

תיק מס' 1257/02

תאריך: 21/01/04

יהודה	הכרעת דין	ביהמ"ש
עופר	הצבאי	מושבו
	במחנה	

**בפני כב' ההרכב: סגן הנשיא רס"ן צבי לקח
השופט סרן זאב אפיק
השופט סרן אריה דוראני**

התביעה הצבאית
(באמצעות סגן ניב סיון)

נגד

הנאשם: חאלד אבראהים ע/רחמן אבו עג'מייה ת.ז. XXXXXXXXXX
(באמצעות ב"כ עו"ד גוזלן)

ה כ ר ע ת - ד י ן

סגן הנשיא רס"ן צבי לקח

כתב האיטום המתוקן מייחס לנאשם 3 עבירות כדלקמן:

- ניסיון לסחר בציוד מלחמתי** – בכך שמסר אקדח תופי לעומר נאצר אלדין במטרה למוכרו, אולם לאחר יומיים נטל הנאשם בחזרה את האקדח.
- ביצוע שרות בעבור התאחדות בלתי מותרת** – בכך שנטל 800 כדורים בקוטר 5.56 מ"מ מעומר חירוואת, פעיל תנזים צבאי, בעבור ג'יהאד ג'וערה, אף הוא פעיל תנזים צבאי, החביאם בביתו ומסרם לג'יהאד ג'וערה.
- ניסיון לגרימת מוות בכוונה** – בכך שביום 09/03/02 הסיע את אנס מסאלמה לדהרייה בידועו כי זה מתעתד לבצע פיגוע התאבדות בבאר שבע. אנס מסאלמה לא ביצע את הפיגוע באותו היום. למחרת ביצע אנס מסאלמה פיגוע ירי באשדוד שממנו נפצע ילד באורח בינוני.

יש לומר כי הנאשם הודה בפרטי האיטום הראשון והשני, ואילו המחלוקת בין הצדדים נוגעת לפרט האיטום האחרון. עוד נאמר כי הצדדים הגישו את כל חומר הראיות וביקשו כי ביהמ"ש יבסס את הכרעתו על פיו.

גדר המחלוקת הינו עובדתי במקצתו ומשפטי בעיקרו. בעוד שהתביעה טענה כי הנאשם אחראי למיחוס לו בפרט האיטום האחרון, כיוון שידע כי הוא מסיע מחבל מתאבד, הרי שההגנה טענה כי הנאשם לא יזם את הארוע, פגש את האנשים אותם הסיע באקראי, נקלע למצב זה בעל כורחו ועל כן אין הוא אחראי כלל. עוד הוסיפה ההגנה כי הנאשם לא קשר קשר עם האחרים, ואין הוא קשור בהמשך הארוע אשר בוצע באשדוד. לעומתה טענה התביעה, כי הנאשם אחראי לא רק לכך שהסיע את המחבל לבאר שבע, אלא גם לכך שאותו מחבל ביצע את הפיגוע באשדוד למחרת היום, וזאת בהסתמך על הדוקטרינה של אחריות סולידרית של קושרים.

האם הנאשם אחראי לפיגוע באשדוד?

בטרם אתייחס למחלוקת העובדתית ולהכרעה בה, דומני כי יש להסיר כבר עתה מעל השולחן, את טענת התביעה באשר לאחריותו של הנאשם מכוח הדוקטרינה של אחריות סולידרית של קושרים. גם בהנחה לפיה כל הפרטים המפורטים בכתב האיטום נכונים הם, לא ניתן לדעתי לקבוע כי הנאשם אחראי לפיגוע שבוצע באשדוד.

בעניין זה כבר פסקתי בתיק 1618/02 **התובע הצבאי נ' עומר אבו סנינה** שאין דוקטרינה זו חלה עוד באזור. דומה כי התביעה בחרה להתעלם מפסיקה זו ומהנימוקים העומדים ביסודה. התביעה ביקשה לסמוך באופן כללי על עניין ע' איז'יש 112/99 **ג'ועבי נ' התובע הצבאי** (להלן – הלכת ג'ועבי). עם זאת, וכפי שפירטתי בתיק 1618/02 אין הלכת ג'ועבי רלוונטית לענייננו ואין היא חלה בכל הנוגע לקשירת הקשר מהנימוקים הבאים:

"אקדים ואציין כי התביעה ביקשה להיתלות בע' איז'יש 112/99 **ג'ועבי נ' התובע הצבאי** (לא פורסם), בה נקבע לטענת התביעה כי דיני השותפות והסיוע באזור מקבילים לאלו שהיו בישראל בטרם **תוקן חוק העונשין במסגרת תיקון 39. עיון בפסק דין זה מלמד כי מתייחס הוא לסעיפים 14 ו-15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, ולפרשנות שיש ליתן לסעיפים אלה. פסק דין זה כלל אינו מתייחס לסוגיה של אחריות סולידרית של קושרים אשר מקומה במסגרת דיני הקשר הפלילי, ואף סעיפים 14 ו-15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה אינם מתייחסים אליהם. פסק הדין עוסק אך ורק במשמעות שיש ליתן לסעיפים 14 ו-15 הנ"ל, וקובע כי בשל נוסחם של הסעיפים הללו המקביל להוראות סעיף 26(2) ו-4(4) **לחוק העונשין** טרם כניסתו לתוקף של תיקון 39, יש ליתן להם את המשמעות שניתנה בזמנו ע"י ביהמ"ש העליון בטרם תוקן חוק העונשין. אין פסק דין זה קובע הלכה מחייבת המאמצת את כל דיני העונשין במדינת ישראל בטרם תיקון 39 כפי שמבקשת התביעה לטעון, אלא מתייחס הוא אך ורק לשאלה מיהו עבריין עיקרי בהתאם לדין באזור – הא ותו לא. כפי שציינתי לעיל, אף אני סבור כי יש להבחין בין הוראות הדין ממש, לבין הלכה פסוקה. כפי שהראיתי, הסוגיה שבפנינו עניינה הלכה פסוקה ואין היא קבועה בהוראות הדין ממש, וודאי שאין היא כרוכה בהוראות סעיפים 14 ו-15 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה. לפיכך, אין בפסק דין **ג'ועבי הנ"ל** עליו ביקשה התביעה להסתמך כדי לשלול אפשרות שינויה של הלכה פסוקה אשר בוטלה בספר החוקים הישראלי, ועל כן אין מניעה להורות על ביטולה של ההלכה בדבר אחריות סולידרית של קושרים, מהטעמים שאפרט להלן".**

נוכח האמור לעיל דומני שבקשת התביעה להסתמך על הלכת ג'ועבי על מנת לבסס אחריות מכוח הסולידריות של הקושרים דינה להידחות. לדעתי, אין הצדקה להמשיך ולהחיל את הדוקטרינה בדבר אחריות סולידרית של קושרים בדיני האזור, וטעמי לכך פירטתי בעניין **אבו סנינה** כדלקמן:

"אין לדעתי מקום להפליה בענייננו בין נאשמים הנשפטים באזור לבין נאשמים הנשפטים בישראל מבחינת הדין המהותי הנוגע לאחריות סולידרית של קושרים. טעם ראשון הינו טעם של שוויון בפני החוק. לבתי המשפט בישראל סמכות מקבילה לסמכות בתי המשפט באזור במקרים רבים. אין זה ראוי כי נאשם אחד ייאשם בעבירה חמורה מכוח הדוקטרינה הקובעת אחריות סולידרית של קושרים, בעוד שחברו אשר יישפט בישראל יואשם לכל היותר בעבירה של קשירת קשר. טעם שני עניינו הרציונל העומד מאחורי שינוי ההלכה בישראל. סעיף 499(ב) חוקק כיוון שהתפיסה המשפטית העומדת ביסוד תיקון 39 **לחוק העונשין** הינה כי לא ניתן להרשיע אדם בעבירה בהעדר מעשה (actus reus). קשירת קשר הינה עבירה בפני עצמה, המושלמת עם ביצוע מעשה של קשירת הקשר. עם זאת, עבירות נוספות הנובעות מאותו קשר או המבוצעות לשם קיומו, מקימות אחריות לקושרים רק אם הם מבצעים מעשה ההופך אותם לחלק ממעגל

מבצעי העבירה. ללא מעשה, אין אחריות פלילית. דומני כי הרציונל של שינוי חקיקתי זה צריך לחול גם בדין באזור, ואין הצדקה כי הדין באזור יטיל אחריות בלא מעשה על אדם שאינו שותף לעבירה, בשונה מהדין החל בישראל.

בנוסף לכך, טענת התביעה כי הלכה פסוקה זו חלה באזור ואין שינוי החוק בישראל מביא לשינויה מביאה לתוצאה אבסורדית. אם הדוקטרינה של אחריות סולידרית של קושרים הייתה מתבטלת בעקבות הלכה פסוקה חדשה בבית המשפט העליון, לא היתה כל מחלוקת כי השינוי היה תקף גם באזור. האם שינויה של הלכה זו בחוק, דבר שמשקלו וכוחו לכל הפחות אינו נחות מפסיקתו של ביהמ"ש העליון, לא ראוי כי יביא לאותה תוצאה? אם תאמר שאין השינוי בחוק מביא לאותה תוצאה כשינוי בפסיקה, יוצא כי הנך מביא הן לפיחות במעמדו של החוק במדינת ישראל, והן לכך שהלכה פסוקה ששונתה באמצעות חוק בישראל, ועל כן אין צורך בשינויה בפסיקת בית המשפט העליון, לעולם לא ניתן יהיה לשנותה בפסיקת האזור. תוצאה זו אין הדעת סובלתה. אם עקרונות המשפט הפלילי באזור הינם כעקרונות המשפט הפלילי בישראל, וכך הוא הדבר, הרי שעלינו לילך גם אחר שינויים חקיקתיים להלכות פסוקות, כל עוד הדין החקוק באזור אינו קובע מפורשות אחרת.

לפיכך, המסקנה העולה מן האמור לעיל הינה כי הדוקטרינה של אחריות סולידרית של קושרים אינה חלה עוד באזור".

דברים אלה יפים גם לענייננו. הואיל ואין דוקטרינה זו חלה בדיני האזור, לא ניתן להסתמך עליה על מנת להרשיע את הנאשם, ולפיכך, כבר עתה יש לזכות את הנאשם מן החלק בפרט האישום האחרון המייחס לו אחריות לפיגוע באשדוד מכוח אותה דוקטרינה. חבריי למותב זה סבורים כי יש לילך בזהירות ולהמנע מאימוץ באזור של הלכות או חוקים המשנים הלכות בישראל שלא על דרך חקיקה מאמצת בצווי האזור. אינני מקבל עמדה זה, ולדעתי מוטלת החובה על בית המשפט למנוע עוול ותוצאות אבסורדיות הנובעות מפערים בפרשנויות הדינים, וזאת כאמור, וכפי שציינתי בעניין **אבו סנינה**, לעיל, כל עוד המחוקק באזור לא קבע מפורשות אחרת. במקרה שלפנינו, ובסוגיה של אחריות סולידרית של קושרים, לא קבע המחוקק באזור מפורשות אחרת, ועל כן לא רק שאין מניעה, אלא קיים צורך של ממש לשינויו של האנאכרוניזם אותו ביקשה התביעה להנציח, וכך קבעתי בעניין **אבו סנינה**, לעיל – קביעה אליה הצטרפו באותו המקרה עמיתיי השופטים סא"ל טל בנד וסרן אמיר דהאן.

לפיכך, ולשיטתי, נוכח העדרה של ההלכה בדבר אחריות סולידרית של קושרים בדיני האזור, נותר לנו לבחון האם הנאשם אחראי ליתר המעשים המפורטים בפרט האישום האחרון, ובראש ובראשונה יש להכריע האם קיימת תשתית עובדתית לביסוס פרט אישום זה.

ההכרעה העובדתית

הראיה המרכזית עליה מתבסס פרט האישום האחרון הינה אמרת הנאשם מיום 2.4.02. באמרה זו מסר הנאשם כי נסע לדהרייה יחד עם שכנו, עאמר חרבאווי, על מנת ל"יעשות על האש". בדרך התקשר אליו מחמוד דודין, המוכר לו כעובד בבטחון המסכל ביריחו, שאל אותו היכן הוא נמצא וביקש ממנו לפגוש אותו בתחנת הדלק בדורא והנאשם הסכים. בתחנת הדלק בדורא ראה את מחמוד דודין עם 16M ועמו שני בחורים שלא הכיר, אחד מהם חמוש. מחמוד דודין ביקש כי יסיעם בדחיפות לדהרייה והם עלו לרכב. בדרך אמר לו מחמוד דודין כי הבחור החמוש צריך להגיע לבאר שבע לעבוד. הנאשם שאל אותו בשביל מה הוא צריך 16M אם הוא הולך לבאר שבע ואז אמר לו מחמוד דודין כי אותו בחור הולך לבצע "התאבדות". בדרך דיבר מחמוד דודין עם שאדי בטאט ואמר לו שהם בדרך. כשהגיעו לדהרייה ירדו מהרכב והבחור החמוש עבר לרכב טויוטה אפור בו חיכה לו שאדי

בטאט עם עוד אדם. מחמוד דודין ביקש מהנאשם ומעאמר חרבאווי להמתין עמו עד ששאדי יחזור כי הוא צריך לתת לו כסף. שאדי חזר כעבור 10 דקות וכשהגיע התקשר אליו נהג הרכב והוא שוב הלך. מחמוד דודין נתן לנאשם 150 ש"ח וזה העבירם לעאמר חרבאווי בעבור הדלק. כעבור 20 דקות חזרו גם הנהג והבחור שהיה צריך לעשות את הפיגוע. אחר כך מחמוד דודין יחד עם הבחור החמוש עלו לרכב שבו הגיעו עם הנאשם וחזרו עמו לחברון כשבדרך הורידו את מחמוד דודין והבחור החמוש במחסום חאוז. כעבור יומיים שמע שהיה פיגוע באשדוד, והוא פנה למחמוד דודין ושאל אותו אם המבצע היה זה שאמור היה לבצע את הפיגוע בבאר שבע והתשובה שקיבל הייתה חיובית.

יש לומר כי הנאשם מסר גרסה דומה אם כי מצומצמת יותר בהיקפה באמרתו בערבית שנתפסה ביום 2.4.02.

הצדדים הגישו חומר ראיות רב שעניינו הפיגוע באשדוד, אשר אינו קושר באופן ישיר את הנאשם לביצוע הפיגוע. מחומר זה עולה כי המחבל אשר הוסע ברכב על ידי הנאשם ואשר מטרתו הייתה לבצע פיגוע התאבדות היה אנס מסאלמה, והוא אכן ביצע פיגוע למחרת כאשר פתח באש לעבר אנשים אשר יצאו מאולם שמחות באשדוד.

מלבד אמרות הנאשם בעברית ובערבית, החומר הראייתי הנוסף הקושר את הנאשם לארועים המפורטים בכתב האישום באופן ישיר הוא זה הנוגע לעדויותיו של מחמוד דודין במשטרה. באמרתו מיום 28/05/02 מאשר מחמוד דודין כי הוא מכיר את הנאשם משירותם המשותף בבטחון המסכל ביריחו. באמרתו מיום 29/05/02 מסר מחמוד דודין כי הנאשם בא ברכב יחד עם אנס מסאלמה ואדם נוסף לתחנת הדלק בדורא, שם קבעו להיפגש ומשם נסעו יחדיו במכונית לדהרייה שם ירד מחמוד, והלך למרכז הבטחון המסכל בדהרייה. לאחר כחצי שעה חזרו אנס מסאלמה הנאשם והאדם הנוסף והוא לא ידע למה הם חזרו.

יש בעדות זו, לאשש מספר עובדות המופיעות באמרת הנאשם כמו למשל מפגש עם מחמוד דודין בתחנת הדלק בדהרייה, והסעתו של אנס מסאלמה על ידי הנאשם ברכב. עוד אציין כי אף סניגורו של הנאשם ביקש להסתמך בעיקר על עדותו של הנאשם במשטרה ועל כן דומה כי נקודת המוצא לדיון בענייננו היא דבריו של הנאשם בחקירתו. לפיכך, אף אם אין באמרתו של מחמוד דודין כדי לכסות את כל הפרטים המופיעים באמרת הנאשם, יש בכך כדי להוות חיזוק ראייתי למופיע באמרת הנאשם, ועל כן אין מניעה לבסס את הממצאים העובדתיים על אמרת הנאשם.

לפיכך, במקרה שלפנינו, ניתן לקבוע את הממצאים הבאים:

- א. הנאשם לא ידע מלכתחילה מדוע הוא מסיע את מחמוד דודין ואת אנס מסאלמה.
- ב. במהלך הנסיעה בירר הנאשם עצמו מהי מטרתם והוברר לו כי המטרה היא ביצוע פיגוע התאבדות.
- ג. הנאשם בשלב זה לא עצר את הנסיעה, ולא הביע כל התנגדות למעשה, אלא הוביל את מחמוד דודין ואנס מסאלמה לדהרייה.
- ד. בהגיעם לדהרייה המתין הנאשם יחד עם מחמוד דודין, וכשחזר אנס מסאלמה מבלי שביצע את הפיגוע בבאר שבע החזיר אותו ואת מחמוד דודין לבקשתו של האחרון. הנאשם אף קיבל סכום כסף בעבור הנסיעה (אותו העביר לעאמר חרבאווי).

כאמור, סניגורו של הנאשם טען כי הנאשם לא יזם את הארוע, לא קשר עם מחמוד דודין לבצע את העבירה, וכל אשר התרחש לא היה מתוכנן מראש אלא אקראי. עוד הוסיף סניגורו של הנאשם כי הנאשם לא הראה כי הוא מעוניין בארוע אלא הכל בא אליו בהפתעה ואדם במקרים רבים לא מצליח להתנהג כראוי או כמתחייב. התביעה לעומת זאת, אף שאינה חולקת על כך שהנאשם לא היה חלק מהקשר הראשוני ולא היה שותף לתכנון, טענה כי הנאשם אחראי מכוח היותו שותף ספונטני לארוע.

בעיני, בהשתלשלות העניינים כפי שתוארה לעיל יש משום שותפות ספונטנית של הנאשם לביצוע מעשה של הובלת מחבל מתאבד. אף אם מלכתחילה לא ידע הנאשם במה מדובר,

הרי שברור כי הנאשם חשד כי המדובר במעשה שאינו כשורה, ומשום כך בחר לברר מהי מטרת הנסיעה. לאחר שבירר את מטרת הנסיעה נודע לו בוודאות כי המטרה היא הובלתו של אנס מסאלמה לביצוע פיגוע בבאר שבע. הנאשם כאמור, לא פעל למנוע את הנסיעה, אלא המשיך בה, ומאוחר יותר אף המתין לצורך החזרת המבצעים העיקריים כשהמשך הובלתו של אנס מסאלמה נכשלה.

כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, גם שותפות ספונטנית שותפות היא (ראה [ע"פ 259/97 בשתאווי נ' מדינת ישראל](#) תק-על 308 (2)98). בדומה לענייננו, נקבע בעניין [ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאייב פ"ד נו\(5\) 580](#) כדלקמן:

"כאמור היה המשיב במקום המעשה והיה אחד מן המכים. הצטרפות אל חבורה – אפילו היא ספונטנית וללא תכנון מוקדם – כאשר כל אחד מבני החבורה נוטל חלק בביצוע העבירה ואינו מונע את ההתנהגות הקבוצתית, די בה כדי לקבוע שהיה ביצוע בצוותא מצידו של המצטרף... מודעותו של המשיב למעשיו, אפילו לא היה חלק מתכנון מוקדם של המעשה העברייני ואפילו לא היה שותף למטרת החבורה, עושה אותו למבצע בצוותא של העבירה." (ההדגשות שלי – ע.ל.)

מדברים אלה ניתן ללמוד את הדברים הבאים: אף שהנאשם שבפנינו לא היה שותף לתכנון המוקדם של שילוחו של אנס מסאלמה לבצע פיגוע בבאר שבע, הרי עם מודעותו לכך שהוא עושה כן, ובכך שלא מנע את ההתנהגות הקבוצתית אלא המשיך וסייע לה תוך כדי המעשה ואף לאחר מכן, כלל עצמו במעגל העברייני של השותפים לעבירה זו.

אציין כי מהותו של המעשה אותו ביצע הנאשם הופכו לדעתי למסייע לנאשם, ואין הוא הופך להיות מבצע בצוותא של העבירה העיקרית. אין הנאשם פועל כמבצע בצוותא בהתאם לתכנון מוקדם כלשהו, וחלקו מהווה מבחינת מהותו סיוע לביצוע העבירה ולא נטילת חלק כמבצע עיקרי בעבירה.

לפיכך, כאן המקום לקבוע שהתביעה הצליחה להוכיח כי מבחינת היסוד העובדתי הנדרש נוטל הנאשם חלק בסיוע להוצאתו לפועל של פיגוע בבאר שבע (פיגוע אשר לא התממש לבסוף) בכך שהוביל את המחבל המיועד אנס מסאלמה כשהוא חמוש, מדורא לדהרייה.

האם מתקיים היסוד הנפשי של "כוונה" בנאשם

אקדים ואומר כי התייחסותם של הצדדים לסוגייה זו לקתה בחסר. סניגורו של הנאשם טען כי לא התקיימה בנאשם כוונה פלילית, בהסתמך על השתלשלות העניינים העובדתית כפי שהבין אותה. לעומת זאת, התביעה טענה כי מתקיים בנאשם היסוד הנפשי של כוונה בהסתמך על החזקה לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו. התביעה לא התייחסה כלל למרכיבי היסוד הנפשי בעבירת סיוע אלא טענה כי הייתה לנאשם כוונה ועל כן יש להרשיעו בעבירה.

סוגייה זו יש לבחון במספר שלבים. ראשית, הואיל ומעשיו של הנאשם הם בגדר סיוע למבצע העיקרי, כאמור לעיל, עלינו לבחון האם מתקיים בנאשם היסוד הנפשי הדרוש לצורך קיום הסיוע. לצורך כך, יש לבחון מהו היסוד הנפשי הרלוונטי בסיוע. האם יש צורך בכוונה לסייע, והאם יש צורך בכוונה אף לתוצאה העיקרית של העבירה. כמו כן, ולנוכח עמדת התביעה באשר לאי החלתו של תיקון 39 עלינו לבחון מהו היסוד הנפשי הנדרש בטרם תיקון זה, ולאחר מכן נקבע מהו הדין החל.

נוכח העובדה כי שני הצדדים בחרו להתמקד אך ורק בשאלה האם הנאשם חפץ בתוצאה קטלנית, אדון בשאלה זו קודם כל, אף אם אין היא הראשונה בסדר האנליטי של הדברים.

דומני כי לא יכולה להיות מחלוקת כי הנאשם היה מודע ליסודות העבירה ולכך שהוא מסייע למבצע העיקרי. השאלה היא האם ניתן לומר כי התכוון לגרום למותם של אחרים.

התביעה ביקשה לבסס את אחריותו של הנאשם על החזקה לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו וטענה כי מי אשר מוביל מחבל מתאבד מודע בוודאות גבוהה לכך שזה הולך לגרום למותם של אחרים.

אין בידי לקבל את טענת התביעה. המדובר בהשתלשלות עניינים אשר קיים קושי ממשי במשפט פלילי לקבוע על פיה כי הייתה בנאשם כוונת קטילה. אף שברור כי הנאשם היה מודע לכך שהוא מוביל מחבל שמטרתו ביצוע פיגוע התאבדות, לא ניתן לקבוע בהכרח כי התכוון לכך שהמחבל המתאבד יצליח במשימתו או כי דובר בתוצאה טבעית הנובעת ממעשה זה. ניתן באותה המידה לומר כי הנאשם היה אדיש לתוצאות מעשיו. ייתכן כי סבר שהמחבל המתאבד יתפס בדרכו או יתחרט. בשלב המעשה בו מדובר לא ניתן לומר כי זוהי התוצאה הטבעית המתבקשת היחידה. המדובר בשלב מקדמי יחסית בתנועת המחבל ליעדו, אשר קיים קושי ממשי להסיק כי התוצאה הטבעית היחידה המסתברת מהמעשה היא ביצוע פיגוע קטלני, בייחוד כאשר בפועל חזר המחבל המתאבד באותו היום ללא שביצע את זממו. אילו היה מדובר בהובלתו של המחבל המתאבד בתוך עיר בישראל והורדתו מהרכב במרכז הומה ישראלים, אזי ניתן היה לעשות שימוש בחזקה זו. במקרה שלפנינו, מעשה זה הינו בשלב כה מקדמי עד כי ניתן להביא בחשבון אפשרות שהנאשם, אף אם צפה תרחיש לפיו המחבל יצליח במשימתו, צפה אף תרחיש הפוך, כפי שהתברר באחריותו של ארוע זה. מתוך תיאור הדברים על ידיו ניתן לראות כי לא היתה בו רתיעה מהמעשה או תקווה כלשהי שהמחבל לא יצליח, אולם לא ניתן להסיק במידה הנדרשת במשפט פלילי כי חפץ בתוצאה בה חפץ המבצע העיקרי. עם זאת, דומני כי ניתן לקבוע כי לכל הפחות הנאשם עשה את שעשה מתוך אדישות לתוצאה, או אי אכפתיות. הנאשם הצטרף למעשה, וסייע לו בלא שתוצאותיו האפשריות (להבדיל מהוודאיות או הקרובות לוודאות) ירתיעו אותו או יפריעו לו.

אם כן, לסיכום חלק זה ניתן לקבוע ולומר כי הנאשם נטל חלק במעשה המיוחס לו מתוך אדישות לתוצאות הנובעות ממנו. לפיכך התביעה לא הצליחה להוכיח כי הייתה לנאשם כוונת קטילה.

האם ניתן לראות את הנאשם כמי שהתכוון לסייע לעבירה של גרימת מוות בכוונה

מתיאור העובדות, כפי שאלה מופיעות באמרת הנאשם, ניתן לקבוע שמרגע שנודע לנאשם על מטרת הובלתו של אנס מסאלמה, המחבל המתאבד, התכוון הנאשם לסייע בכך וסייע בפועל. זאת כיוון שלא הייתה עליו כפייה כלשהי לסייע או לעזור, והוא ביצע את שביצע מרצונו. במקרה זה, להבדיל מהשאלה האם הנאשם חפץ בתוצאה הנובעת מהעבירה העיקרית, ניתן להיעזר בהלכת הצפיות. במה דברים אמורים: מודעותו של הנאשם לכך שמעשיו מהווים סיוע למבצע העיקרי (אנס מסאלמה) בביצוע זממו, שקולה כנגד כוונה לסייע (כאמור להבדיל מכוונה לגרום לתוצאה). כך למשל נפסק בע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל . פ"ד נה(3), 22, עמ' 34-35:

לעתים המסייע מודע לטיב התנהגותו המסייעת ולקיום הנסיבות הרלבנטיות, אך לא מעמיד לנגד עיניו את מטרת הסיוע, למרות שמטרה זו מתבקשת, ברמת הסתברות של וודאות קרובה, ממודעותו של המסייע לטיב התנהגותו המסייעת ולקיום הנסיבות הרלבנטיות. במצב דברים זה יש מקום להחיל את הלכת הצפיות אשר פותחה בפסיקה (ראו פרשת אלבה, עמ' 302 ופלו, שם, עמ' 264; השופט אנגלרד בפרשת פוליאקוב; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(221, 440) 221. אכן, מודעות שהתנהגותו של המסייע עשויה, קרוב לוודאי, להוות תרומה מסייעת למבצע העיקרי, שקולה כנגד המטרה לסייע לו, הנדרשת בהוראת הסיוע.

לפיכך, ולנוכח העובדה כי הנאשם היה מודע לכך שהתנהגותו עשויה קרוב לוודאי להוות תרומה מסייעת לאנס מסאלמה, הוא המבצע העיקרי, אין לי אלא לקבוע כי התקיימה בנאשם כוונה לסייע לאנס מסאלמה. ודוק: הנאשם התכוון לסייע לאנס מסאלמה, אף אם לא הוכח שחפץ בכך שאנס מסאלמה יצליח בביצוע הפיגוע.

האם בסיוע לעבירה תוצאתית יש צורך שהמסייע יחפוץ בתוצאת העבירה?
שאלה נפרדת היא, האם המסייע צריך להיות בעל אותו יסוד נפשי כעבריין העיקרי ביחס לתוצאת העבירה בעבירות תוצאה. אין ספק כי קיים צורך במטרה לסייע לעבריין העיקרי, אולם התשובה לשאלה האם יש צורך גם באותו יסוד נפשי ביחס לתוצאה, לא הייתה אחידה לאורך השנים בפסיקת בית המשפט העליון, כפי שמפרט כב' הנשיא ברק בעניין **פלונית** לעיל, בעמ' 34-36 :

"21. שאלה נוספת המתעוררת לעניין היסוד הנפשי שבעבירת הסיוע היא זו: כאשר העבירה העיקרית היא עבירה תוצאתית ונדרש יסוד נפשי של "פזיזות" או "כוונה", האם נדרש כי גם המסייע יהיה פזיז ביחס להתממשות תוצאות העבירה או יתכוון לכך שהמבצע העיקרי יממש את כוונתו? בענייננו, בעבירת הרצח נדרש כי המבצע העיקרי גורם בכוונה תחילה למותו של אדם (סעיף 300(א)(2) **לחוק העונשין**). האם נדרש במסייע כי פעולת הסיוע שלו נעשית מתוך כוונה זהה מצידו שהמבצע העיקרי יגרום למותו של האדם? ודוק: שאלה זו שונה היא מהשאלה שדנו בה לעניין היסוד הנפשי של "מטרה". במסגרת זו קבענו (פסקה 19 לעיל), כי נדרש במסייע כי יעמיד לנגד עיניו את המטרה לסייע לעבריין העיקרי. היסוד הנפשי של מטרה ("כדי") מכוון איפוא כלפי פעולת הסיוע ולא כלפי פעולתו של העבריין העיקרי. עתה אנו שואלים, אם יש מקום לצעוד צעד נוסף, בו אין הסתפקות במטרה לסייע, אלא נדרשת כוונה של המסייע כי כוונתו של העבריין העיקרי תתממש. השאלה מתעוררת באותם מקרים, בהם המסייע פועל מתוך מטרה לסייע, מבלי שמתגבשת אצלו הכוונה שהעבריין העיקרי יגשים את כוונתו שלו. אלה הם המקרים, בהם מטעם זה או אחר אדם מוכן לסייע לפלוני, מבלי שנתגבשה אצלו הכוונה שפלוני יגשים את זממו.

22. במספר פסקי דין שניתנו לפני תיקון 39 הובעה העמדה, כי המסייע צריך להתכוון לכך שהמבצע העיקרי יגשים את זממו (ראו ע"פ 232/55 **היועץ המשפטי נ' גרינוולד, פ"ד יב 2017**; ד"נ 7/69 **אליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 561**; ע"פ 552/68 **אילוז ואליאס נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 377**). לגישה שונה, ראו למשל ע"פ 20/49 **האדי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ג' 13**). על גישה זו נמתחה ביקורת קשה (ראו קרמניצר, "כוונת המסייע - כוונת המבצע?", משפטים ג' 1970) 97; פלר, שם, עמ' 264). פרופ' פלר עמד על כך כי "מטרתו המספיקה של המסייע היא לסייע למבצע העיקרי, אך לא בהכרח גם לרצות שיצליח, וזאת משיקולים שעימו ושאינם משליכים על פליליות הסיוע" (שם, עמ' 264). בהתייחסות ללשונו של סעיף 26 לחוק העונשין (כנוסחו לפני תיקון 39) בו נקבע כי מוטלת אחריות פלילית על מי שפעל "כדי" לסייע לאחר, ציין פרופ' פלר כי:

"אין בהוראות אלה זכר לכוונה כלשהי, ולא כל שכן לכוונת המבצע העיקרי שצריכה להיות גם של המסייע. המונח שנותן ביטוי לתכליתיות הסיוע ושבּו משתמש המחוקק הוא מילת היחס 'כדי' ובמקור האנגלי 'for the purpose of'. אין ספק כי המדובר ב'מטרה' ובמטרה המתלווה אל ההתנהגות המסייעת של המסייע בלבד, ותו לא" (שם, עמ' 267).

23. מהו הדין לאחר תיקון 39? בהוראת הסיוע (סעיף 31 **לחוק העונשין**) אין כל הוראה מפורשת באשר לצורך ביסוד נפשי זהה ליסוד הנפשי של המבצע העיקרי.

...

24. לדעתי, אין לקבל הגישה, כי אם בעבירה העיקרית נדרשת כוונה של המבצע העיקרי, הרי נדרש גם כי המסייע התכוון לכך שהמבצע העיקרי יגשים את זממו.

דרישה כזו אינה קבועה במפורש בהוראת הסיוע. כל שנקבע בה הוא הדרישה כי המסייע פעל "כדי" לאפשר את הביצוע של העבירה העיקרית. מכאן הסקנו את הצורך במצב נפשי של מטרה לסייע לעבריין העיקרי. אין להסיק מכאן כוונה שהעבריין הראשי יגשים את כוונתו. מהותה של עבירת הסיוע אינה מצדיקה דרישה זו. המסייע תורם תרומה עקיפה ומשנית לביצועה של העבירה העיקרית.

אין לדרוש כי המחשבה הפלילית של המסייע תהיה זהה עם זו של העבריין העיקרי, ובעיקר אין לדרוש זאת לעניין הכוונה (ראו דברי השופטת ביניש בע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). בצדק ציין פרופ' פלר, כי "עצם המושג 'סיוע' מיותר הזדהות נפשית של המסייע עם הרקע הנפשי עליו נעברה העבירה בידי מבצעה העיקרי, כדרישה חיונית להתהוות הסיוע" (שם, עמ' 273). אכן, גישתו של חוק העונשין, המטילה על המסייע מחצית העונש שנקבע למבצע העיקרי, מחזקת את הגישה כי אין לדרוש, לשם שכלול אחריותו של המסייע, כי תתקיים בו הכוונה להגשמת זממו של העבריין העיקרי. דרישה כזו היתה מקרבת באופן בלתי ראוי את המסייע למבצע בצוותא. אכן, עבירת הסיוע הפכה בתיקון 39 מאחת הצורות האפשריות להשתתפות בביצוע העבירה העיקרית (ראו סעיף 26 לחוק העונשין בנוסחו לפני תיקון 39) לעבירה נפרדת, הנתפסת על ידי המחוקק כנושאת חומרה מופחתת (ראו פרשת פוליאקוב, עמ' 308, 311).

אי לכך, אין לדרוש זהות בין המחשבה הפלילית בעבירה העיקרית ובעבירת הסיוע. די בכך שהמסייע שם לנגד עיניו את המטרה לסייע לעבריין העיקרי.

הטעמים המונחים ביסוד רצונו של אדם לסייע - אם הוא רצה בכך שהעבריין העיקרי יגשים את זממו אם לאו - נוגעים למניעו של המסייע ולא למצב הנפשי הנדרש ממנו.

לפי גישת התביעה המבקשת להחיל את הדין שקדם לתיקון 39 לחוק העונשין בישראל בהסתמך על הלכת ג'ועבי, אין כלל מקום להרשיע את הנאשם שכן לא הצליחה להוכיח כי הנאשם התכוון לגרום למותם של אחרים ולכל היותר ניתן לומר כי היה אדיש למעשה. אינני סבור כי זוהי התוצאה הנכונה או הראויה. 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 שצינתי 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.

לפיכך, יש לדעתי לקבוע כי אף שהתביעה לא הצליחה להוכיח כי הנאשם חפץ בתוצאה של גרימת מוות בכוונה, אין בכך כדי להושיע את הנאשם, שכן הוכחה מעל לכל ספק סביר כוונתו לסייע לאנס מסאלמה בביצוע העבירה. המניעים לרצונו לסייע אינם רלוונטיים לצורך קביעת אחריותו הפלילית. מכיוון שהתביעה הצליחה להוכיח את קיומו של יסוד עובדתי של סיוע לעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, וכן את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה מסוג זה כיום (בניגוד לפסיקה אשר קדמה לתיקון 39 [לחוק העונשין](#)), הרי שהוכחה מעל לכל ספק סביר אשמתו של הנאשם בעבירה זו, קרי: העבירה של הובלתו של אנס מסאלמה לביצוע פיגוע התאבדות בבאר שבע – פיגוע אשר לא התממש. יש לומר כי אף שהעבירה שיש להרשיע בה את הנאשם היא סיוע לניסיון לגרם מוות בכוונה, הרי שלפי דין האזור יש לראות את הנאשם כמי שביצע עבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה בהתאם לסעיף 14 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, המסווג את המסייע כעבריין עיקרי, ועל כן אין בהכרעתי זו כדי לשנות את מהות העבירה כפי שנרשמה בכתב האישום.

לסיכום

הנאשם הודה בשתיים מתוך שלוש העבירות המיוחסות לו. בכל הנוגע לעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה כפר הנאשם בכך שהוא נושא באחריות כלשהי. כפי שקבעתי לעיל, הנאשם היה שותף, אף אם באופן ספונטני, להובלתו של המחבל אנס מסאלמה לבאר שבע על מנת שזה יבצע פיגוע. הנאשם היה מודע לכך שהוא מוביל את אנס מסאלמה לצורך פיגוע, וסייע לו בהתנהגותו מתוך מטרה לסייע לו. כן קבעתי כי התביעה לא הצליחה להוכיח כי הנאשם חפץ בתוצאה קטלנית. עם זאת, סברתי כי יש לקבוע כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירת סיוע אינו כולל צורך ביחס לתוצאה אלא די במטרה לסייע, וזאת בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון לאחר תיקון 39 [לחוק העונשין](#). כמו כן, קבעתי כי נוכח ביטולה של הדוקטרינה של אחריות סולידרית של קושרים לא ניתן להרשיע את הנאשם באחריות כלשהי לביצוע הפיגוע באשדוד על ידי אנס מסאלמה. אשר על כן, סבורני כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה של ניסיון לסחר בציד מלחמתי, ובעבירה של ביצוע שירות בעבור התאחדות בלתי מותרת, בהתאם להודאתו, וכן יש להרשיעו בעבירה של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה וזאת בגין חלקו של הנאשם בהובלת מחבל מתאבד לבאר שבע – פיגוע אשר לא יצא אל הפועל – וזו בלבד, וכך אציע לחברי.

השופט סגן זאב אפיק:

אני מצטרף למסקנה של סגן הנשיא כי יש להרשיע את הנאשם בכל העבירות המיוחסות לו בכתב האישום. אולם מצאתי לנכון להעיר מספר הערות כמפורט דלהלן:

1. מסתבר כי ביום 09/03/02 הסיע הנאשם את אנס מסאלמה לדהרייה, למרות שבמהלך הנסיעה היה ברור לו כי מסאלמה מתכנן לבצע פיגוע באותו היום בבאר שבע. בסופו של דבר לא בוצע הפיגוע המתוכנן בבאר שבע, אולם אנס מסאלמה ביצע למחרת אותו יום פיגוע ירי באשדוד, שכתוצאה ממנו נפצע ילד. היו לי התלבטויות האם די בעובדות המתוארות כדי להקים את העבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, ולבסוף שוכנעתי כי עמדתו של סגן הנשיא המלומד נכונה.

2. א. אתחיל בכך כי "חזקה חלוטה" היא שאדם המסייע מחבל מתאבד המתכנן לבצע פיגוע התאבדות, הוא בבחינת עבריין שנתן ידו לגרימת מוות או לניסיון לגרימת מוות לפי העניין, שכן הוא היה חייב לצפות את התוצאה של פעילות זו גם אם לא היה שותף

פעיל לתכנון וביצוע התוכנית. "עצימת עיניים" בסיטואציה כאמור, כמוה כידיעה ממש - ולנאשם לא עומדת הטענה של העדר כוונה לבצע את העבירה.

ב. לכן אילו הסתיים הארוע בבאר שבע כפי שתוכנן, בוודאי היה ראוי להרשיע את הנאשם בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה; וכך הייתי נוהג אפילו אם חל שינוי בתכנון או בביצוע - והפיגוע היה מבוצע בסופו של דבר באותו היום באשדוד, כהמשך לתכנון המקורי. אולם כאשר הפיגוע בוצע במקום ובמועד אחרים מהארוע שבו היה הנאשם מעורב ישירות, צריך בית המשפט לבדוק האם לא נותק "הקשר הסיבתי" בהתנהגותו הקלוקלת של הנאשם שעה שהסיע את המחבל מסאלמה מדהרייה למקום היעד של הפיגוע בבאר שבע ובין הפיגוע בפועל שבוצע באשדוד. פרשנות שונה הייתה גורמת לאבסורד, לפיו אדם שנפגש ולו פעם אחת עם מחבל מתאבד, ייחשב מאותו מועד ואילך כמסייע לכל "הרעות החולות" שעולל המחבל; ואין צריך לומר שהרחבה כאמור של האחריות הפלילית הרובצת על אדם, היא בעייתית. לכן לדעתי נותק הקשר הסיבתי ואין להרשיע את הנאשם בתוצאות הפיגוע באשדוד.

ג. צודק סגן הנשיא הנכבד כי לתוצאות המעשיות של האירוע אין חשיבות להקמת העבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה כמפורט בפרט האישום השלישי; ונאשם המסייע מחבל מתאבד למקום היעד, מנסה לגרום למותם של אנשים בכוונה, גם כאשר התוצאה לא הושגה בסופו של דבר מסיבה זו או אחרת. לכן הצטרפתי לדעתו של סגן הנשיא המלומד בסוגייה זו; ואני סבור כי די בהסעת המחבל המתאבד לדהרייה, כדי להרשיעו בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה בארוע המתוכנן בבאר שבע (למרות שבפועל לא היו תוצאות נזקיות לפיגוע המתוכנן).

3. אינני מוצא לנחוץ לקבוע בהליך זה מסמרות בשאלה האם הדוקטרינה של "אחריות סולידרית" חלה או לא חלה באזורי יהודה ושומרון. בעניין זה אסתפק בקביעה שדי בכך שאדם מסייע למחבל מתאבד לצאת לפיגוע, כדי לקשור אותו לתוצאות המעשה, והתביעה אינה צריכה להוכיח פוזיטיבית כי המסייע צפה מראש ובמדויק את גודל הנזק העשוי להגרם כתוצאה מפעילות המחבל המתאבד.

4. א. הדין הפלילי הנוהג באזורי יהודה ושומרון מושתת בראש ובראשונה על הצו בדבר כללי האחריות לעבירה, ובתי המשפט באזור הם המוסמכים לתת "פרשנות מתאימה" לכללים.

ב. חוק העונשין הישראלי הוא כלי עזר שבעזרתו ניתן לפרש את החקיקה הנוהגת באזורי יהודה ושומרון. אך חוק העונשין הישראלי אינו חל ישירות באזורי יהודה ושומרון, ולכן גם תיקון לחוק העונשין (כדוגמת תיקון מס' 39) אינו חל באזור כדבר מובן מאליי. פועל יוצא הוא ש"החידושים" המעוגנים בתיקון 39 לחוק העונשין יקלטו באזור רק לאחר שיקבע בפסיקה המקומית כי העקרונות כאמור מתיישבים עם הדין הנוהג באזור.

5. א. מסכים אני עם סגן הנשיא הנכבד כי יש חשיבות רבה בהתפתחות המשפט, שכן אחרת יהפוך המשפט "בבחינת מאובן שאין לשנותו". יחד עם זאת, התפתחות המשפט באזורי יהודה ושומרון היא בראש ובראשונה פועל יוצא מהחקיקה של מפקד האזור (צווים) או פסיקה של בתי המשפט באזור (בדרך של פרשנות משפטית).

ב. אולם אין אני מקבל דעתו של סגן הנשיא כי תיקון החקיקה הישראלית הופך להיות כדבר מובן מאליי, חלק מהמשפט הנוהג ביהודה ושומרון. כך למשל, עם הקמת מדינת ישראל, נקלטו במשפט הישראלי מספר חיקוקים מנדטוריים, וביניהם פקודת פשיטת הרגל הנוהגת בישראל עד עצם היום הזה. את פקודת פשיטת הרגל אנו מפרשים על פי הפסיקה האנגלית, אך כלום יעלה על הדעת שנאמץ בישראל באופן אוטומטי גם תיקוני חקיקה שנעשו בפקודת פשיטת הרגל באנגליה לאחר הקמת המדינה - או אפילו

פרשנות של בתי המשפט באנגליה לפקודת פשיטת הרגל, שאינם מתיישבים עם פסיקה ישראלית בסוגייה, ונכתיר את הדבר בכותרת "התפתחות המשפט"???

ג. הדעת נותנת וההגיון מחייב שבתי המשפט חייבים בזהירות מרובה במתן פרשנות חדשה לחיקוקים, ובכל מקרה במסגרת "ההתפתחות המשפטית" אין קליטה אוטומטית של חידושים משיטות משפט חיצוניות. השאלה אילו דוקטרינות חיצוניות יכולים בתי המשפט באזורי יהודה ושומרון לקלוט במסגרת של "חקיקה שיפוטית", אינה פשוטה; ובמקרה נשוא הדיון, אין אנו נדרשים להכריע בה, שכן לשיטתי יש להרשיע את הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום הן על פי המשפט שנהג לפני חקיקת תיקון מס' 39 [לחוק העונשין](#) הישראלי- והן על פי המשפט הנוהג לאחר אותו מועד.

6. א. אין צריך לומר כי ההגנה שמציג הנאשם בסוגייה, אינה מקובלת עלי. מעדויות הנאשם נמצאנו למדים שלפחות במהלך הנסיעה לדהרייה היה ברור לו שהוא מוביל ברכבו מחבל מתאבד, ולמרות זאת הוא עצם את עיניו ולא עשה מאומה כדי למנוע מאנס מסאלמה מלבצע זממו. אילו מילא הנאשם את חובתו ודיווח לשלטונות צה"ל על הארוע, יתכן וניתן היה למנוע את הפיגוע שבוצע בסופו של דבר באשדוד יום לאחר המועד המתוכנן לביצוע פיגוע בבאר שבע.

ב. סופו של דבר, הנאשם ידע כי המחבל אנס מסלאמה מתכוון לעבור עבירה- ולבצע פיגוע. לכן על פי סעיף 59 לצו בדבר הוראות בטחון, היה הנאשם חייב לדווח על ידוע לו לגורמי הבטחון. המנעות מדיווח כאמור היא עבירה של אי מניעת עבירה בניגוד לסעיף 59 לצו בדבר הוראות בטחון, בכך שהנאשם לא מסר מיד הודעה על הידוע לו למפקד הצבאי או לתחנת משטרה או לקצין צה"ל (הסעת מחבל מתאבד לדהרייה, המתכוון לעבור לתחומי מדינת ישראל ולבצע פיגוע). אין זה מדרכו של בית משפט ליזום הרשעות באישום שלא כלול בכתב האישום, אולם ראוי היה כי להבא תשקול התביעה שימוש בעבירה זו התואמת באופן מלא את נסיבות הארוע של הסעת מחבל מתאבד מדהרייה כמתואר בפרט האישום השלישי.

7. המעשים שבהם הורשע הנאשם חמורים, שכן הוא חבר לארגוני הטרור הפועלים באזור - וסייע להם כמיטב יכולתו. למרבה המזל, פעולת הטרור שבה הייתה לנאשם מעורבות ישירה, לא יצאה אל הפועל, אולם כאמור אין בכך כדי לגרוע כהוא זה מחומרת מעשיו של הנאשם.

השופט סגן אריה דוראני:

ראשית דבר, מצטרף אני לדעת חבריי הנכבדים וקובע, כי הנאשם מורשע גם על ידי בפרטי האישום הראשון והשני ובמקרה דגן דומה כי מכאן נחלקות הדעות באשר לפרט האישום השלישי, אף אם לא בנוגע לתוצאה, אזי בנוגע לנימוקיה.

סגן הנשיא הנכבד לקח, בהכרעת דינו המלומדת והמעוררת לחשיבה ביקש לזכות מהסיפא של האישום השלישי ולהרשיע את הנאשם בסיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה לעניין הרישא של פרט זה, ואילו חברי הנכבד אפיק הסכים לתוצאה אולם טעמיו היו שונים.

יותר מהקביעה בדבר סיווג הנורמה הפלילית, עמדה ביסוד המחלוקת שאלה כבדת משקל בדבר תחולת תיקון 39 [לחוק העונשין](#) הישראלי אותו ביקש להחיל סגן הנשיא הנכבד, בנימוקיו המקדימים את זמנם והמעוררים את המחוקק באיזור, בטענת שוויון הדינים בין "האיזור" למדינה בגין אותה עבירה, וכן בטענת התפתחות המשפט לאחר החקיקה המפורשת בדין המדינה.

עוד יצוין כי התביעה ביקשה להאשים את הנאשם בפרט האישום השלישי בהסתמך על דוקטרינת האחריות הסולידארית של קושרים וזאת כשהיא מבקשת לייחס לנאשם את

הפיגוע השני שצלח לאחר הפיגוע המתוכנן בבאר שבע שלא צלח. ומכאן החל הדיון בסוגייה.

ויורשה לי אני לבקש לנתח את הדברים אחרת בתמצית ובכך לתרום תרומתי ככל שידי משגת.

לשאלת תחולתו הגורפת של תיקון 39 לחוק העונשין הישראלי גם ב"איזור" ולשאיבת הנורמות הפליליות אל תוככי ההתנהגות של החיים ב"איזור", בבואם להישפט בבתי המשפט באזור על פי הדין הנוהג בו, ראויים הדברים לבדיקה המורכבת משני אספקטים. הראשון מהו היחס בין עקרון השוויון בין הדינים לבין עקרון "החוקיות" בכל הקשור להחלת חוק או פסיקה מהמדינה המחזיקה ל"אזור" המוחזק?

והשני, האם יש בסמכותם הטבועה של בתי המשפט הצבאיים באזור, או האם ראוי שתהא להם עצמאות לקיים פרשנות אקטיבית של חקיקה שיפוטית בהחלת נורמות? בנוגע לאספקט השני, אעיר כי משניתנה "רשות" למשחית, ראוי שתינתן רשות לשיפוט אקטיבי יוצר עת משתוללת המשטמה החייתית בלא שיהיו כבולים היושבים בדין בדוקטרינות חסרות ובהעדר תחיקה בינלאומית המתאימה, בכל הקשור ב"טרור" שפל של רצח משפחות על עולליהן ללא הבחנה בניגוד לכל עקרונות הלחימה. לכן, יורשה לי לקבוע כי ניתן להחיל נורמות ביצירה השיפוטית להגנה על מטרות אוניברסאליות ובעמידה על זכויות האדם לחיים, ולמעשה מתוך הזכות המוסרית והנורמטיבית שניתנת לאוכלוסייה באזור ולתושבי המדינה, להגנה על חייה וחיי חפים מפשע בה למול פיגועי טרור המבקשים לפגוע בילדים נשים וטף כדרך להשגת יעדים.

אין ספק כי שאלת התחולה הטריטוריאלית של הנורמה הפלילית בין שתי מדינות ריבוניות קלה היא לדיון שהרי לכל מדינה מחוקק משלה, לשתי המדינות תחולות טריטוריאליות ואקס טריטוריאליות מכוח זכותן להגנתן הלאומית והפרטית בחוק פנימי, ואף מכוח הקונצנזוס האוניברסאלי במלחמה בפשיעה כנגד החברה, בעבירות הפשיעה הבינלאומית תוך בניית התפתחות מוסר העמים ודרכי התגוננותו בעבירות חוצות גבולות ועמים.

ואולם במקרה דנן מדובר במדינת ישראל לצד יהודה שומרון וחבל עזה (להלן ה"אזור") שבמשך שנים עד היום, אין לו אלא "מחוקק מורכב" מעקרונות הדין הבינלאומי המחיל בו את הדין הנוהג ואת סמכויות המפקד הצבאי באזור לצוות ולשמור על סדרי החיים והמנהל התקינים, הביטחון והנורמות החברתיות המוסריות, תוך יצירת רצף נורמטיבי יציב בחיי האוכלוסייה המקומית ובתודעתה.

יושם אל לב, כי זהו המקרה היחיד בעולם בו נמשכת תקופת עמימות בשטח המריבה זה עשרות שנים, דבר המחייב יציקת תכנים מתפתחים מחד גיסא, בכפוף לעקרונות מגבילים בדין הבינלאומי ובעקרונות משפטיים אוניברסאליים מאידך גיסא, וכל זה במציאות גועשת.

ברור לדידי, כי עקרון החוקיות והפרשנות הדווקנית הנדרשת במיוחד בדין הפלילי אינם מאפשרים קביעת המותר והאסור אלא בחוק ובהגדרתו: NULLUM CRIMEN SINE LEGE, עקרון זה עומד בבסיסו של הדיון הפלילי והינו בעל ערך אוניברסאלי עליון, כך בחוקות המדינות הנאורות וכן באמנות אירופה, כללים חוקתיים מפורשים במשפט האנגלו – סכסי ועוד ולא אאריך.

פועל יוצא ישיר של עקרון זה הנו, כי עצם קביעת פליליות המעשה לא יכולה לבוא בהיקף לוגי או בנימוק אנלוגי, ויתרה מזו, יישומו של עקרון זה בא לידי ביטוי גם בפרשנות מצמצמת ודווקנית, ובפומביות הנורמה האוסרת, כדי שהציבור ידע המותר והאסור בבהירות, כך גם בדין הבינלאומי בשתי צורותיו, וביטויו המנהגי הלא כתוב וההסכמי המפורש.

למרות החיפוש אחר הקודקס הפלילי האוניברסאלי שטרם יצא לאור העולם, אזי גם בהתגבשות הנורמות האסורות במתכונת המנהגית די בפרסום האזהרה וההתראה כדי לעמוד בדרישת "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".

יוצא אפוא כי אין מדובר רק בקליטת נורמה פלילית מדין המדינה אל הדין באזור אלא בעקרון לפיו דרך המעבר של הנורמות חייב לעבור דרך המחוקק באזור שדרכו בפרסום האסור והמותר הינה בצווים, וכעקרון יש לראות במחוקק זה דרך שאין בלתה כדי להוציא ישן מפני חדש.

במקום שבוטלה דוקטרינת אחריות סולידרית של קושרים במדינה ובאה במקומה עבירת קשר מפורשת בחוק, והוגדרה הקונספציה כולה של דין המבצע העיקרי "בצוותא חדא" עלול לשים עצמו בית המשפט הצבאי הנכבד במקומו של המחוקק, ולהחיל את הדינים הישראלים כולם באזור פעם בדרך השוויון לקולא ופעם על דרך הדרישה להתפתחות ולהגנה על ערכים מתפתחים, אלא שכל עוד היתר קליטה זה מטיל על היחיד נורמה בדרך שאינה עונה לעקרון החוקתי של "אין עונשין אלא בחוק", ספק אם ראוייה היא.

לא לגמרי ברור שהדין ב"אזור" חייב לקבל לתוכו נורמות פרשניות או קונסטרוקציה משפטית שונה המתאימה למדינה דווקא וזאת רק בעבור עקרון השוויון בין הדינים. זאת מהטעם שקיבול אוטומאטי ללא בחינת המחוקק ב"אזור" דווקא בשל המאפיינים המיוחדים של האזור, ובשל התפיסות משפטיות המתהוות בהתאם להתקדמות או נסיגה בתהליך הסדרת מעמדו המשפטי של האזור, בשעה שספינתו הבלתי יציבה מטלטלת אנה ואנה. קיבול זה קורא תגר על הגדרתו הפוליטית של ה"אזור", מערער את הרגלי האוכלוסייה בתודעתה הנורמטיבית וזאת רצה הדין הבינלאומי למנוע.

לא אחת התייבב הצו של "מחוקק האזור" בדבר העבירות האסורות והקנה נורמות מוסריות אוניברסאליות ראויות כגון העדר העדר הגנה ברצח אשת איש שנמצאה בניאופה בדין הירדני, אך זאת עשה בצו, קרי בחקיקה. ונראה כי אם לא היה עושה כן ההגנה האוניברסאלית על חיי אדם וחיי נשים בכלל, הייתה מחייבת את היצירה השיפוטית לבל תסתתר שפיות דמים מאחורי "נוהג" בלתי ראוי. נמצא איפוא, כי הגנה על ערך אוניברסאלי שבקונצנזוס רחב בינלאומי ראוי לו לאזור המוחזק גם בדרך של החלה ויצירה שיפוטית בכלים המקובלים להגנה על נורמות מוסריות וקיומיות.

נהיר לי כי יש לחוש לטענה כי לא תוכל המדינה המחזיקה להחיל על האזור דוקטרינות משפטיות היפות לה ולשיטתה המוסדרת, וזאת מהטעם הפשוט שהשלם נותן מענה מקיף, דבר שלא קיים באימוץ טלאי על טלאי באזור, ואולם אין ספק שבית המשפט באזור יידרש לא אחת ללוליינות משפטית כדי שלא להטיל מרות נורמטיבית שנהגה עד כה במקום שזו הוסרה במדינה ואף הוכרה כנורמה מותרת במשפט הפלילי בשאר מדינות עולם, וקושי זה מחייב התעוררות אותה ביקש סגן הנשיא לבטא בהכרעת דינו הנועזת.

יצויין כי אין דבריי נוגעים ליכולתה של המדינה להחיל את חוקיה על תושבי האזור בבתי המשפט בתחומה, מכוח תחולת טריטוריאלית ואקס טריטוריאלית, לדוגמא בשפיטת אזרחיה בעבירות חוץ ובשפיטת אזרחים זרים הפוגעים בה ובחוסנה ובהגנתה על אזרחיה.

הגישה הבסיסית צריכה להיות כי בכל מקום שמדובר בנורמה שלה השלכה על האסור והמותר בתודעת היחיד והחברה באזור, אין להחיל את הדין האחר מלבד זה הנוהג באזור על פי המפורסם והידוע, והדרך לקליטת החדש היא באמצעות המפקד הצבאי באזור, או באמצעות אמנות בינלאומיות שתחולנה בגבולות האזור, אלא אם כן מדובר בסוג עבירות חסרות גבולות או חוצות מדינות בשל אופיין כפשיעה בינלאומית או בשל דרכי ביצוען בטכנולוגיות בנות ימינו, שגם אז ראוי לו למפקד האזור שיאמר דברו.

ואולם רואה אני לנכון וזו השעה לציין כי בכל מקום ובשעה שמדובר ב"מכת אזור", בסביבה תומכת "פיגועי דמים" ופיגועים רצחניים המוניים, בעבירות שהשכל האוניברסאלי מחייב הגנה על ערך קיומי מובהק, מוטלת על המדינה וכן על המחוקק ב"אזור" וגם על בתי המשפט לסוגיהם, ליצור וליצוק כל תוכן משפטי ראוי, הראשון בחקיקה והשני בפרשנות יוצרת ומרחיבה, תוך שמירת האיזון בתפקידים, לבל תטמון זו מערכת המשפט הכוללת ראשה בחול, בסמנטיקה ופילוסופיה מתחבטת בעוד המשחית מכלה וקוטל בשדותיה, מקפח חיי מאות ילדים נשים וטף ובכלל מטיל אימתו תוך פגיעה ישירה ומכוונת בערך החיים במתחם הגיאוגרפי כולו הזועק: "הצילו".

ואולם בין פרשנות לגיטימית למונחים או להשלמת לאקונה לבין יציקת חוק חדש או פטור חדש בסתירה ל"חוק" מפורש בצורתו כ"צו מפקד האזור" כגון בהגדרת העבירות הנגזרות, המרחק רב ואינו ראוי להיעשות. החיכוך בין הנורמה במדינה לצו המפקד באזור מטעמה יוכרע בצו מפקד האזור.

לאור האמור לעיל אוכל לומר כי לא מצאתי מקום ליציקת תוכן שלם של תחולת תיקון 39 לחוק העונשין או לחלק ממנו ללא "הגשר החוקתי" הנדרש של המחוקק "באזור" בפרסום של המעשה הפלילי בשיטות המשפט השונות לתכלית הראויה של החוק הכתוב או לתכלית הנורמה המבוקשת בקונצנזוס האוניברסאלי להגנת ערכים קיומיים של החברה והאדם.

פורמאלית, ההגדרה המשפטית בדין הישראלי של התנהגות הנאשם הינה "סיוע לנשיון לגרימת מוות בכוונה", ואילו הגדרתו על פי צו בדבר כללי אחריות לעבירה (צו מס" 225) הינה "עבריין עיקרי", קרי "נשיון לגרימת מוות בכוונה".

ונצטט כדי הבאת הדין המפורש ככתבו:

סעיף 14 א': "אם בוצעה עבירה ייחשב כל אחד מן האנשים דלקמן, כאילו השתתף בביצוע העבירה וכאילו אשם בעבירה, ואפשר להאשימו בביצוע העבירה:

כל העושה או חדל מלעשות איזה מעשה כדי לאפשר לאדם אחר את ביצוע העבירה או כדי לסייע בידו בביצוע עבירה, כל אדם המסייע בידי אדם אחר בביצוע העבירה בין שהוא נוכח בשעת ביצוע העבירה ובין שאינו נוכח בשעת העבירה."

מסקנתי היא כי אין לכאורה עבירת מסייע עצמאית בספר האישומים באזור אלא שעבירות נגזרות מסונפות פורמאלית ויתכן שאף פילוסופית לביצוע העיקרי.

לעניין היסוד הנפשי כבר למדנו כי אין דורשים זהות בין היסודות הנפשיים של הסיוע לדבר עבירה לבין הביצוע העיקרי שלה ודי במודעות האדם לטיב תרומתו המסייעת לביצוע העבירה ולמהות העבירה מושא הסיוע, ואין צורך בחפצו בתוצאה.

בעבירות של קיפוח חיי אדם מתוך הכרה מלאה למשמעות המושג "פיגוע התאבדות" ובמצב בו אירעו פיגועים ותוצאותיהם היו קשות מנשוא, תמונות ומראות הקטל ושפיכות הדמים לא משות מנגד עיניו של איש במדינה או באזור, אין בלבי ספק כי הבין הנאשם דן משמעות הסעת מחבל זה לקראת יעדו, תוך ידיעה קרובה לודאי כי אכן הסעת מתאבד כמוה כהסעת "פצצה מתקתקת" בין אם השעון רץ ובין אם מתקדם לאיטו.

אין לדידי כל מקום לפקפוק באשר קמה וגם ניצבת הלכת הצפיות בעבירה התוצאתית ובדבר היסוד הנפשי שהתקיים בנאשם בהיותו מבין, מודע, חפץ שבהסכמה מרחוק ומסייע לעבירה שתוצאתה המסתברת היא "פיגוע" קרי שפיכות דמים.

תחילתו של היסוד הנפשי נלמד דווקא מאחריתה של התנהגות הנאשם בלכתו בטח לביתו ללא כל דיווח לאיש באף שלב בדרך, לא בשלב ההמתנה, ואף לא בלילה שבין הפיגוע שלא צלח בבאר שבע לבין הפיגוע שצלח באשדוד, ואף לא בקיום שיחת טלפון אחת למאן שהוא למנוע נסיון פיגוע נוסף של החוליה.

ולא זאת בלבד אלא הליכתו של הנאשם אחר הפיגוע באשדוד, לשותף בחוליה ולשאול האם הפיגוע באשדוד הוא של המתאבד אותו הוא הסיע, רק ממחישים את הרצון להביע את "היחד שאחרי לשיתוף ההסכמה והחפץ הפאסיבי שלפני".

אמנם היסוד הנפשי בעבירת הסיוע הנדרש הינו מחשבה פלילית היכולה להיות אף בדרגה נמוכה ביותר של קלות דעת למעט רשלנות ואולם במקרה דנן מדובר ללא כל ספק בהילכת הצפיות אותה הייתי מחיל בנאשם עצמו.

לדידי התקיים היסוד הנפשי העליון בנאשם הגם שלא היה צריך לו בעבירת הסיוע וזאת גם אם המחוקק בצו המפורש קבע כי ניתן להגיש כנגדו אישום כמבצע עיקרי.

קשה לי התוצאה כי לכאורה קיימת אפשרות ליסוד נפשי בדרגת "אדישות" בעבירה תוצאתית בגרימת מוות בכוונה כאשר מדובר בעבירה נגזרת רק משום שהמפקד הצבאי איפשר וראה בצו הגשת האישום כמבצע עיקרי, לשון אחר האישום הינו של גרימת מוות בכוונה, והיחס הנפשי הינו של המסייע.

בכל הקשור לפיגוע בבאר שבע שלא "הושלם", ברור כי המדובר בעבירת "נסיון" של המתאבד וכן של המסייע, שהרי המתאבד התחיל להוציא כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה, אולם לא הגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה בבאר שבע.

היסוד הנפשי בעבירת הנסיון בעבירה תוצאתית הינה חפץ בתוצאת הקטל גם אם לא קרתה, וברור כי המתאבד חתר לכך ולא חזר בתשובה באותו יום אלא רק שינה מקום הפיגוע מבאר שבע לאשדוד למחרת היום, ולפיכך כשם שלגבי המפגע מדובר בניסיון, כך לגבי המסייע - הנאשם דן - מדובר בסיוע לנסיון בשל אי השלמתו של הפיגוע בבאר שבע ככל הנראה בשל נסיבות שלא התאימו לביצוע הפיגוע.

כמו כן, אבקש להדגיש כי אף אני רואה בחזרת המתאבד מבאר שבע לאזור (לאחר הניסיון שלא צלח) משום נתק בקשר הסיבתי בין מעשהו האקטיבי של הנאשם בהסעת המתאבד בראשונה לבין הפגוע השני באשדוד.

לדעתי, אם היה המסייע מביא את המתאבד ליעד וזה היה משנה יעדו ומבצע את זממו במקום אחר ללא ניתוק ברצף העובדות המובילות לביצוע, או אם היה פרק זמן של "תרדמת מבצעית ממוקדת" גם אז היה מדובר בקשר סיבתי רציף, כי זו מהות העבירה, הגעה ליעד הומה אדם כאשר יהא מתאים מבחינת המקום והזמן.

עלינו לזכור, כי אין מדובר בעבירת הרצח הקלאסית של בהירות וזיהוי יעד ספציפי מוגדר ופרסונאלי, כי כאן נדרש הדין הפלילי להתמודד עם תופעת הפיגועים שקטלו זה למעלה מ-800 בני אדם ופצעו מאות, בהם אין מדובר בהעתקת הקורבן **אלא בקונספציה רחבה יותר של קבוצת הקורבן הלאומית או האזרחית או הגיאוגרפית תוך זריעת פחד ואימה במדינה כמדינה.**

לאור האמור לעיל ועל פי הדין באזור ניתן להרשיע את המסייע כמבצע עיקרי קרי בגרימת מוות בכוונה ובמקרה שהמעשה לא צלח - בנסיון לגרימת מוות בכוונה.

לסיכום ראיתי לנכון להצטרף לניתוח המנתק את הפיגוע באשדוד מהתנהגות הנאשם רק בשל הנתק של חזרת המחבל לתחומי האזור ואיבוד הקשר הסיבתי.

כן ראיתי נכון לחזק את גישתו הזהירה של חברי הנכבד השופט אפיק זאב בדבר הליכי קבלת נורמות הדין במדינה ותחולתן באזור הגם שאני רואה מקום ליצירה ואקטיביות שיפוטית במקום של פרשנות מונחים לתכלית ראויה ונידרשת של החוק והשלמת החסר, וכן בהגנה על ערכים אוניברסאליים וקיומיים, ככל שאין מדובר בסתירה מפורשת לצווי המחוקק באזור על כל מגבלותיו הוא.

קריאתו המעשית של סגן הנשיא הנכבד להתעוררות הדין באזור לקונספציות חדשות ולרוח הדין הפלילי הנוהג במדינה המחזיקה, קריאה נכונה היא ואסור לה שתיפול על אוזניים ערלות חלילה.

אני מצטרף לדעת סגן הנשיא הנכבד לקח, ומרשיע את הנאשם בעבירה של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה, עבירה לפי סעיף 51א' לצו בדבר הוראות בטחון, בהיותי מודע לעובדה כי עבירה זו אינה מוכרת באזור אלא בצורתה האחת שבמסגרת מבצע עיקרי והוא ניסיון לגרימת מוות בכוונה כאמור לפי סעיפים 14 ו-19 לצו בדבר אחריות לעבירה הנ"ל.

לפיכך, הריני מרשיע את הנאשם בפרטי האישום הראשון והשני, ולדעתי יש להרשיעו גם בפרט האישום השלישי בנסיון לגרימת מוות בכוונה בגין הסיוע לניסיון לביצוע פיגוע בבאר שבע על פי סעיף 51א' ובכפוף לסעיפים 14 ו-19 לצו בדבר כללי האחריות לעבירה.

סוף דבר: אנו מרשיעים את הנאשם במיחוס לו בפרטי האישום הראשון והשני על פי הודאתו, ובמיחוס לו בפרט האישום האחרון בכל הקשור לפיגוע בבאר שבע. אנו מזכים את הנאשם מהסיפא של פרט האישום האחרון בכל הנוגע לפיגוע באשדוד. ניתן והודע היום, 21/01/04, בפומבי ובמעמד הצדדים.

צבי לקח 1257/02-54678313

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה