

## ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון

מאת

**נתנאל בנישו\* ומאיר ויגיסר\*\***

בהליכי המעצר המנהלי המתקיימים בפני כתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון נעשה שימוש תדיר בראיות חסויות. העיסוק בהן מורכב ורגיש. בדרך כלל, לא ניתן לחשוף אותן בפני העצור המנהלי ובא כוחו, ועל כן נדרש השופט לבחון את הראיות באופן עצמאי. העצור ובא כוחו, אשר אינם נחשפים לראיות החסויות, חשים כי נמנעת מהעצור הזכות להליך הוגן.

נבחן במאמר את השאלה כיצד ניתן ליישב טוב יותר את הצורך בשימוש בראיות חסויות עם עקרונות השיטה האדוורסרית? נציע כפתרון אפשרי מודל של הפעלת סנגורים מיוחדים, שייצגו את האינטרסים של העצורים בהליכי הביקורת השיפוטית על צווי מעצר מנהלי שהוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. נדון ביתרונות ובחסרונות של המודל ונציע כי יהיו אלו שופטים בדימוס או סנגורים צבאיים שייבחרו על ידי ועדה.

### מבוא

בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש מתקיימים דיונים בנוגע לראיות חסויות במסגרת הליכי הביקורת השיפוטית על צווי מעצר מנהלי שהוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש או מפקד צבאי מטעמו.<sup>1</sup>

\* נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש.  
\*\* שופט בית הדין הצבאי ולשעבר שופט בית המשפט הצבאי ביהודה והנגיד התורן של ועדת העררים באיו"ש. תודתנו נתונה לעורך כתב העת, ד"ר מיכאל בריס ולצוותו, לרס"ן (מיל') יוסי זויטיא וכן לפרופ' יעל רונן, לד"ר אלקנה לייסט, לסא"ל (במיל') איל נון ולסא"ל אבי חלבי, על הערותיהם המועילות.

הליכי המעצר המנהלי באיו"ש דומים במהותם להליכים המקבילים בישראל.<sup>2</sup> בית המשפט העליון בישראל דן בעתירות לבג"ץ המוגשות נגד החלטות של בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש, בערעורים על הליכי מעצר מנהלי ובערורים המוגשים נגד החלטות נשיאי בתי המשפט המחוזיים בהליכים המקבילים בישראל. הלכות בית המשפט העליון מנחות וקובעות דין שווה לשתי מערכות המשפט.<sup>3</sup>

בכלל ההליכים האמורים נעשה שימוש רחב בראיות מנהליות חסויות, המוצגות לבית המשפט בלבד. מחד גיסא, קיים אינטרס ביטחוני מובהק לשמור על ראיות אלה חסויות; מאידך גיסא, השימוש בהן נוגד את השיטה האדוורסרית ופוגע בזכות להליך הוגן. בפרקים הראשונים של המאמר נעמוד על המתח הקיים בין הצורך להגן על הראיות החסויות לבין הזכות להליך הוגן ונציג את הבעיה.

בהמשך המאמר נפרט ונסביר את טיבם של הליכי המעצר המנהלי, כפי שהם מנוהלים היום, ונסקור את ההתפתחויות בפסיקת בית המשפט העליון ובתי המשפט הצבאיים באיו"ש.

לאחר סקירת הדין וההלכות נציע מודל חדש למימוש עקרונותיה של השיטה האדוורסרית ולהגנה מיטבית יותר על זכויות העצור, באמצעות מינוי סנגורים מיוחדים (special advocates). תחילה נסקור את ההיסטוריה של מודל הסנגורים המיוחדים בשיטות משפט שונות, לרבות בוועדות של צבא ארצות הברית העוסקות ב"עצורי גואנטנמו" ובבתי משפט בבריטניה ובקנדה. לאחר מכן נעמוד על יתרונותיו וחסרונותיו של המודל ונבחן את מידת התאמתו להליכים באזור יהודה ושומרון. לפי ההצעה, הסנגורים המיוחדים ייבחרו על ידי ועדה. אפשר שהם יהיו שופטים בדימוס ואפשר שיהיו סנגורים צבאיים. הם ייחשפו לראיות וייצגו את האינטרסים של העצורים.

- 1 הצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו בדבר הוראות ביטחון) הוא שמסדיר את סמכויות בית המשפט הצבאי בהקשר זה, וזאת כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.
- 2 קיימים מספר הבדלים בסדרי הדין שעליהם נעמוד בהמשך. ראו למשל את הליך המעצר המנהלי בעמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258 (2004).
- 3 הטעם לכך שבג"ץ מנחה את בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש נעוץ בהחלטתה ההיסטורית של פרקליטות המדינה שלא לטעון כי לבג"ץ אין סמכות לדון בעתירות של תושבי איו"ש נגד החלטות המפקד הצבאי (ראו בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 124, 136 (1972), וכן התייחסות מפורטת של מ"מ נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט מאיר שמגר, במאמרו Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967–1980*, 13, 42–43 (Meir Shamgar ed., 1982), ובייחוד ה"ש 56 שם. לכן דן בג"ץ, כדבר שבשגרה, במאות עתירות מדי שנה, המוגשות נגד החלטות המפקד הצבאי ובית המשפט הצבאי.

לדעתנו, נוכח הדמיון בין סדרי הדין באיו"ש ובמדינת ישראל, הצעתנו טובה ליישום גם בהליכי הביקורת השיפוטית על מעצרים מנהליים במדינת ישראל.

### הזכות להליך הוגן בשיטה האדוורסרית

באיו"ש ובמדינת ישראל, כמו גם בשיטות מערביות רבות המבוססות על המשפט המקובל, נהוגה השיטה האדוורסרית. הזכות להליך הוגן בשיטה האדוורסרית מבוססת על כללי הצדק הטבעי.

מהם כללי הצדק הטבעיים? מלומדים שונים, כגון אריסטו, קיקרו וידידיה, שחיו בתקופות שונות ובקרב עמים שונים, הסכימו כי כללי הצדק הטבעיים הם כללים המוכרים על ידי כל בני האדם והם מחייבים את כל האומות בכל התקופות. הם נצחיים ואינם ניתנים לשינויים.<sup>4</sup> אחד מכללי הצדק הטבעי הבסיסיים הוא AUDI ALTERAM PARTEM – "שמע את הצד השני". מהכלל הזה נגזרו כללים נוספים, שמטרתם להבטיח הליך הוגן, כגון: הזכות לקבל התראה לפני קיום ההליך, הזכות להיות נוכח בהליך, זכות הטיעון, הזכות לגילוי מלא של כל חומר הראיות, הזכות לחקירה נגדית של העדים, זכות התגובה על כל מסמך המוגש ועל כל טענה המועלת על ידי צד.

יש הטוענים כי מקורם של כללים אלו הוא במשפט העברי.<sup>5</sup> בשולחן ערוך נקבע הכלל שאסור לדיין לשמוע דברי בעל דין אחד שלא בפני בעל דין חברו.<sup>6</sup> החשש הוא שבעל דין הטוען שלא בנוכחות חברו יטען דבר שקר, ולצד הנגדי לא תהיה אפשרות להכחישו. כאשר הצדדים מתעמתים באופן ישיר, מצטמצם החשש האמור. העימות בין הצדדים מקל על השופט לזהות את טענות האמת והשקר.<sup>7</sup> כללים אלו עומדים בבסיסה של השיטה האדוורסרית.

ואכן, אחד מהכללים החשובים שמקנה השיטה האדוורסרית הוא האפשרות לחקור את עדי הצד השני בחקירה נגדית. החקירה הנגדית מאפשרת לערער את תוכן העדות שנמסרה

4 ס' מ' 'צדק טבעי לפי קני מדה בריטיים' הפרקליט ג 209 (1946).  
5 ראו משה זילברג "טוהר השיפוט במשפט העברי" בתוך באין כאחד 207 (ירושלים התשמ"ב); אליאב שוחטמן "כללי הצדק הטבעי ועקרון השוויון בשמיעת טענות בעלי הדין" פרשת דברים 36 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשס"א) [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/36-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/36-2.htm).

6 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן טז, ה. וכן לשון הרמב"ם, הלכות סנהדרין כא, הלכה ז.  
7 באשר לזכות לחקירה נגדית במקורותינו ובמשפט העברי, ראו ע"א 344/78 מערבי נ' בנשר, פ"ד לג(1) 550 (1979); ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 264–265 (1991); ע' (צבאי איו"ש) 5302/08 דוקמאק נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 29.10.2009).

בחקירה ראשית, להוציא מפי העד עובדות שלא סיפר עליהן בחקירה הראשית והעשויות לתמוך בגרסת הצד השני ולערער את מהימנותו של העד עצמו. עקרונות אלה הוכרו הן בכללי המשפט הבינלאומי, החלים בבית המשפט הצבאי, והן בכללי המשפט המנהלי הישראליים, המחייבים את רשויות אכיפת החוק. אלה גם אלה מעניקים מעמד מיוחד לזכות למשפט הוגן.<sup>8</sup>

בשונה מההליכים הפליליים המתנהלים לפי השיטה האדוורסרית, שבהם כל החומר המשמש נגד הנאשם בהליך מוצג לעיונו (מלבד החרג שבמוצאת תעודת חיסיון), בהליכי המעצר המנהלי מוגש לעיון בית המשפט הן חומר גלוי והן חומר חסוי.<sup>9</sup> על פי רוב, חלק הארי של החומר – חסוי.

סעיף 277(ג) וסעיף 290(ג)<sup>10</sup> לצו בדבר הוראות ביטחון, קובעים את סמכותו של בית המשפט הצבאי לסטות מדיני הראיות בהליכי מעצר מנהלי:

רשאי שופט לקבל ראייה אף שלא בנוכחות העציר או בא כוחו או בלי גלותה להם אם, אחרי שעיין בראייה או שמע טענות, אף שלא בנוכחות העציר ובא כוחו, שוכנע שגילוי הראייה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בבטחון האזור או בבטחון הציבור.

הנה כי כן, בהליכי המעצר המנהלי השופט חורג מעקרון יסוד של השיטה האדוורסרית שלאורה התחנך ומנהל את ההליך באופן אינקוויזיטורי. מעורבות העצור ובא כוחו בהליך היא חלקית בלבד, והשופט נדרש לשמש כ"סנגור ממונה לשעה".<sup>11</sup> הזכות להיות נוכח בכל ההליך וזכות הטיעון נפגעות וכך גם הזכות לגילוי מלא של כל הראיות וזכות התגובה על ראיות הצד השני; נוסף על כך, לא מתאפשרת חקירה נגדית מלאה של הצד השני. כל זאת, כאשר נפגעת זכות יסוד מרכזית – הזכות לחירות.

אם כן, מדוע מאפשרת החקיקה באיו"ש ובמדינת ישראל את קיומו של ההליך הפוגע בזכויות האדם ובכללי הצדק הטבעי? התשובה לכך גלומה באיזון המתחייב כלפי זכויות

- 8 להתייחסות מקיפה לתחולת כללי המשפט הבינלאומי הנוגעים לזכות למשפט הוגן ראו לאחרונה פסק הדין בעד"י (צבאי איו"ש) 1824/14 משארה נ' התביעה הצבאית, בעמ' 9–11 והאסמכתאות המופיעות שם (פורסם בנבו, 11.2.2015).
- 9 ראו פרק ט, סימנים א ו-ב לצו בדבר הוראות ביטחון המסדירים את הליכי הביקורת השיפוטית על מעצר מנהלי. נרחיב בנוגע אליהם בהמשך.
- 10 אלו הם סעיפים מקבילים וזהים. ס' 277 קבוע בסימן א לצו בדבר הוראות ביטחון, ואילו ס' 290 מצוי בסימן ב, אשר קובע הוראות שעה. ראו התייחסות להוראות השעה בהמשך.
- 11 נרחיב על כך בהמשך.

הפרטים האחרים בחברה – לחיים, לביטחון ולסדר ציבורי. על רקע זה, וכפי שיובהר בהרחבה בהמשך, השימוש בהליך המעצר המנהלי הוגדר זה מכבר כ"הכרח בל יגונה"<sup>12</sup>.

### א. המתח בין ערכי השיטה האדוורסרית לצורכי הביטחון

נהוג לומר כי אזור יהודה ושומרון מוחזק על ידי ישראל מאז שנת 1967 בדרך של תפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation). בהתאם להגדרה זו, המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שהם חלק מדיני המלחמה.<sup>13</sup> דינשטיין מציין כי "דיני המלחמה יוצרים בדרך-כלל איזון עדין בין שני קטבים מגנטיים: צורך צבאי, מחד גיסא, ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא."<sup>14</sup> באיו"ש, כמו בישראל, דומה כי הטרור,<sup>15</sup> שסימן את העורף האזרחי כמטרה ראשית, הפך לאיום מרכזי. המאבק המורכב נגד גופים נעדרי סממנים צבאיים ברורים, הפועלים לרוב בניגוד לכללי היסוד של דיני המלחמה, גורם להתנגשויות קשות בין ערכים הזוכים למעמד-על: מן הצד האחד צורכי הביטחון ומן הצד האחר זכויות הפרט האחרות.<sup>16</sup> שאלות העוסקות ביחס שבין זכויות האדם לבין האתגר הביטחוני מתעוררות, על כן, חדשות

- 12 ראו עמ"מ 2/94 בן יוסף נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 31.3.1994); עמ"מ (צבאי איו"ש) 9/01 עבדאלה נ' המפקד הצבאי באזור (פורסם בנבו, 20.5.2001).
- 13 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 792-793 (1983).
- 14 יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב' 505, 509 (1972). הנורמות העיקריות של דיני המלחמה, שעניינן תפיסה לוחמתית, הן אלה הכלולות בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: תקנות האג).
- 15 בהקשר זה ראוי להקדים ולציין כי המושג "טרור" לא זכה עד כה להגדרה מקובלת על כלל המשפטנים. ראו דניאל טאוב "טרור במשפט הבינלאומי" משפט בינלאומי 475, 477-478 (רובי סיבל עורך, 2003). עם זאת, נשתמש בו ברשימה זו במובן המקובל בקרב הציבור בישראל ועל פי ההגדרה המינימליסטית של מעשי אלימות חמורים, המכוונים נגד אוכלוסייה אזרחית לא מעורבת, בניגוד לדיני המלחמה. וראו את ההגדרה למעשה טרור בס' 2 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, ס"ח 898 (ה"ח הממשלה התשע"ג מס' 782 עמ' 992, ה"ח הממשלה התשע"ה מס' 949 עמ' 1067, ה"ח הממשלה התשע"ו מס' 967 עמ' 126).
- 16 זכויות המעוגנות בדין הבינלאומי ובדין הפנימי.

לבקרים.<sup>17</sup> לא נחדש דבר אם נאמר כי אין אפשרות מעשית לתת את מלוא ההגנה לכל אחד משני האינטרסים האמורים.<sup>18</sup> המתח ביניהם מובנה. תפיסותיה הערכיות של חברה נובעות, במידה רבה, מן המציאות שעמה היא נאלצת להתמודד. כאשר הפשיעה גואה, תפתח תפיסה ערכית המרחיבה את תחולת הדין הפלילי ומחמירה בטיפול במי שהפר את הנורמות החברתיות. על רקע זה ניתן לומר כי מתקיימת מטוטלת תמידית הנעה בין הרצון המוכר בחברה המודרנית להבליט את זכויות הפרט ובין השאיפה להגן על הציבור באופן מיטבי.<sup>19</sup> בדומה לכך, כאשר מתגברים גילויי הטרור השוטפים מקומות רבים על פני תבל, ניכר הרצון להטות את כף המאזניים, תוך מתן משקל רב יותר לשיקולי הביטחון. מגמה זו אינה ייחודית לנושא הטרור; היא באה לידי ביטוי גם בכל הקשור לארגוני פשיעה, אשר אף הם נתפסים כמציבים סיכון כמעט קיומי על החברה.<sup>20</sup>

נוכח התעצמותם של איומי הטרור בישראל ובעולם ניכרת מגמה של אכיפה פלילית ומנהלית גוברת. במסגרת זו נעשה שימוש רחב בראיות חסויות על רקע ביטחוני. יש כמובן חשיבות ממעלה ראשונה לשמור על חשאינותן של ראיות אלה, אשר חשיפתן עשויה להביא לשחיקה מצטברת באפקטיביות של שיטות החקירה הנהוגות על ידי גופי ביטחון, דוגמת שירות הביטחון הכללי. חששות אלו אינם חששות בעלמא. הם מבוססים על היותם של ארגוני הטרור "ארגונים לומדים", הפועלים באינטנסיביות לאיסוף מידע על שיטות הפעולה של השב"כ והכשרת חבריהם להתמודד עם שיטות אלה.

טענה רווחת היא ששמירה על חשאינות פעולתו של השב"כ הנה תנאי בלעדיו-אין להמשך השגת מטרותיו, ובראשן סיכול טרור ושמירה על הביטחון. כך למשל, חשיפה בלתי מבוקרת של מידע מודיעיני עלולה להביא לגילוי מקורות, דבר הגורם לסיכון ממשי של חי המקור, מונע המשך הסתייעות בו לקבלת מידע ואף פוגע ביכולת לגייס מקורות נוספים.

17 ראו מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667 (1998). מחברי המאמר טוענים שבית המשפט העליון אינו רשאי להתחמק מעיסוק בשאלות החוקתיות של האיוון בין הערכים בלי למעול בתפקידו.

18 ראו אהרן ברק "שפיטה, דמוקרטיה וטרור" ספר מנשה שאוה 43 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

19 ראו ע' (צבאי איו"ש) 1643/05 אבו-אלהיג'א נ' התובע הצבאי, בעמ' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.9.2011). ראו גם חיה זנדברג פירוש לחוק המעצרים 9 (2001); JEAN-MARIE CARBASSE, HISTOIRE DU DROIT PENAL ET DE LA JUSTICE CRIMINELLE 459 (2<sup>nd</sup> ed. 2006).

20 עניין אבו-אלהיג'א, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43. וראו מחקר משפט משווה בנוגע לחמש מדינות אירופיות וארצות הברית בספרה של MARIA LUISA CESONI, NOUVELLES METHODES DE LUTTE CONTRE LA CRIMINALITE: LA NORMALISATION DE L'EXCEPTION – ETUDE DE DROIT .COMPARE (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France) (2007).

באופן דומה, חשיפת שיטות פעולה עלולה למנוע המשך שימוש בשיטות אלה או, למצער, לצמצם את האפקטיביות שלהן.

מן העבר השני ניצבים, כאמור, הערכים העומדים בבסיסה של השיטה האדוורסרית, ובהם כללי הצדק הטבעי והחובה להבטיח הליך הוגן. ערכים אלו מצדיקים מסירת מידע מלא ככל הניתן לעצור באשר למודיעין ולראיות הקיימים בעניינו אצל הרשות ומתן זכות טיעון ותגובה עליהם. לעתים, חשיפה כאמור הכרחית להוכחת חפותו של העצור ולחלופין לגילוי פגמים בהליך שננקט נגדו.

בסופו של יום, צורכי הביטחון הביאו את המחוקק בישראל ובאזור להכיר בנחיצותו של חסיון הראיות בהליכי הביקורת השיפוטית על המעצר המנהלי. באופן דומה, כפי שנדגים בהמשך הדברים, שיטות משפט נאורות רבות מאפשרות להטיל חסיון על ראיות בהליכים משפטיים.

אך בטרם נציג את הבעיה ונעמוד על הפתרון שאנו מציעים, מתחייבת סקירה של הדין וההלכות בנוגע להליכי הביקורת על מעצר מנהלי באיו"ש.

## ב. ראיות חסויות במעצר המנהלי

אין חולק כי עיקר הנטל לדון בתיקים של ביקורת שיפוטית על מעצר מנהלי מוטל על בתי המשפט הצבאיים באיו"ש. בפני בתי המשפט הצבאיים מתקיימים מדי שנה מאות ואף אלפי דיונים בבקשות לאישור צווי מעצר מנהלי.

לאורך השנים הידק בית המשפט את היקף הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המנהלי. הידוק הפיקוח השיפוטי בא לידי ביטוי בשינויים משמעותיים שחלו בהלכות הנוגעות לדיון השיפוטי. בתי המשפט העניקו לעצמם כלי בדיקה שאותם ביקשו להפוך למעמיקים במידה האפשרית. נעמוד על ההתפתחויות הבולטות בתחום, בהתאם לסדר הדברים, כפי שהוא קיים בהליכי הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המנהלי.

### 1. צו מעצר מנהלי

הסמכות למעצר מנהלי באיו"ש מוסדרת בפרק ט' (סימנים א' ו-ב') לצו בדבר הוראות ביטחון.<sup>21</sup> בשונה מההליכים הפליליים, צו המעצר המנהלי הוא כלי מניעתי; מטרתו –

21 הליכי הביקורת השיפוטית על צווי מעצר מנהלי הוסדרו בעבר בצו בדבר הוראות ביטחון, התש"ל-1970, ובצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (מס' 1226), התשמ"ח-1988. בעקבות חתימתו של צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון), התש"ע-2009.

במניעת סכנה עתידית לביטחון אזור יהודה והשומרון ומדינת ישראל או לביטחון הציבור. הוא פועל במישור שונה מזה של ההליך הפלילי, אשר בא להעניש על אירועים שקרו בעבר.<sup>22</sup> התשתית הראייתית למעצר המנהלי צריכה לבסס ודאות קרובה לפגיעה של ממש בביטחון האזור, הנשקפת מן העצור בעת הדיון אם ישוחרר ממעצרו.<sup>23</sup> לשירות הביטחון הכללי תפקיד מרכזי בהחלטה להורות על נקיטת צעד של מעצר מנהלי. הוא המחזיק בחומר הראיות המודיעיני, והוא שמעלה את הצורך במעצר מנהלי מניעתי. תקופת המעצר הראשונית לא תעלה על שישה חודשים, אך המפקד הצבאי רשאי להאריכה מעת לעת.<sup>24</sup> בעל הסמכות להורות על המעצר המנהלי הוא המפקד הצבאי של איו"ש או מי שהוסמך על ידו.<sup>25</sup> בישראל, הגורם המוסמך להוצאת צו המעצר המנהלי הוא שר הביטחון.

אחד ההבדלים בין מעצר מנהלי בישראל לבין מעצר מנהלי באיו"ש נעוץ בעיתוי הביקורת השיפוטית. בהתאם לצו בדבר הוראות ביטחון, יובא עצור בפני שופט צבאי תוך שמונה ימים מעת מעצרו. בישראל, יש להביאו תוך 48 שעות לפני נשיא בית המשפט המחוזי.<sup>26</sup>

הבדל נוסף בדינים הוא במנגנון העיון התקופתי בשאלת המעצר המנהלי. בישראל, כמו באיו"ש, רשאי בית המשפט לאשר תקופת מעצר מנהלי של שישה חודשים.<sup>27</sup> ואולם, בישראל מחויב בית המשפט לעיין בתקפות החלטתו לאחר שלושה חודשים.<sup>28</sup> צו מעצר מנהלי המוצא נגד אדם הוא אמצעי חריג אך בלתי נמנע, נוכח האיומים הביטחוניים הקיימים באיו"ש. פעם אחר פעם קבע בית המשפט העליון כי המעצר המנהלי

- 2009, שולבו שני ההסדרים כסימן א וסימן ב בפרק ט של הצו זה. מאז חקיקתה של הוראת השעה הקבועה בסימן ב' ועד היום נעשה בה שימוש רציף.
- 22 ראו בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 7.5.2012).
- 23 ראו למשל דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 732 פס"כ 3 (2000).
- 24 ס' 285(ב) לצו.
- 25 ס' 285(א) לצו.
- 26 מבלי להתעלם מהשוני המובהק בהיקפי צווי המעצר המנהלי בישראל ובאיו"ש, אנו סבורים כי יש מקום לבחון את קיצור תקופת המעצר עד להבאת העצור בפני שופט לביקורת שיפוטית. בכך יינתן ביטוי נכון יותר להגנה על זכויות העצור. אין ספק כי הדבר עשוי להביא לחשיפה מוקדמת יותר של הראיות החסויות בפני בית המשפט.
- 27 בישראל הסמכות להוצאת צו מעצר מנהלי קבועה בס' 2(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. ראו לאחרונה את ההחלטה במ"מ (מחוזי מרכז) 15-08-19468 מדינת ישראל נ' אטינגר (פורסם בנבו, 2.9.2015) וכן בעמ"מ 6985/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2015).
- 28 ס' 5 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים).



הוא בִּרְרַת מַחְדָּל קֶשֶׁה וצָרִיךְ שִׁישָׂאֵר כֹּזֵה.<sup>29</sup> הוּא פּוֹגֵעַ פְּגִיעָה קֶשֶׁה בַּחִירוֹתוֹ הָאִישִׁית שֶׁל הָאָדָם. פְּגִיעָה זוּ מוֹצֵדֶקֶת רַק בַּהֲתַקִּיִּים תְּנָאִים מִיּוֹחֲדִים וְחֲרִיגִים הַמְחִיִּיבִים שִׁמּוֹשׁ בְּאִמְצֵי הַקִּיצוֹנִי הָאִמּוֹר.<sup>30</sup>

בשורה ארוכה של פסקי דין קראו בתי המשפט לעדיפות השימוש בהליך הפלילי על פני השימוש במעצר המנהלי.<sup>31</sup> הטעם לכך הוא שהמשפט הפלילי מאפשר הגנה רחבה יותר על זכויות הנאשם, בייחוד משום שמוצגות בו הראיות בפני הנאשם ובידו להתמודד עמן. הצורך בשימוש בהליכי המעצר המנהלי אף נובע מהחשש לחשיפת מקורות ושיטות מודיעין וחשש של עדים להופיע בבית המשפט.<sup>32</sup> ואכן, בדרך כלל מבוסס המעצר המנהלי בעיקר על ראיות חסויות, שלא ניתן לחשוף אותן בפני העצור או בא כוחו ולא ניתן להפוך אותן לקבילות במשפט.

## 2. החקירה

הפסיקה קבעה חובה לחקור אדם סמוך לאחר מעצרו. הובהר כי החקירה היא זכות בסיסית למי שחירותו נשללת. יש להציג בפני העצור את המידע שאינו חסוי, לאפשר לו להציג גרסה השוללת את מעצרו ולנסות לשכנע.<sup>33</sup> החקירה צריכה להיעשות על ידי אדם המצוי בפירטי החומר החסוי. חקירה ראויה לשמה צריכה להיות עניינית, אמינה ואפקטיבית, בניסיון כן להשיג ראיות להעמדתו של העצור המנהלי למשפט פלילי. לשם כך, על החוקר להיות מצויד בחומר החסוי הנוגע לעניין.<sup>34</sup> בדרך כלל, כבר במהלך החקירה, נחשפת ליבת החומר החסוי, והחשוד מתבקש להגיב עליה. הוא מוזהר בנוגע לעבירות שבהן הוא חשוד ונשאל על אודות אירועים ואנשים המצוינים במידע המודיעיני. ניתנת לו אפשרות ראשונית למסור גרסת אליבי או התייחסות לעבירות.

## 3. הדיון הגלוי

התביעה הצבאית מייצגת את המפקד הצבאי בדיון בבית המשפט הצבאי. הדיון מתקיים בדלתיים סגורים ונוכחים בו התובע הצבאי, הסנגור והעצור. אף אם הסנגור ויתר על הבאתו

29 ראו בג"ץ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 20.12.2007).

30 ראו עניין פחימה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 262.

31 ראו פרשת אגבר, לעיל ה"ש 29. ראו גם עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 529 (1982); עמ"מ 4/96 גינצבורג נ' שר הביטחון וראש הממשלה, פ"ד נ(3) 221 (1996).

32 ראו אייל נון "מעצר מינהלי בישראל" פלילים ג 168, 170 (1992).

33 ראו בג"ץ 1546/06 גזאווי נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 6.3.2006).

34 ראו בג"ץ 5287/06 זעתי נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 20.7.2006).

של העצור בפני שופט בתוך שמונה ימים, אין בכך כדי לייתר את דרישת החוק להביא את העצור גופו לדיון.<sup>35</sup>

בעקבות הערות חוזרות ונשנות של בית המשפט הצבאי השתרש הנוהג שחומרים שאינם חסויים, כגון מידע על מעצרים קודמים, אמרות וזיכרונות דברים מחקירת העצור, תוצאות חיפושים וכן עדויות של עדים רלוונטיים נוספים, מועברים באופן אוטומטי לסנגוריה טרם הדיון.<sup>36</sup>

בפתח הדיון שוטחת התביעה את הטענות הגלויות ומפרטת את הפרפראזה – התמצית של המידע החסוי כנגד העצור שאותו ניתן לחשוף. לאחר מכן ניתנת לבא כוחו האפשרות להגיב על האשמות המיוחסות לעצור, כפי שהן מפורטות בפרפראזה המועברת אליו. בעבר היה קיים הנוהג שבמהלך הדיון הגלוי עומד נציג השב"כ לחקירה נגדית של הסנגור כחלק בלתי נפרד מן ההליך. עם זאת, נציג השב"כ אינו מחויב להשיב לשאלות העשויות לחשוף מידע מודיעיני חסוי.<sup>37</sup> יובהר כי נוהג העדתו של נציג השב"כ על ידי בא כוח העצור נפסק לאחר תקופת המעצרים הרבים במסגרת מבצע חומת מגן בשנת 2002. היום, הסנגור ראשי לחקור את נציג התביעה הצבאית ולבקש שייחשף בפניו מידע חסוי נוסף.

סוגיה זו, של מתן תשובות ראיות לשאלות הסנגוריה, נדונה בפרשת עברה.<sup>38</sup> באותו עניין קבע בית המשפט העליון כי התובע הצבאי חייב להיות מסוגל להשיב לשאלות שמופנות אליו במהלך הדיון. בית המשפט מוסמך לחייב את התביעה להשיב לשאלות הסנגוריה. עוד קבע בית המשפט העליון כי לבית המשפט בערכאה הדיונית נתונה הסמכות לזמן את נציג השב"כ לדיון, אך לא קיימת חובה כזו. העניין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט הצבאי.<sup>39</sup> יצוין כי בעקבות ההערות "מצייד" השב"כ את נציג התביעה בדיון בתשובות לשאלות שעשויות להיות מופנות אליו מצד הסנגוריה.

- 35 ראו עמ"מ (צבאי איו"ש) 3596/06 התובע הצבאי נ' גברייל (פורסם בנבו, 1.11.2006).
- 36 ראו עניין עבראלה, לעיל ה"ש 12. אין להקל ראש בחשיבות מידע זה, המאפשר לעתים קרובות לסנגוריה לטעון כי לנוכח קיומן של ראיות קבילות לא היה מקום לנקוט הליך מנהלי אלא הליך פלילי, דבר הגורם לביטול המעצר.
- 37 בדרך זו נפסלות למעשה שאלות רבות של הסנגור, ומכאן מגבלה ברורה וחמורה על איכותם של תוצרי החקירה לטובת ההגנה. עם זאת, גם לשאלות הבלתי פתורות נועדה חשיבות, שכן הן עשויות להדריך את בית המשפט בבחינת המידע המודיעיני ובקבלת הבהרות מנציגי המפקד הצבאי בדיון במעמד צד אחד.
- 38 ראו בג"ץ 317/13 עברה נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 27.1.2013).
- 39 ראו בג"ץ 1738/13 בואטנה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (פורסם בנבו, 9.4.2013); בג"ץ 8165/05 חג'אזי נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו, 16.9.2005).

בתום הדיון הגלוי נשמעים דבריו של העצור. ניתנת לו הזדמנות מלאה להתייחס לחשדות נגדו ולהזים אותם. ואולם, בדרך כלל העצור אינו יודע מהו טיבו של המידע המודיעיני הקיים נגדו ומהם מקורות המידע.

#### 4. הדיון חסוי

סדר הדיון בתחום המעצר המנהלי מימים ימימה כלל הצגת הראיות הסודיות לעיון השופט לצד סיכום החומר. בשנת 2002, נוכח העומס שהוטל על השב"כ בעקבות גל המעצרים הרחב וחסר התקדים במהלך מבצע "חומת מגן", ביקש שירות הביטחון הכללי להסתפק בהצגת סיכום המידע החסוי בלבד. ברם, שינוי זה נפסל בהחלטת בית המשפט הצבאי לערעורים בפרשת עוויס.<sup>40</sup> בית המשפט הדגיש וקבע כי נוסף על הסיכום האמור, יש להעביר לעיון בית המשפט – בכל תיק – את מלוא החומר המודיעיני הגולמי ואף את הערכת מהימנותם של המקורות מוסרי המידע.

בדיונים החסויים המתקיימים היום מועבר אל השופט מחשב הכולל את סיכום המידע החסוי. בלחיצת כפתור יכול השופט לבחון את המידע הגולמי המלא, כפי שהתקבל אצל גורמי השב"כ, ואת הפעולות שנעשו בעקבות קבלתו. כמו כן, מובא בפני בית המשפט פירוט מלא של תהליך הוצאת הצו, ובכלל זה עמדותיהם של הגורמים הממליצים השונים משירות הביטחון הכללי ומהתביעה הצבאית. אם נדרשת העמקה נוספת, רשאי השופט

40 עמ"מ (צבאי איו"ש) 1145/02 התובע הצבאי נ' עוויס (פורסם בנבו, 16.7.2002). הרקע לדברים, הוא סדק שנוצר באמון שרחש בית המשפט הצבאי לערעורים למידע שהציגו בפניו גורמי הביטחון. נפרט בקצרה את נסיבות המקרה: עוויס נעצר במעצר מנהלי לתקופה של שישה חודשים, החל מתאריך 1.7.2002. כמתחייב, עוויס הובא בפני שופט צבאי, וזה, לאחר שעיין בסיכום המידע המודיעיני, פסק כי לא השתכנע שנשקפת מהעצור סכנה לביטחון איו"ש. על כן הורה השופט על ביטול הצו. על החלטה זו הגישה התביעה הצבאית ערעור לבית המשפט הצבאי לערעורים. בערעור הוצג שוב סיכום המידע המודיעיני בפני בית המשפט, וזה התרשם כי אכן יש בו ללמד על מעורבות המשיב בפעילות חמורה ביותר, שהצדיקה על פני הדברים את הוצאת הצו. אלא שבעקבות שאלות שהתעוררו בלבו של השופט במהלך הדיון בערעור, ביקש זה לקבל לידי את הידיעות המודיעיניות המקוריות, שעל יסודן הוכן הסיכום. במהלך העיון במידע זה התרשם בית המשפט כי לא כל אשר נכתב בסיכום מגובה בידיעות. לנוכח גילוי זה, הורה בית המשפט על התייצבות נציג שירות הביטחון הכללי. אלא שבחלוף שעה קלה ממתן החלטה זו הודיעה התביעה על חזרתה מהערעור, אשר נמחק. למרות זאת, ראה בית המשפט את עצמו מחויב להתייחס בהחלטתו לאשר גילה. בית המשפט מתח ביקורת חריפה על גורמי השירות שערכו את סיכום המידע ובכך הביאו לשלילת חירותו של המשיב שלא לצורך. יתרה מזו, בית המשפט הדגיש את נחיצות עריכתה של ביקורת שיפוטית מלאה, המתבססת על המידע הגולמי, ובחינה אם הוא תואם לחלוטין את סיכום המידע.

להזמין גורמים נוספים מקרב אנשי שירות הביטחון הכללי, שהיו מעורבים באיסוף החומר, במטרה לעמוד מקרוב על הערכותיהם בדבר אמינותו ולבחון את שיקוליהם.<sup>41</sup> הואיל והעצור אינו נחשף לחומר החסוי, משמש בית המשפט כפּה לעצור.<sup>42</sup> עליו לבחון טענות הגנה אפשריות. עליו לדקדק בעיון בחומר המודיעיני. לפי הפרקטיקה הנהוגה חושף בית המשפט בפני העצור ובא כוחו מידע אשר לדעתו אינו חסוי. בית המשפט הוא הפוסק המוסמך האחרון באשר לגורלו של המידע המודיעיני החסוי, והוא יכול לחשוף חומר גם ללא אישורו של השב"כ.<sup>43</sup>

לעתים מתייחס המידע החסוי לכמה אירועים ולעתים לאירוע בודד; בדרך כלל המידע מבוסס על מקורות שונים, אך יש מקרים שבהם הוא מבוסס על מקור עיקרי בודד. המידע החסוי המוגש לשופט כולל גם נתונים על אודות מוסרי המידע, לרבות נתונים על מהות קשריהם עם שירות הביטחון הכללי או עם רשויות אחרות.<sup>44</sup> "היקף הבדיקה והאמצעים הנדרשים לקימה נגזרים מכמותו, מרמתו ומאיכותו של החומר החסוי המוגש לעיונו של השופט".<sup>45</sup>

## 5. הביקורת השיפוטית – היקפה ומהותה

בשנות השמונים של המאה הקודמת נטו בתי המשפט, ובכלל זה בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, לפרש את סמכותם בהתאם למבחני הביקורת המנהלית שהיו נהוגים בבג"ץ. כך נקבע כי סמכות העיון המוקנית לבית המשפט איננה אלא בדיקה אובייקטיבית של סבירות שיקוליו של המפקד הצבאי. על פי גישה זו הסתפק בית המשפט בבחינה אם הצו אינו נגוע במום מחמת אפליה, שיקולים זרים או שאר טעמי פסלות מנהלית בלבד. כך נקבע לא אחת

- 41 בג"ץ 5994/03 סדר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנוב, 27.7.2003).
- 42 ראו עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שאול מופז, שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 187 (2003). וכך נקבע שם: "בשל המעורבות המוגבלת של העציר ושל פרקליטו בהליך המתנהל בפני נשיא בית המשפט המחוזי, חייב הנשיא לשמש כפה לעציר ולבחון את החומר המוצג בפניו בצורה מעמיקה ויסודית. כמובן שאין תחליף אמיתי להצגת הראיות בפני העצור ולמתן אפשרות לחקירה נגדית, כנהוג וכמקובל בהליך פלילי רגיל. כך למשל, נמנעת אפשרות מן העצור ליתן הסברים בנוגע למידע החסוי [...] (ההדגשה שלנו – נ"ב ומ"ו).
- 43 עם זאת, מובן כי בטרם יורה בית המשפט על חשיפת החומר, תינתן לשב"כ, שהוא הגורם הביטחוני היכול להעריך את הסיכון שבחשיפת החומר ולשקול אותו אל מול הסיכון שבשחרור העצור, ההזדמנות לבטל את צו המעצר המנהלי ולשחרר את העצור.
- 44 פרשת מסלמאני, לעיל ה"ש 22; עניין סדר, לעיל ה"ש 41; בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ שפי, פ"ד נב(5) 337, 346 (1998).
- 45 פרשת ברהם, שם; פרשת סדר, לעיל ה"ש 41.

כי סמכות העיון המוקנית לבית המשפט איננה אלא בדיקה אובייקטיבית של סבירות שיקוליו של המפקד הצבאי והיעדר פגם אחר בהחלטתו.<sup>46</sup>

אלא שבחלוף הזמן החלו בתי המשפט להתלבט שמא מן הראוי לפרש את הסמכות הנתונה להם כמחייבת אותם לערוך בחינה מקיפה ומעמיקה יותר של החלטת המפקד הצבאי. תחילה נקבע כי סמכות הביקורת על מעצר מנהלי נרחבת יותר מאשר סמכות הביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק או של בית משפט בבואו לבקר שיקול דעתה של רשות מנהלית, שבידה הפקיד המחוקק שיקול דעת.<sup>47</sup>

בהמשך השתנתה ההלכה והתרחב היקף הביקורת השיפוטית. נקבע שהביקורת השיפוטית צריכה להיות מעמיקה, מהותית ויסודית ולא להיצמד למבחני הפסלות המנהלית שהיו מקובלים בעבר. בית המשפט "נכנס לנעליו" של המפקד ובוחר לא רק את כשרות ההחלטה, אלא גם את הדרך לקבלתה ואת סבירותה במובן הרחב ביותר של בחינה זו. על השופט להידרש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר, לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, ובמסגרת זאת אף לדרוש ולקבל הסברים מאת הגורמים המסוגלים לספק אותם. בשנת 1998 הבהיר בית המשפט העליון, בפרשת אל-עמלה,<sup>48</sup> כי אין מקום להבחין בין מעצר מנהלי לפי הדין בישראל ובין מעצר מנהלי לפי הדין באי"ש. בכך הוא אימץ את הגישה שננקטה כבר באותה העת על ידי בית המשפט הצבאי. הובהר שוב כי הביקורת היא מהותית; "במחלוקת שבין המפקד הצבאי לבין השופט בדבר המסוכנות של העצור, כאשר אותו חומר מונח בפני שניהם, גוברת דעתו של השופט. מסקנה זאת מתחייבת מן התכלית של צו המעצרים, מן המהות של הביקורת השיפוטית ומן הצורך לאזן כראוי בין שיקולי הביטחון לבין חירות האדם". באותה החלטה בוססה ההלכה בדבר עלינות הביקורת השיפוטית ומרכזיותה בהליך ההחלטה על שלילת חירותו של אדם בדרך של מעצר מנהלי. כאשר החליט השופט הצבאי על קיצור תקופת המעצר, נשללת סמכותו של המפקד הצבאי להאריך את המעצר המנהלי.

46 ראו לדוגמה עמ"מ 46-67/88 דאוד נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, מתוך לקט פסקי דין, פרסום פנימי של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי – 1991; עמ"מ 1/80 כהנא נ' שר הביטחון פ"ד לה(2) 253 (1980); עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון פ"ד לו(1) 666 (1982). וראו ביקורת על גישה זו במאמרו של יצחק ה' קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים יא 285 (1981). גישתו של פרופ' קלינגהופר הייתה מרחיבה. לשיטתו (שהתקבלה), הביקורת השיפוטית על מעצר מנהלי לפי חוק המעצרים מסמיכה את השופט לא רק לבטל מעצר בלתי חוקי, אלא גם לשקול את עצם הצורך במעצר על יסוד החומר המצוי, ולשים את שיקול דעתו שלו במקום שיקול הדעת של שר הביטחון.

47 ראו עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508, 515–516 (1986).

48 בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נב(3) 346 (1998).

נמצאנו למדים כי טיבה ואופייה של הביקורת השתנו לחלוטין. כעת בית המשפט הוא שמפעיל את שיקול דעתו בהתאם לחומר הסודי המוצג בפניו. הוא אינו מסתפק במבחנים המצומצמים להתערבות שהיו קיימים בעבר, כגון סבירות, אפליה, שיקולים זרים ושאר טעמי פסלות. עליו לעיין היטב בחומר הסודי ולקבל החלטה בעצמו. נוסף על כך, עליו לבחון כל העת אילו ראיות ניתן לחשוף בפני הסנגוריה.

על רקע זה, במאמר שהתפרסם לאחרונה, כינה המלומד יצחק זמיר את הביקורת המנהלית על מעצרים מנהליים "דיון מקורי" והבהיר כי בית המשפט מפעיל באופן עצמאי את שיקול דעתו בנוגע לכלל רכיבי ההחלטה.<sup>49</sup>

מהו אפוא טווח הפעולה של בית המשפט בבואו לבקר את צו המעצר המנהלי? בית המשפט הצבאי מוסמך לאשר את הצו כפי שהוא או לבטלו. בתוך הטווח האמור יכול בית המשפט להגיע לכמה תוצאות נוספות: הוא יכול לקצר את תקופת הצו, על מנת לאפשר ביקורת שיפוטית לאחר תקופת זמן קצרה יותר מהתקופה הנקובה בצו; החלטה אחרת שיכול בית המשפט לקבל היא "אישור מהותי" של הצו, כלומר אישור הצו תוך סיוג שיקול דעתו של המפקד הצבאי, כך שלא ניתן יהיה להאריך את הצו פעם נוספת, אלא אם כן יתקבל מידע מהותי חדש או יחול שינוי נסיבות משמעותי; לבסוף, בית המשפט גם יכול להורות על "קיצור מהותי" של הצו, ובמילים אחרות להורות על קיצור תקופת הצו, כך שלא ניתן יהיה להאריך את תקופת המעצר שוב בתום התקופה המקוצרת, אלא בתנאי שיתקבל מידע חדש או יחול שינוי נסיבות משמעותי. לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי קיימת הסמכות גם להתלות את צו המעצר המנהלי (בהתאם לסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א – 1981).<sup>50</sup> המשמעות היא כי הצו שמתלה לא יופעל, אך ניתן יהיה לחדשו.

ככל שמתארכת תקופת המעצר המנהלי המצטברת, מתגבר הצורך לבחינה מדוקדקת של ההצדקה למעצר. האיזון בין שיקולי ביטחון הציבור לבין זכויות האדם של העצור משתנה לטובת האחרונות.<sup>51</sup>

כפי שניתן היה להבין מהסקירה עד כה, הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המנהלי התרחבה והתדקה, ויש לכך השפעה ישירה על חשיפת ראיות חסויות במסגרתו. עם השינוי בתפיסת תפקידו של בית המשפט הצבאי בהליך השתנה גם אופי פעילותו והשתנו סדרי הדין. במהלך השנים האחרונות ממלא בית המשפט תפקיד פעיל ביותר. סדרי

49 יצחק זמיר "ביקורת בית המשפט על החלטות מנהליות בדרך של דיון מקורי" משפט וצבא 21 (א) 1 (2015).

50 ראו את ההחלטה בעניינו של עצור מנהלי ששבת רעב, ואשר היה חשש כי נגרם לו נזק מוחי – בג"ץ 5580/15 עלאן נ' שירות הביטחון הכללי (פורסם בנבו, 19.8.2015).

51 ראו פרשת אגבר, לעיל ה"ש 29, פס' ט; בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז(6) 721, פס' 8 (2003).

הדין שנוצרו בפסיקת בתי המשפט הצבאיים נועדו לגשר על פערי הכוחות בין הצדדים להליך ולאפשר לבית המשפט למלא את חובתו לערוך ביקורת שיפוטית אפקטיבית כראוי. עם זאת, לצד העמקת הביקורת השיפוטית והגברתה עמד בית המשפט גם על צורכי הביטחון. דוגמה בולטת לכך מצויה בהקפדה של בתי המשפט להותיר חיסיון רחב על מידע המודיעיני ועל שיטות האיסוף והפעולה של השב"כ.<sup>52</sup> כך למשל, הניסיונות לאפשר חקירת מקורות מידע בהליך הביקורת, בין אם במעמד הצדדים ובין על ידי בית המשפט ex parte, לא צלחו.<sup>53</sup> לאחרונה שב וקבע בית המשפט הצבאי כי במסגרת הביקורת השיפוטית, בית המשפט אינו נדרש לשמוע בעצמו את מקור המידע<sup>54</sup> והוא יכול להסתפק בסיכום המידע המוגש לו.

על כן, במרבית המקרים ההחלטות אינן כוללות פירוט בנוגע למהות הראיות, וזאת בשל הצורך להותיר ראיות אלה חסויות. בית המשפט נדרש להתייחס לטענות ההגנה מבלי לחשוף את החומר החסוי. עם זאת, נוסף על הפרפראזה שנחשפה על ידי התביעה בפתח הדיון הגלוי, משתדל בית המשפט לפרט בהחלטתו פרפראזה רחבה יותר, הכוללת את תמצית החשדות נגד העצור ומתייחסת לכל חומר גלוי נוסף אשר הועבר לצדדים.

## 6. ערעור לערכאות גבוהות

הליכי הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המנהליים באיו"ש הם ייחודיים במובן ששלוש ערכאות שיפוטיות שונות, שאליהן רשאי העצור לפנות, מבקרות את צו המעצר.<sup>55</sup> לבחינה המעמיקה והחוזרת של החומר הסודי על ידי שלוש ערכאות שיפוטיות אין מקבילה בהליכי מעצר אחרים.<sup>56</sup> הדיון מתחיל בבית המשפט הצבאי, אשר באשרו את הצו מעניק לו תוקף. אם מוגש ערעור (וכך נעשה ברובם המכריע של המקרים) נמשך הדיון בבית המשפט הצבאי לערעורים. בחלק ניכר של התיקים אף מוגשת עתירה לבג"ץ. בפני שלוש הערכאות מוצג החומר החסוי שעליו מתבסס המעצר המנהלי, והן בוחנות את השאלה אם יש בחומר שהוצג כדי להצדיק את המעצר המנהלי או את הארכתו. המידע והראיות החסויים שמציגים גורמי

52 בעמ"מ (צבאי איו"ש) 1432/06 עבדאללה נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 2.3.2006) נקבע כי ביטחון איו"ש והציבור מחייב כלל שאין לחשוף מידע שהושג בתרגילי חקירה.

53 זאת למרות ההתפתחות שחלה בעניין זה בפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק, כאשר בפרשת ברהם, לעיל ה"ש 44, קבע בית המשפט כי לא ניתן לשלול את הסמכות לעשות כן במקרים חריגים.

54 עמ"מ 2162/13 נתשה נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 21.12.2013).

55 בישראל רק שתי ערכאות דנות בעניין.

56 ראו דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 3267/12 חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה והשומרון, פס' כ' (פורסם בנבו, 7.5.2012).

הביטחון נבחנים באופן זהיר וקפדני,<sup>57</sup> וכל ערכאה שיפוטית דנה בתיק מחדש כאילו הובא בפניה לראשונה (de novo).<sup>58</sup>

## 7. סיכום ביניים

מאז הקמתם בשנת 1967, עיקר עיסוקם של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש הוא בעבירות טרור ובעבירות ביטחוניות אחרות. לבתי המשפט הצבאיים יתרונות מסוימים בכל הנוגע לטיפול בראיות חסויות. יש יתרון בכך שמספרם של השופטים הצבאיים בערכאה הראשונה אינו גדול והם נדרשים לטפל במאות ולעתים אלפי צווי מעצר מנהלי מדי שנה.<sup>59</sup> לאור זאת, השופטים רוכשים מומחיות וניסיון,<sup>60</sup> המאפשרים להם התמודדות טובה יותר עם טענותיהם של גורמי הביטחון.<sup>61</sup> לא זו אף זו, התביעה הצבאית והסנגורים האזרחיים הם "שחקנים חוזרים" בבית המשפט הצבאי. הם מכירים את ההלכות המשפטיות. התביעה צברה מומחיות בניתוח החומר הסודי. בכל הנוגע למעצר המנהלי, הסנגורים האזרחיים רכשו ידע המאפשר להם לכוון את טיעוניהם בהתאם למידע הגלוי וכן בהתאם להערכה מה עומד מאחורי הצו. פעמים לא מעטות מתברר מטיעוניהם כי הערכתם מפוכחת ומדויקת למדי. הסנגורים אף מעלים טענות משפטיות עקרוניות בנוגע למעצר המנהלי ולדרכי הפעלתו. מעבר לכך, הסנגורים "מכירים את הדרך" אל בית המשפט העליון בישראל, אם ברצונם להגיש עתירה נגד החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים. הם עושים שימוש תדיר באפשרות זה, בהיקף שאין לו אח ורע בעולם.

כפי שסקרנו לעיל, בשיטה הקיימת השופט מקבל אליו את כל חומר הראיות והוא אמון על ניהול ההליך. פעמים רבות מדובר במלאכה קשה, הדורשת עיון זהיר ומחשבה מעמיקה.<sup>62</sup> על השופט לבחון הן את טענות התביעה והשב"כ והן את טענות ההגנה

- 57 ראו פרשת סלאמה, לעיל ה"ש 51.
- 58 עניין בן יוסף, לעיל ה"ש 12; עמ"מ 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913, פס" 11 (2000); פרשת פדרמן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 189; עמ"מ 4794/05 אופן נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.6.2005).
- 59 בשנת 2014 – 1277 צווי מעצר מנהלי.
- 60 ראו בג"ץ 5303/08 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 23.6.2008): "בתי המשפט הצבאיים מניסיונם הרב (לצערנו) בנושאי המעצרים המנהליים רכשו מומחיות רבה בתחום זה [...]".
- 61 הצורך בהתמקצעות השופטים בתחום הביטחון הוכר אף במדינות אחרות. השוו למשל לבית המשפט המומחה לענייני טרור שהוקם בצרפת וכן לערכאה הייחודית שהוקמה לאחרונה בארצות הברית. יצוין שבצרפת, שופטים חוקרים שעובדים בצמוד לגופי המודיעין בוחנים את תיק הראיות בהליכי טרום-משפט.
- 62 וראו בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801, 821–822 (1988).



האפשרויות. השופט חייב לסמוך במידה רבה על הרשות המציגה בפניו את החומר המודיעיני ואת נימוקה, שהיא מציגה תמונת אמת. עליו להשתכנע שהיא בדקה את הראיות באופן יסודי ואמין ושהיא לא טעתה או מטעה אותו.

כפי שראינו, הליכי המעצר המנהלי עברו שינויים מהותיים, שנועדו להבטיח באופן ראוי יותר את זכויותיו של העצור ואת הגינותו של ההליך. יתר על כן, קשה לחלוק על כך שהשיטה הנהוגה מקיימת את כל דרישותיו של המשפט הבינלאומי.<sup>63</sup> לעניינו, חשוב להבהיר כי המשפט הבינלאומי אינו עוסק בזכותו של העצור המנהלי לקבל לידי את כל החומר המודיעיני ואינו שולל את חוקיות ההליך הקיים. על אף האמור, ההליך אינו חף מקשים. ננסה להגדיר את הבעיה המרכזית בפרק הבא.

### ג. הצגת הבעיה

כאמור, הקושי העיקרי בשיטה הקיימת הוא שההליך אינו אדוורסרי ופוגע בזכויות העצור המנהלי. לעצור המנהלי ולבא כוחו אין אפשרות לעיין בחומר שנאסף נגדו, להגיב עליו ולנסות לערער את מהימנותו. כבר נפסק ש"על העצור לנהל את מאבקו נגד צו המעצר המנהלי כשעיניו מכוסות ואחת מידי קשורה".<sup>64</sup>

נוכח הפגיעה הקשה שגורמים סדרי הדין לזכויות העצורים, פעם אחר פעם נשלחים חצי ביקורת נגד השימוש בראיות חסויות בהליכי המעצר המנהלי. הטענות מתמקדות בכך

63 ראו Jelena Pejic, *Procedural Principles for Internment/Administrative Detention*, 87 (2005) INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 375 (858). מתוך השוואה לעקרונות המפורטים במאמר, השיטה הקיימת באיו"ש מקיימת את כל כללי המשפט הבינלאומי: המעצר המנהלי הוא צעד חריג; הוא אינו תחליף להליך הפלילי והוא מבוסס על מסוכנות אישית; מתקיימת בחינה אינדוידואלית של הראיות נגד העצור; כאשר פגה המסוכנות האישית, תם המעצר המנהלי; המעצר המנהלי נובע מטעמי ביטחון החלטיים; לעצור זכות לדעת על הסיבה למעצרו והוא מקבל פרפראזה של המידע המודיעיני בעניינו; לעצור עומדת הזכות לתקוף את חוקיות המעצר, מוקדם ככל הניתן, בפני גוף שיפוטי עצמאי ונטול פניות – בית המשפט הצבאי; הוא זכאי לערער על ההחלטה ואף לעתור לבית המשפט העליון בישראל; לאחר חצי שנה, לכל היותר, פג תוקפו של הצו המנהלי; אם המפקד הצבאי מבקש להאריך את משך תקופת המעצר, יוצא צו חדש והוא יעבור ביקורת שיפוטית מחודשת. ראו גם סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949, העוסקת בזכויות התושבים המוגנים בשטח כבוש, שהוא המקור המסדיר מעצרים מנהליים בדין הבינלאומי. האמנה היא חלק מהמשפט ההסכמי והוכרה על ידי ממשלת ישראל כמחייבת אותה ליישם את הוראותיה ההומניטריות באיו"ש; ראו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' המפקד הצבאי באיו"ש, פ"ד נו 364, 352 (2002). כמו כן ראו את ס' 43 לתקנות האג.

64 ראו פרשת פדרמן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 186.

שהעצור המנהלי ובא כוחו אינם מכירים את הראיות המוגשות, אינם מכירים את העילה למעצר ואינם יכולים להתמודד עם הטענות המועלות נגד העצור.<sup>65</sup> לפי הטענה, הם אינם יכולים לבסס קו הגנה.<sup>66</sup> טענות נוספות שמועלות הן שניהול ההליך תוך התבססות כמעט מוחלטת על ראיות חסויות מפר את האיזון הנדרש בין הצדדים להליך. בעניין זה, מודגשת העובדה שניתנת לגורמי האכיפה – התביעה וגורמי הביטחון (בדרך כלל שירות הביטחון הכללי) – הזדמנות מלאה להתייחס לראיות במעמד צד אחד, בעוד הדבר נמנע מהעצור ובא כוחו.<sup>67</sup> כן נטען כי הסנגורים של העצור נאלצים לתחקר את נציגי התביעה, תוך גישוש באפלה, והם אינם יכולים לבחון את איכות המידע ואת היקפו. כל אלה יוצרים תחושה שעסקינן בהליך לא מאוזן, שבו נפגעים עקרונות השיטה האדוורסרית, הזכות להליך הוגן ומראית פני הצדק.

65 גבי לסקי "בג"ץ עברה כדוגמה לחוסר חשיבותה של גרסת העצור והגנתו המשפטית בהליך המעצר המנהלי" "המשפט" ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה 7, 10 (מאי 2013) (פורסם בנבו), גורסת כי "יש למסור כל מידע אפשרי לעצור שכן אין חקר לתבונה סנגור מוכשר' ובניגוד לכך בית המשפט בבג"ץ עברה אמנם הורה על מסירת חומר נוסף בנוגע לעצור לידי ההגנה, אך אין הוא מקנה חשיבות לטענות שבא כוח מוכשר יכול לטעון לאור חומר זה, ובכך לקדם את זכויותיו של מרשו".

66 "הפרות זכויות אדם בשטחים" דו"ח בצלם לשנים 1990–1991, 73 פורסם באתר בצלם [www.btselem.org/sites/default/files2/hprvt\\_zkvyvt\\_hdm\\_shtkhym\\_1990.91.pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files2/hprvt_zkvyvt_hdm_shtkhym_1990.91.pdf) הדו"ח מתמקד בראיות חסויות ובחוסר הנגישות של עורכי הדין לחומר הראיות. וכך מובאים שם הדברים: "כמעט בכל המקרים מוגדר חומר הראיות כסודי ועל העציר מוטל להתגונן בלא שיידע מהו המידע שמוגש נגדו. הדין בחומר החסוי מתנהל בפני השופט בלבד. העציר ועורך דינו אינם רשאים להיות נוכחים בחלק זה של הערעור, שהוא החלק העיקרי ועל פי רוב החלק היחיד של הערעור. התובע, לעומת זאת, נוכח בכל שלבי הערעור. השופט מקבל לעיונו, אם כן, תיק ובו סיכום חומר הראיות החסוי נגד העציר, חומר המבוסס על מידע של השב"כ. אין בפני השופט עדים אותם הוא יכול לחקור כדי לבחון את מהימנות המידע שלפניו. את הראיות החסויות מציג בערעור איש שב"כ אשר לעיתים קרובות אינו האדם אשר חקר בעצמו את התיק ולפיכך אין בידו מידע מפורט לגבי הטענות נגד המעצר המנהלי. השופט רשאי לדחות את החלטתו ולבקש הבהרות מהשב"כ לגבי פרטי הראיות".

67 ראו עצורים בלא משפט – מעצרים מנהליים בשטחים מתחילת האינתיפאדה" דו"ח בצלם, **חודש אוקטובר 1992** פורסם באתר בצלם [www.btselem.org/download/tsvrym\\_bl\\_mshpt\\_mtsrym\\_mnhlyym\\_bshtkhym\\_mtkhlyt\\_hyntypdh\\_1.pdf](http://www.btselem.org/download/tsvrym_bl_mshpt_mtsrym_mnhlyym_bshtkhym_mtkhlyt_hyntypdh_1.pdf). הדו"ח מכיל ריכוז נתונים על המעצר המנהלי ועל אופן הפעלתו, נכון לשנת 1992. מובן כי מאז השתנו הדברים ללא היכר, כפי שיפורט בהמשך המאמר.

המלומד קרמניצר אף הולך צעד נוסף ומציע לבטל כליל את הכלי של המעצר המנהלי במדינת ישראל. הוא סבור ש"במוסד המעצר המנהלי יש פוטנציאל מובהק לגרימת עוול, שכן היעדר יכולת אפקטיבית להתגונן הוא מתכון בטוח לעיוות דין".<sup>68</sup> מעת לעת שב בית המשפט העליון ומבהיר כי נוכח האיומים הקיימים, המעצר המנהלי והשימוש בחומר חסוי, שאינו מוצג לעצור, הוא "הכרח בל יגונה". עוד ציין בית המשפט העליון כי "למצב מיוחד זה טרם נמצא פתרון טוב יותר בשיטתנו".<sup>69</sup> ברוח זו קבעה פסיקת בית המשפט העליון, לאורך השנים, שהאיומים הקיימים כיום בהליכי המעצר המנהלי בין זכויות העצור ובין הצורך להגן על ביטחון האזור הם מידתיים. יש להבהיר כי אנו מסכימים עם פסיקת בית המשפט העליון. עם זאת, אין אנו פטורים מלחפש נקודת איזון טובה יותר, המגשימה באופן מיטבי את כללי הצדק הטבעי ואת עקרונות השיטה האדוורסרית. כאן המקום להבהיר נקודה חשובה. איננו מתיימרים לטעון במאמרנו כי השיטה האדוורסרית היא שיטת משפט טובה יותר מן השיטה האינקוויזיטורית. מאמרנו אינו בוחן לעומק ואינו משווה בין יתרונותיהן וחסרונותיהן של שתי שיטות משפט אלה. איננו מבקשים לטעון כי השיטה האדוורסרית עדיפה מהשיטה האינקוויזיטורית או שהשיטה האינקוויזיטורית פגומה באופן כלשהו. כל שנבקש לטעון הוא שיש מקום להתאמת ההליך המנהלי לשיטה הרווחת במשפט הישראלי, היא השיטה האדוורסרית, ככל שהדבר ניתן במגבלות הקיימות. לדעתנו, כך ייטב אף במישור המעשי, שכן השופטים במדינת ישראל ובאיו"ש "התחנכו על ברכי" השיטה האדוורסרית, והם מורגלים יותר בהפעלתה בעת ניהול המשפט.

במאמר מוסגר יצוין כי גם בשיטת המשפט הישראלית קיימים חסיונות שונים, המוסדרים בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. סעיפים 44-46 לפקודה עוסקים בחיסיון לטובת המדינה, בחיסיון לטובת הציבור ובדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה. בעניין ליבני<sup>70</sup> נקבע שמדובר ב"הכרח שלא יגונה" וכי נטל כבד מוטל על השופט ללמוד כמיטב יכולתו את מצב הראיות במשפט ואת עמדות הצדדים בשאלות השנויות במחלוקת, ועל רקע

68 ראו את התייחסותו של קרמניצר למאמר של אלעד גיל "מעצר מנהלי במדינה יהודית ודמוקרטית – עיון מחודש" בתוך אמצעים חריגים למאבק בטרור 175 (ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל עורכים, 2010). למאמר נתייחס להלן בה"ש 104.

69 ראו דברי הנשיאה ביניש בבג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 4 (פורסם בנבו, 15.2.2012); בג"ץ 5897/07 ערוג' נ' שופט צבאי משפטי סא"ל כוכב (פורסם בנבו, 12.7.2007); בג"ץ 9441/07 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בנבו, 20.12.2007); בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2), 865, 869 (2005). כך גם באשר לבחינת בקשות לאיחוד משפחות על יד שר הפנים – ראו פסק דינו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 10.7.2006), שבו הוא קובע כי השימוש ב"מידע חסוי שאינו מוצג למי שזכותו נפגעת ואינו קביל בבית משפט הוא הכרח בל יגונה".  
70 ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984).

זה להגיע להכרעה. חשוב להבהיר כי בית המשפט הצבאי לערעורים החיל את ההלכות המנחות המקובלות בישראל, ובהן הלכת ליבני.<sup>71</sup>

הקשיים המתעוררים בדיונים במסגרת אותם הליכים להסרת חיסיון, בישראל ובאזור, דומים לקשיים המתעוררים במסגרת הליכי המעצר המנהלי. בדומה להליכי המעצר המנהלי, גם בהליכים להסרת חיסיון ההליכים מתקיימים בדלתיים סגורות. הנאשם אינו יודע מהו החומר החסוי, והוא מתקשה להעלות טענות לתמיכה בטענתו שיש לחשוף את החומר ושהחומר שייחשף עשוי להועיל להגנתו. אף על פי שמאמרנו יעסוק רק בהליכי מעצר מנהלי, אנו סבורים כי הצעתנו, שתובא בהמשך, עשויה להיות נכונה וישימה גם להליכים להסרת חיסיון בהליך פלילי. ואולם, נסייג אמירה זו, משום שהדיון במאמרנו אינו עוסק בהרחבה בהליכים להסרת חיסיון כאמור, ולכן לא נתיימר לקבוע מסמרות בסוגיה זו.

האם יש פתרונות לקשיים שהועלו? ניתן לטעון שהפתרון לטענות אלו מצוי בהפסקת השימוש בראיות חסויות בהליכים משפטיים בכלל, או בהפסקת השימוש במעצרים מנהליים, כפי שמציע קרמניצר. ואולם, טענה זו אינה עומדת במבחן המציאות. פעמים רבות מצוי בידי גורמי הביטחון מידע חסוי אשר הימנעות משימוש בו עלולה לפגוע קשות בביטחון המדינה או באינטרס ציבורי חשוב. לשם המחשה, ניתן להצביע על מקרה של אדם שיש נגדו ראיות חסויות חד-משמעיות, המצביעות על כוונה מידית ואמצעים לביצוע פיגוע התאבדות. בהנחה שחשיפת הראיות החסויות תגרום בוודאות לפגיעה בביטחון המדינה, האם נכון יהיה להימנע ממעצרו?

הצעה אחרת לפתרון היא חשיפה מלאה של חומר הראיות החסוי בפני העצור ובא כחו. ניתן לעשות זאת במסגרת הליכי המעצר המנהלי, או להשתמש בחומר בהליכים פליליים, תוך חשיפת המקורות. לא למותר לציין כי גם הצעה זו אינה מעשית, בשל הפגיעה האינהרנטית באפשרות להשיג ראיות ולנהל חקירות אפקטיביות.

על כן, החלופה אשר יכולה להגשים באופן מיטבי את עקרונות השיטה האדוורסרית, במגבלות הקיימות, היא שיטת הסנגורים המיוחדים, שאותה נציג להלן.

#### ד. המודל המוצע

לדעתנו, ראוי לשקול שינוי בשיטה הקיימת. השוואת הדינים לשיטות משפט דומות אחרות, בזהירות המתבקשת,<sup>72</sup> מלמדת כי פתרון אחר לטיפול בראיות חסויות קיים ומיושם בפועל.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> ב"ש 2426/09 כאמד נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 27.12.2009); ב"ש 3537/09 ריאן נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 13.1.2010).

שיטת הסנגורים המיוחדים נהוגה זה מכבר בשיטת המשפט הבריטית והקנדית, כאשר נערכים דיונים בראיות חסויות. באופן דומה, אנו סבורים שניתן להרחיב את החשיפה של החומר החסוי, אך לא בפני העצור המנהלי ובא כוחו הנבחר, אלא בפני סנגורים מיוחדים. בשיטה זו עשוי להימצא איזון נכון יותר בין צורכי הביטחון לבין זכויות אדם והבטחת מימוש מיטבי של הזכות להליך הוגן. בכך אף יושבו הליכים אלה, ולו באופן חלקי, לחיק השיטה האדוורסרית. נסקור את האופן שבו נעשה שימוש בסנגורים מיוחדים בשיטות משפט דומות בעולם, נעמוד על יתרונותיה וחסרונותיה של הצעה זו ונציע דרכים ליישומה באר"ש.

### 1. השימוש בסנגורים מיוחדים בשיטות משפט זרות

בבריטניה אומצה השיטה בשנת 1997, בעקבות החלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR) בעניין *Chahal*,<sup>74</sup> שניתנה בשנת 1996. הסוגיה העיקרית שנדונה בהחלטה הייתה שאלת גירושו של אדם למדינה שבה יש חשש שישכח מעינויים. ואולם, בשולי ההחלטה המליץ בית הדין, אשר דעתו לא נחה מהשיטה שהייתה קיימת, על אימוץ השיטה של

72 ראו הביקורת על העתקה "עיוורת" או אוטומטית של דינים במשפט משווה בכלל ובמקרה של המלצת בית הדין האירופי להעתיק את הדין הקנדי, על אף שלא הבינו אותו, בפרט, במאמר David Jenkins, *There and Back Again: The Strange Journey of Special Advocates and Comparative Law Methodology*, 42 COLUMBIA HUMAN RIGHTS L. REV. 279 (2011).  
73 לסקירה מקיפה של המשפט המשווה ראו Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM. J. TRANSNATL. L. 4 (2009). המאמר סוקר שתי שיטות לניהול דיונים בראיות חסויות: השיטה הנהוגה במדינת ישראל, שאותה הוא מכנה "judicial management", ומנגד, שיטת הסנגורים המיוחדים – "special advocates". המאמר מצביע על היתרונות והחסרונות שבהן ואף על היתרונות והחסרונות של שילוב השיטות, כל זאת, כדי לסייע למחוקק האמריקאי בגיבוש רפורמה בתחום. המאמר אינו מתייחס לבתי המשפט הצבאיים באר"ש וגם אינו מצביע על הפתרון המומלץ עבור השיטה הנהוגה בארצות הברית. בהמשך מאמרנו ניעזר בהערות המעניינות שהועלו באותו מאמר. ראו גם Limor Ezioni, *The Tension between Due Process of Law and Counter-Terrorist Measures During the Initial Stages of Criminal Procedure*, 2 BERGEN JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE 189 (2014). מאמרה של עצינוני עוסק בשאלה אם חשודים בעבירות טרור זכאים ליהנות מאותם כללים בהליך הפלילי כמו שאר החשודים. נוסף על כך עוסק המאמר בהצעת החוק הישראלי למאבק בטרור. במאמרה מציעה עצינוני לשקול שילוב של שיטת הניהול השיפוטי ושיטת הסנגורים המיוחדים להליכים פליליים בישראל.

74 App. No 22414/93 *Chahal v. United Kingdom*, [1996] 23 EHRR 413, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Chahal v. United Kingdom"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"chamber":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58004"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

סנגורים מיוחדים. בית הדין האירופי הסתמך על חקיקה קנדית (שככל הנראה לא יושמה בפועל) משנת 1976.<sup>75</sup> בעקבות זאת אומצה בדין הבריטי שיטת הסנגורים המיוחדים. בשנת 2007 אומצה בפועל שיטת הסנגורים המיוחדים גם בבתי המשפט בקנדה. מסתבר כי גם דעתו של בית המשפט העליון הקנדי לא הייתה נוחה מהשיטה שהייתה נהוגה שם לטיפול בראיות חסויות. החלטת בית המשפט העליון הקנדי בפרשת *Charkaoui*<sup>76</sup> היא שהביאה את המחוקק הקנדי להעתיק את השיטה שכבר הייתה נהוגה בפועל בבריטניה. הן בקנדה והן בבריטניה יושם השימוש בסנגורים מיוחדים בתחילה לתיקי הגירה וגירוש, נגד אנשים שנטען כלפיהם כי הם מהווים סיכון לביטחון הלאומי.<sup>77</sup> בבריטניה הועתק השימוש בסנגורים המיוחדים גם להליכים פליליים, שבהם יש שימוש בראיות חסויות הנוגעות לביטחון הלאומי.<sup>78</sup> ואף להליכים מנהליים של צווי הגבלה, שמטרתם להתמודד עם חשודים בטרור.<sup>79</sup> הליכים אלו דומים במהותם למעצר מנהלי, אך בבריטניה לא אומץ הכלי של מעצר מנהלי, אשר קיים בישראל ובאיו"ש, אלא רק נעשה שימוש בצווי הגבלה, מעצר בית, איזוק אלקטרוני, מניעת ביקורים והגבלות נוספות.

בשנת 2013 התקבלה בבריטניה חקיקה אזרחית המאפשרת הסמכת סנגורים מיוחדים, בעלי סיווג מיוחד, לייצג בהליכים אזרחיים שבהם דנים בראיות חסויות.<sup>80</sup> ההליכים הללו מתקיימים כאשר המדינה מבקשת להציג ראיות חסויות על מנת להתגונן מפני תביעה נזיקת שהוגשה נגדה ובה מועלות טענות ליחס לא הולם או לעינויים. ברקע הדברים עמד סירובו של בית המשפט העליון שם לדון בראיות חסויות שביקש השירות החשאי להציג בניסיון לשלול את טענותיו של אחד מעצורי גואנטנמו, אשר תבע את המדינה. בעקבות זאת חוקק הפרלמנט את החוק.<sup>81</sup>

- Jenkins, לעיל ה"ש 72. 75
- Charkaoui v. Canada*, [2007] 1 S.C.R. 350, 372 (Can). 76
- בקנדה, הליכי הגירוש ננקטים מכוח החוק, The Immigration and Refugee Protection Act, 2002. החוק קובע סמכות להיעזר בראיות חסויות, ובלבד שימונה למועמד לגירוש סנגור מיוחד שרשאי לעיין בחומר החסוי. 77
- ראו *Ezoni*, ה"ש 90–91. בייחוד ראו את ה-Prevention of Terrorism Act of 2005. ס' 3 לחוק זה מאפשר שלא לגלות ראיות לחשוד. ס' 7 לחוק קובע כי בית המשפט ימנה לחשוד סנגור מיוחד. 78
- ראו *Jenkins*, לעיל ה"ש 72, בעמ' 312. ראו גם Joel Todoroff, *Verisimilitude in National Security Cases*, 16 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 1223 (2014). 79
- Justice and Security Act, 2013. 80
- ראו *Shiri Krebs, Israel, in COMPARATIVE COUNTER-TERRORISM LAW* 511 (Kent Roach, ed., 2015), וראו את המחקר המשווה הקיים שם. 81

השימוש בסנגורים מיוחדים מקובל גם בוועדות הצבאיות הדנות בבחינת מעמדם החוקי של עצורי גואנטנמו;<sup>82</sup> שם, העצור ובא כוחו האזרחי אינם רשאים לעיין במידע הסודי. בית המשפט חייב למנות לעצור סנגור מיוחד, אשר יזכה לגישה למידע, אך נאסר עליו לחשוף את המידע בפני העצור או בא כוחו האזרחי. בדיונים בנושא הגירה וגירוש הננקטים בארצות הברית מקובל נוהג דומה. גם בניו זילנד נקטו צעדים לאימוץ השיטה בתיקי הגירה.<sup>83</sup> בפסקאות הבאות נסביר את השיטה באופן כללי, כפי שהיא נהוגה כיום בהליכים מנהליים בקנדה ובריטניה.

הסנגור המיוחד ממונה על ידי בית המשפט מתוך רשימה של סנגורים בעלי סיווג ביטחוני מתאים. הסנגור המיוחד אמון על האינטרסים של העצור המנהלי. עומדים בפניו שני יעדים: הראשון – לבחון את מהימנות המידע החסוי ולטעון נגד טיעוני רשויות המדינה; השני – לדרוש חשיפת מידע רב יותר בפני העצור.<sup>84</sup> הסנגורים המיוחדים משקיעים זמן רב בבחינת האפשרות להביא לחשיפת מידע בפני העצור.<sup>85</sup> הם יכולים לנסות להגיע להבנות עם נציגי הממשל ולהגיע לנוסחת פשרה לחשיפת החומר, נוסחה שתסתיר את המקור, אך תאפשר חשיפה של עיקרי המידע. אף על פי שבפועל הם מצליחים לחשוף מידע מועט, הם משמשים כבוחנים פרוצדורליים של השלטון. עם זאת, נראה כי חוסר היכולת ליצור קשר עם הלקוח מגבילה מאוד את האפקטיביות של פעולתם.

הסנגור המיוחד יכול להגיש בקשות בעל פה או בכתב וכן לחקור נגדית עדים. בתום ההליך של בחינת הראיות והחקירות הנגדיות, מועבר סיכום חלק זה של ההליך, בהשמטות המתחייבות, לעיונו של העצור. לאחר שעייין בראיות החסויות, הוא מנוע מליצור קשר עם העצור, למעט במקרים חריגים וכאשר ניתנה לכך רשות מיוחדת מטעם בית המשפט. היחסים בין הסנגור המיוחד ובין העצור אינם כשל עו"ד-לקוח, וחובותיו האתיות של הסנגור המיוחד לא הובהרו עד תום.<sup>86</sup>

82 להרחבה והשוואה בין הדינים בוועדות הצבאיות בצבא ארצות הברית ובתי המשפט הצבאיים ראו Shaul Gordon & David Shores, *Military Commissions in Guantanamo and the Military Courts in the West Bank and Gaza Strip – A Comparative Analysis*, 2 THE IDF L. REV. 277 (2005). יצוין כי בית המשפט העליון של ארצות הברית, בפסק דין שניתן ביום 12.6.2008, Boumediene v. Bush, 553 US 723 (2008), אפשר לעצורי גואנטנמו לעתור לשחרורם בבית משפט פדרלי של ארצות הברית. להרחבה נוספת ראו גיל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 128 ואילך.

83 ראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 27 ה"ש 85.

84 שם, בעמ' 31.

85 שם, בעמ' 32.

86 שם, בעמ' 31.

הסנגור המיוחד תורם לשיתוף העצור המנהלי בהליך בעניינו על ידי כל אותן פעולות שבהן הוא מייצג את האינטרסים של העצור: הצעה של טיעונים הנוגדים את טיעוני השלטון, קריאת תיגר על הראיות ובחינת מהימנותן וחקירה נגדית של עדים. באמצעותו יכול הפרט להישמע, גם אם לא באופן ישיר. הדבר מועיל לשיפור תחושת הצדק והגברת מעורבות העצור בהליך.<sup>87</sup>

## 2. התייחסויות למודל בספרות ובפסיקה בישראל

בספרות הישראלית, ההצעה להשתמש בסנגורים מיוחדים עלתה כבר במאמר שכתב י' זמיר בשנת 1989.<sup>88</sup> וכך מובאים הדברים שם:

העיון על ידי בית-המשפט בראיות החסויות, שעכשיו הוא נעשה בהשתתפות אנשי-השלטון בלבד, ייעשה בהשתתפות עורך דין שייצג את העותר במיוחד לצורך זה. אפשר שעורך דין זה ימונה על-ידי בית-המשפט. אפשר גם שעורך-הדין ימונה על ידי העותר. כך או כך, עורך הדין ימונה מתוך רשימה של עורכי דין שעברו בדיקה ביטחונית קפדנית על ידי שירות הביטחון ונמצאו כשירים ואמינים לחלוטין. הוא יהיה מנוע מלחשוף את הראיות החסויות בפני העותר או בפני כל גורם אחר. אולם הוא יוכל לעשות בהם שימוש כאשר יופיע בפני בית המשפט, מטעם העותר, ויבקש לסייע בידי בית המשפט, לרבות בדרך של חקירת הרשות, לאמת את העובדות. אכן, גם הסדר כזה לא יהיה בו כדי לפתור באופן מושלם את בעיית העימות בין האינטרס של בטחון המדינה, מזה, לבין האינטרס של עשיית צדק, מזה, אך יהיה בו, אולי, להוסיף ולהקהות את חריפות העימות. הוא עשוי לשפר את האיזון בין האינטרסים.

התייחסות אוהדת לשיטה נמצאת גם בפסיקת בית המשפט העליון. בנוגע להליכי השימוע בטרם גירוש, העיר כבוד השופט אליקים רובינשטיין כי אולי ניתן ללמוד מההסדר שגובש בחוק האמריקאי גם להליכים המקבילים בישראל.<sup>89</sup> השופט רובינשטיין ציין שבמסגרת החוק האמריקאי ממונה עורך דין בעל סיווג מתאים, על מנת לייצג את המשיב בהליך. כבוד הנשיאה דורית בייניש הצטרפה אל הדברים בהסכמה, באומרה כי:

87 שם, בעמ' 40.

88 יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 35–36 (1989).

89 ראו עמ"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פס' לג (פורסם בנוב, 11.8.2009).



נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פיתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו משום מענה – ולו חלקי – לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על ביטחון המדינה תוך הגנה על חיסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות.<sup>90</sup>

כבוד השופט חנן מלצר מצא לנכון להצטרף לדעת חבריו בסוגיה זו והעיר:

אף אני סבור כי באותם מקרים שיש להעניק בהם זכות טיעון – ראוי לחשוב על הסדר של מינוי עורך דין מיוחד (Special Advocate), ואולם נושא זה הוא עניין למחוקק לענות בו.

ואכן, לא ניתן להתעלם מתמימות הדעים בין חברי ההרכב בנוגע לצורך לבחון שיטות חלופיות ליישום השיטה האדוורסרית בדיונים העוסקים בראיות חסויות במסגרות שונות. זאת ועוד, הערה דומה נאמרה על ידי הרכב בית המשפט העליון בעניין הליכי מעצר מנהלי:

עם זאת יתכן שיש מקום לשוב ולבדוק – והדברים נאמרים בזהירות רבה ובלא "שורה תחתונה" – רעיונות שעלו בעבר, של אפשרות למשפטן הנאמן על העצורים שיקבל אישור בטחוני מתאים, ויכול הוא להיות משפטן בכיר בשירות הציבורי לשעבר, או שופט בדימוס, ושיעניין מטעם העצורים בחומר כאיש אמן. הדבר עשוי לקרב את הדיון לעבר זכויות העצורים בלי לפגוע בביטחון. ואולם, ערים אנו לכך שהשלכות רוחב אפשריות אינן בידיעתנו המלאה, ואיננו נוטעים מסמרות.<sup>91</sup>

נסכם את האמור עד כה. ראינו כי בריטניה, קנדה וארצות הברית – כולן דמוקרטיות מערביות ליברליות, ששיטות המשפט שלהן מבוססות על המשפט המקובל, כולן דומות במהותן לשיטת המשפט הישראלית – אימצו בשנים האחרונות את שיטת הסנגורים המיוחדים. בישראל, לעומתן, טרם אומצה השיטה, אך כמה שופטים של בית המשפט העליון בישראל ומלומדים התייחסו בחיוב לאימוץ השיטה.<sup>92</sup>

90 שם, בעמ' 22 לפסק הדין, וראו גם את ההפניות לדין הקנדי והאנגלי המצויות שם.

91 ראו פרשת חלאחלה, לעיל ה"ש 56, פס' כה לחוות דעתו של השופט רובינשטיין. עמו בהרכב ישבו השופטים דנציגר וסולברג.

92 וראו Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detention in the Israeli Supreme Court*, 45 VAND. J. TRANSNAT'L L. 639, 686 (2012). קרבס מציינת במאמרה שארבעה מתוך חמישה שופטי בית המשפט העליון הביעו תמיכה, במסגרת ראיונות שערכה עמם, בשיטת הסנגורים המיוחדים למעצרים המנהליים.

### 3. מודל הסנגורים המיוחדים בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש – יתרונות מול חסרונות

צריכה האמת להיאמר: איננו סבורים כי השיטה הנוהגת היום אינה מידתית. במבחן המעשה, נתונים סטטיסטיים עקיבים לאורך השנים מלמדים על התערבות שיפוטית ממשית בהחלטות המפקד הצבאי.<sup>93</sup>

מעבר לכך, בית המשפט העליון נדרש לבחינת איכותם של הליכי הביקורת השיפוטית על צווי המעצר המנהלי בבתי המשפט הצבאיים, ופעם אחר פעם אישר אותם, במתכונת הנוכחית. עם זאת, איננו רואים את עצמנו פטורים מלשקול בכל עת שינויים אשר עשויים לטייב את השיטה הקיימת. נוכח הניסיון המצטבר של השופטים והרצון להבטיח הליך הוגן לנאשם ולחזק את מראית פני הצדק, אנו מגיעים למסקנה שניתן לשקול אימוץ מודל חדש לטיפול בראיות חסויות. הדבר אף מתיישב עם ההערות המושמעות מעת לעת נגד הליכי המעצר המנהלי.<sup>94</sup>

בעקבות הדיון שערכנו למעלה, אנו סבורים כי יש לשקול אימוץ של שיטת הסנגורים המיוחדים גם בדין האזרחי, בהליכי ביקורת שיפוטית על צווי מעצר מנהלי.

בדומה להסדר הקיים בקנדה, בבריטניה ובהליכים בנוגע לעצורי גואנטנמו, ניתן לקבוע כי הסנגורים המיוחדים יוכלו לפגוש בעצורים ובבאי כוחם רק לפני שעיניו בחומר הסודי. הם יוכלו להיות נוכחים בדיון הגלוי שיתקיים במעמד העצור המנהלי ובא כוחו – שנבחר על ידיו ומייצג אותו בהליכים הגלויים. לאחר הדיון הגלוי, ולקראת הדיון החסוי, יוכלו הסנגורים לעיין בחומר החסוי ולטעון בפני בית המשפט.

סביר להניח שיתקיימו דיונים לגופו של עניין, שבהם יעלו הסנגורים המיוחדים טענות הסותרות את טענות התביעה הצבאית, תוך הפניה לחומר הסודי. טיעוניהם של הסנגורים יכוונו לאיתור טענות הגנה לטובת לקוחותיהם, לשלילת טיעונים שהועלו על ידי התביעה והשב"כ, לחשיפת חומר ראיות רב ככל הניתן ולבחינת חלופות להליך המעצר המנהלי. הסנגורים המיוחדים יוכלו לסייע לבית המשפט בחקירה נגדית ממצה של נציגי השב"כ. הם יוכלו לבקש לקבל חומר ראיות נוסף, שקיומו עולה מהתשתית שהוצגה בפניהם, אך הוא עצמו לא הוצג. הסנגורים המיוחדים יוכלו להציע הצעות פשרה בנוגע לחשיפת החומר החסוי.

93 לשם המחשה, נדגים את הנתונים הנוגעים לביקורת השיפוטית בערכאה הראשונה על צווי מעצר מנהלי מן השנים האחרונות: בשנים 2013–2014 הייתה התערבות שיפוטית כלשהי ב-26% מהתיקים.

94 ראו למשל את דברי הביקורת במאמרה של Krebs, לעיל ה"ש 92.

שאלות כגון מסוכנות העצור, עוצמת הראיות, דיות הראיות, התרומה שעשויה לצמוח להגנה מחשיפתן ושאלות משפטיות נוספות ייבחנו תוך מתן ביטוי מלא ליתרון השיטה האדוורסרית, שבה כל צד זוכה לייצוג עצמאי. השיטה תביא לפיתוח הלכות משפטיות בתחום, ואלה יטייבו את ההליכים.

להחלטה הגלויה שבסופו של ההליך יצורף נספח סודי ובו פרטוקול הדיון. תצורף לה גם החלטה חסויה המתייחסת בפרוטרוט לראיות הסודיות ודנה בטענות הצדדים, שלא ניתן להתייחס אליהן בהחלטה הגלויה. לאחר הדיון החסוי תועבר תמצית ממנו אל העצור ובא כוחו האזרחי. אם יוגשו ערעור או עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, הנספח הסודי יועבר אל הערכאה העליונה, והיא תוכל לקבוע הלכות מנחות לערכאות שתחתיה. הסנגורים המיוחדים יוכלו להמשיך ולייצג בדיונים החסויים גם בפני ערכאת הערעורים ואף בפני בית המשפט הגבוה לצדק.

השאלה המרכזית העולה בעת יצירת המודל המעשי נוגעת לזהותם המקצועית של הסנגורים המיוחדים. כפי שראינו, הוצע כי הסנגורים המיוחדים יהיו סנגורים אזרחיים בעלי סיווג מתאים. לדעתנו כרוכים בפתרון זה קשיים לא מועטים, שעליהם יורחב בהמשך הדיון. פתרון עדיף הוא אפוא מינוים של שופטים בדימוס, שייצגו את האינטרסים של העצורים המנהליים. מוצע כי אותם שופטים בדימוס ייבחרו על ידי ועדה מיוחדת, שבראשה יעמוד שופט של בית המשפט העליון, ויהיו בה נציגים מגופים מקצועיים רלוונטיים: משרד המשפטים, לשכת עורכי הדין וגורמי משפט צבאיים.<sup>95</sup>

לחלופין, ניתן להחליט שסנגורים צבאיים, מהסנגוריה הצבאית, ייצגו כסנגורים מיוחדים, לאחר שיאושרו לייצוג על ידי אותה ועדה. למודל המוצע שלושה יתרונות בולטים:

95 וזאת בדומה לוועדה לאישור עורכי דין שיהיו רשאים לשמש סנגורים בבתי הדין הצבאיים, המוקמת מכוח ס' 317 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. ההסדר הקיים בס' 14 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 ובס' 318 לחוק השיפוט הצבאי מגביל את זכות הייצוג בהליכים שבהם קיים חשש לפגיעה בביטחון המדינה. הנאשם בהליכים אלו יכול להיות מיוצג רק על ידי סנגור שאושר על ידי אותה ועדה. לאחרונה אישר בית המשפט העליון את ההסדר האמור, תוך שהוא קובע שעל אף הפגיעה בזכות היסוד לייצוג בהליכים, היא איננה זכות מוחלטת והיא עשויה לסגת בפני ערכים אחרים. הפגיעה בה היא מידתית ומתונה, וזכות הייצוג איננה נשללת לחלוטין. נוסף על כך הועלתה בעתירה הטענה ש"כל מינוי של סניגור שהמדינה נותנת לו אישור בלתי מסויג, לוקה בכפל נאמנויות' אינהרנטי, ולכן, במישור העקרוני, אפילו אם המדינה תאשר את סיווגם, הרי שייפגעו יחסי האמון בין העותר לבינם". גם טענה זו לא התקבלה. עוד יצוין כי בהתאם לנוהג שהשתרש בהליכים חסויים בפני בית המשפט העליון, עיינו שופטי בית המשפט העליון, במעמד צד אחד, בחומר החסוי ואף הנחו את גורמי הביטחון למסור פרפראזה קצרה. ראו בג"ץ 2284/15 מקת נ' שר הביטחון, (פורסם בנבו, 2.4.2015).

**תרומה לקיומו של הליך הוגן (Due process) – המצדדים בשיטת הסנגורים המיוחדים**  
 מסכימים כולם כי השיטה תורמת למימוש טוב יותר של הזכות להליך הוגן. כפי שפירטנו לעיל, שיתופו של נציג מטעם העצור בהליכים החסויים מאפשר לו להשמיע את טענותיו ולנסות לסתור את טענות התביעה. הוא מיוצג גם בהליך החסוי, וקולו נשמע ביתר שאת. **חיזוק עקרונות השיטה האדוורסרית הנהוגה במקומותינו – המודל המוצע מגשים בצורה טובה יותר את מטרות השיטה האדוורסרית, ובראשן שלוש: (א) חשיפה מרבית ככל הניתן של הראיות החסויות; (ב) שיתופו של העצור בהליך; (ג) חתירה לגילוי האמת באמצעות חקירה נגדית של העדים ועימות בין טענות הצדדים. ההליכים לטיפול בראיות חסויות יתקברו לשיטה האדוורסרית הנהוגת בהליכים הפליליים. בסופו של יום, בכוחם של הסנגורים המיוחדים לסייע במניעת טעויות אפשריות בניתוח החומר המודיעיני והראיות החסויות ובהשגת תוצאות נכונות וצודקות יותר.**

**מראית פני הצדק –** מובן שכאשר יש ייצוג לעצור בכל ההליכים בעניינו ולא מתקיימים דיונים במעמד צד אחד, משתפרת גם תחושת העצור שההליך צודק. אף אם לא יהיה שינוי בתוצאה הסופית, לאופן שבו נראים ההליכים מנקודת המבט של העצור יש משמעות עצומה באשר ללגיטימיות של ההליכים בעיניו. אין ספק כי בכך אף יוגבר אמון הציבור בהוגנות ההליך.

**עם זאת, שיטת הסנגורים המיוחדים אינה חפה מקשיים.**<sup>96</sup> מבלי להתיימר להקיף את מלוא המשמעויות של אימוץ המודל, נפרט את הקשיים העיקריים ונתמודד עמם להלן. ראשית, המודל המוצע אינו מאפשר לעצור לעיין בעצמו בראיות החסויות. הסנגורים אינם יכולים להיוועץ בעצורים לאחר שעיינו בראיות. עם זאת, הם זקוקים כמובן לעצורים כדי לקבל את התייחסותם והערותיהם לראיות המפלילות. הם לא יוכלו לברר עמם גרסת אליבי, או טענות שעשויות להיות להם נגד מהימנות העדים או המקורות. אין חולק על כך שזהו הקושי העיקרי שעמו מתמודדות כל שיטות המשפט כאשר הן מטפלות בהליכים שבהם קיימות ראיות חסויות. ככל הנראה, לא ניתן יהיה לפתור לחלוטין את הקושי האמור, בכל שיטה שאותה נבחר לנקוט. ואולם, המודל המוצע הנו הרע במיעוטו, שכן הוא יוצר שיתוף מסוים של העצור בהליך בעניינו בחינת הראיות החסויות. אמנם הוא עצמו לא יוכל לבחון את החומר הסודי, אך נציג המייצג את האינטרסים שלו יוכל לעשות כן.

**שנית, התפקיד שהסנגורים המיוחדים ימלאו מסובך אף יותר בשל החששות העשויים להתעורר בלב העצורים בנוגע לנאמנותם של הסנגורים כלפיהם. בהיותם ממונים על ידי בית**

96 להרחבה נוספת ראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 73.

המשפט, ובהיעדר יכולת להיוועץ עם העצורים לאחר עיון בראיות, יתקשו הסנגורים המיוחדים לרכוש את אמונם של העצורים.

על כך ניתן להשיב כי אף אם העצורים המנהליים או העותרים בעתירות לגילוי ראיות חסויות, שהם פלסטינים תושבי איו"ש, לא ירחשו בתחילה אמון לאותם סנגורים מיוחדים, עם הזמן, ונוכח התוצאות החיוביות שסביר להניח שיושגו על ידי ייצוג כזה, יזכו הסנגורים המיוחדים לאמון לקוחותיהם. אלה הם פני הדברים גם בפרקטיקה המקובלת של מינוי סנגורים מטעם בית המשפט הצבאי לנאשמים שאינם מיוצגים בהליכים פליליים.<sup>97</sup> יתר על כן, וכאמור לעיל, מיסוד השיטה ומיעוט השימוש בהליכים חד-צדדיים יחזקו את האמון הציבורי בהליך.

שלישית, ניתן להעלות את הטענה שככל שהשיטה תהפוך לאדוורסרית יותר, כך עשויים השופטים לחוש שהמעורבות האקטיבית שאותה נקטו בעבר איננה נדרשת עוד. הטעמים לכך יכולים להיות הן טעמים של שמירה על האובייקטיביות המתחייבת מהשיטה האדוורסרית והן טעמים פרקטיים, כגון עומס העבודה. השופטים עלולים להסתמך על טיעוני הצדדים והפניות הצדדים לראיות ולהימנע מבחינה עצמאית ומדוקדקת של החומר, תוך חקירה אינקוויזיטורית של העדים ושל התביעה במטרה להגיע אל האמת.

נראה כי הקושי האמור איננו משמעותי. הטעם העיקרי לכך הוא שההליכים יישארו הליכים מנהליים בעלי סממנים אינקוויזיטוריים. התביעה הצבאית תמשיך להציג בפני השופט את מלוא הראיות שנאספו. השופטים יהיו אותם שופטים וימשיכו ליהנות מהניסיון והמקצועיות שרכשו. לנוכח המגבלות על פעילות הסנגורים המיוחדים, הם אף ימשיכו להתנהל כפי שהתנהלו עד כה, כשופטים חוקרים.

רביעית, יש שיטענו שקיומם של הליכים בנוכחות הסנגורים המיוחדים, אשר בוחנים את כלל המידע, יקל על השופטים להחליט שאין צורך לחשוף מידע, שבעבר היה נחשף בפני העצור. כך גם ייתכן שבית המשפט יוותר על מתן אפשרות לחקור את נציג השב"כ בדיון הגלוי, ויסתפק בחקירתו בדיון החסוי.

אנו סבורים שההפך הוא הנכון. יש לזכור כי גם כיום נחשפת פרפראזה מהחומר הסודי בלבד. לנוכחותו של סנגור מיוחד עשויה להיות תרומה ממשית לחשיפת מוגברת של ראיות חסויות, תוך העלאת טענות הגנה שונות. הדרישה לתמצות של המידע נגד העצור המנהלי לא תבוטל – העיסוק בה אף יתגבר. הוא ימשיך לקבל פרפראזה רחבה ככל הניתן של החשדות והראיות נגדו. הסנגורים יסייעו לשופט בהרחבת הפרפראזה. בסופו של יום,

97 ראו ס' 77 לצו בדבר הוראות ביטחון, המאפשר למנות סנגור מטעם בית המשפט. בפועל ממנה בית המשפט עורכי דין פלסטינים או ישראלים, בהתאם לרשימה המצויה במזכירות בית המשפט. מניסיונו, הסנגורים הממונים זוכים, בדרך כלל, לאמונם של לקוחותיהם.

המודל המוצע יעצים את העיסוק באפשרות לחשיפת ראיות חסויות בפני העצור ובא כוחו האזרחי ואת בחינתה של אפשרות זו.

יתרון נוסף מצוי בהסרת חששותיהם של אלו הטוענים היום כי השופט שומע בדיון החסוי את עדותם של גורמי הביטחון, אשר אינם נחקרים נגדית על ידי הצד שכנגד, ושומע טיעונים מצד התביעה הצבאית בלבד. נוכחות הסנגורים המיוחדים תבטל את החשש שבדיונים במעמד צד אחד נוצרת אווירה הנותנת עדיפות לסודיות.<sup>98</sup>

חמישית, אפשר לגרוס כי נוכח היותם של הסנגורים המיוחדים שחקנים חוזרים, הם עלולים לחשוף בפני העצורים מידע חסוי. הסנגורים המיוחדים ייצגו בכמה תיקים והם יאגרו אצלם את המידע המודיעיני כמו גם מידע על אודות שיטות הפעולה של השב"כ. בשיח הגלוי עם לקוחותיהם הם עלולים לחשוף, מבלי משים, מידע שנאגר אצלם. הם אף עשויים לעשות שימוש במידע בתיקים אחרים, שאותם ינהלו בהמשך הקריירה שלהם. יתר על כן, גם העצורים המנהליים עצמם הם "שחקנים חוזרים", וגם מגבירים את החשש מזליגת החומר החסוי ומחשיפתו.

מדובר בחשש שאין להקל בו ראש, לנוכח הצורך לשמור על חסיון שיטות הפעולה של השירות ומקורותיו, שעליו עמדנו בהרחבה. עם זאת, יש לזכור כי גם כיום מטפלים תובעים צבאיים במידע חסוי. פעמים רבות הם מוצבים בהמשך הקריירה שלהם בתפקיד אחר, והמידע שצברו נשאר עמם. על כן, נראה כי גורמי הביטחון סומכים על יושרתם של המשרתים בתפקידים אלו ולמצער קיימת השלמה עם הקושי האמור.

ברם, ניתן לצמצם קושי זה באופן ניכר על ידי שימוש בסנגורים מיוחדים שהם שופטים בדימוס. שופטים בדימוס צברו ניסיון רב בטיפול בראיות חסויות. סביר להניח שהם כבר נחשפו למרבית השיטות ומכירים אותן. ניסיונם ומעמדם יאפשר להם לשמור את המידע אצלם. השופטים אף זוכים לאמון רב של גורמי הביטחון.

הצעתנו החלופית – מינוי סנגורים צבאיים כסנגורים מיוחדים – יכולה אף היא לתת מענה הולם לחשש האמור. מחד גיסא, הסנגוריה הצבאית נהנית מעצמאות ייחודית ומיוקרה, המאפשרות לה לייצג ללא כל קושי את רובם הגדול של החיילים הנשפטים בבתי הדין הצבאיים במדינת ישראל. על הסנגורים הצבאיים מוטלת החובה לפעול לטובת לקוחותיהם לפני הכול.<sup>99</sup> חובה זו גוברת, על פי הדין הצבאי, על כל מחויבויותיהם האחרות. סנגורים צבאיים רשאים לעתור לבג"ץ כנגד החלטות של מפקדי הצבאי הבכירים, הפרקליטות הצבאית ואף בתי הדין הצבאיים.

98 וראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 49.

99 ליתר פירוט על אודות הסנגוריה הצבאית ראו דו"ח הוועדה לבחינת היקף הייצוג הניתן מטעם הסנגוריה הצבאית שהוגש לפרקליט הצבאי הראשי, האלוף דן עפרוני (19.3.2013), (להלן: דו"ח דורנר).

מאידך גיסא, עבור רוב הסנגורים הצבאיים, תפקיד הסנגור הצבאי אינו תפקידם הראשון במערכת הצבאית ואף לא יהיה התפקיד האחרון.<sup>100</sup> מכאן שניתן לסמוך על אמינותם בשמירת הראיות החסויות. הסנגוריה הצבאית היא חלק מהפרקליטות הצבאית, והסנגורים הצבאיים הם, בדרך כלל, בוגרי קורס קצינים ובעלי סיווג ביטחוני מתאים.<sup>101</sup> נוסף על כך, ניתן לקבוע כללים שיצמצמו את החשש האמור, כגון: איסור על ייצוג חוזר של אותו עצור מנהלי על ידי סנגור מיוחד שכבר ייצג אותו בעבר, קביעת רשימה ארוכה של סנגורים מיוחדים וקביעת "תקופות צינון" לאחר כל תיק שאותו ייצג הסנגור המיוחד, כדי שלא יצבור ידע רב מדי, וכדומה. ודוק, תמיד יוכלו לעלות טענות שאדם שאושר כסנגור מיוחד נגוע בזיקה לממסד הביטחוני, לאור עברו או לאור עצם מינויו. ואולם, אנו סבורים כי על אף המגבלות, מדובר באיזון טוב יותר בין האינטרסים המתנגשים ובפתרון שייטיב עם ההגנה על זכויות העצור המנהלי.

שישית, מנקר החשש שמא גורמי המודיעין יסתירו מפני הסנגורים המיוחדים ומפני בית המשפט מידע רגיש ביותר שבעבר היה נחשף בפני בית המשפט, וזאת מתוך רצון למנוע חשיפת מידע סודי.

לדידנו, חשש זה איננו ממשי. השב"כ עבר שינויים עמוקים בדרך פעילותו. הוא אימץ נוהלי עבודה שבהם שקיפות רבה כלפי בית המשפט. הוקמו מנגנוני פיקוח וביקורת משוכללים לבחינת פעילותו. הוא מבין את החשיבות המוקנית למהימנותו בעיני בית המשפט. שינויים אלו לא יאפשרו לארגון ולאנשים המשרתים בו לחזור על שגיאות העבר ולהסתכן בביצוע עבירות פליליות של ממש, כגון הסתרת מידע מפני בית המשפט. שביעית, אין לכחד כי צירופם של סנגורים מיוחדים עלול לגרום לריבוי דיונים ולהתמשכותם. עם זאת, זהו "מחיר" ראוי לשם ביצור ההגנה על זכויות העצורים המנהליים ולשם העמקת הדיונים המשפטיים בכל הקשור לסוגיית הבסיס הראייתי למעצר המנהלי, שהיא סוגיה הרת גורל בהליך זה.

לסיכום, אנו ערים לעובדה שהשינוי המוצע הוא גדול ורב-משמעות, אולם אנו סבורים שיתרונותיו המעשיים רבים ושיהיה בו כדי לטייב את ההליכים המתקיימים. לבסוף, נציין כי ניתן לשקול שימוש נרחב של המודל האמור בהליכים נוספים המתנהלים בפני בתי המשפט הצבאיים ובהם נבחנות ראיות חסויות, כגון: צווי הגבלה ופיקוח מיוחד, החלטות הוועדה לבחינת ביטול הקלה בעונש על תנאי ואף עתירות לגילוי

100 באשר לחשיבות זהותם של הסנגורים המיוחדים ומסלול הקריירה שלהם ראו Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 73, ה"ש 181.

101 באשר לסיווגם הביטחוני הגבוה של הסנגורים הצבאיים ראו דו"ח דורנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 25 פס' 62.

ראיה חסויה הנלוות להליכים פליליים. עם זאת, הבחינה האמורה מחייבת דיון נרחב, החורג מגדרי מאמר זה.

#### 4. מודל הסנגורים המיוחדים בבתי המשפט בישראל

יש לציין כי בישראל יש כמה הליכים מקבילים שבהם מוצגות ראיות חסויות. ראשית, מתקיימים תדיר דיונים בעתירות להסרת חיסיון הנלוות להליכים הפליליים; שנית, מעת לעת מתקיימים גם בישראל הליכי ביקורת שיפוטית על מעצר מנהלי מכוח צו של שר הביטחון; שלישית, מתקיימים הליכים מנהליים, כגון בקשות לאיחוד משפחות והליכי שימוע בטרם גירוש;<sup>102</sup> רביעית, בשנים האחרונות מתקיימים גם הליכי כליאה מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002.<sup>103</sup> לדעתנו, אין סיבה שלא לאמץ את המודל המוצע גם בהליכי המעצר המנהלי המקבילים בישראל, וזאת אף בהתאם להמלצתם של שופטי בית המשפט העליון, כאמור לעיל.<sup>104</sup> ניתן להשאיר בצריך עיון את האפשרות לעשות שימוש בסנגורים המיוחדים גם בהליכים הנוספים שצוינו.

#### סיכום

עם התעצמותם של איומי הטרור בישראל ובעולם, ניכרת מגמה של אכיפה מנהלית גוברת. במסגרת זו, נעשה שימוש רחב בראיות חסויות על רקע ביטחוני. יש חשיבות ממעלה ראשונה לשמור על חשאיות ראיות אלה, אשר חשיפתן עשויה להביא לשחיקה מצטברת באפקטיביות של שיטות החקירה והפעולה של גופי ביטחון, דוגמת שירות הביטחון הכללי. כפי שהבהרנו, חששות אלו אינם חששות בעלמא. הם מבוססים על היותם של ארגוני הטרור

102 ראו החלטת בג"ץ בעניין געאביץ, לעיל ה"ש 89.

103 הסמכות לעצור על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2001, קיימת בנוגע לאדם שהשתתף בפעולות איבה נגד מדינת ישראל ושאינו זכאי למעמד של שבוי מלחמה על פי המשפט ההומניטרי. גם כאן, הדיונים מתנהלים בדלתיים סגורות, מוצגות ראיות חסויות וניתן לסטות מדיני הראיות. בג"ץ קבע כי "המנגנון הקבוע בחוק הנו מנגנון של מעצר מנהלי לכל דבר ועניין" והחיל על הליכים לפיו את הכללים החלים על מעצר מנהלי. ראו ע"פ 6659/06 עיאר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2008). בדו"ח בצלם משנת 2009, נטען כי "נראה כי ישראל העדיפה ברוב רובם של המקרים להשתמש דווקא בחוק הלוחמים הבלתי חוקיים [על פני מעצר מנהלי – הערה שלנו נ"ב ומ"ן], משום שנוסחו מאפשר לה חופש פעולה גדול יותר ומספק הגנות פחותות לאדם הכלוא" (דו"ח בצלם לחודש אוקטובר 2009 "ללא משפט", פורסם באתר בצלם, [www.btselem.org/sites/default/files2/publication/200910\\_\(without\\_trial\\_heb\).pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files2/publication/200910_(without_trial_heb).pdf)).

104 וראו גם את התייחסותו החיובית לרעיון הסנגור המיוחד של גיל, לעיל ה"ש 68.



"ארגונים לומדים", הפועלים באינטנסיביות לאיסוף מידע על שיטות הפעולה של השב"כ ולהכשרת חבריהם להתמודד עם שיטות אלה.

הקושי העיקרי הנעוץ בשיטה הנוהגת היום לביקורת שיפוטית על צווי מעצר מנהלי הוא שהיא איננה השיטה האדוורסרית והיא נתפסת כפוגעת בזכות להליך הוגן. העצור המנהלי כמעט ואינו מעורב בהליך, דבר המעורר ביקורת רבה. לאור זאת, הצענו במאמר לשקול מודל חדש. אנו מציעים לשנות את כללי סדר הדין בביקורת השיפוטית על מעצר מנהלי ולאמץ את השימוש בסנגורים מיוחדים. הסנגורים המיוחדים יכולים להיות שופטים בדימוס או סנגורים צבאיים, אשר ייבחרו על ידי ועדה מיוחדת.