

1. מרואן דלאל, עו"ד

ת.ד. 8519, חיפה 310840

טל': 04-8314222 ; 052-6021261

דואר אלקטרוני: marwan8@gmail.com

העותר

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה

2. הפרקליט הצבאי הראשי

3. ממשלת ישראל

4. שירות הביטחון הכללי

5. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

כולם באמצעות היועץ המשפטי לממשלה

מרחוב סלאח אל-דין 29

ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המופנה אל המשיבים 1 ו-2 כדי שינמקו מדוע לא יורו על פתיחה בחקירה פלילית בדבר נסיבות מעצרו המנהלי של מר אחמד קטאמש.¹

¹ בחירת סעד זה מתחייבת מהעובדות המפורטות בעתירה. אין הכוונה לעקוף את הליכי אתגור צו המעצר המנהלי בבתי דין צבאיים בטרם עתירה לבג"ץ. ראו והשוו בג"ץ 10740/07 מעלה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, החלטה (כב' השופטת חיות) מיום 23 בדצמבר 2012, פסקה 6; אליקים רובינשטיין, "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור", **משפט וצבא** טז, 765, 784 ("עולות מדי פעם שאלות שעיקרן מדוע הועמד לדין מרואן ברגותי בבית המשפט המחוזי. למותר לציין שלא אדרש ולו במילה לעצם המשפט המתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב. ואולם ההחלטה על העמדה לדין של ראשי המרצחים ושולחיהם המובילים את הטרור בבתי משפט אזרחיים בישראל הייתה החלטה שנתקבלה על ידי. אלה אנשים שעל פי תוצאות מעשיהם, האזרחים שנרצחו ונפצעו מכוחם, יש זיקה הדוקה בין פשעיהם למדינת ישראל."; יצחק זמיר "זכויות האדם וביטחון המדינה", **משפטים** יט, 17, 19 - 20 ("הסכנה לבטחון המדינה עדיין קיימת מבית ומבחוץ... קל להיגרר אחר סיסמת הביטחון לקיצוניות המסכנת אינטרסים אחרים, לרבות שלטון החוק וזכויות-האדם, ללא הכרח וללא הצדקה. כיצד נתמודד עם סכנה זאת? במישור המשפטי התשובה פשוטה וברורה: הביטחון כפוף לחוק."); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא (1), 461.

"מטיראוי, שטרם העימות הואשם ברחוב בשיתוף פעולה עם ישראל, נשללה תעודת אח"מ ישראלית (המאפשרת תנועה חופשית) ובהמשך אף הוכרז כמבוקש, אף שישראל לא עשתה מאמץ אמיתי לעוצרו."

עמוס הראל ואבי יששכרופ, **המלחמה השביעית – איך ניצחנו ולמה הפסדנו במלחמה עם הפלסטינים** (ידיעות אחרונות, 2004), 100.

"يحب العبد طاعة"

محمود درويش، "عن اللا شيء" في أثر الفراشة – يوميات (بيروت: دار رياض الرئيس للكتب والنشر، 2008)، 103.²

"In 1996, he was elected to the Palestinian Authority's new parliament, the Palestinian Legislative Council, with overwhelming support. He then launched a campaign against human rights abuses by Arafat's own security services and corruption among his officials, further raising his profile...The Israeli authorities accused Barghouti of having founded the Brigades, which he denied, though he hailed some of the group's operations. Having survived an Israeli assassination attempt in 2001, when his bodyguard's car was hit by a missile, the Brigade possibly sealed Mr. Barghouti's fate when it issued a statement in 2002 claiming him as its leader."³

"المال هو عصب العمل عند القيادة الفلسطينية"

أنيس صايغ، "لماذا نجح السيد عرفات وفشل معارضوه"، **السفير**، 9\12\1993 في أنيس صايغ، **أيلول – الخطأ والصواب** **ذكريات العام 2000** (بيروت: بيسان، 1994)، 126.

"I have found that the quality of what one reads is often as important as how and why one reads in the first place."

Edward Said, **Humanism and Democratic Criticism** (Palgrave Macmillan, 2004), 62.

"כי אחת משתיים: אם לישראל יש עדויות של עצירים אחרים שסיבכו אותה, הרי שזה חומר שירשיע אותה. אם אין, לא יוכלו להרשיעו ואז הוא ישוחרר בשל חוסר ראיות ולא בזכות מאבקנו להציל אותה. זאת הטקטיקה, וזה עוד הרבה לפני הקטע המשפטי. לכן נעשה כל מאמץ שלא להיגרר לתוך הפרטים המשפטיים."

עו"ד ג'ואד בולוס מצוטט בורד לוי – ברזילי, "תיק ברגותי", **הארץ**, 1 במאי 2002.

² תרגום: "העבד אוהב עריץ", מחמוד דרוויש, "על אפסות", מתוך **השפעת הפרפר – יומן** (ביירות: הוצאת דאר אל-רייס, 2008).

³ "Profile: Marwan Barghout", **BBC**, 2 June 2011 (available at: <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-13628771>).

הקדמה

1. נושא עתירה זו הוא נסיבות מעצרו המנהלי של מר אחמד קטאמש העצור מאז חודש מאי 2011 מכוח החלטות ומדיניות הצבא ושירות הביטחון הכללי. קיימות ראיות כבדות משקל המראות כי מעצרו המנהלי של מר קטאמש והארכתו מעת לעת אינם כדין והם תוצאת התנהגות פלילית של גורמי צבא ושירות הביטחון הכללי. הסעד המבוקש הוא חקירה פלילית לגבי נסיבות מעצרו המנהלי של מר קטאמש והארכתו מעת לעת. שאלה נוספת הכרוכה בעתירה זו ישירות אם כי איננה חלק מהסעד המבוקש היא האם מעצרו המנהלי של מר קטאמש נעשה על ידי הגורם המוסמך. שאלה זו עולה גם מפסק דין בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5131/13 קטאמש נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' שניתן ביום 31 ביולי 2013.⁴

העותר והמשיבים

2. העותר משפטן שתחום מומחיותו משפט בינלאומי וזכויות אדם. בין השנים 2007 – 2010 העותר היה תובע בבית הדין הפלילי הבינלאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר שבהאג, הולנד. באוקטובר 2011 וביוני 2012 הגיש העותר כתבי טענות כידיד בית המשפט לבית הדין המיוחד לעניין לבנון הנמצא גם כן בהאג, הולנד. בפברואר 2013 ייסד העותר את גרוטיוס – מרכז למשפט בינלאומי וזכויות אדם הרשום כחברה לתועלת הציבור ומושבו הנוכחי הוא בחיפה. לפני הצטרפות העותר לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהולנד הוא הגיש עתירות לבית משפט זה נגד רשויות שהפרו זכויות אזרח. מעמד העותר להגיש עתירה זו מבוסס בדין.⁵

3. המשיב 1 אחראי על מערכת התביעה בישראל ועל יישום עקרון שלטון החוק על ידי רשויות השלטון.⁶ המשיב 2 הוא, בין השאר, המפקח על השלטת המשפט בצבא מכוח סעיף 178(2) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955.⁷ המשיבה 3 ממשלת ישראל אחראית על פעילות שירות הביטחון הכללי מכוח סעיף 4 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב - 2002. המשיב 4 הוא שירות הביטחון הכללי שתפקידיו רבים. המשיב 5 הוא מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית.

⁴ עניינו של מר קטאמש נדון גם בבג"ץ 8818/11 אחמד סלימאן מוסא קטאמש נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'. פסק דין בעתירה זו ניתן ביום 2 בפברואר 2012 (כבי' השופטת חיות, כבי' השופט פוגלמן, וכבי' השופט עמית). להלן נוסחו המלא של פסק הדין: "לבקשת העותר שעלתה בטרם דיון בעתירה, אנו מורים על מחיקתה ללא צו להוצאות".

⁵ ראו בג"ץ 910/86 דסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2), 441, 461.

⁶ ראו עדנה ארבל, "אכיפת החוק על אנשי ציבור – המשפט הציבורי והזירה הפלילית בשנת ה-50 למדינה", משפטים ל 437, תש"ס.

⁷ לעניין עתירה זו ראו והשוו עם סעיף 168 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 אשר דן בסמכויות הפרקליט הצבאי הראשי ופרקליט צבאי לבטל, לאשר בדיעבד או לשנות פסק או עונש. דומה כי מטרת סעיף זה היא להתמודד עם התנהגות מושרשת בצבא של התעלמות מנורמות משפטיות מחייבות ומשלטון החוק בכלל. ראו גם דורית ביניש, "שלטון החוק בתקופת לחימה", משפט וצבא 17, 19, 35 התשס"ד ("חבל שהפעילות הנעשית על ידי גורמי הפצ"ר כדי להבטיח יחס הוגן לאוכלוסייה אזרחית ושמירה על הפעלת אמצעים חוקיים ומידתיים בנסיבות הקיימות, אינה זוכה לתשומת הלב הראויה. חשוב להנחות את היחידות הפועלות בשטחים על פי אמות המידה של המשפט הבינלאומי ויש להשקיע מאמץ רב בעניין זה. נזכיר לדוגמה כי עדיין תלויים ועומדים הליכים כנגד "נוהל שכך", כנגד תפיסות מקרקעין למטרות מבצעיות ועוד. צרור הבעיות גדול ועצום; האחריות המוטלת על כתפכם רבה וחשובה"; בג"ץ 3239/02 איאד אסחק מחמוד מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז (2), 349.

מעצרו המנהלי של מר אחמד קטאמש

4. מר אחמד קטאמש, תושב אלבירה שבגדה המערבית, הוא חוקר ופעיל פוליטי שכתביו הופנו נגד הכיבוש הישראלי ושחיתות ברשות הפלסטינית. בשנת 1998 שוחרר מר קטאמש ממעצר מנהלי לאחר כחמש שנים בכלא מבלי שהטענות המנהליות נגדו התגבשו לכתב אישום. ניתן להתמודד עם כתב אישום באמצעות קיום חקירה נגדית והבאת ראיות סותרות.⁸ לפי ארגון זכויות האדם הבינלאומי אמנסטי אינטרנשיונאל:

“Ahmed Qatamesh is a prisoner of conscience who is being detained solely for expressing non-violent political beliefs”

רצ"ב Amnesty International, Palestinian academic given detention extension must be released, 25 April 2009, כנספח לעתירה שסימנו ע/1.

5. באפריל 2011 נעצר מר קטאמש על ידי כוח צבאי. לפי מידע הנגיש לכל מר קטאמש כמעט שוחרר ממעצר עד שהוחלט לעוצרו במעצר מנהלי במאי 2011 לאחר חקירה קצרה ולא רצינית. על פי אותו מידע שירות הביטחון הכללי ביקש למנוע את שחרורו של מר קטאמש ובעקבות כך הוא נעצר במעצר מנהלי.⁹

רצ"ב עמירה הס, "שב"חית - צב מאצר", **הארץ**, 8 במאי 2011 כנספח לעתירה שסימנו ע/2.

6. על מעצרו המנהלי של מר קטאמש הוחלט ביום 3 במאי 2011 לתקופה של ששה חודשים עד 3 בנובמבר 2011. אלי"מ יאיר קולס קמ"ץ פקמ"י שתוארו גם מפקד צבאי לאזור יהודה ושומרון חתום על צו מעצר מנהלי זה. צו המעצר הוא מכוח סעיף 285(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע – 2009. כותרת הצו היא "צו מעצר מנהלי – הארכה", למרות שמדובר בהחלטה על מעצר מנהלי ולא על הארכתו. סיבת המעצר לפי צו זה היא "בגין היותו פעיל חמאס המסכן את בטחון האזור". מר קטאמש איננו פעיל חמאס.

רצ"ב צו המעצר המנהלי בעניינו של מר קטאמש מיום 3 במאי 2011 כנספח לעתירה שסימנו ע/3.

⁸ ראו ורד לוי – ברזילי, "תיק ברגותי", **הארץ**, 1 במאי 2002 "את השיחה הזאת שהתנהלה בבוקר יום חמישי, 18 באפריל, שיחזר עו"ד בולוס לבקשתי. השחזור, ההתרשמויות והתיאורים הם פרי זיכרונו הסובייקטיבי. אחרי הכל הוא מופקד על התיק היוקרתי ובעל אינטרס מובהק בעניין. מצד שני, בולוס הוא האדם היחיד מחוץ לאנשי כוחות הביטחון שראה את ברגותי מאז נעצר. הוא ישב איתו בארבע עיניים כשעה, ראה מה מצבו ושמע מה בפיו... כשרג'יב שוחרר מהכלא, מספר בולוס, נהגו לבלות שלושתם יחד: לפעמים רג'יב וברגותי באו לביתו של בולוס, לפעמים היו נפגשים בבתיהם...".

⁹ לפעילות הצבא בישראל וההבדל בינו לבין צבאות במדינות דמוקרטיות ראו יאיר תירוש, "המסגרת המשפטית לפעילות הצבא בישראל בראי המשפט המשווה", **משפט וצבא** 17, 289; יצחק אולשן, **דין ודברים – זכרונות**, (ירושלים: הוצ' שוקן, 1978), 262 – 299 (פרק עשרים ושישה שכותרתו: "הפרשה – ועדת אולשן דוריי". הפרק עוסק בסוגיית "עסק הביש" במצרים של תחילת שנות החמישים והועדה שחקרה אותה בישראל).

7. ביום 8 במאי 2011 הוצא צו מעצר מנהלי נוסף בעניינו של מר קטאמש מכוח אותו מקור הסמכה שתקופתו היא מיום 3 במאי 2011 עד 2 בנובמבר 2011. כותרת הצו היא "צו מעצר מנהלי" ולא תיקון צו מעצר מנהלי או הארכת צו מעצר מנהלי. צו זה לא ביטל את צו המעצר המנהלי בעניין מר קטאמש מיום 3 במאי 2011. סיבת הוצאתו נגד מר קטאמש היא "בגין היותו מסכן את בטחון האזור" ולא "בגין היותו פעיל חמאס המסכן את בטחון האזור". בכתב יד מצוין כי "צו זה מתקן את הצו שהוצא על ידי בתאריך 3/5/2011". אלוף אבי מזרחי, מפקד פיקוד מרכז חתום על הצו ולא אל"מ יאיר קולס שהוציא את צו המעצר המנהלי בעניינו של מר קטאמש ביום 3 במאי 2011.

רצ"ב צו המעצר המנהלי בעניינו של מר קטאמש מיום 8 במאי 2011 כנספח לעתירה שסימנו ע/4.

8. מעצרו המנהלי של מר קטאמש הוארך מעת לעת. ביום 31 ביולי 2013 ניתן פסק דין בעניינו של מר קטאמש על ידי בית משפט זה (כב' הנשיא גרוניס, כב' המשנה לנשיא נאור, וכב' השופטת חיות) ובנוכחות באי כוח בעלי הדין. להלן הנוסח המלא של פסק דין זה:

1. העותר עצור במעצר מינהלי שהוארך מעת לעת מאז חודש אפריל 2011. מדובר בתקופה ארוכה במיוחד. על רקע זה בחנו בקפידה, כדרכנו, את החומר החסוי שהונח בפנינו. ייאמר מיד כי בשל אופיו של החומר, לא ניתן לחושפו.

2. העיון בחומר הביאנו לכלל מסקנה כי חרף תקופת המעצר הארוכה לא קמה עילה להתערב בהחלטה האחרונה על הארכת המעצר. מדובר בחומר ביטחוני מגוון, ממקורות שונים, המצביע על כך שאילו שוחרר העותר לעת הזו היה בכך כדי ליצור סיכון חמור לביטחון האזור.

3. ברי, כי מאחר שמדובר בעצור המוחזק במעצר תקופה ארוכה, הרי כל החלטה על הארכת המעצר חייבת להתקבל על ידי דרג בכיר ביותר. נמסר לנו כי ההחלטה האחרונה נתקבלה על ידי ראש שירות הביטחון, וכי כאשר תסתיים תקופת המעצר הנוכחית תובא שאלת ההארכה שוב בפני ראש השירות.

4. נוכח האמור לעיל נדחת העתירה.¹⁰

¹⁰ בג"ץ 5131/13 קטאמש נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסק דין מיום 31 ביולי 2013. לתיאור כללי באשר לעמדתו של בית המשפט העליון כלפי שירות הביטחון הכללי ומהימנותו ראו בג"ץ 94/5100 הועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817; ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא (2), 631; בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3), 505; בג"ץ 4668/01 ח"כ יוסי שריד נ' ראש הממשלה אריאל שרון, פ"ד נו (2), 265; בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז (2) 229; ת"פ (מחוזי תל-אביב) 392/93 מדינת ישראל נ' נדא זהאד, 16 במרץ 1994 (לא פורסם); ע"פ 532/91 פלונים נ' מדינת ישראל (לא פורסם) מצוטט בת"א (מחוזי ירושלים) 99/1515 המכונה א' נ' יעקב פרי, 1 בפברואר 2000, פסקה 9. ראו גם דינה זילבר, **בשם החוק – היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה** (דביר, 2012); בש"פ 120/10 פלוגי נ' מדינת ישראל, החלטה (כב' השופט עמית) מיום 24 בפברואר 2010, פסקה 23 ("שינוי ולמדנו כי אין חקר לתבונתו של סנגור מוכשר (ראו: ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 429, 433 (1950)), אך אין מדובר בסיסמא בעלמא, ועל מנת להעריך חיוניותה של ראייה חסויה להגנתו של נאשם, בית המשפט נדרש גם לקו ההגנה של הנאשם על רקע חומר הראיות הגלוי (ראו, לדוגמה: בש"פ 155/08 מאמון אבו טיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.5.2008), בפסקאות 8-9). ודוק: "הקופסא השחורה" הכוללת מידע מודיעיני חסוי אינה בידיעתו של

הדין והתכתבות עם פרקליטות המדינה

9. סעיפים 85(א) ו-86(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע –

2009 שמכוחם הוחלט על מעצרו המנהלי של מר קטאמש והארכתו קובעים :

(א) היה למפקד כוחות צה"ל באזור או למפקד צבאי שהוסמך על ידו לענין סעיף זה (בסימן זה: "מפקד צבאי") יסוד סביר להניח, שטעמי בטחון האזור או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על שישה חודשים (בסימן זה: "צו מעצר").

(ב) היה למפקד צבאי יסוד סביר להניח, ערב פקיעת תוקפו של צו מעצר לפי סעיף קטן (א) שטעמי ביטחון האזור או בטחון הציבור עדיין מחייבים את החזקת העצור במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות מפעם לפעם על הארכת תוקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים, ודין צו ההארכה לכל דבר כדין צו המעצר המקורי.

10. מנוסח פסק-דין בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5131/13 עולה כי הארכת מעצרו המנהלי של מר קטאמש

התקבלה בחוסר סמכות. ראש שירות הביטחון הכללי אינו מוסמך להחליט על מעצר מנהלי וגם לא ניתן

הנאשם והוא בבחינת מי שאינו יודע לשאול לגבי המידע החסוי. עם זאת, על רקע קו הגנה שמציג הנאשם, יכול הנאשם לטעון ולהעלות אפשרויות או היפותזות סבירות לגבי חפזו לאור חומר הראיות הגלוי. רוצה לומר, כי עתירה לגילוי ראיה, המוגשת על ידי הסנגוריה עוד לפני שהנאשם הציג את קו הגנתו היא עתירה מוחלטת מיניה וביה. כפי שנאמר לא אחת בפסיקה, השאלה אם חיסוי ראיות מסוימות עלול לפגוע בזכותו של הנאשם למשפט הוגן אינה שאלה תיאורטית והיא נבחנת, בין היתר, על רקע מיקומה של הראיה בשדה המריבה בין הצדדים ולאחר שבקעת המחלוקת נגלתה לעיני בית המשפט (בש"פ 6392/97 בלביסי נ' מדינת ישראל, פ"דנא(5) 176, 181 והאסמכתאות שם.); גבריאלי בד', "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** 500, 501 ("ייתכנו אפוא מקרים לא-מועטים שבהם עלול להיות פער בין תחושת הצדק של השופט ובין מה שהוא רואה את עצמו מחויב לפסוק. אך רצוי לשאוף לכך, שמקרים כאלה יצומצמו עד למינימום, ושכך-המשפט יעשה מאמץ מירבי כדי למלא את ייעודו העיקרי – להוציא לאור אמת וצדק"). ליאון שלף, "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרפורמים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה", **קריית המשפט א'**, תשס"א ("מאז דו"ח גולדברג שחקר את הבעיות של הודאת נאשמים, ואולי גם בעקבות דו"ח לנדוי שחשף מעט משיטות החקירה הפסולות הנהוגות בשרותי הביטחון הכללי, אנו אמורים להיות למודי ניסיון באשר לערך המפוקפק לעתים של הודאות שנמסרות על-ידי עצורים במתקני כליאה וחקירה."); ראו גם מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגייטמציזם, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" **פלילים** 11, תשנ"ט; מנחם מאוטנר, "שנות השמונים – שנות החרדה", **עיוני משפט** 645, תשס"ג; דפנה ברק ארז, "והגדת לבן: היסטוריה וזכרון בבית המשפט", **עיוני משפט** 773, תשס"ג; עוזי פוגלמן, "מחלוקת הבג"צים בפרקליטות המדינה", **משפט וממשל** 173, 176, תשס"א ("יש לשים דגש מיוחד על בדיקת התשתית העובדתית לשם הצגת עמדתה של המדינה. בשל אופי הדיון בבג"ץ, היעדר עדויות והעדר חקירה על תצהירים, ישנה חשיבות מכרעת בבדיקת העובדות השייכות לעניין ולהצגתה בצורה נאותה. הפרקליט הוא הנושא באחריות כוללת לבירור העובדות. הוא הדורש במקרה המתאים את תיקי הרשויות כדי להתרשם באופן בלתי אמצעי מ"חומרי הגלם". הוא זה האחראי על הצגה מלאה וקוהרנטית של התמונה כאשר מדובר בענין שיש לו נגיעה לפעילותן של רשויות נפרדות. אמונו של בית-המשפט בעמדה המוצגת על ידי הפרקליטות נגזר מדרך פעולה זו. אמונו זה אינו דבר מובן מאליה וכדי שאמונו זה יישמר השאיפה היא להוסיף ולהקפיד על תהליך הבדיקה האמור." השו"ע סעיף 44 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 הדן בראיה חסויה ואפשרות גילוייה ובייחוד הסיפא של הסעיף: "אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה." בית המשפט העליון בדרך כלל אינו מאפשר גילויין של ראיות חסויות, בייחוד כאלה שמקורן בשירות הביטחון הכללי. אליבא דשופט סא"ל רונן עצמון מבית המשפט הצבאי לערעורים בעניין מר קטאמש "ממכלול הראיות שהוצגו בפניי מצטייר המערער כאדם מתוחכם, בעל קשרים ענפים לפעילי טרור אחרים, וכושר ארגון ויכולת להניע אנשים, שמאפשרים לו לקדם פעילות חבלנית." עמ"מ ת' 1657/13, עמ"מ ס' 1624/13 **קטאמש נ' התביעה הצבאית**, החלטה מיום 15 ביולי 2013. הפסקאות והעמודים בהחלטה זו אינם ממוספרים. נוסח שני צווי המעצר המנהלי נגד מר קטאמש ממאי 2011 ובג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' **מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נב (3) 346 לא מצאו את דרכם אל ההחלטה האמורה.

להסמך אותו כאמור משום שהאחרון איננו מפקד צבאי.¹¹ הואיל וראש שירות הביטחון הכללי אינו מוסמך להחליט על מעצר מנהלי או על הארכתו, אזי החלטתו בטלה ומן הדין ומן הצדק היה להורות על שחרורו של מר קטאמש ממעצר מנהלי מטעם זה בלבד. בית המשפט הנכבד מוסמך היה להחליט על שחרורו של מר קטאמש מכוח סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, ובייחוד סעיף 15(ד)(1) לאותו חוק יסוד. ברור הוא כי סמכות זו של בית המשפט הנכבד קיימת גם מיוזמתו.¹²

11. בנוסף, מוסמך היה בית המשפט הנכבד להעלות שאלות מיוזמתו לגבי הפגמים שבשני צווי המעצר המנהלי מיום 3 במאי 2011 ו- 8 במאי 2011 והסתירות ביניהם.¹³ "אכן, השיפוט ממלא את ייעודו כאשר עולה בידו, במסגרת ההליך השיפוטי, לקבוע את המציאות כפי שזו אכן הינה... שום נימוק של טובת הציבור אינו שוקל יותר, במשקלותיו היחסיות של ההליך השיפוטי, ממשקל הרשעת חף מפשע".¹⁴

12. צו המעצר המנהלי נגד מר קטאמש מיום 3 בנובמבר 2011 (שכותרתו צו מעצר מנהלי - הארכה) חתום על ידי קצין מודיעין בפיקוד מרכז בדרגת אל"מ. סעיף 3 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב](יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע – 2009 שכותרתו מינוי מפקדים צבאיים קובע כדלקמן:

מפקד כוחות צה"ל באזור רשאי למנות מפקד צבאי לכל שטח או מקום באזור. מינוי כזה יכול להיערך תוך נקיבת שם או משרה, ואם ננקבה משרה יהיה המחזיק מזמן לזמן במשרה שצוינה, המפקד הצבאי בשטח או במקום הנדון.

13. לא ברור אם אל"מ יאיר קולס מונה כמפקד צבאי לשטח או מקום באזור במשמעות סעיף 3 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב](יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע – 2009. בנוסף, לא ברורה מערכת היחסים בינו לבין אלוף אבי מזרחי, מפקד פיקוד מרכז, שהוציא את צו המעצר המנהלי "המתקן" מיום 8 במאי 2011 תוך ציון בכתב יד כי צו המעצר המנהלי מיום 3 במאי 2011 הוצא על ידו, דבר שאינו עולה בקנה אחד עם האמת. הפגמים המהותיים שבצווי המעצר המנהלי נגד מר קטאמש מיום 3 במאי 2011 ומיום 8 במאי 2011 והסתירות ביניהם מראים בבירור כי הם הוצאו שלא כדין, ממניעים פסולים אשר דורשים לכל הפחות חקירה פלילית.

¹¹ החוק המסדיר את פעולתו של שירות הביטחון הכללי הוא חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב – 2002. חוק יסוד: הצבא אמור להסדיר את פעולת הצבא. בשני דברי החקיקה אין הוראות ספציפיות אשר קובעות כי במקרה כלשהו איש שירות הביטחון הכללי, לרבות ראש שירות הביטחון הכללי, יכול למלא תפקידים שבסמכות מפקד צבאי.

¹² היתה לבית המשפט הנכבד גם סמכות טבועה להורות על שחרורו של מר קטאמש כי, כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט עצמו, לא הגורם המוסמך להחליט על הארכת מעצרו המנהלי של מר קטאמש. ראו: ע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו (3), 279.

¹³ השוו עם סעיפים 143, 166, 167, 168 לתקנות סדר דין אזרחי, תשמ"ד – 1984; סעיפים 167, 175, לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982; תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד – 1984.

¹⁴ אהרן ברק, "משפט, שיפוט ואמת", משפטים כ"ז 11, 12, 16 (תשנ"ו).

14. לאור פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 5131/13 פנה העותר ביום 10 בספטמבר 2013 אל פרקליטות המדינה כדי לברר אם הדרג המוסמך הוא שהחליט על מעצרו המנהלי של מר קטאמש ועל הארכתו מעת לעת, ואם כן האם הוא עשה כך כדין.

רצ"ב פניית העותר אל פרקליטות המדינה מיום 10 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/5.

15. ביום 12 בספטמבר 2013 נשלחה תשובת פרקליטות המדינה שתוכנה בחלק הרלבנטי הוא כדלקמן:

במישור העקרוני, כידוע לך, גורם מוסמך להורות על מעצרו המינהלי של פלסטיני, תושב איז"ש (בנסיבות המתאימות לכך), הינו המפקד הצבאי. לצורך הפעלת סמכות זו, המפקד הצבאי מסתייע כדבר שבשיגרה בשירות הביטחון הכללי. המדיניות העדכנית (שאינה מחוייבת מהוראות הדין) הינה כי כשהמדובר במעצר מינהלי לתקופה ממושכת, המלצת השב"כ תינתן על דעתו של ראש השירות. הליך זה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין.

רצ"ב מכתבו של עו"ד רויטמן מפרקליטות המדינה מיום 12 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/6.

16. ביום 13 בספטמבר 2013 פנה העותר אל פרקליטות המדינה וביקש את צו המעצר המנהלי שבעתיו נעצר מר קטאמש וכן את כל הצווים שהאריכו את מעצרו המנהלי. ביום 15 בספטמבר 2013 הפנה עו"ד רויטמן מפרקליטות המדינה את העותר לתביעה הצבאית כדי לקבל את המסמכים המבוקשים. ביום 17 בספטמבר 2013 פנה העותר אל הפרקליטות הצבאית כפי שהוצע על ידי עו"ד רויטמן מפרקליטות המדינה. עד להגשת העתירה לא התקבלה תשובה מהתביעה הצבאית.¹⁵

רצ"ב מכתב העותר אל פרקליטות המדינה מיום 13 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/7.

רצ"ב תשובת נציג פרקליטות המדינה מיום 15 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/8.

רצ"ב מכתב העותר אל התביעה הצבאית מיום 17 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/9.

17. ביום 15 בספטמבר 2013 פנה העותר אל היועץ המשפטי לממשלה כדי שיוורה על פתיחה בחקירה פלילית נגד הגורמים הרלבנטיים, בייחוד הדרג הצבאי הרלבנטי באזור מרכז וראש שירות הביטחון הכללי, בגין החלטה שלא כדין על מעצר מנהלי והארכתו נגד מר אחמד קטאמש: שוחד או הפעלת לחצים מאיימים הוזכרו כסיבות הוצאת צו המעצר המנהלי שלא כחוק.¹⁶ בחודש מאי 2011 ראש שירות הביטחון הכללי היה יובל דיסקין. הוא סיים את כהונתו ביום 15 במאי 2011. תשובתו של עו"ד רויטמן מפרקליטות

¹⁵ העותר השיג את צווי המעצר המנהליים נגד מר קטאמש באדיבות אדמיר – ארגון לעניין אסירים וזכויות אדם.

¹⁶ ראו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס, פ"ד נט (4) 385; בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לענין בעונש ואח', פ"ד נג (3), 721; בג"ץ 1/49 סלומון שלמה בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; חיים כהן, "הרהורים על טוהר – המידות", משפט וממשל ב, 403 (1995); סעיפים 290, 291, 293, 294, 295, 296, 34, 34, 34, 192, 307, 428, 460 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977. והשוו עם דברי השופט גרוניס (כתוארו אז) בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון ("ידועה אמרתו המפורסמת של הלורד אקטון (Lord Acton) על כך שכוח משחית וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט"), פסק-דין מיום 11 במאי 2006, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט גרוניס. ראו גם הערותיהם של הנשיא ברק והמישנה לנשיא חשין לחוות דעתו של השופט גרוניס.

המדינה שציננה, בין השאר, כי "המדיניות העדכנית (שאינה מחוייבת מהוראות הדין)", וכי צו מעצר ראוי שיוצא על ידי גורם מוסמך "בנסיבות המתאימות לכך", היתה אחת הסיבות לפנייה זו של העותר.

רצ"ב מכתב העותר אל היועץ המשפטי לממשלה מיום 15 בספטמבר 2013 כנספח לעתירה שסימנו ע/10.

18. ההחלטה שלא כדין על מעצרו המנהלי של מר קטאמש התקבלה על אף שהרשויות הרבולנטיות מודעות לדין המחייב אותן או חזקה שהן מודעות לו. הכלל בדבר אי ידיעת הדין או טעות במצב המשפטי אינו פוטר מאחריות פלילית תקף גם במקרה זה.¹⁷ מעצרו המנהלי של מר קטאמש מהווה, לכל הפחות, כליאת שווא במובן סעיף 377 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.¹⁸

19. מעצרו המנהלי של מר קטאמש מהווה גם הפרה לזכותו לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה, או בכל דרך אחרת." בנוסף, הופרה זכותו של מר קטאמש לחירות המעוגנת בסעיף 9 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966:

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.

20. היועץ המשפטי לממשלה לא השיב לפניית העותר מיום 15 בספטמבר 2013 וממילא הוא לא דחה את הטענות המועלות בה. השוו עם סעיף 83 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984 שכותרתו שתיקה כהודיה ונוסחו הוא כדלקמן:

"כל טענת עובדה שלא הוכחה בכתב הגנה או בכתב תשובה שכנגד במפורש או מכללא, או שלא נאמר עליה שאין מודים בה, רואים אותה כטענה שמודים בה, זולת אם היא נטענת נגד פסול-דין, אך בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לדרוש שעובדות כאמור יוכחו שלא על דרך ההודיה האמורה."

21. תקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד – 1984 מחילה את אותו עקרון גם לגבי הליכים בפני בית משפט נכבד זה:

¹⁷ ראו סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977.
¹⁸ ראו גם סעיפים 68, 72, 105, 106, 114, 115 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955.

”בכל ענין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית משפט מחוזי.”¹⁹

22. הימנעות היועץ המשפטי לממשלה מלהורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניין הוצאת צו המעצר המנהלי נגד מר קטאמש והארכתו מעת לעת בנסיבות המתוארות בעתירה זו ונספחיה נוגדת את אינטרס הציבור, נתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי, בלתי סבירה בעליל, לוקה בעיוות מהותי, ונגועה במשגה היורד לשורשו של עניין.²⁰ הפגם שבעמדת היועץ המשפטי לממשלה נעשה חמור יותר לאור העובדה שלפחות חלק מנסיבות מעצרו המנהלי הבלתי חוקי של מר קטאמש פורסמו בפומבי.²¹

סיכום

23. מעצרו המנהלי של מר קטאמש אינו חוקי. הוא תוצאת התנהגות פלילית של גורמי צבא ושירות הביטחון הכללי. מן הדין ומן הצדק לקיים חקירה פלילית בעניין נסיבות מעצרו המנהלי של מר קטאמש, לשחררו ממעצר ולפצותו.²²

24. על יסוד האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא את הצו המבוקש ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט כדין.

מרואן דלאל, עו"ד

¹⁹ השוו גם עם סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982.
²⁰ בג"ץ 4550/94 ניסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט (5), 859, 871 – 872; בג"ץ 935/89 אורי גנור, עו"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2), 485. לעניין יחסי הגומלין בין היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי, ראו בג"ץ 4723/96 אביבית עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא (3), 714, 732 – 733 ("בסוגיות עקרוניות שיש בהן עניין ציבורי מיוחד, ואשר השלכותיהן חורגות מן המסגרת הצבאית, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה תחייב את הפצ"ר").

²¹ ראו סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982; בג"ץ 86/428 יצחק ברזילי, עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3), 505, 577; בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לו (3), 29, 45 – 47; הנחיה 4.2200 (90.004) להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, משפט פלילי חקירות, חקירת אישי ציבור.

²² ראו סעיף 9(5) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966; חוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב – 1952; ע"א 337/81 שלמה בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3), 337.