

ע' 3404+3408/08

ע' 3404/08
ע' 3408/08בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני הרכב: אל"ם יאיר כץ - אב"ד
סא"ל יעקב לרר - שופט
סא"ל צבי לקח - שופט

בעניין:

האני מוצטפא חוסין זין אלדין, ת"ז xxxxxxxxxx - המערער (באמצעות ב"כ עו"ד פאדי
קוואסמי)

נגד

התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות ב"כ סרן שלומי שניידר)

ובעניין:

התביעה הצבאית - המערערת (באמצעות ב"כ סרן שלומי שניידר)

נגד

האני מוצטפא חוסין זין אלדין, ת"ז xxxxxxxxxx - המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד פאדי
קוואסמי)

כתבי עת:

[מרדכי קרמניצר, "כוונת המסייע - כוונת", משפטים, כרך ג \(תשל"א-תשל"ב\) 97](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)

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

[חוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה - מעצרים\), תשנ"ו-1996](#)

ספרות:

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

ערעור הסנגוריה על פסק דין וערעור התביעה על הכרעת דינו של ביהמ"ש הצבאי שומרון

(בפני הרכב בראשות כב' השופט רס"ן עמית פרייז

וכב' השופטים רס"ן כרמל ווהבי ורס"ן אחסאן חלבי)

בתיק מס' 2494/06 מיום 22.6.08

(ערעור התביעה התקבל, ערעור ההגנה נדחה)

תאריך הישיבה: 25 במאי 2009, ב' בסיוון התשס"ט.

פסק דין

השופט סא"ל צ' לקח:

נגד המערער בע' 3404/08 והמשיב בע' 3408/08 (להלן ייקרא המערער) הוגש כתב אישום בבית משפט שומרון שכלל שני פרטי אישום: האחד, קשירת קשר לירי לעבר אדם, והשני, גרימת מוות בכוונה. בפרט האישום המרכזי, שעניינו גרימת מוות בכוונה, יוחס למערער כי נטל חלק ברציחתו של אלדד חיים אביר ז"ל, ביום 1.3.06.

ביום 10.4.07 תוקן כתב האישום כך שהפרט שעניינו קשירת קשר נמחק, ואילו הפרט שעניינו גרימת מוות בכוונה שונה לסיוע לגרימת מוות בכוונה. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, בפברואר 2006 פנו אל המערער ע"א רחמאן עותמאן ועצאם זין א-דין וביקשו ממנו לסייע להם באיסוף מידע אודות תחנת דלק ובעליה הישראלי. המערער הסכים לבקשתם ויצא עם השניים כדי לאסוף את המידע המבוקש. לאחר מכן, ביום 1.3.06, יצאו ע"א רחמאן ועצאם אל תחנת הדלק

ורצחו את אלדד חיים אביר ז"ל באמצעות אקדח וסכין. מספר ימים לאחר הרצח הסיע המערער את השניים לבקשתם ליריחו.

לאחר תיקונו של כתב האישום הוגש חומר הראיות של התביעה בהסכמה, והמערער העיד להגנתו. בסיום פרשת ההגנה, ניתנה הכרעת הדין, וברוב דעות זוכה המערער מעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה והורשע בעבירה חליפית של סיוע להריגה. נציין כי לדעת המיעוט היה מקום להרשיע את המערער בעבירה שיוחסה, היינו סיוע לגרימת מוות בכוונה. בגין הרשעתו נגזרו עליו 12 שנות מאסר בפועל כמו גם מאסר על תנאי.

הכרעת הדין בבית משפט קמא

בית משפט קמא בחן את חומר הראיות, וקבע את הממצאים העובדתיים הבאים:

- א. במהלך פברואר 2006 נפגש המערער עם עצאם וע"א רחמאן לאחר שאלה עלו על רכבו המשמש כמונית. הם שוחחו בנוכחותו אודות רצונם לבצע פיגועי ירי וביקשו מהמערער לסייע להם, אולם המערער סירב וניסה לשכנעם לא לבצע זאת.
- ב. מספר ימים לאחר מכן פגש המערער שוב בעצאם וע"א רחמאן והתבקש על ידם להצטרף לנסיעה ברכבו של ע"א רחמאן לכיוון תחנת הדלק. הם אמרו לו שהם רוצים לרצוח את היהודי שעובד שם וליטול את נשקו. המערער הצטרף לנסיעה, וכשחזרו ביקש המערער מהשניים שלא יעשו את המעשה.
- ג. כמה ימים לאחר מכן התבקש המערער להסיע את עצאם וע"א רחמאן ברכבו שלו לתחנת הדלק לצורך איסוף מידע לקראת ביצוע הפיגוע, והמערער הבין שהשניים עומדים על דעתם לבצע את הרצח. המערער קיבל סך של 50 ₪ עבור הנסיעה. המערער שב והסיע את השניים ברכבו לאזור תחנת הדלק לצורך איסוף מידע בהזדמנות נוספת, אולם התחנה הייתה סגורה.
- ד. המערער שמע כי בכוונת עצאם וע"א רחמאן לרצוח את היהודי באמצעות סכין, ואף הבחין כי עצאם מחזיק בסכין ארוכת להב. דבר זה חידד אצלו את ההבנה כי השניים נחושים לבצע את המעשה.
- ה. לאחר שהמערער שמע אודות ביצוע הרצח הבין כי השניים ביצעו את זממם, ולאחר מספר ימים הסיעם לעיר יריחו.

בהתאם לדעת הרוב בבית משפט קמא, המערער ביצע את היסוד העובדתי של סיוע למעשה הרצח, בכך שהסיע את השניים לבקשתם לצורך איסוף מידע לקראת הפיגוע. בנוסף, מסקנת שופטי הרוב הייתה כי המערער התכוון לסייע לעצאם וע"א רחמאן בביצוע העבירה, ואף צפה את האפשרות לגרימת התוצאה הקטלנית.

לעומת זאת, לא שוכנעו שופטי הרוב כי המערער חפץ בהתרחשותה של התוצאה הקטלנית, לאור דבריו של המערער כי לא חפץ להיות חלק ממעשה הרצח, ולאור העובדה שניסה להניא את שני הרוצחים מביצוע המעשה.

בית משפט קמא, כמו גם הצדדים, יצא מנקודת הנחה כי הדין החל באזור בכל הנוגע להגדרת עבירת הסיוע הינו זה שחל בישראל לפני תיקון 39 לחוק העונשין, היינו: כי על התביעה להוכיח כי המסייע לעבירת הרצח התכוון לסייע כמו גם התכוון וחפץ בהתרחשות התוצאה הקטלנית. מכיוון שכך, ולאור מסקנת שופטי הרוב באשר להעדר חפצו של המערער בתוצאה הקטלנית, זוכה המערער מעבירת הסיוע לגרימת מוות בכוונה, אולם הורשע בעבירה חליפית של סיוע להריגה, לאור העובדה כי צפה את אפשרות התרחשות המוות.

שופט המיעוט סבר, בניגוד לדעת הרוב, כי במקרה זה הצליחה התביעה להוכיח שהמערער חפץ במותו של הקורבן, וזאת בהסתמך על אמרתו המשטרית של עצאם (ת/4). אמרה זו התקבלה בהסכמה, ועל כן, ובהתאם להלכת **אבו הלאל** (עד"י 114/01), יש לראותה כמחייבת ולדחות את עדות המערער. שופט המיעוט הסיק מאמרה זו כי המערער היה שותף לתכנון, הסכים לביצוע הפיגוע ללא סייג, ומכאן שחפץ במותו של המנוח. על כן, לשיטתו, היה נכון להרשיע את המערער במיחוס לו בכתב האישום המתוקן.

ערעור התביעה

התביעה טענה כי לפי הלכת **אבו הלאל**, חייב היה בית המשפט לקבל את גרסתו של עצאם להתרחשות העניינים ולדחות את גרסתו של המשיב, שלטענת התביעה סותרת את הגרסה של עצאם באופן חזיתי.

התביעה טענה כי מאמרותיו של עצאם ניתן להסיק מעל לכל ספק סביר כי אצל המשיב התקיים היסוד הנפשי הדרוש לצורך הרשעה כמסייע לרצח, ובנוסף לכך טענה כי מתקיימת במקרה זה חזקת הכוונה.

התביעה הוסיפה כי לא היה מקום להעדיף את גרסתו של המשיב במשטרה גם לולא היה בית המשפט מחוייב לקבל את גרסתו של עצאם, כיוון שגרסת המערער במשטרה הייתה חסרת הגיון פנימי, והוא עצמו לא עמד מאחוריה בבית המשפט.

התביעה ציינה כי במידה וערעורה לעניין הכרעת הדין יידחה, יש לקבל את ערעורה לעניין העונש, ולגזור על המשיב עונש מאסר גבוה יותר, לאור הסיוע שנתן המערער לרצח אכזרי. התביעה הוסיפה כי גם לאחר ביצוע הרצח לא הכה המערער על חטא ואף סייע לשני שותפיו להימלט בכך שהסיעם ליריחו.

ערעור ההגנה

לעמדת ההגנה, שגה בית המשפט גם בעמדת הרוב, שכן מעשיו של המערער לא הקימו את היסוד העובדתי הנדרש בעבירה. לטענת ההגנה, הסיוע שנתן המערער לא התבטא בהתנהגות בעלת ייעוד מוחשי לעבירה מסויימת על נתונייה הקונקרטיים. נטען כי הפרטים שהיו בידיעת המערער לא היו מספיקים ואינם עוברים את הרף המינימאלי על מנת לספק את דרישת הקונקרטיות.

עוד נטען כי מהעובדות שהוכחו עולה כי המערער לא היה מודע לכך שהתנהגותו יכולה להוות סיוע לרוצחים בביצוע זממם והוא עצמו לא ראה במעשיו כסיוע לרצח. כתימוכין לכך הפנתה ההגנה לדבריו של המערער בחקירתו לפיהם סירב להצעת שני הרוצחים להשתתף עימם בפיגוע ירי.

עוד נטען כי לא היה מקום לקבוע, כדעת הרוב, כי למערער היה יסוד נפשי של פזיזות, שכן הוא לא היה אדיש להתרחשות הרצח, אלא ניסה להניא את הרוצחים מביצוע זממם. דבר זה מעיד דווקא על כך שלא היה אדיש לחייו של המנוח.

ההגנה טענה גם כי מעשיו של המערער אינם עוברים את שלב קשירת הקשר, וציינה כי המערער לא היה מעורב בתכנון הרצח ולא ידע דבר על אופן ביצוע הרצח. לטענת ההגנה, גם אם המערער סייע לרוצחים בתחילת מעשי ההכנה, הרי שהוא התנתק מהקשר בכך שביקש מהרוצחים להתרחק ממנו, ולראיה כי הרוצחים לא ביקשו להשתמש ברכבו לצורך ביצוע הרצח ולא עירבו אותו בתכנון הקונקרטי או בביצועו.

ההגנה ציינה כי במידה ויידחה הערעור על הכרעת הדין, מן הראוי לקבל את ערעורה על גזר הדין, כיוון שהעונש שנגזר על המערער מפליג בחומרתו. לא נלקחה העובדה כי המערער לא ביצע דבר שבפועל סייע לרוצחים, ולכל היותר ניתן לומר כי המדובר במעשה זניח שנעשה מספר ימים לפני ביצוע העבירה.

השלמת הטיעון בנוגע ליסוד הנפשי בעבירת הסיוע

שני הצדדים יצאו מנקודת הנחה בטיעוניהם כי היסוד הנפשי בעבירת הסיוע דורש הן כוונה לסייע והן כוונה לביצוע העבירה העיקרית, כפי שנדרש בישראל טרם תיקון 39 [לחוק העונשין](#). במהלך הדיון בערעור, עוררנו מיוזמתנו את שאלת היסוד הנפשי בעבירת הסיוע, ושאלנו את הצדדים האם אין זה נכון לאמץ פרשנות שונה באשר להוראות החוק – פרשנות שתאמץ את דרישת היסוד הנפשי בעבירת הסיוע הקיימת כיום בישראל. מכיוון שהצדדים לא היו ערוכים לשאלה זו במהלך הדיון, ניתנה להם האפשרות להשלים את טיעונם בכתב.

לעמדת התביעה הצבאית, אכן מן הראוי לשנות את הפרשנות של היסוד הנפשי בעבירת הסיוע באזור. לטענת התביעה, ההלכה בדבר היסוד הנפשי בסיוע בישראל טרם תיקון 39 הינה הלכה הנובעת מהפסיקה, ועל כן אין כל מניעה לשנותה עם שינוי הדין בישראל, לאור ע' 353/03 **התביעה הצבאית נ' אבו סנינה**.

לעמדת ההגנה, אין כל הצדקה לשנות את הדין בעניין זה, ויש לילך בדרך שהתוותה פסיקת בית המשפט לערעורים בשנים האחרונות, לפיה אין לאמץ כל שינוי בתיקון 39 גם בדין האזור, ובכל הנוגע לעבירת הסיוע, יש להמשיך ולדרוש בדין האזור את אותו היסוד הנפשי שהיה בישראל טרם תיקון 39.

התשתית הראייתית

למקרא הכרעת הדין של עמדת הרוב, ניכר כי ההכרעה בדבר היסוד הנפשי בעניינו של המערער הוכרעה, בין היתר, מתוך התרשמותם הבלתי אמצעית של השופטים מעדותו של המערער בפרשת ההגנה ומאמינותה. בנוסף, שופטי הרוב סברו כי אמרתו של עצאם, עליה ביקשה התביעה להסתמך באשר ליסוד הנפשי של המערער, לא הייתה חד משמעית אלא ניתן לפרש את הדברים האמורים בה כמתיישבים גם עם גרסתו של המערער, ובלשונו של בית המשפט (עמ' 14 להכרעת הדין של השופט חלבי):

לא נעלמו מעיני דבריו של עד התביעה עצאם זין-אלדין באמרותיו המשטריות, אשר אין חולק לגבי נכונותם העובדתית, לפיהם: "...[הנאשם] הסכים והשתתף איתנו באיסוף מל"מ אודות אזור הפיגוע" וכי הוא "...השתתף איתנו בתכנון הפיגוע ואיסוף המל"מ אודות אזור הפיגוע". אולם, אין בשורות אלו בכדי להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, אודות כוונת הנאשם שהתוצאה הרצחנית תתממש. את דבריו של עד התביעה עצאם זין-אלדין, צריך לקרוא במכלול הדברים, ומהם ניתן ללמוד כי בבואו לפרט אודות היוזמה, התכנון והשגת הכלים למעשה הרצח, אין הוא מזכיר את הנאשם כלל ועיקר, אולם משמתחיל הוא לתאר את הנסיעות לאיסוף המידע, מזכיר את שמו של הנאשם כמי שהשתתף איתם. העד לא נותן פרטים אודות מידת מעורבותו של הנאשם ומידת המידע שהועבר לידיעתו. כמו כן, העד כלל לא עומת עם דבריו של הנאשם בחקירתו, לפיהם לא התכוון הוא לתוצאה, ואף ניסה להניא את האחרים מלבצע את הרצח. רוצה לומר, כי לגבי דידי אין במילה אחת שלפיה הנאשם הסכים שיבצעו את הרצח בכדי לספק דווקא את היחס החפצי שלו לתוצאה הקטלנית, להבדיל מהסכמתו לסייע להם במעשה העבירה המתוכנן.

כך או כך, ומאחר שנותר בלבי ספק בדבר כוונתו של הנאשם להתרחשות התוצאה הקטלנית, הגעתי למסקנה כי רכיב זה של היסוד הנפשי, הקשור לחפץ בתוצאה, אינו מתקיים.

דברים אלה של בית המשפט עומדים, לשיטת התביעה, בסתירה להלכת **אבו הלאל**, שכן הלכה זו קובעת כי על ההגנה לחקור עד בכל נקודה השנויה במחלוקת. במקרה זה הסכמתו של המערער לביצוע העבירה העיקרית מצויה בשורש המחלוקת. בחירת בית המשפט לפרש את דברי עצאם כמתיישבים עם גרסת המערער אינם עולים בקנה אחד עם חובתה של ההגנה, לפי הלכת **אבו הלאל**, לחקור בחקירה נגדית בכל עניין השנוי במחלוקת, והעדר חקירה במקרה זה מחייב את העדפת הגרסה הנוחה פחות למערער. אין בידי לקבל עמדה זו, ולהלן אבהיר מדוע.

על הלכת אבו הלאל

כאמור, בהסתמך על הלכת **אבו הלאל**, ביקשה התביעה הצבאית כי נקבל את אמרתו של עצאם כאמיתית ונכונה כיוון שזו הוגשה בהסכמה. אינני סבור כי הלכה זו ישימה בענייננו, ומן הראוי להרהר שנית בעקרונות הפרשניים העולים מהלכה זו. את דעתי העקרונית בהקשר זה ציינתי בתיק (יהודה) 1139/07 **התביעה הצבאית נ' עביד**, ומן הראוי לפרטה להלן גם ביחס לתיק שלפנינו.

הגשת חומר ראיות בהסכמה – משמעות "ההסכמה"

ראשית, קיימת בפנינו השאלה מה פירושה של אותה הסכמה בין הצדדים להגיש את אמרתו של עצאם. האם מדובר בהסכמה להגשת האמרה בהתאם לסעיף 10ב לפקודת **הראיות**, או שמא המדובר בהסכמה מסוייגת, שמשמעותה שרואים את האמרה כאילו עצאם העיד בחקירה ראשית, אולם ההגנה רשאית להביא ראיות לסתור, והעדר חקירה נגדית תהווה חלק ממכלול השיקולים בבחינת מהימנות האמרה.

בעניין ע' 1245/08 **התביעה הצבאית נ' דאר חאג'**, ציין כב' המשנה לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים כי באזור, הפרקטיקה המקובלת בה מוגשות אמרות בהסכמה נעשית בהתאם לסעיף 10ב לפקודת **הראיות**, ונובעת בין היתר, מכך שפרקטיקה זו נועדה לאפשר את קידום ניהול התיק מחד גיסא, ומתן אפשרות להגנה לנהל משא ומתן עם התביעה, מאידך גיסא. רציונל זה אינו חל בכל מקרה, ונראה כי אינו חל גם במקרה שלפנינו. במקרה זה דובר מלכתחילה בכפירה מהותית – כלומר שלא משיקולים טקטיים בלבד – כשהמחלוקת היחידה בין הצדדים נותרה היסוד הנפשי של המערער. לולא הייתה מחלוקת זו עומדת בשורש הדיון, לא היה צורך בהעדתו של המערער וניתן היה להסתפק בחומר החקירה שהוגש. לפיכך, ולאור גדר הכפירה ומהותה, אין לראות בהסכמת ההגנה כהסכמה מלאה לתוכן ולמשקל של אמרת עצאם.

אין לקבל את הטענה כי תמיד, כל הגשת אמרות בהסכמה משמעותה הגשת האמרות בהתאם לסעיף 10ב [לפקודת הראיות](#). הדבר צריך להתברר מאומד דעת הצדדים בהתאם להתנהלות בבית המשפט. בעניין זה נקבע בע"פ [4736/91 פטאיר נ' מדינת ישראל](#), כדלקמן:

"הודעותיהם של ארבעת הכלואים - שנמסרו על ידם בחקירתם במשטרה - הוגשו במהלך הדיון ב"הסכמה", שלא בדרך הקבועה בסעיף 10ב. [לפקודת הראיות](#) (נ"ח), הקובע כתנאי להגשה, שתוכן האימרה (קרי: ההודעה) המוגשת על פיו אינו שנוי במחלוקת. [במקרה דנן - כך מתבקש מהתפתחות הדיון - המדובר ב"הסכמה מסויגת", לפיה הוגשו ההודעות כ"עדות ראשית" של נותניהן, תוך השארת פתח לחקירה נגדית ולהבאת ראיות לסתור, מצידם של באי-כוח הנאשמים.](#)

כאמור, שניים מנותני ההודעות - עוקאשה וריאן - לא נחקרו כלל, אך תוכן הודעותיהם, ככל שהוא מפליל את הנאשמים, הוכחש בעדויותיהם של הנאשמים ואבו מסקי; והוא הדין, למעשה, בהודעתו של הכלוא השלישי, עווים. לעומתם נחקר הכלוא הרביעי, בראגמה, בחקירה נגדית, במסגרתה התכחש לתוכנה המפליל של הגירסה המוצגת בהודעתו בטענה כי זו הוצלה מפיו באמצעי לחץ.

דין הודעה המוגשת כראיה ב"הסכמה מסויגת", כפי שארע במקרה דנן, ונותנה אינו נחקר בחקירה נגדית, כדין "עדות ראשית" שהיריב ויתר על חקירתו הנגדית של העד שמסרה: משקלה הראייתי של הודעה כזו נקבע על ידי בית המשפט על פי המבחנים הנוהגים בדרך כלל לענין הערכת משקלה של עדות שלא נמסרה בפני בית המשפט; כאשר העדר החקירה הנגדית - שקיומה היה נתון לשיקול דעתו של היריב - נמנה בין השיקולים התומכים בגירסה המוצגת בהודעה, בעימות שבינה לבין ראיה אחרת המובאת על ידי היריב לסתירתה (ראה בסוגיה זו: [ע"פ 2603/90](#), מה (3) 803, אלפאר).

לפיכך, הגשת ראיות בהסכמה, כל עוד לא נאמר במפורש כי המדובר בהסכמה לפי סעיף 10ב [לפקודת הראיות](#), יכולה להוות הסכמה מסויגת, וניתן ללמוד על כך גם מהתפתחות הדיון, כאמור בעניין [פטאיר](#), לעיל.

בענייננו, ולאור גדר הכפירה כאמור, ברור כי ההסכמה להגשת האמרה של עצאם הייתה הסכמה מסויגת, הנובעת מעמידתה של ההגנה על פרשת ההגנה ומתן גרסה של המערער במהלך הדיון בערכאה הראשונה – גרסה אשר שונה לכאורה מהדברים שמסר עצאם בכל הנוגע ליסוד הנפשי. על כן, אומד דעת הצדדים במקרה זה הינו ברור, והוא כי ההגנה רשאית להעלות טענות נגד האימרה של עצאם, ולבקש להעדיף את גרסתו של המערער בבית המשפט על פני המצוי בעדותו של עצאם.

חומר ראיות שהוגש בהסכמה – פרשנותו

אף אם נניח כי חומר הראיות הוגש בהסכמה בהתאם להלכת **אבו הלאל**, עדיין אין בכך כדי לסייע לתביעה. על פי העמדה המובעת בהלכת **אבו הלאל**, מרגע שהוגש חומר ראיות "בהסכמה", לא רק שרואים את הצדדים כמסכימים לתוכנו, אלא שאם ישנן סתירות בחומר הראיות, יש לברור ולבחור את הגרסה הנוחה פחות לנאשם.

כב' נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אל"מ משניות, העיר על הבעייתיות הרבה בהלכה זו בעניין **דאר חג'** באומרו:

"לטעמי החידוש המרכזי בהלכה זו [הלכת אבו הלאל – צ"ל] הוא הקביעה כי כאשר מוגשות בהסכמה אמרות שונות הסותרות זו את זו, ניתן להסתמך על האמרות המפלילות את הנאשם, למרות קיומן של אמרות אחרות הנוחות לנאשם. אומר כבר עתה כי הלכה זו אינה פשוטה בעיניי..."

כב' הנשיא לא נדרש להכריע בסוגיה זו בעניין **דאר חאג'**, אולם ניכר כי דעתו אינה נוחה מהלכה זו. להערתו האמורה בפסק הדין בעניין **דאר חאג'** הצטרף אף כב' השופט חניאל.

דברים אלה מתיישבים עם הדברים שנקבעו בע' 1467/07 **התביעה הצבאית נ' יאמין** כדלקמן:

"הלכת אבו הלאל אין פירושה כי מקום שקיימת סתירה בין עדות אחת של עד לבין עדות אחרת של אותו עד, חייב ביהמ"ש לבחור לעצמו איזו עדות עדיפה, ויתכן כי גם מקום שקיימת עדות אחת, משקלה יהא אפסי לנוכח מכלול שאר הראיות" (ההדגשה שלי – צ.ל.)

בהתאם לעניין **יאמין**, שניתן זמן רב לאחר פסק הדין בעניין **אבו הלאל**, בית המשפט יכול שלא להעניק משקל מלא לעדות שהוגשה בהסכמה, ואף להעניק לה משקל אפסי, בהתאם למכלול הראיות. בעניין **יאמין**, נדחתה הגישה הפרשנית הקיצונית שבעניין **אבו הלאל**, לפיה הצדדים כובלים בהסכמתם להגשת חומר ראיות את בית המשפט למסקנה פרשנית אחת אפשרית כתוצאה מעצם הגשת חומר הראיות בהסכמה. ואכן, פרשנות קיצונית זו הינה בעייתית ביותר, סותרת את גישת בית המשפט העליון כפי שנראה להלן, ולא לחינם נדחתה בעניין **יאמין** וזכתה לביקורת גם בעניין **דאר חאג'**.

אמנם, בשיטה האדוורסארית הצדדים הם האחראים על הבאת הראיות בפני בית המשפט (בכפוף לחריגים מסויימים), אולם משהובאו הראיות בפני בית המשפט, אין הוא כבול בפרשנותו לעמדת הצדדים, והוא יכול לבחון את הראיות ולדלות מהן את האמת אף בלא תלות בעמדת הצדדים.

יתר על כן, דומני כי קביעת עמדה שהגשת חומר ראייתי בהתאם לסעיף 10ב משמעותה אוטומטית הענקת משקל מלא לאותה אמרה או רק לחלקים המפלילים באותה אמרה הינה בעייתית ביותר, ומונעת מבית המשפט את כוחו ויכולתו להחליט בהסתמך על מארג כלל הראיות. טול לדוגמה מקרה בו הוגשה אמרת עד מפליל בהסכמה, אולם אמרה זו סותרת ראיית אליבי מוצקה ואובייקטיבית, כמו למשל שהנאשם היה בכלא במועד הרלוונטי (השוו תיק (חברון) 1194/99 **התביעה הצבאית נ' צבארנה**, פש"מ יב 406). האם יעלה על הדעת כי בית המשפט יתעלם מאותה ראייה מזכה אובייקטיבית ויסתמך על האמרה המפלילה, שאינה יכולה להיות נכונה, רק בשל "הסכמת הצדדים"? דומני כי התשובה השלילית לשאלה זו הינה ברורה. בית המשפט אינו יכול להתפרק מאחריותו לשקול את כלל הראיות שהוצגו בפניו. אמנם, המסגרת הראייתית מוכתבת פעמים רבות בידי הצדדים, אולם מקום בו ישנה מחלוקת בין הצדדים באשר לאשמת הנאשם, חובתו של בית המשפט לבחון ולשקול את מכלול הראיות שהוצגו בפניו ולבחון על פיהן את שאלת האשמה. ודוק: אף אם הצדדים קובעים פעמים רבות מהן הראיות שיוצגו בפני בית המשפט, עדיין חובתו של בית המשפט להעניק להן את המשקל המתאים ולהחליט אם לקבל את תוכן ובאיזו מידה.

בהקשר זה מן הראוי להפנות לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) ביניש בע"פ [2271/02 אבני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט \(4\) 913](#). באותו מקרה ביקשה ההגנה בערעור להסתמך על אמרה שלטענתה הוגשה בהתאם לסעיף 10ב **לפקודת הראיות**. אף שבסופו של דבר נקבע כי לא הייתה הסכמה להגשת האמרה, הוסיפה כב' השופטת (כתוארה דאז) ביניש את הדברים הבאים:

*"יתרה מזאת, וזה העיקר, לא מצאנו שהגשת אימרתו של פרידן [בהתאם לסעיף 10ב – צ.ל.] עשויה להביא לשינוי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט קמא. מאימרתו של פרידן מבקשים כאמור באי כוחו של המערער 1 ללמוד כי פרידן שוכנע באמת ובתמים כי העיסקה חוקית וכי ייפוי הכוח אמיתי. לטענתם, העובדה שעורך דין ותיק ומנוסה הולך שולל עלידי יוזמי הקנוניה צריכה להביא למסקנה כי אף המערער 1, שאינו משפטן, היה מסייע תם לב שהוטעה לחשוב כי מדובר בעיסקה כשרה. **דינה של טענה זו להידחות: ראשית, משום שקשה לקבוע את מהימנות טענתו של פרידן** שלפיה האמין כי מדובר בעיסקה חוקית ובייפוי כוח אמיתי, שהרי אין חולק כי מעולם לא הוצג בפני פרידן המקור של העתק ייפוי הכוח המזויף, ואף על פי כן הוא העניק לו אישור נוטריוני שהוא נאמן למקור ואף עשה זאת רטרואקטיבית. **לפיכך נראה כי מדובר בגירסה שמסר פרידן במשטרה על מנת לנסות להמעיט מאחריותו למתן האישור ולהסיר מעליו חשד**" (ההדגשות לא במקור – צ"ל)*

עינינו הרואות כי כב' הנשיאה ביניש התייחסה למשקל האמרה, והייתה מוכנה לנתח את תוכנה של האמרה ולהתייחס למשקלה אף אם זו הייתה מוגשת בהתאם לסעיף 10ב **לפקודת הראיות**.

משמעותה של גישה זו הינה ברורה – אין כל חובה להתייחס לאמרה המוגשת בהתאם לסעיף 10ב לפקודת הראיות בבחינת "כזה וראה וקדש". ניתן לבחון את משקל האמרה, וניתן אף להפחית ממשקלה, והכול בכפוף לנסיבות ולמארג הראיות. דברים אלה מתיישבים עם העיקרון הכללי לפיו הערכת הראיות שהוגשו לבית המשפט מסורה בידי של בית המשפט, וככלל, אין זה ראוי כי יתפרק מסמכותו זו.

אעיר כי הדבר מתחייב מעיקרון נוסף המקובל בדיני הראיות. לעתים, גם כאשר עד נמצא כמהימן, וגם אם בית המשפט משוכנע כי העד מסר את עדותו כשהוא מאמין שהיא אמיתית ונכונה, ייתכן כי העדות תימצא כלא אמינה ומשקלה לא יהיה מלא. הדבר נפוץ במקרים של עדות ראייה, אשר אמינותה יכולה להיפגע עקב נסיבות אחרות, אך גם ביחס לעדויות אחרות. כך למשל, בית המשפט יכול להאמין לעד כי הוא סבור שזיהה אדם במסדר זיהוי כמי שתקף אותו, אולם פגמים במסדר הזיהוי ותנאי התאורה בעת האירוע לא באמת מאפשרים להעניק לעדות זו משקל מלא.

אם כך הדבר ביחס לעדות שבית המשפט שמע והתרשם ממנה, ואף הגיע למסקנה הברורה כי העד הוא מהימן ודובר אמת, קל וחומר שהדבר נכון ביחס לעדויות אחרות שלא עברו את כור ההיתוך של החקירה הנגדית. משקלה של עדות צריך להישאר תמיד בידי בית המשפט. לפיכך לשיטתי, הגשת אמרה לפי סעיף 10ב אינה יכולה להוות סוף פסוק מבחינת משקלה. ניתן לכל היותר לראות בהגשת אמרה בהתאם לסעיף זה כהסכמת הצדדים באשר למהימנות הדברים הרשומים בה להבדיל מאמינותם. לפיכך, סתירות מהותיות בתוך האמרה, או סתירות משמעותיות בין האמרה לבין עדויות אחרות שאף הן מהימנות, יכולה לעלות כדי ספק סביר באשמתו של נאשם.

אעיר כי לדעתי הדבר אף מתחייב משיקולים כלליים של מדיניות שיפוטית, שכן בתי המשפט הצבאיים מחוייבים על פי חוק בדיני הראיות בישראל, ואין מקום כי התייחסות בתי המשפט הצבאיים להסכמת צדדים להגשת אמרות תהיה מנותקת מהמקובל בישראל בהקשר זה. למותר לציין כי אין מקבילה להלכת אבו הלאל בפסיקה בישראל.

על הלכת אבו הלאל – סיכום

לדעתי, ובכל הכבוד להלכת אבו הלאל, אין מקום לקביעה כי הסכמת הצדדים להגשת חומר ראיות בהתאם לסעיף 10ב לפקודת הראיות מהווה מסגרת המחייבת את בית המשפט להעניק לאותה ראיה משקל מלא. לכל היותר, ניתן להתייחס לאמרה שהוגשה בהסכמה כאמור, כאילו נמסרה על דוכן העדים, והעד אף נמצא מהימן, אולם אסור להתייחס לאמרה זו בהכרח כאמינה. משקלה של האמרה, ואמינותה, יקבעו כחלק ממכלול הראיות ובהתאם להשתלבותן במכלול זה. כל פירוש אחר מביא להתפרקותו של בית המשפט מאחריותו לבחון ולהעריך בעצמו את הראיות על פי הקשרן והשתלבותם במארג הראיות הכולל, ואף עלול להביא לתוצאות אבסורדיות שאינן מתיישבות עם המציאות האובייקטיבית.

לפיכך, כפי שנקבע בעניין **יאמין**, וחרף הדברים שנרשמו בעניין **אבו הלאל**, המסקנה המתבקשת הינה כי גם אם הוגשה אמרה בהתאם לסעיף 10ב **לפקודת הראיות**, ייתכנו מקרים בהם בית המשפט יחליט בהתאם למכלול הראיות, כי אין להעניק משקל מלא לאותה אמרה שהוגשה בהסכמה.

מן הכלל אל הפרט

ההסכמה בעניין אמרתו של עצאם הייתה הסכמה מסוייגת, ואין בה כדי למנוע מההגנה את האפשרות להסתמך על ראיות אחרות, ובכלל זה עדותו של המערער בפרשת ההגנה, כדי להפריך את תוכנה של אותה אימרה. בנוסף, גם אם הוגשה אמרתו של עצאם בהתאם לסעיף 10ב **לפקודת הראיות**, אין בכך כדי למנוע מבית המשפט התייחסות לאמרה זו כחלק ממארג הראיות הכולל, ומתן משקל לאמרה זו בהתאם לאותו מארג.

לא מצאתי לנכון לשלול את מסקנת בית משפט קמא באשר למשמעות שיש לייחס לאמרתו של עצאם. אין בדברים שמסר עצאם כדי להוות ראיה חותכת וחד משמעית באשר ליסוד הנפשי של המערער. מעבר לדברים שציין השופט חלבי בפסק דינו, מצאתי לנכון להעיר כי עצאם לא התבקש בחקירה ואף לא מסר שום פירוט באשר לדרך התכנון, לדברים שאמר כל אחד מהשותפים ביחס לתכנון או כל פרט אחר שהיה יכול להבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים מה היה חפצו של המערער. לטעמי, קיים קושי ממשי להבין מהמילים "הסכים והשתתף איתנו בתכנון הפיגוע" כי המערער חפץ ברצח, ובהחלט ייתכן כי עצאם מציין את מה שנראה לו מבחינה סובייקטיבית מובן מאליו, שהמערער הסכים לסייע ונטל חלק בתכנון כעולה מעובדות כתב האישום. אין בהכרח בדברים אלה כדי להצביע על היחס החפצי של המערער לרצח, אלא לכל היותר יש בכך ללמד על מה חשב עצאם שהוא היחס החפצי של המערער לרצח. רשויות החקירה לא שאלו שאלות הבהרה ולא ניסו להבהיר עניין זה, כאמור. מחדל זה פועל לטובת המערער. כאשר מחד גיסא עניין לנו בגרסת המערער בבית המשפט שניתן לה אמון, ומאידך גיסא דברים אשר מסר עד בחקירה וניתן לפרשם באופן המתיישב עם האמון שנתן בית המשפט לגרסת המערער, המסקנה הינה כי אין להתערב בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא. אין בהעדר חקירה נגדית של עצאם מטעם ההגנה כדי להוות אמצעי להכשרת מחדלי החקירה שהתבצעו קודם לכן ובודאי שאין הצדקה להימנע מלבחון את כלל הראיות ולגבש מסקנות עובדתיות לפיהן.

כאן המקום להזכיר כי ההלכה הינה שערכאת הערעור לא תתערב בדרך כלל בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא, וזאת כיוון שלערכאה הראשונה היתרון שבהתרשמות בלתי אמצעית מהעדים שהעידו בפניה (ראו **ע"פ 2485/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2), 918**, עמ' 924-925; **ע"פ 1442/06 מדינת ישראל נ' פלוני**, פורסם בנבו, ניתן ביום 1.9.08, בפסקה 20 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר; **ע"פ 9352/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632**, בעמ' 643; ע' 2322/09 **התביעה הצבאית נ' זואתיה**).

ההתרשמות הבלתי אמצעית של שופטי הרוב בערכאה הראשונה מהמערער הינה כזו שאין לערכאת הערעור סיבה או הצדקה להתערב בה, ועל כן אין מקום שנתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו לעמדת שופטי הרוב.

היסוד הנפשי בעבירת הסיוע

לאחר שקבענו כי אין מקום להתערבותנו בממצאים העובדתיים שנקבעו בדעת הרוב בערכאה הראשונה, נפנה לניתוח המשפטי של ממצאים אלה.

בהתאם לקביעות העובדתיות האמורות לעיל נקודת המוצא הינה כי המערער רצה לסייע לעצאם ולע"א רחמאן, אולם הוא עצמו לא חפץ במותו של המנוח, אף שהיה מודע לכך שבמעשיו הוא תורם תרומה לביצוע הרצח ואף צפה את התרחשותו.

בית משפט קמא בחן את שאלת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה בהתאם לדין שחל בישראל לפני תיקון 39, היינו הן דרישה לכוונה לסייע והן כוונה להתרחשות תוצאת העבירה העיקרית (להלן נתייחס לגישה זו כגישה הכוונה הכפולה).

לטעמי, וכפי שאבהיר להלן, מן הראוי לשנות את התפיסה העקרונית באשר ליסוד הנפשי בעבירת הסיוע, ולאמץ את היסוד הנפשי הקיים היום בעבירה זו לאחר תיקון 39 בישראל, היינו דרישה כי הכוונה מתייחסת לסיוע בלבד, אך לא לעבירה העיקרית. במילים אחרות: נדרש כי המסייע יתכוון לסייע לעבריין העיקרי, אך די בכך שיהיה מודע לאפשרות התרחשות תוצאת העבירה העיקרית ואין צורך כי יחפוץ בה (להלן תכונה גישה זו כגישה הכוונה לסייע).

פסיקת בית המשפט לערעורים בסוגיה זו בעבר אינה אחידה. מחד גיסא, ישנה פסיקה התומכת בגישה לפיה נדרשת כוונה כפולה (ראו ע' איו"ש 04/xxxx **שעבלו נ' התביעה הצבאית**). מאידך, ישנה גישה אחרת התומכת בפרשנות הכוונה לסייע (ע' 322/03 **כהן נ' התביעה הצבאית**).

אני סבור כי פסק הדין בעניין ע' איו"ש 03/xxx, הינו נכון וראוי. עוד בטרם פסק הדין בעניין ע' איו"ש 03/xxx, הבעתי את דעתי כי יש לאמץ את הפרשנות המקובלת כיום בישראל באשר ליסוד הנפשי בעבירת הסיוע (ראו תיק (יהודה) 1257/02 **התוב"צ נ' אבו עג'מייה** ובעקבותיו בתיק 1843/02 **התוב"צ נ' אבו ערקוב**).

יתרה מזו, בע' איו"ש 04/xxxx שעסק בערעורו של **אבו עג'מייה** על ההכרעה בתיק 1257/02 לעיל, דן בית המשפט לערעורים ובחן אך ורק את השאלה האם הייתה כוונה לסייע, ולא בחן כלל האם הייתה כוונה או חפץ בתוצאה הסופית, מתוך ההנחה, ככל הנראה, כי זוהי ההלכה הקיימת גם בדין האזור. עם זאת, כאמור, הפסיקה בעניין זה אינה אחידה, ולאחרונה פסק בית המשפט לערעורים שוב על פי גישה הכוונה הכפולה בע' 2551/07 **חסין נ' התביעה הצבאית**.

הדין הראוי

לדעתי, טעמים של מהות מצדיקים לאמץ את דין הסיוע הקיים כיום בישראל, גם בדין האזור, בדומה לע' איו"ש 03/xxx. לטעמי, תיקון הדין בישראל מצדיק לא רק את תיקון הדין באזור בידי המחוקק, אלא מצדיק שבית המשפט יעניק פרשנות אחרת לדין הקודם. ההיגיון והצדק מחייבים ששני נאשמים הנותנים את הדין בגין אותו מעשה, והאחד נשפט בישראל ואילו השני נשפט באזור, יישפטו בהתאם לאותה מערכת דינים בסיסית ועקרונית. אין פירושו של דבר שאין מקום לדינים המיוחדים לאזור ולנסיבות המיוחדות שבו, אולם אינני סבור שהעקרונות הבסיסיים של דיני העונשין צריכים להיות שונים. על כך כבר כתבתי בעניין תיק (יהודה) 1618/02 **התוב"צ נ' אבו סנינה** פש"מ יד(2) 153, בעמ' 174 :

ככלל, לגיştתי, ראוי לפרש את הדין החל באזור במידת האפשר בהתאם לדין החל בישראל, ואין מקום ליצור הבחנות המנתקות את הדין באזור מכור מחצבתו – הוא הדין בישראל. יש אף לזכור כי גם המחוקק באזור קבע במקרים מסויימים כי על בתי המשפט באזור לפעול בהתאם לדין החל בישראל על שינויו. כך, למשל, סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון קובע כי בדיני הראיות ינהג בית משפט צבאי לפי הכללים המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של מדינת ישראל. לעומת זאת, קבע המחוקק באזור הסדר שונה לעניין סדרי דין, בקובעו בסעיף 10 לצו בדבר הוראות בטחון שביהמ"ש רשאי להורות בכל עניין של סדרי דין שלא נקבע בצו, על סדרי דין שייראו לו מתאימים לעשיית צדק. עינינו הרואות, שבעוד שבעניינים מהותיים כדיני ראיות ביקש המחוקק באזור ליצור הקבלה וחפיפה מלאה בין הדין באזור לדין בישראל, ואף קבע זאת במפורש, נקבע הסדר שונה באשר לסדרי דין.

למרות הוראת סעיף 10 הנ"ל, בתי המשפט באזור הנחו עצמם לילך בעקבות ההלכות ושינויי הדין בישראל גם בעניינים אלה. כך למשל, נקבע בע"מ 157/00 התוב"צ נ' אבו סלים, פש"מ יא 217, בעמ' 220, כדלקמן :

"הגם שאין מחלוקת כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996, אינן חלות באזור, הרי שככלל מנחים אנו עצמנו לפעול בהתאם לעקרונות שהותוו באותו החוק"

כעולה מהמקובץ, בתי המשפט באזור, נוהים אחר ההלכות בישראל, בין אם מכוח הוראות הדין, כסעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון, ובין

אם מכוח הנחייה עצמית לעשות כן גם כאשר אין חובה לפעול לפי הדין החל בישראל. לפיכך, אם בענייני סדרי דין פועלים אנו בהתאם לעקרונות החקיקה כפי שהשתנו בישראל, קל חומר שבענייני מהות ראוי כי נלך באותה הדרך". (ההדגשה שלי – צ.ל.)

פסק הדין בעניין **אבו סנינה** לעיל אושר בבית המשפט הצבאי לערעורים בע' איו"ש 03/xxx **התוב"צ נ' עומר אבו סנינה** פדאור (לא פורסם) 04 (27) 64, ומן הראוי להביא את דבריו של כב' נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים דאז, אל"מ שאול גורדון, בהקשר זה:

"עוד יובהר כי הזיקה המהותית (אף אם נעדרת היא, מטעמים מובנים, ביטוי רשמי) למשפט הישראלי, אינה ניתנת לניתוק, וזאת בשל מספר נימוקים. ראשית, מן ההיבט הפרסונאלי, כל העושים במלאכה, אם במלאכת החקיקה ואם במלאכת השפיטה, גדלו וחונכו על ברכי השיטה הישראלית. על כן רק טבעי הוא כי אלה יפנו למקורות המשפט המוכרים להם.

שנית, חלק לא מבוטל מתחיקת הביטחון יסודה בדברי חקיקה ישראליים, אשר הועתקו והותאמו לאזור. משכך, רק טבעי הוא כי נפנה לפסיקה בישראל, אשר כבר נדרשה לפרשנותן של הוראות אלה, ומכל מקום ניתן להישען על **עקרונות השיטה** אף במקרים בהם טרם נדון או הוכרע הנושא הנדון בישראל.

שלישית, ואף לכך יש ליתן משקל לא מבוטל, הזיקה למשפט הישראלי נדרשת אף בשל העובדה כי לא אחת נדונות פרשיות שונות במקביל, הן בבתי המשפט הישראליים והן בבתי המשפט הצבאיים. מציאות מיוחדת זו מחייבת שוויון, אשר אף אם לא מוחלט הוא, הרי שיש להקפיד כי לא ייווצרו עיוותים חמורים ואפליה בין אלה הנדונים במערכת האחת לבין חבריהם הנדונים במערכת האחרת.

לבסוף, וכאן לטעמי עיקר הדבר, מכירים אנו במעמדה המיוחד של מערכת המשפט הישראלית, אשר קנתה לה מוניטין והנחשבת מתקדמת וראויה על פי כל קנה-מידה. גם מערכת משפט צבאית יכולה וצריכה לשאוף לסטנדרטים אלה, ועל כן, **ככל שאימוצם של סטנדרטים אלה אינו עומד בסתירה לחוק, או אינו נמצא בלתי-מתאים באופן אחר למציאות המיוחדת הנובעת ממעמדו של האזור ומצרכיו הביטחוניים המיוחדים, הרי שיהיה מקום לאמצם וללכת לאורם"** (ההדגשות שלי – צ.ל.).

כאן המקום לומר כי הגדרת היסוד הנפשי בעבירת הסיוע בהתאם לדין הקודם בישראל, אינה נובעת מהגדרה אנליטית ומדויקת של המחוקק אלא המדובר בפרי הפסיקה ([ע"פ 232/55 היועץ](#))

אוסוף ואומר כי אני סבור שלו הייתה מתעוררת שאלת פרשנותו של סעיף זה כיום לראשונה, בלא ההיסטוריה הפסיקתית, אזי בהתחשב בזיקה למשפט הישראלי כאמור בעניין **אבו סנינה**, ועל מנת ליצור שוויון מהותי בעקרונות המשפט הפלילי בישראל ובאזור, אין לי ספק כי הייתה מאומצת כיום הפרשנות שהתקבלה בישראל לאחר תיקון 39. שאלת הפרשנות של סעיף זה מתעוררת אך ורק לאור ההיסטוריה הפסיקתית והלכת בית המשפט העליון מלפני תיקון 39.

פרופ' ברק התייחס בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה**, כיצד יש להתייחס למקרים בהם חוק פורש בעבר בדרך מסויימת, ואילו כיום עולה שאלה פרשנית זו שוב, והדעה הינה כי לו היה מפורש חוק זה מלכתחילה היה מקום לקבל פרשנות אחרת, באומרו את הדברים הבאים (שם, עמ' 777):

"כפי שראינו, חובתו העיקרית של השופט הינה לפעול בסבירות ובאובייקטיביות. מה תוכנה של חובה זו בכל הנוגע לסטייה מתקדים קודם, המפרש דבר חקיקה במסגרת "מתחם סבירות"? נראה לי, כי משמעות הדרישה היא שעל שופט בית המשפט העליון להתחשב, מחד גיסא, במלוא השיקולים התומכים בכיבוד התקדים ובהליכה בעקבותיו; ומאידך גיסא, בהיקפם המלא של השיקולים המצביעים לכיוון הסטייה מהתקדים ובחירה באפשרות האחת. על השופט ליתן לכל אחת מערכות השיקולים הללו משקל ראוי. משעשה כן, עליו להעמידם על כפות המאזניים. עליו לבחור באותו פירוש שידו על העליונה, כלומר: עליו לבחור באותו פירוש שהתועלת הצומחת ממנו עולה על הנזק הצומח ממנו".

דומני כי בעקבות התיקון בישראל, ומאחר שהדבר עולה בקנה אחד גם עם פרשנותו הראויה של סעיף 26 טרם תיקון 39, נכון וראוי לאמץ את הגדרת הסיוע העדכנית שבישראל גם ביחס לדין האזור. אין לטעמי הצדקה אמיתית ומהותית לשוני בין הדינים בעניין זה בין ישראל והאזור. היצמדות להלכה הקודמת תגרום לחוסר הרמוניה שיפוטית, וליצירת פער מהותי בין המשפט הפלילי באזור לבין המשפט הפלילי בישראל. לאור השיקולים שפורטו בעניין **אבו סנינה**, אין הצדקה אמיתית לפער זה. קבלת הפרשנות המקובלת בישראל לאחר תיקון 39 הינה נכונה וראויה, מתבקשת מלשונו של הסעיף, מתיישבת עם הרציונאל של המושג סיוע בדין הפלילי (עוד טרם קבלת תיקון 39) ותיצור הרמוניה משפטית עם המערכת המשפטית הישראלית לה סמכות מקבילה לדון באותן העבירות פעמים רבות.

אני סבור כי סטייה מתקדימי העבר של בית משפט זה אשר אישרו את הפרשנות שקדמה לתיקון 39 הינה נכונה, מוצדקת ותועלתה עולה רבות על הנזק מהותית פרשנות אנאכרוניסטית, שהינה בבחינת מאובן שלא ניתן לשנותו.

את דעתי זו כבר כתבתי בהקשר לשאלה מפורשת זו בתיק (יהודה) 1257/02 **התוב"צ נ' אבו עג'מייה** כדלקמן:

"לדעתי, אין לקבל את העמדה כי המשפט הינו בבחינת מאובן אשר לא ניתן לשנותו, כפי שמבקשת התביעה. אף בטרם תיקון 39, ובהסתמך על נוסחן של סעיף 26 לחוק העונשין אשר מקביל לסעיף 14 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, נמתחה ביקורת על הפסיקה ועל הצורך ביסוד הנפשי הנדרש בעבירה של סיוע לעבירה תוצאתית, כפי שפירט כב' הנשיא ברק בעניין פלונית לעיל. המשפט אינו קופא על שמריו, אלא מתפתח הוא מעת לעת, ואין בידי לקבל את הטענה כי יש לפנות לפסיקה שקדמה לתיקון 39 בבחינת כזה ראה וקדש, אשר לא ניתן לשנותה עוד. כפי שציינתי לעיל, הלכת ג'ועבי עסקה בסעיפים 14 ו-15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה בהתאם לנוסחם של הסעיפים. נוסח סעיף 14 אינו דורש זהות בין היסוד הנפשי בעבירה העיקרית ובעבירת הסיוע אלא זוהי פרשנות אפשרית אחת. לדעתי, יש לבחור בפרשנות המתקדמת, כפי שזו מתבטאת בעניין פלונית לעיל, אשר מתיישבת עם נוסחו הנוכחי של הסעיף ולקבוע כי היסוד "כדי לסייע" שבסעיף 14 הנ"ל מתייחס אך ורק ליחס של העבריין אל הסיוע ולא אל תוצאת העבירה העיקרית. במילים אחרות: דומני כי יש לקבוע בדין האזור כי המסייע נדרש לפעול במטרה לסייע לעבריין העיקרי, אך אין הוא נדרש לרצות בתוצאה אליה מתכוון העבריין העיקרי ואין צורך בכך שהמסייע יהא בעל אותו יסוד נפשי כעבריין העיקרי.

מדעתי זו לא ראיתי לנכון לשנות כיום. לפיכך, ומכיוון שהיסוד הנפשי בעבירת הסיוע בדין האזור צריך להיות זהה לדין בישראל, והדין הקיים כיום מאפשר אימוץ פרשנות כמקובל כיום בדין בישראל, עלינו לבחון במקרה שלפנינו האם היה לנאשם רצון לסייע למבצע העיקרי, והאם היה מודע לתוצאת מעשיו של העבריין.

בע' 2551/07 חסין נ' התביעה הצבאית שניתן לאחרונה העיר כב' נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אל"מ משניות, כי לדעתו אין לאמץ פרשנות המרחיבה את היסוד הנפשי בעבירת הסיוע בדומה לדין הקיים בישראל לאחר תיקון 39, לאור עקרון החוקיות, והדרישה כי פרשנות פלילית תהיה מצמצמת ולא מרחיבה. יש לומר כי לגישתו ראוי לתקן את החוק בהתאם לתיקון 39, אולם תיקון זה, המרחיב את האחריות הפלילית, ראוי שיעשה בחקיקה ולא בפרשנות שיפוטית.

בכל הכבוד, אין דעתי כדעתו, ואני סבור כי פרשנות המושג "סיוע" אינה פוגעת בעיקרון החוקיות. אזכיר כי המונח סיוע כפי שהוגדר בחוק מתייחס לתכלית ולמטרה של מבצע הסיוע ואינו קובע כי היסוד הנפשי הנדרש הוא כוונה כפולה. כפי שציין המלומד פלר (שם, עמ' 260): "מטרתו של המסייע היא אך ורק לעזור לאחר, כדי שהוא יבצע באורח ישיר את העבירה. הניתוח של השתלבות המחשבה הפלילית של מסייע ביסוד העובדתי של הסיוע המוגש על-ידי למבצע העיקרי, על כל איפיוניו של הרכיב ההתנהגותי שלו, ועל כל הנסיבות הדרושות להתהוותו, אכן מגלה את המטרה לסייע ולסייע בלבד, animus socii ולא גם לבצע, animus auctoris. הביצוע ממנו והלאה".

מכאן, כי מלכתחילה, הגדרת הסעיף מתייחסת למטרה של הסיוע ואין היא נוגעת ל"כוונה" הנדרשת בעבירת "כוונה". וכפי שהיטיב להגדיר זאת המלומד פלר (שם, בעמ' 261): "אפילו מגדירים את הסיוע, על הפן הסוביקטיבי שלו, תוך שימוש במטבע הלשון "כוונה", מדובר בתכליתיות הסיוע, המתבטאת ב"מטרה" המייחדת את המחשבה הפלילית הצפונה בסיוע לדבר עבירה, לאפשר את ביצועה על-ידי אדם אחר, או להקל עליו את ביצועה. "הכוונה" האמורה איננה נוגעת כלל ליסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה הטיפוסית, מושא הסיוע, על ביצועה העיקרי".

מכאן יש ללמוד כי אף אין כל קושי עם עקרון החוקיות. הגדרת הסעיף עניינה הבהרת התכלית של הסיוע, ואינה נוגעת ל"כוונה" כיסוד נפשי באשר לעבירה העיקרית. מכיוון שכך, כלל אין בעיה עם עקרון החוקיות. אין מקום לפרש את הסעיף כמתייחס לכוונה כפולה, אלא מלכתחילה היה נכון לפרשו כדורש כוונה לסייע בלבד, וכבר ציינתי לעיל, כי לדעתי לו הייתה מתעוררת שאלת פרשנותו של סעיף זה לראשונה היום, לא הייתה מתקבלת העמדה כי נדרשת כוונה כפולה.

למה הדבר דומה: למקרה בו המושג "מחשבה פלילית" יפורש בטעות כדורש תמיד כוונה, ואין די בפזיזות, ולאחר מכן לא ניתן יהיה לתקן את הטעות, "כיוון שהמדובר בהגדרה מרחיבה אחריות פלילית שאינה מתיישבת עם עקרון החוקיות". אין מקום להנציח טעות אחת בטעות נוספת, ומן הראוי להעמיד את הדברים על דיוקם. אין צורך בשינוי ההגדרה על ידי המחוקק, אלא די בפירוש נכון יותר של ההגדרה הקיימת. הפירוש הנכון של ההגדרה הקיימת מתיישב היטב עם עקרון החוקיות, כפי שהתיישב עמו קודם לכן, ומן הראוי לאמצו גם כיום.

לפיכך, יש לקבוע כי היסוד הנפשי בעבירת הסיוע הוא יסוד הכוונה לסייע ואין צורך בכוונה כפולה, גם בדין האזור.

יחד עם זאת, לאור שינוי העונש הקבוע לצד המסייע לדבר עבירה בישראל, מן הראוי כי אותו היגיון יחול גם בדין האזור, ועל כן, ועד אשר ישתנה הדין ויאומץ על ידי המחוקק תיקון 39 גם בדין האזור, מן הראוי כי תוטל מגבלה פסיקתית על העונש המקסימאלי הניתן להשית על המסייע, בדומה לדין בישראל.

מן הכלל אל הפרט

משקבענו כי גם בדין האזור נדרש יסוד נפשי של כוונה לסייע ואין צורך בכוונה כפולה, אזי אין מניעה מלהרשיע את המערער בעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה, שכן גם על פי הממצאים העובדתיים שקבעו שופטי הרוב, ברור כי המערער פעל במטרה לסייע לשני הרוצחים, והיה מודע לאפשרות מימוש העבירה העיקרית על ידם. מכאן אף מתבקשת המסקנה כי יש לדחות את ערעור ההגנה על הכרעת הדין.

אשר על כן, יש לקבל את ערעור התביעה על הכרעת הדין ולהרשיע את המערער בעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה.

הערעור על העונש

משקיבלנו את ערעור התביעה על הכרעת הדין, והרשענו את המערער בעבירה חמורה יותר מזו בה הורשע על ידי בית משפט קמא, ודאי שאין מקום לקבל את ערעור ההגנה לעניין העונש.

אשר לערעור התביעה: לאור הרשעתו של המערער בעבירה חמורה יותר, מתחייבת אף החמרה בענישה. מי שמסייע לאנשים המבקשים לרצוח בדם קר, ראוי לענישה מחמירה וקשה. קל וחומר, כאשר הסיוע ניתן למי שביקשו לרצוח את הקורבן אך בשל השתייכותו ללאום היהודי. הבאנו בחשבון את הנסיבות האישיות שפירטה ההגנה, אולם איננו סבורים כי יש בכך להצדיק אי התערבות בעונש.

לפיכך, החלטנו להחמיר בעונשו של המערער ולהעמידו על 17 שנות מאסר בפועל. יתר רכיבי הענישה שנקבעו בבית משפט קמא יישארו על כנם.

השופט סא"ל י' לרר:

1. לאחר שינויים שנעשו בכתב האישום התגבש כתב נגד המערער בעבירה של גרימת מוות בכוונה בכך שסייע באיסוף מידע אודות תחנת דלק ובעליה הישראליים.

עפ"י כתב האישום הסכים המערער לאיסוף המידע, ובהמשך יצאו שנים ורצחו את **אלדד חיים אביר** ז"ל באמצעות אקדח וסכין. מספר ימים לאחר מכן הסיע המערער את הרוצחים ליריחו.

2. לאחר תיקון כתב האישום הוגש חומר ראיות בהסכמה, המערער העיד להגנתו, נחקר וניתנה הכרעת דין.

3. בהכרעת הדין נחלקו השופטים המלומדים. הרוב סבר כי אין די ראיות להרשיע בסיוע לגרימת מוות בכוונה והמערער הורשע בעברה חליפית של סיוע להריגה. המיעוט סבר כי ניתן גם ניתן להרשיע את המערער בסיוע לגרימת מוות בכוונה.

4. התביעה וההגנה מערערים על פסק הדין.

התביעה סבורה כי קיימת במקרה זה חזקת הכוונה. התקיים היסוד הנפשי ועל פי הילכת **אבו הלאל** צריך להרשיע בסיוע לגרימת מוות בכוונה.

ההגנה סבורה כי אף בעבירה החליפית לא היה צריך להרשיע את המערער מאחר ומעשיו לא יצאו משלב הקשר.

5. השופט לקח ניתח הרחבה את הנושאים שהיו על הפרק. תמים דעים אני עמו. אתייחס לשני נושאים.

6. **לעניין חומר ראיות שהוגש בהסכמה והיקפה של הלכת אבו הלאל:**

אף אני סבור כי יש לבדוק כל מקרה ומקרה ונסיבותיו. הגשת חומר בהסכמה אין פרושה גם הסכמה לכל תוכנו של חומר הראיות, מה עוד שפעמים מוגש חומר ראיות כך שחלקו האחד סותר את חלקו האחר.

לטעמי הפירוש הראוי הוא כי הגשת ראיות בהסכמה משמען כי ביהמ"ש רשאי להסתמך על חומר ראיות זה. קבילותו הוכשרה על ידי ההסכמה להגשתו.

חומר ראיות זה יבחן, יימדד ויישקל כיתר הראיות הכשרות שבאו בפני ביהמ"ש. פעמים, יינתן גם משקל לעובדת ההסכמה של הסנגור המלומד להגשת "ראיות מפלילות" ופעמים תישקל ההסכמה להגשת "ראיות מפלילות" על רקע העובדה שהסנגור המסכים העלה את הנאשם על דוכן העדים וזה העיד עדות סותרת לראיות שהוגשו "בהסכמה".

כאמור, כל מקרה ומקרה ונסיבותיו. בסופו של יום על ביהמ"ש מוטלת החובה לבחון את כלל הראיות, להעריך את תוכן ולנסות להגיע לחקר האמת, וראוי כי הדבר יעשה ללא כבלים וחזקות מוחלטות.

ולענייננו: תמים דעים אני עם כבוד השופט לקח, כי יש לראות את ההסכמה להגשת אמרתו של **עצאם** בהסכמה מסויגת. במיוחד, שמיד לאחר מכן, מסר המערער עדות שאינה עולה בקנה אחד עם אמרה זו.

אשר על כן, רשאי היה ביהמ"ש גם רשאי, לבחון במקרה זה את כלל הראיות לתת לכל ראייה את משקלה הראוי ובהתאם לכך להחליט.

בימ"ש קמא עשה כן. הרוב קבע ממצאים עובדתיים ואף אני סבור כי אין מקום להתערבות במסקנותיו.

7. **לעניין תיקון 39 והחלתו על המשפט באזור:**

סבור אני כי הדין הראוי הוא שהשינויים שחלו בדרישות היסוד הנפשי בעקבות תיקון 39 יש להחילם גם באזור.

סדנא דארעא חד הוא. מערכת השפיטה באיו"ש מבוססת על משפטנים שאת כשירותם רכשו בישראל, על פי הדין הישראלי. ביהמ"ש העליון מנחה אותנו בדבר הפרשנות הנכונה

והראויה. הצו בדבר הוראות בטחון מפנה אותנו לדיני הראיות המחייבים בעניינים פליליים במדינת ישראל.

לעניין סדרי הדין מנחה אותנו צו זה לילך בדרך המתאימה לעשיית צדק.

השופטים היושבים בדין, בעלי אוריינטציה של המשפט הישראלי ומטבע הדברים מושפעים מהדין הישראלי ומאמצים אותו.

אשר על כן, ככלל, נראה לי כי הזיקות הרבות בין הדין באזור לדין בישראל מצריכות התאמת הפרשנות על מנת להימנע מתוצאות שהדעת אינה סובלת.

את האמור לעיל יש לסייג בשני סייגים. למקרה של הוראת דין מקומית מפורשת המורה אחרת, או למקרה של תוצאה בלתי סבירה בעליל לאור מעמדו המיוחד וצרכיו המיוחדים של האזור.

8. אשר על כן, גם בעניין זה סבור אני, כמו השופט לקח, כי יש לקבוע כי ליסוד הנפשי בעבירת הסיוע תספיק הכוונה לסייע ואין צורך בכוונה כפולה.

יחד עם זאת, חולק אני על דעתו המלומדה כי ראוי שתוטל הגבלה, בדרך של פסיקה, על גובה העונש המקסימאלי הניתן להשית על המסייע ולהתאימה לדין בישראל.

קביעת העונש המקסימאלי הוא עניין למחוקק המקומי ומוטב כי עניין זה יובא בפניו להכרעתו.

9. סוף דבר

אף אני סבור כי יש לקבל את ערעור התביעה על הכרעת הדין ולהרשיע המערער בעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה. כפועל יוצא מכך, יש להחמיר בעונשו. מסכים אני עם העונש שהציע השופט לקח.

השופט אל"ם י' כ"ץ:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של השופט סא"ל צ' לקח.

ניתן והודע היום, 19 בנובמבר 2009, ב' בכסלו התש"ע, בנוכחות המערער, ב"כ והתוב"ץ.

(-)	(-)	(-)
שופט	אב"ד	יאיר כץ 3404/08-54678313 שופט

רמ"שית : עא

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן