

ע"פ 6434/15 - מדינת ישראל, המערער בע"פ 838/16, ריאד משרהאוי נגד עבד אל חכים שביר, המשיבה בע"פ 838/16, מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6434/15

ע"פ 838/16

כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין
כבוד השופט (בדימ') צ' זילברטל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

לפני:

מדינת ישראל
ריאד משרהאוי

המערער בע"פ 6434/15:
המערער בע"פ 838/16:

נ ג ד

עבד אל חכים שביר
מדינת ישראל

המשיב בע"פ 6434/15:
המשיבה בע"פ 838/16:

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בבאר-שבע מיום 6.9.2015 ומיום 21.9.2015
בת"פ 15-01-35009 שניתנו על ידי כבוד השופט א'
ביתן
ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בבאר-שבע מיום 20.12.2015 ומיום
28.1.2016 בת"פ 15-02-37117 שניתנו על ידי כבוד
השופט י' עדן
טיעון משלים מטעם המדינה מיום 13.2.2017
טיעון משלים מטעם המערער בע"פ 838/16 ומטעם
המשיב בע"פ 6434/15 מיום 19.3.2017

ט' בטבת התשע"ו (21.12.15)
ל' בסיון התשע"ו (6.7.2016)

תאריכי הישיבות:

עו"ד אריה פטר, עו"ד מורן גז
עו"ד אחמד חמזה יונס, עו"ד מואנס יונס

מר איאד איברהים

בשם מדינת ישראל:
בשם המערער בע"פ 838/16
ובשם המשיב בע"פ 6434/15:
מתורגמן:

פסק-דין
*

השופטת ד' ברק-ארז:

1. סוחרים המתגוררים ברצועת עזה ומציעים את מרכולתם לכול מוכרים סחורה בעלת מאפיינים אזרחיים גם לאנשי חמאס הפונים לעסק שבבעלותם. האם בכך הם עוברים עבירות של מתן שירות לארגון טרור? זו השאלה העיקרית שהתעוררה בערעורים שבפנינו, והיא נדונה בהתייחס לנסיבות השוררות בתחומי רצועת עזה, ובעיקר היותה נתונה לשלטון חמאס.

המסגרת הנורמטיבית: עבירות שעניינן מתן שירות לארגון טרור

2. הערעורים שבפנינו נסבו בעיקרם על העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), שבמועדים הרלוונטיים לכתבי האישום הייתה בתוקף, והורתה כך:

"(1) כל אדם אשר -

(א) ...

(ב) ...

(ג) עושה כל עבודה או מבצע כל שירות בשביל התאחדות בלתי-מותרת, אלא-אם יוכיח שהאמין בתום-לבב כי העבודה או השירות לא היו בשביל התאחדות בלתי-מותרת

(ד) ...

...

יהיה צפוי להיות נשפט באופן תכוף בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי, וכן

(א) אם נשפט באופן תכוף בבית משפט שלום יהיה צפוי, משיתחייב בדין, למאסר של שנה אחת או לקנס של מאה לירות או לאותם מאסר וקנס כאחד;

(ב) אם נשפט באופן תכוף בבית משפט מחוזי

יהיה צפוי, משנתחייב בדין, למאסר של עשר שנים או לקנס של אלף לירות או לאותם מאסר וקנס כאחד".

3. בהמשך, נחקק חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור) שסעיף 23 לו המיר את עמוד 2

העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת בעבירה חדשה שעניינה "מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור" (להלן: העבירה של מתן שירות לארגון טרור), בנוסח הבא:

"הנותן לארגון טרור שירות או המעמיד לרשותו אמצעים, ויש במתן השירות או בהעמדת האמצעים כאמור כדי לאפשר, לסייע, או לקדם את פעילות הארגון, דינו - מאסר חמש שנים, אלא אם כן הוכיח שלא היה מודע לכך שהארגון הוא ארגון טרור; לעניין זה, 'היה מודע' - לרבות חשד ונמנע מלברר".

4. בין ההוראה הקבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה לבין העבירה של מתן שירות לארגון טרור קיימים מספר הבדלים, שעליהם ועל משמעותם לענייננו אעמוד בהמשך, לאחר שאסקור את עיקרי העובדות ואת הרקע הרלוונטי לערעורים.

רקע ועיקרי העובדות

5. עבד אלחכים שביר (להלן: שביר) וריאד משרהאוי (להלן: משרהאוי) הם תושבי רצועת עזה שהתפרנסו ממסחר של מוצרי חשמל שונים בתחומי הרצועה. בחודש ינואר 2015 השניים זומנו, כל אחד בנפרד, לחקירות בישראל על-ידי שירות הביטחון הכללי בחשד למעורבות בעבירות ביטחוניות במסגרת עיסוקם בסחר במוצרי חשמל. בהמשך לכך הם נעצרו, ואף נחקרו במשטרה בעניין זה. לבסוף, הוגשו כנגד שביר ומשרהאוי כתבי אישום שנסבו על פעילותם זו. בכתבי האישום נטען, ביחס לכל אחד מהם בנפרד, כי הם מכרו לגורמי חמאס (להלן: חמאס או הארגון) ברצועת עזה סחורה שנועדה לשמש את הארגון לקידום מטרותיו, ובכלל זה לפעולות נגד מדינת ישראל. על בסיס עובדות אלה הואשמו השניים בעבירות שונות, ובהן עבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה.

6. משפטיהם של שביר ושל משרהאוי התנהלו שניהם בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, כאמור בהליכים נפרדים ובפני שופטים שונים. עם זאת, מאחר שהערעורים שהוגשו בעניינם מעוררים שאלה משפטיות משותפת, כמפורט להלן, הם נדונו בפנינו בצוותא חדא. בעיקרם של דברים, הן שביר והן משרהאוי הודו בכך שהם מכרו סחורה לגורמי חמאס בעזה. למעשה, הגרעין העובדתי של כתבי האישום שהוגשו נגד השניים מבוסס על פרטים שהם עצמם מסרו בחקירות בשב"כ ובמשטרה. יחד עם זאת, בכל אחד מההליכים התגלעו מחלוקות נקודתיות בין הצדדים, ובראשן השאלה הפרשנית האם בעצם מכירת הסחורה לגורמי חמאס בעזה התגבשה העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת.

7. ביום 6.9.2015 ניתנה הכרעת הדין בעניינו של שביר (ת"פ 35009-01-15, השופט א' ביתן). בית המשפט המחוזי זיכה את שביר מהעבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת שיוחסו לו, אך הרשיע אותו בעבירות של קשירת קשר לעוון ושל ניסיון להפרעה לעובד ציבור. בגין עבירות אלה גזר בית המשפט המחוזי ביום 21.9.2015 על שביר עונש של חמישה חודשי מאסר בפועל, בניכוי תקופת מעצרו, וכן ששה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים. כמו כן, בית המשפט המחוזי הורה על החרמתם של כבלי מתכת ששביר ניסה להכניס לעזה ללא היתר. במועד שמיעת הערעור בפנינו שביר כבר ריצה את עונשו והותר לו לשוב לרצועת עזה, בתנאים מגבילים (החלטת השופט י' עמית מיום 24.9.2015).

8. ביום 20.12.2015 ניתנה הכרעת הדין בעניינו של משרהאוי (ת"פ 37117-02-15, השופט י' עדן). בית המשפט

המחוזי הרשיע את משרהאוי בעיקר העבירות שיוחסו לו בכתב האישום, לרבות בתשע עבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. בגין העבירות שבהן הורשע נגזרו על משרהאוי ביום 28.1.2016 העונשים הבאים: מאסר בפועל לתקופה של ארבע שנים וששה חודשים בניכוי ימי מעצרו, 12 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים וקנס בסך של 100,000 שקל או מאסר למשך 50 יום תחתיו. יצוין, כי ביום 14.2.2016 עיכב בית משפט זה (השופט ע' ברון) את ביצוע העונש שנגזר עליו.

9. הערעורים שבפנינו נסבים על הכרעת הדין בעניינם של שביר ומשרהאוי. הערעור בענייניו של שביר הוגש על-ידי המדינה (ע"פ 6434/15), אשר טוענת כי יש להרשיעו בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת ממנה הוא זוכה לעומת זאת, הערעור בענייניו של משרהאוי הוגש על-ידי הנאשם, אשר טוען כי לא היה מקום להרשיעו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. להלן אפרט את ההליכים הקודמים בענייניו של כל אחד מהשניים.

ענייניו של שביר - עיקרי כתב האישום

10. כתב האישום נגד שביר כלל שלושה אישומים. בחלק הכללי לכתב האישום צוין כי ארגון חמאס הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת ביום 15.9.1989. לפי האישום הראשון, במועדים הרלוונטיים לכתב האישום הייתה בבעלותו של שביר חנות בעזה לממכר מוצרי חשמל שונים. במהלך החודשים נובמבר-דצמבר 2014 הגיע לחנות אדם בשם תיסיר, פעיל חמאס העובד כחשמלאי במוצב של הארגון. תיסיר ביקש לרכוש כבלים "נורווגיים" חשמליים בהיקף של 730 מטר, על מנת לעשות בהם שימוש במוצב של חמאס. שביר מכר לתיסיר את הכבלים והעביר אותם למקום מוסכם, ממנו לקחו אותם פעילי חמאס בכלי רכב של הארגון למוצב שאליו נאסר על שביר להיכנס. הפעילים שילמו תמורת הכבלים בדולרים. בכתב האישום נטען כי שביר סיפק לחמאס את הכבלים בסוברו כי הם נועדו, בין היתר, לשימוש במטעני חבלה נגד ישראל. בגין עובדות אלה הואשם שביר בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה.

11. לפי האישום השני, שביר קיבל אישור כניסה למדינת ישראל לצורך עסקיו במסגרת פעילותו כסוחר. במסגרת כך, במהלך החודשים אוקטובר-דצמבר 2014 הוא רכש בישראל 500 מוטות של אלקטרודות ו-90 חבילות כבלי פלדה ומוצרי חשמל שיועדו למכירה ברצועת עזה. כבלי הפלדה הם מוצרים שהעברתם לעזה דורשים היתר. שביר קשר קשר עם אדם אחר (להלן: האדם הנוסף) שבמסגרתו הם תכננו להסתיר את כבלי הפלדה והאלקטרודות בין הארגונים המכילים מוצרי חשמל על מנת להכניסם לעזה מבלי שהדבר יתגלה במעבר כרם שלום. לפי האמור בכתב האישום, האדם הנוסף העביר את הסחורה לעזה באופן שהאלקטרודות וכבלי הפלדה הוסתרו מעיני המאבטחים הבודקים במעבר. בהמשך לכך, שביר מכר את האלקטרודות ואת כבלי הפלדה לגורמים אחרים בעזה כאשר הוא חושד כי האנשים שלהם מכר את הסחורה הם פעילי חמאס, וכי כבלי הפלדה משמשים בין היתר לצורך תעשיית המנהרות של חמאס. בגין העובדות המתוארות באישום זה הואשם שביר בעבירות של קשירת קשר לעוון לפי סעיף 499(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) והפרעה לעובד ציבור לפי סעיפים 288 לחוק העונשין.

12. לפי האישום השלישי, שביר ניסה להבריא כבלי פלדה נוספים מישראל לרצועת עזה במתכונת שתוארה באישום השני במעורבות של האדם הנוסף. אולם, במקרה זה התגלו כבלי הפלדה על-ידי המאבטחים הבודקים במעבר כרם שלום ונתפסו לפני הגעתם לשביר. בגין עובדות אלה הואשם שביר בעבירה של ניסיון להפרעה לעובד ציבור, לפי סעיף 288 לחוק העונשין.

13. מלכתחילה יוחסו לשביר באישומים השני והשלישי גם עבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת וניסיון למתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, בהתאמה. עם זאת, במסגרת סיכומיה בבית המשפט המחוזי הודיעה התביעה כי היא מבקשת לזכות את שביר מעבירות אלה, ובית המשפט נעתר לבקשה זו.

עניינו של שביר - עיקרי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי

14. עיקר הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי עסק בשאלה האם ניתן להרשיע את שביר בעבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. בפתח הדברים ציין השופט ביתן כי הגרעין העובדתי של ההתרחשויות המתוארות באישום הראשון מבוסס על דברים ששביר עצמו מסר בחקירותיו בשב"כ ובמשטרה, שלגביהם אין מחלוקת של ממש בין הצדדים. בהמשך לכך, נקבע כי שביר היה מודע לכך שהכבלים נמכרו על-ידו לגורמי חמאס וכי הם נועדו לשימוש במתקני הארגון. יחד עם זאת, השופט ביתן קבע כי עובדות אלה אינן מגבשות את העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. הפירוש הראוי לעבירה זו, כך נקבע, הוא "איסור עבודה או שירות, שיש בהם כדי לאפשר, לסייע, או לקדם את פעילות ההתאחדות הבלתי מותרת" (בעמ' 39 להכרעת הדין). השופט ביתן הצביע על כך שפרשנות לשונית דווקנית של ההוראה הקבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה, ללא התוויית גבולות סבירים, עלולה להביא להפלת מעשים רבים שאין כל הצדקה להפילם, כגון שירותי גינון, ניקיון והחזקה ומכירת מוצרי צריכה פשוטים ונגישים.

15. לשיטתו של השופט ביתן, אמת המידה הראויה לעניין זה היא מידת הקירבה והקשר של השירות לליבת מטרות הארגון ופעילותו, במובן זה שככל שהשירות קרוב יותר לליבת מטרות הארגון, כך תגדל ההצדקה להפילו. בעניינו של שביר קבע השופט ביתן כי מכירת כבלי חשמל מהסוג ובכמות שבהם הוא סחר אינה מצויה כשלעצמה בקירבה לליבת המטרות של חמאס. עוד נקבע כי שביר אמנם ידע שהכבלים נועדו לשימוש במתקני חמאס, אולם לא הוכח, בנסיבות העניין, כי הוא מכר את כבלי החשמל בסוברו שהם נועדו לשימוש במטעני חבלה.

16. השופט ביתן הוסיף וקבע בהכרעת הדין כי אפילו מכירתם של כבלי הנחשת עלתה כדי מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, הרי שלא התקיימו התנאים להחלת דיני העונשין הישראליים על מעשיו של שביר. בעניין זה, השופט ביתן קבע כי העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת איננה עבירה מובהקת נגד בטחון המדינה, וכי מעשיו הספציפיים של שביר לא הופנו נגד בטחון המדינה ולא לוו בכוונה כזו.

17. טעם נוסף לאי-החלת דיני העונשין של ישראל על מעשיו של שביר מצא השופט ביתן במעמדו של חמאס כריבון ברצועת עזה. השופט ביתן הצביע על הקושי הטמון בהטלת איסור על קיום קשרים כלכליים בין תושבי עזה לבין רשויות השלטון ברצועה. קושי זה צריך להוביל, כך נקבע, להחלת דיני העונשין של ישראל על תושבי רצועת עזה רק במקרים שבהם המעשים שבוצעו ברצועה "כוונו במיוחד לפגיעה בביטחון ישראל או כאשר נסיבותיהם מלמדות על קיומה של סכנה מוחשית, בדרגת ודאות קרובה, לפגיעה בביטחון המדינה". כדוגמה לכך ציין השופט ביתן כי להשקפתו יש להעמיד לדין בישראל את מי שסיפק לחמאס דלק מוצק המשמש רקטות וטילים, אך לא בעל תחנת דלק בעזה שנתן שירותי תדלוק לכלי רכב בשימוש חמאס.

18. להשלמת התמונה יצוין כי השופט ביתן זיכה את שביר מהעבירות שיוחסו לו במסגרת האישום השני בקבעו כי התביעה לא הוכיחה את העובדות המשכללות אותן. באשר לאישום השלישי, השופט ביתן הרשיע את שביר בעבירות שיוחסו לו באישום זה בשל מעורבותו בניסיון להכניס ללא אישור לרצועת עזה כבלי פלדה שהכנסתם משטח ישראל

19. בגין העבירות שבהן הורשע שביר הוטלו עליו העונשים שפורטו בפסקה 7.

עניינו של משרהאוי - עיקרי כתב האישום

20. כתב האישום נגד משרהאוי כלל 12 אישומים. לפי החלק הכללי של כתב האישום, במועדים הרלוונטיים לכתב האישום היה בבעלותו של משרהאוי בית עסק לסחר באביזרי חשמל והנדסה ברצועת עזה. בנוסף לכך, במועדים אלה למשרהאוי היה אישור כניסה למדינת ישראל לצורך עסקיו.

21. לפי האישום הראשון, בין השנים 2013-2014 מכר משרהאוי לפעיל חמאס מוצרי חשמל שונים - מתקן UPS, כ-60 מצברים וכ-50 מטר תעלות פלסטיק לחיפוי כבלי חשמל. לפי האישום השני, במועדים רבים בין השנים 2013-2014 מכר משרהאוי לפעילי חמאס, מהנדסים בהשכלתם ואחרים על הרכש של משרד הבריאות של ממשלת חמאס, כבלי חשמל, כבלי נחושת, נורות מיוחדות ופריטים נוספים הדרושים לעבודות חשמל. לפי האישום השלישי, בין השנים 2012-2014 מכר משרהאוי 100 מצברים לפעיל חמאס צבאי. לפי האישום הרביעי, מכר משרהאוי לפעיל חמאס המועסק כחשמלאי במשרדו של ראש ממשלת חמאס פרוז'קטורים, עמודי חשמל מעץ לכבישים, כבלי חשמל וחוטי חשמל בסכום כולל של 10,000 דולר. לפי האישום החמישי, החל משנת 2012 ועד למועד מעצרו של משרהאוי הוא מכר לפעיל במשטרת חמאס כבלי חשמל, כבלי טלפון ונורות. לנוכח העובדה שאותו פעיל סייע למשרהאוי לגבות חובות, לעתים האחרון לא היה גובה ממנו תשלום עבור הסחורה. לפי האישום הששי, במהלך חודש אוגוסט 2014 מכר משרהאוי לפעיל חמאס חוטי וכבלי חשמל, מצברים ועמודי חשמל לכבישים. בנוסף לכך, משהראוי השתתף במכרז למכירת עמודי חשמל, כבלי חשמל פנאומטיים וארונות חשמל ובמסגרת זאת הגיש הצעת מחיר של כמיליון שקל, אך עד למועד מעצרו טרם פורסם הזוכה במכרז. לפי האישום השביעי, במהלך השנים 2005-2015 משרהאוי מכר באופן קבוע לאוניברסיטת הטכנולוגיה והמדע של ארגון חמאס מוצרי ואביזרי חשמל שונים שביניהם פרוז'קטורים, עמודי חשמל, כבלי טלפון וכבלי מחשבים. לפי האישום השמיני, במהלך חודש יוני 2014 הגיעו אל בית העסק של משרהאוי שלושה פעילי חמאס אשר זוהו על-ידו כמי ששחררו במסגרת "עסקת שליט". השלושה רכשו מבנו של משרהאוי, אשר שותף עמו בעסק, כעשרה מצברים. לפי האישום התשיעי, החל משנת 2012 ועד למועד מעצרו של משרהאוי הוא מכר לפעיל חמאס חוטי חשמל, כבלי נחושת ונורות. לפי האישום העשירי, במהלך מבצע "צוק איתן" בחודשים יולי-אוגוסט 2014 הלך משרהאוי למסגד ברצועת עזה ומסר שם 1,000 שקל לפעיל חמאס. לפי האישום האחד-עשר, במהלך מבצע "צוק איתן" מסר משרהאוי בשלוש הזדמנויות שונות לפעיל חמאס המתפקד כרואה חשבון במשרדו של ראש ממשלת חמאס, אשר ביתו הופגז על-ידי כוחות צה"ל במהלך המבצע, סכומי כסף הנעים בין 1,000 ל-2,000 שקל בכל פעם. לפי האישום השנים-עשר, משרהאוי רכש מאזרחי ישראלי בתל-אביב מכשיר מגנומטר (גלאי מתכות אשר משמש בין היתר לגילוי מוקשים ומדידת עובי ברזל), אשר דורש תיאום וקבלת אישור מראש לשם הכנסתו לתחומי רצועת עזה. לאחר שקיבל לידיו את המגנומטר, הכניסו משרהאוי לתיקו והבריח אותו לתחומי רצועת עזה עת שב לרצועה דרך מעבר ארז.

22. בכתב האישום נטען כי בעת מכירת הסחורה לחמאס משרהאוי היה מודע לכך שחמאס עושה שימוש במצברים לצורך פעילות של ירי טילים לעבר תחומי מדינת ישראל ושל תאורה במנהרות, וכי גם בכבלי הטלפון נעשה שימוש לצורך תאורה במנהרות.

23. בסיכומו של דבר כתב האיטום ייחס למשרהאוי את העבירות הבאות: תשע עבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה; 11 עבירות של איסור פעולה ברכוש טרור לפי סעיף 9(א)(3) לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005 (להלן: חוק איסור מימון טרור); מגע עם סוכן חוץ לפי סעיף 114(א) לחוק העונשין; וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 לחוק העונשין.

עניינו של משרהאוי - עיקרי הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי

24. בית המשפט המחוזי הרשיע את משרהאוי בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האיטום, למעט בעבירות שתוארו באיטום העשירי. בנוסף לכך, ביחס לאיטום הראשון נקבע כי לא הוכח מעבר לספק סביר שמשרהאוי מכר מתקן UPS לפעיל חמאס, והוא זוכה מהיבט זה של כתב האיטום.

25. בפתח הכרעת הדין הצביע השופט עדן על כך שהמחלוקת בין הצדדים משתרעת על שני היבטים: מחלוקת עובדתית, שנסבה על השאלה האם משרהאוי ידע שהגורמים שלהם הוא מוכר את הטובין הם אנשי חמאס ולאילו תכלית נרכשו הטובין; ולצידה מחלוקת פרשנית, ביחס לגבולותיה של העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. באשר לשאלה העובדתית, השופט עדן אימץ את עמדת המדינה שלפיה משרהאוי ידע כי הוא מוכר את הציוד לגורמי חמאס, וכי חמאס עושה שימוש בציוד מסוג זה למטרות טרור נגד מדינת ישראל. באשר לשאלה הפרשנית, השופט עדן קבע כי תכליתה של העבירה שבמחלוקת היא שלילת האפשרות של התאחדות בלתי מותרת לקיים כל פעילות, ואף להתקיים כהתאחדות. השופט עדן הכיר בכך שההוראות הקבועות בתקנה 85 לתקנות ההגנה הן "גורפות וחריגות", אולם הוסיף כי הן נועדו לאפשר למדינה להתגונן מפני הקמים עליה. כמו כן, השופט עדן הצביע על כך שמילות החוק ברורות "עד כי קשה לתאר ביטויים חד משמעיים יותר" (בעמ' 124 להכרעת הדין). השופט עדן נדרש לאמת המידה שהוצעה על-ידי השופט ביתן בעניינו של שביר, וקבע בעניין זה כי "פרשנות מצמצמת לפיה ההוראות העונשיות יחולו רק לגבי מעשים שהם 'בליבת' פעילות הארגון, לא רק שאינה מתיישבת עם לשון החוק ותכליתו, אלא שהיא בבחינת יצירת הוראה עונשית חדשה, אשר גבולותיה ותוכנה אינם ברורים". השופט עדן הוסיף כי לשיטתו גם המקרים שהובאו על-ידי השופט ביתן כדוגמאות שלא ראוי להפילן (שירותי גינון, ניקיון ומכירת מוצרי צריכה פשוטים) נכנסים לגדר העבירה, ככל שהם נעשים עבור ההתאחדות הבלתי מותרת. זאת, מן הטעם ששירותים אלה מאפשרים הלכה למעשה את קיומה של ההתאחדות הבלתי מותרת. לפיכך, השופט עדן קבע כי "פרשנות הוראת סעיף 85(1)(ג) לתקנות ההגנה על פי לשונה ותכליתה הינה כי נאסר ביצוע 'כל עבודה' ו-'כל שירות' עבור התאחדות בלתי מותרת, בין אם אלו בשולי תחום פעילותו, ובין אם בליבתו הם" (פסקה 8 להכרעת הדין, ההדגשות במקור). גם באשר לתחולה האקסטרה-טריטוריאלית השופט עדן לא אימץ את קביעותיו של השופט ביתן בעניינו של שביר. השופט עדן קבע כי על מנת שמעשה מסוים יהווה עבירת חוץ אשר דיני מדינת ישראל חלים עליה די בכך שהמעשה הוא בבחינת איום על בטחון המדינה. הוא הוסיף וקבע כי תנאי זה מתקיים בעניינו של משרהאוי, ומכאן שניתן להרשיעו בעבירות אף שלא בוצעו בישראל.

26. השופט עדן קבע עוד כי הוכחו יסודותיהן של שאר העבירות שבהן הואשם משרהאוי, למעט כאמור העבירה של איסור פעולה ברכוש טרור שיוחסה לו באיטום העשירי. השופט עדן קבע כי לנוכח הנסיבות של ביצוע התשלום אשר תואר באיטום העשירי מתעורר ספק ביחס לשאלה אם התשלום ניתן כניסיון לסייע לארגון חמאס או כחלק ממצווה דתית. בנוסף, ביחס לאיטום השנים-עשר, הגם שנקבע כי יש להרשיע את משרהאוי בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, הוסיף השופט עדן כי בהיעדר ראיות של ממש בדבר טיבו של המכשיר שהוברח, תתקבל טענתו של משרהאוי כי מדובר אך בגלאי מתכות, ולא בגלאי מוקשים.

27. בגין העבירות שבהן הורשע משרהאוי הוטלו עליו העונשים שפורטו בפסקה 8.

הערעורים שבפנינו

28. כפי שצוין בפתח הדברים, הערעורים שבפנינו מתמקדים בשאלה העקרונית בדבר האיסורים הפלילים שחלים על מתן שירות לארגון חמאס בנסיבות המיוחדות השוררות ברצועת עזה.

29. ערעורה של המדינה (ע"פ 6434/15) מתמקד בזיכוי של שביר מעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת שיוחסה לו באישום הראשון. המדינה העלתה בערעור טענות רבות נגד הפרשנות שנתן השופט ביתן לעבירה זו. אין מקום להרחיב בתיאור טענות אלה לנוכח התפתחויות שונות שחלו מאז הגשת הערעור, כפי שיתואר בהמשך הדברים. בקווים כלליים, המדינה טענה בערעור שהשופט ביתן נתן פרשנות מצמצמת יתר על המידה לעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת הקבועה בתקנות ההגנה. המדינה טוענת כי השופט ביתן שגה בכך שקבע כי המבחן הרלוונטי הוא מבחן הקירבה לליבת מטרות הארגון. לשיטתה, המדובר במבחן צר שאינו עולה בקנה אחד עם לשונה המרחיבה של העבירה הקבועה בתקנות ההגנה ועם תכליתה למגר כל פעילות טרוריסטית המכוונת לגרימת נזק לישראל. המדינה טענה אפוא כי יש להרשיע בעבירה דנן גם את מי שסיפק שירות להתאחדות בלתי מותרת שלא הביא לקידום ליבת הפעילות של אותה התאחדות.

30. המדינה השיגה בערעור גם על קביעותיו של השופט ביתן בעניין התנאים להחלת הדין הישראלי על מעשיו של שביר. לטענת המדינה, המבחן שעל-פיו בחן השופט ביתן עניין זה הוא צר מדי ואינו עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה. המדינה התייחסה בהקשר זה גם לקביעותיו של השופט ביתן ביחס לנסיבות המיוחדות השוררות בעזה, וגרסה כי אין בהן כדי לשנות מהמבחן הראוי להחלת דיני העונשין של ישראל על מעשים שבוצעו ברצועה, ובכלל זה על סחר של אזרחים עם גורמים של חמאס.

31. מנגד, בערעורו של משרהאוי (ע"פ 383/16) נטען כי לא היה מקום להרשעתו. באשר לעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, משרהאוי ביקש לאמץ את העמדה הפרשנית שהוצגה על-ידי השופט ביתן בעניינו של שביר. בהקשר זה, משרהאוי מדגיש את העובדה שחמאס הוא הרשות השלטונית ברצועת עזה על כל המשתמע מכך. לטענתו, כל הרשויות ברצועה, לרבות המשטרה, מוסדות הבריאות, העיריות, החינוך והסעד נשלטות על-ידי חמאס ואנשיו, עובדה שצריכה להשפיע על פרשנות העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. בעניין זה נטען עוד כי סוחרים תושבי הרצועה שמוכרים טובין כחלק מעיסוקם הרגיל לא יכולים "לבחור את לקוחותיהם" או לבדוק את שיוכם הארגוני. משרהאוי טען עוד כי אם תאומץ גישת המדינה הרי שכל מגע של תושב הרצועה עם רשויות השלטון יכול ליפול ברשתה של העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. כן הוא טען כי רשויות התביעה לא עושות "כל סינון" כאשר הן מגישות כתבי אישום נגד סוחרים אזרחיים בעזה בעבירות מן הסוג דנן, וכי אין קו גבול ברור שמבחין בין מגעים עם הרשויות בעזה לעניין ביצוע העבירה. משרהאוי הוסיף וטען כי מכירת הסחורה על-ידו התבצעה כולה ברצועת עזה, מחוץ לתחום הריבונות של ישראל, עובדה המהווה לטענתו מגבלה נוספת על העמדתו לדין. בעניין זה הוא טען כי השימוש ב"זיקה הפרוטקטיבית" לצורך העמדה לדין בעבירות חוץ צריך להיעשות בזהירות. כמו כן, משרהאוי טען כי הסחורות שנמכרו על-ידו יובאו לעזה כדין ממדינת ישראל, וגם בכך יש כדי להשליך על הלגיטימיות של מעשיו.

32. בנוסף לכך, משרהאוי משיג בערעורו על האופן שבו הוכרעה המסכת העובדתית בעניינו על-ידי בית המשפט



המחוזי. במישור הכללי, משרהאוי טוען כי לא ניתן משקל לנסיבות המזכות בעניינו וכי הרשעתו נסמכה רק על היבטים מסוימים בהודעותיו שניתנה להם פרשנות מחמירה, תחילה על-ידי רשויות התביעה ובהמשך לכך על-ידי בית המשפט המחוזי. בין היתר, נטען כי המדינה לא סיפקה ראיות לעניין השתייכותם הארגונית של הגורמים שרכשו ממנו את הציוד ברמה הנדרשת להליך הפלילי; כי לא הובאו ראיות לכך שהמוצרים שמכר שימשו בפועל לפעולות נגד ישראל או לצרכים צבאיים כלשהם; כי לא ניתן משקל מספק לטענותיו לפיהן המצברים שמכר משמשים לצורך הספקת חשמל במהלך הפסקות חשמל בעזה וכי מוצרים אחרים שמכר משמשים כציוד בבית חולים. לבסוף, משרהאוי טוען כי אילו היה סבור שביצע עבירות הוא לא היה מגיע מרצונו הטוב לתשאל על-ידי שב"כ במעבר הגבול, אותו תשאל שהוביל בסופו של דבר למעצרו.

השתלשלות הדיונים בערעורים והתפתחויות נוספות

33. מאז הגשת הערעורים חלו התפתחויות שונות שהן בעלות השלכות מהותיות על הדיון בשאלה העקרונית שעמדה בבסיסם של הערעורים, ועל כן חשוב לפתוח בהן.

34. ביום 21.12.2015 התקיים בפנינו הדיון בערעור בעניינו של שביר בלבד. הדיון התמקד בשאלת הגבולות הפרשניים לעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, ובפרט בנסיבות השוררות ברצועת עזה. במהלך הדיון התוודענו לכך שזמן קצר קודם לכן ניתן בבית המשפט המחוזי פסק הדין בעניינו של משרהאוי, אשר עסק בשאלה דומה והובעה בו עמדה שונה מזו שהוצגה בהכרעת דינו של שביר. בא-כוחו של שביר, אשר מייצג גם את משרהאוי, מסר כי ככוונתו להגיש ערעור על הכרעת הדין בעניינו של האחרון. בנסיבות אלה, סברנו כי ראוי ששני הערעורים ישמעו יחד, ועל כן הורינו על דחיית הדיון.

35. ביום 6.7.2016 התקיים בפנינו דיון בערעורים במאוחד. במהלך הדיון התבקשה המדינה בשנית להבהיר מהי מדיניותה בכל הנוגע להגשת כתבי אישום בגין פעילות המתבצעת כולה מחוץ לתחומי ישראל בשטח הנתון לשליטה של ארגון טרור כדוגמת רצועת עזה. בתום הדיון ניתנה על-ידינו החלטה שבמסגרתה המדינה התבקשה להגיש השלמת טיעון מטעמה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, "בשאלת קו הפדות היוצר שירות להתאחדות בלתי חוקית, לפרשנות הדין בהקשר זה ולמדיניות התביעה". בהקשר זה התבקשה המדינה להתייחס גם לפעילות שעולה כדי מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת מחוץ לגבולות המדינה. עוד קבענו כי בא-כוחם של שביר ומשרהאוי יוכל להגיב בכתב על האמור בטיעון המשלים.

36. בין לבין, ביום 15.6.2016 התקבל בכנסת חוק המאבק בטרור, והוא נכנס לתוקף ביום 1.11.2016. חקיקתו של חוק המאבק בטרור הובילה לביטולן של מספר הוראות בתקנות ההגנה, ובהן תקנה 85 שבה הייתה קבועה העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת (ביטול התקנה נכנס לתוקף ביום 1.3.2017, כאמור בסעיף 100 לחוק המאבק בטרור).

37. להשלמת התמונה יצוין כי יחד עם הערעורים בעניינם של שביר ושל משרהאוי נדון בפנינו ערעור נוסף שנסב על הרשעתו של דייג תושב עזה שהיה מעורב בהברחת סולר ופיברגלס נזולי מסיני לרצועת עזה ובהעברת הציוד לגורמים בחמאס (ע"פ 3968/16 צעידי נ' מדינת ישראל). בתום הדיון ביום 6.7.2015 חזר בו המערער מערעורו על הכרעת הדין והוא נדחה. בצד זאת, במישור של גזר הדין, הוחלט על הקלה מסוימת בעונשו של המערער כמפורט בפסק הדין



שניתן ביום 7.7.2015 (להלן: עניין צעידו). על כן, אין עוד צורך להכריע בעניין זה.

הנחיית פרקליט המדינה

38. ביום 13.2.2017 הגישה המדינה טיעון משלים מטעמה, לאחר שהתבקשו וניתנו מספר ארכות לצורך כך. במסגרת זו צוין כי נוכח מורכבות הסוגיה שנדונה בערעורים התקיימה עבודת מטה שבסיומה פורסמה ביום 5.2.2017 הנחיית פרקליט המדינה 2.30 שכותרתה היא "מדיניות העמדה לדין של תושב רצועת עזה בגין עבירה של מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור חמאס" (להלן: הנחיית פרקליט המדינה או ההנחיה). תכליתה של ההנחיה, כך הוסבר, היא להתוות את שיקולי ההעמדה לדין של תושב רצועת עזה בגין עבירה של מתן שירות או העמדת אמצעים לחמאס.

39. במישור האופרטיבי הנחיית פרקליט המדינה מתמקדת בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור שהחליף, למעשה, את העבירה שהייתה קבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה. בהנחיה צוין כי העמדה לדין בגין עבירות שבוצעו לפני כניסתו לתוקף של חוק המאבק בטרור תיעשה לפי העבירה הקבועה בתקנה 85 לתקנות ההגנה, אולם במקרה כזה יחול הדין העונשי הקבוע בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור - שהוא דין מקל. בהנחיה הובהר עוד כי העקרונות המפורטים בה בעניין העמדה לדין של תושבי רצועת עזה בגין סיוע לחמאס נכונים לגבי סעיפי העבירה לפי שני החיקוקים.

40. לגופם של דברים, בהנחיה צוין כי מאבקאפקטיבי בפעילותו של חמאס מחייב מדיניות אחיפה המחמירה אף נגדמי שמעניק לושירותבעל מאפיינים אזרחיים גרידא, ובכללזאת, פעילות עסקית, לרבות רכש ומסחר" (סעיף 5 להנחיה). יחד עם זאת, צוין כי יש לקיים הבחנה בין סוגים שונים של פעילויות הנעשות לטובת ארגון חמאס במטרה לקבוע אילו סוגי פעולות מצדיקים העמדה לדין בעבירה, בעיקר, על רקע היות חמאס גורם שלטוני השולט ברצועת עזה (סעיף 6 להנחיה). בהנחיה צוין כי ההבחנה בין סוגי פעולות שיצדיקו העמדה לדין לפי סעיף 23 לחוק המאבק בטרור לבין מעשים שלא יביאו להעמדה לדין כאמור תיעשה תוך מתן משקל לנסיבות שבהן ניתן הסיוע, למניעיו של נותן הסיוע, למהות השירות שניתן, לתוצאותיו ולטיב "היחסים" והכפיפות בין "המסייע" לחמאס.

41. הלכה למעשה, ההנחיה כוללת רשימה (לא ממצה) של שיקולים שעל תובע לשקול בבואו להחליט בדבר קיומו של עניין ציבורי בהעמדה לדין, ובהם: אופיו של השירות המסופק או האמצעי המסופק לארגון (ככל שהשירות מקדם פעילות עוינת נגד מדינת ישראל כך תגבר הנטייה להעמיד לדין); אספקת מוצרים שהכנסתם לרצועת עזה מחייבת אישור מיוחד של מדינת ישראל (ככל שהסיוע או השירות נסב על מוצרים אלו, יש בכך אינדיקציה להיותם אמצעים לקידום פעולות טרור); זהות הגורם שלו ניתן השירות (ככל שהקשר עם חמאס נוצר ביוזמת החשוד כך תגבר הנטייה להעמדה לדין); התקופה שבה נמכר המוצר (האקלים הבטחוני בתקופה שבה ניתן השירות); תדירות מתן השירות; משך התקופה שבה ניתן השירות; היקף מתן השירות; נסיבות מתן השירות (בהתייחס לשאלה האם הסיוע ניתן לארגון עצמו, להבדיל ממתן שירות אישי לפרטים המשתייכים לו); וכן קיומה של בחירה חופשית מצד החשוד ביחס למתן השירות.

42. לצדם של שיקולים אלה, ההנחיה קובעת שני עקרונות כלליים השוקלים נגד ההעמדה לדין של תושב עזה בעבירה של מתן סיוע לחמאס. ראשית, היא מבהירה כי ככלל לא תהא הצדקה להעמדה לדין כאשר השירות שניתן הוא בגדר תשלום חובה, כגון תשלום מס. שנית, נקבע בהנחיה כי ככלל לא תהא הצדקה להעמדה לדין כאשר סוג השירות שניתן הוא "זוטי דברים מבחינת ערכו, מהותו, נגישותו וזמינותו" (סעיף 12 להנחיה). לשם הדוגמה, בהנחיה נקבע כי

מכירת מוצרים לחמאס, הניתנים לרכישה על-ידי כלל הציבור בכל מקום ובכל עת, כדוגמת נורות חשמל, לא תצדיק העמדה לדין, להוציא בנסיבות חריגות.

43. כמו כן, נקבע בהנחיה, באופן כללי יותר, כי "ככל שהיה במתן השירות, על פי מהותו ונסיבותיו, כדי להביא לפגיעה ממשית וחמורה יותר במדינת ישראל, יהווה הדבר שיקול מרכזי, ולעתים אף מכריע, לטובת העמדה לדין" (סעיף 13 להנחיה).

44. לבסוף, צוין בהנחיה כי מאחר שעבירה המבוצעת על-ידי תושב רצועת עזה בשטח הרצועה היא "עבירת חוץ", העמדה לדין בגין טעונה אישורו של היועץ המשפטי לממשלה (לפי סעיף 9 לחוק העונשין). מן הבחינה המעשית נקבע בהנחיה כי ככלל, בהעדר נסיבות מיוחדות, יינתן אישור זה על-ידי פרקליט מחוז דרום (פלילי) (שלו הואצלה סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה).

הטיעונים המשלימים בעקבות הנחיית פרקליט המדינה

45. כפי שצוין, בהמשך לפרסום ההנחיה הגישה המדינה גם טיעון משלים בערעורים שלפנינו. בטיעון המשלים מטעמה מתמקדת המדינה בטענה כי שירות אסור לארגון טרור כולל גם שירות שהוא "לגיטימי" כשלעצמו. בעניין זה המדינה מתבססת על כך שבהצעת החוק של חוק המאבק בטרור (ה"ח הממשלה 1067) (להלן: הצעת חוק המאבק בטרור) צוין כי האיסור לתת שירותים לארגון טרור חל גם על נותני שירותים חיצוניים, כגון חברות מחשבים, רואי חשבון ושירותי הסעה. כמו כן, המדינה נסמכת על הפסיקה שקבעה כי יש לייחס חומרה רבה גם ל"פעילות אזרחית" של ארגוני טרור (בהפניה לע"פ 1784/14 עאשור נ' מדינת ישראל (3.9.2015) (להלן: עניין עאשור)). לשיטת המדינה, האיסור על מתן שירות לארגון טרור דומה במידה רבה לאיסורים מקבילים בשיטות משפט אחרות, שאף בהן נוסחה העבירה בצורה רחבה שנועדה ללכוד ברשת כל סיוע לארגון טרור, גם כאשר אותו סיוע נחזה להיות "אזרחי" במהותו.

46. בהתבסס על עקרונות אלה, המדינה סבורה כי יש לבטל את זיכויו של שביר מהעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת באישום הראשון ולהחמיר בעונשו בצורה משמעותית. כמו כן, המדינה טוענת כי יש לדחות את ערעורו של משרהאוי על כל חלקיו.

47. מנגד, על-פי הטיעון המשלים מטעם משרהאוי ושביר יש מקום לדחות את עמדת המדינה. במישור העקרוני, נטען כי הנחיית פרקליט המדינה אינה מספקת מענה לכל המצבים שבהם סוחר תושב הרצועה מוכר טובין לארגון חמאס כחלק מניהול העסקים הרגיל שלו. בהקשר זה נטען כי יש חשש שסוחרים בעזה יועמדו לדין על-פי ההנחיה גם במקרים שלא ראוי לעשות כן. מכל מקום, במישור הפרטני, בא-כוחם של משרהאוי ושביר טוען כי במקרה דנן, לפי אמות המידה שנקבעו בהנחיה, לא היה מקום להעמיד לדין את השניים בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. בהקשר זה נטען כי המוצרים שמכרו שביר ומשרהאוי הם מוצרים אזרחיים אשר הוכנסו לרצועה באישורה של מדינת ישראל; כי מוצרים אלה זמינים ונפוצים ברצועה (ולא כל שכן מצברים, שהם לפי הנטען מוצר נמכר ביותר ברצועה לנוכח קיומם של ניתוקי חשמל תכופים); כי מי שיזם את הקשר המסחרי הם הרוכשים; וכן כי הגורמים שרכשו את הסחורה הם אנשי שלטון ומשרדים ממשלתיים כדוגמת אוניברסיטאות ומשרד הבריאות.

48. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה כי דין ערעורה של המדינה בעניינו של שביר (ע"פ 6434/15) להידחות וכי דין ערעורו של משרהאוי (ע"פ 838/16) להתקבל בעיקרו, כמפורט להלן.

49. בטרם אבהיר את הטעמים שהובילו אותי למסקנה זו אני מבקשת לציין את חשיבותה של העבודה שנעשתה בפרקליטות המדינה במהלך הזמן שבו ההליך הנוכחי היה תלוי ועומד, עבודה שהובילה בסופו של דבר לפרסומה של הנחיית פרקליט המדינה. כפי שיתואר בהמשך הדברים, הגם שלא ראיתי לקבל את כל טענות המדינה בערעורים דן אני סבורה שיש ערך רב לפרסומה של ההנחיה לצורך אכיפת העבירה שבמחלוקת בנסיבות השוררות ברצועת עזה באופן שישרת באופן המיטבי את האינטרס הציבורי. יחד עם זאת, דומה שמוטב היה להקדים ולבצע את עבודת המטה שהובילה לפרסומה של הנחיית פרקליט המדינה עוד בטרם הוגשו כתבי האישום מושא הערעורים דן, ובפרט לנוכח העובדה שהתגלו הבדלים מסוימים, גם אם לא תהומיים, בין ההנחיה לבין העמדה שהוצגה קודם לכן בטיעוני המדינה לפנינו, בכתב ובעל-פה.

המסגרת הנורמטיבית: בין תקנות ההגנה לבין חוק המאבק בטרור

50. כפי שצוין לעיל, משרהאוי ושביר הואשמו בסעיף האישום הקבוע בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה. בהתאם לסעיף זה אף הוכרע דינם בבית המשפט המחוזי. אולם, כמתואר לעיל, בעוד הערעורים בעניינם תלויים ועומדים בפני בית משפט זה בוטלה העבירה הקבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה והוחלפה בעבירה הקבועה בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור.

51. חוק המאבק בטרור מאחד תחת קורת גג נורמטיבית אחת מכלול של הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי שנועדו לשרת את המאבק בטרור. הוא מסדיר, בין היתר, סוגיות שטופלו עד כה בדברי חקיקה אחרים, כדוגמת תקנות ההגנה, פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 (להלן: פקודת מניעת טרור) וחוק איסור מימון טרור. עסקינן אפוא בחוק עדכני ורחב יריעה, שנחקק אך לפני תקופה קצרה. זאת, לעומת תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה שכבר חצתה את גיל שבעים, ומקורה בחקיקה מנדטורית לשעת חירום (ראו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני, פ"ד מב(4) 617, 626-628 (1988); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה 328 (1993)).

52. חקיקתה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור משנה את המסגרת הנורמטיבית שלפיה יש לבחון את עניינם של משרהאוי ושביר ביחס למסגרת הנורמטיבית שנבחנה בבית המשפט המחוזי. זאת, לנוכח העובדה שהעבירה של מתן שירות לארגון טרור היא בגדר חיקוק "מקל" ביחס לתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה, הן בהגדרת העבירה והן בעונש הנלווה לה. על כן, בהתאם לעיקרון הקבוע בסעיף 5(א) לחוק העונשין, בשלב זה יש לבחון את עניינם של שביר ומשרהאוי לפי עבירה זו (ראו עוד: רע"פ 8273/13 מדינת ישראל (עיריית תל אביב-יפו) נ' חיימוביץ', עו"ד (25.12.2014)); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 135-144 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי)).

53. השוואת העבירה הקבועה בתקנה 85(1)(ג) לעבירה של מתן שירות לארגון טרור מעלה כי קיימים ביניהן שני



הבדלים עיקריים. ראשית, הלשון הגורפת המאפיינת את ההוראה הקבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה ("עושה כל עבודה או מבצע כל שירות") רוככה עם חקיקתה של העבירה הקבועה בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור ("הנותן לארגון טרור שירות או המעמיד לרשותו אמצעים"). שנית, העבירה של מתן שירות לארגון טרור כוללת נסיבה שאינה קיימת בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה - "ויש במתן השירות או בהעמדת האמצעים כאמור כדי לאפשר, לסייע או לקדם את פעילות הארגון". מדובר ברכיב המצמצם לכאורה את תחולת ההוראה ביחס לנוסח הקיים בתקנות ההגנה. במלים אחרות, נוסחה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור מבהיר במפורש כי אין די בכך שניתן שירות לארגון טרור על-ידי פלוני כדי להרשיעו בעבירה, אלא נדרש גם כי אותו שירות "יאפשר, יסייע או יקדם" את פעילות הארגון. גם בהיבט העונשי העבירה של מתן שירות לארגון טרור היא בבחינת חיקוק מקל ביחס לתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה, שכן העונש המקסימאלי שניתן לגזור על נאשם שהורשע בעבירה זו הוא חמש שנות מאסר (ביחס לעשר שנות מאסר במקרה של הרשעה בעבירה לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה). להשלמת התמונה ייאמר כי עוד בטרם שנחקק חוק המאבק בטרור אף המדינה הכירה בכך שהפירוש הראוי לתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה כולל גם תנאי שלפיו לצורך הרשעה בעבירה על השירות לאפשר, לסייע או לקדם את פעילות ההתאחדות הבלתי מותרת - תנאי שכלול באופן מפורש בעבירה הקבועה בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור, אך אינו מופיע בתקנות ההגנה (סעיף 8 לנימוקי הערעור מטעם המדינה מיום 12.11.2015).

54. כעת, אחרי שעמדנו על המסגרת הנורמטיבית, נפנה לבחון את ההוראה הרלוונטית לענייננו ואת השאלות שהיא מעוררת.

לשון החוק והשאלות שהיא מעוררת

55. כאמור, בשלב זה יש להתמקד בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור (שהוצג לעיל בפסקה 3). עיון בהוראה זו מעלה שלצורך התגבשות העבירה הקבועה בו צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים:

(א) מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור;

(ב) בשירות שניתן או באמצעים שסופקו יש כדי לאפשר, לסייע או לקדם את פעילות הארגון;

(ג) מודעות של נותן השירות (ובכלל זה, "עצימת עיניים") לכך שהסיוע ניתן לארגון טרור.

56. מבין שלושת התנאים האמורים, התנאי שמעורר את מרבית השאלות הפרשניות בעבירה זו הוא זה שעניינו השאלה מהו "שירות" או "אמצעי" שיש בהם כדי לסייע לפעילות ארגון טרור. העבירה של מתן שירות לארגון טרור (כמו ההוראה שהייתה קבועה בתקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה) אינה מגדירה במדויק אילו שירותים או אמצעים יעלו כדי מתן סיוע לארגון טרור לצורך התגבשות העבירה. אין ספק שרכיב זה מתקיים במקרים הגרעיניים של אספקת מוצרים או שירותים שיש להם אופי צבאי מובהק. אולם, מה הדין כאשר אדם מוכר מוצרים או מספק שירותים לגורמים החברים בארגון טרור, אלא שמדובר במוצרים או שירותים שהם "אזרחיים" במהותם (מזון, ביגוד, מוצרי חשמל ועוד), ועשויים להיות מסופקים באותו אופן לגורמים אחרים? האם דין בעל מאפייה שמוכר לפעיל בארגון טרור דברי מאפה כדין כימאי שנותן ייעוץ מקצועי לצורך הכנת מטעני חבלה? שאלות אלה מצביעות על הצורך למתוח קו גבול שמבחין בין סוגים שונים של מגע בין אזרחים לבין ארגון טרור. להרחבת היריעה אעיר כי הצורך לזהות אזרחים שמעורבים, בדרגות שונות, בפעולות טרור, מתעורר גם במסגרת המשפט הבינלאומי הפומבי (השוו: בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים

עמוד 13

בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 567 (2006) (להלן: עניין הסיכולים הממוקדים)).

57. אבהיר כבר כעת כי לצורך ענייננו אינני נדרשת להשיב באופן מלא על כל השאלות הפרשניות שהעבירה של מתן שירות לארגון טרור מעוררת. הטעם לכך הוא שעניינם של שביר ומשרהאוי מתמקד בנסיבות הייחודיות השוררות ברצועת עזה, שבהן ארגון טרור שולט גם בהיבטים השלטוניים האזרחיים, כדוגמת אספקת שירותי בריאות וחינוך. בעזה, אין מדובר אך באפשרות נוספת לקבל שירותים אלה (כפי שהדברים אמורים בפעילות צדקה המזוהה עם ארגוני טרור במדינות "רגילות"), אלא בדרך המלך. נסיבות אלה מחייבות הבחנה בין תחולתה של העבירה על תושבי עזה המספקים שירות לחמאס לבין מקרים אחרים. אם כן, עלינו להשיב על השאלה הבאה: באילו נסיבות יש לראות ב"שירות" שניתן על-ידי תושב עזה לחמאס ככזה שיש בו כדי לסייע או לקדם את פעילותו של הארגון? עסקינן בשאלה פרשנית, שהכרעה בה תוביל לשרטוט הגבולות הראויים של העבירה בנסיבות השוררות בעזה. לצורך הכרעה במחלוקת זו נפנה למקורות הפרשנות שעומדים לרשותנו.

תכלית העבירה: מניעת סיוע לארגון טרור

58. הטרור הוא איום אוניברסאלי. מדינות רבות נאלצות להתמודד עם פעולות התקפיות שמטרתן פגיעה באזרחים וזריעת פחד בקרב האוכלוסייה. בעבר, הטרור נתפס כתופעה "פנימית" שמצריכה טיפול במישור המקומי. גישה זו איננה מקובלת עוד. בעשורים האחרונים נתפס הטרור גם כתופעה בינלאומית. בהתאם לכך, ההתמודדות העולמית עם תופעת הטרור היא מגוונת. מדינות רבות כוללות הסדרים חקיקתיים ייעודיים למאבק בטרור, וחלקן הכירו בסמכויות ביצועיות רחבות בתחום זה (ראו למשל: דפנה ברק-ארז "המאבק המשפטי בטרור: ההיבט המוסדי" עיוני משפט לב 47 (2010)).

59. כידוע, הדברים נכונים, ואף ביתר שאת, לגבי מדינת ישראל המנהלת מיום היוסדה מאבק מתמשך בטרור (ראו למשל פקודת מניעת טרור, שנחקקה סמוך לאחר הקמת המדינה). מאבק זה מתבצע במספר חזיתות. זה מכבר התגבשה ההבנה שהמלחמה בטרור אינה מתמצה בסיכולו של מפגע רגעים ספורים לפני שהוא מבצע את זממו. מדובר במאבק רחב שנועד לפגוע באופן תשתיתי בארגוני הטרור, במשאבים העומדים לרשותם ובפעילותם השוטפת. מאבק זה כולל אמצעים מגוונים, בהם אמצעים משפטיים. כך למשל, חלים איסורים על הסתה למעשי טרור, משזו הוכרה כאחד הכוחות המניעים פעילות טרוריסטית ומאפשרים אותה (ראו, בהרחבה: דפנה ברק-ארז ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" עיוני משפט לה 555 (2012)). בדומה לכך, הדין כולל גם הוראות שתכליתן לפגוע במקורות המימון לטרור, אף כאשר המימון מיועד למעשים לגיטימיים לכאורה (ראו למשל: עניין עאשור, בפסקה 41).

60. ההוראות העומדות לבחינה לפנינו מהוות חלק מהמערך החקיקתי שנועד לשמש למאבק בטרור. העבירה של מתן שירות לארגון טרור, כמו הוראות נוספות בתקנות ההגנה ובחוק המאבק בטרור, מבטאת את ההכרה בכך שהמאבק בטרור כולל גם פגיעה במעטפת של ארגוני הטרור. הדין מכיר בחשיבות הנודעת לנטרולה של פעילות טרוריסטית עוד כשהיא נמצאת באיבה, כמו גם בצורך לפגוע בתשתיות ובמנגנונים שמאפשרים את צמיחתה. ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף ה"מטרה" בחוק המאבק בטרור (סעיף 1), אשר קובע כך:

"מטרתו של חוק זה לקבוע הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי לרבות סמכויות אכיפה מיוחדות, לצורך מאבק בטרור ובכלל זה לשם -

(1) מניעת הקמתם, קיומם ופעילותם של ארגוני טרור;

(2) מניעה וסיכול של עבירות טרור המבוצעות בידי ארגוני טרור או יחידים".

61. בהמשך לכך, תכליתה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור היא למנוע את האפשרות של ארגוני טרור להסתייע בגורמים חיצוניים, לרבות גורמים אזרחיים. מטרת העבירה היא לבודד את ארגון הטרור ולנתק אותו ממקורות התמיכה להם הוא נזקק כדי לקדם את פעילותו. על תכלית זו של העבירה של מתן שירות לארגון טרור ניתן ללמוד מדברי ההסבר שנלוו להצעת חוק המאבק בטרור, שם צוין בעניין זה כך:

"מטרת הסעיף המוצע למנוע סיוע לארגוני טרור, באמצעות מתן שירותים או העמדת אמצעים, שיש בהם כדי לאפשר או לקדם את פעילותם, גם אם השירותים כשלעצמם הם לגיטימיים ואינם ניתנים בידי חברי הארגון עצמם. האיסור לתת שירותים לארגון טרור חל גם על נותני שירות חיצוניים, כגון: חברות מחשבים, רואי חשבון, שירותי הסעה, וכד'. זאת מאחר שכל סיוע ושירות הניתנים לארגון הטרור - יש בהם כדי לתמוך בארגון ולסייע לפעילותו, ובכך לאפשר את המשך התקיימותו של הארגון האסור. עם זאת, מובהר כי לפי פרשנותו הסבירה של הסעיף, מתן ייצוג משפטי לארגון בקשר עם הליכים לפי החוק המוצע, כגון ייצוג במסגרת שימוע בקשר להכרזה, או בהליך לחילוט רכוש - אינו בגדר מתן שירות אסור".

62. מדברים אלה אנו למדים כי בבסיס הצעת החוק עומדת ראייה רחבה של סיוע לארגון טרור, אשר כוללת גם שירותים "לגיטימיים כשלעצמם" שניתנים על-ידי נותני שירותים חיצוניים כגון חברות מחשבים, רואי חשבון ושירותי הסעה. תכלית זו תומכת לכאורה בפרשנות שאינה מצמצמת מדי את ההוראה הקבועה בעבירה של מתן שירות לארגון טרור, על-מנת שזו תוכל להגשים את יעדה. עם זאת, כפי שנראה להלן, גם פרשנות כזו אינה אמורה להיות פרשנות חובקת כול בנסיבות המיוחדות הנוגעות לענייננו.

העבירה של מתן שירות לארגון טרור כחלק ממכלול חקיקתי

63. על גבולותיה הראויים של העבירה של מתן שירות לארגון טרור ניתן ללמוד בעקיפין מהוראה נוספת בחוק המאבק בטרור, הקבועה בסעיף 25 לחוק זה ("מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור"), בנוסח הבא:

"(א) הנותן שירות לאחר או המעמיד לרשותו אמצעים, כמפורט להלן, בנסיבות שבהן יש בכך כדי לשמש, במישרין או בעקיפין, לביצוע עבירה שהיא מעשה טרור, להקל את ביצועה או להימלט מהדין לאחר ביצוע עבירה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים:

(1) מתן שירות הסעה או העמדת מקום לינה, שהייה או מסתור לרשותו של אחר או העמדת אמצעים כדי להשיג מקום לינה, שהייה או מסתור;

(2) העמדת כסף, מזון, בגדים, מידע, אמצעי תקשורת, מסמכים, כלי תחבורה, דלק, מקרקעין, מבנה, או כל אמצעי אחר לרשותו של אחר.

(ב) אין נפקא מינה אם מתן השירות או העמדת האמצעים כאמור בסעיף קטן (א) נעשו בתמורה או שלא בתמורה, ואם בוצע מעשה הטרור, כאמור בסעיף קטן (א), אם לאו".

64. בחינה מדוקדקת של הוראות הסעיף מעלה כי הוא חל במקרים שבהם השירות הניתן משמש, במישרין או בעקיפין, לביצועה של "עבירה שהיא מעשה טרור". במלים אחרות, סעיף 25 לחוק המאבק בטרור קושר בין מתן השירות לבין ביצועו של מעשה טרור ספציפי, ולא מתמקד במעשים של מתן שירות להתנהלות הכללית של ארגון טרור.

65. העבירה הקבועה בסעיף 25 לחוק המאבק בטרור אינה עומדת לבחינה בפנינו. עם זאת, יש בה כדי לשפוך אור על גבולותיה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור. במה דברים אמורים? עבירה זו כוללת רשימה של מעשים שיש בהם "מתן שירות" או "העמדת אמצעים" לביצוע עבירה שהיא "מעשה טרור" (ראו סעיפים קטנים (1) ו-(2) של סעיף זה). בין היתר, מדובר בהעמדה של חפצים כגון מזון, בגדים, מסמכים, אמצעי תקשורת ודלק לרשותו של אחר. לעומת זאת, העבירה של מתן שירות לארגון טרור (היא העבירה הנבחנת בענייננו) אינה כוללת רשימה דומה של מעשים שיש בהם "מתן שירות" או העמדת אמצעים" לארגון טרור. נשאלת השאלה, מדוע ראתה הכנסת מקום לפרט באופן מפורש את הפעולות שיש בהן כדי להוות מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור? ניתן להתרשם, גם אם מבלי לקבוע מסמרות, כי יש בכך כדי להעיד שפעולות בסיסיות ביותר כדוגמת העמדת מזון או ביגוד לרשותו של ארגון טרור - פעולות שבמקרה הרגיל עשויות שלא לעלות כדי עבירה של מתן שירות לארגון טרור לפי סעיף 23 לחוק - יביאו להתגבשותה של העבירה הקבועה בסעיף 25 לחוק המאבק בטרור, שעניינה מתן שירות לביצוע מעשה טרור ספציפי.

הנסיבות הספציפיות השוררות בעזה: פיקוח ישראלי ושליטה של חמאס

66. עד כה דנתי בעבירה של מתן שירות לארגון טרור במישור הכללי. אולם, כאמור, ענייננו עוסק בסוג מסוים של מקרים בעלי אופי ייחודי - מקרים שבהם מתן השירות נעשה על-ידי תושב רצועת עזה לטובת ארגון חמאס. הייחודיות במקרים אלה נובעת משני מאפיינים בולטים של הנסיבות הפוליטיות והחברתיות ברצועת עזה: מחד גיסא, הפיקוח הישראלי על המסחר עם רצועת עזה, ומאידך גיסא, השליטה היומיומית של חמאס במקום.

67. המשמעות של הפיקוח הישראלי על הטובין הנכנסים לרצועת עזה - חרף העובדה שכוחות צה"ל אינם נוכחים ברצועת עזה, עדיין נתונה לישראל השפעה על חלק מההיבטים של הפעילות המתבצעת בתחומיה. לעובדה זו יש לעתים משמעות במישור המשפט הבינלאומי (ראו למשל: בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 12 (30.1.2008)). במקרים אחרים, וכך בענייננו, עשויה להיות לה משמעות במישור המשפט הפנימי. כך למשל, ישראל מפקחת על הסחורות והמוצרים הנכנסים ממנה לרצועת עזה, ומקיימת פיקוח מוגבל על תנועת אנשים וסחורות במעבר הגבול בין רצועת עזה ומצרים (ראו למשל: בג"ץ 4356/16 מצלאח נ' שר הביטחון, פסקאות 2-5 (23.4.2017) (להלן: עניין מצלאח)). נשאלת אפוא השאלה איזו משמעות יש לייחס לעובדות אלה לצורך פרשנות ההוראה שלפנינו. כך למשל, ניתן להניח שכאשר השירות המסופק לגורמי חמאס כולל אספקת מוצרים שאסור להכניסם מישראל לעזה, יש בכך משום אינדיקציה כי מדובר בשירות אסור שטבוע בו פוטנציאל לפגיעה בביטחון המדינה. לעומת זאת, ככל שלא נדרש היתר מיוחד כדי להכניס מוצרים מסוימים מישראל לעזה (או שנדרש היתר ביחס לסוג מוצרים מסוים והוא ניתן



כדין), ניתן להסיק מכך לכאורה כי הסיכון הביטחוני הכרוך בהגעתם של מוצרים אלה לידי חמאס הוא נמוך יחסית. אכן, העובדה שמוצר כלשהו נחשב מוצר "לגיטימי" מבחינתה של ישראל לשימוש ברצועה אינה מעידה כשלעצמה על כך שמדובר במוצר "לגיטימי" לשימוש על-ידי חמאס ברצועה. אולם, זהו שיקול שיש בו כדי להצביע על רמת הסיכון הנשקף לישראל מאותו מוצר.

68. השליטה היומיומית של חמאס ברצועת עזה - נתון מרכזי נוסף שעלינו לשוות נגד עינינו הוא העובדה שרצועת עזה נשלטת על-ידי ממשלה מטעם חמאס. משמעות הדבר היא שפעולות אזרחיות שגרתיות בשטח הרצועה עשויות לכלול מגעים והתקשרויות עם חמאס, לרבות קשרי מסחר, לנוכח העובדה שחמאס אמון על מתן שירותים אזרחיים לתושבי הרצועה, לרבות בתחומים של ביטחון פנים, חינוך ובריאות. למעשה, ניתן להניח כי כמעט כל אחד מהתושבים הבגירים ברצועת עזה יספק במהלך חייו "שירות" כלשהו לגורמי שלטון ברצועה או למוסדות ציבור. סוחרים, נהגי מוניות, מורים, אנשי רפואה - כולם עשויים לבוא במגע יומיומי עם גורמים בעלי שייכות ארגונית לחמאס בנסיבות השוררות כיום בעזה. האם נכון יהיה לייחס להם באופן גורף אחריות פלילית בגדרה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור? בשלב זה, ובהתחשב בהנחיות פרקליט המדינה, דומה שכבר אין חולק שבנסיבות הקיימות ברצועת עזה התשובה על כך שלילית. אכן, אין דין מתן שירות לארגון טרור שפועל באופן מחתרתי במדינה מסוימת כדין מתן שירות לארגון טרור שמהווה, הלכה למעשה, הריבון בשטח שבו הוא פועל. נורמה שמשמעותה הימנעות של תושבים מלבוא בקשרים עם רשויות השלטון עלולה להטיל על התושבים נטל שלא יוכלו לעמוד בו (ראו והשוו: בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל - ע.ר. נ' ראש הממשלה, פסקה 18 (15.6.2009)). כן ראו בהקשר אחר: בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(2) 634, 644 (1980)).

69. לכך יש להוסיף, כי יש להניח שהמסטר בעזה לעתים אינו מאפשר זכות בחירה מלאה לתושביו ביחס לאפשרות של שיתוף פעולה עמו, וזאת בלשון המעטה. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שעסקינן בביצוע פעולות שהן בבסיסן אזרחיות-יומיומיות, להבדיל מנטילת חלק ממשי בפעולות בעלות אופי צבאי. אם כן, גם בהיבט זה מתעורר הצורך בהימנעות מקביעה שכל פעולה של תושבי הרצועה הכרוכה בקשר עם גורמי חמאס תהא פעולה אסורה הכרוכה בסנקציה פלילית (ראו והשוו: עניין הסיכולים הממוקדים, בעמ' 574; ע"פ 8638/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (23.2.2015) (להלן: ע"פ 8638/11)). זאת, כמובן, תוך הימנעות ממתן 'כרטיס פתוח' לסיוע לארגון חמאס בפעולות טרור נגד מדינת ישראל (ראו עוד: שם, בפסקה 21).

70. ביטוי נוסף לשליטת חמאס ברצועת עזה הוא העובדה שהרצועה אינה מצויה בריבונות ישראלית. לכך יש כמובן משמעות בכל הנוגע לתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של דיני העונשין של ישראל, סוגיה שאליה אדרש בהמשך הדברים. אולם, יש להוסיף ולהצביע כבר כעת על כך שבהעמדה לדין של אזרחים ברצועת עזה בגין מסחר עם חמאס טמונים היבטים של אקראיות ושרירות הנובעים מהקשיים לאתר את העבריינים ולהעמידם לדין בישראל. גם בכך יש כדי להשליך על פרשנות העבירה בנסיבות השוררות בעזה. בראש הדברים עומד החשש שהאיסור הפלילי יעודד אכיפה שרירותית ומפלה (ראו: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 20 (12.1.2006)). הדין הפלילי מושתת לא רק על השאיפה להרשיע את מי שכשל בביצוע עבירות, אלא גם על תחושת צדק שבבסיסה עומדת ההנחה שאכיפת הדין אינה מקרית או שרירותית (ראו והשוו לפסק דיני בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (31.12.2015)). אכן, קשיי אכיפה אינם גורעים, כשלעצמם, מההצדקה לכינונו של איסור פלילי או כדי להביא להקלה עם הפרט שהועמד לדין בעבירה במקרה הספציפי. בפסיקה אף הובעו הדעות כי במקרים מסוימים יש בקשיי אכיפה אשר טבועים בעבירות מסוימות כדי להצדיק החמרה בענישה כחלק מהצורך בהרתעת הרבים (ראו: ע"פ 3344/14 וידבסקי נ' מדינת ישראל (5.7.2015)), שאליו הפנתה המדינה בהשלמת הטיעון מטעמה). עם זאת, בענייננו אין

להתעלם מכך שפרשנות מרחיבה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור על מעשים שמבוצעים ברצועת עזה עלולה להוביל, לפחות רעיונית, להפלתם של רבים מהתושבים ברצועה בעבירה זו. על רקע זה, גובר החשש לאכיפה שרירותית ואקראית של הדין, באופן שפוגע בתחושות הצדק ואף בתכלית המקורית של האיסור הפלילי. על קושי זה עמד חברי השופט צ' זילברטל בע"פ 723/16 מדינת ישראל נ' אלעמור (12.1.2017) (להלן: עניין אלעמור):

"דומה שהעובדה שמדינת ישראל הכריזה על חמאס כארגון טרור וכהתאחדות בלתי-מותרת, בשילוב העובדה כי ארגון זה שולט במהלך העשור האחרון ברצועת עזה, על כשני מיליון תושביה, עשויות ליצור סיטואציות משפטיות מורכבות. שכן אלפים, אם לא יותר, מתושבי הרצועה, אשר מטבע הדברים קיימו קשרים כאלה ואחרים עם הארגון, שהוא הריבון במקום מגוריהם (לעיתים בעל כורחם), עלולים להיחשב כעבריינים לכל דבר ועניין מבחינת דיני העונשין של מדינת ישראל. לכידתם ברשת המשפט הפלילי הישראלי של פרטים ספורים בלבד מבין אלפי או עשרות אלפי העבריינים הפוטנציאליים מבין תושבי הרצועה, היא, במקרים רבים, כמו גם במקרה הנדון, תוצאה של מהלך אקראי (בדיון נמסר כי המשיב נתפס בשטח הרצועה במהלך מבצע צבאי)" (שם, בפסקה 8. ההדגשה אינה במקור).

71. מהמקובץ עולה כי קיימים טעמים טובים להימנע מתחולה רחבה מדי של העבירה דנן כשמדובר במתן שירות של תושב רצועת עזה לארגון חמאס המתבטא בהתנהלות אזרחית שגרתית בתחום המסחר או עולם התעסוקה. מסקנה זו מחייבת שרטוט גבולות פרשניים לתחולת העבירה באופן שיבטיח הפעלה מידתית וראויה של האיסור הפלילי על מעשים המבוצעים ברצועת עזה.

הניסיון הפסיקטי בנוגע לאכיפת העבירה על תושבי עזה

72. על הגבולות הראויים של העבירה של מתן שירות לארגון טרור בנסיבות השוררות ברצועת עזה ניתן ללמוד גם מעיון במקרים שבהם הורשעו נאשמים מעזה בעבירה שקדמה לה (מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 185(ג) לתקנות ההגנה) ואשר נדונו בבית משפט זה (ללימוד דומה מן הניסיון הפסיקטי המצטבר, ראו והשוו: ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל, פסקה 68 (24.8.2015)). אכן, לא ניתן להסיק מסקנות נחרצות מסקירה זו, בהתחשב בכך שהיא אינה מתיימרת לכלול את כל המקרים שבהם הורשעו נאשמים בעבירה זו. לכך יש להוסיף כי רבים מפסקי הדין ניתנו על יסוד הודאת הנאשמים בעובדות שיוחסו להם, כך שחזית המחלוקת שנפרשה בפני בית משפט זה הייתה תחומה לחומרת העונש בלבד. חרף מגבלות אלה, דומני כי מסקירת הפסיקה שעסקה בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, ניתן לחלץ את המאפיינים של ה"מקרים הטיפוסיים" שבהם הורשעו נאשמים תושבי עזה בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת.

73. מאפיין מרכזי של המקרים שבהם הורשעו נאשמים תושבי עזה בעבירה הנדונה הואקשר הדוק בין ה"שירות" האסור שנתן הנאשם לארגון הטרור לבין הפעילות הצבאית-מבצעית של אותו ארגון. כך למשל, במספר מקרים הורשעו תושבי עזה בעבירה דנן לאחר שביצעו תצפיות, סייעו בהובלת אמצעי לחימה או העבירו דיווחים לארגוני טרור על תנועות של כוחות צה"ל בסמוך לגדר הגבול של ישראל ורצועת עזה (ראו למשל: ע"פ 6005/10 פלוני נ' מדינת ישראל (7.3.2012); ע"פ 2359/11 חמד נ' מדינת ישראל (28.6.2012) (להלן: עניין חמד); ע"פ 2152/11 מדינת ישראל נ' אבו-דאהר (1.7.2012) (להלן: עניין אבו-דאהר); ע"פ 8388/10 מדינת ישראל נ' אבו עאקל (28.11.2012) (להלן: עניין אבו עאקל); ע"פ 3197/11 פלוני נ' מדינת ישראל (23.4.2013); עניין אלעמור). במקרים אחרים המורשעים

סייעו באיתור מקומות שמהם ניתן יהיה לשגר טילים או להפעיל מטענים נגד כוחות ישראליים (ע"פ 6414/11 חמיד נ' מדינת ישראל (23.12.2013); עניין אבו עאקל); ובמקרים נוספים המורשעים איפשרו לפעילי טרור לבצע תצפיות, להציב אמצעי לחימה או לירות טילים משטח שהיה בשליטתם (עניין חמד; ע"פ 3321/11 פלוני נ' מדינת ישראל (22.1.2012)).

74. גם במקרים שבהם הנאשם עשה שימוש במקצועו או קיבל תשלום במסגרת מתן השירות לארגון הטרור, ככלל לא היה זה כחלק "ממהלך העסקים הרגיל" שלו. כך למשל, עניין אבו-דאהר עסק בנהג מונית תושב עזה שהסיע שני צלפים למקום מסוים לצורך פיגוע ירי, ולאחר שהשניים ביצעו את זממם שב למקום ואסף אותם לביתו של פעיל צבאי שעמו היה בקשר. דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל (27.3.2007) (להלן: ע"פ 3827/06), שבו נדון עניינו של מי שעסק בהמרת מטבע זר ונענה לבקשת מפקד הזרוע הצבאית של חמאס באזור חאן יונס לבצע המרות כספים עבור הארגון. באותו מקרה קבע בית המשפט באופן מפורש כי "לא ניתן לראות את התנהלותו כהתנהלות שאינה אלא חלק משגרת העבודה נוכח נכונותו להשקיע מאמץ נוסף כדי לשמר את ערוץ זרימת הכספים, על ידי שנסע לדובאי כדי להחליף את גיסו שפעילותו שם נחשפה" (שם, בפסקה 12. ההדגשה הוספה - ד' ב' א'). במאמר מוסגר, ניתן להוסיף כי המעשים שבהם הוא הורשע בוצעו מול גורם צבאי בכיר של חמאס, כפי שצוין, וזאת עוד בטרם חמאס עלה לשלטון בעזה.

היבטים פרשניים נוספים והתנאים השלטוניים במקום שבו מתבצעים המעשים

75. בטיעון המשלים מטעמה הצביעה המדינה על כך שפרשנות רחבה של העבירה שעניינה מתן שירות לארגון טרור עולה בקנה אחד עם האופן שבו נוסחו ופורשו עבירות מקבילות בשיטות משפט שונות, תוך התמקדות בעבירה שעניינה "תמיכה ממשית בארגון טרור זר" הקבועה בקודקס הפלילי הפדראלי בארצות הברית (ראו: U.S.C § 2339B 18, וכן: *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010)).

76. עם זאת, המדינה לא נדרשה בהקשר זה לייחודו של המקרה דנן - החלתה של אחריות פלילית על מי שחי בשטח הנשלט על-ידי ארגון הטרור שלו ניתן השירות. המדינה לא הצביעה על החלת העבירה הקבועה בדין האמריקני בנסיבות אלה, ואף לא על דוגמה מסוג זה משיטת משפט אחרת כלשהי.

77. בנוסף לכך, אינני סבורה שיש ממש בטענת המדינה כי עמדתה בתיק זה עולה בקנה אחד עם הקביעות בעניין עאשור. אכן, באותו עניין ציינתי כי "פעילות של ארגון טרור - גם כאשר היא מקיפה מעשים לגיטימיים לכאורה - נשארת פעילות אסורה" (שם, בפסקה 41). אולם, קביעות אלה יש לבחון בשים לב לעובדות שעמדו בבסיס פסק הדין ולסעיף האישום הרלוונטי. עניין עאשור עסק במספר פעילי חמאס בכירים אשר היו מעורבים בפעילות כספית התומכת בתשתית האזרחית של הארגון במזרח ירושלים, והתמקד בעבירות של פעילות בארגון טרוריסטי ופעולות ברכוש טרור. באותו מקרה כלל לא נדונה העבירה של מתן שירות לארגון טרור (או העבירה שקדמה לה בתקנות ההגנה), וממילא לא נבחנה השאלה באיזה אופן יש לפרש את העבירה על מנת להתאימה לנסיבות שבהן ארגון טרור שולט בשטח שבו ניתן השירות. במקרה דנן הדברים הם שונים בתכלית, שכן עסקינן באזרחים שלא יוחסה להם חברות בארגון טרור אשר חיים בשטח שנתון בשליטתו של אותו ארגון. הבדלים אלה צריכים לקבל ביטוי באופן שבו יש ליישם את העיקרון שלפיו לצורך מאבק בטרור יש לפגוע בתשתיות ובמנגנונים שמאפשרים את צמיחתו.



78. העבירות של מתן שירות לארגון טרור שבהן הואשמו משרהאוי ושביר בוצעו מחוץ לשטחה של מדינת ישראל - ברצועת עזה. ככאלה, הן "עבירות-חוץ" (סעיף 7(ב) לחוק העונשין). החלת דיני העונשין על עבירות שבוצעו מחוץ לשטחה הריבוני של המדינה דורשת זיקה שתשמש "גשר נורמטיבי" בין משפט המדינה לבין עבירות אלה שנעשו מחוץ לתחומה (ראו: סעיפים 13-17 לחוק העונשין; ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 383, 353 (2005); רבין וואקי, בעמ' 172). בענייננו, המדינה טוענת כי יש מקום להחיל את דיני העונשין של ישראל בעבירות אלה מתוקף "הזיקה הפרוטקטיבית", שעניינה מעשים אשר בוצעו מחוץ לישראל ופגעו, או שנועדו לפגוע, באינטרסים חיוניים של המדינה או בתפקוד מוסדותיה (ראו: סעיף 13 לחוק העונשין). באופן ספציפי, נטען כי עבירות אלה בוצעו נגד ביטחון המדינה (סעיף 13(א)(1) לחוק העונשין).

79. ההצדקה לקיומה של הזיקה הפרוטקטיבית נובעת מזכותה של מדינה ריבונית להגן, בכוחות עצמה, על אינטרסים היורדים לשורש קיומה, כגון אינטרס הביטחון (ראו: ע"פ 9334/08 עלי נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (23.11.2011) (להלן: עניין עלי)). ככלל, נדרשת זהירות בהחלת הזיקה הפרוטקטיבית על עבירות-חוץ, ועיקרון זה מוגבל לעבירות המציבות בסכנה את אחד האינטרסים החיוניים של המדינה (ע"פ 7742/15 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 44 וההפניות שם (28.8.2016)). בצד זאת, נקבע בפסיקה כי הזיקה הפרוטקטיבית אינה מכוונת רק לעבירות אשר מעצם טיבן וטבען מופנות נגד ביטחון המדינה, אלא למעשים שעל-פי נסיבות ביצועם הופנו נגד ביטחון המדינה (עניין עלי, בפסקה 23). כמו כן, נקבע כי אין צורך להוכיח מניע או כוונה לאומניים של הנאשם. במלים אחרות, גם אם העבירה נעשית מתוך מניע "אישי" של העבריין המבקש להעשיר את כיסו, יכול ותצמח הזיקה הפרוטקטיבית הנדרשת לצורך העמדתו לדין (ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אלשחרה, פסקה 26 (30.6.2010) (להלן: עניין אלשחרה); עניין עלי, בפסקאות 29-34).

80. האם ראוי להעמיד לדין בישראל מכוח הזיקה הפרוטקטיבית אדם שביצע עבירה של מתן שירות לארגון טרור מחוץ לתחומי מדינת ישראל? להשקפתי, התשובה לכך היא חיובית במישור העקרוני. קשה להטיל ספק בכך שבעבירה של מתן שירות לארגון טרור גלומה סכנה טבועה לביטחון המדינה. מטרת העל של ארגוני הטרור, ובכלל זה ארגון חמאס, היא פגיעה בביטחון המדינה ואזרחיה. במקרים רבים, מתן סיוע ושירות לפעולות טרור משרת את הגשמתה של מטרה זו. בהתאם לכך, נקבע בעבר בפסיקה כי "מעשיו של פלוני המהווים חוליה בשרשרת הטרור, בין אם מדובר במימון פעילות ארגון טרור ובין אם מדובר בהברחת נשק לידי אותו ארגון, מהווים איום קונקרטי לביטחון" (עניין עלי, בפסקה 29). ואכן, בית משפט זה הכיר בסמכות לשפוט בישראל נאשמים שסיפקו אמצעים או תמיכה לארגוני טרור מחוץ לגבולות המדינה, וברצועת עזה באופן ספציפי (ראו למשל: עניין עלי; ע"פ 3827/06).

81. על כן, אינני רואה לאמץ את המבחן שהוצע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינו של שביר לעניין תחולתה של הזיקה הפרוטקטיבית ("מעשי עבירה שכוונו במיוחד לפגיעה בביטחון ישראל או שכאלה שנסיונותיהם מלמדות על קיומה של סכנה מוחשית, בדרגת ודאות קרובה, לפגיעה בביטחון המדינה" (בעמ' 52 להכרעת הדין)). זהו מבחן צר יתר על המידה, והוא חורג ממה שנקבע בעבר בפסיקה (השוו: עניין עלי, בפסקאות 31, 36-37; עניין אלשחרה, בפסקאות 25-26). אכן, עיון בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניין שביר מעלה כי מבחן זה הוצע על-ידו במטרה לאזן בין שמירה על האינטרסים החיוניים של ישראל לבין הנסיבות המיוחדות השוררות בעזה. אולם, אני סבורה שנסיונות אלה - שמשקלן בעבירה דנן גבוה יותר מעבירות אחרות - צריכות למצוא את ביטוין באופן שבו תפורש



העבירה עצמה. לכך אפנה להלן.

שיקולים מנחים לפרשנות העבירה של מתן שירות לארגון טרור - בנסיבות שבהן נותן השירות הוא תושב רצועת עזה ומקבל השירות הוא ארגון חמאס

82. העקרונות שפורטו לעיל מחייבים שרטוט של גבולות פרשניים מצמצמים לעבירה של מתן שירות לארגון טרור בנסיבות השורות ברצועת עזה. זאת, לצורך הבחנה בין קשרים שגרתיים בעלי אופי אזרחי בין תושבי עזה והגוף השולט ברצועה לבין פעולות שיש בהן כדי לקדם את פעולות הארגון באופן שנכנס לגדרי האיסור הפלילי.

83. הנחיית פרקליט המדינה שעניינה מדיניות ההעמדה לדין בנסיבות אלה אמנם מהווה ביטוי נוסף להכרה בייחודיותה של הסוגיה שבפנינו, אולם אינה מייטרת את השאלה. פרשנות העבירה - לחוד; ומדיניות העמדה לדין - לחוד. מדיניות ההעמדה לדין אינה באה במקום פרשנות ראויה של האיסור פלילי ואמורה רק להוסיף עליה. למעשה, כבר בהחלטתנו מיום 7.7.2016 התבקשה המדינה להגיש השלמת טיעון מטעמה הן ביחס לפרשנות הדין הרלוונטי זה והן ביחס למדיניות התביעה. יש אפוא להמשיך ולהכריע בעניין הפרשנות הראויה של הדין.

84. אם כן, מהו "שירות" של תושב עזה אשר יש בו כדי לקדם את פעילותו של ארגון חמאס ברצועה? הצורך לאזן בין הגשמת תכליתה הביטחונית של העבירה לבין התחשבות בנסיבות המורכבות ברצועת עזה מקשה על מתן הגדרה ממצה לשאלה זו. במהלך הדיונים בעל-פה בערעורים דנן נדרשנו לחשיבות הנודעת להתוויית מבחנים מנחים לצורך פרשנות העבירה בנסיבות השורות ברצועה. אני סבורה כך גם עתה. לא ראיתי מקום לאמץ את המבחן שהוצע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניינו של שביר, לפיו "ככל שהשירות קרוב וקשור יותר לליבת מטרות הארגון ופעילותו, כך תגדל ההצדקה להפלילו, ולהיפך" (בעמ' 52 להכרעת הדין). מקובלת עליו טענת המדינה כי מבחן זה הוא מצומצם יתר על המידה, וכי הוא עלול להותיר מחוץ למסננת הפלילית פעולות שראוי להפלילן במסגרת עבירה זו. כך למשל, ראוי להרשיע בעבירה זו אדם שמסייע ביוזעין להעברת כספים או רכוש ממדינות זרות אל חמאס, גם אם מדובר בפעילות שאינה עומדת בליבת המטרות של ארגון זה (השוו לעובדות המתוארות ב-ע"פ 3827/06 הנזכר בפסקה 74 לעיל).

85. להשקפתי, קיים קושי לנסח מבחן אחד שישקף את מכלול השיקולים הפרשניים שתוארו לעיל. אני סבורה אפוא שבבואנו לבחון האם יש להרשיע תושב עזה בעבירה דנן עלינו לעמוד על טיבו של "השירות" שניתן לחמאס באמצעות רשימה של מבחני עזר, כמפורט להלן (למקרים קודמים שבהם נזקק בית המשפט למבחני עזר כאמצעי פרשני לעבירה פלילית ראו למשל: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 677-693 (2009); ע"פ 2996/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות ל"ג-ל"ה (11.5.2011); ע"פ 6237/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (6.9.2016)).

86. ככלל, אני סבורה שאמות המידה שהותוו בהנחיית פרקליט המדינה משקפות את עיקר המבחנים הרלוונטיים לשאלה הפרשנית שלפנינו. יחד עם זאת, בצדם של שיקולים אלה ראוי לדעתי להעמיד מבחן עזר מרכזי נוסף, שמתמקד בשאלה האם ה"שירות" שניתן לחמאס התבצע כחלק ממהלך העסקים הרגיל של הנאשם. במסגרת מבחן זה על בית המשפט לבדוק תחילה האם השירות ניתן כחלק מעיסוק מקצועי. בהמשך לכך, ובהנחה שהתשובה על שאלה זו היא חיובית, יש לבחון האם הנאשם פעל במסגרת עיסוקו הרגיל, היומיומי, או שמא חרג מדרך הפעולה המאפיינת אנשי מקצוע העוסקים בתחומם. כך למשל, נהג משאית שבזמן שגרה מוביל מוצרי מזון לא יישמע בטענה כי פעל במסגרת עיסוקו הרגיל אם נשכר על-ידי חמאס לצורך העברת אמצעי לחימה באישון לילה. דוגמה נוספת לכך ניתן להביא מעניין

צעדי, שבו עיסוקו של הנאשם כדייג עמד ברקע הדברים, אך ברי כי הברחת סחורה בדרך הים ומסירתה לידי חמאס לא הייתה חלק "ממהלך העסקים הרגיל" שלו.

87. אכן, האיסור הקבוע בעבירה שבפנינו נועד ללכוד גם שירותים "לגיטימיים" במהותם של נותני שירות חיצוניים. אולם, יש לזכור שמכלול השיקולים שעליהם עמדתי לעיל מחייב הצבת גבולות לעבירה. על כן, העובדה שהשירות ניתן במסגרת עיסוקו של אדם עשויה לשמש אינדיקציה לכך שלא מדובר בסוג הפעולות שאותן המחוקק ביקש להפיל. ראוי להוסיף, כי "מהלך העסקים הרגיל" משמש מבחן עזר לצורך מענה על שאלות בתחומי משפט שונים (ראו למשל, בדיני ראיות: ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 133 (1996); בדיני קניין: דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נ(2) 632 (2003); בדיני חדלות פירעון: ע"א 4269/11 עו"ד יהודה ברמי נ' רו"ח עופר אלקלעי, מפרקה של חב' אקסלרוד יאיר חומרי בניין בע"מ (19.6.2013)). לא למותר לציין כי השאלה האם פעולה מסוימת נעשתה במסגרת עיסוק זוכה לעתים להכרה אף בנוסחה המפורש של החקיקה הפלילית (כך למשל, סעיף 185 לחוק העונשין, שעניינו "סחר, ייבוא וייצור סכין", קובע כך: "הסוחר, מייצר או מייבא סכין שלא נועדה לשמש במקצוע, במלאכה, בעסק, לצרכי בית או למטרה כשרה אחרת, דינו - מאסר שבע שנים" (ההדגשה הוספה - ד' ב' א')).

88. כשאר מבחני העזר לפרשנות העבירה, גם מבחן העסקים הרגיל אינו מבחן קונקלוסיבי. ייתכנו מקרים שבהם תהיה הצדקה להרשיע אדם שנתן שירות לחמאס חרף העובדה שהדבר התבצע כחלק מעיסוקו (למשל, אדם שעיסוקו הוא סחר באמצעי לחימה והוא מספק נשק לחמאס) כשם שניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם השירות לא ניתן במסגרת עיסוק, ולמרות זאת, בהתחשב במכלול הנתונים, לא יהיה מוצדק להטיל אחריות פלילית על מי שסיפק את השירות. אחד השיקולים הרלוונטיים לעניין זה הוא טיב העיסוק של הנאשם. אין דין סוחר פשוט כדין אדריכל מוערך. בעוד שהראשון אינו זוכה "לבחור את לקוחותיו" ומספק שירות לציבור רחב של אנשים, האחרון נהנה מגמישות תעסוקתית יחסית ויכולת גבוהה לעמוד על כוונותיו של הגורם ששוכר את שירותיו. כך למשל, במסגרת מבחן זה יש להבחין בין מהנדס המספק יעוץ לבניית מערך המנהרות של חמאס לבין סוחר בשוק שמכר פיתות לפעילי חמאס שהשתתפו בחפירתה של מנהרה כשם שמכר ממרכולתו לעוברי אורח אחרים.

89. למבחן העסקים הרגיל יכול להימצא עיגון בשיקולים הקבועים בהנחיית פרקליט המדינה, הגם שאין לכך אזכור מפורש. כך למשל, במסגרת השיקול של "נסיבות מתן השירות" ייתכן שניתן להביא בחשבון גם את השאלה האם השירות ניתן כחלק משגרת עיסוקו של נותן השירות או שמא מדובר בשירות בעל אופי מיוחד. גם השיקולים שעניינם "משך התקופה שבה ניתן השירות" ו"היקף מתן השירות" יכולים לרמז שמכירה ספוראדית של סחורה כחלק משגרת עסקיו של אדם כלל לא תיכנס לגדרי העבירה של מתן שירות לארגון טרור בנסיבות השוררות ברצועת עזה, בהתאם למכלול הנסיבות האחרות.

90. כמבחן עזר משלים, ניתן לעשות שימוש גם בשאלה האם הייתה לנאשם כוונה מיוחדת לסייע לארגון הטרור. הכוונה למקרים מובהקים שבהם ניתן להצביע על כך שאספקת מוצרים לחמאס נעשתה מתוך כוונה כי יעשה באותם מוצרים ממש שימוש למטרות טרור, וזאת מעבר לידיעה הכללית כי עם העברת הסחורה חמאס יעשה בה מנהג בעלים לפי שיקול דעתם של פעיליו. ראוי לציין, מבלי להכריע בדבר, כי דומה שממילא חלק מהמקרים שבהם יתקיים מאפיין זה ייכנסו לגדרי סעיף 25 לחוק המאבק בטרור (שנדון בפסקאות 63-65 לעיל).

מהכלל אל הפרט: האם יש להרשיע את משרהאוי ושביר בעבירות של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת?

91. בשלב זה אפנה לבחון האם ראוי, בנסיבות העניין, להרשיע את משרהאוי ושביר בעבירות של מתן שירות לארגון טרור בהתאם לעקרונות שעליהם עמדתי ולמבחני העזר שהוצגו לעיל. אקדים תוצאה להנמקה ואציין כי לדעתי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

92. בפתח הדברים יצוין כי הטיעון המשלים מטעם המדינה לא כלל התייחסות קונקרטית ליישום המבחנים הכלולים בהנחיית פרקליט המדינה על בעלי הדין שבפנינו. יתרה מכך, טענות רבות שהעלה משרהאוי בערעורו - לרבות טענות הנוגעות במישור ליישום המבחנים האמורים - נותרו ללא מענה מצד המדינה גם בשלב זה.

עניינו של שביר - יישום המבחנים

93. כפי שצוין, במסגרת האישום הראשון הואשם שביר בכך שמכר לפעיל חמאס העובד כחשמלאי במוצב של הארגון כבלים חשמליים בהיקף של 730 מטר. בכתב האישום נטען כי שביר מכר את הכבלים בסוברו כי הם נועדו, בין היתר, לשימוש במטעני חבלה נגד ישראל. טענה זו נדחתה בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי (בעמ' 44-41 להכרעת הדין). זוהי קביעה עובדתית מנומקת שאין מקום להתערב בה. בנוסף לכך, בית המשפט המחוזי קבע את הקביעות הבאות, שאף בהן לא ראיתי מקום להתערב: כבלי חשמל מהסוג שנמכר על-ידי שביר מיועדים לשימושים אזרחיים לגיטימיים; כבלי חשמל אלה ניתנים להכנסה לרצועת עזה ללא צורך באישור מיוחד; הם נסחרים באופן רגיל בין סוחרים מקומיים ונמכרים לכל דורש; שביר עצמו קנה את הכבלים מסוחר חשמל אחר בעזה ומכר אותם ברווח מסוים לרוכשים, במסגרת עיסוקו הרגיל; רוכשי הכבלים הם חשמלאים "רגילים" העובדים עם חמאס ולא אנשי מבצעים או חבלה; וההיקף הכספי של מכירות הכבלים המתוארות בכתב האישום הוא בסדר גודל של אלפי שקלים בלבד.

94. בחינתן של עובדות אלה לאורם של מבחני העזר שפורטו לעיל מובילה למסקנה כי אין מקום להרשיע את שביר בעבירה של מתן שירות לארגון טרור, כמפורט להלן.

א. אופיים של האמצעים שסופקו לארגון - לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי, כבלי חשמל הם מוצרים המיועדים בעיקרם לשימושים אזרחיים.

ב. קיומו של צורך באישור מיוחד להכנסת האמצעי לרצועת עזה (או העדרו) - לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי, הכנסת הכבלים מישראל לרצועה אינה מצריכה אישור מיוחד.

ג. זהותהגורם שלו ניתן השירות - בהכרעת הדין נקבע כי רוכשי הכבלים היו גורמים זוטרים בארגון חמאס שאינם בעלי תפקיד מבצעי.

ד. יוזם הקשר - אנשי חמאס הם שיזמו את הקשר עם שביר בכך שהגיעו לחנות בבעלותו ברצועה.

ה. התקופה שבה נמכר המוצר - לפי כתב האישום הכבלים סופקו במהלך החודשים נובמבר-דצמבר 2014. המדינה לא הצביעה על עימות צבאי אקטיבי בין חמאס לישראל בתקופה זו.



ו. תדירות מתן השירות ומשך התקופה - אין עסקינן באספקת מוצרים בתדירות יוצאת דופן או לתקופה ממושכת. מכתב האישום עולה כי מדובר בשתי רכישות של כבלים על-ידי גורמים של חמאס.

ז. היקף מתן השירות - לפי קביעתו של בית המשפט המחוזי, ההיקף הכספי של עסקת המכירה של הכבלים לא היה גדול.

ח. קיומה של בחירה חופשית מצד הנאשם - לא עמדו בפנינו נתונים קונקרטיים ביחס להיבט זה, ולכן איננו יכולים לתת לו משקל של ממש, לכאן או לכאן. יחד עם זאת, יש לשים לב כי עסקינן בסוחר של מוצרים אזרחיים שנמכרים לציבור הרחב בעזה. בנסיבות אלה, דומה שהאפשרות לסרב למכור את המוצרים רק לאנשי חמאס כלל אינה מובנת מאליה, מבלי שאני קובעת כל ממצא בעניין זה (לדיון כללי בסוגיה זו ראו לעיל, בפסקה 69 לחוות דעתי).

ט. נסיבות מתן השירות ומבחן מהלך העסקים הרגיל - הכבלים שמכר שביר נסחרים באופן רגיל בין סוחרים מקומיים בעזה ונמכרים לכל דורש. שביר עצמו קנה את הכבלים מסוחר אחר בעזה. לא נטען, וממילא לא הוכח, שנסיבות רכישות הכבלים היו חריגות ונעשו שלא כחלק ממהלך העסקים הרגיל (לבד מהעובדה ששביר או מי מטעמו לא הורשו להיכנס לבסיס חמאס שאליו הועברו הכבלים).

95. הנה כי כן, יישום הרוב המוחלט של מבחני העזר מצביע על כך שהשירות שסיפק שביר לחמאס אינו מגבש את העבירה הנדונה לפי הפרשנות הראויה של העבירה בנסיבות השוררות בעזה. לכך יש להוסיף כי לא מתקיים בעניינו של שביר מבחן הפגיעה הממשית במדינת ישראל (וראו לעיל, בפסקה 43 לחוות דעתי ובסעיף 13 להנחיית פרקליט המדינה).

עניינו של משרהאוי - יישום המבחנים

96. בחינת עניינו של משרהאוי מובילה למסקנה שגם במקרהו אין מקום להרשעה בעבירה של מתן שירות לארגון טרור.

97. בפתח הדברים ראוי להצביע על כך שהכרעת הדין בעניינו של משרהאוי התבססה במידה רבה על הלשון הנחרצת והגורפת שלהעבירה שהייתה קבועה בתקנות ההגנה ("כל עבודה או כל שירות"). נימוק זה מאבד מכוחו לנוכח השינויים במסגרת הנורמטיבית שחלה על עניינו, כמפורט לעיל.

98. גם יישום של מבחני העזר שנקבעו על הממצאים העובדתיים בעניינו של משרהאוי מוביל למסקנה שיש לזכותו מהעבירות שעניין מתן שירות לחמאס, כמפורט להלן:

א. אופיים של האמצעים שסופקו לארגון - מהעובדות המתוארות בכל האישומים נגד משרהאוי עולה כי הוא מכר לגורמי חמאס מצברים של 20 אמפר, מצברים של 7 אמפר, תעלות פלסטיק לחיפוי



כבלי חשמל, כבלי חשמל, כבלי נחושת, כבלי טלפון, כבלי מחשבים, נורות, פריטים שונים הדרושים לעבודות חשמל, פרוז'קטורים, עמודי חשמל מעץ לכבישים ומפסק חשמלי. בעיקרם של דברים, המדובר בציוד בעל אופי אזרחי במהותו. יתרה מכך, דומה שלפחות חלק מהמוצרים (כבלי מחשבים, נורות חשמל ו"פריטים שונים הדרושים לעבודות חשמל") ניתנים לרכישה על ידי כלל הציבור בכל מקום ובכל עת באופן שעולה כדי "זוטי דברים" (ראו סעיף 12 להנחיית פרקליט המדינה). אכן, בכך אין כדי לשלול את האפשרות שחמאס עושה שימוש במוצרים מסוג זה למטרות טרור, אולם ככלל מדובר בציוד ששימש לצרכים אזרחיים (ראו עמ' 130 להכרעת דין). לבסוף, ראוי להעיר כי חוקר שב"כ שהעיד בבית המשפט אישר בחקירה נגדית כי יש צורך רב במצברים ברצועת עזה, גם בקרב אזרחים, וכי זה המוצר "הכי שימושי אולי" (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 19.10.2015, בעמ' 196, שורות 22-10).

ב. האם הכנסתו של האמצעי לרצועה מחייבת אישור מיוחד - בכתב האישום לא צוין, ואף לא נטען בהשלמת הטיעון מטעם המדינה, כי המוצרים הנזכרים לעיל (או חלקם) הצריכו אישור מיוחד לשם הכנסתם לתחומי הרצועה במועדים הרלוונטיים (זאת פרט למגנומטר הנזכר באישום השנים-עשר, שאינו רלוונטי לעבירה דנן). ראוי לציין כי מהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי עולה כי הכנסת חלק מהמוצרים לעזה נדרשה לאישור במועדים הרלוונטיים (בעמ' 134). אולם, משרהאוי טען כי קיבל היתר כדון, ואף עניין זה לא זכה להתייחסות בטיעון המשלים מטעם המדינה.

ג. זהותהגורם שלו ניתן השירות - על-פי כתב האישום, בין גורמי חמאס שרכשו את מוצרי החשמל משרהאוי ניתן למנות חמישה אחראים על הרכש של משרד הבריאות של ממשלת חמאס (אישום שני); חשמלאי במשרדו של ראש ממשלת חמאס (אישום רביעי); פעיל במשטרת חמאס (אישום חמישי); אוניברסיטת הטכנולוגיה והמדע (אישום שביעי); שלושה פעילי חמאס אשר זוהו על-ידי משרהאוי כ"משוחררי עסקת שליט" (אישום שמיני); שני פעילים ללא שיוך פנים-ארגוני (אישום ראשון ואישום תשיעי) ופעיל צבאי אחד (אישום שלישי). בנוסף לכך, מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי משרהאוי טען שאחד מהגורמים שרכשו ממנו את הציוד וזוהה על-ידו כפעיל חמאס (אישום ששי) הוא פעיל האחראי על חברת הטלפוניה הפלסטינית "פלטל" (משרהאוי ציין זאת כבר בחקירתו במשטרה מיום 3.2.2015, ת/א'). בהכרעת הדין יש דיון בסוגיה זו, אולם אין ממצא באשר לתפקידו או לשינוכח הפנים-ארגוני של אותו גורם, ואין הכרעה בשאלה האם אכן מדובר באדם בעל קשר לפלטל. אני סבורה שיש חשיבות לשאלה זו וראוי היה להכריע בה. ככל שאכן מדובר באדם בעל זיקה לחברת תקשורת בעלת תכלית אזרחית, גם אם הוא פעיל חמאס, יש בכך אינדיקציה גם ביחס לתכליתו של הציוד שנמכר לו. מכל מקום, סקירה של מכלול הגורמים שרכשו מוצרים משרהאוי מעלה כי רבים מהם הם בעלי תפקידים אזרחיים מובהקים, הגם שיש בתוכם גם מספר פעילים צבאיים. בצד זאת, ראוי להדגיש שלגבי אף אחד מהפעילים לא נטען על-ידי המדינה כי הוא פעיל חמאס בכיר.

ד. יוזם הקשר - ביחס לחלק מהעסקאות ניתן ללמוד שיוזמי הקשר היו גורמי חמאס, שהגיעו לחנות בבעלות משרהאוי. ביחס לעסקאות אחרות כתב האישום אינו כולל פרטים שיכולים ללמד על זהות יוזם הקשר. להשקפתי לא ניתן לזקוף זאת לחובתו של משרהאוי.

ה. התקופה שבה נמכר המוצר - על-פי כתב האישום מוצרי החשמל נמכרו לגורמי חמאס בתקופות

שונות, בעיקר בין השנים 2012-2014. בשנים אלה התקיימו לפחות שני עימותים צבאיים בין ישראל לחמאס, אולם באישומים הרלוונטיים לענייננו אין התייחסות לכך שהמוצרים נמכרו במהלך העימותים או על רקע מתיחות צבאית.

ו. תדירות מתן השירות ומשך התקופה - בהמשך למבחן הקודם, גם בהקשר זה גם הדיון ביישום של מבחן זה אינה זהה ביחס לכל האישומים. עם זאת, ככלל, מדובר בהתקשרויות חוזרות שנפרשו על פני תקופות לא קצרות (ואף תקופה של עשר שנים, שבמהלכה מכר משרהאוי ציוד לאוניברסיטת הטכנולוגיה והמדע של חמאס, כמפורט באישום השביעי).

ז. היקף מתן השירות - משרהאוי מכר פריטי ציוד בהיקפים משתנים, כאשר בחלק מהמקרים מדובר בציוד בשווי רב (כך למשל, הציוד שנמכר לחשמלאי המועסק במשרדו של ראש ממשלת חמאס, כמתואר באישום הרביעי, נאמד בסכום כולל של 10,000 דולר, והמפסק החשמלי נמכר לאוניברסיטת הטכנולוגיה והמדע של ארגון החמאס בסכום של 36,000 דולר).

ח. קיומה של בחירה חופשית מצד הנאשם - גם בעניינו של משרהאוי לא עמדו בפנינו נתונים קונקרטיים ביחס להיבט זה, ולכן איננו יכולים לתת לו משקל של ממש, לכאן או לכאן.

ט. נסיבות מתן השירות ומבחן מהלך העסקים הרגיל - כמו בעניינו של שביר, ההתקשרויות בין משרהאוי לבין גורמי חמאס התבססו על עיסוקו של משרהאוי כסוחר במוצרי חשמל. התקשרויות אלה נעשו ברובן המוחלט בבית העסק של משרהאוי, באופן גלוי (באישום הששי אף צוין כי משרהאוי השתתף במכרז פומבי) ותמורת תשלום. לא נטען על-ידי המדינה, וממילא לא הוכח, שנסיבות רכישות המוצרים היו חריגות בצורה כלשהי. על נסיבות מתן השירות ניתן ללמוד, ולו בעקיפין, מהעובדה שמשרהאוי עצמו סיפר בפירוט בחקירותיו בישראל על העסקאות המתוארות בכתב האישום (ת/1, ת/2).

99. לאחר שבחנתי את מכלול המבחנים הגעתי למסקנה שגם אם לא כולם נוטים לזכותו של משרהאוי (משך ותדירות השירות, היקף השירות) רובם מצביעים על כך שאין מקום להרשיעו בעבירה זו. במיוחד הדברים אמורים לגבי אופי הציוד, זהות הגורמים שלהם הוא נמכר ונסיבות המכירה - העובדה שהמוצרים נמכרו במהלך העסקים הרגיל. יש להדגיש כי הדברים נכונים לא רק בבחינת האישומים בכללותם, אלא גם ביחס לכל אישום בפני עצמו (ויוזכר פעם נוספת כי המדינה לא כללה בהשלמת הטעון מטעמה דיון ספציפי באישומים בהתייחס לשיקולים המנויים בהנחיית פרקליט המדינה). ראוי להוסיף כי מבחן הפגיעה הממשית במדינת ישראל לא חל בעניינו של משרהאוי, הגם שכאמור מדובר רק בשיקול מחמיר שאינו אחד ממבחני העזר להתגבשות העבירה.

100. בשולי הדברים, ולמעשה למעלה מן הצורך, אציין כי נמצא בסיס לטענותיו של משרהאוי לפיהן חרף העובדה שכתב האישום התבסס על הודעותיו במשטרה ואלה אף הניחו את התשתית הראייתית המרכזית להרשעתו, התביעה אימצה את גרסתו רק בכל הנוגע לחלקים המפילילים בה. כך למשל, לא ניתן כל משקל לטענה שהעלה בהודעותיו ביחס לכך שמכר את המצברים לשימושים אזרחיים ולצורך גיבוי להספקת חשמל בשל הפסקות החשמל התכופות בעזה (ת/1א, בעמ' 3, שורות 49-50; ת/2א, בעמ' 3, שורות 72-74); וכן לכך שהציוד שמכר לאנשי משרד הבריאות מיועד לשימוש בבית חולים (ת/29, בעמ' 5), ובאופן ספציפי לחדרי ניתוח (ת/2א, בעמ' 2, שורות 32-33). במקור נכתב "חדרי

ניתוק"). אכן, רשויות התביעה אינן אמורות לסמוך על כל הסבר מקל שמוצע להן על-ידי חשודים ונאשמים. אולם, דומה שטמון קושי מיוחד במקרה שבו באישומים המבוססים רובם ככולם על דברי הנאשם בחקירותיו "מסוננים" מהם החלקים המזכים.

עבירות נוספות

101. לצד העבירה של מתן שירות לארגון טרור, אשר עמדה במוקד הערעורים לפנינו, הורשע משרהאוי גם בעבירות של מגע עם סוכן חוץ, איסור פעולה ברכוש טרור וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות.

102. באשר לעבירות של מגע עם סוכן חוץ ואיסור פעולה ברכוש טרור, דומה שעבירות אלה הן "טפלות" ו-"נלוות" לעבירה העיקרית שנדונה בענייננו. הצדדים לא הרחיבו טענותיהם ביחס לעבירות אלה (משרהאוי תקף את הרשעתו בהן בערעור שהגיש בכתב), אולי מתוך הנחה שההרשעה בהן תלויה במידה רבה בקביעות ביחס לעבירה של מתן שירות לארגון טרור. מכל מקום, אינני סבורה שיש מקום להרשיע את משרהאוי בעבירות אלה גם לגופו של עניין.

103. באשר לעבירה של מגע עם סוכן חוץ, דומני כי המדינה לא עמדה בחובתה להוכיח את הרכיב הקבוע בחוק שעניינו כי למקיים המגע אין "הסבר לכך" (סעיף 114(א) לחוק העונשין). יוער כי בית המשפט המחוזי לא נדרש לרכיב זה בטרם הרשיע את משרהאוי בפסק דינו. להשקפתי, העובדה שמשרהאוי הוא תושב עזה שמוכר את מרכולתו לכל דורש הוא הסבר למגע שקיים עם מי שהגיע לבית העסק בבעלותו במטרה לרכוש מהסחורה המוצעת. אינני רואה לנכון לקבוע כלל נחרץ בעניין זה מאחר שבנסיבות העניין המדינה לא הצביעה על ההבחנה בין משרהאוי לבין כל תושב עזה אחר שבא במגע עם אנשי חמאס (לדין נרחב בפרשנות העבירה, בנסיבות שונות בתכלית מענייננו, ראו: ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל (31.8.2015)).

104. באשר לעבירה של איסור פעולה ברכוש טרור, עבירה זו בוטלה בינתיים, עם חקיקתו של חוק המאבק בטרור. היא הוחלפה בעבירה הקבועה בסעיף 32 לחוק המאבק בטרור. אינני רואה מקום להרחיב בדיון בסוגיה זו בנסיבות שבהן הצדדים עצמם לא עשו כן. אני סבורה שיש לזכות את משרהאוי מכל העבירות שעניינן פעולה ברכוש טרור אשר יוחסו לו בכתב האישום (אישומים 1-9) ונסבו על מכירות של מוצרי חשמל מבית העסק שבבעלותו מהטעמים שפורטו לעיל הנוגעים להצבת גבולות פרשניים לעבירה בנסיבות השוררות בעזה. דברים אלה נכונים גם ביחס לאישום האחד-עשר, שנסב על מסירת כספים בשלוש הזדמנויות בלבד, בסכומים הנעים בין 1,000 ל-2,000 שקל בכל פעם, לאדם המתפקד כרואה חשבון במשרדו של ראש ממשלת חמאס. אין מחלוקת שהעברת הכספים נעשתה במקרה זה על רקע העובדה שביתו של אותו אדם נהרס בהפגזה. משרהאוי הוסיף וטען שמדובר בקרוב משפחתו (דבר שעולה בקנה אחד עם שמו של הנוגע בדבר, כפי שזה מופיע בכתב האישום) ואף לא נטען אחרת על-ידי המדינה. חשוב לומר שגרסתו של משרהאוי בעניין נמסרה כבר בזכרון הדברים של חקירותיו בשב"כ (ת/40, בעמ' 4). אין מדובר אפוא בהעברת כספים ל"מכונת" כספי הטרור שלפעמים עוטה מחלצות של צדקה (עניין עאשור, בפסקאות 37-47). המדינה לא הראתה מדוע נכון להוציא את הדברים מהקשרם הפשוט, והכול בנסיבות שבהן עצם העברת הכספים נלמדה אף היא כל כולה מפיו של משרהאוי עצמו. אינני רואה אפוא מקור להבחנה בין עובדות האישום האחד-עשר לבין עובדות האישום העשירי, שממנו זוכה משרהאוי על-ידי בית המשפט המחוזי.

105. בניגוד לכך, אינני רואה מקום לזכות את משרהאוי מהעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, שבה

הוא הורשע בגדרו של האישום השנים-עשר. טענותיו בעניין זה הן עובדתיות בעיקרן, ולא ראיתי מקום לסטות בעניין זה מההלכה הנוהגת ביחס להתערבות ערכאת הערעור.

התוצאה העונשית

106. מצאתי, אפוא, כי יש לזכות את משרהאוי מכל העבירות שבהן הורשע, למעט העבירה שיוחסה לו באישום השנים-עשר (מהעבירה שיוחסה לו באישום העשירי הוא זוכה כבר בהכרעת הדין בערכאה הדיונית). בית המשפט המחוזי קבע בגזר הדין כי מתחם העונש ההולם את האישום השנים-עשר נע בין מאסר מותנה לששה חודשי מאסר בפועל.

107. בהתחשב במכלול הנסיבות - העובדה שמשרהאוי נעדר עבר פלילי, מעצרו מאחורי סורג ובריה במשך למעלה משלושה חודשים, שהותו במשך תקופה ארוכה ב"מעצר בית" בתנאים מגבילים בישראל רחוק מביתו ומשפחתו, וזיכוי מהחלק הארי של העבירות שיוחסו לו - אציע לחברי לקבוע כי עונש המאסר שיוטל עליו עומד על פרק הזמן שכבר שהה במעצר מאחורי סורג ובריה, וכי לא יוטל עליו עונש מאסר נוסף מעבר לכך. ביחס לרכיבי העונש הנוספים, אציע כי הקנס ועונש מאסר על תנאי שהוטל על משרהאוי יישארו על מכונם, בכפוף לכך שעונש המאסר על תנאי יחול רק ביחס לעבירה הקבועה בפרק י"א סימן ו' לחוק העונשין.

לקראת סיום: גבולות המשפט הפלילי והמאבק בטרור

108. בטרם אסיים אני מוצאת לנכון להבהיר: המאבק בטרור אמור להיות חד-משמעי ונחרץ. גם מערכת המשפט מגויסת לכך, ובדין. עם זאת, יש לבחון מהו האמצעי המתאים להתמודדות עם כל מצב לפי נסיבותיו. אכן, המשפט הפלילי הוא כלי מרכזי למאבק בטרור, על דרך העמדתם לדין של גורמים המעורבים בפעילות טרוריסטית או מסייעים לה. אולם, כידוע, לעתים אמצעים אחרים מתאימים לכך יותר - בשל מגבלות הנובעות מדיני הראיות ומהנטל הכבד הרובץ על כתיבי המאשימה בדין הפלילי; בשל הצורך להקדים במקרים מסוימים "תרופה למכה"; ובשל קיומם של אמצעים מינהליים שהאפקטיביות שלהם עשויה להיות רבה ומידתית יותר. כך למשל, בידי המדינה נתונים האמצעים לבטל היתרי כניסה לישראל, לאסור על הכנסת טובין שונים לרצועת עזה ואף להחרימם במקרים המתאימים לכך (ראו למשל: בג"ץ 3023/15 אקס אוברסיז נ' מדינת ישראל (30.5.2016); עניין מצלאח). פסק דינו עסק בשאלה שתחומיה מוגבלים ביותר: האם יש מקום לעשות שימוש בכלי הפלילי במקרים של מכירת מוצרים אזרחיים, שאינם מיוחדים לפעילות צבאית, על-ידי אנשים המתגוררים בעזה, כאשר הקונים הם אנשים המזוהים עם חמאס. אני סבורה שיש להשיב על שאלה זו בשלילה בנסיבות הקונקרטיות שנדונו בפנינו. אין בכך כדי לגרוע מפריסתה הרחבה של העבירה של מתן שירות לארגון טרור כאשר מדובר בפעילות בעלת מאפיינים שונים מאלה שנדונו בענייננו - בתחומי מדינת ישראל, מחוץ לגבולות המדינה, וברצועת עזה בפרט.

109. סוף דבר: אם תתקבל עמדתי נדחה את ערעור המדינה בעניינו של שביר (ע"פ 6434/15), בעוד שערעורו של משרהאוי (ע"פ 838/16) על הכרעת הדין יתקבל ברובו, באופן שיוביל להקלה בעונשו כמפורט בפסקה 107 לעיל.

ש ו פ ט ת



השופט (בדימ') צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. חברתי השופטת ברק-ארז פרסה, כידה הטובה, יריעה רחבה של הדילמות שמעוררים תיקים אלה במציאות, הבלתי אפשרית אך קיימת, של שלטון חמאס בעזה שמלבד היותו אויב מוצהר של ישראל מתאפיין גם באכזריות פנימית לא מעטה, כפי שהוכח ביחסו בשעתו לאנשי פת"ח. בעזה קמה מדינת טרור, והטרור הוא "מאפיין גנטי" של פעילות הממשל החמאסי. המשמעות היא "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי", (בבלי ברכות ס"א, ע"א) גם לגבי הסיטואציה שבה עוסקים תיקים אלה. מחד גיסא, ישראל מגוננת על עצמה ועל כן עליה להקפיד על מניעת סיוע לחמאס, ומאידך גיסא מדובר בשלטון המחזיק בשטח ושולט בו ובכך שישראל התירה העברת הטובין לעזה, ועל כן ניצב במובהק האתגר האכיפתי. כפי שצינה חברתי, יש להתמקד - גם במבט לעתיד כמובן - בסעיף 23 לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016, ופחות בתקנה 85(1) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945. הקושי הוא זיהוי "המקום הגיאומטרי" או "קו הפדות" שבו נחצה הגבול בין שימוש תמים או נסבל במסגרת העובדתית והנורמטיבית המורכבת בעזה, לבין סיוע אסור לפי תפיסת המחוקק. לא נכחד כי גם המשיבים התקשו ליתן לקו זה הגדרה "הרמטית", ושמה זו בלתי אפשרית כל עיקר, אך לסיוע באה הנחיית פרקליט המדינה מס' 2.30 ולצדה באים מבחני-העזר שעיצבה חברתי. ואכן, מזה עסקינן בפלילים, ועל כן עלינו לפרש בזירות מוקפדת הטלת אחריות פלילית, ומאידך גיסא עלינו להיזהר שלא לרפות את ידיהן של רשויות המדינה במאבקן כנגד אויב קשה; אלא שאויב זה הוא כאמור השליט בעזה - אין עסקינן בארגון טרור גרידא, החמאס, אלא ב"ארגון טרור שיש לו מעין מדינה" או ישות מעין עצמאית, והכל ברצועה סרים למשמעתו. לפנינו בהקשרים הספציפיים של התיק מצב "דו-מהותי", שכן אין חולק כי טובין מסוימים עשויים לשמש "שימוש אזרחי" ועלולים לשמש לטרור כפשוטו. מכאן הקושי בבחירת הדרך שיבור לו בית המשפט.

ב. לשונו של סעיף 23 לחוק, כמו גם במידה רבה סעיף 25, רחבה וכוללנית. סעיף 23 ("מתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור") מדבר במתן שירות או העמדת אמצעים לארגון טרור שיש בהם כדי לסייע לפעילות הארגון או לקדמה; הנטל להוכיח חוסר מודעות להיות הארגון ארגון טרור הוא על הנאשם, לרבות לגבי חשד והימנעות מבירור. סעיף זה דינו חמש שנות מאסר, וכך גם סעיף 25 שעניינו "מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור", אך לא נידרש אליו שכן התיקים שלפנינו אינם עוסקים בעבירה זו (ראו פסקה 65 של חברתי). ברי כי המחוקק ביקש לשדר מסר של חומרה, גם אם - כפי שצינה חברתי (פסקה 52) - ריכך את הוראת תקנה 85(1) לתקנות ההגנה.

ג. יפה עשה פרקליט המדינה בפרסום ההנחיה 2.30, שבעיניי היא פרשנות חשובה וראויה על פניה לחוק, כמות שצינה חברתי (פסקה 49), גם אם בשל ייחודיות החוק ומורכבותו היה מקום להקדים הנחיה לאישום, רפואה למכה. חברתי הוסיפה משלה (פסקה 86) מבחני עזר נוספים, שעניינם היות ה"שירות" "חלק ממהלך העסקים הרגיל של הנאשם"; ו"הכוונה המיוחדת" לסייע לארגון הטרור (פסקאות 86-90). השאלה שלפנינו היא יישום החוק וההנחיה לנסיבות שלפנינו, כמובן בגדרי מדיניות האכיפה הכללית.

ד. כאן המקום לציין את החשיבות הגדולה שבהחלפת תקנות ההגנה המנדטוריות, שראשיתן כלים בידי השלטון הבריטי למאבק בישוב היהודי הלוחם לעצמאותו, ועל כך רוב מלים אך למותר, והתהליך מתקדם גם אם לא בקצב "מדעים", כלשון הימים האלה; תיקון משמעותי נערך במסגרת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, שביטל את תקנות 185(1) ו-112-111 בנושא המעצרים הביטחוניים, וכן - למשל - ראו לאחרונה בג"ץ 6175/14 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים (11.6.17), שאמנם ניתן בפסק דין לאקוני אך כלל שינויים משמעותיים של ביטול תקנה 94 שעניינה תעודות היתר לעיתונים וכן החלפת פקודת העיתונות. מכל מקום, חוק המאבק בטרור הוא דוגמה לכך. חברתי ניתחה את ההבדלים בין העבירה שבתקנה 185(1) (ג) לתקנות ההגנה לבין סעיף 23 לחוק דנא. כן הטעימה (פסקה 62), כי "בבסיס הצעות החוק עומדת ראייה רחבה של סיוע לארגון טרור אשר כוללת גם שירותים 'לגיטימיים כשלעצמם' שניתנים על-ידי נותני שירותים חיצוניים כגון חברות מחשבים, רואי חשבון ושירותי הסעה. תכלית זו תומכת לכאורה בפרשנות שאינה מצמצמת מדי את ההוראה הקבועה בעבירה של מתן שירות לארגון טרור, על-מנת שזו תוכל להגשים את יעדה. עם זאת, כפי שנראה להלן, גם פרשנות כזו אינה אמורה להיות פרשנות חובקת כל בנסיבות המיוחדות הנוגעות לענייננו" (ראו גם פסקה 71).

ה. בבג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (2009) נזדמן לי לומר, בעקבות חוות דעתה של הנשיאה ביניש, כלהלן:

"חברתי ציינה את הקושי שבסיווג העימות עם הטרור במונחי המשפט הבינלאומי. המערכת המשפטית הבינלאומית נתקלת מדי פעם בחידושים עגומים בפעילותו של הטרור הבינלאומי, לרבות הנשק שבו הוא עושה שימוש (בסיוע מדינות חברות האו"ם, המחויבות כביכול למשפט הבינלאומי) ושיטות הלחימה. בכל פעילותה המתמדת בחקיקת נורמות ובאכיפה אין מערכת משפטית זו מצליחה להתמודד עם האתגרים החדשים לבקרים".

דברים אלה בשינויים המחויבים יפה כוחם גם לענייננו, במובן זה שאחריותם של גורמי הביטחון כוללת גם את זיהוי השימוש בטובין כאלה או אחרים לסיוע לטרור, לעומת השימוש ה"תמים" בידעה כי הטרור ומסייעיו לובשים צורה ופושטים צורה באופן מתמיד, ונוקטים בדרכי "הבה נתחכמה". גם כאן, כמו בעניינים אחרים, מתיצב לפנינו המתח בין זכויות אדם לביטחון (ראו "מאמרי על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כא(1) (תשנ"ח-1997), 21; הובא גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 225). הנה מפתח המאמר (עמ' 226):

"היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הביטחוני והצורך הביטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל. המשא-ומתן לשלום שישראל נתונה בו מצוי בעיצומו, אך גם האופטימיים ביותר אינם צופים כי היא תבוא אל המנוחה ואל הנחלה במישור הביטחוני בטווח הנראה לעין. יימשך אפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם, וימצא את ביטויו המשפטי המרכזי בפרשנות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; יימשך הדיון בשאלות מתי נסוגות הזכויות מפני הביטחון ומהו האיזון בין שמירת הקיום לשמירת צלם האדם - ניסוח המחודד את הדילמה עד תום. נמשיל להתלבט בשאלה מהו המרווח שבין הציווי 'ונשמרתם מאוד לנפשותיכם' במובנו הקבוצתי לבין 'כי בצלם אלקים עשה את האדם' ו'גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה'. בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של ביטחון לשווא, אך הביטחון גם לא יופקר".

דברים אלה יפה כוחם גם עתה. והאתגר עודו רובץ לפתח - החשיבות שבהרתעה ובאכיפה מזה, והרצון שלא "למתוח את החבל" יתר על המידה מזה.

ו. חברתי יישמה את המבחנים והגיעה למסקנות אליהן הגיעה. ככל שהמדובר בשביר, מצטרף אני אליה כנתינת דבריה; ככל שמדובר במשרהאוי היה לי מעיקרא ספק-מה בעמדתה המזכה של חברתי (ראו פסקה 99 לחוות דעתה), ואולם נחה דעתי כי בכל מקרה יהיה עמנו "ספק בכיוון ההפוך", קרי, בעצם הוכחת האשמה, נוכח שאר הרכיבים, ולא נגיע להרשעה "מעבר לספק סביר" - ועל כן החלטתי להצטרף לחברתי גם כאן; ראו רשימתי "ספק ספיקא והיד הרועדת" בפתח ספרו של ד"ר יניב ואקי מעבר לספק סביר, גמישות ההוכחה בדין הישראלי (תשע"ג-2013), עמ' 15. בסיפה שם נאמר "ושוב לספק: בסופו של יום נותר הוא יצור חמקמק, הקשה להגדרה, כמו - להבדיל - אמרתו של השופט האמריקני פוטר סטיוארט על פורנוגרפיה, שקשה להגדירה אך כשרואים יודעים כי היא לפנינו".

ז. מצטרף אני איפוא לחברתי בתוצאה שאליה הגיעה ובעיקרי הנמקתה, ובמיוחד לפסקה 108 שלה, שחשיבותה בכך שלא נרפה את ידי הלוחמים בטרור והעושים במלאכה הקשה הכרוכה בכך, גם אם מחויבים הם ב"זהירות בפלילים" על פי הדין והיושר. מבחננו יהא מאוזן - לא צר מדי ולא מרחיב מדי, והשכל הישר הוא מורה דרך טוב גם בכגון דא.

המשנה לנשיאה (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, י' בתמוז התשע"ז (4.7.2017).

שופטת

שופט (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ')
