

ע' 1702+1391/06

ע' 1702/06  
ע' 1391/06**בית המשפט הצבאי לערעורים  
באזור יהודה והשומרון**

בפני הרכב: אל"ם יצחק מינא - אב"ד  
אל"ם יאיר כץ - שופט  
אל"ם יורם חניאל - שופט

**בעניין:**

**איאד מוסא סאלס עביאת (המכונה "אבו מוסא"), ת"ז XXXXXXXXXX - המערער  
(באמצעות ב"כ עו"ד עודה)**

**נגד**

**התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות ב"כ רס"ן מוריס הירש)**

**ובעניין:**

**התביעה הצבאית - המערער (באמצעות ב"כ רס"ן מוריס הירש)**

**נגד**

**איאד מוסא סאלס עביאת (המכונה "אבו מוסא"), ת"ז XXXXXXXXXX - המשיב  
(באמצעות ב"כ עו"ד עודה)**

ערעורים על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני הרכב בראשות כב' סגן הנשיא רס"ן רונן  
עצמון וכב' השופטים רס"ן יאיר תירוש ורס"ן דליה קאופמן)  
בתיק מס' 1342/03 מתאריך 7.11.05  
(ערעור התביעה התקבל וערעור הסנגוריה נדחה)

תאריך הישיבה: 16 באוקטובר 2006, כ"ד בתשרי התשס"ז.

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 10א](#)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 499\(ב\)](#)

כתבי עת:

[דרורה פלפל, "אמרה של עד מחוץ", הפרקליט, כרך לד 488](#)

## פסק דין

**השופט אל"ם יאיר כץ:**

**כללי**

כנגד המערער (המשיב בע' איו"ש 1391/06) הוגש כתב אישום רחב היקף, בו יוחסה לו שורת עבירות ביטחוניות שהינן מן החמורות במחוזותינו.

המערער הודה בחלקן של העבירות וכפר בחלקן האחר. לאחר שמיעת הראיות, בית המשפט קמא הרשיע את המערער במרבית העבירות בהן הואשם וזיכהו, בדעת רוב, מחלקן.

**כתב האישום והכרעת הדין**

כתב האישום שהוגש כנגד המערער ייחס לו את פרטי אישום, כמפורט להלן :

א. סחר בציוד מלחמתי – המערער הואשם בכך שרכש מאדם אחד רוס"ר M-16 במהלך שנת 2000, ולאחר כשנה מכר את הנשק לאדם אחר. המערער הודה בביצוע עבירה זו, הן בחקירתו במשטרה והן בבית המשפט. לפיכך, ולאור קיומן של ראיות המחזקות את הודאותיו האמורות באופן כללי, מצא בית המשפט קמא להרשיעו בפרט אישום זה.

ב. החזקת כלי ירייה – גם בביצוע עבירה זו הודה המערער באמרתו, ואף מסר לידי המשטרה את כלי הנשק נשוא העבירה. לאור האמור ולאור הודאתו החוזרת בביצוע העבירה על דוכן העדים, הרשיע בית משפט קמא את המערער גם בעבירה זו.

ג. חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת – המערער הודה הן בחקירתו והן בעדותו בבית המשפט בחברותו ב"גדודי שוהדא אל אקצא", כחלק מארגון התנזים-פתח, שהוכרז כהתאחדות בלתי מותרת. בנוסף, המערער אף הופלל בביצוע העבירה האמורה, וכן בביצוע פיגוע יחד עם חבריו לארגון. אשר על כן, הרשיע בית משפט קמא את המערער בעבירה כאמור.

ד. שתי עבירות שעניינן גרימת מוות בכוונה ועבירה אחת של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, בכך שבראשון לנובמבר 2000 או בסמוך לכך, שימש המערער ככוח מחפה לחברי חולייתו, באמצעות כך שירה לעבר כוחות צה"ל ואפשר לשאר חברי החוליה להימלט מן המקום. כתוצאה מן הירי האמור, נהרגו סגן **דוד חן כהן** ז"ל וסמל **שלמה אדשינה** ז"ל וכן נפצעו ארבעה חיילים נוספים. המערער הודה בחקירתו בביצוע הפיגוע, ובהיותו משמש ככוח חיפוי לחוליה. עם זאת, בית המשפט קמא קבע, כפי שיורחב בהמשך, כי לאור התשתית הראייתית שהונחה לפניו, לא הייתה הודייתו של המערער בביצוע אותו פיגוע ירי המתואר בכתב האישום, כי אם בביצוע פיגוע ירי אחר, שתוצאותיו אינן ידועות. אשר על כן, בית המשפט קמא זיכה את המערער מהעבירות הנ"ל, ותחתיהן הרשיעו, על סמך הודאתו והחיזוקים הכלליים שנמצאו לה, בעבירה אחת שעניינה ניסיון לגרימת מוות בכוונה.

ה. ירי לעבר אדם, בכך שהשתתף בפיגוע ירי לעבר מחנה צבאי, יחד עם חברי חולייתו, בשמשו כנהג רכב המילוט. בית המשפט קמא הרשיע את המערער, לאור הודאתו בביצוע העבירה בחקירה המשטרתית וכן לאור החיזוקים הכלליים שנמצאו להודאה זו.

ו. ניסיון לגרימת מוות בכוונה – המערער הודה בחקירתו במשטרה, כי שימש נהג רכב המילוט, בשעה שחבריו לחולייה ירו לעבר רכב שנסע בכביש 60. לאור הודאתו המשטרתית, ולאור החיזוקים הכלליים שמצא בית המשפט קמא לאמרתו של המערער, הורשע המערער גם בביצוע עבירה כאמור.

ז. ניסיון לגרימת מוות בכוונה – המערער מסר בחקירתו, כי ביצע פיגוע ירי לעבר רכב סיור צבאי יחד עם חברי חולייתו. נוסף על החיזוקים הכלליים לאמרתו, קבע בית המשפט קמא, כי גם בעדותו בבית המשפט ניתן למצוא משום הודאה במעורבות בפיגוע הירי הקונקרטי, כמתואר בכתב האישום.

ח. גרימת מוות בכוונה וניסיון לגרימת מוות בכוונה – באמרתו, הודה המערער כי הסכים להצעתו של **אברהים אבו-ג'לריף** להצטרף לביצוע פיגוע יחד עם שאר חברי החוליה. המערער יצא חמוש מביתו למקום הפגישה, אולם בסופו של יום לא השתתף בפיגוע הירי עצמו, אשר כתוצאה ממנו נרצחה **דבורה פרידמן** ז"ל, ונפצע בעלה, **יונה פרידמן** יבדל"א. לאור האמור, קבע בית המשפט קמא, בדעת רוב, כי אין לו אחריות ישירה לפיגוע הירי בו לא הספיק ליטול חלק, וכי אף לא ניתן להרשיעו בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה מאחר ואין במעשיו משום תחילה ממשית לביצוע הפיגוע. לפיכך, זיכה בית המשפט קמא את המערער מהעבירות הנ"ל, והרשיעו, חלף זאת, בעבירה של קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה. שופטת המיעוט סברה, כי מן הראוי היה להרשיע את המערער בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, לאור יציאתו למקום הפיגוע כשהוא חמוש, כאשר הסכים לסייע בהימלטותם של חברי חולייתו ממקום הפיגוע.

ככלות הכל, בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירות של סחר בציוד מלחמתי, החזקת כלי ירייה, חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, ירי לעבר אדם, קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה ו-3 עבירות של ניסיון לגרימת מוות בכוונה. בגין ההרשעה, גזר בית המשפט קמא על המערער 21 שנות מאסר לריצוי בפועל ו-5 שנות מאסר על תנאי.

### טענות הצדדים לעניין הכרעת הדין

בתחילת טיעוניה, מערערת התביעה הצבאית על זיכוי של המערער משתי עבירות גרימת מוות בכוונה ומעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה, כמפורט בסעיף (ד) שלעיל, ומבקשת להצביע על ההתאמות שבין הראיות השונות המעידות על אשמתו של המערער בעניין זה. לטענת התביעה, ישנה חפיפה בין הפרטים המאוזכרים בדברי המערער לבין אלו המאוזכרים בדברי העדים האחרים, וכן ביומן המבצעים. כך למשל, ישנה חפיפה באשר לפרטי מקום פיגוע הירי, מועד דומה של ביצועו, שמות המשתתפים העיקריים, נסיבות הפיגוע ותוצאותיו. טענת התביעה היא, כי אין בהבדלי גרסאות כשלעצמם כדי למנוע מבית המשפט לברור מתוך הנתונים העומדים בפניו, איזוהי הגרסה העובדתית הנכונה. אשר על כן, ביקשה התביעה להרשיע את המערער בשתי עבירות שעניינן גרימת מוות בכוונה.

בנוסף, קובלת התביעה על זיכוי של המערער מן העבירות שעניינן גרימת מוות בכוונה וניסיון לגרימת מוות בכוונה, בכך שהיה שותף בפיגוע הירי בו נרצחה **דבורה פרידמן** ז"ל ונפצע **יונה פרידמן** (כמפורט בסעיף (ח) שלעיל). התביעה סבורה כי יש במעשי המערער כדי לקיים את יסודותיה של עבירת גרימת מוות בכוונה. לטענתה, התגבש בליבו של המערער היסוד הנפשי של כוונה של ממש, הנדרש לשם הרשעה בעבירת גרימת מוות בכוונה, שכן המערער צפה כי

מעשיו עלולים לגרום למותם של אזרחים ישראלים ואף חפץ בתוצאה זו. באשר ליסוד העובדתי, גורסת התביעה הצבאית כי מעשיו של המערער וחלקו בפיגוע הירי, עולים עד כדי התנהגותו של שותף, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה. לאור האמור, מבקשת התביעה הצבאית לבטל את הכרעת דינו של בית המשפט קמא בנוגע לפרטי האישום 10-11 ולהרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו במסגרת פרטי אישום אלו.

מן העבר השני, טוען בא כוחו של המערער כי שגה בית המשפט קמא, כאשר הרשיע את המערער בעבירת ניסיון לגרימת מוות בכוונה, כמפורט בסעיף (ד) לעיל. לדידו, הודאתו של המערער בביצוע פיגוע הירי אינה מתייחסת כלל וכלל לאותו האירוע המתואר בכתב האישום, ומשכך החלטת בית המשפט קמא הינה מוטעית.

כמו כן, מלין הסנגור על החלטת בית המשפט קמא להרשיע את המערער בעבירה של קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה, כמפורט בסעיף (ח) לעיל, מאחר ולטענתו אין למערער כל קשר לביצוע הפיגוע, נוכח העובדה ששמו לא אוזכר על ידי מבצעי הפיגוע האמור.

הנה כי כן, מערערים הצדדים על הכרעת דינו של בית משפט קמא, הן באשר להרשעת המערער בעבירה אחת של ניסיון לגרימת מוות בכוונה תחת שתי עבירות של גרימת מוות בכוונה בנוסף לעבירת הניסיון, והן באשר להרשעתו בעבירה של קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה; כל זאת כמפורט לעיל. באשר על כן, נבחן היטב שני מעשי עבירה אלו, ובבחינה זו תהא התשובה לערעורי שני הצדדים.

### **פיגוע הירי בו נרצחו קצין וחיל, ונפצעו ארבעה חיילים נוספים**

התביעה הצבאית מייחסת למערער, בפרטי האישום 4-6 וכמפורט בסעיף (ד) דלעיל, את האחריות למותם של סגן **דוד חן-כהן** ז"ל וסמל **שלמה אדשינה** ז"ל, וכן את פציעתם של ארבעה חיילים נוספים. כל זאת, בגין השתתפותו הלכאורית של המערער בפיגוע הירי במהלכו נפגעו הנ"ל. אבחן עתה את כל הראיות המתייחסות לפרטי האישום הנ"ל, כפי שעמדו בפני בית משפט קמא.

### **הודאת המערער**

בייחסה את עבירות גרימת המוות בכוונה, ועבירת הניסיון לגרימת מוות בכוונה, מתבססת התביעה הצבאית על חומר ראיות נרחב. ראשית, תומכת היא את ידיה בהודאתו של המערער בחקירת המשטרה, שם ציין כי השתתף בביצוע פיגוע ירי יחד עם אחרים, כשהוא משמש ככוח מחפה. אמנם, בעדותו בבית המשפט קמא, הכחיש המערער את מעורבותו בפיגוע הירי כתיאורו בכתב האישום ומסר, כי הודאתו בפני חוקרי השב"כ והשוטרים הייתה שקרית.

אולם, בית המשפט קמא מצא את עדותו של המערער ביחס לעניין זה בעייתית, לאור הסתירות הרבות והטענות הכבושות שהתגלו בדבריו, וקבע כי אין ליתן בה אמון. אי לכך, ביכר בית המשפט קמא את אמרת המערער, על תוכנה.

הלכה ידועה היא כי אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ע"פ 6295/05 וקנין נ' **מדינת ישראל**, תק-על 2007(1) 914, ע' 1853/07 **התוב"ץ** נגד **ברע'ותי**, עדי"י 4090/06 **התוב"ץ** נגד **רימאוי** [פדאור 06 (32) 642]. בית המשפט קמא התרשם מן המערער ומעדותו על דוכן העדים באופן בלתי אמצעי וקבע כי עדותו הייתה **"רצופה סתירות וטענות כבושות"** ובחר שלא ליתן לה אמון. לא ראיתי מקום להתערב בממצאי מהימנות אלה כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא ביחס למערער.

#### הודאת עד התביעה **ריאד אל עמור** במשפטו כאמרת חוץ

התביעה הצבאית ביקשה למצוא תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף" לאמרתו של המערער, הן בהודאתו של **ריאד אל עמור** במשפטו שלו בכל הנוגע לפיגוע הירי האמור, והן באמרתו המשטרית של העד.

אולם, בית המשפט קמא התקשה לראות בהודאתו של **ריאד אל עמור** במשפטו, אמרת חוץ של עד, וציין כי:

**"אמנם פרוטוקול הדיון בו הודה העד באשמתו ואף הכרעת הדין שבה הורשע העד בהסתמך על הודאתו זו, הם ראיה קבילה, בהיותם תעודה ציבורית, שניתן להגישה לביהמ"ש בפרוצדורה מוגדרת. אך שלא כמו במשפט אזרחי, במשפט פלילי, הכרעת הדין והממצאים בהליך אחד, אינם ראיה – אפילו לכאורה – לאמיתות הדברים בהליך פלילי אחר. זאת ועוד, בכתב האישום המתוקן שבו הודה העד (ריאד אל עמור – י.כ.) הוכנסו פרטים שמנוגדים לדברים שאמר העד באמרתו...".** (הכרעת הדין, עמ' 4, שורות 27-32).

לעניות דעתי, שגגה יצאה מלפני בית המשפט קמא באשר אמר את אשר אמר, על אף שמצדד אני, אם כי לא לחלוטין, במסקנתו הסופית בעניין זה. בעניין זה נכונים דבריו של השופט גולדברג, בע"פ 4541/90 סלע נ' **מדינת ישראל**, תק-על 91(2), 2086, בסוגיה זו, כהאי לישנא:

**"מוסכמים על הכל דבריה של דר' ד' פלפל במאמרה "אמרה של עד מחוץ לכותלי בית המשפט ודבר לחיזוקה" (הפרקליט ל"ד (תשמ"א-מ"ב) 492, 488), כי "המושג אמרה הינו רחב וחובק בזרועותיו כל אמירה שבאמצעותה מביע אדם את עצמו... (ראה ע"פ 141/84 פד"י ל"ט (3) 596, 602; ד"נ 23/85 פד"י מ"ב (354-355) 309, 327, 309(4). מכאן שהודיית העד במשפטו הנה בגדר אמרה, אשר הועלתה על הכתב על ידי השופט בפרוטוקול הדיון, במשפטו של העד, שעה שהודה בעובדות שבכתב האישום.**

**את האמרה שמדובר בה נתן אמנם העד בין כותלי בית המשפט, כשעמד לדיון בעניינו. אולם היא היתה "מחוץ לבית המשפט",**

כמובן של תיבות אלה בסעיף 10א' לפקודת הראיות, שכל תכליתן להדגיש כי המדובר באמרה שלא ניתנה מפי העד במהלך משפטו של הנאשם, אלא בהזדמנות אחרת, וקבילה היא על אף היותה עדות שמיעה.

גם תכליתה של דרישת הכתב בסעיף הנדון, "להבטיח את שימורה של האמרה וליתן בכך ערובה לבית המשפט, כי האמרה, המובאת כראיה, היא אכן האמרה, שנתן העד בשעתו ... מתקיימת במקרה זה.

הנה כי כן, מתקיימים במקרה אשר כזה, כל יסודותיו של התנאי הראשון, הכלולים בסעיף 10א', ואין הבדל, מבחינת הרציונל שמאחורי דרישות הסעיף, בין האמרה בה אנו דנים ובין אמרה אחרת של העד. ומקובלת עלי מסקנתו של השופט ד' ביין... כי סעיף 10א' חל על הודיית עד במשפטו, וכי הודיה אשר כזאת "לא רק שאינה נופלת מאמרה בפני חוקר משטרה, אלא עולה עליה עשרת מונים שכן ניתן לבסס עליה בלבד הרשעה (באותו דיון) ללא צורך לא 'בחיזוק' ולא 'בדבר מה'".

עינינו הרואות כי הודאת עד במשפטו שלו הינה אמרת חוץ כהגדרתה בסעיף 10א' לפקודת הראיות. יחד עם זאת, שאלת המשקל שיש ליתן לאמרה שכזו אינה פשוטה כלל. בעניין זה ממשיך כב' השופט גולדברג בעניין סלע וכותב:

"שאלה אחרת היא מה משקלה של האמרה שנתן העד במשפטו, לצורך הוכחת אשמתו של הנאשם. אכן, נכרכות בין העובדות בהן הודה העד, גם עובדות המסבכות את הנאשם בעבירה, אולם לא עובדות אלה הן שעומדות במרכז הודייתו במשפטו. הודייתו נסבה על העובדות המהוות עבירה לגביו, ולא בספיחי העובדות, מבחינתו, כפי שניסחן מנסח כתב האישום. נסיון החיים מלמד כי מעייניו של הנאשם, בעת שהוא מודה בעובדות שבכתב האישום, נתונים כולם לעובדות שיחרצו את גורלו הוא, וספק רב הוא אם מודע הוא אותה שעה להשלכות הודייתו אל מחוץ למסגרת הדיון, וכי ייעשה בעתיד שימוש בהודייתו כלפי אחרים. וכיוון שמרכז הכובד בהודייה, מבחינתו של הנאשם, בעובדות המביאות להרשעתו, ולא בטפל להן, שאין בהן להעלות או להוריד בעניינו, איני סבור כי יש ליתן משקל של ממש לאמרה זו כשהיא מוגשת כראיה במשפטו של אחר, ורואה אני לחשוש מקביעת ממצא מרשיע כנגד הנאשם רק על בסיס אמרה שניתנה בנסיבות אשר כאלה." (שם, עמ' 2088).

הנה כי כן, לאור ההבדלים העובדתיים שבין אמרתו של **ריאד אל עמור** לבין המתואר בכתב האישום בו הודה, יש יסוד להניח, כי "אמרת חוץ" זו בדמות הודאתו במשפט, אינה משקפת במאת האחוזים את אמרתו המקורית של העד.

במקרה דנן נראה בעליל כי הודאתו של **ריאד אל עמור** במשפטו סובלת מאי התאמות כאלו ואחרות בינה לבין אמרתו שנגבתה במשטרה. אולם, אין בחוסר הזהות שביניהם על מנת להביא לכך שלא נראה בה אמרת חוץ. דעתי היא, כי המשקל שיש ליתן להודאתו של העד במשפטו יהיה נמוך יותר, וכי לא ניתן יהיה לסמוך את הרשעת המערער על הודאה זו גרידא.

#### אי הזכרת המערער כאחד ממשתפי הפיגוע

בית המשפט קמא שם דגש על העובדה, שלא זו בלבד ש**ריאד אל עמור ומחמוד עביאת**, עד התביעה השני עליו ביקשה התביעה לבסס את אשמת המערער, לא הזכירו את המערער בחקירותיהם כאחד ממשתתפי פיגוע הירי, אלא שהם אף שללו את מעורבותו בעדותם בבית המשפט.

בעניין זה, דומני כי שגה בית המשפט קמא משנתן לעובדה זו משקל כה ממשי. מחומר הראיות עולה כי המערער שימש בתפקיד מיוחד ומבודד, וסביר להניח שרוב המשתתפים בביצוע פיגוע הירי לא היו מודעים לחבירתו של המערער אליהם. לפיכך, אין באי הזכרת המערער על ידי עדי התביעה, כאחד ממשתתפי הפיגוע, כדי לשלול את מעורבותו באירוע המדובר.

#### יומן המבצעים

לבסוף, ביקשה התביעה לבסס את אשמתו המערער בפרט אישום זה באמצעות יומן מבצעים של צה"ל, ממנו עולה, כי ביום 1 נובמבר 2000 היו חילופי אש באזור **אל-חאדר**, החל משעה 12:13.

#### החפיפה והניכור שבין הודאת המערער לאמרות עדי התביעה

בית המשפט קמא, כאמור, בחר שלא לקבל את העדויות המחזקות את הודאתו של המערער בביצוע פיגוע הירי ב**אל חאדר**. בתיאור מפורט שניתן על ידי הערכאה קמא, ניתן לראות היטב את אי ההתאמות בפרטים השונים בין עדותו של המערער לבין שאר הראיות. כך למשל, הצביע בית משפט קמא על העדר התאמה בין פרטי משך האירוע, פירוט המשתתפים בו, מטרת הפיגוע, מהלך הפיגוע, ותוצאותיו. בית המשפט קמא קבע, כי:

**"ברוב הפרטים החשובים אין כל התאמה בין העדויות השונות ויומן המבצעים לבין אמרתו של הנאשם, ובינם לבין האמור בפרטי אישום 4-6: לא בנוגע למשך האירוע, לא במשתתפיו, לא ביעד המתוכנן, לא במטרה שאליה ירו בפועל, לא בתיאור מהלך האירוע (הייתכן שהנאשם והעדים היו משמיטים את העובדה שירו לעברם**



**טנק ושני מסוקים? , ולא בתוצאותיו. למעשה, קשה להבין מדוע סבורה התביעה כי הנאשם והעדים מדברים על אותו פיגוע" (הכרעת הדין, עמ' 8, שורות 10-15).**

כך, ציינה בהחלטתה כב' השופטת קאופמן את הדברים הבאים :

**"מכיוון שעד התביעה ריאד אל עמור אינו מפליל את הנאשם בהשתתפות בפיגוע מיום 1/11/00 ולנוכח העובדה כי ישנם פערים משמעותיים בין פרטי הפיגוע שתיאר הנאשם ובין פרטי הפיגוע שעולים מיומן המבצעים כפי שציין האב"ד, הרי שנותר בליבי ספק, אם הפיגוע בו השתתף הנאשם, הינו אכן הפיגוע בו נגרם מותם של שני חיילי צה"ל, סמל שלמה אדישנה ז"ל וסגן דוד חן כהן ז"ל. על כן, מחמת הספק, הנני מצטרפת למסקנתו של כבוד האב"ד..."**  
(הכרעת הדין, עמ' 14, שורות 41-46).

כאמור לעיל, בסופו של דברים מצא בית המשפט קמא להרשיע את המערער בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, זאת מאחר שלדידו לא עלה בידי התביעה הצבאית להוכיח, כי המערער ועדי התביעה מעידים ומודים בביצוע אותו הפיגוע דווקא, וכמתואר בכתב האישום. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי לא ניתן לייחס למערער את תוצאות הפיגוע שיוחס לו בכתב האישום כאמור.

מצידה, טוענת התביעה כי אין בסתירות לכאורה שנתגלו בדברי העדים כדי להביא למסקנה, שאין המערער ועדי התביעה מדברים על אותו האירוע. לטענת התביעה, ישנה חפיפה בין העדויות השונות באשר למקום הפיגוע, מועד הפיגוע, שמות המשתתפים העיקריים, תוצאות הפיגוע (המערער ושני עדי התביעה מציינים כי כתוצאה מהפיגוע נהרגו 3 חיילים) ונסיבות נוספות (רימוני עשן, הגעתם של טנק, נגמ"שים ומסוקים למקום האירוע, מותו של איש רש"פ וכו').

בנדון דידן, מקובל עליי ניתוחו הבהיר של השופט קמא, בו ערך השוואה בין העדויות השונות לפרטיהן, והצביע על חוסר ההתאמות הקיים. אולם, שלא כמו בית המשפט קמא, סבורני, כי אין צורך שה"דבר מה נוסף" יפליל את המערער בביצוע פרט אישום ספציפי זה, אלא יצביע על אמיתות הודאתו באופן כללי. עוד סבורני, כי לא מדובר בפערים כה משמעותיים, עד כדי שמעידים כי אין המדובר באותו אירוע. במצב דברים דומה, הביע בית משפט זה את דעתו כדלהלן :

**"פעמים רבות, כאשר נחקרים במשטרה מעידים על אירועים מספר ומונים שורה ארוכה של משתתפים, אין חפיפה מלאה בין השמות באמרות השונות. הסיבות לכך הן, בדרך כלל, המספר הרב של האירועים שבהם השתתפו הנחקרים והזמן הרב שחלף למן ביצוע העבירות ועד לחקירה. במקרים אלה, השאלה הנכונה שיש לשאול**

**היא האם העדר החפיפה בין השמות מביא למסקנה, כי אין מדובר באותו אירוע, או שמא, למרות חוסר הזהות בשמות חלק מהמשתתפים, ישנם סימנים מזהים באמרות השונות, המעידים כי העדויות הן על אותו אירוע.** (ע' איו"ש 2780+2847/05 התוב"ץ נ' אלזיר).

יפים הם הדברים אשר הובאו בעניין זה בע' איו"ש 1899/05 התוב"ץ נ' אלעמור, אליו הפנתה התביעה:

**"ראשית, טבעם של דברים הוא שבאירועים בהם משתתפים מספר אנשים, כל אחד מהם יזכור דברים שונים. אך אין בהבדל הגרסאות כשלעצמו, כדי לשלול את עצם התרחשות האירוע או אמיתות הדברים. כבר נקבע לא אחת כי אכן תפקיד ביהמ"ש לברר את האמת ולבור אותה משאר הגרסאות המועלות. אלא, גם נאמר כי לעולם יישארו שאלות, תמיהות ועניינים שאינם מובהרים, ואין בך כדי לפגוע ביכולתו ובחובתו של ביהמ"ש לקבוע מהי הגרסה העובדתית המהותית אותה הוא מבכר."**

אליבא דאמת, ישר בעיניי ניתוחה של התביעה הצבאית, ותמים דעים אני עימה כי במקרה דנן רב המשותף על המנוכר. הנה כי כן, חופפים הם מועד האירוע, מיקומו, שמות מבצעי העיקריים ותוצאותיו המשוערות ביום הפיגוע, לפיהן נהרגו שלושה חיילים. אכן, כאמור, ישנם אי דיוקים כאלה ואחרים בין הגרסאות השונות, אולם לטעמי אין בכוחם כדי להביאני למסקנה כי מדובר בפיגועים שונים.

אשר על כן, מסתפק אני בכך על מנת להפוך את החלטת בית המשפט קמא, ולמצוא את המערער אחראי לביצוע פיגוע הירי המתואר בכתב האישום דווקא, הוא ולא אחר.

משקבעתי כי פיגוע הירי המיוחס למערער בכתב האישום הוא הוא הפיגוע בו מודה המערער באמרתו המשטרית, כל אשר נותר הוא לבדוק האם בנמצא תוספת ראייתית שיש בה כדי לתמוך בהודאתו של המערער כאמור. תוספת כאמור, ניתן למצוא באמרותיהם של העדים המפלילים השונים, בהודאתו של **ריאד אל עמור** במשפטו והן ביומן המבצעים שהוגש בהסכמת הצדדים לבית המשפט קמא.

בשולי דברי, ראיתי לנכון להתייחס לדו"ח אשר התפרסם באתר הרשמי של משרד החוץ של מדינת ישראל, עליו הסתמכה התביעה הצבאית בטיעוניה, אשר כלל רשימה של כל ההרוגים הפלשתיניים החל מספטמבר 2000, ממנו עלה, כי החל מתחילת אירועי "גאות ושפל" ועד לסוף שנת 2000, באזור אל חאדר, לא נהרג אף חייל או אזרח ישראלי למעט סמל **אדשינה** ז"ל וסגן **כהן** ז"ל. לטענת התביעה הצבאית, יש בדו"ח זה משום ידיעה שיפוטית, ועל כן פטורה היא מלהוכיח את אמיתות תוכנו.

מבלי לחוות דעתי באשר להיותה של ראייה זו ידיעה שיפוטית, אם לאו, אומר כי לו חפצה התביעה הצבאית לתמוך טיעוניה בראיות חדשות, שומה היה עליה לבחור בדרך המלך, ולבקש רשות מבית משפט זה להגישן, זאת חלף בחירתה להכניס את הראיה החדשה דרך "הדלת האחורית". משלא עשתה כן, אינני רואה מקום לדון בדו"ח כאמור ובהשפעתו כהוא זה על הנידון דיין.

### סיכום

כללו של דבר, הנני מציע לחבריי לקבל את ערעור התביעה הצבאית, ולהרשיע את המערער בשתי עבירות שעניינן גרימת מוות בכוונה ובעבירה אחת של ניסיון לגרימת מוות בכוונה המיוחסות למערער בפרטי האישום 4-6, בכך שביום 1 נובמבר 2000 או בסמוך לכך, שימש ככוח מחפה לחברי חולייתו, באמצעות כך שירה לעבר כוחות צה"ל, ואפשר לשאר חברי החוליה להימלט מן המקום. כאמור, כתוצאה מן הירי, נהרגו סגן **דוד חן כהן** ז"ל וסמל **שלמה אדשינה** ז"ל, ונפצעו ארבעה חיילים נוספים.

### פיגוע הירי בבני הזוג פרידמן

התביעה הצבאית מייחסת לנאשם, בפרטי האישום 10-11 וכמפורט בסעיף (ח) דלעיל, את מותה של **דבורה פרידמן** ז"ל, ואת פציעתו של בעלה **יונה פרידמן**. זאת, לאור השתתפותו של המערער, לכאורה, בפיגוע הירי בו הם נפגעו.

### עיקרי העובדות שלעניין

בית המשפט קמא לא נתן אמון בעדותו של המערער על דוכן העדים, במסגרתה הכחיש כל קשר לפיגוע הירי, והעדיף את הודאתו כפי שמסר בחקירתו במשטרה:

**"ניתן לקבל את טענת התביעה בסיכומיה, כי אין לתת אמון בעדותו של הנאשם בבית המשפט, שהייתה רצופת סתירות והיתממות. אמרתו המשטרית, שהיא מפורטת, סדורה והגיונית מעוררת אמון רב יותר, ויש להעדיפה." (הכרעת הדין, עמ' 10, שורות 46-49).**

בית המשפט קמא בחר להעדיף ולקבל כמהימנה את גרסתו המשטרית של המערער, זאת לאחר שמצא אותה סדורה והגיונית ולאחר שבחן והתרשם מן המערער באופן בלתי אמצעי על דוכן העדים.

כפי שכבר עמדנו לעיל, לא מצאנו טיעון משכנע דיו להתערבותנו בממצאי המהימנות של בית המשפט קמא ועל כן, נקבל את תיאור העובדות המפורטות להלן, כפי שקבען בית המשפט קמא:

**"מודה הנאשם, כי נענה בחיוב להצעתו של אברהים אבו-ג'לריף, להצטרף לפיגוע שמתכוונת החוליה לבצע. אברהים אמר לו לבוא**

לאזור משפחת עלי באל-ערוג'. כיוון שהנאשם התעורר משנתו, הוא הודיע לאברהים שיאחר מעט, וכמה דקות אחר כך יצא מביתו חמוש ברובה ובשתי מחסניות. הוא נסע לכיוון בית הספר עביאת, לקח עימו את שייח אברהים עביאת, וסיפר לו שהחוליה יצאה לבצע פיגוע ירי והוא מצטרף אליהם. אברהים ביקש לבוא גם כן, והנאשם הסכים.

כשלושה ק"מ מבית הספר התקשר הנאשם לאברהים אבו-ג'לריף, כדי לדעת היכן לפגוש את חברי החוליה, אך אברהים אמר לו להמתין במקומו, ושהם יקראו לו כאשר ירצו שיבריח אותם ברכבו. הנאשם אכן חיכה להודעה מאברהים.

כאשר התקשר אליו אברהים כעבור כ-10 דקות, הוא אמר לנאשם כי המפגעים בדרכם חזרה, וכי יוכל לבוא לפגוש אותם בבאב-דאר. הנאשם נסע למקום האמור, פגש את כל חברי החוליה, והם סיפרו לו שעשו פיגוע ירי. לאחר מכן שמע שבפיגוע נהרגה מתנחלת שהייתה בהריון, והייתה אשתו של אחד האחראים על היישוב תקוע. (הכרעת הדין, עמ' 10, שורות 20-35).

#### הכרעת בית המשפט קמא

כמפורט לעיל, פלוגתא נפלה בין חברי הערכאה קמא, באשר למידת אחריותו של המערער לפיגוע הירי האמור. שופטי הרוב בחרו להרשיע את המערער בעבירה שעניינה קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה. ראשית, סברו שופטי הרוב, כי אין למערער אחריות ישירה לתוצאות הפיגוע, זאת מאחר ועל אף שכוונתו של המערער הייתה להיות מעורב בפיגוע זה או אף לשמש כשותף עיקרי, הרי שתוכניתו לא יצאה אל הפועל בסופו של דבר. שנית נקבע, כי לא היו במעשיו של המערער משום "תחילה ממשית של ביצוע הפיגוע", ולכן אין לראות בו אף כמי שביצע ניסיון לגרימת מוות בכוונה. שלישית, טענו שופטי הרוב, כי לא היה במעשיו של המערער משום סיוע לאחר קרות הפיגוע, מאחר שחברי החוליה לא היו צריכים עוד את עזרתו במילוט מזירת הפשע.

לעומתם, סברה שופטת המיעוט, כי היה במעשיו של המערער משום התחלת ביצוע העבירה, ולכן יש לראותו כמי שניסה לבצע פיגוע. עם זאת, פסקה שופטת המיעוט, כי לאור העובדה שלמערער לא היה חלק ממשית בביצוע הפיגוע ולאור ביטולה של הלכת האחריות הסולידארית באזור, לא ניתן להרשיעו בשותפות לגרימת המוות.

חולק אני על קביעותיה של דעת הרוב בעניין זה, ואף מסתייג אני מדעת המיעוט. דומה כי ראוי היה בנסיבות אלו להרשיע את המערער בסיוע לגרימת מוות בכוונה, בהתאם לחלופה השלישית של סעיף 14(א) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, זאת לאור היותו של המערער מסייע למעשה הפיגוע הרצחני האמור, וטעמי להלן.

אחריות המערער לביצוע הפיגוע**נטילת חלק מעשי בפועל בעבירה**

כאמור, בית המשפט קמא קבע כי אין למערער אחריות ישירה לביצוע הפיגוע, הואיל ולא נטל חלק ממשי בביצוע הפיגוע, וכי אף לא היה במעשיו משום "תחילה ממשית" של ביצוע הפיגוע.

לא אוכל להסכים לקביעה זו של בית המשפט קמא. סבור אני כי במעשיו, חצה המערער את הגבול של עבירת הקשר אל עבר ביצוע העבירה המושלמת. בע' (איו"ש) 31/04 התוב"ץ נ' שינאוי עמד בית המשפט הצבאי לערעורים על קו הגבול שבין מעשה ההכנה לניסיון:

**"...כדי להרשיע אדם בניסיון לעבור עבירה יש להוכיח כי הוא ביצע מעשה גלוי, אשר יש בו משום תחילת מימוש כוונתו לבצע את העבירה המושלמת. מדובר במעשה פוזיטיבי (להבדיל ממחדל), מעשה גלוי, במסגרתו עושה העבריין שימוש באמצעים מתאימים להגשמת כוונתו הפלילית"**

**"...ניתן לומר כי שלבי תכנון הפיגוע, גיוס המלווה והנהג, תדרוך הנוגעים בדבר בכל הנוגע לדרך בה יגיע המערער לחזרה, כל אלה בוודאי באים בגדר מעשי הכנה. לא כן היציאה לדרך. בשלב זה לא נדרש איש מהמעורבים לבצע אלא אותן פעולות שהוטלו עליו, ובהנחה כי לא יתרחשו אירועים בלתי מתוכננים עתידה הייתה התוכנית לצאת אל הפועל כמתוכנן..." על פי חומר הראיות.... יצאו חברי חוליה ובתוכם המערער ברכב, בשעות הלילה, אל המקום בו תכננו לבצע את הפיגוע, ורק הימצאותו במקום של נגמ"ש של צה"ל מנעה מהם להשלים את זממם והכריחם לחזור בהם מביצוע העבירה (ראה גם ע 1336/05 זבן נ' התובע הצבאי [פדאור (לא פורסם)] 07 (21) 823 וע' (איו"ש) 102/01 ע'ולמה נ' התוב"ץ).**

לאור האמור, משיצא המערער מביתו חמוש ומצויד ב-M16 ושתי מחסניות מלאות ונסע לאזור אשר תוכנן לביצוע הפיגוע, נתן ביטוי לכוונתו במעשה גלוי, והתחיל להוציא את כוונתו מן הכוח אל הפועל באמצעים המתאימים לכך. בכך יצא המערער מגדריה של עבירת הקשר אל עבר עבירת הניסיון. אלא שבנידון דידן, העבירה, אשר לשמה נקשר הקשר, לא נותרה בגדר ניסיון גרידא, אלא הושלמה והפיגוע בוצע. משכך, אף לא ניתן לומר כי מעשי המערער נותרו בשלב הניסיון לביצוע העבירה.

בנקודה זו אבקש להתייחס לדעת המיעוט של כב' השופטת קאופמן אשר סברה, כאמור, כי לאור ביטולה של הלכת האחריות הסולידארית באזור, לא ניתן להרשיע את המערער בשותפות לפיגוע הירי. אין בידי לקבל גישה זו.

כידוע, בעקבות הלכת "אבו סנינה" (ע' (איו"ש) 353/03 [התובע הצבאי נ' אבו-סנינה](#)), ובעקבות התיקון [לס' 499\(ב\) לחוק העונשין](#), התשל"ז 1977, שבמסגרת תיקון 39, בוטלה האחריות הסולידארית של קושרים, כך שאין הקושרים נושאים עוד באחריות האחד למעשי חברו. המחוקק בישראל, ובתי המשפט הצבאיים באזור בעקבותיו, סברו כי אין מקום לחייב אדם בתוצאות מעשי חבריו, אלא אם היה שותף לביצועם כמבצע בצוותא, כמשדל או כמסייע (ראה ע"פ 2796/95 [פלוניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא\(3\) 383](#)).

ואכן, סבור אני כי במקרה דנן המערער בא בגדר אחד הצדדים לעשייתה של העבירה העיקרית וככזה נושא הוא באחריות כצד לעבירה, ולא מכוח הלכת הקשר. בענייננו, המערער התבקש על ידי **מוסא עביאת** להשתתף ביחד עימו ועם פעילי תנזים נוספים בפיגוע הירי. המערער הסכים להצעה ויצא חמוש ומצויד למקום הפיגוע. אותו **מוסא עביאת** עמד בקשר רצוף עם המערער, לכל אורך האירוע והעביר לו פעם אחר פעם הנחיות שונות. הווה אומר, כי המערער, על אף שלא נכח בזירת הפיגוע, ידע ועודכן בזמן אמת לאורך כל הדרך בהתפתחויות שחלו בזירה, וכן המתין לחברי החוליה על מנת למלטם ברכבו לאחר הפיגוע. בכך למעשה נטל המערער חלק פעיל באירוע, אף אם בסופו של יום לתרומתו לא הייתה כל משמעות ממשית.

לפיכך, יש לקבוע ללא היסוס כי המערער השתתף בפיגוע הירי ובכך נושא אחריות לפיגוע כצד לעבירה.

כאן ראוי להבהיר עוד כי הן באזור והן בישראל, עשוי אדם לבוא בגדר שותף לעבירה, או מבצע בצוותא, אף אם לא נכח בזירת הפשע. על כן, אין באי-נוכחות כשלעצמה כדי להוביל למסקנה כי פלוני אינו משתייך למעגל פנימי או חיצוני של מבצעי העבירה. בית משפט זה אמר דברו בעניין, כדלהלן:

**"אכן, נטייתנו הטבעית היא להטיל אחריות על מי שנטל חלק מעשי בביצוע העבירה, אלא שכיום, במגוון רחב של עבירות פליליות וביטחוניות, עשוי חלקו של אדם, המצוי במרחק רב מזירת הפשע, להשתוות ואף לעלות על זה של מבצע העבירה בפועל. על רקע זה הורחב מעגל האחראים לביצוע העבירה, הן באזור והן בישראל. אף אם לעניין זה ישנו שוני מסוים בין הכללים הנוהגים באזור לאלה הנוהגים בישראל, לא אטעה אם אומר כי הנוכחות בזירת הפשע אינה תנאי לאחריות בפלילים. בתמצית ייאמר, כי אם אדם בא בגדר "שותף" או "מסייע" (ובישראל "מבצע בצוותא"), הרי שנושא הוא באחריות לעבירה, בין אם נטל חלק מעשי בביצוע העבירה ובין אם לאו." (ע' 2279/05 [התוב"ץ נ' קראקע](#) [פדאור (לא פורסם) 06 (19) 57].**

אי לכך, אין בכך שהמערער לא מילא חלק ממשי בפיגוע הירי עצמו, כדי להסיר מעליו את האחריות לפיגוע הירי. כך למשל, בעניין [אלגבור \(ע' איו"ש 2135+2156/05 \[אלגבור נ' התוב"ץ\]\(#\)\)](#) נקבע, כי חלקו הפיסי ויחסו הנפשי של הנאשם הציבוהו כשותף מלא לעבירה, על אף

שהיה עצור בזמן שחבריו ביצעו את העבירה אותה הוא תכנן לממש עימם (ראה גם [דנ"פ 1294/96 עוזי משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב \(5\) 1](#)).

אבחן כעת האם מתקיימים במקרה דנן יסודות עבירת גרימת המוות בכוונה.

### היסוד העובדתי

את עיקרי העובדות פירטנו לעיל, אולם עתה אחזור בדגשים המתאימים על העובדות הנצרכות לכרעה זו:

המערער הביע את הסכמתו ורצונו להשתתף יחד עם **אברהים אבו-ג'לעיף** ואחרים בפיגוע ירי, ומספר דקות לאחר שקיבל הצעה זו לביצוע הפיגוע, יצא מביתו כשהוא חמוש. בדרכו למקום המפגש, סיפר לחברו, שייח **אברהים עביאת**, כי הוא בדרכו לבצע פיגוע ירי, והציע לו להצטרף אליו. בטרם הגיע למקום המפגש, כבר הודיע לו **אבו-ג'לעיף** כי הם יצאו לביצוע הפיגוע, אולם הוא מבקש ממנו להמתין במקום, על מנת שיבריחם ברכבו.

עד כאן, לוז השדרה של מעשי המערער בפועל.

### היסוד הנפשי

שרירים וקיימים דבריהם של שופטי הערכאה קמא, באשר ליחס הנפשי של המערער לביצוע פיגוע הירי. נחזור על דברי האב"ד, בדגשים הרלבנטיים, אשר הביע את דעת הרוב:

*"... גם אם הייתה לו כוונה להיות מעורב בפיגוע ואפילו להיות מבצע או שותף עיקרי, הרי בסופו של דבר לא כך התגלגלו הדברים. התלבטתי, האם הנאשם עבר עבירה של סיוע או ניסיון לגרימת מוות בכוונה, בכך שהסכים להשתתף בפיגוע, נטל רובה, צירף אליו אדם נוסף, יצא מביתו כדי לפגוש במפגעים האחרים, ואף הביע נכונות להמתין כדי למלט את שותפיו ממקום הפיגוע.*

*בסופו של דבר, אני סבור, כי ניתן לאפשר לנאשם ליהנות מן העובדה שאיחר ולא הספיק להשתתף בפיגוע. בראייה מקלה ניתן לומר, כי הנאשם לא הספיק לבצע חלק כלשהו של המעשה הפלילי. הוא אמנם נצטייד באמצעים המתאימים להשלמת העבירה, וגיבש את היסוד הנפשי המתאים...".* (הכרעת הדין, עמ' 12, שורות 9-18).

הנה נא, קבע בית המשפט קמא, כי נתגבש אצל המערער היסוד הנפשי המתאים להשלמת העבירה, דהיינו לביצועה של עבירת גרימת המוות בכוונה. מקדם אני בברכה קביעה זו. הלכה היא, כי לשם הרשעתו של אדם בעבירה שעניינה "גרימת מוות בכוונה", יש להוכיח יסוד נפשי של "כוונה של ממש" (עי' (איו"ש) 79/99 שמאסנה נ' התוב"ץ).

על הלך רוחו של אדם עומדים אנו מתוך מעשיו, פעולותיו ואמירותיו טרם ביצוע העבירה, במהלכה ולאחריה. בעניין זה, ציין נשיא בית משפט זה דאז, כדלקמן:

**"כידוע, אחד הקשיים הגדולים ביותר הניצבים על דרכו של שופט הדין בפלילים, הוא לרדת לנבכי נפשו של העבריין ולהסיק מה היה יחסו הנפשי למעשה שביצע. על הקושי לברר את צפונות ליבו של האדם כבר עמד ביהמ"ש העליון בשורה של החלטות, ואף בימ"ש זה אמר את דברו בסוגיה זו לא פעם. כך, לדוגמא, בעניין "שמאסנה" הנ"ל, ציינו כי –**

**"אכן, קביעת הלך נפשו של עבריין בשעת ביצוע העבירה, לעולם קשה היא. את היכולת לבחון כליות ולב נוהגים אנו לייחס לבורא עולם, ואנו, בני אנוש, אין לנו אלא את שעינינו רואות."**

**על כן, וכדי לספק לשופט כלי ראוי לצורך קביעת הלך נפשו של העבריין, עשתה הפסיקה שימוש ב"הנחת הכוונה". על טיבה של הנחה זו כבר עמדנו, בהרחבה, בעניין "שמאסנה" הנ"ל, ועל שנאמר שם אין צורך לחזור כאן. יחד עם זאת, יודגש כי הנחה זו, המבוססת על ניסיון החיים, ואשר לפיה אדם מתכוון בדרך כלל לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו, איננה אלא חזקה שבעובדה הניתנת לסתירה. עוררה ההגנה ספק סביר בדבר קיומה של חזקה זו, נותר נטל ההוכחה בדבר יחסו הנפשי של העבריין על כתפי התביעה – על כל המשתמע מכך." (ע' איו"ש 306/03 אבו הניה נגד התוב"ץ).**

אם כן, מחויבים אנו לשקול בדעתנו, בראש ובראשונה, האם התוצאות הטבעיות של מעשיו של המערער היו פגיעה בחיי אדם. המענה לשאלה זו, חיובי הוא. גם אם לא היה בכוחי ללמוד על הלך רוחו של המערער מהודאתו ומדבריו, ויש בידי לעשות כן, הרי שמעשיו מעידים, ללא כחל וסרק, כי התכוון לעשות למותו של אדם, יחד עם חבריו.

בדבריו, אומר המערער לחברו כי "החוליה יצאה לבצע פיגוע ירי, וכי הוא מצטרף אליהם". במעשיו, יוצא המערער כשהוא חמוש מביתו לעבר מקום המפגש, ועל אף שבראשונה השתכר אל צרור נקוב, לא שקט על שמריו, והביע רצונו להמשיך ולהשתתף עם חבריו במעשה זה, ולשמש כמבריחם מזירת האירוע.

אם כן, למד אני על כוונה של ממש ממעשיו ומדבריו של המערער. הן במפורש, והן במשתמע. הלוא, התוצאה הטבעית של מעשיו המתוארים לעיל הינה ביצוע פיגוע ירי, יחד עם חבריו לחוליה. אין חולק, כי אדם ההולך לפגוש את חבריו, כשהוא חמוש, וכשרוצה הוא לבצע פיגוע ירי יחד עימם מבקש במעשיו אלו להביא למותו של אדם. חזקת הכוונה, כפי שנתבהרה בעניין אבו הנייה מתקיימת כאן במלוא עצמתה, ולא ראיתי כל ספק המערער את יסודותיה.



מן האמור לעיל נגזר, כי קיים המערער במעשיו ובנפשו את יסודותיה של עבירת גרימת המוות בכוונה.

### שותף או מסייע?

השאלה העומדת בפני כעת היא האם יש לראות במערער כאחד המשתייך למעגל הפנימי של מבצעי העבירה ועל כן בא בגדר שותף לדבר עבירה או שמא ניתן לסווגו כמשתייך למעגל החיצוני של ביצוע העבירה ותרומתו מתבטאת בכך שהוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה ע"י העבריין העיקרי.

מבלי להתעלם מההבדלים שבין דיני השותפות הנוהגים בישראל לבין אלו החלים באזור, נבקש אם כן, בזהירות המתבקשת, להסתייע במבחנים המקובלים בישראל, "מבחן השליטה" ו"מבחן אדנות העבירה". בפרשת "שוק הקצבים" (ע"פ 2814/95 פלוניס נ' [מדינת ישראל, פ"ד נא\(3\) 388](#)) התייחס כב' הנשיא ברק לסוגיה זו, וכך קבע:

**"היסוד המבדיל בין צורות השותפות הוא פונקציונאלי במהותו. ההבחנה נעשית על פי התפקיד השונה שיש לשותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית המשותפת. ... המאפיין את המבצע בצוותא הוא אדון לפעילות עבריינית. בידי השליטה הפונקציונאלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מההחלטה המשותפת לביצוע העבירה. הוא חלק מהתוכנית להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - יחד עם אחרים - על הפעילות כולה. מעמדו ביחס להחלטה לביצוע העבירה הוא של איש 'פנים' תרומתו היא 'פנימית'. " לעומת זאת:**

**"המסייע הוא שותף עקיף ומשני הוא מצוי מחוץ למעגל הפנימי של הביצוע... חלקו מתבטא בפעולות החיצוניות לעבירה... אין הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית עצמה. אין הוא היוזם. אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע. אין הוא אדון לביצוע. הוא מבצע מעשי עזר הנפרדים מביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי, ושיש בהם 'כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו'..."** (להבחנה בין שותף ומסייע ראה גם ע' 1336/05 זבן נ' התוב"ץ [פדאור (לא פורסם) 07 (21) 823, ע' (איו"ש) 6466/02 תוב"ץ נ' חניני, ע' (איו"ש) 101/03 עמורי נ' התוב"ץ, ע' (איו"ש) 2003/05 אבו סריס נ' התוב"ץ, ראה גם עניין אלגבור שלעיל וע"פ 4497/93 מרדכי נ' מדינת ישראל (פ"ד נ(3) 239).

אכן ההכרעה לאיזה מעגל לשייך את המערער אינה קלה. הרהרתי ביני וביני והגעתי לכלל מסקנה כי יש לסווג את המערער כמשתייך למעגל החיצוני של המעורבים בפיגוע ואין לראותו כשותף לעבירה, אלא כמסייע בלבד. שכן, מעיון בחומר הראיות ברי כי גם אם היה בקיא המערער בפרטי הפיגוע, לא היה מעורב בתכנונו, לא הייתה לו כל שליטה על האירוע עצמו ולמעשה היה תלוי בהנחיות אשר קיבל מאחד המעורבים. המערער במעשיו אך סייע ביצירת התנאים לשם עשיית העבירה ועשה מעשים כדי להבטיח את ההוצאה לפועל של העבירה העומדת להיעשות.

אמת, כי בסופו של יום למעשיו של המערער לא הייתה כל אפקטיביות. אולם, ידוע כי את שאלת האחריות בפלילים אין גוזרים ממידת התרומה להגשמת העבירה הפלילית, ודי במעשה אשר יש בו להכשיר את הקרקע לביצועה. וכפי שנקבע בע"פ 9282/00 ירחי נ' [מדינת ישראל, פ"ד נה\(5\) 759](#) :

**"במסגרת היסוד העובדתי שבהגדרת העבירה נדרשת כאמור התנהגות מסייעת, לאמור - התנהגות אשר יש בה כדי ליצור את התנאים לביצוע העבירה על-ידי המבצע בעיקרי באחת מן הדרכים המנויות בסעיף 31 לחוק העונשין. ודוק, אין הכרח כי בהתנהגותו ירים המסייע תרומה אפקטיבית לביצוע העבירה העיקרית, או כי אלמלא הסיוע לא הייתה מתגבשת העבירה העיקרית."** (ראה גם [עד"י 100/02 התובע הצבאי נ' שדיד](#) [פדאור (לא פורסם) 02 (13) 708]).

הנה כי כן, אין כל הכרח למצוא במעשי המערער תרומה ממשית ואפקטיבית להוצאת העבירה מן הכוח אל הפועל. המערער המתין לחברי החוליה ברכבו, זאת במטרה לשמש כמבריחם ממקום הפיגוע. ואין כל נפקא מינא כי בסופו של יום תרומתו של המערער לא הניבה פרי ודי בכך כי במעשיו יצר אצל המעורבים האחרים את הציפייה וההסתמכות לדרך מילוטם.

### כללו של דבר

על אף שדה פקטו, לא עשה המערער בפיגוע הירי יחד עם חבריו, הרי שידו הייתה במעל שעה שאבה רבות להשתתף בפיגוע הירי, ופעל לשם ביצוע פיגוע הירי יחד עם חבריו. צריכים אנו הן ליסוד העובדתי והן ליסוד הנפשי, והא בהא תליא.

ראשית, למדנו, כי אין אנו נזקקים לנוכחותו של המערער בזירת האירוע, ולהשתתפותו הלכה למעשה בפיגוע הירי. לאחר מכן, למדנו כיצד הביע המערער בדבריו ובמעשיו את רצונו להשתתף בפיגוע הירי האמור. את כוונת הקטילה למדנו מיסודות אלו, וכן על פי "הלכת הכוונה". גם לו היינו בעלי ספק, שמא חלקו המעשי של המערער אינו עולה כדי הנדרש בעבירת גרימת המוות בכוונה, ואין אנו מסופקים בכך, הרי שספק זה התאיין לנוכח מאוויי החזקים של המערער.

לאור כל האמור, הנני מציע לחבריי לקבל ערעור זה של התביעה, ולהרשיע את המערער בעבירה של סיוע לגרימת מוות בכוונה, ובעבירה של סיוע לניסיון לגרימת מוות בכוונה כפי שיוחסו למערער בפרטי האישום 10-11.

בנוסף וכאמור לעיל, החלטתי להרשיע את המערער במיוחס לו בפרטי האישום 4-6.

לאור כל המפורט, הואיל וקבעתי כי יש לקבל את ערעור התביעה על הכרעת הדין, אין לי אלא לדחות את ערעור ההגנה על כל סעיפיו, הן לעניין הכרעת הדין והן לעניין גזרת הדין.

על כן, וככל שתתקבל עמדתי, יש להחזיר את התיק לבית משפט קמא, למען יישמעו הטענות לעונש ויינתן גזר הדין כנדרש. מובן כי אין בפסק דין זה כדי לחסום דרכם של הצדדים לשוב ולערער בפני בימ"ש זה על העונש שייגזר - ככל שיראו צורך בכך.

#### האב"ד אל"ם י' מינא:

אני מסכים.

#### השופט אל"ם י' חניאל:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של השופט אל"מ י' כץ.

ניתן והודע היום, 5 באוקטובר 2010, כ"ז בתשרי התשע"א, בנוכחות המערער, ב"כ והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

יאיר כץ 54678313

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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