

ע' איו"ש 79/99

ע' איו"ש 79/99

בית המשפט הצבאי לערעורים
באיו"ש ובאזח"ע

בפני הרכב: אל"ם שאול גורדון - אב"ד
 אל"ם דני פרידמן - שופט
 אל"ם אלי בן-טובים - שופט
 אל"ם יצחק מינא - שופט
 סא"ל נתנאל בנישו - שופט

המערער: מנצור יוסף חסן שמאסנה, ת"ז XXXXXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד סמארה)

נגד

המשיב: התובע הצבאי (באמצעות ב"כ רס"ן צבי נח)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי בית אל (הרכב בראשות כב' הנשיא סא"ל יורם חניאל)

בתיק מס' 5346/96 מיום 14.10.98

(הערעור התקבל)

תאריך הישיבה: 15 בדצמבר 1999, ו' בטבת התש"ס.

פסק דין

הנשיא אל"ם ש' גורדון:

מהו היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של גרימת מוות בכוונה? שאלה זו, אשר עלתה כבר בעבר ואף הוכרעה, פעמים כך ופעמים אחרת, היא העומדת בבסיס ערעור זה.

אקדמות מילין

ערעור זה נדון בפני הרכב של שלושה שופטים עוד בשלהי שנת 1999 ונדחה לעיון, אך מטעמים שלא הובררו די הצורך אבד התיק, ולא ניתנה בו החלטה מני אז. משהתברר הדבר, ובהסכמת

הצדדים, שוחזר התיק, ותחת דיון חוזר בערעור בחרו הצדדים להביא טענותיהם על דרך של סיכומים בכתב.

משהובא התיק בפני למתן פסק-דין, ומשנדרשתי להורות על הרכבת מותב אשר ידון בתיק, החלטתי, כפי סמכותי בס' 4ב(ג)(2) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון)(מס' 378), התש"ל – 1970, כי ערעור זה יידון בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים. כזאת עשיתי, לאור חשיבותה של השאלה המשפטית המתעוררת בתיק זה, העולה לאחרונה אף בתיקים נוספים.

עיקרי העובדות

המערער בתיק זה, **מנצור שמאסנה**, תושב הכפר קטנה, הואשם, לאחר תיקון כתב האישום, בביצוען של 22 עבירות שונות, שענינן: חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, שתי עבירות של גרימת מוות בכוונה, שלוש עבירות של ניסיון לגרימת מוות בכוונה, אימונים צבאיים, ייצור אמל"ח, קשירת קשר להנחת פצצה, נשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת, שלוש עבירות של הצתה, החזקת אמל"ח, זריקת חפצים מבעירים, ארבע עבירות של חטיפה וביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת.

לאחר שכל חומר הראיות הוגש בהסכמה לביהמ"ש, מצא ההרכב אשר דן בעניינו של המערער להרשיעו בכל המיוחס לו, זולת בארבע העבירות שענינן חטיפה (פרטי אישום 18-21) ובאחת מהעבירות שעניינה גרימת מוות בכוונה ו-20 שנות מאסר במצטבר, בגין כל שאר העבירות בהן נמצאה ביהמ"ש את המערער אשם בעבירה של פגיעה בביטחון האזור בלבד.

משהורשע המערער כאמור, ראה ביהמ"ש קמא לגזור לו עונש של מאסר עולם בגין העבירה שעניינה גרימת מוות בכוונה ו-20 שנות מאסר במצטבר, בגין כל שאר העבירות בהן נמצאה אשמתו.

על הרשעת המערער בעבירה של גרימת מוות בכוונה, כמו גם על מידתו של העונש, הוגש ערעור זה.

בטרם יפורטו טענות הצדדים, דומה כי ראוי לחזור לעובדותיו של פרט האישום ה-4, זה שעניינו גרימת מוות בכוונה, ולהכרעתו של ביהמ"ש קמא באשמה זו.

פרט האישום הרביעי

כעולה מכתב האישום, חשדו המערער וחבריו באחד **אחמד עיאש** (להלן: **אחמד** או **המנוח**), תושב הכפר בידו, כי הינו משתף פעולה עם השלטונות. משכך, החליטו המערער וחבריו לחטוף את **אחמד**, לחוקרו ולהכותו, ולשם כך אף הצטיידו בסכינים ובכלי נשק שונים.

בהתאם לתוכניתם, חטפו המערער וחבריו את **אחמד**, הובילוהו למקום מבודד, שם חקר אותו המערער. במהלך החקירה הוכה **אחמד** בידי המערער וחבריו, במכות אגרופ, במקלות ובשרשרת

ברזל. לאחר כ-3 שעות ננטש **אחמד** כשהוא פצוע ושותת דם. למחרת חקירה זו, מת **אחמד** מפצעיו.

בפני הערכאה קמא לא הייתה מחלוקת של ממש אשר לעצם חטיפת המנוח והכאתו, אף לא הייתה מחלוקת כי למחרת החקירה האמורה מצא זה את מותו. הטענה המרכזית אשר נטענה ע"י ההגנה הייתה כי המערער לא התכוון לגרום למות המנוח, ומשלא הוכיחה התביעה כוונה כאמור, לא היה מקום להרשעתו.

בהתייחסו לטענה זו, קבע ביהמ"ש קמא כך :

"מן הראוי לחזור ולשנן את ההלכה הידועה כי האדם מתכוון לתוצאה הטבעית המסתברת ממעשיו. הנאשם היה המוציא והמביא לכל הנוגע למתואר בפרט האישום הרביעי, הוא תכנן את ביצוע החטיפה, היה הדומיננטי בחטיפתו של המנוח, הוא התדפק על דלתו, הביאו למקום מסתור, שם חקר אותו, הכה אותו בכל חלקי גופו, וזאת תוך כדי פציעת המנוח והבאתו לכדי איבוד ההכרה. במהלך החקירה ראה הנאשם כי המנוח שותת דם, בוכה ומתחנן על חייו. אולם, הוא לא הפסיק בחקירה זו והמשיכה עד לאיבוד הכרתו של המנוח. בנסיבות אלו, רואים אנו את הנאשם כמי שמתכוון לתוצאות הטבעיות המסתברות ממעשיו, לפיכך אין לנו אלא להרשיעו בגרימת מוות בכוונה למרות כי בסופו של דבר לא מת הנאשם במהלך החקירה, אלא לאחר כמה שעות."

מכאן, באה העת לפנות לטענות הצדדים.

טענות הצדדים

כאמור, המחלוקת המרכזית בתיק זה נוגעת ליסוד הנפשי אשר התלווה למעשיו של המערער. לטענת ב"כ המערער, אין כל ראיה כי המערער וחבריו התכוונו, מראש, לגרום למות המנוח.

עוד נטען, כי משאיבד המנוח את הכרתו נשאוהו המערער וחבריו מהוואדי בו נחקר והניחוהו סמוך לאחד הבתים בכפר, ואף הודיעו לבעל הבית כי עליו להושיט עזרה למנוח ולפנותו לבית החולים. בפועל, כך נטען, הובא המנוח לבית החולים ברמאללה ורק למחרת נפטר. עובדה זו, תומכת בטענה כי המערער וחבריו לא התכוונו אלא לחטוף ולחקור את המנוח – הא ותו לא.

לבסוף נטען, כי הואיל והרשעת המערער התבססה בעיקר על הודעותיו בחקירתו, ומאחר וביחס למקרים אחרים, לגביהם הואשם בניסיון לגרום למותם של אחרים, הודה המערער במיוחס לו, נאמנים דבריו אף ביחס לפרשה זו, היינו כי לא התכוון לגרום למות המנוח.

על כן, הואיל והתביעה לא הוכיחה כי המערער **התכוון** לגרום למות המנוח, היינו צפה את התוצאה האמורה ואף חפץ בה, נכון היה לזכותו מאשמה זו.

לעמדת התביעה הצבאית, אשר הגישה לביהמ"ש סיכומים מפורטים וערוכים היטב, אין העובדות תומכות בטענות ההגנה. לשיטתה, המנוח "הושלך" הרחק מאחד הבתים, והגם שלמעלה מעשרה אנשים חיפשוהו, לא עלה בידם לאתרו אלא בשעות הבקר, כעבור 8 שעות. עובדה זו, אינה מתיישבת עם הטענה כי המערער וחבריו ביקשו להציל את חייו של המנוח.

עוד הדגישה התביעה, כי המערער וחבריו התעללו במנוח, בידועם כי סובל הוא ממחלת הסוכרת, היכוהו באכזריות משך 3 שעות באגרופים, באלות ובשרשרת ברזל, ואף משזה בכה והתחנן על חייו, המשיכו להכותו ללא רחם. אף לאחר שהמנוח איבד את הכרתו והמערער הבחין כי הינו שותת דם, לא הופסקה התקיפה האלימה. בהקשר זה ציינה התביעה, כי מחוות-הדעת הפתולוגית אשר הוגשה לביהמ"ש קמא, עולה כי המנוח סבל מחבלות בחלקי גוף רגישים – במיוחד בראשו.

משכך, יש להסיק כי המערער צפה, לכל הפחות, את התוצאה הקטלנית.

אשר ליסוד הנפשי אשר התלווה למעשיו של המערער, נטען כי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה די ביסוד נפשי של "פזיזות", היינו מודעות לרכיבים הפיזיים של ההתנהגות ולאפשרות גרימת המוות, ויחס של "אדישות" או "קלות דעת" לתוצאה הקטלנית.

לחלופין, טענה התביעה, כי אפילו נדרש יסוד נפשי של **כוונה ממש**, הרי שבנסיבות העניין הוכח יסוד זה, הן לאור "**חזקת הכוונה**", היינו כי אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו, והן לאור נסיבות המקרה, היינו: משך החקירה, האמצעים ששימשו להכאת המנוח, הפגיעה באיברים רגישים ועוד כיוצ"ב, העשויים אף הם ללמד על הלך נפשו של המערער.

למעלה מן הצורך הוסיף התובע הצבאי וטען, כי בענייננו ניתן היה אף להרשיע את המערער, אילו הועמד לדין בישראל, בעבירה של רצח, שכן נתקיימו בו יסודות ה"**כוונה תחילה**".

לאחר שפירטנו טענות הצדדים, דומה כי באה העת להידרש לשאלת היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה.

גרימת מוות בכוונה – המישור הנורמטיבי

עבירת גרימת המוות בכוונה קבועה באזור בסעיף 51(א) לצו בדבר הוראות ביטחון, הקובע לאמור:

"הגורם בכוונה למותו של אחר, דינו מוות או עונש אחר, כפי שיורה בית-משפט."

עבירה זו, כך ניתן להתרשם מייד, נמנית על עבירות התוצאה, והעברייך יחזק כמי שמילא אחר הרכיב הפיזי של העבירה אם מעשיו גרמו למותו של אדם אחר. במילים אחרות: יש צורך בהוכחת קשר סיבתי בין התנהגות הנאשם לבין התוצאה הקטלנית.

אשר ליסוד הנפשי הנדרש, הרי שזה מוצא ביטויו במילה אחת - "בכוונה". כוונה זו מה טיבה? ראשית, עשויה היא לבטא, על פי מובנה הלשוני הרגיל, כי המעשה, להבדיל מהתוצאה, נעשה במתכוון. טול מקרה בו יורה ראובן בשמעון והורגו, הרי שיש לברר תחילה אם עצם הירי היה מכוון, או שמא אך נפלט כדור מנשקו.

יחד עם זאת, יש להניח כי לא לכך נתכוון המחוקק, וכי יסוד הכוונה הנזכר בסעיף עניינו ביחסו הנפשי של העושה לתוצאה. אם כך, מהו אותו יסוד נפשי? היש צורך בצפיית התוצאה וחפץ בה, או שמא ניתן להסתפק ביסוד נפשי פחות מכך?

טרם נבוא להשיב לשאלה זו, טוב נעשה אם נבחן את ההתפתחות בחקיקת האזור, אשר הביאה לקביעת עבירה שעניינה גרימת מוות בכוונה, כמו גם ללידתה של אחותה, עבירת ההריגה, שכן ייתכן ובאלה יהיה לסייע בידנו במתן מענה לשאלה העומדת להכרעתנו.

עבירות ההמתה – היסטוריה חקיקתית

הוראת ס' 51(א), בנוסחה המוכר לנו כיום, לא נקבעה אלא בשנת 1984 (צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 51) (יהודה והשומרון) (מס' 1124), התשמ"ה – 1984). בשנת 1967, סמוך לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור, פורסם הצו בדבר הוראות ביטחון, אשר צורף כנספח למנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז – 1967, אולם במקור נעדרה ממנו כל הוראה הנוגעת להמתה.

רק כחלוף מספר שבועות תוקן ס' 44 לצו המקורי (צו בדבר הוראות ביטחון) (אזור הגדה המערבית) (תיקון מס' 4) (מס' 72), התשכ"ז – 1967, ובנוסחו החדש קבע הסעיף כך:

"הגורם בכוונה למותו של אחר או מבצע מעשה חבלה במתקן של צה"ל דינו מוות או עונש אחר כפי שיורה בית-המשפט."

בשלב זה, עינינו הרואות, לא נקבעה אלא עבירת המתה אחת, ואף היא לא זכתה למשכן משל עצמה ונכפה עליה לדור בכפיפה אחת עם עבירה אחרת לחלוטין, חבלה במתקן של צה"ל. הצד השווה בין השניים היה כי על זה כמו על זה, צפוי היה העברייך לעונש מיתה.

בשנת 1970 ראה המחוקק לערוך מחדש את הצו בדבר הוראות ביטחון (צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל – 1970, אך גם בנוסח זה נותר ס' 51 בנוסח זהה לס' 44 שקדם לו.

נדרשו לא פחות מ-14 שנים נוספות כדי לערוך שינוי בעבירות ההמתה בדין האזור, ורק בשנת 1984 (ככל הנראה בעקבות חקיקת [חוק העונשין](#) בישראל בשנת 1977) ראה המחוקק באזור

להפריד בין עבירת גרימת המוות בכוונה, אשר יוחד לה סעיף נפרד ואשר לצדה נקבע עונש מוות, לבין חבלה במתקן של צה"ל, אשר הוסדרה בס' 51 לצו ואשר עונשה הועמד על מאסר עולם.

בתיקון זה אף מצא המחוקק לקבוע עבירה נוספת של המתה, הלא היא עבירת ההריגה הקבועה בס' 51א לצו. עבירה זו, ייאמר מיד, אינה אלה העתקה מדויקת של עבירת ההריגה בישראל, הקבועה בס' 298 [לחוק העונשין](#), למעט בכל הנוגע לעונש המרבי שנקבע לה, אשר בישראל הועמד על 20 שנות מאסר ואילו באזור הגיע כדי מאסר עולם.

ניתן אפוא לקבוע כי המחוקק באזור ביקש, בדומה לישראל, לקבוע שתי עבירות של המתה: גרימת מוות בכוונה והריגה, אשר על ההבדלים ביניהן, כמו גם על השוואתן לעבירות ההמתה שבישראל, נעמוד להלן.

היסוד הנפשי בגרימת מוות בכוונה – תמורות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים

עיון בפסיקת בתי המשפט הצבאיים לאורך השנים, ילמדנו כי עניין אחד מוסכם על הכל: עבירת גרימת המוות בכוונה נבדלת מעבירת הרצח בישראל, שבעוד ברצח נדרשת "כוונה תחילה", הרי שבאזור לא נדרשת אלא "כוונה" בלבד. כך לדוגמא, בתיק (רמאללה) 1075/83 **התובע הצבאי נ' צביח** (פש"מ ו' 442, 445), קבע ביהמ"ש כי –

"בס' 51 לצו נקט המחוקק בלשון ברורה שאינה משתמעת לשני פנים: 'הגורם בכוונה למותו של אחר...' 'כוונה' – נאמר ותו לא, ואנו לא נקרא לתוך הסעיף את אשר לא נאמר בו, דהיינו את המילה 'תחילה'..."

(כן ראה: [בל 2200/74 התובע הצבאי נ' המס](#), פש"מ ד' 91, 94; [עז 4554/90 התובע הצבאי נ' אלחמארנה](#), פסד"ן ז' 467, 472; [עז 4581/90 התובע הצבאי נ' עווד](#), פסד"ן ז' 482, 500; [עז 4586/90 התובע הצבאי נ' ששניה](#), פסד"ן ז' 509, 513; רמ 40349/91 **התובע הצבאי נ' עטאיא**, פסד"ן ז' 340, 344-345 ועוד).

באומרנו כי לצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה אין יסוד לדרוש "כוונה תחילה", עדיין נדרשים אנו לקבוע מה טיבה של הכוונה האמורה בסעיף. עיון בפסיקת בתי המשפט הצבאיים מלמד כי בעבר שררה אחדות דעים בשאלה זו, וכי כוונה זו פורשה בשורה של פסקי-דין **כצפיית התוצאה הקטלנית וחפץ בה**.

כך, בעניין "צביח" הנ"ל, קבע ביהמ"ש כך:

"המונח 'כוונה' טומן בחובו את חזות התוצאה והחפץ בה."

בדומה, בע' איו"ש 132/90 **יחיא נ' התובע הצבאי** (לא פורסם) נקבע כי הכוונה הנדרשת לעניין ס' 51 מורכבת משני אלמנטים:

א. חזות התוצאה או צפייתה.

ב. עניינו של מבצע המעשה הפלילי בהתרחשותה של אותה תוצאה.

כך אפוא סברו בתי המשפט הצבאיים ונהגו משך שנים, עד אשר נדרש ביהמ"ש הצבאי לערעורים לסוגיה זו בפרשת "עשיה" (ע"א איו"ש 222/93 **התובע הצבאי נ' באהר עישה**, פסד"ן ח' 149). באותו מקרה עמדה על הפרק שאלת אחריותו של נער אשר השליך אבן בנייה מגג בית לעבר סיור רגלי אשר נע תחתיו וגרם לפציעתו הקשה של חייל צה"ל, וביהמ"ש נידרש להכריע כלום עולה התנהגותו כדי ניסיון לגרימת מוות בכוונה.

בהתייחסו ליסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה המושלמת של גרימת מוות בכוונה, קבע הרכב ביהמ"ש בראשות נשיאו דאז, אל"ם משה שפי, כי הגם שנדרשת **צפיית התוצאה הקטלנית**, הרי שדי ביסוד נפשי של **פזיזות ביחס לתוצאה**. בשל חשיבות הדברים, ראוי להביא את דברי הנשיא כלשונם:

"פשיטא, שעבירה זו יצאה מכלל עבירת 'הריגה' (שנתייחד לה סעיף נפרד בצו – ס' 51(א)) (צ"ל ס' 51 – ש"ג), אך לכלל עבירת 'רצח בכוונת תחילה', שבחוק העונשין הישראלי, לא הגיעה (שהרי 'בכוונה' נאמר ולא 'בכוונת תחילה', ככתוב בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין הישראלי).

ומהו היסוד הנפשי שבין זה הדרוש לקיום עבירת 'הריגה' לבין זה הדרוש לקיום 'רצח בכוונת תחילה'?

כידוע, לגבי עבירת 'הריגה' נקבעה ההלכה בפרשת דויטש (ע"פ 1/52 פ"ד ח 456, בעמ' 471) לפיה 'הרשעת אדם בעבירת הריגה... תיתכן רק אם הוכח... שנהג... מתוך 'פזיזות', כלומר מתוך ראייה כי התנהגותו עשויה לסכן חייו או שלמות גופו של אחר...'

כלומר, היסוד הנפשי הדרוש הוא פזיזות לגבי התוצאה, ואין הכרח כי התוצאה החזויה תהא קטלנית דווקא. די הוא כי חזה מראש או היה מודע לכך שהתוצאה האפשרית ממעשהו תהא גרימת חבלה גופנית (וראה לעניין זה: קדמי, על הדין בפלילים, חלק ב', פרק 19 סימן שלישי והפסיקה המובאת שם. וכן ע"פ 3289/90 מ"י נ' בראונר, פ"ד מה(1) 397, וכן ע"פ 1100/93 סובאח נ' מ"י, פ"ד מז(3) 635).

אשר ליסודות הנפשיים הדרושים לעבירת 'רצח בכוונת תחילה', הלוא הם הידועים ורשומים בס' 301 לחוק העונשין, קרי החלטה, העדר קינטור, הכנה, ומשמעותם: כוונת קטילה ממשית (חזותה מראש וחפץ בה) שבאה מתוך שיקול וישוב הדעת.

... וכיוון שהיסוד הנפשי הנ"ל (פזיזות לגבי תוצאה קטלנית דווקא), הוא זה שמצוי בין היסוד הדרוש בעבירת 'הריגה' מחד (פזיזות לגבי תוצאה של חבלת

גוף) לבין זה הדרוש בעבירת 'רצח בכוונה תחילה' (חפץ בתוצאה הקטלנית דווקא) מאידך, הרי אמור מעתה: היסוד הנפשי הדרוש בעבירה גרימת מוות בכוונה הוא פזיזות בכל הנוגע לתוצאה הקטלנית (דווקא) האפשרית שתצמח ממעשהו, אף אם לא חפץ בתוצאה זו. (ההדגשה אינה במקור – ש"ג)

ניתנת האמת להיאמר כי משך שנים לא ביקשה התביעה הצבאית לסמוך על החלטה זו, בבחינת "הלכה ואין מורין כן", והקפידה להוכיח, כל אימת שעמדה על הפרק שאלת הרשעתו של אדם בעבירה של גרימת מוות בכוונה, לא רק את צפיית התוצאה הקטלנית, אלא אף את חפצו בה.

יחד עם זאת, ומשנקפו השנים, היו מי מהתובעים הצבאיים שביקשו לסמוך על החלטה זו, ואף מקרב השופטים הצבאיים נמצאו מי שעשו כן (ראה: ע' איו"ש 112/99 ג'ועבי נ' התובע הצבאי).

משבאה סוגיה זו בפני, הערתי לא פעם, בהערת אגב, כי לדידי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה נדרשת לא רק צפיית התוצאה הקטלנית, אלא אף חפץ בתוצאה זו. כך לדוגמא, בפרשת "מוקדי" (ע' איו"ש 65/02 מוקדי נ' התובע הצבאי), הערתי כדברים הבאים:

"בהכרעת דינו נדרש ביהמ"ש קמא לשאלה זו, ולאחר שהסתמך על החלטתו של בימ"ש זה בעניין 'ברכאת' (ע' איו"ש 222/93 התובע הצבאי נ' ברכאת) קבע כי די ביסוד נפשי של פזיזות ביחס לתוצאה הקטלנית, היינו: כי די בצפיית התוצאה הקטלנית אף אם לא התלווה לה חפץ בתוצאה האמורה, אלא יחס של אדישות או חוסר אכפתיות.

כבר עתה אומר כי דעתי הייתה, ועודנה, כי שגגה יצאה תחת ידו של בימ"ש זה בפרשת "ברכאת", וכשלעצמי הנני בדעה כי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה נדרשת - כוונה. על כן, וחרף הסתמכותו של ביהמ"ש קמא על הלכת 'ברכאת', הרי שלדידי לא ניתן להרשיע את המערער אלא אם ימצא כי ידע שבכוונת נזאל לבצע פיגוע קטלני וכי התכוון לסייע בידו בהגשמת כוונתו זו.

עוד ראה: ע' איו"ש 89/99, שווארמה נ' התוב"ץ.

מכל מקום, ומאחר ובמקרים האמורים נמצא כי המערערים חפצו בתוצאה הקטלנית, ולא גילו אך יחס של פזיזות ביחס אליה, הרי שלא נדרשנו להכריע בעניין זה עד כה.

עתה, לאחר שקבענו כי שלא כבעבירת הרצח בישראל, אין נדרשת כוונה תחילה לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה, ומשמוסכם כי היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעברה זו חמור מזה הנדרש בעבירה של הריגה, יש לבחון אם מסקנת ביהמ"ש לערעורים בעניין "ע"שה", היינו כי די ביסוד נפשי של פזיזות, הינה אכן המסקנה היחידה האפשרית והאם מבוססת היא ומוצדקת אף לגופם של דברים.

גרימת מוות בכוונה – בין הריגה לרצח

לאור הניסוח הזהה של עבירת ההריגה באזור ובישראל, למעט באשר לעונש הקבוע לצידה של עבירה זו, ולאור השם הזהה שניתן לעבירה, יש להניח כי המחוקק באזור התכוון לקבוע עבירת המתה אשר היסוד הנפשי הנדרש לה זהה לזה הנדרש בישראל.

בעת שנחקק ס' 51א, היינו בשנת 1984, מקובל היה בישראל לראות בעבירת ההריגה עבירה אשר אינה מחייבת צפיית תוצאה קטלנית דווקא, ודי היה בהוכחת חזות מראש של גרימת חבלה גופנית. כן מקובל היה כי לצורך ההרשעה בעבירה זו די ביסוד נפשי של פזיזות (ע"פ 1/52 דויטש נ' היועמ"ש, פ"ד ח' 456, 471, וכן ראה: יי קדמי, על הדין בפלילים, חלק ב', תשנ"ה – 1995, עמ' 555 ואילך).

אמור מעתה; עבירת ההריגה שבס' 51א לצו, אשר אינה אלא מקבילתו של ס' 298 לחוק העונשין בישראל, אינה מחייבת צפיית התוצאה הקטלנית דווקא, אלא די בחזות מראש של אפשרות קרובה לגרימת נזק ממשי לגופו של אדם, ומכל מקום די ביסוד נפשי של פזיזות ביחס לתוצאה האמורה.

אמנם כן, בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, לא ניתן עוד להרשיע בעבירת הריגה אלא את מי שצפה תוצאה קטלנית דווקא (ס' 20א) לחוק העונשין, וכן ראה: ע"פ 2598/94 דנינו נ' מדינת ישראל, תק-על 95(4) 120, 125; ע"פ 1713/95 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 265, 278-279; ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145; ע"פ 7159/84 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נג(2) 632; ע"פ 4230/99 אבו ג'נאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 34. מכל מקום, לצורך קביעת היסוד הנפשי הנדרש בעבירת גרימת המוות בכוונה, ולצורך ההשוואה לעבירת ההריגה שבאזור, אשר נקבעה עוד שנים רבות קודם לתיקון 39, שומה עלינו להידרש להגדרות אשר נהגו אותה עת.

נקודת המוצא של הנשיא בדימוס, אל"ם שפי, בפרשת "ע"שה" הייתה כי עבירת גרימת המוות בכוונה מצויה, מבחינת היסוד הנפשי הנדרש לה, אי-שם בין עבירת ההריגה, הזהה בישראל ובאזור, לבין עבירת הרצח בישראל. עמדה זו נכונה היא ומוסכמת על הכל, ועצם העובדה כי המחוקק באזור ראה לכנות עבירת המתה זו בשם גרימת מוות בכוונה ולא רצח, תומכת אף היא במסקנה כי מדובר בעבירה אשר היסוד הנפשי הנדרש לה פחות מכוונה תחילה.

יחד עם זאת, מסקנתו של הנשיא הנכבד כי ישנה רק אפשרות אחת העונה להגדרה של עבירה החמורה מהריגה אך פחותה מרצח, אינה נכונה לטעמי. בעוד שלעמדת הנשיא שפי תיתכנה אך שלוש עבירות המתה שונות, הנבדלות אחת מרעותה ביסוד הנפשי המתלווה להן (הריגה, גרימת מוות בכוונה ורצח), הרי שלדידי ישנן אפשרויות נוספות. בחינת המישור השכלי, היינו התוצאה, אשר צפה העבריין, ובחינת המישור הרגשי, היינו יחסו הנפשי של העבריין לתוצאה הצפויה, עשויים להצביע על אפשרויות שונות ומגוונות, וביניהן אף ארבע אלו:

א. צפיית חבלת גוף ויחס של פזיזות לתוצאה זו – כשזהו היסוד הנפשי ובפועל אף נגרמה תוצאה קטלנית, תצמיח ההתנהגות, באזור ובישראל (קודם תיקון 39), עבירה של הריגה.

- ב. **צפיית תוצאה קטלנית ויחס של פזיזות לתוצאה זו** – זוהי עבירת ההריגה בישראל כיום, ולעמדת הנשיא שפי אלו הן אף יסודות עבירת גרימת המוות בכוונה באזור.
- ג. **צפיית תוצאה קטלנית וחפץ בה** – לאפשרות זו, אשר קרובה לרצח, אך נבדלת ממנה בכך שאין היא דורשת כוונה תחילה, לא התייחס הנשיא שפי, ועוד אעמוד עליה בהמשך.
- ד. **צפיית תוצאה קטלנית וחפץ בה, בתוספת כוונה תחילה (החלטה להמית, הכנה והיעדר קינטור)** – היינו עבירת הרצח בישראל.

אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי עבירת גרימת המוות בכוונה באזור אינה באה בגדר אפשרויות א' ו-ד' לעיל. יחד עם זאת, עדיין נדרשים אנו להכריע כלום באה היא בגדר חלופה ב', כעמדת הנשיא שפי, או שמא בגדר חלופה ג'.

לטעמי, בשל כל אחד מהנימוקים הבאים, ובוודאי שכך הוא לאור משקלם המצטבר, יש לקבוע כי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה יש להוכיח, כבאפשרות ג', לא רק את צפיית התוצאה הקטלנית, אלא אף את החפץ בה.

להלן נימוקי:

א. **לשון הסעיף** – הדיבור "**הגורם בכוונה**" שבס' 51(א) לצו מצביע, לפי פשוטו, על רצון לגרום לתוצאה הקטלנית, ועל כן מתיישב הוא עם המסקנה כי יש להוכיח חפץ בתוצאה וכי לא די ביחס של פזיזות באשר לתוצאה. בהקשר זה יודגש כי בהגדרת "**מחשבה פלילית**" בס' 20(א) **לחוק העונשין** הגדיר המחוקק הישראלי, באופן דומה, את יסוד הכוונה כ"**מטרה לגרום לאותן תוצאות**".

ב. **הוראת הצו בדבר כללי האחריות לעבירה** - ס' 5(ב) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה (יהודה והשומרון)(מס' 225), התשכ"ח – 1968, קובע לאמור:

"מלבד אם נאמר בפירוש שהכוונה לגרום לתוצאה מיוחדת היא יסוד מיסודות העבירה... אין נפקא מינה אם העבריין התכוון או לא התכוון לגרום לאותה התוצאה..."

מבלי להיכנס, בשלב זה, לפרשנותו של סעיף מוקשה זה, ניתן לקבוע, בגדר "מכלל הן אתה שומע לאו, ומכלל לאו אתה שומע הן", כי מקום בו נאמר במפורש שהכוונה היא מיסודות העבירה, יש להוכיח קיומה של כוונה זו.

בהקשר זה יצוין כי בפרשת "**צביח**" הנ"ל, בה עמדה על הפרק שאלת היסוד הנפשי הנדרש לעבירה של גרימת מוות בכוונה, קבע ביהמ"ש (בהרכב השופטים אלי"ם אמנון סטרשנוב, סא"ל מרדכי פלד וסא"ל אילן שיף) כדברים הבאים:

"המונח 'כוונה' טומן בחובו את חזות התוצאה והחפץ בה. בס' 51 לצו נקט המחוקק בלשון ברורה שאינה משתמעת לשני פנים: 'הגורם בכוונה למותו של אחר...' 'כוונה' – נאמר ותו לא, ואנו לא נקרא לתוך הסעיף את אשר לא נאמר בו, דהיינו את המילה 'תחילה' ... יתר על כן מתחזקים אנו בדעתנו כי בכוונה פשוטה עסקינו, לאור האמור בס' 5(ב) לצו בדבר כללי האחריות לעבירה, ממנו עולה כי בכוונה פשוטה ולא בכוונה תחילה מדובר." (ההדגשה אינה במקור – ש"ג)

הנה כי כן; אמנם אין יסוד לדרישת כוונה תחילה, אך כוונה רגילה, המכונה על ידי ביהמ"ש "כוונה פשוטה" יש גם יש.

ג. הקבלה לרצח – אף אם המחוקק באזור נכון היה להסתפק ביסוד נפשי נמוך מזה שבעבירת הרצח בישראל, מכל מקום, משנקבעו באזור, בדומה לישראל, שתי עבירות המתה, ומשהפחותה שבהן מסתפקת ביסוד נפשי של פזיזות, אין לנו אלא להניח כי החמורה שבין השתיים תידמה לרצח ותתקרב אליה בחומרתה.

אכן, השם השונה אשר ניתן לעבירה זו נועד להדגיש כי הדרישות המחמירות של עבירת הרצח אינן חלות באזור, אך מכאן ועד **לוויתור מוחלט** על החפץ בתוצאה הקטלנית - רב המרחק.

למעלה מן הצורך ייאמר, כי אימוץ פסיקתו של הנשיא שפי תביא למצב אבסורדי, בו עבירת גרימת המוות בכוונה באזור תהיה זהה בדרישותיה לאלו החלות היום בעבירת ההריגה בישראל, בעידן שלאחר תיקון 39.

ד. העונש הקבוע לעבירה – אין זה סוד כי המחוקק הצבאי ראה לקבוע עונשי מקסימום גבוהים מאלה המקובלים בישראל. כך, מוצאים אנו כי בעוד שבישראל נקבע עונש מרבי של 20 שנות מאסר לעבירת ההריגה, הרי שבאזור הועמד העונש המרבי על מאסר עולם.

כידוע, העונש המרבי הקבוע לצידה של עבירת גרימת המוות בכוונה הינו **עונש מוות**. עונש חמור זה תומך במסקנה כי מכוון הוא למי שחפץ בתוצאה הקטלנית דווקא. ראשית, קשה לעלות על הדעת כי המחוקק ראה לקבוע עונש מוות למי שאך גילה יחס של אדישות, או חוסר אכפתיות, כלפי התוצאה הקטלנית. חומרת העונש צריכה ותלמד על חומרת המעשה, ועם כל החומרה שבעצם גרימת מוות, ספק אם יהיה מי שיציע עונש מוות למי שלא חפץ בתוצאה הקטלנית ופעל מתוך פזיזות בלבד.

שנית, השוואה בין עונשי המקסימום הקבועים בישראל ובאזור, תלמד כי המחוקק באזור בחר להציב את רמת הענישה מדרגה אחת מעל זו שבישראל. על כן, בהתאם למגמה זו, נקבע לעבירת ההריגה באזור עונש מרבי של מאסר עולם, זאת בעת שמבצעה של עבירה זו בישראל צפוי לעונש מרבי של 20 שנות מאסר בלבד. אמור מעתה: קביעת עונש מוות לעבירת המתה באזור צריכה לחול על עבירת המתה דומה בישראל, כזו שעונשה מאסר עולם. לאור המגמה האמורה, נכון יהיה לקבוע כי המדובר בעבירה שמבצעה לא רק צפה את התוצאה הקטלנית, אלא אף חפץ בה.

העולה מן המקובץ, כך לטעמי, כי לצורך ההרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה יש לדרוש, כפי שדרשו בתי המשפט קודם להלכת "עִיִּשָּׁה", הן את הוכחת כוונת הקטילה והן את הרצון והחפץ בתוצאה זו. לשון אחרת: לצורך הרשעה בגרימת מוות בכוונה יש להוכיח "כוונה", ולא די ביסוד נפשי של "פזיזות".

הוכחת הכוונה – כיצד?

משנקבע כי לצורך הרשעת המערער יש להוכיח כי התקיים בו יסוד נפשי של כוונה, על התביעה היה להוכיח כי המערער צפה שהחקירה האלימה עלולה לגרום למותו של המנוח וכי חפץ בתוצאה זו.

כאמור, טענתה המקורית של התביעה הייתה כי די בהוכחת יסוד נפשי של פזיזות, אולם משנדחתה עמדה זו נדרשים אנו לטענתה החלופית, היינו כי אף אם נדרשת כוונה ממש, הוכחה זו מעבר לכל ספק.

אשר לעצם צפיית התוצאה הקטלנית, לא האריכו הצדדים בטיעוניהם – וטוב עשו. אכן, מי שחוטף אדם מביתו בשעות הלילה וחוקרו באלימות משך שעות, מכהו בראשו באמצעים שונים, אף לאחר שזה איבד את הכרתו, בוודאי צפה כי עלול הוא במעשיו להביא למות הקורבן.

יחד עם זאת, ואף אם המערער צפה כי במעשיו עלול הוא לגרום למות המנוח, עדיין אין בכך לחייב את המסקנה כי חפץ בתוצאה זו. ייתכן, כטענת הסנגוריה, כי המערער היה אדיש לאפשרות זו, ואולי אף קיווה כי לא תתרחש בפועל, ועל כן אין להאשימו אלא בהריגה בלבד.

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 שעיננו רואות. אם כך, כיצד נכריע מה היה חפצו של המערער? לעניין זה ביקשה התביעה לגייס את "חזקת הכוונה", הידועה אף כ"הנחת הכוונה".

לאור חשיבותה של טענה זו, כמו גם בשל השלכותיה על גורלו של ערעור זה, דומה כי טוב נעשה אם נייחד מילים מספר לחזקה זו.

חזקת הכוונה

בהתייחסו ליסוד ה"החלטה להמית", הדרוש לצורך הרשעה בעבירת רצח בישראל, מציין המלומד קדמי (על הדין בפלילים, חלק ב', תשנ"ה – 1995, בעמ' 591) כדברים הבאים:

"הלכה פסוקה היא כי ניתן לקבוע קיומה של ה'החלטה להמית' מכוחה של 'חזקת הכוונה', לאמור מכוחה של החזקה שבעובדה לפיה: אדם מתכוון לתוצאות הצומחות בדרך הטבע ממעשיו. המדובר ב'חזקה שבעובדה', אשר די, כידוע, בהקמתו של ספק סביר על מנת ליטול ממנה את כוחה; והלכה למעשה אין היא אלא ראיה נסיבתית 'מיוחסת' – שעלתה לדרגת 'חזקה' – והיא נעוצה בניסיון החיים ובשכל הישר..."

הנה כי כן; מקום בו נאשם נמנע מלחשוף את צפונות ליבו ואין הוא מודה כי חפץ בתוצאה שגרם במעשיו, וכך הוא ברוב-רובם של המקרים, אין לנו אלא להניח כי התכוון לתוצאה שגרם, שאם לא כך הרי שמן הסתם היה נמנע מלנהוג כפי שנהג.

אמנם, המדובר בחזקה הניתנת לסתירה, אלא שנטל הבאת הראיות, להבדיל מנטל ההוכחה המוטל, כידוע, על התביעה מראשית ועד אחרית, מוטל במקרה שכזה על כתפי הנאשם.

כאן המקום לציין כי היו מי שגרסו כי אין לעשות שימוש בחזקה זו בעבירת הרצח, אולם עמדה זו נדחתה בפסיקה (ראה פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן בע"פ 777/92 הררי ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 95(2), 1716, פסקה 5 והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם).

עוד ראוי לציין כי חזקה זו שונה בתכלית מכלי ההוכחה הידוע כ"הלכת הצפיות", או הלכת ה"ידיעה ברמה גבוהה של הסתברות". על השוני בין השניים עמד ביהמ"ש העליון בפרשת "אלימלך" (ע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(2), 66), שם הבהיר כב' השופט מצא כך:

"בניגוד ל'חזקת הכוונה', שהיא חזקה שבעובדה הפועלת במישור הראייתי והניתנת לסתירה, כלל הצפיות משתייך לדין המהותי, ומהווה תחליף חלוט לכוונה הפלילית. משמעותו היא, שגם אם הוכח באופן פוזיטיווי כי הנאשם לא רצה לגרום לתוצאה האסורה, די בהוכחה כי צפה את התממשותה בדרגת הסתברות קרובה לוודאי כדי שייחשב כמי שהתכוון לגרמה".

הלכה זו עוגנה, במפורש, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, בס' 20(ב) שבו, הקובע כי "לעניין כוונה, ראיה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן".

כבר עתה אומר, כי אין בכוונתי להידרש, במקרה זה, לשאלת תחולתה של הלכת הצפיות, הן משום שהתביעה לא טענה לה במפורש, והן משום שבישראל כבר נפסק כי אין הלכה זו חלה בעבירת הרצח, לגביה יש צורך בהוכחת החפץ בתוצאה הקטלנית ממש (ראה: [ע"פ 552/68 אילון נ' מדינת ישראל, פ"ד כג\(1\) 377, 388](#); [ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט\(3\) 205, 213](#); [ע"פ 172/88 מרדכי וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד\(3\) 265, 280](#); פסק-דין "אלימלך" הנ"ל ועוד).

אמנם, יטען הטוען כי אין ללמוד גזירה שווה מעבירת הרצח לעבירה של גרימת מוות בכוונה, שכן בראשונה נדרשת כוונה תחילה. את ההכרעה בטענה זו ניתן להשאיר בצריך עיון, אך למעלה מן הצורך אומר כי לאור עונש המוות הקבוע לצדה של עבירת גרימת המוות בכוונה, ספק אם יהיה זה נכון לסמוך על הלכה זו - אף אם לא נדרשת לעבירה כוונה תחילה, אלא כוונה רגילה בלבד.

לסיכום חלק זה יובהר אף זאת: כי את היסוד הנפשי ניתן להוכיח לא רק בהסתמך על "חזקת הכוונה", אלא אף בראיות נסיבתיות. בהקשר זה, מבהיר המלומד קדמי (שם, בעמ' 582) כי –

"...ההנחה היא – שאדם מבטא בהתנהגותו את כוונתו; וכפי שיומחש להלן מן הפסיקה, 'התנהגותו' של הנאשם בהקשר זה משמעה: 'התנהגותו' בפרק הזמן שלפני ביצוע מעשה ההמתה, 'התנהגותו' בעת ביצוע מעשה ההמתה ואפילו – 'התנהגותו' לאחר ביצוע מעשה ההמתה; כאשר, מטבע הדברים, הדגש הוא על ההתנהגות בעת ביצוע המעשה."

מן הכלל אל הפרט

כאמור, "חזקת הכוונה" יוצרת הנחה כי המערער, אשר גרם במעשיו למות המנוח, התכוון לתוצאה זו. מכאן, שהנטל לסתור חזקה זו, היינו נטל הבאת הראיות, מוטל על שכמה של ההגנה. לטענת ההגנה, עמדה היא בנטל זה, זאת לאור העובדות הבאות:

- א. המערער וחבריו לא ביקשו מלכתחילה להרוג את המנוח, אלא לחוקרו בלבד.
- ב. חברי החוליה לא הצטיידו בנשק חם.
- ג. במהלך החקירה אמנם נעשה שימוש במקלות ובשרשרת ברזל, אך לא נעשה שימוש באמצעים פוגעניים כמו סכינים וגרזנים.
- ד. לו ביקשו המערער וחבריו לגרום למותו של המנוח, הרי שהיו ממשיכים לחבול בו עד למותו. משחדלו ממעשיהם בעודו בחיים, יש להניח כי לא התכוונו לגרום למותו.
- ה. לו ביקשו המערער וחבריו לגרום למותו של המנוח, הרי שהיה עליהם להשאיר את המנוח במקום בו נחקר. אילו כך עשו, אפילו לא מת המנוח מהחבלות שנגרמו לו, הרי שבהיעדר טיפול רפואי, היה מת לאחר שעות ספורות.
- ו. המערער וחבריו הובילו את המנוח לפאתי הכפר, ואף הודיעו לאחד התושבים כי עליו לפנות את המנוח, אשר היה בין החיים אותה עת, לבית החולים.

עיננו הרואות; התנהגותו של המערער לפני החקירה, במהלכה ולאחריה, עשויה ללמד כי לא חפץ במות המנוח, ועל כן לא חלה במקרה זה חזקת הכוונה.

עובדות אלה, המפורטות לעיל, לא נעלמו מעינייה של התביעה, אלא שלעמדתה התנהגותו של המערער אינה יכולה ללמד אלא כי חפץ במות המנוח. בהקשר זה, הדגישה התביעה את העובדות הבאות:

- א. המערער ידע כי המנוח חולה סכרת.
- ב. המנוח היה כבול ומולו מספר רב של רעולי פנים החמושים בכלי משחית.
- ג. המנוח הוכה באגרופים, אלות ובשרשראות ברזל בכל חלקי גופו, לרבות בחלקי גוף רגישים, דוגמת ראשו, כעולה מחוות הדעת הפתולוגית ומעדויותיהם של תושבי הכפר אשר מצאוהו.
- ד. החקירה האלימה נמשכה שלוש שעות.
- ה. מסכת ההתעללויות נמשכה אף לאחר שהמנוח החל שותת דם, ואף לאחר שאיבד את הכרתו.

ו. המערער וחבריו אכן הודיעו לאחד מתושבי הכפר כי המנוח מוטל פצוע, וכי יש לפנותו לבית החולים, אולם אלה לא טרחו להביאו לקרבת ביתו של אותו אדם, אלא השליכוהו בשדה במרחק ניכר מהבית. בשל כך לא עלה בידי המחפשים לאתרו אלא כחלוף 7 שעות, ולאחר שעלה השחר. התנהגות זו, כך נטען, אינה מלמדת על רצון להציל את חיי המנוח, ומכל מקום, אין היא יכולה ללמד אלא על חרטה שלאחר מעשה, אשר כידוע אינה מועילה.

אכן, ההכרעה במקרה זה אינה קלה. מחד, איני יכול להתעלם מאופייה של החקירה האלימה אשר נמשכה שעות, ובעיקר איני יכול להתעלם מן העובדה כי המערער וחבריו הכו את המנוח בשרשרת ברזל בראשו. בצדק טענה התביעה, כי כבר נפסק שהכאת אדם בראשו באמצעות צינור ברזל, עשויה ללמד על כוונת קטילה ([ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג\(3\) 718](#)).

כך, בהקשר אחר, קבע ביהמ"ש העליון כי –

"לעתים קרובות עשויה עובדה של תקיפת הקורבן בנשק חם או קר באזורים רגישים וחיוניים של הגוף, להוליך למסקנה של קיום כוונה להמיתו; וככל שמספר הפגיעות רב יותר הוא מהווה משקל נוסף באותו כיוון... ואמנם לא בנקל יעורר נאשם ספק... כאשר הוא הפליא יריותיו או דקירותיו בקורבן."

עוד ראוי להזכיר כי במקרה דומה וכמעט זהה לענייננו, אשר נדון בביהמ"ש הצבאי ברמאללה (רמ 40349/91 התובע הצבאי נ' עטאיה, פסד"ן ז' 340), מצא ביהמ"ש את אשמתו של הנאשם בעבירה

של גרימת מוות בכוונה. באותו מקרה, חטפו הנאשם וחבריו אדם אשר נחשד בשיתוף פעולה, הובילו לווואדי מרוחק, התעללו בו שעה ארוכה במכות אלה ובצריבת גופו בניילון מותך, וכשהמנוח גסס, הפסיקו את החקירה והעבירוהו לבית החולים.

אף באותו מקרה עשה ביהמ"ש שימוש ב"הנחת הכוונה" וקבע כי **"מי שמושיב על הקרקע אדם אחר ומכהו באכזריות באלות, תוך צריבת גופו בניילון מותך, כשהוא כפות בידי וברגליו – קיימת לגביו ההנחה כי התכוון לתוצאה הסופית הנגרמת ממעשיו אלו"**.

גם שם טענה ההגנה כי יש בהפסקת החקירה והעברת הקורבן לבית החולים כדי ללמד שלא הייתה כוונה לגרום למותו. בדחותו טענה זו, קבע ביהמ"ש כך:

"אין נפקא מינה אם ההתעללות במנוח נמשכה עד לרגע המוות ממש, או שהמוות היה לאחריה. הכוונה הפלילית נבחנת בזמן המעשה הפלילי, והיא נלמדת מעצם ההתעללות במנוח, ואף אם לאחר זמן ביקשו הנאשם וחבריו להחזיר את הגלגל לאחור, אין בכך כדי לשלול את הכוונה הפלילית.

ככל שהתארכה חקירת המנוח ומותו קרב, היו תוצאותיה ברורות יותר ויותר לנאשם, וחדלו להיות בגדר אפשרות והיו לוודאות."

הנה כי כן; בין אם מבקשת התביעה להסתמך על חזקת הכוונה, ובין אם מבקשת היא להוכיח את היסוד הנפשי באופן פוזיטיבי, על דרך של הבאת ראיות נסיבתיות העשויות ללמד על כוונת הקטילה, עמדתה אינה משוללת יסוד.

יחד עם זאת, ומאחר ונטל ההוכחה כי המערער חפץ במותו של המנוח מוטל על כתפי התביעה, במידה שמעבר לספק סביר, לא שוכנעתי כי עמדה היא בנטל זה.

לטעמי, יש בעובדות המובאות ע"י ההגנה כדי לעורר ספק בדבר כוונתו של המערער, וממילא יש בהן לשלול את חזקת הכוונה. משכך, בהיעדרה של חזקה זו, היה על התביעה להוכיח את כוונת הקטילה באמצעות ראיות אחרות: ישירות, או נסיבתיות.

אין מחלוקת כי בענייננו לא השכילה התביעה להצביע על ראיות ישירות המלמדות על כוונת המערער לגרום למות המנוח, ואף לאחר בחינת הראיות הנסיבתיות אשר פירטה התביעה, לא שוכנעתי, במידה שמעבר לכל ספק סביר, כי המערער אכן חפץ במותו.

למסקנה זו באתי, בעיקר, לאור החלטת המערער להוביל את המנוח לאזור הכפר, ולדאגתו כי המנוח יובא לבית חולים. בהקשר זה כבר נפסק כי –

"יש לפעמים שהתנהגותו של נאשם לאחר המעשה מלמדת ומשליכה על המעשה עצמו; הדבר עשוי להיות בעל חשיבות כאשר מתחקים אחרי כוונה להרוג, אשר בדרך כלל נלמדת מהנסיבות." (ע"פ 139/86 עזאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 343, 351)

בהודעתו של המערער (הודעה מיום 22.5.96, עמ' 7, ש' 27 ואילך) מסר הוא לחוקריו כך :

"לאחר הודאת אחמד ומשהסתפקנו בדבר הודאתו והיה פצוע ושותת דם בעיקר בפניו וכל הזמן ביקש רחמים ומאחר וידענו כי הוא חולה סכרת, בשלב מסוים כנראה איבד את הכרתו אז החלטנו לקחתו ולהשליכו באחד מרחובות הכפר בידו ולדפוק על דלת אחד הבתים בכפר ולמסור להם שיש פצוע הזקוק לרופא. אכן הרמנו את אחמד ונשאנו אותו על הכתפיים ובהגיענו לבית הראשון קרוב לכביש ראשי בכפר בידו, הנחנו אותו על הכביש ודפקתי על דלת ביתו של חסן... ומבעד לדלת ענה לי חסן ואז הודעתי לו שאחמד עימש בן כפרך פצוע ומוטל בכביש וכי הוא זקוק לרופא ותנסה לעזור לו וכי הוא מוטל ליד עץ אלון או ליד שיח ועזבנו את המקום."

דברים ברוח זו מסר המערער אף בהודעתו בכתב ידו, שם ציין כדברים הבאים :

"6. הקבוצה חקרה את הסוכן (משת"פ) אחמד עימש מבידו... לא הכינו אותו בסכינים אלא באלות, בידיים ובשרשרת ברזל, ולאחר חקירתו העברנו אותו לקרבת הכביש והודענו לאחד מתושבי הכפר שהנ"ל זקוק לטיפול רפואי ושמו חסן, אך הנ"ל והוא אחמד עימש מת כתוצאה מחקירתו, עקב מחלתו בסכרת."

לבסוף, ניתן למצוא תימוכין לגרסא זו אף בהודעתו של תושב הכפר בידו, מוחמד בדואן (הודעה מיום 18.4.91, עמ' 1, ש' 5 ואילך). וכך נרשמו הדברים מפי העד :

"... דפקו בדלת אני לא הדלקתי את האור וצעקתי מי שם? ואז ענה לי קול ואמר אל תדליק את האור תשמע מה תעשה. לך ותביא אנשים ותחפש מתחת לבית שלך יש שם מישהו שצריך לקחת לבית חולים והוא אמר לי יש לך 10 דקות אם לא תחזור אנחנו נפרוץ לך את הבית."

ובהמשך :

"אנחנו חיפשנו עד סוף הואדי והגענו עד האדמות של קביבה ולא מצאנו כלום עד שעה 03:00 וחזרנו אליו הביתה והצענו שנחכה עד הבוקר וכשיעלה האור נתחיל לחפש... ובערך בשעה 07:00 כשהאור היה טוב צעק אחד מתושבי בידו... כי הוא רואה את הפצוע... ואנשים סיפרו כי הפצוע לא מת וצריך לפנותו לבית החולים ואז פינינו את הפצוע לבית שלי ומשם ברכב לבית חולים ובבית החולים הרופא אמר שהאיש כבר לא חי."

בהשיבו לשאלת החוקרים כיצד נראה הפצוע, השיב הנחקר :

**"בבית החולים נאמר לנו כי הפצוע קיבל מכות בקרשים לא היו סימני דקירות
או מכות בגרזנים גם אנשים שסיפרו לי כי יש פצוע באזור הבית שלי סיפרו כי
הרביצו לו במקל וצריך לאשפז אותו. כנראה שהם לא רצו להרוג אותו."**

עולה אפוא, כי המערער וחבריו ראו חשיבות בפינוי המנוח לבית החולים, עד כי איימו על אותו בדואן כי אם לא ייצא לחפש את המנוח, יבולע לו. אמנם, מסקנה זו הייתה מתחזקת לו פינו המערער וחבריו את המנוח עד לפתח הבית ממש, אך בהתחשב בחששם כי יתגלו, עובדה העולה מהוראתם לבדואן שלא להדליק את האור, ספק אם ניתן לראות בהשארת המנוח במרחק של כ- 200 מטרים מביתו משום רצון כי לא יימצא, כטענת התביעה.

בהיעדר ראיה כי המערער וחבריו ביקשו, מלכתחילה, להרוג את המנוח, משלא נמצאה ראיה כי לאחר שהודה המנוח בחשדות שיוחסו לו, החליטו המערער וחבריו להורגו (כפי שלא פעם מצאנו בחקירות מסוג זה), משחרף פציעתו בחרו הם להביאו לכפר ולא השאירוהו למות מפצעיו במקום בו נחקר, אכן מתעורר במקרה זה ספק, חרף החקירה האלימה, אם אמנם חפץ המערער במות המנוח.

בנסיבות אלה, ומחמת הספק בלבד, דומני כי לא ניתן היה לבסס במקרה זה את הרשעת המערער בעבירה של גרימת מוות בכוונה ועל כן יש לזכותו ממנה.

מובן, כי אף לאחר זיכוי כאמור, עדיין שומה עלינו לבחון שמא יש מקום להרשיעו בעבירת המתה אחרת, כזו אשר אינה מצריכה יסוד נפשי של כוונה דווקא.

הרשעה בעבירה של הריגה

כפי שכבר נקבע, המערער צפה אפשרות כי חקירה אלימה זו תסתיים בגרימת מותו של המנוח, אף אם לא חפץ בתוצאה זו. עוד ניתן לקבוע, ללא היסוס, כי אף אם המערער לא חפץ בתוצאה זו, הרי שלכל הפחות היה אדיש לאפשרות זו, ואף אם קיווה כי תוצאה קטלנית זו לא תתרחש, הרי שמכל מקום מתקיים בו יסוד נפשי של פזיזות.

משכך, התקיימו בו יסודות עבירת ההריגה, היינו עבירה לפי ס' 51א(א) לצו בדבר הוראות ביטחון.

בשולי הדברים מצאתי להעיר כי ראוי להשאיר בצריך עיון את השאלה אם ניתן היה להרשיע את המערער בעבירה של הריגה אילולא הוכח כי צפה אפשרות של גרימת מוות. אמנם, בהתאם להלכה הנוהגת באזור, בדומה להלכה אשר נהגה בישראל קודם תיקון 39, אין נדרשת, לצורך הרשעה בעבירה של הריגה, צפיית תוצאה קטלנית דווקא, ודי בצפיית פגיעה גופנית ממשית. יחד עם זאת, משאין מדובר בהוראת חוק, אלא בהלכה שנקלטה באמצעות הפסיקה, ומשתוקן החוק בישראל וכיום נדרשת צפיית תוצאה קטלנית דווקא, הרי שלא מופרכת תהיה הטענה כי אף באזור נכון לנטוש את ההלכה הישנה ולאמץ את העקרונות שנקבעו בישראל.

אמנם, בישראל נקבע הדבר במפורש, אך כפי שקבענו בעניין "אבו-סנינה" (ע' איו"ש 353/03 אבו-סנינה נ' התובע הצבאי) אין מניעה כי עקרונות אשר נקלטו באזור באמצעות הפסיקה ישתנו, בעקבות תמורות שחלו במשפט הישראלי, אף בהיעדר הוראת חוק מפורשת.

מכל מקום, הואיל ובענייננו אין למעשה מחלוקת כי המערער צפה תוצאה קטלנית, אף אם לא חפץ בה, הרי שאין צורך להכריע בשאלה זו עתה, וזמנה של זו להידון בוודאי עוד יגיע.

ניתן אפוא לקבוע כי אף אם לא התקיים בו במערער היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות בכוונה, הרי שהוכח, ברמה שמעבר לכל ספק סביר, כי גילה יחס של פזיזות ביחס לתוצאה הקטלנית ועל כן יש להרשיעו בעבירה של הריגה.

אשר לעונש

כידוע, בעוד שהעונש המרבי הקבוע לעבירה של גרימת מוות בכוונה הוא עונש מוות, הרי שלעבירת ההריגה נקבע עונש מרבי של מאסר עולם. האם לזיכוי המערער מעבירה של גרימת מוות בכוונה ולהרשעתו בעבירה של הריגה תחתיה, צריכה להיות השפעה לעניין העונש במקרה זה?

מבחינה משפטית צרופה, בוודאי שאין מניעה לגזור למערער עונש של מאסר עולם, אולם ההכרעה תלויה בסוף כל הסופים במידת אחריותו של המערער לתוצאה הקטלנית. לצורך זה דומני כי יש לשוב ולבחון את חלקו של המערער באירוע, כעולה מגרסתו אשר נמסרה לחוקריו. וכך מסר המערער בהודעתו מיום 22.5.96 (עמ' 6 ש' 22 ואילך):

"אני מודה בכך שבמהלך שנת 1991, סלמאן אבו-עיד, האחראי על החוליה הצבאית של חמא"ס עליה נמנית, החליט שיש לחטוף ולחקור את אחמד עיאש מכפר בידו שנחשד בשת"פ עם המודיעין הישראלי. אז נפגשנו כל חברי החוליה הצבאית... ותכננו את ביצוע החטיפה. נפגשנו בכפר בידו סמוך לשעה 8 בערב בכניסה לכפר בידו, שם רעלנו פנינו ברעלות שחורות וכחולות, הצטיידנו במקלות, בסכינים ובשרשראות ברזל משם פנינו לכיוון כפר בידו...

אני התדפקתי על דלת אותו בית כשיתר החברה התפרסו מסביבי ע"מ לאבטח אותי. משנפתחה הדלת ע"י בעל הבית, דלת הנפתחת ישירות לסלון, משנפתחה הדלת שאלתי אותו היכן אחמד עיאש, אז אחד היושבים בסלון אמר: 'אני אחמד עיאש', אז אמרתי לו: 'בוא, אנחנו רוצים לדבר איתך'. הסכים והתלווה אלינו ללא כל התנגדות, לקחנו אותו לכיוון הואדי החוצץ בין כפר בידו לכפר בית אג'זה... החלנו לחקור את אחמד עיאש בגין שת"פ עם המ"ן הישראלי... את החקירה אני ביצעתי בפועל וזאת במטרה ולמנוע זיהוי קולות הנוספים שכולם מכפר בידו כפרו של אחמד עיאש. במהלך חקירתו של

אחמד, חקירה שאני ביצעתי בפועל, אני ויתר החבורה הכינו את אחמד במכות, באגרופים ובמקלות שהיו ברשותנו, בכל חלקי גופו. במהלך החקירה הוא הודה בשת"פ עם המודיעין הישראלי את דבר הודאתו הקלטתי על קסטה של רדיו טייפ קטן דומה ל'ווקמן'. חקירתו של אחמד נמשכה כ-3 שעות...

עולה אפוא כי חלקו של המערער היה רב מזה של חבריו. אמנם, לא הוא שיזם את החטיפה והחקירה, אולם משהוחלט עליה מילא בה המערער תפקיד מרכזי. המערער היה זה שנכנס לבית והוציא את המנוח, הוא זה שחקר אותו והוא שהקליט את הודאתו. המערער נטל חלק מלא בהכאת המנוח, והגם שידע כי זה סובל ממחלת הסכרת המשיך בחקירתו האלימה גם כשזה כבר שתת דם, בכה והתחנן על חייו.

בנסיבות אלה, משמדובר בחקירה אלימה ואכזרית במיוחד, לא מצאתי נימוק של ממש מדוע לא ימוצה עימו הדין. אכן, המערער וחבריו פינו את המנוח לאזור הכפר, על מנת שיזכה לטיפול רפואי, אולם לא אוכל לתת משקל של ממש לעובדה זו, בין משום שהמנוח הוטל במרחק של כ-200-300 מטרים מהכפר, באופן שרק לאחר שעות ארוכות יותר, ובין משום שאין בכך כדי להוות משקל נגד לאכזריות הרבה שהפגינו המערער וחבריו בעת החקירה, אשר התעלמו מתחינותיו של המנוח והמשיכו להכותו עד שאיבד הכרתו.

סוף דבר

חרף עמדתי כי יש לזכות את המערער מאשמת גרימת מוות בכוונה ולהרשיעו תחתיה בעבירה של הריגה בלבד, הרי שבנסיבות העניין לא מצאתי כי ראוי הוא בגין עבירה זו לעונש הנופל ממאסר עולם.

יחד עם זאת, דומני כי שאר העבירות בהן הורשע המערער, אשר אף הן חמורות כשלעצמן, נבלעות בעבירה המרכזית שבתיק זה, ועל כן, אם תישמע דעתי, הייתי מקבל את הערעור אף לעניין העונש, במובן זה שעונש המאסר הנוסף של 20 שנה, אשר נגזר בגין עבירות אלה, ירוצה בחופף, כך שעונשו הכולל של המערער יעמוד על מאסר עולם אחד בלבד.

השופט אל"ם ד' פרידמן:

אני מסכים עם עמדתו של כב' הנשיא, הן באשר לספק שבספק העולה מניתוח העובדות, והן באשר לעונש לו ראוי המערער.

השופט אל"ם א' בן-טובים:

אני מסכים.

המשנה לנשיא ס"ל נ' בנישו:

אני מסכים.

השופט אל"ם י' מינא:

עיינתי בפסק דינו המלומד של הנשיא, אל"ם שאול גורדון, ולמדתי את הניתוח המשפטי שהביא לתוצאה אליה הגיע.

מבלי להיכנס לתוצאה המשפטית אליה הגיע הנשיא בפסק דינו, לעניין פרט אישום 4, דהיינו, כי לא הוכחה כוונה תחילה הדרושה במקרה זה, מבקש אני לציין כי לאור חומרת מעשיו של המערער בפרטים האחרים, הרי די בכך כדי לגזור על המערער עונש של מאסר עולם.

עם זאת, למקרא מעשיו האכזריים של המערער בפרט האישום הרביעי, סבור אני כי גם לפי הניתוח המשפטי של הנשיא, יש להרשיעו בגרימת מוות בכוונה, שכן לטעמי מכלול ההתעללויות שנעשה לקורבן והכולל חטיפה, הכאות באגרוף, מקלות, שרשרת ברזל בכל חלקי גופו וראשו, איבוד הכרתו וכשהוא שותת דם ננטש ליד בית ולמחרת נפטר, אין לו אח ורע ודינו אחת - גרימת מוות בכוונה. שכן גם על פי הכלל, שאדם מתכוון לתוצאות הטבעיות של מעשיו, הרי אין מעשים תואמים יותר לעבירה של רצח מאלה המתוארים דנן. את כוונת הקטילה, ניתן ללמוד מן המעשים וגם אם אין בפנינו הוכחה על כוונה ניתן לראות במעשים אלה, כאילו הוכחו מבחינת חזקת הכוונה.

נחה דעתי, כי עמדת התביעה לעניין זה, תואמת יותר את המקרה וכאשר מוסיפים אנו לכך את העובדה כי התנהגות המערער שידע כי המנוח חולה סכרת, ניהל את החקירה בפועל כשהקורבן כבול ומוכה באמצעים קשים כמו אלות ושרשראות ברזל, כאשר משך החקירה, שלוש שעות וכאשר מסכת ההתעללות נמשכת גם לאחר שהמנוח מאבד את הכרתו ושותת דם.

בפסק דין דרור אותו מצטט חברי הנשיא הנכבד, קבע ביהמ"ש כדלקמן:

"אין נפקא מינה אם ההתעללות במנוח נמשכה עד לרגע המוות ממש, או שהמוות היה לאחריה. הכוונה הפלילית נבחנת בזמן המעשה הפלילי, והיא נלמדת מעצם ההתעללות במנוח, ואף אם לאחר זמן ביקשו הנאשם וחבריו להחזיר את הגלגל לאחור, אין בכך כדי לשלול את הכוונה הפלילית.

ככל שהתארכה חקירת המנוח ומותו קרב, היו תוצאותיה ברורות יותר ויותר לנאשם, וחדלו להיות בגדר אפשרות והיו לוודאות."

הנה כי כן, מילים ההולמות את המקרה שבענייננו, וגם הנשיא הנכבד קבע כי עמדה זו אינה משוללת יסוד, ו"החפץ" במותו של המערער הגם שהוא מונח על כתפי התביעה, נראה לי כי בנסיבות אלה, הוכח מעבר לספק סביר. זאת גם כאשר מצטרף אני לניתוחו המשפטי המעמיק והיסודי של הנשיא.

אין אני רואה בהטלת המנוח במרחק של 200-300 מטרים מן הכפר כשהוא מחוסר הכרה ומשותת דם באופן שרק לאחר שעות ארוכות אותר וזאת בתוספת האכזריות והאלימות בה התנהלה החקירה, אותה ניהל המערער והיה חלק נכבד בה כמצדיקים שלילת או אי הוכחת הכוונה. חולק אני, בכל הכבוד, עם הנשיא רק בשאלה האם בנסיבות ביצועה של עבירה זו, ניתן ללמוד את הכוונה מן המעשים של המערער וסבור אני כי כוונה זו הוכחה.

הנשיא הנכבד מציין בפסק דינו בעמ' 17 (פיסקה לפני הסוף):

"בנסיבות אלה, ומחמת הספק בלבד, דומני כי לא ניתן היה לבסס במקרה זה את הרשעת המערער בעבירה של גרימת מוות בכוונה ועל כן יש לזכותו ממנה."

לטעמי, אין כל ספק ולא יכול להיות ספק כי מעשיו של המערער מובילים למסקנה הגיונית וברורה אחת והיא כי המערער התכוון לקטול את המנוח. גם הבאתו לכפר והבקשה כי יראה רופא, אינה מעלה ואינה מורידה, שכן הכוונה הפלילית נלמדת בזמן המעשה הפלילי וההתעללות במנוח, ואף אם לאחר זמן מה ניסה המערער להחזיר את הגלגל אחורה, אין בכך לשלול את הכוונה הפלילית של המערער.

לאור האמור, והגם שמצטרף אני לניתוח המשפטי של הנשיא בדבר הצורך בהוכחת הכוונה, חולק אני, בכל הכבוד, על הקביעה שבנסיבות אלה יש לזכות את המערער מחמת הספק בעבירה של גרימת מוות בכוונה, ולטעמי יש להרשיעו בעבירה זו.

עם זאת, ולאור התוצאה אליה הגיע הנשיא הנכבד לעניין העונש – מאסר עולם – הוא העונש שאני סבור שיש לגזור על המערער, הנני מצטרף לדעתו בעניין זה ומסכים כי יש לגזור על המערער מאסר עולם.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של הנשיא, אלי"ם ש' גורדון.

ניתן והודע היום, 29 בספטמבר 2005, כ"ה באלול התשס"ה, בנוכחות המערער, ב"כ והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

שופט	אב"ד	שופט
	(-)	(-)
	שופט	שופט

שאל גורדון 99/79-54678313
 רשמת: לפ + יס + אז

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

[נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה](#)