

## ת"פ 66262/10/13 - מדינת ישראל נגד צובחי אבו דיב

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 66262-10-13 מדינת ישראל נ' אבו דיב  
בפני כב' השופט אלון אינפלד

בעניין: מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד ליאת לוי סיגל, פמ"ד

המאשימה

נגד

צובחי אבו דיב (עציר)  
ע"י ב"כ עו"ד מחמד ג'בארין

הנאשם

### הכרעת דין

#### אישום, תשובה ויריעת המחלוקת

- נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות קשירת קשר לביצוע פשע, ניסיון הסתננות ופגיעה ברכוש כוח מזוין בתקופה בה מתבצעות פעולות איבה.
- על פי כתב האישום קשר הנאשם עם אחד הוישל, שניהם תושבי עזה, להסתנן לישראל דרך גדר המערכת. נטען כי השניים הצטיידו במברג, מספרי תיל ומוטות ברזל על מנת לבצע את ההסתננות. זאת, באופן אשר ימנע מתן התרעה על החיתוך, ובכלל את גילוי הפרצה בגדר, וכך יאפשר לאנשים נוספים לחדור דרך אותה פרצה. נטען כי השניים הגיעו אל קרבת הגדר לעת ערב, ופרצו את הגדר באופן המיוחד האמור. השניים אותרו, וכוחות צה"ל ירו לעברם. מירי זה נהרג השותף הוישל, ולאחר מכן נעצר הנאשם. המדינה טוענת עוד לנסיבה מחמירה לפיה, בימים בהם בוצע הניסיון ונחתכה הגדר, התנהלו "פעולות איבה" צבאיות נגד ישראל בגבול עזה.
- שני הצדדים מסכימים כי הנאשם לא חצה את הגדר בפועל, עד אשר נכנע והחיילים הורו לו לעשות כן. לפיכך, מבחינת עבירת ההסתננות, מוסכם כי מדובר בניסיון בלבד ולא בעבירה מושלמת. לעניין חיתוך הגדר, בתשובה לאישום מיום 5.3.14, הודה הנאשם כי התכוון להסתנן עם חברו המנוח. אולם, לדבריו, לא ידע על כוונת חברו לחתוך הגדר, עד אשר זה הגיע אל הגדר והחל בחיתוך בפועל. הנאשם גם העיד כי לא סייע לחברו ולא נגע כלל בגדר.
- נמצא שיריעת המחלוקת העובדתית בקשר למעשי הנאשם, ממוקדת למדי ועומדת על שתי שאלות. האחת, אם הנאשם ידע על הכוונה לחתוך הגדר מראש, וממילא קשר קשר עם

חברו לעשות כן. **השנייה**, אם הנאשם **השתתף פיזית** במעשה בניית המתקן שמונע את ההתראה עם חיתוך הגדר, או שהיה מופתע ופאסיבי. נשאלת השאלה מה בדיוק חלקו בעבירה זו. במהלך הדיון עלו מספר **שאלות עובדתיות משניות**, כגון הסיבה שבעטיה הנאשם הודה, בשלב מסוים בחקירה, כי השתתף בפועל בטיפול בגדר (אין מחלוקת כי ההודעה קבילה, ולא הועלתה טענת "זוטא"), בהקשר זה טוען הנאשם כי ההודיה אינה אמת עקב "לחצים פנימיים" שגרמו לו להודות (סיכומי הסנגור, עמ' 40 למעלה). כן התברר שיש מחלוקת אודות נסיבות ביצוע העבירה, אשר אינה נוגעת ליסודות העבירה, אך יכולה להשפיע על מתחם הענישה, והיא אם אותה פרצה בגדר נוצרה בשיטה חדשנית ו"פורצת גבולות".

5. שאלה נוספת השנויה במחלוקת, היא **שאלה המערבת משפט ועובדה**. זאת, נוכח הנוסח של היסוד המחמיר אשר בסעיף 108(ד) לחוק העונשין, והיא אם בזמן הרלוונטי היו **פעולות איבה** כלפי ישראל בגבול עזה. בהקשר זה יש גם **מחלוקות משניות** ביחס לתחולתן של נסיבות מחמירות חלופיות המופיעות בסעיף 108 לחוק העונשין.

6. בשים לב לכך שהמחלוקות ממוקדות, אין צורך לפרוס את מלוא התמונה הראייתית שנפרסה בשלב ההוכחות. די להתמקד בראיות הנוגעות ליריעת המחלוקת, אליהן הפנו ב"כ הצדדים בסיכומיהם.

### **חלקו של הנאשם ביצירת הפירצה**

7. כאמור, בהקשר זה יש שתי שאלות. האחת, אם יצירת הפרצה המיוחדת הייתה חלק מהתוכנית המשותפת של הנאשם וחברו המנוח. השנייה, אם הנאשם בפועל השתתף ביצירת הפרצה. למותר לציין כי כך או כך מתעוררת שאלה משפטית בדבר טיב אחריות הנאשם למעשה זה.

8. הראיה הראשונה להשתתפות ביצירת הפרצה המיוחדת, אותו "חלון" בגדר, היא **הצילום - ת/1**. בתמונה זו נראים המוטות שעליהם הברגות בצורה מיוחדת, המתאימות לחוטי הגדר. ברור כי הכנת פרצה מסוג זה אורכת דקות ארוכות, ואין מדובר בחיתוך מהיר המתבצע תוך שניות. אכן, יש לשער כי קל יותר במידה משמעותית לעשות המעשה, כאשר שניים או חזין בחלקים ומרכיבים, והדבר בוודאי יהיה גם מהיר יותר כאשר האחד מסייע לחברו. אולם, אף אם טובים השניים מן האחד כדי לוודא שהחוט המתריע לא ינתק, אין השיטה עצמה מלמדת על עצמה בהכרח כי המדובר במלאכה מסוג ששניים עשאוה, ואין אחד מהם יכול לעשותה לבדו.

9. ראה נוספת היא **ת/8**. **זהו דיווח צבאי** אודות האירוע, הכולל זמנים מדויקים של פעילות המסתננים ותגובת הצבא. על פי דיווח זה הגיעו שתי הדמויות לגדר, התעסקו בה כ- 8 דקות, ואז התרחקו לאחור. לאחר מכן חזרו שוב אל הגדר והתעסקו בה עוד כ- 6 דקות. פשט הדברים, כי השניים התעסקו פיזית בגדר. בשים לב לכך שהנאשם אינו מכחיש כי הוא אשר היה עם המנוח בעת התקנת המוטות וחיתוך הגדר, הרי שיש כאן ראיה של ממש. עם זאת, הדו"ח לעצמו אינו מאוד מפורט, ואין בו תיאור של חלקו המדויק של כל אחד. לפיכך, דו"ח זה לבדו עדיין מותיר מקום לספק דחוק כלשהו, שמא חלקו של הנאשם לא היה אלא בנוכחות ללא מגע.

10. דו"ח ת/8 מגובה **בעדותה של קצינת מבצעים** בשם ירדן (עדות מיום 3.4.14). לדבריה, תיאור התפתחות האירוע כמתואר בדו"ח ת/8 נרשם מפיה, על ידי סמלת מבצעים היושבת לידה, בזמן שהיא עצמה מנהלת את האירוע. העדה הסבירה כי היא הוזעקה לחמ"ל, וראתה במסך מולה שני חשודים מתקרבים לגדר בהליכה שפופה. היא ראתה שהם מתכופפים בסמוך לגדר, הם חוזרים לאחור, מחכים בשיחים, ואז חוזרים שוב אל הגדר. לאחר מכן בוצע לעברם ירי, והיא ראתה אותם מתגלגלים מהגדר לאחור.

11. בחקירה הנגדית הסבירה העדה כי לא הצליחה להבחין בתווי פנים. עם זאת, ראתה שהשנים הגיעו יחד אל הגדר, ובמהלך כל האירוע לא נפרדו זה מזה. היא ציינה עוד כי בתום האירוע ראתה שאחד מהשניים עובר הגדר לאחר שהתפשט ולא נמצא עליו דבר, בהוראת החיילים (ואין מחלוקת שזה הנאשם). אף עדות זו, לבדה, אינה מחייבת לקבוע בביטחון מוחלט כי הנאשם נטל חלק פיזי במעשה הגדר. יחד עם זאת, השילוב של עדות הקצינה, הדו"ח ותמונת החלון יחד, נוטים עד מאוד לשכנע כי מדובר במעשה שעשוהו שניים יחד, ולא שהאחד פעל לבדו והאחר לא עשה דבר, הספק שנותר הוא בגבול הספק הסביר.

12. הספק האחרון מוסר נוכח ראייה נוספת לגבי חלקו של הנאשם בגדר, היא **הודאת הנאשם בחקירה**. יוער כי אף אחד מהצדדים לא בחר להגיש את דו"חות של השב"כ לגבי החקירה. המדובר אם כן, בחקירות משטרה, אשר נגבו תוך כדי חקירת השב"כ. מתברר כי גרסתו של הנאשם מתפתחת:

א. **בהודעתו הראשונה** (ת/2, מיום 2.10.13) סיפר כי הוא, הוישל ואחד בשם הייתם תכננו להיכנס לישראל. במפגש מסר הוישל להייתם שתי חתיכות ברזל, קאטר ומפתח ברגים. הוא שאל את הוישל לשם מה הדברים נדרשים ונענה במילים "אל תתערב". בהתקרבתם לגדר, הוישל נשאר מאחור בתצפית, הוא הוייתם נגש אל הגדר. הייתם חיבר את החלקים, אז התרחקו משום שראו אור, אך לאחר מכן חזרו אל הגדר, הגדר נחתכה אך הדבר עשה רעש. אז שמע את קול החיילים והיה ירי לעברם. הוא והייתם חזרו בזחילה אך הוא איבד את חברו בחושך.

ב. **בהודעתו השנייה** ת/3 (מיום 13.10.13) הסביר כי שיקר ביחס לנוכחותו של הייתם (דבר עליו אין היום מחלוקת). הוא סיפר כי הוא והוישל הגיעו לגדר. להוישל היו מספרי ברזל ומוטות שהוא קשר אל לגדר. לדבריו החיתוך יצר קול גבוה ואז הם שמעו ירי, וזחלו לאחור. הוא נעצר והוא לא ידע מה עלה בגורלו של חברו.

ג. **בהודעתו השלישית** ת/4, (מיום 30.10.13), נתבקש לפרט את הפעולות שעשה בניסיון הכניסה לישראל. כאן תיאר הנאשם את מוטות הברזל ה"פרופילים" שעליהם הברגים, שהיו להוישל. לדבריו היו לו גם מברג "בוקסות" ו"קאטר". הנאשם הסביר כיצד חברו התקין את החלקים השונים, על מנת שלא תיווצר התראה בגדר, הנגרמת אם מטפסים עליה או חותכים אותה בצורה פשוטה. הנאשם גם צייר את המתקן (ציור המתאים היטב לצילום). לשאלות החוקר הבהיר הנאשם כי לא הכיר את השיטה קודם לכן. עם זאת, לשאלה מה היה תפקידו השיב הנאשם "אני רק החזקתי לו את הפרופילים, כדי שיהדק את הברגים עליהם" (שורה 35 לגרסה המתורגמת).

13. הודעתו השלישית של הנאשם, בוודאי מהווה הודיה במעשה שהוא בבחינת "ביצוע בצוותא". הודעתו הראשונה מלמדת לכאורה כי ראה את הכלים החריגים עוד לפני היציאה לדרך. אולם, כאמור, לא זו היא גרסת הנאשם בבית המשפט (עדותו ביום 3.4.14 מתחילה בעמ' 17).

14. מתברר ש**טענת הנאשם בבית המשפט** היא כי רק עם הגיעו לגדר ראה הכלים לראשונה והיה מופתע ממה שראה (עמ' 18, שורה 4). הנאשם המשיך והבהיר כי אמנם אמר במשטרה שהחזיק בפרופילים לסייע לחברו, אך דבר זה אינו נכון (עמ' 19-20). בחקירה נגדית הנאשם עמד על כך שלא ידע כי התוכנית היא לחתוך הגדר באמצעי מיוחד, אלא חשב שהתוכנית היא לקפוץ מעל הגדר (עמ' 23). עם זאת, אישר כי היה לחברו שק ואכן שאל אותו, והחבר הסביר שזה האמצעי בו ייכנסו (עמ' 23-24). אך לדבריו לא הבין מראש את השיטה ולא סייע בפועל אלא "הייתי מסתכל" בלבד (עמ' 25). התובעת טענה כלפיו כי גרסתו זו אינה הגיונית, הרי הם היו בלחץ, מדוע לא נקף אצבע לסייע לחברו? אך הנאשם עמד על כך שרק הסתכל, ואפילו לא נתבקש לתת עזרה (עמ' 29 למטה). הנאשם אישר לתובעת את אשר עולה מהדו"ח ת/8, כי ההתעסקות בגדר הייתה תחילה 8 דקות, לאחר מכן התחבאו בשיחים, ואז חזרו אל הגדר. התובעת שאלה בצדק, מדוע הוא ניגש עם חברו שנית אל הגדר, אם אין הוא יכול לסייע, ולא המתין בשיחים עד שהפרצה תהיה מוכנה. הנאשם השיב "זה חבר שלי. זה בן דוד שלי, אני לא יכול להשאיר אותו לבד". לטענה כי לא הגיוני שלא נקף אצבע השיב "הוא עבד, הוא אמר אני מסתדר בעצמי" (עמ' 30). להטחה כי הצבא ראה שניים מתעסקים עמד הנאשם על טענתו כי "היינו יושבים. אני הייתי רחוק ממנו מטר, מטר ומשהו" (יוער כי טענה זו לא הוטחה בעדת התביעה שראתה הדברים על המסך.

15. נוכח האמור, **טענה התובעת** כי לא ניתן לקבל את גרסת הנאשם בבית המשפט. התובעת הצביעה על כך שהנאשם אמר שחשב שהתוכנית היא לקפוץ מעל הגדר, אך בהודעתו הראשונה אמר שראה הברזלים עוד לפני ההגעה לגדר. מדובר בכלים באורך של 80 ס"מ, אשר ברור שאין בהם כדי לסייע בטיפוס מעל הגדר. כן טענה המדינה שאין הגיון בכך שהנאשם לא סייע לחברו, ברגעי הלחץ כאשר הם עומדים להיכנס לתוך ישראל. במיוחד תמהה התובעת על גרסת הנאשם שחזר לכרוע ליד חברו, לאחר שכבר התחבאו בשיחים פעם אחת. זאת, כאשר אין הוא מסייע פיזית, ולכאורה אין סיבה שיסכן עצמו.

16. לעומתה, **טען הסנגור** כי יש לקבל את עדות הנאשם בהקשר זה. הסנגור הצביע על כך שהנאשם בהודעותיו הראשונות לא קשר עצמו למעשה החיתוך. רק בהודעתו השלישית עשה כן. זאת, לאחר שכבר היה בחקירת שב"כ כחודש ימים. הסנגור סבור שיש לקבל את עמדת הנאשם כי בנסיבות אלה אמר מה שחשב שהחוקר רוצה לשמוע. אמנם, לא עקב אמצעי פסול, אך כן הודיה שקרית עקב לחץ פנימי, בשל התארכות החקירה. עוד הדגיש הסנגור כי קצינת המבצעים תיארה דמויות משתופפות, אך לא ראתה מה בדיוק עשה כל אחד, כך שגרסת הנאשם אפשרית ואינה סותרת את גרסת הצבא. העובדה כי ידע מה נעשה וכיצד לצייר את ה"חלון" בגדר, נובעת מכך שהוא ראה את חברו עושה את הפעולה, אך לא משום שהוא עשה המעשה.

17. לאחר עיון בדברים, אני סבור שאין מנוס מן המסקנה כי הנאשם אכן השתתף פיזית בפעולות החיתוך של הגדר, ולו באחיזת הפרופילים עבור חברו שהבריגם, כפי תיאר בהודעתו

השלישית. ראשית, חזקה על שניים שהולכים יחד למטרה משותפת שהם פועלים יחד להשיג המטרה. אין כל היגיון בכך שהנאשם לא יסייע במאומה. המדובר במצב בו נעשית פעולה מורכבת תחת לחץ. הפעולה נעשית דקות ארוכות (השלב הראשון 8 דקות והשני עוד מספר דקות לפי קצינת המבצעים, לפי הנאשם עצמו היה השלב הראשון 5 עד 7 דקות והשלב השני עוד זמן מה). השניים הרי הגיעו יחד עם כלים שנועדו לסייע להשיג את מטרתם המשותפת.

18. עוד יש לומר כי התיאור של התצפית, לפיו השניים נראו משתופפים יחד ונראים כמתעסקים, הוא בעל ערך ראייתי חשוב. אכן, דיווח זה לבדו אינו מוכיח מעבר לכל ספק כי הנאשם פיזית השתתף, אך ההשתתפות ליד חברו, מעבר לעצם ההגעה למקום והמטרה המשותפת, מחזקת המסקנה הזו. הדבר נכון במיוחד בשלב השני, לאחר שהשניים נבהלו ממהו, ברחו אל השיחים וחזרו. מדוע הנאשם חזר וסיכן עצמו, אם לא היה בנוכחות כדי להועיל בקידום המטרה המשותפת? יוזכר כי טענת הנאשם לפיה לא ישב צמוד לחברו, אלא במרחק של מטר או מטר וחצי, לא הוטחה בקצינת המבצעים שראתה הכול על המסך.

19. לו היה הנאשם עקבי לגמרי בהכחשה, וגרסתו הייתה משכנעת, אפשר שהיה בדבר כדי להקים ספק סביר. אולם, כאן יש לקחת בחשבון את הגרסה של הנאשם בת/4. יש לזכור כי הנאשם בחקירותיו לא אמר אמת מיד. הרי הוא שיקר לגבי זהות שותפו, אשר דבר מותו לא היה ידוע לו בשלב הראשון של החקירה. בחקירתו השלישית מסר הנאשם גרסה שיש בה היגיון רב. הוא עדיין דבק בעמדתו כי לא הוא היוזם של שיטת הפריצה. אולם, בניסוח ממעט, טען שחלקו היה בהחזקת הפרופילים עבור חברו. גרסה זו היא גרסה החלט מסתברת. לעומת זאת, כאמור, יש מקום לתמיהה על גרסתו בבית המשפט. מה גם שכאמור, באחת מחקירותיו הקודמות כבר אישר שראה הברזלים עוד בטרם ההגעה לגבול, דבר שלא הודה בו בבית המשפט. הנאשם גם לא הצליח להסביר בצורה משכנעת מדוע בעצם לא סייע לחברו.

20. **סיכומו של דבר**, גרסת הנאשם בהודעתו השלישית, מתיישבת עם התצפית ועם ההיגיון הרבה יותר מאשר גרסתו בבית המשפט. אכן, אפשר שהדברים נמסרו לאחר שהותש מחקירה ארוכה של חודש ימים, ומ"לחץ פנימי", כטענת הסנגור. אולם, **מדובר בגרסה המסתברת ביותר, והמתיישבת טוב ביותר עם הראיות האחרות ועם ההיגיון, ולמעשה מסירה כל ספק שעוד נותר נוכח עדות הקמב"צית, ולפיכך יש להעדיפה על פני גרסתו בבית המשפט.**

21. עם זאת, בהעדר ראייה ישירה אחרת, אין לקבוע כל עובדה לחובת הנאשם מעבר לגרסתו זו. אמנם יש סבירות גבוהה כי אופן חציית הגדר תואם מראש, שהרי חזקה על שני קושרים שלא יצאו לביצוע עבירה חמורה ומסוכנת, מבלי להחליט כיצד הדבר יתבצע. אולם, חזקה זו לבדה אינה מספיקה כדי לקבוע ממצא בפלילים, מעבר לעובדות שהנאשם הודה בהן במטרה, במיוחד כאשר מדובר בגרסה אפשרית. יש להניח לטובתו כי הקשר לא היה ספציפי.

22. נוכח האמור יש לקבוע **כממצא עובדתי**, מעבר לספק סביר, כי **הנאשם וחברו קשרו קשר להיכנס לישראל דרך הגדר, תוך שימוש באמצעי שלא היה מוכר לנאשם, אך הנאשם הבין כי אין מדובר בטיפוס פשוט מעל הגדר. הוישל ידע כיצד להכין הפירצה המיוחדת בגדר והביא עמו הכלים הנדרשים לשם כך. הנאשם ידע שיש כלים ויש תוכנית, אך יש להניח לטובתו שלא**

הוא תכנן השיטה, ולא הכיר אותה קודם, וכל שכן שלא המציא את השיטה. יש לקבוע כי הנאשם ביצע את מעשה חיתוך הגדר בצוותא חדא עם חברו. זאת, על ידי החזקת הפרופילים בעת שחברו הבריג את הברגים. מעבר לכך, יש להבהיר כי עצם נוכחותו במקום כדי לסייע לפי הצורך (כפי שהודה גם בבית המשפט), במסגרת המטרה המשותפת להיכנס לישראל, הופכת אותו למבצע בצוותא של חיתוך הגדר. המעמד כמבצע בצוותא יפורט בהמשך, בדיון המשפטי.

### טיבה של שיטת הפריצה ומידת הסכנה שנגרמה

23. בהקשר זה העיד קצין האג"ם ערן (עדות מיום 10.3.14 החל מעמ' 9).

24. התובעת טענה כי מדובר בשיטה חדשנית ביותר, אשר נעשתה למעשה פעם ראשונה. אולם, אני מסכים עם הסנגור כי מעדותו של קצין אג"ם, משתמע שאין זו הפעם הראשונה בו נעשה "חלון" מסוג זה בגדר. הקצין הסביר כי מדובר בשיטה המצריכה היכרות טובה עם הטכנולוגיה של הגדר. כך, מורכב "חלון" בתוך הגדר, באופן אשר מונע התרעה כי קיימת פרצה. כך, לא רק מי שעשה החלון יכול לעבור, אלא כל אדם יכול לעבור ולחזור מבלי שהגדר, שאמורה לתת התראה על כל מעבר, תתן התראה כלשהי. הקצין הסביר כי הדאגה לעניין זה נובעת מכך שבדרך כלל, חלונות מעין זה בגדר, הניתנים לשימוש חוזר, נוצרו על ידי גורמים שהיו קשורים להיבטים ביטחוניים. אם כי, אין מחלוקת שבתיק זה הנאשם אינו מואשם בקשר כלשהו עם ארגון טרור.

25. **לסיכום נקודה זו, נוכח האמור לעניין החלון, אין לקבוע כי מדובר בשיטה חדשנית ופורצת גבולות למעבר הגדר. יחד עם זאת, מדובר אכן בשיטה שיש עמה תחכום, המחייב ידע מוקדם והכנה מוקדמת. מדובר בשיטה המאפשרת לעבור הגדר מבלי להתריע, ויתרה מזו, בהעדר התרעה, ה"חלון" נשאר במקום ויכול לאפשר מעבר של אחרים לאחר מכן. אחרים, בין שכוונתם כלכלית גרידא ובין שכוונתם זדונית. עם זאת, יוזכר, כאמור לעיל, לא נקבע שהנאשם עצמו היה בעל הידע והכלים, ויש להניח לטובתו כי חלקו היה משני, יחסית לתפקידו של חברו המנוח.**

26. לעניין **מידת הסכנה שנוצרה**, הסביר הקצין כי עקב האירוע הוקפצו כוחות למקום. לדבר זה שתי משמעויות, האחת, הכוחות אינם עוסקים במשימות אחרות, וההגנה על הגדר במקומות אחרים פוחתת בהתאם. מעבר לכוחות החי"ר שהוקפצו למקום, הוקפצו גם שני טנקים ממשימות אחרות. עוד נאמר כי נוצר גם סיכון לכוחות המוקפצים, אשר מגיעים לקרבת הגדר ומיקומם גלוי. כך, הם חשופים לפגיעה מסוגים שונים ובעיקר לירי מנגד. עוד הוסיף הקצין ותיאר סכנה נוספת הנגרמת כאשר מגיעים הכוחות הטכניים, המבקשים לתקן הגדר ומטבע הדברים נאלצים להיחשף אל מול הסכנה הכרוכה בכך.

27. העד העיד עוד, על כך שיישובים סמוכים לאזור האירוע נכנסו לכוננות ואף ציין כי הוקפצו כיתות הכוננות ביישובים, והתושבים נקראו להיכנס לבתיהם (עמ' 11). אף שיש להניח, נוכח רצף האירועים, כי מדובר היה בדקות ספורות בלבד, עדיין מדובר באירוע משמעותי, המטריח לא מעט גורמים, והיכול לעורר דאגה וחשש בקרב ציבור רחב.
28. מעבר לאמור, הוגש מטעם החטיבה הרלוונטית דו"ח אודות הנזק הפיזי לגדר (ת/5). כאשר חלקי החילוף עצמם לא עולים הרבה, אך מדובר בעבודה של צוות בן 5 אנשים שעבדו כ- 6 שעות לבצע התיקון. זאת תחת אבטחה של כוח רחב היקף "אולי חצי גדוד" כניסוחו של מנסח המסמך.
29. בהעדר ראיה נגדית, ובשים לב לכך שהדיווח של קצין האג"ם עולה בקנה אחד עם הגיונם של דברים וניסיון החיים, **יש לקבוע שאירוע זה אכן היה בו משום סיכון משמעותי לכוחות הצבא. הן הכוחות שהוקפצו לאירוע והן הכוחות הנדרשים לאחר מכן לתקן את הגדר. כן יש לקבוע כי נגרמה טרחה של ממש לכיתות הכוננות האזרחיים שנכנסו לכוננות, ובהלה מסוימת לתושבים שנקראו להישאר בבתיהם.** כן היה נזק פיזי אשר הביא לעלות כלכלית של ממש.

### תקופה שבה מתנהלות פעולות איבה

30. המדינה טענה בכתב האישום כי המעשים של הנאשם נעשו "בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה", כהגדרת הנסיבה המחמירה המופיעה בסעיף 108(ד) לחוק העונשין.
31. בהקשר זה המדינה הגישה מסמך אחד בלבד, ת/6, המתאר אירוע משנת 2012, אירוע משנת 2010, ושני אירועים משנת 2007. לא ירדתי לסוף דעתה של המדינה. ידיעה שיפוטית היא כי היו הרבה פעולות איבה צבאיות בין ישראל לבין רצועת עזה במהלך השנים האחרונות. אך אין ידיעה שיפוטית לגבי פרטי האירועים האלה, תדירותם המדויקת ובמיוחד לא תדירותם ב"תקופה" בה נעשה המעשה של הנאשם.
32. האירוע דנן התרחש בסוף ספטמבר 2013. המדינה ב-ת/6 הוכיחה רק ארבעה אירועים במהלך 6 השנים שקדמו למעשה הנאשם. ואף לא אירוע אחד במשך שנה וחצי לפני כן. התובעת אף לא התייחסה לעניין זה בסיכומיה, אף לא לשאלה המשפטית החשובה למדי, מה היא בעצם "תקופה" לעניין זה. **לפיכך, יש לקבל את טענת הסנגור כי בתיק זה לא הוכחה הנסיבה המחמירה לפיה המעשה נעשה "בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה"**. יובהר היטב, כי אין בהכרעה זו גם משום קביעה הפוכה שלא התקיימו פעולות איבה בתקופה הרלוונטית, אלא רק קביעה כי עניין זה לא הוכח כדבעי בתיק דנן.

### דיון משפטי

33. הנאשם הודה כי קשר עם חברו קשר להסתנן לישראל. עונשו המרבי של המסתנן הוא 5 שנות מאסר, ממילא **נעברה עבירה של "קשירת קשר לפשע" והנאשם מורשע בעבירה זו.**
34. אין מחלוקת כי הנאשם ניסה להסתנן, אך לא עבר הגדר בפועל עד אשר נדרש לעשות כן על ידי החיילים. לפיכך, **בהתאם להודאתו, יש להרשיע הנאשם גם בעבירה של ניסיון הסתננות** אך לא בעבירה המושלמת.
35. ככל שיש **שאלה משפטית** אמיתית להכריע בה, הדבר נוגע לעבירת "פגיעה ברכוש" לפי **סעיף 108 לחוק העונשין**. כאן, **קיימות שתי שאלות, האחת אם חלקו של הנאשם עולה לכלל ביצוע בצוותא, והשנייה אם התקיימה הנסיבה המחמירה הנטענת בכתב האישום, או נסיבה מחמירה אחרת תחתיה.**
36. מובהר כי אין מקום למחלוקת כי הגדר הוא בבחינת "רכוש בשימוש כוח מזוין", ואין מקום למחלוקת כי חברו המנוח של הנאשם עבר העבירה בעת שפרץ הגדר, על ידי יצירת אותו חלון מתוחכם. השאלה הראשונה היא, אם כן, לגבי חלקו של הנאשם.
37. טענתו של הנאשם כי לא היה לו חלק בעניין כלל, נדחתה במישור העובדתי, כאמור לעיל. נקבע כי אמנם הנאשם לא ידע מראש את טיבה של השיטה (כך יש להניח לטובתו), אך הוא כן תכנן עם חברו להיכנס לישראל דרך הגדר, בשיטה כלשהי. כן נקבע כי לכל הפחות, בזמן אמת, הנאשם השתתף בהכנת החלון. זאת, הן בנוכחותו המחזקת בסמוך לחברו המנוח, ברגעי הלחץ של מעבר הגדר, והן על ידי אחיזה פיזית בפרופילים בעת שחברו הבריג את הברגים.
38. כאמור לעיל, הנאשם ראה את ה"קאטר", בין הכלים, וראה את חברו מתחיל בעבודה בגדר. משלב זה, ברור היה לנאשם כי חברו מתקין חלון בגדר, פרצה אשר מאפשרת מעבר, וממילא פוגעת בערכה של הגדר ככזו. מבחינה משפטית, פשיטא שמדובר בעבירה "נוספת" על עבירת ההסתננות שנעשתה במטרה משותפת. עבירה, אשר ניתן היה לצפות כי תיעשה בעת שהובאו כלים למקום, כך **שיש לנאשם אחריות לעבירה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין.**
39. מעבר לאחריות מכוח סעיף 34 ועקרון "המטרה המשותפת" **יש אחריות לנאשם גם מכוח דיני ביצוע בצוותא הישירים.** זאת, משום שחלקו הפיזי של הנאשם יצא מכלל סיוע והגיע לכלל ביצוע בצוותא. הנאשם לא היה בתפקיד שולי בהקשר לעבירה. ראשית, הוא היה צפוי ליהנות מקיום החלון, ולעבור דרכו אל שטחי מדינת ישראל, לו הצליחה התוכנית העבריינית המקורית. הנאשם דן היה בכל עת יחד עם חברו שהכין הפרצה. הוא היה נוכח פיזית במקום הביצוע, חזר לאחור אל השיחים וחזר שוב עם חברו לעוד מספר דקות של עשייה. הנוכחות הפיזית במקום העשייה, תוך הסיכון העצמי, מהווה אינדיקציה חשובה להיות הנאשם במרכז המעשה העברייני, במעגל הפנימי. מעבר לכך, כפי שנקבע לעיל, הנאשם החזיק בפרופילים בזמן ההברגה, וכך "עשה מעשים לביצועה" של העבירה. אין מדובר במי שסיפק הכלים, אבטח מאחור, הסיע או עשה פעולה שהיא מחוץ למעגל הפנימי של העבירה. הנאשם היה שותף מלא של חברו. כניסוחו של הנאשם עצמו בתשובה לשאלה מדוע חזר אל הגדר עם חברו ולא נשאר בין השיחים "זה חבר שלי. זה בן דוד שלי, אני לא יכול להשאיר אותו לבד". בכך ביטא הנאשם את שותפות הגורל, ואחריותו עם חברו למעשה



שנעשה. לפיכך, יש לקבוע שמעשי הנאשם חרגו בבירור מכלל "סיוע" לפגיעה ברכוש, ויש לדון את חלקו כ"מבצע בצוותא". זאת, אף אם חלקו במעשה קטן משמעותית מחלקו של חברו המנוח.

40. עתה יש לבחון, אם התקיימה נסיבה מחמירה כלשהי לפי סעיף 108 לחוק העונשין, או שמדובר בעבירה "פשוטה" לפי סעיף 108(א) בלבד. כאמור לעיל, הטענה העובדתית כי הנאשם עשה המעשה "בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה" לא הוכחה במסגרת תיק זה. לפיכך, אין להרשיע הנאשם במסגרת של הנסיבה המחמירה המפורטת בסעיף 108(ד).

41. לעומת זאת, הנסיבה המחמירה האמורה בסעיף 108(ג), היינו כי "היה במעשה העבירה כדי לפגוע בבטחון המדינה" הוכחה. בהקשר זה טען הסנגור בסיכומים כי הסכנה לא התממשה, שכן לא היה ירי על החיילים שנקראו לעמוד בפרץ מול ההסתננות של הנאשם וחברו, ואף לא לאחר מכן בעת תיקון הגדר. אולם, דומה כי שוגה הסנגור בהחלת המבחן, שכן השאלה אינה אם הסכנה התממשה, השאלה היא אם נוצרה סכנה, ובלשון החוק "היה במעשה העבירה כדי לפגוע בבטחון" (ההדגשה נוספה).

42. כפי שנקבע, אכן היה סיכון של ממש. ראשית, אלמלא זהו המסתננים באמצעות מצלמות האבטחה, היה נשאר "חלון" קבוע בגדר, שהיה מאפשר מעבר דרך הגדר, ללא התרעה, עד שה"חלון" עצמו היה מתגלה. דבר זה לעצמו, יש בו משום סיכון רב ביותר לבטחון. יתרה מכך, כפי שכבר נקבע לעיל, יש בעצם הקפצתם של כוחות לאירוע מסוג זה, משום חשיפה ישירה של הכוחות לירי מנגד. נוצר גם סיכון של ממש לצוות אשר תיקן הגדר, כאשר נדרש כוח צבאי גדול על מנת לאבטח את פעילותו. זאת, אף אם נניח לטובת הנאשם כי הביטוי "אולי חצי גדוד", אשר בת/5 הוא בבחינת גוזמה.

43. לפיכך, יש לדחות את טענת הסנגור שאין מקום להרשעה בנסיבה המחמירה, החלופית (הפחות חמורה), לפי סעיף 108(ג). התוצאה שהנאשם מורשע בעבירה לפי סעיף 108(ג) לחוק העונשין, היינו פגיעה ברכוש כוח מזוין כאשר היה במעשה העבירה כדי לפגוע בבטחון המדינה, אך לא בנסיבה המחמירה לפי סעיף 108(ד).

44. סיכומו של דבר, נוכח כל האמור, הנאשם מורשע בעבירות קשירת קשר לפשע, ניסיון הסתננות ופגיעה בזדון ברכוש הצבא, כאשר היה במעשה כדי לסכן את בטחון המדינה.

ניתנה היום, ב' תמוז תשע"ד, 30 יוני 2014, במעמד הנאשם, בא כוחו עו"ד גבארין, התובע עו"ד ביטון ומתורגמנית לשפה הערבית גב' אבו פרחאן.

