

ועדות ערעורים 2/10

ועדות ערעורים 2/10

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני המשנה לנשיא: סא"ל נתנאל בנישו

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

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (באמצעות ב"כ רס"ן רונן שור)

ערעור על צו פיקוח מיוחד- הארכה, מיום 8.4.10

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 25 באפריל 2010, י"א באייר התש"ע.

החלטה

כללי

הערעור הנוכחי מכוון נגד החלטת מפקד כוחות צה"ל באזור להאריך את צו הפיקוח המיוחד שהוצא נגד המערער בתאריך 6.10.09. כעת, ציווה מפקד כוחות צה"ל באזור כי המערער ימשיך לשהות בעיר אריאל למשך שלושה חודשים נוספים, וזאת החל מתאריך 8.4.10.

יצוין עוד כי בטרם הורה המפקד כאמור, אפשר למערער לשטוח את טענותיו נגד הארכת הצו. אולם, השגותיו של המערער נדחו ונחתם הצו הנ"ל.

טיעוני הצדדים בערעור

בערעור הנוכחי מבקש המערער כי אורה על ביטול הצו, וזאת ממספר טעמים מצטברים. עם זאת, בטרם פירט הסנגור נימוקים אלה, ביקש להדגיש כי אינו נסוג מטענותיו העקרוניות שהועלו בעבר באשר לחוקיות סמכות המפקד הצבאי להורות על פיקוח מיוחד, התאמת צעדיו לכללי המשפט המנהלי וסמכויות ועדה זו להזדקק לסוגיות המתעוררות אגב הדיון בצו, כגון תשלום דמי מחייה ומתן היתרים פרטניים. כל אלה, מבהיר הסנגור, נדונו בהרחבה והוכרעו על ידי ועדה זו במספר

החלטות (ו). ערעורים 5/06 שוורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, [פדאור (לא פורסם) 06 (41) 555], ו. ערעורים 1/10 הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור), ועל כן, אין טעם להעלותם שוב כעת בפני אותה ערכאה, אלא בפני בית המשפט הגבוה לצדק לכשתוגש עתירה בעניין.

אשר על כן, התרכז הסנגור כאמור בשלוש טענות הסובבות סביב חוקיות ומידתיות הצו הנוכחי. ראשית, טען הסנגור כי חלוף הזמן מאז הוטל פיקוח מיוחד על המערער משנה את נקודת האיזון ומטה אותה לכיוון מימוש זכות המערער לחירות. כך הטעים ב"כ המערער כי ללא חומר מודיעיני חדש אשר יצביע על קשר רציונלי בין צו הפיקוח לבין השגת התכליות הביטחוניות, אשר על פי הטענה הוא נועד להגשים, אין הצדקה להארכת הצו. ברם, לדעת הסנגור, אם אכן קיים חומר כאמור המצביע על פעילות מסוכנת מצד המערער, הרי שיש בו לסתור מיניה וביה את הטענה כי צו הפיקוח השיג את תכליותיו ומנע מן המערער את המשך פעילות. ואם כך המצב הרי שיש לבטל את הצו. בעניין זה, הפנה הסנגור אף לעובדה כי שירות הביטחון הכללי קיים "שיחת אזהרה" עם המערער בטרם הוארך הצו, במסגרתה טען המערער כי חדל מכל פעילות אסורה. על אף האמור, דרש איש השב"כ מהמערער לחתום על התחייבות להימנע מפעילות מבלי שניתנה לו כל הגדרה מהי אותה פעילות אסורה מבחינת שירות הביטחון.

שנית, טען הסנגור כי נפל פגם בצו הפיקוח החדש בכך שאינו מפרט ולו באופן מינימלי את העילות לצו, מלבד אותה אמירה כללית כי הוא מסכן את ביטחון האזור ושלומו הציבור. בעניין זה הפנה הסנגור לסטנדרט הבינלאומי המקובל ולפסק דינו של בית הלורדים בעניין דומה בו חייב ביהמ"ש את המדינה לפרט את החשדות על מנת לאפשר הליך הוגן.

לבסוף, טען הסנגור כי, כפי שעלה מחקירת נציג שירות הביטחון הכללי, המערער לא נחקר מעולם בגין המעשים המיוחסים לו בחומר החסוי ואף לא בנוגע להפרות נטענות של הצו. הסנגור סבור כי בכך חטאו הרשויות באי מיצוי ההליך הפלילי ופנו לאפיק המנהלי מבלי שזה היה מוצא אחרון.

לנוכח טיעונים מצטברים אלה, ביקש ב"כ המערער כי אורה על ביטול הצו.

מאידך, עמד נציג מפקד האזור על נחיצות הצו לשם מניעת סכנה מוחשית לביטחון האזור. התובע סבר כי החומר הקיים כיום בעניינו של המערער מצביע על אותה סכנה. לגישתו, הצעד שנקט על ידי מפקד האזור הינו, על כן, מחויב המציאות ומהווה אף פגיעה מידתית במערער. בעניין זה ציין התובע כי מפקד האזור הפעיל שיקול דעת והעמיד את הצו על תקופה קצרה יותר מזו הקודמת. התובע טען עוד כי בבסיס ההליך הפלילי וההליך המנהלי עומדות מטרות שונות ובמקרה הנוכחי אין כל הליך פלילי העשוי להוות חלופה מתאימה לסיכול הסיכון אותו מציב המערער לביטחון האזור בהתנהגותו.

לאחר שמיעת טיעוני הצדדים, התקיים דיון במעמד צד אחד (פרוטוקול מיום 2.5.10), במסגרתו נמסר לעיוני מלוא החומר המודיעיני שעמד בבסיס הוצאת הצו הקודם והארכת הצו הנוכחית. כן שמעתי את הסברי נציגי שירות הביטחון הכללי. עם תום העיון בחומרים אלה, אין לי אלא לקבוע כי לא ניתן לחשוף מהם דבר לבל ייפגעו שיטות הפעולה ומקורות המידע.

התמשכות הסנקציה

הלכה ידועה היא כי הסמכות להאריך צו מנהלי אינה תלויה בקיומו של מידע חדש. כך נקבע בעניינים של צווי מעצר מנהלי (ראה [ובפסיקת האזור עמ"מ איו"ש 04/xxxx בנאת נ' התוב"ץ](#) [פדאור (לא פורסם) 04 (27) 7] וראה גם [עמ"מ \(איו"ש\) 1234/02 התוב"ץ נ' אבו רמזאן](#) [פדאור (לא פורסם) 02 (14) 12]). על כן, ככל שטעמי ביטחון מחייבים זאת, רשאי המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו ולהורות על הארכת צו מעת לעת (ראה [עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא \(2\) 508](#)). בהיבט האמור, יש לדחות על כן את טענתו הראשונה של הסנגור.

יחד עם זאת, אין ספק כי לחלוף הזמן משקל משמעותי בבחינת מידתיות צו הארכה. ואכן גם בעניין זה אין לנו אלא להפנות להלכות פסוקות מתחום המעצר המנהלי. כך נקבע לדוגמה בעניין **פלוני**:

"ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים כבדי משקל יותר כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת. עם חלוף הזמן הופך האמצעי של המעצר המינהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי. אכן, גם כאשר נתונה הסמכות לפגוע בחירות באמצעות צו מעצר, השימוש בסמכות זו חייב להיות מידתי. אין לעבור את "נקודת השבירה" שמעבר לה, המעצר המינהלי שוב אינו מידתי. מיקומה של "נקודת השבירה" משתנה עם הנסיבות. הכול תלוי בחשיבותה של התכלית שהמעצר המינהלי מבקש להגשים; הכול מותנה במידת ההסתברות של הגשמת התכלית על-ידי השימוש במעצר ובמידת התאמתו של המעצר המינהלי להשגת התכלית; הכול קשור בקיומם של אמצעים חלופיים להשגת התכלית שפגיעתם בחירות הפרט קטנה יותר; הכל נגזר מחריפותה של הפגיעה בחירות הפרט על רקע התכלית הראויה שאותה מבקשים להשיג. אכן, עניין לנו במכלול שיקולים המשתנים מעניין לעניין ומזמן לזמן." (דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721 וראה גם [עמ"מ 2645/02 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נו \(4\) 231](#), [בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון](#) נז (6) 721).

ואכן במקרה הנוכחי, כאשר המערער הוצא מחוץ לביתו מזה למעלה ממחצית השנה, נדרשות הרשויות להוכיח כי עוצמת הסיכון הנשקף ממנו עדיין מצדיקה את הפגיעה המוגברת בו כתוצאה מהתארכות ההרחקה.

בעניין זה אומר מיד כי המידע העדכני שהוצג בפניי מלמד שאותם טעמי ביטחון החלטיים שעמדו בבסיס ההחלטה לשים את המערער תחת פיקוח מיוחד שרירים וקיימים גם כעת, ואולי אף ביתר שאת. למקרא הדברים, ניתן לומר כי בהיבטים מסוימים הסיכון הנשקף מהמערער אכן גבר.

טענת הסנגור כי עובדה זו מלמדת על חוסר התועלת שבסנקציה אינה מופרכת על פניה. אולם, ככל שבדקתי את הדברים ואף שמעתי בהרחבה את הסברי נציגי השירות הביטחון הכללי, הגעתי למסקנה כי קיימת קורלציה בין האמצעי שננקט לבין המניעה המבוקשת. אשר על כן, על אף

שהתרשמותי כי חלה החמרה בהיבטים מסוימים בסיכון הנשקף מהעורר בתקופה האחרונה, שוכנעתי כי הצו בדמותו היום הינו בעל אפקטיביות לצמצום הסיכון האמור בהיבטים לא מעטים אחרים.

זאת ועוד, את מידתיות הצו יש לבחון אף על רקע יתר הצעדים בהם יכל המפקד הצבאי לנקוט. במקרה דנן, אין ספק כי המפקד הצבאי בחר באמצעי הקל ביותר (זאת מבלי שאפחית בכחוא זה מעצמת הפגיעה הטמונה בעצם השימוש בסנקציה מנהלית).

יש לומר, על כן, כי צו ההארכה הנוכחי מהווה, בנסיבות העניין, צעד מידתי בבחינת "הרע במיעוטו".

פירוט העילה

גם בעניין זה לא אוכל להצטרף לטענותיו של ב"כ המערער.

אכן אין ספק כי קיימת חשיבות לפירוט רחב ככל הניתן של העילות העומדות בבסיס הצו. הדבר חשוב על מנת לאפשר איזושהי אחיזה להגנת המערער, אשר כידוע, נפגעת באופן קשה מעצם חיסיון המידע המודיעיני.

יחד עם זאת, החיסיון האמור וכן הצורך למנוע חשיפה של מקורות המידע, המהווים עקרונות על בהצדקה לשימוש בצווים מנהליים דוגמת זה העומד להכרעתנו היום, מקרינים אף על האפשרות לפרט את העילות לצו. כך, במקרים רבים, יהא בהצבעה על אירוע קונקרטי כדי לחשוף מיניה וביה את המידע המצוי בידי הרשויות וביתר שאת את מקורותיו. לא זו אף זו כי לעיתים גם חשיפת סוג פעילות עלולה להביא לפגיעה באינטרסים עליהם עמדנו.

אשר על כן, אף מידת פירוט העילות צריכה להיות תוצאה של יצירת איזון בין האינטרסים המתנגשים, מחד גיסא, הרצון לקיום הליך הוגן ככל הניתן, ומאידך גיסא, הצורך להגן על מידע ומקורות.

נוסחת האיזון שנקבעה בדין באזור מקדמת דנא דוגלת בפירוט סוג הפעילות המיוחסת בצו, ובהותרת פירוט יתר לשיקול דעת ביהמ"ש במהלך הדין וההחלטה. כך למשל במקרה הנוכחי, התרתי שאלות שנגעו לאופי הפעילות, במסגרתן נשלל לדוגמה שימוש בנשק חם על ידי המערער.

כפי שביקש הסנגור לטעון, שיטות משפט אחרות יצרו נוסחאות איזון שונות. הסנגור הפנה אותנו לפסק דינו של בית הלורדים בעניין *Secretary of State for the Home Department v AF* [2009] UKHL 28, בו נקבע:

"...the controlee must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions in relation to those allegations. Provided that this requirement is

satisfied there can be a fair trial notwithstanding that the controlee is not provided with the detail or the sources of the evidence forming the basis of the allegations. Where, however, the open material consists purely of general assertions and the case against the controlee is based solely or to a decisive degree on closed materials the requirement of a fair trial will not be satisfied, however cogent the case based on the closed materials may be".

אלא שלטעמי לא ניתן להסיק באופן ישיר מפקד הדין האמור, ואף לא מהחלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם עליו התבסס באופן חלקי, אודות הדין הראוי באזור, וזאת משורה של טעמים.

ראשית כאמור, המסורת המשפטית הנוהגת בישראל ובאזור מימים ימימה שונה, וככל שנטענת הטענה שיש בה פגיעה מופרזת בזכויות המערער, עליו הראיה. על פי השיטה הנוהגת באזור ניתן משקל סגולי מכריע לתפקידו של ביהמ"ש להגנת הנפגע מצו מנהלי. כך הורחבו סמכויות ביהמ"ש לבחינת שיקול דעתו של המפקד הצבאי (ראה [בג"ץ 9441/07 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש](#) (פורסם בנבו) והודגש הצורך של ביהמ"ש לשמש עיניים ופה לפרט נגדו הופעלה הסנקציה (ראה לדוגמה [בג"ץ 11006/04 קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור](#) [פדאור (לא פורסם) 04 (17) 726], [בג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי אל"ם משה שפי](#), נב (5) 337, וכן ראה עניין [פלוני לעיל](#)). מאחר שוועדה זו ובתי המשפט הצבאיים המקיימים ביקורת שיפוטית על מעצרים מנהליים באזור נוהגים להתערב במקרים רבים מאוד בקביעות המפקד הצבאי, יש לומר, למצער, כי השיטה הנוהגת מעניקה הגנה מהותית לא מעטה לנפגעים מצווי המפקד הצבאי (ראה דו"ח יחידת בתי המשפט הצבאיים לשנת 2008 לפיו בתי המשפט התערבו במידה כלשהי ב-58% מהצווים ואף ביטלו או קיצרו צווים באופן משמעותי ב-38% מהמקרים, באופן דומה ועדה זו ביטלה 25% מצווי ההגבלה/פיקוח מיוחד עליהם ציווה מפקד האזור בשנים 2007-2009).

שנית, הסתמכות על התוצאה הנקודתית אליה הגיע בית הלורדים מעוררת קושי בכך שאינה מתחשבת במכלול ההסדרים היוצרים את האיזון. כך נוכל לציין לדוגמה כי על פי החוק האנגלי רמת ההוכחה הנדרשת מסתכמת ב**יסוד סביר לחשוד** כי האדם כלפיו מופעלת הסנקציה מעורב בפעילות הקשורה לטרור (ראה סעיף 2 (1) (a) - Prevention of Terrorism Act 2005), בעוד באזור אנו נדרשים להיווכח ב**וודאות קרובה** כי הצו נחוץ למניעת סיכון ביטחוני החלטי (ראה סעיף 84 (א) לצו וכן ו. ערעורים 1/07 **משבאום נ' מפקד כוחות צה"ל באזור** [פדאור (לא פורסם) 07 (8) 562]). בהעדר זהות בין ההוראות בדיוניות והראיתיות בשתי שיטות המשפט יקשה לקבוע כי יש לאמץ באופן אוטומטי הסדר או קביעה משפטית משיטה אחת אל רעותה.

שלישית, ובהקשר למה שנאמר לעיל, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהמציאות הביטחונית באזור שונה במידה רבה מזו הקיימת בבריטניה או במדינות נאורות אחרות שהכירו באפשרות לצמצם חירותו של אדם באמצעים מנהליים על רקע חשדות לפעילות ביטחונית. מבלי לזלזל באיומים

איתם נדרשות אותן מדינות להתמודד, הנני סבור כי הסיכונים הביטחוניים באזור שונים בתכלית וכתוצאה מכך מלאכתו של המפקד הצבאי קשה לאין ערוך. בשים לב לאמור קבענו לא פעם כי את מידתיות הוראה חוקית יש לקבוע על פי המצב הביטחוני באזור. ואכן כך קבעתי בהחלטתי הקודמת בנוגע למערער:

"סבירות החקיקה ומידתיותה יש לבחון על רקע המרקם החקיקתי הפנים אזורי, על ייחודיותו המעמדי והביטחוני" (ו. ערעורים 1/10 עקיבא הכהן נ' התוב"ץ).

על רקע האמור אין לי אלא לקבוע כי בנסיבות תיק זה לא ניתן היה לחשוף מעבר לאשר נחשף בפרפראזה הכללית שנמסרה למערער ובמהלך חקירות נציג שרות הביטחון הכללי. לטעמי, אין בחשיפה מצומצמת זו כדי לפגום בחוקיות הצו.

חלופה פלילית

בחינת האפשרות להזדקק לחלופה פלילית במקרה הנוכחי אף היא מושפעת באופן ישיר מהשיקולים עליהם עמדנו לעיל.

אין ספק כי להליך הפלילי עדיפות על פני ההליך המנהלי. עמד על כך ביהמ"ש העליון בשורה ארוכה של החלטות (ראה לדוגמה בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 352, [בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור](#), תק-על 2003(3), 383, [עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון](#) מב (3) 529 ובהתאם בפסיקת האזור [עמ"מ 32/02 מפקד כוחות צה"ל באזור](#) נ' [חאדר](#) [פדאור (לא פורסם) 02 (14) 21], [עמ"מ 1205/03 אבו קאסם נ' התוב"ץ](#) [פדאור (לא פורסם) 03 (14) 659], [עמ"מ 180/02 התוב"ץ נ' זקות](#) [פדאור (לא פורסם) 02 (13) 897], [עמ"מ 1157/05 חסן נ' התוב"ץ](#)).

יחד עם זאת, מקום בו עלולה החקירה הפלילית או העמדה לדין להביא לחשיפת מקורות או מידע, קיימת הצדקה להימנע מלנקוט בהליך זה ולהעדיף על פניו את ההליך המנהלי (ראה [בג"צ 6404/08 אבו מאריה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור](#) [פדאור (לא פורסם) 08 (26) 874] ועניין [סלאמה](#) לעיל).

במקרה דנן זוהי המציאות. מעיון במידע המודיעיני שוכנעתי כי אין כל אפשרות מעשית לפתוח בחקירה פלילית בנוגע לחלק הארי של האירועים המיוחסים למערער, לבל יחשפו באופן מיידי מקורות המידע.

זאת ועוד ייתכנו מצבים בהם ניתן יהיה לנהל חקירה כללית, אשר במסגרתה לא יעומת הנחקר עם ראיות ספציפיות. כך לדוגמה בנוגע להפרות שונות של הצו על ידי המערער. אולם, לגישתי אין תועלת בחקירה כאמור, אשר נוהלה בנוגע להפרות קודמות והסתיימה בכך שהמערער הכחיש את המיוחס לו ובהעדף אפשרות לחשוף את מקורות המידע נסגר התיק ללא הגשת כתב אישום.

אומנם, ראוי היה שהמערער יחקר בנוגע להפרות אלה של הצו בסמוך לאירועים. אולם איני סבור כי יש באי חקירתו כדי להשפיע באופן מהותי על גורלו של צו הפיקוח. זאת בשתי סיבות מצטברות. ראשית, בהעדר תועלת מעשית בחקירה כפי שהובהר, נראה כי אין עומדת אפשרות ממשית שהמערער יועמד לדין פלילי בגינן, יעצר או ישוחרר במגבלות תואמות ובכך יתיתר הצורך בצו. שנית, נחיצות הצו נעוצה בנסיבות כבדות משקל אשר הפרות הצו מתגמדות לצידן. אשר על כן, אין באי פתיחת חקירה כדי לאיין את הצורך המניעתי הטמון בהגבלת תנועותיו של המערער.

סוף דבר

משהשתכנעתי כי טעמי ביטחון החלטיים מחייבים אף בשלב זה להותיר את צו הפיקוח המיוחד שהוארך על כנו, אין לי אלא לדחות את הערעור.

ניתנה היום, 11 במאי 2010, כ"ז באייר התש"ע, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק החלטה זו לידי הצדדים.

נתנאל בנישו 54678313-2/10

המשנה לנשיא

רמ"שית: מל
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן