

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6600/13

לפני : כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' סולברג

העותר : פאדי חמד אחמד ע'אנם

נ ג ד

המשיבים : 1. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש  
2. התובע הצבאי  
3. בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י' בחשון תשע"ד (14.10.13)

בשם העותר : עו"ד ס' מחאמיד

בשם המשיבים : עו"ד ע' ספדי-עטילה

מיני-רציו :

\* משום הפגיעה בזכויות יסוד הטבועה במעצר המנהלי, נדרשת זהירות והקפדה יתרה בטיפול בנושא זה. ודוק, בהקשר זה מתחייבת הקפדה לא רק על עניינים שבמהות, אלא גם עניינים של נראות. הפרקטיקה הנוהגת של העברת צווי מעצר מנהליים לחתימת המפקד הצבאי כשתאריכי המעצר כבר מלאים בו, פוגעת במראית העין פגיעה שאין לקבלה.

\* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – מעצר

\* משפט בינלאומי פומבי – שטחים מוחזקים – מפקד צבאי

העותר הינו פעיל חמאס תושב האזור. בחודש 5/13 נעצר העותר לחקירה, בסיומה נעצר במעצר מנהלי לתקופה של חצי שנה המסתיימת ביום 19.11.2013. צו המעצר המנהלי אושר ע"י בימ"ש משפט צבאי, לאחר שעיין בחומר החסוי בעניינו של העותר. ערעור על החלטת ביהמ"ש הצבאי נדחה ע"י ביהמ"ש הצבאי לערעורים. מכאן העתירה. בעתירה מיקד ב"כ העותר את טיעונו לפגם בו לוקה לטענתו צו המעצר המנהלי מכוחו נעצר העותר. לטענתו, המפקד הצבאי חתם על צו המעצר המנהלי כ"חותמת גומי", כשכל הפרטים בו, לרבות מועדי תחילת המעצר וסיומו, כבר מלאים בו. לטענתו, אף התביעה

המעבירה את הצו המלא למפקד הצבאי, אינה מפעילה שק"ד עצמאי, אלא פועלת כ"חותמת גומי" של השב"כ.

ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ דחה את העתירה בקובעו:

הטענות המועלות בעתירה לעניין הפרקטיקה הנוהגת באשר להוצאת צווי מעצר מנהליים אינן טענות חדשות. בעניין נג'אר נדרש בימ"ש זה לפרקטיקה של העברת צווי מעצר מנהליים לחתימת המפקד הצבאי כשתאריכי המעצר כבר מלאים בו, וציין כי המהות היא שיקול הדעת של המפקד הצבאי, שהוא המחליט על אורך הצו ואינו "חותמת גומי". למהות זו קשורה מראית העין. לכך יש להוסיף שאת התאריך יש למלא אם ע"י החותם ואם אחרי חתימתו אך לא מראש, וגם כאן בשל מראית העין. בנסיבות אותו מקרה נמצא כי משקבעו בתי המשפט הצבאיים כי המפקד הצבאי אכן הפעיל שק"ד, ניתן לקבל בדוחק כי בכך נרפא הפגם. יחד עם זאת, ביהמ"ש הפנה את תשומת הלב לכך שיש להקפיד על כך שהחומר יונח בפני הגורם המחליט מבלי שהחלטה תתקבל כביכול מראש. הערה זו טרם הופנמה, ועל כך יש להצר ולתמוה.

המעצר המנהלי הוא אמצעי חריג וקיצוני משום מאפייניו הייחודיים: האפשרות להחזיק באמצעותו אדם במעצר, אותו ניתן לחדש מעת לעת, מקום בו לא נמצאו בחקירתו די ראיות גלויות כדי להעמידו לדין; העובדה שככלל אין העצור מכיר את מלוא תשתית הראיות נגדו; קבלת ההחלטה על המעצר והפיקוח השיפוטי עליו אינם נעשים בהכרח תוך היצמדות לדיני הראיות. המעצר המנהלי פוגע פגיעה קשה בחירות הפרט, ומשום כך נדרש כי השימוש בו ייעשה מקום שאמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות יסוד פחותה, לא יוכלו להשיג את תכלית המעצר בהגנה על ביטחון המדינה וביטחון הציבור.

משום הפגיעה בזכויות יסוד הטבועה במעצר המנהלי, ובשים לב לפער הניכר בין מאפיינים אלה לדיני המעצרים, נדרשת זהירות והקפדה יתרה בטיפול בנושא, תוך הקפדה בקלה כבחמורה. בראש ובראשונה מתחייבות זהירות ובחינה קפדנית בעת הפעלת שיקול הדעת במישור המהותי, ע"י המפקד הצבאי. נדרש כי הוא יפעיל את שיקול דעתו באופן עצמאי על בסיס המידע הקיים ולאחר שהונחו בפניו המלצות הגורמים הרלוונטיים. ואולם זהירות ובחינה מדוקדקת נדרשת מכל החוליות המעורבות בהליך: מגורמי השב"כ המעבירים את עניינו של הנחקר לתביעה הצבאית; מגורמי התביעה הצבאית בעת ההחלטה האם לפנות בבקשה להוצאת צו מנהלי מהמפקד הצבאי; מכל גורם שהמלצתו או חוות דעתו באשר למעצר המנהלי המבוקש מונחת בפני המפקד הצבאי; וגם מן הערכאות השיפוטיות שאליהן מובא הצו לביקורת שיפוטית. בהליך שתוצאתו שלילת חירותו של אדם, אין מקום לחותמות גומי. כל חוליה בשרשרת ממלאת תפקיד מהותי וחשוב.

הרגישות הכרוכה במעצר המנהלי מחייבת כי הזהירות וההקפדה לא תתמצינה אך למישור המהותי. בהקשר זה מתחייבת הקפדה גם על עניינים של נראות. המצב בו מעבירה התביעה למפקד הצבאי צו מוכן ומלא לחתימתו, הכולל כבר את תקופת המעצר, יוצר תחושה קשה במישור הנראות. הוא יוצר תחושה של הליך למראית עין. הוא יוצר רושם כאילו חתימת המפקד הצבאי היא עניין טכני, בעוד שהלכה למעשה זהו השלב בו מוכרעת שאלת חירותו של אדם.

ביהמ"ש נכון להניח כי בבסיס הפרקטיקה שתוארה מצויים שיקולי יעילות וניצול זמן. אולם כשבשליטת חירות עסקינן, כשיכולת העצור להפריך הטענות נגדו היא מוגבלת, יש לטעמי יעילות משקל מוגבל ביותר. ממילא לא ניתן גם לסבור כי במילוי תאריכי המעצר יש משום הכבדה של ממש. זאת בפרט משלא נמצא קושי בכך שהתאריכים ימולאו ע"י עוזרי המפקד הצבאי ע"פ הנחייתו, לאחר שהחליט בעניין. ביהמ"ש אף אינו חולק על הטענה כי המפקד הצבאי אינו מחויב לחתום על הצו. יכול הוא לסרב לחתום או לשנות מהמועדים שצוינו בצו המונח בפניו. אולם, בהינתן מאפייני המעצר

המנהלי, העובדה שצווי המעצר מגיעים כשמולא בהם הפרט המשמעותי ביותר – משך תקופת המעצר – יוצרת פגיעה קשה בתחושת הפרט הנעצר כי עניינו אכן נבחן ונשקל. היא יוצרת תחושה של הליך למראית עין ושל יד קלה על העט.

ביהמ"ש בטוח כי הגורמים המוסמכים מפעילים שק"ד כנדרש, אולם הפרקטיקה שתוארה בעניין נג'אר וכמסתבר עודה מתקיימת, פוגעת במראית העין, פגיעה שאין לקבלה. טוב ייעשה אם יתקיים מעקב אחר יישום הערות ביהמ"ש בעניין זה.

לגופם של דברים, העיון בחומר הסודי בעניינו של העותר הניח את דעת ביהמ"ש כי אין מקום להתערבותו וכי את הסיכון הנשקף מן המערער לא ניתן להפיג באמצעים שחומרתם פחותה.

## פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

בפנינו עתירה לביטול צו המעצר המנהלי שהוצא נגד העותר ביום 22.5.2013 ותקפו עד ליום 19.11.2013.

1. העותר הינו פעיל חמאס תושב האזור. בחודש מאי 2013 נעצר העותר לחקירה, במהלכה הכחיש כל מעורבות במיוחס לו. בסיום החקירה נעצר העותר במעצר מנהלי לתקופה של חצי שנה המסתיימת כאמור ביום 19.11.2013. ערעור על החלטת בית המשפט הצבאי נדחה על ידי בית המשפט הצבאי לערעורים.

צו המעצר המנהלי אושר על ידי בית משפט צבאי, לאחר שעייין בחומר החסוי בעניינו של העותר. בהחלטתו ציין בית המשפט כי הוצג בפניו חומר מודיעיני "מהימן ואיכותי" המצביע על הסכנה לביטחון האזור הנשקפת משחרור העותר. צוין כי מהחומר החסוי עולה כי העותר הינו פעיל חמאס שריצה עונשי מאסר ואף מעצר מנהלי ממושך בגין פעילות ארגונית בחמאס. לאחר ששחרר ממעצר מנהלי שב לעסוק "... בפעילות ארגונית חמורה, מסוכנת ועדכנית" שהינה "מבוססת מקיפה ומשמעותית במסגרת החמאס באזור מגוריו של המשיב". בית המשפט דחה בהיעדר יסוד עובדתי ומשפטי את טענת העותר לפגם בצו המעצר שיסודו בכך שהמפקד הצבאי קיבל לחתימתו נוסח צו שבו מולאו פרטי העציר ופרטי המעצר, לרבות מועד תחילתו ומועד סיומו. לבסוף, בית המשפט הצבאי התרשם כי אין בנמצא אמצעי אחר, זולת המעצר המנהלי, שימנע את הסכנה הנשקפת מן העותר.

במסגרת הערעור שהגיש העותר לבית המשפט הצבאי לערעורים, נמסר על-ידי התביעה כי התקבל בעניינו של העותר מידע חסוי חדש המלמד כי מעצרו אפקטיבי

ומשיג את מטרתו לסכל פעילות המסכנת את בטחון האזור. גם בפני בית המשפט הצבאי לערעורים טען בא כוח העותר כי הליך הוצאת צווי המעצר המנהליים לקוי, שכן התביעה שולחת למפקד הצבאי דרך הפקסימיליה נוסח צו בו מולאו כל הפרטים, לרבות תאריך תחילת המעצר וסיומו, ולטענתו המפקד חותם על הצו כמו שהוא, מבלי שיפעיל שיקול דעת. לאחר מכן התביעה מקבלת בפקס עותק בלבד של הצו החתום, אך הצו המקורי אינו נשמר. סנגורו של העותר טען בבית המשפט הצבאי לערעורים כי התביעה צריכה להותיר למפקד הצבאי את ההחלטה על מועדי המעצר וכי עליה לקבל מהמפקד הצבאי את הצו המקורי החתום. בהחלטתו, ציין בית המשפט לערעורים בהתייחס להליך הוצאת הצו כי אמנם המפקד הצבאי באזור צריך להפעיל שיקול דעת עת שהוא מפעיל את הסמכויות השלטוניות הנתונות לו, אך אין מניעה לכך שיסתמך על ייעוץ ועבודת הכנה של עוזריו, לרבות על המלצתם על תקופת המעצר, ואף להביא לחתימתו טופס ובו המועדים המתאימים לתקופה המומלצת והמלצה לנוסח נימוקי הצו. זאת, כל עוד נשמר שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ומובאת בפניו תמצית נאותה של המידע הקיים וההמלצות הנובעות ממנו. יחד עם זאת ראה בית המשפט הצבאי לערעורים בעייתיות בכך שהתמונה שעלתה בדיון בפניו היא כי לאחר החתימה על הצווים המנהליים אין הצווים המקוריים מועברים חתומים לידי התביעה, שכן הצו המקורי עשוי להידרש להתמודדות עם טענות שיכול ותעלינה בהמשך נגד הוצאת הצו.

לגופו של עניין נקבע כי הבקשה למעצר מנהלי שהוגשה למפקד הצבאי בעניינו של העותר מפורטת ומנומקת היטב באופן שהיה בידו של המפקד הצבאי להגיע להחלטה מושכלת באשר לצורך במעצר מנהלי. עוד ציין בית המשפט הצבאי לערעורים כי "המידע החסוי אודות המערער הגיע ממגוון מקורות מהימנים. הוא מצביע על כך שהעורר פעיל בחמאס, וקשריו עם פעילי חמאס אחרים באזור ומחוצה לו, וכן פעילותו בכותלה איסלאמיה באוניברסיטה מקדמים את מטרותיו של ארגון טרור זה. המערער לא חדל מפעילותו למען החמאס גם לאחר שנעצר בעבר. המידע אודות המערער עדכני למדיי, וכפי שציין התובע קיימות ראיות גם לכך שמעצרו אכן גרם לשיבוש פעילותה של תשתית החמאס באזור". בית המשפט לא מצא פגם בחקירת העותר וגם לא כי הראיות הגלויות יכולות היו להוביל לנקיטת הליכים פליליים. מטעמים אלה נדחה ערעורו של העותר.

2. בעתירה שבפנינו מיקד בא כוח העותר את טיעונו לפגם בו לוקה לטענתו צו המעצר המנהלי מכוחו נעצר מרשו. לטענתו, המפקד הצבאי חתם על צו המעצר

המנהלי כ"חותמת גומי", כשכל הפרטים בו, לרבות מועדי תחילת המעצר וסיומו, כבר מלאים בו. על כך הוא מוסיף כי אף התביעה, המעבירה את הצו המלא למפקד הצבאי, אינה מפעילה שיקול דעת עצמאי, אלא פועלת אף היא כ"חותמת גומי" של שירות הביטחון הכללי. לדבריו, לא נערך איזון בין הפגיעה בחירותו של העותר לצורך להבטיח את ביטחון האזור. הוא מטעים כי החומר הגלוי הוא מידע ישן שלא ניתן לבסס עליו עילת מעצר מנהלי ואין לצו בסיס עובדתי וכל יסודו במעשי העבר של העותר. בא כוח העותר מלין עוד על כך שהעותר נחקר חקירה קצרה בלבד במשטרה, בעוד שמעורבים אחרים נחקרו לדבריו על-ידי שירות הביטחון הכללי ואף הועמדו לדין. בדיון בפנינו שב הוא וציין כי העותר נחקר למראית עין בלבד. עוד הוסיף כי העותר נשוי ואב לילדים וביקש לשחררו לפני חג הקורבן, שהחל ביום הדין.

3. המשיבים מציינים כי צו המעצר המנהלי הוצא לאחר שהמשיב 1 שוכנע כי העותר הינו פעיל חמאס המעורב בפעילות עדכנית במסגרת ארגון החמאס ובכותלה איסלאמיה ובמסגרת פעילותו מצוי בקשרים עם פעילי חמאס באזור ומחוץ לו, וכי השמירה על בטחון האזור ובטחון הציבור מחייבים את מעצרו המנהלי. הם סבורים כי לאחר שצו המעצר עבר ביקורת שיפוטית של שתי ערכאות אין מקום להתערבות בית משפט זה. בהתייחס לטענת בא כוח העותר באשר לפגם בהוצאת צו המעצר המנהלי מפנים המשיבים להנמקות בתי המשפט הצבאיים כפי שפורטו לעיל. בדיון בפנינו ציינה באת כוח המשיבים כי בית משפט זה העיר כבר על הפרקטיקה של העברת צווי מעצר לחתימת המפקד הצבאי כשתאריכי המעצר כבר מולאו בהם. בירור שנערך לאחרונה העלה כי הערת בית המשפט אינה מיושמת במלואה ולכן הפרקליטות תקיים דיון בנושא מול התביעה הצבאית, וזאת מבלי שהדברים ייחשבו כאי-כיבוד החלטות בית המשפט. אשר להנחיית בית המשפט הצבאי לערעורים בהחלטה בעניינו של העותר כי על התביעה הצבאית לשמור אצלה עותק מקורי של צו המעצר, עדכנה כי התביעה הצבאית מתחילה ליישם הנחיה זו. באת כוח המשיבים סבורה כי הגם שחקירת העותר במשטרה לא הייתה ארוכה, אין בכך כדי לפגום בתוקף הצו.

4. הטענות המועלות בעתירה זו לעניין הפרקטיקה הנוהגת באשר להוצאת צווי מעצר מנהליים אינן טענות חדשות. ביום 25.7.13 ניתן פסק דינו של בית משפט זה ב- [בג"ץ 3235/13](#) נג'אר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש [פורסם בנבו] (2013) (להלן: עניין נג'אר), בו נדרש בית משפט זה, בין היתר, לפרקטיקה של העברת צווי מעצר מנהליים

לחתימתו של המפקד הצבאי כשתאריכי המעצר כבר מלאים בו, וציין (מפי כבוד השופט א' רובינשטיין):

"המהות היא שיקול הדעת של המפקד הצבאי, שהוא זה המחליט על אורך הצו ואינו "חותמת גומי". למהות זו קשורה מראית העין, ואין צורך להכביר מילים. נוסף לכך שאת התאריך יש למלא אם על-ידי החותם ואם אחרי חתימתו אך לא מראש, וגם כאן בשל מראית העין".

בנסיבות אותו מקרה מצא בית משפט זה כי משקבעו בתי המשפט הצבאיים כי המפקד הצבאי אכן הפעיל שיקול דעת במקרה הספציפי, ניתן לקבל, בדוחק, כי בכך נרפא הפגם. יחד עם זאת, בית המשפט הפנה את תשומת הלב לכך שיש להקפיד על כך שהחומר יונח בפני הגורם המחליט מבלי שהחלטה תתקבל כביכול מראש, והנחה כי הדבר יטופל. עוד ציין כי אין פגם בכך שלחומר תצורף המלצה מטעם צה"ל או שירות הביטחון הכללי, או מטעם שניהם גם יחד, לצורך החלטת המפקד הצבאי.

5. כפי שפורט, מעמדת המשיבים לפנינו עולה כי הערה זו של בית המשפט טרם הופנמה, ועל כך יש לא רק להצר אלא גם לתמוה.

המעצר המנהלי הוא אמצעי חריג וקיצוני משום מאפיינים הייחודיים לו: האפשרות להחזיק באמצעותו אדם במעצר, אותו ניתן לחדש מעת לעת, פעם אחר פעם, מקום בו לא נמצאו בחקירתו די ראיות גלויות כדי להעמידו לדין; העובדה שככלל אין העצור מכיר את מלוא תשתית הראיות נגדו; קבלת ההחלטה על המעצר המנהלי, כמו-גם הפיקוח השיפוטי עליו, אינם נעשים בהכרח תוך היצמדות לדיני הראיות. המעצר המנהלי פוגע אפוא פגיעה קשה בחירות הפרט, ומשום כך נדרש כי השימוש בו ייעשה כ"אמצעי אחרון", מקום שאמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות יסוד פחותה, לא יוכלו להשיג את תכלית המעצר בהגנה על ביטחון המדינה ועל ביטחון הציבור.

משום הפגיעה בזכויות יסוד הטבועה במעצר המנהלי, ובשים לב לפער הניכר בין מאפיינים אלה לדיני המעצרים, נדרשת זהירות והקפדה יתרה בטיפול בנושא זה, תוך הקפדה בקלה כבחמורה. בראש ובראשונה מתחייבות זהירות ובחינה קפדנית בעת הפעלת שיקול הדעת במישור המהותי, על ידי הגורם המוסמך – המפקד הצבאי. נדרש כי הוא יפעיל את שיקול דעתו באופן עצמאי על בסיס המידע הקיים ולאחר שהונחו בפניו המלצות הגורמים הרלוונטיים. ואולם זהירות ובחינה מדוקדקת נדרשת מכל

החוליות המעורבות בהליך המעצר המנהלי: היא נדרשת מגורמי שירות הביטחון הכללי המעבירים את עניינו של הנחקר לתביעה הצבאית; היא נדרשת מגורמי התביעה הצבאית בעת ההחלטה האם לפנות בבקשה להוצאת צו מנהלי מהמפקד הצבאי; היא נדרשת מכל גורם שהמלצתו או חוות דעתו באשר למעצר המנהלי המבוקש מונחת בפני המפקד הצבאי. כמובן שהיא נדרשת גם מן הערכאות השיפוטיות שאליהן מובא הצו לביקורת שיפוטית. בהליך שתוצאתו שלילת חירותו של אדם אין מקום לחותמות גומי, כמו-גם בכל עניין חשוב אחר. כל חוליה בשרשרת ממלאת תפקיד מהותי וחשוב.

6. הרגישות הכרוכה במעצר המנהלי מחייבת כי הזהירות וההקפדה לא תתמצינה אך למישור המהותי. אכן, וכפי שעולה גם מן ההחלטה בעניין נג'אד, בהקשר זה מתחייבת הקפדה לא רק על עניינים שבמהות, אלא גם עניינים של נראות. המצב בו מעבירה התביעה למפקד הצבאי צו מוכן ומלא לחתימתו, הכולל כבר את תקופת המעצר, יוצר תחושה קשה במישור הנראות. הוא יוצר תחושה של הליך למראית עין. הוא יוצר רושם כאילו חתימת המפקד הצבאי היא עניין טכני, בעוד שהלכה למעשה זהו השלב בו מוכרעת שאלת חירותו של אדם.

נכונה אני להניח כי בבסיס הפרקטיקה שתוארה מצויים שיקולי יעילות וניצול זמן. ואולם, כשבשליטת חירות עסקינן, כשיכולתו של העצור להפריך הטענות נגדו היא מוגבלת, יש לטעמי יעילות משקל מוגבל ביותר. ממילא לא ניתן גם לסבור כי במילוי תאריכי תחילת המעצר וסיומו יש משום הכבדה של ממש. זאת, בפרט משאיני רואה קושי בכך שהתאריכים ימולאו על ידי עוזרי המפקד הצבאי על פי הנחייתו, לאחר שהחליט בעניין.

איני חולקת אף על הטענה כי המפקד הצבאי אינו מחויב לחתום על הצו. יכול הוא לסרב לחתום או לשנות מהמועדים שצוינו בצו המונח בפניו. ואולם, בהינתן המאפיינים של המעצר המנהלי כפי שפורטו בקצרה לעיל, ובפרט נוכח העובדה שהמעצר המנהלי יכול להימשך על פני תקופה ממושכת, העובדה שצווי המעצר מגיעים כשמולא בהם גם הפרט המשמעותי ביותר - משך תקופת המעצר - יוצרת פגיעה קשה בתחושת הפרט הנעצר כי עניינו אכן נבחן ונשקל. היא יוצרת תחושה של הליך למראית עין ושל יד קלה על העט החותמת על הצו.

בטוחני כי הגורמים המוסמכים מפעילים שיקול דעת כנדרש, אולם הפרקטיקה שתוארה בעניין נג'אד וכמסתבר בענייננו עודה מתקיימת, פוגעת במראית העין, פגיעה שאין לקבלה. באת כוח המשיבים הבהירה כי בעניין זה מתוכננת ישיבה עם גורמי התביעה הצבאית. טוב אם ייעשה הדבר בהקדם ואם יתקיים מעקב אחר יישום הערות בית המשפט בעניין זה, שכאמור אינו מצריך משאבים של ממש.

7. לגופם של דברים, בהסכמתו של בא כוח העותר, עיינו בחומר הסודי בענייננו של העותר במעמד צד אחד. העיון בחומר הניח דעתנו כי אין מקום להתערבותנו וכי את הסיכון הנשקף מן המערער לא ניתן להפיג באמצעים שחומרם פחותה.

העתירה נדחית אפוא בלא צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ז בחשוון תשע"ד (20.10.13).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 13066000\_B02.doc עכ  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)

ע' ארבל 54678313-6600/13  
ניסוח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה