



עת"א 41696/08/16 - מהדי אלנאדי נגד שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים,מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עת"א 41696-08-16 אלנאדי(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים ואח'

בפני	כב' השופט אהרון משניות
העותרים	מהדי אלנאדי (אסיר) ע"י ב"כ עו"ד מיכל פומרנץ או עו"ד אנו דעואל לוסקי
נגד	
המשיבים	1. שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים 2. מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז דרום

פסק דין

א. כללי

האם יכול אסיר ביטחוני להסיר את השיוך הארגוני לתנועת החמאס, אשר נקבע לו ע"י המשיב, בתחילת ריצוי עונשו, לפני 15 שנה בקירוב, בהיותו כבן 16. זאת בקליפת אגוז השאלה שעולה בעתירה זו.

בעתירה נאמר כי העותר - תושב שכם יליד 1986, מוגדר כאסיר ביטחוני, לאחר שהורשע בשנת 2002, בהיותו בן 15 שנים ו-11 חודשים, בבית המשפט הצבאי שומרון, בשתי עבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת ובעבירה נוספת של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, ודינו נגזר ל-20 שנות מאסר בפועל. ערעור שהגיש על חומרת העונש התקבל, ובית המשפט הצבאי לערעורים קיצר את עונשו ל-15 שנות מאסר בפועל, והוא מרצה את עונשו בכלא קציעות.

העותר טוען כי בעת תחילת מאסרו חויב על ידי המשיב לבחור בהשתייכות לארגון עוין מתוך רשימת ארגונים אשר הוצגה לו, במטרה לשבצו באגף שתואם את השקפתו ותפיסתו האידיאולוגית, ולא נמסר לו שקיימת אפשרות לא להשתייך לארגון כלשהו. לדבריו בחר להשתלב דווקא באגפי חמאס, למרות שהיה באותו זמן חבר בפת"ח, מטעמים פרקטיים של אורח חייהם של אסירי חמאס בכלא, והיחס בינם לבין עצמם, אף שאינו רואה עצמו כשייך להם, לא מבחינה אידיאולוגית ולא מבחינה מעשית.

העותר מעיד על עצמו כי כשהתגבר השתנתה תפיסת עולמו מקצה לקצה. הוא נטש את האידיאולוגיה הקיצונית שבה



האמין בצעירותו, זנח את דרך האלימות, והוא מאמין כי שני העמים צריכים לחיות זה לצד זה בשלום. לדבריו, כל רצונו עתה - לשקם את חייו, לחזור ולהשתלב בחברה, להקים משפחה, ללמוד ולעבוד.

לאור השינוי שחל בעותר לדבריו, פנתה עורכת דינו אל המשיב ביום 20.9.2015 בבקשה להסיר את שיוכו הארגוני, וכן לאפשר לו להיפגש עם עובד סוציאלי לצורך הכנת תכנית שיקום פרטית, באמצעות "מרכז אלאמל", מפני שרש"א אינה מטפלת בו בהיותו תושב שכס. הפניה נענתה בשלילה, במכתבה של קצינת האסירים מכלא קציעות מיום 29.10.2015, ובעקבות זאת הוגשה העתירה לבית משפט זה. בינתיים אושרה בקשתו של העותר לכניסתו של מטפל פרטי לצורך הכנת תכנית שיקום, ולכן הנושא שנותר במסגרת עתירה זו הוא בקשת העותר להסרת שיוכו הארגוני לחמאס.

ראוי לציין כי העותר אינו מבקש לשנות את סיווגו מאסיר ביטחוני לאסיר פלילי, וכל מבוקשו הוא להסיר את השיוך הארגוני לחמאס, ולהישאר בסטטוס של אסיר ביטחוני בלי שיוך ארגוני.

ב. טענות הצדדים

ב"כ העותר הדגישה בטיעוניה את הגיל הצעיר של העותר, בעת שביצע את העבירות שבהן הורשע, בהיותו בן 15 לערך, וציינה כי בגיל כה צעיר הנאשם לא הבין את חומרת מעשיו, ואף לא ניתן לומר כי הייתה לו תפיסת עולם אידיאולוגית מגובשת. לדבריה, בשנים הרבות שחלפו מאז ביצע העותר את המעשים שבהם הורשע, הוא התבגר וגיבש לעצמו השקפת עולם בוגרת ובשלה שמתאפיינת במתינות, ובאה לידי ביטוי לא רק בדיבורים, אלא גם במעשים, כמו למשל סירובו של העותר להשתתף בשביתת רעב בשנת 2014, והיעדר סימנים כלשהם, שיכולים ללמד על הזדהותו של העותר עם תנועת החמאס.

לעומת זאת, ב"כ המשיב ציינה כי הנטל מוטל על העותר להוכיח את השינוי באידיאולוגיה שלו, וכי הוא לא עמד בנטל הזה, הן מפני שבכל שנות מאסרו עד לעת האחרונה, הוא התעקש על השיוך הארגוני שלו לחמאס, והן מפני שמצאו בחדרו חומר הסברה של החמאס, ויש בכך כדי ללמד על הזדהותו של העותר עם ארגון זה. על כך השיבה ב"כ העותר כי הוא נמצא באגף של אסירי חמאס, שכמה מהם חולקים אתו את התא, ולכן טבעי שיימצאו בחדרו חומרי הסברה של החמאס, ואין בכך כדי ללמד מאומה על השקפת עולמו של העותר. גם העותר עצמו אמר דברים דומים, כאשר התאפשר לו לומר דברים אחדים בעצמו, ברשות בית המשפט.

ב"כ המשיב טענה עוד כי למרות גילו הצעיר של העותר בעת שביצע את העבירות שבהן הורשע, לא ניתן להתעלם מחומרת העבירות הללו, ולדבריה ניתן למצוא בכך תימוכין לטענתה כי שיוכו הארגוני מבטא גם את תפיסת עולמו הנוכחית, ואין סיבה לשנותו. לדבריה, העותר מבקש עתה לשנות את שיוכו הארגוני, רק מפני שהוא סבור כי שינוי כזה יסייע לו בפני וועדת השחרורים שאמורה לדון בעניין קיצור עונשו.



ג. הסרת שיוך ארגוני כיצד?

האפשרות להיות מסווג כאסיר ביטחוני בלא שיוך ארגוני הוכרה בעבר לא אחת על ידי המשיב, וב"כ העותר אף הפנתה בטיעוניה לדוגמאות אחדות לכך. כך היה למשל בעת"א 61721-01-15, אשר נדונה בבית משפט זה, בעניינו של עותר שהורשע בעבירות של גרימת מוות בכוונה וניסיון לגרימת מוות בכוונה, לאחר שדקר למוות, בצוותא חדא עם אדם אחר, חייל צה"ל באמצעות אולר, ופצע חייל אחר באותה דרך, תוך חטיפת שני כלי הנשק של החיילים. ב"כ המשיב הסכימה "להסיר את הגדרתו הארגוני של העותר כמשוין לארגון עוין, והיא בלבד" כלשונה בבקשה שהגישה למחיקת העתירה על הסף, תוך שהיא מדגישה כי אין בכך כדי לשנות את סיווגו של העותר כאסיר ביטחוני. העתירה אכן נמחקה.

מקרה דומה, לא פחות חמור, נדון במסגרת עת"א 36499-04-13 בבית המשפט המחוזי מרכז. העותר הורשע בשורה של עבירות חמורות שביצע בעת שהיה חבר בארגון עזאדין אלקסאם השייך לארגון חמאס, ונדון לעונש של 30 שנות מאסר בפועל, שאותו החל לרצות בשנת 1994. 9 שנים לאחר מכן, בשנת 2003, שיוכו הארגוני שונה לארגון הפת"ח, לאחר שהמשיב שוכנע כי שינה את האידיאולוגיה שלו. 10 שנים לאחר מכן, בשנת 2013, הסכים המשיב להסיר גם שיוך ארגוני זה, וב"כ המשיב ציינה בהודעתה מיום 7.10.2013 כי "בהיעדר מידע עדכני לגבי שיוכו הארגוני העכשווי של העותר, אין התנגדות שיוסר שיוכו הארגוני", תוך השארת סיווגו כאסיר ביטחוני. בעקבות זאת נמחקה העתירה.

בשני המקרים הללו, הייתה בסופו של דבר הסכמה בין הצדדים, מה שאין כן במקרה שלפנינו. על רקע זה עולה השאלה כיצד, אם בכלל, יכול אסיר להוכיח כי יש לשנות את שיוכו הארגוני, ומהו הנטל הראייתי שעליו להרים בבואו לטעון טענה זו.

ככלל, טענה בדבר שינוי בהשקפת עולם קשה להוכחה, והדרישה להוכיח טענה כזו בראיה פוזיטיבית כמעט אינה אפשרית. עמד על כך בית המשפט המחוזי בתל אביב כאשר דן בעתירה שהגישה אסירה ביטחונית כנגד החלטת ועדת שחרורים לדחות את בקשתה לשחרור מוקדם, ומתח בקורת על עמדת נציג היועמ"ש לממשלה לפיה בהיעדר ראיה כלשהי, יש לראות בעותרת כמי שלא שינתה את דרכה: "... אם נקבל גישה זו, יוטל על שכמו של האסיר נטל שלא ניתן לעמוד בו, מאחר שלא ניתן להוכיח שינוי אידיאולוגי, אלא באמצעות התנהגות גלויה בתקופת המאסר ואמירות שיש בהן להצביע על שינוי זה" (עע"א (ת"א) 1971/09 ג'בארין מנאר נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 2.6.2009) עמ' 11).

למעשה, שאלה דומה נדונה כבר בעבר בבית המשפט העליון ברע"ב 6956/09 מאהר יונס נגד שירות בתי הסוהר, (להלן: "עניין יונס") (פורסם בנבו, 7.10.2010). עיקרו של פסק הדין עוסק בהגבלות שהוטלו על ביקורים אצל אסירים ביטחוניים, אולם במסגרת הדיון בסוגיה זו, התעוררה השאלה כיצד יכול אסיר ביטחוני להוכיח כי ניתק את הקשר עם ארגון עוין שבמסגרתו פעל קודם לכן.

הנושא עלה בעקבות ההוראה שקיימת בסעיף 4.ב. לפקודת האסירים הביטחוניים של נציבות שב"ס (פקודת נציבות 03.02.00 שעוסקת בכללים ביחס לאסירים ביטחוניים), אשר קובעת כי בנסיבות מסוימות ניתן להקל במגבלות המוטלות על אסירים ביטחוניים, בהתקיים שני תנאים מצטברים: התנאי האחד - כי חל באסיר שינוי בולט וממשי וכי הוא



ניתק כל מגע, ישיר או עקיף, עם ארגון עוין או עם חבריו, והתנאי השני - הערכת מסוכנות של גורם ביטחוני.

על דרך יישומו של הסעיף נחלקו דעות השופטים: מן הצד האחד, השופט דנציגר אשר תהה "מהן אותן ראיות פוזיטיביות הנדרשות לשם הוכחת 'ניתוק קשר' כאמור, וכיצד יכול אסיר ביטחוני להניח את ידיו עליהן", ובסופו של דבר קבע כי כאשר אין ראיות פוזיטיביות לכאן או לכאן, לא ניתן לקבוע שהתנאי הראשון אינו מתקיים, ולכן יש להניח כי הקשר נותק, ולבחון את מידת המסוכנות. בשולי דבריו, התייחס השופט דנציגר גם לעניין השיך הארגוני של אסירים ביטחוניים, ומוטב להביא את דבריו כלשונם, בסעיף 79 לחוות דעתו:

[...] איני סבור כי די בסיווג "האדמיניסטרטיבי" של אסיר ביטחוני לאגף המזוהה עם ארגון עוין זה או אחר כדי לקבוע כי קיימות ראיות פוזיטיביות להמשך קיומו של קשר עם ארגון עוין או עם חברי ארגון עוין. חלף זאת, על המשיב לבחון האם באופן מהותי האסיר מוסיף לקיים קשר עם ארגון עוין או עם חבריו. נטילת תפקיד במסגרת הארגון, אף אם הוא מתמקד בהיבטי חיי היום-יום של האסירים הביטחוניים, יכול שילמד על קשר מהותי כאמור.

מן הצד השני, השופטת פרוקצ'יה, אשר הרחיבה בחוות דעתה בסוגיה זו, וקבעה כי נדרשת חוות דעת פוזיטיבית של השב"כ על ניתוק הקשר, וכי כל עוד לא ניתנה חוות דעת כזו, מתקיימת חזקה בדבר המשך הקשר של האסיר לארגון העוין שאליו השתייך בעבר. אולם מדובר בחזקה שניתנת לסתירה, ועל הגורם הביטחוני לבחון את מכלול הנסיבות, ולהסיק מהן על קיומו או ניתוקו של הקשר שבין האסיר ובין הארגון:

[...] לעניין זה, על הגורם הביטחוני לשקול שיקולים כדוגמת אופי העבירה שהאסיר עבר, משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה, דרך התנהלותו של האסיר בכלא, זהות האסירים עימם הוא מתחבר, וכיוצא באלה שיקולים המתייחסים לאסיר. בה בעת, ראוי לשקול מהו סוג הארגון בו מדובר, מה עלה בגורלו ובגורל חבריו במהלך התקופה שחלפה מאז החל האסיר בריצוי עונשו, וזאת בצד שיקולים המתייחסים למצב הביטחוני הכללי באזור, ומקומו של הארגון וחבריו בתחומו [...] (סעיף 15 לחוות דעתה).

השופט השלישי בהרכב - השופט יצחק עמית, צירף דעתו לעמדתה של השופטת פרוקצ'יה, וכך אכן נפסק להלכה, ובית המשפט העליון הורה למשיב "לבחון את עמידת המבקשים בתנאי הקבוע בסעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה".

נראה לי כי הדברים הללו שנאמרו ביחס ליישום הוראות סעיף 4.ב.1) לפקודת האסירים הביטחוניים, יפים גם לענייננו, ובהתאם להלכה שנקבעה בעניין **יונס**, נטל ההוכחה, ככלל, מוטל על האסיר, להוכיח כי שינה את השקפתו, באופן שמצדיק את שינוי שיוכו הארגוני, ובהיעדר הוכחה כזאת, יש להעמיד אותו על חזקת המשך חברותו בארגון שאליו השתייך.



עם זאת, נראה לי שכוחה של הלכה זו יפה ביחס לבגירים, ואילו כאשר עסקינן בקטינים - הדגשים משתנים, וספק רב אם נכון לדרוש מהם לשאת לאורך זמן בשנות בגרותם, במלוא האחריות לתוצאות של החלטות, חמורות ככל שתהיינה, שקבלו בהיותם קטינים, בטרם עמדו על דעתם, ובטרם גבשו לעצמם השקפת עולם בוגרת.

מיותר להכביר מילים על המאפיינים הייחודיים של עבריינות קטינים. קיתונות של דיו נשפכו על כך, גם בספרות האקדמית וגם בפסיקה. אסתפק בפסקה אחת, בבחינת מעט המחזיק את המרובה, מתוך פסק הדין בע"פ 49/90, שבו פורטו שלושה נימוקים, מדוע יש להקל בעונשם של קטינים, ואביא כלשונו את הנימוק הראשון:

הטעם הראשון הוא גילו הצעיר של הקטין, שבשלו יש להתייחס לחומרתן של עבירותיו באופן שונה בהשוואה להתייחסותנו לחומרת עבירותיו של העבריין הבגיר. למעשה, כאשר מדובר בנאשמים שהם קטינים, פעמים רבות אין הכרתם ותודעתם מפותחות ובשלות די הצורך. בנערותו, אין האדם מבחין בהכרח בין טוב לרע על פי אותן אמות מידה המשמשות בני אדם בגירים. גם כאשר עבר הקטין את גיל האחריות פלילית, הרי שגילו הצעיר עשוי להצביע על חוסר בשלות אישית וחוסר יכולת להבין לעומקם של דברים את משמעות המעשה הפלילי ותוצאותיו [...] (ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פורסם בנבו, 8.3.2009, פסקה 9).

הדברים הללו שנאמרו ביחס לשיקולי ענישה של קטינים שהורשעו בעבירות מין, יפים גם כדי להסביר מדוע יש לתת משקל מוגבל להחלטות אידיאולוגיות כביכול שקיבל אדם בילדותו, ומדוע ככלל ראוי להתייחס בחיוב לטענתו של בגיר כי שינה את השקפת עולמו, אשר הביאה אותו לבצע עבירות ביטחוניות חמורות בעת שהיה קטין.

העובדה שמדובר במי שבצעו עבירות ביטחוניות, חמורות ככל שתהיינה, אין בכוחה לשנות את העובדה שבכל זאת מדובר בקטינים, על כל המשתמע מכך לעניין חוסר הבשלות והיכולת המוגבלת להבחין כראוי בין טוב לרע, אשר מאפיינת את התנהגותם של מתבגרים בגיל זה. בית המשפט העליון התייחס לכך, כאשר עמד על החשיבות של שילוב הקטינים הללו בהליך טיפולי בעת מאסרם, ומוטב להביא את הדברים בלשונם:

[...] הדעתנות הנתיאישאנו מעוניין שהקטינים... הבאים בשערי בית הסוהר ובצקלונם עבירות בחוסר חסר, יזכו לשדרוג עבריינות, ובית הסוהר יהיה פור להם לאוניברסיטה למדעיהטרור, עלפיה חברה הטרוריסטיבהישהו, בלאשמנגדישנו מאמץ, גם אם סיכויים מעורפלים, לטיפול, לתעסוקה, לחינוך. האינטרס אינו של הקטינים אלא הצעירים בלבד... הדבר הוא אינטרס הציבור, כדי למצוא את הסיכוי - גם אם אינו מזהיר בכל המקרים - שהעבירות היו מעידות נעורים, וניתן להביא את האנשים לתפקוד נורמטיבי ומועיל [...] (ע"פ 10118/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2007) פסקה ח, וראו עוד ע"פ 8639/13 אלדבס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2014) פסקה י"ז).

לכן, נראה לי כי יש מקום לסייג את תוקפה של ההלכה שנקבעה בעניין יונס ביחס לקטינים, ולקבוע כי כאשר עסקינן בקטינים שבצעו עבירות ביטחוניות, ככל שחולף הזמן ממועד ביצוע העבירה, ניתן להניח לטובתם כי השיוך הארגוני שלהם הולך ונחלש, עד כדי ניתוקו כעבור שנים בודדות, כל עוד אין ראיה פוזיטיבית בדבר המשך השיוך הארגוני, בדומה



לעמדתו של השופט דנציגר באותו עניין.

ד. מן הכלל אל הפרט

על רקע האמור, נבחן את הנסיבות שלפנינו. אציין כבר בתחילת הדברים כי ב"כ העותר לא דייקה בפרטים אחדים: העותר הוא יליד 24.3.1986, והוא נעצר ביום 25.5.2002, כשהיה בדרכו לבצע פיגוע התאבדות. העותר היה אפוא בן 16 וחודשיים בעת שהיה בדרכו לבצע את העבירה החמורה שבגינה נעצר. גזר דינו ניתן בערכאה הראשונה ביום 24.2.2003, בהיותו בן 16 ו-11 חודשים, ולא כפי שציינה ב"כ העותר בטעות כי היה בן 15 ו-11 חודשים במועד זה. זאת ועוד, בשונה ממה שנכתב בעתירה כי העותר גויס לארגון הפת"ח, עולה מכתב האישום שבו הורשע כי הצטרף לארגון החמאס כשנתיים קודם למעצרו.

יוצא אפוא כי העותר נותן את הדין על מעשים שביצע החל מגיל 14, וגם כאשר נעצר היה עול ימים, וממועד זה החל לרצות את העונש שנגזר עליו. כפי שנטען בעתירה, קביעת שיוכו הארגוני נעשתה סמוך לאחר תחילת מעצרו, ושיוכו באותו זמן לארגון החמאס היה סביר, וניתן להניח כי נעשה כך בשל האמור בגזר דינו, ממנו עולה כי העבירות שבהן הורשע, בוצעו על ידו במסגרת פעילותו בחמאס (ראו עמ' 5 לגזר הדין שורה 37 ואילך). ועדיין, מדובר בשיוך שנעשה לפני 14 שנים בקירוב, בהיותו בן 16 וחודשיים לערך.

בנסיבות אלה, נוכח גילו הצעיר של העותר בשעת קביעת השיוך הארגוני הראשוני לחמאס, בין אם השיוך נקבע בשל האמור בגזר דינו, ובין אם השיוך נעשה כטענתו של העותר - לפי בקשתו, משיקולי נוחות ולא בשל מניע אידיאולוגי, ניתן להניח לטובתו של העותר כי בקשתו לשנות עתה את השיוך הארגוני היא בקשה כנה, שנובעת מגיבוש תפיסת עולם בוגרת יותר בחלוף השנים. זאת, לא רק בשל חוסר הבשלות הטבועה בהחלטות שמקבלים קטינים בגיל שבו החליט הנאשם על שיוכו הארגוני, אלא גם מפני שעל פני הדברים, לא צפויה בשל כך טובת הנאה ממשית לעותר, שעומד בלאו הכי על סף ריצוי מלוא עונשו (תאריך שחרור מהכלא לפי רישומי שב"ס הוא ביום 24.1.2018), וסיווגו כאסיר ביטחוני ייוותר על כנו, גם אם יוסר השיוך הארגוני שלו.

זאת ועוד, העותר ציין כי במהלך מאסרו לא היה מודע כלל לאפשרות להימנע משיוך ארגוני כלשהו, וכאשר ביקש להיות באגף בלא שיוך ארגוני נאמר לו כי אין אפשרות כזאת בכלא קציעות (עמ' 5 שורה 29 לפרוטוקול). נסיבות אלה מחזקות את טענתו כי אין בעצם שיבוצו באגף חמאס, כדי ללמד בהכרח על הזדהות אידיאולוגית או המשך קשר עם ארגון זה.

העותר תמך טיעוניו בתצהיר, וברשות בית המשפט הסביר את עמדתו בלשונו במהלך הדיון, והתייחס בין היתר למסמך של ס' קמ"ן קציעות מיום 12.1.2016, אשר בו נרשם כי העותר חי יחד עם ארגון חמאס, ונשמע להוראות הארגון ולהנהגת הארגון. לדבריו, המסמך כתוב בעברית שאינו שולט בה, והוא טעה בהבנתו. העותר ציין עוד כי הוא מרבה לקרוא, וכי העובדה שנמצא ברשותו חומר קריאה של חמאס אינה מלמדת על שיוכו הארגוני, מפני שהוא קורא על נושאים שונים, גם על יהדות וגם על אסלאם, גם על פת"ח וגם על חמאס, מתוך רצון להרחיב את השכלתו ולא מתוך הזדהות אידיאולוגית (עמ' 5 שורה 23 לפרוטוקול). התרשמתי כי כנים דבריו, ולא מצאתי במידע המודיעיני בעניינו ראיה פוזיטיבית ממשית ועדכנית שיכולה לסתור מיניה וביה את דבריו.



סוף דבר, נוכח כל האמור לעיל, החלטתי לקבל את העתירה, ולהורות למשיב להסיר את שיוכו הארגוני של העותר לארגון החמאס. אין בהחלטה זו כדי לשנות מסיווגו של העותר כאסיר ביטחוני.

המזכירות תעביר עותק מפסק דין זה לידי ב"כ הצדדים.

ניתן היום, א' תמוז תשע"ז, 25 יוני 2017, בהעדר הצדדים.