

**מעצר מינהלי והגבלות מינהליות : הכנה לקריאה השנייה והשלישית**

**הצעת חוק לתיקון חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) –**

**סעיפים 115 ו-120 המפוצלים מהצעת חוק המאבק בטרור (מ-949)**

**מסמך רקע לדיון הקבוע ליום 31 באוקטובר 2016**

במושב הקודם, חוקקה הכנסת את חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. במסגרת דיוניה בהצעת החוק הממשלתית (מ-949) החליטה ועדת החוקה לפצל את סעיף 120 להצעת החוק, שעניינו תיקון חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) בעניין מעצר מנהלי וצווי הגבלה וצמצום, ולהתעמק בנושא זה בנפרד.

בהצעת החוק, מוצע לקבוע, ראשית, כי הסמכות הקיימת להורות על מעצר מנהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן – החוק, חוק המעצרים, או חוק המעצר המנהלי), ייקבע כהסדר קבע, ללא תלות בקיומו של מצב חירום; ושנית, מוצע לקבוע כי לשר הביטחון סמכות להורות בצו על הגבלות מינהליות, מטעמי ביטחון (כגון הגבלות על תנועה, על החזקת חפצים, על קיום קשר עם אנשים מסוימים ועוד). נתייחס לשני אלה בנפרד בהמשך, אך השאלה המרכזית שניצבת בפני המחוקק כעת היא דומה בשני חלקי ההצעה: איך אפשר לקבוע בחקיקה הסדר שמאזן כראוי בין הפגיעה בזכויות הפרט לבין הסכנה הצפויה לביטחון המדינה? באלה מקרים ראוי לתת סמכות לגורם מינהלי לפגוע בזכויות הבסיסיות של האזרח (כבוד האדם, חופש התנועה, חופש העיסוק, הזכות לחירות, הזכות לקניין), ואיך מבטיחים כי השימוש בסמכות ייעשה רק במקרים המתאימים, החריגים, ואחרי הליך ראוי שמבטיח בחינה ביקורתית של שיקול הדעת המנהלי?

מסמך זה סוקר את השאלות והדילמות שמעוררת ההצעה הממשלתית, ולקראת הדיון הבא, נביא בפניהם נוסח לדיון בהתאם להחלטות הוועדה.

**מעצר מנהלי כהסדר קבע:**

חוק המעצר המנהלי מסמיך את שר הביטחון להגביל את חירותו של אדם כדי למנוע את הסכנה הצפויה ממנו בעתיד, ללא שעשה מעשה בעבר שבגיניו אפשר להעמידו לדין פלילי, וללא שניתנה לו אפשרות לבחון את הראיות ולהתגונן בפניהם. הסדר זה השתרש במשפט שלנו כהכרח בל יגונה, למרות הפגיעה הקשה שיש בו בזכויות האדם. וכפי שציין נשיא בית המשפט העליון דאז ברק:

"18...בעיקר קשה פגיעתו של מעצר מינהלי בחירותו של הפרט ובכבודו. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על-ידי הרשות המבצעת (שר הביטחון). המעצר עשוי להימשך – כפי שהמקרה שלפנינו מראה – תקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. לא פעם אין העצור יודע – בשל טעמים של ביטחון המדינה – מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו. יכולתו להתגונן כנגד המעצר המינהלי מוגבלת (ראו: עמ"מ 7/94 בן יוסף נ' מדינת ישראל [14]; בג"ץ 2320/98 הנ"ל [13]; עמ"מ 2/96 מדינת ישראל נ' פרידמן [15]). עם זאת, אין מנוס – בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון – איזון עדין וקשה – בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור (ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה

[16], (בעמ' 308). 19. איזון זה מניח – ובעתירה שלפנינו העניין לא עלה כלל – כי ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, "... דנפ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, נד (1) 721 (פורסם בנבו, 12.04.2000) (הדגשה שלנו)

ההסדר הזה מהווה חלק משיטת המשפט שלנו עוד מתקופת המנדט; בשנת 1979, הכנסת החליפה את החקיקה המנדטורית בחוק החדש, שכלל פיקוח הדוק של בית המשפט על הפעלת הסמכות.

החוק מסמיך את שר הביטחון להורות על מעצרו של אדם לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים, אך הוא מוסמך להורות מפעם לפעם על הארכת הצו, ללא הגבלה. משנעצר אדם על פי צו שר הביטחון לפי חוק זה, יובא תוך 48 שעות ממעצרו (ואם היה במעצר על פי צו ראש המטה הכללי – תוך 48 שעות ממעצרו לפי צו ראש המטה הכללי) לפני נשיא בית משפט מחוזי לאישור המעצר. כל שלושה חודשים, בית המשפט יערוך בדיקה תקופתית של צו המעצר. סעיף 6 לחוק קובע כי הנשיא רשאי לקבל ראיות אף שלא בנוכחות העצור ובא כוחו, ולסטות מדיני הראיות. בית המשפט פירש את הסמכות הנתונה בחוק כסמכות משולבת, או "דו-שלבית" של שר הביטחון ושל בית המשפט להורות על המעצר – בית המשפט בוחן מחדש את ההחלטה המנהלית, ואינו רק מפעיל ביקורת "מלמעלה" על הרשות המנהלית.<sup>1</sup> בנוסף, החלטת הנשיא ניתנת לערעור לבית המשפט העליון.

העילה למעצר מנהלי מנוסחת באופן רחב: החוק קובע כי השר רשאי להורות על מעצר אם קיים **"...יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר"**. הפסיקה יצקה תוכן, בחלקו, במושגי שסתום אלה, אך עוד במהלך חקיקת החוק נשמעה ביקורת על עמימותה של עילת "בטחון הציבור", כפי שציין יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט דאז, חבר-הכנסת דוד גלס, על דוכן המליאה.<sup>2</sup> כך ציין גם השופט ש' לוי:

"טענה נוספת של המערערים היא, שיש לפרש את המלים "בטחון המדינה" ו"בטחון הציבור" בסעיף 2 לחוק באופן צר, והא ראיה, שבתקנה 108 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שסעיף 2 לחוק בא במקומה, נוסחו מטרות הצו בצורה רחבה יותר, ומטרותיו היו "לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה"; אות הוא - כך נטען - שמטרות של שמירה על הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או המרדה אינן באות בגדר סעיף 2 לחוק. בטענה זו אין שום ממש, ואין לפרש את סעיף 2 על רקע החקיקה הקודמת; אכן, המלים "בטחון המדינה" או "בטחון הציבור" רחבות מספיק כדי לכלול בהן את כל מרכיבי תקנה 108 לתקנות".<sup>3</sup>

חרף העמימות באשר להגדרתן של העילות להפעלת הסמכות למעצר מנהלי, הפסיקה הציבה גבולות להתפרשות של הביטויים "בטחון המדינה" ו-"בטחון הציבור". לדוגמא, בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: פרשת פלונים), קבע בית המשפט העליון כי למדינה אין סמכות להחזיק במעצר תושבים לבנוניים מכוח צווי מעצר מנהליים, אם הטעם היחיד למעצרו הינו החזקתם כ"קלפי

<sup>1</sup> ר' לדוגמא עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שאול מופז, שר הביטחון [פורסם בנבו] (5.11.2003); בגץ 9441/07 פלוני (אגבר ואבו מטר) נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד סב(4) 77; עממ 5302/14 מדינת ישראל נ' פלוני (07.08.2014); יצחק זמיר, "ביקורת בית המשפט על החלטות מינהליות בדרך של דיון מקורי", **משפט וצבא** 1, עמ' 6-8.

<sup>2</sup> יש לציין כי יש הטוענים שלמרות הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית מעמיקה, הביקורת אינה אפקטיבית במבחן המציאות - Shiri Krebs, "Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court", Vanderbilt Journal of Transitional Law, Vol. 45, No. 3, May 201

<sup>3</sup> דברי הכנסת 85, תש"ט, 1735.

<sup>3</sup> עממ 1/88 רג'א מחמוד אגבריה נ' מדינת ישראל, מב (1) 840, סעיף 5 לדברי השופט ש' לוי.

מיקוח" לשם שחרור שבויים ונעדרים, בעוד שמקובל גם על שר הבטחון כי לא נשקפת מהם סכנה מידית לבטחון המדינה.

אולם באשר להבדל בין ביטחון המדינה לביטחון הציבור, אין פסיקה רבה (בחלקו מהסיבה שככל שחומר הראיות חסוי, קשה גם לבית המשפט לפרט בהחלטתו את הבסיס לחשש לביטחון). היה אפשר לפרש את הביטויים כך: עילת "בטחון המדינה" עוסקת במצבים בהם הסכנה להיבט הביטחוני מקורה באויב חיצוני, דוגמת מדינת אויב או ארגון מחבלים ופלוני מסייע בידם להוות סיכון בטחוני.<sup>4</sup> לפי גישה זו, את עילת "בטחון הציבור" ניתן יהיה להגדיר על דרך ההשלמה, קרי – פעולות אשר מקורן בתוך תחומי המדינה ונועדו לפגוע בביטחונו של הציבור הישראלי. אולם, הבדל זה לא הודגש בפסיקה, והגבולות של ביטחון המדינה וביטחון הציבור בהקשר של חוק המעצרים נשארו עמומים. יש לשים לב, כי אין משמעו של מושג "בטחון הציבור" כ-"פגיעה בסדר הציבורי" אשר נעשה בו שימוש בדברי חקיקה שונים. את המושג האחרון ביקש המחוקק דווקא להחליף, בעת חקיקת החוק (וראייה לכך היא הפקדת הסמכות בידי שר הביטחון ולא השר לביטחון פנים, אשר מופקד על הסדר הציבורי).

בסופו של דבר, עילות המעצר שנקבעו בחוק נותרו בגדר מושגי שסתום – כך בית המשפט קובע באופן פרטני ולפי נסיבות המקרה בו הוא דן את היקפה של העילה הנדונה.

**להשלמת התמונה, נדגיש כי על אף שהחוק דורש "יסוד סביר" להתקיימות עילת המעצר, המבחן המקובל בפסיקה הינו זה של ודאות קרובה** (בג"ץ 3280/94 פדרמן נ' אילן בירן – אלוף, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, בפסקה 5 לפסק-הדין; עמ"מ 1/95 פלוני נ' שר הביטחון; עמ"מ 4/96 גינצבורג נ' שר הביטחון וראש הממשלה, בעמ' 223). רק אם בית המשפט משתכנע, על יסוד החומר, כי **קרוב לוודאי** שהעצור יפגע בביטחון המדינה או ביטחון הציבור אם לא תוגבל חירותו על דרך מעצר – יאושר הצו. כך הדגיש השופט פוגלמן לאחרונה:

"מטרת המעצר המינהלי איננה להטיל עונש על אדם בגין מעשים שביצע בעבר, אלא למנוע את הסכנה הצפויה ממנו בעתיד. לעניין זה על המשיבה להצביע על כך שהסכנה לביטחון המדינה או הציבור היא "סכנה ממשית הקרובה לוודאות" (עמ"מ 3793/15 גיית נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (10.6.2015); עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666, 669 (1982)). צו המעצר המינהלי יהא בבחינת אמצעי אחרון שיעשה בו שימוש מקום שבו אמצעים אחרים, קיצוניים פחות, אינם יעילים ולא יהא בהם די כדי להשיג את תכליתו של הצו (עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, 262-263 (2004))." (פוגלמן, עמ"מ 2135/16, פלוני נ' מ"י)

יש לציין כי חוק המעצר המנהלי, וכן התיקון המוצע לו, לא חל ביהודה ושומרון, שם קיים הסדר מקביל אך שונה של מעצר מנהלי וצווי הגבלה לפי הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651). רוב רובם של המעצרים המנהליים מוצאים מכוח הדין החל באזור, ולא הוצאו לפי חוק המעצרים. נעיר עוד, כי קיים הסדר נוסף שמאפשר מעצר מנהלי בתוך גבולות המדינה – חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, שמאפשר לרמטכ"ל לצוות על כליאתו של אדם שהשתתף בפעולות איבה נגד מדינת ישראל

<sup>4</sup> אלעד גיל אמצעים חריגים למאבק בטרור : מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010, עמ' 39-43 (להלן: "גיל").

ואינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה לפי הוראות המשפט הבין-לאומי. כך שיש להכיר את הדין החל באזור ואת החוק שצוין לעיל על מנת לעמוד על הדין בכללו בעניין זה.

### **התיקון המוצע:**

כעת מוצע לתקן את שם החוק - במקום "חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים)", הוא ייקרא "חוק סמכויות מינהליות (מעצרים והגבלות)" - ולבטל את סעיף 1 לחוק שקובע כי:

"חוק זה לא יחול אלא בתקופה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף אכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948." (ור' נוסח משולב של החוק, מצ"ב.)

לפי המוצע, הפעלת הסמכות להורות על מעצר מנהלי תתאפשר לא רק בהתקיים מצב חירום, ומעצר מנהלי יהיה חלק מ"ארגז הכלים" הרגיל של גורמי הביטחון, כפוף לעילות ולתנאים הקבועים בחוק ושהתפתחו בפסיקה.

### **נקודות מרכזיות לדין:**

#### **- הניתוק מהכרזה על מצב חירום:**

כשחוק המעצר המנהלי נחקק לראשונה, המחוקק התנה את החוק בקיומו של מצב חירום, בניסיון להגביל את השימוש בכלי זה למצבים שאינם בשגרה. לאורך השנים, בתי המשפט הדגישו את החשיבות של מצב החירום כתנאי להפעלת הסמכות למעצר מנהלי.

"מהי תכליתו האובייקטיבית של חוק המעצרים ככל שהדבר נוגע לבעיה הניצבת בפנינו? התשובה הינה, כי תכלית זו היא כפולה: מחד גיסא, שמירה על ביטחון המדינה; מאידך גיסא, שמירה על כבודו ועל חירותו של כל אדם. תכליות אלה מתבקשות ממעגלים שונים המקיפים את החוק. המעגל הקרוב, המתמקד בחוק עצמו ובסוג הסדרי, טומן בחובו תכלית משולבת שעניינה הגנה על ביטחון המדינה תוך הקפדה על חירות האדם וכבודו. מטעם זה הגביל החוק (בסעיף 1) את סמכות המעצר המינהלי לתקופה שבה קיים במדינה מצב חירום, ומאותו טעם נקבע (בסעיף 4) הליך של ביקורת שיפוטית תקופתית על הפעלת הסמכות. (דנפ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, נד (1) 721 (12.04.2000) הנשיא ברק, פסקה 15, הדגשה שלנו)

ואולם, מאז חקיקת החוק, מדינת ישראל הכריזה על מצב חירום בכל שנה, והחריג הפך לשגרה. בשל כך, מובן ההיגיון העומד מאחורי ההצעה כי ההסדר ייקבע כהסדר קבע, ללא תלות בהכרזה "טקסית" שאינה מבטאת מציאות אמיתית של מצב חירום זמני. ומצד שני, הסדר זה נקבע על ידי המחוקק דאז כהסדר שאינו מתאים לחקיקה רגילה, גם אם הוא נחוץ וראוי במקרים קיצוניים.

כיום, גם אם מבקשים לנתק את הסמכות מההכרזה על מצב חירום, וגם אם המחוקק מבקש להשאיר את הסמכות במקרים המתאימים, יש לשמור על חריגות ההסדר ונדירות השימוש בו. לכן נציע שאם תחליט הוועדה לנתק את חוק המעצרים מהכרזה על מצב חירום, ייקבע בחוק במפורש כי מעצר מנהלי הוא כלי שיש לעשות בו שימוש רק במקרה הקיצון – ויש לדון על העילות או הנסיבות שמצדיקות את השימוש בכלי, בין אם הן נסיבות של מקרה פרטני – כפי שנציע בהמשך – ובין נסיבות של תקופת חירום אמיתית או באזור חירום שיוכרז ככזה. אפשר לשקול עוד לקבוע כי ההחלטה על מעצר מנהלי (וכן על צו הגבלה) תבוא לאישורם

של גורמים נוספים בממשלה ולא רק שר הביטחון (לקבוע למשל שצו כזה יוצא על ידי שר הביטחון ושר המשפטים כאחד) לפי חוות דעת מקצועית שתיחתם על ידי הגורם הביטחוני המקצועי הבכיר ביותר ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה.

נוסיף עוד כי על הוועדה לבחון את ההשלכות של התיקון המוצע על ההתחייבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל, כאשר בפורומים בינלאומיים מצהירה המדינה כי המעצר המנהלי הוא כלי שעושים בו שימוש בעת חירום.<sup>5</sup>

#### **- נתונים**

מוצע לקבל נתונים עדכניים לגבי השימוש בצווי מעצר וצווי הגבלה, הן מכוח תחיקת הביטחון והן מכוח חוק המעצרים.

#### **- שמירת דינים ועילת המעצר:**

סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד", מה שנקרא "פסקת שמירת דינים". חקיקה אשר קודמת למועד פרסומו ברשומות של חוק היסוד (25.3.1992), ובכלל זה, חוק המעצר, מוגנת מביקורת חוקתית לפי חוק היסוד. אולם, עולה השאלה: מה מעמדו של תיקון לחוק שנהנה משמירת דינים? למרות שיש אי-בהירות מסוימת בעניין זה, לטעמנו, סביר להניח כי התיקון המוצע כעת יחשוף את חוק המעצר המנהלי כולו לביקורת שיפוטית-חוקתית, ולאפשרות שבית המשפט יבדוק את כל ההסדר הקבוע היום בחוק בכלים החוקתיים המודרניים.

מאחורי שאלה משפטית-חוקתית זו, עומדת שאלה עקרונית עוד יותר: מהי האחריות המוטלת על המחוקק בעת שהוא מתקן חוק ישן? האם ראוי שהמחוקק יערוך תיקון בסעיף אחד של חוק ישן, מבלי לדון בהסדר הקיים – שבו הוא לכאורה לא "נוגע"? האם הוא יכול לדון בתיקון המוצע, ללא דיון בהתאמה של ההסדר הקיים לעקרונות השיטה של היום? ומהכלל אל הפרט: כאשר המחוקק שוקל להפוך את ההסדר של מעצר מנהלי להסדר קבע (וכן להוסיף עליו הסדר של צווי הגבלה – שיש שטוענים שהוא הסדר מיטיב כי הפגיעה בחירות פחותה ממעצר, ויש הטוענים להיפך בגלל ריבוי ותדירות השימוש בכלים החדשים) חובה עליו לדון גם בפרטי ההסדר המנהלי כפי שהם קבועים בחוק היום.

לכן, כחלק מהדיון בשאלת קביעת ההסדר של מעצר מינהלי כהסדר קבע, נציע שהמחוקק ייתן את דעתו גם לפרטי ההסדר הקבועים בחוק היום ולפרשנות שניתנה לחוק על ידי בית המשפט, ובכלל זה – **עילות המעצר הקבועות בחוק, המבחן ההסתברותי, משך הזמן של המעצר, השימוש בחומר חסוי והזכות להליך הוגן, וטיב הביקורת השיפוטית על ההחלטה המנהלית.**

מעבר למה שכבר נפסק בפסיקה, נציע לוועדה לשקול לחדד את העילה הנדרשת להוצאת צו מעצר, ולקבוע כי צו מעצר יינתן רק כאשר המעצר דרוש למניעת פגיעה בחיי אדם, או לסיכול [מידי של]

<sup>5</sup> לדיון מקיף על הקשר בין מעצר מנהלי לבין הכרזה על מצב חירום, ובכלל זה על המחויבות הבינלאומית של מדינת ישראל, ר' מאמרו של אלעד גיל, "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית – עיון מחדש" בתוך אמצעים חריגים למאבק בטרור, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2010), עמ' 89 – 105.

**עבירת ביטחון חמורה (ובעניין זה יש לדון בעבירות שמעוניינים להכליל בהסדר), או לחילופין אם שוכנע בית המשפט כי אם לא יוחזק העצור במעצר קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם** (בדומה לעילה להארכת מעצרו של עצור בעבירת ביטחון שלא בנוכחותו). יהיה צורך לדון גם בתקופות המעצר. רק פגיעה חמורה, וממשית, בערך המוגן של חיי אדם, יכולה להצדיק את הפגיעה בזכות לחירות שמתקיימת במעצר מנהלי. מה עוד שככל שהוועדה תקבל את הצעת הממשלה לחוקק את ההסדר של צווי הגבלה, ראוי שהמחוקק ייחד את הכלי הפוגעני ביותר, המעצר המנהלי, למקרים המתאימים.

## **- חומר חסוי**

הצעת החוק מבקשת לקבוע כי הדיון בהליכים לפי החוק (הן בצווי מעצר והן בצווי הגבלה) יתקיים, ככלל, בדלתיים פתוחות (בשונה מהקבוע היום בסעיף 9 לחוק), ואולם בית המשפט רשאי לסטות מדיני הראיות ולעיין בחומר החסוי אף שלא בנוכחות האדם ובא כוחו (ר' סעיף 6 לחוק המעצרים המינהליים).

יש הטוענים כי ההצדקה לשימוש במעצר המנהלי (ובהמשך לכך – גם השימוש המוצע בצווי הגבלה) הוא הצורך למנוע חשיפת חומר חסוי שיכול לגרום נזק למדינה.<sup>6</sup> כך גם כתבה השופטת ברק-ארז לאחרונה:

"בית המשפט עמד זה מכבר על כך שמעצר מינהלי הוא אמצעי חריג שיש להפעילו במצבים שבהם הסכנה לביטחון המדינה או הציבור היא סכנה ממשית ומוחשית (ראו למשל: עמ"ס 3793/15 ג"ת נ' מדינת ישראל], פורסם בנבו [פסקה 5 (10.6.2015)). המבחן הנוהג בהקשר זה הוא מבחן הוודאות הקרובה להתממשותה של הפגיעה הצפויה מהאדם לביטחון המדינה או לביטחון הציבור ... צעד מסוג זה שמור למקרים שבהם לא ניתן לנקוט בהליכים פליליים, למשל כאשר מתעורר צורך למנוע חשיפת מקורות שחשיפתם עלולה לגרום נזק רב לביטחון המדינה. מטעמים אלה נקבע כי "חובה על בית המשפט לבחון בקפדנות ובדקדקנות את החומר המוצג לעיונו ולוודא, ככל שניתן, כי יש ממש בחשדות שקמו בעניינו של העצור ויש הצדקה לנקיטה בצעד קיצוני של חתימה על צו מעצר מינהלי" (ברק-ארז, עמס 7214/15 פלוני נ' מדינת ישראל)

לכן החומר החסוי נמצא בלב ליבו של ההסדר – מצד אחד, הוא זה שמצדיק את השימוש בכלי הלא פשוט של מעצר מנהלי, ומצד שני, הוא זה שגורם לפגיעה הקשה ביותר בעצור, שכן זה אינו יכול לראות את החומר החסוי ולהתעמת אתו. ההליך ההוגן, כפי שאנחנו רגילים אליו מהמשפט הפלילי, אינו יכול להתקיים עם פגיעה כה קשה ביכולת ההתגוננות, ויש לזכור זאת כאשר דנים בחוק המעצרים המינהליים.

בעבר, נשמעו הצעות להקים מערך של "עורכי דין מיוחדים" שיבדקו את החומר החסוי ויטענו לטובת העצור, כדי להגביר את יכולת ההגנה של העצור, תוך כדי שמירה על חסיון החומר המודיעיני.<sup>7</sup> למרות שיש במוסד זה כדי לעזור לעצור (שכן יהיה מישהו שאמור לבחון את הראיות מנקודת מבטו של העצור), לדעתנו המחיר של מוסד חדש כזה עולה על התועלת שבו – הוא נותן תחושה שההליך הוא הליך "אדברסרי" כמו במשפט הפלילי, כאשר היכולת של עורך הדין המיוחד לתקשר עם "הקליינט" שלו, ולבנות יחד אתו קו הגנה, היא מוגבלת עד מאוד. (קיימת גם סכנה שהתחושה שמתקיים הליך אדברסרי תנמיך את תחושת האחריות, הן של השופט והן של רשויות הביטחון, להתחשב גם בטיעונים שהעצור

<sup>6</sup> ר' אייל נון "מעצר מנהלי בישראל" פלילים ג 168, תשנ"ג-1992, עמ' 170. לדיון מקיף בשאלת ההתמודדות עם ראיות חסויות בהליכים של מעצר מנהלי, ר' מאמרו של אלעד גיל, "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית", עמ' 81-63.

<sup>7</sup> לסקירה משווה בעניין, ר' "עורכי דין מיוחדים – סקירה משווה" מאת ליאור בן דוד, תחום חקיקה ומחקר משפטי, הלשכה המשפטית של הכנסת, 11 בפברואר 2016.

היה יכול לטעון, לו היה רואה את הראיות.<sup>8</sup>) בסופו של דבר, מה שמבטיח את זכויותיו של העצור היא הביקורת השיפוטית, שכן השופט נחשף לחומר החסוי ובוחן אותו בעין נייטרלית, וכן עצם האחריות שחלה על הרשות המנהלית לפעול בסבירות ולטובת הציבור.<sup>9</sup>

#### - שימוש בדין אחר:

כאמור לעיל, באיו"ש חל גם הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון), ולכן על אזרחים ותושבים באזור, חוק המעצרים המנהליים אינו דין ממצה. בעבר, היו הצעות חוק (לדוגמא – פ/2417/17) שביקשו לקבוע כי רק החוק הישראלי יחול על אזרחי ותושבי המדינה לעניין מעצר מינהלי: "על אף האמור בכל דין, לא ייעצר אזרח או תושב ישראלי מעצר מינהלי, אלא על פי הוראות חוק זה". (כיום – אם הוועדה תבקש לקבוע כלל שכזה, יש להוסיף כי מעצר מינהלי יכול שיתבצע על פי הוראות חוק המעצרים המנהליים, או על פי הוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בלבד).

מוצע לקבל מרשויות הביטחון נתונים והסברים לעניין מעצרים מנהליים (וכן צווי הגבלה) של אזרחי ותושבי המדינה לפי חוק המעצרים המנהליים, ולפי הדין החל באזור.

#### צווי הגבלה:

הסמכות להטיל צווי הגבלה מוסדרת כיום בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, חקיקה ראשית מנדטורית, שעם הקמת המדינה הפכה - מכוח הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 - לחלק מן המשפט הישראלי. תקנות 108-110 מאפשרות לשר הביטחון או למפקד צבאי להוציא "צווי צמצום" או "צווי השגחה", כאשר הדבר "נחוץ או מועיל... לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה". צווים אלה יכולים להטיל על אדם מגוון רחב של מגבלות, כגון חובה לגור במקום מסוים, איסורי תנועה שונים, ועוד.

(כאמור לעיל – באזור יהודה ושומרון קיים הסדר דומה, מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651). הוראות תקנות ההגנה, לעומת הצו האמור, חלות בכל המדינה.)  
כעת מוצע לתקן את חוק המעצרים המנהליים ולהוסיף כי לשר הביטחון סמכות להטיל על אדם רשימה פתוחה של הוראות או מגבלות "המתחייבת מטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור", וזאת באותן עילות רחבות ועמומות שבגינן רשאי הוא להורות על מעצר מנהלי (יצוין שהעילות הן מצומצמות יותר בהשוואה לעילות הקבועות היום בתקנות ההגנה). וזה נוסח הסעיף המוצע (כתיקון לסעיף 2 לחוק):

(א) היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר או יוגבל באופן אחר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של אותו אדם או להטיל עליו אחת או יותר מההגבלות המנויות להלן, הכל כפי שייקבע בצו ולתקופה שתיקבע בו לפי הוראות סעיף קטן (א1) ובמידה שלא תעלה על הנדרש לצורך השגת מטרת הצו: רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על ששה חדשים.

<sup>8</sup> ר' לדוגמא ביקורות שנשמעו בקנדה, אנגליה וניו זילנד: Forcese, Craig and Waldman, Lorne, "Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom and New Zealand on the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings, (August 1, 2007).

<sup>9</sup> לדיון ביתרונות וחסרונות של השיטה, ר' לדוגמא Daphne Barak-Erez & Matthew Waxman, "Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions", 48 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 3, 5 (2009).

- (1) הגבלת יציאתו ממקום או מאזור מסוים;
  - (2) איסור יציאה מהארץ;
  - (3) איסור להיכנס או להיות נוכח במקום או באזור מסוים;
  - (4) חובה לגור או להימצא במקום או באזור מסוים;
  - (5) הגבלה אחרת ביחס לתנועה במקום או באזור מסוים;
  - (6) חובה לדווח מראש למשטרת ישראל או לגורם אחר שייקבע בצו על כוונה לצאת ממקום או להיכנס למקום מסוים;
  - (7) חובה להפקיד את הדרכון בידי משטרת ישראל או בידי גורם אחר שייקבע בצו;
  - (8) איסור להחזיק חפצים או חומרים מסוימים או להשתמש בהם;
  - (9) איסור להשתמש בשירותים מסוימים או לבצע פעולות מסוימות;
  - (10) איסור להתקשר עם אדם מסוים או עם קבוצת אנשים;
  - (11) הגבלה ביחס לעבודה או לעיסוק;
  - (12) כל הוראה או הגבלה אחרת המתחייבת מטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור."
- (1א) בצו לפי סעיף קטן (א) תיקבע תקופת תוקפו ובלבד שהתקופה האמורה לא תעלה, לעניין מעצר – על שישה חודשים, ולעניין הגבלה אחרת – על שנה.

לפי התיקון המוצע הסמכות להטלת הצו תינתן אך ורק לשר הביטחון והיא אינה ניתנת להאצלה, והוא יהיה חייב לאפשר לאדם לטעון את טענותיו בפניו לפני הוצאת הצו, או עד 30 יום ממתן הצו אם מתן זכות שימוע כאמור עלול לסכל את מטרת הצו. לפי התיקון המוצע משך זמן ההגבלות בצו יהא לכל היותר, אך סעיף קטן (ב) שקובע כי השר רשאי להאריך את הצו מפעם לפעם, ללא מגבלה, יחול גם על צווי ההגבלה (לא מוצע הסדר של עיון תקופתי לגבי צווי ההגבלה). הדרך לתקוף את הצו, לפי ההצעה, תהיה בעתירה מינהלית. עוד מוצע להסמך שוטר לדרוש מכל אדם כל מסמך או מידע לעניין קיום תנאי הצו, להיכנס למקום בו אמור או אסור לשהות לפי הצו כדי לפקח על קיום תנאי הצו, לערוך חיפוש בכל מקום וכן על גופו של אדם שלגביו הוצא הצו, וכן לבצע "כל פעולה סבירה אחרת הנדרשת לשם פיקוח על קיום ההגבלות המנויות בצו". לבסוף, מוצע להחיל את הסעיפים שמאפשרים סטיה מדיני הראיות גם על דיונים בצווי ההגבלה, וכן סעיפים נוספים (ור' נוסח משולב, מצ"ב).

נעיר כי הסמכות להגביל את חופש התנועה של אדם, את חופש העיסוק שלו, ולהתערב בכל פרט ופרט בחייו, היא מרחיקה לכת. ועל אף שצו הגבלה הוא "מידתי" יותר מאשר צו מעצר, שכן הגבלת החירות במעצר היא הפגיעה העוצמתית ביותר באדם, עדיין הפגיעה עקב הטלת צו הגבלה עלולה להיות חמורה ביותר. יש גם לקחת בחשבון שצווי הגבלה לא יוטלו כתחליף לצווי מעצר, אלא ירחיבו את המעגל של אנשים שמפוקחים על ידי רשויות הביטחון. לכן, ככל שהוועדה תחליט לאפשר את ההסדר המוצע, ברי כי הסמכות צריכה להיות מופעלת רק במקרים קיצוניים, בעילות ברורות ובהליך ברור שמותווה על ידי המחוקק, ותחת פיקוח הדוק של הרשות השופטת.

## **נקודות מרכזיות לדיון:**

### **- העילות למתן צו הגבלה:**

כפי שצוין לעיל, העילות הקיימות בחוק היום לעניין צווי מעצר, שההצעה הממשלתית מבקשת לקבוע כעילות גם לעניין צווי הגבלה, הן עמומות ורחבות. ונזכיר את העילה המוצעת: "יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר או יוגבל באופן אחר". מושגי השסתום אינם מבנים את שיקול הדעת של השר בהוצאת הצו, ואינם מדריכים את בית המשפט לעניין גבולות הסמכות המינהלית. לכן מוצע לדון בעילה שבגינה השר רשאי להוציא צו הגבלה, כפי שמוצע לעיל לעניין העילה להוצאת צו מעצר מינהלי.

### **- רשימת ההגבלות – רשימה פתוחה?**

כאמור, הממשלה מבקשת לקבוע רשימה פתוחה של הגבלות שרשאי השר להטיל, שכן פריט (12) ברשימת ההגבלות היא מעין סמכות פתוחה: "כל הוראה או הגבלה אחרת המתחייבת מטעמי ביטחון המדינה או ביטחון הציבור". ואולם, כאשר מדובר בסמכות מרחיקת לכת ופגיעה רצינית בזכויות יסוד, ראוי לטעמנו שהמחוקק יקבע את גבולות הסמכויות של השר, בחקיקה ראשית, ובפירוט. לכן נציע לשקול למחוק את פריט (12) המוצע ולקבוע רשימה סגורה של הגבלות.

### **- הביקורת השיפוטית**

מוצע בהצעה הממשלתית לקבוע כי הליך הביקורת על צווי ההגבלה יעשה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים – כאשר הביקורת השיפוטית על צו המעצר נעשית על ידי בית המשפט המחוזי. הבדל זה אינו רק הבדל טכני לעניין מיקום השיפוט, אלא משליך על אופן הביקורת של בית המשפט. כפי שתואר לעיל, בית המשפט פירש בהרחבה את סמכויותיו לעניין הביקורת על צו המעצר, ורואה את עצמו כחלק מהליך האישור של הצו. לכן על בית המשפט המחוזי לבחון את הראיות מחדש. הביקורת השיפוטית הרגילה בבית משפט לעניינים מינהליים היא שונה, שכן השופט בודק את הסבירות של ההחלטה, ולא שם את עצמו בנעלי הרשות.

לטעמנו, הביקורת השיפוטית על צווי הגבלה צריכה להיות דומה לזו של צווי המעצר (אף אם לא כביקורת יזומה, אלא ביקורת במסגרת ערעור של האדם). הפגיעה בזכויות של הפרט עקב הוצאת צו הגבלה היא רבה – אף אם היא לא מגיעה לפגיעה המוחלטת בזכות לחירות – ולכן הביקורת צריכה להיות חזקה ומעמיקה. מה עוד שבחוק המאבק בטרור, גם הביקורת השיפוטית בעניין הסדרי חילוט שנקבעו בחוק אינה ביקורת רגילה, אלא ביקורת *de novo*, למרות שהיא נעשית בבית משפט לעניינים מינהליים.<sup>10</sup> ההסדר החדש המוצע בעניין צווי הגבלה, גם הוא ראוי שייבדק על ידי בית המשפט בצורה דומה. בנוסף, כיוון שמדובר ב"סל" של כלים מנהליים מרחיקי לכת, שעומדים על רצף לפי חומרתם, ראוי שגורם אחד יהיה זה שמכריע לגבי המגבלה המתאימה והמידתית ביותר באותו מקרה, כאשר הוא רואה את מגוון ההגבלות האפשריות, מצווי הגבלה ועד צו מעצר, וכן יהיה רשאי לשנות את התנאים שנקבעו בצו.

<sup>10</sup> "64. ביקורת שיפוטית מינהלית מורחבת

בעתירה על החלטה של שר הביטחון לפי פרק זה רשאי בית משפט לעניינים מינהליים לאשר את החלטת השר, לשנותה, לבטלה או לקבל החלטה אחרת במקומה, ובלי לגרוע מכלליות האמור רשאי בית המשפט לשקול כל שיקול שהיה השר רשאי לשקול לשם כך."

בנוסף, נציע לשקול להבנות את שיקול הדעת של השופט הדן בערעור על צו הגבלה, ולכתוב במפורש שעליו לשקול את מידת הפגיעה באדם שלגביו הוצא הצו, את חומרת הסכנה שמצדיקה את הפגיעה, ואת טיב הראיות שהוצגו בפניו.

#### **- סעיף מידתיות**

הנוסח הממשלתי מבקש לקבוע שהשר רשאי להורות על מעצרו של אדם או להטיל על אדם אחת או יותר מגבלות, כפי שייקבע בצו "ובמידה שלא תעלה על הנדרש לצורך השגת מטרת הצו". בהתחשב בפגיעה החמורה שיכול שתהיה בזכויות האדם, נציע לוועדה לשקול להוסיף הוראה מפורטת יותר, שמבנה את שיקול הדעת של השר בבחירת מגבלה מתוך המגבלות האפשריות: "ובלבד שאין הגבלה אחרת שפגיעתה באדם פחותה ויש בה כדי להשיג את מטרת הצו". כך יהיה ברור שעל השר לבחור באמצעי "הקל" ביותר שמשגי את המטרה.

#### **- תקופת הצו**

מוצע לדון בתקופת הצו הראשוני, שכן מוצע על ידי הממשלה כי תקופת צו הגבלה לא תעלה על שנה. עוד מבקשת הצעת החוק לקבוע כי השר רשאי להאריך את צו ההגבלה מפעם לפעם לתקופה של עד ששה חודשים, ללא מגבלת זמן מרבית (בדומה לצו מעצר). מוצע לדון בתקופות המוצעות.

נציין עוד כי לא מוצע לערוך עיון תקופתי בצו הגבלה, וזאת בשונה מצו מעצר, שם קובע סעיף 5 עיון תקופתי כל שלושה חודשים.

#### **- סמכויות שוטר וסעיף עונשין**

מוצע להוסיף לחוק המעצרים המינהליים את סעיף קטן 3(ב), ולקבוע את הסמכויות שנתונות לשוטר לצורך ביצוע צווי הגבלה – כולל סמכות להיכנס לכל מקום, לערוך חיפוש בכל מקום, לדרוש מסמכים, וכן "לבצע כל פעולה סבירה אחרת הנדרשת לשם פיקוח על קיום ההגבלות המנויות בצו" (ור' נוסח, מצ"ב). מוצע לדון בצורך בסעיף "סל" כזה לעניין הסמכויות.

בנוסף, מוצע לקבוע כי העונש על הפרת צו הגבלה יהיה מאסר של עד 4 שנים (הנוסח הממשלתי המקורי ביקש לקבוע עונש של עד שנתיים מאסר, וכעת הממשלה מבקשת לקבוע עונש של 4 שנים). עונש זה דומה לעונש הקבוע בסעיף 287 לחוק העונשין על הפרת הוראה חוקית:

"287. (א) המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו - מאסר שנתיים.  
(ב) המפר הוראה מהוראות צו שניתן מאת בית משפט לשם הגנה על חייו, גופו או שלומו של אדם אחר מפני המפר, דינו - מאסר ארבע שנים."

מוצע לוועדה לשקול את העונש המתאים להפרת הצו, בשים לב כי סעיף 287(ב) מתייחס לצו שניתן מאת בית משפט לשם הגנה על אדם ספציפי, כאשר צווי הגבלה הם צווים מנהליים.

#### **- פיקוח של היועץ המשפטי לממשלה ודיווח לוועדה**

לאור הפגיעה בזכויות הפרט, נציע לוועדה לשקול לבקש את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה להוצאת צו הגבלה, וכן דיווחים לוועדת החוקה על הפעלת הסמכויות לפי החוק.

1. תקנות ההגנה:

כאמור, חלק י' לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 מסמיך את שר הבטחון או המפקד הצבאי להוציא "צווי צמצום" לשם "הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה" (ר' נוסח, מצ"ב). כאמור, התיקון המוצע אמור להחליף תקנות אלה, ולכן יש לבטלן.

2. תקנות-שעת-חירום (יציאה לחוץ לארץ):

תקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, מסמיכה את שר הפנים לאסור את יציאתו של אדם מישראל אם קיים יסוד לחשש לפגיעה בביטחון המדינה (ר' נוסח, מצ"ב). בסעיף 115 להצעת החוק הממשלתית, מוצע לבטל תקנה זו, שכן ההסדר המוצע מסמיך את שר הביטחון להטיל צווי הגבלה שכוללים איסור יציאה מהארץ, שכן שר הביטחון הוא הגורם המתאים ביותר לבחון את הפגיעה הביטחונית הפוטנציאלית. לאחר שפורסמה הצעת החוק, ביקשה הממשלה, בנוסף לאמור, לקבוע בחוק המעצרים המנהליים כי הוצאת צו איסור יציאה מהארץ תהיה גם בחתימת שר הפנים, אלא במקרים דחופים (ור' סעיף 2(א) המוצא לחוק המעצרים המנהליים, מצ"ב).

3. חוק בתי משפט לעניינים מינהליים

בסעיף 130 להצעת החוק הממשלתית, מוצע לתקן את חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, ולקבוע בתוספת כי בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון בעתירה נגד צו הגבלה שהוטל לפי סעיף 2(א) לחוק המעצרים המינהליים. כאמור לעיל, לטעמנו אין מקום לביקורת מינהלית על צווי ההגבלה – וראוי שהביקורת השיפוטית תהיה ביקורת ערעורית לבית המשפט המחוזי – וכלן אנו ממליצים שלא לתקן את החוק.