

## ת"פ 29121/07 - מדינת ישראל נגד נהאד זע'יר

בית המשפט המחויז בירושלים

ת"פ 17-07-29121 מדינת ישראל נ' זע'יר(עוצר)  
תיק חיצוני: 179855/2017

בפני כבוד השופטת דינה כהן-לקח  
נאשיה מאשימה  
נגד נאשם  
נהאד זע'יר (עוצר)  
ע"י ב"כ עוז אביגדור פולדמן ועו"ד חאלד אזרוגה

### החלטה

לפני בקשת הנאשם לביטול כתבת-האישום שהוגש נגדו.

### הרקע והבקשה

1. הנאשם הועמד לדין בכתב-האישום המיחס לו שתי עבירות שעניין נשיאת משרות ותפקידים במסגרת ארגון "שבاب אלאקזה":

ראשית, מיחוסת לנאשם עבירה של נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות הגנה (שעות חירום), 1945 (להלן: תקנות הגנה). עבירה זו מתיחסת לתקופה מיום 28.8.2011 (از הכרז ש הביטחון על ארגון "שבاب אלאקזה" בהתאם לתקנות הגנה) ועד יום 1.11.2016 (از נכנס לחוק חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור)). ווער כי בפרק הוראות החיקוק בכתב-האישום, ציינה המאשיה כי החל מיום 1.11.2016 ואילך, סעיף 85(1)(ב) לתקנות הגנה הוחלף בסעיף 21 לחוק המאבק בטרור.

שנייה, מיחוסת לנאשם עבירה של מילוי תפקיד ניהול בארגון טror לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור. עבירה זו מתיחסת לתקופה מיום 1.11.2016 (קרי- היום בו נכנס לחוק החוק המאבק בטרור), ועד יומם מעצרו של הנאשם (5.6.2017).

2. הסגנור טווען כי יש להורות על ביטול כתבת-האישום שהוגש כנגדו מטעם 13.7.2017, וזאת משנה נימוקים מרכזים:

ראשית, לגבי העבירה של נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות הגנה - טענת הסגנור היא כי סעיפים 76 ו- 100(ב) לחוק המאבק בטרור, הוו על ביטול סעיפים 84 ו- 85 לתקנות הגנה החל מיום

1.3.2017 ואילך. לפי הנטען, מדובר בביטול איסור פלילי של לגבי סעיף 4 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). בהתאם לסעיף 4 הנ"ל, לא ניתן ליחס לנאשם עבירה של חברות כהთאחדות בלתי מותרת משבוטל האיסור הפלילי לגבייה, ויש למחוק מכתב-האישום את המיעשים המוחשים לנאשם בגין עבירה זו.

שנייה, לגבי העבירה של مليי תפקיד ניהולו בארגון טרור לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור - סעיף זה חל על הנאשם מכוח הוראת-המעבר הקבועה בסעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הקבוע כי יראו בחבר בני אדם אשר הוכרן לפני יום התחילתה כהთאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה, כאילו הכריזו עליו כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור. לטענת הסגנו, הוראת-המעבר הנ"ל הקבועה בסעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הנה חסרת תוקף חוקתי, היא נוגדת את עקרונות שיטות המשפטית, ולפיכך לא ניתן להעמיד את הנאשם לדין בהतבוס עליה.

מנגד, המאשימה טענה כי דין הבקשה להידחות, מטעמים שפורטו בתגובהה ואשר אליהם ATIICHES בהמשך הדברים.

#### דין והכרעה

3. אני בדעה כי דין הבקשה להידחות. אבהיר את הנימוקים לעמדתי זו.

#### (א) העבירה של נשיאת משרה כהთאחדות בלתי מותרת

4. כאמור, כתוב-האישום מייחס לנאשם עבירה של נשיאת כהות אחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות ההגנה, וזאת בגין מעשים שלפי הנטען בוצעו לפני יום התחילת של חוק המאבק בטרור (קרי: לפני יום 1.11.2016).

אין מחלוקת כי סעיפים 76 ו- 100(ב) לחוק המאבק בטרור, הורו על ביטול סעיפים 84 ו- 85 לתקנות ההגנה החל מיום 1.3.2017 ואילך. לטענת הסגנו, בעקבות כך חל על המקרה דין ההסדר הקבוע בסעיף 4 לחוק העונשין, ולפיכו האחריות הפלילית בהתאם לסעיף 85 לתקנות ההגנה מבוטלת.

5. לאחר ש核实תי את הדברים, אני סבורה כי אין לקבל את טענת הסגנו בדבר תחולתו של סעיף 4 לחוק העונשין, ואני בדעה כי חל על העניין שלפני ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק העונשין. וזה לשון שני הסעיפים האמורים:

#### ביטול העבירה לאחר עשייתה

4. נבערה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תבטל האחריות הפלילית לעשיותה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר דין - יופסק ביצועו; ולא יהיה בעtid עוד תוכאות נובעות מן הרשעה.

#### שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה

5. (א) נבערה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגבייה, חל שינוי בגין הגדرتה או לאחריות לה, או בגין לעונש

שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העosa; "אחריות לה" - לרבות תחולת סיגים לאחריות הפלילית למעשה.

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאוותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוג הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק,/caillou.html

שני הסעיפים האמורים עוסקים בהשלכות הרטרואקטיביות שיש ל"ביטול" או ל"שינוי" של חיקוק הקובע דבר עבירה, לגבי מעשים שנעו לפניו כניסה לתוקף של הביטול או השינוי. התפיסה המונחת בסיס הוראות-חוק אלה, היא כי כאשר חיקוק שקבע דבר עבירה בוטל או השנתה, הדבר משקף שינוי בעמדת הערכית של החברה ביחס לפליליות המעשה, לפי זרכי החברה המשותם. ההנחה היא כי כאשר מדובר בביטול עבירה לאחר ביצועה, או כאשר נעשה שינוי מקל בחיקוק לגבי האחוריות לעבירה או לגבי העונש בגיןה, לא מצדך לשפוט את הנאשם לפי החקוק המחייב הנוגד את השקפת החברה בכך בזמן בוירור האחוריות או העונש. לפי אותה תפיסה, כמה הצדקה מהותית להחיל את הביטול או השינוי של האיסור הפלילי למפרע, וזאת כל עוד מדובר בביטול או לשינוי שמקל עם הנאשם, שאז אין בתחולתו הרטרואקטיבית כדי לפגוע בנאשם אלא כדי להטיב עמו (ירום רבין ויניב ואקי דין עונשן כרך א 136-135 (2014)).

6. סעיף 4 לחוק העונשין מתייחס במצב בו האיסור הפלילי בוטל לאחר ביצוע העבירה. במקרים אחרות: הסעיף דן במצב שבו מעשה שהוא אסור לפי חוק בעת עשייתו, הפך למעשה "ሞתר". בנסיבות כאלה, קובע סעיף 4 כי האחוריות הפלילית בגין העונשין לעבירה מתבטל למפרע. ודוק, סעיף 4 הנ"ל מתייחס במצבים בהם האיסור הפלילי התבטל מכל וכל (ראו: דין בין "תחולת דין" העונשין לפי זמן עשיית העבירה - פרשנות, ביקורת והיקף התחוללה של חידושי התקון" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (2010)). סעיף 4 אינו דין במצבים בהם נחקרה עבירה חדשה בעלת יסודות זרים לעבירה שבוטלה; או במצבים בהם מספר החוקים כבר קיימת עבירה זו שאינה מבוטלת על-ידי החקיקה החדשה; או במצבים בהם נחקרה עבירה חדשה בעלת יסודות שונים ביחס לעבירה שבוטלה, ובבדח שמדובר החדשנות את "האיסור" שהוא קיים בעבירה שבוטלה. הסיבה לכך היא כי עניינו של סעיף 4 לחוק העונשין אינו בעצם ביטול עבירה, אלא עניינו בביטול האיסור שבבסיס העבירה. כל עוד האיסור הפלילי מוסיף להתקיים, אין בביטול עצם העבירה כדי לבטל למפרע את האחוריות בגין האיסור הפלילי בהיותו שריר וקיים (רבין וואקי הנ"ל, עמ' 139).

7. בנגדו לסעיף 4 לחוק העונשין העוסק במצבים בהם האיסור שבعبارة בוטל לאחר ביצועה, הרי סעיף 5 לחוק העונשין עוסק בנסיבות בהן העבירה שונתה לאחר שנעבירה. בהקשר זה, קובע סעיף 5 לחוק העונשין כי כאשר הגדרת העבירה, האחוריות לה או העונש בגיןה שונו לאחר ביצועה, השינוי יחול למפרע, וזאת בתנאי שהשינוי מיטיב עם הנאשם (ראו: יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק ראשון 17-9 (2004)).

8. על-מנת לבדוק בין ביטול האיסור שבعبارة הפלילית לבין שינוי, נקבע בפסקה כי יש לשאול את השאלה הבאה: האם המחוקק יותר על ההגנה הנינתנת באמצעות המשפט הפלילי לערך חברתי מסוים, או שמא נמשכת ההגנה על אותו ערך אף אם במתכונת אחרת? החלופה הראשונה משמעותה ביטול האיסור שבعبارة לפי סעיף 4 לחוק העונשין, ואילו החלופה השנייה שינוי האיסור שבعبارة לפי סעיף 5 לחוק (ראו: רע"פ 8273/13 מדינת ישראל נ' 'חימוביץ' (25.12.2014), פס' 47 מפי כב' השופט סולברג).

9. בהתאם למבוחן האמור, אני סבורה כי ביטול תקנות 84-85 לתקנות ההגנה, אינו בגדר ביטול האיסור

שבעבירה, אלא החלפת מתכוונתה. אולם, בעקבות ביטול התקנות האמורות, בוטלה העבירה של חברות בהתאחדות בלאי מותרת מיום 1.3.2017 ואילך (ראו: סעיף 100(ב) לחוק המאבק בטרור). עם זאת, בהתאם לסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, חבר בני אדם שהוכרז לפני יום התחיליה כי הוא ההתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות הגנה, יראה כאילו הוא הוכרז כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור (ראו גם: סעיף 101(ה)(3) לחוק המאבק בטרור). מכאן עולה בבירור כי החוקן ראה להוסיף ולשמור את הערכיהם החברתיים המוגנים באמצעות החוק הפלילי. אין מדובר בביטול האיסור שבבסיס העבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, אלא האיסור ממשיך להתקנים במתכוונת חיליפית. כך עולה גם מדובר הסביר להצעת החוק לתיקון תקנות הגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ג-2013 (הצ"ח 782 התשע"ג עמ' 992), במסגרתה נאמר כי מוצע לבטל חלק מתקנות הגנה, ובו נוכחות 84-85, נוכחות הכוונה לחוק המאבק בטרור שיהווה תחליף להן (שם, עמ' 993).

10. המשקנה המתבקש מכל אלה היא כי לא חל בעניינו סעיף 4 לחוק העונשין, וממילא אין לקבל את טענת הסגנון בדבר ביטול האחריות הפלילית בגין העבירה של חברות בהתאחדות לא מותרת לגבי המעשים המיויחסים לנאים עד יום 1.11.2016. בנסיבות העניין, חל ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק העונשין. משמעות הדבר היא כי הגדרת העבירה של ההתאחדות בלתי מותרת, האחריות לה והעונש בגיןה, יחולו במתכוונת שהיא בתקוף בעת ביצוע המעשים המיויחסים לנאים לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות הגנה (זאת, אלא אם כן חל שני מואחר שהקל עם הנאים, שאז הוא יחול למפרע. בהקשר זה עיר כי לטענת המאשימה בכתב-האישום, תקנה 85(1)(ב) לתקנות הגנה הוחלפה על-ידי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור, ולפיכך על-פני הדברים, לא חל שינוי סטטוטורי שכוכחו ליהטיב עם הנאים. מכל מקום, בשלב זה לא ניתן לפניי אחרת בתיחס לסעיף 5 לחוק העונשין). עיר כי לאותה מסקנה הגיע חברי כב' השופט רובין בת"פ (ימ) מדינת ישראל נ' אגרביה (25.9.2017), פס' 8, ואני מפנה בהסכמה לדבריו שם.

**(ב) העבירה של מילוי תפקיד ניהול בארגון טרור, והטענה נגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור**

11. כאמור, כתב-האישום מייחס לנאים עבירה של מילוי תפקיד ניהול בארגון טרור לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור, וזאת בגין מעשים המיויחסים לנאים מיום 1.11.2016 ואילך. אזכיר כי המעשים המיויחסים לנאים נוגעים לארגון "שבاب אלאקזה", שלפי הנטען הוכרז על-ידי שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת ביום 28.8.2011. לשיטת המאשימה, החל מיום 1.11.2016 (הוא יום הכנסתה לתקוף של החוק למאבק בטרור), יש לראות בארגון "שבاب אלאקזה" כהתאחדות בלתי מותרת שהוכרזה כארגון טרור. זאת, מכוח הוראת-המעבר הקבועה בסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, שכאמר קובע כי יש לראות בחבר בני אדם אשר הוכרז לפני יום התחיליה כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות הגנה, כאילו הכריז עליו כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור.

דא עקא, טענת הסגנון לפניי היא כי הוראת-המעבר הנ"ל הקבועה בסעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הנה חסרת תוקף חוקתי, שכן משמעותה היא כי כל חבר בני אדם שהוכרז כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות הגנה, הפר החל מיום 1.11.2016 באופן אוטומטי לארגון טרור, תוך התעלמות מן הבחנה בין הגדרת "התאחדות בלתי מותרת" להגדרת "ארגון טרור"; ללא מתן זכות שימוש; תוך ניגוד לעקרונות שיטתנו המשפטית ובهم עקרון החקירות, שלטון החוק, הוודאות המשפטית והתחוללה בזמן של נורמות משפטיות; ובاهדר עמידה בתנאייה של פסקת הגבלה. לפיכך, ניתן כי הוראת-המעבר האמורה בטלה ואין להעמיד לדין פלילי מכואה.

12. בנסיבות העניין, אינני רואה להיזיק לטענת הסגנון כנגד חוקתיותו של ההסדר הקבוע בסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור. באופן כללי, אני נוטה לדעה כי כמעט מקרים חריגים שלא כאן המקום להגדיר את טיבם המדויק, לא

ראוי שערכאה דיןונית תכريع בשאלת חוקתיות של דבר חקיקה של הכנסת כענין שבאגב-אורחא או בתקיפה עקיפה (השוו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פס' 138 לפקודנו של כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשיון; אהרן ברק שופט בחברת דמוקרטית 332 (2004); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים-הסמכות להכריז על אי חוקתיות החקיקה-למי?" משפטים כ"ח 239 (תשנ"ז); והשוו: המילה "רשות" בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העשויה ללמד על ריבוי של שיקול-דעת שיפוטי בשאלת הפעלה של סמכות נגරת במקרים מתאימים).

עמדו זו מקבלת משנה תוקף במקרה דנן, בשימ לב למשך המctrבר של שני הנתונים הבאים: ראשית, טענה הסגורה לפיה על בית-משפט זה להזיקק לבחינת חוקתיות של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, חותרת תחת ההסדר הקבוע בסעיף 19 לחוק האמור. סעיף 19 הנ"ל קובע כי במסגרת כל הליך משפטי, בית-המשפט לא יזיקק מכוח סמכותו הנגמרת לטענה נגד תוקף הכרזה על אדם כפועל טרור, או על חבר בני אדם כארגון טרור לפי חוק המאבק לטרור, תוך שסעיף 19 מוסיף וקובע כי אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק לדון בעניין. מבחינה מהותית, בקשה הסגורה לפני להזיקק לטענותיו נגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, משמעותה הלהקה למשעה בקשה לדון בטענה נגד תוקף ההכרה בארגון שהוכרה בעבר כהתאchodות בלתי מותרת, כאילו הוכרה כארגון טרור. בהתאם לשונו של ההסדר הקבוע בסעיף 19 הנ"ל, ולמצער בהתאם לרווחו ולתכליתו של הסדר זה, אל לבית-משפט זה להזיקק לסוגיה האמורה, והוא מצויה בסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק (ראו והשוו: ת"פ (יהם) 24228-05-17 אגבירה הנ"ל, פס' 7 מפי כב' השופט רובין).

שנית, אין מחולקת כי לפניה בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוהה לצדק תלויה ועומדת כיום עתירה כנגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור (בג"ץ 17/8160). הסגורה עצמה לא ראה לפרט את הטענות כנגד חוקתיות סעיף 101 במסגרת בקשתו לגופה, אלא הפנה לכתב העתירה שהוגש בגב"ץ 17/8160 הנ"ל וצורך כנספה לבקשתה שלפני. בנסיבות אלה, ההכרעה בסוגיה החוקתית שניתן מطبع הדברים בבית-המשפט הגבוה לצדק, ואני סבורה כי אין מקום להזיקק לבחינה החוקתית ולהכריע בה במסגרת ההליך שכותרת (ראו והשוו: עת"מ (ב"ש) 14-03-48582 פלוני נ' משרד הפנים (23.4.2014), פס' 6 מפי כב' הנשיא י' אלון).

13.    משאלת פני הדברים, המסקנה היא כי ככל עוד לא הוחלט אחרת על-ידי הערכאה השיפוטית העליונה שלפנייה תלויה ועומדת עתירה בעניין, הנחת-הmoצא לגבי סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, היא כי חלה לגבי חזקת החוקתיות וכי מדובר בהוראת-חוק תקופה שניית להעמיד לדין פלילי בהתבוסס עליה. ממילא, לא ראוי להשווות את ההליכים בתיק עד לממן הכרעה בעתירה התלויה ועומדת לפני בית-המשפט הגבוה לצדק כمبוקש על-ידי הסגורה בפסקה 7 לתשובה מיום 1.3.2018.

#### סוף דבר

14.    ኖכח מכלול הטעמים האמורים, בקשה הנאשם לbijtol כתוב האישום בעניינו נדחית.

ניתנה היום, כ' אדר תשע"ח, 07 מרץ 2018, באולם הדיונים  
בעמד הצדדים.

