



לכבוד

ח"כ ניסן סלומינסקי

יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט

כנסת ישראל

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסטר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מזל מועלם

מר סלי מרדור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

פרופ' זאב צחור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופט רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופט דורית בניש, ישראל

השופט סטיבן ברייד, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופט דליה דורנר, ישראל

פרופ' וונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

פרופ' מרדכי קורמיניצר, מחקר

פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמית אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

מייסד

ד"ר אריק כרמון

יו"ר של כבוד

ד"ר ג'ורג' שולץ

נייר עמדה בעניין הצעת חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות)

להלן עיקר הערותינו להצעת החוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015 סעיף 120(להלן: "הצעת החוק"). נתחיל בסקירת ההסדר המוצע, לאחר מכן נעיר הערות כלליות הן על הסדר המעצר המנהלי והן על הסדר צווי ההגבלה ונסיים בהצעות לשיפור.

א. ההסדר המוצע –

1. הצעת החוק מותירה למעשה על כנו את ההסדר הקיים של מעצר מנהלי הקבוע בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) תשל"ט-1979(להלן: "ההסדר הישן"), ומציגה הסדר חדש של צווי הגבלה. שני ההסדרים מסמיכים את שר הביטחון, כאשר יש לו יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים זאת, להורות בצו להטיל על אדם מעצר מנהלי או צווי הגבלה במעמד צד אחד. את המעצר, לתקופה שלא תעלה על 6 חודשים, ואת צווי ההגבלה, לתקופה שלא תעלה על שנה¹.

2. הצעת החוק מבטלת את ההגבלה שהייתה קיימת עד כה, לפיה, ניתן להטיל מעצר מנהלי רק כאשר שורר במדינה מצב חירום².

3. לפי ההצעה, שר הביטחון לא יטיל צו הגנה לפני שנתן לאדם שהוצא נגדו הצו, הזדמנות להשמיע את דבריו. דא עקא, אם סבר שר הביטחון כי שימוש כזה

¹ סעיף 2 להסדר הישן, וסעיף 120(ב)+(ג) להצעת החוק.
² סעיף 120 להצעת החוק.





יכול לסכל את מטרת הצו, אפשר לדחות שימוע זה עד ל- 30 ימים מיום מתן הצו.³

4. שר הביטחון יכול להאריך מפעם לפעם את צו המעצר (לשישה חודשים בכל פעם) או את צו ההגבלה (לשישה חודשים בכל פעם) ללא הגבלה, במידה והיה לו יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מחייבים זאת.

5. הפרה של צו ההגבלה גוררת אחריה עונש מאסר של עד שנתיים.⁴

6. רשימת צווי ההגבלה ששר הביטחון יכול להטיל אינה רשימה סגורה⁵ וכוללת בין היתר, הגבלת יציאתו של החשוד ממקום או מאזור מסוים, איסור יציאה מהארץ, איסור להיכנס לאזור מסוים, חובה לגור באזור מסוים, הגבלה ביחס לעבודה או עיסוק ואיסור להתקשר עם אדם מסוים או קבוצה של אנשים. להלן מספר מאפיינים מרכזיים של הצעת החוק שיש לשים אליהם לב:

- א. מדובר ברשימה פתוחה.
- ב. ההגבלות כלליות ומעניקות שיקול דעת רחב לשר הביטחון להחליט איזה הגבלות להטיל על החשוד.
- ג. אין הגבלה על מספר צווי ההגבלה שניתן להטיל על החשוד באותה העת.
- ד. ההסגר/מעצר הבית של החשוד לא חייב בהכרח להיות בבית שלו היכן שמשפחתו נמצאת. כלומר, אפשר גם להעבירו הרחק ממשפחתו למקום שנמצא בחזקת המדינה ושלא בהסכמתו. כן, אין הגבלה על מספר השעות שאפשר להחזיק בהם אדם במעצר בית ביממה.
- ה. אין הגבלה על מה שניתן להחרים מחזקת החשוד וכן אין הוראה שמתייחסת לתנאים מינימאליים החיוניים על מנת שהחשוד יוכל לקיים חיים יום יום נורמאליים עד כמה שאפשר ושאותם אי אפשר להגביל- כגון טלפון.

³ סעיף 120(4) להצעת החוק.

⁴ סעיף 120(12) להצעת החוק.

⁵ סעיף 120(5) להצעת החוק.



ו. איסור ההתקשרות שנקבע אינו מותנה באיסור התקשורת באדם ספציפי או בקבוצה ספציפית של אנשים ולפי ההצעה ניתן להטיל על החשוד איסור התקשרות כללי.

7. לצורך הוצאת צו המעצר או צו הגנה וכן לצורך הארכתם, מספיק כי היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים כי אדם פלוני יוטל במעצר או יוגבל באופן אחר.

8. ביקורת שיפוטית –

א. אדם שהוצא נגדו צו מעצר יובא בפני נשיא בית משפט מחוזי תוך 48 שעות ממעצרו. נשיא בית המשפט המחוזי מוסמך לאשר את הצו, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שנקבעה בו. הסדר זה לא הוחל על צווי הגבלה. אדם שיוטל עליו צו הגבלה יכול ביוזמתו לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים. כלומר, לפי הצעת החוק, אם החשוד לא יוזם פניה לבית המשפט לעניינים מנהליים, ייתכן מצב שבמשך כל תקופת צו ההגבלה, שיכולה להימשך שנים, צווי ההגבלה לא יעברו כל ביקורת שיפוטית שהיא.

ב. באשר לטיב הביקורת השיפוטית לאישור צו המעצר, נותר ההסדר החוקי הקיים כיום על פיו, מתבצעת ביקורת שיפוטית "חלשה" הבודקת רק את סבירות החלטת הרשות המבצעת ואינה בודקת את הראיות לעומק. לפי הסדר זה, נשיא בית המשפט המחוזי יכול לבטל את הצו אם הוכח לו שהטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של ביטחון המדינה או של ביטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין.

ג. בנוסף לכך, נותר בעינו ההסדר המאפשר לשופט הדין בצו המעצר לסטות מדיני הראיות, אם הוא משוכנע שהדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק. הסדר זה הוחל גם על עתירות המוגשות כנגד צווי הגנה שמוגשות בבית משפט לעניינים מנהליים⁶.

ד. כמו כן, נותר בעינו ההסדר המאפשר לנשיא בית המשפט המחוזי לעשות שימוש בראיות חסויות, לקבל ראיות במעמד צד אחד ובלא גלגולן לעצור או בא כוחו, אם הוא סבור כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה או

⁶ סעיף 120(8) להצעת החוק.



בביטחון הציבור. גם הסדר זה הוחל על ההליכים בעתירות המוגשות כנגד צווי ההגבלה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים.⁷

ה. הצעת החוק הותירה בעינו את ההסדר המחייב עיון תקופתי בצו המעצר כל 3 חודשים. דא עקא, הסדר חשוב זה פסח על צווי ההגבלה. משמעות הדבר היא, שאם נשוא צו ההגבלה אינו עותר כנגד הצו ביוזמתו לבית המשפט לעניינים מנהליים, הצו וההארכות שלו לא יהיו כפופים לשום ביקורת שיפוטית בשום שלב של ההליך ויהיו באחריותו הבלעדית של שר הביטחון.

ו. החלטות בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לצו המעצר והחלטת שופט בית המשפט לעניינים מנהליים בעתירות המוגשות כנגד צווי הגבלה, ניתנות לערעור בפני בית המשפט העליון. למרות הפסיקה הענפה עד היום בעניין טיב הביקורת השיפוטית הראויה בבית המשפט העליון ובבית המשפט המחוזי ואשר לפיה בית המשפט יבחן מחדש את חומר הראיות בהכרעתו,⁸ הצעת החוק, לא אימצה הלכה מבוססת זו, והותירה על כנו את הנוסח הקיים הקובע כי לשופט בית המשפט העליון ולשופט בית המשפט המחוזי יהיו סמכויות מוגבלות ומצומצמות ואשר לפיהן הם יבטלו את צו המעצר רק אם הוכח להם שטעמים שבגללם ניתן לא היו טעמים ענייניים של ביטחון המדינה או של ביטחון הציבור או שניתן שלא בתום לב או מתוך שיקולים שלא לעניין.⁹

ז. ההסדר המתיר לעצור להיות נוכח בדיונים בענייני הוחל גם על הדיונים בנוגע לצו הגבלה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים.

9. הצעת החוק גם מבטלת את ההסדר הישן שקבע שהדיונים בתיקים אלה יהיו בדלתיים סגורות.

10. לסיכום, בכל הנוגע למעצר המנהלי, שני השינויים היחידים שמוצגים בהצעת החוק אל מול המצב החוקי הקיים הינם: 1. ביטול התנאי של מצב החירום

⁷ סעיף 120(8) להצעת החוק
⁸ עמ"מ 5652/00, **שייח עבד אלכרים עובייד נ. שר הביטחון**, פ"ד נה(4) 913,0, 922-921 (2000).
⁹ סעיף 120(9) להצעת המחקר וסעיף 120(6) להצעת החוק.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

2. ביטול החובה לקיים את הדיונים בדלתיים סגורות. כל יתר הסעיפים והפרוצדורות שהיו קיימים ערב ההצעה נותרו בעינם.

החידוש העיקרי של ההצעה הוא הוספת האפשרות להטיל על אדם צווי הגבלה. לפי דברי ההסבר בהצעת החוק, לאור הוספת "סל כלים זה" ייתכן כי במקרים רבים ניתן יהיה להסתפק בהטלת מגבלות שונות על אדם, ויהיה בכך כדי ליתר את הצורך במעצרו. אנו מברכים על הניסיון ליצור הסדר פחות פוגעני ממעצר, דא עקא, וכפי שנסביר בהרחבה בהמשך, ההסדר כפי שהוא מוצע היום בעייתי ופוגע באופן בלתי מידתי בזכויותיו של החשוד. זאת בין היתר, לאור העדר ביקורת שיפוטית מסודרת ותקופתית במהלך תקופת הצווים, היכולת להשתמש בחומרים חסויים במעמד צד אחד והתקופה הלא מוגבלת שבה אפשר להאריך את הצווים. בעייתיות הסדר זה מקבלת משנה תוקף לאור ההגדרות הרחבות המונחים "מעשה טרור" "ארגון טרור" ו"חבר בארגון טרור" שעוגנו בחוק הטרור ושעלולים לאפשר להפעיל סמכויות דרקוניות אלה גם על אנשים שאין בינם לבין טרור ולא כלום.

תחילה נתייחס להסדר של המעצר המנהלי.

ב. מעצר מנהלי –

11. ההסדר הקיים היום של מעצר מנהלי תלוי בהתקיימותו של מצב חירום על פי הכרזה של הכנסת. הצעת החוק מבקשת לשמר מצב זה גם כאשר מצב החירום אינו בתוקף. שינוי זה אשר מרחיב את השימוש במעצרים במנהלים ומבקשת לעגן אותו כחקיקה קבועה במדינת ישראל, אינו ראוי ואינו מידתי.

רפורמה שבאה לתקן מצב קיים, הייתה אמורה לבטל הסדר זה או לפחות לצמצם אותו כדי שיחול רק במקרי חירום קיצוניים שאינם מאפשרים לעשות שימוש באמצעי האכיפה הרגילים שברשות המדינה ורק בזיקה לאותו מצב חירום. כמו כן, הסדר שמתיר שימוש באמצעי כה חריג אמור לדאוג להגברת הערובות הניתנות לעצורים על מנת לקדם את הוגנות ההליך המוענק להם. קל



וחומר שאם מאמצים את המעצר המנהלי שלא במצב חירום, יש צורך להוסיף מגבלות וערובות שיגנו על העצור ועל ההליך הוגן שמוענק לו.

12. לפני שניגש לניתוח המגבלות הראויות על השימוש בכלי של מעצר המנהלי. דרך המלך לנקוט צעדים כנגד אדם הפוגעים בחירותו, היא במסגרת הליך פלילי הוגן בו ניתנת לו מלוא ההזדמנות להתגונן. מעצר מנהלי, לעומת זאת, מוטל ע"י הרשות המבצעת כדי למנוע סיכון עתידי. מדובר במעצר מניעתי לכל דבר. החוקיות של מעצר מנהלי נבחנת רק לאחר שהמעצר מוטל, ובדרך כלל הביקורת השיפוטית אינה אפקטיבית. הביקורת השיפוטית מתבצעת לרוב במעמד צד אחד ובהסתמך על ראיות חסויות ולא קבילות שלא מוצגות לעצור ולבא כוחו. כפי שצינו לעיל, המעצר המנהלי בתיאוריה אינו מוגבל, ושר הביטחון יכול להאריכו שוב ושוב ללא הגבלה.

13. נבקש להבהיר את הבעייתיות, הטמונה בו. הקושי להרשיע אדם בהליך הפלילי אינה אמורה להיות עילה למעצר מנהלי. דא עקא, השימוש במעצר מנהלי נפוץ דווקא בסיטואציות של קושי להרשיע. כמעט בכל המצבים בהם מתבקש מעצרו של אדם, המעשים המיוחסים לו חוצים את הקו הפליליות. הטעם הוא שכאשר מדובר בעבריינות של ארגוני טרור קל מאוד לחצותו, במיוחד לאור הרחבת הגדרות העבירות בחוק הטרור הכוללות גם מעשים מאוד ממוקדים של תכנון פעולות טרור. על כן, באם היו בנמצא ראיות לא חסויות וקבילות, אנשים אלה היו מועמדים לדין בהליך הפלילי. כתוצאה מכך, ובפועל, המעצר המנהלי משמש במקרים רבים לעקיפת ההליך הפלילי וההגנות הניתנות בו, ונעשה בו שימוש כאשר ישנו קושי להוכיח את החשדות בהליך הפלילי הנוקשה. לאמור, ההבחנה היא בעצם בין המקרים שבהם עומדות לרשות התביעה ראיות קבילות להשגת הרשעה ובין המקרים שבהם אין בידי הרשויות ראיות כאלה. כאשר בידי התביעה קיימת האפשרות לעקוף את דרישות ההליך הפלילי, התמריץ של המשטרה לחפש ראיות קבילות קטן. במצב שבו אין בנמצא "סידור" של מעצר מנהלי, הייתה המערכת מתאמצת יותר כדי להשיג ראיות קבילות. אחרת, מה הטעם לבנות מערכת פלילית נוקשה של כללים כאשר כמעט באותה נשימה נבנית מערכת חלופית שמאפשרת להתעלם מהם? אם בהליך פלילי לא יעלה על הדעת שנאשם לא ידע במה הוא מואשם, כך גם צריך להיות המצב בהליך של מעצר מנהלי. מעמדם של הכללים והעקרונות



הכה חשובים במשפט פלילי ייפגע קשות אם בהליך פלילי מקדשים אותם ובאותה נשימה בהליך המעצר המנהלי מוותרים עליהן כליל.

14. תוצאתו של המעצר המנהלי היא, אם כן, פגיעה קשה בזכותו של הפרט לחירות, בזכותו להליך הוגן, בחזקת החפות, בזכות לייצוג משפטי ובהפרדת הרשויות. הסדר שכזה הוא הסדר זר במדינה דמוקרטית. כדי לעצור חשודים על יסוד המסכנות שלהם, יש להוכיח כי הם עלולים לבצע פשע בעתיד. כדי לקבוע זאת, אין מנוס מלהתייחס למעשיו בעבר. אבל השלכה זו היא ספקולטיבית ומאוד בעייתית וכתוצאה מכך הסיכון לגרימת עוול הוא גדול. המטלה של צפיית התנהגותו העתידה של אדם היא מחוץ לתחומי הידע של בני האדם. מה שמחריף את הבעיה זה שבמדינת ישראל (להבדיל ממדינות אחרות כגון אוסטרליה שמאפשרת מעצר מנהלי קצר למניעת פעילות טרור ממשית), אפשר להטיל מעצר לצורך מניעת סכנה כללית ומופשטת. מעצר אדם על יסוד סכנה כזו הינו בעייתי בשל יכולת הניבוי המוגבלת של אדם, ומניחה הנחה מעוותת לפיה, אנשים לא משתנים ולא משנים את דרכיהם¹⁰. אשר על כן, ובשל בעייתיותו של אמצעי זה, בעיקר- הסיכון שלו לזכותו של העצור להליך הוגן, והסטייה הבוטה שלו מעקרונות ההליך הפלילי, היינו מצפים שההסדר המוצע יחול רק במקרי קיצון כאשר אמצעי האכיפה הרגילים אינם ישימים, ושיכלול בתוכו מנגנונים פרוצדורליים נוקשים כדי לצמצם את בעייתיות הזו. אלא שההצעה אינה עושה כן. היא הופכת את המעצר המנהלי לחלק מסל הכלים שנמצא בידי השוטרים במאבקם הכללי בטרור גם כשלא במצב חירום, ואינה מספקת די ערובות לחשוד להבטחת התקיימות הליך הוגן למרות שהצורך בערובות כאלה הוא חשוב כפליים כאשר המעצר המנהלי ישים, כפי שמוצע, גם במקרים שאינם מקרי חירום.

15. ביטול התנאי של התקיימות "מצב חירום" מוכרז כדי שאפשר יהיה להטיל מעצר מנהלי-

¹⁰ מרדכי קרמיניצר, מעצר מנהלי- הזמנה לבחינה מחדש, עמ' 175 באמצעים חריגים למאבק בטרור, מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים, אלעד גיל, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2010).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

כאמור, בעשותה כן, ההצעה המבקשת להנציח בחקיקה קבועה הסדר בעייתי המאפשר הסתמכות גורפת על חומר חסוי ומונע ביקורת שיפוטית ראויה. במקום לבטל את מצב החירום השורר במדינה מאז הקמתה שלא בצדק, היא ביטלה את הדרישה הזו כליל בהתייחס להפעלת המעצר המנהלי.

ההצדקה לשימוש במעצרים מנהליים במצבי חירום נשענת על כך שבמצבי מלחמה, מגיפות או אסונות טבע למשל, משאבי המדינה מגויסים בחלקם להתגוננות מפני סכנה ממשית לקיומה של המדינה. במצבים אלה, אמצעי האכיפה השגרתיים אינם מהווים כלי אפקטיבי, בעיקר במונחי הרתעה ומניעה, להתמודדות עם גורמים עוינים המבקשים להוסיף ולהזיק לביטחון הציבור והמדינה. לאמור, ההנחה היא כי מצב החירום מונע את השימוש בשיטות הרגילות של אכיפת החוק ומטעמים אלה, הגבלת תנועתם של אלה אשר יש לגביהם מידע כי הם עשויים לבצע מעשים המסכנים את הביטחון הלאומי יכולה להיות מוצדקת כל עוד קיים קשר בין השימוש במעצר המנהלי לבין הסיבה להכרזה על מצב החירום. במצבים רגילים, במקרים החריגים שלא הגיעו לכדי עבירה, הדרך להתמודד איתם היא באמצעות מעקב אחרי המתכוון. כאשר מצב החירום אינו מאפשר מעקב זה אפשר להצדיק מעצר מנהלי בתנאי שלא יחרוג ממה שדרוש באופן הכרחי מפאת חומרת המצב קרי שיהיה "strictly required by the exigencies of the situation". כפי שברק הסביר " אין די בכך שהמעצר המנהלי ננקט בשעת חירום, אלא נדרש כי המעצר יהיה קשור לקיומו של מצב החירום ונגזר מתוך הצרכים המיוחדים המתעוררים במצב שכזה"¹¹.

בנוסף למחסור במשאבים, מצב חירום יכול להצדיק את השימוש במעצר מנהלי בשני מישורים נוספים: במישור הסמכות המנהלית ובמישור שיקול הדעת המנהלי. במישור הסמכות - מצב חירום, כאשר המדובר בזמן מוגבל, עשוי להצדיק מתן סמכויות מנהליות הפוגעות בזכויות אדם תוך פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. דא עקא, הסדר אשר מעניק סמכויות כה רחבות למנהל גם שלא במצב חירום, כפי שההצעה מציעה, פוגע בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות במדינה דמוקרטית. הענקת סמכות כה רחבה לממשלה מעמידה מעל המחוקק ובכך מחריג אותה משלטון החוק. באשר לשיקול הדעת המנהלי - מצב חירום

¹¹ עמ"מ פלונים נ. שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97. פסק דינו של השופט ברק.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

יכול להצדיק מתן עדיפות ומשקל יתר לשיקולי ביטחון על פני ההגנה על זכויות העצור בעיקר באשר לזכויותיו להליך הוגן. על כן, אפשר במצב קיצוני זה לסבול פגיעה בזכותו של החשוד להליך הוגן. כאשר לא שורר במדינה מצב חירום זמני, אין הצדקה להעניק סמכויות כה רחבות לרשות המבצעת, ואין הצדקה להעדיף את ביטחון המדינה על זכותו של החשוד להליך הוגן.

יתרה מזו, החלת הסדר המעצרים המנהליים גם כאשר אין מצב חירום עלול לגרום להטיה מצערת לפיה הסדרי חירום חריגים ובעייתיים הם כעת "חוקים רגילים". זה יכול להביא לנורמליזציה של הסמכויות הדרקוניות המעוגנות בה וכלי זה יהפוך להיות כלי "רגיל" להבדיל מכלי מיוחד השמור לנסיבות קיצוניות וחריגות. במצב זה, הסכנה למדרון חלקלק היא גדולה. השימוש הרב במעצרים המנהליים בשטחים המוחזקים, שם הם בבירור משמשים מערכת חלופית למערכת אכיפת החוק הפלילי, מלמד על הפוטנציאל החמור הטמון בכלי זה. בביטול הדרישה לקיומו של מצב חירום, הצעת החוק מבקשת להנציח חקיקה בעייתית וחריגה זו בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל.

16. ההליך ההוגן –

הרושם הברור הוא שאופיו ההכרחי של ההליך של מעצר מנהלי, אולי הטעם לקיומו הוא הצורך לצמצם את הזכויות הדיוניות של החשוד. המעצר המנהלי פוגע, אם כן, בזכותו של העצור להליך הוגן. לא פלא שהפסיקה במדינות דמוקרטיות מתייחסות לגרעין הקשה של מה שנדרש לקיומו של הליך הוגן כאל קן תחתון שאין לסגת ממנו¹². המינימום ההכרחי להליך הוגן הוא שמבדיל בין מדינת חוק למדינה שאיננה כזאת. על כן, אי אפשר לקבל הליך כה בעייתי בלי לדאוג שלחשוד מוענק לפחות הגרעין הקשה של ההליך הוגן. קל וחומר כאשר מוצע להחילו גם שלא במצבי חירום. למצער, הצעת החוק אינה דואגת לכך, והתוצאה היא שלילת הנכס היקר ביותר לחשוד לאחר חייו - חירותו, וזאת בלא שמוענק לו הליך ראוי.

¹² קרמניצר, ה"ש 10 לעיל, עמ' 172,



א. ראיות חסויות – הבעיה העיקרית של הסדר המעצרים המנהליים, ושהיא גם הסיבה ליצירת הסדר המעצר המנהלי מלכתחילה, היא היכולת לעשות שימוש בראיות חסויות ובראיות בלתי קבילות. הסדר זה נותר בעינו בהצעת החוק והוחל גם על הסדר צווי ההגנה ואף הורחב גם למצבים שאינם "מצבי חירום". לפי הסדר זה, כאשר הראיות הגלויות אינן מהוות בסיס מספיק למעצר, בית המשפט יכול לבחון ראיות חסויות, שלא בנוכחות העצור ובא כוחו¹³. בפועל, רוב הראיות בהליכי המעצר המנהלי הן חסויות. בית המשפט גם יכול לאשר מעצר על סמך אותן ראיות חסויות שברובם של המקרים מהוות עדויות לא קבילות. ההסדר המוצע אינו מציב כל דרישה לגילוי מינימאלי של מידע חיוני לחשוד כדי לאפשר לו להתגונן בסיטואציה שבה זכותו הבסיסית לחירות נמצאת בסיכון, וההצעה גם אינה בוחנת מנגנונים נוספים כגון עורך דין מיוחד, כדי למתן, ולו במעט, את הפגיעה בזכות להליך ההוגן וליכולתו של החשוד לקבל הגנה אפקטיבית.

אדם שאינו יודע במה הוא מואשם ומה מהות הראיות נגדו, נשללת ממנו היכולת להתגונן ולתת הסבר אלטרנטיבי לאותן ראיות חסויות. אם המקורות הם עדים, לעצור אין הזדמנות לערער את האמינות שלהם ולחשוף מניעים נסתרים שלהם אם יש כאלה. הוא מגשש באפלה. הזכות להיחשף לחומר הראיות ולהאשמות המופנות נגד כל אדם באשר הוא, היא בגרעינה של הזכות להליך הוגן. מובן כי הצורך להגן על חומר ראיות רגיש גורם לקיפוח מסוים של הזכות להליך הוגן, אבל שומה על החוק ועל בית המשפט להבטיח כי גרעינה של הזכות יישמר. הליך הוגן פירושו זכותו של אדם שצו מעצר תלוי נגדו להשמיע את טענותיו ולנסות להפריך את החשדות נגדו. דבר זה ניתן לעשות רק אם מוצגת לפניו עילת המעצר ובסיס עובדתי להצדקתה, גם אם באופן חלקי.

השימוש בראיות חסויות לא זו בלבד שהוא פוגע בזכותו של העצור להליך הוגן, הוא גם פוגע ביכולת בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית. אף אם פורמאלית מתקיים הליך של ביקורת שיפוטית, אין בכך כדי להוות ערובה משמעותית למניעת מעצרים שרירותיים, טעויות או שימוש לרעה בסמכות. כאשר העצור אינו נחשף להאשמות ספציפיות וקונקרטיות, אין

¹³ סעיף 120(8) להצעת החוק.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ביכולתו לספק קו הגנה משמעותי ובפני בית המשפט ישנה רק גרסה אחת - של המדינה. במצב כזה, בית המשפט גם מגשש באפלה - אין לו יכולת לחקור עדים כדי לעמוד על האמינות שלהם וגם אין לו את הצד השני של הסיפור. לזה מתווספת העובדה כי הראיות הן בדרך כלל בעייתיות, חלקן עדויות שמיעה ממקור שני או שלישי ולפעמים מדובר בעדים אנושיים שמאוד קשה לקבוע את מהימנותם והמניעים שלהם בלא חקירה נגדית. במצב כזה, הכלים הנמצאים בידי השופטים כדי לבחון את הראיות החסויות הם מאוד מוגבלים. מבית המשפט מצופה להעריך ראיות חד צדדיות, כתובות, בלא להזמין עדים ובלא להתרשם מהם. בנוסף לכך, ולאור קוצר הזמן, הניסיון מלמד כי שופטי בית המשפט בד"כ לא עוברים על כל החומרים הנמצאים בידי השב"כ ומסתפקים בתקצירים שמועברים להם¹⁴. במצב כזה, הסיכון של טעות הוא מאוד גבוה. הליך זה הוא מאוד חד צדדי ומוטה כנגד העצור. נוכח חריגותו של ההסדר של מעצר מנהלי ובפרט נוכח הסכנה הפוטנציאלית שהוא מהווה לעקרון הפרדת הרשויות בה, גובר הצורך בביקורת שיפוטית אדוקה ואפקטיבית על החלטת המנהל. עמד על כך נשיא בית המשפט בדימוס שמגר בצינו כי :

” מעצר מנהלי ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית עלול לגרום לטעויות בעובדה או בשיקול דעת, שמשמעותן שלילת חירותו של אדם, בלי שיהיה לכך בסיס ענייני”¹⁵.

בהסדר חדש שאמור לתקן את ההסדר הקודם ולהתאימו לעת החדשה ראוי היה לבחון דרכים למתן את הפרקטיקה של שימוש בראיות חסויות ואת העדר האיזון הנוצר כתוצאה מהשימוש בראיות מסוג זה, וראוי היה לקבוע הסדרים מינימאליים שיכולים הן להגן על זכותו של העצור להליך הוגן והן להגביר את יכולתו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית. אנו יכולים להציע שני הסדרים כאלה :

ב. חשיפה מינימלית של עובדות כדי שהעצור יוכל להתגונן "Gist" - התנאי הבסיסי לצמצם את חוסר האיזון הנגרם כתוצאה מהשימוש בראיות

¹⁴ בצלם והמוקד להגנת הפרט, מעצר מנהלי של פלסטינים ע"י ישראל וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (אוקטובר 2010), עמ' 12-13.

¹⁵ בג"ץ 253/88, סג'ידה נ. שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 819 (1988).



חסויות הוא לספק לעצור במספיק אינפורמציה – Gist - כדי לאפשר לו להכין את הגנתו באופן אפקטיבי. בלי מידע בסיסי זה, העצור אינו יכול באמת להשתתף בהליך שכה גורלי לחירותו. זכותו של העצור להגן על עצמו ניצבת בלב הזכות להליך הוגן והיא חלק מהזכות לכבוד. המינימום הנדרש כדי שהעצור יוכל להגן על עצמו הוא לדעת את מהות החשדות נגדו. בהעדר אינפורמציה מספיקה, תגובתו של העצור תהיה בלתי רלבנטית, מופרכת ואף אבסורדית. התוצאה תהיה שיהיה עליו לשתוק ולהיות פסיבי. הוא לא יוכל להגן על עצמו כי ידיו ועיניו יהיו קשורות. הנוכחות שלו במשפט בנסיבות אלה תהיה רק למראית עין. בהעדר חשיפה כזו, פער הכוחות בין המדינה לעצור הוא עצום ואין זה הוגן להכריח אדם להשתתף בהליכים מסוג זה.

בבריטניה, שם מונהג הסדר של צווי הגנה עליו נרחיב בהמשך, בתי המשפט קבעו כי סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) יתקיים רק במידה והעצור נחשף לפחות ל "the essence of the case against [him]"¹⁶. לורד פיליפ בפסק דין AF הדגיש, שההליכים אינם יכולים להיחשב הוגנים אם אחד הצדדים אינו מודע לטיב החשדות נגדו¹⁷. בית הדין האירופי אימץ עמדה זה במספר פסקי דין שנדון בהם בהמשך.

הדרישה לחשוף לעצור את ה-Gist ועל אף החשיבות שלה ליצירת הליך הוגן ולאפקטיביות של הביקורת השיפוטית, לא הייתה קיימת בחוק המעצרים המנהליים המקורי. הצעת החוק אינה משנה מצב זה. ההסדר הישן לא חייב את הרשויות להעביר את ה-Gist, הרשויות גם לא נהגו להעבירו ובתי המשפט לא התעקשו על חשיפה כזאת¹⁸.

בלתי אפשרי להגן בכל המקרים גם על זכויות האדם הבסיסיות של העצור וגם על ביטחון המדינה. דא עקא, ה-Gist חייב להיות המינימום-הקו

¹⁶ Secretary of State for the Home Department v AF and others [2009] UKHL28

¹⁷ Ibid, p-63

¹⁸ ביניש בע"פ 6659/06 פלוני נ. מ"י (לא פורסם), פסקה-43, עמ"מ 2595/09, חמדאן עבדאללה שחאדה סופי נ. מ"י (לא פורסם)(2009).



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

האדם. אכן, בפני המדינה תעמוד דילמה: האם לוותר על "מעט" ביטחון כדי לאפשר את המעצר, או להעדיף ביטחון "מוחלט" ולוותר על המעצר. הדילמה יכולה להיות קשה, אבל הליכים שאינם כוללים את הצגת ה-Gist לעצור אינם יכולים להיות הוגנים ואינם מכבדים את כבוד האדם של העצור ועל כן אין להן מקום במשטר דמוקרטי.

אשר על כן, הצעת החוק צריכה לקבוע כי יש להציג לפני העצור את החשד שביסוד המעצר ברמת פירוט כזאת שתאפשר לו להתגונן ביעילות בפני החשדות נגדו. גישה אחרת אינה מקיימת מינימום הכרחי של הליך הוגן ופוגעת אנושות בכבוד האדם של העצור.

ג. עורך הדין המיוחד (Special Advocate) - בכדי להתמודד עם הפגיעה בהליך ההגון הטמונה בשימוש בראיות חסויות, מדינות שונות פיתחו מנגנונים שונים להתמודד עם תופעה זו. בריטניה וקנדה אימצו את מודל "עורך הדין המיוחד", וארה"ב, בתיקי ההביאס קורפוס אימצה גרסת ה"עורך דין המסווג" שמהווה גרסה מעט שונה מהמודל ה"עורך דין המיוחד". לכל שיטה יש את היתרונות והחסרונות שלה, ולצורך בניית המודל האידיאלי שיש בו כדי לאזן בצורה טובה יותר בין שיקולי ביטחון לזכות להליך הוגן, יש להסתכל וללמוד מהניסיון של שלושת המדינות.

עורך הדין המיוחד הוא עורך דין ייעודי שהוסמך לכך שרשאי להיחשף לחומר הראיות החסוי. בעוד שהעורך דין המיוחד אחראי לייצוג האינטרסים של החשוד, הוא אינו רשאי לגלות לו את תוכן של הראיות החסויות או להיפגש עימו לאחר שנחשף להן, ללא אישור בית המשפט. הוא יכול לפגוש את העצור רק לפני החשיפה לראיות החסויות. עורך הדין המיוחד אינו עורך דינו האישי של העצור והוא ממונה ע"י המדינה מתוך רשימה מאושרת. הוא אמנם מייצג את האינטרסים של העצור אבל היחסים ביניהם אינם יחסים רגילים של "עו"ד לקוח"¹⁹. בזמן הדיון האדברסרי החסוי לעורך הדין המיוחד יש 2 תפקידים עיקריים: (1) לנסות לחשוף כמה שיותר חומר לעצור (2) לנסות לערער את אמינות החומר שמוצג

¹⁹ Barak Erez and M.Waxman, Secret evidence and the Due Process of Terrorists Detentions (2009) 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 3, 28.



ע"י המדינה. מודל זה מיושם באופן שונה בבריטניה וקנדה ואינו נקי מבעיות. אחד ההבדלים בין השיטות הוא היקף החומר שנחשף לעורך הדין המיוחד. בבריטניה עורך הדין המיוחד נחשף רק לחומר שהמדינה מחליטה שהוא חומר רלבנטי להגנת העצור. לעומת זאת בקנדה, העורך דין המיוחד נחשף לכל תיק החקירה.

המודל של "עורך הדין המסווג" בארה"ב שונה מהמודל של עורך הדין המיוחד בשלושה מאפיינים בסיסיים: (1) במודל זה עורך הדין הפרטי של העצור עובר סיווג ביטחוני ומסכים לא לחשוף את החומר הסודי בפני הלקוח שלו. (2) עורך הדין המסווג יכול לפגוש את העצור לאחר החשיפה לחומר המסווג ויכול לשאול אותו שאלות בהסתמך על חומר זה כל עוד הוא לא חושף את עצם הימצאותו של החומר וכמובן את התוכן שלו.²⁰ (3) תכונה נוספת המאפיינת את שיטת עורך הדין המסווג היא שאמנם עורכי-הדין לא יכולים לחשוף את החומר המסווג בפני העצור, אך הם יכולים לשתף את המידע עם עורכי דין מסווגים אחרים בתוך מתקן הכליאה בגואנטנמו. מאפיין זה חשוב מאוד שכן הרבה מהתיקים בגואנטנמו קשורים וחולקים ראיות חופפות. בדרך זו עורכי הדין יכולים להחליף ולהשוות הערות בנוגע להאשמות דומות ובנוגע למודיעים ולמקורות.

בפועל עורך דין מיוחדים בבריטניה מתלוננים שההגבלות על התפקוד שלהם, במיוחד מניעת המפגש שלהם עם החשוד אחרי שהם נחשפים לחומר החסוי, פוגמות באפקטיביות של ההגנה שהם יכולים להעניק לעצורים.²¹ קיים חשש כי השתתפות של עורך דין מיוחד תקרין אווירה של הליך הוגן, מקום שהוא איננו. הם גם מציינים שאמנם בתיאוריה הם יכולים לבצע חקירה עצמאית משלהם ולאסוף ראיות, אך בפועל זה לא קורה. החקירה שלהם מצטמצמת לבדיקה באינטרנט וזאת מתוך החשש שחקירה אקטיבית תביא לחשיפת חומרים מסווגים.²² מצד שני, הבעיה העיקרית עליה מתלוננים עורכי דין מסווגים בארה"ב היא שמדינה מפקחת

²⁰ David Cole and Stephen vladeck, Navigating the Shoals of Secrecy: Secret Evidence and "Cleared Counsel" in the United States, the United Kingdom and Canada, a paper presented in an international conference on the use of secret evidence in judicial proceedings: democratic principles and practical experiences (December 16-17, 2012).

²¹ John IP, The Rise and Spread of the Special Advocate, (2008) *public law*, 717, 731.

²² Cole and vladeck, ה"ש 20 לעיל.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

על הפגישות בין העורך דין והלקוח שלו וכוחות הביטחון בודקים את כל החומרים שעורך הדין מכניס ומוציא מהפגישה שלו עם העצור כולל ההערות שלו בכתב²³.

למרות שמודלים אלה רחוקים מלהיות מושלמים, ולמרות הביקורות המועלות כלפיהן, בסופו של יום הם מוסיפים פן אדוורסרי להליך ומבטיחים כי יישמעו טיעוני נגד מאדם האמון על טובת העצור ועל הוגנות ההליך המתנהל נגדו. שיטה זו עדיפה בהחלט על המצב הקיים היום, והמוצע שוב בהצעת החוק, לפיו רק בית המשפט, בהליך חד צדדי, יכול לעיין בחומר החסוי. היעדרותו של העציר או מי מטעמו בדיונים במעמד צד אחד פוגמת בהשתתפותו בהליך ובפן האדברסרי שלו. נוסף על כך היעדרות זו פוגעת באפקטיביות של הביקורת השיפוטית. עורכי דין מיוחדים אלה נפגשים עם העצור לפני החשיפה לחומר המסווג, במקרים בהם ה-Gist הועבר לעצור, פגישה זו צפויה לספק להם כלים מספיקים כדי להתמודד עם הראיות החסויות שייחשפו אליהם, אפילו אם לא ייפגשו עם העצור אחרי החשיפה לראיות. נוכחותם בדיון תעזור לבית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית. במילים אחרות, דרישת מסירת ה-Gist לעצור בשיטה הבריטית יש בה כדי למתן את הקושי הנגרם מהעדר התקשורת בין העצור לעורך הדין המיוחד לאחר חשיפת האחרון לחומר המסווג. כאשר העצור יודע את ה-Gist, הוא ידע במה הוא מואשם וכתוצאה מכך, יש מצב שיוכל לנחש את האינפורמציה והראיות הקיימות בידי המדינה. במצב כזה, בפגישה עם העורך דין המיוחד, הוא יהיה מסוגל להדריך אותו איך להתייחס לאותה אינפורמציה ומה הגרסה שלו לגביה. בנוסף לכך, עורכי דין אלה יש להם יותר זמן מאשר לבית המשפט שטובע בעומס, להתעמק ולבחון כל החומר החסוי כדי לבנות את הגנת העצור באופן הכי טוב. בתי המשפט באנגליה חזרו והדגישו את החשיבות והאפקטיביות של המוסד של העורך דין המיוחד, והעורכי דין המיוחדים למרות כל הבעיות במוסד המשיכו לכהן בתפקיד שלהם²⁴.

²³ S. Kadid, Confronting Ethical Issues in National Security Cases: The Guantanamo Habeas Litigation, *41 Section Hall Law Review* (2011), 1397.

²⁴ Clive Walker, The Reshaping of Control Orders in the United Kingdom: time for a Fairer Go, Australia! *37 Melbourne University Law Review* (2013), 143.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שילוב אלמנטים שונים מהשיטות השונות יכול להביא לשיפור ההגנה וההליך ההוגן הניתנים לעצור. היכולת של עורכי הדין לחלוק אינפורמציה בינם במתקן המעצר, פגישה עם העצור אחרי החשיפה לחומר המסווג תוך הטלת מגבלות נוקשות וחשיפת מלוא תיק הראיות לאותם עורכי הדין יכולה, בהנחה שלנאשם מסופק ה-Gist, לספק לעורכי הדין כלים להתמודד עם טענות המדינה. הנאשם ייחנה מהליך הוגן ובפני בית המשפט יהיו שני הצדדים של הסיפור דבר שיהפוך את הביקורת השיפוטית להרבה יותר אפקטיבית. לסיכום, בהנחה והעצור מסופק ב-Gist, אימוץ שיטה משופרת של העורך דין מיוחד תאפשר לעצור להיות שותף אקטיבי בהליכים נגדו, תקטין את הסיכון לטעויות ותעדן, ולו במעט, את הבעייתיות של המוסד של מעצר מנהלי. לציין כי בישראל הושמעו בעבר קריאות לאימוץ מודל זה. בפסק דין געאביץ²⁵ השופטת בינייש קבעה:

” הצעה לסדר מעין זה אינה חדשה במקומותינו, והיא הועלתה עוד לפני שנים רבות במאמרו של יצחק זמיר ” זכויות אדם וביטחון המדינה” משפטים יט 17 (1989). עד כה לא אומץ בשיטת המשפט הישראלית הסדר דומה, חרף הקשיים הרבים שמעורר מצב הדברים הקיים היום כפי שפורט. נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו מענה- ולו חלקי- לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על ביטחון המדינה תוך הגנה על חסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות”²⁶.

17. מעצר לא קצוב בזמן –

בעיה נוספת ומהותית של הצעת החוק, היא שההצעה לא שינתה את המצב הבעייתי בהסדר הקיים ולפיו הארכת המעצר אחרי שנה ל-6 חודשים כל פעם

²⁵ עע"ם 1038/08, **מדינת ישראל נ. געאביץ** (לא פורסם) 2009.
²⁶ גם השופט מלצר מצטרף לקריאה זו אך קובע כי נושא זה הוא עניין למחוקק להסדיר.



היא בלתי מוגבלת בזמן ותלויה במועד שבו יקבע שר הביטחון כי חלפה הסכנה שבגינה צו המעצר הוצא. הסדר זה כעת חל גם על צווי ההגנה. הצעה זו היא תמוהה בעיקר לאור העובדה שרוב רובן של המדינות הדמוקרטיות שמאמצות הסדר של מעצר מנהלי קבעו בחוקיהן מגבלות זמן "מלאכותיות" אשר אחריהן אין להוסיף ולהחזיק בעצור ללא הליך פלילי.

במחקר שבחן את משטר המעצרים, כולל מעצר מנהלי, ב-21 מדינות, נבדקו בין היתר את אורך המעצר המותר. המחקר מעלה שרוב המדינות מגבילות את אורך המעצר המנהלי. חוץ מסינגפור שמאפשרת תקופה לא מוגבלת של מעצר, ומדרום אפריקה שמאפשרת מעצר לא מוגבל של 30 ימים כל פעם (רק במצב חירום), כל יתר המדינות מגבילות את תקופות המעצר. המעצר הכי ארוך מתוך המדינות שנבדקו הוא של סרילנקה שמאפשרת מעצר עד 18 חודשים בסך הכל (3 חודשים כל פעם). מדינות אחרות כמו למשל רוסיה, מגבילה את המעצר ל-30 ימים מקסימום, סין ל-20 ימים, הודו-180 ימים ואוסטרליה 14 ימים²⁷. חוץ מסינגפור אף אחת מהמדינות האלה, לא מתקרבת למצב המוצע בהצעת החוק שמאפשר מעצר של שנה עם הארכה לא מוגבלת של חצי שנה כל פעם, שלא במצב חירום.

אי הגבלת האורך המקסימלי של המעצר מהווה איזון בלתי מידתי בין האינטרס הביטחוני לבין זכויות היחיד. איזון זה מעלה את החשש כי ייעשה שימוש בחוק למטרות ענישה במקום למטרות מניעה. מדינה דמוקרטית שמחויבת לזכות האדם לחירות אינה יכולה לכלול בספר החוקים שלה נורמה שמאפשרת מעצר בלתי מוגבל, על אחת כמה וכמה כאשר מעצר זה מוטל על מי שאינו נחשף לראיות נגדו ולפיכך יכולתו להתגונן פגומה.

18. הדין הבינלאומי :

הצעת החוק גם אינה מתיישבת עם דרישות הדין הבינלאומי. למרות שהדין הבינלאומי אינו אוסר על השימוש במעצר מנהלי, הוא בהחלט מכיר בבעייתיות שלו ומטיל הגבלות נוקשות על השימוש בו.

²⁷ Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of his or her Liberty by Arrest or Detention to Bring Proceedings Before Court , A Comparative Analytical Review of State Practice (April 2014), p- 48-52

א. מצב חירום : האמנה האירופית לזכויות האדם (ECHR) מאפשרת שימוש בכלי זה רק כשבנמצא מצב חירום מוכרז המצדיק חריגה מסעיף 5 לאמנה. בנוסף לכך, הדרישה של "reasonable suspicion" של הסעיף פורשה ע"י בית הדין האירופי כדורשת חשדות קונקרטיים וספציפיות שאם החשוד לא ייעצר הוא עלול לבצע עבירה.²⁸ במקרה של טרור, הדרישות ממותנות קצת. גישת זו של בית הדין משקפת את הבעייתיות של כלי זה ואת הסיכון שהוא מהווה לזכות לחירות, ועל כן השימוש בו הוגבל למינימום ההכרחי. ישראל, כמובן, אינה צד לאמנה זו, אך לאור חשיבותה של האמנה, ראוי כי כל מדינה המכבדת את הזכויות שבגוף האמנה תתעניין בפרשנויות של בית הדין לזכויות המהותיות שבאמנה.

למרות האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (1966) שישראל חתומה ומחויבת אליה ה- ICCPR אינה מתנה את השימוש במעצר במנהלי בקיום מצב חירום מוכרז, הוועדה הבינלאומית של זכויות האדם²⁹ סברה שיש להגבילו למקרים קיצוניים שלא היה ניתן לעשות בהם שימוש אפקטיבי בהליך הפלילי ורק לתקופה שהוא נחוץ להדיפת האיום הביטחוני. בהערה 35 נקבע כי אמנם מעצר מנהלי אינו בלתי חוקי, אולם הוא טומן בחובו סיכון גדול לשלילה שרירותית של חירות. מעצר זה נקבע ייחשב שרירותי או לא מידתי אם ניתן יהיה לעשות שימוש באופן אפקטיבי בדין הפלילי בסיטואציה הנתונה ובמידה והשימוש באמצעי חורג ממה שנחוץ כדי להדוף את הסיכון הביטחוני. עוד נקבע שכלי זה מותר רק במקרים קיצוניים, "under the most exceptional circumstances" כאשר ישנו סיכון מידי, ישיר ומשמעותי שמעורר את הצורך בפניה לסוג זה של מעצר. נטל ההוכחה מוטל על המדינה להראות שהחשוד מטיל סיכון כזה ושאי אפשר להתמודד עם אותו סיכון באמצעים אחרים. נטל זה מתגבר ככל שהמעצר נמשך. המדינות גם צריכות להראות כי המעצר אינו

²⁸Ciulla v. Italy, app. no. 11152/84, §38 (22 February 1989); Al-Jedda v. UK [GC], app. no. 27021/08, §100 (7 July 2011); Lawless v. Ireland (no. 3), app. no. 332/57, §§ 13-14 (1 July 1961); Ireland v. UK, app. no. 5310/71, §196 (18 January 1978); Guzzardi v. Italy, app. no. 7367/76, §102 (6 November 1980); Jėčius v. Lithuania, app. no. 34578/97, §§47-52 (31 July 2000)

²⁹ UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person)*, 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, available at: <http://www.refworld.org/docid/553e0f984.html> [accessed 27 October 2016]



נמשך מעבר למה שנדרש, שהוא קצוב בזמן ושהוא מכבד את ההגנות המצוינות בסעיף 9 בכל המצבים - שזה כולל ביקורת שיפוטית, גישה לעורך דין וחשיפה לעצור לפחות מהות הראיות עליו מבוססות החשדות. הערה 35 מדגישה כי אמנם סעיף 9 אינו נכלל בסעיפים שאינם נתונים להסתייגות, אך אין זה אומר שההסתייגות מסעיף אינה מוגבלת. המדינות צריכות לדאוג שההסתייגות לא תחרוג ממה שנדרש כתוצאה ממצב החירום. לאמור, בכדי שמעצר מנהלי יהיה חוקי הוא צריך שיכבד את ההגנות הקבועות בסעיף 9 שאינן נתונות להסתייגות. במילים אחרות, אפשר כנראה לפי ה- ICPR להצדיק מעצר מנהלי, גם שלא במצב חירום, כל עוד הוא אינו שרירותי, מידתי, מכבד את ההגנות הקבועות בסעיף 9, לא מפלה וכן כשהוא חיוני כדי להתמודד עם האיום הביטחוני.

ב. ה- Gist - הדין הבינלאומי מייחס חשיבות גדולה להעברת ה- Gist לחשוד גם כשמוטל חסיון על הראיות וגם במקרי חירום קיצוניים. בית הדין האירופי קבע לא אחת כי חסיון של מידע אינו יכול להכיל גם מהות החשדות כנגד העצור³⁰. לפי סעיף 5(4) לאמנה האירופית לזכויות אדם, כדי למלא אחרי דרישת ההליך ההוגן יש לספק לעצור הזדמנות אפקטיבית לסתור את הראיות נגדו. זה מחייב את המדינה להעביר לעצור את מהות ההאשמות נגדו. בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע ב- A V. UK שגם במצב חירום המצדיק גריעה מאמנת זכויות האדם האירופית, לא ניתן לשלול חירותו של אדם מבלי להעניק לו הזדמנות להתגונן בבית המשפט. כדי שזה יתאפשר המדינה צריכה לחשוף את ה- Gist - שזה מספיק מידע שיאפשר לו להנחות את העורך הדין המיוחד באופן אפקטיבי³¹. באשר להיקף המידע, נקבע שכל מקרה ייבחן לגופו. בפסק הדין האמור, חלק מהעותרים הואשמו במעורבות בגיוס כספים לטובת קבוצות טרור הקשורות לאל-קאעידה וחלקם בשייכות לארגון אל קאעידה. בית הדין הסכים כי מעצרים של העותרים היה חיוני כדי להגן על הציבור בבריטניה

³⁰ A and Others v. UK [GC], app. no. 3455/05, § 202-211 (19 February 2009); Ovsjannikov v. Estonia, app. no. 1346/12, §72 (20 February 2014); Fodale v. Italy, app. no. 70148/01, § 41 (1 June 2006); Korneykova and and Korneykov v. Ukraine, app. no. 56660/12, §68 (24 March 2016).

³¹ A and Others v. UK [GC], *ibid.*



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

כנגד פעולות טרור וגם היה משוכנע בצורך לשמור בסוד את זהות המודיעים. למרות זאת, בית הדין קבע כי בכדי שעורך הדין המיוחד יוכל למלא את תפקידו באופן אפקטיבי, צריך לחשוף בפני העצור לפחות את מהות החשדות נגדו כדי לאפשר לו להדריך את העורך דין המיוחד אופן אפקטיבי. מידע כללי, קבע בית הדין, אינו עונה על דרישה זו.

באשר ל- ICCPR- כאמור, דיני זכויות האדם מאפשרים למדינות לעשות שימוש במעצר מנהלי כל עוד אינו שרירותי או מפלה וזאת כל עוד הוא מספק הגנות מינימליות לעצור והמעוגנות הסעיף 9 לאמנה. הדרישה של ה-Gist מופיעה בסעיף 9(2): anyone who is arrested shall be informed at the time of the arrest of the reason for his arrest. לפי הפרשנות שניתנה לסעיף ע"י הוועדה הבינלאומית לזכויות אדם בהערה 8 הסעיף חל גם על מעצרים מנהליים.

הצעת החוק אינה עומדת בדרישות האלה, המעצר אינו שמור למקרים הקיצוניים ואינו מותר רק כשהסיכון ישיר וקונקרטי. לפי ההצעה כל חשד כללי למעורבות במעשה המסכן את ביטחון המדינה כללי מצדיק מהעצר מנהלי. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שמעשה טרור מוגדר באופן מאוד רחב בחוק הטרור, מה שמגדיל בהחלט את מספר המועמדים לעצר שכזה, כך שהוא אינו שמור למקרים קיצוניים וחמורים ובלבד. בנוסף לכך, המעצר אינו קצוב, אינו מוגבל למה שנחוץ כדי להדוף את האיום הביטחוני, אינו מטיל חובה על הרשויות לספק לחשוד מידע אודות מהות החשדות נגדו כדי שיוכל להתגונן, ולא מוטל שום נטל על המדינה להוכיח שאי אפשר להתמודד עם אותו סיכון באמצעים אחרים. בלא התמודדות עם כל הנושאים האלה, הצעת החוק מנוגדת לדין הבינלאומי שישראל היא צד לו ומחויבת אליו.

ג. צווי הגבלה –

19. החידוש העיקרי של הצעת החוק, היא הוספת האפשרות להטיל צווי הגבלה על החשוד במקום מעצר. מדובר בהצעה מבורכת ובמידה שתוסדר באופן ראוי,



המכון הישראלי לדמוקרטיה

היא עשויה לצמצם את ההיזקקות למעצר מנהלי הואיל והמצב שהיה קיים עד כה כלל בחירה בין מעצר, מעקב או אי-נקיטת צעדים. מדובר בבחירה גסה מדי, שאינה מאפשרת התאמה מדודה יותר של האמצעים לרמות שונות של סכנה שיש להתמודד איתן. אולם, יש לשים לב כי אין להקל ראש בהגבלות אלה שעלולות להיות מכבידות ביותר ולהתקרב במידת הפגיעה שלהן למעצר מנהלי של ממש. על כן, גם בהם יש לנהוג בזהירות ואיפוק. מדובר בהגבלות, חלקן משמעותיות מאוד, על חירותו וחיייו של אדם בהסתמך על חומר חסוי, מבלי לתת לחשוד אפשרות להתגונן ומבלי לפתוח בהליכים פליליים נגדו להוכחת אשמתו. לדעתנו, הצעת החוק בהסדרת השימוש באמצעי זה, מציעה איזון שאינו משקף נכונה את הנוסחה הרצויה, שכן הוא מפר זכויות אדם בסיסיות בלא לספק ערובות מספיקות למניעת שימוש לרעה בסמכות. החששות שהעלנו לעיל לגבי הליך הוגן מתקיימים, ואף ביתר שאת, כשמדובר בהגבלות חמורות פחות על החירות.

לפי ההצעה וכפי שהסברנו לעיל :

- א. צו ההגנה מוטל ע"י שר הביטחון לתקופה של שנה.
- ב. שר הביטחון יכול להאריכו, לפי שיקול דעתו הבלעדי, בחצי שנה כל פעם ללא הגבלה.
- ג. אין צורך באישור בית המשפט להוצאת הצו וגם לא להארכתו.
- ד. באם העותר אינו עותר כנגד הצו לבית הדין לעניינים מנהליים, הצו לא יעבור ביקורת שיפוטית.
- ה. אין ביקורת שיפוטית תקופתית על הצו כפי שיש במקרה של מעצר מנהלי.
- ו. במידה והחשוד עותר כנגד הצו בית המשפט לעניינים מנהליים יכול בהחלטתו לעשות שימוש בראיות חסויות שלא בנוכחות העצור וכן מותר לו להסתמך על ראיות לא קבילות.
- ז. אין הגבלה על מספר צווי ההגנה שאפשר להטיל על החשוד בו זמנית.
- ח. רשימת צווי ההגנה היא רשימה פתוחה ושר הביטחון יכול להטיל גם צווים יותר חמורים שאינם מופעים בהצעת החוק.
- ט. אין חובה להודיע לחשוד את טיב החשדות נגדו, וגם אין חובה להעביר לו את חומר הראיות עליו מסתמכת המדינה.



י. אין בהצעת החוק שום תנאי המחייב את מטיל הצו לדאוג שהחשוד יוכל להמשיך לנהל אורח חיים רגיל עד כמה שאפשר.

20. באמצעי של צווי הגנה נעשה שימוש במספר מדינות ביניהן בריטניה ואוסטרליה³². הניסיון במדינות אלה מלמד על הסכנות הטמונות במשטר שכזה. ב-2000 ה- joint committee on human rights של הפרלמנט הבריטי, אף קראה לאי חידוש המשטר של צווי ההגנה בבריטניה אשר מצד אחד משליך קשות על חיי מי שהוצאו צווים כאלה נגדם ועל בני משפחותיהם ומצד שני אינו מאפשר הליך הוגן ראוי³³.

21. בנייר זה אתמקד במצב בבריטניה, שם בוטל המוסד של מעצר במנהלי, ובמקומו הוקדם המוסד של צווי הגנה. מאז הקמתו ב-2005, אנגליה צברה ניסיון רב וההסדר תוקן ושופר מספר פעמים בעקבות השימוש שנעשה בו. על כן, ניתן ללמוד הרבה מניסיון זה בטרם נאמץ הסדר דומה אצלנו.

22. בריטניה-

א. צווי ההגנה עוגנו לראשונה ב- Preventive Terrorism Act 2005 (PTA), אחרי שבית הלורדים קבע כי מעצר לא קצוב של זרים אינו ממלא אחרי החובות של אנגליה לפי האמנה האירופית לזכויות אדם³⁴. כאמור, הסדר זה ביטל את משטר המעצרים המנהליים של זרים שהיה נהוג עד אז. בגרסה הראשונית נקבעו שני סוגים של צווים : derogating control orders - שהשימוש בהם מצריך קודם לכן הסתייגות של המדינה מהאמנה האירופית לזכויות אדם במצב חירום המסכן את חיי הקהילה. כן, נדרש שיוכח שהאמצעי המוצע הוא חיוני בשל חומרת המצב. דוגמה לצו כה היא למשל מעצר קבוע בכתובת מסוימת השייכת או מנוהלת ע"י הממשלה. אחרי ההכרזה על מצב חירום, מזכיר

³² צווי ההגנה אומצו באוסטרליה ב-2005.

³³ <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200910/jtselect/jtrights/64/64.pdf>

³⁴ A V Secretary of State for the Home Department, HL 16 DEC 2004



המדינה מגיש בקשה לבית המשפט במעמד צד אחד לאישור הצו. אחד הדברים שבית המשפט ישקול הוא האם הסיכון נובע או קשור למצב החירום^{36,35}. non-derogating control orders - שמתיישבים עם סעיף 5 לאמנה האירופית. מזכיר המדינה מוציא צווים אלה, בהסמכת בית המשפט, אם מתעורר חשד שהפרט משתתף או השתתף בפעילות הקשורה לטרור והטלתם חיונית כדי להגן על פרטים בחברה מהסיכון של פעילות טרור. במקרים דחופים אפשר להוציא צו בלא אישור בית המשפט אך את האישור יש להוציא בדיעבד במעמד צד אחד ישר אחרי זה. בדיון להוצאת הצו, בית המשפט בודק רק את סבירות החלטת הרשות המבצע. במידה ובית המשפט מאשר את הצו, נקבע דיון במעמד שני הצדדים, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-7 ימים מיום מתן הצו. לצורך החלטה לאישור הצו, בית המשפט יכול לעשות שימוש בחומר מודיעיני לא קביל למרות שחומר זה אינו קביל בהליכים פליליים. הצו הוא לתקופה מקסימלית של 12 חודשים. לאחר פקיעת תוקף הצו, אפשר להאריכו ב-12 חודשים נוספים.

ב. בערעור שהוגש ע"י שישה עיראקיים כנגד צווי הגנה שהוצאו נגדם, העותרים טענו כי הצווים שהוטלו עליהם מפריס את סעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם. היה מדובר בצווים של מעצר בית ל-18 שעות ביום, ועל ה-6 השעות שנותרו הוטלו הגבלות על המקומות שיכלו ללכת אליהם החשודים. הצווים גם חייבו את החשודים להיות אזוקים באזיקים אלקטרוניים כשיצאו מהבית וכן אסרו עליהם להיפגש עם אנשים בלי אישור מוקדם. בית המשפט ביטל את הצווים וקבע כי הם מפריס את הזכות לחירות הקבועה בסעיף 5 לאמנה האירופית³⁷.

Justice Sullivan :

"... in terms of the length of the curfew period, the extend of the obligation, and

³⁵ Jagers B, Anti-Terrorism Control Orders in Australia and the United Kingdom: A comparison, Parliament of Australia :Department of Parliamentary Services: http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/RP0708/08rp28

³⁶ לא נעשה שימוש בצווים מסוג זה אף פעם.

³⁷ Secretary of state v. jj and others [2006] EWHC 1623 (admin)



their intrusive impact on the respondent's ability to lead anything resembling a normal life, whether inside their residence within the curfew, or for the 6 hours period outside it

בערעור על פסק הדין רוב הלורדים הבהירו שיהיו מסוגלים להסכים להסגר של 14 ואפילו 16 שעות³⁸. בנוסף לתנאים המחמירים של הצווים, עילה נוספת שהביאה את בית המשפט בערכאה הראשונה לבטל את הצווים הייתה אי העברת החומר עליו הסתמך בית המשפט בהחלטתו לאשר את הצו לנשוא הצו. בית המשפט קבע כי יש בכך כדי לפגוע בזכותו של החשוד להליך הוגן. גם בערעור, בית הלורדים קבע כי אי העברת החומר לנושא הצו הפרה את זכותו להליך הוגן והעובדה שהיו להם סנגורים מיוחדים לא היה בה כדי לפתור בעיה זו³⁹.

ג. ב-2011, שינתה בריטניה את הסדר צווי ההגנה והחליפה אותם ב-TIMP שעוגנו ב-Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (UK) c23 (TPIM act). הסדר זה נועד לתקן את ההסדר הקודם ולהעניק יותר זכויות לנושא הצו. צווים חדשים אלה קיבלו לא אחת את הכינוי "control orders lite".

השינויים העיקריים הכלולים בהסדר החדש הינם :

(1) בזמן שבהסדר הקודם, רשימת הצווים שאפשר היה להטיל על נשוא הצו לא הייתה מוגבלת, ההסדר החדש קבע רשימה סגורה של 12 סוגי צווים בלבד. המטרה הייתה לאפשר לחשוד לנהל "as typical a pattern of life as possible". ה-TIMP מאפשרים הסגר במהלך הלילה רק במקום מגוריו של החשוד ואם אין לו אז במקום מתאים או מוסכם עליו. תנאי זה מבטל את יכולת המדינה למקם מחדש את

³⁸ Jagers, ה"ש 35 לעיל, עמ' 13
³⁹ פס"ד AF, ה"ש 16 לעיל.

החשוד כן הוא מפחית את שעות ההסגר ומגביל אותם לשעות הלילה בלבד.

(2) צווים אחרים המותרים לפי ההסדר החדש מנסים להפחית את רמת ההפרעה לחיי היום יום של החשוד עד כמה שאפשר. למשל בכל הנוגע לשימוש בכלים אלקטרוניים, נקבע כי יש לאפשר לנושא הצו גישה לקו קבוע של טלפון, למחשב עם אינטרנט עם קו קבוע, וכן לטלפון נייד בלי גישה לאינטרנט. אין ספק כי החשודים יהיו זהירים בהתקשרויות שלהם בשל הצפי למעקב אחריהם⁴⁰.

(3) חידוש נוסף היה בכל הנוגע לפגישות. הגבלה על פגישות לפי ההסדר החדש הוגבלה לאדם ספציפי או לאדם עם תיאור מסוים. בוטלה האפשרות אפשר למנוע פגישות עם אנשים באופן כללי.

(4) נושא נוסף ששונה בהסדר חדש הוא שבית המשפט העליון מחליט כעת על הוצאת הצו.

(5) רמת החשד שנדרשה בהסדר החדש להוצאת הצו הייתה שלמזכיר המדינה צריך להיות "reasonable belief" במקום "reasonable doubt" בהסדר הקודם, שהפרט השתתף משתתף בפעולת טרור לפי הפניה לבית המשפט העליון. השינוי נועד להציג רף יותר גבוה ונוקשה להוצאת צו הגנה. בית המשפט קבע כי רף זה הוא עדיין מתחת למאזן ההסתברויות⁴¹. מצב זה תוקן ב- 2015, וכיום, לפי התיקון, מזכיר המדינה צריך להיות משוכנע לפי מאזן ההסתברויות כי נושא הצו משתתף או השתתף במעשה טרור⁴².

(6) משך הצו - צו ההגנה בהסדר החדש, יכול להינתן למקסימום של שנה עם אפשרות להאריכו לשנה נוספת. אפשר להוציא צו הגנה חדש רק בשל פעולת טרור חדשה שהחשד לקיומה עלה בזמן צו ההגנה הקודם. שינוי זה הוא משמעותי ביחס להסדר הקודם שבו חלק מצווי ההגנה נמשכו למעלה מ- 4 שנים. ההיגיון מאחורי הגבלה זו הוא שזמן של שנתיים תחת מעקב הוא זמן מספיק ארוך כדי להקטין את יכולתו של

⁴⁰ Clive walker, ה"ש 24 לעיל.

⁴¹ Secretary of State for the Home department v. BM, [2012] EWHC 714 (Admin), Para 34; Clive walker, fn 24, p -10

⁴² Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (UK) c23 (TPIM act), article s3(1)



נושא הצו להמשיך להיות טרוריסט פעיל, או לפחות זמן מספיק כדי לאסוף מספיק ראיות להגיש נגדו כתב אישום.

שינויים אלה, מצד אחד משמעותיים מבחינת זכויותיו של החשוד ומצד שני לא נראה שיצרו סיכון נוסף בלתי נשלט לביטחון הציבור⁴³. לסיכום, ההסדר החדש הוא פתרון מידתי יותר להתמודד עם איומי הטרור.

ד. הפרוצדורה בהסדר הבריטי - בשלב הראשון בית המשפט מתכנס במעמד צד אחד. מזכיר המדינה מגיש בקשה להוצאת צו, כן מגיש הערכת הסיכון הנשקף מנשוא הצו בנוסף להסבר על הצורך בצו⁴⁴. במקרים דחופים אפשר להוציא צו בלי אישור בית המשפט⁴⁵. אין זכות ערעור על החלטה ראשונית זו. השלב השני הוא ה- Direction Hearing שבו מחליטים אודות הראיות החסויות ואודות היקף החשיפה לחשוד. כן, בדיון זה קובעים את מועד הדיון העיקרי בצו. החשוד יכול להיות נוכח בדיון הזה אך לא בזמן שדנים בראיות החסויות. דיון זה ייערך תוך 7 ימים⁴⁶. השלב הבא הוא הדיון העיקרי, שבו בית המשפט יחליט אם לאשר, לבטל או לשנות את הצו. בדיון זה⁴⁷, בית המשפט מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית רגילה ובפועל, בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית מדוקדקת וקפדנית.

ה. למרות ניסיונות הוועדה המשותפת לזכויות אדם להכניס את דרישת ה-Gist לתוך החקיקה, המדינה הסכימה למהות הדרישה אך התנגדה להכנסתה לחקיקה. אולם, בפסק הדין בעניין BM בית המשפט חזר ואישר הלכה זו⁴⁸.

Para 21 :

⁴³ Clive walker, ה"ש 24 לעיל.

⁴⁴ TPIM, fn 42, article 6s

⁴⁵ Ibid, article 7s

⁴⁶ Clive walker, ה"ש 24, עמ' 11

⁴⁷ TPIM, fn 39, article 9s

⁴⁸ פס"ד BM, ה"ש 41 לעיל, פסקאות 4 ו-21.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

" while it may be that the restrictions which can be imposed by TPIM are slightly less severe than those which could be imposed by control orders, the approach to be adopted is that set out in AF(no.3). There is no material difference and the contrary has not been argued before me. ..."

ו. למרות השינויים שהוכנסו, בתי המשפט עדיין זהירים בהפעלת צווי ההגנה – בפס"ד *DD v Secretary of State for the Home Department* [2014] EWHC 3820 (Admin), בית המשפט קבע כי ה-TPIM הוא אמצעים חודרניים ושיש לעשות בהם שימוש רק במקרים חריגים שבהם לא ניתן להתמודד עם איום הטרור ע"י העמדה לדין פלילי או גירוש.

ד. הצעות לשיפור הצעת החוק :

לאור כל האמור לעיל אנו מתנגדים להצעה שמאפשרת לעשות שימוש במעצר מנהלי גם שלא במצב חירום קיצוני. כפי שהסברנו ההצדקה היחידה לשימוש במעצרים מנהליים היא במצבי חירום שבהם משאבי המדינה מגויסים בחלקם להתגוננות מפני סכנה ממשית לקיומה של המדינה ואמצעי האכיפה השגרתיים אינם מהווים כלי אפקטיבי, בעיקר במונחי הרתעה ומניעה, להתמודדות עם גורמים עוינים המבקשים להוסיף ולהזיק לביטחון הציבור והמדינה. רק מטעמים אלה, הגבלת תנועתם של אלה אשר יש לגביהם מידע כי הם עשויים לבצע מעשים המסכנים את הביטחון הלאומי יכולה להיות מוצדקת וזאת כל עוד קיים קשר בין השימוש במעצר המנהלי לבין הסיבה להכרזה על מצב החירום. לעומת זאת, במצבים רגילים, במקרים חריגים שלא הגיעו לכדי עבירה, הדרך להתמודד איתם היא באמצעות מעקב אחרי המתכוון או ע"י השימוש במוסד צווי ההגבלה, כפי שהמצב באנגליה. קידום הצעה חוק, כפי שהיא



היום, אינה עולה בקנה אחד עם תהליכים מקבילים המתרחשים בעולם ובדין הבינלאומי. על אף עמדתנו העקרונית ביחס למעצר מנהלי שלא במצבי חירום, ובהנחה שהיא לא תתקבל, בוודאי שיש מקום לדון בשיפורים להצעה המנתקת את הקשר בין מעצר מנהלי ומצב החירום.

1. מעצר מנהלי :

- א. יש להטיל חובה על הרשות לשקול תחילה באם אפשר להסתפק באחד מצווי ההגנה לפני הפניה למעצר. אם יוחלט כי הדבר בלתי אפשרי, יהא עליה להסביר לבית המשפט המעביר ביקורת שיפוטית, במעמד אישור הצו, מדוע במקרה פלוני בחר בעל הסמכות להורות על מעצר מנהלי ולא על שימוש באחד הכלים המתונים יותר. לאמור, המעצר המנהלי יובא בחשבון רק כאשר ההגנה על ביטחון המדינה או ביטחון הציבור יחייבו אותו ורק כאשר לא יהיה בנמצא אמצעי חריף פחות להשגת התכלית הרלבנטית⁴⁹.
- ב. קביעת הסדרים להבטחת הוגנות ההליך – בעיקר, אימוץ מודל עורך הדין המיוחד תוך שילוב מאפיינים מהשיטות השונות כפי שהסברנו לעיל, וכן קביעת חובת חשיפה מינימלית של מידע כדי שהחשוד יוכל להתגונן ה-Gist. כאמור, בהחלטה התקדימית בפסק דין A של בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין קבע כי גם במצב חירום לא ניתן לשלול את חירותו של אדם מבלי להעניק לו הזדמנות הוגנת להתגונן בבית המשפט. בית המשפט גם הבהיר כי כאשר נעשה שימוש במנגנון של עורכי דין מיוחדים, הליך שיפוטי אינו יכול להיות הוגן אם אין מגלים לעצור מספיק מידע כדי לאפשר לו לתת "הנחיות אפקטיביות" לעורך הדין המיוחד⁵⁰.
- ג. בכל קביעה של תקופה יש ממד שרירותי, אבל הניסיון של מדינות אחרות מצביע בבירור כי יש מקום לאיזון חדש הקובע משכי מעצר יותר קצרים. לדעתנו, יש מקום להגביל את אורך המעצר ל-חודשיים כל פעם ולמקסימום של 12 חודשים. אם אחרי תקופה זו יש חשש שאותו אדם ימשיך פעילות מסוכנת, ניתן להפעיל כלפיו אמצעי פיקוח אחרים כגון אחד מצווי ההגנה המוצעים.

⁴⁹ אלעד גיל, אמצעים חריגים למאבק בטרור, מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים, המכון הישראלי לדמוקרטיה(2010),156

⁵⁰ A and Others v. UK [GC], ibid, fn 31.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ד. יש להעלות את רמת החשד של שר הביטחון בכדי שיוכל להוציא צו מעצר לפחות לרמה של מאזן ההסתברויות, כפי שנעשה באנגליה בהקשר של ה-TPIM. לציין כי המבחן המקובל בפסיקה היום הינו זה של "ודאות קרובה" (השופט דורנר קבעה בפסד דין 10/94, פלוני נ. שר הביטחון⁵¹ כי תנאי למעצר מנהלי הוא קיום וודאות קרובה שהימנעות ממעצר תביר לפגיעה ממשית בביטחון המדינה או בביטחון הציבור; עמ"מ פלוני נ. שר הביטחון).

ה. יש לשנות את הביקורת השיפוטית המותרת של בית המשפט המחוזי והעליון שבודקת רק את סבירות ההחלטה והתאמתה לפסיקת בית המשפט העליון אשר קבעה שבית המשפט בשתי הערכאות יבחן את התיק מחדש de novo, בבחינה מדוקדקת וקפדנית⁵².

ו. יש לשנות את הסיכון שמצדיק מעצר מנהלי מסיכון כללי, לסיכון קונקרטי וישיר.

2. צווי הגנה :

ז. יש להוסיף ביקורת שיפוטית על השימוש בצווי ההגנה הן בשלב אישור הצו אחרי 48 שעות והן באופן תקופתי של פעם בשלושה חודשים.

ח. ההסדר המוצע לעיל של עו"ד מיוחד ושל חשיפת ה-Gist רלבנטי גם כשמדובר בצווי הגנה. ביוני 2009, בית הלורדים החיל את ההלכה התקדימית של בית הדין על משטר צווי ההגבלה, אשר נכנס לשימוש בעקבות ביטול הליך המעצר המנהלי. בית הלורדים הבהיר, שגם כשמדובר בפגיעה פחות חמורה בחירות, עדיין לא ניתן להשתמש בחומר החסוי באופן שפוגע בזכות להליך הוגן המעוגנת בסעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR), ועל כן על הרשויות לחשוף בפני החשוד את המידע הדרוש לו כדי לגבש הגנה אפקטיבית.

ט. ביטול ההבחנה בין מעצר מנהלי ובין צווי ההגבלה בכל הקשור לאישור שיפוטי. כפי שהזכרנו, לפי ההצעה צו ההגבלה אינו טעון אישור שיפוטי, אלא אם נשוא הצו מגיש בעצמו עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים.

⁵¹ עמ"מ 10/94, פלוני נ. מדינת ישראל פ"ד נג(1), 97.

⁵² פ"ד 59/94 שייח עבד, ה"ש 8 לעיל.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לדעתנו אין הצדקה להבחנה זו וגם במקרה של צו הגבלה יש לדרוש כי הצו יובא לאישור שיפוטי ע"י שר הביטחון 48 שעות אחרי הטלת הצו. הערה 35, סעיף 9(4) של הוועדה לזכויות אדם, מאפשרת לכל מי הוטלו הגבלות על חירותו לקחת הליכים בפני בית משפט כדי שבית המשפט יחליט אודות חוקיות המעצר או ההגבלה⁵³.

- י. יש להפוך את רשימת הצווים ששר הביטחון יכול להטיל לרשימה סגורה.
- יא. כדי שהחשוד יוכל לקיים אורח חיים נורמאלי עד כמה שאפשר, יש להטיל מגבלות על הצווים ששר הביטחון יכול להטיל, על היקף אותן הגבלות וכן לקבוע שדברים מסוימים אי אפשר להגביל כגון: גישה לאינטרנט בתנאים מגבילים, גישה לטלפון, לקבוע כי מניעת פגישה עם אנשים תתייחס לאנשים ספציפיים להבדיל מאיסור כללי, כן יש למנוע אפשרות הטלת מעצר בית על החשוד שלא בביתו שלא בהסכמתו והרחק ממשפחתו. בנוסף לכך, כן יש להגביל את השעות ביממה שאפשר להשאיר בהם את החשוד במעצר בית.
- יב. כמו במקרה של מעצר מנהלי, גם בנוגע לצווי הגנה יש להעלות את רמת החשד אצל שר הביטחון כדי שאפשר יהיה להטיל צו למאזן ההסתברויות.
- יג. יש להגביל את משך צו ההגנה לשנה עם אפשרות להארכה בשנה נוספת במידה ומתעורר חשד לפי מאזן ההסתברויות להתרחשות פעילות טרור קונקרטי חדשה.

עו"ד לינא סאבא-חבש
חוקרת בתכנית לביטחון לאומי ודמוקרטיה
המכון הישראלי לדמוקרטיה

⁵³ 1172/2003, **madani v. Algeria**, para. 8.5; 265/1987, **vuolanne v. finland** para.9.5



המכון הישראלי
לדמוקרטיה