

עדי"י 1887/15
עדי"י 1877/15

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' המשנה לנשיא: סא"ל צבי לקח

בעניין:

מחמד עלי חסן צאפי, ת"ז XXXXXXXXX - המערער (עו"ד ג'אן זביידי ועו"ד מחמוד

חסאן)

נגד

התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות סגן נתנאל יעקב- חי)

ובעניין:

התביעה הצבאית - המערערת (באמצעות סגן נתנאל יעקב- חי)

נגד

מחמד עלי חסן צאפי, ת"ז XXXXXXXXX - המשיב (עו"ד ג'אן זביידי ועו"ד מחמוד

חסאן)

ערעורים על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי ביהודה (בפני כב' השופט רס"ן ראני עאמר)

בתיק מס' 4643/14 מיום 12.04.15

(ערעור הסנגוריה נדחה/

ערעור התביעה התקבל)

תאריך הישיבה: 08 ביוני 2015, כ"א בסיוון התשע"ה.

פסק דין

כתב האישום שהוגש נגד המערער בעדי"י 1877/15 והמשיב בעדי"י 1887/15 (להלן – המשיב) ייחס לו שתי עבירות כדלקמן:

נשיאת חפץ נפיץ – בכך שביום 24.5.14, בסמוך לשעה 21:30, באזור מחנה הפליטים ג'ילזון, החזיק מטען צינור, אותו ניסה להצית במטרה להשליכו, כשיחד עמו נמצאים שניים נוספים.

ניסיון לזריקת חפץ נפיץ – בכך שניסה להצית את מטען הצינור אותו החזיק כמפורט לעיל על מנת להשליכו, אולם בטרם היה סיפק בידו לממש את זממו, נורה ברגליו על ידי חיילי צה"ל.

המשיב כפר בכתב האישום, ובמסגרת פרשת התביעה העידו ארבעה חיילי צה"ל שהיו במקום במארב וכן חבלן משטרה שהגיע למקום לאחר האירוע ופוצץ את המטען שנמצא סמוך למשיב. במסגרת פרשת ההגנה העיד המשיב וכן העידה אמו, ובנוסף הוגשה מפה של המקום.

לגרסת עדי התביעה, המשיב היה חלק מקבוצה של שלושה שהגיעו סמוך לכביש ולחיילים, כשהם נעים באופן חשוד, תוך הליכה שפופה, לאורך חומה חיצונית של בית ספר שנמצא במקום. אחד מהשלושה, הוא המשיב, הוציא חפץ, ניסה להדליקו, ואז בוצע ירי לעברו. השלושה החלו להימלט, ובעקבות ירי נוסף, נפצע המשיב ונעצר. שני חבריו נמלטו. באזור, סמוך מאוד למשיב, נמצא מטען צינור עם פתיל הצתה. המטען פוצץ על ידי חבלן המשטרה והפיצוץ יצר מכתש עמוק יחסית.

לגרסת המשיב, הוא נע במקום בשעות הערב כטיול קצר להתאווררות מהכנותיו לבחינות, הוא היה במקום לבדו, ונורה ללא סיבה על ידי חיילי צה"ל. אמו של המשיב תמכה בגרסה לפיה בנה יצא מהבית לצורך טיול, אם כי האם לא יכלה להעיד על האירוע עצמו.

עיקרי הכרעת הדין בערכאה הראשונה

בית משפט קמא מצא את עדויות החיילים שהיו במקום במארב כאמינות, וכן מצא כאמינה את עדות החבלן שהגיע למקום. עוד נקבע כי יש לדחות את עדות ההגנה של המשיב כלא אמינה.

הממצאים העובדתיים שנקבעו בעקבות עדויות החיילים והחבלן המשטרתי היו כדלקמן:

ביום הארוע הוצב מארב באזור בית הספר, בעקבות דיווחים על אירועי זריקת מטעני צינור בסמוך לבית הספר. בשעה 21:30 לערך הגיעו למקום המשיב יחד עם שניים נוספים. הם נעו לאורך חומה חיצונית לבית הספר במקום צדדי שאינו שביל ובאופן שעורר את חשדם של החיילים (הליכה שפופה, איטית, תוך הסתכלות כל העת לצדדים). אחד מהשלושה, הוא המשיב, התרחק מהשניים האחרים, הוציא חפץ, וניסה להדליקו באופן המעיד על כך שבכוונתו ליידותו. החיילים הבחינו בו מדליק את האש פעמיים ואז מפקד הכוח וחייל נוסף ביצעו ירי לעברו. השלושה החלו לברוח, ומפקד הכוח והחייל הנוסף ביצעו ירי נוסף ממנו נפגע המשיב. בסמוך למקום נפילתו נמצא מטען צינור באורך 10 ס"מ שהכיל חומר נפץ. פיצוץ המטען על ידי החבלן המשטרתי לאחר מכן, הביאו את החבלן להעריך כי היה במטען חומר נפץ תקני שכן הפיצוץ גרם למכתש עמוק יחסית.

מסקנותיו של בית משפט קמא בהתאם לממצאים העובדתיים:

בית משפט קמא הגיע למסקנה כי הראיות שהוצגו והממצאים העובדתיים שנקבעו מביאים למסקנה כי המשיב היה במקום, החזיק את מטען הנפץ, והתכוון ליידותו. יחד עם זאת, נקבע כי

מהעובדות והממצאים הללו לא הוכח שהמשיב התכוון לידות את מטען הצינור מתוך כוונה לגרום למוות או חבלה לכל אדם או נזק לכל רכוש. השופט קמא ציין כי עדי התביעה לא הצביעו על מטרה ספציפית שאליה כוון המטען וטענות התביעה באשר למטרות פוטנציאליות שהיו במקום (לרבות החיילים עצמם) הינן בגדר השערות לא מבוססות. השופט קמא סבר כי ישנה אפשרות שהמשיב התכוון לידות את המטען לעבר שטח פתוח, הוא הוואדי בין בית הספר והיישוב בית אל. אפשרות זו נראתה סבירה לשופט קמא, ומכאן מסקנתו כי קיים ספק סביר בכל הנוגע לשאלה האם המשיב התכוון לידות את המטען לעבר מטרה כלשהי.

מכאן נגזרה המסקנה כי אף שיש להרשיע את המשיב בפרט הראשון שעניינו החזקת חפץ נפיץ, לא ניתן להרשיעו בעבירה של יידוי חפץ נפיץ במטרה לגרום למוות או חבלה לאדם או לרכוש. בית משפט קמא מצא לנכון להרשיע את המשיב בעבירה חלופית של אימונים צבאיים, בשל עצם המעשה של הדלקת מטען הצינור כדי לידותו.

גזר הדין בערכאה הראשונה

לנוכח הרשעתו של המשיב בעבירה של החזקת חפץ נפיץ, וכן בעבירה של אימונים צבאיים, נגזרו עליו 18 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, וכן קנס בסך 2,000 ₪.

טענות הצדדים בערעור

ערעור ההגנה

ערעור ההגנה מכוון הן נגד ההרשעה והן נגד גזר הדין. עיקר הטענות נגד הכרעת הדין המרשיעה, התמקדו בממצאים העובדתיים שנקבעו בה. לדעת ההגנה, עדויות החיילים במסגרת פרשת התביעה היו לא אמינות, ונעשה ביניהם תיאום גרסאות. עוד נטען כי לנוכח תנאי התאורה שהיו במקום, החיילים לא יכלו לזהות את המשיב או חבריו ואם מי מהם החזיק חפץ כלשהו. ההגנה טענה כי הוכח שמטען הנפץ נמצא במרחק גדול יחסית ממקום נפילתו של המשיב ועל כן ייתכן כי כלל אינו קשור למשיב.

עוד טענה ההגנה למחדלי חקירה, בכך שלא נאספו צילומים ממצלמות היישוב בית אל או ממצלמה תרמית שהייתה ממוקמת באזור, ואף לא נמצא מצית כלשהו בסביבת האירוע הגם שהחיילים טענו כי ראו להבה ושמעו רעש של מצית.

לחילופין נטען כי לא ניתן היה להרשיע את המשיב בעבירה של אימונים צבאיים, לאחר שלא הוכח כל יסוד של מטרה צבאית או קידום יכולות צבאיות.

בנוסף נטען כי העונש שנגזר על המשיב הינו חמור יתר על המידה.

ערעור התביעה

ערעור התביעה מכוון אף הוא נגד הכרעת הדין ונגד גזר הדין. התביעה סמכה ידיה על הממצאים העובדתיים שנקבעו בהכרעת הדין בכל הנוגע לאמינות העדים ולמעשיו של המשיב כפי שנראו על

ידי עדי התביעה. יחד עם זאת, התביעה סברה כי בית משפט קמא שגה במסקנותיו מהממצאים העובדתיים אותם קבע בכל הנוגע לזיכויו של המשיב מעבירת ידו החפץ הנפיץ. לדעת התביעה, המסקנה כי המשיב התכוון לידות את המטען לעבר הוואדי, ולא לעבר מטרה ספציפית, אינה הגיונית, אינה מתיישבת עם ניסיון החיים והשכל הישר, והינה לכל היותר אפשרות תיאורטית דחוקה. עוד נטען כי בשל העובדה שהמשיב כלל לא נקט בקו הגנה הנוגע ליסוד הנפשי במעשיו, אלא הרחיק עצמו מהאירוע כליל, לא היה מקום להיזקק כלל לאפשרות דחוקה זו.

לחילופין נטען כי העונש הראוי למשיב הינו חמור יותר משנגזר בערכאה הראשונה, בהתחשב בחומרה של שימוש במטען נפץ משמעותי.

דין והכרעה

במסגרת הדיון בפניי, ובהתאם להערותיי במהלך הדיון, הסכימו הצדדים כי הערעור יתמקד בהכרעת הדיון. בהתאם לכך, ויתרו הצדדים על ערעוריהם באשר לגזר הדין, ככל שייקבע שאין מקום להתערב בהכרעת הדין בערכאה הראשונה. יחד עם זאת, הוסכם כי במידה שיתקבל ערעור התביעה, יוחזר הדיון לערכאה הראשונה לצורך גזירת הדין (זאת בשונה מקבלת ערעור ההגנה אשר תייתר לחלוטין את ההתייחסות לגזר הדין שכן משמעותה זיכוי).

ערעור ההגנה על הכרעת הדין

ערעור ההגנה מכוון בעיקרו להתערבות בממצאיו העובדתיים של בית משפט קמא. דא עקא, כי ממצאים אלה הושתתו על ממצאי מהימנות בנוגע לעדויות החיילים שהיו במארב, ביצעו את הירי ולכדו את המשיב.

בהכרעת הדין של הערכאה הראשונה צויין במפורש הרושם האמין והמהימן של עדויות החיילים, ואת ההתרשמות מכך שתיארו נאמנה את שקלטו בחושיהם, וזאת בניגוד לרושם השלילי שהותירה עדות המשיב, שנקבעה כעדות מתחמקת ולא אמינה.

התמיהות שהועלו על ידי ההגנה באשר למיקום המטען ולתנאי התאורה נדחו, שכן נקבע שאין פלא שהחיילים לא מצאו מיד במקום מטען באורך 10 ס"מ בתנאי הראות שהיו, וגם אם לא יכלו לזהות פרטי לבוש של המשיב וחבריו בשל תנאי התאורה, אין בכך כדי להשפיע על לוז העדויות בנוגע לכך שביצעו ירי לעבר הדמות שאחזה בחפץ כלשהו אותו ניסתה להצית. עוד יצויין שנקבע כי המטען נמצא קרוב מאוד למקום נפילתו של המשיב.

כידוע, ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאי מהימנות ובהתרשמות של הערכאה הראשונה מעדים שהעידו בפניה, אלא במקרים חריגים ונדירים, ורק אם הגירסה העובדתית שהתקבלה על-ידי הערכאה הדיונית אינה מתקבלת על הדעת ([ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל](#), [פ"ד נח \(6\) 625](#)). זאת לנוכח היתרון שיש לערכאה הדיונית, שראתה את העדים, שמעה אותם והתרשמה מהם באופן ישיר ובלתי אמצעי. בהקשר זה יפים הדברים שנכתבו על ידי כב' השופט זילברג בע"פ [377/62 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז 1065](#) :

"...המניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו כרגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדוד' ולא 'מנוי', אלא כמעט 'סמוי מן העין', כמו עקימת שפתים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אזיל סומקא ואתי חיוורא (או להיפך) - כל אלה בגדר דק-מן-הדק-עד-אין-נבדק על-ידי בית-משפט יותר גבוה שלא שמע ולא ראה את העד שהעיד".

לא הוצגו כל סתירות משמעותיות בעדויות החיילים, ולא הועלו כל תמיהות שיש בהן כדי לקעקע את המסקנה בדבר אמינות החיילים וגרסתם הבסיסית. מציאת מטען צינור עם פתיל הצתה בסמוך למקום נפילתו של המשיב – מטען שברור כי הכיל חומר נפץ בעל עוצמה – מחזקת עד מאוד את דברי החיילים בראיה חיצונית-אובייקטיבית. האפשרות שהועלתה על ידי ההגנה כי המדובר במטען שנתר שם ואינו קשור למשיב, נראית קלושה לכל היותר.

גם מחדלי החקירה עליהם הצביעה ההגנה אינם פוגמים במידה כלשהי באמינות ובמהימנות עדויות החיילים. כידוע, מחדל חקירה, כשלעצמו, אינו מוביל מניה וביה לזיכוי. המבחן הוא האם בשל מחדלים אלה "נפגעה יכולתו של הנאשם להתמודד כראוי עם חומר הראיות שעמד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, כמו גם זכותו להליך הוגן" (ע"פ 5373/12 אבורמד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015)). גם כאשר ישנם מחדלים ראייתיים מסויימים, הדגש הוא "היש הראייתי", כאשר על בית המשפט לשאול את עצמו האם הוצגו ראיות מספיקות כדי לבסס את הרשעתו של הנאשם מעבר לספק סביר (ע"פ 6468/13 צרפתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.5.2015)).

יש לומר כי התביעה מסרה שלאחר שהועלתה בידי ההגנה הטענה לקיום תיעוד מצולם ממצלמות אבטחה במקום, ביקשה לבדוק אם קיים תיעוד כזה, אולם קיבלה לכך תשובה שלילית. אי קיום תיעוד כזה, אינו מצדיק במקרה זה מסקנה לטובת המשיב דווקא, ואינו גורע ממהימנות שניתנה לעדויות החיילים. אין מדובר בתיעוד שבכוונת מכוון אין מציגים אותו, אלא בהעדר תיעוד שכזה, ומכאן כי לא ניתן להסיק מעובדה זו דבר.

באותה מידה, אי מציאת מצית, שהינו חפץ קטן, באזור לא מואר, בתנאים מבצעיים לא פשוטים וכשבמקום מטען חבלה הדורש טיפול, אין פירושה כי כזה לא היה, אלא רק כי לא נמצא. אין להסיק מכך כי ניסיון ההצתה של המטען לא התרחש או כי לא המשיב הוא זה שניסה להציתו. עדות החיילים על כך שדאגו בראש ובראשונה לטפל במשיב שנפצע כתוצאה מהירי ולא עסקו בחיפוש ראיות, הינה עדות לחשיבה והתנהלות ראויות ומוסריות, גם כאשר הפצוע הוא אדם שרגעים ספורים קודם לכן ניסה לידות מטען חבלה.

לפיכך, המחדלים עליהם הצביעה ההגנה אינם מחדלים משמעותיים. אין בהם כדי לעורר ספק באמינות עדויות החיילים או בגרסה העובדתית שהתקבלה על ידי בית משפט קמא, ואין הם מגיעים כדי פגיעה בזכותו של המשיב להליך הוגן. במקרה זה, אין במחדלים הנטענים על ידי ההגנה כדי לשלול כהוא זה את תוקפו של ה"יש הראייתי" כפי שנקבע בהכרעת בית משפט קמא.

מכאן כי דין ערעור ההגנה, ככל שזה מכוון להכרעת הדין, להידחות.

ערעור התביעה - המסקנות הנובעות מהעובדות שהוכחו

כאמור, בית משפט קמא קבע כי המשיב היה אחד משלושה שהתקרבו בהליכה שפופה וחשודה לאורך הגדר החיצונית של בית הספר סמוך לכביש ולחיילים. במרחק של כ-30 מטרים מהם ניסה המשיב פעמיים להצית מטען צינור שהחזיק בידו. החיילים ביצעו ירי לעבר המשיב בטרם הספיק להצית את המטען ולידותו. אלה העובדות שהוכחו לדעתו של השופט קמא.

ערעור התביעה מכוון רובו ככולו נגד המסקנה שבאה בעקבות מסכת עובדתית זו, ולפיה לא הוכח שהמשיב התכוון לידות את המטען שהחזיק לעבר אדם או רכוש. לטענת התביעה, מרצף הפעולות שביצע המשיב, עולה בבירור כי התכוון לפעול במטרה לפגוע באדם או רכוש. התזה שהוצעה על ידי בית המשפט, לפיה המשיב התכוון לידות את המטען לעבר הוואדי הסמוך, אינה נתמכת בראיה כלשהי, לרבות לא בעדות המשיב עצמו שהכחיש כל קשר לאירוע וטען כי נורה לאחר שהלך לתומו לבדו במקום.

לדעת בית משפט קמא, ישנה אפשרות שהמשיב שאף ליידות את המטען לעבר שטח פתוח (הוואדי) בין בית הספר לבין היישוב בית אל. בעיני השופט קמא, זוהי האפשרות הפחות מחמירה מבין שאר האפשרויות שהועלו על ידי התביעה בסיכומיה, ועל כן יש להניח לטובת המשיב כי זה מה שהתכוון לבצע, "כחלק" מבדיקה של שטח" כדי לבחון אם כוחות צה"ל יגיעו למקום".

מסקנתו של בית משפט קמא אינה כזו הנובעת מהתרשמות בלתי אמצעית מהעדויות שבפניו, אלא מבוססת על שיקולים שבהגיון. בקביעות מסוג זה, אין לערכאה הראשונה יתרון על ערכאת הערעור, וזו יכולה במקרים המתאימים להתערב בממצאים הנקבעים על רקע זה (ע"פ 8902/11 חזיזה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.11.2012)).

אקדים ואומר כי לטעמי בית משפט קמא שגה במסקנתו האמורה, ובעיקר בכך שהתעלם מהשתלשלות העניינים שקדמה לניסיון ידוי המטען – השתלשלות המקימה חזקה עובדתית של כוונה לידות את המטען במטרה לפגוע באדם או רכוש. משקמה חזקה כזו, שגה בית משפט קמא כשהעניק משקל של ממש לאפשרות תיאורטית קלושה ורחוקה שלא הועלתה כלל על ידי ההגנה, באופן הסותר את חזקת הכוונה במקרה זה.

כאמור, הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא מתייחסים לקבוצה של שלושה אנשים, אשר נעים בהליכה שפופה, בזהירות, תוך הפניית מבטים לצדדים, לאורך חומה חיצונית של בית ספר, ומתקרבים סמוך מאוד לכביש ולקבוצת חיילים הממוקמת לידו. במרחק קצר מהכביש ומהחיילים, שניים מהשלושה מתרחקים קמעה, ואילו השלישי, הוא המשיב שלפניי, מנסה להצית מטען צינור בעל עוצמה המופעל בפתיל הצתה. בטרם הצליח להצית את המטען ולידותו, מבצעים החיילים ירי לעברו. קביעות אלה של בית משפט קמא מבוססות על ראיות ישירות. הקושי שנותר הוא מהו היסוד הנפשי שליווה את מעשיו של המשיב, שהוכחו, כאמור, בראיות ישירות.

איננו יודעים מה הייתה כוונתו של המשיב. המשיב כאמור, הכחיש כל קשר לאירוע וטען כי יצא לטיול לבדו ונורה במקרה. גרסה זו נדחתה כלא אמינה. כיצד לפיכך ניתן להסיק מה הייתה כוונתו של המשיב?

במקרה זה, כבמקרים אחרים, הכלי המשפטי המתאים הוא חזקות עובדתיות הנובעות מניסיון החיים והשכל הישר, כמו למשל חזקת הכוונה. חזקה זו קובעת כי אדם המבצע פעולה מודע לטיב הפיזי של מעשיו ובכלל זה מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשים אלה (ראו [ע"פ 4277/12](#) **בכוראשוילי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.7.13); [ע"פ 10423/07](#) **מדינת ישראל נ' סיטרין** (פורסם בנבו, 11.6.2008). יתר על כן, לעתים ניתן להסיק מהנסיבות עצמן מהי המטרה שהתלוותה למעשים ([ע"פ 8871/05](#) **שגולוף נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.3.2007), לעניין האפשרות להסיק את הלך הרוח מנסיבות האירוע).

כאמור, הנסיבות במקרה זה מלמדות לדעתי על כוונה לידות לעבר אדם או רכוש – בין אם החיילים ובין אם הכביש. השילוב של התקרבות בהליכה שפופה תוך הליכה שמטרתה להסתיר את המשיב וחבריו ממי שנמצא בכביש, או יכול לצפות עליהם, והסמיכות הפיזית לכביש ולחיילים, כמו גם אמצעי הלחימה המשמעותי שהחזיק בידיו, מלמדים במובהק כל כוונה להשליך את המטען לעבר מטרה פיזית. לכל הפחות, קמה ועולה חזקה עובדתית כי זו הייתה מטרת המשיב וחבריו. לא מצאתי בתשתית הראייתית שהוצגה בערכאה הראשונה אינדיקציה כלשהי לכך שהמשיב ביקש לערוך "ניסוי כלים". כלל הנסיבות האופפות את האירוע מצביעות באופן מובהק על כוונה אחרת. יתר על כן, לא ברור מדוע יידוי המטען לעבר הוואדי היו אפשרות ריאלית, לאור העובדה כי הוא נמצא במרחק מאות מטרים מהיישוב בית אל. אף לא ברור לי מדוע בשביל לערוך "ניסוי כלים" בשטח שלא אמור להיות קרוב לגורמי ביטחון, הגיעו המשיב וחבריו בצמוד לחומת בית הספר בתנועה שפופה, ולא באו מעומק השטח ללא חשש.

לכל הפחות, גם אם נאמר כי קיים ספק כלשהו לגבי האפשרות כי המשיב וחבריו התכוונו לידות את המטען לעבר החיילים, הרי ברור מהמרחק בו היו מציר התנועה, כי לכל הפחות התכוונו ליידותו לעבר הכביש, ודי בכך כדי להוכיח את יסודות העבירה של יידוי חפץ נפיץ בחלופה של יידוי לעבר רכוש.

מאחר שמנסיבות האירוע עולה באופן ברור החזקה כי המשיב התכוון לידות לעבר אדם ולכל הפחות לעבר רכוש, עובר הנטל לסתור את החזקה למשיב. ודוק: המדובר בחזקה עובדתית הניתנת לסתירה, אולם על מנת לסתור אותה, לא ניתן להעלות השערה חסרת ביסוס בראיות. מרגע שחזקה זו קמה, היה על המשיב לסתור אותה, למשל באמצעות העמדת גרסה ממנה ניתן ללמוד כי היה בכוונתו לידות לעבר הוואדי. המשיב לא עשה כן. הוא הרחיב את יריעת המחלוקת. לו היה מעלה גרסה כזו, ניתן היה לבחון אותה במבחן החקירה הנגדית, ובית המשפט היה יכול להחליט לאמצה אם היה נותן בה אמון ובכך לסתור את חזקת הכוונה. כפי שצויין בע"פ [6952/07](#) **רפאילוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.6.2010), בפסקה 22:

"אכן המשפט אינו משחק, ואין די – גם במשפט הפלילי – להעלות תזות עובדתיות חלופיות לגביהן לא הייתה לתביעה הזדמנות לחקור, וממילא לא הייתה לערכאה הדיונית אפשרות להתרשם, כדי להביא לזיכוי של נאשם"

משבחר המשיב להרחיב את יריעת המחלוקת, אין מה שיסתור את חזקת הכוונה ואת המסקנה ההגיונית הברורה העולה מהמסכת הנסיבתית במקרה זה. בהעדר גרסה נגדית או כל תימוכין חיצוני אחר, הרי שהעלאת השערה קלושה, שאינה נתמכת בתשתית העובדתית, חוטאת למסקנות הברורות העולות מחזקת הכוונה במקרה זה.

בהקשר זה ראוי להפנות לע"פ 417/83 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 670, שם נקבע כי:

"ההכחשה הטוטאלית נושאת עמה לעתים תוצאות לוואי ראייתיות, השוללות העלאתה המאוחרת של טענה חלופית הסותרת את ההתכחשות הכוללת... ניתן לומר, כי ככל שיריעת ההכחשה רחבה וטוטאלית יותר, כך גם מתקצרת האפשרות לבנות תיזה אמינה, הבנויה על הודאה חלופית חלקית בעובדות תוך סיוג קיומה של מחשבה פלילית".

יודגש, ייתכנו מקרים בהם בית המשפט יכול להעלות מיוזמתו קו ההגנה חלופי, אולם זה מחייב עיגון בחומר הראיות וחייב להיות סביר (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.2011); עניין רפאילוב, לעיל). כאשר קו ההגנה שולל כל קשר לאירוע, וכאשר הוכח בראיות ישירות כי המשיב היה באירוע והוא זה שניסה להצית את מטען הנפץ, העדר התייחסות של המשיב ליסוד הנפשי שלו מקום בו הדבר מתבקש, אומרת דרשני.

האפשרות עליה ביקש בית המשפט להסתמך לא רק שלא הועלתה על ידי המשיב עצמו, אלא היא כשלעצמה חלשה. לכאורה, בהתאם לגישת בית משפט קמא, במקרה בו אדם מתקרב לחייל בריצה, צועק "אללה אכבר", שולף אקדח טעון, מכוונו לעבר החייל ובטרם הספיק לירות נורה בעצמו, לא ניתן להרשיעו בניסיון לרצח, שכן תיאורטית יכול להיות שהוא רק ביקש להפחיד את החייל. בכל הכבוד, גם אם אפשרות זו קיימת, נדרש בסיס להוכחתה, על מנת לסתור את מכלול הנסיבות המצביע על כוונת קטילה. הרוצה שישקלו אפשרות תיאורטית חלשה ורחוקה, שאינה נתמכת בחומר הראיות, לכל הפחות יטען זאת ויעמוד לחקירה נגדית.

כאן, כאמור, המארג הראייתי מקים חזקה עובדתית לפיה מטרתו של המשיב הייתה לידות את המטען לעבר אדם או רכוש על מנת לגרום נזק. אין כל בסיס לסתור חזקה זו, והאפשרות אותה העלה בית משפט קמא הינה קלושה לכל היותר, ובודאי שאינה מקימה ספק סביר. מכאן כי בית משפט קמא שגה במסקנתו המשפטית-עובדתית באשר לאפשרות הרשעתו של המשיב בעבירה של יידוי חפץ נפיץ.

משהוכחו כל יסודות העבירה של יידוי חפץ נפיץ, יש להרשיע את המשיב בעבירה זו, כפי שיוחס לו.

סוף דבר

לא מצאתי עילה להתערבות בממצאי המהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הראשונה באשר לאמינות עדי התביעה, ומאידך, לחוסר האמינות של המשיב במסגרת פרשת ההגנה. אף לא מצאתי עילה להתערבות בממצאים העובדתיים שנקבעו בעקבות ניתוח עדויות החיילים וחבלן המשטרה. גם מחדלי החקירה שנטענו, אינם כאלה המערערים ממצאים אלו או את המסקנה כי המשיב הגיע למקום עם שניים נוספים כשברשותו מטען צינור, ניסה להציתו פעמיים, ונורה בטרם הספיק להציתו ולהשליכו. מכאן כי לא מצאתי הצדקה לקבלת ערעור ההגנה.

לעומת זאת, מצאתי טעם רב בערעור התביעה. בית משפט קמא מצא לנכון לזכות את המשיב מעבירה של ניסיון ליידוי חפץ נפיץ לאחר שהעלה אפשרות תיאורטית קלושה כי המשיב ביקש ליידות את המטען לעבר הוואדי, ולא לעבר אדם או רכוש. אפשרות זו לא נטענה על ידי המשיב במסגרת פרשת ההגנה – המשיב הרחיב את יריעת המחלוקת וטען כי היה במקום לבדו ונורה ללא סיבה – אלא הועלתה כאפשרות שנראתה סבירה לבית משפט קמא. הגעתי למסקנה כי נסיבות המקרה, לרבות דרכי ההגעה של המשיב ושותפיו למקום, אופן התנהגותם עד שהחיילים ביצעו את הירי, כמו גם הקרבה לכביש ולחיילים מקימים במקרה זה את חזקת הכוונה, ולפיה המשיב התכוון ליידות את המטען לעבר אדם או רכוש.

על מנת לסתור חזקה זו, לא די בהעלאת אפשרות תיאורטית שלא נתמכת בראיה כלשהי ואף לא הועלתה על ידי ההגנה. לכל הפחות, על מנת לסתור חזקה עובדתית זו, היה על המשיב להעלות טענה זו בעצמו במסגרת פרשת ההגנה, לעמוד לחקירה נגדית, ולא להרחיב את יריעת המחלוקת. לנוכח חזקה זו, שלא נסתרה, הרי שיש להרשיע את המשיב גם בעבירה של יידוי חפץ נפיץ. אשר על כן אני מקבל את ערעור התביעה ומורה על הרשעתו של המשיב גם בעבירה של יידוי חפץ נפיץ.

בהתאם להסכמת הצדדים, התיק יוחזר לערכאה הראשונה לצורך גזירת עונשו של המשיב בפני אותו מותב. למען הסר ספק, המשיב יישאר במעצר עד החלטה אחרת.

ניתן היום, 06 ביולי 2015, י"ט בתמוז התשע"ה, בפומבי ובמעמד הצדדים.

המשנה לנשיא

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

צבי לקח 1887/15-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה