

ע' 1097/09
ע' 1168/09

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה ושומרון

בפני הרכב: אל"ם דוד יהב -אב"ד
סא"ל נתנאל בנישו -שופט
סא"ל משה שילה -שופט

בעניין:

עלי עבד אל לטיף מצטפא סאיס - המערער (באמצעות ב"כ עו"ד לאה צמל)

נגד

התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות ב"כ סרן ג'ניה וולינסקי)

ובעניין:

התביעה הצבאית - המעררת (באמצעות ב"כ סרן ג'ניה וולינסקי)

נגד

עלי עבד אל לטיף מצטפא סאיס - המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד לאה צמל)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי שומרון (בפני כב' ההרכב בראשות סא"ל עמית פרייז וכב'

השופטים רס"ן אחסאן חלבי ורס"ן עאדל עלי)

בתיק מס' 4026/05 מיום 3/12/08

(ערעור ההגנה נדחה,

ערעור התביעה התקבל)

תאריך הישיבה: 24 במרץ 2010, ט' בניסן התש"ע.

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 54, 54א, 54](#)

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982: סע' 151](#)

מיני-רציו:

* ביהמ"ש החמיר בעונשו של הנאשם, שהורשע בניסיון להוציא לפועל פיגוע התאבדות ובעבירות
חמורות נוספות, והטיל עליו עונש מאסר עולם, ההולם את הנסיבות וכפי שהוטל גם על שותפיו.

* ראיות – הודאה – משקלה

* ראיות – חיזוק – מהותו

- * ראיות – דבר לחיזוק ראיה – חיזוק כפול
- * דיון פלילי – חקירה במשטרה – מחדלי חקירה
- * דיון פלילי – ערעור – התערבות במימצאים עובדתיים
- * דיון פלילי – פגמים בדיון – שלא גרמו לעיוות דין
- * עונשין – ענישה – מאסר עולם

המערער בעבירות של החזקת אמל"ח, סיוע לעבריינין, סחר בציוד מלחמתי, ייצור חומרים נפצים (שתי עבירות), ניסיון לגרימת מוות בכוונה, קשירת קשר לחטיפה. בגין כך הוטלו על המערער 30 שנות מאסר לריצוי בפועל ומאסר מותנה. המערער ערער על הכרעת הדין וגזר הדין והתביעה מערערת על קולת העונש ועותרת להשוות את עונשו לעונש שהוטל על שניים משותפיו, מאסר עולם.

בית המשפט הצבאי דחה את ערעור המערער, קיבל את ערעור המדינה ופסק:

הלכה פסוקה היא כי החזקת נשק כשלעצמה מהווה מעשה העלול לפגוע בביטחון האזור, ובתוך כך מקנה סמכות לביהמ"ש הצבאי לפי סעיף 10 לצו בדבר הוראות ביטחון.

אין במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכוי הנאשם אלא יש לבחון לאור חומר הראיות בכללותו האם יש במחדלים כדי לפגוע בהגנת המערער ולעורר ספק סביר באשר לאשמתו. במקרה דנן, אין בכך שגורמי החקירה לא ערכו מסדר זיהוי כדי לעורר ספק סביר באשר לאשמתו. אמנם, התנהלות התביעה בהוספת עד התביעה בשלב מאוחר של הדיון הייתה נפסדת, אולם, במקרה זה לא נגרם עיוות דין בשל כך.

בעל דין המבקש לעשות שימוש בראיה במסגרת סעיף 10א אינו חייב להזהיר את יריבו ובקשה בעניין זה יכולה לבוא אף בשלב הסיכומים.

המערער בביהמ"ש הודה בהחזקת M-16, רובה ציד ואקדח, עדות זו מהווה הודאת נאשם, על פיה ניתן להרשיע ללא צורך בתוספת ראיתית כלשהי. לפיכך, לא ניתן לקבל את הטענה כי הנשק שהחזיק לא היווה כלי נשק כהגדרתו בצו בדבר הוראות ביטחון. ניתן להוכיח קיומו של חומר נפץ ע"פ דברי העדים המעורבים במעשה העבירה, מבלי שיהיה צורך בראיות חיצוניות או עדויות מומחים. משהמערער הוא שהכין את החומרים, מצופה היה, במידה והייתה עולה טענה כי אלו אינם חומרי נפץ, כי זו תישמע מפיו אך זאת לא נעשה.

הלכה היא כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצא עובדתי שנקבע ע"י הערכאה הדיונית, בייחוד כשזה נקבע, בין היתר, על בסיס הערכת דברי העדים וגרסתם. הוכח מעבר לכל ספק סביר שהמערער הינו אותו עלי קנירי שהופלל ע"י העדים ושביצע את המעשים המנויים בכתב האישום.

הרשעת המערער מבוססת על אמרות החוץ של שלושה עדי תביעה, שהינם שותפיו, לכן התוספת הראיתית הנחוצה הינה מסוג חיזוק מוגבר. מטרת ראית החיזוק לאמת את הראייה המפלילה ואין צורך כי חיזוק יתייחס דווקא לנקודה השנויה במחלוקת או לזהות הנאשם. די בכך שאמרותיהם המשטריות של שלושה עדים שונים מחזקות זו את זו. רצף הפעולות שבוצעו ע"י המערער ביישום התוכנית הפלילית, אינו מותיר ספק בדבר סיווגו כשותף לעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה. העבירות בוצעו ברצף אחד, ע"י שותפים לשתי העבירות ובמסגרת פעילות צבאית דומה במהותה. משכך, מתקיימת זיקה פנימית בין העבירות הדרושה על מנת שהתוספת הראיתית לעבירה אחת תפרוס מצודתה אף על העבירה האחרת. נוכח דחיית הערעור על הכרעת הדין והרשעת המערער בשותפות

מלאה בניסיון תלת שלבי להוציא אל הפועל פיגוע התאבדות כפול, לצד עבירות חמורות נוספות, נדחה גם הערעור על חומרת העונש.

בימ"ש זה עמד לא רק על הסמכות החוקית להטיל עונש מאסר עולם בגין עבירות של ניסיון לגרימת מוות, אלא על ההלימתו למקרים חמורים בהם ישנם שיקולי חומרה ייחודיים הן מצד עוצמת האשם המוסרי והן לנוכח מידת הקרבה להשלמת העבירה. עונש זה מתייחס בעיקר למשלחי מחבלים מתאבדים, שעשו כל שלא ידם להביא להצלחת מזימתם השפלה בדומה לעניינו של המערער דנן. בחינת המעשה העברייני צריכה לכלול התייחסות לשני ווקטורים: הראשון מבטא את מידת רשעתו של העושה והשני משקיף על תוצאות מעשיו. כאשר עסקינן בניסיון, על ביהמ"ש לעמוד אף על מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת. בנסיבות העניין ונוכח עונש המאסר עולם שהוטל על השותפים, הוטל עונש זה גם על הנאשם.

פסק דין

המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

כללי

נגד המערער הוגש כתב אישום מתוקן המחזיק עשרה פרטי אישום שעניינם עבירות נגד ביטחון האזור.

לאחר שמיעת הראיות, הרשיע בית משפט קמא את המערער בשבע העבירות הבאות:

1. החזקת אמל"ח (פרט אישום 1) - בכך שהחל מיום 10.4.02 ועד לחודש יולי 2005, החזיק ברוס"ר M-16. באמצעות נשק זה ירה בחתונות ובאירועים שונים שהתקיימו בכפרו. כמו כן, לאחר חודש פברואר 2002 ועד ליום מעצרו, החזיק באקדח. בנוסף, עד לחודש יולי 2005 החזיק ברשותו כ-2,000 כדורים לרוס"ר M-16.
2. סיוע לעבריין (פרט אישום 2) - בכך שבמהלך שנת 2002, במספר הזדמנויות, סייע לנאצר ג'ראר (להלן: נאצר), פעיל בארגון "גדודי חללי אלאקצא" ומבוקש לכוחות הביטחון, והסיע אותו לבית חולים במטרה לקבל טיפולים רפואיים.
3. סחר בצידוד מלחמתי (פרטי אישום 3) - בכך ששש שנים טרם מעצרו, רכש רובה צייד בתמורה ל-4,500 ₪ וירה בו במספר הזדמנויות. כמו כן, כשנה טרם מעצרו, מכר לחברו אחמד ח'ליל כ-200 כדורים לרוס"ר M-16.
4. ייצור חומרים נפיצים (פרט אישום 7) - בכך שביוני 2002, פנה לעצאם ג'ראר (להלן: עצאם) וביקשו לסייע לו בהעברת שני תיקים שהכילו חומרי נפץ וארבע צינורות ברזל למשרד בגינין. עצאם עשה כמבוקש. במשרד האמור הסביר המערער לחברו על אופן ייצור חומר נפץ מסוג

יוריה, מכמות גדולה של חומרים שהיו ברשותו. כעבור מספר ימים, ייצר המערער חגורת נפץ באמצעות מספר חומרים שהיו ברשותו.

5. ייצור חומרים נפיצים (פרט אישום 8) - בכך שבמאי 2002, ייצר ביחד עם **מוחמד ג'ראר** (להלן: **מוחמד**) כ-80 ק"ג חומר נפץ באחת ממעבדות הנפץ בג'נין.

6. ניסיון לגרימת מוות בכוונה (פרט אישום 9) - בכך שבחודש מאי 2002, תכננו **מוחמד ונאצר** ביצוע פיגוע התאבדות בתחומי מדינת ישראל. לצורך זה הכינו המערער ו**מוחמד** שתי חגורות נפץ במשקל 23 ק"ג כל אחת, בעוד **עצאם** סיפק חלק מהאמצעים להכנתם. החגורות הכילו כמות גדולה של חומר נפץ מסוג "יוריה" וכן כדורי ברזל ומתכת. המערער ו**מוחמד** הודיעו לנאצר כי החגורות מוכנות להפעלה. במהלך אחת מפגישות החבורה הסביר **נאצר** לנוכחים, ביניהם המערער, כי שני מחבלים מתאבדים אמורים להיכנס לישראל מחופשים לאנשי דת דרוזים ולנסוע לנתניה או לחדרה ולפעיל את החגורות שעל גופם. כיומיים לאחר מכן, הגיעו **עצאם, נאצר, מוחמד** והמערער למסגד בג'נין שם צולמו שני המחבלים מקריאים את צוואתם, כשהם מחזיקים רוס"ר M-16 וספר קוראן. באותו היום, לא יצאו המפגעים לדרכם בשל כניסת כוחות הביטחון לג'נין. **נאצר** הודיע על כך לחבריו בפגישה שהתקיימה בביתו של המערער. מועד הפיגוע נדחה עוד מספר פעמים בעקבות פעילות כוחות הביטחון עד שביום 18.6.02, בשל כוחות צבא באזור ברטעה הוחלט לחזור לישראל מאזור באקה אלשרקיייה. בהתאם, המפגעים הובלו למסגד בבאקה אלשרקיייה ולבשו את חגורות הנפץ. אולם, בשלב זה נודע להם כי הוטל עוצר בכפר. על כן החליטו לחזור על עקבותיהם ובמידה ויתקלו בחיילים לפוצץ את עצמם על מנת לגרום למותם. השניים הודיעו על כך ל**נאצר**. בהמשך, נפגשו **עצאם, נאצר, מוחמד** והמערער בביתו של המערער שם הודיע להם נאצר שהמחבלים חזרו לג'נין כאמור.

7. קשירת קשר לחטיפה (פרט אישום 10) - בכך שבמאי 2002, **עצאם** הציע למערער לחטוף חייל ישראלי מאזור באקה אלגרבייה במטרה לעשות בו שימוש כקלף מיקוח לשם שחרור אסירים פלסטינים. המערער הנחה את **עצאם** לאסוף מידע לקידום תוכנית זו, אך הלה לא אסף את המידע הנדרש.

בגין ההרשעה בעבירות אלו הטיל בית משפט קמא על המערער 30 שנות מאסר לריצוי בפועל ומאסר מותנה.

פסק דינו של בית משפט קמא

מהלך המשפט ושאלת הזיהוי

בית משפט קמא סקר בהרחבה רבה את כלל העדויות שנשמעו מעל דוכן העדים ואת הראיות שהוגשו. במיוחד, התעכב בית המשפט על עדויותיהם של שלושת עדי התביעה **מוחמד, אחמד, ג'ואד** (להלן: **אחמד**) ו**עצאם** ועל אמרות החוץ שהוגשו בעניינם, המתעדות את חקירותיהם בשב"כ ובמשטרה. המשותף לשלושת העדים הוא כי כולם מסרו בעת חקירתם, כפי שמתועד באמרות

החוץ בעניינם, כי **עלי קנירי** היה מעורב בתכנון פיגוע התאבדות, כפי שמיוחס למערער בפרט אישום 9.

ברם, שלושת העדים סתרו את אמרותיהם במהלך עדותם בבית המשפט. **מוחמד ואחמד** טענו כי השם **עלי קנירי** נמסר להם על ידי החוקרים. **מוחמד** הוסיף כי **עלי קנירי** המוזכר באמרות הינו למעשה **עלי שהמאן**. **עצאם** אישר כי שמו של המערער הינו **עלי קנירי**, אך טען שבחקירתו המשטרתית התכוון ל**עלי קנירי** אחר, ששמו **שהמאן**.

כמו כן, ציין בית משפט קמא כי שני עדים נוספים (**ראיד אלהג'אוי ואחמד ח'ליל**) אישרו שכינויו של המערער הינו **עלי קנירי**.

בית המשפט אף עמד על כך שהמערער עצמו הכחיש כל מעורבות בפיגוע, אך אישר באמרתו המשטרתית כי הוא ידוע בכינוי **עלי קנירי**. בעדותו בבית המשפט טען כי **קנירי** אינו כינויו אלא מתייחס לכפר ממנו הגיעה משפחתו. יחד עם זאת, הודה המערער בחקירה ומעל דוכן העדים בביצוע מקצת העבירות בהן הואשם (פרטי אישום 1 ו-3).

לאחר סקירת כלל הראיות, הציב בית משפט קמא את הקביעות העובדתיות הבאות:

- א. הנאשם החזיק מאז יום 10 אפריל 2004, ברובה מסוג M-16 אשר היה שייך לאחיו, עלאם, וזאת לאחר מותו של האחרון מאש כוחות צה"ל. הנאשם החזיק ברובה האמור וביצע בו ירי במספר הזדמנויות עד שאירע בו פיצוץ במהלך חודש יולי 2005. הנאשם החזיק אקדח שגם הוא שייך לאחיו עלאם. בנוסף, מספר שנים טרם המעצר, רכש הנאשם רובה ציד תמורת 4,500 ₪ והחזיק ברובה זה עד מועד מעצרו. כן החזיק הנאשם מאות כדורי תחמושת, חלקם נתן לאחרים, ובמקרה אחד מכר כ- 200 כדורים לאחמד ח'ליל.**
- ב. הנאשם הכיר את נצר ג'ראר, שהיה פעיל בארגון החמא"ס המבוקש לכוחות הביטחון, ובמהלך שנת 2002 סייע לו בכך שהסיע אותו לבית החולים ובתוכו לשם קבלת טיפולים רפואיים.**
- ג. אדם בשם "עלי קנירי" שימש כסייען של אותו נצר ג'ראר והוא התלווה אליו במספר הזדמנויות. אותו "עלי קנירי" סייע בשכירת משרד בקניון "אלנפאע" ששימש כמעבדה לייצור חומר נפץ, ובאותו מקום ייצר חומר נפץ ביחד עם מוחמד ג'ראר ועצאם ג'ראר. "עלי קנירי" נטל חלק בייצור חגורות הנפץ שיועדו לשימוש על ידי שני המפגעים: אחמד ג'ואד ועבד אלרחמאן צלאח, ומי שהשתתף עמו בדבר היו מוחמד ג'ראר ועצאם ג'ראר. כן נכח אותו "עלי קנירי"**

בפגישות ההכנה לקראת יציאת המפגעים לדרך, והוא אף השתתף בצילום המפגעים באחד המפגשים בבית חולים אלראזי ובמפגש מאוחר יותר במסגד על שם עבדאללה עזאם. בנוסף, נכח אותו "עלי קנירי" עת לימד מוחמד ג'ראר את המפגעים כיצד להפעיל את חגורת הנפץ.

ד. ...במהלך חודש מאי הציע עצאם ג'ראר לאותו "עלי קנירי" לחטוף חייל ישראלי מאזור באקה אלגרבייה ועלי הנ"ל הנחה אותו לאסוף מידע מקדים בעניין, אולם בסופו של דבר התוכנית לא קודמה."

עיקר המחלוקת בבית משפט קמא הייתה בשאלת זיהויו של המערער כאותו עלי קנירי שביצע את העבירות הפורטות בכתב האישום.

בית משפט קמא קבע כי לא הייתה חובה לערוך מסדר זיהוי לעדי התביעה מוחמד ועצאם מכיוון שהייתה קיימת היכרות מוקדמת בינם לבין המערער. לעומת זאת, היכרות מעין זו לא הייתה בין המערער לאחמד ולפיכך קבע בית משפט קמא כי אי עריכת מסדר זיהוי מהווה מחדל חקירתי. עם זאת, קבע בית המשפט כי אין במחדל זה כדי להביא לזיכוי של המערער, ויש לבחון אותו לאור הראיות האחרות הקיימות נגד המערער.

בבחנו את הזהות שבין עלי קנירי ובין המערער, עמד בית המשפט על כל הפרטים המזהים שמסרו העדים השונים ביחס לעלי קנירי, כגון מקום מגוריו, גילו, שם אחיו, את העובדה שאח זה נהרג על ידי כוחות הביטחון ואת היותו סייען של נאצר ג'ראר. פרטים אלו תואמים את שמסר המערער. כמו כן, הפנה בית המשפט לעדותו של עצאם לפיה המערער הינו עלי קנירי ולהודאתו של המערער בה אישר שיש המכנים אותו בשם זה.

לאור האמור, קבע בית משפט כי הוכח מעבר לספק סביר שהנאשם הוא עלי קנירי אשר הופלל על ידי העדים.

בשלב זה עבר בית משפט קמא לבחינת הוכחתם של פרטי העבירות שיוחסו למערער.

פרטי אישום 1-3

בית משפט קמא הרשיע את המערער במיחס לו בפרטי אישום אלה על סמך הודאתו בבית המשפט. בית המשפט דחה את טענת הסנגור כי לא הוכח שמדובר בכלי נשק כהגדרתם בתחיקת הביטחון. נקבע כי אין צורך בהוכחות חיצוניות לעניין זה ודי בהודאתו המפורטת של המערער, אשר אף מפרט את השימוש שעשה בכלי הנשק שהחזיק.

פרטי אישום 7-9

את ההרשעה בעבירות אלו ביסס בית משפט קמא על הודעות החוץ של עדי התביעה מוחמד, אחמד ועצאם שתוארו לעיל. בית המשפט דחה את טענת הסנגור לפיה לא הוכח שהחומר אליו

כיוונו העדים באמרותיהם הינו חומר נפץ. בית המשפט קבע אף בעניין זה כי אין צורך בראיות חיצוניות או בעדות מומחה. די בכך שעדים אשר עסקו בעצמם בייצור חומר הנפץ (**מוחמד ועצאם**), ואשר לאחד מהם ידע בתחום, טענו כי מדובר בחומר נפץ, כדי להוות ראיה מספיקה להרשעה. בית המשפט הוסיף כי כל טענה המנוגדת למסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדה כי המעורבים התכוונו לעשות שימוש בחומר המדובר כדי להוציא אל הפועל פיגוע התאבדות.

לבסוף, קבע בית המשפט כי אחריותו של המערער למעשים המפורטים בפרט אישום 9 היא של שותף לעבירה וכי המעשים שבוצעו אינם מהווים מעשי הכנה בלבד, אלא התחלת הגשמת הכוונה באמצעים מתאימים, ולפיכך מדובר בניסיון לגרימת מוות בכוונה.

פרט אישום 10

בית המשפט הרשיע את המערער בעבירה זו על בסיס אמרתו המפלילה של העד **עצאם**. זאת, בדחותו את טענת הסנגור כי התביעה לא הפנתה ל**עצאם** שאלות הנוגעות לפרט אישום זה. בית המשפט קבע כי לאור טענתו הכללית של **עצאם** בעדותו כי כוונתו בעת חקירתו הייתה לאדם אחר, לא היה מצופה מהתביעה לחקור את העד אף בעניין זה. עוד קבע בית המשפט כי ישנה משמעות ראייתית ליותר ההגנה על הצגת שאלות לעד בעניין זה במהלך החקירה הנגדית.

משאר העבירות המפורטות בכתב האישום זיכה בית המשפט את המערער.

ערעור ההגנה

הסנגוריה מפנה את ערעורה נגד הכרעת הדין, למעט ההרשעה בפרט האישום השני, ונגד גזר הדין. להלן נפרט את טענותיה השונות של הסנגוריה, אם כי נציין כי הינם, רובם ככולם, חזרה על הטענות שנדונו על ידי בית משפט קמא כפי שפורט לעיל.

פרטי אישום 1 ו-3

הסנגורית מעלה שתי טענות נגד ההרשעה בפרטי אישום אלו העוסקים, כאמור, בהחזקת אמל"ח ובסחר בציוד מלחמתי.

ראשית, טוענת הסנגורית, כי התביעה לא הוכיחה שהחפצים המתוארים בהודאת המערער הינם בבחינת "כלי נשק" המסוגלים להמית כהגדרתם בחוק.

שנית, לא הוכח כי החפצים אותם החזיק המערער נועדו לשמש נגד בטחון מדינת ישראל, עובדה המהווה תנאי להעמדה לדין בבתי המשפט הצבאיים. בעניין זה, הדגישה הסנגורית את החזקתו של רובה ציד אשר, לטענתה, טיבו מלמד על העדר כוונה ביטחונית בהחזקתו.

פרטי אישום 7-9

בנוגע לאישומים אלה, העוסקים בייצור חומר נפץ, טוענת הסנגורית כי לא הוכח שהחומרים אליהם כיוונו העדים אכן מהווים חומר נפץ כהגדרתם בחוק. התביעה הוכיחה כי המערער עשה שימוש בחומר המוכנה "יוריה", אך לא הובאה כל ראיה למהותו של אותו חומר או שהוא "נועד או מסוגל לגרום להתפוצצות או דליקה". עוד מבקשת הסנגורית לדחות את קביעתו של בית משפט קמא בעניין זה, לפיה מהתיאור הכללי של החומרים ושל המצרכים וממידת רצינותם של המעורבים ניתן ללמוד כי מדובר בחומר נפץ ובחגורות נפץ אמיתיות גם בהעדר מומחיות.

זאת ועוד, לסנגורית טענות רבות נגד התנהלות גורמי החקירה. היא מלינה על כך שלא נערך מסדר זיהוי למערער או עימות בין המערער ובין העדים המפלילים. כמו כן, טוענת היא כי אם אכן היה המערער אותו "עלי" אשר הופלל על ידי העדים, בוודאי היה נעצר שלוש שנים קודם לכן, עת הופלל.

יתר על כן, טוענת הסנגורית כי לא יתכן שהמערער, אשר הואשם אף בחברות בגדודי חללי אלאקצא השייכים לפת"ח יבצע פיגוע ביחד עם **מוחמד ג'ראר**, אשר שהה במעצר ברשות הפלסטינית בגין היותו איש חמאס.

הסנגורית אף טוענת כי טעה בית משפט קמא באמצו את הודעתו המשטרית של **עצאם ג'ראר** ובהעדיפו אותה על פני עדותו בבית המשפט. זאת למרות שהעד לא הוכרז כעד עוין ואמרתו לא הוגשה בתום עדותו בבית המשפט, אלא צורפה על ידי התביעה לסיכומיה. לפיכך, היה על בית המשפט קמא לקבוע כי הראיה בלתי קבילה.

נוסף על כך, סבורה הסנגורית כי טעה בית משפט קמא עת התיר הוספת עד מפליל בשלב מאוחר של הדיון, למרות שעדותו הייתה מצויה בידי התביעה כבר בתחילת המשפט.

באשר לפרט האישום התשיעי (ניסיון לגרימת מוות בכוונה) טוענת הסנגורית כי לא הוכח שאותו **עלי קנירי** אשר הופלל על ידי חלק מעדי התביעה הינו המערער, זאת ביחוד על רקע היעדרו של מסדר זיהוי.

על כך מוסיפה הסנגורית כי אף אם ייקבע שהוכחה זהותו של המערער **כעלי קנירי**, הרי שטעה בית משפט קמא בקובעו כי המערער היה שותף למעשים המתוארים בפרטי אישום 9.

לבסוף, טוענת הסנגורית כי לא נמצאה תוספת ראייתית מתאימה לראיות המפלילות וראיית סיוע לזהות המערער, אשר הינה השאלה המרכזית שבמחלוקת.

פרט אישום 10

לדעת הסנגורית טעה בית משפט קמא עת הרשיע את המערער בעבירת קשירת קשר לחטיפה מבלי שהתקיימה התוספת הראייתית הדרושה.

הערעור על העונש

לחילופין, מערערת הסנגורית על חומרת עונשו של המערער, אשר לטעמה חורג מרמת הענישה הראויה. כמו כן, טוענת הסנגורית כי לא ראוי היה להטיל על המערער מאסר מותנה בהתחשב באורכה של תקופת המאסר.

תשובת התביעה

התביעה מבקשת לדחות את ערעור ההגנה.

באשר לפרטי אישום 1 ו-3 טוענת התביעה כי המערער הודה בביצוע העבירות, הן בחקירתו המשטרית והן בבית המשפט, ולפיכך לא היה מקום לערעור ההגנה בעניין זה.

באשר לפרטי האישום 7-9, מפנה התביעה לאמרותיהם של שלושה מעדי התביעה אשר מסרו כי מדובר בחומרי נפץ וכי התכוונו לבצע באמצעותם פיגועים. לדעת התביעה, די בראיות אלה ואין צורך בחוות דעת מומחה בעניין זה.

התביעה מוסיפה כי לאור היכרות מוקדמת בין העדים המפלילים למערער, לא היה כל צורך בעריכת מסדר זיהוי. כמו כן, מציינת היא כי אין חובה על התביעה להציג את כל הראיות ודי כי תציג די ראיות להוכחת האשמה. עוד מפנה התביעה לעובדה שהמערער אישר שכינויו הוא **עלי קנירי** ומסר פרטים המאמתים את זהותו כאדם אליו התכוונו העדים, כגון את העובדה שאחיו נהרג מירי.

זאת ועוד, טוענת התביעה כי יש לראות במערער שותף מלא למעשים המתוארים בפרט אישום 9 בשל חלקו. המערער נכח בכל פגישות ההכנה ואחת מהן התקיימה בביתו. הוא ייצר את חומר הנפץ ואף סייע להרכיב את חגורות הנפץ. כמו כן, הוא סיפק את הנשקים עימם צולמו המחבלים המתאבדים.

לבסוף, טוענת התביעה כי אין צורך בראייה מסייעת לאמרות העדים המפלילים, אלא די בחיזוק מוגבר העולה מההפללה על ידי שלושה עדים שונים.

באשר לפרט האישום העשירי, הסבירה התביעה כי אמרתו של **עצאם ג'ראר** התקבלו לפי [סעיף 10א לפקודת הראיות](#), כאשר, ביום 4.5.08, הוסכם על ידי ההגנה להגיש את האמרות בכפוף לכך שההגנה תטען נגד קבילותן בסיכומים. אי לכך, טענו הצדדים בעניין זה בסיכומיהם ובית המשפט התייחס לטענות אלה וקבע כי מתקיימים כל התנאים של [סעיף 10א](#), כך שניתן היה לקבל את האמרות ולהעדיפן על פני עדותו מעל דוכן העדים.

ערעור התביעה

התביעה מערערת על קולת העונש ועותרת להשוות את עונשו של המערער לעונש שהוטל על שניים משותפיו, **עצאם ומוחמד**, קרי מאסר עולם. לטעמה, השוני עליו עמד בית המשפט בין המערער לשותפיו, היינו חוסר מעורבותו בפיגועים או בעבירות שמטרתן לפגוע באחרים במשך 3 שנים, אינה יכולה להצדיק קציבת עונשו בשנים.

ההגנה מצידה סבורה כי העונש שהוטל על המערער אינו קל כלל ועיקר והינו אף מחמיר ביחס לעבירות בהן הורשע.

דין והכרעה

כאמור, הסנגורית הפנתה טענותיה נגד מרבית פרטי האישום בהם הורשע המערער. להלן נבחן את עיקר טענותיה תוך שנושב ונדגיש כי טענות אלה נדונו בצורה רחבה ובאופן יסודי על ידי בית משפט קמא.

פרטי אישום 1 ו-3

כאמור, לסנגורית שתי טענות נגד ההרשעה בפרטי אישום אלה. הראשונה, כי לא הוכח שמדובר בכלי נשק. השנייה נוגעת לחוסר סמכות בית המשפט הצבאי.

באשר לטענה הראשונה, כמתואר לעיל, במהלך עדותו בבית המשפט הודה המערער בהחזקת M-16, רובה ציד ואקדח. עדות זו מהווה הודאת נאשם, על פיה ניתן להרשיע ללא צורך בתוספת ראייתית כלשהי ([סעיף 54 לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], תש"א - 1971).

משכך הודאתו של המערער כי החזיק ב-M16, רובה ציד ואקדח אינם צריכים כל ראיה נוספת על מנת שניתן יהיה לבסס עליה הרשעה. זאת ועוד, המערער הודה בחקירתו במטרה כי עשה שימוש ברוס"ר M-16 וביצע באמצעותו ירי באוויר. לאור דברים אלה, לא ניתן לקבל את הטענה כי הנשק שהחזיק לא היווה כלי נשק כהגדרתו בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], התש"ע - 2009 (להלן: הצו).

ואכן, אין מניעה לנקוט בכל דרך הוכחה מותרת, לרבות ראיות נסיבתיות לשם הוכחה כי חפץ מסוים הינו נשק כהגדרתו בסעיף 230(א) לצו (ראה יעקב קדמי [על הדין בפלילים](#) חלק שלישי (תשנ"ה) עמ' 1152).

טענתה השנייה של הסנגורית, בדבר העדר סמכות שפיטה בגין עבירות של החזקת נשק שלא על רקע ביטחוני, לא הועלתה בערכאה קמא. יחד עם זאת, מצאתי לנכון להתייחס אליה לנוכח הכלל לפיו טענת חוסר סמכות עניינית ניתן להעלות בכל שלב של המשפט ואף בשלב הערעור ([סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982).

הלכה פסוקה היא כי החזקת נשק כשלעצמה מהווה מעשה העלול לפגוע בביטחון האזור, ובתוך כך מקנה סמכות לבית המשפט הצבאי לפי סעיף 10 לצו בדבר הוראות ביטחון. כך נקבע עוד בסמוך לאחר חתימת הסכם "עזה ויריחו" [בעד"י אזח"ע 28+29/98 רדואן נ' התוב"ץ](#) [פורסם בנבו]:

"ללמדך, שהחזקת נשק היא עניין בטחוני מובהק, וכל החזקה בו, או שימוש בו שלא כדין, מהווים פגיעה בביטחון."

וכן :

"אגב כך, אציין כי הסנגור טען בחצי פה נגד סמכות בימ"ש זה לדון בענייניו של העורר שהחזיק בנשק שלא על רקע בטחוני כאמור בשטח A. טענות מעין אלה נדחו פעם אחר פעם על ידינו כאשר קבענו כי החזקת נשק הינה עבירה ביטחונית במהותה, לגביה קיימת סמכות לפי סעיף 7(ד) לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל – 1970" (ע"מ 2339/09 אבו זהרה נ' התוב"ץ, נבו – המאגר המשפטי).

על כן, טענתה של הסנגורית בעניין זה נדחתה.

פרטי אישום 7-9

"חומר נפץ"

הנני דוחה את טענתה של הסנגורית כי לא הוכח שהחומר שייצר המערער הינו חומר נפץ כהגדרתו בצו. בית משפט קמא התייחס בהכרעת דינו לטענה זו שהועלתה אף לפניו, ואין לי אלא לצטט מדבריו המקובלים אף עליי:

"כמו כל עובדה בפלילים, ניתן להוכיח את קיומו של חומר נפץ על פי דברי העדים המעורבים במעשה העבירה, מבלי שיהיה צורך בראיות חיצוניות או ראיות של עדים מומחים בדבר. במקרה דנן, המידע באשר לייצור חומר הנפץ והחגורות מגיע משני עדים אשר עסקו במו ידיהם בייצור, כאשר לפחות לאחד מהם היה ידע בנושא זה. התיאור הכללי של החומרים ושל המצרכים מלמד כי מדובר בחומר נפץ ובחגורות נפץ אמיתיות, אחרת לשם מה מצא לנכון אותו נצר ג'ראר להלביש את שני המפגעים בחגורות ולשלחם לדרכם" (עמ' 62 להכרעת הדין).

גישה זו תואמת את דברינו דלעיל בנוגע לדרכי הוכחת מהותם של חפצים כנשק כהגדרתו בצו.

לא זו אף זו, כי מאחר שהמערער הוא שהכין את החומרים, מצופה היה, במידה והייתה עולה טענה כי אלו אינם חומרי נפץ, כי זו תישמע מפיו. משלא עלתה טענה כאמור בכל שלבי המשפט, חוזרת ההכרעה להיגיון שפורט לעיל בדבריו של בית משפט קמא.

מחדלי חקירה

יש לדחות אף את טענת הסנגורית כי המחדלים שנפלו בהתנהלות גורמי החקירה מצדיקים זיכויו של המערער.

פעם אחר פעם הבהיר בית המשפט העליון, ובעקבותיו בית המשפט הצבאי לערעורים כי אין במחדלי חקירה כשלעצמם כדי להביא לזיכויו של נאשם. את משמעותם של המחדלים יש לבחון לאור מכלול הראיות הקיימות בתיק. כך לדוגמה באו הדברים לידי ביטוי בעניין פרג:

"גם כאשר לקתה פעולת הרשות החוקרת במחדלים שהובילו לידי כך שראיות רלוונטיות אינן בנמצא - ואיני קובע שכך היה במקרה הנוכחי - אין הדבר מאיין את משקלן של הראיות שהושגו. הנפקות המשפטית של מחדלים כאלה נקבעת לעולם על-פי מידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן, ואם אותם מחדלים מעוררים ספק סביר באשמה... על כן, אין לקבוע כי מחדל בחקירה מוביל, מניה וביה, לזיכויו הנאשם. נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הפוזיטיבית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך" (ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] תק-על 2008(1), 4260).

ובאופן דומה:

"מכל המפורט לעיל עולה, כי אין די במסקנה כי גורמי החקירה התרשלו בעבודתם כדי להביא לזיכויו של המערער, אלא יש לבחון לאור חומר הראיות בכללותו האם יש במחדלים כדי לפגוע בהגנתו של המערער ולעורר ספק סביר באשר לאשמתו" (ע"פ 2961/07 התוב"ץ נ' חאמד, נבו – המאגר המשפטי, וראה גם ע"פ 2798/07 זאחיקה נ' התוב"ץ [פורסם בנבו]).

במקרה דנן, בית המשפט הגיע למסקנה, והנני תמים דעים עמו כפי שאפרט להלן, כי אין ספק שהאדם המוזכר באמרותיהם של שלושת עדי התביעה הינו המערער. ולפיכך, אין בכך שגורמי החקירה לא ערכו מסדר זיהוי כדי לעורר ספק סביר בשאלה זו.

הגשת אמרות החוץ של עצאם

אף בעניין זה סבורני כי לא נפלה טעות בהכרעת דינו של בית משפט קמא.

בתום פרשת ההגנה הגיעו הצדדים להסכמה לפיה **"מוסכם להגיש את כל חומר ראיות התביעה שנתר בכפוף לכך שלהגנה יש הסתייגויות לגבי קבילות חלק מהראיות והיא תתייחס לכך בסיכומים"** (פרוטוקול מיום 4.5.08 עמ' 10). בהתאם הוגש חומר ראיות רב ובכללו אמרותיו של עצאם וזכ"דים מחקירותיו.

ואכן, הסנגור הקודם התייחס בסיכומיו באופן מפורש לשאלת קבילותן של האמרות הרלוונטיות מבלי שהעלה כל טענה כי אלה צורפו שלא כדין.

לאור הסכמה זו יש לדחות את טענת ההגנה כי אמרות החוץ צורפו לסיכומים שלא כדין.

גם העובדה כי בקשת התביעה להגשת האמרה במסגרת [סעיף 10א](#) לא עלתה מיד בתום עדותו של **עצאם** או למצער בתום הדיון, אין בה כדי להביא לשינוי מסקנתו. בעל דין המבקש לעשות שימוש בראיה במסגרת [סעיף 10א](#) אינו חייב להזהיר את יריבו, ובקשה בעניין זה יכולה לבוא אף בשלב הסיכומים. כך נקבע בעניין **חמידה** :

"טענתו היא, כי משלא ביקשה התביעה עד לסיכומיה לנהוג כן באימרותיו של נאצר, נתקפחה הגנתו של המערער, משנשללה ממנו הזכות לחקור את נאצר על אימרותיו.

דינה של טענה זו להידחות.

גם בלעדי אזהרה מוקדמת מצד התביעה, על סניגורו של נאשם לדעת ולהיות ער לכך, כי אמרה של נאשם אחר שהעיד, שהוגשה לבית המשפט, עלולה - אם נתקיימו התנאים לכך - לשמש ראיה נגד מרשו" (ע"פ 1258/90 חמידה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 731).

לא זו אף זו כי בית המשפט עמד על קיום תנאי קבילות אמרות אלה ומצא להעדיפן על פני עדותו בבית המשפט.

אומר כבר עתה כי אין בדעתי להתערב במסקנות בית משפט קמא בעניין זה. ההרכב הנכבד שמע את עדותו של **עצאם** מעל דוכן העדים באופן בלתי אמצעי ואף נימק כדבעי את העדפתו בהכרעת דינו. לאור ההלכה כי אין מנהגה של ערכאת הערעורים להעביר תחת שבט ביקורתה קביעות מהימנות של הערכאה הדיונית, הנני דוחה את טענות ההגנה בעניין זה.

תיקון כתב האישום

אף את טענות ההגנה נגד החלטת בית המשפט להתיר תיקון כתב האישום על דרך הוספת עד התביעה **אחמד** לרשימת העדים בשלב מאוחר של הדיון יש לדחות. אמנם, התנהלות התביעה בעניין זה הייתה נפסדת, ועל כך עמד בית משפט קמא בהחלטתו מיום 30.1.07. אולם, לאור העובדה כי הבקשה הוגשה בטרם החלה פרשת ההגנה, אין פסול בקביעת בית המשפט כי לא תפגע הגנת המערער כתוצאה מהתיקון. עוד יצוין כי בית המשפט התיר להגנה לקרוא בשנית לכל אחד מן העדים שכבר העידו ולחקור אותם מחדש, ואף בכך היה כדי להפחית מהפגיעה בהגנת המערער. לאור זאת, מתחייבת המסקנה כי לא נגרם עיוות דין.

זיהוי המערער

תחילה, יש לציין כי זיהויו של המערער כאותו **עלי קנירי** שהופלל על ידי עדי התביעה הינו ממצא עובדתי אשר נתון לקביעתה של הערכאה הדיונית, והלכה ידועה היא כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בו. זאת ביתר שאת לאור העובדה כי ממצא עובדתי זה נקבע, בין היתר, על בסיס הערכת בית משפט קמא את דברי העדים ואת גרסתם בפניו. בית המשפט קבע כי עדותם לא

הייתה אמינה בעינינו וכי הוא מעדיף על פניהן את אמרותיהם המשטרטיות וזכ"די השב"כ מחקירותיהם.

זאת ועוד, פרטי המערער תואמים את הפרטים שנמסרו על ידי העדים. ואם לא די בכך נזכיר כי המערער אישר כי הוא מכונה **עלי קנירי**.

למעשה, הסנגוריה טוענת כי קיימים שני אנשים המכונים **עלי קנירי**, המתגוררים במחנה הפליטים ג'נין, בני אותו גיל, סייענים של **נאצר ג'ראר**, בעלי אח בשם **עלאם** אשר הינו "שהיד" ואח נוסף בשם **יוסף** והמכירים את **עצאם ומוחמד**. סבורני, כי מציאות דמיונית זו אין בה כדי להעלות ספק סביר באשר לזיהויו של המערער. זאת אף בהתחשב בעובדה שלא נערכו מסדרי זיהוי למערער.

הנה כי כן, לאחר בחינת הראיות השונות סבור אף אני, כדעת בית משפט קמא, כי הוכח מעבר לכל ספק סביר שהמערער הינו אכן אותו **עלי קנירי** שביצע את המעשים המנויים בכתב האישום.

תוספת ראייתית

יש לדחות אף את טענת הסנגורית כי התוספת הראייתית הדרושה להרשעה הינה סיוע לזהות המערער וכי תוספת מעין זו אינה בנמצא.

הרשעתו של המערער מבוססת על אמרות החוץ של שלושה עדי תביעה, אשר הינם שותפיו של המערער לביצוע העבירות. על כן, דרושה תוספת ראייתית כפולה, הן מכוח [סעיף 10א](#) והן מכוח [סעיף 54א לפקודת הראיות](#). כידוע, כל אחד מהסעיפים הנ"ל קובע כי התוספת הראייתית הנדרשת הינה מסוג חיזוק. על כן, וכפי שקבענו פעמים רבות, התוספת הראייתית הנחוצה בנידון דידן הינה מסוג חיזוק מוגבר.

להבדיל מראיית סיוע, אשר הינה ראייה מסבכת, מטרתה של ראיית החיזוק הינה לאמת את הראייה המפלילה, כעין "דופן נוספת" לדברי העד. אמנם יש צורך באימות פרטים מהותיים, אך אין צורך כי חיזוק, ואף לא חיזוק מוגבר, יתייחסו דווקא לנקודה השנויה במחלוקת או לזהותו של הנאשם:

"דבר לחיזוק' הוא... לחיזוק מהימנותו ואמינותו של השותף לדבר עבירה; אותו 'דבר' יכול שיבוא מן הגורן או מן היקב, ואין כל הכרח אפריורי כי יכוון פניו אל הנאשם ויערב אותו במעשה העבירה" (ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד הנאשם ויערב אותו במעשה העבירה" (ע"פ 2949/99 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 636).

המסקנה העולה היא כי אף בנידון דידן לא נדרשה התביעה להצביע על תוספת ראייתית המסבכת את המערער בביצוע העבירה או הנוגעת לזהותו. בפני בית משפט קמא הונחו אמרותיהם המשטרטיות של שלושה עדים שונים המחזקות זו את זו, ודי בכך.

שותף או מסייע?

קולמוסין נשברו ומקלדות נשחקו בשאלת האבחנה בין שותף ובין מסייע. אשר על כן, אין צורך להרחיב יתר על המידה בנושא זה שנידון על ידינו בהרחבה בשורה ארוכה של פסקי דין תוך הסתמכות על פסיקת בית המשפט העליון (ראה לדוגמה [ע' איו"ש 1336/05 זבן נ' התוב"ץ](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (21) 823], וכן [ע' 1651/06 עמרו נ' התוב"ץ](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (5) 183], [ע' 1304/05 דעמסה נ' התוב"ץ](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 06 (33) 519]).

אלא שדומני כי במקרה דנן אין קושי להכריע בדבר מעגל אחריותו של המערער. רצף הפעולות שבוצעו על ידי המערער ביישום התוכנית הפלילית, כפי שפורטו לעיל, אינו מותיר ספק בדבר סיווגו של המערער כשותף מלא לעבירה.

כזכור, המערער צורף לתכנון הפיגוע בשלביו הראשוניים. מהעדויות עולה כי הוא שימש סיעען של אותו **נאצר ג'ראר**, שכר משרד ששימש כמעבדת הנפץ וייצר, יחד עם אחר, את חגורות הנפץ שנועדו לשימוש על ידי המפגעים. זאת ועוד, בהמשך נטל המערער חלק בשלביה השונים של הכנת המתאבדים ובשליחתם, כיתר חבריו למזימה. המערער השתתף בפגישות ההכנה לקראת יציאת המפגעים לדרך, דאג להגעת אחד מהם לבית החולים, דאג להשגת כלי נשק עימו צולם אחד המפגעים, השתתף בצילום המפגעים ונכח עת למדו המפגעים כיצד להפעיל את חומר הנפץ.

מעשים אלה של המערער, מציבים אותו באופן ברור במעגל הפנימי של ביצוע העבירה, ומשכך, נושא הוא באחריות כשותף לעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה.

פרט אישום 10

תוספת ראייתית

בית משפט קמא ביסס את ההרשעה בעבירה זו על אמרתו המפלילה של **עצאם**. במסגרת אמרה זו הפליל העד את המערער אף בעבירות נשוא פרטי אישום 7-9. בית משפט קמא קבע כי עבירות אלו ועבירת קשירת הקשר לחטיפה מהוות מסכת עובדתית אחת. על בסיס זה קבע בית המשפט כי התוספות הראייתיות הרבות שנמצאו לעבירות נשואות פרטי אישום 7-9 יכולות לתמוך אף בפרט האישום העשירי.

לאחר שקילה, הנני קובע כי צדק בית משפט קמא במסקנתו זו. העבירות בוצעו ברצף אחד, על ידי שותפים לשתי העבירות ובמסגרת פעילות צבאית דומה במהותה.

כתוצאה מהאמור, אין מנוס מן המסקנה כי מתקיימת אותה זיקה פנימית בין העבירות הדרושה על מנת שהתוספת הראייתית לעבירה אחת תפרוס מצודתה אף על העבירה האחרת ([עדי"י 1996+3949/08 התוב"ץ נ' נואהדה](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 09 (26) 344]).

על כן, נדחות טענות הסנגורית אף בעניין זה.

העולה מן המקובץ כי יש לדחות את ערעור הסנגוריה נגד הכרעת הדין.

הערעורים על העונש

נוכח דחיית ערעור הסנגוריה על הכרעת הדין והרשעתו של המערער בשותפות מלאה בניסיון תלת שלבי להוציא אל הפועל פיגוע התאבדות כפול, לצד עבירות חמורות נוספות, יש לקבוע כבר כעת כי דין ערעור הסנגוריה להידחות גם בנוגע לעונש.

בשונה, התלבטתי לא מעט באשר לגורל ערעור התביעה.

נקודת המוצא לענישה בעבירות טרור נקבעה מקדמת דנא:

"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" (ע' 120/02 נופל נ' התוב"ץ [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 03 (14) 401].

על רקע זה ועל רקע המציאות הביטחונית המיוחדת השוררת באזור, קבע המחוקק נורמות ענישה המאפשרות לבית המשפט להטיל עונשי מאסר חמורים, לעיתים אף יותר מאשר על פי הדין הישראלי.

בהתאם המציאות הביטחונית הציבה בפני בתי המשפט אירועים בהם גם עבירות לא מושלמות, דוגמת הניסיון, חייבו ענישה מחמירה ביותר בשל הסיכון המשמעותי אותן הציבו לאינטרס הציבורי ולחיי אדם. זאת במיוחד כאשר התאפיין הניסיון הפלילי בניסיון להביא לקטילתם של רבים (mass murder), ללא אבחנה בין חייל לאזרח ומתוך מניע אידיאולוגי מוצהר.

לאור זאת, אף תוקן הצו בדבר כללי האחריות לעבירה, תשכ"ח - 1968 (תיקון מס' 2 מיום 23.6.05) ובוטלה ההוראה אשר הגבילה את עונשו של המנסה למחצית העונש הקבוע לצידה של העבירה המוגמרת. נראה כי בכך ביקש המחוקק אף לתת תוקף לפסיקת בית המשפט זה לפיה הפגם המוסרי הטמון במעשיו של עבריין שעשה את כל הדרוש מצידו להצלחת מעשהו ואשר נסיבה חיצונית מנעה את השלמתו, אינו נופל מזה של מי אשר כוונתו יצאה אל הפועל בהעדר גורם חיצוני מתערב (עניין נופל לעיל וראה גם ש"ז [פלר יסודות בדיני עונשין](#) כרך ב 1987) עמ' 176).

שיקול זה היווה שיקול מרכזי בסוגית הענישה הראויה בעבירות ניסיון לגרימת מוות בכוונה הקשורות לפיגועי התאבדות. סוגיה זו העסיקה רבות את בית המשפט הצבאי לערעורים בעיקר בשנים בהן נדונו השכם והערב המערבים בעשרות ומאות פיגועי טרור שהתרחשו מאז ספטמבר 2000 (וראה בהרחבה Amit Preiss & Chagai D. Vinitzky **Classification of Participation in Suicide Attacks and the Implications of this Classification on the Severity of**

**the Sentence: The Israeli Experience in the Military Courts in Judea and
(Samaria as a Model to Other Nations Pace Law Review Vol. 30 720-777 (2010).**

והנה, שניים מפסקי הדין המקיפים בסוגיה זו נקבעו בהקשר לפרשתנו, בעניינם של **עצאם ומוחמד ג'ראר**. על כן, לא רק שאלה מהווים הלכה מצד הקביעות העקרוניות שבהן, אלא הם גם מחייבים את התייחסותנו מכוח עקרון אחידות הענישה.

ואכן, בית משפט קמא בחן את פסקי הדין האמורים וסמך את קביעותיו על קביעותיהם. עם זאת, סבר בית משפט קמא כי נבדל המקרה הנוכחי מזה של **עצאם ומוחמד** מאחר שהמערער חדל מפעילות משך כארבע שנים לאחר שהיה מעורב בניסיון הפיגוע המרכזי שתואר בפרט האישום התשיעי. לדעת בית משפט קמא די היה בעובדה האמורה כדי להצדיק הסתפקות בעונש מאסר הנקוב בשנים, אם כי בית המשפט העמיד עונש זה על פרק זמן ארוך ומשמעותי של שלושים שנות מאסר.

נשאלת, על כן, השאלה האם ראוי יהיה להתערב בגזר דין זה.

ראשית, מן הראוי להדגיש כי על אף החומרה הלא מבוטלת של עונש המאסר, אשר ישלול את חירותו של המערער למשך מירב חייו הבוגרים, אין בו כדי להשתוות לעונש של מאסר עולם. עונש זה מתייחד בקביעה כי מעשיו של העבריין מונעים ממנו כל אפשרות של השתלבות מחודשת בחברה האנושית הנורמטיבית. וכך נקבע בעבר:

"עונש מאסר עולם הוא עונש חריג עונש מסוג אחר לחלוטין, כזה אשר לא ניתן כלל לכמת אותו ומידתו אינה שווה לכל נפש" (ע' איו"ש 284+289/03 מוחמד ג'ראר נ' התוב"ץ [פורסם בנבו]).

וכן:

"לטעמי... נבדל עונש מאסר העולם מעונש מאסר קצוב בשנים לא רק במשך המאסר, אלא בעיקר בחוסר התקווה להשתחרר אי-פעם מהכלא" (ע' 304/03 שלחתי נ' התוב"ץ [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 04 (27) 441]).

יחד עם זאת, עמד בית משפט זה לא פעם לא רק על הסמכות החוקית להטיל עונש זה בגין עבירות של ניסיון לגרימת מוות, אלא על ההלימה של עונש זה למקרים חמורים בהם מעשיו של הנאשם גילו פוטנציאל סיכון משמעותי ביותר לחיי אדם. על רקע זה, מתייחס עונש של מאסר עולם בעיקר למשלחי מחבלים מתאבדים, אשר עשו כל שלאל ידם על מנת להביא להצלחת מזימתם השפלה בדומה לעניינו של המערער דנן.

בעניין זה יש להדגיש, על כן, שורה של נסיבות רלוונטיות. כבר עמדנו על השיקולים הקשורים באשם המוסרי הטמון בניסיון לבצע פיגועי התאבדות. זאת ללא תלות בתוצאת המעשים. ככל שמתמקדים אנו בהיבט זה של הענישה, אכן אין ליצור אבחנה בין המנסה לבין מי שניסיונו השתכלל.

ודוק, גם אם נתמקד אך באשם המוסרי יש מקום להבחנה עונשית הנובעת מבחינת כוונתו של העושה, ועל כן, נקבעו דרגות המחשבה הפלילית המוכרות בדין. בחינת התרומה האישית לעבירה אף היא רלוונטית שכן תתכן אבחנה בין היורה בפועל או מפעיל הפצצה לבין המעורבים הנוספים בעבירה. זאת ועוד, גם המטרה עשויה להשליך על מידת האדם המוסרי. אינה דומה מידת זדונו של המבקש לרצוח נפש אחת לזו של החפץ ליטול נפשות הרבה. כך אף עשויים להיחשב האמצעים שנבחרו לביצוע העבירה או זהותם של הקורבנות כשיקולי משנה.

אלא שלצד האמור, מן הראוי לתת ביטוי להיבטים נוספים של המעשה העברייני, ובראשם היבטים הקשורים לתוצאת המעשה. ואכן, לא ניתן להתעלם מהחשיבות שניתנה אף למידת הפגיעה שנגרמה כתוצאה מהעבירה. לכל אורך החקיקה הפלילית מוכר שיקול זה כשיקול משמעותי בענישה. כך אינו דומה עונשו של מי אשר תקף אדם לבין מי אשר גרם לו חבלה של ממש (ראה סעיף 211 לצו בדבר הוראות ביטחון). באופן דומה הבחינה הפסיקה לכל אורכה בין העונש המוטל בגין הקמת סיכון ופוטנציאל פגיעה לבין מצב בו פוטנציאל זה התממש. דוגמה מובהקת לכך מצויה בשלל עבירות התנהגותיות, החל מיידוי אבנים וכלה בירי לעבר אדם, לגביהם מבחינה הענישה בין מצב בו לא הייתה פגיעה כלל לבין פגיעה קלה ואף למצב בו נגרמה פגיעה חמורה. הרציונאל העומד מאחורי הפסיקה ברור, והוא נעוץ ברצון לתת ביטוי למידת הנזק שנגרם לפרט ולחברה. ככל שנזק זה חמור יותר כך יגבר מקומו של שיקול זה בין שיקולי הענישה השונים. (ראה Paul H. Robinson & John M. Darley **Objectivist vs. Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory** (Oxford Journal of Legal Studies Vol. 18 pp. 409-447 (1998)).

הנה כי כן, בפנינו שני ווקטורים. הראשון מבטא את מידת רשעתו של העושה, השני משקיף על תוצאות מעשיו.

בחינת המעשה העברייני צריכה לכלול, על כן, התייחסות לשני הווקטורים האמורים. וכאשר עסקינן בניסיון, על בית המשפט לעמוד, בנוסף לשיקולי המשנה שפורטו לעיל, אף על מידת הקרבה להגשמת העבירה המושלמת. בכלל זה יבחן בית המשפט את התאמת האמצעים בהם נעשה שימוש, והאם השלים העושה את כל המעשים הדרושים, כך שהתממשות העבירה אינה עוד בשליטתו.

דברים אלו הודגשו במיוחד כאשר עניין לנו בשילוח מחבל מתאבד. וכך נקבע בעניין **עצאם ג'ראר** :

"כאשר בשילוח מחבל מתאבד עסקינן, אין נפקות למה שהתרחש לאחר שהמחבל יצא לדרכו. המחבל המתאבד איננו אלא כלי בידינו של המשלח, באמצעותו מתכוון הוא לבצע את הרצח. משיצא המחבל לדרכו, משול הדבר ללחיצה על ההדק על-ידי המשלח, ועל כן יש לומר כי המשלח עשה כל שביכולתו כדי לגרום לתוצאה הקטלנית" ע' 183/03 התוב"ץ נ' ג'ראר [פורסם בבנו] [פדאור (לא פורסם) 04 (26) 894].

כך מצאנו גם בע' איו"ש 2805+3333/05 **אבו חמדיה נ' התוב"ץ**, [פורסם בנבו], ע' איו"ש 1385/05 **התוב"ץ נ' מליטאת** [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 06 (34) 332], ע' 2729/05 **טאבלט נ' התוב"ץ** [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 06 (19) 302] וראה אף **בג"ץ 10416/05 אלחרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה** [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (15) 325] בו עמד בית המשפט העליון על האפשרות כי באזור יגזרו עונשי מאסר העולים על אלה הקבועים בחקיקה הישראלית ובכלל זה מאסר עולם בגין ניסיון לגרימת מוות).

העולה מן המקובץ, כי בהתאם לקביעתו הברורה של המחוקק באזור, בתי המשפט הצבאיים לא נמנעו מלהטיל עונש של מאסר עולם גם בגין עבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה. אלא שאפשרות זו יוחדה למקרים מתאימים, בהם העבירה טומנת בחובה שיקולי חומרה ייחודיים הן מצד עוצמת האשם המוסרי והן לנוכח מידת הקרבה להשלמת העבירה.

מהו, על כן, העונש הראוי למערער שלפנינו?

מצד בחינת המעשה, כבר קבע בית משפט זה כי העונש ההולם הינו, אכן, מאסר עולם. כך נקבע בעניינם של שני שותפיו של המערער.

בחנתי את נסיבות מעשיהם ותרומתם לניסיון להוציא אל הפועל פיגוע התאבדות כפול ומצאתי כי אין להבחין בין עניינו של המערער לבין זה של חבריו. עניינו של **מוחמד** זהה לזה של המערער, בעוד ניתן לומר שמעורבותו של **עצאם** הייתה אפילו מצומצמת יותר. המערער העמיק מעש ותרם תרומה מכריעה לניסיון להוציא את הפיגוע אל הפועל, כאשר הכין את מטעני הנפץ וחימש בהם את המחבלים המתאבדים. כפי שהובהר לעיל, מעורבותו התפרשה, על כן, על כלל שלבי ההכנה והשילוח. על כל אלה, יש להוסיף כי זו לא הייתה מעידתו היחידה של המערער, אשר עירב עצמו פעם אחר פעם בעבירות ביטחוניות חומרות ביותר, הכנת חומרי נפץ ואף קשירת קשר לחטוף ישראלי למטרות מיקוח. משכך, מן הטעמים האמורים, דעתי הינה כי ראוי המערער לעונש זהה לזה של חבריו, קרי מאסר עולם.

בית משפט קמא סבר כי עניינו של המערער נבדל מזה של חבריו בשל העובדה כי חלפו שלוש שנים עד שנעצר, במהלכן לא היה מעורב בעבירות נוספות.

איני סבור כי די בנסיבה זו כדי ליצור אבחנה עונשית מהותית בין המערער לבין חבריו. איננו יודעים מה היו הסיבות שהביאו לכך שהמערער חדל מפעילות. המערער לא העיד בנושא זה, ובהחלט יתכן כי הדבר נבע מרדיפת כוחות הביטחון או מאובדן בסיס פעולה עם מעצרים של חבריו. מכל מקום, לנוכח חומרת מעשיו של המערער והיקפן, מתגמדת הנסיבה האמורה ואין בה טעמי כדי לשנות מהתוצאה העונשית הראויה.

לנוכח האמור, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את ערעור התביעה ומעמידים את עונשו של המערער על מאסר עולם.

האב"ד אל"ס ד' יהב:

אני מסכים.

השופט סא"ל מ' שילה:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו.

ניתן והודע היום, 12 באפריל 2011, ח' בניסן התשע"א, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

שופט

אב"ד

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)דוד יהב 1097/09-54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה