

ע' 1516+1946/11

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' ההרכב: אלי"ם אלי וולף - אב"ד

שופט - אלי"ם נתנאל בנישו

שופט - סא"ל יעקב כהן

המערכת: התביעה הצבאית

(באמצעות ב"כ קמ"ש ערן לוי)

נגד

המשיב: יאסר מחמוד סאלם סאלם, ת"ז XXXXXXXXXX – נוכח

(באמצעות ב"כ עו"ד צלאח מחאמיד)

ערעורים על החלטת בימ"ש הצבאי ביהודה (בפני כב' ההרכב סא"ל רונן עצמון, רס"ן אמיר דהאן

ורס"ן הילית בר – און ביבר) בתיק מס' 4989/07, מיום 23.12.10

(ערער התביעה התקבל, ערעור הסנגוריה התקבל בחלקו)

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 10א](#)[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 169, 169\(ב\)](#)[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 52, 52\(ב\)](#)[פקודת התעבורה \[נוסח חדש\]: סע' 36\(ב\)](#)[פקודת הפרשנות \(נוסח חדש\)](#)[חוק לתיקון דיני העונשין \(דרכי ענישה\), תשי"ד-1954: סע' 18\(ב\)](#)[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 85\(ג\)](#)

פסק דין

המשנה לנשיא אל"ם נתנאל בנישו:**כללי**

נגד המערער הוגש כתב אישום המונה שלושה פרטי אישום, מתן מקלט ושתי עבירות של ניסיון לגרימת מוות בכוונה. להלן אפרט.

מתן מקלט - בכך שבחודש מרץ 2007, הסיע המערער את **נעים אלעצא** (להלן: נעים), **ג'מאל רדאידה** (להלן: ג'מאל) ו**עבדאללה רדאידה** (להלן: עבדאללה) לאזור בעייה כדי שילמדו כיצד לתפעל רוס"ר קלאצ'ניקוב. למחרת, לאחר שסיימו להתאמן, אסף אותם המערער.

שתי עבירות של ניסיון לגרימת מוות בכוונה - בכך שבאפריל 2007, הסכים להצעתם של **נעים, ג'מאל, עבדאללה ואנואר אלעצא** (להלן: אנואר) להשתתף עימם בביצוע פיגוע ירי נגד כלי רכב ישראלים. ביום 11.4.07 יצאו **נעים, עבדאללה, ג'מאל** והמערער לחפש מקום המתאים לפיגוע ולאסוף מידע, כאשר המערער שימש כנהג. למחרת, הגיע המערער עם **ג'מאל ונעים** לעזריה על מנת לרכוש רכב מתאים לביצוע הפיגוע. המערער ו**נעים** אף נסעו לבית סאחור להביא שני רוס"ר קלאצ'ניקוב וארבע מחסניות מלאות. ביום הפיגוע שימש המערער כ"פותח ציר". הוא נסע למקום הפיגוע המיועד ויידא שאין באזור כוחות צה"ל. המערער הודיע טלפונית ל**עבדאללה** ול**ג'מאל** כי אין כוחות באזור ואמר להם לצאת ולבצע את הפיגוע המתוכנן. בשלב זה, **ג'מאל** ו**עבדאללה** נסעו לאזור תקוע על מנת לבצע את פיגוע הירי. **עבדאללה** ירה לעבר שני כלי רכב אשר חלפו על פניהם, רכבו של **שמואל שדור** ורכבה של **דנה מוטיע**. בשני המקרים פגעו מספר כדורים ברכב, אולם איש לא נפגע. לאחר הירי נסעו השניים לבית סאחור שם חיכו להם **נעים** והמערער.

פסק דינו של בית משפט קמא

בית משפט קמא תיאר את המחלוקות שהתגלעו בעמדות הצדדים:

"...המחלוקת במשפט זה נוגעת לשלוש שאלות עיקריות: האחת, איזו גרסה מבין גרסאותיהם של העדים והנאשם יש להעדיף: האם את עדויותיהם בבית המשפט או את אמרותיהם המשטרטיות. השאלה השניה היא, מה מידת מעורבותו של הנאשם במעשים שיוחסו לו - האם היה נהג תמים, מסייע או שותף מלא למעשי הפיגוע. השאלה השלישית, בהנחה שהנאשם אכן נטל חלק במעשי החוליה החבלנית, האם הפיגוע שמיחס לנאשם בכתב האישום, הוא הפיגוע שבו נפגעו כלי הרכב של המתלוננים."

בית משפט קמא תיאר באריכות את גרסאותיהם השונות של העדים המפלילים ושל המערער ועמד על הסתירות הרבות שבעדותם בבית המשפט, הן סתירות פנימיות והן סתירות בין גרסאות העדים השונים. באופן כללי ניתן לומר כי באמרותיהם המשטרטיות הראשונות של שלושת העדים המפלילים הודו השלושה במעורבות בפיגוע ירי, אם כי לא הזכירו את המערער. באמרות השניות, משנשאלו ישירות על מעורבות המערער, זיהו את תמונתו במסדר זיהוי תמונות ומסרו גרסאות דומות באשר לחלקו - היותו נהג הרכב השכור שהסיע אותם לאימון הירי, הסיע את **ג'מאל**

לעזרייה לרכישת הרכב שישמש לביצוע הפיגוע ונהג ברכב השכור ש"פתח את הצייר" ביום הפיגוע. לבסוף, בעדותם בבית המשפט הכחישו כל השלושה את מודעות המערער למטרת הנסיעות ולפיגוע וטענו כי הפללתו נבעה מלחץ בחקירה המשטרתית.

על רקע הסתירות הרבות בעדויות בבית המשפט, קבע בית משפט קמא כי אין לתת אמון בהכחשות הגורפות של העדים את מעורבות המערער במעשיהם.

בית המשפט אף התייחס לעובדה כי שמו של המערער עלה רק בחקירות השניות ובתגובה לשאלות ישירות מאת החוקרים. בית משפט קמא קבע כי אין בכך כדי להפחית ממשקל האמרות, הואיל ופעמים רבות מכחישים חשודים מעורבותם של שותפים נוספים ומפלילים אותם בעקבות התפתחויות בחקירה.

עוד קבע בית המשפט כי עדויות השוטרים גובי האמרות היו מהימנות וכי לא מצא סיבה להסיק כי נפל פגם בהליך גביית האמרות.

לבסוף, עמד בית המשפט על הסתירות הנטענות בין האמרות המפלילות השונות. בית המשפט הגיע למסקנה כי הסתירות הינן בפרטים שוליים ואין בהן כדי להפחית ממשקל האמרות בכללותן. על כן, קבע בית המשפט כי יש לתת אמון באמרות אלו וכי ניתן לבסס עליהן ממצאים עובדתיים.

באשר לגרסת המערער כפי שנשמעה על דוכן העדים, קבע בית המשפט, כי המדובר בגרסה כבושה אשר לא ניתן הסבר מספק לכבישתה, ועל כן, יש לייחס לה משקל מופחת. בית המשפט דחה את הסבריו של המערער, לפיהם שימש כנהג תמים של חברי החוליה תמורת תשלום או כמחווה של רצון טוב, מבלי שידע על כוונתם לבצע פיגוע ירי.

בהתבסס על ממצאי מהימנות אלה, קבע בית המשפט את הממצאים העובדתיים הבאים, אשר אביאם כלשונם למרות אורכם:

א. אנואר אל עזא הנחה את נעים אל עזא להקים חוליה חבלנית של ארגון הגא"פ, ואף אימן את נעים בשימוש בקלצ'ניקוב.

ב. לפי הנחייתו של אנואר אל עזא, גייס נעים לחולייה את ג'מאל רדאידה ואת עבדאללה רדאידה. לעבדאללה נאמר, כי המטרה היא "לעשות פיגועים ולהרוג מתנחלים".

ג. אנואר אל עזא ביקש מנעים אל עזא ליצור קשר עם הנאשם בבית לחם, והודיע לנעים כי הנאשם יוכל לשמש כנהג של החוליה בפעילותה.

ד. נעים פגש את הנאשם ברחבת המולד בבית לחם, הזדהה כחבר בחוליית גא"פ המתכוונת לבצע פיגועים, והציע לנאשם "להיות נהג לפיגועים". הנאשם הסכים, ונקבע כי יעשה שימוש בכינויו "אבו צוהייב".

- ה. נעים וג'מאל שכרו רכב אופל לבן, והנאשם נהג בו בהסיעו את חברי החוליה.
- ו. הנאשם הסיע את שלושת חברי החוליה במכונית האופל השכורה אל אזור הררי נטוש, וחזר לביתו. במכונית היו רובי קלצ'ניקוב נתונים בתוך תיק.
- ז. חברי החוליה קיימו במהלך הלילה אימון בירי מקלצ'ניקוב.
- ח. הנאשם בא למחרת בבוקר לאסוף את חברי החוליה ממקום האימון, והחזיר אותם לבתיהם.
- ט. לפי גרסת נעים אל עצא, כעבור מספר ימים יצאו כל חברי החוליה לאסוף מידע על אזור מתאים לביצוע פיגוע בקרבת תקוע. הנאשם נהג ברכב שבו נסעה החוליה. לגרסה זו לא היו תימוכין ישירים בראיות אחרות, אך בהעדר סיבה לפקפק בנכונות דבריו של נעים בעניין זה, אני רואה לנכון לקבוע, כי אכן היה סיור מקדים למצוא מקום מתאים לפיגוע, והנאשם השתתף בו.
- י. ביום הפיגוע, 12/4/07, נסעו ג'מאל ונעים עם הנאשם לעזריה כדי לרכוש רכב שימש לבצוע פיגוע ירי. הם רכשו מכונית סובארו צהובה ונסעו עמה בחזרה לבית צאחור. ג'מאל נהג ברכב החדש, והנאשם נהג באופל השכורה.
- יא. נעים עלה לרכב השכור שבו נהג הנאשם, ויחד נסעו לעבדיה, שם העמיסו על הרכב את כלי הנשק שהביא נעים מאנאר אל עצא. אין לדעת אם הנאשם ראה את כלי הנשק.
- יב. נעים והנאשם הביאו את כלי הנשק לבית צאחור, שם העבירו אותם למכונית הסובארו שנרכשה במיוחד. גם כאן אין ראיה שהנאשם ראה את כלי הנשק במו עיניו.
- יג. נעים והנאשם יצאו יחד במכונית האופל, לבדוק שהכביש בדרך למקום הפיגוע פנוי מנוכחות כוחות הביטחון. בזמן הנסיעה נעים התקשר לג'מאל מטלפון נייד, ומסר לו שהכביש פנוי.
- יד. ג'מאל ועבדאללה נסעו יחד במכונית הסובארו לכיוון תקוע. הם לא פגשו מכונית ישראלית בדרך, ועל כן סבו על עקבותיהם.
- טו. בדרך חזרה, באזור בית הספר של "תקוע הערבית", ראו ג'מאל ועבדאללה שני כלי רכב ישראליים. עבדאללה ירה לעברם מספר כדורים מרובה הקלצ'ניקוב, כשחלפו על פני רכבם. תרמילי הכדורים נפלו בתוך מכונית הסובארו.

טז. יאסר ונעים חזרו לבית לחם, שם פגש נעים את אנואר אל עזא, ודיווח לו על הפיגוע.

יז. ג'מאל ועבדאללה חזרו לבית צאחור לאחר הפיגוע, השאירו במקום את הסובארו, וחזרו לבית לחם.

יח. הנאשם החזיר את מכונית האופל לחברת ההשכרה."

באשר למידת אחריותו של המערער, קבע בית המשפט כי לאור הממצאים הראייתיים דלעיל, אין ספק שהמערער היה מודע לכוונת חברי החוליה. עוד נקבע כי מעמדו של המערער כשותף או כמסייע הינו גבולי. בית המשפט סקר את חלקו של המערער ולבסוף קבע כי נכון יותר לסווגו כמסייע ולא כשותף.

באשר לנקודה השלישית במחלוקת, קבע בית המשפט כי קיימים פרטים רבים באמרות העדים המפלילים התואמים את שמסרו המתלוננים וכי הסתירות הן בפרטים שוליים. אשר על כן, קבע בית המשפט כי בפיגוע המדובר אכן נפגעו רכביהם של **שדור ומוטיע**.

לאור כל המפורט, הרשיע בית משפט קמא את המערער במתן מקלט ובשתי עבירות של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה.

בגין ההרשעה, הסכימו כל חברי המותב כי יש לגזור על המערער עונש של 8 שנות מאסר. דעותיהם נחלקו בשאלה האם ניתן והאם מוצדק להפעיל מאסר מותנה קודם שהוטל על המערער. על פי תנאי זה ירצה המערער 24 חודשי מאסר אם בתוך שלוש שנים יעבור עבירה של ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת.

דעת הרוב סברה כי למרות שהמערער לא הורשע בעבירה זו ספציפית, עבירת מתן המקלט בה הורשע, כוללת בתוכה את יסודות עבירת ביצוע השירות במובן של מתן עזרה לפעיל טרור, ועל כן, יש מקום להפעיל את התנאי.

דעת המיעוט (כב' השופט רס"ן א' דהאן) סברה כי לא ניתן ואף לא ראוי להפעיל את המאסר המותנה במקרה זה. דעה זו נסמכה על מספר אדנים.

ראשית, כי לשון החוק באזור (להבדיל מזו שבישראל) אינה מאפשרת הפעלת מאסר בגין עבירה נוספת, שלא פורטה בגזר הדין המתנה.

שנית, גם בהינתן תחולת דיני הענישה בישראל, לא ניתן להפעיל מאסר מותנה בגין עבירה נוספת שאינה מכילה את יסודות עבירת התנאי שפורטה בגזר הדין המתנה.

כמו כן, הפעלת המאסר המותנה תביא לחוסר הגינות בהליך המשפטי, הואיל והמערער היה היחידי בפרשה שלא הואשם בעבירת התנאי, ואף לא בביצוע שירות עבור הארגון האסור. המערער

לא הוזהר בדרך כלשהי מפני בקשת התביעה להפעלת העונש המותנה, לא בכתב האישום ולא מחוצה לו, ולפיכך לא הגן על עצמו ולא היה עליו להתגונן מפני תוצאה שכזו.

זאת ועוד, הפעלה התנאי תביא להיעדר ודאות משפטית ולסרבול דיונים ותטיל "חובת זהירות" רחבה מדי על נאשמים להתגונן מראש, וללא קשר עם כתב האישום, מפני כל הכרעה עובדתית העלולה לקשור אותם בדרך כלשהי למאסר המותנה, ופוטרת את התביעה מלדייק ולהזהיר את ההגנה, בכתב האישום או מחוצה לו, מפני אפשרות זו.

אשר על כן, לנוכח הכרעת הרוב, גזר בית משפט קמא על המערער שמונה שנות מאסר לריצוי בפועל, 3 שנות מאסר מותנה והפעלת 24 חודשי המאסר המותנה במצטבר.

נימוקי הערעורים

ערעור ההגנה

ההגנה הגישה ערעור המכוון נגד הכרעת הדין וגזר הדין.

באשר להכרעת הדין, לסגור מספר טענות.

ראשית, כי בית משפט קמא לא נתן את דעתו לסתירות המהותיות, בעיניו, שבאמרות העדים המפלילים. עוד טען כי רשויות החקירה התרשלו בכך שלא ביררו את מהות ומקור הסתירות, ועל כן, היה מקום להנות את המערער מהגנה מן הצדק.

שנית, טען הסגור, כי לא הובא כל הסבר להעלאת שמו של המערער בשלב השני של חקירת העדים המפלילים. בהקשר זה טען אף כי, בשלב מסוים, החקירה התמקדה במערער ובהפללתו, דבר היוצר פגם מהותי היורד לשורשו של עניין ומקים למערער הגנה מן הצדק אף מטעם זה.

שלישית, סבר הסגור כי טעה בית משפט קמא בקבעו כי למערער הייתה ידיעה על הכוונה לבצע את הפיגוע. עוד טען בהקשר זה כי התביעה לא הצביעה על התוספת הראייתית הדרושה לידיעת המערער אודות הפיגוע.

הסגור טען ברביעית כי לא הוכח מעבר לספק סביר שהמתלוננים נפגעו במסגרת אירוע הירי המתואר בכתב האישום בו הורשע המערער.

לחילופין, טען הסגור כי העונש שהושת על המערער הינו מחמיר ואינו עולה בקנה אחד עם רמת הענישה המקובלת בסוג זה של עבירות. עוד טען הסגור בעניין העונש כי בית משפט קמא לא היה מוסמך להפעיל את עונש המאסר המותנה שהוטל עליו בתיק קודם מן הטעמים שפורטו על ידי שופט המיעוט.

התביעה מצידה ביקשה לדחות את ערעור ההגנה.

התביעה הפנתה לעובדה שהכרעת הדין מבוססת בעיקר על ממצאי מהימנות, וכי גרסאות העדים המפלילים במשפט וכן גרסת המערער נדחו במפורש על ידי בית המשפט, משאלה לא נמצאו אמינים. על כן, בדין העדיף בית המשפט את אמרותיהם המשטריות. עוד טען התובע כי בית המשפט עמד על הסתירות שבין הגרסאות השונות, אך קבע כי אינן מהותיות וכי אין בהן להפחית ממשקל האמרות.

כמו כן, הדגישה התביעה כי, למעשה, שלושה עדים מפלילים מתארים השתלשלות אירועים מאוד דומה וגרסאותיהם מחזקות זו את זו. מעבר לכך, המערער קשר את עצמו לאירוע, משהודה שהסיע את העדים למקום בו התאמנו בנשק.

התביעה אף ביקשה לדחות את טענות ההגנה בנוגע להעלאת שמו של המערער רק בשלב השני של חקירת העדים. לטענתה, מן המפורסמות היא כי טיבה של חקירה שמתפתחת היא עם הזמן, ועל כן, אין תימה ששמו של מעורב כלשהו אינו עולה בתחילת החקירה. זאת ועוד, מפנה התביעה לעובדה כי המערער קשר עצמו לשאר העדים, ולפיכך אין ממש בטענה כי שמו הוזכר על ידם כתוצאה מלחץ בחקירה.

ערעור התביעה

אף התביעה מפנה ערעורה כלפי הכרעת הדין וגזר הדין.

באשר להכרעת הדין, בפי התביעה טענה יחידה, והיא כי לאור מידת מעורבותו של המערער בשלבי התכנון וההכנה וחלקו ביום הפיגוע עצמו, היה מקום להרשיעו בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה על דרך השותפות ולא הסיוע. לדעת התביעה, למסקנה זו יש להגיע הן מבחינת מעשיו של המערער והן מבחינת היסוד הנפשי שהתלווה להם.

לחילופין, טוענת התביעה כי גם אם יידחה ערעורה נגד הכרעת הדין, יש מקום להחמיר בעונשו של המערער. לדעת התביעה, העונש שהטיל בית משפט קמא אינו מביא בחשבון את החומרה שבמעשי המערער, אשר נטל חלק בפיגוע ירי במרחק אפסי מרכבי הקורבנות הפוטנציאליים. עוד מציינת התביעה כי הכדורים אכן פגעו בשני כלי הרכב שחלפו ורק בנס לא היו אבדות בנפש.

התביעה מפנה אף לעונשים שנגזרו על שותפיו של המערער הנעים בין שלוש עשרה וחצי לארבע עשרה וחצי שנות מאסר, ואשר הוטלו במסגרת הסדרי טיעון. לטעמה של התביעה, המערער, אשר לא חסך מזמנו של בית המשפט והינו אף בעל עבר פלילי, ראוי לענישה מכבידה מזו שהוטלה.

ההגנה בחרה שלא להגיב לערעור התביעה במסגרת הדיון הממצה שהתקיים בפנינו.

דין

ערעור ההגנה

בראשית הדברים יש להדגיש כי רובו ככולו של ערעור ההגנה נגד הכרעת הדין מתמקד בטענות נגד ממצאי המהימנות והקביעות העובדתיות של בית משפט קמא. במקביל, יש לציין כי רובו ככולו של פסק הדין קמא מושתת על ממצאי עובדה ומהימנות מובהקים.

כפי שחזרנו פעמים רבות, אין מנהגה של ערכאה זו להעביר תחת שבת ביקורתה ממצאי מהימנות וקביעות עובדתיות של בית משפט קמא, מלבד בחריגים מועטים (ע"י [4090/06 התוב"ץ נ' רימאוי](#) [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642], ע' [1853/07 ברגותי נ' התוב"ץ](#) וכן ראה ע"פ [511/11 מריסאת נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו)).

אמנם, במקרה זה ממצאי המהימנות של בית משפט קמא בוססו על אמרותיהם המשטריות של העדים המפלילים, אמרות אשר הועלו על הכתב, ועל כן, ניתן היה לומר כי אין לערכאה זו חיסרון משמעותי בבחינת האמרות. עם זאת, יש לזכור כי האמרות לא הוגשו בהסכמה אלא במסגרת [סעיף 10א לפקודת הראיות](#), לאחר שמוסריהן הוכרזו כעדים עוינים ונמצאו סתירות מהותיות בין עדויותיהם במשפט לגרסאותיהם במשטרה. אכן, את הגרסה המשטרית למד בית משפט קמא מן הכתב, אולם בית המשפט שמע הן את המפלילים עצמם והן את גובי אמרותיהם, ובוודאי שלעדויות אלו הייתה משמעות בקביעת ממצאיו של בית משפט קמא.

לאור זאת, ולאחר שעיינתי בקביעותיו של בית המשפט איני רואה עילה להתערב בהן באשר להעדפת אמרותיהם המשטריות של העדים המפלילים ויתר ממצאי המהימנות שנקבעו על ידו.

בנוסף, מקריאת פסק הדין עולה כי בית משפט קמא היה מודע לסתירות בגרסאותיהם של עדי התביעה, ובהכרעת הדין עמד על הדומה והשונה שבגרסאות העדים:

"מקריאת אמרות העדים המפלילים אפשר להתרשם בקלות, כי מדובר באמרות ברורות, קוהרנטיות, היוצרות תמונה הגיונית. הן תואמות ומשתלבות זו בזו היטב, למעט אי דיוקים בפרטים שוליים (כמו צבע התיק בו הוחזקו כלי הנשק, מספר הימים שעברו בין האימון לבין הפיגוע, מספר הכדורים שנורו באימון ובפיגוע וכו'). למעשה מסופר באמרות סיפור אחיד על מידת מעורבותו של הנאשם במעשי החוליה החבלנית, בה היו חברים העדים המפלילים".

בית המשפט התייחס לכל אחת מטענות הסגור בנוגע לסתירות בין גרסאות העדים ולבסוף סיכם:

"לאור זאת, אני סבור כי ההגנה לא הצביעה על סתירות מהותיות בין אמרותיהם המשטריות של עדי התביעה, ולא נמצאו סיבות לקבוע כי אינן מהימנות. על כן, לדעתי, יש לתת אמון באמרות המשטריות של העדים המפלילים, וניתן לבסס עליהן ממצאים עובדתיים".

אף אני, מקריאת הגרסאות השונות, מצאתי כי באופן בסיסי הן תואמות זו את זו והתמונה המצטיירת משילובן בהירה ואינה מותירה ספק של ממש כי המשיב היה מעורב במעשים המיוחסים לו.

בית המשפט אף התייחס לטענת ההגנה כי לא הובא כל הסבר להעלאת שמו של המשיב רק בשלב גביית האמרות השניות של עדי ההגנה ולא בתחילת חקירתם:

"אכן, יש קושי מסוים בכך, שאיש מבין שלושת העדים המפלילים לא הזכיר את הנאשם באמרתו הראשונה, ושמו עלה רק בתגובה לשאלות מפורשות בהמשך החקירה. על רקע זה ניתן להבין את טענת ההגנה, כאילו החקירה השנייה של כל העדים המפלילים התמקדה בנאשם ו"חיפשה" את הפללתו. בהעדר תיאור בחומר הראיות שהוצג לנו, של ההתפתחויות שהביאו לעליית שמו של הנאשם בחקירה, אכן נוצר רושם כאילו אזכור שמו היה פתאומי ולא מוסבר. אך קושי זה אינו יוצר ספק של ממש בנכונות האמרות המפלילות. למעשה הוא ניתן להסבר קל יחסית, בייחוד בשים לב לדבריו של עבדאללה רדאידה... כי כל המעורבים בפיגוע הסכימו ביניהם, שאם מי מהם ייעצר, הוא לא יפליל את האחרים. אכן נראה, כי בראשית החקירה בחרו שלושת הנחקרים שלא להפליל את הנאשם. הניסיון מלמד, כי חקירת פיגוע מתפתחת עם הזמן, ויש חשודים המספקים מידע מפליל רק כאשר חוקריהם מציגים בפניהם ראיות המוכיחות כי החוקרים ממילא יודעים על מעורבותו של אדם נוסף. אקדים ואציין כבר עתה, כי בהתבסס על מכלול הראיות בתיק, ובייחוד לאור העובדה שבפרשת ההגנה הנאשם קשר עצמו לעדים המפלילים, אין עוד סיבה לחשוש, שהאמרות היו שקריות בכל הנוגע לנאשם".

לכך יש להוסיף כי שלושת עדי התביעה נשאלו בחקירתם הראשית בעניין זה. שניים העידו כי הפלילו את המשיב בחקירתם השנייה בלחץ החוקרים (עבדאללה רדאידה וג'מאל רדאידה) ואחד לא נתן הסבר להפללת המשיב באמרה השנייה ורק הסביר כי לא הזכירו באמרה הראשונה מכיוון שהמשיב לא היה מעורב בפיגוע (נעים אבו עצה). בית המשפט קבע כי עדויות אלו לא היו אמינות בעיניו, בין היתר, בהתבסס על עדויות גובי האמרות אשר היו מהימנות עליו. כמוכך, שקביעות אלו מבוססות על התרשמות בית משפט קמא מהעדים השונים, ואין בכוונתי להתערב בהן, כאמור.

ואכן, הניסיון למדנו כי חקירה פלילית פנים רבות לה. התפתחותה אינה בעלת דפוס אחד. גם בעניין זה ניתן לומר כי "כשם שאין פרצופיהן שווין זה לזה", כך השתלשלות חקירתם שונה. לעיתים, פותח הנחקר את סוגר ליבו עוד בתחילת חקירתו ומעמיד את חוקריו על כל העובדות הידועות לו. אך במקרים לא מועטים אחרים, האמת נחשפת אט אט לאור מאמצי החוקרים, ראיות המוצגות לנחקרים השונים ותהליכים פסיכולוגיים עמוקים המתרחשים במצבים דומים. אשר על כן, אין לראות במסירת מידע בשלב מאוחר של החקירה עובדה השוללת מינה וביה את תוקפו. עם זאת, גם בעניין זה נדרש בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות ולשקול את הראיות תוך בחינה מעמיקה של הפסיפס הראייתי המובא בפניו.

זאת ועוד, לאור מסקנות אלו, אין צורך כי אדון בטענת ההגנה שהעלה המערער, לפיה הרשויות כיוונו את החקירה להפללתו. גם בעניין זה, יש להדגיש כי אין פסול בשאלות המכוונות כלפי חשוד מסוים ובלבד שהדבר נעשה לשם בירור האמת. משלא התרשמתי שלא כך הדבר בעניינינו, אין לי אלא לדחות את טענה זו של ההגנה.

טענה נוספת אך קשורה, הינה כי הימנעות הרשות החוקרת מביור מהות ומקור הסתירות מקימה למשיב הגנה מן הצדק.

למעשה טענתו של הסגור היא כי רשויות החקירה לא מיצו את החקירה בענייניו של המשיב ובשל כך נגרם לו נזק ראיתי.

ראשית, יש לציין כי מכיוון שמדובר בחקירת מעורבים אשר העידו בבית המשפט ואשר היו נתונים לחקירה נגדית של ההגנה, אין לומר כי למערער נגרם נזק בלתי הפיך הדורש התערבות של בית המשפט (ע' [1170/09 עמלי נ' התביעה הצבאית](#) [פדאור (לא פורסם) 09 (22) 514]).

זאת ועוד, הסגור נמנע מלחקור את העדים המפלילים באשר לסתירות שבאמרותיהם, למרות שאלו היו בידי בהיותם חלק מחומר החקירה. כך לדוגמה, אפילו הסתירה המהותית ביותר הנוגעת לסיור המקדים (אליו התייחס העד **נעים** בחקירתו ונעדר מגרסאות **עבדאללה** וג'מאל) לא זכתה להתייחסות בחקירתו הנגדית של הסגור את העדים הרלוונטיים.

אשר על כן, לא ראיתי כי הימנעות גורמי החקירה מלברר את מקורן של הסתירות גרמו למשיב עוול כלשהו, ובוודאי לא כזה המקים לו הגנה מן הצדק.

באשר לידיעתו של המערער בדבר ביצוע הפיגוע, אין לי אלא להפנות לאמרתו של **נעים** מיום 3.5.07, בו מסר כי אמר למערער "אני מחוליית ג'יהאד אסלאמי ואנחנו רוצים לעשות פיגועים והצעתנו לו להיות נהג לפיגועים והוא הסכים". כמדומני, כי התבטאות זו אינה ניתנת לשני פירושים, ולא ניתן להגיע לתוצאה אחרת אלא שהמערער היה מודע לתוכנית של החוליה וכי הסכים ליטול בה חלק.

בהקשר זה יצוין כי לא ראיתי כל ממש בטענת הסגור כי התביעה לא הצביעה על התוספת הראייתית הדרושה לידיעת המערער אודות הפיגוע. אמנם, שלושת העדים המפלילים הם בבחינת שותפיו של המערער ואמרותיהם הוגשו במסגרת [סעיף 10א לפקודת הראיות](#). לאור שתי נסיבות מצטברות אלו, אכן יש צורך בחיזוק מוגבר להרשעת המערער. אולם, אין צורך בתוספת ראייתית המכוונת ספציפית לעניין מודעותו של המערער. התוספת דרושה רק לאימות האמרה המפלילה. בנידון דידן, לא יכולה להיות כל מחלוקת כי תוספת ראייתית מצויה בשפע. כאמור לעיל, שלושת האמרות המפלילות מתארות אירוע זהה במהותו והן מחזקות זו את זו. זאת ועוד, גרסתו של המערער, הקושר עצמו לעדים המפלילים, מחזקת אף היא את אמרותיהם.

טענתו האחרונה של הסגור נגד הכרעת הדין היא שלא הוכח מעבר לספק סביר כי המתלוננים נפגעו מאירוע הירי. אף בעניין זה אין לי אלא להפנות להכרעת דינו הממצה של בית משפט קמא. בית המשפט השווה בין דברי המפלילים, דברי המתלוננים ודו"ח המז"פ שהוגש, והגיע למסקנה

חד משמעית כי מדובר באותו אירוע. לא מצאתי דבר בטענות הסנגור אשר יש בהן לערער מסקנה זו, ולפיכך אף דינה של טענה זו להידחות.

ערעור התביעה

כאמור לעיל, ערעורה של התביעה מתמקד בטענה אחת ויחידה והיא כי היה מקום להרשיע את המערער כשותף לפיגוע ולא כמסייע.

הלכה ידועה היא כי תחימת הגבול בין שותף למסייע קשה עד מאד הן על פי הדין כפי שהוא כיום באזור והן על פי גרסתו המתקדמת יותר בחוק הישראלי לאחר תיקון 39. בעניין זה קבענו, על כן, שניתן להיעזר במבחנים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון (ראה ע' איו"ש 2599+2760/04 **התוב"ץ נ' דודין**, ע' [5287/08](#) **אגבר נ' התוב"ץ** (נבו - המאגר המשפטי) וע' [1755/07](#) **התוב"ץ נ' זאיד**).

ואכן, פעמים רבות הצבענו בעבר על הניסיונות החוזרים ונשנים שנעשו בפסיקה לקבוע מבחנים כלליים לסיווג מעשיו של נאשם (ראה ע' איו"ש [1336/05](#) **זבן נ' התוב"ץ**), אך ניתן לומר כי ניסיונות אלה לא סיפקו פתרון קסם להתלבטות האמורה (ובעניין זה ראה ביקורתו הידועה של כב' השופט **חשין בע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388**).

מכל מקום, ניתן לומר כי הצד השווה לכל המבחנים האלה בבדיקת מידת מעורבותו ותרומתו של הנאשם בעשייה העבריינית (ע' [3655/08](#) **אלרדאידה נ' התוב"ץ** (נבו – המאגר המשפטי)). סבורני כי לכך כיוון בית המשפט העליון באומרו:

"...מבחנים אלה אינם מבחנים קונקלוסיביים, ובסופו של יום, תיגזר ההבחנה בין מבצע בצוותא לבין מסייע מנסיבות המקרה הספציפי המובא בפני השופט, מאופי התרומה המהותית של הצד לעבירה למערך הביצוע, מעוצמת היחס הנפשי שלו כלפי העבירה וממידת האשם "המוסרי" שלו בנוגע לה..." (ע"פ [8107/09](#) **דענא נ' מדינת ישראל** (נבו – המאגר המשפטי)).

השאלה הינה, על כן, מה הייתה מידת מעורבותו ותרומתו של המערער לביצוע הפיגוע?

אומר כבר עתה שלטעמי, אם כי אכן מדובר במקרה גבולי, חלקו של המערער מעמידו מעבר לקו הגבול, קרי כשותף מלא.

אמנם, מן הראיות עולה כי המערער לא היה חלק אינהרנטי מהחוליה הצבאית שביצעה את הפיגוע מתחילתה, אולם הפעולות שנקט הן בשלב התכנון וההכנה, ובעיקר במהלך הוצאת הפיגוע אל הפועל, מביאים אותי למסקנה כי יש להכניסו בגדרי השותף ולא המסייע גרידא.

ראשית לכל, יש לזכור כי המערער שותף לתכנון ולעשייה כבר בשלב מוקדם, כאשר הוא נאות ליטול חלק בביצוע פיגועים נגד מטרות ישראליות **"והצעתי לו להיות נהג לפיגועים והוא הסכים"** (דבריו של **נעים** דלעיל). השתלבותו לא הייתה, על כן, נקודתית לפיגוע ספציפי, אלא הצטרפות

כבעל תפקיד במסגרת התארגנות שביקשה לבצע מספר פיגועים. נקבע כי המערער יהיה נהגם של יתר חברי החוליה והוא ביצע שורה של פעולות במסגרת תפקיד זה. בשלב ההכנה, המערער הסיע את חברי החוליה למקום בו התאמנו בשימוש בנשק ואף החזירים לבתיהם ביום שלמחרת. כמו כן, המערער נהג ברכב עת יצאו כל חברי החוליה לאסוף מידע על אזור מתאים לביצוע פיגוע.

ביום הפיגוע עצמו נסע המערער עם ג'מאל ונעים כדי לרכוש רכב שישמש לביצוע פיגוע ירי, והחשוב מכל, המערער נהג ברכב אשר פתח את הציר ווידא שהכביש בדרך למקום הפיגוע פנוי מנוכחות כוחות הביטחון.

אין מדובר, על כן, בהצטרפות רגעית אלא כזו אשר נפרסה על פני שני שלבי הפיגוע - התכנון והביצוע. בדומה, אין מדובר בתרומה נקודתית, אלא בשורה של פעולות מהותיות שבוצעו לשם השגת המטרה המשותפת. בהצטרף גורם הזמן למשקל הסגולי של הפעולות שבוצעו, חצה המערער את הקו התוחם בין סיוע לשותפות.

לאור מסקנה זו יש לקבל את ערעור התביעה ולהרשיע את המערער כשותף לניסיון לגרימת מוות בכוונה.

הערעורים נגד גזר הדין

ראשית, ולאור קבלת ערעור התביעה והרשעת המערער בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה כשותף מלא, גוברת הנטייה להתערב במידת העונש שנגזר עליו.

אף אני סבור, כי נקודת המוצא לגזירת עונשו של המערער הינה בעונשים שנגזרו על שותפיו, שאף הם הורשעו כשותפים, והכל בהתאם למידת תרומתו ומעורבותו של כל אחד מהם ובמגבלות הנובעות מהתחשבות ביתר הנסיבות הפרטניות הקשורות לכל אחד ואחד מהשותפים.

על ג'מאל רדאידה נגזרו שלוש עשרה וחצי שנות מאסר בפועל. על נעים אלעצא הוטלו ארבע עשרה שנות מאסר. עונשו של עבדאללה רדאידה הוחמר על ידי בית המשפט זה והועמד על ארבע עשרה וחצי שנות מאסר.

בית משפט קמא עמד על המאפיינים הייחודיים לכל אחד מהשותפים ועל השיקולים שהנחו את ההרכבים השונים בגזירת דינם.

יוער, עם זאת, כי כאמור שלושת השותפים היו חברים מלאים בחוליה אשר הוציאה לפועל את הפיגוע, בניגוד למערער אשר לא היה חבר בה וצורף אך בשל מומחיותו בכלי רכב. יש בעובדה זו כדי להשפיע על העונש הראוי למערער לצד הקולא.

כאן המקום לציין כי נימוקו של בית המשפט להקלה משמעותית בעונשו של המערער עקב הרשעתו כמסייע בלבד ומתוך השוואה לדין בישראל אינו יכול לעמוד בענייננו. ראשית, מאחר שקבענו כי המערער היה שותף לעבירה. שנית, כי גישת בית המשפט בנוגע למגבלות הענישה הנובעות מהדין הישראלי נדחתה כבר על ידינו מספר פעמים (ע' 2327/10 **קפישה נ' התוב"ץ** (נבו - המאגר המשפטי)).

בקצרה ייאמר, כי המחוקק באזור עצמאי לקבוע עונשי מקסימום בהתאם לצורכי האזור, ובית המשפט הצבאי הפועל באזור, נדרש לפעול בעניין זה בהתאם לחקיקה המפורשת (וראו אף קביעות בית המשפט העליון ב**בג"ץ 3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי** [פדאור (לא פורסם) 08 (4) 720], אשר הכיר בהצדקה שבהטלת עונשי מאסר מובחנים גם בין שותפים לאותו מעשה שנשפטו במערכת הצבאית ובמערכת האזרחית במקביל).

בענייננו, המחוקק לא ראה להגביל את עונשו של המסייע למחצית עונשו של המבצע וכבר עמדנו על כך כי גישה זו נכונה יותר לאור הדין שבתוקף באזור (ע' 1975/09, 2145 **התוב"ץ נ' קמר** (פורסם בנבו)), מה גם שהדין בישראל זכה לביקורת בנקודה זו ואף יש רצון לסייגו בעבירות ביטחוניות (סעיף 36 לתזכיר הצעת חוק המאבק בטרור, תש"ע - 2010).

לבסוף, יש להזכיר כי המערער נותן את הדין פעם שנייה בגין עבירות ביטחוניות, כאשר הפעם היה מעורב באופן ישיר בניסיון ממשי ליטול חיים. אין צורך להזכיר כי אך יד המקרה מנעה תוצאות קשות יותר, כאשר הכדורים שנורו על ידי חברי החוליה פגעו בשני כלי רכב, מבלי שגרמו לפגיעות בגוף או בנפש.

מהטעמים האמורים, ובהתחשב בשאר שיקולי הענישה כפי שפורטו על ידי בית משפט קמא, הייתי מעמיד את עונשו של המערער בגין תיק זה על 11 שנות מאסר לריצוי בפועל.

הפעלת המאסר המותנה

כאמור, חלקו הצדדים ואף נחלקו דעות השופטים בערכאה קמא בשאלת הסמכות וההצדקה להפעלת המאסר המותנה אשר היה תלוי ועומד נגד המערער בגין הרשעתו בעבירות של חברות וביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת (תיק (יהודה) 1687/04).

עיינתי בחוות הדעת של כב' מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) סא"ל ר' עצמון וכב' השופט רס"ן א' דהאן ולאחר התלבטות הגעתי למסקנה כי הדין עם שופטי הרוב וכי, בנסיבות העניין, צדק בית המשפט כאשר הפעיל את עונש המאסר המותנה. עם זאת, ראיתי להעיר מספר הערות הן באשר לגישת הרוב והן באשר לגישתו שובת הלב של שופט המיעוט, ואתחיל בה מתוך תרומתה לחידוד הסוגיה המשפטית.

לפי גישתו של כב' השופט דהאן אין להפעיל את המאסר המותנה משני טעמים עיקריים. הראשון הוא כי לא ניתן לפי לשון החוק באזור, להבדיל מלשון החוק בישראל, להפעיל מאסר בגין עבירה נוספת, שלא פורטה בגזר הדין המתנה. השני הוא כי בנסיבות העניין לא ראוי להפעיל את המאסר.

לאחר עיון בפסקי הדין המנחים בישראל בסוגיה זו, הגעתי לכלל מסקנה כי אין לקבל את קביעתו של השופט דהאן, לפיה לשון החוק באזור אינה מאפשרת הפעלת תנאי במקרה שהעבירה הנוספת בה הורשע נאשם אינה העבירה המדויקת המופיעה בתנאי. ואסביר דבריי.

ביסוד דיוננו לשון סעיפים 169(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], תש"ע - 2009 ו-52(ב) לחוק העונשין (נוסח חדש), תשל"ז - 1977.

סעיף 169(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון קובע:

"מי שנידון למאסר על תנאי לא ישא את עונשו, אלא אם כן עבר בתוך התקופה שנקבעה בגזר הדין (להלן בסעיף זה - "תקופת התנאי") אחת העבירות שנקבעו בגזר הדין (להלן בסעיף זה - "עבירה נוספת"); תקופת התנאי לא תעלה על חמש שנים".

סעיף 52(ב) לחוק העונשין קובע:

"מי שנידון למאסר על תנאי לא ישא את עונשו אלא אם עבר - תוך תקופה שנקבעה בגזר-דינו ושלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים (להלן - תקופת התנאי) - אחת העבירות שנקבעו בגזר-הדין והורשע בשל עבירה כזאת (להלן - עבירה נוספת) תוך תקופת התנאי או לאחריה".

את גישתו משתית השופט דהאן על השוני הלשוני הקיים בין הסעיפים לאור תוספת המילה **"כזאת"** בסעיף הישראלי. לדעתו, לשון הסעיף באזור מלמדת על צורך בהפעלה דווקנית של המאסר המותנה, בהתאם לסעיף העבירה בלבד.

אין בידי לקבל גישה זו.

ראשית, סבורני כי כב' השופט דהאן מייחס חשיבות רבה מדי להבדל הדק בנוסח הסעיפים בישראל ובאזור. איני סבור כי יש לייחס למחוקקים משני הצדדים של המתנס כוונה זו. ואכן, הפסיקה באזור בעניין זה קונסיסטנטית. מקדמת דנא ראה בית המשפט לפרש את הסעיף באזור בהתאם לפסיקה הישראלית, הרואה אפשרות להפעלת מאסר מותנה גם כאשר נעברה עבירה שונה בהתאם לתנאים עליהם נעמוד בהמשך (ראה עד"י 2588/05 בדר נ' התובע הצבאי [פדאור (לא פורסם) 05 (36) 583], עד"י 276/02 התובע הצבאי נ' נאורה [פדאור (לא פורסם) 03 (14) 595] וכן ע' איו"ש 499/91 **עסעוס נ' התוב"ץ**, פש"ם ז' 138, ע' איו"ש 210/90+199 מתוך תמציות פסיקה נבחרת של בית המשפט הצבאי באיו"ש ובאזח"ע (1989-1993).

שנית, גם מתוך ניתוח הפסיקה הישראלית מתבקשת המסקנה כי אין בהבדל הנוסח בין הסעיף באזור לבין מקבילו הישראלי כדי לשלול פרשנות זהה של ההוראות.

פסק הדין הראשון בבית המשפט העליון בישראל אשר הפעיל מאסר מותנה כאשר העבירה הנוספת לא הייתה העבירה המדויקת שהופיעה בסעיף התנאי היה [ע"פ 21/63 המיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1774](#). בפסק דין זה נדון [סעיף 36\(ב\) לפקודת התעבורה](#) [נוסח חדש] כפי שהיה בתוקף אז :

"מי שהוטלה עליו פסילה על תנאי כאמור, ייפסל אם עבר, תוך תקופה שנקבעה בגזר דינו ושלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים מיום גזר הדין, אותה עבירה שעליה הורשע, או אחת העבירות המפורטות בתוספת הראשונה או השניה או עבירה אחרת שיקבע בית המשפט בגזר הדין, והורשע בפסק דין סופי על אותה עבירה תוך התקופה האמורה או לאחריה".

החלופה בה עסק פסק הדין היא הראשונה, קרי זו אליה מתייחס לשון הסעיף "אותה עבירה שעליה הורשע". למרות הלשון הברורה של הסעיף, אשר נראה כי הינה חד משמעית אף יותר מלשון [סעיף 169\(ב\)](#) לצו בדבר הוראות ביטחון, קבע בית המשפט באשר לפירוש המונח "עבירה" :

"...לא יכול להיות ספק כלשהו, כי בסעיף 36(ב) לפקודת התעבורה התכוון המחוקק, שאם יסודות העבירה הראשונה, שלגביה נפסל הרשיון על תנאי, נכנסים כולם לתחום העבירה השניה, כי אז יחליט בית המשפט לפסלו באורח החלטי גם אם זו האחרונה טומנת בחובה יסוד או יסודות נוספים. כל פירוש אחר מן ההכרח שיביא לתוצאה שאין הדעת סובלתה והמסכלת את מטרת המחוקק".

עיננו הרואות כי בית המשפט ראה לפרש את ההוראה "אותה עבירה שעליה הורשע" ולהרחיב את משמעותה.

באופן דומה [ע"פ 624/75 גלאגל נ' מדינת ישראל, פ"ד \(2\) 222 דן](#) בית המשפט בגדרי הפעלת מאסר מותנה בגין הרשעה בעבירה אחרת. באותו עניין, ובהמשך להלכת המיה, תולה בית המשפט את פרשנותו בפירוש הנכון למונח "עבירה" ולא במילה "כזאת" :

"בית-משפט זה כבר פסק ב-ע"פ 21/63... כי את המונח "עבירה" לצורך קביעת הזיקה בין העבירה הכלולה בתנאי לבין העבירה הנוספת, יש לפרש... בהתאם למשמעותו של מונח זה בפקודת הפרשנות (נוסח חדש). משמע, כאשר קובע בית-המשפט כי פלוני לא ירצה עונש מאסר אלא אם יעבור עבירה לפי סעיף מוגדר בחוק, הרי יופעל התנאי לא רק כאשר הנאשם יעבור מחדש עבירה זזה לזו שפורטה בתנאי, אלא גם אם יעבור כל עבירה אשר המעשה, הנסיון או המחל המוגדרים בה כוללים את היסודות של העבירה המפורטת בתנאי".

כאן המקום להדגיש כי פרשנות זו של בית המשפט נסמכת על לשון [סעיף 18\(ב\) לחוק לתיקון דיני העונשין \(דרכי ענישה\)](#), תשי"ד - 1954 (ס"ח 166), גלגולו הקודם של הסעיף הנוכחי ([סעיף 52 לחוק העונשין](#)) לאחר תיקונו והוספת המילים "**עבירה שכזאת**". על אף תוספת זו, לא ראה בית המשפט לסמוך עליה את פרשנותו המרחיבה.

הנה כי כן, סמכות בית המשפט להפעיל תנאי בגין עבירה שונה מעבירת התנאי אינה נגזרת מההרחבה שבמונח "עבירה שכזאת", אלא מהפירוש הנכון של המונח "עבירה".

להשלמת התמונה נוסיף כי אף בדברי ההסבר הנלווים לתוספת "**עבירה שכזאת**" (חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון), תשכ"ב – 1962, ה"ח 522) לא נכללה כל התייחסות להרחבת האפשרות להפעלת מאסר מותנה בגין תוספת זו.

אך גם מעבר לפרשנות המילולית, נראה כי הרציונל העומד מאחורי ההלכה, כפי שנקבעה בפסיקה הישראלית ועליו נעמוד בהמשך דברינו, אינו שונה באזור. העיקרון של מתן דגש להתאמה שבין התנהגות הנאשם ליסודות עבירת התנאי כמבחן להפעלת המאסר המותנה (המבחן התכליתי-מהותי), על פני הצמדות פורמאלית לסעיף העבירה, ראוי כי יחול אף באזור בהעדר סיבה שלא לאמצו.

העולה מן המקובץ, כי את הוראת [סעיף 169](#) לצו יש לפרש בהתאם לפסיקה הישראלית.

אם כן, מתי ראוי להפעיל מאסר מותנה אף כאשר הנאשם לא הורשע בעבירת התנאי ככתבה וכלשונה?

כבר עמדנו על הלכת המיה אשר פירשה את הסעיף תוך הרחבת תחולת התנאי גם מקום בו נכללים יסודות עבירת התנאי בעבירה הנוספת.

עם השנים הורחב אף מבחן זה, עד לקביעת ההלכה הידועה בעניין **מסילתי** :

"הפסיקה הרחיבה את המשמעות הנוזעת לסעיף 52(ב) לחוק העונשין וקבעה כי התנאי מופר אף אם הנאשם לא הועמד כלל לדין בעבירה הזוהה במספרה לעבירת התנאי, ואף לא הורשע על-פיה, ובלבד שהעבירה בה הורשע הנאשם הלכה למעשה כוללת בחובה, מבחינת יסודותיה, את היסודות הקבועים בעבירת התנאי"

הטעם להלכה זו נעוץ במטרה העונשית הניצבת ביסוד המאסר על-תנאי. המחוקק ביקש ליתן לנאשם הזדמנות. התנאי יופעל רק אם הנאשם לא למד לקח, חזר לסורו, ובהתנהגותו הפלילית חזר ועבר את עבירת התנאי. מכאן מתבקשות שתי מסקנות הנוגעות לעניננו: ראשית, המבחן להפעלת התנאי אינו מבחן טכני-פורמלי אלא מבחן מהותי-עניני. השאלה אינה אם הנאשם הועמד

לדין והורשע בעבירה המפורטת בתנאי... אלא השאלה היא אם התנהגותו הפלילית של הנאשם (עליה הועמד לדין והורשע) מקיימת את היסודות של עבירת התנאי...

מכאן מתבקשת אף מסקנה שנייה : ההשוואה הראויה אינה בין יסודות עבירת התנאי כפי שהיא מופיעה בספר החוקים, לבין יסודות העבירה בה הורשע הנאשם, כפי שהיא מופיעה בספר החוקים. ההשוואה הראויה היא בין יסודות עבירת התנאי כפי שהיא מופיעה בספר החוקים, לבין היסודות המתקיימים בהתנהגותו של הנאשם, כפי שהורשע עליהם, הלכה למעשה. (ע"פ 49/80 מסילתי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 808, ההדגשות אינן במקור).

כך גם בעניין גוטמן :

"נקודת המוצא בענייננו הינה כי המבחן להפעלת מאסר על-תנאי בהתייחס לעבירה המאוחרת שנעברה אכן אינו טכני-פורמאלי אלא ענייני-מהותי. כלומר, אם התנהגותו הפלילית של נאשם שבעטייה הורשע, מקיימת הלכה למעשה ובאורח מהותי את יסודות עבירת התנאי, כי אז יופעל התנאי גם אם אין מדובר בזהות טכנית בין העבירות על-פי מספרי סעיפי העבירות שבספר החוקים. הלכה זו הינה מושרשת זה שנים רבות. ...

הטעם להלכה זו נעוץ במטרה העונשית שביסוד המאסר על-תנאי, קרי: התנאי יופעל אם הנאשם חזר לסורו ועבר שוב את עבירת התנאי, כאשר למושג זה ניתנת פרשנות המבקשת לכלול בתוכו את אותו סוג התנהגות אשר הענישה המותנית הקודמת התכוונה לאסור ואשר מפניו ביקשה להרתיע" (ע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' גוטמן, פ"ד נד(3) 145, ההדגשות אינן במקור).

וראה אף ע"פ 4517/04 מסרואה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 119.

הנה כי כן, ההלכה הרווחת היום דבקה במבחן התכליתי-מהותי לפיו מקום בו התנהגותו הפלילית של הנאשם מקיימת אחר יסודות עבירת התנאי זה יופעל. ההצדקה לגישה זו ברורה והיא נובעת מהציפייה הסבירה כי נאשם אשר נתן את הדין וניתנה לו הזדמנות שלא לרצות חלק מעונשו מתוך תקווה כי יהיה בהזדמנות זו כדי לדרבנו להימנע להבא מביצוע עבירות דומות. כאשר מעשיו של העבריין זהים במהותם להתנהגות ממנה הוא נדרש להימנע, יש מקום לבטל את הפררוגטיבה שניתנה לו.

לצד האמור, אין לכחש כי יש להפעיל את המבחן האמור בזהירות הדרושה, לאור הפגיעה האפשרית בעקרונות יסודיים של ההליך הפלילי ובאינטרס הנאשם. על אלה עמד כבי' השופט דהאן בחוות דעתו וניתן לסכמם באמירה המפורסמת כי: "בדיני נפשות מוטב ולא ישפטו לא מתוך האנאלוגיה ולא מקל וחומר" (ע"פ 685/78 המצוטט בע"פ 49/80 בעניין מסילתי לעיל). ואכן, יש להבטיח כי הנאשם יידע באופן ברור אלו התנהגויות עשויות להביא להפעלת התנאי, ואף

לאפשר לו, במקרה הצורך, להתגונן מפני בקשה להפעלת התנאי במהלך המשפט גופו. חובה זו מועצמת, לאור השפעת עקרונות חוקי היסוד הישראליים על ההליך הפלילי גם באזור.

על כן, לטעמי, נדרשת התאמה גבוהה ומהותית בין ההתנהגות העבריינית ובין העבירה הנוספת לשם הפעלת תנאי במצב דברים זה. הדברים אמורים במיוחד כאשר עסקינן ב"עבירות סל", במסגרתן ניתן לכלול שורה ארוכה של התנהגויות אסורות. לדידי, יש בגישה מצמצמת זו השלמה נכונה לגישה אותה הבעתי לא פעם, לפיה על בית המשפט להימנע מהטלת תנאים גורפים (עדיין [2588/05 בדר נ' התובע הצבאי](#) [פדאור (לא פורסם) 05 (36) 583]). באופן זה, תושג הבהירות הנדרשת על מנת להבטיח כי גבולות המותר והאסור יובנו היטב על ידי הנאשם ויימנע החשש המוצדק עליו הצביע השופט דהאן בחוות דעתו.

ומן הכלל את הפרט.

עבירת התנאי הנידונה הינה עבירת ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת בהתאם ל**תקנה 85(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום)**, 1945, אשר זה לשונה:

"עושה כל עבודה או מבצע כל שירות בשביל התאחדות בלתי-מותרת, אלא-אם יוכיח שהאמין בתום-לבב כי העבודה או השירות לא היו בשביל התאחדות בלתי-מותרת".

לא יכולה להיות מחלוקת של ממש כי הסעת חוליה צבאית של ארגון הג'יהאד האיסלמי לאימוני נשק ולאחר מכן לביצוע הפיגוע עצמו מהווה ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת כהגדרתו בסעיף הנ"ל.

ואכן, בענייננו כאשר צורך המערער לעשייה העבריינית הובהר לו כי "אני מחוליית ג'יהאד איסלאמי ואנחנו רוצים לעשות פיגועים והצעתי לו להיות נהג לפיגועים והוא הסכים" (ראו עמ' 32 להכרעת הדין).

במקרה דנן, יש לקבוע, על כן, כי גם אם התביעה הצבאית מצאה לנכון לייחס למערער עבירה של מתן מקלט דווקא, בין אם במתכוון ובין אם לאו, מתבקשת המסקנה כי התנהגותו של המערער במהותה ממלאה באופן ברור וישיר אחר יסודות עבירת התנאי, ביצוע השירות. בעניין זה מצאתי, על כן, הגיון רב בקביעת שופטי הרוב כפי שבוטאה על ידי מ"מ הנשיא:

"הרשענו את הנאשם בעבירה של מתן מקלט, בכך שסייע לחולייה המשתייכת לארגון הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני. זהו ארגון טרור המוכרז כ"התאחדות בלתי מותרת", ואין צורך בפרשנות מורכבת כדי לקבוע, שעזרה לאנשי חוליה של ארגון גא"פ היא גם ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, וגם עבירה של מתן מקלט" (ההדגשה במקור).

זאת ועוד, מסכים אני עם קביעתו הנוספת של הרוב:

” כיוון שפרט האישום הראשון ממוקד בעבירת מתן המקלט, וכיוון שהיא דומה במרכיביה לעבירת ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, אפשר לומר שהייתה לנאשם האפשרות להתגונן בפני הרשעה בעבירה נוספת זו, ובפני הפעלת המאסר המותנה”.

אכן, בענייננו הקרבה הרבה בין ההתנהגות לבין עבירת התנאי הייתה צריכה להדריך את המערער הן עת בחר להצטרף לחברי חוליה האמורה, וביתר שאת לאחר שנתפס בכף והועמד לדין.

על כן, גם אם יש להביע ביקורת על התנהלות התביעה, כאשר בחרה לייחס למערער עבירת מתן מקלט ובכך עמעמה את אפשרות הצפייה כי תבקש הפעלת התנאי, הדברים אינם מגיעים לכדי חוסר יכולת להתגונן או מקימים הגנה אחרת. ודוק, אין בקביעה זו כדי ליתר את הצורך לחדד את חובתה של התביעה לפעול במקצועיות, בתום לב ותוך שמירה על זכויותיו של הנאשם בבחירת סעיפי האישום (ראו לאחרונה ע"מ 2408/12 קואסמה נ' התוב"ץ (פורסם ביום 6.11.12)).

לנוכח האמור, יש לדחות את טענותיה העקרוניות של הסנגוריה בנוגע להפעלת התנאי.

אלא שיש מקום לתת משקל לטענות אלה, המבוססות על קביעותיו של שופט המיעוט, ככל שבאים אנו לבחון את אופן הפעלת התנאי, אם במצטבר אם בחופף.

על רקע זה, על רקע יתר טענות הקולא של ההגנה ולאור ההחמרה בענישה, הגעתי למסקנה כי בענייננו יש מקום להורות על הפעלת המאסר המותנה חציו בחופף וחציו במצטבר.

סוף דבר

נוכח מסקנותיי דלעיל, הייתי ממליץ לחבריי לקבל את ערעור התביעה בנוגע להכרעת הדין ולהרשיע את המערער כשותף לעבירות של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, מעבר להרשעתו בעבירת מתן מקלט.

כן הייתי מקבל את ערעור התביעה באשר לחומרת העונש, באופן זה שיוחמר העונש כאמור בשלוש שנים ויועמד על אחת עשרה שנות מאסר לריצוי בפועל מיום המעצר, בגין תיק זה.

בנוסף, הייתי מקבל את ערעור הסנגוריה באשר לאופן הפעלת המאסר המותנה, כך שזה יופעל חציו בחופף וחציו במצטבר ולא כולו במצטבר כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא.

התוצאה הסופית, לטעמי, הינה כי יהיה על המערער לרצות שתים עשרה שנות מאסר מיום מעצרו.

האב"ד אל"ם א' וולף:

אני מסכים.

השופט סא"ל י' כהן:

אני מסכים.

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

ניתן והודע היום, 18 במרץ 2013, ז' בניסן התשע"ג, בנוכחות המשיב, ב"כ המשיב והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

 שופט

 אב"ד

 שופט

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

אלי וולף 1516/11-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה