



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 1784/14

ע"פ 1968/14

ע"פ 2090/14

ע"פ 2115/14

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט מ' מזוז

המערער בע"פ 1784/14: אשרף עאשור  
המערער בע"פ 1968/14: אחמד עליאן  
המערער בע"פ 2090/14: כפאח סרחאן  
המערער בע"פ 2115/14: יעקב אבו עסב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 5.2.2014 בת"פ 45374-11-11 שניתן על ידי כב'  
השופט הבכיר א' כהן

תאריך הישיבה: ג' בניסן התשע"ה (23.03.2015)

בשם המערער בע"פ 1784/14: עו"ד חיים הדיה  
בשם המערער בע"פ 1968/14: עו"ד עלאא מסאלחה  
בשם המערער בע"פ 2090/14: עו"ד אביגדור פלדמן  
בשם המערער בע"פ 2115/14: עו"ד גבי לסקי

בשם המשיבה: עו"ד סיון רוסו

### פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם הוכחה מעורבותם של כל המערערים שבפנינו בפעילות כספית התומכת בתשתית האזרחית של ארגון החמאס במזרח ירושלים? ככל שהתשובה לשאלה זו היא

חיובית, מהי הענישה הראויה במקרה זה, בשים לב למכלול המאפיינים של פעילותם? אלה השאלות שנצבו בפנינו.

כתב האישום וההליכים עד כה

2. נגד המערערים שבפנינו הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בירושלים (תפ"ח 45374-11-11, השופט הבכיר א' כהן). כתב האישום ייחס להם מעורבות בפעולות הקשורות למימון ולניהול פעילותו האזרחית של ארגון החמאס במזרח ירושלים (להלן: החמאס או הארגון), אשר הוכרז זה מכבר על ידי מדינת ישראל כארגון טרור וכהתארגנות בלתי מותרת. כתב האישום כלל שני אישומים, כמפורט להלן. האישום הראשון התייחס רק לשלושה מן המערערים – יעקב אבו עסב (להלן: אבו עסב), כפאח סרחאן (להלן: סרחאן) ואחמד עליאן (להלן: עליאן) (יכונו להלן ביחד: השלושה), שנמנו, על-פי הנטען, עם ההנהגה הבכירה ביותר של ההתארגנות. האישום השני התייחס לסרחאן, וכן לאשרף עאשור (להלן: עאשור), שלא נזכר באישום הראשון ושאף לגביו צוין כי היה פעיל במערך המדובר, אך בדרגה נמוכה יותר בהיררכיה האירגונית. כפי שמפורט להלן, כתב האישום בהמשך תוקן בכל הנוגע לחלקו של עאשור באירועים המתוארים, בהתאם להסדר טיעון שאליו הגיע עם המדינה.

3. כתב האישום מפרט תחילה, בקווים כלליים, את המבנה הארגוני של החמאס בירושלים. על פי המתואר בו, מרחב העיר ירושלים חולק לאזורי ניהול התואמים את ריכוזי האוכלוסייה המוסלמית בעיר. בכל אזור בעיר פעלה "ועדה אזרחית" של פעילי חמאס, שתפקידה היה לקיים באותו אזור פעילויות שונות בשם הארגון. עאשור היה פעיל, כך נטען, באחת מן הוועדות האזוריות הללו. במעלה ההיררכיה ניצבה "המועצה המייעצת" ("המג'לס שורא", להלן: המועצה), אשר הובילה את פעילויות הארגון וניהלה אותן. המועצה הייתה מורכבת מפעילי חמאס מקומיים מרכזיים, שעמם נמנים אבו עסב, סרחאן ועליאן. במהלך חודש אוגוסט 2010, כך נטען, המועצה התכנסה במסגד אלהג'רה בירושלים ובחרה בארבעה חברים מתוכה – אבו עסב, סרחאן, עליאן ופעיל נוסף בשם פואד חמדייה (להלן: חמדייה) – על מנת שישמשו כ"ועדה ניהולית" למועצה (להלן: הוועדה). בראש הוועדה הוצב אבו עסב, לאחר שנבחר לתפקיד על ידי יתר חברי הוועדה, ובכך, על-פי הנטען, הוא נתמנה למנהיג של פעילות החמאס בירושלים. סרחאן מונה לראש הוועדה לעניינים חברתיים ולממונה הבלעדי על גיוס כספים ועל מימון בהקשר לפעילות החמאס באזור ירושלים. עליאן מונה כראש ועדת ההשכלה מטעם החמאס בעיר. יצוין כי נגד חמדייה, ששימש כראש הוועדה הדתית של הארגון, הוגש כתב אישום נפרד.

4. על פי המתואר, הוועדה התכנסה מעת לעת לצורך גיבוש והוצאה לפועל של פעילויות שונות של ארגון החמאס בקרב האוכלוסייה האזרחית. פעילות זו נעשתה במטרה להעלות את קרנו של החמאס בקרב התושבים המוסלמים של ירושלים ולקרבתם לדרכו, ובכך לחזק את אחיזתו של הארגון באזור ירושלים רבתי. הפעילות כללה, בין היתר, תמיכה בפעילות חינוכית ותרבותית בשם החמאס, כדוגמת הפעלת קייטנות ומחנות קיץ, תמיכה במוסדות חינוך והעברת שיעורי קוראן והלכה. כמו כן, השלושה, יחד עם אחרים, פעלו למתן סיוע למשפחות נזקקות בחגים ולהשתתפות של פעילי חמאס באירועים קהילתיים ופרטיים, וכן קיימו יחד עם פעילים נוספים ביקורים אצל משפחות "שאהידים", משפחות אסירים ביטחוניים ואסירים משוחררים. עוד נטען, כי לצורך קיומה של הפעילות האמורה, ובמסגרת התפקיד שהוטל עליו, פעל סרחאן לגיוס המימון הנדרש ולחלוקת הכספים בין הפעילים השונים.

5. באופן יותר קונקרטי, על-פי האישום הראשון השלושה ארגנו מספר פעילויות שנועדו להאדיר את שמו של החמאס ולחזק את מעמדו בקרב הציבור המוסלמי בירושלים. כך למשל, הם ארגנו פעילות ציבורית להבעת הזדהות עם שני נציגי חמאס לפרלמנט הפלסטיני – ח'אלד אבו ערפה, שאף היה השר לענייני ירושלים בממשלת חמאס (להלן: אבו ערפה), ומחמד טוטח (להלן: טוטח) – אשר תושבותם בישראל נשללה בהחלטה של שר הפנים, ולכן שהו באותה עת בחצר משרדי "הצלב האדום" בירושלים. השלושה פעלו להגברת תדירות הביקורים אצל אבו ערפה וטוטח ולהעלאת כמות המבקרים במאהל המחאה שהוקם למענם ושבו הם שהו. בנוסף, במסגרת פגישה של המועצה שנערכה באזור ואדי ערה, ובה נכחו גם השלושה, הוחלט לעודד את האוכלוסייה בסביבה לבקר במסגדים בירושלים בכלל, וב"מסגד אלאקצא" שבהר הבית בפרט, וכן לפעול לטיפול בתושבים נזקקים ולמתן סיוע להם. בשל פעילותם זו יוחסה לכל אחד מן השלושה עבירה של פעילות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 (להלן: פקודת מניעת טרור).

6. האישום השני נגע כאמור לסרחאן ולעאשור בלבד. אישום זה נסב על פעילות ספציפית שעניינה העברת כסף מירדן עבור פעילות של החמאס. על פי המתואר, על מנת להעביר את הכספים מבלי לעורר את חשדן של הרשויות, סרחאן פנה לחמדייה כדי שיאתר עבורו סוחרים מהימנים שיוכלו לסייע בהברחת הכספים. חמדייה פנה לשם כך לעאשור, שהיה מוכר לו כסוחר בשמנים לרכב אשר מקיים קשרי מסחר בירדן. חרף חשדו כי הכספים מיועדים למימון פעילות של החמאס, כך נטען, עאשור נענה לבקשתו של חמדייה להעביר סכומי כסף גדולים מירדן שישמשו לרכישת בית ספר בשכונת א-טור, וסיכם עמו על קבלת תמורה עבור השירות. בהמשך לכך, באמצעות קשריו

העסקיים, עאשור פעל להעברתם של 500,000 דינר ירדני לישראל, שלמצער ברובם הגיעו בסופו של דבר לידיו של סרחאן. בשל פעילות זו יוחסו לסרחאן העבירות הבאות: איסור ביצוע פעולה ברכוש למטרות טרור לפי סעיף 8(א) לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור); איסור הלבנת הון לפי סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון); פעילות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור. בעקבות הסדר הטיעון שנעשה עם עאשור יוחסו לו במסגרת אישום זה, לאחר שתוקן, רק שתי העבירות הראשונות (איסור ביצוע פעולה ברכוש למטרות טרור לפי סעיף 8(א) לחוק איסור מימון טרור ואיסור הלבנת הון לפי סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון), אך לא חברות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 3 לפקודת מניעת טרור. כמו כן, לא יוחסה לו עבירה זו גם במסגרת האישום הראשון. היבט אחר של התיקון התבטא בהבהרה, במסגרת האישום השני, כי פעולותיו של עאשור נעשו בתמורה לסכום שהועבר אליו לשימוש זמני בעסקיו בסך של 100,000 דולר אמריקאי. כתב האישום כלל גם בקשה לחילוט רכוש על פי סעיף 12 לחוק איסור מימון טרור, הקובע כי לאחר הרשעה בפעולה אסורה ברכוש למטרות טרור (או ברכוש טרור) בית המשפט יורה על חילוט של רכוש "הקשור לעבירה שנמצא בחזקתו, בשליטתו או בחשבונו של הנידון".

7. הגשת כתב האישום התאפשרה בעקבות חקירה ביטחונית שהתחקתה אחר פעילותם של המערערים ושל אנשים נוספים. המערערים, אבו עסב, סרחאן ועליאן, וכן חמדייה נעצרו ונחקרו בשירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ). חקירתו של אבו עסב התקיימה בתנאים של מניעת מפגש עם עורך דין למשך עשרה ימים, על פי צו שהוצא ביום 4.11.2011. במהלך החקירה הביטחונית ובתגובה לדברים שהוטחו בו אבו עסב הודה בכך שהוא העומד בראש הפעילות של החמאס האזרחי במזרח ירושלים. עם זאת, הוא סרב למסור מידע על פעילי חמאס נוספים מלבד חברי הוועדה. במהלך החקירה הביטחונית הועבר אבו עסב להמשך חקירה במשטרה ושם הוא חזר על הודאתו בפעילות שיוחסה לו בלבד. מלבד זאת, ועוד קודם להודאתו של אבו עסב, מסר חמדייה בחקירתו בשב"כ פרטים בדבר מעורבותו בפעילות החמאס האזרחי. במסגרת זו חשף חמדייה גם את פעילותם הנטענת של המערערים, אשר בגינה הוגש נגדם כתב האישום.

8. בבית המשפט המחוזי התקיים משפט הוכחות מפורט בכל הנוגע למעשים שיוחסו למערערים. במסגרת פרשת התביעה הוגשו הודאותיהם של אבו עסב וחמדייה. בנוסף לכך, העידו חוקרי השב"כ שהיו מעורבים בחקירה. כמו כן, הוגשו ראיות שעניינן מסמכים שנתפסו על גבי החסן נייד (Disk On Key) של סרחאן ונוגעים

להעברות כספים שביצע, להקפדה על שמירת חשאיית בפעילות ולחלק מן הפעילויות שבהן עסק הארגון.

9. בטרם החלה פרשת ההגנה, הגיע עאשור, כאמור, להסדר טיעון עם המדינה. בהתאם להסדר הטיעון תוקן כתב האישום שהוגש כנגד עאשור, וביום 27.6.2013 הורשע עאשור לפי הודאתו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן.

10. שאר המערערים העלו טענות שונות כנגד התשתית הראייתית שהונחה נגדם. רבות מן הטענות נסבו על ההודאות שנגבו במסגרת החקירה. אבו עסב, שהודאותיו שמשו בסיס מרכזי לראיות התביעה, העלה טענות רבות כנגד תקינות חקירתו, שבהצטברותן יחד, כך הוא סבור, יש כדי להצדיק את פסילת ההודאות שמסר. בעיקרו של דבר, הטענות התמקדו בתנאי כליאתו בתקופת החקירה; בשעות הארוכות שעל פניהן השתרעה החקירה, תוך מניעת שינה ממנו; בשימוש שנעשה לשיטתו בבני משפחתו, על מנת להפעיל עליו לחץ להודות במעשים שיוחסו לו; וכן בהחלטה למנוע ממנו מפגש עם עורך דין ובדברים שאמרו לו חוקריו באשר לחוסר התועלת של היוועצות בעורך דין, אשר פגעו, לפי הטענה, בזכותו להיוועצות כאמור.

11. בתום שמיעת הראיות, ביום 11.9.2013 בית המשפט המחוזי הרשיע גם את אבו עסב, סרחאן ועליאן בעבירות שיוחסו להם. בית המשפט המחוזי דחה את הטענות שהועלו נגד קבילות הודאותיו של אבו עסב, וקבע כי לא נגבו ממנו תוך שימוש באמצעים פסולים. בית המשפט המחוזי ציין כי אמנם שעות חקירתו של אבו עסב היו ארוכות ואפשר שהוא אף היה עייף מעת לעת, אך הוסיף כי החוקרים נהגו כראוי ואף נתנו לאבו עסב הפסקות לא קצרות בין החקירות. לבסוף, בית המשפט המחוזי קבע כי מסכת הראיות שהציגה התביעה אינה מותירה כל מקום לספק באשר לאשמתם של השלושה והרשיע אותם בכל העבירות שיוחסו להם.

12. בהמשך לכך, טענו הצדדים לעניין העונש. במסגרת טיעוניה בשלב זה הגישה המדינה חוות דעת של איש שב"כ המכונה "אריק" (להלן: חוות הדעת) לשם הערכת המסוכנות הנשקפת מאבו עסב, סרחאן ועליאן, וביום 5.2.2014 בית המשפט המחוזי גזר את דינם. בכל הנוגע למערערים אלה, בית המשפט המחוזי סבר כי מתחם העונש ההולם בגין הרשעתם בפעילות בארגון טרור – וזאת ביחס לכל אחד מהם – נע בין שלוש לשבע שנות מאסר. בכל הנוגע לעבירות שיוחסו לסרחאן במסגרת האישום השני קבע בית המשפט המחוזי כי יש להגדיר עבורן מתחם ענישה נפרד, וזה הועמד על שנתיים עד חמש שנות מאסר. לאחר שנקבעו מתחמי הענישה, בית המשפט המחוזי

השית על השלושה עונשים כדלקמן: על אבו עסב ועל סרחאן נגזרו שבע שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרים; על עליאן הושתו 54 חודשי מאסר בניכוי ימי מעצרו. כמו כן, הושת על כל אחד מן השלושה עונש מאסר על תנאי של שלוש שנים, כשהתנאי הוא שלא יעברו עבירה של פעילות בארגון טרור במשך שלוש שנים מיום שחרורם. יתר על כן, בית המשפט המחוזי הורה על חילוט הכספים במטבע זר שנתפסו בביתו של סרחאן בסך כולל של כ-30,000 דולר.

13. גזר דינו של עאשור ניתן באותו היום, אך בנפרד מגזר דינם של יתר המערערים. הסדר הטיעון שעל בסיסו הוא הורשע לא כלל הסכמה באשר לעונש, ובעניין זה בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה בגין העבירות שבהן הורשע עאשור נע בין שנתיים לחמש שנות מאסר. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי השית על עאשור 42 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו וכן מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, כשהתנאי הוא שלא יעבור עבירה של ביצוע פעולה ברכוש למטרות טרור או של איסור הלבנת הון תוך שלוש שנים מיום שחרורו.

14. להשלמת התמונה יצוין כי בינתיים הסתיים אף משפטו של חמדייה שנגדו הוגש כתב אישום בנפרד (ת"פ 11-11-45412, השופט ב' גרינברגר). חמדייה הורשע והושת עליו עונש מאסר בן חמש וחצי שנים, בנוסף לעונש מאסר על תנאי וקנס. הערעור שהגיש חמדייה על גזר דינו עודדנו תלוי ועומד בבית משפט זה (ע"פ 2550/14 חמדייה נ' מדינת ישראל).

הערעורים שבפנינו

15. הערעורים שבפנינו הוגשו על-ידי ארבעת הנאשמים. חלקם מכוונים כנגד הכרעת הדין וגזר הדין גם יחד, וחלקם מכוונים כנגד גזרי הדין בלבד. להלן נפרט את עיקרי הדברים.

הערעורים נגד הכרעת הדין

16. שניים מבין הערעורים נסבו, כאמור, גם על הכרעת הדין – ערעוריהם של אבו עסב (ע"פ 2115/14) ועליאן (ע"פ 1968/14).

17. ערעורו של אבו עסב – זהו ערעור עקרוני המכוון כנגד ההכרה בתוקפן של ההודאות שנגבו מאבו עסב במסגרת החקירה בשב"כ, ובהמשך לכך זו שנגבתה ממנו

במסגרת חקירת המשטרה שבאה בעקבותיה. בדומה לטענות שהועלו בפני בית המשפט המחוזי, באת-כוחו של אבו עסב שבה וטוענת גם בפנינו כי חקירתו התקיימה בתנאים בלתי הוגנים, אשר מצדיקים החלטה שלא ליתן תוקף להודאות שנתן במסגרתה – בין על יסוד סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) ובין על יסודה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד ס"א(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב או הלכת יששכרוב)). בהקשר זה, הטענה המרכזית נסבה על כך שחקירתו של אבו עסב בשב"כ השתרעה על פני שעות ארוכות וממושכות, לעתים גם במהלך שעות הלילה. לשיטת באת-כוחו, מתכונת חקירתית זו לא נדרשה בשים לב לאופי ה"אזרחי" של הפעילות שיוחסה לנחקר ולכך שלא ניתן היה לחשוב שהתקיימו נסיבות של "צורך". על כן, מניעת השינה, כך נטען, מנוגדת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהלכה הפסוקה שיצאה מבית משפט זה, מהווה הפרה של נורמות בינלאומיות ומצדיקה, כשלעצמה, את פסילת ההודאות שאבו עסב מסר – הן בשב"כ והן במשטרה. לצד זאת, מעלה באת-כוחו של אבו עסב טענות נוספות שעניינן הדברים שהטיחו החוקרים באבו עסב והתנאים שבהם נכלא בזמן חקירתו (שינה על מזרן שהונח על הרצפה ולא במיטה, כשראשו סמוך לבית השימוש; תאורה מתמדת בתא; תנאי טמפרטורה בעייתיים; אמירות של החוקרים הנוגעות לעורך דינו של המערער ולמשפחתו ועוד, הכול לפי הנטען).

18. ערעורו של עליאן – ערעור זה היה ממוקד יותר והתייחס לשלושה מפגשים קונקרטיים שתוארו במסגרת האישום הראשון. לטענת בא-כוחו של עליאן, לא הוכחה השתתפותו של מרשו במפגשים אלה, מה גם שבמועד שבו התקיים אחד מהם כלל לא שהה בשטח המדינה. לשיטתו, משלא הוכחה נוכחותו במפגשים, ממילא לא קיימת תשתית עובדתית מספקת להוכחת אשמתו כנטען על-ידי המדינה. זאת, לטענתו, בשים לב לכך שאין להסתמך על עדותו של חמדייה לעניין זה ובהיעדר ראיות אחרות הקושרות אותו לפעילות במסגרת החמאס, להבדיל מפעילות אזרחית רגילה.

הערעורים על גזרי הדין

19. המערערים כולם טוענים כנגד חומרת עונשיהם, אשר אינה משקפת, כך נטען, את העובדה שלא יוחסה להם כל פעילות בעלת אופי צבאי או ביטחוני באופן ישיר.

20. ערעוריהם של אבו עסב, טרחאן ועליאן – לטענת מערערים אלה, העונשים אשר הושמו עליהם אינם נמצאים ביחס הולם לעונשים שהושמו על מורשעים אחרים

בפעילות הקשורה בארגון החמאס. הטענות בנושא זה מתמקדות בשני מישורים. במישור אחד, משווים המערערים את עצמם לשני חברי הפרלמנט הפלסטיני לשעבר מטעם החמאס, אשר התבצרו במתחם "הצלב האדום" (אבו ערפה וטוטח), ושעליהם הושתו – בגין הפעילות ה"אזרחית-פוליטית" שיוחסה להם בקשר לכך – עונשים של 24 חודשי מאסר (ראו: ע"פ 5979/13 פלוני נ' מדינת ישראל (16.1.2014)). לשיטת המערערים, בהיותם בכירים פחות בהיררכיית ההנהגה של החמאס נכון היה להשית עליהם עונשים דומים או פחותים. במישור אחר, משווים המערערים את עניינם לפעילי חמאס שהורשעו בפעילות בעלת אופי ביטחוני והושתו עליהם עונשים פחותים. כך למשל, מפנה בא כוחו של סרחאן לעונשים שהושתו על ג'יהאד אטון (4.5 שנות מאסר) ואחמד נימר (4 שנות מאסר), לאחר שהורשעו בתכנון פיגוע ירי בשליחותו של החמאס (ראו בהתאמה: ע"פ 6467/12 אטון נ' מדינת ישראל (30.7.2013) (להלן: עניין אטון); תפ"ח 44242-03-11 מדינת ישראל נ' נימר (7.12.2011) (להלן: עניין נימר)). המערערים מדגישים מקרים אלה גם בשים לב לכך שחוות הדעת של איש השב"כ ציינה אותם שני פעילים כדוגמה בולטת לסכנה הטמונה ב"גלישה" פוטנציאלית של פעילי חמאס מפעילות בעלת אופי "אזרחי" לפעילות צבאית. המערערים טוענים אפוא כי ככל שיש ממש בדוגמה זו, הרי שהעונשים שהושתו עליהם היו מחמירים מדי.

21. לעניין מתחם הענישה טוען בא-כוחו של סרחאן בנוסף כי היה מקום לקבוע בעניינו מתחם ענישה אחד בגין העבירות שבהן הורשע, ולא מתחמים נפרדים, שכן קיים "קשר הדוק" בין פעילותו בחמאס לבין העברות הכספים שביצע.

22. בנוסף, המערערים טוענים כנגד קבילותה של חוות הדעת של איש השב"כ. לשיטת המערערים, בית המשפט המחוזי שגה בכך שהסתמך על האמור בחוות הדעת, מאחר שלא היה מקום לייחס לה משקל משמעותי, אם בכלל. חוות הדעת פותחת בסקירה מ"מעוף הציפור" של שיטות הפעולה ומטרותיו של החמאס בירושלים, ובהמשכה מופיעה התייחסות למסוכנותם הקונקרטית של שלושת המערערים. על כן, כך סבורים המערערים, חוות הדעת שהוגשה אינה נוגעת אך לשאלת מסוכנותם, אלא מעלה טענות עובדתיות נוספות אשר לא הוכחו בשלב בירור האשמה. מכול מקום, שלב הטיעונים לעונש אינו המקום לבררן. בנוסף, המערערים טוענים כי מאחר שחוות הדעת הושתתה על חומרים חסויים, נמנעה מהם בפועל האפשרות להפריך את האמור בה וכי ממילא הערכת מסוכנות צריכה להיעשות על ידי גורמים טיפוליים, שמתמחים בהערכת מסוכנות, ולא על ידי אנשי מודיעין.



23. לבסוף, המערערים מצביעים על כך שבספר החוקים מנויות שתי עבירות שונות שחלות, באופן פוטנציאלי, על אותם מצבים – סעיף 85 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), שקובע עונש של עד עשר שנות מאסר בגין פעילות בהתארגנות בלתי מותרת, וסעיף 2 לפקודת מניעת טרור שהעונש הקבוע בצדו בגין פעילות בארגון טרוריסטי הוא עד עשרים שנות מאסר. לטענת המערערים, מצב חקיקתי זה מנוגד לעקרון החוקיות, מאחר שהוא מותיר בידי התביעה את האפשרות לבחור על יסוד איזו עבירה להעמיד את הנאשמים לדין ומה יהיה העונש המירבי שיושת עליהם, אף על פי שמדובר במעשים זהים לחלוטין. במצב זה, לא ברור לאדם מהו העונש הצפוי לו אם יבצע את המעשים. על כן, לשיטתם, מן הראוי היה לפרש את הדין לטובת המערערים ולהעמידם לדין בגין העבירה שבצידה העונש הנמוך.

24. ערעורו של עאשור – עאשור מבקש למקד את טענותיו בחלקו המצומצם יחסית בפרשה כולה, כסוחר תמים שהתפתה לסייע בהעברת כספים שממנה יכול היה להפיק רווח – בדמות הלוואה בסך 100,000 דולר. הוא חוזר ומדגיש את אי-מעורבותו בפעילות החמאס, וטוען כי למעשה אשמתו הייתה מצומצמת, שכן על פי כתב האישום המתוקן ניתן להאשימו, לכל היותר, ב"עצימת עיניים" לנוכח מודעותו למעמדו של חמדייה בחמאס. לטענתו, היכרותו עם חמדייה לא עוררה בו אלא חשד כי הפעולות שהתבקש לבצע נעשו עבור החמאס ה"אזרחי". הא – ותו לא. בנוסף, עאשור עומד על כך שעברו הפלילי נקי ושיש לשקול לזכותו את הודאתו באשמה. כמו כן, בא-כוחו של עאשור מדגיש כי מעורבותו של עאשור בפרשה כבר גרמה לו לנזקים רבים ובכלל זה להתמוטטות כלכלית. בנסיבות אלה, יש מקום להסתפק בכך שיושת עליו עונש מאסר לביצוע בדרך של עבודות שירות, ומכל מקום, עונש מאסר קצר בהרבה מזה שהושת עליו, אשר קרוב מאד לעונש שהושת על עליאן.

25. שאלת החילוט – סרחאן טוען אף כנגד חילוט הכספים, מאחר שלא התקיימה, כך נטען, הדרישה שיוכח כי הכסף שנתפס הוא הכסף שבו בוצעו העבירות, כפי שנדרש לפי סעיף 12 לחוק איסור מימון טרור.

תשובת המדינה

26. המדינה טוענת לדחיית הערעורים כולם – הן הערעורים שהוגשו על הרשעתם של אבו עסב ועליאן והן הערעורים על גזרי הדין.

27. בפתח הדברים המדינה מבקשת לדחות מכול וכול את הטענות הנוגעות לקבילותן של הודאותיו של אבו עסב. המדינה הגישה טבלאות מפורטות הנוגעות לרצף החקירות ולזמני המנוחה שניתנו לאבו עסב, וטוענת בהקשר זה כי אף אם החקירות היו ארוכות ואינטנסיביות, ניתנו לנחקר הפסקות שהיו סבירות בנסיבות העניין. לשיטת המדינה, אין יסוד לטענה לפיה החקירות התמשכו כדי להתיש את הנחקר. התמשכות החקירות הייתה חיונית, כך נטען, כדי לאפשר חשיפה מהירה ככל האפשר של תשתית החמאס בירושלים ולאפשר עריכתם של מעצרים נוספים במועד, וכול עוד מניעת המפגש בין הנחקר לעורך דינו נמשכת. התמשכות החקירה הייתה אפוא פונקציונאלית, כך נטען, ולא נועדה לשמש כאמצעי לחץ. המדינה עומדת גם על כך שההודאה המחייבת שאותה מסר אבו עסב במשטרה נגבתה ממנו לאחר 15 שעות מנוחה שניתנו לו בתום חקירתו בשב"כ, כך שממילא אין לקשור בין האינטנסיביות של החקירה לבין מסירת ההודאה. כן מדגישה המדינה כי בחינת הודאותיו של אבו עסב מלמדת כי הוא הקפיד שלא לסבך אנשים נוספים, למעט שותפיו להנהגת החמאס עצמה, באופן שמלמד על "שליטתו" במצב. לבסוף, המדינה אף מצביעה על כך שחזרתו של אבו עסב מהודאותיו הייתה הדרגתית והחלה רק לאחר שנפגש עם עורך דינו, אשר אמר לו כי הסב לעצמו נזק בכך שהודה במעשים שיוחסו לו. למעשה, כך טוענת המדינה, אבו עסב לא העלה את הטענה כי החלטתו להודות במיוחס לו נבעה ממחסור בשינה, אלא רק מספר ימים לאחר שהחל לשקול לחזור בו ממנה בעקבות המפגש עם עורך דינו, וזאת על אף שכבר הודיע בעבר כי בחר להודות במעשים משום שסבר כי הדבר ישרת אותו. לחילופין, המדינה טוענת כי גם אם תיפסלנה הודאותיו של אבו עסב, הרי שדי ביתר הראיות כדי להרשיע את המערערים כולם.

28. המדינה מוסיפה וטוענת כנגד הטענות הקונקרטיות האחרות שהועלו על ידי אבו עסב בכל הנוגע לחקירתו. המדינה מצביעה על כך שתנאי כליאתו של אבו עסב לא חרגו מן המקובל במתקן המעצר שבו הוחזק (במגרש הרוסים), שכן הלנת עצורים עם מזון כפול אך ללא מיטה היא אפשרית לפי התקנות הרלוונטיות; וכן עומדת על כך שחוקריו של אבו עסב הקפידו לציין בפניו כי עומדת לו הזכות להיוועץ בעורך דין בטרם ימסור גרסה. המדינה סבורה כי ההתייחסויות להיוועצות המופיעות בזכרון הדברים של החקירות, אשר אליהן מפנה באתר-כוחו של אבו עסב, לא עלו כדי פגיעה בזכות להיוועץ בעורך דין.

29. באשר לטענותיו של עליאן לגבי אי-נוכחותו בחלק מן המפגשים הקונקרטיים שצוינו בכתב האישום טוענת המדינה כי מפגשים אלה הם אך דוגמאות ספציפיות, בעוד כתב האישום מתייחס למכלול שלם של פעילות שעליאן היה מעורב בה – כחבר

הוועדה הניהולית – ושהוכחה במשפט. המדינה מוסיפה וטוענת כי מעורבותו של עליאן בפעילות זכתה לחיזוקים שונים, ובהם מסמכים שנמצאו במסגרת ההחסן הנייד שנמצא ברשותו של סרחאן ושעליאן נטל חלק בניסוחם.

30. המדינה מבקשת לדחות גם את הטענות שהועלו כנגד גזרי דינם של המערערים. בעשותה כן מצביעה המדינה על התפקיד המרכזי שיש לפעילות ה"אזרחית" של החמאס בביצור מעמדו של הארגון בקרב האוכלוסייה הפלסטינית ובתהליך "הכשרת הלבבות" לפעילותו הצבאית של החמאס. לכן, כך נטען, לא ניתן להקל ראש בפעילות זו. לטענת המדינה, שלושת המערערים שלפעילותם התייחס האישום הראשון (היינו, למעט עאשור) הם ראשי ההתארגנות האזרחית של החמאס, כך שבכירותם היא ברורה ומשמעותית בהשוואה לאנשים אחרים שהועמדו לדין בגין עבירות דומות. בכל הנוגע להשוואתם של המערערים לאבו ערפה וטוטח מוסיפה המדינה כי לאמיתו של דבר, בכירותם היחסית של השלושה עולה על זו של שרי החמאס שתושבותם נשללה. שרים אלה אמנם היו לסמל ציבורי, אך יש להביא בחשבון את ההבחנה בין הדרג הגלוי לבין הדרג החשאי של החמאס, כך שאף על פי שמדובר בשר ובחבר פרלמנט מטעם החמאס, הרי שדווקא הדרג החשאי הוא הבכיר יותר בכל הנוגע לפעילות הטרור. דברים אלו נלמדים, לשיטת המדינה, מכך שכאשר אבו ערפה וטוטח התבצרו במתחם "הצלב האדום" הם נדרשו לפנות אל שלושת המערערים לשם ארגון פעילות המחאה, כך שמבחינת המעורבות בפעילות בשטח ובארגונה, מערערים אלו הם בכירים ומשמעותיים יותר.

31. המדינה מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את הטענות באשר לקבילותה של חוות הדעת מטעם השב"כ. המדינה סבורה כי לצורך הערכת מסוכנותם של המערערים נודעת חשיבות רבה להבנת מהותה של הפעילות שבה הם עסקו, כחלק ממערך הפעולה הכולל של החמאס. בנוסף, המדינה סבורה כי הערכת מסוכנותם של פעילי טרור נמצאת ב"לב-ליבה" של המומחיות המודיעינית של מי שלו נגישות גבוהה למידע חי ואמין המאפשר להציג חוות דעת מבוססת. בעניין זה, אפוא, איש המודיעין הוא מומחה עדיף על פני כל גורם מקצועי או טיפולי אחר. יתר על כן, המדינה מפנה לכך שחוות הדעת מבוססת למעשה על חומר שהיה גלוי למערערים ולכך שלא נמנעה מהם כל אפשרות לחקור את המומחה על חוות דעתו.

32. באשר לטענה בדבר פגיעה בעקרון החוקיות, המדינה עומדת על כך שעל פי המדיניות הנהוגה נודעת העדפה להעמדה לדין על בסיס החקיקה הישראלית, ולא על בסיס החקיקה המנדטורית, שעודה בתוקף (במקרה זה, תקנות ההגנה).

33. המדינה מבקשת לדחות גם את ערעורו של עאשור בהצביעה על התפקיד החשוב שיש להברחת כספים דווקא באמצעות אנשי עסקים לגיטימיים לכאורה. לטענתה, מטבע הדברים העברות הכספים הבלתי חוקיות נעשות על-ידי אנשים שאינם שייכים לליבת פעילותו של החמאס, ודווקא אותם יש להרתיע. המדינה עומדת על כך שאף מכתב האישום המתוקן עולה כי עאשור ידע על כך שהוא מבצע את פעילות העברת הכספים עבור החמאס.

34. בעניינו של סרחאן, המדינה מציינת כי אפשר שלא היה מקום להגדיר בנפרד את מתחם הענישה ביחס לכל אחד מן המעשים שבהם הורשע. עם זאת, לשיטתה, לקביעתו של מתחם אחד לעבירות כולן לא צפויה להיות כל השפעה על העונש שהושת עליו, בשים לב להצטברות המעשים שיוחסו לו.

35. בכל הנוגע לחילוט הכספים ולטענה כי זה לא יכול היה להיעשות לפי סעיף 12 לחוק איסור מימון טרור טענה באת-כוח המדינה כי הוא אפשרי, מכול מקום, מכוח הסמכויות המוקנות לפי סעיף 21 לחוק איסור הלבנת הון, סמכויות שאינן מוגבלות לחילוט הכספים שבהם נעשו העבירות בפועל.

#### דיון והכרעה

36. קודם שנדון בטענות הקונקרטיות הנוגעות לערעורים שבפנינו, אנו מבקשים להקדים מספר מלים הנוגעות לסיכון הכרוך בפעילות שיוחסה למערערים.

#### על הפעילות האזרחית של ארגוני הטרור

37. ארגוני הטרור אינם צומחים יש מאין, ואינם ניזונים מן האוויר. ארגוני הטרור, וחמאס ביניהם, ככל מסגרת ארגונית המאגדת בני אדם ורותמת אותם לקידום מטרה משותפת – זקוקים לתקציבים משמעותיים ולבסיס תמיכה חברתי לצורך פעילותם השוטפת. על כן, עליהם להישען, מחד גיסא, על זרוע "צבאית" שתפקידה להוציא לפועל את פעולות הטרור, ומאידך גיסא, על זרוע "אזרחית" שתפקידה לספק לארגון את חומר הדלק המניע את פעילותו הצבאית – כסף ופעילים.

38. לאמיתו של דבר, הדברים מורכבים אף יותר. חלק מן הפעילות "האזרחית" עניינה בגיוס כסף ומשאבים אשר מיועדים להיות מתורגמים במישרין לפעילות בעלת

אופי צבאי. עם זאת, לא אחת הפעילות "האזרחית" של ארגוני הטרור מיועדת ל"הכשרת הלבבות", היינו לפעילות של חינוך ורווחה שנועדה לגייס אהדה לארגון הטרור ולפעיליו כטובים ומיטיבים, וזאת על מנת ליצור תשתית לפעילותו העתידית של הארגון. בשל זיקה זו בין הדברים, לא ניתן לשפוט פעילות "אזרחית" כאמור רק ביחס למעשים שהיא כוללת בפועל, אשר עשויים להיות, בעומדם לבדם, רצויים או חיוביים (ראו למשל: בש"פ 6552/05 עבידאת נ' מדינת ישראל (17.8.2005); בש"פ 9577/11 זלום נ' מדינת ישראל (9.1.2012)). בהקשרו של ארגון החמאס, פעילות אזרחית מעין זו, למשל בתחום החינוך, הדת והרווחה, מכונה "דעוה". חשוב להדגיש: למונח "דעוה" יש גם הקשר כללי יותר שאינו מזוהה דווקא עם החמאס. זהו מושג כללי המכוון לפעילותם של מאמינים להפצת האיסלאם ולגיוס תמיכה בו. אין צריך לומר שאיננו עוסקים בכך. ענייננו אך באותה פעילות "דעוה" שנעשית מטעם ארגון החמאס ולשם גיוס תמיכה בו, ולא באסלאם כדת וכתרבות באופן כללי.

39. הפללתן של פעולות המכוונות למימון של ארגוני טרור אינה חדשה עמנו, וכבר נדונה בעבר בבית משפט זה בהרחבה (ראו: ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל (27.3.2007) (להלן: עניין פלוני)). כיום, חל על הנושא חוק איסור מימון טרור, חוק חדש יחסית שנחקק בשנת 2005, כחלק מהניסיון הבינלאומי לשכלל את ההתמודדות עם מימון הטרור. מאבק זה בא לידי ביטוי גם באמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור, כתבי אמנה 1401, כרך 50, עמ' 1 (נפתחה לחתימה ב-1999, אושרה ונכנסה לתוקף ב-2003) (להלן: האמנה). אמנה זו גובשה על ידי מדינות האו"ם במטרה להקשות על העברת כספים המיועדים לטרור בין מדינות, העברה שהייתה בעבר פשוטה יחסית בשל היעדר פיקוח וקשיי תיאום בזירה הגלובאלית. ואמנם, דברי ההסבר לחוק איסור מימון טרור פותחים בהפניה לאמנה.

40. עם זאת, ההתמודדות עם הסוגיה של מימון טרור אינה פשוטה גם בעידן החקיקתי והבינלאומי דהיום. מעבר לקושי הקיים לא אחת לחשוף מערכות שעוסקות במימון ובהעברת כספים למטרות טרור, חוזר ועולה הקושי הכרוך בפעילות נחרצת נגד ארגוני טרור, מבלי לפגוע בפעילות של צדקה ורווחה אשר לעתים מתרחשת בסביבתם הקרובה או אף תוך מעורבות של החברים בהם. דברים אלו יפים אף ביתר שאת, בכל הנוגע לפעילות ה"דעוה", אשר קשורה בקשר כל יינתק עם יצירת התשתית הנדרשת לפעילות הטרוריסטית, חרף העובדה שהיא שלובה בפעילויות "אזרחיות" (ראו עוד: גיל-עד נועם ההתמודדות המשפטית בישראל עם תופעת מימון הטרור (2009)).

41. ככלל, הגישה הפרשנית הראויה לתחום זה היא הגישה המוסדית. פעילות של ארגון טרור – גם כאשר היא מקיפה מעשים לגיטימיים לכאורה – נשאת פעילות אסורה, והדברים אמורים גם במימון של אותם מעשים. כמה טעמים לדבר. ראשית, כפי שצוין, פעילותם של ארגוני הטרור מבוססת, במידה רבה, על גיוס תומכים באמצעות סיוע לאוכלוסיות מוחלשות. מבחינה זו, מתקיים בין המרכיבים השונים בפעילות החמאס יחס של סינרגיה, באופן שהאחד מחזק את חברו. שנית, במישור המעשי, קשה "לעקוב אחר הכסף" ולבדוק בכל מקרה ומקרה מה השימוש שנעשה בו. כסף העובר דרך צינורות המימון של ארגון הטרור חזקה עליו שנועד לסייע לפעילותו. והצדקה – מה היא עליה? התשובה היא פשוטה: הרוצה לעסוק בצדקה – יעשה זאת שלא באמצעות ארגון השולח ידיו גם במעשי טרור אלימים. אכן, במישור הענישתי, ניתן לתת משקל מסוים להבחנה בין מי שסייע במישרין לפעילות צבאית לבין מי שלא היה מעורב בכך במישרין. אולם, הדברים אמורים רק לצורך יצירת הבחנה בין מעשים חמורים ביותר למעשים שחומרתם פחותה במידת מה, אך הם עדיין חמורים מאד. ניתן להוסיף לכך, כמפורט בהמשך, כי יש לתת את הדעת גם על מעמדו של האדם העומד לדין בארגון הפעילות "האזרחית": ככל שתפקידו הוא בכיר יותר, כך קטן משקלה של ההבחנה בין הפעילות האזרחית לבין הפעילות הצבאית, בשל הקשר ההדוק בין שתי צורות הפעילות ברמה הארגונית.

42. על ההצדקה הנודעת להתייחסות החמורה גם לפעילות ה"אזרחית" של ארגון החמאס (וכל ארגון טרור בדומה לו) ניתן ללמוד, על דרך ההשוואה, גם מסוגיות אחרות, שלכאורה אינן קשורות במישרין לתחום של מימון טרור – דיני הלבנת הון, הדינים הקשורים למאבק בארגוני פשיעה והדינים הנוגעים לפעילותו של אשכול חברות.

43. מדיני הלבנת הון ניתן ללמוד כי גם פעילות פיננסית גרידא עשויה להיחשב עבירה חמורה אך בשל ביצועה בזיקה לפעילות עבריינית אחרת (מה שמכונה "עבירת מקור" בסעיף 2 לחוק איסור הלבנת הון). למעשה, במובנים מסוימים, מימון טרור והלבנת הון הם שני ענפי פעילות שמהווים שני צדדים של אותה מטבע. הלבנת הון מבקשת להפוך כסף של פשע לכסף לגיטימי; מימון טרור הופך כסף לגיטימי לכסף המזין פשיעה.

44. מן החקיקה הנוגעת לארגוני פשיעה עולה כי כאשר עבירה מבוצעת "במסגרת פעילות של ארגון פשיעה" (ועבירה של הלבנת הון בכלל זה) דינה הוא "כפל העונש הקבוע לעבירה, אך לא יותר ממאסר עשרים וחמש שנים" (כפי שמורה סעיף 3 לחוק

מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003). כפי שהסביר השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה ל"ז (11.5.2011):

"כאשר עבירה נעברת מתוך מסגרת ארגונית (לאו דווקא ארגון פשיעה), נופך חומרה מיוחד נוסף לה בנפרד מחומרת עבירת המקור... ככל שמדובר בארגון המצוי ברף הגבוה של מדד החומרה והשליליות, יש להפעיל ביתר שאת את עוצמת הסנקציות המצויות בגדרי חוק מאבק בארגוני פשיעה" (שם, בפסקה ל"ז).

45. מן הדינים החלים על פעילותו של אשכול חברות ניתן ללמוד כי גם פעילות של חברה "לגיטימית" באשכול למען חברה אחרת בו שמעורבת בפלילים עלולה להיות מוכתמת כאשר נעשתה על-ידי אורגנים המעורבים בפעילותן של שתי החברות ולמען קידומה של התכנית הפלילית בכללותה (ראו והשוו: ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ, פסקאות קכד-קכה (25.12.2014)). להרחבה ביחס למהותו ולמאפייניו של אשכול חברות, ראו: עדו לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות (2014).

46. בשולי הדברים יוער, כי שאלת ההתמודדות עם הקשיים המאפיינים את הפללת ההיבטים ה"אזרחיים" בפעילותם של ארגוני טרור או הטלת הגבלות על התומכים בה נדונה גם בשיטות משפט נוספות. עם זאת, חשוב להבהיר כי הבדלי הגישות העיקריים בעניין זה לא נגעו להפללת פעילותם של חברים בארגון טרור שאינם עוסקים בפן "הצבאי" של הארגון, אלא להטלת הגבלות, או אף אחריות פלילית, על צדדים שלישיים – ארגוני צדקה מובהקים או מי שתורמים להם – בשל כך שהעבירו כספים לשם תמיכה בפעילות הומניטרית ואזרחית, אשר בפועל מנוהלת על-ידי ארגוני טרור. בארצות-הברית, החקיקה אוסרת על "תמיכה ממשית בארגון טרור" (material support), וכך חותרת להפללה של צדדים שלישיים שהעבירו תמיכה לארגון טרור, אף אם לא התכוונו לתמוך בפן הצבאי של פעילותו (ראו: Michael G, Freedman, *Prosecuting Terrorism: The Material Support Statute and Muslim Charities*, 38 HASTINGS CONST. L. Q. 1113 (2011)). זוהי אף גישתו של המשפט הישראלי, כפי שעולה מסעיף 9 לחוק איסור מימון טרור. בשונה מכך, קיימות מדינות שאימצו גישה מקלה יותר ונכונות לפטור מאחריות את מי שפעילותם התמצתה במתן עזרה הומניטרית (ראו למשל סעיף 10(3) לחוק הניו זילנדי בנושא – Terrorism Suppression Act 2002). בבריטניה מתקיים מזה זמן דיון מורכב בשאלת הפיקוח על גופי צדקה (בהקשר של הצעת התיקונים לחקיקה בנושא. ראו: *Report of the Joint Committee on the Draft Protection of Charities Bill* (February 2015)). מכל מקום, חשוב לחזור ולהבהיר כי

בענייננו שלושה מן המערערים (אבו עסב, סרחאן ועליאן) הם חברים בכירים בארגון החמאס, ולא פעילים בארגון צדקה חיצוני, ואף המערער הרביעי (עאשור) אינו מי שתרם מכספו לצדקה.

47. אם כן, ההפרדה אשר מבצע ארגון החמאס, בדומה לארגוני טרור נוספים, בין "זרוע צבאית" לבין "זרוע אזרחית" נועדה "להלבין" את הפעילות המכוונת לגיוס כספים ופעילים, הנחוצים לארגון כאוויר לנשימה. ככלל, שומה על בית המשפט להשכיל ולראות מעבר לה. להבחנה זו עשויות להיות משמעויות מסוימות בכל הנוגע לקביעת העונש, אך הכול תלוי בנסיבות העניין. מצוידים בתובנות אלו נעבור עתה לבחון את טענותיהם של המערערים, הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין גזר הדין.

הערעור על הכרעת הדין

48. הטענות הקונקרטיות הראשונות שיש לבחון הן הטענות המכוונות כנגד הרשעתם של אבו עסב ועליאן. לאחר ששקלנו את הדברים, הגענו לכלל מסקנה שדין להידחות, כמפורט להלן.

49. ערעורו של אבו עסב – ערעור זה נסוב כאמור על שאלת קבילותן של ההודאות שמסר אבו עסב בפני חוקרי השב"כ ובמשטרה. לטענתו, חוקרי השב"כ הפעילו עליו לחץ רב באמצעים פסולים – ובראשם מניעת שינה – אשר הובילו למסירת ההודאות.

50. כאמור, טענתו המרכזית של אבו עסב היא כי חקירתו נמשכה שעות ארוכות במשך מספר ימים ובמהלכה ניתנו לו הפוגות לא מספקות כדי לישון ולצבור כוח. בדרך זו, כך נטען, חוקרי השב"כ מנעו ממנו שינה וגרמו לו להודות במיחוס לו. לשיטתו של אבו עסב יש לפסול את הודאותיו בשל כך. טענות אלה התבססו הן על סעיף 12 לפקודת הראיות והן על ההלכה שנקבעה בעניין יששכרוב. מן הפרספקטיבה של סעיף 12 לפקודת הראיות נטען כי נפגעה אוטונומיית הרצון של אבו עסב במסירת ההודאות. בנוסף לכך, נטען כי בחינה כוללת של התנהלות החוקרים – לא רק בכל הנוגע לשעות השינה, אלא גם ביחס לזכותו להיוועץ בעורך דין, לאיום לכאורה על בני משפחתו ולתנאי כליאתו – מראה כי זכותו של אבו עסב להליך הוגן נפגעה באופן ממשי, ועל כן יש לפסול את הודאותיו גם על בסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהוכרה בהלכת יששכרוב.



51. כידוע, סעיף 12 לפקודת הראיות ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם הסדרים משלימים, שאינם מוציאים זה את זה. זאת, בשים לב לתכליותיו השונות של כל אחד מן ההסדרים (ראו: עניין יששכרוב, עמ' 567-569; כן ראו: ע"פ 1301/06 עזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מ"י, פ"ד סג(2) 177, 228-225 (2009); ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקאות 38-39 (10.4.2013) (להלן: עניין מובארק)). בהתאם לכך, נפנה עתה לבחון את קבילות הודאותיו של אבו עסב בהתאם לאמות המידה שהותוו בכל אחד משני ה"מסלולים".

52. סעיף 12 לפקודת הראיות והטענות בעניין מניעת שינה – בפתח הדברים יש לציין כי אנו נדרשים לטענות המבוססות על סעיף 12 לפקודת הראיות, הגם שלא נוהל לגביהן משפט זוטא. בפועל, חלק עיקרי מן הדיון בבית המשפט המחוזי עסק בשאלה של קבילות ההודאות שמסר אבו עסב, ובכך משפט הזוטא נטמע למעשה בהליך העיקרי (ראו: ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 453, 466 (2004)).

53. על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון". השאלה כיצד ראוי לפרש סעיף זה בעידן החוקתי שלאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נדונה בהרחבה בעניין יששכרוב, שבו הוסבר כי סעיף 12 לפקודת הראיות נועד להגן על שתי זכויות יסוד – "הזכות לשלמות הגוף והנפש והזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי" (שם, בעמ' 517). כאשר נבחנת הפגיעה בזכות לאוטונומיית הרצון – רק "פגיעה של ממש באוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו" תביא לפסילתה, "והכול בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו" (ההדגשה במקור. שם, בעמ' 520). בהתאם לכך, בענייננו, השאלה שבה יש להתמקד בגדרו של סעיף זה היא האם בפועל נמנעה מן הנחקר שינה באופן שפגם ברצונו החופשי (ראו גם: עניין מובארק, בפסקה 38; ע"פ 6504/10 פרחאן נ' מדינת ישראל, פסקה צ"ד (2.10.2013)).

54. על האפשרות לפסול הודאה שניתנה אגב חקירה ממושכת ועל אמות המידה לפסילה של הודאה במקרים אלו, עמד גם י' קדמי באומרו:

"תיחקור הנמשך שעות ארוכות ללא הצדקה עניינית, ומה שחשוב לא פחות – ללא הפסקות נאותות למנוחה...ייראה על פניו כתיחקור בלתי הוגן המכוון לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו" (יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 64 (2009) (להלן: קדמי)).

יחד עם זאת, לא כל תחקור ממושך יביא בהכרח לפסילה של ראייה, והדבר תלוי בנסיבותיו של כול מקרה לגופו (שם, בעמ' 65). בהקשר זה, יש לזכור כי "עייפות של נחקר, והיותו נתון לשאלות במשך פרק זמן ארוך 'הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ'אי-הנוחות' הטבוע בחקירה" (ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (1.9.2009)). באופן דומה, בע"פ 8620/10 פלוני נ' מדינת ישראל (16.1.2013) דן השופט צ' זילברטל בטענות שעניינן מניעת שינה, והתייחס לנסיבות שהחלישו טענות אלה באותו מקרה, שכללו את החשיבות הנודעת לחקירה דחופה יחסית בשל שהותם של כוחות צה"ל בשטח באותה עת ופער הזמנים הגדול בין מועד החקירות שהתקיימו בתנאים של מניעת שינה לבין מועד מסירת ההודאה (שם, בפסקה 19). בדומה לכך, אף אנו סבורים כי כל מקרה צריך להיבחן בהתאם למכלול נסיבותיו, ובין היתר בשים לב לפגיעה בפועל בחופש הרצון של הנחקר, להצדקה העומדת בבסיס התמשכותה של החקירה ולהתמשכות החקירה כשלעצמה.

55. בבואנו לבחון את טענותיו של אבו עסב בהקשר זה, יש להודות על האמת: חקירתו של אבו עסב אכן התאפיינה במיעוט של ממש בשעות שינה. החקירה אמנם הופסקה מספר פעמים על מנת לאפשר לו לנוח, אך בשלושת הימים שקדמו להודאתו הראשונית (שניתנה במהלך הלילה שבין יום 8.11.2011 ליום 9.11.2011), אורכן של ההפסקות שבהן התאפשר לאבו עסב לישון היה קצר ביחס לשעות החקירה הממושכות שלו.

56. חשוב לחזור בהקשר זה למושכלות ראשוניים: לעתים התמשכות חקירה באופן שפוגע בשעות השינה של הנחקר עשויה להיות נחוצה, אולם מצב דברים זה אמור להיות תולדה של צורך חקירתי, להבדיל מאשר תכלית עצמאית לשם שבירת רוחו של הנחקר (כפי שהובהר עוד בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 839-840 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים)).

57. בנסיבות העניין, המדינה טענה כי החקירה התמשכה מטעמים ענייניים, בשים לב למורכבות הנוגעת לחשיפתה של תשתית החמאס במזרח ירושלים. היא הוסיפה וטענה כי החקירה נוהלה בהתאם לנהלי השב"כ, ואף הציעה להוסיף פרטים בעניין זה במעמד צד אחד. מאחר שהתרשמנו כי תהא תועלת בעריכתו של דיון מעין זה, ביום 19.7.2015 הודיעה באת-כוחו של אבו עסב כי היא מסכימה לעיון של בית המשפט בנהלי השב"כ הרלוונטיים במתכונת שהציעה המדינה.

58. ביום 26.7.2015 התקיים בפנינו דיון במעמד צד אחד בהתאם להסכמת באת-כוחו של אבו עסב. בדיון זה הוצגו לנו נהלי השב"כ בכל הנוגע לקיום חקירות, ובכלל זה בכל הנוגע לאישורים הנדרשים לקיום חקירות ממושכות ולהבטחת שעות שינה לנחקרים. אין צריך לומר כי נהלים אלה אינם נושא הדיון שבפנינו. עם זאת, ניתן לציין כי הנהלים האמורים אכן כוללים התייחסות לאישורים הנדרשים לצורך קיום חקירות ממושכות וכן לחובות החלות על חוקרים, שעניינן הבטחת מנוחה לנחקרים. כן צוין בפנינו שחקירה ממושכת כמו זו שהתקיימה בענייניו של אבו עסב נחשבת לחריגה, וכי ההחלטה לאשרה התחשבה בקשר שבין תשתית החמאס במזרח ירושלים לתשתית החמאס בחברון ולהיבטים הצבאיים בפעילותה של האחרונה, שאודותיהם אבו עסב אכן נחקר לאחר שהודה בפעילותו בחמאס (ת/98, ש' 63-71).

59. בשלב זה, ובהמשך למידע שהוצג בפנינו, אנו מוצאים לנכון להעיר כי ראוי שהעוסקים במלאכת החקירות יוסיפו לבחון בכל מקרה ומקרה לא רק אם התכלית העומדת ביסוד החקירה היא ראויה, אלא גם אם האמצעי שננקט אינו חורג מן הנדרש בנסיבות העניין. יש להקפיד על כך שחקירה ממושכת הפוגעת בשנתו של הנחקר אכן תישמר למקרים חריגים בלבד, שבהם קיימת דחיפות מיוחדת המצדיקה את התמשכות החקירה, ובכל מקרה יישמרו פרקי זמן שבהם תתאפשר שינה לנחקר. ניתן אף להוסיף כי סוג הפעילות שבה נחשד הנחקר – האם היא בעלת אופי צבאי אם לאו או בעלת זיקה לפעילות צבאית כאמור – צריכה לשמש בהקשר זה שיקול.

60. לגופו של המקרה שבפנינו, וחרף הקשיים המסוימים שעליהם הצבענו כמוסבר לעיל, לאחר שבחנו את מכלול הראיות, אנו סבורים כי לא ניתן לפסול את הודאותיו של אבו עסב מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. האופן שבו התפתחה הודאתו, כמו גם הסבריו למתן ההודאה כשהחל לחזור בו ממנה, מעידים כי בחירתו של אבו עסב להודות במיוחס לו הייתה חופשית. כבר בשלב מוקדם בחקירתו נחשף אבו עסב לכך שחמדייה מסר הודעות לפיהן הוא, היינו אבו עסב, מתפקד כראש התארגנות החמאס בירושלים. בהמשך לכך, בחקירתו מיום 7.11.2011, נשאל אבו עסב מספר פעמים אם הוא מוכן להודות בחשדות נגדו כפי שעלו מעדותו של חמדייה, ולכך הוא השיב, במספר הזדמנויות, כי לא יודה בדבר לפני שיפגוש את חמדייה וישמע ממנו ישירות את ההאשמה כאמור (ת/54, ש' 13, 24-25, 28-29, 33-34). כשנשאל מה יקרה לאחר שייפגש עם חמדייה, ענה אבו עסב כי "לאחר מכן האמת תתברר". באותה חקירה, ציין אבו עסב כי ברצונו לפגוש גם את עורך דינו ואת סרחאן בטרם יחליט כיצד לפעול. כאשר נשאל אלו החלטות יקבל לאחר מכן ענה אבו עסב כי הוא "צריך לראות מה יהיה

בשיחה איתם ולאחר מכן יהיה בסדר" (שס, ש' 25). דרישותיו אלו, לפגוש בסרחאן, בחמדייה ובעורך דינו בטרם יחליט כיצד לפעול, הובעו על ידו גם בחקירה מוקדמת יותר באותו היום (ת/51א, ש' 2). גם בחקירה זו, כאשר נשאל כיצד יועילו לו המפגשים ענה אבו עסב, ברוח דומה, כי לאחר שדרישותיו ימולאו הוא "יבין מה המצב" (שס, ש' 16). ניכר אם כן, כי במהלך חקירתו היה אבו עסב נתון לחוסר וודאות באשר לחומרים שיש כנגדו ובאשר למצבו המשפטי, כפי שהוא אף ציין מפורשות בעצמו במקום אחר (ת/51, ש' 48). רק בהמשך, לאחר שראה את חמדייה ושמע אותו מוסר הודאה מפורטת שמפלילה אותו (ת/97, ש' 46-47), ובכך למעשה התברר לו במידה רבה מצבו הראייתי, אבו עסב ניאות להגיע ל"הבנה" עם חוקריו. יחד עם זאת, "הבנה" כאמור הותנתה על ידו בכך שלא יידרש למסור שמות של פעילים נוספים – דרישה אשר עליה הוסיף לעמוד בתוקף אף בחקירות ההמשך שבהן מסר פרטים שונים אודות התארגנות חמאס בירושלים (ת/98, ש' 6-13, 51, 72; ת/51ג, ש' 6-9; ת/51ד, ש' 3; ת/51ה, ש' 10). התפתחות זו של הודאתו, הקשורה בטבורה לכך ששמע באופן ישיר את חמדייה מודה במעורבותם בחמאס, תוך שהוא מעמיד תנאי להודאה כאמור – אשר עליו סרב לוותר לאורך כל חקירותיו (מסירת שמות של מעורבים נוספים), מעידה כי אבו עסב לא פעל תוך שאבדה לו אוטונומיית הרצון, אלא שיקלל את הנתונים הנוגעים למצב הראיות כנגדו וכתוצאה מכך בחר להודות, בהתאם לתנאי שהציב. מסקנה זו זוכה למשנה חיזוק מן האופן שבו התגלגלה חזרתו מן ההודאה שנתן. כך למשל, בחקירתו בשב"כ מיום 13.11.2011 חוקר השב"כ טען בפני אבו עסב כי הודאתו עשויה לסייע בידיו. בתגובה לכך ענה אבו עסב כי הוא "הודה בחקירתו כיוון שהבין שיש לו אינטרס לספק את האמת מנקודת המבט שלו" (ת/99, ש' 24-25). בנוסף, מחקירתו מיום 14.11.2011 עולה התלבטותו של אבו עסב בשאלה האם לחזור בו מהודאתו, וזאת מאחר שעורך דינו טען בפניו כי הסב לעצמו נזק במישור המשפטי בעת שבחר להודות במעורבותו בחמאס (ת/100, ש' 33-34). גם מדברים אלו ניתן להבין כי לא העייפות הביאה את אבו עסב להודות במעורבותו בפעילות במסגרת החמאס, כי אם סברתו שהודאה תשרת אותו במישור הפלילי. ניתן לראות כי בדומה לשיקול שהנחה את אבו עסב בהחלטתו להודות במיוחד לו, גם חזרתו מן ההודאה נעשתה כשיקול אסטרטגי לקראת ההליך הפלילי הצפוי לו, וזאת בגין השינוי בעמדתו המקורית בעקבות שיחתו עם עורך דינו באשר ליתרונות הטמונים בהודאה.

61. אשר על כן, לא מצאנו כי במקרה דנן עולה "פגיעה של ממש באוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו" באופן המחייב את פסילתה על פי סעיף 12 לפקודת הראיות (ראו: עניין יששכרוב, בעמ' 520). אף אם העייפות הקשתה על אבו

עסב, עולה בבירור כי רוחו לא נשברה כתוצאה מהיעדר השינה וכי הוא פעל בהתאם להבנתו את המצב הראייתי בעניינו.

62. הלכת יששכרוב והטענות כנגד מתכונת החקירה – משמצאנו כי לא ניתן לפסול את הודאותיו של אבו עסב מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות, עלינו לבחון האם, כטענתו, בשל הצטברותן של נסיבות החקירה בעניינו ניתן לפסול את ההודאות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהוכרה בעניין יששכרוב. על פי הלכת יששכרוב, רק פגמים מהותיים, היורדים לשורש הגינותו של ההליך, ישמשו בסיס לפסילת הודאה (שם, בעמ' 557). לשיטתו של אבו עסב, העובדה שנמנעה ממנו שינה מצטרפת לפגמים נוספים בחקירתו, אשר בהצטברותם יחד מעידים על פגיעה חמורה בזכותו להליך הוגן – להבדיל מן הזכויות המוגנות על פי סעיף 12 לפקודת הראיות. נפתח בהתייחסות לטענות שעניינן הפגמים הנוספים, ובהמשך נתמקד בטענה העיקרית שעניינה משך החקירה והשפעתה על משך שעות השינה של אבו עסב עובר למתן הודאותיו.

63. הטענה בעניין זכות ההיוועצות בעורך דין – את הטענות הנוגעות לפגיעה בזכות ההיוועצות בעורך דין יש לבחון בהקשרן הנכון, היינו בהתחשב בכך שחקירתו של אבו עסב התקיימה בימים הרלוונטיים למסירת ההודאות בתנאים של מניעת מפגש עם עורך דין על פי סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). מניעת מפגש עם עורך דין היא אמצעי שהוכר בשיטת המשפט שלנו כרע הכרחי בחקירות ביטחוניות, וזאת בהתאם לתנאים הקבועים בחוק ובכפוף לפיקוח בית משפט. השאלה שיש לשאול במקרה זה היא אם התנהגותם של החוקרים פגעה בזכות ההיוועצות של אבו עסב מעבר לפגיעה הטמונה בהסדר הסטטוטורי עצמו, אשר שואבת את הצדקותיה מן האינטרסים החיוניים שחקירות ביטחוניות מיועדות לקדם. עיון בזיכרון הדברים של החקירה מלמד כי חוקריו של אבו עסב נזהרו בלשונם כל אימת שזה ציין בפניהם כי ברצונם להיפגש עם עורך דין. כך למשל, במספר מקרים הקפידו החוקרים להגיב לרצונם זה, בצורה לקונית באומרם כי זו זכותו להמתין למפגש עם עורך דינו (ת/51, ש' 36-37; ת/51א, ש' 6-9; ת/96, ש' 32), או כי בשלב זה הוא מנוע ממפגש עם עורך דין (ת/54, ש' 26; ת/55, ש' 10; ת/51ב, ש' 3; ת/96, ש' 4). בכמה מקרים בודדים "הרחיבו" החוקרים בדיבור אודות ההיוועצות בעורך דין, ולמקרים אלו אבו עסב מפנה. למשל, באחת החקירות ציין חוקר השב"כ בפני אבו עסב כי הוא "לא רוצה להיכנס לעניינים שבינו לבין עורך דינו", אך הוסיף גם כי הוא "מעריך אותו כאדם מנוסה, בוגר חקירות שישב בבתי כלא והשתתף בהליכים משפטיים בעברו", וכי על אבו עסב לקחת בחשבון "שעורך הדין עשוי ליעץ לו שלא להודות בשום פנים ואופן במיוחד לו, אבל הדבר עדיין יחייב את [אבו עסב –

ד' ב' א' ] לקבל החלטה האם לשאת באחריות לפעילות או להמשיך ולשקר לחוקריו" (ת/55, ש' 12). אבו עסב טען כי בדברים אלה חוקר השב"כ ביטל את חשיבותה של ההיוועצות בעורך דין. אנו איננו סבורים שכך הדבר. לטעמנו, אין בדברים שנאמרו כדי להמעיט מחשיבותה של ההיוועצות בעורך הדין. זאת, להבדיל מהעצמת החשיבות של הפעלת שיקול דעת על ידי אבו עסב עצמו. במקום אחר שאליו מפנה אבו עסב נאמר לו כי "זו זכותו" לקבל החלטות רק לאחר שיוועץ בעורך דין, אך בהמשך לכך נאמר גם כי "לכאורה, לו היה חף מפשע, הרי שלא היה צריך להתייעץ עם עו"ד על מנת להכחיש את המיוחס לו, אבל כאמור יש לו את הזכות להכחיש ולשקר על מנת שלא יפליל את עצמו" (ת/55, ש' 61). זוהי אכן אמירה שאין לה מקום – עורך דין אינו נדרש רק לאשמים. ממילא ברור שאין לומר, ואף לא לרמוז לנחקר, שבחירתו לנצל את זכות ההיוועצות עשויה ללמד על אשמתו. אולם, אין לומר שאמירה זו, בניסוחה האמור ובשים לב למכלול ההתבטאויות בנושא, עלתה כדי פגיעה בזכות ההיוועצות במידה שיש בה כדי להשליך על תוקפן של ההודאות שנמסרו.

64. הטענה בעניין תנאי הכליאה – לטענת אבו עסב, פגם נוסף העולה מחקירתו נוגע לתנאי מעצרו בתא שבו הוחזק במגרש הרוסים בירושלים בשלב החקירה. לטענתו, הוא ישן על מזרן דק שהונח על הרצפה ולא במיטה, כשראשו סמוך לשירותים; בתא הייתה תאורה מתמדת והוזרם אליו אוויר חם או קר באופן קיצוני, מבלי שהייתה לו האפשרות לשלוט בכך. לשיטת אבו עסב, תנאים אלו, ובמיוחד העובדה שלא סופקה לו מיטה, עומדים בסתירה להוראות סעיף 9 לחוק המעצרים ולהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

65. קודם לבחינת הדברים לגופם, במקרה זה ראוי לשוב ולהזכיר: בעת שאדם נכנס אל תא המעצר נשללת חירותו, אך לא אנושיותו (ראו למשל: בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פד"י נט"י (3) 97, 101 (2004)). זכותו של אדם שנשלח לבית האסורים להניח את ראשו על מיטה, ולא על מזרן המוטל על הרצפה, הוכרה זה מכבר כחלק מזכותו של כול עציר ואסיר לכבוד (ראו: בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (2007)). סעיף 9(א) לחוק המעצרים קובע בעניין זה במפורש כי "עצור יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו", ובהמשך לכך סעיף 9(ב) לחוק המעצרים מורה כי עציר יהיה זכאי "למיטה, מזרן ושמכות לשימושו האישי, ולהחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות". עם זאת, בענייננו יש להידרש אף לסעיף 11 לחוק המעצרים המסמיך את השר לביטחון פנים לקבוע "הוראות מיוחדות בדבר תחולת סעיפים 8 ו-9 על החזקת עצורים חשודים בעבירות בטחון... מטעמים של טובת החקירה או טובת העצור, או

בטחון המדינה". בהתאם לכך, תקנה 22(ב)(2) לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי אחזקה במעצר), התשנ"ז-1997, מחריגה מן ההסדר הכללי כל "עצור החשוד בעבירות ביטחון" וקובעת כי "יסופקו, לשימושו האישי במקום המעצר, מזרן כפול ושמיכות נקיות...". ולא מיטה. במהלך הדיון בפני בית המשפט המחוזי, ראש צוות החקירה בשב"כ, המכונה "סולי", נחקר על ידי באת-כוחו של אבו עסב גם על תנאי מעצרו. "סולי", שאת עדותו מצא בית המשפט המחוזי מהימנה, הסביר כי לא השב"כ אחראי לתנאי המעצר של הנחקרים אלא שירות בתי הסוהר (להלן: שב"ט), וככול שיש לאבו עסב שאלות בהקשר זה, עליו להפנותן לשב"ט. בנוסף, "סולי" טען כי הוא מכיר באופן עקרוני את תנאי הכליאה במגרש הרוסים, שם הוחזק אבו עסב, וכי אלה עומדים בתנאים הקבועים בחוק. הוא הוסיף כי ידוע לו שישנם תאים שבהם אין מיטה, וכן הסביר כי לדעתו ניתן לקבל את טענתו של אבו עסב כי לא ישן על מיטה אלא על "מזרון על הרצפה" (בעמ' 358-364 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). באשר לסוג המזרן הוא לא נשאל דבר. גם חוקר השב"כ המכונה "שמעון", שהיה האחראי על תיק חקירתו של אבו עסב, נשאל אודות תנאי כליאתו של אבו עסב (שב"ט, בעמ' 1045-1049). "שמעון" לא ידע לפרט אודות התנאים בתאי הכליאה הספציפיים שבהם שהה אבו עסב, אך העיד על תנאי הכליאה באופן כללי וציין כי ישנם תאים שבהם ישנה מיטה ותאים שבהם ישנם מזרנים (בדומה, ראו גם חקירתו של סגן ראש צוות החקירה בשב"כ המכונה "דניס". שב"ט, בעמ' 488). מלבד זאת, אבו עסב לא העיד מטעמו גורם נוסף כלשהו הרלוונטי לבירור של תנאי מעצרו, כדוגמת איש שב"ט, וכן לא ביקש מהמדינה להציג רישומים שנערכו על ידי השב"ט לגבי תנאי הכליאה שלו. על כן, טענותיו בהקשר זה, לרבות ההתייחסות לכך שישן על גבי "מזרון דק" ולא "מזרון כפול", נותרו תלויות בחלל האוויר, ומבלי שהונח להן בסיס, כפי שקבע גם בית המשפט המחוזי.

66. למעשה, דומה כי אף אבו עסב עצמו ער לבעיה זו, ועל כן בחר להעלות בפנינו טענה חדשה שלא הועלתה בבית המשפט המחוזי לפיה משעה שנוהל משפט זוטא דה-פקטו, לא עליו מוטל היה הנטל להראות שתנאי כליאתו היו קשים ופסולים, וכללו שינה על מזרן יחיד ודק. על כן, לשיטתו של אבו עסב, די בכך שטען בעלמא כי תנאי מעצרו לא עמדו בהוראות החוק כדי לחייב את המדינה להפריך את טענתו. איננו יכולים לקבל טענה זו. אכן, עציר אינו יכול להוכיח בעצמו את תנאי מעצרו, אולם ככל שהוא מבקש לעסוק בכך שומה עליו ליזום הבאת עדויות שיש בהן כדי להניח תשתית ראשונית בעניין – למשל, על-ידי הזמנתם של אנשי רשות רלוונטיים כעדים. בנסיבות העניין, ומשהטענה בדבר תנאי הכליאה לא זכתה לביסוס של ממש, איננו סבורים שדי בה כדי לתרום לטענת הפסילה של ההודאות שמסר אבו עסב בהתאם להלכת יששכרוב.

זאת, מבלי לגרוע מכך שעל הרשויות להוסיף ולהקפיד על תנאי הכליאה של כלל העצורים, לרבות עצורים בעבירות ביטחוניות.

67. הטענה באשר לאיום על בני משפחה – לטענת אבו עסב, בעודו שוהה במעצר אשתו נלקחה לתשואל על ידי איש שב"כ והוא אף הוזהר כי אחיו ייעצר אם יוסיף להכחיש את המיוחס לו. בכך, לשיטתו, חוקרי השב"כ הפעילו עליו לחץ פסול באמצעות איום על בני משפחתו. בכל הנוגע לתשואלה של אשתו, וללא תלות במועד שבו התשואל נערך בפועל, נמצא כי "רכז שטח" בשב"כ נפגש עם רעייתו של אבו עסב – לתשואל בלבד – וזאת במנותק מן החקירה ואף בלא ידיעת צוות החוקרים. אין בכך כדי לאיים, ולו במרומז, על אבו עסב, מה גם שלא הונחה תשתית לכך שאבו עסב ידע על תשואל זה בזמן מעצרו. יתר על כן, עיון בחקירתו של אבו עסב מלמד כי אמירות של החוקרים הנוגעות לאחיו, אמג'ד, לא כללו כל איום אלא התייחסו לכך שנעצר בעבר בשל מעורבות אפשרית שלו בעבירות.

68. הטענה בעניין שעות השינה – אם כן, לא מצאנו כי יש ממש בטענותיו של אבו עסב הנוגעות לפגיעה בזכותו להליך הוגן בגין הצטברותם של פגמים בחקירתו. נותר אפוא להתמקד בעיקר ולבחון האם מיעוט שעות השינה של אבו עסב במהלך חקירתו, וזאת בלבד, יכול להביא לפסילת הודאותיו של אבו עסב על פי אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב.

69. בעניין יששכרוב נקבע כי פסילת ראיה מחייבת עמידה בשני תנאים מצטברים: כי הראיה "הושגה שלא כדין" וכי קבלתה תביא לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן (עניין יששכרוב, בעמ' 557-558). לצד זאת, נקבעו מספר אמות מידה המאפשרות להעריך נכונה את הצורך בפסילת הראיה: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וכן הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה. אנו סבורים כי על פי אמות מידה אלו, לא ניתן לפסול את הודאותיו של אבו עסב – הן בשב"כ הן במשטרה.

70. חשוב להדגיש: בנסיבות העניין, איננו נדרשים להכרעה חד-משמעית בשאלה האם מידת התמשכותה של החקירה של אבו עסב הייתה כדין. אמנם, טענותיה של באת-כוחו של אבו עסב, לפיהן אופי הפעילות אשר בגינה הוא נחקר צריך היה להוות נתון בעל משקל בכל הנוגע להתמשכות החקירה, הן במקומן. כזכור, בדיון הנוסף שהתקיים בפנינו הסבירה המדינה כי ההחלטה לאשר את המשך חקירתו של אבו עסב



נבעה מחשדם של גורמי הביטחון כי קיים קשר בין "חמאס-ירושלים", שבראשו עמד אבו עסב, לבין "חמאס-חברון" שפעילותו כללה גם נופך צבאי. יחד עם זאת, דומה כי הביטוי לכך בחומר הראיות הוא חלקי בלבד. משך החקירה שהוקדש לבירור הקשר בין תשתית החמאס בחברון לזו שבירושלים היה קצר למדי, ולא כל שכן בהשוואה לסוגיות אחרות, פחות דחופות לכאורה, כדוגמת הניסיון לאתר שמות של פעילים נוספים שהיו כפופים לאבו עסב או קשר שלו לפעילות של הברחת כספים, סוגיות שאודותיהן אבו עסב נשאל שוב ושוב. לכך יש להוסיף כי בתשובתה המקורית של המדינה בדבר הצורך שבגינה החקירה נמשכה שעות כה רבות נטען כי צוות החקירה רצה להגיע לראיות נוספות ולפעילים נוספים הכפופים לאבו עסב (שכזכור עמד בראש הזרוע ה"אזרחית" של חמאס בירושלים), וזאת מבלי להזכיר חשש למעורבות בפעילות צבאית כלשהי. אשר על כן, אף אם השב"כ פעל בהתאם לנהלים הרלוונטיים, ישנה אפשרות כי לא ניתן משקל מספיק לשאלה מהם הטעמים שבגינם ניתן אישור לחקירה ממושכת, והאם די בהם בנסיבות העניין. אף על פי כן, כאמור, איננו נדרשים להכרעה בסוגיה זו. לנוכח מסקנתנו לפיה אבו עסב בחר להודות במיוחס לו לא מחמת עייפותו, איננו סבורים כי מתקיימת הזיקה הנדרשת בין "האמצעי הפסול" על פי הנטען, לבין ההודאות שמסר, לשם פסילתן על פי הלכת יששכרוב (ראו: שם, בעמ' 558; וכן ראו למשל: ע"פ 1410/10 א'חמד נ' מדינת ישראל (14.7.2011); ע"פ 3796/04 טוקליה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (6.6.2007)). מסקנה זו זוכה למשנה חיזוק בשים לב להודאתו של אבו עסב במשטרה (ת/127). לאחר שפרש את הודאתו בפני חוקרי השב"כ, ולאחר שניתנה לו שהות ארוכה שבה התאפשר לו לישון, אבו עסב חזר על הודאתו בפני חוקר משטרה. בכך ניתנה לו האפשרות לבחון מחדש, כשאינו עייף, את בחירתו להודות במיוחס לו. על כן, אף אם תתקבל הטענה כי התמשכות החקירה הייתה פסולה – ואיננו קובעים כך – הרי שבנסיבות העניין ניתן הקשר הסיבתי בין התמשכות החקירה לבין גבייתה של ההודאה (ראו למשל: ע"פ 1776/06 אל סיד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (5.9.2011)). בשולי הדברים ניתן להוסיף, כי בשים לב לבכירותו של אבו עסב במערך החמאס בירושלים, לטענות הנוגעות לקשר בין חקירתו של אבו עסב לתשתית החמאס בחברון שלה היבטים צבאיים (הגם שלכאורה אין בהן די כשלעצמן כדי להצדיק את התמשכות החקירה), וכן לכך שנעשו הפסקות בחקירתו כדי לאפשר לו מנוחה, הרי שבכל מקרה לא ניתן לומר שמדובר היה באי-חוקיות בוטה או במניעת שינה "לשמה".

71. סיכום ביניים באשר להודאותיו של אבו עסב – המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי אין לפסול את הודאותיו של אבו עסב – לא מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות ולא מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהוכרה בהלכת יששכרוב. לא למותר לחזור ולהזכיר: לא אחת חקירה היא "קרב מוחות" בין החוקר לבין הנחקר, שעשוי להיות

כרוך גם בתשישות פיזית של הנחקר, או אף בעייפות נפשית שלו. בתוך הקשר מורכב זה, שומה על גורמי החקירה לחתור כל העת למציאת האיזון הראוי בין ההגנה על זכויות הנחקר, מחד גיסא, לבין הגשמתו של האינטרס הציבורי, מאידך גיסא. במקרה זה, נמצא כי החקירה אכן נמשכה שעות רבות ואף הייתה חריגה, אך בנסיבות העניין לא עלתה כדי פגיעה בזכויותיו של אבו עסב במידה המצדיקה את פסילת הודאותיו.

72. ערעורו של עליאן – כפי שצוין לעיל, טענותיו של עליאן כנגד הכרעת דינו מכוונות למעשה כנגד הכרעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. לטענתו, המדינה לא הציגה כל ראיה לעניין בכירותו בחמאס. בהקשר זה, הוא תוקף את מהימנותה של הטבלה שהכין חמדייה בחקירתו בשב"כ, ואשר מפרטת שמות של פעילים בחמאס, לרבות עליאן, וכן מתייחסת לבכירותם היחסית. זאת, בשים לב לכך שחוקר השב"כ הוסיף בעצמו את הכותרת "חמאס" בראש הטבלה שהוכנה על ידי חמדייה. כמו כן, עליאן עומד על כך כי כלל לא שהה בישראל עת התקיימו שניים מן המפגשים המתוארים בכתב האישום, עובדה שלפי הנטען לא ניתן לה משקל ראוי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

73. דין טענותיו של עליאן כולן להידחות. כידוע, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים (ראו למשל: ע"פ 2478/12 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (13.5.2015); ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 8 (19.9.2007); ע"פ 4555/13 יארוסלבסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (9.12.2014); ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (6.6.2012)). איננו סבורים כי זהו אחד מן המקרים החריגים שבהם נפלה במסקנותיה של הערכאה הדיונית טעות ברורה וגלויה אשר מצדיקה חריגה מכלל זה. יתר על כן, אנו סבורים כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לחלקו של עליאן בדרג הבכיר של ארגון החמאס בירושלים היא לא פחות מהכרחית לנוכח חומר הראיות המקיף אשר קושר אותו לפעילות זו. הן חמדייה והן אבו עסב קושרים את עליאן מפורשות, ובמספר רב של מקרים, לוועדה הניהולית של החמאס בירושלים (לחקירתו של חמדייה בעניין, ראו: ת/4, ש' 9-4, 19-21, 32-35, 107; ת/5, ש' 21; ת/6, ש' 26-32, 142; ת/8, ש' 34-37, 49; ת/21, ש' 5; ת/22, ש' 30, 34, 52, 54; ת/34, ש' 10. לחקירתו של אבו עסב בעניין, ראו: ת/24, ש' 97; ת/98, ש' 34, 40-42, 51, 58, 125, 147; ת/127, ש' 16, 82, 91-94, 117 ועוד). על פי הודאותיהם, עליאן עמד בראש "ועדת ההשכלה" של החמאס בירושלים וכן בראש "ועדה אזורית" באזור מגוריו – בית צפאפא. זאת ועוד: עליאן עצמו העיד כי היה שותף למפגשים של הוועדה הניהולית (למשל: ת/40, ש' 23-22, 32, 40), על אף שטען כי אלו לא נערכו במסגרת פעילות בארגון החמאס. כמו כן,

הוא הודה שהיה שותף לעריכתם של מסמכים שנמצאו על ההחסן הנייד שנתפס ברשותו של סרחאן, ואשר על פי תוכנם מחזקים את הודאותיהם של חמדייה ואבו עסב. בית המשפט המחוזי מצא הודאות אלו מהימנות ולא מצאנו כל הצדקה להתערב בכך. אשר על כן, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי עליאן היה מפעיליו הבכירים של ארגון החמאס במזרח ירושלים מעוגנת היטב בחומר הראיות, והיא הייתה עומדת בעינה אפילו הייתה מתקבלת טענתו של עליאן כי לא נכח בשתיים מן הפגישות של המועצה המתוארות בכתב האישום.

הערעורים על גזרי הדין

74. השאלה העיקרית שבה התחבטנו נוגעת למידת ההחמרה בענישתם של המערערים. כזכור, נקודת המוצא להכרעה היא שכתבי האישום בעניינם של המערערים לא נגעו לפן הצבאי בפעילות החמאס. עם זאת, מעורבותם בהעברות הכספים ובתשתית הכלכלית של הארגון הוכחה כדבעי, וכפי שהוסבר לעיל הכסף וההכשרה החינוכית של תומכי הארגון הם המנוע המשמש מקור כוח גם להיבטים הצבאיים בפעילותו של הארגון. לכן, נקודת המוצא לדיון בענישה חייבת להיות שהענישה צריכה להיות מחמירה.

75. ההכרעה באשר למידת ההחמרה הראויה במקרה זה אינה מובנת מאליה. היא מחייבת לבחון לא רק את המעשים עצמם, אלא גם את תפקידם ומשמעותם בהקשר הכללי שבו פעלו המערערים. על רקע זה, מצאנו לנכון לבצע הבחנה בסיסית בדיון בין ערעורם של אבו עסב, סרחאן ועליאן, שהיו חלק מן המנגנון של החמאס במזרח ירושלים, לבין עאשור, ששילובו בו היה שולי יותר.

76. ערעורם של אבו עסב, סרחאן ועליאן – כפי שתואר לעיל, תפקידם של המערערים במסגרת ארגון החמאס היה בעיקרו של דבר הובלה של מערך ה"דעוה". השלושה עסקו בניהול מערך הדעוה ובקידומו בפועל, היינו ביצירת התשתית האזרחית הממשית של ארגון החמאס באזור ירושלים.

77. המניעים והתכליות העומדים ביסוד פעילות הדעוה של המערערים תוארו כבר בפתח הדברים. חיזוק נוסף למסקנות אלו ניתן למצוא בדברים שאמר חמדייה בחקירתו. אמנם, תחילה טען חמדייה כי הדברים נעשו "כמעשה אנושי", אשר "אין לו כל קשר לעבור על ביטחון המדינה..." (ת/2, ש' 39). אולם, בהמשך, הוא הבהיר כי הוועדה הניהולית הייתה מתכנסת על מנת לדון "בעניין הפעילות החברתית והדתית ובעניין

הפעילות במסגדים. ובשיתוף האנשים בשמחות. כגון: ביקור משפחות האסירים, אלה האסירים ששחררו בהחלפת שליט [הכוונה לחייל גלעד שליט – ד' ב' א']. ובעניין הפעילות של מחנות הקיץ. ומועדוני הספורט. וגני הילדים. זאת – במטרה לעזור לאנשים ולגרום לכך, שיאהבו את האסלאם ואת חמא"ס" (ת/3, ש' 9-13). מטרה זו מתחדדת גם בהמשך בתיאורו של חמדייה את פנייתו של סרחאן אליו בבקשה לסייע בהעברת כספים מירדן. לדבריו, סרחאן הסביר כי "כסף זה הוא מיועד למוסדות ולעמותות הצדקה החברתיות, במטרה לעזור להם ועל מנת שאנשים יאהבו את חמא"ס" (ש' 27-28). באופן מפורש עוד יותר מגדיר חמדייה כי מטרתה העקרונית של הוועדה הניהולית הייתה להקדיש "מחשבה או פתרון לבעיות הכלליות בירושלים. וניסיון העזרה על פי האפשרויות. במטרה לגרום שאנשים יאהבו את האסלאם ואת חמא"ס" (ת/4, ש' 33-34). מעדות זו של חמדייה ניתן אפוא ללמוד, גם אם בזעיר אנפין, על חשיבותה של הדעוה כחלק מתכנית הפעולה של חמאס לגיוס תמיכתו של הציבור הפלסטיני, או כפי שאף הגדיר זאת חמדייה עצמו – "קירוב הלבבות" אל החמאס (ת/5, ש' 36).

78. יתר על כן: יש לזכור כי פעילותם של השלושה במסגרת התארגנות החמאס בירושלים לא הייתה מנותקת מפעילותו של ארגון זה במישורים אחרים. דברים אלו נלמדים מן הקשר הענף שקיים סרחאן עם מפקדת החמאס בחו"ל, כפי שעולה מהודאותיהם של חמדייה ואבו עסב (ת/98, ש' 147; ת/5, ש' 28-30) ומן החומר שנשמר על גבי ההחסן הנייד (ת/125; ת/126); מן הכספים הרבים שהעמיד מטה הארגון לטובת "שלוחתו" הירושלמית, לשם מימון פעילויות שיזמה הוועדה הניהולית – בהיקף של מיליוני שקלים; ומפעילותם של שלושת המערערים במתחם הצלב האדום למען אבו ערפה וטוטח – נציגי חמאס לפרלמנט הפלסטיני. ניתן אם כן להבין כי ניהולה של התשתית האזרחית של החמאס באזור ירושלים על ידי השלושה היווה חלק מן האסטרטגיה הכוללת של הארגון, ולא היה מנותק ממטרותיו הכלליות.

79. מסקנות אלו עולות גם מחוות דעתו של איש השב"כ המכונה "אריק" באשר לפעילות הדעוה. על פי הנטען בחוות הדעת, "לא ניתן להפריד פעילות, בתחום העשייה ובמעמדם של הנאשמים במסגרת חמאס בירושלים, מפעילות חמאס בכלל וחמאס באזור יהודה ושומרון בפרט, פעילות ש'הניבה' פיגועים קשים מאוד לאורך השנים". גם בהקשר ייעודו של מערך הדעוה מרחיבה חוות הדעת וקובעת כי מדובר ב"מערך אידיאולוגי לעשיית נפשות. משאבי התנועה הפזורים בכל העולם מופנים למימוש והטמעת רעיונות אלו. ראשי הזרוע הפוליטית של חמאס מסייעים לא אחת לפעילות הזרוע הצבאית, בכלל זה איתור וגיוס של מתאבדים פוטנציאליים. מערך הדעוה מבטיח

למתאבדי ואסירי הארגון סיוע כלכלי משמעותי עבור משפחותיהם ומהווה תמריץ לפעילות טרור". המערערים העלו טענות נגד קבלתה של חוות הדעת, מן הטעם שהיא מכילה פרטים כלליים, שלא הוכחו עובדתית בשלב בירור האשמה, ונסמכת על מידע חסוי שלא הוצג בפניהם. לא ראינו צורך לדון בכך או להסתמך על חוות הדעת, מאחר שלמעשה הדברים האמורים בה נמצאים כיום בידיעת הכלל, ובאים לידי ביטוי בכתיבה אקדמית ועיונית – אודות תנועות טרור אסלאמיות בכלל וארגון החמאס בפרט (ראו: שאול משעל ואברהם סלע זמן חמאס: אלימות ופחדה 43-40 (1999); MATTHEW LEVITT, HAMAS: POLITICS, CHARITY, AND TERRORISM IN THE SERVICE OF JIHAD (2006). כן ראו: שמעון שפירא חזבאללה בין איראן ולבנון 149-140 (2000); MARC Pierre-Emmanuel Ly, ; SAGEMAN, UNDERSTANDING TERROR NETWORKS 5 (2004) *The Charitable Activities of Terrorist Organizations*, 131 PUBLIC CHOICE 177 (2007); Alope Chakravarty, *Feeding Humanity, Starving Terror: The Utility of Aid in a Comprehensive Antiterrorism Financing Strategy*, 32 W. NEW ENG. L. REV. 295, 321 (2010); מאיר חטינה ואורי קופפרשמידט "מבוא: מאגודה לתנועה" האחים המוסלמים: חזון דתי במציאות משתנה 31-30 (מאיר חטינה ואורי קופפרשמידט עורכים, 2012); גיא אביעד לקסיקון חמאס 99-98 (2014)).

80. נתונים אלה – הן כאשר למטרתה ה"מוסווית" של הדעוה והן כאשר להיותה חלק אינטגרלי מפעולתו של ארגון החמאס בכללותו – יש להביא לכלל ביטוי בגיבושה של מדיניות הענישה בתחום זה. כפי שצוין לעיל, אנו סבורים כי הגישה הראויה בהקשר זה היא הגישה המוסדית, המזהה את הפעילות – גם כאשר היא נראית "תמימה" כלפי חוץ – ככזו שנועדה לייצר את תשתית הפעולה של ארגון הטרור על מטרותיו העקרוניות, לרבות אלו הצבאיות. גישה דומה הובעה על ידי בית משפט זה באופן ספציפי בנוגע למעורבות במימון טרור גם של מי שאינם נוטלים חלק בפן ה"צבאי" של פעילות הארגון בדברים הבאים:

"ישראל ניצבת בחזית המאבק בטרור. מאבק זה, כפי שכבר הובהר, אינו כמאבק במפגעים ומשלחיהם בלבד, אלא הוא מופנה נגד כל מי שמשמן בצורה זו או אחרת את גלגלי הטרור. אכן, כל רמה מרמות הפעילות של ארגוני הטרור, כל חוליה מחוליות שרשרת המוות, כפי שכינה זאת בית המשפט המחוזי, צריכה למצוא מענה משפטי הולם במסגרת המלחמה בטרור... גם אם עצם התמיכה הכספית בארגוני הטרור אינה מביאה לסכנה מיידית וישירה כאמור, אין הדבר משמעותי ביותר לענייננו. אזכיר כי הפסיקה הכירה כבר בכך שפעילות בארגון טרור שהיא בעלת אופי אזרחי טומנת בחובה סיכון ממשי לביטחון הציבור בישראל (בש"פ 854/07

אבו דקה נ' מדינת ישראל (8.3.07) (עניין פלוני, בפסקה 11)

81. שלושת המערערים טוענים בפנינו כי העונש שהושת עליהם חורג מרמת הענישה הנוהגת ועל כן יש להורות על הפחתתו. לאמיתו של דבר, לא עלה בידי מי מהצדדים להפנותנו למקרים קודמים הדומים די הצורך במאפייניהם למקרה דנן.

82. המערערים הפנו לפסק הדין בעניינם של אבו ערפה וטוטח, שכבר הוזכר לעיל (ע"פ 5979/13) אשר במסגרתו הושתו על השניים 24 חודשי מאסר, בהסכמת המדינה, לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה נע בין שנתיים לארבע שנות מאסר. אמנם, מעמדם של אבו ערפה וטוטח בחמאס היה לכאורה בכיר יותר בהיבט של הפעילות הציבורית ה"רשמית" של הארגון, אך אנו מקבלים את טענת המדינה בהקשר זה לפיה יש מקום להבחין בין הדרג הגלוי של ארגון החמאס לבין הדרג החשאי שלו, שהוא משמעותי יותר בכל הנוגע ליכולת "הפעלת הכוח" של התנועה. אכן, כטענת המדינה, מן האירוע שהתרחש במתחם הצלב האדום עולה כי יכולתו הארגונית של החמאס בירושלים נשענה על פעילותם של המערערים ועל מעמדם. מיכולתם הביצועית של מערערים אלה ניתן ללמוד הן על בכירותם היחסית בפועל (לעומת אבו ערפה וטוטח) והן על מסוכנותם, בשים לב לכך שהחשש המרכזי שמעוררת הפעילות האזרחית נוגע לאפשרות ה"גיוס" של פעילים אזרחיים לפעילות בעלת אופי צבאי ושל תמיכה כספית במימוש פעילות זו. יתר על כן, עונשם של טוטח ואבו ערפה נגזר לאחר שהודו במיוחס להם במסגרת הסדר טיעון, בניגוד למערערים.

83. המערערים הפנו גם לפסק הדין שניתן בעניינם של יתר המעורבים בפרשה שבפנינו, אשר היו שותפים להתארגנות החמאס בירושלים (בדרגים נמוכים יותר). בפסק דין זה נגזרו על הנאשמים עונשים שנעו בין שישה ל-42 חודשי מאסר בפועל (ת"פ 53033-11-11, השופטת ר' פרידמן-פלדמן). לטענתם, אין זה סביר שעונשם חורג באופן קיצוני מן העונשים שהושתו על שותפיהם לפעילות הדעוה. אולם, מקובלות עלינו בעניין זה ההבחנות החשובות שעליהן הצביעה באת-כוח המדינה: כלל הנאשמים שהורשעו במקרה שאליו השלושה מפנים היו למעשה כפופים להם; נאשמים אלה הורשעו בעקבות חתימתם על הסדרי טיעון, שחלקם כללו אף הסכמה לעניין העונש; לא פחות חשוב מכך – נאשמים אלו, למעט הנאשם היתם טהא (להלן: טהא), לא הורשעו בפעילות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור, כי אם בחברות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 3 לפקודה זו. על טהא בית המשפט המחוזי השית 42 חודשי מאסר לאחר שנקבע כי מתחם הענישה בעניינו הוא שלוש עד שש שנות

מאסר. יחד עם זאת, מאחר שעניינו של טהא הוחזר לבית המשפט המחוזי ביום 1.9.2014 (ע"פ 8464/13, המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור והשופטים צ' זילברטל ו-נ' סולברג) וטרם ניתן בו פסק דין סופי, לא נוכל להקיש מכך לעניינו.

84. למעשה, אף המדינה מצדה ביקשה להסתמך על עניינם של טוטח ואבו ערפה, תוך הדגשת צדו השני של המטבע. לשיטת המדינה, מאחר שאבו עסב, סרחאן ועליאן היו, הלכה למעשה, בכירים יותר מטוטח ואבו ערפה – לכל הפחות מהיבט יכולותיהם במישור הארגוני-ביצועי – יש לקבוע כי מתחם הענישה שנקבע בעניינם של טוטח ואבו ערפה הוא נמוך מן המתחם הראוי לעניינם של השלושה. בעמדה זו יש לדעתנו טעם, במישור העקרוני. יחד עם זאת, לנוכח הסכמתה של המדינה להפחית – בנסיבות העניין – את עונשם של אבו ערפה וטוטח לכדי מאסר של שנתיים בלבד, בית משפט זה לא דן במתחם הענישה שקבע בעניינם בית המשפט המחוזי. לפיכך, גם בידי המדינה לא עלה לחזק את טענתה באמצעות קביעות עקרוניות באשר למתחם הענישה בעבירות מסוג זה.

85. מעבר למקרים שהוזכרו לעיל, והיו למעשה "פרקים" נוספים של אותה פרשה, אנו סבורים כי ניתן ללמוד לעניינו ממספר פסקי דין שעסקו בפרשות אחרות שעניינן פעילות במישור הכספי-מימוני של ארגוני טרור, תוך התאמה למאפיינים הייחודיים העולים מן המקרה שבפנינו. כך למשל, בע"פ 1388/13 ג'ועבה נ' מדינת ישראל (18.11.2013) נדון ערעורו של מי שהורשע על פי הודאתו בפעולה ברכוש למטרות טרור. במקרה זה, אושר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר מצא כי המערער סייע בהעברת כספים לידי פעילים של ארגון החמאס בסך כולל של כ-700,000 שקל, וקבע כי מתחם הענישה בגין המעשים נע בין שנה וחצי לארבע וחצי שנות מאסר. בשים לב למספר שיקולים לקולא, הושתו על המערער בנסיבות אותו עניין ארבע שנות מאסר בפועל. בע"פ 2730/08 פראח נ' מדינת ישראל (7.9.2008) הושתו 40 חודשי מאסר על מי שבעיקרו של דבר פעל במסגרת ארגון שהוגדר כארגון צדקה. המערער במקרה זה פעל לקבלתם ולהעברתם של כספים בסך כולל של שבעה מיליון שקל אשר יועדו לסייע לארגון "קואליציית הצדקה", אשר הוכרז כהתארגנות בלתי מותרת, ולארגונים מטעמו, וזאת כדי שיוכלו להגשים את מטרותיהם. המערער באותו מקרה הודה באשמה ונטל אחריות למעשיו וכן נשקלה לקולא הנחתו הבסיסית כי הוא פעל במסגרת של ארגון צדקה. כמו כן, במסגרת הסדר הטיעון שנעשה בעניינו הסכימה המדינה כי לא תטען לעונש העולה על ארבע שנות מאסר. גם בע"פ 7368/12 מוחמד נ' מדינת ישראל (28.4.2013) נדון עניינו של מי שהורשע לאחר שנחתם עמו הסדר טיעון. בנסיבות אותו עניין, המערער הודה בכך שפעל להעברה של לפחות 150,000 דולר לאסירים

ביטחוניים ולמשפחותיהם, וביניהם אסירי החמאס והג'יהאד האיסלאמי. לאחר שנקבע כי המניע למעשיו היה כלכלי באופן טהור, הושתו על המערער שלוש שנות מאסר.

86. בשים לב לנסיבותיו הייחודיות של המקרה שבפנינו, דומה כי הפנייה לפסיקתו של בית משפט זה לצורך תיחומו של העונש ההולם לאבו עסב, סרחאן ועליאן צריכה להיעשות בזהירות. מן המקובץ עולה, כי בכל הנוגע להעברות כספים לצורכי טרור, העונשים שהושתו במקרים שנזכרו נעו בין שלוש לארבע שנות מאסר בפועל. אולם, מקרים אלו התייחסו למי שלא הוכרו כפעילים בארגון הטרור, ולא כל שכן כפעילים רמי דרג בו, כמו כן, ראוי להדגיש כי בכל המקרים שצוינו לעיל, המערערים הודו במיוחס להם ונטלו אחריות למעשיהם. לעומת זאת, שלושת המערערים שבהם אנו דנים כעת – אבו עסב, סרחאן ועליאן – הורשעו בפעילות בארגון טרור על פי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור. יתרה מכך – אין מדובר בפעילים זוטרים, אלא בפעילים הבכירים ביותר במערך הדעוה החמאסי בירושלים. הוועדה הניהולית שבראשה עמד אבו עסב הייתה "המוציא והמביא" של הארגון באזור ירושלים. חבריה פעלו ללא לאות על מנת לעודד אהדה ונכונות לסייע לארגון טרור, אשר מידיו נוטף דמם של קורבנות רבים חפים מפשע. ה"שיטה" שבה פעלו שלושת המערערים בשליחות ארגון החמאס מתוחכמת, אך בעיקרו של דבר היא התמקדה בעשיית נפשות לטובת הארגון וביצירת צירים להברחת כספים. אשר על כן, ברי כי מתחם הענישה בעניינם צריך לשקף את החומרה היתרה שבמעשיהם בהשוואה למקרים שנסקרו לעיל. כך גם העונש.

87. נפנה אפוא ליישום הדברים בענייננו. כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה בגין הפעילות בארגון החמאס בעניינם של אבו עסב וסרחאן נע בין שלוש לשבע שנות מאסר. מתחם ענישה נוסף נקבע לסרחאן בלבד בגין פעילותו ברכוש אסור למטרות טרור, וזה הועמד על שנתיים עד חמש שנות מאסר. בסופו של דבר, נגזרו הן על אבו עסב והן על סרחאן שבע שנות מאסר בפועל. אנו סבורים שבית המשפט המחוזי נהג נכון בכך שייחס משקל לבכירותם של השניים בארגון ולתפקידיהם בו – אבו עסב עמד בראש ההתארגנות כולה ולמרותו סרו פעילים רבים נוספים, ואילו סרחאן ניהל בחשאיות הברחות כספים לצורכי ארגון הטרור בהיקפים עצומים, וזאת לצד תפקידיו בוועדה הניהולית. בנסיבות אלה, איננו סבורים כי בית המשפט המחוזי החמיר איתם מעבר למידה.

88. אבו עסב הוסיף וטען כי בקביעת מתחם הענישה יש להתחשב גם בכך שמעשים כדוגמת אלה שיוחסו לו יכולים לשמש בסיס לאישום והרשעה הן בעבירה לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה (שעונשה המקסימלי הוא עשר שנות מאסר) והן בעבירה



לפי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור (שעונשה המקסימלי הוא עד עשרים שנות מאסר). איננו סבורים שטענה זו מסייעת לו. היסוד העובדתי של שתי עבירות אלו אינו זהה. תקנה 85 לתקנות ההגנה חלה על "כל אדם אשר... הוא חבר להתאגדות בלתי מותרת, או פועל כחבר..." , תוך התייחסות להגדרתו של מונח זה בתקנה 84(1) לתקנות ההגנה כ"כל חבר בני אדם... אשר – ממליץ מסית, או מעודד בחוקתו או בתעמולתו..." , בין היתר, "מעשי טרור המכוונים כנגד ממשלת ישראל..." או ארגון ש"הכריז עליו שר הבטחון שהוא התאחדות בלתי-מותרת". לעומת זאת, סעיף 2 לפקודת מניעת טרור שמגדיר את העבירה של פעילות ב"ארגון טרוריסטי" מתייחס להגדרה הקבועה בסעיף 1 לפקודה, המתייחסת ל"חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה". ניתן להיווכח כי חרף קרבת העניין אין זהות מלאה בין ההגדרות, או בין העבירות, וממילא מסור בעניין זה שיקול דעת רחב יחסית לרשויות התביעה (ראו למשל: בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' שופט בית משפט השלום בנתניה, פ"ד לח(3) 701, 713 (1984); ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, 611 (2002)), גם אם לא בלתי מוגבל (ראו: ע"פ 1142/11 סדיר נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (8.2.2012)). על כך ניתן להוסיף כי מתחם הענישה שנקבע כלל אינו חורג מן העונש המקסימלי שקבוע בתקנה 85 לתקנות ההגנה, ומפני שממילא מתחם זה מבוסס בראש ובראשונה על "עקרון ההלימה" הקושר בין חומרת המעשה כשלעצמו לבין גובהו של העונש, כלל לא ברור כי יש לטענה נפקות ממשית בנסיבות העניין.

89. בנוסף, סרחאן טוען בפנינו כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שקבע בעניינו שני מתחמי ענישה נפרדים – בגין פעילותו בחמאס ובגין פעילותו בענייני הכספים שיוחסו לו. זאת, מאחר שקיים "קשר הדוק" בין פעילויות אלה ובשים לב לכך שזהו התפקיד שהוטל עליו מטעם הארגון. על כן, לכאורה היה מקום לקבוע בעניינו מתחם ענישה אחד (ראו: ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקאות 5-10 לחוות דעתי (29.10.2014) (להלן: עניין ג'אבר)). לכאורה, יש טעם בטענה זו. אולם, בשים לב לגובהו של העונש שהושת על סרחאן, לקביעה זו אין נפקות מעשית במקרה דנן, במובן זה שהיא אינה מביאה לשינוי בעונש שהוטל עליו. הלכה היא שבקביעת מתחם הענישה יש להביא בחשבון את מספרם וחומרתם של המעשים, וזאת גם כאשר כמה מעשים נחשבים כחלק מ"אירוע" עברייני אחד, כך שמתחם הענישה בגין האירוע יכול לעלות אף על עונש המקסימום בגין מעשה אחד (ראו למשל: ע"פ 1082/14 ג'טאר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (23.7.2015); ע"פ 5834/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (20.11.2014)).

90. אשר על כן, איננו סבורים כי יש להפחית מעונשם של אבו עסב וסרחאן. אמנם, נסיבותיו של המקרה שבפנינו ייחודיות, וטרם נדונו במישרין בפסיקה. יחד עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, קווי הדמיון ובצדם ההבחנות המשמעותיות בין מקרה זה לבין מקרים אחרים שנדונו בעבר, מצדיקים כי עונשם של השניים יעמוד בעינו.

91. לבסוף, איננו מקבלים אף את טענתו של סרחאן בנוגע לחילוט חלק מהכספים שנתפסו ברשותו (בפועל בית המשפט המחוזי הורה רק על חילוט הכסף במטבע זר). אנו סבורים שיש טעם בטענתה של באת-כוח המדינה כי בנסיבות העניין הייתה סמכות לחלט את הכספים האמורים ולו על בסיסו של סעיף 21 לחוק איסור הלבנת הון. אמנם, באופן עקרוני כאשר בכוונתה של המדינה לבקש לחלט כספים שנתפסו בחזקתו של נאשם על פי סעיף 21 לחוק זה עליה לציין זאת במפורש בכתב האישום (ראו: סעיף 21(ו) לחוק איסור הלבנת הון; וכך: ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל, פסקה 90 (12.9.2009)). אולם, כך מלכתחילה. בדיעבד, גם אם לא כך נעשה, בית המשפט מוסמך להורות על חילוט כאמור בנסיבות שבהן כתב האישום התייחס לחילוט, אך התייחס בטעות לסעיף מסמך אחר (בחוק איסור מימון טרור). לעניין זה ניתן ללמוד, בשינויים המחויבים, מן ההוראה הקבועה בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 לפיה "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן...". בהתאם לכך, בטרם תינתן הוראת חילוט, על בית המשפט לבחון אם ניתנה לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן מפני סנקציה זו, היינו אם כלל העובדות הנדרשות לחילוט הכספים הופיעו בכתב האישום ואם הנאשם אכן התגונן מפני אפשרות החילוט, על-פי אמות המידה שהותוו לכך בפסיקה (ראו והשוו: רע"פ 2581/14 יקותיאל נ' מדינת ישראל, פסקאות 31-32 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (12.2.2015)). בנסיבות העניין, אפשרות החילוט לא נפלה על סרחאן "כרעם ביום בהיר". סרחאן פרש את טענותיו המפורטות בעניין החילוט ובעניין האשמתו בהלבנת הון לפי סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון. טענות אלה "כיסו" בפועל את הנושאים הרלוונטיים להכרעה על חילוט לפי סעיף 21 לחוק איסור הלבנת הון. לפיכך ניתן לקבוע כי הגנתו של סרחאן לא נפגעה באופן מעשי, ובית המשפט המחוזי היה רשאי להורות על חילוטם של הכספים במטבע זר שנתפסו ברשותו. למעשה, בית המשפט המחוזי רשאי היה אף להורות על חילוטם של כספים נוספים, אשר לא זוהו בוודאות כמשויכים לעבירה שעבר.

92. טענתו המרכזית של עליאן נסבה על הגדרתו של מתחם הענישה בעניינו באופן זהה למתחם הענישה שנקבע לאבו עסב ולסרחאן. אמנם, תפקידו של עליאן במערך

הדעוה היה מרכזי. אולם, בשים לב להצטרפותו המאוחרת של עליאן לפעילות, כמו גם לבכירותו היחסית לעומת אבו עסב וסרחאן, דומה כי טענתו איננה משוללת בסיס. חרף זאת, גם בעניין זה איננו נדרשים להכרעה. כידוע, ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהשיתה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם מתגלה טעות מהותית הבולטת על פניה בגזירת הדין, או כאשר העונש שנקבע חורג באופן קיצוני ממתחם הענישה הנוהג בעבירות שנעברו בנסיבות דומות (ראו למשל: ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 4146/14 פלוני נ' מדינת ישראל (29.6.2015)). על כן, אף אם מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי בעניינו של עליאן היה גבוה מהנדרש, ואיננו קובעים כך, הרי שעונשו – 54 חודשי מאסר – אינו חריג באופן היכול להצדיק את התערבותנו.

93. גזר דינו של עאשור – עניינו של עאשור ראוי לבחינה נפרדת. אכן, צודקת המדינה בכך שלא ניתן להקל ראש אף במעורבותו של אדם שאינו פעיל חמאס בהעברות כספים לטובת הארגון – בשל נזקה הרב, מחד גיסא, וחיוניותה הרבה מהיבטו של הארגון, מאידך גיסא. זוהי גם נקודת המוצא שלנו בבואנו לדון בעניין. אולם, אנו סבורים כי יש לייחס משקל לכך שעאשור פעל מתוך סברה כי העברת הכספים שביצע נועדה לשמש לרכישת מבנה לבית ספר. כפי שהוסבר באריכות לעיל, מערך הדעוה מהווה חלק אינטגרלי מפעילותו של ארגון הטרור. התארגנות החמאס בירושלים פעלה על פי הוראות הוועדה הניהולית, ששמה לנגד עיניה מטרה מהותית אחת – "קירוב הלבבות" לארגון החמאס. בניגוד לאלו העומדים בראש מערך הדעוה ומנהיגים את פעולותיו, כלל לא ברור כי פעילים "זוטרים", אשר גויסו למטרות קונקרטיות – שאינן צבאיות – ומתוך רצון פשוט להרוויח כסף מפעולתם, אכן מבינים את ההיגיון העמוק שבשורש הפעילות שלשמה גויסו. מיותר לציין כי העברת כספים לארגון טרור היא חמורה באופן עקרוני. יחד עם זאת, חומרתם של המעשים בדרגים הזוטרים, שאינם שותפים לגיבוש "תכנית-האב" של התנועה ושאין מעבירים כספים לטובת פעילות צבאית במישרין, נמוכה יותר. אם כך, בשים לב למעמדו ולאופן גיוסו של עאשור, לכך שמדובר בפעילות חד-פעמית, לייעוד הנחזה של הכספים, כמו גם להתמוטטותו הכלכלית באופן כללי ולהבעת החרטה מצדו על מעשיו, דומה שניתן להסתפק בענישה מקלה יותר. איננו יכולים לקבל את טענת בא-כוחו של עאשור שביקש כי נסתפק בכך שמרשו ירצה עונש מאסר בן חצי שנה על דרך של עבודות שירות. עם זאת, אנו סבורים כי בנסיבות העניין ניתן להסתפק בהשתתפותו של עונש מאסר בפועל בן שלושים חודשים, כששאר מרכיבי הענישה יישארו בעינם.

94. הפרשה שנגולה בפנינו נוגעת לנושא שלא ניתן להגזים בחשיבותו – חסימת התפשטותם של המערכת הכלכלית של ארגון החמאס ושל מערך הדעוה שלו המשמשים תשתית לפעילות טרור. הרשעתם של המערערים שבפנינו בדין יסודה, והם אף ראויים להיענש בחומרה. בסיכומו של דבר, החלטנו לדחות את ערעוריהם של אבו עסב, סרחאן ועליאן, כך שגזר דינם כמפורט לעיל בפסקה 12 יעמוד בעינו. עם זאת, אנו מקבלים באופן חלקי את ערעורו של עאשור על גזר דינו כמפורט בפסקה 93. עאשור יתייצב למאסרו ביום 11.10.2015 בבימ"ר ניצן עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על עאשור לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה, של חברתי השופטת ד' ברק-אדו.

ש ו פ ט

השופט מ' מזון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

ניתן היום, י"ט באלול התשע"ה (3.9.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט