

בבית המשפט העליון

בירושלים

בעניין:

טלי פחימה

ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן

רח' הסוללים 3, תל אביב 67897

טל: 03-5619666 פקס: 03-5618818

המערערת

- נ ג ד -

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

רח' סלאח-א-דין 29 ירושלים

טל: 02-6466591 פקס: 02-6466655

המשיבה

הודעת ערעור

זהו ערעור על החלטתו של נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, כב' השופט אורי גורן, לאשר את מעצרה המינהלי של העותרת על פי סע' 4 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) תשל"ט – 1979 (להלן: החוק).

החלטת בית המשפט המחוזי ניתנה ביום 14.9.04.

העתק ההחלטה מצורף להודעת ערעור זו ומסומן א'.

ואלו נימוקי הערעור:

1. המערערת הינה אזרחית ישראל, אשר מתוך התעניינות פוליטית ואנושית יצרה קשרים עם חברים בארגון הפתח (גדודי חללי אל-אקצה) במחנה הפליטים ג'נין. בעקבות נסיון להתנקש בחייו של ראש הארגון, זכריה זביידי, הצהירה בעבר בכלי התקשורת על נכונותה לשמש לו "מגן אנושי". המערערת ביקרה פעמים מספר במחנה הפליטים ג'נין, והחל מחודש מאי החלה בנסיון להקים פרויקט העשרה (ספריה וכיתת מחשב) לילדי מחנה הפליטים, אשר סוכל עקב מעצרה.

2. לאחר ששהתה במחנה הפליטים בחודש מאי, הסגירה המערערת את עצמה לידי שירותי הבטחון אשר חיפשו אחריה, ונעצרה למשך שישה ימים לצרכי חקירה. המערערת שוחררה אז ממעצרה, בלא שננקטו כנגדה כל הליכים לאחר מכן.
3. ביום 9.8.04 נעצרה המערערת בשנית לאחר שעברה את מחסום "עינב" לכיוון ג'נין, וזאת בחשד לקשירת קשר לביצוע פשע. המערערת היתה עצורה במשך 28 ימים לצרכי חקירה, ומעצרה הוארך מעת לעת ע"י בית משפט השלום. החקירה הממושכת לא הובילה להגשת אישומים כלשהם כנגד המערערת.
4. ביום 3.9.04, בעוד המערערת מצויה במעצר, חתם שר הבטחון, מר שאול מופז, על צו מעצר מינהלי כנגד המערערת למשך ארבעה חודשים, שתחילתו ביום 5.9.04. בהתאם להוראות החוק, התקיים דיון בבקשה לאישור הצו בפני נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, והחלטתו לאשר את הצו ניתנה ביום 14.9.04, והיא נשוא ערעור זה.
5. כפי שעלה ממהלך הדיון, הראיות היחידות כנגד המשיבה, אשר על בסיסן ניתן צו המעצר המינהלי, הינן מידע שנמסר ע"י מקורות מידע של שירותי הבטחון, וחוות דעת של מומחה מטעם שירות הבטחון. ראיות אלו לא נחשפו בפני המערערת וב"כ, אף לא בחלקן.
6. במהלך הדיון דחה בית המשפט קמא את בקשת הח"מ לחשוף בפניה ובפני המערערת חלקים מן החומר החסוי שלא יהיה בו כדי לגלות את זהות מקורות המידע. כמו כן קבע בית המשפט בהחלטתו כי השתכנע מאמינות מקורות המידע, ולפיכך אין לו צורך להכריע כלל בבקשת המערערת כי מקורות אלו יחקרו ע"י בית המשפט.
7. בית המשפט קמא קבע, כי שוכנע על בסיס מקורות אלו, שהמשיבה "נחוושה בדעתה לבצע פיגועי טרור כנגד מטרות ישראליות ולהשיג אמל"ח מפעילי טרור פלסטיניים". עוד מבסס בית המשפט את החלטתו על כך כי "היותה יהודיה, אזרחית ישראל, עלול לשמש הן מצידה והן מצד פעילי טרור פלסטיניים משום תמריץ לביצוע פעולות טרור והשגת אמל"ח כחלק מנצחון תדמייתי בקרב דעת הקהל בעולם ובציבור הפלסטיני".

התמשכותו של מצב החירום מחייבת צמצום באמצעים הננקטים על פיו

8. תוקפו של חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), מותנה בקיומו של מצב חירום במדינה. מצב חירום זה מתמשך מעת הקמת המדינה ועד היום, והוא הפך למעשה למצב של קבע. הסמכויות

הניתנות על פיו והמותנות בקיומו, לא נועדו מטיבן, להיות כלי שבשגרה במדינה מתוקנת, כי אם אמצעי חירום קיצוני בלבד, אולם עקב הימשכות מצב החירום נעשה בהן שימוש תדיר.

9. כנגד המשכו של מצב החירום הוגשה עתירה בבג"צ 3091/99 ע"י האגודה לזכויות האזרח בישראל. ביום 8.9.04 ניתנה החלטה באותה עתירה, כי על המדינה להערך בתיקוני חקיקה לביטולו של מצב החירום. בית המשפט קבע כבר בעבר, כי סמכויות אלו פוגעות קשות בדמוקרטיה.

10. חוק יסוד הממשלה שנכנס לתוקפו בשנת 1996 חייב את הכנסת להחליט מדי שנה על הארכת מצב החירום, ומאז מאריכה הכנסת את מצב החירום בתקופות קצובות וקצרות יחסית. כיום תוקפו של מצב החירום הוא עד ליום 13.12.04. החלטתו האחרונה של בית המשפט בענין זה, מחייבת את הכנסת להתכונן לביטולו של מצב החירום, ומורה כי מצב זה לא יארך ככל הנראה עוד זמן רב. התמשכותו של מצב החירום עד שהוא אינו מהווה כבר מצב חירום אלא מצב של קבע, והציפיה לביטולו בעתיד הלא רחוק, מחייבת לבדוק באופן קפדני אם הפעולות שנקטות על פיו אכן מוצדקות במצב חירום, ולצמצם ככל הניתן את האמצעים הננקטים על פיו, כגון מעצרים מינהליים, ובתוך כך אף מעצרה המינהלי של המערערת.

רמת ההוכחה הנדרשת במעצר מינהלי

11. אין חולק כי המעצר המינהלי מהווה פגיעה קשה בזכויות היסוד של האדם כפי שהן נתפסות דרך כלל במערכת המשפטית. הפגיעה מתבטאת בשניים. האחד, בהיותו של המעצר מעצר מניעתי, שאינו מבוסס על מעשי העבר אלא על חששות לעתיד, והשני, בהיותו מבוסס על ראיות חסויות אשר אינו מובאות לידיעת העצור.

12. הכלל הבסיסי הבא לידי ביטוי בהליכים הפליליים הוא כי אין מענישים אדם אלא על יסוד הוכחת מעשיו בעבר. המעצר המינהלי מהווה חריג לכך, בשללו את חירות האדם על יסוד החשש העתידי כי זה יבצע מעשים שיפגעו בבטחון המדינה. עצם הפגיעה בזכויות על סמך חשש עתידי, היא החריג, שכן היא מהווה נקיטת צעדים עונשיים כלפי אדם חף מפשע. אף בהליכים פליליים המתייחסים לעבר מתקשים בתי המשפט לעיתים קרובות לקבוע לאשורן עובדות שאירעו. קביעה של הרשעה בהליך פלילי, המתייחסת לעבר, אף היא אינה קביעה ודאית, מעבר לכל ספק, אלא קביעה שהיא מעבר לספק סביר.

13. בעוד שעובדות שהתרחשו בעבר, הינן ודאיות, ולמרות זאת יש קושי בקביעתן בדיעבד, הרי מעשים הצפויים להתרחש בעתיד, לא רק שיש קושי רב הרבה יותר בקביעת הסכנה

להתרחשותם ורמת הסתברותה, אלא שעצם התרחשותם או הסכנה להתרחשותם, לעולם אינה ודאית. אנו צועדים כאן בשדה של חששות וחשדות, סבירויות והסתברויות, ולא בשדה של עובדות ומעשים. כל עוד לא בוצע המעשה, אין כל ודאות כי יבוצע, וביצועו יכול להיות מסוכל מכל סיבה שהיא, בין אם המבצע שינה את טעמו ובין אם נסיבות חיצוניות גרמו לסיכול האירוע.

14. מנגד, הפגיעה האנושה בחירות ובכל הזכויות הנגזרות ממנה, הכרוכה המעצר המינהלי, הינה ודאית ומוחלטת מעת כניסת הצו לתוקף.

15. אופי זה של המעצר המינהלי מחייב כי הוא יינקט רק במקרים בהם הסכנה היא חמורה ביותר, ומידת הסתברותה קרובה לודאות:

"הסמכות, שניתנה לשר הבטחון לפי סעיף 2 של החוק, היא סמכות רחבה ויוצאת דופן, מכיוון שהיא מאפשרת שלילת חירות של אדם שלא בדרך הליך משפטי רגיל, ועל-כן יש להשתמש במסכות זאת בזהירות רבה ורק במקרים, שאכן הסכנה לבטחון המדינה ולבטחון הציבור היא רצינית, ואין דרך למנוע סכנה זו אלא על-ידי מעצרו של אדם". עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לו(1) 666, 669.

"הואיל וצו המעצר המינהלי בא לקדם פני סכנה עתידית, עלינו לעשות שימוש במבחן הסתברותי. היינו, יש לבחון את מעשיו ודבריו של העצור כפי שהם עולים מן החומר, בדרך כלל חומר חסוי, לשם הערכה של מידת הסיכון הצפויה ממנו בעתיד. ניתן לחשוב על מבחנים הסתברותיים שונים, כמו אפשרות סבירה, חשש ממש או ודאות קרובה - לפעילות אסורה. לתוך מבחן זה יש להכניס, כמובן, אלמנט נוסף, והוא טיבה של הפעילות. ברי, כי אם מדובר בסיכון שתבוצענה עבירות קלות, לא יהיה צידוק לשימוש באמצעי הקיצוני של מעצר מינהלי. מדובר, אם כן, בעבירות חמורות במיוחד שיש בהן כדי לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור. נראה, כי המבחן הראשון, זה של אפשרות סבירה, אינו יכול לשמש כאמת מידה ראויה. מבחן זה אין בו די כאשר מדובר במעצר מינהלי. המבחן המקובל בפסיקה הוא זה של ודאות קרובה. . . . במילים אחרות, אם בית המשפט משתכנע, על יסוד החומר, כי קרוב לודאי שהעצור יבצע עבירות חמורות אלא אם תוגבל חירותו

על דרך מעצר – יאושר הצו. עמ"ס 8788/03 נעם פדרמן נ' שר
הביטחון פ"ד נח(1), 176, עמ' 190-191.

16. רמת ההסתברות צריכה להיות, אם כן, קרובה לודאות, ואילו המעשים צריכים להיות חמורים ומהווים סכנה של ממש לבטחון המדינה והציבור. על מנת שהחשש יהיה ברמת ודאות מספקת, עליו להיות קונקרטי ולהתבסס על מעשים שנעשו או על תכניות שנרקמו בפועל, ולא על כוונות בלבד. כוונות, לא זאת בלבד שאינן מבטאות יציאה מן הכח אל הפועל, ועל כן אינן יכולות לבסס את חומרת הסכנה הנדרשת ואת ההסתברות להתרחשותה, אלא שבהיותן מחשבה, מצב נפשי, הן קשות ביותר לקביעה ולהוכחה.

17. כאמור, בית המשפט קמא קבע, כי שוכנע שהמערערת "**נחושה בדעתה לבצע פיגועי טרור כנגד מטרות ישראליות ולהשיג אמל"ח מפעילי טרור פלסטיניים**". עוד ביסס בית המשפט את החלטתו על כך כי "**היותה** [של המערערת] **יהודיה, אזרחית ישראל, עלול לשמש הן מצידה והן מצד פעילי טרור פלסטיניים משום תמריץ לביצוע פעולות טרור והשגת אמל"ח כחלק מנצחון תדמיתי בקרב דעת הקהל בעולם ובציבור הפלסטיני**".

18. בכבוד הראוי, החלטת בית המשפט קמא אינה מבססת בודאות הנדרשת את הסכנה הנשקפת מן המערערת באופן המצדיק הוצאת צו מעצר מינהלי. כאמור ההחלטה מתבססת על "נחישותה" של המערערת לבצע מעשי טרור, ועל ה"תמריץ" התדמיתי הקיים לביצוע מעשי טרור על ידה, הטמון בעצם העובדה שהיא ישראלית ויהודיה. כל אלו אינם יוצאים מגדר כוונות. ההחלטה אינה מבוססת על עובדות שנכללו בחומר החסוי בדבר מעשיה או תכניותיה של המערערת ושל אחרים.

19. התמריץ והנחישות גם יחד אין בהם כדי לבסס את המסקנה כי המערערת תפעל, בודאות קרובה, לביצוע פיגוע טרור באם תשוחרר. מעבר לנחישות ולתמריץ, הרי שיש צורך על מנת לבסס מסקנה כזו, במעשים או בתכניות של ממש שבוצעו או נהגו ע"י המערערת ואחרים.

20. הנחישות אין בה די, כיוון שמעבר לנחישות, שהיא עובדה פסיכולוגית פנימית המתייחסת לכוונותיה של המערערת, יש צורך באפשרות לבצע מעשי טרור, ובפעולה למימושה, הכרוכה בנכונות של ארגוני טרור לשתף את המבקשת במעשים אלו. כל אלו לא נזכרו בהחלטה.

21. התמריץ אינו יכול להוות נימוק למעצר מינהלי, כיוון שהוא מבוסס על עובדות שאינן קשורות למעשי המערערת אלא הוא טענה בעלמא המתבססת על הערכות ונתונים בסיסיים אודות המערערת, כלומר מוצאה ואזרחותה. כמו כן עצם ציון העובדה כי עובדות אלו "עלולות לשמש

תמריץ", מורות כי מעשי המערערת, כפי שהם עולים מהחומר החסוי, לא הגיעו לכדי מסויימות המהווה סכנה, אלא נותרו בגדר כוונות שנחוץ להן תמריץ על מנת להוציאן אל הפועל.

22. בכבוד הראוי, "נצחון תדמיתי בקרב דעת הקהל בעולם ובציבור הפלסטיני", עדיין אינו סכנה לבטחון המדינה המצדיקה הגבלת חירותו של אדם במעצר מינהלי. זהו אינו שיקול בטחוני, כי אם שיקול ציבורי ותדמיתי בלבד. זו אינה סכנה לבטחון המדינה כי אם, אולי, לתדמיתה וליחסי החוץ שלה. אלה אינם "טעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור" שיש בהם כדי לעמוד ביסוד צו מעצר מינהלי.

23. טעם זה מזכיר את הדברים שצוטטו בבג"צ 5627/02, 8813/02 מתצהירו של מר דני סימן, מנהל לשכת העיתונות הממשלתית: **"מעבר לטעמים הבטחוניים המובנים, ובשל כך שהעיונות בין ישראל לפלסטינים מתקיים גם בשדה הקרב של דעת הקהל העולמית, אין מקום ליתן לתושבי האזור תעודת עיתונאי של לע"מ שינוצלו על-ידי הצד השני המסגרת הקרב על דעת הקהל העולמית".** עם זאת, המדינה באותו מקרה הכחישה כי זהו היסוד לעמדתה, וביססה את עמדתה על "טעמי בטחון" מובהקים בלבד, ללמדך שהשיקול התדמיתי אינו שיקול בטחון.

24. כמאמר בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופט עודד מודריק בעת"מ 2063/04 השאש נ' מדינת ישראל:

"גם הסביבה הבטחונית הקשה שבה אנו נתונים אינה מצדיקה קיום "משטרת מחשבות" ואינה מצדיקה סירוב כניסה לאדם שאינו תומך ב"חזון הישראלי" (The Israeli Cause) ולפיכך הוא מזדהה עם "החזון הפלסטיני". אני רואה את החלטת הסירוב כשרירותית, בהיותה מונעת על פי חשד לקיומה של השקפת עולם ביחס לסכסוך הישראלי הפלסטיני, מבלי שחשד כזה מבסס חשש לנטילת חלק מסוים ישיר או עקיף במאבקו של הצד הפלסטיני או בהצבת מכשול על דרכו של המאבק הישראלי".

25. חקירתה של המערערת בשירות הבטחון הכללי נשאה אופי מובהק של "משטרת מחשבות". המערערת נחקרה אודות עמדותיה יותר מאשר לגבי מעשיה. נאמר לה כי יחזירו אותה להיות "יהודיה טובה" וכי היא עוברת "סדרת חינוך". עוד נאמר לה כי אין זה ראוי שהיא נותנת במה ציבורית לאויבי המדינה, ואמירות רבות נוספות בסגנון זה. אין ספק כי הדבר שמשך את תשומת

לב שירות הבטחון אצל המערערת, הוא עמדותיה שהובעו בפומבי באמצעי התקשורת, ולראיה כי מעצרה הראשון התבסס על ראיונותיה בתקשורת.

26. חקירת אדם בשל הבעת עמדות המנוגדות לעמדות השלטון הינו מעשה הצריך להדליק אינספור מנורות אדומות, ועל הראיות במקרה זה להפיג כליל את החשש כי מדובר בנסיון, מודע או לא מודע, להגביל את חופש הביטוי והפעולה הפוליטיים. חשש זה לא הוסר.

27. אל מול המידע הקיים אודות כוונותיה של המערערת לפעול כנגד בטחון המדינה, קיימות אינדיקציות רבות המחלישות מסקנה זו ומצביעות על מסקנה הפוכה: העובדה ש- 28 ימי חקירה אינטנסיביים לא הצליחו להניב כל ראיות התומכות במידע המצוי באשר למערערת, מצביעה על חשש ממשי כי אין במידע זה ממש; המערערת עשתה בעבר שימוש באמצעי הביטוי הדמוקרטיים והלגיטימיים העומדים לרשותה, וריכזה את פעילותה בנסיון להשפיע על דעת הקהל באופן חוקי ולגיטימי. פעילות בלתי חוקית כנגד בטחון המדינה תסכל נסיון זה כליל בכך שתשמיט את הלגיטימיות של מעשי המערערת; המערערת, כאשר החליטה למחות כנגד הכוונה לחסל את מכרה זביידי, פעלה בגלוי תוך שהיא יוזמת סיקור תקשורתי של קשריה עמו. קשרים הנקשרים למטרות לא כשרות אינם בדרך כלל מפורסמים בגלוי, ועצם היותם מפורסמים אינו מאפשר להסתירם מאוחר יותר; מסריה של המערערת היו תמיד מסרים המתנגדים לאלמות ולפגיעה בנפש; על פי תצהירו של ח"כ לשעבר מר האשם מחאמיד, אשר הוגש לבית המשפט קמא, המערערת ניסתה לפני חודשים ספורים בלבד ליזום מהלך של הפסקת אש בג'נין, על מנת למנוע המשך שפיכות הדמים משני צדי המתרס. פעילות למען הפסקת אש ולחימה וכנגד פגיעה בחיי אדם אינה עולה בקנה אחד עם השתתפות בפעילות טרור, ומעידה על כוונות מנוגדות לאלו הנטענות ע"י המשיבה. **תצהירו של מר מחאמיד מצורף לערעור זה ומסומן ב'.**

28. כל אלו גורמים אשר יש לשקלם בעת שבאים לקבוע את משקלו, סבירותו, וכוחו ההוכחתי של החומר החסוי:

"אכן, העובדה שחומר מסוים הינו ראיה מינהלית כשרה, אינה פוטרת את השופט מלבחון את מידת מהימנותו על רקע הראיות האחרות ומכלול נסיבות המקרה. בתוך כך, אין בתג של "ראיה מינהלית" כדי לפטור את השופט מן הצורך לדרוש ולקבל הסברים מאת הגורמים המסוגלים לספק אותם. לומר אחרת, פירושו להחליש עד מאוד את תהליך הביקורת השיפוטית, ולאפשר שלילת חירות לפרקי זמן ממושכים, על בסיס חומר דל ובלתי מספק.

**תוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת בשיטת משפט הרואה בחירות
האדם זכות יסוד.** " בג"צ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ
שפי, פ"ד נב(5) 337, 346.

29. כמו כן, על החומר התומך במעצר להיות מעודכן, ותומך בקיומה הממשי של הסכנה הנובעת מן המערערת, נכון לעת הוצאת הצו. מידע המתרכז בנחישותה של המערערת, כלומר בכוונותיה הפנימיות, אינו יכול להתעדכן אלא דרכה בלבד, ובאמירותיה של המערערת במהלך החקירה אין דבר שיעיד על נחישות ועל כוונות שכאלו.

30. עצם עובדת מעצרה של המערערת, פרסום החשדות כלפיה, והידיעה הודאית כי כוונותיה (במידה והן קיימות) ידועות, והיא נתונה למעקב ולאיסוף מידע של שירותי הבטחון, הינו גורם שיש בו כדי להפחית עד לאפס את ההסתברות שגורמי טרור ירצו לעשות במערערת שימוש לצורך ביצוע פיגועים, ושהיא תרצה לממש כוונה כזו (במידה והיתה), שכן כל מעשה כזה דינו להתגלות ולהיות מסוכל.

31. כוונה ממשית של המערערת להיות שותפה למעשי טרור כנגד האוכלוסיה הישראלית אליה היא עצמה שייכת, משמעותה היא כי המערערת נכונה לפגוע במכריה, חבריה ובני משפחתה, אשר עשויים להיות בין הנפגעים, וכי היא נכונה להיתפס ולהיכלא למשך שנים ארוכות ביותר, ולסבול מנידוי והוקעה מן החברה הישראלית למשך שארית חייה. על מנת לשכנע בכך יש להרים משא כבד ביותר. אין דבר במערערת, בחייה, בפרופיל שלה, ובמעשיה, על מנת לתמוך במסקנות כה קיצוניות.

חסיון המידע ואי חקירת המקורות

32. הפגיעה הקשה השניה המגולמת המעצר המינהלי היא הפגיעה בתקינות ובהוגנות ההליך המשפטי, כאשר החומר המבסס את המעצר, בחלקו לפחות, נותר חסוי מעיני העצור. אף פגיעה זו מן הדין לצמצמה ככל האפשר.

33. סעיף 6(א) לחוק מאפשר סטיה מדיני הראיות, אם שוכנע הנשיא שהדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק. סעיף 6(ג) מאפשר לבית המשפט לקבל ראיה מבלי לגלותה לעצור ובא כוחו, אך ורק אם שוכנע שגילוייה עלול לפגוע בבטחון המדינה או הציבור.

34. הסעיף, הקובע אמנם את החריגים, מכפיף ראשית לכל את ההליכים בעניין המעצר המינהלי, לכללים הרגילים בדבר דיני הראיות ומסירת חומר החקירה לעצור ובא כוחו. הסעיף מכפיף את

ההחלטות בעניין זה, בראש ובראשונה ל"גילוי האמת ועשיית הצדק", ורק לאחר מכן, לפגיעה בבטחון המדינה. ניסוח הסעיף מקרב ככל האפשר את ההליכים בעניין צו מעצר מינהלי להליכים במשפט פלילי רגיל.

35. חריג לכלל בדבר מסירת החומר לנאשם מצוי גם בסעיף 44 לפקודת הראיות, לפיו אין לגלות ראייה אם הוצאה לגביה תעודת חסיון חתומה בידי שר הבטחון, ובמקרה כזה, אם מתבקש גילוי הראייה שופט בית המשפט העליון צריך לבחון אם "הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה".

36. לאור אופי הפגיעה שיש במעצר המינהלי, שלילת החירות הזוהה לסנקציה שבמשפט הפלילי, ועשויה להיות אף חריפה ממנה, בית המשפט צריך לנקוט באותן אמות מידה כאשר הוא מחליט האם לחשוף ראיות בהליך מעצר מינהלי. השיקולים הם אותם שיקולים – עשיית צדק עם הנאשם אל מול בטחון המדינה. עשיית הצדק אינה שיקול אינדיבידואלי בלבד, אלא יש אינטרס ציבורי ראשון במעלה שיעשה משפט צדק, ושנאשם לא ישלחו למאסר על לא עוול בכפם. ההוראה נועדה לשמור מפני גרימת עיוות דין, מפני ענישת חפים מפשע.

37. עמ"מ 2/96 מדינת ישראל נ' אריה פרידמן, תק-על 124 (1)96, קובע כי אמת המידה לבדיקת הפגיעה בבטחון אל מול זכויות העצור הן אותן אמות מידה כמו בחשיפת ראייה לפי סע' 44 לפקודת הראיות:

"הכל יסכימו כי מעצר מינהלי הינו "נטע זר" במישטר דמקרטי וחופשי כשלנו, ולא יחלוק איש על זכותו הטבעית של כל אדם כי לא ישלל חופשו אלא בהליך הוגן ועל פי חוק. עוד נסכים כולנו, כי בתי המשפט ילכו עד קצה גבול יכולתם כדי להעמיד לרשותו של אדם – בוודאי אדם שנעצר במעצר מינהלי – מנגנון משוכלל כדי שיוכל להגן על עצמו כראוי".

38. פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעמ"מ 9/01 עבדאלה נ' המפקד הצבאי לאזור יו"ש, מכפיף ככלל גם את ההליכים של מעצר מינהלי לחובה למסירת חומר החקירה לפי סע' 74 לחסד"פ, כאשר החריג לכך הוא פגיעה בבטחון. הכלל הוא מסירת החומר והחריג הוא אי המסירה:

"הואיל ובמעצר מנהלי מתקפחת זכותו של העצור להגן על עצמו, ובצורה החמורה ביותר, הכלל צריך ויהיה כי כל פיסת מידע אשר

רק ניתן לחשוף בפני העצור תומצא לו – אף אם במצב דברים רגיל לא היה מקום למסור חומר זה קודם הגשת כתב אישום. המעצר המנהלי הוגדר לא אחת כרע הכרחי וכהכרח בל יגונה. מזינה הנקלעת למציאות בה אין בידה מנוס משימוש בכלי פרובלמטי זה, חייבת להיות נכונה שלם עבור כך "מחיר" מסוים, ובענייננו, הנכונות למסור חומר חקירה אף טרם הגשת כתב אישום".

39. הטיעון היחידי שניתן לקבל, התומך באי מסירת ומר חקירה, הוא הטיעון של חשיפת מקורות מידע, או שיטות עבודה שהינן סודיות (לא כל שיטות העבודה הן סודיות). גם סיבות אלו צריכות להיבחן בקפדנות, האם המקורות עדיין חסויים, האם השיטות אכן סודיות. גם אם מכירים בצורך לחסיון, עדיין אן הצדקה להחילו על כל המידע – ניתן לברור ולמחוק מתוך החומר את הפרטים שחושפים את הפרטים שגילויים פוגע בבטחון, במטרה אכן למסור לעצור "כל פיסת מידע".

40. טרם הדיון באופן ברור לא נעשתה מלאכה זו נאמנה ע"י שירותי הבטחון, שכן לאחר הדיון הראשון בו נמסר חומר ראשוני, נמסר לח"מ על פי בקשתה חומר נוסף, שלא נמסר בתחילה.

41. בית המשפט דחה את בקשת המערערת לחשוף חומר נוסף מעבר לזה שנחשף ע"י שירותי הבטחון.

42. בלתי סביר בעליל, לחסות מן העצורה את כל החומר המתייחס לסכנה הנשקפת ממנה, דהיינו המידע שנמסר לשירותי הבטחון. כל שנמסר למערערת על החשדות נגדה הוא מה שנטען בע"פ ע"י ב"כ המדינה: "לגב' פחימה יש כוונה לבצע עם פלשתינים באיזור ג'נין פיגוע נגד מטרות ישראליות, לקבל מהם אמצעי לחימה." חקירתו של מומחה השב"כ לא הוסיפה על מידע זה.

43. זה החומר היחיד שעל בסיסו מוחזקת העצורה במעצר, זהו החומר החיוני ושאינן בלתו כנגדו עליה להתגונן, ולא ניתן לחסות את כל פרטיו מפניה, תוך הבטחת "גילוי האמת ועשיית הצדק".

44. תוכן המידע, או לפחות חלקו, חיוני על מנת להעריך מה האמינות שלו ומה הסבירות של התרחשותו. אין המערערת צריכה להיות נתונה למוצא פיהם של אנשי השב"כ, אלא גרעין החומר צריך לעמוד לניתוח עצמאי של המערערת ובאת כוחה. חקירת איש השב"כ אינה תחליף לחומר שניתן וחובה למסור אותו.

45. מאותה סיבה ממש, של גילוי האמת ועשיית הצדק, העלתה הפסיקה את האפשרות לחקירת מקורות המידע על ידי בית המשפט. מוסרי המידע אינם נתונים לחשיפת עדותם ולחקירה נגדית עליה, ולכן איו המידע הנמסר על ידם עומד בבדיקה הרגילה של עדות לצורך ביסוס הרשעה. עם זאת יתכן בהחלט כי המידע אינו אמין, כי הוא ניתן לאחר שמוסר הידע ידע כי מפעיליו מחפשים מידע שיפיליל את המערערת, כי הוא ניתן בתמורה לטובת הנאה, וכי יש למקור אינטרס למסרו, וחובת בית המשפט היא להסיר חששות אלו.

46. בבג"צ 4400/85 ברהם נ' שופט משפטאי אל"מ משה שפי, פ"ד נב(5) 337 נאמר לעניין זה כי:

"על השופט להידרש גם להערכת המהימנות של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר. . . מכאן ניתן לעבור לשאלה הספציפית העומדת על הפרק, והיא אם יש לקיים במסגרת הביקורת השיפוטית חקירה של מקורות המידע המודיעיניים, אשר המידע שמסרו עומד ביסוד ההחלטה על המעצר המינהלי. כפי שכבר ציינתי, 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 שבשגרה, כי אם רק במקרים חריגים שייקבעו על י שיקול דעתו של השופט המשפטאי, בהתאם לאיזון בין צרכי הביטחון החיוניים לבין זכויות היסוד לחירות ולהליך ראוי."

47. האפשרות ואף הצורך, לחקור את מקור המידע באם עדותו היא שמשמשת בסיס למעצר, עולה מן העובדה שסעיף 6(א) קובע, כי בית המשפט יסטה מדיני הראיות, רק אם שוכנע שהדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק. דיני הראיות קובעים כי בדרך כלל אין לקבל עדות שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט, ובמעצר מינהלי לא נקבע שכלל זה לא יחול, אלא לצורך גילוי האמת ועשיית הצדק. קשה לראות כיצד גילוי האמת ועשיית הצדק יצאו נשכרים דוקא מאי חקירת מקורות המידע. עדות המקורות היא המבססת את המעצר, ובדיקת אמינותם היא הכרחית לבחינת ביסוס המעצר (ר' בג"צ 4400/85 ברהם הנ"ל). חקירת המקורות שלא על ידי העצור או בא כוחו, הינה סטייה מספקת מדיני הראיות על מנת לשמור על בטחון המדינה וחסינון המקורות.

48. זהו המקרה החריג המצדיק את חקירת המקורות על ידי בית המשפט. הבקשה היא בקשה חריגה ביותר, למעצר פעילה פוליטית שניהלה את פעילותה באופן גלוי. היא נעצרה פעם אחת

ושוחררה. גם לאחר שנעצרה פעם שניה החשדות כלפיה לא בוססו בראיות. המידע שמסרו המקורות עמד לבחינה במשך חקירה ממושכת ולא אושר מכל מקור נוסף שהוא. על מידע זה בלבד מתבסס צו המעצר. המערערת אינה חברה בארגון, אינה ממלאת תפקיד כלשהו שמלמד על פעילותה לעתיד, לא הורשעה בעבר בכל מעשה אלימות או דומה לו, ומעשיה בעבר אינם מלמדים על כוונות אלימות לעתיד.

49. באם המערערת עצמה הינה המקור למידע או לחלקו, אזי גם במקרה כזה על בית המשפט להציע לה להעיד ולהיחקר.

50. מתוקף החשיבות של הזכות לחירות ובהיות המידע שמסר מן המקורות, הדבר היחיד עליו נשענת הבקשה – זהו המקרה בו על בית המשפט לערוך חקירה של מקור המידע.

מידתיות האמצעי אל מול המטרה – בחינת חלופות למעצר

51. המעצר הוא האמצעי המניעתי הדראסטי ביותר, ויש בו מאפיינים ענישתיים רבים. הוא שולל כליל את חירותה של המערערת, ומפקיע את שליטתה על חייה. מלבד העובדה שהוא מונע ממנה, לכאורה, לבצע פיגוע טרור, הוא מונע ממנה אף לחיות בביתה, לפגוש את משפחתה וחבריה, לשלוט על זמנה ועל אורחות חייה. הוא מכפיף אותה למשמעת בית הכלא ולכוחם הבלתי מוגבל של הסוהרים.

52. גם בהנחה שהסכנה קיימת, עדיין חובה לבחון האם אין חלופות אחרות שיתמודדו עם הסכנה באופן טוב מספיק, מבלי לפגוע פגיעה כה אנושה במערערת ובזכויותיה.

53. בית המשפט קמא קבע לאקונית, כי "אין כל חלופה הולמת למעצר המנהלי, שבו היא נתונה כעת, אשר ביכולתה למנוע ממנה להגשים את מטרתה". לא הוברר בכל צורה שהיא, מדוע (שוב, בהנחת קיומה של הסכנה) מעצר בית מוחלט תוך פיקוח על הנכנסים למקום מעצר הבית, לא ישיג אותה מטרה ממש.

54. בית המשפט קבע, כי "המשיבה הוכיחה בעבר כי אינה נרתעת מלהפר צווים העומדים לה למכשול בפני הגשמת מטרותיה". המערערת אמנם הפרה את צו האלוף הכללי האוסר על כניסה לשטח A, כמו רבים אחרים שאינם מפרסמים מעשיהם ברבים, אך מעולם לא הפרה צו אישי שהופנה נגדה. בעת ששוחררה בערובה והוטלו עליה מגבלות תנועה או יצירת קשר עם אנשים, הקפידה המערערת על קיום התנאים שהוטלו עליה.

55. לפיכך קיימת בעניינה של המערערת אפשרות חלופית למעצר, אשר תהיה מידתית יותר ותפורה למידות הסכנה שהיא מבקשת למנוע, מבלי לפגוע באופו הקיצוני ביותר בחירותה של המערערת.

56. **לסיכום**, החלטת בית המשפט קמא אינה מבוססת על עובדות ומעשים אלא על כוונות והערכות בלבד. החומר הקיים לגבי המערערת, באיזון אל מול מכלול המידע והחומר הקיים לגבי המערערת, אינו מבסס באופן מספק סכנה הנשקפת מן המערערת. בית המשפט שגה במנעו מן המערערת חשיפת חומר הקירה נוסף ובהימנעו מחקירת מקורות המידע, ובכך קופחה אפשרות המערערת להתגונן בפני הטענות כלפיה, וקופחה זכותה להליך הוגן, לגילוי האמת ועשיית צדק. המערערת נשלחה לארבעה חודשי מעצר מינהלי ללא ביסוס מספק. לחלופין, ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של אמצעים שפגיעתם פחותה.

57. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, להורות על ביטולו של צו המעצר, ולחלופין על העברתה של המערערת לחלופת מעצר.

סמדר בן-נתן, עו"ד
ב"כ המערערת