

תפ"ח 58697/01/16 - מדינת ישראל נגד השאם חרארה

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 58697-01-16 מדינת ישראל נ' חרארה(עציר)

בפני	כב' השופטת חני סלוטקי - אב"ד
	כב' השופט אלון אינפלד
	כב' השופט אריאל חזק
המאשימה	מדינת ישראל
	ע"י ב"כ עו"ד יואב קישון
נגד	השאם חרארה (עציר)
הנאשמים	ע"י ב"כ עו"ד רסלאן מחאג'נה

גזר דין

הנאשם הורשע על פי הודאתו שניתנה במסגרת הסדר טיעון בין הצדדים, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן (לצורך הסדר טיעון).

כתב האישום המתוקן (לצורך הסדר טיעון) כולל שנים-עשר אישומים בעבירות נגד ביטחון המדינה.

שתיים עשרה עבירות של מתן שירות לארגון טרור - **עבירה לפי סעיף 23 לחוק המאבק בטרור**, תשע"ו-2016 (להלן: "**חוק המאבק בטרור**") (החליף את תקנה 85 (ג) לתקנות ההגנה); אחת עשרה עבירות של חברות בארגון טרוריסטי - **עבירה לפי סעיף 3 לפקודת מניעת טרור**; שתיים עשרה עבירות של אספקת אמצעים לביצוע פשע - עבירה לפי **סעיף 498 לחוק העונשין**, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"); שלוש עבירות בנשק (נשיאה והובלה) - עבירה לפי **סעיף 144(ב) רישא לחוק העונשין**; עבירה של סיוע לניסיון לרצח - עבירה לפי **סעיף 305(1) לחוק העונשין**.

על פי החלק הכללי של כתב האישום בו הודה והורשע הנאשם ארגון החמאס (להלן: "החמאס") הוכרז כארגון טרוריסטי בתאריך 22.6.89 על ידי ממשלת ישראל, וכן הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת בתאריך 15.9.89 על ידי שר הביטחון. ובנוסף, "גדודי עז א-דין אלקסאם" הם פלג של החמאס ומהווים זרוע צבאית של החמאס (להלן: "החמאס הצבאי").

כמו כן, ארגון הג'יהאד האסלאמי הפלסטינאי (להלן: "הגא"פ") הוכרז ביום 29.10.1990 ע"י שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת וביום 22.6.89 הוכרז כארגון טרוריסטי על ידי ממשלת ישראל.

במועדים הרלבנטיים לכתב האישום, הנאשם היה תושב רצועת עזה, ועבד כמפעיל ציוד הנדסי. באמצעות ציוד זה ביצע

את מרבית העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

על פי עובדות האישום הראשון, במועד כלשהוא בסוף שנת 2012, פנה אל הנאשם פעיל החמאס נאצר תאבת (להלן: "תאבת"), המשמש כאחראי על עבודות הנדסיות מטעם החמאס, וביקש מהנאשם לעבוד עם החמאס על הכלים ההנדסיים אותם הוא מפעיל. הנאשם נענה לפנייתו של תאבת וקשר עמו קשר לעבוד עבור החמאס. במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, במועד כלשהוא בסוף שנת 2012 או בסמוך לכך בשנת 2013, בעקבות פניית אנשי חמאס, השתתף הנאשם בחפירת מנהרות באזור נוציראת ברצועת עזה.

המנהרות שהנאשם השתתף בחפירתן חיברו את אזור נוציראת עם מקומות נוספים.

הנאשם השתתף בחפירת המנהרות ביוזעין כי הן נועדו לשמש למעקב ולתקשורת של פעילי החמאס במלחמתם בישראל.

על פי עובדות האישום השני, במועדים שונים שאינם ידועים למאשימה, בסוף שנת 2012 או בשנת 2013, הנאשם נענה לפנייתם של אנשי החמאס, והשתתף בחפירת מנהרות בדיר אל בלח, ברצועת עזה.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת מנהרות מתחת לאזור הראשי בדיר אל בלח, ביוזעו כי מנהרות אלה עלולות לשמש את אנשי החמאס במלחמתו בישראל.

על פי עובדות האישום השלישי, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, נענה הנאשם לפניית אנשי חמאס להשתתף בחפירות באזור אל תופאח ברצועת עזה, תחת פיקוחו של פעיל החמאס המכונה "אלכבאש", והשר לעבודות של החמאס אבו אמיר אל מנאסי, ובנו של אבו אמיר הנ"ל.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת ארבעה בורות שיגור לטילים ברוחב 1.5 מטר ובעומק של כמטר, ברחוב צלאח א-דין באזור אלתופאח ברצועת עזה, כאשר שניים מהם במוצב חמאס שבמקום.

כמו כן, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, באזור רחוב אל נחאל בצומת אלתופאח ברצועת עזה, השתתף הנאשם בחפירת שני בורות שיגור לטילים.

בנוסף, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת 6 בורות למטעני חבלה באזור אלתופאח ברצועת עזה.

הבורות לשיגור טילים נועדו לשמש את החמאס במלחמתו בישראל.

על פי עובדות האישום הרביעי, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, בסוף שנת 2013, נענה הנאשם לפניית פעילי חמאס והשתתף בחפירות עבור החמאס באזור אלמגאזי שברצועת עזה.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת ארבעה בורות להטמנת מטעני חבלה שנועדו לפגוע בחיילי צה"ל ברחוב הראשי שבין נוציראת למגאזי ברצועת עזה.

כמו כן, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת ארבעה בורות למטעני חבלה שנועדו לפגוע

בחיילי צה"ל בכניסה לתחומי מגאזי ברצועת עזה.

בנוסף, במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת חדר וממנו מנהרה עבור החמאס.

על פי עובדות האישום החמישי, הנאשם במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, במועד כלשהוא שאינו ידוע במדויק, בסוף שנת 2012 ובתחילת שנת 2013, ברצועת עזה, נענה בחיוב לפניית פעילי חמאס להשתתף בחפירות עבור החמאס באזור העיר עזה.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת קן שיגור טילים, מזרחית למפעל לריצוף באזור העיר עזה.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת קן לשיגור טילים, באזור שוק פארס ברצועת עזה.

במסגרת הנ"ל השתתף הנאשם בחפירת בורות לשיגור טילים בידעו כי בורות אלה עלולים לשמש את החמאס במלחמתו בישראל.

על פי עובדות האישום השישי, במסגרת הקשר עם הגא"פ ולשם קידומו, חפר הנאשם עבור הגא"פ שני בורות לשיגור טילים, מזרחית לעיר עזה, כשבכל אחד מהם הוכנס צינור לירי הטילים.

הנאשם חפר את הבורות הנ"ל, בידעו כי הם יכולים לשמש את הגא"פ בירי טילים לעבר ישראל.

על פי עובדות האישום השביעי, במסגרת הקשר ולשם קידומו, בתחילת שנת 2013 חפר הנאשם במספר מקומות ברצועת עזה בורות להנחת מטעני חבלה עבור הגא"פ.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, חפר הנאשם בורות להנחת מטעני חבלה באזור צומת מצרים ברחוב צלאח אדין ליד העיר עזה, בכניסה לתחנת הכוח ברצועת עזה והשתתף בחפירת בור למטען חבלה בכניסה למשטרת אל בריג'.

במסגרת הקשר הנ"ל ולשם קידומו, השתתף הנאשם בחפירת בור למטען חבלה באזור אלשעף בצומת תל אל הווא.

הנאשם השתתף בחפירת הבורות הנ"ל בידעו כי הם עשויים לשמש במלחמה נגד ישראל.

על פי עובדות האישום השמיני, במסגרת הקשר הנ"ל עם החמאס ולשם קידומו, במועד שאינו ידוע במדויק בתחילת שנת 2013, השתתף הנאשם בחפירת ארבעה בורות להנחת מטעני חבלה בכניסה לנמל עזה.

בבורות שחפר הנאשם הוטמנו מטענים מסוג סרגל דריכה שהכיל 40/30 ק"ג של חומר נפץ בכל אחד ממטעני החבלה, שנועדו לפגוע בחיילי צה"ל אם יגיעו למקום.

שבוע לאחר הטמנת המטענים הנ"ל, השתתף הנאשם בהוצאת מטעני החבלה הנ"ל מהבורות.

הנאשם, באמצעות מחפרון, העביר את מטעני החבלה הנ"ל למוצב בצפון רצועת עזה.

על פי עובדות האישום התשיעי, במסגרת הקשר עם החמאס ולשם קידומו, פנה אל הנאשם פעיל החמאס אלבטש

וביקש ממנו להגיע לתחום המשטרה באזור גוזאת רצועת עזה.

בהגיעו אל המקום, פגש הנאשם את אל בטאש, שהוביל אותו לחצר בו נמצא טיל של מטוס F16, של צה"ל. במסגרת הקשר האמור ולשם קידומו, ביקש אל בטאש מהנאשם להוביל את הטיל למקום אחר ברחוב אלגרי בעזה.

הנאשם הוביל את הטיל בעזרת מחפרון בו נהג אל המקום שהתבקש, שם פגש פעיל חמאס רעול פנים.

פעיל החמאס רעול הפנים ביקש מהנאשם לחפור בור ליד הבית, להניח בו את הטיל ולכסותו בחול.

פעיל החמאס הסביר לנאשם כי המטרה של הטמנת הטיל היא לפוצץ את הבית במידה ויגיעו אל המקום חיילי צה"ל.

הנאשם מילא אחר הוראת פעיל החמאס, ופעיל החמאס חיבר חוט חשמל אל הטיל.

על פי עובדות האישום העשירי, במועד כלשהוא שאינו ידוע במדויק, באמצע שנת 2014, במסגרת הקשר הנ"ל עם החמאס ולשם קידומו, כחודשיים לפני מבצע צוק איתן, השתתף הנאשם במשך זמן קצר של כחצי שעה בחפירת מנהרה עבור החמאס.

המנהרה נחפרה ברצועת עזה לכיוון נחל עוז ואזור קרני שבשטח ישראל, והנאשם ידע כי היא נועדה לשמש את החמאס במלחמתו בישראל.

על פי עובדות האישום האחד עשר, הנאשם, במהלך סוף שנת 2013, השתתף בחפירת בור להנחת מטען חבלה עבור החמאס ברחוב 8 ברצועת עזה. הנאשם ידע כי הבור והמטען שיונח בו נועדו לשרת את החמאס במלחמתו בישראל.

על פי עובדות האישום השניים עשר, במסגרת הקשר עם החמאס ולשם קידומו, במועד שאינו ידוע במדויק, בתחילת שנת 2013 בג'בליה שברצועת עזה, פנה אל הנאשם פעיל החמאס אל טלאלחה, וביקש ממנו לחפור בור לירי טילים.

טלאלחה לקח את הנאשם לאזור ג'בליה בסמוך לבית ספר כלשהוא, שם חפר הנאשם בור בעומק של 4 מטרים.

הנאשם וטלאלחה הכניסו את הטיל אל הבור, הוציאו אותו, סידרו את הבור והכניסו שוב את הטיל לתוך הבור.

הנאשם עשה זאת בידעו כי הבור והטיל נועדו לשמש את החמאס במלחמתו בישראל.

הנאשם במעשיו הנ"ל נתן שירות לארגון טרור והשתתף בפעולותיו של ארגון טרוריסטי, הוביל נשק שלא כדון, וסיפק אמצעים לביצוע פשע, דבר שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה.

טיעוני הצדדים לעונש

טיעוני המאשימה לעונש:

ב"כ המאשימה הדגיש כי הנאשם הורשע ב-12 אישומים על עבירות טרור ואספקת אמצעים לביצוע פשע, וכן בעבירות

נשק וסיוע לניסיון לרצח.

באשר לעבירות הטרור טען ב"כ המאשימה כי העניין מחייב הבהרה. לטענתו, כתב האישום המקורי ייחס לנאשם עבירה לפי תקנה 185(ג) לתקנות ההגנה (לשעת חירום) שזו עבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. תקנות אלו בוטלו בחוק המאבק בטרור שנכנס לתוקפו ב-1.11.16 לפני כשנה ובהתאם להוראת סעיף 5 לחוק העונשין, החיקוק המקל הוא זה שיש להחילו כאשר יש שינוי בהגדרה של עבירה. בענייננו, סעיף 23 לחוק המאבק בטרור קובע עונש של 5 שנות מאסר לכן צריך לחול החיקוק המקל. ב"כ המאשימה הוסיף וטען כי בכתב האישום המתוקן אומנם לא נכתב בכל האישומים כי הסעיף הוחלף, אולם ברור ומוסכם כי יש להחיל את הסעיף המקל של 5 שנים.

עבירה נוספת בה הורשע הנאשם, היא עבירה לפי הפקודה למניעת טרור, שהעונש בגינה לא שונה ונותר עונש של חמש שנות מאסר.

עוד טען, כי אין להקיש מהעובדה שמדובר בענישה קלה יותר, לכך שיש להקל עם הנאשם בענייננו. זאת, מאחר שהמעשים שעשה הנאשם, שעיקרם חפירת מנהרות, בורות וכדומה, מהווים עבירה לפי סעיף 28(א)(5) לחוק החדש למאבק בטרור. אומנם ההוראה לא חלה במקרה זה, אך ניתן ללמוד על רוח הדברים ולהקיש מהוראת חוק זו.

ב"כ המאשימה הוסיף כי סעיף 28(א)(5) עוסק בהכנה למעשה טרור ומדבר על חפירת מנהרות בצורה קונקרטי. העונש שנקבע בחוק הוא מחצית העונש של העבירה המושלמת שלצרכיה נעשה מעשה ההכנה ואם מדובר בעבירה שדינה מאסר עולם חובה העונש הוא 15 שנה.

לטענתו, מרבית המקרים באישום האמור מתייחסים להכנה לירי טילים, ולמעשה הכנה לרצח. במקרה כזה, העונש צריך להיות 15 שנה. ב"כ המאשימה סבור כי מכאן יש להסיק כי "רוח המחוקק" היא רוח של החמרה.

האירועים המיוחסים לנאשם בכתב האישום הם חפירות, יש שלושה סוגי חפירות, באישומים הראשון השני והעשירי, חפירת מנהרות באופן כללי. זאת, כאשר באישום העשירי חפירת המנהרה היא לעבר ישראל ולכן, אישום זה חמור יותר.

הסוג השני הוא חפירת בורות לשיגור טילים, כמפורט באישומים השישי והשניים עשר.

כמו כן, חפירת בורות להנחת מטעני חבלה.

ב"כ המאשימה התייחס לחפירת מנהרות באופן כללי וטען כי הבעייתיות והקושי הנגרמים מכך הם ברורים, שכן מערך המנהרות משמש את החמאס ללוחמה נגד ישראל, לביצוע חדירות, חטיפה ואף להברחת אמצעי לחימה. כמו כן הזכיר כי גם גופות שני החיילים הנעדרים נלקחו באמצעות המנהרות.

ב"כ המאשימה הפנה ל-ע(אזח"ע) 1023/04 של בית המשפט הצבאי וטען כי כבר בשנת 2004 בית המשפט הצבאי אמר שחפירת מנהרות מהווה סיכון חמור ויש להבהיר כי מדובר במעשה חמור וכן להטיל ענישה חמורה. באותו עניין הוטל עונש של שלוש שנות מאסר בפועל ומאסר על תנאי, בגין אירוע אחד של חפירת מנהרה.

מאז המצב החמיר ובתפ"ח 13-08-26481 נקבע כי מערך המנהרות הוא יסוד לפעילות הטרור המתקיימת בעזה ומהווה איום אסטרטגי על מדינת ישראל, בייחוד לאחר מבצע צוק איתן. באותו עניין, קבע בית המשפט מתחם שנע בין

ב"כ המאשימה הפנה לע"פ 373/16 **מדינת ישראל נ' ג'יהאד אבו חדיד**, שם נקבע כי חפירת מנהרות היא התנהגות פושעת ומסוכנת. בהתאם, העונש הוחמר משש שנות מאסר לשמונה שנות מאסר ובנוסף נאמר שמתחם ענישה הנע בין 4 ל-7 שנות מאסר אינו משקף.

ב"כ המאשימה אישר כי באותו עניין דובר במי שהיה חבר ארגון טרור ולא במי שנשכר לתת שירות.

לטענתו, בענייננו, זהו תחום עיסוקו של הנאשם, ואולם כאשר עיסוק זה פוגע במדינת ישראל, הרי שאין הבדל בינו לבין מי שעושה כן מטעמים אידיאולוגיים, הנזק הוא אותו נזק.

הנאשם ביצע את המעשים על מנת להתפרנס. בנוסף, מדובר במי שנמצא ברצועת עזה שבתחומה אין למדינת ישראל שליטה ועל כן אין כל מניעה כי הנאשם ישוב לרצועת עזה וימשיך במעשיו כדי להתפרנס, כפי שעשה קודם לכן. לפיכך, טען ב"כ המאשימה, אין הבדל גדול בין המקרים והוסיף כי חלק גדול מהעבריינים הביטחוניים פועלים ממניעים כספיים ולא ממניעים אידיאולוגיים ואין משמעות הדבר כי זה פחות חמור.

באשר לחפירת בורות לטילים, טען ב"כ המאשימה כי מדובר בעבירה חמורה, משום שמדובר בטילים שנועדו לפגוע בהתקפה על מדינת ישראל, על כן, הענישה צריכה להיות חמורה יותר.

ב"כ המאשימה הפנה לתפ"ח **1057/07 מדינת ישראל נ' מוחמד אלצופי** שם נקבע מתחם ענישה שנע בין 8 ל-12 שנה בגין סיוע לניסיון לרצח. באותו מקרה, תפקידו של הנאשם היה להוביל, דבר הדומה לאישום התשיעי בתיק דנן. מתחם הענישה שנקבע שם, אושר בבית המשפט העליון בע"פ 2626/13.

ביחס לבורות למטעני החבלה, טען ב"כ המאשימה כי הסיכון והנזק ברורים, משום שהכוונה היא לגרום לכך שחיילי צה"ל יגיעו למקום מסוים, יתפוצצו ויהרגו.

ב"כ המאשימה הפנה לפ"ח **1143/06 מדינת ישראל נ' מועמר עבד אלכרים**, שם נידון הנאשם לעשר שנות מאסר, בגין כך שהוביל מטען חבלה על עגלה עם חמור. לטענתו, בענייננו, מדובר בחפירה שזה למעשה הכנת תשתית להכנת מטען חבלה.

ב"כ המאשימה ביקש להתייחס לע"פ 6434/15 שעוסק בשאלת האחריות שניתן להטיל על תושבי רצועת עזה המבצעים עבודות עבור החמאס, וציין כי המדינה הגישה בקשה לדין נוסף אשר התקבלה, אולם טרם התקיים דיון. לפיכך טען ב"כ המאשימה כי אפשר לטעון כי מדובר בפסק דין שאינו מהווה הלכה סופית.

יתירה מכך, פסק הדין האמור, עורך אבחנה בין פעולות שנעשות לעניינים אזרחיים לבין פעולות צבאיות. שם דובר על מכירה של מוצרים שיש אפשרות שימשו את החמאס כמו למשל מוצרי חשמל. בענייננו, מדובר על פעולות הכנה של תשתית לביצוע פעילות טרור נטו. כך שגם על פי מבחני העזר שנקבעו בפסק הדין, התיק דנן נופל בגדר פעולת הכנה מובהקת למעשים צבאיים.

לשיטת ב"כ המאשימה מתחם הענישה שיש לקבוע ביחס לחפירת מנהרות הוא מתחם הנע בין 5 ל-8 שנות מאסר.

לגבי חפירת הבורות לטיילים - המתחם צריך להיות בין 7 ל-10 שנות מאסר.

לגבי בורות למטעני חבלה - המתחם צריך להיות בין 7 ל-10 שנות מאסר.

ביחס לאישום התשיעי העוסק בסיוע לניסיון רצח, מתחם הענישה הוא בין 8 ל-12 שנות מאסר.

ב"כ המאשימה הוסיף וטען כי לשיטתו יש לגזור על הנאשם עונש נפרד ביחס לכל מקרה ומקרה, ובכל מקרה העונש הכולל צריך להיות כזה שאינו פחות מ-15 שנות מאסר בפועל.

עוד טען, כי אין הרבה נסיבות אישיות בתוך המתחם שיש בהן כדי לשנות את התמונה ולהקל בעונש.

באשר לערך המוגן, טען ב"כ המאשימה כי הערך המוגן שנפגע הוא הערך של ביטחון המדינה, כאשר מבחינת נסיבות ביצוע העבירה הנזק שיכול היה להיגרם הוא אדיר, ויש לקחת זאת בחשבון.

לפיכך, העונש שיש להטיל על הנאשם צריך להיות בתוך המתחם, ברף הגבוה שלו, משום שהודאת הנאשם ניתנה בשלב מאוחר.

טיעוני הנאשם לעונש:

ב"כ הנאשם טען, כי אומנם אין מדובר בתיק שהוא מהתיקים הקלים, אולם בעניינו של תיק זה יש לציין מספר עובדות. הנאשם, לרוע מזלו, מתגורר ברצועת עזה. שם הוא נולד, שם גדל, שם למד, התחתן והוליד ילדים. לנאשם 7 ילדים והוא כבן 42 שנים, ומעולם לא הסתבך, לא בעבירות ביטחוניות ולא בעבירות פליליות. הוא חי את תקופת שלטון ישראל בעזה, התקופה אחרי אוסלו והתקופה אחרי ההפיכה של החמאס ברצועת עזה.

בכל חומר הראיות לא נמצא רקע אידיאולוגי שהיה לנאשם. מדובר באיש פשוט שלמד עד כיתה ה' ולאחר מכן יצא לעבודה.

לפני 22 שנים בחר במקצוע של נהג של ציוד כבד ובזה עבד עוד קודם למלחמות ולמנהרות ולפני כניסת חמאס והשתלטותה על הרצועה. זה המקצוע שלמד ועבד בו כל חייו.

הנאשם במשך כל חייו לא יצא מהרצועה אלא הניסיון היחידי לצאת מהרצועה היה ביום מעצרו כאשר הזדמן לו לעבוד ברשות הפלסטינית והוא הגיש בקשה לאישור לעבור ולעבוד ברשות הפלסטינית. לחברה שעבד בה היה פרויקט ברשות והוא רצה להרוויח יותר ולעבוד ולפרנס משפחה של שבע נפשות.

הנאשם הוא קורבן לתקופה ולמה שקורה באזורנו ולמצב הקשה בו נתקלים גם אזרחים פשוטים בחייהם היומיומיים.

בשנת 2006 הייתה הפיכה צבאית בעזה וחמאס השתלט בכוח על השלטון שם והקים מיני מדינה, ממשלה, משרדים ממשלתיים, מתן שירותים לאוכלוסייה והאוכלוסייה בקשר יומיומי מחייב עם בעלי המשרות שכולם מחמאס שהם

בשלטון.

יש משרד בחמאס שנקרא משרד לעבודות כלליות. פנה אל הנאשם פעיל חמאס נאסר טאבת המשמש כאחראי על פעולות הנדסיות מטעם החמאס והוא נותן הוראות למבצעי עבודות בציוד כבד וכן נותן הוראות לחפירת מנהרות.

נכון שהנאשם ידע את מטרת עבודתו, אך עבודתו הייתה לזמן קצר בכל חפירה. המנהרות הן מתחת לאדמה ועבודתו הייתה לפתוח את הפתח הראשוני על פי ההוראות שקיבל מאנשים אחרים שהיו בתוך השטח שהיו בדרך כלל חמושים והורו לו מה לעשות שם.

ב-12 האישומים לא הוזכר שהיה שימוש באותן מנהרות ונגרם נזק, או שמבורות הטילים שנחפרו היה שימוש לשיגור טילים. זה לא צוין בכתב האישום ואין כל זכר לכך בחומר הראיות.

לנאשם גם מייחסים חברות בהתאחדות בלתי מותרת ומתן שירות. אך הנאשם אף פעם לא יזם חברות בארגון מסוים חוקי או לא חוקי. אף פעם לא פנה אליו מישהו וביקש לגייס אותו לארגון. החברות יוחסה לו רק מכוח ביצוע העבודה והשירות שנתן.

בית המשפט בתפ"ח 162-03-13 לפני כב' השופט אינפלד הגדיר וקבע שם שלאירוע של חברות בארגון טרור שלא כלל אימונים ופעולות צבאיות ונשיאת משרה, ינוע מתחם הענישה בין שש חודשי מאסר בפועל לבין 18 חודשי מאסר.

הנאשם כאן לא היה בעל משרה בארגון, לא עבר אימונים צבאיים בארגון, לא הצטרף לאותם ארגונים אלא בגלל שזה אופי עבודתו וכך המציאות ברצועת עזה וביצוע עבודות כאלה ייחסו לו את העבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת.

ערעור פלילי 373/16 אליו הפנתה המאשימה הינו מקרה שונה לגמרי מהעניין שבפנינו. שם הנאשם התאמן אימונים צבאיים.

בנוגע למבחני העזר בע"פ 6434/15 שאליהם הפנה ב"כ המאשימה, טען ב"כ הנאשם, כי הם דווקא יכולים לתת לבית המשפט כלים שלא למצות את הדין עם הנאשם כי הם נועדו לאנשים כמו הנאשם.

ב"כ הנאשם הפנה לע"פ 3140/10 וע"פ 3279/10 מדובר בשני מערערים שהורשעו בעבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, מגע עם סוכן חוץ, שש עבירות של החזקת נשק, שלוש עבירות של ניסיון רצח, עבירה של אימונים צבאיים אסורים, קשירת קשר לפשע, קשירת קשר לעוון ומתן אמצעים לביצוע פשע. שם בית המשפט הטיל עשר שנות מאסר ומדובר בעבירות שהן הרבה יותר חמורות ובית המשפט העליון דחה את שני הערעורים הן של המדינה והן של הנאשמים.

כמו כן הפנה ב"כ הנאשם לתפ"ח 22343-07-11 שעליו הוגש ערעור לבית המשפט העליון והערעור נדחה. העבירות שם היו חמורות הרבה יותר ובית המשפט גזר עונש כולל של תשע שנות מאסר.

לכן ביקש שלא להחמיר עם הנאשם ולא למצות עמו את הדין בגלל נסיבותיו האישיות.

בסיום הטיעונים לעונש הנאשם ביקש אף הוא לומר את דברו וציין שהוא בן 42, אב לשבעה ילדים ומעולם לא חשב לפגוע בביטחון מדינת ישראל.

הוא גר בעזה ועבד ולא היו לו כל בעיות עד להשתלטות החמאס על רצועת עזה, שאז לא הייתה דרך להתפרנס אלא באמצעות משרד החמאס לעבודות כלליות. לדבריו עבד תקופה בעבודות שונות ואחר כך הוציא אישור לצאת לעבודה בשטחים כי חשב שלא יהיו שם בעיות כמו בעזה. לדבריו, יודע שעשה טעות וביקש סליחה ורחמים.

דין והכרעה

כאמור, הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן (לצורך הסדר טיעון). המדובר בכתב אישום הכולל עבירות רבות על פני מספר אישומים, ועל כן ובהתאם לסעיף 40ג לחוק, בבוא בית המשפט לגזור את עונשו של הנאשם, עליו לקבוע תחילה האם לקבוע מתחם עונש הולם וגזירת עונש מתאים, ביחס לכל אישום בנפרד, או שמא לקבוע כי מדובר באירוע אחד, בגינו יש לגזור עונש כולל.

בעניין זה נקבע בע"פ 1261/15 **מדינת ישראל נ' יוסף דלאל** [פורסם בנבו (3.9.15)] מפי כב' השופט סולברג (בפסקאות 22-23 לפסק הדין) המבחן הבא (ההדגשות במקור):

"כדי לעמוד על עוצמת הקשר שבין העבירות שומה על בית המשפט לעמוד על נסיבות העובדתיות של העניין שלפניו, ולבחון אם יש בהן כדי להצביע על קשר הדוק בין העבירות. נסיבות עובדתיות אלה מהוות "מבחני עזר" לקביעת עוצמת הקשר. במסגרת זו ניתן לבחון, למשל, האם ביצוען של העבירות מאופיין בתכנון; האם ניתן להצביע על שיטתיות בביצוע העבירות; האם העבירות התרחשו בסמיכות של זמן או מקום; האם ביצועה של עבירה אחת נועד לאפשר את ביצועה של העבירה האחרת או את ההימלטות לאחר ביצועה, וכיוצא באלו נסיבות עובדתיות. קיומה של נסיבה אחת או יותר מנסיבות אלו (ואין זו רשימה סגורה) עשוי להעיד על קשר הדוק בין העבירות השונות, המלמד כי באירוע אחד עסקינן. בבחינת הנסיבות העובדתיות, מן ההכרח לבית המשפט להעמיד לנגד עיניו את השאלה האם השקפה על העבירות כעל כמה אירועים תהא מלאכותית, באופן שיגרע ממהות העניין בכללותו, או שלא ישקף את סיפור המעשה כהווייתו.

אם בחינת הנסיבות העובדתיות הובילה את בית המשפט למסקנה כי יש לראות את העניין שלפניו ככמה אירועים, אזי יקבע מתחמי ענישה נפרדים כאמור בסעיף 40ג(ב) לחוק. במצב דברים זה, רשאי בית המשפט לגזור עונש נפרד לכל אירוע (ואז לקבוע את מידת החפיפה בין העונשים או את הצטברותם), או לגזור עונש כולל לכל האירועים. מנגד, אם קבע בית המשפט כי באירוע אחד מדובר, אזי עליו לקבוע מתחם ענישה אחד לאירוע כולו, ולגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע (סעיף 40ג(א) לחוק)".

בענייננו, וכפי שצוין בחלק הכללי של כתב האישום במועדים הרלבנטיים לכתב האישום, הנאשם היה תושב רצועת עזה, ועבד כמפעיל ציוד הנדסי. באמצעות ציוד זה ביצע את מרבית העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

קרי, שניתן ללמוד על "השיטתיות", לפיה הנאשם, במסגרת עבודתו כמפעיל ציוד הנדסי, ביצע עבודות חפירה בעבור

החמאס, שהן למעשה עבירות.

על פי המתואר בכתב האישום, הנאשם ביצע את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, כששימש למעשה "כקבלן ביצוע" לחפירות, לבקשת החמאס. מכאן ניתן ללמוד על הקשר ההדוק בין העבירות השונות.

השקפה על העבירות כעל כמה אירועים תהא מלאכותית ועל כן, יש לקבוע כי המדובר באירוע אחד כמשמעותו בסעיף 40ג(א) לתיקון, בגינו יש לגזור עונש אחד כולל.

הערכים החברתיים שנפגעו

העבירות בהן הורשע הנאשם פגעו הן בערך של **ביטחון מדינת ישראל, חייליה ואזרחיה**, וכן בערך של **ריבונותה של מדינת ישראל**.

מידת הסיכון והפגיעה קשורים בהכרח במאבקה של מדינת ישראל נגד ארגוני הטרור שמטרתם היא פגיעה במדינת ישראל ואזרחיה. לפיכך, המעשים בהם הורשע הנאשם, על רקע המציאות הביטחונית באזורנו והתוצאות הקטלניות שגרמו ועוד עלולות לגרום המנהרות והבורות, מקבל משמעות של חומרה יתרה.

נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

בהתאם לסעיף 40ט(א) לחוק, בבוא בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם לעבירות שביצע הנאשם, עליו להתחשב בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

באשר לנזק שצפוי היה להיגרם, הרי שמדובר בנזק צפוי עצום ורב.

יחד עם זאת, צודק ב"כ הנאשם, כי הנאשם לא הורשע בחפירה בורות או מנהרות שקשורות באופן ספציפי לנזק שנגרם בפועל.

המתואר, בין היתר, באישום העשירי לכתב האישום, שעניינו השתתפות בחפירת מנהרה לכיוון נחל עוז ואזור קרני שבשטח ישראל, עובר למבצע "צוק איתן", מעיד על מידת הסיכון הגבוהה ועוצמת הפגיעה והנזקים שיכלו להיגרם ממעשיו של הנאשם.

כידוע, במהלך מבצע "צוק איתן" היו מנהרות התופת פגיעה קשה בביטחונה של מדינת ישראל.

בורות הטילים שחפר הנאשם נועדו לשמש לירי טילים לעבר מדינת ישראל וכן לאחסון חומרי חבלה, ויכלו לגרום לנזקים רבים.

יודגש, כי אף אם הנאשם לא פעל מתוך מניעים אידיאולוגיים, אלא ממניעים כלכליים גרידא, הרי שאין בכך כדי להוריד מעוצמת הנזק הצפוי ממעשיו. הנאשם ידע לשם מה מבוצעות החפירות ומה מטרתן הקטלנית, ומכאן שהבין את הפסול שבמעשיו.

יחד עם זאת, נתנו דעתנו לסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע העבירות, היינו שהנאשם ביצע את העבירות בהיותו תושב הרצועה המפעיל ציוד הנדסי כבד, שנענה לפניית אנשי חמאס השולטים ברצועה, לבצע עבודות חפירה עבורם, על מנת לפרנס את משפחתו.

בצדק ציין עו"ד קישון שאין להקיש מע"פ 6434/15 **מדינת ישראל נ' שביר** (4.7.17) לענייננו. מעבר לכך שעניין זה מצוי כעת תחת דיון נוסף בבית המשפט, המקרה שלנו רחוק מלהיות דומה לאותם מקרים בהם החליט בית המשפט העליון לזכות או להקל בדינם של אנשי העסקים העזתיים, אשר מכרו סחורות לחמאס. השופטת ברק - ארז התייחסה לקריטריונים להעמדה לדין, אשר נלקחו מתוך הנחית פרקליט המדינה, המופיעים (פסקאות 41 - 43 לחוות דעתה), אך שקללה קריטריונים נוספים ומבחני עזר (פסקאות 86 - 90). עם זאת, המקרה שלנו נופל בבירור למבחן המצומצם ביותר, אשר נדחה על ידי בית המשפט העליון בהיותו מקל מדי על העושים פעולות עבור החמאס (פסקה 84 לפסק הדין). שכן, חפירות בורות לשיגור טילים או הטמנתם, ואף חפירת מנהרות קשורה "לליבת מטרות הארגון ופעילותו". שכן, אף אם לגבי אדם שפרנסתו היא כמפעיל מחפרון, הרי שזהו סוג המקרים בהם אשמתו רבה, למרות שהדבר נעשה "במהלך העסקים הרגיל" (ראו פסקאות 88 ו-90). לכן, למרות שלא מתקיימת לגבי הנאשם הנסיבה המחמירה כעברייני אידאולוגי, בהיות הנאשם עוסק בתחום החפירות לפרנסתו, בכל זאת חומרת מעשיו וריבויים אינה מאפשרת להקל עליו עד כדי הצעת הסנגור, או קרוב לכך.

מדיניות הענישה הנוהגת

בע"פ 373/16 **מדינת ישראל נ' גיהאד אבו חאדיר** [פורסם בנבו(7.2.17)], המשיב הורשע על פי הודאתו בעבירה של פעילות בהתאחדות בלתי מותרת, אימונים צבאיים אסורים, נשיאת נשק, קשירת קשר לפשע ומתן אמצעים לביצוע פשע. בית המשפט המחוזי גזר על המשיב 6 שנות מאסר בפועל ומאסר על תנאי. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש והחמיר בעונשו של המשיב, **ל-8 שנות מאסר**.

בית המשפט נימק החלטתו והדגיש כי אין ערוך לחומרה ולמסוכנות, לגוף ולנפש, כפועל יוצא ממעשיו של המשיב. כמו כן, כי מעורבותו של המשיב בחפירת מנהרה היא התנהגות פושעת ומסוכנת. בית המשפט הוסיף כי לבטח יש למשיב נסיבות אישיות משפחתיות שראוי להתחשב בהן ומגבלות נוספות הנובעות מהיותו אסיר ביטחוני, תושב רצועת עזה. ברם, המסוכנות הרבה, הצורך בגמול הולם ובהרתעה, מחייבים לצמצם במשקל של השיקולים האינדיבידואליים, וליתן משקל רב יותר לצורך בהגנה על מדינת ישראל, חייליה, ואזרחיה. לפיכך קבע בית המשפט העליון, כי מתחמי הענישה שקבע בית המשפט המחוזי, אינם הולמים ולא משקפים את הענישה הראויה.

בע"פ 3140/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו (25.11.2012)], דובר בשני ערעורים שאוחדו, שם המערער (המשיב שכנגד) הורשע בעבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, מגע עם סוכן חוץ, עבירות של החזקת נשק, עבירות של ניסיון רצח, עבירה של אימונים צבאיים אסורים, עבירה של קשירת קשר לפשע, עבירה של קשירת קשר לעוון ומתן אמצעים לביצוע פשע.

בית המשפט המחוזי הטיל על המערער **10 שנות מאסר בפועל ו-24 חודשי מאסר על תנאי**.

המערער ערער על חומרת העונש ואילו המשיבה ערערה על קולת העונש. בית המשפט העליון דחה את שני הערעורים וקבע כי הענישה שהטיל בית המשפט המחוזי אינה סוטה לקולא או לחומרא מרמת הענישה הנהוגה ועל כן יש להותיר

את העונש על כנו.

אין להתעלם מכך שעקב שינוי החקיקה העונש המרבי לכל מעשה ומעשה הוא 5 שנות מאסר, כפי שהסביר עו"ד קישון. נקבע בע"פ 373/16 הנ"ל, כי מתחם העונש למשתתף בחפירת מנהרה אחת (אם כי כחבר ארגון פעיל ולא כעוסק) הוא יותר גבוה מאשר 4 עד 7 שנות מאסר. מתחם גבוה זה היה נכון לפי הדין הקודם במסגרת סעיף 85 לתקנות הגנה (שעת חירום), 1945, כאשר העונש המרבי עמד על 10 שנות מאסר. קל וחומר שהמתחם יהיה נכון במקרים בהם יקבע כי המעשים מקיימים את יסודות העבירה החמורה אשר נחקקה לאחרונה בסעיף 28 (סיפא) לחוק המאבק בטרור, תשע"ו - 2016, שעונשו המרבי 15 שנות מאסר. סעיף, אשר יתאים בדרך כלל לעבירה של חפירת מנהרות. אלא, שעל עניינו של הנאשם, שענינו נדון בתקופת המעבר, חל הסעיף היותר מקל, סעיף 25 לחוק המאבק בטרור, כאמור, לכל מקרה ומקרה. אמנם, ריבוי המעשים מאפשר לקבוע מתחם גבוה עד מאוד אף אם מדובר ב"אירוע" אחד. אולם, בכל זאת יש משקל לכך שעסקינן בסעיף עבירה שעונשו המרבי נמוך יותר (במרבית האישומים, למעט אישום תשיעי). אף שיקול זה נלקח בחשבון, בקביעת המתחם למכלול המעשים בכל האישומים.

בשים לב לכל האמור לעיל, נראה כי מתחם העונש ההולם בגין האירוע בכללותו הוא בין 8 ל-13 שנות מאסר בפועל.

נסיבות שאינן תלויות בביצוע המעשה

בהתאם לסעיף 40ג(ב) לחוק, בעת גזירת העונש, רשאי בית המשפט להתחשב בקיומן של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם, אלא אם מדובר במקרה של שיקום מובהק או משיקולים מיוחדים של ההגנה על שלום הציבור.

בענייננו, יש ליתן משקל לעובדה כי הנאשם הודה בעובדות כתב האישום המתוקן ובכך הביא לחיסכון של זמן שיפוטי. כמו כן יש בנטילת האחריות של הנאשם ובדבריו בפנינו, כדי להצביע על החרטה של הנאשם על מעשיו.

עוד שקלנו את העובדה כי הנאשם כבן 42 שנים והוא ללא עבר פלילי.

כמו כן נתנו דעתנו לפגיעה של העונש בנאשם ובמשפחתו.

קביעת העונש בתוך מתחם הענישה

בשים לב לכל האמור לעיל, אנו דנים את הנאשם לעונשים כדלהלן:

1. 9 שנות מאסר בפועל, מיום מעצרו, 27.12.15.

2. שתי שנות מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו שלא יעבור עבירה מסוג פשע כנגד ביטחון המדינה.

זכות ערעור תוך 45 יום

עמוד 12

ניתן היום, ט' טבת תשע"ח, 27 דצמבר 2017, במעמד הצדדים.

אריאל חזק, שופט

אלון אינפלד, שופט

**חני סלוטקי, שופטת
אב"ד**

S