

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 10110/03

ע"פ 10159/03

בפני : כבוד הנשיא (בדימי) א' ברק
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

המערער בע"פ 10110/03 : עופר גמליאל

המערערים בע"פ 10159/03 : 1. שלמה דביר (זליגר)
2. ירדן מורג

נ ג ד

המשיבה בע"פ 10110/03 : מדינת ישראל
ובע"פ 10159/03 :

ערעורים על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 30.09.2003 בת.פ.ח. 5034/02
שניתנו על ידי כבוד השופטים : י' הכט, מ' רביד, י' צבן

תאריך הישיבה : י"א באלול התשס"ה (15.09.2005)

בשם המערער : ע"פ 10110/03
עו"ד יאיר גולן ; עו"ד נחשון שוחט

בשם המערער 1 : ע"פ 10159/03
עו"ד נפתלי ורצברגר

בשם המערער 2 : ע"פ 10159/03
בעצמו

בשם המשיבה בע"פ 10110/03 : עו"ד יהושע למברגר
ובע"פ 10159/03 :

בשם שרות המבחן : גב' ג'ודי באומץ

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

המערערים בשני הערעורים שלפנינו הורשעו על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים י' הכט, מ' רביד וי' צבן) בעבירות של ניסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובעבירות בנשק לפי סעיף 144(ב) לחוק הנ"ל, לאחר שנקבע כי ניסו לבצע פיגוע באמצעות עגלת תופת ליד בית הספר לבנות בשכונת א-טור שבמזרח ירושלים. בית המשפט קמא גזר על המערער 1 בע"פ 10159/03 (להלן: שלומי) ועל המערער בע"פ 10113/03 (להלן: עופר) עונש של 15 שנות מאסר בפועל. על המערער 2 בע"פ 10159/03 (להלן: ירדן) נגזרו 12 שנות מאסר בפועל. שלומי ועופר מערערים בפנינו הן על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, והן על גזר הדין בעניינם. ירדן איננו מערער על הרשעתו וערעורו מתייחס אך לעונש שהושת עליו.

הרקע עובדתי ופסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. על-פי ממצאי בית המשפט קמא, אשר קבע כי הוכחו עובדות כתב האישום; ביום 29.4.02 לפנות בוקר קשרו שלומי וירדן עגלה ובה מטען חבלה, שהכינו מבעוד מועד, לעמוד חשמל בסמוך לבית הספר לבנות בשכונת א-טור שבמזרח ירושלים. לאחר שעזבו את העגלה במקום הם החליטו לחזור ולנקב את אחד מצמיגי העגלה. בשלב זה עוררו השניים את חשדם של שני שוטרים, שכבר הבחינו בהם זמן מה קודם לכן ושוחחו עימם. השוטרים ערכו חיפוש על ירדן ושלומי ועל הרכב בו נסעו, ובעקבות החיפוש נמצאו ברשותם תת מקלע מסוג "עוזי" ואקדח. השניים נעצרו וחבלן הוזעק למקום. לאחר שירדן ושלומי הופרדו זה מזה מסר ירדן לשוטרים כי בעגלה יש מטען ולבנת חבלה, ואף שיתף פעולה עם החבלן שהגיע למקום בפירוק המטען. המטען היה מורכב משתי לבנות חבלה ומנפצים וצורפו אליו שתי חביות של סולר מעורבב בבנוזין, שני מיכלי גז גדולים ומספר קילוגרמים של ברגים. אחת מלבנות החבלה הוצמדה לחבית דלק והאחרת למיכל גז. שלומי וירדן נעצרו, אפוא, לאחר שנתפסו על ידי שוטרים במקום הנחת המטען. עופר, שנטל חלק בהכנת המטען ובתכנון הפיגוע, נעצר שלושה ימים מאוחר יותר, ביום 2.5.02. כתב אישום נגד השלושה בכל הנוגע לניסיון הפיגוע הוגש ביום 28.5.02. מאוחר יותר תוקן כתב האישום והוסף לו אישום הנוגע רק לירדן ובו הואשם בהחזקת אמצעי לחימה מסוגים שונים ובהעברת נשק שלא כדין לנועם פדרמן.

2. הרשעתם של המערערים התבססה בעיקרה, בנוסף לעצם תפיסתם של ירדן ושלומי במקום המיועד לפיגוע, על הודעות המערערים בחקירות שנערכו להם בשב"כ ובמשטרה. בהודעותיהם פירטו המערערים את השתלשלות העניינים שהביאה לביצוע ניסיון הפיגוע על ידם. בית המשפט המחוזי מצא כי יש להעדיף את הודעות המערערים בחקירותיהם על עדויותיהם בפני בית המשפט, והסתמך על הודעות אלה בקביעת הממצאים העובדתיים. על-פי ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי החלו שלומי ועופר להיפגש במהלך חודש פברואר או ראשית חודש מרץ 2002. שיחותיהם, שהחלו כשיחות כלליות על פיגועים שבהם נהרגו אנשים קרובים או מוכרים להם, עברו בהדרגה לעסוק בהכנת מטען חבלה שמטרתו לפגוע בערבים. סוג המטען והרכבו נקבעו על ידי עופר שהוא המבוגר מבין המערערים ובעל ניסיון "מקצועי" רלוונטי עקב שירותו הצבאי בהנדסה קרבית. האתר שנועד לביצוע הפיגוע, סמוך לבית הספר בא-טור, נבחר לאחר כמה סיורים במקום שנערכו על ידי שלומי, עופר ושותף אחר בקשר שלא היה נאשם עם המערערים בפני בית המשפט קמא (להלן: השותף). עופר, שלומי והשותף בחרו את האתר המיועד לפיגוע לאחר שהתברר להם כי יהודים אינם נוהגים לנסוע בכביש שנמצא במקום ושאינן שם סיורים של המשטרה ושל משמר הגבול. השעה שבה אמור היה המטען להתפוצץ - 7:25 בבוקר - נקבעה לאחר שהתברר למתכנני הפיגוע שסיירו במקום כי בשעה זו יש במקום תנועה ערה של הולכי רגל ותלמידות המגיעות לבית הספר. אחד הסיורים נערך לאחר שנכנס לתוקפו שעון הקיץ באותה שנה, וזאת על מנת לוודא שאין צורך לשנות את השעה שנבחרה לביצוע הפיגוע. השותף הוא שהעלה את הרעיון לבצע את הפיגוע באמצעות עגלה שבה יוטמן המטען. העגלה הראשונה שיועדה לביצוע הפיגוע שהובאה על ידי השותף, לאחר שנגנבה מערבי, נפסלה כי הייתה פתוחה. לאחר מכן הביא השותף עגלה אחרת, שנגנבה ביום 8.4.02. עגלה זו הוצבה בחניון ליד בית המשפט העליון, שם ראה אותה שלומי ביום 11.4.02. לאחר שהשיגו עגלה מצאו שלומי ועופר שתי חביות ריקות, שאותן התכוונו למלא בדלק. כמו כן רכשו השניים בניזין בתחנות דלק שונות כדי שלא יעוררו חשד. הסולר שהוסף לחביות הדלק סופק על ידי עופר שהיה לו מיכל סולר בחצרו. מיכלי הגז, בהם נעשה שימוש בניסיון הפיגוע, נרכשו על ידי ירדן, שהצטרף לקשר בשלב מאוחר יותר. שתי לבנות החבלה והנפצים נמסרו לשלומי על ידי השותף. שלושה שבועות לאחר מכן, מספר ימים לפני יום העצמאות, פנה השותף לשלומי וביקש ממנו כי יחזיר לו את אחת מלבנות החבלה ונפץ כדי שחברו שהכין שעון, שאמור להיות חלק מהמטען, יעשה את החיבורים הנדרשים. לאחר יום העצמאות הביא השותף לשלומי תיק שחור, שבו היה המטען שהורכב משעון, סוללה של מכשיר קשר, נפץ, פתיל רועם ושתי לבנות חבלה. כן הביא השותף לשלומי שקית עם ברגים וארבעה מנעולים לעגלה,

כדי שלא יראו מה יש בתוכה. שלומי הביא את התיק לעופר וזה הזדעזע מכך שהנפץ היה מחובר לפתיל הרועם, ולכן הפריד את הנפץ והניח אותו במקום אחר. עוד באותו יום העביר עופר את התיק למחסן בכניין המגורים של הוריו בירושלים, ושם הניח במקומות נפרדים את המטען ואת הנפץ. ירדן צורף לקשר ב-15 או ב-16 לאפריל 2002. שלושת המערערים התגוררו בישוב בת-עין וירדן צורף לקשר כיוון שהייתה לו גישה לרכב הביטחון של אביו, שהיה רכז הביטחון (הרבש"צ) של הישוב. המועד המקורי שבו התכוונו המערערים להניח את מטען החבלה היה בלילה שבין ה-23.4.02 ל-24.4.02. ביום 23.4.02 בשעות הלילה העמיסו שלומי ועופר על רכבו של עופר חביות שמילאו בבנזין ובסולר ונסעו מהישוב בת עין לחניון שליד בית המשפט העליון בו הוצבה העגלה. עופר פסל את העגלה משום שחשש כי הפתח בדופן העגלה, שנועד למרכז את ההדף בגובה הרחוב ולמנוע את פיזורו, יחשוף את העגלה כעגלת נפץ. ירדן פסל את העגלה מאותה סיבה והתאכזב מכך שאין בעגלה מיכלי גז. בסופו של דבר החליטו המערערים שלא לבצע את הפיגוע באותו לילה והם חזרו לישוב בת עין והטמינו את המטען במקום מסתור בישוב. בימים שחלפו לאחר מכן לא הצליחו המערערים לתאם ביניהם מועד יציאה לפיגוע. בין היתר נפסלה האפשרות לצאת בלילה של יום חמישי, 25.4.02, משום שחששו שכיום שישי שהוא יום שבתון למוסלמים לא תהיה תנועת הולכי רגל במקום שיועד לפיגוע. במוצאי שבת 27.4.02 נסעו ירדן ושלומי עם רכב הביטחון של הישוב בת עין לחניון בו חנתה העגלה, הביאו משם את העגלה והעמידו אותה מאחורי מבנה תעשייה בבת עין. השניים נפגשו שוב בערב למחרת ביום 28.4.02. ירדן ניגש בישוב לביתו של אדם בשם שמואל מנצורה לקנות מיכלי גז, לאחר שלא עלה בידו לרכשם בירושלים. שני המיכלים נרכשו מאשתו של מנצורה והועמסו על ידי ירדן ושלומי על רכבו של ירדן. משם נסעו ירדן ושלומי והעמיסו על העגלה את שתי החביות, שני מיכלי הגז והברגים וכן סתמו את החתך שנעשה בדופן העגלה. השניים לבשו כפפות בעת שהעמיסו את החביות והמיכלים על העגלה ובסיום העבודה אף ניגבו את טביעות אצבעותיהם מהעגלה. בשעה 1:00 באותו לילה הגיעו ירדן ושלומי לביתו של עופר. הלה הפתיע אותם בכך שאמר להם שהרב שלו אסר עליו לחלוטין להשתתף בהתארגנות. עם זאת, ניאות עופר להדריך את ירדן ושלומי כיצד להגיע למחסן בו הוטמנו חומרי הנפץ, נתן להם מפתח למחסן, וכן הסביר להם בעזרת שרטוטים את אופן הפעלת המטען, ובכלל זה את כיוון השעון ואת החיבורים לנפץ, לפתיל הרועם, לשעון ולמקור המתח. לאחר מכן לקחו ירדן ושלומי את רכב הביטחון של הישוב, קשרו אליו את העגלה ונסעו למחסן בירושלים אליו הדריך אותם עופר. לאחר שהגיעו למחסן הרכיב ירדן את המטען (מלבד חיבור הנפץ) וכיוון את השעון לשעה היעודה. ירדן גם הרכיב את שתי לבנות החבלה, האחת על אחת מחביות הדלק והאחרת על אחד ממיכלי הגז. לפי בקשתו של עופר מחקו ירדן ושלומי את טביעות

אצבעותיו מהשעון שחובר למטען. לאחר שסיימו את הרכבת המטען יצאו ירדן ושלומי לדרכם. הם נסעו לכיוון ישיבת "בית אורות" שליד הר הצופים, ולאחר שנחלצו משני שוטרים שעצרו אותם בסמוך לישיבה חיבר ירדן את הנפץ, והם המשיכו בדרכם למקום המיועד לפיגוע. משהגיעו ירדן ושלומי למקום קשר שלומי את העגלה שבה הוטמן המטען לעמוד והשניים עזבו את המקום. אולם, אחרי שנסעו כ-200-300 מטר חזרו למקום על מנת לנקב חור באחד מצמיגי העגלה, כדי שייראה כאילו העגלה חונה במקום בגלל הנקר בצמיג. אז נעצרו השניים, כפי שתואר בפיסקה 1 לעיל, על ידי שני השוטרים שהבחינו בהם קודם לכן. בסופו של דבר פורק המטען על ידי חבלן משטרה שהוזעק למקום. ירדן סייע, כאמור, לחבלן לנטרל את המטען אולם שלומי סרב לעשות כן.

3. ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי, כפי שפורטו לעיל, מבוססים, על הודעות המערערים בחקירותיהם, ובעיקר על הודעותיהם של ירדן ושלומי. בעדויותיהם בבית המשפט חזרו המערערים על עיקרי הודעותיהם בחקירות שנערכו להם. עם זאת, הציגו המערערים בעדויותיהם קו הגנה שלא הועלה על ידם קודם לכן. קו ההגנה היה מבוסס על הטענה שלא הייתה למערערים כוונה לפגוע בבני אדם אלא רק ליצור אפקט תקשורתי והרתעתי; ולכן הסוללה שהייתה מקור המתח של המטען רוקנה או הוחלפה, כך שהמטען היה למעשה מטען דמה. גירסה זו של המערערים, לפיה הסוללה לא אמורה הייתה לפעול, נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בהיותה גירסה כבושה שלא הועלתה על ידי המערערים במהלך חקירותיהם או בפני השופטים שדנו בהליכי מעצמם. משלא הובא על ידי המערערים הסבר משכנע לכבישת הגירסה מצא בית המשפט המחוזי כי אין לתת אמון בגירסה זו. בית המשפט ציין עוד, כי גירסת המערערים בכל הנוגע לאי תקינות הסוללה הועלתה רק לאחר שהמומחה מטעם ההגנה ציין בחוות דעתו כי נפל פגם בסוללה. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי גירסאות המערערים בעדויותיהם נתפרו בעקבות חוות דעתו של המומחה מטעמם ויש לייחס להן משקל אפסי. עוד קבע בית המשפט המחוזי כמימצא עובדתי שהסוללה נפגמה במהלך נטרול המטען על ידי הרובוט המשטרה. אולם, הוא העיר כי אף אם הסוללה נפגמה מסיבה אחרת, הרי המערערים לא היו מודעים לפגם זה והאמינו שהמתקן תקין ואמור להתפוצץ. בנסיבות אלה מדובר בניסיון כשל, שלפי הוראת סעיף 26 לחוק העונשין אין בו כדי למנוע הרשעה בניסיון לביצוע עבירה. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי כי יש להעדיף את גירסת המומחה מטעם התביעה, לפיה לו היה המטען מתפוצץ היו נגרמות אבידות בנפש בטווח של מספר מטרים, על פני חוות דעת המומחה מטעם ההגנה, שלפי עמדתו מדובר היה במטען ראוה בלבד שלא היה גורם לאבידות בנפש. עוד ציין בית המשפט המחוזי בפסק דינו כי קיימות סתירות בגירסאות

המערערים עצמם באשר לטענתם כי לא הייתה להם כוונה להרוג בני אדם, שכן לא הוברר האם כוונתם הייתה לפיגוע ראוותני של יצירת "עמוד אש" לצרכי הרתעה או שהוסכם על נטרול המטען כדי למנוע הרג. בית המשפט המחוזי ציין, כי הדרישה לתוספת ראייתית של "דבר מה נוסף" הנדרשת לשם הרשעת המערערים על סמך הודאותיהם מתקיימת במקרה דנן שכן ההודאה של כל אחד מהמערערים תומכת בהודאותיהם של המערערים האחרים. כן ציין בית המשפט כי ניתן למצוא "דבר מה" גם בכך שהמערערים הודו בבית המשפט בחלקים המהותיים של אמרותיהם בחקירות, ובשקריהם באשר לנטרול המטען. בית המשפט המחוזי דחה טענות שהועלו מצידו של עופר כי יש לראותו לכל היותר כמסייע ולא כמבצע עיקרי וכי הוא זכאי לפטור עקב חרטה. בית המשפט קמא קבע כי עופר היה שותף הן לתכנון הפיגוע והן להוצאתו אל הפועל, ולכן יש לראותו כחלק מהמעגל הפנימי של השותפים לעבירה, על אף שלא נטל חלק בהטמנת המטען. טענתו של עופר לפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין נדחתה, לאחר שבית המשפט המחוזי קבע כי הוא לא עשה דבר למניעת השלמת תוצאות העבירה. אף לאחר שהודיע לירדן ולשלומי כי אינו רוצה ליטול חלק בביצוע הפיגוע, הוא נתן להם הסברים מפורטים בנוגע לאופן חיבור המטען והדריך אותם כיצד להגיע למחסן בו הוטמנו חומרי החבלה. להסברים אלה של עופר, כך קבע בית המשפט המחוזי, הייתה תרומה משמעותית להשלמת העבירה ובנסיבות אלה הוא אינו זכאי לפטור עקב חרטה.

4. משדחה בית המשפט המחוזי את טענות ההגנה של המערערים הוא מצא כי הוכח מעבר לספק סביר שהתקיימו בעניינם היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עבירת הניסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק העונשין. אשר ליסוד העובדתי ציין בית המשפט המחוזי כי הדגש בעבירת הניסיון הוא על כך שהפעולות שבוצעו הן חלק מסדרת פעולות שאלמלא הופרעו היו מקיימות את היסוד העובדתי של העבירה, ומצא כי דרישה זו קוימה במקרה דנן. בכל הנוגע ליסוד הנפשי של העבירה התבסס בית המשפט המחוזי על ההלכה לפיה המצב הנפשי שצריך להתקיים בעבירת הניסיון הוא המצב הנפשי הדרוש להרשעה בעבירה המושלמת, ועל מבצע עבירת הניסיון לרצח בעבירה המושלמת. עם זאת, באשר לעבירת הניסיון לרצח, שהיא עבירת ניסיון מיוחדת ציין בית המשפט המחוזי בהסתמך על פסיקתו של בית משפט זה כי נדרשת אמנם כוונת קטילה אך לא נדרש יסוד נפשי של כוונה תחילה, כפי שנדרש בעבירת הרצח עצמה. בית המשפט המחוזי נדרש, אפוא, לבחון האם מחומר הראיות שהובא בפניו ניתן ללמוד כי התקיימה במערערים כוונת הקטילה הנדרשת להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח. בית המשפט למד על כוונת הקטילה של המערערים מאמרותיהם בחקירותיהם, שבהן התייחסו, בין היתר, לכוונתם לפגוע בערבים ולרצונם בנקמה. בית

המשפט קבע כי המסקנה מדברים מפורשים אלה היא כי כוונת המערערים הייתה לבצע פיגוע תופת נגד האוכלוסייה הערבית כמעשה נקמה על פיגועי הטרור שאירעו כנגד יהודים, וכי דאגתם היחידה הייתה שמא ייפגעו עוברי אורח יהודים. בית המשפט הוסיף עוד כי ניתן ללמוד על כוונת הקטילה של המערערים גם מהנסיבות האופפות את מעשיהם שמקימות חזקה שכוונתם הייתה כוונת קטילה. תכנון הפיגוע במשך כחודשיים, הכנת המטען והרכבתו, עריכת סיורים למציאת מקום "אטרקטיבי" לפיצוץ המטען ועצם הניסיון להפעיל מטען תופת בסמוך לבית ספר לבנות בשעה בה הרחוב הומה אדם מבססים לפי בית המשפט המחוזי את ההנחה כי כוונת המערערים הייתה לגרום להרג בני אדם. יצוין עוד, כי נוכח המסכת העובדתית שפורטה לעיל הורשעו המערערים גם בביצוע עבירות בנשק לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, משום שנשאו והובילו נשק שלא כדין. סוגיה נוספת בה דן בית המשפט המחוזי בהרחבה בפסק דינו, ושלגביה אין המערערים מעלים עוד טענות בפנינו, הייתה קבילות הודאותיהם של המערערים בשב"כ ובמשטרה.

5. נוסף על הרשעתו בכל הנוגע לניסיון הפיגוע הואשם ירדן גם באישום נוסף של ביצוע עבירות בנשק לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין. על-פי האישום החזיק ירדן שלא כדין בפריטי נשק מסוימים. כן הואשם ירדן בכך שהעביר בשלוש הזדמנויות שונות פריטי נשק לנועם פדרמן. ירדן הודה בהחזקת הנשק שלא כדין, אך הכחיש כי העביר פריטי נשק לנועם פדרמן. בפני בית המשפט המחוזי טען ירדן כי הרשעתו בהחזקת נשק שלא כדין מנוגדת להבטחה של פרקליט המחוז כי לא יואשם בעבירות קלות יחסית, אם יפרט את כל אירועי האלימות בהם השתתף במהלך השנים. בית המשפט המחוזי קבע כי ההסכם האמור אינו חל על העבירות בהן הואשם ירדן, ועל כן הרשיע את ירדן בעבירות אלה על-פי הודאתו. כן הורשע ירדן בהעברת פריטי נשק מסוימים שלא כדין לנועם פדרמן לאחר שהודה בכך במסגרת חקירתו במשטרה, ועל אף שהתכחש בעדותו בבית המשפט לנכונותה של הודאתו. כאמור, ירדן לא מערער בפנינו על הרשעתו אלא רק על גזר הדין שהוטל עליו.

טענות הצדדים

6. ערעורו של שלומי על הרשעתו מתמקד בטענה שלא הוכח לגביו היסוד נפשי של כוונת קטילה הנדרש להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח. שלומי אינו תוקף בערעור את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בדבר השתלשלות העניינים שהובילה לניסיון הפיגוע, אולם לטענתו העדר אימרה מפורשת או משתמעת מצידו כי רצונו היה להרוג מוכיח כי הכוונה שנלוותה למעשהו לא הייתה דווקא כוונת קטילה. שלומי טוען עוד,

כי אין מקום לעשות שימוש בנסיבות המקרה דנן בחזקת הכוונה, שכן גם אם הפיצוץ המתוכנן יצר סיכון לסביבה אין מדובר בפיגוע שהיה גורם באופן וודאי למוות. לטענתו הכוונה שעמדה ביסוד מעשיו הייתה ויזואלית בעיקרה והם נועדו ליצור הד תקשורת. בהקשר זה מבקש שלומי להתבסס על חוות דעת המומחה מטעם ההגנה שהוגשה לבית המשפט המחוזי, שלפיה סיכוי הפגיעה כתוצאה מפיצוץ המטען היה מוגבל. בערעורו של עופר על הרשעתו הטענה המרכזית היא כי בית המשפט המחוזי לא ייחס כל משקל לכך שעופר, על אף שהיה שותף לקשר, בחר בסופו של דבר להימנע מלהשתתף בניסיון הפיגוע והוא אף ניסה להניא את המערערים מלבצע את הפעולה. לפיכך, טוען עופר, כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר דחה את טענתו לפטור עקב חרטה. טענה נוספת של עופר, שאינו חולק על היותו חלק מקשר פלילי, הינה כי הקשר בין המערערים לא נקשר במקור על מנת להשיג פגיעות בנפש, אלא המטען נועד לצורך הפחדה בלבד. עופר טוען כי בנסיבות אלה לא היה מקום להרשיעו כמבצע עיקרי של עבירת הניסיון לרצח ולכל היותר ניתן היה לייחס לו עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע וביצוען של פעולת הכנה מסוימות. בהקשר זה טוען עופר כי על אף שעל-פי התכנית המקורית של הקשר הוא היה אמור להיות אחראי להכנת המטען והרכבתו, הרי בפועל הוא לא ביצע את חלקו, והמטען הוכן על ידי אדם אחר שעשה זאת מרכיבים שונים מאלה שהוצעו על ידי עופר. לחלופין טוען עופר כי היה מקום להרשיעו כמסייע בלבד, שכן מעורבותו בניסיון הפיגוע לא הגיעה לדרגה של מבצע בצוותא.

7. המדינה בתשובתה לערעור סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענת המדינה כוונת הקטילה של המערערים הוכחה כדבעי. אשר לטענת המערערים בדבר נטרול המטען לפני שהונח במקום המיועד לפיגוע טוענת המשיבה כי מדובר בגירסה כבושה שהועלתה על ידי המערערים רק במהלך המשפט ולא הוזכרה במהלך חקירותיהם או בדיונים המשפטיים בהליכי המעצר. לטענת המשיבה גירסתם של המערערים בדבר נטרול המטען עלתה רק לאחר שהתברר להם, בעקבות חוות דעת המומחה מטעמם, כי הסוללה שאמורה הייתה להפעיל את המטען לא הוציאה מתח, ולכן אין מקום לקבל גירסה זו. בכל הנוגע לעופר טוענת המשיבה כי יש לראותו כמבצע עיקרי ולא כמסייע בלבד. על מעורבותו של עופר כמבצע עיקרי ניתן לטענת המשיבה ללמוד, בין היתר, מכך שהיה שותף מלא בתכנון הפיגוע ובשמירה על מטען הנפץ, והוא אף נטל חלק בסיוור במקום המיועד לפיגוע, בהשגת החביות ורכישת הדלק ובמילוי החביות בבנזין וסולר. לטענת המשיבה אחריותו של אדם כמבצע עיקרי יכולה להיקבע גם אם לא נכח בסופו של דבר בזירת העבירה. המשיבה מדגישה בתשובתה לערעור כי אף לאחר שעופר הודיע לירדן ולשלומי כי אינו מצטרף אליהם לשם הנחת המטען, הרי הוא הנחה אותם כיצד להפעיל את המטען ואף שרטט עבורם את מבנה

המטען ואופן הרכבתו. על כן טוענת המדינה כי יש לדחות גם את טענתו של עופר לפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין.

דיון

8. כאמור, בערעוריהם לפנינו, שלומי ועופר אינם חולקים, למעשה, על כך שהם נטלו חלק בקשר להטמנת מטען חבלה בסמוך לבית הספר לבנות בשכונת א-טור. ערעורו של שלומי נסב בעיקרו על השאלה האם הוכח לגביו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח. ערעורו של עופר מתמקד בשאלה האם יש לפטור אותו מאחריות פלילית לניסיון הפיגוע משום שבסופו של דבר לא נטל חלק באירוע הטמנת המטען, וכן משום שלטענתו תפקידו בפועל בהכנת המטען לא היה תפקיד מרכזי; כן טוען הוא כי לחלופין היה מקום להרשיעו כמסייע בלבד.

עבירת הניסיון לרצח

9. עבירת הניסיון לרצח, בה הורשעו המערערים קבועה בסעיף 305(1) לחוק העונשין, ומוגדרת בזו הלשון:

305. העושה אחת מאלה, דינו - מאסר עשרים שנים:	”נסיון לרצח
--	-------------

(1) מנסה שלא כדין לגרום למותו של אדם.”

הגם שעבירת הניסיון לרצח נקבעה כעבירה עצמאית חלוצה עליה ההוראות הכלליות בנוגע לניסיון לבצע עבירה, המצויות בסעיפים 25 ו-26 לחוק העונשין (ראו, ע”פ 1639/98 דהן נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(4) 501 (להלן: עניין דהן), בעמ’ 516). הוראת סעיף 25 לחוק העונשין קובעת:

25. אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה.”	”נסיון מהו
--	------------

ואילו הוראת סעיף 26 לחוק העונשין קובעת:

<p>26. לענין נסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו."</p>	<p>"חוסר אפשרות לעשיית העבירה</p>
--	-----------------------------------

על המסגרת התוחמת את הניסיון הפלילי נאמר כך:

"היסוד העובדתי של עבירת הניסיון מחייב, אפוא, עשיית מעשה שהוא חוליה במעשים המתבצעים לקראת השגת העבירה המושלמת, מעשה היוצא מגדר הכנה ומקדם את המבצע לקראת השלמת העבירה, שלביצועה הוא שואף... בהתאם לאמור בסעיף 26 לחוק, לא נדרש כי מבחינה אובייקטיבית יבוצע המעשה בתנאים ובאמצעים המאפשרים את השלמתה של העבירה, ובלבד שהמבצע לא היה מודע לכך שהוא פועל באמצעים או בתנאים שאינם מותאמים לכך" (עניין דהן, עמ' 516).

לפיכך, היסוד העובדתי הנדרש להרשעה בעבירת הניסיון לרצח הינו כי המעשה שבוצע על ידי הנאשם ייצא מגדר פעולת הכנה בלבד ויהווה חוליה בשרשרת המעשים שאמורה להביא בסופו של דבר לביצוע העבירה המושלמת. באשר ליסוד הנפשי של העבירה נקבע בפסיקתנו, כי נדרש קיומה של כוונת קטילה מצד הנאשם, ואין די לשם הרשעה בהוכחת כוונה למעשה אלימות בלבד (ראו: ע"פ 61/51 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 1249, 1252-1253; ע"פ 394/75 דילקי נ' מדינת-ישראל, פ"ד ל' (3) 44, 50; עניין דהן, עמ' 516-517; ע"פ 4471/03 מדינת ישראל נ' קריספין, פ"ד נח(3) 277, 287).

התקיימות היסוד העובדתי של העבירה

10. במקרה דנן היסוד העובדתי של עבירת הניסיון לרצח התקיים בכך שירדן ושלומי הציבו עגלה, שבה הוטמן על ידם מטען חבלה שאמור היה להתפוצץ בשעת בוקר הומה, בסמוך לבית הספר לבנות בשכונת א-טור שבמזרח ירושלים. הצבת עגלת התופת בסמוך לבית הספר הייתה החוליה העיקרית בשרשרת הפעולות שביצעו המערערים בניסיונם לבצע פיגוע קטלני במקום, והיא מקיימת את היסוד העובדתי של עבירת הניסיון לרצח. היסוד העובדתי של עבירת הניסיון לרצח התקיים גם בנוגע לעופר, שלא השתתף בהנחת המטען עצמו, שכן, כפי שיובהר בהמשך, יש לראות את

עופר כמבצע בצוותא של העבירה. בערעוריהם של שלומי ועופר, מעלים השניים את הטענה כי המטען אמור היה לשמש לצרכי הפחדה בלבד ופיצוץו לא היה גורם למותם של בני אדם, אלא נועד אך ליצירת הד תקשורת ויזואלי. טענה זו בדבר אופי המטען ומידת הסכנה שנשקפה ממנו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי, ואף אנו איננו רואים לקבלה.

11. ראשית, במקרה שלפנינו אימץ בית המשפט המחוזי את חוות דעת המומחה מטעם התביעה, לפיה פיצוץ המטען היה גורם לאבידות בנפש בטווח של מספר מטרים והעדיפה על פני חוות דעת המומחה מטעם ההגנה, לפיה מדובר היה במטען ראויה חובבני שפיצוץו לא היה גורם למותם של בני אדם. חוות דעת המומחה מטעם ההגנה נדחתה לאחר שבית המשפט המחוזי מצא כי איננה מבוססת על תשתית עובדתית הולמת, כי היא מנוגדת לדברי המערערים בחקירותיהם בדבר מטרת המטען, וכי הניסויים שביצע המומחה מטעם ההגנה "אינם משכנעים ברמת דיוקם". על כן מצא בית המשפט המחוזי, ששני המומחים העידו בפניו, כי יש לראות בעדות המומחה מטעם ההגנה עדות סברה בלבד שיש לדחותה. במסקנות מעין אלה לא ייטה להתערב בית משפט זה בשבתו כערכאת ערעור (ראו: ע"פ 6131/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין, פ"ד נו(2) 24, 30; ע"פ 5205/06 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם), פסקה 16 לפסק הדין).

12. שנית, מקובלת עלינו מסקנתו של בית המשפט המחוזי, כי יש לדחות את טענת המערערים בדבר קיום פגם בסוללה שהייתה מחוברת למטען, שהיה בו כדי למנוע את הפיצוץ. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כממצא עובדתי שמקור הפגם שנמצא בסוללה הוא בפעולת נטרול המטען על ידי הרובוט המשטירתי, ולא בכך שאחד מהמערערים רוקן את הסוללה, החליף אותה או משום שהיא הייתה פגומה מלכתחילה. בממצא עובדתי זה איני רואה לנכון להתערב. גירסאותיהם הנפרדות של המערערים בדבר נטרול המטען על ידם בדרכים שונות נדחו על ידי בית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע, כאמור, כי מדובר בגירסאות כבושות שהוצגו על ידי המערערים רק לאחר שהתברר להם בעקבות חוות דעת המומחה מטעמם כי הסוללה פגומה. לפיכך, קבע בית המשפט המחוזי כי גירסאות המערערים "נתפרו" בעקבות חוות הדעת האמורה ואין לייחס להן כל משקל. בית המשפט ציין עוד, כי ישנה סתירה בין גירסתם האחת של המערערים, לפיה פעלו לנטרול המטען, לגירסתם האחרת, לפיה מטרתם הייתה שפיצוץ המטען ייצור אפקט תקשורתי ויזואלי. בערעור שלפנינו, עופר הוא היחיד מבין המערערים שעודנו טוען כי ניסה לנטרל את המטען. עופר טוען בהקשר זה כי פעל לריקון הסוללה, על מנת שהמטען לא יהיה כשיר להפעלה; לכיפוף הפתילים

הרועמים על מנת לגרום לנתק בגל הניפוץ; ולכיפוף רגלי הנפץ לשם יצירת נתק חשמלי. דא עקא, שעופר איננו מספק גם בערעור שלפנינו הסבר הולם לכבישת הגירסה על ידו עד לאחר קבלת חוות דעת המומחה מטעם ההגנה. כאשר נאשם כובש את גירסתו ללא הסבר מניח את הדעת התוצאה הינה כי ערכה ומשקלה של אותה גירסה יהיו מועטים ביותר (ראו: ע"פ 2014/94 סאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 624, 629; ע"פ 4297/98 הרשטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 673, 688). המקרה דנן הינו דוגמה מובהקת למצב מעין זה. גירסתו של עופר בדבר פעולותיו לנטרול המטען לא הוצגה על ידו במהלך החקירה, בהליכי הארכת המעצר או בתשובתו לכתב האישום. הגירסה הוצגה לראשונה בעדותו של עופר בבית המשפט המחוזי, וזאת לאחר שנחשף לחוות דעת המומחה מטעם ההגנה שבה צוין כי נפל פגם בסוללה. כל שטוען עופר בהקשר זה הוא כי ביקש עוד בתחילת חקירתו שהמטען לא יושמד, וכי הגיש בקשה דומה גם לבית המשפט המחוזי, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. עופר טוען כי דרישה זו מעידה על כך שהוא היה מודע לפגם במטען, שכן הוא עצמו גרם לו. אולם, עופר לא העלה בחקירתו או בבקשה שהגיש לבית המשפט כל טענה בדבר נטרול המטען, ומשום כך אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי מדובר בגירסה כבושה. לפיכך, מקובלת עלי גם מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי גירסתו הכבושה של עופר הותאמה לחוות דעת המומחה מטעם ההגנה ויש לדחותה. אף הסתירות עליהן הצביע בית המשפט המחוזי בעדותו של עופר באשר למועד נטרול המטען על ידו תומכות במסקנה כי דין גירסתו של עופר בעניין זה להידחות.

13. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כמימצא עובדתי כי הפגם שנמצא בסוללה שחברה למטען נגרם על ידי הרובוט המשטרתי שנטרל את המטען. בית המשפט הוסיף, עם זאת, כי גם אם הסוללה הייתה פגומה עוד קודם לכן אין בכך כדי לסייע למערערים, שהאמינו כי המטען תקין ואמור להתפוצץ. קביעה זו של בית המשפט המחוזי נסמכת על הוראת סעיף 26 לחוק העונשין. כאמור לעיל, סעיף 26 קובע כי עבירת הנסיון משתכללת גם אם עשיית העבירה העיקרית לא הייתה אפשרית בשל "מצב דברים" שהנאשם טעה לגביו או לא היה מודע לו. הרשעה בעבירת הנסיון אפשרית, אפוא, גם אם מבחינה אובייקטיבית התנאים הפיזיים הנדרשים להוצאה לפועל של העבירה העיקרית לא התקיימו; ובלבד שהנאשם לא היה מודע לכך שביצוע העבירה העיקרית אינו אפשרי מבחינה אובייקטיבית (ראו: עניין דהן, עמ' 516; רע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שובין, פ"ד נט(3) 931, 936-937). בנסיבות המקרה דנן אינני מוצאת מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי המערערים האמינו כי המטען תקין ואמור להתפוצץ; וכאמור לעיל, בערעור שלפנינו עופר הוא היחיד מבין המערערים שעודנו טוען לנטרול המטען. לפיכך, אף אם נפל פגם בסוללה

עוד בטרם נוטרל המטען על ידי הרובוט המשטרתי, הרי על-פי סעיף 26 לחוק העונשין אין בכך כדי לפגוע בשכלול עבירת הניסיון, שכן המערערים לא היו מודעים לפגם זה.

התקיימות היסוד הנפשי של העבירה

14. היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הניסיון לרצח הינו, כאמור בפיסקה 9 לעיל, כוונה לגרום לתוצאה קטלנית, ולשם הרשעה בעבירה אין די בהוכחת כוונת למעשה אלימות בלבד. באי-כוחם של שלומי ועופר טוענים כטענה מרכזית בערעוריהם, שלא הוכח בפני בית המשפט המחוזי, כי כוונתם בעת הנחת המטען הייתה לגרום דווקא לתוצאה קטלנית ולא להפחיד או לגרום חבלה בלבד. בית המשפט המחוזי השאיר בצריך עיון את השאלה האם "הלכת הצפיות", המעוגנת כיום בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, חלה גם עבירה של ניסיון לרצח, שכן הוא מצא כי קיימת תשתית ראייתית מספקת לביסוס המסקנה כי שלושת המערערים אכן התכוונו לגרום למותם של אנשים חפים מפשע. תשתית ראייתית זו מבוססת, הן על הודעות המערערים בחקירותיהם, בהן התייחסו לכוונותיהם בתקופה שקדמה להנחת המטען; והן על מעשיהם של המערערים, שמקימים "הנחת כוונה" שרצונם של המערערים היה לבצע פיגוע קטלני.

15. בפסק דינו הביא בית המשפט המחוזי מספר דוגמאות מהודעות המערערים בחקירותיהם, המוכיחות במשקלן המצטבר כי התקיימה בקרבם כוונת הקטילה הנדרשת להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח. בהודעות אלה התייחסו המערערים במפורש לכך שמטרת הפיגוע מבחינתם הייתה לנקום את מותם של יהודים בפיגועי טרור. המערערים תיארו בהודעותיהם את תחושות התסכול והזעם שחשו עקב פיגועי טרור שבהם נהרגו יהודים ואת התפתחות הרעיון של פיצוץ המטען כנקמה על אותם פיגועים. המערערים התייחסו בהודעותיהם במפורש לרצונם לגרום לפגיעה בערבים ונראה כי דאגתם היחידה הייתה למנוע פגיעה בעוברי אורח יהודים.

באמרותיו במשטרה התייחס שלומי לכך שהפיגוע בערבים נועד לשם נקמה על רציחתה של התינוקת שלהבת פס ז"ל. באחת מהודעותיו, מיום 8.5.02, כתב שלומי בכתב ידו כי: "כאשר עזרתי לירדן להעמיס את בלוני הגז על מכוניתו, סיפרתי לו שמקור הכסף לפי מה שידוע לי הוא יצחק פס, ולכן צריך לחשוב על הפיגוע שלנו גם כנקמה על רצח שלהבת". גם בחקירה שנערכה לשלומי במשטרה ביום 8.5.02 הוא התייחס לנושא הנקמה. לאחר שנשאל האם סיפר לירדן מיהו מקור המימון לפיגוע, ענה שלומי: "כן, סיפרתי לו שהמממן הוא יצחק פס ולכן צריך להתכוון שהפעולה היא כנקמה על רצח בתו שלהבת". התייחסות נוספת של שלומי לאופי הפיגוע המתוכנן

הייתה בחקירתו במשטרה ביום 5.5.02. בחקירה זו נשאל שלומי: "האם היית מודע למידת הנזק והפגיעה בנפש שהמטען יכול היה לגרום?". תשובתו של שלומי הייתה:

"הבנתי שפיצוץ של בלון גז עלול להיות אפקטיבי אך המעטתי בחשיבותו של מטען זה לעומת מטען תקני. אך אני מודע לכך שאילו המטען היה מופעל, יכלו להיות אבידות בנפש. ברצוני להוסיף שכמה ימים לפני הפעולה שוחחתי עם אדם בשם אפרים פילץ שהיה תושב בת עין וכיום הוא תושב ראס אל עמוד מהבתים היהודים שם, במסגרת ביקורו בבת עין והוא סיפר לי כי אף יהודי לא משתמש כיום בציר הגישה העליון לבית הקברות בהר הזיתים דרך א-טור וכל היהודים... באים מלמטה דרך כביש ראס אל עמוד ומכך הסקתי שיהודים לא ייפגעו אם המטען יתפוצץ".

אף מדבריו של עופר בחקירתו ניתן ללמוד על הלך הרוח של המערערים שהוביל לניסיון הפיגוע. בהודעתו במשטרה מיום 5.5.02 אמר עופר את הדברים הבאים:

"לא זוכר באיזה שלב דיברנו על לעשות משהו, כשהכוונה היא לעשות פיגוע. יש לדעתי דיבורים על הנושא הזה בכל מקום. זה כתוצאה מזעם, תסכול, אכזבה. אני חושב שבנקודה הזאת שלומי אמר לי שיש באפשרותו להשיג חומרי חבלה."

כשעופר נשאל בהמשך חקירתו: "האם שאלת מדוע נבחר דווקא המקום הזה?", תשובתו הייתה: "לא, אבל שאלתי אם אין סכנה שיהודים יעברו שם, שלומי אמר שיהודים בכלל לא מגיעים לשם כבר".

המסקנה העולה ממכלול דבריהם של המערערים במהלך חקירותיהם ומתיאורם את השתלשלות העניינים שהביאה לניסיון הפיגוע הינה כי כוונתם הייתה לגרום לאבידות בנפש. אמרות המערערים בכל הנוגע לרצונם בביצוע הפיגוע כנקמה על רצח יהודים וחששם כי יהודים ייפגעו בפיגוע מצביעים, כאשר מצרפים אליהם את מעשי המערערים, על כוונת הקטילה שהתקיימה בקרב המערערים. על כן לא נמצאה לנו כל עילה להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי בעניין משמעות הודעותיהם של המערערים.

16. בנוסף למסקנות שהסיק בית המשפט המחוזי מהודעותיהם של המערערים התבססה קביעתו בנוגע לכוונת הקטילה שלהם גם על ראיות נסיבתיות שונות המקימות "הנחת כוונה", שמטרתם של המערערים הייתה לגרום לאובדן חיי אדם. "הנחת הכוונה" היא חזקה ראייתית-עובדתית לפיה אדם התכוון לתוצאות הצומחות באופן טבעי ובהסתברות גבוהה ממעשיו. מערכת העובדות הנסיבתיות האופפות אירוע מסוים היא המקימה את "הנחת הכוונה". בהיותה של "הנחת הכוונה" חזקה עובדתית המבוססת על ניסיון החיים ולא חזקה משפטית חלוטה היא ניתנת לסתירה. די שהנאשם יעורר ספק סביר בראיות המקימות את החזקה, באמצעות ראיות אחרות או אף על ידי הסבריו שלו, על מנת להפריך את "הנחת הכוונה" (ראו: ע"פ 3126/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 797, 649, 638 (3); ע"פ 2316/98 טוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 797, 814; ע"פ 5446/99 אלימלך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 49, 54-55). במקרה דנן הנסיבות העובדתיות האופפות את הטמנת מטען החבלה על ידי המערערים הן המקימות את "הנחת הכוונה" בעניינם. המערערים טרחו על הכנת המטען במשך כחודשיים. המטען הורכב משתי לבנות חבלה, שני מיכלי גז, שתי חביות תערוכת של סולר וגז וברגים שנועדו להגביר את אפקט הפגיעה. המקום לביצוע הפיגוע נבחר בקפידה, לאחר שהתברר כי יהודים אינם מגיעים אליו וכי לא נערכים שם סיורים של המשטרה ושל משמר הגבול. השעון שחובר למטען כוון כך שיופעל בשעה שבה הרחוב יהיה הומה אדם. המערערים עצמם אף סיפרו כי ביטלו את יציאתם לפיגוע ביום חמישי בערב משום שחששו כי ביום שישי שהוא יום מנוחה לא יהיו אנשים רבים ברחוב. אופי המטען ומעשיהם של המערערים, בצירופם יחדיו, מקימים בענייננו את החזקה כי כוונתם של המערערים הייתה לגרום לתוצאה הטבעית של מעשיהם, שהייתה במקרה דנן גרימת מותם של תלמידות בית הספר ועוברי אורח ערביים. המערערים מצידם לא הביאו ראיה או הסבר כלשהו, שיש בהם כדי לעורר את הספק הסביר הנדרש להפרכת החזקה. לפיכך, שוכנענו כי התקיים במערערים היסוד הנפשי של כוונת קטילה הנדרש לשם הרשעה בעבירה של ניסיון לרצח.

משנמצא כי התקיימו בשלומי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הנדרשים להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח התוצאה היא כי דין ערעורו על הרשעתו להידחות. גם ביחס לעופר הוכח קיומם של היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עבירת הניסיון לרצח, אולם בענייננו עלינו לבחון טענות נוספות שלא עלו בערעורו של שלומי.

17. טענתו המרכזית של עופר בערעור שלפנינו הינה כי בית המשפט המחוזי התעלם מחלקו המוגבל בהוצאתו לפועל של ניסיון הפיגוע ומכך שבסופו של דבר בחר עופר שלא לקחת חלק בהטמנת המטען. עופר טוען כי החלטתו לצאת מן הקשר, לנתק את עצמו מן המעשה ולא להשתתף בשלב הביצוע של ניסיון הפיגוע צריכה להביא לכך שייהנה מההגנה של פטור עקב חרטה הקבועה בסעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין. לחלופין טוען עופר כי בהתחשב בחלקו המוגבל בפרשה היה מקום להרשיעו כמסייע בלבד ולא כמבצע בצוותא.

18. נדון תחילה בטענתו של עופר לפטור עקב חרטה. הגנה זו של פטור עקב חרטה מעוגנת כיום בסעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין. סעיף 28 לחוק העונשין עוסק בפטור עקב חרטה של מי שניסה לבצע עבירה. עניינו של סעיף 34 לחוק העונשין הוא בפטור עקב חרטה של מסייע או משדל שפעל למניעת ביצוע העבירה. מההבדלים הקיימים בלשון שני הסעיפים עולה, לכאורה, כי אין זהות בין המבצע לבין המשדל והמסייע בכל הנוגע לתנאים שעל הנאשם לעמוד בהם על מנת שיהנה מהפטור עקב חרטה (ראו, דפנה נתניהו "פטור עקב חרטה" עלי משפט ג' (תשס"ג-2003) 145). עם זאת, איננו נדרשים לקבוע מסמרות בשאלה זו במקרה דנן. כפי שיוסבר בהמשך, יש לראות בעופר מבצע בצוותא של עבירת הניסיון לרצח ולא מסייע בלבד, ולכן סעיף הפטור הרלוונטי בעניינו הינו סעיף 28 לחוק העונשין ולא סעיף 34 לחוק. סעיף 28 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

28. מי שניסה לעבור עבירה, לא יישא באחריות פלילית לנסיון, אם הוכיח שמחפץ נפשו בלבד ומתוך חרטה, חדל מהשלמת המעשה או תרם תרומה של ממש למניעת התוצאות שבהן מותנית השלמת העבירה; ואולם, אין באמור כדי לגרוע מאחריותו הפלילית בשל עבירה מושלמת אחרת שבמעשה.

פטור עקב חרטה

סעיף 28 לחוק העונשין דן בפטור עקב חרטה של עבריין שניסה לבצע עבירה. את טענת הפטור עקב חרטה של עופר יש לבחון בהתאם להוראות סעיף זה, שכן על אף טענתו לחרטה עוד בשלב קשירת הקשר לניסיון הפיגוע, הרי עופר ביצע פעולות שונות שיצאו מגדר "הכנה" בלבד והגיעו לכדי ניסיון לביצוע העבירה. הגנת הפטור עקב חרטה שניתנת לנאשם, אף אם ביצע מעשים שהם בגדר ניסיון לבצע עבירה, מבוססת

על שני טעמים עיקריים. הטעם האחד הוא טעם מוסרי. החרטה מצביעה על שינוי שחל במצבו הנפשי של הנאשם ועל כך שהוא מבקש להתנער מהעבירה, גם אם חצה את סף הניסיון. הטעם האחר הוא טעם תועלתני. תכליתו של הפטור עקב חרטה היא לעודד עבריינים לחדול ממעשה העבירה לפני השלמתו, או לנסות למנוע את תוצאות המעשה אם מדובר בעבירה תוצאתית והושלם היסוד ההתנהגותי של העבירה (ראו: ע"פ 401/99 מצארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 561, 569-570; ע"פ 5268/04 מינין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 12 לפסק הדין). הנטל להוכיח את קיומה של הגנת הפטור עקב חרטה לפי סעיף 28 לחוק העונשין מוטל הנאשם. עליו להוכיח את קיום ההגנה ברמה של מאזן ההסתברויות הנהוג בדין האזרחי. על הנאשם להוכיח כי חדל מהניסיון לבצע את העבירה מחפץ נפשו בלבד ולא בגלל נסיבות חיצוניות. כן עליו להוכיח שהחדילה נובעת מתחושה נפשית של חרטה ומתוך שכנוע פנימי (ראו, ע"פ 401/99 הנ"ל, עמ' 569-572). אולם, בפסיקתנו נקבע כי על מנת ליהנות מן הפטור עקב חרטה אין די בכך שהנאשם יחוש תחושת חרטה סובייקטיבית פנימית, אלא החרטה צריכה להשתקף בפעולה חיצונית של הנאשם למניעת עשיית העבירה או השלמתה (ראו, ע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (להלן: עניין פלוני)), 408; השוו לעניין סעיף 34 לחוק העונשין, ע"פ 5268/04 הנ"ל, פסקה 14 לפסק הדין).

19. בא-כוחו של עופר טען בפנינו כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי עופר אינו זכאי ליהנות מן הפטור עקב חרטה. לטענת בא-כוחו של עופר, יש להבחין בין עופר לבין שני המערערים האחרים, משום שהוא בחר לנתק את עצמו מן הקשר הפלילי ולהימנע מלפעול במסגרתו. גירסתו של עופר, כפי שמתאר אותה בא-כוחו, היא כי הוא הרגיש שהוא נסחף לתוך תכנית שיוצאת משליטתו מבלי שהוא מצליח לעצור את המשכה. לאחר שניסה להתחמק משני המערערים האחרים ולבלום את הגשמת מטרת הקשר הוא החליט בסופו של דבר לצאת לחלוטין מן הקשר ולא להשתתף בשלב הביצוע. על-פי גירסתו של עופר, החלטה זו הלכה והבשילה אצלו במשך מספר שבועות, עד שהוא החליט כבר ביום 23.4.02, מועד היציאה הראשונה לפעולה, שאיננו מעוניין עוד ליטול חלק בקשר. בעדותו בבית המשפט המחוזי טען עופר, כי ניסה לתרום למניעת השלמת הפיגוע בפעולות שונות שביצע לנטרול המטען, אולם בשלב שהקשר הגיע אליו הוא לא יכול היה לסגת ממנו בגלוי. בא-כוחו של עופר מוסיף וטוען בהקשר זה כי האפשרות של פנייה לרשויות על מנת למנוע את הפיגוע הייתה בלתי מציאותית מבחינתו של עופר.

20. דין טענתו של עופר לפטור עקב חרטה להידחות. אף אם עופר החליט, כפי שהוא טוען, לנטוש את הקשר, ומטעם זה לא נטל חלק בהנחת המטען אין בכך כדי לסייע לו. עופר מודה, כאמור, כי לא פנה לרשויות והתריע על הכוונה לבצע פיגוע, על אף שזוהי ההתנהגות המתבקשת מאדם שנטל חלק בתכנון פיגוע כחלק מחבורת קושרים ומתחרט על כך באמת ובתמים. גירסתו של עופר, כאילו ניסה למנוע את פיצוץ המטען על ידי נטרולו, נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בהיותה גירסה כבושה, וכפי שהוסבר בפסקה 12 לעיל לא מצאנו לנכון להתערב בקביעה זו. מהראיות עולה כי לא זו בלבד שעופר לא פעל למניעת השלמת המעשה במידה הנדרשת מנאשם המבקש ליהנות מפטור עקב חרטה; אלא הוא אף המשיך לפעול במסגרת הקשר באותו לילה בו הניחו שלומי וירדן את המטען. לאחר שעופר הודיע לירדן ושלומי כי אין בכוונתו ליטול חלק בהנחת המטען, הוא הדריך אותם בכתב ובעל-פה כיצד להרכיב את המטען וכיצד להגיע למחסן בו החביא את המטען, נתן להם את המפתח למחסן, והסביר להם היכן המטען מונח. פעולות אלה של עופר תרמו תרומה של ממש להוצאתו לפועל של ניסיון הפיגוע, ולפיכך ברי כי הוא אינו יכול ליהנות מהגנת הפטור עקב חרטה. זאת ועוד, פעולותיו המתוארות של עופר לפני יציאתם של ירדן ושלומי לניסיון הפיגוע מחזקות את הקביעה, כי התקיים בו היסוד הנפשי של כוונת קטילה. קביעה זו מבוססת כפי שהוסבר בפסקה 16 לעיל, בין השאר, על החזקה הראייתית של "הנחת הכוונה", לפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות בהסתברות גבוהה ממעשיו. דומה שאין כל קושי בקביעה כי "הנחת הכוונה", באשר לכוונת קטילה, קמה ביחס לאדם המעביר הוראות פרטניות בדבר אופן הכנתו של מטען חבלה והדרכה בכל הנוגע למקום הימצאם של רכיבי המטען שהוא עצמו הסתיר, כאשר הדרכה זו ניתנת לשני אנשים העומדים להניח את המטען במקום הומה אדם, וכך לגרום למותם של בני אדם. משלא הצליח עופר לעורר ספק סביר בדבר משמעות הנסיבות המקימות את "הנחת הכוונה" בעניינו, המסקנה המתבקשת היא כי התקיים בו היסוד הנפשי של כוונת קטילה.

21. הטענה החלופית שהעלה בא-כוחו של עופר הינה, כאמור, כי היה מקום להרשיעו כמסייע בלבד של עבירת ניסיון הרצח ולא כמבצע בצוותא. בהקשר זה חוזר עופר על טענותיו בדבר החלטתו לעזוב את הקשר עם ירדן ושלומי, שבעקבותיה לא נטל עימם חלק בהנחת המטען. בחקירותיו במשטרה ובשב"כ הודה עופר כי היה שותף לתכנון הפיגוע מתחילתו ואף ראה את עצמו כמוביל של הפעולה נוכח הידע והניסיון שלו בתחום החבלה. אולם, לטענת בא-כוחו, הלכה הפעולה בהדרגה והתרחקה מהתכנית המקורית לה היה עופר שותף. על-פי הטענה, על אף תפקידו המרכזי של עופר בשלבי התכנון הראשוניים של הפיגוע, הוא לא היה חלק מ"המעגל הפנימי" של

מבצעי העבירה ולא היה שותף להחלטות שונות שהתקבלו במהלך תכנון הפיגוע. במיוחד מדגיש בא-כוחו של עופר את העובדה שעופר לא מילא החלק שיועד לו בקשר, שכן הוא אמור היה להרכיב את המטען ומשלא עשה כן הוצאה הכנת המטען מידיו והועברה לאחר.

22. אף את הטענת החלופית שהעלה בא-כוחו של עופר יש לדחות. עובדות המקרה, כפי שהוכחו בפני בית המשפט המחוזי, מצביעות על מעמדו של עופר כמבצע בצוותא של ניסיון הפיגוע ולא כמסייע בלבד. הקשר הפלילי שהוביל לניסיון הפיגוע החל להירקם בשיחותיהם של עופר ושלומי. עופר ייעד לעצמו, כפי שהוא עצמו הודה, תפקיד מרכזי בקשר. נוכח ניסיונו בתחום החבלה הוא נטל חלק משמעותי בתכנון המטען. הוא דאג להחביא את חלקי המטען שהובאו על ידי שלומי במחסן בבניין המגורים של הוריו בירושלים. עופר השתתף בסיוור המוקדם במקום המיועד לפיגוע ואף נטל חלק בהשגת החביות שמולאו בסולר ובנזין ובפעולת המילוי עצמה. במועד הראשון שתוכנן להנחת עגלת התופת (יום 23.4.02) עופר הוא שהוביל את החביות ברכבו לירושלים על מנת להטעין על עגלת התופת. אף לאחר מועד זה שבו החליט עופר, על-פי גירסתו, שלא ליטול עוד חלק בקשר הוא המשיך להחזיק במחסן בבית הוריו את מטען הנפץ. בליל ה-28.4.02, שבו יצאו שלומי וירדן למטרת הפיגוע סרב אמנם עופר להתלוות אליהם, אולם כמתואר לעיל הוא הסביר להם בעל-פה ואף שרטט להם את מבנה המטען ואופן הרכבתו. הוא אף נתן לשניים את המפתח למחסן והסביר להם במדויק היכן נמצאים כל חלקי המטען. בנסיבות עובדתיות אלה, שאינן שנויות כלל במחלוקת, איננו רואים כל קושי בקביעה כי אחריותו של עופר היא אחריות של מבצע בצוותא. עופר היה מעורב בכל שלבי תכנון הפיגוע והיה דמות מרכזית ביצירת הקשר הפלילי ובהוצאת ניסיון הפיגוע אל הפועל. החלטתו שלא להניח את המטען ביום 23.4.02 - המועד המקורי שנקבע לכך - היא שהביאה לכך שהפיגוע לא יצא לפועל באותו מועד. עובדה זו מלמדת על חלקו הדומיננטי של עופר בהתארגנות. תפקידו המרכזי של עופר בקשר בא לידי ביטוי גם במעשיו בליל היציאה לפעולה ועל אף שסירב לקחת בהנחת המטען. עצם העובדה כי עופר לא נכח בזירה בליל האירוע אינה מוציאה אותו ממעגל המבצעים בצוותא. בית משפט זה כבר פסק בעבר כי נוכחות בזירת העבירה אינה תנאי להטלת אחריות על נאשם כמבצע בצוותא אלא יש לבחון תפקידו ופעולותיו של הנאשם במסגרת המעשה הפלילי. השופט א' מצא (כתוארו דאז) דן בשאלה זו בדנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5), 1; וקבע את הדברים הבאים:

"ואכן, בעידן המודרני אין צידוק ענייני לדרישת הנוכחות. הפיתוח הטכנולוגי מאפשר לעברייני להשתתף בביצוע עבירה, ואף לשלוט בנעשה בזירת ביצועה הלכה למעשה, בלי להתקרב למקום הביצוע בעצמו: באמצעות הטלפון, המחשב, הפקסימיליה ואפילו באמצעות האינטרנט. ואם הוא מצויד באמצעי הנדרש, יכול הוא ליוזם ולהנחות את ביצוען של עבירות אפילו מבין כותלי הכלא שבו הוא נתון במעצר או במאסר. לא כל שכן שבהיותו חופשי, בידו לבצע מעשים הרחק מהזירה, כדי לאפשר לחבריו, הפועלים איתו בעצה אחת ובתיאום מראש, לעשות מעשים בזירה עצמה. נמצא שהנוכחות בזירת העבירה אינה אלא בגדר נסיכה עובדתית שלעתים נודעת לה משמעות ראייתית ולעתים היא אף חסרת משמעות כזאת, אך בשום מקרה אין לייחס לה משמעות לעניין סיווגו הנורמאטיווי של צד לעבירה כמבצע בצוותא. לא למותר להוסיף, שלאור ביטול ההלכה בדבר אחריותם הסולידארית של הקושרים (בסעיף 499(ב)), שהוסף לחוק העונשין בתיקון 39), נודעת לתפיסה זו חשיבות מיוחדת. במציאות המשפטית החדשה, התניית האחריות הישירה בנוכחות, פירושה ש'סנדקים' ומנהיגי קבוצות עבריינים, המשלחים לזירת הביצוע את 'דגי הרקק' הסרים למרותם, בעוד הם מנהיגים את הפעילות הפלילית מרחוק, ייראו לא כמבצעים בצוותא אלא רק כמשדלים. ואפשרות זו, שבוודאי אינה משקפת את הדין הרצוי, אינה מתחייבת אף מן הדין המצוי" (שם, בעמ' 30).

סוגיית הטלת האחריות כמבצע בצוותא, על מי שלא נכח בזירת העבירה, התעוררה גם בעניין אחר שבא בפני בית משפט זה ועסק אף הוא בביצוע פיגוע חבלני על ידי חבורת קושרים, שאחד מהם החליט בסופו של דבר לא ליטול חלק בשלב הביצוע. באותה פרשה כתב הנשיא א' ברק את הדברים הבאים:

"מהו, איפוא, חלקו של טל באחריות לרצח ולנסיון לרצח? לדעתי, יש לראות בטל מבצע בצוותא. הוא היווה חלק מהחבורה שהחליטה בצוותא חדא לבצע את הרצח. הוא נטל חלק מרכזי בכל הפעולות הדרושות להגשמת ביצוע העבירה. הוא היווה אחד הזרועות של הגוף הזה. הוא היה ראש וראשון לכולם. הגוף פעל באמצעות זרועותיו השונות. אי השתתפותו בשלב של זריקת הרימון - אי השתתפות שאינה מגיעה לכדי חרטה - אין בכוחה לנתקו מהאירוע הפלילי רב המשתתפים. הוא עלה על עגלת הביצוע והניע אותה עד להגשמת מטרתה, בלא שנעשה על ידו דבר לעצירת העגלה. בנסיבות אלה יש לראות בו מבצע בצוותא." (ראו, עניין פלוני, עמ' 408-409; כן ראו: ע"פ 3390/98 דוש נ' 1)

מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871, 878; ע"פ 6157/03 הוך נ'
מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 16 לפסק הדין).

23. ממסכת מעשיו של עופר עולה, אפוא, כי התקיימו בו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הנדרשים להרשעה בעבירה של ניסיון לרצח. יש לראות את עופר כמבצע בצוותא של עבירה זו יחד עם ירדן ושלומי, ואין מתקיימים לגבי התנאים הנדרשים לפטור עקב חרטה.

הערעורים על העונש

24. שלושת המערערים בערעורים שלפנינו מבקשים להפחית את העונשים שנגזרו עליהם. על שלומי ועופר גזר בית המשפט המחוזי עונש של חמש עשרה שנות מאסר בפועל כל אחד. על ירדן נגזרו שנים עשרה שנות מאסר בפועל.

בגזר הדין קבע בית המשפט המחוזי כי מטרתם של המערערים בניסיון הפיגוע הייתה לנקום בפלסטינים על ביצוע פיגועי טרור קשים נגד יהודים, וציין כי במעשיהם הם ירדו לשפל המדרגה המוסרי אליו ירדו הטרוריסטים. כן התייחס בית המשפט למספר האבידות הרב שעלול היה להיגרם אם המטען היה מתפוצץ. בית המשפט הוסיף כי עבריינותם של המערערים הינה עבריינות אידיאולוגית ועל כן אין בעובדה כי הם נמנים על האוכלוסייה הנורמטיבית כדי להצדיק הקלה בעונשם. בית המשפט התייחס, כמובן, בגזר הדין גם לכל אחד מן המערערים באופן פרטני. ביחס לשלומי ציין בית המשפט המחוזי כי הוא היה הרוח החיה של ההתארגנות ולא חדל מלהמריץ לצאת לפיגוע. בית המשפט הוסיף עוד, כי שלומי לא היה מוכן לסייע לחבלן המשטרתי בפירוק המטען והיה אדיש לדבריו שהוא עלול להיפגע בעת פירוק המטען. ביחס לעופר, שהוא יליד 1960 והבוגר מבין המערערים, קבע בית המשפט המחוזי כי עקב גילו וניסיונו בתחום החבלה ירדן ושלומי נשמעו לו. בית המשפט ציין, כי אין לייחס חשיבות לכך שעופר לא נסע עם ירדן ושלומי למקום המיועד לפיגוע. זאת, נוכח העובדה שגם לאחר שהחליט לא להשתתף בהנחת המטען הוא נתן לירדן ולשלומי תדרוך בכתב ובעל-פה כיצד להפעיל את המטען ונתן להם את מפתחות המחסן בו אוחסנו חומרי הנפץ. בית המשפט הדגיש בגזר הדין כי אילו עופר לא הדריך את ירדן ושלומי חרף "חרטתו", הם לא היו יוצאים לניסיון הפיגוע. באשר לירדן קבע בית המשפט המחוזי כי הוא הצטרף להתארגנות רק כשבוע וחצי לפני שהוא ושלומי יצאו להניח את המטען. הוא הודיע לשוטרים מיד לאחר שנתפס, שבעגלה יש מטען חבלה, ועזר לחבלן המשטרה שהגיע למקום לפרק אותו. בית המשפט הוסיף עוד כי ייתכן

שלולא עזרתו של ירדן היה המטען מתפוצץ. ירדן הביע את החרטה הברורה ביותר מביין המערערים, ואף הסגיר לידי המשטרה "סליק" של נשק שהוחבא בסמוך לביתו. לפיכך, קבע בית המשפט קמא כי מבחינת מעשיהם עומדים שלומי ועופר במדרג אחד ואילו חלקו של ירדן שונה מהם.

25. בערעורים שלפנינו טוענים המערערים כי בית המשפט המחוזי החמיר עימם יתר על המידה, ולא התחשב בסבל שעברו כתוצאה מגל הטרור שפגע בהם ובחבריהם והביא אותם לבצע את ניסיון הפיגוע. שלושת המערערים טוענים עוד, כי הם אנשים נורמטיביים ללא עבר פלילי ששליחתם למאסר לשנים ארוכות תפגע בבני משפחותיהם. כל אחד מן המערערים מעלה גם טענות משל עצמו בנוגע לעונש שנגזר עליו. שלומי טוען כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל מספיק לשיתוף הפעולה שלו בחקירה ולחוסר הידע והיכולת שלו בכל הנוגע לפירוק המטען. ירדן טוען כי יש מקום להקל בעונשו משום שלמד את לקחי מעשהו, הבהיר מייד לאחר שנתפס כי מדובר במטען חבלה והדריך את החבלן כיצד לפרקו, וכך הסגיר מרצונו במהלך החקירה אמל"ח שהיה ברשותו. עופר טוען כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר לא הבחין אבחנה משמעותית בינו לביין יתר המערערים לעניין העונש, משום שהוא בחר להוציא את עצמו ממעגל הביצוע של העבירה. עופר מוסיף עוד כי בית המשפט המחוזי הפריז בתיאורו כגורם המוביל בהתארגנות.

26. לאחר ששקלנו את טענות המערערים ביחס לחומרת העונש באנו לכלל מסקנה כי אין מקום להתערב בעונשים שגזר עליהם בית המשפט המחוזי. אכן, המערערים היו עד לניסיון הפיגוע אנשים נורמטיביים וללא עבר פלילי. זהו אמנם שיקול לקולה, אולם מנגד ניצבת העובדה כי מטרתם של המערערים, שבדרך נס לא הוגשמה, הייתה לגרום למותם של תלמידות בית ספר ועוברי אורח תמימים, וזאת אך בשל היותם ערבים. המערערים עשו כל שביכולתם כדי להשלים את משימתם הנפשעת. ניסיון לגרום למותם של בני אדם רבים, ובכלל זה תלמידות בית ספר, על לא עוול בכפם מחייב ענישה מחמירה. העונשים שהוטלו על המערערים אמנם אינם עונשים קלים, אך גם אינם חמורים יתר על המידה בהתחשב במעשים בהם הורשעו. הסבל האמיתי שסבלו המערערים כתוצאה ממותם של אנשים הקרובים להם בפיגועי טרור נפשעים אין בו כדי להקל ולו במעט מחומרת המעשים בהם הורשעו ואין בו כדאי להצדיק הפחתה בעונשם. אף בטענותיהם הפרטניות של המערערים לא מצאנו ממש. באשר לשלומי ועופר שהיו יוזמי ההתארגנות ומתכנני הפיגוע, העונשים שהוטלו עליהם הולמים את חומרת מעשיהם ולא נמצאה לנו כל עילה להתערב בהם. בטענותיו של עופר כאילו נמלך בדעתו והתחרט על תכנית הפיגוע אין כל ממש; בהתחשב בהוראות ובהדרכה

המפורטים שנתן לירדן ולשלומי אשר אפשרו למעשה את ביצוע העבירה, אין לייחס משקל לעובדה שעופר לא השתתף בפועל בהנחת המטען. אף בכל הנוגע לירדן לא מצאנו כי יש לתת לשיקולים לקולה בעניינו משקל רב יותר מזה שכבר ניתן להם על ידי בית המשפט המחוזי.

אשר על כן, החלטנו לדחות את הערעורים של שלומי ועופר על הרשעתם ועל העונשים שהוטלו עליהם. כן יש לדחות את ערעורו של ירדן על גזר הדין.

ה נ ש י א ה

הנשיא (בדימ') א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א (בדימ')

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ' בכסלו התשס"ז (11.12.2006).

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ה נ ש י א (בדימ')