



ע"פ 2555/15 - מחמד מוהלוס נגד מדינת ישראל, פלוני

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2555/15

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ע' ברון

המערער:

מחמד מוהלוס

נ ג ד

המשיבים:

1. מדינת ישראל
2. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
בתפ"ח 50407-05-13

בשם המערער:

עו"ד דוד ברהום

בשם המשיבים:

עו"ד עילית מידן

בשם שירות המבחן למבוגרים:

גב' ברכה וייס

פסק דין

השופט נ' הנדל:

מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (תפ"ח 50407-05-13, כב' השופטים צ' סגל, ב' גרינברגר ו- א' דראל), אשר לאחר שמיעת ראיות, הרשיע את המערער בעבירת ניסיון לרצח לפי סעיף 305(1) לחוק

עמוד 1



העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וגזר עליו 15 שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי כספי בסך 100,000 ש"ח לנפגע העבירה. הערעור מתייחס להכרעת הדין ולגזר הדין כאחד.

1. על פי הנטען בכתב האישום, המערער ביחד עם שני חבריו – אוסאמה באסטי (להלן: באסטי) ואחמד אללו (להלן: אללו) – שותו משקאות אלכוהוליים בעיר העתיקה בירושלים. בשוכם הביתה, הם פגשו באקראי את משיב 2 (להלן: הנפגע), בסמוך לביתו. ללא כל תגרה או התגרות קודמת מצידו של הנפגע, תפסו באסטי ואללו את הנפגע בידיהם, בזמן שהמערער שלף סכין יפנית ושיסף באמצעותה את גרונו לכל אורך צווארו. הנפגע ניסה להתנער מאחיזתם של באסטי ואללו, ואלה הפילוהו על הקרקע בזמן שהמערער המשיך לתקוף אותו באמצעות הסכין. בשלב זה הוא שיסף את עורפו, פגע בראשו מאחור, ודקר אותו בזרועו. לאחר מכן עזבו המערער, יחד עם באסטי ואללו, את המקום, בהשאירם את הנפגע מדמם. זה הצליח, בכוחותיו האחרונים, להגיע לפתח ביתו שהיה סמוך למקום, ושם התמוטט ואיבד את הכרתו. הוא פונה לבית החולים על-ידי בני משפחתו במצב קריטי, נזקק להחייאה ולניתוח בהול, ואחר כך אושפז ביחידה לטיפול נמרץ. למערער נגרם חתך קדמי עמוק לאורך הצוואר שהגיע עד לקנה הנשימה, חתך בחלקו האחורי של הצוואר, חתך בחלקו האחורי של הראש ובידו השמאלית.

נגד המערער, באסטי ואללו הוגש כתב אישום אחד בגין ניסיון לרצח. כתב האישום המקורי לא הבחין בין שלושת המעורבים בפרשה וייחס לשלושתם ניסיון, בצוותא חדא, לגרימת מותו של הנפגע. אולם, בפתח שתי הישיבות שנועדו לשמיעת עדותם של באסטי ואללו, הודיעו הצדדים לבית המשפט על כך שהם הגיעו להסדרי טיעון. כחלק מכך, הודו באסטי ואללו בעובדות כתבי אישום מתוקנים שהוגשו כנגד כל אחד מהם בנפרד. במסגרת זו, הואשם באסטי בסיוע לחבלה בכוונה מחמירה, עבירה לפי סעיף 329(1) בצרף סעיף 31 לחוק העונשין; ואילו אללו הואשם בגרימת חבלה בכוונה מחמירה, עבירה לפי סעיף 329(1) לחוק העונשין. בניגוד להסדרי הטיעון שנחתמו עם באסטי ואללו, משפטו של המערער התקיים, כאמור, בהליך שמיעת ראיות. לבקשת הסניגור, למרות הסדרי הטיעון, הוזמנו באסטי ואללו כעדים בפרשת ההגנה. בסופו של ההליך, הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער, על פי העובדות שתוארו לעיל, בעבירת ניסיון לרצח וגזר עליו את העונשים האמורים.

התשתית הראייתית עליה ביסס בית המשפט המחוזי את ההרשעה נסמכת על שתי עדויות מרכזיות שנשמעו בתיק: עדותו של הנפגע עצמו ועדותה של אחייניתו, קטינה בת 11, אשר היתה עדה לאירוע והעידה הן בחקירה משטרתית והן בבית המשפט. בנוסף לכך, מצא בית המשפט תימוכין להרשעה בטיב הפגיעה, בגרסתם של באסטי ואללו, במצבו הפיסי של הנפגע, ובשקריו של המערער שנתגלו במהלך עדותו.

2. בא כוחו של המערער טוען לסתירות ולפגמים הן בעדותו של הנפגע והן בעדותה של אחייניתו. לשיטתו, יש להעדיף את הגרסה המוקדמת שמסרו באסטי ואללו במשטרה, לפיה החבלה נגרמה כתוצאה ממאבק אלים בין המערער לנפגע, דבר השולל את כוונת הקטילה הנדרשת כדי להרשיע בניסיון לרצח. טענה זו אין בידי לקבלה. ראשית, בית המשפט קיבל את גרסת אחייניתה התומכת בעמדת התביעה וקבע לגביה: "מדובר היה בעדות אמינה ביותר, קוהרנטית וכנה לחלוטין" (פסקה 56 להכרעת הדין). כך גם קבע בית המשפט בנוגע לעדותו של הנפגע: "זו הייתה אמינה ביותר ואף עלתה בקנה אחד עם עדות הילדה ועם תוצאותיו החמורות של האירוע על גופו" (פסקה 57 להכרעת הדין). כלל מושרש הוא במשפטנו שערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית כאשר מדובר על התרשמותה של הערכאה קמא מאמינותם של העדים. נכון, שכמו לכל כלל, גם לכלל זה יש חריגים (לסקירה של הכלל על חריגיו ראה: ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (08.09.2011); ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאל בך 225 (2011)). ואולם מקרה זה



אינו נמנה על החריגים. כאמור, בית המשפט ביסס את פסק דינו על עדותה של האחיינית ועל עדותו של הנפגע, אשר נמצאו קוהרנטיות ובהירות, והתיישבו היטב גם עם ממצאי התיעוד הרפואי. הרופא, אשר טיפל בנפגע בבית החולים, העריך כי מי שפגע בנפגע "הרים את הראש שלו וחתך אותו מזווית לזווית של הלסת" (ת/10). כל מי שמביט בתמונות החתך של הנפגע בצווארו, ולשם כך אף לא נדרשת עין מקצועית, מסיק כי מדובר על פעולה רציפה של "שיסוף" לאורך כל הצוואר. קשה להעלות על הדעת כי תוצאה זו נגרמה בדרך אחרת מאשר חיתוך צווארו באבחה אחת ובאין מפריע. ממצא זה מצטרף ומחזק את שתי העדויות של האחיינית ושל הנפגע.

לצד אלה, באסטי ואללו לא דבקו בגרסתם לאורך ההליך. הם הודו, במסגרת הסדר הטיעון, בעובדות כתב אישום מתוקן בו מתואר האירוע באופן שונה לחלוטין מהגרסה אותה הם מסרו במשטרה. בל נשכח, כי לגרסה המוקדמת שמסרו במשטרה, לפיה המערער והנפגע התעמתו זה עם זה, יש המשך שאינו מתיישב עם ראיות נוספות. לדבריהם במשטרה, לאחר שהמערער והנפגע התגוששו האחד עם השני, הם - באסטי ואללו - ניסו להפריד ביניהם. בכך הם ביקשו להרחיק עצמם מהאירוע ומהאחריות לתוצאותיו הקשות. בא כוח המערער מבקש מבית המשפט לתת אמון בגרסתם המוקדמת של באסטי ואללו, וזאת על אף שהם עצמם חזרו בהם מגרסה זו המזכירה אותם, והודו, במסגרת הסדר הטיעון, במסכת עובדתית אחרת אשר קושרת אותם לאירוע ומטילה עליהם אחריות כבדה לתוצאותיו. כל זאת לצד שתי עדויות שנמצאו אמינות ומשכנעות ונתמכו בממצא העובדתי של צורת החתך בצווארו של הנפגע. אין צורך להכביר בהסברים ובנימוקים מדוע דרישה זו של הסניגור - להעדיף את הגרסה שנמסרה במשטרה - אינה סבירה, וודאי אינה מחייבת את בית המשפט המברר אשר היה רשאי להעדיף את גרסתם של האחיינית והנפגע. ושוב נדגיש, כי דווקא העדויות המוקדמות שמסרו באסטי ואללו בחקירה המשטרתית אינן משכנעות, על פניהן, והן סותרות ראיות אחרות שהתקבלו בבית המשפט.

3. בא כוח המערער העלה בטיעונו את הגנת השכרות. לפי עדותם של המערער, באסטי ואללו, האירוע התרחש לאחר ששלושתם שתו משקאות משכרים. אין זו המסגרת להרחיב במהותה ואופייה של הגנת השכרות. אולם כפי שפסק בית משפט זה, לא אחת, כדי לחסות תחת הגנת השכרות, אין להסתפק בהימצאות אלכוהול בדמו של הנאשם. המבחן להגנת השכרות מחייב להוכיח מעל לספק סביר, כי "עקב כך הוא היה חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה" (סעיף 34ט(ד) לחוק העונשין). עמדתי על הדברים בתמצות בעניין פלוני:

"המשותף לסייג השכרות ולסייג השכרות החלקית הוא כי מדובר במבחן משולש: (א) בזמן העבירה היה הנאשם תחת השפעת חומר משכר; (ב) חסר ביסוד הנפשי; (ג) קשר בין החומר המשכר לבין החסר ביסוד הנפשי. ההבדל ביניהם הוא ששכרות חלקית מתמקדת בשכרות בדרגה פחותה, שמתבטאת בחוסר מודעות הנוגע ולו לפרט מפרטי העבירה. זאת, בעוד הסייג של שכרות מתייחס לקשר סיבתי בין מצב השכרות לבין חוסר יכולת של ממש בשעת המעשה של מבצע מעשה העבירה להבין את מעשיו, הפסול בהם, או להימנע מעשייתם" (ע"פ 900/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לחוות דעתי (05.08.2010)).

נטל ההוכחה לא הורם על ידי ההגנה, הן ביחס להגנת השכרות המלאה והן ביחס להגנת השכרות החלקית. אף לא הוכח כנדרש הרכיב העובדתי לפיו המערער היה שיכור. על כן לא ניתן לקבל את הטענה כי עומד למערער סייג זה.

4. עוד טען הסניגור, כי העובדה שלאחר שסיסוף גרונו של הנפגע המשיך המערער לפגוע בו באזורים שאינם רגישים,



מעידה על כך שלא היה בכוונתו להמית. לתיקוף טענתו, הציג בפניו הסניגור את פסק דין אבו עיאש (ע"פ 3459/91 אברהים אבו עיאש נ' מדינת ישראל (31.12.1991)), בו נפסק כי קיומה של דקירה בכתף לאחר דקירה במקום רגיש, מעוררת את הספק הסביר בכוונת הקטילה. אולם עיון בפרטי פסק הדין מביא למסקנה כי זהו בבחינת "מעשה לסתור". בפסק הדין האמור, עובדות המקרה היו הפוכות מאלה של המקרה שבפניו. הדגש בפסק הדין לא הושם על הציר הכרונולוגי של הדקירות - איזו דקירה אירעה ראשונה ואיזו אחרונה, אלא על הנסיבות. בית המשפט קבע כי העובדה לפיה דווקא בזמן שהנפגע הוחזק על ידי גורם נוסף דקרו הנאשם בכתף ולא במקום רגיש, מלמדת כי הוא לא רצה להרגו. נביא את לשון פסק הדין:

"על פי עדות המתלונן, הדקירה הראשונה שנדקרה, דקירה שנדקרה עוד קודם שאחז בו האב, היתה הדקירה שפגעה בחזהו (ר' עדותו בעמ' 4). יוצא, אפוא, שהדקירה האחת הנוספת שהיתה, זו שפגעה בכתפו, אירעה כשהאב אחז במתלונן ומנע את התנגדותו... התנהגות כזו אינה מלמדת על כוונת קטילה דוקא, ומכאן שנותר ספק אם זו אמנם היתה כוונתו של ג'מאל. יתכן והדקירה הראשונה פגעה במקום רגיש, בשל היות המתלונן בתנועה בעת שנפגע, ללא שהכוונה היתה לפגוע בו במקום כזה. ומכל מקום, המשך התנהגותו של ג'מאל מלמד על הספק הקיים בענין כוונתו כשדקר את המתלונן" (פסקאות 6-7).

יישומו של פסק דין זה על עובדות המקרה שבפניו מוביל, כאמור, למסקנה הפוכה מזו שבקש הסניגור להסיק ממנו. העובדה לפיה דווקא כאשר החזיקו באסטי ואללו את הנפגע ומנעו ממנו להתנגד בחר המערער לפגוע בגרונו - בדרך של שיסוף הצוואר לכל אורכו - מלמדת על כוונה ברורה לטול את חייו. הפגיעות הנוספות, שנעשו בשלב מאוחר יותר, לאחר שהנפגע הצליח להשתחרר מידי התוקפים ולהיאבק על חייו, אין בכוחן לשנות את המסקנה על כוונת הרצח הנלמדת מפעולתו הראשונה, אותה הוא עשה כאשר הנפגע היה מרותק, ובלא כל מגבלה או אילוץ לדרך ביצועה. בנוסף לכך, יש לציין שבשלב השני דקר המערער את הנפגע גם בעורפו, שאף הוא מקום רגיש שפגיעה בו עשויה להוביל לתוצאות קשות ואף למוות.

המסקנה מכל אלה היא כי דין הערער על הכרעת הדין להידחות.

5. חלקו השני של הערער מופנה לחומרת העונש שהטיל בית המשפט המחוזי על המערער בגזר הדין. לטענת בא כוחו של המערער, בקביעת מתחם הענישה והעונש, היה על בית המשפט המחוזי להתחשב בענישה שנגזרה על באסטי ואללו. בית המשפט המחוזי אימץ את הסדר הטיעון הסגור שנחתם בין המדינה לבין באסטי ואללו, שכלל עמדה משותפת לעניין העונש, וגזר על באסטי 48 חודשי מאסר ועל אללו 80 חודשי מאסר. לטענת הסניגור, עונשים אלה צריכים להוות את מתחם הענישה גם לענישת המערער, וחריגה מהם פוגעת בעקרון האחידות בענישה.

ביסוד טענה זו של הסניגור לאחידות בענישה ניצבת רתיעתו של בית המשפט מיצירת אפליה. אולם, כשם שאין להטיל עונשים שונים בין שווים, אף הטלת עונשים דומים בין מי שאינם שווים פוגעת בצדק ובעקרון ההלימה. מעבר לכך ששיקולים הקיימים במסגרת הסדר טיעון עשויים להשפיע על קביעת העונש הקונקרטי של נאשם, בהשוואה לנאשם שהורשע לאחר שמיעת ראיות; הרי המעשים והעבירות בהם הורשעו באסטי ואללו שונים באופן מהותי מהמעשים והעבירות בהם הורשע המערער. בית המשפט בחן את עניינו של המערער לגופו וגזר את עונשו על פי חומרת מעשיו. יושם אל הלב, כי בית המשפט המחוזי מצא לנכון להבחין - הבחנה משמעותית - אף בין עונש המאסר בפועל שנגזר על



באסטי -48 חודשי מאסר בפועל, לעונש שנגזר על אללו- 80 חודשי מאסר בפועל. זאת בשל העבירות השונות בהן הם הורשעו. באסטי הורשע בעבירה של סיוע לחבלה בכוונה מחמירה, ואילו אללו הורשע בגרימת חבלה בכוונה מחמירה. כפי שנוכח היה להבחין ביניהם, בעניין העונש, כך גם נכון להבחין בין העונש שהוטל על שניהם לבין העונש שראוי להטיל על המערער.

בית המשפט המחוזי התייחס לטענת בא כוח המערער כי יש להתחשב בהסדרי הטיעון בקביעת העונש, וקבע בצדק כי: "אין להסתפק בהשוואה פשטנית בין המעורבים אלא יש להביא בחשבון מגוון שיקולים נוספים ובהם עובדות כתבי האישום המתוקנים בעניינם של באסטי ואללו, והרשעתם בעבירות קלות יותר" (פסקה 39 לגזר הדין). הנה כי כן, דינה של טענת האפליה להידחות.

ודוק, לא רק סעיף החוק בו הורשע המערער שונה מסעיפי החוק בהם הורשעו באסטי ואללו, אלא גם נסיבות העבירה שונות. בעוד שכוונתו של המערער ליטול את חייו של הנפגע, הוכחה מטיב מעשיו ומהדרך בה הוא בחר לשסוף את גרונו של הנפגע, אין כן בנוגע לבאסטי ואללו. בנוגע אליהם, אכן הוכח כי היה להם יסוד נפשי לגרימת חבלה חמורה, אך לא הוכח כי בכוונתם היה לגרום למותו של הנפגע. אחיזתם של באסטי ואללו במערער - היא כשלעצמה - אינה מספיקה כדי ללמד על כוונת ההמתה, ולא מן הנמנע הוא כי הם סברו שהמערער אך יחבול בנפגע ולא ינסה להרגו. כמעט מיותר לציין כי העבירה של נסיון לרצח היא בין החמורות שבחוק העונשין. הדגש מושם על כוונת מבצע עבירה זו ועל התוצאה אשר חפץ להשיג. לכך נוסיף כי הגם שהמערער לא הצליח לשים קץ לחיי הנפגע, הלה נפגע באורח קשה. ראשית, נגרמו לו פציעות קשות בצווארו, בערפו ובראשו, אשר הצריכו טיפול רפואי וניתוח כירורגי. ובנוסף, הצלקת הנקייה והחדה בצווארו בולטת כאות קין וגורמת כשלעצמה סבל ועגמת נפש רבה. קורבן העבירה כתב מכתב שהוגש בפניו, בו הוא מתאר את התמודדותו הפיזית והנפשית עם הנזק שנגרם לו. במכתבו מתוארת פגיעה בדיבור, תפקוד קלוקל של בלוטות הרוק ופגיעה קשה ביכולת האכילה. לאלה נוספת טראומה נפשית שמשפיעה על תפקודו במהלך היום ואף מלווה אותו בסיטי לילה.

עיקרו של דבר, בנסיבות העבירה, העונש שהוטל על המערער הולם את חומרת המעשה. הנפגע יצא את ביתו, ונתקף באכזריות - בלא כל סיבה - על ידי המערער שבקש לטול את חייו. בזמן שידיו של הנפגע כבולות והוא חסר אונים שיסוף המערער בלא רחמים את גרונו בסכין, כאילו הוא עומד לשחיטה. בכך לא הסתיים האירוע, ולאחר שהנפגע הצליח להשתחרר מלפיתת ידיהם של חברי המערער, כאשר הוא נוטף דם, המשיך המערער לדקור אותו במקומות נוספים בגופו. משסיים המערער לעשות זאת, נטש את המקום ופנה לדרכו כאילו דבר לא ארע.

חומרתה הרבה של העבירה נובעת, בין היתר, גם מהסתמיות שבה. המערער לא נתן הסבר למעשיו. בלא כל מניע ובלא כל סיבה הנראית לעין, ביקש המערער ליטול חיים של בן-אנוש. מעשה אלימות זה חורג מנזקו הקשה של הנפגע, ופוגע פגיעה קשה בביטחון הציבור. את השלום והשלווה ברחובות העיר מחליפים הפחד והאימה מהסכין והמאכלת שאינם מבחינים בין דם לדם. הסתמיות שבמעשה חותרת לא רק תחת כבודו של האחר - אשר בנסיבות אלה, הוא שנקלע במקרה לדרכו של המערער - כי אם בכבוד האדם באשר הוא. המניע האפשרי למקרה, על-פי אביו של הנפגע, הוא השתייכותו של הנפגע לעדה שונה מזו של המערער. הראשון הוא בן של ראש העדה הצוענית, ואילו המערער משתייך לעדה המוסלמית. הבחירה, ככל שהייתה על סמך השתייכות עדתית בלא כל קשר ישיר או מוקדם בין המעורבים, הופכת את הנפגע לחפץ - אובייקט ולא סובייקט. לסיכום, העונש אינו קל, ואף נוטה לחומרה, ולזכותו של המערער נזקף עבר פלילי נקי. אולם, על רקע הנסיבות הקשות לא מצאתי שהעונש חמור במידה המצדיקה התערבות על ידי ערכאה זו. גזר הדין של בית המשפט המחוזי מבוסס על נסיבות המקרה, חומרת העבירה ודרך ביצועה. בהמשך



לכך, אין מקום להתערב בשיעור הפיצוי שנקבע. אמנם הסכום אינו נמוך, אך יש לתת את הדעת לפגיעה הקשה והנמשכת שנגרמה לנפגע.

6. לנוכח הדברים, אציע לחברי" לדחות את הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ג בתמוז התשע"ו (19.7.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט