

ריבונות כערך מוגן בדין הפלילי

מאת

יותם ברגר ואלדר גילרון*

מבוא

מעשי הטבח שביצעו מחבלי חמאס בשבעה באוקטובר בדרום הארץ מציבים בפני מערכת המשפט הישראלית שורת שאלות משפטיות תקדימיות ומורכבות. בין הדילמות המשפטיות הללו מצויה ההתלבטות המונחת בימים אלה לפתחה של התביעה בדבר סעיפי האישום המדויקים אשר יש לייחס למחבלים שהשתתפו בטבח. בבסיס דילמה זו עומדת, בין היתר, ההבנה שהעמדת מחבלי שבעה באוקטובר לדין בגין עבירות המתה, אלימות, טרור ומין "מן המניין" – חמורות ככל שיהיו – אינה נותנת מענה מלא והולם למאפייניהם החריגים של המעשים שבוצעו באותו יום.

במאמר זה, נטען כי יש מקום לשקול את העמדתם לדין של המעורבים בטבח לא רק בגין עבירות המתה, אלימות, טרור, ומין – אלא גם בעבירת הפגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה לפי סעיף 97 לחוק העונשין.¹ עבירה זו, הנושאת בצידה עונש מאסר עולם או מיתה, קיבלה תשומת לב שיפוטית ואקדמית מוגבלת עד כה. עם זאת, וכמוסבר להלן, עיון בה מעלה כי היא הולמת רכיב מרכזי הייחודי לנסיבות המעשים שבוצעו בשבעה באוקטובר ולמטרות שביקש חמאס להשיג באמצעותם.

* יותם ברגר הוא עורך דין וסטודנט לתואר שלישי ב-Stanford Law School; אלדר גילרון הוא עורך דין וסטודנט לתואר שני ב-Yale Law School.
¹ ס' 97 לחוק העונשין, התשל"ד-1977 (להלן: חוק העונשין).

ראשית, נתמקד בחריגותם של המעשים שבוצעו בשבעה באוקטובר, ונעמוד בקיצור נמרץ על חלק מן הדילמות, המורכבויות, והקשיים המשפטיים הניצבים בפני גורמי אכיפת החוק בעקבותיהם. לאחר מכן, נציג את הרקע הנורמטיבי והחקיקתי לסעיף 97 לחוק העונשין, ואת הערכים המוגנים עליהם הוא נועד להגן. בהמשך לכך, נטען כי הגיעה השעה לשקול לעשות שימוש תקדימי בסעיף זה בעניינם של המחבלים שנתפסו בחיים לאחר הטבח, באופן המביא לידי ביטוי את טיבו המיוחד של הסעיף והסביבה החוקית בה הוא פועל. לבסוף, נדון בעניישה הנלווית לסעיף, ובשאלת אפשרותה של התביעה לבקש מבית המשפט לגזור עונש מוות על מורשעים בעבירת הפגיעה בריבונות המדינה.

א. חריגותם של מאורעות שבעה באוקטובר

החל משנותיה הראשונות של המדינה, מערכת המשפט הישראלית התמודדה עם האתגרים המשפטיים הייחודיים הכרוכים בהעמדת מבצעי פיגועים רצחניים לדין. אף-על-פי-כן, דומה כי אין חולק שהשלכות מתקפת הטרור שבה פתח ארגון החמאס בשבעה באוקטובר חורגים בחומרתם ובאופיים מגבולותיהם של אירועי טרור קודמים. במובן זה, המעשים שביצעו מחבלי חמאס ייחודיים במספר היבטים בעלי חשיבות משפטית.

ראשית, מספר הנרצחים הגבוה במתקפה – העומד על כ-1,200 בעת כתיבת שורות אלה – כמו גם מספר החטופים הגבוה, מדברים בעד בעצמם.² גם היקף כוחות האויב שחדרו לישראל בעת המתקפה – כ-3,000 עזתים – מלמד על ייחודיותו של האירוע.³ נוספים על כך הדיווחים על האכזריות הקיצונית במיוחד, שמאפיינת חלק מפעולות הטרור שבוצעו באותו יום. רכיב ייחודי נוסף מצוי בעובדה שלאורך שעות רבות, כבשו מחבלי חמאס שטחים המצויים תחת ריבונות ישראלית, ושעל-פי דיווחים בתקשורת שמקורם בצה"ל, כוונתם המוצהרת, בהתאם לתוכניות מבצעיות מוקדמות, הייתה לכבוש שטחים בריבונות ישראלית ולהחזיקם לאורך זמן.⁴

אף שבמועד כתיבת מאמר זה ישראל טרם אישרה באופן רשמי כמה מהמשתתפים במתקפה נתפסו בחיים ונלקחו למעצר, על-פי דיווחים בתקשורת, רשויות אכיפת החוק מחזיקות במאות מחבלים שהשתתפו בטבח.⁵ נתון זה מגלם היבט משפטי ייחודי נוסף לאירועי שבעה באוקטובר, שכן מעצרים והליכי העמדתם לדין מעוררים במלוא עוזן מספר שאלות משפטיות תקדימיות. חלקן נסבות על היבטים פרוצדורליים בעיקרם. כך, על מדינת ישראל היה לתקן את סדרי הדין החלים על הארכת מעצרים של המחבלים ולו מן הטעם האדמיניסטרטיבי, שמילוי הוראות חוק המעצרים כלשונון בעניינם של מאות עצורים בפרק זמן קצר כרוך בקשיים פרקטיים

² מחקר עיתי "מלחמת 'חרבות ברזל', תמונת מצב ליום 16 בנובמבר 2023" אתר מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית (16.11.2023).

³ יואב זיתון "הערכה: כ-3,000 מחבלים חדרו לישראל ב-7 באוקטובר" Ynet (1.11.2023).

⁴ יואב זיתון "עם מגות דם, שקי מזון וארסנל נשק חטיבתי: חמאס תכנן להגיע עד קריית גת, ולהילחם חודש בישראל" Ynet (15.10.2023); לעניין מבחני הפסיקה באשר לשליטה וכיבוש צבאי ארעי, ראו בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון (13.7.1983).

⁵ ראו למשל ב-מאיר תורגמן, "מאות מחבלים מהקומנדו של חמאס נקלטו בשב"ס: 'מה שהיה לא יהיה'" Ynet (9.11.2023).

ניכרים – הן מבחינת תנאי המעצר ובכלל זה האפשרות להיוועד עם עורך דין; הן מבחינת מגבלות הזמנים למעצרי ימים; הן מבחינת מגבלת הזמן שלאחר הצהרת תובע; ובבוא העת, גם מבחינת סדרי הדין במסגרת הליכי המעצר עד תום ההליכים.⁶ חלק מן התקנות הרלוונטיות אכן הותאמו למצב הייחודי.⁷

שאלה דומה עוסקת בזהות הערכאה שראוי כי תידון בכתבי האישום לכשיגושו, מתוך הנחה שקיים קושי – הן מבחינה ערכית והן מבחינה טכנית – בניהול הליכים פליליים מן המניין בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, לו מסורה כברירת מחדל הסמכות העניינית והמקומית לפי חוק בתי המשפט בנסיבות העניין.⁸ על-פי דיווחים בתקשורת, משרד המשפטים אכן שוקל קידום הקמת ערכאה ייעודית, ונשקלת אף הקמת בית דין צבאי ייעודי, זאת בין בגדרי האפשרויות הקיימות לכך תחת המסגרת הסטטוטוריות הקיימת ובין בדרך של שינויי חקיקה מתאימים. זאת ועוד, גם שאלת ייצוגם של המחבלים שיהיו מעוניינים בייצוג עשויה לעורר קשיים ייחודיים.⁹

משפטם של המחבלים עתיד לעורר גם שאלות תקדימיות לעניין דיני העונשין המהותיים. בראש ובראשונה, נשאלת השאלה אילו עבירות יש לייחס למחבלים שנתפסו בחיים. מאליו מובן כי את אלה שביצעו את מעשי הרצח, ההתעללות, האלימות, והאונס יש להעמיד לדין לפי העבירות המתאימות. עם זאת, לאור נסיבות הטבח, מובן כי העמדה כזו לדין תעלה שאלות ראייתיות לא פשוטות. מטבע הדברים, לאור סדר הגודל של המעשים, לא ברור כי ניתן יהיה לייחס בקלות מעשה רצח ספציפי למחבל ספציפי בחלק ניכר מן המקרים, למשל בשל קושי אפשרי באיסוף ראיות פורנזיות ובגביית עדויות. ניהול משפט פלילי רגיל, שבו נדרש להוכיח מעל לכל ספק סביר כי כל נאשם ביצע בדיוק את המעשים המיוחסים לו, בעניינם של מאות נאשמים, עשוי להוביל להליך ארוך וסיזיפי שבו לא פשוט לקשור בין כל נאשם לכל פעולה שבוצעה וכל זאת תוך השקעת משאבים שיפוטיים, תביעתיים, וחקירתיים חריגים.

על רקע זה מתעוררות שאלות דומות וקשורות הנוגעות לתחולתם של דיני השותפות בנסיבות העניין. כך, יהיה מקום להכריע האם וכיצד יש לייחס לכל המחבלים או לחלקם את כלל המעשים שבוצעו במהלך אירועי טבח שבעה באוקטובר, או לפחות בזירות גאוגרפיות מסוימות שלו, על דרך של ביצוע בצוותא לפי סעיף 29 לחוק העונשין.¹⁰ בדומה, תישאל השאלה האם יש מקום להבחין לעניין זה בין מי שאין ספק כי הם מחבלים החברים בכוח המזויין הרשמי של חמאס אשר פעלו בהתאם להוראות ותכנון מקדים, ובין תושבי עזה שאינם מחזיקים בתפקידים רשמיים בשורות חמאס, אך חדרו לשטח ישראל והשתתפו בביצוע המעשים באופן "ספונטני".¹¹

⁶ ראו ס' 7, 9, 17, 21 ועוד לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

⁷ רוני זינגר "דין למאות מחבלי טבח 7 באוקטובר: האתגר המשפטי הקשה בהיסטוריה של מדינת ישראל" N12 (15.11.2023).

⁸ סימן ב, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

⁹ זינגר, לעיל ה"ש 7.

¹⁰ ס' 29 לחוק העונשין.

¹¹ ראו למשל, אסף גבור "בלתי מעורבים: סרטוני חמאס מוכיחים שאזרחי עזה היו שותפים למעשי הזוועה" מקור ראשון (16.10.2023).

מעל כל אלה, מרחפת שאלת-על, הנוגעת להגדרתם של הערכים המוגנים בהם פגעו המחבלים. כאמור לעיל, מאליו מובן כי המחבלים ביצעו מעשים הפוגעים פגיעה חמורה בקדושת החיים, בשלמות גופם של אזרחים רבים, בכבוד האדם והמת, ברכוש, וכיוצא באלה. ואולם, מעל המעשים מרחפת "תחושת בטן", העשויה ללמד כי סך המעשים מקים פגיעה גם בערך מוגן נוסף, המבחין את המעשים של שבעה באוקטובר מפגיעים אחרים, וכי מדובר בהבדל שאינו רק "כמותי" – היינו, לא רק מספר ההרוגים, הפצועים, והנפגעים הוא ייחודי – כי אם גם מהות המעשה עצמו.

לטעמנו, יש מקום לראות במעשי שבעה באוקטובר מעשים שפגעו גם בערך המוגן של ריבונות המדינה ושלמותה. חוק העונשין מציע מענה ייעודי לפגיעה בערך זה, באמצעות עבירה ספציפית, אשר בצידה עונש מאסר עולם או מיתה. הגם ששימוש תקדימי בעבירה זו אינו חף מקשיים, שיפורטו להלן, לשיטתנו ניתן למצוא מענה משפטי משכנע לקשיים אלה. העמדה לדין של מחבלי חמאס בעבירה זו בנסיבות העניין עשויה לחסוך קשיים לא מבוטלים אחרים, ואף אינה מצריכה חקיקה רטרואקטיבית, באופן המקנה לה יתרונות ברורים בנסיבות העניין. מכל מקום, הדיון שלהלן אינו קורא בהכרח לשלול ערוצי פעולה משפטיים נוספים ומקבילים, אלא להצביע על חשיבותו וייחודו של אפיק זה. נציין בקצרה כי על-פי דיווחים בתקשורת, אחת מן האפשרויות הנוספות שנשקלות בעת הזו היא העמדה לדין בגין ביצוע פשע של השמדת עם.¹² שימוש בחקיקה הקיימת בעניין זה מעלה קשיים מורכבים באשר להגדרתו המשפטית של פשע השמדת העם, ואיננו נדרשים לכך במפורש במאמר זה. לטעמנו, על כל פנים, ניתן לעשות שימוש בסעיף 97 לחוק העונשין באופן המייתר, במידה רבה, את הדיון בשאלת השמדת עם, ואשר נותן מענה למאפיינים התקדימים של מתקפת הטרור שארעה בשבעה באוקטובר.

ב. סעיף 97 לחוק העונשין – רקע נורמטיבי

סעיף 97 לחוק העונשין, שכותרתו "פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה", פותח את סימן ב' העוסק בעבירות "בגידה", בפרק ז' שעניינו עבירות הנוגעות ל"בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים". סעיף 97(א) קובע את עבירת הפגיעה בריבונות, ולפיה: "מי שעשה, בכוונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דינו - מיתה או מאסר עולם".

סעיף 97(ב) מוסיף את עבירת הפגיעה בשלמותה הטריטוריאלית של המדינה, וקובע כי: "מי שעשה, בכוונה ששטח כלשהו יצא מריבונותה של המדינה או ייכנס לריבונותה של מדינת חוץ, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דינו - מיתה או מאסר עולם".¹³

מלשון העבירה עולה כי היא כוללת יסוד עובדתי-התנהגותי הדורש "מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה של המדינה" (לצורך הרשעה לפי סעיף קטן (א)). או

¹² חוק דובר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"ס-1950. ראו למשל, תומר גנון "בעיה בהיבט הפלילי והמוסרי: איך בכלל שופטים את מחוללי הטבח" כלכליסט (15.11.2023); ניצן שפיר "עבירות חמורות ובתי דין מיוחדים: כך נערכת ישראל להליכים משפטיים נגד מחבלי חמאס" גלובס (16.11.2023).

¹³ ס' 97 לחוק העונשין.

מעשה שיש בו כדי להביא לכך ששטח כלשהו יצא מריבונות המדינה או ייכנס לריבונות מדינת חוץ (לצורך הרשעה לפי סעיף קטן (ב)). הסעיף אינו כולל הגדרה של המונח "ריבונות", והמונח מוזכר בחוק העונשין כולו רק פעם אחת נוספת, בסעיף 7(ג) שעניינו הגדרת "שטח ישראל" לצורך קביעת מיקום ביצוע של עבירות. בהתאם לסעיף זה, שטח ישראל מהווה את "שטח הריבונות של מדינת ישראל כולל רצועת מימי-החופין שלה, וכן כלי-השיט וכלי-הטיס הרשומים בישראל".¹⁴

היסוד הנפשי הדרוש לשם הרשעה בעבירה לפי סעיף 97 כולל דרישה למחשבה פלילית בכל הנוגע לרכיבי היסוד העובדתי, בתוספת כוונה מיוחדת בנוגע למטרה האסורה,¹⁵ ובענייננו במטרה לפגוע בריבונות המדינה או להביא ליציאת שטח מריבונותה.

עיון בפסיקה מגלה כי הסעיף זכה לתשומת לב שיפוטית מוגבלת מאוד עד כה. סעיף 97 הופיע קודם לחקיקת נוסחו הקיים בחוק העונשין בדבר חקיקה קודם, כסעיף 7 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים).¹⁶ סעיף זה אוזכר בשלושה פסקי דין פליליים של בית המשפט העליון שניתנו באותו יום באוגוסט 1974. במקרה אחד, הומרה הרשעתו של נאשם מעבירת הפגיעה בריבונות לעבירה של גילוי כוונה לפגוע בריבונות. הנאשם במקרה זה הואשם בהצטרפות לארגון "מהפכני קומוניסטי", אך בית המשפט מצא שאין די בעצם ההצטרפות לארגון כזה כדי לפגוע בריבונות המדינה.¹⁷ בהגיעו למסקנה זו, הדגיש בית המשפט, בין היתר, כי יש להבחין בין כוונה שמטרתה "פגיעה בביטחון המדינה" ובין "כוונה לפגיעה בריבונות המדינה". בהתאם, ראיה המצביעה על כוונה לפגיעה במתקנים צבאיים עשויה ללמד על כוונה לפגיעה בביטחון המדינה, אך אין בה ללמד בהכרח על כוונה לפגיעה בריבונות דווקא. על הבחנה דומה חזר בית המשפט העליון גם בפרשה אחרת. באותו מקרה נראה כי פסק הדין פורסם באופן חלקי בלבד, ואילו בחלקו הפומבי לא נמצאה פרשנות מפורטת לשאלת הפגיעה בריבונות.¹⁸ גם במקרה השלישי מצא בית המשפט לזכות את הנאשם מעבירת הפגיעה בריבונות, משנמצא כי אין בעצם הצטרפותו לארגון "קיצוני יותר ממצפן", כדי ללמד על "כוונה לפגוע בריבונות המדינה", להבדיל מ"כוונה לשנות את סדרי השלטון במדינה במסגרת ריבונותה".¹⁹ במילים אחרות, כוונה למיגור השלטון או הממשלה, ואף כוונה לשנות מן היסוד את סדרי השלטון, אינה שקולה לפגיעה בריבונות המדינה. אף שיש בפסקי הדין הללו כדי ליצור הבחנה בין עבירת הפגיעה בריבונות לעבירות ביטחוניות אחרות ביחס לערך המוגן שבבסיסן,²⁰ דומה כי בהיעדר ניתוח מפורט מצד בית המשפט, אין בהם כדי ללמד הרבה על היכולת לעשות שימוש בסעיף בענייננו.

¹⁴ שם, בס' 7(ג).

¹⁵ שם, בס' 20(א)(1).

¹⁶ חוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ד-1957.

¹⁷ ע"פ 307/73 סולטן נ' מדינת ישראל (נבו) 15.8.1974.

¹⁸ ע"פ 439/73 אגבריה נ' מדינת ישראל (נבו) 15.8.1974.

¹⁹ ע"פ 312/73 מצרוה נ' מדינת ישראל (נבו) 15.8.1974.

²⁰ ראו: ש"ז פלר יסודות דיני עונשין א 735 (1984).

מאז פורסם סעיף 97 לחוק העונשין בתצורתו הנוכחית, נדרש אליו בית המשפט העליון בעיקר בשלושה הקשרים. ראשית, בית המשפט העליון הפנה אליו במספר הזדמנויות באופן לקוני, על מנת לשמש דוגמא בהשאלה לצורך פירוש סעיף אחר, למשל במצבים שונים בהם נקבע עונש מוות או עונש מאסר עולם שאינו חובה.²¹ שנית, בית המשפט הזכיר את הסעיף בלקונויות בתיקים מנהליים שעניינם שלילת אזרחות או תושבות קבע בשל מעשה של הפרת חובת הנאמנות למדינת ישראל,²² זאת כשים לב להוראות סעיף 11(ב)(2)(ב) לחוק האזרחות.²³ שלישית, בשני מקרים בודדים, דחה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירות של עמותה שביקשה להאשים ראשי ממשלה בעבירות לפי הסעיף על רקע הליכי משא ומתן מדיני.²⁴ מטבע הדברים, גם בתיקים אלה לא נדרש בית המשפט העליון לפרש את הסעיף לגופו.

בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, ניתן למצוא תיק מעצר בודד, בו יוחסה לעצורים עבירה לפי סעיף 97(א) לחוק העונשין.²⁵ על-פי ההחלטה, שניתנה בבית המשפט המחוזי בירושלים בשנת 2017, המשטרה עצרה מספר תושבי מזרח ירושלים בחשד לשורת עבירות חמורות, לרבות פגיעה בריבונות, קבלת דבר במרמה והתחזות. החשד שיוחס להם נגע בפרשה, במסגרתה השתתפו בפועל במפקד אוכלוסין מטעם הרשות הפלסטינית במזרח ירושלים, תוך שהם יוצרים מצג שווא כאילו הם סוקרים מטעם ארגון אזרחי שאינו ישות מדינית. באותו עניין, בית המשפט לא נדרש לסוגיית עבירת הפגיעה בריבונות, ומצא שדי בחשד הסביר לכך שהעוררים נטלו חלק בעבירת קבלת דבר במרמה ובחשש לשיבוש מהלכי משפט, כדי לדחות את הערר שהגישו על החלטת מעצרים. בעיון במאגרים המשפטיים הפומביים לא מצאנו תיק פלילי עיקרי על שמם של המעורבים בפרשה ההיא, ולמיטב ידיעתנו לא קיימת החלטה פומבית המנתחת לגופן את הוראות סעיף 97 לחוק העונשין בעניין זה, אם כלל הועמדו לדין בסופו של דבר.

בתיק אחר, שעניינו אזרח דנמרק אשר הגיע לארץ כתייר, לאחר שקשר קשר עם פעיל חזבאללה על מנת למסור ידיעה לאויב ולתועלתו, מוזכר סעיף 97 בלקונויות כאחד מתנאי המאסר על-תנאי.²⁶ בית המשפט המחוזי גזר על הנאשם – שהודה במסגרת הסדר טיעון – 33 חודשי מאסר בפועל, ושלוש שנות מאסר נוספות על-תנאי שלא יעבור עבירה נוספת לפי שורת סעיפים בחוק העונשין, לרבות סעיף 97.

²¹ ראו למשל: ע"פ 6538/22 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 16 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו) 18.9.2023; ע"פ 990/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינו של השופט כבוב (נבו) 30.11.2022; ולהבדיל רע"פ 6136/09 חגשי נ' מדינת ישראל, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (12.4.2010).

²² ע"מ 8277/17 זיוד נ' שר הפנים (נבו) 21.7.2022; בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו) 13.9.2017; ולהבדיל בג"ץ 2934/07 שורת הדין Israel Law Center נ' יו"ר הכנסת (נבו) 16.9.2007.

²³ חוק האזרחות, התשי"ב-1952.

²⁴ בג"ץ 638/08 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 24.1.2008; בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה (נבו) 10.1.1993.

²⁵ עמ"י 50196-11-17 חסונה נ' מדינת ישראל (נבו) 23.11.2017.

²⁶ פ"ח (ת"א) 1019/05 מדינת ישראל נ' אל אשואח (נבו) 31.1.2006 (להלן: עניין אל אשואח).

בהיעדר פירוש מפורט לסעיף בהחלטה פומבית של בתי המשפט, המסגרת הנורמטיבית לבחינת העמדתם לדין של מחבלי שבעה באוקטובר מתמקדת בעיקרה בבחינת סביבתו החקיקתית של הסעיף. דומה, כי המכשול המרכזי לשימוש בסעיף, אינו טמון בלשון הסעיף עצמה, שהיא לקונית ורחבה למדי ואינה מפרטת מהו בדיוק מעשה המביא לפגיעה בריבונות. תחת זאת, נראה כי המכשול המרכזי הכרוך בשימוש בסעיף בעניינם של מחבלי חמאס, שאינם אזרחי ישראל או תושביה, נובע מעצם סיווגה של העבירה תחת סימן שעניינו כאמור בעבירות "בגידה". על רקע זה, ניתן לטעון כי קיים קושי עיוני בייחוס עבירה שעניינה בגידה למחבל חמאס שמעולם לא חב למדינת ישראל חובת נאמנות או היה בזיקה שיש בה להקים יחסי נאמנות כלפיה. לכך מצטרפת העובדה שבספרות האקדמית, קיימת נטייה להתייחס לסעיפים 97, 98 ו-99, יחדיו כאסופת סעיפים אחודה. כך, ש"ז פלר למשל מתייחס אליהם כסעיפים שעניינם "עבירות הבגידה במולדת" גם יחד.²⁷

במילים אחרות, בלב השאלה הפרשנית הרלוונטית, עומדת שאלת יחסי הכוחות שבין הערכים המוגנים ביסודו של סעיף 97. האם הסעיף נועד להגן על הערך המוגן של ריבונות המדינה מפני פגיעה רק על-ידי מי שחבים בנאמנות למדינת ישראל, או שמא ביסוד הסעיף ניצבת החתירה העצמאית להגנה רחבה על ריבונות המדינה, בין אם זו מאוימת על-ידי גורם חוץ או גורם פנים. בעוד קריאת הסעיף כפשוטו תומכת באופן ברור למדי בטענה כי מטרתו לשלול באופן רחב פעולות החותרות תחת ריבונות המדינה – בשם לב לכך שיסודות הסעיף אינם כוללים כל הגבלה או התניה מפורשת באשר לזהות עושה העבירה – ההיסטוריה החקיקתית והספרות מצביעות על טענות לא מבוטלות שיש בהן לתמוך דווקא באפשרות הראשונה. כך, למשל, ראוי לתת את הדעת על חוק ביטול עונש מוות שנחקק בראשית ימיה של המדינה (ומאז בוטל פרוצדורלית, לאור חקיקת חוק העונשין),²⁸ אשר ביטל את עונש המוות על עבירת הרצח. מההיסטוריה החקיקתית של חוק זה עולה, כי המחוקק הקפיד להפריד בין עבירות רצח לעבירות בגידה לעניין עונש המוות. כך, למשל, עמד שר המשפטים דאז פנחס רוזן על כך שעונש המוות יוותר אך ורק לעבירות הבגידה, והדגיש כי אין בכך פסול, שכן –

"הרגש הטבעי האינסטינקטיבי שצריך להתחשב גם בו בשעת חקיקה לא יסבול, שבשעה שפצצות נופלות על תל אביב, ישב אדם במרתף בתל אביב וישדר באזני האויב ידיעות ריגול וכלי שיהא צפוי לעונש מוות. האלטרנטיבה תהיה משפט לינץ".²⁹

מדברים אלה ניתן ללמוד על החומרה היתרה שביקש המחוקק לייחד דווקא לעבירות הבגידה, בתור עבירות שדינן מיתה. עמדה קרובה נלמדת גם מבחינת סעיף 43 לחוק השיפוט הצבאי המאפשר גזירת עונש מוות על עבירת בגידה מצד

²⁷ פלר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 48, ראו שם בשולי דבריו; ראו גם יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט (מהדורה שנייה) 70, ה"ש 149 (2019), שמציין זאת בלקוניות.

²⁸ ראו חוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התש"ד-1954, וכן הצעת החוק המקורית לביטול עונש מוות, התש"ט-1949.

²⁹ ראו פרוטוקול הישיבה ה-26 של הכנסת השנייה, בעמ' 512 והלאה (3.12.1952) (להלן: פרוטוקול הישיבה ה-26). ראו לעניין זה גם פרוטוקול הישיבה ה-357 של הכנסת השנייה, בעמ' 907 והלאה (16.2.1954).

חייל³⁰. דברים דומים הבין מההיסטוריה החקיקתית הרלוונטית גם שחר אלדר בספרו על חובות האמון בדין הישראלי.³¹ במבט רחב, הדברים עולים בקנה אחד עם החומרה היתרה שניתנה בפסיקה לעבירות הכרוכות מטבען של הפרת חובת הנאמנות כלפי מדינת ישראל.³²

גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1106, המתמקדת באופן ספציפי בסעיף 99 לחוק העונשין שעניינו סיוע לאויב במלחמה, רומזת לקושי דומה. מרבית ההנחיה אינה רלוונטית לענייננו, והיא אינה נותנת את הדעת במישרין על סעיף 97. ואולם, בשולי ההנחיה, מודגש כי עבירת הסיוע לאויב (כאמור, בדומה לעבירת הפגיעה בריבונות), מצויה תחת סימן שעניינו "בגידה". הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מציינת כי:

"מעשה 'בגידה' מתאפיין ב'מעילה, הפרה חמורה של אמון' [...] לפיכך, במקרים בהם החשוד הינו תושב מדינת אויב, תושב השטחים, או אזרח זר שהוא חלק מארגון מחבלים (בשונה מסתם תייר או אזרח זר אחר השווה בארץ), ככלל לא ייעשה שימוש בעבירה שבנדון, אף אם ייתכן שמתקיימים יסודותיה המשפטיים. זאת, על בסיס הגישה, כי סעיף זה בא ליתן מענה בעיקר לפעילות של אזרחי המדינה או תושביה המסייעים לאויביה מחוץ, להבדיל מפעילות של מי שהם עצמם בגדר אויב".³³

יוער, כי לעמדתנו, מעבר לכך שלהנחיית היועץ המשפטי לממשלה אין מעמד המחייב את בית המשפט, ומעבר לכך שההנחיה עצמה עושה שימוש בלשון מסויגת, ישנו הבדל של ממש בין סעיפים 99 ו-97, המוביל לכך שאין מקום להחיל את הפרשנות המוצעת ביחס לעבירת הסיוע לאויב על עבירת הפגיעה בריבונות (מבלי שאנו נוקטים עמדה ביחס לפרושו הנכון של סעיף 99). את הטעמים לכך נציג בהמשך.

ג. הצדקות רעיוניות ופרשניות להעמדה לדין לפי סעיף 97 לחוק העונשין

מבחינה לשונית, דומה כי קיימת אפשרות לייחס למחבלי שבעה באוקטובר, ולמצער לאלו מהם שפעלו במישרין כחלק מכוחותיו המזוינים של ארגון חמאס, הן את היסוד העובדתי והן את היסוד הנפשי של סעיף 97(א), כשהוא נקרא כשלעצמו, במנותק מהקשר כלשהו.

כאמור, במסגרת אירועי השבעה באוקטובר, ובהתאם למידע שפורסם, מחבלי חמאס פרצו את הגבול בין מדינת ישראל ורצועת עזה, טבחו באזרחים, וכבשו בפועל ישובים ישראליים, בסיסים צבאיים ושטחים נוספים לאורך הגבול במשך שעות

³⁰ סעיף 43 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

³¹ שחר אלדר **חובות אמון בדין הישראלי** 215 (2016), וראו בפרט ציטוט נוסף של רוזן מהליכי החקיקה האמורים, שם, בעמ' 229.

³² ע"פ 3694/04 **גרבוני נ' מדינת ישראל**, פס" 5 (נבו 16.7.2007).

³³ ס' 4(ג) להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.1106 "סיוע לאויב במלחמה - סעיף 99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977" (25.8.2005) (להלן: הנחיית היועץ 4.1106).

ארוכות. כל זאת, תוך פגיעה מובהקת בריבונות המדינה ביחס לאזורים אלו. הגם שייתכנו דרכים שונות לפירוש גבולות הדרישה למעשה שיש בו לפגוע בריבונות המדינה,³⁴ קשה לטעמנו להעלות על הדעת פרשנות המצביעה על כך שמעשיהם של מחבלי חמאס ביישובי הדרום לא הפרו את ריבונותה של מדינת ישראל. בנסיבות העניין, בשים לב למקום התרחשות המעשים, אין אף צורך להידרש להגדרה המדויקת של המונח "ריבונות" על רקע גבולותיה של מדינת ישראל.

מבחינת היסוד הנפשי, ובשים לב לפרסומים באשר למטרותיו המוצהרות של חמאס בעת תכנון המבצע שהוזכרו מעלה, דומה שאין ספק כי המעשים נעשו מתוך מטרה לפגוע בריבונות מדינת ישראל באותם המקומות שבהם בוצעה התקיפה וזאת מעבר לפגיעה באינדיבידואלים. כך, ובהתאם למידע הגלוי שפורסם עד כה, הדברים נלמדים, בין היתר, מן השרטוטים, המפות והתוכניות שאותרו על המחבלים ואשר מלמדים על מבצע שתכליתו השתלטות אסטרטגית על שטחים נרחבים אף מעבר לאלו שאליהם הגיעו בפועל כוחות חמאס.³⁵ בהתאם, מתייתר במידה רבה הדיון באשר לתחולתו האפשרית של סעיף 97(ב) בנסיבות העניין. עם זאת, בהינתן שהמחבלים כבשו שטחים ישראלים בכוח הזרוע, ואף החזיקו בהם לאורך שעות בפועל, יתכן שמעשיהם ממלאים אף אחר דרישותיו הפורמליות של סעיף 97(ב).

טיעון הנגד העיקרי לפרשנות הקוראת להחיל את סעיף 97(א) על מחבלי שבעה באוקטובר, אם כן, עתיד להתמקד כאמור בעובדה שהעבירה של פגיעה בריבונות מסווגת כעבירת בגידה בחוק העונשין, וכי אין לראות במחבלי חמאס כמי שבגדו במדינה, בהיעדר כל חובת נאמנות כלפיה. זהו הטיעון אשר עשוי להשתקף מהספרות המצומצמת שהתייחסה לסעיף זה בעבר, וזהו הטיעון המשתמע גם מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שהוזכרה לעיל ביחס לסעיף 99 לחוק העונשין. לטעמנו, קושי פרשני זה ניתן למענה מספק.

השאלה העומדת לפתחה של התביעה, ותעמוד לפתחו של בית המשפט שאליו יוגשו כתבי אישום כאלה, היא שאלת טיבו של הערך המוגן בגדרי סעיף 97 – האם הכוונה היא להגנה על הריבונות אך בהקשר של ערך הנאמנות למדינה, או שמא הסעיף מעגן באופן עצמאי את ריבונות המדינה ושלמותה הטריטוריאלית כערך מוגן.

עיון בלשון הסעיף מלמד מובהק כי כוונתו להגן על ריבונות המדינה ללא סייג. גם כותרת הסעיף מרמזת על כך. הטיעון לפיו תכלית הסעיף מוגבלת לגדרי ההגנה על ערך הנאמנות למדינה יכול להיטען רק תוך הפניה לכותרת הסימן שאליו משתייך הסעיף, הסימן שעניינו עבירות בגידה, ולסעיפים שסביבו. לשיטתנו, עיון בלשון הסעיפים הסובבים את סעיף 97 מלמד כי ניתן להבדיל בין סעיף 97 לסעיפיו השכנים – בעוד הם נוקטים בלשון מפורשת יותר באשר לכוונה מקדמית להגן על ערך הנאמנות למדינה, הוא נוקט בלשון אחרת, רחבה יותר, שעניינה ריבונות המדינה. יובהר כי אין בכך לקבוע כי סעיפים אחרים מחייבים בהכרח קיומה של

³⁴ למחלוקת פסיקתית דומה ביחס לפרשנותו של היסוד העובדתי הנדרש בסעיף 99 לחוק העונשין, ראו, לשם ההשוואה, ע"פ 8457/15 מדינת ישראל נ' וחוזה, פסקאות 89-97 (נבו 1.11.2018).

³⁵ ראו: זיתון, לעיל ה"ש 4. כן ראו: רוני זינגר "התכנית של חמאס ל-7 באוקטובר: הייתה שאפתנית הרבה יותר" זמן אמת – כאן חדשות (1.11.2023).

פגיעה בחובת הנאמנות. עמדתנו היא שאף אם קיימת הצדקה שכזו ביחס לעבירות אחרות ניתן לאבחן אותן מעבירת הפגיעה בריבונות.

סעיף 98, שעניינו "גרם למלחמה", נוקט בלשון "מי שעשה, בכוונה להביא לידי פעולה צבאית נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי להביא לכך - דינו חמש-עשרה שנה".³⁶ בהקשר זה, נראה כי לשון הסעיף מבחינה בין מי שהתכוון להביא לידי פעולה צבאית, ובין מבצע הפעולה הצבאית עצמה. זאת ועוד, הסיפא של סעיף 98 עוסק ב"כוונה לסייע לאויב", באופן שעשוי ללמד על הבחנה בין מבצע העבירה ובין אותו אויב.

אף סעיף 99 מבדיל בין מבצע העבירה - שעניינה סיוע לאויב במלחמה - ובין האויב עצמו. סעיף זה קובע כי "מי שעשה, בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי לסייע לכך, דינו - מיתה או מאסר עולם".³⁷

לאור אבחנה זו בין מבצע העבירה ובין האויב עצמו בסעיף זה, הקביעה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה שעניינה סעיף 99 - אינה רלוונטית לעניין סעיף 97.³⁸ סעיף 99 כולל עיגון לשוני אפשרי להבחנה בין ה"אויב" ובין מבצע העבירה, ומכאן שהפרשנות לפיה אין לעשות בו שימוש כלפי האויב עצמו, אלא להעדיף עבירות אחרות, היא בעלת אחיזה מסוימת. הדברים אינם תקפים ביחס לסעיף 97. לא למותר לציין כי בית המשפט העליון נדרש בעבר להנחיית היועץ לעניין סעיף 99, ומצא בהערה שנותרה בצריך עיון, כי אף בהקשר זה אין הכרח כי הפרשנות המוצעת בהנחיה נכונה. כך, בתיק שעניינו ערעור על הרשעת נאשמים בעבירות של קשירת קשר לסיוע לאויב מלחמה לפי סעיפים 92 ו-99 לחוק העונשין, נדרש השופט יוסף אלרון להנחיית היועץ, והעיר בשולי הדברים כי:

"העובדה שרשויות התביעה נמנעות מלהעמיד לדין את אויב ישראל - אשר אינם תושבי המדינה - בגין ביצוע עבירה זו, אינה מעידה בהכרח על כך ש'הפרת נאמנות' למדינה מהווה חלק מהיסוד הנפשי להתקיימות העבירה, וזאת בניגוד לטענת המערערים".³⁹

סעיף 100, שעניינו גילוי החלטה לבגוד, קובע עונש מאסר בן 10 שנים למי שעשה מעשה המגלה אחת הכוונות הקבועות בסעיפים 97, 98 או 99.⁴⁰ בכך, הוא לכאורה קושר בין שלושת הסעיפים יחדיו. ואולם, אין ספק כי אזרח ישראלי שמבצע עבירה לפי סעיף 97 יכול להיתפס כמי שביצע פעולת בגידה. יודגש, העובדה שהסעיף מגן גם על ערך הנאמנות למדינה, איננה אומרת שהוא אינו חל על מי שאינם חבים את חובת הנאמנות האמורה. במילים אחרות, אין חולק כי סעיף 97 מאפשר הגנה גם על ערך הנאמנות למדינה, במידה והוא נאכף כנגד אזרח או תושב ישראלי. ואולם, הוא נוסח בדרך שונה מסעיפיו השכנים, באופן שמלמד שהוא נועד להגן לא רק על הנאמנות למדינה, כי אם גם ואף בראש ובראשונה על ריבונותה.

³⁶ ס' 98 לחוק העונשין.

³⁷ שם, ס' 99.

³⁸ הנחיית היועץ 4.1106, לעיל ה"ש 33.

³⁹ ע"פ 5536/18 אלביע נ' מדינת ישראל, בפס' 31 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו) (13.6.2019).

⁴⁰ ס' 100 לחוק העונשין.

טיעונו אף מתחזק לאחר עיון בסעיפים 101 עד 103 לחוק העונשין, החותמים את סימן ב שעניינו בגידה. סעיף 101 נוקט במפורש בלשון "אזרח ישראלי וכל אדם אחר החייב בנאמנות למדינה ישראל [...]" והוא שירת בכוחות המזוינים של האויב, דינו - מאסר חמש-עשרה שנה.⁴¹ סעיף זה קובע במפורש, אם כן, תחולה מסויגת אך ביחס למי שחב חובת נאמנות למדינת ישראל. השימוש המפורש בלשון כזו, בתוך אותו סימן, מלמד כי לא בכדי שותק סעיף 97 באשר לזהות מבצע העבירה, וכי הוא עשוי לחול גם על מי שאינו חב בחובת הנאמנות האמורה בסעיף 101. הדברים בולטים, בשינויים המתחייבים, גם על רקע סעיף 102 (שענינו סיוע לשבוי מלחמה המצוי בידי ישראל)⁴² ויתכן שאף סעיף 103 (שענינו תעמולה תבוסתנית).⁴³ גם סעיפים אלה אינם דורשים במפורש כל חובת נאמנות למדינה, ומכאן שנראה שניתן לכאורה על-פי לשונם לאכוף אותם גם כלפי מי שאינם חבים חובה כזו, וזאת בניגוד לסעיף 101, ואף שגם סעיפים אלה מצויים תחת סימן ב. לשם הדוגמה, נראה כי אדם שסייע לשבוי מלחמה המצוי בידיים ישראליות להימלט ממשמורת זו יכול לעמוד לדין לפי סעיף 102(א), אף אם אותו אדם אינו חב כל חובה למדינה, הגם שהסעיף מצוי תחת סימן שענינו בגידה. זאת, מפני שעבירת הסיוע לשבוי מלחמה נועדה בראש ובראשונה לשמור על ערך ביטחוני של שמירת שבויי מלחמה במשמורת. הדברים הנכונים, לטעמו, בשינויים המתאימים, גם לסעיף 97.

לכל זאת, יש להוסיף את סעיף 131 לחוק העונשין, שענינו עבירות חוץ. הסעיף קובע כי:

"[...] לא ישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה לפי סעיפים 97 [...] שעבר בחוץ לארץ, אם בשעת העבירה לא היה אזרח ישראלי, תושב ישראלי, או חייב בנאמנות למדינה ישראל [...]"⁴⁴

במילים אחרות, המחוקק קבע במפורש שאדם אינו יכול לעמוד לדין על עבירת הפרת הריבונות (וכן על מספר עבירות אחרות) אם זו בוצעה מחוץ לשטח המדינה, אם לא חב באותה עת בנאמנות למדינת ישראל. מכאן ניתן, ולו במשתמע, להסיק גם את ההיפך: אדם כן יכול לעמוד לדין על עבירת הפרת הריבונות, אם ביצע את העבירה בתוך שטח המדינה, גם אם לא חב באותה עת בנאמנות למדינת ישראל. אף אם אין בכך לגזור מסקנה חדרמשמעית, הדבר משמש אינדיקציה נוספת לשימוש האפשרי בסעיף 97.

מנגד, וכפי שצוין, טיעון אחר, אך דומה, כנגד שימוש בסעיף 97 לעניין מחבלי השבעה באוקטובר עשוי להפנות להיסטוריה החקיקתית של ביטול עונש המוות בישראל. כאמור, שר המשפטים דאז פנחס רוזן אמר במפורש במהלך הדיונים כי המטרה היא לאפשר גזר דין מוות כעונש בדין הישראלי רק על עבירות בגידה, שכן הבוגד (להבדיל מהרוצח) "מתנקש בדם האומה כולה".⁴⁵ עוד לפניו, אמר שר המשפטים דב יוסף באחד הדיונים בעניינו של גרסה מוקדמת של החוק כי האחרון

⁴¹ שם, ס' 101.

⁴² שם, ס' 102.

⁴³ שם, ס' 103.

⁴⁴ שם, ס' 131.

⁴⁵ אלדר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 229-230.

נועד להבטיח כי "לא יהיה עונש-מוות אלא על עבירות בגידה אשר נעשו בשעת חירום".⁴⁶ ואולם לבסוף, נוסחו המקורי של החוק לביטול עונש מוות שונה, ונוסחו כפי שחוקק בסופו של דבר לקוני בהרבה ואינו מזכיר את המילה בגידה.⁴⁷ אף שר המשפטים בעת חקיקת החוק בסופו של דבר, רוזן, הביע עמדות מורכבות יותר, כאשר ציין למשל שתכלית השארת עונש המוות בצד עבירות כפגיעה בריבונות היא, בין השאר, למנוע "משפט לינץ" עלידי הציבור.⁴⁸ ולבסוף, יש לזכור שחוק העונשין בנוסחו הנוכחי נחקק מאוחר יותר, רק בשנות ה-70, וממילא אין בהכרח ללמוד על כוונת המחוקק בחקיקה המאוחרת יותר משנות ה-70, מן הדברים שאמרו מחוקקי החוק לעניין ביטול עונש מוות בשנות ה-50 המוקדמות. מכל מקום, יש לציין כי בספר החוקים הישראלי עדיין עומדות בתוקפן גם כעת עבירות נוספות שבצידין האפשרות התאורטית לעונש מוות ואשר אינן כרוכות במעשי בגידה.⁴⁹

בשולי הדברים, יוער כי דומה שאף בית משפט מחוזי אחד לפחות, סבר (במרומז) כי אין צורך בהוכחת חובת נאמנות מפורשת למדינת ישראל, על מנת שיקום חשש פן יעבור עבירה לפי סעיף 97. מדובר במקרה שאזכור לעיל, בו גזר בית המשפט המחוזי בתל אביב את דינו של תייר מדנמרק אשר קשר למסור מידע לארגון חזבאללה.⁵⁰ כזכור, אחד מתנאי המאסר על-תנאי שהושתו עליו במסגרת הסדר הטיעון, היה הימנעות מלעבור עבירה לפי סעיף 97. מדובר, כאמור, באדם בעל זיקה חלשה למדינה, בפרט בהשוואה לתושב או אזרח. משכך, קיים קושי לראות בו "בוגד", והחשש פן יעבור בעתיד עבירה לפי סעיף 97 מלמד כי בית המשפט והתביעה סברו לפחות במקרה נקודתי זה כי אכן ניתן לעבור עבירה כאמור, חרף היעדרה של חובת נאמנות ברורה.⁵¹

על הניתוח הפרשני האמור, יש להוסיף גם כי הטענה לפיה אין להעמיד לדין לפי סעיף 97 אדם שפגע בריבונות המדינה אם לא חב לה חובת נאמנות היא למעשה טענה לפיה חוק העונשין אינו כולל עבירה המגנה בראש ובראשונה על ערך הריבונות של המדינה ושלמותה. זהו טיעון מוקשה ביותר, אשר עלול להוליד מצב אבסורדי שבו בנסיבות שבהן פגע נתין אויב בריבונות המדינה, לא ניתן להעמידו לדין לפי סעיף 97, בעוד אם היה בקשרים עם משתף פעולה בעל אזרחות ישראלית, אותו משתף פעולה יכול לעמוד לדין על עבירת הפגיעה בריבונות, בנוסף לעבירות בגידה אחרות.

⁴⁶ ראו פרוטוקול הישיבה ה-24 של הכנסת השנייה, עמ' 479-480 (27.11.1951).
⁴⁷ ראו והשוו: חוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954 והצעת החוק לביטול עונש מוות, התש"ט-1949, לעיל ה"ש 28.

⁴⁸ פרוטוקול הישיבה ה-26, לעיל ה"ש 29.
⁴⁹ ראו: תקנה 58 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. ראו עוד: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין - כרך ג: הענישה הפלילית 200 (מהדורה רביעית, 2022).

⁵⁰ עניין אל אשואח, לעיל ה"ש 26.
⁵¹ במאמר מוסגר יצוין כי יתכן שניתן לקרוא את הנחיית היועץ לעניין סעיף 99 לחוק העונשין, בתור קביעה לפיה תייר חב חובת נאמנות למדינה. ואולם, קביעה כי תייר שנכנס כחוק לשטחי המדינה יכול לבצע עבירה של הפרת הריבונות, בעוד מחבל שפרץ את גדר הגבול ונכנס לשטחי המדינה אינו יכול לבצע עבירה של הפרת הריבונות, נראית מוקשית למדי. למקרה שבו אכן הוגש כתב אישום לפי סעיף 99 כנגד תייר שפעל בשירות ארגון חזבאללה (שאף הורשע בדין), ראו למשל: ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו" 529 (3) (2002).

ד. דינם מיתה? הערה על היחס שבין סעיף 96 וסעיף 97 לחוק העונשין

לבסוף, נבקש לתת את הדעת בקיצור נמרץ על "הפיל שבחדר" – העובדה שהרשעה בגין עבירת פגיעה בריבונות המדינה, מאפשרת על פניה לתביעה לבקש, ובהתאם לבית המשפט לגזור, עונש מוות על נאשם. נבקש להדגיש, כי השאלה האם ראוי לבקש או לגזור עונש מוות היא שאלה משפטית, מוסרית, ואף ביטחונית מורכבת. הדברים אמורים בפרט לאחר חקיקתו של חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו והקשיים החוקתיים שיתכן כי יש בו כדי להציב במישור זה. במאמר זה, איננו טוענים כי ראוי לעשות זאת, בנסיבות העניין. קביעה כזו דורשת דיון מורכב ביותר, הן בסוגיות תיאורטיות והן בסוגיות אמפיריות.⁵² על דיון כזה להיות מבוסס, בין היתר, גם על מידע ביטחוני, שאינו מצוי בדינו. אנו מבקשים להפריד בין השאלה האם לפרקליטות המדינה הסמכות הסטטוטורית לבקש לגזור עונש מוות לפי הדין הקיים על מחבלי השבעה באוקטובר, ובין השאלה האם ראוי או מועיל מבחינה משפטית, ביטחונית וערכית לעשות זאת. על השאלה הראשונה, נבקש לענות בחיוב. בשאלה השנייה, איננו דנים במאמר זה.

סעיף 97(א) נושא בצידו, כאמור, עונש מיתה או מאסר עולם. סעיף 96 מפרש, כי "על האף האמור בפרק זה, לא יטיל בית משפט עונש מוות אלא אם העבירה נעברה בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה".⁵³ בהקשר זה, יצוין כי בתי המשפט המחוזיים פירשו את הוראת סעיף 96 כמעין נסיבה מחמירה כחלק מיסודות העבירה שעליה היא נסמכת, זאת בשונה מתנאי להחלת עונש המוות בפועל כחלק משלב גזירת הדין.⁵⁴ משמעות הדברים היא כי על מנת לקבוע האם ניתן יהיה לגזור עונש מוות על מחבלים שירשעו לפי סעיף 97, ככל שיהיו כאלה, יש לדון בשאלה האם המעשים בוצעו "בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות" נגד ישראל. לטעמנו, התשובה לכך היא חיובית.

ראשית, המתקפה האמורה התקיימה לאחר תקופה ארוכת-שנים של ירי טילים שרירותי לעבר מדינת ישראל, על אזרחיה ותושביה, לרבות באותו היום, אשר בוצע על-ידי אותו ארגון טרור שתכנן והוציא אל הפועל את טבח שבעה באוקטובר – זאת מבלי להידרש לפעולות איבה נקודתיות שהתרחשו בשבועות הסמוכים למתקפה באזורים נוספים. די בכך כדי לקבוע שהדברים בוצעו בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות (תוך הפרה בוטה של דיני הלחימה הבינלאומיים, והדברים בהקשר זה מדברים בעד עצמם). ואולם, אף אם היו אירועי שבעה באוקטובר מתבצעים בחלל ריק, ללא כל מתקפה קודמת על ישראל, נראה כי די בכך שהפעולות של הפגיעה בריבונות עצמן בוצעו במסגרת פעולת איבה צבאית מאורגנת נגד ישראל, בסדר הגודל של אירועי שבעה באוקטובר, כדי לקבוע כי מנגנון סעיף 96 חל לעניין מחבלי חמאס באותו היום.

⁵² לדיון כללי בסוגיה זו ראו: בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב 127 (2002); רבין וואקי, לעיל ה"ש 49, 169-207.

⁵³ ס' 96 לחוק העונשין.

⁵⁴ תפ"ח (מחוזי ב"ש) 4319-03-15 מדינת ישראל נ' בן חמו (נבו 7.1.2016).

כאמור, הקביעה כי יש מקום להעמיד לדין את מחבלי שבעה באוקטובר לפי סעיף 97, אינה משמיעה בהכרח שיש מקום לבקש לגזור עליהם או לגזור עליהם בפועל עונש מוות. מכל מקום, יש לציין כי העמדה לדין בעבירות שעונשן מוות משליכה על זהות המותב אשר בסמכותו לדון בתיק.⁵⁵ לטעמנו, ישנה חשיבות בהעמדה לדין בעבירת הפגיעה בריבונות, על מנת לתת מענה להיבט הייחודי בחומרתו של המעשים האמורים, שאינם רק מעשי טבח המוניים הכוללים עבירות רבות ומזעזעות בתחומי ההמתה, האלימות, הטרור, והמין. הרשעה בעבירות אלה בלבד אינה מבטאת את מלוא חומרת המעשים, אשר כוללים לטעמנו ללא ספק גם פגיעה חריפה בריבונות המדינה. בכל מקרה, מבחינה משפטית-יאורטית גרידא, נראה כי לפי חוק העונשין, בסמכותה הסטוטורית של הפרקליטות לבקש לגזור עונש מוות על מחבלי שבעה באוקטובר אף ללא כל תיקון חקיקה.

סיכום

ייחודיותם של המעשים שביצעו מחבלי שבעה באוקטובר מעלה שורת שאלות משפטיות מורכבות. בין היתר, משימת העמדתם לדין של המחבלים מעוררת שאלות תקדימיות באשר לסוג העבירות שיש לייחס להם, ובאשר לטיב הענישה שראוי להטיל עליהם אם יורשעו. בעקבות שאלות אלו, עלו הצעות שונות בשיח הציבורי, לרבות הקמת ערכאות מיוחדות; שימוש בדין הצבאי; דיון בשאלה האם המחבלים ביצעו פשע של השמדת עם; או קידום חקיקה רטרואקטיבית. במאמר זה טענו כי קיים נתיב ראוי בדין הנוכחי שיש מקום לשקול את הפעלתו בנסיבות העניין.

לשיטתנו, סעיף 97 לחוק העונשין שעניינו פגיעה בריבונות המדינה מאפשר העמדה לדין של המחבלים בעבירה המגלמת את חומרתה הייחודית של מעשיהם, ונושאת בצידה עונש מאסר עולם או מוות, אף מבלי שיש צורך בחקיקה חדשה. על אף שהסעיף מצוי תחת הסימן העוסק בעבירות בגידה, דומה כי לשונו הפשוטה, וההבדל בינו לבין הסעיפים הנוספים המקיפים אותו, כמו גם הצורך לשמור על אחידות הדין והגיונו הפנימי, מלמדים כי ניתן להעמיד לדין את מחבלי חמאס לפיו. זאת ועוד, דומה כי בנסיבות העניין, הסעיף מסמיך את התביעה לבקש מבית המשפט לגזור על מורשעים לפיו עונש מוות בנסיבות העניין.

אם כן, הדין הפלילי הישראלי מעניק, כבר בתצורתו הנוכחית, מענה ראוי לכל הפחות לחלק מן השאלות המשפטיות כבדות המשקל שהעלו אירועי שבעה באוקטובר. יוצא אפוא כי על פרקליטות המדינה לשקול את העמדתם לדין של המחבלים בהתאם לסעיף זה. אם תעשה זאת, ובמידה והנאשמים יורשעו בדין, בכפוף לשיקולי המדיניות הרלוונטיים, נראה כי בסמכותה הסטוטורית של הפרקליטות יהיה לבקש מבית המשפט להטיל על המחבלים עונש מוות. לשם כך אין צורך בחקיקה ייעודית, אשר מעוררת שאלות קשות ומורכבות כשלעצמה במגוון מישורים, כי אם אך ורק בישומו של הדין הפלילי הישראלי הקיים. במשפטי השבעה באוקטובר על התביעה תוטל החובה לצייר בפני בית המשפט את בבואת

⁵⁵ חוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), התשכ"א-1961.

האסון שהמיטו הנאשמים הפוטנציאלים הללו על חבל ארץ שלם, ולבקש כי ייגזר עליהם עונש הולם. ואכן, בכוחה לעשות זאת תוך שימוש בכלים המצויים בדין כבר כיום.

ציטוט מוצע: יותם ברגר ואלדר גילרן "ריבונות כערך מוגן בדין הפלילי" רשות הרבים (29.11.23).