

ע' 2343/15

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' ההרכב: אלי"ם אהרון משניות – אב"ד

אלי"ם דודו יהב – שופט

סא"ל רונן עצמון – שופט

המערער: אסיד איוב מחמוד אג'רב, ת"ז xxxxxxxxxxxx  
(באמצעות ב"כ פאדי קוואסמה)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית

(באמצעות ב"כ רס"ן בלה גלפנד)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי ביהודה  
(בפני הרכב: האב"ד סא"ל צבי היילברון, רס"ן אתי אדר, רס"ן חיים בלילטי)  
בתיק מס' 5417/14 מיום 23.06.15  
(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 23 בדצמבר 2015, י"א בטבת התשע"ו.

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 32](#)

[חוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016: סע' 37, 38, ב'ב'](#)

## פסק דין

**השופט סא"ל רונן עצמון:**

**ההליך בערכאה הראשונה**

נגד המערער הוגש כתב אישום, המייחס לו שתי עבירות:

האחת, נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת, על כך שב- 30/5/14 נכח בתהלוכה מטעם ארגון החמאס ברמאללה, ואף לבש "צעף חמאס".

העבירה השנייה היא העיקרית והחמורה יותר, סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה, על כך שביום 16/6/14 הסיע ברכבו שניים אחרים – עלאא אג'רב ו- עכרמה אג'רב (המכונה "זידאן") - לשם ביצוע פיגוע. התוכנית הייתה להניח צמיג בוער על כביש, למשוך אליו את כוחות הביטחון, וכשיתקרבו למקום, להפעיל נגדם מטען חבלה שיוטמן בסמוך לצמיג.

השלושה הצטיידו במטען חבלה בעל מנגנון להפעלה מרחוק באמצעות טלפון נייד, מילאו בקבוק בבנזין, אספו צמיג, הניחו את המטען במקום הפיגוע המיועד, הבעירו את הצמיג על הכביש, וצפו אל עבר הזירה ממרחק של כ- 300 מטרים.

למקום הגיעו שישה כלי רכב של כוחות הביטחון, ולאחר מספר דקות נותר במקום רק רכב אחד. מן הרכב ירד חייל אחד כדי לסלק את הצמיג הבווער, אך הוא נענה לאזהרות חבריו וחזר לרכב. המערער וחבריו הפעילו את מטען החבלה באמצעות התקשרות לטלפון סלולארי שהוצמד אליו, והוא אכן התפוצץ, אך החייל הספיק להתרחק ולא נפגע.

בבית המשפט קמא הודה המערער בפרט האישום הראשון – שעניינו נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת – ובחלק מן העובדות של פרט האישום השני. עם זאת, כפר באשמה העולה מפרט האישום השני. לטענתו, הוא לא היה שותף לתכנון המוקדם של חבריו לבצע פיגוע, אלא הסכים רק לבקשתם להסיע אותם ברכבו לבית אבליים. כשהגיע המערער לאסוף את עלאא, האחרון שם ארגז קרטון בתא המטען של הרכב, מבלי לומר למערער מה יש בארגז. לאחר מכן שמו עלאא וזידאן בתא המטען צמיג. במהלך הנסיעה המשותפת ביקשו שני הנוסעים מן המערער לעצור את הרכב ולאפשר להם להוציא את הארגז ואת הצמיג. השניים העלו את הצמיג באש ושוב לרכבו של המערער. הם נסעו יחד עוד כ- 300 מטרים, השניים ירדו מן הרכב והמערער נסע לדרכו.

מטעם התביעה העידו חבריו של המערער, עלאא וזידאן וכן השוטר שגבה את אמרתו של זידאן, ובפרשת ההגנה העיד המערער בלבד. כמו כן הוגשו בהסכמה אמרותיו של המערער במשטרה.

בית המשפט קמא כתב הכרעת דין מפורטת, ואלה עיקריה:

א. זכ"דים מחקירתו בשב"כ של עלאא לא הוגשו לבית המשפט בדרך הנאותה, לא הוכח כי הם בגדר אמרות של המערער, ולכן התעלם מהם בית המשפט.

ב. עדותו של זידאן בבית המשפט לא הייתה מהימנה. היו בה סתירות מהותיות לדברים שאמר באמרותיו המשטריות ולדברים שאמרו המערער ועלאא, והעד לא נתן להם הסברים מספקים. העד מסר כי כל מה שאמר בחקירותיו על המערער לא היה נכון, והדברים נאמרו רק בשל לחץ שהופעל עליו ובשל רצונו לסיים את החקירה. העד אישר חלקים מעדותו הנוגעים לאירוע הנחת המטען, אך ניסה להרחיק את המערער ממעורבות במעשה.

- ג. עדותו של החוקר שגבה את אמרתו של זידאן הייתה מהימנה בעיני בית המשפט.
- ד. עדותו של עלאא חזרה על מגוון פרטים שמסר באמרתו המשטרתית, והוסיפה פרטים על מעשיו של המערער עם העד ביום האירוע. ככלל, העדות הייתה מהימנה בעיני בית המשפט קמא, אך ניכר כי ביקש למעט ככל האפשר את חלקו של המערער במעשים, בייחוד בנוגע למידת מודעותו של המערער למה שהיה בארגז הקרטון שהונח במכוניתו.
- ה. בנוגע לשאלה שבמחלוקת – האם ידע המערער כי בארגז יש מטען חבלה – מסר העד עלאא, כי המערער שאל מה יש בארגז והעד השיב לו ש"מדובר ב'פיקדון' ושלא יתערב". בית המשפט קמא הסתייג מנכונות הפרטים החדשים הללו בנוגע למודעותו של המערער לתוכן הארגז.
- ו. עדותו של עלאא הפכה את הזכ"דים מחקירות השב"כ למיותרים. מן העדות למד בית המשפט כי המערער הסיע את עלאא וזידאן לניחוס אבלים; עלאא שם בתא המטען ארגז קרטון מבלי שהמערער יידע מה בתוכו; לאחר שובם של השלושה מניחוס האבלים אספו צמיג בדרך; הצמיג הובער והקרטון הונח לידו על ידי עלאא וזידאן; המערער הסיעם מרחק קצר ואחר כך עזב את המקום ולא לקח חלק בתצפית על המטען ובפיצוץ המטען.
- ז. בעדותו של המערער בפרשת ההגנה הוא נטש את ההכחשה הגורפת בה נקט בחקירתו בשב"כ, והודה כי היה מעורב בהסעת עלאא וזידאן ביום הפיגוע. לדבריו, הוא ראה שהארגז הונח בתא המטען, ושאל מה יש בתוכו אך נאמר לו שאין זה עניינו. המערער הסביר את כבישת עדותו בכך שלא רצה שידבק בו אשם של עלאא וזידאן על מעשים שלא עשה - אך בית המשפט לא נתן אמון בהסבריו והעדיף על פניהם את אמרותיהם של עלאא וזידאן.
- ח. לאור מכלול העדויות שהובאו בפניו, קבע בית המשפט קמא את הממצאים העובדתיים הבאים: המערער נענה לבקשת עלאא להסיע אותו ואת זידאן לניחוס אבלים. עלאא הכניס לתא המטען של הרכב ארגז קרטון. **לאחר שעלאא נכנס לרכב שאל אותו המערער מה יש בקרטון, ועלאא השיב כי מוטב שלא ישאל שאלות ולא יתערב.** במהלך נסיעתם המשותפת עצרו השלושה ועלאא רכש בניזין בבקבוק והכניסו לרכב. השלושה הגיעו לניחוס האבלים ולאחר שסיימו התבקש המערער להסיע את זידאן ואת עלאא לכביש הראשי, שם התכוונו השניים מראש להניח את המטען שהיה בארגז. **המערער לא היה שותף לתוכנית זו ולא ידע עליה.** במהלך הנסיעה עצר המערער את הרכב לבקשת עלאא, והאחרון הרים צמיג מצד הדרך והניח אותו על מכסה תא המטען של הרכב בעודו סגור. לאחר נסיעה קצרה נוספת הגיעו השלושה לכביש הראשי, שם עצר המערער ועלאא וזידאן לקחו את הצמיג ואת הארגז מן הרכב. הצמיג הובער ומטען החבלה שהיה בארגז הוסתר בצד הכביש. **המערער נכח**

**במקום וצפה במעשיהם של עלאא וזידאן.** האחרונים שבו לרכב ושלושתם נסעו מן המקום. ככל הנראה עקב חילוקי דעות בין המערער לבין חבריו, המערער נסע מן המקום והשאיר את עלאא וזידאן מאחוריו. השניים עלו לתצפית מעל הכביש, וכשהגיעו למקום גיפים של כוחות הביטחון, הפעיל זידאן את המטען על ידי התקשרות לטלפון הנייד שהוצמד למטען החבלה.

ט. **יש לראות את המערער כמי שהיה מודע לקיומו של מטען חבלה בארגז שברכבו בשלב זה או אחר של הנסיעה המשותפת עם עלאא וזידאן.** לכל הפחות הוא עצם עיניו מלברר זאת. יש נסיבות רבות שהיו צריכות לעורר בלבו חשד כי מדובר במטען חבלה: החל בתשובתו החשודה של עלאא לשאלת המערער מה יש בארגז, דרך רכישת בקבוק הבנזין ואיסוף הצמיג, וכלה בהבערת הצמיג ובהנחת המטען בצד הכביש.

י. מעשיו של המערער אמנם סייעו לעבירות של חבריו, אך לא התקיים במערער היסוד הנפשי המתאים לעבירת הסיוע לניסיון גרימת מוות בכוונה. לפי פסיקת בית המשפט לערעורים, להרשעה בעבירת הסיוע נדרש יסוד נפשי כפול: כוונה לסייע לעבריין העיקרי ובנוסף לו רצון להשיג את תוצאות המעשה (במקרה זה – גרימת מוות). תיקון 39 [לחוק העונשין](#) בישראל טרם הוחל באזור במועד כתיבת הכרעת הדין, ולכן בית המשפט קמא לא ראה לנכון לשנות מן ההלכה שנהגה באותה עת בנוגע ליסוד הנפשי הכפול של הגדרת המסייע לעבירה.

יא. בנסיבות העניין, לא ניתן לבסס את הקביעה כי המערער רצה במותו של איש. הוא לא ידע מראש על כוונות הפיגוע של חבריו, לא נטל חלק פעיל במעשיהם, לא ידע דבר על מאפייניו של מטען החבלה ושל יעד הפיגוע ואף הביע הסתייגות כאשר עזב את המקום מבלי להמתין להפעלת המטען. אפילו התביעה לא טענה כי הוכח רצונו של המערער לגרום מוות בכוונה.

יב. לאור זאת, זיכה בית המשפט קמא את המערער מעבירה של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה, והרשיעו רק בסיוע להנחת מטען חבלה. בנוסף, הורשע המערער על פי הודאתו בעבירה של נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת.

לאחר שמיעת טיעוני הצדדים לעונש והבעת חרטה מפיו של המערער, גזר בית המשפט קמא את עונשו של המערער לפי עקרונות הבניית שיקול הדעת בענישה, כקבוע [בחוק העונשין](#) בישראל.

בית המשפט קבע כי המערער וחבריו פגעו במעשיהם בערך החשוב ביותר: חיי אדם, בכך שהיו נכונים לסכן הן את החיילים שהתקרבו למטען החבלה והן את המשתמשים האחרים בכביש. לאחר ניתוח של רמות הענישה בעבירות דומות ואת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה קבע בית המשפט קמא כי מתחם העונש ההולם את מעשיו של המערער הוא בין 30 חודשי מאסר בפועל לבין 4 שנות מאסר בפועל. הנסיבות שאינן קשורות לעבירה – ובעיקר גילו הצעיר והסתייגותו

מאלימות - הביאו את בית המשפט לקבוע את עונשו של המערער קרוב לחלקו הנמוך של מתחם העונש ההולם. בגין העבירה של נוכחות בתהלוכת חמאס נגזר עונש מאסר מותנה בלבד.

כך נגזרו על המערער 3 שנות מאסר לריצוי בפועל; שנתיים מאסר על תנאי למשך 5 שנים, והתנאי שלא יעבור עבירה שעניינה הנחת מטען חבלה או עבירה שיש בה כדי לגרום לסיכון חיי אדם; 6 חודשי מאסר על תנאי למשך 5 שנים, והתנאי שלא יעבור עבירה על תקנה 84 ו-85 לתקנות ההגנה; קנס בסך 5,000 ₪ או חמישה חודשי מאסר תמורתו.

### הטיעונים בערעור

ההגנה הגישה ערעור הן על ההרשעה שבהכרעת הדין והן על עונשו של המערער.

הסנגור הנכבד, עו"ד קוואסמה, צמצם במידה רבה את גדר המחלוקת, וציין כי מקובלים על ההגנה מרבית הממצאים העובדתיים של בית המשפט קמא, ובייחוד העובדה שהמערער התווכח עם חבריו על מעשיהם והתנתק מהם. ההגנה מערערת רק בנושאים הבאים:

א. העובדה שעדותו של עלאא בבית המשפט הרחיקה את המערער ממעורבות בפיגוע אין פירושה בהכרח שהעדות לא נכונה. ייתכן בהחלט שעלאא דובר אמת, והמערער לא היה מעורב במעשים. היה מחדל בחקירת המשטרה, משום שלא שאלו את עלאא שום שאלה על חלקו המדויק של המערער במעשים.

ב. הוא הדין בעדותו של המערער עצמו בפרשת ההגנה. העובדה שניסה להרחיק עצמו מן האירוע אין פירושה שדבריו בלתי נכונים. התמיהה היחידה בדברי המערער, שעליה עמד בית המשפט קמא, נוגעת לכך שעלאא שם את הארגז עם מטען החבלה בתא המטען ואילו את בקבוק הבנזין שם בתוך הרכב. אולם בית המשפט לא הסביר מדוע ראה בכך סיבה לפקפק במהימנותו של המערער.

ג. התביעה לא הצליחה להוכיח את יסודות העבירה של סיוע להנחת פצצה. לא הוסבר ולא הוכח בשום שלב במה סייע המערער למפגעים **לאחר** שנודע לו על קיומו של מטען החבלה.

ד. בית המשפט לא דן באופן יסודי ביסודות עבירת הסיוע, והוא טעה כאשר קבע שהמערער ידע על קיומו של מטען החבלה בארגז הקרטון. אין שום ראיה התומכת בכך. אין ראיה שהמערער ידע או יכול היה לחשוד במה שיש בארגז, ואין ראיה שידע על מעשים מסוימים שעומדים להיעשות בארגז, ולכן לא יכול היה לנסות לסייע לעבירה המסוימת של הנחת מטען חבלה.

ה. לא נכון היה לקבוע שהמערער חשד או עצם עיניו נוכח מה שהיה בארגז, וגם אם עצם עיניו נוכח חפץ לא ידוע שחברו הניח בתא המטען של רכבו, אין פירוש הדבר שהיה עליו לחשוד שמדובר בפצצה דווקא. הרי חבריו אמרו לו שבכוונתם לנסוע לניחום אבלים. גם

אם חשד בקיומה של פצצה, לכל היותר אפשר להרשיעו רק **בהחזקה** קונסטרוקטיבית של פצצה. אך אי אפשר להרשיע בסיוע **להנחת** אותה פצצה.

1. **לעניין העונש** טען הסנגור הנכבד, כי בהיעדר קביעה על מועד התגבשות מודעותו של המערער לקיומו של המטען אי אפשר לקבוע מה מידת חומרת מעשיו. בית המשפט קמא לא נתן משקל משמעותי לכך שהמערער ביקש להתנתק מחבריו מייד לאחר שהבין כי מעשיהם אסורים.

2. לא היה מקום לפסוק כי מעשיו של המערער "נעשו בתחכום רב", שכן הוא כלל לא היה חלק מן התכנון המוקדם ולמעשה לא עשה דבר.

3. התביעה לא הציגה פסיקה שבה רמת ענישה מתאימה, אלא פסיקה על ענישה בנסיבות חמורות בהרבה, ולכן אי אפשר היה ללמוד מה העונש הראוי למערער. העונש הראוי למערער לא צריך לעלות על 12 חודשי מאסר.

התביעה הצבאית השיבה לערער, וזו תמצית תגובתה:

א. בהכרעת הדין יש סקירה יסודית של הראיות, ניתוח נכון שלהן, ומסקנות ברורות ומנומקות.

ב. המערער הכחיש את מעורבותו באופן גורף, ולכן כל גרסה שמסר מאוחר יותר היא גרסה "כבושה", שמחייבת הסבר, ויש להתייחס למהימנותה בזהירות רבה.

ג. לפי הראיות, כבר בשלב הכנסת ארגז הקרטון לתא המטען התעורר בלבו של המערער חשד סובייקטיבי בנוגע למהות תוכנו של הארגז. התשובה שקיבל מחבריו רק חיזקה את החשד. בהמשך הדרך החשד לא הופרך אלא רק התחזק, כאשר חבריו של המערער רכשו בניזן, אספו צמיג והבעירו אותו.

ד. המערער ראה את כל הדברים הללו ולא התרחק מן המקום, אלא הסיע את חבריו עוד מעט. לכן אין לומר כי הסתייג מן הדברים או ניתק עצמו מן הפיגוע.

ה. העבירה והדיון במשפט נעשו לפני שנכנס לתוקף תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון, שעוסק, בין היתר, בהגדרת עבירת הסיוע. לכן חלה על המקרה ההלכה הקודמת, לפיה עבירת הסיוע באזור דורשת יסוד נפשי כפול: רצון לסייע וחפץ בתוצאה הסופית. אך כאשר מדובר בעבירה שאינה תוצאתית, אין חשיבות לשאלה אם המערער רצה שייגרם מוות או פגיעה אחרת. די בכך שרצה בהנחת המטען, או היה אדיש לגבי האפשרות שיונח ולגבי האפשרות שייגרם נזק כלשהו. גם אם לא הוכח רצונו של המערער לגרום מוות דווקא, הרי הוכח שרצה לסייע להניח מטען חבלה, שיגרום לנזק כלשהו.

1. לעניין העונש הראוי למערער, מתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט קמא והעונש שגזר על המערער תואמים את רמת הענישה הנוהגת, בהשוואה לתקדימים שהוצגו, שכולם חמורים במקצת מעניינו של המערער.

### דיון והכרעה

נוכיר, כי מרבית הניתוח שערך בית המשפט קמא לחומר הראיות, ומרבית ממצאיו העובדתיים מקובלים גם על דעת ההגנה. מה ששנוי במחלוקת הוא בעיקר המסקנות שיש ללמוד מן התשתית הראייתית לעניין מידת מודעותו של המערער לקיומו של מטען חבלה, מידת נכונותו לסייע לחבריו להניח מטען חבלה, ומידת רצונו בתוצאה המתבקשת של הנחת מטען זה.

לא ראיתי מקום להתערב בניתוח היסודי שעשה בית המשפט קמא לחומר הראיות. ניתוח זה הובא לעיל בהרחבה. הוא מבוסס במידה רבה על התרשמותו של בית המשפט מעדויותיהם של עדי התביעה והמערער, שהעידו בפניו, ועל השוואה בין עדויות אלה לבין הראיות מחקירותיהם בשב"כ ובמשטרה, שהוצגו בפני בית המשפט. בית המשפט הצביע על נקודות שבהן סתרו העדים דברים שאמרו בחקירות, והסבריהם לסתירות אלה אינם משכנעים. גם הסבריו של המערער לכך שכבש את גרסתו עד למשפט, וניסיונות ההגנה לטעון כי לא יכול היה ולא צריך היה לחשוך בדבר מתוך מעשיהם של חבריו - אינם מניחים את דעתי, כשם שלא הניחו את דעתו של בית המשפט קמא. ההגנה לא הצביעה על טעויות בולטות בדרך הבאת הראיות או בניתוח שעשה בית המשפט למהימנותן, ולכן אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעורים בעניין זה.

אשר למשמעותן של הראיות: אני מסכים עם מסקנותיו של בית המשפט קמא, כי המערער לא היה שותף מראש לתוכניתם של חבריו לבצע פיגוע, ובתחילה כל שהסכים לו היה להסיע את חבריו לניחום אבלים. אך הוכח מעבר לספק סביר, שלכל הפחות המערער חשד בכך, שלתא המטען של מכוניתו הוכנס חפץ "בעייתי". שהרי לשאלת המערער מה יש בארגז, השיב עלאא, כי מוטב שלא יתערב ולא ישאל שאלות. בלשון סג' נהור "מוטב לא לשאול שאלות" משמעה כמובן, שכדאי גם כדאי לשאול שאלות. המערער בחר שלא לבדוק מה בארגז ולא המשיך לשאול אודותיו.

אמנם בהנחה שתשובתו של עלאא לשאלת המערער על תוכן הארגז לא נאמרה בטון מאיים או לחוץ, הרי בשלב הראשון רשאי היה המערער להניח, ואף לטעון, כי המדובר רק בבדיחה, וכי הארגז הכיל חפץ שאינו בעייתי, או חפץ שהחזקתו מעוררת אי-נעימות בלבד (כמו כביסה מלוכלכת או אשפה). אך משום שהמערער לא בירר מה באמת היה בארגז, הרי בכך "עצם עיניו" וחשף עצמו בפני הסיכון, שמאותו שלב הוא מחזיק ומסיע במכוניתו חפץ אסור כלשהו, למשל כספי טרור, סמים מסוכנים או נשק. חשדו של המערער צריך היה לגבור ככל שחבריו הוסיפו ועשו מעשים חשודים יותר ויותר. תחילה רכשו בנזין בבקבוק והכניסו אותו לרכב; אחר כך עצרו, אספו צמיג מצד הכביש והניחו אותו על תא המטען של הרכב; לבסוף הניחו את הצמיג על הכביש, הבעירו אותו והניחו בקרבתו את החפץ שהיה בתא המטען. בכל אחד מן השלבים המאוחרים

הללו המערער יכול היה, וצריך היה, לחשוך כי חבריו עושים פעילות בלתי חוקית, ויכול היה להבין כי יש לכך קשר לחפץ שהונח בתא המטען של רכבו, וכי במעשיו הוא משתתף בפעילות זו.

אף אם לכתחילה המערער לא היה בין מתכנני הפיגוע ולא התכוון להשתתף בהנחת המטען, הרי בהמשך הדרך – תרתי משמע – הפך לחלק מן החבורה העבריינית, וסייע לביצוע התוכנית. עוד יש לציין, כי אף אם אכן התווכח המערער עם חבריו לאחר שהבעירו את הצמיג וחזרו לרכב, הרי מעשי הסיוע – הסעתם של חבריו, ועצירת הרכב בכל פעם שביקשו זאת כדי לקדם את תוכניתם להנחת מטען החבלה – כבר הושלמו לפני שהביע הסתייגותו מהם. לכך נוסף היסוד הנפשי של עצימת העיניים לנוכח הבנתו של המערער – שהלכה והעמיקה כל העת – כי הוא מחזיק בחפץ אסור, ומעורב בהכנות להנחה של מטען חבלה. לבסוף, המתנתו של המערער לצד חבריו כאשר הבעירו את הצמיג והניחו את מטען החבלה בקרבתו, הסירה כל ספק בנוגע למודעותו לכך שהוא נוטל חלק בביצוע פיגוע מטען חבלה. הסכמתו להמשיך להסיע את חבריו גם לאחר הנחת המטען – אפילו למרחק קצר – השלימה את מעשי הסיוע.

גם אם לאחר מכן התגלע ויכוח בין המערער לבין חבריו, ואף אם הוא התחרט על מעשיו ולכן נסע מן המקום, הרי הסיוע להנחת המטען הושלם עוד קודם לכן.

אשר ליסוד הנפשי של עבירת הסיוע:

מעשיו של המערער נעשו בשנת 2014, לפני שנכנס לתוקף תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון. תיקון זה שינה, בין היתר, את העונש בגין עבירת הסיוע לעבירה פלילית **שאינה ביטחונית**. הצדדים הסכימו ביניהם, כי השאלה אם התקיים במערער היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש עבירת הסיוע צריכה להיענות במקרה זה לפי הדין שקדם לתיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון. לא ברור אם הסכמה זו יכולה לגבור על הוראות הדין. והרי סעיף 191 לצו בדבר הוראות ביטחון מורה, כי אם לאחר שבוצעה עבירה חל שינוי בדין, בהגדרת העבירה או בעונש עליה, יחול עליה הדין המקל עם הנאשם.

במקרה זה, תיקון 45 לצו כולל, בין יתר, תיקון לדין הפלילי המהותי הנוגע להגדרתם של מעשים מסוימים כ"סיוע" לעבירה (סעיף 199ה לצו), ולעונש בגין סיוע לעבירה **שאינה** עבירת ביטחון (סעיף 199ו(א)). תיקון 45 **לא שינה** את העונש בגין סיוע לעבירת **ביטחון**, והוא נשאר העונש המרבי הקבוע לעבירה שהנאשם סייע לביצועה. לכן, אין מניעה להחיל על ענייננו את הגדרת עבירת הסיוע ואת העונש עליה, שנהגו לפני תיקון הצו. אולם, גם המצב המשפטי הקודם לא היה פשוט, וגם ההשלכה של התיקון החדש על יסודות עבירת הסיוע שנקבעו בפסיקה – אינה חד משמעית.

נזכיר, כי לפי הדין **בישראל**, מאז תיקון 39 **לחוק העונשין** משנת 1994 והפסיקה שבאה אחריו, די בכך שהמסייע רצה לעזור לעבריין העיקרי, תוך מודעות לכך שעזרתו "יוצרת את התנאים לביצוע עבירה בעלת ייעוד מוחשי". בדין הישראלי אין דרישה שהמסייע ירצה גם להשיג את התוצאה שאותה מבקש העבריין העיקרי להשיג, או שתרומתו תהיה הכרחית לביצוע העבירה, ואין דרישה שהמסייע יידע את כל פרטי העבירה הצפויה. הנימוק להלכה זו בישראל הוא, שהמחוקק קבע



בתיקון 39 [לחוק העונשין](#), שסיוע לעבירה אינו עוד צורה של ביצוע העבירה העיקרית, אלא עבירה חדשה העומדת בפני עצמה, ועונשה אף הוא מנותק מן העונש בגין העבירה העיקרית. (ע"פ 320/99 **פלונית נ' מ"י** (פורסם בנבו, 15/2/2001)). בישראל, העונש בגין סיוע לעבירה הוא בדרך כלל מחצית מן העונש בגין העבירה העיקרית (למעט בעבירות שעונשן מאסר עולם, שהסיוע להן עונשו המרבי בין 10 לבין 20 שנות מאסר, ולמעט בעבירות טרור, שיידונו להלן). כיוון שהעונש המרבי הפך קל יותר, לא הייתה מניעה לכך שבית המשפט העליון ירחיב את מעגל המסייעים לעבירה, על ידי הקלת דרישת היסוד הנפשי, והסתפקות בכך שהמסייע ירצה לסייע לעבריין העיקרי לבצע עבירה (מבלי לדרוש שהמסייע ירצה גם בביצוע העבירה).

במשך שנים רבות הפסיקה **באזור** אימצה את הגישה שנהגה בישראל **לפני** תיקון 39 [לחוק העונשין](#). מכוח אותה גישה, לשם הרשעה בסיוע לעבירה צריך להוכיח יסוד נפשי "כפול": גם שהנאשם רצה לסייע לעבריין העיקרי, וגם שלנאשם היה היסוד הנפשי המתאים להרשעה בעבירה, שהתכוון העבריין העיקרי לבצע. במילים אחרות, התביעה נדרשה להוכיח כי הנאשם בסיוע רצה גם הוא בביצוע העבירה העיקרית, ובהשגת אותה תוצאה כמו העבריין העיקרי.

גישה זו נחשבת "מצמצמת" יחסית לגישה הנוהגת כיום בישראל, שכן כאשר יש שתי דרישות מצטברות כתנאי להרשעה, פחות נאשמים יענו לשתייהן ועל כן פחות נאשמים יורשעו בסיוע.

מצד שני, אם מתקיימים שני התנאים, והמסייע חפץ גם הוא בתוצאה שאליה כיוון העבריין העיקרי, יש בכך הצדקה לקבוע שהעונש המרבי בגין סיוע כזה יהיה העונש הקבוע לעבירה המוגמרת (ולא מחצית ממנה, כמקובל בישראל).

כל עוד לא הוחלו באזור עקרונותיו של תיקון 39 [לחוק העונשין](#) – שלאחריו בא השינוי בדרישת היסוד הנפשי בפסיקה בישראל – קבעו מרבית שופטי בית המשפט הצבאי לערעורים, כי אין מקום לשנות את ההלכה הנוהגת באזור, ויש להוסיף ולדרוש יסוד נפשי "כפול", כתנאי להרשעה בסיוע לעבירה. (ראה ע' איו"ש 09/xxxx **התביעה הצבאית נ' מאמון קמר** (פורסם 2010) והפסיקה המנויה שם).

עם זאת, בשנים האחרונות היו גם הלכות אחרות בבית המשפט הצבאי לערעורים, ולפיהן יש הצדקה לאמץ בפסיקת האזור את הגישה "המרחיבה" של היסוד הנפשי לעבירת הסיוע (ראה ע' 3404/08 **האני זין אל-דין נ' התביעה הצבאית** (פורסם בנבו, 19/11/2009)). לפי פסיקה זו, בסוגיית הסיוע לעבירה, כמו בתחומים אחרים של המשפט הפלילי, יש לשאוף להרמוניה בין הדין הפלילי באזור לבין הדין הפלילי בישראל. כיוון שהיסוד הנפשי לעבירת הסיוע נקבע בפסיקה ולא בחקיקה, הרי לאחר שהשתנתה הגישה הנוהגת בפסיקה בישראל, וכל עוד אין חקיקה המונעת החלתה באזור, יש לשנות גם את הגישה בפסיקה באזור, ולהסתפק בדרישת כוונה לסייע בלבד, מבלי לדרוש שהמסייע ירצה גם בביצוע העבירה המוגמרת.

נותרה אפוא בעינה המחלוקת, מהו היסוד הנפשי הנדרש לביסוס עבירת הסיוע באזור. תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון לא סייע לפתרון מחלוקת זו, אלא סיבך אותה עוד יותר. כיום קובע סעיף 1199 לצו, כי העונש בגין סיוע לעבירה **שאינה ביטחונית** יהיה מחצית העונש הקבוע לעבירה.

זהו העיקרון גם לפי [חוק העונשין](#) בישראל, והוא תומך בגישתם של אלו הגורסים, שהיסוד הנפשי בעבירת הסיוע צריך להיות כמו בישראל, דהיינו כוונה לסייע לעבריין העיקרי ותו לא. מצד שני, גם לאחר התיקון החדש לצו באזור, בעבירות **ביטחוניות** נשאר העונש בגין סיוע כמלוא העונש על העבירה שעשה העבריין העיקרי. בכך נותר על כנו ההסדר החוקי, שעליו ביסס בית המשפט לערעורים את ההצדקה לדרוש יסוד נפשי "כפול", כוונה לסייע וכוונה שהעבריין העיקרי יבצע את העבירה המוגמרת.

אני רואה בתיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון, הזדמנות נוספת להתאים את יסודות עבירת הסיוע באזור ליסודות אותה עבירה בדין בישראל. לגבי **העבירות שאינן ביטחוניות**, קל לנמק זאת: אם הגדרת העבירה דומה ואם העיקרון העונשי דומה למה שקבוע בחקיקה בישראל (מחצית העונש בגין העבירה העיקרית), אין סיבה שהיסוד הנפשי לעבירה באזור לא יהיה דומה ליסוד הנפשי הנדרש בישראל. לגבי הסיוע **לעבירות ביטחוניות** באזור, אמנם לכאורה הנאשם בעבירות כאלה צפוי לעונשים חמורים מאלו שמקובלים לפי [חוק העונשין](#) בישראל, אך למעשה במרבית המקרים לא נגזר העונש המרבי ואין הבדלים ניכרים בעונשים שנגזרים על המסייעים לעבירות באזור – אולי למעט מקרים של סיוע לפיגוע שגרם למותם של רבים.

הרקע הביטחוני של העבירה אינו יוצר עבירה חדשה, אלא מוסיף נסיבת חומרה – מניע לאומני או רקע ביטחוני - לעבירת הסיוע, ונסיבה זו מצדיקה החמרה בעונש המרבי הקבוע בחוק.

כפי שציין בית המשפט העליון בישראל ב-ע"פ 320/99 **פלונית הנ"ל**, כאשר שינה את היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הסיוע, השאלה האם רצה הנאשם בביצועה של העבירה בידי העבריין העיקרי היא שאלה של מניע ולא של מצב נפשי. לכן מקומה של שאלה זו בשלב גזירת עונשו של העבריין, ולא בהכרעה האם עבר עבירה של סיוע. אדם שהסכים לבקשת חברו ונתן לו אקדח כדי ש"ייצא לפעולה נגד היהודים", או שהסכים להסיע את חברו שהיה רעול פנים בדרכו "למשהו שעוד תשמע עליו בחדשות", יוצר סיכון לביטחון הציבור וראוי שייאשם בסיוע לעבירה. זאת, בלי קשר לשאלה אם המסייע רצה שאותו חבר יבצע עבירה, והאם צפה או רצה שהעבריין ישדוד בנק, או יפר את הסדר, או יגרום למותו של אדם.

השאלות, אם הנאשם-המסייע יכול היה לצפות איזו עבירה תבוצע, האם רצה בה והאם היא אכן יצאה לפועל לבסוף - יהיה בהן כדי להשפיע על עונשו של המסייע, אך אין סיבה שהן יכריעו אם יורשע בעבירת הסיוע או יזוכה ממנה כליל.

עוד יש לזכור, כי העונשים שקבועים בחקיקה לצד עבירות הסיוע השונות הם עונשים **מרבניים**. אין בהם כדי למנוע הטלת עונש קל על מי שביצע עבירת סיוע בנסיבות מקלות: בין משום שהמסייע היה אדיש לאפשרות ביצוע העבירה ולא מאד רצה בה, ובין משום שמעשי הסיוע או העבירה שבוצעה היו קלי ערך במהותם. כמידת חומרת הסיוע וכמידת רצונו של המסייע לפגוע בציבור - כך יהיה עונשו. הגדרה זו של הסיוע יוצרת לא רק הרמוניה בין הדין בישראל לבין הדין באזור, כהנמקת חברי כבי המשנה לנשיא לקח ב-ע' 3404/08 **האני זין-אל-דין הנ"ל**, אלא היא אף יוצרת רצף הגיוני לעבירות הסיוע באזור כשלעצמן: היא מאפשרת הרשעתו בדין של מי שסייע במודע

לאחר לבצע עבירה מסוימת, ויוצרת מנעד גמיש ורחב של ענישה, שעשוי להתחיל בעונשים קלים, אך עשוי להסתיים בעונשים כבדים מאד כשמדובר בסיוע מכוון לעבירות ביטחוניות חמורות.

לכן, איני רואה סיבה שלא להחיל את הדרישה ה"מרחיבה" של הדין בישראל לגבי עבירת הסיוע, גם על עבירת הסיוע לפי החקיקה באזור.

ומן הכלל אל הפרט: במקרה שבפנינו המערער אמנם לא היה מעורב בתכנון הפיגוע, וייתכן שבתחילה לא ידע מה יש בארגז שהונח בתא המטען של מכוניתו. אך לאחר שקיבל תשובה מחשידה ולא בירר מה בארגז, וככל שחלף הזמן ורבו מעשיהם החשודים של חבריו – יכול וצריך היה להיות מודע לכך שהוא מסיע את חבריו לאתר, שבו תבוצע עבירה הקשורה בצמיג, בנזין ואולי גם בחפץ שבתא המטען. כשהובער הצמיג והונח בקרבתו החפץ שהוצא מתא המטען – כבר היה ברור למערער כי הוא מסייע לפיגוע כלשהו. כיוון שהסכים להסיע את חבריו עוד מרחק-מה גם לאחר שהונח מטען החבלה, הוכיח בכך שגם אם התעוררה בלבו הסתייגות מהנחת המטען, הרי היה זה רק לאחר שכבר השלים את מעשי הסיוע שלו.

המערער היה מודע לכך שהוא מסיע את חבריו לכביש הראשי כשברשותם מטען חשוד, בקבוק בנזין וצמיג ישן; הוא המתין להם וראה אותם מניחים את המטען ומבעירים את הצמיג; והסיע אותם מן המקום. בכך יצר במודע תנאים להנחת מטען חבלה, ולבריחתם של חבריו מן המקום מבלי להיתפס. לכן, הייתה הצדקה להרשעתו של המערער בעבירה של סיוע להנחת מטען חבלה.

במאמר מוסגר ולמעלה מן הדרוש לצורך ערעור זה אציין, כי ייתכן שלו עשה המערער את מעשיו כיום (ולפי חלק מן השופטים גם קודם לתיקון 45) אפשר היה להרשיע אותו בעבירה של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה; שהרי לפי הגישה ה"מרחיבה" שביטאתי לעיל, לא נדרשת הוכחה שלמסייע תהיה אותה כוונה כמו למפגעים עצמם, ודי שהתכוון לסייע לעבירה, שמטבעה יש בה סיכון ממשי לחיי אדם. מובן, שעונשו היה נגזר לפי מידת החומרה של מודעותו ושל מעשי הסיוע שלו, ולא בהכרח היה מוטל עליו העונש המרבי השמור לעבריין העיקרי. מכל מקום, כיוון שהתביעה לא ערערה על הזיכוי מן העבירה המקורית, וכיוון שמעשיו של המערער נעשו לפני תיקון 45, ויש להחיל עליהם את הדין המקל עם המערער, לא היה מקום להרשיעו בכך במקרה זה.

כאן המקום לציין, כי קראתי את פסק דינו של חברי כב' השופט אל"ם משניות, החולק על דעתי. ראיתי לנכון להתייחס לשתי סוגיות שהעלה בנוגע לדינו של המסייע. האחת, החלת גישה הרמונית בנוגע לדינו של המסייע באזור ובישראל, והשנייה התאמת הפסיקה החדשה לעיקרון החוקיות והמידתיות שבמשפט הבינלאומי. אשר להרמוניה בין עבירות הסיוע באזור ובישראל: אכן, המחוקק באזור החליט להפחית את העונש בגין עבירת הסיוע לעבירה שאינה ביטחונית, ולהותיר את העונש על עבירת הסיוע לעבירה ביטחונית כעונשו של העבריין העיקרי. אפשר לראות בכך כוונה להותיר בעינו את היסוד הנפשי הכפול של הסיוע לעבירה הביטחונית, כפי שפסק חברי; אך אפשר להסתכל על הדברים מהיבט אחר, ולומר כי המחוקק באזור קירב את עבירת הסיוע

למקובל בישראל, והבחין בין העבירות רק בעונש המרבי הקבוע לסיוע בעבירת ביטחון. מכאן אפשר ללמוד כי כוונת המחוקק הייתה דווקא שהיסוד הנפשי של העבירות יהיה דומה.

זאת ועוד, הקביעה כי לעבירת הסיוע לעבירה ביטחונית יהיה יסוד נפשי שונה מיסודה של עבירת הסיוע ה"רגילה", עלולה ליצור מצב שהוא לחלוטין לא הרמוני: במקרה שנאשם עשה מעשה סיוע לעבירה, תוך אדישות לשאלה מה מטרתו של העבריין העיקרי, והאם הרקע לעבירה ביטחוני או פלילי – הרי אם יתברר שהרקע למעשה היה פלילי "בלבד", העבריין יחויב בדין; אם לעומת זאת יתברר, שהעבירה הייתה על רקע ביטחוני – ואפילו היא חמורה יותר – הנאשם עשוי דווקא לצאת זכאי בדינו. זאת, במקום שיש שני המקרים, ובמקרה שבו העבירה המוגמרת הייתה ביטחונית, יראו בכך נסיבה מחמירה והעונש המרבי יהיה חמור יותר.

שמירת ההרמוניה בין דיני הסיוע בישראל ובאזור הפכה מורכבת עוד יותר כשנחקק לאחרונה בישראל [חוק המאבק בטרור תשע"ו-2016](#). [סעיף 37](#) לחוק זה קובע, כי מי שעובר עבירה מסוימת כחלק ממעשה טרור (למעט עבירות שהוגדרו במפורש בחוק המאבק בטרור או בפרק [בחוק העונשין](#) העוסק בעבירות ביטחוניות) – עונשו יהיה **כפל העונש** שקבוע לעבירה ה"רגילה".

[סעיף 38](#) לחוק המאבק בטרור, שכותרתו "ענישה בשל קשר וסיוע לעבירה שהיא מעשה טרור" קובע, כי על סיוע לעבירת טרור יחול העיקרון הכללי [שבסעיף 32 לחוק העונשין](#), לפיו במרבית המקרים עונשו יהיה **מחצית** העונש הקבוע לעבירה. אך העונש הבסיסי שממנו תיגזר המחצית הזו יחושב לפי [סעיף 37](#) לחוק המאבק בטרור, כלומר **כפל** העונש המקורי. בניסיון לפשט את הנוסחה המסורבלת שקבע החוק החדש לחישוב עונשו של המסייע לעבירות טרור, אפשר לומר כי סיוע למרבית העבירות שבחוק [העונשין](#), שיעברו כחלק ממעשה טרור – יהיה כעונשו של העבריין העיקרי. האם מכאן עלינו להסיק כי המחוקק הישראלי ביקש לשנות גם את היסוד הנפשי של עבירת הסיוע לעבירות ביטחוניות ולהחיל מחדש את הגישה המצמצמת?

[סעיף 38](#) לחוק המאבק בטרור נכלל [בסימן ב'](#) לחוק, שכותרתו "החמרה בענישה". אפשר להסיק כי תכליתו של [סעיף 38](#) לחוק הייתה רק להחמיר בעונשה של עבירת סיוע על רקע טרוריסטי, ולא להגדיר מחדש את יסודות עבירת הסיוע. אמנם אין עדיין פסיקה בישראל על השלכותיו של חוק המאבק בטרור על היסוד הנפשי של עבירת הסיוע, אך ספק בעיניי אם בתי המשפט בישראל יראו בחוק זה סיבה דווקא לצמצם את גבולות אחריותו של המסייע לעבריין הביטחוני, על ידי אימוץ של יסוד נפשי כפול לעבירה זו.

אשר לסוגיה השנייה, שהעלה חברי אל"ם משניות, של שמירה על עיקרון החוקיות ועל מידתיות העונש: הגישה העולה מפסק דינו של חברי היא, כי אי אפשר להרחיב אחריותו הפלילית של תושב באזור מוחזק (השייך לאוכלוסיה מוגנת), אלא בחקיקה. קשה לי להשלים עם גישה זו, כאשר ההגבלות על האחריות הפלילית נקבעו בפסיקה ולא בחקיקה. האם בתי המשפט מנועים מלקבל הלכות חדשות, המתקנות פסיקה קודמת, שלדעתם לא הייתה מדויקת – למשל בענייני ראיות או גבולותיהן של הגנות בפלילים – אם אפשר לפרש הלכות אלה כמרחיבות את האחריות הפלילית?

לדעתי, גם בתי המשפט באזור יכולים לתקן הלכות של עצמם ולנקוט פרשנות מרחיבה, ואין הם צריכים להמתין למחוקק, בייחוד כשהמחוקק באזור אינו מן הממהרים לחוקק. כל עוד השינוי בהלכה אינו חל על עבירה שנעברה לפניו, לא יפגע עיקרון החוקיות. וכל עוד לא גוזר בית המשפט עונש החורג מן העונש ההולם בגין העבירה **המסוימת** שבפניו – להבדיל מן העונש המרבי הקבוע לאותו סוג עבירות – נשמר עיקרון המידתיות.

לפיכך, אני סבור כי נכון יהיה לדחות את ערעור ההגנה על הכרעת הדין.

אשר לערעור על חומרת עונשו של המערער.

כפי שפירטתי לעיל, בית המשפט קמא ניסח את גזר דינו לפי עקרונותיו של תיקון 113 [לחוק העונשין](#). הוא קבע מתחם עונש הולם לפי הפגיעה בערך המוגן של שמירת חיי אדם, מדיניות הענישה הנוהגת ונסיבות ביצוע העבירה.

כפי שציין בית המשפט קמא, התביעה הציגה בפניו תקדימים שעניינם חמור בהרבה מעניינו של המערער, משום שעסקו בסיוע מכוון למחבל מתאבד (ע' 2551/05 **אסמאעיל חנון נ' התוב"ץ**; ע' 335/03 **התוב"ץ נ' כרים כהן**). מצד שני בית המשפט נתן משקל לתקדים שהציג הסנגור (תיק יהודה 4123/03 **התוב"ץ נ' עאדל חרוב**) שם נגזרו 4 שנות מאסר על מי שהיה חבר בחוליה צבאית וסייע להנחת מטען חבלה שהופעל נגד אוטובוס.

אולם, בצדק דחה בית המשפט קמא את החישוב שעשה הסנגור, לפיו מתוך עונש של 4 שנות מאסר בפועל, 3 שנים נגזרו בגין חברות בחוליה צבאית, ורק שנת מאסר אחת נגזרה בגין הנחת מטען החבלה.

בית המשפט התחשב בכך שהמערער לא יזם את המעשים אלא נגרר אחרי חבריו, לא ברור באיזה שלב הפך למודע לכך שהוא מסייע להנחת מטען חבלה, אך גם לאחר שראה זאת, הסיע את חבריו מן המקום. עוד שקל לקולא כי בסופו של דבר לא נגרם נזק מהפעלת מטען החבלה. לחומרא ציין בית המשפט קמא כי הנחת המטען נעשתה תוך תחכום מצד חבריו של המערער וכי יצרו סיכון משמעותי לחייו של החייל שהתקרב למטען. אף שאני מסכים עם טענת הסנגור, כי חלקו של המערער במעשים לא התבטא ב"תחכום רב" וכי אין סיבה לייחס לו את התחכום של חבריו, לא ראיתי בכך גורם בעל השפעה ניכרת על מתחם העונש ההולם.

לאור זאת, לא מצאתי שגיאה במתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט קמא בגין העבירה של סיוע להנחת מטען, המשתרע בין 30 חודשים לבין 4 שנות מאסר בפועל.

בקביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם התחשב בית המשפט קמא בנסיבות רלוונטיות: העובדה שהמערער היה בן פחות מ-20 שנה בעת ביצוע העבירה, עברו נקי, בדברו האחרון אמר כי הוא נגד אלימות והדבר נתמך גם בכך ש"בסופו של דבר הורה הנאשם לשותפיו לעזוב את רכבו". לאור זאת, ראה לנכון לקבוע את העונש בחלקו התחתון של מתחם העונש ההולם. יש לציין, כי בגין העבירה של נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת, שבה הורשע המערער, הסתפק בית המשפט קמא בעונש מאסר מותנה.

העונש שעליו ערערה ההגנה - 3 שנות מאסר בפועל – אינו מחמיר עם המערער, ולא ראיתי סיבה להתערב בו. לכן, אציע לחבריי לדחות גם את הערעור על גזר הדין.

### **האב"ד אל"ם אהרון משניות:**

אני מסכים לתוצאה שאליה הגיע חברי כב' השופט עצמון בדבר דחיית הערעור. אולם אינני תמים דעים איתו בדברים שכתב ביחס ליסוד הנפשי של עבירת הסיוע, שלדעתו ראוי לפרשו בהתאם לפירוש שניתן לו פסיקת בית המשפט העליון לאחר תיקון 39 [לחוק העונשין](#), ואני מבקש להבהיר את עמדתי.

עקרונית, גם אני סבור כי צריך לצמצם את הפער בין הדין הפלילי באזור לבין הדין הפלילי בישראל. אלא שלדעתי, בדרך כלל ראוי שהדבר יעשה רק ככל שיש בו כדי להיטיב עם זכויותיהם של התושבים המקומיים. צעד גדול בכיוון זה נעשה עם חקיקתו של תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון, אשר מחיל את רובן הגדול של הוראות תיקון 39 [לחוק העונשין](#) על הדין הפלילי באזור.

אלא שבתיקון 45 נקבעו כמה הבדלים, שבהם שונה הדין באזור מהדין המקביל בישראל. אחד מהם מתייחס לעונשו של מסייע לעבירה, אשר בעבירות רגילות עונשו מחצית מהעונש שנקבע למבצע העיקרי, כפי שנקבע בתיקון 39, ואילו בעבירות ביטחון עונשו המרבי הוא כעונשו של המבצע העיקרי, למעט חריגים בודדים שנקבעו בחוק.

נראה, כי המחוקק ביקש לקבוע רף חומרה מיוחד בעבירות ביטחון, ולכן החליט לשנות מהדין בישראל ביחס לעבירות אלה, ונמנע מלהחיל עליהן את ההקלות שנקבעו בתיקון 39 ביחס לענישה בעבירות נגזרות. הדעת נותנת שכשם שהדין הקודם נותר על כנו ביחס לעונש, כך ראוי שייעשה גם ביחס ליסוד הנפשי, לאמור כי ההגדרה שנקבעה לו בפסיקה בעידן שלפני תיקון 45, תיוותר על כנה גם לאחר התיקון, שהרי ביחס לסיוע לעבירות ביטחון, תיקון 45 לא שינה למעשה דבר מהדין הקודם.

כפי שציין חברי, הפסיקה באזור על מהותו של היסוד הנפשי לסיוע לפי הדין הקודם, אימצה את הגישה שנהגה בישראל לפני תיקון 39 [לחוק העונשין](#). לפי גישה זו, לשם הרשעה בסיוע לעבירה, צריך להוכיח יסוד נפשי "כפול": גם שהנאשם רצה לסייע לעבריין העיקרי, וגם שלנאשם היה היסוד הנפשי המתאים להרשעה בעבירה שהתכוון העבריין העיקרי לבצע. כך נהג גם בית המשפט קמא בעניינו של המערער דנו, כאשר קבע כי לא התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של סיוע לניסיון גרימת מוות בכוונה, ולכן זיכה אותו מעבירה חמורה זו, ותחת זאת החליט להרשיעו בעבירה קלה יותר של סיוע להנחת מטען חבלה.

על הזיקה שבין חומרת העונש לבין הדרישה ליסוד נפשי מוגבר, עמד כבר בית משפט זה בעניין קמר, אשר קטע נרחב ממנו צוטט בפסק הדין של בית משפט קמא, כאשר ציין, בין היתר, כי:

**"... קיים קושי מהותי בהרחבת משטר האחריות על מי שהיה מודע בלבד לטיב התנהגותו מבלי שהיה חפץ בהתרחשות העבירה, תוך העמדתו בסיכון כי עונשו יהא זהה לזה של העבריין העיקרי. בהעדף אבחנה עונשית בין**

**השניים, המדיניות הראויה מתחייבת, על כן, לדבוק בדרישת היסוד הנפשי הכפול** (ע' 1975/09 התביעה הצבאית נ' מאמון קמר (פורסם בנבו, 29.12.10)).

חברי סבור כי תיקון 45 יוצר הזדמנות להתאים את יסודות עבירת הסיוע באזור ליסודות אותה עבירה בדין בישראל, גם ביחס לעבירות ביטחון, אף שביחס אליהן תיקון 45 לא שינה דבר. לדעתו, למרות ההבדל בדין ביחס לעונשו המרבי של מסייע בעבירות ביטחון, בפועל אין הבדלים ניכרים בעונשים שנגזרים על המסייעים לעבירות באזור בהשוואה לעמיתיהם בישראל. לכן, סבור חברי, כי ראוי ליצור "הרמוניה בין הדין בישראל לבין הדין באזור" ביחס לטיבו של היסוד הנפשי, גם ביחס לעבירות ביטחוניות. ואילו אני סבור שאין מקום ליצירתה של הרמוניה בין הדין באזור לבין הדין בישראל, מקום שהמחוקק יצר בכוונת מכוון הבדל ביניהם, כפי שנעשה בדינו של המסייע.

דומני שדווקא עניינו של המערער יכול להמחיש את הבעיה בגישה שמציע חברי. אילו היינו נוהגים במערער לפי הדין בישראל, ומסתפקים ביסוד נפשי מופחת של מודעות לסיוע בלבד, ניתן היה להרשיע אותו בעבירה המקורית שיוחסה לו, של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה, למרות שבית המשפט קמא קבע כי לא הוכח שנתקיים בו יסוד נפשי ביחס לתוצאה קטלנית. מדובר בהרחבה ממשית של היקף האחריות הפלילית בהשוואה להלכה שנהגה עד כה באזור, וספק בעיני אם ראוי להרחיב אחריות פלילית בדרך של פרשנות פסיקתית, ואם גישה מעין זו עולה בקנה אחד עם עיקרון החוקיות.

השופט חיים כהן, היטיב להגדיר את עיקרון החוקיות במילים הבאות:

**"כלל גדול הוא בדיני העונשין: "אין עונשין מן הדין" (סנהדרין נ"ד, ע"א, ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוק בלב. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן המושכלות הראשוניים הם, ואין צורך להאריך" (ע"פ 205/73, סטיבן איבן רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2), 365, עמ' 373-372).**

עיקרון החוקיות נקבע במפורש **בחוק העונשין** במסגרת תיקון 39, ועתה – במסגרת תיקון 45 לצו בדבר הוראות ביטחון, הוא נקלט גם בתחיקת הביטחון, בסעיף 188א לצו, אשר קובע כי **"אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם נקבעו בדין או בתחיקת הביטחון"**. אני סבור כי אחד הביטויים של עיקרון זה הוא שככלל, לא ניתן להרחיב את האחריות הפלילית של אדם, אלא בחקיקה מפורשת, ולא ניתן לעשות זאת בדרך של פרשנות פסיקתית, כפי שמציע חברי.

כך, למעשה, נקבע גם בעניין **פלונית** שהזכיר חברי, אשר בו אמנם נקבע כי ניתן להסתפק ביסוד נפשי מופחת ביחס לעבירת הסיוע, אולם נאמר גם שהשינוי ביסוד הנפשי נובע מהשינוי שנעשה בתיקון 39 ביחס למידת החומרה של מסייע: **"... אכן, עבירת הסיוע הפכה בתיקון 39 מאחת**

**הצורות האפשריות להשתתפות בביצוע העבירה העיקרית לעבירה נפרדת הנתפסת על-ידי המחוקק כנושאת חומרה מופחתת. אי לכך, אין לדרוש זהות בין המחשבה הפלילית בעבירה העיקרית לבין זו בעבירת הסיוע. די בכך שהמסייע שם לנגד עיניו את המטרה לסייע לעברייני העיקרי... "** (ע"פ 320/99, פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22,37).

ומכלל ההן ניתן ללמוד על הלאו: שמקום שעבירת הסיוע נתפסת כבעלת מידת חומרה זהה לזו של העבירה העיקרית, חומרה שבאה לידי ביטוי בעונש הזהה לשתי העבירות, יש בכך כדי להשליך גם על היסוד הנפשי של המסייע, שראוי שיהיה דומה לזה של המבצע העיקרי, כפי שאכן נקבע בפסיקה שלפני תיקון 39 בישראל, ופסיקה שקדמה לתיקון 45 באזור.

במיוחד אמורים הדברים, כאשר עסקינן באוכלוסייה המקומית באזור, שיש לה מעמד של אוכלוסייה מוגנת, לפי הוראות אמנת ג'נבה הרביעית. על אופן יישומה של אמנה זו באזור נאמר כי

**"...הפרשנות התכליתית המתאימה את הוראות האמנה למציאות הישראלית ותנאי האזור מחייבת בראש ובראשונה מתן משקל רב לזכויותיה של האוכלוסייה המוגנת, ובתוך כך גם לזכויות העצורים..."** (בג"ץ 2690/09, יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 28.03.10), פסקה 7).

נראה לי כי המשקל המוגבר שצריך לתת להגנה על זכויותיה של האוכלוסייה המוגנת תומך גם הוא בתוצאה שאליה הגעתי.

נראה לי שכך עולה מלשונו של סעיף 67 לאמנה, אשר קובע, בין היתר, את הדברים הבאים ביחס לסמכות בתי המשפט הצבאיים: **"The courts shall apply only those provisions of law which were applicable prior to the offence, and which are in accordance of law, in particular the principle that the penalty shall be proportionate to the offence"** (כתבי אמנה שפורסמו בנבו, עדכון אחרון מיום 23.01.03).

סעיף 67 לאמנה הנ"ל קובע גם את עיקרון החוקיות, אשר לפיו ניתן לייחס לנאשם אחריות פלילית רק לפי הוראות חוק שהיו בתוקף קודם לביצוע העבירה, וגם את עיקרון המידתיות, אשר לפיו מידת העונש תהיה שקולה כנגד חומרת העבירה. ספק בעיניי אם גישתו של חברי, אשר לפיה ניתן להרשיע נאשם בעבירה של סיוע, שהעונש המרבי עליה עלול להיות כדינו של מבצע עיקרי, כאשר היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה זו פחות במידה ניכרת מהיסוד הנפשי הנדרש להרשעתו של המבצע העיקרי, עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 67 הנ"ל. הספק נובע גם בשל עיקרון החוקיות, בשים לב להחמרה ביסוד הנפשי בהשוואה להלכה שהייתה נהוגה עד כה, וגם בשל עיקרון המידתיות, נוכח חוסר ההלימה שיש בה בין חומרת העונש המרבי הקבוע בחוק, ובין חולשתו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה.



מכל הטעמים הללו, אני סבור כי אין לשנות מההלכה שהייתה קיימת עד כה, ולפיה, כאשר עונשו המרבי של המסייע זהה לעונשו המרבי של המבצע העיקרי, לא ניתן להסתפק ביסוד נפשי של מודעות למעשה הסיוע בלבד, אלא נדרש גם כי יתקיים במסייע יסוד נפשי מוגבר של חפץ בביצוע העבירה, בדומה למבצע העיקרי. כזה הוא דינו של מסייע בעבירות ביטחון גם לאחר תיקון 45.

כאמור לעיל, בכפוף להבהרה זו, אני מסכים עם חברי כי יש לדחות את הערעור, גם על הכרעת הדין וגם על גזר הדין.

### **השופט אל"ם דוד יהב:**

אני מסכים לתוצאה הסופית של חברי, ובמחלוקת ביניהם בעניין היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירת סיוע לעבירות ביטחון דעתי היא כדעתו של האב"ד אהרון משניות.

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט סא"ל רונן עצמון.

ניתן היום, 03 בינואר 2017, ו' בטבת התשע"ז, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק פסק דין זה לידי הצדדים.

\_\_\_\_\_  
שופט

\_\_\_\_\_  
אב"ד

\_\_\_\_\_  
שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

אהרון משניות 54678313-2343/15

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה