

נטל כבד מנשוא: מינוי עורכי דין מיוחדים לשם התמודדות עם ראיות חסויות

סמדר בן-נתן, אילן סבן, הדר מדניק, קלה ספיר
ותומר ברזני שייקביץ*

המשפט הישראלי סולל שני נתיבים לשימוש בראיות חסויות בהליכים הנוגעים לשלילת חירות. הנתיב המשני הוא ההליך הפלילי, שם השימוש בחומר חסוי מוגבל בזמן או במהות. הנתיב המרכזי הוא הנתיב של סמכויות החירום – מעצר מנהלי, צווי הגבלה שונים, איסור יציאה לחוץ לארץ ועוד. רשימה של סמכויות מנהליות הנשענות על ראיות חסויות. מוקד ענייננו הוא בנתיב המרכזי של השימוש בראיות החסויות ובעיקר במעצר המנהלי. בני אדם מנותבים בו למחוזות קפקאיים: נשללת חירותם לא כענישה על התנהגות עבריינית שהוכחה כדין, אלא על יסוד טענה בדבר מסוכנותם הנשענת על ראיות שהם אינם מכירים, אינם יכולים להזים, אינם יכולים להסביר ואינם יכולים להציע להן פרשנות אחרת מזו שבה אוחרות רשויות הביטחון. הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז – 2017 מבקשת להתמודד באופן חלקי עם בעיית הראיות החסויות באמצעות "העמדת עורך דין מיוחד שייצג את מי שכנגדו ננקטים ההליכים, שיפעל על מנת להגן בפני בית המשפט על עניינו של האדם שכנגדו ננקטים ההליכים". עורך הדין המיוחד "יקבל לידיו את המידע החסוי" ו"יבחן את הקשר בין המידע החסוי לבין הסעד המבוקש בהליך החסוי וכן את נחיצותו של הסעד המבוקש לאור המידע החסוי, ויפעל על מנת להגן על עניינו של האדם שכנגדו נקט ההליך החסוי בפני בית המשפט". הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת בחודש מרץ 2017. יוזמה היה חבר הכנסת בצלאל סמורטריץ, ואילו הצטרפו חברי הכנסת אבי דיכטר ויעקב פרי, שניהנו בעבר כראשי שירות הביטחון הכללי, וחברת הכנסת מיכל רוזי. מאמר זה הוא תגובתנו להצעת החוק. בחרנו לאמץ את קריאת הכיוון שלה – אימוץ מודל "הפרקליט המיוחד"; אולם הניתוח שלנו, מנקודת המבט של משפט וחברה, מתבונן באופן בו מיושם המעצר המנהלי בפועל, ולכן הצענו שינויים בהסדר המוצע ועשייתו למקיף יותר ושוויוני יותר. קונקרטי, מאחר ורוב המעצרים המנהליים שמדינת ישראל מבצעת הם של פלסטינים בשטחים הכבושים, אנו מציעים להחיל הסדר דומה של עורכי דין מיוחדים גם ביחס אליהם. עוד אנו מציעים לייחד תפקיד מרכזי בהקשר זה לסנגוריה הציבורית בישראל, ולאפשר מינוי סנגורים מיוחדים ומתרגמים במימון ציבורי. מאחר והסנגוריה הציבורית אינה מוסמכת לפעול בשטחים, הצענו מודל לפיו הסנגוריה הצבאית תיקח חלק בייצוג ציבורי של עצורים מנהליים פלסטינים, ואנו מתמודדים עם האתגרים הנובעים מכך. כמו כן, אנו מציעים להחיל את הסדר הפרקליט המיוחד על

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר הוא פרי עבודה משותפת של משתתפים בקליניקה לזכויות המיעוט הערבי-פלסטיני. לעבודה זו הצטרפה סמדר בן-נתן ככותבת שותפה, ושני הכותבים העיקריים הם בן-נתן וסבן. זכינו להערות חשובות מאד, ואנו מבקשים להודות עליהן בחום למערכת כתב העת חוקים וכן לאורנה אליגון-דר, ג'ואד בולוס, דנה בולוס, חסן ג'בארין, נילי גור-אריה, דן יקיר, חגית לרנאו, ברק מדינה, קנת מן, לילה מרגלית, מיכאל ספרד והרן רייכמן. תודה מיוחדת שלוחה לויסאם שרף. עצות וסיוע אינם שקולים להסכמה לאשר מובע במאמר.

הליכים מנהליים נוספים בהם נשללות זכויות יסוד על בסיס ראיות חסויות, כגון הליכי שחרור מוקדם של אסירים והליכי איחוד משפחות ובקשות מקלט.

1. מבוא – בעיית הראיות החסויות וההצעה להפעלת פרקליט מיוחד. 2. בעיית הראיות החסויות – היבטים תאורטיים ומודלים להתמודדות מעשית; א. היבטים תאורטיים; ב. מודלים להתמודדות עם בעיית הראיות החסויות. 3. הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז-2017. 4. הצעתנו למודל הפרקליט המיוחד; א. איסור על עורך הדין המיוחד להיפגש עם האדם לאחר שנחשף לחומר החסוי, ואפשרות לקבל אישור מיוחד לכך מבית המשפט; ב. הצעותינו לשיפור ההסדר שבהצעת החוק; (1) שכלול הכלים המסורים לעורכי הדין המיוחדים וסוגיות הנוגעות למינוים לתפקיד; (א) הפרפרזה ועיקרון הגילוי המקסימלי; (ב) חומרי הגלם המודיעיניים, נוכחות חוקרי השב"כ, חקירתם והאפשרות להביא עדים ולהסתייע במתורגמנים; (ג) המנגנון למינוי עורכי הדין המיוחדים: תפקיד הסנגוריה הציבורית; (2) הרחבת תחולת הסדר עורכי הדין המיוחדים; (א) החלת ההסדר על פלסטינים בשטחים; (ב) הרחבת תחולת ההסדר להליכים נוספים המערבים ראיות חסויות – תחילתו של דיון. 5. סיכום. נספח – הצעת נוסח מתוקן להצעת החוק.

עד כה לא אומץ בשיטת המשפט הישראלית הסדר דומה [בדבר "עורכי דין מיוחדים"], חרף הקשיים הרבים שמעורר מצב הדברים הקיים היום [...] נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו משום מענה – ולו חלקי – לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על בטחון המדינה תוך הגנה על חסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות.¹

1. מבוא – בעיית הראיות החסויות וההצעה להפעלת פרקליט מיוחד

המשפט הישראלי סולל שני נתיבים לשימוש בראיות חסויות בהליכים הנוגעים לשלילת חירות. אחד מהם הוא נתיב משני והוא מתקיים בהליך הפלילי, משמע בגדרה של הדרך הרגילה להגבלת חירותו של אדם בחברה דמוקרטית. הנתיב האחר, המרכזי, הוא הנתיב של סמכויות החירום – מעצר מנהלי, צווי הגבלה שונים, איסור יציאה לחוץ לארץ ועוד רשימה ארוכה של סמכויות מנהליות להגבלת זכויות או להטלת חובות. הפעלת סמכויות אלו נשענת רובה ככולה על ראיות חסויות.

בנתיב הפלילי נעשה שימוש בחומר חסוי בשני הקשרים עיקריים, ובשניהם מוגבל שימוש זה בזמן או במהות. הקשר אחד הוא הליכי מעצר של חשוד ("מעצר ימים"), שבהם המשטרה אינה

1 ראו את דבריה של הנשיאה ביניש בע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, עמ' 22–23 (נבו 11.8.2009); גם השופט מלצר הביע שם את תמיכתו בהסדר של עורכי דין מיוחדים.

מגלה לחשוד ראיות כל עוד הוא נמצא בשלב החקירה והמעצר.² הקשר שני הוא בשלב ההעמדה לדין. ההלכה הפסוקה מורה למדינה על חובתה לחשוף בפני הנאשם את אותן ראיות חסויות שההיכרות עימן חיונית להגנתו, ואם היא מתקשה לחשוף ראיות אלו – עומדת לה הברירה לסגת מכתב האישום או מחלק ממנו.³ לעיתים נדירות מבקשת המדינה להטיל חיסיון על הראיות שבידיה, ואכן האפשרות לכך, כמפורט בהלכה הפסוקה, מצומצמת מאוד. ראיות הנותרות חסויות בהליך האישום הפלילי אינן מוצגות לבית המשפט ואינן משמשות לביסוס הרשעה. מוקד ענייננו הוא הנתיב האחר, המרכזי, לשימוש בראיות חסויות: שלילת חירות והגבלת זכויות אדם נוספות מכוח סמכויות החירום הנתונות לרשויות הביטחון. בניגוד להליך הפלילי, שבו ההכרעה בדבר זיכוי, הרשעה וענישה מסורה לבית המשפט לבדו לאחר שקיים הליך משפטי מדוקדק, סמכויות החירום מסורות לרשויות מנהליות; לבתי המשפט נתונה לכאורה רק סמכות הבקרה,⁴ ואנו מגיעים כאן למחוזות קפקאיים. מעצר מנהלי, למשל, הוא שלילה מלאה של חירותו של אדם לא כענישה על התנהגות עבריינית שהוכחה בהליכים פליליים, אלא על יסוד טענה בדבר מסוכנותו; והערכת מסוכנות זו נשענת על ראיות שהאדם שחירותו נשללה אינו מכיר, אינו יכול להזים, אינו יכול להסביר ואינו יכול להציע פרשנות אחרת מזו שבה אוזרות רשויות הביטחון.⁵

2 תיאור תמציתי של נתיב זה: "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"; סמדר בן-נתן "[בחזרה לעתיד: מחשבות על עת"א \(נצ'\) 81920-08-25 ורע"ב 4509/15 מדינת ישראל נ' אלביל "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה](#) 48 (2015). עם זאת, אפשר להגיש ראיות חסויות גם בשלב הדיון במעצר עד תום ההליכים לצורך ביסוס עילת המעצר (להבדיל מרף הראיות לכאורה הנדרש להצדקת מעצר שכזה). ראו הנחיית פרקליט המדינה 5.15 "הגשת ראיות חסויות בהליך המעצר עד תום ההליכים" (18.11.2017) <https://bit.ly/3sDVGKW>.

3 ס' 44–45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971; ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, פס" 8 (1984); ב"ש 64/87 ואנונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 533, פס" 4–5 (1987); ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832 (1999).

4 יצחק זמיר [הסמכות המינהלית](#) כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית 2859–2860 (2017) עומד על קושי זה. בהקשרו של המעצר המנהלי, להבדיל מסמכויות חירום אחרות, הביקורת השיפוטית על הפעלתו בידי שר הביטחון או המפקד הצבאי לכאורה רחבה יותר. על פי הרטוריקה הפסיקתית בית המשפט אמור להיות שותף בעל סמכות וטו על ההכרעה לגופה; זאת להבדיל מבקרה בלבד. ראו את הכרעתו של השופט בייסקי בעמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508 (1986). ואולם בהינתן בעיית הראיות החסויות, אין בכך די להועיל. נרחיב בכך מיד.

5 אנו עוסקים בנשימה אחת בראיות חסויות ובסמכויות חירום (שהפרדיגמטית שבהן היא סמכות המעצר המנהלי), שכן השילוב ביניהן הוא מבני: אין מעצר מנהלי בישראל ללא הישענות מוחלטת או מקיפה מאד על ראיות חסויות; והצורך בחסיון הוא זה שמושמע כצידוק עיקרי להפעלתן של אותן סמכויות חירום. ראו שלומי זכריה "[משונה התמונה ומשונים אסיריך' – על היציאה ממערת הקסמים של החומר החסוי והחזרה אליה: בעקבות פסק הדין בבג"ץ 317/13 ג'אבר ממדות עברה](#)

הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017 (להלן, בעיקר: הצעת החוק) מבקשת להתמודד באופן חלקי עם בעיית הראיות החסויות בהליכים מכוח סמכויות חירום, באמצעות "העמדת עורך דין מיוחד שייצג את מי שכנגדו ננקטים ההליכים, שיפעל על מנת להגן בפני בית המשפט על עניינו של האדם שכנגדו ננקטים ההליכים". עורך הדין המיוחד "יקבל לידי את המידע החסוי" ו"יבחן את הקשר בין המידע החסוי לבין הסעד המבוקש בהליך החסוי וכן את נחיצותו של הסעד המבוקש לאור המידע החסוי, ויפעל על מנת להגן על עניינו של האדם שכנגדו ננקט ההליך החסוי בפני בית המשפט".⁶

הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת בחודש מרץ 2017, סמוך להגשתה לדיון מוקדם במליאה, אך לא קודמה מאז. יוזמה היה חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' (אז ממפלגת "הבית היהודי"), ואליו הצטרפו חברי הכנסת אבי דיכטר ("הליכוד") ויעקב פרי ("יש עתיד"), שניהנו בעבר כראשי שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), וחברת הכנסת מיכל רוזין ("מרצ"). מאמר זה הוא תגובתנו להצעת החוק. בחרנו לאמץ את קריאת הכיוון שלה – קבלת מודל "הפרקליט המיוחד"; אולם נביע הסתייגויות ביחס לחלק מפרטיה ונציע הצעות תיקון והשלמה, זאת בניסיון לגבש הסדר מקיף יותר וטוב יותר לצירוף עורכי דין מיוחדים להגנה בהליכי מעצר מנהלי ובהליכים מנהליים אחרים. טענותינו והצעותינו מתבססות גם על ניסיון ארוך שנים של אחת מאתנו בייצוג של אזרחים ותושבים פלסטינים בישראל ובשטחים בפני רשויות וערכאות ישראליות. לפני שנפנה לעסוק בהצעת החוק הקיימת ובזו שאנו מציעים במקומה, אנו מבקשים להניח לדיון מצע תאורטי.

בחלקו הראשון של המאמר נציג את השאלות התאורטיות ואת הבעיות המלוות את סמכויות החירום, ובפרט את הישענותן הנכבדת על ראיות חסויות. נבקש גם להשיב לשאלה מדוע בחרנו בכל זאת לתמוך בהסדר שאינו מבטל את הבעיות הללו אלא מבקש לשפר את ההתמודדות עימן. כמו כן נעמוד על דרכי הבקרה השונות על השימוש בחומר חסוי. בחלק השני של המאמר נסביר את הצעת החוק הנוכחית, נציג מרכיבים שלה ונבחן חלק מהבעיות הכרוכות בה. בחלקו השלישי

נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 4 7
(2013); גבי לסקי "בג"ץ עברה כדוגמא לחוסר חשיבותה של גרסת העצור והגנתו המשפטית בהליך המעצר המנהלי" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 7, 10, 18 (2013).
שירי קרבס מצאה כי בשנים 2000–2010 95% מתוך 322 החלטות בית המשפט בעניין מעצרים מנהליים התבססו על ראיות חסויות שהציגה המדינה בדיונים במעמד צד אחד; Shiri Krebs, *Lifting the veil of secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, 45 VAND. J. TRANSNAT'L L. 639 (2012). מחקרה חושף גם שאין ולו הליך אחד שהסתיים בביטול צו המעצר המנהלי סמוך לאחר הוצאתו או שקבע כי הראיות החסויות שעליהן התבסס הליך אינן מהימנות (שם, בעמ' 640). ראו גם Shiri Krebs, *The Secret Keepers: Judges, Security Detentions, and Secret Evidence*, in REASONING RIGHTS: COMPARATIVE JUDICIAL ENGAGEMENT 179, 198–200, 283 (Liora Lazarus, Christopher McCrudden & Nigel Bowles, eds., 2014).

6 הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017, פ/4080/20, <https://bit.ly/3a5FnjL> (להלן: הצעת החוק).

והאחרון של המאמר נפרט את ההסדר שאותו אנחנו מציעים, ונסביר כיצד הוא מתמודד עם בעיית הראיות החסויות ועם קשיי ההפעלה של עורכי דין מיוחדים. נוסף על כך נציג בחלק זה את הצעתנו להחיל הסדר דומה של עורכי דין מיוחדים גם על מעצרים מנהליים בשטחים הכבושים, שהם רוב המעצרים המנהליים שמדינת ישראל מבצעת, ונדון בהיבטים המיוחדים הנובעים מכך.⁷ בנספח למאמר נביא נוסח קונקרטי מתוקן של הצעת החוק שבה אנו תומכים.

2. בעיית הראיות החסויות – היבטים תאורטיים ומודלים להתמודדות מעשית

א. היבטים תאורטיים

קיומם בו בזמן של שני נתיבים כה שונים – הנתיב הפלילי, שבו אפשרות המדינה להישען על ראיות חסויות היא מוגבלת ביותר, ונתיב סמכויות שעת החירום, שנשען במידה עצומה על ראיות חסויות – מגלם פרדוקס ובעינינו גם לא מעט צביעות. מצד אחד, "ישראל הנורמלית" מתהללת בשמירת הכללים והעקרונות של ההליך הפלילי: יכולתו של הנאשם להתגונן, להיחשף למלוא הראיות הרלוונטיות לעניינו, לחקור את כל העדים כנגדו, לחסום עדויות שמיעה, ושדינו יוכרע וייגזר בבית משפט. ומצד שני, "ישראל הלא נורמלית" מוותרת כמעט כליל על כל אלו, עוקפת אותם ועושה כן באופן שיטתי ומקיף⁸ – בתוך כך, מדי שנה נעצרים על ידי ישראל מאות אנשים

7 עמית פרייז ואייל נון [המעצר המינהלי במדינת ישראל ובאזור יהודה ושומרון – הבסיס העיוני מהותי, סדרי דין וסוגיות נלוות](#) 39–41 (2019). המחברים מביאים נתונים על מספר העצורים המנהליים לאורך השנים; על פי נתונים אלה, מ-1967 ועד 2016 (באופן בלתי רציף) נמצאו במעצר מנהלי מדי שנה בין מאות לאלף עצורים. ראו גם Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677.

8 את האפיונים "נורמלית" ו"לא נורמלית" אנו שואלים מהשופט רובינשטיין [בבג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת](#), פס' יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) 8.5.2012, שם הוא מאפיין את ישראל בתמצית: "ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית". למרבה העצב, האקדמיה המשפטית מקדישה מעט מאוד מחקר, הוראה וביקורת לנתיב הקשה והחשוב הזה של הראיות החסויות. חריגים חשובים לכך (חלקם מחוץ לאקדמיה המשפטית הישראלית) מופיעים לעיל בה"ש 5 ו-7 לעיל ובהערות שלהלן. ראו עוד מרדכי קרמניצר, אביעד בן יהודה, נמרוד רוזלר, גיל רוטשילד אליאסי ויונתן רום [על חבל דק – המאבק בטרור והמחויבות לזכויות אדם](#) (2017), בפרק 3 בעיקר. עבודה זו מסתמכת מצידה על שתי עבודות קודמות, חשובות מאוד אף הן; האחת היא עבודתה של Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5; והאחרת היא מאמר הסוקר שני מודלים להתמודדות עם השימוש בראיות חסויות שבהם נעסוק בהמשך ("הניהול השיפוטי" ו"הפרקליט המיוחד") ומשווה ביניהם: Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 3 (2009). וראו גם John Ip, *The Rise and Spread of the Special Advocate*, PUB. L. 717 (2008).

במעצר מנהלי לתקופות ממושכות.⁹

הצידוקים לסמכויות החירום ולראיות החסויות שבבסיסן מוכרים. המרכזי שבהם הוא "היעדר ברירה": הצורך להתמודד עם סכנות ביטחוניות ובר כבד להגן על מקורות מידע אנושיים שיהיו נתונים לסכנה ודאית אם ייחשפו; הצורך להסתיר את עצם ההתחקות אחר אדם; הצורך להסתיר אמצעי התחקות מתוחכמים וכאלה שהטמנתם הייתה כרוכה בסיכון רב; הצורך בתגובה מידית לסכנה גדולה וכדומה. הדין הפלילי מאפשר אומנם להגיב לסכנות ביטחוניות גם בשלב ההכנה, הניסיון, החברות בקבוצה או בארגון, קשירת הקשר וכדומה, ואולם – כך גורסת המדינה – אין לה מנוס לעיתים מלפנות לנתיב המנהלי, של סמכויות החירום, זאת משום שאין היא יכולה לחשוף את הראיות שבידה כפי שהיא מצווה בהליך הפלילי או שהיא נשענת על ראיות שאינן קבילות.¹⁰

ההתנגדויות לסמכויות החירום ולראיות החסויות שבבסיסן מוכרות אף הן והן חזקות מאד. לב הדברים היא הפגיעה הקשה, לעיתים האנושה, במגוון של חירויות, ובכללן הזכות להליך הוגן, שהרי הפגיעה נעשית על ידי רשות מנהלית להבדיל משיפוטית וראיותיה חסויות כמעט כולן. עוד מסבירים המתנגדים, כי מעצר מנהלי אינו יכול להיחשב לכלי חריג בשל השימוש הנרחב בו במשך שנים ארוכות מאוד, וכי הוא מאיים להשתלט ולהשחית את "הכלל" המוצהר – ההליך הפלילי. לכן הם גורסים, כי יש לבטל כליל את המעצר המנהלי ושימושים נוספים בראיות חסויות ולא "לשפר" אותם.

אם כן, הנהה הדילמה: האם לא ראוי לבטל את סמכויות שעת החירום או לפחות את חלקן, או שלא ניתן לבטלן ויש לתור אחר דרכים למתן את פגיעתן? התלבטנו כאן מאוד; קונקרטי, בשאלה אם להמשיך להתמקד במאמץ לביטולם המוחלט של המעצר המנהלי וסמכויות חירום נוספות הנשענות על ראיות חסויות או שמא להקדיש את מרב האנרגיה לשינוי ההסדר הקיים בעניינן של אותן סמכויות, והעדפנו לבסוף את האפשרות השנייה. הטענות נגד העדפה זו הן כבודות משקל; החלטנו שלא להתמודד עימן כאן בהרחבה, וחלף זאת להתמקד בבחינת הצעה לשינוי מצב הדברים הקיים באמצעות הסדר מוצע ספציפי ובגישה שיכולה להיקרא פרגמטית; עם זאת, עומדות לצדה של העדפה זו שלנו גם הצדקות תיאורטיות, ונציג את העיקריות שבהן. בחינת סמכויות החירום בישראל מנקודת המבט של משפט וחברה, משמע, התבוננות באופן שבו המשפט פועל למעשה בתוך מערך חברתי, מלמדת כי השימוש בסמכויות שעת חירום כה נפוץ בישראל ובשטחים שבשליטתה עד שדומה כי הוא מרוקן את המושג "שעת חירום" מתוכן. בספרו *Between the Rule of Law and States of Exception* טוען יואב מחוזאי ששלטון החוק (מה שכינינו לעיל: ישראל הנורמלית) ומצב החירום ("ישראל הלא נורמלית") מתקיימים למעשה כל

9 ראו את פרייז ונן, לעיל ה"ש 7; ואת Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5.
10 ראו בעיקר את פרייז ונן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79, 81–82 ו-170 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*; לעיל ה"ש 5, בעמ' 181; רינת קיטאי-סנג'רו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** 136 (2011); קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 135.

העת זה לצד זה, והם אינם הפוכים זה לזה כי אם משלימים.¹¹ השלמה זו טומנת בחובה סכנות, שכן ההסדרים המשפטיים של מצב החירום המצויים בתוקף כל העת מאפשרים למדינה לעשות כמעט כל מה שאינה יכולה לעשות בגדר "שלטון החוק" במובנו המהותי. מכיוון שמצב החירום נתפס כחריג הוא מאפשר הפרה של האלמנטים המהותיים של שלטון החוק מבלי לבטל את שלטון החוק כליל, זאת באמצעות יצירת מערכת כפולה, דו-ערכית ונוזילה המאפשרת להשתמש באמצעי חירום במגוון מצבים ולאורך זמן.¹²

ניתוח זה מבהיר את ההצדקה הראשונה להעדפת מיתון בעיית הראיות החסויות על פני ניסיון – עקר, כך אנו סוברים – לעוקרה משורש. ההבנה שהמעצר המנהלי והראיות החסויות אינם באמת חריגים, ושהשימוש במושג "שעת חירום" הוא מהלך טרורי להצדיק סטייה – שאחרת אינה מקובלת – מעקרונות שלטון החוק וזכויות האדם, מובילה אותנו למסקנה כי הדרך להפחית את הפגיעה הנגרמת לפרט מסמכויות החירום היא לזהות את "אי-חריגותן" במישור המעשה, ולקרב אותן ככל הניתן לגדר ההגנות המקובלות על פי עקרונות שלטון החוק.¹³

טעם שני שבשלו אנו מתמקדים באפשרות לשנות את מצב הדברים ביחס לראיות החסויות, להבדיל מביטול מלא של השימוש בהן, נובע מכך שאין הסכמה מוחלטת בינינו הכותבים בשאלה אם בנסיבות חירום יוצאות דופן יש מנוס משימוש מבוקר בסמכויות חירום מסוימות – כאלו שהן חמורות פחות ממעצר מנהלי (שלו אנו שותפים בהתנגדותנו) אך עדיין קשות ונשענות על ראיות חסויות.

שלישית, מאחר שמעצר על פי ראיות חסויות מקובל גם כחלק משלב המעצר בהליך הפלילי, קשה להתנגד לו כליל במסגרת סמכויות החירום. הבדל עיקרי בין השימוש בראיות חסויות בנתיב הפלילי לבין השימוש בהן בנתיב סמכויות החירום הוא השימוש בהן בהליך הפלילי מוגבל מאוד – בדרך כלל הוא יכול לבסס עילת מעצר למשך עד שלושים יום;¹⁴ הגבלה זו מאזנת חלקית את הפגיעה הקשה הגלומה בהן, בראיות החסויות. ניתן על כן לומר ששאלת הראיות החסויות היא, בחלקה, שאלה של מידה – מידת ההגבלה על השימוש בהן ועל היקף

11 Yoav Mehozay, *BETWEEN THE RULE OF LAW AND STATES OF EXCEPTION: THE FLUID JURISPRUDENCE OF THE ISRAELI REGIME* 8–20 (2016).

12 שם.

13 אכן במישור המציאות המעצר המנהלי מצוי עימנו כל העת – במשך שנים ארוכות מאוד – והוא יציב ו"בועט", מבלי שההתנגדות כלפיו מערערת את ההתמדה בקיומו ושימוש בו. ראו את המקורות הנזכרים בה"ש 5, 7 ו-8 לעיל. וכך גם לאחר שעצורים מנהליים שבתו רעב במחאה נגדו וחלקם היו על סף מוות – הוא נותר על כנו, ואף הוליד חקיקה שלא נועדה למתנו אלא "לגונן" עליו באמצעות מתן סמכות להזנה בכפייה שמכשירה פגיעה קשה בעצורים. ראו את חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה–2015, אשר עתירה נגד חוקתיותו נדחתה. ראו גם את [בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל](#) (נבו 11.9.2016).

14 ס' 15(ג) [לחוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה – מעצרים\)](#), התשנ"ו–1996. יתר על כן, קיימים סייגים גם על יכולתן של התביעה ושל המשטרה לחסות ראיות בשלבי הארכת מעצר בהליכים פליליים, ראו את [קטאי-סנג'ור](#), לעיל ה"ש 10, בעמ' 311–313; והשוו לסיגל שהב [משפט פלילי-ביטחוני](#) 155-151 (2019).

שלילת החירות הנשענת עליהן – ולא של מהות.¹⁵ מנקודת מוצא זו – לפיה מעצר הנסמך על ראיות חסויות הוא חלק משלטון החוק אך ורק כשהוא מוגבל ביותר – נוכל לבחון את הדרכים המתאימות להגביל ולהפעיל בקרה אפקטיבית על השימוש הנרחב ורב ההשלכות בראיות חסויות בגדרן של סמכויות החירום.

טעם רביעי שבשלו התמקדנו בהגבלת המעצר המנהלי וסמכויות חירום אחרות ולא בביטולם הוא תיאורי באופיו, ומגיע אף הוא מהשדה של משפט וחברה. הזכרנו לעיל את שמות יוזמי הצעת החוק, שייצגו את רוב חלקיה של הקשת הפוליטית הציונית בכנסת. חיבור לא טריוויאלי זה, בוודאי בהקשר של הסדר ביטחוני, הוא השתקפות של תופעה חשובה שכונתה בפי אחד מאתנו בשם "הקרנה היקפית".¹⁶ מדובר בהשלכותיה של נורמת איסור האפליה על מערכת המשפט של חברה ססועה, שמגוון הפלגים שבה זוכים ליחס דיפרנציאלי – משמע, חברה שיש בה מיעוטים בעלי כוח לצד מיעוטים מוחלשים. כיצד פועלת ה"הקרנה"? למשל, בשיטת משפט שמתייחסת ברצינות לאיסור האפליה ומתקיימת בה ביקורת שיפוטית חוקתית קשה להציב בבחירות הכלליות אחוז חסימה שמגונן על קהילת מיעוט אהודה או חזקה יחסית אך בד בבד פוגע במיעוט שהוא דחוי או חלש יותר.¹⁷ בשיטה כזו, הגנה על זכויותיהם של בני קהילת מיעוט מסוג אחד מקרינה על קהילת מיעוט מוחלשת ומשפרת את השמירה על זכויות יחידיה. וכך גם בענייננו. במשך עשרות שנים מופעל הכלי של מעצר מנהלי ומופעלות סמכויות חירום אחרות בלא סייג ממשי כלפי חשודים שרובם המכריע ערבים;¹⁸ אך הנה מוגשת הצעת חוק שתגונן על זכויות של חשודים יהודים – למשל כאלה שנחשדים בפעולות "תג מחיר", ואז חוברים ליוזמה חברי כנסת ממקומות אחרים על הקשת הפוליטית. כעת, אם תתקבל היוזמה היא תגונן ישירות גם על זכויות של חשודים שהם אזרחים ערבים ותושבים פלסטינים המתגוררים בירושלים המזרחית.¹⁹ לשון אחר, נציג של קהילת מיעוט חזקה שמתנגד להשלכותיהן של סמכויות

15 לעיל ה"ש 2 והטקסט המלווה אותה.

16 ראו את אילן סבן "השפעת בית המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" משפט וממשל ג 541, 551 (1996); ואת אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 565, 599 (2008).

17 השוו לבג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 12.3.2015). בפסק דין זה עתירה נגד העלאת אחוז החסימה נדחתה בדעת רוב כנגד עמדתו החולקת של השופט ג'ובראן, בעילת הסף של היעדר בשלות.

18 ביחס לאזרחי ישראל הערבים, כבר מראשית המדינה, ראו SABRI JIRYIS, THE ARABS IN ISRAEL, 29–30 (1976); Alan Dowty, *The Use of Emergency Powers in Israel*, xx1 MIDDLE E. REV. 34–46 (1988); ביחס לתושבי השטחים ראו לעיל ה"ש 7.

19 עם זאת, חשוב להוסיף כי ההקרנה ההיקפית נעקפת מעת לעת בהנמקות שונות, שתכופות רחוקות מלשכנע. ראו למשל את הנמקות המדינה וחלק מהשופטים בניסיון להצדיק את ההבדלים בין תגובות השלטון למפגעים יהודים ולמפגעים ערבים: הנמקתו של השופט סולברג בהקשרה של הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה להריסת בתים בבג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (נבו 31.12.2014) ובבג"ץ 7040/15 תמאר נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (נבו 12.11.2015); והשוו לבג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון (נבו 4.7.2017). ראו גם את

החירום על יחידים באותה קהילה מציע הגבלה ובקרה חשובה עליהן, והצעה זו תחול גם על זכויות של יחידים מקהילות מיעוט מוחלשות, שהם נפגעים הרבה יותר מאותן סמכויות.

ב. מודלים להתמודדות עם בעיית הראיות החסויות

הקשיים יוצאי הדופן הטמונים בשימוש בראיות חסויות בנתיב סמכויות החירום בולטים לעין. נתבונן בדוגמא הפרדיגמטית של סמכויות אלה – המעצר המנהלי. הפרקטיקה השגורה היא שבעת הוצאת צו המעצר מפורטות בו באורח לקוני הטענות כלפי העצור באמצעות תמצית דברים שמכונה פרפרזה.²⁰ תמצית זו היא לרוב לקונית במיוחד ומסתפקת במתן כותרת לאותן טענות (למשל: האיש הוא חבר בזרוע הצבאית של החמאס), וחומר הראיות עצמו נותר חסוי. בחומר זה יכול בית המשפט לעיין בהסכמת העצור ובאת כוחו²¹ במעמד צד אחד בלשכתו של השופט, והוא עשוי לקבל עליו הסבר מ"כלי שלישי" (מפרקליט מטעם המדינה או הצבא שאליו מועברים חומרים מהמחלקה המשפטית של השב"כ, המקבלת את המידע מחוקרי השב"כ).²² יש להדגיש כי מלבד היותן של הראיות חסויות, מדובר בחומר מודיעיני שאינו כפוף לתנאי הקבילות של ראיות בהליך פלילי. פירושו של דבר, בין היתר, הוא ששמות המקורות המודיעיניים נותרים חסויים (ויש לזכור עוד כי חלקם אנשים המקבלים תמורה בצורות שונות עבור פעילותם המודיעינית), ושהראיות יכולות גם לכלול עדויות מפי השמועה שאינן מאומתות ולכלול הערכות והשערות.²³ זאת ועוד, גם ההסברים והנימוקים שאותם זוכה העצור לשמוע מפי בית המשפט הם "רזים" מאד: "באשר להנמקת ההחלטה [השיפוטית]. לאור העובדה שעיקרה של ההחלטה מבוסס על חומר חסוי שלא ניתן לחשוף פרטים לגביו במסגרת ההחלטה, מרביתן של ההחלטות בעתירות הנוגעות למעצרים מנהליים הינן לקוניות".²⁴

הנמקתו של שופט בית המשפט המחוזי אליקים בהקשרה של הסמכות לשלילת אזרחות: [ע"ת"ם \(מנהלי חי'\) 57857-05-16 שר הפנים נ' זיוד](#) (נבו 6.8.2017) (ערעור תלוי ועומד בבית המשפט העליון בסימוכין [ע"ם 8277/17 זיוד נ' שר הפנים](#)). לביקורת על נימוקיו של השופט סולברג, ראו, בין היתר את אילן סבן "הריסה, אפליה ושיר הלל שבטי" [העוקץ](#) (4.12.2015) <https://bit.ly/3NnNtmd>.

20 קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 132, Krebs, *Lifting the veil of secrecy*; לעיל ה"ש 5, בעמ' 667; נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר "ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאים באזור יהודה ושומרון" [שערי משפט ט 61, 67–72](#) (2017); עמירה הס "הכל יפורט בחסוי" [הארץ](#) (1.1.2006) <https://bit.ly/38snZFx>; Tamar Pelleg-Sryck, *The Mysteries of Administrative Detention, in THREAT: PALESTINIAN POLITICAL PRISONERS IN ISRAEL* 123 (Abeer Baker & Anat Matar eds., 2011).

21 רצוי לציין שהסכמה זו נעשית מחוסר ברירה, בהיעדר חלופות אחרות מהסוג המטופל כאן במאמר. לביסוס קביעה זו ראו את [זמיר](#), לעיל ה"ש 4, בעמ' 2856–2857.

22 Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 187.

23 קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 167; [פרייז ונון](#), לעיל ה"ש 7, בעמ' 79–80.

24 [בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון](#), פס' 11 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 7.5.2012).

בעבר ליוו חוקרי שב"כ את התיק המתבסס על ראיות חסויות, ואז יכלו השופטים להפנות אליהם שאלות ישירות; אך זה שנים ארוכות שבת המשפט הצבאיים ויתרו על כך, ולעיתים גם בתי המשפט היושבים בערעור או בביקורת שיפוטית. בבג"ץ עברה תיאר השופט שהם את השינוי שהתרחש בהתנהלות המדינה בהליכי מעצר מנהלי ודומיהם, לפחות בשטחים, שינוי שהשלוכותיו דרמטיות: "על-פי הפרקטיקה שהתגבשה בדיונים מעין אלה, מופיע התובע הצבאי בגפו, מבלי שהוא מלווה, כפי שהיה נהוג בעבר, על-ידי נציג השב"כ".²⁵ גם השופט שאול גורדון, בעת שכהן בתפקיד נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, פירט באופן בהיר את גדר האפשר – ולצד זאת את המתקיים בפועל – בהחלטה עקרונית משנת 2002:²⁶

עד היכן מגיעה חובתו של ביהמ"ש לבדוק את החומר? אכן, אין כמעט גבול למידת הבדיקה: יכול השופט לבחון אך את סיכום המידע [שמכין השב"כ ומעביר הפרקליט], ויכול הוא לעיין אף בדיעות הגולמיות [שבסוד הסיכום (כפי שהורית)]. יכול הוא לדרוש הצגת המידע על ידי מי שמצוי באיסוף וריכוז חומר חסוי דרך כלל, ויכול הוא לדרוש התייצבות מי שטיפל בריכוז המידע בענייניו של אותו עצור העומד בפניו. יכול הוא להסתפק בהצגת המידע, ויכול הוא להעיד את נציג השירות, לאחר שהוזהר כחוק, ולחקרו ביחס לכל ידיעה וידיעה וביחס לכל מקור ומקור שבתיק.

[...]

אם נבחן היקפה של הביקורת השיפוטית לאורך זמן, לא נתקשה להצביע על שינויים מרחיקי לכת שנעשו בה – שינויים אשר היו פרי נסיבות שהזמן גרמן. עד לפרוץ האירועים האחרונים, לא רק שמלוא החומר החסוי הונח בפני ביהמ"ש, אלא שחומר זה היה מובא על ידי נציג שירות הביטחון הכללי אשר היה מציג את המידע במסגרת הדיון החסוי ואף היה משיב על שאלות ביהמ"ש.

כן נזכיר כי עד לא מזמן היה נציג שירות הביטחון הכללי מעמיד עצמו לחקירת הסנגוריה – בין אם היה יסוד לפרקטיקה זו ובין אם לאו.

בצוק העתים, משנעצרו תוך פרק זמן קצר מאות רבות של עצורים מנהליים, משהוברר כי לא ניתן יהיה להמשיך ולנהוג כבעבר וכי עמידה על התייצבות נציגי שירות הביטחון הכללי לדיון תפגע באורח אנוש ביכולתם של קומץ אנשי המקצוע האמונים על החומר החסוי למלא את תפקידם בסיכול פיגועים, החליטו

25 [בג"ץ 317/13 עברה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש](#), פס' 14 לפסק דינו של השופט שהם (נבו) 27.1.2013.

26 [ב"ש \(ערעורים איו"ש\) 88/02 התובע הצבאי נ' עויס](#) (נבו) 28.7.2002.

בתי המשפט לסטות מן הפרקטיקה המקובלת. כן הסתפקו בתי המשפט בהצגת סיכום המידע החסוי, מבלי שיהיה צורך להציג אף את הידיעות הגולמיות.

[...]

אם כך, מה נשתנה עתה, ומדוע ראיתי לדרוש אף הצגת הידיעות הגולמיות? ראשית, מקרה זה לימדנו כי ההסתמכות על סיכום המידע הינה בעייתית, ויש בה כדי להביא לשלילת חירותו של אדם ללא בסיס מוצדק. יודגש, כי אין המדובר במקרה חד-פעמי ויוצא דופן, בבחינת הפרט שאינו מלמד על הכלל, אלא שמקרה זה הינו החמור בשורה לא קצרה של מקרים בהם נתגלו פערים ואף סתירות בין סיכום המידע ובין הידיעות הגולמיות.

[...]

שמעתי במהלך הדיון על הפגיעה האפשרית במלאכתם של אנשי שירות הביטחון הכללי, אך על אלה לדעת כי גם לבתי המשפט משימה – זו שהוטלה עליהם על ידי המחוקק. ביקורת שיפוטית אמיתית וראויה, כזו אשר אינה נעשית אך כדי לצאת ידי חובה, מחייבת בדיקה יסודית של החומר החסוי – וכזאת לא נוכל לעשות ללא היזקקות לידיעות הגולמיות.

לשון אחר, בתי המשפט, ובכללם בתי המשפט הצבאיים בשטחים, מסתפקים ב"סיכום דברים" של השב"כ אשר מסכם ואף מפרש עבורם את המידע המודיעיני, ואינם מקבלים לעיונם את חומרי הגלם המודיעיניים – ואת זה ביקש נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים לשנות. כמו כן, חוקרי השב"כ לא נחקרים על החומר שאותו אספו ועל ניתוחו אלא לעיתים נדירות מאוד.²⁷ יתר על כן, "גדר האפשר" הוא רחב מזה המוצג לעיל על ידי השופט גורדון. כך למשל, טענה לפיה על השופטים לחקור בעצמם את מקורות המידע האנושיים (ולא רק את החוקרים), זאת במעמד צד אחד לא נדחתה על הסף, ברמה העקרונית; אך בית המשפט העליון, מפני השופט אור, הדגיש את חריגותה ואולי סתם עליה בכך את הגולל:

[השאלה] אם יש לקיים במסגרת הביקורת השיפוטית חקירה של המקורות המודיעיניים, אשר המידע שמסרו עומד ביסוד ההחלטה על המעצר המינהלי. ככל הידוע לי, אין תקדים לקיומו של הליך כזה במסגרת הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי. בלי להכריע בשאלה כבדת המשקל אם ומתי ניתן לקיים הליך כזה, נראה לי, כי גם אם ניתן לקיים חקירות כאמור, ברור הוא כי הדבר לא ייעשה כעניין שבשיגרה, כי אם רק במקרים חריגים שייקבעו על-פי שיקול-דעתו של

27 בנישו וויגיסר מוסיפים כי "הניסיונות לאפשר חקירת מקורות מידע בהליכי הביקורת, בין אם במעמד הצדדים ובין על ידי בית המשפט ex parte, לא צלחו"; [בנישו וויגיסר](#), לעיל ה"ש 20, בעמ' 75.

השופט המשפטי, בהתאם לאיזון בין צורכי הביטחון החיוניים... לבין זכויות
היסוד לחירות ולהליך ראוי.²⁸

למיטב ידיעתנו גם בתקופה הארוכה שחלפה מאז אותה החלטה ביחס לחקירה אפשרית על ידי בית המשפט של המקורות המודיעיניים, לא יצר בית המשפט תקדים שכזה. השינויים בהתנהלות הפרקליטות הצבאית, שהוזכרו על ידי השופט גורדון, וכן השינוי שהוזכר על ידי השופט שהם, לפיו מופיע הפרקליט מטעם המדינה ללא שמצטרף אליו נציג השב"כ, תורצו בזמנם בעומסים על השב"כ בתקופה הסוערת של פיגועי ההתאבדות בשנת 2002. והנה שינוי זה התמסד כנוהל מקובל גם שנים ארוכות לאחר שמספר העצורים הצטמצם במידה ניכרת.²⁹

התוצאה הקשה של מצב הדברים הזה, היא שלביקורת השיפוטית על הפעלת סמכויות החירום משמעות זניחה בלבד. שירי קרבס הדגימה מציאות זו. על יסוד בדיקה שיטתית של מאות תיקים בבית המשפט העליון וראיונות שקיימה עם גורמים המעורבים במעצרים מנהליים – שופטים, עורכי דין ופרקליטים – מבהירה קרבס כי למרות הרטוריקה השיפוטית, המדגישה לעיתים את בעייתיותן הרבה של הראיות החסויות, בתי המשפט מאשרים ללא שינויים את רובם המוחלט של צווי המעצר.³⁰ הרטוריקה השיפוטית מעמידה את בית המשפט בתפקיד אינקוויזטורי-אקטיבי כביכול,³¹ אך בפועל בית המשפט אינו משמש כסגור בשום אופן ואינו מתפקד כשומר סף של זכויות האדם בפני כוחן של הראיות החסויות.³² יש פגם מבני מהותי בהליך עצמו שהשופטים לא יוכלו לרפא, והוא שהשופט ניגש למלאכת בירור האמת על פי מצע שהגישו לו גורמים שאינם אובייקטיבים אלא הם צד להליך, מצע שלא נבחן על ידי הצד שכנגד.³³ בעיה נוספת היא מתן תפקיד אינקוויזטורי לשופטים הרגילים לפעול על פי עקרונות

28 השופט אור **בבג"ץ 4400/98 ברהם נ' שפי**, פ"ד נב(5) 337, 10 (1998). פסק הדין מעניין מבחינה נוספת. השופט אור מצביע על קיומן של שתי גישות בהלכה הפסוקה – מרחיבה וצרה – כלפי הביקורת השיפוטית על המעצר המנהלי, והוא מביע את תמיכתו העקרונית בגישה שהוא רואה בה מרחיבה.

29 **פרייז ונון**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 106–107.

30 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 671.

31 ראו את דבריו החשובים של השופט זמיר **בבג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נב(3) 360, 346 (1998): "הביקורת השיפוטית [...] היא כבשת הרש של העצור. היא המחסום בפני מעצר והיא המפתח אל החירות". במקרים נוספים הדגישו שופטי בית המשפט העליון בפסקי הדין כי על השופט היושב בדין מוטלת החובה לבקר את החומר החסוי כמעט כאילו הוא עצמו מייצג את העצור, ראו, בין היתר, את עניין **ברהם**, לעיל ה"ש 28; **בג"ץ 5994/03 סדר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (נבו 27.7.2003); **בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד נ"ז(6) 721 (2003); **עמ"מ 8788/03 פרמן נ' שר הביטחון**, פ"ד נח(1) 176, 186 (2003) (להלן: עניין פרמן); **בג"ץ 9441/07 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד סב(4) 77 (2007); Barak- Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22–24.

32 Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 188–190, 198–204.

33 קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 184–186; Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, מביאה מספר מקורות מן הפסיקה הבריטית הקובעים שהליך שיפוטי לעולם לא יהיה הוגן אם אחד הצדדים

אדוורסריים, ולכן אינם מורגלים למלא תפקיד חוקר ופעיל ונוטים להיבנות על טענות הצדדים, בזמן שביחס לחומר החסוי הם מקבלים עמדה של צד אחד בלבד.³⁴ גישתו של השופט שהם בעניין עברה שהוזכר לעיל מדגימה גם היא את הקשיים הללו, שכן השופט שהם מקבל את שינוי ההתנהלות (לפיו עורך הדין מטעם המדינה אינו מלווה עוד בנציג השב"כ שיכול להשיב לשאלות עובדתיות שונות) כאילו מדובר היה ב"חוק טבע" שאין לבית המשפט השפעה עליו. למרבה הצער, בית המשפט פועל כסוג של חוליה בשרשרת ומעניק כסות של הוגנות להתנהלות הרחוקה מכך.³⁵

ההליך האפשרי שתואר זה עתה – עיון של השופטים בראיות החסויות ומהלך אינקוויזיטורי שלהם כלפי החוקרים מטעם רשויות הביטחון – כונה על ידי ברק-ארז ווקסמן מודל הניהול השיפוטי (judicial management), והוא נועד להתגבר חלקית על חסיון חומר הראיות באמצעות חשיפתו לעיני בית המשפט בלבד.³⁶ אולם כפי שעולה ממחקרה של קרבס, מודל זה נכשל בישראל, ואנו מתקשים להאמין באפשרות לעשותו לממשי.³⁷

מודל נוסף שמתארים ברק-ארז ווקסמן הוא מודל הפרקליט המיוחד (advocate special). מודל זה מצוי בשימוש בין היתר בבריטניה ובקנדה, ואותו מבקשים יוזמי הצעת החוק לאמץ. לפי מודל זה, לאדם שכלפיו הופעלה סמכות החירום ממונה עורך דין מיוחד בעל סיווג ביטחוני מתאים נוסף על הסנגור המייצג אותו בכל שלבי ההליך. עורך הדין המיוחד מקבל לידי את המידע החסוי ובוחר אותו, ואז יכול לטעון בפני בית המשפט מטעם העצור, אך ללא נוכחות העצור עצמו ובא כוחו – שאינם רשאים להיחשף לראיות החסויות.³⁸

פועל באפלה ובחוסר ידיעה בנוגע לפרטיי התיק. בלי חקירה נגדית המבוססת על תמונת המידע המלאה, לא ניתן לסמוך על הממצאים בתיק.

34 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 41.

35 זו טענה שהביע סנגור בריאיון עומק עימו; Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 684. דומה כי טענה זו משתמעת גם מהמסקנות שקרבס עצמה משרטטת, שם, בעמ' 681. קרבס מסכמת שכל הגורמים שהתראיינו, ובהם השופטים, מסכימים שהמודל הקיים היום סובל מחולשות ניכרות שמונעות מהשופט להעריך את הראיות החסויות לעומק באופן עצמאי (שם, בעמ' 686). היא קוראת תיגר על מודל הביקורת השיפוטית כאשר היא קובעת שיישום המסגרת המשפטית במסגרת המודל הקיים בעייתית כאשר מדובר בראיות חסויות (שם, בעמ' 694). ללא "אינדיווידואליזציה" של כל הפעלת סמכות וקונקרטיזציה של הסיבות למעצר, אין יכולת של ממש לאסדר את משטר המעצרים המנהליים. וראו עוד Krebs, שם, בעמ' 672–673. למסקנות דומות ראו קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8; זכריה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7; לסקי, ה"ש 5, בעמ' 11.

36 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, ראו גם את קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8; Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5; Ip, לעיל ה"ש 8.

37 קרבס מסבירה ומרחיבה על הדרכים והמקומות בהם המנגנון הקיים כושל. Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 192–204.

38 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8.

חלק מהכתיבה הקיימת רואה בשני המודלים הנזכרים נתיבי בקרה חלופיים;³⁹ אך נראה לנו שמודל הפרקליט המיוחד אינו מוותר על מרכיבים חשובים במודל הניהול השיפוטי. בשני המודלים מתקיים דיון בחומר החסוי שבו לא משתתפים העצור ובא כוחו (הרגיל): במודל הניהול השיפוטי מתקיים הדיון ללא כל ייצוג של העצור, והשופט אמור לבחון את החומר בחינה יסודית ואינקוויזיטורית, ואילו במודל הפרקליט המיוחד מתקיים דיון כזה בהשתתפות הפרקליט המיוחד מטעם האדם, לאחר שהוא נחשף לחומר החסוי. דיון זה מחדד מחלוקות עובדתיות ופרשניות ולכן הוא לכאורה מחייב את השופט להיכנס אל תוך הוויכוח הזה באמצעות עיון בראיות החסויות וקבלת הסברים מהחוקרים. במילים אחרות, מודל הפרקליט המיוחד עדיף בעינינו מאחר שיש בו שתיים: ראשית, הוא מקנה לאדם ייצוג, וזה מאפשר עיון ביקורתי מטעמו בראיות החסויות, חקירת החוקרים וטיעון; ושנית, יתרונו הנוסף הוא בכך שהוא מחדיר חיים אל המודל האחר – זה של הניהול השיפוטי. מדוע? משום שבדיון שיתקיים עם הפרקליט המיוחד יתודדו מחלוקות, וחיידוד זה ידחק בשופט לעיין בחומר החסוי. בתמצית, שילוב ייצוג על ידי הפרקליט המיוחד עם ביקורת שיפוטית שנעשית הדוקה יותר בגללו, יניב התקדמות בדרך להגבלה ולבקרה ממשית על השימוש בראיות חסויות.

3. הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017

הצעת החוק שהגישו חברי הכנסת סמוטריץ', דיכטר, פרי ורוזין מבקשת לשפר את מצב הדברים הקיים בתחום הראיות החסויות בדרך של יצירת פונקציה של "עורכי דין מיוחדים", הפועלים לציודו של האדם שנגדו מופעלות סמכויות הנשענות על ראיות חסויות. כיוון דברים זה נדון בשיח המשפטי הישראלי לראשונה ביוזמת פרופ' יצחק זמיר.⁴⁰ עורכי הדין המיוחדים נוספים על עורך הדין המייצג את העצור או העצורה בכל שלבי ההליך הגלויים ("עורך הדין הרגיל").⁴¹ הם נחשפים לחומר החסוי בהליך ויש להם תפקיד כפול ביחס אליו: א. הם אמורים לפעול לחשיפה מרבית של טענות וראיות מתוך החומר החסוי, כדי לאפשר לאדם להתייחס לטענות ולראיות הנחשפות; ב. הם אמורים לספק לאדם שהם מייצגים את ההגנה המשפטית המרבית הנוספת שבכוחם להעניק: משמע למצוא חולשות שונות, פתחים שונים, בטענות המושמעות ובראיות כלפי האדם – הן בחומר הגלוי והן בחומר החסוי – ולהציג בפני בית המשפט את הפרשנות המיטבית ביותר לראיות החסויות מנקודת ראותו של אותו אדם. להלן יובאו מרכיביו העיקריים של ההסדר המוצע בהצעת החוק.

39 שם. ברק-ארו ווקסמן מסכימים כי תיאורטית שני המודלים אינם בהכרח חלופיים, וכי הם עשויים להיות משלימים, אך הם מתייחסים אליהם בפועל כחלופיים.

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

41 כדי לכלול בשפת הכתיבה עורכות דין ועורכי דין כאחד, נשתמש להלן בלשון זכר ונקבה לסירוגין (כלומר לפעמים "עורך דין" ולפעמים "עורכת דין").

התפקיד. עורך הדין המיוחד "יציג את מי שכנגדו ננקטים ההליכים", ב"הליכים מינהליים ופלייליים המבוססים על חומרים חסויים".⁴² על אף הניסוח הרחב, בפועל הוגדרה בהצעת החוק רשימה קונקרטי של הליכים חסויים, ואלו הם:
 "הליך חסוי" – הליכים שיפוטיים לפי:

- (א) סעיפים 4, 5 ו-7 לחוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 [מעצר מנהלי];
- (ב) סעיפים 108, 109, 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 [צווי צמצום וצווי השגחת משטרה];
- (ג) סעיף 65 לחוק המאבק בטרור, התשע"א-2011 (צ"ל: התשע"ו-2016) [צווי תפיסה וצווי חילוט];
- (ד) סעיף 35 לחוק סדר הדין הפליילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 [מניעת פגישה עם עורך דין בעבירות ביטחון];
- (ה) סעיפים 5, ו-6 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.⁴³

בכל הליך חסוי שכזה "בפני בית משפט או בית דין, יתייצב עורך דין מיוחד".⁴⁴ כאמור לעיל, הוא "יבחן את הקשר בין המידע החסוי לבין הסעד המבוקש בהליך החסוי וכן את נחיצותו של הסעד המבוקש לאור המידע החסוי, ויפעל על מנת להגן על עניינו של האדם שכנגדו ננקט ההליך החסוי בפני בית המשפט".⁴⁵ לשם כך, הוא "יקבל לידיו את המידע החסוי המוגש במסגרת ההליך החסוי, 24 שעות לכל הפחות לפני הדיון; נקבע ההליך למועד קרוב מ-24 שעות, יימסר החומר לעורך הדין המיוחד במהירות האפשרית".⁴⁶ הוא "יפעל ככל שניתן, על מנת להיפגש עם האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי וזאת בטרם נמסר לידי המידע החסוי";⁴⁷ אך לאחר שנחשף למידע החסוי מנוע עורך הדין המיוחד "[מ]להיפגש עם האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי או מי מטעמו, אלא באישור בית המשפט".⁴⁸ לשם מילוי תפקידו הוא רשאי "לבקש מבית המשפט להזמין לדיון בעל תפקיד הקשור למידע החסוי או להליך החסוי".⁴⁹ בהצעה פורט עוד כי "הסניגור הארצי יקבע הנחיות לביצוע תפקידו של עורך הדין המיוחד".⁵⁰

42 ס' 1 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.
 43 שם, ס' 2.
 44 שם, ס' 4(א).
 45 שם, ס' 3.
 46 שם, ס' 4(ב).
 47 שם, ס' 4(ה).
 48 שם, ס' 4(ו).
 49 שם, ס' 4(ז).
 50 שם, ס' 4(ד).

מה שמסתמן לפיכך הוא הליך מורכב, שאלו שלביו: תחילה פוגשת עורכת הדין המיוחדת את האדם, ואולי גם את עורך דינו הרגיל, ושומעת ממנו דברים על יסוד הפרפרזה ועל יסוד שאלות שמתעוררות בעקבותיה; בשלב העוקב אמורה עורכת הדין המיוחדת להיחשף לבדה לראיות החסויות ולהשמיע טענות בפני בית המשפט בעניין חשיפת חלק מהראיות החסויות; אם – בעקבות בקשה של בית המשפט או בעקבות צו שלו – מתרחבת הפרפרזה, ואם אכן נחשפות ראיות שהיו חסויות קודם לכן, כי אז יש לאדם ולעורך דינו הרגיל הזדמנות להתייחס בפני בית המשפט לטענות הספציפיות יותר; בשלב זה אמור להתקיים הליך, שלא במעמד האדם ועורך דינו הרגיל, שבו עורכת הדין המיוחדת טוענת טענות על יסוד הראיות החסויות והתמונה הכוללת יותר שהתגבשה, וכן על יסוד הפרשנות שהיא מבקשת לתת לראיות שבפני בית המשפט – אלו הגלויות ואלו החסויות.

תנאי הכשירות לתפקיד. כשיר להתמנות לעורך דין מיוחד מי שממלא את התנאים הללו:

- (א) חבר בלשכת עורכי הדין בישראל, ועסק בעריכת דין, ברציפות או לסירוגין, חמש שנים לפחות;
- (ב) בעל סיווג ביטחוני מתאים כפי שיקבעו גורמי הביטחון המוסמכים;
- (ג) בעל היכרות מוקדמת עם הליכי חקירה של עבירות ביטחון;
- (ד) קיבל הכשרה מתאימה, כפי שיקבע הסניגור הציבורי הארצי.⁵¹

מפגש עורך הדין המיוחד עם החומר הסודי וחקירת חוקרי השב"כ על אודותיו מצדיקים את הדרישה כי עורכי הדין הללו יעמדו בתנאים של סיווג בטחוני. אולם בהצעה לא נקבע מהו הסיווג הנדרש, מי ייקבע אותו, ומי יקבל או ידחה מועמד קונקרטי כזה או אחר; לכאורה ההצעה מותירה זאת כליל בידי "גורמי הביטחון המוסמכים", דהיינו שירות הביטחון הכללי.⁵² אנו מבקשים להפנות את תשומת הלב לכך שתנאי הסיווג הביטחוני טומן בחובו שתי סוגיות נפרדות: האחת עקרונית, מהי רמת הסיווג הביטחוני הנדרש? ואילו השנייה יישומית, האם פלוני עומד בדרגת הסיווג עליה הוחלט. האם המענה לשתי השאלות ביחס לעורכי הדין המיוחדים צריך להיות בידי "גורמי הביטחון המוסמכים" או שגורמים אלה צריכים להסתפק בתפקיד בדיקת ההתאמה?⁵³

51 שם, ס' 5.

52 ס' 7(ב)3 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002.

53 יש לשים לב כי לפי [חוק שירות הביטחון הכללי](#) השב"כ אחראי הן לקביעת רמת הסיווג הביטחוני והן לקביעת התאמתו של המועמד הספציפי לסיווג הנדרש, זאת ביחס למינויים בשירות הציבורי ובגופים נוספים, למעט נבחרי ציבור ושופטים. ראו שם, וכן תק' 3 [לתקנות שירות הביטחון הכללי](#) (הודעה למעביד בדבר דרישות סיווג ביטחוני לעובדיו, הודעה לאדם בדבר אי התאמה ביטחונית וועדת השגה על קביעת אי התאמה ביטחונית), התשס"ג-2003, ק"ת 6223. ראו גם תליה שטיינר [שוכרים אי-שוויון: התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי](#) 140 (מחקר מדיניות 97, 2013) (להלן: שטיינר [אפליית ערבים בשוק העבודה](#)). לעמדתנו יש לאמץ מידה של החרגה של ההסדר ביחס לסיווג הביטחוני של עורכי הדין המיוחדים. בדומה לשופטים שהם קטגוריית הזוכה להחרגה שכזו – בין היתר בהיותם גורם עצמאי המבקר גם את השב"כ – גם עורכי הדין המיוחדים אמורים להפעיל בקרה ישירה על התנהלות השב"כ. הצעתנו הקונקרטית היא להשתמש בוועדה

מי מכריע בשאלה של עמידת המועמדת או המועמד במכלול התנאים המצטברים הנדרשים לכשירות לתפקיד של עורך דין מיוחד, ומי בוחר את עורכי הדין המיוחדים מבין המועמדים השונים? שני הגורמים המרכזיים בתהליך, נוסף על "גורמי הביטחון המוסמכים", הם הסנגור הציבורי הראשי (שמיד יוצג תפקידו בגיבוש המינוי לתפקיד עורך הדין המיוחד) והוועדה "לאישור עורכי דין מיוחדים שיהיו רשאים לייצג בהליכים חסויים"; אלה חברי הוועדה:

- (1) נציג שימונה על ידי שר המשפטים, והוא יהיה יושב ראש הוועדה;
- (2) נציג שימונה על ידי נשיא בית המשפט העליון;
- (3) הסניגור הציבורי הארצי;
- (4) נציג כוחות הביטחון שימונה על ידי ראש הממשלה ושר הביטחון.⁵⁴

על פי ההצעה, "הסניגור הציבורי הארצי ימליץ לוועדה על רשימת מועמדים לתפקיד עורך דין מיוחד, העומדים בתנאי הכשירות הקבועים בסעיף 5"⁵⁵; ואם "מצאה הוועדה כי עורך דין כשיר לשמש בתפקיד, וכי הוא בעל היכרות מספקת עם הליכי חקירה בעבירות ביטחון, תאשר את המלצת הסניגור ותמנה את המועמד כעורך דין מיוחד בהליכים חסויים"⁵⁶. עוד צוין בהצעה כי "עורך הדין המיוחד הוא עובד לשכת הסניגוריה הציבורית"⁵⁷, וכי "מעמדו של עורך הדין המיוחד יהיה כשל מעמד של פרקליט המדינה; תנאי העסקתו ייקבעו בידי נציב שירות המדינה והממונה על השכר במשרד האוצר"⁵⁸.

ההצעה מכילה עוד שלוש הוראות חשובות. בסעיף 9, הנושא את הכותרת "שמירת זכויות", נכתב כי "אין באמור בחוק זה כדי לפגוע בזכויות האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי לכל הליך או לכל טענה, לרבות זכותו להתנגד לעצם קיומו של ההליך החסוי", ובסעיף 4(ח) מוענקת לעורך הדין המיוחד חסינות חלקית: "עורך דין מיוחד לא יישא באחריות כלפי מי שנגדו ננקט ההליך החסוי"; בד בבד מוטלת אחריות עונשית על עורך הדין המיוחד אם יפר חובות סודיות ביחס למידע החסוי שאליו נחשף.⁵⁹

לפני שנפנה להצעתנו לשיפור מודל עורך הדין המיוחד על פי הצעת החוק, נבקש להדגים את חשיבותו של המודל – בין במתווה המוצע בהצעת החוק ובין בזה שנציע אנו – באמצעות מקרה ידוע מהפסיקה: פרשת **אבו סעדה**.⁶⁰

פרקליט בפרקליטות המדינה, שהתכונן לתשובת המדינה לערעור שהוגש נגדה על הרשעת אדם ברצח, מצא כשל מזעזע בפעולתם של כל אחד מגורמי הבקרה הקיימים לכאורה בעת

הפועלת מכוח ס' 317–318 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955. ההצעה מפורטת להלן בטקסט המלווה את ה"ש 93–96.

54	ס' 6	להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.	
55		שם, ס' 7(א).	
56		שם, ס' 7(ב).	
57		שם, ס' 7(ה).	
58		שם, ס' 7(ו).	
59		שם, ס' 8.	
60		עניין אבו סעדה , לעיל ה"ש 3.	

שימוש בראיות חסויות, ובעקבותיו הפך בית המשפט העליון את ההרשעה. מדובר בארבעה גורמים אנושיים: א. הבקרה הפנימית של השב"כ בטרם ימליץ על שימוש בראיות חסויות כלפי אדם מסוים; ב. הבקרה של מוציאי צו מכוח סמכות הנשענת על ראיות חסויות – שר הביטחון, המפקד הצבאי בשטחים וכדומה – בטרם יחתמו על צו שכזה, או של שר המוציא תעודת חיסיון לראיות שונות – דוגמת השר לביטחון-פנים – ובמשתמע גם יועציהם המשפטיים; ג. בקרת הפרקליטות (פרקליטות המדינה או הפרקליטות הצבאית) שאמורה להתקיים נוכח הבקרה השיפוטית הצפויה; ו-ד. לבסוף בקרת בית המשפט עצמו. בפרשת **אבו סעדה** מתגלה הקלות הבלתי נסבלת שבה כשלו כל גורמי הבקרה הללו. אומנם שם נדון שימוש בראיות חסויות בגדרו של הליך פלילי בפני בית המשפט, להבדיל מבעת ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכויות מנהליות; אולם עניין זה אינו מהותי ללקחיו של מקרה זה ולתימוכין שהוא מספק למודל הפרקליט המיוחד. בשל חשיבות הפרשה נציג אותה בפירוט יחסי. תחילה יובאו דבריהם של השופטת דורנר והשופט קדמי:

1. בתאריך 1.2.1996 הוכה למוות באגף העצירים המינהליים בכלא מגידו העציר עבדול רחמן עומר זייד אלכילאני, וזאת עקב "חקירה" אלימה שבוצעה בו על-ידי עצירים אחרים חברי ארגון החמאס. החשד נפל על העציר ניזאר זקזאק (להלן – זקזאק). מן המזכר שנרשם על-ידי חוקר המשטרה בתאריך 18.3.1996 עולה, כי זקזאק נחקר באותו יום על מעורבותו בפרשה ועל ידיעותיו לגביה. זקזאק סיפר, כי שמע את זעקות המנוח בוקעות מאוהל סמוך לאוהל מגוריו. לדברי זקזאק, הוא ראה את העציר ואליד חאלד עלי, שהורה לחקור את המנוח, עומד מחוץ לאוהל, אך לא יכול היה לראות בעצמו את הנעשה בתוך האוהל משום שפתחיו היו סגורים. [...] כחצי שנה לאחר מכן – בחודש ספטמבר 1996 – מסר זקזאק הודעה רביעית למשטרה. בהודעה זו הוא סיפר, כי פתח האוהל שבו הוכה המנוח היה פתוח לרווחה, וכי דרך פתח זה ראה היטב את הנעשה בתוך האוהל. הוא הבחין במערער ובשניים נוספים כשהם מכים את המנוח. זקזאק אף היה נכון למסור עדות ברוח זו בבית-המשפט, והובטח לו כי לאחר מתן עדותו ישוחרר ממצרו ויועבר לירדן.

[...]

2. בתאריך 14.10.1997 הואשם המערער בבית-המשפט המחוזי בנצרת בעבירה של רצח. בתאריך 20.11.1997 העיד זקזאק במשפטו. בתאריך 9.12.1997 הוצאה תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת הראיות), על-ידי השר לביטחון פנים. תעודה זו התייחסה ל-32 מסמכים שנרשמו בכתב יד, ובכללם שלושת המזכרים שבהם נרשמו שלוש הודעותיו הראשונות של זקזאק שפורטו לעיל.

[...]

בית-המשפט המחוזי נתן אמון בלתי מסויג בזקזאק, הרשיע את המערער על יסוד עדות זאת בעבירה של רצח, וגזר את דינו למאסר עולם.

[...]

6. בענייננו, נכשלה הביקורת האמורה בכל שלוש רמותיה.

ראשית, מלכתחילה לא היה כלל מקום כי השר לביטחון פנים יוציא תעודת חיסיון לגבי דברי זקזאק לאחר הגשת כתב-האישום. שכן, זקזאק, שבתחילת החקירה ביקש להסתיר מפני העצירים האחרים את דבר מסירת המידע מצדו למשטרה, הסכים להפליל את המערער ושניים אחרים בדיון פומבי, וזאת בלי להסתיר את זהותו, ותוך הבטחת ביטחונו באמצעות העברתו לירדן.

[...]

שלישית, אכן, עיון קפדני של בית-המשפט בחומר הראיות החסוי שהוצג בפניו – המתחייב בשל כך שהנאשם וסניגורו אינם נוכחים בדיון – היה מגלה כי בין 32 המסמכים שהוצגו מצויים מזכרים בנוגע להודעות שמסר זקזאק עצמו [...] על בית-המשפט, למרות הרושם המטעה שיצרו דברי התובעת, היה אפוא להגיע למסקנות ברורות כי לא קיימת עוד עילה להסתיר את זהותו של זקזאק, וכי, על-כל-פנים, בחומר החסוי מצויות ראיות הדרושות להגנתו של המערער. בכך כשלה גם רמת הביקורת השלישית של תעודת החיסיון. על-אף כישלונה של התביעה במילוי תפקידה אין מקום למעט גם מאחריותו של בית-המשפט המחוזי, אשר החלטתו השגויה הובילה לקיפוח חמור של הגנתו של המערער ולעיוות דין.

[השופט קדמי – ההדגשה להלן הוספה] 1. [...] הרשעתו של המערער מבוססת על עדותו של עד יחיד, שהעיד כי ראה את המערער לוקח חלק בהכאת המנוח למוות, כאשר על-פי המידע שנמנע מן המערער, אותו עד יחיד מסר לחוקריו בתחילה כי לא יכול היה לראות מי מכה את המנוח משום שיריעות האוהל שבו הוכה היו מורדות והציע לחוקרים להחזירו למחנה המערער, שם ינסה לברר מי היו המכים.

[...]

2. כישלונם של הגורמים הנוגעים בדבר, בהערכת חשיבותו של המידע האמור להגנה, מצדיק, לדעתי, בחינת הנהגתו של הסדר פנימי, שלפיו בעתירה להסרת חיסיון מכוחו של סעיף 45 לפקודת הראיות, **תוצג עמדת המדינה על-ידי פרקליט שהוא "זר" לדיון העיקרי**, כפי שהדבר נעשה בדרך-כלל בדיון בעתירה להסרת חיסיון מכוחו של סעיף 44 לפקודה. נראה, שמעורבות בעניין העיקרי מקהה את החושים בקשר להערכת חשיבותו של מידע חסוי להגנה, וראיה לכך בעובדה,

שבחינת המידע החסוי בעיניים "זרות" לדיון העיקרי – מצדו של פרקליט מהלשכה הראשית של פרקליטות המדינה – הביאה במקרה דנא לחשיפת התקלה.

בתמצית, כל מנגנוני הבקרה הפנימיים בשירותי הביטחון ובפרקליטות וכן בית המשפט כשלו במקרה זה. הם קבעו שהחומר החסוי לא היה חיוני להגנתו של אבו סעדה, אף שהייתה לו חשיבות מכרעת ולמעשה הוא הוביל לזיכוי מאשמה. מי שגילה את הכשל היה פרקליט נוסף שקיבל את התיק לטיפולו בשלב הערעור. כישלון זה הוביל את בית המשפט העליון לקבוע שבחינת המידע החסוי בעיניים "זרות" של הפרקליט הנוסף הובילה לחשיפת הכשל ואפשרה לנאשם הגנה נאותה. בדומה להצעת החוק ולמודל "הפרקליט המיוחד", שופטי בית המשפט מציעים לבחון הסדר שלפיו פרקליט אחר – שאינו ממונה על הטיפול בתיק כולו – יטפל בנושא החומר החסוי. נזכור כי אבו סעדה נדון בהליך פלילי שבו, כאמור, מרבית חומר הראיות גלוי. בהליכי מעצר מנהלי כל חומר הראיות חסוי, ולכן על פי מודל הפרקליט המיוחד, הוא ממונה מטעם העצור ולא מטעם התביעה, ותפקידו הוא לייצג את אינטרס העצור.

4. הצעתנו למודל הפרקליט המיוחד

אנו מאמצים את הכיוון של הצעת החוק להפעיל את מודל הפרקליט המיוחד, אך איננו מאמצים חלק מפרטיה; יש לנו הצעות רבות ביחס להסדר שאותו ראוי לנקוט. להלן נפרט ונמק זאת בהרחבה, ונביא בסוף המאמר, כנספח, נוסח קונקרטי של הצעת חוק מלאה. בתמצית, אנו מציעים גילוי מקסימלי של פרפרזה מהחומר החסוי; חקירה נגדית של נציג השב"כ בידי הפרקליט המיוחד; הפקדת מנגנון הבחירה של עורכי דין מיוחדים בידי הסנגוריה הציבורית, בחירת עורכות דין ועורכי דין מתאימים שיעמדו בתנאי סיווג ביטחוני ומינוי עורכי דין מיוחדים פרטיים או ציבוריים; הרחבה של הסדר הפרקליט המיוחד גם למעצרים מנהליים על פי החקיקה הצבאית בשטחים, שם תהיה הסנגוריה הצבאית אחראית לבחירתם ולמינויים של עורכי דין מיוחדים ציבוריים; וכן בניית מענה הולם בתחום התרגום הדו-כיווני בין ערבית ועברית.

הצעותינו מתבססות גם על המשפט ההשוואתי. מנגנון עורכי הדין המיוחדים פותח במדינות אחרות והן צברו ניסיון בהפעלתו.⁶¹ לפיכך, מן הראוי ללמוד גם מניסיון זה, בזהירות המתחייבת מכל בחינה השוואתית. קנדה ואחריה בריטניה גיבשו את מודל הפרקליט המיוחד בהקשרם של הליכים הנוגעים להגירה ולבקשות מקלט. טריבונלים מיוחדים להגירה בשתי המדינות התבקשו

61 לסקירה משפטית השוואתית מקיפה של מודל עורכי הדין המיוחדים בקנדה, בבריטניה, בניו-זילנד ובדנמרק, ראו את ליאור בן דוד "מינוי 'עורכי דין מיוחדים' בהליכים הכוללים שימוש בראיות חסויות מטעמים ביטחוניים – סקירה משווה" הלשכה המשפטית בכנסת: תחום חקיקה ומחקר משפטי (2016) <https://bit.ly/2ZiJhQF> (להלן: סקירת הלשכה המשפטית בכנסת).

לקבוע אם סיבות ביטחוניות מצדיקות את החזקתם במעצר של אזרחים זרים או את גירושם, ואם כוונת הגירוש עומדת בתנאים הקשורים להגנה על זכויותיהם למשפט הוגן והגנה עליהם מפני עינויים במדינות המוצא שלהם.⁶² השימוש בפרוצדורה זו גבר בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001, במסגרת תהליך גירושם של מי שאינם אזרחי אותן מדינות ושנחשדו בפעילות המסכנת את ביטחון הציבור.⁶³ בתקופה זו הורחב השימוש במנגנון הפרקליט המיוחד בבריטניה גם למעצרים מנהליים ולצווי הגבלה מכוח חקיקה למאבק בטרור.⁶⁴

בהשוואה למדינות אלו, המפעילות סמכויות חירום בעיקר כלפי זרים, ישראל עושה שימוש רווח בכלים של מעצר מנהלי וצווי הגבלה גם כלפי אזרחיה. במקביל ובעיקר, היא מפעילה אמצעים אלו כלפי הפלסטינים בשטחים (שהם "תושבים מוגנים" הנתונים ל"תפיסתה הלוחמתית") וכלפי תושבי מזרח ירושלים (שהם תושבי קבע שלה).⁶⁵ בעבר גם בריטניה השתמשה בכלי של מעצר מנהלי כלפי אזרחיה – צפון אירלנד הייתה דוגמה מובהקת – אולם היא חדלה מכך. ישראל עושה כאמור שימוש רב במעצר המנהלי; מצב דברים זה קשור בעיקר לשליטה הישראלית ולהתנגדות לה בגדה המערבית ובמזרח ירושלים, והוא מתקיים במשך שנים רבות מאוד. כלומר, מקורו של השימוש במעצר מנהלי בישראל אינו בהליכי הגירה אלא בסמכויות שעת חירום בישראל ובריני "תפיסה לוחמתית" בשטחים. משום כך, הרי שבהמשך נשמיע הצעה באשר לתפקידה של הסנגוריה הצבאית, בהשראת ניסיונה של הסנגוריה הציבורית בישראל והניסיון האמריקאי ביחס לעצורים זרים חשודים בטרור שמונו להם סנגורים מצבא ארצות הברית.

בבריטניה ובקנדה לא נעשה שימוש נרחב במעצר מנהלי כפי שנעשה בישראל. שם גם לא נעשה שימוש במודל הניהול השיפוטי; הבחירה הייתה במודל הפרקליט המיוחד.⁶⁶ לא מדובר בפתרון קסם: עורכי הדין המיוחדים באנגליה מדווחים על תסכול רב מניהול ההליכים החסויים – הם חשים שנעשה בהם, עורכי הדין, שימוש כאמצעי למתן לגיטימציה להליכים פגומים מעיקרם, ומביעים ביקורת על הליכים אלו.⁶⁷ אולם, את הביקורת הזו אין להבין כמכוננת כנגד מודל הפרקליט המיוחד דווקא, אלא כמכוננת כלפי עצם השימוש בראיות חסויות בענייני הגירה וביטחון, ואנו כאמור שותפים לה. הפרקליט המיוחד ממתן את הפגיעה בעצור ולא מרפא אותה.

62 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 25–27; [בנישו וויגיסר](#), לעיל ה"ש 20, בעמ' 82; DAVID ANDERSON & CLIVE WALKER, DEPORTATION WITH ASSURANCES 21–26 (2017) <https://bit.ly/3jz7DNo> (להלן: ANDERSON & WALKER).

63 Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 182.

64 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26; סקירת הלשכה המשפטית בכנסת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4.

65 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677. ראו גם את [פרייז ונון](#), לעיל ה"ש 9, בעמ' 39–42.

66 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 653.

67 Kent Roach, *Must We Trade Rights for Security? The Choice between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, 27 CARDOZO L. REV. 2151, 2192 (2006).

א. איסור על עורך הדין המיוחד להיפגש עם האדם שנחשף לחומר החסוי, ואפשרות לקבל אישור מיוחד לכך מבית המשפט

נפתח דווקא בנקודה מרכזית של הצעת החוק שהוגשה – הכרעה מסוימת בדילמה חשובה, שעומדת על פניה מסכימים. המכנה המשותף בין הצעת החוק העומדת בפנינו לבין ההסדרים הקיימים בבריטניה, בקנדה ובניו-זילנד הוא האיסור על פגישה בין האדם לבין עורכת הדין המיוחדת לאחר שנחשפה לחומר החסוי, אלא באישור מיוחד של בית המשפט.⁶⁸ החשש הוא פן היא תחשוף פרטים מתוך החומר גם שלא ביודעין. על פי סעיף 4(ו) להצעת החוק תוכל עורכת הדין המיוחדת לבקש מבית המשפט אישור להיפגש עם האדם גם לאחר שנחשפה לחומר החסוי. מימוש אפשרות זו תלוי בגישתו של בית המשפט שבפניו נדונה בקשה שכזו וביחסי האמון בין בית המשפט לבין עורכת הדין המיוחדת.

ג'ון איפ (Ip) כותב שהניסיון הבריטי מלמד כי גם בהתקיים מנגנון אישור כזה, הוא היה מאתגר לרוב בערעור על ידי השר המוסמך (Home Secretary), וברוב המקרים קיבל בית המשפט את עמדת השר והתקשורת נאסרה בפועל.⁶⁹ אכן, עורכי הדין המיוחדים באנגליה מדווחים כאמור על תסכול רב בהקשר זה.⁷⁰ ביקורת זו היא גם נחלתם של אחרים, הממליצים לאפשר מפגש בין עורך הדין המיוחד לבין האדם גם לאחר שנחשף לחומר החסוי וללא צורך באישור בית המשפט.⁷¹ טענת המבקרים היא כי האפקטיביות של הסדר עורכי הדין המיוחדים תיגרע מאוד אם עורך הדין המיוחד לא יורשה להיות בקשר שוטף עם לקוחו לאורך ההליך כולו, כולל (ואולי בעיקר) לאחר שנחשף לראיות המוחזקות נגד האדם.

לאחר התלבטות אנו ממליצים לוותר בנקודה זו. הנה טעמינו לכך. כפי שצינינו בפתח הדברים, אנו מתנגדים למעצר המנהלי מדעיקרה, אלא שאחרי שנים ארוכות של התנגדות, עקרה במישור המעשי, ויתרנו. המפורט בעמודים אלו הוא הצעת חוק לחברה הישראלית, שמרכיביה מתחשבים בהנחות ובהשערות הקשורות להתנהלותה של החברה הישראלית ויחסי הכוח בתוכה. הנה עיקריות שבהן: קיומן של "התפרצויות חירום" עתיות, שבהן יש שימוש מסיבי בסמכויות חירום הנשענות על ראיות חסויות; צורך רב בבקרה על שימוש זה; בקרה שלא מתקיימת כמעט

68 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28.

69 Ip, לעיל ה"ש 8, בעמ' 217.

70 Roach, לעיל ה"ש 67.

71 ראו את המלצות הוועדה המשותפת לזכויות אדם באנגליה: Joint Committee on Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: 28 days, intercept and post-charge questioning, 2007, HC- 394, 205 (UK) Craig Forcese & Lorne Waldman, *Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom and New Zealand in the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings*, CANADIAN CENTRE FOR INTELLIGENCE AND SECURITY STUDIES 63 (2007); לילה מרגלית ואדם שנער נייר עמדה בעניין תזכיר חוק המאבק בטרוור, התש"ע-2010 12 (נייר עמדה, האגודה לזכויות האזרח 2010) <https://bit.ly/3wmIqwM>.

על ידי השופטים; צורך רב – אם תתקבל הצעתנו – במספר רב של עורכי דין מיוחדים; רצוננו הברור כי עורכי דין ערבים-פלסטינים יהיו חלק מאותם עורכי דין מיוחדים (ביחס לעורכי דין פלסטינים מהשטחים לא העזנו לקוות); ועוד.

לשון אחר, איננו חולקים על המחיר הממשי הכרוך בהסדר המונע פגישת עורך הדין המיוחד עם לקוחו לאחר היחשפות עורך הדין לחומר החסוי. הכרעתנו נובעת מהצורך לבחור בין רעות. מתן אפשרות לתקשורת בין האדם לעורך הדין המיוחד לאחר שזה נחשף לחומר הראיות הסודי אכן מעצימה את האפקטיביות של פעולת עורך הדין המיוחד, אך בו זמנית היא מגבירה את הסיכון של חשיפת ראיות. לכן, להערכתנו, בישראל היא תגרום להחמרת דרישת הסיווג הביטחוני מעורכי הדין המתמנים לתפקיד, וכפועל יוצא תשפיע על זהותם ותוביל לצמצום ניכר במספרם.

אנו בוחרים להעדיף שלא לשלם את המחיר הצפוי משלושה טעמים עיקריים. ראשית, לתפיסתנו שמירה על מספר רב יחסית של עורכי דין בעלי סיווג ביטחוני שדי בו היא חיונית, במיוחד בתקופות שבהן נעשה שימוש נרחב ולעיתים המוני בסמכויות חירום.⁷² שנית, עמדתנו קשורה גם בכך שמטבע הדברים, עורך הדין המיוחד אכן מוגבל מאוד ביכולתו לדון עם האדם על נושאים העולים מהמידע החסוי, שכן דיון כזה עלול לחשוף מידע שמוצדק להסתיר. מצב הדברים הבסיסי מגביל לפיכך מראש את יכולת הדיון בין עורך הדין המיוחד והאדם, אף לו לא הייתה הגבלה פורמלית על דיון שכזה. שלישית, כאמור לעיל, ההצעה – גם המקורית וגם שלנו – מותירה, בניסבות מיוחדות, את אפשרות המפגש בין עורך הדין המיוחד ולקוחו אם יאשר זאת בית המשפט.

כמשקל נגד לקושי שמעוררת הגבלת הדיון בין עורך הדין המיוחד לבין האדם, נציע להלן מנגנונים שטמונה בהם תרומה ממשית לאפקטיביות המודל של עורכי הדין המיוחדים. מדובר בהסדרים שאינם מפורטים כלל או שאינם מפורטים דיים בהצעת החוק.

ב. הצעותינו לשיפור ההסדר שבהצעת החוק

(1) שכלול הכלים המסורים לעורכי הדין המיוחדים וסוגיות הנוגעות למינויים לתפקיד

(א) הפרפרזה ועקרון הגילוי המקסימלי

המשפט המשווה מגלה דרישה מרכזית בהקשרן של ראיות חסויות – היא הדרישה למסירת תמצית של אותן ראיות (דרישת ה-gist). תמצית זו אמורה לבטא בהרחבה רבה ככל האפשר את טענות המדינה נגד האדם.⁷³ התמצית היא בסיס עיקרי לשיח בין האדם ובין עורכי דינו (הרגיל

72 ראו למשל את ההתייחסות למספר העצורים המנהליים בזמן האינתיפאדה השנייה אצל Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 654.

73 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6.

והמיוחד). ללא פירוט נדיב ככל האפשר של הטענות, נפגעת מאוד יכולתה של עורכת הדין המיוחדת לסייע להגנתו של האדם. היא תתקשה לשמוע ממרשה פרטים אשר רלוונטיים להגנתו ולהשמיע בפני בית המשפט טענות נגד נוכח עמדת המדינה. כמו כן, תקשה עליה מלאכת הזיהוי של אותן ראיות חסויות שכדאי להשקיע מאמץ מיוחד בשכנוע בית המשפט לבטל את חסיוןן או לפרשן בפרשנות אחרת מזו שנתנה להן המדינה.

הדרישה לפרפרזה עוגנה לאחרונה בסעיף 65(ג) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (בהקשר של הכרזה על ארגון טרור וצווי תפיסה מנהליים), כעניין הנתון לשיקול דעת בית המשפט:

החליט בית המשפט לקבל ראייה חסויה, יודיע לצד השני על כוונתו לעשות כן, ורשאי הוא להורות על העברת תמצית של הראייה החסויה לצד השני או לבא כוחו, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע באינטרס שבשלו נקבע [...] כי הראייה חסויה.⁷⁴

סמכות זו, שהפעלתה היא עניין שבשיקול דעת, צריכה לטעמנו להתנסח כחובה המוטלת על רשויות הביטחון ופרקליטיהן. בבית המשפט האירופי לזכויות אדם נדונה דרישת הפרפרזה במסגרת פרשת A. v. United Kingdom, ובעקבותיה קבעו בית המשפט ובית הלורדים באופן החלטי כי מינויו של עורך דין מיוחד נוסף על מילוי הדרישה הבסיסית להודיע לאדם (ולבא כוחו) את מהות הטענות נגדו; עוד נקבע כי החובה היא לספק מידע במידה שמאפשרת לאדם לתת לעורך הדין הוראות אפקטיביות.⁷⁵ במילים אחרות, הפסיקה האירופית התייחסה לדרישת תמצית המידע באופן כפול: ראשית כדרישה מהותית להיקף מידע שיענה לסף של אפקטיביות (התמצית צריכה לאפשר לאדם "לתת הוראות אפקטיביות לעורך הדין"), ושנית כדרישה קשיחה, שבלעדיה גם מינוי עורך דין מיוחד אינו יכול להפוך את ההליך להוגן ברמה מינימלית. כעניין שבפרקטיקה, בהליכים המתקיימים בפני הטריבונל הבריטי המיוחד SIAC, שבמסגרתו ממונים עורכי הדין המיוחדים, מוצג מזכר (משמע, תמצית) של משרד החוץ הבריטי המפרט את הנסיבות בבסיס הבקשה לעצור או לגרש חשוד, ונציג של המשרד עומד לחקירה נגדית בפני הטריבונל.⁷⁶ בפסק הדין הנזכר נאמרו דברים חשובים בעניין הצדקת הצורך בפירוט מרבי:

במקרים אחרים, אפילו כשרוב הראיות או כולן נותרו חסויות, אם ההאשמות שנכללו בחומר הגלוי היו ספציפיות מספיק, המבקש היה יכול לספק לבאי כוחו

74 ס' 65(ג) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2006.

75 Barak-Erez & Waxman; A. v. United Kingdom, App. No 3455/05, Eur. Ct. H.R. 84 (2009) לעיל ה"ש 8, בעמ' 17-18; מרגלית ושנער, לעיל ה"ש 71, בעמ' 10. בית הדין האירופי לצדק, שדן אף הוא בנושא של ראיות חסויות, קבע כי יש ליידע את האדם לכל הפחות במהות (essence) החשדות שבגינם ננקטו נגדו הליכים: Case C-300/11, ZZ v. Sec'y of State for the Home Dep't, 2013 E.C.R. 363. ראו עוד בהקשר זה גם את קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 163-165.

76 ANDERSON & WALKER, לעיל ה"ש 62.

ולפרקליט המיוחד את המידע שבעזרתו אפשר לסתור אותן, [...] לדוגמה, ההאשמה נגד כמה מבקשים על שהשתתפו במחנה אימון של טרוריסטים במקום מסוים בתאריכים מסוימים. כשאופי ההאשמה היה ידוע לו, היה יכול המבקש לספק לפרקליט המיוחד הוכחה לחפותו, למשל אליבי או הסבר חלופי לנוכחותו שם, שהיה בו די כדי לאפשר לפרקליט לסתור את ההאשמות.⁷⁷

מה באשר למצב בישראל? אומנם הפסיקה עמדה על הצורך למסור לאדם תמצית מפורטת "ככל האפשר" של הטענות נגדו, אך כאמור לעיל הפרקטיקה רחוקה מכך.⁷⁸ ההחלטה שהוזכרה לעיל בעניין **עברה**, שבה נדונה עתירה של עציר מנהלי בשטחים, מדגימה הן את חשיבות הפרפרזה הראשונית והן את הפער בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה.⁷⁹ התובע הצבאי נמנע שם מלענות על שאלות בא כוחו של העציר המנהלי, ובדיון בבית המשפט העליון התברר בדיעבד כי התשובות לשאלות כלל לא היו חסויות. בית המשפט התבטא בחריפות בנוגע לפגם זה בהתנהלות התביעה הצבאית, וחייב אותה למסור לעותר תשובות לשאלות ששאל; אך בה בעת קיבל החלטה שמאשרת את המעצר המנהלי שהוטל לגופו של עניין ודחה את העתירה על בסיס הראיות החסויות. הביקורת הראויה שהושמעה על החלטה זו היא שבית המשפט פסח על החובה לשמוע את תגובתו של העציר המנהלי ובא כוחו לאחר מתן התשובות לשאלות שלא נענו בשלב הראשון טרם הכריע בשאלת ההצדקה למעצר מנהלי.⁸⁰

אנו מסכימים עם מרגלית ושנער – שמצידם מסכימים עם עמדתם של פורסיו וולדמן – כי הכלל לעניין חסיון חומר צריך להיות של גילוי מקסימלי של החומר לאדם, והסמכות להטיל חסיון צריכה להינתן לבית המשפט, להבדיל מרשויות הביטחון.⁸¹ זאת ועוד, אין להסתפק בדרישה המקובלת בישראל כיום כי התמצית תהיה "מקיפה ככל האפשר", אלא להבהיר כי "הכנת התמצית תיעשה באופן שיאפשר התגוננות מצד האדם".

אנו מסכימים עוד שעורכת הדין המיוחדת צריכה להשתתף בהליך ביניים שבסופו תתקבל החלטת בית המשפט בשאלה איזה חומר – אם בכלל – יוסתר מהאדם. נוסח סעיף המטרה בהצעת החוק שבפנינו וכן נוסח הסעיף בדבר תפקידי עורך הדין יכולים להיות בהירים יותר

77 עניין *United Kingdom*, לעיל ה"ש 75 (תרגום מובא אצל קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 162). השוו גם לדבריו הידועים של השופט לנדוי ב**בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים**, פ"ד ז 534, 541 (1953): "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח".

78 ראו את המקורות לעיל בה"ש 20.

79 עניין **עברה**, לעיל ה"ש 25.

80 ראו את: Krebs, *The Secret Keepers*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 195–196; **זכריה**, לעיל ה"ש 5; **לסקי**, לעיל ה"ש 5; קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 180–181. קרמניצר ועמיתיו מנתחים שם בעיות דומות בשני פסקי דין אחרים: **בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד נט(2) 865 (2005); **ע"פ 1221/06 עיאר נ' מדינת ישראל** (נבו 14.3.2006).

81 מרגלית ושנער, לעיל ה"ש 71, בעמ' 12.

בהקשר זה, אך נראה שהם מכוונים לכך. בהצעת החוק נכתב כי עורך הדין המיוחד "יפעל על מנת להגן על עניינו של האדם שכנגדו ננקטים ההליכים", והגנה זו הרי לא תיכון ללא האפשרות להעמיד במבחן את קביעות גורמי הביטחון בעניין עצם החיסיון של החומרים השונים. יתר על כן, על פי סעיף 9 להצעה "אין באמור בחוק זה כדי לפגוע בזכויות האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי לכל הליך או לכל טענה, לרבות זכותו להתנגד לעצם קיומו של ההליך החסוי". עם זאת, נראה לנו נכון כי הצעת החוק תכלול נוסח בהיר עוד יותר בהקשר זה; זה הנוסח שאנו מציעים:

כל מידע חסוי ילווה בתמצית של מידע זה כחלק מהצו המגביל שהוצא נגד האדם או כחלק מהפעולה השלטונית האחרת שהתקיימה בעניינו. הכנת התמצית תיעשה באופן שיאפשר התגוננות מצד האדם, והיא תציג לפיכך במלוא הפירוט האפשרי את הגלום במידע החסוי ואת הנטען על יסודו, כדי לאפשר לו הצגת ראיות וטיעוני נגד.

חיוניותה של תמצית מפורטת נובעת גם מן המועד שבו על חומר הראיות החסוי להיחשף בפני עורך הדין המיוחד. ההסדר המוצע בהצעת החוק מונע תקשורת בין האדם לעורך הדין המיוחד לאחר שזה נחשף לראיות החסויות. מכיוון שעל עורך הדין המיוחד לעיין בחומר עד 24 שעות קודם לדיון המשפטי, ומתוך הנחה שבעל הדין צריך להגיע לדיון בבית המשפט בתוך 48 שעות (למשל להליך אישור צו המעצר המנהלי נגדו בפני שופט בית המשפט המחוזי), עולה החשש כי השניים לא יצליחו להיפגש ולשוחח באופן יעיל לפני הדיון, שכן פרק הזמן שנותר לפגישתם הוא כ-24 שעות. מצב זה מעורר צורך במערך סדור, רב-משתתפים ונגיש של עורכי דין מיוחדים, והוא גם מחזק את החשיבות המיוחדת שיש לייחס לתמצית מקיפה של הטענות כנגד האדם, כדי שעורך הדין המיוחד יוכל למלא את תפקידו על אף לחץ הזמן.

הנקודות אותן השמענו זה עתה ביחס לחשיבות הפרפרזה והיקפה הראוי מאזנות חשש אפשרי, במישור הצפי להתנהלות הדברים בעקבות שינוי נתיב הבקרה, לפיו מוסד "עורכי הדין המיוחדים" יביא דווקא לצמצום בפועל של המידע או הטענות הנחשפות מראש בעת הפעלת סמכות חירום הנשענת על ראיות חסויות (זאת משום שעתה יפעל גורם חלופי האמון על הטיפול בטענותיו ובהגנתו של האדם והוא מוסמך ממלא לעיין בחומר החסוי).⁸² התשובה לכך, היא שהנקודות שלעיל תומכות, תמיד, בחשיפת פרפרזה מקסימלית בצמוד לצו הניתן כנגד האדם; ועורכת הדין המיוחדת, שפרפרזה שכזו כה חיונית לאפקטיביות פעולתה, תתעקש על כך גם בתיק המסוים וגם עבור תיקה העתידיים.⁸³

82 **בנישו וויגיסר**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 90.

83 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 31 מדגישים זאת במישור ההסדרה הנורמטיבית: "The judicial management and special advocate models operate atop the baseline gist requirement – they are not intended to supplement it"

(ב) חומרי הגלם המודיעיניים, נוכחות חוקרי השב"כ, חקירתם והאפשרות להביא עדים ולהסתייע במתורגמנים

בצד פרפרזה מקיפה יש לפחות שלושה צרכים חיוניים להסדר אפקטיבי של עורך דין מיוחד ואשר אינם מוזכרים בהצעת החוק או שהעיסוק בהם אינו מפורט דיו, והם הצורך לעיין במלוא חומר הגלם המודיעיני הרלוונטי, הצורך להסתייע במתורגמן לשפה הערבית והצורך לחקור בבית המשפט את חוקרי השב"כ שאספו את הראיות החסויות ולזמן עדים נוספים מטעמו של האדם.

חשיבותם של שלושת הצרכים הללו עולה מתוכם. בכל עניין עובדתי מורכב, על אחת כמה וכמה בהקשר ביטחוני, טמונות שאלות מגוונות המחריפות כאשר מדובר בראיות מודיעיניות. להלן דברים חשובים שאומר השופט מצא ביחס לשאלות הללו: ⁸⁴

היקף הבדיקה והאמצעים הנדרשים לקיומה נגזרים מכמותו, מרמתו ומאיכותו של החומר החסוי המוגש לעיונו של השופט. לא הרי מידע המתייחס למספר אירועים כהרי מידע המתייחס לאירוע בודד; לא הרי מידע ממקור אחד כהרי מידע ממקורות שונים; ולא הרי מידע המבוסס, כל-כולו, על דברי סוכנים ומודיעים בלבד כהרי מידע שנמצא לו ביסוס או חיזוק גם במסמכים שהושגו על-ידי שירותי הביטחון או במודיעין הניזון מהפעלת אמצעים מיוחדים. זאת ועוד: מניסיוננו המצטבר עולה, כי במקרים רבים כולל המידע המוגש לשופט גם נתונים אודות מוסרי המידע, לרבות נתונים אודות מהות קשריהם עם שירות הביטחון הכללי או עם רשויות אחרות. על יסוד עיון בחומר הכתוב – העשוי להיות מלווה בהצגת שאלות למי שהגיש את החומר לעיונו (נציג התביעה או נציג שירות הביטחון הכללי) – בידי השופט להחליט אם די בחומר המצוי כדי לשכנעו בדבר קיומו של מידע אמין שבכוחו להצדיק את המעצר. ואם סבר השופט, כי המקרה שלפניו מחייב בדיקה יותר מעמיקה ומפורטת של המידע, חזקה עליו שירה על קיומה ויקבע את הדרכים המתאימות לעריכת הבדיקה. כך, למשל, עשוי השופט להזמין גורמים נוספים מקרב אנשי שירות הביטחון הכללי, שהיו מעורבים באיסוף החומר, במטרה לעמוד מקרוב על הערכותיהם בדבר אמינותו ולבחון את שיקוליהם.

הנה לפיכך רשימה חלקית של שאלות שעורכת הדין המיוחדת צפויה לזהותן כרלבנטיות להגנתו של האדם: האם בעדויות נטענים דברים דומים כלפי האדם, והאם הן, העדויות, מצטלבות (משמע יש מספר מקורות עצמאיים בשאלת מסוכנותו של האדם)? האם ההסתמכות על מקור אנושי נעשית בזהירות המתבקשת (החשש הוא, בין היתר, כי התמריצים שמשפטי פעולה

84 עניין סדר, לעיל ה"ש 31, פס' 6.

מקבלים כדי למסור מידע על אנשים עשויים להוביל למעצרי שווא)?⁸⁵ האם מדובר באירוע רב משתתפים, שאז פוחת מאוד הסיכון הטמון בחשיפת מידע ביחס אליו? האם נטען שדברים שאמר האדם באירוע שכזה מהווים הסתה לאלימות? במקרה כזה פרטי הדברים שנטען כי אמר וכן תרגומם לעברית חשובים כמובן מאוד.⁸⁶ בנתיב המשפט הפלילי שאלות שכאלו (וכל השאלות האחרות) יכולות לזכות לתשובה מקיפה בדרך של עדויות, המצאת מסמכים וחקירה נגדית בבית המשפט. מה מכל אלה נותר בנתיב סמכויות החירום?

תפקידו של השופט כמעין "שופט חוקר" במסגרת מודל הניהול השיפוטי יכול היה למתן את הקשיים העמוקים שיוצרות הראיות החסויות, אך אפשרות זו אינה מתממשת בישראל. לפיכך, המודל שסיכויי רבים יותר להיטיב את המצב הוא מודל הפרקליט המיוחד, ואנו תרים אחר הדרך לשפרו. שאלת מפתח היא היכולות שיהיו בידיה של עורכת הדין המיוחדת: האם תראה את חומר הגלם כולו, האם תוכל להבינו היטב (סוגיית המתורגמן) והאם תוכל לחקור את חוקרי השב"כ ולהציג שאלות ביחס אליו?

הצעת החוק עוסקת בעניין זה, אך עושה זאת באופן לקוני למדי. בסעיף 4(ז) להצעה נכתב כי עורך הדין המיוחד יכול לבקש מבית המשפט להזמין "בעל תפקיד הקשור למידע החסוי או להליך החסוי". אנו בעד הפיכת ברירת המחדל בהקשר זה: חוקר השב"כ או חוקרי השב"כ המעורבים בחקירתו של האדם צריכים ללוות את הליך הביקורת השיפוטית של הצו הנשען על ראיות חסויות אלא אם כן פטר אותם בית המשפט מכך, מטעמים מיוחדים. חקירת חוקר או חוקרי השב"כ חשובה, גם משום שמודעות לחקירה הצפויה תשפיע לטובה על מכלול התנהלות

85 קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 167. הם מפנים בהקשר זה גם לעניין [פרדמן](#), לעיל ה"ש 31. וראו את עניין [אבו סעדה](#), לעיל ה"ש 3.

86 ראו בעניין זה את דבריו של השופט בן [בג"ץ 19/86 אלשוועיבי נ' המפקח הצבאי לאזור יהודה ושומרון](#), פ"ד מ(1) 219, 223 (1986): "המונח 'הסתה' מתייחס למסקנתו של המשתמש בו, כי אכן דברי ה'מסית' יש בהם משום 'הסתה', אך בעניין זה יכולות להיות השקפות שונות יש, למשל, מי שרואה בדברי ההתנגדות וביקורת רגילים ולגיטימיים משום 'הסתה' על-כן יש לגלות לבית המשפט ולעותרים, מה הם הדברים המיוחסים לעותרים או שנאמרו בנוכחותם, אשר, לדעת המשיב, יש בהם משום הסתה. במיוחד אין הצדקה שלא לגלות פרטים אלה, כאשר המועד והאירוע, שבהם הושמעו דברי ההסתה הנטענים, הינם גלויים". וראו את הדיון המעמיק של בית המשפט המחוזי בנצרת בפרשנות שירה של המשוררת דאריין טאטור, שיר שעמד במוקד כתב האישום נגדה: [ע"פ \(מחוזי נצ\) 24933-09-18 טאטור נ' מדינת ישראל](#), פס' 62–73 (נבו 16.5.2019). בית המשפט עסק שם לא רק בפרשנות השיר אלא גם בשאלה אם השיר ונסיבות פרסומו עולים כדי "אפשרות ממשית" לכך שפרסום זה עלול לגרום למעשי אלימות. בעקבות הדיון הפך בית המשפט המחוזי את החלטת בית משפט השלום וזיכה את טאטור מעבירות של הסתה לאלימות ותמיכה בארגון טרור בכלל הקשור לפרסומו של השיר. דיון פרשני מורכב ביחס להתבטאויות הנחשדות כהסתה מופיע גם בפסיקה המתייחסת לנציגים פוליטיים. ראו את עמדת המיעוט של השופט ג'ובראן ביחס להתבטאות של חברת הכנסת חנין זועבי, וקונקרטיית התיבה "הטלת מצור": [בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת](#) (נבו 10.2.2015); וכן את פסק דינו של השופט עמית בערעור על פסילתה על ידי ועדת הבחירות המרכזית מלהשתתף בבחירות לכנסת – [א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית נ' זועבי](#) (נבו 10.12.2015) ביחס למילה "התנגדות".

השב"כ ביחס להפעלת סמכויות החירום – סוג של "צל מלווה" שישפיע על הפעלת סמכות החירום. הוא ישפיע על הסף הנדרש ביחס למהימנות (מידת הביסוס) של החשד, על סף הסיכון הנדרש ביחס להתממשות החשד, על ניסוח הפרפרזה שתומצא לעציר, על ההחלטה ביחס להיקף חסיון של הראיות שעליהן מתבסס השב"כ ועוד.

מה באשר לתרגום? חלק ניכר מהראיות החסויות (כתובות או מוקלטות) ביסוד חלק גדול מאוד מהצווים הניתנים מכוח סמכויות שעת חירום הן בשפה הערבית. זו שפה שאינה שגורה על לשון רוב רובם של השופטים ורוב רובם של פרקליטי המדינה, ושאלה בעניינה מתעוררת גם ביחס לעורכי הדין המיוחדים עצמם. אומנם צריך להניח כי חלקיו של החומר המודיעיני הנתפסים כרלוונטיים בעיני השב"כ מתורגמים לעברית (לשם העברתם למקבלי ההחלטות בשב"כ ואולי גם לשר או למפקד הצבאי המוציא את הצו), ויש להניח עוד ולדאוג לכך, כי תרגום זה יעמוד לרשות עורכי הדין המיוחדים ובית המשפט, ואולם יש להעמיד לרשות עורכי הדין המיוחדים ובית המשפט את מלוא החומר המודיעיני כאשר הוא מתורגם לעברית, או נגיש לתרגום מהיר ומהימן לעברית, ולאפשר דיון ביחס לתרגום הנכון לעברית בנקודות השנויות במחלוקת. היכרות למשל עם מכשלות שנופלות בחקירות משטרה בשל פערי שפה בין הנחקרים וחוקריהם מדגימה את חשיבות הדרישות שאותן שרטטנו לעיל.⁸⁷ לעיתים תכופות מתעוררת בעיה נוספת והפוכה, והיא שאלת התרגום מעברית לערבית של הפרפרזה ושל הדיון המשפטי המתקיים עבור האדם שהופעלה עליו סמכות חירום.

הקשיים הללו בשני כיווני התרגום צפויים להשפיע כמובן על עורכי הדין המיוחדים ועל יכולתם למלא באופן יעיל את תפקידם. המענה לכך צריך להיות כפול: הימצאותם של עורכי דין ערבים רבים בקרב עורכי הדין המיוחדים והסתייעות בתרגומים מוקדמים ובמתורגמנים. אכן בשל אופיין של הראיות החסויות מתחייב הסדר שיאפשר לעורך הדין המיוחד להסתייע במתורגמן ששירותיו ישולמו במימון המדינה.

לבסוף, התמונה העובדתית המקיפה יותר שצפויה להתגבש בעקבות פעילות עורך הדין המיוחד, על השאלות והספקות שהיא צפויה לעורר, עשויה להצדיק הזמנת עדים מטעמו של האדם באישור בית המשפט. עדויות יכולות להתייחס לשאלות של עובדה, ואפשרויות גם עדויות בשאלות פרשניות, בין היתר של תרגום מערבית, שעבורן יש לאפשר, במקרה הצורך, עדויות מומחים. תיתכן עדות מומחה שתישמע רק בנוכחות המדינה ועורך הדין המיוחד ביחס לפרשנותן של ראיות שנתרות חסויות. יתר על כן, עורך הדין המיוחד, ברשות בית המשפט, יוכל

87 ראו למשל את [ע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל](#), פס' 31 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו) 30.12.2014: "חלקן של החקירות נוהלו בעברית על אף ששפת אימם של כלל החשודים והקטינים המעורבים בפרשה היא השפה הערבית. מבלי להידרש לפגיעה האפשרית של מצב זה בזכויות החשודים הנחקרים, הרי שסיטואציה בה נחקר אינו מבין היטב את השאלות שנשאל ותשובותיו הן בהתאם לכך, פוגעת באופן ממשי ביכולתה של המשטרה להסיק מסקנות ולעבד מידע מחקירה זו; במצב בו נחקר אינו יכול למסור את גרסתו בצורה בהירה ויכולת ההבנה של הצדדים (החוקר והנחקר) היא חלקית בלבד, הגרסאות המצויות בידי המשטרה הן עילגות וחלקיות...".

לזמן לעדות ולחקירה חוקר מסוים של הרשות החוקרת, שהרלבנטיות של עדותו מתגלה בתוך הדיון; זאת מעבר לחקירה השגורה של איש השב"כ המגיע לדיון עם הראיות החסויות.

(ג) המנגנון למינוי עורכי הדין המיוחדים: תפקיד הסנגוריה הציבורית

נפתח בבחינה השוואתית. בקנדה, מינוים של עורכי דין מיוחדים נעשה באמצעות רשימה שמפרסם שר המשפטים. הבחירה למנותם נעשית בהתאם לקריטריונים שונים: סיווג ביטחוני גבוה; היעדר ניגוד עניינים עם הרשות או הלקוח; ניסיון בליטיגציה (ורצוי בתיקים ביטחוניים); אפשר שתהיה דרישה לידיעת שפה נוספת, לפי מיומנות השפה של הלקוח.⁸⁸ בבריטניה, עורכת דין שמעוניינת להתמנות לתפקיד עורכת דין מיוחדת נדרשת לעמוד בכמה תנאים: חמש שנות ניסיון בעריכת דין, מגורים בלונדון ושלוש המלצות – לפחות אחת מטעם שופט.⁸⁹ וועדה מיוחדת שחבריה הם אנשי פרקליטות ובעלי תפקידים בכירים בממשלה הבריטית היא שמאשרת את המינוי. היחידה הממשלתית האחראית על מערך הסנגורים המיוחדים היא "המשרד לניהול סנגורים מיוחדים" (– the special advocates' support office) היושבת תחת שר המשפטים.⁹⁰ מינוי של עורך דין כסגור מיוחד למקרה ספציפי נעשה כאשר אדם שכנגדו מופעלת סמכות הנשענת על ראיות חסויות בוחר מתוך מאגר הסנגורים המיוחדים, והמשרד הנזכר הוא שמייצע את האדם על זכותו לייצוג שכזה. האדם אמור לבחור שני סנגורים, האחד סגור מוביל והשני תומך; ואלו ייאוחו לייצגו בהתאם לזמינותם ובהיעדר ניגוד עניינים.⁹¹

מנגנון הסנגורים המיוחדים הבריטי פיתח פרוצדורה וקריטריונים שנועדו למשוך אליו עורכי דין העוסקים בזכויות אדם ולמנוע סינון לפי עמדה פוליטית:⁹² עורכי דין מעוניינים מגישים מועמדות למנגנון, וחלק מההמלצות וקורות החיים נשלחים לבדיקת רקע (background check). פורסיו וולדמן פורסים כמה סוגיות שמעסיקות את המשפט הבריטי בהקשר זה: גיוון מאגר עורכי הדין וניסיון מקצועי, עצמאות מהרשות, מומחיות בסוגיות ביטחוניות ומודיעיניות, רמת הסיווג הביטחוני. על יסוד התמונה הרחבה הזאת הם מבהירים כי עורכי דין שיש להם מוניטין בתחום זכויות האדם או שידועים בהתנגדותם למדיניותה של הממשלה אינם נפסלים. הסיווג הביטחוני לא נועד לבדוק את עברו של המועמד במובן של לקוחות קודמים, אידאולוגיה או נטייה פוליטית. לכן המאגר כולל לא מעט עורכי דין שייצגו בעבר אנשים שהואשמו בזיקה לקבוצות טרור, עובדה שיכולה להגביר את אמינותם בעיני לקוחותיהם הפוטנציאליים.⁹³

88 Forcese & Waldman, לעיל ה"ש 71, בעמ' 8–9.

89 Will Fitzgibbon, *Special advocates: the faces of secret justice*, THE BUREAU OF INVESTIGATIVE JOURNALISM (Nov. 1, 2012) <https://bit.ly/3sHMDsC>.

90 Fitzgibbon, שם; סקירת הלשכה המשפטית בכנסת, לעיל ה"ש 61, בעמ' 6; Forcese & Waldman, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21.

91 Forcese & Waldman, לעיל ה"ש 71, בעמ' 21.

92 שם, בעמ' 25–28.

93 שם, בעמ' 26.

מבחינת הניסיון הקודם, נראה שההתמקדות היא בניסיון בליטיגציה יותר מאשר בהתנסות בתיקים ביטחוניים. כל הנרשמים משתתפים ביום הדרכה של רשויות הביטחון. הסיווג שלו הם זוכים מבוסס על בחינת מאפייניהם או התנהגויותיהם, וכן בחינת מצבם הכלכלי והמשפחתי (שעלול בנסיבות מסוימות להפוך אותם למושאי סחיטה).⁹⁴

בהצעת חוק עורכי דין מיוחדים שבה אנו עוסקים לא פורטו הקריטריונים למינוי לתפקיד עורך הדין המיוחד. הקריטריון הברור והמדיר היחידי הוא שעל עורך הדין להיות חבר בלשכת עורכי הדין חמש שנים לפחות – ביטוי לניסיון המשפטי הדרוש לתפקיד. בסעיף 5(ב) להצעת החוק נכתב שעל עורך הדין להיות "בעל סיווג ביטחוני מתאים כפי שיקבעו גורמי הביטחון המוסמכים". זהו קריטריון עמום, שמותיר את הסיווג הביטחוני כולו בידיהם של גורמי הביטחון. נתייחס לכך מיד.

הצעת החוק מבקשת להעניק תפקיד חשוב – ואולי אף מרכזי – לסנגוריה הציבורית.⁹⁵ אנו תומכים מאוד בכיוון דברים זה ואף נציע להעמיקו. הסנגוריה הציבורית בישראל צברה ניסיון רב בהגנה על נאשמים בעבירות ביטחון וגם בבחירת עורכי הדין המתאימים לכך.⁹⁶ לכן המלצתנו היא לוותר על הקמת מנגנון נפרד בדמות הוועדה המאשרת, ולהותיר את מכלול ההסדרה בידי הסנגוריה הציבורית – למעט מרכיב הסיווג הביטחוני.⁹⁷ למנגנון חדש חסרונות רבים: הוא כרוך בעלות כלכלית של ממש אך בעיקר בחבלי לידה של מוסד חדש שעליו לגבש זהות ארגונית, דרכי פעולה, מוניטין ואמון. בתחום רגיש כזה יש להגן על הליך מינויים והסדרת פעילותם של עורכי הדין המיוחדים מהשפעות פוליטיות כאלה ואחרות באמצעות מוסד מבוסס, ומוסד כזה אכן כבר קיים. הסנגוריה הציבורית מייצגת בכל סוגי ההליכים הפליליים והלבר-פליליים (כגון ועדות שחרורים ועתירות אסירים), לרבות בתיקים ביטחוניים, והוסמכה לייצג גם בהליכים לפי [חוק המאבק בטרור וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים](#).⁹⁸ היא מינתה בעבר סנגורים וסנגוריות בעלי סיווג ביטחוני מתאים לייצג בתיקים רגישים מבחינה ביטחונית, וניסיונם של

94 שם.

95 בס' 5(ד) להצעה מותנית כשירותו של אדם להתמנות לתפקיד עורך דין מיוחד בכך ש"קיבל הכשרה מתאימה, כפי שיקבע הסניגור הציבורי הארצי". בס' 7(ה) נכתב כי "עורך הדין המיוחד הוא עובד לשכת הסניגוריה הציבורית"; על פי ס' 7(ד), "הסניגור הארצי יקבע הנחיות לביצוע תפקידו של עורך הדין המיוחד"; בס' 7(א) נכתב כי "הסניגור הציבורי הארצי ימליץ לוועדה על רשימת מועמדים לתפקיד עורך דין מיוחד, העומדים בתנאי הכשירות"; והסנגור הציבורי הארצי הוא עצמו חבר באותה ועדה מאשרת שאליה הוא מעביר את רשימת מומלציו [ס' 6(ב)]. חברי הוועדה האחרים הם אלו: נציג שימנה שר המשפטים, והוא יהיה יושב ראש הוועדה; נציג שימנה נשיא בית המשפט העליון; ונציג רשויות הביטחון שימונה בידי ראש הממשלה ושר הביטחון.

96 Kenneth Mann & David Weiner, *Creating a Public Defender System in the Shadow of the Israeli-Palestinian Conflict*, 48 N.Y.L. SCH. L. REV. 91 (2003–2004) (להלן: Mann & Weiner).

97 גם לעמדתם של [פרייז ונון](#), לעיל ה"ש 7, בעמ' 215, אם ייושם מנגנון של פרקליט מיוחד בישראל ובשטחים – אזי ראוי כי התפקיד יוטל על סנגור ציבורי. עם זאת, לסנגוריה הציבורית אין סמכות לפעול בשטחים הכבושים. נתייחס לסוגיה זו להלן.

98 ס' 18(19) ו-18(1A) [לחוק הסניגוריה הציבורית](#), התשנ"ו–1995.

עורכי הדין הממונים הראה שגם חשודים ועצורים זרים ממדינות ערב נותנים בהם אמון.⁹⁹ לסנגוריה מאגר גדול ומגוון של עורכות דין ועורכי דין בעלי ניסיון בתיקים מכל הסוגים, לרבות בתיקים ביטחוניים, והיא מעסיקה וממנה עורכי דין דוברי ערבית ועורכי דין דוברי שפות נוספות. היא גם מעניקה ייצוג לעצורים דוברי שפות שונות ומורגלת במינוי עורכות דין ומתורגמנים מתאימים לעצורים דוברי שפות שונות.¹⁰⁰

כאמור לעיל, הצעת החוק מציעה מנגנון נפרד לסיווג ביטחוני.¹⁰¹ גם בכך איננו מוצאים צורך, שכן קיים מנגנון להענקת סיווג ביטחוני מיוחד בתיקים שבהם דורש זאת שר הביטחון, וכן הסדר מקביל בנוגע למינוי סנגורים בבתי דין צבאיים, כולל בדיונים הנערכים בדלתיים סגורות לשם מניעת פגיעה בביטחון המדינה.¹⁰² סעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי ממנה את שירות הביטחון לקבוע את הקריטריונים לסיווג בטחוני, וסעיפים 317 ו-318 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 מסדירים את הקמתה של ועדה שבראשה עומד שופט בית המשפט העליון, וחבריה האחרים הם שני עורכי דין שבחרו לשכת עורכי הדין, מנכ"ל משרד המשפטים והפרקליט הצבאי הראשי. הוועדה דנה בבקשות ומעניקה סיווג ביטחוני לעורכי דין, היא רשאית לסרב להעניק אישור לעורכת דין, להעניק לעורכת הדין אישור המכונה "בלתי מסויג" לתפקיד של סנגור בבית דין צבאי או להעניק "אישור מסויג" ולקבוע שלא יחול על משפט הנערך בדלתיים סגורות לשם מניעת פגיעה בביטחון המדינה. ביחס להחלטותיה של ועדה זו נשמעו בעבר הסתייגויות, שהגיעו לביטור משפטי,¹⁰³ וייתכן כי יש מקום לשיפור פעולתה, אולם זו הוועדה שגם בהליכים פליליים רגילים נזקקים אליה,¹⁰⁴ והסתמכות על מנגנון זה תכליל כבר כעת במסגרת מאגר עורכי הדין המיוחדים את כל הסנגורים שקיבלו אישור בעבר.

99 Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96; כן ראו את איתי הרמלין "ייצוגו של לוחם חזבאללה מותמד סרור" **האם המשפט חשוב?** 543 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2011); סמדר בן-נתן "כי הוא פטריוט" **האם המשפט חשוב?** 553 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2011).

100 Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96, בעמ' 105, מפרטים כי הסנגוריה הציבורית שמה דגש על העסקתם של עורכי דין ערבים, בין היתר על מנת לאפשר מינוי עורכי דין שיוכלו לתקשר וליצור יחסי אמון עם מגוון גדול של לקוחות. נכון לזמן כתיבת המאמר 15% מעורכי הדין הפנימיים של הסנגוריה הציבורית היו ערבים ו-30% מעורכי הדין החיצוניים, בעוד ששיעורם באוכלוסייה הכללית היה 18% ובשירות הציבורי ככלל הם סבלו מחוסר ייצוג. על עבודת הסנגוריה הציבורית באמצעות עורכי דין חיצוניים ראו למשל: הסניגור הציבורי הארצי **הסניגוריה הציבורית: דו"ח פעילות 2018** 124–131 (2019) <https://bit.ly/3lkU1WJ>. מידע על עבודה זו בשנים אחרות מצוי בדו"חות השנתיים לשנים אלו באתר משרד המשפטים. לדוגמה ספציפית של ייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית בתיקים ביטחוניים ראו את הרמלין ובן-נתן, לעיל ה"ש 99.

101 ראו את הדיון לעיל המלווה את ה"ש 52 ו-53.

102 על פי ס' 14 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בתיקים כאלה יוכל להתמנות רק סנגור שקיבל אישור של ועדה מיוחדת ("אישור בלתי מסויג") לפי ס' 318 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

103 בג"ץ 221/77 לנגר נ' הוועדה לאישור סניגורים בבתי-הדין הצבאיים, פ"ד לב(1) 182 (1977).

104 ס' 14 לחוק סדר הדין הפלילי.

בדומה לדרך המינוי בבריטניה, ראוי כי הרשימה שתגבש הוועדה לפי סעיף 7(א) להצעת החוק תהיה מקרב עורכות דין ועורכי דין פרטיים וכן כאלה שמעסיקה הסנגוריה הציבורית, שהביעו רצון להתמנות לעורכי דין מיוחדים. כך, בדומה לסנגורים בסנגוריה הציבורית יגיעו גם עורכות הדין המיוחדות הן משורות הסנגוריה הציבורית והן מקרב עורכי הדין הפרטיים שבצד פעילותם הרגילה מועסקים בסנגוריה. כמו בהליכים פליליים רגילים, גם כאן יוכל העצור לבחור אם למנות עורכת דין פרטית מתוך הרשימה שתובא לעיונו עם צו המעצר המנהלי (או צו מגביל אחר) או לפנות לסנגוריה הציבורית ולבקש למנות לו עורכת דין מיוחדת ציבורית.

קונקרטי, יש לוודא כי גם עורכי דין ועורכות דין ערבים ועורכי דין הפועלים בתחום זכויות האדם יזכו לסיווג ביטחוני מתאים על פי קריטריונים ענייניים. אנו מתנגדים נחרצות לכל סיווג שיציב שירות צבאי או שירות אזרחי כתנאי לתפקיד.¹⁰⁵ כשם שעורכי דין ערבים שלא שירתו בשירות צבאי או אזרחי מתמנים – בצדק מוחלט – לתפקידי שיפוט, כך צריכים להתמנות עורכי הדין המיוחדים. אזרחותם, ניסיונם המקצועי והמוניטין שלהם כשומרי חוק צריכים להספיק לסיווג הביטחוני הנדרש. גם מבחינה זו ההצעה להעניק לסנגוריה הציבורית אחריות רבה עוד יותר ולהכפיף אליה את הסדר עורכי הדין המיוחדים פותרת בעיות רבות, שכן לסנגוריה הציבורית מאגר גדול ומגוון של עורכי דין והיא מקיימת הליכי מינוי שגרתיים ועצמאיים, הכוללים ממילא התחשבות בדרישות החוק לעניין סיווג ביטחוני.

בנישו וויגיסר מציעים כי לתפקיד עורכי הדין המיוחדים ימונו שופטים בדימוס.¹⁰⁶ רעיון זה עלה בעבר גם בפסיקתו של ביהמ"ש העליון.¹⁰⁷ איננו אוהדים הצעה זו אם היא תבקש למצות בכך את מאגר המועמדים לתפקיד. הדגשנו לעיל הן את החשיבות הרבה שאנו מוצאים למיהותם המגוונת של עורכי הדין המיוחדים והן את הצורך להגדיל את מספרם. מאגר עורכי הדין של הסנגוריה הציבורית שסיווגם הביטחוני מתאים, ושאליו יכולים להצטרף עורכי דין נוספים כל העת – כפי שהסנגוריה הציבורית עושה ממילא, הוא מאגר העונה לדרישות מקצועיות מוקפדות ועל כן יכול למלא גם מטרה זו.

מודל עורכי הדין המיוחדים מתמודד עם קושי נוסף המתעורר בהווה, והוא שבדיונים על הפעלת סמכויות שעת חירום ושימוש בראיות חסויות מופיעים "שחקנים חוזרים" – השופטים ועורכי הדין מטעם המדינה – ועלולה להיווצר ביניהם דינמיקה של יחסי אמון משוללי אופי אדוורסרי.¹⁰⁸ מטבע הדברים, דינמיקה זו פוגעת ביכולתם של השופטים לקבל החלטות שמנוגדות להמלצת גורמי הביטחון. אחד מנציגי המדינה שהתראיין למחקרה של קרבס תיאר את היחסים ברגע של גילוי לב כ"דיאלוג סודי" בין המדינה לבית המשפט.¹⁰⁹ החלת הסדר עורכי

105 אנו מצטרפים כאן לתיאורה ולטיעוניה של שטיינר [אפליית ערבים בשוק העבודה](#), לעיל ה"ש 53, בעמ' 141–144.

106 [בנישו וויגיסר](#), לעיל ה"ש 20, בעמ' 87.

107 [בג"ץ 3267/12 חלאחלה נ' המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון](#), פס' כה (נבו 7.5.2012).

108 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 683 ו-685; קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 178–179.

109 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 685.

הדין המיוחדים תערב שחקנים חוזרים נוספים, הפעם מקרב המייצגים של מי שהמדינה הפעילה נגדם סמכויות חירום, ואם הוא ילווה (כמבוקש) בזכות לחקור את חוקרי השב"כ – הוא יקנה להליך המתקיים כאן ממד אדוורסרי ממש.

מנגד תיתכן טענה כי מתוקף היותם של עורכי הדין המיוחדים שחקנים חוזרים הם עלולים לחשוף בפני העצורים מידע חסוי, גם אם לא במתכוון; למשל, הם עלולים לאגור מידע מודיעיני על שיטות הפעולה של השב"כ ואף להשתמש במידע זה בתיקים אחרים שינהלו בהמשך פעילותם המקצועית.¹¹⁰ איננו שותפים לדאגה זו. ראשית, ההסדר המוצע בהצעת החוק מונע פגישה בין האדם לעורך הדין לאחר חשיפת הראיות החסויות; לפיכך אפשרות העברת המידע מצומצמת מאוד. אף שאיסור פגישה זו אינו יכול למנוע העברת מידע על שיטות פעולה כלליות של השב"כ, מענה לכך עשוי להימצא בהכשרה וחיידוד נהלים מצד הסנגוריה הציבורית; זאת מאחר והם יכללו התייחסות לסוגיות חשובות כגון איסור העברת מידע קונקרטי. שנית, רבים מהשופטים והתובעים המופיעים בתיקים אלו הם "שחקנים חוזרים" ומומחיותם נחשבת ליתרון דווקא, גם בכל הקשור לשמירה על מידע. גם עורכי הדין המיוחדים צפויים לצבור ניסיון – הן לעניין המומחיות בסמכויות חירום ובראיות חסויות והן לגבי המיומנות הגבוהה יותר בשמירה על מידע ביטחוני חסוי.¹¹¹ אם כן, להשקפתנו לא רק שאין מדובר בחיסרון, אלא מדובר ביתרון המשפר את איזון הכוחות בין ההגנה, התביעה ובית המשפט. העיקרון המוכר כ-"equality of arms", שלפיו יש לשאוף לאיזון כוחות שיתן להגנה ולתביעה תנאים שווים להציג את עניינם בפני בית המשפט, הוא חלק מהותי מהגדרת הזכות למשפט הוגן.¹¹² הכנסתם של שחקנים חוזרים מסוג נוסף, והפעם מצידו של העצור, יכולה לפיכך לתרום במידה ניכרת למאזן כוחות ראוי יותר בין ההגנה לתביעה.

(2) הרחבת תחולת הסדר עורכי הדין המיוחדים

(א) החלת ההסדר על פלסטינים בשטחים

אם הצעת החוק תהפוך לחוק, הוא יחול על כמה הליכים חסויים: עורכת דין מיוחדת תתמנה בין היתר בהליכים התוקפים את הפעלתם של צו צמצום וצו השגחת משטרה,¹¹³ בערעור על דחיית פגישה חשוד בעבירות בטחון עם עורך דינו¹¹⁴ ובעיקר בביקורת שיפוטית על הוצאת צו מעצר מנהלי ובהארכת מעצר מנהלי.¹¹⁵

110 בנישו וויגיטר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 90.

111 Barak-Erez & Waxman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 42–45.

112 STEFAN TRECHSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS 85 (2005)

113 ס' 110–108 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858.

114 ס' 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

115 ס' 4, 5 ו-7 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט–1979.

החוק הישראלי, ובכללו החוק המוצע, מוחל על כל אדם הנמצא בשטחה של מדינת ישראל כפי שהוא מזוהה במשפטה. אזרחים ישראלים המתגוררים בגדה המערבית כפופים בד בבד לחקיקה הצבאית בגדה המערבית ולחלקים נרחבים מהדין הישראלי באמצעות החלה פרסונלית וחוץ-טריטוריאלית.¹¹⁶ ואולם חלק הארי מהמעצרים שמדינת ישראל מבצעת על בסיס ראיות חסויות נוגע דווקא לפלסטינים תושבי השטחים שעליהם החוק המוצע לא יחול.¹¹⁷ יתרה מזו, המעצרים המנהליים בשטחים הם סוג של "כביש עוקף" – הם "משמשים בכירור מערכת חלופית למערכת אכיפת החוק הפלילי".¹¹⁸ משמעות הדבר היא כפולה.

ראשית, בשטחים מחיל הממשל הצבאי הישראלי מערכת דינים נפרדת באמצעות מנשרים וצווים שמוציא המפקד הצבאי (אלוף פיקוד המרכז) ואשר מופעלים בעיקר כלפי התושבים הפלסטינים.¹¹⁹ אשר על כן הליכים שכוללים חסיון ראיות מעוגנים במערכת צווים בדבר הוראות בטחון¹²⁰ או בתקנות ההגנה – שהיו ועודן חלק מהמשפט בשטחים.¹²¹ לפיכך, מנגנון עורכי דין המיוחדים כפי שהוא מוצע בהסדר אינו צפוי לחול ישירות על חלק ניכר מהמקרים של מעצרים מנהליים וצווי הגבלה המופעלים על ידי רשויות המדינה. ניתוחה של קרבס חושף נקודה זו: בשנים 2000–2010 88% מהמעצרים המנהליים שהטילו רשויות השלטון בישראל התנהלו מכוח צו הוראות ביטחון של המפקד הצבאי בשטחים, לעומת 8% מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים ורק 4% מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), הנוגע לאזרחים (ערבים ויהודים) ולתושבים (פלסטינים בירושלים ודרוזים ברמת הגולן).¹²²

שנית, החקיקה הצבאית בשטחים אינה חלה רק על פלסטינים אלא גם על מתיישבים יהודים, ובתחום של מעצרים מנהליים סמכות זו אף מופעלת על מתיישבים באמצעות צווים של המפקד הצבאי.¹²³ לפי ההסדר המוצע בהצעת החוק, גם יהודים בשטחים הנתונים למעצר מנהלי לפי צו צבאי לא יזכו להגנת סנגור מיוחד. אולם פעמים רבות מוחלת חקיקת הכנסת על המתיישבים

116 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 926–933 (מהדורה שישית, שוקן, 2005); חוק להארכת תקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשע"ז–2017.

117 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677. ראו גם פרייז וננון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 42–39.

118 קרמניצר ואח', לעיל ה"ש 8, בעמ' 192.

119 להסבר על אודות מערכת המשפט הפלילית בשטחים ראו סמדר בן-נתן "יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים" תיאוריה וביקורת 43, 45 (2014) (להלן: בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים").

120 למשל צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע–2009.

121 לפירוש ביחס לכל אחד מההסדרים ראו את Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 657–666; בנישו וויגיסר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 67–69, 72–76; פרייז וננון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 34–38. חלק מתקנות ההגנה חלות גם בתחומי מדינת ישראל, אולם מרביתן הוחלפו בחוק סמכויות לשעת חירום ובחוק המאבק בטרור.

122 Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677. ראו גם פרייז וננון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 42–39.

123 בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119, בעמ' 50.

היהודים בשטחים באמצעות צווים של המפקד הצבאי או ישירות, ורב הסיכוי שכך יקרה גם עם הצעת החוק.¹²⁴ אם אכן כך יקרה, אזי הסדר עורכי הדין המיוחדים יחול בישראל ועל המתישבים היהודים בשטחים, אך לא יחול על הפלסטינים בשטחים. זו תהא בחירה בעייתית מאוד, שתעמיק עוד יותר קושי יסודי של הכיבוש: הפעלתה של מערכת נורמות כפולה ומפלה על בני אדם המתגוררים ביחידת שטח אחת, על יסוד מעמדם האזרחי ובפועל על יסוד לאומיותם.

מכיוון שכאמור, אזרחים ישראלים המתגוררים בשטחים כפופים הן לחקיקה הצבאית בשטחים החלה על פלסטינים והן לחוק הישראלי, לרשויות נתונה הבחירה אם להוציא צו מעצר מנהלי נגד ישראלי תושב השטחים מכוח חקיקה צבאית או מכוח חקיקה אזרחית בישראל; לכן צווי מעצר מנהלי והגבלה נגד ישראלים מוצאים לעיתים מכוח חקיקה צבאית.¹²⁵ אם תתקבל הצעת החוק של חברי הכנסת בנוסחה הנוכחית תהיה לשיקול דעת זה משמעות נוספת, והיא שישראלים המתגוררים בגדה המערבית יזכו להגנה של עורך דין מיוחד במקרה של הפעלה סמכות הנשענת על ראיות חסויות רק אם הצו נגדם הוצא מכוח החוק הישראלי, ולא יזכו להגנה כזו אם הצו הוצא מכוח חקיקה צבאית. אם כן, בנוסחו הקיים ועל יסוד הפרקטיקה הנוכחית, החוק המוצע, על הסדר עורכי הדין המיוחדים שבו, יחול על מספר מוגבל ושרירותי של הליכים נגד אזרחי ישראל החיים בשטחים.

מערכת המשפט שמפעילה ישראל בשטחים נשלטת בידי הצבא; המפקד הצבאי הוא בור- בזמן המחוקק והמבצע, והוא כפוף למסגרת מוגבלת בלבד של איזונים ובלמים.¹²⁶ בשל כך,

124 שם, שם; וכן האגודה לזכויות האזרח שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית 11–20 (2014) (להלן: האגודה לזכויות האזרח שלטון אחד).

125 ראו למשל ר"ע (ערעורים איר"ש) 5/06 שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור (נבו 31.10.2006); ר"ע (ערעורים איר"ש) 1/10 הכהן נ' התביעה הצבאית (נבו 15.3.2010). בית המשפט העליון קבע מספר מקרים ששיקול הדעת לבחירת מערכת הדינים נתון בידי רשויות התביעה, וכי לאזרחים ישראלים המתגוררים בשטחי הגדה המערבית אין זכות להיות נתונים לחוק הישראלי בלבד: עניין פרדמן, לעיל ה"ש 31. וראו גם את הדיון של רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 116; ואת בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675 (1994): "בית המשפט דחה שם את הטענה כי יש להחיל את חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט–1979, גם על אזרח ישראלי תושב השטחים (וכי לכן אין לעוצרו במעצר מינהלי על-פי תקנות ההגנה (שעת חירום) (1945). העותר טען כי היווצרותה של מערכת דינים החלה רק על מתיישבים ישראלים בשטחים (מכוח תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) מלמדת על כוונה להחיל את החוק הישראלי כולו על אזרחי ישראל ביהודה ושומרון. בית-המשפט קבע, כי החלת המשפט הישראלי [כולו] אפשרית רק מכוח הכרזה על-פי ס' 11ב או ס' 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, ולכן דחה את הטענה" (שם, בעמ' 932, ה"ש 76).

126 מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מנשר מס' 2), התשכ"ז–1967, קמצ"ם 1, 3: "כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומינהל לגבי האזור או תושביו תהא מעתה נתונה בידי בלבד ותופעל רק על ידי או על ידי מי שימתנה לכך על ידי או יפעל מטעמי". וראו גם את משה דרורי החקיקה באזור יהודה ושומרון 34 (1975); ואת מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 288–289 (תשס"א).

ובעיקר בשל חוסר הצדק הגלום במערכת משפט זו כלפי האוכלוסייה הכפופה אליה, החיה במשטר צבאי של כיבוש והתנחלות ללא זכויות פוליטיות,¹²⁷ התלבטנו אם ראוי כלל להציע "תיקוני טלאים" למערכת הסגרגטיבית הזאת – תיקונים אלו ממילא אינם צפויים לשנות את חוסר האיזון הבסיסי שבמצב הדברים הקיים, והם עלולים להעניק לו מעטה של לגיטימיות. חלקנו סבורים כי הרחבת הסדר עורכי הדין המיוחדים לעצירים פלסטינים בשטחים תפגע בהגנה המשפטית שיכולים להעניק להם עורכי דין פלסטינים בני קהילתם; וכי החלת הסדרים מהמשפט הישראלי על השטחים היא סוג של סיפוח משפטי, ואף היא פוגעת בהגנה המשפטית שיכולים להעניק עורכי דין פלסטינים.¹²⁸ אולם בסופו של דבר החלטנו להציע להחיל את המנגנון של עורכי דין מיוחדים גם בשטחים, מכמה סיבות.

ראשית, למרבה הצער, מערכת המשפט בשטחים תמשיך להתקיים ללא תלות בשאלה אם יופעלו בה עורכי דין מיוחדים אם לאו. לעומת זאת, אם הצעתנו תתקבל היא תוביל לשיפור ייצוגם של עצירים מנהליים רבים ואינה צפויה לשנות את מאזן (אי) הלגיטימציה הנוכחי באופן ניכר.

שנית, אם יתקבל החוק בישראל ויופעל מנגנון עורכי הדין המיוחדים אך ורק ביחס לאזרחי ישראל ולתושביה, יועמקו הפערים בין מערכת המשפט המוחלטת על אזרחים ותושבים ישראלים לבין מערכת המשפט המוחלטת על התושבים המוגנים הפלסטינים.¹²⁹ מקצת הפערים הקיימים

127 בצלם מערכת המשפט הצבאים בגדה המערבית (1989); יש דין משפטים בחצר האחורית, מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים (2017); בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119; בצלם **עצור עד שלא הוכחה חפותו: מעצר עד תום ההליכים בבתי המשפט הצבאיים בגדה המערבית** (2015); בצלם **נוער בסיכון: כיצד מכשירים בתי המשפט הצבאיים את הפגיעה בזכויות הקטינים** (2018); Amnesty Int'l, *The Military Justice System in the Occupied Territories: Detention, Interrogation and Trial Proceedings*, AI index MDE 15/034/1991 (June 30, 1991); LISA HAJJAR, *COURTING CONFLICT: THE ISRAELI MILITARY COURT SYSTEM IN THE WEST BANK AND GAZA* (2005); Hedi Viterbo, *Military Courts, in THE ABC OF THE OPT* (Orna Ben-Naftali, Michael Sfar, & Hedi Viterbo eds., 2018) 264–276. קיימת גם עמדה הפוכה, שלפיה בתי המשפט הצבאיים בשטחים פועלים לקידום זכויות הנאשמים הפלסטינים. עמדה זו מוצגת בעיקר במאמרים פרי עטם של שופטי בתי המשפט הצבאיים, ופרט בשני המאמרים הללו: נתנאל בנישו "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" **משפט וצבא** 18 (2005) 293; צבי לקח "הגנה על זכויות אדם בבתי המשפט הצבאיים בתקופה של לחימה בטרור" **ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר** 641–679 (אריאל בנדור, ח'אלד גנאים ואילן סבן עורכים 2017). אנו סבורים שמאמרים אלו משקפים את הקושי הטמון בנחתום המעיד על עיסתו, והם אינם מתמודדים עם הביקורת המוצגת בדו"חות ארגוני זכויות האדם ובכתיבה האקדמית על מערכת המשפט הצבאית בשטחים.

128 בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119. ראו להלן את הטעם בשלו כותבת המאמר הנזכר דווקא תומכת בהחלת מנגנון עורכי הדין המיוחדים בשטחים.

129 במובן זה עמדתנו מקבלת חיזוק מביטולו של חוק ההסדרה **בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת** (9.6.2020). בהרכב של תשעה שופטים (השופט סולברג נותר במיעוט) קבע בית המשפט העליון כי חקיקת הכנסת המתייחסת לשטחים הכבושים מחויבת לעמוד בתנאי חוקי היסוד, המבטיחים את זכותו לשוויון ולכבוד של כל אדם – לרבות התושבים הפלסטינים בשטחים הנתונים

בתחום הפלילי הם הגדרות עבירה רחבות יותר, הגנות פרוצדורליות מופחתות וענישה חמורה יותר. נוסף על כך, בשל המציאות של מערכת משפט צבאית בשטח כבוש, לא רק שהפלסטינים אינם משתתפים בכל דרך בתהליך החקיקה, אלא שפער הכוחות בין התביעה הצבאית לבין הסגוריה, שרובה מורכבת מעורכי דין פלסטינים תושבי השטחים, הם גדולים במיוחד.¹³⁰ זהו פער שאי אפשר להצדיקו, הוא פוגע באוכלוסייה שמבחינה פוליטית היא חסרת כוח להשפיע על מערכת החקיקה ואכיפת החוק, והוא יפגע גם באחת ממטרותיו המוצהרות של החוק בעיניי מנסחי הצעת החוק: "[הפחתת] הביקורת הבין-לאומית על ישראל".¹³¹ במילים אחרות, אם החוק המוצע יוחל גם מחוץ לישראל אך רק לגבי המתיישבים היהודים בשטחים (כפי שכבר נעשה לגבי הפעלת בתי המשפט הצבאיים בשטחים), תהיה בכך החמרה של הסטנדרט הכפול ומערכת החוק הכפולה.¹³²

שלישית, צעדים של סיפוח דה-פקטו שאותם מפעילה ישראל הם נרחבים בהרבה מהסדר מצומצם כמו זה המוצע כאן; כדי לתת מענה לחלק מהבעיות של החלת ההסדר הישראלי של עורכי דין מיוחדים על הפלסטינים בשטחים, אנחנו מציעים מנגנון שלא יפנה אל החוק הישראלי – שאינו מוכר לעורכי דין פלסטינים, אלא יתבסס על תיקון תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי בשטחים. מדובר באימוץ הסדר נפרד ומותאם באותה תחיקת ביטחון, כזה שיפנה אל רשימת עורכי הדין שאישרה הסגוריה הציבורית. כמו כן, בניגוד לתיקונים שעלולים להיות "קוסמטיים", המנגנון שנציע להלן דורש מחויבות של ממש מצד המערכת הצבאית להקצות כוח

לסמכותה של מדינת ישראל. הצעת החוק שאנו דנים בה אינה חלה ישירות על השטחים, אולם בעינינו זהו חלק מהבעיה. התפיסה המדריכה אותנו היא כי אנשים שמדינת ישראל עוצרת במעצר מנהלי זכאים לאותה רמה של זכויות פרוצדורליות ומהותיות, בין שהם אזרחי ישראל ובין שהם תושבי השטחים. עוד לעניין התחולה החוץ-טריטוריאלית של זכויות המשפט ההוגן ראו Gerald Neuman, *Understanding Global Due Process*, 23 GEO. IMMIGR. L.J. 365 (2009); Smadar Ben-Natan, *Constitutional Mindset: The Interrelations Between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights*, 50 ISR. L. REV. 139–176 (2017).

130 Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96, בעמ' 107; בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119. פער נוסף קיים במישור היישום: מניתוח תיקי המעצרים המנהליים בשנים 2000–2010 עלה כי 95% מהמעצרים המנהליים הם של פלסטינים מהשטחים הכבושים – הגדה המערבית ועזה, ואילו 5% הנוותרים מתחלקים בין פלסטינים אזרחי ישראל, יהודים אזרחי ישראל ונתיני לבנון; Krebs, *Lifting the veil of secrecy*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 677. ראו גם את מרגלית ושנער, לעיל ה"ש 71.

131 ס' 1 להצעת החוק, לעיל ה"ש 6.

132 אמנון רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" **עיוני משפט** יד 415 (1989); האגודה לזכויות האזרח שלטון אחד, לעיל ה"ש 124, בעמ' 10–20; סמדר בן-נתן "אזרחים-אויבים: אזרחים פלסטינים ובתי משפט צבאיים בישראל ובשטחים 1967–2000" **הפוליטיקה של הכלה והדרה ביחסי ישראלים ופלסטינים** 47 (אמל ג'מאל עורך 2020).

אדם מקצועי להגנה על עצורים פלסטינים: עורכי דין שיפעלו לפי מיטב שיפוטם המקצועי ואשר עשויים לתרום תרומה של ממש.¹³³

בעיצוב ההסדר שנציע להלן ניסינו להביא בחשבון את פער הכוחות הדרמטי ואת המאפיינים המיוחדים של מערכת משפט שבה היריבות בין בית המשפט והתביעה לבין החשודים ועורכי דינם משתרעת הרבה מעבר לאולם המשפט ושנוכחים בה מאבק פוליטי עז המלווה בשפיכות דמים, היעדר מעמד אזרחי, שוני בשפה ובתרבות המשפטית ויחסים הרוויים בחוסר אמון. לפיכך, הנה המתווה שאנו מציעים.

דרך המלך להחיל את מנגנון עורכי הדין המיוחדים בשטחים תהיה תיקון [הצו בדבר הוראת ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\)](#), התש"ע–2009, המאגד את ההסדרים

בדבר תחיקה ביטחונית בשטחים, כך שיכלול מנגנון מקביל של מינוי עורך דין מיוחד בהליכי ביקורת שיפוטית המערבים חומר חסוי. כיום קיים [בצו בדבר הוראות ביטחון](#) מנגנון שעל פיו ממנה בית המשפט הצבאי סגור ששכרו משולם מקופת בית המשפט; אולם אין בצו כל הוראה ביחס לדרישת סיווג ביטחוני מעורכי דין, ובפועל מנגנון זה כמעט שאינו בשימוש.¹³⁴

בגלל אופיו של תפקיד הסגור המיוחד והדרשה לסיווג ביטחוני, המנגנון הנזכר לבדו אינו מתאים ליישום לענייננו. מטעמים הקשורים לסיווג ביטחוני אי אפשר להניח שעורכי דין פלסטינים – המעניקים את מרבית הייצוג המשפטי בשטחים – יוכלו להתמנות כעורכי דין מיוחדים. זהו קושי מובנה במערכת זו ולהערכתנו אי אפשר לעוקפו. לכן, וכדי להימנע מכפל מנגנונים מלאכותיים, אנו מציעים שהעצור או בית המשפט הצבאי ימנו לתפקיד עורכי דין מיוחדים פרטיים מקרב עורכי דין מיוחדים שאושרו ככאלה בישראל מכוח ההסדר שאותו הצענו לעיל. אולם לאור מספרם הרב של המעצרים המנהליים (בעיקר בעיתות של התפרצויות אלימות) אנו צופים שלא יהיה בכך די; ייתכן גם שחלק מעורכי הדין המיוחדים בישראל לא יסכימו להתמנות לייצג בהליכים בשטחים. לכן יש צורך גם בעורכי דין מיוחדים ציבוריים; אך מאחר שסמכותה של הסנגוריה הציבורית אינה חלה על הליכים בשטחים ואין בדעתנו להציע לשנות זאת, יש להחיל כאן מנגנון מקביל.¹³⁵ לפיכך אנו מציעים להחיל מנגנון מוסדי קיים אחר, והוא מינוי [באמצעות הסנגוריה הצבאית](#). הצעה זו כבר הועלתה בעבר¹³⁶ ואנו מבקשים לחזק אותה, אך יש להודות שהיא מציבה אתגרים של ממש, ואיתם ננסה להתמודד להלן.

133 מאמרם של Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96, מדגים את התרומה של עורכי דין ציבוריים לייצוג חשודים בטרור בישראל.

134 ס' 77 [לצו בדבר הוראת ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\)](#), התש"ע–2009, קמ"ם 5902, 234.

135 האפשרות להחיל את הסדר הפרקליטי המיוחד בשטחים הועלתה בעבר דווקא על ידי שופטים צבאיים, שאף הם חשים שלא בנוח להסתמך על ראיות חסויות; ראו [בנישו וויגיסר](#), לעיל ה"ש 20; [פרייז ונון](#), לעיל ה"ש 7 (ארבעת המחברים הם שופטים צבאיים בהווה או שימשו בתפקיד בעבר). בנישו וויגיסר תומכים בהחלת הסדר של פרקליט מיוחד בשטחים. [פרייז ונון](#) דנים בכך, ובסופו של דבר מציעים שלא להחיל הסדר כזה בשטחים בשל הסיכוי לדליפת מידע חסוי.

136 [בנישו וויגיסר](#), שם, מעלים גם הם את האפשרות לשימוש בפרקליטים צבאיים. ראו בעמ' 62, 87, 90–91. [פרייז ונון](#), שם, דנים בייצוג באמצעות הסנגוריה הציבורית ומציעים התמודדות עם קשיים

זהות עורכי הדין המיוחדים שיפעלו בשטחים: למעט במקרים ספורים של מעצר מנהלי של מתיישבים ישראלים וצווי הגבלה המוצאים נגדם, הנאשמים והעצורים בשטחים הם פלסטינים וטובשי השטחים. הייצוג המשפטי בשטחים ניתן ברובו על ידי עורכי דין ועורכות דין פלסטינים שהם חברי לשכת עורכי הדין הפלסטינית.¹³⁷ נוסף על כך עורכי דין ועורכות דין ישראלים – ערבים ויהודים – מייצגים עצורים ונאשמים פלסטינים. בשל הבדלי החינוך המשפטי, השפה והתרבות המשפטית, לעורכי דין ישראלים יש במערכת זו יתרונות רבים על פני עמיתיהם הפלסטינים; מנגד, עורכי דין פלסטינים מכירים טוב יותר את העצורים ואת עולמם.¹³⁸ קביעת מנגנון של סיווג ביטחוני לעורכי דין מיוחדים יגדיל את הפער הזה, שכן אין סיכוי שעורכי דין טובשי השטחים יקבלו סיווג מתאים. זו תוצאה עגומה אך כנראה בלתי נמנעת, ואנו מקווים שההגנה הנוספת לעצורים מצדיקה זאת. אולם עורכי הדין המיוחדים אינם הסגורים היחידים של העצור – הם מצטרפים לעורך הדין הרגיל – ופועלים בתפקיד שהוא מעט היברידי, בין המדינה לעצור; לכן הבעיה היא חלקית בלבד. הצעתנו מותירה על כנו את תפקידם של עורכי הדין הרגילים המייצגים את העצורים, ומוסיפה לו סגור צבאי או אזרחי שמערכת היחסים איתו אינה מחייבת דרגת אמון כמו זו שנותן העצור בעורך דינו הרגיל.

השימוש בסגורים צבאיים: כיום הסגוריה הצבאית אינה מעניקה הגנה משפטית בשטחים, וגם בישראל היא אחראית ככלל לייצוגם של חיילים ולא מי שאינם חיילים.¹³⁹ הצעתנו להסתייע בסגורים צבאיים כעורכי דין מיוחדים נושאת עימה לפיכך שני שינויים עמוקים: ייצוג אזרחים וייצוג אוכלוסייה מוגנת בשטח כבוש, משמע בני אדם שספק רב אם ייתנו אמון בעורכת דין מיוחדת הפועלת מטעם צבא המדינה הכובשת. ובכל זאת, כמה עניינים מובילים אותנו לתמוך בהצעה זו: בניגוד לסגוריה הציבורית, לרשויות הצבא יש סמכות לפעול בשטחי הגדה המערבית; ואכן, התביעה הצבאית מייצגת את המדינה גם בבתי המשפט הצבאיים. מבחינת אחריות מנהלית, כפי שבישראל משרד המשפטים אחראי הן על התביעה והן על הסגוריה הציבורית, וכפי שבמסגרת הדין הצבאי מנהלת מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי הן את התביעה והן את הסגוריה הצבאית, כך אין סיבה שמפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, שאליה כפופות גם התביעה הצבאית וגם הסגוריה הצבאית, לא תישא באחריות הכפולה לניהול התביעה בשטחים לצד מתן הגנה משפטית במצבים שבהם קמה שם זכות לעורך דין מיוחד.

דומים של אמון ותפקוד (שם, בעמ' 125–128); ואולם סמכות הסגוריה הציבורית אינה חלה בשטחים.

137 בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119; Neta Ziv, *Navigating the Judicial Terrain Under Israeli Occupation: Palestinian and Israeli Lawyers in Military Courts*, 42 FORDHAM INT'L L. J. 729 (2018).

138 בן-נתן "בתי המשפט הצבאיים", לעיל ה"ש 119; Ziv, שם.
139 בדו"חות הפעילות השנתיים של הפרקליטות הצבאית, המתארים את פעילותה, נכלל תיאור פעולתן של התביעה הצבאית, האחראית על הגשת כתבי אישום וניהול התביעה, ושל הסגוריה הצבאית, המספקת הגנה משפטית לחיילים ולקצינים הנאשמים: "התביעה הצבאית" אתר הפרקליטות הצבאית <https://bit.ly/38z8343>; "הסגוריה הצבאית" אתר הפרקליטות הצבאית <https://bit.ly/39t3NTL>. ראו גם את Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96.

העצורים הפלסטינים אינם חייבים להיות מיוצגים על ידי עורך דין מיוחד צבאי; הם יכולים לבחור בעורך דין מיוחד פרטי מתוך הרשימה שאישר הסנגור האזרחי הארצי. על סמך ניסיון העבר, אנו סבורים כי בניית אמון המושתת על שירות מקצועי בין עצורים מנהליים (יהודים ופלסטינים כאחד) לסנגורים צבאיים לא תהיה פשוטה, אך היא אפשרית;¹⁴⁰ גם בנישו וויגיסר סבורים כך.¹⁴¹ מן ווינר מתארים כיצד עורכי דין ציבוריים ישראלים, יהודיות ופלסטינים, הצליחו ליצור "אי של יחסי אמון" ולהעניק ייצוג אפקטיבי לנאשמים בעבירות טרור מהשטחים הכבושים שהועמדו לדין בישראל.¹⁴² לדעתנו הדבר יכול לקרות גם עם עורכת דין מיוחדת צבאית. מנקודת מבטו של עורך הדין המיוחד, מנגנון הסנגוריה כשלעצמו אינו מחייב להזדהות עם הלקוח אלא להעניק לו הגנה משפטית, ולכן האתוס וה"נומוס" הסנגוריאלי תומכים בייצוג מסוג זה.¹⁴³ כמו הסנגוריה הציבורית, גם הסנגוריה הצבאית גילתה עצמאות מרשימה ופעלה למען לקוחותיה נגד התביעה הצבאית בנושאים חשובים ושנויים במחלוקת.¹⁴⁴ לאורך ההיסטוריה מילאו סנגורים צבאיים תפקיד של הגנה על נאשמים בפגיעה בביטחון המדינה.¹⁴⁵ דוגמה מאלפת לכך היא ההליכים בפני הוועדות הצבאיות האמריקניות במחנה המעצר גואנטנמו, שבהם מונו סנגורים צבאיים מצבא ארצות הברית לייצג לוחמים בלתי חוקיים ופעלו להגנתם באופן חסר מורא, פעולה שזיכתה אותם גם באמון לקוחותיהם.¹⁴⁶ אנו מעריכים כי הסנגוריה הצבאית בישראל יכולה להתגייס למטרת הבטחת הליך נאות גם בהליכים מסוג זה, וכי אימוץ נקודת המבט הסנגוריאלי על ידה בהליכים מסוג זה עשוי להגביר את ההכרה בחשיבות השמירה על זכויות האדם וההליך ההוגן בקרב הפרקליטות הצבאית ככלל. מאחר שעורך הדין המיוחד נוסף על הסנגור הרגיל, לעצורים יהיה עורך דין שכזה על פי בחירתם, והם עשויים לראות יתרון בכך שיש גורם נוסף מתוך המערכת הצבאית שתפקידו לסייע בהגנה עליהם.

140 ראו את הרמלין ואת בן-נתן, לעיל ה"ש 99; וכן את המקורות שלהלן בה"ש 146.

141 [בנישו וויגיסר](#), לעיל ה"ש 20, בעמ' 87.

142 Mann & Weiner, לעיל ה"ש 96, בעמ' 108–111.

143 יואב ספיר "הגנה ראויה על 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" [משפט וממשל](#) 10, 572 (2007); 91 David Luban, *Are Criminal Defenders Different?* MICH. L. REV. 1729 (1993).

144 בהליכים בבתי הדין הצבאיים וכן בבית המשפט העליון בנושא זכויותיהם החוקתיות של עצורים ונחקרים. ראו [בג"ץ 6055/95 צמח נ' הפרקליט הצבאי הראשי](#), פ"ד נג(5) 241 (1999); [ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי](#), פ"ד סא(1) 461 (2006).

145 Fred L. Borch, *The Historical Role of Military Lawyers in National Security Trials*, 50 S. TEX. L. REV. 717 (2009).

146 David Luban, *Lawfare and Legal Ethics in Guantanamo*, 60 STAN. L. REV. 1981 (2008); Charles J. Dunlap & Linell A. Letendre, *Military Lawyering and Professional Independence in the War on Terror: A Response to David Luban*, 61 STAN. L. REV. 417 (2008); Jason Wright, *More Kafka than Kafka*, in OBAMA'S GUANTÁNAMO: STORIES FROM AN ENDING PRISON 197–209 (Jonathan Hafetz ed. 2016).

כמו אצל חלק גדול מעורכי הדין המיוחדים וחלק מהסנגורים הישראלים הפועלים בשטחים, בעיית התקשורת בין עצורים שאינם דוברי עברית לסנגורים צבאיים שאינם דוברי ערבית תדרוש שימוש במתורגמנים. מתורגמנים כאלה כבר פועלים במערכת הצבאית, לרבות בבתי המשפט הצבאיים. בעת הפגישה בינה לבין האדם תוכל עורכת הדין המיוחדת להסתייע גם בעורך הדין הרגיל. כזכור, המפגש מתקיים לפני שעורכת הדין המיוחדת נחשפה לראיות החסויות. הסתייעות זו לא תייתר, עם זאת, את הצורך להסתייע במתורגמנים להבנת הראיות החסויות עצמן, ולכן יש צורך בהסדרה מקיפה יותר של ההסתייעות במתורגמנים.

כאמור לעיל, ככל שהדברים עשויים להישמע מפתיעים לאוזניים ישראליות, הניסיון האמריקאי בגואנטנמו תומך בניסיון האזרחי שנצבר בישראל ומצביע על יכולתם של סנגורים צבאיים להפגין נאמנות כלפי כל אחד מלקוחותיהם, וכך לזכות באמון של מי שהיו עצורים כלוחמים בלתי חוקיים. כפי שכותב דייוויד לובן, פרופסור למשפטים שהיה מהמבקרים הבולטים של הממשל האמריקאי ושל עורכי הדין של הממשל במסגרת "המלחמה בטרור":

זהותם של פרקליטים צבאיים כעורכי דין מבחינה ביניהם לבין קציני צבא אחרים. [...] בעוד שפרקליטים צבאיים רבים רואים את עצמם בגאווה כלוחמים וגם כעורכי דין, פסיכולוגיה בסיסית מלמדת שהזהות הכפולה שלהם עשויה לגרום להם להיות מגינים נחושים יותר, ולא פחות, מעורכי דין אזרחיים בהגנתם על ערכי שלטון החוק. בסופו של דבר, ערכים אלה ולא כישורים קרביים מהווים את הגרעין הקשה של יכולותיהם המקצועיות כקצינים.

במסגרת המלחמה בטרור, בכל רמה, הסנגורים הצבאיים היו לעיתים קרובות מגינים עיקשים של שלטון החוק, למרבה התסכול של עורכי דין אזרחיים לוחמניים במחלקת המדינה ובבית הלבן, שראו בחוק מכשול למדיניות קשוחה.

[...]

בתור סנגורים, פרקליטים צבאיים תופסים עצמם כמגינים מסורתיים ונחושים של הלקוח שלהם. זוהי למעשה הדרישה של כללי האתיקה של הפרקליטות הצבאית, שבכל גרסאותיהם דורשים נאמנות בלתי מתפשרת (unfettered loyalty) ללקוח הפרטני. פרקליטים צבאיים הם גם קצינים בצבא המחויבים להגן על המדינה אפילו במחיר של סיכון חייהם, כפופים למשמעת ולהיררכיה הצבאית וכן לחוק השיפוט הצבאי. מרבית הסניגורים הצבאיים יאמרו שבאופן רגיל הם אינם חשים בקונפליקט של נאמנות כפולה, משום שתפקידם כעורכי דין

צבאיים הוא למלא את תפקידם כסנגורים; הם משרתים את הממשל (government) דרך התנגדות ל"ממשל".¹⁴⁷

אומנם הניסיון האמריקני אינו מקביל לזה הישראלי, אך הוא משמש דוגמה חיה מהעת האחרונה לייחוד שבתפקיד הסנגור, הכולל מחויבות להגנה בלתי מתפשרת על הלקוח ואפשרות לזכות בשל כך באמונו. בעוד שבשטחים הכבושים מעצר מנהלי הוא עניין שבשגרה, העצורים במחנה גואנטנמו נחשבו עצורים מסוג חריג ביותר ומסוכנים מאוד (עד שהתברר כי רק ספורים מהם אכן היו כאלה), ובכל זאת קיבלו על עצמם סנגורים צבאיים אמריקנים את תפקיד ההגנה עליהם. הכיבוש הישראלי ממושך יותר מה"מלחמה בטרור" של ארצות הברית, ומקיף חלקים גדולים הרבה יותר של חוויית החיים הפלסטינית. מנגד, התמשכותו של הכיבוש וקימו של מיעוט פלסטיני משמעותי בתוך מדינת ישראל מקנים אפשרות של דיאלוג טוב מזה המתאפשר בין סנגורים אמריקנים לאזרחי עיראק, תימן וכדומה, שחיו במדינות אלו כל חייהם. אנו סבורים שהמנגנון שאנו מציעים מעניק סיכוי טוב לא רק למתן אמון בעורכי דין מיוחדים שיפעלו לטובת העצורים אלא גם להשפעה על מערכת המשפט הצבאית, שתצטרך להפנים חלק מ"עלויות" ההגנה המשפטית. חשוב לציין עוד כי מודל הסנגור המיוחד יכול לפעול גם בהיעדר אמון מלא, וכי כל עצור שאינו מעוניין בייצוג של סנגור מיוחד יכול (גם אם נחשוב זאת למצער) לוותר על זכות זו. אנו סבורים שהניסיון והמחקר מלמדים שיש סיכוי טוב שסנגורים מיוחדים צבאיים יסייעו היטב בהגנה על עצורים פלסטינים בהליכים שבהם נעשה שימוש הראיות החסויות.

(ב) הרחבת תחולת ההסדר להליכים נוספים המערבים ראיות חסויות – תחילתן של דיון

הצעת החוק הנבחנת מפרטת רשימה של הליכים שעליהם יחול הסדר עורכי הדין המיוחדים, והיא מנוסחת כרשימה סגורה. אם זו אכן כוונת מציעי החוק, אנו מציעים אחרת. בעינינו אין הצדקה למנוע מאדם את הזכות להסתייע בעורך דין מיוחד בהליכים מנהליים אחרים, רבי השלכות, הנשענים על ראיות חסויות. להלן נציג באופן ראשוני וחלקי כמה דוגמאות להליכים כאלה; אנו מזמינים חוקרות וחוקרים אחרים להעמיק בליבון הדוגמאות הללו (ודוגמאות אחרות) ובשאלת התאמתן למודל עורך הדין המיוחד במתווה שאותו אנו מציעים. קיימים כמובן הבדלים בין ההליכים המנהליים השונים הנשענים על ראיות חסויות: האינטרס הביטחוני, "השלום-ציבורי", שמצדיק לכאורה את הפעלתן של הסמכויות שההליכים הללו מערבים; האינטרס שמצדיק לכאורה את הישענותם של הליכים אלו על ראיות חסויות; וכן, מנגד, הזכות או הזכויות הנפגעות על ידי ההליכים הללו, כולל על ידי השימוש שנעשה בהם בראיות חסויות, אינן זהות, לא מצד תוכנן ולא מצד עוצמת הפגיעה בהן. עם זאת, הבעיות

147 Luban, שם, בעמ' 146 ובעמ' 2000–2003 (בתרגום חופשי שלנו). גם מבקריו של לובן, Dunlap & Letendre, שם, פרקליטים בכירים בצבא ארצות הברית, מסכימים עם תיאורו בנקודה זו, אך בניגוד ללובן סבורים כי הממשל לא ניסה לחבל בפעילותם המקצועית של הסנגורים הצבאיים.

הבסיסיות של היעדר הליך הוגן, דיון ממצה והגנה אפקטיבית דומות לאלו המתעוררות במעצר המנהלי ובסמכויות חירום מובהקות אחרות, ודמיון זה הוא שמצדיק התמודדות באמצעות מודל דומה – זה של עורכי הדין המיוחדים.

הליכי איחוד משפחות בין בני זוג ובין הורה וילדו הקטין. מדובר בקשרי המשפחה העמוקים ביותר של אדם, והחוק הישראלי – [חוק האזרחות והכניסה לישראל \(הוראת שעה\)](#), התשס"ג–2003 (להלן: חוק האזרחות והכניסה לישראל) – מגביל אותם מאד כאשר בת הזוג או בן הזוג של אזרח או תושב ישראל הם מהשטחים או ממדינות אחרות המופיעות בתוספת לחוק.¹⁴⁸ בהליכים מעין אלה נעשה לעיתים שימוש בראיות חסויות.¹⁴⁹

שלילת אזרחות לפי סעיף [11\(ה\) לחוק האזרחות](#), התשי"ב–1952. מדובר בסמכות הנתונה לבית משפט לשלול אזרחות של אדם, על יסוד בקשה של שר הפנים ובהסכמתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה, אם האדם הורשע ב"מעשה טרור" או ב"בגידה" לפי סעיפים [97–99 לחוק העונשין](#), התשל"ז–1977 או אם רכש אזרחות במדינת אויב. גם בהליך זה אפשר להשתמש בראיות חסויות.

שלילת תושבות ושלילת אשרות שהייה. [חוק הכניסה לישראל](#), התשי"ב–1952 מקנה לשר הפנים סמכות רחבה לבטל אשרת שהייה או רישיון ישיבה.¹⁵⁰ סמכות זו הורחבה לאחרונה בתיקון משנת 2018 וכוללת את האפשרות לשלול מאדם תושבות קבע בישראל אם השר קבע שהפר אמונים למדינת ישראל, לאחר שאותו אדם הורשע בעבירות בגידה, ריגול חמור או מעשה טרור כפי שהוגדר [בחוק למאבק בטרור](#), התשע"ו–2016.¹⁵¹ סמכות זו היא קשה במיוחד משום שהיא מאפשרת לשלול תושבות קבע, כולל תושבות קבע מלידה (כמו במקרים של ירושלים המזרחית ורמת הגולן), והיא נתונה לשר הפנים בכפוף להתייעצות עם שר המשפטים ועם הוועדה המייעצת לשר. יתר על כן, לעומת הסמכות לשלילת אזרחות, סמכות זו אינה כפופה לקבלת הסכמתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה. [חוק הכניסה לישראל](#) מאפשר שימוש בראיות חסויות בהליכים בבית הדין לעררים; אף שהחוק אינו עוסק במפורש בשאלה אם שר הפנים רשאי להשתמש בראיות חסויות לשם קבלת החלטה, בפועל הוא אכן עושה בהן שימוש גם בהקשר זה.¹⁵²

148 [חוק האזרחות והכניסה לישראל \(הוראת שעה\)](#), התשס"ג–2003; נוהל משרד הפנים 1.13.0001 "בדיקה וקביעת מרכז חיים" (1.12.2008).

149 ראו למשל את עניין [זעאביץ](#), לעיל ה"ש 1, [ועת"ם \(מנהלי י-ם\) 8121/08 פספוס נ' שר הפנים](#) (נבו 24.7.2008); [עע"ם 8289/08 פספוס נ' שר הביטחון](#) (נבו 2.11.2008). בעניין [פספוס](#) נדחתה עתירה להסרת חיסיון מחלק מהראיות החסויות, ראיות שעל בסיסן הוחלט שלא להאריך את מעמד התושבות הארעית של אב משפחה פלסטיני שחי בירושלים עם אשתו וששת ילדיו זה למעלה מ-15 שנה (כולם תושבי קבע בישראל), והוא גורש לשטחים.

150 סימן א' לפרק השלישי לחוק הכניסה לישראל.

151 ס' 11 לחוק הכניסה לישראל.

152 [בג"ץ 7803/06 ערפה נ' שר הפנים](#), פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 13.9.2017). ראוי לשים לב כי החלטה של שר הפנים אינה הליך שיפוטי אלא הליך מנהלי מעין שיפוטי.

ועדות "מאוימים". ועדות אלו דנות בבקשות מעמד של פלסטינים תושבי שטחי הרשות הפלסטינית אשר לטענתם נשקפת סכנה לחייהם בתחום הגדה המערבית או ברצועת עזה, על רקע חשד הרווח בקהילתם כי הם היו או עודם משתפים פעולה עם ישראל. נוהלי העבודה עצמם נחשפו רק ב־2015 בעקבות עתירה של ארגון "גישה"¹⁵³; בהליכים לקביעת מעמד של סייען הזכאי להגנה משתמשת המדינה לעיתים בראיות חסויות להוכחת הטענה כי אדם איננו סייען, כי הוא איננו מאויים או כי נוכחותו בישראל מסכנת את המדינה.¹⁵⁴

הליכים שעניינם תנאי מאסרם או שחרורם על תנאי של אסירים. כותבים שונים עסקו בהחלטות שיש להן השלכות כבדות על חירותם ותנאי כליאתם של אסירים, ואשר מתקבלות על בסיס הליכים מנהליים שבהם אין לאסירים ייצוג ומתבססים לעיתים על חומר חסוי.¹⁵⁵ בהקשר זה ברצוננו להעיר כי **חוק שחרור על תנאי ממאסר**, התשס"א–2001, מסמיך את ועדת השחרורים להפוך את עורך דינו של האסיר למעין עורך דין מיוחד בהקשר מסוים המפורט שם, בסעיף **17(ו)**:

"החליטה הועדה שלא לגלות לאסיר ולבא כוחו תוכנו של מידע חסוי, כולו או מקצתו, תעביר הועדה לאסיר פרטים או תמצית של המידע החסוי, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה או בענין הציבורי האחר; היתה הסיבה לאי גילוי המידע הגנה על טובתו של האסיר, רשאית הועדה לגלות את המידע החסוי רק לבא כוחו של האסיר, ובלבד שהאסיר הסכים לכך.

המנגנון המופיע בסיפת הסעיף נוגע אם כן רק לראיות חסויות הנוגעות לטובתו של האסיר, ולכן נותר בעינו מכלול הקשיים ביחס לשימוש בראיות חסויות נגד האסיר בשל טעמים אחרים. מכאן הצעתנו להרחיב את הצעת החוק כך שתחול על מכלול ההליכים שעוסקים באסירים במקרים שבהם נעשה שימוש בראיות חסויות.

מעקב ופיקוח על עברייני מין משוחררים על בסיס הערכת מסוכנות. הן הערכת המסוכנות של עברייני מין משוחרר והן הפיקוח והמעקב המופעלים בעקבות כך יכולים לכלול אלמנטים

¹⁵³ **ע"ם (מנהלי ת"א) 51147-05-14 גישה** – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' יחידת מתאם פעולות הממשלה בשטחים (נבו 13.1.2016). המדינה מבחינה בין "סייענים" – מי שהופעלו על ידה, לבין "מאוימים" – הטוענים שהיו סייענים או שסייעו בצורה בלתי פורמלית או נחשדים ככאלה אך המדינה אינה מכירה בהם כסייענים. מאוימים יכולים לפנות לעזרת ועדת מאוימים: נוהל מתאם הפעולות בשטחים "נוהל טיפול במאוימים" (2015) <https://bit.ly/3PobDyB>. על אופן פעולת ועדת המאוימים וסמכויותיה ראו בין היתר את **בג"ץ 9482/11 פלוני נ' שר הפנים** (נבו 7.1.2013).
¹⁵⁴ נוהל טיפול במאוימים, שם; פרוטוקול ישיבה 252 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה, הכנסת ה-18, 4, 8 (15.5.2012); מנחם הופנונג **"מחיר המידע: קליטה ושיקום של סייעני מערכת הביטחון בערי ישראל" משפט וממשל יח 55 (2017)**.
¹⁵⁵ ראו למשל את רון שפירא **"הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" ספר עדי אור ז"ל – המשפט יב 485, 500–505 (2007)**; בן-נתן **"בחזרה לעתיד"**, לעיל ה"ש 2.

חסויים, והם עלולים לגרום להטלת מגבלות מרחיקות לכת על אותו אדם לאחר שכבר ריצה את עונשו, מבלי שיינתנו לו זכות טיעון או ייצוג בהליכים.¹⁵⁶

ראיות חסויות בהליכים פליליים. בעניינו יש הצדקה לשימוש בעורכי דין מיוחדים גם בגדר של הנתיב המשני לשימוש בראיות חסויות, כלומר בגדרם של הליכים פליליים שבהם מופעלת תעודת חיסיון.¹⁵⁷ אומנם, כאמור בפתח המאמר, בהקשרו של אישום פלילי יש לבית המשפט תפקיד פעיל מודגש, והוא לבחון אם הראיות שנחסו חיוניות להגנת הנאשם. עם זאת, מהלך זה של בירור על ידי בית המשפט נעשה במעמד צד אחר ומלוות אותו הרעות החולות שנדונו לעיל באריכות. הפרשה שאותה גוללנו לעיל, **אבו סעדה**, הדגימה זאת באופן חד במיוחד.¹⁵⁸ אשר על כן, עורך דין מיוחד שיכיר את הראיות הללו יוכל לתרום תרומה של ממש למתן מענה נכון על ידי בית המשפט.

בקצרה, ומבלי לקבוע מסמרות (שכן בסוגיה זו מתחייב בכל זאת ליבון מקיף יותר מזה שהתקיים כאן), אנו תומכים בהרחבת מוסד עורכי הדין המיוחדים לכל מצב של שימוש בחומר חסוי כבסיס להטיל (או להמשיך להפעיל) הגבלה ממשית על זכויות אדם. בחלק מההליכים הללו קיימת מראש האפשרות לייצוג של הסנגוריה הציבורית, והיא אכן זו שמוזמנת לעיתים לייצג בהליכים בפני ועדות שחרורים, בהליכים הקשורים לוועדות מאוימים, בהליכי הגבלה על עברייני מין וכמובן בעניינים הקשורים לחסיונות בהליכים פליליים. מאחר שהסנגוריה הציבורית מעורבת ממילא בייצוג בהליכים המסוימים הללו, לא יהיה קושי של ממש להפעיל בגדרם של הליכים אלה סגור ציבורי נוסף בתפקיד עורך דין מיוחד.

בהליכים אחרים, כגון הליכי הגירה והליכי איחוד משפחות שהוזכרו לעיל – הליכים לפי **חוק האזרחות, חוק הכניסה לישראל, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)** – אין כיום ייצוג ציבורי ממש. אנו מציעים שבחירת עורכי דין מיוחדים בהליכים אלו תיעשה מתוך הרשימה שתגבש הסנגוריה הציבורית. ככל שנדרש למנות עורכת דין מיוחדת מטעם המדינה מחמת חוסר אמצעים של המתדיינים, ומשום שסמכות הסנגוריה הציבורית מוגבלת להליכים פליליים ולהליכים הנלווים אליהם, מן הראוי שמינוי עורכת הדין המיוחדת ייעשה על ידי **הלשכה לסיוע משפטי במשרד המשפטים**, העוסקת במתן ייצוג משפטי לנזקקים בהליכים אזרחיים ומנהליים.¹⁵⁹ ללשכה לסיוע משפטי מוקנית סמכות להעניק סיוע משפטי בהליכים לפי **חוק**

156 דנה פוגין' "ביום שאחרי – גישות חדשות במערכת המשפט לניהול הסיכון של פגיעה מינית – מענישה בלבד לפיקוח ומניעה", הפרקליט נא 139 (התשע"א); חגית לרנאו ואיילת עוז "למה אסור להתאהב בחוק ההגנה על הציבור מפני עברייני מין – מבט ביקורתי" הפרקליט נא 205 (התשע"א).

157 ס' 44 ו-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

158 ראו לעיל, הטקסט העוקב לה"ש 60.

159 **חוק הסיוע המשפטי**, התשל"ב-1972.

159 הרחבת סמכות הלשכה לסיוע משפטי נעשתה בעבר ביחס לאוכלוסיות נזקקות מיוחדות: מאושפזים בשירותי בריאות הנפש, קטינים בלתי מלווים וקורבנות סחר בבני אדם, על פי צו הסיוע

[האזרחות](#), וראוי להרחיב את סמכותה גם להליכים בהתאם ל[חוק הכניסה לישראל](#) ולהליכים בהתאם לחוק האזרחות והכניסה לישראל.¹⁶⁰

5. סיכום

אחת הדילמות הקשות ביותר של השימוש בראיות חסויות כבסיס להגבלת חירות וזכויות אדם נוספות הוא המצב הקפקאי ששימוש זה תכופות מגבש. הצעת חוק מעניינת וחשובה, שזוכה לתמיכה ממגוון כיוונים, מנסה להקהות את הקפקאיות ולהפחית מהמחיר שגובות סמכויות שעת חירום באמצעות מודל עורך הדין המיוחד. עורכת הדין המיוחדת אמורה לפעול לצד עורכת הדין הרגילה: להיחשף לחומר החסוי; לנסות לשכנע את בית המשפט לחשוף חלקים רבים ככל האפשר ממנו; ולהציג בפני בית המשפט פרשנות למכלול החומר הגלוי והחסוי שבתיק – זו המיטיבה ביותר עם האדם העצור.

תמכנו במודל עורך הדין המיוחד, משום שטמונה בו חלופה שממתנת את הקשיים העמוקים שמעוררות סמכויות החירום והראיות החסויות המלוות אותן. קיומה של חלופה פותח פתח לטיעון חוקתי כנגד סמכויות החירום, ואולם מקוצר היריעה לא פנינו לשרטט אתגר חוקתי.¹⁶¹ תחת זאת התמקדנו בהצעות לשיפור מודל עורך הדין המיוחד שאותו שרטטה הצעת החוק. ראשית, הצענו להחיל הסדר של עורכת דין מיוחדת על הזירה שבה סמכויות המעצר המנהלי מופעלות יותר מכול. השימוש האינטנסיבי ביותר במעצרים מנהליים ובראיות חסויות הוא נגד הפלסטינים בגדה המערבית, אולם הצעת החוק אינה חלה עליהם. אומנם מבחינה רשמית סמכות החקיקה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית שמורה למפקד הצבאי, אולם המפקד הצבאי אינו אלא זרוע של המדינה. מתקיימות כאן שתי מערכות חוק שמשקפות דרגות של הגנה משפטית נפרדת ולא שווה, השונות זו מזו באופן קיצוני. הדואליות המשפטית הזו היא בעייתית ביותר, שהרי היא מופעלת על-ידי מדינה שולטת אחת. התייחס לכך כב' השופט רובינשטיין: "אף אם מדובר בשני מקורות סמכות שונים ו'כובעים' ריבוניים שונים, 'הלוא אב אחד לכולנו' (מלאכי ב', י), קרי – במהות – מדינת ישראל חופה על הכל".¹⁶²

כדי להימנע מהעמקת המערכת הכפולה והמפלה של החקיקה – בישראל ובשטחים – הצענו ליצור הסדר מקביל מכוח תחיקת הביטחון של המפקד הצבאי, ולהפעיל את הסנגוריה הצבאית

160 הרחבת סמכות הלשכה לסיוע משפטי נעשתה בעבר ביחס לאוכלוסיות נזקקות מיוחדות: מאושפזים בשירותי בריאות הנפש, קטינים בלתי מלווים וקורבנות סחר בבני אדם, על פי [צו הסיוע המשפטי \(החלת מתן שירות משפטי\)](#), התשס"ו–2006; [צו הסיוע המשפטי \(החלת מתן ייצוג משפטי\)](#), התשס"ו–2006; [צו הסיוע המשפטי \(החלת מתן ייצוג משפטי\)](#), התשס"ו–2006.

161 בתמצית: [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) כולל פסקת ההגבלה שבו מצויבים סייגים לכל פגיעה בחירות, קל וחומר כזו שאינה שומרת על הליך הוגן. סייג מרכזי הוא אבן הבוחן של המידתיות; וזו מעמידה בסימן שאלה ממשי את מצב הדברים הקיים בתחום סמכויות החירום והראיות החסויות לנוכח החלופה של מודל הפרקליט המיוחד.

162 [בג"ץ 3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי](#) (נבו 12.2.2008).

לצד עורכי דין מיוחדים פרטיים, כך שישמשו יחדיו מאגר של עורכי דין מיוחדים עבור העצירים המנהליים הפלסטינים.

אשר לתוכן ההסדר, מוסכם כי עורכת הדין המיוחדת לא תוכל לפגוש את האדם לאחר שעיינה בחומר החסוי. הסכמה זו נובעת ממרכזיות החשש לדליפת מידע ביטחוני ומהרצון להרחיב את מעגל עורכי הדין המיוחדים ולכלול בהם עורכי דין ערבים רבים. דרשנו עוד כי תופעל בקרה של ממש על הרחבת התמצית (הפרפרזה) שמספק השב"כ לבני האדם שבעניינם מופעלות הראיות החסויות, כדי שתתאפשר להם הגנה אפקטיבית יותר.

כללנו בהצעת החוק סוגיה שבמשך שנים ארוכות הייתה "מתחת לרדאר" – האפשרות להסתייע במתורגמנים במימון המדינה, כדי להבין את חומר הגלם המודיעיני באופן המדויק ביותר; עוד ביקשנו לגבש אפשרות ברורה לעורכי הדין המיוחדים לחקור את חוקרי השב"כ על חומר שאספו ושעליו הם מתבססים.

הצעת החוק שהייתה ציר הדיון במאמר מסתמכת במידה רבה על הסנגוריה הציבורית. אנו מבקשים להרחיב זאת עוד: בכפוף לכך שהוועדה תעניק סיווג ביטחוני לעורכי הדין המיוחדים – סיווג שאינו צריך להיות גבוה, בשל האיסור על מפגש בין האדם לבין עורך הדין המיוחד לאחר שזה עיין בחומר הסודי – תהיה זאת הסנגוריה הציבורית שתאשר את עורכי הדין המיוחדים, וכך מכלול ההסדר בתחומי ישראל יהיה באחריותה.

מצב הדברים במציאות העכשווית של ישראל, ללא התיקון המוצע, מסתמך כל כולו על הנחות מעורפלות ביחס לתפקיד אקטיבי וחשוב, מעין אינקוויזטורי, של השופטים המפעילים בקרה שיפוטית. הנחות אלה הן למרבה העצב נטולות ממשות; שנים ארוכות של ניסיון מלמדות כי לא כך קורה, וכנראה גם לא צפוי שיקרה. לפיכך, חובה להחדיר אל המודל האדוורסרי של שיטת המשפט שלנו גורם שייצג את האדם, ושיש בידיו כלים לשנות חלקית את התהליך המוטה כל כך שיוצרות הראיות החסויות – המצב הקפקאי. ההסדר שאנו מציעים לא יאיץ את הבעייתיות הרבה הנעוצה בשימוש בראיות החסויות, אבל הוא ימתן במידה ניכרת את המחיר שמשלמים בני אדם שנגדם הופעלו סמכויות שלטוניות המתבססות על ראיות חסויות.

נספח – הצעת נוסח מתוקן להצעת החוק

להלן מובא נוסח הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017, בשינויים ובתוספות שאנו מציעים.

מטרתו של חוק זה היא לחזק ולייעל את הליכי הביקורת השיפוטית על הליכים חסויים – הליכים מנהליים ופליליים המבוססים על ראיות חסויות – וזאת באמצעות העמדת עורך דין מיוחד שייצג, לצד עורך הדין הרגיל, את מי שנגדו ננקט הליך שכזה, והוא יפעל כדי להגן בפני בית המשפט על ענייניו של האדם; באופן זה תצומצם הפגיעה בזכויות האדם הנגרמת בשל ההליך החסוי.

**הצעת חוק
עורכי דין
מיוחדים**

2. בחוק זה –

הגדרות

“הליך חסוי” – הליכים שיפוטיים לפי:

סעיפים 4, 5 ו-7 לחוק סמכויות לשעת חירום (מעצרים),
התשל"ט–1979;

סעיפים 108, 109, 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945;

סעיף 65 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016;

סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים),
התשנ"ו–1996;

סעיפים 5, ו-6 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002;

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003; סעיף 11(ה) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952;

סימן א' לפרק השלישי לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; הליכים הנוגעים לטיפול בתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה הטוענים שנשקפת סכנה לחייהם או לחיי קרוביהם עקב שיתוף פעולה עם גורמי ביטחון ישראליים או עקב חשד שכזה;

הליכים שעניינם אסירים ותנאי מאסרם והליכי שחרור על תנאי לפי חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001;

הליכי קבלת החלטות בעניין מעקב ופיקוח על עברייני מין משוחררים לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006;

הליכים מכוח סמכויות הנתונות בסעיפים 44, 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971;

וכל הליך אחר שעניינו הגבלה ממשית על זכות יסוד של אדם, הנשען על מידע חסוי.

"מידע חסוי" – מידע הרלוונטי לעניינו של האדם שנגדו הופעלה סמכות,

והוא נחסה על ידי הרשות;

"השר" – שר המשפטים;

"הסנגור הציבורי הארצי" – כמשמעותו בחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 (להלן – חוק הסניגוריה הציבורית);

"רשימת עורכי דין מיוחדים" – רשימת עורכי דין שאושרו כעורכי דין מיוחדים על ידי הוועדה לאישור עורכי דין מיוחדים לפי סעיף 6 וכפי שתעודכן מעת לעת;

"עורך דין מיוחד" – מי שאושר על ידי הוועדה לאישור עורכי דין

מיוחדים לפי סעיף 6 לחוק זה;

"עורך דין מיוחד ציבורי" – עורך דין מיוחד שמונה בהליך על ידי

הסניגוריה הציבורית לפי סעיף 8(ב) או על ידי הלשכה לסיוע משפטי לפי סעיף 8(ד);

"עורך דין מיוחד פרטי" – עורך דין מיוחד שמונה בהליך על ידי בית

המשפט לפי סעיף 8(ג).

- תפקיד עורך הדין המיוחד**
3. א. עורך הדין המיוחד יבחן את המידע החסוי, את הקשר בין המידע החסוי לבין הטענות והסעד המבוקש בהליך החסוי וכן את נחיצותו של הסעד המבוקש לאור המידע החסוי, ויפעל כדי להגן על ענייניו של האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי בפני בית המשפט.
- ב. הסנגור הציבורי הראשי ייקבע הנחיות לביצוע תפקידו של עורך הדין המיוחד.
- סדרי הדיון**
4. (א) בכל הליך חסוי בפני בית משפט או בית דין יתייצב עורך דין מיוחד.
- (ב) כל מידע חסוי ילווה בתמצית של מידע זה כחלק מהצו המגביל שהוצא נגד האדם או כחלק מהפעולה השלטונית האחרת שהתקיימה בעניינו. הכנת התמצית תיעשה באופן שיאפשר התגוננות מצד האדם, והיא תציג לפיכך במלוא הפירוט האפשרי את הגלום במידע החסוי ואת הנטען על יסודו, כדי לאפשר לו הצגת ראיות וטיעוני נגד.
- (ג) עורך הדין המיוחד יקבל לידיו את המידע החסוי המוגש במסגרת ההליך החסוי לכל הפחות 24 שעות לפני הדיון; נקבע ההליך למועד קרוב מ־24 שעות, יידחה ההליך, אם יבקש זאת עורך הדין המיוחד כדי לאפשר לו עיון נאות במידע החסוי.
- (ד) המידע החסוי יימסר לעיון עורך הדין המיוחד במקום מאובטח ויישמר על ידו כפי שיקבע השר בתקנות.
- (ה) עורך דין מיוחד שהגיע אליו מידע חסוי תוך כדי מילוי תפקידו או במהלך עבודתו לא יגלה אותו לאתר ולא יעשה בו כל שימוש אלא לפי הוראות חוק זה.
- (ו) עורך דין מיוחד יפעל ככל האפשר כדי להיפגש עם האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי בטרם נמסר לידיו המידע החסוי.
- (ז) נמסר המידע החסוי לעורך הדין המיוחד, לא יהיה עורך הדין רשאי להיפגש עם האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי או עם מי מטעמו לאחר שעיין במידע זה, אלא באישור בית המשפט.

- (ח) בעת הדיון ילווה המידע החסוי בנציג שירות הביטחון הכללי או נציג רשות ביטחונית אחרת או נציג רשות לאכיפת חוק אחרת, לפי העניין; נציג זה יהיה אדם המעורב באיסוף ובניתוח של המידע החסוי, והוא יעמוד לחקירה נגדית של עורך הדין המיוחד, זולת אם פטר בית המשפט את הנציג מהתייצבות לחקירה מטעמים מיוחדים שיפורטו או הסכים להחליפו בנציג אחר.
- (ט) האדם, עורך דינו הרגיל ועורך הדין המיוחד יוכלו, ברשות בית המשפט, לזמן לעדות עדים מטעמו של האדם ביחס לטענות ולראיות שנחשפו בפניו; ועורך הדין המיוחד יוכל, ברשות בית המשפט, להזמין לעדות ולחקירה, שלא בנוכחות האדם ועורך דינו הרגיל, חוקר מסוים מטעמה של הרשות החוקרת, וכן עד מומחה ביחס לשאלות העולות מתוך הראיות שנותרו חסויות.
- (י) עורך הדין המיוחד רשאי להסתייע במתורגמן; המתורגמן יהיה בעל סיווג בטחוני מהסוג של עורך הדין המיוחד, ויופיע ברשימת המתורגמנים שיגבש הסנגור האזרחי הארצי על יסוד אמות מידה שקבע ואשר תעודכן מעת לעת. שירותיו של המתורגמן ימומנו על ידי המדינה.

5. כשיר להתמנות לעורך דין מיוחד כל אדם שהוא:

כשירות

- (א) חבר בלשכת עורכי הדין בישראל, עסק בעריכת דין – ברציפות או לסירוגין – חמש שנים לפחות והוא כשיר להתמנות כסנגור ציבורי לייצוג בפני בתי משפט מחוזיים ובפני בית המשפט העליון;
- (ב) קיבל אישור לייצג בפני בתי דין צבאיים בהתאם לסעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי;
- (ג) בעל היכרות מוקדמת עם הליכי חקירה או עם הליכים משפטיים בעבירות ביטחון;
- (ד) קיבל הכשרה מתאימה, כפי שיקבע הסנגור הציבורי הארצי.

6. **ועדה לאישור עורכי הדין המיוחדים ורשימת עורכי דין מיוחדים**

- בסנגוריה הציבורית תוקם ועדה לאישור עורכי דין מיוחדים שיהיו רשאים לייצג בהליכים חסויים. בראש הוועדה יעמוד הסנגור הציבורי הארצי, והוא ייקבע את הרכבה. הוועדה תהיה מוסמכת לאשר עורכי דין המועסקים בסנגוריה הציבורית וכן עורכי דין שאינם מועסקים כאמור, ותרכיב רשימת עורכי דין מיוחדים שתעודכן מעת לעת.

7. **אישור הוועדה**

- (א) עורכי דין העומדים בתנאי הכשירות הקבועים בסעיף 5 יוכלו להגיש מועמדות לוועדה.

- (ב) מצאה הוועדה כי המועמד כשיר לשמש בתפקיד – תאשר אותו כעורך דין מיוחד בהליכים חסויים.
- (ג) לבקשת שר המשפטים או לבקשת הסגור הציבורי הארצי תהא הוועדה רשאית, בכפוף לקיומו של הליך הוגן, לבטל אישור עורך דין מיוחד שניתן לפי חוק זה.
8. **מינוי עורך דין מיוחד**
- (א) בהליך חסוי כהגדרתו בחוק זה תמסור התביעה ללא דיחוי לאדם שנגדו ננקט ההליך הודעה בכתב, בשפה שאותה הוא קורא ובה הוא שולט, על זכותו למנות עורך דין מיוחד ועל זכאותו לעורך דין מיוחד ציבורי. אל ההודעה תצורף גם רשימת עורכי דין מיוחדים פרטיים שאישרה הוועדה.
- (ב) בחר האדם למנות עורך דין מיוחד ציבורי – ימנה המחוז המתאים בסנגוריה הציבורית עורך דין מיוחד מתוך הרשימה שאישרה הוועדה.
- (ג) בחר האדם בעורך דין מיוחד פרטי מתוך הרשימה – ימנה בית המשפט את עורך הדין בהסכמתו.
- (ד) נדרש מינוי עורך דין מיוחד ציבורי בהליכים שאינם בסמכות הסנגוריה הציבורית – תמנה הלשכה לסיוע משפטי שליד משרד המשפטים עורך דין מיוחד ציבורי מתוך הרשימה.
9. **ביצוע ותקנות**
- (א) שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל עניין הנוגע לביצועו.
- (ב) שר המשפטים יכריז בצו על פי חוק הסיוע המשפטי על זכאותם לייצוג של הנתונים להליכים חסויים שאינם בסמכות הסנגוריה הציבורית.
10. **עונשין**
העובר עבירה לפי סעיף 4(ד) או (ו) דינו – מאסר שלוש שנים.
11. **שמירת זכויות**
אין באמור בחוק זה כדי לפגוע בזכויות האדם שנגדו ננקט ההליך החסוי לכל הליך או לכל טענה, לרבות זכותו להתנגד לעצם קיומו של ההליך החסוי.
12. **תיקוני חקיקה**
בחוק הסנגוריה הציבורית יתווסף סעיף 18(א2):
"זכאי לייצוג לפי חוק זה מי שנתון להליך חסוי כהגדרתו בחוק עורכי דין מיוחדים".