ הסוג השני מתייחס לעבירות הנחשבות לכאלה המסכנות את הסדר הציבורי – בעיקר עבירות תעבורה אך גם עבירות פליליות שאינן מוגדרות כעבירות ביטחון.¹⁵

מדי שנה מגישה התביעה הצבאית לבתי המשפט אלפי כתבי אישום נגד פלסטינים, שמערכת בתי המשפט מחלקת לחמש קטגוריות:

- "פעילות חבלנית עוינת" (פח"ע) – כגון אימונים צבאיים, עבירות נשק וחברות או פעילות בהתאחדויות בלתי מותרות.
- "הפרות סדר" – כוללות בעיקר יידוי אבנים, השלכת בקבוקי תבערה והשתתפות בהפגנות.
- עבירות "שב"ח" – כניסה לישראל ושהייה בה בלי היתר.
- עבירות פליליות
- עבירות תעבורה

הגשת כתבי אישום נגד פלסטינים בשנים 2008-2013, בחלוקה לסוגי עבירות¹⁶

סה"כ	תעבורה	פלילי	שב"ח	הפרות סדר	פח"ע	2008
8,320	2,706	666	1,771	593	2,584	2008
8,459	3,559	648	1,628	662	1,962	2009
8,516	3,888	629	1,887	707	1,405	2010
8,635	4,904	707	1,180	721	1,123	2011
7,276	3,224	514	1,358	861	1,319	2012
8,850	3,755	604	1,751	886	1,854	2013

באופן פורמלי, בתי המשפט הצבאיים מוסמכים לשפוט כל מי שעבר עבירה בשטח הגדה, לרבות מתנחלים, אזרחים ישראלים הגרים בתוך ישראל ואזרחים זרים. ואולם בתחילת שנות השמונים קבע היועץ המשפטי לממשלה כי אזרחים ישראלים יישפטו במערכת המשפט האזרחית שבתוך ישראל, על פי חוקי העונשין הישראלים, גם אם הם גרים בשטחים והעבירה בוצעה בשטחים נגד תושבי שטחים. מדיניות זו נשמרת עד היום.¹⁷

¹⁴ צו בדבר הוראות ביטחון, סעי' 10.

¹⁵ להרחבה ר' יעל רונן, לעיל הע' 1, עמ' 744-745.

¹⁶ בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ב-תשע"ג – 2012, עמ' 13; דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ג-תשע"ד – 2013, עמ' 8.

¹⁷ ר' תגובת דובר צה"ל לדו"ח של יש דין, "משפטים בחצר האחורית", לעיל הע' 11, עמ' 43. להרחבה בנושא זה ר' משניות, לעיל הע' 5, עמ' 24-25; האגודה לזכויות האזרח, שלטון אחד, שתי מערכות חוק, נובמבר 2014, עמ' 22-25.

רקע משפטי: הזכות לחירות ומעצר עד תום ההליכים

הזכות לחירות מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות העוסקות בזכויות האדם. כמו זכויות רבות אחרות, זכות זו אינה מוחלטת וישנם מקרים שבהם ניתן יהיה לפגוע בה, אולם רק בתנאי שהפגיעה נעשית באופן מידתי ובהתאם להגבלות המפורטות באמנות אלה.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מפרטת שורה של כללים שמדינה נדרשת לעמוד בהם בעת התמודדות עם אדם הנחשד בעבירה על החוק. היא אוסרת על מעצר או על מאסר שרירותיים והיא מחייבת את הרשויות להודיע לאדם כבר בעת מעצרו מהי עילת המעצר ומהן ההאשמות הקיימות נגדו. נוסף על כך קובעת האמנה כי לאחר מעצרו של אדם יש להביאו מיד בפני שופט או סמכות שיפוטית אחרת וכי יש להעמידו לדין בתוך פרק זמן סביר.¹⁸

הזכות לחירות מעוגנת גם במשפט הישראלי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".¹⁹ כל פגיעה בחירות תיעשה אך ורק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".²⁰ שופטי בית המשפט העליון הדגישו פעמים רבות את הזהירות שיש לנקוט לפני שפוגעים בזכותו של אדם לחירות. כך, למשל, קבע השופט יצחק זמיר:

החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות.²¹

דברים אלה אומצו גם על ידי בתי המשפט הצבאיים בגדה. המשנה לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים (כתוארו אז), סא"ל נתנאל בנישו, כתב:

דומה כי אין צורך להכביר מילים אודות חשיבות הזכות לחירות. זכות זו ראשונה היא במעלתה גם מבין יתר זכויות היסוד הראויות כי יוענקו לכל אדם באשר הוא אדם... אף דומה כי לא יהא צורך בהבאת הוכחות כלשהן לחלות הזכות גם באזור, הגם שלא זכתה לעיגון חוקתי כבמדינת ישראל.²²

מעצר עד תום ההליכים מאפשר את החזקתו במעצר של אדם שהוגש נגדו כתב אישום עד לסיום משפטו. בכך נפגעת קשות הזכות לחירות, שכן זו נשללת, לעתים לתקופה ממושכת, עוד בטרם נקבעה אשמתו של אדם ובטרם נגזר דינו.

המשפט הבינלאומי אינו קובע מהם התנאים שרק בהתקיימם יוכל שופט להורות על מעצרו עד תום ההליכים של נאשם, אולם הוא קובע הגבלות על השימוש בכלי זה. האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת שכלל אדם לא יוחזק במעצר עד לסיום משפטו, אם כי ניתן להתנות את שחרורו בתנאים מגבילים.²³ הוועדה לזכויות האדם, הממונה על יישום האמנה, קבעה את העקרונות הבסיסיים שאמורים לחול בנושא זה ולהגביל את המקרים שבהם נאשמים ייעצרו עד תום ההליכים המשפטיים נגדם:

מעצר עד תום ההליכים חייב להתבסס על קביעה פרטנית כי הוא סביר וחיוני בנסיבות המקרה, למטרות כמו מניעת הימלטות, שיבוש ראיות או פגיעה חוזרת. על המשתתפים הרלוונטיים להיות מצוינים בחוק, והם אינם יכולים לכלול אמות מידה מעורפלות ומקיפות כגון "ביטחון הציבור". אין לקבוע חובה של מעצר עד תום ההליכים לגבי כל מי שנאשם בפשע מסוים, בלי להתייחס לנסיבות המקרה הפרטניות. כמו כן אין להורות על מעצר עד תום ההליכים להתבסס על אורך המאסר שניתן לגזור בגין הפשע שבו נאשם האדם, במקום להכריע על פי הצורך. בתי המשפט חייבים לבחון האם חלופות למעצר עד תום ההליכים כגון ערבות, צמידים אלקטרוניים או תנאים אחרים

¹⁸ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, סעיף 9.

¹⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 5.

²⁰ שם, סעיף 8.

²¹ בג"ץ 6055/95, שגי צמח נ' שר הביטחון ואחרים, פ"ד נג(5) 241, 261.

²² ע"מ 3603/05, באסל חאסם מחמד דואס נ' התובע הצבאי.

²³ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, סעיף 9(ג).

יכולים ליתר את המעצר במקרה שלפניהם... ככל שניתן, יש להימנע ממעצר עד תום ההליכים של קטינים.²⁴

בניגוד לעקרונות אלה, החקיקה הצבאית אינה מגדירה את התנאים שבהם ניתן יהיה להורות על מעצר עד תום ההליכים ואינה מקיימת את החובה לבחון חלופות מעצר, בייחוד כשמדובר בקטינים. כל שנקבע בצו בדבר הוראות ביטחון הוא סמכותם של בתי המשפט הצבאיים להורות על מעצר עד תום ההליכים.²⁵ כן נקבע שעצור עד תום ההליכים רשאי לבקש בכל מועד מבית המשפט "עיון חוזר" בהחלטה לעצרו אם התגלו עובדות חדשות. אם לא התגלו עובדות כאלה, יכולה בקשה כזו להיות מוגשת בתום שנה מיום המעצר ולאחר מכן פעם בשישה חודשים.²⁶

הצו הצבאי מגביל את תקופת המעצר, אך הוא עדיין מאפשר לו להיות ממושך: אם המשפט לא החל בתוך 60 יום, יש להביא את העצור בפני שופט בית המשפט לערעורים, שיורה על שחרורו אלא אם לדעתו הנסיבות שהצדיקו את מעצרו מלכתחילה ממשיכות להתקיים.²⁷ אם המשפט לא הסתיים בתוך שנה וחצי במקרה של נאשם בעבירת ביטחון, או בתוך שנה כשמדובר בקטין או בנאשם בעבירות פליליות, יובא הנאשם בפני שופט בית המשפט לערעורים. השופט יורה על שחרורו, אלא אם סבר כי יש הצדקה להמשך המעצר ואז יוכל להאריכו בשישה חודשים (או בשלושה חודשים, אם העצור קטין). השופט יכול לחזור ולהורות על הארכת המעצר שוב ושוב.²⁸

תקופות אלה נקבעו רק באפריל 2014, בעקבות עתירות של האגודה לזכויות האזרח ושל משרד האסירים הפלסטינים ברשות הפלסטינית – עתירות שדרשו להשוות את תקופות המעצר המותרות הקבועות בחקיקה הצבאית, ובכלל זה של מעצר עד תום ההליכים, לאלה הקבועות בחקיקה הישראלית.²⁹ עד לשינוי החוק, לא הייתה בחוק הצבאי כל הוראה המתייחסת למועד תחילת המשפט. ההגבלה היחידה על מעצר עד תום ההליכים הייתה שאורכו לא יעלה על שנתיים, ללא הבחנה בין סוגי העבירות או בין גילאי הנאשמים.

גם לאחר השינוי, תקופות המעצר שנקבעו בחוק הצבאי ארוכות מאלה שבחוק הישראלי. חוק זה קובע כי אם משפטו של הנאשם לא החל בתוך 30 ימים מהגשת כתב האישום, יש לשחררו.³⁰ החוק מוסיף וקובע שהנאשם ישוחרר אם משפטו לא הסתיים בתוך תשעה חודשים, או שישה חודשים כשהנאשם קטין.³¹ שופט בית המשפט העליון רשאי להאריך את המעצר ב-90 ימים נוספים – ואף ב-150 ימים אם הוא סבור שסוג העבירה או שמורכבותו של התיק מצדיקים זאת – ובאפשרותו לחזור ולהאריך את המעצר שוב ושוב.³² במקרה של קטין יוכל השופט להאריך את המעצר ב-45 ימים בלבד.³³ החוק הישראלי אוסר לחלוטין על מעצר עד תום ההליכים של קטינים מתחת לגיל 14.³⁴

בשל הבדלים אלה, דרש בית המשפט העליון הבהרות נוספות מהמדינה בנוגע לתקופות המעצר עד תום ההליכים בחקיקה הצבאית.³⁵ בהודעת עדכון שהגישה המדינה לבית המשפט בפברואר 2015 נמסר כי ישנה כוונה לקצר עוד יותר את התקופות שנקבעו וכי הנושא נמצא בשלבי סיום של עבודת מטה. המדינה טענה שלקיצור תקופות המעצר ישנן השלכות תקציביות וביקשה להגיש הודעה מעודכנת לאחר שיועבר חוק התקציב לשנת 2015.³⁶

Human Rights Committee, **General comment No. 35: Article 9 (Liberty and security of person)**,²⁴
Adopted by the Committee at its 112th session (7–31 October 2014), art. 38.

²⁵ צו בדבר הוראות בטחון, סעי' 43.

²⁶ שם, סעי' 47.

²⁷ שם, סעי' 43א.

²⁸ שם, סעי' 44.

²⁹ בג"ץ 3368/10, **משרד האסירים הפלסטיני ואח' נ' שר הביטחון ואח'** ובג"ץ 4057/10, **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח'.**

³⁰ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), סעיף 60.

³¹ שם, סעי' 61. לגבי קטינים, ר' חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער), סעי' 10יב.

³² חוק המעצרים, סעי' 62.

³³ חוק הנוער, סעי' 10ג.

³⁴ שם, סעי' 10י.

³⁵ בג"ץ 3368/10, **משרד האסירים הפלסטיני ואח' נ' שר הביטחון ואח'** ובג"ץ 4057/10, **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח'**, פסק דין חלקי מיום 6.4.14.

³⁶ בג"ץ 3368/10, **משרד האסירים הפלסטיני ואח' נ' שר הביטחון ואח'** ובג"ץ 4057/10, **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח'**, הודעת עדכון מטעם המדינה, 25.2.15.

בהיעדר פירוט התנאים שבהם ניתן להורות על מעצר עד תום ההליכים של נאשמים בצו הצבאי, החליטו בתי המשפט הצבאיים לפעול לפי העקרונות שנקבעו בחוק המעצרים הישראלי. כך, למשל, קבע נשיא בית המשפט הצבאי (דאז), אל"מ שאול גורדון, כי "הגם שאין מחלוקת כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ח-1996, אינן חלות באזור, הרי שככלל מנחים אנו עצמנו לפעול בהתאם לעקרונות שהותוו באותו החוק".³⁷

חוק המעצרים הישראלי קובע כי על מנת ששופט יהיה מוסמך להורות על מעצר עד תום ההליכים נדרשים שלושה תנאים מצטברים: קיומן של "ראיות לכאורה" להוכחת האשמה, קיומה של אחת מעילות המעצר המנויות בחוק והיעדרה של חלופת מעצר רלוונטית.³⁸ בהמשך הדו"ח נבחן את הדרך שבה פורשו עקרונות אלה בבתי המשפט הצבאיים.

³⁷ ע"מ 157/00, התובע הצבאי נ' ראשד יוסף ע/האדי אבו סלים. ר' גם ע"מ 115/02, התובע הצבאי נ' מחמד נאיף סלים חג' חסין, ע"מ 3603/05, לעיל הע' 22; בנישו, לעיל הע' 4, עמ' 314.

³⁸ חוק המעצרים, סעי' 21.

נתונים

מעצר עד תום ההליכים בגדה המערבית

יחידת בתי המשפט הצבאיים אינה מפרסמת מידע באשר למספר הנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים מדי שנה. בקשות של בצלם לקבל נתונים אלה נדחו בטענה שהם אינם נמצאים במערכת הממוחשבת. המידע היחיד שקיים הוא מספר הנאשמים שהיו במעצר עד תום ההליכים בסוף כל שנה ומשך הזמן שבו הם עצורים. הנתונים מופיעים בטבלה הבאה:

עצורים עד תום ההליכים בסיומה של שנת העבודה:³⁹

שנה	מספר העצורים עד תום ההליכים בסוף שנת העבודה	עצורים עד שנה	עצורים בין שנה לשנתיים	עצורים יותר משנתיים
2008	1,791	1,378	385	28
2009	* 1,205	944	235	27
2010	695	605	79	11
2011	706	622	78	6
2012	1,083	965	111	7
2013	1,507	1,343	151	13

* הטעות במקור.

בניסיון לברר מהי מדיניות התביעה הצבאית בנוגע למעצר עד תום ההליכים פנה בצלם לתובע הצבאי הראשי לאזור יהודה ושומרון, סא"ל מוריס הירש. פנייה זו לא נענתה מעולם.⁴⁰

בצלם פנה גם לדובר צה"ל על מנת לקבל מידע לגבי מספר התיקים שבהם ביקשה התביעה הצבאית מעצר עד תום ההליכים ומספר המקרים שבהם קיבל בית המשפט את הבקשה.⁴¹ רק כעבור חצי שנה העביר דובר צה"ל לבצלם נתונים אלה, אולם בנוגע לשבוע עבודה אחד בלבד.⁴² הסיבה, לטענת דובר צה"ל, היא שהליכי המעצר אינם ממוחשבים ולכן הפקת הנתונים הנדרשת "תהווה הקצאת משאבים בלתי סבירה בהתאם לס' 18(1) לחוק חופש המידע".⁴³ להלן פירוט המידע שנמסר:

פסיקת בתי המשפט הצבאיים בנוגע למעצר עד תום ההליכים בתאריכים 14.8.14-10.8.14

סוג העבירה	התביעה דרשה מעצר עד תום ההליכים	הבקשה התייתרה – עסקת טיעון	הבקשה התקבלה	הבקשה נדחתה
פח"ע	26	1	22 (אחד נהפך בערעור)	3
הפרות סדר	27	3	23	1 (נהפך בערעור)
פלילי	1			1 (נהפך בערעור)
יציאה מהגדה ללא היתר	32	15	15	2
תעבורה	64			
סה"כ	160	19	60	7

³⁹ בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ב-תשע"ג – 2012, עמ' 18; דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ג-תשע"ד, 2013, עמ' 13.

⁴⁰ מכתב מבצלם לסא"ל מוריס הירש, התובע הצבאי לאזור יהודה ושומרון, 24.12.13.

⁴¹ מכתב מבצלם לרס"ן זוהר הלוי, רמ"ד זכויות האדם ופניות הציבור בדובר צה"ל, 24.4.14.

⁴² מכתב לבצלם ממדור פניות הציבור בדובר צה"ל, 7.10.14.

⁴³ מכתב לבצלם ממדור פניות הציבור, דובר צה"ל, 4.12.14.

על פי נתונים אלה, בהפחתת תיקי התעבורה, דורשת התביעה מעצר עד תום ההליכים כעניין שגרתי, ובקשה כזו הוגשה בכ-90% מהתיקים. בתי המשפט הצבאיים, מצדם, מקבלים דרישות אלה ברוב המכריע של המקרים, והן נענו בכ-90% מהתיקים שבהם הכריע בית המשפט של הערכאה הראשונה.

התביעה ערערה בארבעה מתוך שבעת המקרים שבהם דחה בית המשפט את בקשתה. שניים מהעררים התקבלו והנאשמים נותרו במעצר (אחד בעבירה של הפרות סדר ואחד באישום פלילי) ושלישי נדחה. לגבי הרביעי לא ניתנה החלטה עד מועד שליחת התשובה. הסנגוריה ערערה בשלושה מקרים. ערר אחד התקבל והנאשם (בעבירת פח"ע) שוחרר ושני העררים האחרים נדחו. סה"כ התקבלה בשבוע זה בקשת התביעה ב-91% מהמקרים שבהם הכריע בית המשפט.

נוסף על כך ביקש בצלם לקבל פרוטוקולים של דיוני הארכות מעצר בערכאה הראשונה ובערכאת הערעורים. השגת המידע נתקלה בקשיים רבים. פנייתו הראשונה של בצלם לדובר צה"ל בעניין זה נעשתה בנובמבר 2011.⁴⁴ לאחר מגעים ממושכים עם גורמים שונים בצבא, ובהם דובר צה"ל ויחידת בתי המשפט הצבאיים,⁴⁵ הועברו לבצלם במאוס 2012 החלטות של בית המשפט לערעורים מתקופה בת ארבעה חודשים. בסוף יוני 2012 הועברו לבצלם 260 פרוטוקולים נוספים של דיונים בערכאה הראשונה שעסקו בהארכת מעצר עד תום ההליכים. החומרים נאספו מדיונים שהתקיימו בתאריכים שנבחרו מראש על מנת ליצור מדגם מייצג.

גם כאן מראה ניתוח הנתונים שבתי המשפט בערכאה הראשונה נוטים לקבל את דרישת התביעה למעצר עד תום ההליכים. ב-127 מתוך 260 התיקים לא התקיים דיון: ב-105 מהם בשל בקשה לדחייה שהוגשה על ידי הסנגור ובשאר המקרים מסיבות טכניות, כמו היעדר ייצוג לנאשם או מסמכים חסרים בתיק. 133 המקרים הנותרים, שבהם התקבלה החלטה בדרישת התביעה למעצר עד תום ההליכים, התפלגו כלהלן:

- ב-24 מתוכם הורה השופט על שחרור הנאשמים בתנאים. במקרה אחד הגיעו הצדדים לעסקת טיעון מיד לאחר שניתנה ההחלטה, בשל סכום הערבות הגבוה שקבע השופט.
- ב-109 תיקים הנותרים (82%) הורה השופט על הארכת המעצר עד תום ההליכים; 75 מתוכם היו בהסכמת הסנגור.

בחינת החלטות בית המשפט לערעורים שהועברו לבצלם מצביעה על קבלה של אחוז גבוה יותר של ערעורי התביעה מזה של ערעורי ההגנה. 68 מתוך הערעורים שהועברו לבצלם עסקו בהארכת מעצר עד תום ההליכים, ובכללם שני מקרים שבהם שני הצדדים ערערו. מתוך ערעורים אלה: - 30 הוגשו על ידי הסנגוריה. 12 עררים (40%) התקבלו והנאשמים שוחררו. - 38 הוגשו על ידי התביעה. 25 עררים (65%) התקבלו והנאשמים נותרו במעצר.

הנתונים בנוגע לשנים 2012 ו-2013 מצביעים על מגמה דומה:⁴⁶

	עררי תביעה	עררי סנגוריה
2012	129 (59 התקבלו – 46%)	130 (29 התקבלו – 22%)
2013	63 (40 התקבלו – 53%)	166 (62 התקבלו – 37%)

מעצר עד תום ההליכים בישראל

בדומה למצב שתואר במערכת המשפט הצבאית, גם מערכת המשפט הישראלית אינה מציגה נתונים באשר למעצר עד תום ההליכים. פנייה של בצלם להנהלת בתי המשפט בבקשה לקבל נתונים על מספר הבקשות למעצר עד תום ההליכים ועל החלטות בתי המשפט נענתה אף היא

⁴⁴ מכתב מבצלם לסג"מ רתם נסים, מדור זכויות האדם ופניות הציבור בדובר צה"ל, 22.11.11.

⁴⁵ מכתב מבצלם ליחידת בתי המשפט הצבאיים, 2.1.12; מכתבים לרס"ן זוהר הלוי, רמ"ד זכויות האדם ופניות הציבור בדובר צה"ל, 9.1.12 ו-22.2.12; מכתב מבצלם לסא"ל רוברט נויפלד, קצין ניהול יחידת בתי המשפט הצבאיים בפרקליטות איו"ש, 15.3.12. מכתב לבצלם מרס"ן זוהר הלוי, רמ"ד זכויות האדם ופניות הציבור בדובר צה"ל, 1.4.12.

⁴⁶ מכתב לבצלם ממדור פניות הציבור בדובר צה"ל, 13.4.14.

בטענה שהנתונים "אינם מקבלים ביטוי סטטיסטי במערכות הממוחשבות של הרשות. לפיכך לא ניתן להפיקם".⁴⁷

ממידע שפורסם במסגרות שונות ניתן לראות כי בשנים האחרונות חלה עלייה משמעותית במעצרים אלה. לפי דו"ח הסנגוריה הציבורית לשנת 2013, בשנת 1998 היו 6,080 מעצרים עד תום ההליכים בישראל, ואילו בשנת 2013 הגיע מספרם ל-20,082.⁴⁸ לפי נתונים שהציג סגן הסנגורית הארצית (דאז), יואב ספיר, עולה גם כי שיעור המעצרים עד תום ההליכים מכלל המעצרים צמח במהלך השנים: בשנת 1998 היוו המעצרים עד תום ההליכים כ-15% מכלל המעצרים. בשנת 2009, כעשר שנים לאחר מכן, הגיע שיעורם ל-27% מכלל המעצרים. זאת, למרות שמספר כתבי האישום שהוגשו ירד בתקופה זו.⁴⁹

אחד המחקרים היחידים שנעשו בתחום זה הוא מדגם סטטיסטי שנערך מטעם מחלקת המחקר של הרשות השופטת במאי 2012 והסתמך על תיקים שנבחנו בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים בין מאי 2010 למאי 2011. לפי מחקר זה:

- בבתי משפט השלום דרשה התביעה ש-27.4% מהנאשמים יישלחו למעצר עד תום ההליכים. הבקשה התקבלה בכמחצית מהמקרים.
- בבתי המשפט המחוזיים דרשה התביעה ש-87.7% מהנאשמים יישלחו למעצר עד תום ההליכים. בתי המשפט קיבלו כשני שלישי מהבקשות.⁵⁰

המחקר מצביע על הפער העצום הקיים בין מדיניות התביעה הצבאית והכרעות בתי המשפט הצבאיים ובין המציאות הקיימת בתוך ישראל: הן מבחינת מספר המקרים שבהם דורשת התביעה מעצר עד תום ההליכים מלכתחילה והן מבחינת אחוז המקרים שבהם בקשות אלה מתקבלות על ידי בתי המשפט.

⁴⁷ מכתב לבצלם משרון סבן-ספראי, ממונה לפי חוק חופש המידע במשרד המשפטים, 17.12.14.

⁴⁸ משרד המשפטים, **הסנגוריה הציבורית: דו"ח פעילות 2013**, עמ' 17.

⁴⁹ דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, 28.2.11.

⁵⁰ אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים**, אוניברסיטת חיפה ומחלקת מחקר של הרשות השופטת, מאי 2012, עמ' 28-29.

תנאי ראשון למעצר עד תום ההליכים: "ראיות לכאורה"

התנאי הראשון שנקבע בחוק המעצרים הישראלי לאישור מעצר עד תום ההליכים הוא קיומן של "ראיות לכאורה" להוכחת אשמת הנאשם. ההחלטה על המעצר מתקבלת בשלב מוקדם של ההליך המשפטי, לפני שמיעת העדים ולפני שהייתה לנאשם אפשרות לחקור אותם בחקירה נגדית. השופט אינו יכול להכריע עדיין בנוגע לאיכותה של החקירה או בנוגע למהימנותם של העדים. לכן הראיות הנדרשות בשלב זה אינן צריכות לעמוד ברף הנדרש לצורך הרשעה והן קרויות "ראיות לכאורה".

מהן "ראיות לכאורה"?

חוק המעצרים אינו מבהיר מה אמורות לכלול הראיות כדי שניתן יהיה לקבוע שהן עומדות בדרישת ה"לכאורה", והפסיקה היא שניסתה להבהיר את מהותה של דרישה זו. כך קבע השופט (כתוארו אז) מאיר שמגר:

לא ניתן לעבד אמות-מידה מדויקות, אשר יכולות לשמש את בית המשפט כאשר הוא משווה את הטענות השונות זו עם זו. פשוט וברור הוא, כי ראשית יבדוק אם יש ראיות לכאורה המבססות את טענות התביעה, ולאחר מכן יבחן כאמור באיזו מידה יש בעדויות הסותרות כדי לשלול את סבירותה של גרסת התביעה או לכרסם בה. בשלב זה יש לתת את הדעת, כאמור לעיל, לאופיין של הראיות הסותרות, היינו, למשל, זיקתו של העד אל החשוד, האפשרויות של טעויות-אנוש מכל צד, מול תיאור הנראה על פניו ודאי יותר וכיוצא באלה שיקולים, שהם תוצאה של ארגון החומר שנאסף עד לשלב האמור ואשר הם תולדה של טביעת העין השיפוטית וניסיון החיים הכללי.⁵¹

דברים דומים קבע נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט אהרון ברק, בפסק דין שעסק בשאלה זו בהרכב מורחב של תשעה שופטים. לדעתו, השאלה המנחה היא "אם טיבה של הראיה – על רקע מכלול הראיות כולן המצוי בשלב זה – הוא כזה שקיים סיכוי סביר לכך שאותה ראיה תהפוך בסוף ההליך הפלילי לראיה רגילה אשר על פיה, היא לבדה או בהצטרפה לראיות פוטנציאליות אחרות, ניתן יהיה לקבוע כנדרש את אשמתו של הנאשם". בהמשך הבהיר השופט ברק:

אם בראיות שעליהן מבססת התביעה את האישום מובנה ספק הדבק בהן, מעין "פגם גנטי" שלא יוסר במהלך המשפט, שוב אין לראיות הכוח הראייתי הפוטנציאלי הדרוש להעמדת סיכוי סביר להוכחת האשמה. ודוק: השאלה אינה אם חומר הראיות המצוי בידי התביעה מוכיח "לכאורה" את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. המבחן הינו אם בחומר החקירה שבידי התביעה מצוי פוטנציאל ראייתי אשר בסיום המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי.⁵²

הלכה זו קובעת רף נמוך יחסית, שהתביעה לא תתקשה לחצותו. כפי שנטען בביקורות בספרות המשפטית, אם לא היו בתיק ראיות בעלות פוטנציאל להביא להרשעת הנאשם, סביר שהתביעה לא הייתה מגישה כתב אישום מלכתחילה.⁵³

שופטי בתי המשפט הצבאיים הצהירו כי הלכה זו מנחה אותם בבואם להכריע האם עמדה התביעה בדרישה של "ראיות לכאורה".⁵⁴ ואולם, כפי שנראה להלן, גם הרף הנמוך שקבע השופט ברק כמעט ונעלם בבתי המשפט הצבאיים – ואף במקרים של ראיות קלושות, בעיות בגביית ההודאות או סתירות בראיות התביעה, יקבעו השופטים כי התביעה עמדה בדרישה של "ראיות לכאורה".

⁵¹ ב"ש 322/80, מדינת ישראל נ' יחיעם אוחנה, פ"ד לה(1) 359, 363.

⁵² ב"ש 8087/95, שלמה זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 133, 148. ר' גם דברי השופט קדמי בב"ש 825/98, מדינת ישראל נ' מחמוד דחלה, נב(1) 625.

⁵³ ר' רינת קיטאי-סנג'רו, **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין**, נבו הוצאה לאור, 2011, עמ' 271. לביקורת נוספת על הלכת זאדה ר' גרעון גינת, "ראיות לכאורה – האם לא הגיעה העת לחדש את המבחנים שנקבעו בפרשת זאדה?", **הסנגור**, 181, אפריל 2012.

⁵⁴ ר' דברי נשיא בית המשפט לערעורים (לשעבר), אלי"מ שאול גורדון בע"מ 166+168/00, **התובע הצבאי נ' מ"ע וא"א**. ר' גם דברי השופט סא"ל רונן עצמון בע"מ 1331+1329/13, **התביעה הצבאית נ' מועאד עבד שאכר חמאמרה ודיאא מרעי עבד אלפתאח חמאמרה**.

הראיות הנפוצות בבתי המשפט הצבאיים

ממידע שנמסר לבצלם על ידי עורכי דין המייצגים נאשמים פלסטינים ומתצפיות שערך בצלם בבתי המשפט הצבאיים עולה כי ברוב המקרים של המכריע של המפקדים כתבי האישום מבוססים על הודאות ועל עדויות מפלילות, ללא ראיות קבילות אחרות.

אחת הבעיות בהסתמכות על ראיות אלה היא העובדה שהשגת המידע – במסגרת חקירות בשב"כ או במשטרה – כרוכה במקרים רבים בפגיעה בזכויות האדם. דו"ח זה לא עוסק בנושא זה, אולם במהלך השנים פורסם מידע רב הנוגע לו, אשר חיוני להבנת הבעייתיות שבהסתמכות הכמעט בלעדית על הודאות והפללות: בצלם וארגוני זכויות אדם אחרים דיווחו במהלך השנים על התעללויות ועל יחס בלתי אנושי ומשפיל במהלך חקירות בשב"כ, שבחלק מהמקרים הגיעו לדרגת עינויים.⁵⁵ בנוסף, באופן שגרתי נמנעת מעצורים פלסטינים זכותם להיפגש עם עורך דין, שיכול לייצגם ולהגן על זכויותיהם.⁵⁶ גם חקירה של קטינים כרוכה פעמים רבות בפגיעה בזכויותיהם: מעצר באמצע הלילה; חקירה ללא הוריהם או מבוגר אחר מטעמם, על ידי חוקר שאינו בהכרח חוקר נוער, מבלי שניתנה להם אפשרות להתייעץ עם עורך דין ולאחר לילה ללא שינה; החתמתם על הודאה בשפה שהם אינם מבינים ועוד.⁵⁷

בעיה נוספת הייחודית לראיות אלה היא העובדה שההודאות וההפללות נגבות בדרך כלל בשפה הערבית. ככלל, התובעים והשופטים אינם דוברי ערבית ולכן הם נאלצים להסתמך על תרגום הדברים לעברית. בכמה מקרים, בחינת ההודאות בשפת המקור העלתה כי הבסיס למעצר היה שגוי בשל שגיאות בתרגום או בתמלול הדברים.⁵⁸

כפי שיפורט להלן, ישנן בעיות משמעותיות נוספות בהסתמכות כמעט בלעדית על הודאות או על הפללות, בעיקר בשלבי הארכת המעצר:

הודאות

בעת דיון בהארכת מעצר עד תום ההליכים נוטים השופטים בבתי המשפט הצבאיים לייחס משקל גבוה להודאות של נאשמים. בדרך כלל יספיק קיומה של הודאה כדי לקבוע שישנן בתיק "ראיות לכאורה".

גם בבתי המשפט בישראל מייחסים השופטים משקל גבוה להודאה באשמה, בין השאר בהסתמך על ההנחה שאדם לא יפליל את עצמו במעשה שלא עשה. ואולם הנחה זו זכתה בעבר לביקורת נוקבת. בדצמבר 1994 פורסמו המלצות ועדת גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד. בין השאר קבעה הוועדה כי "את התפישה כי הודיית נאשם בחקירתו הינה 'מלכת הראיות', יש לקבל עם קב חומטין, וההנחה כי אין אדם משים עצמו רשע, במשמעות כי אין אדם מפליל עצמו ללא עוול בכפו, איננה יכולה להתקבל כהנחה משפטית". בהתחשב בכך קבעה הוועדה כי יש להתייחס אל הודאה כאל כל ראיה אחרת – ולאפשר הרשעה של נאשם על בסיס הודאתו רק כאשר קיימת ראיה עצמאית נוספת להוכחת ביצוע העבירה.⁵⁹

שופטת בית המשפט העליון לשעבר, דליה דורנר, התייחסה לבעייתיות הטמונה בהסתמכות על הודאות:

הודאת נאשם היא ראיה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי

⁵⁵ ר', למשל, בצלם והמוקד להגנת הפרט, בתכלית האיסור – עינוי עצורים פלסטינים והתעללות בהם על-ידי כוחות הביטחון של ישראל, מאי 2007; שיטות חשוכות – ההתנהלות כלפי עצורים פלסטינים במתקן החקירות של השב"כ בפתח-תקווה, אוקטובר 2010.

⁵⁶ שם. ר' גם הוועד נגד עינויים ונאדי אלאסיר, כשהחריג הפך לכלל: מניעת מפגש בין עצורים פלסטינים ובין עורכי דינם, אוקטובר 2010.

⁵⁷ להרחבה ר' בצלם, ילד אסור ילד מותר – הפרת זכויותיהם של קטינים פלסטינים שנעצרו בחשד ליידי אבנים, יולי 2011.

⁵⁸ ר', למשל, ע"מ ס' 3094/14, ת/ 3134/14, א"א נ. התביעה הצבאית.

⁵⁹ דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר, דצמבר 1994. ר' בעיקר חוות הדעת של פרופ' מרדכי קרמניצר, עמ' 64-66. בנושא זה ר' גם דליה דורנר, "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא וכיצד להתמודד עמה, הפרקליט מט(1), 2006, עמ' 7; בועז סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא 'קיסרית הרשעות השווא'?", עלי משפט ד, 2005, עמ' 254.

רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמיתות ההודאה. חשד זה אינו תאורטי גרידא, אלא הוא הוכח לא אחת בניסיון האנושי.⁶⁰

מומחים למשפט פלילי התייחסו אף הם לבעייתיות זו. לטענת פרופסור מרדכי קרמניצר, "אנחנו יודעים כבר הרבה שנים שההנחה הזאת שההודאה היא מלכת הראיות לא עומדת במבחן המציאות, כי אנשים מודים גם בדברים שלא עשו."⁶¹ ד"ר בועז סנג'רו קבע כי, אנשים מודים גם בדברים שהם לא עשו. בעבר נטו לחשוב שזה יכול לקרות רק לאנשים חלשים – קטינים, לוקים בשכלם וכו' – אבל היום אנחנו יודעים שזה יכול לקרות לכל אחד. גם אנשים רציונלים לחלוטין יכולים לקבל את ההחלטה להודות הודאת שווא. לא רק לוחצים עליו להודות, אלא גם מייאשים אותו ומבהירים לו שאין שום סיכוי שהוא יזוכה במשפט, ואז ההצעה קוסמת לו אפילו יותר.⁶²

בכל מקרה, על פי החוק הודאה של נאשם תהיה קבילה רק אם הוכיחה התביעה שהיא הייתה "חופשית ומרצון".⁶³ ואולם, בשלב הארכת המעצר השופטים כלל אינם בוחנים את השאלה האם ההודאה היא אכן כזו בנימוק שטענות אלה דורשות בירור מעמיק יותר ולכן יש לדון בהן רק בשלב המשפט.

על בסיס הלכה זו, דחו בתי המשפט הצבאיים טענות של נאשמים בשלב הדיון בהארכת מעצרו עד תום ההליכים, ולפיהן ההודאה נגבתה מהם באלימות ובאמצעים פסולים אחרים. השופט סא"ל צבי לקח קבע, לדוגמה, כי "טענת ההגנה באשר ללחצים ופגמים בחקירה, מן הראוי שתועלה בעת הדיון בתיק העיקרי",⁶⁴ ואילו השופט אל"מ אהרון משניות הבהיר: מיותר לומר שגם חקירתו של אדם בגיר צריכה להיעשות בהגינות, תוך הבטחת זכויותיו וכבודו, אלא שבשלב זה מוקדם עדיין לקבוע כי הזכויות הללו הופרו בחקירתו של המשיב, וראוי להותיר לערכאה הדיונית לקבוע ממצאים ולהסיק מסקנות בעניין זה.⁶⁵

רק במקרים חריגים – בדרך כלל של קטינים שנחקרו תוך פגיעה בזכויותיהם – הורו שופטים על שחרור הנאשם בתנאים, אולם לא נקבעה הלכה המחייבת את שחרורם במקרים כאלה והנושא נותר לשיקול דעתם של השופטים.

כך, למשל, קטין בן 14 וחצי הואשם ביידוי אבנים ועורך דינו, נרי רמתי, טען כי הוא נחקר לבדו – בלי נוכחות הורה או קרוב משפחה אחר ובלי שאפשרו לו להתייעץ עם עורך דין. השופט סא"ל נתנאל בנישו, אז סגן נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אישר את מעצרו עד תום ההליכים וקבע כי "אי עמידה על ההנחיה האמורה, אינה פוסלת את קבילות הראיה אלא עשויה היא להשפיע על משקלה. שאלת משקל הודאת העורר מן הראוי שתידון, על כן, כמקובל במסגרת ההליך העיקרי, בשים לב למכלול הראיות הרלוונטיות לכך".⁶⁶

במקרה אחר הורה השופט סא"ל בנישו לשחרר קטין בן 15, שהואשם אף הוא ביידוי אבנים. לטענת עורך דינו, אבי ברעם, הנער הוכה במהלך מעצרו ונחקר באמצע הלילה על ידי רכז מודיעין שאינו חוקר נוער, אשר רשם את הודאתו בעברית ולא הקליט אותה. סא"ל בנישו קבע כי יש לברר טענות אלה בהליך העיקרי אולם הוא המשיך ובחן את טענות הסנגור וקבע כי "הגם שלא ניתן למצוא פגם חוקי בחקירה שנוהלה במקרה זה, הצטברותן של הנסיבות המתוארות מעוררת תחושה קשה כי חקירה זו נעדרת מידת ההוגנות הראויה על מנת שניתן יהיה לבסס עליה את שלילת חירותו של העורר". לפיכך הורה השופט על שחרור הנאשם בתנאים.⁶⁷

במקרה נוסף הואשמו שני קטינים בני פחות מ-14 בהכנת בקבוקי תבערה וכלי נשק מאולתרים והשלכתם לעבר מחסום. עורך דינם, איאד מיסק, טען כי בחקירתם נפלו פגמים: הם הופשטו

⁶⁰ דני"פ 4342/97, **מדינת ישראל נ' אל עביד**, פ"ד נא(1) 736, 836.

⁶¹ רויטל חובל ורוני לינדר-גנץ, "פרופ' מרדכי קרמניצר: 'ההתנהלות של הפרקליטות בתיק זדורוב מפחידה'", **מוסף הארץ**, 16.10.14.

⁶² איילת שני, "הרשעת חפים מפשע ועיוות מובנה במערכת המשפט – שיחה עם פרופ' בועז סנג'רו", **מוסף הארץ**, 17.4.14.

⁶³ פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, סעי' 12(א).

⁶⁴ ע"מ 1131+1141/10, **התביעה הצבאית נ' איהאב מוחמד ג'ומעה ח'ואג'ה ומוהנד סעדאת עבד אלעני סרו**.

⁶⁵ ע"מ 1598/12, **התביעה הצבאית נ' מואיז גואד סלימאן בחר**.

⁶⁶ ע"מ 1027/10, **ס"ח נ' התביעה הצבאית**.

⁶⁷ ע"מ 2763/09, **א"ע נ' התביעה הצבאית**.

ונערך עליהם חיפוש; נחקרו בשטח ולא במשטרה, כשהם לבושים בבגדים תחתונים בלבד; והחקירה נעשתה שלא על ידי חוקר נוער. כן טען עו"ד מיסק כי אחד מהנערים הוכה, ושחוקריהם הבטיחו להם כי אם יודו – ישוחררו. השופט סא"ל רונן עצמון דחה את בקשתם לאחר שקבע ש"איני רואה לנכון לקבוע כבר עתה כי התצהיר נכון, או כי הוא שומט את הקרקע מתחת לאמרות הקיימות, או מפחית ממשקלן עד שלא יוכלו לשמש להרשעה. אם תראה ההגנה לנכון לעמת את הצהרות העורר עם גרסת החוקרים – יהיה עליה לעשות זאת במשפט העיקרי".⁶⁸

הפללות

סוג הראיה השני בשכחותו במערכת בתי המשפט הצבאיים הוא הפללות: דברים שמסרו אחרים – פלסטינים או אנשי כוחות הביטחון – המפלילים את הנאשם. שופטים נוטים לייחס להפללות אלה רמת אמינות גבוהה כבר בשלב הארכת המעצר, ובדרך כלל די יהיה בהפללה אחת – גם אם היא אינה אמינה או שיש בה סתירות – כדי לעמוד ברף הנמוך של הדרישה ל"ראיות לכאורה".

בשונה מהודאות, הפללה אינה צריכה להיות "חופשייה ומרצון". ואולם, השופטים מסרבים לדון בשלב הארכת המעצר בטענות הנוגעות לאמינותן של ההפללות ובחינתן של סתירות או של טענות הנוגעות לכך נדחית לדיון העיקרי. כך, במקרה אחד, שבו הואשם אדם ביידוי אבן אחת לעבר ג'יפ צבאי וגרימת נזק לפח ולשמשה, טען הנאשם כי הוא לא יידה אבנים וכי הזיהוי שלו על ידי החיילים מוטעה. השופט סא"ל יורם חניאל דחה את הטענה וקבע:

מצאתי צורך להבהיר ולהדגיש כי טענותיו של העורר נוגעות לעניינים שבמהימנות, אשר בהם אין ביהמ"ש מכריע בשלב זה של ההליך. אם ביקשה הסנגוריה לתקוף את זיהויו של העורר ע"י החיילים ולקבוע כי אין זיהויו על ידם מבוסס כראוי, הרי שאין מקום לטענה זו בשלב זה של ההליך, אלא בשעה שמתבררת התשתית הראייתית כולה. אף טענותיה הנוספות של הסנגוריה אינן מערערות את התשתית הראייתית גופה, אלא מבקשות לקבוע את משקלן של ראיות התביעה מחדש, ועל כן, אין מקומן להתברר עתה, עת בוחן ביהמ"ש מסגרת ראייתית לכאורית בלבד.⁶⁹

במקרה אחר הואשם אדם בחברות בחזית העממית. לטענת הנאשם, הוא הופלל על ידי שני אנשים שעמם היה מסוכסך על רקע אישי. השופט סא"ל רונן עצמון דחה טענה זו וקבע כי "טענתו של העורר בדבר הסכסוך בינו לבין שני מפליליו, אינה סיבה מספקת בעיני לקבוע כבר עתה כי נגרע משמעותית משקלו של חומר הראיות בתיק זה. דיון והכרעה בעניין זה אפשר יהיה לקיים במסגרת ההליך העיקרי".⁷⁰

כדי ששופט צבאי יקבע שהפללה אינה מספיקה לצורך הקביעה כי ישנן "ראיות לכאורה", יש צורך בפגם כה בולט – עד שכמעט ולא ניתן למצוא כזה. אפילו במקרה שבו הוכח שהמפלילים שיקרו, לפחות בנוגע לחלק מהמידע שמסרו, קבע השופט כי ההפללה מספיקה כדי לחצות את הרף של "ראיות לכאורה" וכי שתי ההפללות השקריות מחזקות האחת את השנייה. במקרה זה הואשמו חמישה פלסטינים בהשתתפות בהפגנות וביידוי אבנים בכפר קדום. הראיות בתיק כללו הפללות על ידי שני אנשים. השופט סא"ל בנישו מציין ששניהם הפלילו, כל אחד בנפרד, אדם שהתברר שהיה בכלא בזמן האירועים שבגינם לכאורה הופלל. לדבריו, "הפללה מוטעית זו מטילה ספק באשר למהימנות דברי העדים. הספק האמור הינו מסוג הספיקות אשר מן הראוי כי ביהמ"ש יידרש אליהם כבר בשלב המעצר, שכן הוא עשוי לרדת לשורשן של הראיות". ואולם השופט סא"ל בנישו ממשיך וקובע כי "גם אם להפללה מוטעית השפעה משמעותית על קביעת מהימנות הראייה, אין פירוש הדבר כי נשלל מיניה וביה תוקפה הראייתי בנוגע לכלל המופללים האחרים. ייתכן כי העד טעה בנוגע לאדם מסוים, אך דייק בנוגע לאחרים... זאת ועוד, עצם הפללתו של אדם על ידי שני העדים, עשויה להביא למסקנה כי דבריהם מבוססים דיים". השופט לא פוסל את ההפללה אלא רק קובע שיש צורך ב"תמיכה ראייתית חיצונית משמעותית", למרות השלב המוקדם בהליך. תמיכה ראייתית זו נמצאה בדמות ההפללה של המפליל השני, למרות שגם לגביה נקבע כאמור שאינה מדויקת. לדברי השופט סא"ל בנישו, "אין מניעה כי ראייה פגומה, דוגמת אמרתו של אחד המפלילים, תמצא חיזוק בהפללה נוספת אף היא לוקה בחסר".⁷¹

⁶⁸ ע"מ 1628+1629/13, א"ח וא"א נ' התביעה הצבאית.

⁶⁹ ע"מ 1133/08, אסלאם מוחמד קרעיש נ' התביעה הצבאית.

⁷⁰ ע"מ 1035/13, אמג'ד עאהד פואד סמחאן נ' התביעה הצבאית.

⁷¹ ע"מ 1770-1774/14, התביעה הצבאית נ' מצעב דאווד מוחמד שתיי ואח'.

בחלק מהמקרים נעשות ההפללות בצורה של מה שמכונה בפסיקה "רשימת מכולת". הפללות כאלה יופיעו בעיקר באירועים של חשד ליידוי אבנים. במקרים כאלה, המפליל מציין בחקירתו שורה ארוכה של שמות של אנשים שהשתתפו לכאורה באירועים. בית המשפט לערעורים קבע כי הפללה כללית ובלתי מפורטת אמנם לא תיפסל כראיה, אולם היא לא תמיד תספיק כדי לעבור את הרף הנדרש ל"ראיות לכאורה". השופט סא"ל צבי לקח כתב כי "כאשר עניין לנו בהפללה הבנויה כירשימת מכולת", ללא פירוט משמעותי וללא שנשאלו שאלות מתבקשות, קיים קושי לייחס לה משקל מלא, גם בשלב לכאורי זה".⁷² לפי השופט סא"ל עצמון:

גם רשימה ארוכה של חשודים יכולה להוות ראיה לכאורה, ואין לשלול מראש את משקלה ואת הסיכוי שתוביל להרשעה. עם זאת, יש לשקול בכל מקרה אם האמרה והרשימה ראויות לאמון, ובנסיבות מסוימות עלול משקלה של הפללה המונית כזו להיגרע, בשל ספקות ביכולתו של המפליל לזכור מה היה חלקו של כל אחד מן הרשומים באמרתו.⁷³

ואולם הפסיקה לא הבהירה מהי רמת הפירוט הנדרשת ברשימה כזו על מנת שתיחשב כראיה מספקת. כך, יהיו מקרים שבהם קבע השופט כי ההפללה כללית ולא חוצה את הרף של "ראיות לכאורה". במקרה שבו הואשם אדם בהשתתפות בהפגנות וביידוי אבנים במהלך, התבסס כתב האישום על הפללה אחת: המפליל מנה 15 שמות ובמקום ה-11 הופיע שמו של הנאשם. המפליל טען שאותו אדם השתתף אתו בהפגנות וביידוי אבנים בכמה הזדמנויות, והוסיף כי "אני לא יודע עליו פרטים נוספים". השופט אל"מ משניות קבע כי "ההתייחסות של העד היא כוללנית לכל הרשימה, ואין באמרתו פירוט ביחס למעשים הספציפיים שמיוחסים לכל אחד מהשמות הנזכרים ברשימה, וגם אין פרטים מזהים נוספים. לא נעשה כל מאמץ חקירתי לעבות במשהו את הפרטים באמרתו של העד המפליל". לכן קבע השופט כי "מדובר עדיין בראיה שעוצמתה מוגבלת" והורה על שחרור הנאשם בתנאים.⁷⁴

במקרים אחרים קבעו השופטים כי הרף הנדרש נחצה, למרות שההפללות היו כלליות. כך, למשל, הועמדו לדין שני פלסטינים, על בסיס הפללה של אדם אחד, בגין השתתפות בכמה הפגנות ובאירועים של יידוי אבנים בכפר נעלין. השופט אל"מ אריה נח דחה את טענת הסנגורית, עו"ד נעמי הגר, כי ההפללה היא סוג של "רשימת מכולת" הכוללת מספר רב של מופללים וקבע: העד אכן הפליל מספר לא קטן של מעורבים, וכמו כן לא נקב במועדים מדויקים של העבירות, אולם בכך אין לשמוט או להפחית במידה משמעותית ממשקלה הלכאורי של העדות. ניסיון החיים של בימ"ש זה מלמד כי השתתפות באירועים של הפרות סדר באזור, מרובי משתתפים, הוא דבר שבשגרה ואלה מסתיימים לעיתים תכופות עם נפגעים בגוף ובנפש. הכפר נעלין הפך לאחרונה למוקד לחיכוך מתמיד בין מיידוי אבנים לבין כוחות הביטחון, עד כדי הפיכת אירועים אלו "למכת מדינה" ופירוט האירועים בעדות המפלילה, מעידה על תכיפותם של אירועים אלה. ברור אם כן, שאיש מאותם משתתפים לא מנהל "יומן התפרעות" בו נרשמים ומחתימים המשתתפים.⁷⁵

במקרה אחר הואשם אדם כי יידה אבנים כמה פעמים לעבר כוחות צבא. בערכאה הראשונה קבע השופט כי ההפללה אינה מפורטת דיה ודחה את בקשת התביעה למעצר עד תום ההליכים. התביעה הצבאית ערערה בטענה שההפללה מספיקה. השופט סא"ל רוני עצמון קיבל את הערעור ונימק:

לפי התמונה המתקבלת, המדובר בהפגנות אלימות שמתקיימות באופן קבוע בקרבת גדר המערכת. הניסיון מלמד כי בהפגנות אלה משתתפים אנשים רבים, ולא רק שמונה או עשרה האנשים שהזכירו העדים המפלילים. כשמדובר בשורת עבירות, שמבוצעות בצוותא עם אנשים רבים מאד, אין לצפות שכל מי שנכח בהפגנות יידע למסור את פרטיהם של כל שאר המשתתפים... ייתכן שגם עד שירצה למסור את כל הפרטים, לא יוכל לעשות זאת, אם משום שלא ראה את כל מי שהשתתף, או משום שלא שם לב לכל מי שראה, או משום שאינו זוכר בעת החקירה את כל מי שראה בעבר. בנסיבות אלה, אין לייחס משמעות רבה לכך, ששמו של המשיב נזכר רק באמרתו של המפליל, ולא באמרות של מעורבים אחרים. לעיתים, בעבירות שביצע המון אדם, די בהפללה מהימנה אחת, כדי להרשיע גם בעבירות חמורות יותר מיידוי אבנים.⁷⁶

⁷² ע"מ 1131+1141/10, לעיל הע' 64. ר' גם דברי סא"ל לקח בע"מ 2595/09, עבד אל פתאח מוחמד עבד אל קאדר אחלייל נ' התביעה הצבאית.

⁷³ ע"מ 1808/13, התביעה הצבאית נ' בלאל טאלל עבד אלרחמאן ברוגותי.

⁷⁴ ע"מ 2422/12, התביעה הצבאית נ' מ"ט.

⁷⁵ ע"מ 4987+4988/08, צפואן נמר חסין נאפע ומונתצר פדל ג'מילה ח'ואג'ה נ' התביעה הצבאית.

⁷⁶ ע"מ 1522/11, התביעה הצבאית נ' צ"ש.

תנאי שני למעצר עד תום ההליכים: עילות מעצר

לאחר שהשופט קבע כי יש בתיק "ראיות לכאורה", התנאי השני הנדרש לצורך אישור של מעצר עד תום ההליכים הוא קיומה של עילת מעצר. חוק המעצרים קובע שלוש עילות מעצר: חשש לשיבוש הליכי משפט, להימלטות מן הדין, או שהנאשם "יסקן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה".⁷⁷

עילות מעצר אלה, בהגדרה, צופות פני עתיד. הן עוסקות בכוונתו העתידית של הנאשם לשבש את הליכי החקירה או לבצע מעשה המסכן את ביטחון הציבור והן מבוססות בעיקר על הערכתו של השופט לשאלה כיצד יתנהג הנאשם אם ישוחרר. אין מדובר כאן בעובדות מוצקות וככל הערכה מסוג זה היא "מתקבלת בהכרח בתנאי אי-ודאות, וצפויה מעצם טבעה לאי-דיוקים".⁷⁸

כפי שנראה להלן, השופטים בבתי המשפט הצבאיים מתעלמים מהיבט זה של עילות המעצר, ובמקום זאת הם מתבססים על שורה של חזקות הנוגעות להתנהגותם הצפויה של הנאשמים. בניגוד לחזקה המצומצמת יחסית המופיעה בחוק המעצרים, קבעו בתי המשפט הצבאיים "חזקת מסוכנות" לשורה ארוכה של עבירות. נוסף על כך, השופטים הצבאיים מניחים באופן גורף כי הנאשמים הפלסטינים לא יופיעו לדיונים בעניינם, בלי שהדבר הוכח בנוגע לנאשם הספציפי העומד בפניהם.

התייחסויות כוללניות כאלה משחררות את התביעה מהצורך להוכיח כי קיימת עילת מעצר בנוגע לנאשם הפרטי שבית המשפט דן בשאלת מעצרו עד תום ההליכים. למעשה, הנחת המוצא של בית המשפט היא כי עילה כזו קיימת ולכן ברוב המקרים התביעה אכן מצליחה לעמוד בקלות גם בתנאי זה.

עילת מעצר 1: מסוכנות

עילת המסוכנות אינה קשורה בהכרח להליך המשפטי שבגינה עומד הנאשם לדין, אלא לחשש שהנאשם יבצע עבירות אחרות מאלה שכתב האישום אם ישוחרר. לפיכך, יש משהו כמעט מקרי במעצר אנשים על סמך עילה זו, שהרי אם לא היה מוגש נגדם כתב אישום לא ניתן היה לעצור אותם כלל. מעצר בגין מסוכנות הוא מעצר מונע, סוג של מעצר מנהלי השמור לנאשמים בלבד, וככזה יש להגבילו לנסיבות קיצוניות ביותר. לדברי ד"ר רינת קיטאי-סנג'רו:
לגיטימיות המעצר למניעת עבירות נוספות רחוקה מלהיות מובנת מאליה... הכרה בעילת מעצר זו כרוכה בהתמודדות עם בעיות חוקתיות ומוסריות בלתי פשוטות. בעיות אלו, גם אם אינן מובילות בהכרח למסקנה כי יש לפסול עילת מעצר זו כבלתי חוקתית, צריכות להשליך על היקפה, ולהביא לתחימת סוגן ומהותן של העבירות שמניעתן המוקדמת מצדיקה מעצר של אדם שטרם הורשע בדינו.⁷⁹

בחוק המעצרים הישראלי נקבעה "חזקת מסוכנות" עבור שורת עבירות חמורות כמו ריגול ובגידה, אלימות קשה, עבירות סמים ושורה של עבירות ביטחון – לרבות עבירות שאינן כוללות מעשי אלימות.⁸⁰

בתי המשפט הצבאיים החילו את חזקת המסוכנות על עבירות רבות נוספות. התוצאה היא שכמעט כל העבירות שפלסטינים מועמדים בגינן לדין (למעט עבירות תעבורה ועבירות פליליות) נכללות ברשימה זו. השופט אל"מ אריה נח הסביר מדיניות זו בכך שאמנם חוק המעצרים הישראלי משמש ככלי פרשני בבתי המשפט הצבאיים, אולם "לא ניתן להתעלם מהנסיבות המיוחדות השוררות באזור שעה שנבוא להגדיר את 'המסוכנות' וכן לבחון את חלופות המעצר".⁸¹

להלן כמה דוגמאות להרחבת עילת המסוכנות:

מסוכנות אוטומטית בעבירות של כניסה לישראל ללא היתר

⁷⁷ חוק המעצרים, סעי' 21(א)(1).

⁷⁸ קיטאי-סנג'רו, לעיל הע' 53, עמ' 277.

⁷⁹ שם, עמ' 147. להרחבה בנושא ר' גם עמ' 133-138.

⁸⁰ לביקורת על חזקת המסוכנות ר' שם, עמ' 292-298. ר' גם רינת קיטאי, "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מו (ב), 2003, עמ' 282, בעמ' 307.

⁸¹ ע"מ 4987+4988/08, לעיל הע' 75.

כניסה לישראל ללא היתר, כאשר נלוות לה עבירות נוספות או כאשר אין זו הפעם הראשונה שהנאשם נעצר בגין עבירה זו, נחשבת לעבירה שמקימה את עילת המסוכנות באופן אוטומטי. כך, למשל, קבע נשיא בית המשפט הצבאי לשעבר, אל"מ שאול גורדון:

מקום בו עובר אדם עבירה של יציאה מן האזור ללא היתר או נהיגה ברכב ישראלי ללא היתר, כשלצדו, או על מנת לאפשר ביצועו, עובר אדם עבירות נוספות כגון: זיוף או התחזות לאחר, יהיה ברגיל מקום למעצר עד לתום ההליכים... העילה למעצר במקרים כגון אלה הינה עילת המסוכנות.⁸²

נשיא בית המשפט, אל"מ נתנאל בנישו, הבהיר אף הוא:

קבענו לא אחת כי עבירה של הפרת הוראה בדבר סגירת שטח עשויה להקים עילת מסוכנות... כך, לדוגמה, כאשר לחובת הנאשם עבר קודם בתחום או כאשר מדובר בכניסות מרובות לישראל... כאשר לעבירה זו מתלווה אף רכיב של זיוף ושימוש במסמך מזויף, עולה המסוכנות וגובר החשש להימלטות.⁸³

ההלכה בנוגע לקיומה של עילת המסוכנות במקרים של כניסה לישראל ללא היתר ממשיכה להתקיים גם כאשר השופטים קובעים במפורש שלא נשקפת כל סכנה מהנאשמים העומדים בפניהם. כך, למשל, קבע הנשיא לשעבר אל"מ שאול גורדון:

הסכנה הצפויה מן המשיב אינה נמדדת לפי כוונותיו שלו, אלא בהתאם לנזק הביטחוני אשר גורם הוא במעשיו בפועל. מוכן אני להניח, כי אילו היה המשיב היחיד אשר ביקש להיכנס לישראל ללא היתר, לא היה במעשיו, חמורים ככל שיהיו, כדי להטיל נטל מיוחד על כתפי כוחות הביטחון. יחד עם זאת, לאור היקפה של תופעה חמורה זו, ולאור המציאות הביטחונית המיוחדת דהיום, אודותיה נדמה כי אין צריך להוסיף מילה, הרי שהמשיב ורבים כמוהו מטילים נטל כה כבד על כוחות הביטחון, עד שיש בכך משום פגיעה ברורה ביכולת למקד את הפעילות נגד המפגעים העושים דרכם אל תוך תחומי מדינת ישראל.⁸⁴

ובמקרה אחר קבע השופט סא"ל שלומי כוכב:

אני מוכן להניח כי העורר אכן אינו מתכוון לבצע כל עבירה בישראל, ורק רוצה להתפרנס או לחמוק ממבקשי רעתו ברשות הפלסטינית. אולם הסכנה נמצאת בכיוון אחר לגמרי. הסכנה היא שיחד עם הציבור הגדול של הפלסטינים, המבקשים רק להתפרנס מעבודה בישראל, חומקים ומסתננים לישראל גם אותם מחבלים, המבקשים לבצע פיגועים. על כן יש לאכוף בקפידה את החוקים וההיתרים המסדירים כניסה לישראל, שאם לא כן יצליחו המחבלים (שהעורר כמובן אינו אחד מהם) להיכנס לישראל. מכאן צומחת עילת המעצר בעבירות אלו, ומכאן גם הסכנה במקרה הנוכחי.⁸⁵

מדברים אלה של השופטים עולה כי מעצרו עד תום ההליכים של נאשמים בעבירה של כניסה לישראל ללא היתר לא נועד למנוע סכנה הנשקפת מהם עצמם, כי אם להרתיע אחרים מלבצע את אותה עבירה. השופטים מודעים היטב לעובדה שרוב הנאשמים בעבירה זו נכנסו לישראל לצורכי פרנסה בלבד. פרשנות קיצונית זו סותרת את העיקרון הבסיסי של עילת המסוכנות, שנועדה למנוע סכנה הנשקפת מהנאשם האינדיבידואלי – והיא מעמידה את הנאשם בעמדה בלתי אפשרית, כאשר אין לו כל דרך לסתור את ההנחה של השופטים או להשפיע על ההחלטה בהתנהגותו.⁸⁶

מסוכנות אוטומטית בעבירות של ידוי אבנים

בשורה ארוכה של פסקי דין חזרו השופטים וקבעו כי ידוי אבנים מקים את עילת המסוכנות – גם במקרים של ידוי אבנים חד פעמי וגם כשמדובר בקטינים בני 14 – תוך התעלמות מההבדלים הרבים הקיימים בין אירועים שונים. השופטים קבעו כי מסוכנות זו גוברת כאשר כתב האישום מתייחס להשתתפות ב"הפרת סדר המונית" או ליידוי אבנים לעבר כביש או לעבר כלי רכב.

כך, למשל, קבע הנשיא לשעבר, אל"מ אהרון משניות:

⁸² ע"מ 116/01, עיד ע/כרים נתשה נ' התובע הצבאי.

⁸³ ע"מ 1848/13, סאמח עדנאן מוחמד מחמוד עביד נ' התביעה הצבאית.

⁸⁴ ע"מ 116/01, לעיל הע' 82.

⁸⁵ ע"מ 2238/10, התביעה הצבאית נ' מעאד מוחמד עבד אל חאפד צדקה.

⁸⁶ להרחבה ר' קיטאי, לעיל הע' 80, עמ' 292-294.

מדובר באירוע של הפרת סדר המונית, והסנגור אף ציין בבימ"ש קמא כי בעת האירוע נכחו במקום 25 נערים. יש בכך נסיבה מחמירה שמחזקת את המסוכנות. אמנם מדובר בקטיין יליד יוני '94, אולם גילו קרוב לגיל הבגירות באזור (16). מדובר כאמור בנסיבות חומרה מיוחדות הנובעות מהאופי ההמוני של האירוע, אשר נשקפת ממנו מסוכנות גדולה יותר, ולכן לא מצאתי כי נפל פגם בהחלטתה של השופטת הנכבדה קמא, שקבעה כי האינטרס הציבורי מחייב את מעצרו עד תום ההליכים, בכדי לתת מענה ראוי למסוכנות העולה ממעשיו, חרף גילו.⁸⁷

בדומה, קבע השופט סא"ל יורם חניאל: הגם כי מדובר ביידי אבן אחת בלבד ע"י מי שעברו נקי, מלמד הדבר על מסוכנותו ועל חיוניות מעצרו. יש להקפיד על האיזון הנדרש בין האינטרס הפרטי העומד ביסוד זכויותיו של העורר, לבין האינטרס הציבורי המחייב על שלמות גופם של חיילי צה"ל והבטחת הסדר הציבורי. איזון זה מצביע על מסוכנות ועל הצורך להורות על מעצר עד תום ההליכים.⁸⁸

וכך קבע השופט סא"ל צבי לקח: אמנם, המדובר באירוע אחד, אולם נסיבותיו חמורות במיוחד. מי שהולך בחבורה ומתוך מאמץ מיוחד, תוך מחשבה מראש, לעבר ציר ראשי, בו נוסעים כלי רכב אזרחיים במטרה ליידות מטחי אבנים לעברם, מלמד על מסוכנות שלא ניתן לאיין בחלופת מעצר. העורר עצמו יידה שתי אבנים, וחבריו יידו אבנים נוספות. הליכה מתוך כוונה תחילה לעבר ציר ראשי בחבורה, מלמדת מראש על רצון לגרום לנזק, ועל פוטנציאל מסוכנות מיוחד. לפיכך, המסוכנות הנשקפת מהעורר הינה גבוהה, ואין מקום לחלופת מעצר.⁸⁹

מסוכנות אוטומטית בעבירות של חברות ופעילות בארגונים שהוגדרו "לא חוקיים":

על פי חוק המעצרים, חברות ופעילות בארגונים שהוגדרו "לא חוקיים" מקימה את חזקת המסוכנות.⁹⁰ עבירות אלה מעוגנות בתקנות 84 ו-85 לתקנות ההגנה (שעת חירום) משנת 1945, שנחקקו בזמן המנדט הבריטי. הן מעניקות שיקול דעת נרחב לרשויות ומנוסחות באופן גורף. ההגדרה של "התאחדות בלתי מותרת" כוללת שורה של מעשים ההופכים ארגון לאסור – החל מקריאה להשמדת מדינת ישראל ועידוד מעשי טרור נגד הממשלה או עובדיה וכלה ב"גרימת שנאה או בוז, או הסתה לאיבה, כלפי הממשלה או שריה". גם מידת המעורבות של אדם בארגון, כזה עשויה לנוע בין מגוון רחב של פעולות, ובהן החזקת משרה בארגון, ביצוע שירות עבורו, נוכחות באספות, החזקת כרזה או סמל של הארגון ומתן תרומה לו.⁹¹

המנעד הרחב של הפעולות והמעשים, הכולל בתוכו גם פעילות פוליטית לגיטימית, אמור היה לקבל ביטוי בהחלטות השופטים בנוגע להארכת מעצר עד תום ההליכים של נאשמים, בעיקר בכל הנוגע למסוכנות הנשקפת מהם. למרות זאת, עילת המסוכנות מיוחסת באופן אוטומטי כמעט לכל מי שנאשם בעבירה על התקנות, תוך התעלמות מאופי המעשה המיוחס לו.

על פי ההלכה הקיימת בבתי המשפט הצבאיים, אם יש ראיות המצביעות על כך שאדם היה חבר בזמן כלשהו בהתאחדות שהוכרזה כאסורה, יש לראותו כאילו הוא עדיין חבר בה, אלא אם הצליח להציג ראיה חד משמעית שתוכיח אחרת. לפיכך, גם אם ההפללות לפעילות בהתאחדות לא חוקית ניתנו כמה שנים קודם לכן, הרי שלדידו של בית המשפט פעילות זו נמשכת, ומכאן נלמדת מסוכנותו של הנאשם. כך גם בהיעדר ראיות לכך שהנאשם עדיין חבר בהתאחדות או למסוכנות הנשקפת ממנו כתוצאה מחברות זו.⁹²

⁸⁷ ע"מ 1306/10, א"ש נ' התביעה הצבאית. באוקטובר 2011 הועלה גיל הקטינות בגדה המערבית ל-18. ר' צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 10) (יהודה והשומרון), התשע"א-2011, סעי' 3. להרחבה ר' http://www.btselem.org/hebrew/legislation/20111005_minority_age_changed

⁸⁸ ע"מ 1133/08, לעיל הע' 69.

⁸⁹ ע"מ 1533/12, י"ס נ' התביעה הצבאית.

⁹⁰ חוק המעצרים, סעיף 21(א)(1)(ג)(2).

⁹¹ להרחבה על הבעייתיות הטבועה בעבירות אלה ר' מיכל צור (בהנחיית פרופ' מרדכי קרמיניצר), תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, המכון הישראלי לדמוקרטיה, אוקטובר 1999, עמ' 47-54; חאלד גנאים ומרדכי קרמיניצר, עבירות נגד המשטר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008, עמ' 24-27.

⁹² ע"מ (איו"ש) 56/00, ע"מ אברהים מחמד קוואסמה נ' התובע הצבאי.

לאופי הפעילות של הנאשם בהתאחדות שהוכרזה כאסורה כמעט שאין משמעות. בית המשפט העליון קבע כי הפרדה בין פעילות אזרחית בהתאחדויות שהוכרזו כ"בלתי חוקיות" לבין פעילות צבאית בהן היא "מלאכותית ושגויה".⁹³ כך כתב השופט שוהם:

אכן, בפעילות אזרחית עסקינן, ואפילו בפעילות במישורים המושכים את הלב, בתחומי צדקה, רווחה, חינוך, דת וכיו"ב. אך זאת משימתה ומטרתה של הזרוע האזרחית של ארגון טרור, להכשיר את הלבבות, לקרב את האנשים לפעילות החמאס ולהרחיב את מעגל התומכים בחמאס. לא בכדי נאסרת פעילותו של החמאס – גם במישור האזרחי המובהק – במדינות מתוקנות, על אחת כמה וכמה בישראל ובירושלים.⁹⁴

בתי המשפט הצבאיים אימצו הלכה זו וקבעו גם הם שאין משמעות לשאלה האם הפעילות בארגון שהוכרז כבלתי חוקי היא אזרחית או פלילית. בערעור על מעצרים עד תום ההליכים של שרים ושל חברי המועצה המחוקקת של הרשות השייכים לחמאס, קבע הנשיא לשעבר, אל"מ שאול גורדון:

כיום, ידוע לכל כי האבחנה בין פעילות צבאית לפעילות אזרחית הינה אבחנה מלאכותית... כבר קבע בימ"ש זה לא אחת ולא שתיים כי מעשים חוקיים וראויים כשלעצמם כלימודי דת או חלוקת מזון לנוזקים, יבואו בגדר ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, אם נעשים הם בשם החמא"ס... אף אם פעילותם של המשיבים הייתה במישור האזרחי בלבד, הרי שעצם חברותם בארגון עוין זה, ועצם נכונותם למלא תפקיד עבור הארגון, מקימים עילת מסוכנות.⁹⁵

במקרה אחר, שבו הואשמה אישה בפעילות באגודת צדקה שהוכרזה כהתאחדות בלתי מותרת, הבהיר הנשיא לשעבר, אל"מ אהרון משניות:

אכן על פני הדברים, מדובר בפעילות הומניטארית שנועדה לסייע לנוזקים, אולם כאשר פעילות זו נעשית במסגרת התאחדות אסורה, יש בה כדי לתרום להאדרת שמה ומעמדה של אותה התאחדות, להביא לביצור כוחה ולחיזוק השפעתה על האוכלוסייה, ובסופו של דבר לגרום לחיזוק התמיכה הציבורית בארגונים שמסכנים את ביטחון האזור ואת ביטחון המדינה.⁹⁶

בתי המשפט הצבאיים לא הסתפקו בביטול ההבחנה בין פעילות צבאית לאזרחית, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, אלא המשיכו וקבעו שלצורך עילת המסוכנות אף לא נדרשת כל פעילות של ממש בארגון. די במה שמכונה "חברות ערטילאית" בארגון כדי להחשיב את האדם כמסוכן. כך קבע אל"מ גורדון בנוגע לאדם שהואשם שהצטרף לזרוע הסטודנטאילית של הג'יהאד האיסלאמי באוניברסיטה הפתוחה בדורא כי "אכן, אין חומר הראיות מצביע על פעילות ספציפית של המשיב, אך כבר פסקנו כי אף חברות ערטילאית בארגון טרור תצדיק ברגיל מעצר עד לתום ההליכים".⁹⁷ וסא"ל בנישו קבע כי "הלכה ידועה היא כי עבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, אף אם זו אינה מלווה בפעילות, תקים ככלל עילה למעצר עד תום ההליכים לנוכח המסוכנות הטמונה במי שהיה מוכן להצטרף להתאחדות כאמור".⁹⁸

עילת מעצר 2: חשש להימלטות מהדין

עילת מעצר נוספת המופיעה בחוק המעצרים היא החשש להימלטות מהדין. עילה זו מתקיימת כאשר ישנו חשש שאם הנאשם ישוחרר – בתנאים או ללא תנאים – הוא יימלט ולא יגיע למשפטו.

מפסיקות בתי המשפט הצבאיים עולה כי זהו חשש כמעט אינהרנטי לכל הנאשמים הפלסטינים, וכי התביעה אינה נדרשת להציג הוכחות לקיום חשד ביחס לנאשם הספציפי. די בכך שהנאשם גר בשטח A או B – שם חיים רוב הפלסטינים בגדה המערבית – כדי שתתקבל טענת התביעה שקיים חשש שהלה יימלט מהדין.

הטיעון של התביעה הצבאית מתחיל מסוף התהליך: אם הנאשם לא יגיע לדיון, לא ניתן יהיה לעצור אותו מחדש – כי לשם כך יהיה צורך להכניס חיילים לשטחי A או B, דבר העלול לסכנם.

⁹³ השופטת פרוקצ'יה בבש"פ 6552/05, ראסם עבידאת נ' מדינת ישראל.

⁹⁴ בש"פ 392/12, פלוני ואח' נ' מדינת ישראל.

⁹⁵ ע"מ 3249/06, התובע הצבאי נ' באסם אחמד מוסא זעארו.

⁹⁶ ע"מ 3509/07, התביעה הצבאית נ' נדא ג'מאל מחמד חסן.

⁹⁷ ע"מ 2244/05, התובע הצבאי נ' עלאא רזק עיסא אבו סונדוס.

⁹⁸ ע"מ 1593/05, התובע הצבאי נ' שאדי זיאד אברהים הווארין.

כדי למנוע מראש מצב כזה, דורשת התביעה לא לשחרר את הנאשם, בלי שהיא מציגה ולו ראייה אחת שאכן בכוונתו להימלט.

ככלל, מקבלים שופטי בית המשפט הצבאי לערעורים טיעון זה, וגם הם מתייחסים לשאלה התיאורטית ולא לנאשמים העומדים מולם. כך הבהיר השופט סא"ל רונן עצמון:

מגוריו של הנאשם באזור A או B והקושי הרב לפקח על קיום תנאי שחרור או לאתר ולעצור בהם אדם, הם שיקול כבד משקל בהחלטה אם לשחרר נאשם ממעצר בעת משפטו. משמעות הדבר היא, שרק במקרה שבו קיים סיכון נמוך להימלטות מן הדין וכשבית המשפט נותן אמון רב יחסית בנאשם, ראוי יהיה לשחררו בתנאים לשטח שאינו בשליטה ישראלית מלאה.⁹⁹

בית המשפט העליון קבע בנושא זה הלכה כמעט הפוכה, אולם במקרה זה העדיפו שופטי בתי המשפט הצבאיים להתעלם ממנה. על פי הלכה זו, גם אם השופטים רשאים להתחשב במקום מגוריו של הנאשם, אין בכך כדי להוות עילת מעצר עצמאית ומגורים בשטח A או B אינם יכולים כשלעצמם למנוע את שחרורו של נאשם ממעצר. כך קבע השופט ג'ובראן:

בית משפט זה הביע את דעתו במספר רב של החלטות כי העובדה לבדה כי הנאשם מתגורר באזור שאינו נתון בשליטה של מדינת ישראל, ואינו נתון לפיקוחה של משטרת ישראל, אין בה כדי להביא למעצרו בנסיבות בהן היה משתחרר נאשם, תושב ישראל. עובדת היותו של נאשם תושב האוטונומיה, כשלעצמה, מהווה רק אחד השיקולים לשלילתה של חלופת מעצר לגביו, כאשר השיקול המרכזי הוא הסיכון הממשי של המלטות מן הדין.¹⁰⁰

⁹⁹ ע"מ 1940/14, התביעה הצבאית נ' פארס ריאד פארס אבו חסן.

¹⁰⁰ בשי"פ 6339/03, מדינת ישראל נ' חושיה מחמוד. להרחבה בנושא זה ר' קיטאי-סנגיר, לעיל הע' 53, עמ' 280.

תנאי שלישי למעצר עד תום ההליכים: היעדרה של חלופת מעצר

התנאי השלישי לאישור של מעצר עד תום ההליכים, לאחר שנקבע שישנן "ראיות לכאורה" להוכחת אשמתו של הנאשם וכי מתקיימת אחת מעילות המעצר, הוא שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת, שפגיעתה בנאשם פחותה ("חלופת מעצר").¹⁰¹ לרשותם של השופטים בבתי המשפט בישראל עומדת שורה של חלופות כאלה: מעצר בית מלא או חלקי, איזוק אלקטרוני, ערבות של צד שלישי, הרחקה ממקום המגורים, דרישה להתייצבות בתחנת משטרה, עיכוב יציאה מהארץ, כליאה במעונות סגורים במקום בבתי מעצר ועוד. על החלופה הראויה להיקבע בהתאם לעילת המעצר באותו מקרה ובהתאם לנסיבותיו האישיות של הנאשם.

דרישת החוק לחפש חלופת מעצר מבהירה שברירת המחדל חייבת להיות שחרור הנאשמים, כפי שקבע המשנה לנשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט מנחם אלון: גם כשקיימת עילת מעצר, עדיין לא הותרה הרצועה; הזכות הבסיסית והראשונית של חירות האדם קיימת ועומדת, ומתוך זכות זו נובעת החובה לחתור אחר אמצעים, שיש בהם כדי לקיים את מטרת המעצר, באופן שהפגיעה בחירותו של הנאשם תהא חמורה פחות.¹⁰²

במישור העקרוני, אימצו בתי המשפט הצבאיים דברים אלה וקבעו אף הם כי השופט חייב לבחון האם קיימת חלופת מעצר הולמת. על פי הפסיקה הצבאית, יש לבחון את שאלת היתכנות חלופת המעצר באופן אינדיבידואלי, בהתאם לנסיבות הייחודיות לנאשם העומד בפניהם. כך קבע השופט סא"ל נתנאל בנישו:

כאשר ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעים שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה, שומה על ביהמ"ש לאמץ אפשרות זו (סעיף 21א(ב)(1) לחוק המעצרים). בחינה זו נדרשת להיות אישית-פרטנית, ובמסגרתה יציב ביהמ"ש זה מול זה, מחד גיסא, את מאפייני העבירה והעברייני ואת עילות המעצר הנובעות מהם, ומאידך גיסא, את תנאי החלופה המוצעים... טווח השיקולים של ביהמ"ש בבואו להחליט על מעצר או שחרור נאשם הינו, על כן, רחב מאוד.¹⁰³

אלא שבמישור המעשי, השופטים הצבאיים יסכימו להורות על חלופת מעצר במקרים חריגים בלבד. השופטים משחררים את התביעה מהצורך להוכיח כי אין חלופת מעצר הולמת ומטילים את חובת ההוכחה לקיומה של חלופה כזו על הנאשם עצמו. נשיא בית המשפט לערעורים, אל"מ נתנאל בנישו, קבע כי "מצופה מהסנגוריה כי תפעל להציע הצעות קונקרטיות לחלופת מעצר. זוהי חובתו הבסיסית של סנגור כלפי מרשו ואף כלפי בית המשפט, לו הוא נדרש לסייע לעשות משפט".¹⁰⁴ ואולם, בשל שתי סיבות עיקריות, הנטל הרובץ על ההגנה במקרים אלה כבד במיוחד ומעטים המקרים שבהם היא תוכל להרימו.

הסיבה הראשונה היא קביעת השופטים הצבאיים כי ישנה שורה של עבירות שבהן לא ניתן לאיין את המסוכנות הנלווית לנאשם באמצעות חלופת מעצר. למעט מקרים חריגים, נסיבותיו האישיות של הנאשם כמעט שאינן נבחנות במקרים אלה. כך, לדוגמה, קבעו בתי המשפט הצבאיים כי יהיה קשה למצוא חלופת מעצר במקרים שבהם כתב האישום נוגע לעבירת כניסה לישראל ללא היתר. בפסק דין חריג קבע השופט סא"ל צבי לקח כי רבים מאלה שנכנסים ללא היתר לישראל ולהתנחלויות עושים זאת מסיבות כלכליות, מיעוטים אולי מסיבות פליליות, אך רובם המכריע אינו מבקש לפגוע בדרך כלשהי בביטחון ישראל או בתושביה. מתוך הבנה של מציאות זו קבע השופט כי במקרים כאלה ראוי לשקול חלופת מעצר: "כשהרקע לעבירות הללו הוא צרכי הפרנסה, ובעיקר כאשר מדובר בנאשם שזו לו הפעם הראשונה שהוא נותן את הדין, ניתן וראוי לשקול ערובה כספית שתבטיח את התייצבות הנאשם להמשך ההליכים בעניינו".¹⁰⁵

התביעה הצבאית סברה כי מדובר בהלכה חדשה ודרשה מנשיא בית המשפט לערעורים לקיים דיון נוסף בשאלה זו. הנשיא לשעבר, אל"מ אהרון משניות, דחה את בקשתה והבהיר כי הוא אמנם אינו מסכים עם פסק הדין של השופט סא"ל צבי לקח, וסביר שהוא היה מכריע אחרת, אולם

¹⁰¹ חוק המעצרים, סעיף 21(ב)(1).

¹⁰² בש"פ 335/89, מדינת ישראל נ' אברהם בן אליהו לבן, פ"ד מג(2) 410, 418.

¹⁰³ ע"מ 4497/08, התביעה הצבאית נ' ע"ח'.

¹⁰⁴ ע"מ 2616/11, התביעה הצבאית נ' ר"ק.

¹⁰⁵ ע"מ 2649/11, מועמר עלי מוחמד אלסיק נ' התביעה הצבאית.

"מתחם הסבירות יכול לכלול תוצאות שונות, שכולן לגיטימיות, ולא ניתן לצפות ששיקול הדעת של כל השופטים יהיה זהה, בהתייחס למערכת נסיבות נתונה". הוא הוסיף כי לתפיסתו יש מקום לשקול חלופות מעצר רק כאשר הנאשם מועמד לדין בפעם הראשונה וכשנסיבות ביצוע העבירה "אינן חמורות במיוחד". אם חזר אדם וביצע עבירה זו, גם לאחר שריצה עונשי מאסר וגם כאשר עומדים לחובתו עונשי מאסר על תנאי, הרי ש"ככלל, לא ניתן לתת מענה למסוכנות הנובעת ממנו בחלופת מעצר, ויש עדיפות ברורה למעצרו עד תום ההליכים".¹⁰⁶

בדומה לכך, קבעו בתי המשפט הצבאיים כי כמעט שלא ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת מנאשמים בעבירות של יידוי אבנים. סא"ל נתנאל בנישו קבע כי "איין לכחש כי לרוב קשה עד מאוד למצוא חלופת מעצר הולמת בעבירות יידוי אבנים... אשר על כן, מעטים יהיו המקרים בהם ישתכנע ביהמ"ש מקיומה של חלופת מעצר".¹⁰⁷ הנכונות לשקול חלופת מעצר בעבירות אלה תתקיים רק במקרים חריגים, למשל של נאשמים קטינים שגילם צעיר מאוד או של השתתפות באירועים באופן חד פעמי. ואולם גם ביחס למקרים כאלה שוררת בין השופטים אי הסכמה באשר לנסיבות שבהן ניתן לשחרר נאשמים, כפי שהבהיר השופט סא"ל רונן עצמון:

קשה להצביע על קו ברור במענה לשאלה, מתי יש לעצור קטין במקרה של יידוי אבנים. גם כשהקטין היה כבן 14, ונכשל ביידוי אבנים חד-פעמי לעבר רכב, וגם כאשר לא ידוע על נזק שנגרם בשל כך – היו שנעצרו עד תום ההליכים... והיו ששוחררו בחלופת מעצר. אני סבור, כי כשמדובר בקטינים שעברו את גיל 14, ונאשמים ביידוי אבנים באירוע אחד, בלא נסיבות מחמירות (כגון עבר מכביד, יידוי באמצעות קלע, השתתפות באירוע המוני אלים או יידוי לעבר רכב בלתי מוגן הנוסע במהירות) וכשלא ידוע על נזק – אמנם קמה עילת מעצר של מסוכנות, אך יש לשקול בחיוב חלופת מעצר.¹⁰⁸

גם בנוגע לעבירות של חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, קבעו השופטים כי כמעט שלא ניתן יהיה למצוא להן חלופות מעצר. הנשיא לשעבר, אל"מ אהרון משניות, קבע כי אלה "עבירות ביטחוניות", שלגביהן "הכלל הוא כי רק במקרים נדירים וחריגים ניתן להשיג את תכלית המעצר בעבירות אלה על דרך של חלופה".¹⁰⁹ במקרה אחר קבע השופט סא"ל רונן עצמון כי כאשר כתב האישום נוגע לעבירות מסוג זה אין כלל מקום לבחון חלופות מעצר:

הגם שהשופט קמא לא ציין כי בחן חלופת מעצר, הרי במקרה זה לא היה בכך משום טעות, שכן הפסיקה קבעה לא אחת – הן באזור והן בישראל – כי בעבירות ביטחוניות יקשה למצוא חלופות מעצר ראויות, ובדרך כלל יהיה מקום לעצור את הנאשם בהן.¹¹⁰

הרוב המכריע של כתבי האישום המוגשים בבתי המשפט הצבאיים (להוציא עבירות תעבורה) עוסקים בעבירות של כניסה לישראל ללא היתר, של "הפרות סדר" ושל "פח"ע". מאז שנת 2008 עומד שיעורן המשותף של עבירות אלה על 86%-88% מתוך כלל העבירות (למעט שנת 2011 אז עמד שיעורן על 81%).¹¹¹ בהתחשב בכך, קביעותיהם הגורפות של השופטים – ולפיהן ברוב רובם של המקרים אין מקום לשקול חלופות מעצר בעבירות אלה, בלי קשר לנסיבות האישיות – מונעות כמעט כל אפשרות לשחרר נאשמים לחלופות מעצר.

הסיבה השנייה לכך שהנטל המוטל על ההגנה כבד בבואה להציע חלופות מעצר, היא שגם במקרים הבודדים שבהם בית המשפט יסכים לשקול חלופת מעצר תתקשה ההגנה להציע כזו, שכן החלופות האפשריות בגדה המערבית מעטות מאוד. מעצרי בית או פתרונות טכנולוגיים דוגמת איזוק אלקטרוני אינם נחשבים כלל לרלוונטיים בבתי המשפט, וברוב המקרים מסרבים השופטים לקבל ערבויות מפלסטינים. כך הסביר זאת השופט סא"ל נתנאל בנישו, בהתייחסו לאפשרות של חלופת מעצר במקרים של נאשמים ביידוי אבנים:

אין לכחש כי לרוב קשה עד מאוד למצוא חלופת מעצר הולמת בעבירות יידוי אבנים. האווירה הכללית באזור, הרואה בחיוב התנהגות כאמור, הופכת את סיכויי הרצידיביזם לגבוהים ביותר, זאת במיוחד כאשר עניין לנו בנאשמים צעירים בגילם שתפיסתם עדיין אינה מגובשת עד תום, הניתנים להשפעה בקלות יתרה. על כך יש להוסיף כי התנאים הקשים והמגבלות הביטחוניות הרבות המצמצמות את פעולות כוחות הביטחון באזור, אינם מאפשרים בדרך כלל שליטה ופיקוח אפקטיביים על

¹⁰⁶ ע"מ 1315/12, התביעה הצבאית נ' האני חמיס חליל זין.

¹⁰⁷ ע"מ 4497/08, לעיל הע' 102.

¹⁰⁸ ע"מ 1540/11, מ"ב נ' התביעה הצבאית.

¹⁰⁹ ע"מ 4538/08, התביעה הצבאית נ' עיסא מחמד אחמד ענבאוי.

¹¹⁰ ע"מ 1035/13, לעיל הע' 69.

¹¹¹ ר' לעיל הע' 16.

נאשם משוחרר. אשר על כן, מעטים יהיו המקרים בהם ישתכנע ביהמ"ש מקיומה של חלופת מעצר.¹¹²

יתרה מכך, המידע שקיים בידי השופטים בנוגע לנאשם מוגבל מראש, בשל היעדרו של תסקיר מעצר. בתוך גבולות ישראל, מסמך חוק המעצרים את השופטים להורות על הכנתו של תסקיר כזה, שיכלול את "נסיבותיו האישיות של הנאשם, משמעות המעצר, החלופות למעצר ולשחרור, או המלצה בדבר תנאים מיוחדים לשחרור בערובה והפיקוח עליהם".¹¹³ כשהנאשם קטין, מחייב החוק הכנת תסקיר כזה, ולשופט אין כלל שיקול דעת אם לבקשו.¹¹⁴ מטרת התסקיר היא להעריך את מידת המסוכנות הנובעת מהנאשם או את החשש שיימלט, לקבוע האם ניתן לתת בו אמון אם ישוחרר, ואם כן – לבחון חלופות מעצר רלוונטיות.¹¹⁵

החקיקה הצבאית אינה מסדירה את הכנתם של תסקירי מעצר והתביעה הצבאית מתנגדת להם בתוקף. במקרה נדיר, שבו הורה השופט רס"ן סמזר שגוג על הכנת תסקיר מעצר עבור קטין, מיהרה התביעה לערער על החלטה בטענה שלבית המשפט אין כלל סמכות להורות על הכנת תסקיר כזה.¹¹⁶

בכמה מקרים הביעו שופטי בית המשפט הצבאי לערעורים ביקורת על היעדר האפשרות לדרוש תסקיר מעצר, בעיקר במקרה של מעצר קטינים, והלינו על כך שהדבר מקשה עליהם למלא את תפקידם. השופט סא"ל צבי לקח קבע כי "לצערנו, בבתי המשפט הצבאיים לא ניתן לקבל תסקיר מעצר לגבי קטינים, אשר יכול היה לשפוך אור רב יותר על הסיכויים של אבי המשפחה לחנך את בנו ולהחזירו לדרך הישר. בהיעדר תסקיר זה, ניתן להסתמך רק על ההתרשמות הבלתי אמצעית מהצהרתו הפומבית של האב בפני בית המשפט".¹¹⁷ במקרה אחר קבע נשיא בית המשפט, אלי"מ נתנאל בנישו:

המקרה הנוכחי עורר מחדש את נחיצותו של תסקיר מעצר, אפשרות אשר לצערי לא הוכרה עדיין על ידי המחוקק באזור. תמים דעים אני עם הסוברים כי לרוב, כאשר עסקינן בעבריינות אידיאולוגית, ניתן לקבל החלטת מעצר מושכלת על פי הראיות וטיעוני הצדדים, מבלי להזדקק לתסקיר. עם זאת, לא מעטים המקרים בהם ביהמ"ש מתרשם כי מעבר לעבירה המצומצמת, יש מקום להרחבת התמונה בנוגע לנאשם, אישיותו, מעשיו ועיסוקו, קשריו החברתיים והמשפחתיים ואף הערכה של האפשרות לשחררו במסגרות שונות או תוך הגבלות.¹¹⁸

בית המשפט לערעורים אף קבע במאי 2014, למרות התנגדות התביעה, כי יש לאפשר לנאשמים להיפגש עם גורמים מקצועיים ולהגיש תסקיר מעצר מטעמם. החלטה זו ניתנה במסגרת דיון להארכת מעצר עד תום ההליכים של שני קטינים שהואשמו ביידוי אבנים. עורך דינם, נרי רמתי, ביקש להפנותם לתסקיר מעצר אצל קמ"ט רווחה. התביעה הצבאית התנגדה ועו"ד רמתי ביקש כי לכל הפחות ינתן לנאשמים להיפגש עם איש מקצוע מטעמם כדי להגיש תסקיר מעצר, אולם גם לכך התנגדה התביעה הצבאית. אלי"מ בנישו קיבל את דרישת ההגנה ואף ביקר את עמדת התביעה:

גם אם סמכות מפורשת אינה קיימת כיום בדין האזור, אין משמעות הדבר כי התביעה מנועה מלהסכים לעריכת חוות דעת באופן וולונטרי על ידי גורם בלתי תלוי, בין אם זה יהיה קמ"ט רווחה באיו"ש ובין אם גורם סוציאלי הפועל מטעם שירות בתי הסוהר, כפי שאכן נעשה מספר פעמים בעבר. אפשרות זו עדיפה בעיניי על עמדתה הנוכחית של התביעה הצבאית, השוללת כל פנייה מטעם בית המשפט לגורם סוציאלי או טיפולי לקבלת חו"ד כאמור.¹¹⁹

באוגוסט 2014 פנה היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, לפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דני עפרוני, ודרש כי החקיקה הצבאית תתוקן כך שבתי המשפט הצבאיים יוסמכו לבקש תסקיר מעצר לפני הכרעה בבקשות מעצר של קטינים.¹²⁰ וינשטיין הסביר כי הנחיה זו ניתנת כחלק

¹¹² ע"מ 4497/08, לעיל הע' 103.

¹¹³ חוק המעצרים, סעי' 21א.

¹¹⁴ חוק הנוער, סעי' 10ז(ב).

¹¹⁵ חיה זנדברג, "תסקיר מעצר", המשפט י"ג, 155, עמ' 159.

¹¹⁶ תיק 1038/14, **התובע הצבאי נ' פלוני**, הודעת ערר מנומקת ובקשה לקביעת מועד דיון, 4.3.14.

¹¹⁷ ע"מ 1889/09, **התביעה הצבאית נ' ר"פ**.

¹¹⁸ ע"מ 1488/12, **התביעה הצבאית נ' סג'א שאכר עבד אלכרים עלמי**.

¹¹⁹ ע"מ 1782+1783/14, **פלוניס נ' התביעה הצבאית**.

¹²⁰ מכתב מיהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, לאלוף דני עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, 17.8.14.

מהניסיונות להתאים את החקיקה הצבאית להוראות חוק הנוער, "וזאת ובשים לב לתנאים הייחודיים והמצב הביטחוני השורר באיו"ש". הוא הוסיף כי הוא מודע לכך שהנחיה זו יכולה להיתקל בקשיים מעשיים, "ולפיכך היא עשויה להועיל למספר קטן מאוד של נידונים מדי שנה בלבד", אולם אין לשלול מבתי המשפט את האפשרות לכך כאשר הדבר רלוונטי.

שחרור בערבות

על פי חוק המעצרים, כדי ששופט יורה על מעצר עד תום ההליכים של נאשם על התביעה להוכיח עמידה בכל שלושת התנאים המצטברים: "ראיות לכאורה" להוכחת האשמה, עילת מעצר והיעדר חלופת מעצר רלוונטית שיכולה להבטיח את מטרת המעצר בדרך שתפגע פחות בנאשם.

למרות לשונו הברורה של החוק, ברוב המוחלט של המקרים אין בתי המשפט הצבאיים משחררים ללא תנאים נאשמים פלסטינים שהתביעה ביקשה את מעצרו עד תום ההליכים. גם במקרים שבהם השופט סבור שאין די ראיות או שאין עילת מעצר מספקת, הוא עדיין יורה על חלופת מעצר בדמות שחרור הנאשם בתנאים – בדרך כלל תמורת הפקדת סכום כסף. בחלק מהמקרים ייקבעו תנאים נוספים כמו ערבות צד שלישי. רק לאחר הפקדת הכסף, ישוחרר הנאשם.

בחוק המעצרים הישראלי ישנו סעיף המתיר להורות על שחרור בערבות של נאשם רק כדי להבטיח את התייצבותו למשפט, גם אם התביעה לא עמדה בשלושת התנאים הנדרשים לצורך מעצר עד תום ההליכים (השופטים הצבאיים אינם מציינים במפורש שהם מסתמכים על סעיף זה).¹²¹ ואולם גם במקרה זה יש צורך בראיות כלשהן המצביעות על חשש שהנאשם יימלט. השופט ברק קבע כי "לא די בטענה כי הוגש כתב אישום. יש להראות כי קיים חשש – שמגדר טענה גרידא יצא ולגדר חשש סביר המצדיק מעצר עד תום ההליכים לא הגיע – כי הנאשם לא יתייצב לדינו".¹²² ד"ר רינת קיטאי-סנג'ור הבהירה כי "גם אם קיים חשש תאורטי לבריחה מעצם האפשרות של הרשעה וענישה, אין די בכך כדי להטיל הגבלות על הפרט, בהיעדר ראיות קונקרטיות כלפי הנאשם המבססות חשש לבריחה".¹²³

למרות זאת, הדיון בבתי המשפט הצבאיים נסוב על גובה סכום ההפקדה בלבד. השאלות האם קיימת סכנה שהנאשם לא יתייצב לדיון, או האם ראוי ומוצדק לדרוש הפקדה כספית תמורת השחרור, אינן נדונות כלל – והנחת המוצא שעליה מתבסס הדיון היא שללא הפקדת הערבות הנאשמים לא יופיעו למשפט. על פי הנחה זו, החשש אף גובר כאשר נגד הנאשמים תלוי מאסר על תנאי.

להלן כמה דוגמאות הממחישות כיצד גם במקרים שבהם הראיות דלות או שעילת המעצר קלושה, התנו השופטים את שחרור הנאשם בהפקדת סכומי כסף גבוהים:

- עימאד ג'אדאללה הואשם בחברות בחוליה של חמאס. על פי כתב האישום, הוא תלה שלטים והשתתף בעצרות ובתהלוכות, שבהן חברי החוליה לבשו מדים ואחזו גרזנים. בערכאה הראשונה הוארך מעצרו עד תום ההליכים וג'אדאללה ערער. השופט סא"ל שלומי כוכב קבע בהחלטתו כי כתב האישום התבסס על הפללה אחת, שבה טען המפליל כי ביצע פעולות במסגרת החוליה יחד עם הנאשם – אלא שבמועד שצוין היה הנאשם במעצר מנהלי. השופט הסכים עם טענת הסנגור כי העדות שגויה וקבע כי "יש בכך כדי להציב סימן שאלה מעל כל עדותו של העד המפליל ביחס לעורר". למרות היעדרה של תשתית ראייתית, המשיך השופט לבדוק האם קיימת עילת מעצר וקבע כי לפי עדות אותו מפליל "מדובר בפעילות שנפסקה כבר לפני שנה, דבר המצביע על סיכון מופחת". אז עבר סא"ל כוכב לבחון את האפשרות לחלופת מעצר וקבע כי "שילוב זה של סיכון מופחת מצד העילה, וחולשת עדותו של המפליל בצד ראיות – מוליך למסקנה כי אכן חלופת מעצר הינה הדרך הראויה בתיק זה". למרות זאת הוסיף סא"ל כוכב כי קיים "חשש מוגבר להימלטות לאור המאסר על תנאי התלוי ועומד" וקבע לבסוף שהנאשם ישתחרר רק אם יפקיד ערבות של 12,000 ש"ח להבטחת התייצבותו.¹²⁴

- מרוואן דאהר הואשם בסחר בציוד מלחמתי ובהחזקת נשק. לטענתו, הוא החזיק באקדח לשם הגנה עצמית, מאחר שעסקיו מחייבים אותו להסתובב עם כסף מזומן רב והוא גר בשטח B, שם אין שיטור אפקטיבי. השופט בערכאה הראשונה הורה על שחרורו בערבות של 25,000 ש"ח וחתימה על ערבות עצמית וערבות צד ג' בסך 50,000 ש"ח כל אחת. התביעה ערערה והשופט סא"ל רונן עצמון מיקד את הדיון בסוגיית עילת המעצר. לטענתו, קיימת אמנם חזקת מסוכנות בכל הנוגע לעבירות נשק, אולם ככל חזקה אחרת ניתן לסתור אותה. הוא קבע ש"במקרה

¹²¹ חוק המעצרים, סעי' 44(ב).

¹²² בש"פ 5767/91, מדינת ישראל נ' יאיר בן אפרים לוי, פ"ד מו(1) 394, 396.

¹²³ רינת קיטאי-סנג'ור, "ביקורת הדרישה להמצאת ערובה כתנאי לשחרור ממעצר", ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009), עמ' 393.

¹²⁴ ע"מ 1039/11, ג'אדאללה נ' התביעה הצבאית.

שבפנינו, העורר החזיק אקדח, שהוא נשק בעל אופי 'הגנתי'. עברו הפלילי של העורר נקי, ואין חשש כי הנשק נועד לשרת מטרות פשע או טרור. לא נסתרה הטענה, כי מדובר באיש משפחה בעל עסקים לגיטימיים רחבי היקף. האקדח הוסגר על ידי העורר לידי המשטרה, ועל כן אין עוד חשש שישימש לפגיעה באחרים". בשל רמת המסוכנות הנמוכה קבע סא"ל עצמון כי ניתן לשקול חלופת מעצר, והוסיף כי "לא נטען, כי קיים חשש להתחמקותו של העורר מן הדין". למרות זאת קבע השופט כי "גם לדעת, חלופת המעצר שעליה הורה בית המשפט קמא יש בה כדי להמריץ את העורר להתייצב לדיונים במשפטו".¹²⁵

- אנס בני עודה הואשם בשנת 2013 בשלוש עבירות. שתי עבירות עסקו בפעילות בארגון חמאס בשנים 2004-2007, והתביעה הסכימה שהן לא מצדיקות מעצר עד תום ההליכים. העבירה השלישית הייתה "עבירה כנגד הסדר הציבורי": לטענת התביעה, בני עודה טען כרטיס חיוג בסך 60 ש"ח עבור אסיר בכלא וקיבל על כך תשלום מאביו של האסיר. שופט הערכאה הראשונה קיבל את טענת התביעה וקבע שיש לעצור את בני עודה עד תום ההליכים. בני עודה ערער על החלטה זו והשופט סא"ל רונן עצמון קיבל את הערעור. בהחלטתו קבע כי "הראיות הקיימות אינן מהוות תשתית מספקת להרשעה ולהצדקת מעצר עד תום ההליכים". הוא הוסיף כי גם אם היו ראיות כאלה ואפילו אם הייתה עילת מעצר, הרי שבמקרה זה, בגלל "אופיו הקל של הסיוע והעובדה שמדובר בעזרה חד-פעמית ולא בהיקף גדול", ניתן היה להסתפק בחלופת מעצר. למרות זאת, ולמרות שלא נקבע כי קיים חשש להימלטותו של הנאשם, קבע השופט כי הנאשם יוכל להשתחרר רק אם יפקיד סכום של 5,000 ש"ח "שיבטיחו את התייצבותו להמשך משפטו".¹²⁶

- מוג'אהד ג'ראדאת הואשם בהשתתפות בתהלוכת הזדהות עם אסירים שובתי רעב, ביודו אבנים במהלכה וב"סחר בציוד מלחמתי". לפי כתב האישום, חברו למעונות הסטודנטים אמר לו שבחדרם יש נשק שאדם אחר אמור לאסוף, וביקש ממנו לא לאפשר לאיש מלבד אותו אדם להיכנס לחדר. אותו אדם אכן הגיע יום לאחר מכן. השופט בערכאה הראשונה הורה על הארכת מעצרו עד תום ההליכים וג'ראדאת ערער. נשיא בית המשפט, אל"מ נתנאל בנישו, התמקד בהחלטתו רק בעבירת הסחר וקבע כי יש לקבל את הערעור. לדבריו, מהעדויות שבתיק עולה ספק אם היה מדובר בכלל בנשק, לכן "ספק אם מתקיימת עבירה של סחר בנשק כפי שיוחסה לעורר", ובכל מקרה, מעורבותו הייתה צנועה ולפיכך "אין לומר כי בפנינו אירוע המלמד על מסוכנות מובהקת". אל"מ בנישו קבע כי יש להתחשב בכך שהנאשם מסיים את לימודיו, "אינטרס אשר עשוי במידה סבירה לגרום לו שלא להסתבך עוד בפלילים" וכן "ראיית לתת אמון באבי העורר אשר הבטיח להביא להתייצבות בנו". למרות שלא היו ראיות לכאורה לביצוע עבירה, או אפילו ראיות שבכלל נעברה עבירה, לא הייתה עילת מעצר ולא היה חשש להימלטות, הורה השופט על הפקדה של 7,000 ש"ח כתנאי לשחרור הנאשם.¹²⁷

הסכומים הנפסקים לצורך שחרור מגיעים לאלפי שקלים. בהתחשב במצב הכלכלי הקשה של רבים מתושבי הגדה המערבית, ברי כי ישנם מקרים שבהם יתקשו העצורים לעמוד בתשלום ויישארו במעצר. יצוין גם כי בהיעדר תסקירי מעצר השופט כלל אינו מודע למצבו הסוציאקונומי של העצור וסכומי ההפקדה הנדרשים לצורך השחרור נקבעים באופן שרירותי.

בתי המשפט הצבאיים מקיימים דיונים של "בדיקת ערבות", בטווח של שלושה עד חמישה ימים ממועד החלטה על השחרור בתנאים. במסגרת זו דנים הצדדים באפשרות להקל את תנאי הערבות על מנת שהנאשם יוכל לעמוד בהם. בחלק מהמקרים השופטים אכן מפחיתים את הסכום. אל"מ בנישו הבהיר את הצורך לקבוע תנאים שהנאשם יוכל לעמוד בהם: הלכה ידועה היא כי תנאי שחרור נועדו להבטיח התייצבות הנאשם לדיון בעניינו ולעתים אף לאיין את העילות אשר היו עשויות להצדיק את מעצרו. משכך, כאשר הנאשם אינו מצליח לעמוד בתנאים, נדרש בימ"ש לאיזון חדש בין הרצון להביא לשחרור לבין הצורך להבטיח התייצבות כאמור.¹²⁸

¹²⁵ ע"מ 1397/11, התביעה הצבאית נ' מרואן דאהר.

¹²⁶ ע"מ 1038/13, אנס בני עודה נ' התביעה הצבאית.

¹²⁷ ע"מ 1390/14, מוג'אהד ג'ראדאת נ' התביעה הצבאית.

¹²⁸ ע"מ 2564/11, עלאא פאיז עבד אלרחמן אלגעברי נ' התביעה הצבאית.

לאחר החלטת השופט על השחרור, מונפק שובר תשלום. את השובר יש לשלם בסניף דואר ולהציגו לאחר מכן בבית הכלא שבו עצור הנאשם או במזכירות בית המשפט. בשלב הבא נשלחת פקודת שחרור למתקן הכליאה הרלוונטי והשחרור מתבצע.¹²⁹

הליך זה, הנשמע על פניו פשוט, כרוך בקשיים טכניים ובירוקרטיים רבים. ראשית, לא תמיד יודעים בני משפחת הנאשם כי מתקיים דיון בנוגע להארכת מעצרו. במקרה כזה, הם כלל לא הגיעו לבית המשפט ולא יכלו לקבל את השובר לתשלום. רק בתום יום הדיונים יוכל עורך הדין לדבר איתם ולמצוא דרך להעביר אליהם את השובר לתשלום. שנית, את הסכום שנקבע יש להפקיד במזומן בסניף דואר ישראלי בלבד. אלא שבשל הגישה המוגבלת של פלסטינים לסניפים ישראלים הם יכולים לשלם את השובר בפועל בסניף דואר אחד בלבד, בקלנדיה. שלישית, את השובר המשולם יש להביא פיזית לרשויות הרלוונטיות, אולם גם כאן המשימה סבוכה. רוב העצירים כלואים בבתי כלא בתוך ישראל ומבקרים פלסטינים כלל אינם יכולים להגיע אליהם. לכן עליהם להגיע למזכירות בית המשפט במחנה עופר. המחסום המוביל לבית המשפט נסגר בשעה 15:00. אם החלטת השופט ניתנה רק בצהריים, בני המשפחה לא יספיקו לשלם את השובר ולשוב לבית המשפט בזמן והנאשם יישאר במעצר יום נוסף. גם אם הצליחו בני המשפחה להגיע לבית המשפט, הם יאלצו לעמוד בשער הכניסה ולחכות שסוהר ייגש אליהם, יאסוף את השובר ויעביר אותו למזכירות בית המשפט. לא קיים נוהל מסודר המחייב את הסוהר לקחת את השובר או את המזכירות לפעול במהירות וביעילות עם הגעת השובר.

בשל הליכים סבוכים אלה, גם אם עמד הנאשם בכל התנאים שהציב בפניו השופט, ברוב המקרים הוא לא יצליח להשתחרר ביום שבו ניתנה החלטת השחרור.

כאשר השובר מגיע למתקן הכליאה – הנאשם משוחרר. אם ההליך נעשה בשעות אחר הצהריים או הלילה, ישוחרר הנאשם בלי לקבל חזרה את חפציו, יילקח אל המחסום הקרוב ושם ישולח לביתו כשהוא בלי כסף, בלי טלפון ובלי תעודת זהות.

ברוב המקרים הופך סכום ההפקדה לקנס במסגרת עסקת הטיעון הנחתמת עם הנאשם. במקרים שבהם לא נעשה כך, החזרת הערבות כרוכה בהליך בירוקרטי ארוך ומורכב, ונדרשת מעורבות משמעותית של עורך דין כדי לקבלה.¹³⁰ בצלם פנה למנהל האזרחי כמה פעמים, על פי חוק חופש המידע, וביקש לקבל נתונים בנוגע לסכומים שהופקדו לצורכי ערבות וכמה מתוכם הושב לנאשמים לאחר שחרורם.¹³¹ פניות אלה לא נענו.

¹²⁹ מכתב לבצלם מזוהר הלוי, ראש מדור פניות הציבור בדובר צה"ל, 22.1.12; מכתב לבצלם ממישר תהילה כהן, קצינת חופש המידע, לשכת דוברת שב"ס, 14.10.12.

¹³⁰ ר', למשל, חגי מטר, "דמי כיבוש", העיר, 15.10.10.

¹³¹ מכתבים מבצלם לסג"מ עמוס וגנר, קצין פניות הציבור במנהל האזרחי והאחראי על חופש המידע, 28.10.14, 2.12.14 ו-23.3.15.

התוצאה: עסקאות טיעון

עסקת טיעון היא הסכם שנערך בין התביעה ובין הנאשם, שבמסגרתו מסכימים הצדדים על תוצאות המשפט, תוך דילוג על שלב ההוכחות שבו נדרשת התביעה להציג ראיות המוכיחות את אשמתו של הנאשם והוא רשאי להפריכן. במסגרת עסקת הטיעון יכולים הצדדים להסכים על סעיפי האישום ועל העונש שתדרוש התביעה, ובתמורה מתחייב הנאשם להודות בעובדות המיוחסות לו בכתב האישום.

מדיניותם של בתי המשפט הצבאיים בכל הנוגע למעצר עד תום ההליכים יוצרת תמריץ חזק עבור נאשמים למהר ולחתום על עסקת טיעון כדי לסיים את ההליך במהירות האפשרית. הנאשמים יודעים שהסיכויים שבית המשפט יאשר את מעצרו עד תום ההליכים גבוהים מאוד ולכן אם יבחרו לנהל משפט הרי שיאלצו לעשות זאת כשהם שוהים במעצר. יתר על כן, המשפטים בבתי המשפט הצבאיים נמשכים זמן רב, כך שייטכן שגם אם הם יזוכו בסופו של המשפט, הרי שהזמן שישוהו במעצר עד תום ההליכים יהיה ארוך יותר מהעונש הצפוי להם אם יקדימו ויחתמו על עסקה. חתימה על עסקת טיעון אטרקטיבית במיוחד לקטינים המואשמים ביידוי אבנים או לנאשמים בכניסה לישראל ללא היתר, שהעונש הצפוי להיגזר עליהם במסגרת עסקת טיעון הוא של חודשים ספורים, בעוד משפטם צפוי להימשך זמן ארוך יותר.

מציאות זו היא אחת הסיבות העיקריות לכך שאחוז גבוה מאוד מהתיקים בבתי המשפט הצבאיים מסתיים בעסקאות טיעון. מנתונים שהעביר דובר צה"ל לבצלם בנוגע להליכים משפטיים שננקטו נגד קטינים בשנים 2005-2010 עולה כי ניהול משפט הוכחות הוא עניין חריג. מתוך 642 תיקים שבהם נמסר לבצלם כיצד הסתיימו, בחמישה בלבד (0.8%) התנהל משפט הוכחות מלא. ב-13 תיקים הנאשם הודה והשופט גזר את דינו בלי שנערכה עסקת טיעון. בשאר 624 התיקים הסתיים התיק בעסקת טיעון.¹³²

מדו"חות של יחידת בתי המשפט הצבאיים עולה תמונה דומה בנוגע למספרם של כלל התיקים שבהם התנהלו משפטי הוכחות:

תיקים שבהם התיקים משפט הוכחות

מס' תיקי הוכחות	מספר הנאשמים שמשפטם הסתיים בשנה זו (למעט תיקי תעבורה)	
164 (2.38%)	6,870	2005
127 (2.25%)	5,638	2006
93 (1.69%)	5,497	2007
161 (2.54%)	6,332	2008
133 (2.3%)	5,782	2009
82 (1.5%)	5,416	2010 ¹³³

בשנים 2008-2010 נערך בבתי המשפט הצבאיים פרויקט מיוחד, שנועד לבחון את תוצאות סיום התיקים על פי סעיפי האישום השונים, במקום על פי התוצאה בתיק כולו. מנתונים אלה עולה כי רק אחוז קטן מסעיפי האישום היו שנויים במחלוקת והגיעו להכרעת בית המשפט במסגרת ניהול משפט הוכחות. כך, בשנת 2008, מתוך 12,894 אישומים שונים, 580 אישומים – שהם 4.5% בלבד – היו שנויים במחלוקת והובאו להכרעת בית המשפט במסגרת ניהול משפט הוכחות.¹³⁴ מהנתונים עולה גם כי כ-40% מהסעיפים שנכללו בכתבי האישום בעת הגשתם נמחקו בהמשך על ידי התביעה במסגרת עסקאות הטיעון.¹³⁵ במערכת המבוססת על עסקאות כאלה לא יהיה זה מופרך

¹³² ר' דו"ח בצלם, **ילד אסור ילד מותר**, לעיל הע' 57, עמ' 45.

¹³³ יחידת בתי המשפט הפסיקה לפרסם נתונים אלה בשנה זו.

¹³⁴ לקח ודהאן, לעיל הע' 5, עמ' 201. בדו"חות השנתיים של בתי המשפט הצבאיים לא פורסמו נתונים מספריים אלא אחוזי הרשעה וזיכוי בלבד.

¹³⁵ **שם**, עמ' 20. ר' גם בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, **דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשס"ח-ה' תשס"ט**, עמ' 12, **דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשס"ט-תש"ע**, עמ' 12, **דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תש"ע-תשע"א**, עמ' 12.

להניח כי לפחות חלק מסעיפי האישום הוכנסו לכתב האישום במטרה להימחק ממנו במסגרת העסקה.¹³⁶

בתגובה לדו"ח של ארגון "יש דין", שעסק בבתי המשפט הצבאיים, מסר דובר צה"ל כי הסדר טיעון מקובלים גם בישראל וכי אין לראות בהם כל פגם. דובר צה"ל הוסיף: משהחליט הנאשם להגיע להסדר טיעון באמצעות סנגורו, בית המשפט יכבד בדרך כלל את ההסדר. הסדרי טיעון הינם אינטרס ציבורי מובהק, אשר במציאות הקיימת באזור יש בו להועיל הרבה לנאשמים שסנגוריהם מעריכים את סיכויי ההרשעה נגדם כגבוהים. בהנחה שהסנגור עושה את עבודתו נאמנה, במצב דברים שכזה האינטרס להגיע להסדר טיעון הוא בראש ובראשונה של הנאשם אשר יכול להביא לצמצום חומרת כתב האישום נגדו, ואף לעונש לא מן החמורים.¹³⁷

דובר צה"ל צודק שבעסקאות טיעון כשלעצמן אין כל פגם וכי הן חלק אינטגרלי מכל מערכת משפט: הן חוסכות זמן רב לכל הצדדים המעורבים ולא פעם חתימה על עסקה כזו משרתת את האינטרס של הנאשם. נכון גם שעסקאות כאלה מקובלות בישראל. ממחקר שנערך בישראל, על בסיס מדגם של תיקים שנדונו בבתי המשפט בין מאי 2010 למאי 2011, עולה כי שיעור העסקאות אכן גבוה, אם כי הוא אינו מגיע לזה המתקיים בבתי המשפט הצבאיים: 76.5% מכלל הנאשמים בבתי משפט השלום ו-85.7% מהנאשמים בבתי המשפט המחוזיים חתמו על עסקאות טיעון.¹³⁸

ואולם דובר צה"ל טועה בהתייחסו לעסקאות טיעון בבתי המשפט הצבאיים כאילו הן נעשות לטובת הנאשמים בלבד, כאילו חובתו של הסנגור היא לפעול למען עסקה וכאילו נאשמים בבתי המשפט הצבאיים חותמים על עסקאות כאלה רק כאשר הם "מעריכים את סיכויי ההרשעה נגדם כגבוהים". דברים אלה מתעלמים מהמציאות השוררת בבתי המשפט הצבאיים ומההשלכות של מדיניות המעצר עד תום ההליכים: שהרי אם לא יחתמו על עסקת טיעון, ייאלצו הנאשמים לשהות חודשים ארוכים בכלא, ורק אחריהם תוכח אולי חפותם.

¹³⁶ דו"ח יש דין, משפטים בחצר האחורית, לעיל הע' 11, עמ' 106.

¹³⁷ שם, עמ' 110.

¹³⁸ אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים, לעיל הע' 50, עמ' 22-26.

ייעודה של מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון
לאכוף חוק וסדר, על-ידי שיפוט נאשמים בביצוע עבירות
ביטחוניות או עבירות פליליות אחרות, שנעברו באזור או היו
מכוונות לפגוע בו, תוך הבטחת הליך הוגן וקיום משפט צדק.¹³⁹

בתי המשפט הצבאיים מתנהלים לכאורה כבתי משפט לכל דבר: ישנם תובע וסנגור; ישנם סדרי דין, חוקים ונהלים; ישנם שופטים הכותבים החלטות ופסקי דין בשפה משפטית מנומקת. ואולם, כפי שעולה מדו"ח זה, מאחורי החזות המהוגנת מתנהל אחד ממנגנוני הכיבוש הפוגעניים ביותר.

באחת מהחלטותיו בנוגע למעצר עד תום ההליכים קבע השופט סא"ל עצמון כי "דיני המעצר באזור, כמו בישראל, כוללים שורה של כללים וסייגים, חזקות וסתירות. ראוי לזכור תמיד, שהכלל הראשון הוא, שחשוד או נאשם זכאים להישאר בני-חורין, וכי אין למהר ולעצור אותם. המעצר הוא החרג ולא הכללי".¹⁴⁰ אלא שדברים אלה הפוכים מהמצב השורר בבתי המשפט הצבאיים, שבו מעצר עד תום ההליכים הוא הכלל ולא החרג, והם ממחישים את הפער הקיים בין הרטוריקה המשפטית הנקייה לבין העוול הנגרם לנאשמים – כולם תמיד פלסטינים – העומדים לדין במערכת זו.

התביעה הצבאית דורשת מעצר עד תום ההליכים כעניין שבשגרה (למעט בתיקי תעבורה) ובתי המשפט מאשרים את הבקשות ברוב המקרים של המאסרים. לכאורה, מסתמכים השופטים הצבאיים על שלושת התנאים שנקבעו למעצר עד תום ההליכים במשפט הישראלי – תנאים שנועדו לצמצם את השימוש בכלי זה. ואולם הפרשנות שהם מעניקים לתנאים האלה מרוקנת אותם מתוכן ומעקרת את מהותם כהגבלות משמעותיות בהליך האישור של מעצר עד תום ההליכים. במקום שהתביעה הצבאית תצטרך להוכיח את קיומם של כל אחד מהתנאים שנקבעו בחוק, הועבר נטל ההוכחה לנאשם, תוך הערמת קשיים:

- רף הראיות הנדרש כדי למלא את התנאי של "ראיות לכאורה" הוא כה נמוך עד שהתביעה חוצה אותו ללא כל קושי. בתי המשפט הצבאיים מקבלים הודאה או הפללה בודדת, מפקפקת ככל שתהא, כמספיקה כדי לצלוח את הרף הנמוך מלכתחילה. השופטים מתעלמים מתלוות של עצירים – קטינים ובגירים – על התעללות בחקירה, וקובעים שיש לדון בהן רק במסגרת ההליך העיקרי, שכמעט אף פעם לא מתקיים.
- הדרישה ל"עילת מעצר" הומרה בשורה של חזקות, המשחררות את התביעה מחובתה להציג ראיות לקיומה של עילת מעצר לגבי הנאשם הספציפי שבעניינו דן בית המשפט. כך, השופטים קבעו כי עילת המסוכנות מתקיימת ברוב העבירות שבגינן מועמדים פלסטינים לדין. במקביל, הם קבעו כי ברובם המכריע של המקרים קיימת עילת הימלטות מהדין, בשל מקום מגוריהם של הנאשמים.
- בתי המשפט הצבאיים קבעו שהנאשמים ברוב סוגי העבירות לא יוכלו להשתחרר בחלופת מעצר. גם במקרים הבודדים שבהם מוכנים השופטים לשחרר נאשמים, הדבר מותנה בהפקדת סכומי כסף גבוהים, המגיעים לאלפי שקלים.

מדיניות זו של בתי המשפט הצבאיים מובילה לכך שברוב המקרים הנאשם יוחזק במעצר לכל אורך משפטו. לפיכך ממהרים מרבית הנאשמים לחתום על עסקת טיעון ולסיים את ההליך, שכן קרוב לוודאי שהזמן שיחלוף עד תום המשפט יהיה ארוך ממשך המאסר שייקבע בעסקה, בוודאי בעבירות קלות יחסית. לעתים קרובות, ההחלטה על המעצר כמוה כהרשעה שכן גורל התיק מוכרע עם מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים, לא על סמך הראיות הקיימות נגדו. כך, החלטה קדם שיפוטית: מעצר עד תום ההליכים, כדבר שבשגרה, של אדם שטרם הורשע – מעקרת ממהותו את ההליך השיפוטי.

על פי העקרונות שנקבעו במשפט הבינלאומי בנוגע למעצר עד תום ההליכים, מעצר כזה חייב להיות מופעל במקרים חריגים בלבד, בוודאי כשהנאשמים קטינים. הוועדה לזכויות האדם, הממונה על יישום האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, כבר הבהירה כי אין להורות על מעצר עד

¹³⁹ בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, דו"ח פעילות שנתי לשנת העבודה תשע"ג-תשע"ד – 2013, בעמ' 2.

ההדגשה במקור.

¹⁴⁰ ע"מ 1397/11, לעיל הע' 125.

תום ההליכים רק בהסתמך על העבירה המיוחסת לנאשם, כי המעצר חייב להתחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם וכי יש לבצעו רק כאשר אין שום ברירה אחרת.

כפי שנכתב בדו"ח זה, בכל הנוגע למעצר עד תום ההליכים מסתמכים בתי המשפט הצבאיים על החוק הישראלי ועל ההלכות שנקבעו בבתי המשפט הישראליים, הפועלים בתוך גבולות הקו הירוק. אולם, ההסתמכות על המשפט הישראלי נעשית גם בתחומים אחרים. במסמך של הפרקליטות הצבאית הובהרה נקודה זו:

בתי המשפט [הצבאיים] עשו רבות לקירוב הדינים בין המשפט החל באזור יהודה ושומרון לבין המשפט הישראלי, הן באשר לדין המהותי והן בנוגע לסדרי הדין... נמצא, אפוא המסקנה כי לא רק שבתי המשפט מקיימים הליכים הוגנים מתוך שאיפה לעשות משפט צדק, אלא שהם יוצרים איזונים ראויים בין האינטרס הציבורי של ענישת עבריינים לבין זכויות היסוד של הנאשם בהליך הפלילי בהתאם לנורמות המקובלות במשפט הישראלי.¹⁴¹

אלא ששתי מערכות המשפט – זו הפועלת בתוך גבולות הקו הירוק וזו הפועלת בגדה המערבית – שונות במהותן. הן בנויות על ערכים אחרים והן מיועדות להגן על אינטרסים שונים:¹⁴² בשונה ממערכת המשפט הישראלית, בתי המשפט הצבאיים אינם משקפים את האינטרסים של החברה שמתוכה באים הנאשמים אלא את האינטרסים של שלטון הכיבוש, המתקרב כבר לשנתו החמישים.

השופטים והתובעים הצבאיים הם תמיד ישראלים, חיילים במדים, האוכפים את החוק הצבאי על אוכלוסייה פלסטינית, אזרחית, החיה תחת משטר צבאי. מצד אחד ניצבים אנשים שהם חלק מניהול הכיבוש, ומהצד השני – אלה הנתונים למרותו של משטר זה. בתי המשפט הצבאיים אינם בורר ניטראלי. הם מעוגנים באופן מוחלט בקוטב אחד של המשוואה הלא מאוזנת.

לפיכך, החלת החוק הישראלי משמעותית אולי ברמה ההצהרתית. בפועל, השימוש בשפה הלקוחה מעולם המשפט הישראלי מטשטש את ההבדלים המהותיים הקיימים בין מערכת המשפט הישראלית שבתוך גבולותיה הריבוניים של ישראל ובין בתי המשפט הצבאיים הפועלים בגדה המערבית. ככזו, תרומתה העיקרית למערכת המשפט הצבאית אינה במתן הגנה רחבה יותר על זכויות הנאשמים או בעשיית צדק, אלא בעיקר בהלבנת תדמיתה של מערכת המשפט הצבאית.

¹⁴¹ תגובת צה"ל ומשרד המשפטים לדו"ח האגודה לזכויות האזרח, 30.11.14. התגובה המלאה נמצאת ב:

<http://www.law.idf.il/163-6949-he/Patzar.aspx>

¹⁴² להרחבה ר' סמדר בן נתן, לעיל הערה 3.