

ע' 3778+3990/08

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני הרכב: אל"ם יורם חניאל - אב"ד  
 סא"ל נתנאל בנישו - שופט  
 סא"ל שלומי כוכב - שופט

בעניין:

התביעה הצבאית - המערערת (באמצעות ב"כ קמ"ש ערן לוי)

נגד

אחמד בדיע מוצטפא חסין, ת"ז XXXXXX - המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד אחמד ספייה)

ובעניין:

אחמד בדיע מוצטפא חסין, ת"ז XXXXXXXX - המערער (באמצעות ב"כ עו"ד אחמד

ספייה)

נגד

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

ערעורים על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני ההרכב בראשות כב' הנשיא סא"ל צבי לקח,

כב' סגן הנשיא סא"ל רונן עצמון וכב' השופט רס"ן אדריאן אגסי)

בתיק מס' 2440/06 מיום 30.6.08

(ערעור התביעה התקבל בחלקו)

ערעור הסנגוריה נדחה)

תאריך הישיבה: 16 בפברואר 2011, י"ב באדר א' התשע"

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 305](#)

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 99](#)

א

ספרות:

[ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין \(כרך ב, תשמ"ז\)](#)

ספרות:

[ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין \(כרך ב, תשמ"ז\)](#)

מיני-רציו:

\* בית המשפט הצבאי לערעורים קיבל את ערעור התביעה והחמיר בעונשו של המשיב. נפסק, כי הגם כי לכלל השלמת המעשה העברייני לא הגיע המשיב, יחד עם זאת מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת הייתה גבוהה ביותר. הדקירה והפגיעה באיברים חיוניים מעידה כמאה עדים כי ביקש המשיב להוציא את כוונתו הפלילית אל הפועל.

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: שיקולים לחומרה

\* עונשין – ענישה – עונש מרבי

ערעורים על גזר דינו של בית המשפט הצבאי שעל פיו הורשע המשיב במסגרת הסדר טיעון בחמש עבירות. הראשונה שבהן עניינה חברותו בג'האד האיסלמי. ארבע העבירות הנוספות עוסקות בניסיונות חוזרים ונשנים של המשיב לגרום למותם של אזרחים ישראלים על ידי דקירתם. התביעה טוענת, כי לא היה מקום להסתפק בעונש קצוב בשנים, שכן, לנוכח נסיבות החומרה הרבות שהתעוררו בעניין זה, נדרש היה להטיל על המשיב מאסר עולם.

בית המשפט קיבל את ערעור התביעה, דחה את ערעור הסנגוריה ופסק כלהלן:

עבירת הניסיון, מטבע הדברים, באה להעניש את המנסה לא על שום תוצאות מעשיו, שהרי לא עלה בידו להוציא כוונתו אל הפועל, אלא דווקא על כוונותיו. ברי, כי אין דומה מי שיצא לבצע פיגוע ירי ולא עלה בידו לאתר יעד מתאים, לזה שמצא יעד כאמור ואף פתח באש לעברו, אך לא עלה בידו לפגוע בו. יחד עם זאת, זה כמו זה חמורים הם במידה דומה, בשל עצם הנכונות לקום וליטול חיי אדם.

הניסיון לבצע עבירה הוא, מבחינת העושה, השלב בו הוא כבר התחיל ועומד להגשים את מזימתו עד תומה, אלא שמסיבות בלתי רצויות לו, לא עלה הדבר בידו. מצב זה מעיד על מחשבה פלילית מגובשת סופית ואיתנה לא פחות מאשר במקרה בו העושה היה מספיק או מצליח להשלים את העבירה, אלמלא פועלן של אותן סיבות; משקל המקרים בהם עושה כאמור מתחרט ומוותר, מתוך חפץ ליבו, על השלמת העבירה, הוא חסר כל משמעות.

אדם שלא הספיק או לא הצליח להגשים את מזימתו עשוי לחזור לסורו אף למוד לקח הכישלון, כך שהוא טעון טיפול שיסיר את הסכנה של הישנות התנהגות נפשעת. בניסיון גלומה מידה של אנטי-חברתיות שאיננה נופלת מזו הטמונה בעבירה המושלמת, שהעושה שאף לבצעה ונכשל בכך רק בשל סיבות בלתי רצויות לו.

הניסיון מתבטא בהתנהגות אשר, כשלעצמה, כבר טומנת בחובה סכנה ישירה לערך החברתי המוגן על ידי איסור העבירה המושלמת, בכך שהתנהגות זו היא חלק ממשי מתוך עבירה זו. הניסיון לבצע עבירה פוגע, לא פחות מאשר ביצועה המושלם, בהרגשת האמון של הציבור בביטחון הערכים החברתיים המוגנים בדיני העונשין, הרגשה שהיא, כשלעצמה, חלק אינטגרלי מן הערכים האלה וטעונה הגנה בדינים אלה.

הניסיון מתבטא במהלך המצריך סמכות להתערב ולמנוע בעוד מועד את הגרוע יותר ואת המוגמר שאינו עוד ניתן לתיקון, מבלי שהעושה יוכל לטעון כי כל עוד הוא לא השלים את ביצוע העבירה, עדיין הוא מתנהג בגדר המותר. שיקולים אלה מצדיקים ומצריכים, מכל הבחינות, ענישה כללית של הניסיון לעבור עבירה פלילי.

העובדה שהעושה לא הצליח או לא הספיק לממש את מזימתו, איננה יכולה להשתלב בין נסיבות מקלות כגון מניע או מטרה חיוביים שהביאו אדם לדבר עבירה, עברו הנקי, מאמץ לתקן את הנזק שנגרם בעבירה, נסיבות חיים קשות שהעושה משתדל להתגבר עליהן, ויוצא באלה. מקום בו עושה עבריין כל שביכולתו על-מנת להוציא כוונתו אל הפועל, אין ליתן לתוצאה משקל מכריע. הרחיק לכת ביהמ"ש קמא בהעדפת שיקולים פרטיים על פני שיקולים ציבוריים.

הגם כי לכלל השלמת המעשה העבריין לא הגיע המשיב, יחד עם זאת מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת הייתה גבוהה ביותר. הדקירה והפגיעה באיברים חיוניים מעידה כמאה עדים כי ביקש המשיב להוציא את כוונתו הפלילית אל הפועל. בנסיבות העניין, קיימת חומרה נוספת אשר איננה קיימת במי שיצא לבצע פיגוע ירי.

חומרת המקרה דנו מתאפיינת בשימוש בסכין, בנעיצת הסכין בבטנו של הקורבן שעה שעניי הדוקר נפגשות עם קורבנו פנים אל פנים. החומרה מתבטאת ביתר שאת ב"שחיטת" הקורבן תוך העברת סכין יפנית על צווארו. מפגש זה איננו קיים במי שיצא לבצע פיגוע ירי. הוא אף איננו קיים במי אשר בחר לבצע פיגוע רב נפגעים, אשר כל מה שנדרש ממנו הוא ללחוץ ולהפעיל את מתג ההפעלה. כאן חזר המשיב פעם אחר פעם וקם ליטול חיי אדם שעה שהוא מוציא מן הכוח אל הפועל את כוונותיו, אגב התנהגות עבריינית אשר הציבור סולד ממנה ומבקש להגן עליה כערך חברתי עליון מן המעלה הראשונה.

## פסק דין

### המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

בפנינו ערעור כפול הנוגע למידת העונש הראויה להיגזר על אדם אשר ביצע מספר ניסיונות לגרום למוות.

### ההליכים בבית משפט קמא

המשיב (המערער בע' 3990/08) הורשע במסגרת הסדר טיעון בחמש עבירות. הראשונה שבהן עניינה חברותו בג'יהאד האיסלמי. ארבע העבירות הנוספות עוסקות בניסיונות חוזרים ונשנים של המשיב לגרום למוותם של אזרחים ישראלים על ידי דקירתם. וכך מתואר בכתב האישום:

א. ביום 25.11.05 תכנן המשיב יחד עם חברו **בלאל כמיל** לרצוח יהודי בשכונת שיחי ג'ראח באמצעות סכין. בהתאם, השניים הגיעו לשכונה כשהם מצוידים בשני סכינים והמתינו לקורבן. משעבר נער יהודי החל המשיב לבעוט בו, אך הפסיק לבקשת חברו לאור גילו הצעיר של הנער. לאחר מכן, הגיע למקום **ישי נחמן**, נער כבן 14, והשניים סיכמו לדקור אותו. הם רצו לעברו ובעוד המשיב אוחז בנער, חברו **בלאל** דקר אותו מספר פעמים בין השכמות. צעקות הקורבן והגעת אנשים נוספים לאזור הבריתו את המשיב וחברו. השניים אף התקשרו לכתב אלג'זירה ונטלו אחריות למעשה מטעם הג'יהאד האיסלמי. כתוצאה מהדקירות נזקק הנער לטיפול רפואי ולתפירת הפציעות בגבו.

ב. בחודש דצמבר 2005 סיכם המשיב עם חברו לדקור יהודי אחר, הפעם באזור עטרות, בו עבד. השניים ערכו תצפיות במקום, אולם חברו של המשיב סבר כי המקום אינו מיטבי לביצוע פיגוע. על כן, בתאריך 6.12.05, יצא המשיב לבדו כשהוא מצויד בסכין. משהבחין במר **אבנר טדסקי** אשר המתין בתחנת אוטובוס במקום החליט לדקור אותו. על כן, הוציא המשיב את הסכין אותה החזיק ודקר את מר **טדסקי** בבטנו ולאחר מכן ברח מהמקום.

ג. בתאריך 29.12.05 חזר המשיב לאותה תחנת אוטובוס כשהוא מצויד בסכין יפנית. למקום הגיע שוב **אבנר טדסקי**. המשיב שלף את הסכין, דקר את **טדסקי** בצווארו וברח מהמקום. **טדסקי** נזקק לטיפול רפואי ולתפירת החתך בצווארו.

ד. בתאריך 2.3.06 נסע המשיב לעטרות כשהוא מצויד בסכין. הוא נכנס למפעל, התקרב לאחד העובדים, מר **חננאל דוד אלבו**, ודקר אותו בצווארו. לאחר מכן, נס מן המקום בעוד הסכין נותרת נעוצה בצווארו של הקורבן.

במסגרת הראיות לעונש, הגישה התביעה הצבאית הצהרת נפגע מידי אביו של **ישי נחמן**, בה צוין כי נקבעו ל**ישי** 37% נכות נפשית. כן נשמעה עדותו של מר **אלבו** שהסביר כי כתוצאה מהדקירה נדרש לעבור ניתוח עקב פגיעה בעורק הראשי וכי כיום הוא סובל משיתוק של מיתר קול, מתקשה בביצוע פעולות שגרתיות כהליכה והרמת משאות וסובל מכאבים ומפחדים שונים.

במסגרת ההסדר, עתרה התביעה הצבאית לעונש מאסר עולם, הסנגור מצידו ביקש להסתפק בעונש שאינו עולה על 15-17 שנות מאסר.

בדברו האחרון הביע המשיב חרטה על מעשיו, וביקש סליחה ממר אלבו.

בתום בחינה מעמיקה של טיעוני הצדדים, החליט בית משפט קמא להטיל על המשיב 30 שנות מאסר לריצוי בפועל.

### נימוקי הערעורים

הצדדים אינם משלימים עם פסיקה זו של בית המשפט.

התביעה דבקה בעמדתה כי לא היה מקום להסתפק בעונש קצוב בשנים, שכן, לנוכח נסיבות החומרה הרבות שהתעוררו בעניין זה, נדרש היה להטיל על המשיב מאסר עולם. כך עמדה התביעה על ניסיונותיו החוזרים ונשנים של המשיב לרצוח את קורבנותיו תוך דקירתם באזורי גוף רגישים ביותר. התביעה הדגישה עוד את הנזקים הבלתי הפיכים אותם גרם, כאמור, ואת העובדה כי לא בחל בדקירת ילד בן 14. התביעה עמדה על שיטת פעולתו של המשיב שארב לקורבנותיו ופגע בהם מטווח אפס ובקור רוח.

לדעת התביעה, כל אלה מציבים את מעשיו של המשיב בגדרי ההלכה שנקבעה בעניין נופל (ע) [איו"ש 120+122/02](#) נופל נ' התוב"ץ [פורסם בבנו] [פדאור (לא פורסם) 03 (14) 401] כמצדיקים הטלת עונש של מאסר עולם.

אף הסנגור סבור כי העונש שהוטל אינו יכול לעמוד, אך לטעמו, יש להתערב בו לצד הקולא. את עיקר טיעונו ייחד הסנגור לעובדה כי שותפו של המשיב, **בלאל**, הורשע אמנם בעבירה אחת של ניסיון לגרימת מוות, אולם היה מעורב יחד עם המשיב בשני אירועים נוספים. שותף זה נשפט ל-20 שנות מאסר, כך שלא היה מקום ליצור הבחנה עונשית כה בולטת בין ענייניהם. הסנגור הדגיש עוד את הודאת המשיב באשמה ואת חרטתו כנסיבות המצדיקות הקלה בעונשו. הסנגור אף קבל על כך שהתביעה עתרה לעונש של מאסר עולם מבלי שהציגה ולו תקדים אחד התומך בעמדתה.

### דיון והכרעה

אין צורך להכביר מילים אודות חומרת מעשיו של המשיב, אשר ביקש פעם אחר פעם ליטול חייהם של אזרחים תמימים. המשיב תכנן את צעדיו, ניצל כל שעת כושר שנקרתה בפניו, ועשה כל שביכולתו על מנת לרצוח את קורבנותיו. לא ניתן להישאר אדישים לנוכח הפגיעות אותן גרם לקורבנותיו, במיוחד כאשר אלה מלווים את הקורבנות עד עצם היום הזה. לא זו אף זו, כי נחרדנו למקרא העובדה כי יד המקרה זימנה שהמשיב פגע פעמיים באותו אדם, בהפרש של פחות מחודש.

לנוכח האמור, מתחייבת המסקנה הברורה מאליה כי ראוי המשיב לעונש מאסר משמעותי ביותר. זו הייתה דעתו של בית משפט קמא וכך הוא נהג כשהטיל על המשיב עונש מאסר ממושך.

כאן המקום לדחות את בקשת הסנגור להשוות בין עניינו של המשיב לבין זה של חברו בלאל. לא ניתן להשוות כלל בין מעשיהם, כאשר גם אם נלך לשיטתו של הסנגור, נבדל עניינו של המשיב בכך שנטל חלק באירועי דקירה נוספים. לא זו אף זו, כי ניכר שהמשיב היה הרוח החיה מאחורי העבירות, בעוד חברו היה מהוסס יותר כאשר בהזדמנות אחת מנע תקיפתו של ילד ובהזדמנות אחרת נטש את הזירה.

לנוכח האמור, אין מנוס מן המסקנה כי מתגמדות נסיבות הקולא שפורטו על ידי הסנגור, ביניהן הודאת המשיב וחרטתו, ואין בהן כדי להביא להקלה בעונשו של המשיב.

התוצאה מתבקשת, על כן, הינה כי יש לדחות את ערעור הסנגוריה.

מכאן לערעור התביעה.

שאלת השיקולים הראויים להישקל בבוא בית המשפט להטיל על נאשם את העונש המקסימלי הקבוע לצד עבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה (להוציא עונש מוות אשר הטלתו אינה נהוגה באזור ואף התביעה אינה עותרת לו), נדונה לא פעם על ידי בית משפט זה. בית משפט קמא התייחס בפסק דינו להלכת נופל הנ"ל, שם עמד בית המשפט על השיקולים הרלוונטיים לענישה. מפאת חשיבותם נביא את דברי ביהמ"ש בהלכה זו כלשונם:

**"מבלי להתיימר ולקבוע רשימה סגורה של מקרים בהם תצדיק חומרת העבירה עונש של מאסר עולם, דומה כי ניתן להצביע על מספר נסיבות אשר יש בהן להביא עבירה זו של ניסיון לגרימת מוות בכוונה לסף החומרה המצדיק בחינת שימוש בעונש זה.**

**כאמור, מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת, תהווה, ברגיל, מדד ראוי לבחינת חומרת העבירה. ככלל, מי שאחז באמצעים המתאימים לגרום מוות ועשה אותם מעשים אשר יש בהם לגרום לתוצאה זו, מעשים אשר לאחריהם אין עוד לעושה כל אפשרות להשפיע על התוצאה, עשוי להביא את עניינו בגדר אותם מקרים המצדיקים שימוש בעונש מאסר העולם.**

**ודוק; מידת הקרבה להשלמת העבירה עניינה בקרבת המעשים לאלה הנדרשים לצורך גרימת המוות, ולא בקרבת התוצאה לזו הנגרמת בעבירה המושלמת - אשר אין ליתן לה אלא משקל מוגבל בלבד. במסגרת זו, יביא ביהמ"ש בחשבון, בין היתר, שיקולים כגון: האמצעים בהם השתמש המנסה (נשק תקני, נשק מאולתר, נשק קר וכד'), המרחק בין המנסה לקורבנו, תנאי סביבה (אור, חושך וכד') ועוד. מובן כי מקום בו עלה בידי אדם אף לפצוע את קורבנו, יהיה בכך ללמד עד כמה היו מעשיו מתאימים לביצוע העבירה המושלמת. אמור מעתה; קרבת התוצאה עשויה להיות בעלת משקל, לא בעומדה בפני עצמה, אלא לצורך הערכת חומרת ההתנהגות ומידת הסכנה הפוטנציאלית אשר היתה גלומה בה...**

מקרים נוספים בהם נכון יהיה לשקול עונש כאמור, אף בהיעדר פגיעה כלשהי, יהיו מקרים בהם נעשה מספר רב של ניסיונות לקטול חיי אדם (כגון: שורה ארוכה של פיגועים), או מקום בו נעשה ניסיון בודד לקטול חיי רבים (כגון: פיגוע התאבדות...).

עוד יביא ביהמ"ש בחשבון שיקוליו לא רק את התוצאה אשר קיווה המנסה להשיג, אלא אף את האופן בו התכוון להשיג תוצאה זו ואת יעד הפיגוע. במסגרת זו, ניתן יהיה לשקול עונש של מאסר עולם באותם מקרים בהם כרוכה מידה רבה של אכזריות באמצעים בהם השתמש המנסה (כגון: מטען המכיל רסס או אמצעים אחרים המיועדים להחמיר את מידת הפגיעה בקורבנות ואת סבלם), או כשהאכזריות נעוצה בזהות הקורבנות (כגון: פיגוע המכוון לפגוע בילדים).

לבסוף, שיקול מרכזי נוסף אשר יהיה על ביהמ"ש לשקול, נוגע להיקפה של התופעה העבריינית המתגלה לעיניו. ככל שמתברר כי סוג מסוים של עבריינות, או דרך ביצוע המעשה העברייני, הפך נפוץ, וככל שמתעורר צורך דחוף למגר תופעה מסוימת, או למצער לפעול לצמצומה, אזי ניתן יהיה לשקול מיצוי סמכות הענישה, אף אם קודם לכן לא היה מקום לכך, בבחינת "עת לעשות לה" (עניין נופל לעיל).

אף אנו נדרשנו שוב לאחרונה לסוגיה זו בעניין [ע' 1097+1168/09 סאיס נ' התוב"ץ](#). שם עמדנו על ייחודיות המאבק בטרור המצדיק נקיטה בנורמות ענישה השונות מאלה הקבועות בדין הפלילי הישראלי, כגון בעניין הענישה הראויה בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה. עוד ניתחנו את הרציונאלים השונים לענישה בעבירת ניסיון תוך הדגשה כי קיימים שני היבטים המתמודדים זה מול זה. הראשון, הנותן את הבכורה לכוונת העושה וזהות מידת אשמו המוסרי בין אם הושגה התוצאה המבוקשת ובין אם נסיבות חיצוניות מנעו את התרחשותה (גישה סובייקטיביסטית). השני, הנותן משקל מכריע לתוצאות המעשה ולמידת הפגיעה שנגרמה לפרט ולציבור כתוצאה ממנו (גישה אובייקטיביסטית).

באופן אחר, ניתן לומר באופן כוללני כי שיקולי הענישה המבקשים לבטא מניעת סיכון והרתעה נועדו להדגיש את כוונת העושה, בעוד שיקולי גמול מבליטים את תוצאות המעשה.

דומני כי בהלכת נופל שם בית המשפט את הדגש על ההיבט הראשון, בקובעו:

**"כבר הבענו דעתנו, לא אחת, כי מקום בו עושה עברייני כל שביכולתו על-מנת להוציא כוונתו אל הפועל, אין ליתן לתוצאה משקל מכריע ... בעניין "קודסי" ... אף מתחנו ביקורת על הגישה הנותנת משקל נכבד לתוצאת המעשה העברייני, באומרנו כי -**

**"השניים, המבצע והמנסה, עשו כל שביכולתם על מנת להוציא כוונתם הפלילית אל הפועל, ואין לראות בשל מה יזכה המנסה**

**להתחשבות כה ניכרת בעונשו. לו הייתה תוצאת המעשה  
העברייני תלויה ברצונו של העבריין או במעשיו, אזי היה טעם  
והיגיון בהבחנה זו. משאין הדברים כך, מתקשים אנו להשלים עם  
גישה הרואה במזל ובגורל חזות הכל."**

אלא שלטעמי, גישה זו אינה מעניקה את המשקל הראוי להיבט הענישה השני עליו עמדנו, ההיבט התוצאתי. זאת כאשר, לגישתי, היבט זה יכריע לעיתים רבות את מידת עונשו של העבריין. אשר על כן, לדעתי, שומה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו כנסיבה דומיננטית לענישה את תוצאות העבירה. מסקנה זו מתבקשת לנוכח מספר שיקולים מצטברים.

ראשית, הענישה צריכה לשקף גם את גודל הפגיעה שנגרמה לפרט ולכלל. ככל שנוק זה משמעותי קיים אינטרס ציבורי רב יותר לגמול לעבריין. שנית, ככל שהנוק שנגרם גדל, כך מצטמצמות האפשרויות לתקנו ובכך עולה חומרת המעשה. כן יש מקום לתת משקל למידת הפגיעה של הקורבנות. כאשר מדובר בניסיון שלא גרם לפגיעה, יוקל העונש ביחס למי שהסב נזק רב או אפילו גרם למוות. שלישית, בתפיסה המודרנית בית המשפט אינו משמש פה רק לאינטרס ציבורי ערטילאי, אלא אף לקורבן העבירה. בעניין זה מהווה הענישה חלק מהחווה החברתי במסגרתו מסרו אזרחי המדינה את חירויותיהם לגמול על מעשה עוולה שנגרם להם לריבון. ענישה המבטאת את מידת הפגיעה אף מהווה מעין "סגירת מעגל" עבור קורבן העבירה. על כל אלה יש להוסיף, כי זהו תפקידו של בית המשפט לא רק לשקול את האשם המוסרי של מבצע העבירה, אלא אף לערוך שיפוט חברתי-מוסרי בהתאם לאינטרסים אשר הציבור מבקש להגן עליהם. מנקודת מבט זו, ככל שהפגיעה באינטרס זה רבה יותר כך תגדל הענישה.

כל אלה מגולמים בדין הפלילי הנוהג השם לנגד עיניו כנסיבה דומיננטית לענישה את תוצאות העבירה. ואכן לא נחדש דבר אם נציין כי עונשו של אדם אשר ביצע עבירת אלימות שגרמה לפגיעה קשה יהיה חמור לאין ערוך מעונשו של מי שמעשיו נותרו ללא תוצאה. על יסוד זה, במספר שיטות משפט אף נקבעה ענישה מיוחדת לעבירות רצח, בעוד הענישה של המנסה לרצוח נמוכה יותר (ראה בדין הישראלי [סעיף 305 לחוק העונשין](#), תשל"ז – 1977, ובמשפט האמריקאי סימן 5.05 ל-model penal code).

על רקע זה יש, לטעמי, להותיר גם באזור אבחנה ברורה בין המקרים בהם השתכללה העבירה לידי קטילת אדם לבין מצב בו נותרה בגדר ניסיון בלבד.

אשר על כן, הגם שאינני חולק על עיקר קביעותיו של בית המשפט בעניין **נופל יש**, לטעמי, להותיר את השימוש בעונש מאסר בלתי קצוב למקרים מיוחדים בחומרתם. כך קבעתי בעבר בעניין **אבו דאוד**:

**"לא אסתיר את עמדתי כי הגם שישנה הצדקה להטלת עונש מאסר עולם גם בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה כקביעת המחוקק באזור, יש לייחד ענישה זו למקרים המתאפיינים בחומרה מיוחדת נוספת לזו הטמונה דרך כלל**



**בעבירה מסוג זה, בין אם בריבוי מעשים ובין אם בקרבה להשגת התוצאה" (צ')**

[1625/07](#) התוב"ץ נ' אבו-דאוד [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 08 (32) 713].

לשיטתי, ניתן למצוא את החומרה המיוחדת האמורה בעיקר במספר הקורבנות הפוטנציאליים, דוגמת פיגועי התאבדות או "אל חזור", אשר מעצם טיבם נועדו לגרום הרג וחבלה נרחבים ככל שניתן, ובפועל אף מביאים למותם ולפציעתם של קורבנות רבים.

עם זאת, אין לשלול אף את האפשרות להטיל מאסר עולם מקום בו נעשה שימוש באמצעים ייחודיים או תוך גילוי אכזריות מיוחדת. על כך ניתן להוסיף אף התייחסות לזהות הקורבן. עם זאת, לא הייתי כולל את ריבוי הניסיונות בלבד כנסיבה מיוחדת לחומרה אשר תצדיק קפיצת מדרגה בענישה, ככל שניסיונות אלה אינם מגלים בפני עצמם נסיבות ייחודיות.

על יסוד האמור, התלבטתי לא מעט מה העונש הראוי למשיב. כאמור, המשיב מונע משנאה לאומית אשר הביאה אותו לנסות פעם אחר פעם לרצוח אזרחים ישראלים באשר הם. המשיב לא בחל בדקירת נער בן 14 מספר פעמים בגבו. אף אין להתעלם מכך שלמרות שהמשיב לא צלח במזימתו לגרום למותם, הוא גרם פציעות קשות אשר השאירו חותמן בגופם ובנפשם של קורבנותיו.

אולם, ואף על פי התואר לעיל, סבור אני כי חומרת מעשיו של המשיב אינם מצדיקים הטלת עונש מאסר עולם, אשר כפי שצינתי לעיל הינו בעל שוני איכותי מעונש קצוב בשנים. שלושים שנות המאסר אשר נגזרו על ידי בית משפט קמא הינם, על כן, עונש ראוי למעשים בהם הורשע המשיב, אם כי אך כפסע היה בינם ובין מעשים המצדיקים הטלת עונש מאסר עולם.

אשר על כן, לו דעתי הייתה נשמעת, הנני דוחה אף את ערעור התביעה.

**השופט אל"ם י' חניאל:****פתח דבר**

עיינתי בתשומת לב מיוחדת בפסק דינו של ידידי ורעי, השופט נ' בנישו, אולם עם כל הכבוד הראוי, אינני יכול להצטרף לדעתו. לו דעתי הייתה נשמעת, בתיק זה בכלל ובסוגיה הנדונה בפרט, הייתי בא לדחות את ערעור הסנגוריה, ולקבל מאידך את ערעור התביעה. ובאשר לעונש, סבורני כי תחת העונש אשר הושת על המשיב בבית משפט קמא, יש לגזור על המערער עונש מאסר עולם.

עוד בטרם אעסוק בסוגיה שלפנינו, ובשאלה מהי המידה העונשית הראויה למי אשר ביצע שורה של ניסיונות לגרום מוות לאדם, אינני יכול להתעלם מן התחושה כי הניתוח המשפטי אותו פרס לפנינו כבוד השופט בנישו, תוך השוואת עניינו של המשיב להלכת "נופל" (נ' איו"ש 120/02 **אשרף נופל** נ' התוב"ץ, [פורסם בנבו] להלן: "נופל"). משאיר את הרושם כי התוצאה המשפטית אליה מוליך פסק הדין שלפנינו מבקשת להתעלם מהמסגרת ההלכתית הקיימת עד עתה וכפי שנפסק

מלכתחילה, ובד בבד נוטה הוא להמליץ על קריעת נתחים מההלכה ולצמצמה עד בלי הכר, זאת ללא צורך וללא טעם נכון.

כאמור, מתוך שקילה ובחינה, השתכנעתי כי הגם שיש מקום להצטרף למסקנתו באשר לדחיית ערעור הסנגוריה, הרי ככל שנוגעים הדברים לערעור התביעה, אינני מסכים לתוצאה אליה הגיע כב' השופט נ' בנישו, לא מן הטעם העיוני ואף לא מן הטעם המעשי.

במסגרת ניתוח שיקולי הענישה הרלוונטיים לתיק זה, מצא כאמור, כב' השופט נ' בנישו טעם לדחות אף את ערעור התביעה, זאת בשל הצורך להדגיש שיקולי גמול המבליטים את תוצאות המעשים, קרי, את העדר המוטיב הקטלני. בהחלטתו, ביקש לקבוע כדלהלן:

**"עוד ניתחנו את הרציונאלים השונים לענישה בעבירת ניסיון תוך הדגשה כי קיימים שני היבטים המתמודדים זה מול זה. הראשון, הנותן את הבכורה לכוונת העושה וזהות מידת אשמו המוסרי בין אם הושגה התוצאה המבוקשת ובין אם נסיבות חיצוניות מנעו את התרחשותה (גישה סובייקטיביסטית). השני, הנותן משקל מכריע לתוצאות המעשה ולמידת הפגיעה שנגרמה לפרט ולציבור כתוצאה ממנו (גישה אובייקטיביסטית).**

**באופן אחר, ניתן לומר באופן כוללני כי שיקולי הענישה המבקשים לבטא מניעת סיכון והרתעה נועדו להדגיש את כוונת העושה, בעוד שיקולי גמול מבליטים את תוצאות המעשה.**

...

ראשית, הענישה צריכה לשקף גם את גודל הפגיעה שנגרמה לפרט ולכלל. ככל שנוזק זה משמעותי קיים אינטרס ציבורי רב יותר לגמול לעברייני. שנית, ככל שהנוזק שנגרם גדל, כך מצטמצמות האפשרויות לתקנו ובכך עולה חומרת המעשה. כן יש מקום לתת משקל למידת הפגיעה של הקורבנות. כאשר מדובר בניסיון שלא גרם לפגיעה, יוקל העונש ביחס למי שהסב נזק רב או אפילו גרם למוות. שלישית, בתפיסה המודרנית בית המשפט אינו משמש פה רק לאינטרס ציבורי ערטילאי, אלא אף לקורבן העבירה. בעניין זה מהווה הענישה חלק מהחווה החברתי במסגרתו מסרו אזרחי המדינה את חירויותיהם לגמול על מעשה עוולה שנגרם להם לריבון. ענישה המבטאת את מידת הפגיעה אף מהווה מעין "סגירת מעגל" עבור קורבן העבירה. על כל אלה יש להוסיף, כי זהו תפקידו של בית המשפט לא רק לשקול את האשם המוסרי של מבצע העבירה, אלא אף לערוך שיפוט חברתי-מוסרי בהתאם לאינטרסים אשר הציבור מבקש להגן עליהם. מנקודת מבט זו, ככל שהפגיעה באינטרס זה רבה יותר כך תגדל הענישה."

**המזל והגורל ומה שביניהם**

הסוגיה אשר בה עסק כבי' השופט נ' בנישו, כמתואר לעיל, איננה סוגיה חדשה. כבר בע' איו"ש [128/02 מחמוד קודסי נ' התוב"ץ](#), [פורסם בבנו] מתח בימ"ש זה ביקורת על הגישה הנותנת משקל מיוחד לתוצאת המעשה העברייני ושם נאמר:

**"השניים, המבצע והמנסה, עשו כל שביכולתם על מנת להוציא כוונתם הפלילית אל הפועל, ואין לראות בשל מה יזכה המנסה להתחשבות כה ניכרת בעונשו. לו הייתה תוצאת המעשה העברייני תלויה ברצונו של העברייני או במעשיו, אזי היה טעם והיגיון בהבחנה זו. משאין הדברים כך, מתקשים אנו להשלים עם גישה הרואה במזל ובגורל חזות הכל."**

גם בע' איו"ש [36+147/02 כפאח עארדה ואח' נ' התוב"ץ](#), [פורסם בבנו] שב ביהמ"ש וניתח את סוגית הענישה בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, כהאי לישנא:

**"לא אחת נשמעת הטענה כי הגם שמבצעי פיגועי הירי מתכוונים ליטול חיים, הרי שבאותם מקרים בהם לא עלה בידם לממש זממם, על ביהמ"ש ליתן משקל מרכזי לתוצאות הפיגוע."**

**טענה זו, אסור לה שתתקבל. עבירת הניסיון, מטבע הדברים, באה להעניש את המנסה לא על שום תוצאות מעשיו, שהרי לא עלה בידו להוציא כוונתו אל הפועל, אלא דווקא על כוונתו. ברי, כי אין דומה מי שיצא לבצע פיגוע ירי ולא עלה בידו לאתר יעד מתאים, לזה שמצא יעד כאמור ואף פתח באש לעברו, אך לא עלה בידו לפגוע בו. יחד עם זאת, זה כמו זה חמורים הם במידה דומה, בשל עצם הנכונות לקום וליטול חיי אדם."**

שני פסקי דין אלו ואחרים נוספים, אף צוטטו בפסק דין נופל אגב הבאת עמדתו של המלומד פלר, אשר התייחס בספרו [\(יסודות דיני עונשין\)](#), כרך ב' (1987, עמ' 61) לשיקולים המחייבים את ענישת המנסה לבצע עבירה תוך השוואה עניינו למי אשר ביצע עבירה בפועל:

**"הניסיון לבצע עבירה הוא, מבחינת העושה, השלב בו הוא כבר התחיל ועומד להגשים את מזימתו עד תומה, אלא שמסיבות בלתי רצויות לו, לא עלה הדבר בידו. מצב זה מעיד על מחשבה פלילית מגובשת סופית ואיתנה לא פחות מאשר במקרה בו העושה היה מספיק או מצליח להשלים את העבירה, אלמלא פועלן של אותן סיבות; משקל המקרים בהם עושה כאמור מתחרט ומוותר, מתוך חפץ ליבו, על השלמת העבירה, הוא חסר כל משמעות;**

**אדם שלא הספיק או לא הצליח להגשים את מזימתו עשוי לחזור לסדרו אף למוד לקח הכישלון, כך שהוא טעון טיפול שיסיר את הסכנה של הישנות התנהגות נפשית;**

**בניסיון גלומה מידה של אנטי-חברתיות שאיננה נופלת מזו הטמונה בעבירה המושלמת, שהעושה שאף לבצעה ונכשל בכך רק בשל סיבות בלתי רצויות לו;**

הניסיון מתבטא בהתנהגות אשר, כשלעצמה, כבר טומנת בחובה סכנה ישירה לערך החברתי המוגן על – ידי איסור העבירה המושלמת, בכך שהתנהגות זו היא חלק ממשי מתוך עבירה זו...

הניסיון לבצע עבירה פוגע, לא פחות מאשר ביצועה המושלם, בהרגשת האמון של הציבור בביטחון הערכים החברתיים המוגנים בדיני העונשין, הרגשה שהיא, כשלעצמה, חלק אינטגרלי מן הערכים האלה וטעונה הגנה בדינים אלה;

הניסיון מתבטא במהלך המצריך סמכות להתערב ולמנוע בעוד מועד את הגרוע יותר ואת המוגמר שאינו עוד ניתן לתיקון, מבלי שהעושה יוכל לטעון כי כל עוד הוא לא השלים את ביצוע העבירה, עדיין הוא מתנהג בגדר המותר.

שיקולים אלה מצדיקים ומצריכים, מכל הבחינות, ענישה כללית של הניסיון לעבור עבירה פלילי.

A. גם המלומדים אנוך ומרמור מחזיקים בדעתו של המלומד פלר. במאמרם אשר התפרסם ב: A. Marmor & D. Enoch A Case Against Moral Luck *USC Law and Public Policy Research Paper No. 3-23*.

מבקשים המלומדים הנכבדים לקבוע כי:

*"Is a person morally responsible for how things turned out as a consequence of his action? And more specifically: Can there be two cases alike in all respects except actual consequences, where nevertheless a differential judgment of moral responsibility is called for? According to the condition of control, the answer to this second question is 'no'. The scope of moral responsibility depends on how foreseeable, probable, or likely the consequence was, given the relevant information available to the agent at the time of action, that is, ex ante". (p. 8).*

לדעתם, לעולם לא יכולה התוצאה להשפיע על מידת האשם המוסרי של אדם. אשמו המוסרי נקבע רק על פי מה שהיה ידוע לנאשם לפני ביצוע המעשה ולפי מה שהיה בשליטתו. מכיון שבניסיון המושלם התוצאה אינה בשליטתו של הנאשם, אין היא יכולה להשפיע על אשמו. לפיכך, גם לא נוכל להצדיק אין מוצדק פער ענישתי בינו ובין מי שביצע עבירה מושלמת.

למרות האמור, המלומדים אנוך ומרמור מסכימים שעשויים להיות שיקולים מדרגה שניה אשר יצדיקו פער ענישתי. אולם, הם מדגישים ששיקולים אלה אינם נוגעים לאשם. דוגמה המובאת במאמר להצדקת פער ענישתי בין הניסיון המושלם לעבירה המוגמרת היא, כי התוצאה עשויה

להוות אינדיקציה ראייתית ליסוד הנפשי של הנאשם. הדוגמה המובאת היא של שני נהגים רשלנים. אחד הרג הולך רגל והשני לא. בעולם המציאות לא ניתן להוכיח כי מידת רשלנותם הייתה זהה. לפיכך, העובדה כי אחד דרס אדם למוות מהווה אינדיקציה ראייתית לכך שהיה רשלן, או כי לכל הפחות היה יותר רשלן מהנהג השני אשר לא דרס איש.

לא רק במישור העיוני השאירו דברי המלומדים פלר, אנוך ומרמור את רישומם, שכן בהתייחס למידת העונש הראוי למי שאך ניסה לעבור עבירה, קבע המלומד פלר (שם, בעמ' 176) כדלהלן:

**"לא היינו מייחדים לניסיון מעמד נורמטיבי מפורש של עילה להפחתת העונש בהשוואה לעונש על העבירה המושלמת, ולו אף כעילת רשות בלבד. זאת, משום שמבחינת מהותו הפלילית והפנולוגית, אין בניסיון, כשלעצמו יסודות לכך; העובדה שהעושה לא הצליח או לא הספיק לממש את מזימתו, איננה יכולה להשתלב בין נסיבות מקלות כגון מניע או מטרה חיוביים שהביאו אדם לדבר עבירה, עברו הנקי, מאמץ לתקן את הנזק שנגרם בעבירה, נסיבות חיים קשות שהעושה משתדל להתגבר עליהן, ויוצא באלה."**

אין כל ספק כי בנסיבות הקיימות, יש בכל האמור לעיל טעם רב בקבלת ערעורה של התביעה הצבאית דווקא. לא יכולה להיות כל מחלוקת כי גם על פי דעתי של כבי' השופט בנישו "זהו תפקידו של ביהמ"ש... לערוך שיפוט חברתי – מוסרי בהתאם לנסיבות אשר הציבור מבקש להגן עליהן". הציבור דורש הגנה ובמסגרת השיפוט "החברתי – מוסרי" מבקשת החברה הישראלית כי "חפצת חיים היא" שביהמ"ש יחמיר מאוד עם מי שהסב נזק כה רב לאדם או עם מי שכוונתו הייתה לגרום למותו של אדם. הציבור מבקש, דורש ומייחל כי "ככל שהפגיעה באינטרס (הערכים החברתיים המוגנים ביותר, קדושת החיים) רבה יותר כן תגדל הענישה".

### השיקולים הציבוריים אל מול השיקולים הפרטיים

לא רק בשל הטעם דלעיל, הייתי בא לקבל את ערעור התביעה. אלא, דומה כי כרוך בכך טעם נוסף, חשוב לא פחות. כבר בפתח עניין זה, מבקש אני להזכיר כי נקודת המוצא לענישה בעבירות הטרור בשנים האחרונות נקבעה כבר בעבר, על יסוד השימוש ב"ארגז כלים" שיפוטי מיוחד. על כך אמרנו בפסק דין נופל:

**"ההתמודדות בחזית הטרור, מחייבת שימוש בכלים מיוחדים וחמורים מאלה, המספיקים להתמודדות עם עבירות פליליות אחרות. עבריינות אידיאולוגית, דוגמת זו שידענו בשנים האחרונות, מסכנת את שלום הציבור ואת בטחונו, לא רק בשל היקפה ונחישותה, אלא בעיקר בשל תוצאותיה האיומות. כאן אין מדובר בעבריינות הפוגעת אך באיכות החיים של האוכלוסייה, אלא בעצם הזכות לחיים."**

בכך ביקשנו להדגיש, כי הכלים הפליליים הרגילים התגלו במספר לא מבוטל של תיקים כבלתי מתאימים להתמודדות משפטית ראויה בחזית הטרור. כך גם מצא את עצמו בית המשפט העליון,

כשביקש להתמודד עם מכת מדינה, ובשורה של עבירות חמורות המחייבות טיפול מתאים. הדגיש זאת השופט קדמי בע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד מט (3) 1 כדלהלן:

**"עונש מרבי הקבוע בחוק נועד ליישום הלכה למעשה, ואין לראות בו לא 'מס שפתיים' ולא 'מושג מופשט' מעולם הערכים. לשיטתי, במקרים מסוג זה תקרת העונש שקובע המחוקק צריה להיות 'נקודת המוצא', ממנה יוצא בית המשפט לדרך הקשה של קביעת העונש ההולם את המקרה שלפניו; ואין להתייחס אליה כאל 'נקודת סיום', אותה רואים ואליה אין מגיעים. הותרת עונש מרבי בגדר 'הלכה ואין מורין כן', עומדת בניגוד להנחייתו המפורשת של המחוקק; ונוטלת מידה לא מבוטלת מכוחו לשמש גורם מוקיע, מתריע ומרתיע. אכן, הטלת עונש מרבי אינה מעשה של יום-יום, ומוסכם על הכל שעונש זה מיועד לגילויים החמורים ביותר של העבירה שלצדה הוא נקבע. יחד עם זאת, אין המדובר במעשים חמורים 'שמעבר לדמיון', אלא בכאלה המתרחשים בפועל, ותפקידו של ביהמ"ש לזהותם ולנהוג באחראים להם במלוא חומרת הדין."**

אמנם, לעולם תהיה הענישה אינדיבידואלית ותביא בחשבון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, אולם, כך ביקשנו, ליישם את מושגי היסוד האמורים לעיל כפרקטיקה משפטית, ולא להותירה כ"מס שפתיים" בלבד.

על רקע הדברים דלעיל, על רקע המציאות הבטחונית המיוחדת השוררת באזור, ביקש בית המשפט בהלכת נופל לקבוע נורמת ענישה, אשר תשלול את חירותו של אדם, שלילה מוחלטת גם למי אשר הורשע בעבירות ניסיון לגרימת מוות. אגב כך כינס ביהמ"ש את השיקולים כולם ובחן אחת לאחת את המסגרת הראויה לשימוש בעונש חמור שכזה. אגב כך וכבר בפתח הדברים קבע ביהמ"ש כי מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת תשמש מדד ראוי לבחינת חומרת העבירה. על כך אמר ביהמ"ש בנופל:

**"ככלל, מי שאחז באמצעים המתאימים לגרום מוות ועשה אותם מעשים אשר יש בהם לגרום לתוצאה זו, מעשים אשר לאחריהם אין עוד לעושה כל אפשרות להשפיע על התוצאה, עשוי להביא את עניינו בגדר אותם מקרים המצדיקים שימוש בעונש מאסר העולם. ודוק; מידת הקרבה להשלמת העבירה עניינה בקרבת המעשים לאלה הנדרשים לצורך גרימת המוות ולא בקרבת התוצאה לזו הנגרמת בעבירה המושלמת – אשר אין ליתן לה אלא משקל מוגבל בלבד."**

ובהמשך הדגיש ביהמ"ש כי:

**"כבר הבענו דעתנו, לא אחת, כי מקום בו עושה עברייני כל שביכולתו על-מנת להוציא כוונתו אל הפועל, אין ליתן לתוצאה משקל מכריע."**

פעם אחר פעם משנדרש לכך גם ביהמ"ש העליון, חזר על הצורך בהעדפת השיקולים הציבוריים על פני היעד השיקומי, למי שלא הגיע לכלל השלמת המעשה העברייני. הנה מה שאמר ביהמ"ש העליון בע"פ 1789/03 פלוני נ' מדינת ישראל נח (4) 420, עמוד 430-429:

**"למרבה הצער, נתרבו בשנים האחרונות בישראל ואף מחוצה לה הפיגועים המופנים נגד יהודים, ועל – כן יפים הדברים גם לעת הזו ואף ביתר שאת. אכן, כיום אין המבצעים מסתפקים עוד בסכינים ובבקבוקי תבערה, ואנו עדים לשיטות חדשות של טרור, ובהן פצצות – אדם ומכוניות תופת, שאף בהן מעורבים קטינים לא אחת. שיטות חדשות אלה מיועדות להעצים את ממדי הרצח וההרג, ובצדן מעורבים קטינים לא אחת. שיטות חדשות אלה מיועדות להעצים את ממדי הרצח וההרג, ובצדן נמשכים גם מעשי פיגוע בשיטות שנקטו המערערים שבפנינו, קרי דקירות סכין, הצתות והשלכת בקבוקי תבערה. במציאות חיים קשה זו אין מנוס מלהתמיד בהעדפת יעדים של גמול והרתעה על פני היעד השיקומי, ככל שענייננו בעבירות המבוצעות על רקע לאומני."**

אין לי צל של ספק כי מציאות החיים הקשה שנכפתה על הציבור בשנים האחרונות, ודאי הייתה לנגד עיניו של ביהמ"ש שעה שהחליט את אשר החליט. אולם, כך סבור אני, בהכרעה בין השיקולים ובהעדפת מי מהם, הרחיק לכת ביהמ"ש בהעדפת שיקולים פרטיים על פני שיקולים ציבוריים. מוסכם על הכל, כי הטלת עונש מרבי אינו מעשה של יום ויום ודווקא בשל כך סבור אני כי גם יהא על חבריי להסכים שעונש זה מיועדים לגילויים החמורים ביותר של העבירה שלצידה הוא נקבע.

### מן הכלל אל הפרט

כבר קבענו לעיל כי לעולם תהיה הענישה אינדיבידואלית ותביא בחשבון את מכלול נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. יחד עם זאת, לא אוכל להצטרף לאלו המתעלמים מהצורך לענוש באופן חמור ומרתיע את מי הגלומה בו מידה של אנטי-חברתיות בולטת ולא אוכל להצטרף לדעתם של אלו המתעלמים מהצורך ב"ארגז כלים" שיפוטי מיוחד בתקופה הנוכחית.

המשיב תכנן יחד עם חברו לרצוח יהודי. את החלטתם האידיאולוגית ביקשו השניים לבצע אגב שימוש בסכין, וכשהם מצוידים כאמור בסכינים יצאו לבצע את מזימתם בשכונת שיח ג'ראח בירושלים. על פי כתב האישום, הוציאו המשיב וחברו מן הכוח אל הפועל את מזימתם, כשבפעם הראשונה דקר המשיב את הנער ישי נחמן, כבן 14, מספר פעמים. גם בשלושת הפעמים הנוספות חזר המשיב על הדקירות והשימוש בסכין, פעם דקר בבטנו, של מי שהמתין בתחנת האוטובוס, פעם דקרו בצווארו ואילו בפעם האחרונה אף נותרה הסכין נעוצה בצווארו של הקורבן, לאחר שהמשיב נס מהמקום.

הגם כי לכלל השלמת המעשה העברייני לא הגיע המשיב, יחד עם זאת מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת הייתה גבוהה ביותר. הדקירה והפגיעה באיברים חיוניים מעידה כמאה עדים

כי ביקש המשיב להוציא את כוונתו הפלילית אל הפועל. אינני מציין עובדה זו על רקע אשמתו של המשיב אלא אך ורק לנוכח העונש הראוי לו.

דומני, כי במקרה שלפנינו קיימת חומרה נוספת אשר איננה קיימת במי שיצא לבצע פיגוע ירי. חומרת המקרה שלפנינו מתאפיינת בשימוש בסכין, בנעיצת הסכין בבטנו של הקורבן שעה שעניי הדוקר נפגשות עם קורבנו פנים אל פנים. החומרה מתבטאת ביתר שאת ב"שחיתת" הקורבן תוך העברת סכין יפנית על צווארו. מפגש זה איננו קיים במי שיצא לבצע פיגוע ירי. הוא אף איננו קיים במי אשר בחר לבצע פיגוע רב נפגעים, אשר כל מה שנדרש ממנו הוא ללחוץ ולהפעיל את מתג ההפעלה. כאן חזר המשיב פעם אחר פעם וקם ליטול חיי אדם שעה שהוא מוציא מן הכוח אל הפועל את כוונותיו, אגב התנהגות עבריינית אשר הציבור סולד ממנה ומבקש להגן עליה כערך חברתי עליון מן המעלה הראשונה.

גם בחירת הקורבן איננה מקרית, לדעתי. המשיב בחר להתעמת עם צעירים, תוך תקווה, כי דרכם תסלל כוונתו להשלים את המזימה עד תומה. אמנם בפעם הראשונה, כך על פי כתב האישום, שחרר המשיב צעיר חרדי לאחר שבעט בו, אולם שחרור זה אין בדעתי לייחס למשיב דווקא, אלא לחברו שהיה עימו אשר ביקש והתחנן על כך.

לא יכולה להיות כל מחלוקת כי הפגיעה בקורבנות הייתה פגיעה אנושה וכי בלא עזרה רפואית מיידית ודאי היה מצליח המשיב במזימתו. כך או כך, גם לאחר הטיפול הרפואי המסור שקיבלו הקורבנות הם נותרו פגועים גופנית ונפשית, פגיעות אשר השיקולים הציבוריים אינם יכולים להתעלם מהם.

בהחלטתו ביקש כב' השופט בנישו "לערוך שיפוט חברתי – מוסרי בהתאם לאינטרסים אשר הציבור מבקש להגן עליהם". דומני כי הפגיעה באינטרסים הציבוריים כפי שהוסבר לעיל, הינה פגיעה גבוהה במעלה ועל כן יהיה צורך להביא זאת לכדי ביטוי בענישה חמורה. על רקע האמור לעיל דומני כי גם הצורך לכאורה בהותרת אבחנה ברורה בין המקרים בהם השתכללה העבירה לידי קטילת אדם לבין מצב בו נותרה בגדר ניסיון בלבד, אין בה ממש וכי ניתן לבחון עניינים אלו על פי השיקולים הקשורים באשם המוסרי הטמון בניסיון, ללא תלות בתוצאת המעשים.

אינני יכול שלא לחלוק על דעת חברי אשר קבע בשולי פסק דינו כי: "עם זאת, לא הייתי כולל את ריבוי הניסיונות בלבד כנסיבה מיוחדת לחומרה אשר תצדיק קפיצת מדרגה בענישה, ככל שניסיונות אינם מגלים בפני עצמם נסיבות ייחודיות". סבור אני כי אין קביעה זו עולה בקנה אחד עם הלכת "נופל" וככל שעוסקים אנו במעשים אשר יש בהם ניסיון לפגוע בחיי אחרים, הרי יש בריבוי הניסיונות כנסיבה מיוחדת לחומרה אשר ודאי תצדיק קפיצת מדרגה בענישה. אין בכונתי לקבוע את הקריטריונים והמבחנים אשר יביאו לקפיצת המדרגה האמורה, אולם לדעתי מי אשר נתפס כעוסק בכך באופן שיטתי ואידיאולוגי, לא יוכל ביהמ"ש להתעלם מהצורך בשימוש בארגז הכלים השיפוטי, אשר נועד, לצורך ההתמודדות במי אשר מסכן את שלום הציבור ואת ביטחונו באופן כה קשה.



אין ספק כי בסופו של יום אין ביהמ"ש יכול להתעלם מן החומרה הלא מבוטלת של עונש המאסר שגזר בימ"ש קמא על המשיב. אם ישלים המשיב עונש זה במשך מירב חייו הבוגרים, ייתכן כי יהיה בכך מאסר הדומה למאסר עולם. כבר אמרנו לא פעם כי בסופו של דבר, עונש מאסר העולם הוא עונש חריג, מסוג אחר, אשר לא ניתן לכמת אותו, ומידתו אינה שווה לכל נפש. גם קבענו בפסקי הדין כי עם הטלת עונש מאסר עולם, ייתכן ונטלת מהנאשם את התקווה להשתחרר מן הכלא.

יחד עם זאת, פעמים, לא תימצא כל הלימה בין מעשיו החמורים של הנאשם והפוטנציאל המסוכן הטמון בו לעונש הקצוב בשנים. ועל כן, קבענו כבר בפסיקה הרלוונטית, הן בפסק דין **נופל** והן בפסקי הדין שבאו לאחריו, שורה של תנאים והסתייגויות רלוונטיים אשר יש בהם כדי לסייע לביהמ"ש לפסוק את פסיקתו ולבוא להכרעה המתבקשת ממנו. כאן המקום לציין כי בבואי להכריע בדבר העונש הראוי למשיב, הבאתי בחשבון כלום יהא נכון להתערב בפסיקתה של הערכאה קמא לנוכח העונש שהשיתה על המשיב או שמא שגתה הערכאה קמא באופן בולט המחייב את התערבותו של בימ"ש זה.

במקרה שלפנינו, ניסיון החיים והשכל הישר אשר עימי, מדריכים אותי להעדיף את השיקולים הציבוריים דווקא, ולבכרם על פני השיקולים הפרטיים. לאחר התלבטות, הגעתי לכלל מסקנה, כי אין בעונש שהושת על המשיב כדי להלום את מעשיו. לדעתי, מן הראוי לבחון את מעשי המשיב באספקלריה רחבה, אגב שימת לב להיבטים הנובעים ממעשיו העבריינים, בלא העדפת שיקולי ה"גמול" הנקשרים כביכול לתוצאות העבירות שביצע.

אם ביקש ביהמ"ש "לגמול למשיב" על כך שמעשיו לא השתכללו לכדי העבירה המושלמת, הרי כי טעה במקרה זה. הקורבנות אשר נשאר עימנו אמנם מודים לבורא עולם כי נותרו ליהנות מבריאתו ולהשלים את תפקידם עלי אדמות. ברם בל נשכח כי כל דקה ודקה, כל שעה ושעה, רגע ורגע, יוסיפו קורבנותיו של המשיב להתענות, להתייסר ולסבול וכל גמול לא יוכל להיכנס לנעלי השיקולים הצריכים בעניין זה. מצאתי להדגיש כי גם החרטה שהביע המשיב לא תוכל לעמוד כנגד הצורך לפנות לשיקולים הציבוריים דווקא ולהחמיר בעונשו של המשיב.

לנוכח כל הנ"ל, לו דעתי תישמע, יהא על המשיב לרצות עונש מאסר עולם בשל המעשים בהם הורשע בתיק זה.

### **השופט סא"ל ש' כוכב:**

ביהמ"ש הצבאי באזור מוסמך לגזור מאסר עולם בגין עבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה. כך מבחינת הסמכות. מבחינת שיקול הדעת, ראוי כי מאסר עולם ייגזר רק במקרים החמורים במיוחד של הניסיונות לגרימת מוות. זו דעתי, ודומני כי זו גם ההלכה הנוהגת כאן. כמקרים חמורים במיוחד שכאלו, ניתן למנות לדוגמה מעשים שנעשו באכזריות מיוחדת, או כלפי חסרי ישע, או כלפי קבוצת קורבנות, להבדיל מקורבן יחיד, בין בפיגוע אחד שנועד להיות המוני, ובין

בריבוי ניסיונות כלפי קורבנות בודדים (בעניין זה דעתי שונה מדעת חברי המשנה לנשיא), והרשימה אינה סגורה. באשר לשאלה האם הקירבה-להגשמת-העבירה מצדיקה **כשלעצמה**, כנסיבה **יחידה** לחומרה, הטלת מאסר עולם, די לי לציין כי גם בהלכת **נופל** לא נקבע כי הקירבה-להגשמת-העבירה מחייבת כשלעצמה הטלת מאסר עולם, אלא אך מצדיקה בחינה ושקילה של עונש זה במקרים המתאימים. עד כאן מבחינת הכלל, וכעת ליישום במקרה שלפנינו.

במקרה שלפנינו נצטרפו להם מספר יסודות לחומרה, כפי שתיארו גם חבריי להרכב. **א.** מדובר ב-4 ניסיונות שונים ונפרדים. **ב.** מעשים מתוכננים מראש, בשיקול דעת ובדם קר. **ג.** דקירה בחלקי גוף רגישים: צוואר, בטן וגב. בהמשך לכך, פציעות קשות לקורבנות, הן פיזיות והן נפשיות. **ד.** אחד הקורבנות – נער כבן 14.

למעשה לפנינו מקרה מחריד של מחבל – מרטש האוחז בסכין ומשסף שוב ושוב את קורבנותיו, שופך את דם, ובו בזמן פוער בנפשם ובאמון שלהם כלפי המציאות והאדם – חורים שחורים ונוראים. היטב הבנתי לליבו של חברי להרכב, כבי' השופט אל"ם חניאל, בגוזרו מאסר עולם. גם אני קרוב הייתי בלבי להחלטה שכזו, ואף התלבטתי בכך ימים רבים. אולם בסופו של דבר סברתי כי עם כל המזעזע שבמקרה זה, עדיין לא נחצה כאן הקו המחייב מאסר עולם, הגם שהמקרה קרוב מאוד לקו זה.

ובכן הרף למאסר עולם לא נחצה, אולם יסודות החומרה בתיק זה כה עמוקים וקשים, עד כי לטעמי העונש שנגזר בביהמ"ש קמא – אין בו די. לו תישמע דעתי, אקבל את ערעור התביעה בחלקו, ואגזור למשיב 40 שנות מאסר לריצוי בפועל מיום מעצרו.

### סוף דבר

נוכח עמדותיהם של השופטים ובהתאם לס' 99 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], תשי"ע – 2009, רואים את דעתו של השופט אל"ם י' חניאל כמצטרפת לדעתו של כבי' השופט סא"ל ש' כוכב ולפיכך מתקבל ערעור התביעה בחלקו ותחת העונש שהוטל על ידי בימ"ש קמא יהא על המערער לרצות 40 שנות מאסר מיום מעצרו.

ניתן והודע היום, 28 בדצמבר 2011, ב' בטבת התשע"ב, בנוכחות המשיב, ב"כ המשיב והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

יורם חניאל 54678313-3778/08

שופט

אב"ד

שופט

רמ"שית : מל

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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