



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5536/18

ע"פ 5855/18

ע"פ 5939/18

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים בע"פ 5536/18 :

1. עמאר אלביאע
2. יוסף אל שיח עמר

המערער בע"פ 5855/18 :

סעד עראמין

המערער בע"פ 5939/18 :

מוחמד עבד חמיד

נ ג ד

המשיבה בכל הערעורים :

מדינת ישראל

ערעורים על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בירושלים בתפ"ח 369-10-16 מיום
28.3.2018 ומיום 26.6.2018 שניתן על ידי כב'
השופטים י' נועם, ר' פרידמן-פלדמן ו-א' אברבנאל

תאריך הישיבה :

ג' בניסן התשע"ט (08.04.2019)

בשם המערערים בע"פ 5536/18 :

עו"ד לאה צמל ; עו"ד ניק קאופמן

בשם המערער בע"פ 5855/18 :

עו"ד ג'ומעה חלאילה

בשם המערער בע"פ 5939/18 :

עו"ד מוחמד מחמוד

בשם המשיבה בכל הערעורים :

עו"ד אופיר טישלר

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט י' אלרון:

פתח דבר

1. לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (סגן הנשיא י' נועם, והשופטים ר' פרידמן-פלדמן ו-א' אברבנאל) בתפ"ח 369-10-16 מיום 28.3.2018 ומיום 26.6.2018.

המערער בע"פ 5939/18 (להלן: חמיד) הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן. לעומתו, המערערים בע"פ 5536/18 (להלן: אלביאע ו-עמר בהתאמה) והמערער בע"פ 5855/18 (להלן: עראמין) הורשעו, לאחר שמיעת ראיות, בחלק מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום.

בית המשפט המחוזי גזר על אלביאע עונש של 8 שנות מאסר בפועל, ואילו על יתר המערערים גזר עונש של 6 שנות מאסר בפועל. כמו כן על כלל המערערים נגזר עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים.

המערערים כולם מערערים על חומרת העונש שנגזר עליהם, ואילו אלביאע ועמר לבדם מערערים גם על הכרעת הדין.

במוקד הערעור על הכרעת הדין ניצבת השאלה האם מעשי השניים באים בגדר העבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

העובדות הדרושות לעניין

2. כעולה מהכרעת הדין בעניינם של אלביאע, עמר ועראמין, מיום 28.3.2018 (להלן: הכרעת הדין) ומהכרעת הדין הנפרדת בעניינו של חמיד, מיום 11.6.2017, המערערים כולם הורשעו בעבירות נגד ביטחון המדינה במסגרת שלוש פרשות שונות.

הפרשה הראשונה עוסקת בניסיונותיהם של אלבייאה וחמיד לצאת לסוריה לשם הצטרפות לארגון דאע"ש.

במהלך שנת 2016 ניסה אלבייאה להצטרף לארגון דאע"ש בסוריה, זאת לאחר שצפה באינטרנט בתכנים הנוגעים לארגון. תחילה, ניסה לעבור את הגבול לכיוון מצרים באזור רפיח, אך הגיע למסקנה כי הדבר לא אפשרי. בהמשך, פנה לתושב הפזורה הבדואית בבקשה לסייע לו בחציית הגבול למצרים, אך בקשתו לא נענתה. כך גם ניסיונו לקבל אשרת כניסה למצרים באמצעות סוכנות נסיעות לא צלח. על כן, שינה את תכניתו ובחר לצאת לירדן, וממנה לטורקיה, על מנת להגיע לסוריה.

לשם כך, יצא אלבייאה בנסיעה לירדן על מנת לחדש את דרכונו הירדני. כחודש לאחר מכן, יצא לירדן פעם נוספת, וממנה לטורקיה בכוונה להגיע לסוריה. לאחר שהגיע לעיירת גבול הסמוכה לסוריה נעצר על-ידי משטרת טורקיה ובכך סוכל ניסיונו לחצות את הגבול לסוריה.

בית המשפט קמא קבע כי במעשיו המתוארים הזדהה אלבייאה עם דאע"ש ועשה ניסיונות ממשיים להצטרף לארגון בסוריה.

יצוין כי בהכרעת הדין בעניינו של חמיד נקבעו לגביו כל העובדות שנקבעו בעניינו של אלבייאה, למעט הניסיון לעבור את הגבול מישראל למצרים, אשר לא הופיע בכתב האישום המתוקן. כמו כן נקבע, בהתאם להודאתו בעובדות כתב האישום המתוקן, כי השתתף בקבוצת לימוד שבועית, שבה נלמדה האידיאולוגיה של דאע"ש והמשתתפים בה ראו עצמם חברים בדאע"ש.

3. הפרשה השניה עוסקת במעשיהם של אלבייאה וחמיד, בגדרם קשרו השניים קשר לביצוע פיגוע חבלני בשם דאע"ש.

לאחר חזרתם של אלבייאה וחמיד מטורקיה לישראל, נפגשו השניים, ביוזמת אלבייאה, וקשרו קשר לבצע פיגוע בישראל נגד יהודים. במסגרת זו, הציע אלבייאה לחסוך כסף כדי לקנות רובה מסוג "קלצ'ניקוב" לשם ביצוע פיגוע ירי בראש השנה האזרחי בחוף הים בתל אביב.

ימים אחדים לאחר מכן, נפגשו השניים פעם נוספת והמשיכו ללבן את הדרכים להוצאת הפיגוע לפועל. בתוך כך, ביקש אלבייאה את עזרתו של חמיד בהכנת חומר נפץ

לצורך ביצוע הפיגוע, והלה בתגובה הציע להחביא את הנשק שיקנו באחד הכתים בכפר סמוך לירושלים.

בהמשך אותה פגישה, החליטו השניים לבצע פיגוע תופת באמצעות חומרי נפץ באזור קריית הממשלה בירושלים ובאזור קריית הממשלה בתל אביב. חמיד הציע לבצע פיגוע בסמוך לאצטדיון "טדי" בירושלים, אך אלביאע דחה הצעה זו באומרו כי קריית הממשלה היא "יעד עדיף".

4. הפרשה השלישית עוסקת במעשיהם של עמר ועראמין, בגדרם קשרו קשר לביצוע פיגוע חבלני בשם דאע"ש.

בחודש יוני 2016, הועסק עראמין אצל עמר בעבודות בניה, ובין השניים נוצר "עניין משותף" לנוכח תמיכתם בארגון דאע"ש. השניים שוחחו ביניהם על האפשרות לבצע פיגועים המוניים בישראל, העלו מתווים שונים לביצוע פיגועים אלו, ולצורך כך בחנו אפשרויות להכנת פצצה או לרכישת כלי נשק.

במסגרת זו, צפו עמר ועראמין בסרטוני הדרכה באינטרנט על הכנת חומרי נפץ, וגילו כי על מנת לייצרם הם זקוקים, בין היתר, לחומר מסוג פוטסיום. עראמין אף ניסה לרכוש את החומר, ללא הצלחה.

עוד נקבע בהכרעת הדין כי עמר החזיק במדי צה"ל, אותם מצא במהלך עבודתו. השניים סיכמו כי המדים הצבאיים ישמשו אותם לצורך אימונים, ולביצוע פיגוע חטיפה אשר תכננו להוציא לפועל לצורך שחרור אסירים.

פסק דינו של בית המשפט קמא

5. בהתייחס להרשעתו של אלביאע, דחה בית המשפט קמא את טענתו לפיה השיחות שהתקיימו בינו לבין חמיד, אשר על עצם קיומן לא הייתה מחלוקת, הסתכמו בגדר מחשבות כלליות בלבד, וקבע כי הן עולות כדי ביצוע עבירה של קשירת קשר לפי סעיף 92 לחוק העונשין.

בקביעתו זו הסתמך בית המשפט על האמור בהודעתו של אלביאע במשטרה, ממנה עולה כי חמיד הסכים ללא תנאי להצעתו לבצע פיגועים בישראל, וזאת לאחר שאלביאע אמר לו כי "אנחנו לבד יכולים לייצר את החומר נפץ אבל לא יודעים איך"

(ת/3, עמ' 3 שורות 53-54). על דברים אלה חזר אלבייזע גם בהודעתו השניה (ת/4), ובהודעתו השלישית (ת/5), אשר ניתנה עשרה ימים לאחר מכן, לאחר שנחקר פעם נוספת במשטרה בפני חוקר אחר, ולאחר שנפגש עם עורך דינו.

במסגרת הודעה אחרונה זו, הודה אלבייזע פעם נוספת כי הוא וחמיד תכננו לבצע "פיגוע פיצוץ משאית כפי שצפינו בסרט באינטרנט [...] במחנה הצבאי בתל אביב או במגרש הכדורגל טדי ירושלים והחלטנו אני וחמיד חמיד לבצע פיגוע המשאית כי זה מה שצפינו ועקבנו לאחר אסדאראת המדינה האסלאמית [إصدارت, פרסומי המדינה האסלאמית – י' א'] באינטרנט" (ת/5 עמ' 2 שורות 19-21).

בית המשפט קמא העדיף את גרסת אלבייזע בהודעותיו במשטרה על פני הגרסה שמסר בעדותו בבית המשפט. על יסוד האמור בהודעות אלו לגבי התכניות שתכננו אלבייזע וחמיד, ובהסתמך גם על עדותו של עמר; הודעתו של מוחמד הנדייה שהשתתף עם אלבייזע בקבוצת לימודי דת (ת/108); ויציאתו של אלבייזע לטורקיה לצורך הצטרפות לארגון דאע"ש, קבע בית המשפט קמא כי השיחות בין השניים "הנן בעלות מאפיינים אופרטיביים ברורים ואין לראות בהן משום העלאת רעיונות בעלמא" וכי "בין השניים נקשר קשר פלילי לבצע פיגועים בישראל, וכי כל שנותר להם הוא לבחון דרכים להוצאתו של הקשר אל הפועל".

6. בהתייחס להרשעת עמר קבע בית המשפט קמא כי הלה קשר קשר עם עראמין לבצע פיגועים בישראל נגד יהודים בשם ארגון דאע"ש. בעניין זה, נקבע כי חומר הראיות מלמד כי השניים הסכימו ביניהם לבצע בצוותא פיגוע המוני ופיגוע חטיפה, העלו מתווים לביצוע פיגועים אלה ולצורך כך בחנו אפשרויות להכנת פצצה או לרכישת כלי נשק, ובכך התגבשה עבירת קשירת קשר לפי סעיף 92 לחוק העונשין.

קביעה זו הסתמכה על הודעות עמר במשטרה, בהן הודה כי הוא ועראמין החליטו לבצע פיגועים המוניים בישראל, וכי לצורך כך ניסו להשיג חומרים לייצור פצצה. במסגרת זו, הודה עמר כי אסף לביתו מדי צה"ל שמצא בעבודה כדי שישמשו אותו "לאימונים הצבאיים ולמלחמה נגד הכופרים והיהודים באמצעות המטענים והנשק וגם בכדי לחטוף ישראלים".

כן העדיף בית המשפט את גרסת עראמין בהודעתו במשטרה (ת/80) על פני הגרסה שמסר בעדותו בבית המשפט, וקבע, על יסוד הודעה זו, כי השניים דיברו על תכנון החטיפה והחליטו לרכוש נשק מבלי לקבוע את סוג הנשק.

7. בית המשפט קמא הוסיף וקבע, כי מעשיהם של המערערים עולים כדי "סיוע לאויב במלחמה", לפי סעיף 99 לחוק העונשין ולאור ההלכה שנקבעה בעניין כיאניה (ע"פ 11328/03 מדינת ישראל נ' כיאניה (8.9.2005) (להלן: עניין כיאניה)).

נקבע כי תכנון פיגועי טרור "רצחניים, המוניים ואכזריים" – מסוג זה שתכננו המערערים – בא בגדרו של סעיף 99 לחוק העונשין, הן על פי גישת השופט א' א' לוי הן על פי גישת הנשיא א' ברק בעניין כיאניה, שכן תכנון פיגועים אלו נועד לקעקע את ריבונותה של מדינת ישראל ולפגוע ביכולת העמידה של אזרחיה, והוא מלמד על השתלבות בפיגועי הטרור אשר מבוצעים בישראל על-ידי ארגוני הטרור, באופן שבמעשיהם המתוכננים שימשו המערערים כ"ידו הארוכה של האויב".

8. בית המשפט קמא ציין כי לצורך הכרעה באישומים שלפניו אין הוא נדרש להכריע בשאלה האם ארגון דאע"ש מהווה "אויב" כהגדרתו בסעיף 99 לחוק העונשין, שכן "לא ניתן לחלוק על כך כי ביצוע פיגועים המוניים בישראל משרת את אויבי המדינה במטרתם לפגוע בה". נקבע כי די בכך שהמערערים החליטו בפעולותיהם להצטרף למעגל הטרור המכוון נגד ישראל, על מנת להרשיעם בעבירה זו.

עם זאת, צוין כי אין בהכרזת ממשלת ישראל על ארגון דאע"ש כ"ארגון טרור" כהגדרתו בפקודת מניעת טרור, ובהכרזת שר הביטחון על ארגון דאע"ש כ"התאחדות בלתי מותרת" לפי תקנות ההגנה, כדי לענות על הדרישה הראייתית שבהגדרת "אויב" והגדרת "ארגון מחבלים". נקבע כי ההגדרות "ארגון טרור" או "התאחדות בלתי מותרת" שבדברי חקיקה אלה, שונה מההגדרה המנויה בסעיף 91 לחוק העונשין.

9. לבסוף, דחה בית המשפט קמא את טענת המערערים לפיה העבירה כוללת דרישה להפרת "חובת הנאמנות" כלפי ישראל. נקבע כי החוק לא מציב כל דרישה מפורשת שכזו, וכי ממילא בנסיבות העניין המערערים הינם תושבי ישראל.

10. לנוכח כל האמור, הורשעו אלביאע, עמר ועראמין בעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, לפי סעיפים 92 ו-99(א) לחוק העונשין.

אלבביאע הורשע בנוסף בעבירות של ניסיון לחברות בהתאחדות בלתי מותרת, לפי סעיף 85(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), וסעיף 25 לחוק העונשין; ניסיון לחברות בארגון טרור, לפי סעיף 3 לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948 (להלן: פקודת מניעת טרור) וסעיף 25 לחוק העונשין; וניסיון יציאה שלא כדין מישראל, לפי סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, וסעיף 25 לחוק העונשין.

חמיד הורשע כאמור בהכרעת הדין הנפרדת, בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה; חברות בארגון טרור; וניסיון יציאה שלא כדין מישראל.

11. בגזר דינו, המתייחס למערערים כולם, לרבות חמיד, עמד בית המשפט קמא על חומרת המעשים שביצעו המערערים, וסקר את מדיניות הענישה הנוהגת, תוך שציין כי בנסיבות העניין, המערערים אמנם הגו תכניות לביצוע פיגועים המוניים, "אך תכניתם הייתה ראשונית, כללית ובלתי מפורטת", וכי למרות שאין בכך כדי לשלול את התגבשות יסודות העבירה שבה הורשעו, יש לכך השלכה על חומרת העבירה והעונש שיש לגזור בגין ביצועה.

משכך, נקבע כי מתחם העונש ההולם את כל אחת מעבירות הקשר לסיוע לאויב במלחמה נע בין 5 ל-8 שנות מאסר בפועל. באשר ליתר העבירות, שעניינן החברות בארגון דאע"ש והניסיון להצטרף אליו, נקבע כי מתחם העונש ההולם את ביצוען נע בין 24 ל-48 חודשי מאסר בפועל.

בבואו לגזור את עונשם של המערערים בגדרי המתחמים בחן בית המשפט את נסיבותיהם האישיות של המערערים, לרבות גילם; מצבם המשפחתי; הרשעות קודמות של חלקם; והודאתו של חמיד בביצוע העבירה, וקבע כי את עונשו של חמיד יש לגזור ב"תחתית מתחמי הענישה" שנקבעו; את עונשם של עמר ועראמין ב"קרבה לתחתית המתחמים"; ואילו את עונשו של אלבביאע ב"שליש התחתון" של המתחמים. בסופו של דבר, השית בית המשפט קמא על המערערים את העונשים המתוארים בפסקה 1 לעיל.

הערעור על הכרעת הדין בעניינם של אלבביאע ועמר

12. במסגרת הערעור על הכרעת הדין, נטען כי שגה בית המשפט קמא משהרשיע את השניים בעבירה של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה.

במישור העובדתי נטען כי השיחות שניהלו אלביאע עם חמיד ועמר עם עראמין, לא הבשילו לכדי תוכנית קונקרטית שעניינה קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, וכי לכל היותר יש לראות בהם כמי שקשרו קשר להצטייד בנשק, אך לא סיכמו להשתמש בו במסגרת פיגוע.

עוד נטען כי עמר צפה בסרטונים כדי ללמוד כיצד להכין חומר נפץ מתוך עניין בלבד, ולא לצורך השימוש בו וכי אין כל ראיה לפיה עמר ועראמין סיכמו ביניהם להשתמש במדים לצורך חטיפת חייל, אלא כאמור בהודעתו של עמר במשטרה (ת/56), הלה "חשב" לבדו להיעזר במדים לצורך ביצוע החטיפה, ואין בכך משום קשירת קשר לביצוע עבירה.

13. במישור המשפטי נטען כי המעשים אותם תכננו המערערים לא עומדים ברף שנקבע בפסק דינו של השופט א' א' לוי בעניין כיאניה לצורך הרשעה בעבירה של סיוע לאויב במלחמה. לשיטתם, לא ניתן לייחס להם את צפיית האפשרות כי הפיגועים המתוכננים ייגרמו "נזק כולל ורחב" בדמות ערעור קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית, וזאת בדרגת הסתברות קרובה לוודאי.

14. כמו כן, לשיטת המערערים, היסוד הנפשי הנדרש להרשעה לפי סעיף 99 לחוק העונשין כולל גם מודעות להפרת חובת הנאמנות שחבים המערערים למדינת ישראל. בנסיבות העניין, כך נטען, לא הוכח מעמדם האזרחי, וממילא אין לקבל את הנחתו של בית המשפט קמא לפיה הפרו חובת נאמנות למדינת ישראל.

15. לבסוף טוענים המערערים, כי לא ניתנה להם הזדמנות נאותה להתגונן מפני האפשרות שבית המשפט יסתמך על ההלכה שנקבעה בעניין כיאניה – לפיה לצורך הרשעה בעבירה לפי סעיף 99 לחוק העונשין אין צורך בהוכחת קיומו של "אויב" ספציפי – ובכך נמנעה מהם האפשרות להעלות טענות חלופיות, בין היתר טענת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בירנית.

16. המשיבה טענה, מנגד, כי בדין הרשיע בית המשפט קמא את המערערים בעבירה של קשירת קשר לסייע לאויב במלחמה לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין.

לטענתה, בנסיבות העניין התקיימו יסודותיה העובדתיים של עבירת "סיוע לאויב במלחמה" במעשיהם של המערערים, ואין כל צורך במקרה דנן להכריע בין הגישות השונות שעלו בעניין כיאניה.

עוד נטען כי תכנית הקשר לא נותרה בגדר "הרהורים שבלב" כטענת המערערים, אלא התכניות שנהגו קיבלו "לבוש ממשי". לשיטת המשיבה, מעשיהם עולים כדי רצון משותף לביצוע העבירה בה הורשעו, וזאת מאחר שכל שנותר להם לצורך הוצאתו של הקשר אל הפועל הוא לבחון את הדרכים הקונקרטיות לבצעו.

לבסוף טענה המשיבה, כי אין בחוק כל דרישה להפרת חובת נאמנות לצורך הרשעה בעבירה. בהתייחס לכך, הופנינו במהלך הדיון לפנינו לסעיף 101 לחוק העונשין, במסגרתו מצוינת מפורשות הדרישה לקיומה של "נאמנות למדינת ישראל" לצורך הרשעה בעבירה. נטען, כי אילו הייתה דרישה זהה לצורך הרשעה לפי סעיף 99 לחוק העונשין, המחוקק היה כותב זאת במפורש.

דיון והכרעה – הערעור על הכרעת הדין בעניינם של אלבייאה ועמר

17. הערעור כלפי הכרעת הדין מופנה כאמור כלפי הקביעה כי אלבייאה ועמר "קשרו קשר לסיוע לאויב במלחמה".

18. טענתם הראשונה של השניים היא כי לא ניתן ללמוד מהשיחות שניהלו על תכנית העולה כדי קשירת קשר "לסייע לאויב במלחמה". אני סבור כי דין טענה זו להידחות.

כידוע, לצורך התגבשות הקשר הפלילי, לא נדרשת הוכחת הסכמה על פרטי הביצוע הספציפיים של התוכנית העבריינית, או הוכחת תוכנית קונקרטית. די לעניין זה להוכיח "רצון משותף לבצע בצוותא עבירה מסוג מסוים (כגון, עבירת שוד) אם כי לאו דווקא עבירה קונקרטית במועד מוגדר" (ע"פ 330/85 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 29, 33 (1986); וכן ראו: ע"פ 8457/15 מדינת ישראל נ' ווזווז פסקה 97 לפסק דינו של השופט א' שהם (1.11.2018); ע"פ 6467/12 אטון נ' מדינת ישראל פסקה 21 (30.7.2013)).

בענייננו, קבע בית המשפט קמא, כאמור, כי בין אלבייאה וחמיד נוצר "מפגש רצונות, שתוצאתו הסכמה לבצע בצוותא פיגועים, התגבשה עבירת הקשר". בדומה, נקבע ביחס לעמר ועראמין, כי השניים "הסכימו ביניהם לבצע בצוותא פיגוע המוני ופיגוע חטיפה". בממצאים עובדתיים אלה לא מצאתי מקום להתערב.

19. מסקנתו זו של בית המשפט קמא מבוססת היטב בחומר הראיות, המלמד כי אלבייאה וחמיד החליטו לבצע פיגוע באמצעות משאית נפץ במחנה צבאי בקריה בתל אביב או בקרית הממשלה בירושלים, וכי עמר ועראמין תכננו לבצע פיגוע טרור

באמצעות מטען חבלה או חטיפת חייל לצורך חילופי שבויים, באופן העולה בשני המקרים כדי קשירת קשר לביצוע העבירה. זאת, אף אם לא השתכללו התכניות לכדי תכניות קונקרטיות הכוללת מועדי ביצוע מדויקים.

20. בעניין תכניתם של אלביאע וחמיד, די להפנות להודעתו של אלביאע מיום 22.9.2016 (5/ת), בה נשאל מדוע החליט יחד עם חמיד לבצע פיגוע באמצעות משאית נפץ ו"כיצד הגיע לרעיון זה", והשיב כי:

"...דיברנו שנבצע פיגוע פיצוץ משאית כפי שצפינו בסרט באינטרנט אסדאראת (اصدارات, פרסומי – י' א') המדינה האסלאמית במחנה הצבאי בתל אביב או במגרש הכדורגל טדי ירושלים והחלטנו אני וחמיד חמיד בלבצע פיגוע המשאית..." (5/ת, שורות 18-20).

21. בעניין תכניתם של עמר ועראמין, די להפנות להודעתו השלישית במשטרה של עמר (56/ת), במסגרתה נשאל והשיב כדלהלן:

"ש: למה רציתם אתה וסעד עראמין להשתמש במדי הצבא?
ת: לאימונים הצבאיים ולמלחמה נגד הכופרים והיהודים באמצעות המטענים והנשק וגם בכדי לחטוף ישראלים והמיקוח עם ישראל בהחלפה עם החטוף הישראלי באסיר עמאר סובחי אלביאע" (56/ת, שורות 39-40).

כמו כן, נתמכת מסקנתו של בית המשפט קמא באמור בהודעתו של עראמין במשטרה מיום 21.9.2016:

"לפני חודש בערך ישבתי בביתו של יוסף אלשיח' [עמר – י' א'] בחדרו וצפינו בלפטופ באמצעות האינטרנט סרטי ווידאו ליצירת המטענים [...] דיברנו שאנחנו חייבים לתכנן לחטיפת חיילים ישראלים על מנת להחליפם באסירים ולאחר מכן החלטנו לקנות נשק ולא קבענו איזה סוג נשק" (80/ת, שורות 9-11).

ובהמשך:

"אני ויוסף אלשיח' צפינו בסרטי ווידאו ליצירת המטענים בכדי לעשות פיגועי פיצוץ נגד הכופרים והיהודים" (80, שורות 30-31).

מדברים אלו ניתן ללמוד כי עמר ועראמין הסכימו ביניהם לבצע פיגוע המוני ופיגוע חטיפה, ובכך קשרו קשר לביצוע העבירה.

22. טענתם השניה של המערערים היא כי מעשיהם אינם עולים כדי "סיוע לאויב במלחמה". אף טענה זו דינה להידחות.

23. סעיף 99 לחוק העונשין, שכותרתו "סיוע לאויב במלחמה" קובע כדלקמן:

"99. (א) מי שעשה, בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי לסייע לכך, דינו - מיתה או מאסר עולם.

(ב) לענין סעיף זה, 'סיוע' - לרבות מסירת ידיעה בכוונה שתגיע לידי האויב או ביודעין שהיא עשויה להגיע לידי האויב, ואין נפקא מינה שבעת מסירתה לא התנהלה מלחמה."

עבירה זו היא עבירה התנהגותית, המציבה את מטרת מבצעה – סיוע לאויב – כציר מרכזי של יסודותיה (ע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל פ"ד מד(3) 265, 290 (להלן: פרשת וענונו)). לעניין היסוד הנפשי הנדרש, על מנת לעמוד על כוונתו של המבצע בביצוע העבירה, נקבע כי ניתן להסתייע בהלכת הצפיות, לפיה מודעות לקיומה של הסתברות קרובה לוודאי בדבר התרחשות התוצאה, שקולה כנגד החפץ הממשי להשיגה (עניין כיאניה, פסקה 8 לפסק דינו של השופט א' א' לוי).

24. כפי שנקבע בעניין כיאניה, מטרת ה"סיוע" לאויב במלחמה יכול שתתגשם בדרכים שונות, אך "לא כל פעולה עוינת" תקיים מטרה זו. מחלוקת נתגלעה בין השופט א' א' לוי לבין הנשיא א' ברק לעניין קשת העבירות אשר תכללנה במסגרת הרכיב העובדתי של "לסייע לאויב".

בעוד שלגישת השופט א' א' לוי, "לרוב יהיו אלה מעשים שחומרתם מופלגת, ואשר לא נועדו כדי לגרום לפגיעה או נזק נקודתיים, אלא נודעת להם מטרה רחבה וכוללת יותר – להביא לערעור עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית", סבר הנשיא א' ברק כי יש לפרש את המונח "התנהגות המסייעת לאויב" באופן רחב יותר, כ"התנהגות המשתלבת באופן מוחשי וקונקרטי בפעילותו של האויב, באופן שמבצעה מהווה, מבחינת סוג הפעילות ותוצאותיה, ידו הארוכה של האויב".

בקשה לדיון נוסף נדחתה בהחלטתו של המשנה לנשיא מ' חשין, אשר קבע כי "תכליתה של העבירה היא למנוע מעשים שנועדו לסייע לאויבי ישראל במלחמתם במדינה, וכי קשת ההתנהגויות המגבשת סיוע לאויב כוללת פגיעה ישירה בביטחון המדינה והציבור" (דנ"פ 9517/05 כיאניה נ' מדינת ישראל (11.12.2005)).

25. מחלוקת זו הוזכרה בפסיקה עוד פעמים מספר, בין היתר לאחרונה בע"פ 8457/15 מדינת ישראל נ' וחווז (1.11.2018) (להלן: עניין וחווז), שם הציע השופט (בדימוס) א' שהם שלושה מבחני עזר לבחינת המעשים המקיימים את היסוד העובדתי של העבירה, אך מבלי להכריע במחלוקת שנתגלעה בעניין כיאניה.

בקשה לדיון נוסף בפסק הדין בעניין וחווז נדחתה זה לאחרונה על-ידי חברתי, כב' הנשיאה א' חיות (דנ"פ 8126/18 פלוני נ' פלוני (24.1.2019)).

26. לשיטת המערערים, יישום עמדתו של השופט א' א' לוי על עניינם, מוביל למסקנה לפיה אין להרשיעם בעבירה הנדונה, שכן תכנון הפעולות החבלניות על ידם אינו עולה כדי פגיעה בריבונותה של מדינת ישראל או ערעור יסודותיה השלטוניים.

27. אין בידי לקבל טענה זו. הלכה למעשה, במישור הפוזיטיבי, נראה כי פרשנותו של הנשיא א' ברק למונח "התנהגות המסייעת לאויב" היא הפרשנות שהתקבלה בפסיקתו של בית משפט זה. אף במישור הנורמטיבי, אני סבור כי במציאות הביטחונית המורכבת במדינת ישראל של ימינו, פרשנות זו נכונה, ראויה ומוצדקת.

פסיקתו העקבית של בית משפט זה קבעה בדרך קזואיסטית כי די במעשים שיש בהם כדי לסכן את ביטחון הציבור, תוך השתלבות במאמציהם של אויבי המדינה לפגוע בה וביושביה, כדי למלא את היסוד העובדתי הנדרש לקיומה של עבירת הסיוע לאויב במלחמה.

כך, המעשים הבאים נקבעו ככאלו המסייעים לאויב במלחמה: תכנית לכיבוש הר הבית (ע"פ 8457/15); פיגוע ירי באולם שמחות (ע"פ 6008/15); תכנית לפגוע במתפללים יהודים בהר הבית (ע"פ 195/16); תכנית לבצע פיגוע חבלני כלפי רכב של כוחות הביטחון (ע"פ 2184/17); תכנית להניח לבצע פיגוע באמצעות מטעני חבלה על מסילת רכבת (ע"פ 4053/08); תכנית לחטיפת חייל צה"ל והעברתו לידי ארגון "חזבאללה" לצורכי מיקוח (ע"פ 5236/05); וכן תכנית לביצוע פיגוע המוני במרכז מסחרי (ע"פ 8931/04).

המשותף למעשים המפורטים לעיל, הוא היותם של מבצעי העבירה "ידם הארוכה" של אויבי ישראל בפעילותם החבלנית כלפי הציבור הישראלי. נדמה אם כן, כי גם הלכה למעשה ביכרה פסיקתו של בית משפט זה את פרשנותו של הנשיא א' ברק.

יתר על כן, כשלעצמי אני סבור כאמור כי פרשנות זו היא הפרשנות הראויה מבחינה נורמטיבית. פעילותם של ארגוני הטרור השונים המבקשים לפגוע בביטחון הציבור הישראלי מתפרשת על פני טווח רחב של התנהגויות, אשר ככולן יש כדי לזרוע פחד, חרדה וטרור בלבבות הציבור. לצורך מניעת התנהגויות אלו בדרך של הרתעה מעשייתן, וכן לשם מתן גמול הולם למבצעי עבירות אלו, מן הראוי להעניק למונח "התנהגות המסייעת לאויב" פרשנות מרחיבה, במובן זה שלצורך הקביעה כי מעשה טרור יחשב כ"מסייע לאויב" לא תידרש קביעה דווקנית לפיה מטרתו של אותו מעשה "להביא לערעור עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית".

פרשנות זו תאפשר לסעיף 99 לחוק העונשין לשמש אכסניה לקשת רחבה של פעולות אשר הוכח כי מטרת מבצען להשתלב "באופן מוחשי וקונקרטי בפעילותו של האויב", באופן שהוא משמש "ידו הארוכה של האויב".

28. במקרה הנדון, אלבייאר וחמיד קשרו קשר לבצע פיגועי טרור רחבי היקף באמצעות משאית נפץ או פיגוע ירי, ואילו עמר ועראמין קשרו קשר לבצע פיגועי טרור באמצעות מטען חבלה או תכנון לחטוף חייל לצורך עסקת חילופי שבויים.

אין כל ספק לטעמי כי תכניות אלו משקפות את מודעותם של המערערים לקיומה של הסתברות קרובה לוודאי בדבר הסיוע שיש במעשים אלו לאויביה של מדינת ישראל.

29. המערערים מוסיפים וטוענים, כי אילו היו יודעים שבית המשפט קמא יקבע שלצורך הוכחת "סיוע לאויב" אין צורך להצביע על אויב קונקרטי, היו דורשים מרשויות התביעה להמציא לידיהם מסמכים מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 לשם ביסוס טענת הגנה מן הצדק בדבר אכיפה בררנית.

טענה זו אין לה על מה שתסמוך. ראשית, כפי שטענה המשיבה, הטיעון בדבר היעדר הצורך בהוכחת קיומו של אויב קונקרטי נטען במהלך ההליך בפני בית המשפט קמא, ולמערערים הייתה אפשרות לנסות ולהעלות טענות חלופיות.

שנית, ההלכה מכוחה פסק בית המשפט קמא כי הרשעה בעבירה אינה מחייבת הצבעה על אויב קונקרטי היא הלכה ידועה (עניין וענונו, בעמ' 294). ההימנעות מהעלאת טענות משפטיות חלופיות עומדת אפוא לחובת המערערים בלבד, ואין להם להלין בעניין זה אלא על עצמם.

30. ולבסוף, יש לדחות גם את טענת המערערים, לפיה היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה לפי סעיף 99 לחוק העונשין, כולל מודעות להפרת חובת הנאמנות למדינת ישראל.

בעניין זה ביקש בא-כוחם של אלביאע ועמר, בדיון שנערך לפנינו, להסתמך על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ("סיוע לאויב במלחמה – סעיף 99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1106 (2005)), אשר מורה כך:

"עבירה של סיוע לאויב במלחמה מצויה, כאמור, בפרק ז' סימן ב' לחוק העונשין שעניינו 'בגידה'. מעשה 'בגידה' מתאפיין ב'מעילה, הפרה חמורה של אמון' (מילון א' אבן שושן). לפיכך, במקרים בהם החשוד הינו תושב מדינת אויב, תושב השטחים או אזרח זר שהוא חלק מארגון מחבלים (בשונה מסתם תייר או אזרח זר אחר השוהה בארץ), ככלל לא ייעשה שימוש בעבירה שבנדון, אף אם ייתכן שמתקיימים יסודותיה המשפטיים. זאת, על בסיס הגישה, כי סעיף זה בא ליתן מענה בעיקר לפעילות של אזרחי המדינה או תושביה המסייעים לאויביה מחוץ, להבדיל מפעילות של מי שהם בעצם בגדר אויב". (שם, בעמ' 4-5).

במקרה דנן, המערערים כולם הם תושבי ישראל, וזכאים לנוע בארץ בחופשיות. ככאלו, אף לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אין כל מניעה מהעמדתם לדין או הרשעתם בגין סיוע לאויב במלחמה. די בדברים אלו כדי לדחות את טענתם בעניין.

31. לצד דברים אלה, יוער כי העובדה שרשויות התביעה נמנעות מלהעמיד לדין את אויבי ישראל – אשר אינם תושבי המדינה – בגין ביצוע עבירה זו, אינה מעידה בהכרח על כך ש"הפרת נאמנות" למדינה מהווה חלק מהיסוד הנפשי להתקיימות העבירה, וזאת בניגוד לטענת המערערים. ואולם, משהדבר אינו נדרש לצורך הכרעה בערעור דנן, אותיר את הדיון בשאלה זו לעת מצוא.

32. במסגרת הערעורים על גזר הדין, מלינים המערערים כולם על חומרת העונש שהוטל עליהם.

33. לטענת אלביאע, משזוכה מחלק מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, ניהול ההוכחות לא היה לשווא, ועל כן שגה בית המשפט קמא כאשר אבחן בינו לבין חמיד בקביעת מידת העונש. אלביאע טוען בעניין זה, כי על פי קביעות בית המשפט קמא הוא וחמיד היו שותפים לביצוע העבירה על כל רכיביה.

34. חמיד, אשר הורשע כאמור על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, טוען כי בית המשפט קמא לא העניק משקל הולם לעובדה כי הודה בכל המיוחס לו, ובכך חסך זמן שיפוטי, וכן לחלקו הקטן יחסית בביצוע העבירה; לנסיבותיו האישיות; ולהיעדרו של עבר פלילי בעניינו.

35. לטענת עמר, שגה בית המשפט קמא משהטיל עליו עונש זהה לעונש שהוטל על חמיד, וזאת למרות שמעורבותו של זה האחרון במערך הפלילי הייתה "עמוקה יותר" מזו שלו, כך לשיטתו.

36. עראמין טוען כי שגה בית המשפט קמא משלא ייחס משקל ראוי לחרטה שהביע, ומשקבע כי זו אינה כנה. לדבריו, הוא לא יכול היה לבטא בצורה ברורה את מידת החרטה שחש וזאת לנוכח קיומם של קשיי שפה משמעותיים.

עוד נטען כי חלקו של עראמין קטן משמעותית מחלקם של יתר המערערים, וזאת מאחר שמעולם לא עשה כל מעשה או פעולה להשתייך לארגון דאע"ש.

לבסוף טוען עראמין כי שגה בית המשפט קמא משלא הורה על עריכת תסקיר מטעם שירות המבחן בעניינו. לגישתו, הימנעות מקבלת תסקיר בעניינו פוגעת בזכויותיו ובאפשרות להטיל עליו ענישה שיקומית כפי שהוא סבור שראוי לעשות.

37. מנגד, המשיבה סמכה ידיה על קביעת העונשים בידי בית המשפט קמא, וטענה כי אלו מבטאים איזון ראוי בין כלל שיקולי הענישה הרלוונטיים ואינם חורגים ממדיניות הענישה הנוהגת.

בדיון לפנינו הדגיש בא-כוח המשיבה כי המערערים תכננו לבצע פיגועים רצחניים, ועשו כל שביכולתם לצורך מימוש תכניותיהם הזדוניות, אשר רק בזכות כוחות הביטחון לא יצאו אל הפועל, ועל כן העונש שהוטל עליהם הולם את מעשיהם החמורים.

דיון והכרעה – הערעורים על גזר הדין

38. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה במקרים דומים, או במקרים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ע"פ 945/18 סלאימה נ' מדינת ישראל (14.1.2019)).

המקרים שלפנינו אינם מנויים על אחד החריגים דלעיל. כעולה מגזר הדין, שקל בית המשפט קמא כדבעי את מכלול שיקולי הענישה הרלוונטיים והתחשב בכלל נסיבותיהם האישיות של המערערים. משכך לא מצאתי מקום להתערב בעונשים שהוטלו על המערערים.

39. אף לגופו של עניין, אני סבור כי מידת העונש שהוטל על המערערים הולמת את חומרת מעשיהם.

כפי שנקבע לא אחת, הרשעה בעבירות הנוגעות לסיוע לאויב במלחמה, בין בדרך של ביצוע מושלם של העבירה, ובין בקשירת קשר או בניסיון, מחייבת הטלת עונשים כבדים וממשיים על מבצעי העבירה (ראו לדוגמא: עניין וחווח, פסקה 99).

בנסיבות העניין דנן, תכננו המערערים לבצע פיגועי תופת רחבי היקף באזורים מרכזיים-אסטרטגיים, באופנים שונים, ובכלל זה תוך שימוש בחומרי נפץ, משאית תופת, כלי ירי ואף חטיפת חייל צה"ל. בנסיבות חמורות אלו, אני סבור כי העונשים שהוטלו על המערערים חורגים ממדיניות הענישה המקובלת.

40. המערערים כולם נטלו חלק פעיל בעבירה העיקרית של קשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, בתכנון בצוותא חדא, תוך שיתוף פעולה מלא בין כל אחד מצמדי המערערים בניסיונות ללבן את הדרכים "לפגוע בכופרים וביהודים", כלשונם. לנוכח זאת, אין כל מקום לאבחן בין חלקם בביצוע עבירה זו.

41. בניגוד לטענותיו של אלביאע, מצאתי כי מדרג הענישה בינו לבין יתר המערערים הוא ראוי ומוצדק, שכן הוא נובע מן העבירות הנוספות בהן הורשע, במסגרתן עשה מאמצים מיוחדים להצטרף ללחימתו של ארגון דאע"ש בסוריה.

באשר לפער בינו לבין חמיד – אני סבור כי בדין הקל בית המשפט קמא בעונשו של חמיד לנוכח הודאתו בשלב מוקדם של ההליך, אשר חסכה זמן שיפוטי משמעותי. לנוכח הרשעתם של יתר המערערים בעבירה העיקרית – הלא היא עבירת קשירת הקשר לסיוע לאויב במלחמה – יש לדחות את טענתם לפיה ניהול ההליך לא היה לשווא, הגם שזוכו מחלק מהעבירות שיוחסו להם.

42. לבסוף, לא מצאתי ממש בטענת עראמין לפיה היה על בית המשפט קמא להורות על שליחתו לתסקיר מטעם שירות המבחן לצורך בחינת סיכויי שיקומו. תסקיר שירות מבחן לא נדרש במקרה זה על פי הדין לנוכח העבירה בגינה הורשע (ראו: סעיף 38 לחוק העונשין; וכן אכרזת דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), התשכ"ד-1964), ואף לא על פי נסיבותיו האישיות כפי שנבחנו בבית המשפט קמא.

43. סוף דבר, אני סבור כי בדין הרשיע בית המשפט המחוזי את המערערים בקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה, וכי העונשים שהוטלו עליהם הולמים את המעשים החמורים שביצעו.

אשר על כן, אציע לחברתי ולחברי לדחות את הערעורים על שני חלקיהם.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

נ ש י א ה

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט י' אלרון.

ניתן היום, י' בסיון התשע"ט (13.6.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

נ ש י א ה