

בענין: מוסטפה מחמד מחמד

ע"י ב"כ עוה"ד ל.צמל וא.ספייה

מטעם הסנגוריה הציבורית

רח' אבו עובידה 2 ירושלים

טל. 02-6273373 פקס. 02-6289327

ה מ ע ר ע ר

נ ג ד

ה מ ש י בה

מדינת ישראל

ערעור

על החלטה לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

מוגש בזאת ערעור לפי ס' 5(ד) לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים התשס"ב-2002 (להלן: "החוק").

הערעור נסב על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מפי כבוד השופטת סלוצקי בה נקבע:

א. יש יסוד סביר להניח כי המשיב "נטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל" ועל כן הינו לוחם בלתי חוקי, כהגדרתו בחלופה הראשונה בס' 2 לחוק.

ב. מאחר ופעולות האיבה נגד ישראל נמשכות על אף הפסקת האש, יש לראות מי שנטל חלק בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל כמי ששחררו יפגע בבטחונה (עמ' 17 להחלטה, ש' 23)

ג. יש לאשר את צו האלוף (מיל) יפתח רון-טל (שהוסמך במסגרת האצלת סמכויות על ידי הרמטכ"ל רב אלוף גבי אשכנזי, לחתום על צווי כליאה, להלן: "האלוף") לעצור את המערער כלוחם בלתי חוקי.

ד. מאחר והמערער, לדעת כל הנוגעים בדבר, הינו ככל הנראה כחולה נפש, הורה בית המשפט כי "בעוד חודש, לכל המאוחר, ישקול האלוף את החלטתו בשנית, בהתחשב בדיווח שיקבל משב"ס בדבר מצבו הנפשי של המשיב (המערער) ובהתחשב במצב הבטחוני". (עמ' 18 ש' 1 להחלטה).

הערעור יעלה שאלות משפטיות מובחנות במספר סוגיות:

1. איזה סוג התנהגות נכנס לגדר "נטילת חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל"
2. האם ניתן לכלוא על פי חוק הלב"ח מי שהוא חולה נפש, במיוחד בהינתן (כפי שעולה מהחלטת בית המשפט קמא) שאינו נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל.
3. האם במסגרת ההליך המשפטי על פי חוק זה רשאית המדינה לשלול מהכלוא ובאי כחוראיות רלבנטיות כגון הודעתו של הכלוא בחקירתו ונסיבות מעצרו בטענה כי מסירת ידיעות אלה תפגע בבטחון המדינה.

פרוטוקול הדיון בעניינו של המערער מיום 3.2.09 מצ"ב ומסומן "א".
החלטת בית המשפט מיום 12.2.09 מצ"ב ומסומן "ב".

ואלה נימוקי הערעור

א. כמה מילים אודות מעצר לוחם אחד בלתי חוקי

מעל הדיון בתיק זה מרחפת העובדה כי המערער לקוי בנפשו. נראה כי הוגיו ומתכנניו של החוק הקשה, "חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים", שנתכוונו להחזיק במאסר מתמשך ("עד תום מעשי האיבה") את אויבי המדינה, כלל לא התכוונו כי הוראות החוק תחולנה במקרה כזה, ותבאנה למעצרו של "לוחם" מן הסוג האמור. אפשר להניח כי המחוקק לא ציפה כי יהיה על המערכת כולה, על פרקליטיה ושופטיה להדרש למעצרו עד תום פעולות האיבה.

כפי שעלה מחקירתם הנגדית של אנשי השב"כ במהלך הדיון בערכאה הראשונה (נספח "א") הסתבר כי המערער נעצר על ידי חיילי צה"ל כשהוא מתקרב אליהם, ואין בידיו אמצעי לחימה כלשהם. לגירסתו המבולבלת של המערער בפני באות כחו, היה זה כדי לאמר לחיילים כי גם לפלסטינים יש זכויות וכי די במלחמה. לגירסת אנשי השב"כ היה זה כדי לבצע פיגוע. יש להניח כי חיילי צה"ל, כמו חוקרי השב"כ אחריהם, התרשמו כי מדובר באדם לקוי בנפשו, שאינו מהווה כל סיכון.

בנסיבות אלה לא יהיה זה בלתי מועיל להיזכר בסיפור ידוע ממקורותינו העוסק בהתייחסות ל"לוחם" לקוי בנפשו, של הצד היריב. במקרה אין זירת הארוע של התרחשות הסיפור התנכי רחוקה ממקום התרחשות מעצרו של המערער.

כאשר נמלט דוד מפני שאול, הגיע אל ממלכת גת, סמוך לרצועת עזה, ורצה לבקש בה מחסה, אך הבין כי אין לו סיכוי ואז:

"וישם דוד את הדברים האלה בלבו וירא מאד מפני אכיש מלך גת, וישנו את טעמו בעיניהם ויתהלל בידם ויתו על דלתות השער ויורד רירו אל זקנו. ויאמר אכיש אל עבדיו, הנה תראו איש משתגע למה תביאו אותו אלי? חסר משוגעים אני כי הבאתם את זה להשתגע עלי? הנה יבוא אל ביתי?" (שמואל א' כא' 13)

דוד התחזה למשוגע והניח, ובצדק, שאכיש מלך גת לא יהין לפגוע במשוגע!! והנה, משנזדמן לחיילי צהל ולחוקרי השב"כ משוגע אמיתי, שאינו מתחזה, והם כולם, אחד אחרי השני היו מודעים לשגעונו, היו איוורים יותר מאכיש מלך גת, ולא אמרו את המתבקש:

- האלוף מוציא הצו לא אמר "הנה תראו איש משתגע למה תביאו אותו אלי?"
- חוקרי השב"כ המגינים על המשך מעצרו לא אמרו "חסר משוגעים אני כי הבאתם את זה להשתגע עלי?"
- ובית המשפט, שאישר את הצו, לא שאל "הנה יבוא אל ביתי?"

ככל הידוע לח"מ במהלך המלחמה האחרונה בעזה, נעצרו במתכונת היצוקה בעופרת של "לוחמים בלתי חוקיים" למעלה מ-20 עצורים. חלקם הגדול, כ-12 איש, שוחרר לפני שהובא בפני שופט לאישור צו המעצר! היה, אם כן, מי שפקפק בשיקול הדעת הראשוני של האלוף ובכשרות הצווים שהוציא נגד עצורים שלוקטו כנראה מכל הבא ליד. כאשר כ-12 איש שהוכרזו כלוחמים בלתי חוקיים הוחזרו לעזה, למה איתרע מזלו של המערער?

נסיבות מעצרו של המערער

כאמור לעיל, נעצר המערער כיון שהגיע סמוך אל קבוצה של חיילי צה"ל ששהתה בעזה, והחל לשאת דברו אליהם. בשפתו העילגת ובתקשרות לקוייה ביותר הסביר לבאות כחו כי רצה לדבר לחיילים כנזכר לעיל.

במהלך הדיון הגלוי (עמ' 6 לשיבת 3.2.09) נשאל עד השב"כ על נסיבות מעצרו. הוא לא ידע לתת תשובה, ולפיכך הועבר השרביט ל"עו"ד שמואל"י שענה:

" אני מהשב"כ ואני מכיר את פרטי העניין. המשיב נתפס בעת שניסה לבצע פיגוע. כך הדיווח שהתקבל אצלנו, וזו הסיבה שהוא נעצר והועבר להמשך טיפול" (ש' 23).

בהמשך החקירה אישר עו"ד שמואל כי הדיווח של החיילים מהשטח לשב"כ מתועד, אך לטענתו סודי ואין להעבירו לידי ההגנה:

"לשאלה מה מונע לתת את הדיווח להגנה, אני משיב שזה לא חומר שלי, אני מקבל אותו מהשטח, ואני לא יכול לעשות בו שימוש מעבר למה שאני צריך" (עמ' 7 ש' 1).

ועוד פניני חשאיות:

"לשאלה מהו התוכן של מה שנמסר אני משיב שהנסיבות שבהן הוא נתפס מעידות על ניסיון לפגוע בחילי צה"ל והודאתו מאמתת את כוונותיו" (עמ' 7 ש' 3).

"לשאלה מה היו המילים בהן השתמשו חיילי צה"ל שדיווחו לשב"כ, ומדוע הן חסויות, אני משיב שמדובר במידע של גורמי צבא, שאני לא יכול לעשות בו שימוש מעבר להצגתו לבית המשפט" (עמ' 7 ש' 5).

והנסיבות עצמן, העירומות, החשופות, של מעצרו ?

"לשאלה אם היו על המשיב אמצעים לביצוע התאבדות בעת שנתפס, **אני משיב שהוא נתפס ללא האמצעים**" (עמ' 7 ש' 14)

"לשאלה האם על פי הדיווח המשיב התקרב לחיילי צה"ל, אני משיב שכן. אני לא יודע להגיד במטרים מאיזה מרחק מחיילי צה"ל הוא נתפס" (עמ' 7 ש' 17).

ולשאלה אם באמת היווה איום ובשל תקלה חיילי צה"ל לא ירו בו

"אני לא יודע איך התנהגו חיילי צה"ל. אין בפני טענה שהיתה מניעה בנשק של החיילים לירות במשיב" (עמ' 7 ש' 19).

לסיכום שאלת **נסיבות מעצרו** של המערער נראה כי גירסתו המגומגמת והלקוייה של המערער היא הנכונה ביותר – חיילי צה"ל בתוככי רצועת עזה נבהלו קמעה מחולה נפש שרצה להסביר להם שדי במלחמה. אולם הם לא איבדו עשתונות ולא חיסלו אותו, כפי שהיו וודאי עושים אילו היו חשים איום כלשהו, אלא עצרו אותם וסיימו מלאכתם.

יש לבוא, איפוא, בטענות דווקא אל מי שחקר אותו והפך את העלוב ל"לוחם" ועוד ל"לוחם בלתי חוקי".

איך יכלנו לדעת שהמערער חולה נפש?

תמיהה כזו לא העלו לא החיילים, לא חוקרי השב"כ אף לא האלוף. כולם כולם וכל העת סברו כי אין מדובר באדם יציב בנפשו:

"לשאלה ממתי התעורר לראשונה חשד בדבר שפיות נפשו, אני משיב שבמהלך חקירתו".

"לשאלה מתי היה הרושם שהמשיב לא יציב, אני משיב שאין לי אינדיקציה מדוייקת על כך, זה היה במהלך חקירתו" (עמ' 8 ש' 20).

ובכן, מתי היה "מהלך חקירתו"?

"החקירות בוצעו בתאריכים שבין מעצרו לתאריך 16.1.09" (עמ' 5 ש' 20)

הוא נעצר ביום 12.1.09.

לשאלה אם גורמי צה"ל שעצרו אותו דיווחו כי נעצר חולה נפש או חשוד במחלת נפש, אין איש השב"כ יכול לענות. הוא אומר (עמ' 9 ש' 5)

"...אני לא יודע מה ההתרשמות של אנשי הצבא והכוחות בשטח ממצבו הנפשי, זה לא מופיע בדיווחים שקיבלתי".

אולם גורמי שב"כ חשדו ממש כי מדובר בחולה נפש:

"לשאלה אם המשיב נחקר האם הוא היה בטיפול נפשי אי פעם אני משיב שאני רוצה להתייעץ" (עמ' 9 ש' 7). ומיד בהמשך עובר שרביט המענה ליועמ"ש:

"עו"ד שמואל: אני מאשר שהמשיב נשאל על כך במהלך חקירתו, המשיב השיב לשאלה הזאת.

העד ממשיך: תשובות המשיב סודיות" (עמ' 9 ש' 10).

ומה עשו גורמי שב"כ לאחר שחשדו כי מדובר בחולה נפש?

"לשאלה אילו צעדים ננקטו בעקבות הרושם הזה, והאם ננקטו צעדים, אני משיב שהמשיב הועבר למסלול החוק. הוא הובא בפני רופא, לא רופא פסיכיאטר, כמו כל עצור. לא לקחנו אותו לפסיכיאטר"

האם אפשר שגורמי שב"כ וצה"ל, לא יכלו לחבור לשיחת טלפון אחת ויחידה עם בני משפחתו של המערער כדי לברר את מצבו ועברו הנפשי?

הפרקליטה מטעם המדינה סיכמה את המצב העובדתי:

"היה רושם למי שפגש את המשיב במהלך חקירתו שהוא אינו יציב נפשית, עד היום ידוע לי שרשויות שב"כ לא בדקו אותו מיוזמתם..." (עמ' 3 ש' 15).

ועוד פסקה:

"אעיר כבר כאן שאיני סבורה שיש הגנה של אי שפיות לפי החוק (הכוונה לחוק לוחמים בלתי חוקיים – ל.צ.), ואין צורך לקבוע כשירות או אחריות" (עמ' 3 ש' 20).

לבית המשפט ואף לפרקליטות הועברו תעודות רפואיות שהתקבלו ממשפחתו של המערער לפיהן הוא היה בטיפול נפשי אף וביקר במרכז הקהילתי של עזה לתכנית למחלות נפש, וקיבל תרופות פסיכיאטריות, וכן אישור כי היה מאושפז בבי"ח פסיכיאטרי ממשלתי בעזה, ואובחן כסובל מסכיזופרניה.

עמדת הסנגוריה היא כי לאור הליקוי הנפשי הבולט, ונסיבות המעצר הממחישות אותו, ובהינתן שחיילי צה"ל אינם מצויים עוד בסימטאות עזה, לא היתה כל הצדקה לכלוא את המערער וכי היה על רשויות צה"ל להחזירו לביתו.

ב. הטלת חסיון גורף ובלתי מוצדק

"חוק הלוחמים הבלתי חוקיים" הינו חוק חדש, שמלכתחילה ברור כי פגיעתו בזכויות אדם קשה, ועל כן יש לנקוט כלפיו אמות מידה מצרות במיוחד. בית המשפט העליון קבע בעמ"ס 7750/08 פלוני נ. מ.י. (ס' 8) כי יש לתת להגדרות המנויות בחוק זה **פרשנות זהירה**", בשל טיבו.

לפיכך המנעותה של כבוד השופטת קמא מלחייב את המשיבים להשיב על שאלות שונות שנשאלו במהלך הדיונים פוגעת פגיעה קשה במרווח הדחוק והמצומצם שנותר לה להגנה בתיק כזה.

בעמ' 12 לפרוטוקול מיום 3.2.09 (נספח "א") החליט בית המשפט קמא באופן לאקוני ובלתי מנומק כי עד השב"כ יהיה פטור מלענות לרבות מהשאלות הבסיסיות שהוצגו לו בעת החקירה הנגדית. בחינה עניינית תראה כי העמדה לפיה מתן תשובות לעניינים אלה יש בה לפגוע בבטחון המדינה אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת.

למשל, האם יעלה על הדעת, באיזה מותב שלא יהיה, כי הודעה שנכתבה מפי הנחקר תהיה חסוייה מפני הנחקר וסנגוריו? וכי סודות מיוחדים עלולים להחשף כתוצאה מכך?

בוודאי לא! העילה היחידה לשמור על סודיות ההודעה של המערער (הודעות משטרותיות וזכ"די שב"כ) היא מפאת תכנה המזכה או לפחות מעורר תמיהות!

כי הרי ההגנה קיבלה לעיונה (בשל דרישות החוק) מסמך שנגבה, לכאורה, מפי המערער. היא קיבלה את מסמך השימוע שנעשה בפני קצין ששמו נמחק ביום 15.1.09, ערב החלטה על מעצרו כלוחם בלתי חוקי. כאן דבריו של המערער אינם חסויים ומגלים מיד במי מדובר:

"אני בעד מי שיביא את הזכויות לעם הפלסטיני. אני רוצה לחזור לבית שלי בעזה. ראיתי חמושים בעזה של חמאס, וביקשתי לעזור להם בהתנגדות לכיבוש, אך לא נענית".

מצ"ב מסמך "ג"

הנה תיאור משלים לדבריו בע"פ לגבי משנתו המדינית ולגבי פעלו. הוא ראה פעם (לא נאמר מתי) קבוצה של אנשי חמאס וביקש להצטרף, ואלה, בעמדם כנראה על טיבו וטבעו, סרבו לקבלו.

מדוע לא נשאל בשימוע גלוי אם התכוון לבצע פיגוע? מדוע לא עומת עם הקשים שבחשדות? **מדוע אין בפני ההגנה כל תיעוד אמיתי של התבטאויותיו של המערער בגינן הוכרז כלוחם בלתי חוקי?**

טעה בית המשפט פעם אחר פעם

במנעו מן ההגנה לקבל את זכרונות הדברים מחקירת המערער, במנעו מן ההגנה לקבל את הודעתו המשטרית (בוודאי קיימת) של המערער, ובמנעו תשובות לשאלות אלמנטאריות בדבר המערער.

הודעות וזכ"דים, אפילו בהליך של מעצר מנהלי, הינם חומר מותר ולגיטימי. על אף הבטחותיו של בית המשפט קמא פעם אחר פעם **"לאחר שאשמע במעמד המבקשת בלבד את נימוקי החיסיון ... אחליט בנדון"**, בית המשפט לא בדק, ולא קיבל החלטה סבירה.

גם לאחר ישיבת בית המשפט עם חוקרי השב"כ לא קיבלה ההגנה אינפורמציה החיונית לה:

- א. לא התקבלו נתונים היכן התקיימה החקירה, למרות שהוגש מסמך המציין כי המערער נמצא ב"שדה תימן" (עמ' 4 ש' 17);
- ב. לא התקבלו נתונים באילו מועדים נחקר המערער (עמ' 6 ש' 1);
- ג. לא התקבלו נתונים, על אף הבטחות בית המשפט, לשאלה "מה היו המילים בהם השתמשו חיילי צה"ל שדיווחו לשב"כ" (עמ' 7 ש' 5 ואילך);
- ד. בית המשפט הבטיח להחליט אם לחשוף התשובה לשאלה אם המערער גויס אי פעם לחמאס או ארגון אחר (עמ' 8 ש' 1);
- ה. ב"כ השב"כ לא השיב אם המשיב היה פעיל ממש בארגון חמאס (עמ' 8 ש' 12);

1. בית המשפט הבטיח להחליט לאחר עיון בחומר להתיר תשובה סתומה לשאלה -מה היו תשובותיו של המערער לשאלה אם היה אי פעם בטיפול נפשי – התשובה שנתן בית המשפט היתה "המשיב השיב תשובות שונות בענין זה" (עמ' 10 ש' 1) (עמ' 12 ש' 2);
2. ב"כ המשיב סירב להשיב לשאלה אם השב"כ העביר המלצה לאלוף לעצור את המשיב ובימ"ש לא אילצו לכך (עמ' 10 ש' 12);
3. נציג השב"כ לא השיב לשאלה אם נעשתה השוואה בין אמירותיו בזכ"דים לבין אמירתו בשימוע (עמ' 10 ש' 15);

המערער לא היה חבר בחמאס. האם "נטל חלק בפעולות איבה נגד ישראל"?

יש לשים לב כי בית המשפט קמא, לאחר שעיין בחומר החסוי, לא קיבל את עמדת המדינה וחוקרי השב"כ בדיון, ולפיה המערער הינו פעיל חמאס. בית המשפט קמא קבע כי המערער הינו לוחם בלתי חוקי רק על פי החלופה הראשונה של הגדרה זו, כלומר שיש יסוד סביר להניח כי "נטל חלק בפעולות איבה נגד ישראל". בית המשפט נמנע מלקבוע כי גם החלופה השניה של הגדרת לוחם בלתי חוקי, המדברת ב"מי שנמנה עם כח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל" מתקיים לגבי המערער.

וכך קבע בית המשפט (נספח ב' עמ' 17 ש' 14):

"החומר שהונח בפני מבסס "יסוד סביר להניח" כי המשיב "נטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל" ועל כן הינו לוחם בלתי חוקי כהגדרתו בחלופה הראשונה בס' 2 לחוק" (נספח ב' עמ' 17 ש' 14)

בית המשפט לא ציין שהחומר הסודי שהוגש לו פירט פעולות איבה שבוצעו בידי המערער כנגד מדינת ישראל, מעבר להתקרבותו לחיילים ללא כל אמצעי לחימה. גם לא נשמעה טענה מפי המדינה לביצוע פעולות איבה אחרות מטעם המערער, מעבר להתנהגות האמורה.

על רק עובדות אלה עולה השאלה המשפטית, האם ניתן להגדיר פנייה כזו לחיילים כ"פעולות איבה". נראה להגנה כי הפרשנות הראוייה למונח זה נוגעת לפעילות שנועדה לפגוע בחיילים או לכל הפחות להעמידם בסיכון וזאת לא היה בענייננו.

ואם התכוון בית המשפט קמא כי על פי הודעתו של המערער (שכאמור לא הועברה לידי באות כחו) הביע המערער כוונה לבצע פיגוע כנגד חילי צה"ל, נשאלת השאלה המשפטית האם הבעת כוונה כזו ובלא אמצעים, עולה עד כדי "נטילת חלק בפעולות איבה".

הסנגוריה טוענת כי הפרשנות הראוייה של החוק היא כי רק מי שביצע פעולות איבה ממש יילכד ברשתו של החוק, ולא מי שאך תכנן לבצע פעולות כאלה. אין לאמר כי לוחם בלתי חוקי הוא כל מי שתכנן וחלם לקחת חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל. החוק נועד לאפשר רק את כליאתם של מי שנטלו חלק בפעולות איבה ממש.

סגה, איפוא, בית המשפט קמא כאשר קבע כי התקרבות לחיילים ללא כל נשק מצד אדם לקוי בנפשו הינה פעולת איבה, ואף אם תכנן כזו, אין הוא יכול להחשב כמי שנמנה עם כח המבצע פעולות איבה נגד ישראל, ולפיכך הינו לוחם בלתי חוקי.

לגבי זיקה בין המערער לחמאס, אמר בית המשפט קמא (נספח "ב" עמ' 17) :

"כפי שעולה גם מהחומר הגלוי, הודה המשיב בחקירתו כי הינו פעיל לחמאס, וכי התכוון לבצע פיגוע התאבדות מול כוחות צה"ל בעת שנתפס ברצועה במהלך מבצע "עופרת יצוקה". גם בשימוע שנערך למשיב אמר המשיב, "ראיתי חמושים בעזה של חמאס וביקשתי לעזור להם בהתנגדות לכיבוש, אך לא נעניתי".

התנייה דמסייע שמביאה כבוד השופטת לביסוס ה"חברות" הוא בדיוק שלילת אפשרות של חברות בחמאס.

ואילו ברישא, הסתמך בית המשפט קמא על סיכומי השב"כ שהונחו בפניו בבקשה לביקורת שיפוטית, במקום על חומר גלם ממשי, הנחוץ כדי לאשר הכרזתו של אדם כ"לוחם בלתי חוקי".

גם מבלי לראות את החומר החסוי, אין לח"מ כל ספק כי המערער מעולם לא התקבל לשורות חמאס (כנראה הכל רואים שהוא חולה נפש) ומעולם לא נעשה בו חבר.

לסיכום פרק זה יש להזכיר קביעה נוספת של בית המשפט קמא, הנראית שגוייה. זוהי קביעה שלא בא זיכרה בטענות הפרקליטות, אף לא בבקשת השב"כ לאישור הצו, ולפיכך לא נעשתה לגביה כל חקירה נגדית :

"...מחומר שהונח בפני נראה כי המשיב לוקה בנפשו. יחד עם זאת, נראה כי ארגוני הטרור משתמשים באנשים חלשים ובפגועי נפש מסוגו של המשיב כדי לבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל".

מהיכן שאב בית המשפט קמא את האינפורמציה המוחלטת הזו? לא נמצא כל ביסוס לקביעה זו, והיא לא עמדה בכל מבחן ראייתי פשוט.

ואם זוהי הסיבה למעצרו של המערער, הפחתת מספר חולי הנפש המסתובבים ברצועת עזה מחשש ניצולם, אדרבא, יפתח קו ייבוא עזה-ישראל של כל חולי הנפש וכל החולים הסופניים

וכל הנשים שנזנחו בידי בעליהן, וכל אלמנות המלחמה, וכל הקטינים רפי השכל, ייובאו כולם לישראל ופג החשש מפני ניצול החלשים בידי ארגוני טרור, ובא שלום על ישראל.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי הכרזתו של המערער כלוחם בלתי חוקי משוללת כל בסיס.

פעולת התאבדות? – אין בכך כל ממש

בס' 6 לבקשה לקיום ביקורת שיפוטית בהתאם לס' 5 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקים התשס"ב 2002, טוענת סגן בכיר וממונה לפרקליטת מחוז מרכז כי "המשיב הודה בחקירתו כי הינו פעיל חמאס, וכי התכוון לבצע פיגוע התאבדות מול כוחות צה"ל בעת שנתפס ברצועה".

כאמור, ההגנה לא קיבלה לידה "חקירתו" של המערער, ואין כל דרך לבדוק מה אמר בכל אחת מחקירותיו. בחקירה הגלויה היחידה, היינו, ב"שימוע" שצוטט לעיל, אין כל אינדיקציה לכל פעילות בחמאס או לכל פיגוע התאבדות.

האינדיקציה השניה שיכלה לחזק הטענה כי בעת שנעצר רצה לבצע פיגוע התאבדות מול חיילי צה"ל אף היא ריקה מתוכן. הרי לא נמצאו עליו כל אמצעים לבצע פיגוע, וחיילי צה"ל אשר היו בתוככי הרצועה בעת שנתקלו בו, לא חששו כלל לחייהם, לא ירו על המערער, לא חיסלו אתו ולא שיתקו אותו. כך אין נוהגים במי שמשוכנעים כי אותה עת רצה לבצע פיגוע התאבדות.

בית המשפט הנכבד חוזר ומתבקש לקבוע כי לא היה כל יסוד להכרזה האמורה.

חלופת המעצר המנהלי

ב"כ המערער הביאה אל בית המשפט את פסק הדין המנחה של כבוד השופט ג'ובראן, עמ"ס 7750/08 בו פסק כי הכלוא שהוגדר בבית המשפט המחוזי כלוחם בלתי חוקי, ואשר ביהמ"ש המחוזי התרשם כי הינו "מחובר לתא משפחתי הפועל בשטחי רצועת עזה, תא משפחתי אשר רכש לו, בין היתר "מיומנות מן המדרגה הראשונה בתחום הברחות אמצעי לחימה ואשר יש לראות בו כח עוין שביצע ומבצע פעולות איבה נגד המדינה. בית המשפט התרשם ממעמדו הדומיננטי של המערער בתא משפחתי זה, וממסוכנותו העצמאית לבטחון המדינה".

בית המשפט העליון קבע כי לא מצא כי באותו מערער התקיים התנאי הראשון, היותו לוחם בלתי חוקי כאמור בס' 2 לחוק.

"סעיף זה מציב שתי אפשרויות להיכללות בהגדרה זו – "קבוצתית" (הימנות על כח המבצע פעולות איבה) או "אישיות" (נטילת חלק בפעולות איבה, במישרין או בעקיפין) ... לאור הפרשנות הזהירה שיש לתת להגדרות המנויות בחוק זה, איני מוצא כי עניינו של המערער נכנס לגדרן של הגדרות אלה ... לא מצאתי כי ניתן לאמר שהמערער נימנה על כח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל.... במסגרת הראיות שהוצגו בפני לא מצאתי

ראיות הנוגעות להשתייכות ארגונית ממשית כלשהי של המערער, או לפעילות במסגרת ארגון טרור כזה או אחר"

ועוד קבע בית המשפט העליון:

"קרי, אין די שהאדם הנדון יימנה על שורותיו של גוף כלשהו העוין את המדינה ושיש בקיומו סכנה לבטחונה, אלא עליו להיות גוף המבצע באופן פעיל ומאורגן פעילות טרור כנגד מדינת ישראל..."

"גם בהתאם לאלטרנטיבה "האישית" לא מצאתי כי המערער נכנס לתחומי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" על פי ס' 2 לחוק. אפשרות זו עניינה כאמור בנטילת חלק של האדם בפעולות איבה, בין במישרין ובין בעקיפין. בענייניו של המערער לא מצאתי כל ראייה המצביעה על כך שנטל חלק ממשי בפעולות איבה נגד ישראל".

"מוצא אני כי ניתן להסתפק בענייניו במעצר מינהלי על פי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט-1979... מחומר הראיות שהוצג בפני עולה בבירור מסוכנותו לבטחון המדינה. אלא שמניעת מסוכנות נקודתית זו תואמת יותר את ההסדרים הקבועים בחוק המעצרים המנהליים – אשר חרף היות פגיעתם קשה בפני עצמה, הרי שנופלת היא בקיצוניותה מפגיעתם של הסדרים הקבועים בחוק לכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים".

בפני בית המשפט קמא בבאר שבע הובא התקדים האמור. שגה בית המשפט קמא באבחנתו תקדים זה כלא רלוונטי מאחר ומשפחת העצור דנא סחרה בנשק. הגדרת כבוד השופט ג'ובראן מדברת בעד עצמה. ב"כ המערער הפנתה את בית המשפט לתקדים זה לאמר – רק אם עולה מחומר בלתי ידוע להגנה מסוכנות אישית אמיתית וברורה - אזי יש לשקול מעצר מנהלי.

אולם מעצר מנהלי אינו פטור משיקולי החוק בדבר כליאה של חולה נפש, בדבר בדיקת האחריות הפלילית של אדם כזה והסמכות לכלאו מאחורי סורג ובריח.

סיכום

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי נפלו פגמים ממשיים בהליך אישור הצו לכליאתו של המערער כלוחם בלתי חוקי, כי בכל מקרה אין לכלוא כ"לוחם בלתי חוקי" אדם שהינו חולה נפש שספק אם הוא אחראי למעשיו ואינו מסוגל לעמוד לדין, כי המערער הספציפי אינו עונה להגדרות השונות של "לוחם בלתי חוקי", וכי במהלך הדיונים המשפטיים לאישורו של צו כליאת לוחם בלתי חוקי יש לאפשר להגנה ולמשיב חשיפה מירבית לחומר הראיות הלכאורי.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על שחרורו לאלתר של המערער.

ל.צמל, עו"ד
ב"כ המערער

19.02.2009