

העותר

\_\_\_\_ אלגודי ת"ז \_\_\_\_\_

ע"י ב"כ עו"ד תמר פלג שריק מ.ר. 11899, ו/או סיגי בן ארי מ.ר. 37566,  
מהמוקד להגנת הפרט, רח' התנאים 12, ת"א 69209  
טל. 03-6421859, 0507-308199, פקס. 03-7440621

נגד

המשיבים

1. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
  2. שופט ערכאת הערעורים הצבאית סא"ל יורם חניאל
  3. שירות הביטחון הכללי
- כולם ע"י פרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ליתן טעם כדלהלן:

למשיב 1: מדוע לא יורה על שחרורו של העותר ממעצרו המנהלי;

למשיב 2: מדוע לא יורה על שחרורו של העותר ממעצרו המנהלי, זאת על יסוד כל החומר החסוי והגלוי הרלוונטי למעצרו המנהלי;

למשיב 3: מדוע לא יבקש מאת המשיב 1 לבטל את צו המעצר המנהלי התלוי ועומד נגד העותר; ומדוע לא יחשוף בפני המשיב 1 את מלוא המידע שברשותו ואת הערוכתיו וכוונותיו, הנוגעים לעותר ולמעצרו המנהלי.

## מהות העתירה ובקשה לדיון דחוף

- העותר נעצר ביום 9.12.04, לאחר שהתייצב על פי זימון בפני נציגו של העותר 3. התאריך בו יפוג צו המעצר המנהלי נשוא עתירה זו הוא 4.3.07. בהליכי מעצרו המנהלי של העותר נפלו פגמים חמורים היורדים לשורש הצו, ובהם:
    - שיקול זר הנחה את המשיב 3 שעה שהחליט להעניש את העותר על ידי מעצר מנהלי על הסירוב לשתף עמו פעולה. כך עולה מדוח תחקור העותר שהתקיים ביום 16.12.04.
    - דוח תחקור זה של העותר על ידי המשיב 3 לא נמסר לב"כ העותר אלא רק **כעבור שנתיים** ממעצרו (ביום 6.12.06), וכך גם, ככל הנראה, לבית המשפט, שעד אותה עת לא היה מודע לתוכנו
    - צווי מעצרו המנהלי של העותר הוצאו על יסוד חומר מודיעיני חסוי בלבד, חומר שכולו נאסף לפני מעצרו של העותר, דהינו לפני למעלה משנתיים. שיני הזמן כרסמו בחומר זה עד כי אבד כוחו לחזות מסוכנותו של העותר כנדרש.
    - אף המשיב 3 לא העריך את מסוכנותו של העותר כגבוהה. כך אנו למדים מהחלטה שיפוטית שיתנה בביקורת השיפוטית.
    - המשיב 2 קיבל את ערעורה התביעה וביטל את החלטת השחרור של הערכאה הראשונה מבלי שהתמודד עם כל הנימוקים שבה ומבלי להביא בחשבון שיקוליו, כנדרש, את כל החומר הראייתי שהיה לפניו.
  - המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל ומפגמים נוספים שיפורטו בעתירה היא, שהעותר נתון במעצר מנהלי שלא כדין.
- אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דיון דחום בעתירה זו.

## רקע עובדתי

1. העותר, יליד 1984, הוא סטודנט לסעוד שנה ב' באוניברסיטת בית לחם. הוא נעצר ביום 9.12.04 לאחר שהתייצב על פי זימון בפני נציגו של המשיב 3. צו המעצר המנהלי הראשון הוצא נגדו ביום 14.6.04 לתקופה שמיום 15.12.04 עד יום 14.6.05 (ע/1). בכך הופרע תהליך שיקומו ולימודיו בעלי ערך חברתי ואישי גם יחד.

נגד העותר הוצאו חמישה צווי מעצר מנהלי עוקבים, כל אחד מהם לתקופה של 6 חודשים. תקופת המעצר הנקובה בצו נשוא עתירה זו, שהוצא לתקופה שמיום 5.12.06 עד יום 4.6.07 (נספח ע/1א), קוצרה קיצור לא מהותי ב-3 חודשים בהחלטת המשיב 2. לפיכך יפוג תוקפו של צו זה ביום 4.3.97.

2. בתשתית צווי מעצר של העותר מצוי חומר מודיעיני בלבד. חומר זה, כל כולו, נאסף בפרק הזמן הקצר שבין שחרורו ממעצרו המנהלי הקודם באפריל 2004 לבין המעצר המנהלי הנוכחי בדצמבר של אותה השנה. כך לדברי התובע ביקורת השיפוטית על הצו הראשון ביום 21.12.04.

3. בארבעת הצווים הראשונים של המעצר המנהלי הנוכחי לא פורטה עילת מעצר אינדיבידואלית של העותר לא נאמר בהם אלא שנעצר "בגין היותו מסכן את בטחון האזור". עילת מעצרו הופיעה לראשונה בצו נשוא עתירה זו, והיא "היותו פעיל חמא"ס המסכן את בטחון האזור".

4. בהחלטה שניתנה ביום 12.12.05 במסגרת הביקורת השיפוטית על הצו השלישי (מ"מ 3331/05 12.12.05, נספח ע/2), העלה השופט הנכבד רס"ן רוני עצמון ספק בדבר זהותו של העותר בכתבו: "אומנם זיהויו של העותר אינו נקי מספקות, אולם נחה דעתי כי די במידת הוודאות שעליה הצביעו הרשויות, כדי לקבוע במידה רבה של ביטחון כי המידע והחשדות אכן מתייחסים לעצור".

השופטים הנכבדים שדנו בצווי מעצרו הקודמים של העותר לא נתנו את דעתו לבעיית זהות זו. אלה שבאו אחריו לדון בצווי מעצרו המאוחרים יותר, לא הורו על התביעה להציג בפניהם ראיות משכנעות יותר בנדון זה. והמשיב 3 לא סיפק כל חומר חדש. הספק שהעלה השופט הנכבד נותר בעינו עד עצם היום הזה. אפשר ומעצרו המנהלי הקודם של העותר (זה שממנו שוחרר בהחלטת שופט באפריל 2004) הוא שהניח את דעת השופטים להאמין שהחומר החסוי מתייחס אליו דווקא.

5. בהחלטתו הנ"ל כתב כבוד השופט רס"ן עצמון, בשונה עם לשון התובע, שהעותר "הוא בעל נכונות לבצע פעילות אסורה ומסוכנת" ובנכונות תלה את מסוכנותו. (ההדגשה של הח"מ) כך גם בהחלט המשיב 2 עליה נדון בהמשך. ברם, מבלי שנוסף חומר ראיתי חדש כלשהו, העלו השופטים בהחלטות מאוחרות יותר חשדות חדשים, חמורים יותר, המתייחסים לביצוע פעילות ולא לנכונות לבצע מעשה.

6. במהלך הדיונים בארבעת הצווים הראשונים לא הוגש לבית המשפט, וממילא לא לב"כ העותר, כל חומר חדש. רק בתום שנתיים למעצר, ביום 6.12.06, הועברו לידי ב"כ העותר הח"מ, לקראת הביקורת השיפוטית על צו המעצר נשוא עתירה זו, שני מסמכים.

אחד מהמסמכים הגלויים האלה, שנערך על ידי המשיב 3 ביום 21.5.06 (נספח ע/3), כולל, בין היתר, דוח תחקור העותר שהתקיים ביום 16.12.04 (ע' 2-3 כותרת המשנה - "דו"ח תחקור הנדון - פורמט גלוי", להלן - "דוח תחקור").

המסמך השני הוא "הודעת חשוד" מיום 10.10.2006, והוא אמרת העותר בפני חוקר משטרת (להלן - "הודעת חשוד", נספח ע/4).

7. נחזור ונדגיש, שדוח תחקור אשר בוצע, כאמור, ביום 16.12.04, ימים אחדים לאחר מעצרו של העותר, לא נמסר לידי ההגנה וככל הנראה גם לבית המשפט, אלא **כאיהור של שנתיים** מיום התחקור שאליו הוא מתייחס. למותר לציין שהמידע הכלול בו, שהוא בעל חשיבות רבה ואף מכרעת להגנת העותר, לא נמסר להגנה בשום דרך אחרת.

בדוח תחקור, בסעיף 3 שכותרתו "מהלך התחקור", נרשם כדלהלן:

1. "הנדון ביקש לדעת מדוע נעצר. נאמר לנדון שכבר קיבלנו עליו חוות דעת כמי שנוהג להיתמם וככל הנראה העניין מתברר כנכון.
2. הנדון התבטא כי נטפלים אליו ומעצרו הנוכחי והקודם לא מוצדקים. הנדון אמר כי הוא מוכן לשתף פעולה בתחקור כהוכחה לכך שכוונותיו טובות.
3. נאמר לנדון כי הצעתו מקובלת, ויוכל להתחיל בפרישת פעילי הכותלא באוני' ( ארגון סטודנטים) המקורב לחמא"ס – הערת הח"מ). הנדון אמר כי לו היה מכיר פעילים היה מספר לנו עליהם בשמחה.
4. **נאמר לנדון כי כוונותיו אינן רציניות, ולכן ייאלץ לשאת את עונש המעצר כפי שתוכנן**. (צו המעצר המנהלי הראשון שבו מדובר נחתם ביום 14.12.04 ונכנס לתוקף ביום 15.12.04) (ההערה וההדגשה של הח"מ)

**מדוח תחקור עולה, ברורה ומפורשת, תכלית עונשית שמאחורי מעצרו המנהלי של העותר.** כן ברורה ומפורשת היא ה"עבירה" שבגינה נענש העותר: אי נכונות או נסיגה מנכונות לשתף פעולה עם השב"כ. כך עולה גם מהחלטת השופט אשר ישב בביקורת השיפוטית על צו המעצר נשוא עתירה זו

8. דברים אלה שבדוח תחקור יסייעו בהבנה של שאלתנו של החוקר המשטרתי שנרשמו בהודעת חשוד שתובא להלן: כוונתה הייתה, כך נראה, לבדוק האם אחרי שנתיים בכלא שינה העותר את טעמו וחוזר בו מהסירוב לשתף פעולה עם.

9. הודעת חשוד שופכת אור גם על החשדות שבפי המשיב 3 כלפי העותר. בדברי האזהרה אמר החוקר המשטרתי: "הנך חשוד בהשתייכות לארגון עוין ופעילות נגד בטחון האזור, בכך שהנך פעיל חמא"ס המסכן את בטחון האזור והציבור וזה בניגוד לחוק". פעילות צבאית לא הוזכרה משום שלא היה לה יסוד או יסוד מספיק. ועל כל פנים לא בגלל חיסיון, שכן חשד זה הופיע בהחלטות שופטים (כאמור בפסקה 5 דלעיל). כך כנראה מתוך פרשנות מוטעית של תמצית החומר המודיעיני החסוי המגיע לידיהם.

10. בהודעת חשוד מסר העותר את גרסתו: "אני לא פעיל חמא"ס... אני לא עשיתי כלום נגד ישראל... אני נתבקשתי על ידי קפטן מוכבראת (שב"כ בערבית – הערת הח"מ) ששמו בנימין לבוא אליו וכך עשיתי. כאשר הגעתי הוא אפילו לא רצה לדבר אתי ועצרו אותי. ואם הייתי עושה משהו נגד החוק או נגד ישראל אני לא הייתי מגיע לקפטן. ואני עד היום לא יודע על מה אני עצור ואני כבר עשרים ושלוש חודשים בכלא במעצר מנהלי. ואני יודע בוודאות שאין עלי כלום. כי אם היה משהו אני הייתי נשפט על זה. וכל מה שאתם רוצים ממני זה רק להרוס את החיים והעתיד שלי. זה רק בגלל שאני פלסטיני ולא יותר מזה. ואני לא מוכן לזה ואני מבקש רק דבר אחד, שתפסלו (?) אותי כחוק ולא נגד החוק. רק אם יש נגדי משהו תביאו זה לבית משפט ושם אני יוכל להגן על עצמי או להישפט אם יש עלי או נגדי משהו. אבל אני בטוח שאין ומבקש שתשחררו אותי.

שאלה: האם מוכרים לך אנשים שלמדו אתך באוניברסיטה ושהם עצורים על פעילות בהמא"ס? תשובה: לא".

שאלת החוקר ואף תשובת העותר נשמעות כמו חזרה על הנאמר בדוח תחקור

11. גם אם נניח שהעותר היה מסוכן לביטחון האזור ערב מעצרו המנהלי, לפני למעלה משנתיים, הרי עם חלוף הזמן מבלי שנתווסף לחומר אשר עליו התבססו צווי המעצר, בלה החומר הישן ואינו ראוי עוד לשמש יסוד לחיזוי מסוכנות. מדברי כבוד השופט רס"ן אמיר דהאן בהחלטתו בביקורת השיפוטית על צו המעצר הנוכחי של העותר, אנו למדים שטענתנו זו אינה רחוקה מהערכת שב"כ עצמו.

וכך כותב רס"ן דהאן בהשוותו את המקרה של העותר למקרה של עציר מנהל אחר ששחרר לביתו בהחלטת שופט ערכאת ערעורים:

"שוני אחד נמצא לי בתיק זה, והוא קיים באמור בפסקה האחרונה לסעיף הרקע בטבל"ם (טופס בקשה למעצר של השב"כ - הערת הח"מ) – פסקה זו היא כמובן חסויה אך היא משקפת היטב כי **הערכת המסוכנות של השב"כ עצמו סובלת את שחרורו של הנאשם** (פליטת קולמוס, הכוונה, כמובן, ל"עציר", ההדגשה של הח"מ - הערת הח"מ)  
(נספח ע/5 עמוד 2 פסקה 6)

12. בהמשך מפרט השופט הנכבד רס"ן אמיר דהאן את האמור בדוח תחקור, וקובע:

" המעצר המנהלי אינו **עונש** ומטרותיו אינן מטרות עונשיות בשום פנים ואופן... מידע זה מצטרף למידע החסוי ומאשש את המסקנה כי תכליתו של המעצר המנהלי במקרה זה היא ענישתית וכי הערכת המסוכנות המצויה בראיות שהוגשו לבית המשפט סובלת את שחרורו של הנאשם.

**תכלית ענישתית אינה בגדר תכלית ראויה ושיקולים עונשיים הם שיקולים שלא לעניין.**

צו שניתן למטרה עונשית אחת דינו להתבטל."

(ההדגשות במקור) (נספח ע/5 עמוד 2 פסקה ג 4, עמוד 3 פסקה ג 6)

13. מהטעמים המנויים לעיל הורה השופט על ביטול הצו תוך עיכוב ביצוע החלטתו זו עד יום 29.12.06 כדי לאפשר לתביעה למצות את זכות הערעור העומדת לה.

14. החלטת השחרור ניתנה ביום 25.12.06. ביום 27.12.06 הגישה התביעה הודעת ערעור ובקשה למעצר עד להחלטה בערעור (עמ"מ 4173/06, נספח ע/6). בקשתה נענתה בחיוב (נספח ע/7). חרף שתי בקשות מטעם העותר שתכליתן לקדם את שחרורו או להקדים את מועד הדיון בערעור התביעה (נספחים ע/8, ע/9 התקיים הדיון בערעור רק ביום 16.1.07).

15. בהחלטתו (נספח ע/10) לא דן המשיב 2, לעומקן ולפרטיהן של עילות השחרור כפי שהן הועלו בהחלטת הערכאה הראשונה. והוא לא התייחס אלא לאחת מטענות העותר שהועלו לפניו.

עם זאת, אין המשיב 2 מייחס לעותר ש"פעל" אלא ש"זמם לבצע פעילות צבאית קשה". הוא אינו מבהיר את משמעותו המשפטית של הדיבור "זמם". בהמשך משתמש המשיב בביטוי נרדף "ביקש בצע פעולה קשה". (ההדגשה של הח"מ)

16. המשיב 2 אינו מתייחס להסתמכות השופט קמא בסוגיית המסוכנות על האמור טבל"מ של המשיב 3. מאידך גיסא, בנשימה אחת מזכיר הוא את החומר שהיה ביסוד צו מעצרו הקודם של העותר, ממנו שוחרר בהחלטת שופט, ומייחס לו משקל רב עד כדי עיון באותו תיק.

"עוד בעניין זה אדגיש" - כותב המשיב 2 בהחלטתו - "כי ביקשתי להביא בפניי את תיקו של המשיב מספטמבר 2004, משם למדתי, כי נעצר על בסיס חשד כי מסכן הוא במעשיו את בטחון האזור ולפיכך טעמי בטחון מחייבים את מעצרו. בית המשפט התחשב באותה עת בעברו הנקי של המשיב ובכך כי מדובר במעצר אשר מזיק למשיב מהיבטים אשר פורטו לפניו, ולפיכך קיצר את תקופת המאסר משישה חודשים לחודשיים בלבד"

נוכח דברים אלה, אין מנוס מהרושם שהמשיב 2 הפעיל את שיקול דעתו כראוי ליושב **בערעור על אותה החלטה מתקופת המעצר הקודמת** של העותר ושוכל את החומר שעמד לפני השופט דאז כחומר המוסיף לשמש, כביכול, יסוד למעצרו העכשווי מבלי לאבד ממשקלו.

רושם זה מתחזק למקרא קביעתו כדלהלן של המשיב 2:

"באשר להערכת מסוכנותו של המשיב סבור אני, כי לנוכח החומר החסוי אשר עמד לפני בית המשפט בעבר ולנוכח החומר החסוי אשר עמד לפני בית המשפט גם בתחילת תקופת המעצר המנהלי הנוכחי, עדיין קיימת מידה לא מבוטלת של מסוכנות אשר מחייבת את המשך מעצרו המנהלי גם כיום". (עמוד 2)

האומנם החומר הביטחוני-שלילי שנאסף בין אפריל 2004 לדצמבר 2004 הוא כה דל עד כי אישור הצו החמישי שבוטל על ידי שופט קמא דורש הסתמכות כזאת על החומר שעמד בבסיס תקופת המעצר הקודמת?

17. בהמשך דבריו פוטר המשיב 2 את שאלת תכליתו העונשית הלכאורית של המעצר המנהלי בשורות אחדות. במסגרת שורות אלה הוא פוסל למעשה את דוח תחקור מלשמש חומר ראיתי. וכך נאמר בהחלטה:

"לא אוכל שלא להתייחס לפגם אשר מצא כביכול בית המשפט קמא בצו ולאותם שיקולים שלא מן העניין. למעלה מן הצורך להעיר, כי מה שנרשם במידע הגלוי, אין בו כדי לשמש בסיס לתכליתו של המעצר המנהלי (!?). בוודאי מצטרף אני להסתייגותו של השופט דלמטה על "תכלית ענישתית" זו, אולם, העמדתה כגורם מרכזי לשחרור, אינה ראויה ובוודאי שאינה משרתת את האינטרס הציבורי". (עי' 3 הפסקה הראשונה) (ההדגשה של הח"מ)

נראה כי המשיב 2 לא נתן את דעתו למועד התחקור, למשך הזמן של היותו נעלם מעיני השופטים וההגנה. כמו כן נעלמה מעיניו העובדה שכבוד השופט קמא לא תלה את החלטת השחרור אך ורק

בעניין דוח התחקור והעולה ממנו, אלא התייחס באופן ברור ומפורש גם לרמת מסוכנותו הנמוכה של העותר, זאת בהסתמכו על הערכת המשיב 3 בנדון זה.

18. יצוין שהדברים להגנה על דוח תחקור של המשיב 3 על המשתמע ממנו, אשר נשא התובע בראשית הדיון בערעור, לא הקלו עם המשיב 2. "נפלה פה טעות" – אמר התובע שהופיע לפניו - הניסוח של אותה פרפראזה לא היה נכון. אני מבקש לטעות שהשופט בבימ"ש קמא בעת שסבר שהמעצר המנהלי הינו עונש וביטל את הצו, זה לא היה בכוונה אלא טעות בניסוח ועל כן אנו מדגישים שעולה מן החומר החסוי מסוכנות לביטחון האזור..."

19. בסיום החלטתו קובע המשיב 2 :

"אחרי התלבטות ארוכה, החלטתי לקבל את ערעור התביעה הצבאית ולבטל את החלטת בית- המשפט קמא. יחד עם זאת במקרה דנן סבור אני כי התקופה עליה הורה המפקד הצבאי איננה מידתית, וכי יש לקצר תקופה זו לכדי שלושה חודשים אשר בסופם ייבחן עניינו של המשיב בפעם נוספת ע"י המפקד הצבאי, אם יבקש זה להפעיל את סמכותו לצוות על הארכת מעצרו בפעם נוספת." (נספח ע/ 10, עמוד 3)

## המסגרת הנורמטיבית

### מעצר מנהלי אינו עונש. צו מעצר מנהלי אם תכליתו ענישה מוצא בחריגה מסמכות והוא בטל.

20. כך עולה מהסעיפים 1 ו-2 ל"צו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה (יהודה והשומרון) (מיס 1226), התשמ"ח – 1988" וכך נאמר בהלכתו של בית המשפט העליון.

"לא יכולה להיות מחלוקת שמטרת מעצר מנהלי ... איננה להטיל עונש על אדם עבור מעשיו, שביצע בעבר, אלא למנוע את הסכנה הצפויה ממנו בעתיד"

עמ"מ 1/82 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666,669

המעצר המנהלי הוא ביסודו מניעתי ולא עונשי. הוא נועד למנוע פעילות צפויה האסורה על פי הדין ואין הוא מכוון להעניש על מעשים שכבר בוצעו"

עמ"מ 8607/04 טלי פחימה נ' מ"י, החלטה מיום 4.11.04 פסקה 8 ;

עמ"מ 4/94 בן חורין נ' מ"י, עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון פ"ד נח(1) 176 ;

עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 529.

## דרישת המסוכנות

21. הסמכות של המשיב 1 (כמו של שר הביטחון) להורות על מעצר מנהלי של אדם לא קמה אלא למניעת סכנה ממשית הקרובה לוודאי.

יתרה מזו, צו מעצר מנהלי לא יהיה חוקי אלא רק אם נועד הוא למנוע סכנה ממשית וקרובה לוודאי הנשקפת מאדם עצמו. צו מעצר מנהלי לא יהא חוקי אם הוצא למטרה אחרת אפילו תהא זו מטרה ביטחונית.

דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742.

מסוכנות ה"סובלת שחרור" (כביטוי של כבוד השופט קמא בהחלטתו), אשר הנה כמו היפוכה המשפטי של המסוכנות "הממשית והקרובה לוודאי" אינה יכולה לשמש עילה כדין להוצאת צו מעצר מנהלי כדין.

כמו כן, צו מעצר מנהלי אשר הוצאתו כרוכה בניסיון של המשיב 3 ו/או בסירוב של אדם לשתף פעולה הנו בלתי חוקי בעליל. זאת אף אם לצורכי ביטחון הוצא.

"הואיל וצו המעצר המנהלי בא לקדם פני סכנה עתידית, עלינו לעשות שימוש במבחן הסתברותי.... המבחן... של אפשרות סבירה... אין בו די כאשר מדובר במעצר מנהלי. המבחן המקובל בפסיקה הינו זה של וודאות קרובה. אם בית המשפט משתכנע, על יסוד החומר, כי קרוב לוודאי שהעצור יבצע עבירות חמורות אלא אם תוגבל חקרותו על דרך המעצר - יאושר הצו".  
עמ"מ 8607/04 טלי פחימה נ' מ"י, החלטה מיום 4.11.04 פסקה 8;  
עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון פ"ח נ(1) 176, 190 פסקה 12;  
והאסמכתאות שם.

### איסור על גיוסו של "אדם מוגן", במשפט הבינלאומי ובפסיקת ביהמ"ש העליון

22. ניסיון גיוסו של "אדם מוגן" לשתוף פעולה עם כוחות הביטחון של "המעצמה הכובשת" נוגד את אמנת ג'נבה הרביעית (סעיף 31, וסעיף 51) הרואה בכך אף אחת מ"ההפרות החמורות" שלה. (סעיף 147).

בדומה לכך, פסק בית משפט נכבד זה. המדובר בפסק דינו של הנשיא ברק, כתוארו דאז, בדבר נוהל שכך, ויפים דבריו, על דרך של אנאלוגיה, לעניין גיוס משתפי פעולה:  
"...עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור של שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה המקומית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראה פלק עמ' 218). אין לנדב אותם ל"שיתוף פעולה" עם הצבא (ראה סעיף 23 (B) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית ראו גם פיקטה, ע' 292). מעקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגיני אנוש [ולענייננו כמשתפי פעולה עם השב"כ - הערת הח"מ].

כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפייה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 219)...

אין לבסס נוהל על הסכמה, כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פלק עמ' 252) יש להימנע ממצב בו תתבקש הסכמה זו". מה גם שלא יהיה לה תוקף, הואיל ולאור סעיף 8 לאמנה הרביעית (פיקטה עמ' 72, 74), תושב מוגן אינו רשאי לוותר על זכויותיו, כאמור: PROTECTED



PERSONS MAY IN NO CIRCUMSTANCES RENOUNCE IN PART OR IN ENTIRETY THE RIGHTS SECURED TO THEM BY THE PRESENT CONVENTION..."

בג"ץ 3799/02 עדאלה ואח' נגד אלוף פיקוד מרכז בצה"ל ואח', מיום 23.5.05

אין ספק שהצעת שב"כ לעציר מנהלי לשתף עמו פעולה בתמורה לשחרורו נופלת בגדר האיסור מהטעמים עליהם עמד כבוד הנשיא.

### **חובות המשיב 3 בהליכים משפטיים שעניינם מעצר מנהלי.**

23. מחובתו של המשיב 3 להימנע מלנהוג בניגוד לנורמות המנויות לעיל קרי מכריכת מעצר מנהלי בגיוס לשיתוף פעולה עמו.

24. ועוד מחובתו של המשיב 3 להביא בפני בית המשפט הצבאי הדין בצו מעצר מנהלי, אם באמצעות התביעה או במישרין, את **כל המידע ואת כל המסמכים המעודכן ליום הדיון** הנמצאים באמתחתו והנוגעים לצו המעצר ולעצור.

מבלי לפגוע מכלליות האמור לעיל נציין, שנעלה מכל ספק הוא שפרטי חומר החקירה, לרבות זכ"דים מתחקור או חקירה של מי שהיה אותה שעה או הפך לאחריה לעציר מנהלי, נוגע לעציר ורלוונטי למעצרו. לפיכך על המשיב 3 לראותם בתור שכאלה ולהביאם בפני בית המשפט ללא דיחוי, ולא יאוחר מיום הדיון הקרוב למועד קבלתם.

כך מכוח חוק שירות הביטחון הכללי, התש"ס – 2002, סעיף 8 (א)(1)+(2)+(3), סמכויות כלליות של השירות;

ע"פ 124/87 סגן עיזאת נאפסו נגד התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631, פסקה 7; חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התש"ס – 2002, סעיף 4 תיעוד חקירת החשוד.

### **החלטה שיפוטית עצמאית תתבסס על מלוא החומר הראייתי הקיים**

25. אל לו למשיב 3 לשים מכשול בפני שופט במילוי חובתו שלו להכריע בגורלו של העציר המנהלי בהחלטה שיפוטית מבוססת ועצמאית.

שכן, אם לא יונח לפני בית המשפט כל החומר הרלוונטי והמעודכן לעצור ולמעצרו, דהינו - חומר שגלומה בו התמונה הראייתית השלמה, לכל פרטיה הגלויים והחסויים, יהא שיקול דעתו מוגבל ותלוי במשיבים 1 ו/או 3. בנסיבות כאלה, במקום להעביר תחת שבט ביקורת את החלטות הרשות המבצעת ולהכריע בהן, עלול להפוך לחותמת גומי בידיה. כך בניגוד לכל דין.

"... יש חשיבות רבה בבדיקה יסודית של החומר על ידי השופט ובהקפדה על כך, שאכן תוגש לו כל ראיה הקשורה לעניין שלפניו." קובע הנשיא שמגר בפסק דין מנחה בעניין זכויות העצירים המנהליים.

בג"ץ 253/88 סג"דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 821.

"במישור הנורמטיבי והמוסרי כאחד, ברור כי נוכח האחריות המיוחדת המוטלת על השופט או השופטת כאמור, כיוון שהם בלבד שותפים לחומר שמציגות הרשויות עליהם להשתכנע כי לעיניהם מלוא התמונה".

בש"פ 8920/06 מג"די טעימה נגד מדינת ישראל, תק-על 2006(4), 1492 פסקה ד.

בג"ץ 2320/98 אל עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח פ"ד נב(3) 345, 359 – 362

26. חומר הראיות שבבסיס צו מעצר מנהלי הנו חסוי ברובו המכריע בפני העצור, זאת מעצם טיבו וטבעו של הליך זה. מצב דברים זה מהווה פגיעה קשה בזכויותיו הדיוניות של העציר, אשר, כלשון בית משפט נכבד זה, נאלץ "לנהל את מאבקו נגד צו המעצר כשעיניו מכוסות ואחת מידי קשורה".

עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 186.

### הרלוונטיות של החומר - החסוי והגלוי

27. חשיפת החומר החסוי היא בסמכותו של השופט ולא בסמכות הרשות המנהלית. מחובתו של שופט לחשוף בפני העציר וב"כ כל בדל ראיה שלגביה יגיע לידי מסקנה שזכות יסוד של העציר להלך חופשי ולהתגונן כראוי בפני צו מעצרו גובר על הסכנה הנשקפת לביטחון האזור.

סעיף 6(ג)שכותרו "דיני ראיות" לצו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה (יהודה ושומרון) (מס' 1226). התשמ"ח-1988;

עמ"מ 2/96 מדינת ישראל נ' אריה פרידמן מדינת ישראל נ' אריה פרידמן, תק-על 196(1), 124

בסמכותו של שופט ומחובתו גם לוודא אם קיימות ראיות נוספות על אלה שהוצגו ולהורות על מסירתן גם לידי העציר.

28. הראיות הגלויות, שהן בבחינת כבשת הרש של העציר המנהלי יש ועשויות הן לשרתו על הצד הטוב ביותר בהתמודדותו עם החומר החסוי בפניו.

29. על הרלוונטיות והחשיבות של זכ"דים, תוך התמקדות על זכ"דים מחקירתו שלו, להגנתו של העציר, מרחיב את הדיבור הנשיא היוצא של בית המשפט הצבאי לערעורים בהחלטה בעניינו של עבדאללה:

"חומר רלוונטי הוא כל חומר התומך בקביעה כי העצור מסכן את ביטחון האזור, אך גם כל חומר השולל קביעה זו... כפירת עציר במיוחד לו לעולם הינה רלוונטית... בעמ"מ איו"ש 29/00 ברגותי

נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש הבהרתי כי כפירת עצור רלוונטית ממש כמו הודאתו במיוחס לו. באותו מקרה ביקרתי את השימוש במונח חב"ש (חומר בטחוני שלילי). בהמשך מדמה הנשיא היוצא את הזכ"דים בהליך מנהלי וחומר חקירה בהליך הפלילי שחייב להימסר לעציר או לנאשם. בהתאמה.

עמ"מ אי"ש 9/01 עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, ניתנה ב-20 במאי 2001.

30. כאן המקום להוסיף, את כלל יסוד הקובע שכל רשות, לרבות הרשות השופטת, חייבת לפעול בכל מקרה כשבתשתית שיקוליה כל הנתונים הרלוונטיים, ואלה בלבד. והמדובר לא רק בעובדות אלא גם בעקרונות, ערכים ובנורמות השייכים לעניין, וזאת להבדיל מנתונים שאינם שייכים לעניין, שהם שיקולים זרים. הכלל ממשיך וקובע, שמחובת הרשות לבסס את החלטתה על כל הנתונים הרלוונטיים. התעלמות משיקול (או, נכון יותר - מנתון) ענייני היא פגם שיש בו כדי לפסול את ההחלטה, זאת בפרט אם מדובר בשיקול מרכזי שאילו נלקח בחשבון היה עשוי לשנות את ההחלטה.

בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 44 - 49 ;

בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים פ"ד מו(1) 271, 279,

בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 256 - 257

יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, נבו 1996, 740 - 745

### חלוף הזמן בלא חומר חדש

31. ככל שמתארכת תקופת המעצר המנהלי נדרש מידע כבד יותר כבסיס המאפשר חיזוי מסוכנותו של העציר ברמה של "קרוב לוודאי. ובלשונו של כבוד הנשיא בדימוס, אהרן ברק: "ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים יותר כבדי משקל כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת. עם חלוף הזמן הופך האמצעי של המעצר המנהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי."

דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פסקה 25

יתרה מזו:

"לא הרי מידע המתייחס למספר אירועים כהרי מידע המתייחס לאירוע בודד; לא הרי מידע ממקור אחד כהרי מישע ממקורות שונים; לא הרי מידע המבוסס, כל כולו, על דברי סוכנים ומודיעים בלבד כהרי מידע שנמצא לו ביסוס או חיזוק גם במסמכים שהוסגו על ידי שירותי בטחון או במודיעין הניזון בהפעלת אמצעים מיוחדים"

בג"ץ 5994/03 סדר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 6

"חוזק חומר הראיות שנדרש על מנת להאריך את המעצר המנהלי יכול וישתנה עם חלוף הזמן. חומר הראיות שיצדיק את הוצאת צו המעצר המנהלי יתכן שלא יהיה בו די על מנת להצדיק את הארכת אותו מעצר, וחומר הראיות שיצדיק הארכה של צו המעצר המנהלי יתכן שלא יצדיק הארכה נוספת שלו... יהיו

מקרים בהם אי השגת חומר ראיות עדכני לגבי עצור במעצר מנהלי תעמוד בעוכרי המשיב שעה שביקש להאריך את המעצר המנהלי במקרים אלה נאמר כי התשתית הראייתית העומדת לרשות גורמי הביטחון לא תוכל להצדיק עוד את הארכת המעצר המנהלי."

בג"ץ 5784/03 סלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פסקה 8, ניתן ביום 13.7.2003

**השאלה, האם יכולה להתקיים "ודאות קרובה לסכנה ממשית" בנסיבות המקרה בו עסקינן, תיענה בשלילה.**

### **סיכום ומסקנות**

32. התנהלותם של המשיבים בנוגע למעצר המנהלי של העותר חרגה מהמסגרת הנורמטיבית המחייבת אותם. נעלה רק את עיקרי הפגמים שבהתנהלות זו.

המשיב 1 נענה לבקשת משיב 3 והוציא נגד העותר חמישה צווי המעצר המנהלי עוקבים מבלי שהיתה לפניו תשתית ראייתית מספקת וכל המידע הרלוונטי שהיו עשויים לשנות את החלטתו.

המשיב 2 החליט לקבל את ערעור התביעה ולאשר את צו המעצר החמישי נשוא עתירה זו מבלי לבחון לאשורן את הראיות שהיו לפניו, על משקלן, פגמיהן והשפעתן על מיעו, או אף אובדן, חוסנו של צו המעצר המנהלי שהיה לפניו. ואכן, הוא לא נתן את דעתו לכך, שדוח תחקיר חשף ששיקולים פסולים שהיו ביסוד מעצרו המנהלי של העותר היו שם מלכתחילה. הוא לא אמד אל נכון את עומק פסלותם של שיקולים אלה, בהמעטו בערכו של דוח תחקיר בהיותו "חומר גלוי". הוא התעלם מהערכת מסוכנותו של העותר על ידי המשיב 3 בטבל"ם אליה הסב את תשומת לבו שופט קמא בהגדירה כ"סובלת שחרור". ומאידך גיסא ייחס משקל רב מעל לראוי, ואולי אף מכריע, לחומר מודיעיני חסוי שהיה בתשתית מעצרו הקודם של העותר, ממנו שוחרר בהחלטת שופט.

המשיב 3 לא סיפק תשתית ראויה להוצאת צו המעצר המנהלי.

הוא כשל ואף הכשיל בהתנהלותו, זאת בפרט בכל הנוגע לדוח תחקורו של העותר והעולה ממנו. ניסיון גיוס העותר, שיקולים עונשיים בין שיקולי המעצר המנהלי, הימנעות ממסירת הדוח והעלמת המידע שבו מהעותר, ולכאורה גם מבית המשפט, וכך במשך שנתיים, היא בבחינת התנהלות שלא כדין.

משקלם המצטבר של הפגמים בהתנהלות המשיבים יורד לשורש צו המעצר נשוא עתירה זו ופוסל אותו מלשמש אסמכתא חוקית למעצרו המנהלי של העותר.

33. בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

"בית משפט זה אומנם אינו יושב כערכאת ערעור על בית המשפט הצבאי ועל בית המשפט הצבאי לערעורים. יחד עם זאת, בהפעילו את בקורתו השיפוטית מתחשב בית משפט זה בפגיעה החמורה שנפגעות זכויות האדם של העצורים המנהליים, ומעניק לכך משקל נכבד שעה שהוא בוחן את התשתית שניעה את רשויות הביטחון לנקוט בצעד של מעצר מנהלי, ואת שיקול דעתם של בתי המשפט הצבאיים"

בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' מיום 13.7.03, פסקה 7

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

תמר פלג שריק, עו"ד

ב"כ העותר

24 בינואר 2007

### הנספחים לעתירה

צו המעצר המנהלי הראשון, מסומן ע/1

צו המעצר המנהלי נשוא עתירה זו, מסומן ע/1א

הפרוטוקול החלטה בביקורת השיפוטית על צו המעצר השלישי מיום 12.12.05, מסומנים ע/2

אמרת העותר (הודעת חשוד) מיום 16.10.06 מסומנת ע/3

דוח תחקור מיום 16.12.04 (עמוד 2 – 3) של המסמך המסומן ע/4

הפרוטוקול והחלטת השחרור בביקורת השיפוטית על הצו הנוכחי מיום 25.12.06, מסומנים ע/5

הודעת ערעור ובקשה למעצר מטעם התביעה הצבאית מסומן ע/6

פקודת המעצר עד למתן החלטה בערעור מסומנת ע/7

בקשת העותר, מסומנת ע/8

תגובת העותר לדחיית הדין בערעור מסומנת ע/9

הפרוטוקול החלטת המשיב 2 לקבל את ערעור התביעה מסומנים ע/10