

ע' 3335+3368/07

ע' 3335/07
ע' 3368/07בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני השופטים:

אל"ם אהרון משניות - אב"ד
אל"ם אלי וולף - שופט
סא"ל נתנאל בנישו - שופט

בעניין:

המעורר: חסן יוסף דאוד דאר-חליל, ת"ז xxxxxxxxxxxx (בתיק מס' 3335/07) (באמצעות ב"כ
עו"ד ג'ואד בולוס)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סא"ל ארז חסון וסגן שלומי שניידר)

ובעניין:

המעוררת: התביעה הצבאית (בתיק מס' 3368/07) (באמצעות ב"כ סא"ל ארז חסון וסגן שלומי
שניידר)

נגד

המשיב: חסן יוסף דאוד דאר-חליל, ת"ז xxxxxxxxxxxx (באמצעות ב"כ עו"ד ג'ואד בולוס)

ערעורים על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופט רס"ן מנחם ליברמן)

בתיק מס' 4219/05 מיום 16.7.07

(ערעור הסנגוריה בתיק 3335/07 נדחה

ערעור התביעה בתיק 3368/07 התקבל)

תאריך הישיבה: 16 בינואר 2008, ט' בשבט התשס"ח.

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

[משה דרורי, החקיקה באזור יהודה והשומרון \(1975\)](#)

כתבי עת:

[אליאב שוחטמן, "חובת ההנמקה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי, ו-ז \(תשל"ט-תש"ם\) 319](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)

[צו בדבר הוראות בטחון \(יהודה והשומרון\) \(מס' 378\), תשל"ל-1970 - רבדים - מבוטל: סע' 9א, 11א, 11א, 78\(1\), 78ב, ג, 78ד](#)

[חוק-יסוד: השפיטה: סע' 3](#)

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 68א, 68ב](#)

[פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948](#)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 128](#)

[חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002: סע' 6ב, 7א, 7ב\(1\), 7ב\(6\), 8, 8א\(1\), 8א\(3\), 8א\(4\), 10, 17, 19, 22](#)

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 10א](#)

[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' תק' 85\(1\)\(א\)](#)

פסק דין

המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

כללי

נגד המערער (המשיב בתיק 3368/07) הוגש כתב אישום אשר בתצורתו הסופית כלל ארבעה פרטי אישום כדלקמן:

- א. חברות ופעילות בארגון החמא"ס, החל מתחילת שנת 2005 ועד למעצרו.
- ב. נשיאת משרה בארגון זה, בכך שהמערער שימש כדובר הרשמי של הארגון.
- ג. ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, בכך שבחודש אפריל 2005 מסר לפעיל בתנועת הכותלא אל איסלמיה מספרי טלפון של כל מתאמי ארגון הכותלא באוניברסיטאות באזור, על מנת שיסייעו לאותו פעיל בארגון עצרת לזכרם של השיח יאסין ועבדל עזיז רנטיסי.
- ד. נוכחות באסיפה של ארגון החמא"ס, בכך שבאפריל 2005 נאם בעצרת הנ"ל בפני פעילי חמא"ס רבים.

בתום משפט הוכחות במסגרתו נשמעו מספר לא מבוטל של עדים, הרשיע בימ"ש קמא את המערער בפרטי האישום א', ב' ו-ד' דלעיל, תוך הסתייגות לפיה המערער לא שימש כדובר הרשמי של ארגון החמא"ס, אלא כאחד הדוברים.

כן זיכה ביהמ"ש את המערער מהמיוחס לו בפרט האישום השלישי, זאת בהתאם לבקשת התביעה בסיכומיה.

כתוצאה מהרשעה זו, ולאחר שנשמעו טיעוני הצדדים לעונש, גזר ביהמ"ש על המערער 36 חודשי מאסר לריצוי בפועל לצד מאסר מותנה. עוד הפעיל ביהמ"ש במצטבר עונש מאסר מותנה בן 18 חודשים שהיה תלוי ועומד נגד המערער.

מן הראוי לציין עוד שבמהלך שמיעת ההוכחות ביקשה התביעה כי עדויותיהם של שני חוקרי שרות הביטחון הכללי ישמעו בדלתיים סגורות וכי עדותו של אחד החוקרים תינתן אף מאחורי פרגוד. בית משפט קמא לא נעתר לבקשות אלה תוך שדחה את טענת התביעה שלעדים נשקפת סכנה של ממש אם פניהם ייחשפו בבית המשפט. טענה זו לא נתמכה בחוות דעת, ובית המשפט אף סבר כי לא נשקפת סכנה גדולה יותר לעד, מחשיפת פניו בין כותלי בית המשפט בפני מספר

מצומצם של אנשים, מהסכנה בה הוא כבר נתון לאור העובדה שבמהלך שנים חקר מאות נחקרים שהיו חשודים בביצוע עבירות חמורות נגד ביטחון האזור. אולם, למרות זאת, הורה בית המשפט על הצבת פרגוד אשר יחצוץ בין העדים, בית המשפט, התובע והסנגור ובין תא הנאשמים ושאר באי בית המשפט, על מנת שהעד לא ירגיש כי בעדותו מסכן הוא את חייו והואיל ולא סבר כי יש בכך כדי להוות פגיעה בעקרונות היסוד של ההליך המשפטי.

לעומת זאת, דחה בית משפט קמא את הבקשה לסגירת הדלתיים. בית המשפט הדגיש את חשיבות קיום דיון בדלתיים פתוחות ליצירת אמון ציבורי במערכת המשפט, ואת החשיבות היתרה של השמירה על אמון זה באזור. בית המשפט דחה אף את טענות התביעה באשר לסכנה הנשקפת לעד, אשר ניתן יהיה לעקוב אחריו בצאתו מן האולם ובאשר לחשש שהעד לא יוכל להעיד בחופשיות ובאופן שוטף לנוכח העובדה שיחשוש מחשיפת שיטות חקירה רגישות של השב"כ ומידע רגיש וחסי. את הטענה הראשונה דחה בהיותה ערטילאית והואיל ולא השתכנע שהסכנה הצפויה מקיום דיון בדלתיים פתוחות גדולה משמעותית מהסכנה הצפויה מקיום דיון בדלתיים סגורות. את הטענה השנייה דחה הואיל ולטעמו של בית המשפט לא קיימת סכנה לחשיפת מידע חסוי באשר לשיטות החקירה מאחר שהחוקרים נקראו להעיד על מה שאמרו או לא אמרו נחקרים בחקירה, והסכנה שהחקירה תגלוש לשאלות עקרוניות על שיטות החקירה קלושה.

ערעורי הצדדים

הצדדים לא השלימו עם קביעותיו של בימ"ש קמא במספר מישורים, כל אחד מטעמיו הוא. תחילה, הגישה התביעה הצבאית את ערעורה במסגרתו ביקשה שהמערער יורשע אף בעובדה שהיה דוברו הרשמי של ארגון החמא"ס.

עוד טענה התביעה נגד החלטת ביהמ"ש, לדחות את הבקשה לשמיעת עדותם של שני עדי שב"כ בדלתיים סגורות. בעניין זה, העלתה התביעה 4 טיעונים מצטברים נגד שמיעת עדותם של חוקרי השב"כ בפומבי. את טיעוניה השמיעה התביעה בראשי פרקים בדיון פתוח, וביתר הרחבה בדיון אשר התקיים בדלתיים סגורות. בדיון זה, העלתה התביעה שורה של טענות עליהן נעמוד באופן כללי בלבד, לנוכח איסור הפרסום הנובע מסגירת הדלתיים. טענתה המרכזית של התביעה היא כי ניהול חקירתו של חוקר השב"כ בדלתיים פתוחות אינה מאפשרת לעד להעיד על כל הנושאים שירצה ושיוכל להעיד עליהם לו היה מתקיים הדיון בדלתיים סגורות, ובכך אף נפגע עיקרון גילוי האמת. לדעת התביעה, כך קרה במקרה דנן ובכך נפגעה הערכת מהימנות העדויות על ידי בית משפט קמא. יתרה מזו, לטענת התביעה, אם יתקיימו חקירות חוקרי השב"כ בדלתיים פתוחות תאלץ התביעה לעמוד על קוצו של יו"ד בתעודת החיסיון, ובאופן זה תפגע אפשרותו של הסנגור לחקור את חוקר השב"כ. התביעה אף הדגישה כי העדת חוקרי השב"כ בדלתיים פתוחות עלולה להביא, בסופו של דבר, לפרסום שיטות חקירת השב"כ. נציג התביעה אף ציין את חשיבות אי חשיפת זהותם של חוקרי שב"כ קבל עם ועדה, על מנת לשמור על ביטחונם האישי. לנוכח האמור, ובשים לב לעובדה כי אחוז הדיונים בהם מעידים חוקרי שב"כ בדלתיים סגורות הוא קטן ביותר, קביעת מדיניות ברורה לסגירת הדלתיים לא תגרום לפגיעה בלתי מידתית בעקרון הפומביות.

לבסוף, טענה התביעה כי מעמדו של המערער בארגון, תפקידו הייחודי ועברו הפלילי המכביד, חייבו הטלת עונש חמור הרבה יותר מזה שנגזר ע"י בימ"ש קמא.

ב"כ המערער אף הוא הגיש ערעור כפול, נגד הכרעת הדין ונגד חומרת העונש. אך בטרם פרש הסנגור את טיעונו, העלה טענה מקדמית בדבר פסלות כב' השופט אל"ם א' וולף לשמש כשופט בהרכב זה, שכן דן פעמיים בעררים שהוגשו בשאלת מעצרו של המערער. לדעת הסנגור, לנוכח עובדה זו יש חשש שכב' השופט וולף גיבש דעה קדומה בעניינו של המערער. טענה זו נדחתה על ידינו במהלך הדיון ללא נימוקים. כעת, נוכל לציין כי לא מצאנו כל עילה לפסלות המבוקשת, שכן בקבלת החלטה בנוגע לשאלת מעצר אין משום גיבוש דעה קדומה כלשהי.

לגופו של עניין, טען הסנגור כי שגה בימ"ש קמא כשקבע שהתביעה עמדה בנטל הראייתי המוטל עליה להוכיח פרטי האישום 1, 2 ו-4. בנוגע לפרט האישום הראשון טען הסנגור כי לאור העובדה שלא הובאו ראיות ישירות לחברות המערער בחמא"ס לא היה מקום להרשעה. באשר לפרט האישום השני, התרעם הסנגור על הרשעת המערער בעובדות חלופיות. לדעתו, מאחר שביהמ"ש קבע שהמערער לא היה דוברו הרשמי של הארגון, מוכרח היה לזכות את המערער מפרט אישום זה ולא להרשיעו כאחד הדוברים, במיוחד כשלא ניתנה לסנגוריה אפשרות להתגונן. טענות דומות השמיע הסנגור נגד פרט האישום הרביעי, אשר לדעתו לא בוסס מעל לכל ספק סביר. על כך הוסיף הסנגור כי כתב האישום נגד המערער הוגש מטעמים זרים, תוך עבודה רשלנית של התביעה, והתעלמות של ביהמ"ש מסיכומי ההגנה. אף באשר לעונש, הטעים הסנגור כי ביהמ"ש החמיר עד מאוד בעונשו של המערער שלא הורשע במעשים העלולים לגרום נזק כלשהו לביטחון האזור. לדעת הסנגור, ביהמ"ש החמיר עם המערער בניגוד גמור לרמת הענישה המקובלת בתיקים דומים. הסנגור אף השיב לטיעוני התביעה בדבר הצורך בסגירת הדלתיים, בכך שהדגיש את חשיבות קיומו של דיון פומבי, על מנת לחזק את אמון הציבור במערכת בתי המשפט הצבאיים. עוד ציין הסנגור בעניין זה, שהחלטה גורפת בדבר סגירת הדלתיים עלולה ליצור מדרון חלקלק שיביא לחיסיון נרחב של כלל הדיונים בבתי המשפט באזור.

בפנינו, על כן, ערעורים כפולים של התביעה והסנגוריה נגד הכרעת הדין ונגד המידה העונשית. אולם, מתייחד ערעור התביעה בכך שנתבקשה במסגרתו התייחסותנו לשאלה עקרונית של סגירת הדלתיים במהלך עדותם של עדי שירות הביטחון הכללי בפני בתי המשפט הצבאיים.

בטרם נבחן, על כן, את ערעורי הצדדים בנוגע להרשעה גופה, מן הראוי כי נקדים ונתייחס לשאלה זו במישור העקרוני ובהמשך הדברים, וככל שהדבר יתבקש, בהתייחס למקרה הספציפי.

ניהול דיון בדלתיים סגורות

פומביות ופרסום הדיון המשפטי – העיקרון

עקרון פומביות הדיון הינו אחד מאבני היסוד של ההליך השיפוטי. יסודותיו נטועים בעומקן של שיטות המשפט הקדומות ביותר. כך הורו בני ישראל לקבוע את מקום השפיטה בשער העיר:

**"...שפטים ושטרים תתן לך בכל-שעריך אשר ה' אלהיך נתן לך לשבטיך
ושפטו את העם משפט-צדק" (דברים טז, יז).**

קיום הדיון במקום הפתוח לכל עובר אורח, נועד לקיים את הציווי: **"והייתם נקיים מה' ומישראל"** (במדבר לב, כב) ממנו נלמדה החובה על כל אדם, ובמיוחד על נושאי תפקידים שיפוטיים וציבוריים, להסיר מעליהם כל חשד העלול לדבוק בהם. על רקע זה, הוטעם כי על השופט לנהל את הדיון בפומבי כדי למנוע חשד להטיית הדין (א' שוחטמן **סדר הדין** (תשמ"ח) 194 וכן א' **שוחטמן "חובת ההנמקה במשפט העברי"**, שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ס) 319 ולסקירה היסטורית רחבה אודות פומביות הדיון בשיטות משפט עתיקות ח' כהן **המשפט** (תשנ"ב) 446 ואילך).

היום כאז, עמדת המוצא של הדין באזור ובישראל הינה כי הדיון המשפטי יתנהל בפומבי ובדלתיים פתוחות.

עמדה זו זכתה לביטוי מוגבל ביותר באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים משנת 1949 שאינה מעגנת עיקרון רחב של פומביות הדיון. כל שקובעת האמנה הוא כי יותר לנציגי ה"מעצמה המגנה" להיות נוכחים במשפטו של כל מוגן, חוץ ממקרים בהם הוחלט, כאמצעי יוצא מן הכלל, לברר את המשפט בדלתיים סגורות לטובת ביטחונה של המעצמה הכובשת (סעיף 74 לאמנה, וראה גם סעיפים 62 ו-105 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה).

יחד עם זאת, באמנות חדשות יותר ניתן ביטוי רחב יותר לעקרון פומביות הדיון. כך סעיף 14(א) ל-ICCPR (International Convention on Civil and Political Rights) קובע כי כל אדם יהיה זכאי שטיעונו יישמע בפומבי. עם זאת, מכירה אמנה זו גם באפשרות לקיים משפט בדלתיים סגורות בשל טעמים של מוסר, סדר ציבורי או ביטחון לאומי. כן מכירה האמנה באפשרות לקיים דיון בדלתיים סגורות במידה שלדעת בית המשפט נחוץ הדבר למען עשיית הצדק. ועדת האו"ם לזכויות האדם בפירושה ל-ICCPR הדגישה כי המקרים בהם יסגרו הדלתיים צריכים להיות יוצאי דופן מטבעם. הוראות דומות נמצאו ב-American Convention on Human Rights (סעיף 8(5) לאמנה) וב-Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (סעיף 6(א) לאמנה וראה עוד בהרחבה Henckaerts and Doswald-Beck, (2005) pp. 2473-2478 (part II) *Customary International Humanitarian Law*).

נראה לומר, על כן, כי הגם שמבחינת המקורות המסורתיים של המשפט הבינלאומי בעלי זיקה לאזור, לא נמצא עיגון ברור לפומביות הדיון, עיקרון זה הפך במידה רבה לחלק מנורמה בינלאומית מקובלת. נדגיש עם זאת, כי בכל השיטות מקובלים חריגים לעיקרון מטעמים שונים.

זאת ועוד, פסיקת בית משפט זה הביאה זה מכבר לקליטת רוח **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** אל האזור. כך נקבע בעניין **אל ג'מאל**:

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו חל באזור, הרי שרוחו שורה עלינו" (ע"מ אזח"ע 5/01 אל ג'מאל נ' התוב"צ פש"מ יב, עמ' 168)

וכן בע"מ 1201/06 התוב"צ נ' נחלה:

"הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... אינם חלים באופן ישיר באזור עמדנו לא אחת על כך שמנחים אנו עצמנו לפעול לפי רוחם, במגבלות המתעוררות מן המצב הביטחוני המיוחד בהם פועלים בתי המשפט הצבאיים באזור..."

לית מאן דפליג כי בעקרון פומביות הדיון מגולמים ערכים אשר זכו למעמד חוקתי על חוקי, כזכות להליך הוגן, זכות הציבור לדעת, ואף במידה מסוימת חופש הביטוי (על מעמדה של הזכות להליך הוגן כזכות חוקתית ראו לדוגמא [ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח' תק-על](#) 2006(2), 1093, עמ' 1144, וכן א' [ברק, פרשנות במשפט \(כרד\)](#) שלישי) עמ' 432-431).

באזורנו מעוגן עקרון הפומביות [בסעיף 11\(א\)](#) רישא [לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970](#), הקובע כהאי לישנא:

11. פומביות הדיון

"...בית משפט צבאי יקיים את הדיונים הנערכים בפניו בדלתיים פתוחות..."

בדומה, מעוגן העיקרון בישראל, [בסעיף 3 לחוק יסוד: השפיטה](#):

3. פומביות הדיון

"...בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק"

וראה גם [סעיף 68\(א\) לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

ממבט ראשון דומה כי הרציונאל היסודי של הוראות אלה הינו חשיפת פועלה של מערכת המשפט ושל ההליכים שהיא מקיימת, לא רק בפני הצדדים להליך השיפוטי, אלא גם לעיניו של הציבור הרחב. מובן כי עם התרחבות וגיוון אמצעי התקשורת הלך והתרחב פרסומם של ההליכים המשפטיים אף מעבר לתחומי אולם הדיונים. כך מתפרסמים באופן תדיר פסקי הדין של הערכאות השיפוטיות הישראליות השונות, וביניהן ערכאה זו, גם במדיה הדיגיטאלית.

אלא שלצד הדברים הכלליים האמורים, עיון מעמיק יותר ילמד כי תחת חסותו של עקרון הפומביות חוסים מגוון זכויות ואינטרסים, מהן של בעלי הדין ומהן של הציבור. להלן נעמוד על זכויות ואינטרסים אלה.

הזכות להליך הוגן ואמון הציבור

בראש ובראשונה נראה כי לפומביות הדין תפקיד חשוב בהבטחת קיומו של הליך הוגן.

לית מאן דפליג כי אחת הדרכים היעילות ביותר להבטיח הליך הוגן טמונה בחשיפת ההליך לעיני הציבור הרחב, בין אם באופן ישיר ובין אם באמצעות כלי התקשורת. בכך מובטחות שקיפות ובקרה שוטפת על הנעשה בבית המשפט. בקרה זו אינה אפשרית וישימה עת מתנהל המשפט תחת מחסה סודיות. היטיב לבטא רעיון זה כב' השופט חשין:

"...פומביות הדין המשפטי - פומביות המשמיעה מעצמה פירסום - מקיימת צורך נעלה במערכת מימשל ומשפט פתוחה. הפומביות פירושה הוא - להלכה ולמעשה - שקיפות ההליכים בבתי-המשפט, ושקיפות מבטיחה בקרה שוטפת על הנעשה בבתי-המשפט. שקיפות ובקרה - אלו מילות הצופן.

בתי-המשפט, שמא נאמר: השופטים בבתי-המשפט, יודעים כי עומדים הם לדין יום-יום שעה-שעה, וכדרכו של אנוש מתנהג העומד לדין כראוי למי שעומד לדין נוכח הכל. בעשותו במלאכת השיפוט, לעולם יראה עצמו שופט כמו יושב הוא בבית זכוכית או בחלון ראוה הנשקף אל הרחוב; כל עובר-ושב רשאי להתבונן בו, לבחון אותו ולבקר אותו. וגם לשפחו ולהשתבח בו". (רע"פ 5877/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 97, עמ' 109-110).

זאת ועוד, שקיפות מבטיחה "בקרת איכות" באופן שהציבור יוכל לדעת כי הליכי המשפט מתנהלים כראוי ובאורח תקין. בדרך זו יוכל הצדק לא רק להיעשות אלא גם להיראות. בניגוד גמור לכך, הליך אשר מתנהל לו במסתרים ובמחשכים, עומד בסתירה מוחלטת לעיקרי היסוד של שפיטה ראויה ושל עשיית משפט צדק:

"...החשאיות עלולה להיות מסתור למעשים אשר לא ייעשו. לפיכך, חייב הדין להתנהל בגלוי ולעין השמש..

...כבר נאמר שאור השמש הוא המחטא הטוב ביותר ואור המנורה הוא השוטר הטוב מכולם"; ובלשונו של שופט בית המשפט העליון האמריקאי, Louis Brandeis, "Sun light is said to be the best of disinfectants; electric light is the most efficient policeman" עשיית משפט צדק אינה יכולה להיעשות במחשכים; וכמו ש"חוק נסתר" אינו חוק (סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948), כך "משפט נסתר" אינו משפט. הצדק צריך לא רק להיעשות כי אם גם להיראות קבל עם ועדה (חיים כהן, בעמ' 443). אם אינו נראה יש לחשוש שגם אינו נעשה..." (בג"צ 4841/04 מחג'אנה נ' בית המשפט המחוזי חיפה, פ"ד נח(6) 347, עמ' 355-356).

מכאן חשיבותה הראשונה במעלה של שמירה הדוקה על עיקרון הפומביות בהיבטי נראות ההליך וניהולו באופן שימומשו בו זכויותיהם של המתדיינים.

אך בכך לא סגי, שכן לפומביות הדיון השפעה רחבה יותר בהיבט ההתייחסות הציבורית למערכת משפט. פומביות הדיון הינה תנאי בלעדיו אין לאמון הציבור במערכת המשפט (ראה [ר"ע 176/86 פלונית נ' פלוני \(פ"ד מ"ד\) \(2\) 497](#)).

זכות הציבור לדעת וחופש הביטוי

זכות הציבור לדעת וחופש הביטוי אף הם כרוכים כמעט עד לבלי-הכר בעיקרון פומביות הדיון, בהיות הפומביות אמצעי להזרמת מידע לציבור. זכותו של הציבור לקבל מידע על דרך פעולתה של הרשות השופטת, מאפשרת השמעת ביקורת ציבורית מבוססת על הנעשה בין כותלי בית המשפט ובכך מתממש, הלכה למעשה, חופש הביטוי.

בירור האמת

ואם לא די בכך, יש אשר הצביעו על רציונל נוסף המתגשם בעקבות פתיחת דלתי בית המשפט לרווחה. לדידם, הרציונל האחרון לעקרון פומביות הדיון הוא התרומה לבירור האמת ולאיכות ההחלטה הניתנת בסיום ההליך. על רציונל זה עמד ביהמ"ש העליון בע"פ [334/81 דוד הגינור נ' מדינת ישראל פ"ד לו\(1\) 827](#) :

"...מכוח עיקרון זה עומד, מחד גיסא, בית המשפט בפעולתו חשוף לעיני הציבור ולשיפוטו, במה שנוגע לניהול המשפט באובייקטיביות, בנושר שיפוט ושיקול-דעת. מאידך גיסא גם בעלי הדין ניצבים לעיני הציבור, השומע את הדברים ובהיותו מודע לעובדות המוצגות בפני בית המשפט, יכול, על-פי המידע המצוי בידי, להציע בדרך הנאותה ראיות להפרכתו. על-ידי כך יישמרו ויירטעו, אולי, בעלי דין מלהציע לשופט הדין בעניין עובדות לא בדוקות או לא מהימנות".

סוף דבר, נוכל לסכם ולומר כי פומביות הדיון מבטיחה את זכותם של בעלי הדין להליך תקין והוגן, מחזקת את אמון הציבור במערכת המשפט ומגשימה את זכותו של הציבור לדעת ואת חופש הביטוי.

החריגים לכלל

יחד עם זאת, וחרף מרכזיותו של העיקרון הנ"ל, אין הוא בבחינת עיקרון יחיד המגלם את כלל האינטרסים הראויים לבוא לידי ביטוי בהליך השיפוטי. לצידו מתקיימים ערכים, זכויות ואינטרסים מתחרים ואף נוגדים, אשר מימושם וההגנה עליהם יצריכו לעיתים חריגה מעקרון הפומביות. אולם, היות ועקרון היסוד הינו פומביות הדיון, כל חריגה ממנו חייבת להיעשות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, זאת על מנת להבטיח שהפגיעה בזכויות נאשמים תהיה מינימאלית. על שני מישורים אלה עמד בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין. כך נקבע לדוגמא בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון פ"ד נט (5) 368, עמ' 378 :

"בחינת חוקיותו של צו... מצריכה התייחסות לשני מישורים: האחד - אם הטעם העומד ביסודו נועד להשגת תכלית ראויה; השני - אם עונה הצו למבחני האיזון החוקתי המחייבים כי לא תיפגע זכות יסוד של אדם, אלא אם כן יש הכרח בכך להגשמת צורך או ערך חיוני, והיקף הפגיעה אינו עולה על הנדרש לצורך הגשמת אותה תכלית.

עקרון המידתיות קובע את אמת המידה המאזנת בין צורכי הצבא והביטחון לבין עניינו של הפרט. המידתיות מתמקדת ביחס שבין המטרה שמבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה; היא מצריכה קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי הננקט; היא מחייבת כי האמצעי הננקט יכרוך את הפגיעה הקטנה ביותר האפשרית בפרט לצורך קיום התכלית הנדרשת, וכי הפגיעה הצפויה מנקיטתו תעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. קיומם במצטבר של תנאים אלה מצביע על מידתיות פעולתה של הרשות הציבורית"

(וראה אף בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל פ"ד נח (5) 807 (בייחוד בעמ' 836-837) וכן בג"ץ 940/04 אבו טיר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון פ"ד נט (2) 320, בעמ' 327-329).

עיון בחקיקת האזור, ילמד כי המחוקק הכיר בחשיבות אינטרסים אלה. דומה כי אין חולק בדבר תכליתם הראויה של החריגים לכלל הפומביות אותם קבע המחוקק.

כך נקבע, על כן, בסעיף 11(א) סיפא לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל – 1970 :

"אולם רשאי בית משפט צבאי לצוות כי הדיון בפניו יתקיים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות, אם הוא סבור כי מן הראוי לעשות כן מטעמים של בטחון כוחות צה"ל, בטחון הציבור, הגנה על המוסר או על שלומו של קטין או אם הוא סבור כי הדיון הפומבי עלול להרתיע עד מלהעיד עדות חופשית או מלהעיד בכלל" (ההדגשות אינן במקור)

וכך אף מצאנו בסעיף 68(ב) [לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, הקובע שורה ארוכה של חריגים, אשר הרלוונטיים לענייננו הינם :

"בית משפט רשאי לדון בעניין מסוים, כולו או מקצתו, בדלתיים

סגורות, אם ראה צורך בכך באחת מאלה :

(1) לשם שמירה על בטחון המדינה.

(2) לשם מניעת פגיעה ביחסי החוץ של המדינה.

...

(7) הדיון הפומבי עלול להרתיע עד מלהעיד עדות חפשית או מלהעיד

בכלל..."

ועיין אף בסעיף 128 [לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 המעניק לבית המשפט סמכויות רחבות מאוד לקיום הליך בעבירות ביטחוניות מסוימות באופן סודי אם שוכנע כי ביטחון המדינה מחייב זאת **"במידה שאין להשיגה באמצעים על פי כל דין אחר"**.

הנה כי כן, המחוקק באזור ובישראל הכיר בצורך לחרוג לעיתים מעקרון הפומביות לשם הבטחת שורה של אינטרסים, אשר בראשם השמירה על ביטחון כוחות צה"ל וביטחון הציבור. כן הוכר הצורך לקיים דיון בדלתיים סגורות מקום בו דיון פומבי עלול לפגוע במתן העדות.

ושוב, החריגים האמורים אינם עשויים מקשה אחת ונכללים בהם מספר אינטרסים ורציונלים שונים, כאשר לצורך ההכרעה במקרה דנן נתרכזו בעיקר בערכים הקשורים לביטחון האזור.

ביטחון האזור

דומה כי אין צורך להכביר מילים אודות מרכזיותו של אינטרס זה, במיוחד במציאות הביטחונית הקשה בה אנו חיים. האינטרס הביטחוני הינו אינטרס המבטא ביסודו את שאיפתה של החברה להתקיים. ללא שמירה הדוקה על ביטחונו של הציבור, עלול המרקם החברתי להתפרק ועלולים השלטונות להימצא משוללי כלים להבטיח את הזכות הבסיסית ביותר לשמה מונו, קרי הזכות לחיים. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין שניצר :

"ללא ביטחון אין קיום למדינה, ואין קיום להסכמה חברתית עליה היא

בנויה. ממילא אין קיום לחירויות היחיד שהמדינה נועדה להגשימן.

מכאן מרכזיותם של ערכי הביטחון במכלול ערכיה של שיטת המשפט"

(בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב(4) 617,

629).

וכן בעניין עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל :

"ההגנה על החיים היא, כמובן, ההגנה על זכות היסוד החשובה ביותר

של האדם. מערך עליון זה נגזר מעמדו החשוב של האינטרס הביטחוני,

אשר אנו מצווים לתת לו את מלוא המשקל. כך הדבר במציאות הישראלית בכל שנות קיומה של המדינה וכך הדבר על אחת כמה וכמה בעידן הלחימה בטרור. לצערנו, דומה כי ההתמודדות בין ערך הביטחון לבין מידת הפגיעה בזכויות אדם לשם קיום הביטחון תלויה אותנו עוד שנים ארוכות" (בג"צ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754, עמ' 1868).

על רקע זה יש לקרוא אף את הוראות המשפט הבינ"ל המגולמות בתקנה 43 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, משנת 1907, וכן סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר טיפול באזרחים בזמן מלחמה (1949), הקובעות את השמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחון הכוחות המחזיקים בשטח המוחזק, כערך עליון לפיו יפעל המפקד הצבאי (ראה מ' [זרורי, החקיקה באזור יהודה והשומרון](#) (תשל"ה), עמ' 49 ואילך).

ודוק, הבטחת מימוש הזכות לביטחון מחייבת הענקת אמצעי פעולה נאותים לכוחות הביטחון, שכן גם בתחום זה לא ניתן לדרוש שמירה מרבית על הביטחון ללא מתן יכולת מעשית להשגת מטרה זו.

מטיבם של אמצעים ביטחוניים כי עלולים הם לפגוע בזכויות יסוד. הדבר נכון לוודאי בשדה הקרב, אך גם בתחום איסוף המידע, ואף בזירה המשפטית. כך, הכיר המחוקק הישראלי, ובעקבותיו המחוקק באזור, בצורך להגביל את זכויותיו של חשוד בעבירה במהלך חקירתו, בין אם בקביעת אפשרות לעצור אדם לצורכי חקירה ([סעיף 78\(ו\)](#)) לצו בדבר הוראות ביטחון) ובין אם במתן סמכות להגביל את פגישתו עם עו"ד ([סעיף 78\(ב\)](#) ו-ג לצו בדבר הוראות ביטחון) או אף את ההודעה בדבר מעצרו ([סעיף 78\(ד\)](#) לצו בדבר הוראות ביטחון). אף בהליך המשפטי גופו זכו צורכי הביטחון לעיגון חוקי בדמות האפשרות למנוע חשיפת ראיות באמצעות הוצאת תעודת חיסיון ([סעיף 9א](#) לצו).

גדרי הדילמה השיפוטית

האפשרות לקיים דיון בדלתיים סגורות או למנוע פרסום תוכנו של דיון משפטי משתלבת באותם סייגים אשר המחוקק היה מוכן להכיר בהם לצורך השמירה על האינטרס הביטחוני ואשר אין חולק כי תכליתם ראויה.

הנה כי כן, עומדים זה מול זה עקרונות ואינטרסים מהמעלה הראשונה. דומה כי אין צורך להרחיב באשר למתח המובנה הקיים בין האינטרסים. מחד גיסא, עומדת זכותו של הנאשם להליך הוגן וזכות הציבור לחופש המידע ולחופש הביטוי, ומאידך גיסא ניצב הצורך להבטיח את ביטחון הציבור תוך מתן אפשרות מעשית לגורמי הביטחון לבצע את עבודתם.

בית המשפט המתבקש להורות על ניהול דיון בדלתיים סגורות, ניצב, על כן, בפני הצורך לאזן בין אינטרסים סותרים, ולפעמים אף להכריע ביניהם. על הצורך באיזון זה עמד בית המשפט העליון אך לאחרונה בעניין ועדת הבדיקה הממשלתית בקובעו:

"...שני הערכים... בטחון המדינה מזה ופומביות הדיון וזכות הציבור לדעת מזה - הינם ערכים בסיסיים בשיטתנו המשפטית... לפיכך, נדרש איזון הולם בין שני הערכים האמורים במצב של התנגשות "חזיתית" ביניהם. נוסחת האיזון חייבת להגשים את הערך בדבר בטחון המדינה, אך בה בעת לצמצם ככל האפשר את הפגיעה בעקרון פומביות הדיון ובחופש המידע המהווים ערכים חשובים בשיטתנו המשפטית" (בג"צ [258/07](#) ח"כ זהבה גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(1), 1594).

ברם, נדגיש כבר כעת כי נקבע לא אחת כי בשל חשיבותו של עיקרון פומביות הדיון, יש לפרש את החריגים לו על דרך הצמצום ולחרוג ממנו אך בעת הצורך ולאחר שקילה זהירה (בג"צ [559/82 יפת נ' בית המשפט ואח', פ"ד לו\(4\) 642](#)).

נשאלת, על כן, השאלה איך יבצע בית המשפט את מלאכת האיזון, כאשר על כף המאזניים האחת עומדת עתירת התביעה הנסמכת, על פי הטענה, על שיקולים ביטחוניים רבי חשיבות, ועל כף המאזניים השנייה מכלול הזכויות המגולמות בעקרון הפומביות עליהן עמדנו.

צורכי הביטחון – היבטים מעשיים

אך בטרם נפנה להצבת מבחנים לפיתרון הדילמה האמורה, מן הראוי כי נעמוד, ולו באופן כללי, על ההיבטים המיוחדים של צורכי הביטחון, ככל שאלה נוגעים לפועלם של גופי מודיעין, דוגמת שירות הביטחון הכללי, לגביו נסובו הטענות בערעור זה.

נשמת אפם של ארגוני מודיעין הינה חשאיות פעילותם. אופי פעילות זו אף הביא לכך ששנים רבות חסו ארגונים אלה תחת מעטה סודיות כה רחב, עד שעצם תחומי עיסוקם וסמכויותיהם נותרו ללא הסדרה חוקית. הוא הדין גם בעצם ימים אלה, מלבד באשר לשירות הביטחון הכללי, לגביו נחקק חוק. בחוק זה, [חוק שירות הביטחון הכללי](#), התשס"ב-2002 (להלן: החוק) הוגדרו יעוד השירות ותפקידיו כדלקמן:

"השירות מופקד על שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני איומי טרור, חבלה, חתרנות, ריגול וחשיפת סודות מדינה, וכן יפעל השירות לשמירה ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים אחרים לביטחון הלאומי של המדינה, והכל כפי שתקבע הממשלה ובפוף לכל דין" (סעיף 7(א) לחוק).

על פי החוק, נדרש השירות לסכל ולמנוע פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו ([סעיף 7\(ב\)\(1\)](#) לחוק). לצורך מילוי תפקידיו הוסמך השירות, בין היתר, לקבל ולאסוף מידע ([סעיף 8\(א\)\(1\)](#) לחוק), להפעיל סוכנים שאינם עובדי השירות ([סעיף 8\(א\)\(4\)](#) לחוק), וכן לחקור חשודים וחשדות בקשר לביצוע עבירות או לערוך חקירות לשם מניעת עבירות בתחומים המפורטים בהגדרת הייעוד ([סעיף 8\(א\)\(3\)](#) לחוק) ובהתאם להוראות הממשלה ([סעיף 8 הנ"ל](#) וכן [סעיף 7\(ב\)\(6\)](#) לחוק).

יודגש עוד כי בחוק השב"כ הושם דגש נרחב על שמירת סודיות פעילות הארגון (ראה [סעיפים 6\(ב\)](#), [10](#), [17](#), [19](#) ו-[22](#) לחוק). כוונת המחוקק ברורה, על כן, והיא להעניק תוקף ומעמד לערך חשאיות פעילות השירות.

אין צורך לציין כי כך אף מתנהלת עיקר פעילות השירות באזור (אם כי באזור העיגון החוקי לפעילות זו שונה ומצומצם), אשר אך חלקים זעירים שלה זוכים לחשיפה, וזאת בעיקר בהליכים המשפטיים המתקיימים בערכאות שיפוטיות שונות, ובראשן בתי המשפט הצבאיים.

אשר על כן, לאור מעמדו של שירות הביטחון הכללי כגורם העיקרי האמון על איסוף מודיעין וראיות בתחומי הפשיעה האידיאולוגית באזור, ובשים לב למומחיות שרכש הארגון במשך השנים בתחום זה, על ביהמ"ש להתייחס במלוא כובד הראש לטיעונים בדבר פגיעה אפשרית כתוצאה מחשיפה מצטברת של שיטות פעולה, דוגמת אלה שהועלו על ידי התביעה במקרה דנן.

לצד האמור, מן הראוי להקדיש תשומת לב אף לאופי המיוחד של הפעילות הטרוריסטית המתבררת בפני בתי המשפט הצבאיים, בתיקים בהם נדרשת לעיתים סגירת דלתיים על רקע החשש לפגיעה בביטחון.

חלק הארי מפעילות עבריינית זו אינה מבוצעת על ידי בודדים אלא במסגרת התארגנויות מקומיות או כלל אזוריות המונעות על פי סדר יום ומטרות הנקבעים על ידי ראשי הארגונים, ואף מערכות "תומכות לחימה" בהיבטים מודיעיניים, לוגיסטיים וכספיים. על כן, לא נחדש מאומה אם נאמר כי חלק מארגוני הטרור, עוסקים באיסוף שיטתי של דרכי פעולת כוחות הביטחון בכלל ושל שירות הביטחון הכללי בפרט, ואף בהדרכת פעיליהם כיצד להתמודד עם שיטות אלה (וראו בעניין זה אף [עמ"מ איו"ש xxx/07 אלמסאלמה נ' התובע הצבאי](#)). מידע אשר נאסף טיפין טיפין מדיונים שונים על ידי מומחי מודיעין עוינים, עלול להצטרף לתמונה כוללת של דרכי הפעולה והחקירה של השב"כ. הרכבת התצרף מהפרוטוקולים השונים של הדיונים עלולה, אף היא, לשבש ולסכל בסופו של יום את יכולתו של השב"כ לחקור חשודים בעבירות נגד ביטחון האזור ולמנוע פיגועים מתוכננים. על כך כבר עמדתי ב**ב"ש 3696/07 אבו חמד נ' התביעה הצבאית** בו קבעתי:

"סוד גלוי הוא כי חלק מארגוני הטרור, כארגוני פשיעה אחרים, עוסקים באיסוף שיטתי של דרכי פעולת כוחות הביטחון, ואף בהדרכת פעיליהם איך להתמודד עם שיטות אלה, על מנת לשכלל את מעשיהם ולהבטיח לעצמם הישגים רבים ככל האפשר".

על רקע זה, מן הראוי להדגיש ש**סעיף 11א** לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל - 1970 מאפשר למפקד כוחות צה"ל באזור להביע דעתו בתעודה חתומה כי **"יש לערוך משפט או הליך בפני שופט, כולו או מקצתו בדלתיים סגורות על מנת למנוע פגיעה בביטחון האזור"** (אם כי ההכרעה הסופית נותרת בידי בית המשפט). סמכות ייחודית זו, שאינה מוכרת לה מקבילה בחוק הישראלי, מצביעה באופן ברור על המשקל המוגבר אותו ראה המחוקק להעניק להגנה על ביטחון האזור. משקל מוגבר זה עשוי אף להשפיע על ההתייחסות שתינתן על ידי בית המשפט לשיקולים הביטחוניים, עת יאזן ביניהם לבין יתר האינטרסים עליהם עמדנו.

לאור האמור לעיל, בבואנו ליצור עקרונות לנוסחת האיזון הראויה בין הערכים עליהם עמדנו, ובבואנו לעמוד על נחיצותה של ההחלטה שניתנה בעניין זה במקרה דנן, עלינו לתת את הדעת למאפיינים הייחודיים של האינטרס הביטחוני כפי שהוא מתגלה באזור.

זאת ועוד, בדומה לדואליות הקיימת בעקרון הפומביות המגלם אינטרסים פרטניים של הנאשם לצד אינטרס ציבורי, אף לאינטרס הביטחוני היבטים ישירים הנוגעים לעניין הספציפי המתברר בפני בית המשפט אך גם להיבטים רחבים נוספים. על היבטים אלה עמדתי בעניין **אבו חמד הנ"ל** בקובעי:

"...הבטחת השמירה על אפקטיביות פעולת זרועות אכיפת החוק מחייבת בחינה מערכתית, הנותנת משקל לא רק לעניין הספציפי, אלא אף להשלכות הגילוי על המשך פועלם בעתיד.

...

אשר על כן, האמור לעיל בדבר דרכי הערכת האינטרסים, מקבל משנה תוקף כאשר על כף אחת של המאזניים מצויים אינטרסים הקשורים לעבודתם של שירותי הביטחון, האמונים על המלחמה נגד עבריינות מאורגנת זו, המאפיינת חלקים גדולים של פעילות הטרור"

סגירת דלתיים – הפרקטיקה המקובלת

ערכו הסגולי הדומיננטי של האינטרס הביטחוני הביא, על כן, את בתי המשפט באזור ובתחומי מדינת ישראל, לעשות שימוש נרחב בסמכות לסגירת דלתיים כאשר העידו בפניהם אנשי שירות הביטחון הכללי, עד כי אוכל לומר, במידת וודאות גבוהה, כי שנים רבות, עד לאחרונה, בתי המשפט באזור הכריעו תמיד לסגור את הדלתיים. דומני כי כך אף הפרקטיקה המקובלת בבתי המשפט האזרחיים בישראל (הדוגמאות לכך רבות מספור, ולהמחשה ראה **בג"צ 4841/04 מחג'אנה ואח' נ' בית המשפט המחוזי בחיפה - כב' הנשיא מ' לינדנשטראוס ואח' פ"ד נח(6) 347; בש"א (י-ם) 1949/06 מדינת ישראל נ' ג'נימאת** [פדאור (לא פורסם) 06 (20) 769]; **עע"א**

[\(ת"א-יפו\) 1871/07 גלברד נ' ועדת השחרורים גוש מרכז](#) [תק-מח 2007(2), 11987]; ובעניין זה נציין במיוחד את ההחלטה בב"ש (נצרת) 1862/07 [מדינת ישראל נ' מוזס](#) [תק-מח 2007(2), 4656] בה החליט תחילה בית המשפט לפתוח את הדלתיים ולאחר קבלת חוות דעת נוספת של שירות הבטחון הכללי הכריע לסוגרן). כך, מעיון בהחלטות שקובצו בעניין זה במאגרי המידע המשפטיים המצויים לא מצאנו ולו מקרה אחד בו העידו חוקרי שב"כ בדלתיים פתוחות.

מעניין אף לציין כי גם בשיטות משפט אחרות נתקבלו החלטות דומות. כך לדוגמא, בשיטת המשפט האמריקאית.

"In all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right to a... public trial" התיקון השישי לחוקה האמריקאית קובע כי "In all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right to a... public trial". בית המשפט העליון קבע מקדמת דנא כי זכות זו למשפט פומבי הינה חלק מזכויות ה-Due Process (*U.S. v. Oliver*, 333 U.S. 257 (1948)). נקבע עוד כי זכות זו הינה של הנאשם ולא של הציבור, באשר זכותו של הציבור להיות נוכח במהלך המשפט מעוגנת בתיקון הראשון לחוקה שעניינו חופש הביטוי והעיתונות (*Globe Newspaper v. Supreme Court* 457 U.S. 596 (1982)). בית המשפט העליון אף קבע כי שלילת זכותו של נאשם למשפט פומבי הינה עילה למשפט חוזר ללא צורך בהוכחת עיוות דין (prejudice) כלשהו (*Arizona v. Fulminante* 499 U.S. 279 (1991)).

אולם, נקבע בנוסף, כי זכותו של נאשם למשפט פומבי אינה זכות מוחלטת, ויש לאזנה מול זכויות ואינטרסים אחרים אשר עשויים להצדיק סגירת הדלתיים. התנאים לסגירת הדלתיים פורטו בפסק הדין המנחה בעניין (*Waller v. Georgia* 467 U.S. 39 (1984)) כדלקמן:

(1) הצד המעוניין בסגירת הדלתיים צריך להראות אינטרס מכריע (overriding).

(2) אין לסגור את הדלתיים למשך זמן ארוך מן ההכרחי לשם שמירה על האינטרס.

(3) על השופט לשקול חלופות סבירות לסגירת הדלתיים.

(4) ההחלטה צריכה להיות מבוססת בראיות.

בנוסף, ה-The Classified Information Procedure Act (CIPA) האמריקאי מאפשר סגירת דלתיים לשם הגנה על מידע מסווג. מטרתו המרכזית של החוק היא להגן ולמנוע חשיפתו של מידע מסווג באופן שלא יפגע בהגנתו של הנאשם (*U.S. v. O'Hara* 301 F.3d 566 (7th cir. 2005)). בדומה לעתירה לגילוי ראיה חסויה בישראל, החוק יוצר פרוצדורה בה השופט יכול לעיין במידע המסווג ולקבוע את הרלוונטיות שלו לדיון. הגדרתו של מידע מסווג בחוק הינה:

"Any information or material that has been determined by the United States government pursuant to an Executive order, statute

or regulation, to require protection against unauthorized disclosure for reasons of national security" (s. 1(a))

פגיעה ב-"national security" הוגדרה כפגיעה ביחסי החוץ או בביטחונה הלאומי של ארה"ב. החוק אף קובע כי הדיון המקדים בשאלת הרלוונטיות של המידע המסווג ינוהל בדלתיים סגורות. על בסיס חוק זה, בשנת 2006, נדונה על ידי בית המשפט הפדראלי שאלת דרכי העדתם של שני חוקרי שירות הביטחון הכללי הישראלי בעניין **אבו מרזוק**

(U.S. v. Mousa Muhammad Abu Marzook No. 03 CR 0978)
(<http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/usmarzook13106opn.pdf>)

בעניין זה נפסק כי עדויותיהם של החוקרים יישמעו בדלתיים סגורות בהתבסס על CIPA, לאחר שהוכח כי תוכן עדותם של חוקרי השב"כ הינו מסווג, וכי הוא הוצהר ככזה על ידי ממשלת ארה"ב. בהחלטתו שקל בית המשפט האם האינטרס הביטחוני גובר על זכותו של הנאשם לפי התיקון השישי לחוקה ועל זכותו של הציבור לפי התיקון הראשון. על פי המבחנים של פס"ד *Waller* קבע בית המשפט כי לארה"ב יש אינטרס מכריע בסודיות שיטות חקירה של שירותי הביטחון הישראלים לשם שמירה על ביטחון ישראל ועל היחסים בין ישראל לארה"ב, בכל הנוגע לשיתוף במידע ביטחוני סודי. עוד נקבע כי חשיפת המידע תשפיע על יחסי החוץ של ארה"ב ועל ביטחונה.

החלטה זו אף התבססה על הדין הכללי בעניין סגירת דלתיים. בעניין זה ציין ביהמ"ש כי שמיעת העדויות בדלתיים פתוחות עשויה לפגוע בביטחונם האישי של החוקרים. למסקנה זו הגיע בית המשפט גם על יסוד העובדה שכיום קיימים אתרי אינטרנט שמטרתם איסוף תמונותיהם וקלסטרוניהם של אנשי שב"כ לשם זיהוים ופגיעה בהם, ואתר אחד אף הציע פרס לכל המסייע בזיהוים של אנשי שירות הביטחון הכללי.

הנה כי כן, ניתן לומר כי קיימת תמימות דעים בין השופטים בדבר נחיצות סגירת הדלתיים בעת שמיעת עדותם של אנשי שירות הביטחון הכללי. אלא שגם אם סגירת הדלתיים מהווה פרקטיקה מקובלת, דומה כי בית המשפט אינו פטור מבחינה מחודשת של הטעמים שהביאו ליצירת פרקטיקה זו, במיוחד על רקע החלטת ביהמ"ש במקרה דנן וכן החלטות דומות אחרות שהתקבלו מאז ע"י בתי המשפט הצבאיים של ערכאה ראשונה.

סגירת דלתיים – בחינה מחודשת

כאמור לעיל, עקרון הפומביות הוא הכלל וחריגה ממנו צריכה להיעשות בזהירות. על כן, בבואנו להכריע האם מן הראוי לאמץ מדיניות כללית וגורפת של סגירת דלתיים כל אימת שמעיד איש

במצבים של מתח בין זכויות ואינטרסים כאמור, החתירה למימוש מרבי של זכויות מהמעגל הראשון, היא אשר צריכה להנחותנו בראש ובראשונה, שכן כאמור, אלה נוגעות באופן ישיר לצמצום הפגיעה האפשרית בנאשם כתוצאה מההליך הפלילי.

יתרה מזו, עמידה איתנה על הזכויות המהותיות להגנת הנאשם, היא זו היוצרת בסופו של יום אמון ציבורי במערכת משפטית.

מקום בו הכלל הינו ניהול פומבי של ההליך המשפטי, ובכלל זה פרסום החלטותיהם של בתי המשפט, אין לחשוש לפגיעה מצטברת באמון הציבורי מקיום נקודתי ומצומצם מאוד של הליכים בדלתיים סגורות, במסגרתם תיתכן חשיפת מידע העלול לפגוע באינטרסים ביטחוניים רבי חשיבות, כפי שהובהר.

זאת ועוד, מעשים שבכל יום כי תעודות החיסיון המלוות בדרך כלל עדויותיהם של חוקרי שב"כ, זוכות לפרשנות מצמצמת של הערכאה הדיונית במטרה לאפשר להגנה לנהל חקירה אפקטיבית עד כמה שניתן. כן התרשמנו כי חוקרים מעידים ביתר חופשיות בפני בית המשפט כאשר אימת הפרסום הרחב מנוטרלת כתוצאה מסגירת הדלתיים.

מן הטעם האמור, יש אף לדחות את גישת בית משפט קמא לפיה אין חשש שהחוקרים יחשפו שיטות חקירה חשאיות בעדותם, מאחר שהם נקראו להעיד בנוגע לעניין המצומצם של גביית הודעות בלבד, ולא באשר לשיטות החקירה של שירות הביטחון. כאמור, אחת ממטרותיה של סגירת הדלתיים הינה לאפשר לתביעה ולהגנה לפרוס את היריעה במהלך חקירת העדים, זאת אף באמצעות פרשנות מצמצמת של גבולות תעודת החיסיון. ניהול דיון פומבי עלול להביא לפסילת שורה של שאלות העשויות להועיל רבות לגילוי האמת, גם אם נושקות הן לשיטות החקירה עצמן.

יתרה מזו, נוסח תעודות החיסיון המקובל באזור אינו כולל שאלות הקשורות במישרין לבירור טענות הפסלות במשפטי זוטא, לרבות שאלות הקשורות להליכי החקירה ולהתנהלות החוקרים בה. אשר על כן, יתכנו מקרים לא מעטים בהם, במהלך חקירתם, ידרשו חוקרים להתייחס לפעולות בהם נקטו המהוות חלק משיטות חקירה. פתיחת הדלתיים עלולה להביא, על כן, לגילוי שיטות אלה ברבים וכתוצאה מכך, לפגיעה מצטברת בביטחון האזור.

נציג התביעה אף טען בפנינו כי פתיחת הדלתיים עלולה להרתיע את החוקרים מלהעיד עדות מלאה. יש להניח כי חוקרי השב"כ מודעים היטב לחובתם להשיב באופן אמיתי ומלא לשאלות בית המשפט. על כן, הגם שלא ניתן לשלול את החשש האמור כליל, אין בו להצדיק, כשלעצמו, פגיעה בעקרון הפומביות. עם זאת, ברי כי הוא מצטרף לנימוקים אותם פירטתי בדבר היתרון הקיים בקיום דיון בדלתיים סגורות אף מטעמים של בירור האמת.

אשר על כן, מנקודת ראות מעשית נראה כי סגירת הדלתיים באופן נקודתי לא רק שיש בה לתרום לשמירה על צורכי הביטחון, אלא אף מאפשרת הלכה למעשה מימוש מלא יותר של הזכות להליך הוגן ושל בירור האמת.

על רקע זה מצאתי לציין כי יש להצטער על כך שטיעוניה המקיפים של התביעה בדבר הסיכון הביטחוני הטמון בפתירת הדלתיים, לא נפרשו באופן מלא בפני בימ"ש קמא, אלא בשלב הערעור בלבד. ייתכן כי לו היו רובדי הטיעון השונים שהועלו בפנינו עומדים בפני בימ"ש קמא, הייתה החלטתו שונה.

על כל אלה יש להוסיף, שוב, במישור המעשי, כי שימוש בפרגוד מונע מהצדדים להתרשם מהבעות פניו ומשפת גופו של העד, ואף בכך עלולה להיפגע חקירת העד. הווה אומר, כי אף מנקודת ראותו של הנאשם, סגירת הדלתיים המונעת את הצורך בהצבת פרגוד, טובה יותר מניהול הדיון בדלתיים פתוחות המחייבת הצבת פרגוד (לכל הפחות בין העד לנאשם).

בעניין זה אציין עוד כי תמים דעים אני עם קביעתו של בימ"ש קמא לפיה אין בחשש שהועלה בנוגע לחשיפת זהותם של החוקרים כדי להצדיק באופן עצמאי פגיעה בעקרון הפומביות, זאת במיוחד לאור העובדה כי ניתן להתגבר על חשש זה בהצבת פרגוד. עם זאת, אין ספק כי צמצום הנחשפים לחזות חוקרים באמצעות סגירת הדלתיים, תיתן ביטוי ראוי גם לחשש זה.

סיכום ביניים

העולה מן המקובץ, כי בסגירת הדלתיים במהלך עדויותיהם של חוקרי שב"כ יש לממש לא רק אינטרסים ביטחוניים מובנים, אלא גם חלק מהרציונלים של עקרון הפומביות.

לאור השיקולים שנדונו לעיל, ולאור אופייה המיוחד של הפשיעה באזור ושל פעילות ארגוני הטרור, סגירת הדלתיים הינה הכרח בל יגונה, עת נשמעת עדותו של איש שירות הביטחון הכללי, בנושאים העלולים להביא לפגיעה, במישרין או בעקיפין, בשיטות פעולה של השירות. בכלל זה, ראוי יהיה לסגור את הדלתיים כאשר ידרשו חוקרי השירות להעיד על חקירות פרונטאליות אותן ערכו, ועל זיכרונות דברים מחקירות אלה.

לנוכח האמור, דעתי הינה כי קביעת מדיניות שיפוטית בדבר סגירת דלתיים בעת עדויותיהם של חוקרי שב"כ במהלך עשויות לעלות שאלות הקשורות לשיטות פעולה של השירות, אינה מהווה פגיעה העולה על הנדרש בזכויות הנאשם והציבור, והינה מידתית לנוכח האינטרסים הביטחוניים כבדי המשקל העומדים מנגד.

שונה יהיה הדיון, לטעמי, במקרים בהם מעידים עדים מומחים או חוקרים שנטלו חלק באיסוף ראיות חפציות במהלך החקירה. בעניין זה האינטרס הביטחוני המוגן הינו בעיקרו אי חשיפת זהותם של העדים, אינטרס אשר לרוב ידחה מפני עקרון הפומביות. במצבים אלה, לנוכח האינטרס אליו נטען, די יהיה בהצבת פרגוד.

אעיר כי לאיזון זה הגעתי, הואיל ואינני סבור כי סגירת הדלתיים לקטעים בודדים של ההליך, כאשר הנאשם ובא כוחו נוכחים באולם, ויכולים אף הם להתרשם מן העדים ולחוקרם, תביא לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן ולבירור האמת, ואף לא לפגיעה קשה באינטרסים כלליים

נוספים. בעניין זה מעניין לציין כי אף הסנגוריה לא טענה בפנינו בשום שלב של הדיון כי סגירת הדלתיים עלולה לפגוע בהגנת הנאשם.

אעיר עוד כי לאור החשש שבקביעה גורפת ושבמדרון חלקלק, ראיתי לנכון להדגיש כי דיון בדלתיים פתוחות עודנו הכלל וסגירת הדלתיים הינו החרג ואין בכוונתנו כאן להפוך את היוצרות. לא קבענו אלא כי לאור הנסיבות המיוחדות של האזור וההוויה המיוחדת של בתי המשפט הצבאיים, בסיטואציה הפרטנית של העדת חוקר שב"כ בענייני עבודתו, יש לסגור את הדלתיים.

מן הכלל אל הפרט

נוכח דברי דלעיל ולאחר שבחנתי את כל ההיבטים ושקלתי את כל הסיכונים שבקיומו של הדיון בדלתיים פתוחות, הגעתי לכלל מסקנה כי בנדון דידן, היה מקום לקיים את הדיון בעת עדותם של חוקרי השב"כ בדלתיים סגורות, זאת חלף שמיעת עדותם מאחורי פרגוד.

הערעור על הכרעת הדין

כאמור, התביעה והסנגוריה גם יחד, אינן משלימות עם הכרעת הדין של ביהמ"ש קמא כל אחת מהטעמים שפורטו לעיל. נבחן כעת את ערעוריהם של הצדדים בסוגיה זו.

אך בטרם נבחן את טיעוני הסנגוריה נגד הכרעת הדין, מן הראוי להתייחס לטענה המקדמית שהועלתה לפיה נפל פגם אינהרנטי בהכרעת דין זו, כאשר ביהמ"ש לא נתן משקל ראוי לסיכומי הסנגוריה, מאחר שאלה הוגשו באיחור. ראשית, מן הראוי להעמיד את העובדות על דיוקן ולציין כי ביהמ"ש התרעם בצדק על דרך התנהלות ההגנה, אשר למרות שהייתה מודעת היטב לסד הזמנים בו פעל ביהמ"ש בעקבות ערריה התכופים לשחרור, הפרה את הוראות ביהמ"ש והעמידה אותו בפני מצב מוגמר בהגשת בקשה להארכת מועד לאחר שהמועד המקורי שנקבע חלף זה מכבר. אין מנוס מהקביעה כי התנהגות זו פסולה.

אולם מעבר להערה פרוצדוראלית זו, דין הטענה להדחות, אף לגופם של דברים, שכן עיון בהכרעת הדין יגלה כי ביהמ"ש לא התעלם מטיעוני ההגנה, אלא אף בחן כל טענה אפשרית לטובת המערער, וביניהן טענות דומות לאלה שהועלו בפנינו.

ערעור הסנגוריה

הנדבך הראשון של ערעור הסנגוריה נגד הרשעה נגע לקבלת והעדפת האמרות המשטרטיות של העדים. לטענת הסנגוריה התביעה לא הוכיחה את כל יסודותיו של סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971, ובעיקר את התנאי הראשון היינו הוכחת מתן האמרה במשפט. לטענת הסנגוריה השוטרים גובי האמרה, לא זכרו את מעמד מתן העדות והעידו רק על נוהל החקירה הרגיל. כמו כן, טוענת הסנגוריה כי העדות שנתנה על ידי העדים השונים אינה שונה מן האמרה בפרט מהותי. לפיכך מבקשת הסנגוריה לפסול את אמרות העדים שהוגשו לבית המשפט.

לא ראיתי מקום להתערב בקביעותיו של ביהמ"ש קמא בסוגיה זו. העדפת האמרות על פני עדויות העדים מבוססת על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט מהעדים שהעידו בפניו, ומגובי אמרותיהם. ממצאי מהימנות הינם מסורים לערכאה הדיונית בפניה נשמעים העדים (עדי"י [4090/06 התובע הצבאי נ' רימאוי](#) [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642]). לכך יש להוסיף כי הוכחת מתן האמרה – אין משמעה הוכחת הנסיבות שבהן ניתנה, עליהן לא יכלו גובי האמרות להעיד, אלא אך זיהויה של האמרה בתור אמרת העד (ע"פ [803/80 אבוטבול נ' מדינת ישראל פ"ד לנ\(2\)](#), 523). הוא הדין באשר לשוני בין העדויות בבית המשפט לאמרות העדים במשטרה. גם בעניין זה, אין לי אלא להפנות להכרעת הדין בה פירט בית משפט קמא, בהתייחס לכל עד, מהן הסתירות שעלו בין עדותו לאמרתו בכתב. לאור האמור, לא מצאתי מקום להתערב בקביעה כי התקיימו תנאי [סעיף 10א](#) ואף לא בממצאי ביהמ"ש בדבר העדפת האמרות הכתובות על פני עדויות העדים, נושא בו ביהמ"ש הפגין זהירות מופלגת (ראה בעניין זה התייחסותו הזהירה של ביהמ"ש לזכרונות הדברים מחקירות שירות הביטחון הכללי).

הנדבך השני של ערעור הסנגוריה נגע לאופן הוכחת החברות ונשיאת המשרה בהתאחדות בלתי מותרת. לטענת הסנגוריה, עיקר ההרשעה בנשיאת משרה מבוססת על אמרתו של ע"ת 11 לפיה הנאשם הודה בפניו שהינו דובר של החמא"ס, אולם עדות זו אינה מבוססת ממספר סיבות: אמרת העד נגבתה בערבית אך תועדה בעברית, מדובר באמרה סתמית, ולא נמצאו התוספות הראייתיות הדרושות להוכחת אמיתותה. לפיכך מבקשת הסנגוריה לבטל את ההרשעה בנשיאת משרה וכתוצאה מכך את ההרשעה בחברות בהתאחדות בלתי מותרת המתבססת על נשיאת המשרה כאמור.

לא מצאתי כי יש מקום להתערב בהרשעה בשתי העבירות הנ"ל. בית משפט קמא התייחס בפרוטרוט לסוגיית אי תיעוד החקירה בשפת גבייתה ולמשקלה הראייתית של אמרה מעין זו. בית המשפט נתן דעתו לסכנות הגלומות באמרה מעין זו והגיע למסקנה כי התיעוד אשר נעשה משקף את אשר נאמר בחקירה (בעניין גביית אמרות בשפה אחת ותיעודן בשפה אחרת ראה בהרחבה [עדי"י 2287/07 התובע הצבאי נ' שלאודה](#)).

זאת ועוד, לא ניתן להתייחס להודאה שיצאה מפיו של המערער במהלך שיחה עם פעיל אחר בחמא"ס בנושאים רגישים הקשורים לפעילות הארגון כאמירה סתמית. אשר על כן, היה מקום להעניק לאמרה זו משקל של ממש ולבסס עליה הרשעה בעבירה של נשיאת משרה.

אין ספק כי אופיין השונה של הראיות הצריך תוספות ראייתיות שונות. אלא שבית משפט קמא מצא תוספות אלו באמרותיהם של שני עדי התביעה הנוספים 8 ו-12, אשר ציינו כי הנאשם נאם בעצרת של החמא"ס. ובעניין זה ניתן להפנות גם לדברי ע"ת 4, אשר גם אם אינם מהווים ראייה עצמאית בעלת משקל מלא, בכוחם לחזק את הקיים.

לנוכח האמור, בדין הורשע המערער בפרט האישום השני.

ובאשר להרשעה בחברות בהתאחדות בלתי מותרת. אין ספק כי דרך המלך להוכחת חברות היא בהבאת ראיות על גיוסו של נאשם לשורות הארגון בדרך של "הצעה וקיבול" (ע' איו"ש 00/xx קוואסמה נ' התובע הצבאי [פדאור (לא פורסם) 00 (7) 486]). אולם, ככל עבירה אחרת, אף חברות בהתאחדות בלתי מותרת ניתנת להוכחה בראיות נסיבתיות.

במקרה דנן, שני עדים (ע"ת 8 ו-12) העידו כי המערער נאם בעצרת של ארגון בחמא"ס באפריל 2005, עד אחד (ע"ת 11) העיד שהוא עצמו הודה בפניו שהינו הדובר של הארגון, ועד נוסף זיהה את המערער בתור דובר החמא"ס בגדה. כמו כן, מן הראיות שהוגשו בבית משפט קמא עולה כי מעמדו של המערער בארגון החמא"ס לא היה זוטור כלל. ע"ת 11 אמר כי פנה אל המערער וביקש תמיכה כספית בפעילות הכותלה אסלמייה באוניברסיטת אבו דיס. כל אלה מלמדים על פעילות רציפה של המערער בקשר לארגון החמא"ס, ממנה ניתן להסיק כמסקנה מסתברת יחידה שהמערער היה חבר או פעל כחבר בארגון זה (ראה לשון [תק' 85 \(1\)\(א\) לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945).

מן האמור לעיל עולה כי צדק בית משפט קמא כאשר הסיק שהמערער היה חבר בארגון החמא"ס, והרשיעו בעבירת חברות בהתאחדות בלתי מותרת.

לבסוף, טוענת הסנגוריה כי אין די ראיות להרשעה בפרט האישום הרביעי שעניינו נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת. לאור כל המפורט לעיל, לא מצאתי מקום להרחיב עניין זה, וכל שאומר הוא שביצוע עבירה זו בוסס כדבעי באמרותיהם של העדים 8 ו-12 כאמור.

אשר על כן, אני סבור כי יש לדחות את ערעור הסנגוריה.

ערעור התביעה

כפי שקבענו לעיל, היה מקום לשמוע את עדויותיהם של חוקרי השב"כ בדלתיים סגורות. יחד עם זאת, מעיון בפרוטוקול עדויותיהם של חוקרים אלה, לא התרשמתי שהיה בפתירת הדלתיים כדי לשנות באופן מהותי את שנמסר על ידם. בעניין זה ראוי לציין כי גם אם המכונה "נאור" היה מרחיב בתשובותיו במסגרת החקירה הנגדית מעבר לאשר נאמר על ידו, לא מצאתי כי הדברים הגיעו עד כדי פגיעה במהימנות העד בעיני ביהמ"ש. ההיפך הוא הנכון, ביהמ"ש סבר שיש לתת אמון בדברי החוקרים בפניו.

גם קביעתו כי יש לתת משקל מוגבל לזכ"דים שנרשמו על ידיהם לא נבעה מהערכה נמוכה לעדויות, אלא מאופן רישום הזכ"דים בהם סיכמו החוקרים את שנאמר על ידי הנחקר, אך לא חזרו על דבריו מילה במילה.

מכאן, כי יש לקבוע שלא היה בפתירת הדלתיים כאמור, כדי לפגוע בתשתית הראייתית שהונחה על ידי התביעה בפני ביהמ"ש, ולהביא למסקנות שונות באשר להכרעת הדין.

לאור האמור, יש לדחות טענה זו של התביעה.

טענתה נוספת של התביעה, מתייחסת לפרשנות אותה נתן ביהמ"ש לאמרות עליהן החליט להתבסס. למעשה, התביעה מלינה על כך שעל אף שביהמ"ש העדיף את אמרותיהם הכתובות של העדים, לא קבע על פיהם כי המשיב היה "הדובר הרשמי" של ארגון החמא"ס, אלא אחד הדוברים בלבד. עיון בראיות התביעה, עליהן הסתמך ביהמ"ש, מלמד כי העדים אכן לא התייחסו למערער כ"דובר הרשמי" של החמא"ס. כל שצוין על ידם הוא כי המערער הינו דובר החמא"ס (ראה ת/2, ת/11 וכן ת/13).

מאחר שהעדים לא מסרו שהמערער הינו דובר רשמי, והגם שייתכן שחקירה מאומצת יותר הייתה מבססת הנחה זו, לא ניתן להרשיע את המערער בנסיבה זו.

עם זאת, לא אוכל להצטרף לקביעתו של ביהמ"ש קמא, לפיה המערער "היה רק אחד מדוברי הארגון".

כאמור, הזהירות הנדרשת במשפט פלילי מחייבת אי הרשעת המערער בהיות "הדובר הרשמי". אולם, מקום בו ביהמ"ש מעניק משקל מלא לראיה, הוא איננו חופשי לסטות ממנה ללא נימוקים כבדי משקל המבוססים גם הם על ראיות שהוגשו בפניו. במקרה דנן, אימץ ביהמ"ש את אמרותיהם הכתובות של העדים, בראשן הודאת החוץ של המערער שהוא משמש כדובר החמא"ס. ביהמ"ש העניק לראיות אלה משקל מלא, וביסס עליהן את הכרעת דינו. בנסיבות אלה, לא ירדתי לסוף דעתו של ביהמ"ש כאשר סטה לפתע מהראיות שהונחו בפניו ונמנע מלהרשיע את המערער בכך שהוא "דובר החמא"ס" כאמור מבלי שנימק את הימנעותו האמורה. זאת במיוחד כאשר בין קביעת ביהמ"ש שאין להרשיע את המערער בכך שהיה הדובר הרשמי לבין קביעתו שהוא היה רק אחד הדוברים ניתן להגיע למסקנה שלישית, בהתאם לראיות, לפיה כאמור, המערער היה דובר החמא"ס.

אשר על כן, יש לקבל את עיקר טענת התביעה בעניין זה ולהרשיע את המערער בהתאם.

הערעורים באשר לעונש

משהכרענו בדבר גורלם של ערעורי הצדדים בנוגע להרשעה, נותר לנו לדון בשאלת העונש הראוי למערער. יצוין מיד כי שיקולי הענישה פורטו בטוב טעם ע"י בימ"ש קמא בנימוקיו לגזר הדין, ואף אני סברתי כי השיקולים עליהם עמד ביהמ"ש הם אלה הצריכים לעניין. עם זאת, לאחר שקילה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש מקום להתערב בתוצאה העונשית אליה הגיע בימ"ש קמא.

למסקנה זו הגעתי על בסיס שני נדבכים שונים, אך מצטברים המתייחסים לאופיין של העבירות ולאופיו של העבריין.

המערער הורשע בעבירות הקשורות לפעילותו בארגון החמא"ס, אשר אין צורך להכביר מילים אודות מטרותיו הנלוזות ופעילותו הרצחנית מאז הקמתו. אמת, פעילות המערער לא נגעה באופן ישיר לפן הצבאי של הארגון (אם כי איומיו הפומביים, בעצרת הארגון, לחטיפת חיילי צה"ל אינם רחוקים מכך).

אלא שאף אם נתייחס לפעילות המערער כפעילות אזרחית-ארגונית בלבד, אין בכך כדי להביא להקלה בעונשו. גם בעניין זה דומה כי אין צורך להרחיב את הדיבור. נחיצות הפגיעה הרחבתית בשלל זרועות החמא"ס האזרחיות והצבאית כאחד, הוכרה זה מכבר בפסיקת בימ"ש זה ואף בפסיקת ביהמ"ש העליון (ע"מ 2223+2224+2225/06 **התוב"ץ נ' מסודה** [פדאור (לא פורסם) 06 (16) 338], **עד"י 1071/08 התוב"ץ נ' פוקהא**, ע"מ איו"ש 05/xxxx **התוב"ץ נ' חמאד**, ע"מ 2476/06 **חואמדה נ' התוב"ץ**, ע"מ 2918/06 **גאדאללה נ' התוב"ץ**, וראה גם פסיקת בית המשפט העליון **בבש"פ 6552/05 עבידאת נ' מדינת ישראל** [פדאור (לא פורסם) 05 (20) 2], ע"פ 3827/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פדאור (לא פורסם) 07 (9) 400], **בש"פ 854/07 אבו-דקה נ' מדינת ישראל** תק-על 2007 (1) 3013).

ואם כך בנוגע לחברים מהשורה בהתאחדויות בלתי מותרות, על אחת כמה וכמה כאשר בפנינו אדם שמילא תפקיד בעל חשיבות לא מועטה לארגון טרור דוגמת החמא"ס, אשר פעילות רבה המבוצעת על ידו, מטרתה יצירת השפעה על הציבור המקומי והישראלי. תפקיד דוברות כזה שהתהדר בו המערער, מציב אותו בין הפעילים בעלי השפעה בארגון שכן יש בו להפיץ את אידיאולוגיית הארגון לכלל הציבור.

בעניין זה נזכיר כי התייחסנו לא אחת לצורך בהחמרה משמעותית בעניינם של נושאי משרה בארגוני טרור, כל אחד על פי תפקידו, מידת השפעתו ואחריותו על הארגון.

כך קבעתי לדוגמה בעד"י איו"ש 05/xxxx **התוב"ץ נ' חמיד** [פדאור (לא פורסם) 05 (36) 447]:

"הדברים הינם בבחינת קל וחומר כאשר באים אנו לפסוק את דינו של מי אשר קיבל על עצמו עמדת השפעה בארגון ומילא בו תפקיד. בתחום זה, כפי שמקובל בתחומים אחרים במשפט הפלילי, ניתן לומר כי עיקר מאמצי ההרתעה צריכים להיות מופנים כלפי אלה אשר לא רק מזדהים עם אידיאולוגיית הארגון, אלא מטוים מדיניות, מנחים פעילות ומדרבנים אחרים ללכת בדרך הארגון.

על כן, ראוי כי הענישה בעניינם של אלה אשר נשאו משרות, קטנות כגדולות, בארגונים עוינים תושפע בראש ובראשונה משיקולי ההרתעה המקבלים מקום בכורה בתורת הענישה באזור."

(וראה גם **עד"י 3832/07 חמידאת נ' התוב"ץ**, **עד"י 2818/06 התוב"ץ נ' ג'נידי**, **עד"י 3722/06 חנני נ' התוב"ץ**).

אך לצד החומרה האובייקטיבית הטמונה בעצם נשיאת משרת דוברות כאמור, לא ניתן להתעלם מהעובדה שלצד הפעילות הספוראדית המתוארת בכתב האישום, לא הצליחו רשויות האכיפה להעמיד בפני ביהמ"ש תמונה בהירה יותר של פעילות המערער. מצופה היה, על רקע אופי תפקידו של המערער בנושא דברה של תנועת החמא"ס בציבור, שפעילותו תתועד ותזכה לביטוי במשפט. חיסרון בתיעוד כאמור, אין ספק כי יש בו להמעיט מחומרת המעשים הנטענת ע"י התביעה, שכן לא יכולנו לעמוד על היקף פעילותו של המערער ועל מידת השפעתה.

לצד האמור, עלינו לזכור כי אין מדובר במעידה חד פעמית של אדם שזה עתה הצטרף לארגון אסור. עיון ברישום הפלילי של המערער ילמד כי זה קשר את גורלו עם ארגון החמא"ס, כאשר הורשע פעם אחר פעם בעבירות של חברות ופעילות בארגון זה. כך לאחר שהורשע בעבירה מינורית בשנת 1974, עמד המערער לדין בגין עבירות לדין בשנת 1988 ונדון לשישה וחצי חודשי מאסר לריצוי בפועל לצד מאסר מותנה. אלא שמאסר מותנה זה לא הרתיעו ובשנת 1990 הורשע שוב בחברות בהתאחדות בלתי מותרת ובהסתה למרד ונידון ל-12 חודשי מאסר נוספים. בכל אלו לא היה די והמערער שב לסורו פעם נוספת, כאשר בשנת 1994 נידון שוב בגין עבירות דומות לחמישה חודשי מאסר. כך גם ארע בשנת 2004, כאשר המערער הורשע בפעם הרביעית בחברות בהתאחדות בלתי מותרת ונידון לשמונה חודשי מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר מותנים, אותם הפעיל ביהמ"ש בתיק הנוכחי.

הנה כי כן, אין מנוס מהמסקנה כי המערער הינו עבריין מועד, אשר שב וחוזר לסורו פעם אחר פעם ולא נרתע מהמשך ביצוען של עבירות נגד ביטחון האזור, רובן ככולן בתחום אחד מוגדר, הקשור לארגון החמא"ס. אין גם מנוס מקביעה כי לא היה בעונשים המתונים שהוטלו על המערער עד כה, כדי להרתיעו.

לנוכח האמור, עולה ומצטיירת דמות של פעיל ותיק, מנוסה ובכיר, שהמערכת המשפטית לא הצליחה עד כה להביאו להפנמה כי עליו לנטוש את דרכו העבריינית.

אשר על כן, דומה כי הגיעה העת לתת משקל משמעותי יותר לשיקול ההרתעה, גם בשים לב לנסיבותיו האישיות של המערער.

לאור האמור, הגעתי למסקנה כי לא מתקיים יחס הולם בין חומרת העבירות בהן הורשע המערער על רקע נסיבותיו המיוחדות, לבין העונש שהוטל עליו ע"י בימ"ש קמא, ומן הראוי לקבל את ערעור התביעה גם ביחס לעונש.

עם זאת, החמרת העונש, מן הראוי שתיעשה בשים לב להסתייגויות שהועלו לעיל בנוגע להיעדר פירוט מהות פעילותו של המערער, ולהלכה בדבר אי מיצוי חומרת הדין ע"י ערכאת הערעור.

סוף דבר

סופם של דברים, כי לטעמי, יש לדחות את ערעור הסנגוריה, ולקבל את ערעור התביעה בנוגע להרשעה בכל הקשור להיות המערער "דובר החמא"ס" (פרט האישום השני).

כן, לו דעתי הייתה נשמעת, היה מתקבל ערעור התביעה בנוגע לעונש, כאשר חלף העונש שהוטל על המערער ע"י ערכאה ראשונה, יהא עליו לרצות בגין הרשעתו הנוכחית 4.5 שנות מאסר, אליהן יצורף במצטבר עונש המאסר המותנה, כפי שקבע בימ"ש קמא. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

הנשיא אל"ם א' משניות:

אני מסכים.

השופט אל"ם א' וולף:

אני מסכים.

נפסק כאמור בפסק דינו של כב' המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו.

ניתן והודע היום, 29 במאי 2008, כ"ד באייר התשס"ח, בנוכחות המערער, ב"כ והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

אלי וולף 54678313-3335/07

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה