

ע' 2583/10

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' ההרכב: אל"ם נתנאל בנישו - אב"ד

אל"ם חנוך קינן - שופט

אל"ם איתן הברמן - שופט

המערער: עבדאללה עבד אללטיף עלי ברהם, ת"ז XXXXXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד לביב חביב)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ קמ"ש ערן לוי)

ערעור על פסק דינו וגזר דינו של ביהמ"ש הצבאי שומרון (ההרכב רס"ן יריב נבון והשופטים סא"ל

משה אוהד וסא"ל יאיר צדוק)

בתיק מס' 1122/08 מיום 21.10.10

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 22 בנובמבר 2012, ז' בכסלו התשע"ג.

חקיקה שאוזכרה:

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009](#)

פסק דין

המשנה לנשיא אל"ם נ' בנישו:

הערעור הנוכחי מתרכז בשאלה אחת והיא מה היה היסוד הנפשי של המערער עת שימש כנהג הרכב ממנו נורו היריות הקטלניות לעבר **עידו זולדן** ז"ל (להלן: המנוח).

כתב האישום

כתב האישום עליו נתן המערער את הדין כלל בגרסתו האחרונה שישה פרטי אישום, חברות בפעילות בחוליה צבאית, במסגרתה תכננו חברי החוליה לבצע פיגועים לעבר מטרות ישראליות, ירי לעבר היישוב קדומים (שתי עבירות), סחר בציווד מלחמתי, קשירת קשר לרצוח אזרחים ישראלים וגרימת מוות בכוונה.

לנוכח הטענות הממוקדות שנשמעו בערעור, אין צורך לפרט מעבר לכך בנוגע לפרטי האישום השונים, למעט עבירת גרימת המוות.

בפרט אישום זה נטען כי בתאריך 19.11.07 נפגשו המערער וחבריו **דאפר ברהם** (להלן: דאפר) ו**שאדי ג'ומעה** (להלן: שאדי) וסיכמו לבצע פיגוע ירי לעבר כוחות הביטחון או לעבר יישוב ישראלי. לצורך זה, הביא **דאפר** נשק מסוג קרלו והמערער הביא כדורים. בהמשך, הציע המערער כי השלושה יבצעו פיגוע ירי לעבר כלי רכב ישראלים הנוסעים על הכביש הראשי באזור פונדוק. חבריו הסכימו להצעה זו. סמוך לשעה 23:00, הגיעו השלושה לאזור והחלו נוסעים על הכביש במהירות נמוכה. משהבחינו ברכב חולף, שהיה נהוג על ידי ישראלי, הורה **דאפר** למערער, שנהג ברכב, לנסוע לכיוונו. המערער החל לעקוף את הרכב הישראלי וכשהתקרבו אליו ממרחק של כמטר ניסה **דאפר** לירות לעברו, אך ללא הצלחה. הסתבר כי המחסנית הוכנסה במהופך לתוך בית המחסנית. **דאפר** הפך את המחסנית והשלושה חזרו לצומת, שם ערבו לרכב ישראלי נוסף.

לאחר מספר דקות, הגיע המנוח ברכבו. המערער נסע אחריו והחל עוקף את הרכב. כאשר הגיע למרחק של כשלושה מטרים, ירה **דאפר** לעבר הרכב כתשעה כדורים. כתוצאה מירי זה נהרג המנוח. לאחר ביצוע הפיגוע ברחו המערער וחבריו לכפר קדום, הסתירו את הנשק ואת הרכב ואספו את התרמילים.

פסק הדין של בית משפט קמא

בית משפט קמא ראה להרשיע את המערער בעבירה זו של גרימת מוות בכוונה.

גם בבית משפט קמא נסוב הדיון בפרט אישום זה סביב השאלה האם התגבשה בלב המערער הכוונה לגרום למוות. בית המשפט קבע כי המערער היה חבר בחוליה צבאית ביחד עם חברו **דאפר**, חוליה אשר נועדה לבצע פיגועים. השניים אף תכננו לגרום למותם של אזרחים. עוד קבע בית המשפט כי עובדות האירוע כולן מלמדות על כוונה לגרום למוות. בעניין זה, הדגיש בית המשפט את תכנונם של השלושה להשיג נשק נוסף מסוג קלאצ'ניקוב ואף התנהגותו של המערער לאחר מעשה, כאשר פנה לאחור על מנת להדפיס כרוז ובו נטילת אחריות לרצח. עוד הפנה בית המשפט לאמרותיהם של המערער וחברו **דאפר** בעניין תכנון הפיגוע, עקיפת הרכב הראשון והניסיון הבלתי צליח לירות לעברו, ועצם הירי במנוח כנסיבות המלמדות על כוונה כאמור.

לנוכח הרשעת המערער בפרט אישום זה ובשלוש עבירות נוספות גזר בית משפט קמא על המערער מאסר עולם ועוד שבע שנים.

טיעוני הצדדים בערעור

בערעור, מעלה הסנגור שורה של טענות, מתוכן הוא מבקש כי נקבע שלא ניתן להגיע למסקנה החד משמעית שהמערער התכוון לגרום למותו של המנוח.

נעמוד על עיקר טענותיו של הסנגור. ראשית, הפנה הסנגור לעובדה כי מספר פעמים בעבר ביצעו השותפים ירי בלתי ממוקד לעבר מטרות ישראליות כלליות. מכאן ביקש הסנגור להסיק כי אין בעובדה שהשלושה יצאו לבצע פיגוע, כהגדרתם, כדי ללמד שהתכוונו לגרום למוות דווקא. עוד הפנה הסנגור לראיות בתיק ובעיקר לאמרותיהם של המערער וחברו **דאפר**. הסנגור סקר בטוב טעם את האמרות ויתר התבטאויותיהם של המערער וחברו בחקירתם והוא מבקש להיתלות בגרסתם כי "**יצאנו כוונה לירות באוויר, סיכמנו אני ודאפר שנירה באוויר על מנת שהצבא יבוא לכפר ויהיו בעיות והתנגשויות. לא רצינו לרצוח**" (מתוך תמלול שחזור שערך המערער בתאריך 31.12.07). הסנגור הצביע על כך כי גרסה זו הושמעה על ידי המערער הן בהארכת מעצרו והן בשחזור, דהיינו בשתי ההזדמנויות שניתנו למערער לדבר שלא במסגרת חקירה פרונטאלית על ידי שוטרים. כן הפנה הסנגור לדבריו של **דאפר**, אשר משך כל חקירתו מתחילתה ועד סופה חזר על גרסה זהה. **דאפר** אף ציין כי מאחר שחשש שהקורבן יראה את פניו בעת הירי סובב את ראשו, דבר שהביא לכך שהנשק הוטח כלפי מטה והכדורים נורו בטעות לעבר הקורבן ולא באוויר, כפי שתוכנן מראש (שיחזור שערך **דאפר** ביום 29.11.07).

הסנגור הוסיף וטען כי גם אם נדחה את גרסתו של **דאפר**, לפיו ירה בטעות בקורבן, הרי שאין בכך כדי להשפיע על קביעת הלך רוחו של המערער, שכן גם אם **דאפר** שינה את התוכנית עליה סוכם מראש והחליט לירות לעבר המנוח, הדבר נעשה ללא ידיעת המערער שכוונתו נותרה כשהייתה, היינו לבצע ירי הפחדה.

לאור כלל האמור, סבר הסנגור כי היה על בית משפט קמא לקבוע שהמערער פעל מתוך אדישות בלבד ולהרשיעו בהתאם בעבירה של הריגה.

לחילופין, אם ידחו טענותיו נגד הכרעת הדין, ביקש הסנגור כי יופחת עונשו של המערער באופן שיבוטל מאסרו הקצוב ויועמד על מאסר עולם בלבד. זאת מן הטעם שעל **דאפר**, אשר הורשע בביצוע הירי גופו, הוטל עונש מאסר עולם ללא עונש נוסף.

התביעה הצבאית סומכת את ידיה על פסק דינו של בית משפט קמא. לטעמה, אל מול הצבר העובדות המלמדות על כוונה, אין לייחס חשיבות לאמירות המזכות של **דאפר**, אשר אך טבעי כי במהלך חקירתו ינסה להרחיק את עצמו מן העבירה. עוד טען התובע כי דבריו של המערער ברוח גרסתו של **דאפר** נמסרו בשלב מאוחר מאוד של החקירה. התובע סבר כי אין כל הגיון בכך שפרט כה מהותי יימסר על ידי המערער בשלב מאוחר בחקירה, במיוחד שגרסאותיו הראשונות מלמדות על כוונה ברורה לגרום למוות. עוד הדגיש התובע את התנהגות המערער לאחר האירוע, כאשר אין

לנו כל ראייה לכך שהמערער הופתע מהרצח, הביע חרטה או התייחס אליו באופן שלילי, אלא להיפך, הוא עשה מאמצים לקחת אחריות על המעשה.

היסוד הנפשי של המערער

על מנת להוכיח ביצוע עבירה פלילית, נדרשת התביעה להצביע על מעשה המלווה במחשבה פלילית, בהתאם להגדרתם בסעיף העבירה. בעוד, לרוב, האקט הפיזי מותיר רישומו בעולם המעשה, לעיתים קרובות נותרת המחשבה הפלילית כמוסה בליבו של בעלה. על כן, נקבע מקדמת דנא כי על אודותיה ניתן ללמוד מדבריו המפורשים של הנאשם, אך גם מתוך התנהגותו ומתוך נסיבות המקרה. לא זו אף זו, אלא שגם במקרים בהם התייחס נאשם להלך רוחו בעת ביצוע העבירה, דבריו אינם בבחינת סוף פסוק. על מחשבתו הפלילית של נאשם ניתן ללמוד, על כן, ממקורות מגוונים, ביניהם דבריו לאורך האירוע והחקירה, התנהגותו, עובדות המקרה ועוד כהנה וכהנה פרטים ונסיבות הקשורים לעניין.

ודוק, לעיתים מכלול הראיות עשוי להכיל ראיות סותרות. במצב דברים זה, על בית המשפט להכריע האם הראיות המונחות לפניו אכן מלמדות על מחשבה פלילית ובאיזה דרגה.

הוא הדין בענייננו, כאשר מחד גיסא עומדים חלק מדבריהם של המערער וחברו **דאפר**, עליהם הצביע הסגור, ומאידך גיסא הראיות האחרות אליהן הפנתה התביעה.

על כן, נדרשים אנו, בעקבות בית משפט קמא, לבחון את הראיות ולהכריע על פיהן האם התקיים במערער היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת גרימת מוות בכוונה, היינו חפץ בתוצאה הקטלנית, או שמא המערער פעל מתוך פיזיות בלבד, ובהתאם יש להרשיעו בהריגה, כטענת הסגור.

כאן המקום לציין כי הצדק עם הסגור שאין הכרח כי תתקיים זהות בין היסוד הנפשי של **דאפר** בעת שירה ובין זה של המערער. ככל שתתקבל הטענה שהירי לא היה פרי תכנון מראש לפגוע בקורבן, הרי שאם אכן **דאפר** שינה את כוונתו מבלי שלמערער הייתה יכולת לדעת זאת, לא יהיה בשינוי זה כדי להשפיע על קביעת מחשבתו הפלילית של המערער. זאת, כמובן, מבלי להתייחס לאפשרות כי המערער יחוב באחריות פלילית למעשה כעבירה מסברת (סעיף 202 [לצו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\]](#), תש"ע – 2009), חלופה אשר הוסכם במהלך הדיון כי לא תבחן בענייננו.

עם תום שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בראיות, מגיע אני למסקנה כי יש לדחות את הערעור נגד הכרעת הדין.

הסגור קבל על כך שהמערער לא נשאל מה הייתה כוונתו במהלך חקירתו, ועל כן, יש לקבל את דבריו בשחזור ובהארכת מעצרו. קריאת אמרותיו של המערער אינה תומכת במסקנה זו. כבר בחקירתו הראשונה, ביום 23.11.07, השיב המערער לשאלת החוקר מהי התייחסותו לחשד המיוחס לו, היינו רצח אזרחי ישראלי, ומסר כי ביצע יחד עם **דאפר** ושאדי "פיגוע ירי לעבר רכב של מתנחל" באמצעות נשק מאולתר מסוג קרלו. המערער מסר כי תכנן את הפיגוע יחד עם **דאפר**

וגולל את השתלשלות הדברים כפי שתוארה בכתב האישום. בהמשך הדברים נשאל המערער מספר שאלות כדלקמן:

“ת: כן אנחנו יצאנו במטרה לבצע ירי לעבר רחב ישראלי או צבאי.

ש: האם תצפתם לעבר הכביש והאם קבעתם לכם מטרה?

ת: לא. בצוע הפיגוע היה מיד לאחר שסיכמנו עליו.

ש: האם ידעת מה תהיה תוצאת הירי לעבר רכב?

ת: כן. רצח או פציעה.”

בית משפט קמא ראה לתת משקל מלא לדברים אלה. על כן, יש בהם ללמד באופן ברור על כוונת המערער בעת ביצוע הפיגוע.

כאן גם המקום לדחות את טענת הסנגור באשר לחקירה מוכוונת של השוטרים. אמרתיו של המערער כוללות לצד האמרות המפלילות אף נקודות אחיזה לגישת הסנגוריה. בנסיבות אלה, אין תימוכין לטענה שמדובר בחקירה חד צדדית שנועדה להפליל את המערער. מכאן אף מתבקשת המסקנה שאין לתת משקל רב יותר לדבריו של המערער בהארכת מעצרו או בשחזור אותו ערך.

גם בגרסתו של **דאפר** אין התייחסות מפורשת להלך רוחו של המערער. על אף ש**דאפר** חוזר פעם אחר פעם על גרסתו כי לא הייתה לו כוונה להרוג את הנוהג ברכב אלא להפחיד אותו ולגרום להתעניינות ציבורית בכפרו, הרי שכשהוא מתייחס לדברים שהוחלפו בינו ובין המערער ניתן להתרשם שמבחינת המערער דובר על פיגוע ירי שמטרתו הייתה לגרום למות הקורבן. וכך מוסר העד:

“... ואחרי זה שוחחנו, עבדאללה אמר מה דעתכם שנלך לפונדק, נירה על רכבים ישראליים שעוברים בכביש הראשי בפונדק”.

אם נצרף לכך את נסיבות הירי עצמו, היינו ירי של לפחות תשעה כדורים ממרחק אפסי ממרחק של עד שלושה מטרים לעבר הרכב של הקורבן, ירי התואם לחלוטין את התכנון הראשוני כפי שעולה מדבריהם של שני השותפים, הרי מתחייבת המסקנה שנתגבשה אצל המערער הכוונה לגרום למות המנוח.

בית משפט קמא דחה את גרסתו של **דאפר** בפניו כי הסיט את מבטו במהלך הירי, דבר שהביא לשיבוש תוכניתו לירות באוויר. אכן, גרסה זו אינה תואמת במדויק את שמסר **דאפר** בחקירתו (ת/3), שכן באמרה זו נראה כי הפניית המבט הייתה טרם עקיפת הרכב. במצב דברים זה, וכאשר מבוצע ירי מטוח קצר מאוד ההיגיון וניסיון החיים מביאים למסקנה כי דובר בירי מכוון לשם פגיעה ולא בירי הפחדה כפי שנטען.

הדברים אמורים במיוחד כאשר, כאמור, אין מדובר בירי בודד אלא בתשעה כדורים שפגעו במנוח. על כן, אף אני כבית משפט קמא, איני רואה מקום לייחס משמעות כלשהי לאמירותיו של **דאפר** כי לא הייתה לו כוונה להרוג.

על כל אלה יש להוסיף כי קדם לירי לעבר הרכב של המנוח ניסיון לירות לעבר רכב אחר. אמנם, הצדק עם הסנגור, כי בהעדר ירי פוזיטיבי לעבר אותו רכב, אין להסיק באופן חד משמעי מעובדה זו על אודות כוונת השותפים. עם זאת, המדובר בעובדה נוספת התומכת במסקנה האמורה, במיוחד כאשר בעניין זה המערער מציין במפורש באמרתו אליה הפננו **ש"דאפר ניסה לירות לעבר הרכב** אך הנשק לא ירה, שוב ללא כל טענה מצד המערער כי דובר היה בניסיון להפחיד. גם אם נצא מתוך נקודת הנחה שלא היה תכנון מראש לירי מכוון, הרי שכאשר המערער ראה ש**דאפר** מכוון את נשקו לעבר הרכב הראשון, הוא בוודאי הסיק שיהי ירי לעבר הרכב השני, זאת שוב, בשני המקרים מטווח שאינו עולה על שלושה מטרים.

זאת ועוד, כאמור, השותפים לא הסתפקו בניסיון זה אלא המתינו להגעת רכב אחר על מנת לבצע את זממם. גם כאן, אין מדובר בעובדה אשר כשלעצמה מכריעה את שאלת הכוונה הפלילית, אך מוסיפה נדבך נוסף לראיות התומכות במסקנה כי כוונת השותפים הייתה אכן לגרום למות המנוח.

על כך יש להוסיף כי גם אירוע זה כולו אינו מתרחש בחלל ריק, אלא לאחר שהמערער וחבריו הפועלים במסגרת חוליה צבאית כבר הביעו את רצונם לגרום למותם של מתנחלים בתכנונים לפיגועים שלא יצאו אל הפועל. אשר על כן, גם אם יש מקום לטענת הסנגור שאין להיתפס לשימוש במינוח "פיגוע" על ידי המערער, מאחר שבהזדמנויות קודמות לא דובר על מצב בו יש סיכוי ממשי להרג, הרי שבנסיבות המקרה הנוכחי ובשים לב לכוונות הנוספות שעלו בעבירת קשירת הקשר, אפשר לייחס למונח זה את משמעותו הפשוטה, היינו ירי לעבר נהג רכב מתוך מטרה לרוצחו נפש.

ואם לא די בכך הרי שגם מעשיו של המערער לאחר ביצוע הפיגוע מחזקים את מסקנתנו האמורה. המערער לא הביע סלידה מהרצח ואין כל ראייה לכך שפנה לחברו בתמיהה על כך שרצח את המנוח. ההיפך אירע. המערער ביקש לקחת אחריות על הרצח ולשם כך פנה לאחר לשם הדפסת כרוז והפצתו.

העולה מן המקובץ, כי גם אם ניתן למצוא בראיות מספר פריטים התומכים בטענות הסנגור, בחינת המכלול אינה מותירה ספק סביר באשר לעובדה שהמערער התכוון לגרום למותו של המנוח כאשר יצא עם חבריו לחוליה מתוך מטרה לבצע ירי לעבר כלי רכב ישראלים, ואכן בוצע ירי מרובה שכזה ממרחק אפסי לעבר המנוח.

במצב דברים זה, גם אם קיימות אמירות של המערער ושל חברו המכחישות כוונה זו, הרי שהצבר העובדות עליהן הצבענו הצדיק שלא לסמוך על דברים אלה ולקבוע את קיומו של יסוד נפשי של כוונה לגרום למוות.

יש לדחות, על כן, את ערעור הסנגוריה על הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

המערער נשפט למאסר עולם בגין שותפותו בגרימת מותו בכוונה של המנוח **עידו זולדן** ז"ל. אין עוררין על כך כי עונש זה הינו עונש ראוי. טענתו של הסנגור מתמקדת בעובדה כי שותפו של המערער **זאפר** שנשפט אף הוא בגין חברות בהתאחדות בלתי מותרת וגרימת מוות נדון למאסר עולם בלבד.

הנני מתקשה להבין מהו הבסיס לטיעון זה מאחר שעיון בגזר הדין של **זאפר** (תיק (שומרון) 1121/08) לימדני כי מעבר לעונש מאסר עולם נגזרו על **זאפר** שלוש שנות מאסר בגין הרשתו בעבירת חברות בהתאחדות בלתי מותרת, עבירה נוספת יחידה שנותרה בכתב האישום המתוקן בו הודה במסגרת הסדר טיעון.

אם כך הדבר הרי שהעונש שהמצטבר שהוטל על המערער סביר בנסיבות העניין לאור הרשתו בעבירות נוספות.

אוסף כי גם אם לא כך היה המצב, לא הייתי ממליץ לחבריי לקבל ערעור זה. עקרון אחידות הענישה הינו עקרון חשוב, אך אין הוא חזות הכול, ובהעדר עילה משמעותית להתערבות איני סבור שהיה מקום לבטל את העונש הקצוב, אשר נועד לבטא את חומרתן העצמאית של העבירות הנוספות.

סוף דבר

נוכח דבריי דלעיל, אמליץ לחבריי, לדחות את הערעור על שני חלקיו.

השופט אל"ם א' הברמן:

אני מסכים לכל דברי חברי ולא הייתי מוסיף עליהם דבר אלמלא סבור היה המשנה הנכבד לנשיא כי:

"אמנם הצדק עם הסנגור, כי בהעדר וכי ירי פוזיטיבי לעבר אותו רכב, אין להסיק באופן חד משמעו מעובדה זו על אודות כוונת השותפים".

לגבי דודי, בנסיבות שלפנינו, אין צדק עם הסנגור. גישתי נשענת על שני נימוקים והם יובאו אך בקצרה:

הנימוק האחד- הירי הראשון לא התבצע בפועל רק מפני שהמחסנית הוכנסה במהופך לחלק בית המחסנית (ראה לעיל). אלמלא זה, היה הירי הראשון יעיל. בנסיבות כאלה, ולעניין כוונתו של היורה, אין נפקא מינה אם הירי בוצע בפועל או שתקלה או טעות הפעלה מנעה את ביצועו.

הנימוק האחר- כאשר אדם מבקש לבצע פיגוע והניסיון הראשון לבצעו נכשל בשל טעם טכני ובסמוך לאחר מכן חוזר אותו אדם לבצע את הפיגוע בשנית, מקרינים שני הניסיונות האחד על רעהו ומשלימים את החסר- במקום שיש חסר.

כך, ייתכנו מקרים שאפיל אם היה ספק לגבי הניסיון הראשון במישור הכוונה (מה שאין כן במקרה שלנו), בא הניסיון התכוף השני ומשלים את קביעת הכוונה.

בהשאלה נאמר: "הילכו שניים יחדיו בלתי אם נועדו?" ואצלנו- שני נסיונות זהים ותכופים שהראשון שבהם כשל אך השני גרם להרג מאפשרים, בנסיבות מלפנינו, קביעה חד משמעית אודות כוונת השותפים.

השופט אל"ם ח' קינן:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של המשנה לנשיא אל"ם נ' בנישו.

ניתן והודע היום, 14 בינואר 2013, ג' בשבט התשע"ג, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

(-)	(-)	(-)
שופט	אב"ד	שופט

רמ"שית: שג

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

נתנאל בנישו 54678313-2583/10
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה