



תפ"ח 55227/01/17 - מדינת ישראל נגד מחמוד עימד

בית המשפט המחוזי בירושלים

תפ"ח 55227-01-17

לפני כב' השופט רפי כרמל, אב"ד

כב' השופט כרמי מוסק

כב' השופטת שירלי רנר

המאשימה

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

הנאשם

מחמוד עימד

ע"י ב"כ עו"ד זחאלקה

החלטה

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בגין עבירה של **ניסיון הכנה לביצוע מעשה טרור** - עבירה לפי סעיף 28(א)(3) **לחוק המאבק בטרור התשע"ו-2016** בצירוף סעיף 25 **לחוק העונשין, התשל"ז-1977** וכן כניסה לישראל שלא כחוק - **עבירה לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952**.

על פי כתב האישום, ביום 15.1.17 או קודם לכן גמלה בליבו של הנאשם ההחלטה להיכנס לישראל, לרכוש סכין ולהרוג שוטרים או חיילים או יהודי חרדי באזור שער שכם בירושלים, וזאת ממניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי. בהמשך לכך ועל מנת לקדם את החלטתו, בסמוך לשעה 11.00 יצא הנאשם מביתו כשבדיו ₪100 לצורך רכישת הסכין. הנאשם הגיע לאזור ואדי אלחומוס, עבר את הגדר ונכנס לשטח ישראל שלא כדין.

בסמוך לשעה 15.00 עלה הנאשם על אוטובוס הנוסע לשער שכם. בבדיקה שגרתית שהתקיימה באזור בית חושן בא-טור נתפס הנאשם ונעצר בטרם היה סיפק בידו לבצע את זממו.

על פי כתב האישום, במעשיו המתוארים לעיל ניסה הנאשם להכין אמצעים ולרכוש כלי נשק לשם ביצוע מעשה טרור באמצעות סכין תוך כוונה להמית אדם מתוך מניע דתי לאומני. בנוסף, נכנס הנאשם לישראל שלא כדין.

2. **לטענת ב"כ הנאשם** שבאה בפתח המשפט, אין עבירה כדוגמת זו המיוחסת לנאשם בכתב האישום, שכן אין ניסיון להכנה ולפיכך יש להורות על מחיקתה מכתב האישום. לטענתו, די בכך שהמחוקק הרחיב בסעיף 28 לחוק המאבק בטרור, את האחריות הפלילית למעשה הכנה בניגוד לכללי דיני העונשין לפיהם מעשי הכנה לעבירה, להבדיל מניסיון ככלל אינם ענישים, ולא ניתן לגזור נגזרת נוספת מהעבירה שבסעיף 28 האמור בדמות ניסיון בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק. בפרט הדברים אמורים כאשר מדובר בגזירה במישור השלבים לקראת הביצוע המושלם של



העבירה בשונה מגזירה במישור צורות השותפות השונות לביצוע העיקרי. הדבר נכון גם כאשר מדובר במעשי הכנה ענישים, ולעניין זה מפנה ב"כ הנאשם לאמור בספרו של המלומד ש"ז פלר (יסודות דיני עונשין (כרך ב', 1987), פסקה 16). לטענתו, גזירה נוספת כפי שמבקשת המאשימה לעשות פוגעת במידה בלתי מתקבלת על הדעת בעקרונות היסוד של דיני עונשין וקרובה לענישה על מחשבות שבלב. לא זו הייתה כוונתו של המחוקק כעולה מהדיונים בוועדת חוקה חוק המשפט. עוד טוען ב"כ הנאשם כי אין לראות בהוראת סעיף 28(ג) לחוק המאבק בטרור, הדנה במי שניסה לבצע מעשה הכנה משום הסמכה מפורשת בחוק למעשה הגזירה משום שכוונת המחוקק בהוראה האמורה הייתה אחרת, דווקא להגביל את האחריות, וזאת כעולה הן מדיני ועדת חוקה חוק המשפט והן מהגיגין הדברים, השכל הישר ועקרונות הדין הפלילי. לטענת ב"כ הנאשם על אף קיומן של עבירות הכנה מושלמות אין בנמצא מקרה אחד בו יחסה המאשימה עבירה של ניסיון להכנה. ב"כ הנאשם מפנה לכלל הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין בדבר פרשנות מצמצמת, ולאופן בו הופעל על ידי בתי המשפט, בתמיכה לכך שאף במקרים בהם תכלית החוק מצדיקה פרשנות מרחיבה של האיסור, נמנע בית המשפט מלעשות כן לאור הכלל האמור.

עוד טוען ב"כ הנאשם כי אפילו אם תידחה טענתו זו עובדות כתב האישום אינן מגלות עבירה של ניסיון להכנה במובן זה שמעשיו של הנאשם לא הגיעו, לפי המבחנים בפסיקה, לכדי ניסיון להכנה והם נותרו בגדר "הכנה להכנה" ובתור שכאלה הם אינם ענישים.

3. מנגד, **לטענת המאשימה**, משקבע סעיף 28 לחוק המאבק בטרור כי מעשי הכנה מסוימים יהוו עבירה "מושלמת", חלים על עבירה זו, כעולה מסעיף 34ד לחוק העונשין, כפי שחלים על כל עבירה אחרת בחוק, כל דיני העונשין, לרבות העבירות הנגזרות השונות, וזאת כל עוד אין הוראה מפורשת אחרת המסייגת זאת. לטענת המאשימה, פרשנות תכליתית של חוק המאבק בטרור מלמדת כי נחקק על רקע פיגועי הבודדים והסכנים והקושי במיגורם אשר התאפיינו בהיעדר מידע מודיעיני, תכנון קצר טווח, שימוש בכלים פוגעניים המצויים בידי כל אדם וזמינות מידית של הקורבנות. במסגרת החוק נעשה ניסיון לעצור את המעשה עוד בשלבי ההכנה המוקדמים ביותר וזאת מתוך תפיסה כי בהקשר של עבירות ביטחון ההכנה עצמה מהווה התרחשות פיזית ומלמדת על חציית קו פסיכולוגי. מטרתו של החוק הייתה אכן הרחבת תחולתו של הדין הפלילי ושנוי המצב החוקי, תוך הענקת כלים משפטיים נוספים להתמודדות עם מצב בטחוני קשה. לפיכך, הפרשנות התכליתית המתבקשת של חוק המאבק בטרור הינה כזו המאפשרת הענשה בגין ניסיון למעשה הכנה של פיגוע טרור. דחיית טעון זה משמעה הותרת המצב המשפטי הקיים על כנו בלא שחוק המאבק בטרור מהווה שינוי מהותי אמתי. ב"כ המאשימה טוענת כי הפנייה לספרו של המלומד פלר אינה במקומה שכן הוא עוסק במשפט הפלילי הקלאסי ואילו במקרה שלנו מדובר בחוק מיוחד וחריג במסגרתו נכללה עבירת ההכנה כעבירה מושלמת, עצמאית, ולפיכך אין המדובר בנגזרת לנגזרת. עוד נטען כי הוראת סעיף 28(א)(3) לחוק המאבק בטרור עוסקת גם במעשים של החזקת אמצעים כגון כלי נשק, ובהיקש מעבירות החזקת הנשק לגביהן בבירור המחוקק מאפשר לייחס נגזרת בדמות ניסיון כך גם בעניינו.

עוד טוענת המאשימה, כי את כוונת המחוקק לעשות שימוש בנגזרות כגון ניסיון ביחס למעשי הכנה ניתן ללמוד מכך שבאף לא אחת מעבירות ההכנה שהוגדרו בחוק העונשין נקבע הסדר מיוחד בחוק ולא הוחרג השימוש בעבירות נגזרות ויש בשתיקה זו כדי ללמד על כוונת המחוקק שניתן לעשות שימוש בנגזרות ביחס לעבירות אלו. גם הוראת סעיף 92 לחוק העונשין, הדנה בקשר או ניסיון לעבור עבירות בטחון, לרבות עבירות הכנה, מלמדת על עמדה נורמטיבית כי ניסיון להכנה של עבירות ביטחון מוכר במשפט הפלילי הישראלי. אשר לסעיף 28(ג) לחוק המאבק בטרור נטען כי הוא עולה בקנה אחד עם פרשנויות שונות ואין בו כדי להכריע את הכף.



אשר לטענתו החילופית של ב"כ הנאשם, נטען כי על פי מבחני הפסיקה חצה הנאשם במעשיו אותה נקודה ב"מסדרון" שבין עבירת הכנה לעבירת ניסיון, "מסדרון" שהינו קצר לאור תכליתו של חוק המאבק בטרור ובנסיבות הנאשם עבר את שלב ההכנה ומצוי בניסיון (לעבירת ההכנה).

דין

4. סעיף 1 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, אשר התקבל בכנסת ביום 15.6.16, קובע כי "מטרתו של חוק זה לקבוע הוראות בתחום המשפט הפלילי והמנהלי לרבות סמכויות אכיפה מיוחדות לצורך מאבק בטרור.... והכל בשים לב למאפיינים של ארגוני הטרור ועבירות הטרור, לסיכון הצפוי מהם לביטחון מדינת ישראל, לתושביה ולסדרי השלטון בה, ולמחויבותה של מדינת ישראל למאבק בטרור ברוח האמנות הבין-לאומיות שהיא צד להן, תוך איזון עם מחויבותה של מדינת ישראל לזכויות אדם ולאמות המידה המקובלות בתחום זה במשפט הבין-לאומי".

בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר בין היתר כי "בקביעת ההסדרים המוצעים נעשה מאמץ לאזן כראוי בין עוצמת הכלים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, הנדרשים להתמודדות אפקטיבית עם הסיכונים החמורים שיש בפעילות טרור לשם שמירה על ביטחון הציבור והמדינה, לבין מחויבות המדינה לשמירה על ערכי הדמוקרטיה ועל זכויות אדם. המחויבות לזכויות האדם מגבילה את מידת הפגיעה האפשרית בהן כתוצאה מהתמודדות עם סיכוני הטרור, ומחייבת מציאת איזון נכון בין השאיפה למנוע טרור ולהביא לדין את מבצעיו, לבין החובה לשמור על זכויות הפרט ועל חירותו....".

5. סעיף 28 לחוק המאבק בטרור קובע כך:

(א) העושה מעשה שהוא אחד מאלה, שיש בו משום הכנה לביצוע עבירה שהיא מעשה טרור, דינו - מחצית העונש הקבוע לעבירה, בלא החמרת הענישה הקבועה בסימן ב'; היתה העבירה כאמור עבירה שדינה מאסר עולם חובה, דינו - מאסר 15 שנים:

(1) הכשרת מתחם או אתר לשם התאמתו לביצוע עבירה כאמור או לשם הימלטות לאחר ביצועה; ; ; ; ; ; ;

(2) זיוף מסמכים לשם ביצוע עבירה כאמור; לענין זה, "זיוף" ו"מסמך" - כהגדרתם בסעיף 414 לחוק העונשין;

(3) הכנת אמצעים לשם ביצוע עבירה כאמור, לרבות כלי נשק, חומרים, מסמכים, אמצעי צילום והקלטה, תחפושות וכלי תחבורה, או החזקת אמצעים כאמור;

(4) איסוף או העברת מידע לשם ביצוע עבירה כאמור;

(5) הכשרת דרך, מעבר או מנהרה לשם ביצוע עבירה כאמור או לשם הימלטות לאחר ביצועה.

(ב) לענין סעיף קטן (א), אין נפקא מינה אם הפעולה כוונה לביצוע מעשה טרור מסוים או בלתי מסוים, או אם מעשה הטרור שהאדם השתתף בהכנתו תוכנן להתבצע על ידיו או על ידי אחר.



(ג) מי שניסה לבצע מעשה כאמור בסעיף קטן(א), וחדל מהשלמת המעשה מתוך חרטה, כאמור בסעיף 28 לחוק העונשין, יחולו עליו הוראות אותו סעיף.

במרכז המחלוקת בין הצדדים האם ניתן לגזור "אנכית" מעבירת ההכנה שבסעיף 28 האמור גם ניסיון כבכל עבירה עיקרית אחרת, אם לאו. בעוד שב"כ המאשימה סומכת טענתה בעיקר על התכלית של חוק המאבק בטרור, סומך ב"כ הנאשם טענותיו בעיקר על עקרון היסוד של הדין הפלילי.

6. הוראת סעיף 28 האמורה הינה חריגה בנוף הפלילי. הכלל בדיני עונשין הוא כי מעשי הכנה לביצוע עבירות פליליות אינם בני ענישה. "ההסבר לכך הוא, שעל אף שמתלווה אל מעשה-ההכנה המחשבה לבצע עבירה פלילית, עדיין אין ביטחון שהמחשבה היא סופית; בין שלב ההכנה לבין שלב הביצוע עדיין יש מקום לויתור או לחרטה...יהיו השיקולים לכך אשר יהיו; ועדיף לעודד את האדם להימלך בדעתו. מה גם שמבחינה אובייקטיבית, מעשי ההכנה, כשלעצמם, אינם, בדרך כלל, מסוכנים או מזיקים; הם בדרך כלל, ניטרליים. הפללת מעשי-ההכנה, ללא הבחנת טיבם וטיב העבירה שלקראת ביצועה הם נעשים, עלולה להביא נזק גדול מן התועלת המצופה ממנה. היא עלולה לשמש, מעין דחיפה להתמדה, לביצוע העבירה גופא" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז-1987, כרך ב'), עמ' 49. ר' גם מ. גור-אריה, על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון, משפטים לב (3) תשס"ב 505, בעמ' 528). דברים ברוח זו נאמרו גם בדברי ההסבר לסעיף 31 להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, שהוא המקבילה להוראת סעיף 28 לחוק. קרי, ככלל מעשי הכנה אינם בני ענישה בשל הרצון לעודד ויתור או חרטה ו"הגבול התחתון לאחריות פלילית, נמצא, אפוא, בשלב הניסיון לבצע עבירה, המהווה שלב מתקדם יותר בדרך להשלמת העבירה" (ר' ה"ח הממשלה, 949, בעמ' 1099).

באשר לרציונל שביסוד חקיקתו של סעיף 28 כך נאמר בדברי ההסבר:

"עם זאת, פרופ' פלר מצביע על מקרים מסוימים שבהם מעשה הכנה הוא בגדר עבירה פלילית, כגון: מעשה הכנה לעבירה של פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה, גרימה למלחמה או סיוע לאויב במלחמה (סעיף 100 לחוק העונשין), מעשה הכנה לעבירת ריגול (סעיף 116 לחוק העונשין), מעשה הכנה בחומרים מסוכנים (סעיף 497 לחוק העונשין) וכד'. הטעמים לענישה בשל מעשה הכנה עשויים להיות נעוצים במשקלו של הערך החברתי אשר עלול להיפגע כתוצאה מביצוע העבירה (אם זו תושלם), בחומרה או בסכנה המיוחדת הטמונה במעשה ההכנה כשלעצמו, או בקרבה של מעשה ההכנה לשלב ביצוע העבירה.

הסעיף המוצע מבוסס על התפישה ולפיה מעשה הכנה למעשה טרור נמנה אף הוא עם מעשי ההכנה שראוי להעניש בשלהם. זאת, בשל החומרה הטמונה לעיתים קרובות בעצם מעשי ההכנה למעשי טרור, ובעיקר בשל הסכנה הגלומה במעשי הטרור אם יושלמו, והאינטרס הציבורי לסכל את השלמת ביצועם, נוכח מניעיהם, מטרתם ותוצאתם הצפויה. דוגמא אופיינית למעשה ההכנה הוא חפירת מנהרות המיועדות להברחת בני אדם, כלי נשק ועוד. אף שחפירת המנהרה כשלעצמה אינה בגדר מעשה טרור, אף שברור כי היא משרתת באופן ישיר את ביצוע הנרחב של פעולות טרור ויש לראות בכך נדבך ראשון בשרשרת הפעולות המאפשרות את השלמת ביצועו של מעשה הטרור".

7. האם יש מקום לומר כי משקבע המחוקק את עבירת ההכנה שבסעיף 28 כעבירה עצמאית, ניתן לגזור ממנה



כבכל עבירה עצמאית אחרת את עבירת הניסיון? נראה כי יש להשיב לכך בשלילה. אכן, במישור הפורמאלי מדובר בעבירה עצמאית וכזו לכאורה ניתן לגזור ממנה את עבירת הניסיון. עם זאת, גזירה כאמור אינה עולה בקנה אחד עם המהות של עבירת ההכנה שאיננה עבירה מושלמת אלא אך הכנה לעבירה אחרת. ההכרה בעבירת ההכנה היא כאמור חריג בדין הפלילי. יש בה כדי להרחיב את האחריות הפלילית שלב אחד אחורה לעבר התחום שקודם לשלב הניסיון ואשר ככלל אינו עניש. קיימות נסיבות המצדיקות זאת כפי שקבע המחוקק במקרה הנוכחי. ואולם, משנחקקה עבירה כאמור, לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בעבירה העוסקת במעשי הכנה, שלב קודם לניסיון, ולגזור ממנה גזירה אנכית לשלב מוקדם אף יותר ממעשה ההכנה כפי שמבקשת המאשימה לקבוע. (ר' פלר, **לעיל**, בעמ' 58-59). כעולה מהוראת סעיף 25 לחוק העונשין ניסיון חייב להיות יותר מהכנה ("אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"). אי אפשר, על כן, לגזור מהכנה ניסיון. יצוין כי לענין הוראת סעיף 28 מודגש אופיה של העבירה כעבירה נגזרת בכך שהעונש המוטל על העבירה אף הוא נגזרת של העונש המוטל על העבירה המושלמת ("מחצית העונש הקבוע לעבירה") כפי המצב בעבירות נגזרות אחרות ובשונה מעבירות מושלמות. ההכרה בהכנה כעבירה משקפת נקודת איזון, מוקדמת בזמן ובמעשים, כחריג לדין הפלילי. האיזון, כעולה מסעיף 1 לחוק ומדברי ההסבר לו, הוא בין התכלית אותה נועד החוק להשיג של המאבק בטרור לבין הפגיעה בזכויות אדם. ההכרה בניסיון להכנה משנה מנקודת האיזון האמורה. כמובן, המחוקק עשוי לקבוע כי אף הניסיון להכנה הוא בר עונשין, ואולם כיוון שמדובר בדין פלילי ובזכויות אדם, נדרשת הוראה מפורשת בעניין זה, ובהיעדרה, אין הניסיון להכנה בר עונשין.

8. גם בדברי ההסבר קיימת תמיכה מסוימת לכך שנדרשת הוראה מפורשת לשם "גזירה" מעבירת ההכנה שבסעיף 28. נוסח הצעת החוק (סעיף 31) היה שונה במקצת מהנוסח שהתקבל בסופו של יום ונאמר בו כי "**(א) העושה מעשה שיש בו משום הכנה לביצוע עבירה שהיא מעשה טרור, או שיש בו כדי לסייע לאדם אחר להכין עבירה כאמור....**". בנוסח של החוק עצמו הורד המסייע מההגדרה שבסעיף (א) אך נקבע בסעיף (ב) כי "**לענין סעיף קטן(א), אין נפקא מינה אם הפעולה כוונה לביצוע מעשה טרור מסוים או בלתי מסוים, או אם מעשה הטרור שהאדם השתתף בהכנתו תוכנן להתבצע על ידיו או על ידי אחר**".

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי "**בהתאם לכך, לפי סעיף קטן(א) המוצע, אסור לעשות מעשה שיש בו משום הכנה למעשה טרור, או שיש בו כדי לסייע לאדם אחר להכין מעשה טרור, במטרה לאפשר, לסייע או להקל על ביצוע מעשה טרור. לכאורה אין צורך לאסור במפורש על סיוע למעשה הכנה של מעשה טרור, שכן הסיוע הוא צורה נגזרת מהביצוע העיקרי. ואולם בשל חריגותה של עבירת ההכנה, מוצע לקבוע במפורש את האיסור על סיוע לעבירה זו, בדומה לנוסח של סעיף 116 לחוק העונשין**".

מדובר בגזירה "אופקית", לא במישור השלבים לקראת הביצוע העיקרי אלא במישור צורות השותפות העקיפה לקראת הביצוע העיקרי לגביה ניתן לסבור כי אין צורך בהוראת חוק מפורשת (ר' פלר, **לעיל**, בעמ' 59) ואף לכך סבר המחוקק כי עדיפה הוראה מפורשת. קל וחומר לעניינו.

9. ב"כ שני הצדדים התייחסו בטיעוניהם להוראת סעיף 28(ג) לחוק, ממנה לכאורה עולה כי הניסיון להכנה עניש, ואולם גם ב"כ המאשימה הודתה בהגינותה בטיעוניה כי אין בהוראה האמורה כדי ללמד לכאן או לכאן. כעולה מדיוני ועדת חוקה חוק ומשפט אליהם היפנה ב"כ הנאשם, ככל הנראה הכוונה היתה לאפשר מתן פטור בשל חרטה גם אם הושלמה עבירת ההכנה על מנת למנוע תוצאת אבסורד ולפיה חרטה בשל ניסיון כאמור בסעיף 28 לחוק העונשין



פוטרת מאחריות, ואילו חרטה, לאחר שהושלמה עבירת הכנה, שהיא מוקדמת במעשים ובזמן לניסיון, אינה פוטרת. שאם לא כן, אין אכן צורך בהוראה האמורה. מכל מקום, גם ב"כ המאשימה ציינה, כאמור בטענותיה, כי אין בהוראה האמורה כדי להכריע לכאן או לכאן.

אשר להוראת סעיפים 34ד ו-92, אליהן הפנתה ב"כ המאשימה, נראה כי הוראות אלו נועדו בעיקר לקבוע את דין הענישה ודין ההגנות על נגזרות כאלו או אחרות, ולא להכריע בשאלה האם ניתן לגזור גזירות נוספות מכל עבירה.

10. המאשימה הפנתה לכך שחלק ממעשי ההכנה המפורטים בסעיף 28(א) עליהם נועד החוק לחול, לא "ייתפסו" בגדר החוק בהיעדר אפשרות לגזור ניסיון. כך למשל, מקום בו אך החל הנאשם בחפירת המנהרה, אך לא השלימה. טענה זו דינה להידחות שכן הביטוי "הכשרת דרך, מעבר או מנהרה" כאמור באותו סעיף אינו חל רק מקום בו הושלמה הכשרת הדרך, המעבר או המנהרה.

גם הטענה לפיה יש להקיש מעבירת החזקת נשק לענייננו דינה להידחות. אכן מעבירת החזקת נשק ניתן לגזור ניסיון וסעיף 28(א)(3) לחוק המאבק בטרור חל על החזקת נשק. עם זאת, העבירה שבסעיף 28 שונה בתכלית מזו של החזקת נשק - הענישה שונה כמו גם "המרחק" בין החזקת הנשק שבסעיף 28(א)(3) לעבירה הסופית אותה נועדה הפלילות של מעשה ההכנה למנוע. החומרה שבעבירת החזקת הנשק טמונה בעצם ההחזקה ואילו במסגרת סעיף 28(א)(3) היא נגזרת מהמטרה הסופית שהחזקה כאמור נועדה להשיג.

התוצאה היא שאנו מורים על מחיקת העבירה של ניסיון הכנה לביצוע מעשה טרור לפי סעיף 28(א)(3) לחוק המאבק בטרור וסעיף 25 לחוק העונשין.

ניתנה היום, כ"ט אייר תשע"ז, 25 מאי 2017, במעמד ב"כ המאשימה, ב"כ הנאשם והנאשם בעצמו.

שירלי רנר,
שופטת

כרמי מוסק, שופט

רפי כרמל, שופט
אב"ד