

ו"ע 1918/15 ת'י  
ו"ע 1959/15 ס'י

בית המשפט הצבאי לערעורים

**בפני כב' הוועדה: אל"ם נתנאל בנישו – אב"ד**

**אל"ם צבי לקח – שופט**

**סא"ל רונן עצמון – שופט**

**בעניין:**

**התביעה הצבאית המערערת (באמצעות ב"כ סא"ל מוריס הירש)**

**נגד**

**נאאל צאלח עבד אללה ברגותי, ת"ז xxxxxxxxxxxx- המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד מירב חורי)**

**ובעניין:**

**נאאל צאלח עבד אללה ברגותי, ת"ז xxxxxxxxxxxx- המערער (באמצעות ב"כ עו"ד מירב חורי)**

**נגד**

**התביעה הצבאית המשיבה (באמצעות ב"כ סא"ל מוריס הירש)**

עררים על החלטת הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי (בפני כב' הוועדה סא"ל

מנחם ליברמן, סא"ל צבי היילברון, סא"ל מנשה וחניש)

בתיק מס' 1408/14 מיום 10.05.15

(ערר התביעה התקבל,

ערר הסנגוריה נדחה)

תאריך הישיבה: 25 בנובמבר 2015, י"ג בכסלו התשע"ו.

חקיקה שאוזכרה:

[צו בדבר הוראות ביטחון ונוסח משולב \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 184, 184 \(ב\), 185, 186, \(ב\), \(ד\), \(ה\), \(ז\), \(ט\), \(טז\), \(יב\), \(יז\), 254, פרק ט', ב, יא](#)

[חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001](#)

[חוק איסור מימון טרור, תשס"ה-2005](#)

[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 85, 85 \(1\) \(1\), 85 \(ד\), 85 \(ו\)](#)

[חוק-יסוד: נשיא המדינה: סע' 11 \(ב\), 32](#)

[חוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992: סע' 38](#)

[חוק בתי משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000](#)

[חוק-יסוד: השפיטה: סע' 15 \(ג\), \(ד\)](#)

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984](#)

[חוק הפרשנות, תשמ"א-1981](#)

[צו בדבר הכנסת כספים לאזור \(יהודה והשומרון\) \(מס' 973\), תשמ"ב-1982: סע' 21](#)

ספרות:

[א' גורן, בתי משפט מינהליים \(תשס"ח\)](#)

[י' זמיר, הסמכות המינהלית \(תשנ"ו\)](#)

מיני-רציו:

\* בית המשפט הצבאי לערעורים קיבל את ערר התביעה הצבאית, באופן שביטל את ההקלה בעונש על תנאי שניתנה למשיב, והורה על החזרתו להמשך ריצוי יתרת עונשו. בתוך כך, נדחו טענות המשיב נגד בקשת המפקד הצבאי לבטל את שחרורו.

\* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – סמכויות הממשל הצבאי

הצדדים להליך זה הגישו עררים על החלטת הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי, אשר קיבלה באופן חלקי את בקשת מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, להורות על ביטול שחרורו המותנה של המשיב. הוועדה קבעה כי אמנם הוכח שהמשיב הפר תנאי מתנאי שחרורו, אך לא כי עבר "עבירה", כמשמעותה בסעיף 184 (ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ]. בהתאם לכך, הורתה הוועדה על החזרת המשיב לריצוי עונש מאסר בן 30 חודשים, ולא ציוותה על השבתו לריצוי מלוא יתרת עונשו, קרי מאסר עולם ו-18 שנות מאסר. שני הצדדים אינם משלימים עם מסקנות אלה של הוועדה.

בית המשפט הצבאי קבע כלהלן:

יש לדחות את טענת המשיב נגד בקשת המפקד הצבאי לבטל את שחרורו נוכח הפגיעה בזכות הטיעון כתוצאה מהזדקקות לראיות חסויות. אין עילה לפסול הליך לפי סעיף 186 לצו בדבר הוראות ביטחון, אך מן הטעם כי הוא מבוסס על ראיות חסויות.

בנסיבות העניין, עיתוי המעצר והגשת הבקשה לביטול ההקלה בעונש אינם יוצרים השתק עקב שיהוי. הפסיקה קבעה בעקביות כי עצם חלוף הזמן אינו מקים השתק, וכי נדרשות להתקיים נסיבות קיצוניות ויוצאות דופן של שיהוי על מנת שיתגבשו החריגים האמורים. בענייננו, לא הוכח כי נתקיימו אותן נסיבות יוצאות דופן, היוצרות השתק עקב שיהוי בהגשת בקשת ביטול השחרור.

יש לדחות את טענת הסנגורית כי המפקד הצבאי פעל מתוך שיקולים בלתי לגיטימיים, כאשר ביקש מהוועדה להורות על ביטול ההקלה בעונש על תנאי שניתנה למשיב ולאחרים; לא התקיימו עילות התערבות מנהליות, המצדיקות את דחיית הבקשה לבטל את ההקלה בעונש המותנית שניתנה למשיב.

בנסיבות הוכח ביצוע של עבירות לפי תקנה 85(ד) לתקנות ההגנה, במידה הדרושה כי המשיב נטל חלק באספות של ארגון החמאס וארגונים אסורים אחרים המסונפים לו מתוך מודעות מלאה שהן אורגנו על ידי התאחדות בלתי מותרת. די בקביעות אלה על מנת להכריע את גורלם של הערעורים, ולחייב את החזרת המשיב לריצוי יתרת עונשו.

בנסיבות אלה, קיים אינטרס ציבורי מובהק כי נקפיד על קיום מלא של תנאי השחרור על ידי המשיב, שעונשו נגזר בגין עבירות ביטחוניות חמורות, ביניהן העבירה החמורה ביותר עלי ספר החוקים, גרימת המוות בכוונה, כחלק מביצוע מעשה טרור אכזרי. אשר על כן, מעבר לרובד המשפטי הטהור, יש לקבוע כי גם במישור הערכי – מוסרי, ההחלטה לבטל את שחרורו המותנה של המשיב ראויה.

## החלטה

### הנשיא אל"ם נ' בנישו:

הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי (להלן: "ועדת הבחינה") קיבלה באופן חלקי את בקשת מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, להורות על ביטול שחרורו המותנה של המשיב (העורר בו"ע 1959/15, להלן: המשיב). הוועדה קבעה כי אמנם הוכח שהמשיב הפר תנאי מתנאי שחרורו, אך לא כי עבר "עבירה", כמשמעותה [בסעיף 184 \(ב\)](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התשי"ע-2009 (להלן: הצו).

בהתאם לכך, הורתה הוועדה על החזרת המשיב לריצוי עונש מאסר בן 30 חודשים, ולא ציוותה על השבתו לריצוי מלוא יתרת עונשו, קרי מאסר עולם ו-18 שנות מאסר.

שני הצדדים אינם משלימים עם מסקנות אלה של הוועדה, ואף לא עם שורה של קביעות עקרוניות שנקבעו על ידה. על כן, הגישו את העררים מושאי החלטה זו.

### העובדות הצריכות לעניין

המשיב הורשע, ביום 11.12.78, בשורה של עבירות ביטחוניות, ביניהן עבירה של גרימת מוות בכוונה. עונשו נגזר, כאמור, למאסר עולם ועוד 18 שנות מאסר (תיק (רמאללה) 4150/78).

חלפו להן כשלושים ושלוש שנים, ובתאריך 17.10.11 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש הקל בעונשו של המשיב, במסגרת העסקה לשחרור החייל גלעד שליט. הקלה זו הותנתה הן בתנאי הסטטוטורי הקבוע [בסעיף 184 \(ב\)](#) לצו והן בתנאים נוספים שפורטו בכתב בהקלה שנחתם על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור. בין התנאים נכלל איסור לעשות כל מעשה הפוגע בביטחון מדינת ישראל או בביטחון האזור, איסור ביצוע עבירה לפי הדין באזור ובישראל שעונשה שלושה חודשים ומעלה, וכן איסור לצאת מתחומי האזור.

בתאריך 18.06.14 נעצר המשיב והוגשה בקשה לוועדת הבחינה לבטל את שחרורו עקב הפרת תנאי השחרור, בראשם ביצוע עבירה נוספת, כהגדרתה ב- [184 \(ב\)](#) לצו.

בעקבות בקשה זו, הושם המשיב במשמורת, בה הוא נתון עד היום (ראו החלטותיי מיום 02.11.16 ומיום 03.01.17).

הוועדה קמא קיימה מספר דיונים בעניינו של המשיב. שניים מהדיונים התקיימו במעמד הצדדים ובהם השמיעו באי כוחם את טיעוניהם. כמו כן, ניתנה להם אפשרות להשלים את טיעוניהם בכתב. יצוין עוד כי במסגרת טיעוני הצדדים בעניינו של המשיב ובענינם של אחרים, לגביהם הוגשו בקשות דומות, הושמעו בפני הוועדה טיעונים עקרוניים וטיעונים פרטניים.

בנוסף, הוועדה קיימה דיון במעמד צד אחד, במהלכו עיינה בראיות החסויות ושמעה את נציג המפקד הצבאי ונציגי שירות הביטחון הכללי. בתום דיונים אלה, קבעה הוועדה כי הראיות עליהן מבוססת הבקשה יישארו חסויות, מלבד ראיות שהורתה על העברתן לסנגוריה במהלך הדיונים הגלויים.

לבסוף, נציין כי במסגרת הדיונים הוגשה פרפראזה גלויה של המידע הקיים על אודות המשיב. לפי הפרפראזה המשיב השתתף במספר עצרות של ארגון הכותלה אסלמיה, וכן כי הוא היה נכון לשמש שר לענייני אסירים מטעם החמאס ב"ממשלת הפיוס" בין ארגון זה לבין ארגון הפת"ח.

### החלטת הוועדה קמא

בתום דיוניה, הכריעה הוועדה בנוגע לטיעונים הכלליים שהועלו כאמור, ואף בכל הקשור לעניינו הפרטני של המשיב. נביא בקצרה את הכרעות הוועדה קמא:

א. במחלוקת שנפלה בין הצדדים בנוגע לסמכות הוועדה להזדקק לטענות התערבות מקדמיות, חוותה הוועדה את דעתה כי:

**"...לעניין סמכותה של הוועדה לדון בטענות סף מקדמיות, אנו סבורים כי הפרשנות הראויה נמצאת בתווך שבין הפרשנות המרחיבה לפרשנות המצמצמת. יש לזכור שהוועדה אינה יושבת כערכאת ערעור של המפקד הצבאי ותפקיד הוועדה לדון בבקשה כטריבוונל מעין-שיפוטי בהתאם לאמות המידה של המשפט המנהלי. לטעמנו, אין לקבל את הטענה הגורפת של ב"כ המבקש, ולפיה הוועדה מנועה מלדון בטענות סף מקדמיות, או בטענות שנובעות מכללי הצדק הטבעי"**

עם זאת, הוסיפה הוועדה:

**"לא בכל טענה מקדמית תהיה הוועדה רשאית לדון. כך, למשל, בנוגע לטענת סף שעניינה מידתיות במקום שבו הוועדה תגיע למסקנה שהמשיב ביצע עבירה נוספת. במקרה זה, שאלת המידתיות ... לא תהיה רלוונטית – שכן, המחוקק הורה בצו מבחן מידתי וברור ולפיו, אם העונש על העבירה הנוספת הינו 3 חודשים או יותר, תבוטל ההקלה ללא תלות בנסיבות העבירה או ביתרת שנות המאסר שנותרו למשיב"**

הוועדה הגיעה למסקנות אלה בשים לב ללשון הצו, המצמצם לכאורה את שיקול דעת הוועדה לקביעה האם הייתה הפרה של תנאי השחרור אם לאו, וכן לאור הרכבה המיוחדת של הוועדה באזור, המורכבת משופטים בלבד, ללא גורמים מקצועיים אחרים. עובדה זו מלמדת על כוונת המחוקק להקים טריבונל מנהלי, המוסמך לדון במכלול הטענות המשפטיות הנלוות לבקשה לביטול הקלה בעונש, ולא רק בשאלת קיומה של הפרה. הוועדה קמא הוסיפה כי מסקנה זו עולה גם ממהות הבקשה, המהווה הליך מנהלי, הכפוף לעקרונות המשפט המנהלי ולכללי הצדק הטבעי.

ועם כל זאת, הדגישה הוועדה כי לא ראתה להכריע באופן קונקלוסיבי בסוגיה זו, שכן, לגופו של עניין, לא מצאה שנפל פגם בהגשת הבקשה בעניינו של המשיב.

בעניין אחרון זה, הדגישה הוועדה כי שינוי מדיניות עקב שינוי במצב הביטחוני הוכר כמותר וכראוי. על כן, אין בעצם העובדה שמעצר המשיב בוצע כחלק משינוי במדיניות המפקד הצבאי, עקב חטיפתם ורציחתם של שלושה נערים ישראלים, כפי שנטען, כדי לבסס טענה לשיקולים זרים או פסולים.

ב. בכל הקשור לרף הראייתי הנדרש, הוועדה קבעה, בעקבות פסיקת ביהמ"ש העליון (רע"ב [426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר](#) (פורסם בנבו, 12.03.06)) ועדת ערר זו (ע"מ [1762/12](#) [שראונה נ' המפקד הצבאי](#)) [פורסם בנבו] כי:

**"... סמכות הוועדה לקבוע, האם המשיב עבר עבירה או שמה הפר את תנאו, הינה רק לאחר שיובאו בפניה ראיות מנהליות, ברמת הוכחה גבוהה כי המשיב אכן ביצע את העבירה או את ההפרה..."**

ג. לבסוף, קבעה הוועדה כי מנוסח הצו ומהדמיון הקיים בין הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי לבין ועדת השחרורים הפועלת מכוח [חוק שחרור על תנאי ממאסר](#), תשס"א – 2001, עולה כי אין כל מניעה שוועדת הבחינה תכריע בבקשה לביטול שחרור מותנה על סמך חומר חסוי בלבד.

על רקע האמור, ולאחר שעיינה הוועדה קמא בראיות, קבעה כי:

**"לא מצאנו כי המשיב ביצע עבירה בהתאם לאחת מההוראות המנויות בתחיקת הביטחון. ברם, בהוראת ההקלה בעונש שנחתמה על ידי המפקד הצבאי בתאריך 17.11.11 הורה זה האחרון כי תנאי לשחרור הינו:**

**"המשוחרר לא יעשה כל מעשה הפוגע בביטחון מדינת ישראל או בביטחון האזור, ובכלל זה ימנע מכל פעילות טרור או אלימות ... וכן לא יבצע כל עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר ומעלה על פי הדין החל באזור אן הדין החל בישראל, במהלך כל תקופת התנאי." (ההדגשות אינן במקור)**

לאחר עיון בסעיף 9 (ב) **לחוק איסור מימון טרור**, תשס"ה – 2005, מצאנו כי הנאשם עבר עבירה לפי חוק זה. משכך אנו קובעים כי הנאשם הפר את תנאי שחרורו כפי שהורה עליהם המפקד הצבאי, להבדיל מביצוע עבירה האמור בסעיף 186 (ז) לצו.

**זאת ועוד, לאחר שעיינו בחומר החסוי לא מצאנו כי ישנה תשתית ראייתית מספקת לכך שהמשיב הפר את הוראת המפקד הצבאי במובן זה שיצא את אזור תיחום מגוריו. בהקשר לכך נוסיף כי הודאתה של ב"כ המשיב בדיון בפנינו על כך שהמשיב נשא נאום באסיפה של הכותלה לא התייחסה לשאלת היסוד הנפשי של המשיב ולפיכך לא מצאנו לבסס עבירה על סמך אמירה זו.**

נוכח האמור על הוועדה להפעיל את סמכותה בעניינו של המשיב בהתאם להוראות סעיף 186 (ט) לצו. לאחר שבחנו את היקף פעילותו של המשיב כפי שעולה מהחומר החסוי ועמדנו על נסיבותיו האישיות כפי שנטען בפנינו הן על ידי ב"כ והן מפי המשיב עצמו, אנו מורים כי המשיב ישוב לשאת עונש של 30 חודשי מאסר לריצוי בפועל החל מיום מעצרו." (ההדגשות במקור)

### **טיעוני הצדדים בעררים**

מכאן עררי הצדדים, בהם העלו, זה בכה וזה בכה, את הסתייגויותיהם מהחלטות הוועדה קמא במישור העקרוני ובמישור הפרטני.

**ב"כ המפקד הצבאי** ביקש שנקבע כי הובאו בפני הוועדה די ראיות להוכחה כי המשיב עבר עבירות מספר לפי תחיקת הביטחון ולפי החוק הישראלי. בעניין זה, חלק התובע על קביעות הוועדה קמא כי לא ניתן לסמוך על הודאת המשיב, מפי באת כוחו, בכך שנכח באסיפה של הכותלה אל אסלמיה, שהיא התאחדות בלתי מותרת, כדי לבסס ביצוע עבירה של נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת, לפי **תקנה 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום)**, 1945.

בעניין זה התובע טען עוד, כי הרף הראייתי הגבוה שנקבע על ידי הוועדה אינו נכון ואינו ראוי להליך בו נדון עניינו של אדם שכבר הורשע ודינו נגזר, כך שאינה עומדת לו חזקת החפות ושהפגיעה בחירותו מוגבלת.

עוד ביקשה התביעה לקבוע כי גם אם תתקבל החלטת הוועדה קמא, שלא הוכח שהמשיב ביצע עבירה לפי תחיקת הביטחון, הרי שגם עבירה לפי החוק הישראלי מהווה "עבירה" לצורך [סעיף 184\(ב\)](#) לצו. אשר על כן, קביעת הוועדה קמא כי המשיב ביצע עבירה לפני חוק מימון טרור הישראלי, מבססת הפרה של התנאי הסטטוטורי, ומשכך מחייבת החזרת המשיב לריצוי יתרת מלוא עונשו ללא שיקול דעת.

לחלופין, טענה התביעה כי גם אם תאושר קביעת הוועדה קמא, שהמשיב לא ביצע "עבירה" כמשמעה [בס' 184\(ב\)](#) לצו, הרי שהפרת תנאי אחר מתנאי שחרורו מצדיקה להורות על החזרתו לריצוי מלא עונשו. מסקנה זו עולה, לדעת התביעה, מהמצב המשפטי בישראל, בו כל הפרה של כתב ההקלה שניתן על ידי נשיא המדינה במסגרת עסקת שליט, מביאה לביטול מלא של השחרור.

מנגד, התרכזה ב"כ המשיב בטיעונים, שרובם נגעו להיבטים עקרוניים של עבודת הוועדה.

ראשית, נטען כי יש לפסול את ההליך כולו, עקב פגיעתו הקשה בזכות הטיעון. בעניין זה, הדגישה ב"כ המשיב את העובדה, שלא פורטה בבקשה לביטול ההקלה, מהן העבירות המיוחסות לו. באופן דומה, טענה באשר לכלליות הפרפראזה שנמסרה, שלא אפשרה הגנה ראויה לשמה. יתרה מזו, הוועדה קמא קבעה כי המשיב עבר עבירה לפי החוק בישראל, דבר שלא הוזכר כלל בבקשה ובטיעוני ב"כ המפקד הצבאי.

לצד האמור, טענה ב"כ המשיב שהתנהלות הרשויות מעוררת "טענה מן הצדק", כהגדרתה. בעניין זה, סברה הסנגורית כי התקיים מעין הסכם חוזי בין חמאס לבין מדינת ישראל, לפיו השחרור הותנה בהימנעות מביצוע מעשי טרור דווקא, וכי לא ייאכף ביצוע עבירות קלות, דוגמת אלה המיוחסות למשיב. עוד טענה ב"כ המשיב כי הוא לא הוזהר שקבלת כספים מארגון החמאס אסורה לפי תנאי השחרור.

בנוסף, ציינה כי הימנעות הרשויות לאכוף את ביטול השחרור בעקבות הפרות שהיו ידועות זה מכבר, מונעת מהן לעשות כן כעת. על כן, לשיטתה, ההחלטה השרירותית לעצור משוחררים רבים מעסקת שליט, בצורה סיטונאית, נבעה משיקולים זרים ומהרצון להעניש את החמאס, בעקבות חטיפתם ורציחתם של שלושת הנערים. זאת, בניגוד גמור לכוונת הצדדים להסכם השחרור כאמור, והיא מונעת משיקולים זרים ופסולים. מכל מקום, המשיב לא סיכן את ביטחון האזור בשום צורה והמעשים המיוחסים לו הנם בבחינת זוטי דברים, שאין זה ראוי כי יביאו לכליאתו המחודשת, לאחר שריצה 35 שנות מאסר.

בעניין אחרון זה, הדגישה הסנגורית את נסיבותיו האישיות החריוגות של המשיב, שריצה עונש מאסר כה ממושך. לטעמה, לא יהיה זה אנושי להחזירו לכלא אך מטעמים פעוטי משקל. הפרפראזה הגלויה התייחסה להשתתפות המשיב במספר עצרות של הכותלה אל אסלמיה ולהסכמתו לשמש כשר לענייני אסירים, עניינים שאין בהם כל סיכון ביטחוני.

בנוגע לשניים אלה, הוסיפה הסנגורית כי המשיב לא התכחש שהיה בעצרת מסוג זה, אך הבהיר כי השתתפותו נבעה ממעמדו המיוחד בחברה הפלסטינית, לאור מאסרו הממושך. זה היה הרקע

להשתתפותו באירוע הסטודנטיאלי האמור, ללא כל זיקה לתנועת החמאס ולא מטעמה. בדומה, המשיב לא הציע את עצמו למשרת שר, אלא נראה כי אחרים העלו את שמו כמי שראוי ומתאים למשרה זו עקב ניסיונו. אולם, לדעת הסנגורית, אין בכך כל עבירה. לבסוף, ציינה הסנגורית כי ארגון החמאס כלל לא היה קיים בעת מעצרו של המשיב, וכי במשך כל השנים הוא הוגדר כאסיר ללא שיוך ארגוני, דבר שגובה באסמכתא שהוגשה לערכאה קמא, דבר הסותר את הטענה כי למשיב קשרים עם ארגון זה.

### דין והכרעה

ייאמר מיד כי הוועדה קמא דנה באופן יסודי בכלל הטענות שהועלו על ידי באי כוח הצדדים גם בפנינו. במישור העקרוני, מסקנותיה של הוועדה קמא וכן עיקר טעמיה מקובלים עליי. עם זאת, כיוון שחלק מהסוגיות עקרוניות, מצאתי להוסיף על קביעותיה של הוועדה קמא מספר נימוקים וטעמים הנראים לי חשובים.

### **מעמד הוועדה וסמכויותיה**

השאלה הראשונה עליה עלינו להשיב, נוגעת לסמכות ועדת הבחינה לדון בעילות התערבות מנהליות לפסול את בקשת המפקד הצבאי להגיש בקשה לביטול שחרור על תנאי. התשובה לשאלה זו מחייבת אותנו לעמוד בקצרה על המסגרת הנורמטיבית לפעילות הוועדה.

המחוקק באזור הכיר זה מכבר באפשרות להורות על הקלה על תנאי בעונש שנגזר על ידי בית משפט צבאי. בלבד בלבד, ניתנה סמכות לבית המשפט, אגב הרשעה בעבירה המהווה הפרת תנאי שחרור, להורות על החזרת הנידון להמשך ריצוי עונשו ([סעיף 185](#) לצו).

כך היה המצב עד לשנת 2008, עת הוקמו הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי ועדת הערר עליה, בתיקון 101 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל – 1970 (לימים [סעיף 186](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009).

סמכויותיה של ועדת הבחינה הוגדרו [בסעיף 186](#) לצו והן דומות לסמכויותיה של ועדת השחרורים הישראלית.

על פי [סעיף 186](#) הנ"ל, ועדת הבחינה מורכבת מקצינים, הכשירים לכהן כשופטים של בית משפט צבאי של ערכאה ראשונה (ס"ק [\(ב\)](#)). הוועדה דנה בדרך יחיד או בהרכב, לפי החלטת נגיד הוועדה (ס"ק [\(ד\)](#)). הוועדה דנה בבקשה, המוגשת לה על ידי ב"כ המפקד הצבאי, באישור פרקליט איו"ש, לבטל הקלה שניתנה לאסיר ששחרר בהחלטת מפקד כוחות צה"ל באזור להקל על תנאי בעונשו (ס"ק [\(ה\)](#)). הוכח לוועדה שאסיר כאמור הפר את התנאי הסטטוטורי הקבוע [בסעיף 184](#) הנ"ל, היינו כי ביצע עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר או יותר, תורה הוועדה על ביטול ההקלה בעונש, ועל ביצוע גזר הדין כאילו לא ניתנה בו כל הקלה, למעט אותו חלק של גזר הדין שבוצע לפני ההקלה (ס"ק [\(ז\)](#)).



הוכח בפני הוועדה שהאסיר הפר תנאי מתנאי ההקלה בעונשו שאינו ביצוע עבירה נוספת, רשאית היא להחליט על המשך שחררו או על החזרתו לנשיאת תקופת מאסר לפי שיקול דעתה (ס"ק ט)).

בדיוניה, הוועדה רשאית לסטות מדיני הראיות ואף לקבל ראיה שלא בנוכחות האסיר או ב"כ. זאת, אם שוכנעה שגילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון האזור או בביטחון הציבור (ס"ק י"ב)).

על החלטות הוועדה ניתן להגיש ערר בפני ועדת עררים, המורכבת מקצינים הכשירים לכהן כשופטים של בית המשפט הצבאי לערעורים, שימונו על ידי נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים (ס"ק ט"ז)). לוועדת העררים נתונות כל הסמכויות הנתונות לוועדת הבחינה (ס"ק י"ז)).

יצוין כי בפועל, מפקד כוחות צה"ל באזור מינה כחברי ועדת הבחינה שופטים צבאיים מכהנים בלבד, וכן כי מונתה שופטת בכירה כנגידת הוועדה. לוועדת העררים מונו רק שופטים מכהנים של בית המשפט הצבאי לערעורים.

הנה כי כן, הקמת הוועדה פתחה אפיק חדש ונפרד לביטול שחרור על תנאי, שלא אגב הרשעה, בהחלטה של ועדה המורכבת משופטים צבאיים.

זאת ועוד, בפסיקת ועדת הערר נקבע כי ביטול הקלה בעונש על תנאי הוא הליך עצמאי, שאינו מהווה חלק אינטגרלי מההליך הפלילי. מדובר בהליך מנהלי במהותו, המבוצע באמצעות ועדה סטוטורית. הליך זה אמנם מבוסס על הרשעתו של הנידון על ידי בית משפט בהליך הפלילי המקורי, אך הוא המשך ישיר להחלטה המנהלית להקל בעונשו בתנאים. מטרתו של ההליך אינה ענישה חדשה, אלא בחינת הצורך להורות על החזרת נידון להמשך ריצוי מאסרו, לאחר שהפר תנאי מתנאי שחרורו (ו"ע 1436+1917+2341/15 התביעה הצבאית נ' אלנתשה ואח' (פורסם בנבו, 12.12.16)).

הדברים דומים, במידה רבה, להסדר שנקבע בנוגע לוועדת השחרורים במסגרת חוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001. גם על פי החוק, במקרה שהוכחה הפרה של תנאי שחרור, הכלל הוא שיש לבטל את השחרור ולהחזיר את האסיר לכלא. על כן, לוועדת השחרורים שיקול דעת מוגבל שלא להורות על החזרת אסיר משוחרר על תנאי להמשך ריצוי עונשו, כאשר זה הפר את תנאי שחרורו (לסקירת הוראות החוק ראו בהרחבה עניין זלום (רע"ב 328/15 זלום ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 03.12.15) וכן עד"י 1824/14 משארה נ' התוב"ץ (פורסם בנבו, 11.02.15)). זאת ועוד, בפסק דין זלום, קבעו שופטי הרוב כי בעניינים הפרטני של אסירים ביטחוניים ששוחררו מכוח כתב הקלה של נשיא המדינה, בהתאם לסעיף 11(ב) בחוק יסוד: נשיא המדינה, ניטל שיקול הדעת של ועדת השחרורים, וזו מחויבת להורות על החזרת האסירים להמשך ריצוי עונשם, אם הוכח כי הופרו על ידם תנאי כתב ההקלה.

הנה כי כן, ההסדרה החוקית, בישראל ובאזור, מותירה לוועדה שיקול דעת מצומצם, אם בכלל, שלא להורות על ביטול שחרור מותנה, מקום בו הוכח כי אסיר הפר את תנאי שחרורו.

ההסדרה האמורה נועדה לשדר מסר מרתיע כלפי משוחררים על תנאי, לבל יפרו את תנאי שחרורם, ואף להקים מנגנון יעיל לביטול ההקלה, מקום בו הופרו התנאים שנקבעו לה (ראו עניין **משארה** הנ"ל וכן א' **גורן בתי משפט מנהליים**, נבו (2008), עמ' 380).

על רקע האמור, נשאלת, על כן, השאלה האם בגדרי סמכויות ועדת הבחינה כלולה אף הסמכות להזדקק לטענות סף מנהליות בנוגע לכשרות החלטתו של המפקד הצבאי לפנות בבקשה לביטול הקלה מותנית בעונש.

סבורני כי התשובה לשאלה זו בחיוב. זאת, מכמה טעמים מצטברים, ברוח הדברים שנקבעו על ידי הוועדה קמא.

כאמור, הוועדה לבחינת הפרת תנאי שחרור על תנאי, נבדלת ממקבילתה הישראלית, ועדת השחרורים, בהרכבה השיפוטי הבלעדי. ואכן, בשונה מוועדת השחרורים הישראלית, בה מכהנים אלה לצד אלה שופט, מומחים בתחומי עיסוק שונים וקצין בשירות בתי הסוהר (ראו **סענף 32** לחוק), באזור ועדת הבחינה מורכבת כולה משופטים צבאיים מכהנים.

המדובר, על כן, בוועדה בעלה אופי שיפוטי מובהק, המצויה כולה בתחומי הרשות השופטת באזור. משכך, יש לקבוע כי ועדת הבחינה הינה טריבונול שיפוטי לכל דבר ועניין, ולא ועדה מעין שיפוטית, כפי שהוגדרה ועדת השחרורים בישראל (ראו **עע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד ל"ז (2) 688** וכן **רע"ב 10031/04 היועמ"ש נ' ועדת השחרורים** (פורסם בנבו, 06.01.15).

דומה כי הבחנה מהותית זו באופי הוועדה, נעשתה בכוונת מכוון, וכי הוא חלק ממודל הביקורת המתקיים באזור גם בנוגע לתחומים אחרים.

ואכן, החקיקה בישראל אימצה מודל ביקורת שיפוטית רחב, הכולל מספר רבדים. בתחתית סולם הביקורת, מצויות ועדות סטטוטוריות שונות, המוסמכות על פי דין להעביר תחת שבט ביקורתן פעולות או החלטות של הרשויות המנהליות. בראשן עומד לרוב משפטן, לעיתים שופט, ולצידו אנשי מקצוע בעלי הכשרה רלוונטית לתחום (לסקירה בעניין זה ראו ש' שטרית **על השפיטה** (2004) עמ' 138 ואילך) גופים אלה מוכרים כטריבונולים **מעין שיפוטיים**. דרכי פעילותם וסמכויותיהם של חלק נכבד מהם הוסדרו במסגרת **חוק בתי דין מנהליים**, תשנ"ב – 1992. הרובד השני של הביקורת השיפוטית מצוי בסמכויות בתי המשפט לעניינים מנהליים, להם הוענקה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בתחומים נרחבים, שהוגדרו **בחוק בתי המשפט לעניינים מנהליים**, תש"ס – 2000. למעלה מכך, החוק הישראלי העניק לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות שיפוטית לדון בכל עניין שהוא רואה צורך לתת בו סעד למען הצדק, וכן לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות רשויות המדינה (ראו **ס' 15 (ג) ו-(ד) לחוק יסוד: השפיטה**).

שונה הוא הדין באזור יהודה ושומרון.

באזור, סמכויות הביקורת השיפוטית הפנימית (להבדיל מסמכות בג"ץ) מתפרסות על פני תחומים מצומצמים בלבד. המחוקק לא ראה לנכון להעניק לבתי המשפט הצבאיים סמכויות ביקורת נרחבות על החלטות גורמי המנהל השונים. לצד זאת, בשנים הראשונות של השלטון הצבאי

באיו"ש, הוקמו מספר וועדות מעין שיפוטיות, דוגמת הוועדות עליהן עמדנו בישראל, שהורכבו משופט צבאי ומנציגי הרשות המבצעת. בנוסף, לעיתים קרובות, נקבע בחקיקה שהחלטות וועדות אלה ישמשו כהמלצה לרשות המנהלית, ולא יהיה להן תוקף מחייב (ראו סמכויות ועדות העררים לפי הצו בדבר ועדות עררים, תשכ"ז – 1967 וכן סמכות ועדת הערעורים על צווי הגבלה ופיקוח מיוחד עד לשינוי החקיקה בעניין זה בשנת 2004). אלא שעם הזמן, ולדעתי כחלק מהלך הרוחות בדין הישראלי, שינה המחוקק באזור את אופיים של גופי ביקורת אלה. כך, לגבי הוועדות הקיימות הופסקה כהונתם של נציגי הרשות, ותחתיהם מונו שופטים צבאיים בלבד (גם בעניין זה נפנה לאשר אירע בוועדת העררים מכוח הצו בדבר ועדות עררים הנ"ל ובוועדת הערעורים על צווי הגבלה ופיקוח מיוחד). במקביל, הורחבה הביקורת השיפוטית כאשר הוקמו וועדות נוספות שכולן הורכבו משופטים מכהנים בלבד, ושלהם ניתנה סמכות הכרעה מלאה (וועדת הערעורים על צווי הגבלה ופיקוח מיוחד לאחר תיקון החקיקה, הוועדה לביקורת צווי גירוש, הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי וכן סמכויות נוספות שהוענקו לוועדת העררים הכללית).

בנוסף, נזכיר את סמכות הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הצבאיים בנוגע למעצרים מנהליים (ראו [פרק ט'](#), סימנים א' ו-ב' לצו בדבר הוראות ביטחון).

לצד סמכויות פרטניות אלה, נותרו יתר סמכויות הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל לבית המשפט הגבוה לצדק, כערכאה שיפוטית ראשונה ויחידה.

הנה כי כן, אם בשלב ראשון ביקש המחוקק באזור להותיר חלק מהוועדות האמורות כגופים מעין שיפוטיים, בהם כיהנו זה לצד זה שופטים ונציגי הרשות המבצעת, המגמה הבולטת של החקיקה בשנים האחרונות היא ליחד את סמכויות הביקורת בתחומים האמורים לשופטים בלבד (כך בנוגע לוועדת הערעורים על צווי הגבלה וכך גם בכל הקשור לוועדת העררים, שני גופים בהם בעבר כיהנו גם נציגי גופים מקצועיים לצד השופטים והיום חברים בהם שופטים מכהנים בלבד).

מאופי ההסדרה השונה האמורה, מבחינת הרכב הוועדה ומגמת הרחבת סמכויותיהם של וועדות העררים השונות, מתבקשת המסקנה כי בתחומים בהם המחוקק ראה לנכון להסמך שופטים לבקר את החלטות הרשות המבצעת, גדרי ביקורת זו כוללים אף בחינת קיומם של פגמים במעשה המנהלי וסמכות להתערב בהן, כאשר מתקיימת אחת מעילות ההתערבות המקובלות במשפט המנהלי.

על כן, בכל הקשור לסמכות הביקורת המנהלית האמורה, יצאה וועדת הבחינה מגדרי וועדה מעין שיפוטית ויש להשוות את סמכויותיה לאלה של ביהמ"ש לעניינים מנהליים, לגביו בעניין **זלום** נקבע שהוא מוסמך לדון בטענות נגד מדיניות הפרקליטות בפתחת הליך לביטול שחרור (ראו דבריו של כב' השופט הנדל, בסעיף 12 לחוות דעתו)

זאת ועוד, לנוכח מעמדה של ועדת הבחינה כטריבונל שיפוטי כאמור, מוענקת לה סמכות נגררת לבקר את החלטה המנהלית לבקש ביטול ההקלה בעונש על תנאי. סמכות נגררת זו הוגדרה על ידי המלומד י' זמיר בזו הלשון:

**"ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, עשויה להיות מופעלת גם על ידי ערכאות אחרות, כגון בית דין צבאי או בית דין דתי. בעצם, כל ערכאה שיפוטית, עשויה להפעיל ביקורת כזאת, אם ביקורת ישירה מכח הוראת חוק ... ואם ביקורת עקיפה כסמכות נגזרת לסמכות לדון בעניינים מסוימים ..**

**אכן, ברור כי חוק יכול להקנות לכל ערכאה שיפוטית סמכות להפעיל ביקורת ישירה על החלטות מסוימות של רשות מסוימת. אולם גם בהעדר סמכות כזאת, נראה שכל ערכאה שיפוטית מוסמכת להפעיל ביקורת עקיפה על החלטות מנהליות, כסמכות נגזרת לדיון בעניין הנתון לסמכותו, אם הדבר נדרש לצורך הכרעה באותו עניין. סמכות נגזרת זאת מוקנית לבתי המשפט באופן מפורש על ידי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. אך אין צורך בהסמכה מפורשת, שכן הסמכות הנגזרת היא חלק מן הסמכות הראשית" (י' זמיר, הסמכות המנהלית (2014), כרך ג', עמ' 1623, וראו גם ס' 38 לחוק בתי דין מנהליים הנ"ל, הקובע סמכות נגזרת זהה לכל הגופים הפועלים מכוחו).**

ועל כגון דא כבר נקבע:

**"המשפט המנהלי הוא המשפט החל על המנהל, ועל כן הוא המשפט החל על כל סכסוך מנהלי, יהא בית המשפט, אשר בו התברר הסכסוך, אשר יהא" (עע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד ל"ז (2) 688).**

באותו עניין, אף נקבע כי לנוכח מעמדה של ועדת השחרורים כוועדה מעין שיפוטית המפעילה סמכויות סטטוטוריות, חלות עליה הלכות המשפט המנהלי, מכוחן נדרשת היא לפעול בסבירות, בהגינות, ללא אפליה וללא שרירות, תוך שקילת שיקולים רלוונטיים בלבד. ואם כך באשר לוועדת השחרורים, ובענייננו לוועדת הבחינה, על אחת כמה וכמה כי הוא הדין בנוגע לרשויות המנהליות באזור, בראשן מפקד כוחות צה"ל באזור, בבואו לבקש את ביטול שחרורו המותנה של נידון.

בהתאם, אף מתבקשת הקביעה כי ועדת הבחינה, ובעקבותיה ועדת העררים, מוסמכות להעביר תחת שבת ביקורתן את פועלו של המפקד הצבאי בהגישו בקשת ביטול השחרור ואת תהליך קבלת החלטתו, ככל שאלה עשויות להשפיע על חוקיות ההחלטה, סבירותה ומידתיותה. הסמכת הוועדה לדון בנושאים אלה מבטיחה, על כן, כי החזרת הנידון להמשך ריצוי עונשו תיעשה תוך כיבוד העקרונות המשפטיים המנחים את כלל פעולות הרשויות המנהליות באזור.

מסקנה זו מתחדדת גם בשים לב לאופייה הייחודי של עבודת ועדת הבחינה הנדרשת, בחלק הארי של המקרים, לבסס את החלטותיה על ראיות חסויות, שההגנה אינה מורשית לעיין בהן. במצב דברים זה, בו נפגעת יכולתו של האסיר לנהל את הגנתו ולהתמודד באופן מלא עם הטענות

הנטענות כלפיו, אין לחסום את דרכה של ההגנה מלהעלות טענות הנוגעות להתנהלות פגומה של הרשות.

מסקנה זו אף נדרשת, לטעמי, משלילת שיקול דעתה של ועדת הבחינה בכל הקשור לתוצאת הקביעה כי הנידון ביצע עבירה ובכך הפר את תנאי שחרורו. בהיעדר כל שיקול דעת במצב זה, מתחייבת הרחבת שיקול דעתה של הוועדה בכל הקשור לעילות ההתערבות. ואכן, לאור העובדה כי החיים עשויים להביא בפני שופטי הוועדה מקרים, בהם חוש הצדק יתקומם מפני הפעלה אוטומטית של הסמכות, מן ההכרח להעניק לוועדה סמכות רחבה לבחינת קיומן של עילות ההתערבות המקובלות במשפט המנהלי (לגבי הקושי שבשלילת שיקול דעת הוועדה שלא להפעיל את סמכותה אם הוכח ביצוע עבירה, ראו דבריי בע"מ [1762/12 אלשאוונה נ' המפקד הצבאי](#) (פורסם בנבו, 10.07.12)).

הנה כי כן, סבורני כי מכלל הטעמים האמורים, ראויה הכרעת הוועדה קמא שראתה לדון בטענות המנהליות שהועלו נגד החלטת המפקד הצבאי לפנות לוועדת הבחינה בבקשה לבטל את שחרורו המותנה של המשיב.

אציין, כי אני מודע לקביעתה השונה של ועדת השחרורים, שדנה בעניינם של שישה משוחררי עסקת שליט (החלטה מיום 15.07.14 בעניין [בזיאן ואחרים](#)), כפי שצוטטה בהחלטת הוועדה קמא. אמנם, ועדת השחרורים קבעה כי אין זה מתפקידה ומשיקוליה לבדוק טענות בנוגע לעיתוי ונסיבות הגשת הבקשה לביטול השחרור. אולם, כאמור, הכרעתי היא כי קיים שוני מהותי במעמד סמכות וועדת הבחינה, ומשכך איני סבור כי יש לאמץ קביעות אלה של וועדת השחרורים בנוגע לוועדה זו.

זאת ועוד, בקביעתי זו, בנוגע לגדרי סמכותה של הוועדה, איני מתעלם מקביעותיו של כב' השופט הנדל בעניין [זלום הנ"ל](#), לפיהן בכתב ההקלה התכוון הנשיא להעניק לוועדת השחרורים את הסמכות להיות גורם מברר בלבד, ולא מעבר לכך (עמ' 42 לפסק הדין). דברים אלה נאמרו בהקשר הייחודי של שלילת שיקול דעת הוועדה להורות על החזרה לריצוי חלק מהעונש, מקום בו נקבע כי הייתה הפרה של תנאי השחרור. הם אינם מכוונים לשאלה הכללית המעסיקה אותנו, קרי האם מוסמכת הוועדה להזדקק לטענות מנהליות נגד עצם בקשת ביטול ההקלה. ואם לא די בכך, הרי שנזכיר כי גם בעניין [זלום](#), השופטים קבעו כי אינם מתייחסים למצב החוקי באזור, לנוכח ההבדלים בינו לבין זה השורר בישראל. לטעמי, הוא הדין בכל הנוגע למעמדה השונה של ועדת הבחינה, כפי שפורט לעיל.

ועוד יש להדגיש כי, עם כל האמור, וועדת הבחינה צריכה להפעיל את סמכותה בתוך הגבולות שהוצבו לה בצו. על כן, מסכים אני עם קביעת הוועדה קמא כי מקום בו קבעה ועדת הבחינה שהוכח ביצוע עבירה, כקבוע [בסעיף 184](#) לצו, היא תהיה מנועה מלהגיע לתוצאה אחרת, מלבד החזרת הנידון לריצוי מלוא עונשו. זאת בדומה לאשר נקבע על ידי שופטי הרוב בעניין [זלום הנ"ל](#), בכל הנוגע להפרת תנאי מהתנאים שנקבעו בכתב ההקלה של נשיא המדינה.

העולה מן המקובץ, כי בדין קבעה הוועדה קמא שמוסמכת היא לדון בטענות התערבות מנהליות הקשורות לעצם הגשת הבקשה לביטול ההקלה בעונש, במגבלות הפעלת שיקול הדעת הנובעות מהוראות הצו.

נפנה, על כן, לבחינת טענות המשיב נגד בקשת המפקד הצבאי לבטל את שחרורו.

#### **פגיעה בזכות הטיעון כתוצאה מהזדקקות לראיות חסויות**

כאמור, באת כוח המערער טענה כי הליך ביטול ההקלה המותנית פסול, לנוכח הפגיעה הקשה בזכות הטיעון שנגרמת עקב הסתמכות על ראיות חסויות בהליכים בפני הוועדה.

אין ספק כי השימוש הנרחב בראיות חסויות בהליך העשוי להביא לכליאתו מחדש של אדם למשך שנים רבות, מעורר קושי. עמדנו על הדברים בעניין **אלנתשה הנ"ל**:

**"האמת צריכה להיאמר כי כל בר דעת מתקשה להשלים עם הליך בו נמנעת מאחד הצדדים הגישה לחומר הראיות, ואפילו הפירוט הבסיסי של מה שנטען כלפיו. הליך שכזה, חורג מעקרונות מקובלים של הגינות ומשפט צדק."**

על אף האמור, אין מנוס מלהזדקק לראיות חסויות, לשם שמירה על האינטרס הציבורי והצורך הביטחוני, זאת גם בהליכים הקשורים לביטול הקלה מותנית בעונש. האיזון לכך ניתן, על כן, בהעמקת הביקורת השיפוטית ובמעורבות המוגברת של בית המשפט בהגנה על זכויות הנידון.

וכך באו הדברים לידי ביטוי בעניין **אלנתשה הנ"ל**:

**"ברם, ככל שנתבונן בנעשה בשיטת המשפט הישראלית, וכן בשיטות משפט הנהוגות במדינות נאורות אחרות, ניוכח כי מצויים שלל עניינים בהם האינטרס הציבורי וצרכי הביטחון חייבו החרגה כזו או אחרת מהעקרונות האמורים. עיקר החריגים סובבים סביב הצורך להבטיח סודיות, שיטות איסוף המודיעין ומקורות המידע."**

זהו המקרה, למשל, בכל הקשור לביטול שחרור מוקדם. הן הדין הישראלי והן הדין באזור מאפשרים לחסות את הראיות מפני האסיר ובא כוחו מן הטעמים האמורים (ראו באזור סעיף 186(יב) + סעיף 296(ו) ו-1(ז) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009, ובישראל סעיף 17 לחוק שחרור על תנאי **ממאסר**, תשס"א-2001.

ועם כל זאת, העובדה כי המחוקק הכיר בנחיצות הסטייה מההליך האדברסרי ומעקרונות ההליך ההוגן המקובלים, מגבירה את חובותיה של הוועדה לחתור לצמצום הפגיעה בהליך ההוגן ולהבטיח הגנה ראויה לאסיר.

כך נדרשת הוועדה לבדוק את הראיות באופן עצמאי, קפדני ומעמיק, תוך העלאת כל טענה ראויה לטובת האסיר, אף ביוזמתה. בדומה, נדרשת הוועדה

**לפעול לקביעת סדרי דין והלכות דיוניות ומהותיות אשר נועדו להגשים את עקרונות השיטה.**

דברים דומים נקבעו על ידי בית המשפט העליון בעניין זלום :

**"חלק ניכר מטענות המבקשים התמקד בטענת אי-חוקתיותו של סעיף 17 לחוק, אשר מאפשר לוועדת השחרורים להפקיע את עונשו של אסיר משוחרר בהתבסס על מידע חסוי, לאחר דיון שיערך במעמד המדינה מלמד, מבלי לחשוף את המידע בפני האסיר המשוחרר או בא כוחו, מטעמי ביטחון המדינה או עניין ציבורי חשוב אחר ...**

**אין בידי לקבל טענות המבקשים לעניין זה. יכולתה של ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית להתבסס על ראיות חסויות אינה בלעדית לחוק נשוא ענייננו... לכך היגיון; לא אחת הראיות כגון דא מושגות באמצעים מודיעיניים, וחשיפתן תסכן אם את מוסרי הידיעות ואם את שיטות השגתן, והמחוקק הפקיד איפא בידי בית המשפט את הערכתו...**

**קשה לחלוק על כך שההסדר שבסעיף 17(ד), כמו גם בחוקים הישראליים הנוספים עליהם עמדנו, רחוק מלהיות אידיאלי, שעה שהאסיר המשוחרר אינו חשוף למלוא הראיות העומדות נגדו, ונמנעת מבא כוחו האפשרות לנהל את הגנתו בצורה מיטבית...**

**אין פתרון אידיאלי למציאות שאינה אידיאלית, ובנסיבות החיים המורכבות נדמה כי הפתרון אשר מוצע בסעיף 17 מאזן כשורה בין זכותו של האסיר לחירות ולהליך הוגן, לבין האינטרס הציבורי בהגנה על הציבור ובהגנה על המקורות המודיעיניים, בכך שהראיות נבחנות לגופן ובקפידה על ידי ועדת השחרורים, אשר בראשה כידוע עומד שופט, וביכולה להעריך את טיבן ואת המשקל שיש ליחס להן...**

**סיכומם של דברים, סבורני כאמור כי סעיף 17, על סעיפיו השונים, מאזן כשורה בין זכותו של האסיר המשוחרר לחירות ולהליך הוגן, לבין האינטרס הציבורי להגנה על שלום הציבור ועל מקורות מודיעיניים... מכאן שאין להלום את טענת המבקשים לפיה מדובר בהסדר שאינו חוקתי.**

לנוכח האמור, אין לי אלא לשוב ולקבוע כי אין עילה לפסול הליך לפי [סעיף 186](#) לצו, אך מן הטעם כי הוא מבוסס על ראיות חסויות.

יש לדחות אף את טענתה הפרטנית של הסנגורית, לפיה המשיב לא הועמד על האשמה שעסק בכספי טרור, ולכן לא הייתה לו הזדמנות להתגונן מפניה. אמנם, נושא זה לא הוזכר במסגרת הפרפראזה הגלויה - המתמצתת את תוכן המידע החסוי - שהוגשה בתחילת הדיונים בפני הוועדה קמא, אולם הוא הועלה באופן מפורש בדיון שהתקיים ביום 16.07.14 (ראו פרוטוקול הדיון מיום זה, עמוד 2, שורות 10-14 וכן שורות 45-47).

בנסיבות אלה, אין לומר שהגנת המשיב נפגעה באופן המצריך ביטול ההליך. זאת, גם אם מוצא אני להפנות להערותיי בעניין **אלנתשה** הנ"ל, באשר לצורך להצביע על סעיף חוק ספציפי שנטען כי הופר, לצד החובה להגיש פרפראזה מפורטת ככל האפשר.

### **השתק בשל התחייבות המדינה שלא לבטל את השחרור אלא בגין ביצוע עבירות טרור**

את טענתה השנייה, בנוגע לקיומה של מעין התחייבות חוזית כללה הסנגורית בטענה כללית של "הגנה מן הצדק". יש להבהיר כי הגנה זו, הגם ששורשיה בחובות המנהליות של התביעה הצבאית וגופי אכיפה אחרים, שייכת לתחום משפט הפלילי ולא להליך מנהלי בו עסקינן. בעניין זה נחזור ונזכיר כי:

**"ביטול הקלה בעונש על תנאי הוא הליך עצמאי שאינו מהווה חלק אינטגרלי מההליך הפלילי. מדובר בהליך מנהלי במהותו, המבוצע באמצעות ועדה סטטוטורית... הליך זה אמנם מבוסס על הרשעתו של הנדון על ידי בית משפט בהליך פלילי, אך הוא המשך ישיר להחלטה המנהלית להקל בעונשו בתנאים"**. (עניין אלנתשה הנ"ל – ההדגשה במקור)

לאור זאת, אין מקום לעסוק ב"הגנה מן הצדק", אלא בעילות התערבות מנהליות.

משכך, עלינו לבחון האם התקיימה בענייננו עילה מנהלית לביטול החלטת המפקד הצבאי ולתחיית הבקשה.

הסנגורית טענה, כאמור, כי שחרור המשיב ואחרים במסגרת "עסקת שליט", לווה במעין הסכם בין החמאס לבין מדינת ישראל, לפיו המשוחררים ייעצרו שוב רק בגין ביצוע עבירת טרור, ולא ייאכפו עבירות קלות. טענה זו לא נתמכה בראיות כל שהן. ההפך הוא הנכון, הטענה עומדת בסתירה ללשון התנאים המפורשים בחקיקה ובצו השחרור. משכך, דינה להידחות.

בעניין זה, יש להזכיר כי על מנת להוכיח קיומה של הבטחה מנהלית, נדרש הטוען לה להוכיח בתשתית ראייתית מבוססת (ראו [ע"א 6514/96 חניון המרכבה חולון בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נג\(1\) 390, בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות \(1992\) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד\(5\) 451](#)), ואף להראות כי נתקיימו התנאים להכרה באותה הבטחה, היינו שניתנה על ידי בעל הסמכות ליתן אותה, שלבעל הסמכות הייתה כוונה להקנות לה תוקף משפטי, שנותנה מסוגל למלא אחריה וכי אין צידוק חוקי לסגת ממנה או לשנותה (ראו אי' שרגא ור' שחר המשפט המנהלי (2008), כרך שלישי, עמוד 315 ואילך). כל אלה לא הוכחו בענייננו.

למעלה מן הצורך, נציין גם כי הטענה נסתרת מלשון כתב ההקלה עצמו, שכלל כהפרת תנאי השחרור כל עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר ומעלה. היעדר אזכור לקריטריון ביטחוני כלשהו, לצד קביעת הרף העונשי הנמוך האמור, מצביע על רצון המפקד הצבאי לכלול בתנאי השחרור גם הימנעות מביצוע קשת רחבה ביותר של עבירות, ללא כל קשר למטרה או למניע של העבירה.



אי לכך, יש לדחות טענה זו.

### השתק עקב שיהוי

בדומה, יש לקבוע כי עיתוי המעצר והגשת הבקשה לביטול ההקלה בעונש אינם יוצרים השתק עקב שיהוי.

חובת הרשות לפעול במהירות הראויה מהווה חלק מחובת הגינות ההליך המנהלי. הרשות נדרשת לפעול תוך זמן סביר, לשם שמירה על האינטרס הציבורי, ואף מתוך מטרה למנוע פגיעה בפרט (ראו ד' ברק ארז **משפט מנהלי** (2010), כרך א', 407).

על רקע זה, הכיר בית המשפט העליון באפשרות כי עיכוב ממושך ביותר במימושה של החלטה, יגרום להשתק ולמניעת הרשות מלפעול (ראו [דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר](#) (פורסם בנבו, 12.11.95)). בדומה, עיכוב כאמור, עלול ליצור אינטרס הסתמכות מצד הפרט, שיצדיק צמצום אפשרויות מימוש הסמכות המנהלית. זאת ועוד, שיהוי עשוי לשמש כראיה לקיומם של שיקולים זרים או לכך שפעולה נגועה בחוסר תום לב.

ברם, הפסיקה קבעה בעקביות כי עצם חלוף הזמן אינו מקים השתק, וכי נדרשות להתקיים נסיבות קיצוניות ויוצאות דופן של שיהוי על מנת שיתגבשו החריגים האמורים.

במיוחד אמורים הדברים בכל הקשור לאכיפת חוק. כך נקבע, לדוגמא, בעניין **שוויצר** :

**"כאשר הפעולה המנהלית שאותה אנו בוחנים נוגעת לאכיפת החוק, השתהות בהפעלת אמצעי האכיפה כשלעצמם לא תיצור מניעות כלפי הרשות האוכפת אלא במקרים קיצוניים ויוצאי דופן.**

**... מכל מקום, בדרך כלל, בנסיבות של אי-חוקיות, ובייחוד כאשר אי-החוקיות ברורה ומובהקת, הימנעות של הרשות מלפעול אין די בה כדאי לבסס אינטרס מוגן של הפרט נגדה"** (רע"פ [1520/01 שוויצר נ' יו"ר הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, פ"ד נר \(3\) 595](#)).

קביעות אלה ראויות גם בענייננו, במיוחד כאשר עסקינן בהפרת תנאי סטטוטורי, דוגמת התנאי הקבוע [בסעיף 184](#) לצו.

בענייננו, לא שוכנעתי כי נתקיימו אותן נסיבות יוצאות דופן, היוצרות השתק עקב שיהוי בהגשת בקשת ביטול השחרור. ראשית, הוועדה קמא קבעה כי לא נתקיים הבסיס העובדתי להוכחת שיהוי הנטען. ואכן, חלפו פחות משלוש שנים בין מועד שחרור המשיב לבין הגשת הבקשה ביוני 2014. בנוסף, עיקר הראיות בנוגע לביצוע עבירות על ידי המשיב נתקבלו בשנת 2012, עובדה השוללת קיומו של עיכוב משמעותי בהגשת הבקשה.

זאת ועוד, גם אם הרשויות לא מיהרו לפנות לוועדה מיד עם קבלת הראיה הראשונה להפרה, אין למצוא בכך פסול. לנוכח חומרת הפגיעה בפרט העלולה לנבוע מביטול שחרור, מן הראוי שהרשויות יהיו מתונות וזהירות בהפעלת סמכותן, הן בהיבט של גיבוש תשתית ראייתית מוצקה להפרה והן בכל הקשור למהות הפרה זו. על כן, במישור העקרוני יש לראות בחיוב השהיית הגשת הבקשה עד לגיבוש תשתית ראייתית מבוססת, בנוגע להפרה משמעותית של התנאים.

לא זו אף זו, אלא שלעתים החלטה אם להגיש בקשה לביטול שחרור, תכלול גם שיקולי מדיניות, החורגים מעניינו הפרטני של האסיר. בכלל זה, מוסמך המפקד הצבאי לשקול שיקולים הקשורים למצב הביטחוני, נושא דינאמי התלוי בזמן ובמקום (בהקשר זה ראו [בג"ץ 4681/97 היועמ"ש נ' וועדת השחרורים ואח', פ"ד נא \(4\) 679](#)). זאת, במיוחד כאשר שחרור המשיב ואחרים במסגרת עסקת שליט נבע אף הוא מהפעלת שיקול מדיני – ביטחוני כללי, ולא משיקולים הקשורים לנסיבותיהם הפרטניות של המשחררים. במצב דברים זה, כאשר נטען להחמרה משמעותית של הסיכון הנובע מארגוני הטרור, ובראשם החמאס, מוסמך היה המפקד הצבאי לנקוט את כלל הפעולות החוקיות הנדרשות כדי לצמצם את הסיכון, ובכלל זה מאסרם המחודש של מי שהורשעו בעבירות ביטחוניות חמורות, והוכח כי הפרו את תנאי שחרורם, לעיתים תוך ביצוע עבירות ביטחוניות, כמו במקרהו של המשיב.

בעניין זה, יש אף להדגיש כי אין פסול בשינוי מדיניות מצד הרשות. כך נקבע לדוגמה ב**בג"ץ 715/89 שריג נ' שר החינוך והתרבות** [פורסם בנבו]:

**"סמכות הנתונה לרשות שלטונית בתחום העשייה המנהלית כוללת, מניה וביה, גם את הכוח לתקן, לשנות, להתלות או לבטל מעשה מנהלי שנעשה מכוח סמכותה (ראה סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). כלל הסופיות איננו חל על החלטות מנהליות, ומקום שמתברר לרשות, כי החלטה שיצאה מלפניה בטעות יסודה, הרי היא רשאית – ולעיתים אף חייבת – לעשות את הדרוש לתיקון המעוות, אם בשינוי החלטה ואם בביטולה.**

**השימוש בסמכות האמורה אינו מעורר כל קושי כשהצורך בשינויה של החלטה קיימת נובע משינוי במדיניות כללית הצופה פני עתיד ... שכן לשום אדם, או ציבור, אין זכות קנויה לתבוע שמדיניות שהיטיבה עימו בעבר תישאר בתוקפה גם לעתיד לבוא.**" (פורסם בנבו, 07.09.89) וראו גם עניין עואודה להלן והפסיקה המובאת בו).

אשר על כן, אין למצוא פגם בשינוי מדיניות, ככל שזה מוצא את הסברו בהחמרה במצב הביטחוני, כפי שנטען בענייננו וכפי שניכר היה לכל מי שעקב אחר המצב באזור במחצית השנייה של שנת 2014.

ויפות לעניין זה קביעותיו של בית המשפט העליון בנושא ביטחוני אחר:

**“ עמדנו בפתח הדברים על הנסיבות הקיצוניות השוררות בתקופה האחרונה באזור יהודה ושומרון. נסיבות שהביאו לכלל מסקנה, שהתקבלה על דעת הדרג המדיני, כי יש לשנות את המדיניות... ”**

**טענתם של העותרים, שלפיה החלטת המשיב נגועה בשיקולים זרים בשל השפעת אידוע חטיפת הנערים, ולא מונעת משיקולי הרתעה, דינה להידחות. חטיפת הנערים היא חלק מההסלמה בפעילות הטרור באזור יהודה ושומרון, שעל יסודה מצא המשיב כי חל שינוי נסיבות המצדיק את הגברת ההרתעה... ”**  
**(בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 01.07.14).**

### שיקולים זרים

נטען כי החלטת המפקד הצבאי, לבקש את החזרת המערער להמשך ריצוי עונשו, התקבלה כחלק מתגובת מדינת ישראל לחטיפתם ורציחתם של שלושה צעירים ישראלים ביוני 2014, דבר המהווה שיקול זר.

לא אוכל להסכים לטענה זו.

כלל הוא במשפט המנהלי כי רשות מנהלית מצווה להפעיל את שיקול דעתה על יסוד שיקולים רלוונטיים לחוק המסמיך ועל יסוד שיקולים אלה בלבד (ראו למשל, [בג"ץ 5968/05 עיריית חברון נ' מדינת ישראל](#), [פורסם בנבו], וכן [בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'י, פ"ד נח\(3\) 443](#), וכן בהרחבה [שרגא ושחר הנ"ל](#), עמוד 199). השיקולים הרלוונטיים נגזרים מתוך המטרות העומדות ביסוד החקיקה המסמיכה.

על המטרות העומדות בבסיס הוראות [סימן י"א](#) לצו, שעניינו חנינה והקלה בעונש על תנאי, ניתן ללמוד מן ההוראות המקבילות בחקיקה הישראלית ומהפרשנות שניתנה להן בפסיקה.

בעניין [משארה](#), קבעתי בנוגע [לסעיף 185](#), אשר אף הוא קובע חובה על ביהמ"ש להורות על ביטול הקלה מותנית:

**“ סעיף 185 הינו חלק ממשטר הפיקוח אותו ביקש המחוקק להחיל על אסיר משוחרר על תנאי. על רקע זה, להוראה זו שתי תכליות. ראשית, במישור הגמול, ההוראה מבקשת למצות את הדין עם מי שלא השכיל לנצל הזדמנות שניתנה לו לתקן את דרכיו ומעד פעם נוספת. שנית, היא נדרשת ליצירת הרתעה אישית, לבל יבצע אסיר משוחרר עבירה. בעניין זה נדגיש כי אף אם ההסדר האמור לא נועד לחול רק במצבים בהם השחרור נובע מהסדר מדיני, לא ניתן להתכחש כי זו המציאות הרווחת באזור. במצב דברים זה, בו השחרור אינו נובע משינוי אישי שנוצר אצל האסיר, אלא מצורך מדיני – ביטחוני כללי המחייב שחרור אסירים בעלי פוטנציאל מסוכנות, קיימת הצדקה להגברת ההרתעה. ”** ([עד"י 1824/14](#),

משארה נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 11.02.15) וראה גם עד"י 1096/12

חמדאן נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 28.03.12)

בדומה, נקבע בהקשר לתיקון לחוק שחרור על תנאי ממאסר, שהצר את שיקול דעת ועדת השחרורים בישראל:

*"לעניין ביצוע עבירות עוון או פשע, מצמצם החוק המוצע את סמכותה של הוועדה שלא לבטל שחרור על תנאי באופן שסמכות זו ניתנת לה רק מנימוקים מיוחדים ורק פעם אחת לגבי כל אסיר. הטעם לכך הוא שאסיר אשר ביצע עבירת עוון או פשע במהלך תקופת שחרורו על תנאי, הוכיח לכאורה כי הוא מסכן את שלום הציבור וביטחונו, ולפיכך בהעדר נסיבות מיוחדות, אין עוד הצדקה לשחרורו על תנאי..."* (הצעת חוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א – 2001, בעמוד 540 מתוך רש"ב 1559/03 מדינת ישראל נ' סוויסה, פ"ד נח (1) 880).

הנה כי כן, תכלית שינויי החקיקה שחלו בחוק בישראל ואף בחקיקת האזור, להבהיר את השקפת המחוקק כי עצם ביצוע עבירה בתקופת השחרור היא הפרה בוטה של האמון שניתן באסיר, המלמדת על מסוכנותו לציבור. זאת ועוד, כאשר השחרור לא נבע משינוי אישי שנעשה אצל האסיר, אלא מהסכם או אילוץ מדיני, ביקש המחוקק להביא לידי ביטוי שיקולי הרתעה כלליים יותר (בעניין זה ראו דבריה של כב' השופטת ע' ברון בעניין זלום).

מעבר לכך, כחלק מסמכותו, מפקד כוחות צה"ל באזור נדרש להפעלת שיקול דעת לפני שהוא עותר לביטול שחרור מותנה. במסגרת הפעלת שיקול דעת זה, נדרש המפקד הצבאי לשיקול קשת רחבה של שיקולים הקשורים למהות ההפרה של תנאי השחרור, חומרתה, אופייה ומוצקותה של התשתית הראייתית להפרה, ואף שיקולים הנוגעים לאישיות הנידון ונסיבותיו, מאמצי שיקום אם נעשו על ידו, הפגיעה שתיגרם לו עקב ביטול שחרורו והמסוכנות העלולה לצמוח ממנו.

לצד אלה, מוסמך המפקד הצבאי לשיקול שיקולי מדיניות כלליים יותר, בראשם האינטרס הציבורי שבכיבוד תנאי השחרור, ואף ההשפעה של הבקשה או השחרור על ביטחון האזור.

בענייננו, טענה התביעה כי החלטת המפקד הצבאי נתקבלה בשים לב להחמרה שחלה במצב הביטחוני, שיקול לגיטימי בהתחשב בכלל השיקולים שפורטו לעיל. בהינתן שינוי במצב הביטחוני, אין גם למצוא פסול בעיתוי החלטת המפקד הצבאי, כאמור.

אשר על כן, על פני הדברים, בעצם כריכת הגשת הבקשה עם החמרה במצב הביטחוני, אין כדי להצביע על שיקולים זרים שנשקלו בהפעלת הסמכות. בהתאם, ובהיעדר תשתית ראייתית נוספת העשויה לתמוך בטיעוני המערער בעניין זה, יש לקבוע כי זה לא הרים את הנטל המונח עליו להוכיח, ששיקול זר הניע את המפקד הצבאי לנקוט בהליך בו עסקינן.

ואם לא די בכך, הרי שטענה דומה נדחתה על ידי ביהמ"ש העליון, אשר קבע כי המדינה מילאה אחרי ההסכם עליו חתמה בהגינות, לנוכח העובדה כי מתוך כאלף אסירים, ששחררו במסגרת

עסקת שליט, התבקש ביטול שחרורם המותנה של כמה עשרות בלבד. לאור זאת, נקבע כי **"המדינה ביססה את טענותיה כי אין מדובר במעצר גורף או בענישה קולקטיבית, אלא בפעולות שננקטו לאחר בדיקה מדוקדקת ופרטנית"** (עניין זלום, עמ' 45).

אף בפנינו נטענו טענות דומות בנוגע למדיניות האכיפה הכללית של כוחות הביטחון ביחס למשוחררי עסקת שליט ולעמידה על קיום תנאי השחרור. ואכן, מקובלת עלינו טענתו של פרקליט איו"ש, לפיה גם בשנים שלפני עסקת שליט וחטיפת ורצחת הנערים הישראלים, ננקטו צעדים וקוימו הליכים נגד משוחררים על תנאי שהפרו את תנאי שחרורם, הליכים המוכרים לבימ"ש זה. זאת ועוד, אף אנו יכולנו להתרשם מן הבחינה הפרטנית המדוקדקת שנעשתה בנוגע לכלל האסירים המשוחררים שנעצרו מחדש, במסגרת ההליכים שהתקיימו בפנינו בשאלת המשמורת ובשאלת ביטול ההקלה המותנית.

לנוכח האמור, יש לדחות את טענת הסנגורית כי המפקד הצבאי פעל מתוך שיקולים בלתי לגיטימיים, כאשר ביקש מהוועדה להורות על ביטול ההקלה בעונש על תנאי שניתנה למשיב ולאחרים.

#### סיכום ביניים

העולה מן המקובץ, כי לא התקיימו עילות התערבות מנהליות, המצדיקות את דחיית הבקשה לבטל את ההקלה בעונש המותנת שניתנה למשיב.

לנוכח מסקנה זו, יש לבחון את קיומה של הפרה, כנטען על ידי התביעה. אך בטרם אדון בנושא זה, מן הראוי להתייחס בקצרה לטענת התביעה בנוגע לפרשנות המונח "עבירה" לפי [סעיף 184](#) לצו.

#### המונח "עבירה" לפי [סעיף 184](#) לצו

סוגיה זו נדונה על ידנו בהרחבה בעניין **אלנתשה הנ"ל**. באותו עניין, דחינו את טענת התביעה, אשר ביקשה להרחיב את פרשנות המונח "עבירה" [שבסעיף 184](#) לצו, גם לעבירות על פי החוק בישראל. קבענו כי הפרשנות המוצעת האמורה אינה מתיישבת עם לשון הצו, ואף לא עם עקרונות משפטיים כלליים.

משכך, ולנוכח מסקנותינו בנוגע לעניינו הפרטני של המשיב, כפי שיפורטו מיד, אין מקום לשוב ולהידרש לטענה זו.

#### האם המשיב ביצע עבירה?

כאמור, התביעה הצבאית סבורה, כי שגתה הוועדה קמא בקביעתה שלא הוכח שהמשיב הפר את התנאי הסטטוטורי הקבוע בסוף 184 לצו, כאשר ביצע עבירה על פי תחיקת הביטחון.

בעניין **רדואן**, דנו בהרחבה בשאלת הרף הראייתי הדרוש להוכחת הפרת תנאי שחרור. באותו עניין קבענו, על יסוד פסיקת בית המשפט העליון ופסיקת ועדת ערר זו, כי נדרש להוכיח בראיות כבדות

משקל שהמשיב עבר עבירה, גם אם בשל אופיו המנהלי של ההליך אינה נדרשת הוכחה העומדת בנטל להרשעה פלילית, ואף לא כי העבירה תוכח בראיות קבילות דווקא (ראו [ו"ע 2334/15](#), **התוב"ץ נ' רדואן**, [פורסם בנבו] והפסיקה המצוטטת בו).

בחנו את התשתית הראייתית שהוצגה בפני בית המשפט קמא באספקלריה זו.

בתום בחינה זו, מסקנתנו שונה מזו של הוועדה קמא, וסבורים אנו כי הראיות המנהליות הקיימות בעניינו של המשיב, מבססות ברמת הוכחה גבוהה את הקביעה כי הוא עבר עבירה כהגדרתה [בסעיף 184](#) לצו.

הראיות הקיימות בעניינו של המשיב ברורות, מהימנות ומוצלבות, ויש בהן להוכיח כי המשיב עבר מספר עבירות. ראשית, עבירה של קשירת קשר לקבלת כספים מחוץ לאזור בניגוד [לסעיף 254](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009 [ולסעיף 2 הצו בדבר הכנסת כספים לאזור](#), התשמ"ב-1982. שנית, עבירה לפי [תקנה 85\(ו\) לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#) 1945, בכך שקיבל והחזיק כספים שמקורם בארגון החמאס.

[סעיף 254](#) לצו קובע איסור לקשור קשר עם אחר לביצוע שורה של התנהגויות שהמחוקק מבקש למונען. בראש ובראשונה, אוסר המחוקק כל קשר לעבור עבירה שעושה מאסר לתקופה העולה על שלוש שנים. הפסיקה הגדירה קשר אסור זה כדלקמן:

**"הלכה ידועה היא כי על מנת שתתגבש עבירת קשר, נדרש להתקיים הסכם בין הקושרים המבטא את כוונתם המשותפת בדרגת מסוימות מינימלית."** [\(ע" 5287/08 אגבר נ' התביעה הצבאית \(פורסם בנבו, 05.06.11\) וראו גם ע" 66/01 התביעה הצבאית נ' צבאח \(פורסם בנבו, 04.06.01\)\)](#).

ואכן, כך נקבע לדוגמה בעניין זכאי:

**"אכן, הדברים יילמדו מעצמם, כי לקיומו של קשר פלילי לא נדרש לאותה קפדנות שהמשפט האזרחי מורה אותנו באשר לספציפיות החוזה: הסיכון לביצועה של עבירת הקשר יתקיים גם אם לא הסכימו קושרי הקשר ביניהם על אותם פרטים הנדרשים בחוזה האזרחי, וגם אין זה מנוהגם של קושרים לדקדק בפרטים כעורכי הדיינין המנסחים חוזהם ללקוחותיהם. כך, למשל, אם הסכימו קושרי-קשר ביניהם כי בלילה פלוני יצאו לפריצתה של חנות, יואשמו השניים בקשר גם אם לא הסכימו איזו חנות יפרצו, וגם אם המשפט האזרחי יורנו - מפאת היעדר ספציפיות - כי לא נכרת ביניהם חוזה מחייב. בוודאי כך באשר לדרישות ספציפיות שמעמיד משפט החוזה."** [\(ע"פ 461/92 זכאי ואחי' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז\(2\) 580\)](#)

בענייננו, הראיות המנהליות, שהוצגו בפני הוועדה קמא, מבססות היטב את הקשר הפלילי שהתקיים בין המשיב לבין אחרים לשם ביצוע עבירה לפי [ס' 2 לצו בדבר הכנסת כספים לאזור](#)

הנ"ל, כאשר המשיב קשר קשר לקבל כספים מארגון החמאס שמקורם מחוץ לאזור. על כן, יש לתמוה על התעלמות הוועדה קמא מעבירה ברורה זו.

בנוסף, המידע הקיים מבסס ביצוע של עבירות לפי [תקנה 85\(ד\)](#) לתקנות ההגנה הנ"ל, כאשר הוכח בפנינו שהמערער נטל חלק באספות של ארגון החמאס וארגונים אסורים אחרים המסונפים לו. גם בעניין זה, איננו מקבלים את קביעותיה של הוועדה קמא, בנוגע להיעדר יסוד נפשי לעבירה. לאחר עיון מדוקדק בראיות, אנו סבורים כי הוכח במידה הדרושה כי המשיב נטל חלק באספות אלה מתוך מודעות מלאה שהן אורגנו על ידי התאחדות בלתי מותרת.

די בקביעות אלה על מנת להכריע את גורלם של הערעורים המונחים בפנינו, ולחייב את החזרת המשיב לריצוי יתרת עונשו.

למעלה מן הצורך, נוסיף כי מאז הסתיים ההליך בפני הוועדה קמא, הצטברו ראיות נוספות. אלה מחזקות את התשתית הראייתית הקיימת, ומבססות, ברף הראייתי המחמיר אותו הצבנו, שהקשר אותו קשר המשיב מומש, וכי הוא קיבל כספי חמאס שמקורם מחוץ לאזור. לאור הראיות האמורות, יש, על כן, לקבוע כי הוכח שהמשיב עבר [עבירה לפי ס' 2 לצו בדבר הכנסת כספים לאזור הנ"ל ואף לפי תקנה 85 \(1\) \(ו\) לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945. זאת, מאחר שלפי התקנה האמורה אסורה כל החזקת כספים השייכים להתאחדות בלתי מותרת או שמקורם בהתאחדות בלתי מותרת.

נציין, כי ראינו להזדקק לראיות חדשות אלה, שכן הן נסובו באופן מובהק על העבירות שיוחסו למערער במהלך הדיון בפני הוועדה קמא. שונה הייתה עמדתנו, אם הראיות החדשות היו מתייחסות לעבירות אחרות. במצב דברים זה, היה לטעמנו מקום להחזיר את העניין לבחינה מחודשת של הוועדה קמא, לאחר מתן הזדמנות לצדדים לטעון את טענותיהם בעניין (ולגבי האפשרות לקבל ראיות חדשות בשלב הערעור ראו [שרגא ושחר הנ"ל](#), כרך שישי, עמ' 379 ואילך).

לאור מסקנות אלה ובהתאם למצוות [סעיף 186\(ז\)](#), [הננו מורים על ביטול ההקלה בעונש ועל ביצוע גזר הדין שהושת על המשיב כאמור, כאילו לא ניתנה ההקלה](#). לנוכח האמור, ימשיך המשיב לרצות עונש של מאסר עולם ועוד 18 שנות מאסר, שנגזר עליו בעבר, בניכוי עונש המאסר אותו ריצה עד כה.

על אף קביעותיו הברורות של המחוקק, שאינן מותירות לנו שיקול דעת באשר לתוצאה של ההליך, לאחר שקבענו כי המשיב ביצע עבירה כאמור, לא אוכל להשלים את החלטתי מבלי להתייחס לנסיבות האישיות של המשיב, כפי שפורטו בפנינו על ידי באת כוחו ועל ידו.

אמנם, אין להקל ראש בעובדה כי המשיב ריצה 33 שנות מאסר, טרם שוחרר במסגרת עסקת שליט. אף אני סבור כי יש מקרים בהם מן הראוי שהמפקד הצבאי יקצוב את עונשם של אסירים ויעניק להם פתח תקווה ואפשרות לשוב לחיים נורמטיביים, לאחר שמירקו את פשעיהם. זאת, אף כאשר עסקינן במי שנשפטו לעונשי מאסר ממושכים, בעקבות ביצוע עבירות חמורות מאוד. והרי כבר לימדונו חז"ל כי "גדולה תשובה נעשות לו כשגגות" (בבלי, יומא פ"ו, עמוד ב).

אולם, כל זאת כאשר עניין לנו במי שהפנים את הפגם שבמעשיו, ומבקש אפשרות למחילה ולחזרה להימנות על חברת בני אנוש.

בענייננו, לא ניתן להתרשם כי זוהי דרכו של המשיב, אשר שוחרר שלא על רקע אישי, אלא כתוצאה ממצאוות שנכפתה על מדינת ישראל ועל המפקד הצבאי, על רקע הרצון לשחרר חייל צה"ל.

כעולה מהחלטת הוועדה קמא, התנאים לשחרורו הובהרו למשיב היטב, בחתימה על מסמך בשפה הערבית ובפגישה עם רכז שירות הביטחון הכללי. על אף זאת, המשיב לא השכיל לנצל את ההזדמנות הנדירה שניתנה לו ועירב עצמו בפעילות אסורה, תוך הפרת תנאי שחרורו. המשיב ביצע עבירות ביטחוניות של ממש, המבטאות את קשריו האסורים עם החמאס, השתייכותו האידיאולוגית לארגון זה ותמיכתו המעשית בו.

בנסיבות אלה, קיים אינטרס ציבורי מובהק כי נקפיד על קיום מלא של תנאי השחרור על ידי המשיב, שעונשו נגזר בגין עבירות ביטחוניות חמורות, ביניהן העבירה החמורה ביותר עלי ספר החוקים, גרימת מוות בכוונה, כחלק מביצוע מעשה טרור אכזרי.

כל זאת, כאשר יש לזכור כי יכולנו לשמוע את דבריו של המשיב, אך לא את דבריו של קורבנו, נהג אוטובוס תמים, בן 27 במותו, אשר חייו נגדעו בטרם עת, באלימות ובאכזריות.

אשר על כן, מעבר לרובד המשפטי הטהור, עליו אנו אמונים, נראה לי לקבוע כי גם במישור הערכי – מוסרי, ההחלטה לבטל את שחרורו המותנה של המשיב ראויה.

### המשנה לנשיא אל"ם צ' לקח

אני מסכים.

### השופט סא"ל ר' עצמון

אני מסכים עם החלטתו של כב' הנשיא, להחזיר את המשיב לכלא לריצוי יתרת עונשו.

ההגנה העלתה שלל טענות נגד הלגיטימיות של ביטול ההקלה בעונשו של המשיב. טענות אלה מניחות, כי השחרור המוקדם יצר למשיב אינטרסים וזכויות כבדי-משקל, וכי צריך להצביע על עילות טובות כדי לשלול אותן זכויות.

גישתי הפוכה לחלוטין.

לפי גישתי, יש לזכור כל העת כי המשיב הורשע בגרימת מוות בכוונה, ונגזר עליו בהליך שיפוטי מסודר להישאר בכלא לשארית חייו. הוא שוחרר מן הכלא בשל אילוץ, שנכפה על מדינת ישראל ועל המפקד הצבאי בדרכי אלימות וטרור, ולא בהתאם לזכות חקוקה, חנינה או שינויים חיוביים בהתנהגותו. לכן זכותו של המשיב להתהלך חופשי היא בעלת משקל נמוך ביותר. מי שזכותו "חלשה" וקלת משקל, אפשר להתנות עליה תנאים מחמירים. אין זה מופרז לדרוש מרוצח, כתנאי



לשחרורו המוקדם מן הכלא, כי שארית חייו תהיה נקיה לחלוטין מעבירות, ולפחות מעבירות שעונשן מאסר. כל הפרה של תנאי שחרורו יכולה להצדיק את החזרתו לכלא.

תמיכה לגישתי אני מוצא בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בבג"ץ [5319/97 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי](#) (פורסם בנבו, 24/11/1997). באותו מקרה, כלואים בכלא צבאי חטפו מספר סוהרים, החזיקו בהם כבני ערובה, וניהלו משא ומתן על שיפור תנאי כליאתם. במסגרת המשא ומתן הובטח לחוטפים, בין היתר, שהם לא יועמדו לדין בגין המרידה והחטיפה. אך מיד לאחר ששחררו את הסוהרים החטופים, הכלואים נעצרו והועמדו לדין. החוטפים עתרו לבג"ץ נגד הפרת ההסכם עמם. בית המשפט העליון ציון, כי כאשר המדינה מתחייבת לפני יחידים שלא לנקוט נגדם הליכים פליליים, ומבקשת להשתחרר מהתחייבות זו, יש להתחשב במספר אינטרסים: אינטרס הציפייה וההסתמכות של היחידים, הצורך לשמור על הגינות פעולתה של הרשות, האינטרס הציבורי להעניש בגין מעשי עבירה חמורים, והצורך לשמור על אמינותה של הרשות, כדי שבעתיד יסכימו לנהל עמה משא ומתן במקרים דומים, ולהימנע מפתרונות אלימים למשברים. בית המשפט העליון פסק, כי אינטרס הציפייה וההסתמכות של הכלואים-החוטפים לא היה כבד משקל, וכי ההחלטה לסטות מן ההתחייבות – תוך נטילת הסיכון כי הדבר יפגע באמינותן של הבטחות דומות בעתיד – הייתה סבירה.

מנימוקים דומים, אני סבור כי אינטרס הציפייה וההסתמכות של המשיב ושל דומיו הם בעלי משקל קל כנוצה. הם שוחררו מן הכלא בעקבות חטיפה וכליאה של חייל ישראלי, לא היו צד למשא ומתן על שחרורו, ולא הבטיחו דבר בתמורה לשחרורם מן הכלא. למעשה, לאור פסיקת בג"ץ [קוגן](#) האמור, גם לו בחרה המדינה שלא לכבד כלל את ההסדר שהושג, ולהחזיר את המשיב לכלא מבלי להוכיח כי הפר תנאי כלשהו – ייתכן שההחלטה הייתה נחשבת סבירה. קל וחומר שהיא סבירה במקרה זה, שבו בחרו המדינה והמפקד הצבאי לפעול לפי מה שנקבע בהסדר השחרור, ולהחזיר לכלא רק את מי שהוכח כי הפר את תנאי שחרורו. במצב דברים זה, המשקל של טענות נגד הגינות פעולתו של המפקד הצבאי – אינו רב. למעשה, אני מתקשה לחשוב על עילה מנהלית שתשלול את הלגיטימיות של החזרת הנידון לכלא.

מי שקיבל לידיו רכוש בעקבות איומים וכפייה, כמוהו כגונב הרכוש; קשה יהיה לשכנע כי החרמת הגזל מידיו היא עוול, רק בשל שיהוי או שיקולים זרים. בדומה, מי ששוחרר ממאסר בעקבות חטיפה, איומים וכפייה כמוהו כמי שנמלט מן הכלא. קשה יהיה לשכנע כי החזרתו לכלא היא עוול. שהרי רוצח שנמלט מן הכלא לא יישמע ברצינות אם יטען לשיהוי של שנים אחדות במעצרו המחודש, או כי קיימים שיקולים "זרים" או שיקולים "מדיניים" פסולים בהחזרתו לכלא, או כי נוצרו מניעות והשתק כלליאתו מחדש, בגלל שהוא הבין משום-מה, שלא יוחזר לכלא אם יעבור רק עבירות שאינן ביטחוניות. באותה מידה, אין לתת משקל ממשי לטענות "מנהליות" שכאלה גם כשמדובר ברוצח, ששוחרר מן הכלא בהסדר מדיני כפוי, והפר את תנאי שחרורו.

ועדת בחינה צריכה לבדוק אם יש ראיות טובות לכך שהנידון הפר תנאי שנקבע לשחרורו. על ההגנה מוטל להראות, כי יש סיבה כבדת משקל שבגללה לא יהיה זה הגון להחזיר את הרוצח לכלאו, למרות שהפר את תנאי שחרורו.

במקרה שבפנינו, הראיות מוכיחות במידת ודאות מספקת, כי המשיב הפר את תנאי שחרורו. ההגנה לא הצביעה על פגיעה בהגינות ההליך, ולכן יש להחזיר את המשיב לרצות את יתרת עונש המאסר שנגזר עליו כדין.

### סוף דבר

ערר התביעה הצבאית מתקבל, באופן זה שאנו מבטלים את ההקלה בעונש על תנאי שניתנה למשיב, ומורים על החזרתו להמשך ריצוי יתרת עונשו כמפורט לעיל.

ערר הסנגוריה נדחה, הן במישור העקרוני והן במישור הפרטני, בהתאם לקביעותינו דלעיל.

ניתנה היום, 22 בפברואר 2017, כ"ו בשבט התשע"ז, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

אב"ד

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

נתנאל בנישו 54678313-1918/15

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה