|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים** | | |
|  | | |
| פסק דין 8638/11 | | 23 פבר 2015 8638-11 |
|  | | |
| **השופטים** | 1. ס' ג'ובראן 2. צ' זילברטל 3. ד' ברק-ארז | |
|  | | |
| **המערער** | פלוני ע"י עו"ד רות לוין | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבה** | מדינת ישראל ע"י עו"ד רחל זוארץ לוי | |

**פסק דין**

[מפסק הדין הושמטו חלקים לפי סעיף 70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984]

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש לזכות את המערער, פלסטיני [...] אשר ביצע עבירות ביטחוניות חמורות, לרבות כאלה הכרוכות במסירת מידע לגורמי חמאס, על בסיס טענתו שביצע אותן בתנאים של כפייה ואונס? זו הייתה השאלה המרכזית שהתעוררה בערעור שבפנינו.

רקע עובדתי

1. [...]

1. במהלך התקופה שבה שהה בעזה פנו אל המערער גורמים עוינים, ובהם אנשים מטעם ארגוני טרור שונים על מנת שישתף עמם פעולה, ובכלל זה יעביר להם מידע שעשוי לסייע לפעילותם. בשל רגישות המידע העולה מעניינו של המערער ועל מנת לשמור על ביטחונו, מובא הרקע העובדתי שבבסיס הערעור בקצרה ותוך השמטת פרטים שאינם דרושים.

1. המערער לא חלק למעשה על כך שקיים מגעים עם אותם גורמים עוינים [...]

כתב האישום וההליכים עד כה

1. ביום 28.5.2009 הוגש נגד המערער כתב אישום לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (תפ"ח 1080-09, סגנית הנשיא ר' יפה כץ והשופטים א' ואגו ו-י' צלקובניק). כתב האישום נגד המערער כלל שלושה אישומים שנסבו על קשריו עם ארגונים עוינים בזמן שבו התגורר בעזה. בגדרו של האישום הראשון יוחסו למערער עבירות של מגע עם סוכן חוץ (לפי סעיף 114(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)), קשירת קשר למסירת ידיעות לאויב העלולות להיות לו לתועלת בכוונה לפגוע בביטחון המדינה (לפי סעיף 111 (חלופה שלישית) בצירוף סעיף 92 לחוק העונשין) וקשירת קשר לפשע (לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין). בגדרו של האישום השני יוחסו למערער עבירות של מגע עם סוכן חוץ (לפי סעיף 114(א) לחוק העונשין), קשירת קשר למסור לאויב ידיעות העלולות להיות לו לתועלת בכוונה לפגוע בבטחון המדינה (לפי סעיף 111 (חלופה שלישית) בצירוף סעיף 92 לחוק העונשין), מסירת ידיעות לאויב העלולות להיות לו לתועלת בכוונה לפגוע בבטחון המדינה (לפי סעיף 111 (חלופה שלישית) לחוק העונשין) ומתן שירות להתאחדות בלתי חוקית (לפי תקנה 185(1)(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה)). בגדרו של האישום השלישי יוחסו למערער עבירות של קשירת קשר לפשע (לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין) ניסיון למתן שירות להתאחדות בלתי חוקית (לפי תקנה 185(1)(ג) לתקנות ההגנה), וכן הסתננות (לפי סעיף 2 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954). שני האישומים האחרונים נסבו על מגעיו של המערער עם ארגון חמאס. הוא נעצר והועמד לדין בגין העבירות שיוחסו לו לאחר שעבר את הגבול לישראל, בדרך בלתי חוקית.

1. כפי שעולה מן האמור לעיל, ואף צוין על-ידי בית המשפט המחוזי, גדרה של המחלוקת במקרה זה היה מצומצם יחסית ונסב על השאלה האם המערער פעל בשירותם של גורמים עוינים מתוך רצון כן ואמיתי לסייע להם, או האם סיוע זה היה למראית עין בלבד [...] טענה נוספת שהעלה המערער הייתה כי עומדת לו הגנת הכורח הקבועה בסעיף 34יב לחוק העונשין, כיוון שחשש שאם לא יעשה כדברם של גורמי הטרור, אלו יפגעו בו.

1. בית המשפט המחוזי נתן את הכרעת דינו של המערער ביום 14.7.2011, ובה זיכה את המערער מן העבירות שיוחסו לו בגדרו של האישום הראשון אך הרשיע אותו בעבירות שיוחסו לו בגדרם של האישומים השני והשלישי.

1. בית המשפט המחוזי קיבל את טענותיו של המערער בכל הנוגע לקשריו עם ארגון הטרור שעל מגעיו עמו נסב האישום הראשון, וקבע כי יש עיגון בחומר הראיות לכך שלאורך כל הדרך הוא פעל באופן שנמנע משיתוף פעולה אמיתי עם הארגון. על כן, המערער זוכה מן העבירות שיוחסו לו במסגרת האישום הראשון.

1. לעומת זאת, טענותיו של המערער נדחו בכל הנוגע לעבירות שיוחסו לו במסגרת האישומים הנוספים שנגעו לארגון חמאס. ביחס למידע שמסר המערער לחמאס, בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של המערער כי פעל מתוך כורח וקבע כי הדבר לא עלה מחומר הראיות, ובכלל זה מעדותו של המערער, גם אם אכן חשש מארגון חמאס. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי אף אם המערער לא פעל ממניעים אידיאולוגיים המכוונים נגד מדינת ישראל, בסופו של דבר הוא ביצע את המעשים המיוחסים לו, ומסר פריטי מידע רגישים על אתרים בישראל, שההשלכות של מסירתם יכולות להיות הרות גורל [...] בית המשפט המחוזי קבע כי המערער מסר את הדברים מרצונו ובהסכמתו, מתוך ידיעה כי המידע נדרש לצורך פגיעה בביטחון המדינה [...] על כן, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו במסגרת האישומים השני והשלישי. בית המשפט המחוזי ציין כי אין לשלול [...] כי אין מדובר במי שנחלץ לעזרת חמאס מתוך שכנוע פנימי ורצון אותנטי להקל על ביצוע פיגועים בישראל. אולם, בית המשפט המחוזי קבע כי בסופו של יום המערער עבר את העבירות האמורות, כך שלכל היותר תתאפשר התחשבות בו בשלב גזירת הדין.

1. ביום 9.10.2011 ניתן גזר דינו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי הביא בחשבון בגזר דינו את חומרת העבירות שבהן הורשע המערער, מחד גיסא, ואת העובדה שלא פעל ממניע אידיאולוגי [...] מאידך גיסא. בסיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי הטיל על המערער עונש מאסר בפועל של שבע שנים (מיום מעצרו), וכן מאסר מותנה של שנים עשר חודשים למשך שלוש שנים מיום שחרורו, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת פשע.

הערעור שבפנינו

1. הערעור שבפנינו מכוון כנגד הכרעת הדין בלבד.

1. באת-כוחו של המערער, המיוצג על-ידי הסניגוריה הציבורית [...] טענה כי ביחס לכוונות לקשירת קשר ולהעברת ידיעות עתידיות, בית המשפט המחוזי שגה כשקבע כי המערער שיתף פעולה עם חמאס באופן כן ואמיתי, וכי מתקיים בו היסוד הנפשי לעבירות האמורות. כן טענה באת-כוח המערער שבמסירת המידע לחמאס חש המערער מאוים, ולמעשה היה נעדר יכולת להתנגד לדרישות הארגון, מחשש שיבולע לו, כך שעומדת לו הגנת הכורח לפי סעיף 34יב לחוק העונשין.

1. לטענת באת-כוח המערער, בית המשפט המחוזי היה צריך לקבוע קביעות דומות לאלה שקבע בגדרו של האישום הראשון, גם בגדרם של שני האישומים הנוספים שנסבו על הקשר עם ארגון חמאס [...] כמו כן, העירה באת-כוחו של המערער כי הוא סיפר בחקירתו כל אשר היה ידוע לו בשלב מוקדם מאוד, וזאת בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי כי התנהלותו בחקירה ביחס למגעיו עם החמאס התאפיינה ב"הליכה בין הטיפות".

1. באשר לתחולתה של הגנת הכורח, טענה באת-כוח המערער כי למערער לא הייתה חלופה מעשית לדרישתם של פעילי חמאס כי ימסור להם מידע. זאת, בשים לב לכך שארגון חמאס שולט ברצועת עזה ובעבר אף כלא את המערער ועינה אותו. על כן, כך נטען, המשמעות של אי שיתוף הפעולה עם ארגון זה הייתה ידועה באופן קונקרטי למערער, גם ללא הצהרה מילולית מפורשת בעניין. באת-כוח המערער אף ביקשה להשוות בין מצבו של המערער למצבו של חייל ישראלי שנפל בשבי האויב, אשר לא היה עומד לדין על מסירת מידע כפי שהיה בעניינו של המערער.

1. באת-כוח המדינה ביססה את ההבחנה בין האישומים השונים על קביעותיו של בית המשפט המחוזי. ביחס להגנת הכורח שהעלה המערער, טענה באת-כוח המדינה כי לא הונח להגנה זו בסיס עובדתי מספק. לשיטת המדינה, המערער אינו יכול להסתמך באופן גורף על הגנת הכורח אך על סמך ישיבתו בעזה באותה עת. המדינה הוסיפה כי המערער עצמו העיד כי פעילי חמאס לא איימו עליו.

דיון והכרעה

1. לאחר שבחנו את הדברים הגענו לכלל מסקנה שדין הערעור להידחות.

1. ביחס לטענות הנוגעות לרצונו של המערער לשתף פעולה באופן כן עם גורמי חמאס, אף אנו התרשמנו כי המערער לא בחר בדרך של ביצוע עבירות ביטחוניות מטעמים של עוינות למדינת ישראל. אולם, בסופו של דבר, הוא בחר בדרך שבה הלך, והעדיף אותה על דרכים אחרות, בין השאר לקידום תועלתו האישית [...] המערער עשה כן תוך שהוא מעמיד בסכנת חיים אנשים אחרים, בכך שמסר מידע רגיש שהיה ברשותו. בטענותיו של המערער כי יש ללמוד גזירה שווה מזיכויו מהאישום הראשון לשני האישומים האחרים, לא מצאנו ממש. בית המשפט ערך אבחנה מפורטת ומנומקת בין מגעיו של המערער עם שני הארגונים וביסודות העבירה ביחס למגעים עם כל אחד מהם. אלו קביעות שבהן לא מצאנו טעם להתערב.

1. כאמור, במרכזו של הערעור עמדה הטענה כי ביחס למידע שמסר לארגון חמאס, עומדת למערער הגנת הכורח, כקביעתה בסעיף 34יב לחוק העונשין, המורה כך:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שנצטווה לעשותו תוך איום שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו, ושאנוס היה לעשותו עקב כך".

דא עקא, המערער לא הראה כי התקיימו בו תנאיה של הגנה זו.

1. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, טענת הכורח שהעלתה באת-כוחו של המערער הוצגה במתכונת שיכולה הייתה לעורר לכאורה דילמה לא פשוטה, אילו הונח לה בסיס עובדתי מספיק. אין צריך לומר כי אדם שחי תחת שלטון המטיל אימה ופחד, שלטון שלא נרתע ממעשי אכזריות ומנטילת חייהם של אנשים, אינו "חופשי" במעשיו כאדם שחי בנסיבות של מדינה דמוקרטית שבהן "הרשות נתונה". עוד יוער, כי הגנת הכורח אמנם סויגה ביחס לעבירות ביטחוניות מסוימות בדרגה הגבוהה ביותר (לפי סעיף 93 לחוק העונשין), אך סייג זה לא חל על העבירות שבהן הורשע המערער. השאלה של כניעה לדרישותיו של שלטון אכזר, שאינו בוחל באמצעים, חזרה והתעוררה בהקשרים מגוונים לאורכה של ההיסטוריה האנושית, ולא כל שכן במהלך המאה העשרים שידעה זוועות מודרניות. הייחוד במצבים אלה נעוץ בכך שלציפייה כי הפרט המאוים יפנה לרשויות אכיפת החוק, כפי שדברים אמורים למשל, ביחס לאדם הטוען כי ביצע עבירות בשל סחיטה ואיומים מצד פושעים, אין אחיזה של ממש בקרקע המציאות. היבט נוסף שמייחד אותם הוא העובדה שהסכנה המרחפת מעל ראשו של מי שמסרב לשתף פעולה עם המשטר אינה מתבטאת בהכרח באיום מיידי לאלימות, אלא באיום "תלוי ועומד" לנקיטת צעדים אלימים מצד השלטון בטווח הנראה לעין, מבלי שקיימת דרך מילוט מן הכפיפות לו. אולם, בסופו של דבר, בנסיבות שלפנינו הגענו לכלל מסקנה כי לא הונח בסיס להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי ושאינם מתיישבים עם הגנת הכורח שהציג המערער.

1. בעיקרו של דבר, התשתית העובדתית לא מבססת את המסקנה כי המערער פעל כפי שפעל כי היה אנוס לפעול כך, דהיינו כי לא ניצבה בפניו כל חלופה אחרת – וזאת אף מבלי לקבוע מסמרות בשאלה האם הוכח קיומו של איום או אם לאו. בשונה מחייל שבוי, המערער לא היה זר ומנותק מסביבתו. הוא היה מעורה בחיים ברצועת עזה, והיה חופשי לנוע בה ולשוחח עם אנשים אחרים [...] הוא מסר מידע רגיש, אשר חלקו היה ידוע לו באופן בלעדי, והעמיד בכך אנשים מסוימים בסכנת חיים ממש [...] גם גרסתו כי חשש שמא בוחנים אם הוא דובר אמת, נשללה על ידי בית המשפט המחוזי. למעשה, ועמד על כך גם בית המשפט המחוזי, אף המערער לא טען בפה מלא כי פעל כפי שפעל רק בשל עוצמת האיום שחש [...]

1. באופן כללי יותר, ניתן להוסיף כי עיצובה של התשובה המשפטית למצבים מסוג זה חייב להיות מושפע מהכרה במצוקתו של הפרט שנדרש להתמודד עם מצבים אלה, מחד גיסא, לבין הימנעות ממתן "כרטיס פתוח" לביצוען של עבירות בנסיבות חיים קשות, מאידך גיסא. על כן, לא אחת, ההתמודדות עם מצבים מסוג זה אינה מבוססת על הענקת פטור מאחריות פלילית, אלא על הכרה בפתרונות "רכים" יותר, כדוגמת הקלה בענישה. כך למשל, חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, ללא ספק דוגמה ייחודית לשאלה של התמודדות אנושית ומשפטית עם משטר רצחני, מבחין בין נסיבות שבהן האילוץ שלו הוכפף הפרט מצדיקות הענקת הגנה בפלילים (סעיף 10 לחוק זה) לבין נסיבות המצדיקות הקלה בעונש בלבד (סעיף 11 לאותו חוק). אף בנסיבות פחות קיצוניות ניתן לקחת בחשבון מצבים אשר אינם מספיקים לצורך ביסוס הסייג מן הצד האחד, אך קרובים אליו מבחינה רעיונית, לצורך הקלה בענישה. הדבר מעוגן כיום בסעיף 40ט(א)(9) לחוק העונשין, אולם היה מוכר בשיטתנו המשפטית עוד בטרם תיקון 113 לחוק העונשין במסגרתו נוסף הסעיף לחוק. אם כן, הכרה בהקלה בענישה אפשרית על פי החוק הנוהג במצבים "קרובים" לסייג, בהם האדם עומד "על סיפה של ההגנה", בנסיבות שונות של כפיפות לאלימות או לאיום (ראו: ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.8.2006); הדר אבירם "'כמעט כורח'? – סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 601 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 715 (2014)).

1. בהמשך לכך, אף אנו סבורים כי הנסיבות המיוחדות שאפפו את ביצוע העבירות הצדיקו בהחלט את ההקלה בעונשו של המערער, כפי שנהג בית המשפט המחוזי. אין ספק כי ללא הקלה זו היה המערער נשפט למאסר ממושך יותר מזה שהושת עליו, כפי שנהוג בדרך כלל ביחס למי שמורשע בעבירות דומות (ראו למשל: ע"פ 1220/08 פלוני נ' מדינת ישראל (31.1.2010); ע"פ 3577/12פריח נ' מדינת ישראל (23.7.2014)). אולם, נסיבות מיוחדות אלו אינן מצדיקות את סיוג אחריותו הפלילית של המערער, שערער על הכרעת הדין בלבד.

1. אשר על כן, הערעור נדחה.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

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

ניתן ביום, &rlm;ד' באדר התשע"ה (&rlm;23.2.2015).

הותר לפרסום היום, י"ז באדר התשע"ה (8.3.2015).

פסק הדין נשלח במתכונתו המלאה אל באי-כוח הצדדים, ולפי החלטתנו מיום 23.2.2015 הם הציעו השמטות מסוימות מהנוסח המלא על מנת להגן על המערער ומשפחתו. יצוין, כי המערער ביקש בתגובתו להורות על איסור פרסום פסק הדין בכללותו, בשל החשש שזהותו תיחשף. לאחר שבחנו את הדברים, השמטנו את הפרטים שהמשיבה הציעה להשמיט, וכן פרטים נוספים על מנת לתת מענה לחששות שהעלה המערער, והשמטות אלה הוטמעו בנוסח פסק הדין הנ"ל. אנו מתירים לפרסם את פסק הדין בגרסה מצומצמת זו, כשאיסור הפרסום על שמות הצדדים ועל פסק הדין המלא נותר בעינו.

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט ת

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11086380\_A09.doc עכ

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il/)