



ת"פ 46167/12/14 - מדינת ישראל - פמ"ד נגד מאזן אבו מגיציב, רמזי אבו חמאש

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 46167-12-14 מדינת ישראל נ' אבו מגיציב(עציר) ואח'

בפני כב' השופט דניאל בן טולילה
המאשימה
נגד
הנאשמים
1. מאזן אבו מגיציב (עציר) ע"י ב"כ עו"ד סעדה
2. רמזי אבו חמאש (עציר) ע"י ב"כ עו"ד מוספסא
מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ עו"ד ואניצון

הכרעת דין

כללי:

נגד הנאשמים הוגש כתב אישום המייחס להם עבירות של ניסיון הסתננות וקשירת קשר לביצוע פשע. על פי המתואר בכתב האישום, הנאשמים הינם תושבי רצועת עזה אשר במועד הרלוונטי לכתב האישום לא החזיקו היתר אישור כניסה לארץ כדין. ביום 19.12.14, בשעה 20:33 הגיעו הנאשמים לאזור גדר המערכת בגבול ישראל עזה, סמוך לקו דיווח 143, ליד כיסופים, והחלו לזחול לכיוון הגדר לשטח ישראל. כוח צה"ל שהוזעק למקום הבחין בנאשמים עוד בטרם הספיקו לעבור את הגדר והחל לירות באוויר על מנת למנוע מהם לעבור את הגדר. הנאשמים סירבו לעזוב את אזור גדר המערכת ונשארו לעמוד בסמוך לגדר במשך כ-20 דק' כאשר אינם נשמעים לחיילי צה"ל אשר הורו להם לעזוב את המקום. לאחר שכוח צה"ל לא הצליח להרחיק את הנאשמים מהגדר התבקשו הנאשמים לקפוץ מעל הגדר לתוך שטח ישאל ומיד לאחר מכן, נעצרו על ידי החיילים.

זירת המחלוקת:

בתיק זה, אין מחלוקת עובדתית בין הצדדים. לאור האמור, הנאשמים הודו בעובדות כתב האישום אך טרם הורשעו וזאת נוכח טענת ההגנה ולפיה עובדות כתב האישום אינן מקימות את עבירות ניסיון ההסתננות או העבירה של קשירת הקשר לביצוע פשע. עוד יצוין כי אף לא אחד מהצדדים הגיש ראיות מטעמו וטיעוני הצדדים מבוססים כל כולם על ניסוח סעיפי העובדות של כתב האישום.

טיעוני הצדדים:

עמוד 1



בדין שנערך ביום 15.3.15 ציינה ב"כ המאשימה כי לשיטתה, מעשיהם של הנאשמים מגיעים לכדי ניסיון הסתננות. לדבריה, הזחילה לעבר הגדר והעובדה כי השניים סירבו לעזוב את המקום מלמדת על כוונתם להיכנס לישראל שלא כדין. זו טענה כי אלמלא כוח צה"ל מנע מהנאשמים להשלים את העבירה הלה היו משלימים את ביצועה. במצב דברים זה, מעשיהם עברו את שלב ההכנה והגיעו לכדי ניסיון בהתאם לסעיף 25 לחוק העונשין. בנוגע לעבירה של קשירת הקשר - הפנתה לכך שהנאשמים נקטו את כלל הפעולות יחד, בכללן - חברו יחד, הגיעו לאזור גדר הגבול בזחילה ואף סירבו לסגת יחד. בנסיבות אלו ניתן להסיק באופן נסיבתי את התיאום המוקדם וקשירת הקשר. נוכח כל אלה, עתרה להרשיע את הנאשמים בעבירות המיוחסות להם.

ב"כ הנאשם 1 ציין תחילה כי טיעוניה של המאשימה מבוססים על הנחות והסקת מסקנות ואין לעשות כן. בעניין זה הפנה לכך שכתב האישום לא מציין דבר בנוגע ליסוד הנפשי של הנאשמים ולכך שאלו התכוונו בפועל לחצות את גדר הביטחון. אשר ליסוד העובדתי, הלה סבור כי כל עוד מעשיהם של הנאשמים לא כללו מעשים פיזיים ממשיים המלמדים על רצון להיכנס לארץ (כגון טיפוס על הגדר, כניסה למנהרה וכיוצ"ב) לא ניתן לומר כי המדובר בניסיון כניסה לישראל. בנסיבות אלו סבור כי מעשיהם הנם בגדר הכנה בלבד. כך הם פני הדברים ביחס לעבירת הקשר שכן כתב האישום אינו מפרט דבר ביחס ליסוד העובדתי הנוגע לעבירה זו ולא ניתן להסתפק בעצם הביצוע בצוותא חדא כדי לבסס יסודותיה של עבירת קשירת הקשר.

ב"כ הנאשם 2 הצטרף לדברי ב"כ נאשם 1 והפנה בטיעונו בכתב לפסיקה הנוגעת להבחנה שבין "הכנה" לניסיון. לדבריו, בהתאם למבחנים שפורטו בפסיקה מעשיהם של הנאשמים אינם עולים לכדי ניסיון שכן אלו כלל לא נגעו בגדר ולא החל לחצותה ומכאן שלא התרחשה "הקפיצה האיכותית" הנדרשת. בעניין זה הפנה להלכת קובקוב לפיה נדרשת תוכנית קונקרטית ובהעדרה לא ניתן לומר כי המעשים עלו לכדי ניסיון. נוכח דבריו ונוכח עקרון "מקבילת הכוחות" לפיו נדרש יסוד עובדתי חזק במקום שבו היסוד הנפשי חלש - המעשים נותרו בגדר הכנה בלבד. אשר לעבירת קשירת הקשר, הלה הפנה לכך שאין אינדיקציה לקיומה של הסכמה כלשהי בין הנאשמים בנוגע להסתננותם וכך גם לא הוכח כי קדם למעשיהם תכנון מראש, ולפיכך יש לזכותם גם מעבירה זו.

דין והכרעה:

לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, קראתי את הפסיקה הנוגעת, ובחנתי את עובדות כתב האישום הגעתי לכלל מסקנה כי יש להרשיע את הנאשמים בעבירות של ניסיון הסתננות וקשירת קשר לביצוע פשע.

מעשה הכנה או ניסיון הסתננות:

כידוע להבחנה בין מעשה הכנה לניסיון משמעות נכבדה שכן בעוד על מעשה הכנה (שאינו בו משום עבירה מוגמרת) אין מענישים, הרי שבגין ה"ניסיון" העונש הנו כפי זה של העבירה המוגמרת. בטרם אדרש לנסיבותיו הקונקרטיות של תיק זה שומה עלינו להקדים מספר מילים ביחס לכללים והפסיקה הנוגעת לסוגיה שבמחלוקת.



זוהי לשון סעיף 25 לחוק העונשין:

"אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". על משמעותו המונח "מעשה שאין בו הכנה בלבד" נכתב רבות בפסיקה שכן לא ניתן בהסתמך על תוכנו המילולי בלבד לדעת אימתי יצא מעשה פלוני מגדר הכנה ג' דא והיה לנסיין.

בע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל נכתב כי עסקין ב-: **"אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת לא הגיעה. המאפיין התנהגות זו, שהיא ביטוי התנהגותי, המהווה חולייה בשרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו מוליכות להשלמת היסוד התנהגותי אלמלא הופסקו".**

בע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל נכתב כי: **"היסוד העובדתי של עבירת הניסיון מחייב אפוא עשיית מעשה שהוא חוליה במעשים המתבצעים לקראת השגת העבירה המושלמת, מעשה היוצא מגדר הכנה ומקדם את המבצע לקראת השלמת העבירה שלביצועה הוא שואף"** ור' גם ע"פ 3355/10 פלוני נ' מדינת ישראל (28.12.2011).

בהגדרות אלו לא היה די ועל כן בצדן גובשו שני מבחנים עיקריים: המבחן הראשון הוא מבחן **"הקרבה להשלמת הביצוע"**. על פי מבחן זה יש לבדוק עד כמה המבצע היה קרוב להשלמת העבירה. במבחן זה נעשה שימוש במדדים של זמן ומקום, אולם אלה אינם בלעדיים וקיימים מצבים בהם אף אם המבצע אינו הגיע למקום העבירה ניתן לראות במעשיו כ"נסיון" ולא כמעשי הכנה בלבד.

בהקשר למבחן זה המלומד פלר בספרו דיני עונשין, כרך ב, עמוד 95 פסקה ד', חיווה דעתו כי נקודת העיגון במבחן זה אינה עבירה המושלמת במספר המהלכים שעוד נותר לבצע על מנת להשלים העבירה אלא ההצטברות האיכותית של ביצוע מעשי הנאשם אשר יש בהם כדי להעבירו משלב מעשה ההכנה לשלב הביצועי: **"...השאלה מהן הפעולות הנמנות על שלב הביצוע של העבירה לקראת השלמתה, בהבדל מן הפעולות הנמנות, על שלב מעשה ההכנה לקראת תחילת ביצועה של העבירה, איננה שאלה כמותית של מידת קרבה למומנט השלמת העבירה, אלא שאלה איכותית של שייכות הפעולה לשלב זה או אחר משני השלבים האמורים...כלומר בתוך שלב הביצוע השאלה היא מה שהעושה כבר עשה ולא כמה נשאר לו עוד לעשות, כלומר שאלה של מינימום איכותי ולא של מקסימום כמותי, מינימום שלפניו נמצא שלב איכותי אחר, השלב הטרומי ביצועי של מעשה הכנה... "**

המבחן השני הינו מבחן **"ביצוע התחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונת העושה"**. על פי מבחן זה ניתן לקבוע כי ניסיון לבצע את העבירה מתקיים מהרגע שבו המבצע גמל בליבו לבצע את העבירה. פה ניתן להסתפק בביטוי התנהגותי המהווה חולייה בשרשרת המעשים בהם אמור היה המבצע להשלים את ביצוע העבירה. אולם לכך יש להוסיף את הדרישה המכונה **"מבחן החד משמעות"** לפיו יש לבחון את מעשי הנאשם מהנקודה שבה מתגלית באופן חד משמעי כוונתו של הנאשם לעבור את העבירה הקונקרטית. ביחס לכך ר' עפ 297/11 - מחסן סעיד נ' מדינת ישראל, ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר (23.11.2006) (להלן: עניין ברואיר); ע"פ 7894/03 ג'אבר נ' מדינת ישראל (18.02.2008); ע"פ 11068/08 סנקר נ' מדינת ישראל (12.07.2010) (להלן: עניין סנקר) וכן פרופ' מרים גור-אריה



במאמרה: "על ההבחנה בין הכנה לבין ניסיון" משפטים לב 505 (2001) (להלן: גור-אריה), ולפיו נדרשת "קפיצה איכותית" בכדי לחצות את הגבול המפריד בין הכנה לבין ניסיון.

במסגרת מבחן החד משמעיות נעשה שימוש במבחן עזר: "הסרט האילם" אשר בו מוצגת התנהגותו של אדם ללא כל הסבר קודם בנוגע למטרתו העבריינית וללא כל הסתייעות בהוכחות חיצוניות לה. על פי מבחן זה, הסרט מופסק ו"הצופים" נשאלים על מטרת התנהגותו של אותו אדם. אם קיימות מספר תשובות אפשריות פירוש הדבר כי העושה עדיין לא עשה די לצורך הגשמת מזימתו על מנת שזו תיחשב כניסיון.

מן התם אל הכא :

יישום כל אחד מן המבחנים שפורטו לעיל מביא באופן חד משמעי למסקנה לפיה מעשיהם של הנאשמים חצו את שלב ההכנה והגיעו לכדי ניסיון.

ראשית יש ליתן הדעת לכך כי אין מדובר בהימצאות מקרית ליד גדר המערכת (בשל מגורים או עבודה באזור). הימצאות זו חייבה את הנאשמים לבצע פעולה פיזית של הגעה. ההגעה עצמה הנה בשעות החושך על כל המשמעות הנלוות לכך בדגש על הקושי הגדול יותר באיתורם שעה שאלה פועלים בחסות החשיכה.

הנאשמים אינם מגיעים למעבר רשמי הקיים בגדר (כדוגמת למעבר כיסופים שנמצא בסמוך) אלא מגיעים בסמיכות לגדר לקו דיווח 143.

התנהלותם של הנאשמים עם הגעתם בסמיכות לגדר מלמדת בעליל על שתי מטרות בולטות. הראשונה, רצון להגיע לעבר הגדר. השנייה: שלא להתגלות. הדברים נלמדים מעצם העובדה שבהגיעם של השניים למקום אלו החלו לזחול כשכיוון זחילתם הנו לעבר הגדר. עצם הזחילה לעבר גדר (ולא הליכה גלויה) מלמדת בעקיפין על ידיעה ברורה כי באזור ישנם כוחות ביטחון שיכולים לגלותם. הנאשמים אינם פוסקים ממעשיהם (מתוך חרטה כלשהי) אלא רק לאחר שזוהו עד ידי כוח צה"ל שהחל לירות באוויר על מנת להניס אותם.

המדובר ברצף פעולות איכותיות אשר הן על פי מבחן ה"קרבה להשלמה" והן על פי "מבחן החד משמעיות" יש בהן ללמד כי אלו עברו את שלב ההכנה ומעשיהם מגיעים לכל הפחות לכדי ניסיון הסתננות.

בע"פ 297/11 - מחסן סעיד נ' מדינת ישראל (להלן: "עניין מחסן") התייחס בית המשפט העליון לסוגייה דומה הנוגעת למשמעות המשפטית של עצם ההגעה של המערער בסמיכות לגדר הביטחון (במטרה לחטוף חייל צה"ל). ביחס לכך קבע בית המשפט כי: **"ברי איפוא שיציאתו של המערער לכיוון גדר הגבול והגעתו בסמוך לה - מהוות במובהק קפיצה איכותית", או "תנועה לעבר הביצוע" - המכניסות את פעולותיו של המערער אל תוך מתחם הנסיון..."**

עד על משמעות ההגעה לזירה כקפיצת מדרגה איכותית ר' ע"פ 9849/05 בעניין ברויאר (שצוטט על ידי ההגנה) ובו



בית המשפט העליון מרשיע בניסיון שוד הגם שהמערער כלל לא נכנס אל תוך הבנק אלא רק המתין בסמיכות לו. כמו כן ר' ת.פ. 40522-04-14 מדינת ישראל נ' אבבאן, של מותב זה שם הורשע הנאשם בניסיון למעשה מגונה הגם שהיסוד העובדתי כלל הגעה לזירה ופתיחת הדלת הדירה בה התגוררו המתלוננות.

אם בכך לא די הרי התעקשותם של הנאשמים שלא לעזוב אזור הגדר הגם שהתגלו על ידי כוחות צה"ל שירו באוויר, וחרף הפצרות החיילים לעזוב את במשך 20 דקות, מלמדת אף היא על פי מבחן "החד משמעיות" כי מעשיהם חצו במובהק את שלב ההכנה.

לסיום פרק זה בהכרעת הדין אציין כי ע"פ 9511/01 בעניין קובקוב אליו הפנתה ההגנה אינו ישים בחלקו הגדול לתיק שבפניי שכן שם דובר על עבירות שעניינן "פגיעה באדם" וכנגזרת מכך הצורך בתוכנית סדורה וקונקרטיה לפגיעה באותו אדם שנבחר" על ידי הנאשם להיות קורבן העבירה. אין

זה המקרה שבפניי.

היסוד הנפשי הנדרש:

ב"כ הנאשמים הוסיפו בטיעוניהם בעל פה כי כתב האישום, כפי ניסוחו, אינו מלמד כי התקיים אצל מי מהנאשמים היסוד הנפשי הנדרש לצורך השלמתן של העבירות המיוחסות להם. במצב הדברים הנוכחי, ובשעה שבית המשפט לא נחשף להודעותיהם במשטרה (באופן שיכול וילמד באופן ישיר על כוונתם האמיתית), הרי שיש להורות על זיכויים. טענה זו אין בידי לקבל ואנמק.

מטבעם של דברים אין ביכולתו של בית המשפט לקרוא את נבכי מחשבותיו של נאשם. לכאורה, היה וזה לא יפתח צוהר לנפשו, לא ניתן יהיה לקבוע מה הייתה הכוונה האמיתית שנילוותה למעשים הגלויים שביצע הנאשם. סיטואציה שכזו מאפיינת את מרביתם של המקרים להם נדרש בית המשפט.

הגם כך, אין פירוש הדבר שלא ניתן לקבוע קיומו של יסוד נפשי שכן: " ... במרבית המקרים, היסוד הנפשי מוסק מכלל הנסיבות החיצוניות, מהגיונם של הדברים, מראיות נסיבתיות ומניסיון החיים המצטבר" (ר' ע"פ 5150/93 סריס נ' מ"י).

המלומד יעקב קדמי בספרו על הדין בפלילים חלק ראשון, עמ' 367 מציין כי: "במקום שביצועה של עבירה מושלם - ניתן ללמוד על היסוד הנפשי מעצם ביצועה של העבירה... ואילו מקום שהמדובר אך בניסיון - נדרשת ראייה 'חיצונית' למעשה על מנת להוכיח את הלך הנפש שליווה אותו".

בתיק שבפניי, מעבר לכל אותן פעולות שקדמו לתפיסתם של הנאשמים, אותה "ראייה חיצונית" מצוייה בסירובם של הנאשמים להתרחק מהגדר חרף הירי באוויר וחרף הפצרות החיילים. ראייה חיצונית נוספת מצוייה בטיפוס שביצעו



הנאשמים מעבר לגדר אל תוך שטחה של מדינת ישראל שעה שהתבקשו לעשות כן חלף עזיבת המקום. עובדות אלו יש בהן כדי ללמד, על פי מבחני היגיון ו"שכל יש"ר על מטרת הגעתם של הנאשמים בסמיכות לגדר הביטחון.

בעניין "מחסן סעיד" בית המשפט העליון נדרש להוכחות היסוד הנפשי מתוך היסוד העובדתי. הניתוח המפורט שנעשה שם, תוך הסתמכות על "חזקת המטרה" יפה גם לתיק שבפניי ומקל וחומר:

"..בית המשפט המחוזי עשה שימוש גם ב"הנחת הכוונה", שהינה: "חזקה ראייתית-עובדתית לפיה אדם התכוון לתוצאות הצומחות באופן טבעי ובהסתברות גבוהה ממעשיו" .. השימוש בחזקה עובדתית זו מקובל בפסיקה (ראו בין היתר: ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 638 (1996); ע"פ 6908/10 דוד נ' מדינת ישראל (02.01.2013)). ואולם, השימוש ב"הנחת הכוונה" - מעצם הגדרתה - מוגבל לעבירות תוצאתיות. נשאלת השאלה, כיצד ניתן לעשות שימוש בעקרון של חזקה עובדתית-ראייתית בנוגע לרכיב של "מטרה להשלים את העבירה" בעבירות נסיון. נראה שהפתרון מצוי ביישום של מעין "הנחת מטרה", שהיא וואריאציה של הנחת הכוונה (או של "הנחת המודעות") ושאותה ניתן לנסח כך: "חזקה על אדם כי הוא פועל מתוך מטרה להשלים עבירה - אם פעולותיו צפויות להוביל באופן טבעי ובהסתברות גבוהה להשלמתה" (ניסוח כללי יותר של "חזקת מטרה" - שלא בהקשר של עבירות נסיון - יכול להיות כדלקמן: "חזקה על אדם כי הוא פועל מתוך מטרה מסוימת - אם פעולותיו צפויות להוביל באופן טבעי ובהסתברות גבוהה להשגת אותה מטרה").

בעניינו, לאור התנהלות הנאשמים לפני תפיסתם ולאחריה, קשה להעלות על הדעת מטרה אחרת למעשיהם למעט רצונם להסתכן את תוך מדינת ישראל תוך חציית גדר הביטחון.

עבירת קשירת הקשר לביצוע פשע:

גם ביחס לעבירה זו סבורני כי מעובדות כתב האישום בו הודו הנאשמים ניתן ללמוד על הקשר שנרקם בין השניים להסתכן ארצה עוד בטרם הגיעו בסמיכות לגדר הביטחון.

אכן, עבירת הקשר יכול ותילמד מראיות ישירות שילמדו על "היוועדות מוקדמת" והסכמתם של הקושרים לקדם את מטרותם המשותפת לרבות האופן והשלבים לקידומו של הקשר. המציאות מלמדנו כי על פי רוב, לא תימצאנה ראיות ישירות מסוג שכזה. ודוקו, בהתאם להלכה הפסוקה ניתן להסיק את קשירת הקשר הן מראיות ישירות והן מראיות נסיבתיות לרבות על דרך של הסקת מסקנות ממעשים שאירעו לאחר קשירת הקשר אשר יש בהם כדי ללמד על מה שקדם להם (ראו בעניין זה ע"פ 639/79 אפללו ואח' נ' מ"י וכן 'קדמי, על הדין בפלילים חוק העונשין, חלק ראשון, עמ' 285).

בעניינו, התנהלותם של הנאשמים אינה יכולה להיות אלא פרי תוצאה של תכנון מוקדם וקשירת קשר. בהקשר לכך, נדמה שאין יחלוק שהגבול בין רצועת עזה למדינת ישראל הנו אחד מהרגישים והמאובטחים ביותר לא כל שכן בשנה האחרונה. לא בכדי כל התראה מביאה להקפצתם של כוחות צבא רבים. כשזו המציאות, הרי שאין זו דרכם של אזרחים (משני עברי הגבול) להסתובב כך סתם בקרבתו בשעות לילה. אין זו "יד הגורל" שהפגישה הנאשמים בסמיכות לגדר.



יתרה מכך, שני הנאשמים פועלים בכל השלבים המתוארים בכתב האישום באופן זהה: ההגעה לנקודה הספציפית בגדר, הזחילה לעבר הגדר, הסירוב להתרחק מהמקום ובהמשך הטיפוס אל תוך שטחי המדינה על פי בקשתם של החיילים. כל אלה כמכלול מעידים, באופן נסיבתי, על קשירת קשר בין שני הנאשמים.

סוף דבר

מכל המקובץ לעיל, הנני להרשיע את הנאשמים בעבירה של ניסיון הסתננות בהתאם להוראת סעיף 2 לחוק למניעת הסתננות + סעיף 25 לחוק העונשין ועבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

דניאל בן טולילה , שופט

ניתנה והודעה היום 14.4.15 במעמד הנוכחים.