

30 באוקטובר 2016

לכבוד	לכבוד
חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט	ח"כ ניסן סלומינסקי
הכנסת	יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט
<u>ירושלים</u>	הכנסת
	<u>ירושלים</u>

שלום רב,

הנדון: הצ"ח לתיקון חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) – נייר עמדה

לקראת הדיון ביום 31.10.16 בוועדת החוקה בהצ"ח לתיקון חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) (הכנה לקריאה שנייה ושלישית), מובאת להלן עמדת האגודה לזכויות האזרח.

מבוא

1. הצ"ח, שפוצלה מתוך הצ"ח המאבק בטרור, עוסקת בהסדרה של המעצר המנהלי וצווי הגבלה. המטרה של הצ"ח, כמו גם של חוק המאבק בטרור שאושר לא מכבר, הינה לעגן בחקיקה קבועה את ההוראות לשעת חירום בתחום המאבק בטרור. אלא שבמקום לאמץ, אגב ביצוע רפורמה מקיפה זאת, נורמות מידתיות המתאימות למדינה דמוקרטית במאה ה-21, ההצעה מבקשת להנציח ו"לנרמל" את אותם ההסדרים הקבועים כיום בחקיקת החירום ובתקנות ההגנה הדרקוניות מתקופת המנדט הבריטי על ידי עיגונם בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל. בכך נגרם נזק קשה ובלתי הפיך למצב זכויות האדם בישראל, נזק אשר עלול להיות בבחינת בכייה לדורות.
2. אנו מכירים בחשיבות המאבק האפקטיבי בטרור, ובחובתה של המדינה להגן על אזרחיה ותושביה מפני מעשי אלימות קשים. יחד עם זאת, דווקא בשל היותה של ישראל מדינה דמוקרטית, עליה להיאבק בטרור באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד וזכויות היסוד המהוות את הבסיס לקיומה כמדינה דמוקרטית.
3. ההסדר נשוא הצ"ח דנן, הוא אחד ההסדרים הפוגעניים ביותר שנכלל בחוק הטרור, אשר מאפשר לעגן את הסמכות האנטי-דמוקרטית לעצור אנשים במעצר מינהלי ולהגביל את חופש התנועה שלהם וזכויות בסיסיות נוספות בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל. ההצעה נותנת בידי הרשות המבצעת סמכויות דרקוניות ובלתי מבוקרות לנקוט צעדים חריפים נגד בני אדם, על סמך חשדות בלבד, ומבלי להעניק את הערובות המינימאליות להגנה על זכויותיהם. להלן תובא בהרחבה עמדתנו בנוגע להסדרים אלו.

מעצרים מנהליים וצווי הגבלה מנהליים

מעצרים מנהליים

4. ייאמר מיד, כי אנחנו מתנגדים **בכל תוקף** להצעה להסדיר הליך של מעצר מינהלי בחקיקה הקבועה של מדינת ישראל. רפורמה מהותית בדין, המבקשת לעצב נורמות הראויות למדינה דמוקרטית מודרנית ולאפשר ביטול ההכרזה המתמדת על מצב חירום, צריכה להביא **לביטול ההסדר הפוגעני והבלתי ראוי הזה**, ולשים קץ – אחת ולתמיד – למנגנון המחפיר, המטיל כתם כבד על אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

5. **מעצר מינהלי** מאיים באופן ממשי על עקרונות יסוד בסיסיים ביותר של המשטר הדמוקרטי. מעבר לפגיעה האנושה בזכותו של אדם להיות חופשי ממעצר שרירותי, הנחת היסוד הפסולה והמופרכת, שאנו כחברה יכולים או רשאים "לנבא" התנהגות עתידית של אזרחים, חותרת תחת מעמדו של כל אחד מאיתנו כסוכן מוסרי אוטונומי, האחראי על מעשיו והמסוגל להפעיל בחירה חופשית. **בבסיסו, המעצר המינהלי משקף נכונות תועלתנית ליטול סיכון מחושב לכליאת אדם חף מפשע, נכונות המבטאת כשלעצמה זלזול מסוכן בערך כבוד האדם.** בפועל, "מסוכנותם" של עצירים מינהליים נלמדת ממעשים קודמים או מכוונות המיוחסים להם, מבלי לדרוש מהמדינה להוכיח מעל לכל ספק סביר, במשפט פלילי הוגן; בכך הוא משמש, יותר מכל, אמצעי "נוח" יותר לרשויות להביא לכליאתו של אדם, כאשר אין בידן ראיות קבילות להוכחת אשמתו. "מסלול עוקף" מסוג זה להליך הפלילי, המאפשר למדינה להשיג את התוצאה הרצויה מבחינתה (כליאתו של אדם), מבלי להוכיח במשפט הוגן כי אותו אדם אכן ראוי לכך, אינו עולה בקנה אחד עם מחוייבות בסיסית לערכי זכויות האדם. המשפט הפלילי אינו אמור להוות אמצעי אחד מני רבים להביא לכליאתו הממושכת של האדם; הערובות הבסיסיות המובטחות בו נועדו **להגביל** את סמכות המדינה לשלול חירותו של אדם בשל הטענה שהוא מעורב במעשים אסורים המסכנים את הציבור, ולהבטיח כי הדבר ייעשה רק כאשר הטענות הוכחו כדבעי. ההבחנה המלאכותית בין "ענישה" לבין "מניעה" בהקשר זה (הרי הענישה נועדה בין השאר אף היא למנוע מעשים עתידיים המסכנים את הציבור), איננה יכולה לעמעם את האופן המובהק שבו מעצר מינהלי משמש בפועל לנקיטת צעדים נגד אנשים, בגין מעשי העבר שלא הוכחו כנדרש.

6. לרוב, כידוע, מעצר מינהלי **מתבסס על חומר חסוי**, כאשר פרטי החשדות – ולא רק הראיות שעליהן הם מתבססים – מוסתרים מהעצור. בנסיבות אלה, אף אם פורמאלית מתקיים הליך של ביקורת שיפוטית, אין בכך כדי להוות ערובה משמעותית למניעת מעצרים שרירותיים, טעויות או שימוש לרעה בסמכות הדראקונית. אדם, אשר אינו יודע את פרטי החשדות נגדו, ואינו יודע על מה הם נסמכים, יכול אך לגשש באפלה, ונשללת ממנו כל אפשרות ממשית להתגונן. במצב דברים זה, גם השופט הטוב ביותר אינו יכול לעשות צדק. ידיו כמו כבולות מאחורי גבו ובמקרים רבים הוא הופך, מניה וביה ובעל כורחו, לסוג של "חותמת גומי" להחלטות רשויות הביטחון. כה נעדר הליך ה"ביקורת השיפוטית" בהקשר זה ערובות מינימאליות להבטחת הליך הוגן, עד כדי שספק אם ניתן לראות בו "הליך שיפוט" של ממש. מחקר אמפירי שפורסם במאי 2012 מעיד על הפער

העצום הקיים בפועל בין האמירות העקרוניות בפסיקה לגבי חשיבות הביקורת השיפוטית הזהירה בהליכי מעצר מינהלי לבין המגבלות האינהרנטיות המוטלות על תפקיד בית המשפט במסגרת הליכים אלו.¹

7. אפשרות השימוש במעצר מינהלי משמשת **תמריץ שלילי לרשויות הביטחון** לבחור בדרך המלך ולעשות את המאמצים הדרושים לאיסוף ראיות קבילות מספיקות להעמדתו של אדם לדין. בימים כתיקונם, ישנם במסגרת ההליך הפלילי מגוון אמצעים אחרים שבהם יכולה המדינה לעשות שימוש כדי לעקוב אחר חשודים הנתפסים כמסוכנים וכדי לאסוף ראיות נגדם. ביטול הסדר המעצר המינהלי במשפט הישראלי הפנימי יקשה אמנם ללא ספק על רשויות הביטחון; אך בדומה לאשר התרחש בעקבות פסק הדין בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999), יש להניח כי יוכלו להתאים את עצמן למציאות הנורמטיבית החדשה – בעניין זה, כמו בעניינים רבים אחרים, "הצורך הוא אבי המצאה".

8. המעצר המינהלי אינו עומד בדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא מהווה פגיעה בחירותו ובכבודו של אדם, אשר אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה: היא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, והיא איננה מידתית. על כל רפורמה בנושא זה לעמוד במבחן החוקתיות, והסדר המבקש "לנרמל" את המעצר המינהלי אינו עושה כן באופן מובהק.

מעצר מינהלי במשפט הבינלאומי – רק במצב חירום קיצוני

9. שימוש באמצעי של מעצר מינהלי שלא במסגרת מצב חירום **זמני ומיוחד** (או שלא במסגרת סכסוך מזויין), סותר אף את המשפט הבינלאומי, שלו מחוייבת מדינת ישראל,² שכן הוא שולל את הזכויות לחירות ולהליך הוגן, המעוגנות בין השאר בסעיפים 9 ו-14 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. זאת ועוד: גם במצב חירום, המצדיק גריעה מחובות המדינה על פי סעיף 4 לאמנה, הסדר מעצר מינהלי אשר אינו נדרש באופן מדוקדק מפאת חומרת המצב, אשר אינו מאפשר ביקורת שיפוטית **אפקטיבית**, ואשר נעדר ערובות בסיסיות **למניעת מעצר שרירותי**, אינו עומד בדרישות המינימאליות של המשפט הבינלאומי.

10. בהקשר זה ראוי לזכור את מסקנות ועדת זכויות האדם של האו"ם, במסגרת הדיונים בדו"חות ישראל על פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מהשנים 1998 ו-2003. בשנת 1998 הדגישה הוועדה בהקשר זה, כי:

"The Committee remains concerned that despite the reduction in the number of persons held in administrative detention on security

¹ Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court* 45 Vanderbilt Journal of Transnational Law 639 (2012) -

<http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Krebs-camera-ready.pdf>

² ראו: Jelena Pejic, "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence" *International Review of the Red Cross* (June 2005)

375, 379. ניתן לעיין בו ב:

[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/\\$File/irrc_858_Pejic.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-858-p375/$File/irrc_858_Pejic.pdf)

grounds, persons may still be held for long and apparently indefinite periods of time in custody without trial.... The Committee takes due note that Israel has derogated from article 9 of the Covenant. The Committee stresses, however, that a State party may not depart from the requirement of effective judicial review of detention. The Committee recommends that the application of detention be brought within the strict requirements of the Covenant and that effective judicial review be made mandatory."

[בשנת 2003 חזרה והדגישה :](#)

"... As to measures derogating from article 9 itself, the Committee is concerned about the frequent use of various forms of administrative detention, particularly for Palestinians from the Occupied Territories, entailing restrictions on access to counsel and to the disclosure of full reasons of the detention. **These features limit the effectiveness of judicial review, thus endangering the protection against torture and other inhuman treatment prohibited under article 7 and derogating from article 9 more extensively than what in the Committee's view is permissible pursuant to article 4.** In this regard, the Committee refers to its earlier concluding observations on Israel and to its general comment No. 29.

The State party should complete as soon as possible the review initiated by the Ministry of Justice of legislation governing states of emergency. In this regard, and pending the adoption of appropriate legislation, the State party should review the modalities governing the renewal of the state of emergency and specify the provisions of the Covenant it seeks to derogate from, to the extent strictly required by the exigencies of the situation (art. 4)."

על החובה למנוע מעצר שרירותי גם במצב חירום, ראו בין השאר גם את [הערה כללית 29](#) של ועדת זכויות האדם משנת 2001, בעניין פרשנות סעיף 4 לאמנה :

"States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, **through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial...**" (section 11).

11. גם מדינת ישראל, [בדו"ח שהגישה לוועדת זכויות האדם באפריל 1998](#) בעניין יישום האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, **לא טענה** כי ניתן לנקוט במעצר מינהלי שלא במסגרת גריעה מפורשת מהאמנה על פי סעיף 4; טענתה היתה, כי "מצב החירום" הוא אשר מצדיק את מדיניותה בהקשר זה :

"[T]he policy of the State of Israel has been that its use of administrative detention, when efficient criminal prosecution or other measures are not possible, is consistent with its obligations **under article 4 of the Covenant**, in light of the availability of substantive judicial review available under the restraining provisions of section 4 (c) of the Emergency Powers (Detentions) Law and section 12 of Basic Law: Human Dignity and Liberty."

כאמור, הוועדה **דחתה מפורשות** את הטענה, כי הליך הביקורת השיפוטית הקיים עונה על דרישות המינימום של סעיף 4, **ובירכה** על הודעת ישראל כי בכוונתה לבחון מחדש את נחיצות הגריעה הגורפת מסעיף 9.

12. ברי כי "רפורמה", המתיימרת להתמודד עם סוגיית ה"חירום" המתמשך תוך הנצחת ההסדר הקיים בחקיקה קבועה, איננה יכולה לענות על דרישות הדין הבינלאומי או על ציפיות הוועדה. ראשית, תחת להתמודד עם השאלה ה**מהותית**, אם אכן קיים "מצב חירום המאיים על חיי האומה" אשר מצדיק גריעה מהאמנה, היא "פותרת את הבעיה" כביכול על ידי אימוץ הסדר החירום לתוך החקיקה הרגילה. שנית, משום שהיא שומרת בהקשר זה על ההליך הפגום, הפסול אף במצב חירום, המאפשר הסתמכות גורפת על חומר חסוי והמונע ביקורת שיפוטית אפקטיבית וראויה. אין בתוספות המאפשרות "חלופות מעצר" למיניהן כדי להסיר פגמים חמורים ויסודיים אלה ולהכשיר את השרץ.

צווי הגבלה

13. אכן, כל עוד קיים משטר של מעצר מינהלי, ראוי להכיר באפשרות קביעתן של "חלופות", מקום שקיימת "עילה" (אם כך ניתן לקרוא לזה) למעצר מינהלי, אך ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעי פוגעני פחות. יחד עם זאת, אין להתעלם מהבעייתיות העמוקה הטמונה גם ב"חלופות מעצר" אלה. הרעיון כי המדינה רשאית לשים אזרח במעצר בית, להטיל עליו צו איסור יציאה מהארץ או להכפיף אותו למגבלות תנועה שונות או למגבלות אחרות – והכל על סמך חומר חסוי, ומבלי לפתוח בהליכים שמטרתם להוכיח את אשמתו – הוא רעיון זר ומסוכן ביותר, המאיים באופן ממשי על אושיות הדמוקרטיה.

14. כבר בפברואר 2009 נתן בית הדין האירופי לזכויות אדם את החלטתו התקדימית בעניין [A. and Others v. the UK](#), בה קבע כי גם במצב חירום, המצדיק גריעה מהאמנה, לא ניתן לשלול חירותו של אדם מבלי להעניק לו הזדמנות הוגנת להתגונן בבית המשפט.³ בית המשפט הבהיר בהקשר זה, כי גם כאשר נעשה שימוש במנגנון כגון עורכי דין מיוחדים, הליך שיפוטי אינו יכול להיות הוגן אם אין מגלים לעצור מספיק מידע כדי לאפשר לו לתת "הנחיות אפקטיביות" לעורך הדין המיוחד. יוער, כי גם מסיבות נוספות, משטר המעצר המינהלי אשר נדון בהליך זה נמצא בלתי חוקי, ובוטל עוד קודם למתן פסק דינו של בית הדין.

³<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2009/313.html>

15. ביוני 2009 החיל בית הלורדים את ההלכה התקדימית של בית הדין בעניין חומר חסוי על משטר צווי ההגבלה (control orders), אשר נכנס לשימוש בין השאר בעקבות ביטול הליך המעצר המינהלי. בעניין [The Secretary of State for the Home Department v. AF and Others](#) הבהיר בית הלורדים, כי גם כאשר מדובר בפגיעה פחותה יחסית בחירות (כגון מעצר בית חלקי), עדיין לא ניתן להסתמך על חומר חסוי באופן המביא לשלילת הזכות להליך הוגן (בניגוד לסעיף 6 לאמנה האירופית).⁴ כדי להבטיח הליך הוגן, על הרשויות לחשוף בפני החשוד את המידע הדרוש לו כדי לגבש "הנחיות אפקטיביות" כאמור. טענות כלליות, או תיקים המבוססים במידה מכרעת על מידע סודי, אינם יכולים לעמוד במבחן זה.⁵ כפי שהדגיש לורד הופ בחוות דעתו:⁶

"[F]or a judge to hold that a hearing in which the party affected has had no opportunity to answer is a fair hearing negates the judicial function which is crucial to the controlled order system... The consequences of a successful terrorist attack are likely to be so appalling that there is an understandable wish to support the system that keeps those who are considered to be most dangerous out of circulation for as long as possible. But the slow creep of complacency must be resisted. **If the rule of law is to mean anything, it is in cases such as these that the court must stand by principle. It must insist that the person affected be told what is alleged against him.**"

16. דברים אלו, אשר נכתבו ביחס לצווי הגבלה המתירים מעצר בית חלקי לכל היותר, יפים לענייננו. בהקשר זה יצויין, כי בעקבות פסיקה זו והביקורת הגוברת באנגליה לגבי השימוש בצווי הגבלה, הוחלף משטר צווי ההגבלה במנגנון מוגבל הרבה יותר (TPIMs – Terrorism Prevention and Investigation Measures).

17. בימים שבהם האמצעים הקיצוניים והפוגעניים שאומצו במדינות שונות בעקבות 9/11 נבחנים מחדש, תוך הצבת גבולות ברורים לשמירה על שלטון החוק, אין כל מקום לעגן הסדר פוגעני וקשה מסוג זה בחקיקה הקבועה בישראל.

⁴ <http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-hol-control-orders-judgment.pdf>

⁵ פסקה 59 לחוות דעתו של לורד פיליפס.

⁶ פסקה 79 לחוות הדעת – ההדגשה אינה במקור.

18. לאור כל האמור לעיל אנו סבורים, כי הגיעה העת לבטל בחקיקה הישראלית את סמכויות המעצר המינהלי וצווי ההגבלה הפוגעניים, האנטי דמוקרטיים והבלתי חוקתיים.

19. מבלי לגרוע מעמדתנו זו, יש לכלל הפחות:

א. לייחד כל הסדר, המאפשר הטלת מעצר מינהלי או צווי הגבלה, למצב חירום קיצוני, העומד מהותית בדרישות סעיף 4 לאמנה (לרבות בדרישת הזמניות). בהקשר זה יש להדגיש את הדרישה הנוספת, כי האמצעי שנבחר לא יחרוג ממה שדרוש באופן הכרחי מפאת חומרת המצב, קרי שיהיה "strictly required by the exigencies of the situation". בהתאם לכך, יש להתנות מפורשות את סמכות המעצר המינהלי בהכרזה לתקופת זמן מוגבלת ביותר של מצב חירום מיוחד, המביא לשיבוש חמור וקשה של יכולת הפעולה של רשויות אכיפת החוק, ואשר מונע על כן שימוש באמצעים הרגילים כגון המשפט הפלילי.

ב. לקבוע הסדרים מפורטים, אשר יוכלו להבטיח את הוגנות הליך הביקורת השיפוטית. בכלל זה יש להבטיח, כי בכל מקרה יינתן לעצור הסבר מפורט אודות מהות החשדות נגדו, ואודות העובדות הספציפיות, שעליהן נסמכת הטענה שהוא מהווה סכנה ביטחונית. על ההסבר להיות כזה, המאפשר לו להתמודד באופן אפקטיבי עם הטענות נגדו. על ההליך השיפוטי לעמוד בדרישות המינימום של המשפט הבינלאומי (כגון דרישת ה-equality of arms), ועליו להקפיד על סדרי דין המאפשרים הגעה לחקר האמת, כגון אפשרות להביא עדים, חובה אפריורית להעביר את כל חומר החקירה לעיון החשוד וסניגורו ועוד.

ג. לקבוע בחוק מנגנון פיצוי לאנשים המוחזקים במעצר מינהלי או הנתונים לצווי הגבלה, אשר יבטיח לכל הפחות החזר ההפסדים הכספיים שנגרמו כתוצאה מהמעצר, וכן תשלום בגין העוולה החוקתית הכרוכה בשלילת חירות ללא העמדה לדין. יש בכך משום הכרה מצד המדינה, שאשמת העצור לא הוכחה, וכי מדובר בצעד "תועלתני" הננקט נגדו בליט ברירה, כאשר הנחת היסוד היא שאכן ייתכן שהוא ננקט בטעות. חובת פיצוי מהווה גם אמצעי חשוב להתרת המדינה מפני שימוש יתר באמצעי זה, ומפני ראייתו כחלופה זולה ופשוטה יחסית.

אנו שבים וקוראים לכם שלא לאשר הצ"ח זאת, ולפעול לביטול ההסדרים הפוגעניים המעוגנים בה.

בכבוד רב,

דבי גילד-חיו, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

מקדמת מדיניות וחקיקה

היועץ המשפטי