

המעצר המינהלי, הרצאה בפני שופטים צבאיים, 3.8.2009

עו"ד ענר הלמן מפרקליטות המדינה בחר להרצות בפניכם, שופטים צבאיים, ביום עיון זה על המעצרים המינהליים שלא בנוכחותי. ממש כמו תובע המגיש לשופט את החומר החסוי שנערך על ידי השב"כ. חיסיון הוא מעצם טיבו טבעו של המעצר המינהלי. על כן אין להתפלא שדבריו של הפרקליט לא נועדו לאוזני הסגור שלי.

בהרצאתי שלי (הפתוחה לפני כל אדם) לא אתייחס לביקורת חיצונית על המעצר המינהלי. לא אציג דעות של משפטנים וארגוני זכויות האדם, שאני שותפה להן, הרואים במעצר המינהלי נטע זר במשפט שאין להשלים עם קיומו. כמו כן אפסח על המשפט הבינלאומי שהוראותיו מתירות מעצר מינהלי במתכונת מצומצמת הרבה יותר ובנסיבות מוגבלות יותר מאלה הנהוגות במקומותינו. אגביל את עצמי לביקורת "פנימית". אדבר על הפער שבין תפקודם של שופטים בשבתם בביקורת השיפוטית על צו מעצרים מינהליים לבין החוק וההלכה הפסוקה עניין זה.

גלגולי החקיקה

שנות קיומו של המעצר המינהלי שמקורו בתקנות ההגנה המנדטוריות (תקנה 111) ארוכות משנות קיומה של הביקורת השיפוטית אשר הוקמה ושולבה בצו בדבר הוראות ביטחון מס' 378 בשנת 1979, פרק ה1, סעיף 87, תיקון תשמ"א. כך בעקבות ובהשראת חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), תשל"ט-1979 שחוקקה הכנסת. הוראת סעיף 87 קבעה שאדם שנעצר "יובא תוך 96 שעות ממעצרו לפי צו המפקד... לפני שופט משפטאי... [ה]רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו; לא הובא העציר לפני שופט ולא הוחל בדיון תוך 96 שעות כאמור, ישוחרר העציר, זולת אם קיימת עילה אחרת למעצרו...".

הוראות אלה הותלו ב-17 במרץ 1988 בצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (מס 941 בעזה, (הוראת שעה מקבילה הוצאה בגדה המערבית). במקום הביקורת השיפוטית ועיון תקופתי ממחדש (הוראה 87ג) הוקמה ועדת ערעורים שהעציר "רשאי לערער בפניה על מעצרו" (ס' 4) שמתפקידה לעיין בערעור ולהביא את המלצותיה בפני המפקד (ס' 5). כבר ביום 13 ביוני 1988 בוטלה ועדת הערעורים המייעצת והוחזר שופט משפטאי על סמכויותיו אל כיסאו. וב-7 בספטמבר 1988 הוחזרו גם דיני הראיות וההוראה שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות, כלשון ההוראות של פרק ה הקיימות עד עצם היום הזה. לעומת זאת ביטול חובת הרשות להביא את העציר בפני הערכאה הדנה במעצרו המינהלי לא הוחזרה והעציר שרצה בביקורת שיפוטית על צו מעצרו נדרש לערער עליו.

מאז בוטל פרק ה1 הוצאו תיקונים רבים ומגוונים, זאת, מן הסתם, כתוצאה משינויים בנסיבות, מהם מכבידים על העציר מהם מטיבים עמו. כך למשל, באוגוסט 1989 ניתנה למפקד הצבאי הסמכות להוציא צו מעצר ל-12 חודשים. זו בוטלה. בצו מ-13 ביוני 1999 נקבעה החובה להביא

את העציר בפני שופט תוך 10 ימים, פרק זמן זה צומצם ל-8 ימים ביום 5 באפריל 2000. ב-2002 הוארכה ל-18 יום אחר כך החלה יורדת עד אשר התייצבה על 8 ימים הנוהגים עד היום. ערכאת הערעור הוקמה רק בשנת 1999. ב-15 מרץ 2007 נכנס לתוקף צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (נוסח משולב) התשס"ז-2007 (להלן – "צו המעצרים" או "החוק") המאפשר לדעת מהו הדין החל מבלי לקבץ את כל התיקונים ולדעת איזהו האחרון. על צו זה נסתמך ונכנה אותו "החוק".

מעמד השופט לפי הלכה הפסוקה

פסה"ד החשוב ביותר, לטעמי, בענייננו הוא בג"ץ 2320/98 אל עמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח, פ"ד נב(3) 346. בפס"ד זה קבע בג"ץ קביעה עקרונית בדבר עליונותו של השופט על המפקד הצבאי, שני השחקנים הבכירים בהליכי הוצאת צו המעצר המינהלי, כך בנוסף לשני שחקני המשנה – השב"כ והתביעה הצבאית.

בכירותם היא בכך שהם ורק הם מחליטים בעניין הוצאתו של צו. אלא שמבין השניים החלטתו של השופט גוברת על זו של המפקד הצבאי.

"אומנם הסמכות להחליט אם טעמי ביטחון מצדיקים מעצר של אדם מסוים מוקנית על פי דין למפקד הצבאי, שעליו מוטלת האחריות לביטחון ובידיו הכשירות והכלים להעריך את הסכנה לביטחון, אולם חירות האדם יקרה מכדי שתופקד בידיו של המפקד הצבאי בלבד. לכן הדין מכפיף את המפקד לשופט – צו המעצר נתון לביקורת שיפוטית" (פסקה 2 סייפא).

אבל בל נטעה: עליונותו של השופט אינה מוגבלת לעניין זכויות אדם, שכן כלשון בג"ץ "במחלוקת בין המפקד הצבאי לבין השופט בדבר המסוכנות של העצור, כאשר אותו חומר מונח בפני שניהם, גוברת דעתו של השופט. מסקנה זו מתחייבת מן התכלית של צו המעצרים, מן המהות של הביקורת השיפוטית ומן הצורך לאזן כראוי בין שיקולי ביטחון לבין חירות האדם. (פסקה 10)" (ההדגשה הוספה). יתרה מזו: "ביקורת שיפוטית היא חלק מגיבוש חוקיותו של צו מעצר מינהלי או מגיבושה של חוקיות הארכתו" (בג"ץ 3239/02 מרעב, בג"ץ 5784/03 סלאמה, פסקה 7, עמ"מ איו"ש 3838/09, ע' 10 ואילך).

גורלו של העצור הוא בידי השופט.

האחריות המוטלת על שופט המעצרים המינהליים וסמכויותיו הנרחבות הן ללא אח ודוגמא במשפט הפלילי. כך הוא הן לגבי התנהלותה של הביקורת והן לגבי ההחלטות אותן הוא מקבל. החלטתו אם לאשר לקצר, או לבטל את הצו (ראו סעיפים 4 (א) ו-5 לצו המעצרים) נובעת מהערכתו שלו את מסוכנות העציר. הוא אינו מוגבל על ידי העבירות והעונשים כדוגמת אלה שבחוק הפלילי. השופט הוא שקובע מה ייעשה למי שנעצר בצו מעצר מינהלי על ידי המפקד הצבאי בעילת מסוכנותו (ראו סעיפים 1 ו-3 לצו המעצרים) לבקשת שב"כ. אם ראה השופט לקצר את הצו שבא לפניו נשללת מהמפקד הצבאי הסמכות להאריכו אלא רק ברשותו המפורשת של השופט (ראה פס"ד אל עמלה). לאחרונה קבע הרכב של שלושה שופטים של ערכאת הערעור הצבאית שהשופט הנו מוסמך לאשר צו

למלוא תקופתו ועם זאת להגביל את סמכות המפקד להאריכו (החלטה עמ"מ איו"ש 4621/08, 4899).

רוחבה ועומקה של הביקורת השיפוטית – המודל של הביקורת השיפוטית לפי הלכת ביהמ"ש

העליון

לא ייפלא אפוא שלפי הלכתו של בית המשפט העליון תהא הביקורת השיפוטית על המעצר המינהלי שונה מביקורת בג"צית על מעשה של רשות מינהלית המסתפקת בבדיקת חוקיות השיקולים שהביאו למתן הצו.

הביקורת השיפוטית על צו מעצר מינהלי תהא "רחבה יותר מזו המופעלת על ידי בית המשפט הגבוה לצדק... על ביהמ"ש לקיים ביקורת שיפוטית קפדנית של החלטות על מעצרים מינהליים... [כי] החלטה על מעצר מינהלי פוגעת פגיעה קשה בזכות היסוד לחרות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... היא [בק"ש] מספקת מחסום בפני פגיעה בזכות היסוד לחרות ומגבילה פגיעה זו אך לאותם מקרים בהם היא חיונית ואין לה תחליף פוגע פחות". לכך "יש לאפשר לבית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר מינהלי, לערוך בירור מקיף ורב פנים... שופט משפטאי רשאי וצריך להידרש לא רק לשאלה האם על פני הדברים היתה הרשות המוסמכת רשאית להחליט את אשר החליטה על בסיס החומר שהיה לפניו... על השופט להידרש גם למהימנותו של החומר. העובדה ש"חומר" מסוים הנו ראייה מינהלית כשרה אינה פוטרת את השופט מלבחון את מידת מהימנותו על רקע הראיות האחרות ומכלול נסיבות המקרה... לומר אחרת פירושו להחליש עד מאד את תהליך הביקורת השיפוטית ולאפשר שלילת חירות... על בסיס חומר דל ובלתי מספק". "השאלה אם נדרשת חקירה נוספת כלשהי מעבר לחומר שהוגש לשופט המשפטאי, מסורה לשיקול דעתו".

כך גם בשאלה הספציפית ומרחיקת לכת שעלתה בבג"ץ זה: האם יש לקיים במסגרת הביקורת השיפוטית חקירה של המקורות המודיעיניים, כאשר המידע שמסרו עומד ביסוד ההחלטה על המעצר המינהלי. "יתשובת בג"ץ היא... העניין לא ייעשה כעניין שבשגרה, כי אם רק במקרים חריגים שייקבעו על פי שיקול דעתו של השופט משפטאי בין צרכי הביטחון החיוניים... לבין זכויות היסוד לחרות ולהליך ראוי".

בג"ץ 4400/98 ברהם פסקאות 7-10 ואסמכתאות שם.

ובפסיקה מאוחרת יותר באותה סוגיה (בג"ץ 11064/05 אלג'דאיל):

"מקום שהרשות השיפוטית סבורה שחקירה פרונטאלית של מקור מידע דרושה כדי לוודא אם מעצרו של אדם חיוני, בסמכותה – אם לא לומר מחובתו לעשות זאת".

לסיכום נפנה לבג"ץ 9441/07 מצבאח, פסקה ח', הממשיך בדרך שנשללה על ידי קודמיו באומרו: "בית המשפט אינו בוחן כבעבר אך את חוקיותו של צו המעצר תוך שהוא נמנע משימת שיקול דעת תחת שיקול דעתה של הרשות המינהלית, אלא שיקול דעתו עצמאי... היקף הביקורת... בצו מעצר מינהלי רחב משיקול הדעת שניתן לבית המשפט [והכוונה לבג"ץ] בהקשרים אחרים בעת שהוא בוחן החלטותיה של רשות מינהלית".

ייחוד תפקידו של שופט מעצרים מינהליים

ראשית ההליך של הוצאת צו מעצר מינהלי אצל השב"כ. השב"כ הוא שמגיש למפקד הצבאי בקשה להוצאת צו מעצר מינהלי נגד פלוני זאת על יסוד מכלול המידע מודיעיני אשר נאסף. הבקשה מוגשת ב"טבל"ס", הוא "טופס בקשה למעצר מינהלי" המהווה תמצית של המידע המודיעיני וחומרים חסויים אחרים, שנועדו לשכנע את המפקד הצבאי להיענות לבקשה. השאלה האם עצם הימצאותו של מידע כלשהו בטבל"ס הופכת אותו לחסוי או שמא פרטים מסוימים שבו אין החיסיון חל עליהם או שמא הוא חל על עצם הימצאותם בטבל"ס (למשל מספר ילדיו או שמות האחים של העציר) – שנויה במחלוקת שופטים.

כך או כך, כפי שפסק בית המשפט העליון ואף בית המשפט הצבאי לערעורים הצטרף אליו, קשה עד בלתי אפשרית היא מלאכתו של עציר מינהלי המבקש להתגונן בפני המיוחס לו בחומר חסוי שמולו, כדברי שופטים "חסר אונים" הוא, ומשול בשפת מטאפורה אמפאיתית ל"סומא המגשש באפילה" ו"לאדם שעליו להתגונן שעה שידו האחת קשורה מאחורי גבו".

את התרופה רואה בית המשפט במעורבותו המוגברת של השופט בהליך הביקורת השיפוטית. החסוי לפיכך, שומה על שופט שענינו פקוחות לרווחה וידייו אינן כבולות "לשמש לו לפה", להעמיד "את עצמו סניגור-ממונה-לשעה, סניגור שהוא בית משפט..."

ובמילים פשוטות יותר: "מציאות זו מטילה חובה מיוחדת... על בית המשפט לנהוג הקפדת-יתר בהפעלת הביקורת השיפוטית שהוא מחיל על צו המעצר, ולנהוג בזהירות מיוחדת בבחינת חומר הראיות החסוי, אגב מיצוי, בכוחות עצמו את בדיקת קווי ההגנה האפשריים שיכול היה העצור להעלות אילו ניתן לו לראות במו עיניו את חומר הראיות הקיים נגדו." (עמ"מ 8788/03 פדרמן, פסקה 11; עמ"מ 8607/04 פחימה; עמ"מ איו"ש 3838, פסקה ד והאסמכתאות שם).

כידוע, ההליכים המשפטיים בישראל הם אדוורסאריים. לא כן הליך הביקורת השיפוטית על צו מעצר מינהלי שאיננו ואינו יכול להיות כזה. כדי למתן את הפגיעה הקשה בהליך הוגן בנסיבות אלה של חוסר שוויון בין התביעה לסניגוריה על השופט לחרוג מהתפקיד של חורף את הדין על יסוד טענות הצדדים. על מנת לשמור על עצמאותו ולהתקרב ככל הניתן לעשיית צדק וגילוי האמת עליו לגלות יוזמה יתרה, לתפקד כמעין שופט-חוקר.

סמכויות וכלים שבידי שופט המעצרים המינהליים

החוק הקנה לשופט סמכויות וכלים המאפשרים לו לקבוע את מידת מעורבותו ועצמאותו שלו ואת אופן ההתנהלות של הביקורת השיפוטית.

סעיף 7 לחוק – הוא צו המעצרים המינהליים – על סעיפיו הקטנים (א) (ב) קובע ש"בהליכים לפי סעיפים 4 ו-5 (קרי ביקורת שיפוטית וערעור עליה) מותר לסטות מדיני ראיות אם **השופט משוכנע שהדבר יועיל לגילוי האמת ועשיית צדק**" (ההדגשה הוספה), דהיינו מותר לשופט לקבל ראיות גלויות וחסויות שאינן קבילות במשפט פלילי. זאת לתכלית שהיא מהות תפקידו של כל שופט.

בהמשך, סעיף קטן (ג) קובע שהשופט רשאי לקבל ראיות ולשמוע טענות אף שלא בנוכחות העציר או בא כוחו ובלי לגלותן להם אם שוכנע שגילוי כאמור יפגע בביטחון "האיזור" או הציבור.

לסעיפים אלה, דרקונים ביסודם, ישנו פן חיובי: הם מייעלים את הביקורת השיפוטית על המעצר המינהלי ומאפשרים לשופט לקבל החלטה עצמאית. מכוח סעיף 7(א) רשאי השופט להורות על הצגת מלוא חומר החקירה שבתיקו של העציר (ולא להסתפק בטבל"ס). מכוח סעיף 7(ג) הוא רשאי לקבל ראיות, לשמוע טענות מוסריהן ולתחקרם. במלים אחרות הוראת סעיף זה מסמיכה את השופט להורות על הופעת עדי השב"כ במעמד צד אחד.

החלק הגלוי של חומר הראיות יוגש בדיון הגלוי על ידי אותו עד עצמו אשר יופיע, לאחר מכן בדיון במעמד צד אחד, הוא איש השב"כ האמון על התיק. עדותו שבכתב ובעל פה כעד שמיעה **מותרת** מכוח סעיף 7 הנ"ל. והוא הדין לגבי הימנעותו מלהשיב על שאלות או חלקן של ב"כ העציר בטענה של "פגיעה בביטחון האזור ו/או המקורות". **חובת** הופעתו מעוגנת בדיני הראיות הכלליים. היא אינה טענה הוראת חוק מיוחדת למעצרים מינהליים. רק השופט רשאי לפטור עד מהופעתו לפניו.

הליך שיפוטי שבו מונח לפני השופט מלוא חומר החקירה של השב"כ והעד מטעם השב"כ מופיע ומעיד בדיון הגלוי והחסוי, יאפשר קיומה של ביקורת שיפוטית ממשית וקבלת החלטה עצמאית משלו.

בהתקיים ההליך כאמור יהיו בידי שופט הכלים הדרושים לקבוע מהימנותן ומשקלן של הראיות, להגיע לממצאים עובדתיים, להעריך את מסוכנותו של העציר אם זו קיימת, ואם כן – לקבוע האם זו מצדיקה הוצאת צו מעצר מינהלי ולאיזה פרק זמן.

כמו כן, יהיה בידי שופט לגבש לעצמו קריטריונים להערכת התנהגות שיש בה סכנה המצדיקה מעצר מינהלי. כך, כל עוד לא מצויים אלה בפסיקה שעניינה בהתייחס למעצר המינהלי.

השופט יוכל לקבוע ויקבע האם ההתנהגות המהווה עבירה על פי חומר חסוי מצדיקה בהכרח הוצאת צו מעצר מינהלי בהעדר ראיות גלויות. ועוד יהיה בידי השופט להחליט האם יש מקום לממצא סטטיסטי בדבר שיוך קבוצתי במסגרת חומר ביטחוני שלילי שבתיקו של העציר.

שופטים מסתפקים במועט

הליכי הביקורת השיפוטית במתכונתם הקיימת אינם מאפשרים לשופט, בדרך כלל, לקבוע באופן עצמאי את כל הקביעות האלה. התמצאותו החלקית בחומר, בתמצית שהוכנה על ידי השב"כ, מציבה גבולות לעצמאותו.

שופטים מסתפקים, בדרך כלל, במועט. החלטותיהם מתבססות על טבל"ס המוגש על ידי תובע שאינו מצוי בתיק שנתר בידי ובידיעתו של השב"כ בלבד. הם אינם יוזמים בדיקה של קיומו של חומר גלוי מחקירת העציר וחקירתם של אחרים בעניינו. לא תמיד ימהר שופט להורות על הצגתם או לנזוף בתביעה ו/או השב"כ באמצעותה על שלא עשו זאת לפני הדיון. יש שופטים המזלזלים

בגלוי חשיבותו של חומר גלוי. בנסיבות כאלה התביעה והשב"כ אינם ממהרים להגישם. עם זאת, ניסיוני מוכיח שלא אחת היו מסמכים כאלה מועילים להגנה. ועוד מניסיוני: עצירים יצאו נשכרים בחלק נכבד מהמקרים בהם זימנו השופטים איש שב"כ להופיע לפניהם במעמד צד אחד.

בהעדר מלוא החומר ובאין עדים המעידים לפניו, המידע שבידי השופט פחות בהרבה מזה שבאמתחתו של מי שביקש מהמפקד הצבאי לחתום על הצו ונענה בחיוב. אין פליאה שבנסיבות כאלה, אשר במידה רבה הן מעשה ידיו שלו, לא ירגיש השופט כשיר להעריך את מסוכנותו של עציר מינהלי על דעת עצמו ויעדיף לסמוך את ידיו על הטבל"ם יהא אשר יהא.

עדי שב"כ מצוידים בחומר חסוי נהגו להופיע בקביעות בדיונים בין השנים 1988 (כך במסגרת ניסיוני) – 2002. בתחילת מבצע "חומת מגן" הודיע השב"כ שאנשיו עסוקים מכדי להקדיש מזמנם להופעות בביקורת השיפוטית והתחיל להעביר את דבריו בכתב באמצעות התובע. דברים אלה לבשו ופשטו מתכונת ושם. כעת נקראים הם טבל"ם (טופס בקשה למעצר). התובע אינו מתמצא בתיק מעבר לטבל"ם. במרוצת הזמן הבינו כמה מהשופטים שהם מיטיבים לקרוא ולהבין את הנקרא לא פחות מהתובעים ואת הדיון "במעמד צד אחד" הם מנהלים לבדם.

כך השלימו השופטים עם מציאות שנוצרה על ידי גורם אחר שנתן פטור קולקטיבי וגורף לעדי שב"כ מלהופיע בביקורת השיפוטית. כך נהפכו היוצרות הכלל היה לחריג. וחריג לחריג: לדיונים בבג"ץ אנשי שב"כ מגיעים. לא עולה בדעתם לשלוח את החומר החסוי עם שליח מסוג כלשהו.

עו"ד תמר פלג-שריק

פסקי דין נבחרים

1. עמ"מ 2320/98 אל עמלה ואחי' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואחי', פ"ד נב(3) 346.
2. בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ משה שפי ואחי' פ"ד נב(5) 37, (פסקאות 6-9).
3. בג"ץ 11064/05 ג'מאל אלג'דאיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ניתן ביום 5.12.2005.
4. בג"ץ 3239/02 איאד מרעב ואחי' נגד מפקד כוחות צה"ל באזור ואחי', פ"ד נז(2) 349, 368-369.
5. בג"ץ 9441/07 מחמד מצבאח ואחי' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, ניתן ביום 28.11.2007.
6. בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865, 869.
7. בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואחי', פ"ד נז(6) 721.
8. עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שאול מופז, שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176.
9. עמ"מ (איו"ש) 9/01 עבדאללה נגד מפקד, מיום 18.2.2001.

10. עמ"מ (איו"ש) 3838/09 התביעה הצבאית נגד פואז אקרע, ניתנה ביום 3.1.2008, פסקה ד'.
11. עמ"מ סניגוריה 4621/08 עמ"מ תביעה 4698/08 וגיה נואל, ניתנה 11.1.2009.
12. עמ"מ איוש 29/00 ברגותי, ניתנה ביום 18.2.2001.
13. עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מ"י פי"ד נט (3), 258.
14. המעצר המינהלי – כתיבה: סגן גל עשהאל, סגן עסאם חמאד – יוצא לאור על ידי בית הספר למשפט צבאי, עדכון מס' 2, מאי 2003.
15. בש"פ 2489/09 זאב בראודה ניתנה ביום 7.6.2009.