

ועדות ערעורים 1/10

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני המשנה לנשיא: סא"ל נתנאל בנישו

המערער: עקיבא הכהן, ת"ז XXXXXXXXXXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד יצחק בס)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סרן ניר קידר)

ערעור על צו פיקוח מיוחד מיום 6.10.09
(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 18 בפברואר 2010, ד' באדר התש"ע.

ספרות:

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

חקיקה שאוזכרה:

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)[חוק סמכויות שעת-חירום \(מעצרים\), תשל"ט-1979](#)[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945](#)

ספרות:

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

החלטה

כללי

ביום 6.10.09 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על צו פיקוח מיוחד בעניינו של המערער.

על פי צו זה, נמנעה שהיית המערער באזור יהודה והשומרון מחוץ לתחומי היישוב אריאל, החל מתאריך 11.10.09 ולמשך שישה חודשים. עוד קבע המפקד הצבאי היתר כללי, לפיו ניתנה למערער האפשרות לצאת מתחומי היישוב אריאל לתחום מדינת ישראל בדרך שנקבעה.

השגה שהוגשה על ידי המערער, במסגרתה הועלו מספר טענות נגד הצו ואף טענה פרטנית בנוגע לעובדה כי הצו נמסר לו בתאריך מאוחר יותר ממועד כניסתו לתוקף, נדחתה.

במענה להשגה אף צוין כי בבסיס הצו עומד "מידע רב, לפיו בתקופה האחרונה היית מעורב בהובלה ובהכוונה של פעילות נרחבת, בלתי חוקית ואלימה, המכוונת נגד תושבים פלסטינים ופעילות רשויות הביטחון ברחבי איו"ש. פעילות זו מסכנת באופן חמור וממשי את ביטחון אזור יהודה ושומרון והסדר הציבורי בו".

מכאן הערעור הנוכחי, אשר הדיון במסגרתו התקיים בשלושה חלקים שונים. תחילה, נחקר נציג שירות הביטחון הכללי על ידי ב"כ המערער, בהמשך עיינתי בחומר המודיעיני ושמעתי את הסברי נציגי המפקד הצבאי במעמד צד אחד ולבסוף שמעתי את סיכומי הצדדים. יצוין כי בהחלטתי מיום 18.2.10 קבעתי, עם תום בדיקת המידע, כי **"לא ניתן לחשוף ממנו דבר לבל ייפגע ביטחון האזור"**.

תמצית טיעוני הצדדים

בערעור, שנומק היטב על ידי בא כוח המערער, מבקש זה האחרון כי אורה על ביטול הצו, שכן, לטעמו, הוא לוקה בפגמים אינהרנטיים במישור החוקתי והמנהלי, כפי שיפורט מיד. עוד טען הסנגור כי לא נבחנו חלופות מעצר הולמות, לא מוצה ההליך הפלילי ובנסיבות העניין הצו לוקה בחוסר מידתיות ברורה.

ראשית, טוען ב"כ המערער כי בעקבות פסק הדין בעניין **חוף עזה** ([בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט\(2\) 481](#), להלן: בג"ץ **חוף עזה**) חוקי היסוד של מדינת ישראל חלים על ישראלים באזור. כן חלים חוקים אלה על המפקד הצבאי בהיותו זרוע מרשויות השלטון הישראלי, למצער כלפי האזרחים הישראליים באזור.

הסנגור מבקש להסיק משתי קביעות אלה כי מוסמכת ועדה זו לבחון את חוקתיות הוראות הצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל – 1970 (להלן: הצו), על פיהן הוציא המפקד הצבאי את הצו בענייניו של המערער. הסנגור התייחס בהרחבה להחלטה קודמת שניתנה על ידי הועדה בה נדחתה גישתו (ו. ערעורים 5/06 **שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור**, [פדאור (לא פורסם) 06 (41) 555], להלן: **עניין שוורץ**), וביקש לשכנעני כי ההחלטה האמורה אינה יכולה לעמוד. בעניין זה, הדגיש הסנגור כי אין לראות את המפקד הצבאי כרשות עצמאית, אלא כזרועה הארוכה של מדינת ישראל. כך הוא הדין לטעמו, ובעניין זה הפנה לשורה ארוכה של אסמכתאות ודברי מלומדים. אם כך הם פני הדברים, יש לראות את המפקד הצבאי ככפוף באופן ישיר לחוקי היסוד (ראה סעיף 11 **לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**). בהתאם לטענה זו, הצווים המוצאים על ידי המפקד הצבאי כפופים, על כן, לביקורת שיפוטית על פי חוקי היסוד, וביקורת זו יכולה להיעשות באופן אינצדנטאלי על ידי כל ערכאה שבפניה עולה שאלת חוקתיותם, ביניהן אף ועדה זו.

מכאן, תקף הסנגור את חוקתיות סעיף 86 לצו וטען כי אינו עומד בתנאי חוקי היסוד משום עמימותו ומכיוון שאינו מעניק לנפגע על פיו ערובות פרוצדוראליות מתאימות למימוש הגנתו. עוד נטען כי השימוש בצו אינו מידתי הואיל והדין הישראלי מאפשר לנהוג על פי חלופה פוגענית פחות, בדמות סמכות הכלולה מכללא **בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים)**, המאפשרת, לטענתו,

להגביל חירותו של אדם שלא במעצר מינהלי, אך מעניקה לו סעדים ממשיים יותר, כגון פירוט עילת המעצר וביקורות שיפוטיות חובה בפני נשיא בית משפט מחוזי.

במישור המנהלי, טען ב"כ המערער כי לא ניתנה למערער זכות טיעון במועד. לגישתו, על פי כללי המשפט המנהלי, המחייבים את המפקד הצבאי, יש לתת לנפגע זכות טיעון עובר להחלטה על הפגיעה בו. מרכיב חשוב של עיקרון זה הוא הזכות לעיין בחומר ולדעת את הבסיס העובדתי לפגיעה, אשר בלעדיו זכות הטיעון ריקה מתוכן. צו תיחום המגורים הוצא בלא שניתנה למערער זכות טיעון, אלא זכות השגה וערעור בלבד. לטענת ב"כ המערער, בלא מתן זכות ערעור לפני קבלת ההחלטה על בסיס החומר שניתן לגלות, הצו פגום.

באופן פרטני, טען הסנגור כי בעניינו של המערער אינם מתקיימים אותם טעמי ביטחון החלטיים המצדיקים הוצאת הצו, זאת במיוחד כאשר הצו הוצא בסמיכות לעונת מסיק הזיתים, עובדה המעלה חשש כי כל מטרתו למנוע פגיעה בחקלאות הערבית באזור. לצד האמור, הדגיש הסנגור את הפגיעה החמורה במערער ובבני ביתו במישור האישי ובמישור הכלכלי. על רקע זה אף עתר ב"כ המערער לתשלום הוצאות דיור חלופי וכלכלה לתקופה הקבועה בצו.

לבסוף, ביקש ב"כ המערער לבטל את ההחלטה הדוחה את בקשת מרשו להיתר פרטני לשהות בתחומי היישוב אפרת בתקופה הסמוכה ללידת אשתו על מנת לקבל סיוע מהוריה.

התובע התנגד נמרצות לערעור. לטעמו, הסוגיות העקרוניות שהועלו על ידי הסנגור כבר באו על פתרונן בעניין **שוורץ**, שם נקבע כי הוראות סעיף 86 הנ"ל תואמות את כללי המשפט המנהלי הישראלי ואת עקרונות חוקי היסוד. לדעת התובע, הבחינה העיקרית צריכה, על כן, להתרכז בשאלת קיומם של טעמי ביטחון החלטיים שחייבו את המפקד הצבאי להורות על פיקוח מיוחד כאמור. בעניין זה ביקש התובע כי אקבע שאכן התקיימו אותם טעמים, על רקע פעילותו המסוכנת של המערער הן כלפי כוחות הביטחון והן כלפי האוכלוסייה המקומית.

התובע אף הדגיש כי אין זו הפעם הראשונה שנקט צעד מעין זה נגד המערער. התובע טען כי המדובר בצעד מידתי, כאשר על אף חומרת המעשים נקט המפקד הצבאי באמצעי שאינו מן החמורים העומדים לרשותו. התובע אף ציין כי המפקד הותיר חופש תנועה רחב למערער באמצעות ההיתר הכללי. עוד ביקש התובע לדחות את טענות הסנגור באשר לבחינת חלופה פלילית כאשר לטעמו אין מדובר באמצעים חלופיים, ומכל מקום הוסבר בדיון החסוי כי חלופה זו אינה ישימה.

התובע הוסיף וטען כי היה צורך ממשי בכניסתו לתוקף המיידית של הצו וכי אין המערער יכול להיאחז בטענה של אי מתן זכות טיעון כאשר חיכה מספר חודשים לא מבוטל עד להגשת הערעור הנוכחי.

לבסוף, חלק התובע על גישת ב"כ המערער, כאשר, לטעמו, ועדה זו אינה מוסמכת להתערב בהיתרים פרטניים ובקביעת הוצאות. בעניין אחרון זה הפנה התובע להחלטה שניתנה על ידי זמן קצר קודם לכן בועדת ערעורים 1/09 **אליהו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור**.

תחולת חוקי היסוד וסמכויות הועדה

ייאמר מיד כי עיקר טענותיו של הסגור במישור החוקתי נדונו על ידי בעניין שורץ. באותה החלטה סיכמתי את עמדתי באשר לתחולת חוקי היסוד הישראליים באזור ובאשר לסמכויות ועדה זו לבקר את חוקתיות צווי המפקד הצבאי כדלקמן:

"א. המפקד הצבאי שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי.

ב. אין תחולה ישירה לחוקי מדינת ישראל על הנעשה באזור.

ג. הגם שהוכרה תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו של אזרחי ישראל המתגוררים באזור, תחולה זו מוגבלת ליחסי הגומלין בין המדינה לבין אזרחיה ולא למישור הפנים-אזורי בו כפופים התושבים לצווי המפקד הצבאי מכח שהותם באזור ולא מכוח אזרחותם.

ד. גם בתי המשפט הצבאיים פועלים מכוח המשפט הבינלאומי, שכן קיבלו סמכותם מהמפקד הצבאי.

ה. אי לכך, גם בתי המשפט אינם כפופים באופן ישיר לחוקי היסוד הישראליים, הגם שקיבלו את עקרונותיהם.

ו. מכאן כי אין בכוחם של חוקי היסוד להעניק לבתי המשפט סמכות ביקורת על צווי המפקד הצבאי.

ז. בתי המשפט הצבאיים מוסמכים לבחון חוקיות צווי המפקד הצבאי על פי נורמות המשפט הבינלאומי.

ח. בחוקקו את ס' 86 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל - 1970, פעל המפקד הצבאי בהתאם למשפט הבינלאומי ולעקרונות חוקי היסוד, ועל כן אין לפסול סעיף זה".

כאמור, הסגור תוקף את המסקנות האמורות. אלא שעם תום העיון בטענות הסגור, הגעתי למסקנה כי גם בשים לב לטענות הנוספות, אין מקום לשינוי קביעותיי בעניין שורץ כאמור.

אקדים ואומר כי קבלת מלוא שיטתו של הסגור מעוררת קשיים בולטים בכל הקשור לעקרונות המשפט הבינלאומי למניעת טשטוש הגבולות בין המדינה הריבונית לבין השטח המוחזק בתפיסה לחמתית. החלה ישירה של חוקי היסוד על פעילות המפקד הצבאי באזור יהודה והשומרון, כחלה ישירה של כל חוקי ישראל, אינה עומדת בקנה אחד עם העיקרון האמור.

אין לי אלא להצטרף לניתוח הסגור באשר למערכת היחסים של המפקד הצבאי עם מדינת ישראל במישור הדין הפנים ישראלי. אכן, לא ניתן לטעון לנתק מוחלט בין המפקד הצבאי לבין ממשלת ישראל. במישור הישראלי, המפקד הצבאי הינו, על כן, זרוע מזרועות השלטון וככזה כפוף הוא

לממשלה. ואכן, לא פעם עדים אנו למצבים בהם המפקד הצבאי מבצע מדיניות שנקבעה במישור הממשלתי. יחד עם זאת, מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי, אשר היא נקודת המבט על פיה עלינו לבחון את מעמדו של המפקד הצבאי כלפי פנים אזור יהודה והשומרון, הרי שהמפקד הצבאי הינו הריבון בשטח, וככזה ראש הרשות המבצעת ובידיו אף מרוכזות סמכויות החקיקה הראשית.

זאת ועוד, המפקד הצבאי הוא אשר כונן את בתי המשפט הצבאיים המהווים חלק מהרשות השופטת באזור, זאת ללא זיקה חוקית ישירה לרשות השופטת הישראלית.

לנוכח מעמד דואלי זה של המפקד הצבאי, עליו עמדתי בהרחבה בעניין **שוורץ**, ולאור אי תחולתם העניינית הישירה של חוקי היסוד על אזור יהודה והשומרון, להבדיל מתחולתם הפרסונאלית בהתאם לבג"ץ **חוף עזה**, אין מנוס מן המסקנה כי סמכות הועדה לבחון את חוקתיות צווי המפקד הצבאי מצטמצמת לעמידת הוראות אלה במבחני המשפט הבינלאומי בלבד. בעניין **שוורץ** עמדנו על תאימות ההוראות עם עקרונות המשפט הבינלאומי הרלוונטיים.

אדגיש, עם זאת, כי על פניו אין באמור כדי לשלול בחינת חוקתיות פועלו של המפקד הצבאי כלפי ישראלים תושבי האזור בהתאם לחוקי היסוד על ידי הערכאה הישראלית המתאימה (דוגמת אשר נעשה בבג"ץ **חוף עזה**).

לצד נימוק עקרוני זה אף העליתי נימוקים ואסמכתאות נוספים בעניין **שוורץ** המשמשים בסיס אף להחלטתי הנוכחית.

לא זו אף זו, כי לטעמי הדיון המעמיק לו נדרשנו בסוגיית סמכויות ועדה זו לקיים ביקורת חוקתית על פי חוקי היסוד בעניין **שוורץ** ובנידון דידן, הינו, במידה רבה, ויכוח אקדמי בלבד בהיבט המעשי עליו אעמוד מיד.

סעיפים 84א-86א לצו – בחינה חוקתית ומנהלית

ככל שהסנגור זנח את הטענה שהועלתה בעניין **שוורץ** בדבר היעדר הסמכה חוקית בחקיקה הישראלית להפעלת צעד פוגעני בהתאם **לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, הרי שנותרנו עם בחינת סבירות ומידתיות הצו, עניינים אשר נבחנים על ידי בימ"ש זה בהתאם לקריטריונים דומים לאלה המתקיימים במערכת המשפטית הישראלית.

קבענו לא פעם כי גם אם אין תחולה ישירה **לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** על הנעשה באזור (ולו מנקודת המבט של בתי המשפט הצבאיים, כפי שפורט לעיל), רוח חוקי היסוד ועקרונותיהם חלים ומנחים. כך נקבע לדוגמא בעניין **אל ג'מאל**:

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו חל באזור, הרי שרוחו שורה עלינו" (ע"מ (אזח"ע) 5/01 אל ג'מאל נ' התוב"צ, פש"מ יב, עמ' 168 וכן ע' 3335/07 חסן יוסף דאוד דאר-חליל נ' התביעה הצבאית [פדאור (לא פורסם) 08 (18) 82].

וכן אף בהלכת נחלה :

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... אינם חלים באופן ישיר באזור, עמדנו לא אחת על כך שמנחים אנו עצמו לפעול לפי רוחם, במגבלות המתעוררת מן המצב הביטחוני המיוחד בו פועלים ביהמ"ש הצבאיים באזור" (ע"מ איו"ש 06/xxxx התובע הצבאי נ' נחלה).

אלא שגם אם נבחן את טענות הסנגור בהתאם לעקרונות [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), דומה כי נגיע למסקנה שאין מקום לביטול הצו.

ואכן, כך נפסק בתמצית בעניין שוורץ :

"עמדנו על כך כי ס' 86 לצו עומד בתנאים שנקבעו בס' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. נוכל לומר בביטחון כי בכך אף תואם הצו את כללי המשפט המנהלי הישראלי ואת עקרונות חוקי היסוד.

מטרת הצו הינה כאמור למנוע סיכון ביטחוני מובהק. דומה כי לא יהיה חולק שמטרה זו הינה מטרה כשרה, ההולמת את תפקידו וסמכויותיו של המפקד הצבאי. המפקד הצבאי צמצם את סמכותו להורות על פיקוח מיוחד רק במקרים חמורים. כן נשמרה זכותו של האדם הנפגע להיות מיוצג ע"י סנגור, וכפי שקרה במקרה דנן, אף לחקור במקרים מתאימים את נציגי שירות הביטחון הכללי.

לאור האמור, יש לקבוע כי הוראת המפקד הצבאי תואמת אף את עקרונות המשפט הישראלי" (עניין שוורץ לעיל).

בעניין זה רואה אני לנכון לציין כי הסתמכות הסנגור על [חוק סמכויות שעת חירום \(מעצרים\)](#) אינה מובנת מאליה. ראשית, כלל לא ברור כי הפרשנות המרחיבה בה מבקש הסנגור לנקוט בנוגע לחוק זה יכולה לעמוד בנסיבות העניין. קריאת החוק לפיה סמכות המעצר המנהלי כוללת בחובה גם סמכויות הגבלה ופיקוח, אינה עולה מתוך מקורות החקיקה ולאור הצורך בעיגון חוקי מפורש וברור לשם הגבלת חירותו של אדם באמצעים מנהליים. בהתאם לכך, עולה המסקנה כי אין להרחיב את הסמכויות המוענקות לשר בחוק זה.

שנית, בחקיקה הישראלית קיימת סמכות מפורשת להטלת פיקוח, זאת באמצעות תקנה 108 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945. אגב כך נדגיש כי תקנות אלה עמדו לבחינת בג"ץ בעניין ואנונו [\(בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח\(6\) 644, וכן בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף \[פדאור \(לא פורסם\) 06 \(1\) 650\]](#)). ההגנות הפרוצדוראלית הקיימות באותן תקנות לבטח אינן עולות ואף נופלות מאלה הקיימות על פי דיני האזור ואף על פי כן קבע בית המשפט העליון (במנותק מהמניעה להתערב בחקיקה על רקע פסקת שמירת הדינים):

"ברם אף אלמלא ניצבנו לפני המשוכות המונעות מאתנו להתערב בתוקפן המחייב של תקנות-שעת-חירום, לא הייתי רואה מקום לשעות לטענת העותרים כי דין התקנות להתבטל מחמת היותן בלתי סבירות בעליל. אכן, הפעלתה של חקיקת החירום - זאת הנוגעת לענייננו ואף זאת שאינה נוגעת לו - ככלל פוגעת בזכויות הפרט שכלפיו היא מופעלת. יתר-על-כן, הפעלתה של חקיקת החירום פוגעת לא רק בזכויותיהם של היחידים שכלפיהם הופעלה, אלא גם בערכים שישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, מצווה על-פי חקיקת היסוד לכבדם. דא עקא, שהפעלתה - כמו עצם קיומה - של חקיקת החירום היא לעתים בגדר כורח, הנובע מכך שהמדינה עודנה נתונה לסכנות ולאיומים מחוץ ומבית, ואלמלא קיומו של כורח זה היה מן המפורסמות, בא מקרהו של העותר וסיפק את הראיה לכך" (עניין ואנונו לעיל).

לאור זאת, אין לראות בהוראות החוק האמור נקודת התייחסות לבחינת חוקתיות ההסדר הקבוע בסעיפי הצו הנ"ל.

זאת ועוד, את סבירות החקיקה ומידתיותה יש לבחון על רקע המרקם החקיקתי הפנים אזורי, על ייחודיותו המעמדי והביטחוני.

התוצאה העשויה לנבוע מטיעון הסנגור הינה כי כל הסדר חוקי ישראלי אשר לא יזכה לאישור לאור אי עמידתו בתנאי חוקי היסוד יפסל מיניה וביה באזור. ולא היא. המציאות הביטחונית הייחודית השוררת באזור הוכרה כמצדיקה שימוש בצווים ובהוראות המציבים את האיזון בין זכויות הפרט לביטחון בנקודה שונה מזו המקובלת בישראל. אשר על כן, אין לומר כי צו של המפקד הצבאי המגלם הוראות דומות לאלו שהיו נתפסות כבלתי מידתיות בישראל יהא באופן אוטומטי בלתי מידתי בנסיבות האזור.

בהתאם, על אף הקרבה הגיאוגרפית והיניקה המתמדת המתקיימת בין שיטות המשפט (ראה נתנאל בנישו, "המשפט הפלילי באזורי יהודה השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות", **משפט וצבא** י"ח, 293 (2005), בג"ץ [3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי](#) [פדאור (לא פורסם) 08 (4) 720]), הוכרה זה מכבר כאמור האפשרות ליצירת איזונים שונים מאלה המתקיימים בדין הישראלי בין צורכי הביטחון לבין זכויות הפרט כתוצאה מהמציאות הביטחונית הפרטיקולארית לו.

בשים לב לאמור, ומתוך ההנחה שפגיעתו של צו פיקוח מיוחד פחותה מזו של מעצר מינהלי, מתקשה אני למצוא פגם חוקתי בהסדר הקיים בפרק זה של הצו. מסקנה זו עולה אף מהשינוי במעמדה של הועדה לאחר תיקון 91 לצו ומסמכויותיה לבטל את הצו (סעיף 86(ו)), וכן מההסדרים הפרוצדוראליים הנקוטים על ידינו, ביניהם בחינת האפשרות לחשוף ראיות, ואף מתן הזדמנות לחקירה נרחבת של נציג השב"כ.

אמת, אין ספק כי יוטב המצב אם המחוקק יאמץ גם בנוגע לצווי הגבלה ופיקוח הסדר דומה לזה המתקיים בנוגע למעצר מינהלי בהיבטי חובת הביקורת השיפוטית. לאור יכולות ההגנה המצומצמות כלפי צו מנהלי המבוסס, על פי רוב, על ראיות חסויות, קיימת חשיבות רבה ליצירת

מנגנון ביקורת שיפוטית אפקטיבי. כחלק מהרחבת ההגנות וצמצום הפגיעה בזכויות הפרט ראוי יהיה, על כן, לקבוע ביקורת שיפוטית כחובה, בסמוך למועד הוצאת הצו. ואכן, ניסיון החיים מלמד כי הסדר דומה עשוי להועיל רבות להפעלה מושכלת של הסמכות המנהלית.

טענה נוספת שהועלתה על ידי הסנגור נגד חוקתיות הצו, נוגעת לעובדה כי ההסדר הקבוע בחקיקה כפי שקיימת היום פוגע באופן אנוש בזכות הטיעון. הסנגור הדגים את טענתו בהשתלשלות ההליכים בענייננו, כאשר לטענתו הצו נמסר למערער בתאריך 12.10.09, היינו לאחר כניסתו לתוקף ומבלי שניתנה למערער כל זכות טיעון.

על חשיבותה של זכות הטיעון עמד בית המשפט העליון פעמים רבות:

"הכלל הבסיסי לעניין זכות הטיעון במישור המינהלי הינו, כי כל אימת שאדם עלול להיפגע פגיעת גוף, רכוש, מקצוע או מעמד על-ידי החלטת רשות מינהלית, חייבת זו לאפשר לו להשמיע את טענותיו (ראה לעניין זה דברי השופט זילברג בג"צ 3/58 [2], בעמ' 1508), נוכח חשיבותה של זכות הטיעון כמכשיר לשפר את עשיית הצדק, דרך קבלת ההחלטות, ביסוס החלטה שמתקבלת על מירב המידע והטיעון האפשרי ויצירת אמון הציבור בגוף המחליט..." (ע"א 197/89 הסתדרות אגודת ישראל בארץ-ישראל נ' שוורץ, פ"ד מה(3) 320).

אולם, אף אם אין להמעיט בחשיבות מתן זכות טיעון, הרי שהמדובר בזכות יחסית שדרכי מימושה עשויים להיות מגוונים. בעניין זה נקבע לא פעם כי:

"על אף מעמדה הרם של זכות הטיעון בשיטתנו המשפטית הרי ככל זכות אחרת במשפט, אין היא מוחלטת ונעדרת סייגים [...] מדובר בזכות יחסית שהיקפה ודרכי הגשתה נגזרים מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בהקשר זה יש לבחון את מכלול הנסיבות הרלוונטיות ובהן: מהותה של הסמכות המופעלת בידי הרשות; השלב בהליך בו ניתנת לאזרח זכות טיעון; עוצמת הפגיעה לה צפוי האזרח עקב החלטת הרשות; וכן מידת הסופיות של החלטה הנדונה. בהמשך לכך יצוין כי יש ואל מול זכות הטיעון יעמדו אינטרסים מתחרים כגון: ההגנה על תקינות תפקודה של הרשות ויעילות עבודתה או שמירה מפני שיבוש הליכי בקורת או חקירה. במקרים כאלה, ייקבעו היקפה ודרכי הגשתה של זכות הטיעון... תוך איזון בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לעניין בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו..." (בג"צ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פדאור (לא פורסם) 06 (40) 366] וכן ראה יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, (1996) עמ' 796 (להלן: זמיר)).

בהתאם לכך, הוכרו לא מעט מצבים בהם ניתנת האפשרות לרשות המנהלית להפעיל את סמכותה מבלי להמתין למימוש זכות הטיעון ובלבד שזו תינתן בהמשך הדרך. כך, הוכרו צרכים צבאיים-ביטחוניים כמאפשרים חריגה או מימוש שונה של זכות הטיעון:

"יש נסיבות צבאיות-מבצעיות, שבהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן או עם אופיין של הנסיבות..." (בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529 (בעניין הריסת מבנים) וכן ראה בג"ץ 448/85 דאהר נ' הרב יצחק פרץ, שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, וזמיר לעיל עמ' 806).

כן ייתכנו מצבים בהם בשל פעולות דחופות לא ניתן לקיים את זכות הטיעון במועדה וזו תידחה למועד מאוחר יותר :

"משמונת שיקול זה (צרכים צבאיים-ביטחוניים דחופים – נ.ב.) בכף אחת של מאזני האיזון, ובכף שנייה מונח השיקול של זכות הטיעון, באופן שיסכל את אפשרות ביצועה הדחוף והמידי של הפעולה, נוטה הכף לטובת השיקול של ביצוע הצרכים הצבאיים הדחופים..." (בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626 (בעניין הריסת מבנים ברצועת עזה), וזמיר לעיל עמ' 804).

מימוש זכות הטיעון הינו, על כן, תלוי הקשר ונסיבות ואין לפסול כי הענקת זכות ערעור תראה כממלאה אחר זכות זו. משכך אין לפסול את הסמכות הקבועה בסעיף 86 הנ"ל אך מן הטעם כי לא קבועה בו זכות טיעון בטרם נחתם הצו.

אלא שלעניות דעתי המקרה הנוכחי אינו מסוג המקרים בהם נדרשה החלטה מיידית של המפקד הצבאי עד כדי מניעת מימוש זכות הטיעון טרם חתימת הצו. הסיכון אותו מציב המערער לביטחון האזור, עליו נעמוד בהמשך הדברים, אינו כזה אשר שלל אפשרות לקבל את השגות המערער בטרם תיפול ההחלטה הסופית. אף לא התרשמתי כי מצויים אנו בפני מצב בו נמנע מימוש זכות הטיעון טרם חתימת הצו על רקע הסיכון לסיכולו בפעולות שונות שיעשו על ידי המערער, ביניהן בריחתו.

לטעמי יש, על כן, לקבוע כי ככל שיעשה שימוש בסמכויות המנהליות הקבועות בפרק ה' לצו, במצבים בהם אין עילה משמעותית לשלול זכות טיעון טרם חתימת הצו, יפעל המפקד הצבאי למימוש מלא של הזכות האמורה לפני גיבוש החלטתו הסופית.

ודוק, במקרה דנן נפגעה זכותו של המערער אף לאור העובדה שכוונת המפקד הצבאי לאפשר לו הגשת השגה טרם כניסת הצו לתוקף (העולה מקביעת מועד מאוחר יותר לכניסה לתוקף) סוכלה מעשית מטעמים שלא הובהרו דיים בדיון בפניי.

אולם, אף אם נקבע שזכות הטיעון של המערער נפגעה כאמור, אין בפגיעה זו כדי להביא מיניה וביה לבטלות ההחלטה המנהלית :

"...שאלה היא, מה נפקות ההפרה של חובת השימוע. האם ההפרה מבטלת את ההחלטה מעיקרה? לא בהכרח. הנה כך אמר השופט לנדוי בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, בעמ' 246 :

'...לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק לבטלות הדיון מעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש ויחסי. הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה.'

...

לפי התיאוריה של הבטלות היחסית, יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על-ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והעניין מסור לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה; ... מה הנזק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל ההחלטה;

...יש נסיבות, שבהן - אף שחובת השימוע המוקדם הופרה - לא יראה בית המשפט לבטל את ההחלטה. כך אם מניעת השימוע המוקדם לא גרמה עוול" (בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, וראה בג"ץ 8400/07 מועצת הכפר נחאלין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פדאור (לא פורסם) 08 (40) 125]).

בענייננו, נראה כי הפגיעה בזכות הטיעון צומצמה במידה משמעותית כאשר ניתנה למערער הזכות להשיג על הצו, זכות אשר מומשה כשם שהוגש הערעור הנוכחי.

משכך, הגעתי למסקנה כי אין מקום להורות על ביטול הוראות סעיף 86 לצו ואף לא על ביטול הצו שהוצא נגד המערער מהטעמים החוקתיים והמנהליים שהועלו על ידי בא כוחו כמפורט לעיל.

קיומם של טעמי ביטחון החלטיים

על המסגרת הנורמטיבית להגבלת תנועותיו של תושב האזור עמדתי בהרחבה בשורה של החלטות במסגרת ועדה זו (ראה עניין שוורץ הנ"ל, ו. ערעורים 1/07 משבאום נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, ו. ערעורים 1+2+3/08 הכהן ואח' נ' התביעה הצבאית). די, על כן, אם נחזור ונדגיש כי תנאי בלעדיו אין להפעלת סמכות המפקד הצבאי הינו קיומם של טעמי ביטחון החלטיים (ראה ס' 84א לצו). מושג זה פורש בצמצום למצבים בהם קיימת "וודאות קרובה" לפגיעה קשה בביטחון האזור או בתושביו. ואכן, אין להמעית בפגיעה הקשה הכרוכה בהפעלת סנקציה מנהלית דוגמת זו שננקטה במקרה הנוכחי. על כך עמדתי בעניין הכהן הנ"ל:

"אין צורך להכביר מילים אודות הפגיעה הקשה הכרוכה בהפעלת סנקציות מנהליות דוגמת צווי הפיקוח המיוחד שהוצאו בענייננו. אלה פוגעים בחירותו של הפרט, בחופש התנועה שלו, ולעיתים קרובות בחופש העיסוק. פגיעה זו אינה מצטמצמת לאינדווידואל נגדו הוצא הצו אלא מתרחבת אף למשפחתו הנפגעת אף היא במספר מישורים. חומרתה של הפגיעה אינה נובעת

**מתוצאות הצו בלבד אלא אף מהעדר האפשרות המעשית להתגונן מפניו
בהיותו מבוסס על מידע סודי"**

נדרשים אנו, אם כן, לשאלת קיומם של אותם טעמי ביטחון החלטיים במקרה הנוכחי ואף למידתיות החלטת המפקד הצבאי.

עם תום עיון מדוקדק במידע המודיעיני הענף שהוצג בפניי, אין מנוס מהמסקנה כי אכן עמדו אותם טעמים נדרשים ביסוד החלטת המפקד הצבאי. מחומר זה, אשר יש צורך להבהיר כי מקורותיו מגוונים ומוצלבים, עולה תמונה קשה של הנהגה והכוונה של פעילות בלתי חוקית אשר חלקה מתאפיינת בפרוטנציאל לאלימות קשה ואף במימוש פוטנציאל זה בהזדמנויות לא מעטות.

מעשיו של המערער מתאפיינים, על כן, בשני רכיבי חומרה מצטברים. ראשית, הפעילות המדוברת מעלה כשלעצמה סיכון ממשי לביטחון האזור, גם אם אינה מגיעה לכדי שימוש בנשק חס כפי שעלה בחקירת נציג השב"כ. שנית, מעמדו של המערער מוסיף לחומרה. אין מדובר במי אשר פועל בגפו, אלא במי אשר מתווה מדיניות ומוציא אותה אל הפועל, לרוב תוך השפעה ניכרת על קבוצות רחבות.

כאן המקום להדגיש, בניגוד לטענת הסנגור, כי הצו לא הוצא על רקע חשש לפגיעה בחקלאות הפלסטינית.

יתרה מזו, את הסיכון הטמון במעשיו של המערער ניתן לבחון אף על רקע העובדה כי פעילותו מתפרסת על פני תקופה ממושכת, דבר שהביא גם בעבר להגבלת תנועתו, אם כי לתקופה קצרה יותר (ראה עניין **הכהן הנ"ל**). אין ספק כי להתמדה בפעילות ולחידושה בתום הצו הקודם יש כדי להצביע על סיכון מוגבר כאמור.

זאת ועוד, הגעתי למסקנה כי הצעד בו נקט המפקד הצבאי עומד בעיקרון המידתיות, כפי שנבחן כל פי מבחני המשנה המוכרים לנו בפסיקת בית המשפט העליון (ראה לדוגמא [בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח\(5\) 807](#)).

על רקע זה אציין עוד כי לא מצאתי שעמדה בפני המפקד הצבאי חלופה פוגענית פחות או כי ניתן היה במקרה זה לפנות לאפיק הפלילי.

בעניין אחרון זה אדגיש כי לא ראיתי לנכון להיעתר לדרישת הסנגור לבחון את כלל התיקים הפליליים שנפתחו בנוגע לאירועים שהוזכרו בחומר המודיעיני. נבחנו על ידי המקרים בהם נפתחה חקירה פלילית נגד המערער, ודי לטעמי בבדיקה זו. בגדרי ההחלטה המנהלית והביקורת השיפוטית המתלווה לה, אינה נדרשת בחינת כלל הראיות הגולמיות ואף לא ראיות אשר קיים סיכוי רחוק שעשויה להיות להם השפעה על ההחלטה. כך במקרה דנן, גם אם בחנתי את החומר המודיעיני הגולמי כולו, לא מצאתי סיבה שלא לסמוך על קביעת הגורמים הביטחוניים כי לא ניתן היה לפתוח בחקירה נגד המערער, בין אם על רקע מהות הראיות ובין אם מתוך מניעה לסכן מקורות ושיטות פעולה. במקביל, לא השתכנעתי כי עשויות להימצא ראיות שנשמטו מעיני גורמי

הביטחון אשר היו צריכות להביא לפתיחת חקירה כאמור. אפשרות זו נראית לי תיאורטית ורחוקה, ועל כן, אינה צריכה להיכלל במסגרת הבחינה הראייתית בערעור זה.

הזדקקות הועדה להיתרים פרטניות ולפסיקת הוצאות

הסנגור העלה שורה של טענות בדבר סמכות וועדה זו להזדקק לבקשות להיתרים פרטניים ולהוצאות הנגרמות למערער ולנלווים לו כתוצאה מהצו. סוגיה עקרונית זו נדונה על ידי לאחרונה בעניין גרונר, שם קבעתי:

"סמכויות הוועדה הוגדרו על ידי המחוקק באופן ספציפי וכולן מצויות במישור הבחינה העקרונית של תוקף הצו. שאלות פרטניות או עקיפות אינן מצויות, על כן, במתחם סמכויות הוועדה. כך, לטעמי, מנועה הוועדה מלקבוע היתרים פרטניים (זאת בניגוד לשינוי תנאי הצו עצמו) ואף מנועה מלדון בתוצאות האפשרויות של הצו על המערערים או על צדדים שלישיים. תכלית הוועדה מכוונת, על כן, כלפי הצו עצמו ולא כלפי שלל העניינים האינדיבידנטליים לו. מן הטעם האמור, אין לי אלא לדחות את טענות הסנגור בסוגיה זו. עם זאת, מצופה שהמפקד הצבאי יבחן את הטענות האמורות בכובד ראש ככל שאלה יוכחו בפניו באמצעים המתאימים" (ו). ערעורים 1/09 גרונר נ' המפקד הצבאי).

איני סבור כי בטענות הסנגור היה דבר העשוי לשנות מהחלטתי האמורה.

עם זאת, אדגיש כי בהתאם לסעיף 39 לאמנת ג'נבה הרביעית הוכר הצורך העקרוני לכלכל אזרחים מוגנים שננטקו נגדם שיטות פיקוח כמפורט באמנה, שיטות אשר אין ספק כי סעיף 86 הינו השתקפותם בדין הפנימי. משמדינת ישראל קיבלה על עצמה לנהוג באזור על פי ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית (מבלי להסכים לתחולתה הישירה של האמנה, בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352) ומשמקור הסמכות המנהלית שהופעלה במקרה דנן מצויה באופן ברור בהוראות אמנה זו (ראה עניין עגירי לעיל), יש מקום להחיל את התרופה הקבועה לצד הסנקציה גם במקרים בהם הנפגע הינו תושב האזור, אזרח ישראלי.

ואכן, בדיון בפניי לא הובעה על ידי נציג המפקד הצבאי עמדה עקרונית השוללת מתן סיוע כלכלי כאמור, אך נטען כי על המערער להגיש בקשה מסודרת הנתמכת במסמכים הרלוונטיים. אשר על כן, אין לי אלא להמליץ בפני המערער לפעול כאמור ובמידה ולא יבוא על סיפוקו לפנות לערכאה המוסמכת.

סוף דבר

משלא מצאתי כי צו המפקד הצבאי לוקה בחוסר חוקתיות, סבירות או מידתיות ומששוכנעתי כי הטלת פיקוח על המערער הינה הכרחית לשם מניעת סיכון ביטחוני חמור, אין לי אלא לדחות את הערעור.

לא אוכל לסיים החלטה זו מבלי לציין כי אשתקד כבר בא בפניי עניינו של המערער הנוכחי ומתוך השוואת מעשיו דאז למעשיו דהיום, נוכחתי לדעת כי חלה החמרה לא מבוטלת בסיכון הביטחוני אותו מציב בפעילותו.

בנסיבות אלה, אל יתפלא המערער אם חזר המפקד הצבאי ונקט נגדו בסנקציות דומות. אם חפץ המערער כי אלה ימנעו להבא, ישכיל נא לנתב את מרצו לפעילות המצויה בגדרי החוק.

ניתנה היום, 15 במרץ 2010, כ"ט באדר התש"ע, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק החלטה זו לידי הצדדים.

נתנאל בנישו 1/10-54678313

המשנה לנשיא

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן