

ו"ע 1436/15
ו"ע 1917/15
ו"ע 2341/15

בית המשפט הצבאי לערעורים
ועדת העררים לפי ס' 186 (ט"ז)

בפני כב' ההרכב: אלי"ם נתנאל בנישו – אב"ד

אלי"ם צבי לקח – שופט

סא"ל רוני עצמון – שופט

המערערות: התביעה הצבאית

(באמצעות ב"כ סא"ל מוריס הירש)

נגד

המשיבים: 1. בסאם נעים אסחאר אלנתשה, ת"ז xxxxxxxxxxxx

2. נאיף חוסין מוחמד שואמרה,

3. מועמר רשאד מוחמד אלגעברי, ת"ז xxxxxxxxxxxx

(באמצעות ב"כ עו"ד מירב חורי)

ערר על החלטת הוועדה לבחינת הפרת תנאי הקלה בעונש על תנאי

(בפני כב' הוועדה בראשות הנשיא סא"ל מנחם ליברמן, השופט סא"ל צבי היילברון
והשופט סא"ל מנשה וחניש)

בתיקים מס' 1370/14, 1390/14, 1400/14 מימים 18.02.15, 10.05.15, 20.07.15

(עררי התביעה בעניינם של המשיבים מס' 1 ו-3 התקבלו, הערר בעניינו של המשיב מס' 2 נדחה)

תאריך הישיבה: 25 בספטמבר 2016, כ"ב באלול התשע"ו

חקיקה שאוזכרה:

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 184 \(ב\), 184 \(ז\), 254](#)

[חוק איסור מימון טרור, תשס"ה-2005: סע' 9 \(ב\)](#)

[חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001: סע' 17, 17\(ו\)](#)
[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 334כא](#)
[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' תק' 85 \(ד\), תק' 85 \(ו\)](#)

החלטה

הנשיא אל"ם נ' בנישו:

שלושת העררים שבפנינו עוסקים כולם בסוגיות דומות. אי לכך, הם נשמעו במאוחד, ואף תינתן החלטה מאוחדת, תוך התייחסות פרטנית לכל אחד מהמערערים היכן שהדבר נדרש.

השאלות הדרושות להכרעה

שלושת המשיבים נשפטו בבימ"ש צבאי לעונשים שונים. בטרם סיימו לרצות את עונשם, שוחררו שחרור מוקדם, בהחלטת מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, כחלק מהעסקה לשחרור החייל גלעד שליט (להלן: "שחרור על תנאי").

שחרור זה, הותנה בשורת תנאים, חלקם סטטוטוריים וחלקם פרי החלטתו של מפקד כוחות צה"ל באזור.

בחודש יוני 2014, נעצרו המשיבים והוגשו לגביהם בקשות לביטול שחרורם על תנאי.

הוועדה לבחינת הפרת תנאי שחרור על תנאי דנה בבקשות אלה ומצאה כי לא הובאו די ראיות לכך שהמשיבים ביצעו עבירה, המחייבת להורות על החזרתם להמשך ריצוי מלוא עונשם. עם זאת, קבעה הוועדה, כי המשיבים הפרו את אחד מתנאי שחרורם שנקבעו על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור. כתוצאה מכך, החליטה הוועדה להחזיר את המשיבים להמשך ריצוי חלק מהעונש המקורי שהוטל עליהם – ולא כולו.

שלושת עררי התביעה מעלים שתי שאלות. השאלה הראשונה היא, האם המערערים ביצעו "עבירה", ובכך הפרו את התנאי הסטטוטורי הקבוע בס' [184 \(ב\)](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009. ככל שהתשובה לשאלה זו תהיה חיובית, הרי שמצוות המחוקק היא שהמשיבים יוחזרו לריצוי מלוא יתרת עונשם. ככל שוועדת הערר תדחה טענה זו של התביעה ותקבע שלא בוצעה עבירה (כפי שקבעה הוועדה קמא), אזי מתעוררת השאלה השנייה, והיא האם קביעת הוועדה קמא כי המשיבים הפרו תנאי אחר שנקבע על ידי המפקד הצבאי, הייתה צריכה להביא להחזרת המשיבים לריצוי עונש, העולה על זה עליו הורתה.

רקע עובדתי

המשיב מס' 1, **בסאם אלנתשה**, הורשע ביום 07.10.13 בשמונה עשרה עבירות, שהעיקרית שבהן גרימת מוות בכוונה. בגין הרשעה זו, נגזר עליו מאסר עולם (תיק (יהודה) 2753/00). ביום 18.10.11 שוחרר המשיב מס' 1 שחרור על תנאי. לאחר שנעצר מחדש ביום 18.6.14, הוגשה בקשת התביעה לביטול הקלה בעונש על תנאי, בה נטען כי המשיב עבר עבירה המפרה את תנאי שחרורו. משכך, בהתאם לס' 186 (ז) לצו, יש להורות על החזרתו להמשך ריצוי מלוא עונשו.

בפרפראזה שהוגשה לוועדה בנוגע למשיב זה, נטען כי הוא פעיל חמאס, קשור לפעילי חמאס ומקבל סיוע כספי מהחמאס.

לאחר ששמעה את טיעוני הצדדים, קבעה הוועדה קמא כדלקמן:

"... לאחר עיון בחומר הראיות החסוי שהוגש לעיוננו, לא מצאנו כי יש בו תשתית ראייתית מספקת כדי להוכיח ברמה הנדרשת כי המשיב עבר עבירה בהתאם לתחיקת הביטחון. נציין כי להחלטה זו מצורפת החלטה חסויה שבה אנו מבססים את החלטנו על סמך החומר החסוי שהוצג לנו. מאחר והמסקנות מתבססות על החומר האמור, אנו מורים שהחלטה זו תיוותר חסויה..."

"... לאחר עיון בסעיף 9(ב) לחוק איסור מימון טרור, תשס"ה – 2005, מצאנו כי הנאשם עבר עבירה לפי חוק זה. משכך אנו קובעים כי המשיב הפר את תנאי שחרורו כפי שהורה עליהם המפקד הצבאי, להבדיל מביצוע עבירה האמור סעיף 186(ז) לצו.

זאת ועוד, לאחר שעיינו בחומר החסוי לא מצאנו כי ישנה תשתית ראייתית מספקת לכך שהמשיב הפר את הוראת המפקד הצבאי במונח זה שיצא את אזור תיחום מגוריו.

נוכח האמור על הוועדה להפעיל את סמכותה בעניינו של המשיב בהתאם להוראות סעיף 186 (ט) לצו. לאחר שבחנו את היקף פעילותו של המשיב כפי שעולה מהחומר החסוי ועמדנו על נסיבותיו האישיות כפי שנטען בפנינו הן על ידי ב"כ והן מפי המשיב עצמו, אנו מורים כי המשיב ישוב לשאת עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל החל מיום מעצרו".

המשיב מס' 2

עניינו של המשיב מס' 2, נאיף שואמרה, דומה. גם משיב זה הורשע במספר עבירות, ביניהן גרימת מוות בכוונה ונשפט למאסר עולם ועוד 5 שנות מאסר (תיק (אדוריים) 1649/95). הוא שוחרר שחרור על תנאי ביום 18.10.11, אך נעצר בשנית ב-18 ביוני 2014, וגם לגביו הוגשה בקשת התביעה לביטול הקלה בעונש על תנאי. בבקשה, נטען כי המשיב מס' 2 עבר עבירה המפרה את תנאי שחרורו, ולפיכך יש להורות על החזרתו להמשך ריצוי עונשו במלואו.

באשר למשיב זה, הוגשה פרפראזה לפיה הוא פעיל חמאס אשר קיבל סיוע כספי מהחמאס לאחר שחרורו.

גם בעניינו של משיב זה קבעה הוועדה קמא כי אין תשתית ראייתית מספקת להוכיח שנעברה עבירה לפי דין האזור. אולם, הראיות מלמדות שביצע עבירה לפי [סעיף 9\(ב\) לחוק איסור מימון טרור](#) הני"ל, דבר המהווה הפרה של תנאי שחרורו. לנוכח האמור, קבעה הוועדה:

"נוכח האמור על הוועדה להפעיל את סמכותה בעניינו של המשיב בהתאם להוראות סעיף 186 (ט) לצו. לאחר שבחנו את היקף פעילותו של המשיב כפי שעולה מהחומר החסוי ועמדנו על נסיבותיו האישיות כפי שנטען בפנינו הן על ידי ב"כ והן מפי המשיב עצמו, אנו מורים כי המשיב ישוב לשאת עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל החל מיום מעצרו".

המשיב מס' 3

אף המשיב מס' 3, **מועמר אלגעברי**, נדון בשנת 2005, למאסר עולם, בגין הרשעותיו במספר עבירות, שהעיקרית שבהן גרימת מוות בכוונה (תיק (יהודה) 3770/03). הוא שוחרר על תנאי כיתר המשיבים, ואף בעניינו הוגשה בקשה לביטול שחרורו זה, הנסמכת על טענות התביעה כי עבר עבירה, ובכך הפר את תנאי שחרורו.

בעניינו של משיב זה, הוגשה פרפראזה לפיה הוא היה פעיל חמאס, אשר השתתף בעצרות של החמאס ועמד בקשר עם פעילי הארגון. כן נמסר כי הוא קיבל סיוע מארגון זה.

גם בעניינו של המשיב מס' 3, קבעה הוועדה קמא כי לא נמצאה תשתית ראייתית מספקת להוכחת ביצוע עבירה בהתאם לתחיקת הביטחון. עם זאת, גם בנוגע למשיב זה קבעה הוועדה שהוא עבר עבירה לפי [סעיף 9\(ב\) לחוק איסור מימון טרור](#) הני"ל, ועל כן, הורתה שישוב לשאת עונש של ארבע שנות מאסר החל מיום מעצרו האחרון.

טיעוני הצדדים בעררים

מלכתחילה, ערערו שני הצדדים על החלטות הוועדה האמורות. בערריהם הכתובים העלו הצדדים שורה ארוכה של טיעונים עקרוניים בנוגע להפעלת סמכות ההקלה בעונש וביטולה. טיעונים אלה נשמעו גם במסגרת עררי ההגנה שהוגשו בעניינם של אסירים אחרים, ששוחררו על תנאי כחלק מ"עסקת שליט" ונעצרו מחדש בגל המעצרים של יוני 2014 (ראו למשל פרוטוקול הדיון מיום 25.11.15 בו"ע 1959/15 **ברגותי נ' התוב"צ**).

ברם, לנוכח חזרת הסנגוריה מערריה בעניינם של שלושת המשיבים, מתייטר הצורך להכריע בהליכים הנוכחים במחלוקות העקרוניות האמורות, ונדרשת הכרעתינו הנקודתית בשאלות אותן פירטנו לעיל בלבד.

כאן המקום לציין כי אף אנו ערכנו מספר דיונים בעררים. תחילה, שמענו את טיעוני הצדדים. בהמשך, עיינו מספר פעמים בראיות, במעמד צד אחד, ושמענו את הסברי פרקליט איו"ש. בדיון זה, הצגנו בפני הפרקליט שאלות בקשר למידע ולפרשנותו העובדתית והמשפטית וביקשנו הבהרות נוספות. בעקבות כך, ערכנו דיון חסוי נוסף, במהלכו הוסיף וטען הפרקליט וכן הציג את ההסברים הדרושים, לאחר בירור עם הגורמים הרלוונטיים בשירות הביטחון הכללי.

בערריה העלתה התביעה שלוש טענות.

ראשית, טענה התביעה כי הכרעת הוועדה קמא, לפיה המשיבים עברו עבירה על [חוק איסור מימון טרור](#), תשס"ה – 2005 הישראלי, הייתה צריכה להביא, מיניה וביה, לקביעה כי במקביל, נעברה על ידיהם עבירה גם לפי דין האזור.

הפרקליט טען כי הראיות שהביאו את הוועדה קמא להכרעתה האמורה, כפי שפורטו בהחלטה החסויה, מבססות מספר עבירות על פי דין האזור. על כן, סבר הפרקליט כי ועדת הערר צריכה לקבוע שנעברו עבירות על פי דין האזור, ובהתאם לכך להורות על החזרת המשיבים להמשך ריצוי עונשם כמתחייב מסעיף 186 (ז) לצו.

על כך הוסיפה התביעה כי, לשיטתה, גם ביצוע עבירה לפי הדין הישראלי מהווה ביצוע "עבירה" לפי ס' 184 (ב), ולפיכך אף הפרה של תנאי השחרור הסטטוטורי הנ"ל המחייב ביטול ההקלה בעונש. התביעה טענה כי יש להעניק פרשנות מרחיבה למונח "עבירה" שבסעיף זה, כך שתכלול גם עבירה לפי החוק בישראל. לדעת התביעה, מסקנה זו מתבקשת מתכלית התנאי הסטטוטורי, שנועד למנוע מעורבות חוזרת במעשים אסורים כלשהם על ידי מי ששוחרר טרם השלמת ריצוי עונשו.

לדעת הפרקליט, ועדת הערר נדרשת לצקת תוכן לתוך התנאי האמור, בהתאם לתכלית מניעתית זו, הנלמדת מאופי ההליך ומטרתו, והקביעה הפוזיטיבית כי הוועדה מחויבת להורות על החזרה להמשך ריצוי מלוא העונש, מקום בו נעברה עבירה כאמור.

לחלופין, טענה התביעה כי גם אם ועדת הערר תכריע שלא נעברה עבירה כמשמעותה בסעיף 186 (ז) הנ"ל, הרי שמעשיהם של המשיבים מהווים הפרת תנאי, כפי שנקבע על ידי מפקד כוחות צה"ל בכתב ההקלה בעונשם. משכך, ולאור מהות ההפרה המדוברת, המצויה ברף גבוה של חומרה, מן הראוי היה שהוועדה קמא תורה על החזרתם להמשך ריצוי תקופת מאסר העולה באופן משמעותי על השנים הספורות שנקבעו. מסקנה זו התחייבה מהעובדה כי לו היה נקבע שהמעשים המדוברים מהווים עבירה כאמור, התוצאה הייתה החזרת המשיבים לריצוי מלא של יתרת עונשם, ללא שיקול דעת. לאור זאת, אין מקום ליצור פער עונשי כה משמעותי בין סוגי ההפרות. בהתאם, יש לראות בהפרה האמורה מעשה חמור, המצריך חיוב להמשיך ולרצות עונש מאסר ממושך.

מנגד, ב"כ המשיבים סמכה את ידיה על החלטות הוועדה קמא.

הסנגורית קבלה על העובדה כי הדיונים סבבו סביב ראיות חסויות ואף החלטה חסויה בחלקה, המונעת ייצוג הולם.

עוד התרעמה הסנגורית על העובדה כי התביעה אינה מוכנה לחשוף מה העבירה שנעברה לדעתה, דבר אשר אף הוא מהווה פגם בהליך.

הסנגורית טענה כי הוועדה קמא, שהורכבה מבכירי השופטים, קיבלה החלטה פה אחד שלא נעברה עבירה, לפי דין האזור, ולכן אין מקום לקביעה שונה.

הסנגורית הוסיפה כי פרשנותה המרחיבה של התביעה למונח "עבירה", אינה מתיישבת עם עקרונות בסיסיים של סמכות טריטוריאלית ושל פרשנות מצמצמת של ההוראות הפליליות.

עוד נטען כי גם אם נקבל את ההכרעה שהמשיבים עברו עבירה לפי [חוק איסור מימון טרור](#), אין פרוש הדבר שמעשיהם בעלי חומרה, שכן החוק כולל גם איסורים "טכניים", הנעדרים כל פגיעה ביטחונית. הוועדה קמא התרשמה מהמעשים המדוברים וקבעה על פיהם מהי תקופת המאסר המידתית שעל המשיבים לרצות. אין מקום להתערב בקביעה זו.

לבסוף, הדגישה ב"כ המשיבים את נסיבותיהם האישיות של המשיבים, אשר, לאחר שחרורם, פנו לבנות חיים חדשים, חלקם נישאו ונולדו להם ילדים, וכולם השקיעו מאמצים בפרנסתם. נטען כי החזרתם למאסר תשים לאל את מאמצייהם לשוב למוטב.

המסגרת הנורמטיבית להחלטה

המסגרת החוקית לביטול שחרור על תנאי נדונה על ידינו באופנים שונים בשורה של החלטות (ע"מ [1762/12 אלשראונה נ' המפקד הצבאי](#) (פורסם בנובו) ע"מ [1290/12 אלשראונה נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנובו, 20/02/12, ע"מ 1824/14 [משאהרה נ' התביעה הצבאית](#) (פורסם בנובו, 11.02.15).

בקליפת אגוז נציין, כי המחוקק באזור הכיר זה מכבר באפשרות להורות על הקלה על תנאי בעונש שנגזר על ידי בית משפט צבאי. בד בבד, ניתנה סמכות לבית המשפט, [אגב הרשעה](#) בעבירה המהווה הפרת תנאי שחרור, להורות על החזרת הנידון להמשך ריצוי עונשו. כך היה המצב עד לכניסתו לתוקף של תיקון 101 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל – 1970, ביולי 2008. תיקון זה פתח אפיק חדש ונפרד של ביטול הקלה, [שלא אגב הרשעה](#), בהחלטה מנהלית של ועדה המורכבת משופטים צבאיים.

ודוק, אמנם דובר בחידוש באזור, אך לא בהליך בלתי מוכר במשפט הישראלי, שכן סמכות דומה קבועה [בחוק שחרור על תנאי ממאסר](#), תשס"א – 2001, בשינויים מסוימים.

עוד נקבע בפסיקה כי ביטול הקלה בעונש על תנאי היא [הליך עצמאי שאינו מהווה חלק אינטגרלי מההליך הפלילי](#). [מדובר בהליך מנהלי במהותו](#) המבוצע באמצעות ועדה סטטוטורית (השוו [רע"ב 10031/04 היועמ"ש נ' ועדת השחרורים](#) (נבו המאגר המשפטי)). הליך זה אמנם מבוסס על הרשעתו של הנידון על ידי בית משפט בהליך פלילי, אך הוא המשך ישיר להחלטה המנהלית להקל בעונשו בתנאים. מטרתו של ההליך אינה ענישה חדשה, אלא בחינת הצורך להורות על החזרת נידון להמשך ריצוי מאסרו, לאחר שהפר תנאי שנלווה לשחרורו.

המחוקק באזור קבע [תנאי סטטוטורי](#) הנלווה להפעלת סמכות המפקד הצבאי להקל בעונש. על פי תנאי זה אסיר משוחרר נדרש שלא לעבור "[עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר או יותר](#)" בתוך תקופת התנאי שנקבעה בחקיקה (ס' 184 (ב)). הסעיף אף מסמיך את מפקד כוחות צה"ל באזור להתנות שחרורו של אסיר בתנאים נוספים או אחרים.

המחוקק קבע תוצאות שונות להפרת התנאים האמורים לפי טיבם. מקום בו הופר התנאי הסטטוטורי על ידי ביצוע עבירה נוספת, מחויבת ועדת הבחינה לבטל את ההקלה בעונש ולהחזיר את הנידון לשאת מאסר שאורכו כאורך יתרת עונשו (ס' 186 ז). בעניין זה, יודגש כי המחוקק לא העניק שיקול דעת לוועדה האם לבטל את ההקלה אם לאו. לשון הסעיף ברורה, ואם הופר התנאי הסטטוטורי, בטלה ההקלה ומחויבת הוועדה להורות על החזרת הנידון לריצוי יתרת עונשו כאמור (בעניין זה ראו עניין משארה הנ"ל, והשוו עם דעת הרוב ברע"ב 328/15 ואח' זלום ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 03.12.15), אשר קבעה כי גם במקבילה הישראלית להליך בו עסקינן, לשון כתב ההקלה ברורה ומפורשת, וכאשר הוכחה הפרת תנאי השחרור, מחויבת ועדת השחרורים להורות על ביטול ההקלה במלואה).

לעומת זאת, כאשר מופר תנאי נוסף או אחר שנקבע על ידי מפקד כוחות צה"ל ושאינו מהווה עבירה כאמור, רשאית הוועדה, מנימוקים שיירשמו, להותיר את הנידון משוחרר על תנאי או להורות על החזרה למאסר לריצוי תקופה קצרה יותר מאורך יתרת עונשו (ס"ק ט).

עוד נקבע בפסיקת ועדת ערר זו כי ניתן להוכיח הפרתו של תנאי בראיות מנהליות. בעניין זה, נקבע בהלכת אלשאוונה הנ"ל:

"בבוא הוועדה להכריע באשר להחזרת נידון להמשך ריצוי עונשו, תיבחן הפרת התנאים במבחן הראייתי המנהלי המחמיר של הוכחה ברמה גבוהה. זוהי אף הכרעתו של בית המשפט העליון בהליך המקביל בדין הישראלי על פי חוק שחרור על תנאי ממאסר:

יש טעם בהשקפתו של בית משפט קמא כי החובה הקבועה בחוק לבטל שחרור על תנאי, כאשר האסיר ביצע עבירה נוספת מחייבת רמת הוכחה גבוהה' (רע"ב 10031/04 היועמ"ש נ' ועדת השחרורים)".

כל זאת, כאשר נשוב ונדגיש כי בשל אופיו המנהלי של ההליך, אינה נדרשת הוכחה העומדת בנטל להרשעה פלילית ואף לא כי העבירה תוכח בראיות קבילות דווקא (עע"א 2/87 ועדת השחרורים נ' בויה, פ"ד נמא(2) 445 ובג"ץ 21/79 כהן נ' ועדת השחרורים, פ"ד לג(1) 474, וכן עת"א (ב"ש) 8671-07-11 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים וראו עוד רע"ב 9605/11 אוחנה נ' היועץ המשפטי לממשלה).

משעמדנו על המסגרת החוקית לדיון, נפנה לבחינת טיעוני הצדדים. אולם, בטרם כך, מן הראוי להבהיר עניין נוסף.

טענה חדשה בשלב הערר

ייאמר מיד, כי טענתה של התביעה, לפיה המונח "עבירה" הקבוע בסעיף 184(ב) לצו, משתרע גם על עבירות על פי הדין בישראל, לא נטענה כלל בפני הערכאה קמא.

נקבע זה מכבר, הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים, כי אין שומעים בשלב הערר טענה שלא הועלתה בערכאה הראשונה (ראו לדוגמא ע"א 759/76 פז ואח' נ' נוימן, פ"ד לא(2) 169, ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205).

תפקידה של ערכאת הערעור אינו לדון מחדש בתביעה, בכתב האישום או בבקשה, אלא להעביר את הכרעותיה של הערכאה הראשונה תחת שבט ביקורתה. ערכאת הערעור בוחנת את ההחלטה שניתנה על ידי הערכאה הדיונית, ובמסגרת זו נבחנים הראיות והממצאים שהתקבלו, המסקנות שהוסקו מהם, ואף ההנמקה המשפטית שניתנה. בחינה זו נעשית בגדרי המחלוקות והטיעונים שעמדו בפני הערכאה הראשונה, ולא מחוצה להם.

מן הטעם האמור בלבד, היה מקום לדחות את הטענה האמורה.

ברם, לנוכח חשיבותה העקרונית של הסוגיה, ראיתי לנכון להתייחס אליה על אף האמור.

נבחן, על כן, את פרשנות המונח "עבירה" בהקשרו הנוכחי.

פרשנות התנאי הסטטוטורי

סעיף 184 לצו קובע את סמכויות המפקד הצבאי להקל על תנאי בעונו של מי שנדון בפני בימ"ש צבאי או לחון אותו על תנאי.

הסעיף אף קובע תנאי סטטוטורי להקלה זו לפיו:

"התנאי שבו מותנה שחרורו לפי הוראות סעיף קטן (א) של מי שנידון בידי בית משפט צבאי ... הוא שהנידון לא יעבור עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר או יותר ... בתוך תקופת התנאי שתיקבע לפי סעיפים קטנים (ד) או (ה) ... ; ורשאי מפקד כוחות צה"ל באזור להתנות שחרורו של נידון בתנאים נוספים או בתנאים אחרים" (ההדגשה אינה במקור).

כאמור, נחלקו הצדדים בשאלה מה הפרשנות הראויה למונח "עבירה" שבסעיף 184(ב) הנ"ל, כאשר התביעה ביקשה שנקבע כי מונח זה כולל גם עבירות לפי החוק הישראלי.

לאחר שקלא וטריא, נראה לי כי אין לקבל את פרשנותה המרחיבה של התביעה. זאת מארבעה טעמים.

טעם ראשון ועיקרי מצוי בקביעה העקרונית כי שלילת חירותו של אדם, גם אם חירות על תנאי, ניתנת להעשות רק מכוח חוק ברור, ולא כתוצאה מפרשנות מרחיבה.

שנית, סבורני כי הפרשנות המוצעת אינה מתיישבת עם הדין באזור ועקרונותיו.

ואכן, משלא פירש המחוקק מה כוונתו במונח "עבירה" בנסיבות הספציפיות של הסעיף, עלינו לתור אחר משמעותו באמצעים המקובלים לפרשנות חקיקה.

בראש ובראשונה, עלינו לפנות להגדרות הכלליות למונחי החקיקה, הקבועים בצו בדבר פרשנות [נ"מ], התשע"ד-2013. בסעיף 1 לצו זה נקבע:

"1. בתחיקת הביטחון....

(24) "עבירה" – מעשה, ניסיון או מחבל, שדינם ענישה לפי תחיקת הביטחון או

מכוחה." (ההדגשה אינה במקור)

עינינו הרואות, כי המחוקק הגדיר "עבירה" כמעשה בר עונשין לפי תחיקת הביטחון. מכאן כי הפרשנות הכללית של המונח "עבירה" מצטמצמת למעשים אשר הוגדרו כעבירות בתחיקת הביטחון, זאת להבדיל מעבירות שהוגדרו בחקיקה מחוץ לאזור. לפיכך, יש לפרש את המונח "עבירה" בסעיף 184(ב) הנ"ל, כעבירה על פי תחיקת הביטחון דווקא.

שלישית, פרשנות זו אף מתיישבת עם עקרונות הפרשנות המקובלים בשיטתנו. ואכן, בין אם נבקש לבחון את הגדרת המונח "עבירה" שבסעיף לפי עקרונות פרשניים פליליים, ובין אם נבכר עקרונות פרשנות כלליים יותר, המסקנה המתבקשת הינה כי אין להרחיב את גדר המונח "עבירה" מעבר לעבירות הקבועות בתחיקת הביטחון.

במישור הפלילי, נזכיר את העיקרון הבסיסי לפיו אם דין ניתן לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יבחר ביהמ"ש בפירוש המקל עם הנאשם (ראו [סעיף 34כא לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977).

בענייננו הרחבת תחולת העבירה, כאמור, מרחיבה באופן גורף את האיסורים המוטלים על אסיר משוחרר על תנאי, מבלי שאיסורים אלה יהוו חלק מהדין המחייבו באזור. הדבר דומה, במידה

מסוימת, למצב בו יורחבו האיסורים הפליליים המוטלים על אדם מבלי שניתנת לו הזדמנות ראויה לעמוד על קיומם של איסורים אלה, זאת בניגוד לעקרון החוקיות.

אך גם במישור הפרשנות הכללית, נראה כי טענת התביעה אינה מתיישבת עם עקרונות פרשנות מקובלים. זאת, לנוכח המקום המרכזי אשר ניתן לפרשנות המילולית של מונחים כנקודת המוצא הפרשנית. ככל שלשון החוק ברורה, יש לנהוג על פיה. כך בכל הנוגע למונח "עבירה" הנ"ל. כפי שהובהר לעיל, ישנם נימוקים כבדי משקל, המצדדים בפירוש המונח "עבירה" כמצמצם לעבירה על פי תחיקת הביטחון.

תנא דמסייע לפרשנות האמורה ניתן למצוא אף בלשון כתב ההקלה, בו פירט מפקד כוחות צה"ל באזור את תנאי השחרור של המשיבים. וכך נקבע בכתב ההקלה:

"המשוחרר לא יעשה כל מעשה הפוגע בביטחון מדינת ישראל או בביטחון האזור, ובכלל זה, ימנע מכל פעילות אלימות או טרור, תמיכה בפעילות כזאת וסיוע לה בכל דרך שהיא, בכל תקופת התנאי... וכן לא יבצע כל עבירה שעונשה שלושה חודשי מאסר ומעלה על פי הדין החל באזור, או הדין החל בישראל במהלך כל תקופת התנאי". (ההדגשה אינה במקור).

לטעמי, העובדה כי המפקד הצבאי ראה להרחיב בכתב ההקלה מעבר לדברים המפורטים בסעיף 184(ב), ולכלול בתנאי השחרור תנאים החורגים מלשון הסעיף, צריכה להביא אותנו למסקנה כי אף הוא סבר כי עבירה לפי הדין בישראל אינה חלק מהעבירות הכלולות בגדרי התנאי הסטטוטורי.

ואם לא די בכך, הרי שפרשנות מצמצמת מתיישבת באופן נכון יותר עם אופיו של השלטון ביהודה ושומרון, הנפרד מהשלטון של מדינת ישראל הן במישור החקיקתי הפנימי והן במישור המשפט

הבינלאומי אליה הוכפף (ראו ו"ע 5/06, שורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, וכן עניין משאהרה הנ"ל). במישור המשפטי הבינלאומי, נראה כי אין צורך להכביר מילים על אודות המעמד הייחודי של אזור יהודה ושומרון וההסדרה החקיקתית הנבדלת מהחוק הישראלי, הנובעת ממנו. ספק רב בעיניי עד כמה הפרשנות המרחיבה אליה חותרת התביעה, מתיישבת עם עקרונות המשפט הבינלאומי הנ"ל.

מעבר לכך, הדברים אינם מתיישבים עם דפוסי החקיקה הפנימית המקובלים באזור. מימים ימימה בחר המחוקק באזור שלא לשאוב את הדין הישראלי אל דין האזור באופן אוטומטי או על דרך ההפניה בלבד, אלא באמצעות חקיקה אקטיבית ופרטנית. על כן, גם אם דין האזור מאמץ אליו הסדרים רבים מהדין הישראלי, ואף אם בסוגיות רבות מאוד החקיקה באזור מכירה בהליכי אכיפה ושפיטה ישראלים (הכרה בפס"ד של בימ"ש בישראל, כיבוד פקודות מעצר ומאסר ועוד), אין פירוש הדבר כי קיימת תחולה ישירה או משתמעת של הדין בישראל כאמור.

משכך, אם חפץ היה המחוקק בהרחבת המונח "עבירה" שבסעיף 184(ב) גם לעבירות לפי החוק בישראל, נדרש היה להגדיר זאת באופן מפורש.

לאור כלל הטעמים האמורים, יש לדחות את טענת התביעה.

מכאן, להערה אחרונה בטרם הכרעה.

פירוט העבירה שנעברה

הסנגורית התרעמה על קיום דיון המבוסס על ראיות חסויות ועבירות בלתי מוגדרות, במסגרתו לא ניתנה הזדמנות נאותה למשיבים להתגונן.

האמת צריכה להיאמר כי כל בר דעת מתקשה להשלים עם הליך בו נמנעת מאחד הצדדים הגישה לחומר הראיות, ואפילו הפירוט הבסיסי של מה שנטען כלפיו. הליך שכזה, חורג מעקרונות מקובלים של הגינות ומשפט צדק.

ברם, ככל שנתבונן בנעשה בשיטת המשפט הישראלית, וכן בשיטות משפט הנהוגות במדינות נאורות אחרות, ניווכח כי מצויים שלל עניינים בהם האינטרס הציבורי וצורכי הביטחון חייבו החרגה כזו או אחרת מהעקרונות האמורים. עיקר החריגים סובבים סביב הצורך להבטיח סודיות, שיטות איסוף המודיעין ומקורות המידע.

זהו המקרה, למשל, בכל הקשור לביטול שחרור מוקדם. הן הדין הישראלי והן הדין באזור מאפשרים לחסות את הראיות מפני האסיר ובא כוחו מן הטעמים האמורים (ראו באזור סעיף 184(יב) + סעיף 296(ו) ו-ז) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009, ובישראל [סעיף 17 לחוק שחרור על תנאי ממאסר](#), (תשס"א-2001).

ועם כל זאת, העובדה כי המחוקק הכיר בנחיצות הסטייה מההליך האדברסרי ומעקרונות ההליך ההוגן המקובלים, מגבירה את חובותיה של הוועדה לתתור לצמצום הפגיעה בהליך ההוגן ולהבטיח הגנה ראויה לאסיר.

כך נדרשת הוועדה לבדוק את הראיות באופן עצמאי, קפדני ומעמיק, תוך העלאת כל טענה ראויה לטובת האסיר, אף ביוזמתה. בדומה, נדרשת הוועדה לפעול לקביעת סדרי דין והלכות דיוניות ומהותיות אשר נועדו להגשים את עקרונות השיטה.

בכלל זה, ואולי בנושא עיקרי, עומדת הדרישה להבהיר, ולו באופן כללי, מה היא העבירה שנטען כי מהווה הפרת תנאי השחרור, ומהי מהות המידע עליו נסמכת הבקשה. כך אכן נקבע מפורשות [בסעיף 17\(ו\) לחוק שחרור על תנאי ממאסר](#) הנ"ל, המחייב מסירת תמצית המידע החסוי "ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה או בעניין הציבורי האחר"

באופן דומה, לשיטתי, הכלל צריך להיות ציון מדויק של סעיף העבירה הנטען, תוך פירוט, ולו כללי של ההתנהגות המקימה עבירה זאת. בכך, יינתן ביטוי לשאיפה לצמצום הפגיעה בזכויות האסיר, למינימום הנדרש.

ודוק, ער אני לאפשרות כי במקרים מסוימים תהיה מניעה מוחלטת מלפרט כאמור, לבל ייפגע אינטרס ביטחוני ראשון במעלה וייחשפו מקורות המידע. ברם, יש לעשות כל מאמץ להותיר מקרים מעין אלה כחריגים שבחריגים. בנוסף, במציאות זו, גם אם אין לשלול שימוש בהליך ביטול ההקלה, יידרשו הרשויות לבחון היטב האם האינטרס הביטחוני שבכך גובר על הצורך בשמירה על זכויות האדם, המהווה אינטרס ציבורי ראשון במעלתו.

בענייננו, נמסרו כאמור פרפראזות כלליות אשר השתכנעתי כי לא ניתן היה לפרט מעבר להן. עם זאת, מן הצורך היה לציין גם את העבירות המיוחסות למשיבים.

מן הכלל אל הפרט

נוכח דברינו דלעיל, נדרשים אנו לבחון האם הראיות הקיימות בעניינם של המשיבים מלמדות כי ביצעו עבירה על פי תחיקת הביטחון.

בעניין זה, יש להזכיר כי בחינת הראיות נעשית בשני שלבים. תחילה, עלינו לבחון מה המשקל הראייתי שיש להעניק לכל ראיה וראיה בפני עצמה. בהמשך, נבחן האם משקלן המצטבר של כלל הראיות מבסס ברמת ההוכחה הדרושה כי המשיבים ביצעו עבירה ובכך הפרו את התנאי שהוטל עליהם.

בתום בחינת הדברים לעמקם, מגיע אני למסקנה כי המשיבים 1 ו-3 עברו עבירה על דין האזור. לעומת זאת, בענייניו של המשיב מס' 2, אין די ראיות לביצוע עבירה, ואף לא להפרת תנאי נוסף שנקבע על ידי המפקד הצבאי.

כפי שכבר הובהר לעיל, שיקולי ביטחון וביטחון מקורות מונעים מלפרט מהן הראיות המבססות קביעות אלה בחלק זה של החלטתנו. משכך, גם אנו מצרפים נספח סודי להחלטה, בו פירוט רב יותר של נימוקינו.

עם זאת, במסגרת החלק הגלוי של החלטתנו, נוכל לציין כי, על פי הראיות הקיימות, המשיב מס' 1 עשה מעשים המהווים ניסיון לקבלת כספי אויב מחוץ לאזור, עבירה לפי סעיף 3 א לצו בדבר

איסור הכנסת כספים לאזור, התשמ"ב-1982, או למצער קשירת קשר להכנסת כספים כאמור, עבירה לפי [סעיף 254](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נ"מ], התש"ע-2009.

בדומה, הראיות הקיימות בעניינו של משיב מס' 3, מבססות במידת ההוכחה הדרושה כי עבר עבירה לפי [תק' 85 \(ד\) לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945 בכך שנכח באסיפה של החמאס ועבירה לפי [תק' 85 \(ו\)](#) בכך החזיק בכספי חמאס.

על כן, בניגוד להכרעת הוועדה קמא, הגענו למסקנה כי בעניינם של המשיבים 1 ו-3, המעשים שהוכחו בראיות מנהליות טובות, מהווים עבירה לא רק על פי החוק הישראלי, אלא גם לפי דין האזור.

בשונה, בעניינו של המשיב מס' 2, לא התרשמנו כי הוכח ביצוע עבירה לפי דין האזור. לא זו בלבד, אלא שגם לא מצאנו בראיות הוכחה ברף הראייתי הדרוש לביצוע עבירה כלשהיא (גם על פי הדין בישראל), מלבד ניסיון לצאת מהאזור ללא היתר. אלא, שבצדק רב, התביעה הצבאית לא עתרה לבטל את ההקלה בעונש על בסיס זה.

אמנם, גם בעניינו של המשיב מס' 2 אינו עומד בפנינו ערר סנגוריה. יחד עם זאת, בשים לב לאופי הייחודי של ההליך, שאינו מאפשר לסנגוריה להתרשם באופן מלא מהראיות ולהתייחס אליהן, חובתנו כוועדת ערר למלא את מקומו של הסנגור היכן שקיימת מגבלה כאמור. לאור זאת, הגענו למסקנה כי הצדק מחייב שנורה על שחרור המשיב מס' 2, כאילו נותר עררו תלוי ועומד.

סוף דבר

משקבענו כי המשיבים 1 ו-3 עברו עבירה בהגדרתה [בסעיף 184\(ב\)](#) לצו, וכי בעשותם כן הפרו את תנאי שחרורם, בהתאם [לסעיף 184\(ז\)](#) לצו, אין לנו אלא להורות על ביטול ההקלה בעונש ועל ביצוע גזר הדין שהושת עליהם כאילו לא ניתנה הקלה. לנוכח האמור, המשיבים 1 ו-3 ימשיכו לרצות עונש של מאסר עולם כפי שנגזר עליהם בעבר.

לאור מסקנותינו לעניין המשיב מס' 2, הרי שיש לדחות את ערר התביעה בעניינו ואף להורות על שחרורו באופן מיידי.

השופט סא"ל ר' עצמון:

אני מסכים עם הנשיא.

המשנה לנשיא אל"ם צ' לקח:

אני מסכים עם הניתוח המשפטי של חברי הנשיא, וכן עם מסקנותיו הקונקרטיות בנוגע למשיבים 1 ו-3. עם זאת, אני חולק על חבריי בכל הנוגע לניתוח החומר המודיעיני בנוגע למשיב 2. את עמדתי פירטתי בהחלטה החסויה, אולם בתמצית אומר כי לדעתי, המידע המודיעיני מלמד כי

המשיב 2 ביצע עבירה על פי דיני האזור, ומכאן כי גם בכל הנוגע למשיב 2 דין ערר התביעה להתקבל.

הוחלט פה אחד בכל הנוגע למשיבים 1 ו-3.

הוחלט כהחלטתו של הנשיא נ' בנישו ובניגוד לדעתו של המשנה לנשיא בכל הנוגע למשיב 2.

ניתנה היום, 12 בדצמבר 2016, י"ב בכסלו התשע"ז, בלשכה. המזכירות תעביר העתק מהחלטה זו לידי הצדדים.

שופט

אב"ד

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

נתנאל בנישו 1436/15-54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה