



י"א כסלו תשע"ח
29/11/2017

לכבוד
וועדת חוקה חוק ומשפט

א.ג.נ.,

הנדון: נייר עמדה 28.11.17 - תיקון חוק הטרור לעניין צווים מנהלים

1. הרציונאל שביסוד ההליך המנהלי

בקצירת האומר מיוסד ההליך המנהלי על רציונאלים של שמירה על הביטחון ועל יציבות המשטר.

2. הפגיעה שנגרמת לזכויות אדם בהליך המנהלי

2.1 הפגיעה המהותית

ההליך המנהלי שולל חירויות יסוד בלא הליך שיפוטי תקין.

משמעות הפגיעה היא כי נשללת מאדם חירות יסוד בלא שהוא יודע בגין איזה מעשה או מחדל ואינו יודע מכוח אילו ראיות.

עצם שלילת הזכות לדעת את החשדות ואת הראיות על יסודן קמים החשדות, ועצם שלילת הזכות להתמודד מול אותן חשדות וראיות היא הפגיעה המהותית שגרום ההליך המנהלי.

2.2 הזכויות הדיוניות שנפגעות בהליך המנהלי

2.2.1 הפגיעה הדיונית בשלב הטרור שיפוטי - כללי הצדק הטבעי

בכל הליך מנהלי או שיפוטי זכאי אדם לדעת מראש על הכוונה לקבל החלטה אשר עשויה לפגוע בזכויותיו, ולקבל לעיונו את המידע שביסוד הכוונה לקבל החלטה כאמור, ולטעון כנגד אותה כוונה.

מימוש זכויות האדם על פי כללי הצדק הטבעי מכשיר את החלטת הרשות הן פורמאלית והן מהותית.

ההנחה היא תנאי להפעלה נכונה של שיקול הדעת היא כי בפני הגורם המחליט יעמדו עמדות כל הצדדים היריבים.

מימוש כללי הצדק הטבעי מכשיר את ההחלטה מבחינת חבות ההגינות כלפי מי שעלול להיפגע ממנה.



מימוש כללי הצדק הטבעי מהווה תנאי לנימוק רציונאלי וסדור של ההחלטה ובסיס לביקורת שיפוטית או ציבורית כנגד ההחלטה.

מימוש כללי הצדק הטבעי נמצא אפוא בטבורו של כל הליך, בין אם מנהלי, בין אם שיפוטי, ומהווה תנאי בל יעבור לכשירות ההחלטה הן מצד כושר ההחלטה התקין של הגורם המחליט, הן מבחינת ההגינות כלפי הגורם אשר כנגדו ניתנת ההחלטה והן מבחינת חשיפת הרציונאל של ההחלטה לביקורת ציבורית או משפטית.

2.2.2 הצו המנהלי פוגע בצורה חריפה בכללי הצדק הטבעי.

האדם אשר כנגדו מוצא הצו לא יודע מהן החשדות נגדו, ואינו יודע מהן הראיות שביסוד אותו חשד.

הגורם המחליט נחשף לצד אחד בלבד ולא יכול להפעיל שיקול דעת מאוזן או מידתי.

ההחלטה נערכת בלא בירור ובלא הנמקה לגופם של דברים, והרציונאליים וההצדקות שביסודה אינם חשופים לביקורת ציבורית או משפטית.

2.3 הפגיעה הדיונית בשלב השיפוטי

הפגיעה בשלב השיפוטי מהווה העתקה של הפגיעה בשלב הטרם דיוני.

האדם לא יכול להזים את החשדות הטועונים והראיות נכדו אשר אליהם הוא לא נחשף.

השופט לא יכול לקבל החלטה מבוררת שכן הוא נחשף לטיעון מצד אחד בלבד.

אין סיכוי לקבל החלטה מבוררת במעמד צד אחד.

ההליך המנהלי טומן בחובו סיכון ממשי ומובנה לפגיעה שלא לצורך בחירויות יסוד ופגיעה מינה וביה בזכות הדיונית היסודית של אדם לדעת בגין מה הוא מואשם ולטעון את הטענות שלזכותו.

החיסיון על הראיות ועל החשדות מטיל על ההליך עלטה דיונית שלא מאפשרת לאדם להתמודד עם החשדות ולא לשופט לקבל החלטה על בסיס מבורר ותקין ואין שקיפות כלפי הציבור.

3. שני העקרונות המוצעים להסדרת ההליך המנהלי

מדובר בשני עקרונות משלימים כדלקמן:

3.1 מקום שאין התנגשות בין הזכויות הדיוניות של הפרט לבין האינטרס הביטחוני יש לאפשר זכויות דיוניות מלאות.

3.2 מקום שיש התנגשות בין האינטרס הביטחוני לבין האינטרס של זכויות הפרט יש לערוך איזון בין האינטרסים.



4. זכויות דיוניות שלא מתנגשות באינטרס הביטחוני

הזכויות הדיוניות שלא קיימת התנגשות כלשהי בין המימוש שלהם לבין האינטרס הביטחוני הינן שתיים כדלקמן:

4.1 הזכות לביקורת שיפוטית ערעורית (הליך de-novo).

4.2 הזכות לביקורת שיפוטית חובה סמוך לאחר מתן הצו.

אדון בזכויות לגופן.

5. הזכות לקיום הליך ערעורי (de-novo)

5.1 קיימים שני סוגים של ביקורת שיפוטית, כדלקמן:

5.1.1 ביקורת ערעורית (de novo) - השופט נכנס בנעלי מקבל ההחלטה ושיקול דעת השופט הוא שיקול הדעת המכריע לאשר החלטה או לבטלה כולה או מקצתה.

5.1.2 ביקורת מנהלית (ביקורת מוחלשת) - השופט אינו נכנס בנעלי הגורם המחליט, ומותיר למעשה מרחב שיקול דעת למחליט ההחלטה. השופט רק בודק האם ההחלטה נמצאת במתחם הסביר- ואין בה טעות קיצונית המצדיקה את ביטולה.

5.2 הביקורת הערעורית מקנה אפוא לאדם מעמד דיוני טוב יותר מאשר הביקורת המנהלית.

ראה בסעיף 27 להחלטה של כב' הש' רות רוני מיום 2.8.14 בעת"מ (ת"א) 37447-10-13 בעניין אפריקה ישראל נ' הרשות לניירות ערך, [נבו], על אסמכתאותיה.

5.3 הכפפת הצו המנהלי לביקורת ערעורית לא מתנגשת באינטרס ביטחוני כלשהו, ובהעדר אינטרס נוגש יש להכפיף את הצו המנהלי לביקורת ערעורית.

מעבר לעיקרון האמור, קיימים טעמים כבדי משקל לעשות כן, כדלקמן:

5.3.1 הפגיעה המצטברת של דיון במעמד צד אחד וביקורת שיפוטית מוחלשת תשחק עד דק את כושר ביקורת השיפוטי של הצוויים.

5.3.2 קשה וכמעט לא ניתן ששופט שישמע את גורמי הביטחון במעמד צד אחד יגיע לכלל קביעה כי הצו בוא לא סביר במדיה קיצונית המצדיקה את ביטולו, ולפיכך הביקורת המנהלית לא מתאימה לדינים במעמד צד אחד.

5.3.3 יש להוסיף לכך את הרתיעה הטבעית מביטול החלטות של גורמי הביטחון, כך שלא תהא כמעט תוחלת לביקורת השיפוטית.



- 5.3.4 הביקורת הערעורית מוחלת בסעיף 78 לאמנת ג'נבה שחל על מדינת ישראל- ואין להנמיך את זכויות האזרח בישראל לעומת זכויות של נתינים למעצמות כבושות מכוח החוק הבינ"ל.
- 5.3.5 הביקורת הערעורית נוהגת בדין ביו"ש וזאת מכוח אמנת ג'נבה וכמוסדר בסעיפים 296-297 לצו בדבר הוראות ביטחון יהודה ושומרון- ויש לשמר אחידות בדין ביו"ש ובתוך המדינה.
- 5.3.6 הביקורת הערעורית- מוחלת במשפט הפלילי בארץ, ואם כך הוא בפלילים כאשר העצור יודע בגין מה הוא עצור ומוטחות נגדו ראיות, אז על אחת כמה וכמה בהגבלה מנהלית שפוגעת בחירויות של אדם בלא למסור לו בגין מה--- ולא ייתכן שבמנהלי יהא סטנדרט הביקורת השיפוטי נמוך מאשר בפלילי.
- 5.3.7 כאשר מוטלות על אדם אחד הגבלות מסוגים שונים אין לפצל את הדיון לחלק מהן לביקורת מנהלית ולחלק לביקורת שיפוטית וראי שיהיה הסדר אחיד.

6. הזכות לביקורת שיפוטית חובה לאחר מתן הצו

- 6.1 בדין הפלילי שלילת חירויות קטנות כגדולות ואף מינימאליות טעונות אחד משניים, או הסכמה של האדם, או אישור שיפוטי תוך 24 שעות לכל המאוחר.
- 6.2 פרוצדורה פלילית זאת נועדה להגן על חירויות היסוד של האזרח.
- 6.3 ברור כי יש לאפשר מנגנון ביקורת מקביל גם בהליך המנהלי שפגיעתו בזכויות הדיוניות קשה לאין ערוך מהפגיעה שנגרמת בפלילים.
- 6.4 מנגנון של ביקורת שיפוטית חובה במסוך להוצאת הצו לא מתנגש באינטרס ביטחוני כלשהו.
- 6.5 נשיא בית הדין לערעורים של בית המשפט הצבאי בעופר התבטא לא אחת בזכות הצורך לקיים ביקורת שיפוטית חובה לצווים מנהליים, וראה עדי"י 2272/16 צוריאל הכהן נ' המפק"צ:

"אמת, אין ספק כי יוטב המצב אם המחוקק יאמץ גם בנוגע לצווי הגבלה ופיקוח הסדר דומה לזה המתקיים בנוגע למעצר מינהלי בהיבטי חובת הביקורת השיפוטית. לאור יכולות ההגנה המצומצמות כלפי צו מנהלי המבוסס, על פי רוב, על ראיות חסויות, קיימת חשיבות רבה ליצירת מנגנון ביקורת שיפוטית אפקטיבי. כחלק מהרחבת ההגנות וצמצום הפגיעה בזכויות הפרט ראוי יהיה, על כן, לקבוע ביקורת שיפוטית כחובה, בסמוך למועד הוצאת הצו. ואכן, ניסיון החיים מלמד כי הסדר דומה עשוי להועיל רבות להפעלה מושכלת של הסמכות המנהלית."



6.6 צידוק נוסף יונק מכך שהשקיפות היחסית של ההליך הפלילי לרבות מסירת החשד וזכות ההיעוצות בגינו עם עורך דין לא קיימת בהליך המנהלי ולכן ביקורת שיפוטית חובה וסמוכה להוצאת הצו נותנת איזה שהיא אינדיקציה שיפוטית אובייקטיבית למידת ההצדקה שביסוד הצו המנהלי אשר יסודותיו עלומים.

6.7 מנגנון הביקורת חובה מייצר גם הגנה ריבונית על פרטים חלשים באוכלוסיה או על אוכלוסיות חלשות כגון מהגרים או קטינים אשר לא יודעות ובעלות משאבים להגן על עצמן, והמדינה אחראית לכך כי גם בני אדם חלשים יזכו למנגנון של ביקורת שיפוטית על הצווים אף אם אין להם המשאבים האישיים לפעול למצוא עורך דין שייצג אותם בקשר לפגיעה בחירויות היסוד שלהם.

7. זכויות דינוניות שמתנגשות באינטרס הביטחוני

7.1 חיסיון החשדות והראיות אשר אין ממנו מוצא בהליך המנהלי הוא הגורם לכך שההליך המנהלי הוא הליך בעיתי לפי כל אמות מידה בין אם שיפוטיות בין אם דמוקרטיות בין אם אנושיות בסיסות.

7.2 פגיעה זאת היא שנמצאת ביסוד ההצדקה להימנע ממתן צווים מנהליים אלא אם קיימת וודאות קרובה לפגיעה באינטרס הביטחוני המוגן.

8. מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה באינטרס הביטחוני המוגן הוא המבחן בו יש לאזן בין הפגיעות המהותיות והדינוניות שגורם הצו המנהלי לבין הכורח להגן באמצעות צו מנהלי על האינטרס הביטחוני המוגן

8.1 זכות היסוד שנפגעת בהליך המנהלי היא הזכות לקיומו של הליך שיפוטי הוגן במעמד שני הצדדים בשקיפות מלאה לפני שפוגעים בזכות יסוד של הפרט.

8.2 הזכות לקיומו של הליך שיפוטי הוגן היא זכות יסוד מוכרת בשיטת המשפט והיא זכות על חוקתית ראה: רע"א 993/06 בעניין מוסטפא דיראני נ' מדינת ישראל [נבו].

8.3 לפיכך בשורש העניין לא נמצאת החירות שתישלל אלא שלילת האופן בו נשללת זכות בלא הליך שיפוטי הוגן.

8.4 לפיכך מבחנה מושגית אין הבדל בין מעצר בית לבין מעצר יישוב- בכל אחד משני המקרים כמו בכל הליך מנהלי אחר קיימת פגיעה בחירות יסוד בלא הליך הוגן ופגיעה זאת יש לאזן במבחן הוודאות הקרובה.

8.5 כאן המקום להזכיר כי מבחן הוודאות הקרובה לא מגן ארק על הפרט אלא מגן ושומר הוא על צביון השיטה ועל הצביון הדמוקרטי של המדינה ועל החסינות החברתית והציבורית של המדינה שיונקת מהשקיפות והכפיפות לביקורת של ההליכים.



9. מבחן הוודאות הקרובה משמש כמבחן רוחב לפגיעה מנהלית בזכות יסוד של הפרט

9.1 מבחן הוודאות הקרובה משמש כמבחן רוחב לפגיעה בכל זכות יסוד מוגנת של הפרט, ובפרט כך נפסק לפגיעה בחופש הפולחן, חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש התנועה, כפי שנסקור כדלקמן:

9.2 כך לגבי האיזון בין חופש הפולחן לבין הסיכון לפגיעה בשלום הציבור:

ההלכה המנחה כפי שנקבעה בבג"ץ 4776/06 בעניין סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים [נבו]:

אין די בחשש ערטילאי או רחוק לשלום הציבור שייגרם אם תמומש זכות עלייתו של העותר להר הבית. יש צורך בחשש קונקרטי המצביע על סכנה קרובה לוודאי לפגיעה קשה בביטחון הציבור. הערכת קיומו של חשש כאמור תעשה על-יסוד מידע מבוסס המתייחס לא רק לניסיון העבר הרחוק אלא גם לניסיון העבר הקרוב או מידע באשר להווה; והכל בהתחשב בנתוני הזמן והמקום בעת בחינת הבקשה וכלל נסיבות העניין בכל מקרה קונקרטי (שם, פסקה 3).

אושררה (בין היתר):

בג"ץ 10450/07 בעניין תנועת נאמני הר הבית נ' אהרן פרנקו
בג"ץ 2189/10 בעניין המטה למען ארץ ישראל נ' מפקד מחוז ירושלים
בג"ץ 530/01 משה יוגב נ' ניצב מיקי לוי

9.3 כן נקבע בפסה"ד המנחה לגבי האיזון בין חופש הביטוי והתהלוכה:

בג"ץ 153/83 בעניין אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [נבו] (עמ' 408 לפסה"ד):

מן הראוי הוא שנמשיך ללכת בדרך סלולה זו, עליה יוכלו לצעוד תהלוכות והפגנות כל עוד אינה קיימת ודאות קרובה לפגיעה בביטחון הציבור.

9.4 מבחן הוודאות הקרובה משמש גם לאיזון בין הפגיעה בחופש העיסוק או התנועה לבין הפגיעה ברגשות הציבור כגון מכירת חזיר או תנועה בשבת לבין הפגיעה ברגשות דת נפסק כי נדרשת וודאות קרובה לפגיעה ממשית ברגשות הציבור כדי לפגוע בחופש העיסוק והתנועה.

בג"ץ 953/01 ח"כ סלדקין ואח' ני עירית בית שמש:

היא מכירה, מאידך גיסא, בצורך להגן על רגשותיו של הפרט אם הפגיעה בהם היא ברמת הסתברות גבוהה (ודאית או קרובה לוודאית במקרה של פגיעה בחופש הביטוי והתנועה בתוך הארץ: ראו: בג"ץ 806/88 הנ"ל [10] וכן בג"ץ 14/86 לאור ני המועצה לביקורת



סרטים ומחזות [16]; פרשת חורב [14]), והיא ממשית, קשה ורצינית, כלומר עולה על "רמת הסבולת" שניתן להצדיקה בחברה דמוקרטית.

9.5 יישום מבחן הוודאות הקרובה על ידי בג"ץ לענין פגיעה בחופש התנועה

מבחן הוודאות הקרובה לא פסח בפסיקת בג"ץ גם על הגבלות התנועה וכך נפסק לגבי הפגיעה בחופש התנועה שנגרם עובר לביצוע תכנית ההתנתקות כתוצאה מהכרזת עוטף עזה כשטח צבאי סגור אליו הכניסה אסורה.

בג"ץ 6893/05 ח"כ יצחק לוי ממשלת ישראל, סעיף 14 לפסה"ד:

זכויות האדם, ובהן זכותו של אדם לחופש תנועה, לחופש עיסוק, לקניין ולכבודו כאדם, משקפות ערכים דמוקרטיים בעלי חשיבות עליונה. על-מנת שפגיעה בהם תהלוס את ערכיה הדמוקרטיים של ישראל, נדרש שהפגיעה תעמוד ב"נוסחת האיזון" הראויה למצב דברים כגון זה שבפנינו, ואשר נקבעה בשורה ארוכה של פסקי-דין: פגיעה בזכותו של אדם לחופש תנועה, לחופש עיסוק ובזכותו לקניין ולכבודו כאדם תהלוס ערכים דמוקרטיים מקום שקיימת ודאות קרובה כי מימושה של הזכות עשוי להביא לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בביטחון הציבור ובהשלטת הסדר הציבורי (ההדגשה אינה במקור; מ.צ.י.) (ראו: פרשת שניצר [3], בעמ' 630; פרשת חורב [15], בעמ' 49). רק צו שעומד בנוסחת איזון זו ייחשב כצו ההולס את ערכיה של ישראל.

10. מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה בבטחון הציבור משמש כבר שנים בפסיקת בתי המשפט הצבאיים כתנאי לאשרור צו הגבלות ופיקוח מנהלי

10.1 ראה:

וי"ע 5/06 שורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור
וי"ע 1/07 משנבאום נ' מפקד כוחות צה"ל באזור
וי"ע 1+2+3/08 הכהן נ' התביעה הצבאית
וי"ע 4/08 סוכות נ' מפקד כוחות צה"ל באזור
עד"י 2272/16 צוריאל הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור
עד"י 3798/16 פריסמן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור
וי"ע 1110/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באזור

10.2 לאחרונה הסביר נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בו"ע 2761/17 את ההצדקה לשימוש במבחן הוודאות הקרובה- הצדקה שלא תלויה בחריפות העיצום המנהלי, אלא בחריגות ההליך, כדלקמן:



לנוכח קביעה זו, אינני רואה צורך להידרש לטענות הצדדים בנוגע לרף הראייתי הנדרש, אם כי אציין שבכל ההחלטות שניתנו בצווים דומים עוד מתחילת שנות האלפיים, בית משפט זה אימץ את מבחן ה"וודאות הקרובה" כמבחן להוכחת קיומם של טעמי ביטחון החלטיים. זאת, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיות דומות. לאחרונה, הזדמן לי להסביר את הרציונל של קביעה זו בו"ע 2061/17 א.ד. - קטין נ' התביעה הצבאית, קבעתי:

"סעיף 295 לצו בדבר הוראות ביטחון [ג"מ], התש"ע-2009 קובע כי מפקד צבאי לא יפעיל את סמכותו להוציא צווי הגבלה ופיקוח מיוחד אלא אם הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים.

הפסיקה פירשה מונח זה של "טעמי ביטחון החלטיים" כקרבת וודאות למסוכנות אישית ברף משמעותי (ראו ו"ע 1+2+3/08 הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 25.11.08)).

העובדה כי בדרך כלל צווי הגבלה ופיקוח פגיעתם קלה יותר מצווים מנהליים אחרים, כגון מעצר מנהלי, אינה משנה לטעמי את הדרישה האמורה למסוכנות אישית רצינית. זאת, מאחר שאין להשקיף על השימוש באמצעי מנהלי אך ורק מהפריזמה של תוצאתו. בתוך השיקולים להפעלת סמכות זו יש אף להביא לידי ביטוי את חריגות החליך, בו הרשות מקבלת החלטה הפוגעת בפרט, ללא שהיא חושפת בפניו באופן מדויק את הטעמים להחלטתה, ואף מבלי שמאפשרת לו להתמודד עם הראיות המבססות החלטה זו...

לנוכח הפגיעה בזכויות הפרט הנגרמת מההגבלות המוטלות ומהעדר אפשרות להתגונן כדבעי, מתחייבת המסקנה כי הסמכויות האמורות ייחזרו למקרים בהם קיים אינטרס ציבורי כבד משקל, קרי, סיכון מוחשי לביטחון האזור."

10.2 דברים שבכל הכבוד אין לנו אלא להסכים להם ולאמצם ולקוות כי הוועדה תאמץ דברים אלו ותעגן אותם לתוך החקיקה בישראל.

11. סוף דבר

"שאלתי את המפקח מדוע נעצרתי? אילו היה הוא כאן היה הוא מאשר שכך אמרתי לו.מה אתם חושבים שהוא ענה לי? מה שהוא אמר לי רבותי, היה למעשה לא כלום, יתכן ובאמת כל שידע היה לא כלום, הוא עצר אותי וחש סיפוק. ומהי התכלות רבותי של כל האגרון העצום הזה? התכלית היא לעצור אנשים חפים מפשע, וליצר נגדם הליכים חסרי טעם אשר במקרה שלי יובילו להעדר תוצאות כלשהן.

כולכם אנשים שקרנים ורמאים....כולכם דחקתם עצמכם לכאן במטרה להקשיב ולרחרר עלי נתתם את הרושם כאילו נחלקתם בדעותיכם, אחד מכם אפילו הריע לי אך רציתם לדעת איך תוכלו ללכוד אדם תמים. אני מקווה שבאתם לכאן לריק, אני מקווה שאולי היתה לכם קורת רוח מסויימת מאדם שקיווה וציפה מכן להגן על חפותו."



קטעים, בתרגום חופשי, מתוך הנאום של ק' בפרק השני לספרו של קפקא, **המשפט**, משקף את התחושה של האדם שמואשם ולא יודע בגין מה, פגיעה תהומית בתחושת הצדק ובאמון האדם במערכות החוק והחברה.

ברור כי המשפט בחברה הוא משפט צדק וההליך המנהלי הוא כורח בטחני וחריג, אולם בזעיר אנפין יוצר ההליך המנהלי נגד כל אדם אשר הוא פועל נגדו או נגד ציבורים תחושה קפקאית קשה של דריסת הצדק ואבדן אמון במערכת.

לכן, צריך להימנע מחוסר האונים הזה ככל שניתן ולייחס את ההליך המנהלי למקרים רחוקים קיצוניים ובודדים שמצדיקים זאת.

בכבוד רב,

מנשה צ. יאדו, עו"ד

מנשה צ. יאדו, עו"ד

המחלקה האזרחית, ארגון חוננו