

ת"פ 39377/09/13 - מדינת ישראל, המאשימה נגד נאג'י אבו שמלה, הנאים

בית המשפט המחוזי בבאר שבע
ת"פ 39377-09-13 מדינת ישראל נ' אבו
שמלה(עציר)

בפני בעניין: כב' השופט אלון אינפלד
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד ליאת לוי סיגל, פמ"ד

המאשימה

נגד

נאג'י אבו שמלה (עציר)
ע"י ב"כ עו"ד יחיא סעדה

הנאים

גזר דין

נתוני רקע

1. הנאשם, יליד 1994, תושב רצועת עזה, הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, שלא כלל הסכמה עונשית, בכתב אישום מתוקן, אשר ייחס לו עבירה של **הסתננות מזויינת**, לפי סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד - 1954.
2. מעובדות כתב האישום המתוקן, עולה כי הנאשם ושניים אחרים החליטו להיכנס לישראל, כשהם מצוידים בסכינים, ומבלי שהחזיקו ברשותם אישורי שהייה כדיון. כך, בתאריך 17.9.13 בשעה 13:00 הגיע הנאשם ביחד עם השניים האחרים לאזור גדר המערכת קו 136 בסמוך ליישוב כיסופים, **כשהם מזויינים בסכינים**. הם טיפסו מעל הגדר, חצו את הגבול ונכנסו ללא היתר לתוך תחומי מדינת ישראל.

ראיות וטיעונים לעונש

3. התובעת הגישה כראיה לעונש תמונה בה ניתן לראות את הסכינים היפניים שנתפסו בעת הכניסה לישראל (תע"1). הסניגור הגיש את הודעתו של סמ"פ יובל סימדיס (נע"1), בה נכתב כי הגיע למקום ביחד עם כוח לוחמים בעקבות אינדיקציה על חציית הגדר, שם מצאו ארבעה סכינים יפניים במרחק של כ-30 ס"מ מהנאשם והמעורבים האחרים. עוד ציין בהודעה, כי הנאשם והאחרים סיפרו שהסכינים נותרו אצלם מעבודתם ברצועה. הסניגור הגיש כראיה לעונש גם את פרוטוקול הדיון והחלטת כב' השופטת וולפסון מבית המשפט לנוער במסגרת מ"י 37017-09-13 המורה על שחרורם של שני המעורבים האחרים בפרשה, שנתפסו ביחד עם הנאשם, שהינם קטינים (נע"2).

4. במסגרת טיעוניה לעונש הצביעה **התובעת** על חומרת מעשיו של הנאשם, שיחד עם שניים אחרים, טיפסו על גדר המערכת, חצו את הגבול, כשהם מצוידים בסכינים ויצרו סיכון ממשי לפגיעה בביטחון המדינה, בגבולותיה, בחייליה ובאזרחיה. היא טענה, כי החוק למניעת הסתננות נועד לתכלית ביטחונית הרתעתית לשם הגנה על ביטחון המדינה וגבולותיה מפני כניסה שלא כדין לשטחה והדגישה את ההשלכות הביטחוניות והכספיות אשר נבעו מהקצאת כוחות הביטחון לטיפול במשימה.
5. עוד הטעימה התובעת, כי אין בנסיבותיו האישיות של הנאשם, בגילו הצעיר, ובהעדר עבר פלילי, כדי להקהות מהמסוכנות הנשקפת ממעשיו. לפיכך, ובהתאם לפסיקה שהמציאה, עתרה כי **מתחם הענישה הראוי ביחס לאירוע ינוע בין 3 עד 4 שנות מאסר בפועל.**
6. **הסניגור** הדגיש את גילו הצעיר של הנאשם, שבעת ביצוע העבירה היה אך כבן 19, אשר הודה במיחוס לו וחסך מזמנו של בית המשפט. כן הדגיש, כי הנאשם נעדר עבר פלילי, כי לראשונה בחייו הוא נתון במעצר, המהווה עבורו חוויה קשה נוכח גילו הצעיר ונוכח העובדה כי הינו תושב זר.
7. כן טען, כי מטרת כניסתו של הנאשם לארץ הייתה אך לצורך מציאת פתרון כלכלי ואילו מעבר להחזקת הסכינים, אין כל אינדיקציה שלילית אחרת במעשי הנאשם. הסניגור הדגיש גם את העובדה ששני המעורבים האחרים בפרשה, שהינם קטינים, שוחררו בעקבות הפרת זכויותיהם, והמאשימה בחרה שלא להגיש ערר בעניינם. הוא שב והדגיש את הנפקות שיש להליך בעניינם של המעורבים האחרים ביחס לנאשם תוך מתן חשיבות לעקרון האחידות בענישה.
8. הסניגור לא הקל ראש בפגיעה בערכים המוגנים, כפי שציינה התובעת, עם זאת, סייג וטען כי הנאשם נתפס מיד עם חציית הגדר ובסמוך לגבול, ללא כל התנהגות חריגה מצדו, אשר חייבה תגובה חריגה מצד כוחות הביטחון. עוד ציין כי עצם זריקת הסכינים מעידה כי לא הייתה בכוונת הנאשם לעשות בהם שימוש. בשל כל אלה, **עתר לדחות את מתחם הענישה שהוצע על ידי התובעת, וביקש שלא להכביד בעונשו של הנאשם ולנהוג בו במידת הרחמים.**
9. **הנאשם**, שלו ניתנה זכות המילה האחרונה, שב והביע חרטה על מעשיו והבטיח כי לא ישוב בשנית לישראל. לדבריו, הינו הבן הבכור במשפחה המונה 13 נפשות וכי נכנס לישראל במטרה לעבוד.

ניתוח שיקולי הענישה - חומרת המעשה

10. מתחם הענישה ייקבע, בהתאם לעיקרון ההלימה, ועל מנת ליישמו יש להתחשב בשלושה פרמטרים: בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ובמידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ג(א) לחוק העונשין).
11. לעניין אותם ערכים מוגנים שנפגעו, הרי שהדברים ברורים. ערכים אלה כוללים בראש ובראשונה את **זכותה וחובתה של מדינת ישראל לשמור על שעריה וגבולותיה מפני כניסת מסתננים לתוכה.** המדובר בעבירה היוצרת סיכון ממשי לפגיעה בביטחון המדינה, בריבונותה, בגבולותיה, בחייליה ובאזרחיה. חומרתה גוברת נוכח המאבק שמנהלת מדינת ישראל כנגד ארגוני הטרור, אשר שמו להם למטרה לפגוע במדינה ובאזרחיה.

12. ידיעה שיפוטית היא כי רצועת עזה, משם הגיע הנאשם, נשלטת על ידי ארגוני טרור. מציאות זו יוצרת צורך להגן היטב על הגבול ולהיזהר מאוד מכל נכנס. לפיכך, עבירת ההסתננות גורמת לריתוק כוחות רבים מטעם המדינה, שמוזנקים לאזור גדר המערכת על חשבון משימות חשובות אחרות. יתרה מזו, בעצם "הקפיצה" אל קרבת הגדר חושפים עצמם החיילים לתרחישים שונים שיש בהם סיכון של ממש. זאת שמידה מסוימת בהזנחת משימות אחרות, אך בעיקר בחשיפת החיילים עצמם לפגיעת פתע בעת פעולתם הצפויה מראש. מעבר להשלכות הביטחוניות, קיימות גם **השלכות כספיות** הנובעות מהקצאת הכוחות והאמצעים הנדרשים להגן על ביטחון אזרחי המדינה.

13. בהתייחס למעשיו של הנאשם, הרי שיש לזקוף לחומרה את העובדה כי מדובר באירוע **מתוכנן מראש**, אשר נעבר **בצוותא חדא** עם שני מעורבים נוספים, אשר שמו להם מטרה לחצות את גדר הגבול ולהסתנן אל תוך מדינת ישראל. לצורך כך, הנאשם פעל עם שני המעורבים האחרים, אשר טיפסו יחדיו על גדר המערכת וחצו את הגבול בין עזה לישראל. נסיבה מחמירה יש לראות בכך שהנאשם והאחרים ביצעו את ההסתננות לישראל בעת **שהצטיידו מראש בסכינים יפניים**. נסיבה, שיש עמה סיכון נוסף מכל מסתנן, אף אם יש להניח לטובת הנאשם כי כוונתו לא הייתה לעשות שימוש אלים בכלים אלה.

14. כאמור, מעשיו של הנאשם חמורים הם, בהיותם יוצרים סיכון של ממש לחיי אדם, בפרט על רקע המצב הביטחוני במדינת ישראל כיום. הנאשם טען כי מטרת ההסתננות כוונה למציאת מקור פרנסה בישראל נוכח מצב כלכלי קשה, ריבוי נפשות במשפחה והיעדר מקומות עבודה זמינים ברצועה. בהקשר זה יש להניח לטובת הנאשם כי כך הם פני הדברים לגביו. ואולם, יודגש, כי הצידוקים הכלכליים לביצוע מעשים שכאלה, משרתים רבים מהמסתננים ומשמשים פלטפורמה נוחה הניתנת לניצול על ידי מי שכוונתו זדונית.

15. יובהר, כי תכליתו של החוק למניעת הסתננות היא ביסודה תכלית ביטחונית הרתעתית, שנועדה להגן על בטחון גבולותיה של מדינת ישראל מפני כניסת מסתננים לשטחה יהא המניע אשר יהא. בהקשר זה יצוין גם, כי לא תמיד ניתן לדעת מה הייתה מטרת הכניסה של אותו מסתנן וקשה לדעת, אם דבריו של המסתנן אמת הם, וכי מטרת כניסתו הייתה אכן למציאת מקור תעסוקתי ולא למטרות פוגעניות. כמו כן, ברי כי אדם שנתפס מבצע עבירה של הסתננות יעדיף ליתן הסבר המתקשר למישור הכלכלי בדבר חצייתו את הגבול על פני הודאה במניע פוגעני כלשהו, אשר יגרור התייחסות עונשית מחמירה יותר. זאת, למרות שכאמור, יש להניח לטובת הנאשם שמטרתו לא הייתה עויינת.

16. מעבר לכך, **עצם כניסתו של הנאשם לישראל כאשר הוא נושא על גופו סכין, יש בה כדי להגדיל מאוד את הסיכון שנוצר עם כניסתו**. הסתננות תוך החזקת סכין, עלולה להוביל את הנאשם, אף אם לא התכוון לכך מבעוד מועד, להיתקל באנשים אחרים ובתרחישים שונים אשר עלולים לגרור אותו לשימוש כזה או אחר בסכין. עם זאת, יצוין, כי בנסיבות העניין לא נמצאה כל אינדיקציה לכך שהנאשם התכוון לעשות שימוש כלשהו בסכין הן כלפי כוחות הביטחון והן כלפי אזרחי המדינה. מה גם שמדובר בסכינים "יפניות", אין מדובר בסכינים הנוחים לשמש למעשה אלים, כגון אולר מתקבע או סכין מטבח, שהם מסוכנים הרבה יותר, בהיותם מסוגלים לדקירה ולא רק לחיתוך.

17. לא ניתן להתעלם מכמה נסיבות ספציפיות של התיק שבפנינו, אשר יש בהן כדי להקשות במידת מה מחומרת המעשה. מדובר בנאשם, אשר לא גרם בסופו של דבר סכנה של ממש למדינה, מעבר לסיכון שגרם לחיילים. הנאשם והאחרים **נעצרו מיד עם חציית הגדר ובסמוך לאזור הגבול, ללא התנגדות מצדם שגררה תגובה חריגה מצד כוחות הביטחון ואף לאחר שהשליכו את הסכינים שהביאו עמם ומבלי שהראו כל**

כוונה לעשות בהם שימוש. בסופו של דבר עבירת ההסתננות המזויינת מרצועת עזה הייתה **נטולת עבירות נלוות נוספות**, ולא נגרם בפועל נזק ממשי לחיי אדם, אלא סיכון בלבד.

18. ב"כ הצדדים הגישו פסיקה באשר **למדיניות הענישה הנהוגה** בעבירות מסוג זה. **התובעת** הפנתה לפסק דין של בית המשפט העליון אשר ניתן בטרם נכנס לתוקף תיקון 113 לחוק העונשין, בו נקבע כי **ענישה של 30 חודשי מאסר בפועל** בגין הסתננות לישראל מגשימה בנסיבות העניין את תכלית החוק. שם דובר על הסתננות בצוותא חדא, שלא על מנת לבצע פעילות חבלנית וללא ידיעה בדבר כוונה חבלנית מצד המעורב האחר, שהיה חמוש בחגורת נפץ וחיתוך גדר המערכת. אולם, בעניין זה ובשונה מענייננו, הנאשם דהתם היה בעל עבר פלילי והורשע בעבירות דומות. (ר' ע"פ 5746/06 **כמאל עבאס נ' מדינת ישראל**, מיום 31.7.07).

19. התובעת אף הפנתה לפסיקת בית המשפט המחוזי בבאר שבע, אשר החמיר בעונשם של ארבעה **קטינים**, שהסתננו לישראל באמצעות טיפוס על הגדר וחצייתו, וללא רקע כלשהו לפגיעה בביטחון המדינה. בית המשפט החמיר בעונשם והטיל על נאשמים 1 ו-2 חמישה חודשי מאסר בפועל ועל הנאשמים 3 ו-4 הטיל 100 ימי מאסר בפועל (ר' עפ"ג 7708-04-13 **מדינת ישראל נ' אבו חזין**, מיום 10.4.13). בעניין אחר, הטיל בית המשפט המחוזי עונשי מאסר שנעו **בין 14 לבין 18 חודשי מאסר בפועל** בגין עבירת הסתננות של שלושה נאשמים, הכוללת חיתוך הגדר באמצעות מזמרה (ר' ת"פ 12646-02-13 **מדינת ישראל נ' אבו מגציב**, מיום 11.6.13). בגזר דין נוסף של בית המשפט המחוזי נקבע כי הענישה הנוהגת **בעבירות הסתננות בלבד (שאינה מזויינת)**, **בעניינם של בגירים נעה בין 8 ל- 18 חודשי מאסר בפועל**. כן נקבע כי כאשר מדובר בקטינים בגילאי 16-17 המסתננים מעזה לישראל כשברשותם סכין, כשאין כל אינדיקציה לכך שהם התכוונו לתקוף חייל או אזרח, מתחם העונש הראוי נע בין 9 ל-18 חודשי מאסר בפועל (ר' ת"פ 17389-02-13 **מדינת ישראל נ' מסאלמה**, מיום 9.7.13). בעניין אחר ובמסגרת הסדר טיעון, נגזרו על הנאשם **24 חודשי מאסר בפועל** בגין הסתננות שנעברה בצוותא חדא, תוך חיתוך הגדר באמצעות קאטר (ר' ת"פ 18420-05-12 **מדינת ישראל נ' רבאח**, מיום 20.2.13).

20. **הסניגור** הפנה בהקשר זה לגזר דין של בית משפט השלום, שם נגזרו על הנאשם **12 חודשי מאסר בפועל בגין הסתננות לישראל ועבירה של החזקת סכין**. יצוין, כי הנאשם דהתם היה בעת ביצוע העבירות כבן 20, כי הוא נעדר עבר פלילי וכי לא נמצא מניע ביטחוני לכניסתו לישראל.

21. בהקשר זה יצוין גם כי באירוע הסתננות מרצועת עזה, בחבורה, באמצעות חיתוך הגדר שלא על ידי הנאשם עצמו נקבע מתחם ענישה **שנע בין 9 חודשי מאסר בפועל לבין 30 חודשי מאסר בפועל** (ר' ת"פ 162-03-13 **מדינת ישראל נ' אבו סליסל**, מיום 11.11.13). יודגש כי חיתוך הגדר יוצר סיכון ביטחוני נוסף, מעל ומעבר לעצם ההסתננות. זאת, הן בעצם היצירת הפרצה המקלה על הטרוריסט והן בסיכונים הנגרמים בעת תיקון הפרצה. עם זאת, שם דובר בחבר בארגון טרור, ואף שנקבע שאין קשר לחברות, הדבר שימש רכיב לחומרה בקביעת המתחם כנסיבת רקע בעלת משקל מסוים.

22. סיכומו של עניין, בשים לב למכלול השיקולים האמורים, הפגיעה בערכים המוגנים, נסיבות ביצוע העבירה ומדיניות הענישה הנוהגת, **יש לקבוע כי מתחם העונש ההולם את אירוע ההסתננות המזויינת מרצועת עזה, בחבורה המחזיקה מספר סכינים, שאינם סכיני תקיפה מובהקים, מבלי שנמצא מניע ביטחוני ותוך גרימת סיכון בהסתננות עצמה, יהא בין 9 חודשי מאסר בפועל לבין 30 חודשי מאסר בפועל**.

נסיבות התלויות בעושה והערכת העונש בגבולות המתחם

23. בגזירת העונש, רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם, אלא במקרים של שיקום מובהק או משיקולים מיוחדים של הגנה על שלום הציבור (סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין). כאן יש ליתן משקל עיקרי **להודאתו של הנאשם בכתב האישום המתוקן, המביאה לחיסכון בזמן שיפוטי ולקחת אחריות מצדו, שאלמלא כן היה עונשו חמור יותר.**

24. לקולא יש לקחת בחשבון את העובדה שהנאשם **נעדר עבר הפלילי** וזה לו מאסר ראשון מאחורי סורג ובריה, על כל הקושי הכרוך בכך. נתתי דעתי גם **לגילו הצעיר של הנאשם**, שהינו יליד 1994 ובעת ביצוע העבירה היה אך כבן 19. אכן, כדעת הסניגור, הנאשם נמנה על אוכלוסיית ה"בגירים צעירים", שגזירת דינם שונה משל אלה הבגירים. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי ליתן משקל משמעותי לגיל הצעיר של הנאשם תוך שימת דגש על שיקולי שיקומו (ראו ע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל, מיום 25.6.13). ואולם, בעניינו של הנאשם דנא ובעבירות מסוג זה שעבר, **אין למעשה, אופק שיקומי במובן הרגיל.** בהקשר זה יודגש כי דרכי הטיפול האפשריות לקטינים או צעירים ישראליים אינן רלוונטיות בעבירות מסוג זה שעבר הנאשם.

25. לפיכך, ובשים לב לכך שפוטנציאל הסיכון שבבסיס העבירה אינו בהרבה אם קטין מבצעו או בגיר, ובשים לב למציאות הביטחונית הרגישה, הכוללת פעולות טרור כלפי המדינה, המבוצעת לא אחת על ידי אנשים צעירים וקטינים, משתנה נקודת האיזון בין האינטרסים בענישה, כך שלגילו הצעיר של הנאשם יש לתת משקל מועט יותר ביחס לעקרון ההלימה וליתר שיקולי הענישה.

26. משקל נוסף יש ליתן **לנסיבות החיים** של הנאשם על רקע המצוקה הכלכלית בקרב משפחתו.

27. הסניגור בטעונו, התייחס לשני המעורבים האחרים בפרשה שהינם קטינים, אשר שוחררו עוד בשלב מעצר הימים וטען להיעדר **אחידות בענישה** בינם לבין הנאשם וזאת לאחר שפעלו יחדיו ובאותן נסיבות. אכן בתי המשפט מחויבים לשאוף ככל הניתן לאחידות בענישה, ולגזור עונשים דומים על נאשמים באותה פרשה, זאת ככל שניתן, **וככל שאין הבדל משמעותי ומהותי בחלקם במסכת העבריינית ובנסיבותיהם האישיות.**

28. אכן, **לא ניתן להצביע על הבדל מהותי בין הנאשם לבין שני הקטינים באשר לחלקם בנסיבות המעשה.** המדובר בביצוע בצוותא של אותה מסכת עובדתית ולפיכך מתחם הענישה לגביהם צריך היה להיות זהה, לו דובר בבגירים. מכאן, ששיקול השוויון רלוונטי במקרה זה ויש ליתן לו משקל של ממש. **האבחנה בין הנאשם באה לידי ביטוי דווקא בשלב השני של מלאכת גזירת הדין,** היינו בשלב בחינת הנסיבות שאינן תלויות בביצוע העבירה, ובמשקל שיש להעניק לנסיבותיו האינדיווידואליות של כל אחד מהמעורבים בפרשה.

29. כאן יש לקחת בחשבון כי שני המעורבים האחרים הינם קטינים, לעומת הנאשם שהיה כבן 19 בעת ביצוע המעשה. כן יודגש כי הטעם העיקרי שהוביל לשחרורם של הקטינים נבע מפגיעה מהותית בזכויותיהם של הקטינים בשלבי החקירה הראשוניים, תוך הפרת הוראות מפורשות בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א - 1971 כמפורט בנע/2. המדובר, כאמור, בנסיבות חריגות שהנחו את בית המשפט בהחלטה על שחרורם, שאינם רלוונטיים לנאשם דנן.

30. בשל האמור, יש ליתן משקל משמעותי לשיקול השוויון נוכח השותפות והזהות של המעשים. מאידך גיסא, אין להפריז במשקלו נוכח האבחנה בנסיבות האינדיווידואליות, והרי זכויות הנאשם דנן לא הופרו. לפיכך, אין מדובר ב"קלף מכריע" המחייב שחרור לאלתר כעין "הגנה מן הצדק". לפיכך, שיקול השוויון לא יכול להוציא את העונש אל מחוץ למתחם הענישה אך משפיע השפעה של ממש בתוכו.

סיכום

31. **סיכום של דבר**, העבירות שביצע הנאשם מחייבות ענישה מוחשית משמעותית בדמות מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח במתחם שנקבע. במבט שבתוך המתחם - יש לנקוט כלפיו בענישה מתונה, המתקרבת לצדו התחתון של המתחם, וזאת בשל ההודאה של הנאשם, החרטה שהביע, עברו הנקי, גילו הצעיר, והקושי בנשיאת מאסר בארץ אחרת, כאשר אין באפשרותו לצאת לחופשות ולקבל ביקורים מצד בני משפחה. בשים לב לשיקולים אלה העונש הנכון היה עונש העומד במרחק חמישית או רבע הפער בין הצד התחתון לצד העליון של המתחם, מהצד התחתון כמובן.

32. אולם, שיקול השוויון במקרה זה חייב לקבל ביטוי ממשי, ויש בו כדי להביא את העונש כמעט עד הצד התחתון של המתחם.

התוצאה

33. נוכח כל האמור, אני דן את הנאשם לעונשים כדלקמן:

א. 10 חודשי מאסר בפועל שימנו מיום מעצרו 17.9.13.

ב. 6 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירה בניגוד לחוק ההסתננות, וזאת למשך שלוש שנים מיום שחרורו.

זכות ערעור תוך 45 ימים.

ניתן היום, כ' אדר תשע"ד, 20 פברואר 2014, בנוכחות הנאשם, ב"כ עו"ד יחיא סעדה, ב"כ המאשימה עו"ד סעדון והמתורגמן מר קהיל.