

ע' 2945/09

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' ההרכב: אל"ם איציק מינא - אב"ד
 אל"ם דניאל פרידמן - שופט
 אל"ם נתנאל בנישו - שופט

המערער: יאסר איוב עבד אלפתאח עצפור, ת"ז XXXXXXXXXXXX
 (באמצעות ב"כ עו"ד קאזם כיואן)

נגד

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

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' ההרכב בראשות האב"ד סא"ל רונן עצמון
 וכב' השופטים רס"ן מנחם ליברמן ורס"ן אמיר דהאן)
 בתיק מס' 2468/08 מיום: 5.3.09
 (הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 30 במאי 2011, כ"ו באייר התשע"א.

חקיקה שאוזכרה:

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

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971](#)

[חוק סדר הדין הפלילי \(חקירת חשודים\), תשס"ב-2002](#)

פסק דין

המשנה לנשיא אל"ם נ' בנישו:

כללי

המערער הורשע בכל שתיים עשרה העבירות בהן הואשם, ביניהן שני מקרים של גרימת מוות בכוונה (פ"א 2 ו-12) וניסיון לגרימת מוות בכוונה (פ"א 7). עונשו נגזר לשני מאסרי עולם ו-20 שנות מאסר, תוך שנקבע שכל העונשים ירוצו במצטבר.

העבירות שיוחסו למערער בכתב האישום הן:

גרימת מוות בכוונה בכך שבחודש נובמבר 2001, יחד עם אחרים, חקר את **בלאל אלאטרש** (להלן: המנוח) במשך 25 ימים, בחשד כי שיתף פעולה עם גורמי ביטחון ישראלים. בתום החקירה ולאחר שזה הודה בשיתוף פעולה כאמור, העמידו השותפים את המנוח על שפת באר נטושה, ירו בו והשליכו את גופתו לבאר (פ"א 2).

המערער הואשם עוד בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה בגין חלקו בפיגוע ירי לעבר שני חיילים ששמרו סמוך לכניסה למערת המכפלה שבחברון בחודש מרץ 2003. המערער הואשם בכך שסיפק ל**בהאא אלקאדי ולסאמח אבו סנינה** את האקדחים בהם בוצע הפיגוע. כתוצאה מהירי נפצע החייל **ארז סבן** בידו, במותנו ובראשו (פ"א 7).

בפברואר 2004 המערער חקר, יחד עם אחרים, תושב האזור בשם **חאלד אלעדס** (להלן: המנוח) בחשד לשיתוף פעולה עם ישראל. לאחר שהמנוח הודה, ירה בו המערער למוות והותיר את גופתו ברחוב במקום בו נורה. למערער מיוחסת, על כן, עבירה נוספת של גרימת מוות בכוונה (פ"א 12).

מעבר לכך, המערער הואשם ואף הורשע בשורה של עבירות ביטחון נוספות. אולם, במסגרת הדיון בערעור הודיע הסנגור כי הוא אינו חולק על ההרשעה בפרטים אלה ומבקש להתרכז בהרשעה בפרטי האישום 2, 7 ו-12 הנ"ל.

נעמוד, על כן, על עיקרי פסק דינו של בית משפט קמא בנוגע לפרטי אישום אלה.

פסק דינו של בית משפט קמא

פרט אישום 2

בית משפט קמא ראה לבסס את הרשעת המערער בעבירה זו על אמרותיהם המשטרטיות של שני עדים מפלילים, **עומר אבו סנינה ויאסר שרבאתי**, בעוד הוא דוחה כבלתי מהימנות את עדותו של המערער בבית המשפט ואף את אמרתו המשטרטית.

בית משפט קמא קבע ביחס לשני עדים אלה, כי יש להעדיף את אמרותיהם המשטרטיות על פני עדותם בבית המשפט. עוד קבע בית המשפט כי למרות שהתיאור הבסיסי של החקירה והרצח דומים, קיימים הבדלים בין גרסאותיהם, כאשר ההבדל העיקרי הוא בזהות היורים. על פי אמרתו של **עומר** ירו במנוח ארבעה אנשים, ביניהם המערער. בעוד על פי אמרתו של **יאסר** רק שניים ירו במנוח והמערער לא היה ביניהם.

בית המשפט פסק כי אין בידיו כלים לקבוע איזו מהאמרות עדיפות, ולכן אין דרך לבחור ביניהן. אשר על כן, סבר בית המשפט כי, על פי עקרונות הדיון הפלילי, על בית המשפט לבכר את הגרסה המטיבה עם המערער. בהסתמך על כך, קבע בית המשפט כי המערער אכן השתתף בחקירת המנוח, אם כי לא הוכח שהיה בין מקבלי ההחלטה לרצחו. המערער נסע עם אחרים ועם המנוח לבאר מרוחקת, לידה התכוונו להרגו. בדרך אספו אדם נוסף, לו נאמר שכוונתם להרוג את המנוח. כאשר הגיעו לבאר, ניתנה למנוח אפשרות להתפלל ושניים מהנוכחים ירו בו למוות. לא הוכח כי המערער היה בין היורים.

בהתבסס על עובדות אלה, קבע בית המשפט כי יש להרשיע את המערער בעבירת גרימת מוות בכוונה לפי החלופה שבסעיף 15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, תשכ"ח - 1968 (סעיף 202 לצו [בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\]](#), התש"ע - 2009) "עבירות שנעשו לשם השגת מטרה משותפת".

פרט אישום 7

בנוגע לפרט זה לא חלקו הצדדים כי הפיגוע אכן התרחש כפי שתואר בכתב האישום. עיקר המחלוקת סבה על מודעותו של המערער לשימוש שהתכוונו **בהאא וסאמח** לעשות באקדחים. התביעה טענה כי המערער היה מודע לכך שהאקדחים נועדו לשימוש בפיגוע האמור. ההגנה מצידה טענה כי השניים התעתדו לעשות בהם שימוש לירי בחתונה וכי כך סבר אף המערער. לדבריו, הירי לעבר החיילים הייתה תגובה ספונטאנית לבקשת החיילים להציג תעודות זהות.

דעת שופטי ההרכב קמא נחלקה בנוגע להרשעה בפרט אישום זה. דעת הרוב (השופט רס"ן מ' ליברמן, אליו הצטרף סגן הנשיא סא"ל ר' עצמון) סברה כי יש להרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו.

דעת הרוב בחנה את עדויות ארבעת העדים הרלוונטיים לפרט אישום זה ואמרותיהם: המערער, **בהאא**, **סאמח ועומר**. על יסוד כך, הגיעו שופטי הרוב למסקנה כי הגרסה לפיה הנשק נועד מלכתחילה לירי בחתונה אינה הגיונית, ועל כן, דחו גרסה זו אשר הופיעה באמרתו ובעדותו של **סאמח** וכן בעדותו של **בהאא**. על פני ראיות אלה העדיפו שופטי הרוב את האמרה המשטרית של **בהאא**, לפיה האקדחים נמסרו להם על מנת לבצע את הפיגוע.

תמיכה לגרסה זו מצאו שופט הרוב באמרתו המשטרית של **עומר**, בה מסר כי יום לפני הפיגוע סיפק למערער, לפי בקשתו, אקדח אשר שימש לביצוע הפיגוע, וכי הוא והמערער נטלו אחריות על הפיגוע.

לאור הכרעות אלו, קבעה דעת הרוב כי המערער מסר לידי **בהאא** ו**סאמח** שני אקדחים מתוך מודעות לעובדה שאלה ישמשו לביצוע פיגוע ירי לעבר חיילים השומרים בסמוך למערת המכפלה. לאחר הפיגוע המערער סייע לפנות את אחד המפגעים שנפצע מאש החיילים לבית החולים ונטל אחריות לפיגוע ביחד עם **עומר**.

על יסוד עובדות אלה הרשיע בית משפט קמא את המערער כשותף בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה, לאחר שנקבע כי על פי המבחנים שהתקבלו בפסיקה אין לראות במערער מסייע בלבד אלא שותף מלא.

שופט המיעוט (השופט רס"ן א' דהאן) סבר כי יש לתת אמון בעדותו של **בהאא** בפניו. כמו כן, קיבל השופט דהאן את הסבריו של עד זה לסתירה שבין עדות זו לגרסה שמסר במשטרה, בה הפליל את המערער. זאת ועוד, הדגיש שופט המיעוט כי בעיניו תיאור האירוע, בו ירו **בהאא** ו**סאמח** לעבר חיילים הנמצאים בעמדה ממוגנת בבטונדה ממרחק קצר ללא דרך מילוט הנראית לעין, אינה עולה בקנה אחד עם פיגוע מתוכנן מראש ותואמת יותר אירוע ספונטני. לאור שיקולים אלו ואחרים, קבע שופט המיעוט כי נותר בליבו ספק האם בעת שמסר המערער את האקדחים לידי השניים ידע כי אלו ישמשו לירי לעבר חיילי צה"ל. לאור זאת, ביקש השופט דהאן לזכות את המערער מעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה ותחת זאת להרשיעו בעבירת סחר באמל"ח.

פרט אישום 12

ארבעה עדים נתנו עדות הרלוונטית לעבירה זו ואף הוגשו אמרותיהם המשטריות, **ג'מאל מסלם**, **רביע רביע**, **עדנאן אביעת** ו**ג'מאל חמאמרה**. בית המשפט התייחס לכל אחד מהעדים ובנוגע לארבעתם העדיף את אמרותיהם המשטריות על פני עדותם בבית המשפט. כל העדים קושרים את המערער לחקירתו של המנוח, אולם רק אחד מהם, **ג'מאל חמאמרה** מסר כי המערער עצמו ירה במנוח. **ג'מאל מסלם** ו**לעדנאן אביעת** לא היתה כל ידיעה באשר לזהות היורה. **רביע רביע** מסר כי **ג'מאל חמאמרה** אמר לו שהוא ירה במנוח.

המערער הודה בעדותו כי השתתף בחקירת המנוח, אולם הכחיש כל קשר להריגתו או להחלטה על כך. אולם, בית המשפט דחה את עדותו של המערער וקבע כי היא שקרית.

מאחר שאמרת ג'מאל חמאמרה הינה אמרת חוץ של שותף לעבירה, תר בית המשפט אחר תוספת ראייתית ברמה של חיזוק מוגבר. בית המשפט קבע כי אין די באמרות העדים האחרים, הואיל ואלו אינם מחזקים את האמרה המפלילה בנקודה השנויה במחלוקת, היינו זהות היורה.

אשר על כן, קבע בית המשפט כי לא ניתן לקבוע על סמך הראיות כי המערער הוא שירה במנוח. עם זאת, קבע כי חלקו בחקירת המנוח ובהחלטה להרגו מצדיקים את הרשעתו בגרימת מותו בכוונה של המנוח כשותף מלא.

הטענות בערעור

כאמור, הערעור מכוון כלפי שלוש העבירות החמורות ביותר בהן הורשע המערער אותן פירטנו לעיל.

לסנגור טענות שונות נגד ההרשעה בעבירות אלו, אשר ניתן לחלקן לשני סוגים. הראשונות מתמקדות בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט, בעוד האחרות מופנות נגד התוצאה המשפטית אותה הסיק בית המשפט מקביעות אלו.

ראשית, טוען הסנגור באופן כללי שיש מקום להפחית ממשקל האמרות המשטרניות של העדים המפלילים, הואיל ואלו נרשמו בעברית למרות שמוסריהן נחקרו בערבית.

בנוסף, טוען הסנגור כי טעה בית המשפט קמא עת נאות לבקשת התביעה לקבל את אמרותיהם המשטרניות של עדי התביעה באמצעות סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971. לטענת הסנגור, עדותם בפני בית המשפט לא סתרה את האמרות במידה המצדיקה הגשתן בדרך זו. עוד טוען הסנגור בעניין זה כי אף משהוגשו האמרות, טעה בית המשפט כשהעדיפם על פני גרסת העדים במשפט. לבסוף, טוען הסנגור כי על מנת לבסס הרשעה על אמרות אלו, היה על בית המשפט לתור אחר חיזוק כפול, הואיל ומדובר בהודעות חוץ של שותפי המערער. לדעת הסנגור, לא נמצא חיזוק כאמור שיספק לצורך הרשעה.

בנוגע לפרטי אישום 2 ו-12 אף טוען הסנגור כי קיימות סתירות מהותיות בין האמרות השונות, באופן שאינו מאפשר ביסוס הרשעה על אף אחת מהגרסאות. בנוגע לפרט אישום 2, כל אחד משני העדים המפלילים מסר יותר מאמרה אחת, באופן שקיימות סתירות בין האמרות השונות שמסר כל אחד. בנוגע לארבעת העדים הרלוונטיים לפרט אישום 12, קיימות סתירות בין אמרותיהם כפי שפורט לעיל.

טענותיו המשפטיות של הסנגור מתחלקות לשתיים. ראשית, לטענתו, אין לראות במערער שותף לאף אחת משלושת העבירות הנ"ל, הואיל וחלקו אינו כה מרכזי. שנית, טוען הסנגור, כי כל המעשים בהם הורשע המערער במסגרת סעיפי אישום 2 ו-12 בוצעו כחלק מתפקידו כחוקר במנגנון הביטחון הפלסטיני, ועל כן, אין לייחס לו אחריות פלילית בגין מעשיו.

לחילופין, מערער הסנגור על חומרת העונש. לטעמו, העונש החמור שהוטל על המערער אינו משקף את חלקו הקטן בביצוע העבירות בהן הורשע. עוד טוען הסנגור כי בית משפט קמא לא היה מוסמך לגזור יותר מעשר שנות מאסר בגין עבירת הניסיון בה הורשע המערער.

התביעה מבקשת לדחות את כלל טענות הסנגור.

לטענת התביעה, חלק מהאמרות המשטריות הוגשו בהסכמה לפיה הדברים המתועדים אכן נאמרו וכי נסיבות החקירה היו רגילות. לפיכך, בנוגע לאמרות אלו אין מקום לטענות הסנגור. באשר לאמרות האחרות, טוענת התביעה, כי, בניגוד לתיאורו של הסנגור, בית המשפט בחן בדקדקנות את גרסאותיהם השונות של כל עדי התביעה ונימק בפרוטרוט את טעמיו להעדפת האמרות על פני העדויות במשפט. לאור האמור, אין מקום לטענות הסנגור ואף אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור.

יתר על כן, טוענת התביעה, כי בית המשפט אף הסביר מדוע הוא מעדיף את האמרות המאוחרות של העדים המפלילים בסעיף אישום 2, על פני אמרותיהם המוקדמות. דעת התביעה הינה, על כן, כי אין מקום להתערב בקביעות אלו. באשר לסתירות בין גרסאות ארבעת העדים הנוגעים לפרט אישום 12, טוענת התביעה כי סתירות אלה אינן בנקודות המהותיות. כל ארבעת העדים מתארים באמרותיהם כיצד נחקר המנוח במשך ארבעה ימים ומאשרים כי המערער נכח בעת החקירה. שלושה מהעדים מסרו כי המערער היה אחד מאלה שקיבלו הוראה לרצוח את המנוח ועד אחד מספר כי המערער אף נכח בזמן הרצח וירה במנוח בעצמו. לדעת התביעה, סתירות שוליות, אם ישנן, נובעות מנקודת המבט השונה, באופן טבעי, של כל אחד מהמשתתפים באירוע.

באשר לטענות המערער בנוגע לתפקידו כחוקר ברש"פ, טוענת התביעה כי למערער, כמו לרבים אחרים, היה "תפקיד כפול". ביום הוא שימש כקצין במנגנון הביטחון הפלסטיני, אך בלילה פעל כחבר בארגון טרור. כחיזוק לטענה זו מפנה התובע להרשעתו של המערער, המבוססת על הודאתו המשטרית, בחברות בארגון חללי אל אקצא, אשר הינה התאחדות בלתי מותרת. לטענת התובע, המעשים בהם הורשע המערער נעשו במסגרת חברותו בארגון זה. זאת ועוד, טוענת התביעה כי אף לקצינים ברשות, בין אם זוטרים ובין אם בכירים, לא הוענקו סמכויות לרצוח משתפי פעולה או לנסות לרצוח חיילי צה"ל.

דין והכרעה

טענות עובדתיות

כאמור לעיל, חלק הארי מהערעור נוגע לממצאי המהימנות ולקביעות העובדתיות של בית משפט קמא. אין צורך לחזור על הכלל הידוע בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בכגון דא. בעניין זה אין לי אלא להפנות לפסק דיני בעניין **רימאוי (עד"י 4090/06 התוב"ץ נ' רימאוי)** [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642]] ולפסיקה המופיעה שם.

עם זאת, ישנן מספר טענות של הסנגור ברובד הראייתי אשר ראויות, לטעמי, להתייחסות יותר מפורטת.

ראשית, צודק הסנגור בטענתו כי אמרות המערער והעדים השונים צריכות היו להיות מתועדות בשפה הערבית. זאת לפי הוראת סעיף 8 [לחוק סדר הדין הפלילי \(חקירת חשודים\)](#), התשס"ב – 2002, הקובע כי תיעוד חקירה יהיה בשפה שבה התנהלה החקירה. בהתאם לסעיף 86 [לצו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\]](#), התש"ע – 2009, סעיף זה חל גם באזור בהיותו חלק מדיני הראיות של מדינת ישראל ([עד"י 2287/07 התובע הצבאי נ' שאלאלדה](#)).

בית המשפט העליון עמד זה מכבר על חשיבות תיעוד החקירה בשפה בה נגבתה:

"כל תרגום יש בו משום יצירה, ואין זה מתפקידו של גובה הודעה לעסוק במעשה יצירה אלא בשיקוף נאמן של דברים הנאמרים לו, לאמור, עליו לכתוב דברים הנאמרים לו בשפה בה הם נאמרים" (בש"פ 2444/92 אבוטבול נ' מדינת ישראל (תק-על 92(2), 2098).

עם זאת, נקבע באופן עקבי כי לא בכל מקרה תפסל הודעה אשר נגבתה בניגוד לכללים הנ"ל, שכן עניין לנו בשאלה הקשורה למשקל ההודעה.

אשר על כן, הלכה ידועה היא כי תיעוד חקירה שלא על פי כללי סעיף 8 אינו מביא לפסלות אוטומטית של האמרה. ברם, במצב דברים זה על בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה האם מה שנכתב משקף נאמנה את אשר נאמר בחקירה, ולאור האמור לקבוע את משקל ההודעה (ע' 2961/07 [התוב"ץ נ' חאמד](#) [פדאור (לא פורסם) 08 (26) 301], ע' 3753/08 [עצאפרה נ' התוב"ץ](#) [פדאור (לא פורסם) 09 (28) 315] [ובישראל ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו" \(3\) 529](#)).

זאת ועוד, נקבע כי סנגור המבקש מבית המשפט להפחית ממשקלה של אמרה שתועדה שלא בשפת גבייתה, צריך להצביע על טעויות ספציפיות שנפלו בתיעוד הדברים (ראה לדוגמה עד"י (איו"ש) 55+70/00 [התוב"ץ נ' ג'אבר](#) [פדאור 00 (10) 578], וכן ע' (איו"ש) 1129/04 [התוב"ץ נ' עביד](#) [פדאור 04 (26) 882]).

בנדון דידן, ב"כ המערער לא הצביע על טעות שנפלה בתיעוד החקירה, אלא הסתפק בטיעון כללי בלבד, אשר אין בו כדי להפחית ממשקלן של ההודעות. כן, לא נטען על ידי העדים השונים שהם לא הובנו נכון על ידי גובי אמרותיהם. לאור זאת, יש לדחות טענה זו.

כאמור, טענתו הבאה של הסנגור היתה כי לא קיימות סתירות מהותיות בין עדותם של המפלילים השונים על גבי הדוכן ובין אמרותיהם המשטריות, המצדיקות הגשת האמרות באמצעות סעיף 10א [לפקודת הראיות](#). כמו כן, טען הסנגור כי אף משהוגשו האמרות, טעה בית המשפט בהעדיפם על פני הגרסאות במשפט.

שבתי ועיינתי בהכרעת דינו של בית משפט קמא ולא מצאתי ממש בטענות אלה.

רוב העדים המפלילים בפרטי אישום 2 ו-12 העידו כי המערער לא היה מעורב בדרך כלשהי בחטיפות, בחקירות או ברצח של שני המנוחים. זאת בעוד באמרותיהם המשטריות מערבים כולם את המערער בפרשה באופן זה או אחר, בין אם בשלב החקירה בלבד, בין אם בחקירה

ובהחלטה לרצוח ובין אם בחקירה, בהחלטה וברצח עצמו. העד היחיד שעירב את המערער במהלך עדותו היה ג'מאל חמאמרה, אשר העיד כי המערער אמנם נכח בעת חקירת המנוח המיוחסת לו בפרט אישום 12, אולם טען כי נוכחות זו הייתה מקרית. זאת בעוד בחקירתו במשטרה מסר שהמערער השתתף בחקירה, היה שותף להחלטה לרצוח את המנוח ואף ירה בו בעצמו.

לטעמי, אין ספק כי בנוגע לכל העדים קיים שוני מהותי, אשר אף יורד לשורשו של עניין, בין עדותם בבית המשפט לאמרותיהם המשטריות. אשר על כן, לא מצאתי כל פגם בהכרעתו של בית משפט קמא כי יש לקבל את האמרות באמצעות סעיף 10א. ואם לא די בכך, נוסף כי חלק מהאמרות הוגשו בהסכמת הסנגוריה (ראה הכרעת הדין, עמ' 5).

בפרט אישום 7 הופלל המערער על ידי שני עדים. **בהאא אלקאדי** העיד כי ביקש מהמערער את הנשק למטרת ירי בחתונה. לעומת זאת, באמרתו נרשם מפיו כי ביקש את הנשק על מנת לבצע פיגוע ירי בחיילים. אף בנוגע לעד זה היה מקום לקבלת האמרה באמצעות סעיף 10א, לאור הסתירה הבסיסית שבין העדות לאמרה.

שונה המצב בנוגע לעד **סאמח אבו סנינה**. עד זה מסר הן במשפט והן במשטרה כי הירי לא היה מתוכנן והיה בתגובה לבקשת החיילים לבדוק את תעודות הזהות שלו ושל **בהאא**. אולם, גם בנוגע לעד זה אין מקום לקבל את טענת הסנגור משני טעמים. בית המשפט לא קבע כי יש לקבל אמרה זו לפי סעיף 10א, אלא אמרה זו הוגשה בהסכמה. יש לציין כי הסנגור עצמו ביקש להיתלות באמרה זו כחיזוק לגרסת **בהאא** באולם. לכך יש להוסיף כי בית המשפט אף לא קבע כי יש לתת משקל לאמרה, אלא דחה את גרסתו של **סאמח** באולם ובמשטרה.

הנני דוחה אף את טענות הסנגור בדבר העדפת האמרות המשטריות על פני העדויות באולם. כאמור לעיל, קביעות מהימנות מצויות בליבה של סמכות הערכאה הדיונית. ערכאה זו שמעה את העדים באופן בלתי אמצעי, התרשמה מאותות האמת שניכרו בהם, ועל בסיס אלו בחרה לקבל או לדחות את הגרסאות שמסרו בעדותם. אנו, אשר לא התרשמנו מהעדים באופן זה, אין בידינו הכלים להעביר קביעות אלו של בית משפט קמא תחת שבט ביקורתנו.

בית משפט קמא נימק את קביעותיו בפרוטרוט, ולא מצאתי בקביעות אלו דבר המצדיק סטייה מהכלל האמור.

בהקשר זה אעיר כי, מהטעם האמור, יש אף לדחות את טענות הסנגור בנוגע לסתירות בין האמרות השונות. בית משפט קמא לא התעלם מהסתירות, עמד עליהן, ואף נתן הסבר מדוע ולאלו אמרות יש לתת משקל. לא מצאתי כי נפל פגם כשלהו בהנמקת בית משפט קמא גם בעניין זה.

אשר על כן, אף טענות אלו נדחות.

חיזוק מוגבר

יתר על כן, יש לדחות אף את טענות הסנגור בנוגע להעדרה של תוספת ראייתית מספקת להרשעה. כפי שציין הסנגור, התוספת הראייתית הדרושה להרשעה בכל אחת משלושת העבירות הינה מסוג

חיזוק מוגבר, לנוכח ההסתמכות על אמרות חוץ שהוגשו במסגרת סעיף 10א ולאור מעמדם של המפלילים כשותפי המערער.

אלא שגם בעניין זה בית משפט קמא עשה מלאכתו נאמנה ונתן דעתו לסוג התוספת הדרושה. בית המשפט התייחס לקיומה או להיעדרה של תוספת כאמור בנוגע לכל אחת מהעבירות, ולא מצאתי כל סיבה לחלוק על קביעותיו. כך, נדגיש כי לאור ריבוי המפלילים בכל אחת מהעבירות אין קושי להצביע על התוספת הראייתית הנדרשת.

עם זאת, מצאתי להעיר הערה אחת בסוגיה זו של התוספת הראייתית. סבורני שבית משפט קמא נקלע לכלל טעות עת קבע במסגרת הדיון בפרט האישום ה-12 כי יש צורך בתוספת ראייתית הנוגעת לנקודה השנויה במחלוקת, קרי זהות היורה.

אמת, כי התוספת הראייתית הקבועה בחוק הינה התוספת המינימאלית להרשעה, ובית המשפט חופשי לקבוע, מסיבות שונות, כי במקרה נתון דרושה תוספת ראייתית משמעותית יותר, ואף כזו העולה כדי תוספת מסבכת, דוגמת תוספת הסיוע. עם זאת, לא זו הייתה קביעת בית משפט קמא. בית המשפט התייחס למקור הכפול לתוספת ראייתית וקבע כי יש צורך ב'**תוספת ראייתית מוגברת, ולא די בחיזוק קל ערץ**'. מכאן הצורך בחיזוק מוגבר כפי שכבר הובהר. עם זאת, מאחר שבית המשפט לא קבע כי קיים פגם כלשהו באמרות המשטרותיות, אשר מצדיק הפחתה במשקלן, לא היה מקום לדרישה לתוספת ראייתית מסבכת העולה לכדי סיוע.

על אופיה של ראיית החיזוק, להבדיל מראיית הסיוע, אמר בית המשפט העליון:

"להבדילה מראיית סיוע, אין ראיית החיזוק חייבת להתייחס לשאלה השנויה במחלוקת דווקא, או לאישום בעבירה עצמה, אלא די בראיה המגבירה את אמינותה של האמרה על-ידי אישור פרט רלוואנטי לעבירה באמרה" (ע"פ [691/92 אהרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נ\(3\) 675](#)).

אשר על כן, לאור קביעותיו האחרות של בית המשפט בנוגע למהימנות האמרות, נראה כי טעה בית משפט קמא עת תר אחר תוספת ראייתית המאמתת באופן ספציפי את השתתפותו של המערער בירי. מכאן כי היה ניתן להגיע לתוצאה אחרת מזו שנקבעה על ידי בית משפט קמא בשאלה האם המערער ירה בעצמו. אלא שאין מקום להתערב במסקנת בית משפט קמא, הואיל ולא מונחת בפנינו ערעור התביעה בעניין זה.

סיוע או שותפות

פסקי דין רבים באזור ובישראל טרחו על הגדרה מדויקת ותיחום הגבול שבין מסייע לשותף. עם זאת, ועל אף כל הניסיונות, טרם נמצאה אותה הגדרה ממצה אשר תאפשר שיבוץ אנליטי של הצדדים השונים למעשה הפלילי לקטגוריה זו או אחרת (ראה לאחרונה בעניין זה ע' 1324/11 **קוקא נ' התוב"ץ**, וראה בהרחבה בע' 2599/04 **התובע הצבאי נ' דודין** [פדאור (לא פורסם) 05 (33) 734]).

ועם זאת, לאור המבחנים השונים שנקבעו בפסיקה, סבורני, כי בנוגע לפרטי אישום 2 ו-12 לא יכולה להיות כל מחלוקת כי המערער הינו שותף, ואף ניתן לומר שותף עיקרי, למעשה העבירה. בית המשפט קבע את הממצאים הבאים לגבי כל אחת מן העבירות:

לגבי פרט אישום 2:

"2... הנאשם השתף בחקירת המנוח ושמע את הודאתו כי העביר מידע לרשויות הביטחון הישראלים;

3. הוחלט להרוג את המנוח, לא הוכח שהנאשם היה בין המחליטים.

4. הנאשם נסע יחד עם אחרים ויחד עם הקורבן לבאר מרוחקת, לידה התכוונו להרוג את המנוח.

...

7. שניים מתוך ארבעת הנוכחים ירו במנוח והרגוהו; לא הוכח מעבר לספק סביר כי הנאשם היה בין היורים..."

לגבי פרט אישום 12:

"הוא (המערער – נ.ב.) היה בין חוקריו, בין המחליטים להורגו, ובין המובילים אותו למקום שבו נרצח."

חלקו הפעיל של המערער בחקירת המנוחים, בהחלטה להמית את חאלד אלעדס ונוכחותו במקום ובעת הרצח עצמו, מצביים אותו כשותף מלא לעבירות גרימת המוות בכוונה.

אף באשר לפרט אישום 7 סבורני כי אין מקום לשנות מהכרעתו של בית משפט קמא בעניין זה, אם כי שותפותו של המערער מובהקת פחות. בית משפט קמא מנה את ארבע העובדות אשר הובילו אותו למסקנה שאין להסתפק בייחוס אחריות כמסייע בלבד. בית המשפט ציין:

"הנאשם היה מודע לפרטים בנוגע לפיגוע המתוכנן. הנאשם דאג לחמש את המפגעים בכלי הנשק הנדרש על מנת לבצעו. הנאשם דאג לטיפול רפואי באחד היורים לאחר שזה נפצע במהלך הפיגוע. הנאשם לקח אחריות על הפיגוע לאחר התרחשותו. העובדה האחרונה מוכיחה שהנאשם ראה בפיגוע פיגוע שלו, ואם כך הוא ראה את הדברים, אין סיבה שבית המשפט יראה את הדברים אחרת."

אף אני בדעה כי לאור מעורבותו של המערער בכל שלבי התכנון והביצוע יש לראותו כשותף לעבירה (ראה ע' 4745/08 שטיה נ' התוב"ץ).

ציודק

אף טענה זו יש לדחות משני טעמים.

הטעם הראשון הוא שהמערער מעלה למעשה טענות עובדתיות סותרות. מצד אחד טוען המערער כי לא היה צד לעבירות ומצד שני כי ביצען, אולם זאת במסגרת תפקידו בביטחון המסכל.

המערער אינו יכול לאחוז בשתי טענותיו באותה עת ומשעיקר טענותיו העובדתיות מתמקדות בחוסר מעורבותו במעשים, מנוע הוא מלטעון לצידוק.

הטעם השני הינו מהותי.

סעיף 199 לצו בדבר הוראות ביטחון קובע:

(א) לא ישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה או מחדל אם עשה או חדל מלעשות את המעשה באחת מן הנסיבות דלקמן, דהיינו:

(1) תוך כדי ביצוע תחיקת בטחון או דין.

(2) תוך ציות לצו של רשות "בת סמך" שתחיקת בטחון מחייבתו להישמע לה, מלבד אם הצו הוא בבירור בלתי חוקי.

(ב) השאלה אם צו הוא בבירור בלתי חוקי או לא, היא שאלת חוק.

לא יכולה להיות מחלוקת כי המשיב לא ביצע את המעשים בהם הורשע תוך ביצוע "תחיקת ביטחון או דין". כמו כן, נקבע בפסיקתנו כי הרשות הפלסטינאית אינה רשות בת סמך אשר תחיקת הביטחון מחייבת להישמע לה (ראה ע' 4169/06 התוב"ץ נ' אבו עראם [פדאור (לא פורסם) 07 (21) 736], וראה הערותיי בע' 1683/08 התוב"ץ נ' חג'-מחמד [פדאור (לא פורסם) 08 (36) 597]).

לא זו אף זו אלא שקיים בסעיף חריג, לפיו לא יחול הסייג "אם הצו הוא בבירור בלתי חוקי". אין ספק כי רציחתם של שני חשודים בשיתוף פעולה עם ישראל אינה יכולה להיחשב כפעולה חוקית על פי כל קנה מידה. הרשות הפלסטינית הוסמכה לקיים מערכת שלטונית המושתתת על חוק ומשפט. היא נדרשת לפעול על פי הסכמי הביניים. שניים אלה אינם מתיישבים עם רציחתם בדם קר של חשודים, ללא הסמכה חוקית וללא עריכת משפט.

בדומה יש לדחות את הטענה שעלתה במשפט לפיה גם אם המערער פעל מטעם גדודי חללי אלאקצא, הרי שגוף זה הוקם על ידי הרשות הפלסטינית ופעל מטעמו. הרשות וגופי הביטחון המוכרים הפועלים מטעמה לא הורשו לקיים פעילות טרור או להקים גופי טרור דוגמת גדודי חללי אל אקצא, הארגון אליו השתייך המערער.

מן הטעמים האלה, יש לדחות את טענת הסנגוריה.

זאת ועוד, יש מקום לציין שבית משפט קמא לא עסק בהכרעת הדין בשאלה העובדתית מטעם מי בוצעו מעשי הרצח. על כן, איני סבור שאנו נדרשים בעת הזו להכריע בטענת התביעה כי מעשים אלה לא בוצעו במסגרת תפקידו הרשמי של המערער במודיעין המסכל אלא במסגרת חוליית

טרור. עם זאת, נציין כי המציאות הכללית באזור במיוחד בתקופה המדוברת ואף תפקידו הבכיר של המערער בגדודי חללי אלאקצא תומכים בטענת התביעה.

הערעור על חומרת העונש

משנדחה ערעור הסנגור נגד הכרעת הדין, נותרנו עם הרשעה בשתי עבירות חמורות של גרימת מוות בכוונה, במסגרתן המערער היה שותף לחקירה ארוכה ואלימה של תושבי האזור ולרציחתם. הדגשנו לא פעם את חשיבות עקרון קדושת החיים בתרבותנו ובשיטת משפטינו, והביטוי המוחשי לחשיבות עקרון זה ניתן בהטלת עונש מאסר עולם בגין כל אחת מהנפשות שניטלו על ידי נאשם. כך נהג בית משפט קמא גם במקרה הנוכחי, תוך הנמקה ראויה ואף תוך מובאות מתוך ספר הקוראן הקדוש לדת האסלאם. אין כל עילה לחרוג מההלכה במקרה הנוכחי ולהתערב בחלק זה של גזר הדין.

ואם לא די בכך, הרי שהמערער עירב עצמו בעבירות נוספות שאין להמעט מחומרתן, בראשן שני ניסיונות לגרימת מוות בכוונה אשר גרמו לפציעת חייל ועמידה בראש ארגון גדודי חללי אלאקצא באזור חברון. עבירות אלה אף הן מחייבות ענישה משמעותית, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא.

אגב כך יש לדחות את טענת הסנגור לפיה מוגבלת סמכותו העונשית של בית המשפט בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה. קבענו לא פעם כי המגבלה היחידה על סמכות הענישה של בית המשפט היא מגבלת החוק. באזור, עבירת הניסיון לגרימת מוות בכוונה יכולה לגרור הטלת מאסר עולם (ראה סעיף 204 ו-205 לצו בדבר הוראות ביטחון ואף פסיקתנו בעניין ע' 2327/10 **קפישה נ' התוב"ץ** (נבו - המאגר המשפטי)).

אשר על כן, יש לדחות את ערעור הסנגוריה אף על חומרת העונש.

האב"ד אל"ם י' מינא:

עיינתי בחוות דעתו המלומדה של המשנה לנשיא, אל"ם נתנאל בנישו, ואין לי אלא להצטרף לעמדתו והמלצתו.

אציין רק כי עיון בנימוקי הערעור מעלה כי הסנגור המלומד, עו"ד קאזם כיואן, שם את רוב יהבו על טענות עובדתיות ושאלות של מהימנות, נושאים שכפי שקבענו לא אחת, לא יתערב בהם ביהמ"ש לערעורים.

יתר הנימוקים לדחיית הערעור נותחו כדבעי על ידי חברי, המשנה לנשיא ואני מצטרף אליהם כאמור.

השופט אל"ם ד' פרידמן:

אני מסכים.

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

ניתן והודע היום, 23 במאי 2012, ב' בסיון התשע"ב, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

איציק מינא 54678313-2945/09

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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