

בית המשפט העליון  
בשבתו כבית המשפט לערעורים

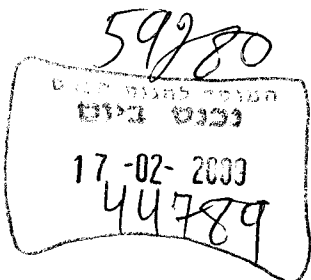
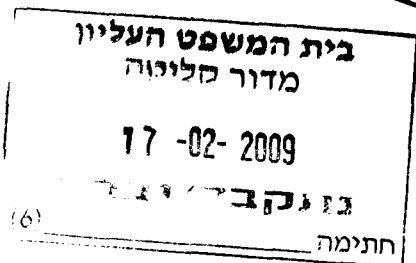
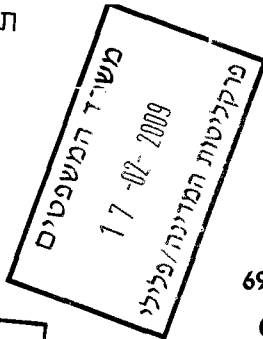
לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים  
התשס"ב - 2002

בית המשפט העליון

ע"פ 1510/09

נ. מדינת ישראל

תאריך הגשה: 17/02/09



המערער:

אלעתאמנה, ת"ז

ע"י ב"כ עו"ד תמר פלג שריק מ.ר. 11899

מהמוקד להגנת הפרט, ר"ח התנאים 12, ת"א 69209

טל. 03-6421859, 03-308199-0507, פקס. 03-7440621

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, רחוב צאלח א-דין 27,

ירושלים 9100

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי באר שבע אשר ניתנה בבש

020071/09 ביום 19.1.09.

בהחלטתו אישר בית המשפט קמא הנכבד את צו הכליאה אשר הוצא נגד המערער ביום 7.1.09 לפי

חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב - 2002.

בקשה לדיון דחוף

המערער עצור על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב - 2002. לטענתו המבוססת

עובדתית ומשפטית, צו הכליאה הוצא נגדו בהתבסס על טענות עובדתיות שגויות ובהליכים פגומים

משפטית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את הערעור לדיון דחוף.

## תמצית הערעור

המערער, אלעתאמנה, הנושא ת"ז כלוא בבית הסוהר קציעות, זאת, לטענת המשיבה, במעמד של "לוחם בלתי חוקי" כהגדרתו בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב - 2002 (להלן – "החוק").

המערער הוא יליד 1976, תושב בית-חאנון שבצפון מזרח רצועת עזה, נשוי ואב לששה. מאז מעצרו ביום 5.1.09, המערער חוזר וטוען בפני הרשויות שהוא איש פתח ועובד בשרות הביטחון של הרשות הפלסטינית שלה נתונה נאמנותו. טענותיו לא נבדקו על ידי המשיבים. כעולה מהמסמכים הרשמיים של הליכי הכליאה, לרבות הליך השימוע, טענו הגורמים הפועלים מטעם המשיבה, שהוא "לוחם בלתי חוקי" וייחסו לו השתייכות לחמאס. המערער הכחיש את המיוחס לו.

רק בהליך הביקורת השיפוטית, ביום 15.1.09, נמסר לו שהטענה היא, שהוא נמנה עם בכירי החזית הדמוקרטית.

יודגש, שבניגוד לקביעת בית המשפט קמא בסעיף 4 להחלטתו, המערער לא הכחיש בעת השימוע שהוא נמנה על החזית הדמוקרטית, זאת משום שטענה זו לא הועלתה לפניו באותו מעמד ולא נרשמה ב"טופס הליך שימוע". טופס הליך השימוע שהיה נספח ה' לבקשה לקיום ביקורת שיפוטית מצורף לערעור ומסומן ע/2-ה.

בנוסף לפגם זה בהליך השימוע, היורד לשורש הצו, נפלו פגמים נוספים שונים בהליכים המנהליים והשיפוטיים שעל יסודם אושר צו הכליאה נגד המערער על ידי בית המשפט המחוזי באר שבע. הליכים אלה לא רפאו את הפגמים אשר נפלו במהלך ההליכים המנהליים. הם אף הוסיפו עליהם בעיקר בכך שבמהלכם לא הורשה המערער להעיד.

הטענות העובדתיות בערעור זה בוססו על מסמכי המשיבה, על הפרוטוקול וההחלטה של בית המשפט המחוזי באר שבע ועל תצהירו של המערער. כולם נספחים לערעור זה.

## הנספחים

הטענות העובדתיות שבערעור זה מבוססות על הנספחים כדלהלן:

- תדפיס תצהירו של המערער מסומן ע/1;
- דף חשבון בנקאי המהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר, מסומן ע/1א;
- בקשת המשיבה 1 לקיום ביקורת שיפוטית מסומנת ע/2 ונספחיה א – n;
- מכתב ב"כ המערער לפצ"ר ותשובתו של הפצ"ר מסומנים ע/3 ו-ע/3א - בהתאמה;
- פרוטוקול הדיון בביקורת השיפוטית מסומן ע/4;
- החלטת שופט קמא בביקורת השיפוטית מסומנת ע/4א.
- מכתב המאשר שהמערער הוא עובד הרשות הפלסטינית מסומן ע/5

## ההליכים המנהליים

1. ראשיתם של ההליכים המנהליים שננקטו נגד המערער בלידה שבין 4.1.09 ל-5.1.09. בסמוך לשעה 3 לפנות בוקר הקיפו כוחות הביטחון הישראליים את שכונת המגורים של בית חאנון שבה נמצא ביתו של המערער. התושבים נצטוו לעזוב את בתיהם, בחוץ רוכזו הנשים והילדים ובנפרד מהם - הגברים. מבין סך של כ-25 הגברים נבחרו למעצר 6 מבלי שנבדקה תחילה זהותם. המערער היה ביניהם. הנשים והילדים הוחזרו לבתיהם. המערער פנה לחייל שבא לעצרו ואמר לו שהוא עובד הרשות הפלסטינית והציג לפניו תעודת עובד במודיעין הכללי של הרשות הפלסטינית ובה פרטיו האישיים ותמונתו. החייל נטל ממנו את התעודה, אשר לא הוחזרה לו עד עצם היום הזה.

2. ששת העצורים, שידיהם נאזקו ועיניהם כוסו, נצטוו ללכת נכחם. בהגיעם לארז הוכנס המערער לחדר שבקומה השניה של הבניין הניצב שם. לאחר שהורדה הרטייה מעיניו ראה לפניו את חוקרו. היה זה אותו חייל עצמו אשר קיבל מידיו את תעודת העובד שלו בעודנו בבית חאנון ולא החזירה.

החוקר שאל את המערער האם הוא איש חמא"ס. המערער חזר על הדברים אשר מסר ביחמתו בבית חאנון, לאמור: הוא איננו איש חמא"ס, כי אם איש הרשות הפלסטינית וכו'. הוא הוסיף שהיה גם נהג מונית אך חודש קודם לכן נאסר עליו להמשיך בעיסוקו זה על ידי החמא"ס, בגלל השתייכותו לפת"ח ואף עצרו אותו ליומיים והחתימו אותו על התחייבות להימנע מלעבוד כנהג מונית, שאם לא כן יחייבוהו בקנס של 2,000 ש"ח.

החוקר שאל, האם המערער מוכן להשיב על שאלותיו ולשתף עמו פעולה. המערער השיב שאין לו מידע ולעומת זאת יש לו משפחה לפרנס. בזאת סירב להצעה.

3. בהמשך כיסו שוב את עיניו, הורידו אותו במדרגות והעלו אותו על משאית שבה הועבר למתקן צבאי, שם שוב נחקר. היה זה, למיטב זכרונו, ביום 6.1.09. עיניו בעת הנסיעה נותרו מכוסות ולפיכך אין הוא יודע את מיקומו של מתקן זה. החקירה הייתה "בוטה", כך בלשון ההמעטה של המערער בתצהירו. גם הפעם חזר המערער על דבריו בקשר להשתייכותו הארגונית ומקום עבודתו. אחרי החקירה הועבר לבדו לקציעות.

תדפיס תצהירו של המערער נספח לערעור ומסומן ע/1

4. "הוראת כליאה זמנית" שתוקפו 96 שעות, אשר נחתמה על ידי סרן דורי, קצין מודיעין עוד ב- 5.1.09 שעה 20:50, נומקה בקיומו של "יסוד סביר להניח" שהמערער הנו "לוחם בלתי חוקי כמשמעו בחוק".

את סמכותו להוציא את ההוראה שאב קצין מודיעין סרן דורי (שם משפחתו נמחק ואף מספרו אישי אינו מופיע), מ"כתב קביעת תפקידים" מיום 2.1.09 שבו קבע הרמטכ"ל מתוקף סמכותו לפי סעיף 3(א) לחוק הלוחמים, שמי שדרגתם מסרן ומעלה והם "קציני מודיעין וקציני משטרה צבאית" "יהיו מוסמכים להורות על כליאה זמנית של מי שקיים יסוד סביר להניח שהוא לוחם בלתי חוקי עד קבלת החלטה בדבר צו כליאה".  
"כתב קביעת תפקידים" ו"הוראת כליאה זמנית" נספחים ומסומנים ע/2-ב, ג/2-ג - בהתאמה.

5. ביום 7.1.09 הובא המערער בפני סא"ל (מ"ל) יחיא, אשר הוסמך על ידי הרמטכ"ל כמצוות סעיף 3(ב)(1) לתת לו "הזדמנות להשמיע את טענותיו", לרשמן ולהביאן לעיונו של הקצין שהוסמך לחתום על צו הכליאה. כאמור ב"טופס הליך שימוע" הסביר סא"ל יחיא למערער, "שהצו הוצא משום שיש יסוד סביר להניח כי הוא לוחם בלתי חוקי וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה". המערער מוסיף בתצהירו, שהקצין אמר לו באותו מעמד שמספרים עליו כי הוא "איש חמא"ס".  
שמו של ארגון אחר כלשהו לא הזכר על ידי מי מהצדדים ולא נרשם בטופס.

את תשובתו פתח המערער באומרו: "אני שייך לארגון פתח ולא חמא"ס". בהמשך דבריו, שנרשמו ב"טופס הליך שימוע" הנושא את התאריך ה-7.1.09, מסר את גרסתו המפורטת בדבר היותו איש הרשות הפלסטינית וכו'. "אין בסיס לגמרי לנאמר לעיל" - הוסיף.  
כתב הסמכה וטופס הליך שימוע נספחים ומסומנים ע/2-ד, ה/2-ה - בהתאמה

6. יצוין, שהח"מ שמעה על השתייכותו של המערער לפתח ועל עבודתו ברשות הפלסטינית, עוד לפני שנפגשה עם המערער, וזאת בשיחת טלפון מיום ג' ה-6.1.09 עם תושב בית חאנון, אשר מכיר את המערער אישית. המערער חזר על דברים אלה בפגישתו הראשונה עם הח"מ בכלא קציעות, ביום 8.1.09.

7. צו הכליאה נגד המערער נחתם ביום 7.1.09 על ידי האלוף יפתח רון טל שהרמטכ"ל, בתוקף סמכותו לפי סעיף 11(א) לחוק, האציל לו ביום 2.1.09 לפי סעיפים 3 ו-4 לחוק, זאת לשם קיום השימוע.

צו הכליאה הוצא, כאמור בו, מכיוון שיש למי שחתום עליו "יסוד סביר להניח על בסיס המידע שהובא בפניו שהכלוא הוא לוחם בלתי חוקי כמשמעו בחוק וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה". בצו הכליאה לא מוזכר "בסיס המידע" שהובא לפני האלוף או העילה שבגינה הוגדר המערער כ"לוחם בלתי חוקי" כאמור לעיל.

כעולה מן האמור לעיל, המידע שהובא לפני האלוף הוא זה שנרשם בטופס השימוע, קרי - היות המערער לוחם בלתי חוקי וכו', וכי המערער מכחיש שהוא איש חמא"ס וטוען להיותו איש פתח ועובד הרשות.

**צו הכליאה נספח לערעור ומסומן ע/2-1**

צו הכליאה נמסר לידי המערער רק ביום 8.1.09 בשעות אחה"צ המוקדמות, בעת ביקורו על ידי ב"כ הח"מ. כאמור, במהלך ביקור זה הבהיר המערער לח"מ שהוא שייך לארגון הפתח ועובד בשירות הביטחון של הרשות הפלסטינית.

8. טענות אלה של המערער הובאו לידיעת הפצ"ר במכתב אשר שלחה ב"כ הח"מ בפקסי בשובה מהפגישה עם המערער, בערבו של יום ה-8.1.09. במכתב נאמר בין היתר: "לאור המידע אשר בידי, מרשי הנ"ל לא נטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל... והוא אף לא נמנה עם ארגון חמאס. אדרבה, משכבר הימים ואאל עתמנה הוא איש פתח ובמהלך שלוש השנים האחרונות הוא היה מועסק ע"י הרשות הפלסטינית במסגרת שירות הביטחון שלה. בידי [הייתה] תעודה המעידה על תפקידו זה.

...לאור הנתונים הנ"ל כליאתו של ואאל עתמנה כלוחם בלתי חוקי היא כליאת שווא... המתנה לשם הכרעה בטענותיו עד להבאתו בפני שופט תאריך ותחמיר את הפגיעה בזכויותיו ובשלטון החוק". מכאן הבקשה "לאמת את העובדות ולהסיק את המסקנות המתבקשות".

בתשובה מיום 11.1.09 החתומה ע"י רס"ן גוטלר סמך הפצ"ר את ידיו על התנהלות המשיבה. במכתבו נאמר, כי "המידע המצוי בידי גורמי הביטחון מקים יסוד סביר להניח כי הוא לוחם בלתי חוקי" וכי הפצ"ר "לא מצא...עילה להתערב". במכתב לא נאמר אף לא ברמז שהפצ"ר או מי מטעמו בחנו את טענות המערער או הורו על בחינתן. פנייתו של המערער הועברה לעיון הפרקליטות לקראת הדיון בפני בית המשפט המחוזי שלפניו הובא עניינו.

**9. עד ל-15.1.09 לא העלתה המשיבה בהליכי הוצאת צו הכליאה את שם החזית הדמוקרטית ולא טענה שלמערער קשר כלשהו לארגון זה. אין בידי המערער לדעת כיצד נולדה אצל המשיבה גרסה זו, שהובאה לראשונה בפני בית המשפט בהליך הביקורת השיפוטית.**

## **ב. ההליך השיפוטי**

10. ביום 15 בינואר 2009 התקיימה, בפני כבוד הנשיא של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בקורת שיפוטית על צו הכליאה של המערער. הבקשה לקיום ביקורת שיפוטית נמסרה לח"מ דקות בודדות לפני הדיון. ב"כ המשיבה עו"ד אלדד הפנה את בית המשפט לסעיף 6 שבבקשה, תוך שציין כי סעיף זה "כולל תמצית מותרת להעברה למשיב של החומר המודיעיני שנאסף בעניינו".

מהעיון באותו סעיף 6 נמצאו למדים לראשונה שלמערער מיוחסת פעילות בחזית הדמוקרטית. יש להניח, שכפי שגירסה זו בדבר עילת הכליאה לא הובאה לידיעת המערער קודם לדיון, היא אף לא הובאה לידיעת גורמי צה"ל, שהשתתפו בהוצאת צו הכליאה.

11. נחזור ונדגיש: ביום 7.1.09 נערך למערער שימוע במצוות החוק. כלשון סעיף 3(ב) (1) לחוק, ניתנה לו "הזדמנות להשמיע את טענותיו", בתגובה לכוונה להוציא נגדו צו כליאה. ברם, עילת הכליאה שהתגובה עליה היא כל תכליתו של השימוע, לא נמסרה לו.

תנאי זה, שרק בהתקיימו קמה הסמכות להוציא צו כליאה לא קיים. לשון סעיף 3(ב) (1) סייפא ברורה. בנסיבות הקבועות ברישא של הסעיף, רשאי הגורם המוסמך להוציא צו כליאה "ובלבד שלא יוציא צו כאמור אלא לאחר שניתנה לכלוא הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני קצין בדרגת סגן אלוף ומעלה..." (ההדגש לא במקור). למערער לא ניתנה הזדמנות כזו.

12. תמונת המצב העובדתי – משפטי היתה לפני בית המשפט קמא הנכבד. אף על פי כן בחר הוא להתעלם מבקשת המערער לדחות את הדיון, כדי שהמדינה תבדוק את שתי הגירסאות שלה, ואת טענות המערער. (טענות משפטיות בדבר מהותה של זכות טעון התוצאה שלילתה במקרה זה יועלו בהמשך).

13. זאת ועוד. בית המשפט הנכבד קמא אף סירב לאפשר למערער להעיד במהלך הדיון בביקורת השיפוטית. זאת, על אף בקשתה המפורשת של הח"מ (ראו עמ' 9-8 לפרוטוקול הדיון). בכך, פגע בית המשפט הנכבד קמא בזכות המערער להליך הוגן, ומנע קיום הליך שיפוטי הוגן לבחינת חוקיותו של צו כליאה.

14. לבקשתה, הורשתה ב"כ המערער לחקור קצרות את איש השב"כ המכונה "אבי", האחראי על תיקו של המערער. תשובותיו של המכונה "אבי" היו ברורות, ומהן עלה באופן מובהק כי מעולם לא נבדקה גירסתו של המערער שהוא איש פתח ועובד הרשות. לא לאחר שזו נמסרה ונרשמה במסגרת הליך השימוע, ולא לאחר שליחת המכתב לפצ"ר, שהועבר לפרקליטות. לטענתו של "אבי", לא היה בכך צורך.

יתרה מזו, הרושם שהתקבל מתשובותיו של המכונה "אבי" היה, שמצד אחד השב"כ אינו בקיא בזאת והליכותיו של המערער, אך מצד שני גם בטוח בגירסתו ואינו מעוניין לבחון אותה ואת טענות המערער, כדי להציג בפני בית המשפט ממצאים מבוססים יותר. בית המשפט הנכבד קמא שגה, משלא הורה לשב"כ לעשות כן.

15. בהחלטתו, בית המשפט הנכבד כלל לא מתייחס לפגמים הקשים, אשר נפלו בהליכים המינהליים. הוא אינו מזכיר את השינוי המשמעותי, שחל בגירסת המדינה באשר להשתייכות הארגונית של המערער; הוא אינו מתייחס לעובדה, שלמערער גירסה עובדתית שלא נבדקה; והוא אינו מזכיר כלל את חקירתו של המכונה "אבי".

16. בפסקה 4 להחלטתו קובע בית המשפט שבשימוע שנערך למערער ביום 7.1.09 "...הכחיש [המערער] שהוא נמנה על החזית הדמוקרטית...". לקביעה זו אין כל בסיס במסמכים הרשמיים והיא אף נוגדת הן את הרשום בידי סא"ל יחיא בטופס הליך שימוע (ע/2-ה) והן את טענתו של המערער שגרסת המדינה בדבר שייכותו, כביכול, לחז"ד נמסרה לו לראשונה ביום 15.1.09 בדיון בביקורת השיפוטית, ואילו קודם לכן נטען באוזניו שהוא איש חמאס.

בית המשפט הנכבד חוזר ודן בשימוע בפסקה 7 להחלטתו. שם מבלי להתייחס לתוכן השימוע, הוא מסתפק בקביעה (הנכונה כשלעצמה), שקצין בדרגת אלוף ערך את השימוע ולפיכך יצא השימוע ידי חובת סעיף 3(ב)(1) על כל חלקיו.

בכך פוטר את עצמו בית המשפט הנכבד מדיון בשאלת תוקפו של צו, אשר הוצא למעשה ללא קיום שימוע כדין.

17. בית המשפט סומך את ידיו על המיוחס למערער, באמצו, מבלי לנמק, את סעיף 6 לבקשת המדינה כלשונו. הוא אינו מתייחס לשאלה האם עומד החומר החסוי במבחני ראיות מנהליות. הוא אינו דן בהיקפו ובמהימנותו, בפירוט שבו, במספר מקורותיו או באמינותם. תחת זאת, מביא בית המשפט הנכבד מובאות מהפסיקה הקובעת את הנדרש.

זאת ועוד. בית המשפט הנכבד קובע, ללא כל נימוק, וכאמור אף מבלי ששמע את המערער או הרשה לו להעיד, שטענתו בדבר חברותו בפתח, ובדבר היותו עובד מנגנון הביטחון היא "בלתי מבוססת". בית המשפט הסתפק בחומר החסוי, שנמסר לו על ידי זרועות המשיבה, ולא ערך כל בדיקה או בחינה נוספת של טענות הצדדים.

פרוטוקול הדיון בביקורת השיפוטית בבית המשפט המחוזי באר שבע, בש 020071 נספח ומסומן ע/3  
ההחלטה בביקורת השיפוטית בבית המשפט המחוזי באר שבע, בש 020071 נספחת ומסומנת ע/3א

ג. שלילת זכות הטיעון.

18. זכותו של אדם להישמע, טרם פגיעה בזכויותיו בידי רשות מינהלית, היא זכות יסוד חוקתית, המהווה חלק בלתי נפרד מהזכות להליך הוגן. לעניין מהות חובת השימוע וטעמיה, יפים דברים של י. זמיר בספרו "ההליך המנהלי":

"כלל השימוע דורש כי הרשות המנהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו לפנייה. הוא מטיל חובת שימוע על הרשות המנהלית ומקנה, מן הצד השני, זכות טעון לאדם שעשוי להיפגע על ידי ההחלטה המנהלית... טעמים טובים תומכים בכלל זה. ראשית, מבחינתו של אדם שעשוי להיפגע מהחלטה מינהלית, השימוע נותן לו, כמי שקרוב ובקי בעניין הנדון, הזדמנות להעמיד דברים על דיוקם ולהציג בפני הרשות מידע ושיקולים המדברים בזכותו... מבחינת הרשות המנהלית, המידע והשיקולים המוצגים על ידי מי שנוגע בדבר משלימים את תשתית הנתונים, מבהירים את הבעיה שהרשות צריכה להכריע בה ועשויים לשפר את תהליכה"

19. ברי, כי חובת השימוע מקבלת חשיבות מיוחדת, כאשר מדובר בהחלטה שלטונית, הפוגעת בזכות יסוד כגון הזכות לחירות. פגיעה בחירותו של אדם, ללא שימוע כדון, היא פגיעה בזכות החוקתית לחירות, הסותרת את פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעצר, ללא שימוע נאות, הוא מעצר שרירותי.

20. מתוך הכרה בחשיבות השימוע כערובה מרכזית למניעת כליאת שווא, חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים קובע חובה מובהקת לשימוע אדם לפני הוצאתו צו כליאה. כלשונה של ההוראה הקוגנטית שבסעיף 3(ב)(1):

"היה לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי כלוא [מכוח הוראת כליאה זמנית] הוא לוחם בלתי חוקי וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה, רשאי הוא להוציא צו בחתימת ידו (בחוק זה – צו כליאה), ובלבד שלא יוציא צו כאמור אלא לאחר שניתנה לכלוא הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני קצין בדרגת סגן אלוף ומעלה שהסמיך הרמטכ"ל לעניין זה..."

מהסעיף עולה, כי קיום שימוע נאות הוא תנאי לחוקיותו של צו כליאה.

במקרה דנן, מהמסמכים שצורפו לערעור עולה, שלמילוי חובה זו הוסמך כדון סא"ל (מי"ל) יחיא וכי הוא פגש את המערער במסגרה הזמן כחוק. אלא שמבחינה מהותית, תוכן השימוע – כביטוי של י. זמיר בספרו – דהינו ההודעה שמסר סא"ל יחיא למערער בדבר עילת מעצרו – היתה שגויה. בנוסף לאמירה כללית בדבר הנסיבות המצדיקות שימוש בסמכות הכליאה על פי החוק, המודפסות על גבי טופס השימוע הסטנדרטי, מסר סגן האלוף למערער, כעילת מעצרו שלו, את היותו איש חמאס. על עילה זו הגיב המערער בהכחשה ובטענה שהוא איש פתח ועובד הרשות הפלסטינית. העובדה, כי הטענה חבר ב בחזית הדמוקרטית ופעיל צבאי בה כלל לא הועלתה בשלב זה, מנעה ממנו להגיב על כך.



על מצבים מעין אלה כותב י. זמיר (שם, ע' 816), כי " הזכות לשימוע שווה כקליפת השום אם לא מקדימה אותה הודעה מאת הרשות המוסמכת על מהות העניין הנדון... ואכן מה יטען אם אינו יודע מה הרקע או הטעם להחלטה הצפויה להוציא נגדו צו כליאה. ודוק, ככל שהפגיעה הצפויה קשה יותר, כך עולה יותר לא רק חשיבות השמיעה, אלא גם רמת השמיעה הנדרשת. זאת בין היתר בדיוק ובהיקף" (זמיר, שם, 740 – 745) (כמובן בכפוף לשיקולי הביטחון, אך הללו לא מילאו כל תפקיד במקרה הנדון).

20. אם לא די בכך כדי לפסול את צו הכליאה הרי ברי, שבעקבות ההליך הפגום הנייל נבצר מן האלוף לשקול את עיקר השיקולים הרלוונטיים (בעיני המשיבה) להחלטתו, בעוד את מקומם תפסו נתונים שגויים (בעיני המשיבה והמערער כאחד). פגם כזה כשהוא לעצמו יורד לשורש החלטתו להוציא את צו הכליאה. לא היה בידי מערער להתמודד עם טענה זו ולהכחישה הואיל ובית המשפט לא התיר לו להעיד לפניו. למעשה, האלוף הורה על כליאתו של המערער בשל היותו, על פי החשד, איש חמאס – טענה, אשר גם לשיטת המשיבה, התבררה לאחר מכן כבלתי רלוונטית לחלוטין. כאשר האלוף קיבל את ההחלטה להורות על כליאת המערער, הוא הסתמך על טענה שגויה של המשיבה, ועל הליך שימוע אשר התייחס אך ורק לטענה שגויה זו.

21. די בטעויות אלה, אשר נפלו בהליך המינהלי לכל אורכו, ובשינוי הפתאומי שחל בטענות המשיבה בהליך הביקורת השיפוטית, כדי לחייב את פסילת צו הכליאה לפגמים אלה מצטרפת ומוסיפה להם משקל סבילותם של הגורמים מטעם המשיבה כלפי טענות המערער בדבר זהותו הארגונית והמקצועית, אותן חזר ושנה באוזניהם, כמפורט בפרק א'. גורמים אלה, שמחובתם לספק מידע ביטחוני אמין, הכשילו בהימנעותם ממילוי חובתם לחקור, את מבצע השימוע, שא"ל יחיא ואת אלוף יפתח רון טל אשר חתם על צו הכליאה. הם הביאו להוצאת צו כליאה נגד האדם הלא נכון, הוא המערער, על סמך חומר שאין בו כדי להוכיח שהוא לוחם בלתי חוקי מסוכן.

22. בנסיבות המקרה צו הכליאה שעה שהגיע לביקורת שיפוטית היה כלא היה, בטל ומבוטל, והיה על בית המשפט הנכבד קמא לקבוע זאת.

#### **ד. הפן המשפטי - הליך הביקורת השיפוטית**

23. אפשר ויטען הטוען, שניתן היה לנסות ואולי אף להצליח לרפא את הפגמים, ולהפיח רוח חיים בבר מינן. אולם תחת זאת, במהלך הדיון ובהחלטה חזר ושגה בית המשפט קמא הנכבד ואף העמיק את שגיאותיה של הרשות המנהלית.

מעבר לפגמים הפרוצדוראליים, אשר היו צריכים כשלעצמם להספיק לקביעת בטלות צו הכליאה, גם במישור המהותי היה על בית המשפט הנכבד להורות על ביטול הצו. שגה בית המשפט הנכבד קמא, משנמנע מלהתמודד עם הקושי המהותי, שהתעורר בפניו בקשר לצו הכליאה.

קושי זה הוא בקיומן של שתי גרסאותיה של המשיבה בדבר הארגונים המיוחסים למערער-חמאס וחזית דמוקרטית - על השוני הרב ומרובה הפנים ביניהם. מצב דברים זה היה צריך לעורר ספק של ממש בלב בית המשפט, ביחס לעצם זהותו של המערער וביחס לאמינות החומר החסוי. על כך מתווסף הפירוט, הגלוי לעיני כל, שבטענות המערער בדבר היותו דווקא איש פתח ועובד הרשות הפלסטינית, דהיינו - בעל זהות אישית, חברתית ופוליטית שונה מאד מכל אחת מאלה המיוחסות לו על ידי המשיבה.

בית המשפט קמא לא הסיר את הספק ואף לא התמודד עם הקושי הנ"ל.

24. הדיון שנערך בבית המשפט המחוזי באר שבע וההחלטה שניתנה בו לא עמדו בעקרונות ובמבחינים שבהלכתו של בית משפט נכבד זה, שעניינם הביקורת השיפוטית על המעצר המנהלי לפי חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) תשלי"ט - 1979. מבחינים ועקרונות אלה יושמו על כליאה מכוח החוק, בפסק דינה של הנשיאה בע"פ 6659/06 פלוניס נגד מדינת ישראל, נבו (להלן - "פס"ד פלוניס"). להלן עיקריהם.

25. העילה לא תוכח אלא בראיות מנהליות שרק אותן יביא בית המשפט בחשבון שיקוליו  
בית משפט נכבד זה הדגיש בפלוניס את חובתו של בית המשפט, הבוחן צו כליאה, לבדוק קיומן של ראיות ברורות ומשכנעות להוכחת עילת המעצר. שגה בית המשפט הנכבד קמא משלא בחן את ראיות המשיבה בזהירות הנדרשת, על מנת להבטיח עמידה במבחן זה. שגה בית המשפט הנכבד קמא, משהורה על המשך כליאתו של המערער, על אף הקשיים המהותיים שבגירסאות המשיבים, ועל אף טענותיו הברורות של המערער, שכלל לא נבדקו. כדברי בית המשפט הנכבד בעניין פלוניס:

"בית משפט זה כבר פסק בעבר כי נוכח היותו של המעצר המנהלי אמצעי חריג וקיצוני ובהתחשב בפגיעתו בזכות החוקתית לחירות אישית, נדרשות ראיות ברורות ומשכנעות על-מנת להוכיח סיכון ביטחוני המקים עילה למעצר מנהלי (ראו: פרשת עגור, בעמ' 372, שם נקבעה הלכה זו ביחס לאמצעי של תיחום מגורים. עוד ראו והשוו: דברי השופטת א' פרוקצ'יה בעמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258 (2004), בעמ' 264; בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247 (1982), להלן: פרשת בראנסה), (250).

נראה כי ראוי לפרש באופן דומה את הוראותיו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

משמעות הדרישה לקיומן של ראיות ברורות ומשכנעות הינה כי יש לייחס חשיבות לכמות ולאיכות הראיות נגד העצור וכן למידת העדכניות של החומר המודיעיני הרלוונטי נגדו; ניתן ללמוד סיכונים אלה ממידע קונקרטי בדבר פעולות העצור בעבר (ראו: דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת בראנסה, בעמ' 249-250; בג"ץ 11026/05 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל (פורסם בנבו), 22.12.2005, להלן: פרשת פלוני), בפסקה 5). עם זאת, לשם מעצר

ארוך-טווח לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, יש צורך בראיות מינהליות מספקות ואין די בראיה יחידה בדבר פעילות חד-פעמית שבוצעה בעבר הרחוק.

26. לא די בהיות הראיות מנהליות, על השופט להידרש למהימנותן

בית משפט נכבד זה אף הדגיש בפלונימ את חובת השופט לבחון את מהימנות הראיות המנהליות, המובאות בפניו. כפי שבית המשפט הדגיש:

"יודגש כי נוכח הבעייתיות הטמונה בהסתמכות על ראיות מנהליות לצורך מעצרו של אדם, פיתחה המערכת השיפוטית במשך השנים כלי בקרה ובחינה של החומר המודיעיני, ככל שהדבר ניתן בהליך מן הסוג המתקיים בביקורת השיפוטית על מעצרים מנהליים. במסגרת ההליך האמור, נדרש השופט לשאלת תקפותן ומהימנותן של הראיות המנהליות המוגשות בפניו ולהערכת משקלן. בעניין זה, נפסק בבג"ץ 4400/98 ברהם נ' שופט משפטאי. פ"ד נב(5) 37 (להלן: עניין ברהם), בעמ' 346, מפי השופט ת' אור כדלקמן: זכותו הבסיסית של כל אדם באשר הוא אדם לחירות אינה סיסמה ריקה מתוכן. ההגנה על ערך יסודי זה מחייבת ליצוק תוכן משמעותי להליך הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי. במסגרת זו, אני סבור כי השופט משפטאי רשאי וצריך להידרש לא רק לשאלה האם על פני הדברים הייתה הרשות המוסמכת רשאית להחליט את שהחליטה על בסיס החומר שהיה בפניה; על השופט להידרש גם לשאלת מהימנותו של החומר המוגש, כחלק מהערכתו בדבר משקל החומר. אכן, העובדה ש"חומר" מסוים הינו ראיה מינהלית כשרה, אינה פוטרת את השופט מלבחון את מידת מהימנותו על רקע הראיות האחרות ומכלול נסיבות המקרה. בתוך כך, אין בתג של "ראייה מינהלית" כדי לפטור את השופט מן הצורך לדרוש ולקבל הסברים מאת הגורמים המסוגלים לספק אותם. לומר אחרת, פירושו להחליש עד מאד את תהליך הביקורת השיפוטית, ולאפשר שלילת חירות לפרקי זמן ממושכים, על בסיס חומר דל ובלתי מספק. תוצאה כזו אינה מתקבלת על הדעת בשיטת משפט הרואה בחירות האדם זכות יסוד.".

שגה בית המשפט הנכבד קמא, משנמנע מלבחון את מהימנות החומר, אשר הוגש לו מטעם המשיבה. שגה בית המשפט הנכבד, משקיבל באופן אוטומטי את עמדת המדינה, מבלי לתת את הדעת לסתירות שהתגלו בגרסאותיה, ולטענות המערער בדבר השתייכותו לפתח ובדבר היותו עובד הרשות הפלסטינית. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, אף מבלי לאפשר למערער להעיד, ומבלי להורות למשיבה לבדוק בשנית את טענותיו. יש בכך כדי לסתור באופן מובהק את הלכת בית משפט נכבד זה בדבר החובה לבחון את חומר הראיות לעומקו.

27. תפקידו המיוחד של שופט הדן במעצר מנהלי

בפס"ד פלוניס, בית המשפט הנכבד הכיר בבעייתיות העמוקה, הטמונה בכליאתו של אדם על סמך חומר חסוי, באופן המונע ממנו להתגונן כראוי מפני הטענות נגדו. בנסיבות אלה, בית המשפט הדגיש, מוטלת על השופט חובה מיוחדת, לבחון את הראיות בזהירות יתירה ולשמש "פה" לעצור:

"... נוכח הבעייתיות הטמונה בהגשת ראיות חסויות במעמד צד אחד, מצווה בית-המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר מנהלי לנהוג בזהירות ובקפדנות רבה בבחינת החומר המובא לעיניו בלבד. בנסיבות כאמור, מוטלת על בית-המשפט חובה לנהוג במשנה-זהירות ולבחון את החומר החסוי המוגש לו במשקפיו של העצור, שאינו נחשף לחומר ואינו יכול לטעון נגדו. ובלשונה של השופטת א' פרוקצ'יה: "...על בית המשפט חובה מיוחדת לנהוג זהירות יתירה בבחינת החומר החסוי, ולהיות לעצור "לפה" מקום שהוא אינו נחשף לחומר נגדו ואינו יכול להתגונן" (בג"ץ 11006/04 קאדרי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בבנו), (פסקה - 42-43)

במקרה דן, לא רק שבית המשפט הנכבד קמא לא שימש "פה" לעצור, אלא הוא אף סתם את פיו של המערער, ומנע ממנו את הזכות המינימאלית להעיד ולמסור את גירסתו בהליך החשוב כל כך, בו הוכרע גורלו. בנסיבות העניין - ולאור הפגמים החמורים, שנפלו בהליך המינהלי בו הוצא צו הכליאה נגד המערער - היה בהתנהלות זו של בית המשפט הנכבד כדי להביא לפגיעה מיוחדת בזכויות המערער.

#### ד. הפן המשפטי: מהות נטל ההוכחה המוטל על המשיבה

28. בנוסף לפגמים הפרוצדוראליים, ובראשם שלילת זכות הטיעון היורדת לשורש צו הכליאה, ושליטת זכות המערער להעיד בהליך הביקורת שיפוטית, ספק רב הוא אם המשיבה תוכל להרים את הנטל להוכיח חוקיותו של הצו על פי הפרמטרים של הדין המהותי. בפרמטרים אלה דנה בהרחבה הנשיאה ביניש בפס"ד פלוניס הנ"ל.

29. מסגרת נימוקיה של המשיבה להוכחת חוקיותו של צו הכליאה מוגדרת על ידי תכליתו של החוק: "החוק לא נועד לאפשר החזקת בני ערובה כ'קלפי מיקוח'... החוק נועד למנוע חזרה למעגל הלחימה של מי שמסכן את בטחון המדינה במסגרת פעילותו או השתייכותו לארגון טרור". (פסקה 6)

על המשיבה להוכיח, אפוא, את מסוכנותו האישית של המערער. דוק: כאמור לכל אורך פסק הדין – להוכיח, וזאת בראיות מנהליות, כאמור לעיל.

30. "סמכות המעצר מכוחו [של החוק] מותנית בקיומה של עילת מעצר המבוססת על מסוכנות אינדיבידואלית של העצור", כך חוזר ושונה פסק הדין.

לפיכך, על המשיבה להוכיח שהמערער נכנס בגדר ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי". ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק דורשת להוכיח כי העצור עצמו נטל חלק או השתייך לכוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל. וכאמור בסעיף 3(ב), עילת המעצר מכוח החוק קמה רק בנוגע למי שיש לגביו יסוד סביר להניח "כי שחרורו יפגע בביטחון המדינה". דרך משלימה, להצביע על החובה להוכיח מסוכנות אישית, קבועה בסעיף 5(ג) לחוק הקובע כי בית המשפט המחוזי יבטל צו מעצר שהוצא מכוח החוק ... כשאין בשחרורו של העצור כדי לפגוע בביטחון המדינה... לכך יש להוסיף, כי בהתאם לתכליתו של החוק, נועד המעצר המנהלי למנוע את חזרתו של "הלוחם הבלתי חוקי" אל מעגל הלחימה, באופן המצביע על השתייכותו למעגל זה מלכתחילה". (פסקה 20)

31. "נהה כי כן, לצורך מעצר מכוח החוק הנדון לפנינו, על המדינה להוכיח בראיות מנהליות כי העצור הינו "לוחם בלתי חוקי" ..., דהינו, שהוא נטל באופן ישיר או עקיף חלק שיש בו תרומה ללחימה, ודוק: חלק שאינו זניח או שולי, בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל; או כי העצור השתייך לארגון המבצע פעולות איבה, ואז יש להתחשב בזיקתו ובאופי תרומתו של העצור למעגל הלחימה של הארגון במובנו הרחב של מושג זה". (פסקאות 20 – 21)

32. שתי חזקות קבועות בחוק.

החזקה שבסעיף 7 הקובעת כי שחרורו של עצור יפגע בביטחון המדינה (כנדרש בסעיף 3 לחוק) עשויה להיות רלוונטית רק לאחר שהמדינה הוכיחה שהתקיימו בעצור תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי". "סעיף 7 אינו מאיין את החובה המוטלת על המדינה להוכיח את מסוכנותו של העצור..." – נפסק בפלוניס. עם זאת, בעניין פלוניס, בית המשפט קיבל את עמדת המדינה, לפיה אין היא נוהגת להסתמך על החזקה הקבועה בסעיף 7 לחוק. בנסיבות אלה, נמנע בית המשפט הנכבד מלבחון את חוקיותה, אולם הוא הבהיר, כי ככל שתופעל החזקה בעתיד, ניתן יהיה לשוב ולבדוק אם היא עומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חזקה זו, המעבירה לכתפי הכלוא נטל ראייתי קשה ובלתי סביר, פוגעות באופן חמור בזכויות הכלוא, בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה של חוק היסוד.

לענייננו, ולמעלה מן הצורך, יש להבהיר כי בכל הנוגע לחזקה שבסעיף 8, זו לא היתה יכולה להועיל למשיבה במקרה דנן. זאת, משום ששר הביטחון לא הוציא תעודה כאמור בסעיף 8 לחוק, כי החזית הדמוקרטית היא "כוח מסוים", ה"מבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל". בנסיבות אלה, גם אילו נכונה היתה טענת המשיבה, כי המערער משתייך לארגון זה (וכאמור לעיל, טענה זו אינה נכונה

כלל), היה על המשיבה להוכיח, כי יש בכך כדי להפוך את המערער ל"לוחם בלתי חוקי", המסכן באופן אישי את הביטחון.

### ה. מידע רלוונטי נוסף התומך בגרסת המערער

34. המערער מביא בזאת לפני בית משפט נכבד זה הן בערעורו טענות עובדתיות שלא טען בפני בית המשפט המחוזי באר שבע, זאת הואיל ורק ביום 3.2.09, דהיינו - אחרי הדיון לפניו - עלה בידי ב"כ המערער לפגוש אותו בנסיבות שאפשרו לו למסור אותן לידיעתה בתצהיר. כאמור לעיל, תדפיס התצהיר נספח לערעור ומסומן ע/1.

35. בית המשפט הנכבד מתבקש להביא טענות עובדתיות אלה בחשבון שיקוליו.

36. הלכתו של בית המשפט העליון היא, שלהבדיל מסדרי הדין בערעור פלילי, הכלל הוא כי בית המשפט לערעורים על המעצר המנהלי מכוח חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), תש"ל"ט – 1979 (להלן – "חוק המעצרים") דן בראיות חדשות המובאות לפניו על ידי מי מהצדדים.

לטענת המערער, מן הראוי לפרש באופן דומה את הוראותיו של החוק. את טענתנו אנו מבססים על הדמיון הרב בהוראות הסעיפים, הדנים בהליכי ערעור בשני החוקים, ועל פסק דינה של כבוד הנשיאה בפרשת פלוניס, אשר חזרה ונזקקה לשם פרשנות החוק לפסיקה בדבר חוק מעצרים.

38. כאמור בחוק בסעיף 5(ד) בו – "החלטת בית המשפט המחוזי ... ניתנת לערעור ... לפני בית המשפט העליון...; לבית המשפט העליון יהיו כל הסמכויות שהוענקו לבית המשפט המחוזי לפי חוק זה." לשונה של הוראה זו דומה ללשון סעיף 7 סיפא, שכותרתו "ערעור", לחוק המעצרים שהיא: "לבית המשפט העליון יהיו כל הסמכויות שהוענקו לנשיא בית המשפט המחוזי לפי חוק זה".

סעיף 7 לחוק המעצרים פורש, כאמור לעיל, בפסיקתו של בית המשפט העליון תוך הבלטת רוחב סמכויותיו של בית המשפט עליון בשבתו כבית המשפט לערעורים על המעצר המנהלי, ועל דרך של הבדל בין הערעור הפלילי לערעור על מעצר מנהלי. לטענת המערער פרשנות זו חלה אף על הערעור מכוח החוק.

39. בעמ"מ 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון פ"ד נה(4), 919, 922 פסק השופט מצא:

"הביקורת השיפוטית על החלטה המאשרת צו מעצר מינהלי אינה מוגבלת לבחינת הכרעתה של הערכאה הראשונה על פי אמות מידה ערעוריות גרידא ועל יסוד תשתית עובדתית שעליה נתבססה ההחלטה. ערכאת הערעור על החלטה בהליך של מעצר מינהלי אף אינה יוצאת ידי חובה בבחינת החלטתו של נשיא בית המשפט המחוזי, אלא מוטל עליה גם את צדקת המעצר גופו הן על יסוד

החומר שהיה לפני הנשיא והן לאור עובדות נוספות המובאות לפניו, לרבות עובדות שהתרחשו לאחר מתן ההחלטה המקורית. נמצא כי הדיון בערעור על החלטה לאשר מעצר מנהלי מהווה, למעשה ידיון מחדש' בצו המעצר. עמד על כך השופט בך בעמ"מ 2/94 בן יוסף נ' שר הביטחון בשאלת הערעור על המעצר המנהלי מכוח חוק המעצרים, הלכה הפסוקה היא ש"הביקורת השיפוטית בערכאת הערעור על החלטה לאשר מעצר מינהלי מהווה, למעשה, ידיון מחדש' בצו המעצר". כך בלשונו של השופט מצא ב 5652/00 עביד נ' שר הביטחון, פ"ד נח (4) 920, 922. בהמשך מצטט השופט מצא בהסכמה מדברי השופט בך בעמ"מ 2/94 וכן "מדברים ברוח דומה" של השופטות שטרסברג-כהן אשר קבעה: "... אין למנוע מהצדדים להעלות בפני בית משפט טענות נוספות על אלה שהועלו בפני בית משפט קמא ולבקש לעיין בחומר נוסף על זה שהיה בפני בית משפט קמא, כשהתכלית היא לערוך בדיקה מחודשת על מנת לאפשר ביקורת שיפוטית על שלילת חירותו של אדם על ידי מעצר". עמ"מ 6/97 פלוני נגד מדינת ישראל, תקדין- עליון, כרך (2)97 תשנ"ז – תשנ"ז/תשנ"ח – 1997, פסקה 4.

גם השופט גרוניס קבע שהביקורת המופעלת בערעור על מעצר מנהלי "דומה לזו של שמיעה מחדש (DE NOVO) מאשר לביקורת ערעורית רגילה." (עמ"מ 8788/03 נעם פדרמן נגד שאול מופז, שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176 פסקה 14). וראו גם דברי השופטות פרוקצ'יה בעמ"מ 8607/04 טלי פחימה נגד מדינת ישראל, פסקה 9.

#### 40. להלן טענותיו העובדתיות הנייל של המערער:

- א. המערער נעצר יחד עם רבים אחרים כאלמוני. זהותו התבררה לעוצריו רק לאחר מעצרו;
- ב. עילת מעצרו כפי שזו נמסרה בעת הביקורת השיפוטית (פעילות צבאית במסגרת ארגון החזית הדמוקרטית) לא הוזכרה על ידי גורמי הביטחון אותם פגש קודם להליך השיפוטי;
- ג. למערער היתה תעודת עובד הרשות הפלסטינית. הוא הציג אותה לפני חייל מבין עוצריו, אשר נטל אותה מידי ולא החזירה.
- ד. נראה לו שאותו חייל היה חוקרו בהמשך מעצרו, בארז;
- ה. אפשר ותכלית מעצרו, מראש או בדיעבד, הייתה גיוסו לשיתוף פעולה עם גורמי הביטחון, כך ניתן לשער על סמך הדו שיח בחקירתו הראשונה הני"ל;
- ו. בחקירה זו, סיפר המערער לחוקרו, שחמאס מנעו ממנו לעבוד כנהג מונית בגלל היותו עובד רש"פ ומשלא לא נשמע להם, הם עצרוהו והחתימו אותו על התחייבות להימנע מלעבוד כנהג מונים שאם לא כן יחויב בתשלום קנס בסך 2,000 שח;
- ז. במהלך גביית התצהיר – כפי שנרשם בו – הוצג בפני המערער חשבון בנק פלסטיני (BANK OF PALESTINE הנספח לערעור זה ומסומן ע/3), שבתגובה עליו אמר (ודבריו נרשמו בתצהיר) כדלהלן: " את מראה לי מסמך ואני רואה שזה חשבון הבנק ששלי, האלף שקל שנכנסים מדי חודש לחשבון הבנק שלי היא מאבו-אזן מהרשות הפלסטינית, בגלל שאני עובד של הרשות הפלסטינית וזה שכר עבודתי";

ח. בהמשך התצהיר נאמר, שהוא עובד ברשות הפלסטינית כשומר ראשו (מלווה אישי בתרגום מלולי מערבית) של האלוף סעיד מוחמד עבדאללה חסין ונהגו;  
ט. משפחת אלעתאמנה המורחבת היא, ככל, משפחת פת"ח;  
י. לפני 2006 התגורר המערער ב"עזבת עבד רבו", מקום הנקרא כך כי זו שכונה המאוכלסת על ידי בני משפחת עבד רבו. הוא עבר לבית חאנון משום שהבית היה קטן מדי.  
יא. במשפחת אלעתאמנה המורחבת ישנם שני אנשים נוספים ששם הפרטי : לאחד מהם שם משולש כשלו – אלעתאמנה – והשני רק שמו הפרטי ושם משפחתו זהים לשם המערער – אלעתמנה;  
יב. בקציעות סירבו אנשי חמאס לקבלו לקרבם משום היותו איש פת"ח. לעומתם מוכנים אנשי פת"ח לקבלו, אך הוא מוחזק בחדר בצריף בחדר קטנטן.

*פירוט חשבונו בבנק פלסטין, סניף ג'באליה נספח כחלק בלתי נפרד מהתצהיר ומסומן ע/1א*

טענותיו העובדתיות של המערער לגבי זהותו האישית והאירגונית ועיסוקו אשר טען באוזני באי כוחה של המשיבה במהלך ההליך המנהלי של הכליאתו נתמכים על ידי הפרטים שבתצהירו. טענות ופרטים אלה רחוקים כרחוק מזרח ממערב מהטענות שטענו באוזניו באי כוח המשיבה, תחילה - כי הוא לוחם בלתי חוקי ואיש חמאס, ובהמשך, בביקורת השיפוטית על שני חלקיה הגלוי והחסוי, שהוא פעיל צבאי של החזית הדמוקרטית. גרסה זו, המהווה את עילת המעצר, נתמכה על ידי חומר שכולו חסוי. המשיבה לא ראתה לבדוק את טענותיו של המערער. הגרסאות עומדות זו מול זו בפני בית משפט נכבד זה וממתינות להכרעתו.

## 1. סיכום ומסקנות

המערער נעצר בעת ובגין קיומה של לחימה קשה בעזה. הוא נעצר בנסיבות בהן לא ייפלא אם נפגע תפקודם התקין והשקול של הזרועות הרלוונטיים של המשיבה. אף הדיון בבית המשפט קמא התקיים בימים קשים וסוערים. מאז שכך המתח באופן משמעותי וניתן לבצע בדיקה קפדנית וביקורת שקולה על ממצאיה של המשיבה שביסוד צו הכליאה כדי לקבוע אם ניתן להצדיק ולנמק את מעצרו של המערער מלכתחילה ואת המשכו עתה. לשון אחר: כדי לקבוע האם יש בידי המשיבה להוכיח שהמערער היה "לוחם בלתי חוקי" בהיות שייך ל"כוח המסוים" אליו נטענה השתייכותו – החזית הדמוקרטית – וכי כוח זה ביצע ועודנו מבצע פעולות לחימה נגד מדינת ישראל בעזה, שבכך היה המערער חלק מ"מעגל הלחימה" אשר חייב ועודנו מחייב את המשך מעצרו, ששחרורו יחזירנו למעגל לחימה ויסכן את בטחון המדינה. שכן המשך החזקתו במעצר לא נדרש אלא כדי למנוע חזרה למעגל הלחימה. לאור כל אלה יש מקום לשקול מחדש את עצם הנחיצות של כליאתו ואת תקופתה. למותר לציין, שכפי שנפסק, "בית-משפט המפעיל ביקורת שיפוטית על מעצר לפי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, רשאי [לא רק לבטל אלא אף] להגביל ולקצר את תקופת המעצר בהתחשב




בטיב ובעוצמת הראיות המובאות בפניו בנוגע לסיכון הביטחוני הנשקף מהעצור בהיותו "לוחם בלתי חוק..."

באמתחתה של המשיבה ראיות אשר הגישה לבית המשפט קמא ותגיש לבית משפט זה. מאידך, טען המערער את טענותיו מרגע ובמהלך מעצרו פעמים רבות ובידיו מסמכים לראיה אותם יגיש לבית משפט נכבד זה. טענות המשיבה וראיותיה החסויות אינן מתיישבות עם הטענות והראיות של המערער באופן שלא ניתן לגישור.

מטבע הדברים אין לאל ידו של המערער להתמודד עם החומר החסוי, להצביע על שורשי הטעויות שבו. נבצר ממנו להסביר מדוע סירבה המשיבה להתמודד עם הטענות והחומרים הגלויים שלו על ידי בדיקתם והשאירה את המלאכה בידי בית המשפט.

**אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להכריע במחלוקת על דרך של קבלת ערעור זה ולהורות על ביטולו של צו הכליאה שהוצא נגד המערער או קיצורו ועל שחרורו לביתו.**



תמר פלג שריק, עו"ד  
ב"כ המערער

16 בפברואר 2009