

עמ"מ 3838/07

עמ"מ 3838/07

בית המשפט הצבאי לערעורים  
באזור יהודה והשומרון

בפני ההרכב: אל"ם אהרון משניות - אב"ד  
 סא"ל נתנאל בנישו - שופט  
 סא"ל שלומי כוכב - שופט

המערערת: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ אל"ם לירון ליבמן, סא"ל ארז חסון וסרן איתי פולק)

נגד

המשיב: פואז חוסין סעיד אקרע ת.ז. XXXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד מחמיד צאלח)

המשיב נעצר מתוקף צו מעצר מנהלי, אשר אושר בביקורת שיפוטית ובעמ"מ. צו ההארכה שהוצא עובר לתפוגת תוקף הצו המקורי נידון, ובדיון נתבקשה התביעה להמציא לבית המשפט את עמדת המפקד הצבאי בנוגע להסדר שיכלול את שחרור המשיב. הפרקליט לא נועץ במפקד הצבאי ודחה את האלטרנטיבה. ביהמ"ש קבע כי בהתנהגות הפרקליט יש משום ביזיון ביהמ"ש, פסק 2,000 ₪ הוצאות לחובתו, ביטל את צו ההארכה והורה לשחרר את המשיב לאלתר ולא נעתר לבקשת התביעה לעיכוב ביצוע ההחלטה, ומכאן הערעור.

ביהמ"ש הצבאי לערעורים פסק:

- א. לא היה מקום להטיל הוצאות על התביעה או לקבוע כי התנהגותה עולה כדי ביזיון ביהמ"ש בטרם ניתנה לה ההזדמנות להשמיע טענותיה בעניין.
- ב. ראוי היה להורות על עיכוב ביצוע החלטת השחרור של המשיב, בעיקר לאור העובדה שהתביעה טוענת שנשקפת ממנו סכנה לביטחון המדינה.
- ג. המעצר המנהלי פוגע בצורה חריפה בחירותו של אדם, כמו גם את יכולתו להתגונן מפני ההאשמות כנגדו. על ביהמ"ש לבחון את חומר הראיות דרך עיני סנגור, ולשקול את חלופות המעצר בכובד ראש. כאשר הרשות המנהלית אינה שוקלת חלופת מעצר בכובד ראש ובנפש חפצה זהו פגם היורד לשורש ההליך, העלול להוביל את ביהמ"ש להחלטה לבטל את צו המעצר המנהלי.
- ד. הוראת ביהמ"ש להמציא בפניו את חוות דעתו של המפקד הצבאי היא חלק מביקורת שיפוטית אפקטיבית, ואין הצדקה להתעלם ממנה.  
(אליבא דכב' השופט סא"ל שלומי כוכב):

ה. הסמכות לקבל החלטות בנוגע לצו המעצר המנהלי נתונה אך למפקד הצבאי ולשופט. תפקיד התביעה הוא ייצוג המפקד הצבאי, אולם לא בכל מצב נדרש הוא לשוב למפקד הצבאי ולקבל אישורו.

חקיקה ישראלית שאוזכרה:

- [חוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה – מעצרים\)](#) התשנ"ו – 1996, ס"ח 1592, התשנ"ו (12.5.1996), עמ' 338 [1]

חקיקת שטחים שאוזכרה:

- הצו בדבר ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל – 1970 [2]

- [הצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\)](#) מספר 1226 [3]

פסקי דין של ביהמ"ש העליון שאוזכרו:

- [בש"פ 7968/01 מדינת ישראל נ' פלוני](#) (לא פורסם) [4]

- [עמ"מ 7/94 ברוך בן יוסף נ' מדינת ישראל](#), תק-על 94(3), 1582, עמ' 1583 [5]

- [דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון](#), פ"ד נד(1), 721 [6]

- [בג"ץ 4400/98 אוסמה ג'מיל אסמעיל ברהם נ' שופט משפטאי](#), פ"ד נב(5), 337 [7]

- [בג"ץ 5784/03 לואי סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'](#), תק-על 2003(3), 383 [8]

- [עמ"מ 8607/04 טלי פחימה נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נט(3), 258 [9]

- [ע"פ 889/96 מאזריב מוחמד נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נא(1), 433 [10]

- [עמ"מ 4/94 מיכאל בן חורין נ' מדינת ישראל](#), פ"ד מח(5), 329 [11]

- [עמ"מ 8788/03 נעם פדרמן נ' שאול מופז](#), שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176 [12]

פסקי דין של בתי משפט מחוזיים שאוזכרו:

- [ב"ש \(ירושלים\) 6296/04 שר הביטחון נ' נעם פדרמן](#), תק-מח 2004(2), 4494 [13]

פסקי דין של ביהמ"ש הצבאי לערעורים שאוזכרו:

- [ע"מ 2198/07](#) [13]

ערעור על החלטת ביהמ"ש הצבאי בעופר (כב' השופט רס"ן אדריאן אגסי)

בתיק מס' 3093/07 מיום 25.9.07

(הערעור נדחה בעיקרו)

תאריך הישיבה: 9.10.07

## נימוקים להחלטה

כב' הנשיא אל"ם א' משניות:

א. כללי

המשיב כיהן עובר למעצרו כראש עיריית קבלאן, לאחר שנבחר בבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית. המפקד הצבאי הורה בצו מיום 11/06/07 כי המשיב יוחזק במעצר מנהלי במשך שישה חודשים עד תאריך 10/12/07, בגין היותו מסכן את בטחון האזור. המשיב הובא בפני כב' השופט רס"ן אדריאן אגסי לצורך ביקורת שיפוטית על הצו. השופט החליט לקצר את משך המעצר, כך שיסתיים ביום 10/09/07. ערעור שהוגש על החלטה זו נדחה.

ביום 04/09/07 הוציא המפקד הצבאי צו נוסף, ובו הורה על הארכת המעצר המנהלי בשלושה חודשים נוספים, עד ליום 09/12/07. בדיון שהתקיים בפני השופט אגסי ביום 11/09/07 הורה השופט כהאי ליסנא:

**"לאור דברי העציר יש לבחון באופן חיובי את החלת ההסדר אשר הופעל בקשר לבעלי תפקיד בתמורה לשחרורם ממעצר מנהלי על עציר זה. התביעה תודיע את עמדת הרשויות עד ליום חמישי הבא, 20/09/07. עד להחלטה אחרת העציר יישאר במעצר מנהלי".**

בו ביום נתקבלה תגובת התביעה, וכך נאמר בסעיף 2 לתגובה:

**" ספק אם יש מקום להשיב להצעה להסדר שמחוץ לאולם, במסגרת הדיון. עם זאת, בהתאם להחלטת ביהמ"ש, ההצעה להסדר נדונה ע"י הפרקליט ונדחתה על ידו".**

ביום 25/09/07 התקיים דיון המשך, ובו אישר הפרקליט כי לא נועץ במפקד הצבאי בטרם הוציא את התגובה האמורה. על רקע זה, ולאחר שהשופט קמא קיבל מהתביעה דו"ח חסוי, ואף אפשר לה להשלים טיעוניה במעמד צד אחד, קבע השופט קמא כי לא קוימה הוראת בית המשפט לשקול חלופת מעצר, ולכן הורה על ביטול צו המעצר ושחרורו של המשיב לאלתר מן המעצר. השופט הדגיש בהחלטתו כי עיין גם בחומר המודיעיני, ולא מצא מקום "לקבוע כי נשקפת מן העציר היום סכנה מיידית וממשית לביטחון האזור". השופט החליט לפסוק הוצאות בסך 2,000 ₪ לטובת המשיב, וציין כי היה בהתנהלותו של הפרקליט משום ביזיון בית משפט. השופט ציין עוד כי אינו רואה מקום לעכב את ביצוע ההחלטה.

בו ביום הוגש ערעור של התביעה, והמסנה לנשיא החליט לעכב את ביצוע ההחלטה עד למתן החלטה בערעור. בהודעת הערעור ביקשה התביעה כי הדיון יתקיים בפני שלושה שופטים, נוכח

הסוגיות העקרוניות שצפויות לעלות בו, ובקשת התביעה התקבלה על ידי, בהתאם להלכה שנקבעה קודם לכן בב"ש 3681/07.

יומיים לאחר הדיון, לאחר ששקלנו את טיעוני הצדדים, החלטנו לקבל את ערעור התביעה בעניין ההוצאות, ולדחות את הערעור בעניין ביטול צו המעצר המנהלי. מסרנו כי נימוקינו להחלטה זו יימסרו במועד אחר, ועתה בא מועד הנימוקים.

### ב. טענות הצדדים

ארבעה ראשים לערעור התביעה. הראש האחד עניינו בקביעה כי הפרקליט גרם לביזיון בית המשפט בהתנהלותו. לדברי התובע לא ניתנה לפרקליט הזדמנות להתגונן בעניין זה, ובכל מקרה גם לגוף העניין לא הייתה הצדקה לקבוע כי היה בנסיבות שלפנינו ביזיון בית משפט.

הראש השני, עניינו בהחלטה לבטל את צו המעצר המנהלי. לטענת התביעה היה על בית המשפט להסתפק בהודעת הפרקליט, ולא היה ראוי שהשופט ידרוש ויחקור באשר לטיב ההתייעצויות שקיים הפרקליט עובר להחלטתו. לכן, אין לומר כי לא נשקלה חלופה, ולא הייתה הצדקה להורות על ביטול המעצר המנהלי בשל כך. התביעה מוסיפה וטוענת כי גם לגופו של עניין החומר החסוי מצדיק את המשך המעצר המנהלי.

הראש השלישי, עניינו בהחלטת השופט קמא שלא לעכב את ביצוע החלטתו. לטענת התביעה היה על בית המשפט לעכב את ביצוע החלטתו, בכדי לאפשר לערכאת הערעור לומר את דברו.

הראש הרביעי, עניינו בהחלטת השופט קמא לפסוק פיצויים לטובת המשיב, החלטה אשר לטענת התביעה אין לה בסיס בחוק.

הסנגור הודיע כבר בפתח הדיון כי הוא מסכים עם התביעה שלא הייתה בהתנהלותו של הפרקליט משום ביזיון בית משפט, וכי לא היה מקום להטיל הוצאות בנסיבות שלפנינו. הסנגור הדגיש בדבריו כי עמדתו זו היא עקרונית, ולא כתוצאה של הסדר דיוני כזה או אחר עם התביעה. גם בעניין העיכוב לא הייתה מחלוקת של ממש בין הסנגור לתביעה.

מטבע הדברים, הקדיש הסנגור את עיקר טיעונו לעניין ביטול צו המעצר. לדבריו, המפקד הצבאי הוא בעל הסמכות, אשר ראוי להתייעץ עם אחרים, אולם בסופו של דבר ההחלטה צריכה להיות שלו, ואילו במקרה דנן הפרקליט הצבאי הוא שהחליט במקום בעל הסמכות, ולכן נפל פגם בהחלטתו. הסנגור ציין עוד כי יש להבחין בעניין זה בין עניינים עקרוניים ובין דברים של שגרה, אולם בנסיבות שלפנינו נדרשה עמדתו של המפקד הצבאי. לדבריו, גם לגופו של עניין, מדובר במי שנבחר מטעם רשימה שגורמי הביטחון לא התנגדו לה, וכי אין כל ראיות לפעילות של המשיב אשר יש בה כדי להצדיק את המשך מעצרו. לכן, לדעת הסנגור, אין מקום להתערב בהחלטת השופט קמא.

### ג. דיון

אקדים ואומר כי אף שאני סבור שהיה על הפרקליט לנהוג אחרת, כפי שיפורט בהמשך, אינני סבור כי היה בהתנהלותו משום ביזיון בית משפט, וודאי שלא היה מקום לקבוע זאת, מבלי שניתנה לפרקליט הזדמנות להתגונן מפני טענה זו.

אשר להוצאות שראה בית משפט קמא לפסוק לטובת המשיב, המקור החוקי לפסיקת הוצאות הוא [סעיף 17א](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [2], אשר זה לשונו:

**17א. (א) נעתר בית משפט צבאי לבקשת בעל דין לדחות את מועד המשפט או נדחה מועד המשפט בשל מעשה או מחדל של בעל דין, רשאי בית המשפט אם ראה הצדקה לכך, להטיל על בעל הדין שבעטיו נגרמה הדחייה, הוצאות במועל לטובת הצד שכנגד.**

**(ב) לא יטיל בית המשפט הוצאות כאמור בסעיף קטן (א) אלא לאחר שנתן הזדמנות לבעל הדין להשמיע דברו.**

**(ג) לעניין סעיף קטן זה, "בעל דין" – לרבות סנגור או בא-כוחו של בעל דין.**

עיון בלשון הסעיף מלמד כי הסמכות להטלת הוצאות קיימת במקום שבו החליט ביהמ"ש לדחות את מועד המשפט בשל מעשה או מחדל של אחד הצדדים, והפעלת הסמכות מותנית בקיומה של "הצדקה לכך", ובמתן הזדמנות לבעל הדין להשמיע את דברו. בנסיבות שלפנינו, לא נדחה הדיון, ואף לא ניתנה הזדמנות לתביעה לומר את דברה לעניין ההוצאות, ולכן שגה השופט קמא כאשר הורה על הוצאות לטובת המשיב, ויפה נהג הסנגור כאשר הודיע בתחילת הדיון כי הוא מצטרף לעתירת התביעה בעניין זה.

עוד עניין אחד נותר לנו בפרוֹדור, בטרם ניכנס לטרקלין לדון בעניין הצו עצמו, וכוונתי להחלטתו של השופט קמא שלא לעכב את ביצוע החלטתו על שחרורו של המשיב. במקום אחר נאמר ע"י בימ"ש זה כי "ככלל ראוי לו לבימ"ש קמא לעכב ביצוע החלטה על שחרור ממעצר, בכדי לאפשר לערכאת הערעור להעביר את החלטתו תחת שבט ביקורתה..." (ע"מ 2198/07 [14]). לא למותר לצטט גם כאן, דברים שציטטנו שם בעניין זה מבש"פ 7968/01 [4]:

**"... כפי שנאמר לא אחת (ראו, למשל, בש"פ 1986/84 – עמאר, פ"ד מח(3) 133, 151, 152; בש"פ 6671/95 – אבו רחמון; בש"פ 2512/96 – נסאסרה, פ"ד נ(2) 101, 107-106; בש"פ 3413/96 – רוזנצוויג) סמכותו של בית-משפט לעכב ביצוע החלטה על שחרור ממעצר סמכות חשובה היא ביותר, ושומה עליו על בית המשפט לשקול היטב-היטב עד שמסרב הוא למדינה לעשות שימוש בסמכותו זו. העובדה שבית-משפט קמא סובר כי ראוי לשחרר נאשם ממעצר, החלטה היא הנתונה לערר, ונכון וראוי הוא כי בית-משפט קמא ייתן הזדמנות לבית-משפט שלערעור להידרש לערר המדינה בלא שיווצר סיכון אך בשל שחרורו של נאשם ממעצר עד לשמיעת הערר..." (בש"פ 7968/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם) [4])"**

במיוחד אמורים הדברים, כאשר לטענת התביעה מדובר במי ששחררו ממעצר עלול לסכן את ביטחון האזור ואת ביטחון המדינה. לכן גם אם השופט הנכבד קמא סבר כי לא נשקפת מהמשיב סכנה לביטחון האזור אשר מצדיקה את המשך מעצרו, ראוי היה לו לעכב את שחרורו של המשיב, ולאפשר לערכאת הערעור לדון בעניין עוד קודם שמשנתנות הנסיבות, לעיתים באופן בלתי הפיך. עתה פתוחה הדרך בפנינו לדון בעניין העיקרי שעלה בערעור התביעה, באשר להיקפה ואופייה של הביקורת השיפוטית על צווי מעצר מנהליים.

**ד. הביקורת השיפוטית על צווי מעצר מנהליים**

האמצעי של מעצר מנהלי, בהסתמך על חומר חסוי אשר כמעט ולא ניתן להתגונן מפניו, פוגע קשות בזכויות אדם בסיסיות, ועומד בניגוד גמור לערכי היסוד של חברה דמוקרטית. כך נאמר כבר בעבר ע"י בית המשפט העליון, בעת שדן בערעור על החלטה להאריך את מעצרו המנהלי של אזרח ישראלי:

**"... תמיד ובכל מקרה עלינו לזכור ולהזכיר לעצמנו כי עוסקים אנו בפגיעה חריפה בחירותו של אדם, בדרך חריגה שאיננה מתיישבת דרך כלל עם הערכים הדמוקרטים, עקרונות החופש החירות והשוויון, העומדים ביסוד הקמת מדינתנו כמדינה דמוקרטית נאורה".**  
**(עמ"מ 7/94 ברוך בן יוסף נ' מדינת ישראל, תק-על 94(3), 1582, עמ' 1583 [5]).**

דברים דומים נאמרו בעניין פלוניס:

**"... בעיקר קשה פגיעתו של מעצר מינהלי בחירותו של הפרט וכבודו. הפרט נעצר בלא משפט, מכוח צו המוצא על ידי הרשות המבצעת... המעצר עשוי להימשך – כפי שהמקרה שלפנינו מראה – תקופה ארוכה שאינה מוגבלת מראש. לא פעם אין העצור יודע – בשל טעמים של בטחון המדינה – מהי התשתית העובדתית להחלטה על מעצרו. יכולתו להתגונן כנגד המעצר המנהלי מוגבלת...".**  
**(דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1), 721, עמ' 742-743 [6]).**

דווקא הפגיעה החמורה בזכויות אדם בסיסיות שיש בצעד זה של מעצר מנהלי, מחייבת קיומה של ביקורת שיפוטית ממשית ואפקטיבית, לבל תפגענה זכויותיו של העציר המנהלי יתר על המידה. על מהותה של הביקורת השיפוטית, נאמרו דברים ברורים בעניין ברהם, מפי כבי השופט אור:

**"... נראה לי כי על מנת לקיים ביקורת שיפוטית יעילה על החלטת המפקד הצבאי, יש צורך לאפשר את פרישתו של כל חומר הראיות אשר שימש יסוד להחלטת המפקד הצבאי, בפני השופט משפטאי, המופקד על מלאכת הביקורת השיפוטית. בכלל זה מצוי גם חומר, אשר אינו בהכרח קביל על פי דיני הראיות, הנוהגים בהליכים משפטיים רגילים, כמו הליך פלילי על פי כתב אישום. הבאתו של כל החומר האמור בפני השופט משפטאי חשובה, על מנת שזה יוכל לקבוע אם החלטת הרשות המוסמכת מעוגנת בתשתית עובדתית כנדרש. לומר אחרת פירושו "למדד את בית המשפט מחלק מן החומר, אשר עשוי להיות רלוונטי וחשוב להכרעה... בשל כך, עלולה להיפרש בפני בית המשפט תמונה מקוטעת, אשר אינה משקפת את מכלול הראיות", אשר הרשות המוסמכת "...רשאית, וחייבת, להישען עליהן על פי הדין" (דברי**

בעניין בן שלמה הנ"ל, בפסקה 17 לפסק הדין). תוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת..."

(בג"ץ 4400/98 אוסמה ג'מיל אסמעיל ברהם נ' שופט משפטאי, פ"ד נב(5), 337, עמ' 342-343 [7]).

כיוצא בזה נאמר בעניין לואי סלאמה, מפי כב' הנשיא ברק:

"... הביקורת השיפוטית על הליך המעצר היא מהותית. במסגרתה זכאי העצור המנהלי לייצוג. בית המשפט הצבאי ובית המשפט הצבאי לערעורים יכולים להידרש לשאלת המהימנות של חומר הראיות ולא רק לבחון האם רשות סבירה הייתה מחליטה את החלטתה על בסיס החומר האמור... ביקורת שיפוטית זו היא חלק פנימי מגיבוש חוקיותו של צו המעצר המנהלי או מגיבושה של חוקיות הארכתו...

חוזק חומר הראיות שנדרש על מנת להצדיק את המעצר המנהלי יכול שישתנה עם חלוף הזמן. חומר הראיות שיצדיק את הוצאת צו המעצר המנהלי ייתכן שלא יהיה בו די על מנת להצדיק את הארכת אותו מעצר. וחומר הראיות שיצדיק הארכה של צו המעצר המנהלי ייתכן שלא יצדיק הארכה נוספת שלו. על גורמי הביטחון לבדוק האם יש בחומר הראיות המנהלי כנגד העצור כדי להצדיק את המשך מעצרו. מוטלת עליהם החובה לקחת בחשבון חומר רלוואנטי חדש, שניתן להשיגו באמצעים סבירים... יחד עם זאת, אין לומר כי אי השגת חומר ראיות עדכני תצדיק, ככזו, את אי הארכת צו המעצר המנהלי. הכול תלוי בנסיבות המקרה. בכל מקרה יש לבחון האם יש בחומר הראיות שניצב בפני גורמי הביטחון כדי לבסס את מידת המסוכנות הנשקפת מהעצור באופן שתצדיק את המשך מעצרו. יש לקחת בחשבון למשל את טיב החשדות המיוחסים לעצור, את עוצמת הראיות הקיימות כנגדו וכיוצא בזה. יהיו מקרים בהם אי השגת חומר ראיות עדכני לגבי העצור במעצר מינהלי תעמוד בעוכרי המשיב שעה שיבקש להאריך את המעצר המנהלי."

(בג"ץ 5784/03 לואי סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', תק-על-2003(3), 383 עמ' 385, 386 [8]).

דברים דומים נאמרו גם בעניין פחימה, מפי כב' השופטת פרוקצ'יה:

"הליך המעצר המנהלי והביקורת השיפוטית לגביו שלובים לא אחת עם סטייה בולטת מדיני הראיות המקובלים. סעיף 6 לחוק מורה כי בהליכים על פיו מותר לסטות מדיני הראיות אם שוכנע בית המשפט כי הדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק. הוא רשאי לקבל ראיה שלא בנוכחות העצור מקום ששוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה או בטחון הציבור. סטייה מדיני הראיות עשויה להתבטא, בין בהסתמכות על ראיות שאינן קבילות

בהליך פלילי רגיל, ובין בחיסיון ראיות מפני העצור, אשר, חרף קבילותו, לא ניתן להציג בפניו. הסדרי החוק מאפשרים, אפוא, להשתית את השימוש בסמכות המעצר המנהלי על ראיות מנהליות שלא ניתן לעשות בהן שימוש במשפט רגיל. אין צריך לומר, כי מציאות זו מעמיסה קושי רב על העצור להתגונן כראוי כנגד החשדות וההאשמות המועלות כנגדו. מציאות זו מטילה חובה מיוחדת גם על בית המשפט לנהוג הקפדת-יתר בהפעלת הביקורת השיפוטית שהוא מחיל על צו המעצר, ולנהוג בזהירות מיוחדת בבחינת חומר הראיות החסוי, אגב מיצוי, בכוחות עצמו, את בדיקת קווי הגנה האפשריים שיכול היה העצור להעלות אילו ניתן לו לראות במו עיניו את חומר הראיות הקיים נגדו. טיבו המיוחד וחריוגותו של המעצר המנהלי ביחס למערכות המקובלות של המשפט הפלילי וההליך הפלילי מחייבים ביקורת שיפוטית עמוקה ותכופה לגבי חוקיותו של הצו ונחיצותו מעת לעת, וההסדר בחוק נתן לכך ביטוי. הדבר משתקף גם בהיקף הביקורת של ערכאת הערעור על החלטת הערכאה הדיונית, החורגת על פי טיבה מביקורת ערעורית רגילה, ומשתרעת על פני מגזר התערבות נרחב יותר, שבכללו גם בחינה נוספת של הראיות... הפגיעה בחירות הפרט אגב שימוש באמצעי המעצר המנהלי מחייבת את בית המשפט בעריכת פיקוח ובקרה יסודיים ומעמיקים כדי להבטיח שהוצאת הצו נעשתה כדין, וכי הוא מתחייב, בבחינת הכרח בלתי נמנע, להשגת תכלית השמירה על שלום הציבור...".

(עמ"מ 8607/04 טלי פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3), 258, עמ' 263-264 [9]).

הנה כי כן, הביקורת השיפוטית על המעצר המנהלי, ראוי שתהיה יסודית ומעמיקה. העובדה שההליך המנהלי מעצם טבעו ומהותו, שולל בדרך כלל מהעציר ומבא כוחו, זכויות בסיסיות שניתנות לנאשם בהליך פלילי רגיל, כמו למשל הזכות לעיין בחומר הראיות נגדו, והזכות לחקור בחקירה נגדית עדים המופיעים מטעם התביעה, מחייבת את השופט שמבצע את הביקורת השיפוטית לשמש מעין סנגור ממונה, ולשקול מה יכול היה הסנגור לטעון, אילו היה נחשף בפניו חומר הראיות. כך אמר בעניין דומה של הליכים לגילוי ראיה חסויה, כבי השופט חשין בלשונו המיוחדת, בעניין מאזריב:

"... בעודו יושב על כס המשפט, יעמיד בית-המשפט עצמו סניגור-ממונה- לשעה - סניגור שהוא בית-משפט - וההכרעה בשאלת החיסיון תבוא בשיבתו, בה-בעת, גם כבית-משפט גם כבית-משפט- סניגור - ממונה...".

(ע"פ 889/96 מאזריב מוחמד נ' מדינת ישראל פ"ד נא(1), 433, עמ' 465-464

[10]).

כיוצא בזה, תאר ביהמ"ש המחוזי בירושלים, את מעמדו של בית המשפט בהליך של ביקורת על מעצר מנהלי, בשים לב למצבו המיוחד של העציר "שלא ניתנה לו כמובן האפשרות לעיין בחומר החסוי והוא נאלץ להעלות את טענותיו כסומא המגשש באפילה, כאשר על בית המשפט



לשמש לו לפה וכעיניים ואוזניים...” (ב"ש (ירושלים) 6296/04 שר הביטחון נ' נעם פדרמן, תק-מח 2004(2), 4494, עמ' 4497 [13]), והדברים הללו יפים גם לענייננו.

כאמור, במהלך הביקורת השיפוטית יש לפרוש בפני השופט את מכלול השיקולים שהביאו את המפקד הצבאי לנקוט בצעד של מעצר מנהלי, אף אם מדובר בחומר שאינו קביל על פי דיני הראיות הנוהגים במשפט פלילי רגיל. במסגרתה של ביקורת זו, על השופט לשקול בין היתר אם ניתן לנקוט בחלופת מעצר, שיש בה כדי לתת מענה לתכלית המעצר, ועם זאת לצמצם את הפגיעה הקשה בחירותו של מי שמתבקש מעצרו המנהלי. חובה זו לשקול האם **”לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה”**, נקבעה **בחוק המעצרים** ביחס להליכים פליליים רגילים, והדברים מתחייבים מקל וחומר בכל הנוגע למעצרים מנהליים, שפגיעתם בזכויות יסוד בסיסיות קשה במיוחד, וכפועל יוצא מכך, הביקורת השיפוטית הנדרשת צריכה להיות קפדנית במיוחד. וכך נאמר לעניין זה בפרשת **בן חורין**:

**”... בטרם נוקטים בסנקציה החמורה ומרחיקת הלכת של מעצר מנהלי, ראוי לשקול ולבחון תחילה אם לא ניתן להסתפק באמצעי פחות קיצוני כגון הגבלות תנועה, הגליה למקום ישוב ספציפי וכדומה”**.

(עמ"מ 4/94 מיכאל בן חורין נ' מדינת ישראל פ"ד מח(5), 329, עמ' 337-338)

.[11].

כאשר הרשות המנהלית אינה שוקלת בלב פתוח ובנפש חפצה אפשרויות לחלופות מעצר שפגיעתן בחירות פחותה מזו של מעצר ממשי, מדובר בפגם שיורד לשורשו של ההליך המנהלי, והדבר עלול אף להביא במקרים מתאימים לביטולו של הצו המנהלי.

#### ה. מן הכלל אל הפרט

על רקע האמור לעיל, יש לבחון את ההליכים שהתקיימו בפני השופט הנכבד קמא. כאמור לעיל, בהחלטה מיום 11/09/07 הורה השופט לתביעה להביא בפניו בתוך הזמן שקבע, את "עמדת הרשויות" באשר לחלופת מעצר אשר לדברי המשיב ננקטה ביחס לראשי רשויות מוניציפאליות אחרות שנעצרו יחד עימו. החלטה זו של השופט קמא בדין יסודה, והיא נגזרת מחובתו לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית, אשר כוללת גם בחינת האפשרות לנקוט בצעדים שפגיעתם בחירות פחותה. ההודעה הכתובה של התביעה, אשר נמסרה לבימ"ש קמא בו ביום, זמן קצר לאחר מתן ההחלטה, ואשר הטילה ספק בדבר החובה למלא אחר החלטת השופט: "ספק אם יש מקום להשיב להצעת הסדר שמחוץ לאולם" כלשון התובעת, לא הייתה במקומה, ומוטב היה אלמלא נמסרה בנוסח זה.

כמה ליקויים בהודעת התביעה: ראשית, אין מדובר ב"הצעה להסדר שמחוץ לאולם", אלא בחובתו של השופט שמבצע ביקורת שיפוטית לבחון גם חלופות למעצר המנהלי, בכדי לצמצם ככל שניתן את הפגיעה בחירותו של המשיב.

שנית, משכך החליט בית המשפט, ניתן היה לצפות כי הדברים יישקלו בכובד ראש ע"י הרשויות המוסמכות, וספק אם הייתה שהות מספקת לכך נוכח הזמן הקצר שחלף עד שנמסרה תגובת התביעה. בכל מקרה, אין זה ראוי שמי מן הצדדים, יעורר ספק אם בכלל ראוי למלא אחר

ההחלטה. מיותר לומר כי חובה על הצדדים למלא אחר החלטות בית המשפט, ועל פני הדברים אין מדובר בעניין שגילוייו עלול לעורר בעיה או נזק לא הפיך. למעלה מן הצורך אציין כי אפילו אם היה מדובר בעניין שלדעת התביעה גילוייו עלול לגרום לנזק ממשי, בידה האפשרות להימנע מגילוי המידע המבוקש, גם אם הדבר יביא לקבלת עמדת ההגנה ולביטול הצו המנהלי, ולתקוף את החלטה של בימ"ש קמא בערכאת הערעור, כדרך שנוהגים בהליכים לגילויי ראיה חסויה לפי [פקודת הראיות](#) (ראו על כך בעניין **ברהם** [7] הנ"ל, בפסקה 10 לפסק הדין).

שלישית, הנוסח שבו בחרה התביעה לנסח את תגובתה להחלטת בית המשפט, ולפיה **הפרקליט** דן בבקשה והחליט לדחותה, לא נתן ביטוי לתהליך שקדם לקבלת ההחלטה, כפי שפירט הפרקליט עצמו בדיון בבימ"ש קמא.

קיצורם של דברים, התביעה לא נהגה כראוי בהתייחסותה להחלטת בית המשפט אודות בחינת האפשרות לחלופת מעצר בעניינו של המשיב. בנסיבות אלה, משבא בית המשפט למסקנה כי לא נשקלה כראוי חלופת מעצר, רשאי היה לתת לכך משקל ממשי בבואו להחליט על ביטולו של הצו המנהלי.

לגופו של עניין, עיינו שוב ושוב בחומר החסוי שהועבר אלינו ע"י השב"כ, ואף הקשינו על נציגיו בשאלותינו ובקשנו הבהרות, בדיון שנערך עימם במעמד צד אחד. לאחר כל אלה, מצאנו כי אין חומר ראיות עדכני בעניינו של המשיב, אשר יש בו כדי לבסס עילה של מסוכנות במידה שתצדיק את המשך מעצרו. אכן המשיב אינו טלית שכולה תכלת, אולם בביקורת השיפוטית שנעשתה בעקבות הצו הקודם שהוצא נגדו, נקבע כי די במעצר מנהלי של שלושה חודשים כדי לנטרל את מסוכנותו של המשיב, והחלטה זו אושרה בערכאת הערעור. אמנם נאמר באותה החלטה כי מדובר בקיצור לא מהותי, בכדי שהעניין ייבחן שוב לאחר מכן, אולם משלא מצאנו כי יש די ראיות שיש בהן כדי לבסס קיומה של עילת מסוכנות לעת הזאת, אין מנוס מהמסקנה כי בדין החליט השופט קמא לבטל את הצו המנהלי, ולכן הודענו כי החלטנו לדחות את הערעור בעניין זה. כאמור לעיל, ערעור התביעה התקבל לעניין ההוצאות.

**כב' השופט סא"ל ש' כוכב:**

אני מסכים לאמור בהחלטת חברי הנשיא, ועם זאת מצאתי לנכון להוסיף מספר דברים, לגבי השאלות המשפטיות שעלו בתיק זה.

מטיעוני הצדדים עולה אי בהירות לגבי תפקידיה וסמכויותיה של התביעה הצבאית. נראה כי יש מקום לחדד ולהבהיר נושא זה לצורך ההכרעה, ולצורך המשמעות שיש לתת להחלטת השופט קמא מיום 11.9.07, בה החליט על קבלת עמדת הרשויות בדבר חלופת מעצר.

ובכן, על פי [הצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\)](#) מספר 1226 [3], ישנם רק שני בעלי תפקידים **המוסמכים להחליט** לגבי תוקפו ואורכו של מעצר מינהלי. הראשון הוא כמובן המפקד הצבאי היוצר את צו המעצר בחתימתו, והשני הוא השופט המוסמך לאשר את הצו, לבטלו או לקצרו. אם כך, מה מקומה ותפקידיה של התביעה הצבאית בשדה המעצר המינהלי ביהודה ושומרון? תפקידה כפול – המלצה וייצוג. לגבי **ייצוג** - התובעים הצבאיים (והתובעות בכלל זה) מופיעים בפני השופט באולם המשפט, ומייצגים בפניו את עמדת מפקד האזור לגבי המעצר המינהלי. לגבי **המלצה** – כידוע המפקד הצבאי אינו מחליט על מעצר מינהלי בחלל הריק. החלטת המפקד הצבאי מתייחסת לעבודה רבת היקף של הגורמים המקצועיים העושים במלאכה. בראש ובראשונה הכוונה לשירות הביטחון הכללי (שב"כ), אשר אמון על עבודת הנמלים של איסוף המידע המודיעיני ופרשנותו. השב"כ מגיש למפקד הצבאי את המידע ואת הערכת משמעויותיו, ובצד זה גם המלצת השב"כ לגבי המעצר המינהלי הנדרש. על המלצת השב"כ מצטרפת גם המלצת התביעה הצבאית באיו"ש, שאף היא הינה גורם מקצועי שעמדתו חשובה לגיבוש החלטת המפקד הצבאי. בהמלצת התביעה באים לידי ביטוי הדין והפסיקה המחייבים, עקרונות קונסטיטוציוניים שונים, מדיניות משפטית רחבה או ממוקדת, ועוד. התביעה הצבאית ממלאת בכך תפקיד של יועץ משפטי למפקד הצבאי. על סמך המידע העובדתי המובא בפניו, והמלצות השב"כ והתביעה הצבאית, יכול המפקד הצבאי לגבש החלטה מושכלת לגבי מידת ההכרח שבמעצר המינהלי. לפיכך ניתן לומר כי בגיבוש מעצר מינהלי קיימים שני סוגי גופים. סוג אחד הם הגופים **המחליטים** והם המפקד הצבאי והשופט, אשר מוסמכים לאשר, לקצר או לבטל את המעצר. סוג שני הם הגורמים **המקצועיים**, הממליצים בדבר דרך הפעולה הראויה, והם השב"כ, והתביעה הצבאית.

ראוי לחדד ולפרט גם את תרשים הזרימה או סדר השלבים בגיבוש המעצר המינהלי. על השלב **הראשון** שהנו בד"כ הארוך יותר (לעיתים עד כדי שנים) מופקד השב"כ. זהו השלב של איסוף חומר מודיעיני, הערכתו ופרשנותו, וגיבוש המלצת השב"כ למעצר מינהלי (בתוך שלב זה קיימים מרכיבים רבים, ובעלי תפקידים רבים, אולם לצורך החלטה זו, אין צורך במיקוד או רזולוציה כה גבוהים). השלב **השני** הינו בחינת החומר בתביעה הצבאית וגיבוש המלצתה. השלב **השלישי** הינו החלטת המפקד הצבאי. השלב **הרביעי** הינו הדיון בפני השופט. באותו דיון נשמעים בנוסף לתביעה הצבאית, גם העצור וסניגורו. השלב **החמישי** הינו החלטת השופט (יש שלבים נוספים- ערעור ואף בג"צ, אולם אין צורך לדון בהם במקום זה).

כעת משהובהר תפקידה של התביעה הצבאית ומיקומה בתהליך גיבוש המעצר המינהלי, יש מקום למילה או שתיים לגבי הדינמיקה או אופן התנועה של ההליך. החלק המעניין אותנו כעת, הינו **לאחר** החלטת המפקד הצבאי (השלב השלישי) אך **טרם** החלטת השופט (השלב החמישי). בפרק זמן זה חלים שינויים. לעיתים מתווסף מידע מודיעיני **חסוי** כנגד העציר. מידע זה יכול להיות מזכה, לטובת העצור, ויכול גם להיות מרשיע – דהיינו מידע שלילי המחמיר את תמונת הסכנה מן העצור. לעיתים נוסף מידע ראיתי **גלוי** היכול לבסס כתב אישום פלילי. לעיתים במהלך הדיון בפני השופט, עולה מפי העצור, או סניגורו או אף מן השופט, טענה העשויה להיות בעלת השלכה כזאת או אחרת על עצם המעצר. התביעה הצבאית אמורה להעריך את משמעותו של השינוי שחל, ולהחליט אם עליה להביא את הדברים מחדש להחלטת המפקד הצבאי, או שניתן להמשיך בהליך בפני השופט הצבאי. הדברים תלויים כמובן, בין היתר, **בסוג** השינוי, **עוצמתו**, **והשלב** בו נמצא ההליך.

כך **לדוגמה** מצב בו קיים כנגד אדם מידע מודיעיני מוצק ממספר רב של מקורות, כי בכוונתו לבצע פיגוע התאבדות, ועל כן חתם המפקד הצבאי על צו מעצר מינהלי כנגדו. לאחר מכן, וטרם הדיון המשפטי נוספה ידיעה "מזכה" כנגד העצור. לפי הידיעה אדם אחר פנה אליו ושאל אם כדאי לבצע פעילות בטחונית נגד ישראל, והעצור אמר לו שלא כדאי בשום אופן לבצע פעילות כזו. ובכך למרות שיש כאן מידע "מזכה" במידה מסוימת, ברור שמשקלו אפסי, למול המידע הרב על הכוונה לפיגוע התאבדות. יתכן מאוד שהעצור אמר שלא כדאי לבצע פעילות בטחונית, כי לא בטח במי שפנה אליו, או שהיה לו שיקול אחר להסתיר את עמדותיו. לכן זהו מקרה מובהק בו קיים שינוי, בדמות מידע מזכה שנוסף, אולם עוצמת השינוי כה מועטה שאין לה השפעה של ממש על ההצדקה למעצר. ברור במקרה זה שאין צורך להעביר את החומר להחלטה חדשה של המפקד הצבאי. זאת כאשר ממילא מלוא החומר, לרבות החומר העדכני ביותר, יבוא בפני השופט, טרם גיבוש החלטתו. יצויין בהקשר זה כי ברבים מן התיקים נוסף חומר מודיעיני חדש, אשר אינו משמעותי ואינו משנה למעשה את תמונת המצב. יתרה מזו, קיימים תיקים לא מעטים בהם עד לדיון השיפוטי נוספות **מספר** ידיעות, החוזרות למעשה על מה שכבר היה ידוע. אין כל טעם או הצדקה להביא כל ידיעה חדשה ולא משמעותית שכזו, להחלטה מחודשת של המפקד הצבאי, אשר יאלץ לזנוח את תפקידו החשוב כמפקד של כוחות צבאיים בשטח, ולעסוק משך היום כולו בחתימה חוזרת ונשנית על צווי מעצר שכבר אושרו על ידו.

**בדוגמה אחרת**, לאחר חתימת צו המעצר נוספת ידיעה מהותית המבהירה כי חלה טעות בזיהוי, והעצור חף מפשע. נניח כי הדיון בביקורת השיפוטי נקבע לעוד 3 ימים. המלצת השב"כ בהתייחס לידיעה החדשה היא לבטל את צו המעצר. אין ספק כי במקרה כזה חובה על התביעה הצבאית לחזור מיידית למפקד הצבאי, ולהמליץ בפניו לבטל את צו המעצר. לעומת זאת, אם אותה ידיעה מזכה והמלצת השב"כ הגיעו לידי התביעה הצבאית שעה קלה לפני הדיון השיפוטי, והזמינות של המפקד הצבאי נמוכה, אזי יש הצדקה לתביעה הצבאית שלא לעכב את השחרור בחיפוש אחר המפקד הצבאי. התביעה יכולה לפנות לשופט בדיון, להציג בפניו את העמדה המקצועית של התביעה לפיה יש מקום לביטול צו המעצר, ולהותיר את הנושא להחלטת השופט.

**דוגמה אחרונה** - אדם נעצר מינהלית בשל רצונו המוכח לבצע פיגוע התאבדות. בעת הדיון בפני השופט בביקורת השיפוטית מסתבר כי קיימות עדויות גלויות, אשר לכאורה מפלילות את העצור בחברות בחמאס. דבר זה יאפשר ככל הנראה מעצר פלילי עד תום ההליכים, מעצר שישמש חלופה למעצר המינהלי. בדרך כלל במצבים מעין אלו ראוי לקצר את המעצר המינהלי באופן לא מהותי לתקופה קצרה מאוד, על מנת לאפשר לתביעה לבחון ואף לממש את העברת התיק למסלול הפלילי. כיצד על התביעה לפעול במקרה שכזה? ברור שאין מקום לבקש הפסקה של הדיון, ועיכוב ההליכים במשך ימים עד להעברת החומר למפקד הצבאי והחלטתו. יתרה מזו, אין כל צורך להתעכב אפילו בהתייעצות עם השב"כ. זאת כיוון ששאלת המסוכנות לא עולה כלל על הפרק. ברור שמדובר באדם מסוכן מאוד שמעוניין לבצע פיגוע התאבדות, ושחרורו ממעצר אינו אפשרי בשלב זה. השאלה היא אך לגבי **מעבר** ממעצר מינהלי למעצר פלילי עד תום ההליכים. בשאלה משפטית זו הכרוכה בידיעת הדין והערכת הראיות הפליליות, התביעה הצבאית היא המומחית, ולא השב"כ, והיא האמונה על קביעת עמדת המדינה (או למעשה עמדת מפקד האיזור). לפיכך אין צורך להטריד את השב"כ בנושא. במקרה שכזה ראוי כי התביעה תגבש עמדה לגבי קיצור המעצר, ותציג את עמדתה ישירות בפני השופט. ודוק – התובע אך מציג בפני השופט את העמדה המקצועית של התביעה הצבאית בנושא. ההחלטה לגבי קיצור המעצר מתקבלת כמובן על ידי השופט, שהוא המוסמך לכך על פי הדין.

עד כאן דוגמאות לכלל לפיו לעיתים על התביעה הצבאית לחזור למפקד הצבאי ולשב"כ, ולעיתים לא, בהתאם למגוון שיקולים, ובעיקר בהתייחס ל**סוג** השינוי (דוגמה שלישית לעיל), **עוצמתו** (דוגמה ראשונה לעיל) ו**עיתו** (דוגמה שניה לעיל).

כעת משהובהרו הרקע והתשתית, ניתן להידרש להחלטת הביניים של השופט קמא ולמשמעותה. כזכור החליט השופט: " **לאור דברי העציר יש לבחון באופן חיובי את החלת ההסדר אשר הופעל בקשר לבעלי תפקיד בתמורה לשחרורם ממעצר מינהלי, על עציר זה. התביעה תודיע את עמדת הרשויות עד ליום חמישי הבא...**"

לאור החלטה זו בחן הפרקליט, ראש התביעה הצבאית באיו"ש, את המקרה ואף נועץ ביועמ"ש איו"ש. הפרקליט גיבש עמדה השוללת את חלופת המעצר, והודיע את עמדתו לביהמ"ש. האם בכך לא קיים את החלטת ביהמ"ש?

לטעמי ניתן לומר כי מבחינה פורמאלית, גם אם בדוחק, עמדה התביעה בדרישות ההחלטה. כפי שפרטתי למעלה, לא בכל מקרה חייבת התביעה לחזור אל השב"כ ואל המפקד הצבאי. לפיכך יתכן כי במקרה זה סברה התביעה בתום לב כי מדובר במקרה כה מובהק, עד כי אין צורך להטריח בנושא את המפקד הצבאי והשב"כ. אינני מעלה בדעתי, ואינני רוצה להעלות בדעתי, כי היה כאן מצב בו התביעה סברה כי אכן החלטת ביהמ"ש מחייבת אותה לחזור לשב"כ ו/או למפקד הצבאי, ובמזיד לא קיימה התביעה הצבאית אותה החלטה. הנני מניח כי אכן בתום לב סברה התביעה שאין צורך בהיוועצות שכזו. אבל כיצד עמדה התביעה בדרישת השופט להודיע לו את "עמדת הרשויות"? ובכן כזכור לתביעה הצבאית שני כובעים בהקשר זה. בכובע אחד היא מופיעה באולמות המשפט וטוענת בפני השופטים, אך בכובע השני היא מהווה חלק מהמערך המקצועי

המייצע וממליץ למפקד הצבאי לגבי הוצאת צווי מעצר מינהלי. בחינת החלופה על ידי הפרקליט יחד עם יועמ"ש איו"ש הינה בדיקה של העניין במערך המקצועי, שמהווה חלק מן הרשויות המטפלות בגיבוש צו מעצר מינהלי, והרי לכם עמדת הרשויות (גם אם אין זו עמדה של כל הרשויות העוסקות במלאכה). מכיוון שכך אין מקום להאשמת התביעה בביזיון בית המשפט.

אליה וקוץ בה. גם אם מבחינה פורמאלית עמדה התביעה בגדרי ההחלטה, הרי שלטעמי נהגה התביעה שלא כהלכה ושלא כראוי, הן באופן התייחסותה להחלטת השופט, והן לגבי גיבוש עמדתה בעניינו של העציר.

במה דברים אמורים? לגבי גיבוש עמדת התביעה בעניין העצור - כלל גדול בדיני מעצרים הינו שאין מחליטים על מעצר אם ניתן להשיג את מטרתו באמצעות נקיטת חלופת מעצר, אשר מן הסתם פוגעת בצורה מופחתת באדם ובזכותו לחירות. בישראל במעצרים פליליים קבוע הכלל בסעיפים 13 (ב) ו- 21 (ב) (1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו – 1996 [1], שנוסחם מובא להלן במאמר מוסגר.

**13(ב) "שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן (א), אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה".**  
**21(ב) "בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:**  
**(1) לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;"**

ואם כך בעניין מעצר פלילי, אזי במעצר מינהלי על אחת כמה וכמה שיש למצות כל אפשרות לחלופה טרם נקיטה במעצר שכזה, שפגיעתו בחירויות הפרט חריפה פי כמה מזו של המעצר הפלילי (וראו לעניין זה לדוגמה עמ"ס 8788/03 - נעם פדרמן נ' שאול מופז, שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, והאסמכתאות שם בפסקה 13 [12]).

ומן הכלל – ליישום במקרה שלנו. כזכור בדיון בפני השופט קמא אמר העצור כי הוא נכון להתחייב כמו אחרים, לעזוב את תפקידו הציבורי ולהתרחק מן החמאס, אם יינתן לו להשתחרר מן המעצר המינהלי. כלומר לפנינו אפשרות לחלופת מעצר. אפשרות שכזו היה על התביעה לבחון לעומקה, שכן אם יש בה ממש – עדיפה כאמור החלופה על פני המעצר. התובעת באולם בית המשפט הסכימה לבחון את הדברים, אולם משום מה כאשר הגיע הנושא לשולחן פרקליט איו"ש, ולאחר שיחת טלפון עם יועמ"ש איו"ש – נסתיימה הבחינה בשלילה. אמנם הייתה כאן בדיקה או בחינה כלשהי (ועל כן – אין כאן בזיון של ממש), אולם לטעמי אין כאן בחינה ממשית ולעומק, אלא כמעין בחינה לשם יציאת חובה, ולא מתוך רצון אמיתי להגיע לחלופת מעצר אם הינה אפשרית. מדוע הנני סבור כך? משתי סיבות. האחת פשוטה והשנייה פשוטה ממנה. סיבה אחת היא שהתביעה לא נועצה כלל בבעלי המקצוע בשב"כ. כידוע השב"כ הוא שעוסק ללא הרף בהשגת המודיעין מן השטח, בפרשנותו ובהערכתו. בכל הנוגע להערכת מסוכנות של עצור מינהלי – חייבת להישמע

הדעה המקצועית של השב"כ. גם אם בסופו של דבר המכריעים הם המפקד הצבאי והשופט, בהתאם לקשת רחבה של שיקולים, אין להעלות על הדעת כי שאלת המסוכנות והערכת השב"כ בעניין זה, לא תבוא במלואה בפני הגורם המחליט. במקרה שלפנינו נדרש פרקליט איו"ש להחליט האם ניתן להסכים לחלופת מעצר. אם באמת היה הפרקליט מעוניין לנסות ולהגיע לאותה חלופה, וודאי וודאי שהיה טורח לקבל את עמדת השב"כ לגבי מידת הסכנה הנעוצה בחלופה, והאם ניתן לחיות עימה. ניתן להניח כי ללא המלצה חיובית של השב"כ, התביעה הייתה מתקשה להסכים למהלך שכזה. אולם כאן, הפרקליט כלל לא טרח לפנות לשב"כ, ובכך לטעמי ראיה כי לא הייתה כאן בחינה רצינית של האפשרות לממש חלופה. הסיבה השנייה, והיא אף פשוטה מן הראשונה, היא שהתביעה עצמה הצהירה כי בחינת החלופה (על פי הצעת ביהמ"ש) אינה לרוחה. וכך נכתבו הדברים במפורש בתגובה הכתובה שהגישה התובעת לביהמ"ש: **"ספק אם יש מקום להשיב להצעה להסדר שמחוץ לאולם, במסגרת הדיון, עם זאת..."**. כלומר לדעת התביעה לא היה כלל מקום לשקול את חלופת המעצר, ולכן כנראה הסתפקה התביעה בבדיקה מצומצמת ושטחית, ולא בדקה של ממש (בשולי הדברים נראה שחל בתביעה בלבול בין מצב של הסדר טיעון במשפט הפלילי – אשר גיבושו כידוע נמצא בשליטת הצדדים ולא בידי ביהמ"ש, ולא ניתן לחייב מי מן הצדדים להתקשר בו, לבין מצב של שקילת חלופת מעצר שהינו חובה של התביעה והמפקד הצבאי בכל מעצר מינהלי).

עד כאן לגבי קביעתי כי התביעה נהגה שלא כהלכה בדרך בה גיבשה את עמדתה לגבי העצור. אולם כזכור כאן היה רובד נוסף, גבוה יותר, בו נהגה התביעה שלא כהלכה. כזכור השופט קמא החליט כי: **"לאור דברי העציר יש לבחון באופן חיובי את החלת ההסדר אשר הופעל בקשר לבעלי תפקיד בתמורה לשחרורם ממעצר מינהלי, על עציר זה"**. ובכן לפנינו המלצה של השופט לנסות וליישם חלופת מעצר. אמנם אין כאן (עדיין) צו או החלטה של השופט על חלופת מעצר, אולם המלצה – יש ויש. מהמלצה שכזו אסור להתעלם. יש להמלצה משקל כשלעצמה, וחובה על הרשות המבצעת, והתביעה בכלל זה, לכבד את ההמלצה ככל שניתן. לאחר המלצה שכזו הייתי מצפה כי התביעה הצבאית, גם אם דעתה על חלופת מעצר שלילית לחלוטין – תבדוק בכל זאת לעומק אפשרות זו. אולם כאמור לעיל כאן לא נעשתה בדקה שכזו, באשר הצעד הראשון לבדיקה, דהיינו היוועצות עם השב"כ – כלל לא נעשה. מה שכן נעשה הוא שבו ביום שנתן השופט את המלצתו, כבר הוחזרה לו תשובת התביעה כי הפרקליט בחן את האפשרות והוא גם שלל אותה. בדברים אלו, לא רק שאין כיבוד של המלצת השופט, אלא אף ניתן למצוא בהם מעין התרסה – בבחינת את שהמליץ השופט אין צורך ביותר מאשר שעה קלה לפסול, ואין צורך שהדברים אף יחרגו משולחנו של הפרקליט. משל הייתה המלצת השופט מופרכת על פניה. וכמובן שהדברים מתחברים למה שנכתב במפורש בתשובת התביעה דהיינו: **"ספק אם יש מקום להשיב להצעה להסדר שמחוץ לאולם, במסגרת הדיון..."**.

על כן הנני שותף לתרעומת של השופט קמא על התנהלות התביעה. עם זאת כאמור לעיל אינני סבור כי הדברים מגיעים כדי בזיון בית המשפט. יתרה מכך, אינני שותף גם למסקנת השופט קמא כי התנהלות התביעה מחייבת כשלעצמה את שחרורו של העצור. אם ניקח לדוגמה מקרה אחר ושונה בו העצור מבקש לבצע פיגוע התאבדות, ונניח כי התביעה גם שם שוללת חלופת מעצר ללא

בדיקה של ממש. האם מתחייב שחרור העצור? לא ולא, ומשלושה טעמים משלימים. ראשית, לא יעלה על הדעת להעניש את הציבור, ולשחרר לתוכו פצצה "מתקתקת" בשל חטאי התביעה. דהיינו הבכורה ניתנת בראש ובראשונה לשאלת המסוכנות של העצור. שנית, השופט יכול לקצר את המעצר המינהלי, לא מהותית, ולציין במפורש כי הקיצור נעשה על מנת שהמקרה יבוא שוב בפני המפקד הצבאי והחלופה תישקל לגופה. או אז ללא כל ספק, ישקול המפקד הצבאי את חלופת המעצר, בהתאם להחלטה המפורשת של השופט. שלישית – ככלות כל הקצים, לא אלמן ישראל, וגם השופט מסוגל לשקול חלופות מעצר ואף להחליט עליהן, אם הדברים מתאימים. לעיתים עדיף אמנם שחלופת המעצר תהא בהסכמה של גורמי התביעה והשב"כ, אולם אין הכרח בדבר. אם התביעה אינה בודקת חלופת מעצר, או שוללת אותה, עדיין השופט מוסמך ומוכשר להחליט על חלופת המעצר בעצמו.

על כן המשוואה שיצר השופט קמא בין התנהלות התביעה לבין החלטת השחרור – אינה מתאימה לדעתי, למרות שהתביעה נהגה שלא כהלכה. התנהלות התביעה יכולה לשמש שיקול אחד מבין השיקולים לדחות את ערעורה, אולם אין זה השיקול המכריע. לטעמי הבכורה חייבת להינתן לשיקולי המסוכנות וביטחון האזור והציבור.

בנסיבות אלו, לא היה מנוס מעיון בחומר החסוי. התרשמתי כי אותו חומר אינו מבסס המשך של המעצר המינהלי, מעבר לתקופה בה כבר שהה המשיב במעצר. כאשר הדברים מצטרפים גם להתנהלות התביעה לגבי שקילת חלופת המעצר – המסקנה היא ברורה, דהיינו שחרור המשיב ללא תנאי, כפי שהחלטנו.

#### **כב' המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישן:**

בהחלטתנו מיום 11/10/07 דחינו את ערעור התביעה בעניין שחרור המשיב, לאחר שהתרשמו כי אין די במידע המודיעיני שהוצג בפנינו על מנת לבסס ודאות קרובה למסוכנות כתוצאה משחרור המשיב.

על רקע האמור, פטור אני מהכרעה בסוגיה המורכבת של גבולות הסמכות של התביעה הצבאית כנציגת המפקד הצבאי בהליך הביקורת השיפוטית. סוגיה זו לא העיבה עד כה על תפקודן הנכון של הרשויות העוסקות בבחינת הצורך בהוראה על מעצר מנהלי. בטוחני כי אם תמשיך להתקיים מסורת הכיבוד ההדדי של כלל הרשויות האחת כלפי חברתה, בראשן כיבוד החלטות ביהמ"ש ככתבן וכלשונו, יתייחר הצורך בהכרעה דווקנית בשאלת הסמכות האמורה. בכך אף ייטב למימוש צודק ויעיל של הליך הביקורת השיפוטית, אשר אין צורך להכביר מילים אודות חשיבותו בשמירה על זכויות האדם.

**הנימוקים נחתמו היום, 3 בינואר 2008, כ"ה בטבת תשס"ח בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק מהחלטה זו לידי הצדדים.**



שופט

אב"ד

שופט

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

אהרון משניות 3838/07-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה