

# ת"פ 37846/10/13 - מדינת ישראל - פמ"ד נגד \*\*\*\*\* (עציר) - בעצמו

בית משפט שלום באר שבע

ת"פ 37846-10-13 מדינת ישראל נ' פלוני

בפני כב' השופט ד"ר יובל ליבדרו

מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ עו"ד נועה בורג	המאשימה:
***** (עציר) - בעצמו ע"י ב"כ עו"ד דניאל כהן	נגד הנאשם:

הדין מתורגם לנאשם באמצעות הגברת חנאן אבו פרחאן, לשפה הערבית.

## הכרעת דין

### פתח דבר

החלטתי לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

### מבוא

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של הסתננות, עבירה לפי סעיף 2 לחוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד - 1954.
2. מעובדות כתב האישום עולה כי הנאשם הינו תושב עזה ובמועד הרלוונטי לכתב האישום לא החזיק בידו באישור כניסה לישראל. בתאריך 15/10/2013 סמוך לשעה 11:30 הגיע הנאשם אל גדר הגבול שבין רצועת עזה לישראל סמוך לקו דיווח 133, טיפס על הגדר, ירד לצידה השני שבשטח ישראל והחל להתרחק

עמוד 1

לתוך שטח ישראל. כוח צה"ל שהוזעק למקום פתח בסריקות ואיתר את החשוד בשטח מיוער שבשטח ישראל.

3. בדיון שהתקיים ביום 6.2.2014, הנאשם כפר במיוחס לו בכתב האישום. הנאשם הודה כי הינו תושב עזה ובמועד הרלוונטי לכתב האישום לא היה ברשותו אישור כניסה לישראל. הנאשם הודה כי ביום 15/10/2013 סמוך לשעה 11:30 טיפס על גדר הגבול שבין עזה לישראל (סמוך לקו דיווח 133) וירד לצידה השני שבתוך שטח ישראל. הנאשם הודה שהוא נכנס לשטח ישראל, אך כפר כי התרחק לתוך שטח ישראל. הנאשם הודה כי נתפס ע"י כוח צה"ל. הנאשם כפר בכך כי נתפס בשטח מיוער הסמוך לגבול בשטח ישראל. הנאשם כפר כי הסתנן לישראל שלא כדין, סיכן את בטחון מדינה והטיל מעמסה מיותרת על כוחות הביטחון.

בהמשך, בדיון שהתקיים ביום 02.04.2014, הנאשם הוסיף כי עם כניסתו לישראל נופף בגופייתו וטען בפני חיילי צה"ל כי הוא בורח מהחמאס. הנאשם הוסיף כי נאלץ להיכנס לישראל בשל האיום והסכנה לחייו ובשל כך קמות לו הגנות וסייגים של כורח וצורך המאיינים את הפליליות שבמעשיו.

ב"כ הנאשם העלה מספר טענות משפטיות כבר במועד תשובותיו לכתב האישום, טענות אליהן התייחס גם בסיכומיו, טענות אליהן אדרש להלן.

### פרשת התביעה

4. פרשת התביעה בתיק זה כללה אך את הגשת אמרת הנאשם במשטרה (ת/1), בהסכמת ההגנה (עמ' 12 לפרוטוקול מיום 2/4/14 ש' 12-13). מדובר בהודעת הנאשם מיום האירוע (15/10/2013) שנגבתה בתחנת המשטרה. מת/1 עולה כי הנאשם טיפס על הגדר שבין עזה לישראל עבר לצדה השני של הגדר לשטח ישראל ונתפס על ידי חיילי צה"ל סמוך לגבול. עוד ציין הנאשם בחקירתו כי נכנס לישראל בגלל "המצב החרה" (כך במקור, י.ל) שיש בעזה" (ת/1 עמ' 2 ש' 14).

### פרשת ההגנה

5. מטעם ההגנה העידו הנאשם ואחות הנאשם \*\*\*\*\* . כן הוגשו מסמכים רבים, אליהם אתייחס בהמשך.

6. **הנאשם** תיאר בעדותו קשר של שיתוף פעולה רציף עם השב"כ שבעטיו אף נשפט ונכלא בעזה. הנאשם העיד כי החל משנת 2008 הוא שיתף פעולה עם קצין שב"כ בשם \*\*\*\*. במסגרת שיתוף הפעולה עם השב"כ העביר הנאשם מידע שכלל מידע על אנשים, ארגונים, מנהרות ופיגועים עתידיים. הנאשם מסר כי שיתף פעולה עם המפעיל שלו בשב"כ במשך כשנה וחצי (פרוטוקול מיום 4/14//2 עמ' 13 ש' 28).

הנאשם המשיך והעיד כי במסגרת שיתוף הפעולה אף הובא לישראל והשב"כ בחן את אמיתות המידע

שהעביר: "הביאו אותי לישראל, נתנו לי הדרכה באמצעי תקשורת. הם גם עשו לי בחינות של בדיקות פוליגרף...מצאו שאני דובר אמת" (עמ' 14 ש' 6-7). הנאשם ציין כי לצורך פעילותו קיבל שני טלפונים סלולאריים מהשב"כ: "היו לי שני טלפונים שקיבלתי מהשב"כ...אחד מהם שנתנו לי שהייתי בישראל והשני שמו לי אותו באיזה מקום בעזה" (עמ' 14 ש' 6-7).

לעניין חשיפתו העיד הנאשם כי פעילותו לטובת ישראל נחשפה באמצעות תפיסת הטלפון הסלולארי שקיבל מהשב"כ ושליפת מספרי טלפון ממנו "השארתי את הטלפון אצלם והלכתי להכין תה כשחזרתי ראיתי שהם לקחו ממנו מספרי טלפון" (עמ' 14 ש' 28-29) ובעקבות זאת נעצר ונכלא "לקחו אותי למעצר בעזה. הייתה חקירה של ששה חודשים, לא היה לי משפט שם אחרי חקירה של שישה חודשים שלחו אותי לבית משפט" (עמ' 14 ש' 30-31). לשאלה על מה נשפט השיב הנאשם: "נשפטתי על כך שהייתי במגע עם ישראל" (עמ' 15 ש' 4). לשאלה האם הגיש ערעור השיב הנאשם: "כן... פסקו לי בערעור עונש של 4 שנים" (עמ' 18 ש' 22).

7. הנאשם בעדותו תיאר את הסכנות שבפניהן עמד ואת נסיבות כניסתו לישראל, וציין כי לאחר שחרורו מהכלא משפחתו בודדה אותו והלינה אותו בצריף מחוץ לבית. הנאשם העיד כי מאז שחרורו מהכלא חייו היו בסכנה והוסיף שאנשים פנו אליו והזהירו אותו: "באו אלי אנשים מ\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* וגם שני אנשים שאני מכיר אמרו לי שמשחררים אותי כדי לסיים את התיק שלי... ובאנו לסיים את המלאכה שזה לא מספיק מה שקיבלתי...ואם אצא מהבית ירו בי ... אמרו לי ששחררו אותי כדי שאנשים שפגעתי בהם, יסגרו אותי חשבון" (עמ' 21 ש' 3-8).

לשאלה מדוע נכנס לישראל השיב הנאשם: "כי החיים שלי בסכנה כי אלה שאחיהם נפטרו עד עכשיו מאיימים על המשפחה שלי ..." (עמ' 21 ש' 17).

עוד הוסיף הנאשם בעדותו כי בחג הקורבן הוא גנב את הפלאפון של \*\*\*\*\* שבאה לבקר את משפחתה שבעזה, יצר קשר עם המשטרה, מסר להם כי יש לו ידיעות להעביר לשב"כ וביקש שיחזרו אליו לטלפון אחר, של \*\*\*\*\* : "\*\*\*\*\* באה אלינו לביקור בתקופת החג... אני גנבתי את הפלאפון של \*\*\*\*\* שהוא \*\*\*\*\* , כי אסרו עלי שיהיה עלי טלפון או מחשב... הייתי בקשר עם המוקד המשטרתי דוברת ערבית אמרתי לה שיש לי מידע חשוב שאני חייב להעביר לשב"כ... היא מהמוקד ביקשה ממני מספר טלפון ומסרתי לה את מספר הטלפון של \*\*\*\*\* שהיה אצלי בצריף ביקשתי ממנה לא לחזור למספר הזה שהתקשרתי ממנו..." (עמ' 21 ש' 25-31).

הנאשם טען כי כשהמשטרה חזרה לטלפון של \*\*\*\*\* ענה להם \*\*\*\*\* והוא הבין שהנאשם עדיין עובד עם השב"כ. הנאשם העיד כי: "המצב נהיה גרוע ביותר ואנשים שרוצים לנקום את נקמת אחים היו תמיד פוגשים את אבא שלי ואומרים לו שלא נרגע עד שננקום... אבי בא אלי והאשים אותי וגינה אותי שאני גרמתי לאנשים לרצות בנקמת דם. אז לא הייתה לי ברירה, נאלצתי לבחור ביום החג..." (עמ' 22 ש' 7 עד 10).

הנאשם העיד ואמר כי ניצל את העובדה כי אנשי החמאס, שתצפתו עליו, היו עסוקים בהכנות לחג הקורבן כדי לברוח ולהגיע אל הגבול והוסיף כי: **"אני לא באתי לעשות נזק, באתי כדי שיעזרו לי הגעתי לגדר ועמדתי. נשארתי עומד ונופפתי גם בגופיה הלבנה, ניערתי בכוונה את הגדר אך אף אחד לא הגיע. נאלצתי לטפס על הגדר עד הגעתי לצד השני... כאשר עברתי את הגדר עמדתי בנקודה ולא צעדתי מטר קדימה לצד הישראלי עד שהם הגיעו אלי".** (עמ' 22 ש' 18-21).

לשאלה האם דיבר עם החיילים כשנתפס בשטח ישראל, השיב הנאשם: **"הם שאלו למה באתי אמרתי שיש לי בעיות והייתי עצר אצל החמאס ויש לי מידע שאני חייב למסור לשב"כ"** (עמ' 22 ש' 29-30). הנאשם העיד כי תחילה לא סיפר בחקירתו על מגעיו עם השב"כ בהתאם להנחיה שקיבל והוסיף כי: **"במהלך החקירה במשטרה המצאתי סיפור מהדמיון שלי...שאל אותי למה באתי ואמרתי לו שנמאס לי בעזה וקשה."** (עמ' 23 ש' 6-7).

8. לשאלה בנוגע לאמרתו בחקירת המשטרה (ת/1) כי נכנס לישראל בגלל המצב הגרוע בעזה ענה הנאשם: **"קצין שב"כ דיבר איתי בבסיס הצבאי ואמר לי לא להגיד כלום..."** (עמ' 24 ש' 9).

לשאלה האם לא נכנס לישראל בגלל יחס לא טוב ממשפחתו וכתוצאה מהמצב בעזה ענה הנאשם כי: **"לא גבירתי אני הייתי במצב אמיתי בבעיה אמיתית ואם הייתי נשאר שם הייתי מאבד את חיי"** (עמ' 25 ש' 15-16).

לשאלת המאשימה מדוע חיכה חודשיים עד שברח לישראל, השיב הנאשם: **"אני הייתי בבית ולא יכולתי לצאת... ואלו שקיבלו פקודה לירות בי הם אנשים שחיים בסביבה שלי ... הם שייכים ל\*\*\*\*\*"** (עמ' 25 ש' 25-28).

9. \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, המתגוררת \*\*\*\*\*, מסרה בעדותה כי פגשה בנאשם לאחרונה בחג הקורבן כשבאה לבקר את משפחתה בעזה. עוד הוסיפה בעדותה כי \*\*\*\*\* הרביץ לנאשם בעקבות שיחה שהתקבלה בטלפון שלה, ונראה לה שהשיחה הייתה \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, ענה עליה.

\*\*\*\*\* העידה כי: **"הנאשם מפחד מהחמאס בגלל שאנשי חמאס רוצים להרוג אותו ואם יתפסו אותו יהרגו אותו"** (עמ' 34 ש' 21-22 לפרוטוקול מיום 20.5.2014).

\*\*\*\*\* העידה גם כי עזבה את עזה בגלל \*\*\*\*\* הזהיר אותה שיהיו לה בעיות עם החמאס ושיאשימו אותה שהיא עזרה לו לצאת לישראל.

\*\*\*\*\* הוסיפה בעדותה כי: **"הייתי אצל ההורים שלי ואמרו לי שאנשי חמאס שאלו אותי על \*\*\*\*\* אמר להם שהוא לא יודע אפה הוא נמצא. הפכו את הכל בבית, את הבגדים את הכל ורצו לתפוס אותו בכל צורה שהיא"** (עמ' 34 ש' 26-28).

10. בחקירתה הנגדית השיבה \*\*\*\*\* כי הבינה מאחיה (לא הנאשם) כי שיחת הטלפון שנתקבלה במכשיר הטלפון שלה הייתה \*\*\*\*\* , וכן הוסיפה כי ביום שבו עשו חיפוש והפכו את בית הוריה היא הייתה \*\*\*\*\* ואולם הדגישה כי: **"ביום השני של החג, הם באו ושאלו על הנאשם ועשו קצת רעש והלכו"** (עמ' 35 ש' 21-22).

לשאלה היכן היה אחיה, הנאשם, כאשר עזבה את בית הוריה, השיבה \*\*\*\*\* כי: **"אני לא יודעת, מיום החג הוא נעלם. יום החג בבוקר ראיתי אותו ואחר כך נעלם... ביום הראשון של החג בבוקר ראיתי אותו ואחר כך הוא נעלם"** (עמ' 36 ש' 5-9).

## 10/ג

11. ההגנה הגישה מזכר של חיילת שכותרתו "העברת מסתננים מרצועת עזה למשטרת ישראל" (ג/10). במסמך זה יש כותרת "פרטי האירוע" ושם צוין כי בשעה 11:35 זוהה בן אדם על ציר ובשעה 11:36 צוין כי: **"כרגע הבן אדם נמצא על ציר הוברס, מרים ידיים בלי חולצה"**. בהמשך, תחת כותרת "פרטי המסתנן", צוין כי: **"חצה כי פחד שהחמאס יכלאו אותו עקב חשד לריגול לישראל"**.

## ג/1, ג/1 א', ג/1 ב'

12. מסמכים האלה מהווים את כתב האישום שהוגש כנגד הנאשם על ידי "הרשות הלאומית הפלסטינית, השיפוט הצבאי, הפרקליטות הצבאית", כאשר ג/1 א' הוא התרגום לשפה העברית של כתב האישום.

בכתב האישום הואשם הנאשם בעבירה של קיום מגע עם צד זר עויין ובהתאם לעובדות כתב האישום הנאשם החל מתחילת שנת 2010 הביע את הסכמתו לרגל לטובת האויב הישראלי. הנאשם נפגש עם קצין מודיעין ישראלי, בתוך אדמות 48, כאשר קצין המודיעין הישראלי ביקש ממנו לספק לו מידע כדי להזיק לעם הפלסטיני. הנאשם הסכים וסיפק מידע על אנשי התנגדות, מקומות מגוריהם באמצעות "שבב כפול רשתות". הנאשם קיבל בתמורה כסף.

## ג/3, ג/3 א' ו-ג/3 ב'

מסמכים אלה מהווים את פסק הדין (הכרעת הדין וגזר הדין) בשפה הערבית עם תרגום לשפה העברית. מפסק הדין עולה כי הנאשם הורשע בביצוע עבירה של ניהול מגע עם סוכן זר אויב ונדון ל-7 שנות מאסר.

## ג/4, ג/4 א' ו-ג/4 ב'

מסמכים אלה מהווים את פסק הדין, בשפה הערבית ובתרגום לשפה העברית, בערעור שהגיש הנאשם. כעולה מההחלטה בערעור, ערכאת הערעור קיבלה את הערעור באופן חלקי וקיצרה את תקופת המאסר ל-4 שנים.

## 5/נ

ההגנה צירפה גם מסמך של הצלב האדום בשפה האנגלית ובתרגום לערבית (ללא התנגדות המאשימה) המעיד כי הנאשם נאסר על ידי הרשויות בעזה החל מהתאריך 13/7/2010 ושחרר ממאסרו, כעולה ממידע שהתקבל על ידי הרשויות, בתאריך 10/7/2013. הנאשם ביקש לציין כי שחרר ממאסרו בתאריך 30/8/2013 ולא כפי שמופיע במסמך הצלב האדום.

## 6/נא' ונ7א'-נ7ב'

13. עוד צרפה ההגנה את מסמך הבקשה לצילום רישומי הדיונים בעניינו של הנאשם על ידי באי כוחו ותרגומו (נ6א') וכן את תשובת הפרקליטות הצבאית בעזה המאשרת העברת תיק התביעה של הנאשם לצורך צילומו ותרגומו (נ7א' ו-נ7ב').

## מסמך ההסכמות

14. לאחר שהצדדים הגישו את סיכומיהם ולנוכח התפתחותו החריגה של תיק זה והעמימות העובדתית ששררה בכל הקשור לקשריו של הנאשם עם השב"כ, קשרים בהם לא הודתה המאשימה תחילה, הוריתי על זימונו של היועץ המשפטי של מחוז דרום בשב"כ למתן עדות, וזאת בהתאם לסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשנ"ב-1982.

15. בסופו של יום, הצדדים הגישו בקשה מוסכמת במסגרתה המאשימה הייתה נכונה להכיר בעובדות הבאות:

**"א. הנאשם נעצר ביולי 2010 ע"י החמאס ולדבריו שוחרר ביולי 2013. הנאשם נעצר ונחקר בחשד לשת"פ עם ישראל.**

**ב. מאז שחרורו, אין כל מידע אודות חשדות בשת"פ או מאוימות כלפיו.**

**ג. המאשימה לא תשלול כי הנאשם היה סייען של השב"כ.**

**ד. המאשימה חוזרת בה מהתנגדותה למסמכים שהוגשו מטעם ההגנה במסגרת ההליך העיקרי.**

**ה. המאשימה מסכימה כי העדר מידע על חשדות בשת"פ או מאוימות אין פירושו שאין חשדות כאלה או מאוימות כלפי הנאשם."**

נוכח ההסכמות הראייתיות אליהן הגיעו הצדדים, כפי שבאו לידי ביטוי במסמך ההסכמות, קיבלתי את בקשת הצדדים וביטלתי את זימון היועמ"ש של השב"כ להעיד בבית המשפט.

לא למותר להבהיר כי המאשימה התנגדה תחילה להגשת כל המסמכים שהוגשו ע"י ב"כ הנאשם, אשר פורטו לעיל, וטענה בסיכומיה כי אלו אינם קבילים ואולם נוכח העולה ממסמך ההסכמות, המאשימה חזרה בה מהתנגדותה להגשת המסמכים.

### **טיעוני הצדדים:**

16. בסיכומיה עתרה המאשימה להרשיע את הנאשם בעבירת הסתננות. המאשימה טענה כי הנאשם הודה בעובדות המקימות את עבירת ההסתננות.

המאשימה טענה כי עדות הנאשם היא עדות כבושה ובהיעדר הסברים מניחים את הדעת לכבישת העדות משקלה הראייתי נמוך. המאשימה הוסיפה כי בעדות הנאשם נפלו סתירות ותהיות.

עוד הוסיפה המאשימה כי עדות \*\*\*\*\* כללה עדויות שמיעה ומספר סתירות ומשום כך לא ניתן לסמוך על עדות שכזו.

המאשימה טענה כי ההגנה לא הוכיחה את טענת הצורך לפי סעיף 34 יא' לחוק העונשין, לרבות את יסודות הסכנה והמיידיות העומדים בבסיס טענה זו.

17. ב"כ הנאשם טען כי גרסת הנאשם מפורטת, משכנעת, ללא סתירות ומגובה בעדות ה\*\*\*\*\* ובמסמכים רבים שמשקלם הראייתי גבוה, ואשר יש בהם גם כדי לשלול את טענת כבישת העדות שנטענה ע"י המאשימה.

18. ב"כ הנאשם טען כי הנאשם לא ביצע את העבירה המיוחסת לו וכי לא התקיימו יסודות עבירת ההסתננות. ב"כ הנאשם טען כי לא הוכח שהנאשם נכנס לישראל שלא דרך מעבר גבול על פי יסודות העבירה ולמעשה נכנס לישראל על פי פקודת כוחות הביטחון שהגיעו אליו.

19. טענה נוספת אותה טען ב"כ הנאשם היא כי כניסתו של הנאשם לישראל התבצעה על פי דין וזאת על פי פרשנות סבירה של סעיף 2 לחוק למניעת הסתננות המגביל את הכניסה לישראל שלא על פי דין. ב"כ הנאשם טען כי הנאשם הגיע לפגישה עם מפעיליו בשב"כ, אשר ככלל אינה מתבצעת במעברי בגבול. בעניין זה הוסיף ב"כ הנאשם כי משפחתו של הנאשם לא אפשרה לו קשר חיצוני עם מפעיליו.

20. ב"כ הנאשם טען עוד כי הנאשם הוא בגדר פליט, ומכאן שבהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951), אשר התקבלה כמחייבת במשפט הישראלי, לא יהיה נכון להענישו וזאת משום שהתייצב בלא דיחוי בפני הרשויות לאחר כניסתו.

21. ב"כ הנאשם טען כי לנאשם עומדת הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. ב"כ הנאשם טען כי הגשת כתב אישום כנגד מי אשר שילם מחיר כבד בשל שיתוף פעולה עם ישראל, ישב במאסר, סבל מהתנכלויות ומהתנכרות של בני משפחתו וכשחש בסכנה האורבת לו עבר את הגבול בכדי לבקש מקלט מדיני, מוצא את עצמו עומד עצור ועמד בני משפט פלילי, עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות.

22. ב"כ הנאשם טען עוד כי לנאשם קיימת הגנת זוטי הדברים שכן מידת הפליליות שבמעשיו, נוכח התנהלותו, התרעתו ועמידתו לצד הגדר בידיים מורמות, הינה גבולית. ב"כ הנאשם טען כי דווקא האינטרס הביטחוני והציבורי עומדים לצד טענת הגנת זוטי הדברים.

23. לבסוף טען ב"כ הנאשם כי לנאשם עומדת הגנת הצורך.

ב"כ הנאשם הוסיף כי על פי גרסת הנאשם מאז שחרורו היה נתון הנאשם לאיומים ולסכנה מוחשית מצד אנשי עז א-דין אלקסאם ומתושבי עזה שרצו לנקום את מות קרוביהם בשל שיתוף הפעולה של הנאשם עם ישראל וכי לא הייתה לו כל אפשרות פעולה אחרת להצלת חייו. עוד הוסיף ב"כ הנאשם כי הנאשם ניסה ליצור קשר עם השב"כ כשחש שהסכנה מתגברת, הגיע לגבול, נופף בגופייתו, וכשנאלץ לחצות את הגדר עמד, לא התקדם, והמתין לכוחות הביטחון.

ב"כ הנאשם ציין בסיום סיכומיו כי החשש שלו מלשוב למקום ממנו נמלט הוא חשש ממשי, כזה העולה על חשש הנאשם ממאסר, שכן הנאשם יכול היה להודות בעובדות כתב האישום ולסיים לרצות את עונשו וזאת מתוך מודעות למתחם העונש שנקבע ע"י מותב זה במקרים דומים.

## דין

24. לאחר שבחנתי את כלל הראיות ואת העדויות השונות, לרבות את מסמך ההבנות, הגעתי לכלל מסקנה כי במקרה דנן נותר ספק סביר בשאלת אשמתו של הנאשם, וזאת בכל הקשור לסייג הצורך כמפורט להלן.

25. בפתח הדברים אציין כי התרשמתי מאמינות הנאשם וממהימנות גרסתו בכל הקשור לליבת גרסתו. עדותו של הנאשם, בכללותה, הייתה עקבית, מפורטת, ללא סתירות מהותיות ומגובה במסמכים רבים המאששים את פרטי עדותו. כך למשך העיד הנאשם כי שם מפעילו היה \*\*\*\* (עמ' 13 לפרוטוקול מיום 2.4.14 ש' 25), דבר שיש לו תימוכין דווקא בסיכומי התביעה הצבאית בעזה (ר' נ/9א' עמ' 10 לפרוטוקול שם, עמ' 2



למסמך). כך למשל מסר בעדותו את שמו של איש החמאס שחשף אותו "\*\*\*\*\*" (עמ' 14 לפרוטוקול מיום 2.4.14 ש' 21), שם שמופיע כאחד מאלה שנתנו עדות בעניינו של הנאשם במשפטו בעזה (ר' סיכומי התביעה, נ/א' עמ' 10 שם, עמ' 2 בסיכומים). אף לטענתו לפיה הופעל באמצעות מכשיר טלפון נייד יש תימוכין באותם מסמכים.

26. אכן, לא נעלמו מעיני סתירות מסוימות בגרסתו של הנאשם ובין גרסתו לבין גרסת \*\*\*\*\*. כן לא נעלמו מעיני תהיות מסוימות העולות מגרסת הנאשם. יחד עם זאת, לליבת גרסתו של הנאשם נמצאו כאמור לעיל תימוכין שונים, כמפורט להלן.

27. כאמור, מדובר במקרה חריג בו נאשם טוען למסכת עובדתית שלמה וללא עזרת המאשימה הצליח להציג תשתית ראייתית אשר מבססת את גרסתו. כזכור, וכעולה ממסמך ההבנות, המאשימה בסופו של יום לא התנגדה לקבילותם של המסמכים שהוגשו ע"י הנאשם ואישרה חלק ניכר מגרסתו.

28. מהמסכת הראייתית שנפרסה, והוגשה בסופו של יום בהסכמת המאשימה, עולה כי הנאשם אכן שימש כסייען של השב"כ, נתפס ע"י החמאס, הועמד לדין בגין שיתוף פעולה עם ישראל, הוא נדון בסופו של יום, לאחר שערעורו התקבל, ל-4 שנות מאסר. אין מחלוקת כי הנאשם היה אסיר משך מספר שנים ושוחרר חודשים ספורים ממאסרו טרם כניסתו לישראל.

29. לא זו אף זו, כעולה ממסמך ההבנות, המאשימה לא שללה מכל וכל את העובדה שאין כנגד הנאשם חשדות או מאוימות לאחר שחרורו של הנאשם ממאסרו ואף הדגישה כי בהעדר מידע אודות חשדות בשת"פ או מאוימות, אין פירושו שאין חשדות כאלו או מאוימות כלפי הנאשם. גם בעמדה זו של המאשימה יש, לטעמי, כדי לתמוך במידת מה במהימנות גרסת הנאשם.

30. טענת המאשימה לגרסה כבושה של הנאשם נוכח העובדה כי הנאשם מסר גרסה אחרת בחקירתו במשטרה ובלא שנתן הסבר הגיוני מדוע המתין עם גרסתו עד לשלב זה אינה עולה בקנה אחד עם הראיות שהציג הנאשם ובעיקר עם מסמך ההבנות. סבורני כי במידה רבה, הסכמת המאשימה כמפורט במסמך ההבנות, מכרסמת בטענת כבישת העדות.

למעלה מן הנדרש אציין כי בעדותו מתאריך 2/4/2014 הנאשם העיד כי מסר את גרסתו כבר במפגש הראשון שהיה לו עם החיילים שעצרו אותו: **"הם שאלו למה באתי אמרתי שיש לי בעיות והייתי עצור אצל החמאס ויש לי מידע שאני חייב למסור לשב"כ"** (פרוטוקול מ-2/4/14 עמ' 22 ש' 29-30).

דבריו אלו של הנאשם גובו בנ/10 בתיאור פרטי האירוע על ידי חיילת תצפיתנית, נופר שטריט (כך במקור, י.ל), בשעות האירוע, התואמים באופן כללי את עדותו של הנאשם גם בדבר אופן לכידתו, שם דווח כי הנאשם **"חצה כי פחד שהחמאס יכלאו אותו עקב חשש לריגול לישראל"**.

מעבר לאמור, אציין כי המאשימה לא השכילה להציג כל ראיה לסתירת גרסת הנאשם אודות כבישת גרסתו בחקירתו בהתאם להנחיות איש שב"כ. סתירה שכזו יכולה הייתה להיעשות למשל על ידי זימון איש שב"כ לעדות הזמה שיאשש או יפריך גרסת הנאשם שלא יספר על קשריו עם השב"כ.

יש לזכור עוד כי המאשימה ביקשה לבטל את זימון איש השב"כ לעדות שנעשתה על ידי בית המשפט.

31. לגרסתו של הנאשם מצאתי תימוכין גם בגרסת ה\*\*\*\*\*. ה\*\*\*\*\* כזכור העידה כי שהתה בבית הוריה בעזה עובר לעזיבת הנאשם את בית הוריה. ה\*\*\*\*\* העידה כי בעקבות שיחת טלפון התעורר ויכוח בין אחיה האחר לבין הנאשם; כי הנאשם עזב את בית הוריה במהלך החג ללא התראה מוקדמת וכי אנשי חמאס באו לחפש את אחיה בבית הוריה. יש בדברים אלה כדי לחזק את ליבת גרסתו של הנאשם לעניין הצורך שלו לעזוב את בית הוריו ולברוח לישראל.

32. המאשימה ביקשה להוכיח את אשמת הנאשם באמצעות ת/1 - אמרת הנאשם במשטרה.

לא מצאתי בת/1 תימוכין לטענת המאשימה בעובדה 3 לכתב האישום לפיה צה"ל פתח בסריקות אחרי הנאשם וכי הנאשם אותר בשטח מיוער וסמוך לגבול.

בת/1 מסר הנאשם כי הצבא תפס אותו, כי לא עבר הרבה וכי: "תפסו אותי בדיוק בגבול" (עמ' 2 שורה 12). לגרסה זו תימוכין בעדות הנאשם.

לפיכך, אני מוצא לקבוע כי הנאשם נמצא על ידי כוחות הצבא בסמוך לגדר הגבול.

33. כאמור לעיל, מצאתי לזכות את הנאשם הואיל ולטעמי נותר ספק סביר לעניין תחולתו של סייג הצורך. מטעם זה לא מצאתי להתייחס בהרחבה לכל טענות ההגנה. יחד עם זאת, אציין כי יש לדחות את הטענה שהנאשם כלל לא ביצע את העבירה שכן לא הוכח שהוא נכנס לישראל, ולו מן העובדה כי הנאשם הודה בביצוע העבירה הן בתשובתו לכתב האישום " **הנאשם מודה בעובדה 2, למעט סיפא שלו, הנאשם מודה שהוא נכנס לשטח ישראל, אך שלא התרחק לתוך שטח ישראל**" (פרוטוקול מיום 6/2/14 עמ' 6 ש'21-22). נוכח הודאתו זו של הנאשם, לא היה כל צורך מצד המאשימה להביא ראיה לעניין העובדה שהנאשם נכנס לישראל, ועובדה זו למעשה הוכחה בפני בהודאת הנאשם.

34. ביחס לטענות זוטי הדברים והיות הנאשם פליט, אציין כי מדובר בטענות שכלל לא עלו במהלך חקירתו של הנאשם, תשובתו לכתב האישום ולאורך המשפט כולו. ספק בעיניי אף אם יש בסיס משפטי לטענות אלו.

35. ביחס לטענה כי הנאשם נכנס כדין לישראל, משום היותו סייען, אציין כי אין לטעמי לראות בעובדה שהנאשם היה סייען משום מתן היתר כדין להיכנס לישראל בכל שעה או בכל מקום שבו יחפוץ הנאשם. אף אם הנאשם היה סייען, כניסתו לישראל נעשית תחת פיקוח ובאישור מפעיל ולא באופן שבו נכנס הנאשם.

36. בכל הקשור לטענת ההגנה מן הצדק, סבור אני כי מדובר בשאלה כבדת משקל, מהבחינה התאורטית שלה, דהיינו - האם הגשת כתב אישום כנגד סייען בגין כניסה לישראל שלא כדין פוגעת בתחושת הצדק וההגינות - ואולם סבורני כי לא הונחה בפניי תשתית ראייתית מתאימה להכרעה בשאלה, לרבות קיומו של הסכם הפעלה, אם היה, תנאי ההתקשרות, סיבת סיום ההתקשרות, אם הסתיימה וכיוצ"ב נתונים. בכל מקרה, נוכח מסקנתי ביחס לסייג הצורך, לא מצאתי לנכון להכריע בטענה זו.

### טענת הצורך

37. סעיף 34יא לחוק העונשין קובע כי:

**"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."**

סעיף 34יא השולל למעשה את אחריותו הפלילית של הנאשם מונה חמישה יסודות מצטברים שבהתקיימם תעמוד לנאשם הגנת הצורך. בעניין זה ראו ספרו של י' קדמי: **"על הדין בפלילים"**, חלק ראשון, מהדורה חדשה תשע"ב 2012 עמ' 651 - 652):

א. המעשה היה דרוש "באופן מיידי".

ב. להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו שלו או של זולתו.

ג. מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה.

ד. הנובעת ממצב דברים נתון.

ה. ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו.

### מן הכלל אל הפרט

38. מיידיות

לעניין יסוד המיידיות, מצוין ג' הלוי בספרו: **"תורת דיני העונשין"** כרך ג' עמ' 489-488:

"האופי המיידי של אמצעי ההגנה הננקט בידי הפרט מתייחס ל**מיידיות עניינית** ולא בהכרח למיידיות הנמדדת ביחידות של זמן מוחלט. כך, המיידיות עשויה להתייחס לפעולה שארכה חלקיקי שניה כמו גם לפעולה שארכה שעות רבות. המיידיות העניינית הנדרשת נבחנת במסגרת של **תקיפות או סמיכות**, כלומר עד כמה ננקטו אמצעי ההגנה הרלוונטיים בתכופ או בסמוך להתגבשותה של הסכנה המוחשית לאינטרס

עמוד 11

הלגיטימי המוגן.

אמצעי הגנה תכופ עשוי להינקט בו זמנית או כעבור פרק זמן קצר ביותר כמו גם כעבור פרק זמן ארוך ביותר, לפי נסיבות העניין, בהתייחס לסכנה המוחשית הספציפית לאינטרס הלגיטימי המוגן הספציפי. כך, כאשר הפרט מבין בתודעתו, כי נשקפת סכנה מוחשית לאינטרס לגיטימי מוגן, והוא מבין כי כדי למנוע את התגבשותה של הסכנה המוחשית לכדי פגיעה מוחשית באינטרס הלגיטימי המוגן עליו לנקוט אמצעי הגנה באופן מיידי בתכופ לכך, והוא אכן נוקט אמצעי הגנה רלוונטי בתכופ להתגבשותה של הסכנה המוחשית, כי אז מתקיים תנאי המיידיות" (הדגש בקו תחתון אינה במקור, י.ל.).

מן האמור עולה כי גם אם הנאשם הועמד בסכנה עם שחרורו מן המאסר בעזה, ומצא עצמו להימלט אך בחלוף חודשיים או שלושה, אין בכך כדי לשלול את עקרון המיידיות העניינית, שכן הסכנה שחש הלכה והתגבשה עם הזמן: **"המצב נהיה גרוע ביותר ואנשים שרוצים לנקום את נקמת אחים היו תמיד פוגשים את אבא שלי ואומרים לו שלא נרגע עד שננקום... אבי בא אלי והאשים אותי וגינה אותי שאני גרמתי לאנשים לרצות בנקמת דם. אז לא הייתה לי ברירה, נאלצתי לבחור ביום החג..."** (עמ' 22 ש' 7 עד 10).

39. בעניין יסוד המיידיות, יש להדגיש כי המיידיות הנדרשת מתייחסת למיידיות המעשה ולא מיידיות הסכנה. בעניין זה ראו דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פד נג(4) 817:

**"...וכי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידי" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על-כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר ימים מספר ואולי אף שבועות מספר, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת, כלומר: שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימננטי להתרחשות הפיצוץ..."**

מן האמור עולה כי גם אם קני רובי החמאס לא הופנו כלפי הנאשם עת נמלט מבית אביו, אין בכך כדי לשלול תחולתו של יסוד המיידיות. מה שיש לבחון הוא האם מעשה הברחה והכניסה לישראל הם שנדרשו לביצוע באופן מיידי.

הנאשם העיד כאמור, כי הסכנה הלכה והחמירה, כי היה נתון תחת פיקוח ותצפות על ידי אחרים ולכן בחר לנצל את ההזדמנות לברוח דווקא באותו יום משום שכולם היו עסוקים בהכנות לחג: **"משום שאנשים שהיו מתצפתים עלי היו עסוקים בשחיטת כבשים ובפעילות החג. יצאתי מהבית בלי שאף אחד יראה אותי..."** (פרוטוקול מיום 2.4.14 עמ' 22 ש' 13-14). בחקירה הנגדית כשנשאל מדוע אם עמד בסכנה המתין חודשיים מאז שהשתחרר מהכלא בכדי להיכנס לישראל השיב הנאשם: **"אני הייתי בבית. הייתי כל הזמן בבית ולא יכולתי לצאת...ואלו שקיבלו פקודה לירות בי הם אנשים שהם חיים בסביבה שלי..."** (עמ' 25 ש' 25-26).

עדותו של הנאשם לצורך לברוח דווקא בחג הקורבן נתמכת במועד שנכנס לישראל ונתפס (15/10/13) וכן בעדותה של \*\*\*\*\* בחקירתה הנגדית. לשאלה מתי ראתה את הנאשם בפעם האחרונה השיבה: " אני לא יודעת, מיום החג הוא נעלם. יום החג בבוקר ראיתי אותו ואחר כך נעלם." (פרוטוקול מיום 20.5.14 עמ' 36 ש' 6).

נוכח דבריו של הנאשם עולה כי יסוד ה"מיידיות" מתקיים וכי לנאשם נוצר "חלון הזדמנויות" בדמות "חג הקורבן" מועד בו התרופפה השמירה עליו מצד המתנכלים לו בכדי לברוח ולהיכנס לישראל.

טענת הנאשם כי יצא מהבית מבלי שאף אחד יראה אותו, טענה שנתמכה בעדות ה\*\*\*\*\* שמסרה כי הנאשם נעלם, מלמדת על המיידיות שחש עד כדי כך שלא יכול היה להיפרד בצורה מסודרת ממשפחתו.

סבור אני כי יש בדברים אלא כדי לעמוד במבחן "המיידיות העניינית" אותה הזכיר המלומד ג' הלוי כמצוטט לעיל.

#### 40. להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו שלו או של זולתו

היסוד השני של סייג הצורך מונה את רשימת הערכים שבגינם ראוי שיחסה הנאשם בצלו של הסייג.

בעניינו יסוד זה כאמור מתקיים שכן בעדות הנאשם, הנתמכת בעדותה של \*\*\*\*\*, עולה כי הנאשם עזב את בית הוריו כדי להציל את חייו ולמצער את חירותו.

לשאלת המאשימה בחקירתו הנגדית מתאריך 2.4.14 השיב הנאשם: " לא גבירתי אני הייתי במצב אמיתי, בבעיה אמיתית ואם אני הייתי נשאר שם הייתי מאבד את חיי..." (עמ' 25 ש' 15-26).

ה\*\*\*\*\* העידה כי: "הנאשם מפחד מהחמאס בגלל שאנשי חמאס רוצים להרוג אותו" (פרוטוקול מיום 20.5.14 עמ' 34 ש' 21).

#### 41. מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה

היסוד השלישי לקיומו של סייג הצורך דורש לבחון כי הנאשם עמד בפני סכנה ממשית וכי צפויה לנאשם כתוצאה מסכנה זו פגיעה שמוגדרת כפגיעה חמורה באחד מהערכים הנ"ל.

משמעותה של דרישה זו היא כי הסתברות התממשותה של הסכנה בה עמד הנאשם לא תהיה ערטילאית אלא ממשית. לגבי אופי הסכנה הנדרשת בסייג הצורך והמופיע גם בסיג הכורח נאמר בע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) "...כי הסכנה הנשקפת מהאיום תהיה מוחשית, דהיינו שידע המאיום כי האיום הוא של ממש...".

הנאשם תיאר בעדותו את סכנת החיים שהייתה צפויה לו מידי אלו שנפגעו כתוצאה משיתוף הפעולה שלו עם ישראל. עדותו אכן מאששת כי היה לנאשם יסוד סביר להניח כי חייו נתונים בסכנה ממשית.

לשאלה מה קרה אחרי שהשתחרר השיב הנאשם בעדותו: "באו אליי אנשים מעז א-דין אלקסאם, \*\*\*\*\* וגם שני אנשים שאני לא מכיר אמרו לי שמשחררים אותי כדי לסיים את התיק שלי בגלל שאני פגעתי בזכותם של כולם ובאנו לסיים את המלאכה שזה לא מספיק מה שקיבלתי...הם אמרו שמשחררים אותי ואני צריך להיות בבית ולא לצאת ממנו, ואם אצא מהבית ירו בי אמרו לי ששחררו אותי כדי שאנשים שפגעתי בהם יסגרו איתי חשבון" (פרוטוקול מתאריך 2.4.14 עמ' 21 ש' 3-8) וכן בהמשך עדותו: " המצב נהיה גרוע ביותר והאנשים שרוצים לנקום את נקמת אחיהם היו פוגשים את אבא שלי ואומרים לו שלא נרגע עד שננקום את נקמת אחינו " (עמ' 22 ש' 7-8). הנאשם חזר על דבריו אלו גם בחקירה נגדית כשנשאל האם יכול להיות שהמציא את כל הסיפור "לא גבירתי אני הייתי במצב אמיתי, בבעיה אמיתית ואם אני הייתי נשאר שם הייתי מאבד את חיי... והיו אומרים לאבא שלי שאני הסיבה שאחיהם נפטרו... הגיע אליי \*\*\*\*\* ואמר לי שהם סוגרים איתי חשבון... ואלו שקיבלו פקודה לירות בי הם אנשים שחיים בסביבה שלי..." (עמ' 25 ש' 15-26).

זכור, עדותו של הנאשם נתמכה גם בעדותה של \*\*\*\*\* שהעידה כי: "הנאשם מפחד מהחמאס בגלל שאנשי חמאס רוצים להרוג אותו ואם יתפסו אותו הם יהרגו אותו" (פרוטוקול מתאריך 20.5.14 עמ' 34 ש' 21-22). בחקירתה הנגדית הוסיפה כי: "אני הייתי כשבאו ושאלו אנשי חמאס ושאלו על \*\*\*\*\*" (ע' 35 ש' 14).

מעבר לכל האמור לעיל, אין מחלוקת כי הנאשם כבר נאסר ע"י החמאס בגין שיתוף הפעולה שלו עם ישראל, ונוכח המציאות בה אנו חיים, סבור אני כי לטענתו לפיה אנשי החמאס שהופללו יחד עם בני משפחתם, אשר חיים בסביבתו, ביקשו "לגמור איתו חשבון" יש אחיזה בניסיון החיים ובשכל הישר.

#### 42. הנובעת ממצב דברים נתון

יסוד זה בא לקבוע כי הסכנה צריכה לנבוע ממצב דברים הקיים ללא חשיבות כיצד נוצרה הסכנה ומי יצר אותה.

בענייננו כאמור הניח הנאשם תשתית ראייתית רחבה ומפורטת באסופת מסמכים המתארים את ההתנהלות המשפטית נגדו מאז שנתפס, הורשע ונגזר דינו אשר נתמכו כאמור במסמך ההבנות ובה הכירה המאשימה בעובדה כי הנאשם שיתף פעולה עם השב"כ וכי הוא נעצר ביולי 2010 ע"י החמאס ושחרר ביולי 2013 וזאת בשל שיתוף פעולה עם השב"כ.

בנוסף, מעדות הנאשם, עדות \*\*\*\*\* , נ/10 ואף ממסמך ההבנות, עולה כי הסכנה לחייו ולחירותו של הנאשם שריחפה מעל ראשו של הנאשם, לא חלפה עובר לכניסתו לישראל.

עמוד 14

יסוד זה קובע כי גם בהתמלא שאר יסודות הסייג יהיה על הנאשם להוכיח כי נהג באופן מידתי וסביר כך בע"פ 6392/07 **מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל**, פורסם בנבו (להלן: "פרשת יחזקאל"):

**"ניתן איפוא לקבוע כי אם עמדו בפני המשיב אפשרויות שפגיעתן קלה יותר - היתה עליו חובה לנקוט בהן, ואם לא עמד בחובה זו, יתכן שלא היה זכאי ליהנות מתחולת הסייגים לאחריות הפלילית".**

סבורני כי הנאשם חש כי לא הייתה בפניו אופציית פעולה אחרת נוכח הסכנה ההולכת וגוברת מלבד בריחתו לישראל. הנאשם ניצל את חלון ההזדמנויות שניקרא בפניו בחג הקורבן לברוח מאלו שהוא חש כי רוצים ברעתו, והיה אך טבעי מצדו להניח כי יוכל לקבל הגנה על חייו בישראל נוכח שיתוף הפעולה והקשר שהיה לו עם השב"כ.

לטעמי, שאלת בחירת דרך פעולה אחרת צריכה להגזר גם ממעמדו של הנאשם וזיקתו לישראל. כלום יכול היה הנאשם לברוח לרשויות במקום מגוריו ולבקש הגנה מאלה המבקשים לפגוע בו בשל שיתוף הפעולה עם ישראל? כלום יכול היה לקבל סיוע במצרים בנסיבות האמורות?

יש לתת את הדעת כי לדברי הנאשם, שנתמכו במידת מה בעדות \*\*\*\*, לפיהם ניסה ליצור קשר טלפוני עם השב"כ זמן קצר לפני בריחתו לישראל, ניסיון שנכשל, מלמדים על כך שלנאשם לא הייתה יכולת ממשית לתאם עם הרשויות בישראל את כניסתו לישראל ולכן נאלץ הוא להיכנס לישראל בדרך שנכנס.

## סבירות

44. אופן כניסתו של הנאשם לישראל מעידה גם היא על מידת הסבירות והמידתיות של המעשה אותו נקט. בהתאם לקביעותי דלעיל, הנאשם נמצא על ידי הצבא בסמיכות לגדר.

עדות הנאשם, שלה תימוכין בנ/10, מלמדת כי לא מדובר במסתנן רגיל המנסה "לגנוב" את הגבול ולחמוק מן החיילים אלא במי שרואה בחיילים את המקור להצלחתו:

**"אני לא באתי לעשות נזק, באתי כדי שיעזרו לי הגעתי לגדר ועמדתי. נשארתי עומד ונופפתי גם בגופיה הלבנה, ניערתי בכוונה את הגדר אך אף אחד לא הגיע. נאלצתי לטפס על הגדר עד הגעתי לצד השני... כאשר עברתי את הגדר עמדתי בנקודה ולא צעדתי מטר קדימה לצד הישראלי עד שהם הגיעו אלי".** (עמ' 22 ש' 18-21). ובנ/10: **"כרגע הבן אדם נמצא ... מרים ידיים בלי חולצה" וכן באותו מסמך מתוארת הסיבה לכניסתו לישראל " פחד שהחמאס יכלאו אותו עקב חשד לריגול".**

בנסיבות האמורות עומד הנאשם גם בדרישת הסבירות המעוגנת בסעיף 34 טז' לחוק העונשין.

## נטל השכנוע

45. סעיף 34כ"ב לחוק העונשין, שכותרתו "נפקותו של ספק", קובע בס"ק ב' כי:

**"התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג".**

בעניין זה ראו: ע"פ 4675/97, פד"י נג(4) 337 רוזוב נ' מדינת ישראל (להלן: "פרשת רוזוב"):

**"...וכך, אם עלתה טענת "סייג" לאחריות פלילית, ונתעורר ספק סביר - אשר לא הוסר - אם נתקיים באירוע אותו "סייג", אם לאו, כי-אז יחול הסייג (סעיף 34כב(ב)). קרא: במקרה זה תעמוד לנאשם חזקת-החפות, ולא יראו את התביעה כמי שעמדה בנטל השכנוע המוטל עליה (מבראשית). מסקנה: הנאשם יצא זכאי בדינו."**

46. למעשה, מאז העלה הנאשם בתשובתו לכתב האישום את טענת קיומו של סייג הצורך, נטל השכנוע שסייג זה לא חל, מוטל היה על המאשימה.

לעניין זה ראו דבריו של השופט י' קדמי בספרו: **"על הדין בפלילים"** חלק ראשון, מהדורה חדשה תשע"ב 2012 עמ' 565:

**"...במצב דברים זה, נושאת, למעשה, התביעה בנטל השכנוע, שלא נתקיימו התנאים הקובעים בדין ליישומו של "סייג"; ועל דרך החיוב - התביעה נושאת בנטל השכנוע בדבר פליליות המעשה המיוחס לנאשם. ברם חובת התביעה בהקשר זה הינה חובה רדומה במובן זה שאין היא קמה אלא במקום שבו יש בראיות שבאו בפני בית המשפט ושבדרך כלל תוגשנה על ידי הנאשם על מנת ליהנות מן הסייג כדי להקים ספק בהקשר זה שרק אז חובתה של התביעה היא לסלקו שסילוקו הינו תנאי לפליליות מעשה העבירה המיוחס לנאשם".**

וכן דבריו של השופט חשין בפרשת "רוזוב":

**"ההבדל בין ה"סייגים" לבין רכיבי העבירה הוא זה, שאת אלה האחרונים חייבת התביעה להוכיח מעבר לספק סביר בכל מקרה, ואילו את ה"סייגים" אין היא חייבת, מלכתחילה, להוכיח - קרא: להוכיח כי לא נתקיימו - אלא אם העלה אותם הנאשם והוסיף והביא ראיות לטיעונו (נטל הבאת הראיות)".**

47. נוכח התשתית הראייתית אותה הציג הנאשם, ונוכח מסמך ההסכמות, סבורני כי הנאשם עמד בנטל הבאת



הראיות ואילו המאשימה לא עמדה בנטל השכנוע להוכיח כי לא נותר ספק סביר אודות קיומו של סייג הצורך.

48. העובדות המוסכמות במסמך ההסכמות למצער, לכל הקשור לרקע של הנאשם, לקשריו עם ישראל ולמודעות החמאס לקשרים אלה, כמו גם לענישתו בגין קשרים אלה, מהוות לטעמי ראיה נסיבתית לתמיכה בטענת הצורך, דהיינו למאוימות שחש הנאשם אשר אילצה אותו לברוח לישראל.

49. לא זו אף זו, המאשימה חזרה וציינה במסמך ההסכמות כי העדר מידע על חשדות בשת"פ או מאוימות אין פירושו שאין חשדות כאלו או מאוימות כלפי הנאשם. תובנה זו של המאשימה, מלמדת כי מדובר באפשרות שלא ניתן לשלול אותה וגם בכך יש כדי ללמד שנותר ספק בעניין המאוימות כלפי הנאשם עובר לכניסתו ארצה, ספק שבנסיבות הענין (הרקע וקשריו של הנאשם עם השב"כ) הופך לספק סביר.

50. אל מול גרסתו זו של הנאשם, המאשימה לא הציגה כל ראיה שיש בה כדי לשלול את טענת הנאשם אודות המאוימות, אודות סכנת החיים שחש, אודות ניסיון יצירת הקשר עם השב"כ בסמוך לפני בריחתו לישראל, אודות אופן כניסתו לישראל, ומכאן שהמאשימה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להסרת כל ספק סביר מקיומו של הסייג.

## צורך מדומה

51. למעלה מן הנדרש אציין שמהראיות שנפרשו בפני עולה כי לכל הפחות עומד לנאשם סייג משולב של צורך מדומה, דהיינו, הנאשם דימה לעצמו ובאופן כנה, כי הוא נמצא בסכנת חיים וכי היה עליו לעזוב ללא דיחוי ובאופן מידי את בית הוריו לישראל לצורך הצלת חייו או חירותו, שכן סכנת "מיצוי הדין" ע"י אנשי החמאס הייתה ממשית בעיניו.

52. סעיף 34'ח' לחוק העונשין קובע כי:

### "טעות במצב דברים"

**(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו."**

סייג זה שולל את אופי הפעולה הפלילי של העושה מעשה לו דימה העושה בראיה סובייקטיבית ובאופן אמיתי את מצב הדברים הקיים באופן שונה. דהיינו יכול מצב הדברים הנתון, שבגינה ביצע הנאשם את העבירה, להתקיים אך ברוחו או בתודעתו של הנאשם בשל קריאת המציאות או הערכתה באופן שגוי ומתוך

אמונה שכך הם פני הדברים.

בעניין זה ראו ספרו של ג' הלוי בספרו "תורת דיני העונשין" כרך ג' עמ' 482:

**"בחינת השתקפותה של הסכנה המוחשית לאינטרס הלגיטימי המוגן כתוצאה מן המצב העובדתי הנתון אינה נעשית בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי חיצוני כלשהו, אלא נבחנת התקיימותה בפועל (סובייקטיבית) בתודעתו של הנוקט את אמצעי ההגנה. בהתאם לכך אין כל משמעות בהקשר זה לשאלת סבירותה של הסכנה המוחשית או לשאלת הסתברות התרחשותה בפועל. אם הפועל במסגרת סייג הצורך האמין באמת ובתמים, כי אכן נשקפת סכנה מוחשית לאינטרס הלגיטימי המוגן כתוצאה מן המצב העובדתי הנתון, הרי שתנאי זה שבחזקת הצורך מתקיים. אין נפקא מינא לעניין זה, אם אמונתו זו הייתה בלתי סבירה, אם בפועל לא נשקפה כל סכנה לאינטרס הלגיטימי המוגן, או אם אמונתו זו נבעה מטעות עובדתית בהתאם לתנאי הטעות העובדתית"**

וכן בפרשת יחזקאל:

**"...קרי, בבחינת תחולת ההגנות הספציפיות להן טען המשיב (צידוק, צורך, הגנה עצמית), יש להתייחס למצב "כפי שדימה אותו" המשיב. לעניין זה, העובדה שבפועל לא נשקפה למשיב סכנת חיים אינה עיקר במובן המשפטי; השאלה היא, האם בהסתכלות מבעד לעיני המשיב באותה העת התנהגותו חוסה תחת אחת ההגנות הללו"**

הטעות העובדתית שבגינה פעל הנאשם יכולה כאמור לנבוע מתפיסת הנאשם את עובדות מצב הדברים באופן שגוי אך יכולה היא גם לנבוע מהערכה מוטעית או לא סבירה של הנחיצות המיידית של מעשה הצלה בו נקט הנאשם.

בעניין זה ראו ספרו הנ"ל של ג' הלוי עמ' 487:

**"... ומאחר שהבנתה של אותה סכנה מוחשית נעשית בפועל בתודעתו של הפרט, גם אם הוא טועה בהערכתה וגם אם אין היא סבירה, הרי שאמות-מידה אלא תשמשנה גם להערכת הנחיצות המיידית. בהתאם לכך, הנחיצות המיידית מתקיימת, אם אכן כך הובן מצב הדברים הרלוונטי בתודעתו של הפרט שהשתמש באמצעי הגנה. אם טעה אותו פרט בהערכת הנחיצות המיידית, כי אז מדובר בטעות עובדתית, אשר בהתקיים תנאי הטעות**

עמוד 18

**העובדתית שנדונו לעיל, תשמש טעות עובדתית זו כבסיס להתקיימותו של תנאי זה. כך, אין נפקא מינא אם הנחיצות המיידית של אמצעי ההגנה נתפשה בתודעתו של הפרט ככזו בשל טעות עובדתית או בשל הערכה בלתי סבירה של המצב העובדתי הנתון על האינטרס הלגיטימי המוגן. גם אם בפועל במציאות העובדתית האמיתית לא הייתה כל נחיצות לנקוט את אמצעי ההגנה לצורך מניעת הפגיעה, עדיין ייחשב תנאי זה כמתקיים, אם הפרט הבין בתודעתו בפועל (סובייקטיבית), כי נדרש נקיטת אמצעי הגנה באופן מיידית (נחיצות מיידית), בכפוף להתקיימות סייג הטעות העובדתית במקרים הרלוונטיים."**

53. לאחר שבחנתי את מסמכי ההגנה, עדות \*\*\*\*\*, עמדת המאשימה כעולה ממסמך ההסכמות ועדות הנאשם שעשתה עלי רושם טוב ומהימן בכל הקשור לצורך הדחוף שחש הנאשם לברוח לישראל, נותר לידי ספק סביר בדבר תחולתו של סייג הצורך מדומה.

על חשיבות הבנת הרקע שקדם לבצוע מעשה העבירה לצורך בחינת טענת הנאשם ראו פסקה כח' לפרשת יחזקאל ופסקה 56 לפסק הדין של הערכאה הדיונית בפרשת יחזקאל (ת"פ [מחוזי י-ם] 2005/06).

54. מן האמור, אף אם יטען הטוען כי לא הוכח כדבעי שהנאשם המשיך להיות מאוים גם לאחר שחרורו מהמאסר בעזה או כי לא עמדה מעליו סכנה ממשית או כי יכול היה לבחור בדרך פעולה אחרת, סבור אני כי **הנאשם** דימה באופן כנה לעצמו שעליו לברוח לישראל באופן מיידית כדי להציל את חייו או חירותו מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה מידי אנשי החמאס כתוצאה מחשד שלהם שהוא ממשיך לשתף פעולה עם ישראל וכאשר הנאשם האמין שלא הייתה לו כל דרך אחרת לפעול כדי לנטרל את הסכנה בפניה עמד.

55. כמפורט לעיל, הנטל להוכיח אי תחולתו של סייג מוטל על המאשימה ונטל זה חל גם ביחס לסייג הצורך המדומה, נטל שהמאשימה לא עמדה בו, שכן נותר לכל הפחות ספק סביר בדבר תחולתו.

## **סיכום**

56. לאחר בחינת הראיות והטענות כולן, ניתן לומר כי הנאשם אכן הסתכן לישראל. הנאשם מסר כי נאלץ לעשות זאת בשל הצורך להגן על חייו. גרסתו זו לוותה בסתירות מה ובתמיהות מה. חרף אלה, לא אוכל לומר כי הוסרו כל הספקות מגרסה זו. לגרסה זו נמצאו תימוכין שונים שפורטו ואשר הותירו ספק סביר בתחולת סייג הצורך ולמצער בתחולת סייג הצורך המדומה. בשיטתנו המשפטית די בספק זה כדי להוביל לזיכוי הנאשם.

57. לאור כל האמור לעיל, אני מזכה את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו מחמת הספק הסביר.

**זכות ערעור בתוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.**

**ניתנה והודעה היום כ"ח סיוון תשע"ד, 26/06/2014 במעמד הנוכחים.**

**ד"ר יובל ליבדרו, שופט**

**ב"כ המאשימה:**

אבקש לעכב ביצוע שכן אנו שוקלים להגיש ערעור על הכרעת הדין.

**ב"כ הנאשם:**

אני מבקש עיכוב ביצוע מעבר לשבוע, מכיוון שאנו מתכוונים לעתור לבג"צ.

### **החלטה**

בהתאם לסמכותי בסעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, אני מורה על עיכוב ביצוע לצורך הגשת ערעור וזאת עד ליום 29.6.2014 בשעה 12:00.

לא מצאתי כל סמכות שבדין לעכב את הביצוע מעבר למועד זה.

עמוד 20

**ניתנה והודעה היום כ"ח סיוון תשע"ד, 26/06/2014 במעמד הנוכחים.**

**ד"ר יובל ליבדרו, שופט**

הוקלד על ידי שרונה מימון