



ת"פ 29121/07/17 - מדינת ישראל נגד נהאד זע'ייר

בית המשפט המחוזי בירושלים

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

בפני כבוד השופטת דנה כהן-לקח
מאשימה מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד שחר מלול
נגד נהאד זע'ייר (עציר)
נאשם ע"י ב"כ עו"ד אביגדור פלדמן ועו"ד חאלד אזברגה

החלטה

לפני בקשת הנאשם לביטול כתב-האישום שהוגש נגדו.

הרקע והבקשה

1. הנאשם הועמד לדין בכתב-אישום המייחס לו שתי עבירות שעניינן נשיאת משרות ותפקידים במסגרת ארגון "שבאב אלאקצה":

ראשית, מיוחסת לנאשם עבירה של נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 185(ב) לתקנות הגנה (שעות חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה). עבירה זו מתייחסת לתקופה מיום 28.8.2011 (אז הכריז שר הביטחון על ארגון "שבאב אלאקצה" כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה) ועד יום 1.11.2016 (אז נכנס לתוקף חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור)). יוער כי בפרק הוראות החיקוק בכתב-האישום, ציינה המאשימה כי החל מיום 1.11.2016 ואילך, סעיף 185(ב) לתקנות ההגנה הוחלף בסעיף 21 לחוק המאבק בטרור.

שנית, מיוחסת לנאשם עבירה של מילוי תפקיד ניהולי בארגון טרור לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור. עבירה זו מתייחסת לתקופה מיום 1.11.2016 (קרי- היום בו נכנס לתוקף חוק המאבק בטרור), ועד יום מעצרו של הנאשם (5.6.2017).

2. הסנגור טוען כי יש להורות על ביטול כתב-האישום שהוגש כנגד מרשו ביום 13.7.2017, וזאת משני נימוקים מרכזיים:

ראשית, לגבי העבירה של נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 185(ב) לתקנות ההגנה - טענת הסנגור היא כי סעיפים 76 ו-100(ב) לחוק המאבק בטרור, הורו על ביטול סעיפים 84 ו-85 לתקנות ההגנה החל מיום



1.3.2017 ואילך. לפי הנטען, מדובר בביטול איסור פלילי שחל לגביו סעיף 4 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). בהתאם לסעיף 4 הנ"ל, לא ניתן לייחס לנאשם עבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת משבטל האיסור הפלילי לגביה, ויש למחוק מכתב-האישום את המעשים המיוחסים לנאשם בנוגע לעבירה זו.

שנית, לגבי העבירה של מילוי תפקיד ניהולי בארגון טרור לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור - סעיף זה חל על הנאשם מכוח הוראת-המעבר הקבועה בסעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הקובע כי יראו בחבר בני אדם אשר הוכרז לפני יום התחילה כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה, כאילו הכריזו עליו כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור. לטענת הסנגור, הוראת-המעבר הנ"ל הקבועה בסעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הנה חסרת תוקף חוקתי, היא נוגדת את עקרונות שיטתנו המשפטית, ולפיכך לא ניתן להעמיד את הנאשם לדין בהתבסס עליה.

מנגד, המאשימה טענה כי דין הבקשה להידחות, מטעמים שפורטו בתגובתה ואשר אליהם אתייחס בהמשך הדברים.

דין והכרעה

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

(א) העבירה של נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת

4. כאמור, כתב-האישום מייחס לנאשם עבירה של נשיאה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות ההגנה, וזאת בגין מעשים שלפי הנטען בוצעו לפני יום התחילה 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 הסנגור, בעקבות כך חל על המקרה דן ההסדר הקבוע בסעיף 4 לחוק העונשין, ולפיו האחריות הפלילית בהתאם לסעיף 85 לתקנות ההגנה מבוטלת.

5. לאחר ששקלתי את הדברים, אני סבורה כי אין לקבל את טענת הסנגור בדבר תחולתו של סעיף 4 לחוק העונשין, ואני בדעה כי חל על העניין שלפניי ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק העונשין. וזו לשון שני הסעיפים האמורים:

ביטול העבירה לאחר עשייתה

4. נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה

5. (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש



שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" - לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו - יהיה עונשו המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

שני הסעיפים האמורים עוסקים בהשלכות הרטרואקטיביות שיש ל"ביטול" או ל"שינוי" של חיקוק הקובע דבר עבירה, לגבי מעשים שנעשו לפני כניסתו לתוקף של הביטול או השינוי. התפיסה המונחת בבסיס הוראות-חוק אלה, היא כי כאשר חיקוק שקובע דבר עבירה בוטל או השתנה, הדבר משקף שינוי בעמדה הערכית של החברה ביחס לפליליות המעשה, לפי צרכי החברה המשתנים. ההנחה היא כי כאשר מדובר בביטול עבירה לאחר ביצועה, או כאשר נעשה שינוי מקל בחיקוק לגבי האחריות לעבירה או לגבי העונש בגינה, לא מוצדק לשפוט את הנאשם לפי החיקוק המחמיר הנוגד את השקפת החברה נכון לזמן בירור האחריות או העונש. לפי אותה תפיסה, קמה הצדקה מהותית להחיל את הביטול או השינוי של האיסור הפלילי למפרע, וזאת כל עוד מדובר בביטול או בשינוי שמקל עם הנאשם, שאז אין בתחולה הרטרואקטיבית כדי לפגוע בנאשם אלא כדי להיטיב עמו (יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 135-136 (2014)).

6. סעיף 4 לחוק העונשין מתייחס למצב בו האיסור הפלילי בוטל לאחר ביצוע העבירה. במילים אחרות: הסעיף דן במצב שבו מעשה שהיה אסור לפי חוק בעת עשייתו, הפך למעשה "מותר". בנסיבות כאלה, קובע סעיף 4 כי האחריות הפלילית בגין אותה עבירה תתבטל למפרע. ודוק, סעיף 4 הנ"ל מתייחס למצבים בהם האיסור הפלילי התבטל מכל וכל (ראו: דן ביין "תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה - פרשנות, ביקורת והיקף התחולה של חידושי התיקון" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין (2010)). סעיף 4 אינו דן במצבים בהם נחקקה עבירה חדשה בעלת יסודות זהים לעבירה שבוטלה; או במצבים בהם בספר החוקים כבר קיימת עבירה כזו שאינה מבוטלת על-ידי החקיקה החדשה; או במצבים בהם נחקקת עבירה חדשה בעלת יסודות שונים ביחס לעבירה שבוטלה, ובלבד שהעבירה החדשה כוללת את "האיסור" שהיה קיים בעבירה המבוטלת. הסיבה לכל אלה 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 האחריות בגין האיסור הפלילי בהיותו שריר וקיים (רבין וואקי הנ"ל, עמ' 139).

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

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

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



שבעבירה, אלא החלפת מתכונתה. אמנם, בעקבות ביטול התקנות האמורות, בוטלה העבירה של חברות בהתאחדות בלתי 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 התחילה כי הוא התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה, ייראה כאילו הוא הוכרז כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור (ראו גם: סעיף 101(ה)(3) לחוק המאבק בטרור). מכאן עולה בבירור כי המחוקק ראה להוסיף ולשמר את הערכים החברתיים המוגנים באמצעות המשפט הפלילי. אין מדובר בביטול האיסור שבבסיס העבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, אלא האיסור ממשיך להתקיים במתכונת חליפית. כך עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ג-2013 (הצ"ח 782 התשע"ג עמ' 992), במסגרתה נאמר כי מוצע לבטל חלק מתקנות ההגנה, ובהן תקנות 84-85, נוכח הכוונה לחוקק את חוק המאבק בטרור שיהווה תחליף להן (שם, עמ' 993).

10. המסקנה המתבקשת מכל אלה היא כי לא חל בענייננו סעיף 4 לחוק העונשין, וממילא אין לקבל את טענת הסנגור בדבר ביטול האחריות הפלילית בגין העבירה של חברות בהתאחדות לא מותרת לגבי המעשים המיוחסים לנאשם עד יום 1.11.2016. בנסיבות העניין, חל ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק העונשין. משמעות הדבר היא כי הגדרת העבירה של התאחדות בלתי מותרת, האחריות לה והעונש בגינה, יחולו במתכונת שהייתה בתוקף בעת ביצוע המעשים המיוחסים לנאשם לפי סעיף 85(1)(ב) לתקנות ההגנה (זאת, אלא אם כן חל שינוי מאוחר שהקל עם הנאשם, שאז הוא יחול למפרע. בהקשר זה אעיר כי לטענת המאשימה בכתב-האישום, תקנה 85(1)(ב) לתקנות ההגנה הוחלפה על-ידי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור, ולפיכך על-פני הדברים, לא חל שינוי סטוטורי שבכוחו להיטיב עם הנאשם. מכל מקום, בשלב זה לא נטען לפניי אחרת בהתייחס לסעיף 5 לחוק העונשין). אעיר כי לאותה מסקנה הגיע חברי כב' השופט רובין בת"פ (י-ם) מדינת ישראל נ' אגבריה (25.9.2017), פס' 8, ואני מפנה בהסכמה לדבריו שם.

(ב) העבירה של מילוי תפקיד ניהולי בארגון טרור, והטענה כנגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור

11. כאמור, כתב-האישום מייחס לנאשם עבירה של מילוי תפקיד ניהולי בארגון טרור לפי סעיף 21 לחוק המאבק בטרור, וזאת בגין מעשים המיוחסים לנאשם מיום 1.11.2016 ואילך. אזכיר כי המעשים המיוחסים לנאשם נוגעים לארגון "שבאב אלאקצה", שלפי הנטען הוכרז על-ידי שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת ביום 28.8.2011. לשיטת המאשימה, החל מיום 1.11.2016 (הוא יום הכניסה לתוקף של החוק למאבק בטרור), יש לראות בארגון "שבאב אלאקצה" כהתאחדות בלתי מותרת שהוכרזה כארגון טרור. זאת, מכוח הוראת-המעבר הקבועה בסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, שכאמור קובע כי יש לראות בחבר בני אדם אשר הוכרז לפני יום התחילה כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה, כאילו הכריזו עליו כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור.

דא עקא, טענת הסנגור 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 ההגנה, הפך החל מיום 1.11.2016 באופן אוטומטי לארגון טרור, תוך התעלמות מן ההבחנה בין הגדרת "התאחדות בלתי מותרת" להגדרת "ארגון טרור"; ללא מתן זכות שימוע; תוך ניגוד לעקרונות שיטתנו המשפטית ובהם עקרון החוקיות, שלטון החוק, הוודאות המשפטית והתחולה בזמן של נורמות משפטיות; ובהעדר עמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה. לפיכך, נטען כי הוראת-המעבר האמורה בטלה ואין להעמיד לדין פלילי מכוחה.

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



ראוי שערכאה דיונית תכריע בשאלת חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת כעניין 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 לפסק-דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין; אהרן ברק שופט בחברה 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 "רשאי" בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העשויה ללמד על רכיב של שיקול-דעת שיפוטי בשאלת הפעלתה של סמכות נגזרת במקרים מתאימים).

עמדה זו מקבלת משנה תוקף במקרה דנן, בשים לב למשקלם המצטבר של שני הנתונים הבאים: ראשית, טענת הסנגור לפיה על בית-משפט זה להיזקק לבחינת חוקתיותו 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 ייזקק מכוח סמכותו הנגזרת לטענה כנגד תוקף הכרזה על אדם כפעיל 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, בקשת הסנגור לפניי להיזקק לטענותיו כנגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, משמעותה הלכה למעשה בקשה לדון בטענה כנגד תוקף ההכרה בארגון שהוכרז בעבר כהתאחדות בלתי מותרת, כאילו הוכרז כארגון טרור. בהתאם ללשונו של ההסדר הקבוע בסעיף 19 הנ"ל, ולמצער בהתאם לרוחו ולתכליתו של הסדר זה, אל לבית-משפט זה להיזקק לסוגיה האמורה, והיא מצויה בסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק (ראו והשוו: ת"פ (י-ם) 24228-05-17 אגבריה הנ"ל, פס' 7 מפי כב' השופט רובין).

שנית, אין מחלוקת כי לפני בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק תלויה ועומדת כיום עתירה כנגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור (בג"צ 8160/17). הסנגור עצמו לא ראה לפרט את הטענות כנגד חוקתיות סעיף 101 במסגרת בקשתו לגופה, אלא הפנה לכתב העתירה שהוגש בבג"צ 8160/17 הנ"ל וצורף כנספח לבקשה שלפניי. בנסיבות אלה, ההכרעה בסוגיה החוקתית תינתן מטבע הדברים בבית-המשפט הגבוה לצדק, ואני סבורה כי אין מקום להיזקק לבחינה החוקתית ולהכריע בה במסגרת ההליך שבכותרת (ראו והשוו: עת"מ (ב"ש) 48582-03-14 פלוני נ' משרד הפנים (23.4.2014), פס' 6 מפי כב' הנשיא י' אלון).

13. משאלה פני הדברים, המסקנה היא כי כל עוד לא הוחלט אחרת על-ידי הערכאה השיפוטית העליונה שלפניה תלויה ועומדת עתירה בעניין, הנחת-המוצא לגבי סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, היא כי חלה לגבי חזקת החוקתיות וכי מדובר בהוראת-חוק תקפה שניתן להעמיד לדין פלילי בהתבסס עליה. ממילא, לא ראיתי להשהות את ההליכים בתיק עד למתן הכרעה בעתירה התלויה ועומדת לפני בית-המשפט הגבוה לצדק כמבוקש על-ידי הסנגור בפסקה 7 לתשובתו מיום 1.3.2018.

סוף דבר

14. נוכח מכלול הטעמים האמורים, בקשת הנאשם לביטול כתב האישום בעניינו נדחית.

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

