



בחזרה לעתיד

סמדר בן-נתן*

תחום הביטחון אינו תחום צנוע, הוא מבקש לקדם את פני העתיד. מזה שנה וחצי נמצא האסיר מחמד אל בל בהפרדה בשל חשש ממה שיעשה בעתיד, לאחר ש"הצטבר עליו מידע המצביע על מסוכנות גבוהה הנשקפת ממנו".¹ לאחר אותה שנה וחצי התבקש בית המשפט להאריך את החזקתו בהפרדה לתקופה נוספת של חצי שנה. ואולם, השופט תאופיק כתילי, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בנצרת, קבע כי "המידע הרלוונטי האחרון לגבי המשיב נוגע לחודשים מרץ-אפריל 2014. מידע נוסף, שהצטבר מאותו מועד ואילך, אינו מלמד כלל על מסוכנות מצד המשיב, הן לביטחון המדינה, והן לשלומם של אסירים אחרים ושל סגל הכלא, ואין בו כדי להצדיק הארכת החזקתו בהפרדה".² שופטי בית המשפט העליון ניל הנדל, צבי זילברטל ודפנה ברק-ארז, העדיפו שפה כללית יותר: "הפתרון הוא באיזון אינטרסים על פי עילות הדין, תוך ניסיון לתור אחר תוצאה מידתית שאינה ניתנת לנוסחה תחשיבית". ואותו פתרון מאוזן ונשגב שהציעו השופטים הוא "כי הבקשה [להארכת תקופת ההפרדה] תתקבל, אך בהעדר מידע רלוונטי חדש לא תוגש בקשה להארכת הפרדת המשיב בתנאי הפרדת יחיד עם תום התקופה הנוכחית".

הפתרון שהציע בית המשפט העליון בשאלת ההפרדה של אל בל, הוא למעשה אימוץ של פתרון פסיקתי מקובל מתחום המעצרים המנהליים, והידוע כ"קיצור מהותי" של תקופת המעצר. כלומר, על פי קביעת השופט המפעיל ביקורת שיפוטית, המפקד הצבאי לא יוכל להאריך את צו המעצר המנהלי מבלי שיתווספו ראיות חדשות.³ אין זה מקרה שפתרונות נודדים מתחום המעצר המנהלי אל תחום הפרדת האסירים, שהרי

* עורכת דין עצמאית המתמחה בזכויות אדם ובזכויות אדם במשפט הפלילי בפרט, ותלמידת דוקטורט בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. רשימה זו מבוססת בחלקה על הרצאה שנתנה במכון הישראלי לדמוקרטיה ביום עיון בנושא Secret evidence, counter-terrorism and criminal law, בחודש דצמבר 2012.

1 עת"א (נצ') 42930-04-15 מדינת ישראל נ' אלבל (פורסם בנבו, 14.6.2015).

2 רע"ב 4509/15 מדינת ישראל נ' אלבל (פורסם בנבו, 20.7.2015).

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



שניהם אמצעים מנהליים המופעלים כלפי אסירים, כמענה לסכנה עתידית ולא כעונש על מעשי עבר.

אבל הסכנה העתידית אינה יכולה להיות מוכחת, כמו מעשי העבר, ובדומה לכך גם לא ניתן להפריך אותה, בלי מכונת הזמן המפורסמת מהסרט האהוב. הרי רק העתיד יוכל להפריך השערה, או הערכה לגביו, שנעשית בהווה. מאחר שאינם יכולים לנסוע בזמן, מנסים השב"כ והשב"ס להשפיע על העתיד ולשנותו, על ידי הרחקת האסירים, שנחשבים בעיניהם כמסוכנים, מהאפשרות שיממשו את כוונותיהם. על ידי אותה התערבות בעתיד, נמנעת מהאסיר היכולת להוכיח כי החשש היה מופרך או בלתי-סביר מראש. הרי מרגע שהפרדנו או עצרנו את האסיר, לא ניתן לדעת אם הסכנה לא התממשה כיוון שמעולם לא היה בכוונתו או באפשרותו לממשה, או כיוון שהדבר נמנע ממנו. וכך, חוזר על עצמו המעגל השוטה, המתחיל בנבואת מסוכנות שאינה בהכרח מבוססת, ממשיך בצעדים למניעתה על ידי הפרדת האסיר או מעצרו, ומנציח את נבואת המסוכנות על ידי חוסר היכולת להפריכה. אותו המידע שעמד בבסיס ההפרדה מלכתחילה, ממשיך, בעיני שירותי הביטחון, להצדיק את הארכתה עוד ועוד.

זה כמובן אינו הכשל היחיד בפרקטיקות הביטחוניות, המופעלות באמצעות אישורים של המערכת המשפטית, ככלי טיהור.⁴ כשל מרכזי נוסף, הוא שאמצעים אלו בדרך כלל מופעלים על "אחרים" – זרים ונתיני אויב. כך המערכת הפוליטית מאבדת את אחד החסמים המרכזיים שלה – ההנחה שכל אמצעי חוקי יכול להיות מופעל גם על אזרחים מן השורה. את הזכויות של מי שאינו "אנחנו" קל יותר לשלול.⁵ כשל נפוץ נוסף הוא ההטיה השיפוטית מסוג *false positive – false negative*, הפועלת כנגד החלטה לטובת העצור. משמעות הטיה זו, היא שטעות בהחלטה שיפוטית בנוגע למסוכנות תתגלה רק אם ההחלטה תהיה לטובת העצור, כיוון שרק אם ישוחרר או ייצא מהפרדה, תהיה לו הזדמנות לבצע מעשה מסוכן. לעומת זאת, אם נתקבלה החלטה להשאיר את העצור במעצר או בהפרדה ללא שהייתה לכך סיבה מספקת – טעות שכזו לעולם לא תתגלה או תוכח.⁶ כיוון ששופטים, כמו בני אדם רבים, חוששים מנטילת סיכונים ואינם אוהבים שטעויותיהם יתגלו, הם יעדיפו החלטה שיפוטית שאין סיכוי

⁴ לתיאור יסודי וממצה של כשלי הביקורת השיפוטית בתחום המעצרים המנהליים ראו: 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)

⁵ DAVID COLE, ENEMY ALIENS: DOUBLE STANDARDS AND CONSTITUTIONAL FREEDOMS IN THE WAR ON TERRORISM (2005); Neal Katyal, *Equality in the War on Terror*, 59 *Stanford Law Review*, 1365 (2007)

⁶ Krebs, לעיל ה"ש 4, בעמ' 648.



שתתברר כמוטעית. הבעיה היחידה כמובן, היא שההעדפה הזו נעשית על חשבונם של העצורים שנשארים בהפרדה או במעצר, גם אם אמצעים אלה ננקטו בטעות או ללא סיבה מספקת. וכך, למרות שהמערכת השיפוטית מפקחת לכאורה על האמצעים המנהליים, בפועל היא משמשת ככלי טיהור, מעדיפה לא לקחת כל סיכון, משאירה את ההחלטה באחריות מערכת הביטחון ומאשרת את האמצעים שזו נוקטת.

קשיים אלו גלויים, ברורים ומוכרים, וכך גם האמצעים המנהליים, שלמרות הכול נותרים חוקיים במרבית המדינות הדמוקרטיות אם לא בכולן.⁷ למרות הדגש המושם על ביקורת שיפוטית כאמצעי בקרה על אמצעים ביטחוניים, בפועל מערכת המשפט לא מספקת בקרה משמעותית, וכנראה אינה מסוגלת לכך.⁸ העולה מן האמור הוא שיש לחפש פתרונות שאינם מסוג שכלול הביקורת השיפוטית; יש לפתח מגבלות על אפשרויות הפעולה של הארגונים הביטחוניים עצמם.

אחת המערכות שמצליחות בצורה המרשימה ביותר להגביל את הכוח השלטוני, היא מערכת המשפט הפלילי, שקובעת כללים מפורטים ביותר לגבי גבולות מרחב הפעולה של רשויות התביעה והחקירה. גם במערכת המשפט הפלילי ניתן לעצור אנשים על בסיס חומר חסוי לשם מניעת סכנה עתידית (בטרם הוגש כתב אישום), אלא שאפשרות זו מוגבלת בזמן, לשלושים יום. במקרים חריגים ניתן להאריך מעצר כזה לארבעים יום או אפילו לשלושה חודשים, אך מרגע מסוים לא ניתן להאריך מעצר כזה יותר, ללא הגשת כתב אישום. הרגע הזה, שבו חובה לשחרר את העצור, ללא קשר לכמות החומר המודיעיני שיש לגביו, הוא שמשנה את התמונה כולה. רגע שבו החוק לא מותיר שיקול דעת בידי הרשות השופטת או המבצעת – רגע שצריך להגיע גם כשמדובר במעצר מנהלי או בהחזקת אסיר בהפרדה.

כלומר, בניגוד לוויכוח המקובל בישראל בענייני אמצעים ביטחוניים מנהליים, המתמצה בניגוד בינארי בין תומכי האמצעים הללו למתנגדיהם, אני מציעה לפתח אפשרות שלישית של מידה. מעצר מנהלי או החזקת אסיר בהפרדה יהיו מותרים, אבל רק לתקופה קצובה של, למשל, חצי שנה.⁹ לא יהיה עוד מעצר הניתן להארכה בלתי

⁷ ראו לדוגמה מחקר השוואתי אחד מני רבים: Monica Hakimi, *International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving beyond the Armed-Conflict-Criminal Divide*, 33 YALE J. INT'L L., 369 (2008).

⁸ Krebs, לעיל ה"ש 4; Tamar Pelleg-Sryck, *The Mysteries of Administrative detention*, in THREAT, PALESTINIAN POLITICAL PRISONERS IN ISRAEL, 123, 127 (Baker and Matar eds., 2011).

⁹ הצעה דומה נכללה בנייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה: ענבר לוי, אלעד גיל ויוגב תובל **אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים** (בהנחיית יובל שני ומרדכי קרמניצר, 2010).



בחזרה לעתיד

מוגבלת. כזו הייתה ההמלצה בעקרונות סירקוזה ביחס להגבלה מטעמי ביטחון של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות: " No person shall be detained for an indefinite period of time, whether detained pending judicial investigation or trial or detained without charge".¹⁰ בריטניה כבר עשתה מהלך דומה לגבי צווי הגבלה למיניהם כמו מעצר בית, החמורים פחות ממעצר או הפרדה, והגבילה אותם לשנתיים.¹¹

אם לאחר חצי שנה שבה אסיר מוחזק בהפרדה, או שבה עציר מנהלי נמצא במעצר, בשליטה מוחלטת של הרשויות, מצב הנותן להן יכולות איסוף ראיות מצוינות, עדיין לא הצליחו לאסוף לגבי ראיות להעמדה לדין, ישוחרר מהפרדתו או ממעצרו. אם לאחר שחרורו, קיים חשד שנשקפת ממנו מסוכנות, ניתן לעקוב אחריו, להאזין לשיחות הטלפון שלו, לבדוק את חבריו, ולאסוף אינפורמציה וראיות. או אפילו טוב יותר, פעולות אלה ייעשו לפני המעצר או ההפרדה, כיוון שזמנה מוגבל וקצוב מראש. יש יסוד לסברה שהאפשרות הקלה לעצור ללא מגבלת זמן, גוררת עצלות והימנעות מחקירה יסודית.¹²

ייצוג אסירים בהליכי הפרדה הוא מהמשימות הקשות והמתסכלות ביותר: הנה, אפילו כאשר קרה החריג מכל, והשופט כתילי הפגין אומץ שיפוטי נדיר כשהחליט להוציא את האסיר מהפרדה, בא בית המשפט העליון ונתן החלטה הנמנעת מהחלטה – האסיר נשאר בהפרדה וההחלטה חזרה לידי השב"כ. בדומה לתחום המעצרים המנהליים, גם בענייני הפרדה לא ניתן למצוא החלטה של בית המשפט העליון להוציא אסיר מהפרדה. החלטות ספורות כאלו, שלא הוגש עליהן ערעור, ניתן למצוא בבתי המשפט המחוזיים. אין להסיק מכך שהוצאה של אסירים מהפרדה היא מסוכנת. בשנת

¹⁰ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), article 70(b)

¹¹ Terrorism Prevention and Investigation Measures Act, 2011 (TPIM Act, Eng.); Nigel Rodley, *Detention as a Prevention of Terrorism Act, 2005* (Eng.) *Response to Terrorism*, in COUNTER-TERRORISM: INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE (Ana Maria Salinas De Frias, Katja Samuel & Nigel White eds., 2012).

¹² ראו למשל, בפסקי הדין הבאים של בית המשפט העליון, שבהם נמצא שלא התנהלה חקירה מספקת בנוגע לעצורים מנהליים: עמ"מ 1/88 אנבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 840 (1988); בג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 3.6.2006); בג"ץ 5287/06 זעטרי נ' התובע הצבאי (פורסם בנבו, 20.7.2006).



2012 פתחו אסירים פלסטיניים בשביתת רעב המונית וממושכת.¹³ דרישתם הראשונה הייתה להוציא מהפרדה למעלה מחמישים אסירים פלסטיניים. בנושא זה, השביתה השיגה את מטרתה – כחמישים אסירים פלסטיניים, שהיה נדמה קודם שכלל שעתידם תלוי בבית המשפט, הם יישארו בהפרדה לנצח, הוצאו מהפרדה, ושביתה הרעב הסתיימה. רבים מאסירים אלו עדיין בבתי הכלא, אך אינם בהפרדה. מסתבר שכשיש אילוצים חיצוניים – ההפרדה אינה כה חיונית.

"הקיצור המהותי" של תקופת מעצר מנהלי או הפרדה, מתחיל להתקרב לרעיון של קביעת מגבלה עתידית על המשך השימוש באמצעי ביטחוני מנהלי, אך הוא נתון כיום לשיקול דעת שיפוטי ואינו קבוע מראש. ההגבלה מראש ובחוק של תקופת הנקיטה באמצעים ביטחוניים-מנהליים, נראית האפשרות המבטיחה ביותר להגבלת השימוש באמצעים מנהליים שוללי ומגבילי חירות, לצרכי ההווה והעתיד כאחד.

¹³ הסתיימה שביתת הרעב של האסירים הביטחוניים mako 14.5.2012 ; www.mako.co.il/news-military/security/Article-cfbd20d2cfb4731018.htm ; "בנחישות וברגישות – על שביתת הרעב של האסירים הביטחוניים" אתר שב"ס 27.9.2014 <http://ips.gov.il/Web/He/News/Articles2/9843.aspx>